

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

ميدان الحقوق والسياسية  
تخصص قانون جنائي



كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي

بعنوان

# مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إشراف الأستاذ  
ولهي المختار

إعداد الطلبة  
شرقي رؤوف  
شرقي محمد أنور  
لجنة المناقشة

اللقب والإسم	الرتبة	الصفة
محفوظ بن صغير	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
المختار ولهي	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا
جمال الدين ميمون	أستاذ محاضر (أ)	ممتحنا

السنة الجامعية: 2023 / 2022



27 ديسمبر 2020

ملحق بالقرار رقم ..... 1082 ..... المؤرخ في .....  
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي  
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد(ة): ..... للتشرفي محمد أنور ..... الصفة: طالب. أساذ. باحث  
الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 401836516 والصادرة بتاريخ: 2022 / 05 / 26  
المسجل(ة) بكنية / معهد ..... الحقوق والعلوم السياسية قسم ..... حقوق  
والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة/دكتوراه).  
عنوانها: ..... مبدأ الدسعية الجنائية في الفقه الإسلامي  
والقانون الجنائي  
أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية  
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2023 / 06 / 07

توقيع المعني(ة)



ملحق بالقرار رقم 10821... المؤرخ في 27 ديسمبر 2020  
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

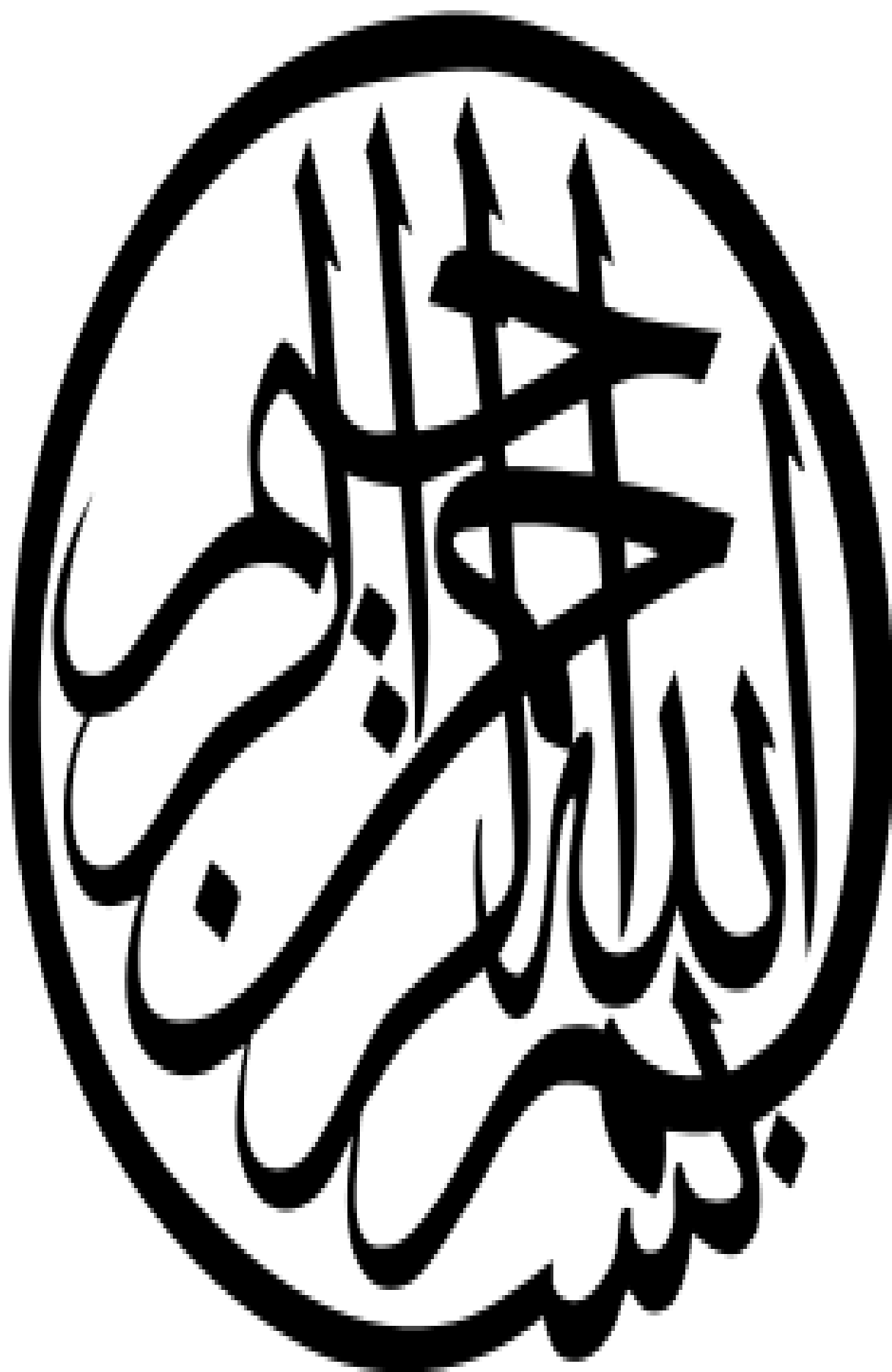
نموذج التصريح الشرفي  
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله.

السيد (ك): ..... للشرقي ..... هور وفس ..... الصفة: طالب. أسكاذ. باحث  
الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 102113537. والصادرة بتاريخ: 16/11/29  
المسجل (ة) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم حقوق  
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).  
عنوانها: ..... مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي  
والتقنيات الجنائية  
أصرح بشرفي أنني أتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية  
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2023/06/07

توقيع المعني (ة)



# إهداء

إلى من كان برهم نجاة وحبهم حياة ودعاءهم فلاح

إلى "حفصة، بتول، السعيد وعبد اللطيف"

وإلى من ترك بصمته في القلوب قبل العقول

الطبيب والأستاذ "لكحل توفيق" رحمه الله.

محمد ورؤوف

# كلمة شكر

نشكر الله عز وجل ونحمده على توفيقنا في مشوارنا العلمي

والقيام بهذا العمل المتواضع

وشكر موصول لمشرفنا الفاضل الدكتور "ولهي المختار"

لما بذله معنا من جهد خلال فترة الإشراف

ولا يفوتنا

تقديم الشكر لأعضاء اللجنة الكريمة

لقبولهم تحكيم هذه الرسالة ومناقشتها .

محمد ورؤوف

## مقدمة

يقول الله عز وجل في كتابه الكريم: {فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ} [سورة المائدة، ٣٠]، وتشير هذه الآية الكريمة إلى قابيل الذي قتل أخاه هابيل، إذن فالجريمة فعل وجد في البشرية منذ أول عهدها.

ولما حدث من وقوع الجرائم و رد الفعل عليها، كانت النشأة الأولى للأعراف في المجتمعات القديمة، حيث يؤكد الباحثون بأن البشرية قد مرت بمراحل عديدة من حيث تطور الجريمة وتوقيع العقوبة عليها، فمن الأسرة إلى نظام العشيرة ثم القبيلة وانتهت بالدول الحديثة والأنظمة الحالية، حيث خضعت هذه الجماعات للعادات والتقاليد والأعراف الخاصة بها، التي تكونت وتطورت بتطور فكر تلك المجتمعات، وذلك ما جعل الجريمة والعقوبة تحوز إهتمام تلك المجتمعات، إلى أن وصل الأمر إلى إقرار مبدأ الشرعية الجنائية، الذي تقوم عليه أنظمة التجريم والعقاب الحديثة.

ورغم أن قانون هامورابي قبل الميلاد كان قد عرف مبدأ الشرعية الجنائية، إلا أن التشريع الإسلامي كان السباق لإقرار هذا الأخير وتطويره، وإعطاء الصورة الأمثل لتطبيق هذا المبدأ، في الوقت الذي كانت أوروبا غارقة في الظلام وتعاني من ظلم السلطة وتعسفها، ودل القرآن الكريم على هذا المبدأ في العديد من الآيات في قوله تعالى: {وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا} [سورة الإسراء، ١٥]، وقوله تعالى: {وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ} [سورة القصص، ٥٩]، ومن ثم توالى الآيات المشرعة للجرائم والعقوبات.

والدولة الحديثة أصبحت تربط بين حق العقاب ومظاهر سيادتها، فالجريمة ضرر خطير يصيب سيادة الدولة ومصالحها، لذلك كان الرد على الجريمة من حق الدولة فقط، لها أن تقرر نوعه ومقداره و كل ما يتعلق به، وهكذا انتهى المطاف بالرد على الجريمة، بعدما كان رد فعل فردي أو جماعي انتقامي في المجتمعات السابقة.

ومن الأسباب التي دفعت بنا إلى اختيار هذا الموضوع، أسباب شخصية وأسباب موضوعية، وتتمثل الأسباب الشخصية في رغبتنا الشديدة في التعمق في هذا الموضوع، لما نجد فيه من أهمية بالغة لنا كمسلمين لنعرف مدى توافق تشريع بلادنا مع الشريعة الإسلامية، خاصة في هذا المبدأ الجوهرى، أما الأسباب الموضوعية فتتمثل في أن هذا المبدأ من أهم أسس الحرية الفردية، الذي يضمن حقوق الأفراد بتبيان الجرائم والعقوبات المقررة لها، ومعرفة الفرق بين التشريعات المختلفة يساهم في الارتقاء بهذا المبدأ وتطويره.

تبرز أهمية الدراسة في أن مبدأ الشرعية الجنائية، يعد الأساس الجوهرى لكل تشريع، بحيث أن هذا الأخير يضع الحدود الفاصلة، بين ما هو مباح وما هو محظور، وبما أن الدستور الجزائري، يقر في المادة الثانية منه بأن الإسلام دين الدولة، وجب معرفة مدى مسابقة القانون الجزائري لهذه المادة من الدستور.

وتكمن أهداف الدراسة في النقاط التالية:

- تحديد مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والفرق بينهما
- معرفة النطاق الزمان والمكاني الذي يسري فيه كل من التشريع الإسلامي والقانون الجزائري
- تحديد أسباب الإباحة ومتى تسقط المسؤولية الجنائية في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

تم الاعتماد في هذا الموضوع بشكل أساسي على المنهج الوصفي، وهو المنهج المناسب في دراسة المبادئ القانونية دون زيادة أو نقصان، ودون تخلل الذاتية للموضوع، وكذلك تم الاعتماد على المنهج المقارن، الذي ساعدنا في المقارنة بين الفقه التشريعي الإسلامي والنظام القانوني الجزائري فيما يخص مبدأ الشرعية الجنائية.

تقييدنا بعدد صفحات معين، كان من أهم الصعوبات التي قابلتنا خلال البحث، حيث أن الموضوع يحتاج إلى تعمق أكبر وعدد صفحات أكثر، لإثرائه بالمعلومات اللازمة، وتحقيق أكبر استفادة من الموضوع.

ويطرح موضوع البحث الإشكالية التالية:

**ما مدى مساهمة القانون الجزائري للفقهاء الإسلامي فيما يتعلق بمبدأ الشرعية الجنائية وتعطيله بأسباب الإباحة ؟**

وللإجابة على الإشكالية المطروحة وللإحاطة بجزئيات هذا الموضوع، تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين أساسيين، حيث خصص الفصل الأول لماهية الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أما الفصل الثاني فتم التطرق فيه إلى تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري .

## الفصل الأول

### ماهية مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

لقد قام مبدأ الشرعية الجنائية كعلاج ضد مختلف صور التحكم التي عان منها القضاء الجنائي ردحا طويلا من الزمن، فهذا المبدأ يضع للأفراد الحدود الواضحة لتجريم الأفعال قبل ارتكابها، فيبصرهم من خلال نصوص محدودة جلية لكل ما هو مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مباشرتها، كما يضمن لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم، وبحول بذلك دون تحكم القاضي، فلا يملك إدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم والعقاب الذي يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل، كما يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية ثمرة من ثمار ما جاءت به الشريعة الإسلامية وكذلك مبدأ الفصل بين السلطات، كما أن أساس هذا المبدأ هو المسؤولية الأخلاقية حيث تتحدد مسؤولية الشخص بناء على الخطأ المنسوب إليه، والصادر عنه بناء على الإدراك وحرية الاختيار، حيث جوهر الخطيئة إدراك عدم مشروعية الفعل ثم إرادة ارتكابه، وهو ما يقتضي أن تكون عدم مشروعية الفعل قد حددتها النصوص القانونية العقابية مسبقا، وتبعاً لذلك فقوام مبدأ الشرعية الجنائية مبدأ العدالة الذي يعد من الركائز الأساسية لقيام دولة القانون<sup>1</sup>.

ولدراسة ماهية هذا المبدأ بالنسبة للفقه الإسلامي والقانون الجزائري تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث خصص المبحث الأول للفقه الإسلامي، والمبحث الثاني للقانون الجزائري.

---

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، مصر، 2005، ص ص

## المبحث الأول

### تحديد مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي

بما أن الشرعية الجنائية هي حجر الأساس في التشريع الجنائي الإسلامي، لذلك وجب التطرق إلى ماهية هذا المبدأ في الفقه الإسلامي، ويتم ذلك من خلال تحديد مفهومه بالنسبة لفقهاء المسلمين (المطلب الأول)، وكذلك النتائج المترتبة عن هذا المبدأ (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### تحديد مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي

يعتبر التشريع الإسلامي السباق لتأسيس مبدأ الشرعية الجنائية في مفهومه الحديث والمعاصر، وذلك لأنه أتى بتعريف له لم يسبقه أحد إليه (الفرع الأول)، كذلك أقسامه المتنوعة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي

لمعرفة المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي، يجب تعريف المبدأ في هذا الأخير (أولاً) ومعرفة ما يتضمنه (ثانياً).

#### أولاً: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي

المتفق عليه عند جمهور أهل العلم عند المسلمين في تعريف مبدأ الشرعية الجنائية بأنه لا عقاب إلا بنص سابق على الفعل، أي لا يمكن للحاكم في الإسلام أن ينزل عقوبة بأحد إلا إذا توفر شرط سبق تجريم النص للفعل المحدث، وتحديد العقوبة المخصصة له، لقوله سبحانه و تعالى ﴿مَنْ أَهْتَدَىٰ فَأَتَمَّا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ ۗ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ۗ﴾ {سورة الإسراء، ١٥}، ولقد أكد النبي ﷺ على المنهج القرآني سالف الذكر من أنه لا عقاب إلا

بنص سابق بدليل وضعه دم الجاهلية وربا الجاهلية، وذلك لما رواه جابر ابن عبد الله عن النبي ﷺ في قوله في خطبة الوداع<sup>1</sup>.

### ثانيا : مضمون مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي

قواعد الشريعة الإسلامية تنص على أنه لا يمكن وجود جريمة أو عقوبة إلا إذا كانت هناك نصوص شرعية صريحة تنص عليها، وتوجد قاعدة أصولية تنص على أنه لا يجب تحميل الشخص شرعياً بالالتزام بشيء ما إلا إذا كان قادراً على فهم دليل التكليف وكان قادراً على القيام به، ولذلك يتطلب التكليف توفر بعض الشروط في المكلف (الشخص المسؤول)، مثل قدرته على فهم النصوص الشرعية وأن يكون أهلاً للمسؤولية والعقوبة<sup>2</sup>.

وبالنسبة للفعل المكلف به، يجب أن يكون ممكناً وقابلاً للقيام به من قبل المكلف، ويجب أن يكون المكلف على دراية تامة بالفعل وعاقده العزم على الامتثال له، ولا يمكن تحميل شخص بشيء مستحيل القيام به، وعلاوة على ذلك، يجب أن يكون النص على الفعل واضحاً ومعلومًا للجميع، ولا يمكن تطبيق عقوبة على شخص إلا إذا كان على علم بالنص وتم نشره بشكل عام، ولتطبيق هذه الشروط على الجرائم، يجب أن يكون هناك نص صريح ينص على الجريمة وعقوبتها، ويجب أن يحمل النص المكلف على الامتثال ويكفيه عن العصيان وبالتالي، فإنه لا يمكن وجود جريمة أو عقوبة بدون نص صريح ينظمها ويعلن عنها<sup>3</sup>.

المصدر الأصولي لهذه القواعد التي تؤكد أنه لا يوجد جريمة أو عقوبة بدون نص في الشريعة الإسلامية، لا يستند إلى العقل والمنطق، ولا يستند إلى نصوص

<sup>1</sup> عماد علي التميمي ورائد سليمان الفقير، "مبدأ الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي وما يحققه من ضمانات للمتهم"، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد 03، العدد 01، الأردن، 2015، ص 125.

<sup>2</sup> ضو خالد، "التأصيل لمبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية"، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، الجزائر، 2021، ص 288.

<sup>3</sup> عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي، لبنان، دون سنة نشر، ص 118.

الشرعية العامة التي تأمر بالعدل والإحسان وتحرم الظلم والحيث<sup>1</sup>، بل يستند إلى نصوص خاصة وصريحة في هذا السياق، منها قوله تعالى: {وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ۗ} [سورة الإسراء، ١٥].

النصوص الشرعية في الإسلام هي قاطعة، حيث تنص على أنه لا يوجد جريمة إلا بعد بيانها ولا يوجد عقوبة إلا بعد إنذارها، الله تعالى لا يعاقب الناس إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم من خلال رسله، ولا يُكَلَّفُ الفرد سوى ما يُطيقه، القرآن الكريم يحتوي على العديد من النصوص التي تشير إلى الشرعية الجنائية<sup>2</sup>، مثل قوله تعالى: {وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ۗ} [سورة القصص، ٥٩]<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### أقسام الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي

رغم أن مصطلح الشرعية الإجرائية والتنفيذية ظهر حديثاً ولا وجود له في كتب فقهاء الشريعة القدامى فأول ظهور له كان في أدبيات ودراسات فقهاء القانون الوضعي، إلا أن كتبهم المتعلقة بالإجراءات الجنائية بشكل خاص والإجراءات القضائية الحكم تدل على أنهم كانوا مدركين له إلا أن المصطلحات لم تكن موجودة في قاموسهم ولقد فرغ العلماء الكثير من الأحكام على أساسه.

### أولاً: الشرعية الإجرائية في الفقه الجنائي الإسلامي

لقد ظهر مصطلح(الشرعية الإجرائية) أول ما ظهر في أدبيات ودراسات فقهاء القانون الوضعي، ورغم خلو كتب فقهاء الشريعة القدامى من النص على هذا المصطلح، إلا أن كتاباتهم المتعلقة بالإجراءات الجنائية بشكل خاص والقضائية عامة

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 119.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 119.

<sup>3</sup> راجع: القرآن الكريم: سورة النساء الآية 165، سورة الأنعام الآية 19، سورة البقرة الآية 286، سورة الأنفال الآية

تدل على أنهم كانوا محيطين به علما، وقد فرع العلماء كثيرا من الأحكام على أساسه، من حين وقوع الجريمة إلى حين تنفيذ الحكم<sup>1</sup>.

يمكن الاستدلال على مبدأ الشرعية الإجرائية بالآية التالية: {يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴿١٥﴾} [سورة الحجرات، ١٢]، يشير نص الآية الكريمة صراحة إلى عدم بناء الأحكام على مجرد الظن و الشك وبدون نأ يقيني قاطع شوهد بالعين أو بأبي وسيلة إثبات لا تدع مجالا للشك في صحتها ، كما يشير النص إلى اجتناب تجسس المسلم على أخيه، وبناء عليه يمكننا القول بعدم جواز استخدام مثل هذه الوسائل غير الشرعية بهدف الوصول إلى أدلة تجرم المتهم فهذا محرم قطعاً بنص الآية المذكورة سلفاً<sup>2</sup>.

قال تعالى: {يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَىٰ أَهْلِهَا ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴿٢٧﴾} [سورة النور، ٢٧]، يحدد النص الطرق الشرعية لدخول البيوت، وضرورة الاستئذان من أصحابها حتى بين الأقارب والمعارف والأصدقاء وذلك لحفظ الحرمات وستر العورات حتى لا يطلعوا على خصوصياتهم، إذا فالأولى عدم جوازه للسلطات، ولذلك لا يجوز للسلطات أن تفتش أو تصدر شيء منها إلا وفق الإجراءات الشرعية المنصوص عليها<sup>3</sup>.

### ثانيا: الشرعية التنفيذية في الفقه الجنائي الإسلامي

إن الفقه الجنائي الحديث يقر أن التنفيذ يجب أن يكون مشروطاً بتحقيق أهداف الجزاء الجنائي، والتي تهدف إلى إصلاح المجرم ومعالجة سلوكه وتأهيله اجتماعياً ونفسياً، بناء عليه يجب عدم استعمال الأساليب الوحشية أو غير الإنسانية في تنفيذ العقوبات، وقد توافق هذا مع الفقه الجنائي الإسلامي حيث يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : "العقوبات الشرعية إنما شرعت رحمة من الله تعالى

<sup>1</sup> عماد علي التميمي ورائد سليمان الفقير، المرجع السابق، ص 135.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 136.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 136.

بعباده، فهي صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم، ولهذا ينبغي لمن عاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم، والرحمة بهم، كما يقصد الوالد تأديب ولده"<sup>1</sup>.

لقد وضع الإمام أبو يوسف صاحب أبي حنيفة وقاضي قضاة الخليفة العباسي هارون الرشيد نظاماً للسجون بناء على طلب الخليفة، ذكر فيه بعض المبادئ العامة التي يجب على الإدارة العقابية التزامها عند تنفيذ العقوبة التي نطق بها القضاء، فلا تعسف ولا ظلم للمحبوسين، فقد جاء في اللائحة ما نصه: "ولا تعدوا في العقوبة" أي لا تتمدوا في تطبيق العقوبات على المحكومين ولا تتجاوزوا الحد المقرر للعقوبة، كما تدعو اللائحة القائمين على المؤسسة العقابية" ألا يسرفوا في الأدب ولا يتجاوزوا بذلك إلى ما لا يحل ولا يسع" كما نهت عن ضرب المحبوسين بغير مبرر أو ضربهم تعسفاً، وأوجبت الفصل داخل السجن بين المجرمين الأشرار و الخطيرين واللذين لا يرجى صلاحهم وبين من حبس بسبب دين" وإذا حبست قوماً في دين فلا تجمع بينهم وبين أهل الدعارات في بيت واحد ولا حبس واحد"، كما دعت اللائحة إلى ضرورة معاملة المحبوسين معاملة إنسانية كريمة بحيث لا يعتدوا على كرامتهم أو خصوصياتهم وأن الهدف من حبسهم هو إصلاحهم وضمان تأهيلهم" فاستوصي بمن في سجونك وأرضك خيراً حتى لا تصبهم ضيعة، وانظر من في السجون ممن قام عليه الحق فلا تحبسه حتى تقيمه عليه"<sup>2</sup>.

ومما ورد في هذا الاتجاه أن الشارع الحكيم وضع شروطاً في آلة القصاص أن تكون حادة صالحة لا كالة ولا مسممة ، وذلك حرصاً على أن لا يعذب المُقتَص منه، بل تزهد نفسه بأيسر طريقة ممكنة وتحقق الغاية من القصاص دون تعذيبه، كما يشترط في التنفيذ بالجلد أن لا يكون السوط يابساً لئلا يسبب جروحاً عميقة أو تشوها

<sup>1</sup> أنظر: محمود طاهر، النظام الجنائي في الإسلام، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/05/23، على الساعة

16:00 سا، في موقع: <https://egypls.com>

<sup>2</sup> عماد علي التميمي و رائد سليمان الفقير ، المرجع السابق، ص ص 140-141.

ولا يخلف عاهات دائمة، كما يشترط خلوه من العقد، وألا يكون له أكثر من ذنب واحد، فإن كان للسوط أكثر من ذنب يتم عد الضربات بعدد الأذنان<sup>1</sup>.

وقد روى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر، فقال: "اضربوه"، قال أبو هريرة: "فمنا الضارب بيده، والضارب بنعله، والضارب بثوبه، فلما انصرف قال بعض القوم "أخزأك الله"، فقال رسول الله: "لا تكونوا عون الشيطان على أخيك"<sup>2</sup>، فالرسول صلى الله عليه وسلم ينهى هنا عن لوم شارب الخمر بعدما تم توقيع العقوبة عليه، وعن الدعاء عليه بالخزي، وذلك كي لا يشعر باحتقار المجتمع المسلم له فيجعلها الشيطان له ذريعة يوسوس له بها حتى يتمادى في عصيان الله ورسوله صلى الله عليه وسلم.

## المطلب الثاني

### النتائج المترتبة عن مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي

سيتم التطرق في هذا المطلب للنتائج المترتبة عن مبدأ الشرعية الجنائية، ولما تحتويه من نتائج عامة كمصادر التشريع الجنائي في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، بالإضافة إلى مناهج تفسير النصوص وكذلك عن كيفية تطبيق الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي من حيث الزمان و المكان (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### النتائج العامة لمبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي

يترتب عن النتائج العامة لمبدأ الشرعية الجنائية ذكر مصادر التشريع الجنائية في الفقه الإسلامي، وآليات تفسيرها وكيفية استنباط الأحكام منها.

### أولاً: مصادر التشريع الجنائي في الفقه الإسلامي

<sup>1</sup> عماد علي التميمي و رائد سليمان الفقير ، المرجع السابق، ص 141.

<sup>2</sup> البخاري صحيحه ، الطبعة الأولى، دار التأصيل مركز البحوث و تقنية المعلومات، مصر، 2012، باب الضرب بالجريد و النعال ، الحديث رقم 6784.

من المتفق عليه بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الإسلامي أربعة القرآن ، السنة، الإجماع والقياس ، ويعبر الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الأدلة التي تستمد منها الأحكام. ومن المتفق عليه أيضاً أن الحكم الذي يدل عليه واحد من هذه الأدلة الأربعة هو حكم واجب الاتباع ، ويرتب الفقهاء الأدلة والاستدلال بها طبقاً للترتيب المنفق عليه، فالمصدر الأول للشريعة هو القرآن، والمصدر الثاني هو السنة، والمصدر الثالث هو الإجماع، والمصدر الرابع هو القياس<sup>1</sup>.

**1-القرآن:** هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد ﷺ وهو المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس، ولقد نقل القرآن إلينا بطريق التواتر كتابةً ومشافهة، والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول، ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود، فمن المقطوع به أنها وردت إلينا عن الرسول كما أنزلت عليه من ربه، لأنها نقلت إلينا عن الرسول بطريق التواتر كتابةً ومشافهةً. والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين، فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحي، وحفظه جمع من الصحابة لا يمكن أن يتواطئوا على الكذب، ونقله عن هذه الجموع جموع أخرى فلم يختلفوا في حرف أو لفظ على تعدد البلاد وتباعد الأقطار واختلاف الأجناس، وإذا كانت نصوص القرآن قطعية فإن دلالتها على معانيها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية<sup>2</sup>.

**2- السنة:** هي ما أثر عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير، فالسنة على ثلاثة أنواع، سنة قولية وسنة فعلية، وسنة تقريرية، والسنة القولية هي أحاديث الرسول التي قالها في مختلف المناسبات، مثل قوله ﷺ: " لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"<sup>3</sup>، والسنة الفعلية هي في أفعاله ﷺ مثل قضائه بالعقوبة في الزنا بعد الإقرار، وقطعه اليد اليمنى في السرقة، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعي.

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 164.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص ص 167- 169.

<sup>3</sup> البخاري صحيحه، دار التأصيل مركز البحوث و تقنية المعلومات، مصر، 2012، باب قوله تعالى: {أَنْ النَّفْسِ بِالنَّفْسِ} ، الحديث رقم 6878.

والسنة التقريرية هي ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال وأفعال أقرها الرسول ﷺ بسكوته وعدم إنكاره، أو بموافقة وإظهار استحسانه<sup>1</sup>، والسنة هي التي قيدت وخصصت كثيراً من أحكام القرآن، فنصوص القرآن أحلت البيع وحرمت الربا، والسنة هي التي بينت بيوع الربا، ونصوص القرآن حرمت الميتة والدم، والسنة قيدت هذا الإطلاق، وخصصت التحريم وبينت ما يحل من أنواع الميتة والدم<sup>2</sup>.

كما أن أحكام السنة اعتبرت ملزمة واجبة الاتباع لأن القرآن جعلها كذلك، فالله تعالى يقول: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ} [سورة النساء، ٥٩]، فالسنة إذن تشريع واجب الاتباع بنص القرآن<sup>3</sup>.

**3-الإجماع:** الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة الرسول - صلى الله عليه وسلم - على حكم شرعي، إذا اتفق جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الوقائع كان هذا الحكم المنفق عليه واجب الاتباع، واعتبر الإجماع قطعياً على الحكم، أما إذا كان الرأي صادراً عن أكثرية المجتهدين فإنه يعتبر دليلاً ظنياً، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين أن يروا خلافه، ما لم يرى ولي الأمر أن يوجب اتباعه فيصبح في هذه الحالة واجب الاتباع، وأساس الإجماع هو القرآن والسنة، فالاجتهاد لا يقوم على التحكم وإنما يقوم على مبادئ الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح في القرآن والسنة<sup>4</sup>.

**4-القياس:** القياس هو إلحاق ما لا نص فيه إلى ما فيه نص في الحكم الشرعي لاشتراكهما في علة هذا الحكم. ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس أربعة أركان:

<sup>1</sup> الحافظ بن كثير، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، 2000، ص 1064.

<sup>2</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 175.

<sup>3</sup> الحافظ بن كثير، المرجع السابق، ص 501.

<sup>4</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 179.

أ\_ المقيس عليه: وهو الأمر الذي ورد النص ببيان حكمه، ويسمى الأصل.  
ب\_ المقيس: وهو الأمر الذي لم يرد نص بحكمه، ويراد معرفة حكمه، ويسمى الفرع.  
ج\_ الحكم: وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل، ويراد الحكم به على الفرع  
د\_ العلة: وهي الوصف الذي شرع الحكم في الأصل لأجله وتحقق في الفرع<sup>1</sup>.

ومع ذلك هناك اختلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بجواز إجراء القياس في جميع الأحكام الشرعية، رأى بعضهم أنه جائز، نظراً لأن جميع الأحكام الشرعية تنتمي إلى نوع واحد وتتشرك في الحد الشرعي الذي ينطبق عليها، وبالتالي فقد جاز القياس في بعض الأحكام لأنها تشترك في الخصائص المماثلة، أما آخرون من الفقهاء فرأوا أن القياس لا يجوز عموماً في كل الأحكام الشرعية، حتى لو كانت تتداخل تحت حد واحد، بسبب التنوع والتمايز بينها في الأمور التي تستدعي التنوع، ولا يعني أن ما جاز في بعض الأحكام يكون جائزاً بالضرورة في الأحكام الأخرى، بل قد يكون جائزاً بناءً على خصوصيته وتعيينه الخاص، وليس بمجرد كونه حكماً شرعياً عاماً<sup>2</sup>.

### ثانياً: تفسير الأحكام الجنائية

للقاضي وهو يطبق النصوص أن يفسرها إذا وجد غموضاً في دلالتها، أو تضارباً بين عباراتها، وقد وضع الفقهاء قواعد للتفسير تطبق وتراعى في فهم الأحكام من النصوص، وبعض هذه القواعد لغوية وبعضها تشريعية<sup>3</sup>.

#### 1- القواعد اللغوية الموضوعية للتفسير

قام علماء الأصول بتأليف هذه القواعد من خلال استقراء الألفاظ والعبارات والأساليب العربية، ودراسة دلالتها اللغوية المعروفة، تناول العلماء دراسة دلالات الألفاظ والعبارات ومدى وضوحها أو غموضها، حيث يمكن أن تكون بعضها واضحة

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 182.

<sup>2</sup> أنظر: علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، دون مكان نشر، 1982، ص ص 82-89.

<sup>3</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 185.

وبعضها غامضة، كما بحثوا أيضاً اللفظ من حيث اشتراكه في أكثر من معنى، وسعة تطبيقه لكافة مفرداته، وأيضاً تحديده وتطبيقه على بعض المفردات دون البعض الآخر، فقواعد التفسير اللغوية تتطلب منا دراسة دلالات العبارات والألفاظ، ثم تحديد وضوح الدلالات وغموضها، وكذلك فهم اشتراك الألفاظ وسعة تطبيقها وتحديدها، وقد وضعت قواعد التفسير أصلاً لتطبيقها في فهم معاني النصوص الشرعية، ولكنها في الواقع تطبق أيضاً في فهم معاني أي نص غير شرعي طالما صاغ باللغة العربية<sup>1</sup>.

### أ\_ دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها

إن لكل لفظ وعبرة دلالتها الخاصة، وهذا يعني أن النص الشرعي الذي يتألف من مجموعة من الألفاظ والعبارات، قد يحمل دلالة واحدة وقد يحمل أكثر من دلالة، وعادةً ما يستند التفسير إلى النص نفسه لاستنباط المفاهيم المرتبطة به، أي المعاني التي ينقلها النص<sup>2</sup>.

### ب\_ وضوح الدلالات وغموضها

تنقسم الألفاظ والعبارات والنصوص، من حيث ظهور معانيها إلى نوعين، النوع الأول هو الذي يكون واضحاً في دلالاته، حيث لا يوجد فيه أي غموض أو إبهام، والنوع الثاني هو الذي يكون غامضاً في دلالاته، حيث يحمل غموضاً وخفاءً، يجب أن نلاحظ أن الوضوح في الدلالة ليس على نفس الدرجة في جميع الحالات، فبعضها يكون أكثر وضوحاً من البعض الآخر، وبالمثل يمكن أن يكون الدلالة غامضة في بعض الحالات أكثر من البعض الآخر<sup>3</sup>.

### ج\_ المفسر

<sup>1</sup> أنظر: عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 186.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 187.

<sup>3</sup> حورية تاغلابت، محاضرات في مقياس قواعد تفسير النصوص، لقاء على طلببة السنة الأولى ماستر، تخصص: حقوق الإنسان والأقليات، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017/2018، ص ص 5-6.

هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفي معه احتمال التأويل، مثل قوله تعالى: {فَأَجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ۝٤} [سورة التور، ٤]، ويعتبر النص مفسراً ولو ورد مجملاً غير مفصل إذا ألحق به الشارع ما يفصله ويزيل إجماله، كقوله تعالى: {وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ۖ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ۝٣٣} [سورة الإسراء، ٣٣]<sup>1</sup>، فهو نص مجمل، ولكن الرسول ﷺ فصل معناه حين قال: " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"<sup>2</sup>.

## 2- القواعد التشريعية الموضوعية للتفسير

وضع علماء الأصول بعض القواعد التشريعية التي يجب الإلمام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشريعية، وقد استمدوا هذه القواعد من استقراء الأحكام التي جاءت بها النصوص وعلل هذه الأحكام، ومن المبادئ العامة للشريعة وروح التشريع، حيث تبين لهم أن الشارع أراد من الشريعة أن يحقق مقاصد عامة، وأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة، والبعض شرع لحماية حقوق الأفراد، والبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الأفراد معاً، فإذا راعى القاضي أو الفقيه هذه الاعتبارات كان له أن يجتهد في معرفة الأحكام ما لم يكن هناك نص صريح<sup>3</sup>.

لم يضع الشارع الأحكام الشرعية اعتباراً، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة، ولا يمكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقصد الشارع من وضعها، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني قد تحتل أكثر من وجه، والذي يرجح واحداً من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع، وقد تتعارض النصوص بعضها من بعض فلا يرفع هذا التعارض ولا يوفق بينها إلا معرفة ما قصده

<sup>1</sup> الحافظ بن كثير، المرجع السابق، ص 1117.

<sup>2</sup> البخاري صحيحه، المرجع السابق، الحديث رقم 6878.

<sup>3</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 202.

الشارع منها، فيجب إذن على كل باحث في التشريع الإسلامي أن يلم قبل كل شيء بمقاصد الشارع من التشريع، وأن يعرف الوقائع التي نزلت من أجلها نصوص القرآن، أو وردت فيها السنة، لتساعده على فهم النص، وأسباب النزول والورود مبينة في كتب التفسير والسنة<sup>1</sup>، وقد حصر علماء الأصول مقاصد الشارع العامة من التشريع في ثلاثة مقاصد:

أ- **المقصد الأول:** تتطلب الحفاظ على حياة الناس تلبية جميع الاحتياجات الضرورية التي تساهم في استقامة مصالحهم، يُعرّف الأمر الضروري بأنه ما يحتاجه الناس لضمان استقامة حياتهم وتحقيق مصالحهم الأساسية، وعندما يتلاشى تنظيم حياتهم وينتشر الفوضى والفساد، فإن الأمور الضرورية تتعلق بخمسة جوانب هي الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وقد شرع الإسلام أحكاماً لكل جانب من هذه الضروريات الخمسة، تهدف إلى تأمينها والحفاظ عليها، فكل حكم يضمن تحقيق أو حفظ أيٍّ من هذه الضروريات الخمسة يُعتبر حكماً ضرورياً، وبهذا يضمن الإسلام تنظيمًا شاملاً يحفظ حقوق الأفراد في تلك الجوانب الخمسة ويؤمن استقامة حياتهم<sup>2</sup>.

ب- **المقصد الثاني:** يجب توفير ما يُعتبر ضرورياً للناس، ويُعرّف الأمر الضروري بأنه ما يلبي احتياجاتهم ويُسهّل عليهم تحمّل التكاليف وعبء الحياة، وفي حالة النقص، قد لا يحدث انهياراً في نظام حياتهم ولا ينشأ الفوضى، ولكن قد يواجهون الضيق والتحديات بالمعنى الواسع، تتضمن الأمور الضرورية كل ما يُخفف الصعوبات ويُساعد على التكيّف وتسهيل التعامل، تهدف هذه الأمور إلى رفع العناء، تخفيف التكاليف، وتسهيل سُبُل التعامل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 202.

<sup>2</sup> نور الدين الخادمي، علم المقاصد الشرعية، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، السعودية، 2001، ص ص 79-82.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص ص 86-87.

ج- المقصد الثالث: تحقيق ما فيه تحسين لحالة الافراد و الجماعة، حيث يهدف الأمر التحسيني إلى تحقيق تحسين في حالة الأفراد والمجتمع، يُعرّف الأمر التحسيني بأنه ما يتطلبه الشرف والأخلاق وسير الأمور بأفضل الطرق. وعندما يفترق، لا يحدث انهيار في نظام حياتهم كما في حالة الأمور الضرورية، ولا يواجهون صعوبات ملحوظة كما في حالة الأمور الحاجية، ومع ذلك، تُعْتَب حالتهم هذه غالباً في تقدير العقول الصائبة والفترة السليمة، تتعلق الأمور التحسينية، في هذا السياق، بتعزيز فضائل الأخلاق والعادات الحميدة، وكل ما يهدف إلى توجيه الناس في حياتهم على أفضل السبيل وأنجع الطرق<sup>1</sup>.

يعدّ ترتيب المقاصد العامة في التشريع استناداً إلى أهميتها، فالضروريات تأتي في صدارة المقاصد بسبب أنها الأكثر أهمية، حيث يؤدي فقدانها إلى اختلال النظام والأمن وانتشار الفوضى، تليها في الترتيب الحاجيات، لأن فقدانها يتسبب في وقوع الأفراد والمجتمع في حرج وصعوبات، وتحميلهم مشاق الحياة، وبعدها تأتي المقاصد التحسينية، حيث لا يترتب على فقدانها تعطيل النظام أو اضطراب الأمن، وليس لها تأثير مباشر على وقوع الناس في حرج، ولكن يترتب على فقدانها انحراف العقول عن المثلى وابتعادها عن الكمال الإنساني، ونظراً لذلك تحظى الأحكام المشروعة لحفظ الضروريات بأولوية في المراعاة، ثم تأتي الأحكام المشروعة لتوفير الحاجيات<sup>2</sup>، ويجب أيضاً مراعاة تعارض النصوص إذا كانت تنص على قواعد متعارضة في قوة واحدة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 203.

<sup>2</sup> أنظر: فارس العزاوي، ضوابط المقاصد وأقسامها، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/05/23، على الساعة

17:00 سا، في موقع: <https://www.alukah.net>

<sup>3</sup> إذا تعارض نصابان في قوة واحدة: كآيتين، أو آية وسنة متواترة، أو سنتين متواترتين، أو حديثين مشهورين، أو خبرين من أخبار الأحاد، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين، كان اللاحق منهما ناسخاً للسابق، أنظر: عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص204.

## الفرع الثاني

### نطاق تطبيق النص الجنائي في الفقه الإسلامي

رغم أن الإسلام رسالة إلى كل البشر، و هو صالح لكل زمان و مكان، إلا أن الواقع، يفرض على النص الجنائي في الشريعة الإسلامية، الخضوع للنطاق الزماني والمكاني.

#### أولاً: نطاق تطبيق النص الجنائي في الفقه الإسلامي من حيث الزمان

المبدأ العام في الشريعة الإسلامية هو أن النصوص الجنائية لا تطبق إلا بعد صدورها وعلم الناس بها، وبالتالي لا تؤثر على الأفعال التي تمت قبل صدورها أو قبل علم الناس بها، ونتيجة لهذا المبدأ فإن النصوص الجنائية ليست لها تأثير رجعي، وعلى ذلك يتم معاقبة الجرائم وفقاً للنصوص المعمول بها في وقت ارتكاب هذه الجرائم، على الرغم من عدم وجود مباحث خاصة حول الأثر الرجعي للنصوص في كتب الفقه، إلا أن ذلك لا يعني أن الشريعة الإسلامية لا تعرف أو لم تتعرض لمسألة الأثر الرجعي، فمن يدرس آيات الأحكام وأسباب نزولها يمكنه بسهولة أن يستنتج نظرية الشريعة كاملة فيما يتعلق بالأثر الرجعي<sup>1</sup>.

بعد دراسة آيات الأحكام الجنائية، يمكن الاستنتاج بأن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية هي عدم وجود أثر رجعي للتشريع الجنائي، ومع ذلك توجد استثناءات لهذه القاعدة العامة، حيث يجوز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في حالات الجرائم الخطيرة التي تهدد الأمن العام أو النظام العام، كما ينبغي أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في مصلحة الجاني، ولكن الفرق بين الإستثنائين هو أن الأول له أثر رجعي جوازي أي يجوز للشارع تحديد تأثير رجعي للتشريع بشرط أن يكون ذلك لمصلحة عامة، بينما الثاني له أثر رجعي وجوبي أي يجب على الشارع

---

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 261.

تحديد تأثير رجعي للتشريع، إلا إذا استدعت ذلك مصلحة عامة<sup>1</sup>، سيتم التطرق فيما يلي للقاعدة العامة والاستثناءات المشمولة بها.

تتبعاً لآيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها، يمكن استخلاص القاعدة العامة التي تنص على عدم وجود أثر رجعي في التشريع الجنائي، وجميع الأحكام التي تجرم المعاصي نزلت بعد انتشار الإسلام، ولذلك لم يتم تطبيقها على الجرائم التي وقعت قبل نزولها، باستثناء جريمة القذف وجريمة الحرابة، يوجد اختلاف فيما يتعلق بتطبيق عقوبتهما على جرائم قد وقعت قبل النزول<sup>2</sup>، ومن الصعب إستعراض كل الجرائم بالتفصيل، لذا سيتم الإكتفاء بذكر الجرائم الهامة كمثال.

فالزنا حرم في أول الإسلام، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة، وهي الإيذاء والحبس في البيوت طبقاً لقوله تعالى: {وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفُجْحَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا} (١٥) وَالَّذَانِ يَأْتِيَنَّهَا مِنْكُمْ فَكَادُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَّحِيمًا} (١٦) [سورة النساء، ١٥-١٦]، ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك، فصارت الجلد والرجم طبقاً لقوله تعالى: {الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً} [سورة التور، ٢]<sup>3</sup>.

ولو كان للتشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقدير هاتين العقوبتين، ولكن لا نعلم أحداً أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا، ومن ثم فلم يكن للنص المعاقب على الزنا أثر رجعي، والأمثلة على هذا كثيرة، لقوله ﷺ: "خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم الحجارة"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 292.

<sup>2</sup> ضو خالد، "مبدأ عدم رجعية النص الجنائي واستثناءاته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"، مجلة الشريعة والإقتصاد، المجلد 11، العدد 02، الجزائر، 2022، ص ص 42-43.

<sup>3</sup> الحافظ بن كثير، المرجع السابق، ص 1310.

<sup>4</sup> مسلم صحيحه، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، 1955، باب حد الزنا، الحديث رقم 3107.

ومع ذلك هناك استثناءان لقاعدة عدم وجود أثر رجعي في النصوص الجنائية، الاستثناء الأول هو جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة التي تهدد الأمن العام والنظام العام، وإذا كانت القاعدة العامة في الشريعة تنص على عدم وجود أثر رجعي في التشريع الجنائي، يجوز استثناء هذه القاعدة عندما يكون للتشريع الجنائي تأثير رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تهدد الأمن العام أو النظام العام، ومن الأمثلة على هذا الاستثناء جرائم القذف والحرابة والظهار، تم تطبيق العقوبة في هذه الجرائم على أحداث ووقائع سابقة لنزول النصوص الجنائية، ومثال ذلك حادثة الإفك التي أدت إلى فتنة عظيمة في المجتمع، حيث تسببت جريمة القذف في حدوث توترات كبيرة وصراعات بين المسلمين<sup>1</sup>.

في بعض الحالات، يُسمح بتطبيق التشريع الجنائي بصورة رجعية وذلك عندما يكون ذلك في صالح الجاني، هذا يعني أنه إذا صدرت قوانين جنائية جديدة تخفف من عقوبة جريمة معينة، يمكن تطبيق هذه القوانين الجديدة على الجرائم التي ارتكبت قبل صدورها، شريطة أن لا يكون الحكم القديم نهائياً، هذا الاستثناء يعكس المصلحة العامة والعدل في الحفاظ على توازن العقوبة ومنع فرض عقوبات زائدة عن الحاجة الفعلية للمجتمع<sup>2</sup>.

يُستخلص مما سبق عدة نتائج هامة فيما يخص ما توجبه الشريعة من تطبيق التشريع الأصلح للمتهم:

- إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة وكان أصلح للجاني حوكم الجاني بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم.
- إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصلح للمحكوم عليه نفذ من العقوبة المحكوم بها ما يتفق مع العقوبة التي يقررها التشريع الجديد.
- إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولا يعاقب عليه، فيجب أن لا ينفذ الحكم الذي صدر طبقاً للتشريع القديم، كما يوجب أن يوقف تنفيذه إذا كان قد بدئ في تنفيذه.

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 263.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 264.

- إذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا ينطبق على الجاني، لأنه ليس الأصلح له، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقاً للنصوص السارية وقت ارتكابها.

### ثانياً: نطاق تطبيق النص الجنائي في الفقه الإسلامي من حيث المكان

الشريعة الإسلامية في أصلها شريعة عالمية وتنطبق على الجميع، ومع ذلك لا يمكن فرضها قسراً على الناس، تطبيق الشريعة مقتصر على البلاد التي يمتلكها سلطان المسلمين، هذا يعني أن تطبيق الشريعة مرتبط بالسلطة والقوة السياسية للمسلمين، تم تقسيم العالم إلى قسمين: دار الإسلام ودار الحرب، في دار الإسلام تطبق الشريعة الإسلامية، بينما في دار الحرب لا تطبق، بسبب عدم الإمكانية والظروف السياسية، هذا النظام القانوني يأخذ في الاعتبار الواقع السياسي والظروف العالمية<sup>1</sup>.

**1- دار الإسلام:** تشمل دار الإسلام البلاد التي يُظهر فيها أحكام الإسلام، أو يكون لسكانها القدرة على تطبيق أحكام الإسلام، وبالتالي يُعتبر بلدًا جزءًا من دار الإسلام إذا كان غالبية سكانه مسلمين، أو إذا كان المسلمون يتولون حكمه ويسيطرون عليه، حتى لو كانت الغالبية العظمى من غير المسلمين، وكذلك يُعتبر البلد جزءًا من دار الإسلام إذا كان لديه سكان مسلمون يُظهرون أحكام الإسلام، أو لا يوجد عوائق تمنعهم من ذلك<sup>2</sup>.

وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون، وهم كل من آمن بالدين الإسلامي، وذميون، هم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام، ويقومون إقامة دائمة في دار الإسلام، بغض النظر عن معتقداتهم الدينية، فيصح أن يكونوا مسيحيين ويصح أن يكونوا يهوداً، ويصح أن يكون مجوساً...إلخ، وسكان دار الإسلام جميعاً مسلمين وذميين معصومو الدم والمال لأن العصمة في الشريعة تكون بأحد شيئين، بالإيمان، أو الأمان، والأمان في الشريعة الإسلامية على نوعين، أمان مؤقت، وأمان مؤبد

<sup>1</sup> علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، مصر، 1910، ص 130.

<sup>2</sup> أنظر : محمد إسماعيل، عقيدة الولاء والبراء، تم الإطلاع عليه يوم 2023/04/24 على الساعة 18:00 سا، في موقع: <http://www.islamweb.net>.

فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل كالمهادنة، وكالإذن بدخول دار الإسلام لأجل معين<sup>1</sup>.

**2- دار الحرب:** دار الحرب تشمل جميع البلاد غير الإسلامية التي لا تخضع لسلطة المسلمين ولا تُظهر فيها أحكام الإسلام، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو عدة دول، يُعتبر بلدًا جزءًا من دار الحرب إذا لم يكن للمسلمين إقامة دائمة فيه ولا يستطيعون تطبيق أحكام الإسلام فيه<sup>2</sup>.

وسكان دار الحرب على نوعين: الحربيون هم سكان دار الحرب الذين ليسوا مسلمين، ويعتبر دماؤهم وأموالهم قابلة للتصرف ما لم يكن بينهم وبين المسلمين اتفاق أو هدنة، ولذلك فإن العصمة القانونية في الشريعة تتحقق إما بالإسلام أو بالأمان الممنوح من المسلمين، إذ ادخل أحد الحربيين دار الإسلام دون عقد أمان، يجوز قتله ومصادرة ماله، ولكن إذا دخل دار الإسلام بأمان خاص أو عهد، فإنه يكون مستأمنًا وتكون له عصمة مؤقتة، إذا انتهت فترة الأمان، يعود إلى وضع الحربي ويصبح غير معصوم الدم والمال إذا ترك دار الإسلام، أما إذا بقي في دار الإسلام، فالبعض يرونه حربيًا والبعض الآخر يرونه ذميًا بناءً على اختياره للبقاء، وتكون له عصمة مستدامة<sup>3</sup>.

أما المسلم الذي يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلاً فهو عند مالك والشافعي وأحمد من أهل دار الإسلام يعصم بإسلامه دمه وماله، ولو أنه مقيم في دار الحرب مهما طالَّت إقامته، وإذا أراد دخول دار الإسلام لا يمنع منها. بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقيم في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير

---

<sup>1</sup> والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهي به، ولا يكون إلا بعقد الذمة، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة بأرض الإسلام، وعليهم في مقابل هذا الأمان الدائم التزام أحكام الإسلام، أنظر: عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 276.

<sup>2</sup> علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ص 130.

<sup>3</sup> عبد العزيز الاحمدي، إختلاف الدارين وآثاره في أحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2004، ص ص 242-249.

معصوم بمجرد إسلامه، لأن العصمة عند أبي حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم، والمسلم في دار الحرب لا منعة له ولا قوة فلا عصمة له، ولكن له أن يدخل دار الإسلام في أي وقت فإذا دخلها استفاد العصمة، وإذا تزوج المسلم أو الذمي حربية أو مستأمنة فإنها تصبح بالزواج ذمية، إن الشريعة في أصلها عالمية، وأن الظروف قضت من الناحية العملية أن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### ماهية مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري

مبدأ الشرعية الجنائية هو مفهوم أساسي في القانون الجزائري، ويشير إلى مبدأ أن العقوبات الجنائية يجب أن تستند إلى أحكام القانون والتشريعات النافذة، حيث يعتبر هذا المبدأ أحد الأسس الأساسية للعدالة الجنائية وضمان حقوق المتهمين في نظام العدالة الجزائري، ولتحديد ماهية مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري، يجب أولاً أن يحدد مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في التشريع الجنائي الجزائري (المطلب الأول)، ومن ثم التطرق للنتائج القانونية المترتبة عن هذا المبدأ، بالنسبة للقانون الجزائري (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### تحديد مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري

لمعرفة مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري، ينبغي أولاً فهم المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية في السياق القانوني والتشريعات الجاري بها العمل في الجزائر (الفرع الأول)، حيث يجب التعرف على المفهوم المشترك لمبدأ الشرعية الجنائية في القوانين الوضعية والقانون الجزائري، إذ يكون هناك تقارب في المفهوم بين القوانين

<sup>1</sup> إذا تزوج الحربي المستأمن من ذمية فإنها لا تصبح بزواجه حربية، كما أنه لا يصبح ذمياً بزواجها على الرأي الراجح، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذمياً أصبحت مثله ذمية، أنظر: عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 283.

المختلفة، بعد ذلك يجب فهم المضمون الفعلي لمبدأ الشرعية الجنائية في هذا السياق القانوني (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري

يُقصد بمبدأ الشرعية الجنائية في السياق القانوني الركن الشرعي للجريمة، بالإضافة إلى مبدأ المشروعية، ومن الضروري أن نفرص بين الشرعية والمشروعية، حيث تتجلى الشرعية في تحديد مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة، وترتبط بالنص الجنائي والعناصر الشكلية والموضوعية التي تضمن صحة النص، بالإضافة إلى ذلك يعبر مفهوم الشرعية عن تلك المبادئ التي تحمي حقوق الإنسان وتحقق التوازن بينها وبين المصلحة العامة، ويُشترط على الدولة الالتزام بهذه المبادئ عند ممارستها لصلاحياتها العامة<sup>1</sup>.

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

كما يقصد بمبدأ الشرعية في مجال القانون الجزائري أن لهذا القانون مصدرا واحدا هو القانون المكتوب وهو بذلك يختلف عن فروع القانون الأخرى التي تضيف إلى نص القانون مصادر أخرى كالعرف والشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

### أولا: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري

بما أن التشريع الجزائري، متأثر بالتشريعات الغربية عامة، والتشريع الفرنسي

<sup>1</sup> حماس هديات، محاضرات في القانون الجنائي العام، ملقاة على طلبة الثانية ليسانس، تخصص: حقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، بدون سنة نشر، ص ص 5-6.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 7.

<sup>3</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 49.

خاصة، وهي تشريعات وضعية في مجملها، فلن يختلف تعريف مبدأ الشرعية الجنائية، في القانون الجزائري عن نظيره في الغرب كثيرا، ولقد أعطيت العديد من التعاريف لمبدأ الشرعية الجنائية، التي اختلفت باختلاف الزوايا التي ينظر منها إليه<sup>1</sup>.

كما عرف بالعديد من التعاريف التي يمكن إجمالها فيما يلي: "نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل"، "النص القانوني الذي يبين الفعل المكون للجريمة، ويحدد العقاب الذي يفرضه على مرتكبها"، وهناك من قال بأن الشرعية الجنائية تقضي وجوب وجود نصوص قانونية، صادرة عن سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم والجزاء، والمتابعة الجزائية<sup>2</sup>.

مبدأ الشرعية الجنائية إذن هو حصر الجرائم والعقوبات في نصوص القانون، حيث يختص هذا الأخير بتحديد الأفعال التي تعتبر جرائم وبيان أركانها وفرض العقوبات على هذه الأفعال، وعلى القاضي تطبيق ما يضعه المشرع من قواعد في هذا الشأن فلا يستطيع القاضي تجريم فعل إلا إذا وجد نصا يعتبر هذا الفعل جريمة<sup>3</sup>.

### ثانيا: مضمون مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري

يخضع القانون الجنائي بجميع فروع، لمبدأ الشرعية منذ تجريم الواقعة وحدثها، وحتى محاكمة الفرد وتوقيع العقوبة عليه وتنفيذها، يقتضي مبدأ الشرعية الجنائية أن تراعي السلطات الثلاث في الدولة هذا المبدأ في جميع أعمالها وتصرفاتها القانونية، بمعنى آخر لا يحق للقاضي تجريم فعل ما أو توقيع عقوبة عليه إلا إذا ورد نص يجرمه أو ينص على توقيع العقوبة عليه، وعلى القاضي أن يقوم بتنفيذ هذه النصوص بطريقة سليمة وواضحة، ومن ناحية أخرى فإن سلطة التجريم والعقاب تخص السلطة التشريعية، ولا يمكن للسلطة التنفيذية ممارسة هذه السلطة إلا بتفويض

---

<sup>1</sup> اليونانيون قد عبروا عن هذا المبدأ بأنه: "الترباط السياسي الذي يضع كل مواطن مكانه في المجتمع"، لمزيد من المعلومات راجع: ناصر حمودي، محاضرات في القانون الجنائي العام، الأحكام العامة لقانون العقوبات و النظرية العامة للجريمة، موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، تخصص: حقوق، جامعة محند أولحاج، البويرة،

2010/2009، ص 79.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 77.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 78.

واضح<sup>1</sup>، فهذا يعني أن المشرع الجنائي يحتكر سلطة وضع القواعد القانونية في هذا المجال وهذا بخلاف ما هو عليه الحال في القانون المدني مثلاً<sup>2</sup>.

كما يجب على المشرع أيضاً فيما يتعلق بإجراءات القانون الجنائي أن يسعى إلى تحقيق توازن مناسب بين حقوق الاتهام وحقوق الدفاع، حيث يُحمى القانون حريات الأفراد بالتزامن مع حماية مصالح المجتمع. يجب ضمان حرية التعبير للدفاع دون المساس بحق سلطة الاتهام في التعبير عن وجهة نظرها، وذلك حفاظاً على المصلحة العامة، يتطلب هذا المبدأ استبعاد أي إجراء إداري مسبق على الحكم، مثل وضع المتهم في معسكر احتجاز أو حرمانه من حقوقه المدنية، كما يستدعي هذا المبدأ ضرورة أن يكون المتهم على علم مسبق بالمحكمة المختصة بنفس القدر الذي يعرف به الجريمة والعقوبة، بالإضافة إلى ذلك ينص مبدأ الشرعية على أنه لا يجوز معاقبة المتهم قبل إثبات إدانته واستنفاد جميع وسائل الطعن المنصوص عليها في القانون<sup>3</sup>.

وإذا قيل بأنه يقع على القاضي عبء التطبيق السليم للقانون فهذا يقضي أولاً أن يكيف الأفعال التكليف الصحيح، فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه على الواقعة، يجب على النيابة، العامة أن تأمر بحفظ الدعوى، وإذا كانت القضية على مستوى التحقيق، يجب على قاضي التحقيق أن يصدر أمر بانتقاء وجه الدعوى، وإذا كانت القضية على مستوى قاضي الحكم، فعلى القاضي أن يحكم ببراءة المتهم مهما كانت التهم المنسوبة إليه، كما يجب على القاضي، أيضاً احتراماً لمبدأ الشرعية الجنائية، أن لا يفرط في التوسع في تفسير النصوص القانونية<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري-الأحكام العامة للجريمة-، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976، ص 103 .

<sup>2</sup> أنظر: مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/04/25، على الساعة 13:00 سا، في الموقع: <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net> .

<sup>3</sup> صلاح الدين جبار، "مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية

الاقتصادية والسياسية، عدد4، جامعة الجزائر، الجزائر، 2012، ص 147.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 148.

## الفرع الثاني

### أقسام الشرعية الجنائية في القانون الجزائري

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

#### أولا : الشرعية الموضوعية

وهي القسم الأول من أقسام الشرعية الجنائية وهو ما يعبر عنه في المادة الأولى من ق.ع.ج: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون "، وهو حصر مصادر التجريم والعقاب في النص التشريعي الصادر عن السلطة المختصة وفقا للأحكام الدستورية في الدولة<sup>1</sup>.

فبمقتضى هذا القسم تم حماية الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب، وزيادة على ذلك أن يكون هذا القانون قبل ارتكاب الفعل، ودون أن يطبق بأثر رجعي، وعدم لجوء القاضي للقياس في مجال التجريم والعقاب، وكذا إلزام القاضي بمبدأ التفسير الضيق وذلك بإتباع قواعد خاصة في التفسير الكاشف فقط عن إرادة المشرع عند وضع النص<sup>2</sup>.

#### ثانيا : الشرعية الإجرائية

الإجراءات التي تتبعها الجهات والأجهزة يجب أن تكون مقررة بموجب نصوص قانونية، حيث يجب احترام حرية الشخص وافتراس براءته في كل إجراء يتخذ ضده، والشرعية الإجرائية هي الإطار الأساسي الذي يتم من خلاله تطبيق القوانين

<sup>1</sup> أنظر : مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/04/25، على الساعة 14:00 سا، في

الموقع: <http://sciencesjuridiquese.ahlamontada.net>

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

الجنائية وتحقيق العدالة، أي يجب أن يكون هناك نص قانوني يجيز اتخاذ أي إجراء ضد المتهم، بحيث يكون القضاء مشرفاً على جميع الإجراءات التي تتخذ ضد المتهم<sup>1</sup>. قرينة البراءة لا تسقط إلا بحكم إدانة المتهم، وهذا هو الوقت الذي يمكن فيه المساس بحريته بموجب القانون، حيث أن حق المساس بحرية المتهم يجب أن يكون محددًا وفقاً للهدف من العقوبة الجنائية<sup>2</sup>

### ثالثاً : شرعية التنفيذ العقابي

شرعية التنفيذ العقابي تعد الحلقة الثالثة من حلقات الشرعية الجنائية، حيث تقتضي أن يجري تنفيذ الحكم الصادر ضد المتهم وفقاً للكيفيات التي حددها القانون، تحت رقابة وإشراف القضاء، خاصة في ظل الاهتمام المتزايد بهذه المرحلة الذي بدأ مع مدرسة الدفاع الاجتماعي، وتبلور مع منظمة الأمم المتحدة التي قامت بإصدار القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة المساجين، التي بينت بدقة المبادئ التي تحكم مرحلة التنفيذ العقابي، مما يعد شرعية لهذا التنفيذ<sup>3</sup>.

وبالتالي يمكننا القول أن هذه الحلقة لم تبق مجرد مبدأ دستوري بل ارتقت لمرتبة المبادئ الدولية مع صدور قرار عن الجمعية العامة للأمم المتحدة توصي الدول بضرورة العمل بالقواعد النموذجية الدنيا السابقة وهو القرار رقم: 2858 الصادر في 1971/12/20، و القرار 08/32، الصادر في 1974/11/06، وهي القواعد التي عنيت الدول بإدراجها في قوانينها، باعتبار القانون الأداة التشريعية الصالحة للشرعية الجنائية، وهو ما قام به المشرع الجزائري في قانون تنظيم السجون، خاصة القانون الأخير، المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم 04-05 المؤرخ في 2005/02/06<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أنظر: مبدأ الشرعية الجنائية وتطوره، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/04/25، على الساعة 14:30 سا، في الموقع: <http://www.maitremahmoudyacoub.blogspot.com>

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

<sup>3</sup> ناصر حمودي، المرجع سابق، ص 81 .

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

وتقوم شرعية التنفيذ العقابي على ضرورة تحديد أساليب التنفيذ وضمائنه وأهدافه المنصوص عليها بالقانون المعبر عن إرادة الشعب والذي لا يسمح بالمساس بحرية الشخص أو حياته، وأن يكون تنفيذ العقوبة خاضعا لإشراف قاضي يطلق عليه اسم قاضي تنفيذ العقوبات<sup>1</sup>.

في نهاية هذا المطلب يمكن القول أن مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري يتوافق مع الفقه الإسلامي، من حيث التعريف والمقصود الإصطلاحي للمبدأ كذلك فيما يخص الشرعية الموضوعية، لكن فيما يخص الشرعية الإجرائية، فالتشريع الجزائري يوافق الفقه الإسلامي من حيث المبدأ، ويخالفها من حيث الأمور التنظيمية وتقسيم الصلاحيات بين أجهزة الدولة، أما شرعية التنفيذ العقابي فالقانون الجزائري يخضع للإتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة .

### المطلب الثاني

#### النتائج القانونية لمبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري

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

<sup>1</sup> ناصر حمودي، المرجع سابق، ص 81 .

<sup>1</sup> عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013 ، ص47.

## الفرع الأول

### النتائج القانونية العامة لمبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري

تتعدد النتائج التي تترتب على الأخذ بمبدأ الشرعية الجنائية التي ستذكر لاحقاً، بحيث يقتضي هذا المبدأ أن يكون المشرع وحده صاحب الحق في التشريع باعتباره الحارس الطبيعي للنظام، كما يقتضي هذا المبدأ أيضاً أن يكون التشريع واضحاً بحيث يحدد كل جريمة فيبين عناصرها وظروفها على نحو ينتفي معه الغموض، وتطبيقاً لمبدأ الشرعية، يحظر على القاضي اللجوء إلى القياس، وهذا ما سيتم ذكره في أفراد التشريع بالتجريم والعقاب، تفسير النصوص الجنائية، وحظر القياس.

#### أولاً: أفراد التشريع بالتجريم والعقاب

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

وقد جعل دستور 2020 صلاحية التجريم في مواد الجنايات والمخالفات من اختصاص البرلمان وذلك في المادة 140/ف7، لكن لا يشترط أن تكون جميع الجرائم والعقوبات مصدرها النصوص التشريعية، بل يمكن للسلطة التنفيذية في بعض الحالات إصدار لوائح تكون مصدراً للتجريم والعقاب كاختصاصها بضبط مخالفات المرور.

<sup>1</sup> رضا فرج، المرجع السابق، ص 104 .

غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن التشريع الجنائي في دستور 2020 له مدلول واسع من حيث أنه يعني كل سلطة لها صلاحية التشريع، لكن استثناء المشرع يتخلى عن سلطته في مجال التجريم والجزاء إلى السلطة التنفيذية بصفة مباشرة وإلى السلطة القضائية بصفة غير مباشرة.

ومن أبرز الأمثلة عن تخلي المشرع عن صلاحياته للسلطة التنفيذية ما تقوم به هذه الأخيرة من ضبط وتحديد للعديد من الجرائم مثل مخالفات المرور أو تدخلها عن طريق الإحالة في النصوص الجزائية الصادرة عن المشرع بخصوص مجموعة من الجناح مثل المحددة في قانون الأسعار، حيث يضع المشرع نصا يحدد بمقتضاه العقوبة ويحيل في تحديد الجريمة إلى نص صادر عن السلطة التنفيذية، وتبرز الخطورة خاصة في مثل هذه الحالات عندما لا تكون السلطة التنفيذية قد أصدرت النص المحال إليه، وتسمى هذه الحالة بالقاعدة الجنائية على بياض، وكمثال عن تخلي المشرع عن صلاحياته للسلطة القضائية ما يسمى بالنصوص المفتوحة حيث يعطي المشرع بمقتضى نص للقاضي سلطة تقديرية<sup>1</sup>.

### ثانيا : تفسير النصوص الجنائية

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

**1-أنواع التفسير:** هناك صورتين لتفسير النصوص الجنائية إحداها تشريعي وثانيها قضائي.

<sup>1</sup> بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، الجزائر، بدون سنة نشر، ص ص

أ- **التفسير التشريعي:** ويصدر عن ذات السلطة التي أصدرت النص محل التفسير، ويكون في صورة نصوص قانونية تستهدف تفسير نصوص سابقة أثارت خلافا عند التطبيق، قدر المشرع ضرورة التدخل لحسمه، وتكمن أهمية هذا التفسير أنه يصدر عن ذات السلطة التي أصدرت النصوص محل الخلاف<sup>1</sup>.

ب- **التفسير القضائي:** ويقصد به التفسير الذي يصدر عن شراح القانون أثناء شرحهم له، وهو نوع من التفسير لا يتعدى إبداء الرأي بخصوص هذا النص أو ذلك من نصوص القانون، وبالتالي فإنه غير ملزم للقضاء، وتكمن فائدته في إعانة القضاء على تطبيق القانون وفي توجيه المشرع لاستكمال ما في التشريع من نقص<sup>2</sup>.

### ثالثا: حظر القياس في التجريم والعقاب

القاضي لا يجوز له تجريم فعل إلا إذا كان هناك نص قانوني صريح يجرمه، فالتفسير بطريق القياس الذي يعني تطبيق عقوبة على فعل غير مجرم بناءً على وجود تشابه أو تقارب مع فعل مجرم، يعتبر انتهاكاً صريحاً لمبدأ الشرعية الجنائية، حيث أن قرار تجريم الأفعال وتحديد العقوبات يتعلق فقط بصلاحيات المشرع، وليس للقاضي أن يبتكر جرائم جديدة غير منصوص عليها في القانون، مثال على ذلك هو تجريم فعل السرقة الذي يتعلق بأخذ مال الآخر بدون إذن، وعدم اعتبار من يحصل على منفعة مملوكة للآخر دون وجه حق كسارق<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### نطاق تطبيق النص الجنائي في القانون الجزائري

إن وجود نص التجريم لا يكفي كي يخضع له الفعل أو الامتناع الذي يعاقب عليه النص، بل يجب أن يكون الفعل داخلاً في النطاق الزمني والمكاني للنص، أي

<sup>1</sup> فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003، ص 152-153.

<sup>2</sup> سلطان عبد القادر الشاوي ومحمد عبد الله الوريكات، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2011، ص 117.

<sup>1</sup> عبد الرحمان خلفي، المرجع سابق، ص 5.

أن يكون القانون المتضمن للتجريم معمولاً به وقت ارتكاب الجريمة وسارياً على المكان الذي ارتكبت فيه<sup>1</sup>.

### أولاً: نطاق تطبيق النص الجنائي من حيث الزمان في القانون الجزائري

من أهم خصائص القاعدة القانونية الجنائية هي :

#### 1- قاعدة عدم رجعية النص الجنائي

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

#### 2- تطبيق القاعدة

يقتضي تطبيق القاعدة وجوب أن نحدد وقت نفاذ القانون أولاً، ثم تحديد وقت ارتكاب الجريمة ثانياً، فصلاحيّة تطبيق النص يقتضي أن تكون لحظة نفاذ القانون سابقة أو معاصرة ارتكاب الجريمة، ويحدد القانون الجديد عادة وقت نفاذه، أما وقت ارتكاب الجريمة فهو وقت ارتكاب الفعل المكون لها، أي وقت ارتكاب الواقعة المادية التي تكون السلوك الإجرامي للفعل دون الاعتداد بالآثار المترتبة عليها أو حتى تحقق نتيجتها<sup>1</sup>.

#### 3- الاستثناء على قاعدة القانون الأصلح للمتهم

يطبق النص التجريمي الجديد على وقائع سابقة على نفاذه، إذا كان النص

<sup>1</sup> فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص 161 .

<sup>2</sup> أنظر: المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري .

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري- القسم العام-، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 90.

الجديد أقل شدة، فلا تحترم قاعدة عدم رجعية نصوص التجريم على الوقائع السابقة لنفاذها بشكل مطلق إلا في حدود أن يكون القانون الجديد أسوأ للمتهم<sup>1</sup>.

#### 4- شروط تطبيق مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم

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

- أن يكون القانون الجديد في صالح المتهم.
- أن يصدر القانون الجديد قبل صدور حكم نهائي.
- أن لا يكون القانون القديم محدد الفترة<sup>2</sup>.
- أما إذا حركت إجراءات الدعوى العمومية وتمت مباشرتها من طرف النيابة و صدر قانون أصلح للمتهم قبل أن يحكم على الشخص مرتكب الفعل ولم يصبح الحكم نهائياً، فإنه يطبق القانون الجديد الأقل شدة من القانون القديم.
- أما إذا كان القانون الملغى قد صدر على إثر ظرف معين كالحرب مثلاً، وبعد زوال هذا الظرف يلغى القانون، فلا يستفيد الأشخاص الذين خالفوا أحكامه من إلغائه حتى ولو لم يكن قد تم الفصل في إجراءات الدعوى.
- أما إذا صدر قانون أصلح للمتهم بعد صدور حكم نهائي فإن الشخص مرتكب الفعل والذي تمت إدانته بهذا الحكم بعد استنفاد طرق الطعن، فإنه لا يستفيد من القانون الجديد، وهذا احت ا رما لمبدأ قوة الشيء المحكوم فيه.
- أما إذا صدر قانون جديد أصلح للمتهم وقبل صدور حكم نهائي عليه يطبق القانون الجديد ويجعل من الفعل المجرم غير معاقب عليه، فهنا يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثار المتابعة الجنائية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> أنظر: المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>2</sup> ابراهيم بلعليات، أركان الجريمة وطرق اثباتها في قانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 99.

<sup>1</sup> مثال على ذلك ما جاء به ميثاق السلم والمصالحة الوطنية الصادر في شهر فيفري 2006 فيما يخص انقضاء الدعوى العمومية في المواد من 4 إلى 10 أنظر : المرجع نفسه، ص 100 .

## ثانيا : نطاق تطبيق النص التجريمي من حيث المكان

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

### 1- مبدأ إقليمية النص الجنائي

مبدأ إقليمية النص الجنائي يعني أن قانون العقوبات يسري على جميع الجرائم التي ترتكب داخل إقليم الدولة، بغض النظر عن جنسية المرتكب ومرتكب الجريمة، ويعتبر هذا المبدأ من أقدم المبادئ القانونية ويتمتع بمبررات سيادية تتعلق بسيادة الدولة على أراضيها، حيث يوجد قواعد عملية تنطوي على إثبات الجرائم ومتابعة المرتكبين ومحاكمتهم بشكل فعال، وتطبيق هذا المبدأ يؤثر في طريقة التعامل مع بعض الأوضاع والمركبات مثل الطائرات والسفن، ومع ذلك يوجد استثناءات لهذا المبدأ تفرضها القوانين والأعراف الدولية، مما يجعل بعض الجرائم التي ترتكب على الأراضي الوطنية غير خاضعة للقانون الوطني<sup>1</sup>.

إلا أن هناك إستثناءات واردة على مبدأ الإقليمية بالرغم من أن مبدأ إقليمية النص الجنائي يقتضي أن تخضع كل الجرائم المرتكبة على إقليم الجمهورية الجزائرية للقانون الجنائي الجزائري، أي كانت جنسية الجاني أو المجني عليه، وبغض النظر عن المصلحة أو الحق المعتدى عليه، غير أنه إعمالا لبعض الأحكام الدستورية والأعراف الدبلوماسية وبعض قواعد القانون الدولي العام، فإنه ترد بعض الاستثناءات على مبدأ إقليمية النص الجنائي التي تستبعد الجرائم التي يرتكبها بعض الأشخاص من

<sup>1</sup> عبد القادر عدو، المرجع سابق، ص ص 69-70 .

<sup>1</sup> بن طاهر حكيمة، مبدأ الشرعية الجنائية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، فرع: قانون جنائي، كلية

الحقوق، جامعة محند أولحاج، البويرة، 2016، ص 32.

الخضوع لقانون العقوبات الجزائري، إذا ارتكبها مثل هؤلاء الأشخاص أثناء أو بمناسبة تأدية مهامهم ومن بين هؤلاء الأشخاص نذكر:

- رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة الجزائريين.
- أعضاء المجالس النيابية العليا .
- رؤساء الدول الأجنبية.
- رجال السلك السياسي الأجنبي .
- رجال السلك الدبلوماسي و القنصلي .
- رجال القوات الأجنبية المرابطة في التراب الوطني<sup>1</sup>.

## 2- المبادئ التكميلية لمبدأ الإقليمية

هناك ثلاث مبادئ تكميلية لمبدأ إقليمية النص الجنائي ، تتمثل في مبدأ

شخصية النص الجنائي، مبدأ العينية ومبدأ عالمية النص الجنائي

أ- **مبدأ شخصية النص الجنائي:** مبدأ الشخصية من المبادئ المكتملة لمبدأ الإقليمية فالقانون الجزائري ينص على أن المواطن الجزائري يخضع لقانون بلاده أينما وجد، حيث إذا ارتكب المواطن الجزائري جريمة في الخارج وعاد إلى الوطن قبل محاكمته أو تنفيذ العقوبة عليه، يمكن محاكمته في الوطن، إذ يهدف المبدأ إلى ضمان عدالة العقاب ومنع المجرمين من الاستفادة من ملاذ آمن في وطنهم، ولا يجوز للدولة تسليم المواطن الجزائري إلى الدولة التي وقعت فيها الجريمة، وذلك يعتبر مخالفاً للدستور<sup>2</sup>.

ب- **مبدأ عينية النص الجنائي:** يعني مبدأ عينية النص الجنائي تطبيق النص على كل جريمة تمس مصلحة أساسية للدولة أيا كانت جنسية مرتكبها ومكان ارتكابها، وتحرص كل دولة لأهمية الحق الذي تحميه على إخضاع الجرائم التي تمس حقوقها الأساسية لنصوصها التشريعية ولقضاؤها الوطني، فمبدأ العينية هو مبدأ المصلحة الخاصة للدولة في معاقبة الجرائم التي تمس كيانها، وتلجأ الدول لمبدأ العينية لتكملة

<sup>1</sup> بن طاهر حكيمة، المرجع السابق، ص ص 36-39.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 39.

مبدأ إقليمية النص الجنائي في إعطاء نصوصها الجنائية سلطانا ونطاقا للتطبيق لا يتسع له مبدأ الإقليمية<sup>1</sup>.

وقد حدد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجنائية الجرائم التي تخضع للقانون الجزائري أيا كان مكان ارتكابها وجنسية مرتكبها (غير جزائري) في المادة 588 ق.إ.ج وهي على وجه التحديد الجنايات أو الجنح الموجهة ضد سلامة الدولة الجزائرية أو تزييف النقود و الأوراق المصرفية الوطنية المتداولة قانونا بالجزائر<sup>2</sup>.

### ج- مبدأ عالمية النص الجنائي:

- يقصد بمبدأ العالمية سريان القانون الجنائي للدولة على الجرائم التي يضبط فاعلها في إقليم الدولة بصرف النظر عن مكان وقوع جريمته، وأيا كانت جنسية الجاني أو المجني عليه، ولا شك أن مبدأ العالمية يوسع إلى حد كبير من نطاق تطبيق قانون العقوبات الوطني، ويكمن مبرر الأخذ بهذا المبدأ في انتشار ظاهرة الجرائم الدولية المنظمة من ناحية، ويتمثل المبرر من ناحية أخرى في تقدم وسائل المواصلات والاتصالات في العصر الحديث، وهو ما يساعد المجرمين على الفرار، ومن المتصور أن يؤدي الأخذ بمبدأ العالمية إلى قيام تنازع في الاختصاص بين أكثر من دولة، لذلك فإن اللجوء إلى مبدأ منوط من حيث الواقع بشروط معينة وهي على التوالي<sup>3</sup>.

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

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

- ارتكاب الجاني جريمة تهمة الجماعة الدولية، مثال ذلك جرائم الاتجار بالمخدرات، فهذه الجرائم هي على نحو ما ذات طابع دولي وتمس الجماعة الدولية، وهو الأمر

<sup>1</sup> ناصر حمودي، مرجع سابق، ص 129.

<sup>2</sup> أنظر: المادة 588 من قانون الإجراءات الجزائية.

<sup>3</sup> محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،

2002، ص ص 42-44.

الذي يبرر اعتبار دولة القبض على الجاني بمثابة نائب عن المجتمع الدولي في ملاحقته وعقابه<sup>1</sup>.

في نهاية هذا المطلب يمكن القول أن القانون الجزائري بعيد كل البعد عن الفقه الإسلامي، من حيث مصادر التشريع الجنائي، حيث أن التشريع في القانون الجزائري يعتمد السلطة التشريعية، التي لا تخلوا من الأخطاء وتضارب المصالح كذلك تداخل مهامها مع السلطة التنفيذية، والذي يسبب نوعاً من عدم الإستقلالية وغياب الموضوعية في التشريع ، وكذلك فيما يخص تفسير النصوص الجنائية، والنطاق الزماني والمكاني للنص الجنائي في القانون الجزائري، حيث أنه لا يساير الفقه الإسلامي إلا في مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم.

### خلاصة الفصل الأول

إن أهم ما تم التوصل إليه في هذا الفصل، أن القانون الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في مبدأ الشرعية الجنائية من حيث التعريف، وقسميه الإجرائي والموضوعي لكن فيما يخص شرعية التنفيذ العقابي، ومصادر التشريع وكذلك تفسير النصوص الجنائية، فالقانون الجزائري يخالف الفقه الإسلامي ويعتمد المدارس الغربية في هذا الجانب من التشريع.

---

<sup>1</sup> محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص ص 42-44.

## الفصل الثاني

### تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون

#### الجزائري

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

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

يقصد بأسباب الإباحة أو أسباب التبرير، بأنها جملة الظروف التي تجرد الواقعة من صفتها الإجرامية، رغم استكمالها سائر العناصر القانونية اللازمة لقيام الجريمة<sup>2</sup>.

وكقاعدة عامة تتميز هذه الأسباب بكونها مادية، لا تضم عناصر شخصية، وبالتالي يشترط توافرها في الواقع الملموس حتى ترتب آثارها في نزع الصفة الإجرامية للسلوك<sup>3</sup> وما يستتبع ذلك من انتفاء كل من المسؤولية المدنية والجنائية وعدم توقيع أية عقوبة على من يقدم على فعل يعد جريمة في القانون لكنه يملك سبباً من أسباب الإباحة.

<sup>1</sup> رضا فرج، المرجع السابق، ص 139.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 139.

<sup>3</sup> عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 96

وبعد أن تم التطرق في الفصل الأول إلى مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الذي يقضي أنه لا جريمة ولا جزاء إلا بنص شرعي أو قانوني ، وأن يكون هذا النص سارياً من حيث الزمان والمكان، بالإضافة إلى ذلك، يجب ألا يكون قد توفر لدى مرتكب الفعل سبب من أسباب الإباحة، فهناك أسباب تنفي عن الفعل صفة اللا مشروعية، وتعطل مبدأ الشرعية الجنائية وتقيدته وتجعل الفعل مباحاً كما تم شرحه، فهذه الأسباب هي عبارة عن حالات تتوفر في أحوال معينة يقدرها المشرع، ويقرر بمقتضاها إخراج الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة.

لهذا سيتم في هذا الفصل تناول أسباب الإباحة، التي تعطي سلوك المجرم صفة المشروعية، وتعطل أحكام النص التجريمي، وتخرج الفعل من نطاق التجريم ليصبح فعلاً مشروعاً، وسيكون ذلك بالنسبة للفقه الإسلامي في المبحث الأول، وبعد ذلك بالنسبة القانون الجزائري في المبحث الثاني.

## المبحث الأول

### تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة في الفقه الإسلامي

الأصل في الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة، لكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توفرت فيهم صفة خاصة؛ لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضي هذه الإباحة، ولأن هؤلاء الذين تباح لهم الأفعال المحرمة يأتونها في الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع<sup>1</sup>، كما هو الحال في حالات الدفاع الشرعي و التأديب (المطلب الأول)، وتتعدى أسباب الإباحة إلى حالات أخرى كالتطبيب وألعاب الفروسية (المطلب الثاني)، وكذلك إهدار الأشخاص وحقوق الحكام وواجباتهم (المطلب الثالث).

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 465.

## المطلب الأول

### الدفاع الشرعي و التأديب

إن الدفاع الشرعي على نوعيه العام و الخاص، والتأديب على جميع أشكاله، من أهم أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي، كما يحظى هذين السببين بمكانة خاصة في الشريعة الإسلامية، وهذا ما سيتم التطرق له في هذا المطلب.

### الفرع الأول

#### الدفاع الشرعي

الدفاع الشرعي في الشريعة على نوعين، دفاع شرعي خاص، ويسمى اصطلاحاً دفع الصائل، ودفاع شرعي عام، ويسمى اصطلاحاً الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

#### أولاً: الدفاع الشرعي الخاص

الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة الإسلامية، يعني واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره من أي اعتداء غير مشروع، يتمتع الفرد بحق شرعي في حماية نفسه والممتلكات التي لديه، أو الممتلكات التي لشخص آخر بحالة تعرضها للاعتداء، وفي حالة وجود اعتداء غير مشروع، له الحق في استخدام القوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء، والدفاع عن النفس أو الممتلكات، ومن الجوانب المهمة في هذا السياق هو أن الاستخدام المشروع للقوة في الدفاع الشرعي الخاص يكون محدوداً بمقدار القوة اللازمة لصد الاعتداء، وحماية النفس أو الممتلكات، يعني ذلك أن الشخص لا يجوز له استخدام قوة زائدة أو مفرطة في الدفاع، بل يجب عليه أن يقتصر على استخدام القوة اللازمة والمناسبة للموقف<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص473

والدفاع الشرعي الخاص، سواء كان واجباً أو حقاً مقصوداً به دفع الاعتداء، لاعتقوبه عليه، بدليل أن دفع الاعتداء فعلاً لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه، ويصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعي الخاص بدفع الصائل، وعلى تسمية المعتدى صائلاً، والمعتدى عليه مصولاً عليه<sup>1</sup>، والأصل في دفع الصائل قوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴿١٩٤﴾﴾ [سورة البقرة، ١٩٤].

إن الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية يحظى بمكانة خاصة ويمتاز بأهمية كبيرة، فإضافة إلى أنه يُعتبر سبباً من أسباب الإباحة، يُكرّم الشخص الذي يموت أثناء الدفاع عن ماله أو عرضه أو نفسه بأنه يرتقي إلى مرتبة الشهداء، عندما يتوفى شخص أثناء الدفاع الشرعي، سواء كان يحمي ممتلكاته أو سلامته الشخصية، فإنه يعتبر شهيداً في العقيدة الإسلامية، والشهيد في الإسلام هو الشخص الذي يموت في سبيل الله ولأجل قضية عادلة، يُعتبر وفاته شهادة على إيمانه القوي وتضحيته الكبيرة، لقوله ﷺ: "من قُتل دون ماله فهو شهيد، ومن قُتل دون أهله فهو شهيد، ومن قُتل دون دينه فهو شهيد، ومن قُتل دون دمه فهو شهيد"<sup>2</sup>.

وحكم الدفاع الشرعي واجب عند جمهور العلماء، فهو مذهب الحنفية<sup>3</sup>، والأصح عند المالكية<sup>4</sup>، وقول الشافعية<sup>5</sup>، وهو مذهب الحنابلة<sup>6</sup>، ودليلهم في

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 473.

<sup>2</sup> النسائي في سننه، كتاب تحريم الدم، باب من قتل دون دينه، الجزء السابع، الطبعة الثانية، المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة، مصر، 1986، ص 116.

<sup>3</sup> عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء السادس، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، دون سنة نشر، ص 110.

<sup>4</sup> محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار الفكر، سوريا، دون سنة نشر، ص 317.

<sup>5</sup> أبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991، ص 188.

<sup>6</sup> موسى الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الرابع، دار المعرفة، لبنان، دون سنة نشر، ص 290.

قوله تعالى: { وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِجَءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾ } [سورة الحُجرات، ٩]، قال الجصاص رحمه الله: "فأمر الله تعالى بقتال الفئة الباغية، ولابغي أشد من قصد إنسان بالقتل بغير استحقاق، فاقتضت الآية قتل من قصد قتل غيره بغير حق"<sup>1</sup>.

## ثانياً: الدفاع الشرعي العام

وبعبارة أخرى الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر المعروف هو كل قول أو فعل ينبغي قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها، كالتخلق بالأخلاق الفاضلة، والعفو عند المقدرة، والإصلاح بين المتخاصمين، وإيثار الآخرة على الدنيا، والإحسان إلى الفقراء والمساكين، وإقامة المعاهد والملاجئ والمستشفيات، ونصرة المظلوم، والتسوية بين الخصوم في الحكم، والدعوة إلى الشورى، والخضوع لرأي الجماعة وتنفيذ مشيئتها، وصرف الأموال العامة في مصارفها، إلى غير ذلك<sup>2</sup>.

والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف، فمن رأى صبيّاً أو مجنوناً يشرب خمرّاً فعليّه أن يمنعه ويريق خمره، ومن رأى مجنوناً يزنّي بمجنونة أو يأتي بهيمة فعليّه أن يمنع ذلك، والمنع واجب سواء ارتكب المعصية في سر أو في علانية<sup>3</sup>.

قال المؤلف رحمه الله تعالى: "والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب، إلا من خفت سيفه أو عصاه"، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب، فتأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، فتغير المنكر باليد إذا استطعت، فإن عجزت فباللسان،

<sup>1</sup> أحمد بن علي أبوبكر الرازي الحصاص، أحكام القرآن، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص 401.

<sup>2</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 492

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 492.

فإن عجزت فبالقلب مع البعد عن المعصية<sup>1</sup>؛ لما ثبت في صحيح مسلم من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان"<sup>2</sup>.

كما يرى جمهور الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله تعالى: {كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ} [آل عمران: 110]، غير أن بعض الفقهاء يرون أن واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يقع على عاتق القادرين على أدائه، وهم علماء الأمة حيث يعتبرون أن الجاهل، قد يقوم بنهي المعروف وأمر المنكر بطريقة غير مناسبة، حيث قد يكون عنيفاً في مواقع تستدعي اللين، وقد يكون لطيفاً في مواقع تستدعي الحزم، ويرون بأنه قد يكون على علم بالحكم في فقه وجاهل في فقه آخر<sup>3</sup>.

أصحاب هذا الرأي يرون أن واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو واجب كفاية، بمعنى آخر إذا قام بعض الناس بأداء هذا الواجب، فإنه يكون كافياً وبفي بالغرض، وبالتالي يسقط عن بقية الناس، وهذا يتفق مع تخصيص العلماء بأداء هذا الواجب، نظراً لمعرفة العميقة بالشرع وقدرتهم على تطبيقه بطريقة مناسبة<sup>4</sup>، باختصار بعض الفقهاء يرون أن واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يقع على عاتق العلماء والمتخصصين، نظراً لقدرتهم على تنفيذه بطريقة صحيحة ومناسبة، ويرون أنه إذا قام بعض الناس بهذا الواجب، فإنه يكون كافياً ويسقط عن بقية الناس.

<sup>1</sup> أنظر: عبد العزيز الراجحي، شرح كتاب السنة للبرهاري، تم الإطلاع عليه يوم 2023/05/05 على الساعة 17:30، في موقع: <https://shamela.ws/book>

<sup>2</sup> عبد الله بن صالح المحسن، كتاب الأحاديث الأربعين النووية مع ما زاد عليها ابن رجب وعليها الشرح الموجز المفيد، الحديث الرابع و الثلاثون، الطبعة الثالثة، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1984، ص 66 .

<sup>3</sup> أنظر: عبد العزيز الراجحي، المرجع السابق.

<sup>4</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 495.

## الفرع الثاني

### التأديب

التأديب هو التعليم والمعاقبة على الإساءة يقال: أدبته أي علّمه الأدب، وعاقبه على إساءته، لأنه سبب يدعو إلى حقيقة الأدب والتأديب لفظ يدل على المبالغة والتكثير، وعلى هذا فإن الأدب هو رياضة النفس، وجمع محاسن الأخلاق، والاتصاف بها، وأن التأديب لفظ يطلق على تعليم الأدب، وتلقين فنونه، والدعاء إليها مع المعاقبة على سوء التصرف فيها<sup>1</sup>

والتأديب يكون إما للزوجة أو للطفل الصغير، بشرط أن لا يسبب ضرراً دائماً أو تلفاً في أعضاء الجسم، وكذلك لا يزوج التأديب بالضرب على الوجه، ويختلف مذهب مالك والشافعي وأحمد عن مذهب أبي حنيفة في أنهم يعتبرون التأديب بصفة عامة حقاً لا واجباً، أما في مذهب أبي حنيفة فيعتبرون تأديب الصغار واجباً بصفة عامة، أو واجباً على الأقل في حالة ما إذا قصد به التعليم ويختلف مذهب الشافعي عن مذهبي مالك وأحمد في أن الشافعي يقيد استعمال الحق بشرط السلامة، أما مالك وأحمد فلا يقيدان الحق بشرط ما دام الفعل قد وقع في حدود الحق، ولذلك فمذهبهما في نتيجته يتفق مع مذهب أبي حنيفة في نتيجته ولو أن التأديب في المذهب الأخير واجب لا حق<sup>2</sup>.

تختلف المذاهب الفقهية مثل الحنفية والشافعية والحنابلة في تمييزها بين حكم ضرب المرأة الناشز في حال توفر شروط التأديب، وبين حكم ضرب الولد الصغير بسبب تركه للصلاة وأمور مماثلة، فالحنفية والشافعية والحنابلة يرون أن الأولوية في الحالة الأولى هي العفو وعدم الضرب من قبل الزوج، بناءً على مصلحة الزوجية وحفظ الألفة والتعاون بين الزوجين، يرون أن ترك الزوج للضرب يُعدُّ مشروعاً ومفيداً

<sup>1</sup> أنظر: سناء حسن هدلة، أحكام التأديب في الأسرة والتعليم، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/05/06، على

الساعة 11:30 سا، في موقع : <https://www.msf-online.com>

<sup>2</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 520.

لمصلحته الشخصية أما في حالة الولد الصغير الذي يترك الصلاة وأمور مماثلة، فلا يُعفى عنه ولي الأمر من الضرب إذا كانت هناك حاجة لتأديبه وتوجيهه، يرون أن تأديب الولد واجبٌ على ولي الأمر، لأنه يُعْتَبَرُ مصلحةً للصبي وتوجيهًا له نحو السلوك الصحيح والمناسب<sup>1</sup>.

باختصار، تختلف المذاهب الفقهية في تعاملها مع قضية ضرب المرأة الناشز وضرب الولد الصغير، يرون أن الأولوية في حالة المرأة هي العفو وعدم الضرب، بينما في حالة الولد يرون أن التأديب والتوجيه البناء هو واجب على ولي الأمر.

من أجل هذا فرّق بعض الحنفية بين ضرب التأديب، وضرب التعليم، حيث يرون أن ضرب التأديب حق، وأن ضرب التعليم واجب، والأول مقيد بشرط السلامة، والثاني غير مقيد، والتفرقة مقصورة على الضرب المعتاد في الكم والكيف والمحل، أما غير المعتاد فموجب للضمان في الكل، أي في ضرب التأديب وضرب التعليم<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني

### التطبيب و ألعاب الفروسية

من المتفق عليه في الشريعة أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية، كما تحتفل الشريعة بألعاب الفروسية وتحض عليها باعتبارها مقوية للأجسام منشطة للعقول، كما أنها مظهر للمهارة ودعوة للشجاعة والفتوة، على الرغم من أن الشريعة تدعم هذه المجالات، إلا أن التدخل الطبي في كثير من الأحيان يتطلب إجراء جراحي أو بتر أحد الأطراف أو الأعضاء، بالإضافة إلى ذلك قد تسبب ألعاب الفروسية إصابات خطيرة وحتى الموت، وبناءً على ذلك فإنه من الضروري وضع تشريعات خاصة لهذه المجالات لحماية الممارسين من المسائلة الجنائية، يجب أن يُنظَّم التدخل الطبي والجراحي في إطار قوانين وتشريعات واضحة تحدد الشروط والإجراءات اللازمة وتضع ضوابط لضمان السلامة والنزاهة في ممارسة المهنة الطبية، يُحث على تنظيم

<sup>1</sup> أنظر: إبراهيم بن صالح، ولاية التأديب الخاصة في الفقه الإسلامي، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/05/06،

على الساعة 12:30 سا، في موقع: <https://www.alukah.net>

<sup>2</sup> أنظر: المرجع نفسه.

هذه المجالات لتحقيق التوازن بين الاحتياجات الطبية والحماية من الأذى الزائد أو التجاوزات<sup>1</sup>.

## الفرع الأول

### التطبيب

يعد عمل الطبيب من أخطر الأعمال وأجلها، إذ أنه يتعلق ببدن الإنسان، فكان من الواجب على الطبيب أن يراعي في عمله الوفور والتقشير، فيجب أن يكون عمله شاملاً لمحلّه، لا تشوبه شائبة تفريط أو تقصير، لأن التقصير فيه قد يكون سبباً لسراية الجرح المفضي إلى الهلاك، فيكون هو المتسبب في الهلاك بتفريطه وإهماله<sup>2</sup>، ولهذا لا يصح أن يتصدى الطبيب لمعالجة الناس والنظر في أحوال أجسامهم، إلا إذا كان ماهراً في تخصصه متقناً له، عارفاً للأمراض وأسبابها وأعراضها وعلاماتها، والأدوية النافعة لها<sup>3</sup>.

وقد اجتمع الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمرضى، ولكنهم اختلفوا في تعليل رفع المسئولية، فأبو حنيفة يرى أن المسئولية ترتفع لسببين أولهما الضرورة الاجتماعية إذ الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب وهذا يقتضي تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسئولية عنه حتى لا يحمله الخوف من المسئولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه، وفي هذا ضرر عظيم بالجماعة. ثانيهما إذن المجني عليه أو وليه، فاجتماع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع المسئولية<sup>4</sup>.

وفقاً لمالك، يرى أن سبب رفع المسئولية عن الطبيب يكون من خلال إذن الحاكم أولاً وإذن المريض ثانياً، إذا كان للطبيب إذن بممارسة الطب من قبل الحاكم، ومن المريض بأن يتعامل الطبيب معه بما يروونه في مصلحته، فإذا اجتمعت هاتان

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ص 520-525.

<sup>2</sup> الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1982، ص ص 255-256.

<sup>3</sup> أنظر: وليد هويلم عوجان، ضمان الطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون، تم الاطلاع عليه بتاريخ

2023/05/04، على الساعة 22:00 سا، في موقع: <https://www.aliftaa.jo>

<sup>4</sup> علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ص 305.

الموافقان، فلا يتحمل الطبيب أي مسؤولية ما لم يخالف أصول المهنة أو يرتكب خطأ في تصرفه، بمعنى آخر يعتبر مالك أن المسؤولية عن العمل الطبي تنقلب على الطبيب فقط إذا كان قد تعدى على أصول الفن الطبي أو ارتكب أخطاء في تنفيذه، ومن المهم أن يتم الحصول على إذن من الحاكم والمريض للطبيب قبل البدء في العلاج، وإذا تم توفير هذين الإذنين، فإن المسؤولية لا تقع على الطبيب ما لم يتم تجاوز الإجراءات الأخلاقية والمهنية، أو يقوم بأفعال خاطئة أثناء العلاج<sup>1</sup>.

وعلى هذا فإن الطبيب غير مسئول عن عمله، لأن من واجبه أن يؤديه، ولا يسأل عن نتائج عمله حتى وإن كانت له حرية كاملة في اختيار هذا العمل وفي اختيار الطريقة التي يؤدي بها عمله، ولو قام الطبيب أثناء تأدية مهامه بجرح شخص فمات، أو أعطاه دواء فأحدث له تسمماً أدى إلى موته، هنا الطبيب غير مسئول من الناحية الجنائية والمدنية<sup>2</sup>.

إذا قام الطبيب بخطأ في عمله فإنه لا يسأل عن خطئه إلا في حالة كان خطأ فاحشاً، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العمل بفن الطب، وفي هذا يعطينا الفقهاء مثلاً على الخطأ غير الفاحش قصة صبية سقطت من سطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبريها، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين، ولما سؤل في ذلك أحد الفقهاء المشهورين أفتى بأنه ما دام الشق بإذن وما دام الشق معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم؛ أي لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفنية المرسومة لهذا الشق، فإن الطبيب لا يضمن؛ أي لا يسأل جنائياً ولا مدنياً، فقيل له: فإن قال الطبيب إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن؟ فقال: إنه لا يضمن، أن ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> شمس الدين الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار الفكر، سوريا، 1992، ص 321.

<sup>2</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 522.

<sup>3</sup> أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، سنة 1997، ص 279.

ويشترط في عدم المسؤولية الجنائية في الطبيب ما يلي :

- أن يكون الفاعل طبيباً.
  - أن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية.
  - أن يعمل طبقاً للأصول الطبية.
  - أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولي.
- في حال توفر هذه الشروط في الطبيب، فإنه لا توجد مسؤولية على الفاعل، وإذا انعدمت أحد هذه الشروط، فإن الفاعل يكون مسئولاً، تشمل هذه الشروط أيضاً الملحقين بالأطباء، وهم الذين يمارسون مهنة متعلقة بالتطبيب، مثل الأطباء البيطريين والحمامين والختانة، بالإضافة إلى الممرضين والصيدلة وأي شخص ذو صلة بمجال الطب، يتعين على هؤلاء أن يكون خطأهم في مجال تخصصهم وأن يتوافق تصرفهم مع الشروط المذكورة سابقاً<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### ألعاب الفروسية

يقول الله سبحانه وتعالى في محكم التنزيل: {وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَعَآخِرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ} [سورة الأنفال، 60]، والأصل في الشريعة الإسلامية، أن كل ما ينفع الأمة في دينها أو دنياها من علم أو فن أو صناعة، فهو من فروض الكفاية، وتعلمه واجب على الأمة، تجيز الشريعة ألعاب الفروسية التي تؤدي إلى التفوق في القوة والمهارة، وتعود بالنفع على الجماعة في أوقات السلم والحرب، مثل المسابقة بالأقدام، وسباق الخيل، وسباق السفن والسيارات والطائرات، وسباق الطير وما شابهه، كما تسمح الشريعة باللعب بالشيش

<sup>1</sup> عبد القادر عودة ، المرجع السابق، ص523.

والمزاريق والسيوف والعصا، والرماية بالنبال والمنجنيق والأسلحة النارية، والمصارعة والملاكمة ورفع الأثقال، وشد الحبل، والسباحة وغيرها<sup>1</sup>.

وألعاب الفروسية قد تؤدي إلى إصابات تقع على اللاعبين أو على غيرهم، فإن نشأت هذه الإصابات عن لعبة لا تقوم على استعمال القوة والعنف بين اللاعبين، وليس في ممارستها ما يستلزم استعمال القوة مع الخصم أو يحتم ضربه أو يعرضه للجرح، فمثل هذه الإصابة تحكمها قواعد الشريعة العامة، لأنها من ضروريات اللعبة، فإن تعمدتها أحد فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة عمدية، وإن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة غير عمدية<sup>2</sup>.

تعتبر الألعاب التي تتطلب استخدام القوة مع الخصم، مثل المصارعة التحطيب والملاكمة، من الألعاب التي قد تؤدي إلى وقوع إصابات، وفي حالة حدوث إصابات نتيجة لممارسة هذه الألعاب، فإنه لا يوجد عقاب مباشر لهذه الإصابات، ما لم يتجاوز الفاعل حدود المسموح به في اللعبة، فالشريعة الإسلامية تعتبر أن وجوب ممارسة اللعبة يعني قبول ما قد ينجم عنها من إصابات متوقعة في حدود اللعبة، ولذا إذا تجاوز اللاعب حدود اللعب وتسبب في إصابة لزميله، فإنها تعتبر جريمة عمدية إذا كان اللاعب قد تعمد إحداث الإصابة، وتعتبر جريمة غير عمدية إذا لم يكن نية اللاعب توجيه ضربة معينة للزميل<sup>3</sup>.

إذن فإن الحكم على المسؤولية الجنائية يعتمد على نية الفاعل وتجاوزه حدود اللعبة المحددة، ومن الضروري أن يتم توضيح وتحديد تلك الحدود المسموح بها في ممارسة اللعبة من قبل الجهات المختصة، وذلك لضمان سلامة المشاركين وتقديم حماية لهم خلال ممارسة هذه الألعاب.

<sup>1</sup> أنظر: : إيمان الزغلول، الفروسية في التاريخ الإسلامي، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2023/05/22، على الساعة

20:00 سا، في موقع: <https://mawdoo3.com>

<sup>2</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 527.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 528.

## المطلب الثالث

### إهدار الأشخاص و حقوق الحكام و واجباتهم

نزلت شريعة الله لتكون رحمةً ورأفةً للبشرية، ولقد شرعت فيها حدوداً تحمي الناس وتحافظ على استقرار الأفراد والمجتمع من مصائب عظيمة وأخطار واسعة النطاق. وبناءً على ذلك، فإن أحكام الشريعة المتعلقة بتطبيق عقوبات على بعض الجرائم التي يرتكبها الناس من حين لآخر، تشكل جزءاً لا يتجزأ من التشريع الإسلامي الحكيم، حتى وإن تم تجاهلها بطريقة غير مبررة، إن هدف هذه الحدود والعقوبات المحددة في الشريعة هو تفادي الظلم بين الناس وتحقيق العدل الاجتماعي، وضمان حماية الأفراد والمجتمع من تبعات جرائم خطيرة، تقوم الشريعة بتنظيم العقوبات وفقاً لأسس عادلة وقوانين ثابتة، وتُعتبر جزءاً أساسياً من نظام التشريع الإسلامي الشامل<sup>1</sup>. لذلك كان معنى إهدار الأشخاص في الفقه الإسلامي، هو نفي حرمة دم شخص على وجه الكفر دون قضاء، قرينة إلى الله تعالى<sup>2</sup>، كما أن للحكام بصفتهم أفراداً كل حقوق الأفراد وعليهم واجبات، ولكنهم بصفتهم حكاماً لهم حقوق وعليهم واجبات من نوع آخر، وقد خصص الفرع الثاني في هذا المطلب لهذه الحقوق التي يتميز بها الحكام، وتلك الواجبات التي يحملونها، وعن موقف الفقه الجنائي الإسلامي منها.

### الفرع الأول

#### إهدار الأشخاص

الإهدار في الفقه الإسلامي يشير إلى الإباحة، ويمكن أن يتعلق بالشخص نفسه، أو بأحد أطرافه أو بثروته، فعندما يكون الإهدار على الشخص نفسه يصبح

<sup>1</sup> أنظر: حسن هنداوي، مقاصد التشريع الجنائي الإسلامي، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/05/07، على

الساعة 15:00 سا، على موقع: <https://www.iumsonline.org>.

<sup>2</sup> أنظر: أمل فايز الكردفاني، إهدار الدم و القانون الجنائي، تم الإطلاع بتاريخ 2023/05/07، على الساعة

15:40 سا، في موقع: <https://www.sudaress.com>.

يتعلق الإهدار بثروة شخص، يُباح التصرف في ثروته، مثل إباحة ثروة الحربي، وفي هذا السياق يركز الإهدار على الأشخاص بدلاً من الأموال، ونستطيع أن نحدد الشخص المهدر كمن يُباح له إهدار نفسه أو طرفه<sup>1</sup>.

أما علة الإهدار الوحيدة هي زوال عصمة الشخص، وتزول العصمة إما بزوال سببها، وإما بارتكاب الجرائم المهذرة، وزوال العصمة بزوال سببها فالقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أي ليست مباحة، وأساس العصمة إما الإيمان، وإما الأمان، ومعنى الإيمان هو الإسلام، ومعنى الأمان هو العهد، كعهد الذمة وعهد الهدنة، والمهדר دمهم في الشريعة الإسلامية هم: الحربي، المرتد، الزاني المحصن، المحارب، الباغي، من عليه قصاص والسارق<sup>2</sup>.

في الشريعة الإسلامية، لا يتم مساءلة الشخص الذي يقتل المهذورين دمهم جنائياً، إذا توفرت الشروط الشرعية لتطبيق حدود الله في ذلك، وفي حالة القطع إذا تم القطع قبل ثبوت السرقة، فلا يتم مساءلة الشخص القاطع بشأن القطع إذا تبينت السرقة فيما بعد، أما إذا لم تتبين السرقة، فإنه يكون مسئولاً عن القطع، وإذا تسبب القطع في وفاة السارق، فلا يتم مساءلة الشخص القاطع بشأن الوفاة، إلا إذا كان مسئولاً عن القطع بشكل عمد، وإلا فلا يوجد مسئولية، لأن الوفاة نتيجة قطع واجب، والواجب لا يتوقف على شرط السلامة، والفرق بين هذه الحالة وحالة القصاص عند أبي حنيفة هو أن القصاص حق للمقتص وليس واجباً عليه، وهو مخول له أن يعفو أو يقتص، بل يُحث على العفو، بالإضافة إلى أن استخدام الحق بالقصاص عند أبي حنيفة يتوقف على شرط السلامة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أمل فايز الكردفاني، المرجع السابق.

<sup>2</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 533.

<sup>3</sup> زين الدين ابن ابراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص 62.

## الفرع الثاني

### حقوق الحكام وواجباتهم

تنص الشريعة على واجبات تقع على عاتق السلطات العامة وتلزمها بأداء هذه الواجبات في خدمة المجتمع، ويقوم الموظفون العموميون، بجميع درجاتهم المختلفة، بتنفيذ هذه الواجبات المناطة بهم، وإذا قام الموظف بأداء واجبه فلا يمكن مساءلته جنائياً، حتى لو كان الفعل الذي قام به ممنوعاً بشكل عام في الشريعة، فعلى سبيل المثال، القتل محرم على الجميع، ولكنه يصبح جائزاً إذا كان جزءاً قانونياً، وذلك لأن العقوبة ليست عدوانية<sup>1</sup>.

ولأن من واجب القاضي أن يصدر الأحكام ومن واجب الجهة التنفيذية أن تنفذها، وبالمثل الحكم بجلد الجاني وتنفيذه هو واجب للموظفين، ولا يكون هناك مسؤولية جنائية على القاضي أو المنفذ، لأن الضرب بشكل عام محظور، فالحكم واجب على القاضي، والتنفيذ واجب على المنفذ، وليس لذيهما خيار في أداء مهامهما الواجبة، وتنص قاعدة في الشريعة الإسلامية على أن الموظف لا يمكن مساءلته جنائياً إذا كان يقوم بعمله وفقاً للحدود المحددة لتلك المهمة، ولكن إذا تجاوز هذه الحدود فإنه يكون مسؤولاً جنائياً عن أعماله، إذا كان يعلم أنه ليس له الحق فيها، وإذا كان لديه نية صالحة وأتى العمل معتقداً أنه واجب عليه القيام به، فلا يكون هناك مسؤولية جنائية عليه<sup>2</sup>.

واحدة من التطبيقات النموذجية لهذه القاعدة هي تنفيذ الحدود الشرعية، ولا يوجد خلاف بين الفقهاء في أن تنفيذ الحدود هو واجب، وعندما يتم تنفيذ الحدود بالطريقة المشروعة دون زيادة غير مبررة، فلا يكون هناك مسؤولية على المنفذ عن الأضرار التي تنتج عنها، لأن الواجب لا يتوقف على شرط السلامة، ولأن المكلف بالواجب يجب عليه أدائه، فمثلاً إذا قام شخص بتنفيذ حد الزنا بشكل مشروع بضره

<sup>1</sup> أنظر: جمال المراكبي، حقوق الحاكم المسلم وواجباته، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2023/05/22، على

الساعة 14:00 سا، على موقع: <https://www.almarakby.com>.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

مائة جلدة، فلا يتحمل المسؤولية الجنائية إذا تسببت الضربة في الوفاة، وإذا قصد زيادة على المائة بشكل متعمد أو بسبب خطأ وأدت إلى الوفاة، فإنه يتحمل مسؤولية جنائية في هذين الحالتين، وهو مسئول عن الزيادة في كلا الحالتين حتى لو لم تؤدي الضربة إلى الوفاة. وإذا أمر الإمام المسئول عن تنفيذ الحد بضرب أكثر من مائة جلدة، وكان المنفذ يعتقد أن طاعة الإمام واجبة ولم يكن يعرف أن زيادة الضرب مُجرّمة، فلا يتحمل هو المسؤولية، بل المسؤولية تقع على الإمام نفسه، وإذا كان المنفذ على علم بتحريم الزيادة، فإنه يتحمل المسؤولية ولا يعفيه الأمر منها<sup>1</sup>.

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الإمام يقتص منه في كل ما تعمد من جور جار به على الناس، فإذا قتل إنساناً قتل به، وإذا قطع إنساناً قطع به، سواء باشر الفعل كأن ضربه بسيف أو تسبب فيه كأن حكم عليه ظلماً بالقتل أو القطع<sup>2</sup>.

وفي تطبيقهم للقاعدة السابقة فيما يتعلق بالتعزير، يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أنه لا يوجد عقوبة أو مسؤولية على الحاكم إذا تسببت العقوبة التعزيرية في وفاة المحكوم عليه، سواء كانت العقوبة نفسها قاتلة مثل عقوبة الإعدام أو غير قاتلة مثل الجلد، ولكن تنفيذها أدى إلى وفاة المحكوم عليه، ويرى هؤلاء الفقهاء ذلك على أساس أن سلوك المحكوم عليه استوجب تنفيذ العقوبة عليه، وأن التعزير واجب للحفاظ على سلامة الأفراد وصيانة نظام المجتمع، والواجب هنا غير مقيد بشرط السلامة، بشرط أن يؤدي المكلف واجبه ضمن الحدود المشروعة ودون قصد زيادة أو وقوع خطأ في أدائه<sup>3</sup>.

ومن جانب آخر، يرى الشافعي أن الإمام يتحمل مسؤولية دية المحكوم عليه إذا تسببت العقوبة التعزيرية في وفاته، سواء كانت العقوبة هي الموت أو إذا قرر الإمام إعفاء المحكوم عليه من الجريمة والعقوبة، فلهذا حق العفو واختيار العقوبة

<sup>1</sup> عبد الله بن عبد المحسن وعبد الفتاح محمد الحلوة، المغني، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 1997، ص334.

<sup>2</sup> شمس الدين الطرابلسي، المرجع السابق، ص242.

<sup>3</sup> عبد الله بن عبد المحسن وعبد الفتاح محمد الحلوة، المرجع السابق، ص349.

الملائمة للجريمة والمجرم، ويرى الشافعي أن التعزير يهدف إلى التأديب وليس الإبادة، ولذلك يشترط أن تكون النتيجة النهائية سليمة وغير مؤذية، إذا قام الإمام بتطبيق عقوبة تسبب في تلف أو وفاة المجرم، فإنه يتحمل مسؤولية ضمان سلامته، ومن ضمن قوانين التعزير في المذهب الشافعي، يدخل حد الخمر عندما يتجاوز الأربعين جلدة، فإذا تجاوز شارب الخمر الحد المحدد وأدى ذلك لوفاة، فإن الإمام يكون مسؤولاً عن ذلك، لأن تجاوز الأربعين يشترط سلامة النتيجة النهائية<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة في القانون الجزائري

إن قانون العقوبات الجزائري قد حدد أسباب الإباحة في كل فعل يأمر أو يأذن به القانون أو في حالة الدفاع الشرعي وهو ما بينته المادتان 39 و 40 ق ج وعليه فلا يجوز إضافة أي سبب آخر لهذه الأسباب التي وردت على سبيل الحصر لا المثال، ففي البحث عن أي فعل يثور حوله التساؤل عما إذا كان من الأفعال التي تخضع لأسباب الإباحة أم لا، يجب أن نحدد ما إذا كان الفعل يدخل ضمن ما حدده القانون كأسباب للإباحة<sup>2</sup>، أي أن يكون الفعل في نطاق ما يأمر به القانون (المطلب الأول) أو يأذن به القانون (المطلب الثاني) أو حالة الدفاع الشرعي (المطلب الثالث).

### المطلب الأول

#### ما أمر به القانون

يكمن سبب إباحة الأفعال التي يأمر بها القانون، في النص القانوني ذاته، فليس من المنطقي أن يأمر القانون بفعل معين ثم يجرمه بعد ذلك، فإذا ما رأى المشرع

<sup>1</sup> عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 560

<sup>2</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص ص 118-119

ضرورة التدخل رعاية لمصلحة اجتماعية بتعطيل نص التجريم وتبرير الخروج عليه في حالة معينة فإن ذلك يعني إباحته ضمن الشروط التي حددها القانون ومن أمثلة ما يأمر به القانون، ما ورد في قانون الصحة العمومية من نصوص توجب على الطبيب التبليغ عن حالة مرض معدي، ولا يعد هذا التبليغ جريمة إفشاء السر المهني<sup>1</sup>. وتعتبر الأفعال التي أمر بها القانون سواء مباشرة أو تنفيذ أوامر السلطة أفعالاً مباحة، إذن تنفيذ أمر القانون يتخذ شكل التنفيذ المباشر (الفرع الأول)، كما يتخذ شكل استعمال سلطة شرعية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### التنفيذ المباشر لأمر القانون

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

#### أولاً: إذا كان الفرد خاضعاً لسلطة رئاسية

يُعتبر النظام الوسيط الذي يضعه القانون بين أمره المجرد وتنفيذه الملموس، سلطة وسيطة تستوجب الرجوع إليها لتنفيذ أفعال محددة، وذلك نظراً لخطورة تلك الأفعال وتأثيرها على المجتمع والأفراد، يتم مسؤول بتلك السلطة الوسيطة، حيث يقوم المنفذ بالرجوع إليهما قبل تنفيذ أمر القانون الخاص به، تُنشأ هذه السلطة لضمان تنفيذ الأوامر القانونية بشكل آمن وملائم، وللسماح بتقييم الظروف المحيطة واتخاذ القرارات المناسبة، يتحقق من خلال هذا النظام التوازن بين تنفيذ القانون وحماية المصلحة العامة، وسلامة الفرد المنفذ وحقوقه، حيث يتم تقادي التجاوزات وضمان تنفيذ الأوامر القانونية بطريقة عادلة ومتوازنة وفقاً للقوانين المحددة، مع احترام الحقوق والحريات الفردية وتحقيق المصلحة العامة والحماية الشخصية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بارش سليمان، المرجع السابق، ص 64.

<sup>2</sup> ومثالها: أن ضابط الشرطة القضائية إذا لم يكن مزوداً بأمر من الجهة القضائية لا يستطيع تفتيش المنازل، وإلا فإنه يعتبر مرتكباً لجريمة. أنظر: المرجع نفسه، ص 64.

## ثانياً: تنفيذ أمر سلطة مختصة

يعتبر الفرد غير خاضع لسلطة رئاسية يستوجب الرجوع إليها لتنفيذ أمر القانون، فإن أمر القانون وحده يكفي لتبرير سلوك الفرد وإباحة فعله<sup>1</sup>، غير أن تنفيذ أمر القانون لا يعدّ من الأفعال المبررة إذا تجاوز الفرد الحدود التي يقتضيها أمر القانون<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### تنفيذ أمر السلطة المختصة

تشمل إباحة الأفعال بناءً على أمر القانون تنفيذ الأوامر الصادرة عن السلطة المختصة، حيث يتطلب القانون من الموظفين الانضباط والطاعة لرؤسائهم وفقاً لتسلسل السلطة في الهرم الإداري، وبناءً على ذلك، فإن طاعة الموظف لرئيسه ليست سوى تنفيذاً لما ينص عليه القانون، على سبيل المثال يُعدّ تنفيذ الموظف المختص لحكم الإعدام بناءً على أمر من السلطة المختصة ليس عملاً جرمياً بالقتل، وكذلك تنفيذ أفراد القوى العمومية لأوامر قاضي التحقيق بإحضار المتهم بالقوة أو اعتقاله لا يعتبر اعتداءً على الحريات الفردية، تكمن الإباحة في أن هذه الأفعال تُعدّ تنفيذاً لأوامر قانونية صادرة عن السلطات المختصة، وتتم بمراعاة القوانين والضوابط المحددة، دون المساس بحقوق وحريات الأفراد<sup>3</sup>.

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

بين وضعين:

---

<sup>1</sup> ومثالها: أن الطبيب لا يرتكب جريمة إفساء الأسرار إذا قام بالتبليغ عن مرض معد، تأسيساً على أن قوانين الصحة تلزمه الإبلاغ، ويعتبر في هذه الحالة قد نفذ أمر القانون. أنظر: بارش سليمان، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 65.

<sup>3</sup> بن ظاهر حكيمة، المرجع السابق، ص 57.

## أولاً: تنفيذ الأمر الشرعي لسلطة مختصة

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

1- مراعاة قواعد الاختصاص سواء بالنسبة للموظف الأمر (الرئيس)، أو بالنسبة للموظف القائم بالتنفيذ (المروّوس).

2- مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون في الأمر، ومن الشروط الشكلية إفراغ الأمر في شكل معين كالكتابة<sup>1</sup>.

## ثانياً: تنفيذ الأمر غير الشرعي لسلطة مختصة

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

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

2- نص المشرع الجزائري صراحة في حالات عديدة على ترتيب المسؤولية الجنائية للموظف في حال تنفيذه لأوامر غير شرعية<sup>2</sup>.

3- نص المشرع الجزائري في المادة 74 من دستور 2020 على عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، فلا يجوز للموظف الاعتذار بجهل القانون الجنائي.

لكن رغم عدم اعتبار الأمر غير الشرعي لسلطة مختصة، سبباً مبيحاً غير أنه من الممكن استبعاد المسؤولية الجنائية للشخص بالاعتماد على نظرية الإكراه المعنوي للشخص<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 101.

<sup>2</sup> منها ما جاء في المادة 135 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>3</sup> تنص المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري: "لا عقوبة على من اضطرت له ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

في نهاية هذا المطلب، يمكن القول أن القانون الجزائري ساير الشريعة الإسلامية، من حيث أنه حقق الغاية من مبدأ الشرعية الجنائية، وهي تبيان وتوضيح كيفية عمل الموظفين وحدود سلطة الرئيس على المرؤوس.

## المطلب الثاني

### ما أذن به القانون

يقصد بعبارته: "ما أذن به القانون" أن القانون يجيز في حالات معينة ويسمح بممارسة عمل بغياب هذا السماح عملاً مُجَرِّمًا<sup>1</sup>، وتتنوع الأعمال التي يأذن بها القانون، ويمكن تقسيمها إلى نوعين، الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطته التقديرية (الفرع الأول)، وممارسة أحد الحقوق المقررة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطته التقديرية

تمنح القوانين العامة للموظف العام سلطة تقديرية في تنفيذ بعض مهام وظيفته، وبناءً عليه إذا قام الموظف بأداء عمله وفقاً لتلك الصلاحية الممنوحة له بموجب القانون، فإن عمله لا يُعتبر جريمة، حيث يتمتع بالحماية القانونية، ويرجع ذلك إلى أن العمل المنجز يكون قانونياً بموجب تلك الصلاحية، ولكن يجب عليه الالتزام بالشروط المحددة في القانون وعدم تجاوزها أو تجاهلها، وبالتالي فإن الموظف مسؤول عن تنفيذ العمل وفقاً للمعايير المحددة، ويتحمل المسؤولية عن أي تجاوزات أو إهمال في تنفيذه<sup>2</sup>.

وكمثال عما سبق، فإن قانون الإجراءات الجزائية يجيز لضباط الشرطة القضائية تفتيش المنازل (م44)، والإطلاع على المستندات (م45) ومنع أي شخص من

<sup>1</sup> يكمن الفرق بين ما أمر به القانون وبين ما أذن به القانون، في أن الأول إجباري يجب القيام به، ويترتب على مخالفته المسؤولية الجنائية، في حين أن الثاني يسمح للمخاطب بالقاعدة أن يستعمل أريه الشخصي في القيام بالعمل أو الامتناع عنه. أنظر: عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص124.

<sup>2</sup> بن ظاهر حكيمة، المرجع السابق، ص59.

مغادرة مكان الجريمة إلا عند إنتهائه من إجراءات تحرياته(م50)، وله أن يحتجز شخصا أو أكثر(م51)<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### ممارسة أحد الحقوق المقررة

ويدخل ضمن الأعمال التي يأذن بها القانون، ممارسة الشخص لحق له مقرّر في القانون بصفة عامة، وليس قانون العقوبات فحسب، ويمكن أن نجمل هذه الحقوق فيما يلي<sup>2</sup>:

#### أولاً: حق التأديب

وهو حق منحه الشريعة في حالتين:

#### 1- تأديب الزوجة

ويتعين أن يكون الباعث للزوج على استعمال هذا الحق هو تحقيق الغاية منه، وهو تهذيب الزوجة، فإذا أخفى باعثاً إجرامياً كالانتقام أو مجرد إيذاها أو لحملها على المعصية، فليس للزوج الاحتجاج بهذا الحق، ولا تدخل الأفعال التي يرتكبها ضمن أسباب الإباحة ويسأل جنائياً عنها، ووسيلة تأديب الزوجة في الشريعة ثلاث: الوعظ والهجر في المضجع، والضرب. ولا يجوز أن يكون هذا الأخير شديداً، وإلا اعتبر خروجاً عن استعمال الحق ويدخل ضمن الأفعال التي يجرمها قانون العقوبات<sup>3</sup>.

#### 2- تأديب الصغار

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

<sup>1</sup> أنظر هذه المواد في قانون الإجراءات الجزائية.

<sup>2</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 126.

<sup>3</sup> رضا فرج، المرجع السابق، ص ص 146-147.

أ- أن يكون حق التأديب للأب والوصي والأم، وهو كذلك لولي النفس عند عدم وجود الأب.

ب- أن يكون هذا الحق بقصد التأديب و التهذيب.

ج- أن تكون وسيلة حق التأديب محدودة، أي أن يكون ضربا خفيفا دون قصد التعذيب<sup>1</sup>.

### ثانيا: حق مباشرة الأعمال الطبية

يُقر القانون بمهنة الطب وينظمها، ويمنح الأطباء الإذن بمعالجة المرضى لتخليصهم من الأمراض التي يعانون منها، فالإعتراف بالطب كمهنة يؤدي بالضرورة إلى الاعتراف بالوسائل التي يستخدمها الأطباء، وبالتالي فإن العمل الطبي لا يُعتبر في حد ذاته اعتداءً على جسم المريض، بل يهدف إلى علاجه واستعادة حالته الصحية الطبيعية أو تخليصه من أي مشكلة صحية يعاني منها، وتقتضي إباحة العمل الطبي أخذ الاعتبار لشروط محددة تضمن سلامة وجودة الممارسة الطبية<sup>2</sup> وهي كالتالي:

#### 1- الاختصاص في العمل

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

#### 2- موافقة المريض على العلاج

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

<sup>1</sup> رضا فرج، المرجع السابق، ص147.

<sup>2</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص127.

<sup>3</sup> وعليه لا يتباح بعض أفعال الأشخاص، الذين يمارسون أعمال يدعون أن تحقق الشفاء حتى و إن كان ذلك ثابتا بالممارسة. أنظر: المرجع نفسه، ص127

منه على الصحة العامة، يكون العلاج إجبارياً تحقيقاً لمصلحة اجتماعية أجدر بالرعاية وهي مصلحة الناس في أن لا ينتقل إليهم المرض<sup>1</sup>.

### 3- تحقيق الغاية من العلاج

إن الهدف الأساسي للعلاج هو معالجة المرضى وتحقيق شفائهم، وهذا هو ما يرتبط بالإباحة القانونية. ومع ذلك، إذا كان الهدف الفعلي للعلاج هو إجراء تجربة علمية أو استخدام المريض لأغراض غير طبية، فيصبح العمل غير مشروع وخارج نطاق الإباحة القانونية. ببساطة إن العلاج القانوني هو الذي يستهدف الشفاء والعناية بالمريض، بينما أي استخدام للعلاج يتجاوز هذه الغاية يعتبر غير قانوني وغير مشروع<sup>2</sup>.

### ثالثاً: حق ممارسة النشاطات و الألعاب الرياضية

إن الافتراض الأساسي الذي يُتعامل به في ممارسة الألعاب الرياضية، هو أن استخدام العنف والتأثير على سلامة اللاعب المنافس يعتبر جزءاً من هذه الألعاب، مثل في حالات اللعبة الملاكمة والمصارعة، وإن الأفعال التي تؤثر على سلامة جسم اللاعب في سياق ممارسة الرياضة ليست غير قانونية أو غير مشروعة، في هذا السياق، يُفترض أنه بمجرد الدخول في تلك الألعاب، يكون العنف والتأثير على سلامة اللاعب منافساً ضمن قواعد اللعبة وقوانينها المعترف بها<sup>3</sup>.

إن إباحة ممارسة الألعاب الرياضية والمسموح بها بموجب القانون، وفي هذا السياق، تعتبر ممارسة اللاعب للعبة رياضية وفقاً لقواعد اللعبة عملاً قانونياً ومباحاً، وحتى إذا نتج عن ذلك تأثير يمكن اعتباره مساساً بجسم الآخرين، فإن سبب الإباحة يكمن في تقدير القانون بأن اللاعب يستخدم حقاً ممنوحاً له بموجب القوانين المعمول

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 128.

<sup>2</sup> بن طاهر حكيمة، المرجع السابق، ص 62.

<sup>3</sup> رضا فرج، المرجع السابق، ص 149.

بها، وتشجع الدولة ممارسة الألعاب الرياضية بأنواعها المختلفة، ولكي يكون لهذه الألعاب إباحة قانونية، يجب توافر بعض الشروط المنصوص عليها في القوانين والتشريعات وهي كالتالي:

- أن تكون اللعبة من الألعاب التي يعترف بها العرف الرياضي، أي أن تكون لها قواعد متعارف عليها و يحترمها المشاركون فيها.
- أن يقع الفعل موضع الإباحة أثناء ممارسة اللعبة الرياضية على المتنافس الآخر، الذي اشترك بالمنافسة باختياره دون أن يتجاوز الرياضي قواعد و قوانين اللعبة<sup>1</sup>.

في نهاية هذا المطلب، يمكن القول أن القانون الجزائري وافق الفقه الإسلامي فيما يخص الأمور التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية للموظف، وكذلك تأديب الزوجة والصغار، وأيضا فيما يخص الألعاب الرياضية، لكن بالرجوع لحق مباشرة الأعمال الطبية، فالقانون الجزائري وافق الشريعة في المبدأ لكنه أغفل الكثير من التفاصيل المهمة، التي تحمي الطبيب في حالة الخطأ الغير الفاحش، أو ما يخرج عن إرادته أو اجتهاده في الحالات الحرجة.

### المطلب الثالث

#### الدفاع الشرعي

إن حق الفرد في الدفاع عن النفس وصد العدوان بالعنف، من الحقوق المشروعة ، فعلى الرغم من ذلك، يتم تحديد الإباحة أو القانونية لهذا العنف بوجود شروط محددة، يهدف ذلك إلى ضمان عدم استخدام الجريمة نفسها كوسيلة لمواجهة جريمة أخرى، إلا في حالات الضرورة، بمعنى آخر يعطي القانون الفرد حق الدفاع عن النفس وصد العدوان بالعنف، حتى في حالة العنف غير المشروع، ولكن لكي يكون العنف المستخدم مشروعاً ولا يتعرض الشخص للمسائلة القانونية، يجب توفر

---

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 128.

شروط معينة، هذا يهدف إلى تجنب استغلال الجريمة كوسيلة لمكافحة جريمة أخرى، ما لم تكن هناك ضرورة حقيقية للدفاع بالعنف<sup>1</sup>.

في هذا المطلب سيتم التطرق لمختلف الإشكالات التي يثيرها الدفاع الشرعي، سواء ما تعلق بتعريفه وأساسه (الفرع الأول)، وكذلك التطرق لحالاته الممتازة وطبيعته (الفرع الثاني)، وفي الأخير إثبات الدفاع الشرعي وآثاره (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تعريف الدفاع الشرعي وأساسه

إن الدفاع الشرعي من أكثر المسائل القانونية التي تثير إشكالات عديدة رغم تطور وسائل الإثبات حيث يعتبر من أسباب إباحة استخدام العنف ولكي لا يتم استخدامه كذريعة يجب تنظيمه في تعريف محدد وتبيان أساسه القانوني والفقهية.

### أولاً: تعريف الدفاع الشرعي

إن مفهوم الدفاع الشرعي كسبب للإباحة أو القانونية، هو أنه أن لدى كل فرد الحق في الدفاع عن نفسه وممتلكاته، أو حماية نفس وممتلكات الآخرين، حتى إذا استدعى ذلك ارتكاب جريمة، وذلك في حالة أن تكون الجريمة الارتكاب الوحيدة والملائمة لصد هذا العدوان، بمعنى آخر أنه عندما يتعرض الشخص لعدوان على حقوقه الشخصية أو ممتلكاته، يحق له الدفاع عن نفسه حتى لو تطلب ذلك ارتكابه لجريمة، وذلك في حالة أن تكون الجريمة المرتكبة هي الوسيلة الوحيدة والمناسبة لصد هذا العدوان والحفاظ على الحقوق الشخصية والممتلكات<sup>2</sup>.

وقد كرس حق الدفاع الشرعي في أغلب القوانين والتشريعات الداخلية للدول، ويعرف بأنه استعمال القوة اللازمة لمواجهة خطر اعتداء غير مشروع، أو هو حق

<sup>1</sup> بارش سليمان، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 233.

الإنسان في حماية نفسه أو ماله، ونفس الغير وماله، من كل اعتداء حال غير مشروع، بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء<sup>1</sup>.

## ثانياً: أساس الدفاع الشرعي

تعددت الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي، فقد قيل أن الدفاع الشرعي نوع من الإكراه المعنوي يمنع المسؤولية الجنائية لأن المدافع بخضوعه لضغط الاعتداء، أصبحت إرادته غير معتبرة قانوناً، مما يعطل الركن المعنوي للجريمة الذي يتطلب أن تكون الإرادة حرة، وفي رأي آخر قيل أن المدافع يمارس وظيفة عامة نيابة عن الدولة التي لا يمكنها من رد الاعتداء في حينه<sup>2</sup>.

وبناءً عما سبق، يقوم الأفراد برد الاعتداء بناءً على مبدأ الضرورة، ولكن الرأي السائد في الفقه يشير إلى أن الدفاع الشرعي يستند إلى مفهوم المصالح المتعارضة والتوازن بينها للأفراد، وتفضيل المصلحة الأكثر أهمية والتي تحقق المصلحة العامة، بالتالي عندما يقوم الفرد بالدفاع عن نفسه ويفقد الشخص الآخر حقه كمعتدي، فإنه يحمي حق الشخص الذي تعرض للاعتداء، وهذا الحق هو الأكثر جدارة بالحماية في نظر المجتمع، بعد أن تناقصت القيمة الاجتماعية لحق المعتدي<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### الحالات الممتازة للدفاع الشرعي و طبيعته

إن الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة ومن الحقوق التي كفلها القانون إلا أن بعض الحالات يعتبرها قانون العقوبات الجزائي حالات ممتازة للدفاع الشرعي حيث يكون المعتدى عليه في حالة ضرورة لرد العنف بالعنف.

---

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

<sup>2</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 130.

<sup>3</sup> بن طاهر حكيمة، المرجع السابق، ص 64.

## أولاً: الحالات الممتازة للدفاع الشرعي

وتسمى أيضا الدفاع الشرعي الممتاز دلالة على افتراض المشرع فيها توافر شروط الدفاع الشرعي وهي الحالات التي نصت عليها المادة 40 ق ع ج بنصه: "يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي: - القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل. - الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة".

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

## ثانياً: طبيعة الدفاع الشرعي

هناك جدل فقهي كبير حول طبيعة الدفاع الشرعي، فهناك آراء مختلفة بين الفقهاء، حيث يعتبر بعضهم أن الدفاع الشرعي هو حق للفرد، في حين يعتبره البعض الآخر واجباً عليه، ومع ذلك الرأي السائد بين جمهور الفقهاء هو أن طبيعة الدفاع الشرعي تتراوح بين الحق والواجب والرخصة، وذلك حسب تفاوت الحالات، فإذا كان العدوان يستهدف حقاً صريحاً للفرد، فإن الدفاع الشرعي يعتبر حقاً له، أما إذا كان المدافع ليس المعتدي عليه، أي أن الاعتداء لم يستهدف حقاً صريحاً له، فإن الدفاع الشرعي يعتبر رخصة له، وفي الحالات التي يفرض فيها القانون على المدافع الدفاع عن الحق المعتدى عليه، فإن الدفاع الشرعي يعتبر واجباً عليه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ناصر حمودي، المرجع السابق، ص ص 150-151.

<sup>2</sup> بارش سليمان، المرجع السابق، ص ص 78-79.

غير أن المادة 02/29 من ق.ع.ج، تعتبر الدفاع الشرعي حق يقرره القانون لمصلحة المدافع بأن يستعمل القوة اللازمة لرد الاعتداء الواقع على النفس أو المال، غير أن ممارسة هذا الحق على الوجه القانوني يقتضي مراعاة جملة من الشروط<sup>1</sup>، ترد هذه الشروط إلى نوعين، منها شروط تتعلق بالعدوان وأخرى تتعلق بفعل الدفاع، تتمثل فيما يلي:

## 1- شروط العدوان

تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

### أ- فعل يهدد بخطر غير مشروع

الخطر غير المشروع هو الوضع الذي يشكل تهديداً على مصلحة قانونية محمية، حيث يمكن أن يحدث اعتداء على تلك المصلحة، وفي حالة وجود هذا الخطر غير المشروع، يتم الاعتراف بحق الفرد في الدفاع الشرعي لمنع أو إيقاف الاعتداء، يُعتبر الدفاع الشرعي جائزاً عندما ينبثق الخطر غير المشروع من فعل المعتدي، بغض النظر عما إذا كان المعتدي يحمل مسؤولية جنائية عن فعله أو يستفيد من عذر قانوني، يتم تنظيم هذا النوع من الدفاع بواسطة القوانين المعمول بها لحماية حقوق الأفراد ومصالحهم في مواجهة الخطر، تهدف هذه القوانين إلى إقامة توازن بين الحفاظ على النظام والسلم العامين وحقوق الأفراد في الحماية الذاتية والدفاع عن النفس في حالات التهديد الغير المشروع<sup>2</sup>.

### ب- أن يكون الخطر حالاً

لا يكفي لقيام حالة الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء غير مشروع وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أن يكون حالاً لا مستقبلاً ويكون في حالتين:

- **الحالة الأولى:** أن يكون الخطر على وشك أن يبدأ وهو يتحقق في الأحوال التي يبدأ فيها المعتدي باتخاذ الأفعال التي تجعل وقوع الاعتداء وفق المجرى العادي

<sup>1</sup> ناصر حمودي، المرجع السابق، ص ص 138-139.

<sup>2</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص ص 131-132.

للأمر وشيكا، كمن يتشاجر مع خصمه ثم ينطلق نحو سيارته ويخرج منها مسدسا ويبدأ في عملية حشوه بالرصاص<sup>1</sup>.

- **الحالة الثانية:** أن يبدأ الضرر الناجم عن الاعتداء في الوقوع ولكنه لم ينته بعد كضرب المجني عليه واستمراره في ضربه، إذ تظل حالة الدفاع الشرعي قائمة طالما كان الاعتداء مستمرا، فإذا انتهى الاعتداء، كما لو كف الجاني عن الضرب فإن حالة الدفاع الشرعي تكون قد انتهت، وأي اعتداء من جانب المعتدى عليه أو غيره على الجاني يعد انتقاما وليس دفاعا<sup>2</sup>.

## 2- الشروط المتطلبية في فعل الدفاع

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

### أ- لزوم الدفاع

شرط اللزوم يشير إلى أن فعل الدفاع يجب أن يكون الخيار الوحيد المتاح للشخص لصد الاعتداء، وبالتالي إذا كان بإمكان الشخص اتخاذ سبل أخرى غير مجرمة لتجنب الاعتداء، فإنه يتم إلغاء شرط اللزوم وبالتالي يُلغى الاعتراف بالدفاع كوسيلة مشروعة، بمعنى آخر إذا كانت هناك بدائل للسلوك الجنائي التي يمكن للفرد استخدامها لصد الاعتداء، فإن الدفاع يفقد مبرره ويصبح عملاً غير مشروعاً، يعني ذلك أنه عندما يكون هناك اعتداء مستمر ومتصاعد ولا يكون للمدافع وسيلة أخرى غير الاعتداء لمواجهته، فإن الدفاع يكون مبرراً ويصبح مشروعاً قانونياً، وإذا تبين أن الشخص المعتدى عليه كان بإمكانه الرد على الاعتداء باستخدام وسيلة غير مجرمة،

<sup>1</sup> عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 120.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 121.

فإن استخدام الدفاع عن طريق الجريمة يكون غير ضروري، ويجب أن يكون الفعل الدفاعي متزامناً مع وجود الاعتداء<sup>1</sup>.

### ب- تناسب فعل الدفاع مع جسامة الإعتداء

يشترط في فعل الدفاع أن يكون متناسباً مع جسامة العدوان، فممارسة حق الدفاع الشرعي مرهونة بالالتزام بحدوده وإلا خرج المدافع عن دائرة المباح ووقع في المحذور، وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 02/39 من قانون العقوبات بنصه (...بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامة الخطر)<sup>2</sup>.

فيما يتعلق بمعيار التناسب، يتطلب فعل الدفاع أن يكون ذو قوة تتناسب مع الخطر المواجه، وبالتالي يحاول الفقهاء تحديد معيار التناسب من خلال الاعتماد على الحكمة في تقييم الدفاع الشرعي، فالمدافع مطالب بأن يتحلى بالتأني والحذر في تنفيذ دفاعه وأن يكون عمله متوازناً، وفي هذا السياق، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يتم إلغاء الدفاع الشرعي في حالة استخدام الرد بإطلاق على صفة<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: إثبات الدفاع الشرعي وأثاره

إن إثبات الدفاع الشرعي، من المسائل التي تثير جدلاً في الوسط القانوني، ولا شك أن إثباته يترتب عنه أثار قانونية عديدة.

#### أولاً: إثبات الدفاع الشرعي

يثار التساؤل حول من يتحمل مسؤولية إثبات أن الاعتداء كان فعلاً غير مشروع وأن الدفاع كان ضرورياً ومنتاسباً، هل يتوجب على النيابة العامة تقديم هذه الأدلة أم على المتهم نفسه؟ بناءً على قاعدة البراءة، يفترض أن تقدم النيابة العامة

<sup>1</sup> أنظر: أسباب الإباحة في القانون الجزائري، تم الإطلاع عليه يوم 2023/05/11، على الساعة 14:30 سا، في الموقع: <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>.

<sup>2</sup> بارش سليمان، المرجع السابق، ص 95.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 96.

الأدلة التي تثبت توافر الشروط القانونية المطلوبة، ومع ذلك انتهجت المحاكم الفرنسية موقفاً مختلفاً حيث قضت في عدة مناسبات بأنه يجب على المتهم أن يقدم الأدلة التي تثبت توافر الشروط القانونية للدفاع الشرعي، سواءً فيما يتعلق بفعل الاعتداء أو فعل الدفاع<sup>1</sup>.

### ثانياً: آثار الدفاع الشرعي

إذا تم إثبات أن الدفاع كان مشروعاً، يزول الطابع الجنائي عن فعل الفاعل ولا يتعرض لأي عقوبة. إذا كانت القضية في مرحلة النيابة العامة، يتعين عليها إلغاء الدعوى، وإذا كانت في مرحلة التحقيق، يجب على قاضي التحقيق إصدار أمر بإنهاء الدعوى. في حالة وصول القضية إلى جهات الحكم، يجب عليها إصدار حكم بالبراءة. بالإضافة إلى ذلك، لا تُطبق تدابير الأمن على الفاعل لأنه ليس في حالة خطورة، ولا يحق للمجني عليه أن يقيم دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض لأي سبب كان<sup>2</sup>.

من خلال ما سبق يُلاحظ أن القانون الجزائري لا يتوافق مع الشريعة الإسلامية فيما يخص الدفاع الشرعي من ناحية تقسيماته والشروط المتعلقة به.

### خلاصة الفصل الثاني

إن من أهم ما تم التوصل إليه في هذا الفصل، أن القانون الجزائري يساير الفقه الإسلامي في تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة، فيما يخص أعمال الموظفين وما يتعلق بتنفيذهم للقانون، كذلك في ممارسة الحقوق المقررة من تأديب للزوجة أو للصغار، والألعاب الرياضية، أما الأعمال الطبية فيتنفق القانون الجزائري مع الفقه الإسلامي في المبدأ لكنه أغفل العديد من التفاصيل المهمة، وعند الوصول للدفاع الشرعي فإن القانون الجزائري يخالف الشريعة الإسلامية في العديد من النقاط، سواء فيما تعلق بتقسيماته أو شروطه.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 128.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 130.

## الخاتمة

في الختام، يمكن القول أن مبدأ الشرعية الجنائية يعد أساساً أصيلاً في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، يتمثل هذا المبدأ في أن الجريمة والعقوبة تستند إلى نصوص شرعية وقانونية محددة ومعترف بها في المجتمع، يتمتع هذا المبدأ بأهمية كبيرة في ضمان تنفيذ العدالة وتحقيق السلم الاجتماعي، فمبدأ الشرعية الجنائية ضماناً من ضمانات حقوق الإنسان وحرياته الفردية، لأنه يبين للفرد ماهية الأفعال المجرمة و عقوباتها مسبقاً، مما يمكنه من ممارسة كل النشاطات المباحة في اطمئنان، لأنه يشكل جدار حماية للفرد من تعسف وطغيان السلطة، فإذا ترك الأمر لهذه الأخيرة من دون قانون يحدد بشكل دقيق أركان الجريمة والعقوبة المقررة لها، ستعم الفوضى والظلم، ويمكن لكل من له نفوذ أو سلطة أن يتعسف في إنزال العقوبات وإدانة الأبرياء.

ومن خلال مقارنة المبدأ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، نجد أن هناك تقارب وتوافق مبدئي بين النظامين التشريعيين في الجانب الأساسي من المبدأ، الذي يقول لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص سابق للفعل المجرم، لكن الإختلاف يكمن في التفاصيل المتعلقة النطاق الزمني والمكاني للنصوص التشريعية، حيث أن المبدأ في الشريعة الإسلامية أكثر مرونة ويساير المصلحة الاجتماعية والفردية، وكذلك فيما يتعلق بأسباب الإباحة، حيث نجد أن الجهل بالتشريع تعذر عليه الشريعة الإسلامية في بعض الحالات المعقدة، عكس القانون الجزائري الذي يعاني من تأخر كبير في هذه النقطة، حيث أن عدم العذر بجهل القانون في بعض المسائل التفصيلية، يسبب جمود التشريع وعدم تحقيقه لغاية العدالة في الكثير من الأحيان.

ومن خلال ما سبق دراسته فقد تم التوصل إلى مجموعة من النتائج أهمها:

- وجود توافق مبدئي في تحديد مفهوم الشرعية الجنائية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- أصالة مبدأ الشرعية الجنائية فيما يتعلق بمصادر التشريع بالنسبة للفقهاء الإسلامي، بينما نجد تأثير التشريع الجزائري بالتشريعات الغربية، وما تمليه الإتفاقيات الدولية مما لا يراعي طبيعة المجتمع الجزائري .

- مرونة مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي بالنسبة للنطاق الزماني والمكاني وسعيه لتحقيق المصلحة العامة، ومراعاة حاجيات المجتمع والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية، بينما جمود المبدأ في التشريع الجزائري، وتقديمه لسيادة القانون على المصلحة العامة التي تعتبر هي أساس التشريع.

- مراعاة أسباب الإباحة المعطلة لمبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي للواقع وتعاملها معه، وسهولة تطبيقها على أرض الواقع لفتحها مساحة الإجتهد للقاضي عكس نظيرتها في القانون الجزائري، التي يلاحظ فيها التداخل وهذا ما يجعل القاضي في حيرة، مما يدفعه للحكم بعكس قناعاته في الكثير من الأحيان .

وعليه فإن التشريع الجزائري متأخر بأشواط كبيرة عن الشريعة الإسلامية، فيما يخص مبدأ الشرعية الجنائية، وكما نعلم أن التشريع الإسلامي منزّه من الخطأ فيما يتعلق بالركائز الأساسية للتشريع، ومبادئه الثابتة في القرآن وفيما صح من السنة، لذلك يجب إعادة هيكلة النظام التشريعي الجزائري عامة، والجنائي خاصة فيما يتوافق مع التشريع الإسلامي، لضمان الحصول على قانون يحقق الغاية منه، ألا وهو العدل والقضاء على معدلات الجريمة المتزايدة في الإرتفاع، التي أثبت التشريع الحالي فشله في مواجهتها، وكذلك تطبيق المادة الثانية من الدستور، التي تنص على أن الإسلام دين الدولة، وجعله المصدر الأول للتشريع، حتى ينفك التشريع الجزائري من قيود تقليد واستيراد التشريعات، التي لا تراعي الطبيعة الخاصة للمجتمع الجزائري.

## قائمة المراجع

- القرآن الكريم.

أولاً: الكتب.

- 1- ابراهيم بلعليات، أركان الجريمة وطرق اثباتها في قانون العقوبات الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 .
- 2- أبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991.
- 3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002
- 4- أحمد بن علي أبوبكر الرازي الحصاص، أحكام القرآن، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.
- 5- أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
- 6- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، مصر، 2005.
- 7- بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، الجزائر، دون ذكر سنة النشر.
- 8- البخاري صحيحه ، الطبعة الأولى، دار التأصيل مركز البحوث وتقنية المعلومات، مصر، 2012، باب الضرب بالجريد والنعال.
- 9- الحافظ بن كثير، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، لبنان، 2000.
- 10- رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري-الأحكام العامة للجريمة-، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976 .

- 11- زين الدين ابن ابراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- 12- سلطان عبد القادر الشاوي ومحمد عبد الله الوريكات، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2011.
- 13- شمس الدين الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، الجزء السادس ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر، سوريا ، 1992.
- 14- شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، الجزء الثامن، الطبعة الأخيرة، دار الفكر، لبنان ، سنة 1984.
- 15- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، ملقاة على طلبة السنة ثانية ليسانس، تخصص: حقوق، دار الهدى، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 16- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري-القسم العام-، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013
- 17- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول ، دار الكتاب العربي، لبنان، دون سنة نشر.
- 18- عبد الله بن صالح المحسن، كتاب الأحاديث الأربعين النووية مع ما زاد عليها ابن رجب وعليها الشرح الموجز المفيد، الطبعة الثالثة، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1984.
- 19- عبد الله بن عبد المحسن وعبد الفتاح محمد الحلو، المغني، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 1997.
- 20- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري- القسم العام-، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 21- عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء السادس، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، دون سنة نشر.
- 22- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، مصر، 1910.

- 23- علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، دون مكان نشر، 1982.
- 24- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003.
- 25- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1982.
- 26- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار الفكر، سوريا، دون سنة نشر.
- 27- محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
- 28- محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
- 29- مسلم صحيحه، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، 1955، باب حد الزنا.
- 30- موسى الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الرابع، دار المعرفة، لبنان، دون سنة نشر.
- 31- النسائي في سننه، كتاب تحريم الدم، باب من قتل دون دينه ، الجزء السابع، الطبعة الثانية، المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة، مصر، 1986.
- 32- نور الدين الخادمي، علم المقاصد الشرعية، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكان، السعودية، 2001.

### ثانياً: المذكرات.

- 1- صليحة حامل، مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011.
- 2- عبد العزيز الاحمدي، إختلاف الدارين وآثاره في أحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2004.

3- بن طاهر حكيمة، مبدأ الشرعية الجنائية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، فرع: قانون جنائي، كلية الحقوق، جامعة محند أولحاج، البويرة، 2016.

### ثالثا: المقالات.

1- صلاح الدين جبار، "مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة والقانون"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد4 ، جامعة الجزائر، الجزائر، 2012 .

2- ضو خالد، "التأصيل لمبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية"، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، المجلد03، العدد01، الجزائر، 2021.

3- ضو خالد، "مبدأ عدم رجعية النص الجنائي واستثناءاته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"، مجلة الشريعة و الإقتصاد، المجلد11، العدد02، الجزائر، 2022

4- عماد علي التميمي ورائد سليمان الفقير، " مبدأ الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي وما يحققه من ضمانات للمتهم "، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد03، العدد01، الأردن، 2015.

### رابعا: النصوص القانونية.

أ- دستور 20 ديسمبر 2020، الجريدة الرسمية عدد 82، صادر سنة 2020.

ب- النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 49 صادرة في 11 جوان 1966.

2- أمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 46 صادرة في 11 جوان 1966.

3- القانون رقم 04-05، المؤرخ في 26 فيفري 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية عدد 12، المؤرخة في 13 فيفري 2005.

#### خامسا: المحاضرات.

- 1- حماس هديات، محاضرات في القانون الجنائي العام، ملقاة على طلبة الثانية ليسانس، تخصص: حقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، بدون سنة نشر.
- 2- حورية تاغلابت، محاضرات في مقياس قواعد تفسير النصوص، ملقاة على طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص: حقوق الإنسان والأقليات، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2018/2017.
- 3- ناصر حمودي، محاضرات في القانون الجنائي العام، الأحكام العامة لقانون العقوبات و النظرية العامة للجريمة، موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، تخصص: حقوق، جامعة محند أولحاج، البويرة، 2010/2009.

#### سادسا: مواقع الأنترنت.

- 1- <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>
- 2- <http://www.islamweb.net>.
- 3- <http://www.maitremahmoudyacoub.blogspot.com>
- 4- <https://egyils.com>
- 5- <https://mawdoo3.com>
- 6- <https://shamela.ws/book>
- 7- <https://www.almarakby.com>
- 8- <https://www.alukah.net>
- 9- <https://www.iumsonline.org>
- 10- <https://www.msf-online.com>
- 11- <https://www.sudaress.com>

## الفهرس

1.....	مقدمة
5.....	الفصل الأول: ماهية مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري
5.....	المبحث الأول: تحديد مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي
5.....	المطلب الأول: تحديد مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي
5.....	الفرع الأول: المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي
5.....	أولاً: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي
6.....	ثانياً : مضمون مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي
7.....	الفرع الثاني: أقسام الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي
7.....	أولاً: الشرعية الإجرائية في الفقه الجنائي الإسلامي
8.....	ثانياً: الشرعية التنفيذية في الفقه الجنائي الإسلامي
10.....	المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن مبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي
10.....	الفرع الاول : النتائج العامة لمبدأ الشرعية الجنائية في الفقه الإسلامي
10.....	أولاً: مصادر التشريع الجنائي في الفقه الإسلامي
13.....	ثانياً: تفسير الأحكام الجنائية
18.....	الفرع الثاني :نطاق تطبيق النص الجنائي في الفقه الإسلامي
18.....	أولاً: نطاق تطبيق النص الجنائي في الفقه الإسلامي من حيث الزمان
21.....	ثانياً: نطاق تطبيق النص الجنائي في الفقه الإسلامي من حيث المكان
23.....	المبحث الثاني : ماهية مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري
23.....	المطلب الأول: تحديد مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري

24.....	الفرع الأول : المقصود بمبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري
24.....	أولاً: تعريف مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري
25.....	ثانياً: مضمون مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري
27.....	الفرع الثاني: أقسام الشرعية الجنائية في القانون الجزائري
27.....	أولاً : الشرعية الموضوعية .....
27.....	ثانياً : الشرعية الإجرائية .....
28.....	ثالثاً : شرعية التنفيذ العقابي .....
29.....	المطلب الثاني :النتائج القانونية لمبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري.....
30.....	الفرع الأول :النتائج القانونية العامة لمبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجزائري .....
30.....	أولاً: انفراد التشريع بالتجريم والعقاب .....
31.....	ثانياً : تفسير النصوص الجنائية .....
32.....	ثالثاً: حظر القياس في التجريم والعقاب .....
32.....	الفرع الثاني : نطاق تطبيق النص الجنائي في القانون الجزائري .....
33.....	أولاً: نطاق تطبيق النص الجنائي من حيث الزمان في القانون الجزائري .....
35.....	ثانياً : نطاق تطبيق النص التجريمي من حيث المكان .....
38.....	خلاصة الفصل الأول .....
	الفصل الثاني: تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة في الفقه الإسلامي والقانون
39.....	الجزائري .....
40.....	المبحث الأول: تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة في الفقه الإسلامي .....
41.....	المطلب الأول: الدفاع الشرعي و التأديب .....
41.....	الفرع الأول: الدفاع الشرعي .....
41.....	أولاً: الدفاع الشرعي الخاص .....

43	ثانيا: الدفاع الشرعي العام .....
45	الفرع الثاني: التأديب .....
46	المطلب الثاني: التطبيب و ألعاب الفروسية .....
47	الفرع الأول: التطبيب .....
49	الفرع الثاني: ألعاب الفروسية .....
51	المطلب الثالث: إهدار الأشخاص و حقوق الحكام و واجباتهم .....
51	الفرع الأول: إهدار الأشخاص .....
53	الفرع الثاني: حقوق الحكام و واجباتهم .....
55	المبحث الثاني: تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة في القانون الجزائري .....
55	المطلب الأول: ما أمر به القانون .....
56	الفرع الأول: التنفيذ المباشر لأمر القانون .....
56	أولا: إذا كان الفرد خاضعا لسلطة رئاسية .....
57	ثانيا: تنفيذ أمر سلطة مختصة .....
57	الفرع الثاني: تنفيذ أمر السلطة المختصة .....
58	أولا: تنفيذ الأمر الشرعي لسلطة مختصة .....
58	ثانيا: تنفيذ الأمر غير الشرعي لسلطة مختصة .....
59	المطلب الثاني: ما أذن به القانون .....
59	الفرع الأول: الحالات التي أذن بها القانون للموظف العام باستعمال سلطته التقديرية .....
60	الفرع الثاني: ممارسة أحد الحقوق المقررة .....
60	أولا: حق التأديب .....
61	ثانيا: حق مباشرة الأعمال الطبية .....
62	ثالثا: حق ممارسة النشاطات و الألعاب الرياضية .....

63.....	المطلب الثالث: الدفاع الشرعي
64.....	الفرع الأول: تعريف الدفاع الشرعي وأساسه
64.....	أولاً: تعريف الدفاع الشرعي
65.....	ثانياً: أساس الدفاع الشرعي
65.....	الفرع الثاني: الحالات الممتازة للدفاع الشرعي و طبيعته
66.....	أولاً: الحالات الممتازة للدفاع الشرعي
66.....	ثانياً: طبيعة الدفاع الشرعي
69.....	الفرع الثالث: إثبات الدفاع الشرعي وأثاره
69.....	أولاً: إثبات الدفاع الشرعي
70.....	ثانياً: أثار الدفاع الشرعي
70.....	خلاصة الفصل الثاني
71.....	خاتمة
73.....	قائمة المراجع
78.....	الفهرس

## ملخص المذكرة

إن القانون الجزائري يوافق الفقه الإسلامي في تعريفه لمبدأ الشرعية الجنائية، وكذلك فيما يخص الشرعية الإجرائية والموضوعية والمبدأ العام للأعمال الطبية، إلا أنه يخالف الفقه الإسلامي في شرعية التنفيذ العقابي، الدفاع الشرعي، مصادر التشريع، تفسير النصوص الجنائية، تعطيل مبدأ الشرعية الجنائية بأسباب الإباحة، تنفيذ الموظفين للقانون، التأديب، والألعاب الرياضية، ذلك ما جعل مبدأ الشرعية في القانون الجزائري يثبت عدم فاعليته عند تطبيقه على أرض الواقع، وضعفه في محاربة الجريمة والحد منها، لذلك وجب التوصية بتفعيل المادة الثانية من الدستور، التي تنص على أن الإسلام دين الدولة، وذلك باعتماده المصدر الأول في التشريع، لأن التشريع الإسلامي هو الأسمى والأكثر فعالية، وخالي من العيوب، بالإضافة إلى أنه تشريع إلهي سليم من التحريف، مما يجعله تشريع موضوعي بحت، لا تشوبه أي ذاتية أو أجندة.

### Summary of the memorandum

The Algerian law aligns with Islamic jurisprudence in its definition of the principle of criminal legality, as well as with regard to procedural and substantive legality, and the general principle of medical acts, However, it contradicts Islamic jurisprudence regarding the legitimacy of punitive enforcement, legitimate defense, sources of legislation, interpretation of criminal texts, undermining the principle of criminal legality through reasons of permissibility, law enforcement by officials, disciplinary actions, and sports, This is what made the principle of legitimacy in Algerian law prove its inefficiency when applied in reality, and its weakness in combating and reducing crime. Therefore, it is necessary to recommend activating the second article of the constitution, which states that Islam is the religion of the state, and that it should be the primary source of legislation, Because Islamic legislation is the most supreme and effective, free from flaws, and derived from Allah without any distortion, it becomes a comprehensive objective legislation without any subjectivity or agenda.