جامعة محمد بوضياف-المسيلة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

تطبيق مبدأ الشرعية في الحالات الاستثنائية

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون جنائي

إعداد الطالب:
- حفيفة أم الخير

تحت إشراف الأستاذ:
د. زناتي مصطفى

اللجنة المناقشة :

- د. بلحو نسيم .....رئيسا
- أ. شردود طيب .....مناقشا
- د. زناتي مصطفى .....مشرفا

السنة الجامعيّة: 2016/2015

إهداء:

أهـــــدي ثمرة جهدي إلى:

من قالـــ فيهما المولى عزوجل : ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما، وقل لهما قولا كريما".

إلى أبي العزيز أمد الله بعمره.

إلى قرة عيني أمي العزيزة.

إلى إخوتي وإخواني: (بوعلام، عبد القادر)، (نجية، لامية).

إلى جدتي وعماتي وبنات عمتي (حميدة، يسرا).

إلى من قضيت معهم أحلى الأيام رفيقاتي ـــفي إقامة حسوني"3"

وختامها مسك إلى كل طلبه الماستر "2" تخصص قانون جنائي، وبالخصوص بن شلالي أمينة، مسلمي مريم، حمان موهوب، قالي صدام

وـــفي الأخير: أهدـــي هذا العمل إلى كل من لم يذكره قلمي ولكن قلبي يذكرهم.

شكروعرفان:

بسم الله الرحمن الرحيم

أتقدم أولا بالحمد والشكر لله سبحانه وتعالى الذي وفقني لإنجاز هذه المذكرة

كلمة شكر وعرفان إلى الأستاذ الفاضل: زناتي مصطفى، على ما قدمه من خلال إشرافه على هذه المذكرة

أسمى عبارات التقدير والامتنان إلى جميع الأساتذة الذين صادفتهم في مشواري الدراسي

مُقَدِّمَة

مُقدّمَةٌ:

لقد كثر الجدل في الفقه الدستوري بشأن تنظيم السلطة، هل هي مبنية على وحدة لا تتجزأ أو هي قائمة على مبدأ الفصل بين السلطات؟...، ولقد حولنا مناقشة ذلك في إطار التشريع الجنائي إذ نجد أن هناك توزيع للوظائف وفصلا فيما بينها، فبالرجوع إلى المبادئ الأساسية التي تحكم التشريع الجنائي نجد أنه مبني على فكرة أساسية تتمثل في كون أن الأصل في الأشياء الإباحة ولا يمكن إخراج فعل من الإباحة وإدخاله في دائرة التجريم وفرض العقوبة على مرتكبيها إلا بتدخل أداة التشريع، لأن تنظيم الحريات والحقوق الذي يفضي إلى فرض القيود عليها هي وظيفة المشرع الذي يقع عليه واجب إيجاد قانون محدد ومبين لما هو محظور إتيانه، أو الامتناع عنه لذلك لا تجريم ولا عقاب إلا من قبل السلطة المختصة وفقا لمبدأ الشرعية.

إنّ خلق الجريمة والعقوبة من اختصاص أداة التشريع، فأية واقعة ضارة بمصالح المجتمع لا يمكن اعتبارها جريمة إلا بتدخل الجهة المخولة لها، يتبين ما يعد جريمة وما لا يعد جريمة لأنّ هذا مرتبط بإرادة المشرع لا بضرر الذي يترتب على الفعل.

فالتجريم والعقاب وظيفة يتولاها المشرع بنفسه ليس للمحاكم ملاحقة أفعال لم يجرمها المشرع وليس لها الحق في فرض عقوبة لم تحددها النصوص القانونية، وإنما عليها أن تلتزم بتطبيقها لنص التجريم والعقاب بما ورد فيه، وإلا تطبقه على أفعال ارتكبت قبل دخوله حيز النفاذ وألا تخضع أفعال أخرى يقاس عليها.

كما أنه وفقا لهذا المبدأ لا يكون مصدر التجريم والعقاب ما يصدر عن السلطة التنفيذية، وما يقضي به العرف والدين ما دامت أحكامها لم تفرغ في نصوص تشريعية محددة ومضبوطة صادرة عن الجهة المختصة، تمكن الفرد من معرفة مقدار ما انتقص من حريته والحد الأعلى الذي يوقع عليه عند ارتكابه ما هو محظور، وهذا ما ورد في المادة الخامسة عشر من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966 على أنه: (لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا يجوز فرض أي عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة وإذا حدث بعد ارتكاب الجريمة، إن صدر القانون ينص على عقوبة أخف وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من التخفيف).

وإذا كان الأصل هو خضوع جميع سلطات الدولة وهيئاتها ومؤسساتها ومرافقها العامة لأحكام مبدأ الشرعية في ظل الظروف العادية وذلك وصولا إلى تجسيد فكرة قيام دولة القانون والقائمة على حماية حقوق وحريات الأفراد، وكذا تحقيق المصلحة العامة للمجتمع والدولة، أما في حالة ما تغيرت الظروف وطرأت أوضاع مستجدة تهدد أمن الدولة والمصالح الحيوية لها فإنه يصبح من الضروري التخلي مؤقتا واستثنائيا على احترام مبدأ الشرعية وكذا تطبيق أحكام دولة القانون وذلك بالقدر الضروري واللازم لدرء المخاطر مما يتعين معه إرجاع الأوضاع إلى حالتها الطبيعية ولعل من أبرز التطبيقات العملية لهذه الظروف في القانون الدستوري بصفة خاصة والنظم الدستورية والسياسية المقارنة بصفة عامة هي الظروف الاستثنائية حيث تقوم هذه الظروف بقلب الشرعية.

وتكمن أهمية الموضوع أنه يثير تساؤلات عدة منها ما يتعلق بتحديد جامع لمعنى المبدأ ومدى تأثيره على مصدر التجريم والعقاب إضافة إلى ذلك هل المبدأ مطلق التطبيق هذا من جهة ومن جهة أخرى أنه لم يتم تناوله بصياغة التي يتناوله طرح هذه المذكرة.

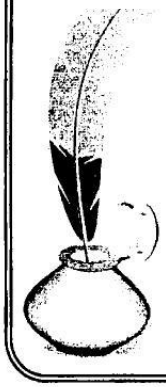
لقد تم الاستعانة بمذكرة لنيل إجازة المعهد المدرسة العليا للقضاء من إعداد الطالب القاضي ليمان أمين دفعة السابعة عشرة 2006-2009، وكذلك مذكرة لنيل الماجستير في القانون العام – فرع القانون الدستوري- للطالب سحنين أحمد الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر.

إنّ دراسة موضوع مبدأ الشرعية، هو موضوع يحمل الكثير من الإشكاليات، ومنه انطلاقنا في طرح الإشكالية في هذا الموضوع من منطلق قانونيّ، محاولين الإجابة عن هذه الإشكالية في المتن.

ما مدى نطاق تطبيق مبدأ الشرعية؟ وما هي الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية استخدمنا المنهج التحليلي ولعلّ في بعض المواضع اتّبعنا المنهج المقارن الذي نراه مناسبا لمعرفة وجهات النظر القانونية.

ماهية مبدأ الشرعية



الفصل الأول : ماهية مبدأ الشرعية

المبحث الأول : مفهوم مبدأ الشرعية

المطلب الأول : تعريف مبدأ الشرعية ونشأته

الفرع الأول: مفهوم مبدأ الشرعية

يعني هذا المبدأ حصر الجرائم والعقوبات في القانون، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها والعقوبات المقدرة لها من جهة، ثم نوعها من جهة أخرى.[1]

ويعني ذلك أن المشرع الذي وضع النص هو وحده المسؤول بالتجريم والعقاب وأن القاضي لا يملك أكثر من تلك النصوص، وأنه ليس للقاضي أن يقيس حتى ولو كانت الجريمة المعروضة تتشابه مع غيرها مما نص عليه القانون.

ففي القانون الجزائري لم يكن هناك نص يعاقب على حرق أو تدنيس مقابر الشهداء وإنما يوجد قانون يعاقب على حرق أملاك الغير، كما في المادة 395 وما بعدها بالنظر لامتناع القياس بعد ظهور جريمة حرق هذه المقابر، فقد اضطر المشرع إلى تجريم هذا الفعل كما في المادة 160 مكرر6 فأصبحت جريمة حرق المقابر الشهداء جريمة مستقلة بالنص.

[1] – عبد الله سليمان، **شرح قانون العقوبات**، القسم العام، دار الهدى، الجزائر، ص 63.

وكما يمنع القياس على القاضي بمنع التفسير أيضا إلا إذا كان في حدود ضيقة وليس ضد مصلحة المتهم، فإذا كان القانون يشدد العقاب على ارتكاب جريمة ضد قاصر لم يكمل 16 سنة، فلمصلحة المتهم يمكن للقاضي قياس سن التقويم بالهجري وحين يشترط في جرائم أخرى أن يبلغ التاسعة عشر سنة – أي المتهم– يمكن حساب ذلك بالتقويم الميلادي ما دام لم ينص على تقويم بذاته.[1]

الفرع الثاني: نشأة مبدأ الشرعية

أولا– في التشريعات القديمة:

لقد كان من اللازم أن يظهر هذا المبدأ منذ زمن بعيد لأن انعدامه يعني الفوضى والظلم وعدم الارتياح، إذ أن أفعال كل إنسان يمكن أن تعتبر جرائم وهو لا يعلم.

كما أن يعاقب على ما لم يعلم وذلك كله لا يساهم بشيء في تخفيف الإجرام والظلم عن إبطاله وكثيرا ما يتحدث المؤرخون على أن المجتمعات الأولى عانت الكثير في مجال التحريم والعقاب، وأن هذا المبدأ ظهر بعد ذلك مع ظهور الدول، ويربط بعض المؤرخين وبعض رجال القانون ظهور هذا المبدأ بنهضة أوربا في القرن الثامن عشر، وما كان لرواد فلاسفة هذا القرن من تأثير عظيم من أوربا، وساهم على هدم الآراء القديمة

[1] – منصور رحماني، **الوجيز في القانون الجنائي العام**، دار العلوم للنشر، ص 127.

وانتشار الأفكار النيرة الداعية إلى احترام حقوق الإنسان والتي توجت بانتصار الثورة الفرنسية.[1]

فأوروبا قبل هذه الفترة ابتداء من القرون الوسطى عانت الكثير من ظلم وتحكم القضاة، سواء في التجريم أو في العقاب، فانتشر نقد الفلاسفة والمفكرين أمثال وبيكاريا وغيرهما، وظهر صراع حاد أسفر على ظهور هذا المبدأ، كما ظهر هذا المبدأ في الولايات المتحدة الأمريكية في إعلان حقوق الإنسان سنة 1774، كما تقرر في قانون العقوبات النمساوي سنة 1787، ثم أكدت الثورة الفرنسية عليه في إعلان حقوق الإنسان سنة 1789[2] ، وقد بدأت بعد ذلك في أوربا على الأخذ به، فنص عليه دستور الجمهورية الفرنسية بعد سقوط الملكية في المادة 14 سنة 1793، وأعيد النص في قانون نابليون، وانتشر المبدأ بعد ذلك فنصت عليه الدول في دساتيرها وقوانينها العقابية المؤتمرات الدولية وتبنته الأمم المتحدة في إعلان حقوق الإنسان سنة 1948.[3]

ثانيا- في الشريعة الإسلامية:

على أن هذا المبدأ كان معروفا ومشهورا في الثقافة الإسلامية حيث توجد عدة نصوص قرآنية تفيد بذلك مثل قوله تعالى: « **وما أهلكنا من قرية إلا ولها كتاب معلوم**»[4]، وقوله

[1] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 63.

[2] – سمير عالية، **شرح قانون العقوبات**، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص 48.

[3] – عبد الله سليمان، المرجع نفسه، ص

[4] – القرآن الكريم، سورة الحجر، الآية: 04.

أيضا: «**وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا**»[1]، وقوله أيضا:« **ليس على الذين آمنو وعملوا الصالحات جناح فيما طعنوا إذا ما اتقو وآمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا والله يحب المحسنين**».[2]

فهذه الآية نزلت بعد آية تحريم الخمر، فقبل التحريم كان بعض الصحابة يشربونها وماتوا وهم على ذلك، فقال قوم من الصحابة بعد نزول هذه الآية، كيف بمن مات منا وهو يشربها ويأكل الميسر ونحو هذا فنزلت الآية، وقال الإمام القرطبي في تفسيره لهذه الآية: "هذه الآية وهذا الحديث نظير سؤالهم عمن مات إلى القبلة الأولى فنزلت: «**وما كان الله ليضيع إيمانكم**».[3] ففعل ما أبيح له حتى مات على فعله لم يكن له ولا عليه إثم ولا مؤاخذة، ولا ذم ولا أجر ولا مدح.

والمعلوم أن المسلمين كانوا يصلون في أول الأمر إلى بيت المقدس، ثم غيرت إلى الكعبة، فمات قوم قبل تغييرها أي أنهم لم يصلو إلى الكعبة بتاتا ولما تساءل بعض الناس عن ذلك نزل قوله تعالى: «**وما كان الله ليضيع إيمانكم** » أي صلاتكم.

ولم يكن الإلمام بهذا المبدأ بعيدا عن تفكير العلماء المسلمين في القرون التالية لنزول القرآن الكريم، وظهرت لديهم قواعد أصولية وفقهية كلها تصب في هذا الاتجاه ومن ذلك قولهم: " **لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص**"، وهو ما يعني القاعدة الأصولية

[1] – القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية: 15.

[2] – القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية: 93.

[3] – القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية: 143.

الأولى الأخرى، " **الأصل في الأشياء الاباحة**" حتى يدل الدليل على التحريم والأصل بقاء ما كان على ما كان، وهو ما يعني بالتعبير القانوني الحديث أنه لا جريمة ولا عقوبة قبل ورود نص يفيد ذلك، مع أن القاعدة الأصولية المذكورة أعم من هذا المبدأ، فهي تضم الجرائم بأنواعها، وما لا يعد كذلك مما لم يفرض فيه حد ولا تعزير، وقد طبق هذا المبدأ على جرائم الحدود والقصاص والتعزير، ويكفي للدلالة على ذلك تعريفهم للجرائم بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير، مما يدل على أن لا جريمة مالم تكن محرمة بالنص، ويعاقب عليها بالنص أيضا كما ورد هذا المبدأ في التوراة أيضا في عدة مواضع مثال: «إذا وجد رجل قد سرق نفسا من إخوته بني إسرائيل وباعه بموت ذلك السارق فتنزع الشر من وسطك».[1] وورد في موضع آخر: «إذا كانت خصومة بين أناس وتقدموا للقضاء ليقضي القضاة بينهم فليبرروا البار ويحكموا على المذنب، فإذا كان المذنب يستوجب الضرب يطرحه القاضي ويجلدونه أمامه على قدر ذنبه بالعدد أربعين ليلا إذا زاد في جلده على هذه ضربات كثيرة يحتقر أخوك في عينك».[2]

ثالثا- مبدأ الشرعية في القانون الجزائر

يحترم القانون الجزائري هذا المبدأ من خلال بعض المواد القانونية الواردة في الدستور، وفي قانون العقوبات حيث تجسد هذا المبدأ في الدستور 1989 في عدة نصوص

[1] – سفر التثنية، إصحاح 24.

[2] – سفر التثنية، إصحاح 25.

قانونية فهو بذلك يرتفع من مجرد مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري، يستفيد من كل الضمانات التي يمنحها الدستور لمبادئه.[1]

1. من خلال الدستور:

وأضاف تكريس هذا المبدأ في دستور 2016 من خلال **المواد التالية** :

- **المادة 29:** كل المواطنين سواسية أمام القانون، ولا يمكن أن يتذرع بأي تميز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس أو الرأي أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي.
- **المادة 46:** لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم.
- **المادة 47:** لا يتابع أحد أو يحتجز إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون ،وطبقا للأشكال التي نص عليها .
- **المادة 56:** كل شخص يعتبر بريئا حيث تثبت جهة قضائية إدانته في إطار محاكمة عادلة تؤمن له ضمانات اللازمة للدفاع عنه.
- **المادة 142:** تخضع العقوبات الجزائية إلى مبادئ الشرعية والشخصية.

[1] – القانون رقم: 16-01، يتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في: 06 مارس 2016 الموافق لـ: 27 جمادى الأولى الجريدة الرسمية الجزائرية رقم: 14، ص 13.

2. من خلال قانون العقوبات:

أما في قانون العقوبات فقد نصت المادة الأولى على مضمون الشرعية بنصها

«لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون» وتأكيدا لمبدأ الشرعية، فقد جاءت النصوص اللاحقة لتدعم مضمون المادة الأولى، فنصت المادة الثانية على مبدأ عدم الشرعية على ما سنرى كالتالي:

«لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان أقل شدة »، فنصت المادة 3 على تحديد نطاق قانون العقوبات على النحو التالي: «يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية ».

كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية.[1]

[1] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 78.

الفرع الثالث: عناصر مبدأ الشرعية.

يقتضي مبدأ الشرعية التجريم تواجد نص تجريمي سابق عن ارتكاب الفعل وله سلطان بحيث يشكل انتهاكه سلبا أو إيجابا جريمة ويشكل هذا النص التجريم المسبق تقنيا لعدم المشروعية، بحيث يعكس رغبة الجماعة الاجتماعية في ترسيخ قيمة معينة واسباغ الحماية عليها، وبهذا يقوم مبدأ الشرعية على **عنصرين هما:**

1. التجريم المسبق.
2. وعدم توافر المشروعية في السلوك المرتكب.

ونعرض كل عنصر بالتفصيل

أولا- التجريم المسبق:

يقتضي مبدأ الشرعية أن يكون النص التجريمي نصا تشريعيا ومكتوبا، وهذا يعني رفض باقي المصادر الأخرى المعروفة مثل العرف وقواعد العدالة غير أن المشرع الجنائي كثيرا ما يعتمد على هذه المصادر في سنه القاعدة الجنائية من حيث أن هذه الأخيرة في معظم الحالات هي ترسيخ لقيمة اجتماعية معينة.

فمن شأن الطبيعة الجنائية للقاعدة تمكين الفرد من معرفة حدود المباح والمجرم وإعطاء نوع من الاستقرار للنظام الجزائي، لذلك يقتضي مبدأ الشرعية استبعاد جميع المصادر الأخرى واعتماد التشريع لمصدر وحيد للتجريم والجزاء.

والأصل أن النصوص التجريمية هي من اختصاص السلطة التشريعية إلا أن الدستور يخول للسلطة التنفيذية في بعض الحالات صلاحية إصدار نواتج تكون مصدر للتجريم والجزاء باختصاص ما لضبط المخالفات المرور.

وقد جعل دستور فبراير 1989 صلاحية التجريم في مواد الجنح والجنايات من اختصاص المجلس الشعبي الوطني، عملا بالدستور الفرنسي لسنة 1958، ومنح السلطة التنفيذية صلاحية سن النصوص الخاصة بالمخالفات(المادة 115 من الدستور) غير أن ما نلاحظه هو أن مبدأ الشرعية يرفض أن تكون النواتج الصادرة عن السلطة التنفيذية مصدر للتجريم، وهذا نظرا لخطورة ذلك على الحقوق فالحريات الفردية وتطبيق المبدأ الفصل بين السلطات.

وأنه إذا كان مبدأ الشرعية قد واجه في بداية نشأته تسليط السلطة القضائية فجرمها من سياسة التجريم، وجعل منها جهازا تابعا للسلطة التشريعية في هذا المجال فإنه يتعين أن لا تتدخل السلطة التنفيذية في هذه العملية فلا تحول مبدأ الشرعية إلى مجرد قاعدة شكلية تخفي وراءها جشع السلطة، وبتأكيده على الطبيعة التشريعية لنص التجريم، فإن مبدأ لا شرعية يفرض على المشرع بعض الالتزامات تتعلق بمصدر التجريم وبمضمون التجريم.

فبخصوص مصدر التجريم، فإن مبدأ الشرعية يجعل سياسة التجريم والجزاء من صلاحيات المشرع وحده ويمنح الهيئات الأخرى من ممارسة هذه السلطة لضمان الحماية الكافية للأفراد، ومن ثم فإنه يتعين على السلطة التشريعية وحدها القيام بسن النصوص

التجريمية؛ غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن لفظ المشرع الجنائي في الوضع الدستوري الحالي له مدلول واسع من حيث أنه يعين كل سلطة لها صلاحية التشريع، وأنه بالرغم من وضوح الاختصاص في مجال التجريم بصفة أصلية لكل جهة فإن المشرع يتخلى عن سلطته في مجال التجريم والجزاء إلى السلطة التنفيذية بصفة مباشرة وإلى السلطة القضائية بصفة غير مباشرة.

ويلاحظ أن هذا التخلي قد يكون لأسباب إيديولوجية أو للضرورة؛ بحيث أن تعقد الحياة الاقتصادية والاجتماعية وما تقتضيه من تعدد وتنوع في التجريم يجعل المشرع في شبه استحالة لمواجهة الوضعية، ومن ثم يتخلى عن صلاحيته.[1]

فمن 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 التجريمية الصادرة عن المشرع في مجموعة من الجنح مثل المحددة في قانون الأسعار، حيث يضع المشرع نصا يحدد بمقتضاه العقوبة ويميل في تحديد إلى نص صادر من السلطة التنفيذية فتبرز الخطوة خاصة في مثل هذه عندما لا تكون السلطة التنفيذية قد أصدرت النص المحال إليه وتسمى هذه الحالة بالقاعدة الجنائية على بياض.

فمن أبرز مظاهر التجريم عن طريق الإحالة إلى قرارات السلطة التنفيذية ما تضمنه قانون ترقية الصحة وقانون الأسعار في الجزائر.

[1] – بارش سليمان، **مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري**، دار الهدى، الجزائر، ص 13.

فمن جهتها يعاقب المادة 242 من القانون المتعلق بترقية الصحة على استعمال واسترداد وحيازة وانتاج المواد المخدرة المنصوص عليها في المادة 190 فتنص على أن القائمة تحدد عن طريق التنظيم، وقد استدرك المشرع هذه الوضعية بالقانون رقم 04/18 المتعلق بالوقاية من المخدرات في المادة الثانية.

ومن جهته تضمن القانون رقم 89/12 المتعلق بالأسعار النص على قمع مختلف الجنح فأحال في تحديد العديد من عناصر هذه الجنح على مراسيم تنفيذية ومن أبرز الأمثلة عن تخلي المشرع عن صلاحياته بصفة غير مباشرة للسلطة القضائية ما يسمى بالنصوص المفتوحة حيث يعطي المشرع بمقتضى النص للقاضي سلطة تقديرية فمن هذه الأمثلة ما نصت عليه المادة 461/2 من قانون العمل الفرنسي حيث تعاقب على كل "عرقلة لممارسة الحق النقابي". وقد أدت هذه الصياغة بالقضاء الفرنسي إلى تطبيق هذا النص على العديد من الحالات إلى درجة أن محكمة النقض الفرنسية صادقت على الحكم أدانة رب عمل بتهمة عرقلة ممارسة الحق النقابي عندما رفع دعوى على أحد المندوبين النقابيين أمام المحكمة بقصد إلغاء عقد عمل الذي يربطه بالمؤسسة معتبرا هذه الدعوى عرقلة لممارسة الحق النقابي.

مضمون التجريم :

إن مبدأ الشرعية يفرض على المشرع مجموعة من الالتزامات أهمها:

العمل على عدم الإسراف في التجريم والجزاء على نحو ما سبق تفصيله والعمل على أن تسري النصوص على المستقبل.

ولكن أهم التزام المبدأ على المشرع هو التزام البيان والوضوح في القاعدة الجنائية وهذا الوضوح يقتضي مبدأ الشرعية أن يتضمن شق التكليف تحديدا دقيقا لأركان الجريمة وظروفها على نحو يجنب الغموض ويسهل للقاضي عملية التطبيق، أما شق الجزاء فيجب أن يتضمن تبيانا للجزاء الجنائي وذلك بتحديد نوعه ومقداره وكيفية تقديره.

فالخطر الذي يهدد الفرد ويشكل انتهاكا لمبدأ الشرعية يتمثل في النصوص غير الكاملة، ففي بعض الأحيان يتمن النص التجريمي عقوبة من غير تحديد لمقدارها أو مدتها فهذه القاعدة تبدو سلبية لأنها تضمنت أحد شقي التجريم.

وقد طبق القضاء الفرنسي عقوبة المخالفة على جريمة قرر لها المشرع عقوبة المبدأ والغرامة ،غير أن محكمة النقض الفرنسية أكدت على مبدأ الشرعية وقررت عدم جواز عدم تطبيق أية عقوبة.

وفي بعض الأحيان تتواجد العقوبة في نص آخر وهذا ما يسمى بالإحالة ومثال على ذلك المادة 35 من القانون 89/12 المتعلق بالأسعار التي تحدد الجريمة وتحيل

على المادة 73 فيما يتعلق بالعقوبة، إن هذا التجريم صحيح بطريق الاحالة طبيعي كما تقول محكمة النقض الفرنسية.[1]

غير أن مجال النصوص غير الكاملة فإن الخطورة تبدو فيما يتعلق بالنص على بياض ،حيث يحدد المشرع العقوبة ويعطي للجهة الإدارية صلاحية إصدار النص التجريمي كأن يعاقب المشرع بغرامة معينة على كل مخالفة لأي نظام تطبقه السلطة.[2]

ثانيا-عدم توافر المشروعية:

أنه لا يكفي أن يكون السلوك المرتكب منطويا على جميع عناصر الواقعة النموذجية للقول بانطباق النص عليه، بل لابد أن يكون ذلك السلوك المرتكب غير متلازم مع الظروف التي تضفي عليه صفة المشروعية.

لأن عدم مشروعية السلوك هي التي تضفي على النص التجريمي صفة الشرعية، تأسيسا على أن عدم المشروعية هي حكم تقييمي يضفي على مادية معينة ويؤدي إلى توقيع العقوبة على من تأتيها، لأن المشرع يقوم بمقتضى نص التجريم بتقييم قيم المجتمع في نصوص قانونية رغبة منه في حمايتها من خلال الجزاء الذي يزود به النص.

[1] – بارش سليمان، **المرجع السابق**، ص

[2] – المادة 187 من قانون العقوبات الجزائري

لذلك فإنه من الخطأ القول بأن الفعل غير مشروع هو ما يمنعه القانون، إذا الواقع أن القانون يمنع ما هو مشروع.[1]

وعليه فإن عدم المشروعية هي علة التجريم، فالمشرع يلاحظ أن سلوكا ما يتنافى أو ينتهك مقتضيات الحياة الاجتماعية، فيضفي عليه صفة التجريم من خلال تقيين القيمة الاجتماعية في نص تجريمي. غير أن علة التجريم هذه التي أساسها عدم المشروعية، يمكن أن تنفى اذا ما توافرت بجانبها علة الإباحة فيصبح السلوك المرتكب والمطابق في عناصره مع الواقعة النموذجية مباحا.[2]

أشرنا أن الاباحة تتقرر عندما تنتفي علة التجريم، وأن علة التجريم هذه تنتفي في حالات ثلاث هي: حالة انتفاء العدوان وحالة رجحان الحق وحالة الرضا بالعدوان وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نلاحظ أن المشرع قد نص في المادة 39 على حالتين من حالات انتفاء علة التجريم وهما انتفاء العدوان ورجحان الحق، حيث نص المادة 39 على أنه: " لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت اليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء".

ويلاحظ الفقه الفرنسي بأن التحديد التشريعي لأسباب الاباحة هو تحديد على سبيل المثال وقياسا عليه يمكن إضافة أسباب أخرى، إذ يتضح بأن سبب الاباحة في حالة أمر

[1] – فوزية عبد الستار، **عدم المشروعية في القانون الجنائي**، القاهرة، ص

[2] – بارش سليمان، **المرجع السابق**، ص 55.

القانون وإذنه ينتج من أمر القانون، في حين ينتج سبب الاباحة في حالة الدفاع الشرعي من ترخيص القانون واستنادا إلى هذا الترخيص يمكن إضافة حالة الضرورة ورضاء المجني عليه لأسباب الاباحة.[1]

غير أننا نلاحظ أن حالة الضرورة لا يمكن إدراجها ضمن أسباب الاباحة تأسيسا على أن مرتكب الفعل الاجرامي تحت حالة الضرورة يعتبر مرتكبا لخطأ اتجاه الضحية، الأمر الذي يجعل هذا الخطأ أساسا للدعوى المدنية وهذا مالا يتفق مع أسباب الاباحة التي تفترض انتفاء الخطأ في جانب المستفيد أما حالة الرضا بالعدوان فإنه يجب اعتبارها من اسباب الاباحة النسبية بحيث لا يمتد أثرها إلى جميع الجرائم.

وبالرجوع إلى العديد من نصوص قانون العقوبات فإننا نستخلص أن المشرع جعل انعدام الرضا في بعض الجرائم عنصرا لقيامها مثل ما نصت عليه المادة 336 ق ع.[2]

[1] G. Stefani -Glevasseur - Droite pénal Geral p :156.

[2] – بارش سليمان، **المرجع السابق**، ص 63.

المطلب الثاني :نتائج مبدأ الشرعية.

الفرع الأول: حصر مصدر التجريم والعقاب

من النتائج المترتبة على إعمال مبدأ الشرعية أهمها: هو حصر مصدر التجريم والعقاب في التشريع، فما هو التشريع ؟

فهنا نقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية مكتوبة صادرة عن سلطة مختصة طبقا للإجراءات التي نص عليها الدستور، وتتميز القاعدة القانونية الجنائية عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى بأن مصدرها الوحيد هو القانون المكتوب، أما المصادر الأخرى فهي مستبعدة من نطاق القوانين الجنائية، ومنه فلا مجال لتطبيق المصادر المعروفة في القوانين الأخرى كالشريعة الإسلامية أو العرف أو مبادئ العدالة والقانون الطبيعي، إلا في مجال الاباحة وموانع المسؤولية.[1]

ولا يشترط أن تكون جميع الجرائم والعقوبات مصدرها النصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان، بل يمكن للسلطة التنفيذية أن تشرع بدورها وهذا ما يعرف باللوائح أو التنظيم ولعل أهمية اللوائح أو التنظيم زادت في بروزها الجمهورية الحاسة وذلك بتفسير المادة 34 من دستور 04 أكتوبر 1958 والتي تنص على أن القانون يحدد القواعد المتعلقة بتحديد الجنايات والجنح والعقوبات المطبقة عليها فإن السلطة التنفيذية تعتبر جريمة المخالفة غير

[1] – عبد الرحمن خلفي، **الإجراءات الجزائية في التشريع** الجزائري والمقارن، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2015، ص 53-54.

داخلة في مجال القانون، وكذا تطبيق المادة 37 ممن الدستور التي تنص على المسائل غير المعتبرة من مجال القانون لها طابع تنظيمي، وبالتالي أنشأ بواسطة مرسوم تحت رقم: 1303/58 بتاريخ 1958/12/23.[1] جزء ثان لقانون العقوبات ذو طبيعة تنظيمية، منه الكتاب السادس المخصص للمخالفات البسيطة وهذا التجديد يضيق من القاعدة بأنه "لا جريمة ولا عقوبة بدون قانون، أي قانون مصادق عليه من قبل البرلمان، بأن أنشأ قسما خاصا بالمخالفات وبالتالي أمكن للسلطة التنفيذية أن تملي عقوبات الحبس تصل إلى الشهرين

– أما بالنسبة للجزائر فإن القاعدة نفسها نجدها هي المطبقة إذ نص دستور 28 نوفمبر في مادته 122 على أنه: لا يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذا في المجالات الآتية :

- قواعد قانون العقوبات والإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنايات والجنح والعقوبات المطابقة لها والعفو الشامل، وتسليم المجرمين، ونظام السجون.

– كما جاء في المادة 125 من الدستور: يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون، فيندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول. وهذه القاعدة منصوص عليها في دستور 23 فبراير 1989 وكذا قبله في الدستور 1963.

[1] – بن شيخ لحسن، **مذكرات في القانون الجزائي الخاص**، دار هومة، ط 7، 2011، الجزائر، ص 36–37.

وبمعنى ذلك أن المخالفات تدخل في مجال التنظيم، غير أن ذلك لا يعني عدم استطاعة السلطة التشريعية إصدار قوانين تتضمن التجريم العقاب في مواد المخالفات بل باستطاعتها ذلك طبقا لقاعدة "من يستطيع الكثير يستطيع القليل.

الفرع الثاني: التفسير الكاشف للنصوص القانونية.

يعني التفسير الكشف عن حقيقة إرادة المشرع من خلال الألفاظ والعبارات في القاعدة القانونية المراد تفسيرها، فالألفاظ والعبارات التي تتضمنها النصوص القانونية ماهي إلا وسيلة يعبر بها المشرع عن إرادته، ومهمة المفسر هي الكشف عن حقيقة تلك الإرادة وتحديد مضمونها من خلال الألفاظ والعبارات التي تصبح بعد التفسير صالحة للتطبيق على ما يعرض على القضاء من وقائع

والسؤال الذي يجب طرحه **ما مدى تفسير قواعد التحريم والعقاب؟.**

كان تقرير مبدأ الشرعية الجرائم والعقوبات في أواخر القرن الثامن عشر بمثابة الصخرة التي تحطمت عليها سلطة القضاة التحكمية في التجريم والعقاب.

ومن النتائج الهامة التي ترتبت على الأخذ بهذا المبدأ هو حرمان القضاة من تحريم أفعال لم ينص عليها المشرع أو تقرير العقوبات لا تتضمنها نصوص التحريم والعقاب، فكان أن تم غلق باب واسع كانوا يلحون منه لتقيد حريات الأفراد وحرمانهم من حقوقهم الأساسية ولسد جميع المنافذ التي يمكن للقضاة الدخول منها وممارسة الوظيفة التحكيمية

السابقة، تقرر التزام القاضي بتفسير قواعد التجريم والعقاب تفسيرا ضيقا عندما يطبقها على الوقائع المعروفة، كل هذا خشية من أن يستغل مهمته في التفسير فيجرم أفعالا لا تدخل تحت نصوص التجريم، أو يقرر لها عقوبات لا تتضمنها تلك النصوص، وذلك حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم ولهذا كانت القاعدة في تفسير قواعد التجريم والعقاب من التفسير الضيق لتلك القواعد.

نستنتج أنه من خلال الأخذ بالتفسير الضيق تؤدي حتما إلى جمود التشريع الجنائي، وتخلفه عن ملاحقة أسباب المدينة الحديثة والتطور الاجتماعي بصفة عامة إذ أن المشرع لا يمكن أن يتوقع مقدما ما يصيب الحياة الاجتماعية من تطور، ولا بكل الأساليب التي يلجأ إليها المجرمين للإفلات من خضوع أفعالهم لنصوص التجريم والعقاب[1] وقد دفعت تلك النتيجة بعض التشريعات إلى الأخذ بالقاعدة التفسير الموسع لقواعد التجريم .

[1] – علي عبد القادر القهوجي، فتوح عبد الله الشاذلي، **شرح قانون العقوبات، القسم الخاص**، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، ص 76-77.

الفرع الثالث: حضر القياس

لا يجوز للقاضي فهو يصدر النظر في الواقعة المعروضة عليه أن يجرم فعلا لم يرد نصا بتجريمه قياسا على فعل ورد نص بتجريمه بحجة وقوع تشابه أو تقارب بين الفعلين، أو أن يكون العقاب في الحالتين يحقق نفس المصلحة الاجتماعية مما يقتضي تقرير الثاني على الأول، لأن في ذلك اعتداء صريح على مبدأ الشرعية، وهذا ما يعرف بالتفسير بطريق القياس، فالجرائم والعقوبات لا يقررها إلا المشرع والقاضي لا يملك ذلك قانونا، فإن الفعل ذلك يكون قد خلق جرائم لم يضعها المشرع ونص نفسه مشرعا وهو مالا يسمح به القانون.

فمثال على ذلك يحظر على القاضي أن يقيس مثلا جريمة السرقة مثلا المتمثلة في أخذ مال الغير المنقول دون رضاه على فعل الاستيلاء على منفعة وأن يعتبر من يحصل على منفعة شيء مملوك لغيره دون وجه حق سارقا.

ولكن تجدر الاشارة وأن القياس محظور فحسب في التجريم والعقاب دون أن يكون كذلك في نطاق الأعمال التي تقرر سببا للإباحة أو مانعا من موانع المسؤولية أو العقاب طالما أن هذا الأمر ليس فيه مساس بالحريات الفردية، بل هي في صالح المتهم وبالتالي فهي لا تتعارض مع مبدأ الشرعية.[1]

[1] – عبد الرحمان خلفي، **محاضرات في القانون الجنائي العام**، ط 2012 ، دار الهدى، الجزائر، ص 55.

من خلال كل ما سبق نجد أن بعض التشريعات انتقلت من تقيد القاضي من التفسير الضيق إلى فتح باب أن يكون هناك تفسير موسع أي أن لكل قاعدة، إضافة إلى أن القاعدة أنه لا يجوز القياس إذا تعلق الأمر بنصوص التجريم، ومرد ذلك أن هذا النوع من القياس يؤدي إلى خلق جرائم جديدة دون أن يستند إلى قاعدة جنائية مكتوبة وهو ما يخالف مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ يطلب وجود نص قانوني مكتوب صادر قبل ارتكاب الجريمة.

ويجوز القياس في غير نصوص التجريم، أي النصوص المتعلقة بأسباب الاباحة وامتناع المسؤولية، وامتناع العقاب أو تخفيفه، والقواعد التي تتضمن قيودا مفروضة على حق النيابة في تحويل الدعوة العمومية كشرط الشكوى أو الإذن أو الطلب، ومرد ذلك أن مثل هذا التفسير لا يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ لا يؤدي إلى خلق جرائم جديدة أو تقرير عقوبات غير منصوص عليها بل بالأحرى ينطوي على مصلحة المتهم، تتمثل في خروج سلوكه من دائرة العقاب.

ومن أمثلة على جواز القياس متى كان في مصلحة المتهم أن المادة 279 ق ع تنص على أنه:« يستفيد مرتكب القتل أو الجرح والضرب من الأعذار القانونية إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس» ويجوز قياس جريمة الجرح أو الضرب المفضي إلى عامة مستدعيه على الجرائم المنصوص عليها في

هذه المادة، ومرد ذلك أنه من غير المستساغ قانونا أن مرتكب جريمة القتل يستفيد من عذر المخفف في حين لا يستفيد منه في حالة ما أفضى الضرب إلى عامة مستدمية.[1]

[1] – عبد القادر عدو، **المرجع السابق**، ص 54.

المبحث الثاني: مبادئ مبدأ الشرعية

إذا ما نشأت القاعدة الجنائية وفقا لإجراءات الدستورية فإنها تكون واجبة التطبيق ويستمر نفاذها على من يقيم في منطقة جغرافية معينة إلى أن تلغى من السلطات المختصة.

فالقاعدة الجنائية كأي قاعدة قانونية، تولد وتمتد بها الحياة الى أن تنقضي وتموت فطوال حياتها تسري في نطاق جغرافي محددا يكون لها فيه نفوذ وسلطان على الأشخاص المقيمين عليه[1] ، فيعبر عن هذا بمبادئ مبدأ الشرعية سواء كانت المبادئ الرئيسية(السريان الزماني والمكاني للقاعدة الجنائية) فالمصادر الاحتياطية مبدأ شخصية فمبدأ العينية.

المطلب الأول: المبادئ الأصلية لمبدأ الشرعية

الفرع الأول: التطبيق الزماني لمبدأ الشرعية

تتغير النصوص الجنائية من حين لآخر تبعا للإرادة المشرع وتقديره في مواجهة ظاهرة الإجرام ويعني ذلك أن هذه النصوص ليست أبدية فهي خاضعة للتعديل وإلغاء

[1] – على عبد القادر القهوجي، فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق، ص 87.

بالإلغاء النص ينقض مفعوله فلا يطبق على وقائع لاحقة فصلاحية النص للتطبيق تتحدد في الفترة التي تلي لحظة نفاذه حتى تاريخ إلغائه.

ويعنى ذلك إن النص لا يسري على وقائع التي سبقت وجودة اللاحقة على إلغائه وتكون القوانين نافذة بعد إصداره أو نشره في الجريدة الرسمية طبقا لما جاء فيها من تحديد دقيق لحظة سريان وعلى سبيل المثال حددت المادة 468 ق ع تلغي جميع 278 الأحكام المخالفة لهذا الأمر الذي يسري مفعوله في تاريخ تطبيق الأمر المؤرخ في 22 رجب عام 1385هـ الموافق ل16نوفمبر 1965 المتضمن التنظيم القضائي المشار إليه والذي ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. **أولا- تعريف عدم الرجعية القوانين:**

يعتبر مبدأ رجعية القوانين من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها القاعدة القانونية مادام القانون ينتج أثره فورا ومباشرة على الأفعال التي يقوم بها الأشخاص من تاريخ صدوره ونفاذه، ولا يمكن تطبيقه على الوقائع التي تمت قبل إصداره ونفاذه بأثر رجعي فالأخذ بمبدأ الرجعية يعد شرطا لازما لتحقق العدالة والاستقرار فلقد جاء في التشريع المصري بهذه القاعدة سواء كان في قانون العقوبات أو الدستور أو في المعاهدات التي صادقت عليها مصر، فنص المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري في صدر فقرتها الأولى على أنه (يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها) كما يؤكد الدستور المصري 66 منه على أنه (لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون).

ولقد اعترف الفقه الفرنسي من ناحيته بالقيمة الدستورية لقاعدة عدم رجعية نصوص التجريم والعقاب بحسبانها احدى لوازم ونتائج مبدأ الشرعية الجنائية فقد ورد النص على قاعدة عدم الرجعية في إعلان حقوق الإنسان الصادرة 1789 والذي يعتبر جزءا لا يتجزأ من دستور الجمهورية الخامسة الصادر في سنة 1958 بحكم ديباجته ولهذا ينتقد الفقه الفرنسي العديد من السوابق التشريعية التي صدرت فيها قوانين جنائية موضوعية مقرونة بالنص الصريح على تطبيقيها بأثر رجعي وعلى أية حال فإن أهمية رقابة التشريعات العقابية ذات الأثر الرعي بمخالفة الدستور تتضاءل إلى حد بعيد لأن الرقابة الدستورية في فرنسا هي رقابة سابقة على إصدار القوانين وليست لاحقة.[1]

على الرغم من الخصوصية نظام رقابة الدستورية في فرنسا، فقد أتيح للمجلس الدستوري أن يؤكد على القيمة الدستورية لقاعدة رجعية القوانين الجنائية ولو ضمن ما ابتدعه من نظرية العقوبة الضرورية، حيث لا يصوغ للمشرع أن ينص إلا على العقوبات الضرورية والمتناسبة مع الجرم الواقع كما لم تتردد محكمة النقض الفرنسية في معرض حظر تطبيق القانون الجديد بأثر رجعيي في الإشارة إلى المادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان بوصفها تعلو في قيمتها على التشريع العادي.[2] [1]

[1] – سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة، للنشر، ط 2000، ص 185–188.

[2] – سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 188–189.

ولقد نص المشرع الجزائري بدوره في المادة الثانية من قانون العقوبات على عدم رجعية النصوص التجريمية، ومعنى هذا أن القاعدة التجريمية لا يكون لها سلطان إلا على الوقائع اللاحقة على صدورها.[1]

ثانيا- مبررات عدم رجعية القوانين:

إن تطبيق القانون الجديد بأثر فوري مرجعه إن هذا القانون أكثر سموا من القانون القديم وقد اتجه الفقه في تبرير القاعدة اتجاهين.

- **الاتجاه الأول**: يرى بأن ارتكاب الجريمة ينشئ مركزا قانونيا لا تترتب عليه أثار قانونية إلا بعد صدور حكم نهائي في شأن الجريمة، وبالتالي فإن القانون الجديد الذي يصدر بعد ارتكاب الجريمة يطبق بأثر فوري طالما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى واستثناء من هذا الأثر المباشر فلا يجوز تطبيق القانون الجديد إذا كان أشد من القانون القديم تطبيقا لمبدأ الشرعية.
- **الإتجاه الثاني**: يرى هذا الاتجاه بأن المركز للمتهم لا يتحدد بصدور الحكم النهائي وإنما يتحدد ويتبلور من يوم وقوع الجريمة والدليل على ذلك أن القانون رتب بعض الآثار القانونية على وقوع الجريمة قبل صدور الحكم منها احتساب مدة التقادم وتحديد مدى توافر السن القانونية لتحقيق المسؤولية الجنائية وبناء على ذلك فإن المركز القانوني للمتهم يتحدد من يوم وقوع الجريمة ويخضع بالتالي لقانون المطبق في هذا التاريخ، لا يجوز للمشرع أن يسمح بتطبيق قانون جديد أسوأ للمتهم بأثر

[1] – سليمان بارش، المرجع السابق، ص 28.

رجعي، لأن ذلك يعني مسائلة المتهم عن فعل لم يكن مجرما من المشرع يوم ارتكاب الجريمة وهذا ما يخالف مبدأ الشرعية والواقع إن قاعدة عدم الرجعية يمكن تبريرها بالاستناد إلى أهداف مبدأ الشرعية، حيث إن هذا المبدأ يهدف إلى حماية الحقوق والحريات الفردية عن طريق ضبط التجريم والجزاء وهذا الضبط بمثابة إنذار للأفراد، ومن ثم فإن الفرد لا يتابع إلا بمقتضى القاعدة التي تضمنت هذا الإنذار ويستثنى من ذلك القانون الجديد الأصلح للمتهم والذي يفيد تغير المشرع لرأيه بخصوص الإنذار من حيث طبيعته ومداه.[1]

لقد هاجم أعضاء المدرسة الوضعية الإيطالية قاعدة عدم رجعية تقدم على نقطتين:

- إن المعتادين على الإجرام والمجرمين بالميلاد الذي يتعذر إصلاحهم يجب أن توقع عليهم الجزاءات الجديدة ولو بأثر رجعي من حيث إن الجزاء الجديد في نظر المشرع أكثر فائدة في إصلاحهم من الجزاء المحدد في القانون القديم.
- إن التدابير الاحترازية التي توقع بالنظر إلى الخطورة الإجرامية يجب احترامها من قاعدة عدم الرجعية بحيث إن هذه الخطورة يتم تقديرها لحظة الحكم بالتقدير.

وكان لهذه الانتقادات صدى لدى بعض الدول فاستثنت من القاعدة الرجعية التدابير الاحترازية منها القانون الايطالي واليوناني والبولوني وقانون ألمانيا الغربية.

[1] – سليمان بارش، المرجع السابق، ص 90.

ثالثا: تطبيق قاعدة عدم رجعية القاعدة الجنائية

إن تطبيق القاعدة يقتضي تحديد وقت العمل بالقانون الجديد وتحديد ارتكاب الجريمة بتحديد وقت العمل بالقانون الجديد:

يحدد الدستور وقت نفاذ القانون بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية كقاعدة عامة ويتولى رئيس الجمهورية نشر القوانين التي يتخذ المجلس قرار بوجوب استعجال نشرها فيجب عليه أن يحدد تاريخ نفاذها المادة 188 من الدستور.[1]

ولقد اعتمد المشرع الجزائري تاريخ العمل بالقانون الجديد وذلك حسب المادة الرابعة من القانون المدني الجزائري على ما يلي: تطبيق القوانين في نواب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.

وتكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية الى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة.

[1] – علي عبد القادر القهوجي، فتوح عبد الله الشاذلي، **المرجع السابق**، ص 90.

الفرع الثاني: مبدأ إقليمية النص الجنائي

ولمبدأ الإقليمية مبرراته المعروفة فهو من ناحية أولى مظهر من مظاهر ممارسة الدولة لسيادتها الوطنية في شأن ما يقع على أراضيها من جرائم إذ أن تطبيق تشريع جنائي أجنبي فوق إقليم الدولة فهو مما ينتقص من سيادتها بطبيعة الحال، ومن ناحية ثانية فإن لمبدأ الإقليمية مزاياه العملية إذ أن مكان وقوع الجريمة هو أنسب مكان لمحاكمة المتهم حيث تتوافر في هذا المكان دون سواها أدلة الإثبات والشهود أو حيث يوجد المتهم غالبا ومن ناحية ثالثة فان محاكمة المتهم في الإقليم الذي ارتكبت فيه جريمته وصدور الحكم يرسخ فكرة الردع العام إذ يقترن في أذهان الكافة اعتبار العقوبة المحكوم بها اثر عادلا ومنطقيا للجريمة المقترفة.

ومن ناحية أخيرة فان مبدأ الإقليمية لا يخلو من فائدة للمتهم نفسه وللقضاة الذين يحاكمونه فالمتهم من مصلحته أن يحاكم وفقا لقانون الدولة الذي يفترض علمه بقانونه بحكم مكان وقوع جريمته كما إن القضاة في هذه الحالة يطبقون قانون الدولة الذي يلمون به دون سواه من القوانين ورغم المزايا الجمة السابقة لمبدأ الإقليمية فلا يخلو الأمر من بعض الانتقادات التي وجهت إليه لكنه يظل أكثر المبادئ شيوعا حيث تعتنقه سائر تشريعات العالم وقد افرد المشرع المصري لهذا المبدأ نص في المادة الأولى من قانون العقوبات التي تنص على أنه "تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه.[1]

[1] – سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 1100-101.

أولا- إقليم الدولة:

يوجب تطبيق إقليمية النص الجنائي تحديد إقليم الدولة تحكم الحدود الإقليمية قواعد القانون الدولي، وهو المنطقة التي تحددها الحدود السياسية والطبيعية، ولقد حددت المادة 12 من الدستور إقليم الدولة الجزائرية من خلال تحديد عناصر فنصت: " تمارس سيادة الدولة على مجالها البري ومجالها الجوي وعلى مياهها"

"كما تمارس الدولة حقها السيد الذي يقره القانون الدولي على كل منطقة من مختلف مناطق المجال البحري التي ترجع إليها".

هذه العناصر الثلاثة المجال البري والمجال الجوي والمياه الإقليمية التي تمارس فيها الدولة سيادتها فتنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 90-330.[1]

إن القطر الجزائري هو المناطق الترابية والمياه الإقليمية الملتصقة بها والتي تمارس الدولة الجزائرية سيادتها الكاملة عليه دون غيرها.

1. **اليابسة:** وهو إقليم الدولة من الأراضي وما يحتويها داخل الحدود الجغرافية والسياسية التي تحددها الاتفاقيات بين الجزائر والدول المجاورة ويشمل اليابسة والمياه الداخلية كالبحر الإقليمي والمساحات المائية الداخلية كأنهار الوطنية والأجزاء التي تعبر أرضها من انهار الدولية والبحيرات الداخلية والبحار المغلقة

[1] – المرسوم الرئاسي: صدر في 8 ربيع الثاني 1411الموافق 27-10-1990 المتعلق بتحديد شروط تحليق الطائرات الأجنبية فوق التراب الجزائري وتوقفها فيه لأغراض تقنية وتجارية.

والخلجان والمضايقة التي تمارس الدولة سيادتها عليه في حدودها الجغرافية والسياسية.[1]

2. **المياه الإقليمية:** وهو جزء من البحر يتصل بشواطئ الدولة[2]، ويحكم خضوع هذا الإقليم لسيادة الدولة قواعد القانون الدولي العام حيث يستقر العرف الدولي على خضوع هذا الجزء لسيادتها لأنه يعتبر امتداد لإقليمها البري[3]، وتختلف الدول في تحديدها لمدى الإقليمية فتحددها بعض الدول بثلاث أميال ولقد حدد المشرع الجزائري المياه الإقليمية بـ 12 ميلا.

3. **الإقليم الجوي:** وهو طبقة الهواء التي تخطي إقليم الدولة من اليابسة والمياه الإقليمية أو هو الفضاء الذي يعلو إقليم الدولة من أرض ومياه إقليمية وقد فرض المشرع الجزائري حماية جنائية للأجواء الوطنية بتجريم خرق المجال الجوي الوطني فقرر في المادة 70/ 3 ق ع عقاب كل من يحلق في الأجواء الجزائرية بدون ترخيص، ونصت المادة70/ 1 في فقرتها الأولى على العقوبة "يعاقب بالحبس[4] المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة كل من حلق فوق الأراضي الجزائرية باستعمال أية طائرة أجنبية دون أن يصرح له بذلك بمقتضى اتفاق دبلوماسي أو تصريح من السلطة الجزائرية.

---

[1] – عبد الله أوهابية، المرجع السابق، ص 134.

[2] – محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، ط 1978 مصر، ص 130.

[3] – عبد الله أوهابية، المرجع نفسه، ص 135.

[4] – ويقصد بالسجن la réclusion في حين أن الحبس لا يكون لا في الجنح ويطلق عليه l'emprisonnemenr

ثانيا- الامتداد الصوري لمبدأ الاقليمية:

إن مقتضيات الحماية الجنائية ومواجهة الظاهرة الإجرامية تجعل الدولة توسع من مبدأ الإقليمية ويمتد إلى نطاق يتجاوز حدودها الفعلية ويمتد سلطان قانونها.[1] [1].

1- الجرائم المرتكبة في السفن والطائرات

مما يخص الجرائم المرتكبة في السفن نصت المادة 590 ق اج "تختص الجهات القضائية الجزائرية بنظر في الجنايات والجنح التي ترتكب في عرض البحر على البواخر تحمل الراية الجزائرية أيا كانت جنسية مرتكبها وكذلك بالنسبة للجنايات والجنح التي ترتكب في ميناء بحرية جزائرية على ظهر باخرة تجارية أجنبية"

أما فيما يخص الطائرات فلقد نصت المادة 591ق اج "تختص الجهات القضائية الجزائية بنظر الجنايات والجنح التي ترتكب على متن طائرات جزائرية أيا كانت جنسية مرتكب الجريمة كما أنها تختص أيضا بنظر الجنايات أو الجنح التي ترتكب على متن طائرات أجنبية إذا كان الجاني او المجني عليه جزائريا جنسية او إذا هبطت الطائرات في الجزائر بعد وقوع الجناية والجنحة وتختص بنظرها المحاكم التي وقع بدائرتها هبوط الطائرة في حالة القبض على الجاني وقت هبوطها أو مكان القبض على الجاني في حالة ما إذا كان مرتكب الجريمة قد قبض عليه في الجزائر فيما بعد

[1] – سليمان بارش، المرجع السابق، ص48.

ثالثا- تحديد مكان ارتكاب الجريمة:

إذا كان الأصل إن الدولة تطبق قانونها في نطاق إقليمها سواء الأرضي أو البحري أو الجوي فإن أية جريمة تقع في أي من هذه الأقاليم يمتد إليها سلطان الدولة وتعاقب عليها طبقا لقوانينها وبالتالي يهم تحديد مكان ارتكاب الجريمة لبيان ما إذا كانت قد وقعت بإقليم الدولة وينطبق عليها قانونها بالتالي أما إذا وقعت خارجه فيمتنع قانونها في هذه الحالة.

فالفرض الغالب في الجرائم أنها تقع بكل عناصرها في ذات الإقليم فإذا كانت الجريمة تتكون من ركنين أحدهما مادي يتعلق بماديات الجريمة والآخر معنوي يتعلق بنفسية الجاني فإنه من الأهمية بمكان تحديد مكان تحقق الركن المادي بعناصره الثلاثة (السلوك والنتيجة الإجرامية وعلاقة السببية) حيث يغلب أن يتحقق الركن المادي بعناصره الثلاثة في ذات الإقليم مثال من يطلق الرصاص على خصه فيقتله.[1]

وقد استقر الفقه على أن ارتكاب الركن المادي لها أو أي جزء منه[2]، وإذا ارتكبت الجريمة تامة أو شروعا في الجزائر فإنه عملا بأحكام المادة 03 ق ع التي تنص (يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية).

[1] – أمين مصطفى محمد، قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، ص76-77.

[2] – سليمان بارش، المرجع السابق، ص45.

أما في تعدد إقليم الجريمة بالنظر للسلوك والنتيجة فان المادتين 585،586 ق إ ج تضع أحكام تطبيقه حين يتعدد إقليم ارتكابها تطبيقا لحكم الفقرة الثانية من المادة الثالثة.[1]

1-الشروع:

إذا وافق نشاط الجاني في حد الشروع، فإن الجريمة تعد مرتكبة في المكان الذي فيه نشاط أي في المكان تم فيه البدء في تنفيذ الركن المادي، ولا أهمية للمكان الذي أراد الجاني تحقق النتيجة نشاطه، طالما أن هذه النتيجة لم تتحقق.

2- الجريمة المستمرة:

الجريمة المستمرة هي تلك الجريمة التي يمتد ركنها المادي لفترة زمنية، ومثالها جريمة إخفاء الأشياء المسروقة، أو استعمال الوثائق المزورة، وهذه الجريمة تعد في كل إقليم تتحقق حالة الاستمرارية من حيث أن ركنها المادي ينطوي على غرار زماني ومكاني في آن واحد، وعليه فإن قانون الإقليم التي وقعت فيه أو تحققت فيه حالة الاستمرار يكون له سلطان عليها، فمن يحمل رخصة مزورة في تونس واستعملها في الجزائر يكون تحت طائلة القانون الجزائري.

[1] – المادة: 585 من قانون الاجراءات الجزائية.

3- الجريمة المركبة:

تعتبر الجريمة المركبة إذا ارتكبت بأكثر من عمل ذي طبيعة مختلفة، حيث تقوم هذه الجريمة في ركنها المادي على عنصرين هما الوسائل الاحتيالية والاستيلاء على المال، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن هذه الجريمة تعد مرتكبة في فرنسا ما دام أحد عناصرها قد ارتكبت في الإقليم الفرنسي.

4- جريمة الاعتياد:

وبخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق إذا تعلق الأمر بجريمة الاعتياد، اختلف الفقه، فذهب البعض إلى القول بأن قانون الدولة لا ينطبق ما لم يتوفر الاعتياد في إقليمها، فلا يكفي وقوف فعل واحد من الأفعال الاعتياد في إقليم الدولة ليكون لقانونها سلطان التطبيق.

وذهب رأي آخر إلى القول بأن قانون الإقليم الذي وقع فيه آخر فعل من الأفعال الاعتياد يكون له سلطان، بحجة أن الجريمة تقع به منظور إلى ما يسببه من أفعال.

أما القضاء المصريّ فقد استقر على تطبيق قانون الإقليم الذي تكرر فيه فعل الاعتياد تأسيسا على أنه الفعل الذي يتحقق به الركن المادي، وعليه فإذا تكرر فعل تحريض القصر على الفسق في الجزائر، فإن جريمة تعد مرتكبة في الجزائر لأن الفعل المكون لعنصرها المادي وقع في الجزائر وهو تكرار فعل التحريض.

المطلب الثاني: المبادئ الاحتياطية

سبق وأن تطرقنا إلى مبدأ الشرعية له مبادئ أصلية يقوم عليها، وإن هذه المبادئ لها مبادئ أخرى تكملها.

الفرع الأول: مبدأ الشخصية

يقصد به تطبيق القانون على الجرائم التي يرتكبها المواطنون خارج إقليم الدولة ومعنى ذلك أن الدولة تلزم مواطنيها باحترام القانون أينما كانوا، ومن جهة أخرى فإن المبدأ يفيد بأن الدولة تعاقب أعضاء السلك الدبلوماسيّ الذين ارتكبوا جرائم بالخارج، وحالت صفتهم الدبلوماسية دون ذلك، وهذا بعد رجوعهم إليها، والهدف من هذا المبدأ هو محاربة الجريمة أينما كانت فحتى لا يكون الوطن ملاذا آمنا للمجرمين إذا ارتكبا جرائمهم خارج إقليم الدولة.

أما القانون الجزائريّ فقد عالج هذا المبدأ من خلال المادة 582 ق إ ج حيث ورد فيها: " كل واقعة موصوفة بأنها جناية معاقب عليها في القانون الجزائري ارتكبها جزائري خارج إقليم الجمهورية، يجوز أن يتابع ويحكم بها في الجزائر، غير أنه لا يجوز أن تجرى المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد إلى الجزائر ولم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج،

وإن ثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل على العفو العام".[1]

إن قانون الدولة التي ينتمي إليها المجرم لا يجوز تطبيقه إقليميا لعدم ارتكاب الجريمة في إقليمه، بالإضافة إلى الأحكام القانونية تمنع تسلم الرعايا لدولة أجنبية لمعاقبته، وتمنع إبعاده من أرض وطنه وهو ما يطرح التساؤلات التالية:

هل تقوم الدولة المستقبلة، وهي دولة الرعية الفار من حكم الدولة التي ارتكب فيها الجريمة؟. وما مدى حقها في عقابه؟. أو هل تقوم بتسليمه للدولة صاحبة الاختصاص أصلا لارتكاب الجريمة في إقليمها أو أن تقوم بإبعاده عن وطنه أو أن تخلي سبيله ابتداء.

نلاحظ ان افتراض إبعاد المواطن أو تسليمه غير جائزين، لأنه لا يجوز إبعاد المواطن ولا يجوز تسليم المجرم من الرعية لدولة أجنبية صاحبة الاختصاص لارتكاب الجريمة في نطاق إقليمها، لأن تسليم المواطنين لدولة أجنبية يمنع قانونا، فقانوننا الوطني يمنع تسليم المواطنين، فتنص المادة 68 من الدستور 1996 [2]، على أنه لا يسلم أحد خارج التراب الوطني إلا بناء على قانون تسليم المجرمين وتطبيقا له.

[1] – منصور رحماني، المرجع السابق، ص 145.

[2] – تقابلها المادة 65 من دستور 1989.

وقد نظم ق إ ج هذه القواعد في المواد 694-720 حيث نستخلص من هذه الأحكام عدم جواز تسليم الجزائري للأجانب بوجه عام، إلا وفق ما يقرره القانون، وعدم تسليمه مواطنها.[1]

وتنص المادة 696 ق إ ج:" يجوز للمحكمة الجزائرية أن تسلم شخصا غير جزائريّ".[2] والخلاصة أن المواطن الجزائري متى ارتكب جريمة في لخارج وفر عائدا للجزائر، فإن القواعد القانونية لا تجيز تسليمه أصلا لدولة أجنبية سواء كانت الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة أو لأي دولة أخرى.

فلا يبقى أمامنا إلا افتراض معاقبة الجاني في الجزائر، تطبيقا لقاعدة شخصية النص الجنائي تجنبا لفراره من العقاب ابتداء، وتطبيقا بمبدأ دستوري يمنح تسليم المواطنين لجهة أجنبية، وعليه فقد جاء قانون الإجراءات الجزائية منظما لهذا المبدأ في المواد 582-584 ق إ ج، التي تقضي بتطبيق النصوص الجنائية على الجزائري الذي يرتكب جريمة في الخارج ثم يفر عائدا.[3]

إضافة إلى ذلك لا يجوز المتابعة في حالة ما إذا كانت الجنحة مرتكبة ضد أحد الأفراد إلا بناء على طلب النيابة العامة بعد إخطارها بشكوى من الشخص المضرور أو ببلاغ من سلطات القطر الذي ارتكبت فيه الجريمة، وتنص المادة 584 ق إ ج: " يجوز

[1] – وقد أكدت هذه القاعدة الاتفاقيات القضائية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول في إطار التعاون القضائي لمحاربة الجريمة، مثل لمادة 12 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، 1956.

[2] – المحكة العليا، (الغرفة الجنائية)، المؤرخ في: 27-03- 1997.

[3] – المادة 582 ق إ ج.

أن تجرى المتابعة أو يصدر الحكم في الحالات المنصوص عليها في المادتين 582 683 ولو لم يكن قد اكتسب الجنسية الجزائرية إلا بعد ارتكاب الجريمة.

ونلاحظ من هذه المواد:

1- أن المشرع الجزائري يطبق مبدأ شخصية النص الجنائي عن كل جريمة توصف بالجناية أو الجنحة تقع في الخارج، ولا يطبق على الجرائم الموصوفة بالمخالفات، ويكون ذلك وفقا لما تقرره المادتين 5 و 27 ق ع.

2-إن المشرع الجزائري يميز بين الشروط الواجب تطبيقها لتوافر مبدا شخصية النص الجنائي بين الجريمة الموصوفة بالجناية، وبين تلك التي توصف بالجنحة، فيحدد شروطا عامة تطبق على الجرمتين، وأخرى تشترط في الجناية أو الجنحة بحسب الأحوال.

الشروط المشتركة بين الجناية والجنحة:

بالرجوع إلى أحكام المواد 582 إلى غاية 585 نستخلص الشروط التي يجب توافرها بسأن جريمة جناية أو جنحة مرتكبة في الخارج من طرف جزائري. وهي:

- أن تكون الواقعة موضوع المتابعة جناية أو جنحة ارتكبت في الخارج، أي خارج الحدود الإقليمية في أي عنصر من العناصر المكونة للإقليم.

- أن يكون المتهم جزائري الجنسية بصفة أصلية أو مكتسبة.[1]
- أن يعود المتهم إلى أرض الوطن بغض النظر عن سبب عودته.

الشروط الخاصة:

بالإضافة للشروط العامة حدد القانون شروطا خاصة تنطبق على الجناية والجنحة يمكن إيراها فيما يلي:

- **بالنسبة للجناية:**

تنص المادة 582 ق إ ج أنها تضع شرطا يجب توافره في أي متابعة عن أي جريمة التي تقع في الخارج، واتهام جزائري بها فهو أن يكون الواقعة المتابعة بسببها والتي ارتكب في الخارج الموصوفة بالجناية وفقا للتحديد المنصوص عنه بالمادتين: 05 و 27 ق ع.[2] بغض النظر عن موقف القانون الأجنبي منها سواء عاقب أم لم يعاقب.

- **بالنسبة للجنحة:**

تنص المادة 583 ق إ ج:" كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في التشريع الطي ارتكبت فيه بجواز متابعته من أجلها والحكم في الجزائر إذا

[1] – المادة 584 ق إ ج :" يجوز أن تجري المتابعة أو يصدر الحكم في الحالات المنصوص عليها في المادتين 582 683 حتى ولو لم يكن قد اكتسب الجنسية الجزائرية بعد ارتكاب الجناية أو الجنحة".

[2] – المادة 27: : تقسم الجرائم تبعا لخطورتها إلى جنايات وجنح ومخالفات...".

كان مرتكبها جزائريّ". ولا يجوز أن تجري المحاكمة أو يصدر الحكم إلا بشروط منصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 582، ويستخلص من هذه المادة:

- ازدواجية تجريم الجنحة في القانونين الجزائري والاجنبي حيث يجب أن يوصف الفعل بالجنحة وفقا للمادتين 05 و27، وأن يكون معاقبا عليها في القانون الأجنبي، وهي في هذا تختلف عن الجناية التي لم تشترط 582 ق إ ج (التجريم والعقاب في القانونين الجزائري والأجنبي).
- أن تكون الجنحة ضد الأفراد، فلا يجوز متابعة بشأنها في الجزائر إلا بناء على طلب من النيابة العامة بعد تقديم شكوى لها من طرف الشخص المضرور.[1]

موقف المشرع الجزائري من مبدأ شخصية:

سبق أن تعرضنا إلى مبدا شخصية النص حيث ينصب الاهتمام في الفاعل مرتكب الجريمة، أما شخصية النص الجنائي السلبية فتعني النظر للمجني عليه حجية الاعتداء بغض النظر عن حسية الجاني، وهو يعني أن قانون العقوبات يمكن أن يطبق على الجريمة التي تقع في الخارج يكون المجني عليه جزائريا، وهو مبدأ يقصد به تمكين الدولة لحماية رعاياها في الخارج من الاعتداءات الإجرامية، فقد نص الدستور في المادة 24:" الدولة مسؤولة أمام الأشخاص والممتلكات وتتكفل بحماية كل مواطن في الخارج".[2]

[1] – عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 150-151.

[2] – تقابلها المادة 23 من دستور 1989.

إلا أنه رغم ذلك لا يوجد في القانون الجزائري قواعد للحماية الجنائية لمواطنيها في الخارج، فلا سلطان له في ذلك لتعارض فكرة السيادة.

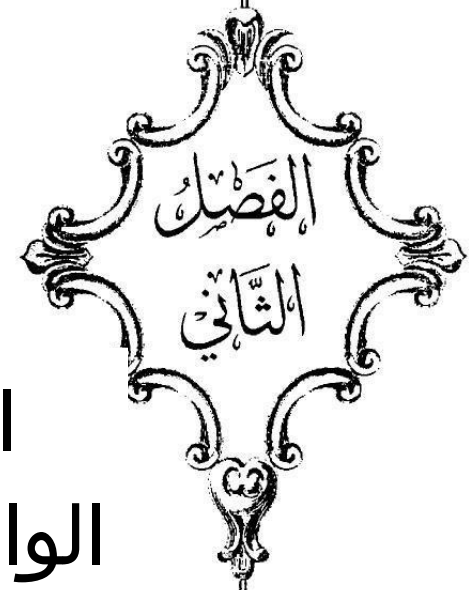
خلاصة الفصل الأولـــ

نستنتج من خلال هذا الفصل أن تعريف مبدأ الشرعية هو حصر الجرائم والعقوبات في قانون، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وتبين أركانها والعقوبة المقدرة لها، ومن خلال ذلك تطرقنا إلى التطور التاريخي لهذا المبدأ نجد أنه تم تكريسه بداية في الشريعة الإسلامية، ولقد أخذت به مجمل التشريعات الوضعية لتنص عليها في دساتيرها لترتقي به من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري يحظى بجميع الضمانات المقرر لمبادئه، ولقد أخذ المشرع الجزائري بها المبدأ كغيره وأدرجه في دساتيره.

إن مبدأ الشرعية يحوي على جملة من العناصر يجب توافرها وهي وجود نص تجريمي مسبق وعدم توافر المشروعية في السلوك المرتكب، وإن الأخذ بها المبدأ يترتب عليه جملة من النتائج، ولعل أهمها حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع ولا يعني هذا عدم اللجوء إلى بعض المصادر كاللوائح التنظيمية مثلا أما النتيجة الأخرى في خاصة بتقيد القاضي، وهذا الأخير يلتزم بالنص فيحضر عليه القياس فلا يستطيع أن يبني حكم على جريمة قياسا بجريمة أخرى منصوص عليها

كما لا يجوز له التفسير الذي يؤدي إلى خلق جريمة وإنما يجوز له في بعض الحالات التفسير الضيق في إطار السلطة المخولة له، وإن هذا المبدأ يقوم على مبادئ فمنها مبادئ رئيسية ومبادئ احتياطية تكمل المبادئ الرئيسية، فالمبدأ الرئيسي الأول هو التطبيق الزماني لنص التجريم والعقاب أي أن القانون يسري بأثر فوري ومباشر، أما مبدأ الإقليمية فهو تطبيق قانون العقوبات على كل من يرتكب الجريمة على الإقليم الوطني، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة الثالثة من قانون العقوبات: "

يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية"، أما في الفقرة الثانية من هذه المادة، فلقد بينت أنه يمكن أن يطبق قانون العقوبات الجزائري على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية الجزائري طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية وهذا ما يعرف بمبدأ الشخصية وهي تعني إمكانية ملاحقة بعض الجرائم الخطيرة الواقعة في الخارج وهي تهدد المصالح الجوهرية للبلاد، بغض النظر عن جنسية مرتكبها ولقد عالج المشرع هذا المبدأ في المادة 588 من قانون الإجراءات الجزائية.



الاستثناءات الواردة على مبدا الشرعية

الفصل الثاني: الاستثناءات الواردة على تطبيق مبدا الشرعية

إن فكرة الظروف الاستثنائية ظهرت اعتمادا على فكرة الضرورة العمومية الملحة بحكم أن مثل هذه الظروف الاستثنائية تسمح للسلطة التنفيذية ،أو تمنحها حق اتخاذ إجراءات لا تدخل في اختصاصاتها العادية المألوفة بالنسبة لها، و بالتالي الخروج على معالم وحدود وللمصادر الشرعية المدونة وغير المدونة وذلك من أجل مواجهة الظروف الاستثنائية والحفاظ على الأمن العام .وفي هذا الفصل سنتطرق الى الظروف الاستثنائية ففي **المبحث الاول** تطرقنا الى ماهية الظروف الاستثنائية وانواعها وشروط قيامها وفي **المبحث الثاني** تطرقنا الى الاثار المترتبة على الحقوق والحريات في ظل الظروف الاستثنائية.

المبحث الأول : ماهية وأنواع وشروط إعلان الظروف الاستثنائية

المطلب الأول : مفهوم وأنواع الظروف الاستثنائية

الفرع الأول : تعريف الظروف الاستثنائية

أولا: في التشريع

لم تستعمل التشريعات المختلفة عبارة الظروف الاستثنائية وإنما تنص بعض الدساتير و التشريعات على اتخاذ تدابير معينة في حالة الضرورة ، ففي مصر العربية مثلا صدرت عدة تشريعات بأسماء مختلفة القانون الخاص بإعلان حالة الطوارئ، وكذا القانون الخاص بتنظيم الدفاع المدني، القانون الخاص بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة.

وفي فرنسا فبالرغم من تعدد الدساتير الفرنسية إلا أنها لم تستخدم عبارة الظروف الاستثنائية بل عرفت حالات معينة خولت السلطة التنفيذية حق التوسع في سلطاتها، مثل قانون الأحكام العرفية الفرنسية الصادر في ٠٩ أوت ١٨٤٨ وكذا قانون ١١ جويلية ١٩٣٨ الخاص بإعداد الأمة في حالة، الحرب[١].

أما في التشريع الجزائري فلم يتم تنظيم الظروف الاستثنائية بموجب قوانين خاصة بل حاول المؤسس الدستوري أن ينظم الظروف الاستثنائية ولكن مجمل الدساتير التي تنطوي على هذه القاعدة أوردت المبدأ ف شكل صيغة عامة، هذا الأمر أورده المشرع الجزائري بموجب نص المادة ٩٣ من دستور ١٩٩٦ أين ينعقد للرئيس اختصاصا واسعا في هذا الخصوص.

ومرد ذلك أن رئيس الجمهورية في بعض الأوضاع يصبح غير قادر على مباشرة سلطاته بصورة غير عادية[٢].

---

[١]–أمين لمان – حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، مذكرة لنيل المدرسة العليا للقضاء، ٢٠٠٦ – ٢٠٠٩ ، ص٠٧

[٢]عبدالله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار هومه للنشر والتوزيع ٢٠٠٢، ص٤٥٦

غير أن ما ورد في الدساتير الجزائرية حول هذه المسألة يتميز بنوع من الغموض واللبس بخصوص تحديد الخطر الوشيك.

ثانيا : في القضاء

لقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي عبارة الظروف الاستثنائية ، غير انه ميز بين الظروف الاستثنائية التي تنشأ بسبب الحرب و إطلاق عليها تسمية "نظرية سلطات الحرب" وبين غيرها من الظروف الأخرى والتي أطلق عليها تسمية الظروف الاستثنائية ، فالأولى قصد بها تلك الظروف التي تنشأ في حالة الحرب ، أما الثانية فقد قصد بها بقية الحالات والظروف المتمثلة في حالة الطوارئ والحصار وحالة الاستثناء وكذا حالة التعبئة أما فيما يخص القضاء الجزائري فلا توجد أي محاولات لتعريف حالة الظروف الاستثنائية الأمر الذي يدفعنا إلي الاكتفاء بما ورد في القضاء الفرنسي، وكما سبق تبيانه. [1]

ثالثا : في الفقه

يخلط البعض من الفقهاء بين الظروف الاستثنائية، وفكرة الضرورة كما يطلق عليها البعض منهم في الظروف الاستثنائية مصطلح نظرية الضرورة وأعمال الضرورة .[2]

وقد سار الكثير من الفقهاء على منهاج مجلس الدولة الفرنسي ومن ثمة ميزوا بين ظرف الحرب وخصوه بنظرية ، وبين غيره من سائر الظروف الاستثنائية وخصوها بنظرية وفي هذا الإطار ذكر الفقيه فالين " إن تغيير الظروف الاستثنائية استعمله مجلس الدولة الفرنسي أول مرة في فبراير ١٩٠١ .

ومن ثمة فانه لم يتفق في التشريع وال في الفقه والقضاء على تسمية جامعة ومانعة للظروف الاستثنائية أما التسمية المشتركة بين الفقهاء في مصر قديمة فهي نظرية الضرورة وبين كافة الظروف الاستثنائية وخصوها بنظرية وهذا الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي .[1]

[1] امين لمان ، المرجع نفسه ،ص ٨

[2] عبد المنعم عكاشة ، مسؤولية الادارة على اعمال الضرورة ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١٠١

الفرع الثاني: أنواع الظروف الاستثنائية

تعد الجزائر من بين الدول التي اعترفت رسميا بداية من قمة هرمها التشريعي بموجب دساتيرها المتعاقبة وكذا تضامنها القانوني بالظروف الاستثنائية وهذا يظهر انطلاقا من دستورها الأول الصادر في ٨- ٩- ١٩٦٣ وبالضبط من خلال المادة ٥٩ التي نصت على السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية

كما تضمن دستور ١٩٧٦ الحالات الاستثنائية و التي توسع من صلاحيات الإدارة السلطات التنفيذية بوجه عام وهنا نخرج عن تطبيق مبدأ الشرعية إلى الإجراءات خاصة تكون في حالات الاستثنائية وسوف نتطرق إليه.

أولا :حالة الطوارئ والحصار

لم يميز الدستور الحالي أو سابقه بين حالتي الحصار والطوارئ سواء من حيث الحالات الموجهة لإعلانها أو من حيث الإجراءات التي تتخذ في ضلها ورغم أن البعض قد اعتبروا إن حالة الطوارئ اقل خطورة وصرامة وتضييقا في الحريات العامة من حالة الحصار إلا إننا لا نرى فروقا هامة بين الحالتين خاصة بعد أعمال النظامين واقعيا وصدور المرسومان الرئيسيان اللذين ينظمان أحكام و أثار كل منهما والاختلاف بينهما يتعلق بالجهة التي تتولى مباشرة الصلاحيات الاستثنائية حيث تتكتل في السلطات المدنية العادية ممثلة في الوزير الأول ووزير الداخلية والولاة

وقد سار الكثير من الفقهاء على منهج مجلس الدولة الفرنسي ومن ثمة ميز بين ظرف الحرب وخصوها بنظرية وبين غيره من سائر الظروف الاستثنائية وخصوها بنظرية وفي هذا الإطار ذكر الفقيه فالين waline إن تعبير الظروف الاستثنائية استعمله أول مرة مجلس الدولة الفرنسي في أول فبراير ١٩٠١. بالنسبة لحالة الطوارئ،أما في حالة الحصار فان الصلاحيات تنقل إلي السلطات العسكرية ولكن العملي لمرسوم إعلان حالة الطوارئ خاصة بموجب صدور قرار الوزاري المشترك بين وزير الدفاع الوطني ووزير الداخلية المؤرخ ٢٠-٠٢-١٩٩٢الذي يتضمن

[١] ابراهيم درويش ، نظرية الظروف الاستثنائية ، مجلة إدارة القضايا الحكومة ، السنة ١٠ ، العدد ٠٤، اكتوبر وديسمبر ١٩٦٦ ، ص ١٠٧

التنظيم العام تدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ جر (١) قضي بشكل نهائي على هذا التميز الباقي بين الحالتين في النظام الجزائري حيث نجد وفقا لها القرار المشترك أن السلطة والصلاحية حفظ النظام حولت بشكل نهائي إلى الجهات العسكرية وإضافة إلى ذلك وضع مختلف مركز الأمن التي انشأت عبر مناطق مختلفة من الوطن بموجب قرار من وزير الداخلية تحت إدارة السلطة العسكرية المختصة بموجب تفويض الذي تضمنه القرار الوزاري [١] أما من بين أثار هذه الحالة على توسيع صلاحيات الإدارة [٢].

ثانيا : حالة الحرب états guerre

تعتبر حالة الحرب الحالة الحاسمة(١) رجعنا إلى نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي الصادر في ١٤-١٠-١٩٥٨ مقارنة بالمادة ٥٩ من الدستور الجزائري الصادر سنة ١٩٦٣ والمادة ١٢٦ من الدستور ١٩٧٦ والمادة ٨٧ من الدستور ١٩٨٩ والمادة٩٣ من الدستور١٩٩٦ نجد هناك تشابه لحد بعيد يتضح من خلاله إن المشروع الدستوري الجزائري أعطى للسلطة التنفيذية الحق في اللجوء إليها وهذا ما هو ظاهر من خلال الفقرة الأولى يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية لقد تضمنت الدساتير الجزائرية الحالة الاستثنائية وخصصت بنمط أكثر تعقيدا من حالة الطوارئ والحصار ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٩٣ من دستور ١٩٩٦[٣] . وأما دستور ١٩٧٦ طبقا لمواد ١٢٢ و١٢٣ و ١٢٤ ثم الدستور ١٩٨٩ طبقا للمواد ٨٩ و ٩٠ و ٩١ وكذا دستور ١٩٩٦ والدستور الحالي ٩٥ و٩٦ و٩٧ .

[١] مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية ،دار بلقيس للنشر الدار البيضاء الجزائر ، ص٢٣٦

[٢] نجد المرسوم الرئاسي ٩٢-٤٤ قد نصت على نفس الصلاحيات تقريبا الذي تضمنه مرسوم اعلان حالة الطوارئ المرسوم الرئاسي ٩١-١٩٦ الصادر في ٤ جوان ١٩٩١ المتعلق باعلان حالة الحصار الجريدة الرسمية ٣١ شروط تطبيق حالتي الحصار والطوارئ

[3] انظر المادة ٩٣ من دتور ١٩٩٦

وهي الحالة الخطيرة الجد صعبة التي تكون اشد من الحالة الاستثنائية بموجب التركيز في المتن ما تضمنته النصوص الدستورية المنظمة لها حول فكرة العدوان الفعلي على البلاد وحسب الترتيبات لميثاق الأمم المتحدة يستوجب أن يكون العدوان واقعا أو على وشك الوقوع .[1]

ثالثا : حالة التعبئة العامة

إن حالة التعبئة العامة هي حالة تحضيرية ما بعد إعلان حالة الاستثنائية لدخول في حالة الحرب عند وقوع عدوان فعلي حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة ، كما هناك أخرى يصعب أيضا تسميتها وتضمينها مابين الحالات الاستثنائية المذكورة سابقا وهي لجوء الإدارة إلى وحدات الجيش لضمان الأمن العمومي خارج الظروف الاستثنائية التي عرفتها الجزائر بموجب القانون ٩١-٢٣ المؤرخ في ١٦-١٠-١٩٩١ المتعلقة بمساهمة الجيش الوطني إذن فان هذه الحالة المر يتعلق بمهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات المألوفة في ظل الظروف الاستثنائية ، ولو أن القانون تضمن من خلال تأسيسه إلى المادة ٨٦ و ٨٧ من دستور ١٩٨٩ المتعلقتين بالحالات الاستثنائية والتي حلت محلها المادتين ٩١ و٩٣ من التعديل الدستوري ١٩٩٦ و ٢٠١٦ هذا من جهة ومن جهة أخرى يصعب القول بان الأمر يتعلق بالظروف العادية بدليل أن تطبيق هذه الحالة جاء بعد حالة الحصار التي عرفتها البلاد وكذا أيضا أن الإدارة في الحالة العادية لا تلجا إلى الخدمات الجيش الوطني الشعبي لضمان الأمن العمومي .

من خلال كل ما سبق يمكن القول أن هذه الحالة جاءت لتغطي ظروف لم يعلن بشأنها أي أمر في الحالة الاستثنائية.[2]

[1] انظر المادة ٩٥ من الدستور ٢٨-١١-١٩٩٦ الصادر بموجب مرسوم رئاسي ٩٦ ٤٣٨ المؤرخ في ٧-١٢-١٩٩٦ الخاص باصدار نص المشروع تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء ٢٨-١١-١٩٩٦ الجريدة الرسمية ٦١ تاريخ نشرها ١٦-١٠-١٩٩٦

[2] سحنين احمد ، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام فرع الدستوري ٢٠٠٤-٢٠٠٥ ، ص ٣٥

المطلب الثاني :شروط الإعلان عن حالة الظروف الاستثنائية والآثار المترتبة عنها

من خلال النصوص المنظمة والمقررة لها بداية من الدستور والمراسيم الرئاسية والتنفيذية نجد ان هناك شروط شكلية وموضوعية قائمة هي الأخرى على مجموعة من العناصر التي سنتطرق إليها ابتداء بالشروط التي تخص حالتي الحصار والطوارئ ثم حالة الاستثنائية وحالة الحرب .

الفرع الأول: شروط الإعلان عن حالة الظروف الاستثنائية

أولا: الشروط الشكلية

١-الشروط الشكلية بالنسبة لحالتي الطوارئ والحصار

هذه الشروط تتمثل حسب المادة ٩١ من الدستور ١٩٩٦ وكذلك التعديل الأخير حاليا لجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في اجتماع مجلس الأعلى للأمن هو إجراء شكلي باعتبار رئيس الجمهورية هو من يترأس المجلس الأعلى للأمن عند اجتماعه تطبيق لنص المادة ١٧٣ من الدستور في الفصل المتعلق بالهيئات الاستشارية التي تنص ﴿يؤسس المجلس الأعلى للأمن يرأسه رئيس الجمهورية مهنته تقديم الآراء إلى رئيس الجمهورية في كل القضايا المتعلقة بالأمن الوطني .

يحدد رئيس الجمهورية كيفية تنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله وحسب المادة أن الرئيس يتكفل بتنظيمه .

ورغم ما يتمتع به رئيس الجمهورية لاسيما من حيث المهام الموكولة إليه إلا انه لا يستطيع أن يتخذ قرار انفراديا دون اجتماع المجلس الذي حددت مهمته دستوريا باقتصارها في تقديمه للآراء فقط في كل القضايا المتعلقة بالأمن والدفاع . [١]

[١] سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري دار الهدى،عين مليلة الجزائر ١٩٩٠ ص ٢٧١

استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الأمة و يكون ذلك بصفتهما الممثلين للسلطة التشريعية.

استشارة الوزير الأول باعتباره ممثلا للسلطة التنفيذية وكونه عضو من أعضاء المجلس الأعلى للأمن وهو المكلف بالسهر على تنفيذ القوانين .

استشارة المجلس الدستوري يكون ذلك بحجة أن الهيئة الأولى المكلفة بالسهر على مدى دستورية القوانين بفعل الرقابة التي يستعملها هذا من جهة ولكونه أن رئيسه يمكنه تولي رئاسة الدولة في حالة اقتران شعور رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الأمة .[1]

ومن هنا وكنتيجة تعد استشارة رئيس المجلس الدستوري قيد شكليا على سلطة رئيس الجمهورية وتدعيما لشرعية تصرفه من جهة أخرى.

٢-حالة الاستثنائية وحالة الحرب

جاءت على سبيل الحصر في المادة ٩٣ من الدستور وبالضبط في فقرتها الثانية والرابعة منها التي جاءتا على النحو التالي "ولا يتخذ مثل هذا الإجراء الا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الأمة والمجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء ويجتمع البرلمان وجوبا" ومن استقرائنا للمادة نلاحظ أنها تتكون من العناصر التالية

- استشارة المجلس الشعبي الوطني ورئيس الأمة : جاءت استشارة المجلس الشعبي في المرتبة الأولى قبل المجلس الدستوري نظرا لاعتبار أن الغرفتين لهما الأهمية القانونية والسياسية باعتبارها المؤسسة الأكبر تمثيل لكافة شرائح الأمة لمختلف تواجهاتهم ومبولتهم.[2]
- استشارة المجلس الدستوري : في هذه الحالة لا يقتصر دوره على الاستشارة كما في حالتي الطوارئ والحصار على الرئيس والسبب في ذلك يعود للأهمية القرار الذي يمكن أن يتخذه والذي قد تكون نتائجه وأثاره وخيمة على الحريات العامة كما أن طلب

[1] انظر الفقرة الثالثة من المادة ٩٦ من الدستور ٢٨-١١-١٩٩٦ الجريدة الرسمية العدد ٦١

[2] احمد سحنين ،المرجع السابق، ص ٣٨

الاستشارة يعد تدعيما لموقف الرئيس أمام المؤسسات الأخرى وكافة الأفراد لاسيما أنها استشارة جماعية

- الاستماع لمجلس الأمن : في الحالة الاستثنائية وحسب نص المادة ٩١ من الدستور
- الاستماع إلى مجلس الوزراء: وهنا كذلك اختلاف مع حالتي الطوارئ والحصار التي يستشار فيها الوزير الأول فقط

٣-حالة الحرب

لقد اشترطت بعض الشروط الشكلية في كلا الدستورين ففي دستور ١٩٧٦ نصت على استشارة هيئة الحزب القيادية واجتماع الحكومة والاجتماع إلى المجلس الأعلى للأمة مع توجيه خطاب للأمة أما دستور ١٩٨٩ فقد نص على شروط شكلية تتمثل في اجتماع مجلس الوزراء

الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن.

اجتماع المجلس الشعبي الوطني وجوبا بقوة القانون ولا يجوز فض اجتماعية أثناء اجتماعه هذه المرحلة.

توجيه خطاب إلى الأمة من طرف رئيس الجمهورية.[١]

أما الشروط الشكلية التي تضمنها دستور ١٩٩٦ والدستور الحالي .

اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري.[٢]

إضافة إلى ذلك أن رئيس الجمهورية يتولى جميع السلطات وهذا يدل على ان لرئيس في حالة الحرب سلطة التشريع بأوامر أو مراسيم رئاسية .

واشتراط المادة ٩٥ اجتماع البرلمان بغرفتيه وجوبا ويكون ذلك بدعوى من رئيسه أو من رئيس الجمهورية نظرا لان هذه الحالة يوقف العمل بالدستور ثم أن لرئيس الجمهورية بصفته القائم

[١] فوزي اوصديق ،الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري،الجزء الثالث السلطات الثلاث ،الطبعة الثانية ،ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون ،الجزائر ،ص ١٣٥

[٢] انظر المادة ٩٥ من الدستور ٢٠١٦

بتوقيع اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم بعد أن يتلقى رأي المجلس الدستوري فيهما طبقا لمادة ٩٧ من الدستور[١] يعرضها فورا على البرلمان لتوافق عليهما صراحة وهذا ما يدل على أن البرلمان يمارس صلاحيته التي تتناسب وظروف الحرب وفقا لاعتبار المصلحة الوطنية التي تحل محل الحقوق والحريات كونها تتراجع نوعا ما مقابل حماية مؤسسات الدولة.[٢]

إضافة إلى الإجراءات الشكلية السابقة فان رئيس الجمهورية يقوم بإخبار الأمة لما استقر عليه الرأي فيما يتعلق بالتدابير التي ينوي اتخاذها وذلك عن طريق توجيه خطاب وبواسطة هذه الطريقة يقوم رئيس الجمهورية بإبلاغ الأمة بطريقة علنية بالأسباب والمبررات التي دفعت إلى ممارسة السلطات الاستثنائية كما يوضح فيه لظرف وما ينتج عنه من أخطار داهمت البلاد وكذا ما اتخذه من إجراءات قانونية لمواجهة هذه المخاطر.[٣]

[١] انظر المادة٩٧ من الدستور

[٢] سحنين احمد ،المرجع السابق، ص ٤٢

[٣] محمد رفعت عبد الوهاب حسين، عثمان محمد عثمان ،النظم السياسية والقانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ،سنة ،١٩٩٩ ،ص٢١٢

ثانيا: الشروط الموضوعية للظروف الاستثنائية

أولا : لحالتي الحصار والطوارئ

١-الضرورة الملحة

الأمر الذي بجدر تسجيله بخصوص هذا الشرط ،هو أن المشرع الدستوري قد اعمل التميز الكلاسيكي، بين حالتي الحصار والطوارئ المعروفة في بعض الأنظمة ،خاصة النظام الفرنسي فجعل لحالتين نفس الأسباب وجمعها في شرط واحد هو الضرورة الملحة ،دون أي تميز أخر في انتظار صدور القانون العضوي طبقا للمادة ٩٢ من الدستور والمعروف وفقا لهذا التميز في النظام الفرنسي بمصدر تاريخي لمعظم التشريعات أن حالتي الطوارئ والحصار تختلفان من حيث أسبابهما، ومصدرهما، ودرجة خطورتهما، فحالة الطوارئ هي أول درجة في الظروف الاستثنائية من حيث الخطورة ،وهي تمثل المرحلة الوسطية بين حالة الظروف العادية وحالة الحصار التي تعتبر أكثر شدة وخطورة ومن حيث الأسباب فان حالة الطوارئ تعلن في حالة الخطر المهدد للنظام العام والناتج عادة عن الحوادث التي تأخذ بحسب طبيعتها طابع الكوارث أو النكبات العامة كالفيضانات والزلازل وسائر الأخطار الطبيعية أما حالة الحصار فهي ذات صلة بأعمال المسلحة كحالة الحرب والأعمال التخريبية والمتمردات.[١]

المدة : يعتبر هذا العنصر قيد وعنصر جوهريا, وذلك من خلال نص المادة ٩١ من الدستور فان لرئيس الجمهورية كافة الصلاحيات من حيث تقديره للمدة الأولى مع فسح المجال أمامه دون قيود لاتخاذ الاحتياطات المناسبة , حتى لا يكون محل حرج عند تمديد مدتها والملاحظ أن المادة ٩١ من الدستور لم تنص على الإجراءات أنها حالتين [٢]على خلاف المادة ٩٣ التي تنص على أن الإجراءات إنهاء الحالة الاستثنائية هي نفس إعلانهما وقد تقرر حالة الحصار التعبئة في مدينة الجزائر العاصمة يوم ٥ جوان ١٩٩١ ولمدة أربعة أشهر يمكن أن ترتفع خلالها الحالة في يوم ٢٩ سبتمبر ١٩٩١ أي قبل إنهاء المدة المحددة في الإعلان بموجب المرسوم الرئاسي ٩١-٣٣٦ المؤرخ ٢٢ سبتمبر ١٩٩١ لكن بالنسبة لحالة الطوارئ فانه منذ إعلانها بتاريخ ٩ فيفري ١٩٩٢ لمدة أولى قدرت بـ ١٢شهرا ما تزال سارية المفعول إلى حد

[١]ميلود ديدان ،مرجع السابق، ص ٢٣٧

[٢]انظر المادة ٩١ من الدستور

الساعة تميزة بانتهاكات خطيرة لحقوق والحريات وخنق لحرية الإعلام على وجه الخصوص في إطار دوامة سياسية كبرى من اللاشرعية ولم يستطع البرلمان ﴿الشرعي أو الانتقالي﴾على مر هذه السنوات التأثير على قرار السلطة التنفيذية لرفع هذه الحالة رغم الاحتجاجات والتنديدات المتواصلة من طرف الطبقة السياسية والمجتمع المدني على حد السواء[1].

ثانيا حالة الاستثنائية وحالة الحرب

بنظر إلى المادة ٩٣ من الدستور ١٩٩٦ وكذا التعديل الأخير التي تنص في فقرتها الأولى"يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهدد بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسستها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

نستنتج من خلال نص المادة يشترط أن يتحقق نص جوهري والمتمثل في أن تكون البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسستها الدستورية واستقلالها وسلامة تربها أن سلطة تقرير هذه الحالة تعد تقديرية بالنسبة لرئيس الجمهورية بحسب ملابسات ومعطيات الظروف في كل الجوانب لاسيما من الناحية الأمنية

حالة الحرب تتجلى هذه الشروط في شرطين بموجب المادة ٩٥ الفقرة الأولى من الدستور وهي الشروط سالفة الذكر والمتمثلة في وقوع عدوان أو يوشك على أن يقع من جراء الاعتداء على البلاد طبقا للمعطيات المادية الظاهرية كتحضير العتاد العسكري وحشد الجيوش وممارسة الأعمال التخريبية والقتالية أو محاولة القيام بذلك وكذا أيضا خرق مجالها الجوي و البحري و إقليمها البري .

من خلال كل ما تم عرضه في الظروف الاستثنائية نستنتج انه إذا تعرضت البلاد إلى إحدى هذه الظروف فانه تتجمع السلطات الثلاث في يد رئيس الجمهورية فيوقف العمل بالدستور وقد يقوم بالتشريع وفقا ما يتلاءم والظروف الاستثنائية

[1] مولود ديدان ،المرجع السابق ،ص٢٣٧

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الظروف الاستثنائية

المنطق الواقعي لنظرية الظروف الاستثنائية يقصي بجمع اغلب السلطات وتركيزها بيد رئيس الجمهورية، وذلك بقصد تمكنيه من امتلاك القوة والقدرة اللازمة لدفع المخاطر الجسيمة المحدقة بالدولة وكذا بنظامها وأمنها الداخلي وإعادة الأمور إلى أوضاعها العادية في اقرب الآجال.[1]

تبعا لذلك تجتمع لدى رئيس الجمهورية اختصاصات السلطة التنفيذية والتشريعية بمجرد قيام حالة الظروف الاستثنائية ، لذلك يمكن التسليم له بممارسة جميع هذه الاختصاصات دون أن يكون ملزما بإتباع أسلوب معين ولا يسأل عن عدم إتباعه له بل أن كل ذلك يبقى لمطلق تقديره ، فيقرر ما يراه مناسبا من إجراءات لإعادة السير المنظم لمؤسسات الدولة الدستورية ، ويترتب عن هذا القول نتيجة منطقية تتمثل في أن كل تدبير وإجراء يتخذه رئيس الجمهورية في ظل الظروف الاستثنائية يعتبر مشروعا ، ويستند في مشروعيته إلى الدستور نفسه.

على هذا الأساس يكون لرئيس الجمهورية حرية الاختيار التدابير والإجراءات التي يقدر بأنها مناسبة لمعالجة الحالة الطارئة، وقد يكون ذلك بإتباع الوسائل التنفيذية أو التشريعية غير انه ما يثير انتباهنا ونحن بهذا الصدد انه إذا كان لرئيس الجمهورية باعتباره يملك زمام السلطة التنفيذية له الحق في ممارسة كل الاختصاصات التنفيذية ، وذلك بكل الوسائل المشروعة .

فما هي الاختصاصات التشريعية التي يحق له ممارستها في ظل الظروف الاستثنائية خاصة باعتبار اختصاصات طارئة وليست أصلية بالنسبة له .

ولعل الإجابة القانونية لهذه الإشكالية تكمن في انه "ونظر لكونه لم تخوله في ظل هذه الحالة اختصاصات تشريعية محددة فإنه يمكن القول انه يكون له أن يصدر إجراءات وتدابير سواء أكانت ذات طبيعة دستورية أو تشريعية أو لائحية فهو بذلك يوسع من صلاحياته التنفيذية لممارسة جميع السلطات التشريعية .

ولعل القراءة المعمقة لإحكام مواد الدستور الجزائري يعترف بهذا المنطق الدستوري والعلمي ذلك أن رئيس الجمهورية في هذه الحالة لا يتصرف باعتباره رئيس السلطة التنفيذية فحسب ، وإنما

[1] محمود محمد حافظ ، القضاء الاداري (دراسة مقارنة) ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص ٤٢

يتصرف باعتباره رئيس دولة والمسؤول الأول على سلامتها ، وكذا ضمان استمرار سير الحياة القومية بها ، ومن ثمة يجب الاعتراف له الحق في إصدار الأوامر.

والحجية القانونية في ذلك في الدستور نفسه خاصة ما تضمنته المادة ١٢٤ منه والتي تقضي بـ :" لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتين البرلمان ، ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي يتخذها عن كل غرفة من البرلمان في أول دورة له يتوافق عليه ويمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة الاستثنائية في المادة ٩٣ من الدستور وكذا المادتين١٢٢ و١٢٣ من الدستور ١٩٩٦ والدستور الحالي حيث أن كل الميادين المحجوزة والمخولة للسلطة التشريعية ، يجوز لرئيس الجمهورية في حالة الظروف الاستثنائية أن يشرع بأوامر في كل المجالات دون استثناء .

وما يجدر الإشارة إليه أن كل ما يصدره رئيس الجمهورية من إجراءات سريعة سواء في شكل أوامر او قوانين يجب أن يكون لها هدفا واحدا فهو مواجهة هذا الخطر ذلك أن المبدأ العام الذي يحكم هذا الموضوع هو أن الضرورة تقدر بقدرها .

ان احترام مبدأ الفصل بين السلطات يكفل عدم التعدي احدهما على الأخرى ويجب على المشرع مراعاة هذا المبدأ وان لا يتخطاه إلا في الحالات التي تستدعيها تحقيق المصلحة العامة وكذا حماية حقوق الأفراد.

المبحث الثاني: الضمانات الدستورية والقانونية لحماية الحريات العامة في كل الظروف الاستثنائية

إن مفهوم الحديث للدولة يقتضي أن تكون متدخلة في كل المجالات وهذا لقيام مبدأ المشروعية وضمان تمتع الأفراد بحقوقهم وحرياتهم وكذا ضمان استمرارية سلطة الدولة على وجه الاستقرار، وهذا ما يستوجب إقرار مبدأ الفصل بين السلطات وكذا مبدأ استقلالية القضاء.

و لحماية كيان الدولة واستقرارها حماية الحقوق والحريات وجب تكريس جملة من الضمانات الدستورية والقانونية لحمايتها.

المطلب الأول: الضمانات الدستورية لحماية الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية

إن مفهوم الحريات العامة في ل الظروف الاستثنائية يقتضي حتما تكريس ضمانات دستورية من اجل اظفاء الصفة الشرعية للحالات التي تدخل في دائرتها حفاظا على سلامة المجتمع والدولة سياسيا واقتصاديا ،واجتماعيا وثقافيا وحتى دوليا.

الفرع الأول: مبدأ المشروعية

إن مبدأ المشروعية تزداد أهميته في ظل الظروف الاستثنائية بالأخص نظرا لتوسع صلاحيات السلطة التنفيذية مقارنة بما هو الحال عليه في ظل الظروف العادية.

إذ يعتبر القاعدة المتينة التي تبنى عليها كافة الضمانات الدستورية والقانونية لحماية الحريات العامة ، رغم ما تمليه نظرية الظروف الاستثنائية من قيود عليه بفعل السلطة التقديرية الممنوحة لرئيس الجمهورية بموجب الدستور للإعلان عنها بفعل ارتباطها بأعمال السيادة ، إلا أن ذلك لا يعني الخروج على مبدأ خروجا مطلقا في الحالات الاستثنائية ، وذلك طبقا لمبدأ حتمية خضوع الإدارة بمفهومها العادة لسيادة القانون[1].

فمن خلال ما لاحظناه أثناء تطرقنا لحالات الظروف الاستثنائية اتضح أن التشريع بمعناه العام وكذا الاجتهاد القضائي يفسحان المجال للإدارة قصد تحررها ولو نسبيا من مبدأ

[1] عبد الله مرسي ، سيادة القانون بين الشريعة الاسلامية والشرائع الوصفية ، دار الطباعة المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، ١٩٩٢ ص ٢٦٤.

المشروعية بمختلف مصادره المألوفة في ظل الظروف العادية سواء المدونة منها ، كالدستور والتشريعات العادية والتشريعات الفرعية أيضا ، وحتى المصادر غير المدونة ، أيضا كالعرف الدستورية والمبادئ القانونية.

إلا أن الصلاحيات الممنوحة التي قد تظهر أثناء سريان الحالات الاستثنائية من حيث الإجراءات والتدابير التي تتخذها فعلا لمواجهة ومجابهة الأحداث والوقائع التي قد تنجر عنها ، حتى وان جاءت منافية ومخالفة لبعض مصادر مبدأ المشروعية المعروفة والمعتاد اعتمادها في ظل الظروف العادية.

لا يمكن بأي حال من الأحوال مهما اختلفت الأسباب والمبررات المتعلقة بحالة الاستثنائية إعفاء الإدارة بمفهومها الواسع خاصة منها المتمثلة للسلطة التنفيذية إعفاء كليا او نهائيا ، وبهذا ما يجعلها تخضع حتما للمشروعية التي تكون في مثل هذه الحالات مشروعية استثنائية مطلوبة مستسقاة غالبا من الضمانات الأساسية اللازمة لحماية الحريات وفقا لمبدأ التدرج النظام القانوني ومبدأ توزيع السلطة وسمو الدستور وسيادة القانون.

وهذا بالطبع لتمكين مبدأ المشروعية الأعمال والقرارات التي قد تتضمنها قدر اكبر من تقييد الحريات ، والتي قد تتجاوز أحيانا الحد المطلوب للسيطرة على النظام العام ، وبالتالي يمكن ان تعتبر غير مشروعة ويستوجب حتما بطلانها وإلغاءها ، وعلى ضوءا سنتطرق الى مفهوم مبدأ المشروعية[1].

أولا: تعريف المشروعية

إن المقصود بمبدأ الشروعية هو خضوع الحكام والمحكومين في الدولة بمفهومها العام والخاص

فالسلطة التشريعية تضع في سن وتشريع النصوص القانونية للدستور باعتبارها التشريع الأساسي.

إن السلطة التنفيذية ملزمة بتنفيذ القوانين وإصدار اللوائح الضرورية لذلك ، وفقا للقانون التشريعي مع ضرورة احترام سلطاتها في مباشرة الوظيفة الموكولة لها وكذلك المتعلقة

بالحكومة وكذا أجهزتها الإدارية وعليه إن ثبوت وتجسيد ذلك يعني التزام سلطات الدولة بمبدأ المشروعية لسيادة القانون.

وقد اعتمد الدستور الجزائري الحالي ساري المفعول على مبدأ الشرعية باهتمام كبير، وهذا طبقا لما تضمنه بداية من ديباجة إلى غاية ما هو مكرس في متنه [1].

ويلاحظ من خلال النظر إلى مواد الدستور انه من خلال مواده أن من أهم مبادئه التي يقوم عليها مبدأ المشروعية وذلك طبقا لما نصت عليه المادة ٢٢من الدستور" يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة " كما نصت المادة ٣١ من الدستور " تستهدف المؤسسات ، ضمان المساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات ، وهذا تماشيا مع مبدأ المساواة أمام القانون.

كما نصت المادة ٣٢ على انه < الحريات الأساسية وحريات الإنسان والمواطن مضمونة وتكون تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات واجبهم أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامة وعدم انتهاك حرمته > وهذا ما يؤكد عليه الدستور.

ثانيا : الرقابة على دستورية القوانين بالنظر إلى الدستور الجزائري .

انطلاقا من دستور ١٩٨٩ نص المشرع الدستوري على مبدأ الرقابة على دستورية القوانين كأحسن الضمانات للمراقبة الدستور على غرار الدستور السابق ١٩٧٦ الذي سكت على هذا المبدأ بسبب نمط الحكم القائم آنذاك والذي كرسه الدستور الذي أوكل مسؤولية الرقابة بصفة رئيسية للحزب وقيادته المركزية وعلى الخصوص ما يتعلق برقابة الهيئة التشريعية [2].

ولقد جاء في الدستور ١٩٩٦ في الفصل الأول من الباب المعنون بالرقابة حيث خصص لذلك ثمانية مواد دستورية متتالية من المادة ١٩٢-١٦٩ كما نص على أن المؤسسات

[1] سحنين احمد ،الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون العام ،فرع القانون الدستوري ،ص ١٢٥سنة ٢٠٠٤،

[2] دجال صالح بكير، الحقوق والحريات في الدستور الجزائري والشريعة الاسلامية ،رسالة ماجستير، كلية اصول الدين ،جامعة الجزائر، ص ٢٩٧ ،سنة١٩٩٩- ٢٠٠٠

التي تمارس آو اوكل لها الرقابة الدستورية في المواد ١٢٣-١٢٦-١٧٦ التي جاءت في الفصول الأخرى .

فلقد نصت المادة ١٦٣ " على تأسيس المجلس الدستوري " ، ونصت المادة ١٦٤ على شكلية ة المجلس الدستوري ، ونصت المادة ١٦٥ التي اختصاصها المجلس الدستوري [١].

الفرع الثاني: الفصل بين السلطات

تجسيد مبدأ الفصل بين السلطات بصفة فعلية واضحة في الدستور الجزائري انطلاقا من الدستور ١٩٨٩ عكس ما كان عليه الحال من إدماج في الدستور ١٩٧٦ [٢] فإذا رجعنا إلى دستور ١٩٨٩ المعدل بموجب نص مشروع تعديل دستور الصادر في دستور ١٩٩٦ نجد المشرع الدستوري كرس هذا المبدأ إعطاء عملية التعاون في ما تتميز به الأنظمة البرلمانية في ذلك السلطات علاوة عن ثنائية السلطة التنفيذية.

بحيث نجد في متن الدستور عدة مواد دستورية تكرس هذا المبدأ مع إعطاء لكل سلطة وظيفتها الأساسية الموكلة لها في إطار ما يسمى بوظائف الدولة التقليدية المألوفة وبين الوظيفة التشريعية والتنفيذية والقضائية [٣].

ولقد نصت المادة ١٤ من دستور " تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية.

وبالتالي فان مبدأ الفصل بين السلطات يعتبر من أهم مبادئ التنظيم الديمقراطي لا يجوز المساس بها أو تعديلها وذلك ما أكدته المادة ١٧٦ من الدستور.

[١] انظر المواد ١٦٣،١٦٤ ،١٦٥ من الدستور

[٢] سعيد بو شعير ، النظام السياسي ،ص ١٩٨

[٣] دجال طالع بكير، المرجع السابق ، ص٣٠٠

المطلب الثاني: الضمانات القانونية لحماية الحريات العامة

باعتبار الدستور هو التشريع الأساسي الذي يمثل الهرم القانوني في الدولة ، لقد تضمن بحكم طبيعته المبادئ العامة التي تحكم الدولة وحدد أيضا العلاقة ما بين السلطات المألوفة والمعهودة في انتهاج النمط السياسي الخاص بها.

السؤال الذي يجب طرحه مدى تكفل القانون في حد ذاته لحماية الحريات العامة التي اقرها الدستور وكيف يمكن ذلك في ظل الظروف الاستثنائية .

الفرع الأول : ضرورة تكفل النصوص القانونية بالحريات

من المعتاد قضاء أن مسألة أي شخص مشته فيه بارتكاب أي نوع من الجرائم لا يكون إلا في حدود ما يسمح به القانون .

وهذا ما يفيد ويستدعي ضرورة أن يكون نص قانوني سابق بما يعرف قانونا بالركن الشرعي والذي يملي واجبات ويعطي حقوق ما بين الأفراد بقوة القانون لاسيما ان الحياة العامة بين الناس تقتضي تعامل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم وتحقيق غرائزهم.

وهو الأمر الذي أدركه المشرع الدستوري الجزائري إذ جعل كل المواطنين سواسية أمام القانون [1].

و الذي بنص بطابع العمومية وتحديد وكذا.خاصيةالجزاء لضمان ذلك وهذا بتدخل السلطة القائمة وبما لديها من إمكانيات مادي وبشرية ومعنوية تمكنها فرض واحترام ذلك من قبل كافة المخاطبين بالقانون أثناء دخوله حيز التنفيذ.

إلا أن الملاحظ يمكن أن ينجز عن تدخل الهيئات التابعة للسلطة أثناء مرحلة التنفيذ وتطبيق القانون الموجب اتخاذها إجراءات والتدابير اللازمة في ذالك انحراف وخروج عن الحدود المرسومة من جراء تعسفها في سياستها لحقوق الأفراد وحرياتهم ، وهذا ما قد يكون بصورة أكثر وضوحا في ظل الظروف الاستثنائية إخفاء وانعدام أحيانا المبادئ العامة القائمة

[1] نص المادة ٢٩ من الدستور ١٩٩٦«حدد لكل المواطنين سواسية أمام القانون »، ص١٥١

التي تشكل الأساس الأصلي للضمانات المنصوص عليها قانونا في ظل الظروف العادية القائمة في مجال تطبيق القانون العام لمبدأقرينة البراءة وعدم رجعية القانون الى الماضي إلا ما كان منه أقل شدة في ظل قانون العقوبات وكذا الشك يفسر لصالح المهتم وحق التمسك بالبراءة إلى أن تثبت الأدلة قانونا، ومبدأ تطبيق الأعذار المخففة وكذالك المشددة ومبدأ الإباحة ومبدأ التعريف عن الخطأ القضائي[1].

وعليه فان ذلك سيؤدي حتما الى انعدام أصل المساءلة في الجريمة انطلاقا من انعدام ركنها الشرعي في حالة عدم وجود نص سابق لها [2].

سواء كان المجرم أو الفاعل أصليا أو شريكا خاصة ان ذلك يختلف من حيث إثباته في ظل الظروف الاستثنائية مقارنة بما يعرف في ظل الظروف العادية .

وكذا النظر بما قد يطرأ عن مسرح الجريمة عدة وقائع وملابسات وأحداث مشبوهة وكذا أيضا الفعل المجرم او المشبوه .

نظرا أيضا لطبيعة حجم الجريمة التي تتصف غالبا في أحيانها في مثل هذه الظروف بالطابع الجماعي وهو الأمر الذي يصعب فيه التحقق من الفاعل الأولي والشريك وممن يتحقق أن يوجه له الاتهام أو من يخلى سبيله باستحقاقه للبراءة بسبب انتهاء التهمة أصلا وهذا ما يتماشى بما هو مكرس دستوريا

وهذا باعتبار ا ن طبيعة الجرائم التي قد تحدث وترتكب في مثل هذه الظروف الاستثنائية تكون غالبا مرتكبة بأبشع الصور خلاف من تلك التي تحدث في ظل الظروف العادية .

الفرع الثاني : قانون العقوبات

إذا تفحصنا الأمر 156/66 المؤرخ في ٨يونيو ١٩٦٦ المتضمن قانون العقوبات[1] نلاحظ في متن جزئه الأول المتضمن المبادئ العامة وبالضبط في مادته الأولى لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير امن يغير قانون.

---

١ إبراهيم الشباسي ، قانون العقوبات الجزائري ،القسم العام، دار الكتاب اللبنانية ، بيروت ،لبنان

٢ نص المادة الأولى: من قانون العقوبات :« لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير من يعتبر قانون»

هذا ما يفيد بأنه من اجل تطبيق أية عقوبة مهما كان نوعها يستلزم وجوبا وجود نص صريح يجرم الفعل المرتكب ويحدد ما يترتب عليه من جزاء وهو ما يعرف في القسم العام من تكون العقوبات بالركن الشرعي.

ثم أيضا من خلال ما يتضمنه قانون العقوبات الجزائري من عقوبات الأصلية والتكملية اوتدبير امن وكذالك تطبيق الأفعال وتحديد الأشخاص وتخفيف العقوبة الأزمة بحسب ما يتماشى مع طبيعة الجرم .

مما يمكن إدراجه من أعذار مخففة أو مشددة خلال تشخيص الفعل أو الجرم.

المرتكب وعلاقته بالمتسبب أو القائم في إحداثه حينها بالنظر مما ينجر عنه من اخطار طبقا لما يعبر منه سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو مساهما لتسليط أو توقيع عليه العقوبة طبقا للقانون.

إن قانون العقوبات يقتضي بصفة خاصة احترام حدود ما ينص عليه التشريع بصفة عامة وكذلك احترام قاعدة تدرج القوانين وفقا للهرم القانوني الذي تنتهجه الدولة في ترتيبه الدستور والتشريع الأساسي للدولة.

وعليه ذالك يمكن للمشرع ان يسن قانونا يخصص لأية جريمة مهما كان نوعها وتصنيفها وكذا تخصيص لها العقوبة المناسبة عند أية محاولة بالمساس بالحريات العامة.

إلا أن الأمر يستدعي في ظل الظروف الاستثنائية ضبط كافة الجرائم والأفعال المجرمة والتي تقترف وترتكب أثناء سريانها من قبل الأشخاص لاعطائها صفة معينة من الإجرام الخاص بها وما يناسبها من عقوبات شريطة أن تكون هذه الأفعال منافية للنصوص القانونية والنظامية المعمول بها حينها كما هو الشأن المعمول به في مثل الظروف العادية.

وهكذا نلاحظ أن المنظومة القانونية وبالأخص قانون العقوبات رغم التعديلات الأخيرة التي أدخلت عليها إلا انه يبقى نسبيا فيما يتعلق بحماية الحريات العامة بسبب إمكانية المامية وجمعية لكافة الجرائم التي يمكن حدوثها بين الحين والأخر لأي سبب من الأسباب يصعب

١ تم تعديل رقم 156/66 المؤرخ في ٨يونيو ١٩٦٦ المتضمن قانون العقوبات الموجب قانون العقوبات

التحكم فيه كالجرم التي حدثت في ظل الظروف الاستثنائية التي عاشتها الجزائر ولا تزال تعيشها إلي يومنا هذا بموجب التحول في حالة الحصار وحالة الطوارئ.

بسبب انه يصعب تكيفها لاسيما من حيث ملابساتها وكذا التأكد من هوية مرتكبيها وهو الأمر الذي يجعل الحريات دوما أكثر تعرض من أي وقت الدليل على ذلك كما رأيناه هو إصدار مرسوم التشريعي رقم ٠٣/٩٢ المؤرخ في ٣٠ سبتمبر ١٩٩٢ والمعدل والمتظمن لموجب المرسوم التشريعي رقم ٠٥/٩٣ المؤرخ في١٩أفريل ١٩٩٣ المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب [١].

الفرع الثالث :قانون الإجراءات الجزائية

باعتبار إن قانون الإجراءات الجزائية ينص ويتمتع بأهمية كبيرة كونه يرسم ويحدد الإطار الشكلي القانوني للأفعال المجرمة وكذا فيما يخص بتوقيع العقوبة اللازمة مع ضبط أحوال القبض على الأشخاص وتوقيفهم وحبسهم وتقيد حريتهم ومنعهم من التنقل والتحول إلى مساكنهم ومحلاتهم وتقنينها

وان كان ذلك يستدعى وجوب التقيد الصارم لمبدأ الدستورية القانونية وتدرجها والذي يعتبر من أهم المبادئ التي تبنى عليها الضمانات الدستورية والقانونية لحماية الحريات العامة ، مثال على ذلك كان لا يكون مباشرة إجراء التفتيش إلا بأمر قضائي وفي الحالات والأشكال المحددة في القانون .

وهذا الأمر المجسد في متن قانون الجزائية رغم أن التفتيش يهدف للبحث عن دليل الجريمة المرتكبة لمعرفة الجاني أو مرتكب الجريمة والذي يعتبر في حد ذاته إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي الذي يخوله القانون.

---

١ انظر المرسوم التشريعي رقم ٠٣/٩٢ المؤرخ في ٣٠ سبتمبر ١٩٩٢ بالجريدة الرسمية العدد ٧٠، والمعدل والمتضمن لموجب المرسوم التشريعي رقم ٠٥/٩٣ المؤرخ في١٩أفريل ١٩٩٣ الجريدة الرسمية العدد ٢٥ الصادرة في يوم ٠٤/٢٥ ١٩٩٣

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال الفصل الثاني نستنتج أنه هناك جملة من الاستثناءات التي ترد على مبدأ الشرعية،.والتي تعرف بالظروف الاستثنائية التي بقيامها يجوز لسلطة التنفيذية ان تسن القوانين ويكون لها الدور الاكبر في التشريع بدلا من صاحبة الاختصاص الرئسية الا وهي السلطة التشريعية اضافة الى الاجراءات تختلف من الظروف العادية الى الظروف الاستثنائية وهذه الظروف هي حالة الطوارئ والحصار والحرب ومن خلال دراستنا وجدنا الظروف العادية تختلف عن الظروف الاستثنائية من حيث الاجراءات والسلطة التي لها دور سن القوانين فمثلا من حيث السلطة التي تسن في الظروف العادية هي السلطة التشريعية اما الظروف الاستثنائية هي السلطة التنفيذية ومثال عن الاختلاف في الاجراءات التفتيش

يختلف مثلا ففي الظروف العادية يكون حسب قانون الاجراءات في وقت معين من الثامنة الى الخامسة صباحا في كان خارج هذا الاوقات يكون اجراء باطل ويجب ان يكون بامر من وكيل الجمهرية بينما في الظروف الاستثنائية فهو يكون كلما دعت الضرورة لتفتيش

ومن هذا ان المشرع الجزائري وسع من سلطات السلطة التنفيذية من خلال استقراء المواد 91 الى 96 من الدستور

خاتمة

نستنتج من خلال درستنا لموضوع: " **تطبيق مبدأ الشرعية في الحالات الاستثنائية**" أن هذا المبدأ يعتمد على مصدر وحيد هو القانون الصادر عن السلطة التشريعية، إضافة إلى أن الأخذ بالمبدأ يقيد سلطة القاضي ويجعله آلة تطبق القانون.

ورغم تبني المشرع الجزائري لهذا المبدأ وإدراجه ضمن دساتيره، إلا أنه أورد عليه بعض الاستثناءات المنصوص عليها في قانون العقوبات والدستور، ومن خلال كلّ ما سبق ذكره نخرج ببعض النتائج نوجزها كما يلي:

- أن اعتماد مبدأ الشرعية على مصدر واحد يجعله جامد مقارنة بالتطورات التي يشهدها عالم الإجرام، لذلك كان من الواجب فتح المجال أمام السلطة التنفيذية لسن القوانين، لأنها أكثر اطّلاعا على مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك إعطاء القضاة سلطة لتفسير الذي من شأنه الالمام بجميع الأفعال المجرمة.
- إضافة إلى أن المشرع الجزائري،انه منح رئيس الجمهورية كل الصلاحيات لاعلان حالة الطوارئ والحرب الحصار وهذا طبقا لم جاء في 91من دستور1996 نجد ان هذه المادة تمنح رئيس الجمهورية الاعلان عن هذه الظروف دون منازع اذا دعت الضرورة الملحة كما نلاحظ انه من خلال النصوص التنظيمية والتنفيذية بشان تطبيق الظروف الاستثنائية كتلك المتعلقة بحالة الحصار والطوارئ انها تمنح عدة هيئات سلطات واسعة".وعليه فان تجربة اتخاذ الاجراءات والتدابير اللازمة السريعة التي تفرضها الظروف الاستثنائية لمواجهة الخطر

ولا يفوت الدراسة أن تنوه ببعض التوصيات:

- القيام بالاليات لحماية الحريات والحقوق العامة وعلية رغم شرعية الظروف الاستثنائية الا انه يتطلب اعادة النظرفي كل النصوص الخاصة بها من جهة الاعلان وسبب اقرارها مع ضرورة اسنادها برقابة قضائية
- أنّ مبدأ الشرعية من الصعب تضمنه خارج الظروف العادية.
- أنّ الحالات الاستثنائية حسب التشريع الجزائري هي:
  - حالة حصار.
  - حالة الطوارئ.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا– المصادر والمراجع باللغة العربيّة:

- القرآن الكريم.

١ -الكتب.

أ. الكتب العامّة:

- اسحاق ابراهيم منصور، **شرح قانون العقوبات الجزائري** ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2 الجزائر.
- أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائي العام** ، ط 10، 2011 ، دار هومة، الجزائر
- أمين مصطفى محمد، قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية
- بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، الجزائر.
- بن شيخ لحسن، **مذكرات في القانون الجزائي الخاص** ، دار هومة، ط 7، 2011، الجزائر.
- محمد رفعت عبد الوهاب، حسين عثمان محمد عثمان، **النظم السياسية والقانون الدستوري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999.
- محمود نجيب حسني، **شرح قانون العقوبات القسم الخاص**، دار النهضة العربية، ط 1978مصر.
- منصور رحماني، **الوجيز في القانون الجنائيالعام**، دار العلوم للنشر، الجزائر.
- مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس للنشر، الجزائر
- عبد الله سليمان، **شرح قانون العقوبات الجزائري**، القسم العام، ج 1، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 6، 2005، الجزائر.
- عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، ط 2012 ، دار الهدى، الجزائر.

- عبد الرحمن خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، دار بلقيس للنشر، الجزائر.
- عبد الله فتوح الشاذلي، **جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال** ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 2002.
- عبد الله بوقفة : أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري– دراسة مقارنة– دار هومة لنشر والتوريع، 2002.
- عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- عبد القادر عدوّ، **مبادئ قانون العقوبات الجزائري**، القسم العام، دار هومة، الجزائر، 2010.
- علي عبد القادر القهوجي، فتوح عبد الله الشاذلي، **شرح قانون العقوبات، القسم الخاص**، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية.
- فوزية عبد الستار، **شرح قانون العقوبات، القسم الخاص** ، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 2000.
- فوزي اوصديق :الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ج 3، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
- سمير عالية، **شرح قانون العقوبات**، القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت.
- سعيد بوشعير، **النظام السياسي الجزائري**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1990.

ب. **كتب متخصصة:**

- بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، الجزائر.

٢ المقالات والدراسات:

–**المحكمة العليا**، **(الغرفة الجنائية)**، قرار: 04–/03/1969، ص 454.

٣ الرسائل الجامعية:

-دجال صالح بكير ، الحقوق والحريات في الدستور الجزائري والشريعة الاسلامية ، (رسالة ماجيستير)، كلية اصول الدين، جامعة الجزائر1999- 2000.

-ليمان أمين، **حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري** ، (مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء) الدفعة السابعة عشرة، 2006-2009.

-سحنين أحمد، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، (رسالة ماجيستير) 2004-2005

٤ -النّصوص القانونية:

- الأمر رقم 66- 155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية العدد 49، المنشورة في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم بموجب القوانين اللاحقة إلى غاية تعديل بموجب القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر، الجريدة الرسمية العدد 84، المنشورة في 24 ديسمبر 2006.
- الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 49، المنشورة في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم بموجب القوانين اللاحقة إلى غاية آخر تعديل بموجب القانون رقم 11-14 المؤرخ في 02-أوت-2011، الجريدة الرسمية العدد 44 المنشورة في 10 أوت 2011.

ثانيا:المراجع باللغة الفرنسيّة:

-G. Stefani, Georges Levasseur, Droit Pénal Général(11 Emé Edition), Dalloz, Paris, 1981.

فهرست

الفهرس:

	الصفحة
المقدمة	4-2
الفصل الأول: ماهية مبدأ الشرعية	**6**
المبحث الأول: مفهوم مبدأ الشرعية	**6**
المطلب الأول: تعريف مبدأ الشرعية وتاريخه	**6**
– الفرع الأول:**تعريف مبدأ الشرعية**	**6**
– الفرع الثاني: نشأة مبدأ الشرعية	**7**
– الفرع الثالث: عناصر مبدأ الشرعية	**13**
المطلب الثاني: نتائج مبدأ الشرعية	**21**
– الفرع الأول:حصر مصدر التجريم والعقاب	**21**
– الفرع الثاني: التفسير الكاشف	**23**
– الفرع الثالث: حضر القياس	**25**
المبحث الثاني: مبادئ مبدأ الشرعية	**28**
المطلب الأول: المبادئ الأصلية لمبدأ الشرعية	**28**
– الفرع الأول: التطبيق الزماني لمبدأ الشرعية	**28**
– الفرع الثاني: مبدأ إقليمية النص الجنائي	**34**
المطلب الثاني: المبادئ الاحتياطية لمبدأ الشرعية	**41**
– الفرع الأول: مبدأ الشخصية	**41**
– الفرع الثاني: مبدأ العينية	**41**
خلاصة الفصل الأول	**49**
الفصل الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الشرعية	**52**
المبحث الأول: ماهية الظروف الاستثنائية وانواعها	**53**
المطلب الأول: مفهوم وانواع الظروف الاستثنائية	**53**
– الفرع الأول:تعريف الظروف الاستثنائية	**53**
– الفرع الثاني: انواع الظروف الاستثنائية	**57**
المطلب الثاني: شروط اعلان الظروف الاستثنائية	**61**

– الفرع الأول: شروط الشكلية والموضوعية	61
– الفرع الثاني: الاثار المترتبة على تطبيق الظروف الاستثنائية	64
المبحث الثاني: الضمانات الدستورية والقانونية لحماية الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية	66
المطلب الأول: الضمانات الدستورية لحماية الحريات العامة في الظروف الاستثنائية	67
– الفرع الأول:مبدا الشرعية	68
– الفرع الثاني: الفصل بين السلطات	69
– الفرع الثالث:الرقابة على دستورية القوانين	70
المطلب الثاني:الضمانات القانونية لحماية الحريات العامة الفرع الاول:ضرورة تكفل النصوص القانونية بالحريات الفرع الثاني: قانون العقوبات الفرع الثالث:قانون الاجراءات الجزائية	71
خاتمة	75
قائمة المراجع	78
فهرس المحتويات	82