

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مطبوعة محاضرات في مقياس :

النظرية العامة للجريمة

و الجزاء الجنائي

السداسي الثالث

مقدمة للسنة الثانية ليسانس جذع مشترك

. من إعداد الأستاذة : بن تركي ليلي

السنة الجامعية : 2022-2023

## مقدمة :

يعد قانون العقوبات من أهم القوانين التي تستعين بها الدولة في فرض الانضباط والأمن داخل المجتمع، على اعتباره القانون المتضمن لأشد أنواع الجزاءات القانونية وأكثرها لتحقيق فكرة الردع العام قبل الردع الخاص. وكانت لهذا القانون ذات الأهمية حتى قبل ظهور الدولة، باعتباره من أقدم فروع القانون والذي وجد مع وجود الجماعات البشرية الأولى، وصاحب مختلف مراحل تطورها، وبذلك اتسم في كل مرة بسماوات المرحلة التي تطبع النظام المتبع في المجتمع، بجوانبه الاجتماعية والثقافية والاقتصادية والسياسية، حيث في كل مرة كانت تجد فيه الجماعات المكلفة بالحكم – أيا كان نوعها- الوسيلة المثلى لفرض سياستها وأهدافها، وكذا الحفاظ على مصالحها. والسبب الذي جعل هذا الفرع القانوني الهام يحتل مثل هذه المكانة، ومثل هذه الدرجة من الأهمية، راجع بالأساس إلى الجزاء الذي تتضمنه قواعده، باعتبارها جزاءات تصيب الشخص المكلف في حياته أو حريته، وأقلها أن تصيبه في ماله، وبذلك كانت عبارة عن وسائل قهر وإلزام وردع، ووسيلة في يد السلطة الحاكمة في فرض رؤاها في كيفية سير الأفراد والجماعات. وعلى إثر ذلك ضم هذا الفرع القانوني في ثناياه نوعين من الأحكام، أحكام تجريبية وأخرى عقابية، وأن دراسته دراسة وافية تقتضي الإلمام بهما معا، بالنظر للتلازم الموجود بين النوعين أو الشقين من الأحكام. وبهذا فإنه من البديهي أن دراسة القانون الجنائي العام، ( الجريمة والجزاء)، وهي المسألة الأولى التي تعطي لقانون العقوبات خاصته الأولى المتمثلة في تضمنه لعلمين، هما علم الإجرام وعلم العقاب، الذي يستدعي في كرهة مرة الإلمام بالعلوم الجنائية لفهم أبعاد القانون الجنائي. هذا من جهة. ومن جهة ثانية، تطبيق القانون الجنائي يستدعي نوعا آخر مخالف تماما للقواعد السابقة، التي تعد في جوهرها قواعد موضوعية، وهذا النوع الآخر هو القواعد الإجرائية، والتي تشكل في ذاتها فرعا قانونيا آخر، وهو قانون الإجراءات الجنائية مع ما يتسم به من خصوصيات، وما يحكمه من مبادئ، والذي يعد وسيلة تفعيل وتطبيق القانون الجنائي بشقيه العام والخاص، والذي بدونه لا مجال للحديث عن دور وأهمية القسم العام، وهذا الأمر يجعلنا أمام مشكلة أخرى، وهي أن دراسة هذا الفرع القانوني في قسمه العام يقود بداية لدراسة جوانبه الإجرائية، الأمر الذي يزيد دراستنا تشعبا وتوسعا. ويجعل الدارس والمدرس لهذا الفرع القانوني أمام ثلاثة فروع قانونية، النظرية العامة للجريمة، النظرية العامة للجزاء، وقانون الإجراءات الجزائية. والأكثر من ذلك، الفروع الثلاثة السابقة تستعدي أيضا الإحاطة بفرع قانوني آخر يتعلق بنظرية تنفيذ الجزاء، وهو المحكوم في الجرائم بقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمساجين، والموضع السليم لدرسته هو النظرية العامة للجزاء الجنائي.

## باب تمهيدي

### معالم قانون العقوبات

قانون العقوبات يشمل نوعين من الأحكام الموضوعية، النوع الأول عبارة عن المبادئ والأحكام العامة للتجريم والعقاب، والتي تعد أساسا للنظريات الجنائية التي تبلورت فقها وقانونيا على مر عصور طويلة من الزمن، سيما وأن هذا القانون، من أقدم القوانين على وجه الأرض، بل يمكن رده إلى ما قبل ذلك، عند بدأ الخليقة، وهو النوع من الأحكام الذي يطبق على كل الجرائم أيا كان نوعها – على أساس أن قانون العقوبات يعرف التقسيم الثلاثي للجرائم، حيث يقسمها إلى جنائيات وجنح ومخالفات-، وأيا كان مرتكبها – حيث أن الجريمة قد تكون مشروعا فرديا يسهر على اقترافه فاعل واحد، أو عدة فاعلين، وهو ما يعرف بالمسؤولية الجنائية أو الاشتراك- سواء كان وطنيا أو أجنبيا – تعبيرا عن مبدأ سيادة قانون العقوبات على إقليم الدولة، حيث يطبق على الوطنيين والأجانب على حد سواء-، ويسمى هذا القسم عادة بالنظرية العامة للجريمة، كما يشمل أيضا على الأحكام العامة والمبادئ التي تحكم الجزاء، ويسمى هذا الجزء بالنظرية العامة للجزاء الجنائي. وكلا الشقين يكونان ما يسمى بالقسم العام لقانون العقوبات، الذي يعد من المقررات لبرنامج السنة الثانية في دراستهم لقانون العقوبات.

كما يشتمل على أحكام خاصة، تبين الجرائم بمفرداتها وأركان وظروف وعناصر كل منها، والعقوبة المقررة لها، ويسمى هذا الشق، بقانون العقوبات الخاص، أو القسم الخاص لقانون العقوبات، الذي يعد مقورا على طلبية السنة الثالثة حقوق. على اعتبار أن هذا القسم ما هو إلا تطبيق للنظرية العامة لكل من الجريمة والجزاء. وعلى العموم، الموضوع

الرئيسي للقانون الجنائي أو قانون العقوبات، وإن كان الظاهر منه أنه دراسة للنظرية العامة للجريمة، فهو يبحث أساساً على المسؤولية الجنائية على اعتبار الجريمة سلوك يرتكبه شخص يجب أن يكون مسؤولاً عن فعله حتى يوقع عليه العقاب. وفي معالجة هذا الموضوع، ظهر خلاف فقهي كبير في الفقه القانوني الجنائي، حيث نجد المدرسة الألمانية اتجهت اتجاهها فلسفياً في دراسة الموضوع، حيث يحللون الموضوع على خمسة عناصر أساسية، هي الفعل المتمثل في السلوك، النموذج وهو الوصف القانوني المجرد للتجريم، لا قانونية الفعل وهي مطابقة الفعل للنموذج ومن ثم تقرير الطبيعة اللامشروعة لهذا الفعل، الإثم وهو العلاقة ما بين الفعل والموقف النفسي الآثم، وأخيراً العقاب وهو الثمر أو النتيجة أو ثمرة العوامل الأربعة الأولى. أما الفقه الفرنسي ومعه الفقه العربي، له تحليل أكثر بساطة للموضوع، حيث يبدأ تحليل المسؤولية الجنائية من الجريمة إلى المجرم، ومن الشروط الموضوعية للجريمة إلى الشروط الشخصية للجاني، ولكن في الأخير يلتقون مع التحليل الألماني حيث يلتقون في فكرة الجريمة، الإثم، الأهلية للعقاب – أي المسؤولية الجنائية- ثم العقاب نفسه. لكن قبل كل ذلك، وفي البحث عن تحديد معالم قانون العقوبات، شاب الخلاف الفقهي الطويل الذي يطبع هذا الفرع القانوني الهام، حول تسمية القانون في حد ذاته وتحديد مضامينه وأبعاده، وكذا تناول تطوراته وتحديد طبيعته وعلاقته بمختلف فروع القانون الأخرى. لذا فإن دراسة معالم قانون العقوبات، تقتضي منا التعريف به أولاً، وتناول محتواه وتحديد طبيعة قواعده، وكذا إبراز علاقته مع مختلف القوانين الأخرى، وتبيان أهدافه. وذلك في فصل أول، نعنونه بماهية قانون العقوبات، لنتناول في فصل ثاني، نشأة وتطور قانون العقوبات، وذلك بتناول تطور الفكر الجنائي بصفة عامة، وقانون العقوبات الجزائري بصفة خاصة.

## الفصل الأول

### ماهية قانون العقوبات

قانون العقوبات من القوانين التي تجسد بها الدول الحماية القانونية لمصالحها ومصالح المجتمع الأساسية والجوهرية، والتي تكفل الأمن والسكينة والاستقرار لكافة أفراد هذا المجتمع، وإقامة العدل بين أفرادها، وهو بذلك ضرورة وحتمية لكل مجتمع أياً كان توجهه وطرق حكمه وتسييره، على اعتبار الجريمة سلوك إنساني ملازم للمجتمعات في كل مكان وفي كل زمان، لذا نجد قانون العقوبات لازم التطور البشري، وعاش تحولاته الفكرية والاقتصادية والاجتماعية والعلمية، الأمر الذي انعكس على تسميته وتحديد معناه وتبيان محتواه، وحصر العلاقة الموجودة بينه وبين مختلف الفروع القانونية الأخرى، تبعاً للتطورات التي عرفها هذا القانون، وهو ما يقتضي منا تناول هذا الفصل ضمن مبحثين، نخصص الأول لمفهوم قانون العقوبات، أين نتناول تحديد معنى مسمياته المختلفة، وحصر مضمونه وتبيان أقسامه، لنخصص الثاني للبحث في طبيعة هذا القانون.

### المبحث الأول

#### مفهوم قانون العقوبات

يتفق الفقه الجنائي حول مضمون قواعد قانون العقوبات وخصائصه وأهدافه، والتي نتناولها ضمن المبحث الثاني من هذه الدراسة، غير أنه يختلف حول تسميته وتعريفه وعلاقته بمختلف الفروع القانونية الأخرى، وتبعاً لذلك حول تحديد طبيعته- وهو موضوع المبحث الثاني-، غير أننا سنقتصر دراستنا في هذا المبحث على مطلبين، خصص الأول لتعريف قانون العقوبات، والثاني لمحتوى هذا القانون.

#### المطلب الأول

##### تعريف قانون العقوبات

قبل التطرق للتعريف التي أعطيت لقانون العقوبات، والاختلاف الفقهي الكبير في ذلك، نشير بأن الخلاف انصب أولاً حول تحديد تسمية هذا القانون. لكن دون أن ينعكس ذلك على تحديد محتواه ومضمون هذا القانون، وهو الأمر الذي نتبينه من خلال الفروع التالية.

#### الفرع الأول

##### في تسمية قانون العقوبات

تطلق في العادة تسمية "قانون العقوبات" على هذا الفرع من فروع القانون<sup>1</sup>، والذي يضم في حقيقته كل من الجرائم والعقوبات المقررة لها، وذلك من قبل تسمية الكل باسم الجزء، أو مثلما نرى، من قبيل تسمية التابع للمتبوع، على اعتبار أن الجريمة سابقة في الوجود على ارتكاب الجريمة، كما أن ارتكاب هذه الجريمة لا يعني بالضرورة توقيع عقوبة، فقد يوقع على شخص تدبير أممي أو احترازي، أو قد لا يطبق الجزاء أصلا، سواء تمثل في عقوبة أو في تدبير أممي، في الحالات التي قد يتوفر فيها للشخص مانع من موانع العقاب، أو سبب من أسباب الإباحة، أو حتى في الحالات التي لا يعرف فيها مرتكب الجريمة أو لا تتمكن فيه النيابة العامة من إثباتها عليه، وهنا تكون الجريمة أمر واقع، في حين شق العقوبة لم يطبق. الأمر الذي يجعلنا نرى بأن تسمية هذا القانون، بقانون العقوبات تسمية قاصرة على أن تستوعب مضامينه وخصوصياته. خاصة وأنها ركزت على شق العقاب دون شق التجريم، وفي جزء منه دون الآخر – كون الجزاء يشمل العقوبات والتدابير، على نحو ما سنرى-. وهنا جاء اتجاه فقهي، ينادي بإطلاق تسمية "القانون الجزائي" على هذا القانون، ليصبح يشمل شق الجزاء بنوعيه العقوبات والتدابير، لكنه يظل قاصر على أن يشتمل شق التجريم، وهو الأهم في نظرنا. وتبقى تسمية قاصرة عن استيعاب المضمون الكلي لهذا القانون ومحتوياته، لذا يفضل بعض الفقه، تسمية "القانون الجنائي" باعتباره قانون الجرائم، وأن هذا النوع – الجنائيات – أهم وأخطر الأنواع، مقارنة بالجنح والمخالفات، غير أننا نرى بأن هذه التسمية تعد أيضا تسمية لكل باسم الجزء، حيث أنها ركزت على جانب التجريم – في حين الأولى ركزت على جانب العقاب- وفي نوع واحد فقط من بين ثلاثة أنواع من الجرائم، وهي الجنائيات، مثلما ركزت التسمية الأولى على نوع فقط من أنواع الجزاء، وهي العقوبة، وبالتالي التسمية قاصرة جدا، كونها أهملت نوعين من الجرائم، زيادة على إهمالها لشق العقاب برمته.

غير أن هذه الانتقادات الموجهة لكل تسمية من التسميات الثلاث السابقة، لم تمنع الفقه في عمومها، من استعمالها تبعا لتوجه المشرع في بلده، ووفقا لما ألفه في استعمال المصطلحات، غير أن الإشكال في رأينا يكمن في موقف المشرع نفسه، فإن كان من الجائز أن نستعمل مصطلح من المصطلحات الثلاثة السابقة، فعل الأقل أن يعمم المشرع، غير أننا نرى بأن غالبية التشريعات، بما فيها التشريع الجزائري، تسمى القانون الموضوعي، بقانون العقوبات، بينما تميل لشق الجزاء بخصوص الإجراءات، حيث نجد المشرع الجزائري، يطلق تسمية "قانون العقوبات" على القانون موضوع دراستنا في هذا السداسي، ومصطلح "قانون الإجراءات الجزائية" بخصوص الشق الإجرائي موضوع دراستنا في السداسي الثاني من السنة الجامعية، وهنا يثار التساؤل عن المغزى من عدم توحيد المصطلحات، وإن كانت بعض التشريعات تطلق عليه مصطلح "الإجراءات الجنائية" نسبة للجنائيات.

## الفرع الثاني

### تعريف قانون العقوبات

يعرفه البعض ، بأنه: " مجموعة القواعد القانونية التي تبين الجرائم وما يقرر لها من أو يقابلها من عقوبات أو تدابير أمن، إلى جانب القواعد الأساسية والمبادئ العامة التي تحكم هذه الجرائم والعقوبات والتدابير"، بينما يرى البعض<sup>2</sup>، أنه: " مجموعة القواعد القانونية التي تحدد رد الفعل الاجتماعي ضد الجرائم، وتترجم مجموعة الحلول الوضعية للظاهرة الإجرامية". في حين يرى آخرون، أن قانون العقوبات بمعناه الواسع، مجموعة القواعد التي تحدد التنظيم القانوني للفعل المجرم ورد فعل المجتمع إزاء مرتكب هذا الفعل، سواء بتطبيق عقوبة أو تدبير أمن، كما يشمل أيضا القواعد الإجرائية التي تنظم الدعوى الجنائية. وبذلك يشمل المعنى الواسع كل من القواعد الموضوعية التي تجرم وتعاقب على الأفعال، سواء تمثلت في قانون العقوبات أو في القوانين المكمل له، وكذا القواعد الإجرائية المتمثلة في مجموعة القواعد الواجب اتخاذها بخصوص الدعوى العمومية، وصدور الأحكام والظعن فيها، وحتى تنفيذ العقوبة التي ينظمها قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين<sup>3</sup> ، بينما المعنى الضيق لقانون العقوبات، فيطلق مرادفا لتقنين العقوبات أو مجموعة القواعد الموضوعية فقط الخاصة بالتجريم والعقاب. والتي تعني فقط الدور المزدوج لهذا لقواعد هذا الشق، حيث تبين

1 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام ، الجزء الأول (الجريمة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2002، ص 5.

2 عبد الرحمان خلفي ، القانون الجنائي العام ( دراسة مقارنة) ، دار بليقيس ، الجزائر، 2016، ص 11.

3 قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم 04-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 الموافق 06 فبراير 2005 المعدل و المتمم بالقانون 01-18، جريدة رسمية عدد 05، الصادرة 30 يناير 2018 .

من جهة، الأفعال والتصرفات المجرمة، ومن جهة ثانية، ردة الفعل الاجتماعي إزاءها أو في مواجهتها، سواء كان ذلك بعقوبة أو تدبير من تدابير الأمن أو التدابير الاحترازية<sup>1</sup>

ويرى البعض، بأن الدور المزدوج لقواعد قانون العقوبات، هي التي تبين الاختلاف الفقهي والتشريعي الحاصل حول تسمية هذا القانون، وهي التسميات التي تعبر فعلا عن ماهية هذا القانون، حيث يمكن القول بأن الجريمة أيا كان نوعها والجزاء أيا كان نوعه، وجهان لعملة واحدة، فالتعبير بالجريمة يعني أنه هناك جزاء مقابل، والتعبير بالجزاء يعني أن هناك جريمة قد وقعت، حيث لا جريمة دون جزاء، ولا جزاء دون وقوع جريمة، من حيث المبدأ. غير أننا نفضل تسمية القانون الجنائي – والدليل على ذلك تسمية المادة التي نحن بصدد دراستها – على تسمية قانون العقوبات، حيث بإمكان التسمية الأولى أن تشمل الشق الإجرائي بالإضافة إلى الشق الموضوعي، في حين أن تسمية قانون العقوبات، في رأينا تشمل الشق الموضوعي فقط دون الشق الإجرائي. وبالتالي يمكننا القول بأن مسألة التسمية تقودنا لدراسة محتوى هذا القانون.

## المطلب الثاني

### محتوى القانون الجنائي

يجمع الفقه في عمومته، على أنه لقانون العقوبات نوعين من المحتوى، محتوى قانوني وهو أساس والهدف المباشر لهذا الفرع القانوني، ومحتوى علمي وهو محتوى غير مباشر منه تستمد القواعد القانونية المنظمة لشقي التجريم والعقاب.

### الفرع الأول

#### المحتوى القانوني للقانون الجنائي

تكمن مهمة قانون العقوبات بالدرجة الأولى، في تبيان الأفعال التي يرى المشرع أنها تضر بالمصلحة العامة وبالنظام العام القائم، ويضع قائمة بها، وهي التي تشكل بذاتها فرعا من فروع القانون الجنائي، ويسمى ب:" القانون الجنائي الخاص"، أو القسم الخاص من القانون الجنائي أو قانون العقوبات، وهي القسم الذي يبين كل جريمة على حدا وما يميزها من أركان وظروف وعناصر، وما يتقرر لها من عقوبات أو تدابير احترازية أو أمنية. وإلى جانب القواعد السابقة، هناك مجموعة أخرى من القواعد التي تحدد القواعد والمبادئ العامة التي تحكم القانون الجنائي في مجمله، من أركان عامة للجريمة، وقواعد المسؤولية الجنائية وموانعها، وتصنيف الجرائم، وأسباب الإباحة، وموانع العقاب... وهي مجموعة القواعد التي تشكل فرع من فروع القانون الجنائي، المسمى بالقسم العام، أو القانون الجنائي العام، الذي يعد موضوع دراستنا في هذا البحث. غير أن تطبيق الفرعين السابقين من فروع القانون الجنائي، يقتضي إجراءات معينة بموجبها تتدخل الدولة عن طريق أجهزة من وقت ارتكاب الجريمة لغاية توقيع العقوبة على مقترفيها، وتبين ماهية هذه الأجهزة، وطرق تدخلها وكيفية ذلك، وهو القسم المسمى بقانون الإجراءات الجزائية.

**فقانون العقوبات التكميلي**، يجد علته في كون القسم الخاص من قانون العقوبات لا يتضمن كل الجرائم التي قررها المشرع، فهناك عدد كبير من الجرائم نصت عليها قوانين أخرى مستقلة، مثل قانون المنافسة والأسعار وقانون الصحة والقانون الجمركي... وهي مجموعة القوانين التي يطلق عليها مصطلح قانون العقوبات التكميلي أو القوانين الملحقه بقانون العقوبات، مما يستتبع بالضرورة خضوعها للأحكام العامة المتضمنة بالقسم العام لقانون العقوبات. ولجوء المشرع إلى هذه الطريقة المتمثلة في التجريم والعقاب بموجب نصوص قانونية مستقلة، يجد أساسه في عدم قدرته على حصر كل الجرائم في موضوع واحد هو قانون العقوبات، خاصة إذا كانت هذه الجرائم تحمي مصالح متغيرة أو طارئة تخضع للتعديل والتغيير كلما دعت الضرورة لذلك، في حين أن قانون العقوبات يتسم بالاستقرار النسبي، لذا فهو يجرم في العادة الأفعال الشائنة والمستهجنة في المجتمع في كل وقت من الأوقات ولا يتدخل إلا في حال تغيرات اقتصادية أو اجتماعية أو علمية حديثة توجب إلغاء بعض الجرائم أو إدراج البعض الآخر.

**وأما قوانين العقوبات الخاصة**، فهي حسب الفقه طائفة ثالثة من الجرائم، التي يتم النص عليها في قوانين

خاصة، اصطلاح على تسميتها بقوانين العقوبات الخاصة، منها قانون العقوبات العسكري وقانون العقوبات الاقتصادي وقانون العقوبات التجاري. وأصبحنا نسمع بقانون العقوبات الإداري وقانون الجنائي الدستوري...، وهي كلها قوانين

1 عبد الله سليمان ، المرجع السابق، ص 6.

تحمي مصالح تتميز بطابع خاص يبرر إخضاعها لقواعد قانونية خاصة، سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية، كونها تخضع لبعض الأحكام التي قد تختلف كلية أو جزئياً عن الأحكام العامة الموضوعية والإجرائية، لكن العلاقة بينهما تظل قائمة ويجب الرجوع للأحكام العامة في كل حالة لم يرد بشأنها نص في هذه القوانين الجنائية الخاصة، تطبيقاً لقاعدة الخاص يقيد العام. ولتجنب الخلط بين القوانين الجنائية الخاصة والقوانين التكميلية لقانون العقوبات العام، يدرج الفقه الفرقين الأساسيين التاليين:

- 1- القوانين المكملّة لقانون العقوبات، تحمي مصالح من ذات نوع وطبيعة المصالح المحمية بموجب القسم الخاص من قانون العقوبات، مما لا يجيز الخروج بشأنها عن الأحكام العامة المنصوص عليها بالقسم العام لقانون العقوبات، في حين تحمي قوانين العقوبات الخاصة مصالح وحقوق تتميز بطبيعة خاصة تستوجب الخروج نوعاً ما ( بصفة كلية أو بصفة جزئية) عن الأحكام العامة لقانون العقوبات سواء في قسمه الموضوعي أو في قسمه الإجرائي .
- 2- الجرائم المنصوص عليها في قوانين العقوبات التكميلية، تخضع بحسب الأصل للأحكام العامة الواردة بالقسم العام لقانون العقوبات، إلا إذا نص فيها على ما يخالف ذلك، أما قوانين العقوبات الخاصة فتضم أحكامها الموضوعية والإجرائية الخاصة بها، ولا يرجع فيها إلى الأحكام العامة إلا في الحالات التي لا يرد فيها نص خاص.

## الفرع الثاني

### المحتوى العلمي للقانون الجنائي

حتى يستطيع القانون الجنائي أن يحقق أهدافه على أتم وجه، يجب أن يستعين بالعلوم الحديثة وما تقدمه له من مساعدة مبنية أساساً على معطيات علمية، من أهم هذه العلوم المسماة بالعلوم الجنائية المساعدة، علم التحقيق الجنائي وعلم الإجرام، اللذان يعدان ركائز العلوم الجنائية أو السياسة الجنائية بصفة عامة. وإن كان يستفيد القانون الجنائي أيضاً ببعض العلوم الأخرى حتى وإن كانت من طبيعة غير جنائية، كعلم النفس وعلم الاجتماع، والعلوم الاقتصادية وغيرها من العلوم الإنسانية، خاصة وأن الجريمة بدورها ظاهرة إنسانية، فهمها يقتضي فهم السلوك الإنساني ككل، وذلك لا يتسنى إلا بالاستعانة بكل هذه العلوم في رسم السياسة الجنائية. وهو ما نبينه باختصار في النقاط التالية. والتي لا نقصد بها علاقة قانون العقوبات بباقي فروع القانون الأخرى، التي سنتناولها في نقطة مستقلة، وإنما هي علوم متضمنة بطريقة غير مباشرة في إطار هذا القانون ذاته. والمسماة بالعلوم الجنائية نسبة لهذا الفرع القانوني، ويقصد بها تلك العلوم التي تبحث في الجريمة والمجرم، من حيث تحديد أسباب الإجرام وصفات المجرم ووسائل معالجته وتقويمه، وأهداف العقوبة وأغراضها، وبالتالي نقطة الاشتراك بينها وبين القانون الجنائي، هي الاهتمام المشترك بالجريمة والمجرم والعقوبة، والأهم مكافحة الجريمة، وهي المحاور الأساسية للقانون الجنائي وسبب وجوده. غير أن وسيلة القانون الجنائي في مكافحة الجريمة، هي تحديد الأعمال المجرمة وتقدير الجزاء المناسب لها، بينما وسيلة العلوم الجنائية، هي البحث العلمي القائم على الدراسات التجريبية القائمة على الملاحظة واستخلاص النظريات والقوانين العلمية التي تحكمها، والتي تجعل من المشرع الجنائي يضع النصوص القانونية وفق سياسة جنائية معينة التي تعد محصلة النتائج العلمية التي توصلت إليها العلوم الجنائية.

### أولاً: علم الإجرام

علم الإجرام، هو العلم الذي يدرس الجريمة كظاهرة اجتماعية، ويتناول بالتحليل والبحث أسباب الجريمة ودوافعها المختلفة، والذي يشمل أيضاً ثلاثة فروع من العلوم، هي **علم طبائع المجرم**، ويتناول بالدراسة أسباب الجريمة الكامنة في تكوين الجاني الخلقى والجسدي، و**علم النفس الجنائي**، وهو العلم الذي يهتم بالبحث في الأسباب النفسية الدافعة لارتكاب الجرائم، وتطور الفكرة الإجرامية في نفسية الجاني، بالإضافة إلى **علم الاجتماع الجنائي**، وهو العلم الذي يركز على أسباب الجريمة الراجعة إلى المجتمع والظروف الاجتماعية المحيطة بالجاني، بالإضافة إلى علم آخر تفرع عن علم الإجرام، وهو **علم الإجرام الإكلينيكي**، الذي يركز على دراسة كيفية فحص الجاني جسدياً ونفسياً وعقلياً، للتعرف على أسباب انحرافه خاصة وأن علماء الإجرام لهم معاييرهم لاكتشاف تصرفات وسلوكيات الأفراد، ودراسة الجريمة دراسة علمية من حيث أسبابها وطرق مكافحتها، ومن هنا كانت العلاقة والاستفادة بين القانون الجنائي وعلم الإجرام علاقة تعاونية أو تبادلية، حيث أن المعطيات الأولية، من تعريف للجريمة، وتقديم المادة البشرية الأساسية موضوع

الدراسة والبحث والتحليل، ورسم القيود والحدود التي يتعين على علم الإجرام عدم تعديها في دراسته للمجرم، ومنعهم من التدخل في الشؤون القانونية وخاصة الجنائية<sup>1</sup>.

### ثانياً: علم العقاب

علم العقاب، هو العلم الذي يهتم بدراسة أهداف العقوبة والتدابير وتحديد أغراضها الاجتماعية، ودراسة القواعد والأساليب الكفيلة بتحقيق أغراضها، ودراسة أساليب تقويم الجناة أثناء فترة تنفيذ العقوبة أو التدبير، كما وهو العلم الذي يعني مجموعة القواعد التي تحدد الأساليب التي تتبع في تنفيذ العقوبات والتدابير الاحترازية، حتى تحقق الغرض الذي يستهدفه المجتمع منها، في إطار الفلسفة التي يتبناها ويعمل في إطارها<sup>2</sup>.

### ثالثاً: علم (التحقيق الجنائي) البوليس الفني

وهو العلم الذي يهتم بدراسة تحديد الجاني والتعرف على مرتكب الجريمة وكيفية وقوعها، بدءاً من دراسة البصمات، وكيفية رفع آثار الجريمة، وفحصها وتحليلها... وهو علم شهد تطورات مذهلة في السنوات الأخيرة، حيث استفاد كثيراً بالتطورات العلمية والتكنولوجية التي وفرتها للبحث الجنائي، سواء فيما يتعلق بدراسة مسرح الجريمة، أو التعرف على الجناة، من وجود لفكرة البصمات الوراثية، والأدلة الإلكترونية والمعلوماتية والبيولوجية... وعلم التحقيق الجنائي يضم في الواقع العديد من التخصصات التي تتعاون في مجملها لأجل اكتشاف الجريمة ومرتكبيها، ففي إطار هذا العلم، هناك " الطب الشرعي" الذي ساعد على اكتشاف أسباب الوفاة مثلاً ووقتها، ومدى وقوع الاعتداء من عدمه، وطريقة هذا الاعتداء وما إن كان عن طريق العنف أو غيره، وأي وسيلة كانت سبباً في إحداث الجريمة، والتعرف حتى على المجني عليهم والجناة على حد سواء، سيما في ظل استفادة هذا العلم من التطورات العلمية الحاصلة في الثورة البيولوجية والمعلوماتية. كما يوجد " علم السموم" الذي يساعد على التحقق من أن مادة معينة أو مخدر ما كان السبب في حدوث الجريمة، وتحليل المواد المخدرة في جرائم المخدرات، كما يوجد ما يسمى بعلم البصمات، وما يسمى " بالشرطة العلمية" وهي كلها علوم تسهل من مهام رجال البحث والتحري، والقاضي في إصدار حكمه. كما يستعين القانون الجنائي بالكثير من العلوم الأخرى، مثل علم الاجتماع القانوني، الذي يهدف إلى دراسة الواقع الاجتماعي للقانون منذ نشأته مروراً بمختلف مراحل تطوره، وكذا العوامل والظروف المحيطة بإصدار التشريعات العقابية ودراسة آثارها الاجتماعية، والعوامل الاجتماعية التي تؤثر في إصدار القوانين وعمل أجهزة العدالة، وهو بذلك يلعب دوراً بارزاً في تقديم الحقائق الاجتماعية بطريقة موضوعية للمشرع لكي يصدر بناء عليها قوانينه، مما يكفل علاقة الصلة بين القانون والمجتمع الذي نشأ لتنظيمه، وكذا علم الإحصاء، الذي يعتني بإعطاء حقائق رقمية للمختصين في التشريع حتى يكونوا على دراية واقعية بكل ما يتصل بالجريمة والمجرمين، من عدد الجرائم والمجرمين أو دراسة نوعية معينة منهم، ومدى انتشار الجريمة في زمان ما أو مكان ما... خاصة وأن الدراسات الإحصائية من أفضل السبل للحكم على نجاح السياسة الجنائية.

### المبحث الثاني

#### الطبيعة القانونية لقانون العقوبات

المقصود من تحديد طبيعة قانون العقوبات، البحث فيما إذا كان يعد فرعاً من فروع القانون العام أو فرعاً من فروع القانون الخاص، وعموماً، البحث في موقع هذا الفرع الهام من فروع القانون بين فروع القانون الأخرى التي تشكل النظام القانوني لأي دولة؟ خاصة إن كنا نعلم، أن النظام القانوني، هو مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم مجموعة من المصالح، هذه الأخيرة التي قد تكون عامة كما قد تكون خاصة، ووفقاً لذلك ينقسم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، فإذا كانت المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية مصلحة عامة، كنا بصدد فرع قانوني عام، وإن كانت المصلحة المراد حمايتها مصلحة خاصة أو فردية، كنا بصدد فرع قانوني خاص، وبذلك يكون القانون العام عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تحمي المصالح العامة وتنظم العلاقات العامة، كالقانون الدستوري، والقانون الإداري، والقانون المالي أو الجبائي أو الضريبي، والقانون الدولي العام، بينما القانون الخاص، هو مجموعة الفروع أو القواعد القانونية التي تنظم العلاقات فيما بين الأفراد، وتحمي مصالحهم، كالقانون المدني، والقانون التجاري الذي يهدف إلى

1 عبد الرحمن خلفي، المرجع السابق، ص 18.

2 المرجع نفسه، ص 19.

تنظيم طائفة من أفراد المجتمع وهم التجار، ونوع محدد من الأعمال وهي الأعمال التجارية، وقانون الأسرة الذي يهتم بشؤون هذه الأخيرة... وبالتالي السؤال السابق، وإن طرحناه بصيغة أخرى، ما موقع القانون الجنائي من تقسيمات القانون، فهل قواعد قانون العقوبات تحمي مصالح عامة، وبالتالي هو فرع من فروع القانون العام، أم يقتصر دوره على حماية مصالح فردية خاصة، وبالتالي هو فرع من فروع القانون الخاص؟ وهو السؤال الذي نرى بأن الإجابة عليه تكون بتناول علاقة قانون العقوبات بكل فروع القانون، سواء الخاصة أو العامة منها، لنحكم بعدها عن طبيعة قواعده وموقعها من هذا التقسيم، أم تنتوع أصلا بذاتية واستقلالية تميزها عن سائر القواعد القانونية الأخرى. أم مجرد قانون مكمل لباقي فروع القانون الأخرى ولا يمكنه أن يتدخل ويلقى مجالا للتطبيق إلا عند عجز هذه القوانين عن كفالة حماية قانونية فعالة لقواعدها وأحكامها. وذلك من خلال مطلبين، نتناول في الأول، علاقة قانون العقوبات بفروع القانون الأخرى بمختلف تقسيماتها، وفي الثاني تحديد مكانة هذا القانون في النظام القانوني للدولة. على أن نخصص الثالث، وعلى غير العادة، لخصائص هذا القانون وأهدافه، ونقول على غير العادة، كونه جرت العادة على أن يتم تناول الخصائص ضمن المفهوم. لكن لطبيعة هذا القانون تركنا تناول الخصائص إلى ما بعد تحديد طبيعة هذا القانون التي بإمكانها أن توضح بذاتها العديد من خصائص هذا القانون وكذا أهدافه المرتبطة بهذه الخصائص.

## المطلب الأول

### علاقة قانون العقوبات بفروع القانون الأخرى

سنحاول من خلال هذا الفرع، وباختصار، أن نحدد علاقة قانون العقوبات بكل فروع القانون الأخرى، سواء كانت عامة أو خاصة، ومن خلال ذلك يمكننا الحكم عن طبيعته وما إن كان قانونا عاما أو خاصا، أو له ذاتية واستقلالية تميزه عن سائر الفروع الأخرى. وذلك من خلال الفروع التالية. أين نتناول علاقة قانون العقوبات بفروع القانون العام، في فرع، وفي آخر، علاقته بفروع القانون الخاص، وما دمنا بصدد تحديد العلاقات، فإننا نخصص فرعا لعلاقة قانون العقوبات بقواعد الدين والأخلاق.

## الفرع الأول

### علاقة قانون العقوبات بفروع القانون العام

بالاطلاع على محتوى غالبية الفروع القانونية التي تعد من القانون العام، نجد بأن لقانون العقوبات علاقة مباشرة ووطيدة بمختلف هذه الفروع، حيث أنه وبالاطلاع على القانون الدستوري – كأهم القوانين العامة في الدولة- نجد بأن القانون الجنائي هو المخول للحماية أهم المبادئ والأحكام التي يتضمنها القانون الدستوري، سواء تعلق الأمر بالحقوق والحريات، حيث أن القانون العقوبات يجرم كل الأفعال والسلوكات التي تمثل اعتداء على هذه الأخيرة، وسواء تعلق الأمر بحق الدولة في الاحتفاظ بشكل الحكم، حيث يعاقب قانون العقوبات على جرائم الخيانة والتجسس وكل أنواع الاعتداءات التي تمس بأمن الدولة سواء من جهة الداخل أو من جهة الخارج ، كما يجرم كل الاعتداءات الواقعة على الاقتصاد والدفاع الوطني ، وتجريم كل الاعتداءات والمؤامرات ضد سلطة الدولة وسلامة أرض الوطن وهي أمور تبيين بكل وضوح العلاقة الوطيدة بين القانونيين الجنائي والدستوري، الذي يعد أهم القوانين العامة في الدولة أيا كان شكل الحكم فيها، ومثل هذه العلاقة الوطيدة جعلت الفقه ينظر لفرع قانوني جديد سماه ب: " القانون الجنائي الدستوري"<sup>1</sup>. أما بخصوص القانون الإداري، الذي يعد من أهم القوانين العامة للدولة، والذي عن طريقه تسير الدولة مصالحها ومرافقها، نجد لقانون العقوبات علاقة جد وطيدة به، باعتباره يجسد حماية جد فعالة من الاعتداءات التي تكون السلطة الإدارية أو الإدارة العامة عرضة لها، بدءا من ضمان سير المرافق العامة وتنظيم ممارسة السلطة الإدارية في الدولة والرقابة على الموظفين وضمن احترامهم لحقوق وحريات الأفراد، ضمن ما سماه المشرع الجزائي ب: " تواطؤ الموظفين" ( المواد من 112 حتى 115)، والرقابة على السلطات الإدارية والقضائية وحدود ممارستها لسلطاتهما ( المواد من 116 حتى 118)، الاختلاس والغدر، الرشوة واستغلال النفوذ باعتباره من جرائم الموظفين، إساءة استعمال السلطة ضد الأفراد والأشياء العمومية ( المواد من 135 حتى 142)، وهي كلها تهدف إلى ضمان احترام السلطات

1 سعيد بوعلوي ، و دنيا رشيد ، شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم العام – ، ط 2 ، دار بلقيس ، الجزائر ، 2016 ، ص 16-17.



لمهامها، وفي المقابل هناك جرائم من اخلاقها يحمي قانون العقوبات الموظف، ويجعله يؤدي مهامه في ظل من الحماية الفعالة، كحمايته من أفعال الإهانة والتعدي ( المواد من 144 حتى 148)، حماية أختام الدولة ( المادة 155 وما بعدها)، وهي كلها أمور تبين لنا العلاقة الوطيدة بين القانون الإداري القانون الجنائي، للدرجة التي بدأ فيها البعض ينظر لقانون عقوبات إداري.

وعلى العموم لقانون العقوبات علاقة وطيدة بمختلف فروع القانون العام، سواء تعلق الأمر بالقانون الضريبي أو الجنائي وما قرره من تجريم لأفعال التهرب والغش الضريبي، والقانون المالي وما يقرره من تجريم للاعتداءات الواقعة على هذا المال، كما تظهر علاقته الوطيدة بالقانون الدولي العام، وذلك من خلال فرعين قانونيين هامين، هما **القانون الجنائي الدولي**، الذي ينظم العلاقات الجنائية فيما بين الدول، خاصة في مجال تسليم المجرمين وطرده الأجانب والتعاون الدولي لمكافحة الجرائم... وفرع قانوني آخر حديث نسبيا، وهو **القانون الدولي الجنائي**، الذي ينظم جملة من الأفعال التي تشكل جرائم ماسة بكل الدول، والتي تسعى لمكافحتها على النطاق العالمي الواسع في إطار نوع من التنسيق والتعاون، مثل جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم المخدرات بمختلف أنواعها، والاتجار بالرقيق، وعموما كل أنواع الإجرام الدولي المنظم

وبالتالي يمكن القول مما سبق، بأنه للقانون الجنائي علاقة جد وطيدة مع كل فروع القانون العام في الدولة، الأمر الذي جعل الرأي الفقيه الجنائي الغالب يستقر عليه، ودون البحث في علاقة قانون العقوبات بفروع القانون الخاصة، معتبرا هذا القانون جزء من النظام القانوني العام للدولة، وهو النظام الذي تتضمن قواعده فيما بينها لتنظيم المجتمع، وحماية المصالح الاجتماعية العامة، وتنظيم علاقات ذات طبيعة عامة، سواء كانت بين مؤسسات الدولة فيما بينها، أو بين هذه المؤسسات والأفراد، وبالتالي القانون الجنائي، شأنه شأن القانون الدستوري والقانون الدولي العام، والقانون الإداري والقانون المالي، من فروع القانون العام. غير أننا سنحاول رغم ذلك محاولة استقراء علاقة قانون العقوبات بفروع القانون الخاصة، حتى لا يفهم من الكلام السابق أن هذه العلاقة منعدمة.

## الفرع الثاني

### علاقة قانون العقوبات بفروع القانون الخاص

من أهم فروع القانون الخاص في كل النظم القانونية، نجد القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة للقوانين الخاصة، والذي تفرعت عنه باقي القوانين الأخرى، ومنها القانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية، وهي الفروع التي تقتصر دراستنا عليها في تبيان علاقتها بقانون العقوبات. فبخصوص **القانون المدني** وما ينظمه من حقوق مثل الملكية والحيازة والعقود، نجد بأن قانون العقوبات يوفر حماية لكل هذه المواضيع التي تعد من صمم اهتمامات القانون المدني، فهو يحمي الملكية سواء المنقولة منها أو العقارية من أفعال السرقة والنهب والنصب وخيانة الأمانة والإتلاف والحرق ومن كل أشكال التعدي الأخرى، ويحمي العقود من التزوير... وبالتالي قانون العقوبات هو الموفر للحماية القانونية الفعالة للنظم المقررة في التقنين المدني، وبالتالي العلاقة بينهما جد ظاهرة.

وبخصوص القانون التجاري المنظم لفئة التجار وأعمالهم التجارية ووسائل قيامهم بمهامهم المتمثلة في الأوراق التجارية، نجد بأن قانون العقوبات يحمي هذه الأوراق من التزوير، ومن كل أفعال تنال من الثقة المفروضة فيها، كما يحمي العلامات التجارية والمنافسة، ويعاقب على انعدام الفواتير ومخالفة الأسعار... الأمر الذي يبين أيضا العلاقة المتينة بين القانونين.

وبخصوص قانون الأحوال الشخصية، نجد بأن قانون العقوبات هو المقرر للحماية الجنائية للأسرة من خلال تجريم الاعتداءات التي تشكل تهديدا لها، مثل تجريمه للأفعال التي تشكل هتكا لعرض الأسرة، كجريمة الزنا وهتك العرض، ويحمي البناء من خلال جريمة لفعلي الإهمال والترك وعدم دفع النفقة المقررة، وتعريض حياة القصر للضياع... بل نجد قانون العقوبات قد خصص فصلا كاملا للجنايات والجرح التي ترتكب ضد الأسرة في المواد من 304 إلى 309 منه. وتبرز هنا أيضا العلاقة الظاهرة بينه وبين قانون الأسرة.

وبالتالي نتوصل إلى القول بأنه لقانون العقوبات علاقة بسائر فروع القانون الخاص، مثلما وجدنا بأنه له علاقة مع سائر فروع القانون العام، الأمر الذي لا يمكننا حتى هذه اللحظة من الحكم على طبيعة هذا القانون وما إن كان فرعا قانونيا عاما أم فرعا قانونيا خاصا؟ وهو السؤال الذي يقودنا لنقطة ثانية نبحث من خلالها عن مكانة قانون العقوبات في

النظام القانوني للدولة. وهو موضوع دراستنا في المطلب الثاني، غير أننا ما دما بصدد تحديد علاقة قانون العقوبات بمختلف فروع القانون، فإننا لا نود أن نفوت علاقته بقواعد الدين والأخلاق.

### الفرع الثالث

#### علاقة قانون العقوبات بالدين والأخلاق

تفرض كل من قواعد الدين والأخلاق، مجموعة من الواجبات والالتزامات على الفرد نحو ربه ونحو غيره من الأفراد، ونحو نفسه أيضاً، وعادة ما تقوم مثل هذه الالتزامات والواجبات على أساس مبادئ البر والإحسان والخير والعدالة، وكل ما يهدف إلى سمو النفس البشرية، وذلك تحت التهديد بمجموعة من الجزاءات غير القانونية، منها الجزاءات الدينية، أو في استهجان الرأي العام أو حتى ذاتية، تتمثل في وخز الضمير، لذا فعلاقة قواعد الدين والأخلاق تأثير كبير لا ينكر على قواعد قانون العقوبات، حيث كثيراً ما يستلهم منها المشرع الجنائي بعض قواعد التجريم والعقاب، كما أنه بها يستهدي القاضي ويسترشد عند تقييمه للمسؤولية وتقديره للعقاب، وعليه فعلاقة الالتقاء بين الدين والأخلاق وقانون العقوبات أيضاً وثيقة في مجال علاقة الفرد بغيره من الأفراد، وإن كان لكل من القواعد مجاله ونطاقه. بالرغم من وجود علاقة تعارض بينهما أحياناً، حيث قد يهتم قانون العقوبات ببعض المجالات التي لا تهتم بها قواعد الدين والأخلاق، مثل قواعد المرور، كما قد تهتم قواعد الدين والأخلاق ببعض المجالات التي لا يهتم بها قانون العقوبات، مثلما هو الشأن بالنسبة لجريمة الزنا إلا في بعض الجوانب الوضعية المبتدعة. وهو ما جعل بعض الفقه، يرى أن دائرة قانون العقوبات لا تتطابق مع دائرة قواعد الأخلاق، فهي أضيق منها من وجه، وأوسع منها من وجه آخر، وإن كان هناك منطقة تؤثر فيها قواعد الدين والأخلاق على قواعد قانون العقوبات.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني

#### مكانة قانون العقوبات في النظام القانوني للدولة

بعد إجرائنا للعلاقة الموجودة بين القانون الجنائي ومختلف فروع القانون الأخرى، سواء كانت عامة أو خاصة، تبين لنا أن علاقته موجودة بكل فرع القانون هذه أياً كانت طبيعتها، مما يجعلنا لم نجب بدقة عن السؤال ولم نحدد طبيعته. وهو ما أثار جدلاً فقهيًا واسعاً بين اتجاهين، يرى أحدهما بأن قانون العقوبات ما هو إلا فرع من فروع القانون العام، والثاني، يرى أنه فرع من فروع القانون الخاص، ولكل من الاتجاهين حججه.

### الفرع الأول

#### الخلاف حول مكانة قانون العقوبات

انقسم الفقه بخصوص مكانة قانون العقوبات بين قائل بأنه فرع من فروع القانون العام، وآخر قائل بأنه فرع من فروع القانون الخاص، ولكل اتجاه حججه وأسانيده، والتي نحاول تناولها باختصار في النقطتين التاليتين.

#### أولاً: قانون العقوبات فرع من فروع القانون العام

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن قانون العقوبات حتى وإن كانت له علاقة بفروع القانون الخاص، لأنه تطبيقه يمس العلاقة بين الفرد والدولة وأن المتهم في الدعاوى الجزائية يحاكم باسم الشعب، وأنه غالبية الأفعال التي يعاقب عليها موجهة ضد مصالح المجتمع، كجرائم أمن الدولة، وجرائم اختلاس المال العام ورشوة الموظفين، وهي المواضيع التي لا جدل حول اعتبارها مواضيع من القانون العام، وأن الجرائم التي يظهر أنها تمثل مصلحة للأفراد، كالقتل والضرب والسرقة، فهي جرائم تمس بطريق غير مباشر مصلحة المجتمع أيضاً، كون هذه الأخيرة تقتضي تأمين حقوق أفراد الأساسية مثل حقهم في الحياة والسلامة الجسدية والملكية، وأن تأمين هذه الحقوق الخاصة تشكل في مجموعها تأمين مصالح المجتمع الأساسية. وبالتالي، تكون المصالح التي يحميها قانون العقوبات دوماً مصالح اجتماعية عامة، حتى وإن تضمنت بالتبعية حماية حقوق يظهر أنها خاصة. كما يعد القانون الجنائي من فروع القانون العام، بالنظر لزاوية العلاقات التي ينشئها بعد وقوع الجريمة، والتي ترتب قيام حق الدولة كممثلة للمجتمع في متابعة مرتكب الجريمة ومعاقبته، عن طريق جهاز عام وهو جهاز النيابة العامة، مما يجعل قانون العقوبات بكل قواعده فرع من فروع القانون العام.

#### ثانياً: قانون العقوبات فرع من فروع القانون الخاص

1 عبد الرحمن خلفي، المرجع السابق، ص 15.

على عكس الاتجاه الأول، يرى أنصار هذا الاتجاه، بأن قانون العقوبات أقرب للقوانين الخاصة، سيما إذا نظرنا للتلازم الدائم بين الدعوى العمومية والدعوى المدنية التبعية، وأن معظم نصوصه تجرم وتعاقب حقوقاً خاصة بالأفراد وتتدخل كلما عجزت القوانين الخاصة عن فرض الحماية الكافية لأحكامها، وبالتالي الجدل الفقهي لم يفصل في طبيعة قانون العقوبات، هنا ظهر اتجاه غالب في الفقه، رأى أنه لقانون العقوبات ذاتية واستقلالية عن كل فروع القوانين، سواء كانت خاصة أو عامة. وهي المسألة التي نتناولها في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### ذاتية قانون العقوبات

يرى غالبية الفقه فصلاً للجدل السابق، أن قانون العقوبات وبالرغم من علاقته بكامل فروع القانون الخاص، إلا أنه فرع من فروع القانون العام في الدولة، غير أنه يختلف عنها باستقلاله عنها، وبذاتية تميزه عن غيره من فروع القانون العام الأخرى، وليس مجرد حارس للقوانين الأخرى سواء كانت عامة أو خاصة. فوظيفة القانون الجنائي داخل النظام القانوني للدولة، ليست مجرد وظيفة احتياطية باعتباره يتضمن قواعد جزائية تتدخل في حالة عجز القوانين الأخرى على بسط حماية لنفسها، فيتدخل لفرض الاحترام لهذه القواعد، مما يجعله قانون تابع لغيره ذو طبيعة احتياطية تدخله مرهون بعجز القواعد الأخرى، الأمر الذي يجعله مجرد حارس أو شرطي للقوانين الأخرى، يتم الاستناد به فقط في حالة عجز القواعد الأخرى<sup>1</sup>، وإن كان هذا القول يعد جزءاً من الحقيقة، غير أنه ليس الحقيقة كلها، كون القانون الجنائي يشكل وحدة قانونية تتشكل من مجموعة من القواعد القانونية ذات الطبيعة الخاصة، التي لا تشبه أي فرع قانوني آخر، خاصة وأنه يتميز ببعض القواعد التي لم يسبق لباقى القوانين أن عرفتها، ويرتب التزامات تجهلها هذه القوانين، كالالتزام باحترام الآخرين ومساعدتهم، وفكرة الشروع التي في حقيقتها لا تعد اعتداء على أي حق من الحقوق أياً كانت طبيعتها، ويتطلب العمد كقاعدة والخطأ كاستثناء، ويركز في الكثير من الأحيان على بعض الظروف الأخرى، مثل شخصية الجاني والمجني عليه، وزمان ومكان ارتكاب الجريمة، ووسيلة ارتكاب الجريمة، ومثل هذه المسائل ليست ذات أهمية في فروع القانون الأخرى، كما أن القانون الجنائي وإن استعار مفهومين أو فكرة من فرع قانوني آخر، فإنه لا يتقيد بالمفهوم المعطى لها في هذا الفرع من فروع القانون، بل قد يوسع أو يضيق منه بحسب هدفه في حد ذاته بعيداً عن هدف القانون الآخر، كمدلول الملكية والحياسة والشيك والموظف العام، واهتمامه بفكرة الخطورة الإجرامية، وهي كلها أفكار تميزه وتجعل له ذاتية مستقلة عن سائر فروع القانون الأخرى سواء كانت عامة أو خاصة. وإن كان فعلاً من القانون العام كونه يهدف بالدرجة الأولى لحماية النظام العام والمصلحة العامة، وهو الأمر الذي انعكس بوضوح على خصائص هذا القانون وأهدافه، التي لا يتميز بها أي قانون آخر سواه، وهي الخصائص التي سنتناولها في الفرع الموالي، مع أهداف هذا القانون، مذكرين بأننا تعمدنا ترك الخصائص لما بعد تحديد الطبيعة وذلك على غير العادة – حيث في الغالب ما تعالج الخصائص مع التعريف ضمن المفهوم-.

### المطلب الثالث

#### خصائص وأهداف قانون العقوبات

نظراً لطبيعة قواعد قانون العقوبات وما تميز به محتوى وذاتية واستقلالية، جعلته يتميز بجملة من الخصائص التي تعطي لهذا القانون نوع من التميز عن باقي فروع القانون الأخرى، وتؤكد فعلاً فكرة ذاتيته واستقلالته التي توصلنا إليها في النقطة السابقة، وتجعله يحقق أهداف مغايرة تماماً للأهداف المتوخاة من باقي فروع النظام القانوني في الدولة، لذا سنحاول أن نتناول هذا الفرع من خلال فرعين، نخصص الأول لخصائص قانون العقوبات، والثاني لأهدافه.

#### الفرع الأول

##### خصائص قانون العقوبات

يتميز قانون العقوبات بجملة من الخصائص التي تميزه عن باقي فروع القانون الأخرى، وتؤكد استقلالته عنها وتمتعه بذاتية، ومن أهمها، أنه قانون ذو طابع سيادي أحادي المصدر متصف بنوع من الثبات والاستقرار والتعقيد، وهو ما نفصله في النقاط التالية.

#### أولاً: قانون العقوبات ذو طابع سيادي

1 عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 22 وما يليها

من أهم الخصائص التي ينفرد بها قانون العقوبات عن سائر الفروع القانونية الأخرى، هو طابعه السيادي الذي من خلاله تعبر الدولة عن سيادته على إقليمها وبسط نفوذها عليه، من خلال مبدأ الإقليمية الحاكم لتطبيق هذا القانون كقاعدة – على نحو ما سنراه- ومن خلاله تعبر الدولة عن سيادتها على الأفراد أيا كانت جنسيتهم وتفرض عليهم السلوكات التي تتماشى وأهدافها، وعن طريقه تفرض النظام والاستقرار والأمن داخل المجتمع، كما أنه القانون الوحيد الذي يطبقه القاضي الوطني الذي يتمتع عليه كقاعدة تطبيق قوانين العقوبات الأجنبية.

### ثانيا: قانون العقوبات أحادي المصدر

نظرا لارتباط قانون العقوبات بسيادة الدولة، وبناءه على مبدأ فريد من نوعه هو " مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات" الذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح في القانون وأن يكون هذا الأخير صادر عن سلطة مختصة بإصداره وفقا للدستور، ووفقا لإجراءات محددة ومبينة دستوريا مخالفتها يترتب عليه بطلان النص. مما يجعل منه قانوني أحادي المصدر، على عكس القانون المدني الذي تقضي المادة الأولى منه بتعدد مصادره، وهي الخاصية التي جعلت من قانون العقوبات يتميز بأخرى ناجمة عنها، وهي أنه قانون جامد.

### ثالثا: قانون العقوبات قانون جامد

من الخاصية السابقة التي تحصر مصدر قانون العقوبات في النص التشريعي المكتوب، فإن التجريم والعقاب والتعديل والتغيير في أحكامه، يتطلب المرور بمراحل معقدة وطويلة وتتطلب فترة زمنية أطول مما تتطلبه باقي فروع القانون الأخرى، مما يجعله قانون يتميز بالجمود والثبات والاستقرار النسبي. خاصة وأن تجريم فعل جديد أو إلغاء جريمة موجودة يتطلب فترة زمنية طويلة لا نظير لها مع أي قانون آخر.

### رابعا: قانون العقوبات ذو طابع إجرائي معقد

قانون العقوبات مرتبط ارتباطا وثيقا بقانون الإجراءات الجزائية، وآخر يتعلق بتنفيذ الجزاء المحكوم به، وأنه دون هذه القوانين الإجرائية لا يمكن أن يلقي قانون العقوبات التطبيق، حيث لا براءة ولا إدانة إلا بالمرور بمراحل إجرائية طويلة ومعقدة، وأن هذا القانون الإجرائي متعلق فقط بقانون العقوبات، عكس القانون الإجرائي في القوانين الخاصة الذي يحكم كل فروع القانون الموضوعية الخاصة وحتى العامة مثل القانون الإداري – يحكمها جميعا قانون الإجراءات المدنية والإدارية- وهي قوانين لا تحتاج في تطبيقها لهذه القوانين الإجرائية إلا إذا ثار نزاع، عكس قانون العقوبات الذي يوجب اقتترانه بالقانون الإجرائي في أي إجراء.

### الفرع الثاني

#### أهداف قانون العقوبات

بالنظر للذاتية الخاصة التي يتمتع بها قانون العقوبات وطبيعته السيادية، ووضعها الخاص في النظام القانوني للدولة، فإننا نجده يهدف إلى تحقيق مرامي سامية ورئيسية، يمكن لنا أن نوجهاها في حماية مصالح المجتمع وتحقيق الأمن والطمأنينة لأفراده، وتحقيق العدالة، كل ذلك عن طريق فكري الردع العام والخاص، وهو ما نبينه باختصار في النقاط الأربعة التالية

#### أولا: حماية المصالح الاجتماعية المشتركة

يهدف قانون العقوبات أساسا إلى حماية المصالح الاجتماعية المشتركة لجموع الأفراد الذين ينتمون للمجتمع، سواء كانت هذه المصالح جسدية، كالحق في الحياة وسلامة البدن من جرائم القتل والضرب والجرح وكل أشكال الإيذاء الأخرى، أو مادية اقتصادية، كحماية الأموال وكل أنواع الملكية والحياسة من السرقة والنصب والاحتيال والإتلاف... أو أدبية معنوية، كحماية الشرف والاعتبار من جرائم الفذف والسب والشتم والتحقير...

#### ثانيا: تحقيق العدالة

قواعد قانون العقوبات قواعد عامة ومجردة، كونها تهدف إلى تجريم السلوكات التي يرى المشرع أنها ضارة بمصالح المجتمع، دون أن يميز في ذلك بين الأفراد الذين يرتكبونها، مقرا عقوبة واحدة للجميع، ومبينا أحكام تدرج المسؤولية بصفة موضوعية ومجردة، ومراعي لأوضاع الجناة والمجني عليهم وموازاة ذلك مع مصالح المجتمع، مبينا على العديد من الأفكار القانونية التي تعد تجسيدا لفكرة العدالة في معناها الواسع، كمبدأ الشرعية ومبدأ مادية الجريمة،

وفكرة الذنب أو الإثم، وشخصية المسؤولية والعقوبة... وهو في ذلك يرمي لتحقيق المساواة والعدالة داخل المجتمع، وهي الهدف الذي يقود لهدف آخر لا يقل أهمية وهو توفير الأمن والطمأنينة للأفراد، الذي نتناوله في النقطة الموالية.

### ثالثاً: توفير الطمأنينة للأفراد

يعد قانون العقوبات صدراً لتحقيق الأمن والطمأنينة للمخاطبين بأحكامه، بالنظر لما تتضمنه قواعده من تحديد مسبق لما هو محظور على الأفراد إتيانه، وبناءه على مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وهو المبدأ الذي يوفر الأمان للأفراد من تعسف وتحكم السلطة التنفيذية والقضائية، وبناء عليه قررت العديد من المبادئ الأخرى التي تعد مصدراً للاستقرار النفسي للأفراد أهمها تقادم الجرائم والعقوبات، عدم رجعية نصوص القانون العقوبات للماضي.

### رابعاً: تحقيق الردع العام والردع الخاص

الردع العام يتحقق بما تلحقه أحكام قانون العقوبات من تخويف وترهيب لأفراد المجتمع بما تتضمنه من عقوبات، ومن رؤيتهم إنزال هذه العقوبات على الجناة، أما الردع الخاص، فيتحقق بإنزال الجزاء على مقترفي الجرائم كنتيجة لعدم امتثالهم لأوامر ونواهي قانون العقوبات، لتكون مانعاً لهم من معاودة الإجرام<sup>1</sup>.

## الفصل الثاني

### تطور قانون العقوبات

مر قانون العقوبات في تطوره بالعديد من المراحل، وهي التي ميزت تطور المجتمعات البشرية، وعرف الكثير من التطورات والانقلابات، غير أننا سنركز دراستنا فقط على أهم المراحل التي تساعدنا على فهم مبادئه ومضامينه التي ترسخت اليوم كنظريات. وفي تمييز مراحل تطور قانون العقوبات يمكن القول بأنها ثلاث مراحل أساسية، هي مرحلة المجتمعات القديمة ما قبل ظهور وقيام الدولة، وبعدها مرحلة ظهور هذه الأخيرة وقيامها -الدولة، ثم مرحلة ظهور المدارس الفقهية وأثرها على تطور قانون العقوبات، غير أننا سنحاول أن نتناول هذا التطور ضمن مبحثين أساسيين، نخصص الأول لمحلة ما قبل ظهور المدارس الفقهية، والثاني لتطور قانون العقوبات مع ظهور المدارس الفقهية، كون الأخيرة هي التي ساهمت في تطوره ووصله للشكل الذي هو عليه حالياً.

### المبحث الأول

#### قانون العقوبات في المجتمعات القديمة

يقصد بالمجتمعات القديمة، تلك المراحل الزمنية الطويلة التي مرت بها المجتمعات البشرية قبل أن تنتظم في شكل دول، وفي هذا الوقت أكد الباحثين أن البشرية عرفت أربعة نظم أساسية، هي نظام الأسرة، نظام العشيرة، نظام القبيلة، ثم فكرة المدينة التي كانت أساساً لقيام الدول. ورغم بساطة تكوين هذه الجماعات البشرية الصغيرة وطريقة عيشها التقليدية، إلا أنها عرفت الجريمة ورد الفعل المقابل ضدها، وهو ما أكدته الكتب السماوية منها الشريعة الإسلامية الغراء، حيث بينت أن أول فعل بشري مثير على وجه الأرض كانت جريمة قتل، حيث قال عز وجل في الآية 29 من سورة المائدة: " فطوعت له نفسه قتل أخيه فأصبح من الخاسرين" في إشارة إلى قتل ابن آدم " قابيل" لأخيه هابيل. والاهتمام بالجريمة ورد الفعل المقابل، أي الجزاء، كانت النواة الأولى للاهتمام بقانون العقوبات، مثلما هو الأمر عليه اليوم، حيث أن أساس قواعد قانون العقوبات " الجريمة والجزاء" المشكلة للشق الموضوعي للقاعدة الجزائية. وسنحاول تقسيم تطور قانون العقوبات في المجتمعات القديمة إلى مرحلتين أساسيتين، هما مرحلة ما قبل ظهور الدولة، ومرحلة ظهورها، وذلك في المطلبين التاليين، مركزين فقط أهم التطورات التي شكلت ملامح القوانين العقابية المعروفة في العصر الحديث، دون تلك التفاصيل التي انفردت بها هذه المجتمعات ولم يبق لها اثر اليوم.

### المطلب الأول

#### قانون العقوبات في فترة ما قبل ظهور الدولة

قبل ظهور الدول، عرفت المجتمعات البدائية التقليدية الأولى نظم اجتماعية بسيطة، تمثلت في الأسرة، القبيلة، ثم العشيرة. والتي عرفت بعض النظم والأفكار التي انعكست على مبادئ ونظريات قانون العقوبات، وطورت في مراحل

1 عبد الرحمن خلفي، المرجع السابق، ص 25 و مايلها

تطوره اللاحقة. وهو ما نحاول الإشارة إليه باختصار وبتناول أهم الأفكار التي جاءت بها هذه التطورات، وذلك في الفرعين التاليين.

## الفرع الأول

### مجتمع الأسرة وقانون العقوبات

كانت بداية الاهتمام بقانون العقوبات، وتشكل نواته الأولى، عن طريق الأعراف التي تشكلت بخصوص فكرة " العدوان " ، حيث كان كل اعتداء على فرد من أفراد الأسرة يعد كاعتداء على سائر أفرادها، سواء كان اعتداء داخليا أو خارجيا من فرد أو أفراد من أسر أخرى، في الحالة الأولى يقرر رب الأسرة الجزاء المقرر على الفرد مقابل اعتداءه على أسرته، والذي قد يصل حد النفي من الأسرة أو القتل، وفي حالة الاعتداء الخارجي كان الجزاء عبارة عن ثأر جماعي. وما يمكن قوله عن هذه الفترة من حياة البشرية، أن الجرائم كانت قليلة وعادة ما تنحصر في جرائم الأشخاص فقط، وعلى الخصوص جريمة القتل، وذلك راجع لبطاشة الحياة في تلك المجتمعات وقلة الأموال التي يحتمل الاعتداء عليها، مما انعدم معه جرائم الأموال، وكان رد الفعل على الجرائم التي كانت موجودة غريزيا يتمثل في انتقام المجني عليه أو أهله، على الجاني أو أهله، وهو الانتقام الذي يساوي أو يفوق - في غالب الأحيان- الضرر الذي لحق بهم، مما جعل من حلقات الانتقام تتسلسل وتتوالى حيث كل انتقام يعقبه انتقام مضاد وهكذا، الأمر الذي يترك بصمة واضحة وكبيرة في مجال تطور قانون العقوبات..

## الفرع الثاني

### مجتمع العشيرة وقانون العقوبات

بالنظر لكون العشيرة عبارة عن انضمام بعض الأسر لبعضها البعض، خاصة تلك التي تربط بينها روابط النسب، ورثت العشيرة النظام العقابي الذي كان سائدا في مرحلة الأسرة، وطورته نوعا ما بما يلاءم مصالح العشائر الجديدة، خاصة وأن سلطات رب الأسرة في توقيع الجزاء، انتقلت إلى رئيس العشيرة في حال ما إن كان الجاني ينتمي لهذه العشيرة، وحلت فكرة الانتقام الجماعي " بين أسر العشيرة الواحدة، مما هدد أمن العشائر وأطوا محله فكرة الطرد من العشيرة حتى لا يعرض وحدتها للخطر، واهتدوا أيضا لفكرة نظام القصاص الذي كان له تأثير كبير في الحد من شهوة الانتقام الفردي والمبالغة في الثأر. غير أنه في حالات الاعتداءات الخارجية بقيت الحروب بين العشائر وسيلة لتوقيع الجزاء والانتقام من جناة العشائر الأخرى، وتفكيراً في الحد من ويلات هذه الحروب اهتدت العشائر لفكرة الدية والصلح، وهي مبلغ من المال تدفعه عشيرة المعتدي لعشيرة المعتدى عليه نظير تنازلها عن الثأر، مما قلل من الحروب التي كانت تثار من حين لآخر بين هذه العشائر، وقربت بينها، الأمر الذي جعلها تتحد في نظم اجتماعية أوسع هي نظم القبيلة والمدن سيما بظهور الديانات التي ساهمت في هذا التوحد والاندماج، وقوت من سلطات الحكام التي اصطبغت بصبغة دينية، الأمر الذي جعل من الجرائم التي يقرها تصطبغ بصبغة دينية أيضا، وتجعل من العقوبة التي تنزل بالجاني، إرضاء للآلهة قبل أن تكون انتقاما أو ثأرا. مما مكن الكهنة ورجال الدين في التجريم والعقاب. ويمكن القول أن هذا التطور يسمح لنا القول بأن سلطات التجريم والعقاب انتقلت من رب الأسرة إلى رب العشيرة إلى رجل الدين أو الكاهن، وأن العقوبة إرضاء للآلهة قبل أن تكون عبارة عن انتقام أو ثأر من الجاني. ومع ظهور الدول عملت على تعديل مضامين التجريم والعقاب بما يبسط هيبتها ويؤكد هيمنتها ويفرض سادتها وسلطانها، وكانت وسيلتها الوحيدة في ذلك قانون العقوبات، وقد كان لها ذلك فعلا.

## المطلب الثاني

### قانون العقوبات ومرحلة ظهور الدولة

مع البدايات الأولى لظهور الدولة، عملت الأخيرة على الإبقاء على نظامي الصلح والدية، وتعديلها بما يخدم أهدافها ويحافظ على مصالحها، لذا أول ما قامت به أن جعلت منهما نظامين إجباريين، بعدما كانا في المجتمعات القديمة نظامين اختياريين، وفي شق التجريم عملت على التوسع في الجرائم العامة على حساب الجرائم الخاصة، مما مكنها من القضاء على سلطات رؤساء العشائر والقبائل، وقامت من جديد بتعديل النظم التجريمية والعقابية بما يخدم مصالحها الآتية، ويقوي نفوذها ويحقق أهدافها. وعكس المجتمعات القديمة أين كان الاهتمام بالعقوبة أكثر من الاهتمام بالجريمة، فإنه مع ظهور الدولة انعكس الوضع، وبدأ الاهتمام بالجريمة أكثر من العقاب، فبعدما عملت على إحداث الجرائم العامة الماسة

بنظام الدولة، ووسعت من نطاقها على حساب الجرائم الخاصة، ربطت الجريمة بنظام وأمن المجتمع – وهي الفكرة السائدة في النظام الجنائي الحديثة- وبما أن الجريمة مساس وتعريض لمصالح الدولة وسيادتها للخطر، فإن رد الفعل عليها حق للدولة فقط، لها أن تقرر نوعه ومقداره، وبالتالي أصبح النظام العقابي شأن من شؤون السلطة وحدها دون غيرها. كما ظهرت فكرة الردع ووقاية المجتمع من الإجرام، كأهداف للجزاء الجنائي عوض الانتقام والثأر، والردع قد يكون خاص يتمثل في تكفير الجاني عن إثمه، أو عام يتمثل في تخويف وترهيب باقي أفراد المجتمع، ليتأكد بذلك الدفاع عن أمن وسلامة المجتمع، غير أن هذه الأهداف جعلت الدول القديمة تبالغ في قسوة العقوبات، وهنا ظهرت عقوبات الإعدام بكثرة، مع عقوبات أخرى كثيرة تنطوي على الكثير من صنوف التعذيب، مثل الإحراق وتمزيق الأطراف والتعليل بالسلاسل. الأمر الذي جعل القرون الوسطى، التي شهدت نشأة وظهور الدول تمر بمرحلة سواد حالك في المجال العقابي، في الغالب ما يتجاوز الشراح الأوروبيين، لإخفاء حقيقة الوضع المأساوي في المجتمعات الأوروبية، من جهة، ولتغطية أفضل الشريعة الإسلامية على المجتمعات من جهة ثانية. خاصة وأنها الشريعة التي أُنارت هذه الحقبة التاريخية وطورتها وأرست حضارة ظاهرة لا تخفى معالمها. وهو ما يقودنا إلى تناول فكرة أثر الدين على تطوير قانون العقوبات، من خلال فرعين، نتناول في الأول قانون العقوبات والديانة المسيحية، وفي الثاني الشريعة الإسلامية وأثرها في تطوير قانون العقوبات.

## الفرع الأول

### قانون العقوبات والديانة المسيحية

ورثت الدول الأوروبية القوانين الجزائية المصبوغة بصبغة دينية، نتيجة انتشار الديانة المسيحية، وهو الوضع الذي استغلته الكنيسة وحاولت الإبقاء عليه وتدعيمه، ومحاولتها السيطرة على أجهزة العدالة بالنظر لكونها صاحبة الاختصاص، باعتبار الجرائم اصطبت بصبغة دينية، الوضع الذي جعل الكنيسة تنازع الدولة في مسألة الاختصاص القضائي، والتجريم والعقاب، وهنا انقسم قطاع العدالة إلى قسمين، عدالة كنسية يرعاها رجال الدين، وعدالة دنيوية ترعاها الدولة، ونتج عن ذلك صراع طويل ومرير انتهى في نهاية المطاف إلى تغليب دور المحاكم الدنيوية على حساب المحاكم الكنسية، مما زد من تعسف وتحكم أهواء الحكام، وظلت العقوبات تتصف بالقسوة، ابتلى فيها الناس بعدالة لا ترحم، هدفها وهمها الوحيد ردع الشعوب وتخويفهم وبث الرعب فيهم حفاظا على كيان الدولة، ورغم ذلك بقيت الجرائم والعقوبات تتسم بصبغة دينية، وساد اعتقاد في أوروبا أن أي كارثة أو مشكلة تحل بالمجتمع سببها غضب الآلهة عن الجريمة التي أغضبتها، لذا يجب إنزال أشد العقوبات على من يغضب الآلهة، واعتبرت العقوبة في القانون الكنسي تكفير عن ذنوب الجاني وإرضاء للآلهة. ومما زاد الأوضاع تعقيدا، مبالغة القضاة في إرضاء الحكام، وتكريس الطبقية بين الناس وسيادة اللامساواة، ومما أزم الأوضاع أكثر اعتبار الحكام أنفسهم مفوضون في الأرض للحكم باسم الآلهة، فكانت هذه الفترة في أوروبا في الحقيقة من أسوأ الفترات التي عرفتها العدالة الجنائية وقانون العقوبات على الإطلاق، امتدت لنهاية القرون الوسطى، وبالضبط إلى ما قبل الثورة الفرنسية سنة 1789. غير أن الأمر اختلف في الناحية الثانية من العالم بإطلاق فجر الشريعة الإسلامية.

## الفرع الثاني

### أثر الشريعة الإسلامية في تطوير قانون العقوبات

على عكس الجانب المظلم للعدالة الجنائية وقانون العقوبات السائد في أوروبا في القرون الوسطى، فإن الجهة الأخرى المقابلة كانت تنعم بتطبيق أكثر النظم القانونية الجنائية إحكاما، حيث كانت تطبيق الشريعة الإسلامية، التي نرى أنها على عكس التطورات السابقة، اهتمت بالجريمة قبل اهتمامها بالعقوبة، حيث قسمت الجريمة شرعا إلى ثلاثة أقسام مختلفة لكل منها قواعدها وأحكامها، ولكل نوع منها عقوباتها الخاصة، وأصناف الجرائم في الشريعة الإسلامية هي: جرائم الحدود التي حددت على سبيل الحصر في القرآن الكريم، ويعاقب عليها بعقوبة تسمى الحد المقرر كحق لله عز وجل، وهي جرائم قررت لحفظ النفس والنسل والعرض والمال والعقل والدين، لذا قابلتها جرائم: السرقة، الزنا، القذف، شرب الخمر، الردة، البغي والحراية. والنوع الثاني من الجرائم، هي جرائم القصاص والدية وهي جرائم قررت حفاظا على مصالح الأفراد، والنوع الثالث، وهو الجرائم التعزيرية التي تعني تأديب على الذنوب التي لم يأتي فيها حد من

الحدود، أو القصاص والدية. كما اهتمت الشريعة الإسلامية بفكرة المسؤولية الجنائية وطرق الإثبات وغيرها من الأفكار التي لم تكن معروفة في القانون العقابي في الشق الآخر من العالم<sup>1</sup>.

وما يمكننا قوله عن دور الشريعة الإسلامية، نبرزه باختصار فيما قاله العلامة أحمد عبد الرزاق السنهوري: " لو وطئت أكنافها وعبدت سبلها لكان لنا في هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقهاءنا وفي قضائنا وفي تشريعاتنا، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد فنضيء به جانبا من جوانب الثقافة العالية في القانون"، وهي حقيقة لم يقف عندها فقهاء الشريعة الإسلامية فقط وإنما حتى الفقه الأوروبي المقارن، خاصة في المؤتمر الذي عقدته شعبة الحقوق الشرعية من المجتمع الدولي للحقوق المقارنة في كلية الحقوق جامعة باريس في 2 جويلية 1951 بعنوان: " أسبوع الفقه الإسلامي"، حيث تم التأكيد على أن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها، كما أن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ومن الأصول الحقوقية التي هي مناط الإعجاب، والتي بها يستطيع الفقه الإسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها وفي أثناء مناقشات هذا المؤتمر أبدى نقيب المحامين في باريس آنذاك دهشته بقوله: " أنا لا أعرف كيف أوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلاحيته كأساس تشريعي يفي بحاجات المجتمع الحضري المتطور، وبين ما نسمعه الآن في محاضرات ومناقشات، مما يثبت خلاف ذلك تماما ببراهين النصوص والمبادئ"

هذا، ويمكننا أن ننبه أن الاهتمام في هذه المراحل كان منصبا بالأساس على فكرة العقوبة والجزاء، وهو أمر تبينه غالبية الدراسات، في حين أننا نرى الأهم أن يتم التركيز على جانب الجريمة وهو ما أهمل تماما، لكن بدراستنا لمختلف التطورات أمكننا أن نستنتج الملاحظات التالية بخصوص تطور نظرية الجريمة، في مقابل تطور نظرية الجزاء السابقة، فالجرائم في المجتمعات البشرية القديمة، وبالنظر لبساطة طرق عيشها، لم تكن متعددة بالشكل الحالي، حيث أهم ما عرفته المجتمعات البشرية قديما خاصة في مرحلة الأسرة وبداية تشكل العشائر، هو الجرائم الواقعة على الأشخاص وأهمها جريمة القتل، ثم مع القوة التي بدأت تتخذها المكونات القديمة وتقوية طرق عيشها ووسائل تبادلها، بدأت تظهر الجرائم المالية، وبظهور الدين ظهرت الجرائم التي تشكل اعتداء على الديانات، وبظهور الدولة ونظم الحكم المختلفة ظهر ما يعرف اليوم بالجرائم السياسية. أما من حيث تكوين البنين القانوني للجريمة، فلم يكن ينظر في المجتمعات القديمة للجانب النفسي للجريمة أو لمرتكبها، وبمعنى قانوني أدق، لم يكن ينظر للركن المعنوي للجريمة، حيث كانت مجرد فعل مادي يسأل من صدر عنه دون اعتداء بإرادته أو قصده، فالجريمة وفق هذه المجتمعات كانت تتكون من ركن واحد هو ركن مادي. أما بداية بروز الركن المعنوي للجريمة واتخاذ مكانته كركن أساسي في الجريمة، كان مع ظهور القانون الروماني القديم، لكن دوره كان مقتصرًا على تحديد المسؤولية وتقدير العقاب لا كركن بالمعنى القانوني الدقيق، بناء عليه يكتمل البنين القانوني للجريمة. غير أن هذا الركن اتخذ مكانته الطبيعية إلى جانب الركن المادي، بظهور الديانة المسيحية، حيث تعد الجريمة في نظر الفقه الكنسي أن يكون الجاني أراد الخطيئة واتجهت نيته إليها، لكن مع الشريعة الإسلامية تبلور بطريقة واضحة، ومن بعده المسؤولية الجنائية وموانعها وأسباب الإباحة.

أما النقطة الثانية التي من خلالها يمكننا التطرق لتطور قانون العقوبات، هي فكرة مبدأ الشرعية أو على الأقل مبدأ التجريم والعقاب، حيث أنه في المجتمعات القديمة لم يكن المبدأ معروفا وبالتالي كان التعسف ومبدأ اللامساواة، وكان الأفراد يفاجئون بجرائم لم يكن أمرها مجرما من قبل وتوقع عليهم عقوبات لم يندروا بها من قبل وعدم المساواة بين الجناة حيث كانت تتحكم في ذلك وضعهم الاجتماعي والطبقي.

## المبحث الثاني

### قانون العقوبات وظهور المدارس الفقهية

بالرغم من أن ظهور الدولة لم يأتي بالكثير من الجديد لتطور القانون العقابي، إلا أن الوضع المظلم والحالك الذي عرفته أوروبا في القرون الوسطى، عرف ظهور العديد من التيارات الفكرية الجنائية المنادية للإصلاح، وهي التيارات التي تولدت عنها العديد من المدارس الفقهية الجنائية التي لازال فكرها يدرس لغاية اليوم، وتركت بصماتها الراسخة على قانون العقوبات، بالرغم من أن كل مدرسة من هذه المدارس قامت على أسس فلسفية تختلف تمام على المدارس الأخرى، ورغم هذا الاختلاف، إلا أنها ساهمت في إصلاح تشوه واعوجاج العدالة الجنائية الأوروبية، وأندقتها

1 عمر خوري، قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، محاضرات ألقيت 1010-2011، ص3.



من غرقها في الظلمة والفساد الذي كانت تعرفه، وخلصتها من القوانين العرفية والمنشورات الملكية التي كانت تكرس التعسف والتحكم والحكم وفق أهواء الحكام والملوك، وتقنن اللامساواة والطبقية، وكان ذلك نتيجة لإشعال مشاعر الفلاسفة والمفكرين التي حركت أعلامهم لتشعل كتاباتهم بوادئ الثورة على الأوضاع، والمناداة بقانون أكثر إنسانية ينبذ عم المساواة والتفرقة وتحكم القضاة واستبدال الحكام، سيما في ظل تشعب المجتمعات الأوروبية آنذاك بفلسفة العقد الاجتماعي، للفقيه جون جاك روسو التي أوضح مضامينها في كتابه العقد الاجتماعي، وفلسفة الفقيه مونتسكيو بظهور كتابه روح القوانين سنة 1748 الذي أول ما أكد فيه هو نسبية قانون العقوبات وضرورة اختلافه باختلاف المجتمعات والعصور، كما هاجم بشدة النتائج المترتبة عن الانتقام الجماعي وبصفة خاصة قسوة العقوبات، الأمر الذي شجع على إيجاد مناخ فكري جنائي نادى بقانون عقوبات يراعي روح العصر ورغبة المجتمعات في التغيير والتجديد والإصلاح، وكثرت التيارات الفكرية في أهم الدول الأوروبية، وأهمها إيطاليا وألمانيا وفرنسا وإنجلترا، التي شكلت العديد من المدارس الفقهية، التي ساهمت بصفة مباشرة في بلورة القانون الجنائي كنظام متكامل، وأهم هذه المدارس، المدرسة التقليدية الأولى ( المدرسة الكلاسيكية)، والمدرسة التقليدية الحديثة، والمدرسة الوضعية، والعديد من المدارس الوسطية أو التوفيقية، وأخيرا ظهور مدرسة الدفاع الاجتماعي، وعموما يمكن تلخيص هذه الاتجاهات في المدارس التقليدية، ونقيضتها المدرسة الوضعية، وبينما المدارس التوفيقية، وهو الأمر الذي نعالجه من خلال المطالب الثلاثة التالية..

## المطلب الأول

### المدارس التقليدية

المدرسة التقليدية من أهم وأولى المدارس الفقهية التي اهتمت بقانون العقوبات وساهمت في تطويره بشكل كبير، خاصة وأنها شهدت العديد من التطورات في حد ذاتها، وهي التطورات التي أسفرت عن ظهور مدرستين تقليديتين، سميت الأولى بالكلاسيكية أو بالتقليدية الأولى أو القديمة، وسميت الثانية بالمدرسة التقليدية الحديثة، وكانت هناك محاولات لإنشاء مدرسة تقليدية ثالثة، غير أن دراستنا سنتركز على المدرستين الأوليتين، في الفرعين التاليين.

### الفرع الأول

#### المدرسة التقليدية الأولى (المدرسة الكلاسيكية)

نشأت هذه المدرسة في منتصف القرن الثامن عشر، بعد صدور كتاب " الجرائم والعقوبات" للمفكر الإيطالي بيكاريا سنة 1764، الذي ألفه في مجتمع اتسم بقسوة العقوبات والتجريم على الأهواء وانتفاء المساواة في التطبيق تبعا لاختلاف الطبقات، حيث نادى في كتابه بوجود المساواة والقضاء على الطبقة، والإقلال من قسوة العقوبات، ونادى بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وهي الأفكار التي اتبعها في إيطاليا فيلا تيجري، وفي ألمانيا فويرباخ، وفي إنجلترا بنتام، الذي أدخل فكرة المنفعة كأساس لتقدير العقوبة، وأن تكون العقوبة بقدر من الإيذاء والألم للمجرم بقدر يفوق اللذة التي حصل عليها من ارتكاب جريمته، كما ركز على الأثر الرادع للعقوبة، خاصة الردع العام الذي يعد أساس إحجام الناس على ارتكاب الجرائم، وعموما يمكن تلخيص الأسس الفلسفية التي قام عليها فكر المدرسة التقليدية على المبادئ التالية التي كان لها أثر في قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة 1910:

1- إقرار مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وإبطال سلطة القاضي في خلق الجرائم، والتقليل من سلطته التقديرية في تحديد العقوبات.

2- أساس المسؤولية الجنائية حرية الاختيار، حيث توجه أوامر ونواهي قانون العقوبات للشخص المميز المدرك لتصرفاته.

3- الحد من قسوة العقوبات، ورأى بيكاريا الذي يعد أول من وضع أسس في فلسفة العقاب ووضع نظرية متكاملة تحدد أساس حق الدولة في العقاب، وانتقد قسوة العقوبات التي رأى أنه لا فائدة منها حيث يعمل الجناة على الإفلات منها، بل فكر في أن العقوبة يجب أن تكون بقدر يفوق ما يحصل عليه الجاني من جريمته، حيث إذا فكر في ارتكاب جريمة وازن بين ما يعود عليه من نفع جراء ارتكابه هذه الجريمة، وما ينزل عليه من عقاب، حيث إن وجد الألم الذي ينزل به جراء العقوبة يفوق النفع الذي يحصل عليه من اقتراف الجريمة امتنع عن ارتكابها، بينما جاك روسو وفي كتابه العقد الاجتماعي، فيرى رد العقوبة إلى أدنى الحدود، حيث أن الشخص لما تنازل عن حريته للجماعة، لم يتنازل إلا عن القدر اللازم لحماية هذه الحرية، وتبنى جيريمي بنتام فكرة المنفعة الاجتماعية أيضا، التي نادى بها بيكاريا، حيث رأى أنه لا

فائدة من قسوة العقوبات ما لم تكن تنطوي على مصلحة، وبالتالي نادى هؤلاء، بالمساواة بين الناس في العقاب، والتقليل من قسوة العقوبات والأخذ بفكرة حرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية.

## الفرع الثاني

### المدرسة التقليدية الحديثة

وهي المدرسة التي قامت على أفكار الفيلسوف الألماني إيمانويل كانت، والتي كان لها أثر كبير على الفكر القانوني الجنائي، حيث نادى بفكرة العدالة المطلقة، وأسس العقوبة على اعتبارات إرضاء الشعور بالعدالة، حيث أن الجاني أنزل شرا بالمجتمع، وإرضاء شعور هذا المجتمع بالعدالة يجب أن يقابله إنزال شر بالجاني، حتى ولم لم تتحقق مصلحة للمجتمع في ذلك، وقد صاغ في ذلك مثالا شهيرا، هو أنه المجتمع الذي يهجر فرد أو يعدمه وبالرغم من أنه انتقد لهذا العضو ولم ينل أية فائدة من ذلك، إلا أن تنفيذ العقوبة تنزل رضاء بالعدالة بهذا المجتمع. وقد تأثر بأفكار هذا المفكر، روسيه وأرتولا وموليه في فرنسا، وكيرار وكرمينيان في إيطاليا، وهوس في بلجيكا، وميترماير في ألمانيا، وتكونت من أفكار الجميع المدرسة التقليدية الحديثة، وجمعوا بين فكرة العدالة التي نادى بها كانت، وفكرة المنعة التي نادى بها بنتام، وأسسوا العقوبة على فكرة العدالة التي تحقق منفعة للمجتمع، حيث لا يعاقب الجاني بعقوبة تتجاوز الحدود التي تتطلبها مصلحة المجتمع، كما انتقد رواد هذه المدرسة فكرة المساواة المطلقة التي لا تأخذ بعين الاعتبار شخصية الجاني وظروفه الشخصية، حيث أدخلوا فكرة الظروف المخففة ونادوا تبعا لذلك بالتوسع بعض الشيء في السلطة التقديرية للقاضي حتى يراعي الظروف الشخصية للجاني.

### المطلب الثاني

#### المدرسة الوضعية ( أو الإيطالية )

المدرسة الوضعية نشأت بإيطاليا مع صدور كتاب " الإنسان المجرم " للطبيب الإيطالي لمبروزو سنة 1876، وتبعه القاضي جارو فالو الذي ألف كتابا عن علم الإجرام، وفيري الذي وضع مبادئ نظريته في رسالة تخرجه من كلية الحقوق، بعنوان " آفاق جديدة في قانون العقوبات"، وكونت آراء الثلاثة المدرسة الوضعية، التي تعد أول محطة حولت الأنظار من الاهتمام بالجريمة كفعل ضار وقع في المجتمع، إلى شخص المجرم باعتباره محدث هذا الفعل الضار، ومصدر الخطورة في العودة مستقبلا للإجرام، وإحداث المزيد من الوقائع الضارة الأخرى بالمجتمع، وبالتالي وجوب أن يهدف رد فعل المجتمع هذه الخطورة الإجرامية، وذلك بتطبيق التدابير الاحترازية للقضاء على الخطورة الكامنة لدى المجرم. خاصة وأنها المدرسة التي نفت بداية " حرية الاختيار " عن الجاني، فهو مدفوعا دائما بعوامل داخلية دفعته لارتكاب الجرائم، سواء كانت هذه العوامل الداخلية، ذات أصل وراثي أو جثماني أو اجتماعي، والتي تدفعه جبرا إلى ارتكاب الجرائم، وبالتالي العقوبة سوف لن يكون لها أثرا رادعا ويجب أن يتجرد مضمونها من فكرة الردع، كون الردع يستلزم التسليم بحرية الإرادة، والجاني ليس حرا بل مدفوعا، بمعنى ليس مخييرا بل مسيرا. وأن الخطورة الإجرامية هذه يجب أن تواجه بتدابير احترازية كفيلة بالقضاء عليها، وإصلاح الجاني أو إقصائه من المجتمع إن تعذر إصلاحه، لذا تمحورت أفكار هذه المدرسة حول المبادئ التالية:

- 1- ضرورة قيام قانون العقوبات على أسس شخصية، حيث يجب أن يأخذ بعين الاعتبار شخصية الجاني وليس ماديات الجريمة، فالجريمة ليست عبارة عن مظهر مادي خارجي، وإنما انعكاس لخطورة إجرامية كامنة لدى الجاني.
- 2- إنكار حرية الاختيار، والقول بأن المجرم مسير وليس مخير، فهو مدفوع لارتكاب الجرائم نتيجة خطورته الإجرامية، لذا فمسؤوليته لا تقوم على أساس حرية الاختيار، وإنما على فكرة الخطورة الإجرامية. حيث يرى أنصار هذه المدرسة أنه هناك خطرون وليس مذنبون، والخطر يجب أن يوضع في مكان لا يمكنه من الاعتداء على غيره، لذا يجب تقرير التدابير الاحترازية عوض العقوبات.
- 3- تصنيف المجرمين تبعا لعوامل الخطورة الإجرامية لديهم، وتقرير تدابير احترازية خاصة بكل طائفة من هذه الطوائف، فالمجرمين يصنفون إلى مجرم بالطبيعة، ومجرم معتاد، ومجرم بالعاطفة، ومجرم بالمصادفة، فالمجرم بالطبيعة والمجرم بالاكتياد مدفوعين إلى ارتكاب الجرائم بعوامل تكوينية، يستحيل شفائها، يتعين اتخاذ تدابير الإبعاد من المجتمع ضدهم، والمجرم المجنون فهو مدفوع إلى الإجرام نتيجة مرض عقلي، يتعين إيداعه إحدى دور الأمراض العقلية، والمجرم بالعاطفة هو المجرم الذي يندفع إلى ارتكاب الجريمة نتيجة عدم توازن في حالته العاطفية، يتعين أن يعوض أضرار

الجريمة زيادة على توقيع تدابير احترازية عليه، والمجرم صدفة، وهو الذي دفعته لارتكاب الجريمة عوامل وظروف اجتماعية طارئة، وبالتالي يمكن إصلاحه بتدبير احترازي يعالج الظروف الاجتماعية التي دفعته لارتكاب الجريمة.

4- رد فعل المجتمع يجب أن يكون عبارة عن تدبير احترازي هدفه إما الإصلاح أو الإقصاء من المجتمع، لا على العقوبة الهادفة إلى الردع والقائمة على اعتبارات العدالة.

وإن كانت أفكار المدرسة الوضعية لم تطبق بالكامل في القوانين والنظم الجنائية، إلا أن بعض أفكارها كانت أساس للعديد من الأفكار القانونية، مثل منح القاضي السلطة التقديرية في تقدير العقوبة الملائمة لشخصية الجاني، وهو ما يسمى مبدأ تفريد العقاب الذي يعد من أهم المبادئ الجنائية المطبقة في كل التشريعات الجزائية الحديثة، وفكرة غرض العقوبة الإصلاحية والعلاجية التي أصبحت محور لسياسات تنفيذ العقوبات في التشريعات الوضعية.

### المطلب الثالث

#### المدارس التوفيقية

أسفر الجدل الذي حصل بين المدرستين التقليدية والوضعية، إلى ظهور مدارس وسطية أو توفيقية، حاولت التوفيق بين آراء المدرستين، متفادية إصراف المدرسة الوضعية في دراسة المجرم على حساب الجريمة، وإنكار حرية اختياره تماما، وإفراغ العقوبة من معاني الردع تماما وتوجيهها نوح الإصلاح والعلاج وحتى الإقصاء، وعلى النقيض من ذلك، مغالاة المدرسة التقليدية في الاهتمام بالجريمة دون المجرم، أي الاهتمام بالفعل دون الفاعل، وحرية إرادته، وإفراغ العقوبة من كل معاني الإصلاح والعلاج والتهديب، وتوجيهها فقط نحو تحقيق العدالة والمساواة والمنفعة الاجتماعية.

وكانت من أهم المدارس التوفيقية، **المدرسة الثالثة** التي أنشأها في إيطاليا كارنفاي وأليمينيا، والاتحاد الدولي لقانون العقوبات الذي أسسه فان هامل برنس وفون ليست، ونقطة الاشتراك بين هذه المدارس، هي الاعتراف بحرية الإرادة لدى الجاني وإقامة المسؤولية الجنائية على أفكار التمييز والإدراك، وأن أهداف العقوبة متعددة، فهي تهدف إلى تحقيق الردع، كما تسعى إلى إصلاح الجاني وتهديبه وعلاجه أيضا، لذا يمكن إقرار التدابير الاحترازية إلى جانب العقوبات التقليدية، وبذلك أصبحت الغلبة لأفكار المدارس التوفيقية في التشريعات العقابية الحديثة، بما فيها المشرع الجزائري، الذي أسس المسؤولية الجنائية على حرية الإرادة والتمييز والإدراك، حيث لا تقوم هذه المسؤولية في حالة صغر السن والجنون والإكراه ( المواد من 47 إلى 51 من تقنين العقوبات الجزائري)، ولإقراره للتدابير الأمنية إلى جانب العقوبات ( المواد 19-22 من تقنين العقوبات الجزائري). ومن بين أهم المدارس التوفيقية، نجد مدرسة الدفاع الاجتماعي، ومدرسة الاتحاد الدولي لقانون العقوبات، الذين سنتناولهما من خلال الفرعين التاليين.

#### الفرع الأول

##### مدرسة الدفاع الاجتماعي

##### الاهتمام بالشخص الجاني عوض الجريمة

وهي المدرسة التي تأسست على يد الفقيه الإيطالي جراماتيكا بعد الحرب العالمية الثانية، حيث أنشأ مركزا للدراسات التي تتمحور حول فكرة أو نظرية " الدفاع الاجتماعي"، وأسس مجلة سميت بـ " مجلة مؤتمرات الدفاع الاجتماعي" في إيطاليا سنة 1947، وفي بلجيكا سنة 1949، ونشرت سنة 1955 برنامجا تضمن الحد الأدنى لسياساتها. وهي المدرسة التي تقوم أساسا حول الأفكار التالية:

1- يجب أن يكون هدف قانون العقوبات، حماية المجتمع من مخاطر السلوكات المجرمة، ولا أن تكون وظيفته مجرد القصاص من الجاني وتخويفه وترهيبه بالعقوبات، لذا يجب أن يتم إقرار وسائل أخرى إلى جانب العقوبات التقليدية، وهي تدابير الدفاع الاجتماعي، لتصبح العقوبة تدبيرا للدفاع الاجتماعي، وقانون العقوبات قانونا للدفاع الاجتماعي. وهي بذلك تدافع عن أفراد المجتمع كافة، بما فيهم الجناة ذاتهم، ولا تهتم كثيرا بالبحث في الأساس الفلسفي لمسؤولية الجاني.

2- تتقرر تدابير الدفاع الاجتماعي بدراسة علمية دقيقة تكشف أسباب انحراف الجاني لاختيار التدبير الملائم للتطبيق عليه.

3- إيلاء أهمية كبيرة لمتابعة الجاني ومساعدته بعد إخضاعه لتدابير الدفاع الاجتماعي، وذلك بتقديم الرعاية والمساعدة له للتغلب على الأسباب التي أدت به إلى الانحراف، وبذلك يمكن إعادة الإدماج الاجتماعي للمجرمين كأعضاء صالحين فيه.

4- كما يمكن تطبيق تدابير الدفاع الاجتماعي حتى قبل إقدام الشخص على ارتكاب الجريمة، وذلك من خلال الكشف المبكر عن الأشخاص الذين تتوفر لديهم نفسيا واجتماعيا عناصر يترجح معها ارتكابهم جرائم في المستقبل. بل الأكثر من ذلك، نادى جراماتيكا بالعديد من الوسائل التي يجب أن تبنى عليها السياسة الجنائية، لدرجة أنه انتقدت من زميله مارك أنسل الذي ظل فترة طويلة سكرتيرا عاما للحركة، واعتبر آراء جراماتيكا آراء شخصية متطرفة خاصة وأن الأول نادى بإلغاء قانون العقوبات.

## الفرع الثاني

### مدرسة الاتحاد الدولي لقانون العقوبات

وهو الاتحاد الذي تأسس سنة 1880 من قبل مجموعة من الفقهاء أهمهم: أدولف برنز، فون ليست، فان هامل، وأخذوا بأهم الأفكار التوفيقية بين المدارس السابقة، وتركزت فلسفته على دعامين أساسيين، هي أن مهمة قانون العقوبات الكفاح ضد الجريمة باعتبارها ظاهرة اجتماعية، وأن يراعي القانون الجنائي النتائج التي تسفر عنها الدراسات الأنثروبولوجية والاجتماعية، وهو ما يدل على الاتجاه العلمي للاتحاد الدولي ورفضهم التام لفكرة التسليم بالحتمية، وطالب هؤلاء الفقهاء رجال القانون بضرورة ألا يغرقوا في الأفكار الفلسفية، بل وجوب التفكير في الشعور الداخلي للفرد بحريته، وهي الأفكار التي أثرت في بعض التشريعات أهمها قانون الدفاع الاجتماعي البلجيكي الصادر سنة 1930، الخاص بالمجرمين الشواذ والعائدين، كما ظهرت حركات فقهية حديثة نتيجة أفكار هذا الاتحاد، أهمها الحركة التي ظهرت في إسبانيا باسم علم الإجرام الحديث<sup>1</sup>.

## المبحث الثالث

### تطور قانون العقوبات الجزائري

الجزائر من بين الدول التي عرفت تطورات كبيرة على مستوى قانون العقوبات، خاصة وأنها من الدول الإسلامية التي طبقت أحكام الشريعة الإسلامية في مرحلة معينة من تاريخها، كما عرفت بعض التطورات في الفكر الجنائي نتيجة استعمارها من قبل الاحتلال الفرنسي ولفترة طويلة من الزمن، لتكون أهم المراحل المميزة لتطور قانون العقوبات في الجزائر، ثلاث مراحل، مرحلة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، مرحلة تطبيق القانون الفرنسي، ومرحلة الاستقلال التي شهدت تطبيق قانون عقوبات وطني، وهو ما نتناوله في المطلب الثلاثة التالية.

## المطلب الأول

### مرحلة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية

عرفت الجزائر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الفترة التي أعقبت الفتوحات الإسلامية لشمال إفريقيا، حيث طبقت الشريعة على كل المجالات بما فيها المجال الجزائي، بما فيها شقي التجريم والعقاب، حيث عرفت تقسيم الجرائم وفقا للتقسيم الشرعي لجان جرائم الحدود، جرائم القصاص، والجرائم التعزيرية، وهو ما نبينه في الفروع الثلاثة التالية.

## الفرع الأول

### جرائم الحدود

جرائم الحدود جرائم محدودة ومبينة على سبيل الحصر بالكتاب ( القرآن الكريم)، والتي يعاقب عليها بعقوبة تسمى " الحد" الذي يعني لغة المنع، أي منع الجاني من معاودة ارتكاب الجريمة، والحد عقوبة قررها الخالق نتيجة الجريمة التي تشكل اعتداء على حق الله عز وجل، سيما وأنه بالاطلاع على هذا النوع من الحدود يبين أنها تهدف لحفظ النفس والنسل والعرض والمال والعقل وحفظ الدين. والأصل أن الحد مقرر كقاعدة بموجب نص قرآني، واستثناء بموجب السنة النبوية الشريفة مثلما هو الشأن بالنسبة لجريمة شرب الخمر، وجريمة الردة، حيث تكفل النص القرآني بتبيان شق التجريم، بينما تكفلت السنة بتبيان الحد المقرر لها كعقوبة. وعقوبة الحد لا تقبل العفو أو التنازل عنها كونها حق مقرر لله عز وجل، وهي مقررة لجرائم تامة لا لمجرد الشروع فيها أو المحاولة، فإن توقفت عند حد الشروع اعتبرت معصية توجب عقوبة تعزيرية لا تطبيق الحد، وما يميز هذا النوع من العقوبات أنها ذات حد واحد لا حدين، كما هو الحال في التشريعات الوضعية الحديثة، وبالتالي فلا سلطة تقديرية للولي في تطبيقها، وباختصار جرائم الحدود سبعة، هي: حد

1 عادل قورة ، محاضرات في قانون العقوبات ( القسم العام – الجريمة ) ، ط 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص 6 و مايليها.

الزنا، حد السرقة، حد القذف، حد البغي، حد الحرابية، حد الردة، حد شرب الخمر، وبالتالي الحدود في الشريعة الإسلامية هي الجلد والقتل والقطع. الجلد في مائة جلدة في الزنا، وثمانون في القذف، وبين الأربعين والثمانين في شرب الخمر، والقطع في السرقة، والقطع على خلاف والصلب في الحرابية، والقتل في الردة.

## الفرع الثاني

### جرائم القصاص والدية

وهي جرائم تقع على نفس الإنسان أو ذاته، وبالتالي هي اعتداءات واقعة على الأفراد ويجوز التنازل أو العفو عنها من المجني عليه أو من ذويه عكس جرائم الحدود التي لا يقبل فيها العفو والتنازل، غير أن العفو عنها لا يمنع ولي الأمر العقاب عليها بعقوبة تعزيرية إذا رأى أنه من شأنها تؤدي إلى إفساد في الأرض، وجرائم القصاص والدية هي: القتل العمد، الجناية شبه العمد، القتل الخطأ، الجناية على ما دون النفس عمدا، الجناية على ما دون النفس خطأ، وعقوبتها القصاص أي عقاب الجانب بنفس فعلته، والدية هي دفع مقابل مالي يمثل بدل النفس أو العضو يدفع من الجاني أو ذويه عوضا عن دمه أو عضوه ( طرفه) وتختلف الدية باختلاف المجني عليه قدرا وجنسا كما هناك ما يشبه اليوم العقوبات التبعية وهي الكفارة والحرمان من الوصية أو الميراث، وعموما يمكن القول أن القصاص عقوبة مقررة للجرائم العمدية أما الدية فهي عقوبة مقررة جرائم الخطأ.

## الفرع الثالث

### الجرائم التعزيرية

التعزير هو تأديب عن ذنوب لم يشرع فيها حد من الحدود، ولا هي من جرائم القصاص والدية، ولم يرد بخصوصها نص لا في القرآن ولا في السنة يقررها كجرime قائمة أصلا، غير أنه هناك نصوص في القرآن تبين بعض أنواع الجرائم التعزيرية، مثل الرشوة وخيانة الأمانة والسب والربا ودخول البيوت والمسكن...ولكن بصيغة النهي عن مثل هذه الأفعال كونها إفساد في الأرض أو من شأنها ن تؤدي إليه، وهي جرائم عكس النوعين السابقين واردة على سبيل المثال لا الحصر، حتى يمكن ترك أمر التجريم عن التعازير لولي الأمر وفق تطورات الحياة الاجتماعية وما يراه مناسبا لأمنها ونظامها وسكبتها، ووفقا لاختلاف الأزمنة والأمكنة والمصالح، لكن بالخضوع للمبادئ والأحكام العامة للشريعة الإسلامية وعدم الخروج عنها<sup>1</sup>. وطبقت الأحكام السابقة في الجزائر منذ الفتوحات الإسلامية للبلاد لغاية دخول المحتل سنة 1830 حيث ساد تطبيق قانون عقوبات المستعمر، وبطريقة تختلف حتى عن القانون المطبق في فرنسا، وهو ما نبهنا باختصار في المطلب الثاني.

## المطلب الثاني

### مرحلة تطبيق القانون الفرنسي

بدخول الاستعمار الفرنسي للبلاد واحتلالها سنة 1830، شرع في تطبيق تشريعاته ومنها قانون العقوبات الفرنسي، وتكرس ذلك فعليا مع صدور أمر سنة 1841 يقضي بتطبيق قانون العقوبات الفرنسي على المسائل الجزائي في الجزائر، غير أن هذا التطبيق لم يكن بالطريقة التي يطبق بها في فرنسا، حيث عمد المحتل على إحداث أحكام تمييزية وبعض الجرائم الخاصة الذي لا يعرفها القانون الفرنسي نفسه، وهي جرائم جاءت بصيغة عامة وهادفة لمحاربة حركات التحرر ومعاداة الاستعمار وعنونت ب: "الأفعال المعادية للوجود الفرنسي في الجزائر"، وعرف تطبيق فكرة المسؤولية الجماعية المنافية لقواعد قانون العقوبات، حيث كانت تعاقب العروش بأكملها بغرامات جماعية عن كل فعل يمس بالاحتلال أو يعارض وجوده.

ثم تراجع المستعمر عن هذا التمييز سنة 1944 وألغى القوانين التمييزية والاستثنائية وأخضع الجزائريين ( الأهالي) لقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الفرنسيين، غير أنه مع اندلاع الحرب التحريرية، تراجع عن ذلك وظهرت من جديد القوانين الاستثنائية والقواعد التمييزية والعنصرية، وعرفت الجزائر عقوبات الاعتقال الإداري والمراقبة البوليسية والعقوبات الجماعية وإقامة المحاكم الاستثنائية وتوسيع اختصاص المحاكم العسكرية بشكل ليس معمولا به في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

1 عبد الرحمان خلفي ، المرجع السابق ، ص 44 وما يليها .

## المطلب الثالث مرحلة الاستقلال

باستقلال الجزائر سنة 1962 عملت الجزائر على سن تشريعات مستقلة، غير أن المسألة استغرقت وقتا بالنظر للوضع الخاص الذي تمر به الدول المستقلة حديثا، حيث لم يصدر قانون العقوبات الجزائري إلا سنة 1966، لذا استمر العمل بالقانون الفرنسي ما عدا ما تعارض منه مع السيادة الوطنية، بموجب القانون 62-157 المؤرخ في 31-12-1962 ( المادة الأولى منه)، في الفترة الممتدة من 05-07-1962 لغاية 15 يونيو 1966 تاريخ دخول تقنين العقوبات الجزائري حيز التنفيذ. لكن دون أن يمنعه ذلك من إصدار بعض التشريعات التي واجه بها بعض الأوضاع الخاصة، كإصداره المرسوم 63-85 المؤرخ في 16-03-1963 المتضمن قمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق باقتناء وحياسة وصنع الأسلحة والذخائر والمتفجرات، والكثير من المراسيم الأخرى التي هدف منها المشرع الحفاظ على الأمن في هذه الفترة الحساسة من تاريخ البلاد ومع سنة 1966 أصدرت الجزائر قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، وإن كان المشرع قد استمد غالبية أحكامهما من القانون الفرنسي، مع تضمينه خصوصيات المجتمع الجزائري ومراعاة اعتبارات إتباع الدين الإسلامي في البلاد، وحتى في بعض القواعد الموضوعية الأخرى مثل مسؤولية الشخص المعوي وقواعد الاشتراك والشروع في الجريمة... وقد عدل قانون العقوبات الجزائري منذ صدوره لغاية سنة 2006 سبعة عشر (17) مرة وما زلنا نسمع بأنه في طور المراجعة لغاية اليوم. هذا وبعد تناولنا في الباب التمهيدي السابق تحديد أهم معالم قانون العقوبات، سنشرع في دراسة الباب الأول من هذه الدراسة، والمتعلق بالنظرية العامة للجريمة باعتبارها تمثل شق التكاليف في القاعدة الجزائية.

تأثر قانون العقوبات الجزائري كثيرا عند صدوره بقانون العقوبات الفرنسي ولازال سواء في خطوطه الرئيسية أو في ملامحه العامة، وقد عرف هذا القانون منذ صدوره إلى يومنا الحالي عدة تعديلات تتماشى ومتطلبات المراحل التي مرت بها البلاد والتحولت الأساسية والاقتصادية والاجتماعية التي شهدتها، ولعل أهمها على الإطلاق:

- الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975 الذي عمل على تكييف قانون العقوبات مع التوجيهات السياسية والاقتصادية الجديدة نحو بناء الاشتراكية.
- القرار رقم 88-26 الذي عمل على تكييف التشريع الجزائري مع استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية.
- الأمر 95-11 الذي ادخل الجرائم الإرهابية والتخريبية في قانون العقوبات.
- الأمر 01-09 الذي عنى على وجه الخصوص بالجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني و جرائم الاعتبار و بالأخص التصدي لجرائم الصحافة.
- الأمر 15-04 الذي حسم فيه المشرع الجزائري التردد الفقهي والقضائي حول إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.
- الأمر 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الذي ألغى معظم المواد المتعلقة بالجرائم الاقتصادية والرشوة وجرائم الصفقات العمومية ونقل محتواها إلى النص الجديد.
- الأمر 06-23 الذي ادخل تعديلات جوهرية على المبادئ العامة لقانون العقوبات خاصة ما تعلق منها بالعقوبات وتدابير الأمن، فضلا عن رفع مبلغ الغرامات المقررة في قانون العقوبات.

## الباب الأول النظرية العامة للجريمة مقدمة

الجريمة قديمة قدم وجود الإنسان على الأرض، حيث وقعت أول جريمة قتل على الأرض والبشرية لا تزال في بدء ولادتها، فالجريمة متواجدة ما وجد بني البشر، حتى ولو عاشت البشرية كلها في المدينة الفاضلة التي تخيلها فلاسفة اليونان، لذا فوجود القانون العقابي حتمية لجميع المجتمعات البشرية، كون الجريمة مرادفة للسلوك الاجتماعي وتابعة لوجود البشر والمجتمع، الأمر الذي جعل من الجريمة موضوعا هامة تحدث فيه الفلاسفة والفقهاء على حد سواء.

لكنها فكرة لا تزال لغاية اليوم تثير الجدل والنقاش الفقهي الحاد، سواء فيما يتعلق بتحديد ماهيتها، أو بتكوينها القانوني من حيث الأركان والعناصر والظروف، وذلك راجع بالأساس إلى أن فكرة الجريمة اختلطت حولها المفاهيم الاجتماعية والسلوكية والقانونية، وتعددت المذاهب داخل الدراسة القانونية ذاتها.

لذا فدراسة النظرية العامة للجريمة، تقتضي منا قبل الخوض في تحليلها وتناول تفاصيل أركانها العامة، تباعا وفقا لما أوردها الفقه، والتميز بين هذه الأركان وما يشابهها من أفكار وما ثار حولها من جدل فقهي، أن نتناول في فصل أول من هذا الباب، ماهية الجريمة كموضوع أساسي للقاعدة الجنائية الموضوعية، والتي تمثل الشق الأول منها، سواء تمثلت في أمر أو نهي، خاصة وأن الشق الثاني من القاعدة المتمثل في الجزاء ما هو إلا أثر يترتب عن مخالفة الشق الأول، حيث لا يمكن الكلام عن هذا الجزاء، إلا في حال عدم الامتثال لشق التجريم، سواء بمخالفة النهي وإتيان سلوك يخالفه، أو بعدم الامتثال للأمر، وعدم إتيان الفعل الذي أمر به قانون العقوبات. وعلى ذلك، سنحاول الشروع في دراسة هذا الباب من خلال فصل تمهيدي نتناول فيه ماهية الجريمة كموضوع أساسي محوري لقانون العقوبات. لنخصص ثلاثة فصول أخرى متتالية لكل ركن من أركانها العامة، وآخر لدراسة أسباب الإباحة يكون تاليا مباشرة للفصل المتعلق بدراسة الركن الشرعي، ونختتمه بخامس نبين فيه تصنيف الجرائم أو تقسيماتها. على أساس أن هذا التقسيم أو التصنيف يرتبط ارتباطا وثيقا بأركان الجريمة، لذا حاولنا تأخيرها لغاية استيعابنا لهذه الأركان العامة.

## فصل تمهيدي

### ماهية الجريمة

بالرغم من كون الجريمة العنصر الأهم في القاعدة الجنائية، باعتبارها الشق الذي يترتب عليه تطبيق الشق الثاني من ذات القاعدة، ومن بعده الاحتكام للقاعدة الإجرائية في وضع القاعدة الموضوعية موضع التنفيذ، وأن السياسة الجنائية في الأصل يكمن اهتمامها بهذا الشق، حيث يجسد نظرة المشرع لما لا يجب أن يسود المجتمع من سلوكيات، وانصباب اهتمامه بالدرجة الأولى على بحث النموذج القانوني للمجرم، كون الأثر مسألة غير متعبة أساسا، حيث وضع الجزاء المناسب مسألة سهلة نسبية، غير أننا نادرا ما نجد القانون الجنائي أو قانون العقوبات يهتم بوضع تعريف عام للجريمة، كون التعريف الخاص لكل جريمة على حدا موجود في النص الذي يبين ركنها المادي وباقي عناصرها الأخرى، مفضلا ترك المهمة للفقه، خاصة وأن المعروف أن وضع التعاريف ليس من أعمال المشرع بل من مهام الفقه، لدرجة أن قال البعض وضع التعاريف لعبة الفقهاء، ونرى أن مسلك المشرع في ذلك مسلكا سليما كون وضع تعريف قد يقيد حركيته في التجريم والعقاب، ويجعله عرضة للوقوع في التناقضات ما بين أحكام قانون العقوبات الواحد، غير أن ذلك لا يمنعنا من التركيز على أهمية هذا التعريف، كونه الخطوة الأولى للإحاطة بمقومات وخصائص وأركان الجريمة، وكذا التمييز بينها وبين الأفكار المشابهة لها في ميادين القانون الأخرى، أو في الحياة الاجتماعية، كما أن غياب التعريف القانوني الجامع والمانع انعكس على تصنيف أنواع الجرائم ووضع تقسيمات قانونية لها، وجعل الفقه يختلف حول هذه المسألة، مثلما اختلف حول أركان الجريمة وعناصرها، بل وحتى حول عدد هذه الأركان، وهو ما يتوضح لنا من خلال نقاط هذا الفصل، الذي سنحاول أن نتناوله من خلال التعرض لمفهوم الجريمة في حد ذاتها كتصور قانوني وأساس عمل المشرع الجنائي، لنتمكن فيما بعد بالإحاطة بأركانها وعناصرها ومختلف مقوماتها، وذلك من خلال مبحث ثاني نتناول فيه التحليل القانوني لفكرة الجريمة.

## المبحث الأول

### مفهوم الجريمة

سبق القول بأن المشرع لم يهتم بوضع تعريف للجريمة<sup>1</sup>، مفضلا كالعادة ترك المهمة للفقه، الأمر الذي جعل من الموضوع ساحة للجدل والاختلاف الفقهي، وجعل المسألة من أكثر المواضيع الجنائية إثارة للخلاف والجدل، وهو الأمر الذي يميز قانون العقوبات كلما تعلق الأمر بوضع التعاريف، وقد تبينا ذلك في نقاط البحث السابقة، وسنتبينه لاحقا كلما تعلق الأمر بوضع تعريف لفكرة جنائية من أفكار قانون العقوبات، غير أن ميزة الخلاف الفقهي الجنائي حول وضع التعاريف، هي أنه يمكن من إيجاد نقاط مشتركة خاصة في ظل كثرة المدارس والاتجاهات، من مدارس موضوعية وأخرى شخصية، ومن اهتمام قانوني وآخر علمي، وكذا لاهتمام غالبية العلوم بفكرة الجريمة كسلوك يمكن أن يميز سائر

1 عمر خوري، المرجع السابق، ص 9.

مجالات الحياة، فاهتم بها علماء الإجرام وعلماء العقاب والفقهاء والقضاء الجنائي، وإن كانت مثل هذه العلوم من العلوم الجنائية المساعدة، فإن فكرة الجريمة أيضا موضوع اهتمام سائر فقهاء الميادين الاجتماعية الأخرى، شأنها شأن أية فكرة اجتماعية. لذا سنحاول من خلال مطلب أول، تبين أهم التعريفات الفقهية لفكرة الجريمة، لنحاول بناء على ذلك تبين أهم خصائصها، في مطلب ثاني، الأمر الذي يمكننا فيما بعد من التمييز بينها وبين الأفكار القانونية المشابهة لها، وذلك في مطلب ثالث.

## المطلب الأول

### تعريف الجريمة

من أكثر المواضيع التي شغلت الفقه الجنائي، هي محاولته وضع تعريف للجريمة، الأمر الذي انعكس على تعدد هذه التعاريف وتنوعها، إلى حد جعلها في منأى عن الحصر، غير أنه يمكننا رد هذه التعريفات إلى اتجاهين أساسيين، اتجاه اجتماعي ويركز أنصاره على فكرة الجريمة كسلوك اجتماعي ضار بالمجتمع، واتجاه قانوني يركز على اعتبار الجريمة فكرة قانونية مجردة، وهو ما نبينه من خلال الفرعين التاليين.

### الفرع الأول

#### الاتجاه الاجتماعي في تعريف الجريمة

يميل أنصار هذا الاتجاه في تحليلهم للجريمة ومحاولة وضع تعريف لها، إلى التركيز على جوانبها الاجتماعية، باعتبارها سلوكا اجتماعيا صادرا عن إنسان قبل أن تكون فكرة قانونية، حيث لكل إنسان دوافعه الخاصة في ارتكابه للجريمة وهذه الدوافع تختلف من شخص لآخر، بل تختلف لدى الشخص الواحد من جريمة لأخرى، وبالتالي فإن أي محاولة لوضع تعريف للجريمة يجب أن تنطلق من دراسة وتحليل سلوك الإنسان ودوافعه. وهو اتجاه تبناه أيضا علماء الإجرام، الذين سبق لهم أن توصل بهم الحد للقول بعدم الحاجة لا لقانون العقوبات ولا لقاضي يطبق هذا القانون، بل أن المسألة تحتاج إلى مخابر يتولى فيها العلماء البحث في الجريمة وأسبابها ودوافعها، ووضع العلاج المناسب لها، وبالتالي هو اتجاه إن صلح كعامل مساعد في رسم السياسة الجنائية، فإنه لا يصلح لقانون العقوبات الذي يبني على أفكار قانونية مجردة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### الاتجاه القانوني في تعريف الجريمة

على عكس الاتجاه السابق، الذي يركز على الجريمة كسلوك إنساني، فإن أنصار الاتجاه القانوني يركزون في محاولاتهم لوضع تعريف للجريمة على نصوص قانون العقوبات ذاته، باعتبار أن الجريمة تستمد وجودها القانوني من هذه النصوص، وبالتالي تصبح الجريمة فكرة قانونية مجردة أكثر من اعتبارها سلوك إنساني أو اجتماعي، وداخل هذا الاتجاه ذاته، هناك اختلاف فقهي، حيث نجد البعض يركز على الجانب الشكلي للجريمة، في حين يركز البعض الآخر على جوانبها الموضوعية، وبذلك ظهر اتجاهين قانونيين في تعريف الجريمة، أحدهما شكلي والآخر موضوعي. وهو ما نتناوله في النقطتين التاليتين.

#### أولا: الاتجاه القانوني الشكلي في تعريف الجريمة

وهو الاتجاه الذي يركز أنصاره في تعريفهم للجريمة، على العلاقة الشكلية الموجودة بين الجريمة في حد ذاتها – أي كانت طبيعتها- وقانون العقوبات، أو العلاقة ما بين ظاهرة الجريمة والقاعدة الجنائية أو النص الجنائي، وبذلك عرفت أنها: "الواقعة المرتكبة بالمخالفة لقواعد قانون العقوبات والتي يترتب عليها عقوبة جنائية"، أو هي: "فعل أو امتناع يجرمه القانون"، أو: "تصرف موصوف بأنه جريمة بواسطة القانون".

وبالتالي ركز أنصار الاتجاه الشكلي كثيرا على الركن القانوني للجريمة، أو الركن الشرعي على نحو ما سنراه لاحقا، وأهملوا تماما الشخص الذي ارتكب هذه الجريمة، وطبيعة الفعل ذاته، مما يعني إهمالهم لركنين أساسيين هما الركن المادي للجريمة وركنها المعنوي الآتي دراستهما.

#### ثانيا: الاتجاه القانوني الموضوعي أو المادي في تعريف الجريمة

1 عبد الرحمن خلفي، المرجع السابق، ص 58.



يركز أنصار هذا الاتجاه، وعلى عكس الاتجاه السابق، على جوهر الفعل الذي جرمه القانون، ويعتبرونه الواقعة الضارة بمصالح المجتمع الجهرية، وهي المصالح التي يقوم عليها أمن واستقرار هذا المجتمع، بل يستمد منها كيانه ووجوده، سواء تمثلت في النظام العام أو الآداب العامة أو الصحة أو السكينة العامة، وبالتالي تستمد الجريمة وجودها من وجود المجتمع ذاته، لا من نص القانون مثلما يرى أنصار الاتجاه القانوني الشكلي، وعرفت الجريمة تبعا لهذا الاتجاه، بأنها: "الواقعة الضارة بكيان المجتمع وأمنه". وبالتالي أهمل أنصار هذا الاتجاه الركن القانوني للجريمة، كما أهملوا أيضا ركنها المعنوي المتمثل في شخصية مرتكب هذه الواقعة الضارة، وبالتالي إن كان أنصار الاتجاه الشكلي قد أهملوا الركنين المادي والمعنوي وركزوا فقط على الركن القانوني، فإن أنصار الاتجاه الموضوعي أهملوا الركنين القانوني والمعنوي وركزوا فقط على الركن المادي في الجريمة.

وبالتالي، يمكننا القول، بأن كل اتجاه عاجز لوحده أن يعطي تعريف يلم بكل جوانب الجريمة، كما أنه بإعمال الاتجاهين معا، نبقى عاجزين عن الإلمام بذلك، حيث يبقى ينقصنا الركن المعنوي في الجريمة الذي يكون بالتركيز على شخصية مرتكبها، وإن كان الاتجاهين الأولين يمكنان من تعريف الجريمة أنها الواقعة التي ترتكب إضرار بمصالح المجتمع ويرتب عليها قانون العقوبات جزاء جنائيا، إلا أنه يجب إضافة الركن المعنوي المتمثل عن إتيان هذه الواقعة من طرف مقترفها عن وعي وإدراك وحرية اختيار، **على اعتبار الجريمة فينظرنا نص وفعل وفاعل**، أي أن تكون واقعة إرادية سواء تمثلت في فعل أو امتناع<sup>1</sup>. وإن كان كل ما سبق لم يف بعد بالمطلوب، وهو إعطاء تعريف جامع ومانع للجريمة، إلا أنها محاولات تبقى كافية لتبين لنا خصائص هذا الفعل أو الامتناع التي تجعل منه جريمة، وتمكن من تمييزها عن باقي الأفكار القانونية المشابهة لها. وهو ما نتبينه من خلال الفرع الثاني.

## المطلب الثاني

### خصائص الجريمة

من التعريفات السابقة، يمكن القول بأن الجريمة، كسلوك إنساني، أو كفكرة قانونية أو اجتماعية، تتميز بالعديد من الخصائص التي تميزها عن الأفكار المشابهة لها، أو القريبة منها، من أهم هذه الخصائص، أنها سلوك إنساني قبل كل شيء، وأن يكون هذا السلوك غير مشروع، وعدم المشروعية هذه تستمد من تجريمه من قبل قانون العقوبات، وأثرها العقاب عليه، حيث أن العقاب أثر لعدم مشروعية الفعل، وأن يمثل هذا السلوك إضرارا بالمصالح الجهرية للمجتمع، بخرقها عن طريق الإضرار بها، أو بتهديدها بخطر.

## الفرع الأول

### الجريمة سلوك مادي إنساني معاقب عليه

يمكن أن نستنتج من هذه الخاصية وحدها العديد من الخصائص الفرعية الأخرى، فهي أولا وقبل كل شيء **سلوك**، فحتى تعد الواقعة جريمة يجب أن تنطوي على قدر معين من السلوك، سواء قل أو كثر، وسواء تمثل في فعل إيجابي أو في سلوك سلبي، حيث أن الجريمة تقوم بالفعل كما تقوم بالامتناع، ونكون بصدد الفعل الإيجابي عند مخالفة نواهي قانون العقوبات، ونكون بصدد السلوك السلبي عند عدم إتيان أوامر قانون العقوبات، أو القيام بالأمر على نحو مخالف لما تطلبه القانون، وبالتالي اعتبار الجريمة سلوك يقودنا لمبدأ هام يقوم عليه قانون العقوبات، وهو **مبدأ مادية الجرائم**، حيث أن القانون الجنائي لا يحفل ولا يعاب بالنوايا مهما كانت شريرة، ولا سلطان له على الضمائر وما تحدث به الأنفس. هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية، يجب أن يكون هذا السلوك المادي، **سلوكا إنسانيا**، صادر عن إنسان يتمتع بالتمييز والقدرة على الاختيار، حتى يمكن مسائلته قانونا – وإن كان يمكن مسائلة الشخص المعنوي، فإن ذلك في أحوال ضيقة تمثل استثناء وأثارت العديد من الجدل الفقهي الذي حسم في شق منه ولا يزال يثير الكثير من الجدل في نواحي كثيرة منه- حيث أن قانون العقوبات كقاعدة يخاطب الشخص الطبيعي البالغ العاقل المميز المختار، سواء اتخذت هذه الإرادة صرة العمد أو الخطأ، وزيادة عن ذلك، يجب أن تنتفي أسباب الإباحة في الفعل. وهو ما يجسد فكرة الركن المعنوي للجريمة. وكذا تجسيد لفكرة المسؤولية الجنائية. وزيادة على اعتبار الجريمة سلوك مادي صادر عن إنسان،

1 احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 21.

وأن يكون هذا الإنسان واعي ومدرك ومختار، يجب أن يجد مصدر تجريمه في نصوص قانون العقوبات، الذي يعد الوسيلة الوحيدة للتجريم والعقاب، وهو ما يجسد فكرة قانونية الجرائم والعقوبات، أو مبدأ الشرعية الجنائية. وإن كانت الخصائص السابقة قد جسدت فعليا أركان الجريمة الثلاث الأساسية، فإنه هناك خاصية أخرى تجسد خصوصية الجريمة وتميزها عن غيرها من صور المخالفات المنصوص عليها في الفروع القانونية الأخرى، وهي أن يكون الفعل المادي الصادر عن الإنسان المسؤول جنائيا، يخرق أو يهدد المصالح الجوهرية أو الأساسية للمجتمع. وهي الخاصية الثانية، التي نتناولها في النقطة الموالية.

## الفرع الثاني

### الجريمة خرق أو تهديد لمصالح وقيم المجتمع الجوهرية

من أهم ما يميز الجريمة عن صور المخالفات القانونية الأخرى، المنصوص عليها في فروع القانون المختلفة غير القانون الجنائي، أنها سلوك يصل في جسامته إلى حد الإخلال بمصالح وقيم المجتمع الأساسية، كنظامه وأمنه وصحته وسكينته وأدابه وطمأنينته، وحقوق وحرريات أفراده، وهي المسألة التي تبرر للمشرع الجنائي التدخل بالتجريم الذي يعد استثناء عن قاعدة أساسية أصلية هي أنه الأصل في الأشياء الإباحة، وسواء شكل هذا الإخلال تعديا فعليا أو مجرد تهديد كحالات الشروع<sup>1</sup>. هذا وبعد أن حددنا بعض التعريفات التي أعطيت للجريمة ومكنتنا من تحديد أهم خصائصها، يتوجب علينا أن نميزها عما يشابهها من صور المخالفات القانونية الأخرى، وأهمها الجريمة المدنية والجريمة التأديبية.

## المطلب الثالث

### تمييز الجريمة عن صور المخالفات القانونية المشابهة

يتميز الفقه الجريمة الجنائية عن بعض صور المخالفات الأخرى، على أساس أنه يوجد تشابه بين هذه الأفكار، ومن أهمها المخالفة المدنية والمخالفة التأديبية، ويسميها الجريمة المدنية والجريمة التأديبية، وإن كنا نرى أن لفظ " الجريمة" لا ينصرف إلا إلى الأفعال المجرمة بموجب قانون العقوبات، وما باقي الصور الأخرى سوى مجرد مخالفات لا تترتب عليها ذات النتائج التي تترتب على الجريمة بالمفهوم القانوني الجنائي الصحيح.

## الفرع الأول

### الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية

الجريمة الجنائية، على النحو الذي تقدم، تعد واقعة مضرّة بالمصلحة العامة أو بالمصالح الجوهرية أو الأساسية للمجتمع، في حين الجريمة التأديبية تمس مصلحة فئة معينة من الأشخاص، أو مصلحة هيئة معينة، أو الوظيفة العامة، مخالفا بذلك اللوائح والنظم والقوانين الأساسية التي تنظم هذه الهيئات أو النقابات أو الجمعيات أو المهن. فالجريمة التأديبية مساس بأخلاق أو آداب أو قيم أو أعراف جهة معينة أو فئة معينة من فئات المجتمع، فتطبق على الشخص العقوبات المقررة لهذه المخالفات بحسب درجتها، والتي تكون محددة مسبقا مثل الإنذار أو الخصم من الراتب أو الإنزال في الرتبة أو الفصل أو حتى الحرمان من ممارسة المهنة بصفة مؤقتة أو دائمة. وهي تختلف عن الجريمة الجنائية من حيث المصدر والنتيجة والجزاء. فمصدر الجريمة الجنائية مثلما سبق القول هو النص الجنائي المكتوب، بينما مصدر الجريمة التأديبية فهو كل مسلك يشكل إضرارا بالمصالح الجماعية للطائفة التي ينتمي إليها الشخص، وهي مسالك غير محددة في العادة مسبقا على سبيل الحصر، ومن حيث النتيجة، فإن الجريمة التأديبية أضيق نطاقا من الجريمة الجنائية، فالأولى لا تمس إلا مصالح الطائفة أو الهيئة التي ينتمي إليها المخالف، بينما تمس الثانية مصالح المجتمع بأسره، وعلى اختلاف طوائفه. ومن حيث الجزاء تتسع أكثر شقة التباين بين كل من الجريمتين سواء من حيث الجهة التي توقع الجزاء أو من حيث طبيعة هذا الأخير<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### الجريمة الجنائية والجريمة المدنية

يختلفان من جوانب عديدة، سواء تعلقت بالأركان أو الآثار، فبالنظر للأركان أهم عنصر للاختلاف أن الجريمة الجنائية تخضع لمبدأ الشرعية الجنائية، في حين الجريمة المدنية مبدأ الشرعية أو التحديد المسبق للخطأ غير وارد، إذ أي

1 لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في القانون الجزائي العام، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 51.  
2 عادل قورة، المرجع السابق، ص 16.

ضرر يسبب للشخص يعد مرتكبه ملزما بالتعويض، وهو ما لا يمكن حصره مسبقا من قبل المشرع على عكس الجرائم الجنائية، كما أن العقوبة في الجريمة الجنائية محددة سلفا، على خلاف التعويض في الجريمة المدنية الذي يخضع لقيمة الضرر الذي أصاب الشخص ولتقدير القاضي. على ضوء طلبات الشخص المضرور ودفاع الشخص المسبب للضرر. كما أنه بالنسبة للركن المادي، فالجريمة الجنائية يمكن تصور قيامها بدون وجود أي ضرر يذكر، مثل جرائم الشروع أو حمل الأسلحة بدون ترخيص – وإن كنا نرى الضرر في هذه الجريمة مخالفة نظم الدولة في التعامل بهذا النوع الخطير من الوسائل- في حين في الجرائم المدنية يجب حصول ضرر معين. وعموما يختلفن من حيث المصدر والنتيجة الجزاء، فمن حيث المصدر تجد الجريمة المدنية مصدرها في كل فعل يسبب ضررا للغير، وهي بذلك أفعال غير قابلة للحصر، أما مصدر الجريمة الجنائية هو نص قانون العقوبات وحده دون غيره من المصادر الأخرى، ومن حيث النتيجة فكل جريمة مدنية إلا وتسبب ضررا يكون معيارا للقاضي في تحديد وتقدير التعويض المستحق للشخص المضرار، في حين يمكن أن تقوم الجريمة الجنائية دون أن تسبب أي ضرر للغير، سيما في الجرائم الشكلية. ومن حيث الجزاء، فهو في الجريمة المدنية مجرد التعويض، ويستفيد منه الشخص المضرار، بينما الجزاء في الجريمة الجنائية هو العقوبة أو تدابير الأمن التي لا توقع لصالح المجني عليه، ولا يستفيد منها إطلاقا بصفة شخصية، وإنما توقع باسم ولصالح المجتمع، ولكن لا يجب الخلط في ذلك مع الدعوى المدنية التي تقام بالتبعية للدعوى العمومية.

والجريمة الجنائية وإن كانت مستقلة تماما عن الجريمة المدنية، غير أن ذلك لا يمنع من القول بأن الفعل الواحد قد يشكل الجريمتين معا في الكثير من الأحيان، وهو ما يبرره وجود الدعوى المدنية التبعية الملازمة في غالب الأحيان للدعوى العمومية، على نحو ما هو مبين في قانون الإجراءات الجزائية. غير أن المسألة السابقة طرحت خلافا فقها حادا من زاوية أخرى، وهي المتعلقة بوحدة الخطأين المدني والجزائي، أو بازدواجيته، وهو ما نرى تفصيله عند دراسة الركن المعنوي للجريمة في صورة الخطأ<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### التحليل القانوني للجريمة

التحليل القانوني للجريمة في حقيقة الأمر يتطلب تبيان أركانها وعناصرها، وكذا تبيان مختلف تقسيماتها، خاصة وأنه من خلال تناول ماهية الجريمة تبين لنا أنها تتحلل إلى العديد من الأركان والعناصر، كما أنها تختلف من حيث طبيعتها وأنواعها، لذا سنحاول وباختصار أن نتناول التحليل القانوني للجريمة من خلال مطلب، لنتناول في الثاني تقسيمات الجريمة، وهنا نشير فقط بأننا سنتناول التقسيم المستند لنص القانون دون التقسيمات الفقهية المستندة لرأي الفقه، كونها تقسيمات وتصنيفات مستندة لأركان الجريمة ولا يمكننا استيعابها على حين تناول هذه الأركان بالدراسة.

### المطلب الأول

#### البنیان القانوني الجريمة

ينتقد بعض الفقه فكرة تجزئة الجريمة إلى أركان، حيث يرى أن الجريمة وحدة واحدة إما أن تقع كاملة أو لا تقع بالمرة، فهي ليست كلا مكون من أجزاء أو أركان منفصلة عن بعضها البعض ومستقل كل منها عن الآخر، كما أن الخلاف في مرات أخرى انصب على حقيقة وجود الركن الشرعي أو الركن القانوني، حيث يرى جانب من الفقه أن القول بوجود الركن الشرعي للجريمة يتعارض والمنطق القانوني السليم، حيث النص الجنائي هو الذي أوجد الجريمة أو خلقها، والخالق لا يمكن أن يكون جزءا مما خلق، فالنص سبب والجريمة مسبب عنه. غير أن الجريمة واقعة قانونية حرص الفقه الجنائي منذ القدم على اعتبارها واقعة مركبة ومعقدة يجب تحليل عناصرها ودراسة كل عنصر على حدة، وبالرغم من الخلاف الحاد الذي دار حول عدد هذه العناصر، إلا أن الفقه استقر في نهاية المطاف على تصور ثلاثي لأركان الجريمة، وهي الأركان التي لا يمكن للجريمة أيا كان نوعها أن تقوم بدونها، بحيث تخلف ركن منها أو أكثر يؤدي إلى عدم قيام الجريمة أصلا. غير أن إجماع الفقه حول عدد أركان الجريمة، لم يمنع خلافهم حول طبيعة هذه الأركان، فمنهم من صنفها إلى أركان جوهرية يتوقف قيام الجريمة على توفرها، وأخرى ثانوية لا تؤثر في قيام الجريمة، بل في تحديد نوع العقاب أو درجته، ومنهم من صنفها إلى أركان عامة وأخرى خاصة، العامة وهي التي تشترك فيها كافة الجرائم أيا كان نوعها وطبيعتها، والخاصة وهي تلك الأركان التي يتطلبها المشرع بصدد كل جريمة على حدة. غير أن الواقع العملي

1 سعيد بوعلوي و دنيا رشيد ، المرجع السابق ، ص 43.

والقانوني كشف بأن البناء القانوني لأي جريمة لا يكتمل إلا بتوافر سائر أركانها، سواء كانت عامة أو خاصة، أو حتى كانت أركاناً مفترضة، الأمر الذي يقتضي منا تناول هذا الخلاف باختصار في الفروع التالية. حيث نخصص الأول لفكرة البنيان القانوني للجريمة، لنميز في الثاني بين أركانها.

## الفرع الأول

### التطور التاريخي للتناول الفقهي لمضمون البنيان القانوني للجريمة

تقوم الجريمة على أركان وشروط يلزم توفرها جميعاً حتى يكتمل البنيان القانوني للجريمة، ورغم ذلك قد يتطلب الأمر بعض الظروف التي يترتب عليها تغيير في قدر العقاب المستحق، سواء كان نحو التخفيف أو نحو التشديد، لذا فمسألة دراسة البنيان القانوني للجريمة يتطلب دراسة التناول الفقهي لمسألة البنيان القانوني للجريمة. حيث أن مصطلحات مثل أركان أو عناصر الجريمة لا يرجع إلى زمن بعيد، حيث كان الفقه خاصة الفرنسي منه في ظل النظام الجنائي القديم ما قبل التقنين يسعى إلى استظهار القواعد الجنائية غير المكتوبة دون الاهتمام بصياغة النظريات والمبادئ، كما لم يظهر أيضاً تعبير أركان أو عناصر الجريمة في أعقاب الثورة الفرنسية، حيث وقفت المؤلفات الفقهية بعدها عند حد إلقاء الضوء فقط على بعض المبادئ الأساسية في قانون العقوبات، غير أن ذلك لم يمنع من بداية إشارتهم لبعض الأفكار التي بدأت فيما بعد تشكل عناصر للجريمة مثل فكرة الفعل ( السلوك المشكل للركن المادي ) وفكرة العمد ( الركن المعنوي فيما بعد )، وأنه باجتماع الفعل مع العمد تقوم الجريمة. غير أنه مرحلة التقنين التي شهدتها فرنسا وإن كان فيها قد ركز المشرع الفرنسي بدوره على الفكرتين السابقتين، فكرة الفعل وفكرة العمد، خاصة في تقنين 1791 الذي عرف التقسيم الثلاثي للجرائم، وفي مطلع القرن التاسع عشر استخدم المستشار باريس BARRIS رئيس الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية - الفترة من 1806 إلى 1824- في تعليماته، عبارات عناصر الجريمة، حيث جاء في إحداها: " كل جريمة تتكون من عنصرين : فعل يتمثل في الماديات، وعمد يقود إلى هذا الفعل ويحدد الجانب المعنوي فيه " وكان ذلك إيذاناً لبداية استعمال العنصر المادي والعنصر المعنوي. ثم جاءت مرحلة أخرى بدأت مسألة التطور التاريخي لبنيان الجريمة يأخذ أبعاداً جديدة، حيث استخدم في هذه المرحلة فقيهين هما " شوفو وهيلي " تعبير عناصر الجريمة في إطار التحليل القانوني لمقومات الجريمة، سيما في مجال قانون العقوبات الخاص، غير أنهم استعملوا عبارات مترادفة تدل على نفس المعنى وهذه المترادفات هي : " العنصر " ، " الشرط " ، " الواقعة "، لكن لم يساهم ذلك كثيراً في وضع نظرية عامة لعناصر الجريمة كفكرة عامة، بل أعمالهم تركزت على القسم الخاص في كل جريمة على حد، ولزم الأمر لكي تتأصل الأركان العامة للجريمة أن يمر الفكر الفقهي الجنائي بمرحلتين: مرحلة التوجه نحو البحث في المسائل النظرية المكونة للجريمة كنظرية عامة في القانون الجنائي، متبعين في ذلك أسلوب التحليل والتأصيل ومبتعدين عن أسلوب الشرح والتفسير، واستعمل سنة 1851 الفقيه فيكتور مولينييه عبارات المستشار باريس من جديد مقررًا: " إن كل واقعة مجرمة ومعاقب عليها قانوناً تتألف من عنصرين: عنصر مادي يتمثل في الأعمال الخارجية، وعنصر معنوي مرجعه الفاعل ويعد أساساً لأدانتها، غير أن هذا الفقيه لم يعالج الركن المعنوي في إطار عناصر الجريمة بل من حيث الأشخاص، وبذلك كان أول من قسم النظرية العامة للقانون الجنائي إلى قسمين قسم الجريمة وقسم المجرم.

أما المرحلة الثانية، فيها تم ضم العناصر المادية مع العناصر المعنوية إلى بعضها البعض لتتشكل العناصر العامة للبنيان القانوني للجريمة من طرف الفقيه الفرنسي TREBUTIEN الذي استعمل عبارة العناصر التكوينية ELEMENTS CONSTITUTIFS للجريمة في بابين واستعمل في الباب الثالث الواقعة المادية كعنصر أول للجريمة، وفي الباب الرابع الإرادة الأثمة كعنصر ثاني للجريمة، لكن رغم ذلك ترددت كتابات الفقهاء بين استعمال الركن المادي للجريمة للتعبير عن الجريمة أما العنصر المعنوي كتعبير عن المجرم، غير أنه مع الفقيه إدموند فيلي عاد وحصر كل الجوانب المادية والمعنوية تحت عنوان واحد وهو " الجريمة " ، وهو ما اتبعه جارو وبعض الفقه الفرنسي فيما بعد، وإن كان جارو قد أضاف بعض العناصر الأخرى للجريمة، وبالتالي يمكن القول بأن البنيان القانوني مر في تكوينه بين النظرية أو النهج التقليدي الذي يقسم عناصر الجريمة إلى العناصر التكوينية المادية والمعنوية، ونهج وضعي ودون أن يهمل تماماً النهج التقليدي من حيث العناصر، غير أنه قسم الموضوعات الهامة لقانون العقوبات إلى الجريمة والمجرم. في حين أن أهم تطور عرفه البنيان القانوني للجريمة، هو أنها تقوم على أركان وعناصر وشروط، من هذه الأركان ما هو عام وما هو خاص، بالإضافة إلى بعض العناصر والشروط الأخرى، التي نتناولها في الفرعين التاليين.

## الفرع الثاني

### الأركان العامة والأركان الخاصة للجريمة

يرى غالبية الفقه أن الجريمة تقوم على جملة من الأركان، منها العامة ومنها الخاصة، أو الجوهرية والثانوية. الأركان العامة تعد الهيكل المشترك لكل الجرائم، في حين الأركان الخاصة هي تلك التي تميز كل جريمة عما عداها من جرائم أخرى، أو بمعنى آخر هي ذات الأركان العامة منظور إليها بخصوص جريمة معينة، أو هي العناصر الخاصة التي تدخل في تكوين الأركان العامة، ويرى بعض الفقه أنه لتقريب الصورة يمكن القول أن الأركان العامة هي لقب الشخص أو إسم العائلة والأركان الخاصة هي الاسم الذي يميز كل فرد عن باقي أفراد العائلة، ويرى بعض الفقه تسمية الأركان العامة والأركان الخاصة، **بالأركان الجوهرية والأركان الثانوية**، الأولى وهي ترتبط الجريمة بوجودها وأن تخلفها يمنع من قيام الجريمة، في حين الثانوية تخلفها لا يمنع من قيام الجريمة، وإنما أثرها يقتصر على تحديد نوع العقاب أو درجته، وهو ما ينكره البعض، حيث يرى أن الركن لا يقبل التقسيم إلى أساسي وثنائي، بل هو جوهر في كل أحواله وإلا ما كان ليكون ركنًا، لذا فمصطلح الركن لا ينصرف إلى للأركان التي تقوم عليها الجريمة، وما يطلق عليه الأركان الثانوية ما هو في حقيقته سوى ظروف لتشديد أو تخفيف العقوبات، وهو موقف الفقه التقليدي. لكن أيا كان الخلاف الفقهي، من مجموع الأركان العامة والخاصة تكتسب الجريمة اسمها وتميزها عن غيرها، ومحور الاهتمام في النظرية العامة هو الأركان العامة، في حين تلقى الأركان الخاصة اهتمام الفقه الجنائي عند دراسة القسم الخاص لقانون العقوبات.

غير أن الإشكال الفقهي ينصب حول عدد هذه الأركان، ففي حين يرى الفقه التقليدي أن الجريمة تقوم على ركنين، الركن المادي الركن المعنوي، إذ لا بد لكل جريمة سلوك معين يشكل الركن المادي وارتباط ذلك بالخطأ في مفهومه الواسع بإرادة الجاني، ليكون للجريمة وجه موضوعي يتمثل في الركن المادي ووجه شخصي يتمثل في الركن المعنوي لها. فإن غالبية الفقه ترى بأنه للجريمة ثلاثة أركان عامة، حيث يضيفون للركنين السابقين الركن الشرعي أو الركن القانوني، بالرغم مما أثاره هذا الركن من خلاف، سنبينه عند دراسة الركن الشرعي للجريمة<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### الشروط أو الأركان المفترضة للجريمة

منذ زمن حاول الفقه أن يبين أنه هناك داخل البيان القانوني للجريمة مقومات غير تلك المتألفة منها أركانها، وقيل أنه بمقارنة الأركان الخاصة للجريمة بالأركان العامة نجد بعض المقومات التي يتعذر ردها للأركان العامة للجريمة وهي في الغالب مقومات مقررة في قوانين غير جنائية، ويلزم توافرها زمنيا ومنطقيا قبل ارتكاب الفعل، وأن تخلفها يؤدي حتما لعدم اكتمال البيان القانوني للجريمة وعدم تطابق الفعل مع النموذج التشريعي المنصوص عليه في القاعدة الجنائية، مثل ملكية الغير للمال في جريمة السرقة، وقيام إحدى العقود المدنية المشتركة في جريمة خيانة الأمانة، وصفة الموظف في جريمة الرشوة والاختلاس وصفة المواطن في الخيانة، وصفة الأجنبي في التجسس.... وهي كلها مقومات يفترض توفرها مسبقا وهي ما كانت سببا في ظهور فكرة " الافتراض "، وسميت " العناصر المفترضة " أو " الجانب المفترض في الجريمة " " الأركان المفترضة " أو " الشروط المفترضة في الجريمة"، وهي تلك التي عرفت بأنها: " مجموعة المراكز القانونية والواقعية التي تسبق في وجودها قيام الجريمة "، كما عرفت بأنها: مراكز قانونية تحميها القاعدة الجنائية، وأن الركن هو اعتداء على هذا المركز وبذلك الشرط في حد ذاته لا يمثل أي عدوان بل بالركن يتحقق العدوان، كونه سابق في وجوده عن تحقق أركان الجريمة الأخرى وهو في الأصل أجنبي عن سلوك الجاني، غير أن المكان الأصيل لدراسة الأركان الخاصة والأركان المفترضة هو القسم الخاص لقانون العقوبات، حيث كل نص تجرمي يبين ما يشترطه من هذه الأنواع من الأركان، والتي تختلف بالضرورة من جريمة لأخرى، وإن تشابهت فذلك بفعل الصفة، غير أن الأركان العامة، هي موضوع دراسة القسم العام، كونها أركان تجمع بين كافة أنواع الجرائم، أيا كانت طبيعتها ونوعها وتكييفها، وإن كانت هناك بعض الاستثناءات فهي أمور شاذة تحفظ ولا يقاس عليها. وهذه الأركان الثلاثة هي، الركن الشرعي أو القانوني، الركن المادي والركن المعنوي.

ونشير بأنه كثيرا ما تدق لدى الفقه مسألة التفرقة بين أركان الجريمة والشروط الموضوعية للعقاب، ومنهم من يلحق هذه الشروط بالأركان، باعتبارها داخلة في البيان القانوني للجريمة لأنه كل شخص يرتكب جريمة، فبالضرورة

1 عبد الرحمن خلفي ، المرجع السابق، ص 66 و مايليها.

يستحق العقاب، غير أن البعض يراه أمرا مستقلا ومستقبل غير محقق الوقوع منفصل عن السلوك الإجرامي إذ هي شروط لازمة لاستحقاق العقاب لا لوجود الجريمة قانونا، وأن الجريمة تتحقق قانونا قبل تحقق هذه الشروط. كما يخرج من نطاق النظام القانوني للجريمة القيود الواردة على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، كونها قيود إجرائية تقع على النيابة العامة ففقد حقا في تحريك الدعوى العمومية، ولا تمس وقوع الجريمة قانونا، ولا علاقة لها بالمكونات القانونية أو المادية للجريمة.

## المطلب الثاني

### التصنيفات القانونية للجريمة

أعطى الفقه الجنائي العديد من التقسيمات للجرائم، وصنفها العديد من التصنيفات، بحسب المعيار المعتمد من قبل الفقه، الذي لا يخرج في العادة عن محاولة تصنيفها أو تقسيمها بناء على ركن من أركانها، بحيث نجد للجريمة العديد من التقسيمات بالنظر إلى ركنها المادي، حيث قسمت على جرائم إيجابية وأخرى سلبية بحسب نوع السلوك الذي يأتيه الجاني، وجرائم وقتية وأخرى مستمرة بحسب الوقت الذي يأخذه هذا السلوك، وإلى جرائم مركبة وأخرى ذات أفعال متتابعة بحسب الشكل الذي يأخذه السلوك، وإلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد بحسب عدد المرات التي يتكرر فيها الفعل، وقسمت الجريمة بحسب ركنه المعنوي إلى جرائم عمدية وجرائم غير عمدية، أو جرائم قصد وجرائم خطأ، وأخرى متعمدية القصد.. غير أنها تقسيمات وتصنيفات تستند بالأساس إلى أركان الجريمة التي لم نتطرق بعد لدراستها، الأمر الذي يصعب من فهم واستيعاب هذه التقسيمات، فإننا نرجى الحديث عنها إلى غاية النفرغ من دراسة كامل أركان الجريمة، ونكتفي في هذا المقام بدراسة التقسيم المستند لنص القانون، والمسمى بالتقسيم القانوني الذي تبنته غالبية التشريعات، حيث عمدت على تقسيم الجريمة ثلاثة أنواع، لذا سمي أيضا بالتقسيم الثلاثي. كما سنحاول الإشارة إلى تقسيم موضوعي آخر (وهو قانوني أيضا) يتمثل في التمييز بين الجريمة العادية والجريمة السياسية.

### الفرع الأول

#### التقسيم القانوني ( الثلاثي ) للجريمة

وهو تقسيم يرتبط ارتباطا وثيقا بنص القانون، أين اعتمدت غالبية التشريعات على تقسيم الجرائم تقسيما ثلاثيا، إلى جنايات، جنح ومخالفات، ومعيار التقسيم يستند على معيار جسامة الجريمة وخطورتها، وهي الخطورة الذي ستمد دورها من العقوبة المقررة للجريمة، بالرغم مما أثاره هذا التقسيم من خلاف فقهي جعلت بعض التشريعات تشذ عن القاعدة، متبينة إما تقسيما ثنائيا أو رباعيا، بالنظر للانتقادات التي وجهت لهذا المعيار والصعوبات التي أثارها تطبيقه. لذا سنحاول تناول أساس هذا التقسيم في نقطة، وتبيان آثاره في الثانية، لنحاول أن نتبين الانتقادات التي وجهت إليه والصعوبات التي يثيرها في أخرى.

#### أولا: أساس التقسيم الثلاثي

سبق القول بأن أساس هذا التقسيم هو نص قانون العقوبات ذاته، غير أنه تقسيم يجد أساسه التاريخي في غير أنه تقسيم يجد أساسه تاريخيا في لفظ الجنابة Crime جاء من اللاتينية من مصطلح Cernere المأخوذة من Crible التي تعني غربال ومن فعل غربل Cribler، كما أنه في الرومانية Crimen تعني الاتهام العام بالجرائم الخطيرة، لذا يجب غربلة ومراجعة كل أوجه الاتهام الموجهة ضد المتهم، وكلمة جنحة Délit جاءت من المصطلح اللاتيني Délinquere وبالفرنسية Délinquance التي تعني ترك أو جنح عن الطريق السوي، وفي القانون الفرنسي القديم كان التمييز قائما بين المجرمين الخطرين المحترفين، مثل قطاع الطرق، وبين المجرمين الأقل خطرا، والمجرمين الذي يخالفون أوامر وتعليمات الشرطة المحلية، مما حدا بالتشريع الفرنسي القديم، إلى تبني التقسيم الثلاثي للجرائم، في محاولة منه لإخضاع ثلاثة أنواع من المجرمين لثلاثة أنظمة قانونية مختلفة، المجرمين الذين يرتكبون جرائم خطيرة تدعو بما لا يدع مجال للشك في عدم توبتهم، والمجرمين الأقل خطورة القابلين للإصلاح وهنا ظهر مصطلح Correction أو correctionnelle، ومن بعدهم المجرمين الأقل شأنا، وهو التقسيم الذي تبنته الكثير من التشريعات الوضعية المعاصرة. ومن بينها المشرع الجزائري الذي تبناه في نص المادة 27 من تقنين العقوبات، واستمد معيار العقوبة من نص المادة 5 من ذات القانون، وهو أمر ننتقده بشدة من الناحية المنهجية حيث نصت المادة 27 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "تقسم الجرائم تبعا لخطورتها إلى جنایات وجنح ومخالفات، وتطبق عليها العقوبات المقررة للجنایات

أو الجرح أو المخالفات". وتجسيد معيار الخطورة يرجع في استعمال النص عبارة " تبعاً لخطورتها"، وفي الوقت الذي كان يفترض أن نجد ما يدل ويبين هذه الخطورة في المواد اللاحقة، غير أن المشرع فرض علينا الرجوع والعودة إلى نص المادة 5 في المبادئ العامة والأحكام التمهيدية، عند النص على العقوبات المطبقة على الأشخاص الطبيعية. وعلى ذلك يمكن القول أن الجرائم هي : الجنايات والجرح والمخالفات، ومسألة تمييز الجنايات عن باقي الجرائم أنها وحدها التي خصص لها ثلاث أنواع من العقوبات الأصلية دون غيرها من الجرح والمخالفات التي تتميز بنوعين فقط من العقوبات الأصلية، كما أن الجنايات تتميز بعقوبة الإعدام والسجن المؤبد دون باقي الأنواع الأخرى، كما أن تقييد الحرية فيها وحدها يسمى سجناً بينما يسمى حبساً في الجرح والمخالفات، الغرامة قبل تعديل سنة 2006 كانت تميز الجرح والمخالفات دون الجنايات، إلا أن المشرع الجزائري أضاف بموجب هذا التعديل المادة 5 مكرر التي أجازت القضاء بالغرامة في السجن المؤقت، وبمفهوم المخالفة لا يجوز القضاء بالغرامة في حالة الحكم بالإعدام أو المؤبد، بل في حالة السجن من 5 سنوات إلى عشرين سنة سجن. **بينما التمييز بين الجرح والمخالفات**، صعب مقارنة بتمييز الجنايات عن الجرح والمخالفات التي تعد مسألة سهلة نسبياً، غير أن اتحاد الجرح والمخالفات في نوع وجنس العقوبات الأصلية، يجعل مسألة التمييز أعقد نوعاً ما، حيث كلاهما يتضمنان الحبس والغرامة، وهنا معيار مدة الحبس وقيمة الغرامة هو الفاصل ومعيار التحديد، حيث الحد الأقصى لعقوبة الحبس في المخالفات شهران، في حين في الجرح خمس سنوات، والحد الأقصى للغرامة في المخالفات هو 20 ألف دج،

### ثانياً : الانتقادات الموجهة للتقسيم القانوني ( الثلاثي )

بالرغم من بساطة ووضوح التقسيم القانوني الذي يتبنى تقسيم الجرائم على جنايات وجرح ومخالفات، إلا أنه لم يسلم من النقد، من حيث أنه قسيم غير منطقي وسطحي، ويفتقر إلى أساس علمي، وهي أهم الانتقادات التي وجهت له. فقول أنه **تقسيم غير منطقي**، كونه يرتب تحديد نوع الجريمة بناء على العقوبة المقررة لها، في حين أن المنطق يقتضي أن ترتب العقوبة على نوع الجريمة وجسامتها. غير أنه تم الرد على هذا الانتقاد، أنه غير سليم، حيث أن المشرع قبل وضعه العقوبات، استعرض أولاً الأفعال وقدر جسامتها، ومن ثم وضع العقوبات التي تناسب جسامتها الجريمة، حيث أنه من غير الصحيح تصور المشرع أنه وضع العقوبات أولاً ثم رتب عليها أنواع الجرائم. كما قيل إنه **تقسيم يفتقر لأساس علمي**، كونه تقسيم يستند إلى الأثر المترتب عن الجريمة دون أن يأخذ في الاعتبار طبيعة الجريمة، ولا أي أساس علمي في ذلك. وهو الانتقاد الذي مع التسليم بصحته، إلا أن بساطة المعيار والسهولة العملية في تطبيقه تستدعي التغاضي عن هذا النقد. وقيل أيضاً أنه **تقسيم سطحي**، حيث يرى البعض، أن التقسيم القانوني أو الثلاثي للجريمة، تقسيم سطحي، كونه يفرق بين الجنايات والجرح، في حين أن الجنايات وأغلب الجرح يتفقان في القصد الجنائي، كما قد تصبح الجرح في حال توفر بعض الظروف المشددة لجنايات، والجنايات تصبح جناحاً إذا كانت هناك ظروف مخففة، زيادة عما تخلفه التسمية من صعوبات كبيرة في التطبيق، لذا فهو تقسيم سطحي. وهو النقد الذي نرى وجهاته إلى حد بعيد، لكن ليس فقط في حالات توفر ظروف التشديد

أو التخفيف، بل أيضاً في العديد من الأوضاع القانونية في قانون العقوبات، وحتى في قانون الإجراءات الجزائية، حيث نادراً ما يفرق المشرع الجزائري تفرقة لها وزنها ما بين الجنايات والجرح، بالإضافة إلى الصعوبات التي يثيرها تطبيق عقوبات غير المحددة بنص المادة 5، وهو ما نبينه عند دراسة الصعوبات التي يثيرها التقسيم الثلاثي للجرائم.

### ثالثاً: النتائج المترتبة على التقسيم القانوني أو الثلاثي للجريمة

بالرغم من الانتقادات التي وجهت للتقسيم القانوني أو الثلاثي للجريمة، إلا أنها لم تنل من أهميته، وبقي من أهم التقسيمات المعتمدة في غالبية التشريعات العقابية في العالم، ورتب عليه المشرع الجنائي أهمية قانونية بالغة، سواء على الصعيد الموضوعي المتمثل في قواعد قانون العقوبات، أو على الصعيد الإجرائي المتمثل في قواعد قانون الإجراءات الجزائية، في القانون الجزائري وغيره من القوانين الجنائية المقارنة. مع بعض الاختلافات بين هذه النظم موضوعياً وإجرائياً. وهو ما نبينه في النقطتين التاليتين، حيث نخصص الأولى للنتائج القانونية للتقسيم القانوني على الصعيد الموضوعي، لنتناول في الثانية نتائجها القانونية على الصعيد الإجرائي.

### 1- النتائج القانونية للتقسيم القانوني على الصعيد الموضوعي

للتقسيم القانوني للجرائم، أو التقسيم الثلاثي نتائج قانونية بالغة على الصعيد الموضوعي، المتمثل في أحكام قانون العقوبات الجزائري، حيث هناك العديد من الأوضاع القانونية في قانون العقوبات تطبق على نوع من أنواع الجرائم دون الأنواع الأخرى، غير أننا نؤكد مسبقاً أن مثل هذه الأوضاع غالباً ما تخص الجنايات والجنح معاً، دون المخالفات، وهو ما يقودنا للعودة إلى وجهة النقد الثالث الذي وجهه للتقسيم الثلاثي، من كونه تقسيم سطحي، حيث أنه هناك شبه كبير بين الجنايات والجنح. الأمر الذي يجعلنا بطريقة نظرية نجعل منه تقسيماً ثنائياً، حيث تتبع الجنح الجنايات دوماً وتستثنى المخالفات في هذه الأوضاع الموضوعية، وأهمها ما يتعلق بالشروع والمساهمة الجنائية وظروف التخفيف والتشديد من عود وأعداء وما إلى غير ذلك، وحتى بالنسبة لبعض الجرائم، وهو ما نبينه في النقاط التالية.

#### **أ- جريمة المحاولة أو الشروع:**

المشرع الجزائري ومثله الكثير من المشرعين لا يعاقبون على جريمة المحاولة أو الشروع إلا بخصوص الجنايات والجنح دون المخالفات، بل في القانون الجزائري لا شروع في الجنح إلا بنص خاص تطبيقاً للمادة 31 من قانون العقوبات الجزائري، وبالتالي كل الجنايات يتصور الشروع فيها تطبيقاً للمادة 30 من ق ع ج، في حين الجنح بموجب نص خاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة 31، في حين لا شروع إطلاقاً في مجال المخالفات، تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة 31 ق ع ج.

#### **ب- المساهمة الجنائية أو الاشتراك:**

في الفقه وكقاعدة عامة – وإن كانت المسألة قد أثارت نوعاً من الجدل الفقهي ستكون لنا عودة له في دراسة المساهمة الجنائية- لا مساهمة أو اشتراك في المخالفات، على عكس الجنايات والجنح، فهذه الأخيرة وحدها مما يرتب المشرع على تعدد فاعليها أياً كان صورتهم أثراً قانونية، غير أنه وعلى عكس الفقه، فإن المشرع الجزائري فصل في مسألة أنه لا اشتراك أو مساهمة في ارتكاب المخالفات، وهو ما بينه نص المادة 44 من قانون العقوبات الجزائري، التي نصت على معاقبة الشريك في الجناية أو الجنحة دون المخالفات

#### **ج- جريمة الاتفاق الجنائي ( تكوين جمعية أشرار):**

في العادة ما يتخوف المشرع الجنائي سواء في الجزائر أو غيرها من الدول، من ظاهرة التعدد الشخصي في ارتكاب الجريمة، أو بعبارة أخرى من ظاهرة الإجرام الجماعي، وهو الأمر الذي جعله يخرج عن القواعد العامة ويعاقب على بعض الجرائم التي لم يشرع في تنفيذها بعد، خروجاً على القواعد العامة التي تقضي بالألا جريمة دون فعل مادي، وذلك في الجرائم المسماة بالاتفاق الجنائي أو تكوين جمعية أشرار، حيث مجرد تأليف الاتفاق أو الجمعية يعد جريمة معاقب عليها قانوناً، بغض النظر عن ارتكابها لجرائم من عدمه، وهي الجريمة التي بينها المشرع الجزائري في نصي المادتين 176 و 177 من قانون العقوبات، اللتان عدلتنا سنة 2006، حيث قبل هذا التعديل كان يعاقب على تكوين جمعية الأشرار في الجنايات فقط في حين بعد التعديل أصبح يعاقب عليها في مجال الجنح أيضاً، لكن بشروط، وهو ما يؤكد مرة أخرى وجهة النقد القائل بالتشابه الكبير بين الجنايات والجنح.

#### **د- تطبيق النص الجنائي:**

تظهر أهمية التقسيم القانوني للجرائم أيضاً في مجال تطبيق النص الجنائي، سيما ما يتعلق بجانب المكان، أي تطبيقه من حيث المكان، إذ غالبية المبادئ المساندة لمبدأ الإقليمية أو التي تعد استثناءً عليه، مثل مبدأ الشخصية ومبدأ العينية، وحتى مبدأ العالمية، وكذا امتداد النص للتطبيق على السفن والطائرات يتعلّق بالجنايات والجنح دون المخالفات، وهو ما بينته بالخصوص المواد 582، 583، 590، من قانون الإجراءات الجزائية، ولا يفهم من هذه النصوص أن المسألة إجرائية لا تتعلق بهذا الموضوع من البحث، بل تتعلق بمسألة تطبيق النص الجنائي من حيث المكان والأشخاص، وهي مسألة موضوعية بحتة.

#### **ه- وقف تنفيذ العقوبة:**

وقف تنفيذ العقوبات من النظم القانونية الممنوحة للقضاة يفيدون بها بعض الأشخاص بالرغم من إدانتهم، وذلك بجعل العقوبة النفاذة موقوفة النفاذ، وهو نظام يطبق في مجال الجنايات والجنح دون المخالفات، وإن كان تضمنته قواعد الإجراءات الجزائية مثل الماد 592 إلا أنه مسألة موضوعية تتعلق بشق الجزاء.

#### **و- الظروف المخففة:**



الظروف المخففة المتمثلة في سلطة القاضي بالنزول عن الحد المقرر قانونا للجريمة من عقوبات، نظام كان يطبق فقط في مجال الجنايات والجنح دون المخالفات، وهو أمر معمول به في غالبية التشريعات العقابية المقارنة، غير أنه بتعديل المادة 53 سنة 2006 وإدراج العديد من المواد الجديدة أصبح بالإمكان منح الظروف المخففة حتى في مجال المخالفات، وهو ما بينته المادة 53 مكرر 6 من هذا التعديل.

### ي- ظروف التشديد ( ظرف العود):

غالبية التشريعات الجنائية تجعل من ظرف العود، كظرف مشدد للعقوبة، مطبقا فقط في مجال الجنايات والجنح، غير أنه في القانون الجزائري - مثلما فعل مع ظروف التخفيف- جعل من ظرف العود مطبقا أيضا في مجال المخالفات، وهو ما كان مبينا بنص المادة 58 من قانون العقوبات التي ألغيت بموجب تعديل سنة 2006، غير أنه لا يزال منصوص عليه في المادة 445 التي عدلت بدورها سنة 2006، وفي المادة 465 من ذات القانون المعدلة أيضا بموجب نفس التعديل.

### ز- المصادرة:

غالبية الدول تجعل من المصادرة عقوبة لا تطبق إلا تكميلية لا تطبق إلا في مجال الجنايات والجنح دون المخالفات، غير أنه في قانون العقوبات الجزائري، يمكن القضاء بالمصادرة حتى في مواد المخالفات، وذلك وفقا للمادة 15 مكرر 1 فقرة أخيرة من قانون العقوبات الجزائري المعدلة بموجبها سنة 2006.

### 2- النتائج القانونية للتقسيم القانوني على الصعيد الإجرائي

مثلما تترتب العديد من النتائج القانونية على الصعيد الموضوعي عن التقسيم القانوني، فإن ذات التقسيم يرتب العديد من النتائج القانونية على الصعيد الإجرائي، وهي نتائج أكثر أهمية وأثرا، خاصة وأنها تتعلق بمسائل تخص الاختصاص وسير الدعوى وكيفية البحث والتحري والتحقيق فيها، وبخصوص الأحكام ذاتها وطرق الطعن فيها... وهي مسائل يمكن القول أنه يتعدى على الإلمام بها في دراسة الشق الموضوعي.

#### أ- الاختصاص النوعي:

بحسب التقسيم الثلاثي يتوزع الاختصاص النوعي، حيث تنظر الجنايات أمام محكمة الجنايات المنعقدة بمقر المجلس في دورات محددة قانونا، في حين تنظر الجنح والمخالفات من قبل الأقسام الجزائية بالمحاكم.

#### ب- التحقيق والبحث والتحري

في العادة ما تولي جهات الضبطية القضائية المختصة بالبحث والتحري في الجرائم نشاطاتها على الجنايات وعلى الجنح بصفة أقل، ونادرا بخصوص المخالفات، كما أن التحقيق الذي يجريه قاضي التحقيق وجوبي في الجنايات، واستثنائي في الجنح حيث لا يحقق فيها قاضي التحقيق إلا بطلب النيابة العامة، ونادرا ما يكون هناك تحقيق في المخالفات.

#### ج- تقادم الدعوى العمومية:

تنتضي الدعوى العمومية في مواد الجنايات بمرور 10 سنوات، وفي مواد الجنح بمرور ثلاث سنوات، وفي مواد المخالفات بمرور سنتين ( المواد 8، 9، 10 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري).

#### د- تقادم العقوبة:

تتقادم العقوبة المحكوم بها في مواد الجنايات بمرور 20 سنة، وفي الجنح بمرور 5 سنوات وفي مواد المخالفات بمرور سنتين ( المواد 613، 614، 615 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري).

هذا ونشير بأنه هناك العديد من الاختلافات الإجرائية المتبعة بخصوص الأنواع الثلاثة السابقة من أنواع الجرائم، والتي ارتأينا أن لا نتناولها تفصيلا، حيث أن تناولها يقتضي شرحها، وأن هذا الشرح يقود على دراسة مادة قانون الإجراءات الجزائية على حساب مادة القانون الجنائي العام.

### ثالثا: الصعوبات التي تعترض التقسيم الثلاثي

يثير التقسيم الثلاثي للجرائم بعض الصعوبات أثناء التطبيق، خاصة في الحالات التي يقضي فيها القاضي بعقوبة ير التي قضى بها المشرع، ممارسة في ذلك سلطته التقديرية كالتشديد في حالة العود، و التخفيف في حالة إفادة المحكوم عليه بظروف التخفيف، أو في الحالات التي يقضي فيها المشرع بعقوبة تطبيق أصلا على نوع آخر من الجرائم، ففي مثل هذه الحالات يطرح إشكال يتعلق بمدى تغير الوصف القانوني للجريمة تبعا لتغير

العقوبة المقضي بها قضاء أو شرعا، وإن كانت الإجابة عن السؤال السابق قد أثارت العديد من الجدل الفقهي في الدول الأخرى، إلا أن المشرع فصل في المسألة بموجب نصي المادتين 28 و 29 من تقنين العقوبات الجزائري.

حيث قضت **المادة 28:** " لا يتغير نوع الجريمة إذا أصدر القاضي فيها حكما يطبق أصلا على نوع آخر منها نتيجة لظرف مخفف للعقوبة أو نتيجة لحالة العود التي يكون عليها المحكوم عليه."، حيث أن القاضي وهو يمارس سلطته التقديرية في تطبيق العقوبات، وقضى بعقوبة أشد في حال توفر ظروف التشديد مثل حالة العود مثلا، أو قضى بعقوبة أخف كتوفر ظروف التخفيف، فإن وصف الجريمة المقرر بالنص لا يتغير، أما ووفقا **للمادة 29** التي نصت على أنه: " يتغير نوع الجريمة إذا نص القانون على عقوبة تطبق أصلا على نوع آخر أشد منها نتيجة لظروف مشددة."، فإن تدخل المشرع بالتشديد أو التخفيف يترتب عليه تغير في وصف الجريمة.

## الفرع الثاني

### الجريمة العادية والجريمة السياسية

#### (تقسيم الجرائم على عادية وسياسية)

بالإضافة إلى التقسيم الثلاثي للجريمة الذي يعد تقسيما قانونيا، فإن الجريمة وفقا للنصوص القانونية أيضا تفرق إلى جرائم سياسية وجرائم عادية أو جرائم القانون العام وهي التفرقة المعروفة حتى لدى الرأي العام غير المتخصص قانونا، كونه تفرقة قديمة من جهة، ولا اعتبارها من ضرورات الحياة العامة من جهة ثانية، حيث رجل الشارع أيا كانت قناعاته وتوجهاته، فهو يفرق بين المجرم العادي والمجرم السياسي، سواء كان يشفق عليه ويتعاطف معه أو العكس، وسواء كان يتبنى أفكاره أو يعارضها، لذا المشرع وفي كل مكان من العالم، ومنذ القدم يعامل المجرم السياسي معاملة خاصة، سواء كانت تميل للرفاة أو للتشديد والقسوة بحسب الأحوال السياسية السائدة في البلد، والمختلفة من مكان لآخر ومن زمان لآخر، غير أنه من وجهة النظر القانونية البحتة، فإن التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية تعترضه صعوبات جمّة، لانعدام المعيار الواضح الذي بإعماله يمكن التفرقة بين النوعين من أنواع الجرائم، وكذا خضوع الفكرة نفسها للمسائل السياسية المتغيرة بطبيعتها، وما تفرضه المعطيات السياسية في هذا الشأن، وهو الأمر المعروف على طول مراحل الزمن والتطور البشري، لذا حاول كل من علماء الإجرام وفقهاء القانون إيجاد معايير اختلفت حولها وجهات النظر بالنظر لحساسية الموضوع. وإن كانت الجريمة السياسية قد عرفت منذ أن عرف الإنسان السلطة، لا كتعبير سياسي وإنما كقوة ضاغطة، أيا كان شكل هذه السلطة، سلطة الدولة أو رب الأسرة أو رئيس العشيرة أو القبيلة، ومهما تبدل شكل هذه السلطة عبر العصور والأزمنة، خاصة وان كل فعل أو عدوان كان يمس كيان ودعائم السلطة يرد بكل قوة وبطش، ودون رحمة أو رافة، خاصة عندما تم تأسيس مشروعية السلطة على نظرية الحق الإلهي، حيث عد الاعتداء على السلطة اعتداء يغضب الآلهة، وردع الشخص تكفير عن ذنبه وإرضاء لهذه الآلهة، لذا يجب سحق المعتدي والقضاء عليه. لذا الجريمة السياسية قديمة قدم النشاط الإنساني وتمتد بجذورها إلى جذور سلطة الدولة، وكان سبب وجودها التنازع على السلطة بين الأفراد حتى قبل ظهور الدولة، لتتطور بعد ذلك وتأخذ العديد من الصور والأشكال، تبعا لتطور الحضارة الإنسانية. وقد كشفت القوانين المكتشفة في بلاد الرافدين ووادي النيل وبلاد الفرس والهند والصين واليابان، بأن الجريمة السياسية كانت معروفة في هذه العصور، حيث كانت تتمثل في الجرائم التي تمثل اعتداء على سلطة الملوك والفراعنة أو تحط من كرامتهم أو تمس ولو من بعيد بألوهيتهم التي فرضوها على الناس وزعموا أنهم يستمدون سلطتهم من الآلهة، ومن عصاهم فقد عصى هذه الآلهة، كما عرفت حتى في مجتمع القبيلة في شخص رجل القبيلة الممثل لكيانها، وكان معيار التمييز بين الجرائم السياسية والجرائم العادية هو جسامة العقوبات المقررة للنوع الأول. وفي مطلع القرن التاسع عشر انتشرت الحركات التحريرية في أوروبا، وأخذت المنظمات السياسية تتشكل في كل مكان لقلب الأنظمة الاستبدادية المتحكمة، وتكررت الانقلابات السياسية في البلد الواحد بصور مفاجئة وسرية، وبذلك أخذ الشعور الشعبي يفرق بين المجرم الذي يقف لدوافعه الدنيئة وذلك الذي يسعى لتحقيق هدف قومي أو سياسي شريف، وهو الأمر الذي قد يجعل من مجرم أمس هو حاكم اليوم، والعكس بالعكس، وهنا بدا الاتجاه نحو معاملة المجرم السياسي معاملة خاصة وأخذ الرفاة في عقابه. وزاد الاهتمام بالجرائم السياسية وقمع مرتكبيها بعد الحرب العالمية الأولى، عند ظهور أنظمة الحكم الفاشية والنازية والشيوعية، أين عملت هذه الأنظمة بكل ما أوتيت من قوة لمحاربة المعارضة السياسية وقمعها، وتم قلب المفاهيم

التحررية والحضارية والتطورية والإنسانية التي خلفها القرن الماضي، والتي جعلت من القانون الجنائي لا يتأثر بالسياسة، فتغير الأمر وصار هذا القانون مرآة تعكس الأفكار السياسية والاجتماعية والاقتصادية للأفكار النازية في ألمانيا والفاشية في إيطاليا، وتم التشديد في عقوبات الجرائم السياسية وإنشاء محاكم خاصة بها وإطلاق حرية القاضي في العقاب عليها وتم التوسع في مفهوم هذا النوع من الجرائم ومن أمثلة ذلك أن قانون العقوبات السوفييتي أصبح يشمل 105 جريمة سياسية مقابل 43 جريمة عادية فقط. لذا فالأمر يتطلب منا أن نتناول مفهوم الجريمة السياسية باختصار في نقطة، لنتناول في الثانية أنواعها، وفي الثالثة أهمية تمييز الجريمة السياسية عن الجريمة العادية.

### أولاً: مفهوم الجريمة السياسية

لاقت دراسة فكرة الجريمة السياسية جهوداً فقهية معتبرة وضخمة سعياً وراء إيجاد مفهوم قانوني حاسم لها، لكنها فشلت في مجملها، وذلك بالنظر لمصطلح " السياسة " التي لا تعني مفهوماً ثابتاً ولا تفصح عن محتوى مستقر، حيث يرى بعض الفقه أنها ليست مادة وإنما لون، ولا تصلح لأن تكون معياراً أو صفة أو نوعاً، وإنما هي مفهوم متقلب ومتبدل تتبدل وفقاً لتغير وتبدل الأوضاع والظروف والأشخاص والمصالح، ولا يمكن أن تكون أساساً لنظرية معينة، في حين من صفات المفاهيم القانونية الثبات والاستقرار، الأمر الذي جعل التشريعات تتورع عن وضع تعريف قانوني للجرائم السياسية وتركت الأمر للفقه. ومع غزو الإجرام السياسي، يرجع الفضل في استعمال هذا المصطلح إلى الوزير والمؤرخ والكاتب الفرنسي GUIZOT في كتابه " المتأمرات والقضاء السياسي " و " الإعدام في المواد السياسية " المنشورين على التوالي سنتي 1821 و 1822. غير أن وضع تعريف قانوني دقيق للجريمة السياسية بقي أمر متعذر نسبياً، لدرجة يرى البعض أنه ليس هناك أمل في وضع تعريف ثابت ومستقر للجريمة السياسية. لذا نجد الفقه قد حاول وضع معايير تمكن من الاستناد عليها في وضع تعريف للجريمة السياسية، غير أن هذه المعايير بدورها مثل كل منه حقبة زمنية معينة بما يسودها من ظروف سياسية وما استقر فيها من أوضاع اجتماعية، ولعل أهم المعايير كان المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي<sup>1</sup>، ومثلما هو الأمر في كل مرة هناك من أخذ من كل معيار ووضع معياراً ثالثاً مختلطاً أو مزدوجاً ما بين المعيارين السابقين.

### 1- المعيار الشخصي:

ويعد من أقدم المعايير التي استند عليها في وضع تعريف للجريمة السياسية، الذي يركز على الغاية أو الباعث الذي يحرك الفاعل لارتكاب الجريمة، فإذا كان هذا الباعث سياسياً أو كانت الغاية التي يهدف إليها غاية سياسية، عدت الجريمة حينئذ جريمة سياسية، أي كان الفعل الإجرامي وأياً كان الحق المعتدى عليه، وما عدا ذلك فهي جريمة غير سياسية أو جريمة عادية، وعرف الدافع أنه: العلة المباشرة لارتكاب الجرم أو الهدف الأخير أو القصد النهائي من ارتكاب الجرم. وبالتالي، وفقاً لهذا الاتجاه، المجرم السياسي هو المجرم صاحب دوافع نبيلة وأهداف راقية، خلافاً للمجرم العادي الذي يندفع للجريمة بدافع أناني وأهداف دنينة وبربرية، حيث أننا نجد المجرم السياسي يندفع لجريمته لأجل تحقيق النفع أو الصالح العام، ولذلك يوصف إجرامه، أنه إجرام تطوري وتقدمي يتم بدافع الغيرة والإيثار، وهو بذلك يدفع بعجلة التاريخ إلى الأمام، عكس المجرم العادي الذي يوقفها، فالمجرم السياسي يهدف إلى تمهيد الطريق للارتقاء بالذات الإنسانية، وهو بذلك يسبق التاريخ، حيث لو ترك الأمر لوحده لحدث تلقائياً، لأنه لكل نظام سياسي أو اجتماعي مرحلة لا يصلح إلا لها. لذا يرى البعض بأنه يجب النظر إلى شعور الشعب وما إن كان قد حركه دافع المجرم السياسي.

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، حيث قيل أن الدافع ذو طبيعة نفسية، لذا فمسألة إثباته مسألة صعبة، وبالتالي فمن الأفضل الأخذ به كظرف للتشديد أو التخفيف، لا كركن للجريمة. وأن الأخذ بالدوافع دون المعايير المادية لا يوفر حماية فعالة لمصالح المجتمع. وأن الأخذ بالدافع يجعل كل مجرم يدفع بأن دافعه من الجريمة سياسياً، حتى ولو كانت جريمته عادية. مما يوسع من نطاق الجرائم السياسية، حيث تشمل جرائم بعيدة كل بعد عن المعنى السياسي سوى لأنها ارتكبت لغرض سياسي. لذا ظهر المعيار الموضوعي في أعقاب هذه الانتقادات.

### 2- المعيار الموضوعي:

1 عادل قورة، المرجع السابق، ص 29.

وهو المعيار الذي ظهر في ظروف كانت قد ظهرت فيها الأنظمة الاشتراكية، وسادت فيها الحركات السياسية والصراعات الطبقة، التي حاولت قلب الأنظمة السياسية القائمة، مستغلة في ذلك المعيار السابق المركز على الباعث السياسي كباعث نبيل في محاولة للترفق بها إذا فشلت في تحقيق أهدافها، مما ضاعف من حجم بؤرة الإجرام السياسي، وعمت الفوضى في أوربا وربوع العالم كله أيا كان شكل النظام، وهي الظروف التي مهدت أيضا لقيام الحربين العالميتين، لذا بدأت الحكومات تكافح الجريمة السياسية بكل ما أوتيت من قوة، فأخذت الجرائم السياسية مكانتها في خريطة قانون العقوبات كأخطر الجرائم، وهجرت التشريعات الجنائية المعيار الشخصي، وبدأت تأخذ بمعيار جديد هو المعيار المادي أو الموضوعي، الذي صور في ثلاثة أسئلة: هل وقع الضرر على الدولة مباشرة؟، هل وقع على حقوقها السياسية أو الاجتماعية؟، وهل المقصود من عقاب المجرم حماية النظام السياسي أو الاجتماعي؟، ووفقا لهذا المعنى، تعد جرائم سياسية، كل الأعمال التي يقصد منها الاعتداء على نظام الدولة أو مؤسساتها العامة، أو تعطيل وظيفة السلطة العامة فيها، سواء أصابت مصالحها السياسية أو أصابت حقوق الأفراد السياسية، ومن ثم تعد طبيعة الحق المعتدى عليه هي التي تحدد معيار التمييز بين الجرائم السياسية والجرائم الأخرى العادية. وبهذا ضاق نطاق الجرائم السياسية إلى حد بعيد، حيث لم تعد الجريمة سياسية لمجرد أن دافع أو باعث مقترفها دافعا سياسيا، بل لأن الحق المعتدى عليه حق سياسي يشكل اعتداء على الدولة ذاتها، وأن هدف العقاب يكمن في حماية النظام السياسي أو الاجتماعي، وهو المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي فقها وقضاء.

وبالتالي تعد جريمة سياسية وفقا للمعيار الموضوعي، كل اعتداء على المؤسسات العامة في الدولة والنظم الدستورية والاعتداء على الحقوق السياسية، وأخذ بهذا المعيار الفقيه الفرنسي جارو Garraud الذي عرف الجريمة السياسية وفقا لهذا المعيار، بأنها: " الجريمة التي تفضي على وجه الحصر إلى تقويض النظام السياسي أو تعديله أو الإخلال به"، حتى ولو كان الحق المعتدى عليه من الحقوق السياسية الفردية كحق الانتخاب وممارسة الواجبات العامة كدفع الضرائب والاشتراك في أعمال المجالس المحلية، وكل ما يقع على الحقوق السياسية للأفراد.

ويبدو من الوهلة الأولى أن المعيار الموضوعي أفضل من المعيار الشخصي، غير أن ذلك لم يمنع من أن توجه إليه العديد من الانتقادات، نذكر منها: إهماله للجانب الشخصي للمجرم، وبالتالي مساواته بين مجرم دوافعه نبيلة وآخر دوافعه دنيئة، بالرغم مما ينطوي عليه ذلك من إجحاف. وبالتالي هي نظرية شديدة الوطأة على الخصوم السياسيين لأنها ترمي إلى حماية النظام القائم دون النظر إلى دوافع المجرم السياسي. وبالتالي هي نظرية تأخذ مصلحة الدولة ونظام الحكم دون الحالة الروحية للمجرم، وهو ما يفسح المجال للحكام للاستبداد والتعسف في استعمال السلطات الممنوحة لهم، في سبيل الانتقام والثأر من خصومهم السياسيين. وهو معيار ضيق من نطاق الجرائم السياسية حيث حصرها في الاعتداءات الحاصلة على النظام السياسي دون الاعتداءات الحاصلة على الحقوق المالية والاقتصادية. وأنها نظرية لا تنظر للإجرام السياسي إلا من ناحية ركنها المادي دون ركنها المعنوي، ولا تعبأ بنبيل الباعث، مما أدى إلى نتائج شاذة، حيث أن العميل الذي يبيع وطنه بالخيانة والتجسس يستفيد من المزايا المقررة للمجرم السياسي، فيصبح الخائن كالقيادي الثائر، وهنا ظهر معيار مختلط أو مزدوج يجمع بين محاسن كل اتجاه ويتجنب مساوئهما مثلما هو الأمر دوما.

### 3- المعيار المزدوج أو المختلط:

أمام الانتقادات التي وجهت لكل من المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، هجرت التشريعات المعاصرة مسألة الأخذ بمعيار دون الآخر، حيث لم تأخذ بالمعيار الشخصي فقط المعتني بحماية الحقوق والحريات الفردية، ولا بالمعيار الموضوعي لإفراطه في حماية المصالح الاجتماعية على حساب المصالح والحقوق والحريات الفردية، بل جمعت مزايا كلا المعيارين، وهجرت كل ما يعيبهما، وقامت بذلك بالموازنة بين حماية مصالح المجتمع وحماية الحقوق والحريات الفردية. حيث يرى البعض في تقديره للمسألة، أن طغيان الاتجاه الفردي فوضى، وطغيان الاتجاه الاجتماعي استبداد. غير أنه بعيدا عن المعايير السابقة، عرف المؤتمر الدولي لتوحيد القوانين العقابية المنعقد في كوبنهاجن سنة 1935 الجرائم السياسية، بأنها كل جريمة ترتكب اعتداء على نظام الدولة السياسي وحقوق المواطنين السياسية. وهناك من الفقه من يعتبر جرائم سياسية تلك الجرائم الماسة فقط بأمن الدولة الداخلي كالدستور والسلطات الثلاث في الدولة دون الاعتداءات المخلة بأمن الدولة الخارجي التي يسميها في هذه الحالة بالجرائم الوطنية. وعرفها البعض، معبرا عن الفقه الإنجليزي، أنها الجريمة التي تلازم الاضطراب السياسي وتشكل جزءا منه، والبعض عرفها، بأنها الجريمة التي ترتكب وتكون السياسة هي الغرض

أو الدافع لها- نرى انه تعريف يستند إلى المعيار الشخصي لا المزدوج-، في حين عرفها البعض، أنها: الأعمال التي يقصد منها بطرق جنائية تعديل أو تحرير أو هدم أو قلب النظام السياسي وإثارة اضطرابات سياسية أو كراهية لنظام الحكم، في حين يرى البعض الآخر، أن الجريمة السياسية هي تلك الأفعال المحرمة التي تصطدم مع النظام السياسي للدولة، سواء من جهة الخارج أو من جهة الداخل.

والمشرع الجزائري، شأنه شأن سائر التشريعات الأخرى لم يرد تعريفا للجرائم السياسية، بل لم يشر أصلا لهذه التسمية، غير أنه نص على أهمها تحت عنوان " الجنايات والجنح ضد أمن الدولة"، دون أن يخصص عقوبات خاصة بها، بل أنه شدد من عقوبتها حيث أن غالبية عقوبات الإعدام والسجن المؤبد محصورة بهذا الباب مع هذا النوع من الجرائم المسماة ضد أمن الدولة، وإن كانت المادة 69 من دستور 96 قضت بعدم جواز تسليم لاجئ سياسي يتمتع قانونا بحق اللجوء دون أن تسميه مجرما، وفي قانون الإجراءات الجزائية وفي نص المادة 698 حظ تسليم المجرمين في الجنايات والجنح ذات الصبغة السياسية، أو في الحالات التي يتبين منها أن التسليم مطلوب لغرض سياسي، وهو النص الذي بموجبه نتمكن من القول بأن المشرع الجزائري يميز بين المجرم العادي والمجرم السياسي في مسألة التسليم فقط. وأن معيار الدستور هو معيار شخصي، بينما في قانون الإجراءات التزم بمسألة طبيعة الجريمة من كونها ذات صبغة سياسية وهو ما يجعلنا نرى أن المشرع الجزائري في نص هذه المادة تبنى المعيار الموضوعي.

### ثانيا: أنواع الجرائم السياسية

الوضع السياسي والاجتماعي ونظام الحكم في كل دولة هو الذي يحدد أنواع الجرائم السياسية، وذلك طبقا لمتطلبات حاجاته في مواجهة هذا النوع من الجرائم، وتبعاً للظروف التي يمر بها أيضاً، لذا تقسم الجرائم السياسية في العادة إلى جرائم سياسية ماسة بأمن الدولة الداخلي وأخرى ماسة بأمن الدولة الخارجي، وهناك من قسمها إلى جرائم سياسية خالصة وأخرى نسبية وأخرى مختلطة، فالجريمة السياسية الخالصة، هي تلك الجريمة الماسة بأمن الدولة الداخلي، أو تلك الواقعة على الدستور، وعلى السلطات الثلاث في الدولة، وأما الجرائم السياسية النسبية، فهي تلك الجرائم التي تقع في أن واحد على مصلحة الدولة ومصالح الأفراد، وهي في الأصل جرائم عادية ترتبط بالجرائم السياسية ارتباطاً وثيقاً وينتج عن هذا الارتباط إما تعدد جرائم مادي أو حقيقي وإما تعدد جرائم معنوي أو صوري. وأما الجرائم السياسية المختلطة، فهي جرائم الاغتيال السياسي كونها عبارة عن قتل عادي لغاية سياسية، جرائم فوضوية بغرض وضع المجتمع في موضوع يحتاج فيه إلى وجود الدولة، وكذا الإرهاب وتزوير النقد لأغراض سياسية.

### ثالثاً: الفائدة القانونية من تحديد الجرائم السياسية

إن الفائدة القانونية أو النتائج القانونية المترتبة عن تقسيم الجرائم إلى سياسية وعادية، يتمثل فقط في إبراز موقف الآراء المنادية بضرورة وجوب معاملة المجرم السياسي بنظرة مغايرة عن تلك المعروفة والمعمول بها في مجال الجرائم العادية، لذا سنركز أكثر على الأفكار التي ترى في المجرم السياسي شخص غير سائر المجرمين العاديين، وما ترتب عن ذلك من نتائج انعكست على التجريم والعقاب في هذا النوع من الجرائم، المسماة سياسية.

ونشأت فكرة التمييز بين الجرائم السياسية العادية، في القانون الفرنسي لسنة 1810 حيث أظهر تخفيفاً اتجاه الجريمة السياسية، وقدمت العديد من الدراسات في فرنسا تخص دراسة شخصية المجرم السياسي، حيث بينت اختلافات عميقة في شخصية كل من المجرم السياسي والمجرم العادي، ولذلك صدر في فرنسا قانون 28-04-1832 لإنشاء نوع خاص من العقوبات للمجرم السياسي، وألغى دستور 1848 عقوبة الإعدام بخصوص الجريمة السياسية، وأصبحت عقوبة الجريمة السياسية هي النفي البسيط والنفي إلى قلعة والإبعاد والتجريد من الحقوق السياسية.

### 1-فبخصوص شخصية المجرم:

يمكن القول أنه ببروز ظاهرة الإجرام السياسي، وشيوعه في المجتمعات وشرعت الدراسات في تحليله والبحث في أسبابه وكيفية معاملته، ظهرت اتجاهات ترى وجوب التفريق بين شخصية المجرم السياسي والمجرم العادي، حيث رأى أنصار المدرسة الموضوعية، أن المجرم السياسي غير المجرم العادي، حيث أن الأخير تنطوي أفعاله على الغش والحيلة والخديعة، ويصدر إجرامه بدوافع دنيئة وأنانية، مستهدفا إيذاء الوجود الإنساني ومنافيا كل القيم الإنسانية الأصلية ويعبر دوماً عن ارتداد إلى الحالة البدائية وشرعية الغاب السائدة بها، في حين أن الإجرام السياسي هو إجرام تطوري تقدمي ينتج عن دوافع الغيرة والإيثار، وبواعث الإصلاح الاجتماعي والرغبة في دفع عجلة التاريخ إلى الأمام، والارتقاء بالذات

الإنسانية وبمصالح الجماعة، وهو ليس بإجرام حقيقي وإنما إجرام موهوم أو مزعوم، إذ أنه لا يستهدف سوى المساس بالنظام السياسي أو الاجتماعي القائم وتعديله أو تبديله أو السير به قدماً، وفي هذا الصدد رأى غارفالو إدخال الجرائم السياسية في عداد الجرائم الاصطناعية التي لا تمس مشاعر الاستقامة الموجودة بصدر كل إنسان، أما فير رأى بأنه لا يجب أن تصبح النصوص الجنائية مجرد أداة في يد السلطة السياسية، في إشارة منه إلى عدم العقاب على الجرائم السياسية، وأما لمبروزو، فيرى أن الإجرام السياسي هو لون من ألوان الإجرام المتطور الذي يدفع الحياة السياسية والاجتماعية إلى الأمام، بالرغم مما يتسم به لمبروزو من تشدد اتجاه المجرمين. ويرى علماء الإجرام المحدثون، أن المجرم السياسي يمثل النموذج الحي الصادق وهو المجرم العقائدي الذي يجب أن ينظر إليه كنموذج قائم بذاته، حيث يتميز عن سواه في شعوره الصادق العميق، لأن فعله أملاه عليه ضميره ويعتبره جزءاً من رسالته التي التزم القيام بها، مرتكزا في ذلك على سلسلة القيم التي تركز عليها القواعد القانونية النافذة، لذا يجب معاملة إجرامه معاملة خاصة.

غير أنه يجب ألا نتخذ إلى هذا الحد وراء دوافع الإجرام السياسي ومجرميته، فهؤلاء أيضاً قد تحركهم دوافع الأنانية والحيلة والمكر والخداع والغش، سالكين هذا النوع من الإجرام، رغبة في الوصول إلى تحقيق دوافعهم الأنانية تحت مظلة وجوب الرأفة بهم في حال أفضلت عملياتهم، وقد اثبت الواقع قيام العديد من حركات التمرد والحروب وكان ظاهرها يوحى على بواعثها السياسية، وأما مضمونها كان مجرد محاولة جماعات معينة للسيطرة على الحكم وبسط نفوذهم على السلطة والشعب، أو لتحقيق مآرب خاصة تنطوي على الغش والكذب والخداع، بل وأكثر من ذلك، لتغطية جرائم فظيعة يرتكبونها أو في محاولة للوصول على السلطة حتى يتسنى لهم بسط حمايتهم على شبكاتهم الإجرامية وهو هدف شبكات المافيا اليوم المتاجرة بالمخدرات والمتهنة للإجرام المنظم، لذا نجد الدول ورغبة منها في تقوية أركانها سعت إلى مقاومة التيارات الاجتماعية وحركات التحرر التي بدأت تنشط في المستعمرات في بداية القرن العشرين، وتغيرت النظرة إلى الجرائم السياسية، وأخرج من نطاقها ما سمي بالجرائم الإرهابية والجرائم الاجتماعية وجرائم التجسس والخيانة وكل ما يمس أمن الدولة من جهة الخارج. وهو ما تنبتهت له فعلا بعض التشريعات، حيث أنه مع طغيان اعتبارات مصالح الدولة، مع المذهب الفردي الذي ساد القرن التاسع عشر، لم يبق موقف القانون من الجريمة السياسية موقف المتساهل والعاطف، بل هبت التشريعات خاصة في القرن العشرين إلى تبني التشدد التخليطي في عقاب المجرمين السياسيين، ونادى تيار فقهي جنائي بأنه ليس من العدل أن يراعى الباعث في الجرائم السياسية وحدها دون غيرها ويهمل في باقي الجرائم الأخرى أين يسود مبدأ أن القانون لا يعتد بالبواعث، وأن المبالغة في المسألة يجعل من دراسة شخصية المجرم موضوعاً ثالثاً يضاف إلى دراسة الجريمة والعقوبة.

## 2- من حيث المعاملة العقابية:

ونعني بالمعاملة العقابية العقوبة وما له علاقة بها، وبالخصوص المزايا التي يتمتع بها المجرم السياسي في هذا الشأن، مقارنة مع باقي أصناف المجرمين الآخرين، حيث يسود مبدأ وجوب أخذ الدافع الشريف ظرفاً في تقدير عقوبة مخففة على المجرم السياسي، خاصة وأنه مجرم اليوم قد يكون حاكم الغد، وأن جريمته جريمة مثقفين، ويجب أن يمنع في إجرامه عقوبات الإعدام أو الأشغال الشاقة أو أن يحرم من حقوقه السياسية أو المدنية أو الثقافية وألا تنتزع جنسيته ولا مصادرة أمواله، ولا أن ينفى إلى الخارج، حيث أن قاعدة عدم تسليم المجرمين أضحت قاعدة مستقرة في الفكر الجنائي المعاصر، واحتلت مكانته على خريطة المبادئ الدستورية بوصفها حقا من الحقوق الأساسية، ولا أن تسري أحكام العود في حقه، حيث لا يمكن احتساب الجريمة السياسية السابقة كعود، كما يجب أن يحظى المجرم السياسي في الغالب بقرارات العفو الشامل حتى في الدول التي لم تأخذ بمفهوم الجريمة السياسية، وأما بخصوص المعاملة في السجن، فعادة ما يعامل السجن السياسي معاملة خاصة، حيث يحبس في أماكن بعيدة عن باقي المجرمين العاديين، وله الحق في طلب الطعام من خارج السجن، وله طلب الجرائد والكتب... وارتداء ملابس عادية وعدم إخضاعه للتشغيل. غير أنه هناك اتجاه عكس السابق، ينادي بالتشدد مع المجرمين السياسيين، حيث يصح قلب كل ما نادى به الاتجاه السابق.

هذا وبعد أن انتهينا من التحليل القانوني للجريمة، وبيننا ماهيتها وخصائصها وقمنا بتمييزها عما يشابهها من أفكار قانونية أخرى يطلق عليها أحيانا وصف الجريمة، وبيننا أن أي جريمة يجب وأن تقوم على ثلاثة أركان عامة وجوهرية أو أساسية، هي الركن القانوني أو الشرعي، والركن المادي، والركن المعنوي، سنحاول الآن أن نتناول كل

ركن من هذه الأركان العامة في فصل مستقل، على أن نتناول في فصل مستقل كل التقسيمات والتصنيفات التي أعطيت للجريمة بناء على الركنين المادي والمعنوي دون الركن القانوني حيث سبق تناول أهم التقسيمات المستندة لهذا الركن.

### الفرع الثالث

#### الجريمة العادية والجريمة العسكرية

مثلما تقسم الجريمة استنادا للركن المعنوي تقسيما ثلاثيا، وتتم تفرقة الجريمة العادية عن الجريمة السياسية، فإنه هناك تقسيم آخر يستند أيضا لنصوص القانون أو للركن الشرعي، وهو تقسيم الجريمة إلى جريمة عادية وجريمة عسكرية، وهو موضوع دراستنا في هذا الفرع. ويمكن القول عموما، وقبل تناول مفهوم الجريمة العسكرية ومعياري التمييز بينها وبين الجريمة العادية، أنها تلك الجرائم التي تشكل اعتداء على المصالح العسكرية المحمية بقانون القضاء العسكري.

#### أولا: مفهوم الجريمة العسكرية

الجريمة العادية هي تلك التي تقع بالمخالفة لنص جنائي يجرم الفعل ويعاقب عليه، سواء ورد هذا النص في صلب قانون العقوبات أو في القوانين المكملة له، أما الجريمة العسكرية، فهي بحسب الأصل تلك التي تقع من شخص يتمتع بالصفة العسكرية بالمخالفة للواجبات العسكرية أو النظام العسكري ككل، وهي بذلك لا تختلف كثيرا عن الجرائم العادية، سوى في انعقاد النظر في الجرائم العسكرية لقضاء استثنائي هو القضاء العسكري، والجريمة العسكرية في جوهرها صورة تقترب من الجريمة التأديبية، وربما تميزت عنها فقط بجسامتها بالنظر لأهمية وخصوصية النظام العسكري، وبخطورة الجزاءات المقررة لها، ويميز بعض الفقه، بين الجريمة العسكرية في مفهومها الحقيقي والتي يرى أنها وحدها التي تبرر تطبيق أحكام القانون العسكري وبين الجريمة العسكرية حكما، بالرغم من أنه في الحالتين ينعقد الاختصاص للقضاء العسكري<sup>1</sup>.

#### 1- مفهوم الجريمة العسكرية الحقيقي:

حتى نكون بصدد جريمة عسكرية، يجب أن يكون فاعلها متمتعا بالصفة العسكرية وأن يكون الفعل الواقع يشكل مخالفة للنظام العسكري عموما، وهنا قد نكون بصدد جريمة عسكرية بحتة وهي تلك التي يجرمها فقط القانون العسكري دون أن يكون لها نظيرا في أي قانون آخر، مثل جريمة التهرب من الخدمة العسكرية وعدم تنفيذ الأوامر العسكرية، وهناك نوع آخر يسمى بـ " الجرائم العسكرية المختلطة " وهي تلك التي يشترك في تجريمها قانون الأحكام العسكرية وقانون العقوبات، مثل جرائم السرقة والاختلاس.. وهي جرائم بحسب الفقه تعد من اختصاص القضاء العسكري لكنها في حقيقتها تعد جرائم عادية، ورجح الاختصاص فيها للقضاء العسكري دون القضاء العادي ترجيحاً للقانون الخاص على القانون العام كوننا بصدد تنازع اختصاص، بل يرى البعض أن المحكمة العسكرية هي التي ترجح اختصاصها على اختصاص المحاكم العادية ما لم يقيد القانون العسكري ذاته اختصاص المحاكم العسكرية.

#### 2- مفهوم الجريمة العسكرية الحكمي:

وهو مفهوم حسب البعض مسوغ فقط لعقد الاختصاص للقضاء العسكري ليس إلا، بالرغم من أن الجريمة ليست في حقيقتها جريمة عسكرية أو تخضع للأحكام الموضوعية للقانون العسكري، وإنما جرائم عادية منصوص عليها في قانون العقوبات وواقعة من شخص يتمتع بالصفة العسكرية بسبب تأدية مهامهم، أو أن تكون من جرائم المساهمة الجنائية والمرتبطة بجريمة عسكرية ارتكبتها عسكري، أو أن تكون جريمة عادية حسب الأصل غير أن المشرع قدر أنها تمثل اعتداء على مصلحة عسكرية وفقا لقانون الأحكام العسكرية، أو جرائم عادية تقع ضد أشخاص يتمتعون بالصفة العسكرية أثناء تأدية مهامهم أو بسببها.

#### ثانيا: النتائج المترتبة عن التمييز بين الجرائم العادية والجرائم العسكرية

تختلف الجرائم العسكرية عن الجرائم العادية من النواحي الموضوعية وكذا من النواحي الإجرائية وهو ما نبينه في النقطتين التاليتين:

#### 1- من الناحية الموضوعية :

1 عادل قورة ، المرجع السابق، ص 31.

تخضع الجرائم العادية للأحكام الموضوعية المنصوص عليها في قانون العقوبات، بينما تسري على الجرائم العسكرية الأحكام الموضوعية المنصوص عليها في النظام العسكري تجرّيماً وعقاباً، كما أن مبدأ الشرعية الجنائية غير معمول به بصفة مماثلة لتلك المعروف بها في قانون العقوبات، حيث غالباً ما تعد نصوص القانون العسكري واسعة تستوعب العديد من السلوكات على نحو يستوعب أفعال غير محصورة مسبقاً، كما أن الجزاءات تختلف ما بين ما هو منصوص عليه في قانون العقوبات وما هو منصوص عليه في القانون العسكري، مثل جريمة الطرد من الخدمة العسكرية وتنزيل الرتبة والحرمان من الأقدمية، وأن الحكم في جريمة عسكرية لا يشكل ظرف عود في الجريمة العادية.

## 2- من الناحية الإجرائية:

ينعقد الاختصاص في نظر الجرائم العادية للمحاكم الجنائية العادية، بينما ينعقد الاختصاص في الجرائم العسكرية للجهات القضائية العسكرية، وتبعاً لذلك تختلف المراحل التي يمكن أن تتم عبرها مرحلة المحاكمة منذ الاستدلال إلى غاية المحاكمة فيها مروراً بالتحقيق وتنفيذ العقوبات... غير أن أهم مسألة تكمن في حظر تسليم المجرمين العسكريين مثلما تقتضيه أغلب الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد وهو أمر مسلم به فقهاً استناداً لعرف دولي مستقر.

## الفصل الأول

### الركن الشرعي أو القانوني للجريمة

### مبدأ الشرعية الجنائية

### Le principe de la légalité criminelle

إنه لمن قبيل المسلمات أن الدولة كنظام من صنع البشر قامت لتحقيق الخير لجموع البشر الذين ينتمون إليها، ولتحقيق ذلك، قامت بوضع مجموعة أسس فلسفية تحكم تصرف الإنسان في حياته وتكون بمثابة دليل للعمل يحدد له جوانب الخطأ من الصواب، كما قامت بالبحث عن نقطة توازن معقولة بين نقيضين يعملان في المجتمع في آن واحد، وهما الرغبة في تدعيم السلطة لكي يتسنى ويتيسر للحكام أداء المهام المنوطة بهم، ومن جهة ثانية، الرغبة في تدعيم حريات الأفراد والجماعات

وأياً كان الخلاف بين النظريات والفلسفات المتصارعة في هذا الشأن، فإنه هناك قدر من الوظائف المسندة للدولة متفق عليه، لأنه يعد من أركان وجود الدولة، ووسيلتها في مواجهة العدوان الخارجي والمحافظة على النظام الداخلي، وهو أول واجب صاحب نشأة الدولة واعتبر عنصراً من عناصر وجودها. وأسند تحقيق هذه الوظائف إلى سلطات ثلاثة محددة ظهرت في مرحلة من مراحل تطور الدولة، حينما اشتد الصراع بين الفكر والسلطة، وهي السلطة التشريعية التي أسندت إليها مهمة سن القوانين الذي يحفظ وجود الدولة ويضمن استمرارها، وسلطة قضائية، ووظيفتها الأساسية تطبيق هذه القوانين في إطار مبدأ المساواة وبالقدر التي تحفظ فيه الحريات الفردية، المسألة التي لأجلها نالت استقلاليتها، وأخيراً، سلطة تنفيذية أنيط بها ممارسة المهام السياسية في الدولة، وبالشكل الذي تحفظ به وجود واستمرار هذه الأخيرة. ووجدت هذه السلطة، القانون الجنائي المجال الأنسب الذي يحفظ لها ذلك، بالنظر لما تتسم به قواعده من صرامة وما تتصف به من حزم، بالنظر لما ينطوي عليه من جزاءات تنال في الغالب من حقوق الإنسان الأساسية، أهمها حقه في الحياة والحرية والتملك.

وإن كان قد سبقت الإشارة إلى أن بعض الفقه انتقد بشدة فكرة اعتبار النص القانوني ركناً من أركان الجريمة، في حين هو خالقها ومصدر وجودها، ولا يمكن للعقل أن يتصور اعتبار الخالق عنصراً فيما خلق، لذا اتجه بعض الفقه إلى اعتبار الركن القانوني هو " الصفة غير المشروعة للفعل"، التي إن لم تتوفر ليس لنا حاجة للبحث عن الأركان الأخرى، حيث هو الركن الذي بموجبه تتحدد الأركان الأخرى، حيث يبين السلوكات والتصرفات المجرمة، وبذلك يكون قد حدد الركن المادي للجريمة، كما يبين العلاقة النفسية بين هذا الفعل ومرتكبه، وبذلك يكون قد حدد الركن المعنوي للجريمة، وبذلك يعد النص القانوني مصدر الصفة غير المشروعة للفعل والمبين للنموذج القانوني لها، كما يرصد لها الجزاء المناسب من جهة نظر قانون العقوبات، أو القوانين المكمل له.

لذا أضحي الركن الشرعي عبارة عن فكرة قانونية ومبدأ قانوني ثابت من مبادئ القانون الجنائي، وأضحى من مسلمات الفقه الجنائي المعاصر، التي تقوم عليه سائر الأفكار والمبادئ الجنائية الأخرى، بالرغم مما تميز به من طريقة في الظهور وتطور عبر العصور وأسس قام عليها ونتائج رتبها جعلت منه يستقر في غالبية القوانين الجنائية الحديثة،



ويرتقي إلى مصاف المبادئ الدستورية التي تقوم عليها جل النظام الديمقراطي في العالم، بل ومن مقومات دولة القانون المعاصرة. ومؤدى المبدأ، أن يحدد المشرع سلفاً الأفعال المعتبرة جرائم من بين السلوكات التي يقوم بها الإنسان، فيحدد النموذج القانوني لكل جريمة وكذا الجزاء المقرر لها، مما يضمن حقوق وحرريات الأفراد في مواجهة السلطة العامة، كما يحمي في ذات الوقت المصلحة العامة، من خلال إسناد سلطة التشريع للمشرع وحده دون غيره، مما يكفل عدم اعتداء السلطات على اختصاصات بعضها البعض، وانفراد المشرع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحرريات التي لا مساس بها أكثر من المجال الجنائي. لذا فدراسة هذا المبدأ تقتضي منا تناول ظهور المبدأ وتطوره تاريخياً، لنتناول في الثاني ماهية هذا المبدأ والنتائج القانونية المترتبة عليه. ونخصص ميحاً ثالثاً لأسباب الإباحة باعتبارها تمثل أسباب تعود بالشخص لخارج مجال التجريم غير المحكوم بمبدأ الشرعية الجنائية.

## المبحث الأول

### ظهور مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره

للإمام بمدلول مبدأ الشرعية الجنائية، يتعين البحث في الظروف التاريخية التي مهدت لظهوره، ومكنته من احتلال المكانة والقيمة الدستورية والقانونية التي يحتلها اليوم، وكذا البحث في الأسس والمبادئ الفلسفية التي قام عليها. حتى يتسنى لنا بعد ذلك استيعاب ماهيته وما يرتبه من نتائج، لذلك سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين، نخصص الأول لظهور المبدأ وتطوره التاريخي، لنخصص الثاني لماهية المبدأ والنتائج القانونية المترتبة عليه.

## المطلب الأول

### ظهور مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره التاريخي

مبدأ الشرعية الجنائية لم يظهر بظهور قانون العقوبات، كما أنه لم يتطور بذات الطريقة، كونه ظهر في مرحلة متأخرة من مراحل تطور هذا القانون، وهي المراحل المتعددة التي تضرب بجذورها في أغوار تاريخ البشرية، وهو الأمر الذي جعلت هذا القانون يعاني من ويلات التعسف والتحكم والاستبداد لفترة زمنية طويلة، غير أن الأمر إن كان كذلك بخصوص التشريعات الوضعية الأوروبية فالأمر مختلف بخصوص الشريعة الإسلامية التي عرفت المبدأ منذ القرن السادس ميلادي. لذا سنحاول أن نتناول ظهور المبدأ في فرع، لنتناول في الثاني تطوره التاريخي، ونخصص الثالث لتبيان أسسه الفلسفية.

## الفرع الأول

### ظهور مبدأ الشرعية الجنائية

يرجع البعض - وهو كثيرون - تاريخ المبدأ وأول ظهور له إلى فلاسفة عصر التنوير والنهضة في أوروبا، في القرن الثامن عشر، غير أن الحقيقة هو أنه مبدأ ظهر قبل ذلك بكثير، حيث عرفته الشريعة الإسلامية في الوقت الذي كانت فيه أمم أوروبا غارقة في الظلام وتعاني من تحكم وتعسف السلطات، وحتى وإن عرفته بعض التشريعات الغابرة ما قبل الميلاد، مثل شريعة حمورابي، إلا أنه سوى بلورة لقيم السلطة آنذاك. وفي الشريعة الإسلامية قد دلت على المبدأ العديد من الآيات القرآنية الكريمة، مثل قوله عز وجل في الآية 15 من سورة الإسراء: " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"، وقوله عز وجل في الآية 59 من سورة القصص: " وما كان لربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا"، وقوله أيضاً في الآية 165 من سورة النساء: " لئلا يكون للناس حجة بعد الرسل"، وقوله عز وجل في الآية 38 من سورة الأنفال: " قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف"، وفي الآية 95 من سورة المائدة: " عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه". وأما في أوروبا، سادت فترة طويلة من الزمن كانت فيها إرادة الحاكم وأهوائه هي القانون وذلك في ظل نظام مستبد، فلم يوجد آنذاك مبدأ يعبر عن سيادة القانون، مما أثر الفلاسفة والمفكرين على السلطة القضائية، التي كانت تحاكم وتجرم بناء على رسائل الملوك والحكام وفي غياب أية نصوص قانونية، مما وسع من دائرة التجريم وهز ميزان العدالة تحت وطأة التعسف والجور والطغيان، وجسامة وشدة العقوبات ووحشية تنفيذها، مما كان له أثر بالغ في ثورة ما يسمى " بثورة الحريات الكبرى" التي ثارت ضد هذا الجور والطغيان فأشعلت كتاباتهم الثورة الفرنسية سنة 1789. غير كان قد سبقهم في ذلك "مونتسكيو" الذي يعد أول ما ندد بالظلم والطغيان في كتابه الخالد " روح القوانين" حيث نادى بمبدأ الفصل بين السلطات لوضع حد لاعتداء السلطة القضائية على اختصاصات السلطة التشريعية، التي كانت تقرر الجرائم والعقوبات وفقاً لأهوائها، وأكد على ضرورة " الشرعية النصية" لأجل وضع سياج

منيع على الحقوق والحريات. ومن بعده بيكاريا في كتابه " الجرائم والعقوبات"، المنشور سنة 1764 مستندا على فلسفة روسو التي قررها بكتابه العقد الاجتماعي، كما لخص كل من أفكار مونتسكيو وجون جاك روسو وأبرز في كتابه قيمة مبدأ الشرعية باعتباره الوسيلة الفعالة لتخليص القانون الجنائي من تحكم القضاة وتعسف الحكام، ورأى بأن السبيل لتخليص الأفراد من طغيان القضاة وتعسفهم في مجال التجريم والعقاب هو القانون، حيث لا يؤخذ الشخص إلا عن جريمة يكون قد حددها النص مسبقا وبين عقوبتها ومقدارها، كما اشتق بيكاريا من نظرية العقد الاجتماعي أيضا " مبدأ المصلحة الاجتماعية أساس لمشروعية العقاب" وبذلك: تجرم الأفعال التي تعد عدوانا على المجتمع فقط، وأن يكون الجزاء متناسبا مع الضرر. وبالتالي يكون مبدأ الشرعية الجنائية أول من نادى به مونتسكيو ومن بعده روسو وبيكاريا، واهم عامل دفع لذلك كان التعسف والاستبداد الذي كان سائدا في أوروبا في هذه الحقبة الزمنية<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### التطور التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية

المبادئ التي نادى به كل مونتسكيو وروسو وبيكاريا كانت سببا في ظهور مبدأ الشرعية الجنائية إلى الوجود، بصيغته الأولى، لذا امتد في التطور المتسع والمتسارع وعرف طريقه إلى مجتمعات وحضارات أخرى، وكانت أهمها وثائق الثورة الفرنسية، لكن وقبل ذلك كان المحامي العام السيد سيفران في خطابه أمام البرلمان سنة 1766 في قرونوبل قد قدم خطابا أهم ما جاء فيه: " أن القوانين أو القواعد الجنائية يجب أن تعطي للقاضي لوحة مدققة عن الجرائم والجزاءات، بحيث يتعين على القاضي فقط اختيار الجزاء المحدد" وتؤكد المبدأ بعد ذلك في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي أصدر في أعقاب الثورة الفرنسية في المادة 5 منه التي نصت على انه: " لا يمنع الفرد عن إتيان ما هو غير محظور بنص القانون"، وقضت المادة 8 منه بأنه: " لا يعاقب الشخص إلا طبقا لقانون محدد وصادر قبل ارتكاب الفعل، ثم أكده بعد ذلك دستور الثورة الفرنسية لسنة 1791 وبعده دستور 1793 ودخل المبدأ منذ ذلك الوقت المجال التشريعي. وأخذ القانون الإنجليزي بمبدأ الشرعية الجنائية منذ صدور ميثاق هنري الأول، ثم تضمنه دستور كلاريندون وأكده بعد ذلك العهد الأعظم الذي قرر سمو قواعد القانون في إنجلترا والذي أصدره الملك جون سنة 1215، حيث نصت المادة 29 منه على أنه: " لا يمكن إنزال عقاب ما بأي إنسان حر إلا بمحاكمة قانونية من أئداده طبقا لقانون البلاد"، وأكد عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المواد 9، 10 و11، كما تضمنه أكثر من 50 اتفاقية أو إعلان يتعلق بحقوق الإنسان والحريات الفردية، ليستقر بعدها في غالبية الدساتير والقوانين الجزائية، بوصفه ضمانا أساسية للحقوق والحريات، وصار ركيزة دستورية هامة، وقد نصت عليه غالبية الدساتير الجزائية، ففي دستور 1976 تضمنته المادتان 45 و169، والمواد 43، 44، 131، 133 من دستور 1989، والمادة 46 من دستور 96 المعدل والمتمم، كما نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري، من كون لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون، وقضت المادتان 2 و3 على مبدئين من يعدان نتيجتين من نتائجه وهما مبدأ عدم الرجعية ومبدأ الإقليمية. ونص المشرع الفرنسي على المبدأ في نص المادة 111-3 بأنه: " لا يعاقب أحد على جنائية أو جنحة ما لم تكن أركانها معرفة بقانون، كما لا يعاقب شخص على مخالفة ما لم تكن أركانها محددة بمقتضى اللائحة"، ورأى جانب من الفقه الفرنسي أن المكان الطبيعي للنص على مبدأ الشرعية الجنائية هو الدستور، وأن النص عليه في التقنين العقابي ما هو إلا من التزيد الذي لا مبرر له، ولا لزوم له، بل وتآباه فنون الصياغة القانونية والبلاغة التشريعية، كونه مبدأ يحرص على حماية الحريات الفردية، وأن مكان النص على هذه الحريات هو الدستور لذا يجب رفع مبدأ الشرعية الجنائية إلى مصاف المبادئ الدستورية، وأن إيراد المبدأ في الدستور يغني عن ترديده في قانون العقوبات. وقبل أن ننقل من فكرة الظهور والتطور، نشير بان هذا التطور مكن من استنتاج الأسس الفلسفية لهذا المبدأ الدستوري الجنائي الهام، وهي الأسس التي نتناولها في الفرع الثالث التالي.

## الفرع الثالث

### الأسس الفلسفية لمبدأ الشرعية الجنائية

1 عادل قورة ، المرجع السابق، ص 38.

مبدأ الشرعية الجنائية وجد نتيجة صراع مريب وطويل ضد التعسف والتحكم والطغيان واستبداد الحكام وتعسف السلطات، وبني على العديد من الأسس الفلسفية التي دفعت به إلى الوجود، حيث يعد أثر من آثار العقد الاجتماعي، وثمره من ثمار مبدأ الفصل بين السلطات، أساسه المسؤولية الأخلاقية وقوامه مبدأ العدالة. فهو أثر من آثار العقد الاجتماعي، حيث أنه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بهذه النظرية التي جاء بها جون جاك روسو، كون العقاب يعد أيضاً محصلة تنازل كل فرد عن جزء من حقه الخاص في الدفاع عن نفسه، لتتولاه السلطة العامة نيابة عنه، وهو المعنى الشكلي لمبدأ الشرعية الجنائية. وهو ثمره من ثمار مبدأ الفصل بين السلطات، الذي نادى به الفيلسوف الفرنسي مونسكيو، حيث مؤدى الفصل بين السلطات أن تحصر مصادر التجريم والعقاب في القانون الذي تصدره السلطة التشريعية، والذي لا تملك السلطة القضائية إزاءه إلا التطبيق. وأساس مبدأ الشرعية الجنائية المسؤولية الأخلاقية، حيث مسؤولية الشخص تتحدد بناء على الذنب والخطأ المنسوب إليه، والصادر عنه بناء على الإدراك وحرية الاختيار، حيث جوهر الخطيئة إدراك عدم مشروعية الفعل ثم إرادة ارتكابه، وهو ما يقتضي أن تكون عدم مشروعية الفعل قد حددتها النصوص العقابية مسبقاً، وأنه حتى تتحدد مسؤولية الشخص الجنائية وتقوم، ينبغي توفر الاختيار الحر بين المحظور والمباح من الأفعال، لذا يجب أن يعرف الإنسان سلفاً ما هو محظور عليه. وقوام مبدأ الشرعية الجنائية، مبدأ العدالة الذي يعد من الركائز الأساسية لقيام دولة القانون، وهو ما يؤكد فعلاً أن مبدأ الشرعية الجنائية أثر من آثار العقد الاجتماعي وثمره من ثمار مبدأ الفصل بين السلطات، أساسه المسؤولية الأخلاقية وقوامه مبدأ العدالة، ومرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمبدأ سيادة القانون غير أنه في الشريعة الإسلامية يعد اسمي منه في التشريعات الوضعية، كونه يقوم على قاعدتين أساسيتين، هما " لا حكم لأحكام العقلاء قبل ورود النص"، وقاعدة " الأصل في الأشياء الإباحة".

## المطلب الثاني

### مفهوم الشرعية الجنائية

لمبدأ الشرعية الجنائية معنى ومدلول وعناصر، وأقسام سنحاول أن نتبينها باختصار في النقاط التالية، حيث نبين المقصود منه، وعناصره، وذلك بالقدر الذي نحتاجه لباقي نقاط دراستنا فقط.

## الفرع الأول

### المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية

الأصل أن يقصد بمبدأ الشرعية الركن الشرعي للجريمة – وهو ما نحن بصدد دراسته- كما انه يفهم منها مبدأ المشروعية، لذا وجب علينا أن نفرق بين الشرعية والمشروعية في نقطة، لنتناول في الثانية تعريف مبدأ الشريعة الجنائية. إذ في الكثير من الأحيان يستخدم المصطلحين للدلالة على نفس المعنى، غير أنه هناك اختلافات بين المصطلحين، حيث أن **الشرعية** تعني تنصرف في المجال الجنائي إلى معاني قانونية، تتمثل في حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة، وهي بذلك تتعلق بالنص الجنائي وبالعناصر الشكلية والموضوعية التي تضمن شروط صحة النص. كما يقصد بالشرعية تلك المبادئ التي تكفل احترام حقوق الإنسان وإقامة التوازن بينها وبين المصلحة العامة، والتي يتعين على الدولة التقيد بها عند ممارستها لصلاحياتها العامة. بينما يقصد **بالمشروعية**، انتفاء التعارض بين الواقعة القانونية وبين نصوص التجريم والعقاب، وبالأحرى انتفاء التعارض بين النصوص والمصالح والأموال المشمولة بحماية هذه النصوص، فهي بذلك تنصرف إلى أسباب الإباحة، حيث لا يوصف الفعل بعدم المشروعية إذا توفرت شروط تطبيق سبب من أسباب الإباحة التي بينها القانون، فالمشروعية تتعلق بالفعل، في حين أن الشرعية تتعلق بالنص. ويرى البعض، في هذا المعنى، أن مبدأ الشرعية الجنائية في حقيقة الأمر ما هو إلا جانباً واحداً من مبدأ أكثر شمولاً، وواجب التطبيق على أي نشاط تقوم به الدولة، الذي يجسد دولة القانون ويفرقها عن الدولة البوليسية. حيث يتوجب على كل السلطات في الدولة احترام القانون والعمل في إطاره، والالتزام بأحكامه في قيامها بمهامها، وعادة ما يقال الشرعية الإدارية للدلالة على هذا المعنى – عمل سلطات الدولة في نطاق القوانين-، تميزاً عن مبدأ شرعية الجرائم والعقاب الحاكم للقانون العقابي. غير أنه وبعيداً عما سبق، سنحاول أن نبين تعريف مبدأ الشرعية ومضمونه وتحديد عناصره وتبيان أقسامه في النقاط التالية.

### أولاً: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية

أعطيت العديد من التعاريف لمبدأ الشرعية الجنائية، حيث اختلفت باختلاف الزوايا التي ينظر منها إليه، فالإيونانيون قد عبروا عن هذا المبدأ بأنه " الترابط السياسي الذي يضع كل مواطن مكانه في المجتمع"، في حين عبر عنه

المجتمع الدولي لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة 1959 بأنه: " اصطلاح يرمز إلى المثل والخبرة العلمية القانونية التي يجمع عليها رجال القانون في جزء كبير من العالم"، ورأى المؤتمرون أن المبدأ يقوم أو يعتمد على عنصرين أساسيين، هما أنه مهما كان فحوى القانون، فإن كل سلطة في الدولة هي نتاج القانون وتعمل وفقه، والثاني، افتراض أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سام هو احترام حقوق الإنسان، واستخلص المؤتمرون تعريفا ليمدا الشرعية في أنه: " ذلك الذي يعبر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة، ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية"، كما عرف بالعديد من التعاريف التي يمكننا أن نجملها فيما يلي: " نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل"، " النص القانوني الذي يبين الفعل المكون للجريمة ويحدد العقاب الذي يفرضه على مرتكبها"، وهناك من قال بأن الشرعية بإيجاز، تأسيس الجرائم على اعتبارات من مصلحة المجموع واحترام الحريات الفردية، وهناك من قال أنه: سيادة القانون وخضوع الجميع له حكما ومحكومين، وسيادة القانون في مجال التجريم والعقاب يعني وجوب حصر الجرائم والعقوبات في القانون المكتوب، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها، من جهة، ثم العقوبات المقرر لها ونوعها ومدتها، من جهة أخرى. وهناك من عرفه، أن الشرعية الجنائية تقضي وجوب وجود نصوص قانونية صادرة عن سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم والجزاء والمتابعة الجزائية.

### ثانيا: مضمون الشرعية الجنائية

القانون الجنائي بمختلف فروعه يخضع لمبدأ الشرعية، منذ تجريم الواقعة ووقوعها مروراً بمحاكمة الشخص وتوقيع العقوبة عليه وتنفيذها، وفي كل هذه المراحل يخضع القانون المسائل التي تمس بالشخص وحرية وكرامته سواء تعلق الأمر بالتجريم أو العقاب أو الإجراءات أو التنفيذ العقابي تكون النصوص خاضعة لمبدأ الشرعية الجنائية. ومقتضى مبدأ الشرعية الجنائية، أن تراعيه السلطات الثلاث في الدولة في كل تصرفاتها وأعمالها القانونية، فمن جهة القاضي لا يملك تجريم فعل لم يرد نص بتجريمه أو توقيع عقوبة لم يرد بها نص أو استنتجها عن طريق القياس، ومن ناحية ثانية، فسلطة التجريم والعقاب من اختصاص السلطة التشريعية، وهي وحدها صاحبة الاختصاص، وأن تكون النصوص التي تضعها محددة ولا نصرف إلى الماضي، ولا تملك السلطة التنفيذية ممارسة هذا الاختصاص دون تفويض، وفي الحدود الضيقة التي بينها القانون لهذا التفويض. فمبدأ الشرعية الجنائية يفرض نفسه على المشرع مثلما يفرض نفسه على القاضي، فالأول يحتكر سلطة التجريم والعقاب، بينما الثاني يقع عليه عبء التطبيق السليم لهذه النصوص، احتراماً للإرادة العامة، على أن تكون النصوص الجنائية واضحة وضوحاً كاملاً بما يسمح للقاضي بتطبيقها السليم دون خطأ، حيث إذا جاء النص مبهماً أو غامضاً، فإن ذلك يمنح القاضي سلطة تحكيمية التي أريد القضاء عليها بموجب هذا المبدأ، لذا فالشرعية تستبعد فكرة النصوص التي تشمل ما يسمى بالحالات أو النماذج المفتوحة Types ouverts وهي النصوص الذي ما أريد تطبيقها نجد بأنه يدخل تحت نطاقها العديد من الحالات المتشابهة، كالنص " كل فعل ضار بالشعب" أو " كل تصرف يمس المصلحة العامة أو من شأنه المساس بالأمن العام أو النظام القائم"، وفي مجال الإجراءات على المشرع البحث عن توازن مرضي بين حقوق الاتهام وحقوق الدفاع، لأن القانون يحمي الحقوق الفردية بقدر حمايته للمصلحة العامة، أو مصلحة المجتمع، ووجود هيئات قضائية قانونية مشكلة قبل ارتكاب الجريمة، حيث يقتضي المبدأ أن يعرف الشخص المحكمة المختصة مسبقاً بمقدار معرفته بالجريمة والعقوبة، وافتراض البراءة، ووقوع عبء الإثبات على النيابة العامة، وعلانية الجلسات حتى يتسنى للرأي العام مراقبة استقلالية السلطة القضائية، واستقلالها عن السلطة التنفيذية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### أقسام الشرعية الجنائية

في حقيقة الأمر الشرعية الجنائية جزء من الشرعية العامة، لكن مساسها بالحقوق والحريات هو الذي جعلها تبرز على غيرها من أقسام الشرعية الأخرى في الدولة، حيث كلما أطلق لفظ الشرعية، انصرف الأذهان إلى الشرعية الجنائية مباشرة، وتعني الشرعية الجنائية، شرعية التجريم والعقاب وشرعية المتابعة الجزائية، وهي بذلك تتكون من قسمين رئيسيين، هما الشرعية الموضوعية وتشمل شرعية التجريم والعقاب، والقسم الثاني ويتمثل في الشرعية الإجرائية

1 هدى قشقوش، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 3.

التي تختص بالإجراءات الواجبة في متابعة الجاني منذ وقوع الجريمة لغاية الحكم عليه نهائيا بحكم نهائي بات حائز لقوة الشيء المقضي به، ويضيف البعض شرعية التنفيذ العقابي.

### أولاً: الشرعية الموضوعية (شرعية التجريم والعقاب)

وهي الحلقة الأولى أو القسم الأول من أقسام الشرعية الجنائية، وهو ما يعبر عنه بلا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير نص، مما معناه حصر مصادر التجريم والعقاب في النص التشريعي الصادر عن السلطة المختصة بذلك وفقاً للأحكام الدستورية في الدولة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة الأولى من تقنين العقوبات، وفي العادة ما يقصد بالشرعية الجنائية هذا القسم دون سائر الأقسام الأخرى. وبالتالي مقتضى هذا القسم من أقسام الشرعية الجنائية، حماية الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب، وزيادة على ذلك أن يكون هذا القانون قبل ارتكاب الفعل، ودون أن يطبق بأثر رجعي، معبراً عن ذلك بعدم رجعية النصوص الجنائية كقاعدة عامة، وحظر القياس على القاضي، في مجال التجريم والعقاب، وإن كان يجوز ذلك في غير مسألتي التجريم والعقاب، سيما فيما يخدم مصلحة المتهم، وكذا إلزام القاضي بمبدأ التفسير الضيق وذلك بإتباع قواعد خاصة في التفسير الكاشف فقط عن إرادة المشرع عند وضع النص. وإن سمح للسلطة التنفيذية بالتجريم في بعض المجالات فإن ذلك يعد استثناءً ولا اعتبارات تفدها السلطة التشريعية ذاتها وفي الحدود الضيقة التي بينها الدستور ووفق الضوابط التي حددها - هي الأمور التي نتبينها أكثر عن تناولنا لنتائج مبدأ الشرعية-. غير أن الشرعية الموضوعية تبقى حلقة من حلقات الشرعية الجنائية، لا تكفي وحدها لحماية حرية الإنسان في حالات القبض عليه أو حبسه أو اتخاذ إجراءات المتابعة ضده، أو محاكمته، ومن هنا يبدو قصور القسم الأول للشرعية الجنائية، طالما كان من الممكن المساس بحرية المتهم بغير قانون وبعيدا عن قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، خاصة في حالة إهدار قرينة البراءة وإلزام الشخص على إثبات براءته مع الوضع الذي يفترض الإدانة، لذا كان يجب تكملة الحلقة السابقة، بحلقة أخرى أكثر أهمية، وهي الشرعية الإجرائية.

### ثانياً: الشرعية الإجرائية

وهي أن تكون الجهات والأجهزة والإجراءات التي تتبعها هذه الأخيرة مقررة بموجب نصوص قانونية، وهي الحلقة التي تكفل احترام الحرية الشخصية للمتهم، وافتراض براءته في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ ضده، وبذلك تكون الشرعية الإجرائية امتداداً طبيعياً لشرعية الجرائم والعقوبات، بل في الواقع أكثرها أهمية وأعظمها شأنًا، فهي الإطار الذي لا يمكن تطبيق القاعدة الموضوعية إلا من خلاله، وتقوم الشرعية الإجرائية أساساً على افتراض براءة المتهم، وألا يتخذ ضده أية إجراء إلا بنص في قانون الإجراءات الجنائية، والثالث يتمثل في ضرورة إشراف القضاء على كل الإجراءات المتخذة ضده باعتبار القضاء الحارس الطبيعي للحقوق والحريات. حيث أن قرينة البراءة لا تسقط إلا بحكم بإدانة المتهم، وهنا فقط يصبح أمر المساس بحريته أمراً مشروعاً بحكم القانون، غير أن ذلك لا يعد حقاً مطلقاً، بل يجب أن يتحدد نطاقه وفقاً للهدف من الجزاء الجنائي، ومن هنا تظهر أهمية الحلقة الثالثة من حلقات الشرعية الجنائية، وهي شرعية التنفيذ العقابي.

### ثالثاً: شرعية التنفيذ العقابي

شرعية التنفيذ العقابي تعد الحلقة الثالثة من حلقات الشرعية الجنائية، حيث تقتضي أن يجري تنفيذ الحكم الصادر ضد المتهم وفقاً للكيفيات التي حددها القانون، تحت رقابة وإشراف القضاء، خاصة في ظل الاهتمام المتزايد بهذه المرحلة الذي بدأ مع مدرسة الدفاع الاجتماعي، وتبلور مع منظمة الأمم المتحدة التي قامت بإصدار القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة المساجين، التي بينت بدقة المبادئ التي تحكم مرحلة التنفيذ العقابي، مما يعد شرعية لهذا التنفيذ، وبالتالي يمكننا القول أن هذه الحلقة لم تبق مجرد مبدأ دستوري بل ارتقت لمرتبة المبادئ الدولية مع صدور قرار عن الجمعية العامة للأمم المتحدة توصي الدول بضرورة العمل بالقواعد النموذجية الدنيا السابقة، وهو القرار رقم 2858-20 في 12-12-1971، والقرار 8/32 في 06-11-1974 وهي القواعد التي عنيت الدول بإدراجها في قوانينها، باعتبار القانون الأداة التشريعية الصالحة للشرعية الجنائية، وهو ما قام به المشرع الجزائري في قانون تنظيم السجون، خاصة القانون الأخير قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم 04-05 المؤرخ في 06-02-2005. وتقوم شرعية التنفيذ العقابي على ضرورة تحديد أساليب التنفيذ وضماناته وأهدافه المنصوص عليها بالقانون المعبر عن إرادة الشعب والذي سمح بالمساس بحرية الشخص أو حياته، وأن يكون تنفيذ العقوبة خاضعاً لإشراف قاضي يطلق عليه قاضي تنفيذ العقوبات.

## الفرع الثالث

### الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية الجنائية:

في الحقيقة، مبدأ الشرعية الجنائية لم يكن محل انتقادات في القرن التاسع عشر، أو على الأقل خلال جزء كبير منه، غير أنه تم البدء بتوجيه الانتقادات له مع ظهور المدرسة الوضعية الإيطالية، والمدارس اللاحقة لها، غير أن هذه الانتقادات لم تتل من قيمة وأهمية المبدأ، بوجود الرأي الغالب في الفقه في جانب المدافعين عنه، الأمر الذي كرسه كمبدأ قانوني ودستوري ودولي، وهو ما نبينه باختصار في النقطتين التاليتين.

### أولاً: معارضي مبدأ الشرعية الجنائية

من بين الانتقادات التي وجهت له، أنه أخذ على المبدأ عدم قدرته على إعطاء تعريف دقيق ومرض للجرائم، حيث هناك العديد من الأفعال التي تعد لا اجتماعية ولا أخلاقية ولا يستطيع المشرع الإحاطة بها، وحصرها من خلال نصوصه، مما يجعل الكثير من المجرمين يفلتون من العقاب، لذا يرى البعض الإفلات من المبدأ أو على الأقل إعطاء سلطة واسعة للقاضي في تفسير النصوص والقياس عليها. كما أخذ عليه، إهماله لشخصية الجاني، كونه هناك الكثير من الأشخاص الخطرين الذي يجب الحجز عليهم حتى قبل ارتكابهم للجرائم. وهناك العديد من الأشخاص لا يمكن القضاء على الخطورة الإجرامية لديهم حتى بعد انقضاء مدة عقوبتهم، ومع هذا النوع لا يستطيع لا المشرع ولا القاضي التحديد المسبق لمدة العقوبة الواجبة التطبيق عليهم، إذ ذلك مرهونا بزوال حالة الخطورة الإجرامية لديهم. وهي الانتقادات التي كان لها صدى عميق على التشريعات الجنائية النازية والشيوعية لغاية سنة 1958، حيث استبعد تطبيق المبدأ نهائياً، وجزئياً في التشريع الإيطالي الفاشي.

### ثانياً: أنصار مبدأ الشرعية الجنائية

الانتقادات السابقة، أفلقت كثيراً أنصار مبدأ الشرعية، ودفعهم لعقد العديد من المؤتمرات الدولية للدفاع عنه، مثل المؤتمر الدولي للقانون الجنائي المنعقد في باريس سنة 1937، والمؤتمر الدولي للقانون الجنائي الذي انعقد في لاهاي في أوت من سنة 1937 كذلك. وتم الرد على الانتقادات السابقة، حيث رأوا أن إلغائه أو التقييد منه، يعيدنا إلى عهد استبدادية القضاة، بل إلى أخطر من ذلك، حيث أنه في تلك العصور كانت هناك على الأقل بعض المعايير للقضاة ونوع من الضمير يمكنهم من التوفيق بين مصالح المجتمع ومصلحة المتهم على الأقل، في حين اليوم لا يراعي القاضي إلا المعايير السياسية التي تغلبت على مصالح الأفراد، مثلما حدث مع الشيوعية والفاشية وكل الأنظمة الديكتاتورية، وأما بخصوص الاستناد لحالة الخطورة للقول بمعاقبة الأشخاص بمجرد ظهورها لديهم، فتم الرد بالقول: من الذي يحدد هذه الخطورة، فإذا قلنا القاضي فإننا عدنا لعهد التحكم والأهواء، وإن قلنا المشرع فذلك يعني عودة لمبدأ الشرعية الجنائية، كما أنه لا يمكن التسليم بالنقد القائل بأن المبدأ يهمل شخصية الجاني، وذلك بالنظر لما يوفره مبدأ تفريد العقوبة المعمول به في جل الأنظمة العقابية، الذي يخفف من حدة مبدأ الشرعية الجنائية، بإعطاء نوع من الحرية للقاضي في مراعاة شخصية الجاني عن طريق وضع حددين للعقوبة يختار بينهما القاضي، وفقاً لشخصية الجاني وظروف ارتكابه للجريمة وحالته. وكذا إقرار نظام التشديد في العقوبة والتخفيف فيها.

### المبحث الثاني

### النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية الجنائية

يرى الفقه أنه تترتب على مبدأ الشرعية الجنائية ثلاثة مبادئ أساسية هي: انفراد التشريع في تحديد الجرائم والعقوبات، والتزام التفسير الضيق للقواعد الجنائية، وعدم رجعية القاعدة الجنائية للتطبيق على ما حدث في الماضي من وقائع. غير أنه يمكننا القول باختصار، أن مبدأ الشرعية الجنائية في شقه الموضوعي، يقتضي في نظرنا، أنه لا جريمة ولا جزاء إلا بنص قانوني صادر عن السلطة المختصة بإصداره وفقاً للقانون، وأن يكون هذا النص سارياً من حيث الزمان والمكان، وزيادة عن ذلك ألا يمون الشخص خاضعاً لسبب من أسباب الإباحة، وهو رأي يمليه علينا وضع تقنين العقوبات الجزائي الذي تناول مبدأ الشرعية الجنائية في المادة الأولى وأردفه بالمادتين 2 و3 المتعلقتين بسرمان النص الجنائي زماناً ومكاناً. لذا سنحاول أن نبين هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب، نخصص الأول للنتائج القانونية العامة لمبدأ الشرعية الجنائية، في حين الثاني نخصصه لسريان النص الجنائي من حيث الزمان كونه الإطار الذي يبين أهم نتائج مبدأ الشرعية المتمثلة في عدم رجعية القوانين الجنائية، على أن نخصص الثالث لسريان النص

الجنائي من حيث المكان. ونرجى البحث عن أسباب الإباحة إلى مبحث ثالث مستقل، على اعتبار أسباب الإباحة تخرجنا من نطاق التجريم وتعيدنا على نطاق الإباحة التي لا يحكمه مبدأ الشرعية الجنائية.

## المطلب الأول

### النتائج القانونية العامة لمبدأ الشرعية

النتائج القانونية العامة التي يترتبها مبدأ الشرعية الجنائية، هي انفراد التشريع بمجال التجريم والعقاب، أي أن يكون النص الجنائي المكتوب الصادر عن السلطة المختصة بإصداره وفقاً للدستور وحده المختص بسن قوانين تتعلق بالتجريم والعقاب، وأنه يحظر على القاضي اللجوء إلى التفسير الواسع أو القياس في هذا المجال بالذات، وهو ما نبينه في الفروع الثلاثة التالية.

## الفرع الأول

### انفراد التشريع بالتجريم والعقاب

مبدأ الشرعية الجنائية يقوم أساساً على فكرة العقد الاجتماعي ومبدأ الفصل بين السلطات، وأن المجال الخطير المتمثل بكل ما يمس بحقوق وحرية الأفراد يجب أن تمارسه السلطة التشريعية التي تمثل الشعب، خاصة وأن هذه السيادة جاءت بعد صراع مبرير بين السلطة والفرد، وهو الصراع الذي انتقل بعدها ما بين الحكومة والبرلمان، لغاية انتصار البرلمان واستئنائه بمسائل التشريع وإصدار القوانين، وأضحى سيادة القانون من مبادئ قيام دولة القانون، غير أن الوضع الحالي في جل الدول والأنظمة، اشتراك كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية في إصدار القواعد القانونية، حيث تصدر السلطة التشريعية القوانين بينما تختص السلطة التنفيذية في إصدار القواعد القانونية، انفراد التشريع، كون القواعد التشريعية التي تصدرها السلطة التشريعية يجب أن تخضع للدستور، واللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية يجب أن تخضع للدستور ولقواعد السلطة التشريعية وقوانينها، وأن تدرج القواعد القانونية سمة من سمات الشرعية الجنائية. وهو موقف كل من فقهاء العصر الحديث ودول النظم الديمقراطية، وقد عبر المجلس الدستوري الفرنسي عن ذلك في عبارة قصيرة أوردها في قرار صادر عنه سنة 1973، جاء فيه أن سلب الحرية يتعلق بالمشروع. بينما أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر، أنه: "الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصاً ما بتنظيم شيء مما يمس الحقوق التي كفلها الدستور، وإن هذا التنظيم يتعين أن تتولاه السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين، فلا يجوز لها أن تسلبه من اختصاصها وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقديها في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها".

وانفراد التشريع بالتجريم والعقاب وفقاً لما يقضي به مبدأ الشرعية الجنائية، يعني اختصاص المشرع وحده بمعالجة المسائل التي تدخل في اختصاصه، دون أن تزاخمه في ذلك السلطة التنفيذية بما تملكه من سلطة التشريع عن طريق اللوائح، غير أنه يمكنه عن طريق اللوائح تنظيم وتنفيذ ما أقره من المشرع من قواعد عامة، ومن المسائل التي تدخل في اختصاص المشرع وحده كل ما يتعلق بتنظيم ممارسة الحقوق والحرية ورسم حدودها، فلا تملك السلطة التنفيذية التدخل في هذا المجال دون إذن من المشرع. ولأن التشريع يعد صادراً من أقدرا السلطات على استجلاء جوانب الصالح العام، والتعبير عن مقتضياته، كون السلطة التشريعية تعبر عن إرادة الشعب، هو فقط الذي يمكن أن يضمن التوازن بين الحقوق والحرية الفردية وبين مقتضيات المصلحة العامة، لذا فإن منطقة الحقوق والحرية محرمة على غير المشرع، متروكة له وحده باعتباره ممثلاً للشعب، ويمارس انفراده هذا طبقاً للدستور، وأن يفعل ذلك بالكيفية التي حددها الدستور – القواعد القانونية- ولا يمكن أن تشاركه السلطة التنفيذية في ذلك، إلا في الحدود التي ينص عليها التشريع طبقاً للدستور.

## الفرع الثاني

### إتباع قواعد خاصة في تفسير النصوص الجنائية

يقصد بالتفسير تلك العملية الذهنية التي يمكن عن طريقها التوصل إلى المعنى الحقيقي للنص القانوني، حتى يتسنى للقاضي تطبيق النص على الوقائع المعروضة عليه للفصل فيها، خاصة في الحالة التي تكون فيها النصوص غامضة وتحتل التأويل أو تأثير اللبس، لذا يتعين على القاضي البحث عن المعنى الذي أراده المشرع من خلال وضعه لهذا النص، والتفسير عملية قضائية تخص كل النصوص القانونية لا الجزائية فقط، حيث كل نص يحتاج إلى استجلاء معناه ومحتواه، لدرجة أن بعض الفقهاء رأوا أنه: لا قضاء بدون تفسير. غير أن القواعد الجنائية، وبالنظر لمساسها بحقوق

وحريات الأفراد، نجد الدستور قد خصها بقواعد معينة يجب أن يتم إتباعها في حالة إرادة تفسيرها<sup>1</sup>، خاصة وأن الإخلال بمثل هذه القواعد يخل بمبدأ الشرعية الجنائية ذاته. لذا فكيفية تفسير النصوص الجنائية التي طبيعتها تعد نصوصاً عامة ومجردة، تكون محاولة تطبيقها على الوقائع التي تحدث بالنظر لكل واقعة على حدة، فالمشرع إن كان يضع النصوص الجنائية، فالقاضي هو الذي يقع عليه إثبات تطبيقها، لذا فمن الواجب عليه النظر فيما إن كانت الواقعة التي حدثت تندرج تحت النص الذي سنه المشرع. والتفسير هو البحث عن المعنى الحقيقي للنص العام المجرد، بحيث يمكن تطبيقه على الوقائع المادية، وهو شأن كل قاعدة جنائية حتى ولو لم يكن يشوبها غموض أو إبهام، حيث كل قاعدة جنائية لا بد لها من تفسير وشرح. وتقيداً بمبدأ الشرعية الجنائية، وتحقيقاً للعدالة الجنائية، فإن تفسير النصوص الجنائية بمختلف أنواعها تخضع لبعض القواعد الخاصة، حتى لا يكون التفسير اعتداءً على مبدأ الشرعية الجنائية وبالتالي اعتداءً على الحقوق والحريات. لذا يرى غالبية الفقه، بأن القاضي في تفسيره النصوص الجنائية يجب أن يتبع أسلوب التفسير الضيق أو الحرفي، وأنصار هذا الاتجاه وصلوا حتى دعوة إسناد عملية التفسير للسلطة التشريعية حتى لا يتحول القاضي إلى مشرع، وهو تبرير يجد سنده في العصر الذي وجد فيه المبدأ، حيث ظهرت المدرسة الكلاسيكية كرد فعل عن التحكم والتعسف الذي كان يمارسه القضاة آنذاك، لكن يرى البعض أن هذا الأمر وهم ولا يستند لأي أساس قانوني سوى على العامل الزمني الذي نشأ فيه مبدأ الشرعية الجنائية، خاصة وأن القاضي وهو يفسر النصوص الجنائية، لا يعطي رأيه الشخصي وإنما يبحث عن المعنى الحقيقي للقانون، وعن المعنى الموضوعي للنص كما أراده المشرع، ومن جهة ثانية، إلزام القاضي بالتفسير الضيق يفترض قانوناً أن تكون النصوص الجنائية الصادرة عن المشرع دقيقة شكلاً ومضموناً، وهو غير الموجود في الواقع، إذ كثيراً ما تتصف النصوص الجنائية بعدم الدقة، وينطوي في بعض الأحيان على بعض المتناقضات الظاهرية، ثم إن إرادة المشرع التي ضمنها النص، ليست مبدأ جامداً محكومة بالوقائع الاجتماعية السائدة وقت صياغة النص، بل هي إرادة متطورة بتطور الوقائع الاجتماعية التي تعد بلورة لإرادة المشرع، أو المصلحة تبلور إرادة المشرع وتبعاً لها يتحدد نطاق تطبيق نصوصه، والقانون لم يصنعه المشرع ليومه فقط، بل صنع للمستقبل، وعلى هذا النحو ترك أمر التفسير لأجل تحديد معنى النصوص القانونية في ضوء التحولات والتغيرات الاجتماعية، والقاضي في ذلك ملزم دائماً بالإرادة المفترضة للمشرع افتراضاً منطقياً في ضوء الوقائع الاجتماعية الجديدة، مع احترامه للصيغة التي استعملها المشرع في صياغة النصوص احتراماً لمسألة الاستقرار القانوني، خاصة وأن القانون في الكثير من الأحيان يبني على أفكار متحركة ومتطورة بطبيعتها، كأفكار النظام العامة والآداب العامة، ومسألة الاختراعات العلمية والتطورات التكنولوجية، ومفهوم المنقول والعقار... وبالتالي القاضي في تفسيره للنصوص الجنائية، يجب أن يبحث عن إرادة المشرع من خلال الصيغة التي عبر من خلالها عن هذه الإرادة، وأن يراعي مجمل الأحكام الدستورية المتعلقة بالمسألة حتى يكون تفسير القاضي مطابقاً للدستور.

### الفرع الثالث

#### حظر القياس في المسائل الجزائية

القياس هو: "إلحاق واقعة غير منصوص علي حكمها بواقعة أخرى منصوص على حكمها لاشتراك الواقعتين في علة الحكم"، ذلك أن الحكم يتبع علته وجوداً وهدماً، في حين يتوسع بعض الفقه في تعريف القياس، بحيث لا يقاس فقط على واقعة بعينها منصوص على حكمها، ولكن على النظام القانوني في مجمله، ووفقاً لذلك هناك نوعين من القياس، قياس شرعي *Analogie légale* وقياس قانوني *Analogie juridique*. **القياس الشرعي**، وهو قياس واقعة لم يرد نص بحكمها على واقعة أخرى منصوص عليها، لاشتراك الواقعتين في نفس العلة، فيطبق على الواقعة غير المنصوص على حكمها نفس حكم الواقعة المنصوص عليها. وأما **القياس القانوني**، هو أن تلحق واقعة غير منصوص على حكمها ليس بواقعة أخرى بعينها، ولكن بمجمل المبادئ العامة وروح القوانين، وتدخل في هذا الاعتبار، المعطيات الأخلاقية والدينية والاجتماعية، وهو الذي كان معمولاً به في العصر السابق على الثورة الفرنسية، واختفى في القرن التاسع عشر مع ظهور مبدأ الشرعية الجنائية، لكنه عاد للظهور ثانية في القرن العشرين مع ظهور الفقه الجنائي الحديث والمذاهب السياسية الاستبدادية، فرأى أنصار المذهب الوضعي أن ضرورات الدفاع الاجتماعي ضد الظاهرة الإجرامية تقتضي الأخذ بالقياس، وأثر كذلك المذهب الماركسي الذي لا يأخذ بعين الاعتبار إلا بالمصلحة متناسياً حرية الفرد.

1 عبد الرحمن خلفي، المرجع، ص 92.



وإن كان القياس عموماً يعد وسيلة من الوسائل التي تستهدف استكمال النقص الذي يشوب النصوص القانونية، وذلك عن طريق إيجاد حل لمسألة لم ينظمها القانون عن طريق استعارة الحل من مسألة مماثلة وضع لها المشرع حلاً، فإنه في المجال الجنائي القياس غير جائز بناءً على مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، حيث يبعد القياس ضمناً، حيث تقييد الحقوق والحريات بيد المشرع وحده مما يزعج من القاضي مكنة اللجوء للقياس في هذه المسائل، حتى ولو كان النص قاصراً أو القانون مشوب بقصور أو بثغرات، كون مسألة التجريم والعقاب تمس بالحقوق والحريات الفردية، التي يعد أمر التشريع فيها من اختصاص المشرع وحده دون أن يزاحمه في ذلك أحد. وإن أمكنت مزاحمته أحياناً وفي بعض الاستثناءات، من قبل السلطة التنفيذية بما تملكه من اختصاص التشريع سيما في مجال المخالفات، فإن ذلك محكوم بنصوص الدستور، وفي نطاق القواعد العامة للقانون الصادر عن السلطة التشريعية، لكن مسألة القياس تجريماً وعقاباً، مسألة مستبعدة تماماً. خاصة وأن القياس مهمة منطوق القاضي الذي لا يملك إزاء النصوص العقابية سوى التطبيق. دون خلق الجرائم والعقوبات عن طريق القياس.

غير أنه تجدر الإشارة، إلى أن القياس المحظور، هو القياس في مجال التجريم والعقاب، بالنظر لما تنطوي عليه المسألة من تقييد ومساس بحريات الأشخاص وحقوقهم، سواء تعلق الأمر بخلق جريمة جديدة أو ظرف تشديد جديد أو عقوبة جديدة، غير أن النصوص التي تخدم صالح المتهم يجوز فيها القياس، كأسباب الإباحة وموانع المسؤولية أو موانع العقاب، أو الأعدار القانونية المعفية أو المخففة، ففي هذه الحالات يعد القياس استصحاباً على الأصل العام، المتمثل في أن الأصل في الأشياء الإباحة، وإن كان القياس ممنوع في التجريم والعقاب كونه قياساً عن استثناء، فإن القياس في الأصل يجوز. خاصة وأن القياس في مثل هذه الحالات يخدم الحريات والحقوق ولا يمس بها أو يقيدها، ومبدأ الشرعية يقتضي حظر القياس خوفاً من الإفتتات على هذه الحقوق والحريات، وما عدا ذلك فهو جائز [4]. وإن غابت بعض الأحكام القضائية في الجزائر التي تؤكد عن المسألة، فإنه محكمة النقض الفرنسية أكدت بجواز القياس متى كان في صالح المتهم، حيث سبق وأن قاس المشرع الفرنسي على جريمة السرقة بين الأزواج والأصول والفروع التي لا توجب سوى التعويض المدني، على جريمة النصب وخيانة الأمانة، قبل أن تتجسد كنصوص في تقنين العقوبات ونقل المشرع الجزائري المسألة على قانونا العقابيكما اعتبر المشرع الفرنسي حالة الضرورة من أسباب الإباحة عن طريق القياس على باقي أسباب الإباحة بالرغم من عدم وجود نص يقرر ذلك، غير أنه بخصوص هذه المسألة، فإن المشرع الجزائري لم يتبناها. غير أن المشرع الفرنسي وفي قانون عقوباته الجديد لسنة 1992 والذي دخل حيز النفاذ سنة 1994 أدخل حال الضرورة ضمن أسباب الإباحة بموجب نص المادة 122-7.

## المطلب الثاني

### تطبيق النص الجنائي من حيث الزمان

#### عدم الرجعية كأثر من آثار مبدأ الشرعية الجنائية

من قبيل المسلمات أن النصوص القانونية بما فيها ذات الطابع الجنائي ليست بالنصوص الأبدية، بل خاضع للتعديل والإلغاء تبعاً لإرادة المشرع في مواجهة ظاهرة الإجرام، والقاعدة القانونية المعروفة عادة، أن النص القانوني لا يطبق على ما حدث من وقائع قبل دخوله حيز النفاذ ولا بعد أن تم إلغائه، بل يحكم فقط الوقائع والتصرفات التي حدثت في مرحلة سريانه أو فترة نفاذه، والنص الجنائي تحكمه قاعدة عامة معروفة في جل الأنظمة القانونية وهي القاعدة التي تعد مكملة لمبدأ الشرعية الجنائية، أو نتيجة من نتائجه أو أثر من آثاره، وهي قاعدة عدم رجعية النص الجنائي للتطبيق على الماضي، أو قاعدة الأثر المباشر والفوري للنصوص الجنائية، غير أنه مثلما هو الشأن بالنسبة لكل قاعدة، فإنه يرد عليها استثناء، وهذا الاستثناء في المجال الجنائي يعد في حد ذاته مبدعاً لم تعرف له فروع القانون الأخرى نظيراً، ألا وهو مبدأ " رجعية القانون الأصلح للمتهم"، أو ما عبر عنه المشرع " بالقانون الأقل شدة". وبذلك تكون المادة الثانية من قانون العقوبات قد تضمنت القاعدة العامة المتمثلة في عدم رجعية النصوص الجنائية، وذلك في الفقرة الأولى منها، في حين تضمنت الفقرة الثانية منها الاستثناء الذي قلنا أنه مبدعاً في حد ذاته، وهو رجعية القانون الأصلح للمتهم، " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

## الفرع الأول

### قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية

تطبيقاً لمبدأ الشرعية الجنائية الذي يقضي بأن تكون عملية التجريم والعقاب بموجب النصوص التشريعية المكتوبة، الصادرة عن السلطة المختصة بذلك احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، وتطبيقاً لدولة القانون، وتحقيقاً لمبدأ سمو هذا القانون، فإن كل ذلك، وحتى المنطق يقضي أن يكون هذا القانون موجوداً، أي أن يكون النص سابقاً عن الواقعة التي اقترفها الجاني، كون مبدأ الشرعية يقتضي ضمناً تخيير الشخص بين ما هو مباح وما هو محظور، فعلى الأقل المحظور يجب أن يكون مبيناً مسبقاً. لذا فالمنطق يقتضي أن كل قانون لا يحكم إلا الوقائع التي حدثت في ظل نفاذه وسريانه، ولا يمتد تطبيقه على ما وقع أو حدث من وقائع سابقة عن نشره وترتيب آثار سريانه، وفي الحقيقة القاعدة لا يختص بها القانون الجنائي وحده، بل هي قاعدة معروفة في كل القوانين الأخرى، بمختلف أقسامها وفروعها، غير أن اختصاص هذه الأقسام والفروع وعدم مساسها بالحقوق والحريات الفردية لم يجعل من عدم الرجعية مسألة تنال الاهتمام مثل الاهتمام الذي لاقته في المجال الجنائي، وبالتالي تقضي القاعدة أن القانون يحكم فقط الأفعال التي تكون لاحقة أو على الأقل معاصرة للحظة سريانه، دون تلك التي حصلت قبل ذلك، ولحظة سريان القانون قد يكون بالنص صراحة على هذا التاريخ، أو وفقاً للقواعد العامة في سريان النصوص القانونية، وذلك في خلال 24 ساعة من نشره في الجريدة الرسمية أو من وصول هذه الأخيرة للمناطق البعيدة أو التي كانت تشهد ظروفًا استثنائية حالت دون وصول الجريدة الرسمية في وقتها.

وبالتالي تعد قاعدة عدم الرجعية، أو قاعدة الأثر الفوري أو الأثر المباشر لقانون العقوبات، من القواعد الأساسية المكتملة لمبدأ الشرعية الجنائية، والتي تقضي وتهدف إلى عدم مفاجأة الأشخاص بتجريم أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها، غير أنه للقاعدة استثناء نصت عليه الفقرة الثانية من تقنين العقوبات الجزائري، وهي قاعدة رجعية القانون الأقل شدة - على حسب تعبير المشرع الجزائري- أو قاعدة القانون الأصلح للمتهم حسب التسمية التي يطلقها الفقه الجنائي. وهي الاستثناء الذي يعد في حقيقته مبدءاً في قانون العقوبات، الذي نتناوله في النقطة الموالية.

## الفرع الثاني

### القانون الأصلح للمتهم (القانون الأقل شدة)

إن كانت قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية، قاعدة تعرفها غالبية الفروع القانونية الأخرى، فإن قاعدة رجعية القانون الأقل شدة، وفقاً لتعبير المشرع الجزائري، أو القانون الأصلح للمتهم وفقاً لتعبير فقهاء القانون الجنائي، تعد في نظرنا قاعدة جنائية خالصة، يختص بها قانون العقوبات دون غيره من فروع القانون الأخرى، التي إن أراد المشرع سريانه على الماضي نص على ذلك صراحة، في حين أنها في المجال الجنائي تعد مسألة قانونية، القاضي ملزم بإعمالها دون الحاجة للنص عليها، وذلك أن صلاحية القانون للمتهم بأي وجه من الأوجه يعد عودة نحو الأصل وهو البراءة، وبالتالي الأصل لا يحتاج على نص بل يقتضيه المنطق. غير أنه لتطبيق فكرة القانون الأصلح للمتهم شروط وضوابط ومعايير يتعين تناولها في النقاط التالية.

### أولاً: شروط تطبيق القانون الأصلح للمتهم

ليستفيد المتهم من القانون الأصلح للمتهم يجب أن نشير إلى بعض المسائل الهامة، فالقول بهذا الاستثناء يعني بالضرورة أنه يوجد هناك قانونان، القانون القديم وهو الذي في ظله ارتكب المتهم جريمته، وقانون جديد صدر قبل أن يصدر حكم نهائي بات في القضية، وإلا لولا صدور هذا القانون الجديد لما طرحت مسألة القانون الأصلح للمتهم على بساط البحث، ومن ثم يجب أن يكون هذا القانون يحمل ما يوحي أنه أصلح للمتهم، إذ إذا كان أسوأ فلا مجال لتطبيقه أصلاً، وبالتالي يمكن تلخيص شروط تطبيق القانون الأصلح للمتهم في الشرطين التاليين: أن يكون القانون الجديد قد صدر قبل صدور حكم نهائي بات في القضية، وأن يكون القانون الجديد أقل شدة أو أصلح للمتهم من وجهة نظر القانون لا من وجهة نظر المتهم. وهو ما نبينه في نقطتين مستقلتين، غير أننا ننبه بأن هناك شرط ثالثاً ضمني لا نحاول تفصيله، على اعتبار أنه شرط بديهي، وهو أن نكون فعلاً أمام تنازع للقوانين أي أن يصدر قانون جديد قبل صدور حكم نهائي بات على الشخص، لأننا إن كنا أمام قانون واحد فهو الواجب التطبيق سواء كان شديداً أو كان في مصلحة المتهم.

### 1- أن يكون القانون الجديد أقل شدة للمتهم (أو أصلح للمتهم):

وهي أن يكون القانون الجديد الذي صدر ليزاحم القانون القديم الذي حدثت في ظله الجريمة أصلح للمتهم، وبالتالي فالمسألة تتعلق بتنازع القوانين، وعلى القاضي أن يختار منهما أي قانون يحقق مصلحة المتهم بإعمال معايير

وضوابط قانونية تمكنه من الحكم على صلاحية القانون، حيث الأمر غير متروك لتقدير المتهم ولا لاختياره، إذ ما قد يراه المتهم في صالحه، قد لا يكون كذلك من وجهة نظر القانون، كما أن مسألة اختيار القانون الأصلح للمتهم مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الحكم في ظل الظروف المحيطة بالقضية وشخصية الجاني، إذ لهذه الأخيرة دور كبير في تحديد القانون الأصلح للمتهم، سيما في الحالات الغامضة التي أثارت الكثير من الجدل في الفقه حول تحديد صلاح القانون للمتهم، لذا وجدت الكثير من الأسس والضوابط الموضوعية المستندة أحيانا لبعض الظروف الشخصية، التي من شأنها تمكين القاضي من إجراء مقارنة قانونية بين القانونين وتحديد أيهما أصلح لحالة المتهم في ظل ظروفه التي ارتكب فيها الجريمة.

#### **أ- الضوابط المعمول بها لتحديد القانون الأصلح للمتهم:**

سبق وأن رأينا انه من خصائص القاعدة أو النص الجنائي أنه يتألف من شقين أساسيين، شق التجريم و شق الجزاء، وأن الأولوية للشق الأول على الثاني، كون الأخير ما هو إلا أثر مترتب عن اقتراح شق التجريم المتضمن النهي أو الأمر، وأن توقيع الجزاء تحصيل حاصل، لذا فمسألة تنازع القوانين من حيث الزمان، والبحث في أي منهما أصلح للمتهم، قد ينظر فيه لشق التجريم، كما قد ينظر فيه لشق الجزاء، ووفقا للقانون الأولوية دوما لشق التجريم على شق الجزاء، أي أولوية شق التجريم على شق الجزاء إعمالا للمادتين 27 و 5 من قانون العقوبات الجزائري، وتنازع القانونيين قد يكون من حيث شق التجريم وقد يكون من حيث شق العقاب، أي أن التعديل الذي مسه القانون الجديد قد يتعلق بأي منهما، وقد يكون متعلقا بكلا الشقين، لذا أوجد الفقه والقضاء معايير تساعد القاضي بخصوص الشق الأول – شق التجريم- وأخرى تعينه في المقارنة بخصوص شق الجزاء.

#### **أ/1- الضوابط المستمدة من الأحكام الخاصة بالتجريم**

تطبيقا للمادة 27 من تقنين العقوبات الجزائري، التي قسمت الجرائم إلى جنایات ثم جنح ثم مخالفات، وبالنظر للمادة 5 من ذات القانون التي بينت العقوبات الأصلية لكل من هذه الأنواع، فإن القاضي ملزم بإتباع الترتيب الوارد بهذه المواد، وبذلك يكون القانون الجديد أصلح للمتهم في الحالات التي نعطي عليها أمثلة في النقاط التالية، مع العلم أن المسألة تتأى عن الحصر، كون شق التجريم ترتبط به العديد من الأفكار المتعلقة بالإباحة والمسؤولية وموانعها والنظريات المعمول بها بخصوص الشروع والاشتراك والمساهمة، وما إلى غير ذلك من أفكار، غير أن أهم الحالات التي يمكن الحكم فيها على القانون أنه أصلح للمتهم نذكر:

- حالة إباحة القانون الجديد للفعل الذي كان مجرما بالقانون القديم، وهي من أهم الحالات التي يمكن فيها للمتهم الاستفادة من القانون الجديد حتى ولو كان صدر عليه حكم نهائي بات، أي دون انتظار تحقق الشرط الثاني لتطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم.

- إضافة القانون الجديد للنص القديم سبب من أسباب الإباحة أو مانع من موانع المسؤولية يستفيد منه المتهم في الظروف المحيطة بالجريمة، أو إضافة مانع من موانع العقاب – وإن كان هذا الشق يتعلق بالجزاء لا بشق التجريم-  
- إضافة النص الجديد للجريمة ركنا لم يكن مشروط في النص القديم، ويستفيد من هذه الإضافة المتهم، أي تخلف في حقه الركن الجديد الذي اشترطه النص الجديد.

- إعادة تكييف الفعل من الوصف الأشد إلى الوصف الأخف، كأن كان الفعل جنایة وأصبح جنحة، أو كان جنحة وأصبح مخالفة. وذلك بغض النظر عن مدة العقوبة.

- إلغاء فكرة العقاب على الشروع في الجريمة، إذ كان النص القديم يعاقب على الشروع في الجنحة وألغاه النص الجديد، وكان المتهم في وضع المتابعة لأجل الشروع في الجريمة وفقا للنص القديم.

هذا ونشير أن الحالات السابقة تعد من بين الحالات الأكثر وضوحا، ولا يعني سردها بأنها الوحيدة، فأمر القانون الأصلح للمتهم قد يتعلق بكافة أفكار القانون الجنائي، والإلمام بها يتعين التفرغ من دراسة القانون بأكمله

#### **أ/2 - الضوابط المستمدة من الأحكام الخاصة بالجزاء**

وهي الحالات التي يكون فيها التعديل الوارد بالنص الجديد متعلقا بشق الجزاء، دون الشق المتعلق بالتجريم، وهي الحالات التي تتأى بدورها عن الحصر وتتعلق بكامل نظرية الجزاء الجنائي، غير أوضح الحالات التي درج الفقه على إعطائها سنوحتها، غير أننا نؤكد بأن القاضي ملزم في تحديد القانون الأصلح للمتهم بنظرة المشرع العامة وترتيبه

للجزاءات وأنواعها وقيمتها ومدتها، لا بما يراه المتهم انه أنسب وأصلح له، لذا فالترتيب الوارد بالمادة 5 من تقنين العقوبات الجزائي ملزم للقاضي وإن كان في الغالب لا يخدم مصلحة المتهم. ومن أهم ما درج الفقه على إعطائه من حالات وأمثلة نذكر.

- حالات تخفيف النص الجديد للعقوبة، ويجب مراعاة التخفيف المترج المنصوص عليه في المادة 5 من قانون العقوبات الجزائي، حيث نجد الإعدام، المؤبد، السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشرين سنة، الحبس من شهرين إلى خمس سنوات، الغرامة التي تتجاوز 20.000 دج، الحبس من يوم إلى شهرين، الغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج.

- في حالة اتحاد العقوبة في الجنس والنوع، فالقانون الأصلح هو الذي ينقص من المدة، كان كانت العقوبة في كلا القانونين السجن أو الحبس، فإن القانون الأصلح الذي ينقص من المدة، وإن كانت العقوبة الغرامة في كلا القانونين، فإن القانون الأصلح هو الذي ينقص من مقدارها.

- كما يعد القانون الصلح للمتهم، القانون الذي ينقص من عدد العقوبات، كأن كانا عقوبتين فجعلهما واحدة، أو كانت إجباريتين فأعطى الخيار للقاضي.

- إذا جاء القانون الجديد بوقف التنفيذ، أو أضاف مانع من موانع العقاب، أو عذر مخفف سواء كان قضائي أو قانوني.

- إلغاء القانون الجديد للعقوبات التبعية أو التكميلية بعدما كان القانون القديم يتضمنها.

- غير أنه هناك إشكال، يتمثل في كون العقوبات في غالبية التشريعات مبنية على نظام الحدين، حد أدنى وحد أقصى وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بينهما، أو حتى النزول عن الحد الأدنى إعمالاً لظروف التخفيف ( المادة 53 من قانون العقوبات وما بعدها من مواد مكررة)، وهنا يكون أي قانون أنزل أحد الحدين سواء كان الأدنى أو الأقصى هو الأصلح للمتهم، وأي منهما رفع هذين الحدين هو الأسوأ، غير أن الإشكال يكمن في الحالة التي يعدل فيها الحدين، وهنا لا إشكال في الذي ينزل بهما معاً، فهو دوماً الأصلح، كما أنه لا إشكال بخصوص القانون الذي يصعد بهما معاً فهو دوماً الأسوأ، لكن الإشكال في الذي يرفع من أحدهما وينزل من الآخر، كالرفع من الحد الأدنى والنزول بالحد الأقصى، أو العكس، فهنا ثار جدل فقهي انتهى واستقر في نهاية المطاف أن القاضي ينظر فيه إلى حالة المتهم، فإن كانت ظروفه الشخصية تستحق التخفيف فالقانون الذي ينزل بالحد الأدنى أصلح له حتى وإن رفع من الحد الأقصى، وذلك لكونه جدير بالحد الأدنى، مهما زاد الحد الأقصى، وإن كانت ظروفه الشخصية تفوق للتشديد كان يكون عائداً فالقانون الذي ينزل بالحد الأقصى هو الصلح له حتى وإن رفع من الحد الأدنى كونه جدير بالحد الأقصى.

كما يثور الإشكال حول القانون الذي يجمع بعض القواعد التي تعد في صالح المتهم، والبعض الآخر منها في ضد مصلحته، فهنا الحل يكمن في البحث عما إذا كان القانون قابل للتجزئة من عدمها، والقابلية للتجزئة تعني إمكانية تطبيق بعض قواعده في معزل عن الأخرى، على عكس القانون الذي يتضمن قواعد تعد كل واحد لا يقبل التجزئة، مثل القانون الذي يجعل العقوبة التكميلية التي كانت وجوبية وجعلها جوازية، مع رفعه لمدتها، فهنا يجب النظر لظروف القضية على حدة، فإن كانت ظروف الجاني تقتضي التخفيف اعتبر القانون الجديد أصلحاً له بالرغم من كونه رفع من مدة العقوبة التكميلية كونه أجدر بتطبيق ظروف التخفيف، والعكس غير صحيح، لذا فمسألة تقدير القانون الأصلح للمتهم، في القوانين القابلة للتجزئة بناء على العلاقة المنطقية بين مختلف النصوص القانونية، والسياسة الجنائية، وفي ضوء اعتبارات شخصية ينظر فيها لشخصية الجاني، وليس بنظرة موضوعية مجردة، وبناء على ذلك يقدر القاضي القانون، ويمتنع عليه تطبيق القانون الشد بأثر رجعي، عكس القانون الأصلح.

وهناك إشكالية أكثر تعقيداً، تتمثل في تنازع ثلاثة قوانين، خاصة إذا ارتكبت جريمة في ظل قانون أشد، ثم صدر قبل الحكم النهائي قانون أقل شدة، وقبل صدور حكم نهائي في القضية صدر قانون ثالث أشد من سابقه وفي ظله سيحاكم المتهم، فأى قانون من بين هذه القوانين الثلاثة سيطبق؟، السائد فقها وقضاء، هو تطبيق القانون الثاني الذي يعد الأصلح للمتهم، خاصة وأن عدم صدور حكم على المتهم في ظل هذا القانون مرده تأخر الإجراءات والمحاكمة، وهي مسألة لا دخل للمتهم فيها، لذا لا يجب أن نحمله عبء تأخر الإجراءات وبطء المحاكم في إصدار الأحكام، إلا أنه بالرغم من وجهة هذا الرأي ومنطقيته، إلا أن الفقه يرى الأخذ بوجهة النظر هذه بحذر وتحفظ، كون التنازع في الأصل يقوم بين قانونين لا أكثر، وهما القانون الذي حدثت في ظله الواقعة المتابع الشخص من أجلها، والقانون الساري وقت المحاكمة،

لذا فليس للمتهم المطالبة بالقانون الثاني- الوسط- لأنه وضع المتهم في ظل سريان هذا القانون لم يتغير، حيث لم يرتكب في ظله الجريمة، كما أنه لا يحاكم في ظله.

كما أن إشكال ببطء الإجراءات قد يتسبب في بعض الأوضاع غير المنطقية، حيث أن مسألة التنازع بين القوانين وقاعدة تطبيق القانون الأصلح للمتهم، تثير إشكال في الحالة التي ترتكب فيها جريمتين من نفس النوع، من شخصين، في حين يكون قد صدر على أحدهما حكم نهائي بات حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وفي هذه الحالة ينتفي ركن هام من أركان تطبيق القانون الأصلح للمتهم، في حين تأخرت مع الآخر الإجراءات، ولم يصدر ضده حكم نهائي، وبالتالي صدر قانون جديد يعد أصلحا له، ففي هذه الحالة سيستفيد منه، مما يخلق وضعين قانونيين شاذين، حيث يسرى على واقعتين من نفس النوع حدثتا في ذات الوقت قانونيين مختلفين، مما يؤدي إلى الحكم على المتهمين بعقوبتين مختلفتين، إحداهما أشد من الأخرى، أو أن يدان أحدهما ويبرأ الآخر، خاصة لو أن القانون الجديد قد أباح الفعل، وهنا يرى البعض أنه لا سبيل إلى إصلاح هذا الوضع، إلا عن طريق إجراء العفو، وهو إجراء في جوهره وطبيعته يختلف عن مسألة التخفيف من العقوبة أو إلغائها أو إباحتها الفعل. لذا نجد بعض التشريعات تضمنت معالجة لهذه المسألة، وذلك بإعادة النظر في القضية ككل، مثل القانون الدنمركي في المادة الثالثة من تقنين عقوباته، والمادة 24 من قانون العقوبات الإسباني، والمادة 6 من قانون العقوبات البرتغالي، والمادة 2 من قانون العقوبات البولندي، وهو الاتجاه الذي تبناه المؤتمر الدولي للقانون الجنائي المنعقد في برلين سنة 1935.

## 2- ألا يكون قد صدر حكم نهائي بات في القضية

الشرط الثاني لتطبيق القانون الأصلح للمتهم، بعد توفر الشرط الأول المتمثل في تزامم قانونين، هو ألا يكون قد صدر في القضية حكم نهائي بات، والحكم النهائي البات هو الحكم الذي لا يقبل أي طريق من طرق الطعن، سواء العادية أو غير العادية، وهو أمر بديهي ومنطقي، حيث لا يجب أن يتم المساس بقرارات العدالة النهائية احتراماً للأوضاع والمراكز القانونية التي خلقتها، واحتراماً لمبدأ حجية الشيء المقضي به المعمول بها في القانون أي كان نوعه، وفي المجال الجنائي تجنبا لمحاكمة الشخص عن الفعل الواحد مرتين.

غير أن هذا الشرط، وكما سبقت الإشارة، لا يمس بالحالة التي يباح فيها فعل كان مجرماً بموجب قانون قديم عدل أو ألغي، بالرغم من أن الموضوع قد أثار خلافاً وجدلاً فقهيًا حاداً، إلا أنه استقر في نهاية المطاف، على إفادة المتهم بالقانون الذي جاء بالإباحتها، بحجة أنه لا فائدة من العقاب على فعل أصبح مباحاً في نظر المجتمع، غير أن غالبية الدول العربية تضمنت قوانينها العقابية حلاً قانونياً صريحاً للمسألة، تبنت فيه الرأي السابق، ومن أمثلتها المادة 3/5 من تقنين العقوبات المصري، والمادة 2 من تقنين العقوبات اللبناني، والمادة 2 من تقنين العقوبات السوري، على عكس المشرع الجزائري الذي لم يضمن قانونه نصاً خاصاً بالمسألة أسوة بالمشرع الفرنسي.

## ثانياً: الاستثناءات الواردة على قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم

إن كانت قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم في المجال الجنائي، تمثل استثناء على قاعدة عدم رجعية القوانين، فهذا الاستثناء ترد عليه استثناءات - بمعنى العود للقاعدة- وهي أنه لا رجعية للقوانين الإجرائية والمحددة المدة حتى ولو كانت أصلح للمتهم. كون القوانين الإجرائية قوانين تنظم مرفق العدالة ولا خيار للمتهم ولا فائدة له في التنظيم، والمسألة تخص الدولة لا الأفراد، والقوانين المحددة المدة التي يسنها المشرع لمواجهة ظروف وحالات مؤقتة تقتضي طبيعتها وظروفها ذلك، لا يمكن تقييدها باستثناء الرجعية كون ذلك يفقدها الهدف الذي لأجله سننها المشرع، وتكون سبباً لتهرب الأفراد ومناورته لغاية انتهاء مدة القانون للاستفادة بفكرة القانون الأصلح للمتهم. وهو ما نوضحه في النقطتين التاليتين.

## 1- القوانين المؤقتة أو المحددة المدة (Les lois temporaires)

وهي القوانين التي يصدرها المشرع لمواجهة فترات استثنائية معينة أو أوضاعاً محددة، وهي مستثناء من رجعية القانون الأصلح للمتهم، حتى ولو لم يكن قد صدر ضده حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به، والقول بخلاف ذلك يفقد هذه القوانين معناها والهدف الذي كان يتوخى منها. غير أن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن القوانين المؤقتة تختلف عن القوانين الاستثنائية Les lois exceptionnelles أو القوانين الظرفية Lois de circonstances حيث أنها قوانين فعلاً مؤقتة بطبيعتها، غير أنها سنت لمواجهة ظروف معينة دون أن تحدد مدة معينة للعمل بها، بل ذلك مرهون بالمدة

التي يستغرقها الظرف الذي سنت لأجله، وهو الظرف الذي في العادة ما يكون سياسيا أو اقتصاديا، حيث لا ينتهي العمل بها إلا بصدر قانون يلغي العمل بها، على عكس القوانين المؤقتة التي تتضمن تاريخ سريانها، وهنا يرى الغالبية تطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم، حيث لا يمكن اتهام الشخص بتحايله اتجاهها رغبة منه في كسب الوقت حتى إلغائها، كونه لا يعلم بتاريخ إلغائها، على عكس القوانين المؤقتة التي يعمل فيها المتهم ذكائه ويتحايل على القوانين حتى ينتهي العمل بها استفادة من قاعدة القانون الصلح للمتهم، لذا حرم منها في غالبية القوانين الجنائية.

## 2- القوانين الإجرائية:

تثار مسألة تنازع القوانين الإجرائية من حيث الزمان، وهي القوانين التي يحكمها مبدأ الأثر أو السريان الفوري، غير أن المبدأ تعترضه بعض الصعوبات العملية في التطبيق، ويرى فقهاء القرن التاسع عشر أن كل إجراء يجب أن يكتمل في ظل القانون الذي شرع أثناء سريانه، وبالبعض يرى المقارنة بين القوانين الإجرائية وتطبيق الأصلح منها مثلما هو الشأن بالنسبة للقوانين الجنائية الموضوعية، غير أن غالبية الفقه يرى وجوب التطبيق الفوري للقوانين الإجرائية دون رجعية، ولا مجال لإعمال مبدأ القانون الأصلح للمتهم بخصوص هذا النوع من القوانين، كونها قوانين صدرت لأجل المصلحة العامة، ومن أجل مصلحة المتهم أيضا وبالتالي يفترض فيه أنه أفضل من سابقه من حيث التنظيم القضائي وإظهار الحقيقة بكل جوانبها، وأن القوانين الإجرائية لا تعد حقا مكتسبا يطالب بالاحتفاظ بها، غير أن ذلك أثار جدلا فقهيًا، وهو الجدل الذي لم يكن بسهولة وضع هذا الحل الذي تتفق عليه غالبية القوانين. لذا رأى البعض بأنه يجب أن يكون هناك معيار تبنى عليه مسألة التفرقة بخصوص التطبيق الفوري للقوانين الإجرائية، سيما الوقائع التي خضعت لحكم ابتدائي، حيث يرى البعض أن يكون هذا الحكم معيارا للتمييز، حيث يطبق القانون الجديد إن لم يكن قد صدر حكم ابتدائي في القضية، وإن كان قد صدر فيها حكما ابتدائيا فيجب اتباع الإجراءات في ظل القانون القديم تجنبا لكثرة المصروفات وحفاظا على الحقوق التي يكون قد اكتسبها المتهم من خلال هذا الحكم. كما أن طرق الطعن في الأحكام القضائية، يحكمها القانون الذي صدرت في ظله، كونه القانون الذي يكشف عن طبيعة هذا الحكم ونوعه ومدى قابليته للطعن من عدمه ونوعية هذا الطعن، ومواعيده، والأشخاص الذين يجوز لهم ذلك وأسباب بناء الطعن، حيث يظل الشخص خاضعا لطرق الطعن التي كان منصوصا عليها في القانون الذي صدر في ظله الحكم، حتى وإن كان القانون الجديد قد ألغاه.

كما أن نصوص التقادم تثير بعض الخصوصية بالنظر للطبيعة الخاصة لهذه النصوص، سواء تعلق بتقادم الجريمة أو الدعوى أو العقوبة، كونها نصوص يمكن القول أنها ذات طبيعة موضوعية، وبذلك يمكن إخضاعها لقاعدة القانون الأصلح للمتهم، حيث القانون الذي يزيد من مدة التقادم يعد الأصلح أو الذي يرسي التقادم بعدما كان النص القديم لا يخضع الفعل للتقادم في أي جانب من جوانبه. وإن اعتبرت النصوص المتعلقة بالتقادم، من النصوص الإجرائية، فهنا يسري عليها ما سري على النصوص الإجرائية من حيث قاعدة الأثر الفوري لها، أم هناك حل خاص يجب اعتماده نظرا للطبيعة الخاصة المتعلقة بالتقادم؟ في الواقع حدث نقاش فقهي حاد بخصوص هذه المسألة، ولم ينفق الفقه إلا على نقطة واحدة، وهي أن القانون الجديد لا يطبق على تقادم اكتملت مدته وفتح باب التقادم من جديد، كون ذلك يتعارض ومبدأ عدم الرجعية، بينما بخصوص التقادم الذي لم يكتمل، اعتبره القضاء الفرنسي من القوانين الموضوعية التي تخضع للقانون الأصلح للمتهم، غير أنه سرعانما تراجع القضاء وجعله من القوانين الإجرائية التي تخضع للتنفيذ الفوري دون رجعية. غير أن المسألة لم تتوقف عند هذا الحد، بل ظهرت أفكار فقهية أخرى، تصب في غالبها في اتجاه جعل هذه القوانين المتعلقة بالتقادم تخضع لما تخضع له سائر القوانين الإجرائية.

## ثالثا: مسألة تحديد تاريخ ارتكاب الجريمة

مسألة تنازع القوانين من حيث الزمن، واختيار الأصلح منهما للتطبيق على المتهم، تقتضي تحديد تاريخ ارتكاب الجريمة ووقته، حيث معرفة تاريخ وقوعها وما إن كان في ظل سريان القانون القديم أو سريان القانون الجديد من شأنه أن يحسم كل خلاف، خاصة إن كنا نعلم أن بعض الجرائم ترتكب في وقت قصير من الزمن، والبعض الآخر تتراخي عبر الوقت، حيث يستغرق الركن المادي للجريمة في هذا النوع وقتا من الزمن، قد يطول وقد يقصر، بحيث قد ترتكب بعض الأفعال في ظل القانون القديم، وبعضها الآخر في ظل القانون الجديد، فهنا يثور تساؤل حول أي القانونيين يطبق؟ ومن الطبيعي القول بأن القانون الواجب التطبيق، هو القانون الذي حدث في ظله الركن المادي للجريمة، وبالتالي وقت وقوع هذا الركن هو المحدد للقانون الواجب التطبيق، حيث يكون القانون الساري المفعول وقت

وقوعه، لكن الإشكال أن السلوك قد يقع في ظل قانون وتحدث النتيجة في ظل قانون آخر جديد، فهل يجب أن نأخذ بعين الاعتبار زمن اقتراح الفعل أو زمن تحقق النتيجة؟. هنا ظهرت ثلاثة آراء فقهية، الأول يرى أن العبرة بتاريخ اقتراح السلوك الإجرامي، وبالتالي القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري وقت إتيان السلوك، والبعض الثاني يرى أن العبرة بتحقيق النتيجة، وبالتالي القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري المفعول وقت تحقق هذه النتيجة، والرأي الثالث يأخذ بالاتجاهين السابقين معاً، حيث يجب أن نقارن ما بين القانونيين أيهما أصلح للمتهم ويطبق، ونرى أنه الرأي الأصوب كون الجريمة اكتمال وتحقق في ضوء القانونيين، ونكون بصدد تنازع نبحت فيه عن القانون الصالح للمتهم. غير أن البعض، يرى الأخذ بالرأي الأول لأن الجريمة في نظره يكتمل ارتكابها عند اقتراح السلوك المادي، ولا عبرة بالنتائج، فالفعال يسأل عنه بغض النظر عن حدوث النتيجة خاصة في الجرائم العمدية.

وبخصوص الجرائم المستمرة التي لا يرتكب فيها الفعل المادي دفعة واحدة بل يأخذ وقت من الزمن فيه قد يعدل القانون أو يصدر قانون آخر يثير مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان، والاستمرار قد يكون متتابع كانتحال الألقاب أو الصفات، وهنا لإرادة الجاني دور في حالة الاستمرار، وهناك جرائم مستمرة دائمة كجريمة تزيف النقود، أو تقليد الأختام، وفيها الآثار وحدها المستمرة وليس الركن المادي الذي حدث دفعة واحدة، ويعامل هذا النوع من الجرائم معاملة الجرائم الوقتية. أما النوع الأول المتمثل في الجرائم المستمرة المتتابعة، حيث تختلف عن سابقتها، إذ فيها الفعل المادي لا يرتكب دفعة واحدة، وإنما يرتكب باستمرار حيث كل لحظة تمر تعد الجريمة مرتكبة فيها برمتها، حيث في هذه الحالة يكفي أن تستمر الجريمة ولو للحظة واحدة بعد صدور القانون الجديد ليطبق حتى ولو كان اشد بالنسبة للمتهم، وهناك إشكال آخر بخصوص هذه الحالة، يتمثل في حالة اشتراط القانون لفترة من الزمن كعنصر أساسي في السلوك، مثل الإهمال العائلي والامتناع عن دفع النفقة المقررة قضاء، حيث يشترط الإهمال أو الامتناع أن يتم لفترة من الزمن، قدرها المشرع في هاتين الجريمتين بشهرين، فالرأي الراجح فيها أن يطبق القانون الجديد في الحالة التي تتم فيها المدة هذه في ظله، حيث يشترط أن تمر فترة الشهرين في ظل القانون الجديد حتى تعد الجريمة مرتكبة في ظله.

وفي جرائم الاعتياد، التي تفترض تكرار الفعل الواحد أكثر من مرة، فما حكم الفعل إذا ارتكب عدد من المرات في ظل القانون القديم، ومرة واحدة في ظل القانون الجديد، ففي رأي الفقه لا يأخذ بعين الاعتبار إلا حالات التكرار التي ارتكبت في ظل القانون الجديد، واعتبار الحالات الواقعة قبل صدوره كأن لم تكن ولا تأخذ بعين الاعتبار في تكوين حالة التكرار أو الاعتياد. وإن كانت أحكام القضاء تظهر عكس ذلك، حيث يرى القضاء أن القانون في مثل هذه الجريمة يعاقب على حالة الخطورة الكامنة لدى الجاني، وأن الفعل الأخير في الحقيقة هو الذي يبين هذه الخطورة الإجرامية، وبالتالي يمكن اعتبار أن الفعل الأخير هو الذي كون حالة الاعتياد وبالتالي هو الذي كشف عن الخطورة الإجرامية لدى الجاني التي تستحق العقوبة.

وفي حالة العود، غالبية الفقه يرى أن الحكم الصادر في ظل القانون القديم لا يعد سابقة كوننا نرتب آثار قانونية عن قانون لم يعد معمولاً به، كما تثار مسألة وقت ارتكاب الجريمة بخصوص حالة تعدد الجرائم، سواء كان تعدد صوري أو تعدد حقيقي، الذي سمي أيضاً بالتتابع الإجرامي أو الجرائم المتتابعة، كالسرقة على عدة دفعات...

### المطلب الثالث

#### نطاق تطبيق النص الجنائي من حيث المكان

#### تنازع القوانين الجنائية من حيث المكان

إن كانت فكرة تنازع القوانين الجنائية من حيث الزمان تخص قانونيين صادريين من نفس المشرع، داخل البلد الواحد، فإن تنازع القوانين الجنائية من حيث المكان تتعلق بقوانين مختلفة لدول مختلفة، فالجريمة كمشروع يمكن أن يمتد تنفيذه لأكثر من إقليم واحد، وتسهر على ذلك عصابات إجرامية من جنسيات مختلفة، وقد تمس الجريمة الواحدة بمصالح العديد من الدول، لذا كان يتعين تحديد نطاق تطبيق القانون الجنائي للدولة، باعتباره قانون يجسد سيادتها، وهي السيادة التي تتجسد أولاً على إقليم الدولة ومواطنيها، وفي بعض الأحيان تتبع هؤلاء إلى خارج هذا الإقليم، وفي أحيان أخرى فكرة الإقليم ذاتها في القانون الجنائي ذات مدلول مختلف عما تعارف عليه الناس وفقاً للقانون الدستوري والقانون الدولي. لهذه الأسباب - ولأسباب كثيرة أخرى متعددة- فإن مسألة تحديد نطاق السريان المكاني للنص الجنائي، تتحدد باختصار بتطبيق أربعة مبادئ أساسية تأخذ بها غالبية التشريعات الجنائية المعاصرة، وإن كان بعضها ليس بصفة صريحة مثل مبدأ العالمية- من بين هذه المبادئ ما هو أصلي تتعد له الأولوية على سائر المبادئ الأخرى، كمبدأ الإقليمية، ومنها

ما هو احتياطي كمبدأ الشخصية والعينية اللذان لا يعدان من المبادئ التي تكمل مبدأ الإقليمية وتسد النقائص التي يواجهها تطبيق هذا الأخير، ومنها ما يجسد فكرة التعاون الدولي، وتدويل مواجهة ظاهرة الإجرام، مثلما هو الشأن بالنسبة لمبدأ العالمية. لذا وعلى عكس البعض، الذي يرى أن مبدأ الإقليمية القاعدة ويفرده بنقطة، ويشمل باقي المبادئ في نقطة أخرى باعتبارها استثناءات له، فإننا سنحاول أن نبين كل مبدأ من هذه المبادئ في نقطة مستقلة، باعتبارها تتكامل فيما بينها بما يضمن مكافحة الجريمة ومتابعة مرتكبيها وضبطهم ومحاكمتهم على نحو فعال. غير أننا سنتناول مبدأ الإقليمية في فرع مستقل، لنتناول في فرع آخر المبادئ الأخرى المكملة له، والتي يسميها البعض مبادئ احتياطية، وسبق لنا نحن، أن قلنا انها مبادئ تتعاون وتتكامل فيما بينها.

## الفرع الأول

### المبدأ الأصلي (مبدأ الإقليمية النص الجنائي)

يعني مبدأ إقليمية تطبيق النص الجنائي، أن قانون العقوبات يسري على كل الجرائم أيا كان نوعها التي ترتكب على إقليم الجمهورية، وأيا كانت جنسية مرتكبها أو المرتكبة عليه، ووطنيا أو أجنبيا، ولهذا المبدأ بعض المبررات التاريخية التي جعلت منه من أقدم المبادئ – وإن كان البعض يرى أن الأقدم هو مبدأ الشخصية وذلك صحيح في نظرنا- كما ينطوي على العديد من المبررات السيادية المتعلقة بسيادة الدولة على إقليمها، بالإضافة لما له من فوائد عملية في إثبات الجرائم ومتابعة مرتكبيها ومحاكمتهم محاكمة فعالة تحقق أفكار الردع العام والخاص، كل ذلك انعكس على طريق تطبيق هذا المبدأ، حيث تمت معاملة بعض الأوضاع أو بالأحرى بعض المركبات معاملة الإقليم، بالرغم من اختلافها التام عنه، مثلما هو الشأن بالنسبة للطائرات والسفن، كما أنه وبالرغم من أولية وأصالة وسيادة مبدأ الإقليمية، إلا أنه ترد عليه بعض الاستثناءات التي تملئها القوانين والأعراف الدولية، سواء كانت سياسية أو دبلوماسية أو قنصلية، وبعض الأحكام الدستورية الأخرى، مما جعل من بعض الجرائم المرتكبة على الإقليم الوطني غير خاضعة للقانون الوطني، وهو ما اصطلح في معالجته باستثناءات مبدأ الإقليمية، وهي المسائل التي نوضحها في النقاط التالية.

### أولاً: معنى ومبررات مبدأ الإقليمية

يقصد بمبدأ إقليمية النص الجنائي، تطبيق التشريع الوطني الجنائي على كافة الجرائم المرتكبة على إقليم الدولة الجزائرية، بصرف النظر عن جنسية مرتكبها أو المرتكبة عليه، وبغض النظر عن المصلحة أو الحق المعتدى عليه، سواء كانت مصلحة أو حق وطني أو أجنبي، لذا يرى البعض أنه للمبدأ شقين أو وجهين، أحدهما سلبي ويتمثل في انحسار تطبيق القانون الوطني خارج الإقليم، والآخر إيجابي يتمثل في تطبيق القانون الجنائي الوطني على إقليم الدولة دون مزاحمة من أي تشريع أجنبي آخر. وقد تضمنت المادة 3 من تقنين العقوبات الجزائرية النص على مبدأ إقليمية النص الجنائي، بنصها على: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية. كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية الجزائرية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجنائية"

أما المبررات التي جعلت من غالبية التشريعات الجنائية تأخذ بمبدأ إقليمية النص الجنائي، فإننا نذكر أهمها في النقاط التالية:

- 1- يعد مبدأ إقليمية تطبيق النص الجنائي، مظهر من مظاهر ممارسة الدولة لسيادتها على إقليمها، وبالتالي تطبيق قانونها على كل ما يقع عليه من أفعال رأت تجريمها، أيا كان مرتكبها أو المرتكبة عليه، وأيا كانت المصلحة المتعدى عليها وطنية أو أجنبية.
- 2- مبدأ إقليمية النص الجنائي يقود إلى تطبيق قانون مكان ارتكاب الجريمة، ويقضي باختصاص المحاكم الجنائية بنظر الدعوى، وهو أنسب مكان لمحاكمة المتهم، حيث فيه تتوفر أدلة الإثبات، وبه غالباً ما يوجد المتهم.
- 3- محاكمة المتهم في المكان الذي ارتكب فيه جريمته، وتوقيع الجزاء عليه في هذا المكان، يرسخ فكرة الردع العام الذي يسعى لتحقيقه الجزاء الجنائي.
- 4- كما أنه من مصلحة المتهم تطبيق قانون البلد الذي ارتكب فيه جريمته، لافتراض علمه بهذا القانون، مما يحقق أغراض مبدأ الشرعية الجنائية ويحقق العدالة من خلال عدم مفاجئة المتهم بقوانين يجهلها.



لذا فالقانون الجنائي الجزائري يطبق على كافة إقليم الجمهورية الجزائرية، وفقا لما هو متعارف عليه في أحكام القانون الدولي العام، ووفقا لنص المادة 12 من دستور 1996 المعدل والمتمم التي بينت معنى الإقليم، وإن كان القانون الجنائي يعطي له مدلولاً آخر، حيث نصت هذه المادة على أنه: "تمارس سيادة الدولة - ونلاحظ أن المادة عبرت عن الموضوع بالسيادة ولا تتعلق فقط بالقانون الجنائي- على مجالها البري ومجالها الجوي، وعلى مياهاها، كما تمارس الدولة حقها السيد الذي يقره القانون الدولي على كل منطقة من مختلف مناطق المجال البحري التي ترجع إليها". وزيادة على ما ذكر بالهامش أدناه حول الإقليم، فيمكن أن نضيف أن قوانين العقوبات لا تهتم ببيان نطاق إقليم الدولة، بل تفرض سلفاً أن هذه الفكرة معروفة ومحددة بواسطة القانون الدولي، والإقليم في العادة يشمل الإقليم البري الذي تحدده الاتفاقيات الدولية، ويشمل المياه التي تحت جوف الأرض والأنهار والقنوات التي تمر به سواء كانت أنهاراً وطنية أو دولية، وأما الإقليم البحري فبينته اتفاقية سنة 1958 المتعلقة بالبحر الإقليمي التي بينت في مادتها الأولى على أن سيادة الدولة تمتد خارج إقليمها البري ومياهاها الداخلية إلى حزام من البحر ملاصق لشواطئها يسمى البحر الإقليمي، وبخصوص الإقليم الجوي وقعت اتفاقية باريس سنة 1919 مبينة أنه لكل دولة سيادة كاملة وانفرادية على طبقات الهواء التي تعلو إقليمها البري وبحرها الإقليمي وحتى مستعمراتها - كون الاتفاقية وقعت وقت الحركات الاستعمارية- وأكدت على ذلك من جديد اتفاقية شيكاغو سنة 1944 التي اعتبرت مادتها الأولى الهواء عنصراً تابعاً لإقليم الدولة، غير أنه مبدأ اهتز أمام التطور العلمي مما أدى إلى التفكير في تحديد الإقليم الهوائي بارتفاع محدد، لذا أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 19-12-1966 في دورتها 21 القرار رقم 3222 بالموافقة على مشروع اتفاقية تنظم استعمال واستغلال الدول للطبقات العليا في الجو بما فيها القمر والكواكب الأخرى، ونصت هذه الاتفاقية في مادتها 11 على أن طبقات الجو العليا تخرج عن سيادة كل دولة، غير أنها اتفاقية لم تحدد المسافة التي تكون بين الفضاء الجوي وطبقات الجو العليا.

### ثانياً: تحديد مكان وقوع الجريمة

من المتفق عليه قانوناً أن مكان وقوع الجريمة يتحدد بالمكان الذي يقع فيه ركنها المادي سواء اجتمعت أركانه الثلاثة وهنا لا إشكال، لكن من المتصور أن تتوزع هذه العناصر على أكثر من إقليم واحد فهنا يثار الإشكال حول تحديد أي منها يكون مكاناً لوقوع الجريمة، هنا السائد أن قوانين كل الدول التي توزعت عليها الجريمة يكون مختصاً بنظر الجريمة، وهو الوضع أيضاً في الجرائم المستمرة حيث يكون قانون كل إقليم قامت فيه حالة الاستمرار مختصاً بنظر الجريمة، غير أن جرائم الامتناع تعد مرتكبة في الإقليم الذي حصل فيه الامتناع وكان من الواجب أن يقوم فيه الجاني بما هو مطلوب منه قانوناً، كما أنه يعد إقليم ارتكبت فيه الجريمة الإقليم الذي حدثت فيه النتيجة الإجرامية- أو لآثار المباشرة للفعل - حيث أنه إذا أرسل شخص صندوق متفجرات لشخص آخر فتحه فانفجرت عليه وسافر لبلد آخر للعلاج وتوفي هناك يكون مختصاً بلد العلاج أيضاً بالإضافة للبلدين الآخرين. الأول هو بلد السلوك والثالث بلد النتيجة والثاني بلد علاقة السببية. لكن لا عبرة بالنتائج الحاصلة بعد حدوث النتيجة وإن كانت تشكل جريمة مستقلة فيتحدد الاختصاص بمكان وقوع هذه الجريمة، مثل إخفاء متحصلات السرقة أو إخفاء الجثة التي يعتد بها قانوناً ولا الأعمال التحضيرية غير المعاقب عليها.

غير أن الإشكال يكمن في حالة الشروع في الجريمة، وهنا يرى بعض الفقه أن الاختصاص ينعقد للدولة التي شرع في التنفيذ فيها وكذا للدولة التي كان من المفترض حصول النتيجة فيها، في حين يرى جانب آخر من الفقه، منتقداً الرأي الأول أنه لا يجب أن ينعقد الاختصاص لقانون الدولة التي كان يفترض حدوث النتيجة بها، وهو رأي تؤيده كثيراً خاصة وإن كنا نرى أن المجني عليه قد لا يكون عالماً أصلاً بأنه كان عرضة لجريمة شرع في ارتكابها عليه، كما أنه يثور الإشكال بخصوص المساهمة الجنائية، والتي على نحو ما سنرى تنقسم إلى مساهمة جنائية أصلية ومساهمة جنائية تبعية، ففي الأولى يكون كل الجناة فاعلين أصليين، وهو ما لا يثير أي إشكال حسب البعض إذا ما وقعت الجريمة على إقليم الدولة، لكننا نرى أنه في حالة التحريض قد نكون بصدد مساهمة جنائية أصلية حيث يعد الفاعل الأصلي كل من المحرض والمنفذ، وبالتالي إن كان التحريض في بلد والتنفيذ في بلد فإننا نرى اختصاص قانون كل من البلدين ونفس الشيء بالنسبة للفاعل المعنوي. غير أنه في حالة المساهمة الجنائية التبعية، أين نكون بصدد فعل أصلي وآخر فعل الاشتراك، ونرى أن غالبية القوانين تتبع عمل الشريك بعمل الفاعل الأصلي حيث يرى أنه إذا وقع الفعل الأصلي أو جزء منه في إقليم دولة ما فإن قانونها يمتد للتطبيق على فعل الاشتراك، وأن قانون الدولة التي وقع فيها فقط فعل الاشتراك لا

ينطبق تماما، ونؤيد هذا الرأي كون أفعال الاشتراك لا عقاب عليها في حد ذاتها كونها أفعال مباحة تنجذب إلى دائرة التجريم بالنظر لفعل الفاعل الأصلي.

### ثالثا: الامتداد الحكمي لفكرة الإقليم

سبق القول، أن المشرع الجزائري، عامل السفن والطائرات معاملة خاصة، في الحالات التي ترتكب عليها جرائم، وعالجهما ضمن إطار مبدأ الإقليمية – وإن كان ذلك في قانون الإجراءات الجزائية- وذلك ضمن المادتين 590 و591، مبينا اختصاص القانون الجزائري بخصوص الجرائم التي ترتكب على متن السفن والطائرات، وحالات وشروط ذلك، مفرقا بين تلك الجزائرية والأجنبية – سواء بخصوص الطائرات أو السفن- أخذا ببعض الحدود التي يمكن تبريرها أحيانا، وأخرى يعجز الشخص عن تفسيرها بعد مقارنة المادتين معا بما تتضمنه من أحوال.

#### 1- بالنسبة للسفن:

نصت المادة 590 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه: " تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنايات والجنح التي ترتكب في عرض البحر على بواخر تحمل الراية الجزائرية آيا كانت جنسية مرتكبيها. وكذلك الشأن بالنسبة للجنايات والجنح التي ترتكب في ميناء بحرية جزائرية على ظهر باخرة تجارية أجنبية."، من هذه المادة، يتضح بأن المشرع الجزائري، فرق ما بين السفن الوطنية والسفن الأجنبية، وبخصوص الأخيرة فرق بين السفن الأجنبية الحربية والسفن الأجنبية المدنية، واستعمل عبارة السفن التجارية التي نرى ووجوب استبدالها بالمدنية.

#### أ- بالنسبة للسفن الجزائرية:

متى كانت السفينة جزائرية، فإن قانون العقوبات الجزائري يكون مختصا في حال توفر الشروط التالية مجتمعة، وأن تخلف شرط من هذه الشروط يقود لعدم تطبيقه، وهي:

- 1- أن تكون السفينة تحمل الراية الجزائرية.
- 2- أن تكون الجريمة جنائية أو جنحة، وبالتالي تستبعد المخالفات.
- 3- أن يكون مكان ارتكاب هذه الجناية أو الجنحة والباخرة في أعالي البحار، كون هذه المنطقة غير خاضعة لأية سلطة، لأنه لو ارتكبت الجناية أو الجنحة في المياه الإقليمية أو موانئ الجزائر، فاخصاص للقانون الجزائري يكون بموجب المادة 3 من قانون العقوبات، لا بموجب المادة 590 من قانون الإجراءات الجزائية، وإن ارتكبت في مياه إقليمية أجنبية يكون الاختصاص لقانون هذه الدولة تطبيقا لمبدأ إقليميتها.
- 4- لا عبء جنسية الجاني أو المجني عليه، ولا بالمصلحة أو الحق الذي مست به الجناية أو الجنحة.

#### ب- بالنسبة للسفن الأجنبية:

استعمل المشرع الجزائري بخصوص السفن الأجنبية مصطلح " السفن التجارية" تمييزا لها عن السفن الحربية، هذه الأخيرة التي تعامل معاملة خاصة، وكان عليه أن يستعمل مصطلح " السفن المدنية" كون التجارية قد يفهم منه سفن البضائع دون سفن الأشخاص أو السفن السياحية... وحتى يكون القانون الجزائري مختصا بنظر الجرائم المرتكبة على السفن الأجنبية ما عدا الحربية منها، يجب أن تتوفر الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الماد 590 من قانون الإجراءات الجزائية، وهي:

- 1 – حسب المادة 590 أن تكون السفينة الأجنبية تجارية، أي ليست حربية – وهو المغزى من الشرط- والسفينة الأجنبية هي التي تحمل جنسية أو راية دولة أخرى.
- 2- أن يكون الفعل يشكل جنائية أو جنحة، وبالتالي تستبعد المخالفات.
- 3- أنه لا عبء جنسية الجاني أو المجني عليه، ولا بالمصلحة التي تم الاعتداء عليها، كون المادة لم تشترط ذلك.
- 4- أن يكون مكان تواجد السفينة الأجنبية ميناء بحرية جزائرية، وهو ما يفهم منه أن تكون راسية، ونحن نتساءل عن عدم النص على المياه الإقليمية الوطنية باعتبارها من اختصاص قانوننا، على الأقل مثلما نزع المشرع اختصاصنا لما تكون بواخرا في المياه الإقليمية لدول أخرى، فينزع اختصاص قانون هذه الدول لما تكون بواخرا في مياها

الإقليمية... غير أن الأمر يمكن مواجهته بالمادة 3 التي تشكل القاعدة العامة متى كانت الباخرة الأجنبية بالمياه الإقليمية الوطنية.

## 2- بالنسبة للطائرات:

مثلما فعل المشرع الجزائري بالنسبة للسفن، فإنه فعل بالنسبة للطائرات، حيث يتعلق الأمر بالطائرات المدنية دون الحربية، وفرق فيها بين الطائرات الجزائرية والطائرات الأجنبية، وكل منها يجب أن تستجمع جملة من الشروط حتى يكون القانون الجزائري مختصا، وذلك ما بينته المادة 591 من قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري، التي نصت على أنه: " تختص الجهات القضائية الجزائرية بنظر الجنايات والجنح التي ترتكب على متن طائرات جزائرية أيا كانت جنسية مرتكب الجريمة. كما أنها تختص أيضا بنظر الجنايات أو الجنح التي ترتكب على متن طائرات أجنبية إذا كان الجاني أو المجني عليه جزائري الجنسية أو إذا هبطت الطائرة بالجزائر بعد وقوع الجناية أو الجنحة. وتختص بنظرها المحاكم التي وقع بدائرتها هبوط الطائرة في حالة القبض على الجاني وقت هبوطها أو مكان القبض على الجاني في حالة ما إذا كان مرتكب الجريمة قد قبض عليه في الجزائر فيما بعد."

### أ- بالنسبة للطائرات الجزائرية:

حتى يكون القانون الجزائري مختصا بالتطبيق على الطائرات الجزائرية يجب أن تتوفر الشروط التالية:

- 1- أن تكون الطائرة جزائرية، أي حاملة للراية الجزائرية،
- 2- أن يكون الفعل المرتكب يشكل جنائية أو جنحة، وبالتالي لا عبرة بالمخالفات.
- 3- لا عبرة بجنسية الجاني، وبالضرورة إذن لا عبرة بجنسية المجني عليه، ولا بمكان ارتكاب الجريمة، فالقانون الجزائري يتبع طائراتنا أينما حلت حتى في قلب عواصم الدول الأخرى، على عكس ما فعله المشرع بخصوص البواخر.

### ب- بالنسبة للطائرات الأجنبية:

يكون قانون العقوبات مختص بالتطبيق على الجرائم المرتكبة على الطائرات المدنية الأجنبية، إذا توفرت الشروط التالية مجتمعة:

- 1- أن تكون الطائرة أجنبية أي حاملة لجنسية دولة أخرى.
  - 2- أن يكون الفعل بالضرورة يشكل جنائية أو جنحة وتستبعد المخالفات.
  - 3- أن يكون الجاني أو المجني عليه جزائريا، أو هبوط الطائرة بالجزائر بعد ارتكاب الجريمة حتى وإن لم يكن الجاني أو المجني عليه جزائريا.
- وتكون المحكمة التي يتواجد بنطاق اختصاصها مكان هبوط الطائرة بالمحاكمة، أو مكان القبض عليه إن تم القبض عليه لاحقا.

### ثالثا: الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية:

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

### 1- رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة الجزائريين:

تستثنى غالبية القوانين الجنائية، بما فيها قانون العقوبات الجزائري جرائم رئيس الجمهورية التي يرتكبها أثناء ممارسته لمهامه الرئاسية أو بمناسبة، وذلك طبقا للأعراف الدستورية، ولا يمكن محاكمته عنها إلا بعد زوال صفة الرئاسة عنه، غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم، تضمن حكما لم تكن تعرفه الدساتير السابقة، وهو الحكم الذي جاءت به المادة 158 منه: التي نصت على أنه: "تؤسس محكمة عليا للدولة تختص

بمحاكمة رئيس الجمهورية عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى، ورئيس الحكومة عن الجنايات والجناح التي يرتكبها بمناسبة تأدية مهامها...".

وقضت هذه المادة أن كيفية تشكيل المحكمة وعملها وسيرها وتنظيمها، سيبين عن طريق الأحكام التنظيمية، غير أنه ولحد الساعة لم يصدر أي نص يبين ذلك. مما يجعلها من النص مجرد نص نظري.

## 2- أعضاء المجالس النيابية العليا: ( البرلمان ومجلس الأمة في الجزائر)

ونقصد بالمجالس النيابية العليا، تمييزا لها عن المجالس الشعبية الإقليمية أو المحلية، مثل المجالس الشعبية الولائية والمجالس الشعبية البلدية، ونجد كل الدول تقرر الحصانة لأعضاء السلطة التشريعية، ولا يعني ذلك نزع الصفة التجريبية عن الفعل المعاقب عليه الذي يرتكبونه، وإنما متابعتهم لا تتم إلا بإتباع إجراءات دستورية خاصة، وهو ما بينته المواد 109، 110، 111 من دستور 1996 المعدل والمتمم، حيث تضمنت المادة 109 مبدأ الحصانة البرلمانية، بنصها: " الحصانة البرلمانية معترف بها للنواب ولأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم ومهمتهم البرلمانية، لا يمكن أن يتابعوا أو يوقفوا، وعلى العموم لا يمكن أن ترفع عليهم أية دعوى مدنية أو جزائية أو يسلط عليهم أي ضغط، بسبب ما عبروا عنه من آراء وما تلفظوا به من كلام أو بسبب تصويتهم خلال ممارسة مهامهم البرلمانية." وهذا فعلا استثناء بخصوص نوع محدد من الجرائم. كونها مادة أرسيت فكرة الحصانة البرلمانية المعترف بها لنواب السلطة التشريعية، خاصة المتعلقة بمهامهم الرئيسية وهي مناقشة القوانين والتصويت عليها، غير أن المادة 110 من دستور 1996 المعدل والمتمم ركزت على فكرة المتابعة الجزائية عن الجنايات والجناح، وفكرة التنازل عن الحصانة البرلمانية، أو رفعها، بينما بنت المادة 111 حالة تلبس النائب بارتكاب جنائية أو جنحة.

فقضت المادة 110 بأنه: " لا يجوز الشروع في متابعة أي نائب - المقصود نواب الغرفة السفلى- أو عضو مجلس الأمة بسبب جنائية أو جنحة إلا بتنازل صريح منه أو بإذن حسب الحالة من المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة الذي يقرر رفع الحصانة عنه بأغلبية أعضائه."، وبالتالي يمكن للنائب سواء كان نائبا في الغرفة السفلى، أو عضو من أعضاء مجلس الأمة في حال اتهامه بارتكاب جنائية أو جنحة، أن يتنازل صراحة عن حصانته البرلمانية، والمقصود بعبارة " صراحة" أنه تنازل مكتوب تضمنه النيابة العامة ملف القضية، أو برفع الحصانة عليه من قبل أغلبية باقي الأعضاء، وفي هذه الحالة تجوز متابعته كأي شخص من الأشخاص، غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن المادة 110 لم تبين الموقف من الحالة التي يرتكب فيها عضو البرلمان أو عضو مجلس الأمة لمخالفة، فهل عدم ذكر هذا النوع من الجرائم يعني عدم المسائلة عنها أصلا، أم تجوز فيها المتابعة دون الإجراءات السابقة. في حين بينت المادة 111 حالة تلبس عضو البرلمان أو عضو مجلس الأمة بارتكاب جنائية أو جنحة، حيث قضت أنه: " في حالة تلبس أحد النواب أو أحد أعضاء مجلس الأمة بجنحة أو جنائية يمكن توقيفه ويخطر بذلك مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة حسب الحالة فورا. يمكن المكتب المخطر أن يطلب إيقاف المتابعة وإطلاق سراح النائب أو عضو المجلس الأمة على أن يعمل فيما بعد بأحكام المادة 110 أعلاه."

## 3- رؤساء الدول الأجنبية:

تستثنى وفقا للعرف الدولي الجرائم التي يرتكبها رؤساء الدول الأجنبية أو ملوكها أو أمراءها في أقاليم الدول الأجنبية. وذلك على اعتبار رؤساء الدول الأجنبية يمثلون دولا ذات سيادة وقد جرى العرف الدولي على عدم إخضاعهم لسيادة دولة أجنبية أخرى يتواجدون على إقليمها، ويمتد الاستثناء إلى الجرائم التي يرتكبونها بمناسبة ممارسة مهامهم أو بممارسة حياتهم الشخصية، كما تمتد الحصانة لتشمل حسب البعض كل أفراد أسرتهم وحاشيتهم، وسبق لنا القول بأن قانون العقوبات تعبير عن سيادة الدولة وبالتالي نرى أنه في حال إخضاع رئيس دولة لقانون عقوبات دولة أخرى يكون قد تم إخضاعه لسيادة هذه الدولة. ورئيس الدولة يقصد به حاكم الدولة وفقا للنظام السياسي الذي يسودها، فقد يكون ملكا أو أميرا أو سلطانا أو رئيس جمهورية أو عضو مع غيره في مجلس رئاسي يدير الدولة أو قائد ثورة أو حركة تحرر معترف بها أو زعيما روحيا لدولة ذات نظام حكم ديني، وهي الحصانة التي تمتد حتى أعضاء الوفد المرافق له وأفراد عائلته. ولا عبء في كون زيارته رسمية أو خاصة أو حتى ولو كانت تحت اسم مستعار إذ يكفي في الحالة الأخيرة أن يكشف عن شخصيته في حال محاولة توقيفه.

## 4- رجال السلك السياسي الأجنبي:

رؤساء الحكومات والوزراء وكتاب الدولة ورجال المنظمات الدولية يتمتعون بحصانة قضائية مستمدة من المعاهدات الدولية والقوانين الأساسية للمنظمات التي يتبعونها تعفيهم من كل مسائلة جنائية عن الجرائم التي يرتكبونها في الدول التي يقيمون فيها في مهام رسمية.

#### 5- رجال السلك الدبلوماسي والقنصلي:

وهم لا يسألون أيضا عن الجرائم التي يرتكبونها في الدول التي يمثلون فيها دولهم. طبقا لاتفاقية فيينا المؤرخة في 24-04-1963 المتعلقة بالعلاقات القنصلية، والتي تمنح حصانة للموظفين القنصليين وموظفي الهيئات الدولية بالنسبة للجرائم التي تتعلق بقيامهم بوظائفهم أو بسببها، وأما الجرائم التي ترتكب خارج إطار الوظيفة تعقد الاختصاص لقانون البلد الذي يتواجدون به. وفي تبرير الحصانة قيل أن الممثل السياسي ووظيفته شيء واحد، حيث يتلاشى الشخص في وظيفته، فإذا عاقبناه فنحن نعاقب من خلاله الدولة التي يمثلها، وبالتالي نمس بسيادتها، ومن الحصانة السابقة قررت أيضا حصانة مباني السفارات والقنصليات، لكن ذلك لا يعني أنها ملاذ للمجرمين حيث ارتكاب جريمة داخل السفارة أو خارجها والفرار إليها، لا يمنع من تسليم الشخص لسلطات البلد، حتى ولو كان من رعايا الدولة التي تمثلها السفارة أو القنصلية ولا يعني ذلك تسليم رعايا الدولة، حيث لا تعد هذه المباني خارج الإقليم. وبخصوص الحصانة يجب القول أنه يحق للسلطات المحلية عندما يرتكب الممثل السياسي جريمة من الجرائم القيام بطرده باعتباره شخصا لم يعد مرغوبا فيه في البلد، كما يحق لبلده الأصلي معاقبته على جرائمه التي ارتكبها في بلد عمله، وبذلك لا يكون في معزل عن العقاب بأي حال من الأحوال، كما أن الحصانة شخصية وتتعلق بشق العقاب لا شق التجريم، بمعنى عدم العقاب لتوفر الحصانة لا يعني أن الفعل مباح، أو الصفة تعد سبب من أسباب الإباحة، وإنما هي مانع من موانع العقاب في مثل هذه الحالات، لذا فالأشخاص المساهمين مع صاحب الحصانة يمكن متابعتهم وعقابهم متى كنوا لا يتمتعون بالحصانة، سواء كانوا من المواطنين أو من الأجانب تطبيقا لمبدأ الإقليمية، كما أن حق الدفاع المشروع مقرر للمعتدى عليهم حتى ضد أصحاب الحصانة. كما أنه هناك اتفاقية فيينا لسنة 1961 وتشمل أعضاء السلك الدبلوماسي والبعثات السياسية الخاصة وممثلو المنظمات الدولية أو الإقليمية بصرف النظر عن درجاتهم وألقابهم ويستوي أن تتعلق الجرائم بممارسة مهامهم أو بمناسبة متابعة شؤون حياتهم الخاصة، أما فيما يخص الخدم فتقتصر الحصانة على ما يصدر منهم من جرائم بمناسبة ممارستهم لمهامهم شريطة ألا يكونوا من رعايا الدولة التي توجد بها مقر البعثة أو المنظمة أو السفارة.

#### 6- رجال القوات الأجنبية المرابطة في التراب الوطني:

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

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

### الفرع الثاني

#### المبادئ المكملة لمبدأ الإقليمية

على عكس العصور السابقة، أضحت الحدود تشكل محاسن للعصابات الإجرامية وليست عوائق، خاصة مع تقدم المواصلات وتحول العالم على قرية صغيرة، وتدويل الجريمة، فأصبحت الحدود عائقا بالنسبة للسلطات في بحثها وتعقبها للمجرمين، وازدياد حركات الهجرة التي تصعب من عمليات التكيف مع قوانين الدول التي يستقر بها هؤلاء المهاجرين، كما أنهم انفصلوا عن جذورهم ولا يستطيعون التكيف مع الحياة الجديدة بسهولة، ولا يستطيعون التكيف مع مجتمع جديد وحياة جديدة وعادات وتقاليدها جديدة زيادة على حواجز اللغة والثقافة وحتى الدين، فانفصلهم عن حياة اعتادوا عليها وعاشوها يحدث لهم نوع من الصراع بين القيم القديمة والقيم الجديدة المستحدثة فتضعف مقاومتهم شيئا فشيئا، كما أنه للحربين العالميتين والحروب الإقليمية الأخرى دور كبير في بروز ظاهرة العنف والإرهاب الذي لم يعد مقتصرًا فقط

على الأفراد والمنظمات، بل شملت حتى الدول، وهي كلها مسائل لفتت الانتباه إلى ضرورة توسع دائرة القانون الجنائي لمحاربة هذا النوع من الإجرام، وهو ما جعل مبدأ الإقليمية وحده غير كاف لمواجهة الظاهرة الإجرامية، وكان لزاما عليه الاستعانة ببعض المبادئ الأخرى المكملّة، والتي نتناولها في النقاط التالية.

### أولاً: مبدأ الشخصية الجنائية

مبدأ الشخصية الجنائية أسبق في الظهور من مبدأ الإقليمية، حيث كان يعد الأصل فيما مضى، كون النص الجنائي كان يتبع رعايا الدولة أسينما حلوا، سيما في ظل فكرة الإقليم لم تكن قد تجسدت بعد بالشكل المعروف اليوم، لكن مع ظهور الدولة وارتكاز سيادتها على فكرة الحدود الإقليمية، انحصر نطاق تطبيق مبدأ الشخصية الجنائية فاسحا المجال أمام مبدأ الإقليمية ليصبح المبدأ الرئيسي الحاكم لسريان النص الجنائي. ويعرف مبدأ الشخصية الجنائية بأنه تطبيق النص الجنائي على كل جاني يحمل جنسية الدولة أينما حل وأينما وجد، وأيا كان الإقليم الذي ارتكب عليه جنايته، وبعبارة أكثر اختصاراً، هو وجوب تطبيق القانون الجنائي لكل دولة على الحاملين لجنسيتها أينما حلوا. ونص المشرع الجزائري على مبدأ الشخصية الجنائية في المادتين 582 و583 من قانون الإجراءات الجزائية، مفرقا بين الفعل الذي يرتكبه الجزائري بالخارج وما إن كان جنائية أو جنحة، وهو الأمر الذي يقودنا لتناول المبدأ من خلال نقطتين تبعا للتمييز السابق.

#### 1- الجنايات ومبدأ الشخصية الجنائية

وهو شق من مبدأ الشخصية الجنائي الذي يركز على الرعية التي ترتكب فعلا يوصف بالجناية في الخارج، وقد تضمنه المادة 582 من قانون الإجراءات الجزائية، التي أوردت جملة من الشروط إذا ما توفرت مجتمعة طبق على هذا الجاني القانون الجزائري بالرغم من أنه ارتكب جنايته بالخارج، وهذه الشروط هي:

- أن يكون الفعل الذي ارتكبه الشخص في الخارج يوصف بأنه جنائية وفقا للقانون الجزائري، ويتضح من النص أنه لا عبرة للتكييف المعطى له من قبل تشريع القطر الذي وقعت عليه، سواء كان جنائية أو جنحة، أو فعل مباح أصلا وهو أمر ننتقده بشدة.
- أن يكون الجاني يحمل الجنسية الجزائرية، أو أن يكون قد اكتسبها بعد ارتكابه الجريمة.
- أن يكون ارتكاب الجناية قد تم خارج الإقليم الجزائري، لأنه لو كانت عليه لطبق مبدأ الإقليمية وفقا للمادة 3 من قانون العقوبات.

- أن يعود هذا الجاني الجزائري إلى أرض الوطن سواء جبرا أو طواعية، لأنه وفقا لهذه المادة لا يمكن أن يحاكم غيابيا.

- ألا يكون الجاني قد حوكم في الخارج عن هذه الجناية، وألا يكون قد قضى عقوبتها في حال كان قد حوكم عنها، أو سقطت عنه هذه العقوبة بالتقادم أو حصل على عفو عنها في دولة ارتكابها.

#### 2- الجنح ومبدأ الشخصية الجنائية

وهو مبدأ يخص الجزائري الذي يرتكب خارج الإقليم الجزائري فعلا يوصف بأنه جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أو في نظر القطر الذي ارتكبت فيه، فهنا يكون خاضعا للقانون الجزائري بشروط يجب أن تتوفر جملة واحدة، وهي شروط بينتها المادة 583 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، وهي:

- أن يكون الفعل الذي اقترفه الجزائري يوصف بأنه جنحة، سواء في القانون الجزائري أو في القانون الأجنبي المطبق على الإقليم الذي ارتكبت فيه.

- أن ترتكب هذه الجنحة في الخارج.

- أن يكون مرتكبها جزائريا وقت اقترافها أو اكتسب الجنسية الجزائرية بعد ذلك وفقا للمادة 584 من ق إ ج ج .

- أن يعود الجاني للجزائر أو يسلم عليها، حيث لا يجوز محاكمته غيابيا.

- ألا يكون قد حكم عليه في الخارج أو قضى عقوبته أو تقادمت أو حصل على عفو عنها.

- وزيادة على ذلك، إن كانت الجنحة ضد الأفراد، يجب تقديم شكوى من الشخص المضروب أو بلاغ من سلطات القطر الذي ارتكبت فيه الجنحة حتى يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية.

وفي حالتي مبدأ الشخصية تجري المتابعة بناء على طلب النيابة العامة لمحل إقامة الجاني بالجزائر أو محل القبض عليه، وذلك ما تضمنته المادة 587 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على أنه : " تجري المتابعة بناء على طلب النيابة العامة لمحل إقامة المتهم أو مكان آخر محل إقامة معروف له أو مكان القبض عليه."

### ثالثا: مبدأ العينية ( مبدأ الذاتية)

وهو المبدأ المكمل الثاني لمبدأ الإقليمية بعد مبدأ الشخصية، وسمي بمبدأ العينية أو الذاتية لأنه يمس بمصالح الدولة ذاتها أو بعينها لا بمصالح أفرادها، سواء كانوا جناة أو مجني عليهم، وأنه يطبق خصيصا على الأجانب دون حاملي جنسية الدولة، لأنه هؤلاء يخضعون لمبدأ الشخصية، وعموما، نقصد بهذا المبدأ تطبيق القانون الوطني الجزائري على كافة الجرائم المرتكبة بالخارج – لا بأرض الوطن، لأنه في هذه الحالة الخيرة نطبق مبدأ الإقليمية- والتي تمس بالمصالح الأساسية للدولة المرتبطة بسيادتها واقتصادها والثقة المولدة في نفوسها، وأن الضحية في هذا النوع من الجرائم هي الدولة ذاتها، وبهذا المبدأ تكون تمارس نوعا من الدفاع الشرعي عن مصالحها، كما يعد – المبدأ- تعبيراً عن بسط الدولة لسلطانها التشريعي على كل الجرائم التي تمس بهيبتها ومصالحها، ولكن في الحالات التي لا تلقى فيها هذه الجرائم اهتمام من سلطات القطر الذي ارتكبت فيه. وهو الأمر الذي دفع بالمشروع الجزائري على غرار غالبية التشريعات الجنائية المعاصرة للنص على هذا المبدأ في المادة 588 من قانون الإجراءات الجزائية، وهو النص الذي لا يطبق إلا إذا توفرت الشروط التالية مجتمعة:

- 1- أن يكون الجاني أجنبيا، لأنه لو كان جزائريا لطبق مبدأ الشخصية سواء بموجب المادة 582 إذا كان الفعل يشكل جنائية، أو المادة 583 إذا كان الفعل يشكل جنحة.
- 2- أن ترتكب الجريمة في الخارج، لأنه لو ارتكبت في الوطن فيطبق مبدأ الإقليمية.
- 3- على أن توصف الجريمة على أنه جنائية أو جنحة.
- 4- أن تكون هذه الجريمة ماسة بالسلامة الوطنية، أو أن تكون تزييفا للنقود أو الأوراق المصرفية المتداولة في الجزائر وقت ارتكاب الجريمة.
- 5- أن تحصل الجزائر على تسليمه لها أو أن يلقى القبض عليه في الجزائر. إذ لا يجب أن يحاكم غايبا.

### ثالثا: مبدأ العالمية Universalité de la répression

ويقصد بهذا المبدأ- بالرغم من عدم النص عليه صراحة في القانون الجزائري- سريان القانون الجنائي الوطني على كافة الجرائم ذات الطابع العالمي أو الدولي متى ضبط الجاني أو ألقى عليه القبض في الجزائر، حيث لا يمكن محاكمته غايبا، أي كانت جنسية هذا الشخص، على ألا يكون جزائريا، لأنه في هذه الحالة يطبق مبدأ الشخصية، وأيضا كانت جنسية المجني عليه، وأيضا كان مكان ارتكاب الجريمة، بشرط ألا يكون الجزائر لأنه في هذه الحالة يطبق القانون الجزائري على أساس مبدأ الإقليمية لا مبدأ العالمية، وبشرط ألا تطلب دولة أخرى تسليمه لها باعتباره من رعاياها أو أن الجريمة مست بها بمبدأ من المبادئ السابقة، حيث في هذه الحالة تصبح الأولى بمحاكمته. ويبرر هذا المبدأ رغبة الدول في التعاون من أجل مكافحة نوع معين من الجرائم التي تهم المجتمع الدولي، والتي تشكل عدوانا على مصلحة مشتركة بين الدول، كجرائم القرصنة والاتجار في الرقيق أو في المخدرات... وقد تجسد من خلال اتفاقيات قد تلزم الدول المنضمة لها أن تدرج المبدأ في قانونها الداخلي مثلما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949 المتعلقة بجرائم الحرب وغيرها من الانتهاكات الواردة بهذه الاتفاقية

### الفصل الثاني

### أسباب الإباحة أو أسباب التبرير

سبق لنا القول في تعريفنا لمبدأ الشرعية الجنائية، أنه مبدأ يقتضي ألا جريمة ولا جزاء إلا بنص قانوني مكتوب صادر عن سلطة مختصة بإصداره طبقا لأحكام الدستور، وأن يكون هذا النص ساريا من حيث الزمان والمكان، وفقا لما تم تبيانه في الفصل الأول، وبالإضافة إلى ذلك، يجب ألا يكون قد توفر لدى مرتكب الفعل سبب من أسباب الإباحة التي تنفي عن الفعل صفة اللامشروعية التي يقتضيها مبدأ الشرعية الجنائية، وتؤدي إلى صيرورته مباحا، وذلك بالرغم من تطابقه مع النموذج التشريعي للجريمة، لذا فهذه الأسباب يمكن القول باختصار أنها عبارة عن حالات تتوفر في أحوال معينة يقدرها المشرع ويقرر بمقتضاها إخراج الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة. الأمر الذي يقتضي منا تناول

أو الحالات، وتبيان تقسيماتها وأثارها، وتمييزها عما يشابهها من أفكار، وذلك في مبحث، لنتناول في الثاني أسباب الإباحة، سبب بسبب، وفقا لما تضمنه قانون العقوبات الجزائي، ونضيف إليه بعض الأسباب الأخرى التي تأخذ بها بعض الأنظمة الجنائية في القانون المقارن. وأهمها رضاء المجني عليه وحالة الضرورة.

### المبحث الأول

#### ماهية أسباب الإباحة وأثارها القانونية

أسباب الإباحة أو أسباب التبرير، عبارة عن ظروف موضوعية عينة لصيقة بماديات الجريمة، أي بالركن المادي للجريمة، ولا علاقة لها إطلاقا بشخصية الجاني ونفسيته، بمعنى اقتران أسباب الإباحة بالركن المادي للجريمة، لا بالركن المعنوي لها، وهي إذا ما توافرت أخرجت الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، أي تؤدي إلى صيرورة الفعل مباحا بعدما كان مجرما، وأسباب الإباحة على عدة أنواع، بحسب التقسيمات المختلفة التي أوردها الفقه، غير أن المشرع حصرها بعددها وموضوعها وجوهرها، وتشابهه مع العديد من الأفكار الجنائية المشابهة لها، غير أنها تختلف عنها، وأهم ما تختلف فيه عن هذه الأفكار من حيث الآثار القانونية المترتبة عليها، وهي المسائل التي سنحاول توضيحها في المطالب التالية.

### المطلب الأول

#### معنى أسباب الإباحة وتقسيماتها

تحديد المعنى الدقيق لأسباب الإباحة أو أسباب أو حالات التبرير، يقتضي منا تناول المقصود بها، ومن ثم تمييزها عما يشابهها من أفكار، وكذا تحديد أهم أثارها القانونية ومختلف التقسيمات التي أعطيت لها، وذلك في الفروع التالية.

### الفرع الأول

#### المقصود بأسباب الإباحة

أسباب الإباحة عبارة عن ظروف موضوعية عينية حددها المشرع، وجعل من أهم أثارها نفي الصفة التجريبية عن الفعل بعدما كان مجرما، أي نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل بالرغم من تطابقه مع النموذج التشريعي للجريمة التي تضمنها النص العقابي، لذا يمكن تعريفها بأنها: الحالات التي ترفع عن الفعل صفة الجريمة وتجعله مباحا بالرغم من تطابقه مع الواقعة المجرمة بنص القانون، وذلك لأن القانون ذاته هو الذي سمح بارتكاب هذا الفعل في ظل توفر مثل هذه الظروف، كونها ظروف إذا ما اقترنت بالفعل جردته من معنى العنوان – والعدوان هو سبب التجريم بداية، لذا يمكن اعتبار أسباب الإباحة عبارة عن قيود ترد على النص التجريمي فتعطل مفعوله، وتخرج الواقعة المتضمنة في النص من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة. أي تجعل من الفعل مشروعا بعدما كان يتصف بعدم المشروعية. وبالتالي إن كان الأصل في الأفعال الإباحة، والاستثناء التجريم، فأسباب الإباحة استثناء على هذا الاستثناء (التجريم) 1، وبالتالي هي العودة إلى الأصل، أي الأصل في الأشياء الإباحة. وبالنظر لما يترتب عن أسباب الإباحة من آثار، كان يتعين علينا تناول مصدرها، قبل مسألة تمييزها عما يشابهها من أفكار. وذلك في النقطتين التاليتين.

#### أولا: مصادر أسباب الإباحة

بالنظر لما يترتب على أسباب الإباحة من آثار قانونية، وأهمها تقييد النص التجريمي بالرغم من قيمته وأهميته وأهدافه، فالمنطق يوجب أن يكون المشرع هو المحدد والمقدر للظروف التي يعتبرها سببا من أسباب الإباحة، ما دام هو الذي حدد الأفعال التي تشكل جرائم، لذا فمن المنطقي أن تكون أسباب الإباحة محددة على سبيل الحصر في قانون العقوبات، غير أن هذا الحصر يتعلق بموضوعها لا بمصدرها، إذ سبق القول عند دراسة نتائج مبدأ الشرعية الجنائية، أنه تستثنى هذه القواعد العامة (مثل حظر التفسير والقياس وأحادية المصدر) في حال تعلق الأمر بمصلحة المتهم، إذ يجوز بالتالي أن يكون مصدر الإباحة غير قانون العقوبات، وذلك لا يخل بقولنا بوجود أن تكون محددة حصرا بموضوعها، كما يجوز اللجوء إلى القياس في مجال أسباب الإباحة، وكذا التفسير الواسع لها، إذ مبدأ الشرعية الجنائية يقضي بأن يكون القانون المصدر الوحيد، ويحظر القياس والتفسير الواسع في مسائل التجريم والعقاب، لا في المجالات



التي تخدم صالح المتهم، كأسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب. لذا فأسباب الإباحة يمكن أن تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية أو العرف أو فروع القانون غير الجنائية، أو مبادئ العدالة وأحكام القانون الطبيعي، على أن ترد بموضوعها إلى حالة من الحالات التي تضمنها قانون العقوبات، وذلك ما يتضح عند دراستنا لهذه الأسباب تباعا.

### ثانيا: تمييز أسباب الإباحة عما يشابهها من أفكار جنائية

مفهوم أسباب الإباحة وما تمت إليه الإشارة من آثارها – بطريقة عرضية- تجعلها تشتهر بالعديد من الأفكار الأخرى التي يتضمنها القانون الجنائي، وأهمها موانع المسؤولية وموانع العقاب، وأحيانا بعض الموانع الإجرائية، غير أن قولنا أن أسباب الإباحة عبارة عن ظروف موضوعية لصيقة بالركن المادي للجريمة، وغير ذات علاقة بشخصية الجاني ونفسيته، يجعلها تختلف اختلافا كبيرا عن موانع المسؤولية وموانع العقاب، كما تختلف عن الموانع الإجرائية المتعلقة بقانون الإجراءات، في حين أسباب الإباحة أسباب متعلقة بالقانون الموضوعي المتمثل في قانون العقوبات، وهو ما نبينه من خلال النقاط الثلاثة التالية، وذلك باختصار، على اعتبار أن هذه الموانع سيحين موضع دراستها بالقدر والتفصيل اللازم للموضوع.

### 1- أسباب الإباحة وموانع المسؤولية:

موانع المسؤولية عبارة عن حالات بتوفرها تتأثر أهلية الشخص أو قدرته على الاختيار والإدراك، على اعتبار المسؤولية الجنائية تقوم على التمييز والقدرة على الاختيار والحرية فيه، وبالتالي كلما زالت هذه المكنات كان الشخص غير مسؤول جنائيا، كصغر السن أو الجنون أو الإكراه المسلط عليه، وهو ما بينه المشرع الجزائي في المواد من 47 إلى 51 من تقنين العقوبات. وهو ما يبين بوضوح بأن موانع المسؤولية، عبارة عن عوامل داخلية شخصية تتعلق بشخصية الجاني لا بالركن المادي للجريمة، على عكس أسباب الإباحة التي تتعلق بالركن المادي للجريمة. هذا من جهة. ومن جهة ثانية، أسباب الإباحة تنصب على النص فتعطل مفعوله، مما يحول دون قيام الجريمة أصلا، على عكس موانع المسؤولية التي لا أثر لها على قيام الجريمة، بل فقط على تخلف شرط من شروط مسائلة الشخص. وبالتالي لاختلاف أسباب الإباحة عن موانع المسؤولية، العديد من الآثار القانونية التي يرتبها القانون الجنائي، وأهمها:

أ- إن إثبات أسباب الإباحة أمر يسير مقارنة بإثبات موانع المسؤولية، كون الأولى عبارة عن ظروف موضوعية لصيقة بالجريمة يسهل إثباتها، على عكس موانع المسؤولية التي تعد أسباب نفسية داخلية أمر إثباتها صعب، كونه يتطلب تحليل نفسية الجاني وحالته النفسية، وهو أمر يتجاوز قدرات القاضي، لذا يلجأ بخصوصها في العادة للخبرة النفسية، عدا حالة الإكراه.

ب- تطبيق أسباب الإباحة يمتد لكل شخص ساهم في الجريمة، سواء بوصفه فاعلا أصليا أو شريكا، أي يستفيد منها كل شخص ساهم في الجريمة، وذلك باعتبارها ظرفا لصيقة بالجريمة، بينما موانع المسؤولية باعتبارها موانع لصيقة بشخصية الجاني، فلا يمكن أن يستفيد منها إلا من توفرت لديه.

ج- أسباب الإباحة تمحي عن الفعل صفة التجريمية، وبذلك تحول دون تطبيق أي جزء من أي نوع كان، في حين موانع المسؤولية لا تحول دون تطبيق التدابير الاحترازية].

د- أسباب الإباحة مادامت تنفي الجريمة، فهي تنفي المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية<sup>1</sup>، بينما موانع المسؤولية لا تنفي قيام المسؤولية المدنية، حيث يلزم الشخص أو مسؤوله المدني بتعويض ما سببته أفعاله من أضرار مادية<sup>1</sup>.

### 2- أسباب الإباحة وموانع العقاب:

موانع العقاب أيضا عبارة عن موانع شخصية تتعلق بالشخص الجاني، إذا ما توفرت ترتب عنها عدم عقاب الشخص، ولا يستفيد منه إلا من توفرت في حقه، ولا تمتد إلى غيره من المساهمين معه في الجريمة، كما لا تنفي قيام هذه الجريمة، بل تظل جريمة في نظر المشرع إلا أن المانع يحول دون توقيع الجزاء فقط، وهي لا تحول دون قيام المسؤولية الجنائية، ولا المسؤولية المدنية، وهي بذلك تختلف تماما عن أسباب الإباحة على النحو الذي سبق تباينه<sup>2</sup>

### 3- أسباب الإباحة والموانع الإجرائية:

1 عادل قورة، المرجع السابق، ص 72.

2 المرجع نفسه، 72.

وهي موانع إجرائية يقدر المشرع لاعتبارات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو لأسباب تتعلق بملائمة السياسة الجنائية ذاتها أنها تمنع من ملاحقة فاعل الجريمة ورفع الدعوى العمومية ضده، ومن أمثلة الاعتبارات السياسية، الحصانة السياسية والدبلوماسية التي يتمتع بها أعضاء السلك السياسي والدبلوماسي والقنصلي على إقليم الدولة المضيفة، وكذا الحصانات البرلمانية، ومن الاعتبارات الاقتصادية، تقييد رفع الدعوى على الطلب في الجرائم المرتكبة ضد مصالح الجيش الوطني الشعبي، والأسباب الاجتماعية مثل جريمة الزنا والسرقعة بين الأزواج... ومن الموانع المتعلقة بحسب السياسة الجنائية، التقادم، وكل هذه المسائل مجرد عقبات إجرائية تحول دون ملاحقة الفاعل ورفع الدعوى العمومية في مواجهته، غير أنها لا تعني زوال الصفة الإجرامية عن فعله، وهي لا تمنع دون قيام المسؤولية المدنية أيضاً، بالرغم من هذه القيود، لذا فهي قيود شخصية يستفيد منها من توفرت لصالح فقط دون المساهمين معه في الجريمة. على عكس أسباب الإباحة. وإن كانت الموانع الإجرائية في بعض الحالات قد يستفيد منها غير الشخص الذي قررت لصالحه، مثل حالات الحصانة السياسية أين تستفيد منها كل الحاشية المرافقة للشخص، وفي حالات الحصانة الدبلوماسية التي يستفيد منها كل أعضاء السفارة أو القنصلية.

### ثالثاً: أساس الإباحة وتحديد طبيعتها

بكل إيجاز، يرى البعض أن أساس الإباحة هو انتفاء موجب التجريم، كون المشرع وفقاً للقواعد العامة لا يجرم إلا الأفعال التي تشكل اعتداء على المصالح الاجتماعية التي يرى ضرورة حمايتها، لذا فإن رأى هذه الأفعال في بعض الظروف لا تؤثر على الحقوق المحمية، أو إذا كانت تضر ببعض الحقوق وتحمي البعض الآخر مما يوليه الرعاية أكثر، فإنه يغلب جانب الإباحة على جانب التجريم، حيث قد تكون صيانة لما يجب حمايته، مثل تدخل الطبيب على جسم الإنسان بالرغم من حماية القانون لأجسام وأبدان أفراد المجتمع، وهو الوضع في كل حالة يرى فيها المشرع أن حماية حق أولى بالرعاية من حماية حق آخر، فهنا يرفع الصفة التجريبية عن الفعل، وكلما حدث تنازع بين حقين فإنه يقرر حماية للحق الأعز شأنًا والأرجح كفة،

أو الحق الذي يعد من الناحية الاجتماعية أعلى وأهم، كلما استحال حماية حق دون إهدار الآخر، لذا يجب إهدار أدنى الحقين قيمة. لذا فأسباب الإباحة من طبيعة موضوعية - ذات طبيعة مادية ملموسة - لا شخصية، فهي تنتج أثرها بعيداً عن الموقف النفسي للفاعل، وسواء كان يعلم بوجودها أو يجهل ذلك، وسواء كان حسن النية وقت اقتراح الفعل أو سيئ النية، حتى ولو كان يطفئ غلاً أو حقداً، كمن يرى شخص يقتل الآخر فدافع عنه وقتل المعتدي بالرغم من الغل والحقد الذي كان يجمعهما. كما لا يقتصر أثر أسباب الإباحة على الفاعل وحده، بل تمتد إلى شركائه، تجسيدا لقاعدة " للفرع حكم الأصل".

وبوجه عام، يمكن القول أن أسباب الإباحة تنحصر في ثلاثة أسباب، هي القيام بما أمر أو أذن به القانون، وهو ما يسميه الفقه والقانون العربيين باستعمال الحق وأداء الواجب أو ممارسة الرخصة، ومن هذه الناحية يمكن القول أن أسباب الإباحة واردة قانوناً على سبيل الحصر، غير أن من حيث الواقع فهي في مناي عن حصرها لأنها تتعدد بقدر تعدد الحقوق والواجبات. كما أن أسباب الإباحة تستلهم وجودها من فروع القانون الأخرى المعروفة في النظام القانوني للدولة ككل، بمعنى تجد أسباب الإباحة مصدرها في فروع القانون الأخرى، على اعتبار أنه رغم تعدد فروع القانون في النظام القانوني الواحد، فإن هذه الفروع تتكامل ولا تتناقض أحكامه، إذ لا يمكن للقانون أو المشرع أن يأمر أو يبيح فعل معين في فرع من فروع القانون، ليجرمه في فرع قانوني آخر، لذا يجب التسليم بأن ما يبيحه أو يأمر به فرع من فروع القانون فهو قيد على نص التجريم، في الحدود وبالشروط التي يبينها هذا الفرع من فروع القانون، وفي ذلك لا وجود لأدنى مساس بمبدأ الشرعية الجنائية، كون المسألة تتعلق بالإباحة لا بالتجريم، خاصة وأنه سبق لنا القول بأن كل المسائل التي تخدم مصلحة المتهم، تعد من استثناءات نتائج مبدأ الشرعية الجنائية، خاصة ما تعلق بأسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب. لذا فالقياس جائز في مجال أسباب الإباحة، فيجوز إضفاء حكم سبب من أسباب الإباحة على حكم آخر توفرت فيه ذات العلة التي تفررت لأجلها الإباحة. خاصة وأن القياس في مجال أسباب الإباحة، حسب البعض، لا يدخل في مسائل القانون الجنائي، بل هو من مجالات فروع القانون الأخرى، وأن القياس بحسب الأصل جائز في هذه الفروع القانونية، لذا لا يجوز للفقه الجنائي أن يرفض هذا القياس. لذا فيمكن أن تخضع أسباب الإباحة لمبدأ الرجعية وذلك كقاعدة عامة لأنها أصلح للمتهم، على العكس إذا ما كان يتشدد في تطبيقها فلا تسري على الماضي.

## الفرع الثاني تقسيمات أسباب الإباحة وتحديد آثارها

يقسم الفقه أسباب الإباحة العديد من التقسيمات، وذلك بتعدد الزوايا التي ينظر منها إليها، فقسمت بحسب نطاقها (أو يمكن القول بحسب المستفيد منها) إلى أسباب إباحة مطلقة وأسباب إباحة نسبية، وقسمت بحسب موضوعها (بحسب أنواع الجرائم) إلى أسباب إباحة عامة وأسباب إباحة خاصة، وقسمت بحسب طبيعتها بحسب موضع النص عليها في القانون، وبهذا الخصوص هناك من القوانين من تأخذ بسببين وهناك من تأخذ بأكثر من ذلك، غير أن الاتفاق التشريعي حاصل بخصوص الدفاع الشرعي، وما أمر أو أذن به القانون، والخلاف ينحصر في العادة حول رضاء المجني عليه، وحالة الضرورة.

### أولاً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب نطاقها (بحسب المستفيدين منها)

بالنظر لنطاق أسباب الإباحة أو الأشخاص المستفيدين منها، قسمت أسباب الإباحة إلى أسباب إباحة مطلقة وأسباب إباحة نسبية، الأولى وهي تلك الأسباب التي يستفيد منها بصفة مطلقة كل شخص وجد في الظروف المنصوص عليها ضمن النص المقرر للسبب، ومثاله الدفاع الشرعي الذي قرر لكل شخص يدافع عن نفسه أو نفس الغير أو عن ماله أو مال الغير، بينما أسباب الإباحة النسبية، فهي تلك الأسباب التي تقتصر الاستفادة منها على أشخاص تتوفر فيهم صفة معينة تعد من شروط تطبيق سبب الإباحة، كالطبيب في إجراء العمليات الجراحية، والزوج في تأديب زوجته، والأب في تأديب ابنه، والموظف في حال تنفيذ أوامر القانون...

### ثانياً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب موضوعها

قسمت أسباب الإباحة بحسب موضوعها، أو بالنظر إلى الجرائم المقترنة بها، إلى أسباب إباحة عامة وأسباب إباحة خاصة، الأولى وهي تلك الأسباب التي يمكن تصور قيامها بخصوص كل أنواع الجرائم، مثل الدفاع الشرعي، وأما أسباب الإباحة الخاصة، فهي تلك التي تنقرر بالنسبة لبعض الجرائم دون البعض الآخر، كإباحة القذف أثناء الدفاع أمام المحاكم، والجرح بالنسبة للطبيب في العمليات الجراحية، والضرب الخفيف غير المبرح بالنسبة لتأديب الزوجة من قبل الزوج، أو تأديب الإبن من قبل الولي...

### ثالثاً: تقسيم أسباب الإباحة بحسب طبيعتها

وهو التقسيم الذي يستند في تقسيمه لأسباب الإباحة على موضوع النص عليها، وبعبارة أخرى ما إن كان يعتد بها المشرع من عدمه، كون أسباب الإباحة متعددة، تتفق غالبية التشريعات حول بعضها، مثلما هو الأمر بالنسبة للدفاع الشرعي وما أمر به القانون، ولا تتفق حول البعض الآخر، مثلما هو الشأن بالنسبة لحالة الضرورة ورضاء المجني عليه. وأحياناً حول ما أذن به القانون.

وبصفة عامة، يمكن القول أن أسباب الإباحة هي: ما أمر أو أذن به القانون وتسمى في دول أخرى باستعمال الحق وأداء الواجب أو استعمال الحق الشخصي وممارسة السلطة، الدفاع الشرعي ويسمى أيضاً الدفاع المشروع، وهي التسمية التي اعتمدها المشرع الجزائري، حالة الضرورة، ورضاء المجني عليه الذي ضاق نطاقه في الوقت الحالي. وفي قانون العقوبات الجزائري، أسباب الإباحة تضمنتها المادة 39 كقاعدة عامة، وأضافت المادة 40 نوعاً خاصاً من أنواع الدفاع الشرعي والتي يسميها الفقه حالات الدفاع الشرعي الممتازة. وسنتناول ذلك تفصيلاً بعد أن نبين في الفرع الموالي آثار أسباب الإباحة.

## الفرع الثالث

### آثار أسباب الإباحة

يمكن تبين آثار أسباب الإباحة من التمييز الذي قمنا به بينها وبين موانع المسؤولية وموانع العقاب، إذ في حال ما توفر سبب من أسباب الإباحة في الفعل، فإنه تترتب عليه العديد من الآثار القانونية التي تفادياً للتكرار نوجزها في النقاط التالية:

- 1- توفر سبب من أسباب الإباحة، يجعل من الفعل الذي يعد في الحالات العادية جريمة فعلا مباحا، أي الفعل الذي يشكل بحسب الأصل جريمة إذا ما اقتترف في الظروف العادية، إذا ما اقترن بسبب من أسباب الإباحة عد فعلا مباحا، مما ينفي كل مسؤولية عنه ويحول دون توقيع أي جزاء على مقترفه. سواء تمثل في عقوبة أو تدبير أمن.
- 2- انتفاء المسؤولية الجنائية في حالة توفر سبب من أسباب الإباحة يقود أيضا إلى انتفاء المسؤولية المدنية، إذ لا يمكن للشخص أن يعرض عن فعل يسمح به القانون وقد يأمر به أحيانا. أو يرخص به في الكثير من الأحيان.
- 3- كقاعدة عامة، يستفيد من أسباب الإباحة كل من ساهم في الفعل المقترن به، باعتبار أسباب الإباحة تنصب على الفعل ذاته لا على الفاعلين. كونها أسباب موضوعية عينية لا ذاتية أو شخصية.
- 4- الجهل بأسباب الإباحة أو الغلط فيها لا يحول دون استفادة الشخص منها، كون أسباب الإباحة ظروف عينية موضوعية، في حين الجهل والغلط أسباب نفسية وشخصية، ولا يجوز إعمال هذا النوع في مجال ماديات الجريمة.

## المبحث الثاني

### أسباب الإباحة في قانون العقوبات الجزائري

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

- 1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون،
  - 2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو مال مملوك للشخص أو مملوك للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء".
- وبالتالي أسباب الإباحة وفقا لقانون العقوبات الجزائري، سببين، الأول وهو ما أمر أو أذن به القانون، وجزت العادة أن يقسم هذا السبب إلى قسمين، يتم تناول حالات إذن القانون منفصلة عن حالات أوامر القانون، والثاني الدفاع الشرعي أو المشروع، وهو ما نتناوله في المطالب الثلاثة التالية:

### المطلب الأول

#### تنفيذ ما أمر به القانون كسبب من أسباب الإباحة

دراسة تنفيذ أوامر القانون كسبب من أسباب الإباحة، تقتضي منا دراسة ماهية هذا السبب في حد ذاته، من خلال تبيان المقصود والأساس والعلة من تقريره، وكذا تحديد أبعاده وذلك في فرع أول، لنتناول في الثاني، الشروط المتطلبة في أوامر القانون حتى تعد سببا من أسباب الإباحة.

### الفرع الأول

#### معنى أوامر القانون التي تعد سببا من أسباب الإباحة

لا نقصد بأوامر القانون كأسباب للإباحة بأن مثل هذه الأوامر تشكل دوما جرائم غير أنها مباحة، بل نقصد تلك الحالات التي يرى فيها المشرع انه من الأجدر تعطيل مفعول النص الجنائي وإباحة الخروج عليه تحقيقا لمصلحة اجتماعية معينة، بالرغم من الفعل ينطوي على جريمة لو ارتكب في الظروف العادية بعيدا عن هذا الأمر، لذا يأمر فيها القانون بإتيان بعض الأفعال، التي لولا هذا الأمر لعدت جرائم في الظروف العادية، كالأمر بالإدلاء بالشهادة أمام الجهات القضائية الجزائية وإباحة ما يترتب عن هذه الشهادة من إفشاء للأسرار، وإلزام الطبيب بإفشاء ما يعاني منه مرضاه من أمراض معدية، بالرغم من التزام الطبيب بالسرية المهنية، واحترام الحياة الخاصة لمرضاه، وتنفيذ عقوبة الإعدام من الموظف المكلف بذلك، وحبس وسجن الأشخاص تنفيذًا للأحكام القانونية والقضائية، التي لولاها لعد الفعل جريمة حبس تعسفي ( المادة 291 وما بعدها).... ففي مثل هذه الحالات، لولا أمر القانون، لعدت الأفعال السابقة جرائم معاقب عليها، وتجد مثل هذه الأوامر القانونية سندها في تقدير المشرع بأن الأمر ينطوي على تحقيق مصلحة اجتماعية أجدر من المصلحة التي كانت محمية قانونا، مما ينفي عن الفعل صفة التجريمية، ويحول دون قيام أية مسؤولية من أي نوع كان.

وثارت مسألة البحث في معنى أوامر القانون، وما إن كان يقصد بها أوامر القانون الجنائي فقط أم غيره من القوانين الأخرى، واستقر الرأي على أن المقصود هو القانون بمعناه الواسع، بما فيه الأوامر الإدارية [12]، وهنا ثار تساؤلا آخر، يتمثل في مدى اعتبار الأوامر الإدارية التي يصدرها الرئيس لمرووسيه سبب من أسباب الإباحة في الحالات التي تكون فيها متسمة بعدم المشروعية، فهل في مثل هذه الحالات ينفذها المرؤوس وتعد سببا من أسباب الإباحة؟ أم يمتنع عن تنفيذها بحجة عدم مشروعيتها، وفي هذه الحالة يجوز أصلا للمرؤوس أن يفحص مشروعية الأوامر الصادرة له من

رؤساءه؟، بصدد الإجابة عن التساؤلات السابقة، انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات، الأول يرى في الأوامر الإدارية غير المشروعة سببا من أسباب الإباحة، والثاني يرى العكس، واتجاه وسط راجح يرى وجوب التفرقة بين وضعين، وضع اللامشروعية الظاهرة واللامشروعية غير الظاهرة.

### أولاً: تنفيذ الأمر الإدارية غير المشروع سبب من أسباب الإباحة

وينطلق هذا الاتجاه من أن تنفيذ الأوامر الإدارية الصادرة من الرؤساء للمرؤوسين أمر واجب، وذلك بغض النظر عن مشروعيتها من عدمها، لأن خضوع المرؤوس لأوامر رؤساء أمر واجب، ولا يملك أصلاً حق مراقبة مشروعية الأوامر المعطاة له، ولا حق له في الامتناع عن تنفيذها وإقامت مسؤوليته التي إن لم تكن جزائية فهي إدارية أو تأديبية، لأن القول بغير ذلك يعطل سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبالتالي على المرؤوس متى أعطي أمراً إدارياً من رئيسه أن ينفذه، حتى ولو كان غير مشروع، وأن هذا التنفيذ يعد سبباً من أسباب الإباحة، ولا يجوز للشخص المنفذ عليه هذا الأمر أن يردده بالدفاع الشرعي.

### ثانياً: تنفيذ الأوامر الإدارية غير المشروعة جريمة

على عكس أنصار الاتجاه السابق، يرى أنصار هذا الاتجاه أن تنفيذ المرؤوس للأوامر الإدارية غير المشروعة الصادرة إليه من رؤساءه يعد جريمة، وبالتالي يجوز للشخص المنفذ عليه هذا الأمر أن يردده عن طريق الدفاع الشرعي متى توفت شروطه. ونرى نحن أنه نفس موقف المشرع الجزائري من خلال ما يتبين من استقراء المواد من 107 لغاية 110 مكرر. هناك قرار عن المحكمة العليا صادر في 07-06-1981 يقضي بأنه: "إن تنفيذ الموظف لأوامر غير قانونية واردة عن مسؤوليه لا تدخل في إطار الأعدار القانونية المنصوص عليها في المواد من 277 إلى 283 ق ع ج. وما دامت لا تدخل في نطاق الأعدار التي تعد أسباب شخصية خاصة، فهي لا تعد أيضاً سبباً من أسباب الإباحة.

### ثالثاً: مدى وضوح حالة عدم المشروعية من عدمها

الرأي الوسط والراجح بين الرأيين السابقين، هو الرأي الذي يفرق أنصاره بين حالتين وضوح عدم مشروعية الأمر الإداري الصادر للمرؤوس من عدمها، ففي الحالة التي تكون فيها ظاهرة يجب على المرؤوس الامتناع عن تنفيذ الأمر الإداري غير المشروع الصادر إليه، وإلا عد مرتكباً لجريمة يجوز ردها من قبل المنفذ عليه الأمر، على عكس الحالة التي لا تكون فيها عدم المشروعية ظاهرة، فهنا يكون تنفيذ المرؤوس للأمر الصادر إليه سبباً من أسباب الإباحة التي لا يجوز مقاومتها من قبل المنفذ عليه الأمر.

### الفرع الثاني

#### شروط أوامر القانون كسبب من أسباب الإباحة

بعيدا عن الجدل السابق، فإن الفقه أوجد بعض الشروط الواجب مراعاتها في تنفيذ أوامر القانون حتى تكون سبباً من أسباب الإباحة، وهي:

- 1- أن يكون الأمر قد نص عليه القانون صراحة ودون لبس أو غموض، وأن يصدر في الحالات التي يجوز فيها إصدار مثل هذا الأمر، وبالشروط والقيود والحالات الواردة بالنص، مثل تفتيش المساكن.
- 2- أن يصدر الأمر من جهة مختصة بإصداره.
- 3- أن يصدر لشخص مختص بتنفيذ الأمر.
- 4- أن تكون هناك علاقة وظيفية بين الرئيس والمرؤوس.
- 5- أن يكون تنفيذ الأمر بحسن نية<sup>1</sup>.

وعموماً، يجب أن تكون الحالة التي أتى فيها الموظف العام العمل مطابقاً من كل وجوهه للأوضاع التي تضمنها القانون، وأن يكون فيها العمل مقرر بموجب نص قانوني، أو أمر رئاسي من رئيس يوجب القانون طاعته، بشرط أن يكون القائم به مختصاً بمباشرة، وأن تتحقق دواعي إتيان العمل، وأن يباشر على النحو الذي رسمه القانون، غير أنه في أوامر الرؤساء، فيجب إثبات تلقيه الأمر من رئيسه وأن يكون هذا الأمر مستوفي لشروط صحته، سواء كانت شروط شكلية أو شروط موضوعية، فالشروط الشكلية أن يفرغ الأمر في الشكل الذي يوجب القانون إفراغه فيه، كما يجب أن

1 سعيد بوعلي ، و دنيا رشيد ، المرجع ، 105.

يكون صادرا عن رئيس مختص لمأمور مختص أيضا، وهو ما يختلف باختلاف الحالات والأوضاع، وأن يكون الأمر مما يدخل في اختصاص الرئيس إصداره، حيث هناك أوامر مقصورة على نوع من الرؤساء الإداريين دون البعض الآخر، كما أن المنفذ يختلف باختلاف الحالات، فليست كل الأوامر مما يمكن لكل الموظفين تأديتها، فتنفيذ حكم الإعدام له المكلفين به، والتفتيش له أشخاصه، .. وإن كان القانون يشترط صدور الأمر كتابة فلا يجوز صدوره شفاهة. مع احترام الشروط الموضوعية، التي يقصد بها المقدمات التي يشترط فيها القانون اتخاذ الأمر، فتنفيذ حكم الإعدام يقتضي وجود حكم نهائي بات استنفذ كل طريق الطعن وإجراءات طلب العفو، والعديد من الإجراءات الأخرى، حتى يمكن تنفيذ حكم الإعدام. وباستكمال الأمر لشروطه الشكلية والموضوعية يكون على المرؤوس واجب تنفيذه، حتى ولو تخلفت بعض شروطه إذا كان القانون يفرض على المرؤوس واجب الطاعة دون إمكانية مراقبة مشروعية الأمر، مثلما هو الشأن بالنسبة للأوامر العسكرية، وهنا يرى البعض أن المرؤوس يتحمل فقط من واجب التحري على الشروط الموضوعية، لكن الشروط الشكلية يجب عليه التأكد من توفرها قبل التنفيذ وإلا سئل عن الفعل وعوقب إن كان يشكل جريمة، خاصة ما يتعلق بأنه من الأوامر التي تدخل ضمن اختصاصه وصادر ممن يملك سلطة أمره، وأنه مستوفي للشكليات التي حددها القانون، بل يرى البعض أن المرؤوس يجب عليه الامتناع عن تنفيذ أوامر الرئيس إذا كانت الشروط الموضوعية ظاهرة البطلان، حتى ولو كانت الشروط الشكلية متوفرة، مثل الحالة التي يطلب فيها الرئيس العسكري من الجندي إطلاق الناري على جار تشاجر معه أو إلقاء القبض على أحد الناس وقتله، أما في حالة عدم مشروعية العمل، وهو كأن يكون خارج عن اختصاص الموظف العام، أو قام به تنفيذا لأمر غير واجب الطاعة، ففي هذه الحالات يسأل الموظف عن فعله ويعاقب، غير أن بعض القوانين، ومنها القانون المصري في مثل هذه الحالة يتحرى عن " حسن نية الموظف " في المادة 63 من تقنين العقوبات، وحسن النية في هذه الحالة مسألة موضوعية تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، مستعينة في ذلك بكل الطرق الممكنة قانونا، بشرط أن يبذل الموظف جهدا في التحري من مشروعية الأمر وأن يكون اعتقاده بالمشروعية مبنيا على أسباب معقولة، أخذا بعين الاعتبار كل الملابسات والظروف المحيطة، ووضع الموظف وقدراته، لذا فالمسألة تختلف باختلاف الأحوال والأوضاع، والمعيار هو معيار الرجل العادي في وظيفة الموظف وظروفه والمؤثرات التي ازدحمت عليه. وتوفر حسن النية لدى الموظف ينفي قصده الجنائي، غير أن يعاقب إن كان الفعل يمكنه القيام جريمة غير عمدية.

وعلى العموم بخصوص تنفيذ الأوامر غير المشروعة، فهنا يجد الموظف نفسه أمام واجبين متناقضين، الأول هو إطاعة أوامر الرئيس، والواجب الثاني هو إطاعة القانون، وذلك بعدم تنفيذ الأمر المخالف للقانون، أي تنازع بين القانون الإداري وقانون العقوبات، وهنا يجب احترام قانون العقوبات، وإلا قامت مسؤولية المرؤوس إن لم يثبت أنه أكره معنويا من قبل رئيسه، أو اعتقد خطأ بمشروعية الأمر الصادر إليه، وهنا ينتفي لديه القصد الجنائي لكن هنا يمكن مسألته عن جريمة خطئية، إن كانت الجريمة تقبل القيام عن طريق الخطأ، وأن يتحرى عن المشروعية. وهو نفس الوضع بالنسبة للقانون الفرنسي الجديد في نص المادة 122-4، التي يفهم منها مسألة المرؤوس في حال ارتكاب فعل غير مشروع.

## المطلب الثاني

### ما أذن به القانون كسبب من أسباب الإباحة

على غرار ما قمنا به في المطلب الأول، سنحاول أن نبين المعنى من هذا السبب وشروطه، لنتناول في الثاني بعض تطبيقاته .

## الفرع الأول

### معنى إذن القانون كسبب من أسباب الإباحة

إن تقرير حق لشخص يبيح له بالضرورة استعماله حتى ولو كانت صورة هذا الاستعمال يشكل جريمة، لأن الحق الذي يمنع استعماله لا يعد حقا، وهي مسألة بديهية لا تحتاج إلى نص يقرها، لذا فكل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة، أو بحكم فرع من فروع القانون، يعد سببا للإباحة، لذا سنحاول أن نتناول معنى الإذن وشروط ممارسته في النقاط التالية.

### أولا: معنى الإذن القانوني كسبب من أسباب الإباحة

هي حالات يجيز أو يسمح فيها القانون لشخص بالقيام ببعض الأفعال التي لو ارتكبت خارج هذا الإذن لعدت جرائم معاقب عليها قانونا، غير أنها على عكس أوامر القانون، هي حالات تعد مجرد رخصة من المشرع للشخص أن يمارسها أو أن يتركها، ففيها يمكن إعمال الرأي الشخصي على عكس أوامر القانون التي يلزم الموظف بتنفيذها وإلا قامت مسؤوليته. وموضع هذه الحالات في العادة هو بعض القوانين الخاصة التي تسمح ببعض الأفعال التي تعد في نظر قانون العقوبات جرائم، إعمالا لمبدأ الخاص يقيد العام، وعلّة ذلك أن الإذن في الحالات المسموح بها يحقق فائدة أجدر من الفائدة التي يحققها النص الحامي للحق. لذا مصدر هذه الحالات لا يقتصر على قانون العقوبات، بل يمكن أن يكون مصدره العرف أو الشريعة الإسلامية.

وبخصوص مصادر الإذن - أو الحق مثلما تستعمله قوانين المشرق- فإن المتفق عليه أن القانون هو المصدر العام لكل الحقوق، كون فكرة الحق ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة القانون، فلا يمكن تصور حق دون أن تكون هناك قاعدة قانونية تقرره أو على الأقل محمولا على قاعدة من قواعد القانون، والمقصود بالقانون كافة فروعها سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، في الحدود التي يسمح فيها القانون لهذه الفروع من تقرير الحقوق، سواء كانت مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو قواعد العدالة وأحكام القانون الطبيعي، بل قد يكون القانون الجنائي ذاته أو قانون الإجراءات الجزائية مصدرا للحقوق، مثل تقديم البلاغات أو الشكاوى في بعض الجرائم، حيث لولا هذا النص لاعتبر الفعل قذفا، أو من الشريعة الإسلامية التي تبيح للأب أن يؤدب ابنه وللزوج أن يؤدب زوجته، كما قد يكون العرف، مثلما هو الشأن بالنسبة للأعراف الرياضية، كما يجد الحق مصدره في العقد في الزواج، أو في الإرادة المنفردة كالتنازل عن المال، أو في أمر القضاء كالترخيص بتوقيع الحجز على الأموال، أو في قرارات السلطات العامة، مثل الترخيص بحمل السلاح إذ لولا هذا الترخيص لكنا بصدد جريمة. لذا فكل ما يشترط في مصدر الحق أن تكون القاعدة القانونية نافذة في النظام القانوني للدولة، ولا تكون قاعدة قد أُلغيت، أو الأعراف الفاسدة التي تنشأ مخالفة لقاعدة قانونية، ولا بقواعد القانون الأجنبي إن لم يكن يعترف له القانون بالسريان في الدولة، ولا في قواعد الشريعة الإسلامية التي لم يرد المشرع تطبيقها بغض النظر عن سلامة مسلكه من الناحية الدينية من عدمه. كإعدام الشخص من القضاء لا يجيز القضاء وإن كانت الشريعة الإسلامية تقضي بغير ذلك، والمقتص يعد مرتكبا لجريمة قتل عمد.

### ثانيا: شروط اعتبار الإذن سبب من أسباب الإباحة

لكي يعد الإذن سببا من أسباب الإباحة يجب أن يستجمع الإذن الشروط التالية:

- 1- أن يكون للإذن مصدر من المصادر التي يعتد بها القانون، كالتشريع أو العرف أو الشريعة الإسلامية، وفي الحالة التي يكون فيها مصدر الإذن قرار إداري، يجب أن يراعي هذا القرار قواعد إصداره شكلا وموضوعا وإلا اعتبر مصدره محرضا في القانون الجزائي والصادر له فاعلا أصليا.
- 2- أن يمارس الإذن في حدود المصلحة التي منح لأجلها.
- 3- أن يستخدم الإذن بحسن نية، وحسن النية ألا يتجاوز الشخص في استعماله الإذن الحدود التي لأجلها منح الإذن.
- 4- أن يمارس الإذن من الشخص الذي منح له وفي المكان المحدد له، كون الإذن شخصي لا يمكن التنازل عنه، ومقيد بحيز مكاني لا يجوز تجاوزه.

### الفرع الثاني

#### بعض تطبيقات إذن كسبب من أسباب الإباحة

من أهم تطبيقات الإذن كسبب من أسباب الإباحة، وبالرغم من تعدد مصادره نجد حق التأديب، وأهمها تأديب القصر وتأديب الزوجة. وممارسة الأعمال الطبية وكذا الألعاب الرياضية وحتى الإذن بارتكاب بعض الجرائم في حدود معينة كإباحة القذف والسب في حالة الدفاع أمام الجهات القضائية. وهو ما نبينه باختصار في النقاط التالية.

#### أولا: حق تأديب القصر

في الكثير من الأحيان تقتضي الأحوال شيء من الحزم مع الصغار لحسن تنشئتهم، مما يقتضي تأديبهم لتقويم سلوكهم أو لتعليمهم، وهو التأديب الذي قد ينطوي نوعا ما على بعض الجرائم، كالضرب والشتم أو الحبس، غير أنها جرائم لا يعاقب عليها القانون، لأن التأديب في مثل هذه الأمور، يعد ضرورة يقرها العرف والشرع والقانون، بل وتأديب القصر ممن له الحق لا يعد فقط حق، بل حسب البعض يعد حقا وواجبا في نفس الوقت، كون القانون المدني يقر حق

رقابة القصر " مسؤولة متولي الرقابة" بل ويحمل هؤلاء ما يقع من هؤلاء القصر. غير أن تأديب القصر يتطلب بعض الشروط بحيث إذا تخلف أحد هذه الشروط، وقع الفعل تحت طائلة العقاب، المتمثلة في:

### 1- الصفة في القائم بالتأديب:

وهو شرط ينطوي على شقين، أحدهما يتعلق بمن يستحق التأديب والآخر خاص بمن يباشر هذا الحق، فمن يستحق التأديب هم القصر والأحداث، وهم وفقا للقانون المدني ممن يخضع لرقابة متولي الرقابة، وأما الشخص القائم بالتأديب هم الأشخاص المكلفون برعاية الحدث، سواء كان مصدر التكليف الشرع أو القانون أو الاتفاق، والمنصب على التربية والتأديب سواء كان أب أو أم أو جد أو جدة، أو الوصي كما يثبت هذا الحق أيضا للمعلم بالنظر للتلازم بين التأديب والتعليم حتى أنه قديما كان يسمى المعلم مؤدبا، ويمتد الحق حتى لملقن الحرفة أو المهنة، وما عدا ذلك لا يمتد حق التأديب لغير هؤلاء.

### 2- وقوع ما يوجب التأديب:

حق التأديب يقضي ألا ينزل بالحدث أذى بغير سبب، ومؤدى التأديب هو انحراف الحدث عن السلوك الواجب، سواء تعلق الأمر بما ينص عليه القانون أو الشرع أو العرف، سواء كان ضرر الانحراف على الغير أو على الحدث ذاته، حتى ولو تعلق بإفطار رمضان أو ترك الصلاة أو مخالطة الأشرار أو امتنع عن تلقي الدروس أو مراجعتها، وما عدا ذلك يمتنع إيذاه قولا وفعلا، ويعد ذلك ظلما وقد يعاقب عليه القانون.

### 3- التزام حدود التأديب:

حيث لا يجوز أن يتجاوز التأديب مده، والتزام مبدئي المشروعية والملائمة، المشروعية وتعني استعمال وسيلة مقبولة للتأديب، فالقتل لا يمكن تصوره وسيلة للتأديب، أو بتر عضو من أعضائه، بل هو ضرب بسيط لا يحدث كسرا أو جرحا أو يترك أثرا ولا ينشأ عنه مرضا، والضرب ذاته قد يباح للبعض ويحظر للبعض الآخر، إذ هو مباح للولي أو الوصي، ومحظور على المعلمين كون القانون في هذه الحالة جعل من الضرب وسيلة غير مشروعة. أما الملائمة فيراد بها التناسب بين وسيلة التأديب والغاية المرجوة منه، لذا فعلى القائم بالتأديب اختيار الوسيلة الأكثر ملائمة من الوسائل المتاحة له للتأديب، فله اللجوء لبعض الوسائل في بعض الظروف، وفي ظروف أخرى وسائل أخرى، وفي كل ذلك يجب مراعاة التوازن، حيث لا يكون هناك اختلال فاحش بين وسيلة التأديب والأمر الذي استوجبه.

### 4- حسن النية:

وهي التزام الشخص الغاية التي تقرر لأجلها حق التأديب، حيث كلما هدف التأديب غاية أخرى غير التي لأجلها تقرر حق التأديب، وقع تحت طائلة العقاب، فلا ضرب للأب أبناءه لحملهم على السرقة أو التسول أو نكايه في والدتهم، وحتى وإن كانت الغاية مشروعة، فلا يجوز أن تخرج من غاية التأديب في الحالة ذاتها، فالأم المطلقة التي تأدب أولادها لحمل والدهم على دفع النفقة يعد جريمة، بالرغم من أن الغاية مشروعة، فالتأديب غير جائز كلما انحرف عن موجب التأديب.

### ثانيا: تأديب الزوجة

وهو حق يستمد من الشريعة الإسلامية، في حين أن القانون لم ينص عليه صراحة، غير أن الرأي في الفقه والقضاء استقر على قبوله في مصر كسبب من أسباب الإباحة إذا توفرت فيه شروطه، وهي الصفة في التأديب، وأن يكون هناك موجبا لتأديب الزوجة، والتزام حدود التأديب، وأن يكون ذلك أيضا بحسن نية، وهو ما نتناوله في النقاط الاربعة التالية.

### 1- الصفة في التأديب:

تأديب الزوجة من الحقوق الذاتية الشخصية الخالصة للزوج دون غيره، فلا يجوز لغيره ذلك، سواء كان من أهله أو حتى من أهلها، وهو من الحقوق التي لا تقبل الإنابة، حيث لو قام بذلك وأدبت الزوجة من المنيب عوقب هذا الأخير كفاعل أصلي والزوج كشريك أو محرض حسب الأحوال، ويثبت حق تأديب الزوجة بثبوت رابطة الزوجية ويزول بزوالها، والعبارة بوقت التأديب لا بوقت اقتراف الفعل الذي أوجب التأديب، فليس للزوج تأديب زوجته بعد الطلاق عن أفعال توجب التأديب اقترافها وقت قيام العلاقة الزوجية. وصاحب الحق في تأديب الزوجة هو الزوج المسلم الذي تزوج



بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، ويرى البعض أن سكوت النص عن هذا الحق يمنع هذا الأمر على الزوج. وهو ما جعلنا نرى صعوبة التمسك به في القانون الجزائري.

## 2- موجب التأديب:

هو حق مقرر لزوج إذا بدر من الزوجة معصية، وهو كل إخلال بواجب من واجبات الزوجة، سواء كان واجبا عاما من الواجبات الملقاة على الناس جميعا، أو واجبا خاصا باعتبارها زوجة، وذلك بحسن معايشة زوجها وطاعته والحفاظ على أمواله ورعاية أولاده، بشرط ألا يكلفها الزوج أمرا مخالفا للدين أو الشرع أو القانون، فإن أمرها بمثل هذه الأمور، فلها مخالفتها، وإن أدبها يكون قد ارتكب جريمة معاقب عليها قانونا.

## 3- التزام حدود التأديب:

تأديب الزوج لزوجته تبعا للشريعة الإسلامية أن يكون بإحدى الطرق الثلاث التالية: الوعظ، الهجر في المضجع، الضرب، لذا فليس للزوج أن يعتمد غير هذه الوسائل مما قد يلحق بالزوجة أذى شديد في نفسها أو في بدنها، وأن يراعي التدرج في وسائل التأديب، الوعظ ثم الهجر وأخيرا الضرب، والموعظة هي التبصرة وإبداء النصح وحثها على الإقلاع عن المعاصي، وهي الموعظة التي تختلف باختلاف الأحوال ونوع الزوجة والمعصية التي ارتكبتها، كما أن التأديب يراعى فيه مقاصد الإسلام فلا يكون بالكلام الفاحش ولا أمام الملاء، والهجر في المضجع هو الإعراض عن المرأة في فراشها باعتباره مظهرا من مظاهر غضب الرجل وسخطه، ومدة الهجر لدى الفقهاء شهر، ولا يجوز في أن تبلغ الأربعة أشهر في أي حال من الأحوال. ثم الضرب الذي يعد أقصى مراتب التأديب، حيث لا يمكن اللجوء إليه إلا باستمرار العصيان، ودأبت عليه الزوجة، لكن اللجوء مقيد بان يسلك الزوج أولا طريق الوعظ والهجر في المضجع، وألا يكون الضرب مهلكا أو متلفا أو شائنا، أو مبرحا حتى ولو ثبت أن الضرب الخفيف معها لا يجدي، بل أنه في الفقه الإسلامي خلاف حتى حول وسيلة الضرب وعدد الضربات.

## 4- حسن النية:

وهو أن يضع الزوج نصب عينيه الغاية من فعله وهي التأديب، فلا يجوز له ضربها بغضا لها أو طمعا في مالها أو انتقاما من أهلها، أو لحملها على ارتكاب معصية، بل ويعاقب حتى ولو بدرت منها معصية تستوجب التأديب، لكن يثبت أن هدف الزوج لم يكن التأديب وإنما غرض من الأغراض السابقة.

## ثالثا: حق مزاولة الأعمال الطبية

يقصد بهذا الحق، مزاولة كل عمل طبي ينطوي على المساس بجسم الإنسان إما بهدف علاجه مما يعتره من مرض، أو لتخفيف آلامه، أو لوقايته من مرض، أو لمجرد الكشف عما يشوبه من خلل، كما يشمل بالإضافة إلى ذلك، كافة الأعمال المرتبطة بذلك والمعتبرة ضرورية لتنفيذ الأفعال السابقة، فلا يشكل جريمة الجروح التي يرتكبها الطبيب ولا استئصاله أعضاء المريض المعيبة، بشرط الالتزام بالأصول الطبية المرعية في هذا الصدد، بل أن الطبيب مخول له حيازة المواد المخدرة وإدخال المواد الضار والمخدرة جسم الإنسان متى كانت ضرورية لممارسة أعماله، ولا يعد مرتكبا لجريمة هتك العرض في حالة الكشف عن عورات مرضاه. والعلة من تبرير حق مزاولة الأعمال الطبية، وجعلها سببا من أسباب الإباحة، في نظر الفقه مزدوجة، فهي حق لمن يزاوله وذلك باعتراف القانون، وبالتالي وجب الاعتراف بالمشروعية على وسائل استعماله ولو كانت تشكل بحسب الأصل جريمة، ومن ناحية ثانية العلة تكمن في رضاء المريض، فإن كان رضاء المجني عليه لا يعد سببا عاما للإباحة، فإنه في مجال الأعمال الطبية يعد أساسا لإباحة العمل، ويرى البعض أن أساس الإباحة في هذه الحالة، هو انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب، غير أن أساس الإباحة وفق رأي الغالبية، هو تبرير القانون، وعلته الحقيقية رضاء المريض، لذا فعدم رضاء المريض لا يجعل من الفعل مباحا، إلا إذا تعلق الأمر بحالة الضرورة وهنا يكون مانعا من موانع المسؤولية لا سببا من أسباب الإباحة، وهو ما لا نؤيده بخصوص موقف المشرع الجزائري. وشروط ممارسة الأعمال الطبية التي تعد سببا من أسباب الإباحة، أن تكون من الأعمال التي يخصص بها القانون، وأن تكون بقصد العلاج، وأن يرضى المريض بذلك، وأن يراعى في ممارستها الأصول المهنية والقواعد العلمية المرعية لمزاوله المهنة أو العمل الطبي. وهو ما فصله اختصارا في النقاط التالية.

## 1- ترخيص القانون:

لكي يعتبر ممارسة الأعمال الطبية من أسباب الإباحة، يجب أن يكون من الأعمال المرخص بها قانوناً، وأن يكون صادراً ممن رخص له بذلك، ممن يحوزون على المؤهل العلمي الذي يخولهم ذلك.

## 2- رضاء المريض:

يتعين لاعتبار العمل الطبي سبباً من أسباب الإباحة، أن يكون المريض قد رضي به. وهو شرط طبيعي يقتضيه ما لجسم الإنسان من حرمة تمنع المساس به بدون رضاء صاحبه، حتى ولو كان هذا المساس يتضمن رعاية الجسم وضمان سيره سيراً طبيعياً. والرضاء قد يكون صادراً من المريض نفسه، أو ممن يمثله قانوناً، وهو الرضاء الذي قد يكون صريحاً كما قد يكون مفترضاً، إذا تعذر على المريض نفسه ذلك، كان يكون فاقداً للوعي أو لم يكن له من يمثله قانوناً، كما قد يكون ضمناً من دخول المريض بنفسه غرفة العمليات الجراحية، غير أن الرضاء لا يستخلص من مجرد ذهاب المريض إلى المستشفى أو إلى عيادة الطبيب، إذ أن المريض قد يرضى ببعض الأعمال الطبية دون البعض الآخر غير أن الحصول على رضاء المريض، يقتصر على الأعمال الطبية التي قد تشكل جريمة من جرائم قانون العقوبات، مثل الجرح وإعطاء مواد ضارة أو إحداث عاهة، دون الأعمال الطبية لا تنطوي على جريمة من الجرائم، غير أنه لا يعد برضاء المريض كسبب من أسباب الإباحة في حالات القتل بدافع الشفقة أو بدافع الرحمة، حتى ولو كان ذلك بالحاح منه، وحتى ولو كان بدافع تخليصه من آلام حادة مبرحة لا يقدر على تحملها، أو لأي سبب آخر مبعثه المريض نفسه، فلا يزال لغاية اليوم مثل هذا القتل غير مبرر بالرغم من وجود بعض الأحكام غير الفاطحة بأن البراءة كانت فيها لهذا السبب.

## 3- قصد العلاج:

لكي تعتبر الجريمة المترتبة عن ممارسة العمل الطبي مباحة، يجب أن تتم مزاولته بغرض العلاج، ويشمل قصد العلاج القضاء على مرض أو تخفيف الآلام الناشئة عنه، أو الوقاية من مرض، أو الكشف عن أسباب خلل صحي يعترى جسم الشخص، لكن مزاوله هذا العمل لقصد آخر، مثل بتر عضو شخص لتمكينه من التهرب من التزامات الخدمة الوطنية، أو إعطاء مواد مخدرة للشخص بقصد إشباع حاجته من الإدمان، أو بهدف إجراء تجربة علمية جديدة، عد الفعل جريمة معاقب عليها قانوناً.

## 4- مراعاة الأصول المهنية والقواعد العلمية في مزاوله الأعمال الطبية:

إباحة ممارسة الأعمال الطبية، تظل مرهونة بإتباع الأصول الطبية المتعارف عليها في مجال مهنة الطب، ولا يقصد بذلك تقييد الطبيب بعلاج دون آخر أو بطريقة دون أخرى، وإنما الأصول الأساسية لممارسة المهنة الطبية، مثل تعقيم الأدوات الجراحية، أو أن يجري العملية في ظروف غير مواتية تماماً كان يجريها وهو مخمور أو لا يستعين بمن يتوجب الاستعانة بهم، أو أن يرتكب سلوك غير مغتفر مثل نسيان أداة جراحية بداخل جسم المريض. وفي مثل هذه الحالات يسأل الطبيب عن جريمة غير عمدية، قوامها الخطأ القائم على الإهمال أو عدم الاحتياط، ومعيار الخطأ هو المعيار المهني أو الفني الذي سنتناوله عند دراسة أنواع الخطأ ودرجاته في إطار دراسة الركن المعنوي للجريمة، وبالضبط في الجرائم غير العمدية أو جرائم الخطأ.

## رابعاً: إباحة جرائم القذف والسب في بعض الظروف

أباح القانون في بعض الأحيان ارتكاب جرائم القذف والسب في حالات معينة ارتأى فيها أن المصلحة التي تعود من إباحة هذه الأفعال، تفوق المصلحة من عقاب الجاني، فبعض الدول تعترف بالقذف والسب في ذوي الوظائف العامة كنوع من ممارسة الرقابة الصحفية، والحالة الثانية إباحة القذف والسب أمام جهات القضاء ممارسة لحق الدفاع. غير أنه وممارسة لحق الدفاع أمام المحاكم، يبيح المشرع للخصوم الأقوال التي تشكل بحسب الأصل جريمة قذف أو سب، حماية لحق الدفاع أمام المحاكم الذي يفوق في درجته المصلحة من عقاب مرتكبيها، كون حق الدفاع مقرر ليقود في النهاية إلى كشف الحقيقة التي تعد مبتغى أجهزة العدالة وفكرة العدالة في ذاتها. وفي القانون المصري تم النص على هذه الحالة صراحة، وذلك بموجب نص المادة 309 من تقنين العقوبات التي نصت على أنه: "لا تسري أحكام المواد 302 و303 و305 و306 و308 على ما يسنده أحد الخصوم لخصمه في الدفاع الشفوي أو الكتابي أمام المحاكم فإن ذلك لا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية."، ويدخل في معنى الخصوم المحامون وأن يكون ذلك بمناسبة

دعوى معروضة أمام الجهات القضائية، بمختلف أنواعها لكن بشرط أن يكون الأمر يقتضيه حق الدفاع فعلا وأمر تقدير ذلك متروك لسلطة الموضوع.

### خامسا : ممارسة الأعمال الرياضية

ويقصد بذلك الألعاب الرياضية العنيفة التي تفترض ممارسة استعمال القوة والعنف على جسم المنافس وهو حال كل الرياضات القتالية، فيأتي فيه الفاعل فعلا تتوفر فيه جميع مقومات الإيذاء المجرم، غير أن ما يحدث في هذا الإطار من عنف وإصابات يكون مبررا ومباحا طالما تم في الحدود المقررة لممارسة اللعبة، غير أنه هناك نوع من الألعاب الرياضية غير العنيفة مثل كرة القدم أو كرة السلة أو الغولف والتنس والسباحة، فهنا تطبق القواعد العامة في حالة حصول عنف، فإن كانت الجريمة تحتمل وصف الجريمة غير العمدية يسأل عنها الفاعل المهم أعمال القصد.

### المطلب الثالث

#### الدفاع الشرعي ( المشروع )

يعد الدفاع الشرعي من أقدم أسباب الإباحة التي عرفتھا القوانين الجنائية عبر العصور، كونه سبب يستند لغريزة طبيعية في النفس البشرية التي تسعى دوما للدفاع عن بقاءها، كما أنه سبب يبرره منطق الأمور، إذ لا يمكن تصور إلزام الناس بتحمل الاعتداءات التي يتعرضون إليها، خاصة وأنا بصدد موازنة بين تصرفين أحدهما غير مشروع وهو الاعتداء على الحق، والثاني مشروع، وهو حماية هذا الحق، والمشرع يفضل دوما حماية الحق، بل أن نصوص قانون العقوبات ذاتها هدفها الرئيسي ذلك. وحسب نظرية هيجل الجدلية، فالدفاع الشرعي يستمد مشروعيته من فكرة أن الاعتداء على حق يحميه القانون هو نفي لهذا الحق وخرق للقانون، ورد هذا الاعتداء هو إثبات للحق وإحقاق لسلطة القانون، الأمر الذي أدى في النهاية إلى اعتبار الدفاع الشرعي حق وواجب في نفس الوقت. غير أن أهمية الدفاع الشرعي تقتضي منا قبل أن نتناول شروطه في فرعين، نتناول أولا أساس وطبيعة الدفاع الشرعي.

#### أساس الدفاع الشرعي:

الدفاع الشرعي نظام يضرب بجذوره في أعماق التاريخ، حيث عرفته كل الشعوب في مختلف مراحل تطورها، لأنه عبارة عن قانون من قوانين الفطرة، فليس من المعقول والمنطق أن يحمل الإنسان عبء تحمل الاعتداءات الواقعة عليه، خاصة في الحالات التي يتعذر فيها عله مراجعة السلطات المختصة في الوقت المناسب، وكان قادرا على رد العدوان بنفسه، لذا يقال أن المشرع لم يقرر مبدأ الدفاع الشرعي وإنما أقره، أي أنه استبقاه وضبط آثاره، وهو لا يقتصر على القانون الجنائي فقط، بل مقرر في بعض فروع القانون الأخرى، مثل القانون الدولي. وبالرغم من اعتبار الدفاع الشرعي من البديهيات القانونية، إلا أن الرأي لم يستقر حول أساسه، فهناك من عله بتخلف الركن المعنوي، حيث أن العدوان يعد إكراه يعطل حرية الاختيار، ما يدفع الشخص لرد العدوان تلقائيا كون إرادته تصبح غير معتبرة من الناحية القانونية، والبعض الآخر يرى أن المدافع في دفاعه عن حقه أو حق غيره تصبح غايته ملتزمة مع غاية القانون وهي حماية الحقوق والمصالح، وهما رأيين غير مقبولين من قبل البعض، حيث أن القول بأن الدفاع الشرعي نوع من أنواع الإكراه، فإن الرد عليه هو أن الإكراه كمانع من موانع المسؤولية في حقيقة الأمر لا ينفي الصفة التجريبية عن الفعل بل كل ما يرتبه هو امتناع المسؤولية الجنائية دون المدنية. كما أنه كثيرا ما يحتفظ الشخص المدافع بحرية الاختيار سيما في الحالات التي يكون فيها الاعتداء غير جسيم، أو عندما يكون واقعا على غير الشخص المدافع، في حين الرأي الثاني ما هو في حقيقة الأمر سوى القول بنبل الغاية أو الباعث لدى المدافع، في حين أنه لا مجال للبواعث والغايات مهما كان نبلها في قانون العقوبات وهو من المبادئ القانونية المستقرة في قانون العقوبات، وبالتالي فالبواعث لا تنفي القصد الجنائي، كما أن انتفاء الركن المعنوي للجريمة لا يعني بالضرورة إباحة الفعل. لذا نجد بعض الفقه يعتبر الدفاع الشرعي في حقيقة الأمر مقابلة الشر بالشر، وهو تعليل يرى البعض أنه ضعيف أيضا، لأنه يجعل الدفاع عقابا على المعتدي، وهو أمر غير صحيح في القانون الجنائي، كما أن اعتبار الدفاع الشرعي شر كالدعوى يقتضي بأنه جريمة كجريمة العدوان، خاصة أيضا وأنه لا مقاصة في الإثم، فالقانون لا ينفذ يده في حالة التشاجر، فيعاقب الجميع وكل منهم ضارب ومضروب.

في حين يرى بعض الفقه، أن العدوان إنكار لحكم القانون أو نفي له، وأن الدفاع نفي لهذا النفي، وهو بذلك إثبات أو إقرار لحكم القانون، ومن هنا كانت إباحته، غير أنه رأي يشوبه النقص أيضا، حيث أن لو كان رد العدوان إعمالا للقانون، لامتنع بعد ذلك عقاب المعتدي كون حكم القانون نفذ فيه، غير أنه يعاقب من جديد مما ينفي الرأي السابق،

وإلا عوقب عن الفعل الواحد مرتين وهذا غير مقبول جنائيا، كون المتفق عليه جنائيا أن الدفاع الشرعي مهما كانت جسامته، فإنه لا يحول دون عقاب المعتدي بموجب القانون.

ومن الفقه، من رأى أن فعل الدفاع عبارة عن إنابة الدولة في ممارستها سلطتها البوليسية، كون منع الجرائم من المهام الأساسية للدولة، فإن تعذر عليها التدخل في الوقت المناسب لمنع وقوع جريمة على وشك الوقوع، فإنها تتنبأ أي فرد للحلول محلها في منع وقوعها، غير أنه رأي لم يقبل أيضا، حيث أن المدافع في حالة الدفاع الشرعي يتاح له اقتراح أفعال لا يتباح لرجال السلطة العامة، وهو ما يعني فساد فكرة الإنابة ذاتها، لأن الإنابة تقتضي ألا يباح للنائب ما يمنع على الأصل.

لذا من الراجح فقها أنه في حالة الدفاع الشرعي يقع التعارض بين حقين، أحدهما خاص بالمعتدى عليه، والآخر خاص بالمعتدي، والحقان يتكافآن من الناحية المجردة، فكلاهما جدير بالحماية، غير أنه لما كانت التضحية بأحد الحقين لازمة ولا مناص منها، لذا فحق المعتدي أولى بالتضحية، ويرجح حق المعتدى عليه لأنه برده يكون قد صان حقين، حقه شخصيا وحق المجتمع، وهذا الأخير حق جوهرى وصيانتته أولى وواجبة أيضا وفيه تكمن على الإباحة إلى حد كبير. كما أنه هناك من رد أساس الدفاع الشرعي لفكرة العقد الاجتماعي، حيث ينتازل الأفراد بموجب هذا العقد عن حقوقهم في الدفاع عن أنفسهم لصالح الدولة، وإن وقع اعتداء على أحد الأشخاص، ولم يكن بمقدور الدولة الدفاع عنه، فإن هذا الحق يعود على حالته السابقة ما قبل إبرام العقد، ويتولى الشخص بنفسه الدفاع عن نفسه، وانتقد هذا الرأي بان فكرة العقد الاجتماعي ذاتها مشكوك فيها تاريخيا.

### طبيعة الدفاع الشرعي:

تحديد طبيعة الدفاع الشرعي، شأنه شأن تحديد أساسه، أثارت خلافا فقهيًا، غير أن السائد لدى جمهور فقهاء القانون الجنائي أنه حق، غير أنه لا يقابله التزام في ذمة شخص معين، بل هو حق عام مقرر قبل الكافة، فلا يجوز لأي منهم أن يحول دون استعماله، ومن الفقه من يعتبر الدفاع الشرعي واجب، إلا أنه ليس واجبا قانونيا فرضه المشرع ورتب على الإخلال به جزاء، وإنما هو واجب اجتماعي يفرضه الحرص على صيانة الحقوق ذات الأهمية الاجتماعية، ومن الفقه من ينكر الوصفين، فلا يعتبره حقا لأنه لا يقابله التزام، ولا يعتبره واجبا لأنه لا يقابله جزاء عند عدم القيام به، وإنما هو مجرد رخصة. في حين يرى البعض، أنه ليس للدفاع الشرعي حكما واحدا، بل هو يتردد بين الأحكام الثلاثة السابقة، فهو في أغلب أحواله حق، في حين يعد واجبا في بعض الأحيان، ورخصة في أحيان أخرى، فهو حق إذا وقع على حق مطلق للمعتدى عليه، ويكون رخصة إذا كان المدافع ليس بالشخص المعتدى عليه، ويكون واجبا إذا كان القانون يفرض على المدافع حماية الحق المعتدى عليه أو يفرض عليه عدم التفريط فيه، كرجل السلطة العامة متى كان ذلك استطاعته، فإن لم يفعل يسأل إداريا كما قد يسأل جنائيا. كما أن دفاع الشخص عن حياته ليس مجرد حق له بل هو واجب عليه، والزوجة يقع عليها واجب الدفاع على عرضها إذا حاول الغير اغتصابها، حيث أن القانون يعاقبها إذا مكنت الغير من نفسها.

غير أنه طبقا للمادة 2/39 من تقنين العقوبات الجزائري، الدفاع الشرعي هو حق يقرره القانون لمصلحة المدافع بأن يستعمل القوة اللازمة لرد الاعتداء الواقع على نفسه أو نفس الغير أو ماله أو مال الغير، وهو حق مقرر في مواجهة الناس كافة لا يحق رده أو مقاومته، غير أن ممارسة هذا الحق على الوجه القانوني يقتضي مراعاة جملة من الشروط التي قررها النص الذي أقر هذا الحق، منها ما يتعلق بفعل العدوان المستحق للرد بطريق الدفاع المشروع، ومنها ما يتعلق بفعل الدفاع ذاته، وهو ما نتناوله في الفرعين التاليين. على أن نتناول في الثالث حالة خاصة من حالات الدفاع المسماة فقها حالات الدافع الممتازة، والتي تضمنتها المادة 40 من تقنين العقوبات الجزائري.

### الفرع الأول

#### الشروط المتطلبية في فعل العدوان

حتى يعتد القانون بفعل الدفاع الشرعي، ويجعل منه سببا من أسباب الإباحة، يجب أن يتوفر في فعل العدوان ثلاثة شروط أساسية، وهي أن يكون العدوان عبارة عن خطر حال وغير مشروع وان يهدد النفس أو المال. وهو ما نبين تفصيله على النحو التالي. غير أنه قبل ذلك، يقتضي الدفاع الشرعي بحكم المنطق والضرورة العقلية وجود عدوان، كون العدوان المقدمة اللازمة لفعل الدفاع، ولولاه لما سمي بالدفاع، حيث أن الدفاع يقتضي أن يكون

هناك عدوان، والعدوان في جوهره هو اعتداء على حق أو تهديد له، ومن حيث حكمه هو عمل غير مشروع، صادر عن إنسان، كون المشروعية من عدمها تنصرف لأفعال البشر، وللمسألة أهمية كبيرة كون أفعال غير الإنسان لا تقتضي اللجوء للدفاع الشرعي، حيث أنه إذا كان العدوان راجع للطبيعة أو لحيوان فإن الدفاع في هذه الحالات لا يستند على فكرة الدفاع الشرعي، بل لفكرة حالة الضرورة.

### أولاً: العدوان خطر حال ( خطر محقق أو قائم)

وهو الشرط الذي يتضح بجلاء من نص المادة 39 التي استعملت عبارة "الضرورة الحالية" بمعنى أن يكون فعل العدوان محققاً وعلى وشك الوقوع، أو وقع ولم ينته بعد، أي خطراً قائماً. والخطر المحقق على وشك الوقوع هو الخطر الذي أصبح أمر حدوثه أمراً متوقعاً ومنتظراً كخطوة تالية مباشرة - الأمر الذي يعني استبعاد كل الأخطار المستقبلية لأن مآل تحققها أمر محتمل الوقوع - أو أن يكون خطر قد وقع ولم ينته بعد، وفي مثل هذه الحالة يظل الخطر قائماً ومستمر طالما لم تتحقق الجريمة كاملة على الوجه المحدد لها في النموذج التشريعي، لذا ففي الجرائم المستمرة يظل الخطر حالاً، والدفاع ضده في أي لحظة دفاعاً مشروعاً.

### ثانياً: أن يكون خطر غير مشروع

قرر الدفاع المشروع أصلاً لرد الاعتداءات المشكّلة لجرائم، والجريمة دوماً تعد فعلاً غير مشروع، لذا يجب أن يكون الخطر الحال الذي يتهدد الشخص خطراً غير مشروع مهدد لحق يحميه القانون - النفس أو المال - حتى وإن كان مصدر الخطر شخص غير مسؤول جنائياً، كونه سبق القول أن أسباب الإباحة ظروف موضوعية عينية وليست شخصية، لذا ينظر فيها للأفعال لا للأشخاص. غير أنه يجب استبعاد الأخطار الوهمية التي يتوهمها الشخص.

### ثالثاً: خطر مهدد للنفس أو المال

يجب أن يكون الخطر الحال غير المشروع مهدداً لنفس الشخص أو نفس غيره أو مال الشخص أو مال غيره، دون أن تحدد المادة 39 نوع هذه الجرائم مما يجب معه أخذها بصفة عامة دون حصر، وإن كانت مسألة الجرائم الواقعة على الشرف والاعتبار أثارت نوعها من الجدل.

وبتوفر هذه الشروط، لا قيمة لجسامة العدوان، إذ في القانون الجنائي لا فرق بين العدوان الجسيم والعدوان اليسير، فكلاهما جائز دفعه عن طريق الدفاع الشرعي، وإن كان هناك فرق فهو ينحصر في كمية الدفاع والقدر الواجب فيه، لا في أصل الدفاع وما إن كان واجباً أم لا. ويستتوي العدوان أن يكون فعلاً إيجابياً أو فعلاً سلبياً، فالعدوان مناط الدفاع، ولا عبرة بطبيعة النشاط في العدوان، وإن كان العدوان في غالب الأحيان يقع بفعل إيجابي كالضرب والشتم والحرق والقتل والسرقه، إلا أنه يمكن أن يقع أيضاً بالترك أو الامتناع، أي بنشاط سلبي، كامتناع الأم عن إرضاع ابنها والطبيب عن إسعاف المريض وامتناع من دخل مسكن عائلة برضاها ثم رفض الخروج بطلبها، فهنا يجوز إكراه الشخص بفعل يشكل جريمة كإرغام الأم بالقوة على إرضاع ابنها أو خطفها منها لإرضاعه وتهديد الطبيب بالقتل إن لم سعف المريض واستخدام القوة اللازمة لإخراج الشخص الذي رفض الخروج من المنزل طوعاً. غير أن الشرط الأساسي أن يكون العدوان يشكل جريمة، إذ لا يجوز الدفاع الشرعي ضد الأفعال المباحة، كما يمتنع عن الأفعال غير المشروعة إن لم تشكل جرائم، إذ لا دفاع عن فعل ضد شخص يؤدي واجباً أو يمارس رخصة أو حق، إذ لا يجوز لأب الزوجة أو أخوها من رد تأديب الزوج لزوجته وإلا عوقب، ولا مقاومة رجل السلطة العامة الذي ينفذ أمر القانون أو أمر الرئيس، مثل تفتيش المسكن أو إلقاء القبض، كما لا يجوز الدفاع ضد فعل غير مشروع في فرع من فروع القانون غير الجنائية، لكنه لا يشكل جريمة في القانون الجنائي، مهما كان خطر هذا الفعل، ولا يجوز رده بفعل يعد جريمة، كون الدفاع الشرعي عبارة عن جريمة في حقيقتها موجه لرد جريمة يمثلها العدوان. لذا فلا يجوز الدفاع ضد الأعمال المنافية للأخلاق الدينية والأعراف الاجتماعية متى كانت لا تشكل جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، وكذا كل الاعتداءات المنصوص عليها في الفروع القانونية الأخرى، وما عدا ذلك لا يهيم الجريمة التي تشكل عدواناً.

### رابعاً: ما لا يؤثر في قيام حالة الدفاع الشرعي

وعموماً كل ما يشترط في فعل العدوان أن يشكل جريمة من جرائم قانون العقوبات، ولا عبرة بعد ذلك بنوع هذه الجريمة، ولا بالأحوال الخاصة بشخص المعتدي، ولا بالنظر لما يتوفر لديه من ظروف فيما بعد قد تمنع مسألته جنائياً أو عقابه. كما لا يشترط أن تكون جريمة المعتدي على قدر معين من الجسامة، إذ يجوز الدفاع الشرعي ضد

الجرائم بمختلف درجاتها، سواء كانت جنائيات أو جنح أو مخالفات، ولا يشترط أن تكون الجريمة عمدية، حيث يجوز أيضا الدفاع الشرعي ضد الجرائم غير العمدية، كما لا يشترط أن يكون الركن المادي قد اكتمل، بل يجوز الدفاع في حالة الشروع، بل الأصل في الدفاع الشرعي أنه يوقف الجريمة عند حد الشروع، لأن الحكمة من إباحته هي كف العدوان والحيلولة دون تحقق نتائجه المحظورة قانونا، لذا فتطبيقات الدافع الشرعي في أغلب حالاته أن يواجه الجريمة وهي في مرحلة الشروع، غير أن المشرع يفيد الجريمة بأن تكون على النفس أو المال. ويجوز الدفاع حتى ولو كان الشخص سبق وان استفز المعتدي، إذ لشريك الزوجة الزانية حق الدفاع عن نفسه ضد الزوج الذي فاجأهم بالزنا ويجوز الدفاع من امتنعت مسؤوليته أو توفر لديه مانع من موانع العقاب ومن توفرت لديه الحصانة الدبلوماسية. وأن عدم الخضوع لقضاء الدولة لا يمنع من قيام حالة الدفاع الشرعي، ففي الحالات المستثناة من مبدأ الإقليمية، لا يمنع من قيام حالة الدفاع الشرعي ضدهم، فحظر محاكمتهم عن الجرائم التي يرتكبونها على إقليم الدولة، لا يحول دون تمتع ضحاياهم بحق الدفاع الشرعي. كما أن تعليق رفع الدعوى العمومية على قيد لا يحول دون ممارسة حق الدفاع الشرعي، وهو قيد من طبيعة إجرائية، لكنه لا يغير من الطبيعة الموضوعية للفعل المرتكب، فإن كان يشكل جريمة جاز للشخص المعتدى عليه أن يرد عن طريق الدفاع الشرعي، من قبل المعتدى عليه وحتى من قبل عامة الناس أن يردوه عن طريق القوة العامة، فصد الابن بالضرب عن سرقة مال أبيه حتى لو علم بأنه يسرق مال أبيه يعد سببا من أسباب الإباحة، أو شروع أحد نواب البرلمان في قتل شخص آخر، يجوز للمعتدى عليه وكل الناس رده بالقوة بفعل يشكل جريمة حتى وغن كانت جريمة قتل. كما أن امتناع مسؤولية الشخص المعتدي لا يحول دون الدفاع الشرعي ضده، كالمجنون والصغير ومن به علة عقلية أو غيبوبة أو سكر كون امتناع المسؤولية لا يبيح اقرار الجرائم، فاغتصاب مجنون لفتاة أو شروع طفل في حرق المحاصيل يوقف عن طرق فعل يشكل جريمة ويعد ذلك دفاعا شرعيا. بالرغم من أنه هناك بعض الفقه من يرى أن الدفاع الشرعي ضد الممتنعة مسؤوليته غير جائز قانونا، بدعوى أنهم غير مخاطبين بأوامر ونواهي القانون وبالتالي أفعالهم لا حكم لها قانونا، ولا يمكن وصفها بأنها أفعال غير مشروعة، وبالتالي تفادي أخطار هؤلاء لا يستند إلى أسباب الإباحة، بل إلى حالة الضرورة، وهو رأي لا يؤيده البعض بكونه أقحم على عنصر اللامشروعية عنصر غير لازم قانونا، وهو أن يكون الفاعل مسؤولا وهو أمر لا مدخل له كون اللامشروعية مسألة موضوعية بحتة، فكل سلوك محظور هو غير مشروع ايا كان مرتكبه، وأنه ليس في قواعد القانون ما يبيح لغير المسؤول جنائيا أن يرتكب ما جرمه القانون.

كما أن العذر القانوني لا يعطل الدفاع الشرعي، والعذر مثل مفاجأة الزوج لزوجته متلبسة بجريمة الزنا، أو تجاوز حدود الدفاع الشرعي بحسن نية، والعذر القانوني لا يبيح الفعل بينما يخفف عقوبته، وبالتالي هذه الأعدار لا تحول دون حق ممارسة الدفاع الشرعي، مثل الحدث والشخص الذي تجاوز حدود الدفاع الشرعي بحسن نية، كون فعله في هذه الحالة ينقلب إلى جريمة، وأن الراجح أيضا للزوجة المتلبسة بالزنا وشريكها الدفاع عن نفسيهما ضد الزوج الذي فاجأهم بجريمة الزنا، بالرغم ممن يعارض ذلك على اعتبار أن الزوجة وشريكها ابتداء باستفزاز الزوج وبالتالي لا يحق لهما الدفاع عن نفسيهما. كما أن امتناع العقاب أو توفر مانع من موانع العقاب لدى المعتدي لا يحول دون حق ممارسة الدفاع الشرعي، كون الفعل رغم المانع يظل يشكل جريمة، والعبرة في مجال الدفاع الشرعي هي بطبيعة الفعل لا باستحقاق مرتكبه من الناحية الواقعية للعقاب من عدمه. وبالتالي يجوز الدافع ضد من امتنع عقابه.

وهناك مسألة العدوان الناشئ عن جريمة مشمولة بأحد أسباب الإباحة، ويرى الفقه بأن كل جريمة مشمولة بسبب من أسباب الإباحة لا يجوز ممارسة حق الدفاع الشرعي ضد مرتكبه، كون الدافع الشرعي قرر في مواجهة الاعتداءات غير المشروعة، في حين الجريمة المشمولة بسبب من أسباب الإباحة رفعت عنها الصفة التجريمية، وتطبيقا لذلك لا يجوز للابن الذي يؤدبه والده أن يدافع عن نفسه، ولا للمعتدي أن يدافع عن اعتدى عليه، تطبيقا لقاعدة " **امتناع الدفاع عن الدفاع** " ، بشرط ألا يكون الأول قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي، كون التجاوز يبيح الدفاع.

غير انه ثار جدل حول الدفاع ضد رجال الضبط القضائي، فإنه بالرغم من الجدل الفقهي الذي أثاره الموضوع، في الحالة التي يقومون فيها بعمل غير مشروع، فمن الفقه من رأى تفضيل النظام العام وافترض شرعية أعمال رجال الضبط القضائي وبالتالي لا يجوز ممارسة الدفاع الشرعي ضد أعمالهم حتى ولو كانت غير مشروعة، ويعاكس اتجاه آخر ذلك، بحجة حماية الحقوق والحريات التي كفل الدستور حمايتها وبالنظر أيضا لذاتية واستقلال قانون العقوبات، واتخذ البعض موقف وسط معملا معيار المشروعية الظاهرة.

وهناك وضع يتعلق بمدى جواز الدفاع ضد جريمة يتخلف فيها الركن المعنوي، أي أن يكون مرتكبها حسن النية، فمثل هذا الفعل من الناحية القانونية لا يرقى لمرتبة الجريمة، وتختلف الركن المعنوي قد يكون تاما فلا يصحبه لا العمد ولا الخطأ، كمن يأخذ شيء لا يملكه معتقدا بأنه يخصه لشدة التشابه بين الشئيين، أو كمن يمزح من آخر ويهم بضربه مازحا، فهنا الراجح امتناع الدفاع الشرعي ضد هذا الشخص. على عكس حالات الإهمال الذي يثير خطر تصوري أو حقيق له أسباب معقولة، كمن يطلق العيارات النارية اتجاه الجمع في مناسبة احتفالية، غير أن القضاء الفرنسي لغاية اليوم لا يزال يرفض فكرة الدفاع ضد الجرائم غير العمدية.

## الفرع الثاني

### الشروط المتطلبية في فعل الدفاع

فعل الدفاع في حقيقته عبارة عن جريمة يباح للشخص ارتكابها لدرء الأخطار غير المشروعة الواقعة عليه أو على غيره، لذلك وإن أجاز القانون لأسباب معينة ارتكاب مثل هذه الجرائم، فهو قيدها بقيود حتى لا تنقلب إلى أفعال غير مشروعة، والدفاع هو الوجه المقابل للعدوان، أو هو رد الفعل الفردي على العدوان في الحالات التي يعجز فيها القانون عن حماية الحق المعتدى عليه بطريق آخر، وهو الفعل الذي لا يهتم به القانون إلا إذا كان يشكل جريمة، فإن تجرد من ذلك كان مباحا أصلا من الناحية التي يقتضيها مبدأ الشرعية الجنائية، ولا حاجة عندئذ للبحث عن شروط الدفاع، فمثلا إذا اندفع شخص لقتل آخر، وحاد هذا الأخير عن طريق، مما جعل المعتدي يصطدم بلوح زجاجي فجرحه أو سقط في هوة ومات أو على سلك كهربائي فصعقه التيار أو على السكة فدهسه القطار فإن فعل المدافع عبارة عن فعل مباح لا مجال للبحث فيه عن مدى توفر الشروط المتطلبية للدفاع في مجال الدفاع الشرعي، لأنه ارتكب أصلا فعل مباح، في حين أن الدفاع الشرعي يتطلب الرد عن فعل يشكل في نظر قانون العقوبات جريمة، سواء تمثلت في فعل إيجابي كالضرب والجرح والقتل، أو بسلوك سلبي، إذ ليس في القانون ما يمنع أن يكون الدفاع بسلوك سلبي، كمن يعتدي على شخص فينقض عليه كلبه ولا يتدخل لرد الكلب بل يتركهما يتصارعان لينجو بنفسه، غير أن الأفعال الإيجابية مما يغلب وقوعها في الواقع فإن كان القانون قد أباح القتل في فعل الدفاع فليس هناك ما يمنع من إباحة ما هو أدنى من القتل، مما جعل البعض أن الدفاع الشرعي يجوز أيضا بالسرقة والتزوير وإصدار شيك بدون رصيد، كون المسألة لا تتعلق بمشروعية الوسيلة بل تتعلق بمدى لزومها لدرء العدوان، كما يجوز الدفاع بجريمة غير عمدية، كمن يطلق رصاصة بغرض الترهيب فقط فتصيب المعتدي وتقتله.

لكن حق الدفاع الشرعي ثابت أساسا للشخص المعتدى عليه، وكذا لغيره إذا كان العدوان واقعا على النفس أو المال وسواء كان جسيما أو يسيرا، فالعبرة ليست بالشخص المعتدى عليه بل بالحق المعتدى عليه وكان حسب الأصل أن يتولى القانون نفسه الدفاع عن هذا الحق، ولما قصرت وسائل القانون أطلق حق الدفاع الشرعي للمعتدى عليه بوصفه أحق الناس بذلك، ثم خوله لغيره من الناس من باب الحسبة، مما يؤدي إلى حماية الحق وزجر العدوان، لذا لا يشترط أن تكون هناك صلة بين المعتدى عليه والمدافع، ولا رضاء المجني عليه بدفاع الغير عنه، بل لا يعتد حتى بقبوله العدوان إلا بما يتعلق بالحقوق التي يجوز له التصرف فيها كالحقوق المالية، أما الحقوق الأخرى التي لا يجوز التصرف فيها كالحق في الحياة أو سلامة البدن فإنه يجوز للغير أن يدافع عنها حتى وإن كان المعتدى عليه راضي بالعدوان. وعلى العموم، فعل الدفاع مقيد بشرطين أو قيدتين، وهما شرطي اللزوم والتناسب.

### أولا: شرط اللزوم

يقصد بشرط اللزوم، أن يكون فعل الدفاع - الذي هو في الأصل جريمة- السبيل الوحيد لرد الاعتداء، وبالتالي كلما كان بإمكان الشخص أن يسلك سبيل آخر غير مجرم انتفى شرط اللزوم وبالتالي انتفت الإباحة عن فعل الدفاع. وبمعنى آخر كون سلوك الجريمة لازما، إذا كان العدوان قائم ومنذر بالتفاهم أو الاستمرار، ولم يكن أمام المدافع من سبيل لدرئه غير الفعل الذي ارتكبه، وإلا فقد الدفاع مبرراته، ويجعل منه عدوان يسأل عنه قانونا طبقا للقواعد العامة. فإذا ثبت أن المجني عليه أو الغير كان في إمكانه رد الاعتداء بوسيلة أخرى لا تعد جريمة، فإن الدفاع عن طريق الجريمة يكون غير لازم، وأن يكون الدفاع معاصرا للاعتداء وهو ما بينته المادة 5/125 من تقنين العقوبات الفرنسي، إذ تفادي الخطر لا يكون إلا عند وقوع الخطر لا قبله ولا بعده. وأن العدوان المستقبلي لا يبيح فعل الدفاع، حتى ولو بدت بوادر احتمال الاعتداء في وقت قد يكون قريبا كما قد يكون بعيدا، فلا عدوان ما لم يبادر

المعتدي في الاعتداء، كأن يكون السارق يجول حول المنزل أو يترصد حركات الشخص، فهنا العدوان لم يقع، لكن في المقابل يمكن للمدافع يتخذ الاحتياطات اللازمة، مثل إقامة الأسوار أو وضع الزجاج أو الأسلاك الشائكة عليها أو كهربة الأقفال، أو إطلاق الكلاب الشرسة في حديقة المنزل، فتعد في نظر بعض الفقه من الوسائل التي تدخل في نطاق الدفاع الشرعي عن النفس أو المال، بشرط ألا تعمل عملها إلا عند الاعتداء، وعلى أن يكون ضررها متناسب مع الاعتداء الحاصل، وهو رأي لا يوافق به البعض كونه يقحم في الدفاع الشرعي ما ليس منه، كون الدفاع الشرعي أصلاً يقتضي سبق العدوان وإلا كان دفاعاً مستقبلاً، وأن الدفاع الشرعي يبيح الدفاع الحال فقط دون الدفاع المستقبلي. كما أن انتهاء العدوان ينهي انتهاء فعل الدفاع، كون الدفاع الشرعي شرع لرد العدوان، وأي رد بعد انتهاء العدوان يعد فعلاً من أفعال الانتقام، وتحدد لحظة انتهاء العدوان في العادة ببلوغ العدوان غايته، أو بوقوفه عند حد الشروع، ولحظة انتهاء العدوان في العادة ما يتحدد بالرجوع إلى النص، فهو الذي يحدد لنا نوع الاعتداء ويرسم معالمه مما يتحدد معه صراحة أو ضمناً بداية ونهاية الاعتداء، فالضرب باصطدام الجسم بجسم آخر وفي الجرح بتمزيق الأنسجة، وفي الحريق بوضع النار... كما يختلف بحسب الجريمة المؤقتة والجريمة المستمرة، والجريمة البسيطة والجريمة المتتابعة الأفعال، إذ في الجرائم المستمرة يظل الاعتداء قائماً طالما ظلت الجريمة المستمرة كالاختطاف والاحتجاز، فطيلة هذه الفترة يمكن ممارسة الدفاع الشرعي، وبالتالي مسألة بداية وانتهاء الاعتداء في حقيقة الأمر لا ينظر إليها نظرة قانونية بحتة، وإنما ينظر إليها نظرة واقعية، أي انتهاء العدوان ينظر إليه من حيث الواقع لا من حيث القانون.

كما أن العبرة في انتهاء العدوان هي بانتهاء الفعل أو السلوك، لا بتحقيق النتيجة، كما ينتهي العدوان عند توقف الجريمة عند حد الشروع مثل مفاجأة أصحاب البيت السارق فيلقي الأموال ويهرب، أو وجد الخزانة فارغة فولى مدبراً فيصادفانه ويهرب، فهنا الجريمة خابت ووقفت عند حدود الشروع المعاقب عليه، وبالتالي العدوان انتهى وكل دفاع ضده يعد جريمة في حد ذاته.

ومن الشروط التي تجعل من الدفاع لازماً، هو أن يتعذر رد العدوان إلا بفعل الدفاع الذي يعد في حقيقة الأمر جريمة، وبالتالي إن أمكن رده عن طريق آخر غير هذا الفعل المشكل لجريمة فلا دفاع، كون الدفاع أقره المشرع لأنه يأخذ حكم الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، غير أنه هناك حالات أثارت جدلاً فقهيًا كبيراً، منها إمكانية الهرب، أو الاحتماء بالسلطة العامة أو تفادي العدوان قبل أن يقع.

### 1- إمكان اللجوء إلى السلطة العامة:

يرى بعض الفقه أن الدفاع الشرعي ذو صفة احتياطية، وبالتالي لا يلجأ إليه إلا عند عجز السلطة العامة عن حماية الحق المعتدى عليه، فإن كان اللجوء إليها ممكناً فلا محل للدفاع الشرعي، بشرط أن يكون للمتهم الوقت الكافي للجوء لهذا الإجراء، وما لم يكن في ذلك تحمل للعدوان وأضراره لغاية وصول رجال السلطة العامة، ومعنى ذلك أن يكون اللجوء إلى السلطة العامة قبل البدء في العدوان، إذ لا محل لتترك المتهم في المنزل والذهاب للسلطة العامة، أو ترك الشخص يتلف الزرع لغاية وصول السلطة العامة.

### 2- إمكانية الهرب من المعتدي:

يتساءل البعض إن كان بإمكان المعتدى عليه الهرب من الجاني؟ وهنا يرى البعض أنه لا يلزم الشخص بفعل يحط من قدره، والهرب يشين ومعرفة فلا يجوز فرضه على من تعرض لعدوان غيره، وعلى المعتدي أن يتحمل مغبة عدوانه، غير أنه حق خيار مقرر للمدافع، إلا أن الهرب ذاته يكون معاقب عليه ومحظور لبعض الفئات مثل العسكريين، كما أن الهرب في بعض الأحيان حتى بالنسبة للأشخاص العاديين يعد محموداً مثل هرب الابن من أبيه والتلميذ من عدوان معلمه والشخص البالغ من عدوان المجنون أو الصبي، ويدخل في مفهوم الهرب الاحتماء داخل البيت، أو استغاثته بمن حوله، أو تغيير الطريق التي يتواجد بها الخصم. وقضت محكمة النقض المصرية، أن القانون لا يمكن أن يطالب الإنسان بالهرب لما في ذلك من الحبن الذي لا تقرره الكرامة الإنسانية، وقد قضى في مصر أيضاً، أنه من الخطأ أن نطالب الشخص بمغادرة منزله وأن يلتجأ إلى الطريق العام.

### ثانياً: شرط التناسب



وهو شرط يقتضي تعييد الشخص المدافع بإتيان أفعال تكفيه رد الخطر الذي يداهمه فحسب، وكل تجاوز لذلك يعد جريمة يعاقب عليها القانون، بشرط ثبوت علمه بالتجاوز. غير أن مسألة التناسب مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، حسب ظروف وملابسات كل قضية على حدا. لكن ذلك لا يمنعنا من تقديم بعض التوضيحات، وهي أن ممارسة الدفاع الشرعي مرهون بالتزام حدوده، إذ المدافع يجب ألا يتجاوز حدوده في الدفاع عن نفسه أو ماله، أو نفس الغير وماله، وكل تجاوز لحدود الدفاع الشرعي، يخرج المدافع من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم، والحدود تتمثل في استعمال فقط القوة اللازمة لرد العدوان، غير أن الفقه تفرقت آراءه بخصوص إيجاد معيار التناسب هذا، والطرق التي بموجبها يثبت التناسب من عدمه، فمنهم من اعتمد معيار الحق المعتدى عليه والحق الذي يمس المدافع الراجع للمعتدي، ومنهم من اعتمد معيار الضرر وما يصيبه الاعتداء وما يصيبه الدفاع، ومنهم من يعتمد في المقارنة على الوسائل التي استخدمها المدافع من بين الوسائل التي كانت متاحة له، ومنهم من يعتمد على قدر العنف الذي بدله المدافع وما كان يبذله غيره في نفس الظروف، وهو التذبذب والاضطراب الذي أصاب أيضا أحكام القضاء [31]. الأمر الذي قاد الفقه إلى زيادة المسألة تعقيدا بعدما حاول إيجاد حل لها، وذلك لأن مصطلح التناسب ذاته مصطلح مضلل، لأنه يوهم بضرورة التكافؤ ولو بشكل نسبي بين جسامة الاعتداء وجسامة الدفاع، وهو غير المطلوب قانونا وإلا كان فيه تعطيل لحق الدفاع، إذ قد يجد المدافع نفسه أمام اعتداء يسير لا يمكن رده إلا باعتداء جسيم، وهنا يجد المدافع نفسه أمام خيارين أحلاهما مر، فلما أن يدافع عن نفسه متحملا للتجاوز وعواقبه، وإما أن يفسح الطريق أمام المعتدي ويتركه ينفذ اعتداءه، وهذا غير مقبول، بل هو مخالف لصريح القانون الذي يبيح استعمال القوة اللازمة لرد كل عدوان على النفس أو المال. غير أن المسألة أكثر يسرا لو تأملنا الحكمة من تقرير الدفاع الشرعي، بان الدفاع ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، وهي استخدام ما يقتضيه الرد بناء على ظروف الموقف، وهو الموقف الذي لا ينظر له نظرة مجردة، بل ينظر إليه على ضوء الظروف والملابسات منها ما يتعلق بالمعتدي ومنها ما يتعلق بالمُدافع، مثل السن والجنس والحالة الصحية والقوة البدنية ودرجة الثقافة ونمط الشخصية وطبيعة العلاقة بينهما، ومنها ما يتعلق بعامل الزمان والمكان كالليل والنهار والصيف والشتاء والبعد والقرب من الأماكن العمرانية ونوع الحق المعتدى عليه، وغير ذلك من المواقف والملابسات التي ترسم معالم الموقف وتحدد السلوك اللازم لرد العدوان، مما يؤدي أحيانا إلى إباحة استخدام وسائل بالغة العنف وإحداث أضرار جسيمة لرد اعتداءات يسيرة. كما يجب أن يأخذ في الحسبان ما استقر في نفسية المدافع لحظة تعرضه للعدوان، لا بالموقف الهادئ المطمئن الذي يكون عليه القاضي وهو جالس بقاعة المحكمة، بل يجب أن يحل نفسه محل المدافع ثم يقدر الموقف بناء على تفكير صاف متزن، إذ المدافع وحده ممن أحاطت به الظروف الحرجة والملابسات الدقيقة التي وضعته في مأزق ولا يمكن محاسبته بوجوب أن يكون متزن الفكر هادئ التقدير، وهو ما يستحيل عليه في الظروف التي وجد فيها لحظة الاعتداء. ويرى البعض في هذه المسألة معالجة مسألة التناسب العام ومسألة التناسب الخاص، فالتناسب العام لا يقتضي بالضرورة المساواة المجردة بين المصالح المتعارضة ولا الأضرار التي تصيبها، بل على الوسيلة التي تمكن من رد الاعتداء، وأن تكون الوسيلة الوحيدة التي تمكنه من رد الاعتداء من بين الوسائل المتاحة له، وقد قضي بجواز استعمال سلاح ناري في مواجهة معتدي غير مسلح أصلا، ويراعي في ذلك الظروف التي يمر بها المعتدى عليه والقوة البدنية للطرفين، ويؤخذ بمعايير واقعية التي يمر بها الشخص العادي. أما التناسب الخاص، فهي الحالات التي يدافع فيها الشخص عن نفسه بجريمة القتل، التي حددها المشرع على سبيل الحصر.

هذا ونشير إلى أن الفقه قد أثار شرطا ثالثا، بموجبه تم الإقرار ألا يكون الشخص المدافع هو الذي تسبب في الجريمة، كأن يكون قد ساهم فيها أو استفز المعتدي، وهذا فيه كلام أهمه دفاع الزوجة وشريكها ضد القتل الذي يحاول ارتكابه الزوج المضروب، كما أن الاستفزاز بالسب والشتم لا يبرر القتل لعدم وجود التناسب.

ويضيف الفقه أحيانا شرطا ثالثا، وهو أن يتجه المدافع بدفاعه على المعتدي ذاته لا إلى غيره، بغض النظر عن الحق الذي ينصب عليه الدفاع، فقد يتلف المعتدي سيارته أو يقتل كلبه أو يحطم سلاحه، وبالتالي من مقتضيات شرط اللزوم أن يوجه فعل الدفاع للشخص مصدر الاعتداء لا للشخص لا تربطه صلة بهذا الاعتداء، فلا يجوز لشخص سبته امرأة أن يتوجه بالضرب لزوجها أو يتلف ماله، غير أن المسألة أحيانا ينظر إليها بحسب ظروف وملابسات القضية، مثل الشخص الذي يشرع في الحرق وتحطيم ملك الغير، فلا يجد الشخص من سبيل سوى الإمساك بابنه وتهديده بالكف عن أعماله وإلا سيؤذي ابنه.

كما نجد الفقه، يضيف أحيانا شرطا رابعا، وهو **نية الدفاع**، وهو اشتراط أن تكون إرادة المدافع قد اتجهت وقت الدفاع إلى رد العدوان، وإلا تجرد من معنى الدفاع وأصبح عدوانه يستوجب العقاب، لذا فينبغي علم المدافع بالعدوان ومن ثم اتجاه إرادته إلى منع هذا العدوان، فإن ثبت أن هدف المدافع كان الثأر أو الانتقام عد فعله جريمة حتى وإن درء به اعتداء فعلي على حق، وبالرغم من عدم وجود نص في القانون يشترط هذه النية، إلا أنها تستفاد من العبارات العامة للنص ومن طبيعة فعل الدفاع ذاته. لذا نجد بعض الفقه ذهب للقول بأن هذه النية غير لازمة، على أساس أن أسباب الإباحة أسباب موضوعية عينية، في حين النية أمر شخصي، وبالتالي فلاشتغال بالنية اشتغال لا يفيد، إذ حتى بغياب النية فلولا الدفاع لاكتمل العدوان من الناحية الواقعية، لذا أجاز أصحاب هذا الرأي أن يكون الدفاع بجريمة غير عمدية، إذا صادفت رد اعتداء غير مشروع، كترك كلب بدون أخذ الاحتياطات اللازمة لمنع اعتداءه على الغير وصادف لارتكاب جريمة ومنعها. في حين يرى البعض أن النية مستفاد من اشتراط رد العدوان بفعل قادر على الرد، وهذا يقتضي ضمنا وجود نية في ذلك، كون قياس القوة وتقديرها يقتضي وجود نية، خاصة وأن تقدير التناسب يقدر على ضوء كل من الظروف الموضوعية والشخصية المحيطة بالشخص المدافع، لكن لا يشترط في هذه النية أن تكون خالصة لا تخالطها نية أخرى، مثل الرغبة في الثأر والتباهي بالقوة أو إرهاب الغير، فهي نوايا وإن كانت غير مستحبة، فإنها لا تنفي نية الدفاع الشرعي، كون وجودها من عدمه في نظر القانون سواء. كما يرى البعض، إن سبق الإصرار والترصد لا ينفي نية الدفاع، كمن علم أنه مستهدف للسرقة في بيته فأعد خطة للدفاع، وفاجأ لصوصه بالدفاع فهنا يكون في حالة دفاع شرعي بالرغم من سبق الإصرار والترصد، وهو عكس ما اتجهت له محكمة النقض المصرية في بعض قراراتها. كما يرى البعض أيضا، أن نية الدفاع الشرعي لا تنتفي باستفزاز المدافع للمعتدي، نظرا لفكرة عقم الاستفزاز، غير أن هذا الرأي يفرق بين الاستفزاز والاستدراج، إذ الاستدراج لا يستقيم مع نية الدفاع، والاستدراج كتحدّي شخص أن يقوم بفعل ما، أو التظاهر بالغفلة عن صيانة المال، ويتخفى في مكان ما ليفاجأ السارق، فالاستفزاز مجرد إثارة وإهانة، بينما الاستدراج عبارة عن خطة مدروسة ومرسومة لتوريط الغير في الاعتداء وذاك بيئة مبيتة منذ البداية تحت ستار الدفاع الشرعي، لذا فالاستدراج لا يستقيم مع نية الدفاع الشرعي. وعدم مراعاة الشروط السابقة، يجعلنا أمام تجاوز لحدود الدفاع الشرعي، الذي نعالجه في النقطة التالية.

### ثالثا: حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي

المقصود بتجاوز حدود الدفاع الشرعي، نشوء الحق فيه أولا، وهو ما يفترض أولا وقوع عدوان يشكل جريمة من جرائم قانون العقوبات، وتعذر رد هذا العدوان إلا بطريق فعل يشكل بدوره جريمة من جرائم قانون العقوبات، ليأتي تجاوز الحدود عند ممارسة حق الدفاع الشرعي، وهو التجاوز الذي يتصور أن يكون بتجاوز محل الدفاع، ومحل الدفاع هو دائما حق من حقوق المعتدي، وإن حدث وأن أصاب المدافع حق من حقوق الغير، كأن ينتزع شجرة الغير ويستعملها كوسيلة دفاع، أو يمسك ببريء ويغطي به نفسه، أو يطلق النار في الليل ويصيب شخص غير المعتدي، فهنا حسب البعض أنه لم يكن متعمدا ذلك وبحسن نية ولم ينسب له أي خطأ، ويعتبر في حالة دفاع شرعي، وإن كان يتعمد هذا التجاوز في المحل يمكن أن يسأل بحسب الأحوال عن جريمة عمدية أو غير عمدية بحسب ما تحتمله الجريمة من أوصاف، غير أن البعض يرى بأنه رأي غير صائب إذ لا مجال لأن تهدر حقوق الغير الأبرياء لمجرد أن شخصا ما كان محل اعتداء، وإن كان يمكن القول بأن الركن المعنوي قد تخلف فلا يمكن القول بأي حال من الأحوال أن الفعل صار مباحا. وهناك حالة أخرى يسميه الفقه الشطط في الدفاع - وبينتها المادة 251 من تقنين العقوبات المصري- وهي تعدي المدافع بنية سليمة حدود الدفاع الشرعي أي أن يكون عالما بأنه يتعدى حدود الدفاع الشرعي، غير أنه لم يكن قاصدا إحداث أضرار أكثر مما يتطلبه الدفاع الشرعي، مما يجعل فعله غير مشروع يسأل عنه وإن كان حسن النية يخفف عنه العقوبة. وفي حال سوء نية المدافع، أي تعمده إحداث ضرر اشد مما يستلزمه الدفاع، إذ يكون قد قدر الموقف تقديرا صحيحا، فانتهز الفرصة وتجاوز حد الاعتدال ويوقع بالمعتدي ضرر اشد مما يلزم، فهنا تطبق القواعد العامة ويعاقب عن جريمة عمدية، بالرغم من أن بعضه كان مباحا والبعض الآخر مجرما، إلا أن الفعل الواحد وحدة واحدة لا تقبل التجزئة، فصار بذلك الفعل بأكمله غير مشروع، عملا بقاعدة عامة معمول بها في الفقه الشرعي، وهي **إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام**، غير أن ذلك ما يكون في العادة سببا لتخفيف العقوبة إعمالا للسلطة التقديرية للقاضي. أما إن كان التجاوز بحسن نية، أي اعتقد المدافع خطأ

أنه في حدود ما يقتضيه الدفاع الشرعي، فهنا ينتفي الخطأ كونه يدور وجودا وعدما مع فكرة حسن النية. غير أن حسن النية لا يبيح فعل الدفاع، وإنما يخف من العقوبة، كون النية مسألة شخصية في حين الدفاع الشرعي ظرف عيني موضوعي.

### الفرع الثالث

#### الحالات الممتازة للدفاع الشرعي

#### ( المادة 40 ق ع ج )

وهي حالات منقولة حرفيا من نص المادة 329 قانون عقوبات فرنسي، ويسمها الفقه الحالات الممتازة للدفاع الشرعي أو الدفاع الشرعي الممتاز، دلالة على افتراض المشرع فيها توافر شروط الدفاع الشرعي كقرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، غير أنه من الفقه من يرى العكس، وهو أيضا موقف القضاء الفرنسي، وبالتالي نرى أنه لا مجال اليوم لتسميتها بالحالات الممتازة للدفاع الشرعي، وإنما الحالات الخاصة للدفاع المشروع. وقد نصت المادة 40 من قانون العقوبات الجزائري على هذه الحالات بنصها: " يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

- 1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل،
- 2- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة."

ونلاحظ على المشرع الجزائري أنه استعمل لفظ " تدخل ضمن حالات الضرورة للدفاع الشرعي " بمعنى افتراضه لشرط اللزوم كوننا فسرنا عبارة الضرورة الواردة بنص المادة 39 على أنها تقصد اللزوم، لذا فهنا أيضا باستعمال نفس العبارة يعني أن المشرع افترض دخولها في حالات اللزوم. ثم أن المادة ذاتها تميز بين فرضين، فرض ورد فيه نوع الجرائم ونوع الاعتداء الذي يوجبها، وهو ما ورد بالفقرة الأولى من المادة 40، حيث أجاز أقصى الجرائم جسامة، وهي القتل والجرح والضرب، وحصر الاعتداءات في الاعتداءات ضد الحياة أي ضد جرائم القتل، وسلامة الجسم، ويعني الضرب والجرح، أو مجرد تسلق الحواجز والحيطان ومداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها بشرط أن يكون كل ذلك أثناء الليل. كما يمكن أن ننبه أن الشخص يمكنه أيضا دفع التسلق والكسر لملاحق المنازل ومداخلها وأسوارها وحيطانها، إذا كانت متركبة أثناء النهار، لكن في هذه الحالة لا يكون الدفاع شرعيا ومشكلا لسبب من أسباب الإباحة، بل يكون مشكلا لعذر معفي من العقاب، وهو عذر شخصي لا موضوعي، وهو الأمر الذي قضت به المادة 278 من تقنين العقوبات الجزائري، بينما بينت الفقرة الثانية، وبصيغة عامة إباحة كل فعل أي كان نوعه الذي يرتكب لدفع الاعتداءات على النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة، وهنا لم يشترط التناسب. كما أنه لم يشترط الليل، فيمكن أن يكون ذلك أثناء النهار، مما يجعل هذه الفقرة تتشابه في حكمها مع الحكم العام الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة 39، وكل ما في الأمر أنه في هذه الأخيرة حددت الاعتداءات بصيغة عامة وهي الجرائم الواقعة على النفس أو على الغير أو مال الشخص أو المال الغير، والفقرة الثانية من المادة 40 تتعلق فقط بالسرقات والنهب بالقوة.

وإن كانت الأسباب السابقة، هي أسباب الإباحة التي يأخذ بها المشرع الجزائري، وغالبية القوانين الجنائية المقارنة، فهناك أسباب أخرى تأخذ بها بعض الدول دون البعض الآخر، وهي رضاء المجني عليه وحالة الضرورة، وسبق لنا القول في تمهيد هذا الفصل أن قلنا بأننا سنتناولها في مبحث مستقل، وذلك لتعميم الفائدة، فقد يأتي تعديل ويدخلها في القانون الجزائري، كما قد يجد رجل القانون الجزائري نفسه ملزما للتعامل معها في حالات تنازع القوانين، وبخصوص الطلبة الأعزاء قد تكون موضوع امتحان أو مسابقة- وحدث فعلا أن كانت حالة الضرورة موضوع مسابقة ماجستير بجامعة البليدة منذ سنتين- لذا وإن التمسنا العذر في الإطالة غير المعتادة في إعداد المحاضرات المطبوعة، فإن لهذا العذر مبرراته التي تفوق في مصلحتها كل الانتقادات، وهي تعميم الفائدة العلمية للطلبة. وهنا فقط يمكن الاستعانة بالبيت الشعري المتعلق بالمذمة التي تأتي من جاهل" .....

### المبحث الثالث

#### أسباب الإباحة في القانون المقارن

من أسباب الإباحة أيضاً، رضاء المجني عليه، وحالة الضرورة التي تأخذ بها بعض القوانين دون البعض الآخر، ومنه القانون الجزائري الذي لا يأخذ بها، لذا ارتأينا تناولها في مبحث مستقل، نتناوله من خلال مطلبين، نخصص الأول لحالة رضاء المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة، لنخصص الثاني لحالة الضرورة.

### المطلب الأول

#### رضاء المجني عليه ( صاحب الحق ) كسبب من أسباب الإباحة

في حقيقة الأمر المشرع لما يجرم فعل من الأفعال، فإنه يكون قد قدر أن يضر بمصلحة من المصالح، وفي الكثير من الأحيان يتحقق المساس بمصالح المجتمع بالمساس بمصلحة الفرد، ولذا الأصل أنه لا شأن لإرادة الفرد في تجريم الفعل أو إباحته، لذا فاعتراض الشخص على الجريمة لا يعد ركناً في الجريمة، كما أن رضاه بها لا يعد سبباً لإباحتها، غير أن إرادة الفرد أو رضاه قد يؤدي في بعض الأحوال دوراً في مجال قانون العقوبات، وهو الدور الذي قد يكون من شأنه التأثير في قيام الجريمة أو في إباحتها، وهو استثناء عن الأصل، وفي حدود هذا الاستثناء ينحصر اثر الرضا كسبب من أسباب الإباحة.

لكن قد يبدو من الوهلة الأولى أنه متى رضي المجني عليه بارتكاب الجريمة التي تنال حق من حقوقه أو مصالحه، فإن هذا الرضا يبيح الجريمة، لكن هذا القول غير صحيح كون أسباب الإباحة تقتضي سبق تجريم الفعل بنص من نصوص قانون العقوبات، ثم وجود نص آخر يبيح الفعل في الظروف التي ارتكب فيها، والأمر ليس كذلك مع رضاء المجني عليه، حيث يمنع من قيام الجريمة ابتداءً، كدخول الشخص منزل آخر برضائه، لذا كان يجب تمحيص الحق المعتدى عله بدقة للقول ما إن كان رضاء المجني عليه يبيحها أم لا، كون رضاء المجني عليه يختلف حكمه باختلاف طبيعة الحق المعتدى عليه. ولا يمكن بأي حال من الأحوال بالقول بهذا السبب في مجال الجرائم التي يعتدى فيها على الدولة كشخص معنوي، ولا على المجتمع كمؤسسة اجتماعية، كما لا رضاء كسبب للإباحة في الجرائم التي تمس بالأسرة كنظام، وما القيود الموجودة على بعض الجرائم الأسرية سوى قيود إجرائية تحول دون تحريك الدعوى العمومية ولا تبيح الفعل في حقيقة الأمر، بل وإن الزوج إذا رضي بزنا زوجته ليس هناك ما يمنعه من تقديم الشكوى فيما بعد. وبالتالي البحث ينحصر فقط في الجرائم التي تمس حق الفرد، وحق الفرد بدوره قد يكون حقاً مزدوجاً، يمس المجتمع والفرد معاً، ومثاله حق الحياة، وسلامة البدن، وهنا يجب أن يرجح حق المجتمع ولا يعتد بالرضا الفرد، فمن يطلب من غيره قتله لتخليصه من آلامه التي سببها له مرض خطير أصابه ولا يرجى شفاؤه لا يعد رضاؤه سبباً لإباحة القتل. لذا فإن بحث مسألة رضاء المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة، تقتضي منا أولاً، أن نتناول دور الرضاء في قانون العقوبات، وتحديد طبيعته القانونية بخصوص التجريم والعقاب، وذلك في فرع أول، لنتناول في الثاني، الجرائم التي يعمل برضاء الشخص فيها في أهم القوانين المقارنة.

### الفرع الأول

#### دور الرضا وتحديد طبيعته القانوني في قانون العقوبات

الرضا في مجال قانون العقوبات غير الرضاء في مجال التقنين المدني، لذا فالضرورة أن تختلف طبيعته القانونية في القانون الأول، وبناء على ذلك يظهر دوره في مجال أسباب الإباحة.

#### أولاً: دور الرضا في قانون العقوبات

في بعض الأحوال الضيقة، يشترط المشرع لقيام الجريمة أن يقف المجني عليه منها موقف الرفض، أي أن ترتكب بدون رضاه، وفي مثل هذه الأحوال الضيقة يكون عدم الرضا عنصراً لقيام الجريمة ذاتها، وذلك يوجب نص يقرر المسألة كونها استثناء عن الأصل العام، بمقتضى الحاجة إلى المانع لا تطراً إلا إذا وجد المقتضى بتمامه، وهنا يكون الرضا يتمم الجريمة، وأهم الجرائم التي يشترط لقيامها عدم رضا الشخص، وقاع الأنتى بدون رضاها ( 267 تقنين عقوبات مصري)، هناك العرض بالقوة أو بالتهديد ( م 268 قانون عقوبات مصري)، القبض والحجز والحبس دون وجه حق ( 280 قانون عقوبات مصري)، خطف الإناث ( المادة 290 قانون عقوبات مصري) وكذا النصب وانتهاك حرمة منزل.. لذا ففي بعض الأحوال يكون الفعل مستجعماً للشرط التي تجعل منه جريمة، فيتدخل رضاء المجني عليه فيجعله مباحاً، مثل عمليات الإتلاف، العمليات الجراحية، وإن كان ليس هناك نص صريح يبيح الجريمة برضاء المجني عليه، غير أن الأصول القانونية توجب التسليم بهذه الحقيقة، فمن غير المنطقي إذا أباح القانون في فرع من فروع حق التصرف

في حق معين، أن يمنع قانون العقوبات هذا التصرف، لأن ذلك يعطل حرية التصرف، خاصة وأن القانون يعاقب على العدوان وفي مثل هذه الحالة يغيب عنصر الاعتداء لأن الرضا موجود. لكن ذلك لا يعني أنه سبب للإباحة، بل الجريمة لا تقوم لتخلف أحد عناصرها القانونية، الأمر الذي يقودنا بحث طبيعة الرضا القانونية.

### ثانياً: الطبيعة القانونية للرضا

يذهب الفقه إلى اعتبار الرضا تصرف قانوني تحكمه قواعد القانون الخاص، بينما يعتبره البعض تصرف قانوني تحكمه قواعد القانون العام، في حين يرى اتجاه ثالث أنه واقعة قانونية لا تصرف قانوني، في حين يرى البعض أنه تصرف قانوني يخضع أساساً لقانون الحق، لذا فهو يخضع تارة لأحكام القانون الخاص، وتارة أخرى لأحكام القانون العام، ويرجع إلى قانون العقوبات في حالتين، حينما ينص هذا القانون صراحة على حكم خاص بشأن الرضا، وهنا يطبق النص الجنائي مباشرة، والثانية حينما يخلو القانون الخاص من حكم ينظم الرضا في بعض جزئياته، وهنا يستنبط الحكم من المبادئ العامة لقانون العقوبات، وهو ما يتعلق بالسن مثلاً، ففي الحالة التي يحدد فيها قانون العقوبات السن المشتركة يعمل بأحكامه، لكن إذا تضمنها النص الخاص المتعلقة بالرضا فيحكمه السن القانوني التي نظمها هذا النص، ورغم الخلاف السابق، فإنه يمكن القول بأن الرضا في قانون العقوبات، عنصر من عناصر قيام الجريمة، حيث أن اشتراط الجريمة للقوة أو العنف أو الخلسة أو دون الرضا، يعني بدهاءة في حال توفر الرضا تنتفي هذه العناصر وبالتالي لا تقوم الجريمة، مما يجعلنا نقول وبنوع من التحفظ، أنه حتى في القانونين التي لا تنص صراحة على الرضا كسبب من أسباب الإباحة، فهو ضمناً سبب أو عنصر يمنع من قيام الجريمة متى تمت الإشارة إليه، لكن في هذه الحالة الفعل يباح لا لأنه ارتبط بسبب من أسباب الإباحة، وإنما لتخلف عنصر من عناصر الجريمة.

### الفرع الثاني

#### الجرائم التي ينتج فيها الرضا أثره المبيح

هي مسألة من أدق المسائل الجنائية، وانفق الرأي على أن الرضا لا ينتج أثره بالنسبة لكافة الجرائم، وإنما يقتصر أثره على طائفة محدودة منها، وهو ما نتناوله في نقطة، لنتناول في الثانية شروط الرضا المبيح للفعل. لنتناول في الثالثة حقيقة الرضا كفعل مبيح للجريمة.

#### أولاً: الجرائم التي يعتد بالرضا فيها

وهي الجرائم التي يكون فيها العدوان منصبا على حق يقبل التصرف فيه، مما يعني أن اثر الرضا يتوقف على طبيعة الحق، وهي الحقوق التي لا تكون فيها منفعة مباشرة للمجتمع وإنما حقوق تقرها الدولة وتحميها لصالح صاحبها، بقصد تمكينه من الانتفاع بها، غير أن المسألة تحتاج إلى تبيان معيار يعمل في الحياة الواقعية، لذا كان الاتفاق أنه لا أثر للرضا في الجرائم التي تقع مباشرة على حق من الحقوق الخالصة للمجتمع، كالصحة العامة والأخلاق العامة أو الجرائم الماسة بالدين، ولا أثر للرضا في الجرائم التي تقع على الدولة، ولا تلك الواقعة على الأسرة، لتبقى باقي الجرائم الأخرى التي يتعين فيها البحث عن طبيعة الحق، ومنها الحقوق المالية وغير المالية، وهناك اتفاق بخصوص الحقوق المالية التي تقبل التصرف فيها عن طريق الرضا، كرضاء الشخص بقطع الأشجار لبناء جاره عليها، في حين الحقوق غير المالية التي تتصل بذات الإنسان أي بعناصر شخصيته، والتي تسمى بالحقوق الشخصية أو اللصيقة بالشخصية، والمنقسمة إلى ثلاث مجموعات، حقوق تتصل بالكيان المادي للشخصية— مثل الحق في الحياة والحق في سلامة البدن—، وأخرى بالكيان المعنوي لها- الحق في الشرف والعرض والعفة وحرمة الحياة الخاصة والمراسلات والمكالمات والمسكن-، والثالثة تتصل بنشاط الشخصية ذاتها- والتي تضم مجموعة من الحريات، مثل حرية التنقل وحرية الاعتقاد وحرية العمل والتعبير...-، والأصل في هذه الحقوق أنها غير قابلة للتصرف فيها كونها من لوازم الشخصية غير القابلة للانفصال، وبالتالي لا مجال للرضا في الحق في الحياة، بينما يمكن في بعض الحقوق الأخرى أن يتم المساس بها سواء عن طريق الاتفاق، مثل عقد الزواج، أو عقد العلاج إذ يبيح القانون للطبيب الاطلاع على عورة المرأة، كما أنه قد يعتد بالرضا حتى في مسائل هناك العرض والعلاقات الجنسية أو الوقاع، والرضا بالتفتيش وإباحة إفشاء السر، وكشف المراسلات والأحاديث الخاصة.

غير أنه من بين الحقوق الأكثر إثارة للجدل، هو الحق في سلامة البدن، كونه حق للمجتمع مثلما هو حق للفرد، لذا فقدرته الشخص على التصرف في بدنه محدودة للغاية، لذا فهناك مجالات يعتد فيها بالرضا مثل العلاج والتجميل كونها تصرفات تحقق نفعاً للشخص وللمجتمع، لكن الإشكال حينما يقرر الشخص التصرف في بدنه تصرف ينتقص من كفاءة

الجسم، وهنا اتفق الفقه أنه تصرف جائز بشرط ألا يكون يهدد الحق في الحياة أو المساس بنحو خطير أو دائم بالحق في سلامة الجسد، على نحو يهدد بعدم قدرته على أداء وظيفته الاجتماعية على الشكل المعهود، لذا يجوز للشخص التصرف بالهبة أو البيع لعضو من أعضائه مما لا يعرض فقدها جسم الإنسان للخطر.

### ثانياً: شروط الرضا المبيح

بما أن الرضا موقفا إراديا، لذا بحثت مسألة ما إن كان يكفي فيه أن يكون ضمنيا أو صراحة، بين نظريتين إحداهما سميت الاتجاه المجرى للإرادة والأخرى سميت نظرية إعلان الإرادة، غير أن الغالبية رأته أنه يمكن للرضا أن يكون ضمنيا، بل أنه يصح أن يكون مفترضا، وهي الظروف التي يستحيل فيها الإفصاح عن الرضا لكنه من المحقق أن الشخص لو كان حاضرا أو قادرا على الإفصاح لأعلن عن رضاه، لكن يجب أن تكتمل شروط الرضا حتى ينتج أثره كسبب مبيح، وهذه الشروط هي:

#### 1- الصفة:

وهو أن يصدر الرضا عن صاحب الحق، وهو الشخص المجني عليه في الجريمة، أو من كان مرشحا لأن يكون مجنيا عليه لولا رضاه، وإذا تعدد أصحاب الحق وجب رضائهم جميعا، فإذا رضي البعض دون البعض الآخر كان الرضا غير كاف ليكون سببا من أسباب الإباحة، لكن وإن كان الأصل أن يصدر الرضا من صاحب الحق نفسه، فإنه يجوز أيضا أن يصدر من نائبه، خاصة وأن الإنابة في التصرف في الحقوق المالية جائزة، سواء كانت الإنابة قانونية أو اتفاقية أو قضائية، غير أن الحقوق غير المالية فلا إنابة فيها بالنظر لطابعها الشخصي الشديد، عدا الحالات التي تكون فيها الفائدة التي تعود على صاحب الحق مؤكدة، مثلما هو الشأن بالنسبة للعمليات الجراحية بغرض الشفاء.

#### 2- الأهلية:

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

#### 3- معاصرة الرضا للفعل:

يجب أن يكون الرضا قائما وقت إتيان الفعل، فإذا تراخى عنه كان عديم الأثر، حيث أن الفعل حينما اقترب كان غير مشروع فلا يقبله الرضا اللاحق عملا مشروعاً، وإذا تحقق الرضا قبل الفعل فيجب أن يظل قائما حتى يدركه الفعل، فإن رضا الشخص بإجراء عملية جراحية له ثم عدل فالطبيب الذي يجري له هذه العملية بعد العدول يعد مرتكبا لفعل غير مشروع.

#### ثالثاً: حقيقة الرضا كسبب من أسباب الإباحة

ثار التساؤل عما إن كان الرضا سببا قائما ومستقلا بذاته من أسباب الإباحة، أم مجرد تطبيق من تطبيقات الإباحة الأخرى، وتوصل البعض أنه مجرد علاقة بين الرضا والإباحة، وحقيقة الرضا أنه تصرف قانوني يرتب للغير حق أو رخصة أو يفرض عليه واجبا، ومباشرة الحق أو أداء الواجب هو الذي يجعل الفعل مباحا، فرضا المريض بالعلاج أنشأ للطبيب حق في علاجه، ولجوء الشخص لقسم الشرطة هربا من خصوه هو الذي أنشأ لهم حق باحتجازه لتأمينه، وهو واجب عليهم يجعل من فعلهم مباحا، لذا فالرضا منظورا له بذاته لا يدخل ضمن أسباب الإباحة، بل هو مصدر للحقوق ونشأة بعض الواجبات، لذا الفقه رتب الإباحة على الرضا بغير وجود نص يقره.

#### المطلب الثاني

#### حالة الضرورة

حالة الضرورة من النماذج الجديدة للتنازع بين المصالح المتعارضة، عندما يجد الشخص نفسه مضطرا لارتكاب جريمة لغاية حماية نفسه أو غيره من ضرر جسيم، مثل الأم التي تسرق لإعالة أولادها، وسائق السيارة الذي يصدم سيارة أخرى لتفادي دهس المارة، ومن يخرج عاريا للطريق العام تهربا من حريق شب بالمنزل، والطبيب الذي يجري عملية استعجالية لمريض عجز عن أخذ رضائه. ويعالج البعض حالة الضرورة كسبب من أسباب الإباحة، كونها تستند للتضحية بحق رعاية لحق أكثر أهمية، مما يجدر معه إضفاء صفة الإباحة عليها. خاصة وأن شرعت لحماية مصلحة الغير أيضا وليست لمصلحة المضطر فقط، مما يعني إقرار لحماية الحق الأجدر بالحماية، وأن الفقه الفرنسي في مجمله يجعلها سببا من أسباب الإباحة، في حين الفقه المصري يرى أن المشرع المصري اعتبرها مانعا من موانع

المسؤولية بالنظر لصيغة نص المادة 61 من قانون العقوبات. التي استهلكت بعبارة " لا عقاب" وهو ما يعارضه البعض ويرى عدم ضرورة التقيد بعبارات النص. وحالة الضرورة كسبب من أسباب الإباحة قريبة جدا من حالة الدفاع الشرطي، إذ تتطلب شروطا في الخطر (المقابل لفعل العدوان في حالة الدفاع الشرعي)، وشروطا أخرى في فعل الضرورة (المقابل لفعل الدفاع في حالة الدفاع الشرعي). وهو ما نبينه باختصار من خلال الفرعين التاليين.

### الفرع الأول

#### الشروط المتطلبية في الخطر

حالة الضرورة تتطلب خطرا يحل بالشخص حتى يمكنه اللجوء لفعل الضرورة الذي يشكل في الأصل جريمة لرد الخطر السابق، لذا فالخطر الذي يبرر اللجوء إلى هذا الفعل المجرم، الذي يباح بسبب خصائص الخطر، يوجب أن يستجمع الأخير جملة من الشروط، هي التي نتناولها في النقاط التالية.

#### أولا: خطر جسيم

يشترط في الخطر الذي يبرر حالة الضرورة أن يكون خطرا جسيما، وهو ما لم يشترطه قانون العقوبات الفرنسي الجديد في المادة 7/122، وشرط الجسامة صفة موضوعية لصيقة بالخطر من حيث مساسه بالمصلحة المحمية، ويقدر القاضي في تقديره الظروف التي أحاطت بالمتهم في ظل الظروف الموضوعية التي أحاطت به، دون أن يشترط فيه أن يكون جريمة مثلما هو الشأن بالنسبة لحالة الدفاع الشرعي، لذا فيمكن أن يكون مصدر الخطر فعل إجرامي أو غير إجرامي، أو قد يكون واقعة طبيعية كالفيضان والزلازل وهبوب العواصف، أو خطر مادي مصدره الآلات الصناعية والتوصيلات الكهربائية أو سبب نفسي كالجوع والمرض وخشية الفضيحة والعار.

#### ثانيا: خطر مهدد للنفس

المشرع المصري قدر بأن الأخطار المهددة للنفس هي الجديرة وحدها بالرعاية في حالة تصارعها مع المصالح الأخرى، لذا في مصر لا مجال لحالة الضرورة إذا كان الخطر مهددا للمال، مهما بلغت جسامة هذا الخطر، وهنا لا يجوز لربان السفينة إلقاء البضائع في البحر لإنقاذ السفينة من الغرق، على عكس التشريعات الأخرى مثل القانون السويسري والنرويجي والسوري واللبناني والأردني التي سوت بين الأخطار المهددة للنفس وتلك المهددة للمال، وأهمها المادة 7/122 من تقنين العقوبات الفرنسي.

#### ثالثا: خطر حال

وهو أن يعرض الخطر بطريقة مباشرة ومباشرة المصالح المحمية في قانون العقوبات للضرر، فلا يبرر حالة الضرورة الخطر المستقبلي ولا الخطر الذي انتهى، ويتحدد موضوع حيولة الخطر وفقا لمعيار موضوعي كذلك الذي تناولناه في مجال الدفاع الشرعي، ويجب أن يكون خطر حال حقيقي لا توهمي وهنا كل ما يحدث انتفاء القصد الجنائي ويسأل الشخص عن جريمة غير عمدية إذا كان القانون يعاقب عليها بهذا الوصف، كمن يرى دخان يتصاعد من نافذة جاره فيكسر الباب ويتضح أنها اشتعلت بفعل أصحاب المنزل للشواء، وعلى عكس ذلك، يرى البعض قيام حالة الضرورة بالخطر الوهمي، غير أن أنصار هذا الاتجاه يصنفون حالة الضرورة من بين موانع المسؤولية ويستوي بعد ذلك المصلحة التي يهددها الخطر كأن يكون السمعة والشرف، كما يستوي أن يكون مصدره عمل الإنسان أو الطبيعة.

غير أن المشرع يشترط ألا يكون مصدر الخطر المتهم ذاته، وهو ما بينته المادة 61 من تقنين العقوبات المصري، التي تتبعها الفقه على اعتبار حالة الضرورة مانع من موانع المسؤولية، غير أن البعض يرى أن ذلك لا يستقيم مع النظرة الصحيحة لحالة الضرورة كسبب من أسباب الإباحة، غير أن الخلاف لم ينحصر عند هذا الحد، بل امتد لمناقشة ما إن كان دور المتهم في إحداث الخطر عن عمد أو عن طريق الخطأ، فاتفق على أنه لا ضرورة في حالة العمد، كمن يشعل النار في مسرح ثم لينجو يدوس على طفل فيقتله، والقضاء الفرنسي ينفي حالة الضرورة حتى إن كان دور المتهم في إحداثها كان على سبيل الخطأ، في حين لا يوافق البعض ذلك، إذ يمكن إن تسبب الشخص بإهماله في إحداث خطر أن ينقذ مصلحة أجدر بالرعاية، مثل سائق السيارة الذي يسير بسرعة ولتفادي الاصطدام بسيارة تسير في الاتجاه المعاكس أن ينحرف يسارا ويصدم أحد المارة فيقتله، وربان السفينة الذي بإهماله توشك السفينة على الغرق لكن لإنقاذ نفسه والغير يلقي البضائع في البحر، وتتوفر هذه الشروط في الخطر، يستوي أن يكون من تعرض له مرتكب الفعل الضروي أو غيره من الناس، ولا يشترط أن يكون هذا الغير من أقارب الجاني، بل يكفي مطلق الغير.

## الفرع الثاني

### الفعل الضروي ( فعل الضرورة)

يشترط في الفعل الضروي الذي يرتكبه الشخص المضطر، مثلما يشترط في فعل الدفاع في حالة الدفاع الشرعي، وهما شرطي اللزوم والتناسب، وهما الشرطين الذين نتناول كل منهما في نقطة مستقلة.

#### أولاً: شرط اللزوم

وهو أن يكون اللجوء إلى الجريمة التي تشكل الفعل الضروي التي يكون غرضها دفع الخطر الوسيلة الوحيدة لتحقيق هذا الهدف، إذ إن كانت أمامه وسيلة أخرى مشروعة لا يعد فعله ضرورياً، واللزوم يقاس بمعيار موضوعي يتعلق بالشخص العادي المحاط بنفس الظروف التي يوجد بها المضطر. ومن توفر لديه الهرب فيجب أن يسلكه ولا يلجأ لارتكاب الجريمة، وهنا تختلف حالة الضرورة عن حالة الدفاع الشرعي، ويستوي أن تكون الجريمة اللازمة لدرء الخطر الذي يهدد المضطر جريمة عمدية أو جريمة غير عمدية، مثل سائق سيارة الإطفاء الذي يسير بسرعة لإنقاذ الناس فيصطدم بالغير، أو من يصعد بسيارته على الرصيف هروبا من دهس أطفال أمامه فيصدم شخصا آخر. بينما ترى محكمة النقض الفرنسية في هذا الشرط، أن تكون الجريمة هي أحسن وسيلة لتفادي الخطر، لا أن تكون الوسيلة الوحيدة. ويضاف لكل ما سبق ألا يكون الشخص ملزما قانونا بتحمل الخطر الذي يعترضه، مثل الجندي في ميدان القتال، ورجال البوليس في ممارستهم لمهامهم، والمتهم المقبوض عليه، والمحكوم عليه بالإعدام، وربان السفينة عندما تتعرض للغرق، فكل هؤلاء يتعرضون لخطر جسيم على النفس، ولكنهم ملزمين بتحمل هذا الخطر بحكم وظائفهم التي تقتضي بحكم طبيعتها التعرض لمثل هذه الأخطار.

#### ثانياً: شرط التناسب

حالة الضرورة تقتضي شأنها شأن الدفاع الشرعي التناسب، سواء كان عاما وهي ارتكاب جريمة من حيث الجسامية بأنها الوحيدة الممكنة من بين الجرائم التي كان يمكن ارتكابها، أي لا يمكن للشخص النجاة من الخطر الذي يهدده إلا بتلك الجريمة التي ارتكبها، ويتحدد هذا التناسب وفقا لمعيار موضوعي واقعي قوامه الشخص المعتاد الذي مر بنفس الظروف التي مر بها الجاني، كما تشترط حالة الضرورة أيضا التناسب الخاص، في الحالات التي يلجأ فيها لجريمة القتل، فهنا لا يجب أن يحدث الجاني ضررا يفوق الضرر الذي أراد تجنبه، على عكس التناسب الخاص في مجال الدفاع الشرعي، فالطبيب الذي يجري عملية جراحية لولادة عسيرة ليس له أن يضحى بحياة الأم لينقذ الجنين، ولا يجوز لشخص ينحرف بسيارته لتجنب قتل شخص أن يقتل عدد أكبر من الأشخاص. وتندق المسألة بخصوص مدى توفر حالة الضرورة في حالة قتل إنسان لأجل إنقاذ حياة إنسان آخر، فهنا يرى البعض أنه في حالة تساوي المصالح يجب تفضيل مصلحة البريء الذي لم يصدر عنه أي خطر، مثل حالة من أراد تجنب صدم أحد المارة فيصدم الآخر، ولا يجب أن يقتل الشخص غيره لإنقاذ حياته.

وفي حالة تجاوز الضرورة يعتبر الشخص مرتكبا لجريمة عمدية إذا كان القانون يعاقب عليها بهذا الوصف، وإذا كان التجاوز مبنيا على أسباب معقولة انتفت كل مسؤولية، وغن كان التجاوز عمديا اعتبر المتجاوز مسؤولا مسؤولية جنائية كاملة.

هذا وبعد ان تناولنا في فصلين متتاليين الركن الشرعي للجريمة، وأسباب الإباحة كأسباب تنفي هذا الركن أصلا وتعطل مفعوله، سنتناول في الفصل الموالي، أهم ركن من أركان الجريمة، ألا وهو الركن المادي على اعتبار الجريمة أفعال وسلوكات نهى عنها النص القانوني، أي الركن المادي تجسيد للركن القانوني.

### الفصل الثالث

#### الركن المادي للجريمة

الركن المادي للجريمة يقصد به تطابق الفعل الذي أتاه الجاني مع النموذج القانوني للجريمة، كون القانون يحدد أركان وشروط الجريمة وبها يتحدد النموذج القانوني لها، أو المظهر القانوني لها، ليأتي المظهر المادي الذي يتحدد بالواقعة التي حدثت في العالم الخارجي من قبل الجاني، ويشترط فيه أن يتطابق مع المظهر القانوني الذي بينه المشرع. لذا فالركن المادي للجريمة، هو وجهها الخارجي الظاهر، وبه يتحقق الاعتداء على المصلحة المحمية قانونا، وعن طريقه تقع الأعمال



التنفيذية للجريمة، إذ لا وجود لقانون عقوبات في الدول الديمقراطية يعاقب على مجرد النوايا. فكل جريمة لا بد لها من ماديات تتجسد فيها الإرادة الإجرامية لمرتكبها، فالقانون الجنائي على عكس قواعد الأخلاق ليس له سلطان على ما في ضمائر الناس من أفكار شريرة ومن نوايا إجرامية، حتى ولو وصلت مرحلة عقد العزم والتصميم ما لم تخرج لعالم الماديات التي تجسد هذه النوايا وتصبح تعرض المصالح والحقوق للأخطار، فهنا يتصدى لها القانون الجنائي يعاقب عليها. وبالتالي الركن المادي هو ما يدخل في البناء القانوني للجريمة من عناصر مادية ملموسة يمكن إدراكها بالحواس.

### أهمية اشتراط الركن المادي لقيام الجريمة:

إن أهمية اشتراط المشرع للركن المادي للجريمة، تكمن أساسا في كونه الركن الذي يجسد ما يعرف بمبدأ " مادية الجريمة Le Principe de la matérialité de l'infraction"، فالقانون الجنائي لا يهتم بالباطن والنوايا، وإنما يهتم فقط بالظاهر المادي الملموس، وهو أمر لا يخلو بأي حال من الأحوال من فعالية قانون العقوبات وتحقيقه للعدالة المنشودة، فمن العدالة ألا يحاسب الأفراد على نواياهم، متى لم تتجسد في نشاط مادي خارجي ملموس يلحق أضرارا بالمصالح المحمية قانونا، أو مجرد تهديدها بأخطار، مهما كانت هذه النوايا والنوازع حافلة برغبة مخالفة القانون – كون قانون العقوبات يحمي الحقوق والمصالح من الاعتداءات الفعلية الواقعة عليها، أو مجرد تهديدها أي احتمال الإضرار بها-.

كما انه ليس من الجدوى والفعالية تجريم النوايا والعقاب عليها، كون هذه النوايا ليست ضارة في حد ذاتها، بل أن تجريمها قد يشجع الأفراد على تجاوز مرحلة النوايا والإقدام فعلا على ارتكاب الأفعال، متى كانوا في الحالتين معرضين لعقاب القانون، مما يجعل عدم العقاب على النوايا يعد في حد ذاته ضمانا من الضمانات المكرسة لحقوق وحريات الأفراد.

وتظهر أهمية اشتراط الركن المادي أيضا، في تسهيل عملية إثبات الجريمة، لأنه إن كان من اليسير إثبات وقوع ماديات الجريمة، التي تجسدت في أفعال خارجية ملموسة أحدثت أثارا في العالم الخارجي، أو على الأقل يمكن إدراكها بالحواس حتى وإن لم تصل لحد ترتيب أثارها، فإنه من العسير جدا إثبات النوايا، في الحالات التي يرتأى فيها المشرع تجريم هذه النوايا، وبذلك يكون القانون منفذا لإفلات الجناة من العقاب. وقانون العقوبات في غالب الأحوال لا يشترط مجرد السلوك، بل يتطلب تحقق نتيجة معينة تكون أثرا لهذا السلوك، وأن يكون الأخير مسببها، لذا فالركن المادي للجريمة التامة يتحلل في العادة إلى ثلاثة عناصر، هي: السلوك، النتيجة، وعلاقة أو رابطة سببية تربط بين هذا السلوك والنتيجة التي تحققت، وهو ما الوضع العادي والمألوف للجرائم التامة، غير أن هذه العناصر قد لا تتحقق مجتمعة ومع ذلك يتدخل المشرع بالعقاب، وذلك في الحالات التي يأتي فيها الشخص بالسلوك إلا أن النتيجة تتخلف، وهو ما يسمى بالمشروع أو المحاولة، وهو موضوع بحث في المبحث الثاني، كما أن الوضع العادي والمألوف للجرائم أن فعلا واحدا مجرما يسهر على تنفيذه فاعل واحد، غير أنه يمكن أن تتضافر جهود العديد من الأشخاص لاقتراض الفعل، وفي هذه الحالة تكون أمام مشروع إجرامي لأطراف متعددة، وهي صورة خاصة من صور الركن المادي للجريمة، وتسمى بالمساهمة الجنائية أو الاشتراك، الذي يكون موضوع بحث في المبحث الثالث.

### المبحث الأول

#### تحليل الركن المادي للجريمة

#### عناصره في حالة الجريمة التامة

الركن المادي للجريمة، وفي غالبية الجرائم، يتحلل – مثلما سبق القول- إلى ثلاثة عناصر، هي السلوك سواء تمثل في فعل أو مجرد امتناع، ونتيجة يكون سبب حدوثها هذا السلوك، سواء كانت نتيجة مادية يمكن إدراكها في العالم الخارجي أو مجرد نتيجة بالمفهوم القانوني، وأن ترتبط هذه النتيجة برابطة أو صلة أو علاقة سببية، بمعنى أن يكون السلوك سبب في حدوث وتحقق النتيجة، والعناصر الثلاثة السابقة، هي العناصر العامة للركن المادي لكل جريمة تامة وقعت طبقا للنموذج القانوني أو التشريعي المرسوم لها من قبل المشرع، مع ملاحظة أنه هناك من الجرائم ما لا يشترط فيها المشرع تحقق نتيجة معينة، أي لا تعد النتيجة عنصرا لازما في ركنها المادي، وهي ما تعرف بـ **جرائم السلوك المجرد أو السلوك المحض**، كما تسمى أيضا **بالجرائم الشكلية**، كجريمة حيازة سلاح بدون ترخيص، ومثل هذا النوع من الجرائم يقوم على مجرد إثبات السلوك المجرم، دون اشتراط ترتب نتيجة عليه.

كما أنه هناك جرائم يتطلب البناء القانوني لركنها المادي ، وبالإضافة للعناصر العامة الثلاثة السابقة، عناصر أخرى خاصة تستخلص من نص التجريم ذاته، والتي يتوقف على توفرها اكتمال الجريمة قانونا من الناحية المادية، من أمثلة هذه العناصر الخاصة، ما يتعلق بمحل العدوان الذي ينصب عليه السلوك، مثل الإنسان الحي في جريمة القتل ( المادة 254 قانون عقوبات جزائري)، والمال المملوك للغير في جريمة السرقة ( المادة 350 قانون عقوبات جزائري)، والمحرم المكتوب في جريمة التزوير ( المادة 214 وما بعدها من قانون العقوبات). وقد يتعلق العنصر الخاص بصفة في الشخص، سواء كان جاني أو مجني عليه، ومن أمثلة الصفة المتطلبة في الجاني، صفة الموظف في جريمة الرشوة، وجريمة الاختلاس، وصفة الزوج أو الزوجة في جريمة الزنا ( المادة 339)، ومن العناصر الخاصة المشتركة في المجني عليه، القاصر ( المادة 236 وما بعدها)، وصفة الموظف أو الهيئة النظامية في جرائم الإهانة والتعدي على الموظفين ومؤسسات الدولة ( المادة 144 وما بعدها)، وترك الأطفال والعاجزين ( المادة 314 وما بعدها) ... وقد ينصب العنصر الخاص بالوسيلة المستعملة في ارتكاب الجريمة، مثل السرقة باستعمال السلاح ( المادة 351 ق ع ج ) ، وجريمة القتل بالتسميم ( المادة 260 ق ع ج). كما قد يتعلق العنصر الخاص بزمان أو مكان ارتكاب الجريمة، ومن أمثلة اشتراط زمن معين في بعض الجرائم، الجرائم التي ترتكب في زمن السلم ( المادة 74 وما بعدها)، ومن أمثلة الجرائم التي تتعلق بالمكان، جريمة القذف التي تشترط العلنية في مكان عام ( المادة 296)، وجريمة السكر العلني، والمخالفات المتعلقة بالطرق العمومية ( المادة 444 مكرر وما بعدها). غير أن موضع دراسة هذه الأركان الخاصة هو القسم الخاص لقانون العقوبات، لذا تنحصر دراستنا في هذا الموضوع على العناصر العامة للركن المعنوي فقط، ونتناول كل منها في مطلب مستقل من المطالب الثلاثة التالية.

### المطلب الأول

#### السلوك الإجرامي ( أو الجرمي أو المجرم)

#### مبدأ: السلوك مادة الجريمة وأداة مخالفة القانون

يعد السلوك الإجرامي من أهم مكونات الركن المادي للجريمة، وأكثر هذه العناصر إفصاحا عن مخالفة الجاني لأوامر ونواهي قانون العقوبات، ويعرف السلوك باختصار، بأنه ذلك التصرف أو الفعل أو الموقف الذي إذا أتاه الشخص عوقب، لذا كان من الطبيعي أن يحدد سلوك كل جريمة من قبل المشرع تطبيقا لمبدأ الشرعية الجنائية، لأن الجرائم أفعال تطبيقا لمبدأ " لا جريمة دون فعل"، وهو الفعل الذي قد يكون إيجابيا يأتيه الشخص بالمخالفة لنواهي قانون العقوبات، وقد يكون سلبيا يأتيه الشخص بالمخالفة لأوامر هذا القانون، وهما صورتنا السلوك المؤثم قانونا، الأولى – الفعل الإيجابي- وهي الصورة الشائعة التي تستوعب غالبية الجرائم، والثانية – السلوك السلبي- أقل مقارنة بالأولى، وتسمى الجرائم في هذه الحالة بالجرائم السلبية أو جرائم الامتناع وأحيانا جرائم الترك، وهي قلة قليلة مقارنة بالجرائم الإيجابية أو جرائم الفعل. لذا سنحاول أن نتناول صورتَي السلوك من خلال الفرعين التاليين.

### الفرع الأول

#### السلوك الإيجابي ( الفعل)

وهي صورة من السلوك المشكلة للركن المادي لغالبية جرائم قانون العقوبات، ويسمىها الفقه أيضا: " النشاط" أو "السلوك"، ويتمثل في الغالب في حركة أو مجموعة حركات عضوية إرادية تحدث تغييرا في العالم الخارجي الملموس، ويكون السلوك فعلا إذا استخدم فيه الجاني أعضاء جسمه، كما لو استعمل يديه في الضرب أو القتل، أو لسانه في جريمة القذف أو السب أو التهديد الشفوي أو تحريض الغير على ارتكاب الجرائم، أو استعمال رجله في جريمة التعدي على الملكية العقارية واغتصابها واحتلالها، لذا فمن أهم خصائص السلوك الإيجابي هي:

#### أولا: السلوك الإيجابي حركة أو عدة حركات عضوية

السلوك الإيجابي أو الفعل، يعد عبارة عن حركة أو مجموعة حركات عضوية، يأتيها الجاني لتنفيذ جريمته، فقد تكون حركة واحدة كتوجيه ضربة للمجني عليه أو إطلاق رصاصة عليه، أو توجيه إهانة واحدة له، أو مجموعة حركات عضوية تستند إلى قرار جرمي واحد، كاستمرار الجاني في طعن المجني عليه بعدة طعنات متتالية، أو إطلاق العديد من الرصاصات نحوه، في حين السلوك السلبي أو الامتناع فهو إجماع عن الحركة، في أوضاع كان يتعين على

الشخص إتيانها، وتسمى الجرائم التي تقع بالسلوك الإيجابي بالجرائم الإيجابية، في حين تسمى الجرائم التي تتحقق بالامتناع، بالجرائم السلبية.

ويجب أن تكون الحركة أو مجموعة لحركات العضوية، عبارة عن حركات مادية مصدرها عضو من أعضاء جسم الإنسان، دون اعتداد في ذلك - في غالبية الأحوال- بالوسيلة المستعملة في تحقيق هذا السلوك، على اعتبار أن الوسيلة ذاتها، تسيروها الحركة الصادرة عن عضو الإنسان.

### ثانياً: السلوك حركة إرادية هادفة لتغيير وضع قائم

يشترط في السلوك الإيجابي، زيادة على كونه حركة أو مجموعة حركات عضوية مادية صادرة عن عضو أو أكثر من أعضاء جسم الإنسان، أن تكون القوة الدافعة لهذه الحركة هي الإرادة، بمعنى أن تكون الحركة إرادية صادرة عن وعي وإدراك وحرية اختيار، وبعبارة أخرى يشترط أن تكون هناك صلة نفسية بين الحركة والإرادة، كون الحركة اللاإرادية حتى وإن ترتب عنها النتيجة المجرمة قانوناً، إلا أن مسؤولية الشخص عنها منتفية، والإرادة هذه يجب أن تهدف إلى تغيير وضع قائم، والمقصود بذلك أن يكون هذا التغيير متمثلاً في الاعتداء أو الإضرار أو مجرد احتمال التهديد للمصالح والحقوق المحمية بموجب قانون العقوبات.

### الفرع الثاني

#### السلوك السلبي

#### ( الترك أو الامتناع أو عدم الفعل )

القانون الجنائي لا يعاقب فقط على السلوكات الإيجابية المتمثلة في حركة أو مجموعة حركات عضوية مادية إرادية - وإن كان ذلك الأصل-، بل هو يعاقب أيضاً على بعض التصرفات والسلوكات السلبية الضارة، وذلك كاستثناء، والسلوك السلبي يتمثل في موقف سلبي يتخذه الشخص إزاء قاعدة قانونية تطالبه بالقيام بعمل ما، فيمتنع عن القيام به، أو يقوم بعمل مضاد للعمل الذي أمرت به القاعدة القانونية، لذا فالامتناع بدوره عبارة عن عمل إرادي واعي مصدره الإرادة الحرة المختارة لا مجال فيه للقول بقيام المسؤولية الجنائية للممتنع في حال ما إذا دفعته قوة قاهرة أو أكره عليه. ومن أمثلة جرائم الامتناع في قانون العقوبات الجزائي، امتناع الشاهد عن الحضور أمام الجهات القضائية الجزائية ( المادة 89 من قانون الإجراءات الجزائية بخصوص الامتناع عن الحضور أمام قاضي التحقيق، والمادة 222 من ذات القانون بخصوص امتناع الشاهد عن الحضور أمام جهات الحكم الجزائية، والمادة 299 من ذات القانون بخصوص امتناع الشاهد عن الحضور أمام محكمة الجنايات)، وامتناع الموظف عن تطبيق ما أمر به القانون ( المادة 109 قانون عقوبات)، وامتناع الشخص الذي يعلم بالشرع في ارتكاب جنائية أو وقوعها ولا يخبر السلطات المختصة بها فوراً ( المادة 181 ق ع ج).

وفي كل هذه الحالات نكون أمام جرائم امتناع، لأن النص الجنائي ألزم الشخص بالقيام بعمل معين تحت طائلة توقيع جزاء جنائي ولم يحم به، لذا فجرائم الامتناع عبارة عن جرائم محددة العناصر في النصوص الجزائية، تطبيقاً لمبدأ الشرعية الجنائية، لذا فلا يجوز اللجوء للتفسير الواسع ولا القياس فيها، والقانون في العادة ما يعاقب على مجرد السلوك السلبي فيها، دون أن يشترط تحقق نتيجة معينة تترتب عن هذا الامتناع، مما يجعل غالبيتها من جرائم السلوك المحض. غير أن الفقه أوجد طائفة جديدة من الجرائم سماها جرائم السلوك بالتارك، أو الجرائم الإيجابية التي تقع بجريمة امتناع، أين يكون السلوك مجرد امتناع لكنه يقترن بتحقيق نتيجة مادية معينة، مثل امتناع الطبيب عن القيام بعلاج المريض مما يؤدي لموت المريض، أو امتناع الأم عن إرضاع ابنه مما يؤدي إلى إهلاكه.

#### المطلب الثاني

#### النتيجة الإجرامية ( أو المجرمة )

يقصد بالنتيجة كأحد العناصر المكون للركن المادي للجريمة، الأثر الطبيعي المترتب عن السلوك المجرم قانوناً، وهو المفهوم المادي للنتيجة المتمثل في وجود أثر مادي أو تغير يحدث في العالم الخارجي الملموس، في حين المفهوم القانوني للنتيجة، فيتمثل في الاعتداء على المصالح والحقوق المحمية قانوناً. وقد يظهر أن النتيجة أمر لا ينفصل عن السلوك المادي، بحيث يقوم الجاني بعمل واحد تعد النتيجة آخر حلقاته، غير أنه في الواقع، النتيجة تعد العنصر الثاني المستقل والمنفصل من عناصر الركن المادي للجريمة، وما يدل على ذلك تمييز

المشرع بين الجريمة التامة ومجرد الشروع- وهو موضوع دراسة مستقلة لاحقا- فلو كانت النتيجة عنصرا ملازما للسلوك لما قام المشرع بهذه التفرقة، ولما كانت هناك أصلا حاجة للعقاب على الشروع، ما دامت النتيجة ملازمة للسلوك، لذا فالسلوك أمر مستقل عن النتيجة. لذا فالنتيجة عنصر من عناصر الركن المادي، يتمثل في التغيير الذي يحدثه السلوك في العالم الخارجي الملموس، والذي قد يكون أثرا ماديا، مثل حدوث الوفاة في جريمة القتل، والاستيلاء على مال الغير في جريمة السرقة، وقد يكون مجرد أثر نفسي، مثلا كالحط من قيمة ومكانة الشخص في وسط أقرانه في المجتمع كجرائم القذف والسب، لذا نرى أن النتيجة المعتد بها قانونا، ليست النتيجة الواقعية التي حدثت في العالم الخارجي، أو ما يعتبره المجني عليه أنه نتيجة أضرت به، وإنما النتيجة هي ما يعتد به القانون ويعتبره تغييرا قانونيا.

والنتيجة عنصر لازم في معظم الجرائم، خاصة تلك التي يرتب فيها المشرع على تحقق النتيجة أحكام قانونية، تتعلق أساسا بالشروع والاشتراك والقصد الجنائي، غير أن النتيجة قد لا تكون عنصرا لازما في الركن المادي لبعض الجرائم، التي تقوم ويكتمل ركنها المادي بمجرد إتيان السلوك، وتسمى الجريمة في هذه الحالة، بالجريمة الشكلية أو جرائم الخطر أو جرائم السلوك المحض، مقارنة بالجرائم المادية أو جرائم الضرر، التي تتطلب نتيجة. لذا نرى بأن دراسة فكرة النتيجة كعنصر عام وهام في الركن المادي للجرائم، تقتضي منا تناول موضوع التفرقة بين النتيجة المادية والنتيجة القانونية، وذلك في فرع، لنتناول في الثاني التمييز بين الجرائم المادية ذات النتائج، والجرائم الشكلية التي لا يشترط فيها المشرع تحقق نتيجة معينة.

## الفرع الأول

### التمييز بين النتيجة المادية والنتيجة القانونية

#### النتيجة بين المفهوم المادي والمفهوم القانوني:

النتيجة عموما هي الأثر الطبيعي الذي يتمخض عن السلوك ويعتد به القانون، وهو التعريف الذي يشتمل على ثلاثة عناصر، أن النتيجة أمر واقعي له وجود خاص وذاتية مستقلة، وهي في حقيقة الأمر تتميز عن السلوك مهما كانت مرتبطة به، والقانون أحيانا قد يتطلب حدوث نتيجة معينة، وأحيانا يكتفي بالنص على صلاحية السلوك لإحداثها، أما العنصر الثاني للنتيجة فهو ارتباطها بالسلوك برابطة سببية، وهي الرابطة أو العلاقة التي تعد بالغة التعقيد والأهمية، والعنصر الثالث هو اعتداد القانون بالنتيجة، إذ الفعل الواحد قد يرتب نتائج متعددة، وهي النتائج التي قد تولج نتائج أخرى، غير أن القانون يهتم ببعض دون البعض الآخر، والمشرع قد يجعل بعض النتائج عنصرا لازما لوقوع الجريمة والبعض الآخر من نتائجها المشددة، أو ظرفا مؤثرا في عقوبتها فحسب، مثال الأول حدوث الوفاة في جريمة القتل، ومن أمثلة الثانية العاهة المستديمة في جريمة الضرب، وفي هذا المقام تهنا النتيجة كعنصر لا كظرف، غير أن النتيجة تعد أحيانا من عناصر الجريمة إذ لا تقوم هذه الأخيرة دونها، في حين قد يكتفي المشرع بالسلوك وحده في بعض الأحيان، وفي هذا الصدد قسمت الجرائم حسب الفقه، إلى جرائم نتيجة وجرائم سلوك محض.

#### أولا: المفهوم المادي للنتيجة

النتيجة بالمفهوم المادي تتحقق بكل تغيير يحدث في العالم الخارجي كأثر للنشاط الإجرامي، ووفقا لهذا المفهوم للنتيجة أهمية قانونية في موضوعين، الأول بخصوص اكتمال الجريمة وتامها، والثاني كمييار لتحديد العقوبة، ووفقا للأهمية الأولى تقسم الجرائم على جرائم مادية ذات نتيجة، وأخرى شكلية كل ما تتطلبه مجرد السلوك، وهو ما نبينه في الفرع الثاني. بعد أن نتناول المفهوم القانوني للنتيجة.

#### ثانيا: المفهوم القانوني للجريمة

وهي النتيجة المتمثلة في العدوان على الحق أو المصلحة المحمية قانونا، سواء تمثل هذا العدوان في إصابتها بضرر أو مجرد تعريضها للخطر، لذا فهي وفقا لهذا المفهوم، لا تعد تغييرا في العالم الخارجي يمكن للحس أن يدركه ويميز بينه وبين سلوك الجاني، وإنما هي تقدير قانوني للسلوك أو حكم على هذا السلوك من وجهة نظر المشرع، وبهذا المفهوم النتيجة موجودة في كل جريمة، كون كل جريمة تقوم على سلوك، في حين المفهوم المادي للنتيجة المقابل للمفهوم القانوني هو ما يترتب عن السلوك من أثر مادي في العالم الخارجي المحسوس.

## الفرع الثاني

### التمييز بين الجرائم المادية والجرائم الشكلية

#### ( الجرائم ذات النتائج والجرائم ذات السلوك المجرد المحض )

سبق القول بأنه ليست كل الجرائم مما يتطلب فيها المشرع تحقق نتيجة مادية تحدث تغييرا ملموسا في العالم الخارجي، بل هناك من الجرائم ما يقوم ركنها المادي على مجرد إثبات السلوك بغض النظر عما إن رتب هذا السلوك نتيجة من عدمه، وبناء على ذلك تنقسم الجرائم من هذه الوجهة، إلى جرائم مادية ذات نتائج، وجرائم شكلية ذات سلوكيات فقط، لذا سنحاول أن نتناول معنى النوعين كل في نقطة، لنتناول في نقطة مستقلة أهمية التفرقة بين النوعين

#### أولاً: الجرائم المادية

الجرائم المادية، هي جرائم يتطلب المشرع فيها أن يترتب السلوك نتيجة مادية كأثر ملموس في العالم الخارجي المحسوس، أو على الأقل مجرد احتمال حصول هذه النتيجة كأثر مباشر عن السلوك، مثلما هو الشأن بالنسبة لجرائم الشروع، وهذا النوع من الجرائم هو الأكثر شيوعا في القوانين العقابية، إذ غالبية الجنايات والجنح تشترط وقوع نتيجة كأثر مباشر عن السلوك المجرم، سيما في السلوكات الإيجابية. لذا يسمى هذا النوع من الجرائم أيضا " **الجرائم ذات النتائج**"، أو " **جرائم الضرر**"، لأن النتيجة في حقيقتها ضرر أصاب مصلحة أو حق محمي قانونا، حتى وغن تجسد هذا الضرر في مجرد احتمال أو تهديد مثلما هو الأمر بالنسبة لجرائم الشروع.

#### ثانياً: الجرائم الشكلية

في مقابل الجرائم المادية ذات النتائج، توجد هناك جرائم شكلية لا يشترط المشرع لقيامها حدوث نتيجة كأثر مباشر مترتب عن السلوك المجرم، لذا فهي تسمى أيضا " جرائم السلوك المحض" أو " جرائم السلوك المجرد"، ومن أمثلة هذه الجرائم، عرض الرشوة على موظف عام، تزوير أو تزيف النقود دون ترويجها، تزوير الأوراق دون استعمالها، حيازة الأسلحة بدون ترخيص ودون أن تستعمل في ارتكاب جرائم، حمل الأوسمة أو ارتداء الأزياء الرسمية بدون وجه حق.

#### ثالثاً: أهمية التفرقة بين الجرائم المادية والجرائم الشكلية

للتفرقة بين الجرائم المادية والجرائم الشكلية، أهمية قانونية بالغة الأثر، وذلك بالنظر للنتائج القانونية المترتبة على هذا التمييز أو هذه التفرقة، خاصة بخصوص علاقة السببية، وفي مجال الشروع، وبخصوص العدول الاختياري. فبخصوص العلاقة السببية، لا مجال للبحث عنها في مجال الجرائم الشكلية، فهي صلة أو رابطة متطلبة فقط في الجرائم المادية ذات النتائج، كونها علاقة أو رابطة تفترض أصلا وجود عنصرين، هما السلوك والنتيجة، وتكون هي الرابط بين هذين العنصرين، وإن كان يجب قيامها وإثباتها في مجال قيام الركن المادي في الجرائم المادية ذات النتائج، فالأمر غير ممكن بخصوص الجرائم الشكلية، وذلك لانعدام النتيجة التي يبحث عن علاقتها بالسلوك، إذ هذا الأخير كاف لوحده لقيام الركن المادي.

وأما بخصوص الشروع – الذي سيكون موضوع دراسة مفصلة- فلا يمكن تصوره في الجرائم الشكلية، إذ السلوك المجرم إما أن يأتيه الشخص وإما أن لا يأتيه إطلاقا، على عكس الجرائم المادية ذات النتائج فهي جرائم تشكل مجالا خصبا لجرائم الشروع، هذه الأخيرة التي تتمثل في إثبات السلوك في بعضه أو في كله من قبل الجاني، وبالرغم من ذلك لا تتحقق النتيجة لظرف أجنبي خارج عن إرادة الجاني.

وأما بخصوص العدول الاختياري، وهو فكرة قانونية تتعلق بنظرية الشروع، فلا يمكن تصوره إلا في الجرائم المادية ذات النتائج، دون الجرائم الشكلية ذات السلوك المجرد، كون العدول يفترض البدء في تنفيذ الفعل والتوقف قبل تحقق النتيجة، وبالتالي عدم تحقق النتيجة معيار القول بوجود العدول الاختياري من عدمه، وما دامت النتيجة غير موجودة في الجرائم الشكلية فلا مجال للقول فيها لا بالشروع ولا بالعدول الاختياري، فالجريمة الشكلية إما أن تقع تامة وإما ألا تقع إطلاقا.

#### المطلب الثالث

#### علاقة ( صلة أو رابطة ) السببية

#### Le lien de causalité

مؤدى التصور القانوني لعلاقة السببية، هو أنه لكي يكتمل البنيان القانوني للركن المادي للجريمة، لا بد أن يرتبط السلوك، فعلا كان أو امتناعا، بالنتيجة المحظورة التي تحققت، أي ارتباط السبب بالمسبب، وبعبارة أخرى، يجب أن يكون السلوك مسبب النتيجة، فإن أمكن رد هذه النتيجة إلى عامل آخر غير السلوك الذي أتاه الجاني، انقطعت الصلة السببية وانتفت مسؤولية الجاني عن النتيجة التي تحققت، لذلك، وحتى يسأل الشخص يجب أن يكون سلوكه سبب حدوث النتيجة المحظورة قانونا، إذ المنطق واعتبارات العدالة تقتضي مسائلة الشخص فقط عن النتائج التي كانت ثمرة أفعاله المحظورة، لا النتائج التي كانت ثمرة عامل أو عوامل أخرى.

ويجب ألا نخلط بين صلة السببية التي تعد من عناصر الركن المادي للجريمة، وبين النية الإجرامية التي تعد من عناصر الركن المعنوي للجريمة - في بعض الحالات الضيقة-، حيث هذه الأخيرة عبارة عن مسألة نفسية أو شخصية، تتعلق بالموقف النفسي للجاني من النتيجة التي تحققت، وما إن كان يريد أم لا، في حين صلة السببية من الأفكار الموضوعية للصيقة بماديات الجريمة لا بجوانبها النفسية أو المعنوية.

غير أنه في الواقع توجد حالات يتضح فيها بما لا يدع مجالا للشك، أن الفعل الذي أتاه الجاني هو سبب النتيجة المجرمة التي تحققت، وفي هذه الحالة لا إشكال، حيث يعد الركن المادي بأكمله منسوبا للشخص، غير أنه وفي حالات أخرى كثيرة، قد تتداخل عوامل كثيرة بين سلوك الجاني والنتيجة التي تحققت، سواء كانت هذه العوامل سابقة أو معاصرة أو لاحقة لفعل الجاني، وهو ما قد يعدل أو يؤخر حدوث النتيجة، أو يجعلها تتحقق على نحو مخالف لما ارتأه وأراده الجاني، وبالرغم من أن هذه العوامل فيها الخفي والظاهر، المألوف والشاذ، المتوقع وغير المتوقع، القوي والضعيف [29]. في ظل المشاكل العملية التي أظهرتها مشكلة البحث في علاقة السببية، وفي ظل سكوت المشرع عن توضيح معيارها الدقيق، حاول الفقه إيجاد حلول فقهية لها، محاولا في بداية الأمر أن يعطي لها مفهوما علميا، قائلا أنه للسببية مدلول علمي قبل أن يكون لها مدلول قانوني، لذا يجب استخلاص معيار علمي لها لا استنادا للتصور القانوني، مستنديين في ذلك لنظرية العالم " جون ستيوارت ميل" الذي عرف السبب علميا، بأنه: مجموعة العوامل الإيجابية والسلبية التي يستتبع تحققها حدوث النتيجة على نحو لازم، لذلك فالسبب من الناحية العلمية، يعني احتواءه على شرطي اللزوم والكفاية في إحداث النتيجة، أي احتوائه على المقومات اللازمة والكافية لإحداث هذه النتيجة، غير أن هذا المفهوم العلمي صعب التطبيق في مجال العلوم الإنسانية عموما، والعلوم القانونية خصوصا، والقانون الجنائي بالأخص، كون السبب في هذا القانون عبارة عن سلوك إنساني لا يمكن عزله عن الأسباب الأخرى المعاصرة أو السابقة أو اللاحقة له، ولا يمكن تجريده والحكم عليه بمعزل عن مجمل الظروف والملابسات المحيطة به، لذا فالسببية في المجال الجنائي لا يمكن أن تخلو من الجوانب الشخصية والنفسية، لذلك من الصعب بمكان الحكم عن مدى صلاحية السلوك في إحداث النتيجة دون الأخذ بعين الاعتبار الموقف النفسي للجاني، لذلك فشل هذا الاتجاه، وظهرت محاولات فقهية أخرى بنت حلولها على العديد من النظريات الفقهية، نذكر أهمها في النقاط التالية.

## الفرع الأول

### نظرية تعادل الأسباب

#### ( نظرية الأسباب المتكافئة )

نادى بهذه النظرية فريق من الفقه الألماني وعلى رأسهم الفقيه " فان بورغ Van Burg "، ومقتضاها أن جميع الأسباب التي تساهم في إحداث النتيجة تتعادل وتتساوى ويكون كل من ساهم في إحداثها مسؤولا مع البقية، أي أن كل الأسباب والعوامل التي تتدخل إلى جانب فعل الجاني تعد مسببة للنتيجة متى ساهم معها فعل الجاني في إحداث النتيجة، بغض النظر عن دور باقي الأسباب الأخرى، وسواء كانت سابقة عن فعله أو معاصرة له أو لاحقة عليه، ولا تهم طبيعة هذه العوامل، وما إن كانت مألوفة أو شاذة، قوية أو ضعيفة، أو حتى ولو تداخل معها خطأ المجني عليه [30]، أو خطأ الغير [31]، أو القوة القاهرة [32]، أو حتى ولو كانت راجعة لفعل الطبيعة كالزلازل والفيضانات والعواصف، لأن فعل الجاني في مثل هذه الحالات، يصبح جزءا من سبب آخر " سبب المسبب"، أي العوامل الأخرى ما كانت لتحدث النتيجة لولا فعل الجاني، حتى ولو كان ضعيفا مقارنة بها، أو دوره ضئيلا مقارنة بدور باقي الأسباب والعوامل الأخرى، إذ فعل الجاني وفقا لهذه النظرية، يكفي أن يكون

موجودا ضمن طائفة من الأسباب الأخرى، حتى يمكن القول بأنه سبب في حدوث النتيجة، لأنه لولا فعله لما تعاقبت الأحداث على هذا النحو. ووفقا لهذه النظرية تترتب العديد من النتائج القانونية التي تنعكس على باقي أفكار قانون العقوبات، تقتضي منا تناولها قبل الخوض في تقدير النظرية ككل.

### أولاً: نتائج نظرية تعادل الأسباب

- يترتب على منطق نظرية تعادل الأسباب العديد من النتائج القانونية التي يمكننا أن نوجزها في النقاط التالية:
- 1- الجاني مسؤول دوماً عن الجريمة حتى ولو تداخلت إلى جانب سلوكه أسباب أخرى ساهمت معه في إحداث النتيجة، حتى وإن كانت غير متوقعة ولا مألوفة، كالحالة الصحية السيئة للمجني عليه، أو انهيار المستشفى الذي كان يعالج به المجني عليه،
  - 2- لا تنقطع الصلة السببية بين فعل الجاني والنتيجة حتى ولو تداخلت العديد من الأسباب الأخرى معه، سواء كانت معاصرة لسلوكه أو سابقة له أو لاحقة عليه، كتأخر المجني عليه في عرض نفسه على الطبيب، أو خطأ هذا الأخير في علاج المجني عليه.
  - 3- لا تنتفي صلة السببية بين سلوك الجاني والنتيجة المحظورة، حتى ولو كانت النتيجة ستتحقق حتماً، إلا أن سلوك الجاني عجل بحدوثها أو ضاعف في حجمها.

### ثانياً: تقدير نظرية تعادل الأسباب

جاءت نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب بمعيار سهل ويسير الإثبات في استخلاص علاقة السببية، إذ يكفي أن يكون سلوك الجاني قد ساهم في تسلسل الوقائع ليعد الفعل الذي لولاه لما وقعت النتيجة، إلا أن الفقه وجه سهام النقد لهذه النظرية، لأنها تنطوي على إقتال كاهل الجاني وتشدد عليه المسؤولية، وهو أمر مخالف للعدل والمنطق، وإعمالها أيضاً يؤدي إلى نتائج في غاية الغرابة، وكذا من الناحية القانونية، إعمال هذه النظرية يؤدي إلى إلغاء فكرة الاشتراك في الجريمة. كما قيل بأن هذه النظرية تتناقض مع نفسها، فنقر بداية التعادل بين الأسباب، ثم تختار من بينها سبب الجاني فقط وتلقي عليه كامل المسؤولية، وتحمله المسؤولية حتى عن الأسباب النادرة الحدوث، مثل الحريق الذي يهب في المستشفى، أو تهدمه، أو وقوع زلزال...

### الفرع الثاني

#### نظرية السبب المنتج

#### ( السبب المباشر أو الفعال )

وهي نظرية من ابتكار الفقه الأنجلوسكسوني، وتسمى أيضاً نظرية السبب الفوري أو السبب النشيط أو السبب الأقوى، والتي ترى وجوب اتصال النتيجة اتصالاً مباشراً بفعل الجاني، كونه السبب الأقوى أو المباشر أو الأساسي في إحداث النتيجة مقارنة مع الأسباب الأخرى، بمعنى أن الفاعل يسأل عن النتيجة الضارة التي جرم المشرع حدوثها، متى كان فعله سبباً قوياً وأساسياً لإحداثها وفقاً للمجرى العادي للأمر، ومؤدى هذه النظرية باختصار، هو أن نطرح السؤال التالي: هل الفعل الذي ارتكبه الجاني، باستبعاد العوامل الأخرى التي تظارفت معه، قادر لوحده على إحداث النتيجة الضارة التي وقعت؟. فإن كان الجواب بالإيجاب، فإن الجاني يعد مسؤولاً عن النتيجة التي حدثت، كما يعد مسؤولاً عن كل النتائج الأخرى المحتملة، سواء توقعها أو لم يتوقعها، ما دام أمر حدوثها وفقاً للمجرى العادي للأمر ممكن التصور، وإن كان الجواب عن السؤال السابق بالنفي، فالجاني لا يسأل عن النتيجة كون فعله لم يكن سبباً في حدوثها.

#### أولاً: معيار النظرية

يتضح مما سبق، بأن أنصار هذه النظرية أخذوا بمعيار مادي موضوعي، لا معيار شخصي، لأنها نظرية تأخذ بتقدير الأسباب، وهي أمور موضوعية لا دخل لشخصية الجاني فيها، ومعيار كل ذلك، معيار الرجل العادي الذي يوضع في نفس الظروف التي تواجد بها الجاني.

#### ثانياً: تقدير النظرية

بالرغم من وجهة النظرية، إلا أنها لم تسلم بدورها من سهام النقد، وأهم الانتقادات التي وجهت لها، هو عدم وضوح معيارها، أي المعيار الذي يمكن من تحديد السبب المباشر والأساسي من بين سائر الأسباب الأخرى غير المباشرة،

وأن القول بوجود سبب واحد للجريمة في ظل تعدد مسبباتها هو قول تعوزه الدقة ، لذلك نجد الفقه قد جاء بنظرية أخرى، تعد لغاية اليوم، وبإجماع الفقه، أفضل النظريات التي قيل بها في صدد بحث مشكلة صلة السببية، والتي أخذت بها معظم التشريعات الجنائية، سواء بصفة صريحة أو بصفة ضمنية، كما تبناها القضاء في العديد من الدول، وهي نظرية السبب الملانم، التي نتناولها في الفرع الموالي.

### الفرع الثالث

#### نظرية السبب الملانم

وهي نظرية، على عكس النظريات السابقة، أقامها أنصارها على معيار بسيط يشبه نوعا ما المعيار الذي تبنته النظرية السابقة، ومفاد هذا المعيار طرح السؤال التالي: **هل باستطاعة فعل الجاني بحسب المجرى العادي للأمر، إحداث النتيجة بالرغم من تداخل عوامل أخرى معه؟**. وهي بذلك نظرية لا يأخذ أنصارها بكل العوامل مثلما فعلت النظرية الأولى، ولا تستبعد كل العوامل مثلما فعل أنصار نظرية السبب المنتج، بل تأخذ فقط بالعوامل المألوفة التي يعلم بها الجاني أو يتوقعها على الأقل، ومعيار التفرقة بين العوامل المألوفة والعوامل الشاذة غير المألوفة، هو معيار العلم، أي متى كان يعلم الجاني أو يتوقع بعض العوامل المصاحبة لنشاطه كان العامل مألوفا ولا يمنع من مسائلته، وإن كان يجهل ذلك، عد العامل غير مألوف ويقطع اللصبة بين النتيجة وفعله.

غير أن أهم انتقاد وجه لإعمال هذا المعيار، أنه معيار شخصي ونسبي ينقلنا من إطار الركن المادي إلى إطار الركن المعنوي، في حين صلة السببية عنصر هام من عناصر الركن المادي يجب أن يستبعد من محيطها كل العوامل النفسية والشخصية، ويركز فيها فقط على المسائل والأمور المادية الموضوعية. كما أنه لا وجود لضابط يمكن من الحكم بعلم الجاني بالعوامل من عدمه. لذا صحح أنصار هذه النظرية موقفهم، وقالوا بمعيار الرجل العادي، عوض معيار العلم، وهو التصحيح الذي جعل منها من أكثر نظريات السببية قبولا، وأخذت بها غالبية التشريعات بما فيها المشرع الجزائري في نظرنا.

غير انه يمكننا القول كخلاصة، بأن أي من النظريات السابقة، وبالرغم مما قدمته من إضاءة لكثير من جوانب رابطة السببية في مجال الركن المادي للجريمة، إلا أنها لم تحل بصفة نهائية وحاسمة مشاكل هذه الفكرة القانونية، ودليل ذلك هو تشتت الفقه بالرغم من ثراءه، واضطراب القضاء بالرغم من اجتهاده، لذا فتردد المشرع عن تكريس معيار واضح ودقيق لرابطة السببية، لا يخلو من دلالات، وذلك بالنظر لأسباب التالية:

1- إن رابطة السببية ذاتها تستعصي عن التعريف وفق مفهوم مطلق ومجرد، لأن الفعل أو السلوك الإنساني يصعب تجريده بمعزل عن الظروف والعوامل المختلفة المحيطة به، لذا فمثل هذا السلوك يتميز بطابع خاص نسبي وشخصي أيضا تجعله يختلف من شخص لآخر، بل لدى الشخص الواحد من حالة لأخرى، ومن هذه العوامل والظروف، طبيعة الفعل نفسه وزمان ومكان ارتكابه، ووسيلة تنفيذه، والمحل الذي يرد عليه... لذا يجب الخروج من إطار المفهوم المطلق المجرد لعلاقة السببية إلى **إطار الفهم الواقعي النسبي لها**، وذلك لا يمكن إلا بتبني معيار واقعي ونسبي لهذه العلاقة، يأخذ بعين الاعتبار ظروف كل واقعة على حدة، وذلك لا يمكن أن يتأتى إلا بإعطاء القاضي سلطة تقديرية تمكنه من استخلاص هذه الرابطة من خلال الوقائع المعروضة عليه والظروف والملابسات المحيطة بها.

2- انطلاقا من التصور الواقعي النسبي لعلاقة السببية، يجب البحث فيما إن كان السلوك هو مسبب النتيجة في إطار كل قضية على حدة، وعلى أن يكون هذا السلوك متفوقا نسبيا على باقي العوامل الأخرى التي سبقته أو صاحبه أو تلتته، وهذا التفوق النسبي لا يستخلص استخلاصا مجردا، بل يستخلص واقعا بالنظر لكافة الظروف والملابسات المحيطة بالسلوك، وعلى ضوء دراسة كل العوامل بما فيها الشخصية، ومن أهم المعايير التي قد تعين القاضي في ذلك: طبيعة الجريمة وما إن كانت من الجرائم العمدية أو جرائم الخطأ، بحيث ما قد يصلح لاستخلاص العلاقة السببية في النوع الأول، قد لا يصلح لاستخلاصها في النوع الثاني. شخصية الجاني، وبحث مدى قدرته على التقدير ومدى قدرته على العلم بما يتعين عليه أن يعلمه، لأن سلوك الإنسان يصعب تقديره بمعزل عن صاحبه. مراعاة زمان ومكان ارتكاب الجريمة، لأن ما يمكن أن يكون سببا للجريمة في النهار في ظل الحركة والازدحام، قد لا يمكنه أن يكون كذلك في الليل، وما يمكن أن يصلح لأن يكون سببا للجريمة في مكان قد لا يصلح لأن يكون كذلك في مكان آخر. شخصية المجني عليه وسنه وظروفه الصحية والنفسية لها دور كبير في تقدير ما إن كان فعل الجاني هو السبب المباشر في إحداث النتيجة الضارة.



وبعبارة أخرى، يجب الخروج بصلة السببية من إطار المفهوم المجرد المطلق إلى رحاب الفهم الواقعي

النسبي، كون النظريات السابقة، وإن أضاعت جوانب هذه الفكرة القانونية المعقدة، غير أن أي من هذه النظريات لم يحل بصفة نهائية مسألة السببية، ودليل ذلك أن أحكام القضاء لا تزال مترددة ومن العسير ردها إلى نظرية من النظريات، وذلك داخل البلد الواحد، إذ في الدولة الواحدة يتراوح القضاء أحيانا من النقيض إلى النقيض. لذلك يمكن القول بفان المشرع الذي يعزف عن تكريس معيار للسببية له ما يبرره، كون صلة السببية تستعصي أحيانا على التعريف وفق مفهوم مجرد مطلق، كون الفعل الإنساني يصعب تجريده من ظروف وعوامل شتى تعطي له خصوصيته وطابعه النسبي. لذا فمن الضروري الأخذ بعين الاعتبار كل العوامل والظروف المحيطة بسلوك الإنسان، وعلى ضوءها يتم تقدير علاقة السببية، لذا يجب أن يكون السلوك المسبب للنتيجة متفوقا نسبيا عن باقي العوامل الأخرى، وهو التفوق الذي يستخلصه قضاة الموضوع واقعيًا ومن خلال كافة الظروف والملابسات المحيطة بهذا السلوك، في كل قضية على حدة وعلى ضوء شخصية الجاني ذاته. كما تختلف باختلاف أنواع الجرائم، فما قد يصلح معيار لاستخلاص علاقة السببية في جريمة قتل عمدي، قد لا يصلح لأن يكون كذلك في جريمة قتل خطأ، وأنه لا يمكن إعمال المقومات المادية على حساب المقومات الشخصية، فيجب أن تقدر صلة السببية بناء على مقومات السلوك المادية، ومقومات شخصية تستفاد من علم الجاني أو بما ينبغي عليه العلم به، لذا فعلاقة السببية تقوم على الفهمين المادي والشخصي، أي على الركنين المادي والمعنوي، فالسلوك الإنساني مهما كان ليس مادة مخبرية يتم إخضاعها للتجارب في المخبر. لذا يجب إعطاء القضاء سلطة في استخلاص صلة السببية، كون الحكم الذي يأتي خاليا من بيان البناء القانوني للجريمة يكون مشوبا بالقصور ويتعين نقضه، والدفع بانتفاء صلة السببية من الدفوع الجوهرية التي يتعين على المحكمة تحييدها والرد عليها، لكن القول بوجود أو انتفاء الصلة السببية من المسائل الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة من محكمة النقض، غير أنه لهذه الأخيرة رقابة على المعيار المعتمد من قبل محكمة الموضوع لاستخلاص هذه الصلة.

## المبحث الثاني

### المحاولة أو الشروع كصورة ناقصة للركن المادي

عادة ما يكتمل البنيان القانوني للجريمة بتوافر أركانها الثلاثة العامة، الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي، وهو الوضع الغالب والطبيعي لكل الجرائم، غير أن المشرع يتدخل أحيانا ويجرم بعض المظاهر السلوكية التي لا تكتمل لها كل هذه الأركان والعناصر، سيما ما يتعلق منها بالركن المادي للجريمة، فإن كان الأصل أن المشرع لا يعاقب إلا على الأفعال التي اكتملت ورتبت النتائج التي يعتد بها قانونا، إلا أنه يتدخل أحيانا بالعقاب دون أن يصل هذا الركن لهذه المرحلة، وهو الوضع في حال بعض الجرائم الناقصة التي تسمى شروعا. لذا قلنا بأن للركن المادي للجريمة صورا خاصة، تخرج عن إطار النموذج القانوني المكتمل والعادي للجريمة، والمتمثل في ارتكاب شخص لجريمة تامة فيعاقب عليه، وهو وضع جريمة الشروع وفكرة المساهمة الجنائية، التي نتناول كل منهما في مبحث مستقل.

وقد سبق القول بأن الركن المادي للجريمة – سيما في الجرائم المادية ذات النتائج- يتطلب أن يترتب عن سلوك الجاني نتيجة محظورة قانونا، وأن تربط بينهما رابطة سببية ليكتمل الركن المادي قانونا، لكن قد يحدث وأن يقوم الجاني بسلوكه المحظور كاملا، غير أن النتيجة لا تتحقق، أو أن يبدأ في سلوكه هذا ولا يكمله، سواء من تلقاء نفسه، أو نتيجة تدخل عوامل أخرى خارجة عن إرادته، وفي كلتا الحالتين يعد الجاني قد شرع في فعله المجرم كله أو بعضه دون أن يكتمل الركن المادي للجريمة، وهو ما يسمى الشروع في الجريمة أو المحاولة فيها. وهو وضع يعني أنه شرع في ارتكاب الجريمة، غير أنها لم تكتمل، مما يجعلها عبارة عن جريمة ناقصة أوقفت في مراحلها الأولى، أو استكمل السلوك فيها وخاب أثرها لسبب خارجي لا دخل لإرادة الجاني فيه. وذلك حتى نكون بصدد جريمة الشروع المعاقب عليه، لأنه لو كانت لإرادة الجاني دخل في وقف الجريمة، لكننا أمام فكرة العدول الاختياري التي تنفي جريمة الشروع أصلا. لذا سنحاول أن نبين معنى الشروع وأنواعه والعلّة من العقاب عليه، في هذا التمهيد، لنخصص المطالب لأركان جريمة الشروع فقط، بالنظر لخصوصية هذه الأركان في هذا النوع من الجريمة.

### أولا: مفهوم جريمة الشروع

عرف البعض الشروع بأنه: الحالات التي يفشل فيها الفاعل في تحقيق جريمته، أي لا تتحقق النتيجة المادية المطلوبة لقيام الجريمة، ورغم ذلك تم تعريض المصالح والحقوق المحمية قانونا للخطر، لأن الشروع ينطوي على احتمال الإجهاد

عليها في حال البدء في تنفيذ الجريمة. لذا يمكننا القول، أن الشروع اعتداء محتمل على مصلحة أو حق محمي جنائيا، والمشرع يحمي هذه الأخيرة من الاعتداءات الفعلية ومن مجرد احتمال وقوع مثل هذه الاعتداءات، لذا فالشروع جريمة توافر فيها الركن المعنوي ولكن تخلف فيها اكتمال الركن المادي فقط، سواء كان هذا التخلف بصورة جزئية أو كلية ونكون أمام جريمة ناقصة، وهذا النقص في البنيان القانوني للركن المادي للجريمة ينصب تحديدا على عنصر النتيجة القانونية التي لم تتحقق لسبب لا دخل لإرادة الجاني فيه، وبالتالي تصوير جريمة الشروع على النحو السابق، يستدعي إدراج الملاحظات التالية: جوهر الشروع أنه جريمة ناقصة، وهذا النقص ينحصر فقط في تخلف تحقق النتيجة، رغم ارتكاب السلوك المجرم كله أو في جزء منه. وتبعاً لما سبق، الشروع لا يثور كأصل عام، إلا بالنسبة للجرائم المادية ذات النتائج، وبالتالي فهو غير ممكن التصور في الجرائم الشكلية ذات السلوك المجرم المحض - وقد سبقت الإشارة لذلك- كونها في جوهرها جرائم تمثل مرحلة الشروع، وبالتالي لا يمكن تصور الشروع في الشروع. الشروع جريمة لم يكتمل ركنها المادي، لكن الركن المعنوي فيها يبقى ركناً أساسياً لا يمكن تصور قيامها بدونها، وتلك إذن الحكمة من العقاب على الشروع، وبالتالي يمكن القول مبدئياً، بأنه لا شروع في الجرائم غير العمدية.

### ثانياً: الهدف أو العلة من العقاب على الشروع

في حقيقة المرث السؤل في بعض الدول عن العلة من العقب عن جريمة الشروع، خاصة وان المشرع يعاقب على الاعتداءات الفعلية على المصالح والحقوق المحمية قانوناً، كما ثار تساؤل آخر حول قدر العقاب عن جريمة الشروع، وما إن كان يجب أن يكون مساوياً للعقاب عن الجريمة التامة أم أقل أم أكثر؟

فبخصوص العلة من العقاب، يرى الفقه أن الشروع كجريمة وإن كان قد خاب أثرها ولم تعد تشكل اعتداء فعلياً، فإنها تحولت إلى اعتداء محتمل أو خطر يهدد المصالح والحقوق المحمية قانوناً، وأن المشرع مثلما يحمي هذه الحقوق من الاعتداءات الفعلية، فإنه يحميها أيضاً من الاعتداءات المحتملة، والشروع جريمة تهدد بالخطر، ومصدر هذا الخطر أفعال مادية ملموسة والتي حتى وإن كانت ناقصة، إلا أنها تعد بادرة لارتكاب الجرائم وتنبئ بخطر إجرامية لدى فاعلها أو القائم بها. لذا يعبر بعض الفقه في هذا النوع من الجرائم، بأنه بالرغم من تخلف النتيجة المحظورة قانوناً، إلا أن الجريمة قد تمت من الناحية الشخصية، لكنها خابت من الناحية المادية، وأن الاضطراب الذي تحدثه الجريمة الخائبة في المجتمع، أشد خطورة من الاضطراب الذي يحدثه الشروع البسيط، الذي يقصد به عدم اكتمال السلوك.

### ثالثاً: أنواع الشروع ومجال تطبيقه

نصت المادة 30 من قانون العقوبات الجزائري، على أنه: " المادة 30: " كل المحاولات لارتكاب جنائية 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 يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها." ، ونصت المادة 31: " المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناء على نص صريح في القانون. والمحاولة في المخالفة لا يعاقب عليها إطلاقاً." من نص المادة 30 يتضح أنه للشروع صورتين، صورة الجريمة الخائبة التي يفرغ فيها الجاني كل نشاطه المادي ورغم ذلك لا تتحقق النتيجة المحظورة قانوناً، لظروف مستقلة عن إرادة الجاني أو لظروف مادية يجهلها أصلاً، وهو ما بينته الفقرة الثانية من المادة 30. مستعملة عبارة " لم يخب أثرها"، بينما بينت الفقرة الأولى صورة الشروع الناقص أو الجريمة الناقصة أو الجريمة الموقوفة، وهي الصورة التي لم يكتمل فيها السلوك أصلاً، كون الجاني أوقف- لم يتوقف بمحض إرادته- لذا استعملت المادة عبارة " إن لم توقف" المقصود بها الإيقاف الاضطراري، لكون العدول الاختياري يخرجنا أصلاً من نطاق جريمة الشروع.

وبالتالي يمكننا القول بأن الشروع إما أن يكون تاماً وتقابله الجريمة الخائبة التي لم تتحقق فيها النتيجة المحظورة قانوناً، لكنها تبقى ممكنة الوقوع، والجريمة المستحيلة، وشروع ناقص وتقابله الجريمة الموقوفة لأن السلوك فيها أوقف قبل اكتماله، وقبل انتظار تحقق النتيجة من عدمه، على أن يكون هذا التوقف اضطرارياً لا اختيارياً، لأنه سبق القول أن العدول الاختياري ينفي جريمة الشروع تماماً. وبالتالي الشروع نوعان، شروع تام وشروع ناقص وهما نوعاً أو صورتاً الشروع.

أما فيما يخص مجال تطبيق نظرية الشروع، فيمكننا القول من خلال استقراء المادتين 30 و31 من تقنين العقوبات الجزائري، بأن الشروع متصور في كل أنواع الجنايات بحسب المادة 30 ق ع ج، وفي الجنح في الحالات التي

يوجد فيها نص صريح يعاقب على الشروع بحسب المادة 1/31 ولا شروع إطلاقاً في مجال المخالفات التي إما أن تتم كاملة أو لا تتم أصلاً بحسب المادة 2/31 ق ع ج. وعلّة عدم العقاب على الشروع في المخالفات هو أنها جرائم بسيطة لا تنطوي على خطورة إجرامية كبيرة لدى الجاني، في حين أن العقاب على الشروع قرر أصلاً لمواجهة الخطورة الإجرامية لدى الجنّة. كما أن المخالفات في العادة عبارة عن صور سلوكية تقع بالمخالفة لأموار تنظيمية وإدارية، ارتأى فيها المشرع العقاب على السلوك ذاته، لا النتائج المترتبة عنه.

وعموماً يمكن القول أن الشروع عبارة عن جريمة شأنه شأن الجرائم التامة، وكل ما في الأمر أن الركن المادي فيه غير مكتمل العناصر، لذا لا بد وأن تكتمل هل باقي الأركان اللازمة لقيام الجرائم، وهي الأركان العامة الثلاثة المعروفة، الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي، وإن كان الركن الشرعي لا يثير أي إشكال، بحيث القاعدة العامة في العقاب على الشروع في الجنايات هي المادة 30، وفي الشروع في الجرح نص المادة 1/31 بالإضافة إلى النص الخاص الذي يعاقب على الجنحة، كما لا يثير الركن المعنوي أي إشكال، بحيث هو نفسه الركن المعنوي المشترط في الجرائم التامة- ولنا عودة إلى ذلك- ويبقى الركن المادي هو الذي يثير بعض الصعوبات، بحيث سبق القول بأن معيار التفرقة بين الجرائم التامة وجرائم الشروع هو عدم اكتمال الركن المادي في الأخيرة، الأمر الذي يثير بعض الصعوبات حول المرحلة التي يجب أن يصل فيها التنفيذ المادي للسلوك، ومعيار التفرقة بين المراحل المعاقب عليها من المراحل غير المعاقب عليها، وكذا معيار التفرقة بين العدول المعاقب عليه والعدول غير المعاقب عليه. والموقف من نوع من الجرائم تسمى: " بالجرائم المستحيلة" لذا فالمطالب التي سنتناولها في حقيقة الأمر تخص عناصر الركن المادي غير المكتمل في جريمة الشروع، لأنه سبق القول بأن الركنين الشرعي والمعنوي لا يثيران أي إشكال، وإن كنا سنعود للركن المعنوي في الأخير بنوع من التفصيل المختصر، لتبيان بعض الأوضاع الخاصة.

### المطلب الأول

#### البدء في التنفيذ كعنصر أول في الركن المادي لجريمة الشروع

الجريمة كمشروع إجرامي يهدف من خلاله الجاني لتحقيق نتيجة معينة، يمر بالعديد من المراحل، منها ما يعاقب عليه المشرع، ومنها ما هو غير معاقب عليه، ومعيار التفرقة بين المرحلتين هو " البدء في التنفيذ"، بحيث لا عقاب على المراحل التي تسبقه، على عكس المراحل التالية له، الأمر الذي يقتضي منا تبيان هذه المراحل والتمييز بينها، ثم البحث في المعيار المميز لفكرة البدء في التنفيذ التي تعد محور دراسة نظرية الشروع في الجريمة.

### الفرع الأول

#### المراحل غير المعاقب عليها قانوناً

سبق القول بأن القانون لا يعاقب على النوايا مهما كانت شريرة، لذا فهو لا يعاقب على كل المسائل الداخلية النفسية التي لم تتجسد في الحيز المادي ولم يعبر عنها بفعل مادي، وعلى أساس ذلك، فإنه لو تصورنا مسار الجريمة كمشروع، نجدها تمر بالعديد من المراحل، تنتهي بمرحلة أخيرة هي مرحلة تمام الجريمة، وهي المرحلة التي تهمنا في دراستنا هذه كون الشروع مرحلة سابقة عليها، لتبقى أمامنا مراحل أخرى، يمكن لنا القول بأن البعض منها نفسي خالص، والبعض الآخر يقترب من بعض السلوكيات.

#### أولاً: مرحلة النوايا الكامنة

وهي مرحلة عبارة عن أفكار ونوايا تختلج صدر الجاني، وتكون فيها الجريمة عبارة عن مجرد فكرة كامنة يشوبها التفكير لغاية عقد التصميم على ارتكابها، وهي مراحل لا يحفل بها القانون ولا يعاقب عليها، حتى ولو أفصح عنها صاحبها للغير، ما لم يرق هذا الإفصاح لحد التحريض.

ومعظم القوانين الحديثة لا تعاقب على هذه المرحلة، وتتفق بأنه ليس للقانون سلطان على النوايا ولا على ما يختلج بصدر الإنسان، حيث أنها عبارة عن نوايا لم تحدث اضطراباً بالمجتمع بعد، خاصة وأن النوايا عبارة عن أحاديث نفس من الصعوبة إثباتها والتأكد من وجودها، وأنه من الأفضل عدم العقاب عليها لترك باب العدول مفتوحاً لتشجيع الأشخاص عليه، وبالتالي ليس للقانون سلطان على الضمائر حتى وإن كان العزم على ارتكاب الجرائم يشكل خطيئة أخلاقية تستحق التأنيب والتكفير، وإن كان أنصار المدرسة الشخصية يرون العقاب على هذه المرحلة، كونها تعبر عن

إرادة إجرامية تعد مصدر للقلق والاضطراب في المجتمع، والخطورة الإجرامية هي المراد الذي ينبعث منه الإجرام، وأنه لمعالجة هذا الأخير يجب أن نعالج الداء من أساسه.

### ثانيا: مرحلة النوايا الكاشفة عن خطورة إجرامية

وهي مرحلة بالرغم من أنها لا تزال في طور النوايا والخواطر، إلا أنها وعلى عكس المرحلة السابقة تقتزن بقدر من السلوك الذي يفصح عنها، إذ يبدأ في التحضير لجريمته، كسواء المعدات اللازمة لارتكاب الجريمة، إلا أنها مرحلة ليست قاطعة الدلالة على ارتكاب الجريمة بالفعل، غير أننا نجد في بعض الأحيان المشرع يتدخل بالعقاب على هذه المرحلة بوصفها جرائم مستقلة لا بوصفها شروع في ارتكاب جرائم، مثل تجريم حيازة سلاح بدون رخصة [4]، أو جريمة تقليد المفاتيح.

وعلة عدم العقاب على المرحلة التحضيرية للجرائم، هو أنها أعمال قابلة للتأويل في مرامها، مما يجعلها غير كافية للكشف عن نية الفاعل بصورة واضحة وأكيدة، فمن اشترى آلة حادة يكون قد اشتراها لاستعمالها في قتل غريمه، أو لغرض آخر مشروع، وبالتالي هي أعمال مبهمة وقابلة للتأويل، لذا فليس من الحكمة العقاب على ظواهر وأمارات لا ترقى لمرتبة الوقائع الثابتة.

### ثالثا: مرحلة البدء في تنفيذ الجريمة

وهي المرحلة التي تمثل الشروع في الجريمة المعاقب عليها، وهي تشمل كل فعل يعتبر بدء في تنفيذ الجناية أو الجنحة إذا كان معاقب على الشروع فيها، وهي مرحلة تتميز بتجاوز الجاني لمرحلة التحضير لجريمته والشروع في تنفيذ عدوانه على الحق أو المصلحة المحمية قانونا، على نحو يمكن القول معه أن الجاني تجاوز مرحلة العزم والتفكير والتحضير، وانتقل لمرحلة تنفيذ العمل الإجرامي. لكن الإشكال الكبير الذي يواجهنا ولا يزال يواجه الفقه، هو مسألة المعيار الذي يمكننا من الفصل بين المرحلة التحضيرية ومرحلة البدء في التنفيذ، خاصة وأنه هناك أحوال كثيرة لا يمكن فيها الجزم ما إن كانت الأفعال التي أتاها الجاني تعد أعمال تحضيرية أو تجاوزت البدء في التنفيذ. إذ في الكثير من الأحيان ما تظهر الأعمال التحضيرية على أنها بدء في التنفيذ والعكس صحيح.

### الفرع الثاني

#### معيار التمييز بين الأعمال التحضيرية والبدء في التنفيذ

انقسم الفقه بغرض إيجاد معيار دقيق يمكن من التمييز بين الأعمال التحضيرية والبدء في تنفيذ الجريمة، - وكالعادة- إلى اتجاهين أساسيين، اتجاه موضوعي يركز على ماديات الجريمة أو على ركنها المادي، وآخر شخصي يركز على نفسية الجاني وذهنيته وخطورته الإجرامية، وبين هذا وذاك، نجد الفقه قد أضاف مذهباً ثالثاً اتخذ موقفاً وسطاً، وسمي بالاتجاه أو المذهب المختلط، أخذاً من مزايا كل من المذهبين السابقين وتاركا مساوئهما. بالإضافة إلى بعض المحاولات الفقهية الفردية الأخرى، وأهمها معيار الفقيه البلجيكي جارو.

#### أولاً: المذهب الموضوعي أو المادي

وفقاً لأنصار المذهب المادي أو الموضوعي، نكون بصدد البدء في تنفيذ الجريمة، بالشروع في ارتكاب الركن المادي المكون للجريمة، على النحو المرسوم في النص التجريمي، وما عدا ذلك - أي قبل هذه المرحلة- يعد العمل تحضيرياً غير معاقب عليه، ففي جريمة السرقة لا يعد بدء في التنفيذ سوى الفعل الذي يمس به الجاني حيازة الغير للمال، كوضع اليد بالفعل على هذا المال، وفي جريمة القتل لا يعد بدء في التنفيذ سوى الفعل الذي يتضمن خطر إزهاق روح المجني عليه، كإطلاق الرصاص اتجاهه، وما عدا ذلك يعد من قبيل العمال التحضيرية كون النص القانوني لم يجعلها من مكونات الركن المادي للجريمة.

وبالتالي تمتاز هذه النظرية بإرسائها لمعيار واضح وسهل ودقيق، بالرغم من أنه وجهت لها انتقادات تتمحور في مجملها بأنها لا تحقق حماية فعالة للمجتمع ضد مجرمين أظهرت أفعالهم أنهم تقربوا كثيراً من تحقيق نتائجهم المقصودة، وتؤدي إلى إفلات الكثير من الجناة من العقاب، لا لشيء سوى لأنهم لم يرتكبوا بعد فعلاً من الأفعال المصورة في نص التجريم، بالرغم من أنهم أبانوا بوضوح عن خطورة إجرامية كبيرة، إذ وفقاً لمذهب هذه النظرية لا يعد الشخص مرتكباً لجريمة السرقة، بالرغم من اقتحامه المنزل وتفتيشه الخزانة، إلا إذا عثر على الأموال ووضع يده عليها، ولا يعد مرتكباً لجريمة القتل من صوب السلاح اتجاه غريمه وأطلق النار عليه إلا بعد أن يصيبه.

والانتقادات السابقة وغيرها، جعلت من أنصار هذا المذهب يحاولون إنقاذه عن طريق التوسع في المعيار السابق، قائلين بأن البدء في التنفيذ، وبالإضافة إلى البدء في تنفيذ الفعل المكون للركن المادي للجريمة، فهو أيضا البدء في ارتكاب كل فعل يعتبر ظرفا مشددا للجريمة، مثل الكسر والتسور والتسلق في جريمة السرقة، غير أن هذا التوسع لم يجعل النظرية تسلم من انتقادات جديدة، وأهمها أنه ليست كل الجرائم مما يمكن أن تقترب بالظروف المشددة، كما انه وفي الجرائم التي تقبل ذلك، هناك ظروف لا يمكن إخضاعها لهذا المعيار، مثل ظرف التعدد و ظرف الليل في جريمة السرقة، حيث لا نكون أمام جريمة السرقة إذا ارتكبت نهارا، على عكس الحالة التي ترتكب فيها ليلا، لذا قيل أنه معيار غير دقيق. لذا حاول أنصار هذا الاتجاه إنقاذه مرة أخرى، قائلين هذه المرة بأن البدء في التنفيذ هو ارتكاب فعل واضح الدلالة على النية الإجرامية للفاعل، حيث أنه إن كان العمل التحضيري يحتمل أكثر من دلالة كونه قابل للتأويل، فإن البدء في التنفيذ لا يفصح سوى عن دلالة واحدة، وهي اتجاه الجاني نحو ارتكاب الجريمة. غير أن ما يمكن ملاحظته بخصوص هذا التوسع، هو هجر الجوانب الموضوعية التي يعتمدها أنصار المذهب الموضوعي دوماً، ودخولهم متاهات النوايا التي يعتمدها في الأصل أنصار المذهب الشخصي.

### ثانياً: المذهب الشخصي أو الذاتي

مؤدى هذا الاتجاه، أن البدء في التنفيذ هو كل فعل يصدر عن الجاني ويفصح عن خطورته ونيته الواضحة في ارتكاب الجريمة، أي هو كل سلوك يسلك به الجاني نهائياً طريق الجريمة، ويصبح عدوله عنها أمراً غير محتمل، أو هو الفعل الذي يؤدي حالاً ومباشرة إلى ارتكاب الجريمة، بحيث لم يعد يفصل الجاني عنها سوى خطوة صغيرة لو ترك وشأنه لخطاها، ويعبر عن ذلك بالقول: " حرق الجاني سفنه أو جسوره وراءه". ويلاحظ على هذه النظرية أنها تركز اهتمامها على إرادة الجاني، بحيث يعد بدءاً في التنفيذ كل فعل يعد كذلك في نظر الجاني، إذ يؤدي حالاً ومباشرة إلى ارتكاب الجريمة بحسب نيته، وهي النية التي تستخلص من الظروف المحيطة بالجاني، كسوابقه وعلاقته بالمجني عليه وأنواع الأسلحة والوسائل التي يستعملها... وبالتالي نكون أمام البدء في التنفيذ كلما كان الفعل الذي أتاه الجاني في ظروف معينة يكشف عن نيته الإجرامية ويدل على أنه لو ترك على حاله لأفضى الفعل إلى تحقيق النتيجة المجرمة.

ومن الانتقادات الموجهة لهذا المذهب، أنه مذهب تعوزه الدقة والوضوح والانضباط، إذ يصعب القطع بتوافر نية ارتكاب الجريمة لمجرد صدور فعل عن الجاني قد يحتمل أكثر من دلالة، وأنه اتجاه يقلب منطق الأمور، إذ عوضاً أن يكون الفعل هو مظهر الاستدلال على النية، أصبحت هذه الأخيرة مظهر للدلالة على خطورة الفعل، وبعبارة مختصرة لا يمكننا دراسة الركن المعنوي للجريمة قبل دراسة ركنها المادي. وإن كانت هذه النظرية في حقيقة الأمر تحمي بفعالية المجتمع وتضحى بالحريات الفردية.

لكن وفي رأينا نرى بأن إعمال النظريتين معاً، يمكن أن نحدد به، وإن لم يكن بدقة فبدرجة كبيرة، البدء في تنفيذ الجريمة، خاصة في الحالة التي لا نهمل فيها الظروف المحيطة بالفعل وبالجاني، كأن يكون الفعل ذاته صالحاً لإحداث النتيجة المجرمة قانوناً، وذلك بحسب المجرى العادي للأمر، مع مراعاة حالة الجاني والمجني عليه، وزمان ومكان ارتكاب الجريمة، ودون إهمال نية الجاني في الظروف التي ارتكب فيها فعله. ولعل ذلك ما دفع إلى ظهور المعيار المختلط أو المرن الذي توسط الاتجاهين السابقين.

### ثالثاً: المذهب المختلط ( المرن )

أمام الانتقادات التي وجهت لكلا الاتجاهين السابقين – وإن كان الاتجاه الموضوعي هو الأكثر قبولاً قضاءً- اقتنع الفقه بضرورة إيجاد معيار مختلط سمي بالمعيار المرن، حيث اعتبروا البدء في التنفيذ، هو الفعل الذي يؤدي حالاً ومباشرة وفقاً للمجرى العادي للأمر إلى ارتكاب الجريمة، وأن يقع هذا الفعل في زمن قريب نسبياً من لحظة تنفيذ الجريمة، وأن تكون نية الجاني واضحة لا غموض فيها على عزمه النهائي لارتكاب جريمته. وبالتالي المعيار وفقاً لهذا الاتجاه، ليس موضوعياً بحتاً ولا شخصياً صرفاً، وإنما هو مزيج بينهما، يستمد من النظرية الموضوعية خطورة الفعل وصلاحيته وفقاً للمجرى العادي للأمر لتحقيق النتيجة، ويستمد من النظرية الشخصية دلالة الفعل على عزم صاحبه على تحقيق الجريمة. كما يحسب لأنصار هذا الاتجاه عدم التقيد بالمعايير الجامدة والمجردة، بل تعتمد التقدير الواقعي المتغير الذي يختلف من جريمة لأخرى، ومن فاعل لآخر، سيما في ظل خطورة فكرة البدء في التنفيذ الذي يعد التضييق أو التوسع فيه تعدياً على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لذا رأى أنصار هذا الاتجاه، تقدير البدء في التنفيذ على ضوء جملة من الاعتبارات لا المعايير، وأهمها: وجوب ارتكاب فعل من الأفعال التي تدخل في تكوين الركن

المادي للجريمة، كون الجرائم أفعال قبل كل شيء، وأن يكون فعل مرتبط على الأقل بالركن المادي برباط سببي وزمني يفضي في نهاية المطاف ووفقا للعادي والمألوف والمتصور إلى حدوث النتيجة المحظورة قانونا. وأن يفصح السلوك السابق عن نية إجرامية نهائية لدى الجاني. زيادة على الأخذ بعين الاعتبار بكافة الظروف والملابسات، سواء تعلق بالسلوك ذاته، أو بالجاني أو بالظروف المحيطة بهما معا، وهي الظروف والملابسات التي لا يمكن بأي حال من الأحوال حصرها سلفا كونها تتأى عن كل حصر، بل يترك تقديرها لقضاة الموضوع يقدرونها في كل حالة على حدا.

#### رابعاً: رأي الفقيه البلجيكي جارو

وهي محاولة أيضا للمزج بين المذهبين الشخصي والموضوعي، حيث يرى هذا الفقيه الأخذ من المذهب المادي أو الموضوعي " الأفعال" لكن مع وصفها وتقييدها، حيث يعتد فقط بالأفعال التي لا لبس فيها التي تعبر صراحة على كونها بدء في التنفيذ، وهي تلك الأفعال التي لا تسمح بالعدول وتؤدي حالا ومباشرة لارتكاب الجريمة، وهو ما استمد من المذهب الشخصي، لذا فالبدء في التنفيذ commencement d'exécution هي تلك الأفعال التي لا لبس فيها non équivoque والتي تشكل فعلا بدء في التنفيذ، وتؤدي مباشرة إلى ارتكاب الجريمة Tendant directement à le commettre، واستعار أيضا عبارة أنصار المذهب الشخصي، وهي أن الجاني يقطع جسوره وراءه lorsque l'individu à ente,du couper les tous pont derrière lui.

#### خامساً: موقف المشرع الجزائري

نرى شخصيا انه باستقراء المادة 30 من تقنين العقوبات الجزائري، أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي الأخير، أي رأي الفقيه البلجيكي جارو، حيث نصت هذه المادة على أنه: " كل محاولات لارتكاب جنائية تبتدى بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها، تعتبر كالجنائية 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".

**غير أن المعيار الصحيح للبدء في التنفيذ،** في رأي الكثير من الفقه، هو وجوب وجود علاقة موضوعية بين فعل الشروع وتلك الجريمة التي يراد الشروع فيها، وهي العلاقة التي تتحدد بتحديد الحكمة من تجريم الشروع ذاته، وهي تجريم الشروع لا اعتدائه على الحق جزئيا أو تعريضه للخطر، لذا يجب أن يكون الفعل يمثل خطرا مباشرا أو مصر لخطر مباشر على الحق الذي تحميه القاعدة الجنائية، وهي الأمور التي لا يمكن أن تستنتج فقط من عقد العزم من قبل الشخص على الاعتداء على الحق المحمي قانونا، وإنما بناء على إمكانات موضوعية يصح القول معها أن العدوان على الحق قد صار وشيكا، أي أن يكون الفعل صالح حسب المجرى العادي للأمور أن يفضي مباشرة إلى الجريمة، وأن كل ما منع من تمامها هو حائل خارج عن إرادة الجاني، وهو ما يقتضي بالضرورة النظر إلى طبيعة الجريمة ذاتها، والظروف والملابسات التي صاحبت ارتكابها، لأنه ما يصلح لأن يكون بدء في تنفيذ جريمة ما، قد لا يكون صالحا لبدء تنفيذ جريمة أخرى، لذا فصلاحيية الفعل يجب أن تكون على درجة من القوة يمكن القول معها بأن وقوع الجريمة أصبح أمرا وشيكا، وهي الأفعال التي تبدو للرجل العادي شديدة القرب من الجريمة إلى الحد الذي يحمله إلى الاعتقاد بأنها أصبحت قاب قوسين أو أدنى من الوقوع، لذا فالمعيار هو ذو طبيعة موضوعية خالصة وما الركن المعنوي سوى نفسه في الشروع والجريمة التامة، وهي الحكمة من تجريم الشروع. في حين يرى البعض وجوب تجاوز المعايير السابقة والوقوف عند **تقدير واقعي متغير يتجاوز المعايير المجردة،** خاصة وأن خطورة معيار البدء في التنفيذ مزدوجة، فهي إما أن تؤدي إلى التوسع أو التضييق من العقاب وفي الحالتين يكون ذلك على حساب مبدأ الشرعية الجنائية، لذا وجب تقدير معيار البدء في التنفيذ بناء على جملة من الاعتبارات لا المعايير المجردة، أهمها ارتكاب فعل من الأفعال المعتبرة من ماديات الجريمة أو على الأقل يرتبط بها برابطة سببية وزمنية تفضي في نهاية المطاف ووفقا للعادي والمألوف والمتصور إلى إحداث النتيجة المحظورة قانونا، وأن يفصح الشخص بهذا الفعل على نية إجرامية نهائية ليست مستقلة بل كاشفة عن دلالة الفعل الذي يوقع، أن يستهدف السلوك أو الفعل السابق المقرون بنية إجرامية مصلحة أو حق محمي قانونا، مع الأخذ بعين الاعتبار بكافة الظروف والملابسات المحيطة بفعل الجاني وبالجاني ذاته، وهي عوامل لا يمكن تحديدها سلفا ولا إخضاعها للحصر، بل تترك لقضاة الموضوع يقدرونها في كل حالة على حدة. ويعبر الفقه عن ذلك **بمعيار اللامعيار للبدء في التنفيذ،** لذا ينبغي تجاوز الصيغ النظرية المجردة وصولا إلى تقدير واقعي يمكن من أن يختلف الأمر من جريمة لأخرى،

ومن جاني لآخر، خاصة في ظل أننا بصدد سلوكيات إنسانية نسبية ومتغيرة بطبيعتها لا يمكن أن تحيط أية نظرية مهما بدت محكمة من الإحاطة بكافة جوانبه، لذا فلا مناص من إعمال المظاهر الواقعية التي تكتنف الجريمة ذاتها، وتتعلق بالفاعل نفسه

## المطلب الثاني

### العنصر الثاني من الركن المادي للشروع

#### عدم تمام الجريمة

الشروع في حقيقته مرحلة من مراحل الجريمة التامة، أو هو جريمة غير تامة، وعدم التمام راجع لوقف الفعل أو خيبة أثره، وهو ما يبين صور الشروع، وهما صورتان، الشروع الناقص أو الجريمة الموقوفة أين لا يتم السلوك بأكمله، وصورة الشروع التام أين يتم السلوك كله ولا تتحقق النتيجة، ويسمى الجريمة الخائبة.

ولا فرق قانونا بينهما حيث في كلاهما يتدخل المشرع بالعقاب على الشروع، وإن كانت فكرة الجريمة المستحيلة قد أثارت جدلا فقهيًا وقضائيا كبيرين، من زاوية أن عدم تحقق النتيجة أمر وارد منذ البداية، حيث أن الإخفاق فيها ظاهر منذ البداية، وإن كان هذا الخلاف قد دفع بعض التشريعات إلى التدخل لفضه صراحة، إلا أن البعض الآخر لم يفعل مثلما هو الشأن بالنسبة لغالبية التشريعات، بما فيها المشرع الجزائري. لذا فتخلف النتيجة لسبب خارج عن إرادة الجاني، يعد العنصر الثاني من عناصر الركن المادي لجريمة الشروع، إذ لا يمكن أن نكون بصدد المحاولة أو الشروع إلا في الحالات التي لا تتم فيها الجريمة، إما لإيقاف الجاني عن إتمامها وهو وضع الشروع الناقص أو الجريمة الناقصة، أو لكون أثر سلوكه خاب أو يستحيل أن يترتب النتيجة المقصودة مثل حالات الجريمة الخائبة أو الجريمة المستحيلة، وهي حالة الشروع التام. وبالتالي يجب أن يكون تخلف النتيجة بسبب ظرف أو سبب خارج عن إرادة الجاني، لأنه لو كانت لإرادته دخل في عدم تحقق النتيجة كنا بصدد العدول الاختياري الذي ينفي جريمة الشروع أصلا، في حين هذه الخيرة تقتضي تخلف النتيجة لسبب أو ظرف خارج عن إرادة الجاني. لذا فهذا الركن يقتضي منا دراسة العدول الاختياري الذي يخرجنا من مجال جريمة الشروع، وتمييزه عن العدول الاضطراري الذي يقيم هذه الجريمة، وكذا تناول الحالات التي يلتبس فيها العدول. كما يقتضي منا الوضع الوقوف عن فكرة الجريمة المستحيلة.

#### الفرع الأول

#### العدول عن إتمام الجريمة

من شروط قيام جريمة الشروع، عدم تحقق النتيجة، على أن يكون ذلك راجع لسبب خارجي لا دخل لإرادة الجاني فيه، أي أن يكون مضطرا في ذلك، سواء أوقف أو منع، أو كانت النتيجة غير ممكنة الوقوع أو يستحيل وقوعها، وهو الأمر الذي يؤكد في مجال نظرية العدول، أنه حتى يكون هناك شروع، يجب أن يكون عدول الجاني عدولا اضطراريا، حيث إن كان اختياريا انتفت الجريمة، لذا فالمسألة تقتضي منا تناول العدول الاختياري أولا، باعتباره يخرجنا من نطاق جريمة الشروع، لنتناول بعده العدول الاضطراري الذي يبقينا في نطاق هذه الجريمة، وفي نقطة ثالثة نتناول نوع من العدول المختلط الذي يجمع بين النوعين السابقين.

#### أولا: العدول الاختياري

يهدف المشرع إلى خلق حافز لدى الجاني على عدم المضي في مشروعه الإجرامي إلى نهايته، فنص على عدم عقابه إن هو عدل بإرادته عن إتمام الجريمة التي شرع في تنفيذها، وهي الحالة التي تعرف بالعدول الاختياري أو العدول الإرادي، أين يقوم الجاني بنفسه بالحيلولة دون وقوع النتيجة، كأن يدخل لمنزل لأجل سرقة لكنه يعود أدراجه من تلقاء نفسه دون أن يقوم بسرقة الأموال، أو أن يشهر سلاحه في وجه غريمه ثم يعدل عن ذلك قبل الضغط على الزناد. ويرى البعض أننا نكون بصدد عدول اختياري إذا سارع الجاني إلى إلغاء مفعول النتيجة بعد وقوعها، كأن يقدم طعاما مخلوطا بالسم لغريمه، وسرعان ما يسارع لتتبيبه وإعطاء الترياق للمجني عليه، مما يحول دون إحداث أثار السم، غير أن الفقه الفرنسي في هذه الحالة يسميه توبة إيجابية لاحقة، خاصة وأن جريمة التسميم في القانون الفرنسي - وهو نفس الوضع في القانون الجزائري - جريمة شكلية تقوم بمجرد تقديم السم دون ربطه بضرورة تحقيق النتيجة.

لذا فالعدول الإرادي يجب أن يكون مبعثه إرادة الجاني نفسه وليس سببا آخر، ولا يهم بعد ذلك الدافع لهذا العدول، فقد يكون ندما أو الخوف من افتضاح الأمر أو شفقة على المجني عليه أو خشية إلقاء القبض عليه، أو حتى رغبة من الجاني في تأجيل التنفيذ لمرّة أخرى لاحقة، وكل ما يهم في الأمر هو أن يكون العدول من تلقاء نفس الجاني، أي نابع من أسباب داخلية نفسية. لذلك يمكن القول أن شروط العدول الاختياري أو الإرادي هي:

- تراجع تلقائي من قبل الجاني عن إتمام جريمته بالرغم من قدرته على المضي فيها.

- أن يكون هذا التراجع نابع من إرادة الجاني وبكامل حريته.

- أن يكون العدول قبل إتمام الجريمة، وإلا أصبح مجرد توبة، وهذه الأخيرة تكون سببا لتخفيف العقاب لا لامتناعه.

- لا يمكن تصور العدول إلا في الشروع ناقص، أي الجرائم الناقصة لا الخائبة ولا المستحيلة.

### ثانيا: العدول الاضطراري

وهو عدول غير إرادي أو غير اختياري، ويرجع إلى ظروف خارجية تفرض على الجاني عدم إتمام جريمته، بمعنى أن تكون إرادة الجاني مضطرة للعدول، كأن يصاب الجاني بحالة إغماء بعد بدء التنفيذ ولا يستطيع إتمامها، أو كمن يدخل منزل مريدا سرقة ولا يجد أموال فيعود أدراجه، ففي هذه الحالات جريمة الشروع تكون قائمة وموجبة للعقاب، كون العدول كان بتأثير عوامل خارجية تدفع الجاني للعدول عن جريمته، في حين المشرع يشجع فقط العدول الاختياري ليكون دافعا لعدم المضي في إتمام الجرائم.

### ثالثا: العدول المختلط

وهو عدول يكون ثمرة عوامل إرادية وأخرى غير إرادية، كالجاني الذي يخيل إليه سماع أصوات أقدام فيظن أنهم أصحاب البيت، فيعدل عن إتمام جريمة سرقة المنزل الذي كان قد دخله، أو يسمع بوق سيارة الشرطة فيعتقد باكتشاف أمره فيتوقف عن إتمام تنفيذ جريمته، وعموما هي حالات توجد فيها حقيقة ظروف خارجية بعيدة عن إرادة الجاني، غير أنها لا تصل إلى حد إجباره عن العدول، غير أنها أحدثت لديه بعض المؤثرات النفسية جعلت منه يعدل بالرغم من أنه كان بإمكانه المواصلة، وهنا ثار تساؤل عما إن كان مثل هذا العدول عدولا إراديا يحول دون قيام جريمة الشروع، أم عدول اضطراري لا يحول دون قيام جريمة الشروع وعقاب الجاني عنها؟! أحدث حكم العدول المختلط خلافا فقهيها كبيرا، حيث ذهب بعض الفقه إلى ترجيح الطابع الإرادي للعدول باعتبار أن العامل الخارجي الذي اعتقده الجاني ما هو إلا باعث، ومن مبادئ القوانين العقابية الحديثة أنها لا تهتم بالباعث، وبالتالي يلحق العدول المختلط في حكمه بالعدول الإرادي الذي لا تقوم به جريمة الشروع. بينما ذهب اتجاه فقهي آخر للقول بالطابع اللإرادي للعدول المختلط، لأن العدول لا يكون إراديا إلا إذا كان مبعثه أسباب نفسية داخلية وما عدا ذلك فهو عدول اضطراري تقوم به جريمة الشروع وتوجب العقاب.

بينما ذهب اتجاه فقهي ثالث وسط، للقول بوجود الاعتراف بالعامل الغالب في العدول، فإن كان العامل الغالب هو الإرادة، فالعدول يكون اختياري لا تقوم به جريمة الشروع، وإن كانت العامل الغالب هو العامل الخارجي، كان العدول اضطراري تقوم به جريمة الشروع، وفي حالة الشك في تغليب أحدهما للأخر يغلب العامل الإرادي لأن الشك يفسر لمصلحة المتهم. ونرى ترك المسألة للسلطة التقديرية للقاضي، ليقدر ما إن كان بإمكان الجاني الاستمرار في جريمته بالرغم من قيام الظرف الخارجي أم أثر في نفسيته بشكل حال دون تمكنه من الاستمرار في التنفيذ، فإن كان الاختيار بيد الجاني وعدل عن إتمام جريمته كان عدولا اختياري، وفي الحالة العكسية يكون عدولا اضطراري تقوم به جريمة الشروع، ودوما يفسر لشك في مصلحة المتهم. وهو الموقف الذي نراه متبعا في القانون الجزائري، فللقاضي أن يقدر المسألة تبعا لظروف كل قضية على حالة.

### الفرع الثاني

#### الجريمة المستحيلة كصورة خاصة للشروع

قد يستحيل ارتكاب الجريمة وذلك بعدم تحقق نتائجها لسبب لا دخل لإرادة الجاني فيه، كأن يطلق الشخص الرصاص اتجاه شخص آخر بقصد قتله، فإذا بهذا الأخير قد يكون توفي نتيجة سكتة قلبية قبل إصابته بالرصاص، أو كمن يضع يده في جيب شخص آخر بغرض سرقة لكنه يتفاجأ بوجود الجيب فارغا، أو كمن يحاول قتل شخص بسلاح يكون قد أفرغ من قذائفه دون أن يعلم، وهي ما تسمى بالجريمة المستحيلة التي أثارَت خلافا فقهيها فرنسيا كبيرا، حول مفهومها



ومدى ضرورة العقاب عليها، خاصة في ظل خلو تقنين العقوبات الفرنسي من نص يبين موقفه من هذا النوع من الجرائم، لذا انصب الخلاف حول ما إن كان مد حكم الجريمة الخائبة على الجريمة المستحيلة، باعتبار أن المجرم في كلتا الحالتين يكون قد استنفذ كامل السلوك المجرم غير أن النتيجة تخلفت لسبب خارج عن إرادته، لذا ثار التساؤل عما كان يعاقب عليها مثل الجريمة الخائبة، أم أنها نوع من الجرائم يخرج أصلا من نطاق الشروع المعاقب عليه، باعتبارها جرائم مستحيل الوقوع منذ البداية.

ولإجابة عن هذا السؤال، ثار الخلاف مثلما هو عليه الوضع دوما بين الاتجاهين التقليديين، الاتجاه الموضوعي والاتجاه الشخصي، الأول ويضع نصب أعينه ماديات الجريمة ويرى عدم العقاب على الجريمة المستحيلة في كافة صورها، والثاني الخطورة الإجرامية لدى الجاني، ويرى العقاب على الجريمة المستحيلة بكل أنواعها، كون الجاني قد أبان عن خطورة إجرامية كانت كامنة لديه، غير أن تطرف المذهبين أدى في النهاية – ومثلما هو عليه الحال دوما- إلى ظهور مذاهب توفيقية، وهي مذاهب حاولت هذه المرة التفرقة بين صور الاستحالة، منها ما يرى أن الاستحالة قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية، والثاني يرى أنها قد تكون قانونية وقد تكون مادية، وكل منها يحاول العقاب على نوع من الأنواع دون النوع الآخر.

### أولا: الاتجاه الشخصي

#### العقاب على الجريمة المستحيلة في كافة صورها

يرى أنصار المذهب الشخصي بأنه لا فرق بين الجريمة المستحيلة والجريمة الخائبة، وبين النوعين والجريمة الموقوفة، ففي كل هذه الأنواع يكون الجاني مرتكبا لجريمة الشروع، وعلّة ذلك أن المشرع في عقابه على الشروع لم ينظر إلى الضرر المادي الذي قد يصيب الفرد والمجتمع من جريمة الشروع، بل ينظر إلى الخطورة الإجرامية التي أظهرها الجاني بأفعال خارجية ذات صلة مباشرة بالجريمة، فكلما توفرت مثل هذه الخطورة لدى الجاني توجب عقابه دون حاجة للبحث ما إن كانت الجريمة مستحيلة أو ممكنة أو ما إلى غير ذلك، فوفقا لأنصار هذا الاتجاه، استحالة تحقق النتيجة في الجريمة المستحيلة لا يمحي عن الجاني خطورته الإجرامية، سيما وأن علّة العقاب على الشروع هو عدم تعريض المصالح والحقوق للخطر، وهو ما عيب عليها، كون الخطورة تستمد من خطورة الفعل ذاته مضافا لها خطورة الجاني.

### ثانيا: الاتجاه الموضوعي ( المادي )

#### عدم العقاب على الجريمة المستحيلة في كافة صورها

وهو أقدم الاتجاهات والذي يتبناه الفقه الألماني وبعض الفقه الفرنسي، والذي يبنون رأيهم على أنه لا يمكن الشروع فيما لا يمكن الشروع فيه، ولا يمكن البدء في تنفيذ ما لا يمكن تنفيذه، وأن كل ما أفصح عليه الجاني في الجريمة المستحيلة، هو نية إجرامية، والقانون لا يعاقب على النوايا ما لم ترتب أضرارا اجتماعية، وفي الجريمة المستحيلة لا يوجد ضرر ولا مجرد تهديد بحصول هذا الضرر، وبالتالي الأمر لا يستحق لا التجريم ولا العقاب. غير أن ما وجه لهذه النظرية من انتقادات هو تضيقها كثيرا من نطاق العقاب مما يعصف بحقوق المجتمع، فالشخص الذي يضع يده في جيب شخص آخر ويجده حاويا وفقا لهذه النظرية لا يعاقب، بالرغم من أن فعله يعد شروعا تاما، لذلك هجرت هذه النظرية ولم يبق في الفقه من يؤيدها.

### ثالثا: الاتجاه التوفيقي

#### التفرقة بين أنواع الاستحالة

من بين أهم الاتجاهات التوفيقية التي حاولت الجمع بين مزايا المذهبين المادي والشخصي وهجر مساوئهما، اتجاهين رئيسيين، أحدهما فرق بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، والثاني فرق بين الاستحالة القانونية والاستحالة المادية، وكل منهما حصر العقاب على نوع دون الآخر، وفق ما سيتضح من الآتي.

#### 1- التفرقة بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية

#### قصر العقاب على الاستحالة النسبية دون الاستحالة المطلقة

وهو اتجاه ينسب في حقيقة الأمر لأنصار المذهب الموضوعي أو المادي، ويميزوا بين نوعين من الاستحالة، استحالة مطلقة ولا عقاب عليها، واستحالة نسبية تبرر عقاب الجاني. ورأوا بأن الاستحالة المطلقة قد تتعلق بمحل الجريمة أو بوسيلة ارتكابها، ومثال الأولى أن يكون المحل المادي للجريمة أو موضوعها منعدما، كأن يكون الشخص المراد قتله في جريمة القتل متوفيا من قبل، أو محاولة إجهاض امرأة غير حامل أصلا، ومثال عدم صلاحية الوسيلة كاستعمال سلاح ناري للقتل ويكون غير صالح لذلك، أو يكون خاليا من الرصاص أو محاولة التسميم بمادة غير مؤذية للصحة تماما. وهنا لا يمكن القول بوجود جريمة الشروع ولا يمكن العقاب عليها.

وأما الاستحالة النسبية فقد ترد أيضا على المحل أو على الوسيلة، لكن لا أن يكون المحل غير موجود أصلا أو الوسيلة غير صالحة أصلا، وإنما أن يكون المحل وقت الجريمة فقط غير موجود، أو استعمال الوسيلة لم يكن بالنحو الصحيح لتشغيلها، ففي مثال جريمة القتل، كأن يكون المجني عليه لحظة ارتكاب الفعل غير موجود بالمكان الذي اعتاد أن ينام فيه، أو استعمال السلاح لم يكن بالطريقة السليمة، أو في جريمة السرقة السابقة نقل المجني عليه قبل ارتكاب الجريمة إلى جيب آخر. وفي هذا النوع من الاستحالة تقوم جريمة الشروع ويعاقب المجني عليه. كون الاستحالة في هذا النوع عبارة فقط عن جريمة خائبة لا مستحيلة. وهي التفرقة التي انتقدت بشدة من قبل الفقه، على اعتبارها تفرقة غير منطقية، كون الاستحالة نوع واحدة وحالة واحدة ولا تقبل أي تفرقة، فالجريمة إما أن تكون ممكنة وإما ألا تكون ممكنة، أي مستحيلة، ولا توجد درجات للاستحالة. لذا ظهر اتجاه آخر وسط يفرق بين أنواع الاستحالة، لكن يقول بنوعين آخرين منها، وهي استحالة قانونية وأخرى مادية.

## 2- التفرقة بين الاستحالة المادية والاستحالة القانونية

### قصر العقاب على الاستحالة المادية دون الاستحالة القانونية

وهو اتجاه وسط تبناه فريق من الفقه الفرنسي، والذي على غرار ما قام به أنصار الاتجاه الأول، قام بالتفرقة بين نوعين من الاستحالة، لكنه جعلها استحالة مادية وأخرى قانونية، وقصر العقاب على الاستحالة المادية دون الاستحالة القانونية. ووفقا لهذا الاتجاه، الاستحالة القانونية قد ترجع بصفة عامة إلى انعدام محل الجريمة أو انتفاء عنصر من عناصرها القانونية، فهنا لا جريمة ولا شروع ولا عقاب، حيث الجريمة لا تقوم أصلا بدون عنصر من العناصر المتطلبة قانونا لقيامها، كسبق وفاة المراد قتله أو ملكية الجاني للمال المسروق الذي اعتقد أنه ملك للغير، في حين الاستحالة المادية ترجع إلى سبب مادي واقعي لا قانوني، كعدم استعمال وسيلة ارتكاب الجريمة استعمالا سليما، وهنا تقوم جريمة الشروع ويعاقب عليها الجاني.

### رابعاً: موقف المشرع الجزائري من الجريمة المستحيلة

يتضح من نص المادة 30 من تقنين العقوبات الجزائري، أن المشرع الجزائري يعاقب على الجريمة المستحيلة، إذ يعاقب بصراحة على الاستحالة المادية وفقاً للرأي السابق، حيث استعمل فكرة "الظرف المادي" دون الظرف القانوني، لأن هذا الأخير لا يقيم الجريمة أصلا، حيث نصت المادة على أنه: "...حتى ولو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها". غير أن المشرع يستثني بعض الحالات الخاصة، مثلما هو الشأن بالنسبة لجريمة الإجهاض، المنصوص والمعاقب عليها بموجب نص المادة 304، حيث يتوقف العقاب على هذه الجريمة على حمل المرأة أو مجرد افتراض حملها. في حين يرى البعض تعليق العقاب على الجريمة المستحيلة على عنصر "العلم"، وهو أهم عناصر القصد الجنائي، حيث إن كان الجاني لا يعلم بأن الوسيلة غير صالحة لإحداث النتيجة، أو أن محل الجريمة لا يوجد أو منعدم عوقب، أما إن كان يعلم بذلك فهو لا يعاقب كون علمه هذا يقود لعلمه أن النتيجة مستحيلة الحدوث وبالتالي يعلم جيدا أن الجريمة لا تقوم.

### المطلب الثالث

### الركن المعنوي لجريمة الشروع

الشروع جريمة، وبالتالي لا يكفي لقيامها مجرد البدء في تنفيذ الركن المادي للجريمة، وعدم تحقق النتيجة، وإنما يجب أن يتوفر لدى الجاني قصد تحقيق هذه الجريمة، وهنا يمكن القول بأنه لا فرق بين جريمة الشروع والجريمة التامة من حيث الركن المعنوي، بل الفرق ينحصر في الركن المادي فقط، وبالضبط في عنصر النتيجة، حيث تتحقق في

الجريمة التامة، وتتخلف في جريمة الشروع. لذا يمكن القول أن جريمة الشروع جريمة عمدية يجب لقيامها اتجاه قصد الجاني إلى إتيان السلوك المجرم بقصد تحقيق النتيجة المجرمة قانونا، وبمعنى آخر يجب أن تنصرف إرادة الجاني في البداية إلى تحقيق جريمة تامة، وليس مجرد الشروع فيها، فإذا ثبت أن إرادة الجاني لم تتجه إلى إتمام الجريمة، وإنما الوقوف بفعله عند حد معين، كالجرح مثلا، فلا يمكن أن يسأل عن المحاولة في القتل، لأنه لم يقصد تحقيقه، بل يسأل عن الضرب المفضي للوفاة باعتباره جريمة مستقلة وقائمة بذاتها. ونتيجة لما سبق، سنحاول دراسة الشروع في الجرائم غير العمدية وفي الجرائم المتجاوزة القصد.

### الفرع الأول

#### الشروع في الجرائم غير العمدية

دون استعراض الخلاف الفقهي، يمكن القول مباشرة، أنه لا يمكن تصور الشروع في الجرائم غير العمدية، كون الركن المعنوي في هذا النوع من الجرائم لا يقوم على إرادة تحقيق النتيجة، بل هذه الأخيرة تحققت فقط لاتخاذ سلوك خاطئ، وسبق القول في الشروع أن الجاني يريد تحقيق النتيجة وتتخلف لظرف خارج عن إرادته، وبالتالي لا شروع في الجرائم غير العمدية، وإن كان يمكن تخلف جريمة يقيم جريمة غير عمدية أخرى، فقيادة السيارة بسرعة فائقة في طريق مزدحم بالمارة لا يعد شروعا في القتل الخطأ لكن يقيم جريمة تجاوز السرعة المحددة قانونا، وإصابة شخص دون أن تحدث له الوفاة، لا يعد جريمة الشروع في القتل الخطأ، بل يشكل جريمة أخرى هي جريمة الجروح الخطأ.

### الفرع الثاني

#### الشروع في الجرائم المتعدية ( المتجاوزة ) القصد

وهي جرائم يقترف فيها الجاني سلوكا معيناً قاصداً منه تحقيق نتيجة إجرامية معينة، فإذا بالنتيجة التي تتحقق تكون أشد جسامة، لكن لم يكن يقصدها الجاني إطلاقاً، وبالتالي لا يمكن تصور الشروع فيها كونها نتيجة كانت غير مقصودة أصلاً، والركن المعنوي في جريمة الشروع يقتضي إرادة النتيجة ورغم ذلك تتخلف. وإذا ما قامت أركان الشروع السابقة، فإن عقوبة الشروع في القانون الجزائي عقوبة ذات عقوبة الجريمة التامة، وهو اتجاه موقف قانوني يساوي بين الجريمة التامة وجريمة الشروع، وإن كانت هناك قوانين تخفف من جرائم الشروع مقارنة مع الجريمة التامة، غير أن هذا الموقف المتعلق بالمساواة في العقاب هو الموقف القانوني للمشرع ولا يوجد ما يمنع القاضي من أعمال سلطته التقديرية في تقدير العقوبات ومبدأ تفريد العقاب.

### المبحث الثالث

#### المساهمة الجنائية

#### الاشتراك الجنائي أو الإسهام الجرمي

لئن كانت الجريمة في صورتها العادية تقع من شخص واحد، إلا أنها قد تمثل أحيانا مشروعا إجراميا يسهر ويقوم على تنفيذه أكثر من شخص واحد، فتتحول الجريمة إلى مشروع جماعي بعدما كانت مشروعا فرديا، وهو ما يمثل فكرة المساهمة الجنائية التي تعني ارتكاب الجريمة الواحدة من طرف شخصين أو أكثر، وهي الفكرة التي نظمها المشرع الجزائي في المواد من 41 إلى 46 من تقنين العقوبات الجزائي، وذلك تحت عنوان: "المساهمون في الجريمة".

#### ماهية المساهمة الجنائية

تقتضي النظرية العامة للجريمة، أن المشرع لا يتدخل بالعقاب عليها إلا إذا اكتملت أركانها بغض النظر عن الشخص الذي ارتكبها، إلا أنه هناك حالات يقوم فيها العديد من الأشخاص الذي يتقاسمون الأدوار التي تختلف وتتفاوت في طبيعتها ودرجتها في تنفيذ هذه الجريمة، وهو المقصود من المساهمة الجنائية.

وتختلف المساهمة الجنائية التي نحن بصدد دراستها، عن فكرة المساهمة الضرورية التي يقصد بها تلك المساهمة القانونية التي تتطلبها بعض أنواع الجرائم التي لا تقبل بطبيعتها أن يرتكبها شخصا واحداً، مثل جريمة الرشوة التي تتطلب الراشي والموظف المرتشي، وجريمة الزنا التي تطلب شخصين أحدهما يكون متزوجا، وجريمة التآمر التي تتطلب العديد من الأشخاص الذين يتآمرون ضد الوطن... والعديد من الجرائم الأخرى التي لا تقوم بطبيعتها ووفقا للقانون بفعل شخص واحد.

في حين أن فكرة المساهمة الجنائية التي نحن بصدد دراستها، تعني أن الجريمة من الجرائم القابلة بطبيعتها أن يرتكبها شخصا واحدا، إلا أننا نجد العديد من الأشخاص الذين يساهمون في تنفيذها، سواء تامة أو عند مرحلة الشروع، وبالتالي هي فكرة تتطلب جريمة واحدة – فالجرائم المتعددة تبعدنا عن فكرة المساهمة الجنائية، كما تتطلب تعدد الجناة. إذ الجاني المنفرد يبعدنا أيضا عن فكرة المساهمة الجنائية. لذا فالمساهمة الجنائية، تتطلب وحدة الجريمة وتعدد الجناة. وهما الشرطين الضروريين لجعلنا أمام هذه الفكرة الجنائية.

### أولاً: وحدة الجريمة

تقتضي فكرة المساهمة الجنائية أن يرتكب العديد من الجناة جريمة واحدة تقبل طبيعتها أن يرتكبها شخصا واحدا، لذا يجب أن تتضافر جهود هؤلاء في تنفيذ الجريمة، وذلك بأن تجمع بينهما الوحدة المادية- وحدة الركن المادي- والوحدة المعنوية – وحدة الركن المعنوي-.

### 1- الوحدة المادية:

فكرة المساهمة الجنائية تقتضي قيام العديد من الجناة الذين تختلف وتتفاوت أدوارهم في ارتكاب جريمة واحدة، ووحدة الجريمة أول ما تتجسد فإنها تتجسد في وحدة الركن المادي لها، وهذا الأخير يتطلب وحدة السلوك ووحدة النتيجة، لكن إن كانت نتيجة الجريمة واحدة، فوحدة السلوك وإن كانت تعني سلوك واحد أدى لحدوث النتيجة السابقة، غير انه سلوك مشكل من تعدد الأفعال المشكلة لسلوك إجرامي واحد، وأن يساهم كل فعل من هذه الأفعال في تحقيق النتيجة وأن يرتبط بها برابطة سببية، بحيث لو استبعدنا فعل من هذه الأفعال وبالرغم من ذلك حدثت النتيجة، فالقائم بهذا الفعل لا يعد مساهما في الجريمة. وبالتالي يمكن القول بأن فكرة الوحدة المادية تعني وحدة الركن المادي، والتي تتأكد من خلال وحدة النتيجة وارتباطها برابطة سببية مع كل الأفعال التي أتاها الجناة، أي أن يتوفر لدى كل جاني عناصر الركن المادي الأساسية والمتمثلة في سلوك ونتيجة علاقة سببية تربط بين هذا السلوك والنتيجة الواحدة التي تحققت.

### 2- الوحدة المعنوية:

ويقصد بها أن تكون هناك وحدة ذهنية ورابطة معنوية تجمع بين جميع المساهمين في ارتكاب الجريمة، وذلك من علم وإرادة تهدف إلى ارتكاب نفس النتيجة سواء كان بينهم اتفاق سابق أو مجرد تفاهم، والتفاهم هو مجرد توفر نية الاشتراك معاصرة لارتكاب الجريمة، عكس الاتفاق الذي يكون سابقا لارتكاب الجريمة فإن التفاهم يكون معاصرا لها، أي لحظة ارتكابها، كأن يرى أحدهم يجري وراء الآخر لأجل قتله، فيمسك به بغرض تمكين الجاني منه بالرغم من أنه لم يكن هناك اتفاقا سابقا بينهما، وقد لا يكون يعرفه أصلا. وفقدان مثل هذه الرابطة المعنوية، يحول الجريمة من جريمة مساهم فيها إلى مجموعة جرائم.

### ثانياً: تعدد الجناة

سبق القول بأن المساهمة الجنائية تفترض وحدة الجريمة بركنيها المادي – وإن كانت النتيجة واحدة فالأفعال متعددة- والمعنوي، وأن يساهم العديد من الأشخاص في ارتكاب هذه الجريمة، أي وجود أكثر من جاني واحد يساهم في هذه الجريمة التي تصبح تشكل لهم مشروعا إجراميا واحدا، وبالتالي وجود العديد من الأشخاص الذين يرتكبون العديد من الجرائم لا يجعلنا أمام المساهمة الجنائية، ولا وجود شخص واحد يرتكب العديد من الجرائم، إذ هذا الوضع يجعلنا أمام فكرة تعدد جرائم الشخص الواحد.

هذا وبعد أن تناولنا مفهوم المساهمة الجنائية، وشروطها، سنحاول من خلال ثلاثة مطالب أن نتناول المشاكل التي تثيرها المسؤولية الجنائية، لنخصص المطالبين الآخرين لنوعيتها، المساهمة الأصلية والمساهمة التبعية.

### المطلب الأول

#### المشاكل التي تثيرها المساهمة الجنائية

إن ارتكاب جريمة واحدة بركن مادي واحد تتعدد فيها الأفعال والنتيجة واحدة، وكل فعل من هذه الأفعال يساهم في إحداثها ويرتبط بها برابطة سببية، يجعلنا نتساءل عن دور كل فعل من هذه الأفعال في تحقيق هذه النتيجة الواحدة، حيث أنه من المؤكد أن دور هذه الأفعال ليس متساويا، ومن ثم فمن الضروري ألا تكون مسؤولية كل المساهمين على

نفس القدر من الأهمية، وهنا كان من الواجب تحديد دور كل منهم لتحديد مسؤوليته، وهو ما يثير فكرة تحديد دور كل مساهم في إحداث النتيجة المحظورة قانونا.

## الفرع الأول

### تقييم الأدوار لتحديد المسؤوليات

لأجل تحديد دور كل مساهم من المساهمين، ودور الفعل الذي قام به في إحداث النتيجة المحظورة قانونا، وبالتالي تحديد قدر مسؤوليته عن الجريمة التي ارتكبت كثمرة لنشاطات الجميع، ظهر اتجاهين أساسيين، أولهما لا يفصل بين المساهمين ولا يولي أهمية لأية تفرقة بينهم، والثاني يقيم تفرقة بينهم ويجعل منهم مساهمين وشركاء، وسمي الأول بمذهب التوحيد بين المساهمين، وسمي الثاني بمذهب استقلال المساهمين، وهو ما نوضحه في النقطتين التاليتين.

### أولاً: مذهب التوحيد بين المساهمين

وهو مذهب يعتمد على نظرية تعادل الأسباب التي سبق وأن بينها في دراسة علاقة السببية، حيث يرى أنصار هذا المذهب أن منطوق الأمور لا يتفق والتميز بين أعمال الجناة القائمين على تنفيذ جريمة واحدة، فالجريمة حسنهم هي نتاج تضافر جميع جهود المساهمين فيها، وكل مساهم فيها أيا كان الفعل الذي أتاه ودور هذا الفعل في إحداث النتيجة، فهو مسؤول عن هذه الجريمة مسؤولية كاملة، باعتباره فاعلا لها لا باعتبار فعله ساهم في إحداث النتيجة. وعليه فجميع أعمال المساهمين متساوية في إحداث النتيجة، وهي بذلك متساوية في الأهمية، كما هي متساوية أيضا في المسؤولية الجنائية، وبذلك يستبعد أنصار هذا المذهب كل تفرقة بين الفاعل والشريك، بل الكل يعد فاعل أصلي للجريمة.

غير أن هذا المذهب وجهت له العديد من الانتقادات، أهمها أن الجريمة الواحدة يستحيل أن يرتكبها العديد من الفاعلين الأصليين فقط، لأن ذلك يؤدي إلى تعدد الجرائم وهو أمر غير منطقي في مجال فكرة المساهمة الجنائية، إذ هذه الفكرة تقتضي أن نكون بصدد جريمة واحدة يسهر على تنفيذها العديد من الجناة، كما أن المساواة بين كل الفاعلين أمر يجافي العدالة، ويتنافى ومبدأ التفريد العقابي الذي يقوم على فكرة إنزال العقوبات تبعا لخطورة كل مجرم على حدة، لذا نجد غالبية الرأي الفقهي والموقف التشريعي والقضائي يرفض هذا الرأي.

### ثانياً: مذهب استقلال المساهمين

وهو مذهب يقيم تفرقة بين الفاعلين الأصليين والشركاء، وهو الرأي الراجح فقها وقضاء، واتبعته غالبية التشريعات، وهو مذهب بنادي أنصاره بوجود التمييز بين المساهمين في الجريمة بحسب الدور الذي قام به كل منهم، وعلى ذلك تقسم أدوار الجريمة إلى نوعين، أدوار رئيسية يقوم بها المساهمين الأصليين، وأدوار ثانوية يقوم بها الشركاء أو الفاعلين التابعين. غير أن أنصار هذا الاتجاه انقسموا بخصوص المعيار الذي يمكن من التمييز بين الأفعال الرئيسية والأفعال الثانوية أو التابعة، وبالتالي المعيار الذي يبين الفاعلين الأصليين والفاعلين التابعين أو الشركاء، وكالعادة تنازع المسألة المذهبان المادي والشخصي. الأول ويركز كالعادة على الركن المادي للجريمة، والثاني على الركن المعنوي لها أو نية الفاعل.

### 1- المذهب الشخصي :

وهو المذهب الذي ركز على الركن المعنوي أو النفسي للجريمة، ورأى أنصاره بأن الركن المادي للجريمة لا يمكننا من التمييز بين الأعمال الرئيسية والأعمال الثانوية، لذا يجب إعمال الركن المعنوي، وذلك بالاستناد إلى نية وإرادة المساهم وما إن كان يريد أن يكون فاعلا أصليا أو مجرد شريك، فالفاعل الأصلي تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة على أساس أنها تحقق مصلحته وهو سيدها، بينما الشريك هو من توفرت لديه فقط نية الاشتراك، وأن تتجه إرادته لأن يكون فعله مجرد فعل يساعد ويدعم به أفعال الفاعل الأصلي، فالجريمة ليست مشروعة الإجرامي ولا يريد تنفيذها ما لم ينفذها غيره. غير أن هذا المذهب غامض وصعب للإثبات، إذ كيف يمكننا الغوص في أغوار النفس واستخلاص نية الشخص وتبينها والحكم عليها ما إن كانت تريد الجريمة كمشروع أو اشتراك فقط. لذا هجر هذا المعيار من غالبية الفقه وأحكام القضاء.

### 2- المذهب الموضوعي أو المادي :

وهو المذهب الذي يركز أنصاره على الركن المادي للجريمة للتمييز بين الأفعال الرئيسية التي يعد صاحبها فاعلا أصليا للجريمة، وبين الأفعال الثانوية التي يعد فاعلها مجرد شريك، وذلك بالاستناد لنوع العمل ومدى خطورته المادية، فمتى كانت الأعمال خطيرة فالمساهمة تكون أصلية، ومتى كانت الأعمال ثانوية وأقل جسامة وخطورة كانت المساهمة تبعية وفاعلها مجرد شريك.

وللتمييز بين الأعمال الخطيرة وتلك الأقل خطورة، يرى أنصار هذا الاتجاه الاستناد للركن المادي للجريمة ذاته، فالأعمال الخطيرة هي كل فعل يدخل في الأعمال التنفيذية المشككة للركن المادي للجريمة، سواء كله أو جزء منه، أما الأعمال الثانوية غير الخطيرة، فهي تلك الأفعال التي لا ترقى لمرتبة الأفعال التنفيذية المكونة للركن المادي للجريمة، بل مجرد أعمال مسهلة أو محضرة للأعمال التنفيذية السابقة، ويعمل في ذلك بمعيار البدء في التنفيذ الذي سبق وان بينته هذه النظرية في جريمة الشروع. وبالتالي استقر الفكر القانوني على ضرورة التمييز بين الفاعل الأصلي والشريك، لكن ثارت مسألة البحث عن طبيعة العلاقة بينهما، وهو ما نتناوله في النقطة الموالية.

## الفرع الثاني

### طبيعة العلاقة بين الفاعل الأصلي والشريك

في الحقيقة إن أعمال الشريك هي مجرد أعمال تحضيرية غير معاقب عليها في ذاتها، لولا فعل الفاعل الأصلي الذي يجذبها لدائرة التجريم ويكسبها قيمة قانونية، وبمعنى آخر أعمال الشريك تجرم فقط لتبعيتها لفعل مطابق للنموذج التشريعي للجريمة، وبالتالي هناك علاقة فعلية وقانونية بين أعمال الشريك وأعمال الفاعل الأصلي، وهي العلاقة التي لا يمكن إنكارها بأي حال من الأحوال، لكن السؤال يتعلق بالبحث في طبيعة هذه العلاقة، وهي الفكرة التي حاول الفقه بحثها، لكنه اختلف حول تكييفها، ويمكن رد هذا الخلاف إلى نظريتين أساسيتين، نظرية تقليدية وهي نظرية الاستعارة، ونظرية حديثة وسميت بنظرية التبعية، وهو ما نبينه في النقطتين التاليتين.

#### أولاً: نظرية الاستعارة

وهي نظرية يرى أنصارها بأن الشريك يستعير إجرامه من فعل الفاعل الأصلي، إذ هناك علاقة استعارة بين الفاعل الأصلي والشريك، حيث يضيف فعل الأول الصفة الإجرامية على الفعل الثاني، أو أن الشريك يستعير الصفة الإجرامية لأفعاله غير المجرمة أصلاً من فعل الفاعل الأصلي، لكن داخل هذا الاتجاه ذاته ثار التساؤل حول مدى هذه الاستعارة، وهنا انقسم هذا الاتجاه ذاته إلى اتجاهين، أحدهما يرى أنها استعارة مطلقة والآخر يراها مجرد استعارة نسبية.

#### 1- نظرية الاستعارة المطلقة:

ويرى أنصارها أن الفاعل الأصلي يلقي بظله كاملاً على الشريك، بمعنى أن هذا الأخير يستعير كل الظروف العينية والشخصية للصيقة بالجريمة وبالفاعل الأصلي، مما يجعلهما متساوين في المسؤولية الجنائية والتي تعني أيضاً تطبيق نفس الجزاء الجنائي عليهما.

#### 2- نظرية الاستعارة النسبية:

وهي النظرية التي يرى أنصارها عكس رؤية أنصار النظرية الأولى، ويرون بأن الشريك يستعير من الفاعل الأصلي التجريم دون العقاب، حيث يستعير منه الظروف العينية الموضوعية للصيقة بالجريمة، دون الظروف الشخصية للصيق بالفاعل، مما يجعلهم غير متساوين في المسؤولية ولا في الجزاء.

#### ثانياً: نظرية التبعية

وهي نظرية في الحقيقة تستند لفكرة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه المعروفة في القانون المدني، ويرى أنصارها أن فعل الشريك هو فعل مستقل في ذاته عن فعل الفاعل الأصلي، غير أنه غير مستقل استقلالاً تاماً، إذ وقوع فعل الفاعل الأصلي المتمثل في إقرار الركن المادي للجريمة، يجعل من فعل الشريك يتبعه وتصيب عليه الصفة الإجرامية، وإلا فلا مجال للقول باشتراكه في الجريمة، غير أن كل منهما مستقل بظروفه الشخصية، وبالتالي يستقل كل واحد بخصوص الجزاء بحسب الخطورة الإجرامية، كما يستقلان في المسؤولية المدنية، ولا يسأل الشريك عن الجرائم المحتملة التي يقترفها الفاعل الأصلي.

## المطلب الثاني المساهمة الأصلية الفاعل الأصلي

### المادتان 41 و45 من قانون العقوبات الجزائري

يمكن القول اختصارا أنه لا جريمة دون فعل ولا جريمة دون فاعل، وهو الفاعل الذي قد يكون وحيدا أو متعددا، أو وحيدا وله شريك أو عدة شركاء، أو عدة فاعلين لهم شريك واحد أو عدة شركاء، وبالتالي لا جريمة بشركاء فقط، وفاعل الجريمة قد يرتكبها بصورة مباشرة مثل الفاعل المادي أو الفاعل المباشر، وقد يرتكبها بطريقة غير مباشرة مثل المحرض أو الفاعل المعنوي. لكنهما يبقيان صاحبا للجريمة.

والفاعل الأصلي وفقا لتقنين العقوبات الجزائري نصت عليه المادتان 41 و45، حيث بينت الأولى الفاعل المادي أو الفاعل المباشر، وذلك في الفقرة الأولى منها، في حين بينت الفقرة الثانية المحرض، في حين تناولت المادة 45 فكرة الفاعل المعنوي.

### المطلب الأول

#### الفاعل المباشر

#### ( الفاعل المادي أو الفاعل المنفرد )

يعرف الفقيه الفرنسية Roux الفاعل المادي المنفرد أو الفاعل المباشر، بأنه: "الشخص الذي ساهم نشاطه أو امتناعه في ارتكاب الجريمة"، وبالتالي الفاعل هو من يرتكب الواقعة المجرمة بنص القانون، أو هو الشخص الذي يتولى لوحده تنفيذ كافة الأفعال المكونة للجريمة، بحيث لا يكون من أحد على مسرح الجريمة غيره، وهو ما يقتضي بحث فكرة الركن المادي والركن المعنوي لديه.

### الفرع الأول

#### الركن المادي لجريمة الفاعل المباشر

نصت المادة 41 من تقنين العقوبات الجزائري، وفي توضيحها لمعنى الفاعل المباشر بأنه: "... من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة"، وبالتالي الفاعل المباشر هو الفاعل الذي تكون مساهمته مباشرة في ارتكاب الجريمة، فما معنى المساهمة المباشرة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 41 من تقنين العقوبات الجزائري؟

المساهمة المباشرة في تنفيذ الجريمة، هي إتيان الأفعال الأعمال التنفيذية المكونة للركن المادي للجريمة، سواء كان شخصا منفردا أو عدة فاعلين أصليين، ومعيار البدء في التنفيذ هو المعيار المحدد للأعمال التنفيذية للركن المادي على النحو المبين سابقا، بالإضافة إلى إعمال معيار آخر مكمل، وهو المتمثل في ظهور الجاني على مسرح الجريمة وأن يكون لصيق الصلة بالتنفيذ ومعاصر له.

غير أنه هناك حالات يظهر فيها الشخص وكأنه بعيد عن مسرح الجريمة، غير أنه يعد فاعلا مباشرا للجريمة، مثل خادم المنزل الذي يترك باب سيده مفتوحا لتمكين اللصوص من سرقاته، وكذا مراقب الطريق، والشخص الذي يمسك بالشخص الهارب من غريمه ليمنح هذا الأخير من قتله - في هذه الحالة الشخص في الحقيقة موجود على مسرح الجريمة - ... مما يعني أن معيار الظهور على مسرح الجريمة ليس معيارا حاسما في كل الحالات.

### الفرع الثاني

#### الركن المعنوي لجريمة الفاعل المباشر

يجب أن يتوفر لدى الفاعل المباشر أو الفاعل المادي مع غيره من الفاعلين أو الشركاء - كوننا بصدد نظرية المساهمة الجنائية- رابطة ذهنية واحدة، وذلك بأن يكون كل المساهمين في الجريمة على علم بكل الأفعال التي تتضافر لتحقيق الركن المادي للجريمة، ويريدون النتيجة التي تسفر عن جميع الأفعال المتضافرة السابقة، والعلم يجب أن ينصرف لما هو من عمل الشخص وكذا عمل غيره من باقي المساهمين، وأن يريد كل مهم النتيجة أو النتائج المتمخضة عن هذه الأفعال.

وأن انتفاء الرابطة المعنوية والذهنية لدى الجناة، يخرجنا من مجال المساهمة الجنائية ويجعلنا نسأل كل فاعل عن جريمة مستقلة بقدر السلوك الذي أتاه، لذا فإن إطلاق الرصاص على مجني عليه واحد من قبل العديد من الفاعلين

وفي لحظة واحدة يجعلهم مساهمين في جريمة القتل متى توفرت لديهم وحدة الرابطة الذهنية، غير أنه إذا انتفت هذه الأخيرة، سأل الشخص الذي أصابت رصاصته المجني عليه عن جريمة قتل عمدن وسأل الباقيين كل منهم مستقلا عن محاولة القتل إن لم تصب رصاصاتهم الشخص المجني عليه.

## المطلب الثاني

### المحرض كفاعل أصلي

التحريض هو خلق فكرة الجريمة لدى الشخص الفاعل وجعله يصمم على ارتكابها، ولم يكن المحرض فاعلا أصليا في القانون الجزائري إلا بتعديل قانون 82-04 المؤرخ في 13-02-1982، ويعد ذلك خروجاً عن الاتجاه التقليدي الذي أخذت به معظم التشريعات، وكذا خروجاً عن توصيات المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات المنعقد بأثينا سنة 1957 الذي أوصى بجعل التحريض " جريمة مستقلة" عن المساهمة، وخروجها عن المساهمة الأصلية لأن التحريض يتقصه التنفيذ، ولا بالمساهمة التبعية كون المحرض هو صاحب خلق فكرة الجريمة وهو من جعل الفاعل يصمم على ارتكابها.

والتحريض هو خلق فكرة الجريمة لدى شخص آخر ذهنه كان خاليا منها، أو هو جعل الفاعل يصمم عليها، وذلك بالتأثير على نفسية هذا الشخص ودفعه لغاية تنفيذ ركنها المادي، بمعنى التحريض يعني خلق فكرة الجريمة في ذهن كان خاليا منها أو على الأقل زينها له ودفع به على تنفيذها. أو هو خلق التصميم لدى الفاعل بارتكاب الجريمة، ودفعه نحو ارتكابها، وهو التعريف الذي تبناه المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات سنة 1957، والتحريض يؤدي إلى نتيجتين الأولى نفسية تتمثل في القرار الذي يتخذه الفاعل الذي وجه له التحريض، والنتيجة الثانية مادية تتمثل في الجريمة التي ارتكبها بناء على القرار النفسي السابق، ويستوي أن يكون المحرض هو صاحب الفكرة الإجرامية أم اقتصر دوره على تزيين الفكرة التي كانت من خلق من حرض شخصيا. وسنحاول تبين أركان التحريض كجريمة في الفرع الموالي.

## الفرع الأول

### أركان جريمة التحريض

التحريض جريمة من جرائم المساهمة الجنائية، وبالتالي فهو كأي جريمة يشترط الأركان العامة الثلاثة لقيامها. وهي الركن الشرعي، والركن المادي والركن المعنوي.

#### 1- الركن الشرعي للتحريض

الركن الشرعي لجريمة التحريض تضمنته المادة 2/41 من قانون العقوبات الجزائري، بنصها: "...يعد

فاعلا... كل من حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي." ومن متطلبات الركن الشرعي لجريمة التحريض، أن ينصب التحريض على ارتكاب جريمة أو مجموعة جرائم من المنصوص والمعاقب عليها قانونا، لذا فإن خلق العداوة والبغضاء والكراهية لدى شخص آخر لا يرقى لمرتبة التحريض، لذا فالموضوع المحدد لعملية التحريض هو ارتكاب جريمة بعينها]، وأن يكون مباشر وبفعل إيجابي.

#### 2- الركن المادي للتحريض

قوام السلوك في جريمة التحريض هو خلق فكرة الجريمة لدى الفاعل و/أو إيجاد التصميم لديه على ارتكابها، وتقتضي فكرة خلق الجريمة أن ذهن الفاعل كان في الأصل خاليا منها، لولا تحريضه من قبل الشخص المحرض وجعله يصمم عليها، كما قد تكون الفكرة من الفاعل ابتداء لكن المحرض جعله يصمم على تنفيذها، بعدما كان الفاعل مترددا بخصوص ذلك، وكل النشاطات السابقة عبارة عن أفعال إيجابية لا سلبية، وبالتالي يمكن القول بأنه لا تحريض عن طريق الامتناع أو بعمل سلبي، أي كانت دلالاته الإجرامية، فسكوت الشخص أمام فاعل يروي له تفاصيل الجريمة التي سيرتكبها لا يجعله مرتكبا لجريمة التحريض كون موقفه كان سلبيا في حين التحريض جريمة إيجابية.

والسلوك الإيجابي في جريمة التحريض غير مقيد باستعمال طريقة محددة – وإن كان مقيد بالوسيلة المادية-، فقد يكون التحريض عن طريق القول أو الكتابة، وقد يكون باللفظ العادي أو بوسائل الاتصال أي كان نوعها، طالما كانت الوسيلة معبرة عن إرادة المحرض وقصده في خلق فكرة الجريمة لدى الغير وجعله يصمم على ارتكابها. والأصل في التحريض أن يكون شخصيا، موجه لشخص أو أشخاص محددين ويمكن تعيينهم، دون اشتراط توفر العلم بين الأطراف،



كون التعارف بينهما ليس من شروط قيام جريمة التحريض، غير أن توجيه التحريض لأشخاص غير محددين يعد جريمة مستقلة بحد ذاتها، وهي الجريمة المنصوص والمعاقب عليها في القانون الجزائري بموجب المادة 100 منه. كما يجب أن يكون التحريض منصبا على ارتكاب جريمة من جرائم قانون العقوبات دون اشتراط نوعها أو ذكر وصفها القانوني للفاعل، وإنما يكفي التحريض على ارتكاب الواقعة المكونة لركنها المادي، وبالإضافة إلى كل ما سبق، حددت المادة 2/41 الوسائل التي بموجبها يتم التحريض، وهي الوسائل أو الأفعال التي بينت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وبالتالي المسألة قانونية لا يجوز تفسيرها تفسير واسعاً، كما لا يجوز القياس عليها، وهذه الوسائل في قانون العقوبات الجزائري من الوسائل المادية التي يشترط إتيانها قبل ارتكاب الجريمة، ويمكن الاستعانة فيها بوسيلة واحدة أو أكثر كما يجوز جمعها كلها وهي:

### **1- الهبة:**

والهبة قد تكون مبلغاً من المال، كما قد تكون أي عقار أو منقول أو سلعة من السلع، أو عبارة عن تقديم خدمة، ويمكن أن تقدم بطريقة مباشرة أو مجرد الوعد بتقديمها، غير أن كل ما يشترط فيها أن يكون تقديمها أو الوعد بتقديمها سابقاً على ارتكاب الجريمة.

### **2- الوعد:**

الوعد هو أن يقطع الجاني على نفسه وعداً بأداء خدمة أو أداء عمل أو تقديم هبة للفاعل في حال ما إن ارتكب الجريمة المحرض على ارتكابها، بشرط أن يقطع مثل هذا الوعد قبل تنفيذ هذه الجريمة.

### **3- التهديد:**

التهديد هو أن يقوم الشخص المحرض بالضغط على إرادته بتهديده بارتكاب أفعال أو القيام ببعض التصرفات التي من شأنها أن ترهب المهدد وتدفعه لارتكاب الجريمة، ويشترط أن يكون التهديد أيضاً سابقاً على ارتكاب الجريمة.

### **4- إساءة استعمال السلطة أو الولاية:**

وفي هذه الحالة، يشترط أن يكون للشخص المحرض سلطة على المنفذ، وهي السلطة التي قد تكون قانونية كسلطة الرئيس على المروّوس، وقد تكون فعلية كسلطة رب العمل على العامل، أو كأن تكون ولاية كولاية الأب على أبنائه، فيستغل مثل هؤلاء مثل هذه السلطة لتحريض تابعيهم لتنفيذ الجريمة.

### **5- التحايل والتدليس الإجرامي:**

التدليس الإجرامي هو تعزز الكذب بأفعال مادية ومظاهر خارجية تساهم في إقناع الغير بالانصياع لرغبة المحرض، وذلك باتخاذ أفعال مادية كاذبة تشجع وتدفع الغير لارتكاب الجريمة.

وبالتالي جريمة التحريض يجب وأن تتم بإحدى هذه الوسائل أو أكثر، وهي الوسائل التي نذكر بأنها وردت على سبيل الحصر لا المثال، وهي كلها من الوسائل المادية التي يشترط إتيانها قبل إقدام المنفذ على ارتكاب الجريمة التي حرض عليها، وبشرط أن يكون التحريض موجه لشخص أو أشخاص محددين لا لعامة الناس، كون التحريض العام سبق القول أيضاً أنه جريمة مستقلة قائمة بذاتها ( المادة 100 ق ع ج).

### **ثالثاً: الركن المعنوي لجريمة التحريض**

جريمة التحريض جريمة عمدية، يجب أن يتوفر لدى الشخص المحرض القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، وهو العلم بأن سلوكه يؤدي إلى خلق فكرة الجريمة لدى المنفذ أو على الأقل جعله يصمم عليها إن كانت الفكرة أصلاً من المنفذ، وأن يريد هذه الجريمة والنتائج التي تتمخض عنها، لكنه لا يسأل عما زاد من نتائج محتملة لم يكن يعلمها ولا يريدتها.

### **الفرع الثاني**

### **الشروع والاشتراك في التحريض**

باعتبار التحريض جريمة قائمة بذاتها وفقاً للقانون الجزائري، حيث أنها جريمة تنتهي بإقناع الشخص الذي حرض بارتكاب الجريمة، وبتقديم إحدى الوسائل المادية المذكورة حصراً في المادة 2/41 ق ع ج، فيكون بذلك المحرض مقترفاً لجريمة التحريض بغض النظر عن ارتكابها من قبل الشخص الذي حرض من عدمه، ففي حال ما لم ينفذها سأل

فقط المحرض عن جريمة التحريض، وفي حال ارتكباها الفاعل سأل عنها كفاعل مادي مباشر وسأل الآخر كمحرض، لذا تتساءل عما إن كانت جريمة التحريض تقبل الشروع والاشتراك، وه ما نتناوله في النقطتين التاليتين.

### أولاً: الشروع في جريمة التحريض

جريمة التحريض تبدأ بتقديم إحدى الوسائل المذكورة أعلاه، وتنتهي بخلق فكرة الجريمة أو تزيينها لدى الجاني وخلق التصميم لديه على ارتكابها، وبالتالي هي جريمة يمكن القول بنوع من التجاوز أنها مستقلة – نقول بنوع من التجاوز، لأن الحقيقة القانونية أن المشرع جعلها جريمة مساهمة لا مستقلة- وتنتهي عند هذا الحد، فالمحرض في حقيقة الأمر فاعل أصلي لجريمة التحريض، وليس له أي دور في الجريمة الأصلية التي يرتكبها المنفذ، لذا فإن عدم إتمام المنفذ للجريمة التي حرض عليها، أمر خارج في حقيقته عن إرادة المحرض، لكن ذلك لا ينفي عنه أنه قام بجريمة التحريض التي توقفت عند حد الشروع، وهو تفسير البعض للمادة 46 من تقنين العقوبات الجزائري، غير أننا لا نوافق هذا الرأي، كون جريمة التحريض نتيجتها خلق فكرة الجريمة لدى الجاني وجعله يصمم على ارتكابها، وبالتالي في الحالة السابقة الجريمة كانت تامة وليست مجرد جريمة انتهت في طور الشروع. لكن يمكن تصور العدول عن جريمة التحريض، في الحالة التي يخلق فيها الجريمة في ذهن الفاعل وجعله يصمم على ارتكابها ويقدم وسيلة من الوسائل المحددة بالمادة 2/41، ولكن قبل إقدام الفاعل على التنفيذ يسارع ويسحب وسيلته المادية، وهنا إن كان العدول اضطرارياً أمكن القول بقيام لشروع في التحريض، وفقاً للقواعد العامة، وإن كان اختياري لا عقاب على الفعل، إعمالاً للقواعد العامة في جريمة الشروع دوماً.

### ثانياً: الاشتراك في التحريض

إذا كان هناك محرضاً واحداً وفاعلاً واحداً للجريمة، عد كل منهما فاعلاً أصلياً لها، الأول بصفته محرضاً والثاني بصفته فاعلاً أصلياً لها، ما لم تتوفر شروط الإكراه في حالة استعمال التهديد، غير أنه يثار التساؤل عما إن كان يمكن تصور تعدد المحرضين. إن طبيعة وسائل التحريض التي تعد كلها من الوسائل المادية، تسمح بقبول فكرة الاشتراك في التحريض، كأن يشتري أحدهما هدية ويقدمها للثاني الذي يقدمها بدوره للمنفذ ويخلق فكرة الجريمة في ذهنه ويجعله يصمم على ارتكابها، وبذلك يكون مقدم الهدية شريكاً في التحريض، بشرط أن يتوفر لديه قصد الاشتراك في التحريض وتتجه إرادته لذلك، كون جريمة التحريض جريمة عمدية، التي تشترط العلم والإرادة بالسلوك والنتائج، لذا فهو لا يسأل عن النتائج المتجاوزة لقصده. ولا يشترط أن يكون عالماً بالمنفذ، بل كل ما يشترط أن يكون عالماً بوجود جريمة التحريض على جريمة.

### المطلب الثالث

#### الفاعل المعنوي كمساهم أصلي

الفاعل المعنوي كصورة من صور المساهمة الجنائية نصت عليه المادة 45 من تقنين العقوبات الجزائري، ويقصد بالفاعل المعنوي الشخص الذي يستخدم شخص آخر كأداة لارتكاب الجريمة، وأن يكون هذا الشخص غير مسؤول جنائياً بسبب وضعه أو صفته الشخصية، وذلك باستعمال أية وسيلة من الوسائل، سواء كانت تلك المبينة في التحريض أو غيرها، وقد عرف المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات المنعقد في أثينا سنة 1957 الفاعل المعنوي، أنه: "من يدفع نحو ارتكاب الجريمة منفذاً لا يمكن مسائلته جنائياً". لذا فهناك وجه شبه كبير بين المحرض والفاعل المعنوي، وهو ما نبينه في فرع، لنتناول في الثاني أركان جريمة الفاعل المعنوي.

#### الفرع الأول

#### الفرق بين المحرض والفاعل المعنوي

وبالتالي، الفاعل المعنوي يقترب كثيراً من المحرض، غير أن الأخير يحرض شخصاً مسؤولاً جنائياً مستعملاً في ذلك وسيلة مادية من الوسائل المحددة حصراً بنص المادة 2/41، في حين الأول، يستعمل شخصاً غير مسؤولاً جنائياً أو شخصاً حسن النية وكأنه أداة مادية، حيث قد يكون شخصاً غير مسؤولاً جنائياً، مثل الصغير غير البالغ سن الرشد والمجنون [8]، أو بسبب وضعه كأن يكون حسن النية [9]، ولا يشترط في ذلك استعمال وسيلة محددة. وقد نص المشرع الجزائري على الفاعل المعنوي بموجب المادة 45 التي قضت على أنه: "من يحمل شخصاً لا يخضع للعقوبة بسبب وضعه أو صفته الشخصية على ارتكاب جريمة يعاقب بالعقوبات المقررة لها." [10].

لذا فوجه التشابه بين المجرم والفاعل المعنوي، أن الأول يستعمل شخص مسؤول جنائياً، في حين الثاني يستعمل شخص كأداة مادية، وعليه فإن المنفذ في التحريض يعاقب باعتباره الفاعل الأصلي للجريمة المجرم عليها، في حين لا فاعل أصلي للجريمة في حالة فاعل معنوي لأنه شخص منذ البداية غير معاقب عليه ، وفي كلا الجريمتين لا ينفذان الجريمة بنفسيهما بل بغيرهما. لكننا نرى بأن المنفذ في حالة الفاعل المعنوي قد يخضع لتدبير من تدابير الأمن، بينما حسن النية فلا يعاقب لانتفاء القصد لديه والخطأ فالجريمة إن كانت تقوم بالخطأ سأل عنها كأن يكون ملزم بواجب التحري. والحبطة والحذر .

## الفرع الثاني

### أركان جريمة الفاعل المعنوي

جريمة الفاعل المعنوي جريمة شأنها شأن سائر الجرائم الأخرى، تحتاج لقيامها الأركان الثلاثة العامة، وإن كان الركن الشرعي لا يطرح أي إشكال وهو نص المادة 45 من تقنين العقوبات الجزائري. فإننا سنركز على الركنين المادي والمعنوي.

### أولاً: الركن المادي لجريمة الفاعل المعنوي

على عكس جريمة التحريض، فإن المشرع الجزائري لم يحدد الوسائل التي يلجأ إليها الفاعل المعنوي لأجل الدفع بالشخص المستعمل كأداة لارتكاب الجريمة، وعلى ذلك فكل الوسائل يمكن أن تصلح لقيام جريمة الفاعل المعنوي، بل وتقوم حتى في ظل انعدام مثل هذه الوسائل. بشرط أن يحرض الشخص حسن النية أو غير المسؤول جنائياً، على الركن المادي لجريمة من الجرائم المعاقب عليها قانوناً، دون شرط تبين وصفها أو تكييفها، كما لا يشترط التعارف بين الشخصين، حيث كل ما يلزم أن يعلم الشخص أنه يحرض شخص غير مسؤول أو غير معاقب بسبب وضعه أو صفته. وبالتالي هي جريمة تقوم بنشاط إيجابي ينصب على خلق فكرة الجريمة لدى الشخص ودفعه لارتكابها شأنه شأن التحريض.

### ثانياً: الركن المعنوي لجريمة الفاعل المعنوي

المنفذ في جريمة الفاعل المعنوي مجرد أداة مادية استخدمت في تنفيذ الجريمة، وبالتالي فلا مسؤولية ولا عقاب عليه، فهو لا بالفاعل الأصلي ولا بالشريك، بل المسؤول الوحيد هو الفاعل المعنوي وهو مسؤول عن النتائج التي أرادها وتلك التي لم يرددها أو لم يتوقعها أصلاً، لأنه كان عليه أن يتوقع بأن يتعامل مع شخص غير مميز وغير مدرك وعليه أن يضع في حسابه أن هذا الشخص قد يتجاوز ما طلب منه.

## المبحث الثاني

### المساهمة التبعية ( الاشتراك )

يقصد بالمساهمة التبعية أو ما يسمى بالاشتراك، تعدد الجناة في المرحلة السابقة على البدء في تنفيذ الجريمة، سيما في مرحلة التحضير والإعداد للجريمة، فهي لا تعني قيام الجاني بدور أصلي أو رئيسي في تنفيذ الركن المادي للجريمة، وإنما القيام فقط بالأدوار الثانوية أو التبعية السابقة عن هذا التنفيذ، غير أنها أفعال ترتبط بالنتيجة النهائية المترتبة عن الجريمة برابطة سببية، دون أن تعتبر هذه الأفعال أو الأعمال في ذاتها بدءاً في تنفيذ الجريمة، وبعبارة أخرى أكثر اختصاراً، الشريك هو الشخص الذي يقوم بنشاط تبعية غير رئيسي يرتبط بجريمة ارتكبتها فاعل أو فاعلين أصليين برابطة سببية. وبالتالي الشريك في حقيقة الأمر لا يرتكب فعلاً مجرماً قانوناً في حد ذاته، وإنما يكتسب صفته الإجرامية من الفعل التنفيذي الذي يرتكبه الفاعل الأصلي للجريمة، وبالتالي ما دام أن الشريك لم يرتكب أي نشاط أو سلوك أو فعل يدخل في التكوين القانوني ( النموذجي ) للركن المادي للجريمة، وبالتالي في حقيقة الأمر لا يوجد نص قانوني يطبق على هذا الفعل، ما دام النص الذي يعاقب على الجريمة التي ارتكبتها الفاعل الأصلي لا يطبق على فعل الشريك، وهنا في حقيقة الأمر أين ظهرت نظريتي الاستعارة والتبعية، والخلاف الفقهي الذي ساد الفقه حول البحث في طبيعة العلاقة بين الفاعل الأصلي والشريك. وقد بين المشرع الجزائري معنى الشريك في نص المادة 42 من تقنين العقوبات، بينما بين نص المادة 43 من يعد في حكم الشريك، وبعبارة أخرى النص الأول بين الشريك الفعلي، بينما بينت المادة 43 الشريك حكماً – إن صح القول-. حيث باستقراء المادتين تتبين أن الركن الاشتراك. وسنبين في مطلب أركان الاشتراك، لنتناول في الثاني بعض الأوضاع المتعلقة بالاشتراك.

## المطلب الأول أركان الاشتراك

لكي تقوم جريمة الشريك ويعاقب بهذا الوصف، لا بد من توفر الأركان الثلاثة العامة المشترطة لقيام أي جريمة، غير انه يمكننا القول بأن الشرط المفترض الأول هو وقوع الجريمة الأصلية التي يرتكبها الفاعل الأصلي، وأن تكون الأعمال الثانوية التي ارتكبها الشريك مرتبطة بهذه الجريمة برابطة سببية، وهي أفعال الاشتراك التي بينها نصوص القانون، ويشترط أخيرا أن يكون الشريك متعمدا هذه المساهمة.

### الفرع الأول الركن الشرعي للاشتراك

نصت المادة 42 من تقنين العقوبات الجزائي على أنه: "يعد شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، لكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأعمال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع عله بذلك". بينما بينت المادة 43 من هم في حكم الشريك، وهي المادة التي نصت على أنه: "يأخذ حكم الشريك من اعتاد أن يقدم سكنا أو ملجأ أو مكان للاجتماع لوحد أو أكثر، من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو ضد الأشخاص أو الأموال مع العلم بسلوكهم الإجرامي."، وباستقراء المادتين، يمكن القول أن الاشتراك هو كل من عاون الفاعل أو الفاعلين الأصليين في ارتكاب جنائية أو جنحة، سواء تمت أو توقفت عند حد الشروع، وأن تنصب هذه المساعدة أو المعاونة على المرحلة التحضيرية للجريمة، أو لتسهيل ارتكابها ماديا، أو لتسهيل تنفيذها، وبالتالي النظرة المجردة لنوع هذه الأعمال غير معاقب عليها قانونا وفقا لما تناولناه في نظرية الشروع، غير أنها تنجذب لدائرة التجريم لكونها ترتبط بجريمة الفاعل الأصلي وكانت سببا معيننا أو مسهلا لتنفيذها، وهو في الحقيقة تجسيد فعلي لنظرية الاستعارة على الأقل في جانبها التجريمي الموضوعي دون الشخصي – سنبيين مسألة استثناء الاستعارة الشخصية لاحقا، لذا وما دامت أفعال الشريك غير معاقب عليها في حد ذاتها بل لارتباطها بالجريمة الأصلية، لذا فهذه الأخيرة يجب أن تتوفر فيها بعض الشروط، أهمها:

- 1- أن يشكل الفعل الذي يقوم به الجاني جريمة من الجرائم المعاقب عليها قانونا. لكن بوصف الجنائية أو الجنحة، إذ لا مساهمة ولا اشتراك في المخالفات.
  - 2- ألا يكون فاعل الجريمة الأصلية توفر لديه سبب من أسباب الإباحة، لأنه سبق القول أن مثل هذه الأسباب يستفيد منها كل من ساهم في ارتكاب الجريمة، سواء كان فاعلا أصليا أو مجرد شريك.
- كما تجب الإشارة إلى بعض العناصر المتمثلة في أن إفلات الفاعل الأصلي من العقاب لا يمنع من قيام الاشتراك وعقاب الشريك في حال امتناع مسؤولية الفاعل الأصلي أو قيام مانع من موانع العقاب لديه. لأنها أسباب شخصية يستفيد بها المتوفرة لديه دون غيره. كما أن عدم عقاب الفاعل الأصلي بسبب قيام عذر لديه لا يحول دون عقاب الشريك، كون العذر أيضا من السباب الشخصية.

### الفرع الثاني الركن المادي للاشتراك

لعقاب الشريك عن الأفعال التي ساعد بها الفاعل الأصلي، يجب وأن يرتكب أو يأتي إحدى أفعال الاشتراك المنصوص عليها في المادتين 42 و 43 من تقنين العقوبات الجزائي، وهي أفعال وردت على سبيل الحصر، كوننا بصدد نص تجريمي يجب إعمال مبدأ الشرعية بخصوصه، وهي بالتالي أفعال أو أعمال لا يجوز تفسيرها واسعا لا القياس عليها، وهذه الأعمال هي:

#### أولاً: أعمال المساعدة أو المعاونة

أعمال المساعدة أو المعاونة، هي كل فعل أو عمل من شأنه أن يعين أو يساعد أو يدعم به الشريك الفاعل الأصلي، بشرط أن تبقى هذه الأفعال في حدود مرحلة ما قبل البدء في تنفيذ الجريمة، أو بعد ذلك دون أن يظهر الشريك على مسرح الجريمة، لأن الظهور على مسرح الجريمة (مكان ارتكاب الجريمة) يجعل من الشخص فاعلا أصليا لا مجرد شريك، لذا فالشريك يجب أن يساعد الفاعل الأصلي في المرحلة التحضيرية لارتكاب الجريمة، كسواء سلاح وتقديمه

لفاعل مع علمه بهدف هذا الأخير. أو أن تكون هذه الأعمال معاصرة لارتكاب الجريمة لكن بعيد عن مكان تنفيذها. أما أعمال المساعدة اللاحقة لارتكاب الجريمة، فليست وسيلة من وسائل الاشتراك، وإنما يمكن أن تشكل جريمة مستقلة بذاتها، غير أن بعض الفقه يرى أنه يمكن الاشتراك بأعمال لاحقة على ارتكاب الجريمة، بشرط أن يكون هناك اتفاق سابق بين الشريك والفاعل الأصلي على القيام بها، وهنا يكون الشخص شريكا بالاتفاق لا بالمساعدة، مثل تدبير الشخص الوسائل اللازمة لتمكين الجناة من الفرار، أو إخفاء معالم الجريمة بعد ارتكابها، وإن لم يكن هناك اتفاق، فهذه الأعمال تعد جريمة مستقلة، مثل إخفاء أشياء متحصلة من جنابة أو جنحة، أو التستر على الفارين، أو أي جريمة يعاقب عليها المشرع بصفة مستقلة، ويعد الشخص فاعلا أصليا فيها. لا شريك في الجريمة الأخرى التي أخفى فيها المعالم أو الآثار.

### ثانيا: إيواء الأشرار أو إخفائهم

إيواء أو إخفاء الأشرار في حقيقته يعد عملا من الأعمال اللاحقة لارتكاب الجريمة الأصلية، التي من المفروض أن تخضع لما ورد سابقا، غير أنه وتطبيقا للمادة 43 اعتبرت من يقوم بمثل هذه الأفعال في **حكم الشريك**، لكن بتوفر الشروط الواردة بهذه المادة، وهذه الشروط المحددة حصرا هي: **الاعتقاد أو تكرار تقديم مسكن أو ملجأ لأشرار يقومون بأعمال اللصوصية أو العنف ضد أمن الدولة أو الأمن العام أو الأشخاص أو الأموال، والاعتقاد يعني قيام الشخص بمثل هذه الأعمال لأكثر من مرة واحدة، بمعنى من ارتكب الفعل لأول مرة لا يعد كذلك.**

وقد أضاف المشرع الجزائري في **المادة 91 من قانون العقوبات** صورة أخرى من صور الاشتراك، وهي المتمثلة في أعمال المساعدة اللاحقة أيضا، حيث نصت هذه المادة على أنه: **المادة 91 ( المادة 60 من القانون 06-23 المؤرخ في: 20-12-2006):** "مع عدم الإخلال بالواجبات التي يفرضها سر المهنة، يعاقب بالسجن المؤقت لمدة لا تقل عن عشر سنوات ولا تتجاوز عشرين سنة في وقت الحرب، وبالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج في وقت السلم، كل شخص علم بوجود خطط أو أفعال لارتكاب جرائم الخيانة أو التجسس أو غيرها من النشاطات التي يكون من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني ولم يبلغ عنها السلطات العسكرية أو الإدارية أو القضائية فور علمه بها. علاوة على الأشخاص المبيينين في المادة 42 يعاقب باعتباره شريكا من يرتكب دون أن يكون فاعلا أو شريكا أحد الأفعال الآتية:

1- تزويد مرتكبي الجنايات والجنح ضد أمن الدولة بالمؤن أو وسائل المعيشة وتهيئة مساكن لهم أو أماكن لاختفائهم أو لتجمعهم وذلك دون أن يكون قد وقع عليه إكراه ومع علمهم 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.  
و علاوة على الأشخاص المعنيين في المادة 387 ق ع ج، يعاقب باعتباره مخفيا من يرتكب من غير الفاعلين أو الشركاء الأفعال الآتية:

1- إخفاء الأشياء أو الأدوات التي استعملت أو كانت ستستعمل في ارتكاب الجناية أو الجنحة والأشياء أو المواد أو الوثائق المتحصلة من الجنايات أو الجنح مع علمه بذلك،  
2- إتلاف أو اختلاس أو تزييف وثيقة عمومية أو خصوصية من شأنها تسهيل البحث عن الجناية أو الجنحة أو اكتشاف الدليل عليها مع علمه بذلك.

ويجوز للمحكمة في الحالات المنصوص عليها في هذه المادة أن تعفي أقارب أو أصهار الفاعل لغاية الدرجة الثالثة من العقوبة المقررة."

### الفرع الثالث

#### الركن المعنوي لدى الشريك

جرائم الاشتراك من الجرائم العمدية، لذلك يشترط لدى الشريك توفر القصد الجنائي لديه بعنصره العلم والإرادة، العلم بكل الأفعال التي تؤدي إلى تحقيق النتيجة، سواء كانت من أفعاله أو أفعال غيره، وأن يريد النتائج المترتبة عنها، ولا يسأل عما زاد عن ذلك من نتائج متجاوزة قصده، فهو يسأل فقط في حدود قصده.

## المطلب الثاني

### الأوضاع الخاصة للاشتراك والعقاب عليه

باعتبار الاشتراك جريمة معاقب عليها قانونا، فهي تحتاج على دراسة مدى جواز قيام الشروع فيها، وكذا جواز القول بالاشتراك في الاشتراك، وتحديد العقوبة المقررة للشريك.

#### الفرع الأول

##### الشروع والاشتراك في الاشتراك

بالنظر لخصوصية جريمة الاشتراك التي تعد في الأصل جريمة غير معاقب عليها لولا قيام الفاعل الأصلي

بجريمته، فيمكن القول بأن الاشتراك جائز في الجنايات والجرح التامة، منا يجوز **الاشتراك في الجرائم الناقصة** )

**جرائم الشروع**)، جرائم معاقب عليها أيضا، فيجوز الاشتراك في الشروع في جنائية

أو الشروع في جنحة، بشرط أن تكون الجنحة مما يعاقب على الشروع فيها، غير أن ما يحتاج الدراسة هو الشروع في الاشتراك، والاشتراك في الاشتراك، الذين نتناولهما في الفقرتين التاليتين.

#### أولا: الشروع في الاشتراك:

يرى البعض أنه لا يمكن الحديث عن الشروع في الاشتراك، سيما في الفروض التي تنتفي فيها رابطة سببية بين السلوك والجريمة المتحققة، كون الشروع يفترض أن الفعل المرتكب لم يمتلك القدرة الفعلية على تحقيق النتيجة، وبما أن الاشتراك ليس جريمة قائمة بذاتها ومستقلة عن الجريمة الأصلية، وبالتالي لا يمكن الشروع في الاشتراك لأن الشروع يستلزم البدء في تنفيذ جريمة وفقا للنص التجريمي الأصلي. وبالتالي من يباشر عمل من أعمال الاشتراك، دون أن تتفاعل سببيا مع الجريمة الأصلية المرتكبة، لا يمكن اعتباره شريكا في الجريمة لأنه شرع في الاشتراك فيه، ومثال ذلك إغارة شخص مسدس لشخص آخر لأجل قتل أحد الأشخاص، فيقوم الجاني بقتله عن طريق الخنق لا باستعمال المسدس، فلا يد شريكا كونه انتفت العلاقة السببية بين فعله والنتيجة التي تحققت. وهي نقطة تقود لدراسة أثر عدول الشريك على قيام الجريمة.

#### ثانيا: عدول الشريك

عدول الشريك قبل بدء الفاعل الأصلي في تنفيذ جريمته مقبول قانونا، أما ذلك غير جائز بعد البدء في تنفيذ الجريمة من قبل الفاعل الأصلي. غير أن التساؤل يثار حول مسألة عدول الفاعل الأصلي عن ارتكاب جريمته، وهنا يمكن القول بأن الاشتراك غير معاقب عليه في حد ذاته ما لم تقع الجريمة الأصلية من قبل الفاعل الأصلي، وبالتالي الشرط الأولي لعقاب الشريك هو ارتكاب جريمة معاقب عليها قانونا من قبل الفاعل الأصلي، غير أنه في حالة عدول هذا الأخير لا نكون بصدد جريمة، وبالتالي لا اشتراك جنائي في فعل لا يعد جريمة

#### ثالثا: الاشتراك في الاشتراك

الاشتراك في الاشتراك أمر جائز، مثل الصيدلي الذي يقدم مادة سامة لشخص آخر مع علمه أن هذا الأخير سيسم بها شخص آخر، ورغم ذلك يريد مساعدته على ارتكاب هذه الجريمة بمثل هذه المادة، فيعد كلاهما شريك في جريمة القتل بالتسميم. وذهب بعض الفقه إلى القول أن الاشتراك في الاشتراك لا عقاب عليه، كونه مساهمة في فعل لا عقاب عليه في حد ذاته، لأنه سبق القول بأن أفعال الاشتراك لا عقاب عليها ما لم يرتكب الفاعل الأصلي الجريمة الأصلية ما لم تكن هناك علاقة اتصال مباشر بين الشريك والفاعل الأصلي، غير أن هذا الرأي لا أساس قانوني له، كون القانون يعاقب على الاشتراك متى وجدت علاقة بين الفعل الأصلي وأفعال الاشتراك، وأن توفرت رابطة ذهنية بين الفاعلين، وبالتالي شريك الشريك يعاقب عن الجريمة التي ارتكبتها الفاعل الأصلي بوصفه شريكا فيها لا بوصفه شريك الشريك.

#### الفرع الثاني

##### عقوبة الاشتراك وأثر الظروف على عقوبة الشريك

نصت المادة 44 من تقنين العقوبات الجزائي على أنه: يعاقب الشريك في جنائية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة. ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف. والظروف الموضوعية للصيقة بالجريمة التي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف

العقوبة التي توقع على من ساهم فيها يترتب عليها تشديدها أو تخفيفها، بحسب ما إذا كان يعلم أو لا يعلم بهذه الظروف. ولا يعاقب على الاشتراك في المخالفة على الإطلاق".

وبالتالي يتضح أن كل مساهم مستقل بظروفه الشخصية سواء كانت مشددة أو مخففة أو معفية من العقاب أو من المسؤولية، أما بالنسبة للظروف الموضوعية للصيقة بالجريمة فتسري على كل من ساهم في الجريمة سواء بوصفه فاعلا أصليا أو مجرد شريك، بشرط توفر العلم بها، أي أن يعلم بها الشريك.

## الفصل الرابع

### الركن المعنوي للجريمة

إن مجرد ارتكاب ماديات الجريمة المتمثلة في عناصر ركنها المادي، لا تكفي لقيام الجريمة قانونا ومسائلة فاعلها جنائيا، بل يجب أن يتوفر لدى مرتكبها قدر من الخطأ أو الإثم، وهو ما اصطلح على تسميته بالركن المعنوي للجريمة، المتمثل في توفر صلة نفسية بين الفاعل وماديات الجريمة، وبالتالي يمكن القول أنه لا جريمة بدون خطأ مهما كانت النتائج التي تمخضت عنها، وهو ما يعني أيضا توفر صلة نفسية بين الفاعل والنتيجة التي تحققت، بحيث يمكن وصف هذا السلوك بأنه سلوك خاطئ أو مؤثم، فالجريمة إذن يجب وأن تقوم على ركنين أساسيين، بالإضافة إلى الركن الشرعي، هما الركن المادي المتمثل في ماديات الجريمة التي تعد المظهر الذي تبرز به في العالم الخارجي، وركن معنوي يتحقق بموقف الإرادة من الفعل المادي، وهو الموقف الذي قد يتخذ صورة القصد، كما قد يتخذ صورة الخطأ، وكلاهما يفترض القدرة على توجيه الإرادة نحو ماديات الجريمة، غير أنه في حالة القصد تتجه الإرادة نحو الفعل والنتيجة معا، وفي حالة الخطأ تتجه الإرادة نحو الفعل دون النتيجة، التي تتحقق بصورة غير مقصودة.

والمشرع لا يشير إلى هذه العلاقة النفسية بين الفاعل والفعل، إلا بكلمة واحدة في العادة، كاستعماله عبارة " من يرتكب عمدا"، " عن قصد أو بقصد"، أو بغرض، " مع العلم"، أو "باهمال"، أو " بنية"... كون معظم القوانين لم تتصد لتعريف الركن المعنوي للجريمة، لذا فالفضل يعود لفكر الفقه الجنائي الحديث في تحديد نطاق الركن المعنوي للجريمة واستجلاء غموضه، وجعل القانون يعاقب الأشخاص ليس لأنهم " فعلوا" وإنما لأنهم " أخطئوا"، وعليه فقد أصبح من المبادئ الراسخة في الوجدان القانوني الجنائي المعاصر، وهو المبدأ القاضي بأنه: " لا عقوبة دون خطأ"، وما يزال تحتفظ به القوانين من جرائم غير عمدية، هو مجرد استثناء على المبدأ في حدود لا تنال من فعاليتها وأهميتها. وبذلك يعد الركن المعنوي من الأركان التي لا تصور لقيام الجريمة بدونه، كقاعدة عامة باعتباره العنصر النفسي لها، فلكي تقوم المسؤولية الجنائية لمقترب الفعل المجرم لا تكفي مجرد النسبية المادية للفعل له، وإنما يلزم أن تتوافر رابطة نفسية بينهما تصلح أن تكون أساسا للحكم بتوافر العنصر المعنوي أو الأدبي للجريمة.

### أهمية الركن المعنوي

يعد الركن المعنوي من أهم مكونات البناء القانوني للجريمة، الذي لا يكتمل - هذا البناء القانوني - إلا بهذا الركن، الذي إن لم يتوفر فلا نكون أمام جريمة عمدية، وإن كان يمكن أن يجعلنا أمام جريمة غير عمدية إن كان الفعل يقبل مثل هذا الوصف، ويتوفر هذا الركن تكتمل الجريمة قانونا وبحق مسائلة فاعلها من جهة، ومن جهة ثانية، تظهر أهمية الركن المعنوي، في أنه الركن الذي يلعب دورا كبيرا في تحديد وتقدير الجزاء المقرر لمرتكب الجريمة، إذ يتدرج الجزاء الجنائي في جسامته ومقداره، بقدر درجة الإثم أو الخطأ التي يكشف عنها الركن المعنوي للجريمة، عكس العصور الماضية التي كانت فيه درجة الجزاء ترتبط فحسب بدرجة وجسامته العدوان المادي الذي وقع وما أسفر عنه من نتائج دونما أي اعتداد بما توافر لدى الجاني من خطأ. كما تكمن أهمية هذا الركن، في كونه ضمانة لتحقيق العدالة، كون توقيع عقوبة على شخص لم تربطه صلة نفسية بجريمة ارتكب مادياتها، يعد مجافاة للعدالة، كون هذه الأخيرة تقتضي أن يوقع الجزاء الجنائي فقط على المخطئ في أفعاله، والخطأ لا يمكن تصوره إلا لدى شخص توفرت لديه رابطة نفسية بينه وبين الفعل الذي اقترفه، وهي الرابطة التي تبين اتجاه إرادته لمخالفة أحكام القانون الجنائي بارتكابه لهذا الفعل، وبذلك فقط تكون إرادته مخطئة أو آثمة أو منحرفة.

### علاقة الركن المعنوي بفكرة المسؤولية الجنائية

دون استعراض مختلف التطورات التاريخية، يمكننا القول بأن ظهور الركن المعنوي للجريمة، كان نتيجة التطورات التي عرفتها فكرة المسؤولية الجنائية، بالرغم من استقلال كل منهما عن الآخر، كون الركن المعنوي ركن من

الأركان العامة للجريمة، في حين المسؤولية الجنائية، هي حصيللة أركان الجريمة مجتمعة، والتي تؤدي عند قيامها أو ثبوتها إلى خضوع الجاني للعقاب. وبذلك المسؤولية الجنائية، وعلى عكس الركن المعنوي، نتيجة قانونية لقيام الجريمة أو أثر من أثارها لا ركن من أركانها]

وكخلاصة للتمهيد لدراسة الركن المعنوي للجريمة، يمكن القول أن قانون العقوبات أو القانون الجنائي، يخاطب بأوامره ونواهيه الإنسان الواعي المدرك صاحب الإرادة الحرة والسليمة فقط، لذا فالشخص يسأل عن الأفعال التي يأتيها وهو مدرك لما يقوم به من أفعال ومقدر لمدى خطورتها قانوناً، وهذه الإرادة وهذا الإدراك هما اللذان يتشكل منهما الركن المعنوي للجريمة، وهو القول الذي ينطبق على كل الجرائم سواء كانت عمدية أو غير عمدية. الأمر الذي جعل الفقه يرى بأن الركن المعنوي بصفة عامة، يتطلب مجموعة من العناصر تكاد تكون مشتركة بين كل صور هذا الركن، وهذه العناصر هي: إرادة النشاط المكون للركن المادي للجريمة، العلم بكافة العناصر الواقعية الجوهرية اللازمة قانوناً لقيام الجريمة، العلم بصلاحيّة النشاط لإحداث النتيجة، توافر موقف نفسي للفاعل إزاء النتيجة، فقد يريدتها وقد يتوقعها فقط ويعتقد بقدرته على تجنبها.

### صور الركن المعنوي للجريمة:

للركن المعنوي للجريمة صورتين، صورة القصد الجنائي ونكون بصده متى كانت إرادة الفاعل واعية وتقصد وتريد إحداث النتيجة المجرمة قانوناً، وصورة الخطأ الجنائي ونكون بصدها متى كانت إرادة الفاعل مهملة في ارتكاب النشاط المادي وغير قاصدة تحقيق النتيجة المجرمة قانوناً، والتي يرتبط توقيع الجزاء الجنائي بحصولها، لذا سنحاول تقسيم دراسة الركن المعنوي للجريمة إلى مبحثين، نتناول في الأول القصد الجنائي أو الجرائم العمدية أو القصدية، لنتناول في الثاني صورة الخطأ الجنائي أو الجرائم غير العمدية..

### المبحث الأول

#### القصد الجنائي أو القصد الجرمي ( العمد )

بالرغم من أن القصد مشترط في كل الجرائم العمدية، غير أن المشرع لم يعرفه، وترك المهمة للفقه الذي تصدى بغزارة لوضع تعريف لهذا العنصر القانوني المهم، لذا سنحاول أن نتناول محاولات الفقه الزاخرة في هذا الشأن في إطار مطلب أول نتناول من خلاله مفهوم القصد الجنائي لنتناول في الثاني عناصر القصد الجنائي، وفي الثالث أنواع وصور القصد الجنائي.

### المطلب الأول

#### مفهوم القصد الجنائي

يقضي موضوع القصد الجنائي وتحديد ماهيته، أن نتناول التعريف به وتبيان عناصره والخلاف الفقه الذي ثار بشأن ذلك. من خلال الفروع التالية.

### الفرع الأول

#### التعريف بالقصد الجنائي وتحديد أبعاده

#### أولاً: تعريف القصد الجنائي

يعني القصد الجنائي لغة، توجيه الإرادة نحو تحقيق هدف ما، أما اصطلاحاً في لغة القانون الجنائي، فيعني توجيه الإرادة نحو ارتكاب الفعل المحظور قانوناً، وهناك من القوانين التي عرفت القصد الجنائي، منها القانون الجنائي اللبناني في المادة 188 منه التي عرفت القصد بأنه: "إرادة ارتكاب الجريمة على نحو ما عرفها القانون". أما فقهاء، فالفقهاء اختلفوا منذ عدة قرون حول ما إن كان القصد عنصراً نفسياً بسلوكياً، أو مجرد حركة أو امتناع أدى إلى تحقيق النتيجة المجرمة قانوناً، وتمخض عن هذا الخلاف ظهور نظريتين رئيسيتين تنازعتا في تعريف القصد الجنائي، النظرية التقليدية للقصد والنظرية الوضعية.

### 1- النظرية التقليدية ( الكلاسيكية ) للقصد:

ومن أهم زعماء هذه النظرية الفقيه الفرنسي ( إميل غارسون )، وحسبه فإن القصد يعني: "إرادة الشخص ووعيه وعلمه بأنه يرتكب فعلاً أو امتناعاً مجرم قانوناً"، وبالتالي حتى يكون الإنسان متعمداً



أو مرتكبا لجريمة عن قصد، يكفي أن يكون مدركا لخطورة سلوكه، وعالما بأن هذا السلوك محظور قانونا، وما دام هذا العلم مفترضا تطبيقا لقاعدة " لا عذر بجهل القانون" فيكفي عمليا حسب أنصار هذا الاتجاه، أن يكون السلوك المكون لركن المادي للجريمة صادرا عن إرادة حرة غير مكرهة، وعن وعي وإدراك سليم، أي ألا يكون الشخص منعدم الأهلية أو مجنونا أو مكرها، وبعد ذلك لا يهم أن يكون الفاعل صاحب إرادة أئمة أو صاحب خطورة إجرامية على المجتمع، أم أن فعله ناتج عن مجرد عدم استقامة أو سوء تقدر أو عدم توقع لنتائج فعله، وبالتالي هي نظرية لا تفرق أصلا بين العمد ومجرد الخطأ، ونفهم بأنه يرون بأنه للركن المعنوي صورة واحدة هي صورة العمد. وهو وضع النظرية الشخصية دوما التي تركز على الإرادة دون الفعل.

## 2- النظرية الوضعية أو الواقعية:

وهي النظرية التي نجد على رأس أنصارها الفقيه الإيطالي ( أنريكو فيري) وهو رائد المدرسة الوضعية الحديثة في علم الإجرام، وبحسبه القصد لا يعني فقط إرادة مجردة، بل القصد يعني الباعث الشرير الذي دفع بالشخص إلى ارتكاب الجريمة، فالفعل لا يعاقب عليه القانون إلا إذا نتج عن رغبة حقيقية في المساس بالمجتمع، وكلما انعدمت الإرادة الأئمة وكان الباعث نبیلا انتفى القصد وانعدمت المسؤولية الجنائية للفاعل، وهنا نلاحظ أننا لا زلنا بصدد النظرية الشخصية، المركزة على الإرادة الأئمة، والخلط بين الركن المعنوي والمسؤولية الجنائية، وهي نظرية لا تستقيم مع ما هو معمول به قانونا، سيما وأن القوانين الحديثة لا تحفل بالبواعث.

### ثانيا: تحديد القصد الجنائي

باستقراء الاجتهاد القضائي المطبق في الدول الغربية، خاصة في فرنسا، نجد بأن آراء المدرسة التقليدية هي المطبقة، كما يبدو ذلك من معظم النصوص القانونية الجزائرية، ولعل ذلك راجع لواقعية وبساطة هذه النظرية وسهولة تطبيقها في تحديد القصد الذي يعتمد تحديده على:

- الإدراك: وهو أن الإنسان ما دام مدركا وغير مجنون وغير مكره أو غير مميز جنائيا فإن إدراكه مفترضا.

- الإرادة: لا يكفي العنصر الذهني السابق، بل لا بد أن يصدر الفعل عن إرادة حرة غير مكرهة.

- العلم: وهو العنصر المفترض في غالب الأحيان، والذي يعني علم الشخص بأنه يرتكب سلوكا محظور قانونا.

والعناصر الثلاثة السابقة من العناصر السهلة الاستخلاص والاستنتاج، كونها عناصر ملموسة تمكن القاضي من استخلاص القصد بكل سهولة، دون الاعتماد على الجوانب النفسية والبيكولوجية الصعبة الإثبات. وتبعاً لما سبق، يمكن تعريف القصد بأنه: "إرادة النشاط والعلم بالعناصر الواقعية الجوهرية اللازمة لقيام الجريمة، وبصلاحية النشاط لإحداث النتيجة المحظورة قانونا مع توفر قصد تحقيق ذلك"، وبالتالي يمكن القول بأن عناصر العمد أو القصد الجنائي هي ذاتها عناصر الركن المعنوي، والمتمثلة عموما في: إرادة النشاط المكون للركن المادي للجريمة سواء تمثل في فعل إيجابي وهو الغالب دوما، أو مجرد امتناع أحيانا. العلم بالعناصر الواقعية الجوهرية اللازمة لقيام الجريمة. العلم بصلاحية النشاط أو الامتناع لإحداث النتيجة. توافر الصلة النفسية بين الفاعل والنتيجة متمثلا هذا العنصر في قصد تحقيق هذه النتيجة، وينبغي أن يكون هذا القصد واضحا لا لبس فيه على نحو يأخذ فيه صورة العزم واليقين.

### الفرع الثاني

#### عناصر القصد الجنائي

كل التعاريف التي قيلت في تعريف القصد الجنائي، تدور حول محورين أو نقطتين أساسيتين، الأولى وهي " الإرادة"، والثانية وهي : العلم"، فبخصوص الإرادة تتجه غالبية التعريفات إلى ضرورة اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة، وبخصوص العلم فيشترط أن يعلم الجاني بجميع أركان هذه الجريمة، ويتحقق هذين العنصرين مجتمعين يقوم القصد الجنائي وبانتفائهما أو انتفاء أحدهما ينتفي هذا القصد.

#### أولا: عنصر العلم

يعد العلم كعنصر مكون للقصد الجنائي، حالة نفسية تجعل من مرتكب الجريمة عالما بجميع أركانها وعناصرها وفقا لما حدده ورسمه المشرع في النص الجنائي أو في النموذج القانوني للجريمة، وينتفي العلم بالجهل بهذه العناصر والأركان]، وبانتفاء العلم ينتفي القصد، مثلما ينفيه أيضا الغلط]. غير أنه العلم بعناصر الجريمة يقتضي تبيان العناصر

التي يقتضي العلم بها، وتلك العناصر التي لا تؤثر في قيام عنصر العلم، التي حتى وغن لم يعلم بها الجاني، قام قصده الجنائي، وهو ما نتناوله في النقطتين التاليتين.

### 1- العناصر التي يتعين العلم بها:

يقوم عنصر العلم كأحد أهم أركان القصد الجنائي، على العلم بالعناصر والوقائع التي تعطي الوصف المتميز لجريمة ما مقارنة بسائر الجرائم الأخرى، وذلك وفقا لما رسمه المشرع في إطار النموذج التشريعي لها، وعلى العموم يعني العلم الإحاطة بكل واقعة ذات أهمية قانونية في تكوين الجريمة، سواء كانت عناصر أساسية أو مفترضة. وأهم هذه العناصر والوقائع:

#### أ - محل الجريمة أو الحق المعتدى عليه:

العلم بموضوع الجريمة، أو الحق أو المصلحة المعتدى عليها من أهم العناصر الواجبة لقيام الجريمة وبالتالي يجب أن يعلم بها الجاني، مثل ملكية الغير للمال المسروق في جريمة السرقة، وكون الإنسان حي في جريمة القتل... وأن كل جهل بهذا العنصر يجعل من العلم متناقيا وينتفي بذلك القصد الجنائي.

ب- العلم بأن الفعل الذي يأتيه الجاني محظور قانونا، أي أنه يشكل جريمة من جرائم قانون العقوبات، وإن كانت مسألة العلم بالقانون قد أثارت العديد من الجدل الفقيه.

ج- العلم بزمان ومكان ارتكاب الجريمة، لكن متى كان هذين العنصرين من العناصر المكونة للجريمة، كجريمة التجمهر في مكان عام أو جريمة السكر العلني والقذف في مكان عام والمزايدة في زمن الحرب والكوارث الطبيعية...

د- العلم بالظروف المتطلبية قانونا في الجاني أو المجني عليه، كالعلم بحمل المرأة أو افتراض حملها في جريمة الإجهاض، والعلم بأن الشخص جزائري في جريمة الخيانة، والعلم بصفة الموظف في جريمة الرشوة، والعلم بالمرأة المتزوجة في جريمة الزنا...

ه- توقع النتيجة كون مجرد الغلط في النتيجة ينفي القصد الجنائي، ويسأل الشخص عن جريمة غير عمدية إن كان يمكن قيامها بهذا الوصف.

### 2- الوقائع التي لا يتعين العلم بها

من أهم العناصر أو الوقائع التي لا يشترط العلم بها لقيام هذا العنصر الهام من عناصر القصد الجنائي، هي كل المسائل والعناصر التي تخرج عن نطاق تكوين أركان الجريمة، مثل نص قانون العقوبات والظروف المشددة للعقوبة والأهلية الجنائية وتوافر شروط العقاب.

#### أ- نص قانون العقوبات:

لا يشترط لتوفر القصد الجنائي أن يعلم الجاني علما حقيقيا بنص قانون العقوبات أو القوانين المكمل له، بحيث أن كل جهل أو خطأ في فهم وتفسير هذه النصوص لا يؤثر على توفر القصد الجنائي تطبيقا للمبدأ الدستوري " لا يعذر أحد بجهل القانون"، والتي نصت عليه بعض القوانين صراحة ضمن نصوص قانون العقوبات، كالقانون اللباني في نص المادة 223 منه التي قضت انه: " لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلا مغلوطا فيه." حيث هناك قاعدة افتراض علم الكافة بأحكام قانون العقوبات.

#### ب- الظروف المشددة للعقوبة:

لا يشترط أيضا لقيام القصد الجنائي لدى الجاني، أن يعلم الأخير بالظروف المشددة للعقاب، كونها ليست من العناصر التي تدخل في التكوين القانوني للجريمة، بل هي مجرد ظروف تتعلق بمسائل أخرى، في حين أن القصد الجنائي يتعلق بأركان الجريمة دون غيرها، لذا فالشخص الذي نسي أنه مسبوق فلا يؤثر على قيام ظرف العود لديه.

#### ج- عناصر الأهلية أو المسؤولية الجنائية:

مثلما سبق القول، فإن كل المسائل غير المتعلقة بأركان الجريمة ليس لها علاقة بالقصد الجنائي، لذا فعناصر الأهلية الجنائية أو عناصر المسؤولية الجنائية لا يؤثر العلم أو الجهل بهما في شيء على عنصر العلم المتطلب في قيام القصد الجنائي، فمن كان يعتقد بإصابته بمرض عقلي عند ارتكابه الجريمة ثم تبين انه سليم، فإن ذلك لا يؤثر على قصده الجنائي.

#### د- شروط العقاب:

ما قيل بخصوص الظروف المشددة للعقوبة وعناصر الأهلية والمسؤولية الجنائية يمكن قوله بخصوص شروط العقاب. التي لا يؤثر الخطأ أو الجهل بها بشيء في قيام القصد الجنائي.

### ثانياً: عنصر الإرادة

الإرادة قوة داخلية نفسية تتحكم في سلوك الإنسان وتوجهه، وهي بذلك نشاط يصدر عن وعي وإدراك بهدف بلوغ هدف معين، والإرادة في القانون الجنائي، هي القوة المسيطرة والموجهة للسلوك المادي نحو تحقيق نتيجة محظورة قانوناً، أو مجرد قيادة هذا السلوك في الجرائم الشكلية. وقد ثار خلاف فقهي بخصوص علاقة الإرادة بالنتيجة، ما دامت الإرادة تسيطر فقط على السلوك وان النتيجة اثر له، ومعنى ذلك أنه لا أثر للإرادة على النتيجة، فهي كل ما تتحكم به هو السلوك، غير أن مناقشة هذه المسألة تنازعت نظريتان أيضاً، نظرية العلم ونظرية الإرادة.

**نظرية العلم**، ويرى أنصارها بأن الرابطة بين النتيجة والإرادة هي رابطة ضعيفة، فمجرد وجود علاقة ولو بسيطة ( مجرد تصور أو توقع للنتيجة) يكفي للقول بإرادة النتيجة، كون هذه الأخيرة مجرد نتيجة طبيعية للسلوك لا يمكن السيطرة عليها، كونها حصلت كنتيجة لاحقة لهذا السلوك ولا يمكن للإرادة أن تسيطر على الأفعال اللاحقة للسلوك. أما أنصار **نظرية الإرادة**، فيرون ضرورة أن تكون الرابطة بين الإرادة والنتيجة رابطة قوية بحيث تتجه إرادة الفاعل إليها وترغب في تحقيقها، بحيث تسيطر الإرادة على النتيجة مثلما تسيطر على السلوك.

### الفرع الثالث

#### لحظة توفر القصد الجنائي وكيفية إثباته

##### أولاً: لحظة توافر القصد الجنائي

إذا كان القصد الجنائي هو إرادة تحقيق الركن المادي للجريمة مع العلم بعناصره، فيجب لقيامه أن يتعاصر مع الركن المادي دون تفرقة بين ما يعد سلوكاً وما يعد نتيجة، وإن لم تكن هناك صعوبة مثلاً في جريمة القتل الفورية أين يطلق الشخص النار على آخر فيرديه قتيلاً، فهنا يعد القصد قد تحقق في اللحظتين معاً، لحظة إتيان السلوك، ولحظة تحقق النتيجة الفورية، غير أنه قد يحدث أن يتوفر القصد في إحدى اللحظتين دون الأخرى، وذلك لا يمنع من القول بتوفره أيضاً، كالشخص الذي يندم بعد وضعه السم في طعام شخص آخر، غير أن الوفاة تحدث، فهنا يكون القصد متوفراً في حقه بالرغم من قيامه فعلاً لحظة إتيان السلوك وتخلفه لحظة تحقق النتيجة، أو في الحالة العكسية – أين يتحقق القصد لحظة النتيجة دون أن يكون متوفراً لحظة السلوك-، مثل الصيدلي الذي يخطئ في تركيب دواء طلبه منه شخص معين، فيضع في هذا الدواء مادة سامة ويسلمه للمريض ثم بعد أن يغادر الأخير يكتشف خطأه لكن يمتنع عن تنبيهه مع قدرته على ذلك، رغبة منه في تحقق نتيجة الوفاة، ففي هذه الحالة أيضاً يعد القصد متوفراً بالرغم من معاصرته فقط للنتيجة وتخلفه لحظة إتيان السلوك. وبهذا يمكن القول باختصار، أنه يكفي قيام القصد بعنصره العلم والإرادة في أية مرحلة من مراحل تنفيذ الركن المادي، كون هذا الأخير حتى وإن أمكننا نظرياً تحليله لعناصر، غير أن ذلك لا ينال من حقيقته كوحدة مادية واحدة يكفي توفر القصد فيها في أية لحظة من لحظاتها.

##### ثانياً: إثبات القصد الجنائي

القصد يعد ركن من أركان الجريمة التي لا قيام لها بدونه، لذا يجب إثباته وإقامة الدليل على توفره، وتلك مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، غير أن إثبات المسائل النفسية لا يكون بطريق مباشر وإنما بطرق غير مباشرة بالاستدلال والاستنتاج من ظروف وملابسات كل قضية على حدة، خاضعاً في ذلك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع دون رقابة عليهم من محكمة النقض، لأنها مسألة استنتاج ليس هناك مظهر بذاته يقطع بتوفره على سبيل الحتم والجزم واليقين. ويجب أن يظهر في الحكم وإلا كان معيباً ومعرضاً للنقض والإبطال.

### المطلب الثاني

#### صور القصد الجنائي

يقسم فقهاء القانون الجنائي القصد الجنائي ( العمد ) عدة تقسيمات، فيقسم إلى قصد عام وقصد خاص، وقصد محدد وقصد غير محدد، وقصد مباشر وقصد غير مباشر.. وفي الغالب المشرع لا يرتب أية نتيجة قانونية على هذه الأنواع، ما عدا بخصوص التقسيم الأول- القصد العام والقصد الخاص- لكن باقي التقسيمات الأخرى يرى الفقه أن أثرها ينحصر في تقدير العقوبة الموقعة على الجاني، دون أن يكون لها أثر على الجريمة وقيامها.

## الفرع الأول

### القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص

#### أولاً: القصد الجنائي العام

القصد الجنائي العام هو القصد المطلوب في كل الجرائم العمدية، وينحصر في إطار النموذج التشريعي المنصوص عليه في النص، ولا يمتد للغرض الذي يسعى إلى تحقيقه الجاني، وبغض النظر عن غاية وباعث الجاني من وراء اقترافه الجريمة، بل ينحصر فقط في الهدف الضروري والمباشر للسلوك الإجرامي، وهو بذلك لا يختلف من جاني لآخر في الجريمة الواحدة.

#### ثانياً: القصد الجنائي الخاص

القصد الجنائي الخاص، هو ذلك القصد الذي نكون بصدده عندما يتطلب القانون بالإضافة إلى القصد الجنائي العام، تحقق غاية معينة يبتغيها الجاني، وتكون هي التي دفعته لارتكاب الجريمة، وهي التي يستدل عليها بطرح سؤال بسبب ارتكاب الجاني لجريمته، لذا فالغاية التي يتضمنها القصد الخاص في حقيقتها مسألة خارجة أصلاً عن وقائع الجريمة المتطلبة في تكوين نموذجها التشريعي، تؤدي في حال اشتراطها إلى اكتمال الركن المعنوي للجريمة. ولا يختلف القصد الجنائي العام على القصد الجنائي الخاص من حيث العناصر المكونة لكل منهما، كون القصد الجنائي الخاص يتطلب بدوره عنصري العلم والإرادة في حدود معينة تدور في الغاية التي يتطلبها المشرع، ونجد المشرع عندما يتطلب قصداً خاصاً يستعمل عبارات مثل " بقصد " أو " بقصد الإضرار " أو " بغرض "....

## الفرع الثاني

### القصد الجنائي المحدود والقصد الجنائي غير المحدود

#### أولاً: القصد الجنائي المحدود

نكون بصدد القصد الجنائي المحدود، لما يحدد الجاني بدقة موضوع جريمته ويحدد ويحصر النتائج المراد تحقيقها من خلالها، أما ارتكاب الجريمة دون تحديد موضوعها ولا النتائج المراد تحقيقها، يجعلنا بصدد قصد غير محدد، وكلا النوعين يشترطان العلم والإرادة دون أن يفرق القانون ما يترتب عنهما بخصوص العقوبات، فكلاهما معاقب عليه لكن كثيراً ما يعد القصد المحدود ظرفاً مشدداً بالنظر لجسامة النتائج المترتبة عنه.

## الفرع الثالث

### القصد الجنائي المباشر والقصد الجنائي غير المباشر ( الاحتمالي )

بالرغم من تشابه هذا التقسيم مع السابق، إلا أنه يختلف عنه في أساس التقسيم، حيث يعتمد في هذا التقسيم مدى اتجاه الإرادة إلى النتيجة والرغبة فيها أو قبولها، لذا يكون القصد مباشراً عندما تنتج إرادة الجاني لارتكاب الجريمة التي أرادها بكل عناصرها إلى تحقيق نتيجة معينة كأثر أكيد لسلوكه مع رغبة في حدوثها، مثل إطلاق النار على شخص محدد رغبة في قتله.

أما إذا كان الجاني يتوقع إمكانية حدوث النتيجة ما بارتكابه سلوكه المجرم دون أن يكون متأكداً من حدوث هذه النتيجة، باعتبارها ممكنة الوقوع، ورغم ذلك غامر بارتكاب هذا السلوك، فهنا نكون أمام قصد احتمالي غير مباشر باعتباره قد قبل النتيجة التي تحققت، بمعنى أننا نكون بصدد قصد احتمالي في جميع الحالات التي يتوقع فيها الجاني النتيجة كأثر ممكن من سلوكه ومع ذلك يتصرف كأنه قابل بحدوثها بدليل عدم تراجعه عن سلوكه.

## المبحث الثاني

### الخطأ الجنائي

#### الركن المعنوي للجريمة غير العمدية

الجرائم إما أن تكون عمدية تقوم بتوفر القصد الجنائي هو الأصل، وإما غير عمدية تقوم بمجرد توفر الخطأ الجنائي، فالجريمة العمدية إن كانت تقوم على قصد إثبات السلوك وترتيب النتائج الضارة المترتبة عليه، فالجريمة غير العمدية أو الجريمة الخطئية، فيكفي فيها إثبات سلوك حتى دون قصد إثباته أو قصد تحقيق النتيجة. وغالبية المشرعين

لم يعرفوا الخطأ، بل اكتفوا بتبيان صورته، وهي الصور التي تتضح في الغالب بمناسبة تجريم الجروح الخطأ والقتل الخطأ، وهو ما فعله المشرع الفرنسي في المادتين 319 و320 من تقنين العقوبات الفرنسي، التي أوردتها المشرع الجزائري في المادتين 288 و289 من تقنين العقوبات الجزائري، وهي صور تبين بأن الخطأ هو إخلال الجاني بواجبات الحيطة والحذر التي تتطلبها الحياة الاجتماعية حتى ولو لم يتوقع النتيجة الإجرامية، كونه كان بإمكانه أن يتوقعها، لذا توصف إرادته في هذه الحالة بأنها أئمة لمجرد أنها لم تلتزم باتخاذ التدابير اللازمة لتفادي وقوع النتائج الضارة والمحظورة المترتبة عن سلوكه.

وعليه يظهر بجلاء الفرق بين الخطأ الجنائي والقصد الجنائي، كون الإرادة في الأول تسيطر على السلوك المادي دون النتيجة، هذه الأخيرة التي قد لا يكون يتوقعها أصلا، أو توقعها واعتقد أنه بإمكانه تجنبها، بينما في القصد تسيطر الإرادة على ماديات الجريمة وتسعى أيضا لتحقيق النتيجة وترغب فيها، لكن هذا القول لا يعني إطلاقا انعدام أية علاقة بين النتيجة والإرادة في الجرائم غير العمدية، بحيث أنه إذا ثبت بأن هذه العلاقة منعدمة فلا تقوم الجريمة ولا يسأل المتهم على النتيجة لأنه لم يثبت الخطأ في جانبه متى اتخذ قدر معين من الحيطة والحذر، أي اتخاذ جانب من الحيطة والحذر كافي لنفي القصد الجنائي.

### المطلب الأول

#### ماهية الخطأ الجنائي

الخطأ الجنائي هو انحراف الشخص إراديا غير مكره عن واجبات الحيطة والحذر التي تقتضيها الحياة الاجتماعية، لذا فإتيانه سلوك متصف بالتهور يجعله سلوك محظور بالرغم من انتفاء قصد إتيانه، ومن ذلك يتضح أن الخطأ الجنائي مفهوم غير مفهوم القصد الجنائي، ويتعين تناول ماهيته وعناصره في الفرعين التاليين.

### الفرع الأول

#### مفهوم الخطأ الجنائي

لم يعرف المشرع الخطأ الجنائي غير العمدي تاركا المهمة للفقه، الذي عرف الخطأ بأنه إخلال بالتزام عام يفرضه المشرع على الأفراد بالتزام الحيطة والحذر فيما يباشرونه من نشاط، وذلك حرصا على المصالح التي يحميها القانون. وعرفه البعض بأنه " اتخاذ الفاعل سلوكا منطويا على خطر وخمول إرادته في منع هذا الخطر من التحول إلى ضرر" أو " إخلال شخص عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته تبعا لذلك دون أن يفرضه تصرفه إلى إحداث النتيجة الجرمية، سواء أكان لم يتوقعها في حين كان ذلك في استطاعته ومن واجبه، أم توقعها ولكن حسب غير محق أن بإمكانه تجنبها"، أو هو: " اتجاه الإرادة إلى السلوك الإجرامي دون قبولها بتحقق النتيجة الإجرامية التي يفرضها إليها هذا السلوك مع عدم الحيلولة دون وقوعها"، وقد عرفت محكمة النقض المصرية، بأنه تصرف الشخص تصرفا لا يتفق والحيطة التي تقضي بها ظروف الحياة العادية، فهو بذلك عيب يشوب مسلك الإنسان لا يأتيه الرجل العادي المتبصر الذي أحاطت به ظروف خارجية مماثلة للظروف التي أحاطت بالشخص المسؤول.

ويمكن أن نستنتج مما سبق بأن الخطأ الجنائي يقوم على فكرة " إمكانية التوقع" كونها الفكرة الضرورية التي بدونها لا يقوم الركن المعنوي في الجرائم غير العمدية وتخرجنا لمجال الحادث الفجائي، خاصة وأنها تبقى في دائرة الإرادة اللازمة للركن المعنوي في صورتيه، القصد والخطأ، واستنادا لذلك يتلخص الخطأ غير العمدي في عدم توقع الجاني لما يترتب على سلوكه من نتائج، بالرغم من كون هذه النتائج في ذاتها مما يمكن توقعها، أو مما يجب أن يتوقعها، كما قد يركز على توقع الجاني لما يمكن أن يفرضه إليه سلوكه، لكن رغم ذلك يمضي فيه معتقدا أنها نتائج قد لا تحدث، أو ظنا منه أنه اتخذ ما يلزم من احتياطات للحيلولة دون حدوث هذه النتائج، في حين أن مثل هذه الاحتياطات لم تكن كافية. لذا فبعيدا عن التعاريف، سنحاول تنال جوهر الخطأ وأساس العقاب عليه في النقاط التالية.

### أولا: جوهر الخطأ

جوهر الخطأ يختلف من حيث الزاوية التي ينظر منها إليه، فمن وجهة نظر اجتماعية يتمثل جوهر الخطأ في إخلال الجاني بواجبات الحيطة والحذر، مما يترتب عليه إضرار بالحقوق والمصالح التي يحميها القانون، وهو بذلك إتيان سلوك أو الإحجام عن إتيان سلوك ينطوي على خطر المساس ببعض الحقوق والمصالح التي تتطلب درجة من الحرص والانتباه حال التعامل معها أو التواجد في نطاقها المادي، ومن وجهة نظر نفسية يعد جوهر الخطأ في الغلط الذي

ينشأ من الجهل ببعض الحقائق الاجتماعية أو القانونية فيما تمليه على الأفراد من واجب الالتزام بالسلوك الحريص، فتجربة الحياة تزودنا بمجموعة من الحقائق التي تخاطب الكافة، وقد لا تكون هذه الحقائق مكتوبة ومع ذلك فهي بمثابة قواعد اجتماعية ترسم حدود السلوك سواء باتباعه أو الواجب تفاديه.

### ثانياً: أساس العقاب على الخطأ

الخطأ وعلى خلاف القصد الجنائي لا يعد سبباً عاماً لقيام المسؤولية الجنائية، بل يعتبر سبباً خاصاً لقيامها في جرائم معينة بذاتها، وإن كانت المسؤولية في القصد الجنائي هي مسؤولية أدبية قوامها الإثم أو الخطيئة، فإن المسؤولية الجنائية في الخطأ هي أشبه ما تكون بمسؤولية اجتماعية قوامها الإضرار بالحقوق والمصالح القانونية بالإهمال أو الرعونة أو ما إلى ذلك من صور الخطأ، وبمعنى آخر لا يعاقب القانون الجاني في الخطأ عن إرادته الأثمة بل عما صدر عنه من نشاط صادر عن إرادة خاملة أو غافلة، وبالتالي المسؤولية الجنائية عن الخطأ لا تنقرر إلا بناء على نص خاص، إن لم يوجد امتنع العقاب عن السلوك كجريمة عمدية.

### الفرع الثاني

#### عناصر الخطأ

تتحدد عناصر الخطأ في إرادة السلوك سواء كان فعلاً أو امتناعاً، وهو العنصر المشترك بين كافة صور الركن المعنوي، والعنصر الثاني انتفاء إرادة تحقيق النتيجة وهو العنصر الحاسم للتمييز بين القصد الجنائي والخطأ غير العمدي، والعنصر الثالث هو انتفاء العلم بصلاحيته السلوك لإحداث النتيجة كلياً أو أن يتخذ هذا العلم أدنى درجاته وهي درجة الإمكان، وأهم ما نتناوله عنصر العلم.

#### أولاً: عنصر العلم

العلم في الخطأ غير العمدي يمثل عنصراً هاماً كونه العنصر المميز للخطأ عن باقي صور الركن المعنوي للجريمة ويميز الخطأ حتى في حد ذاته، حيث أن موقف الجاني من العلم بصلاحيته النشاط لإحداث النتيجة المحظورة قانوناً يتحدد في إحدى الصور الثلاث التالية: إما انتفاء العلم كلية على نحو لا يتوقع فيه الجاني حدوث النتيجة وليس في مقدوره توقعها، وهي صورة تقترب أكثر لفكرة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وبالتالي تخرج من نطاق صور الخطأ تماماً، كالشخص الذي تنفجر عجلة سيارته فجأة لخطأ في الصنع فيصدم شخصاً ويرديه قتيلاً، أو كالشخص الذي يصطاد في الليل في منطقة خالية تماماً من السكان فيطلق رصاصة على ما رآه يتمشى معتقداً أنه فريسة فإذا به شخص، ففي مثل هذين المثالين انتفى علم الجاني بإمكانية إحداث سلوكه للنتيجة التي وقعت ولم يكن أصلاً بإمكانه توقعها، وأما الصورة الثانية فهي انتفاء علم الجاني بصلاحيته سلوكه لإحداث النتيجة مع عدم توقعه حصولها لكن كان بإمكانه أن يتوقع ذلك، كترك الأم سما أمام أطفالها مما يمكن أن يأخذه أحدهم، أما الصورة الثالثة فتتمثل في توفر علم الجاني بصلاحيته سلوكه في إحداث النتيجة في أدنى درجات العلم، وهي درجة الإمكان، لكنه كان يأمل في عدم حصولها معتمداً في ذلك على مهارته وخبرته، ويسمى هنا الخطأ مع التبصر أو الخطأ الواعي، كمن يقود سيارته بسرعة كبيرة ليلاً والشارع يخصص بالمارة محاولاً اللحاق بميعاد فاتته ويترتب على ذلك أن يصدم أحد المارة ويودي بحياته.

#### ثانياً: عنصر الإدراك

وهو عنصر ذهني ضروري في كل الجرائم، سواء كانت عمدية أو غير عمدية، فالخطأ مثلما سبق القول هو انحراف عن السلوك العادي المألوف، لذا يجب أن يكون المخطئ مدركاً لتصرفاته، وإلا انتفى عنصر هام من عناصر الخطأ.

#### ثالثاً: عنصر الإرادة

السلوك الذي يأتيه الشخص في الجرائم غير العمدية يبقى دائماً سلوكاً إرادياً، لأنه أراد أن يتصرف على النحو الذي تصرف به، وكل ما في الأمر أنه لم يرد فقط تحقيق النتيجة التي ترتبت عن سلوكه، وهو ما يميز الخطأ عن العمد.

#### رابعاً: عنصر الانحراف

يشترط لقيام الخطأ إمكانية نسب الضرر لمسببه، لذلك يشترط أن يثبت أن السلوك المنحرف للشخص هو الذي سبب النتيجة الضارة كما يجب أن يثبت بأنه سلوكه يشكل سلوكاً منحرفاً.

لكن السؤال الذي يطرح، هو : ما المعيار الذي يمكننا من التمييز بين السلوك العادي السلوك المنحرف؟. بصدد البحث عن هذا المعيار، تأثر الفقه الجنائي بأفكار القانون المدني، وهو ما تجلى في فكرة وحدة الخطأين المدني والجنائي، وذلك باستعارتهم معيار الخطأ من القانون المدني، وهو معيار الرجل العادي، حيث لكي يقاس سلوك الشخص وبحث ما إن كان منحرفاً أم لا، يقاس بسلوك الرجل العادي الذي هو رب الأسرة العاقل المعتني بشؤون نفسه وشؤون أسرته، والذي لا هو بالرجل الخارق الذكاء ولا بالأبله، بل هو متوسط الحذر والذكاء والسن والثقافة، فإن وجدنا سلوك الشخص مخالف لسلوك هذا الرجل، قلنا بقيام الخطأ، وإن وجدنا بأن الشخص العادي كان سيتصرف مثلما تصرف الشخص انتفى الخطأ، دون أن يهمل في ذلك أيضاً مختلف الظروف والملابسات المحيطة بالجريمة وهو أمر خاضع لسلطة قضا الموضوع دون رقابة عليهم من محكمة النقض.

## المطلب الثاني

### صور الخطأ الجنائي ودرجاته

للخطأ الجنائي صور حددها المشرع، وأثارت الخلاف ما إن كانت على سبيل الحصر أو على سبيل المثال، وفي العادة التشريعات متفكة بخصوصها، كما انه للخطأ درجات وحالات وضوابط وأثارت العديد من الجدل الفقهي، وهو ما نتناوله باختصار في الفرعين التاليين.

### الفرع الأول

#### صور الخطأ الجنائي

حدد المشرع الجزائري صور الخطأ الجنائي بمناسبة نصه على أخطر الجرائم غير العمدية، وهما جريمتي الجروح الخطأ والقتل الخطأ، المنصوص والمعاقب عليهما بموجب المادتين 288 و289 من تقنين العقوبات الجزائري، اللتان أوردتا صور الخطأ على سبيل الحصر لا المثال، لذلك لا يجوز القياس عليها ولا تفسيرها بصورة موسعة إعمالاً لأبدا الشرعية الجنائية، وهذه الصور هي: الرعونة، عدم الاحتياط، الإهمال وعدم الانتباه، عدم مراعاة الأنظمة والقوانين.

#### أولاً: الرعونة

وهي الصورة التي يسميها الفقه أيضاً بـ: "الخطأ الفني"، وهي تعني نوع من الطيش والخفة وسوء التقدير في عمل يتعين من القائم به أن يكون على دراية وعلم به، أو هي سوء تقدير للكفاءة والقدرة، وهي في العادة تنجم عن عدم مراعاة قواعد الخبرة الإنسانية الخاصة أو المهنية التي توجبها ممارسة مهنة أو حرفة معينة، من ناحية، ومن ناحية ثانية، قد تنجم عن مسلك إيجابي يقوم به الجاني كان يتعين عليه الامتناع عن القيام به بالكيفية التي تم بها، أو في الوقت الذي تم فيه، كالطبيب الذي يقوم بإجراء عملية جراحية لمريض دون أن يراعي في ذلك أبسط الأصول المهنية والقواعد العلمية، فيتربط على ذلك موت المريض، أو دون أن يستعين بطبيب تخدير، أو يكتفي بتخدير موضعي بينما توجب الأصول العلمية أن يكون تخديراً كلياً، وكذا صاحب البناء الذي يتقاعس عن صيانة عقاره وترميمه فيتسبب في قتل خطأ. وعليه، ومثلما تقدم، تقوم حالة الرعونة نتيجة موقف أو سلوك سلبي، في الحالات التي يحجم فيها الجاني عن اتخاذ عمل كان توجبه قواعد الخبرة المهنية باتخاذها، كالممرضة التي يستغرقها مشاهدة إحدى المسلسلات التلفزيونية أو مواصلة الترتة مع زميلاتها فلا تقوم إعطاء المريض المتواجد في حالة خطر دواءه في الميعاد المحدد بما يؤدي إلى وفاته.

#### ثانياً: عدم الاحتياط

وتسمى فقهيها أيضاً "عدم الاحتراز"، وهي حالة تقوم بمجرد الاستخفاف بالأمر وعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع حدوث الضرر الممكن تصور حدوثه من أمر قابل لإحداث مثل هذا الضرر، وبالتالي عدم الاحتياط في جوهره عبارة عن اتخاذ موقف إيجابي يتمثل في مباشرة الجاني لسلوك كان يتعين عليه الامتناع عن إتيانه، نظراً لما يترتب عليه من أضرار، وأن قواعد الخبرة الإنسانية العامة تأبى إتيان مثل هذه السلوكات في مثل هذه الظروف، كسائق السيارة الذي يقود سيارته بسرعة جنونية في شارع مليء بالمارة فيصدم أحدهم فيقتله، أو كالأب الذي يسلم ابنه الصغير عجلًا فيقتل منه ويصدم أحد الأشخاص فيقتله.

#### ثالثاً: الإهمال وعدم الانتباه

الإهمال هو سلوك يتمثل في عدم بذل الشخص العناية اللازمة في عمل يتطلب مثل هذه العناية، كمن يهمل صيانة سيارته ويصدم شخصا بسبب عدم اشتغال المكابح، وبالتالي الإهمال هو اتخاذ موقف سلبي من عمل كان يتعين اتخاذه وفقا لما تمليه قواعد الخبرة الإنسانية العامة، مما يجعل من هذا الامتناع يرتب نتائج ضارة، كامتناع حارس ممر السكة الحديد عن إغلاق ممر الراجلين وقت مرور القطار مما يجعله يصدم أحد المارة، أو الأم التي تترك رضيعها بجوار موقد غاز مشتعل مما يؤدي إلى سقوطه في إناء ماء مغلي. أما عدم الانتباه فهو انحراف يتمثل في عدم اكتراث الشخص بضرورة اليقظة الدائمة فيسبب ذلك ضررا للغير.

### رابعاً: عدم مراعاة الأنظمة والقوانين

على خلاف صور الخطأ السابقة التي تقوم كلها على مخالفة قواعد الخبرة الإنسانية العامة أو الأصول العلمية والمهنية، فإن هذه الصورة تعد أبسط وأسهل صور الخطأ للإثبات، إذ يكفي مقارنة سلوك الشخص مع متطلبات القوانين والأنظمة، فمجرد كون السلوك مخالفاً للوائح والأنظمة تقوم الجريمة، مثلما هو الأمر في مخالفة قوانين المرور أو قواعد البوليس المنظمة لحركة سير المركبات واستخدام الآلات والأسلحة، ويستوي في هذه القواعد أن تكون صادرة عن السلطة التشريعية كما هو الشأن بالنسبة للقوانين بالمعنى الضيق للمصطلح، أو عن السلطة التنفيذية مثل لوائح التنفيذ والتنظيم والضبط، أو صادرة عن السلطات الإدارية في الحدود المسموح لها بإصدار مثل هذه اللوائح، وفي هذه الصورة قد يجد الشخص نفسه أمام جريمتين، جريمة مخالفة الأنظمة واللوائح حتى وإن لم يترتب عليها أي ضرر، وجريمة أخرى تتمثل فيما أحدثته هذه المخالفة من أضرار للغير. ومخالفة الأنظمة واللوائح عبارة عن خطأ مفترض لا تلتزم المحكمة بإقامة الدليل على توفره، على خلاف صور الخطأ الأخرى، فبمجرد مخالفة الأنظمة والقوانين ينعت سلوك المخالف بالخطأ، وافترضه يرقى لمرتبة حد القرينة القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس.

والملاحظ بأن هذه الصورة الوحيدة من صور الخطأ التي لا يشترط فيها المشرع حصول نتيجة معينة بل مجرد مخالفة اللائحة أو النظام يقيم الجريمة، بل أن حصول نتيجة محظورة قانوناً تجعل الشخص يسأل عن جريمتين. مما يجعل من هذه الصورة جريمة شكلية أو جريمة سلوك محض، على خلاف باقي الصور الأخرى التي تعد فيها الجريمة غير العمدية جريمة مادية ذات نتيجة ضارة يشترطها المشرع لقيام الجريمة.

### الفرع الثاني

#### ضابط الخطأ الجنائي وحالاته

اختلف الفقه بخصوص الضابط الحاكم للخطأ، وكالعادة انحصر الخلاف بين المذهبين الموضوعي والشخصي، وظهر الاتجاه التوفيقي، كما حاول الفقه تحديد حالات الخطأ، وهو ما نبينه في النقطتين التاليتين.

#### أولاً: ضابط الخطأ

بعد أن تتحدد صورة الخطأ على النحو السابق، وجب البحث عن المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ، وثار تساؤل عما إن كان يرجع في ذلك إلى معيار شخصي يتمثل فيما توقعه الجاني بالفعل، أو كان بإمكانه أن يتوقعه، أو فيما كان يجب أن يتخذه من احتياطات، أم يرجع في ذلك إلى معيار موضوعي يتمثل في معيار الرجل العادي المتمثل في الشخص متوسط الذكاء والحذر والحيلة بعيداً عن حرص الجاني ذاته؟، وهنا كالعادة ظهر المعيار الموضوعي المعتمد على " معيار الرجل العادي"، والذي انتقد على أساس أنه معيار مادي لا يلاءم فكرة نفسية متمثلة في الركن المعنوي، لذا طرح البعض المعيار الشخصي المتمثل في بحث موقف الجاني نفسه في ظروفه الآنية والواقعية مع مختلف جوانب شخصيته وما يتمتع به من ذكاء وقدرات، وبالتالي إن كان الجاني ولا أحد سواه يعلم أو يتوقع بصلاحيته سلوكه لإحداث النتيجة قام الخطأ في جانبه، أما إذا كان الجاني متواضع القدرات ومحدود الخبرة وقليل الذكاء يجهل بصلاحيته سلوكه لإحداث النتيجة أو لا يتوقع ذلك فإن الخطأ ينتفي في جانبه، ويميل الفقه إلى اعتبار المعيار الشخصي أكثر ملائمة لتقدير فكرة الخطأ واستخلاص عنصر العلم لدى الجاني. وغالبية الفقه يرى أنه يجب إعمال معيار مختلط يجمع ما بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، حيث يؤخذ من المعيار الموضوعي معيار الشخص العادي إذا وجد ضمن نفس الظروف، حيث إذا وجد الجاني قد التزم بقدر من الحيلة والحذر في تصرفه يوافق ما كان يفعله الشخص المعتاد الذي وجد في مثل ظروفه، انتفى خطأه، أما إذا بذل قدراً من الحيلة والحذر أقل من ذلك نسب إليه الخطأ. نحن نرى أن هذا المعيار ما هو إلا تكريس



لمعيار موضوعي، ونرى أنه بما أننا بصدد الركن المعنوي فالقاضي يأخذ في اعتباره دوما المعيار الشخصي باعتبار الركن المعنوي ينطوي أكثر على جوانب نفسية أكثر منها موضوعية.

### ثانياً: حالات الخطأ

للخطأ حسب غالبية الفقه، حالتين أيا كانت الصورة التي اتخذها، وهي إما أن يكون خطأ واعيا وإما أن يكون خطأ غير واع. فالخطأ الواعي **faute consciente**، ويسمى أيضا الخطأ بتبصر أو الخطأ المصحوب بتوقع، هو الحالة التي يتوقع فيها الجاني حصول النتيجة الضارة لكنه لا يريد لها، ويأمل في عدم حدوثها، إما نتيجة لاحتياط اتخذه يحول دون حدوثها في حين لم يكن كافيا، والحالة التي لا يتخذ فيها أصلا أي احتياطات للحيلولة دون حدوثها، مما يعني أنه يستوي لديه حدوثها من عدمه. والحالة الثانية، هي **الخطأ غير الواعي faute inconsciente**، ويطلق عليه أيضا الخطأ بغير تبصر أو الخطأ غير المصحوب بتوقع، وهي الحالة التي لا يتوقع فيها الجاني حدوث النتيجة الضارة، في حين كان يجب عليه أن يتوقع ذلك أو من واجبه أن يتوقعها، وطالما لم يتوقع الجاني النتيجة، فإنه على عكس الحالة السابقة لا يتخذ أي إجراءات تحول دون حدوث النتيجة.

### الفرع الثالث

#### الخطأ المدني والخطأ الجنائي

نصت المادة 124 وتقابلها في القانون المصري المادة 163 التي نصت على أنه: "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، وبالتالي المشرع المدني لم يحصر صور للخطأ كما لم يحدد لها درجات. لذا تثار تساؤل منذ زمن، ما إن كان المشرع الجنائي بدوره يرتب المسؤولية الجنائية عن الخطأ أيا كانت درجته، أم أنه خلافا للمشرع المدني يستلزم أن يرقى الخطأ إلى درجة من الجسامه حتى يمكن أن يرتب المسؤولية الجنائية غير العمدية. ولقد ساد ولزمن طويل قديما أن الخطأ يقسم إلى ثلاث درجات، الخطأ الجسيم الذي تكون نتيجته الضارة متوقعة من قبل الجميع، والخطأ البسيط، الذي يكون ضرره متوقع فقط من قبل الرجل المعتاد، والخطأ اليسير جدا وهو الخطأ الذي يكون ضرره غير متوقع وغير ممكن إلا بانتباه غير عادي يفوق انتباه ما يحظى به الرجل العادي، وهي الدرجات الثلاث التي يجب أن ينظر إليها في كل حالة على حده آخذين بعين الاعتبار للسن ودرجة الثقافة، وكان التساؤل في ظل هذه التفرقة: بأي درجة يقوم الخطأ الجنائي؟ وما إن كان يقوم كل من الخطأ المدني والخطأ الجنائي بدرجة واحدة؟ وهو السؤال الذي تنازع إجابته اتجاهان.

**اتجاه أول: استقلال الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي**، ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن ما يقوم به الأول لا يجب أن يقوم به الثاني، وإن كان الخطأ الجسيم والبسيط قد يقوم بها كلا نوعي الخطأ، فإن الخطأ اليسير جدا لا يمكن أن يقوم به سوى الخطأ المدني، وذلك بالنظر لما بين الخطأين من فوارق، أهمها: اختلاف الخطأين من حيث الطبيعة، واختلافهما من حيث الجزاء، واختلافهما من حيث عبء الإثبات. والاتجاه الثاني: وحدة الخطأ الجنائي والخطأ المدني، يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا فارق بين الخطأين وأن ما يقوم به الخطأ المدني يصح أن يقوم به أيضا الخطأ الجنائي، خاصة وأن كلاهما يقاس بمعيار واحد هو معيار الرجل العادي، وكل ما هو موجود من فروق ينحصر في أن القانون المدني لم يبين صور الخطأ المدني في حين المشرع الجنائي حصر صورته ما ذلك إلا نتيجة تقيد المشرع بمبدأ الشرعية الجنائية. وهو الاتجاه الذي تحول إليه القضاء الفرنسي وما سايره أيضا القضاء المصري.

### المطلب الثالث

#### الشروع والاشتراك في الجرائم غير العمدية

باختصار شديد، وبالنظر لبساطة المسألة سوف لن نقسم هذا المطلب إلى فروع، حيث أنه لا شروع ولا اشتراك في الجرائم غير العمدية، خاصة وأن هذه الأخيرة في غالبيتها من المخالفات في حين سبق القول بأن الشروع لا يكون إلا في الجنائيات وفي الجرح بموجب نص خاص ولا شروع إطلاقا في المخالفات، وهو نفس الوضع تقريبا بالنسبة للاشتراك... كما أنه لا ظروف تشديد ولا تخفيف بخصوص الجرائم غير العمدية ما عدا ما قضت به المادة 290 من تقنين العقوبات الجزائري التي تضاعف العقوبة المقررة في حالة ارتكاب الجريمة في حالة سكر أو ارتكاب الجريمة ومن بعدها محاولة الهرب من المسؤولية، وإن كان ذلك قد يقيم أيضا جريمة أخرى هي جريمة التهرب من المسؤولية أو عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر.

## الباب الثاني

### النظرية العامة للجزاء الجنائي

الجزاء الجنائي هو رد فعل المجتمع إزاء مرتكب الجريمة، فوقوع فعل يكون جريمة كالقتل مثلا وسواء كانت الجريمة تامة أو وقعت عند حد الشروع يمثل خرقا لقاعدة قانونية جنائية يقتضي تدخل السلطات العامة بالوسائل المناسبة والفعالة لغرض احترام تلك القاعدة ومنع وقوع جرائم جديدة.

ويتميز الجزاء الجنائي عن الجزاءات الأخرى المدني والأخلاقي وحتى التأديبي بعدة مميزات نذكر منها: انه جزاء اجتماعي انه جزاء شخصي، انه جزاء يحكمه مبدأ المساواة و أخيرا انه جزاء يتقرر بنص القانون عملا بمبدأ الشرعية القانونية.

وللجزاء الجنائي صورتين هما العقوبة وتدبير الأمن، يتحدد مجال كل منهما بحسب شخصية الجاني ومدى صلاحيته للمسؤولية العقابية، فمناط العقوبة هو توافر الخطأ - عمدي أو غير عمدي- بينما مناط التدبير هو توافر الخطورة الإجرامية- الجنون-، أما إذا اجتمع الخطأ والخطورة معا في شخص المجرم -كالمجرم المعتاد- فإنه يمكن الجمع بينهما أو الاكتفاء بأحدهما بما ينفق و تحقيق أغراض النظامين معا .

على انه يجب التنويه ان العقوبة كانت و لعقود هي الصورة الوحيدة للجزاء الجنائي، لكن و مع ظهور أفكار المدرسة الوضعية والتي تستند إلى جبرية السلوك الإجرامي ظهرت فطرة التدابير الاحترازية كبديل للعقوبة للدفاع عن المجتمع و الحيلولة دون عودة الجاني الى ارتكاب الجريمة.

### الفصل الأول

#### العقوبة

ارتبطت العقوبة ارتباطا وثيقا بالظاهرة الاجرامية والتي لازمت البشرية منذ القدم، فتعددت وظائفها و تنوعت صورها، ولكنها لم تخرج عن المعنى العام المتضمن اصلاح الجاني و تاهيله .  
تعرف العقوبة على أنها جزاء يقرره القانون ويوقعه القاضي على من تثبتت مسؤوليته في ارتكاب جريمة، ويتضمن إيلاما، بهدف ردعه وإصلاحه، لمصلحة الهيئة الاجتماعية.  
وقبل التطرق إلى تصنيف العقوبات و جب التحدث باختصار عن وظيفة العقوبة .  
\*وظائف العقوبة:

للعقوبة وظائف تتمثل في الردع، إرضاء شعور العدالة والتأهيل:

- أ- وظيفة الردع: وينقسم الى : الردع العام والردع الخاص أما الردع العام فيقصد به تحذير باقي أفراد المجتمع الذين تراودهم فكرة ارتكاب الجريمة من أنهم سينالون نفس العقوبة التي توقع على المجرم الذي ارتكبها فعلا.  
أما الردع الخاص فيقصد به إيلاام الجاني بالقدر اللازم الذي يمنعه من التفكير في العودة إلى ارتكاب الجريمة .
- ب- وظيفة إرضاء شعور العدالة: شددت المدرسة التقليدية الجديدة على إرضاء العدالة الذي كان ولا يزال من أهداف العقوبة.

يجب أن ترضي العقوبة شعور الناس بالعدالة ولا تكون كذلك إلا إذا كانت تطبق على كل من يرتكب الجريمة التي تقررت لها ، ولا يتنافى مع عدالة العقوبة ما يرخص به القانون من مرونة في تطبيق العقوبة بما يجعلها مناسبة لحالة الجاني الفردية ولظروف الجريمة، فالظروف المخففة أو المشددة لا تمس بعدالة العقوبة فحسب بل أنها تجسيد لعدالة العقوبة لأنها قواعد مجردة تطبق أحكامها على الجميع إذا توافرت شروطها القانونية، وتعني عدالة العقوبة، في الوقت نفسه، إرضاء الشعور العام في المجتمع أن من يرتكب جريمة تسلط عليه العقوبة المناسبة حتى يكون في ذلك ردع لغيره.

ويتجلى إرضاء العدالة من خلال اشتراط الركن المعنوي للجريمة وربط العقوبة بالخطأ والحرص على تناسب العقوبة من الخطأ أكثر من تناسبها مع الضرر الاجتماعي الذي تتسبب فيه.

ث- وظيفة التأهيل: ويقصد به أن تنفذ العقوبة بطريقة فيها من وسائل التهذيب والعلاج ما يمكن الجاني بعد مغادرته للمؤسسة العقابية أن يكون أهلا للتكيف مع المجتمع وأن لا يعود للإجرام مستقبلا.

## المبحث الأول:

### تصنيف العقوبات في التشريع الجزائري:

العقوبة كما سبق الذكر جزاء يقرره القانون و يطبقه القضاء، وذلك يتضح أن تقرير العقوبة وتحديد اختصاص يحتكره القانون الذي يتولى تقرير أنواع العقوبة وقرر أيضا سلمها، وبذلك يتبين أن النظام القانوني الجزائري حدد خصائص العقوبة ووظائفها مكرسا بذلك المبادئ العامة التي تقوم عليها. لهذا ارتأينا تصنيف العقوبة وفق التقسيم المعتمد في التشريع الجزائري بمقتضى قانون العقوبات والقوانين المكملة له الى تصنيف نوعي (عقوبات أصلية وتكميلية) تصنيف موضوعي للعقوبة (بدنية وسالبة للحرية ومالية وعقوبات سالبة للحقوق) .

### المطلب الأول:

#### التصنيف النوعي للعقوبات في التشريع الجزائري.

وقد تناول هذا التصنيف قانون العقوبات في المواد من 15 إلى 18 إذ يقسمها إلى قسمين عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

نشير هنا فقط إلى أن العقوبات التبعية تم إلغاؤها بموجب القانون 06 – 23 في المواد 6- 7- 8.

#### الفرع الأول: العقوبة الأصلية

وتكون كذلك إذا صدر الحكم بها دون أن تلحق بها أية عقوبة أخرى وهي تعتبر جزاء رئيسا وأصيلا للجريمة ، وتختلف في كل من الجنايات والجنح إذ لكل منها عقوبتها الأصلية الخاصة بها ، وتختلف أيضا من الشخص الطبيعي إلى الشخص المعنوي:

#### أولا:العقوبات المطبقة على الأشخاص الطبيعية :

أقر المشرع الجزائري المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي مؤخرا على غرار التشريعات المقارنة وذلك بمقتضى تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، وقد رصدت المواد 51 مكرر و ما بعدها مجموعة من العقوبات تتلاءم وطبيعة الشخص منها:

تكون في مواد الجنايات:

-الإعدام.

-السجن المؤبد.

-السجن المؤقت لمدة تتراوح بين 5 سنوات و20 سنة.

وتكون في مادة الجنح:

-الحبس لمدة تتجاوز شهرين إلى 5 سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدود أخرى.

-الغرامة التي تتجاوز 20.000 دج.

أما في مادة المخالفات:

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

-الغرامة من 2000 إلى 20.000 .

كما تقرر المادة 5 مكرر المضافة بالقانون 06-23 (إن عقوبات السجن المؤقت لا تمنع من الحكم بعقوبة غرامة )

هذا وتجدر الإشارة أيضا هنا إلى المادة 5 مكرر 1 والمضافة بالقانون 09-01 التي تنص على أن (أنه يمكن

للجهات القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر لمدة تتراوح بين 40 و 600 ساعة بحساب 2 سا عن كل يوم حبس في أجل أقصاه 18 شهرا لدى شخص معنوي من القانون العام) وذلك بتوفر الشروط الآتية:

-إذا كان المتهم غير مسبوق قضائيا.

-إذا كان المتهم يبلغ 16 سنة على الأقل وقت ارتكاب الوقائع المجرمة.

-إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة لا تتجاوز 3 سنوات حبس.

-إذا كانت العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة حبس.

كما يجب أن لا تقل مدة العمل للنفع العام المنطوق بها في حق القاصر عن 20 سا ولا تزيد عن 300 سا كما يجب أن يتم النطق بها في حضور المحكوم عليه ويتعين ن الجهة القضائية قبل النطق بها إعلامه بحقه في قبولها أو رفضها والتنويه بذلك في الحكم، وفي حالة إخلال المحكوم عليه بالالتزامات المترتبة على هذه العقود بدون عذر جدي يخطر قاضي تطبيق العقوبات النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ عقوبة الحبس المحكوم بها عليه.

### ثانيا: العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية.

لا يميز المشرع الجزائري بين العقوبات الاصلية المقررة للشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح وفي مواد المخالفات وهو مضمون المادة 18 مكرر المعدلة بالقانون 06-23 .  
ففي مواد الجنايات والجنح:

-الغرامة التي تساوي من 1 مرة إلى 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة، أما بالنسبة للمخالفات فهي نفس العقوبة كما أشارت إليه المادة 18 مكرر 1 المضافة بالقانون 04-15.  
-وفي الحالة التي لم ينص القانون على عقوبة الغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي سواء في الجنايات أو الجنح فقد أشارت المادة 18 مكرر 2 المضافة للقانون 06-23 إلى كيفية تقدير الغرامة:  
- إذا كانت عقوبة الشخص الطبيعي هي الإعدام أو السجن المؤبد تكون الغرامة بالنسبة للشخص المعنوي 2.000.000 دج.

- إذا كانت عقوبة الشخص الطبيعي هي السجن المؤقت، فان عقوبة الشخص المعنوي هي 1.000.000 دج.  
- إذا كانت الجريمة جنحة، فان عقوبة الشخص المعنوي هي 500.000 دج.

### المطلب الثاني : العقوبة التكميلية

هي عقوبات إضافية أو ثانوية تابعة لعقوبة أصلية لا يجوز الحكم بها منفردة كما نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة 4 من قانون العقوبات فيما عدا الحالات التي يقررها القانون صراحة.

وقد حددتها المادة 9 من قانون العقوبات :

1-الحجر القانوني 2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية العائلية 3- تحديد الإقامة أو المنع منها 4- المصادرة الجزئية للأموال 5- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط 6- إغلاق المؤسسة 7- الإقصاء من الصفقات العمومية

8 -الحظر من إصدار الشيكات و/ أو إستعمال بطاقات دفع 9- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من إستصدار رخصة جديدة 10- سحب جواز سفر 11 - نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

أما فيما يخص عقوبة الشخص المعنوي فقد حددتها المادة 18 مكرر السالفة الذكر وتكون بعقوبة واحدة أو أكثر

وهي:

-حل الشخص المعنوي.

-غلق المؤسسة أو أحد فروعها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات.

-الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات.

-المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية نهائيا أو لمدة لا تتجاوز 5 سنوات.

-مصادرة الشيء الذي أستعمل في الجريمة أو نتج عنها.

-نشر أو تعليق حكم الإدانة.

-الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات.

## المطلب الثاني : التصنيف الموضوعي للعقوبات في القانون الجزائري

وتصنف العقوبات حسب الموضوع الذي تحل به العقوبة إلى عقوبات بدنية وأخرى سالبة للحرية وعقوبات مالية وأخرى سالبة للحقوق .

### الفرع الأول: العقوبة البدنية (الإعدام).

تعتبر عقوبة أصلية تقررها القوانين لأخطر الجرائم وهي - الإعدام - إزهاق روح المحكوم عليه واستئصاله من المجتمع وفق إجراءات محددة سلفا.

نشير هنا إلى أنه قد أوقف العمل بهذه العقوبة في الجزائر منذ سنة 1994 و تستبدل بعقوبة السجن وذلك تماشيا مع أحكام السياسة العقابية الحديثة و التي تعتبر العقوبة وحشية ولا تجدي نفعاً .

### الفرع الثاني : العقوبة السالبة للحرية.

العقوبة السالبة للحرية أو المانعة لها تعني السجن بنوعيه المؤبد والمؤقت والحبس وهي العقوبات التي يتحقق الإيلاء فيها عن طريق حرمان المحكوم عليه من حقه في التمتع بحريته إما نهائيا أو لأجل معلوم يحدده الحكم الصادر بالإدانة وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه العقوبات في أغلب الجرائم تتفاوت في مقدارها من جنائيات إلى الجرح إلى المخالفات.

### الفرع الثالث : العقوبة المالية.

تتراوح العقوبات المالية بين الغرامة والمصادرة، وهي عقوبات أصلية تارة وتكميلية تارة أخرى.

### أولا : الغرامة كعقوبة أصلية.

وهي التي يقررها القانون في جميع أنواع الجرائم وينطق بالحكم بها على المحكوم عليه بإلزام الجاني بدفع مبلغ مالي من النقود إلى الخزينة العمومية يقدره القاضي وفق القواعد المقررة لهذا الشأن وعملا بمبدأ الشرعية.

كما يقرر القاضي أحيانا سلطة تقديرية للقاضي للاختيار بين عقوبتي الحبس والغرامة وأحيانا لا يترك هذا المجال للقاضي فيقرر وجوب توقيع عقوبتي الحبس والغرامة معا وفي آن واحد.

**ثانيا : المصادرة :** قد عرفتها المادة 15 من قانون العقوبات وهي ( الأيلولة النهائية للدولة لمال أو مجموعة أموال معينة) حيث تستولي السلطات العامة على أشياء ذات صلة بالجريمة قهرا عن صاحبها وهي من العقوبات التكميلية.

### الفرع الرابع : العقوبة السالبة للحقوق.

تقع هذه العقوبات على بعض حقوق المحكوم عليه حيث أن يمنع من ممارسة هذه الحقوق، وقد نصت عليها المادة 9 كما سلف ذكره وهذه العقوبات لا تنطبق إلا على الجنائيات والجرح يعني أنه لا يجوز الحكم بها على المخالفات. وتكون تارة إجبارية كما هو الحال في الحجر القانوني تطبيقا للمادة 9 مكرر، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية بحكم المادة 9 مكرر 1 والمصادرة تطبيقا للمادة 15 مكرر 1 ولا يتعلق الحكم به إلا عقوبة الجنائية فقط. وتارة أخرى اختيارية يجوز الحكم بها ونترك السلطة التقديرية للقضاء الجنائي في تقدير مدى الحاجة للحكم بها ضمنها المواد (المواد من 11 إلى 18 مكرر وهي تحديد الإقامة أو المنع منها، الحرمان من مباشرة بعض الحقوق مثلا ( الترشح، الانتخابات، الأهلية لمن يكون وصيا أو قيما ، سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها ..... إلخ ) المصادرة الجزئية للأموال ، حل الشخص الاعتباري، نشر الحكم.

## الفصل الثاني : تدابير الأمن

ويطلق عليها أيضا في بعض التشريعات التدابير الاحترازية، وتمثل مع العقوبة رد فعل المجتمع في مواجهة الجريمة والمجرم حين تتوافر الخطورة الإجرامية والتي تمثل احتمال عودة المجرم إلى الجريمة مرة أخرى.

التدابير الاحترازية وان كان يشترك مع العقوبة في أن كل منهما يصلح جزاء للجريمة، إلا أن التدبير يختلف عن العقوبة من حيث تاريخ نشأته (حيث يرجع الفضل لظهوره حديثا لأفكار المدرسة الوضعية في منتصف القرن التاسع عشر) و الغرض منه (اصلاح الجاني) وشروط تطبيقه (حيث توجه تدابير الأمن الخطورة الإجرامية وهي بدل للعقوبة حيث يستحيل تطبيقها لعدم توافر شروط المسؤولية الجنائية كالجنون وصغر السن) .

### المبحث الأول: مفهوم تدابير الأمن

إن دراسة تدابير الأمن في التشريع الجزائري تتطلب الوقوف على تعريفه و أهم خصائصه.

## المطلب الأول: تعريف تدابير الأمن.

لم يعرف المشرع الجزائري تدابير الأمن غير أن معظم الفقهاء تتفق على انه مجموعة الإجراءات التي يصدرها القاضي لمواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص مرتكب الجريمة بغرض تخليصه منها .

الحقيقة أن تدابير الأمن تتزايد أهميتها وفعاليتها في الوقت الحاضر، خاصة مع تراجع وظيفة العقوبة وقصورها في بعض الأحيان عن القيام بكل الدور منفردة خاصة مع تزايد مستويات العود وأيضا ظهور أشكال جديدة من الإجرام وظواهر اجتماعية خطيرة عجزت العقوبة عن القضاء عليها، فتزايدت ظاهرة تعاطي المخدرات الاتجار بها والغش والإرهاب والجريمة المنظمة وجنوح الأحداث وهو ما زاد من أهمية التدابير لدورها في الإصلاح والتهديب والعلاج .

المطلب الثاني: خصائص تدابير الأمن.

تتخصر خصائص تدابير الامن في اربع هي:

- خضوعه لمبدأ الشرعية القانونية مثله مثل العقوبة طبقا لنص المادة الاولى من قانون العقوبات.
- وجوب صدوره من محكمة قضائية، حتى مع عدم ارتكاب الجريمة ذلك ان الاستعانة بالتدبير ينذر باحتمال ارتكاب جريمة.

- التدبير يكون غير محدد المدة نسبيا ذلك ان قاضي الحكم يحدد بداية التدبير، أما قاضي التنفيذ هو الذي يحدد تاريخ انتهائه على ضوء نتائج التأهيل، وتاريخ انتهائه يكون مرهونا بزوال الخطورة من نفسية الجاني.

- لا يطبق التدبير إلا على شخص ارتكب جريمة بالفعل و استبعاد تصنيف المجرمين بالميلاد والميالين للإجرام.

## المبحث الثاني : تصنيف تدابير الامن

إذا كان الغرض الأساسي العقوبة هو الردع فان هدف التدبير وقائي هذا ما أشارت إليه المادة 4 من قانون العقوبات الجزائري حيث جاء فيها ما يلي: "يكون جزاء الجرائم بتطبيق العقوبات وتكون الوقاية منها باتخاذ تدابير الأمن." سبق القول أن قانون العقوبات الجزائري قد أخذ بنظام التدابير الأمنية مع نظام العقوبات، وذلك ما نصت عليه المادة 4 منه ، وقد نظمها في مواد 19-21-22 الخاصة بالمجرمين البالغين وهي:

## المطلب الأول: الحجز القضائي في مؤسسة استشفائية.

وهي وضع الشخص في هذه الأخيرة بسبب خلل في قواه العقلية بعد إثباته بالفحص الطبي ، ويكون هذا الخلل معاصرا لارتكاب الجريمة سواء تعلق الأمر بالإدانة أو العفو، أما في حالة انتفاء وجه الدعوة فيجب أن تكون مشاركة هذا الشخص في الوقائع ثابتة ماديا.

## المطلب الثاني: الوضع تحت المراقبة في مؤسسة علاجية.

وتخص المصابين بحالات الإدمان الاعتيادي الناتج عن تعاطي المخدرات أو المواد الكحولية ولا يكون ذلك إلا بناء على أمر أو قرار قضائي كما هو الشأن في الحالة الأولى.

أما عن التدابير الموجهة لغير البالغين فقد نصت عليها المادة 444 أ.ج.م ب (ولا يجوز اتخاذها إلا في مواد الجنايات والجرح بتوقيع تدبير أو أكثر من تدابير الحماية والتهديب والتي منها على سبيل المثال:

-تسليمه لوالديه أو لشخص جدير بالثقة.

-وضعه في مؤسسة طبية أو تربوية مهياة لذلك.

-وضعه في مدرسة داخلية صالحة لإيواء الأحداث المجرمين في سن الدراسة إلى غير ذلك من الإجراءات التي حددتها

المادة أنفا ، كما يتعين أن لا يتجاوز الحكم بهذه التدابير التاريخ الذي يبلغ فيه القاصر سن الرشد المدني .)

## الفصل الثالث: العقوبات البديلة في التشريع الجزائري

مع كثرة العقوبات وتنوعها وظهور نظام التدابير الاحترافية إلا أن غالبية الفقه في المؤتمرات والمحافل الدولية وحتى الدراسات المنجزة في مجال علم العقاب قد أثبتت عدم نجاعة هذه العقوبات في القضاء أو الحد من معدل الجريمة حتى مع تطبيق أقصى العقوبات التي تصل في بعض الأحيان إلى الإعدام، ولهذا تعالت أصوات بعض المجددين في الفقه القانوني بالدعوة إلى إيجاد بدائل لبعض العقوبات خاصة منها السالبة للحرية قصيرة المدى و حتى إيجاد بعض البدائل

الإجرائية لتفادي أزمة العدالة الجنائية الناتجة عن البطء في التصدي للدعوى الجنائية مع كثرة أحكام الحفظ في معظم الأحيان والتي لا تحقق العدالة و المساواة للجناة و الضحايا على حد سواء.

إن الدعوة إلى إيجاد عقوبات بديلة حتى مع اقتران تدابير الأمن بالعقوبة هو من المسائل المستحدثة في التشريعات الجزائية المعاصرة يلجأ إليها القاضي لمواجهة الجانحين المبتدئين يبررها اكتظاظ المؤسسات العقابية و عدم قدرتها على ممارسة دورها الحقيقي من تطبيق العقوبة الطويلة و تربية المحبوسين ، بل أصبحت العقوبات القصيرة وسيلة للعود ففي بريطانيا مثلا يعود 50% إلى السجون بعد انتهاء محكوميتهم و يتحول 29% من جرائم الصدفة إلى جرائم الاحتراف، و تبلغ نسبة العود في السعودية إلى 30% في حين تؤكد دراسة أجريت في العالم العربي سنة 1997 بأن عودة المفرج عنهم ثانية إلى الإجرام تصل إلى 70% . أيضا اتجاه النظام العقابي إلى إقرار عقوبات قاسية لا يحقق الهدف من إقرارها و التغاضي عن بعض العقوبات التي كانت موجودة أصلا كتطبيق العقوبات المالية كالغرامة و الدية و الأخذ بعقوبة النفي و العزل و مصادرة الأموال و أيضا تطبيق مجموعة البدائل التي يتخذها القاضي بإحلال عقوبة السجن بخدمة يقدمها السجن لفئة من فئات المجتمع أو لموقع خيري أو الالتحاق بمرافق تعليمي يستفيد منه السجن بهدف إصلاحه .

وقد كرس المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة هذه التدابير التي تتنوع بحسب شخصيات المذنبين و سن و ظروف كل محكوم على حدى في التعديلات المتعاقبة لقانون العقوبات و بعض القوانين الخاصة.

### المبحث الأول: عقوبة العمل للنفع العام

العقوبة المستحدثة بموجب تعديل قانون العقوبات سنة 2009، و يقصد بها قيام المحكوم عليه بعمل دون أجر موجه لفائدة عامة الشعب بدلا من وضعه في المؤسسة العقابية مع توافر شروط حددها القانون، و قد رصد هذا البديل خصيصا لفئة الشباب، فيطبق على البالغين و على الأحداث البالغ عمرهم 16 سنة فأكثر.

و من شروط تطبيق العقوبة ما يلي:

- 1- أن لا يكون المحكوم عليه مسبوق قضائيا.
- 2- لا يمكن النطق بالحكم إلا بموافقة و حضور المعني.
- 3- على الهيئة التي ينفذ العمل لفائدتها أن تدفع مصاريف النقل و الأكل و أن يعقد تأمينا على المسؤولية (الضمان الاجتماعي).

4- أن لا تتجاوز مدة العمل سواء للبالغين أو الأحداث 240 ساعة عمل كحد أقصى.

5- لا يتقرر العمل للمصالح العام مع الحبس إذ أنه بديل عنه كما انه يتقرر بدون مقابل لما له من معنى الجزاء الجنائي و من سبيل هذه الأعمال إعادة غرس الغابات و إصلاح و ترميم الآثار التاريخية و إنارة الطرق و نظافة الشواطئ و أعمال التضامن و مساعدة المرضى المعاقين و تقديم خدمة للآخرين على حسب التكوين و التأهيل المتحصل عليه.

### المبحث الثاني: الوضع تحت المراقبة الالكترونية (السوار الالكتروني)

يعتبر هذا النظام من أهم البدائل للعقوبات السالبة للحرية التي اهدت إليها عدة دول متقدمة من الناحية التكنولوجية و العلمية ، فقد كانت أمريكا سباقة إلى ذلك منذ سنة 1983 حيث أرغمت الجاني على حمل جهاز إرسال أوتوماتيكي بمعصمه أو برجله يشغل ببطارية كهربائية و مرتبط بجهاز إنذار بمحل عمله أو إقامته مرتبط هو الآخر بخط هاتفي أو كهربائي يوصل معلومات دقيقة عن تحركات الجاني إلى مركز الإنذار المتواجد بالمؤسسة السجينة، و الهدف من هذا الإجراء هو تلافى اكتظاظ السجون و تقليص نفقاتها و تتبع سيرة الجاني داخل محيط معين لا يتعدى 100 أو 200 كلم.

وقد سارعت دول أخرى إلى إقرار نفس النظام كالسويد عام 1994، و بريطانيا و هولندا سنة 1995 و فرنسا عام 1997 .

أما الجزائر فقد أخذت به حديثا سنة 2018 بموجب تعديل قانون السجون و إعادة إدماج المسجونين القانون رقم 18-01 المعدل و المتمم للقانون 05-04 والذي اقر صراحة السوار الالكتروني كبديل عن العقوبة السالبة للحرية و قد تم الانطلاق رسميا في تطبيق هذه العقوبة.

### قائمة المصادر و المراجع:

-القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

## اولا:القوانين.

- القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ،الجريدة الرسمية ،العدد 14 ،الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.
- الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن لقانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون 15-19 المؤرخ 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر 2015 ( ج ر 71 ) المعدل والمتمم بالقانون 16-02 المؤرخ في 17 رمضان 1437 الموافق 22 يونيو 2016 ( ج ر 37). - قانون 15-12 المتعلق بقانون الطفل المؤرخ في 28 رمضان 1436 الموافق 15 يوليو 2015 ( جريدة رسمية39).
- الأمر 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 الموافق 18 صفر 1386 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 17-07 المؤرخ 27 مارس سنة 2017 الموافق 28 جمادى الثانية عام 1438) جريدة رسمية رقم 20 ) .

### ثانيا: قائمة الكتب.

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام،دار هومة، الجزائر، ط 6، 2008.
- اسحاق ابراهيم منصور، موجز في علم الإجرام وعلم العقاب، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1991، الجزائر.
- سعيد بوعلي، و دنيا رشيد ، شرح قانون العقوبات الجزائري – القسم العام- دار بلقيس ، الجزائر ، 2016.
- فهد يوسف الكساسبة، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، دراسة مقارنة، ط 1، دار وائل للنشر، 2010.
- عادل قورة ، محاضرات في قانون العقوبات ( القسم العام – الجريمة ) ، ط 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 .
- عبد الرحمان خلفي ، القانون الجنائي العام ( دراسة مقارنة ) ،دار بلقيس ، الجزائر ، 2016.
- عبد اللطيف أزويتيني ، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع المغربي بين النظرية و التطبيق.
- عبد الله اوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2009.
- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة.
- عمر خوري، قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، 1010-2011.
- لحسين بن شيخ آث ملويا ، دروس في القانون الجزائري العام ، دار هومة، الجزائر، 2014.
- محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، دار النهضة العربية، ط الأولى، 1970 .
- نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 5، 2015.
- هدى قشقوش، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010،.
- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي/ العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006.