

جامعة غرداية  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



المبادئ الجنائية الأساسية بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري  
(مبدأ الشرعية الجنائية ومبدأ عدم الرجعية أمودجا)

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي  
في مسار الحقوق تخصص: قانون جنائي وعلوم جنائية

إعداد الطالبين: - عبد القادر بوحادة - بشير ميموني  
إشراف: - د/ نسيل عمر

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الرتبة	اسم و لقب الأستاذ
رئيسا	جامعة غرداية	أستاذ التعليم العالي	بوزيد كيحول
مناقشا	جامعة غرداية	أستاذ محاضر -ب-	أنور خنان
مشرفا و مقررا	جامعة غرداية	أستاذ محاضر -ب-	عمر نسيل

السنة الجامعية

1440هـ - 1441هـ / 2018م - 2019م



جامعة غرداية  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



المبادئ الجنائية الأساسية بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري  
(مبدأ الشرعية الجنائية ومبدأ عدم الرجعية أمودجا)

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي  
في مسار الحقوق تخصص: قانون جنائي وعلوم جنائية

إعداد الطالبين: - عبد القادر بوحادة - بشير ميموني  
إشراف: - د/ نسيل عمر

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الرتبة	اسم و لقب الأستاذ
رئيسا	جامعة غرداية	أستاذ التعليم العالي	بوزيد كيحول
مناقشا	جامعة غرداية	أستاذ محاضر - ب -	أنور خنان
مشرفا و مقررا	جامعة غرداية	أستاذ محاضر - ب -	عمر نسيل

السنة الجامعية

1440هـ - 1441هـ / 2018م - 2019م

قال الله تعالى

" مَنْ اهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّٰ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ  
وَأَزْرَهُۥُ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا "

(سورة الإسراء، الآية 15).

# شكر و عرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

ربي اجعل هذا العمل صالحا لوجهك خالصا، ولك الحمد

على توفيقك لك الحمد حتى ترضى و لك الحمد إذا رضيت

و لك الحمد بعد الرضى، نحمدك اللهم و نشكرك على إتمام هذا العمل بسداد وتوفيق

و لا يفوتنا في هذا المقام أن نتوجه بالشكر الجزيل و كل عبارات الامتنان إلى الدكتور

المشرف نسيل عمر الذي لم يبخل علينا بنصائحه و إرشاداته طوال العام الدراسي، كما نتقدم

بخالص الشكر لكل أساتذة قسم الحقوق على مساعدتهم

و الشكر موصول إلى كل من ساهم و ساعد في إنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد

و شكر خاص لعائلاتنا لدعمهم لنا معنويا

ولله من الحمد قبل و من بعد على نعمه علينا

## إهداء

إلى من غرسوا في نفسي حب البحث و المثابرة أهدي هذه المذكرة المتواضعة إلى روح  
أبي رحمه الله و أسكنه فسيح جنانه و إلى أمي راجيا من المولى تعالى أن يحفظها

و أتمنى لها دوام الصحة و العافية

إلى من كانت لي سندا رفيقة دربي زوجتي العزيزة حفظها الله

إلى أبنائي : أروى ... نذير محسن

إلى إخوتي و أخواتي أطال الله في أعمارهم

و إلى كل أصدقائي في العمل

إلى كل زملائي في الدراسة دفعة حقوق ماستر 02

إلى كل من يحبهم قلبي أهدي لهم ثمرة نجاحي

عبد القادر

## إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من بأملهم درجت و أمام أعينهم كبرت و بجناحهم  
وغمرت ، و بعطفهم أحسست . إلى أبي رحمة الله عليه و أمي حفظها الله و أتمنى لها دوام

الصحة و العافية

إلى من كانت لي سندا رفيقة دربي زوجتي العزيزة حفظها الله

إلى إخوتي و أخواتي أطال الله في أعمارهم

و إلى كل أصدقائي باتصالات الجزائر

إلى كل زملائي بدفعة حقوق ماستر 02

إلى كل من يحبهم قلبي أهدي لهم ثمرة نجاحي

بشير

## قائمة المختصرات

ق إ ج : قانون الإجراءات الجزائية .

ق ع : قانون عقوبات .

ص ص : من صفحة إلى صفحة .

ج : جزء .

ب ط : بدون طبعة .

ط : طبعة .

ب ب ن : بدون بلد النشر .

ب س ن : بدون سنة النشر .

## ملخص البحث :

ناقش الباحثان مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية و مبدأ عدم رجعية القوانين في الفقه والقانون و أردنا الوصول لعدة أهداف منها: إثراء مجال البحث الجنائي بالدراسة المقارنة والتي تبرز مميزات التشريع الإسلامي، تعريف الناس بحقوقهم التي كفلتها لهم التشريعات الجنائية والمواثيق أمام القضاء . وتناول الباحثان مفردات هذا الموضوع وفقا للتوصيف الآتي :أولا :صور الشرعية الجنائية والتي يمكن أن يتحقق بها هذا المبدأ وهي: أ/ وجوب وضوح الصياغة القانونية للنصوص ومحدودية دلالة مفرداتها سدا الباب التأويل والتوسع في التفسير لأن النص الجنائي يجب أن يكون ضيق التفسير،ب/ التوسع في النشر والتعريف بالقوانين حتى يكيف الناس سلوكهم وفقا لها، ج/ شرعية الإجراءات وسلامتها بما في ذلك إجراءات الضبط والتفتيش والقبض والحبس الاحتياطي وأن يكون في المكان اللائق ولا يتجاوز المدد القانونية، ثانيا/ القاعدة الجنائية الشهيرة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص يجب أن تخضع لها عملية التجريم والعقاب فلا يجرم شخص إلا بقانون ثابت ومستقر وساري المفعول).

### Research summary :

The research discussed the concept of the principle criminal legitimacy the principle of non-retroactivity of laws in jurisprudence and Law, the researcher aimed at reaching a number of goals, including: Enriching the field of the Criminal Investigation through a comparative study which highlights the advantages of Islamic legislation, letting people know about their rights which are guaranteed by Criminal legislation and charters before Law. The researcher addressed the vocabulary of such issue as per the following description: **First:** he depicted the criminal legitimacy through which the principle could be achieved, that is, **A-**legal wording of the provisions should be clear and its terms should be limited in order to prevent wrong construction and expansion in the interpretation, because the criminal provision should be limit in construction. **B-** The expansion of the definition and deployment of laws, so that people can adapt their behavior according to them. **C-**Legitimacy and validity of procedures, including inspection, arrest and reserve detention procedures, and to be in its proper place and don't exceed the legal limits. **Secondly:** the Famous criminal Rule (No crime nor Punishment without a provision) needs that the process of criminalization and punishment must subject to it, so that no person shall be criminalized without a certain and valid Law.

الكلمات المفتاحية:

الرجعية - مبدأ الشرعية- قصة العرنينين - الظهار- اللعان

مقدمة

إن حاجة ورغبة أي إنسان في أي نظام اجتماعي إلى النظام هو شيء فطري فيه، فكانت الانطلاقة الأولى للنظام الاجتماعي بداية من الأسرة و التي تتجسد في رب الأسرة ثم اتسعت هذه الأسر مكونة القبيلة وبحكم التكاثر و التزاوج الذي هو عماد الحياة البشرية اتسعت رقعة القبائل و العشائر عدة وعددا مكونة فيما بينها مجتمعات إنسانية، و من شان هذا الاتساع نشوء علاقات فيما بينهم سواء الداخلية أو الخارجية، وبحكم الغريزة الإنسانية و حب التملك التي تطغى على الإنسان ، والتي جبل عليها أدت به إلى حد ارتكاب الجرم، فالظاهرة الإجرامية وجدت مع وجود الإنسان على هذه المعمورة ،

فكان لزاما لتهديب هذه النفس البشرية داخل المجتمعات الإنسانية وتقومها من الظاهرة الإجرامية والتي تنال من وجودها وتقف حجر عثرة أمام سموها و تقدمها إلى اللجوء وضع نظام قانوني يتولى ضبط شؤون الفرد داخل المجموعة الواحدة لتضمن بقاءه و حريته، ثم توسعت شيئا فشيئا إلى الحد الذي وصلت إليه الآن.

فالمتبع لهذه الحركة التشريعية العالمية يلاحظ جليا التطور الهائل في هذا المجال الذي ناضلت فيه المجتمعات الإنسانية على مر الزمن من أجل تحقيق ما تصبو إليه في مجالي الحرية و الحقوق سواء بين الأفراد فيما بينهم، أو في علاقاتهم مع حكاهم، فانثبقت عن هذا النضال الطويل مبادئ أساسية جنائية رسمت السياسة الجنائية في مجالي التجريم و العقاب ،ومن أهم المبادئ على الإطلاق هو مبدأ الشرعية الجنائية والذي هو بدوره انبثقت منه مبادئ أخرى استمدت وجودها من وجود هذا المبدأ ومن أهمها مبدأ عدم رجعية النص الجنائي وهما موضوعا دراستنا الحالية كنموذجين للمبادئ الأساسية الجنائية بين الشريعة الإسلامية و القانون الجنائي الجزائري.

وتتمثل أسباب اختيار الموضوع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية؛ فأما الذاتية: فهي رغبتنا الشخصية في الكتابة في موضوع جنائي مقارن لصلته بتخصصنا القانون الجنائي و كذلك تعريف الأشخاص بحقوقهم التي كفلتها لهم التشريعات الجنائية. أما بالنسبة للأسباب الموضوعية: هو باعتباره موضوع متصل بحركة التطور المستمرة و السريعة التي تشهدها القوانين الحديثة، ويعتبر أيضا من الموضوعات ذات الصلة الوثيقة بحقوق و حريات الإنسان، تلك الحقوق التي دأبت البشرية جمعاء على صيانتها ، و بالمقابل ضمان المصالح العامة للدولة على أحسن وجه، وتحقيق العدالة لجميع الأطراف حكاما و محكومين ،من خلال تطبيق مبادئ جنائية أساسية وصحيحة، لأن ذلك أمل ومقصد كل سياسة جنائية. هذا من جهة و من جهة أخرى إثراء المكتبة الجزائرية بهذا النوع من الدراسات المقارنة بين كتب الفقه الإسلامي، ومؤلفات التفسير، والحديث خاصة ما تعلق منها بآيات وأحاديث الأحكام و مقارنتها مع ما توصل إليه الفقه القانوني الجزائري الحديث من قواعد و مبادئ و نظريات.

وتهدف دراستنا هذه في البداية في إيضاح اللبس ، والإسهام في تحديد مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية ومدى اتساع نطاقه، وإثراء مجال البحث العلمي في التشريع الجنائي المقارن بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.

### الدراسات السابقة :

وأما بالنسبة للدراسات السابقة فنجد ما يلي :

- أطروحة دكتوراه بعنوان: النطاق الزماني لتطبيق النص الجنائي ( دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري، للطالب عبدالكريم تافرونت من جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2012/2013
- مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر بعنوان: مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات، للطالبين : بن صافية رابح و آيت خوجة أحمد من جامعة ميرة بيجاية، السنة الجامعية 2012/2013.
- مقال مقدم لمجلة :العلوم والبحوث الإسلامية، العدد 16، سنة 2015، بعنوان :مبدأ الشرعية الجنائية بين الفقه والقانون، للباحث صالح أحمد التوم، قسم الأنظمة - كلية الشريعة- جامعة القصيم - المملكة العربية السعودية.

- مقال مقدم لمجلة:البحوث في الحقوق والعلوم السياسية -المجلد 04/ العدد 01، لسنة 2018 بعنوان:مبدأ عدم رجعية القوانين كآلية لتحقيق الأمن القانوني، للطالب دكتوراه جلاب عبد القادر، سنة الرابعة، تخصص قانون عام، جامعة ابن خلدون، تيارت،الذي قسم موضوع البحث إلى ثلاث محاور: المحور الأول مفهوم مبدأ عدم رجعية القوانين المحور الثاني: النظريات التي تحكم مبدأ عدم رجعية القوانين. المحور الثالث: بعض الحلول التي اعتمدها المشرع الجزائري.

ومن أجل هذا حاولنا من خلال بحثنا الاستفادة من هذه المراجع وغيرها، ومن ثم استدراك ما لم تتعرض له من أجل جمع شتات الموضوع والأخذ بأحكامه الشرعية والقانونية التي تظهر من خلالها أوجه اتفاق واختلاف المبادئ الجنائية في الشريعة الإسلامية والمتبعة هي الأخرى في القانون الجزائري.

### الصعوبات التي واجهناها :

لا يخلو أي بحث علمي من عوائق و صعوبات تعترض لصاحبه, إذ أن عمل الباحث شاق كله, وإن كان لموضوعنا هذا صعوبات خاصة فإن أبرزها :

- عدم التوفيق بين العمل و الدراسة و التنقل .
- تشتت جزئيات الموضوع من الناحية الشرعية في مؤلفات مختلفة المعالم على شكل آراء أو اجتهادات أو أحكام دون عنوانة ولا تبويب ؛ مما يجعل انتفائها و جمعها أمرا صعبا للغاية .
- صعوبة الإمام بالمادة القانونية الغزيرة و المتشعبة للموضوع .

### إشكالية البحث :

الإشكالية الرئيسية :

- ما هي أهم المبادئ الجنائية الأساسية بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ؟

الإشكاليات الفرعية :

- ما المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية في كل من الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري ؟
- وما هي تطبيقات هذا المبدأ القانوني في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري؟
- ما المقصود بمبدأ عدم رجعية النص الجنائي في كل من الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري ؟
- وما هي تطبيقات هذا المبدأ القانوني في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري؟

### المنهج المتبع في الدراسة:

و لإجابة على الإشكالية استعنا بالمنهج التحليلي الذي ساعدنا في تحليل الأفكار والآراء وكذا تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة، وأيضا تم استخدام المنهج المقارن، كمنهاج رئيسي في البحث باعتبار خصوصية الدراسة وهي المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري ويتضح ذلك في المقارنة بين ما ورد في

الكتاب و السنة من جهة و من جهة أخرى ما ورد في الدستور و القانون الجزائري، كما استعنا بالمنهج الوصفي في التعريفات على اختلافها.

### خطة الدراسة :

قسمنا موضوع الدراسة إلى فصلين تطرقنا في الفصل الأول إلى مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري، و الذي جزأناه إلى مبحثين ، كان المبحث الأول حول ماهية مبدأ الشرعية الجنائية، أما المبحث الثاني فخصص لتطبيقات مبدأ الشرعية الجنائية، و في الفصل الثاني اتجهنا إلى موضوع مبدأ عدم رجعية القوانين في الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري، وبدوره قسم إلى مبحثين، كان المبحث الأول ماهية مبدأ عدم رجعية القوانين، أما المبحث الثاني تطبيقات مبدأ عدم رجعية القوانين، وننهي البحث بخاتمة تتضمن ما توصلنا إليه من نتائج و مقترحات.

# الفصل الأول

مبدأ الشرعية الجنائية في  
الشرعية الإسلامية والتشريع  
الجنائي الجزائري

## تمهيد:

إن دراسة مبدأ الشرعية الجنائية تتطلب منا أن نحدد وبشكل دقيق خصائص هذا المبدأ، عن طريق تعريفه لغة واصطلاحاً وإرساء طبيعته، ومن الطبيعي أن يدخل كل ذلك في إطار هذا الفصل المتعلق بماهية مبدأ شرعية الجنائية، والذي سوف يتم بحثه على النحو التالي:

ما المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية في كل من الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري ؟

- وما هي تطبيقات هذا المبدأ القانوني في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري؟

وهو ما سنتناوله في هذا الفصل ضمن مبحثين، حيث خصصنا الأول للدراسة النظرية لمبدأ الشرعية

الجنائية والثاني للدراسة التطبيقية لذات المبدأ وفق ما يلي:

**المبحث الأول: ماهية مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري.**

**المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ الشرعية الجنائية في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري.**

## المبحث الأول: ماهية مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري

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

### المطلب الأول: مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية

#### الفرع الأول: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية لغة و اصطلاحا

أولا: لغة:

أ - تعريف لفظ " مبدأ " لغة:

جاء في لسان العرب: " البدء جعل الشيء أول... وبدأت الشيء جعلته ابتداء..."

والبدء والبدئ الأول... و بادئ الرأي أوله و ابتداؤه<sup>(1)</sup>.

وقد جاء البدء في عدة مواضع من القرآن الكريم منها قوله تعالى: " وما يبدئ الباطل وما يعيده"<sup>(2)</sup>، أي

ما خلق إبليس ولا يبعث، والله عز وجل هو الخالق و الباعث...<sup>(3)</sup>.

ومبدأ الشيء: أوله ومادته التي يتكون منها، كالنواة مبدأ النخل، أو يتركب منها، كالحروف مبدأ الكلام..."

ومبادئ العلم أو الفن أو الدستور أو القانون: قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول أ-ج، مادة بدأ، دار الجيل، بيروت، 1988، ص 170.

<sup>2</sup> سورة سبأ، الآية 49.

<sup>3</sup> ابن منظور، مرجع سابق، ص 170.

<sup>4</sup> إبراهيم منصور وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ط1، دار الدعوة، 1989م، ص 42.

ب-تعريف لفظ " الشرعية " لغة :

الشَّرْعُ : الطريقُ

الشَّرْعُ : شريعة، ما شرعه الله تعالى لعباده أوجب الشَّرْعُ كذا "(1).

الشَّرْعُ : المَثَلُ

الشَّرْعُ : وَتَرُّ العود

هذا مكتسب شرعًا : بصورة شرعية، من الوجهة الشرعية

الشرعية : (مصطلحات)

حالة ما أصبح شرعياً. (فقهية)

شرعية: صفة حكومة تحوز على السلطة بطرق قانونية وشرعية وتشير أيضا إلى أي شيء يتم بوسائل قانونية.

مصطلحات سياسية

شرعية: مصدر الشرع أي اتباع القانون والشرع.

مصطلحات سياسية

شَرَعِيَّةٌ: ١- اسم مؤنث منسوب إلى شَرَعَ : أحكام شرعية.

ب-مصدر صناعي من شَرَعَ : كون الشيء قائمًا على أساس شرعيّ :- رفض الشعب الاعتراف بشرعية مجلس

الحكم.

• الشَّرَعِيَّةُ الدَّوْلِيَّةُ : ( القانون ) المرجعية القانونية التي نالت توافقًا عالميًا مثل مبادئ القانون الدولي والاتفاقيات

العالمية.

• العُلُومُ الشَّرَعِيَّةُ : العلوم الدِّينِيَّةُ كالفقه والحديث وغيرها.

• محكمة شَرَعِيَّةُ : (القانون) محكمة تحكم بالشريعة الإسلامية، وبخاصة في مسائل الأحوال الشخصية من زواج

وطلاق ونفقة وغيرها.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول أ-ج، مادة بدأ، دار الجيل، بيروت، 1988، ص 2918.

و الشرعية في اللغة مصدرها شرع، وشرع الدين : سنه و بينه و في القرآن الكريم " شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ " (1).

ج- تعريف لفظ " الجنائي " لغة:

جني: جنى الذئب عليه جناية: جرّه... ورجل جان من قوم جناة وجُنَاء(2).

والجناية: الجناية هي الذنب، والجمع: جنايا و جنايات(3).

(الجناية) : (في القانون): الجريمة التي يعاقب عليها القانون أساسا بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال المؤقتة، والجمع: جنايا(4).

من خلال التعاريف السابقة يمكننا تحديد المعنى الاسمي المركب لمبدأ الشرعية الجنائية بأنه : إضفاء الصيغة التجرىمية على جملة من الأفعال واعتبرها جرائم جديرة بالعقاب لما تسببه من خطر على المجتمع والمساس بمصالحه والعلم الناس بها، ونعني بالإضفاء الصيغة التجرىمية جواز معاقبة أي شخص على فعل سبق تجريمه، وبالمقابل عدم جواز معاقبة أي شخص على أي سلوك أقدم عليه إلا إذا كان هذا الفعل خاضعا لنص قانوني يجرمه ويعاقب عليه، لأن الشريعة الإسلامية تتسم بالعدل فهي لا تتصيد أخطاء الناس لأجل إخضاعهم للعقاب أو إهانتهم.

ثانيا: اصطلاحا:

يعني مبدأ الشرعية الجنائية أن لا عقوبة، ولا جريمة إلا بدليل شرعي يجرم هذا الفعل، ويعاقب عليه.

فالتجريم والعقاب وفقاً لهذا المبدأ محصور بالدليل الشرعي الذي يبين الفعل الجرمي وكما بين عقابه، ويطرئ على ذلك أن القاضي الشرعي لا شأن له في التجريم، والعقاب إذا لم يكن هناك دليل شرعي يبين الجريمة، وعقابها.

فالقاضي الشرعي لا يستطيع أمام هذا المبدأ أن يجرم أي متهم، أو إن ينزل عليه أي نوع من العقاب بمعزل عن النصوص الشرعية والأصول والقواعد الفقهية المعتمدة، وإن تجاهل القاضي، لأي أصل من أصول الشريعة يعرض

<sup>1</sup>سورة الشورى، الآية 13.

<sup>2</sup>ابن منظور، المرجع السابق المجلد الأول، أ-ر، مادة جنح، ص 519.

<sup>3</sup>علي بن هادية وآخرون، القاموس الجديد للطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 259.

<sup>4</sup>إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، ط 1 الإسكندرية، 1989، ص 141.

حكمه للنقض أمام المحكمة العليا، كما يعرض شخصه إلى الشك في نزاهته وأمانته، وهذا ما لا يعقل أن يكون في قضاة الشرع الحنيف. (1)

كما أنه لا يجوز للقاضي الشرعي أن يستبدل عقوبة إلى عقوبة أشد، أو أخف منها امتثالاً لمبدأ الشرعية الجنائية.

قال تعالى: " وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا " (2).

وقال جل جلاله: " لَا تَجْعَلُوا دُعَاءَ الرَّسُولِ بَيْنَكُمْ كَدُعَاءِ بَعْضِكُمْ بَعْضًا قَدْ يَعْلَمُ اللَّهُ الَّذِينَ يَتَسَلَّلُونَ مِنْكُمْ لِوَاذًا فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ " (3).

و لكن على الرغم من ضوابط هذا المبدأ فللقاضي الشرعي أن يجتهد في العقوبة ضمن الأحكام التعزيرية، لأن الشارع الحكيم جعله مميزاً في أخذه بأي عقوبة شاء من غير حيف، ولا جور تحقيقاً لقواعد للعدالة والرحمة.

### الفرع الثاني : أساس مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية

وردت أدلة كثيرة على مبدأ الشرعية الجنائية في القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، كما نجدتها في القواعد الأصولية، لذلك سوف نفرع هذا الفرع إلى عنصرين على النحو التالي:

أولاً : في الكتاب و السنة :

#### أ-مبدأ الشرعية الجنائية في الكتاب :

وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم تتضمن دلالة المفهوم على مبدأ الشرعية الجنائية، ولعل تلك الآيات ما يلي:

قال تعالى: " مَنْ اهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا " (4).

الشاهد في هذا الآية الكريمة هو قول الله تعالى: " وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا " (5).

<sup>1</sup> انظر ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الفكر، دمشق، بدون تاريخ للنشر، ج2/679 وما بعدها. بدائع الصنائع لعلاء الدين الكاساني، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982 م، ج5/7 وما بعدها.

<sup>2</sup> سورة الأحزاب، الآية 36.

<sup>3</sup> سورة النور، الآية 63.

<sup>4</sup> سورة الإسراء، الآية 15.

<sup>5</sup> سورة الإسراء، الآية 15.

لقد دلت هذه الآية على أن الله تعالى لا يعاقب على ذنب أو جريمة إلا بعد البيان الكامل، فيرسل الرسل، ومعهم الحجة الواضحة على بيان الأفعال المحظورة وعقوبتها، وعليه نرى أن هذه الآية الكريمة تدل دلالة المفهوم على مبدأ الشرعية الجنائية، والذي ينص على أن لا جريمة، ولا عقوبة إلا بدليل شرعي.

قال تعالى: " ذَلِكَ أَنْ لَمْ يَكُنْ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى بِظُلْمٍ وَأَهْلُهَا غَافِلُونَ " (1)

من دلالة مفهوم هذه الآية الكريمة يمكننا أن نستنبط أن الله سبحانه وتعالى لا يعاقب على أي ذنب أو جرم إلا بعد البيان الكافي، والواضح لهذا الجرم.

قال ابن كثير - عليه رحمة الله تعالى - في تفسيره لهذه الآية الكريمة: (إنما أعدرنا إلى الثقلين بإرسال الرسل، وإنزال الكتب لتلا يؤخذ أحد إلا بعد إرسال إليهم) (2).

و قال الإمام الطبري - عليه رحمة الله تعالى - في تفسيره لهذه الآية: (أي لم يعالجهم بالعقوبة حتى يبعث إليهم رسلاً تنبههم على حجج الله تعالى عليهم، وتنذرهم عذاب الله يوم معادهم إليه، ولم يكن بالذي يأخذهم غفلة، فيقولوا: (ما جاءنا من بشير، ولا نذير) .

و لعل هذه الآية الكريمة تدل أيضا بدلالة مفهومها على مبدأ الشرعية الجنائية، لأن الله تعالى لم يكن ليعاقب أي قرية بظلم دون بيان الذنب والعقاب بدلالات واضحة.

قال تعالى: " رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا " (3).

البيان الإلهي يبين أن الله تعالى يرسل الرسل مبشرين بالثواب للمؤمنين المطيعين، ومنذرين بالعقاب للعصاة والطغاة، وهذا الإنذار أو التبشير هو الدليل الواضح على كل فعل من أفعال المكلفين، وعليه فإن هذه الآية الكريمة تدل دلالة المفهوم على مبدأ الشرعية الجنائية.

قال الشيخ محمد الأمين الشنقيطي - عليه رحمة الله -: (أن هذه الحجة التي قطعها الله على خلقه بإرسال الرسل مبشرين، ومنذرين قد بينها عز وجل في آخر سورة طه بقوله: " وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِنْ قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَذِلَّ وَنَخْزَى " (4).

<sup>1</sup>سورة الأنعام، الآية 131.

<sup>2</sup>تفسير القرآن العظيم لابن كثير اسماعيل، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ج 2 ص 177، 178.

<sup>3</sup>سورة النساء، الآية 165.

<sup>4</sup>سورة طه، الآية 134.

و في سورة القصص بقوله: "وَلَوْلَا أَنْ تُصِيبَهُمْ مُصِيبَةٌ بِمَا قَدَّمْت أَيْدِيَهُمْ فَيَقُولُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ وَنَكُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ" (1).

و في سورة المائدة بقوله: " يَا أَهْلَ الْكِتَابِ قَدْ جَاءَكُمْ رَسُولُنَا يُبَيِّنُ لَكُمْ عَلَى فَتْرَةٍ مِنَ الرُّسُلِ أَنْ تَقُولُوا مَا جَاءَنَا مِنْ بَشِيرٍ وَلَا نَذِيرٍ فَقَدْ جَاءَكُمْ بَشِيرٌ وَنَذِيرٌ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ" (2).

و الحقيقة أن كل هذه الآيات التي أوردها الشيخ الشنقيطي - عليه رحمة الله - تدل دلالة واضحة على مبدأ الشرعية الجنائية، لأنها تصرح بأن لا عقوبة، ولا جريمة إلا بدليل واضح من قبل الرسل صلوات الله عليهم أجمعين.

قال تعالى: " أَوْ تَقُولُوا لَوْ أَنَّا أُنزِلَ عَلَيْنَا الْكِتَابُ لَكُنَّا أَهْدَى مِنْهُمْ فَقَدْ جَاءَكُمْ بَيِّنَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ فَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَذَّبَ بِآيَاتِ اللَّهِ وَصَدَفَ عَنْهَا سَنَجْزِي الَّذِينَ يَصْدِفُونَ عَنْ آيَاتِنَا سُوءَ الْعَذَابِ بِمَا كَانُوا يَصْدِفُونَ" (3)، البيان الإلهي في هذه الآية، وغيرها من الآيات التي سبقتها يدل على مبدأ الشرعية الجنائية ذلك أن الله سبحانه وتعالى قد أنزل البينات التي تهدي وترحم من يريد الهداية والرحمة.

أما من ظلم واعتدى، فله العذاب الأليم المبين في كتاب الله، وسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم

#### ب - مبدأ الشرعية الجنائية في السنة:

وردت أحاديث كثيرة جداً في السنة النبوية الشريفة على مبدأ الشرعية الجنائية، ولعل من أهم تلك

الأحاديث ما يلي:

1- عن سلمان الفارسي - رضي الله عنه - قال: سئل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن السمن والجبن والفراء، فقال: الحلال ما أحل في كتاب الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه، فهو مما عفا عنه (4).

و الشاهد في هذا الحديث قوله صلى الله عليه وسلم: (الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه، فهو مما عفا عنه) فأى دلالة أوضح من هذه الدلالة على مبدأ الشرعية الجنائية.

<sup>1</sup>سورة القصص، الآية 47.

<sup>2</sup>سورة المائدة، الآية 19.

<sup>3</sup>سورة الأنعام الآية 157.

<sup>4</sup>رواه الترمذي في سننه، كتاب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، ج4/220. المستدرک علی الصحیحین للحاکم النیسابوری، رقم الحدیث 7115، ج4/129 - سنن البيهقي الكبرى، ج9/320 - سنن ابن ماجه، برقم 3367 / 1117.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - عليه رحمة الله - قوله: (وما سكت عنه فهو مما عفا عنه) نص في أن ما سكت عنه فلا إثم فيه فكأنه - والله اعلم - سماه عفواً، لأن التحليل هو الأذن في تناول بخطاب خاص، والتحریم المنع في تناول بخطاب خاص كذلك، وأما ما سكت عنه، فلم يؤذن فيه بخطاب خاص، ولم يمنع منه، فيرجع إلى الأصل، وهو ألا عقاب إلا بعد الإرسال، وإذا لم يكن فيه عقاب لم يكن محرماً<sup>(1)</sup>.

2- عن أبي الدرداء - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (إن الله افترض عليكم فرائض فلا تضيعوها، حد لكم حدوداً فلا تعتدوها، ونهاكم عن أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء من غير نسيان، فلا تكلفوها رحمة من ربكم فاقبلوها)<sup>(2)</sup>.

إن مفهوم هذا الحديث الشريف يدل دلالة واضحة على مبدأ الشرعية الجنائية ذلك أن الله تعالى قد افترض

علينا الفروض، وأمرنا أن لا نضيعها، كما حد لنا الحدود، وأمرنا أن لا نعتدي عليها، كما نهانا عن أشياء، وأوجب علينا أن لا ننتهكها، وإلا وقع عليها التعزير، وسكت عن أشياء من غير نسيان، فهي أمور مباحة لنا.

3- عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال: (كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء، ويتركون أشياء تقدرأ، فبعث الله نبيه، وأنزل كتابه، وأحل حلاله، وحرم حرامه، فما أحل، فهو حلال، وما حرم، فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، وتلا قوله تعالى: " قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ " )<sup>(3)</sup>.

و هذا الأثر المبارك عن ابن عباس - رضي الله عنه - يبين دلالة المفهوم على مبدأ الشرعية الجنائية، فإن الفعل حتى يكون حلالاً يجب أن يكون فيه نص، وأي فعل حرام يجب أن يكون فيه نص أيضاً، وعليه فلا عقوبة وجريمة إلا بدليل شرعي.

ثانياً : في القواعد الأصولية :

أ - دلالة القواعد الأصولية على مبدأ الشرعية الجنائية:

<sup>1</sup> مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية، ج 538/21.

<sup>2</sup> رواه الدار قطني في سننه، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، مصر، باب الصيد والذباح، والأطعمة، ج 298/4. مجمع الزوائد، علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان للتراث، القاهرة، 1407هـ، تحقيق محمد شكور محمود الحاج أمير، برقم 1111، ج 249/2. وفي رواية عن أبي ثعلبة الخشني - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: إن الله حد حدوداً فلا تعتدوها، فرض لكم فرائض فلا تضيعوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها وترك أشياء ليس بنسيان من ربكم ولكن رحمة منه فاقبلوها ولا تبحنوا فيها ( المستدرک علی الصحیحین للحاکم، برقم 7114، ج 129/4، سنن البيهقي الكبرى، ج 12/10. سنن دار قطني، ج 184/4.

<sup>3</sup> سورة الأنعام، الآية 145.

يمكن قراءة دلالة الأصول الشرعية على مبدأ الشرعية الجنائية من خلال بحث علماء الأصول في حكم الأفعال قبل البعثة النبوية الشريفة، فيما لم يرد فيه نص عند كلامهم عن أصل الأشياء الحل، أو الحرمة.

و قد اختلفت مناهج العلماء في بحثهم لقاعدة الأصل في الأشياء، فمنهم من بحثها ضمن بحثه لحكم الأفعال قبل ورود الشرع دون التفرقة، ومنهم من فرق بين الأفعال قبل نزول الشرع وبعده، وهو مسلك الإمامان فخر الدين الرازي<sup>(1)</sup> والبيضاوي<sup>(2)</sup> - عليهما رحمة الله تعالى - وكثير من الأصوليين - رحمهم الله تعالى - .

و لعل الاجتهاد الراجح في هذه المسألة هو اجتهاد القائلين بأن الأصل في الأشياء الإباحة، وذلك لقوة أدلتها الشرعية النقلية، والعقلية وسلامتها من كل طعن قاتل.

و لعل أهم ما جعلنا نرجح هذا الاجتهاد ما يلي:

- قوله تعالى: "عَفَا اللَّهُ عَنْكَ لِمَ أَذْنَتْ لَهُمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَتَعْلَمَ الْكَاذِبِينَ" (3).

فإنه موضع اجتهاد في الإذن عند عدم النص. (4).

- لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن الله حد حدوداً، فلا تعتدوها، وفرض لكم الفرائض فلا تضيعوها، وحرم أشياء فلا تنتهكوها، وترك أشياء لا عن نسيان من بكم، ولكن رحمة منه لكم فاقبلوها، ولا تبحثوا فيها (5).

- لقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى - إني لست أعلم خلاف أحد من العلماء السالفين في أن ما لم يجيء دليل بتحريمه، فهو مطلق غير محجور، وقد نص على ذلك كثير ممن تكلم في أصول الفقه وفروعه، وأحسب بعضهم ذكر في ذلك الإجماع يقيناً أو ظناً كاليقين.... (6).

---

<sup>1</sup>الإمام الرازي: هو فخر الدين الرازي محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي، ولد سنة 544 هـ، نشأ في بيت علم، فكان أصولياً وفقهياً ومفسراً، و لعل من أهم مؤلفاته: التفسير الكبير، والحصول وعيون المسائل، وغيرها توفي سنة 606 هـ. انظر طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين السبكي، ج81/8-93 - الفتح المبين في طبقات الأصوليين، ج2/47 - 49.

<sup>2</sup>البيضاوي: هو عبد الله بن عمر بن محمد بن علي البيضاوي الشافعي، كان عالماً بالفقه، والأصول والتفسير. من أهم مؤلفاته منهاج الوصول إلى علم الأصول، وتفسير البيضاوي وغيرها كثير، توفي عام 685 هـ. انظر طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين السبكي ج8/157 - 158. الفتح المبين في طبقات الأصوليين، ج2/88.

<sup>3</sup>سورة التوبة، الآية 43.

<sup>4</sup>انظر الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ج1/161 وما بعدها.

<sup>5</sup>المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري، ج4/129، رقم الحديث 7114. مجمع الزوائد، لعلي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان للتراث، القاهرة 1407 هـ، ج1/171. وقد قال عنه الشيخ ناصر الدين الألباني في تخريجه لأحاديث العقيدة الطحاوية: حديث حسن لغيره، ص 338.

<sup>6</sup>مجموع الفتوى لابن تيمية، ج21/538.

و يترتب على ترجيحنا بأن أصل الأشياء الإباحة، فيما يخص الجرائم، والعقوبات أن ما لم يرد فيه دليل بتحريمه، فهو مباح، ولا مسؤولية على فاعله أو تاركه، إلا بدليل شرعي، فلا يمكن وصف الفعل بأنه جريمة، ولا يمكن المعاقبة عليه حتى يقوم الدليل الشرعي على التجريم، والعقاب.

وان وصف المحذور بالخطر لا يتحقق إلا إذا وجد حكمان: وهما التكليفي، والذي يقضي من المكلف طلب فعل، أو الكف عن الفعل. بالإضافة إلى الحكم الوضعي، والذي يبين العقوبة المقررة في حالة مخالفة المكلف للحكم التكليفي<sup>(1)</sup>.

و لا يكفي لقيام الجريمة تحقق وصفها بذلك مجرد إتيان فعل محرم أو ترك واجب، بل لابد من أن تقرر لكل منهما عقوبة دينوية حدا كانت، أو قصاصاً أو تعزيراً.

### المطلب الثاني : مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الجنائي الجزائري

#### الفرع الأول: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية

في التشريع الجزائري نجد أن المبدأ في التشريع هو وجود نص يجرم الفعل ويقدر عقوبته قبل وقوعه، وعدم تمتع الفعل بسبب من أسباب الإباحة<sup>(2)</sup>.

وجود نص يجرم الفعل قبل وقوعه: فالمبدأ يقضي بعدم جواز معاقبة الشخص على فعل وقع منه إلا إذا كان هذا الفعل مجرماً بنص قبل وقوع الفعل، كما يجب أن يكون النص المجرم تشريعياً مكتوباً. عدم وجود سبب من أسباب الإباحة وعدم اتساع الفعل بالمشروعية ليندرج تحت ثلاثة عناصر:

- ما يأمر به القانون (حكم الإعدام...).

- ما يأذن به القانون الجراحة، الملاكمة...).

- حالات الدفاع الشرعي.

فنجد ذلك في دستور 1996 في المواد 140 و 142 وقانون العقوبات المادة 46 منها.

<sup>1</sup> يعرف الحكم التكليفي في الفقه الإسلامي بأنه: الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقضاء أو التخيير، وكما يعرف الحكم الشرعي بأنه: خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تحبيراً أو وضعاً. والحكم الوضعي هو: ما اقتضى وضع شيء سبباً لشيء أو شرطاً أو مانعاً له ( علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر، الطبعة الثامنة، عام 1956 م، ص 100 وما بعدها.

<sup>2</sup> بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون مدني جزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 94. 12 مرسوم رئاسي رقم 038 / 96 مؤرخ في 7 ديسمبر 96، معدل بموجب قانون رقم 19.

حيث يؤكد المشرع الجزائري على احترام المبدأ والعمل بمقتضاه من خلال النصوص الدستورية ونصوص قانون العقوبات أيضا.  
أولا : في الدستور (1)

- أكد دستور الجزائر لسنة 1989 و 1996 في عدة نصوص منهما على احترام مبدأ الشرعية وهو بذلك يرتفع من مجرد مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري يستفيد من كل الضمانات التي يمنحها الدستور لمبادئه ومن هاته المواد:
- المادة 28- 29 : كل المواطنين سواسية أمام القانون.
  - المادة 42 45: كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كافة الضمانات التي يطبقها القانون.
  - المادة 43- 46 : لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم.
  - المادة 44- 47 : لا يتابع أحد أو يقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها .
  - المادة 140 -131: أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع وجسده احترام القانون.
  - المادة 133-142 : تخضع العقوبات الجزائية إلى مبادئ الشرعية الشخصية.

#### ثانيا: في قانون العقوبات (2)

- أما في قانون العقوبات فقد نصت المادة 01 على مضمون مبدأ الشرعية بنصها "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون " وتأكيدا لمبدأ الشرعية فقد جاءت النصوص اللاحقة لتدعم مضمون المادة الأولى فنصت المادة 02 على مبدأ عدم الرجعية وهو من أهم المبادئ الداعمة لمبدأ الشرعية "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة."
- ونصت المادة 03 على تحديد نطاق قانون العقوبات "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضى الجمهورية كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية."

<sup>1</sup>الأمر رقم 89 المتضمن التعديل الدستوري و المؤرخ في 23 فبراير 1989، الامر رقم 96/المتضمن التعديل الدستوري و المؤرخ في 28 نوفمبر 1996.  
<sup>2</sup>الأمر رقم 66-156 و المتضمن قانون العقوبات الجزائري مؤرخ في 08 يونيو 1966، ج.ر 49 مؤرخة في 10 أوت 1966 معدل و متمم.

## الفرع الثاني: أهمية ونتائج مبدأ شرعية الجناية

عموما يهدف هذا المبدأ إلى الموازنة بين المصلحة الفردية والجماعية، كما أن نتائجه لا تقتصر على الجانب التشريعي وإنما تتصل في دور القاضي الجنائي أيضا، وبالتالي سوف نتطرق في العنصر الأول لأهمية المبدأ، وفي العنصر الثاني إلى نتائجه

أولا: أهمية المبدأ.

عموما يهدف هذا المبدأ إلى الموازنة بين المصلحة الفردية و الجماعية.

### أ - الحماية القانونية للفرد:

إن هذا المبدأ مبني على حماية حرية الأشخاص والمحافظة على سلامتهم<sup>(1)</sup>، وذلك في تقييد السلطة ومنعها من التحكم في حركة الأفراد، فالفرد محمي قانونيا وبالتالي فلا يتابع إلا إذا كان الفعل الذي أتاها مجرما قبل إتيانه، لأنه لا يتمسك للفرد بجهد القانون وتحديد الأفعال المجرمة من طرف المشرع، وساعد كثيرا في اجتنابها من طرف الفرد، فللقانون دور وقائي.

### ب- الحماية القانونية للمجتمع:

إن التجريم والعقاب من اختصاصات المشرع، وبالتالي فقد تفرد بها مما أدى إلى كون النصوص القانونية ذات وقار، لخصوصية العمومية والتجريد، ولأنها تصدر عن ممثلي الشعب فصدورها من طرف هذا الأخير يقيّد السلطة في تنفيذها.

### ثانيا: نتائج مبدأ الشرعية الجنائية

لا تقتصر نتائج مبدأ شرعية التجريم و العقاب على الجانب التشريعي، وإنما تتصل بدور القاضي الجنائي أيضا، إذ إن القاضي و هو يواجه الجريمة يتمتع بسلطة معينة داخل مبدأ الشرعية. بحيث يتم معالجة مدى سلطة القاضي في تحديد الجريمة في العنصر الأول، و سلطة القاضي في تحديد العقاب في العنصر الثاني.

### أ - مدى سلطة القاضي في تحديد الجريمة:

مما سبق تبين كيف أن نشوء مبدأ شرعية التجريم و العقاب كان لمواجهة تعسف القضاة، فكان من بين أهم نتائجه أن تقرر الجريمة و العقاب بموجب نص تشريعي، دور القاضي فيه لا يتعدى تطبيقه على ما يعرض عليه من

<sup>1</sup>عدنان الخطيب، موجز القانون الجزائي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ط 1 1963، ص 158.

وقائع، فالفعل أو الامتناع لا يطبق عليه وصف الجريمة ما لم يكن مطابق في أوصافه و عناصره للنموذج الذي حدده المشرع في النص، ومن هنا ظهرت فكره بناء نظرية تهدف إلى بيان العوامل التي تؤدي إلى تحقيق المطابقة بين الواقعة و النص، وقد أطلق على هذه النظرية بالتكييف، فما هو التكييف؟ وما هي شروطه وما هي وسائل تحقيقه والنتائج المترتبة عليه من خلال هذا الموضوع سوف يتبين اثر مبدأ شرعية التجريم والعقاب على سلطة القاضي في تحديد الجريمة<sup>(1)</sup>.

## 1- وسائل أعمال التنفيذ:

### I - اعتبار الواقعة المرتكبة جريمة:

فدراسة أي جريمة مهما بدت خصوصيتها تتطلب الإلمام بأحكام النظرية العامة للجريمة وتفترض الإحاطة بأركانها، وهو نتيجة دراسة قانون العقوبات العام فدراسة جرائم القتل أو السرقة أو التزوير على سبيل المثال يقتضي الإلمام ابتداء وعموما بفكرة أركان الجريمة، حسب المادة 1 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(2)</sup>.

وبالتالي فعند تحقق التماثل بين الجريمة وبين الواقعة المرتكبة باستعمال الأدلة، ولكن تطابق الواقعة والمرتكبة النموذج القانوني قد لا يطبق عليه وصف الجريمة استثناء، لتوافر أسباب الإباحة، فالفعل والامتناع لا يكون جرماً إلا إذا عجز الفاعل عن تبريره بأحد الأسباب التي تجيزه وتبيحه، وبالتالي لا اعتبار الواقعة المرتكبة جريمة يجب توافر شروطها من الركن المادي والمعنوي وكذلك الشرعي.

وتظهر هناك بعض العوائق في تحديد الواقعة المرتكبة جريمة كما سبق في أسباب الإباحة، مثل الدفاع الشرعي والقوة القاهرة والمجنون، وبالتالي يصعب على القاضي تحديد الجزاء لأن إن كان لكل جريمة على حدة الجزاء المقرر لها عند ارتكابها، فإن النظرية العامة للجزاء الجنائي تساهم في تحديد هذا الجزاء سواء في تخفيفه أو تشديده وكذلك مشاكل تطبيق النص الجنائي وصلة قانون العقوبات بقانون الإجراءات الجنائية.

### II - تحديد وصف قانوني للجريمة:

وهي المادة القانونية المنطبقة على الواقعة المعدة جريمة، فالتشريع العقابي يحتوي على مواد قانونية عديدة تضمنت تجريم الأفعال المعاقبة عليها، فالقاضي له سلطة تقديرية وفي بعض الحالات مقيدة فالركن المعنوي مثلاً،

<sup>1</sup> حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم العام -، جامعة صنعاء، اليمن، 1991، ص 88.

<sup>2</sup> ضاري محمود خليل، الوجيز في شرح قانون العقوبات - القسم العام -، دار القادسية للطباعة، بغداد، 1982، ص 140.

كجريمة الضرب المفضي إلى الوفاة دون قصد هو مساس بجسم قصد إزهاق روحه، بينما هو في جريمة القتل العمد هو قصد إزهاق روح (1).

فالقاضي هنا يحدد الوصف القانوني للواقعة المرتكبة أمامه، هل هي من نوع الجريمة الأولى أم الثانية ويتحقق ذلك عن طريق عملية التكيف، وللوقوف على الوصف الذي يجب أن يعتمده القاضي للواقعة المعروضة أمامه كان لابد من التمييز بين نوعين من التعدد، إذ يظهر من خلال التعريف السابق للتعدد أن هناك نوعان:

التعدد المعنوي للجرائم، أو الصوري للجرائم (أن يرتكب الجاني فعلا ماديا واحدا ينطبق عليه أكثر من نص من نصوص قانون العقوبات) سواء ترتب على ذلك الفعل نتيجة واحدة أو أكثر مختلفة أم مماثلة ويأخذ القاضي بأشدها، التعدد المادي: ويسمى بالتعدد الحقيقي: يرتكب الفاعل عدة جرائم مستقلة في أوقات مختلفة معاقب عليها وتسند جميعها للفاعل نفسه وهذه الأفعال قد توجد بينها رابطة وقد لا توجد.

فالظروف التي تغير من وصف الجريمة هي عناصر تدخل في تكوينها كي تحدد وصفها القانوني بين مجموعة من الجرائم تحمل اسما واحدا وتشارك في أركانها، فيقتصر دور هذه الظروف على تحديد مكان الجريمة، مجموعة من الجرائم تحمل الاسم نفسه فالفعل العمد له أركان حددتها نص المادة (40) من قانون العقوبات العراقي النافذ، فإذا غير الظرف من وصف الجريمة كان لهذا التغيير مظهر بدل عليه هو خضوع الجريمة مقتزنة بالظرف لنص قانوني يختلف عن النص الذي كانت تخضع له، وليس متجربة من هذا الظرف (2).

ومن هنا يتبين الدور الذي يلعبه التكيف ودوره في وصف الفعل المرتكب.

## 02 - مدى توافق سلطة القاضي في تحديد العقوبة:

فسلطته ليست تحكيمية تعطي للقاضي إمكانية فرض سلطة عقوبات، لم يرد بشأنها نص إنما هي في حد ذاتها سلطة تقديرية هدفها تحقيق الملائمة بين شخصية الجاني والعقوبة، وبالتالي فإن سلطة القاضي الجنائي لا تتعارض مع مبدأ الشرعية، إذ يظل القاضي محمدا بقيود معينة حتى عند ممارسته لسلطته التقديرية ويظهر ذلك من خلال ما يلي: سلب السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقاب في بعض الأحيان، فعند توافر شروط نص التجريم لا يجب للقاضي أن يحكم بغير هذه العقوبة بأن ينزل أو يرتفع بها، كما فعل المشرع العراقي حسب المادة (1 / 406) من قانون العقوبات فبموجب هذه المادة ليس للقاضي أن يحكم بغير الإعدام عند توافر القتل عمدا مع سبق الإصرار وإن كان له سلطة في مجال تكيف الواقعة المرتكبة، والمادة 26 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لأصول المحاكمة.

<sup>1</sup> طالب فرج عاصي، تفريد العقاب في ضوء قانون إصلاح الانظام القانوني، بحث مقدم للمعهد القضائي بالعراق، العراق، ب س ن، ص 128.

<sup>2</sup> نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا في الإجراءات الجزائية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ج1 ص205.

عدم تعارض التدرج الكمي للعقوبة مع المبدأ:

فالقاضي يظل مقيدا في الحد الأدنى والأقصى الثابت بنص التجريم، كما أن القاضي لا يقضي بعقوبة جديدة بل بما قرره المشرع سلفا، وبالتالي فلا تعارض بين السلطة الممنوحة للقاضي في حالة التدرج الكمي وبين مبدأ الشرعية.

عدم تعارض نظام العقوبات التخيرية مع المبدأ:

فالقاضي لا يستطيع اختيار عقوبة جديدة غير محددة في نص عقابي، فله مثلا أن يفرض عقوبة الحبس المؤبد أو المؤقت من قتل نفسا عمدا (405 عراقي) وليس له أن يقرر عقوبة أخرى.

عدم تعارض التخفيف أو التشديد الاستثنائي للعقوبة على المبدأ : فليس له أن يتجاوز ضعف الحد الأقصى للعقوبة وعدم تجاوز مدة السجن المؤقت في أي شرط فعلى الرغم من أن القاضي له سلطة في التخفيف بموجب نص القانون، إلا أن المشرع قد قيده بحد أدنى وأعلى لا يستطيع القاضي تجاوزهما وهذا ينسجم مع مقتضيات مبدأ الشرعية<sup>(1)</sup>.

عدم تعارض إيقاف تنفيذ العقوبة مع المبدأ:

فالقاضي ملزم بالشروط المحددة سلفا في التشريع ولا يستطيع أن يجيد عن تطبيقها.

**ب- مدى سلطة القاضي في تحديد العقاب:**

## **01- مفهوم وسلطة القاضي في تحديد العقوبة:**

وهنا نتطرق لتطور سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ثم تحديد معناها فيما يلي:

**I - السلطة المطلقة:** فمثلا في المجتمعات البدائية كانت السلطة مجتمعة في يد رئيس القبيلة ويطبقها على أفراد قبيلته إذ يحكم بما يشاء دون التقييد بأي قاعدة، وكذلك المماليك كانوا يباشرون سلطة القضاء بأنفسهم، إلا أن هذه السلطة المطلقة استأثر بها القضاة فأساؤا استعمالها وسرعان ما وجهت لها انتقادات وتنديدات بالاستبداد القضائي مما أدى إلى تقييد سلطة القاضي لنظم نظام جديد..

**II - نظام السلطة المقيدة:** إذ مجرد القاضي من كل سلطة تقديرية في المجال التجريمي والعقاب وما على القاضي سوى تطبيق نوع و مقدار العقوبة المحددة سلفا للجريمة من طرف المشرع، إلا أن هذا النظام أيضا لم ينجوا من

<sup>1</sup> نبيل صقر، مرجع سابق، ص 206.

الانتقادات إذ اعتبر أنه انحرف عن العدالة، وشدد العقوبة لتظهر عدم المساواة بين المواطنين أمام القانون مما أدى إلى ظهور نظام آخر (1).

نظام السلطة النسبية في تقديم العقوبة: فهو نظام تعاوني بين المشرع والقاضي يقوم على مساهمة كل واحد منهما في تحديد العقاب الملائم للجاني، فالمشرع يخصص عقوبات متنوعة لأصناف متعددة، أما القاضي يتولى سلطة توقيع العقوبة المناسبة لتأهيل المجرم، فالقاضي يحدد ويقدر العقوبة التعزيرية المناسبة بين الحدين الأعلى والأدنى المقررين للجريمة مراعيًا كافة الظروف المخففة والمشددة خاصة درجة المسؤولية وبواعث الجريمة وخطورة الفعل والظروف المحيطة به (2).

والتشريع الدستوري لا يعتبر مصدرًا مباشرًا لقواعد التجريم والعقاب وإذا اشتمل على بعض المبادئ والأحكام الدستورية كحمايته للحريات والحقوق الفردية في المادة 40 وما بعدها عن الدستور المصري وأهم ما تضمنه الدستور من مبادئ دستورية جنائية يتمثل في تقرير مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وشخصيته العفوية كما يحظر الدستور تسليم اللاجئين السياسيين، كما يقرر عدم سقوط الدعوى الجنائية بالتقادم عن جرائم الاعتداء وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكلفها الدستور.

والتشريع العادي الصادر عن السلطة التشريعية هو المصدر الطبيعي والأصيل للجرائم والعقوبات، أما التشريع الصادر من السلطة التنفيذية، فهو أيضًا وعلى نحو ما سوف نعرض مصدر للجرائم والعقوبات وهو نوعين: النوع الأول تشريع صادر عن رئيس الدولة بمقتضى ما خوله الدستور إياه من اختصاص تشريعي استثنائي في حالات يعينها وبشروط خاصة، ويطلق عليها لوائح لها قوة القانون أو القرارات بقوانين وبالتالي لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولم يقل بقانون لكي لا يحصر مبدأ الشريعة في القوانين العادية الصادرة عن مجلس الشعب، بل ليجعله شاملًا للقوانين الصادرة عن رئيس الجمهورية. والنوع الثاني للتشريع الصادر عن السلطة التنفيذية يتمثل في التشريع الفرعي أو اللوائح التنفيذية في مفهومها الدقيق. وهي نقل عن التشريع العادي في المرتبة فليس لها من التشريع سوى المسمى في مفهومه الواسع، لكنها من حيث الموضوع مجرد لوائح تنفيذية وهي أنواع ثلاثة: لوائح التنفيذ، ولوائح التنظيم، ولوائح الضبط (3).

<sup>1</sup> بلعلبات إبراهيم، مرجع سابق، ص 186.

<sup>2</sup> حسني الجندي، مرجع سابق، ص 149.

<sup>3</sup> باسم عبد الزمان الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، رسالة دكتوراه، غير منشورة، جامعة بغداد، العراق، 2000، ص 221.

## 02-ضوابط التشريع في مجال التجريم والعقاب:

ينبغي لكي يعد التشريع، أيا كان نوعه، مصدرا شرعيا لقواعد التجريم والعقاب، وبما يجعله بمنأى عن غضة البطلان أو عدم المشروعية أن يتوافر فيه شرطان: أولهما صدوره عن السلطة المختصة بإصداره وفقا للدستور والقانون وطبقا للإجراءات المرسومة في هذا الخصوص، ثانيهما تقيده بمبدأ تدرج التشريعات على نحو لا يجوز فيه لتشريع أدنى أن يخالف التشريع الأعلى منه مرتبة، فالأول يجب لصحة التشريع الجنائي أن يكون صادرا عن سلطة مختصة بإصداره، ووفق الإجراءات الشكلية الواجب مراعاتها في هذا الخصوص<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ الشرعية الجنائية في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري

المطلب الأول: بعض تطبيقات مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: شروط تطبيق مبدأ الشرعية

وفيه ثلاثة عناصر :

أولا: شرط في وجوب الوضوح للقوانين والنظم:

ينبغي صياغة القوانين بلغة سهلة وميسرة وواضحة لأن الغموض يفتح الباب أمام من ينفذ القانون واسعا، مما قد يحمله للتأويلات البعيدة ومن ثم يأخذ سلطة واسعة لنفسه بتشريع عقوبات قد تكون مجحفة في حق المتهم<sup>(2)</sup>، وفيها كثير من الظلم الذي يقع عليه، وبما أن المتهم، هو الطرف الأضعف، سلكت أغلب القوانين مسلك تفسير الغموض لصالح المتهم وترجيح الشكوك في التفسير لصالحه حماية للناس من تسلط رجال السلطة العامة على الضعفاء واستغلال عصا القانون التي في أيديهم بإباحة ض رب ظهورهم والتكيل بهم وخاصة في مخالفات القوانين التي تحمي المصلحة العامة وتفرض هيبة الدولة وسيادتها، فغالبا ما يأتي التعسف في تطبيق عموميات النصوص<sup>(3)</sup>

ثانيا: شرط في وجوب التعريف بالقوانين والنظم :

كذلك على الأجهزة العدلية التوسع في نشر النظم والقوانين، والتعريف بها على أوسع نطاق، حتى كيف المواطن سلوكه مع النظم والقوانين وتعامله مع الآخرين، لأن ضيق نطاق نشر النظم يحصر معرفتها على شريحة

<sup>1</sup> محمد العواء، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، بحث منشور في مجلة القضاء و التشريع، العدد 03، 21 مارس 1975، تونس، ص 29.

<sup>2</sup> قانون الإجراءات الجنائية للمملكة العربية السعودية، المادة 3، مرجع سابق، عادل عبد العال (2011م) مبادئ علم الإجرام، ب س ن، ص 23.

<sup>3</sup> وثيقة النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، المادة 7.

معينة من المجتمع مما يوقع البسطاء تحت طائلة مساءلة القانون من جراء مخالفات النظم في المسائل والأمور التي تحظر "بالنظم" وليس من ضمن المحظورات الشرعية المعلومة من الدين بالضرورة والتي يتلقى عامة الناس معرفة خطرهما وتحريمها من المنابر العامة والخطب والوعظ والإرشاد.

من هنا تظهر أهمية التوسع في نشر النظم وتذكير عامة الناس بها عبر وسائل الإعلام المتنوعة ولا سيما في زماننا هذا الذي ارتبطت فيه مصالح الناس ببعضهم وتعقدت الحياة فيه أكثر فأكثر من جراء الخلطة الضرورية وترتيب مصالح الناس المرتبطة ببعضهم والحرص على حمايتهم وحماية صحتهم وسلامتهم وسلامة ممتلكاتهم.

### ثالثا: شرط الشرعية الإجرائية:

وتعني عدالة الإجراءات والتحقيق والمحاكمة، فتعتبر هذه معالم أساسية لسيادة حكم القانون واحترامه وتحضر المجتمع ووعيه، ولا ينحصر مفهوم مبدأ الشرعية في عبارة "لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص"

### الفرع الثاني : مقتضيات تطبيق مبدأ الشرعية

#### أولا : عدالة الإجراءات والبعد عن التعسف فيها :

بأن تكون الإجراءات محددة ومبسطة، لأن تعقيد الإجراءات يحبط صاحب الحق وقد يحمله على ترك المطالبة بحقه، فلا بد أن تكون إجراءات التقاضي ميسرة لكل من رغب في أن يطرق باب القضاء لأخذ حقه أو دفع مظلمة عن نفسه.

#### ثانيا: عدالة التحقيق الجنائي :

التحقيق هو مرحلة مهمة من مراحل التقاضي وإن كانت تتم هذه المرحلة خارج المحكمة ولكنها تعتبر التمهيد المبدئي للمحاكمة فيجب أن يكون التحقيق علني للأطراف وأن يواجه المتهم أو المشتبه به بالتهمة الموجهة له تحديدا و تطرح أمامه الأدلة والشواهد المأخوذة ضده، ويعطي الفرصة الكاملة للدفاع عن نفسه أصالة أو بواسطة محاميه، ولا ينبغي أن يؤدي بدنيا أو معنويا في التحقيق لأنه في الأصل بريء حتى تثبت إدانته. وينبغي للمحقق أن يكون على درجة من النزاهة والحيدة ولا هم له غير البحث عن الحقيقة بتثبيت التهمة أو نفيها عن المشتبه به، وإذا اقتضى التحقيق توقيف المتهم يجب أن يكون التوقيف في الأماكن المخصصة للتوقيف قانونا، وأن تكون لاثقة بكرامة الإنسان وحرمة وأن يعطي الفرصة الكافية لممارسة شعائره وقضاء حوائجه الضرورية، وله حق مقابلة محاميه والاتصال بذويه وإخبارهم بالمكان الذي هو فيه ، وكل هذه التدابير المذكورة يقتضيها مبدأ الشرعية وتعتبر صور لتطبيقه على الوجه الصحيح وشريعة الإسلام الغراء وهديتها في أحكام التجريم والعقاب يدل على كل

ما ذكر، يقول الله تعالى: "ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين" (1) يقول تعالى: "ولا يجرمنكم شنئان قوم ألا تعدلوا أعدلوا هو أقرب التقوى" (2)، وأي تعسف في التحقيق أو الاستجواب أو المحاكمات يكون خلاف العدل الذي أمر الله به في هذه الآيات، ويقول الرسول الكريم: (البينة على من ادعى) (3) ويقول: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء وأموال آخرين ولكن البينة على من ادعى) (4)، والبينة هي مستند القضاء العادل والعدل أساس الحكم الرشيد الذي دعت إليه رسالة النبي محمد.

## المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الجزائري

### الفرع الأول: مصادر النصوص الجزائية و تفسيرها

أولاً : مصادر النصوص الجزائية :

أ- القانون (التشريع) :

و القانون هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة ووفقاً للدستور فالتشريع يجب أن يتضمن إذاً قواعد قانونية ومن صفات القاعدة القانونية العموم والتجريد أي يجب أن يتناول جميع الأشخاص الذين يتوافر فيهم شروط التجريم دون تمييز. إن الأصل أن القانون الجنائي الوضعي يستمد نصوصه من القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية طبقاً للأوضاع الدستورية فهذه القوانين هي عنوان إرادة المجتمع التي تتجلى باشتراك العناصر التشريعية في وضعها وإصدارها طبقاً لأحكام الدستور .

### ب- اللوائح و التنظيمات:

اللوائح و التنظيمات هي عبارة عن نصوص تصدر عن السلطة التنفيذية متضمنة القواعد التي تفصل أحكام التشريعات وتوضحها وتبين كيفية تنفيذها وتطبيقها و إما أن تصدر عن رئيس الجمهورية أو الوزراء المختصين أو الإدارات العامة والمجالس البلدية. إن القول بأن القانون هو المصدر الوحيد للتجريم والعقاب لا يؤخذ على إطلاقه بل يستثنى منه أمران :

<sup>1</sup>سورة المائدة، الآية 8.

<sup>2</sup>سورة المائدة، الآية 87.

<sup>3</sup>النووي، محيي الدين يحيى (د.ت) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ج 12، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 23، رواه البيهقي بإسناد حسن أو صحيح.

<sup>4</sup>البخاري، محمد بن اسماعيل (1400هـ) الجامع الصحيح مع الفتح، برقم (4552) المطبعة السلفية، القاهرة. مسلم، مسلم بن الحجاج (1419هـ) الصحيح، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، برقم (44 45) بدون قوله : ( البينة على من ادعى ) فقد رواه البيهقي بإسناد حسن أو صحيح، دار احياء التراث العربي، بيروت، قاله النووي في شرح صحيح مسلم، ج12، مرجع سابق، ص 23.

- من واجب السلطة التنفيذية وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين وهي لا تستطيع القيام بهذه المهمة إلا إذا اتخذت ما يلزم لضمان تنفيذ اللوائح بتقرير جزاءات جنائية.

- أنه فضلاً عن العلاقات الاجتماعية التي لها صفة دائمة وثابتة توجد علاقات أخرى متعددة تختص جهات معينة وتتغير بتغير الزمان والظروف وبالتالي يجب على المشرع أن يتحرك تنظيمها وتدعيمها بالجزاءات إلى السلطة الإدارية. وبذلك نقول بأن اللوائح والقرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية يمكن أن تكون مصدراً للتجريم والعقاب , بل تذهب بعض القوانين على وضع العقاب على مخالفة أحكام اللوائح و القرارات ففي غالب الأحيان عندما يفرض القانون وزيراً أو مديراً عاماً أو مجلس بلدياً في إصدار لائحة ينص في الوقت نفسه على العقوبة التي تطبق في حالة مخالفة أحكام هذه اللائحة<sup>(1)</sup>.

### ج- دور العرف و الشريعة الإسلامية في نطاق التجريم والعقاب:

العرف هو القواعد التي درج الناس على إتباعها في أمورهم ومعاملاتهم والتي يعتبرونه بأنه ملزمة لهم من الوجه القانونية، والآن : نتساءل عن دور هذه المصادر في التجريم والعقاب.  
من حيث المبدأ : لا يجوز اعتبار مصادر القانون ( الشريعة الإسلامية و العرف ) مصدراً للتجريم و العقاب و السبب في ذلك يعود إلى أن العودة إلى هذه المصادر يهدم مبدأ الشرعية و يؤدي إلى خلق جرائم و عقوبات لم ينص عليه القانون. و لكن يرد على هذه القاعدة استثناءات ثلاثة:

#### 1- الاستثناء الأول :

عندما يعود القاضي إلى قانون غير جزائي لحل قضية جزائية , فله أن يعود إلى مصادر هذا القانون.مثل جريمة الزنا يعود القاضي إلى قانون الأحوال الشخصية للثبوت من صحة عقد الزواج وله أن يعود إلى العرف والشريعة الإسلامية إذا احتاج لذلك. وكذلك في جريمة السرقة يعود القاضي إلى القانون المدني في مسألة تحديد ملكية الشيء المسروق وله أن يعود إلى مصادر القانون المدني.

#### 2- الاستثناء الثاني :

إذا كان القاضي أمام مسألة لا سبيل لحلها بغير الرجوع إلى العرف، مثل التعرض للآداب و الأخلاق العامة : حيث تحديد ركن هذه الجريمة لا يتم بغير الرجوع إلى العرف.وكذلك بعض العبارات الغامضة التي وردت في قانون العقوبات بحيث يتعذر معرفة معناها بغير الرجوع إلى العرف.

<sup>1</sup> محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، دار النهضة العربية، 1983، ط1 ص 152.

### 3- الاستثناء الثالث :

عندما يتدخل العرف ليبرر فعلا جرمه القانون مثل الظهور بملابس الاستحمام على شاطئ البحر أو في حوض السباحة. وكذلك ختان الأولاد و الألعاب الرياضية التي يمارسها الصغار و الكبار على النحو الذي يقره القانون. و بذلك نقول بأن العرف يلعب دورا ثانويا و ضيقا قي نطاق التجريم و العقاب و إن كان يلعب دورا أساسيا في حالات الاعفاء من العقاب و لذلك يهدمه أن يكون غير النص التشريعي مصدرا للتجريم و العقاب ولا شأن لهذا المبدأ في الحالات الأخرى (1).

### ثانيا: تفسير النصوص الجزائية

أ- أنواع التفسير : من حيث المصدر فإنه يمكننا تقسيم التفسير إلى ثلاثة تقسيمات:

#### 1- التفسير التشريعي:

ويكون ذلك عندما يصدر عن المشرع الذي سن التشريع الأصلي تشريعا آخر لتفسيره ويسمى " القانون التفسيري " حين يرى بأن الضرورة تدعو لذلك. و التفسير التشريعي قد يرافق النص نفسه حين يرى المشرع ضرورة وضع التعريفات أو تفسير بعض العبارات أو المصطلحات القانونية وقد يأتي التفسير لاحقا لقانون عندما يكون التطبيق قد كشف غموضه و يرى المشرع أن من واجبه التدخل لإزالة هذا الغموض. ويعتبر هذا القانون التفسيري بمنزلة التشريع نفسه وإن كان نادر في القانون الجنائي ومتى صدر قانون تفسيري فهو ملزم للقاضي كالتزامه بأي قانون آخر.

#### 2- التفسير القضائي :

هو أكثر أنواع التفسير شيوعاً وأشدّها أهمية من الوجهة العملية وإن يكن من الوجهة القانونية أدنى مرتبة من التفسير التشريعي، وهذا التفسير هو الذي يصدر عن القضاء في معرض تطبيقهم للقواعد التشريعية أي في معرض القضية المعروضة أمام القضاء من أجل هذه القضية فقط حيث أن التفسير القضائي ليس له الصفة الإلزامية إلا بالنسبة للقضية التي صدر من أجلها .

#### 3- التفسير الفقهي :

هو الذي يصدر عن الفقهاء وذوي الاختصاص في القانون المطروحة في كتبهم و مباحثهم المنشورة , بغية تحليل النصوص القانونية و شرحها ضمن إطار النظرات العامة و المبادئ الأساسية التي قررها المشرع. ولقد لعب

<sup>1</sup> محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 153.

فقهاء القانون دوراً أساسياً في تفسير الشرائع الوضعية و إيضاح غموضها و رفع الالتباس عنها كما لعبوا دوراً أساسياً في تطوير التشريع في البلاد و كثيراً ما دفعوا المشرع لإصدار قوانين جديدة , تزيل غموض النصوص القانونية القديمة و عيوبها أو تضيف جرائم أو عقوبات جديدة أو تعدل من عناصر التجريم والعقاب. إلا أن الفقه في أغلب الشرائع الوضعية ليس له قوة ملزمة من قبل المحاكم<sup>(1)</sup>.

- متى يجوز التفسير : التفسير يكون في حالة غموض النص أو نقصه فالنص إما أن يكون غامضاً وإما أن يكون ناقصاً.

## I - النص الغامض :

ويعتبر النص مشوباً بالغموض أو الإبهام فيما إذا كان عباراته غير واضحة كل الوضوح بحيث يحتمل التأويل والتفسير وبحيث يمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد وبالتالي يجب على القاضي الجنائي أن يؤوله ويبحث عن معناه الحقيقي الذي قصده الشارع مثله مثل القاضي المدني تماماً ويستطيع أن يستعين بكل طرق التفسير المنطقية واللغوية يسترشد بمقارنة النص العربي بالفرنسي لأن كل منهما يكمل الآخر.

## II - النقص والسكوت :

ويعتبر أن هنالك نقصاً في النص فيما إذا جاءت عباراته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها أو إذا أغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يفترض أن ينص عليها في هذه الحالات يجب على القاضي الجزائي أن يحكم بالبراءة لأنه لا يستطيع أن يمتنع عن الفصل في الدعوى بحكم ينهي الخصومة المعروفة أمامه لأن امتناعه عن الحكم يوقعه تحت طائلة العقاب وكذلك لا يستطيع أن يعتبر المتهم جانياً استناداً إلى مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون، وبذلك يختلف القاضي الجزائي عن القاضي المدني.

## ب - قيود تفسير النصوص الجنائية :

يقيد التفسير في القانون الجزائي قاعدتان :

### 1- القاعدة الأولى : التفسير الضيق للنصوص الجزائية :

إن القاضي الجزائي مقيد بقاعدة التفسير الضيق للنصوص الجزائية و ذلك بخلاف القاضي المدني حيث يتمتع القاضي بحرية واسعة في تفسير النصوص المدنية فهو يلجأ إلى القياس و مفهوم المخالفة و قواعد اعرف لكي يصل مقصد الشارع من النص أما القاضي الجزائي يجب أن يتقيد بالنص فلا يتوسع في تفسيره فيخلق جرائم و

<sup>1</sup>فتح عبد الله الشادلي وعبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص68.

عقوبات غير منصوص عليها ولا يجوز له مراعاة العرف إلا في الحالات الاستثنائية التي أشرنا إليها كما أنه لا يجوز إطلاقاً تطبيق مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة.

## 2- القاعدة الثانية : خطر القياس في النصوص الجزائية :

القياس هو إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص في الحكم المنصوص عليه لاشتراكهما في علة الحكم فالقياس إذا وسيلة للتوسع في تطبيق النص على حالات مماثلة لم ينص المشرع صراحة عليها و هذا معناها خلق جرائم جديدة لم ينص القانون عليها وبالتالي الخروج على مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات و لهذا فقد اتجهت أكثر التشريعات الحديثة إلى عدم الأخذ بالقياس في القضايا الجزائية هل يفسر الشك لمصلحة المدعى عليه : قلنا إذا كان النص غامضاً فيجب على القاضي الجنائي أن يؤوله و يبحث عن معناه الحقيقي الذي قصده الشارع وله أن يستعين في ذلك بكل طرق التفسير المنطقية واللغوية.

### الفرع الثاني: نطاق تطبيق مبدأ الشرعية و النص الجنائي

أولاً: نطاق تطبيق مبدأ الشرعية.

يطبق هذا المبدأ على تعريف الجرائم وعلى تحديد العقوبات وتدابير الأمن والتي تطبق على الشخص مرتكب الفعل المجرم مع مراعاة انتفاء سبب من أسباب الإباحة.

أ- من حيث تعريف الجريمة: عملاً بمبدأ الشرعية ليس كل الأعمال المخالفة للنظام العام مهما بلغت خطورتها تعرض مرتكبيها للعقاب بصفة تلقائية، وإنما يتعرض منها للعقاب ما هو مجرم بنص فحسب، ومن ثم لا تشكل جريمة تستوجب العقاب إلا الأعمال المنصوص والمعاقب عليها بنص سواء صيغ في شكل قانون (بالنسبة للجنايات والجنح) أو في شكل لائحة تنظيمية (بالنسبة للمخالفات). و يقتضي مبدأ الشرعية أن تكون الجريمة محددة و أن يكون التجريم واضحاً، كما يقتضي التفسير الضيق للنص والذي أشرنا إليه سابقاً<sup>(1)</sup>.

ب- من حيث تحديد العقوبة: مثلما أشرنا سابقاً أنه لا جريمة إلا بنص فلا عقوبة أيضاً إلا بنص، والقاعدتان مكملتان وملزمتان لبعضهما البعض إذ أنه من الضروري أن يكون المرء على دراية ليس ف قط بأن فعل ما مجرم بل يجب أيضاً أن يعلم بالعقوبة التي يتعرض إليها لو أتى ذلك الفعل، ومن ثم يتعين على المشرع أن يتولى بنفسه التنصيص على عقوبة معينة لكل تجريم يقيمه. غير أنه من الجائز أن يقضي القاضي بعقوبة تفوق الحد الأقصى المقرر قانوناً، يحدث هذا عند توافر شروط العود، كما يجوز له أيضاً أن ينزل عن الحد الأدنى المقرر قانوناً إذا ما أسعف المتهم بالظروف المخففة.

<sup>1</sup> فتوح عبد الله الشادلي وعبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 71.

ج- من حيث اتخاذ تدابير الأمن: يقتضي مبدأ الشرعية من ناحية أخرى أن يكون الفرد على دراية مسبقة بنوع تدبير الأمن الذي يعرضه إليه تصرفه وأن يكون تدبير الأمن موقوفاً على معاينة مسبقة لحالة الخطورة، أي احتمال قوي لارتكاب جريمة مستقبلاً كما لا يجوز للقاضي أن يلجأ إلا لتدابير الأمن المنصوص عليها صراحة في القانون، غير أن الطابع الوقائي والعلاجي لتدبير الأمن يفرض تلطيف مبدأ الشرعية وهكذا فإذا كان ليس<sup>(1)</sup>، للقاضي أن يلجأ إلا لتدابير الأمن المنصوص عليها صراحة في القانون، فليس للمشرع أن يحدد بدقة لكل تصرف تدبير أمن معين كما هو الحال بالنسبة للعقوبات، فبالنسبة للأحداث مثلاً فإن تدابير التربية التي تطبق عليهم لا علاقة لها بالجريمة المرتكبة وإنما تأخذ بالحسبان السن فحسب. أما إذا تعلق الأمر بفئة من تدابير الأمن التي تسبب إزعاجاً للأفراد فيتعين أن تكون محددة بنص صريح مع تعيين الحالة الخطيرة التي ينطبق عليها ومن هذا القبيل تدابير الأمن الشخصية والعينية حيث لا يجوز الحكم عليها إلا في الحالات المحددة صراحة في القانون.

---

<sup>1</sup> إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام -، دار الكتاب اللبناني، ط1، بيروت، 1981، ص48.

## خلاصة الفصل :

لقد تم في هذا الفصل معالجة الدراسة النظرية و التطبيقية لمبدأ الشرعية الجنائية في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري فقد خطا هذا المبدأ خطوة إيجابية نحو الأمام سعت معظم الدول إلى تجسيده على أرضية الواقع و هذا بالالتزام بمبادئه و تطبيقها، و يظهر ذلك من خلال الاتفاقيات الدولية ما بين الدول وكذلك في نظمها الداخلية.

حيث أن مبدأ الشرعية يسهر على تحقيق العدل و المساواة داخل المجتمع، و تبيان الواقعة الإجرامية القانوني المطبق عليها، حتى يكون الفرد على بينة منها.

و نظرا للأهمية العملية للمبدأ سواء للإفراد أو القضاء، فهو يعتبر كما اشرنا أداة إنذار مسبق للعلم بالأفعال المجرمة و العقوبة المقررة لها، فقد وجد القضاء في المبدأ الأساس القانوني لتجريم الأفعال وتحديد العقوبات، فهو أفضل حل لمنع تسلط القضاة في الأفعال و تحديد العقوبات و الأحكام.

و رغم أن لكل بلد اعتبارات لمؤثرات البيئة و المعتقدات، و سياسة جزائية و تشريعية متبعة فيها، إلا أننا نجد أن هناك قاسم مشترك بين تلك السياسات، ولنجاح هذا المبدأ لا بد من تكريس ضماناته لتخدم كل من المجتمع و الدولة، و أن تكون النصوص التجريمية معبرة فعلا عن مطالب محددة بالضرورة الاجتماعية، و أن لا تتجاوز السلطة المشرعة حد الضرورة لتحقيق مصلحة المجتمع.

# الفصل الثاني

مبدأ عدم رجعية القوانين في  
الشريعة الإسلامية والتشريع  
الجنائي الجزائري

تمهيد:

إن النصوص الجنائية الوضعية تنشأ وتنقضي ككل النصوص التابعة للفروع القانونية الأخرى، فهي تتصف بالزامية التطبيق طوال الفترة الممتدة ما بين نشأتها وانقضائها .

إذا فالنصوص الجنائية ليست أزلية ما دامت من وضع البشر وفق مصالح معينة، وباعتبار أن المصالح الفردية والجماعية متغيرة فإن ذلك يقتضي تغير النصوص القانونية من وقت الآخر حسب ما تقتضيه حمايتها .

وعليه فما يعتبره المشرع عملا إجراميا بالأمس قد يغير نظرتة إليه فيدخله ضمن دائرة المباحات، وما كان بالأمس من الأفعال المباحة قد يغير المشرع رأيه فيه فيصبح داخلا ضمن دائرة الأفعال الإجرامية، بل إن المشرع قد يبقي على تجريم الفعل إلا أنه يغير مقدار العقوبة المقررة له أو نوعها.

و لقد جرى العمل في هذا الشأن على الاعتداد بقاعدة انعدام الأثر الرجعي للقوانين الجنائية الموضوعية، وهي من الأصول الجوهرية في النظام القانوني التي يجب على المشرع مراعاتها، وتعد هذه القاعدة مبدأ بالنسبة لحالة تعاقب القوانين التي تحكم الحالة الواحدة .

- ما المقصود بمبدأ عدم رجعية النص الجنائي في كل من الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري ؟

- وما هي تطبيقات هذا المبدأ القانوني في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري؟

و هو ما سنتناوله في هذا الفصل ضمن مبحثين، حيث خصصنا الأول للدراسة النظرية لمبدأ عدم الرجعية والثاني للدراسة التطبيقية لذات المبدأ وفق ما يلي:

المبحث الأول: ماهية مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري

المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري.

## المبحث الأول: ماهية مبدأ عدم رجعية النص الجنائي

إن الذي يجب على الباحث قبل الخوض في بحثه هو المعرفة التامة بالمصطلحات التي يتعامل معها في بحثه كي يستطيع مناقشة جميع جوانبه والوقوف على مواضعه في الكتب التي يرجع إليها في ذلك، ولكي يتسنى معرفة المعنى الكامل لهذا العنوان يقتضي الأمر أن نعرفه من الناحية اللغوية ومن الناحية الاصطلاحية مجازة لعرف الباحثين في تعريف المصطلحات والعناوين.

### المطلب الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في الشريعة الإسلامية

#### الفرع الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي لغة و اصطلاحاً

أولاً: لغة:

- تعريف لفظ " المبدأ " و قد تطرقنا إليه في الفصل الأول<sup>(1)</sup>

وقد جاء البدء في عدة مواضع من القرآن الكريم منها قوله تعالى : وما يبدي الباطل وما يعيده<sup>(2)</sup>، أي ما خلق إبليس ولا يبعث، والله عز وجل هو الخالق و الباعث<sup>(3)</sup>.

ومبدأ الشيء: أوله ومادته التي يتكون منها، كالنواة مبدأ النخل، أو يتركب منها، كالحروف مبدأ الكلام ومبادئ العلم أو الفن أو الدستور أو القانون: قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها<sup>(4)</sup>.

- تعريف لفظ " العدم " :

لغة :عدم والعدم: فقدان الشيء وذهابه<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>ابن منظور، مرجع سابق، ص 170.

<sup>2</sup>سورة سبأ، الآية 49.

<sup>3</sup>ابن منظور، مرجع سابق، ص 170.

<sup>4</sup>إبراهيم منصور وآخرون، مرجع سابق، ص 42.

<sup>5</sup>ابن منظور، مرجع سابق، ص 708.

و" (العدم): ضد الوجود، والفقر" (1).

و" العدم هو فقدان - ضد الوجود" (2).

- تعريف لفظ " الرجعية " :

لغة:رجع: رجع يرجع رجعا ورجوعا ورجعي ورجعانا ومرجعا ومرجع: انصرف(3).

(الرجعية): البقاء على القديم في الأفكار والعادات، دون مسايرة التطور (4).

وقيل أيضا: " الرجعية هي اتباع مذهب السلف في الأفكار والعادات، دون مسايرة التطور" (5).

- تعريف لفظ " النص ":

لغة: " نص، النص: رفعك الشيء، نص الحديث بنصه نصا: رفعه، وكل ما أظهر بعد قد نص" (6).

و(النص): صيغة الكلام الأصلية التي وردت من المؤلف ما لا يحتمل إلا معنى واحدا، أو لا يحتمل التأويل، ومنه

قولهم لا اجتهاد مع نص" (7).

<sup>1</sup> إبراهيم منصور وآخرون، مرجع سابق، ص 588.

<sup>2</sup> علي بن هادية وآخرون، مرجع سابق، ص 657.

<sup>3</sup> ابن منظور، مرجع سابق، ص 1129.

<sup>4</sup> إبراهيم منصور وآخرون، مرجع سابق، ص 331.

<sup>5</sup> علي بن هادية وآخرون، مرجع سابق، ص 377.

<sup>6</sup> ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجليل، بيروت، 1988، المجلد السادس ن-ب، مادة نخصص، ص 648.

<sup>7</sup> إبراهيم مصطفى وآخرون، مرجع سابق، ص 926.

- تعريف لفظ " الجنائي " :

لغة: جنى: جنى الذئب عليه جناية: جرّه ورجل جان من قوم جناة وُجُئاء<sup>(1)</sup>.

والجناية: الجناية هي الذنب، والجمع: جنايا و جناياات<sup>(2)</sup>.

(الجناية) : (في القانون): الجريمة التي يعاقب عليها القانون أساسا بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال المؤقتة، والجمع: جنايا<sup>(3)</sup>.

من خلال التعاريف السابقة يمكننا تحديد المعنى الاسمي المركب لعدم رجعية النص الجنائي بأنه :

نفي تطبيق أحكام النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية في التجريم و العقاب على ما تم قبل إصدارها أو هو نفي انصراف مضمون الخطاب الصادر عن المشرع في مجال التجريم و العقاب إلى ما تم اقتراه خلال الفترة السابقة عن صدور ذلك الخطاب.

### ثانيا: اصطلاحا

في كل المؤلفات التي عدت إليها والتي لها علاقة بمبدأ عدم الرجعية، لم أصادف أي كتاب عرفها تعريفا دقيقا، وإنما عمدت إلى الحديث عن مضمونه دون إعطائه تعريفا اصطلاحيا جامعا مانعا، وعليه فإن مبدأ عدم الرجعية يقضي بأنه: " لا تسري القوانين الجنائية على الوقائع السابقة على نفاذها "<sup>(4)</sup>.

فلا يسمح للقاضي أن يطبق قانونا جديدا على جرائم سبق ارتكابها في ظل سريان قانون قديم وقد تم (إلغاؤه أو تعديله) إذن لا يجوز أن يسري أي قانون جنائي على الأفعال التي ارتكبت قبل نفاذ القانون وكانت هذه الأفعال غير مجرمة<sup>(5)</sup>، وإن نص القانون الجديد على تحريمها وحدد لها عقوبات معينة.

كما لا يطبق قانون جديد جاء بتعديل العقوبة في نوعها أو مقدارها على أفعال ارتكبت قبل نفاذه وإن كانت تحمل صفة الجريمة، أي أنه إذا أبقى على قانون قديم في جانب التجريم وعدل مقدار أو نوع الجريمة بقانون

<sup>1</sup> ابن منظور، مرجع سابق، ص 519.

<sup>2</sup> علي بن هادية وآخرون، مرجع سابق، ص 259.

<sup>3</sup> إبراهيم مصطفى وآخرون، مرجع سابق، ص 141.

<sup>4</sup> عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، دار الهدى، ب ط عين مليلة، الجزائر، ب س ن، ج 1، ص 74.

<sup>5</sup> محمد صبحي نجم، قانون العقوبات - القسم العام -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ب س ن، ص 53.

جديد فإنه لا يطبق على شخص وإن عد محرماً قبل وبعد نفاذ القانون الجديد، هذا إذا تقيدنا بالمفهوم اللغوي للمبدأ خاصة كلمة " رجعية " التي فيها دلالة على عدم العودة إلى الوراء في تطبيق النص القانوني، أما إذا لم نتقيد بالمدلول اللغوي للمبدأ أو اللفظ الرجعية فإننا يمكن أن نوسع في مفهوم المبدأ ليشمل عدم قانونية تطبيق النصوص الجنائية القديمة في ظل قانون جديد يلغيه أو يعدله " ويعني ذلك أن النص لا يسري على الوقائع التي سبقت وجوده ولا على الوقائع اللاحقة على إلغاءه " (1)

وسنحاول إعطاء تعريف لمبدأ عدم الرجعية بناء على ما سبق، وهو: " عدم سريان القوانين الجنائية على الوقائع والأحداث المرتكبة خارج وقت نفاذها " .

### الفرع الثاني : أساس مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في الشريعة الإسلامية

يقتضي الحديث عن عدم الرجعية في التشريع الإسلامي التسلسل الذي يفرضه ترتيب الأدلة التشريعية المتفق عليها من حيث الاستدلال عند علماء الأصول حيث اتفقوا على أنها مرتبة في الاستدلال بما بهذا الترتيب: القرآن، فالسنة، فالإجماع، فالقياس (2) وهي الأدلة الأربعة التي اتفق جمهور المسلمين على الاستدلال به (3) وسنقتصر بالحديث عن الدليل الأول والثاني وذلك لعدم إمكانية الاستدلال بالإجماع والقياس كون مبدأ عدم الرجعية مبدأ حديث في صياغته بحيث لا يمكن أن نجد مباحث خاصة عن عدم الرجعية في المؤلفات الإسلامية القديمة، إلا ما يمكن استنتاجه من معاني بعض القواعد الأصولية، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن الإجماع والقياس لا بد لهما أن يستندا إلى دليل من القرآن أو السنة الصحيحة عند جمهور العلماء.

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات - القسم العام - ( الجريمة )، مرجع سابق ص 73.

<sup>2</sup> عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه الإسلامي، ط1، الجزائر، 1993، ص 21.

<sup>3</sup> توجد أدلة أخرى عدا هذه الأدلة الأربعة لم يتفق جمهور المسلمين على الاستدلال بها، بل منهم من استدلل بها على الحكم الشرعي ومنهم من أنكر الاستدلال بها، وأشهرها ستة هي: الاستحسان، المصلحة المرسله، الاستصحاب، العرف، مذهب الصحابي، شرع من قبلنا انظر: عبد الوهاب الخلاف، ص 22.

أولا : في الكتاب و السنة

أ – مبدأ عدم الرجعية في الكتاب :

هناك عدة آيات في القرآن الكريم يمكن أن نفهم منها دلالة الإشارة إلى مبدأ عدم الرجعية وإن كانت غير صريحة بذلك، كون المبدأ حديث الظهور من حيث الصياغة والتعبير من جهة، وكون القرآن الكريم دستورا كليا عاما للحياتين الأولى والآخرة من جهة أخرى ومن هذه الآيات: قوله تعالى: «وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون ذكرى وما كنا ظالمين»<sup>(1)</sup> وقوله تعالى: «وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا»<sup>(2)</sup>.

وسنكتفي في تفصيل الاستدلال بآية واحدة ما دام هدف كشف وجود المبدأ في القرآن يتحقق بالدليل الواحد، وهو : قوله تعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»<sup>(3)</sup> وسواء تعلق الحديث في الآية عن عذاب الدنيا أو عذاب الدنيا والآخرة معا<sup>(4)</sup>، فإن دلالة الآية واضحة في عدم معاقبة المكلفين على ما صدر منهم من أفعال منعها الشرع إلا ما أتوه منها بعد الإعذار إليهم والإنذار لهم بأبلغ الوجوه وهو إرسال الرسل إليهم مظهرة في العدل<sup>(5)</sup> فهي تشير إلى "استقصاء في الأعذار لأهل الضلال، زيادة على نفي مؤاخذتهم بإجرام غيرهم، والمقام مقام إعذار وقطع حجة، والآية تدل على أن الله لا يؤاخذ الناس إلا بعد أن يرشدهم رحمة منه بهم، وهي دليل بين على انتفاء مؤاخذة أحد ما لم تبلغه دعوة رسول من الله إلى قومه"<sup>(6)</sup> فما دام توقيع العذاب مشروطا ببعث الرسول "التفصيل ما يريده الله من الأمة من الأعمال"<sup>(7)</sup>، وما يجرمه عليها، فإن مؤاخذة الناس على ما جاء منهم قبل ذلك البعث منتف وهو مضمون مبدأ عدم الرجعية.

<sup>1</sup>سورة الشعراء، الآية 209.

<sup>2</sup>سورة القصص، الآية 59.

<sup>3</sup>سورة الإسراء، الآية 15.

<sup>4</sup> يقول الجمهور أن الكلام في الآية يتعلق بحكم الدنيا ويقول غيرهم من المعتزلة أنه عام في الدنيا والآخرة انظر في هذا: ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق وتعليق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، دار العلوم، ط1، 1987، الجزء التاسع، ص37 وما بعدها، والالوسي، روح المعاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ب س ن، الجزء 15، ص 36 وما بعدها.

<sup>5</sup>الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، دار الكتب العلمية، ط1 بيروت، 1997، وضع حواشيه وخرج آياته وشواهده إبراهيم شمس الدين، الجزء السادس، ص 183.

<sup>6</sup>ابن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، ب ط، ج 13، 1984، ص 51.

<sup>7</sup>المرجع نفسه ص 52.

فالأية واضحة في الاستدلال على مبدأ الشرعية لكن لا تنتفي إشارتها إلى مبدأ عدم الرجعية لأن قاعدة الإنذار قبل العقاب التي تدل عليها الآية، ينتج عنها عدم العقاب فيما قبل الإنذار، وهو مضمون عدم الرجعية، وتصرح بذلك آية أخرى وهي قوله تعالى: «عفا الله عما سلف»<sup>(1)</sup>، والعفو عما سلف صريح في عدم الرجعية إن الآيات السابقة تكفي للدلالة على ورود مبدأ عدم الرجعية في المصدر الأول للتشريع الإسلامي بمعناه لا بلفظه، ولكن لا يتوقف الاستدلال على هذا المبدأ عند هذا الحد ولكن يتقوى أكثر عند الحديث عن تطبيقاته في التشريع الإسلامي وذلك بتتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها، إذ أن الطبيعة العملية لعدم الرجعية تفرض وجوده بوضوح أكثر في تطبيقات آيات الأحكام ومنها يمكن بناء نظرية التشريع الإسلامي كاملة في مبدأ عدم الرجعية.

#### ب- مبدأ عدم الرجعية في السنة:

1- رجاء في خطبة حجة الوداع: "ألا وإن دم الجاهلية موضوع، وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب<sup>(2)</sup> فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يعاقب على الدماء في الجاهلية ولا على الربا في الجاهلية فما كان قد قبض في الجاهلية لا يرد وما يستحق في الإسلام لا يدفع وفي كل هذا بيان أنه لا يعاقب إلا بنص سابق على الفعل<sup>(3)</sup>، أما ما ارتكب قبل النص فلا رجوع بالحكم عليه وهذا ما يوافق ماهية مبدأ عدم الرجعية، فألفاظ الحديث في "إبطال أفعال الجاهلية وبيعها التي لم يتصل بها قبض، وأن لا قصاص في قتلها ورباها موضوع والمراد بالوضع الرد والإبطال"<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>سورة المائدة، الآية 95.

<sup>2</sup>مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، دار المعرفة، بيروت، طه: 1997، تحقيق: خليل مأمون شيعا، كتاب الحج، باب حجة النبي، الجزء الثامن، ص 412، أبو داود، سنن أبي داود، دار الفكر، ب س ن، كتاب البيوع، باب وضع الربا، الجزء الثالث، ص 244-245 أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مطبعة مصطفى الحلبي، 1957، الجزء الخامس، ص 72، 73.

<sup>3</sup>محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجريمة، دار الفكر، ب ط بيروت، ب س ن، ص 160.

<sup>4</sup>النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، حاشية على صحيح مسلم، تحقيق: خليل مأمون شيعا، دار المعرفة، ط4، بيروت، 1997 ج8، ص412.

ب- بروى مسلم عن ابن شماس المهرري، قال: حضرنا عمرو بن العاص وهو في سياقة الموت فبكى طويلا وحول وجهه إلى الجدار فجعل ابنه يقول: يا أبتاه أما بشرك رسول الله و بكذا؟ قال: فأقبل بوجهه فقال: إن أفضل ما تعد شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، إني قد كنت على أطباق ثلاث؛ لقد رأيتني وما أحد أشد بغضا لرسول الله صلى الله عليه وسلم مني، ولا أحب إلي أن أكون قد استمكن منه فقتله، فلو مت على تلك الحال لكنت من أهل النار، فلما جعل الله الإسلام في قلبي أتيت النبي فقلت: ابسط يمينك فلأباعدك فبسط يمينه، قال: فقبضت يدي قال: ما بك يا عمرو؟ قال: فقلت: أردت أن أشتري، قال: تشتري بماذا؟ قلت: أن تغفر لي، قال: أما علمت أن الإسلام يهدم ما قبله" (1) وذلك لعدم ورود النص القاضي بالتجريم فلم ترجع المؤاخذه إلى الماضي بأثر رجعي، فاعتبر الشارع ما صدر قبل الدعوة والإنذار والبشارة بالإسلام عفوا إذن فمبدأ عدم الرجعية ثابت بالسنة القولية من خلال الحديثين السابقين، ويزيد تأكيده بالسنة العملية، إذ أن مبدأ عدم الرجعية يغلب عليه الصفة العملية التطبيقية، وهو ما يؤكد كل من الدكتور أحمد فتحي بهنسي (2)، والدكتور عبد السلام محمد الشريف (3)، والإمام أبو زهرة (4)، والدكتور محمد نعيم ياسين (5)، حيث أجمعوا أنهم لم يقفوا على نص يثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم عاقب على جريمة قبل نزول النص الموجب للعقاب، وهو ما لم نجده بدورنا في حدود ما اطلعنا عليه من كتب الحديث والسيرة التي رأيت أن لها علاقة بالموضوع.

<sup>1</sup> مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: وتصحيح محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ب ط، ب س ن، كتاب الإمام، باب كون الإسلام يهدم ما قبله، ص 112، حديث رقم 192.

<sup>2</sup> أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ج3، ب ط، بيروت، 1991، ص 115.

<sup>3</sup> عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ب ط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1987، ص 170.

<sup>4</sup> محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 16.

<sup>5</sup> محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، ط2، مؤسسة الإسرائ، قسنطينة، الجزائر، 1991، ص 23.

ثانيا : في آثار الصحابة و القواعد الأصولية:

أ- مبدأ عدم الرجعية في آثار الصحابة:

حكى إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه - نهي الرجال أن يطوفوا مع النساء فرأى رجلا يطوف مع النساء فضربه بالدرّة، فقال الرجل: والله لئن كنت أحسنت لقد ظلمتني، وإن كنت أسأت فما علمتني، فقال عمر: أما شهدت عزمي، فقال: ما شهدت لك عزمة، فألقى إليه الدرّة وقال له: اقتص<sup>(1)</sup>.

ففي هذا الأثر دلالة على أن العقوبات على المخطورات التي يرى ولي الأمر منعها دفعا للفساد وإن كانت في أصلها من حيث فعل الآحاد أمرا مباحا، لا تكون العقوبات فيها على ما وقع من أفعال بل على ما سيقع بعد الإعلان<sup>(2)</sup>، وهو تطبيق صريح وواضح لمبدأ عدم الرجعية.

ب- مبدأ عدم الرجعية في القواعد الأصولية:

قاعدة "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص الشرعي"<sup>(3)</sup>، وقد يعبر عنها بقاعدة "لا تكليف قبل ورود الشرع"<sup>(4)</sup>، أي أن أفعال الناس لا توصف بأنها واجبة أو محرمة قبل أن يرد خطاب شرعي يفيد ذلك<sup>(5)</sup>، ومنه لا يمكن الرجوع بحكم خطاب الشرع بعد ثبوته على الأفعال التي ارتكبتها الأفراد قبله فالقاعدة الأصولية صريحة في أنه لا يحكم على أفعال الأفراد المكلفين وأقوالهم التي وقعت قبل ورود النص الشرعي، وإن كانت تشكل جرائم بعد ورود هذا النص، إذ حكمه لا يسري إلا على ما ارتكب في وقت نفاذه قاعدة "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة"<sup>(6)</sup>: ومفاد هذه القاعدة أن جميع التصرفات والعقود والأطعمة والملبوسات وغيرها مما استحدث واستجد، ولم يوجد لها حكم في الكتاب أو السنة أو في أي دليل من الأدلة الأخرى كالقياس والذرائع وغيرها، فإن الحكم يكون بجوازها استصحابا لحالها الأصلي وهو عدم المنع والتحریم<sup>(7)</sup> وعليه لو ارتكب شخص فعلا لم يجرم، ثم جاء نص وأدخل ذلك الفعل ضمن دائرة التجريم وقرر له عقوبة محددة، فإن من ارتكبه قبل هذا النص يعتبر بريئا في

<sup>1</sup>الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، ب ط، بيروت، ب س ن، ص 310.

<sup>2</sup>محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 285.

<sup>3</sup>الغزالي، المستصفي من علم الأصول، دار الفكر، ب ط، بيروت، ب س ن، ج 1، ص 36.

<sup>4</sup>الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: سيد الجميلي، الكتاب العربي، ط 2، بيروت، 1986، ج 1، ص 113-114.

<sup>5</sup>محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي، الإسلامي، مؤسسة الإسراء، ط 2، قسنطينة، 1991، ص 20.

<sup>6</sup>السيوطي، الأشباه والنظائر، مؤسسة الكتب الثقافية، ط 1، 1994، ص 82 وما بعدها.

<sup>7</sup>محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، شركة الشهاب، ط 1، الجزائر، 1984، ص 311.

نظر الشريعة الإسلامية إعمالاً لقاعدة الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة وهو توافق بينها وبين مبدأ عدم رجعية النص الجنائي.

**المطلب الثاني : مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في التشريع الجزائري**

**الفرع الأول: تعريف مبدأ عدم رجعية النص الجنائي و مبررات وجوده**

**أولاً: تعريف مبدأ عدم رجعية القوانين**

ويقصد بهذا المبدأ عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضي واقتصرها على حكم المستقبل<sup>(1)</sup>، ويتفق رجالات القانون على أنه مبدأ قانوني يقضي بعدم سريان القانون على أحداث وقعت قبل إصداره فهذا المبدأ مؤداه أن التشريع مادام ينتج آثاره فوراً ومباشرة على الأفعال التي يقوم بها الأشخاص من تاريخ صدوره ونفاذه<sup>(2)</sup>، وقد اهتم المشرع الدستوري بهذا المبدأ و جعل له قيمة دستورية حيث نص في المادة 78 الفقرة الرابعة منها: " ولا يجوز أن تحدث بأثر رجعي أية ضريبة أو جباية أو رسم أو أي حق كيف ما كان نوعه " <sup>(3)</sup> ونظراً للأثر الكبير الذي يصاحب تطبيق الضريبة والجباية والرسم من مساس مباشر لحقوق الأفراد فلا غروى أن تدرج نصوصها ضمن بوتقة الحماية الدستورية<sup>(4)</sup>، لذلك جاء النص عليها صراحة في هذه المادة وقد أنهت بنصها " أو أي حق كيفما كان نوعه " كدلالة واضحة على أن الأمر لا يقتصر على الضريبة وإنما على كل الحقوق الأخرى، لا يجب أن يطبق عليها قانون جديد بأثر رجعي وفي المجال العقابي و إن كان لم ينص عليها الدستور بشكل صريح فان المحافظة على مبدأ عدم رجعية القوانين نستشفه من المادة 58 من الدستور كنتيجة لمبدأ آخر يسبقه و هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بنصها كما يلي: " لا إدانة بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم<sup>(5)</sup>

ومفهوم المخالفة فانه إذا صدر قانون يجرم أفعال كانت في السابق مباحة، فلا يمكن أن يسري على الوقائع التي حدثت قبل صدوره، وعليه فان القيمة الدستورية للمبدأ شرعيه الجرائم، هو نتيجة لقيمة مبدأ عدم رجعية القوانين في المجال الجنائي، وجاءت نصوص التقنين المدني متناغمة مع هذا المفهوم جعل المشرع قيمه قانونية إذ

<sup>1</sup>حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 1969، ص 340.

<sup>2</sup>إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون و الحق و تطبيقاتهما في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر، ب س ن، ص 185.

<sup>3</sup>انظر المادة 04/78 من الدستور الجزائري 01/16.

<sup>4</sup>رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضائين الدستوري و الإداري، دار النهضة العربية ط1 للقاهرة، 2011، ص 18.

<sup>5</sup>انظر المادة 58 من الدستور الجزائري 01/16.

نص في المادة 2 من التقنين المدني الجزائري " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي"<sup>(1)</sup>، وكذا المادة 2 من قانون العقوبات " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة "<sup>(2)</sup> وبهذين النصين يكون المشرع قد أعطى قيمة قانونية لمبدأ عدم رجعية القوانين كمبدأ عام وقاعدة أساسية

و من حيث تطبيق القوانين نجد أن المادة 4 من التقنين المدني الجزائري تنص على يلي:

" تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية، تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي - يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة " <sup>(3)</sup> حددت هذه المادة اليوم الذي يسري فيه القانون الجديد وهو اليوم الذي يلي نشره في الجريدة الرسمية أي بتطبيق القانون بعد علم المواطنين به، كما اخذ المشرع بعين الاعتبار المناطق النائية التي يمكن أن تتأخر الجريدة في وصولها إليها بحيث لا يطبق القانون الجديد إلا بعد وصول الجريدة الرسمية بيوم كامل ويمكن لهذه المدة أن تطول أو تقصر، بمعنى أنه يمكن أن يطبق القانون الجديد في الجزائر العاصمة ولا يطبق في المناطق الأخرى إلا بعد مدة زمنية غير محددة مما يترتب عليه نتائج مهمة :

1- اختلاف تطبيق القوانين داخل التراب الوطني

2- تنازع القوانين يختلف باختلاف الموقع الجغرافي للمتنازعين

هذه النتائج قد تحدث اضطرابات في تطبيق القوانين، لذا ولتوحيد تطبيق القوانين على مستوى التراب الوطني أن تحدد مدة بعد نشره كعشرة أيام مثلا مع العلم أن الجريدة الرسمية أصبحت تنشر- الكترونيا مما يخفف من صعوبات وصول الجريدة الرسمية إلى المناطق الداخلية.

<sup>1</sup> الأمر رقم 58 / 75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتم المادة 2.

<sup>2</sup> الأمر رقم 66/156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتم المادة 2.

<sup>3</sup> الأمر رقم 58 / 75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتم المادة 2.

ثانيا : مبررات وجوده

يعتبر مبدأ عدم رجعية القوانين من الأسس التي يقوم عليها القانون في كل بلد حتى صار من المبادئ المستقرة في النظم القانونية الحديثة لعدة مبررات:

أ- تقتضي العدالة بعدم سريان القانون الجديد على الأوضاع القانونية التي تمت قبل نفاذه، فليس من العدل في شيء أن ينظم الناس شؤونهم وتصرفاتهم في ظل قانون معين، ثم يصدر قانون جديد يبطل تلك التصرفات، ولا يعقل أن يطلب من الناس احترام قانون لم يصدر بعد أو قبل العلم به

ب- يؤدي تطبيق القانون بأثر رجعي إلى انعدام الثقة في القانون ويصبح أداة لهدم المجتمع بدلا من حمايته وبنائه ويضعف الإحساس بالأمن القانوني

ج- يعد مبدأ عدم رجعية القوانين ضمانة لتحقيق الاستقرار في الجماعة وإهداره يؤدي إلى الإخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات والمساس بالحقوق والمراكز القانونية التي تم ترتيبها في ظل القانون القديم<sup>(1)</sup>.

الفرع الثاني: النظريات التي تحكم مبدأ عدم رجعية القوانين وموقف المشرع الجزائري منه

أولا: النظريات التي تحكم مبدأ عدم رجعية القوانين :

تتنافس نظريتان على تفسير مبدأ عدم رجعية القوانين، وفي نفس الوقت تضع كل واحدة منها حولا لتنازع القوانين من حيث الزمان.

أ- النظرية الأولى: النظرية التقليدية

1- مفهوم النظرية التقليدية: ترجع هذه النظرية إلى الفقيه الفرنسي (TRONCHET) والتي تقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل، وتعني أن القانون الجديد لا يطبق على الحقوق المكتسبة، وعليه يجب على القاضي أن يستبعد القانون الجديد إذا كان يمس بالحقوق المكتسبة على خلاف مجرد الأمل الذي لا يعتبر حق مكتسب<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 289.

فهذه النظرية تعبر على أن الحقوق التي نشأت في ظل قانون قديم واكتملت لا يمكن للقانون الجديد أن يمسخها واعتبرت حقوق مكتسبة، أما مجرد الأمل وهو الحق الذي لم يكتسب بعد فيجوز المساس به.

ولكن السؤال الذي يجب أن يطرح ما هو معيار التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل؟

وللإجابة على هذا السؤال يجب أن نعرف ما هو الحق المكتسب؟ في حقيقة الأمر أن أنصار هذه النظرية انقسموا في تعريفهم للحق المكتسب إلى ثلاثة أسباط، فمنهم من يعرفه على أنه هو الحق الذي دخل ذمة الشخص نهائياً، بحيث لا يمكن نقضه أو نزعها إلا برضاه، ومنهم من يعرف على أنه هو الحق الذي يقوم على سند قانوني، ومنهم من يعرفه على أنه الحق الذي يمكن لصاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء، أما مجرد الأمل فهو محض ترقب ورجاء في اكتساب الحق أي عدم اكتساب الحق بعد<sup>(2)</sup>.

وحسب هذا المفهوم فإن عقد الزواج مثلاً الذي أبرم في ظل قانون معين وأصبح لكل من الزوجين مركز قانوني جديد، مما يعد من الحقوق المكتسبة، فلا يجوز لقانون جديد أن يمس بمركز الزوجين، أما في مرحلة الخطبة فالخاطبان لم يكتسبا مركز الزوجية بعد، فهو مجرد أمل ولا يرتقي إلى الحق المكتسب، مما يعني يمكن المساس به ولا يمكن لصاحبه أن يحتج به.

## 2- نقد النظرية التقليدية:

بالرغم من الرواج الذي لاقته هذه النظرية في القرن 19 حتى أصبحت من المسلمات لدى الفقه والقضاء الفرنسيين، بل مازالت لحد الآن أثارها ملموسة في أحكام القضاء وذلك باستعمال مصطلحات الحق المكتسب ومجرد الأمل بالرغم من تخلي الفقه الحديث عنها و تعرضت لانتقادات واسعة.

- منها أن المعيار الذي استعملته هذه النظرية معيار غامض، فمعيار الحق المكتسب معيار مهم كل الإبهام لذلك تضاربت تعاريف أنصار هذه النظرية حول الحق المكتسب<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، ط1، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 659.

<sup>2</sup> حسن كيرة، مرجع سابق، ص 343-344.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 349.

- يخلطون أنصار هذه النظرية بين مبدأ الأثر الفوري للقانون ومبدأ الأثر الرجعي له الذي يعتبرونه استثناء على هذا المبدأ وهذا الاستثناء حسب اعتقادهم هو المتعلق بالنظام العام والآداب العامة التي تسمح بتطبيق القانون بأثر رجعي<sup>(1)</sup>.

يعني أن القوانين المتعلقة بالنظام العام تسري بأثر رجعي كاستثناء من القاعدة العامة ولكن في حقيقة الأمر هو ليس كذلك وإنما هو سريان القانون بأثر مباشر.

فالشخص الذي بلغ سن الرشد في ظل القانون القديم وصدر قانون جديد يرفع من سن الرشد، فيصبح هذا الشخص قاصرا منذ نفاذ القانون الجديد فمثل هذه الحالة اعتبرتها النظرية التقليدية تطبيق القانون بأثر رجعي، ولكن ليس كذلك وإنما هو تطبيق القانون بأثر فوري<sup>(2)</sup>. بدليل أن الفترة التي سبقت تطبيق القانون الجديد كان فيها الشخص راشدا و بالتالي جميع تصرفاته التي قام بها صحيحة ولو طبق القانون بأثر رجعي لكانت قابلة للإبطال.

### 3- استثناءات مبدأ عدم رجعية القوانين:

بالرغم من أهمية مبدأ عدم رجعية القوانين وما يوفره من حماية للمراكز القانونية ويعد من الآليات الأساسية التي تقف عليها فكرة الأمن القانوني، إلا أنه يرد عليه بعض الاستثناءات يتعلق أولها بالنص الصريح من المشرع على انسحاب آثار القانون الجديد على الماضي، وثانيها يتعلق بالتشريعات التفسيرية، وثالثها يتعلق الأمر بالقوانين الأصلح للمتهم.

**I- النص الصريح على رجعية القوانين:** إن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ يقيّد القاضي ولا يقيّد المشرع الذي يستطيع أن يصدر قانونا ينطبق على الماضي بأثر رجعي، وهناك حالات تستدعي تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي ليس فقط أمرا مقبولا بل أمرا مرغوبا فيه<sup>(3)</sup>.

وقد تم تعريف الأثر الرجعي بأن يثبت الحكم في الحال لتحقق علته ثم يعود الحكم القهقري ليثبت في الماضي تبعا لثبوته في الحاضر، فلم يثبت الحكم في الماضي وإنما ثبت في الحاضر وانسحب أثره على الماضي.

<sup>1</sup>عجة الجليلي، مدخل للعلوم القانونية، ب ط، ب ب ن، ب س ن، ص 709.

<sup>2</sup>محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون ( القاعدة القانونية)، ب ط، دار الجامعة الإسكندرية، 2009، ص 465.

<sup>3</sup>سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 677.

ولا يلجأ المشرع إلى رجعية القوانين إلا إذا رأى في ذلك تحقيقا للمصلحة العامة، و نظرا لخطورة الأثر الرجعي للقانون فانه يجب أن ينص صراحة من السلطة التشريعية، و لا يمكن للتنظيمات الصادرة من السلطة التنفيذية إعمالها بأثر رجعي حتى و لو نص على ذلك صراحة<sup>(1)</sup>. ومن الأمثلة التي لها أثر رجعي كحكم إلغاء القرار الإداري، بحيث يترتب عليه إزالة القرار المطعون فيه نهائيا و اعتباره كأن لم يكن<sup>(2)</sup>، أو الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية القوانين بعد صدور حكم بعدم الدستورية أو الأثر الرجعي للسحب في القرار الإداري إذا ما أرادت الإدارة إعادة النظر في القرار الذي أصدرته بشروط معينة، حيث ينتج عنه إنهاء جميع الآثار المترتبة عنه<sup>(3)</sup>.

**II- القوانين التفسيرية:** في الكثير من الحالات يكشف الواقع غموض قانون ما عند تنفيذه، فيتولى القضاء تفسيره ولكن أحيانا يتدخل المشرع لإزالة هذا الغموض بإصدار قانون آخر مفسر للقانون السابق، ويطلق على القانون الجديد بالقانون التفسيري الذي يعتبر كاشفا عن الحقيقة التي أرادها المشرع من تاريخ سريان القانون الغامض<sup>(4)</sup>. فهذا القانون التفسيري لم يأت بجديد وإنما فسر- قانون سبق صدوره ولكن صعب تطبيقه بسبب الغموض الذي اكتنفه. و لذلك إذا دققنا في طبيعة القانون التفسيري فهي طبيعة كاشفة و ليست منشئة. ووفق هذا المفهوم فان القانون المفسر. يكشف عن حقيقة القانون السابق، لهذا يسري بأثر رجعي على الوقائع التي تخضع للقانون الغامض أي يطبق منذ صدور القانون السابق بأثر رجعي.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، مرجع سابق، ص 454.

<sup>2</sup> بوقره إسماعيل، آثار حكم الإلغاء و إشكالات تنفيذه، مقال منشور في مجلة الإحياء، العدد الرابع عشر بالمركز الجامعي، خنشلة، ص 552.

<sup>3</sup> بيمينية خصار، الأثر الرجعي في القرارات الإدارية، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، جوان 2017، ص 242.

<sup>4</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، مرجع سابق، ص 293.

كما انه يسري على الدعاوى التي رفعت قبل صدوره والتي لازالت مطروحة أمام المحاكم باستثناء القضايا التي صدر بشأنها حكم نهائي. وفي حقيقة الأمر أن القوانين التفسيرية بهذا المعنى لا تطرح مشكل تنازع القوانين بين المفسرة والغامضة طالما أنها لا تتضمن حكما جديدا يتعارض مع الحكم السابق<sup>(1)</sup>.

ولهذا يعتبر الكثير من الفقهاء أن القانون التفسيري ليس استثناء على مبدأ عدم الرجعية لأنه قانون كاشف وليس منشئ لحكم جديد، فالمشرع عندما يرى اختلاف بين في تطبيق قانون سبق صدوره يلجأ إلى إصدار تشريع تفسيري يزيل به الغموض، وهذه النصوص التفسيرية لها نفس القوة الملزمة التي تتمتع بها النصوص الأصلية.

**III- القانون الجنائي الأصلح للمتهم:** ويقصد بهذا الاستثناء أن تنسحب القوانين الجنائية الجديدة على الماضي فتخضع لها الجرائم التي ارتكبت قبل نفاذها إذا كانت أصلح للمتهم<sup>(2)</sup>.

ويذهب الفقه إلى الأساس الذي يقوم عليه هذا الاستثناء، إما على أساس اعتبارات إنسانية بالنظر إلى ناحية الفرد، وإما على أساس تنازل الدولة عن حقها في العقاب بالنظر إلى ناحية المجتمع<sup>(3)</sup>.

ويعتبر القانون الجنائي الأصلح للمتهم في عدة حالات:

- إذا اعتبر الفعل مباحا في القانون الجديد بعدما كان مجرما في القانون القديم.
- إذا أضاف القانون الجديد مانعا من موانع العقاب.
- إذا خفف القانون الجديد من العقوبة المقررة في القانون القديم.
- إذا أضاف القانون الجديد وجما جديدا للإعفاء من المسؤولية الجنائية. ويشترط لاستفادة المتهم من القانون الأصلح ويسري عليه بأثر رجعي أن يكون ذلك قبل صدور الحكم النهائي، أي قبل استنفاذ طرق الطعن سواء المعارضة أو الاستئناف أو النقض<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> على فيلاي، مقدمة في القانون، ب ط، للنشر، ب س ن، ص 332.

<sup>2</sup> حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 346.

<sup>3</sup> سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 686.

<sup>4</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، مرجع سابق، ص 292.

فالقوانين الجنائية الجديدة تسري على الماضي وتخضع لها الجرائم التي تكونت في ظل قانون سابق إذا كانت في صالح المتهم، إذ ليس من العدل أن يعاقب فرد على فعل أصبح مباحا أو معاقب عليه بعقوبة أخف. وجدير بالذكر أن قانون العقوبات المصري لا يقرر فقط هذا الاستثناء أي القانون الأصلح للمتهم، وإنما يقرر أيضا استفادة المحكوم عليه من القانون الجديد الذي يبيح الفعل الذي صدر الحكم من أجله، وذلك بإيقاف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية<sup>(1)</sup>.

#### ب- النظرية الثانية: النظرية الحديثة:

اقترح الفقيه روية الفرنسي النظرية الحديثة كبديل للنظرية التقليدية، حيث يجمع فيها بين مبدأين. الأول عدم رجعية القوانين والثاني مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون. ولتوضيح ذلك فيجب أولا التمييز بين المبدأين:

#### 01- مبدأ عدم رجعية القانون الجديد:

المقصود به هو أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي على الماضي، أي لا يمس بالمراكز القانونية التي تكونت و انقضت في ظل القانون القديم، كما لا يمس ما توافر من عناصر متعلقة بتكوين أو انقضاء هذه المراكز و لا على ما ترتبه تلك المراكز القانونية من آثار<sup>(2)</sup>.

ولقد اختلف الفقهاء في تفسير النظرية الحديثة إلى اتجاهين:

#### I- الاتجاه الأول: يرى أن القانون الجديد لا يسري على المراكز القانونية التي نشأت أو انقضت ولا على

العناصر المتوافرة في تكوين أو انقضاء هذه المراكز ولا على ما ترتبه هذه المراكز من آثار.

#### II- الاتجاه الثاني: يرى خلاف ذلك وعلى رأسهم محمد حسين منصور بأن:

\*- فيما يتعلق بإنشاء المراكز القانونية إذا اكتسب شخص ملكية عقار بالتقادم المكسب، ثم صدر قانون جديد يطيل في المدة أو يضيف شروطا أخرى فان هذا المركز القانوني لا يؤثر فيه القانون الجديد.

<sup>1</sup>سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 687.

<sup>2</sup>محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، مرجع سابق، ص 300.

\*- فيما يتعلق بانقضاء المركز القانوني: إذ طلق شخص زوجته وانقضى مركز كل منها باعتباره زوجا، وصدر بعد ذلك قانون جديد يقيد الحق في الطلاق بإضافة شروط أخرى فان هذا القانون لا يسري على الرابطة الزوجية المنقضية.

\*- توافر بعض عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية: نحن نعلم أن الوصية تنشأ مركز قانوني بتوافر عنصرين، الأول هو إبرام عقد الوصية والثاني هو موت الموصي، فإذا صدر قانون جديد بعد إبرام الوصية وقبل وفاة الموصي فانه لا يمس بما تم قبل نفاذه وهو إبرام الوصية التي تمت في ظل القانون القديم، أما التام الوصية فيطبق عليها القانون الجديد بأثر فوري، وطبقا لذلك فان الوصية لا تكون نافذة في حق الورثة إلا في الحدود التي يسمح بها القانون الجديد.

\*- آثار المراكز القانونية: وذلك أن القانون الجديد لا يسري على الآثار التي تمت بالفعل قبل نفاذه، بينا العكس بالنسبة للآثار المتلاحقة أو التي تستمر مدة طويلة إعمالا لقاعدة الأثر الفوري للقانون، فإذا اقترض شخص مبلغا من النقود بفائدة قدرها 8 %، ثم صدر قانون جديد يجعل الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية 7 % فلا يسري القانون الجديد على الفوائد التي استحققت قبل نفاذه سواء ما دفع منها أو ما لم يدفع ويسري القانون الجديد على الفوائد المستحقة منذ نفاذه<sup>(1)</sup>.

حسب الاتجاه الأول اعتبر أن تطبيق القانون الجديد على العناصر المتوافرة لتكوين المراكز القانونية أو الآثار المترتبة على هذه المراكز هو تطبيقه بأثر رجعي، وبمعنى آخر الاتجاه الأول يجذب امتداد تطبيق القانون القديم على المراكز القانونية التي تم إنشائها والتي في طور الإنشاء أو الانقضاء على حد سواء. بخلاف الاتجاه الثاني الذي يفرق بين المراكز التي تم إنشائها أو انقضائها وهذه لا يمسها القانون الجديد، بينما المراكز التي في طور الإنشاء أو الانقضاء فهذه تخضع لمبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، مرجع سابق، ص 300-302.

2- الاستثناءات التي تعتري النظرية الحديثة:

لا يمكن إعمال النظرية الحديثة على إطلاقها وإنما تختص ببعض الاستثناءات نذكر منها :

**I- عدم رجعية القوانين على الوقائع النامة:** مما تقدم يتبين لنا أن معيار التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون والأثر الفوري له هو الوقائع التي تمت في ظل القانون القديم لا يسري عليها القانون الجديد وتعتبر من الوقائع النامة ما يلي: جميع الوقائع المتعلقة بإنشاء أو انقضاء المراكز القانونية سواء كانت مادية أو قانونية أو طبيعية و سواء كانت فورية أو ممتدة في الزمن أو مركبة فهذه الوقائع لا يجوز النظر فيها إن تمت في ظل القانون القديم، جميع الوقائع المتعلقة بإنشاء أو انقضاء المراكز القانونية إذا كانت ممتدة في الزمان أو مركبة من أكثر من عنصر واحد فإن أجزاءها أو عناصرها التي اكتملت في ظل القانون القديم لا يسري عليها القانون الجديد.

جميع الآثار القانونية التي ترتبت على المراكز القانونية في ظل القانون القديم تعتبر وقائع تامة لا يسري عليها القانون الجديد<sup>(1)</sup>.

**II- المراكز القانونية التابعة:** ليس دائما تكون المراكز القانونية بسيطة ويسهل معها ما تعرضنا له سابقا، بل توجد بعض المراكز مرتبطة بعضها ببعض فتكون الأولى أصلا والثانية فرعا أو تابعا لها، فالسلطة الأبوية مركز قانوني مرتبط بمركز آخر هو النسب، وهنا يثار التساؤل إن كانت هذه المراكز القانونية التابعة أو الفرعية تعتبر آثار للمراكز القانونية الأصلية أم مراكز قانونية مستقلة؟ بدون شك أنها مراكز قانونية تابعة وكنتيجة للمراكز القانونية الأصلية، مما يعني أن إنشاء المركز التابع يسري عليه القانون الجديد بحكم انه يسري على آثار المركز القانوني الأصلي، وبذلك يكون التطبيق تطبيقا مباشرا وفوريا للقانون الجديد وليس تطبيقا رجعيا<sup>(2)</sup>.

**III- مبدأ الأثر المباشر للقانون في النظرية الحديثة:**

يعالج مبدأ الأثر الفوري المستحدث في النظرية الحديثة ما لم تستطع النظرية التقليدية معالجته بشكل واضح، وهي الأوضاع التي تمتد في ظل القانون القديم والجديد معا، فما هو القانون الواجب التطبيق وماهية الاستثناءات الواردة عليه؟

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص 674 - 675.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 676 - 677.

**3- مضمون المبدأ:** إذا كانت فكرة الأمن القانوني تتطلب عدم انسحاب القانون الجديد على الماضي، فإنه من العدالة أيضا أن لا يستمر القانون القديم بالسريان بعد صدور قانون جديد، باعتبار أن هذا الأخير هو الأصلح للمجتمع و لم يعد القانون القديم يتماشى مع التطورات التي يشهدها المجتمع، بمعنى إعمال مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد دون غيره بعد دخوله حيز التنفيذ، و بالتالي تطبيقه على ما يقع بعد نفاذه و لو كان ذلك على واقعة أو وضع قانوني سابق أو المراكز القانونية التي نشأت بعد نفاذه و لو بدأ تكوينها قبل ذلك و تلك التي لم ترتب آثارها بعد (1).

**I- مجال تطبيق القانون الجديد وفقا للأثر المباشرة من خلال مضمون المبدأ:** يتبين لنا أن هناك مراكز قانونية لم تكتمل بعد وحق عليها القانون الجديد أو تلك التي لم يترتب آثارها فهذه يطبق عليها القانون الجديد.

\* **القانون الجديد يحكم ما تبقى من عناصر التكوين أو انقضاء المراكز القانونية :** ويقصد به المراكز القانونية التي في طور التكوين أو الانقضاء لها أجزاء تكونت في ظل القانون القديم لا يمسه القانون الجديد، ولكنه يطبق على الأجزاء المتبقية إعالا للأثر الفوري، فالقانون الذي يصدر بعد تحرير الوصية وقبل موت الموصي يسري فقط على موضوع الوصية أي من حيث القدر الجائر فيه الإحصاء ولكنه لا يسري على إبرام الوصية من حيث الشكل (2).

\* **القانون الجديد يحكم الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية:** يسري القانون الجديد على الآثار المستقبلية التي ترتبت بعد نفاذه لمراكز قانونية نشأت أو انقضت في ظل القانون القديم، فالقانون الذي يصدر معدلا لشروط نفقة مطلقة أو حضانة أولاد يسري بأثر فوري على كل نفقة أو حضانة مستقبلية ناتجة عن طلاق صادر في ظل قانون قديم، ولا تأثير له على ما استحق من نفقة وما تم من حضانة قبل نفاذها (3).

ومن جانبنا نقول إن مقتضى الأثر الفوري للقانون الجديد تجعله يحكم ما تبقى من الأجزاء أو العناصر التي تدخل في تكوين أو انقضاء المراكز القانونية أو آثارها التي تترتب في ظله، وهذا من متطلبات وحدة النظام القانوني فلا يعقل أن يحكم قانونين مختلفين في وقت واحد على مراكز قانونية متاثلة، كما أن روح العدالة تأبي سريان قانون جديد على ما تم قبل نفاذه.

<sup>1</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 337.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 338.

<sup>3</sup> حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 364.

**II- استثناءات مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد:** كما شهدنا أن مبدأ عدم رجعية القانون له استثناءات فكذاك مبدأ الأثر الفوري للقانون لا يطبق على إطلاقه بل له استثناءات نذكرها:

\*- **القانون الجديد لا يحكم ما تبقى من مراكز قانونية عقدية:** مما يجب الإشارة إليه هو انه يوجد نوعان من المراكز القانونية الموضوعية والتي مصدرها القانون ومراكز شخصية والتي مصدرها العقد.

وبموجب هذا الاستثناء فكرة المراكز القانونية العقدية لا يحكمها القانون الجديد حتى ولو لم تكتمل أجزائها أو عناصرها أو آثارها بعد نفاذه ويظل يحكمها القانون القديم وهذا ما يسمى بمبدأ الأثر المستمر للقانون القديم أو امتداد العمل بالقانون القديم وفي هذا المعنى يقول أحد الفقهاء «يجل مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد بشأن المراكز العقدية الجارية»<sup>(1)</sup>.

وتؤسس النظرية الحديثة هذا الاستثناء على انتفاء الحكمة من تطبيق الأثر الفوري للقانون الجديد على المراكز العقدية الجارية لأن الحكمة من إعمال الأثر الفوري للقانون الجديد هو توحيد النظام القانوني الذي يحكم المراكز القانونية المتماثلة فلو لم نعمل بهذا الأسلوب لسادت الفوضى في المعاملات لكن في المراكز العقدية الأصل فيها التنوع تبعاً لتنوع إرادة في تحديدها لذلك تبقى خاضعة لأحكام القانون الذي تكونت في ظله حتى بعد نفاذ القانون الجديد<sup>(2)</sup>.

ومن جانبنا نقول إن القاعدة العامة لهذا المبدأ الذي جاءت به النظرية الحديثة هو إعمال مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد بعد نفاذه واستثناء هو عدم إعمال هذا المبدأ على المراكز العقدية الجارية سواء على الأجزاء أو العناصر المتبقية أو على آثارها المستقبلية وبمفهوم المخالفة هو إعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم على المراكز العقدية الذي تكونت في ظله هذه المراكز. ذلك لأن أطراف العقد أقاموا علاقتهم على هدي من القوانين المعلومة لديهم وبنوا عليها أمانهم وكانوا يعلمون مسبقاً الآثار المترتبة عنها، فليس من العدل في شيء أن يفاجئوا بقانون جديد غير معروف لديهم يغير في الأجزاء أو العناصر المتبقية لتكوين هذه المراكز أو يغير في آثارها المستقبلية من هنا و من اجل تحقيق الثقة و الاستقرار في المعاملات نفضل السير في هذا الاتجاه و هو إعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم بدلا من تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد حتى و لو كان ذلك بعد نفاذه

<sup>1</sup> علي فيلاي، مرجع سابق، ص 343.

<sup>2</sup> حسن كيرة، مرجع سابق، ص 65.

وهذا ما تعمل عليه فكرة الأمن القانوني و هو زرع الثقة بين أفراد العلاقات القانونية و الطمأنينة بعدم مباغثة الأفراد بتطبيق عليهم قواعد قانونية غير معروفة لديهم.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مبدأ عدم الرجعية

حاول المشرع الجزائري أن يضع بعض الحلول يقيم فيها توازنا بين مبدأ عدم الرجعية ومبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد.

\*- تنص المادة 6 من التقنين المدني الجزائري " تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها. وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقا للنص الجديد. فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة".

صدر هذا النص القانوني بخصوص الأهلية جاء بقاعدة عامة ثم قدم حلا واضحا وصريحا لتنازع بين قانونين أحدهما قديم والآخر جديد نظرا لتداخلها في واقعة واحدة، ويقصد بها أهلية الأداء فالقاعدة العامة هي اكتساب كل شخص طبيعي الأهلية وفقا للشروط التي ينص عليها القانون القائم، ثم يضع لنا النص القانوني افتراضية صدور قانون جديد يرفع من سن الرشد فما مصير الأشخاص الذين اكتسبوا أهلية الأداء في ظل القانون القديم وقاموا بتصرفات قانونية<sup>(1)</sup>، فوفقا لإعمال مبدأ السريان الفوري للقانون الجديد فإنهم يصبحون قاصري الأهلية، غير أن تصرفاتهم القانونية التي قاموا بها في ظل القانون القديم تبقى صحيحة ولا يمسه القانون الجديد وعليه يمكن القول أن تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي و حفاظا على غلواء هذا التطبيق فلا يمس التصرفات القانونية التحقيق الاستقرار في المعاملات.

هذه الرجعية تسمى بالرجعية المخففة، لأنها لا تنسحب إلى آثار التصرفات التي أبرمت في ظل القانون القديم، فيقرر المشرع رجعية التشريع برفع سن الرشد بنص صريح وفي نفس الوقت التخفيف من هذه الرجعية<sup>(2)</sup>، وذلك بعدم المساس بالتصرفات القانونية التي قاموا بها في ظل القانون القديم.

<sup>1</sup> سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 705.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 706.

لكن الشيء الملفت للانتباه أن المادة المذكورة أعلاه لم تنص على الحالة العكسية، وهي في حالة صدور قانون يخفض من سن الرشد، فيصبح من كان قاصرا في ظل القانون القديم راشدا بموجب القانون الجديد، وهنا يتبادر لنا نفس السؤال السابق وهو ما مصير التصرفات التي قام بها القاصر واعتبرها القانون القديم باطلة.

هل للقانون الجديد أن يصححها ويضفي عليها صفة المشروعية؟

وهنا بإمكاننا أن نستحضر الحالة الأولى بمفهوم المخالفة، ولعل المشرع عندما لم ينص على الحالة المعاكسة فإنه كان يقصد الكشف عنها هذه الطريقة، بحيث أن إعمال مبدأ السريان الفوري للقانون الجديد في مجال الأهلية لا يصحح التصرفات التي وقعت باطلة في ظل القانون القديم. فتظل باطلة وهذا المفهوم يتحقق مبدأ عدم رجعية القوانين.

\*- تنص المادة 8 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: " تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده".

هذه المادة تنص على الأدلة التي تعد مقدما قبل الخصومة القضائية فإنها تبقى خاضعة للقانون الذي أعدت فيه حتى ولو صدر قانون جديد يخالف هذا الإعداد.

مثال ذلك إذا كان القانون القديم يشترط الكتابة لإثبات التصرفات وجاء قانون جديد وقرر أن الكتابة غير الأزمة فإن تقديم الدليل يجب أن يكون بالكتابة نظرا لأنه أعد في ظل قانون كان يفرض ذلك بغض النظر عما يقرره القانون الجديد<sup>(1)</sup>.

فبالرغم من صدور قانون جديد الذي يلغي القانون القديم ستظل الإثباتات المقدمة مقدما تخضع للقانون القديم الذي أعدت في ظله إعمالا لمبدأ عدم رجعية.

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)، مرجع سابق، ص 316.

المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ عدم رجعية القوانين

بعد الانتهاء من الحديث عن الجانب النظري لمبدأ عدم الرجعية في المبحث السابق سنتنقل إلى الحديث عن الجانب التطبيقي للمبدأ حيث عرفنا أن مبدأ عدم الرجعية يقتضي ألا يسري النص الجنائي على الوقائع التي سبقت وجوده، إذ أن "تمديد صلاحية النص للتطبيق على الأفعال التي سبقت وجوده لا يتعارض مع مبدأ الشرعية فحسب بل يهدمه"<sup>(1)</sup>.

كما عرفنا أن المبدأ فرضته عدة مبررات منطقية وعليه لا يمكن الاستغناء عنه، بل لا بد من الأخذ به وتطبيقه مما يستوجب البحث في المسائل التي لها علاقة بتطبيق مبدأ عدم الرجعية ومنها وجوب تحديد وقت نفاذ القانون الجديد وتحديد وقت ارتكاب الجريمة غير أنه ورغم الحاجة الماسة للأخذ بمبدأ عدم الرجعية في وضع حلول عملية لتنازع القوانين في الزمان، إلا أن ذلك لا ينفي وجود مجالات يستوجب الأمر استبعاد هذا المبدأ حيث من المسلم به أن لكل قاعدة أو مبدأ مجالات استثنائية إذن فما هي حدود الأخذ بمبدأ عدم الرجعية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ؟ ذلك ما سأحاول الإجابة عنه في هذا المبحث من خلال : المطلب الأول: بعض مجالات تطبيق مبدأ عدم الرجعية في الشريعة الإسلامية المطلب الثاني: بعض مجالات تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الجنائي الجزائري.

المطلب الأول: بعض تطبيقات مبدأ عدم الرجعية في الشريعة الإسلامية

ليس في كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعي للنصوص وذلك راجع إلى عدة أسباب من بينها غياب التشريع الإسلامي بمختلف مصادره من التطبيق إذ أن الناحية العملية هي التي تستدعي أو تفرض تطور الأفكار والنظريات وهو ما كان الفقه الإسلامي محروما منه لمدة من الزمن ليست بالقصيرة، ومن أجل ذلك أي غياب ضابطي تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي ارتأيت دراسة هذا الجانب من خلال استقراء آيات الأحكام وتتبع أسباب النزول لأخذ نظرة حول تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي، وقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين: يحتوي كل فرع على الجرائم المشتركة مع بعضها في وصف معين وهي:- الفرع الأول: تطبيق عدم الرجعية بنص صريح - الفرع الثاني: تطبيق عدم الرجعية في النصوص التي تقرر حكما جديدا.

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات، 2005، ج1، ص74.

الفرع الأول: تطبيق عدم الرجعية بنص صريح

وستتناول في هذا الفرع كلا من جرمي العقد على المحارم والربا وذلك لاشتراكهما في نفس الحكم، وهو تصريح الآية بعدم تطبيق حكمها بالأثر الرجعي، لذلك نقسم الفرع إلى عنصرين هما :

أولاً : تطبيق عدم الرجعية في جريمة العقد على المحارم.

ثانياً : تطبيق عدم الرجعية في جريمة الربا.

أولاً: تطبيق عدم الرجعية في جريمة العقد على المحارم

والمقصود بالعقد هنا عقد النكاح الذي تصبح بموجبه المرأة زوجة للرجل ويجيز له العيش معها وسنأخذ مثالين عن هذه الجريمة وهما: العقد على زوجة الأب والعقد على أخت الزوجة.

1- **العقد على زوجة الأب:** ويكون هذا العقد المحرم في الإسلام إما بعد وفاة الأب أو بعد تطليقها يقول تعالى في شأن ذلك: " ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتنا وساء سبيلاً" (1). كان الناس يتزوجون زوجة الأب برضاها بعد نزول قوله تعالى : " ولا حل لكم أن ترثوا النساء كرها "(2)، حتى نزلت هذه الآية : " ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم "، فصار حراما في الأحوال كلها لأن النكاح يقع على الجماع والتزويج فإن كان الأب تزوج امرأة حرمت على ابنه(3).

ولكن هناك من قال أن " ما " الواردة في الآية " مصدرية أي لا تنكحوا النساء أيها المؤمنون كما كان ينكح آباؤكم في الجاهلية بتلك الطرق الفاسدة كالنكاح بدون شهود ونكاح الشغار وهو المبادلة في الزواج "(4).

وقد رد ابن العربي(5) الرأي فقال: والمعنى الصحيح ولا تنكحوا نساء آباؤكم والدليل عليه أمران:

1 سورة النساء، الآية 22.

2 سورة النساء، الآية: 19

3 القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، ب ط، بيروت، لبنان، 1985، ص68.

4 محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المعرفة، ب ط بيروت، 1993، ج 1 ص 465.

5 ابن العربي: محمد بن عبد الله بن محمد الإشبيلي المالكي أبو بكر بن العربي، من حفاظ الحديث بلغ درجة الاجتهاد في الفقه والأصول والتفسير، توفي

سنة 543هـ انظر: الزركلي، الأعلام، مطبعة عبيد، دمشق، ب س ن، ج 4، ص106

أحدهما: أن الصحابة إنما تلت الآية على هذا المعنى ومنه استدلت على منع نكاح الأبناء حلال الآباء، والثاني أن قوله: "إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا" تعقب النهي بالذم البالغ المتتابع، وهذا دليل على أنه انتهاء من القبح إلى الغاية، وذلك هو خلف الأبناء على حلال الآباء، إذ كانوا في الجاهلية يستقبحونه ويستهجنون فاعله ويسمونهم لمقتى نسبه إلى المقت(1).

فالآية نزلت في أناس كانوا يتزوجون نساء آبائهم، فأصبح بعد نزولها هذا الفعل يشكل جريمة يعاقب عليها، إلا أن الأمر الملفت للانتباه في هذه الآية هو قوله تعالى: "إلا ما قد سلف"، هنا الغرض المبالغة في تحريمه وسد الطريق إلى إباحته كما يقال حتى يلج الجمل في سم الخياط، أو أنه استثناء الماضي من المستقبل، والمعنى: لكن ما قد سلف فإن الله تجاوز عنه(2)، أو معناه "لكن ما سلف من ذلك لا تؤاخذون عليه"(3)، وعليه فحكم تحريم هذا النوع من النكاح لا ينطبق على الماضي.

إذن تطبيق مبدأ عدم الرجعية من خلال هذه الآية جاء بنص صريح وهو قوله تعالى: "إلا ما قد سلف" الذي ينفي توقيع الجزاء على عقود النكاح المحرمة قبل نزولها: "فلم يطبق حكم النص إلا على الوقائع التي وقعت بعد نزوله والعلم به، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعي من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد، ولم يكن للنص أثر رجعي من الناحية الجنائية، فلم يعاقب أحد ممن نسخت زيجاتهم(4).

## 02- العقد على أخت الزوجة:

قال تعالى: "وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيمًا"(5).

<sup>1</sup> ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة، ب ط، بيروت، درت، ج1، ص368-369

<sup>2</sup> الرازي، التفسير الكبير، ط1، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990، ص24.

<sup>3</sup> محمد رشيد رضا، مرجع سابق، ص464.

<sup>4</sup> عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط13، بيروت، لبنان، 1994، ص263.

<sup>5</sup> سورة النساء، الآية23.

فلما بين تبارك اسمه ما يحرم بالأسباب الثابتة، وقدم الأقوى في علته وحكمته على غيره بين بعد ذلك ما يحرم بسبب عارض إذا زال يزول التحريم فقال: "و أن تجمعوا بين الأختين"، أي وحرّم عليكم الجمع بين الأختين في الاستمتاع الذي يراد به الولد<sup>(1)</sup>.

و المذاهب الأربعة متفقة على تحريم الاستمتاع بالأختين ملك اليمين أو بالنكاح، أو بالنكاح والملك كأن يكون مالكا لإحدهما ومتزوجا للأخرى، فيحرم عليه أن يستمتع بهما ويجب عليه أن يحرم إحدهما على نفسه كأن يعتقد المملوكة أو يهبها ويسلمها للموهوبة له<sup>(2)</sup>.

فهذه الآية حرمت العقد على أخت الزوجة وجعلته جريمة لكن لم يطبق النص بأثر رجعي على ما وقع قبل تحريم الفعل والدال على ذلك صريح الآية بقولها: "إلا ما قد سلف".

أي لكن ما قد سلف قبل التحريم لا تؤخذون عليه، وقد كانوا يجمعون بين الأختين أخرج ابن ماجه<sup>(3)</sup> عن فيروز الديلمي<sup>(4)</sup>، أنه أدركه الإسلام وتحتة أختان فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "طلق أيهما شئت"<sup>(5)</sup>، إذن ترتب على نزول آية التحريم التفرقة بين الزوجين في الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعي من الناحية المدنية، ولكن لم يكن للنص أثر رجعي من الناحية الجنائية فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التي تمت قبل نزول النص لقوله تعالى في آخر الآية: "هو إلا ما قد سلف"<sup>(6)</sup>، وعليه يكون تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في هذه الآية ثابتة بطريق التصريح.

<sup>1</sup> محمد رشيد رضا، المرجع السابق ص 480

<sup>2</sup> أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ج2، ب ط، دار الفكر، ب س ن، ص 222.

<sup>3</sup> هو محمد بن يزيد الربيعي القزويني أبو عبد الله صاحب السنن أحد الأئمة، حافظ صنف السنن والتفسير والتاريخ، توفي سنة 273هـ انظر: عبدالقادر سليمانى، منهج أهل السنن في الجرح والتعديل رسالة ماجستير - المعهد الوطني العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1996/1995.

<sup>4</sup> هو فيروز الديلمي أبو عبد الله، ابن أخت النجاشي، وهو قاتل الأسود العنسي الذي تنبأ باليمن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "قتله الرجل الصالح فيروز الديلمي"، وهو من أبناء فارس الذين بعثهم كسرى إلى اليمن انظر: المزني، جمال أبي الدين الحجاج يوسف المزني، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، ج 23، ط2، مؤسسة الرسالة بيروت، 1992، ص 322.

<sup>5</sup> ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، ب س ن، كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أختان، ج 2، ص 463، حديث رقم 1951.

<sup>6</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق ج1، ص262

ثانيا : تطبيق عدم الرجعية في جريمة الربا

قال تعالى في شأن تحريم الربا : " و أحل الله البيع وحرم الربا فمن جاء موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون(1)." .

قوله تعالى : " وحرّم الربا "، الألف واللام هنا للعهد، وهو ما كانت العرب تفعله(2)، وهذا يعني أن الآية جاءت للدلالة على تحريم الربا واعتباره جريمة.

ومن المسلم به أن تكون هناك معاملات ربوية قائمة وسابقة على تحريم الربا وهو ما دل عليه قوله تعالى : " فمن جاء موعظة من ربه فانه فانتهى فله ما سلف "، فكيف طبقت هذه الآية على ما سلف ؟

إن " قوله تعالى : فله ما سلف أي من الربا لا تتبعه أي عاقبة عليه فيه في الدنيا ولا في الآخرة وهذا حكم من الله تعالى لمن أسلم من كفار قريش وثقيف ومن كان يتجر هنالك، و " سلف " معناه تقدم في الزمن وانقضى"(3).

إذن حرم سبحانه وتعالى ربا الجاهلية ومنع سبحانه أن تستمر عقود الربا ذات أثر في الإسلام، ولكن رفع الإثم عما سلف(4).

والربا بعد التحريم أصبح " جريمة من وجه وعملا مدنيا من وجه آخر وجاءت النصوص المحرمة بحكمين: أحدهما جنائي، والآخر: مدني، فأما الحكم الجنائي فيقضي بأن لا عقاب على الربا السابق على نزول التحريم،

وأن العقاب على ما بعده فقط، وأما الحكم المدني فيقضي بأن ليس للدائن غير رأس ماله فقط، فالحكم الجنائي ليس له أثر رجعي، ولحكم المدني له أثر رجعي يعود إلى الوقت الذي انعقد فيه العقد الربوي"(5).

مما سبق يتضح أن حكم تحريم الربا لا يطبق بأثر رجعي وذلك بنص صريح من داخل آية التحريم نفسها وهو قوله تعالى : " فله ما سلف " .

<sup>1</sup>سورة البقرة، الآية 274.

<sup>2</sup>القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص 258.

<sup>3</sup>ابن عطية، مرجع سابق، ص483.

<sup>4</sup>محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 286.

<sup>5</sup>عبد القادر عودة، ج1، مرجع سابق، ص 264، 265.

الفرع الثاني: تطبيق عدم الرجعية في النصوص التي تقرر حكما جديداً أشد

والمقصود بهذه النصوص تلك الآيات التي تتعلق بجرائم جاء تحريمها عن طريق التدرج في تشريع الأحكام

فلما يأتي النص النهائي والأخير في مراحل التدرج بحكم أشد من سابقه، هل يطبق هذا الحكم على الجرائم المرتكبة في ظل نص المرحلة السابقة؟ هذا ما سنتناوله في هذا الفرع ضمن عنصريين هما:

- أولاً: تطبيق عدم الرجعية في جريمة شرب الخمر.

- ثانياً: تطبيق عدم الرجعية في جريمة الزنا.

أولاً : تطبيق عدم الرجعية في جريمة شرب الخمر

كان مما امتاز به التشريع الإسلامي التدرج في تحريم أمور كثيرة كانت سائغة في الجاهلية ومتمتجة بدمائهم ومنها الخمر، فقد كان العرب يكثر من شرب الخمر، وقد تغنى بها شعراء العرب إشادة وتدللاً بصنيعها فأصبحت عادة متأصلة فيهم، ولم يكن من الميسور فطمهم عنها دفعة واحدة إلا إذا أراد المولى جلت قدرته ذلك- ، وحينئذ قد يشق على الناس الامتنال ويصعب على من تعود عليها طول حياته تركها مخصوصاً وأن النفوس لم تكن قد تهيأت ، وقد سلكت الشريعة الإسلامية في تجريمه مسلك التدرج إلى أن وصلت إلى المرحلة الأخيرة و التي ثبتت بقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر و الميسر و الأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون \* إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون"(1).

ولما نزلت هذه الآية لم يحتج الأمر إلى أكثر من منادي ينادي في نوادي المدينة وأسواقها ألا أيها القوم إن الخمر قد حرمت، وبمجرد أن سمع النداء بادر الناس بالامتنال ؛ فمن كان في يده كأس محطمةا، ومن كان في فمه جرعة مجها، وشقت زقاق الخمر، وكسرت قنانيه، وانتهى الأمر كأن لم يكن سكر ولا خمر(2).

<sup>1</sup>سورة المائدة، الآيتين 90، 91.

<sup>2</sup>سيد قطب، في ظلال القرآن ج1، ط16، دار الشروق 1996، ص 975.

وفي سبب نزول التحريم الأبدي أنه: عن سعد بن أبي وقاص<sup>(1)</sup> قال: أتيت على نفر من المهاجرين فقالوا: تعال نطعمك ونسقيك خمرا وذلك قبل أن يحرم الخمر، فأتيتهم في حش - والحش البستان - وإذا رأس جزور مشويا عندهم، وذن من خمرا، فأكلت وشربت معهم وذكرت المهاجرين والأنصار وقلت: المهاجرون خير من الأنصار فأخذ رجل لحي الرأس فجذع أنفي بذلك، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأنزل الله في شأن الخمر: "إنما الخمر والميسر" (2).

فنلاحظ من هذه الرواية أنه بالرغم من إقرار الصحابي بشره الخمر إلا أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يطبق عليه الحد وهو الجلد الذي تقرر بعد التحريم الأبدي، وهو مثال واضح لتطبيق قاعدة عدم الرجعية في جريمة شرب الخمر.

إذن " جعل الرسول صلى الله عليه وسلم حد الشرب بعد التحريم النهائي الجلد ولكن لا يعلم أن أحدا عوقب على شرب الخمر قبل نزول التحريم، ولا يعلم أن نصا من نصوص التحريم كان له أثر رجعي، ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التي حرمت الخمر لم يكن لها أثرا رجعيا" (3).

#### ثانيا: تطبيق عدم الرجعية في جريمة الزنا

الزنا حرم في أول الإسلام وكانت العقوبة عليه أول الأمر خفيفة وهي الإيذاء والحبس في البيوت<sup>(4)</sup> طبقا لقوله تعالى: "و اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا \* و اللذان يأتياها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما" (5).

<sup>1</sup> هو أبو إسحاق الصحابي، الأمير، فاتح العراق ومدائن كسرى، أحد الستة الذين عينهم عمر للخلافة وأول من رمى بسهم في سبيل الله، وأحد العشرة المبشرين بالجنة، توفي سنة 55هـ انظر: ابن سعد، الطبقات الكبرى، ج3، ب ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1985، ص 101.

<sup>2</sup> النيسابوري، أبو الحسين علي بن أحمد الواحدي النيسابوري أسباب النزول، دار المعرفة، بيروت، ب س ن، ص 174.

<sup>3</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ج1، ص262.

<sup>4</sup> عبد القادر عودة، نفسه، ص262.

<sup>5</sup> سورة النساء، الآيتين 15، 16.

فهذه العقوبة كانت " أول عقوبة الزنا وكان هذا في ابتداء الإسلام وهذا الإمساك والحبس في البيوت كان في صدر الإسلام قبل أن يكثر الجناة فلما كثروا وخشي قوتهم اتخذ لهم سجن " (1).

وقوله عز وجل : " و اللاتي يأتين الفاحشة " يعني الزنا " من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم " يعني من المسلمين، وهذا خطاب للحكام أي فاطلبوا عليهن أربعة من الشهود، فيه بيان أن الزنا لا يثبت إلا بأربعة من الشهود " فإن شهدوا فأمسكوهن " فاحبسوهن " في البيوت حتى يتوفاهن الموت أي جعل الله لهن سبيلا " وهذا كان في أول الإسلام قبل نزول الحدود، وكانت المرأة إذا زنت حبست في البيوت حتى تموت (2) وعليه فالعقوبة التي يقرها النص السابق هي الحبس في البيوت.

وقد شددت عقوبة الزنا بعد ذلك فصارت الجلد والرجم طبقا لقوله تعالى : " والزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " (3)، وطبقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا الثيب بالثيب والبكر بالبكر، الثيب جلد مائة ورجم بالحجارة، والبكر جلد مائة ونفي سنة " (4). والسبيل المنصوص عليه في الحديث هو السبيل الذي نص عليه في آية النساء: " أي يجعل الله لهن سبيلا " أي أمسكوهن في البيوت حتى يتبين سبيلهن، فقد جاء هذا السبيل في الحديث وهو النص على العقوبة الجديدة للزنا وهي الجلد مائة للبكر بالآية والتغريب بالحديث، والجلد مع الرجم أو الرجم فقط للثيب بنص الحديث.

وبعيدا عن اختلاف الفقهاء حول عقوبة الجريمة الجديدة، إن كانت جلدا فقط أو جلدا وتغريبا للبكر، ورجما فقط أو جلدا ورجما للثيب، من جهة، وبعيدا من جهة أخرى عن كون العقوبة الجديدة ثابتة بنص الآية الثانية أم بالحديث السابق الذي رواه مسلم، فإن الحكم القديم وهو الحبس والإمساك في البيوت منسوخ وملغي بالحكم الجديد وهو الجلد والرجم.

وواضح أن الحكم الجديد وهو الجلد والرجم أشد من الحكم السابق وهو الحبس والإمساك في البيوت، لأن القصد من قوله تعالى : " فأمسكوهن في البيوت " أي فاحبسوهن في بيوتهن وامنعوهن الخروج منها عقابا لهن

<sup>1</sup> القرطبي، مرجع سابق، ج5، ص84.

<sup>2</sup> البغوي، تفسير البغوي المسمى معالم التنزيل، دار المعرفة، ط2، بيروت، 1987، ج1، ص405.

<sup>3</sup> سورة النور، الآية 2.

<sup>4</sup> مسلم، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب حد الزنا، ج3، ص1317 حديث رقم 1690.

وحيلولة بينهن وبين الفاحشة، وفي هذا دليل على تحريم إمساكهن في بيوتهن ومنعهن الخروج عند الحاجة إليه في غير هذه الحالة لمجرد الغيرة أو محض التحكم من الرجال وإتباعهم لأهوائهم في ذلك كما يفعله بعضهم" (1).

فحكم الحبس أخف لأنه ليس مطلقا إذ يسمح لمن للخروج عند الحاجة، فهو حبس جزئي في حدود ما يخاف من إعادة ارتكاب الفاحشة من جهة، ومن جهة أخرى فهو حبس داخل بيوتهن مما يخفف من درجته في الإحساس بالغرابة، وعليه فهو أهون وأخف من الجلد وحده أو الرجم، ناهيك عن الجلد مع تغريب عام، أو الجلد مع الرجم، فهنا نحن بصدد حكمتين هما: حكم قديم أخف وحكم جديد أشد، وتطبيق الحكم الجديد وهو الجلد والرجم جاء بعد نزول قوله تعالى: "و الزانية و الزاني فاجلد كل واحد منهما مائة جلدة حسب التطبيقات العملية التي ثبتت عن الرسول صلى الله عليه وسلم" "فلو كان للتشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين، ولكن لا يعلم أحدا جلد أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا، ومن ثم فلم يكن للنص المعاقب على الزنا أثر رجعي" (2).

### المطلب الثاني: بعض مجالات تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الجنائي الجزائري

لدراسة تطبيق مبدأ عدم الرجعية يتوجب علينا الخوض في ضابطين أساسيين يرتبطان بعامل الزمن، إذ بناء عليهما يتحدد تطبيق مبدأ عدم الرجعية، وهما تحديد وقت نفاذ القانون الجديد، ووقت ارتكاب الجريمة، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب من الناحية التطبيقية لعدم الرجعية في فرعين هما:

- الفرع الأول: شروط تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي.

- الفرع الثاني: القانون الأصلح للمتهم كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية.

1 محمد رشيد رضا، مرجع سابق، ج4، ص436.

2 عبد القادر عودة، مرجع سابق، ج1، ص262.

الفرع الأول: شروط تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي

وينبغي هذا التطبيق على عاملين أساسيين وهما : تحديد وقت نفاذ القانون الجديد، ووقت ارتكاب الواقعة الإجرامية.

أولاً: تحديد وقت نفاذ القانون الجديد

التطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي يجب أن تكون الجريمة قد وقعت في ظل قانون معمول به، وقد أعطى الدستور الجزائري في المادة 122 الفقرة 7 حق التشريع في قواعد قانون العقوبات للبرلمان، ولكي يصل القانون إلى مرحلة التطبيق والنفاذ يجب أن يمر على مراحل أهمها: مرحلة الاقتراح ومرحلة النقاش والتصويت على مستوى الغرفتين ثم مرحلة الإصدار و أخيراً مرحلة النشر.

ثانياً: تحديد وقت ارتكاب الجريمة

إن تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي لا يتوقف على معرفة وتحديد وقت نفاذ القانون الجديد فحسب، وإنما لا بد من ضبط وقت ارتكاب الجريمة ضبطاً دقيقاً وهو ما سأدرسه في هذا الفرع ضمن ما يلي: أولاً: أهمية تحديد وقت ارتكاب الجريمة ثانياً: تحديد وقت ارتكاب الجرائم المختلفة.

أ- أهمية تحديد وقت ارتكاب الجريمة

يقضي مبدأ عدم الرجعية "بسريان القانون المعمول به وقت تبلور المركز القانوني الجنائي، أي وقت ارتكاب الجريمة حيث تتبلور في اللحظة ذاتها القاعدة القانونية العقابية المتضمنة في قانون العقوبات وتمخض عن علاقة قانونية عقابية، طرفها الأول الدولة التي ينشأ لها حق في عقاب الجاني، وطرفها الثاني مرتكب الجريمة الذي يقع على عاتقه النظام بالخضوع للعقاب وعدم التنصل منه.

والنتيجة الطبيعية لذلك هي سريان القانون السائد لحظة وقوع الجريمة، وتفسير ذلك أنه لا بد للعقاب على الفعل من أن يدخل في حدود السلطان الزمني للنص القانوني الجنائي لكي يخضع له ويستمد منه الصفة غير

المشروعة، وذلك يستوجب التوصل إلى تحديد دقيق الوقت ارتكاب الفعل ليصار بعد ذلك إلى تحديد القانون المختص بحكمه باعتباره القانون النافذ وقت حدوث الفعل<sup>(1)</sup>.

وعليه " يجب أن يكون القانون المراد تطبيقه سابقا على تاريخ ارتكاب الجريمة أو تعاصرها على الأقل فهذا التاريخ هو الذي يحدد المركز القانوني للمتهم<sup>(2)</sup>."

ومسألة تحديد تاريخ ارتكاب الجريمة "مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع، ولطكن يجب أن يبين تاريخ ارتكاب الجريمة على وجه التحديد"<sup>(3)</sup>.

### ب- تحديد وقت ارتكاب الجريمة بحسب أنواعها :

تعرض صعوبات كثيرة سبيل إعمال مبدأ عدم الرجعية، ومرد هذه الصعوبة هو تحديد وقت ارتكاب الجريمة، فمن جهة فإن من الجرائم ما يقترب في لحظة واحدة ويعمل واحد، وبذلك يتم وينتهي في لحظة واحدة، ومنها ما لا يتم في لحظة واحدة أو بفعل واحد بل يمتد في الزمن كوحدة متكاملة وقد يدوم زمنا طويلا أو قصيرا، ومنها ما يحتاج إلى اجتماع.

عدد من الأفعال أو الوقائع المتتابعة والتي تمتد في مجموعها عبر الزمن فالصعوبات ترجع إلى أن الجريمة قد لا تتم في لحظة واحدة أو بعمل واحد، وأن القانون الجنائي قد يتم تعديله بين حين وآخر بشكل قد يصيب هذا التعديل القانوني للجريمة وهي في طور التكوين بحيث يكون جزء منها سابقا على نفاذ القانون الجديد والآخر لاحق على ذلك<sup>(4)</sup>. ومن أجل هذه الصعوبات التي تكتنف تحديد وقت ارتكاب الجرائم، فالعبرة في تحديد وقت ارتكاب الجريمة هو الوقت الذي ارتكب فيه الفاعل النشاط الإجرامي بغض النظر عن الوقت الذي تحققت فيه النتيجة.

<sup>1</sup> حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة مقارنة، ط1، ب ب ن، 1993، ص 212.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، العقوبة في الفقه الإسلامي، ط5، دار الشروق، 1983، ص 65.

<sup>3</sup> إبراهيم الشباسي، مرجع سابق، ص 32، 33.

<sup>4</sup> انظر في هذا: - سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري (شرعية التحريم)، ج1، مطبعة عمار قربي، باتنة، الجزائر، 1992، ص 47.

- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام - الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 49.

- جلال ثروت، قانون العقوبات - القسم العام -، الدار الجامعية، ب س ن، ص 52.

ج- تحديد وقت ارتكاب الجريمة:

إن الجرائم التي لا تتحقق إلا إذا تكرر الفعل المادي المكون لها أكثر من مرة، فيه إشكال بخصوص القانون الواجب التطبيق إذا ما كان العمل الأول من الأعمال المتكررة المكونة للجريمة قد وقع في ظل القانون القديم، بينما لا يقع العمل الثاني إلا بعد نفاذ القانون الجديد، فهل تعتبر الجريمة واقعة في وقت لاحق لنفاذ القانون الجديد أي في ظله وبالتالي تخضع له تطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية، أم تعتبر واقعة في وقت سابق لنفاذه وذلك لوقت العمل الأول المكون لها في ذلك الوقت وبالتالي فهي تخضع له تطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية<sup>(1)</sup>.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء:

- **الرأي الأول:** اتجه جانب من الفقه إلى القول بعدم خضوع جريمة الاعتياد للقانون الجديد إلا إذا تكرر العمل المادي المكون لها بعد نفاذ ذلك القانون، وعندئذ تعتبر الجريمة قد وقعت في ظل القانون الجديد<sup>(2)</sup>.
- **الرأي الثاني:** ويذهب هذا الرأي إلى أنه لا يجوز تطبيق القانون الجديد- إلا إذا كانت جميع الأفعال التي يتوافر فيها عنصر الاعتياد قد وقعت في ظله، ولا يكفي مجرد وقوع إحداها فحسب، لأن وصف التجريم لا ينطبق إلا على مجموع الأفعال التي يتكون بها معنى الاعتياد<sup>(3)</sup>.
- **الرأي الثالث:** وهو الاتجاه السائد لدى القضاء الفرنسي ويقول بتطبيق القانون الجديد إذا ما وقع العمل الذي يفصح عن الاعتياد في ظله<sup>(4)</sup> لأن القانون لا يعاقب على العمل المكون لهذه الجرائم ذاته، وإنما يعاقب على حالة الاعتياد الواقعة هنا في ظل القانون الجديد<sup>(5)</sup> وليس في هذا مساس بالمثل القائل "بوجوب الإنذار قبل العقاب" إذ يقع على عاتق الشخص الذي باشر الأفعال السابقة على نفاذ القانون الجديد أن يكف عن ممارسة مثل هذا النشاط، ولكن متى أصر صاحب هذه الحالة على إيجاد نفسه فيها حتى بعد العمل بهذا القانون فإن القانون الجديد يجب أن يسري عليه وفي اعتقادنا أنه لا يمكن قبول هذا الرأي الأخير، فمبدأ عدم الرجعية يقضي بقيام كيان الجريمة بكل أركانها ومقوماتها في ظل القانون حتى

<sup>1</sup> محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 386.

<sup>2</sup> سليمان بارش، مرجع سابق، ج 1، ص 49.

<sup>3</sup> Roubier, N91, p472.

<sup>4</sup> سليمان بارش، مرجع سابق، ج 1، ص 49.

<sup>5</sup> علي حسين الخلف وسلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ج 1، ب ط، ب ب ن، ب س ن، ص 59، نقلاً عن: سليمان بارش، مرجع سابق، ص 49.

ينطبق عليها، والقول بسرمان هذا القانون على بعض الأفعال المكونة للاعتياد والتي كانت مشروعة وقت ارتكابها، بحجة أن القانون يعاقب على الخطورة الإجرامية المستفاد من الاعتياد بحيث يكفي وقوع فعل واحد بعد نفاذه هو قول مخالف لمبدأ عدم الرجعية من جهة وهو من جهة أخرى مردود بأن القانون إذ يجرم الاعتياد فإنه ينظر إلى الأفعال المادية التي قام بها الجاني، أما خطورته الإجرامية فهي مجرد معيار لتقدير العقوبة وليست هي موضوع التجريم<sup>(1)</sup>.

إلا أن الأستاذ سليمان بارش يقول: "أنه يكفي لوقوع الفعل المكون العنصر الاعتياد في ظل القانون الجديد ليكون له سلطان على الجريمة لأن هذا الفعل هو الذي يتحقق به الركن المادي"<sup>(2)</sup>.

وهو ما نراه صائبا لأن عنصر الاعتياد هو مناط العقاب في هذا النوع من الجرائم، فمتى يتحقق في ظل أي قانون يعتبر هو الواجب التطبيق.

### الفرع الثاني: القانون الأصلح للمتهم كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية

إن مبدأ عدم الرجعية كسائر المبادئ القانونية الأخرى، حيث لا نكاد نجد مبدأ إلا وله استثناءات تستبعد تطبيقه، ويمكن القول أن هذه الاستثناءات هي نتيجة منطقية للانتقادات التي يتعرض لها أي مبدأ قانوني وعليه فإن الأصل هو وجوب تطبيق القانون الساري وقت ارتكاب الواقعة الإجرامية، إلا أنه و لاعتبارات نفعية يستلزم الأمر تطبيق القانون الجديد على الوقائع المرتكبة قبله إذا كان هذا القانون أقل شدة و "يعني ذلك بلغة الفقهاء:

وجوب تطبيق القانون الأصلح للمتهم"<sup>(3)</sup>، بأثر رجعي، إذن فالأصل هو عدم تطبيق القانون بأثر رجعي، والاستثناء على ذلك هو رجعية القانون على الماضي إذا كان أصلح للمتهم، وإذا كان القانون الأصلح للمتهم لازم التطبيق بأثر رجعي، فمتى يعتبر القانون أصلح للمتهم؟

ومتى يكون القانون الأصلح واجب التطبيق في خلال عمر الخصومة الجنائية؟ ذلك ما سنحاول البحث عنه في هذا الفرع ضمن عنصرين هان أولا: تحديد القانون الأصلح للمتهم ، ثانيا: تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي.

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط2، القاهرة، 1970، رقم 41، ص 50، نقلا عن حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص254.

<sup>2</sup> سليمان بارش، مرجع سابق، ج1، ص 50.

<sup>3</sup> عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 75.

أولاً: تحديد القانون الأصلح للمتهم:

لقد نصت المادة الثانية من قانون العقوبات على تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي بقولها: «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة» فكون المادة أردفت تطبيق القانون الأقل شدة على الماضي عقب التنصيص على مبدأ عدم الرجعية فإن ذلك يدل على أن عدم الرجعية هي الأصل، وتطبيق القانون الأقل شدة أو الأصلح للمتهم هو الاستثناء منه، وما يؤكد ذلك هو استعمال المشرع للفظ "إلا" وهو في اللغة أداة من أدوات الاستثناء إلا أن المشرع وإن نص على الأخذ بالقانون الأصلح للمتهم فإنه بالمقابل أهمل ومنع نصوص تشريعية تحدد حالة كون القانون أصلح للمتهم أو وضع معياراً لذلك، وعليه يستلزم تحديد ما إذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم إجراء مقارنة بين الوضع القانوني الناشئ على القانون الجديد وما كان ينشئه القانون القديم وذلك ما سنتناوله في هذا العنصر المقسم إلى:

أ- معيار تحديد القانون الأصلح للمتهم:

إن تحديد ما إذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون القديم يستوجب إجراء المقارنة بين الوضعين القانونيين اللذين ينشئهما كل من القانون القديم والجديد، وهذه المقارنة تتم وفق معيار معين، والذي يتميز بخاصيتين هما الموضوعية والواقعية:

1- موضوعية معيار القانون الأصلح للمتهم:

يتحدد القانون الأصلح للمتهم وفقاً لمعيار موضوعي بحت بوصفه مسألة قانونية يقرها القاضي وفقاً لضوابط معينة<sup>(1)</sup>، وينتج عن ذلك ما يلي:

I- إن تحديد واختيار القانون الأصلح من عمل القاضي فلا يجوز ترك الخيار للمتهم ليقوم بتحديد أصلح القانونين له، فإن هذا يختلف باختلاف الأشخاص وبما أن الخطاب بإتباع القانون الأصلح صادر من الشارع للقاضي الذي يحكم في الدعوى المعروضة عليه فإنه لا رأي للمتهم في الاختيار، والواجب أن يكون البحث في تقدير صلاحية القانون على أساس موضوعي مستمد من القانون ذاته لا من رأي المتهم .

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 68.

II- لا يجوز للقاضي أن يعبر عن وجهة نظره الشخصية وإنما يجب عليه دائما أن يستعين بالضوابط القانونية في تحديد ما هو أصلح للمتهم<sup>(1)</sup>، انطلاقا من أن اختيار القانون الأصلح للمتهم هو مسألة قانونية.

III- إن المقارنة بين القانون الجديد والقانون القديم لمعرفة أصلحهما للمتهم مقارنة قانونية وليست مقارنة فعلية<sup>(2)</sup>.

## 2- واقعية معيار القانون الأصلح للمتهم:

يتحدد القانون الأصلح للمتهم بالنظر إلى كل جريمة على حدة، فلا يتم هذا التحديد وفقا لمعيار مجرد بناء على المقارنة بين القانونين القديم والجديد سواء من حيث اتجاههما العام ومن حيث مجموع نصوصهما، وإنما تتم هذه المقارنة بنظرة واقعية بالنظر إلى كل جريمة على حدا بين حكم كل من القانونين عند تطبيقه على هذه الجريمة من حيث أركانها في ضوء ظروفها المختلفة وشخصية المتهم<sup>(3)</sup>.

وهذا يعني أن على القاضي أن يقارن بين نصوص القانونين السابق واللاحق من حيث التطبيق على حالة واقعية معينة، أي على جريمة معينة، وعلى مجرم ذي ظروف معينة، بحيث تتم المقارنة بين مختلف نصوص كلي قانون، فالقانون الذي تكون أحكامه أخف على المتهم من حيث النتيجة يعتبر هو القانون الأصلح له وإن كان تطبيقه في مجالات أخرى قد يؤدي إلى التشديد على متهمين آخرين، وعلى هذا النحو يكون من المتصور أن يجد القاضي في واقعة واحدة أن القانون القديم أصلح بالنسبة لمتهم معين في حين يجد القانون الجديد أصلح لمتهم ثان ذي ظروف مختلفة فيطبق على كل منهما القانون الذي هو في صالحه.

فمثلا إذا نص القانون القديم على جواز وقف تنفيذ العقوبة، ثم جاء القانون الجديد فألغى وقف التنفيذ وأنقص مدة العقوبة، فإن القانون القديم يعتبر أصلح للمتهم إذا كانت ظروف الجريمة وشخصية المتهم تدعو إلى إيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى متهم آخر لا يستحق إيقاف التنفيذ فإن القانون الجديد يعتبر هو الأصلح له<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> نفس المرجع ، ص 68.

<sup>2</sup> محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام-ص 95 هامش 1 نقلا عن حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 271..

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 68.

<sup>4</sup> نفس المرجع ، نفس الصفحة.

وكذلك الشأن إذا كان القانون القديم ينص على عقوبة الحبس أو الغرامة، ثم جاء القانون الجديد فرفع الحد الأدنى لعقوبة الحبس، وخفض الحد الأدنى لعقوبة الغرامة الجوازية، فإن هذا القانون الجديد يعتبر أصح للمتهم إذا رأى القاضي أن المتهم يستحق الغرامة بدلا من الحبس، بينما يعتبر القانون القديم أصح للمتهم إذا رأى القاضي أن المتهم يستحق عقوبة الحبس لا الغرامة<sup>(1)</sup>.

وغني عن البيان أنه يجب توافر صفة القانون في النصوص التي يراد تطبيقها، فلا يجوز الخلط في هذا الصدد بين اللوائح التي تصدر بناء على تفويض من السلطة التشريعية القرارات الإدارية الفردية التي لا تتوفر فيها أهم خصائص القاعدة القانونية وهي العمومية والتجريد<sup>(2)</sup>.

وقد يتبادر إلى الأذهان لأول وهلة أن ثمة تناقضا بين الجانب الموضوعي والجانب الواقعي لمعيار القانون الأصح للمتهم، وتوضيحا لذلك نرى أن الجانب الواقعي يتجلى في مجال السلطة التقديرية التي يمنحها القانون للقاضي، فإن تقدير الجزاء الجنائي يكون وقت ذاك من إطلاقات قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من قبل محكمة النقض، أما الجانب الموضوعي فيتجلى بوجود التزام القاضي بالضوابط المقررة في القانون التقدير صلاحية القانون في هذه الحالة، فإن التقدير هذا يعد مسألة قانونية اخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(3)</sup>.

### ب- تحديد القانون الأصح للمتهم في القوانين البسيطة:

حين يجد القاضي نفسه في القضية المطروحة عليه أمام قانونين متعاقبين، يضطر إلى عقد المقارنة بينهما لاستنتاج القانون الأصح للمتهم والذي يكون أولى بالتطبيق، وقد يكون عقد المقارنة هذه بالنظر إلى نصوص التجريم ونصوص العقاب في كل منهما للوقوف على الأصح منها للمتهم.

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 68-69.

<sup>2</sup> نفس المرجع، نفس الصفحة.

<sup>3</sup> حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 273.

ثانيا: تحديد القانون الأصلح للمتهم في نصوص التجريم

يعد القانون الجديد أصلح للمتهم في الحالات الآتية:

- أ- إذا أباح الفعل بعد تجريمه<sup>(1)</sup>: وعليه يكون من المسلم به أن القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون السابق إذا ألغى نص التجريم، مما يترتب عليه إباحة الفعل الذي كان يعتبر من قبل جريمة معاقبا عليها
- ب- إذا صدر القانون الجديد وقرر تخفيف وصف التجريم كحالة جعل الجناية في القانون القديم جنحة إذ من المسلم به أن الجنحة أخف من الجناية<sup>(2)</sup>.
- ج- إذا صدر القانون الجديد وهو يحمل "تضييقا في نطاق التجريم بتغيير أركان الجريمة أو ظروفها على نحو يستفيد منه المتهم"<sup>(3)</sup> كأن يشترط لقيام أحد أركانها عنصرا لم يكن يستلزمه القانون القديم.
- د- إذا نص على سبب إباحة أو مانع مسؤولية أو مانع عقاب لم يكن مقررا من قبل، كما إذا رفع سن الأهلية للمسؤولية الجنائية إلى تسع سنوات بدلا من سبع سنوات، أو إذا قرر عدرا قانونيا معفيا لم يكن مقررا من قبل لنفس الواقعة<sup>(4)</sup>.

ثالثا: تحديد القانون الأصلح للمتهم في نصوص العقاب

ولمعرفة أي القانونين أصلح للمتهم من جهة العقوبة التي ينص عليها كل منهما، يجب أن نفرق بين الحالة التي يقرر فيها كل من القانونين عقوبة وحيدة، والحالة التي ينص أحدهما أو كليهما على أكثر من عقوبة.

أ- حالة تفرد العقوبة في كل من القانونين

إذا قرر كل من القانونين القديم والحديث عقوبة أصلية وحيدة للفعل، فإن تحديد أصلحهما للمتهم ليس بالأمر العسير، ذلك لأن الإجماع منعقد في الفقه والقضاء على أن السلم القانوني للعقوبات هو الفيصل في المقارنة

<sup>1</sup> رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 112.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 68-96.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 68-96.

<sup>4</sup> حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 275.

بين مختلف العقوبات الأصلية، وينبغي على القاضي أن يتوصل إلى تحديد القانون الأصلح في هذه الحالة وفقا لنوع الجريمة ودرجة العقوبة ومدّة العقوبة أو مقدارها<sup>(1)</sup>.

01- فإذا كانت العقوبة المقررة في كل من القانونين مختلفة من حيث النوع جرت المقارنة على أساس نوع الجريمة، ومن المعلوم أن القانون يصنف الجرائم تبعا لجسامتها إلى جنایات وجنح ومخالفات بحسب المادة 5 من قانون العقوبات، وبناء على ذلك فإن عقوبة الجنایة أشد من عقوبة الجنحة وهذه الأخيرة أشد من عقوبة المخالفة<sup>(2)</sup>، وهذا بغض النظر عن درجة العقوبة ومدتها من حيث التأثير على المتهم.

02- إذا نص التشريع على عقوبات سياسية إلى جانب العقوبات العادية، فإن ما قيل بصدد العقوبات العادية يصدق عليها، وتتم المقارنة بين العقوبات السياسية والعادية على أساس أن العقوبات السياسية أخف من العقوبات العادية، بشرط اتحاد نوع الجريمة وبصرف النظر عن درجة العقوبة، فالعقوبات الجنائية السياسية أخف من العقوبات الجنائية العادية، والعقوبات الجنحة السياسية أخف من العقوبات الجنحة العادية<sup>(3)</sup>.

03- إذا تحدت العقوبة في القانونين في النوع والدرجة والمدة فإن المقارنة تكون على ضوء الأحكام التي ينظم بها كل من القانونين هذه العقوبة، ومثلها إذا كان القانونان ينصان على عقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته عن سنة، فالقانون الجديد يكون الأصلح إذا أجاز للقاضي إيقاف تنفيذ العقوبة وكان القانون السابق لا يقر ذلك<sup>(4)</sup>.

04- عند المقارنة بين عقوبات جرائم من نوع واحد، أي كلها عقوبات جنائية أو جنحة أو مخالفات، فإن المعيار المعول عليه في تحديد القانون الأصلح للمتهم هو درجة العقوبة تبعا لترتيبها الوارد في السلم القانوني المنصوص عليه في قانون العقوبات<sup>(5)</sup>، وعليه فإن العقوبة الأشد هي تلك التي تأخذ الرتبة العليا في سلم العقوبات وفي هذه الحالة فإن الغرامة أخف من الحبس<sup>(6)</sup>، إذ أن الحبس مهما قلت مدته أشد من الغرامة مهما زاد مقدارها<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 275.

<sup>2</sup> سليمان بارش، مرجع سابق، ص 53.

<sup>3</sup> حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 279.

<sup>4</sup> حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 279-289.

<sup>5</sup> حسن الجوخدار، نفس المرجع، ص 278.

<sup>6</sup> سليمان بارش، مرجع سابق، ص 54.

<sup>7</sup> رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 114.

05- إذا تحددت العقوبة في القانونين من حيث النوع والدرجة كان معيار المقارنة هو المقدار في العقوبات المالية، والمدة في العقوبات السالبة للحرية، فأصلح القانونين للمتهم هو الذي يقرر عقوبة ذات مقدار أقل أو مدة أقل<sup>(1)</sup>.

#### ب- حالة تعدد العقوبة

إن الكلام فيما سبق يتعلق بتقرير عقوبة وحيدة في كلا القانونين، لكن في حالة ما إذا قرر أحد القانونين أو كلاهما أكثر من عقوبة لنفس الجريمة فإن القانونين أصلح للمتهم يكون كما يلي:

01- يؤخذ بعين الاعتبار في المقام الأول العقوبة الأصلية الواردة في كل منهما؛ فالأصلح هو ما كان يقرر عقوبة أصلية أخف بصرف النظر عن وجود عقوبات تبعية أو تكميلية.

02- إذا تماثلت العقوبة الأصلية في كل من القانونين من حيث الدرجة والمدة فأشدهما الذي يلحق بهما عقوبات تبعية أو تكميلية لا ينص عليها الآخر.

03- إذا كان أحد القانونين يقرر للفعل عقوبتين على سبيل الوجوب بينما يقرر الثاني لذات الفعل إحدى هاتين العقوبتين فقط فهو أصلحهما.

04- إذا كان أحد القانونين يقرر عقوبتين على سبيل الجواز بينما يقرر الثاني إحداهما، فأصلحهما هو الذي يقرر عقوبة واحدة إن كانت أخف العقوبتين أما إذا كانت هذه العقوبة الوحيدة أشد العقوبتين، فالذي يقرر عقوبتين هو الأصلح لأنه يفسح المجال للقاضي ليحكم على المتهم بالعقوبة الأخف.

إذا صدر قانون جديد يحل تدييرا احترازيا محل العقوبة في القانون السابق، فإن القانون المطبق هو ذلك المعمول به وقت ارتكاب الجريمة دون البحث عن أصلحهما للمتهم لأنه من الصعب إجراء مقارنة بين نظام العقوبة ونظام التدبير على أساس قانوني، كما أن الشارع لم يضع سلما للتدابير.

<sup>1</sup>حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 279.

رابعاً: تحديد القانون الأصلح في القوانين المركبة والمتتابعة:

يبدو مما تقدم أن تحديد القانون الأصلح للمتهم بسيط إلى حد ما، إلا أن هناك حالات أخرى تبدو فيها عملية تحديد القانون الأصلح دقيقة، من بينها حالة تغيير حدي العقوبة، وحالة وجود نصوص عقابية أشد على المتهم والأخرى أخف إلى جانب إمكانية مصادفة تتابع قانونين أو أكثر قبل الحكم على المتهم.

خامساً: تحديد القانون الأصلح في القوانين المركبة

ونصادف هنا حالتين: حالة تعديل حدي العقوبة وحالة صدور قانون جديد يحمل نصوصاً عقابية بعضها أشد والبعض الآخر أخف.

أ- حالة تعديل حدي العقوبة السابقة

لا تتورأ أية مشكلة في حالة ما إذا كان أحد القانونين ينقص من الحد الأقصى للعقوبة أو من حدها الأدنى أو منهما معاً، إذ هنا يعتبر هو الأصلح للمتهم دون سواه أما في حالة ما إذا صدر قانون جديد ينقص في الحد الأدنى، ويزيد في الحد الأقصى، أو العكس فقد اختلفت الآراء على ثلاث مذاهب هي:

1- المذهب الأول: يرى أن العبرة في تحديد القانون الأصلح هي " بالمزج بين القانونين عن طريق الجمع بين

أقل القانونين في الحد الأقصى مع أقل القانونين في الحد الأدنى"<sup>(1)</sup>. وعيب هذا القانون أنه يخلق قانوناً ثالثاً لم يتجه إليه قصد المشرع<sup>(2)</sup>.

2- المذهب الثاني: يرى أنه ينبغي أن يترك للمتهم أن يختار القانون الأصلح لأنه هو صاحب المصلحة في التطبيق<sup>(3)</sup>.

وعيب هذا الرأي أن تطبيق التشريع العقابي أمر من النظام العام وليس للمتهم أي دور فيه، فضلاً عن أن الموازنة بين التشريعين عسيرة يتعذر عملاً أن يقوم بها المتهم

3- المذهب الثالث: يرى أن العبرة هي بالحد الأقصى في كل من القانونين لأنه يقوي من سلطة القاضي<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 73.

<sup>2</sup> نفس المرجع، نفس الصفحة.

<sup>3</sup> رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 116.

<sup>4</sup> أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 73.

وعيب هذا الرأي أن القانون الذي ينقص من الحد الأقصى قد يرفع من الحد الأدنى في ظروف يكون فيها المتهم أحق بالنزول عن هذا الحد الأقصى للعقوبة، فيعرض المتهم لهذه العقوبة المشددة<sup>(1)</sup>.

وفي غياب رأي للمشرع الجزائري في هذه القضية نجد أن المحكمة العليا فصلت في هذه القضية بأنه: "على القاضي الجزائري عندما يجد نفسه أمام قانونين يعاقبان على نفس الفعل أن يحتكم في مسألة تعيين القانون الأقل شدة إلى الحكم الأقصى للعقوبة في القانون بغض النظر عن حدها الأدنى"<sup>(2)</sup>.

### ب- حالة تضمن القانون الجديد لنصوص أشد وأخرى أخف

وقد يحدث هذا سواء في نطاق قوانين التجريم، أو في نطاق قوانين العقاب، أو في النطاقين معا، حيث يجمع القانون الجديد بين نصوص يكون بعضها في صالح المتهم وبعضها الآخر في غير صالحه ومن صور ذلك إذا جاء القانون الجديد يخفف عقوبة الحبس وبالمقابل يقرر عدم جواز إيقاف التنفيذ بعد أن كان ذلك جائزا، أو جاء القانون الجديد مخففا للعقاب لكنه من ناحية أخرى منع على القاضي استخدام نظام الظروف المخففة وكان مسموحا به من قبل، أو قرن التخفيف بإضافة عقوبة تبعية أو تكميلية إلى العقوبة الأصلية<sup>(3)</sup>.

ولتحديد القانون الأصح للمتهم في هذه الحالة فإن الأمر يختلف باختلاف كون القانون قابلا للتجزئة أو غير قابل لذلك.

### 1- إذا كان القانون قابلا للتجزئة:

ويعد النص الجديد قابلا للتجزئة إذا كان متضمنا موضوعات مختلفة أو كان يتضمن مجالات متعددة للتطبيق<sup>(4)</sup>، بحيث يمكن الفصل في تطبيق بعض نصوصه عن النصوص الأخرى ومثاله: ذلك القانون الجديد الذي يميز وقف تنفيذ العقوبة في أحد نصوصه ويميز عقوبة الحبس التي لم تكن منصوصا عليها في القانون القديم

<sup>1</sup> المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>2</sup> الغرفة الجنائية للمحكمة العليا، 24 ديسمبر 1981، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص 282، نقلا عن: نواصر العايش، ص 8.

<sup>3</sup> حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 291.

<sup>4</sup> سليمان بارش، مرجع سابق، ص 54.

في نص آخر، ففي هذا يعتبر القانون الجديد أصح للمتتهم فيما يتعلق بالنص الذي يجيز وقف التنفيذ<sup>(1)</sup>، و"قد نصت محكمة النقض الفرنسية بأن الجزء الأصح للمتتهم هو الذي يطبق بأثر رجعي"<sup>(2)</sup>.

## 2- إذا كان القانون غير قابل للتجزئة:

ويكون القانون كذلك "إذا كان يتضمن قواعد تعتبر في مجموعها كيانا واحدا لا يتجزأ، مثال ذلك القانون الجديد الذي يجعل العقوبة التكميلية الوجوبية المنصوص عليها في القانون القديم عقوبة تكميلية جوازية، إلا أنه يضاعف مدة هذه العقوبة"<sup>(3)</sup>.

وقد اختلفت الآراء الفقهية حول طريقة المقارنة بين القانونين عند عدم إمكانية تجزئة النصوص، وهي:

**I-الرأي الأول:** يذهب إلى أنه من المتعين عند عدم جواز الفصل بين النصوص تقدير أحكام كل قانون في مجموعها والمقارنة بينهما على أساس مجرد لتحديد أصلحهما للمتتهم وهو رأي محكمة النقض الفرنسية، بحيث تكون العبرة بالعقوبة الأصلية، فإذا خففت في القانون الجديد يكون هو الأصح، أو بالعكس، وذلك بصرف النظر عن الأحكام الأخرى<sup>(4)</sup>.

ومثال ذلك إذا خفف القانون الجديد عقوبة الحبس وفي نظير ذلك نص على عقوبة تكميلية أو تبعية، فهنا لا يمكن للقاضي إجراء مقارنة واقعية بين القانونين، ويتعين عليه أن يقارن بينهما طبقا لمجموع نصوص كل منهما، ففي حالة تخفيفها في القانون الجديد يكون هو الأصح، ولو أضيفت إليها العقوبة التكميلية فالقانون الجديد هنا هو الأصح في مجموعه لأنه خفض مدة الحبس بغض النظر عن تقريره للعقوبة التكميلية.

**II-الرأي الثاني:** يرى وجوب البحث عن صلاحية القانون عن طريق إجراء مقارنة واقعية بين القانونين؛ فالقاضي عندما تعرض عليه قضية ينظر أي القانونين عند تطبيقه على الواقعة التي أمامه يؤدي إلى نتائج أفضل للمتتهم، فإذا قدر القاضي أن تطبيق القانون السابق يحقق لمتتهم معين ذي ظروف معينة أفضل النتائج كان هو القانون الأصح،

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 73.

<sup>2</sup> سليمان بارش، مرجع سابق، ص 54.

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 73.

<sup>4</sup> حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 293.

وإذا قدر وفقا لنفس الطريقة أن القانون اللاحق يحقق نتائج أفضل من سابقه كان هو الأصلح، وإذا تعدد المتهمون فلا تترتب عليه إن هو طبق على كل واحد القانون الذي يراه أصلح له<sup>(1)</sup>.

ومثال ذلك إذا كان القانون الجديد شدد العقوبة إلا أنه قرر قاعدة الجمع بين العقوبات في عقوبة واحدة، وكان القانون السابق يخفف العقوبة لكنه يأخذ بقاعدة تعدد العقوبات، فهنا على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الواقعة المعروضة عليه، إذ قد يكون القانون الجديد أصلح بالرغم من تقرير العقاب الأشد بالنسبة لشخص متهم بارتكاب عدد من الجرائم، في حين يكون القانون القديم أصلح لمتهم آخر ارتكب جريمة واحدة<sup>(2)</sup>.

**III-الرأي الثالث:** يرى وجوب العودة إلى مبدأ عدم الرجعية عند عدم قابلية النصوص للتجزئة، باعتباره الأصل العام الواجب إتباعه "فإذا تبين للمحكمة أن القواعد التي نص عليها لصالح المتهم وتلك القواعد التي نص عليها في غير صالحة تعتبر معا كيانا غير قابل للتجزئة فإن القاضي يجب أن يحترم مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات"<sup>(3)</sup>، وهو الرأي الذي نراه صائبا في غياب الرأي الصريح للمشرع في ذلك.

#### سادسا: تحديد القانون الأصلح في القوانين المتتابعة

ومضمون هذه القضية أن القاضي في شأن القضية المعروضة عليه يجد نفسه أمام واقعة صدر في عمرها عدة قوانين ثلاثة أو أكثر وذلك في الفترة ما بين وقوع الفعل وصدور الحكم النهائي، أولها هو القانون المعمول به وقت ارتكاب الفعل وألغي قبل الحكم النهائي، وثالثها قانون صدر قبل الحكم النهائي وظل ساريا، وفي هذه الحالة يتعين تطبيق القانون الأصلح للمتهم بين هذه القوانين المتتابعة فتكون المقارنة بين القانون الأول والقانون الثاني لتحديد ما هو أصلح للمتهم بين اثنين ثم تكون المقارنة بين القانون الأصلح للمتهم منهما والقانون الثالث، فلا يطبق من بينها غير القانون الأصلح منها ولو كان هو القانون الأوسط الذي لم يكن ساريا وقت ارتكاب الفعل المجرم، وبالمقابل كان ملغيا وقت صدور الحكم النهائي لأنه عند إجراء المقارنة لا سبيل للقاضي غير الأخذ بعين الاعتبار تلك القوانين دون إسقاط أحدها إلا ما تفرضه عملية تحديد أصلحها، إلا أن هناك رأيا مخالفا يقول بوجود المقارنة بين قانون وقت الجريمة وقانون وقت صدور الحكم لاستنتاج أصلحهما الذي يتعين على القاضي تطبيقه واستبعاده أي قانون آخر نافذ خارج هذين الوقتين.

<sup>1</sup> حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 294 - 299.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 299.

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 73.

لكن هذا الرأي غير صائب في رأينا لأنه مبني على أن المركز القانوني يتبلور وقت الحكم النهائي، غير أن هذا المركز يتحدد من وقت ارتكاب الجريمة، إضافة إلى أن حصر المقارنة حسب هذا الرأي بين قانوني وقت ارتكاب الجريمة وإصدار الحكم يلغي حالة قيام مشكلة القوانين المتتابعة، فكأنه يقدم حلا لحالة تنازع قانونين اثنين فقط.

#### سابعاً: تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي :

بعد أن فرغنا من الضوابط التي يستعين بها القاضي في تحديد القانون الأصلح للمتهم، يستدعي الانتقال إلى إلقاء الضوء على مساحات تطبيق القانون الأصلح للمتهم، على ما تم من وقائع إجرامية في الفترة السابقة لتاريخ نفاذه.

#### أ- تطبيق القانون الأصلح في القانون الوضعي:

وهنا تجب التفرقة بين مرحلتين من مراحل الخصومة وهما: مرحلة ما قبل صدور الحكم البات في القضية، ومرحلة ما بعد ذلك.

#### 1- تطبيق القانون الأصلح قبل الحكم البات:

من المتفق عليه أنه إذا صدر القانون الجديد الأصلح للمتهم قبل رفع الدعوى الجنائية أو أثناء النظر فيها من قبل قاضي الموضوع فإن من واجبه تطبيق هذا القانون في أية حالة كانت عليها الدعوى<sup>(1)</sup>.

وإذا صدر القانون الأصلح بعد صدور حكم في غيبة المحكوم عليه وكان قابلاً للمعارضة فإنه يطبق، لأنه يترتب على المعارضة إعادة نظر الدعوى بالنسبة للمعارض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي؛ وبعد الحكم الغيابي في هذه الحالة كأنه لم يكن وعلى القاضي أن يطبق كل قانون جديد أصلح للمتهم وإذا صدر حكم ابتدائي من محكمة أول درجة، وكان قابلاً للاستئناف، فيطبق القانون الجديد الأصلح سواء صدر أثناء مهلة الطعن بالاستئناف أو في أثناء نظر الدعوى الاستئنافية، لأنه يترتب عليه انتقال الدعوى الجنائية برمتها إلى المحكمة الاستئنافية التي تدرس جميع النقاط الموضوعية والقانونية التي فصلت فيها محكمة أول درجة وفي أثناء ذلك يجب تطبيق القانون الأصلح.

<sup>1</sup> حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 319.

وإذا صدر القانون الأصلح أثناء أجل الطعن بالنقض، أو أثناء نظر الطعن فإن الرأي السائد يذهب إلى وجوب تطبيق القانون الأصلح، بل يجوز أن يستند الطاعن إلى صدور القانون الأصلح طالبا تطبيقه عليه وإن كان هو السبب الوحيد للطعن، كما يجوز أن يستند الطاعن إلى صدور القانون الأصلح وأن يقدم هذا السبب أثناء نظر الطعن المبني على وجه آخر، ومحكمة النقض أن تنقض الحكم من تلقاء نفسها لمصلحة المتهم إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون أصلح يسري على واقعة الدعوى<sup>(1)</sup>.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية وفي هذا السياق الأخير- أي صدور القانون الأصلح أثناء أجل الطعن أو أثناء نظره- ترددت في تطبيق القانون الأصلح واستمر ذلك حتى سنة 1872، ثم تراجعت عن رأيها بعد ذلك وأفسحت المجال لتطبيقه ولو أثناء مهلة الطعن بالنقض أو أثناء النظر فيه أو بعد نقض الحكم<sup>(2)</sup>.

## 2- تطبيق القانون الأصلح بعد الحكم البات:

إذا صدر حكم بات في خصومة جنائية فإنه يكون قد انقضى عمر هذه الخصومة وأصبح ذلك الحكم البات هو عنوان حقيقتها، وفي خلال هذه الأثناء قد يصدر قانون يعد أصلح للمتهم المحكوم عليه والذي استنفذ جميع طرق الطعن في الحكم الصادر ضده، فهل يستفيد من صلاحية هذا القانون؟

استقر بعض الفقهاء على أن صدور قانون جديد يحدد من جديد كيفية تكوين هذا المركز- المركز القانوني للمتهم-

لا يكون له أثر على الماضي<sup>(3)</sup>، إذ أن استقرار وأمن المعاملات في المجتمع أعلى وأسمى في الحرص عليه من مصلحة فرد متهم بالجريمة وعليه لا يجوز المساس بالحكم البات الذي وباستنفاد الطرق القانونية للطعن فيه يصبح هو عنوان الحقيقة، والصواب الذي لا يقبل المناقشة، فهو يجوز قوة الأمر المقضي فيه فلا يجوز إذن المساس به إلا بنص قانوني يبيح ذلك، غير أن هذه الوضعية تعد مقبولة من حيث المبادئ لكنها تؤدي إلى نتائج مضرة

<sup>1</sup> انظر: حسن الجوخدار، مرجع سابق، ص 312.

<sup>2</sup> انظر: أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 78.

<sup>3</sup> سليمان بارش، مرجع سابق، ص 57.

حيث يمكن أن يتعرض متهم إلى هذا المركز القانوني في حين يستفيد بعض المساهمين معه الذين لم يحاكموا من النظام الجديد مما يخالف قواعد العدالة<sup>(1)</sup>.

وعليه ظهر رأي فقهي آخر يرى جواز امتداد تطبيق القانون الأصلاح إلى ما بعد صدور حكم بات في الدعوى ويحتجون على ذلك : بوجود حماية مبدأ العدالة التي تقضي بالحرص على مبدأ تكافؤ الفرص أمام المتهمين للاستفادة من القانون الأصلاح سواء من صدر في حقه حكم بات أو من لم يصدر في حقه ذلك

كما احتجوا بأنه ليس من العدل والمصلحة الاجتماعية أن يؤخذ بعقوبة لم يجد فيها المشرع أو في شدتها فائدة، حتى بعد صدور حكم بات بما على المحكوم عليه فلا معنا للفرقة بين الحالة التي يطبق فيها القانون الجديد الأصلاح قبل صدور الحكم البات، وتلك التي يصدر فيها القانون الجديد بعد الحكم البات<sup>(2)</sup>.

وأمام هذا الاختلاف اقترح لجان من الفقه أنه يمكن تدارك هذه الوضعية مع المحافظة على التوازن عن طريق العفو، غير أن آثار العفو لا تتساوى مع آثار النص الجديد<sup>(3)</sup> إضافة إلى أن العفو لا يتشابه في مفعوله وآثاره مع حالة صدور القانون الجديد، فهو وسيلة خطيرة و غير كافية لأنها تخضع للسلطة التقديرية لرئيس الدولة وقد لا تحقق المساواة المبتغاة منها.

أما عن موقف المشرع الجزائري "وإذا رجعنا إلى نص المادة 531 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية نلاحظ أن المشرع في تحديده لحالات التماس إعادة النظر في الحكم البات لم يشر إلى هذه الحالة حالة صدور قانون أصلاح ومن ثم وخدمة للشرعية والعدالة، فإنه يتعين على المشرع أن يضمن نصا يحكم هذه الحالة، ويبقى الطريق إلى طلب العفو مرسوما لمواجهة هذه الحالة حين تدارك المشرع لها"<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> سليمان بارش، نفس المرجع، ص 57.

<sup>2</sup> علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج 1، ب ط، القاهرة، 1938، ص 127.

<sup>3</sup> سليمان بارش، مرجع سابق، ص 57.

<sup>4</sup> نفس المرجع، نفس الصفحة .

خلاصة الفصل :

يمكن القول من خلال استعراض هذا الجزء من الدراسة، والذي ركزنا فيه على ماهية مبدأ عدم رجعية النص القانوني و تطبيقات هذا المبدأ لكل من الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري على أن تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان له دلالات تنم عن رغبة المشرع في إعطاء القواعد القانونية الصفة الفورية إضافة إلى قوتها الإلزامية و وجوب احترامها من قبل كل الأشخاص و لاسيما الذين يحاولون التملص من دائرة القانون تحت طائلة التعرض للعقوبات المناسبة.

و إلغاء القوانين الجزائية يهدف عموما إلى إضفاء الشرعية على ما كان من المفترض أن يشكل حماية لحقوق المواطن من كافة أنواع التعسف و الغبن، حتى و إن أصبح تعدد الجرائم شائعا مع تطور الزمن مما يستدعي قيام السلطات التشريعية بسن و تعديل أحكام عدة لكبح جناح الذين يتمردون على القانون.

و إذا كانت القاعدة القانونية تتمتع بعدم رجوعيتها فانه يلاحظ في استثناءات هذا المبدأ بأنها عادلة إلى حد يسمح لفئات معينة من المحكوم عليهم بأحكام متفاوتة بالاستفادة من التدابير المخففة أو حمايتهم من أخرى هي أشد وطأة عليهم مقارنة بالأحكام التي صدرت بحقهم.

و على العموم و كراي شخصي فانه يجب تفصيل الأحكام التي يستفيد من تدابيرها أشخاص معينون دون غيرهم من الذين اعتادوا على ارتكاب الجرائم ولا تشبههم عنها مراسيم العفو الرئاسي أو تطبيق القانون الأصلح للمتهم. كما ينبغي الفحص الدقيق و المراجعة المستمرة للقوانين العقابية لما لها من أثر كبير في إصلاح المجتمعات، فأى خطأ غير مقصود قد يكلف الآخرين ثمنا باهظا، و لابد من توخي الحيطه والحذر عند القيام بالتعديلات بما لا يمس بمصالح المجتمع و الأفراد منتهجين في ذلك سياسة ناجعة تنم عن الحكمة و بعد البصر وفق لقوانين نابعة من ثقافتنا نحن و مطبقة على الزمن الذي نعيش فيه، لا قوانين مستوردة من أزمنا غيرنا.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة واستعراض النصوص القانونية والأدلة الشرعية ومبادئ وأسس العدالة في الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري والمتعلقة بمبدأي الشرعية الجنائية و عدم رجعية النص القانوني نلاحظ أن هذه النصوص تندرج بوجه عام في السياق و الإطار الذي رسمته المبادئ و القواعد المقررة في مواثيق حقوق الإنسان و الشريعة الإسلامية .

كما أن قاعدة عدم الرجعية المتمخضة عن مبدأ شرعية التجريم والعقاب تمثل أحد ركائز القانون الجنائي، والضامن الأساسي لحقوق الأفراد والمواطنين من أي تعسف من جانب السلطات، و الجزائر من الدول التي احترمت هذه القاعدة، بحيث أقرتها في دستورها وفي قانونها الجنائي.

و ختاماً نقول أنه على الرغم من الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية في الجرائم إلا أنه مازال صامداً إلى وقتنا الحالي و يجد تطبيقاً له في كثير من الدول بل اعتبره بعض الدول من المبادئ الدستورية ونص عليه في دساتيرها. حيث أنه لقي جل الاهتمام من طرف المشرع الجزائري، إذ نجد إن قانون العقوبات الجزائري قد ركز على مبدأ الشرعية، و هذا من خلال وضع نص قانوني يجرم واقعة معينة، ويضع عقوبة لهذا الأخيرة، حيث أن هذا المبدأ أصبح من بين القواعد العامة في الجزائر ، فهو مبدأ دستوري لا يمكن الاستغناء عنه.

وفي نظرنا إن هذا المبدأ قد سعى إلى تحقيق نوع من الاستقرار و الطمأنينة بين أفراد المجتمع، وبالتالي وجوده ضروري لكلا الطرفين الدولة و المجتمع.

- و من النتائج و التوصيات التي خلصنها من خلال هذه الدراسة ما يلي :

#### أولاً: النتائج :

- 1- مفهوم الشرعية أوسع من قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).
- 2- رجعية النص الأصلح للمتهم لا ينافي الشرعية الجنائية.
- 3- مبدأ عدم الرجعية ليس مناقضاً و لا هادماً لمبدأ الشرعية بل يعتبر تطبيقاً ميدانياً و مظهرها عملياً له .

- 4- نشر القوانين والتعريف بها يساعد الناس على تكييف سلوكهم وفقا لها .
- 5- رجعية النصوص الجديدة أصلح للمتهم فهي لا تعارض مفهوم الشرعية الجنائية .
- 6- غياب رأي المشرع الجزائري حول تحديد صلاحية القانون بالنسبة للمتهم يوسع من السلطة التقديرية للقاضي في ذلك، فيما فصلت المحكمة العليا في أحد فروع هذه القضية بقولها : ( على القاضي الجزائري عندما يجد نفسه أمام قانونين يعاقبان على نفس الفعل أن يحتكم في مسألة تعيين القانون الأقل شدة إلى الحكم الأقصى للعقوبة في القانون بغض النظر عن حدها الأدنى)<sup>(1)</sup>.
- 7- الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في إرساء هذه المبادئ .
- 8- طبقت الشريعة الإسلامية هذه المبادئ في قانونها الجنائي و حتى في الأحوال الشخصية التي تسبب مخالفتها أفعالا جنائية كالربا و الخمر و الزنا .

#### ثانيا: الاقتراحات:

- 1- الحرص على نشر القوانين والنظم وتعريف الناس و بها حتى يكتفوا سلوكهم وفقا لها .
- 2- التحديد الدقيق لصياغة النصوص القانونية و الجريمة والمعاقبة سدا لباب التأويلات.
- 3- المراجعة المستمرة للنصوص القانونية للتأكد من سلامتها وتحقيقها لمبادئ العدالة وفقا للمستجدات والنوازل.
- 4- الاستفادة من مميزات الفقه الإسلامي وسعته وثبات مبادئه ومرونتها لتطوير مفهوم العدالة الجنائية واستيعاب مستجداتها.
- 5- الاستفادة من التجارب الإنسانية المعاصرة في تقرير مبادئ العدالة الجنائية المنشودة .

1الغرفة الجزائرية للمحكمة العليا ، 24 ديسمبر 1981 ، مجموعة قرارات الغرفة الجزائرية ، ص282 نقلا عن نواصر العايش، تقنين العقوبات- مبادئ الاجتهاد القضائي- فهرس أبجدي للمواد، ب ط، مطبعة عمار قربي، باتنة، الجزائر، 1991، ص 08.

# قائمة المصادر والمراجع

المصادر والمراجع باللغة العربية

أولاً: المصادر:

01- القرآن الكريم.

02- إبراهيم منصور وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ط1، دار الدعوة، 1989.

ثانياً: المراجع :

01 / الكتب:

01- إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائي - القسم العام -، ط1، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1981.

02- إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في أصول الشريعة لشاطبي، ب ط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ب س ن.

03- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط1، دار الدعوة، الإسكندرية، 1989.

04- ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البجاوي، ب ط، ج1، دار المعرفة، بيروت، ب س ن.

05- ابن تيمية، مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية.

06- ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، ج2، ب ط، دار المعرفة، بيروت، ب س ن.

07- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج2، ب ط، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، ب س ن.

08- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، دمشق، ب س ن.

09- ابن سعد، الطبقات الكبرى، ج3، ب ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1985.

10- ابن عاشور، التحرير و التنوير، ج13، ب ط، الدار التونسية للنشر، 1984.

11- ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق وتعليق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، ط1، ج9، دار العلوم، 1987.

12- ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، دار العلوم، ج2، ط1، تحقيق وتعليق: الرحالي فاروق وعبد الله بن إبراهيم الأنصاري وغيرهما، 1981.

13- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

14- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج2، ب ط، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، ب س ن.

15- ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول أ-ج، مادة بدأ، دار الجليل، بيروت، 1988.

16- ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجليل، المجلد السادس ن-ب، مادة نخص، بيروت، 1988.

17- أبو داود، سنن أبي داود، ب ط، دار الفكر، الإسكندرية، ب س ن.

- 18- أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ب ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.
- 19- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، ب ط، ج 5، مطبعة مصطفى الحلبي، سوريا، 1957.
- 20- أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، ط1، دار العلوم العربية، بيروت، 1992.
- 21- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج3، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- 22- أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ج3، ب ط، بيروت، 1991.
- 23- أحمد فتحي سرور، العقوبة في الفقه الإسلامي، ط5، دار الشروق، 1983.
- 24- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط2، القاهرة، 1970.
- 25- أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، ج2، ب ط، دار الفكر، ب س ن.
- 26- إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون و الحق و تطبيقاتها في القانون الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ب س ن.
- 27- الألوسي، روح المعاني، دار إحياء التراث العربي، ب ط، ج 15، بيروت، ب س ن.
- 28- الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: سيد الجميلي، ج1، ط2، الكتاب العربي، بيروت، 1986.
- 29- البغوي، تفسير البغوي المسمى معالم التنزيل، ج1، ط2، إعداد وتحقيق: مروان سوار، دار المعرفة، بيروت، 1987.
- 30- بلعليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون مدني جزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 31- جلال ثروت، قانون العقوبات - القسم العام -، الدار الجامعية، ب ب ن، ب س ن.
- 32- حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1993.
- 33- حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة مقارنة، ط1، ب ب ن، 1993.
- 34- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969، ص 340.
- 35- حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني - القسم العام -، جامعة صنعاء، اليمن، 1991.
- 36- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، اعتنى به محمد خليل عيناني، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997.
- 37- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - حاشية على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا .
- 38- الرازي، التفسير الكبير، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.
- رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضائين الدستوري و الإداري، ط1، دار النهضة العربية للقاهرة، 2011.

- 39- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، ب ط، بمديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ب ب ن، ب س ن.
- 40- الزركلي، الأعلام، مطبعة عبيد، دمشق، ب س ن.
- 41- سعدي بسيسو، مبادئ قانون العقوبات، ط1، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1964.
- 42- سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري (شرعية التحريم)، مطبعة عمار قرني، باتنة، الجزائر، 1992.
- 43- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، ط1، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1999.
- 44- سيد قطب، في ظلال القرآن، ط1، ط16، دار الشروق 1996.
- 45- السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، مؤسسة الكتب الثقافية، تخريج وتعليق: خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان، 1994.
- 46- ضاري محمود خليل، الوجيز في شرح قانون العقوبات - القسم العام - ، دار القادسية للطباعة، بغداد، 1982.
- 47- طالب فرج عاصي، تفريد العقاب في ضوء قانون إصلاح النظام القانوني، بحث مقدم للمعهد القضائي بالعراق، العراق، ب س ن.
- 48- الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، ط1، ج 6، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
- 49- الطبري، جامع البيان، ط3، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، مصطفى البابي الحلبي.
- 50- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام- الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 51- عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ب ط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1987.
- 52- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ط13، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1994.
- 53- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات - القسم العام- الجريمة، ج1، ب ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ب س ن.
- 54- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات، 2005.
- 55- عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه الإسلامي، ط1، الزهراء، الجزائر، 1993، ص 21.
- 56- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط8، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر، 1956.
- 57- عجة الجليلي، مدخل للعلوم القانونية، ب ط، ب ب ن، ب س ن.
- 58- عدنان الخطيب، موجز القانون الجزائري، ط1، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1963.
- 59- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982 م.

- 60- علي فيلاي، في مقدمة في القانون، ب ط، موفم للنشر، ب س ن.
- 61- علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج1، ب ط، القاهرة، 1938.
- 62- علي بن هادية وآخرون، القاموس الجديد للطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 63- علي حسين الخلف وسلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات ج1، ب ط، ب ب ن، ب س ن.
- 64- الغزالي، المستصفي من علم الأصول، ج1، ب ط، دار الفكر، بيروت، ب س ن.
- 65- فوزي أو صديق، الواضح في شرح القانون الدستوري، ج3، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- 66- فوزي أو صديق، الواضح في شرح القانون الدستوري، ج1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- 67- قانون الإجراءات الجنائية للمملكة العربية السعودية، المادة 3، مرجع سابق، عادل عبد العال (2011م) مبادئ علم الإجرام، ب س ن.
- 68- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ب ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- 69- الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ب ط، دار الكتب العلمية، بيروت، ب س ن.
- 70- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجريمة، ب ط، دار الفكر، بيروت، ب س ن.
- 71- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون ( القاعدة القانونية)، ب ط، دار الجامعة الإسكندرية، 2009.
- 72- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
- 73- محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج1، ب ط، دار المعرفة، بيروت، 1993.
- 74- محمد صبحي نجم، قانون العقوبات - القسم العام -، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 75- محمد فاروق النبهان، مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي، ب ط، وكالة المطبوعات، الكويت، ب س ن.
- 76- محمد كامل ليلية، القانون الدستوري، ط2، دار الفكر العربي، ب ب ن، 1967.
- 77- محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، ط1، شركة الشهاب الجزائر، 1984.
- 78- محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي، الإسلامي، ط2، مؤسسة الإسرائ، قسنطينة، 1991.
- 79- محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ط1، دار النهضة العربية، 1983.
- 80- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 81- المزني، جمال أبي الدين الحجاج يوسف المزني، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، ج 23، ط2، مؤسسة الرسالة بيروت، 1992.
- 82- مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، دار المعرفة، ب ط، ج 8، بيروت، تحقيق: خليل مأمون شيعا، 1997.
- 83- مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، ب ط، دار الكتب العلمية، بيروت، ب س ن.

84- مسلم، صحيح مسلم، ج1، ب ط، تحقيق: وتصحيح محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ب س ن.

85- نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا في الإجراءات الجزائية، ج1، ب ط، دار الهدى، الجزائر، 2008.

86- نواصر العايش، تقنين العقوبات - مبادئ الاجتهاد القضائي - فهرس أبجدي للمواد، ب ط، مطبعة عمار قرني، باتنة، الجزائر، 1991.

87- النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، حاشية على صحيح مسلم، تحقيق: خليل مأمون شيحا، ج8، ط4، دار المعرفة، بيروت، 1997.

88- النووي، محيي الدين يحيى (د.ت) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ج 12، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

89- النيسابوري، أبو الحسين علي بن أحمد الواحدي النيسابوري أسباب النزول، دار المعرفة، بيروت، ب س ن.

90- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط3، دار الفكر، دمشق، 1989.

## 02 / المقالات:

01- بوقره إسماعيل، آثار حكم الإلغاء و إشكالات تنفيذه، مقال منشور في مجلة الإحياء، العدد الرابع عشر بالمركز الجامعي، خنشلة، الجزائر، ب س ن.

02- يمينة خصار، الأثر الرجعي في القرارات الإدارية، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد11، جوان 2017.

## 03 / المجالات:

01- مجلس الأمة، مجلة مجلس الأمة مجلة دورية المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، العدد الأول، جانفي 1998.

02- محمد العواء، مبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن، بحث منشور في مجلة القضاء و التشريع، العدد 03، 21 مارس 1975، تونس.

04 / الأطروحات الجامعية:

- 01- عبد القادر سليمانى، منهج أهل السنن في الجرح والتعديل رسالة ماجستير - المعهد الوطني للعلوم الإسلامية، باتنة، 1996/1995.
- 02- باسم عبد الزمان الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، رسالة دكتوراه، غير منشورة، جامعة بغداد، العراق، 2000 .

05 / النصوص القانونية:

أ- الدساتير:

- الدستور الجزائري المؤرخ في 23 فبراير 1989 و التعديل الدستوري والمؤرخ في 28 نوفمبر 1996.
- الدستور المملكة العربية السعودية.

ب- القوانين:

- القانون المدني المعدل و المتمم.
- قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.

المراجع باللغة الأجنبية:

01/Roubier, le droit transitoire, 2e ed ,1960.

الفهرس

## فهرس المحتويات

رقم الصفحة	المحتويات
	شكر و عرفان
	إهداء
	قائمة المختصرات
	ملخص البحث باللغة العربية
	ملخص البحث باللغة الانجليزية
أ - د	مقدمة
05	الفصل الأول: مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري
06	تمهيد
07	المبحث الأول: ماهية مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري
07	المطلب الأول: مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية
07	الفرع الأول: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية لغة و اصطلاحا
10	الفرع الثاني: أساس مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية
15	المطلب الثاني: مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الجنائي الجزائري
15	الفرع الأول: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية
17	الفرع الثاني: أهمية ونتائج مبدأ شرعية الجنائية
22	المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ الشرعية الجنائية في كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري
22	المطلب الأول: بعض تطبيقات مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية
22	الفرع الأول: شروط تطبيق مبدأ الشرعية
23	الفرع الثاني: مقتضيات تطبيق مبدأ الشرعية
24	المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الجزائري

24	الفرع الأول: مصادر النصوص الجزائية و تفسيرها
28	الفرع الثاني: نطاق تطبيق مبدأ الشرعية و النص الجنائي
30	خلاصة الفصل
31	الفصل الثاني: مبدأ عدم رجعية القوانين في الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري
32	تمهيد
33	المبحث الأول: ماهية مبدأ عدم رجعية النص الجنائي
33	المطلب الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في الشريعة الإسلامية
33	الفرع الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي لغا و اصطلاحا
36	الفرع الثاني: أساس مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في الشريعة الإسلامية
41	المطلب الثاني: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في التشريع الجزائري
41	الفرع الأول: تعريف مبدأ عدم رجعية النص الجنائي و مبررات وجوده
43	الفرع الثاني: النظريات التي تحكم مبدأ عدم رجعية القوانين و موقف المشرع الجزائري منه
55	المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ عدم رجعية القوانين
55	المطلب الأول: بعض تطبيقات مبدأ عدم الرجعية في الشريعة الإسلامية
56	الفرع الأول: تطبيق عدم الرجعية بنص صريح
60	الفرع الثاني: تطبيق عدم الرجعية في النصوص التي تقرر حكما جديدا أشد
63	المطلب الثاني: بعض مجالات تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الجنائي الجزائري
64	الفرع الأول: شروط تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي
67	الفرع الثاني: القانون الأصلح للمتهم كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية
81	خلاصة الفصل
82	خاتمة
85	قائمة المصادر والمراجع
92	الفهرس