الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية
قسم العلوم الإسلامية
تخصص: شريعة وقانون

العنوان :

الركن الشرعي للجريمة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

مذكرة مكملة لنيل شهادة ليسانس في العلوم الإسلامية

إعداد الطالبات:

- نصري سماح
- رفيس عيشة
- بن زيان وهيبة
- سراي مريم

إشراف الأستاذ:

العربي مجيدي

السنة الجامعية:2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر

بسم الله الرحمن الرحيم

أشكر الله تعالى وأحمده على توفيقي على توفيقي لإتمام هذا العمل ..

نود أن نقف وقفة شكر و حمد لله أن هدانا و وفقنا بجميل عطاياه و حسن عونه لنا لإنجاز هذا البحث ، وأن نلقي بطيب التهاني و جميل الكلمات إلى من لهم الفضل علينا، من سهروا على إلقاء العلم في صدورنا .. وعلى وجه الخصوص أستاذنا المشرف العربي مجيدي لإرشاده لنا و تفانيه و تعبه معنا

كما نشكر رئيس قسم العلوم الإسلامية و كل العاملين عليه على ما يقدمونه لهذا القسم سائلين الله عزوجل أن يمهد لهم به طريقا إلى الجنة...

غير متناسين فضل ءابائنا و سعيهم حفظهم الله من أجل أن نصل إلى هذه المرحلة و تقديم مذكرة تخرجنا

تحياتنا.... صاحبات البحث

مقدمة

الحمد لله باسط النعماء وكاشف الضراء ومزيل الهموم ،ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير ناطق بحروف الهجاء صلاة أهل الأرض و السماء لا ابتداء لها ولا انتهاء ولا عدّ و لا إحصاء تعظيما لحقه ووفاء وعلى آله وصحبه وسائر الأنبياء.

أما بعد :

عرفت الجريمة منذ قديم الأزل ومنذ بدأ الخليقة، فمنذ أن وجد الإنسان في الكون صاحبته هذه الظاهرة. أما الآن فقد تطور الإجرام بشكل كبير بالفعل فبات من الضروري إيجاد وسيلة كرد فعل للحد منها والتي تمثلت في وضع نصوص قانونية تعاقب على الجريمة ومن المتعارف أنها واقعة قانونية مركبة تترتب عليها أثار جزائية حيث يعتبر القانون الجنائي من بين فروع القانون التي تكتسي أهمية كبيرة في تحقيق العدالة الاجتماعية عن طريق تحديد سلوكات غير مشروعة المعاقب عليها قانونا وكذا وضع وفرض العقوبات والجزاءات المقابلة لها انتهاء بالإشراف القضائي على تنفيذها كل ذلك يتم تحت مظلة مبدأ الشرعية حتى لا يتعدى أحد على الحقوق التي كفلتها الشرائع السماوية والدساتير الأرضية في دول العالم المختلفة. ويقسم الفقهاء الجريمة إلى ثلاثة أركان والتي تعرف بأنها العناصر الجوهرية المرتبطة بوجود جريمة بحيث يترتب على تخلفها انتفاء الجريمة أصلا وامتناع جريمة بعينها والركن الأول هو الركن المادي يتمثل في النشاط الإجرامي للجاني ونتيجة محققة بالفعل. تصل بينهما رابطة سببية بينها الركن الثاني هو الركن المعنوي يتمثل في تلازم الارادة والعلم بتجريم القانون للفعل لدى الجاني ،واتجاه ارادة الجاني لتحقيق النتيجة هو ما يحددا لقصد الجنائي

أما الركن الثالث والاخير فهو الركن الشرعي للجريمة وهو محل بحثنا هذا.

ولهذا الموضوع أهمية كبرى في حياة الأفراد، كأفراد بما أنه يمكن الجميع من معرفة أركان الجريمة وبعدها القانون وما يترتب على ذلك .

ونهدف من خلال تناولنا لهذا الموضوع بالبحث ودراسة لتوضيح الركن الشرعي للجريمة في الفقه الإسلامي الوضعي والقانون ولمعالجة هذا الموضوع نطرح الإشكال التالي: ما مفهوم الركن الشرعي للجريمة وما أهم عناصر قيامه؟

وللإجابة عن هذا الإشكال اتبعنا المنهج التحليلي وذلك من خلال الرجوع إلى النصوص الشرعية والقانونية واتبعنا كذلك المنهج المقارن وهذا لطبيعة الدراسة بما أنها تشمل الجانب الفقهي الإسلامي والقانون الوضعي .

أما بالنسبة لخطة البحث فإنها تتكون من مبحثين وكل مبحث يندرج تحته مطلبين

المبحث الأول: مفهوم الركن الشرعي

المطلب الأول : تعريف الركن الشرعي و أهميته

المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن الركن الشرعي

المبحث الثاني:عناصر قيام الركن الشرعي

المطلب الأول: خضوع الفعل لنص التجريم

المطلب الثاني: عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة

الخاتمة.

المبحث الأول:

مفهوم الركن الشرعي

المطلب الأول: تعريف الركن الشرعي وأهميته.

الفرع الأول: تعريف الركن الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي في القانون الجنائي الوضعي

الفرع الثاني: أهمية الركن الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي

المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن الركن الشرعي.

الفرع الأول: النتائج المترتبة عن الركن الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن الركن الشرعي في القانون الجنائي الوضعي

المبحث الأول: مفهوم الركن الشرعي

تمهيد:

يستوجب لقيام الجريمة توفر أركانها الثلاث، الركن المادي، الركن المعنوي، الركن الشرعي، ويعد هذا الأخير هو أول ركن يقوم عليه السلوك الإجرامي وهو الركن الشرعي والذي يستوجب وجود نص يجرم الفعل ويعاقب على إتيانه طبقا لمبدأ الشرعية الجزائية، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون العقوبات في مختلف تشريعات العالم.

المطلب الأول: تعريف الركن الشرعي وأهميته:

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الركن الشرعي لغة وفي الفقه الإسلامي وكذلك في القانون الوضعي

الفرع الأول: تعريف الركن الشرعي :

أولا: تعريف الركن الشرعي في الفقه الإسلامي :

1. لغة:

أ. الركن: ركن الشيء جانبه الأقوى ، وأركان كل شيء : جوانبه التي يستند إليها ويقوم عليها والركن الشديد : أي العز والمنعة.

فالركن: الجانب الذى يتحقق به وجود الشيء وقوته.[1]

ب . الشرعي: نسبة إلى الشرع، وهو ما كان مطابقا لمقتضيات الشرع[2].

2. في الفقه الإسلامي:

إذا كان هذا المبدأ لم يتعمم الاخذ به في التشريعات الوضعية، ولا في أعقاب القرن الثامن عشر، فلقد عرّفته الشريعة الإسلامية منذ القرن الرابع عشر، والأدلة على تقرير المبدأ فيها كثيرة، سواء في نصوصها الأصلية أو قواعدها العلمية.

1 – ابن منظور ، لسان العرب دار صادر، لبنان : بيروت، بدون طبعة، بدون سنة، م 13،ص 185.

2 – قلعة جي ومحمد رواس، معجم لغة الفقهاء، دار النفايس، لبنان :بيروت، ط1 ،1هجرى،ص195.

أ. من القرآن الكريم : لقد وردت العديد من الآيات في كتاب الله عز وجل تتضمن وضوح عدل الله تعالى في خلقه وعلى أنه لا يعذب أحدا منهم إلا بعد أن يرسل رسله مبينة شرائع الله وحدوده.

قال تعالى { **مَّنِ اِهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدِى لِنَفْسِهِ وَمَن ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَا أُخْرَى وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا** }[1]. أي أن من اهتدى إلى الإيمان فثواب هدايته له ومن ضلّ فعقاب ضلاله عليه ولا تتحمل نفس ذنب نفس أخرى ،وما كنا معذبين قوما حتىّ نقيم عليهم الحجة بإرسال الرسل إليهم.

وقوله أيضا{ **ذَلِكَ أَن لَّمْ يَكُنْ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى بِظُلْمٍ وَ أَهْلُهَا غَافِلُونَ** }[2].

فسرت هذه الآية على أنه : ذلك الإنذار بإرسال الرسل إلى الإنس والجن لئلا يعاقب أحد على ماجناه وهو لم يرسل إليه رسول ولم تبلغه دعوى، فلم تعذب أمة من الأمم إلا بعد إرسال الرسل إليهم.

ب . من السنة النبوية: ما جاء من أحاديث تقرر تطبيقات لهذه القاعدة والركن، حديثة صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع، حين قال:" ألا وإن دم الجاهلية ، موضوع وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبدأ به ربا عمي العباس بن عبد المطلب". وهذا بيان بإبطال تصرفات وأفعال الجاهلية التي حرمها الإسلام

ج . قواعد أصولية شرعية:

" لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص " أي أن أفعال المكلف لا يمكن وصفها بأنها محرمة مادام لم يرد نص بتحريمها، وهناك قاعدة أساسية تقتضي أن "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة" أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلا بالإباحة الأصلية فإذا لم يرد نص بتحريمه فلا مسؤولية علي فاعله أو تاركه وهاتان القاعدتان تؤديان إلى معنى واحد وهو أنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك.[3]

1- سورة الإسراء، الآية :15.

2- سورة الأنعام، الآية:131.

3- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، دار الكاتب العربي ،لبنان: بيروت، بدون طبعة ، بدون سنة،ج 1، ص115،116.

ولا شك في جرائم الحدود والقصاص قد تقررت كلها في التشريع الجنائي بنصوص خاصة بكل جريمة ومحددة العقاب عليها في القرآن والسنة.[1]

مثلا: حد السرقة :فتعد السرقة من الكبائر التي حرمتها الشريعة الإسلامية حيث ورد هذا التحريم في القرآن الكريم لقوله تعالى: { **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** }[2]، القصاص :مثال القتل الخطأ فيها يقع القصاص على الجاني مساواة للجريمة التي ارتكبت على الضحية ويجوز العفو عن العقوبة من الضحية أو ذويه. في هذه الحالة يجب دفع دية . لقوله تعالى :{ **وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَ الْأَنْفَ بِالْأَنفِ وَ الأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَ السِّنَ بِالسِّنِّ وَ الْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** }[3] .

ثانيا: تعريف الركن الشرعي في القانون الجنائي :

<u>تعريف الركن الشرعي أو القانوني</u> : هو شرط وجود نص قانوني يجرم الفعل الإجرامي ويعاقب عليه .إذ لا جريمة بغير قانون ،فالنص القانوني هو الذي يحدد مواصفات الفعل الذي يعتبره القانون جريمة، وبدون النص القانوني يبقى الفعل مباحا[4].

<u>تعريف أخر</u>: يعرف الفقهاء الركن الشرعي للجريمة أنه : نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل أو بعبارة أخرى هو النص القانوني الذي يبين الفعل المكون للجريمة و يحدد العقاب الذي يفرضه على مرتكبها.[5] أي لا يعاقب مرتكب الجريمة على الجريمة إذا نص عليها القانون بنص صريح في إحدى مواده القانونية وهذا ما يعرف بشرعية الجرائم و العقوبات.

فقد نصت المادة الأولى من قانون العقوبات على أنه "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون." فلا يجوز أن يعاقب أي شخص عن جريمة إلا بنص قانوني ساري

1- محمد سليم العوّا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار نهضة مصر، مصر: القاهرة ،ط1، يناير 2006م، ص77.

2 – سورة المائدة، الآية : 38.

3- سورة المائدة ، الآية :45.

4 – سعيد بوعلي ،دنيا رشيد، شرح قانون العقوبات الجزائري (قسم العام)، دار بلقيس . دار البيضاء، الجزائر، بدون طبعة ،2016،ص60.

5 – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائر ي (القسم العام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر: بن عكنون، بدون طبعة، بدون سنة، ج1 ص68.

المفعول لأن الركن الشرعي هو الذي يحدد صفة المشروعية أو الغير مشروعيته على الركن المادي للجريمة. وقد صيغ هذا الركن بعبارة موجزة هي :"لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص "[1].

الفرع الثاني: أهمية الركن الشرعي في القانون الوضعي :

- يرسم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الحدود الفاصلة بين ما يعتبر في نظر المشرع الجنائي سلوكات من شأنها الإخلال بأمن الجماعة ونظامها وتشكيلها ، فتكون لديه جديرة بتجريم والعقاب . وهو الاستثناء. فينص على تجريمها والعقاب عليها وبين السلوكات لأخرى التي لا تعتبر كذلك فتظل مباحة .
- أن السلطة المختصة بالتشريع ، هي وحدها صاحبة الاختصاص في التجريم و العقاب فلا يجوز وصف الفعل بالجريمة والعقاب عليه إلا إذا أصبغت عليه تلك السلطة المختصة بالتشريع* وصف الجريمة جناية أو جنحة أو مخالفة كأصل وحددت له عقاب في نص تشريعي مكتوب .
- أن القاعدة الجنائية الوطنية خطاب موجه للقاضي الجنائي بغرض تطبيقها فيمتنع عليه طبقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أن يجرم أو يعاقب سلوكا ما ،مالم يجرمه القانون ويعاقب عليه بعقوبة محددة فيمنع على القاضي استعمال القياس في المجال الجنائي ، كما يمتنع عليه التفسير لكن يجب عليه تطبيق المبدأ القانوني" الشك يفسر لمصلحة المتهم" عندما يظهر غموض في النص الجنائي أو الشك في فحواه عملا بأصل أخر، وهو أن الأصل في الأشياء الإباحة .
- أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يضع أساسا قانونيا ودستوريا للعقوبة .
- يعتبر من الضمانات المهمة المقررة للحقوق والحريات الفردية، من حيث أنه مبدأ يضفي عليها حماية مزدوجة، حماية للأفراد وحماية للجاني.[2]

---

1 – إبراهيم بلعليات، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري ،دار الخلدونية، الجزائر: القبة، ط1428،1.2007،ص07.

* –هي السلطة التشريعية، وهي البرلمان .

2– عبد الله اوهايبية،شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، دار موفم للنشر، الجزائر ،بدون طبعة، 2015،ص103،101.

- يستمد مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة أهميته أيضا من حيث كونه يعتبر من المبادئ المقررة حماية للجماعة ، لما للقاعدة الجنائية من دور مزدوج باعتبارها قاعدة تجريمية وردعية تجرم السلوك الجدير بالعقاب فتردع المجرم ردعا خاصا
- وغيره من الأفراد ردعا عاما ، وهي قاعدة وقائية في أن واحد تمنع المجرم وكذلك الغير من أن يقدم على ارتكابها خوفا من العقاب .
- أن الركن الشرعي للجريمة أو ركن عدم المشروعية، يكتسي أهمية خاصة من حيث أنه لاوجود للجريمة متى انتفى هذا الركن بعنصريه ،النص المجرم للفعل وعدم وجود سبب مادي موضوعي من شأنه إباحة السلوك ، أو تختلف أحد العنصرين ولا حاجة بعد ذلك للبحث في ركني الجريمة المادي والمعنوي.[1]

المطلب الثاني :النتائج المترتبة عن الركن الشرعي.

الفرع الأول : نتائج الركن الشرعي في الفقه الإسلامي:

1. عدم رجعية القوانين الجنائية على الماضي :

- إن المطلع على الفقه الإسلامي يجد ما يجعله يزداد يقينا بوجود هذه القاعدة الحديثة في الفقه الإسلامي ويمكن استخلاص ذلك من القواعد الآتية:
- قوله تعالى " **وَمَا كُنّا مُعَذّبِينَ حَتّى نَبْعَثَ رَسُولًا** "[2].

قوله تعالى "عَفَا اللهُ عَمّا سَلَفَ "[3] وقوله تعالى "إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ"[4].

- قاعدة تقرر أنه لا تكليف شرعا إلا بفعل ممكن مقدر للمكلف معلوم له علما يصله على امتثاله
- لم يرد في الأثار أن النبي صلى الله عليه وسلم عاقب عن أي جريمة حدثت قبل نزول النصوص.

---

1 –عبد الله اوهايبية،المرجع السابق،ص104،103.

2 – سورة النحل، الآية :15.

3 – سورة المائدة، الآية 95.

4– سورة الأنفال، الآية 38.

- لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص ويقول بعض الفقهاء أن هذه القاعدة مطلقة في الفقه الإسلامي ولا يرد عليها استثناء إلا في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن أو النظام العام وضرب لذلك ثلاثة أمثال :
  - جرائم القذف
  - جرائم الحرابة
  - الظهار

جريمة الحرابة :"**إِنَّمَا جَزَاءُ الذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ...**"[1] اختلف فيها الفقهاء والحقيقة أنها لا رجعية فيها على الماضي فقد استقر الأمر على أن هذه الآية توضح جزاء المحاربين الذين يسعون في الأرض فسادا.

2. تحديد سلطة القضاء في تفسير النصوص الجنائية:

إن القاضي لا يتوسع في تفسير النصوص الخاصة بالعقوبة سواء كانت من القرآن أو الحديث، وذلك أن توسعه في تفسير النصوص يؤدي في النهاية إلى التشريع وهو ما لا يجوز في المواد الجنائية .[2]

الفرع الثاني : نتائج الركن الشرعي في القانون الوضعي.

1. حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية :

نتيجة لمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات فإن القاعدة الجنائية تتميز عن غيرها من القواعد الأخرى بأن مصدرها الوحيد هو القانون المكتوب ، وعليه فإن المصادر الأخرى مستبعدة في نطاق القوانين الجنائية فلا مجال لتطبيق المصادر المعروفة في القوانين الأخرى كالشريعة الإسلامية أو العرف أو مبادئ العدالة أو القانون الطبيعي.[3]

كما أن المبدأ جاء ثمرة لكفاح لميول ما بين السلطة الحاكمة والفرد ، إذ عاشت المجتمعات فترة طويلة تستأثر فيها الطبقة الحاكمة بكل السلطات، مما أدى في نهاية

1- سورة المائدة ، الآية 33.

2- أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، مصر: القاهرة، بدون طبعة، 1409 . 1989،ص45،46.

3- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر: بن عكنون ،بدون طبعة ،بدون سنة ،ج1، ص85.

المطاف إلى وقوع الصدام بين الحكومات والأفراد وأسرف الصراع في النهاية إلى تأكيد سيادة الشعب واستئثار البرلمانات . اعتبارها تمثل الشعب . بالسلطة التشريعية في كل ما يتعلق بالحقوق و الحريات .

ونجد أيضا كما سبق ذكره بأنه في مجال تحديد الجرائم والعقوبات فإن الدساتير والقوانين المنبثقة عنها جعلت التشريع

بصفته تعبيرا عن إرادة الشعب هو الذي يمكن أن يكون مصدر للتجريم والعقاب ،وبتالي لا يجوز إنشاء جريمة أو تقرير عقوبة إلا بتشريع تقرره السلطة المخولة ، ويمنع على القاضي بناء على ذلك إدانة متهم عن جريمة أو يوقع عليه عقوبة مالم يكن قد صدر بالجريمة والعقوبة تشريع معين[1].

2. التزام التفسير الكاشف للنصوص:

إن الخطة المتبعة بشأن تفسير النصوص الجنائية و قواتها البحث عن إرادة المشرع وعليه ، فإن التفسير الكاشف المسموح به للقاضي يجب أن يبقى في الحدود التي لا تصل إلي حد خلق الجرائم أو العقوبات.[2]

وعليه فإن تفسير تلك العملية الذهنية التي يمكن التوصل بها إلي المعنى الحقيقي للنص القانوني، ليتسنى للقاضي تطبيق النص علي الوقائع المعروضة أمامه ، فالتفسير إذن عملية يراد بها استظهار المعني الذي أراده المشرع والقاضي حينما يفسر القانون لا يعطى رأيه الشخصي، وإنما يبحث عن المعنى الحقيقي للقانون وعن قيمته الموضوعية كما أرادها المشرع ، مرعيا في ذلك التحويلات.[3]

وتغيرات الاجتماعية ، وكل انحراف من جانب القاضي عن هذا يعتبر خطأ في تأويل القانون [4].

---

1 –عماد محمد رضا علي التميمي . رائد سليمان الفقير ،مبدأ الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي وما يحققه من ضمانات للمتهم دراسة فقهية قانونية مقارنة ، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية ، المجلد3، العدد 1 ربيع الأول 1437. كانون الثاني 2016 ،ص 129.

2 – عبد الله سليمان ، المرجع السابق، ص85.

3– المرجع نفسه ،ص130.

4 – المرجع نفسه ،ص130.

3. حظر القياس :

تنحصر مهمة القاضي في تطبيق القانون لا خلق الجرائم ، فلا يجوز للقاضي أن يجرم فعلا لم يرد نص بتجريمه قياسا على فعل ورد نص بتجريمه بحجة تشابه الفعلين ، أو يكون العقاب في الحالتين يحقق نفس المصلحة الاجتماعية مما يقتضي تقرير عقوبة الثاني على الأول،لأن في ذلك امتداد صريح على مبدأ الشرعية فالجرائم لا يقررها إلا المشرع والقاضي لا يملك ذلك قانونا فإذا فعل يمكن قد نصب من نفسه مشرعا وهو ما لا يسمح به القانون .

وعلى أن القياس المحظور هو القياس الخاص بالتجريم ، ويعني ذلك أن القياس غير محظور في نطاق الأعمال التي تقرر سببا للإباحة أو مانعا من موانع المسؤولية أو العقاب ،طالما أن الأمر لا يعمل معني الاعتداء على الحريات الفردية وبتالي لا يتعارض مع مبدأ الشرعية. [1]

4. قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم :

لا يثار أي إشكال عندما يكون النص واضحا ،إذ يسهل علي القاضي تفسيره وتطبيقه على الواقعة المجرمة سواء كان التفسير لمصلحة المتهم أو ضد مصلحته ، فالقاضي بتفسيره النص الجنائي إنما يسعى إلى الكشف عن إرادة المشرع لا عن مصلحة المتهم ولكن النص قد يشوبه لبس يجعل من تفسيره أمرا صعبا وعند إذن لا بد للقاضي من استعمال شتى أساليب التفسير التي تمكنه من الوصول إلى قصد المشرع ،فإن التوصل إلي ذلك طبقا لنص أيضا ، سواء كان في مصلحة المتهم أم ضد مصلحته.

ويرى آخرون أن هذه القاعدة لا شأن لها بتفسير القوانين ، فالامتناع عن تطبيق النص في هذه الحالة ليس تطبيقا لقاعدة

الشك يفسر لمصلحة المتهم وإنما تطبيق لقاعدة أعم وأشمل هي قاعدة الشرعية، إذ يتعارض مبدأ الشرعية مع تطبيق نص غامض يستحيل تفسيره .

على أي حال ، فقد أصبح مثل هذا الغرض ، باستحالة تفسير النص أمرا نادرا ، وذلك أن المشرع يعير اهتماما كبير لوضوح النص ، ويبقى أن المجال الأساسي لتطبيق هذه

1 –عبد الله سليمان ، المرجع السابق، ص85.

القاعدة هو الإثبات ، حين تتعادل أدلة الإدانة مع أدلة البراءة ، وعندها يتعين تغليب أدلة البراءة تطبيقا لقاعدة أخرى تفيد بأن الأصل في الإنسان البراءة ، فإذا لم تكن أدلة الإدانة قاطعة ويقينية فلا يجوز الأخذ بها وقد تمسك القضاء الجزائري بهذا التفسير في أحد أحكامه حيث أبدت المحكمة العليا قضاة المجلس في حكمهم بالبراءة بقولها [1]

"يتبين من ظروف القضية والمستندات التي بالملف ومن التناقضات في تصريحات الشهادة الرئيسية والعلاقات المتوفرة

السائدة بين عائلة المشتكي والمتهمة أن الشك الكبير يخيم على مدى اقتراف المتهمة الوقائع المنسوبة إليها والشك يفسر لفائدة المتهم."[2]

1- عبد الله سليمان ، المرجع السابق، ص86،87.

2 -حكم المحكمة العليا الصادر في10نوفمبر 1987 رقم 1006.

المبحث الثاني:

عناصر قيام الركن الشرعي

المطلب الأول: خضوع الفعل لنص التجريم

الفرع الأول: سريان النص الجنائي من حيث الزمان

الفرع الثاني: سريان النص الجنائي من حيث المكان.

الفرع الثالث: سريان النص الجنائي من حيث الأشخاص.

المطلب الثاني: عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة.

الفرع الأول: تعريف أسباب الإباحة.

الفرع الثاني: صور أسباب الإباحة.

المبحث الثاني : عناصر قيام الركن الشرعي

خضوع الفعل لنص التجريم يتطلب الركن الشرعي زيادة على تطابق الفعل مع النص التجريمي، ويكون النص نفسه صالحا للتطبيق على الفعل المرتكب وتتحقق هذه الصلاحية من خلال مراعاة النص لحدود تطبيقه من حيث الزمان والمكان والأشخاص، كما أن عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة، يعني أن وجود سبب للتبرير قد يكون كافي لأن يخرج الأفعال المجرّمة من دائرة التجريم ويعيدها إلى دائرة الإباحة.

المطلب الأول :خضوع الفعل لنص التجريم:

الفرع الأول : سريان النص الجنائي من حيث الزمان:

إن النصوص الجنائية ليست أبدية بل هي قابلة للتعديل والإلغاء مواكبة في ذلك التطور المستمر الذي يعرفه المجتمع في شتى المجالات فوجود نص التجريم والعقاب غير كافي بل لابد أن يكون هذا النص ساري المفعول وقت إرتكاب الجريمة هذا ما يعبر عنه بـ (سريان قانون العقوبات من حيث الزمان) أي تحديد الفترة الزمنية التي يكون فيها النص الجنائي واجب التطبيق، لقد نص قانون العقوبات في مادته 02 على ما يلي: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة." وعلى هذا الأساس يخضع تطبيق النص الجنائي إلى قاعدة عدم الرجعية إلا أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة والمتمثل في رجعية القانون الأصلح للمتهم.

أولا: قاعدة رجعية النص الجنائي :

1. تعريفها : الأصل أن النصوص الجنائية لا تسري بالأثر الرجعي بحيث يطبق النص فقط على الأفعال التي سبقت صدوره ولهذه القاعدة قوة دستورية، حيث تنص المادة 46 من الدستور على ما يلي "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم."[1]

2. نطاق تطبيق قاعدة عدم رجعية النص الجنائي من ناحية القانون الوضعي ومن ناحية الشريعة الإسلامية :

أ. من ناحية القانون الوضعي : يتوقف تطبيق قاعدة عدم رجعية على عنصرين هما: تحديد وقت العمل بالقانون الجديد وتحديد وقت ارتكاب الجريمة.

1- عمر خوري، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ،جامعة الجزائر 1:كلية الحقوق ،2011/2010،ص18.

* **تحديد وقت العمل بالقانون الجديد:** إن تحديد وقت العمل بالقانون الجديد لا يثير أي إشكال إذ أن المرجع في ذلك هو القواعد التي جاء بها الدستور ، حيث يصبح القانون ساري المفعول بعد نشره في الجريدة الرسمية كما وضحت المادة 04 من القانون المدني "تطبق القوانين في التراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إبتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية " ويكون ساري المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي **24** ساعة من تاريخ نشرها أما بالنسبة للولايات الأخرى فبعد 24 ساعة من تاريخ وصول الجريدة إلى مقر الولاية أو الدائرة. [1]

* **تحديد وقت ارتكاب الجريمة :** فهو وقت إرتكاب الفعل المكون لها أي وقت ارتكاب الواقعة المادية التي تكون السلوك الإجرامي للفعل دون الإعتداء بالأثار المترتبة عليها أو حتى تحقيق نتيجتها.[2]

ب . من ناحية الشريعة الإسلامية: قد طبقت تطبيقا واسعا فكثير من آيات القرآن التي جاءت تنهي عن سلوك قررت في ذات الوقت عدم توقيع الجزاء على ما أتى ذات السلوك قبل نزول النهي فقال تعالى في شأن تحريم الزواج من زوجات الآباء {وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ اَلنِّسَاءِ الَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا.} [3] ويفهم من هذا النص عدم العقاب على من صدر منه السلوك في الجاهلية أي قبل نزول الآيتين فقال تعالى في شأن تحريم الربا{ اَلذِينَ يَأكُلُونَ اَلرِبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ اْلذِي يَتَخَبَّطُهُ اْلشَّيْطَانُ مِنَ اَلْمَسِّ ذَلِكَ أَنَّهُمْ قَالُواْ إِنَّمَا اَلْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَاْ وَأَحَلَّ اَللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ اَلرِبَاْ}[4] ويفهم من هذه الآية أنه لا جزاء على من صدر عنه ربا في الجاهلية طالما أنه امتنع عنه بعد أن ورد إليه النهي عنه فالجزاء لا يكون من فعل مرتكب قبل النهي وإنما يكون عما يرتكب بعد النهي قال تعالى {قُلْ لِلَذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ }[5]وتطبيقا لهذه الآية فقد

1- عمر خوري، المرجع السابق، ص19.

2- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائر (القسم العام)،دوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر: بن عكنون، بدون طبعة، بدون سنة ،ج1، ص91

3- سورة النساء، الآية :22.

4 – سورة البقرة، الآية :275.

5 – سورة الأنفال، الآية : 38.

قال صلى الله عليه وسلم لعرو بن العاص عندما أسلم "إن الإسلام يجب ما قبله" وتطبيقا لهذه الآية فإن الرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يعاقب قاتل عمه حمزة بن عبد المطلب.

إن قاعدة عدم الرجعية قد طبقت في الشريعة الإسلامية في نطاق أوسع مما تطبق به في التشريعات الوضعية ،فقد طبقت على ما صدر منه السلوك المنهى عنه قبل دخوله في الإسلام على الرغم من أن هذا السلوك كان بعد ورود النهي عنه.[1]

3. الإستثناء الوارد على القاعدة .

إستثناء على القاعدة يطبق النص التجريمي الجديد على وقائع سابقة على نفاذه إذ كان النص 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 ذلك من نص المادة 02 من قانون العقوبات التي نصت على القاعدة وعلى الاستثناء الوارد عليها ، ما يلي "لا يسرى قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة " [2]

ثانيا: قاعدة النص الجنائي الأصلح للمتهم:

1. تعريفها : لقد نصت المادة 02 كما ذكرت سابقا من قانون العقوبات على هذا الاستثناء بقولها "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة "و نعني بهذا الاستثناء رجعية الأصلح للمتهم على وقائع إرتكبت في ظل قانون قديم تم إلغاؤه ولتطبيق القانون الأصلح للمتهم لابد من توفر الشروط التالية :

أ. التأكد من أن القانون الجديد هو الأصلح للمتهم : أسندت هذه المهمة إلى القاضي الجنائي بحيث يقوم بالمقارنة من القانون القديم الذي وقعت في ظله الجريمة والذي تم إلغاؤه وبين القانون الجديد الذي تجري في ظله المحاكمة فضوابط تحديد القانون الأصلح للمتهم التي يلجأ إليها القاضي تكو ن على النحو التالي[3] :.

* **من حيث التجريم** : بعد القانون الجديد الأصلح للمتهم في الحالات التالية :

– إذا كان الفعل مجرما بالقانون القديم ، فجاء القانون الجديد بحذف التجريم فأصبح الفعل مباحا

1– محمود نجيب حسني ، الفقه الجنائي الإسلامي ،بدون طبعة ، بدون سنة ،ص179. 180.

2– عبد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص91.

3 –عمر خوري ، المرجع السابق ، ص20.

– إذا أضاف النص الجديد سبب إباحة أو مانعا من موانع المسؤولية أو مانعا من موانع العقاب يستفيد منه المتهم

– إذا أضاف النص الجديد ركنا جديد إلى الجريمة لم يكن مطلوبا في القانون القديم وكان من شأن تطبيقه على المتهم أن يبرأه لعدم توافره.

***من حيث العقاب** : إذ أبقى القانون الجديد على نص التجريم ولكنه قرر للجريمة عقوبة أخف من العقوبة التي كانت مقرر في القانون القديم فهو بلا شك أصلح للمتهم وتحكم المقارنة بين القانونين بشأن تعديل العقوبة الضوابط التالية :

– عقوبة الجنايات هي الأشد تليها عقوبة الجنحة فالمخالفة على التوالي

– بالمقارنة بين العقوبات نجد أنها متدرجة في الشدة فالإعدام بعد أشد العقوبات يلي ذلك عقوبة السجن المؤبد ثم السجن المؤقت ثم الحبس الذي يتجاوز شهرين إلي خمس سنوات ثم الغرامة.[1]

– إذا قرر القانون القديم عقوبتين على سبيل الوجوب فجاء القانون الجديد وقرر هما على سبيل الجواز فإن هذا الأخير يكون أصلح للمتهم (الحبس/ الغرامة).

ب – صدور القانون الجديد قبل الحكم نهائيا : يشترط لسيران القانون الأصلح على وقائع السابقة عليه أن يصدر قبل الحكم نهائيا وعلة هذا الشرط هي المحافظة على الاستقرار القانوني و إحترام قوة الشيء المقضي فيه وعلة فإن كانت الدعوى لم تحرك أولم ترفع بهذا أو كان قد صدر فيها حكم إبتدائي وجب على المحكمة التي تنظر الدعوى أن تطبق القانون الأصلح من تلقاء نفسها سواء كانت هذه الجهة هي محكمة الدرجة الأولى أو المجلس القضائي أو المحكمة العليا أما إذا أصبح الحكم باتا وقت صدور القانون الجديد فإنه يمتنع سريانه على الفعل الذي تم الفصل فيه ،ولو كان هذا القانون الجديد فعلا أصلح للمتهم ويكون الحكم باتا بمفهوم هذا الشرط إذا لم يكن قابلا للطعن فيه أو إذا استنفذ كل طرف طرق الطعن العادية وغير العادية سواء بالمعارضة أو بالاستئناف أو بالنقض، أو إذا انقضت المواعيد المقررة للطعن دون الطعن فيه.[2]

1– عبد الله سليمان ، المرجع السابق، ص94–95.

2– عمر خوري ،المرجع السابق ،ص22.

ج- ألا يكون القانون القديم من القوانين محدد الفترة : القوانين محددة الفترة على نوعين هي :

- قوانين تصدر لمواجهة حالة معينة يستمر القانون بوجودها وينقضي بانتهائها مما يجعل هذه القوانين محدد المدة.
- وقوانين محددة المدة سلفا بالنص القانوني وغالبا ما تصدر مثل هذه القوانين لمواجهة ظروف استثنائية خاصة كانتشار وباء في إقليم معين مما يقتضي تدخل المشرع لمنع أهالي الإقليم من مغادرته خوفا من انتشار الوباء لفترة محددة أو القوانين التي تصدر في حالة الحرب أو حالة الطوارئ.[1]

والعمل لمبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم عند مخالفته لهذه القوانين فيه تضييع المحكمة التي ارتآها المشرع من تدخله في مثل هذه الحالات الاستثنائية ولذا وجب استبعاد هذا المبدأ من تطبيق عند ما يتعلق الأمر بقانون محدد الفترة. .

2. تطبيق رجعية النصوص الأصلح للمتهم في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم :

واقعة الظهار ومحلها أن السيدة خولة زوجة أوس بن صامت شكت إلى الرسول أن زوجها قد ظاهر منها فقال صلى الله عليه وسلم "حرمت عليه" فقالت "إلى الله أشكوا فاقتى" فنزل قول الله تعالى "قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ التِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَهِ وَ اللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَ اللَهَ سَمِيعٌ بَصِيرُ "[2] وقد طبق رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه الآية على واقعة الظهار على الرغم من أن هذه الواقعة قد سبقت نزولها ، فكان ذلك تطبيق لها بأثر رجعي وأيضا عقوبة جلد الزوج الذي يقذف زوجته وإحلال التلاعن محلها و تفصيل ذلك أن الآية . القذف . نصت على عقوبة القذف في صياغة عامة بحيث تطبق على كل قاذف لمحصنة ولو كان زوجها [3].فقد قال الله عز وجل {وَالذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ }.[4] اللعان هو أيمان تجري بين الزوجين بعد أن يرمي الزوج زوجته بالزنى دون أن يكون هناك

1- عبد الله سليمان ، المرجع السابق ،ص 99.

2 - سورة المجادلة ،الآية :1.

3- محمود نجيب حسنى ،الفقه الجنائي الإسلامي ، بدون طبعة ،بدون سنة ،ص 186،187.

4- سورة النور، الآية :4.

شهود غيره ... والقصد منها أن يدرأ الزوج عن نفسه حد القذف إذا رمى زوجته بالزنى وليس عليه من شهود، وأن تدرأ الزوجة عن نفسها تهمة الزنى، وقد نزلت آيات اللعان من سورة النور إذ اتهم أحد الصحابة زوجته بالزنى فطالبه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبينة أو يقيم عليه حد القذف، روى ابن الكثير بسنده أن هلال بن أمية جاء لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إني جئت أهلي عشاء، فوجدت عندها رجلا فرأيت بعيني وسمعت بأذني . فكره رسول الله صلى عليه وسلم ما جاء به، واشتد عليه واجتمعت الأنصار فقالوا:.. الأن يضرب رسول الله هلال بن أمية ويبطل شهادته في الناس .فقال هلال : والله إني لأرجوا أن يجعل الله لي منها مخرجا .. فو الله إن رسول الله يريد أن يأمر بضربه. إذ أنزل الله على رسوله الوحي ، فنزلت {وَالذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُم شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ ...}.[1] وفي بعض الروايات أن رسول الله لهلال بن أمية :"البينة أو حد في ظهرك ".[2]

الفرع الثاني : سريان النص الجنائي من حيث المكان .

أولا: تعريفه .

لقيام الركن الشرعي للجريمة لا يكفي نص يجرم الفعل ويقرر له العقوبة ، كما لا يكفي تحديد الفترة الزمنية التي يكون فيها النص ساري المفعول بل لابد من تحديد المكان الذي وقعت فيه هذه الجريمة لتحديد القانون الواجب التطبيق وهذا ما يعرف بـ "سريان قانون العقوبات من حيث المكان. "

هناك 04 مبادئ تحكم سريان قانون العقوبات من حيث المكان هي مبدأ الإقليمية، مبدأ الشخصية . مبدأ العينية . مبدأ العالمية .

ويلجأ القاضي إلى هذه المبادئ الأربعة سواء ارتكبت الجريمة داخل إقليم الدولة أو خارجه وذلك تبعا لجنسية الجاني ونوع الجريمة المرتكبة[3]

1- سورة النور ، الآية :6.

2- محمد سليم العوّا ،أصول النظام الجنائي الإسلامي (دراسة مقارنة)، مصر ،بدون طبعة ، يناير 2006، ص 8281.

3-عمر خوري ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ،جامعة الجزائر 1:كلية الحقوق ،2011/2010، ص24/23.

ثانيا : المبادئ التي تحكم الاختصاص المكاني: .

***في القانون الوضعي:** .

أ. مبدأ إقليمية القانون الجنائي :

يعتبر القانون الجنائي أحد مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، ولذلك فمن الطبيعي أن ينحصر كل قانون جنائي في إقليم دولته ولا يمتد إلى إقليم دولة أخرى لأنه يمس بسيادتها، ويعني هذا المبدأ أيضا أن هذا القانون يطبق على كافة الجرائم المرتكبة داخل إقليم الدولة سواء كان المجرم مواطنا أو أجنبيا ، وسواء مست الجرائم بمصالح الدولة صاحبة الإقليم أو بمصالح دولة أخرى ، فالعبرة بوقوع الفعل داخل إقليم الدولة ، فالذي يرتكب جريمة داخل إقليم الجزائر يحاكم ويعاقب وفق القانون الجزائري حتى ولو كانت جريمته غير ماسة بمصلحة الدولة الجزائرية وسيادته والإقليمية من هذه الناحية عدة فوائد نوجزها فيما يلي:.

1- تطبيق القانون الجنائي الوطني على إقليم الدولة يعبر عن سيادة الدولة على جميع إقليمها وسيطرتها وتحكمها في كل ما يحدث فيه ، ولقد أصبحت السيادة على الإقليم رمز الاستقلال الدول وتمتعها بشخصيتها المعنوية. .

2-تطبيق القانون الجنائي داخل إقليم الدولة أقرب إلى تحقيق العدالة، حيث يكون هذا القانون أقرب إلى مكان وظروف وقوع الجريمة، وعليه فإن من يتوفر لديه من معلومات أكثر من غيره كغير بتمكينه من التشخيص الصحيح للوقائع والحكم العادل عليها، حيث يتوفر الشهود، كما يمكن العثور على آثار الجريمة وكل ذلك يساهم في معرفة الحقيقة .

3. من جهة ثالثة فهو أجدى وأردع ، ذلك أن العقوبة تكون رادعة إذا طلع الناس على تفاصيل الجريمة، وعرفوا الحكم الصادر بشأنها فيد فهم ذلك إلى الاحتياط والابتعاد عن الجريمة، بخلاف ما لو طبق الحكم في إقليم آخر[1]. .

*** في الشريعة الإسلامية (مبدأ الإقليمية في الشريعة):** .

الأصل في الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لا مكانية جاءت للعالم كله لا لجزء منه وللناس جميعا لبعضهم فهي شريعة كافة لا يختص بها قوم دون قوم ، ولا جنس دون جنس

1- منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام فقه وقضايا ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر : عنابة، بدون طبعة 1427 / 2006، ص139- 140.

ولا قارة دون قارة وهي شريعة العالم كله يخاطب بها المسلم وغير المسلم وساكن البلاد وغير ساكنها لكن لما كان الناس جميعا لا يؤمنون بها ولا يمكن فرضها عليهم فرضا ،فقد قضت ظروف الإمكان أن لا تطبق الشريعة إلا على البلاد التي يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد، وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطا بسلطان المسلمين وقوتهم فكلما اتسعت الأقاليم التي يتسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التي تطبق فيها الشريعة ،فالظروف والضرورة هي التي جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة في أساسها شريعة عالمية ،ولهذا نستطيع أن نقول: أن الشريعة الإسلامية في أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية ولكنها في تطبيقها شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية .

-**تقسيم العالم:** وقد نظر الفقهاء إلي هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلي قسمين لا ثالث لهما الأول يشمل كل بلاد الإسلام ويسمى دار الإسلام ، والثاني يشمل كل البلاد الأخرى ويسمى دار الحرب ، لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الإسلامية أما القسم الثاني فلا يجب فيه تطبيقها لعدم إمكان ذلك .

-**دار الإسلام** : يشمل دار الإسلام البلاد التي تظهر فيها أحكام الإسلام، أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام فيخبر في دار الإسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون ، وكل بلد يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه ولو كانت غالبية السكان من غير المسلمين ، ويدخل في دار الإسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين مادام فيه سكان مسلمون يظهرون أحكام الإسلام أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من إظهار أحكام الإسلام وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون وهم كل من آمن بالدين الإسلامي وتميون هم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام ،ويقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام بغض النظر عن معتقداتهم الدينية ، فيصبح أن يكونوا مسيحيين ويصح أن يكونوا يهودا ويصح أن يكونوا مجوسا أو صابئة[1]. .

أو عباد ما استحسن أو ممن لا يدينون بدين ، وسكان دار الإسلام جميعا مسلمين وذميين

1 -عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، لبنان : بيروت،بدون طبعة ، بدون سنة، ج1 ،ص 274-276.

معصومو الدم والمال لأن العصمة* في الشريعة تكون بأحد شيئين : بالإيمان والأمان ومعنى الإيمان الإسلام ومعنى الأمان العهد ،ويكون بعقد الذمة وبالمواجهة وبالهدنة وما أشبه فمن آمن برسالة محمد أي أسلم فقد عصم دمة وماله بالإسلام لقوله عليه السلام : (أمرت أن أقاتل الناس حتي يقولوا لا إله إلا الله و محمد رسول الله ،فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها .) ومن دخل في أمان المسلمين بعقد من عقود الأمان فقد عصم دمه وماله بالأمان ولو بقي على غير الدين الإسلام فكان دار الإسلام من المسلمين معصومو الدم والمال بإسلامهم وسكان دار الإسلام من الذميين معصومو الدم والمال بأمانهم.

– **دار الحرب** : وتشمل دار الحرب كل البلاد غير الإسلامية سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة ويستوي أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمين أو لا يكون، ما دام المسلمون عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام ، وسكان دار الحرب على نوعين فهم إما حربيون وإما مسلمون، فالحربيون هم سكان دار الحرب الذين لا يدينون الإسلام ويقال لأحدهم حربى، والحربيون غير معصومين قد دماؤهم وأموالهم مباحة مالم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أو هدنة لأن العصمة في الشريعة لا تكون كما قلنا إلا بأحد الشيئين بالإيمان أو لأمان و ليس للحربين إذا لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أن يدخلوا دار الإسلام ، فإذا دخلها أحدهم فهو مباح الدم و المال ويجوز قتله ومصادرة ماله كما يجوز أسره والعفو عنه ، وإذا دخل الحربي دار الإسلام بإذن وأمان خاص أو بناء على عهد فهو مستأمن والمستأمن يعصم دمه وماله عصمة مؤقت لأن أمانة مؤقت لا دائم وله أن يقيم في دار الإسلام المدة التي ينشأ من فيها معصوم الدم والمال فإذا انتهى أمانة عاد حربيا كما كان مهدر النفس والمال إذا ترك دار الإسلام أما إذا بقي فيها مختارا فيرى البعض أنه يصبح حربيا ، ويرى البعض أنه يصبح ذميا باختيار البقاع في دار الإسلام ويصبح معصوما عصمة مؤبدة .

أما المسلم الذي يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أملا فهو عند مالك و الشافعي وأحمد كأي مسلم من أهل دار الإسلام يعصم بإسلامه دمه وماله ولو أنه مقيم في دار الحرب ومهما طالت إقامة وإذا أراد دخول دار الإسلام لا يمنع منها ،بينما يرى أبو حيفة

أن المسلم المقيم في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه لأن العصمة عند أبي حنيفة ليست الإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعه الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم. .

– **مدى إقليمية الشريعة** : رأينا فيما سبق أن الشريعة أصلها عالمية، وأن الظروف قضت من الناحية العلمية بأن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام وقد بقي أن تعرف مدى هذه الإقليمية[1]. .

إن المبدأ الأساسي الذي يحدد نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية من حيث المكان والأشخاص هو عالميتها فقد أنزلها الله تعالى لتطبيق في بقاع الارض كافة ، وعلى الناس كافة تقديرا منه سبحانه أنها الشريعة الكاملة التي حوت من الأحكام ما يصلح به حال البشر في كل زمان وفي كل مكان وأنها أكملت الشرائع السابقة، فأضاقت إليها ما إقتضاه التطور الإنساني بعد نزول هذه الشرائع فتكاملت معها، وصارت معها وحدة تشريعية تمثل النظام التشريعي الذي ارتضاه سبحانه لبني البشر جميعا، والدليل على عالمية تطبيق الشريعة الإسلامية هو قول الله تعالى مخاطبا رسوله الكريم:**(مَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا)**[2].

ولكن هذا المبدأ يعترضه . من الوجهة العلمية . أن بقاع الارض لا تخضع جميعا لسيادة الدولة الإسلامية وإنما يخضع بعضها لسيادة دول غير إسلامية ، ولما كان التطبيق الفعلي للشريعة الإسلامية مقتضيا سلطة عامة تعمل على إنقاذ أحكام هذه الشريعة جبرا ، وكانت السلطة التي تعمل على ذلك غير موجودة في الدول غير الإسلامية ، كان مؤدى ذلك عدم تطبيق مبدأ عالمية الشريعة الإسلامية بالنسبة لهذه الدول. .

وبناء على ذلك فإن مبدأ عالمية الشريعة الإسلامية مبدأ صحيح في ذاته وهو أحد المبادئ الأساسية في الإسلام ولكن تطبيقه تعترضه عقبات مادية لا تمس صحته في ذاته.[3]

1–عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 276–279. .

*– العصمة: وهي عدم الإباحة فمن كان معصوم الدم و المال فهو غير مباح الدم و المال .

2– سورة سبأ ، الآية : 28.

3– محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي ، بدون طبعة، بدون سنة، ص 190–191.

- الجنايات والجنح التي ترتكب على متن الطائرات والسفن : .

1. على متن السفن: .

تنص **المادة (590)** على ما يلي :(تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنح والجنايات التي ترتكب في عرض البحر وعلى البواخر التي تحمل الراية الجزائرية أيا كانت جنسية مرتكبها)، من خلال قراءتنا للمادة يتضح أنها تنص على القضاء الجزائري بالفصل في الجنايات والجنح التي ترتكب في أعالي البحار على ظهر السفن التي ترفع العلم الجزائري أيا كانت جنسية من ارتكب الجريمة و أيضا يختص القضاء الجزائري بالفصل في الجنايات والجنح التي ترتكب في الموانئ الجزائرية على ظهر السفن التجارية الأجنبية ويتضح من هذا النص ما يلي: .

- الجنايات والجنح التي تقع على ظهر السفن التجارية الأجنبية الراسية في موانئ الجزائر يطبق عليها القانون الجزائري حتى ولو لم يمتد أثر الجريمة إلي الميناء وذلك خلافا للعرف الدولي الذي يقضي بتطبيق قانون علم السفينة على الجرائم التي تقع على ظهرها في حالة رسوها في ميناء أجنبي مادام أثر الجريمة لم يمتد للإخلال بأمن الميناء وحجتنا في ذلك أن نص المادة **(590)**من قانون الإجراءات الجزائرية جاء مطلقا بالنسبة لتطبيق القانون الجزائري على الجرائم "جنايات وجنح "التي تركب على ظهر السفن التجارية الأجنبية الراسية في موانئ الجزائر ولا وجه لتقيد إطلاق النص بالعرف الدولي فلا يقيد النص الجنائي إلا نص مثله .

- الجنايات والجنح التي تقع على ظهر السفن الجزائرية في عرض البحر ينطبق عليها قانون العقوبات الجزائري .

- الجرائم التي ترتكب على ظهر السفن التجارية الجزائرية الراسية في موانئ أو مياه إقليمية أجنبية يسري بشأنها العرف الدولي الذي يقضي بتطبيق القانون الجزائري مادامت آثار الجريمة لم تمتد إلي سلطات الميناء كأن تقع الجريمة من أو على شخص غير ركاب السفينة وبحارتها أو كان من شأن الجريمة الإخلال بالأمن في الميناء أو طلب ركاب السفينة

المعونة من سلطات الميناء[1]. .

– الجرائم التي ترتكب على ظهر السفن الحربية يسري بشأنها قانون جنسية السفينة سواء كانت في أعالي البحار أو في المياه الإقليمية أو موانئ وشواطئ دولة أخرى وهذاما يقضي به العرف الدولي وما يستفاد من مفهوم المخالفة للمادة (590) من قانون الإجراءات الجنائية التي قصرت حكمها بانطباق القانون الجزائري على السفن التجارية الراسية في موانئ الجزائر والسفن الحربية الأجنبية والحكمة من تطبيق قانون الدولة التي تحمل علم السفن الحربية التي ارتكبت الجريمة على ظهرها هو أن تلك السفينة الحربية تعد مظهرا من سيادة الدولة بقوتها.[2]

2. **<u>على متن الطائرة:</u>** لم يميز المشرع بين الطائرات الحربية أو الطائرات التجارية فكلها تخضع لاختصاص القانون الجزائري وفي أي مجال جوي كانت وفي ذلك نصت المادة **(591)** من إجراءات الجزائية على ما يلي :(تختص الجهات القضائية الجزائرية بنظر الجنايات والجنح التي ترتكب على متن طائرات جزائرية أيا كانت نسبة مرتكب الجريمة). وبهذا النص اعتبرت الطائرات الجزائرية بمثابة امتداد للإقليم الجزائري ويختص القانون الجزائري بالنظر في الجرائم التي ترتكب على متنها ،في أي إقليم وقعت وأيا كانت جنسية مرتكبها وتنص الفقرة الثانية من المادة **(591)** بالنسبة للطائرات الأجنبية على ما يلي :(كما أنها أي الجهات القضائية الجزائرية تختص أيضا بنظر الجنايات أو الجنح التي ترتكب على متن طائرات أجنبية إذا كان الجناني أو المجني عليه جزائري الجنسية أو إذا هبطت الطائرة بالجزائر بعد وقوع الجناية أو الجنحة) وماعدا ذلك أن المشرع الجزائري يعتمد بالواقعة التي ترتكب على متن طائرات أجنبية إذا كان المجني عليه أو الجاني جزائريا وهو تطبيق لمبدأ شخصية النص الجنائي ، أما إذا كانت الطائرة أجنبية وقد ار تكبت على متنها جريمة شخص أجنبي ضد آخر أجنبي ، فإن قانون العقوبات الجزائري يبقى غريبا عن الواقعة إلا إذا هبطت الطائرة الأجنبية بعد وقوع الجريمة في الجزائر ، فيكون للقانون الجزائر ي

1 – عادل قورة ،محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام الجريمة) ،جامعة عنابة / معهد العلوم القانونية والإدارية دوان المطبوعات الجامعية ، ط 1999، ص 57–58.

2 – المرجع نفسه ، ص 58.

الاختصاص تطبيقا لمبدأ الإقليمية .[1] .

الاستثناءات الواردة على مبدأ الإقليمية: .

يقضي مبدأ الإقليمية أن يخضع كل من يرتكب عملا إجراميا على إقليم الدولة لقانون العقوبات المعمول به في تلك الدولة لا نفرق في ذلك بين مواطن وأجنبي ، ولكن هذه القاعدة تجد استثناء لها في بعض الحالات ، حيث تقدر الجريمة عن من له صفة معينة تجعله غير خاضع لقضاء الدولة سواء كان من المواطنين أم من الأجانب وتجد هذه الاستثناءات مصدرها في العرف الدستور والقانون الدستوري وأحكام القانون الدولي الجنائي

والأشخاص المعنيون بهذا الاستثناء هم : .

* **رئيس الدولة:** وحصانة مستمدة من العرف الدستوري. .

* أعضاء المجالس النيابية :. تطبيقا لما هو منصوص عليها بالدستور لتمكين النائب من إبداء رأيه بحرية،ويمكن متابعة النائب ولكن بإجراءات خاصة .

* رؤساء الدول الأجنبية : وهي حصانة مستمدة من العرف وقواعد القانون الدولي والتي تقضي بإعفاء رؤساء الدول الأجنبية من المسؤولية الجنائية أثناء إقامتهم في بلاد أخرى .

*. رجال السلك السياسي الأجنبي : ومصدر حصانتهم تعود إلى المعاهدات الدولية وقوانين المنظمات الدولية .

* رجال السلك السياسي القنصلي: وحصانتهم تنحصر في نطاق تأدية عملهم فلا يسألوا عن الجرائم التي يرتكبها بمناسبة العمل. .

* رجال القوات الأجنبية: المرابطة في التراب الوطني بموجب معاهدة أو إتفاق مع الدولة وحصانتهم تنحصر في حدود الإقليم الذي يقيمون فيه. .[2]

مبدأ الشخصية: نقصد به سريان قانون العقوبات الجزائري على كل شخص يحمل الجنسية الجزائرية ويرتكب جريمة في الخارج. .

يستمد مبدأ الشخصية على أساس قانوني مكرس دوليا وهو سيادة الدولة على رعاياها.

شروط تطبيق مبدأ الشخصية: يستلزم الأمر توفر جملة من الضوابط لتطبيق مبدأ

1- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، دوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر :بن عكنون ، بدون طبعة ، بدون سنة ،ج1 ، ص106-107.

2- المرجع نفسه ، ص 108.

الشخصية تختلف هذه الشروط باختلاف طبيعة الجريمة ها هي جناية أم جنحة.
بالنسبة للجنايات: [كل واقعة موصوفة بأنها جناية معاقب عليها في القانون الجزائري ارتكبها جزائري خارج إقليم الجمهورية يجوز أن نتابع ويحاكم فيها في الجزائر[1] ، غير أنه لا يجوز أن تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عليه بالتقادم أو حصل على العفو عنه].
إذن تتمثل الضوابط والشروط القانونية فقد تطبيق مبدأ الشخصية بخصوص الجنايات التي يرتكبها الجزائري في الخارج فيما يلي:
– أن تكيف الواقعة بأنها جناية في نظر قانون العقوبات الجزائري بغض النظر عن تكيفها في قانون الدولة التي إرتكبت فيها الجريمة
– أن يكون الجاني جزائري الجنسية سواء كانت هذه الأخيرة أصلية أو مكتسبة أكثر من ذلك فحتى وإن إكتسب الجاني الجنسية الجزائرية بعد إرتكاب الجريمة فتطبق دائما مبدأ الشخصية
– أن تقع الجريمة في الخارج.
عودة الجاني إلي الجزائر بحيث لا يجوز محاكمة غيابيا.
– ألا يكون الجاني قد حكم عليه نهائيا، وإذا حكم عليه يجب أن يثبت أنه قضى العقوبة أو
– سقطت عنه بالتقادم أو بالعفو عنها، لأنه لضمان الحقوق والحريات الأساسية للأفراد فلا يجوز محاكمة الشخص مرتين بخصوص نفس الفعل[2].
بالنسبة للجنح :[كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في نظر تشريع القطر الذي إرتكبت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها في الجزائر إذا كان مرتكبها جزائريا]
(ولا يجوز أن تجري المحاكمة أو يصدر الحكم إلا بالشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة **582**). "وعلاوة على ذلك فلا يجوز أن تجري المتابعة في حالة ما إذا

1 – المادة 582 من قانون الإجراءات الجزائية.
2 – نصيرة تواتي، محاضرات في القانون الجنائي العام ، ألقيت على طلبة السنة الثانية حقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2014 .2015 ،ص 15– 16.

كانت الجنحة مرتكبة ضد أحد الأفراد الأبناء على طلب من النيابة العامة بعد إخطارها شكوى من الشخص المضرور أو ببلاغ من سلطات القطر الذي إرتكبت الجريمة فيه.[1] تنحصر إذن شروط تطبيق مبدأ الشخصية بالنسبة للجنح المرتكبة في الخارج من طرف الجزائريين فيما يلي:

* أن تكيف الواقعة بأنها جنحة في القانون الجزائري و القانون الأجنبي .
* أن يكون الجاني جزائري الجنسية أصلية كانت أم مكتسبة .
* إرتكاب الجنحة خارج الإقليم الجزائري .
* عودة الجاني إلى الجزائر بحيث لا يجوز متابعة ولا محاكمة غيابيا.
* ألا يكون قد حكم على الجاني نهائيا أو قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو صدر العفو عنها .[2]

مبدأ عينية : يعني مبدأ عينية النص الجنائي تطبيقه على كل جريمة تمس مصلحة أساسية للدولة ،وذلك أيا كان مكان إرتكابها و أيا كانت جنسية مرتكبها ،وسواء جاء إلى إقليم الدولة بعد إرتكاب جريمته أم بقي في خارجه .و علة مبدأ عينية النص الجنائي هي حرص الدولة على حماية مصالحها الأساسية ،وما يقتضيه ذلك من تقرير إختصاصها بالعقاب على الجرائم التي تمس هذه المصالح ،خاصة و أنها لا تثق في اهتمام الدول الأخرى مرتكبي هذه الجرائم. وتقرر التشريعات الوضعية الحديثة في الدول الإسلامية تطبيق هذا المبدأ: فتقرر المادة الثانية من قانون العقوبات المصري سريان أحكامه على {كل من إرتكب في خارج القطر جريمة من الجرائم الأتية }: .

أ – جناية مخلة بأمن الحكومة. .

ب – جناية تزوير مما نص عليه في المادة **(206)**من هذا القانون[3]. .

ج – جناية تقليد أو تزيف أو تزوير عملة ورقية أو معدنية مما نص عليه في المادة **(202)** أو جناية إدخال تلك العملة الورقية أو المعدنية المقلدة أو المزيفة أو المزورة إلي مصر أو إخراجها منها أو ترويجها أو حيازتها بقصد الترويج أو التعامل بها مما نص عليه

1 – المادة 538 من قانون الإجرءات الجزائية .

2 – نصيرة تواتي ،المرجع السابق ،ص17.

3 – محمود نجيب حسني ،الفقه الجنائي الإسلامي ،بدون طبعة ،بدون سنة ،ص 201.

في المادة (**203**) بشرط أن تكون العملة متداولة قانونا في مصر، وقد تضمن هذا النص حصر فئات الجرائم التي يطبق عليها القانون الوطني ولو ارتكبت خارج إقليم الدولة مستهدفا بذلك تحديد الجرائم التي تظل لها خطورتها وقعت في الخارج.[1] .

مبدأ العالمية: الأصل أن الجريمة جراثيم تهدد أمن المجتمع البشري ، وتمس مصالح الناس أينما وقعت ولذا وجب مقاومتها حيثما إرتكبت، وضد أي مصلحة كانت وبغض النظر عن جنسية مرتكبها فلا يجوز أن يفلت مجرم من العقاب فالدولة التي تضبط المجرم أن تعاقبه وتحاسبه بحسب قانونها الوطني إذا تعذر محاسبته أمام قاضيه الطبيعي. .

ويؤدي الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه إلى تعارض سافر بين قوانين الدول إذ يجعل لكل دولة الإختصاص بالنظر في أية قضية هي بالأصل من إختصاص قانون آخر ، ويتعارض مع مبادئ قانون العقوبات نفسه الذي هو بالأصل قانون إقليمي كل هذا يجعل تطبيق المبدأ أمرا صعبا من الناحية العلمية ولذا فقد درج البعض على تقيد المبدأ لينطبق على بعض الجرائم التي تمس المصالح الإنسانية على وجه العموم كتزييف العملة و القرصنة ، ونظرا لصعوبة الأخذ بهذا المبدأ فإن قلة من التشريعات قد أخذت به[2] واتبع قانون العقوبات الجزائري خطة معظم التشريعات العقابية التي لم تأخذ بالمبدأمقتصراعلى المبادئ السابقة كما ذكرنا.[3]

ثالثا: النظريات الفقهية في تحديد السلطان المكاني: .

سادت في الفقه الإسلامي أراء متعددة في تحديد السلطان المكاني للنص الجنائي الشرعي ويمكن تصنيفها إلي ثلاث نظريات نظرية الإمام أبي حنيفة ونظرية الإمام أبي يوسف ونظرية الأئمة مالك والشافعي وأحمد، ونفصل هذه النظريات فيما يلي: .

النظرية الأولى :. "نظرية الإمام أبي حنيفة" يقتضي عرض نظرية الإمام أبي حنيفة التمييز بين الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة الإسلامية والجرائم التي ترتكب في خارج هذا الإقليم فإذا أرتكبت الجريمة في إقليم الدولة الإسلامية تعينت التفرقة بين الجرائم التي يرتكبها في هذا الإقليم مسلم أو ذمي خضعت للشريعة الإسلامية أيا كان نوعها ، حدا أو قصاها أودية

1- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 201.

2- من القوانين التي سجلت هذا المبدأ قانون العقوبات اللبناني مادة (23) وقانون العقوبات السوري مادة (23).

3- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام الجريمة)، دوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر: بن عكنون ، بدون طبعة، بدون سنة ، ج1، ص 115.

ماسة بحق الله تعالى أو بحق العباد " ويطبق الإمام أبي حنيفة " من هذه الوجهة "مبدأ إقليمية النص الجنائي" .

أما إذا إرتكب الجريمة مستأ من، فيرى الإمام أبو حنيفة تطبيق الشريعة الإسلامية على الجريمة إذا كانت تمس حق العباد ، أما إذا كانت تمس حق الله تعالى فلا تطبق الشريعة الإسلامية عليها ، وحجة في هذا الإعفاء أن المستأمن قد دخل إقليم الدولة لحاجة يبتغي تحقيقها ، فتطبق على جريمته أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتصل بحقوق العباد باعتبار أن تحقيق حاجته قد يؤدي به إلي المساس بهذه الحقوق، أما الجرائم التي تمس حقا الله تعالى فتفترض إنتماء إلي الدولة الإسلامية ، والتزاما بأحكام الشريعة الإسلامية ، وهو مالا يتوافر له، ومن ثم لا يعاقب عليها، وتطبيقا لهذه التفرقة، فإن المستأ من تطبق عليه عقوبات القصاص والقذف، ولكن لا تطبق عليه عقوبات الزنى والسرقة، ويقرر الإمام أبو حنيفة بالنسبة لجرائم المستأمن من استثناء على مبدأ الإقليمية، أما الجرائم التي ترتكب خارج حدود إقليم الدولة الإسلامية ، فلا تطبق عليها الشريعة الإسلامية ،و لوكان مرتكبها مسلما أو ذميا يقيم عادة في الإقليم الإسلامي، وغادره مؤقتا إلى إقليم أجنبي حيث ارتكب جريمته وعاد بعد ذلك إلى الإقليم الإسلامي، وحجة الإمام أبي حنيفة أن سريان أحكام الشريعة يفترض واجب الإمام في إنقاذ هذه الأحكام وإنزال ما تقضي به من عقوبات، وهذا الواجب منوط بالقدرة ، ولما كان الإمام غير قادر على ذلك لعدم خضوع إقليم الجريمة لسيادة الدولةالإسلامية.

فإنه لا واجب عليه في توقيع العقوبة ، والوقت الذي يتعين البحث فيه عن توافر هذه القدرة هو وقت ارتكاب الجريمة وليس الوقت الذي يراد إنزال العقوبة فيه ، وذلك تعليل عدم توقيع العقوبة على من ارتكب جريمته خارج الإقليم الإسلامي، ثم عاد بعد ذلك إلى هذا الإقليم ويقرر الإمام أبو حنيفة بذلك تطبيقا سلبيا لمبدأ الإقليمية، إذ يبني عليه عدم تطبيق الشريعة الإسلامية على ما يرتكب من جرائم خارج حدود الدولة الإسلامية، ولو كان مرتكبها من رعاياها وعاد إلى إقليمها بعد جريمته ويرفض الإمام أبو حنيفة من هذه الوجهة تطبيق "مبدأ شخصية النص الجنائي" الذي يقرر ملاحقة القانون الوطني لرعايا الدولة في شأن جرائمهم

خارج حدود إقليمها[1]. .

النظرية الثانية : "**نظرية الإمام أبي يوسف**"وهو من فقهاء المذهب الحنفي ويرى أن الشريعة الإسلامية تسري على كل المقيمين في دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذمي، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن ،وحجته في ذلك أن المسلم يلزمه إسلامه بالتزام أحكام الإسلام، وأن الذمي ملزم بأحكام الإسلام إلتزاما دائما بمقتضى عقد الذمة الذي يضمن له الأمان الدائم، أما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذي خوله الإقامة المؤقتة في دار الإسلام، وبقوله دخول دار الإسلام، لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته ، ولأنه لما يمنح إذن الإقامة منحة على هذا الشرط فصار حكم الذمي، ولا فرق بينهما إلا أن الذمي أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت ، ولهذا يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام، سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد ،وجه الخلاف فيما سبق بين نظرية أبي يوسف ونظرية أبي حنيفة ينحصر في تطبيق الشريعة على المستأمن فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن في كل الأحوال، وأبو حنيفة لا يطبق الشريعة على المستأمن إلافي الجرائم التي تمس حقوق الأفراد دون غيرها من الجرائم . ويتفق أبي يوسف مع أبي حنيفة في أن الشريعة لا تسري على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ولو ارتكبها المقيمون في دار الإسلام، ولكنه يخالف أبا حنيفة في مسألتين ذكرناهما أثناء عرض نظرية أبي حنيفة الأول منهما أن أبا يوسف يرى أن المسلم والذمي لا يجوز لأحدهما في دار الحرب[2]، أن يتعاقد بالربا مع حربي أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر إلينا ولو كان التعاقد على الربا غير محرم في دار الحرب ،لأنه محرم عليه طبقا لأحكام الإسلام ملزم بهذه الأحكام أينما كان ، ولكنه لا يعاقب إذا أخذ ربا في دار الحرب لانعد ام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، والفرق بين رأي أبي حنيفة ورأي أبي يوسف في هذه النقطة أن أبا حنيفة لا يرى الفعل في ذاته محرما بينما يحرمه أبو يوسف الثانية منهما مسألة الأسير المسلم إذا قتله في دار الحرب مسلم أو ذمي ، فأبو حنيفة لا يرى في قتله قصاصا ولا دية ،

1- محمود نجيب حسني ، التشريع الجنائي الإسلامي ، بدون طبعة ، بدون سنة ، ص 194- 195.

2- عبد القادر عودة، الشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، دار الكاتب العربي ، لبنان : بيروت ، بدون طبعة، بدون السنة، ج1 ،ص 289-286.

لأنه فقد بالأسر عصته ، بينما يرى أبو يوسف أن في قتله الدية، لأن الأسر لا يفقده عصمته، ولأن القصاص غير ممكن لا نعدام الولاية ، فيلتزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل لأن للمحاكم الإسلامية أن تقضي بالضمان عن الجريمة المرتكبة في دار الحرب، إذا كان الجاني والمجني عليه من أهل دار الإسلام ، لأن ولاية المحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة ، والفرق بين الرأيين في هذه المسألة هو نفس الفرق في المسألة السابقة[1].

النظرية الثالثة : "**نظرية الأئمة مالك والشافعي وأحمد**" وهم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب في أي مكان داخل حدود دار الإسلام ، سواء كان مرتكب الجريمة مسلما أو ذميا أو مستأمن ، المسلم ملزما بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة ، والذمي ملزم بأحكام الشريعة بعقد الذمة الذي إلتزم بمقتضاه أحكام الإسلام إلتزاما دائما في مقابل الأمان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه ولماله والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الأمان ، ودخوله أرض الإسلام بعد إعطائه الأمان ، فحكمه حكم الذمي ، ولا يختلف المستأمن عن الذمي إلا في أن المستأمن إقامة بدار الإسلام مؤقتة ، والذمي إقامته مؤبدة ، وإذا هرب المستأمن من دار الإسلام بعد ارتكابه جريمة ما فلا تسقط العقوبة بهربه وخروجه من دار الإسلام، بل تستوفي العقوبة حين القدرة عليه. .

كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبها مسلم أو ذمي في دار الحرب بخلاف جرائم الحربي المستأمن التي يرتكبها في دار الحرب فإنه لا يعاقب عليها في دار الإسلام، لأنه لم يلتزم أحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره ، أما المسلم والذمي فيستوى في حقهما ارتكاب الفعل المحرم في دار الإسلام أو في دار الحرب مادام الإسلام يحرمه وإذا كان اختلاف الدارين لا يؤثر على تحريم الفعل فإنه لا يؤثر بالتالي على العقوبة المقررة جزاءعلى إتيان الفعل المحرم. .

ويعاقب المسلم والذمي على الجرائم التي يرتكبها أحدهما في دار الحرب ، ولو كان الفعل مباحا في دار الحرب كالربا، مادامت الشريعة الإسلامية تحرم على أحدهما هذا الفعل[2]

1- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ص 287/286.

2- المرجع نفسه، ص 289/288.

أما إذا كان الفعل محرما في دار الحرب ولكن الشريعة الإسلامية تبيحه فلا عقاب على من ارتكبه في دار الحرب وإذا ارتكب الذمي جريمة في دار الحرب وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها ، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام ، لأنه يصبح حربيا بتركه دار الإسلام ، ونزل صفته كذمي ،فلا يعود ملتزما بأحكام الإسلام إذا عاد إلي دار الإسلام، وارتكب جريمة بعد ذلك في دار الحرب فلا يعاقب عليها في دار الإسلام ولو عاد مسلما، لأنه أصبح بردته وترك دار الإسلام حربيا فلم يكن ملتزما وقت الجريمة بأحكام الإسلام.

ويعتبر هؤلاء الفقهاء المعسكر الإسلامي أرضا إسلامية ولوكان في دار الحرب، ولكن يستوي عندهم أن ترتكب الجرائم في المعسكر في خارجه ، لأن الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام أو دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذي سبق بيانه، ويرى مالك والشافعي أن لا يؤخر العقاب على الجرائم التي يرتكبها الجنود إلي حين عودتهم إلي دار الإسلام، بل تنفذ العقوبات كلما استحقت إلا إذا لم يكن لأمير الجيش حتى توقيع العقوبة، وإلا إذا كان بالمسلمين حاجة إلي الجاني ، أو كان لهم به قوة ، وهذا الاستثناء الأخير للشافعي خاصة. .

ويرى أحمد تأخير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجند إلى دار الإسلام ، أو حتى يعود الجاني وحده، وهذا الرأي يتفق مع رأي أبي حنيفة وقد سبق أن بسطناه وإذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هي عقاب المسلم والذمي على الجرائم التي يرتكبانها في دار الحرب، فإن هذه القاعدة تنطبق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة وكذلك جرائم التعازير التي ينص عليها أولو الأمر ، ولكن القاعدة لا تنطبق على كل هذه الجرائم بدرجة واحدة، لإختلاف طبيعة كل نوع عن الآخر، فجرائم الحدود والقصاص التي ترتكب في دار الحرب يجب العقاب عليها وليس لولي الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة يجب العقاب عليها، ولكن لولي الأمر أن يعفو عن الجريمة بعد وقوعها ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها، أما جرائم التعازير التي ينشأها ولي الأمر فيجوز أن يعاقب عليها إذا رأى ذلك ولي الأمر ويجوز أن لا يعاقب عليها لأن ولي الأمر هو الذي حرم الأفعال المكونة لهذه

الجرائم، ويجوز له أن يبيحها أن لا يعاقب عليها إذا وقعت في دار الحرب ، ومعنى هذا أن العقاب على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ليس واجبا في كل الجرائم[1]. .

الترجيح بين النظريات السابقة: .

نرى عند بين النظريات الثلاث التي تناولت تحديد سلطان النص الجنائي الشرعي من حيث المكان أن نظرية الأئمة مالك والشافعي وأحمد هي الجديرة بالترجيح، ذلك أنها أعطت النص الجنائي الشرعي نطاق تطبيق واسع ، يتفق في ذات الوقت مع المنطق، ومع الاعتبارات التي يبني عليها تحديد نطاق تطبيق النص الجنائي من حيث المكان .

فقد أقرت هذه النظرية التطبيق الشامل للنص الجنائي على جميع الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة الإسلامية، دون اعتبار لصفة الجاني فيستوي أن يكون مسلما أو ذميا أو مستأمنا.

وقررت تطبيق "مبدأ شخصية النص الجنائي الشرعي"، على الجرائم التي يرتكبها في خارج الإقليم الإسلامي رعايا الدولة وهم المسلمون والذميون ، ووفقا لذات المبدأ فقد استبعدت تطبيق ذلك النص على جرائم المستأمنين خارج الإقليم الإسلامي ووضعت شرطا منطقيا لسريان النص الجنائي الشرعي على الجرائم التي ترتكب في الخارج، هو أن يكون معاقبا عليها وفقا للشريعة الإسلامية، ولا عبرة بما إذا كان معاقبا عليها وفق لقانون محل ارتكابها، وجعلت العبرة في استظهار ضابط تطبيق النص الشرعي هو بوقت ارتكاب الجريمة، دون أي وقت سواه.[2]

1 . عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص 288-289.

2 . محمود نجيب حسني،المرجع السابق ، ص198-199.

الفرع الثالث: سريان النص الجنائي من حيث الأشخاص .

يخضع لمبدأين أو قاعدتين هما: مبدأ شخصية العقوبة ومبدأ عمومية العقوبة

مبدأ شخصية العقوبة : إنه لا توقع العقوبة على غير الجاني مطلقا وذلك لقوله تعلى :[كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ][1] وقوله تعالى : [وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى][2].

مبدأ عمومية العقوبة : وهو وجوب الالتزام بعمومية التشريع الإسلامي على جميع المكلفين من العباد فيما بينهم وبين أنفسهم وفيما بينهم وبين الله . سبحانه وتعالى. بالنسبة للحقوق والواجبات والالتزامات الشرعية، وذلك معتبر شرعا، وأنه لا استثناء فيها لحديث النبي صلى الله عليه وسلم في شأن الشفاعة في الجناية والعقوبة مع امرأة حرة من أشراف قريش ، وفيه عن عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: [أيها الناس إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا أذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها][3] متفق عليه. و بناءا على ذلك عند جمهور الفقهاء تسري أحكام الجرائم والعقوبات كلها بما في ذلك الحدود على جميع المكلفين بما في ذلك الحاكم والمحكوم. .

وقال أبو حنيفة لا تطبق الحدود على الإمام، لأن الحدود لا يطبقها إلا الإمام الحاكم، وهو لا يطبقها على نفسه وله فوقه حاكم غيره وذلك شبهه في رفع الحد عنه ولكن الجمهور يقولون بعزله شرعا بارتكابه ما يوجب الحد، لأن ذلك يخل بعدالته والعدالة ودوامها معه شرط في صحة ولايته وحكمه فإذا انعزل وجب على القاضي تطبيق الحكم عليه كبقية المكلفين من العباد وهذا الرأي الراجح الذي يجب العمل والحكم به .

يتفق القانون الوضعي مع التشريع العقابي الإسلامي من حيث شخصية العقوبة وعمومها وذلك من حيث الأصل ماعدا الاستثناءات الواردة فيه. .

وهو في هذه الاستثناءات وترفضها في جميع الحالات لأن جميع الناس التي تخضع لحكمه

---

1 . سورة المدثر، الآية : 38.

2 . سورة الإسراء ،الآية: 15.

3. أخرجه البخاري في صححه ،ج 3،ص1282،حديث رقم 3688ومسلم في صحيحه ،ج3،ص1315 ، حديث رقم 1788.

في نظره سواء وهم جميعا أمامه كأسنان المشط[1]. .

كما قال النبي صلى الله عليه وسلم ونص عليه في خطبته في حجة الوداع والتي بين فيها جميع الحقوق والوجبات ، وفيها قوله صلى الله عليه وسلم {فإن دماءكم وأموالكم وأغراضكم عليكم حرام ، كحرمة يومكم هذا ، في بلدكم هذا ، في شهركم هذا } [2] متفق عليه .

وقوله صلى الله عليه وسلم :[لا فضل لعربي على أعجمي ولا لأعجمي على عربي ولا لأسود على أبيض ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى كلكم لآدم وآدم من تراب][3]

وذلك من النبي صلى الله عليه وسلم بيان لقوله تعالى في التكيف العام للعباد ،[يَا أَيُهَا النَّاسُ اِتَقُوا رَبَّكُمُ الذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوجَهَا وَبَثَ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللهَ الذِي تَسَآءلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبَا][4]، قوله تعالى: {النَفْسَ بِالْنَفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَينِ }[5] وقوله تعالى :{ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ }[6] وقوله تعالى:{مَن قَتَلَ نَفْسَا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنَ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا اَلنَّاسَ جَمِيعًا.}[7]

المطلب الثاني: عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة .

الفرع الأول: تعريف أسباب الإباحة .

تعريف أسباب الإباحة بأنها" ظروف موضعية تتصل بالسلوك الإجرامي بحيث تمحو الصفة الإجرامية عن الفعل وتضفي الصفة الشرعية لهذا الفعل" .

أسباب الإباحة قد تكون عامة وقد تكون خاصة. أما الأسباب العامة فهي التي تبيح جميع أنواع الجرائم التي تهدد النفس أو المال ونقصد بها الدفاع الشرعي. .

---

1 –نصر فريد محمد واصل، محاضرات في فقه الجنايات والحدود والجهاد في الإسلام ، المعهد العالي للدراسات العليا ،ص 29.

2 – أخرجه البخاري في صحيحه ج1، ص 2711، رقم 7009 ومسلم في صحيحه ج3، ص 1302، حديث رقم 1279.

3 – رواه أحمد في مسنده 2434.

4– سورة النساء ،الآية1.

5– سورة المائدة ،الآية:45.

6– سورة المائدة ،الآية:45.

7–سورة المائدة، الآية : 32.

أما الأسباب الخاصة فهي نسبية كأداء الواجب أو استعمال الحق فلا تكون إلا في بعض أنواع الجرائم فقط كالموظف المكلف بتنفيذ عقوبة الإعدام أو الطبيب الجراح الذي يقوم بعملية جراحية[1].

تعبير الإباحة في الفقه الإسلامي:

يطلق تعبير "الإباحة" في علم أصول الفقه على أحد أقسام الحكم التكليفي ويراد بالحكم التكليفي الحكم الذي يتضمن طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل ،أو تخيير بين الفعل أو الكف ومثال ما اقتضى طلب الكف عن الفعل قوله سبحانه "وَلَا تَقْرَبُوا الْزِنَى"[2] وينقسم الحكم التكليفي إلى خمسة أقسام :الإيجاب و الندب والتحريم و الكراهة والإباحة وضابط هذا التقسيم تفاوت في درجات طلب الفعل :فإذا كان اقتضاء الفعل على وجه التحتيم والإلزام فالفعل واجب مثل قوله تعالى "كُتِبَ عَلَيْكَمْ الصِّيَامُ "[3] وإذا كان اقتضاء الفعل ليس على وجه التحتيم و الإلزام فهو مندوب ومثال قوله تعالى "يَا أَيُهَا الذِينَ آَمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ"[4] ،وإذا اقتضى الشارع طلب الكف عن الفعل على سبيل سبيل التحتيم والإلزام فالفعل محرم كقوله تعالى "إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ "[5]وإذا كان اقتضاء ترك الفعل ليس على وجه التحتيم والإلزام فالفعل مكروه ومثال قوله تعالى تعالى "وَذَرُو البَيْعَ "[6] والمباح هو ما خير المكلف بين فعله وتركه ومثال ذلك قوله تعالى "وَلَا "وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ"[7].

فإن سبب الإباحة يعني التخيير بين إتيان الفعل و الكف عنه .فلا إثم على المكلف إذا أتى الفعل .ولا إثم عليه إن كف عنه ولا شك في أن المكلف إذا أتى الفعل المباح كان فعله بناء على الإباحة مشروعا لم يكن محل لأن يوصف بأنه جريمة .إذن الجريمة بطبيعتها تفترض عدم مشروعية الفعل.

1. عمر خوري، شرح قانون العقوبات القسم العام ،جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ،سنة 2010،2011،ص74.
2. سورة الإسراء ،الآية:32.
3. سورة البقرة ،الآية :183.
4. سورة البقرة ،الآية:282.
5. سورة البقرة ،الآية :173.
6. سورة الجمعة ،الآية :9.
7. سورة البقرة ،الآية:235.

. إذن الإباحة في الفقه الجنائي الإسلامي تتضمن الوجوب والندب و الإباحة في الاصطلاح الأصولي[1] .

الفرع الثاني: صور أسباب الإباحة. .

حدد قانون العقوبات الجزائري أسباب التبرير و الإباحة في كل فعل يأمر أو يأذن به القانون أو في حالة الدفاع الشرعي حيث ورد في المادة **39:**" لاجريمة: .

1/ إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون .

2/ إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع الشروع عن النفس أو عن الغير أو مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسب مع جسامة الاعتداء" أما المادة 40 فقد تضمنت حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع.[2]

- أولا: ما يأمر به القانون: .

إن الأفعال التي يأمر بها القانون مباشرة أو تتم تنفيذا لأمر صادر من السلطة المختصة المخولة قانونا بإصدار ذلك الأمر تعتبر أفعال مباحة ويمكن سبب إباحة الأفعال التي يأمر بها القانون في النص القانوني ذاته ، فمن غير المنطقي أن يأمر القانون بفعل معين ثم يجرمه بعد ذلك .

من أمثله ذلك نجد أن قانون الصحة يأمر الطبيب بالكشف عن أي مرض معدي تم اكتشافه فإن قام الطبيب بذلك فلا يعد مرتكبا لجريمة إفشاء سر المهنة طبقا لنص المادة 301 من قانون عقوبات، وذلك الأمر بالنسبة لتنفيذ أوامر السلطة المختصة فضابط الشرطة القضائية المكلف بتنفيذ أمر بالقبض صادر عن قاضي التحقيق لا يعتبر مرتكبا لجريمة الاعتداء على الحريات طبقا لنص المادة 291 من قانون عقوبات[3]. .

. ثانيا: ما يأذن به القانون: .

نقصد بإذن القانون: ترخيص القانون لصاحب الحق في استعمال حقه ولفظ القانون في نص المادة 39 من قانون العقوبات جاء شاملا ليتسع ليشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت محددة

1- محمود نجيب حسنى ،التشريع الجنائي الاسلامي ،بدون طبعة ،بدون سنة، ص 249.

2-. عمر خوري ، المرجع السابق، ص 75.

3- عبد الرحمان خلفي ،القانون الجنائي العام {دراسة مقارنة}، دار بلقيس /دار البيضاء ،الجزائر ،ط 2016، ص 168.

في نص تشريعي أو قاعدة في الشريعة الإسلامية أو العرف يتحدد الفرق بين ما يأمر به القانون وما بأذن به : في أن الأول إجباري يجب القيام به بحيث يترتب على مخالفته المسؤولية الجنائية ، في حين أن الثاني مجرد استعمال لحق يمكن القيام به ويمكن الإمتناع عن ذلك ولكن إن قام به الشخص فلا تقوم الجريمة .

ومن تطبيقات ما يأذن القانون إستعمال للحقوق المقررة قانونا نذكر الصور التالية :

1/ حق التأديب: .

تتمثل العلة من ممارسة حق التأديب في تقدير المشرع لمصلحة الأسرة و مصلحة المجتمع، ويجد حق التأديب مصدر في الشريعة الإسلامية والخاضعين له هي الزوجة والأولاد الصغار . بالنسبة لتأديب الزوجة: فقد جاء في سور النساء في الآية **34 (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا)** "

بحسب الآية إذا ثبت ارتكاب الزوجة لمعصية فلا يجوز للزوج اللجوء إلي الضرب قبل استنفاذ باقي الإجراءات، حيث قررت الشريعة الإسلامية تدرجا في وسائل التأديب تتمثل في الوعظ أولا الهجر ثانيا، فإذا استمرت الزوجة في المعصية لجأ إلي الضرب، ولكن يشرط في الضرب ألا يكون شديدا مبرحا ،وأن تكون غايته إصلاح حال الزوجة وليس الإنتقام، فإن تحققت كل هذه الشروط كان فهلا مباحا وأن تكون غايته إصلاح حال الزوجة وليس الإنتقام.[1]

1 . عبد الرحمان خلفي ، المرجع السابق، ص 169.

فإن تحققت كل هذه الشروط كان فعلا مباحا وإن تخلف أحدها أضحى يشكل جريمة الضرب طبقا بنص المادة **264** من قانون العقوبات .

. أما بالنسبة لتأديب الصغار، يسمح شرعا وعرفا للولي الشرعي أو الوصي حق تأديب الصغير بضرب خفيف لا يترك آثار على الجسم وأن يكون باليد فقط دون استعمال العصا أو الوسط. .

وأن يتقي الفاعل المواضع المخوفة من الجسم كالرأس والوجه وينطبق حق تأديب الصغار حتى على المعلم في المدرسة والمدرب في الرياضة والحرفي لمتعلم الحرفة .[1]

2/ حق ممارسة الإعمال الطبية: .

العمل الطبي عبارة عن نشاط يهدف إلي كشف العلة المريض بغرض علاجه وفي سبيل ذاك قد يعطي الطبيب للمريض مواد يتناولها أو يجري له عملية جراحية ، فهو في الأصل يمس الجسم، ولكن فعله هذا لا يرتقي إلي مرتبة العدوان لأن غرضه الشفاء.

ويشترط لإباحة العمل الطبي توافر الشروط التالية: .

أن يحمل الطبيب ترخيص قانوني لممارسة مهنة الطب رضا المريض بالعلاج وبأي وسيلة يستعملها الطبيب لذات الغرض إجراء العمل الطبي بغرض العلاج وليس لأهداف عملية كالتجارب .

3/ حق ممارسة الألعاب الرياضية: .

تفترض بعض الألعاب الرياضية أن يقوم المنافس بالمساس بجسم منافسة عمدا مثل رياضة الملاكمة والمصارعة والجيدو والكاراتيه ،وفي هذه الألعاب لا تقوم المسؤولية الجزائية لأن قوانين الرياضة تبيح المساس بالجسم في حدود الالتزام بقواعد اللعبة .[2]

ويترتب على ذلك خروج الفعل من نطاق التجريم ، ولكي تتوافر الإباحة في الأفعال الرياضية لابد من توافر الشروط التالية : .

- أن تكون اللعبة معترف بها قانونا .
- أن تكون أفعال العنف قد أرتكبت أثناء المنافسة وليس خارجها. .

1. عبد الرحمان خلفي ، المرجع السابق ، ص 170.

2. عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر: بن عكنون ، بدون طبعة، بدون سنة ، ج1،ص 128.

- أن يلتزم اللاعب حدود قواعد العبة .

-ثالثا:الدفاع الشرعي: .

يعرف الفقه الدفاع الشرعي بأنه "رخصة يخولها القانون لمن يتعرض لاعتداء تتوافر فيه شروط معينة باستعمال القوة لرد الإعتداء عنه قبل وقوعه أو الحيلولة دون استمراره"[1] والأصل الشرعي في الدفاع الشرعي فوله تعالى :{فَمَنِ اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدَى عَلَيْكُمْ } [2]

وقد أقرت الشريعة الدفاع الشرعي عن نفس الدافع أو عرضه أو ماله وكذلك لدفع الاعتداء عن نفس الغير أو عرضه أو ماله وأساس الدفاع الشرعي هو المقارنة بين مصلحتين هما مصلحة المعتدي و مصلحة المدافع وقد اختار المشرع مصلحة المدافع لأنها الأجدر بالرعاية ، ويكون الدفاع الشرعي يقتل أو نحوه على قدر ما تتحقق به الحاجة الدفع ويقول جمهور الفقهاء

إن الدفاع أصبح واجبا لقول النبي صلى الله عليه وسلم : "من مات دون ماله فهو شهيد " فإن كان شهيدا من يمت دون ماله. .

فالدفاع إذن واجب، وبالتالي تسقط الجريمة، ولكن المسألة ليست موضع إجماع، فقد أجمع الفقهاء على وجوب دفعه في حال الاعتداء على العرض وأما في الاعتداء على النفس فهو واجب أيضا عند الجمهور جائز عند بعض المالكية وبعض الشافعية، أما الدفاع عن المال فجائز عند الجمهور مطلقا [3] .

1 -عبد الرحمان خلفي ،المرجع السابق، ص 171.

2- سورة البقرة ، الآية : 193.

3 – محمد محمود خلف ، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي ، مكتبة النهضة المصرية ، مصر : القاهرة ، ط1، 1973، ص 149.

خاتمة

وفي الأخير ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع تحت عنوان الركن الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي توصلنا إلى جملة ومن النقاط أهمها:

- تعريف الحكم الشرعي للجريمة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وأهميته ونتائجه.
- يستمد الركن أهميته من حيث أنه ضمانة لحقوق الأفراد في الوقت الذي هو حماية للمجتمع أيضا .
- كما أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يضع أساسا قانونيا ودستوريا للعقوبة.
- السلطة التشريعية (البرلمان) هي المختصة في التشريع طبقا للقواعد والمبادئ العامة في القانون والسلطة التنفيذية استثناءا فيما يقرره لها الدستور من مجالات في التشريع في المخالفات .
- أن ركن عدم المشروعية يكتسي أهمية خاصة من حيث أنه لا وجود للجريمة إذا غاب عنصري هذا الركن .
- طبّق الفقه الإسلامي مبدأ الشرعية في جرائم الحدود والقصاص من خلال ذكره للجريمة والعقوبة، أما في التعزير فقد تم النص عليه في الجريمة دون العقوبة التي ترك أمر تقديرها للقاضي وهذا يدل على مرونة الفقه الإسلامي .
- مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية هو مبدأ مكمل للشرعية الجنائية حتى يأمن الأفراد على حريتهم فيباشرون نشاطهم وهم آمنون إلا أنهم ما خالفوا قانونا ولا ارتكبوا إثما.
- تحديد سلطة القضاء في تفسير النصوص الجنائية حتى لا يتوسعوا إلا أن ينتهي بهم الأمر إلى التشريع .
- نطاق سريان النص الجنائي من حيث الزمان والمكان والأشخاص

- وتعتبر أسباب الإباحة الشق الثاني للركن الشرعي فهو طابع سلبي ، ويتمثل في عدم خضوع الفعل لأي سبب من أسباب الإباحة ، وهذه الأخيرة يقصد بها تلك الظروف التي تنفي الصفة الإجرامية عن الفعل وتجعله أمرا مباحا ومسموحا ولها عدة صور: ما يأمر به القانون، ما يأذن به القانون ، الدفاع الشرعي.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

فهرس الموضوعات

شكر وعرفان	
مقدمة.....	أ–ب
المبحث الأول: مفهوم الركن الشرعي	
المطلب الأول : تعريف الركن الشرعي وأهميته.	4
الفرع الأول: تعريف الركن الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي في القانون الجنائي الوضعي	4
الفرع الثاني: أهمية الركن الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي	7
المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن الركن الشرعي.	8
الفرع الأول: النتائج المترتبة عن الركن الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي.	8
الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن الركن الشرعي في القانون الجنائي الوضعي	9
المبحث الثاني : عناصر قيام الركن الشرعي	
المطلب الأول: خضوع الفعل لنص التجريم	14
الفرع الأول: سريان النص الجنائي من حيث الزمان	14
الفرع الثاني: سريان النص الجنائي من حيث المكان.	19
الفرع الثالث: سريان النص الجنائي من حيث الأشخاص.	35
المطلب الثاني: عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة.	36
الفرع الأول: تعريف أسباب الإباحة.	36
الفرع الثاني: صور أسباب الإباحة.	38
الخاتمة	43
قائمة المصادر والمراجع	45
فهرس الموضوعات	48

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

شكر وعرفان	
مقدمة.....	أ–ب
المبحث الأول: مفهوم الركن الشرعي	
المطلب الأول : تعريف الركن الشرعي وأهميته.	4
الفرع الأول: تعريف الركن الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي في القانون الجنائي الوضعي	4
الفرع الثاني: أهمية الركن الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي	7
المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن الركن الشرعي.	8
الفرع الأول: النتائج المترتبة عن الركن الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي.	8
الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن الركن الشرعي في القانون الجنائي الوضعي	9
المبحث الثاني : عناصر قيام الركن الشرعي	
المطلب الأول: خضوع الفعل لنص التجريم	14
الفرع الأول: سريان النص الجنائي من حيث الزمان	14
الفرع الثاني: سريان النص الجنائي من حيث المكان.	19
الفرع الثالث: سريان النص الجنائي من حيث الأشخاص.	35
المطلب الثاني: عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة.	36
الفرع الأول: تعريف أسباب الإباحة.	36
الفرع الثاني: صور أسباب الإباحة.	38
الخاتمة	43
قائمة المصادر والمراجع	45
فهرس الموضوعات	48

تم بحمد الله