



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الحاج لخضر - باتنة -



نيابة العمادة للدراسات العليا
والبحث العلمي
والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
و العلوم الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية

النطاق الزماني لتطبيق النص الجنائي

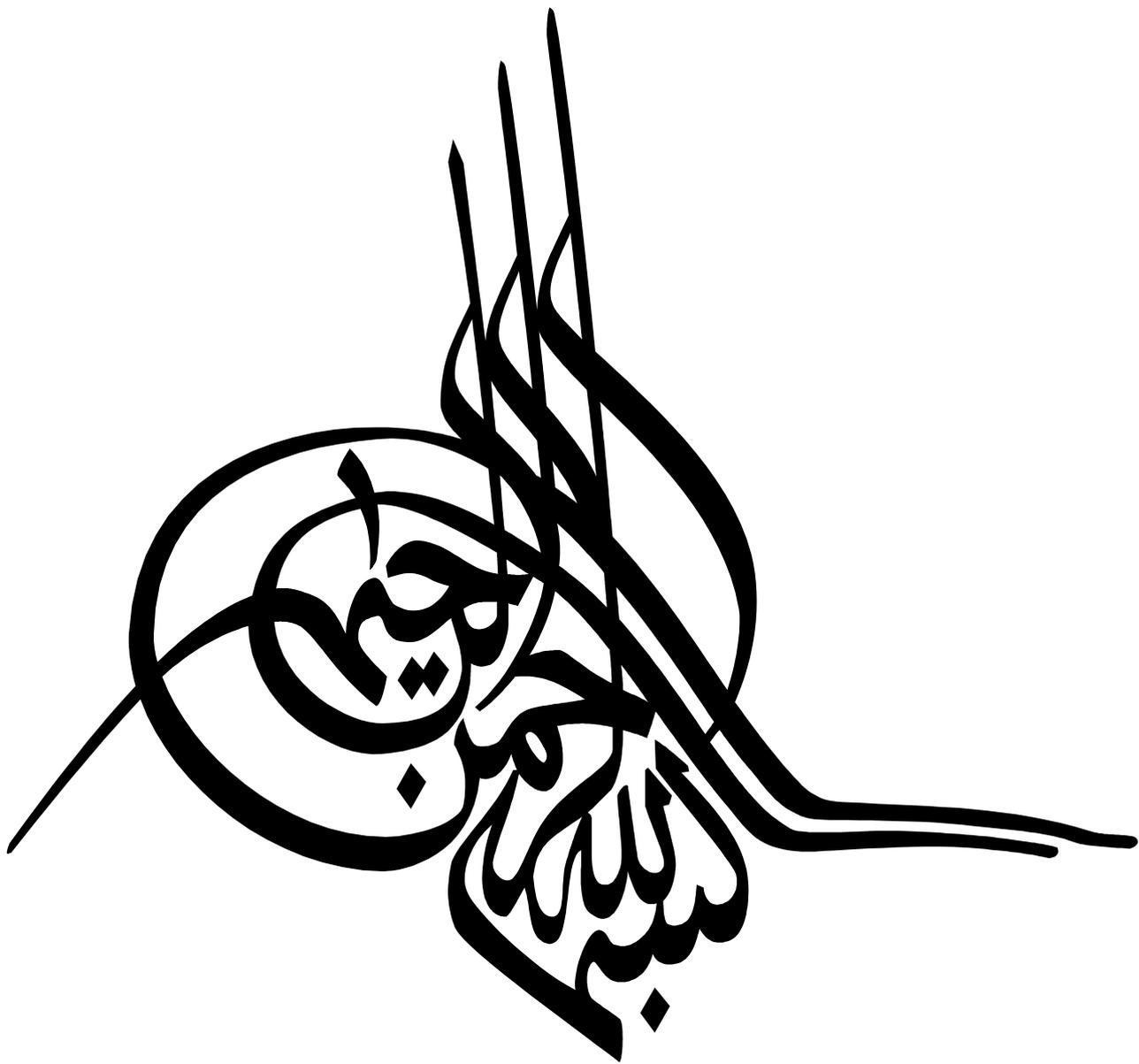
- دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الجزائري-

بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية
- تخصص: شريعة وقانون-

إشراف الأستاذ الدكتور:
سعيد فكرة

إعداد الطالب:
عبد الكريم تافرونت

السنة الجامعية
2012 - 2013 م / 1433-1434 هـ



شكر و تقدير

الحمد و الشكر لله أولا و أخيرا، و امتثالاً للتوجيه النبوي: " من لا يشكر الناس لا يشكر الله " .

أتوجه خصوصا بالشكر و التقدير و العرفان إلى أستاذي المشرف

" الأستاذ الدكتور سعيد فكرة "

الذي تكرم علي بقبول إشرافه على هذه الأطروحة ، التي تابعتها من أولها إلى آخرها ، و قد أفادتني ملاحظاته القيمة ، و توجيهاته النافعة أيما إفادة .

كما أتقدم بالشكر الجزيل

" للأستاذ الدكتور محمد بوزغيبية "

الذي لم ييخل علي بقبول مشاركته الإشراف على هذا البحث بجامعة الزيتونة بالجمهورية التونسية ، و على ما أولاني به من الرعاية و الاهتمام و التوجيهات والنصائح طيلة فترة المنحة بالخارج .

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر و التقدير ، إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على تفضلهم بقراءة هذه الرسالة و قبول مناقشتها .

إلى جميع من ذكرت : أزجي جزيل الشكر و وافر التقدير .

قائمة الاختصاصات

- ق. إ. ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
- ق. ع: قانون العقوبات الجزائري.
- ق. م: القانون المدني الجزائري.
- ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- ق. م. ت. إ: قانون مكافحة التخريب و الإرهاب.
- ق. ع. إ: قانون العقوبات الاقتصادي.
- ق. ج. د: القانون الجنائي الدولي.
- عدم الرجعية: مبدأ عدم رجعية النص الجنائي.
- الشرعية: مبدأ شرعية التجريم و العقاب.
- الفورية: مبدأ الأثر الفوري و المباشر للنص الجنائي.

مقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

إن المنتبغ للحركة التشريعية في الجزائر لفترة ما بعد أحداث أكتوبر 1988، وما تلاها من تحول على نمط نظام الحكم، وما تبع ذلك من حركة تغيير وتعديل في المنظومة القانونية ككل بدءا بالدستور ثم مختلف نصوص القوانين الأخرى ومنها الجنائية؛ يجد أن حركة التعديل والتغيير هذه تمت بوتيرة أقل ما يقال عنها أنها متسارعة إلى درجة أنه يصعب مواكبة حزمة الأحكام المستجدة من حيث طبيعتها ومبرراتها ومشاكلها التطبيقية، فإذا تمعنا نصوص قانون العقوبات على سبيل المثال، نجد أنه تم تعديله منذ صدوره بتاريخ 1966 إلى غاية 1988 وخلال 22 سنة كاملة خمس مرات، في حين ومنذ 1988 إلى سنة 2010 وخلال نفس المدة الزمنية- أي 22 سنة - طرأ عليه أربعة عشر تعديلا، أي أكثر من ضعف ما حدث له خلال المدة السابقة.

وأمام هذا الوضع، أي التنوع التشريعي، فإنه من البديهي أن تفرض مشكلة تنازع النصوص الجنائية من حيث الزمان نفسها على الناحية العملية والتطبيقية في المجال القضائي، وهو ما يستوجب بحث هذه القضية من جميع جوانبها.

أولا- أهمية الموضوع:

1. إن معالجة مشكلة تنازع النصوص الجنائية من حيث الزمان ذات أهمية بالغة في حياة الأفراد و المجتمع ككل، لأن تعيين الحدود الزمانية للنص الجنائي يضعهم في الصورة الصحيحة من خلال خضوعهم لأحكام هذه القوانين، كونها متعلقة وذات تأثير مباشر على حياتهم وحررياتهم، سواء من حيث التجريم أو العقاب أو الإجراءات الواجب اتخاذها ضدهم في حالة اتهامهم بالإجرام.

2. البحث ذو ارتباط بالواقع من خلال مساهرة نشاط حركة التعديل التي شهدتها النصوص الجنائية الجزائرية في العشرينين الأخيرتين، وما ينتج عن ذلك من تنازع بين النصوص

القديمة و الجديدة، مما يستوجب دراسة هذا الموضوع بالإجابة عن الإشكالات التي تُطرح بشأنه.

3.تتركز الدراسة حول التنازع الزمني للنصوص الجنائية في القانون الجزائري مقارنة بالفقه الجنائي الإسلامي سواء في الجانب الموضوعي أو الإجرائي، حيث لم أجد في حدود ما اطلعت عليه من تناول هذا الموضوع فيما سبق.

ثانيا- أسباب اختيار الموضوع:

وهي أسباب علمية وموضوعية عديدة أجمعها فيما يلي:

1. إن حركة التسارع التي شهدتها تعديل النصوص الجنائية في العقدين الأخيرين، حرك في عقلي جدية البحث في الآليات التي تحدد السلطان الزمني لتلك النصوص من أجل التطبيق السليم على الوقائع التي جاءت لمعالجتها.

2. إن تعرض المجتمع الجزائري لظاهرتين إجراميتين خطيرتين، والمتمثلتان في الظاهرة الإرهابية، وظاهرة الفساد، جعلت المشرع يخضع النصوص الجنائية لعدة تعديلات لمواجهة تلك الظروف.

وهذا الأمر يثير إشكالية تنازع القوانين من حيث الزمان، وإخراجها للواقع، مع العلم أن هناك عدة أحكام وإجراءات مؤقتة منها تدابير الرحمة، وقانون الوئام المدني، مع ما لهذا النوع من النصوص والأحكام من تأثير مباشر بقضية التنازع الزمني، وهو ما يستوجب البحث والتدقيق في الحلول التشريعية والفقهية والقضائية لهذه الإشكالية .

3. إن صدور قانون المصالحة الوطنية، الذي زكاه الشعب الجزائري بأغلبية 97.38% في استفتاء 2005.09.29 قد صاحبه جدل قانوني، امتد إلى التداول الإعلامي حول جزئية نطاقه الزمني، من خلال الفقرة الأخيرة منه والتي تنص على "أن الشعب الجزائري يصادق على هذا الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية، ويفوض لرئيس الجمهورية اتخاذ جميع الإجراءات قصد تجسيد ما جاء في بنوده" رغم كون هذا الميثاق يحمل طابع النصوص والتدابير المؤقتة، وهو ما جعلني أستشعر الحاجة للبحث في آليات تطبيق هذا النوع من النصوص و التدابير من حيث الزمان.

4. بحكم اعتقادنا أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، لا بد من إلقاء الضوء على المبادئ القانونية الحديثة، ومدى تبني التشريع الإسلامي لها، لإعطاء الحلول لبعض الإشكالات المستعصية والمرتبطة بهذه المبادئ.

5. سبب ذاتي يتعلق بميل الدراسات القانونية المقارنة بالفقه الإسلامي بحكم التخصص.

ثالثا- إشكالية البحث:

إن المتمعن في السلطان الزماني للنصوص الجنائية، لا يجد أية صعوبة في إلزامية خضوع كل الوقائع التي حدثت طوال فترة نفاذ تلك النصوص لأحكامها، سواء من ناحية التجريم أو العقاب أو الإجراءات الواجب اتخاذها تجاه مرتكبي تلك الوقائع.

غير أن الإشكال العملي قد يُطرح بصدد تلك الوقائع الإجرامية التي حدثت في ظل قانون معين، والتي لم يُفصل فيها قضائيا، أو لم تُبأشر بشأنها أية إجراءات إلا بعد صدور قانون جديد يلغي كلية، أو يعدل جزئيا أحكام القانون الذي حدثت تلك الوقائع في ظل سريانه، فأى القانونين يطبق؟ هل القانون الذي كان نافذا خلال ارتكاب الوقائع المجرّمة بنصوصه؟ أم ذلك الذي يتم الفصل القضائي في فترة سريانه على تلك الوقائع الإجرامية؟ وما هي المبادئ التي يُستند إليها في اختيار القانون الواجب التطبيق؟

ونفس الإشكالية تطرح على المراكز القانونية الجنائية المترامية، أي التي بدأ تكوينها في ظل القانون القديم ويستمر هذا التكوين إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد، أو تلك التي تكونت في ظل القانون القديم، ولم تنتج آثارها إلا في ظل القانون الجديد؛ فأى القانونين يطبق؟ ونفس التساؤل يطرح في ظل القوانين المتعاقبة.

فما موقف المشرع الجزائري من هذه الإشكالات؟ وما هو رأي الفقه الجنائي الإسلامي في تلك القضايا؟

وهل هناك توافق أم اختلاف بين الموقفين؟ وإن كان بينهما تباين فما مرد ذلك؟ للإجابة على هذه التساؤلات وغيرها، جاء هذا الجهد لدراسة الموضوع تحت عنوان: النطاق الزماني لتطبيق النص الجنائي - دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الجزائري -.

رابعاً: أهداف البحث:

دراسة هذا الموضوع يرمي إلى تحقيق جملة أهداف متمثلة فيما يلي:

1. بيان وإعطاء الحلول التشريعية والفقهية لحالة تنازع نصين قانونين أحدهما قديم والآخر جديد حول حكم الواقعة الإجرامية التي حدثت في ظل القانون القديم ولم يتابع مرتكبها إلا بعد صدور القانون الجديد؛ أو تم تحريك الدعوى العمومية بشأن ذلك في ظل القانون القديم ولم يتم الفصل فيها إلا بعد صدور القانون الجديد.
2. تحديد القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية التي يتطلب تكوينها أو إنتاج آثارها مدة زمنية طويلة في حالة تصادف ذلك التكوين أو ترتيب الآثار مع إلغاء أو تعديل النصوص القانونية التي تنظمها.
3. دراسة المبادئ القانونية التي يحتكم إليها لحل إشكالية تنازع النصوص الجنائية من حيث الزمان، سواء في جانبها النظري أو التطبيقي.
4. محاولة إظهار مدى إلمام المشرع الجزائري بجزئيات التنازع الزماني للنصوص الجنائية والكشف عن النقائص المرتبطة بذلك.
5. بيان رأي الفقه الجنائي الإسلامي حول الجزئيات المرتبطة بتنازع النصوص الجنائية من حيث الزمان ومدى قدرته على الاستجابة لمقتضيات العصر بما يناسبه من أحكام وتشريعات.
6. إظهار مواضع التوافق والاختلاف بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجزائري المرتبطة بتطبيق النصوص الجنائية زمانياً.

خامساً-الدراسات السابقة:

ليست هذه الدراسة أول ما كتب في الموضوع، إلا ما كان منه في جانب المقارنة بين القانون الجزائري والفقه الجنائي الإسلامي، وخارج هذا الإطار فقد سبقني مجموعة من الباحثين فيما استطعت التوصل إليه داخل الوطن وخارجه وهم:

- 1.حسن الجوخدار، تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان-دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1974، تم طبعها من طرف مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بدون تاريخ.

و لقد استفدت من هذه الدراسة القيمة والمعقدة أيما استفادة، خصوصا في جانب الدراسة النظرية للموضوع.

وقد تناول الباحث موضوعه ضمن قسمين، خصص الأول لتطبيق القوانين الجنائية الموضوعية من حيث الزمان، والثاني لتطبيق القوانين الإجرائية من حيث الزمان.

ففي القسم الأول قام الباحث بدراسة مبدأ عدم رجعية النص الجنائي كضابط يحكم التطبيق الزمني للقواعد الموضوعية، فعرض للأسس التي يقوم عليها ونطاق تطبيقه، ثم سريان القانون الأصلح للمتهم دون أن يشير إلى اعتباره كاستثناء، أما القسم الثاني فعرض فيه المبادئ العامة للسريان الزمني للقوانين الإجرائية، حيث عاد مرة أخرى للحديث عن مبدأ عدم الرجعية، إلى جانب الأثر المباشر والأثر الرجعي، ومبدأ الشرعية، ويغلب على هذا الجزء من البحث التعمق في الخلاف الفقهي، و البحث في الصياغات المختلفة لتلك القواعد. وبعد ذلك عرض لآليات تطبيق مختلف القواعد الإجرائية من حيث الزمان، بدءا بالتنظيم والاختصاص القضائي، ثم سير الخصومة الجنائية، ثم قواعد التقادم وتنفيذ العقوبات.

وما يمكن ملاحظته على هذه الدراسة أنه يغلب عليها الطابع النظري، حيث كانت نسبة كبيرة منها تتعلق بعرض المذاهب الفقهية بحججها والانتقادات الموجهة إليها، ولعل هذا يعود إلى كونها من أولى إن لم نقل أول دراسة أكاديمية عربية لهذا الموضوع، وكون تاريخ عرضها متقدم نوعا ما في 1974، بما تحمله تلك الحقبة من حداثة تحرر الدول العربية من جهة، واستقرار تشريعي نسبيا من جهة أخرى مقارنة بنشاط التعديل و التغيير في العقدين الأخيرين .

أما عن جانب المقارنة في الموضوع، فلم يحدد مجال ذلك في العنوان، ولا في المقدمة حيث عرض الباحث لمختلف المذاهب الفقهية بتعمق؛ وعن الحلول التشريعية في الموضوع فقد تم التركيز على التشريع المصري والفرنسي مع الإشارة في كثير من الأحيان إلى جانبهما لرأي المشرع السوري وبدرجة أقل اللبناني.

2. علي الجلولي، مجال سريان القواعد القانونية في الزمان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحقوق والاقتصاد والتصرف، تونس 1991، وهذه الدراسة شاملة لقضية السريان الزمني للقواعد القانونية، مهما كان نوعها، سواء جنائية أو غير جنائية،

وسواء كانت تعاقدية أو قانونية، وعليه تم عرض الكثير من الحلول التشريعية في مجال القانون الخاص.

وقد تم عرض الموضوع من خلال مجال سريان القواعد القانونية على الماضي، ومجال سريانها على الحاضر، وبرغم كون الدراسة منصبة على القانون التونسي سواء العام أو الخاص، وقد استفدت منها خاصة في النوع الأول منه أثناء الدراسة النظرية للموضوع.

3. عبد الباسط العيودي، تطبيق قانون مكافحة التخريب والإرهاب في الزمان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1995، - 1996.

وهذه الدراسة جاءت ضمن قسم تمهيدي عن الإطار المفاهيمي لظاهرة الإرهاب، ثم قسمين رئيسيين، خص الباحث الأول منهما لتطبيق الأحكام الموضوعية من قانون 03/92 زمانيا، ثم تناول في الثاني التطبيق الزمني لأحكام القانون نفسه في جانبه الإجرائي؛ ونلاحظ أن هذه الدراسة كانت منصبة على قانون بعينه جاء للمعالجة التشريعية للأحداث الاستثنائية في الجزائر و الموصوفة بجرائم التخريب و الإرهاب ، ثم ما لبث المشرع أن أدمج تلك الأحكام الاستثنائية الخاصة ضمن التشريع الجنائي العام في قانون العقوبات والإجراءات الجزائية.

4. فيصل حمادة سعود الفواز، سريان النص الجزائي الموضوعي من حيث الزمان-دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، جامعة آل البيت، عمان، الأردن، 2001.

وتمت هذه الدراسة ضمن بابين، خُص الأول منهما لقاعدة عدم رجعية النص الجزائي الموضوعي بعرض أسسه وشروط تطبيقه، وفي الثاني تم عرض النص الجزائي الموضوعي الأصلح للمتهم وتطبيقه من حيث الزمان.

4. اسمهان بن علي، تنازع القوانين الجنائية في الزمان، رسالة ماجستير، جامعة تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية، 2005- 2006.

وتم تقسيم هذه الدراسة إلى جزئين، خُصص الأول لتنازع القوانين الجنائية الموضوعية، والثاني لتنازع القوانين الإجرائية في الزمان مجارة لما ذهب إليه الدكتور الجوخدار كما

سبق ذكره، وقد تناول هذا البحث الحلول القانونية للوضعيات التنازعية ضمن أحكام القانون الجنائي التونسي.

تعقيب: إن دراسة موضوع تطبيق القوانين الجنائية من حيث الزمان يتمحور حول جزئيتين مركبتين تتمثلان في انقسام النصوص الجنائية إلى نوعين، هما النصوص الموضوعية والشكلية من جهة، وانقسام المبادئ التي تحكم تنازع تلك النصوص بنوعيهما إلى فئتين هما مبدأ عدم الرجعية ومبدأ الفورية من جهة أخرى، مع وجود تفرعات لكل مبدأ من حيث المفهوم والنشأة ومجال التطبيق والاستبعاد.

وباستقراء الدراسات السابقة التي أشرت إليها، فإن كل الباحثين، قد تناولوا تطبيق النص الجنائي من حيث الزمان ضمن تقسيم ثنائي انطلاقاً من نوعية النصوص، فقسّموا بحوثهم إلى تطبيق النصوص الموضوعية من حيث الزمان، وفي مقابلتها تطبيق النصوص الإجرائية زمانياً.

و الانطلاق من نوعية النصوص كأساس لعرض كيفية تطبيقها زمانياً يستوجب دراسة التفرقة بين النصوص الجنائية الموضوعية والشكلية، خاصة أن هناك جدل فقهي حتى الآن حول طبيعة بعض القواعد كالتقادم أمام غياب رأي التشريع في ذلك.

أمام هذا ارتأيت أن أستند في دراستي إلى الآلية والوسيلة التي يُحتكم إليها في ضبط الحدود الزمانية للنص الجنائي، وهي مبدئي عدم الرجعية والفورية وجعل هذين المبدئين كمرجعية لتقسيم البحث و ليس نوعية النصوص من حيث كونها موضوعية أو شكلية.

سادساً-المنهج المتبع في الدراسة:

1.المنهج المعتمد في تحرير عناصر البحث:

اقتضى البحث أن أختار ازاء معالجة إشكاليته وتحقيق الأهداف المحددة من خلال ذلك المنهج الاستقرائي مع الاعتماد على آليات بقية المناهج المتمثلة في آلية التحليل و آلية المقارنة، دون الإغفال عن اللجوء إلى آليات المنهج التاريخي في بعض المباحث.

2.منهجية التوثيق في الرسالة:

لقد حشيت هذا البحث بهوامش كان من أهمها:

أ. عزو الآيات إلى سورها وذكر أرقامها كما في المصحف الشريف برواية حفص عن عاصم.

ب. **تخريج الأحاديث:** الالتزام في تخريج الأحاديث المذكورة في البحث من مصادرها الأصلية، فإن كان الحديث في الصحيحين اكتفيت بتخريجه منهما، وإن كان في أحدهما اكتفيت به دون بقية كتب الحديث الأخرى، أما إذا كان الحديث في غير الصحيحين فقد عمدت إلى تخريجه من الكتب الستة إن وجدت فيها أو من كتب السنن، فأذكر الكتاب، والباب ثم الصفحة وأخيرا رقم الحديث.

ج. **النصوص القانونية:** أما النصوص التي تحمل طابع التقنين والتشريع سواء في القوانين الداخلية، أو بعض العهود والمواثيق الدولية ذات الصلة بالموضوع، فأكتفي بذكر مرجعيتها وأرقامها في متن البحث دون تكرار ذلك في الهوامش.

د. توثيق الإحالات:

- عند الإحالة إلى كتاب أصدر باسم المؤلف، ثم عنوان الكتاب، فاسم المحقق إن وجد، ثم دار النشر أو الطبع، ثم البلد، فرقم الطبعة وسنتها، ثم الجزء والصفحة، فإن لم يوجد الناشر أو بلد النشر أو رقم الطبعة أو سنتها أشرت إلى ذلك بالرموز التالية: (د ن: دون ناشر)، (د م ن: دون مكان النشر)، (د ط: دون طبعة)، (د ت: دون تاريخ).

عند تكرار النقل من مصدر واحد ولم يفصل بين النقلين حاشية أخرى أو ثق النص بعبارة: "المرجع نفسه" ثم أذكر رقم الصفحة، أما إذا فصل بين النقلين بإحالة أو بحاشية أخرى، فأذكر المؤلف ثم أذكر الجزء والصفحة، هذا إذا كان للمؤلف كتاب واحد ذو صلة بالبحث، أما إذا استعملت أكثر من مرجع لنفس المؤلف فأذكر اسمه، ثم عنوان المرجع، ثم الجزء و الصفحة.

- إذا كانت الإحالة إلى مقال يتعلق بمجلة، أو في موقع من شبكة الأنترنت، ذكرت الكاتب إن وجد، ثم عنوان المقال، ثم المجلة ورقم العدد والصفحة والتاريخ إن وجد، ثم الموقع الإلكتروني المأخوذ منه.

ص- **الفهارس:** عنيت في ختام البحث بوضع فهارس مفصلة تكون مفاتيح للبحث وهداية للقارئ وهي:

- فهرس الآيات القرآنية حسب ترتيبها في السور مع الإشارة إلى مكانها في البحث.
 - فهرس الأحاديث النبوية بتخريجها مرتبة ترتيباً ألفبائياً بحسب طرف الحديث ، مع الإشارة إلى مكان التخريج في البحث.
 - فهرس الأعلام المترجم لهم مرتبة ترتيباً ألفبائياً بحسب أسمائهم ، مع الإشارة إلى مكان ترجمتهم في البحث .
 - فهرس المصادر والمراجع مرتبة ترتيباً ألفبائياً، انطلاقاً من اسم المؤلف كما هو في واجهة الكتاب، ثم عنوان المرجع، فالمحقق إن وجد، ثم دار الطبع أو النشر والبلد، ثم رقم الطبعة وتاريخها.
 - فهرس الموضوعات.

سابعا-العوائق و العقبات:

لقد واجهت أثناء إنجاز هذا البحث صعوبات لعل أهمها:
 -ندرة الدراسات العلمية الأكاديمية السابقة خصوصا في الجانب المقارن بين القانون الجزائري و الفقه الجنائي الإسلامي.
 -إن المادة العلمية المرتبطة بالموضوع في جانب التشريع الإسلامي مبنوثة في كثير من مباحث و فصول كتب الفقه وكذا الأصول إلى جانب التفسير خصوصا ما تعلق بربط بعض الآيات بأحداث سبب نزولها إضافة لأحداث السيرة ومراجع الحديث.
 وهذا التشعب راجع إلى حداثة المبادئ والقواعد التي تحكم تنازع القوانين من حيث الزمان، وهو أمر غائب خاصة من حيث الصياغة في المراجع الإسلامية.

ثامنا: خطة البحث:

المقدمة

الباب الأول: تطبيق النص الجنائي من خلال مبدأ عدم الرجعية.

وقد بدأت بهذا المبدأ بناء على الأسبقية التاريخية، حيث يعتبر هو الذي كان يعتمد عليه في بدايات الأمر لوضع الحلول لمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، مما جعل الفقهاء يطلقون عليه اسم النظرية التقليدية، وقد تناولت هذا المبدأ بدراسته من حيث الجانب النظري والتطبيقي ضمن فصلين.

الفصل الأول: مبدأ عدم رجعية النص الجنائي وعلاقته مع مبدأ الشرعية.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي ومبررات

وجوده.

المبحث الثاني: علاقة مبدأ عدم الرجعية بمبدأ الشرعية.

الفصل الثاني: تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي والمساس به.

المبحث الأول: مجال تطبيق مبدأ عدم الرجعية في القانون الوضعي

والتشريع الإسلامي.

المبحث الثاني: القانون الأصلح للمتهم كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية.

الباب الثاني: تطبيق النص الجنائي من خلال مبدأ الأثر الفوري والمباشر.

وقد أخرجت هذا المبدأ بناء على نفس العامل السابق، أي التاريخي كون هذا المبدأ متأخراً ويطلق عليه اسم النظرية الحديثة في تنازع القوانين من حيث الزمان هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن مبدأ عدم الرجعية يشيع تطبيقه على نصوص قانون العقوبات، في حين تكثر تطبيقات الأثر الفوري على النصوص الشكلية، وكون هذه الأخيرة تُشرع بناء على النصوص الموضوعية لوضعها موضع التطبيق مما يبرر تأخير الأثر الفوري على عدم الرجعية، وقد تناولت هذا الباب في فصلين كذلك وهما:

الفصل الأول: مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي وعلاقته بمبدأ عدم

الرجعية.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ الأثر الفوري والمباشر والأسس التي يقوم

عليها.

المبحث الثاني: علاقة الأثر الفوري مع غيره في تنازع القوانين من

حيث الزمان.

الفصل الثاني: تطبيقات مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي.

المبحث الأول: ضوابط تطبيق مبدأ الأثر الفوري والمباشر.

المبحث الثاني: تطبيق الأثر الفوري على القواعد الإجرائية الملتبسة.

المبحث الثالث: الأثر الفوري والمباشر في القواعد غير الإجرائية.

الخاتمة: حيث أنهيت هذا البحث بعرض أهم النتائج المستخلصة من دراسة حيثياته، وكذا بعض التوصيات التي أراها جديرة بأن تؤخذ بعين الاعتبار.

الباب الأول

تطبيق النص الجنائي من خلال مبدأ عدم الرجعية

-الفصل الأول-

مبدأ عدم رجعية النص الجنائي وعلاقته مع مبدأ شرعية التجريم و
العقاب

-الفصل الثاني-

تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي والمساس به

الباب الأول: تطبيق النص الجنائي من خلال مبدأ عدم الرجعية.

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

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

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

وأمام عدم استقرار النصوص الجنائية يجد القاضي نفسه في بعض القضايا أمام تنازع نصين قانونيين في الغالب، فما هو القانون الذي سيطبقه؟

ولقد جرى العمل في هذا الشأن على الاعتماد بقاعدة انعدام الأثر الرجعي للقوانين الجنائية الموضوعية، وهي من الأصول الجوهرية في النظام القانوني التي يجب على المشرع مراعاتها، وتعد هذه القاعدة مبدأ بالنسبة لحالة تعاقب القوانين التي تحكم الحالة الواحدة⁽¹⁾.

فما هو مضمون هذا المبدأ في جانبه النظري؟ وماهي ضوابط تطبيقه، ومجالات استبعاده واستثنائه؟ وهو ما أفصله في هذا الباب ضمن فصلين، حيث أخصص الأول للدراسة النظرية لمبدأ عدم الرجعية والثاني للدراسة التطبيقية لذات المبدأ وفق ما يلي:

الفصل الأول: مبدأ عدم رجعية النص الجنائي وعلاقته مع مبدأ الشرعية.

الفصل الثاني: تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي والمساس به.

(1) -منذر صائغي، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الاقتصادي الجزائري- رسالة ماجستير-، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، نوفمبر 1984، ص110.

الفصل الأول

مبدأ عدم رجعية النص الجنائي وعلاقته مع مبدأ شرعية التجريم و العقاب

المبحث الأول

مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي و مبررات وجوده

المبحث الثاني

علاقة مبدأ عدم الرجعية بمبدأ الشرعية

الفصل الأول: مبدأ عدم رجعية النص الجنائي وعلاقته مع مبدأ الشرعية.

إذا كان من حق المشرع أن يغير نظرتة للأفعال و الأقوال من حيث الإباحة و التجريم وفق ما تقتضيه المصالح الاجتماعية، فإنه و كأصل عام ليس له أن يجعل لما يصدر عنه من قوانين في هذا الشأن سلطاناً مطلقاً من حيث سريانها في الزمان، إذ أن الأمر محكوم بمبدأ سام و معروف منذ القدم و هو عدم جواز رجعية القوانين الجنائية إلى الماضي.

فإذا لم يكن الفعل مجرماً إلا بمقتضى قانون جديد، فإن هذا القانون لا يملك المساس بهذا الفعل أو ملاحقة فاعله في وقت كان له الحق في القيام به طالما لم يكن مجرماً بموجب التشريع السائد وقت قيامه به، وذلك إعمالاً لمبدأ عدم رجعية النص الجنائي.

فما هو مفهوم هذا المبدأ؟ وما هي مبرراته ومدى قوته القانونية؟ وإلى أين تعود نشأته؟ وما علاقته بالمبدأ الأكثر شيوعاً وهو مبدأ الشرعية؟

ذلك ما سأحاول الإجابة عنه في هذا الفصل ضمن مبحثين هما:

المبحث الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي ومبررات وجوده.

المبحث الثاني: علاقة مبدأ عدم الرجعية بمبدأ شرعية التجريم والعقاب.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي ومبررات وجوده.

قبل الحديث عن تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي لا بد من الوقوف على مضمونه والأسس التي يقوم عليها، وهو ما أتناوله في هذا المبحث ضمن مطلبين، حيث أتطرق في المطلب الأول إلى المفهوم اللغوي والاصطلاحي لمبدأ عدم الرجعية وتاريخ ظهوره.

في حين سأتطرق في المطلب الثاني للمبررات التي فرضت وجوده والانتقادات الموجهة له.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي وتاريخه

إن الذي يجب على الباحث قبل الخوض في بحثه هو المعرفة التامة بالمصطلحات التي يتعامل معها في بحثه كي يستطيع مناقشة جميع جوانبه والوقوف على مواضعه في الكتب التي يرجع إليها في ذلك.

ولكي يتسنى معرفة المعنى الكامل لهذا العنوان يقتضي الأمر أن نعرّفه من الناحية اللغوية ومن الناحية الاصطلاحية مجازة لعرف الباحثين في تعريف المصطلحات والعناوين. والتفرغ من الوقوف على المفهوم اللغوي والاصطلاحي لمبدأ عدم الرجعية يستوجب البحث عن تاريخ نشأته وظهوره.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي**أولاً- مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي لغة:**

يستوجب التعريف اللغوي لهذا العنوان المركب تعريف الألفاظ التي يتكون منها كل على حد.

1-تعريف لفظ "المبدأ" لغة:

جاء في لسان العرب: "البدء جعل الشيء أول... وبدأت الشيء جعلته ابتداء... والبدء والبادئ الأول... وبادئ الرأي أوله وابتدأوه"⁽¹⁾.

(1) - ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار الجيل، بيروت، 1988، المجلد الأول أ-ج، مادة بدأ، ص170.

وقد جاء البدء في عدة مواضع من القرآن الكريم منها قوله تعالى: «وما يبدئ الباطل وما وما يعيد»⁽¹⁾، أي ما يخلق إبليس ولا يبعث، والله عز وجل هو الخالق والباعث...⁽²⁾. ومبدأ الشيء: أوله ومادته التي يتكون منها، كالنواة مبدأ النخل، أو يتركب منها، كالحروف مبدأ الكلام... ومبادئ العلم أو الفن أو الدستور أو القانون: قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها⁽³⁾، وعليه يكون هذا المعنى الأخير هو المقصود.

2. تعريف لفظ "العدم لغة":

العدم والعدم: فقدان الشيء وذهابه...⁽⁴⁾.

و"العدم): ضد الوجود، والفقر"⁽⁵⁾.

و"العدم هو فقدان ضد الوجود"⁽⁶⁾.

و العدم سواء بمعنى فقدان أو ضد الوجود يستنتج منه إعطاء مدلول النفي سواء لحكم أو لشيء ما.

3. تعريف لفظ "الرجعية" لغة:

رجع: يرجع رجعا رجوعا ورجعى ورجعانا ومرجعاً ومرجعة: انصرف⁽⁷⁾.

(الرجعية): البقاء على القديم في الأفكار والعادات، دون مسايرة التطور⁽⁸⁾. وقيل

أيضاً: "الرجعية هي اتباع مذهب السلف في الأفكار والعادات، دون مسايرة التطور"⁽⁹⁾.

و الرجعية بمعنى الانصراف إلى الماضي هو الأكثر ارتباطاً بموضوع هذا البحث.

4. تعريف النص لغة:

"نصص: النص: رفعك الشيء، نص الحديث بنصه نصاً: رفعه، وكل ما أظهر يعد

قد نص"⁽¹⁰⁾.

(1) -سورة سبأ، الآية:49.

(2) - ابن منظور، ص 170.

(3) - إبراهيم منصور وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، 1989م، الجزء الأول، ص42.

(4) - ابن منظور، ص708.

(5) - إبراهيم مصطفى وآخرون، ص588.

(6) - علي بن هادية وآخرون، القاموس الجديد للطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص657.

(7) - ابن منظور، المجلد الأول أر، مادة رجع، ص1129.

(8) - إبراهيم مصطفى وآخرون، ص331.

(9) - علي بن هادية وآخرون، ص377.

(10) - ابن منظور، المجلد السادس ن-ب، مادة نصص، ص 648.

و(النص): صيغة الكلام الأصلية التي وردت من المؤلف... مالا يحتمل إلا معنى واحدا، أو لا يحتمل التأويل، ومنه قولهم لا اجتهاد مع نص⁽¹⁾، وهذا المعنى هو المقصود في موضوع البحث، حيث أن النص الجنائي يطلق و يراد به ما يصدر عن المشرع من كلام مرتبط بصيغة التجريم و العقاب.

5-تعريف لفظ "الجنائي" لغة:

جني: جنى الذنب عليه جناية: جرّه... ورجل جان من قوم جناة وجنأ⁽²⁾.

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

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

من خلال التعاريف السابقة يمكن تحديد المعنى الاسمي المركب لعدم رجعية النص الجنائي بأنه: نفي تطبيق أحكام النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية في التجريم و العقاب على ما تم قبل إصدارها.

أو هو نفي انصراف مضمون الخطاب الصادر عن المشرع في مجال التجريم و العقاب إلى ما تم اقترافه خلال الفترة السابقة عن صدور ذلك الخطاب.

ثانيا- مفهوم عدم الرجعية اصطلاحا:

في كل المؤلفات التي رجعت إليها والتي لها علاقة بمبدأ عدم الرجعية، لم أصادف أي كتاب عرفها تعريفا دقيقا، وإنما عمدت إلى الحديث عن مضمونه دون إعطائه تعريفا اصطلاحيا جامعا مانعا.

وعليه فإن مبدأ عدم الرجعية يقضي بأنه"لا تسري القوانين الجنائية على الوقائع السابقة على نفاذها"⁽⁵⁾.

فلا يسمح للقاضي أن يطبق قانونا جديدا على جرائم سبق ارتكابها في ظل سريان قانون قديم وقد تم (الغاؤه أو تعديله).

(1) - إبراهيم مصطفى وآخرون، ص 926.

(2) - ابن منظور، المجلد الأول، أ-ر، مادة جنن، ص 519.

(3) - علي بن هادية وآخرون، ص 259.

(4) - إبراهيم مصطفى وآخرون، ص 141.

(5) - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ت، الجزء الأول-الجريمة- ص 74.

إذن لا يجوز أن يسري أي قانون جنائي على الأفعال التي ارتكبت قبل نفاذ القانون وكانت هذه الأفعال غير مجرمة⁽¹⁾، وإن نص القانون الجديد على تجريمها وحدد لها عقوبات معينة.

كما لا يطبق قانون جديد جاء بتعديل العقوبة في نوعها أو مقدارها على أفعال ارتكبت قبل نفاذها وإن كانت تحمل صفة الجريمة، أي أنه إذا أُبقي على قانون قديم في جانب التجريم وعدل مقدار العقوبة أو نوع الجريمة بقانون جديد فإنه لا يطبق على شخص وإن عدّ مجرماً قبل وبعد نفاذ القانون الجديد.

هذا إذا تقيدنا بالمفهوم اللغوي للمبدأ خاصة كلمة "رجعية" التي فيها دلالة على عدم العودة إلى الوراء في تطبيق النص القانوني، أما إذا لم نتقيد بالمدلول اللغوي للمبدأ أو للفظ الرجعية فإننا يمكن أن نوسع في مفهوم المبدأ ليشمل عدم قانونية تطبيق النصوص الجنائية القديمة في ظل قانون جديد يلغيه أو يعدله "ويعني ذلك أن النص لا يسري على الوقائع التي سبقت وجوده ولا على الوقائع اللاحقة على إلغائه"⁽²⁾.

- وسأحاول إعطاء تعريف لمبدأ عدم الرجعية بناء على ما سبق، وهو: "عدم سريان القوانين الجنائية على الوقائع والأحداث المرتكبة خارج وقت نفاذها".
- أما مفهوم المبدأ في التشريع الإسلامي فلا يمكن أن نجد له أثراً في كتب الفقه، ولا الأصول أو حتى السياسة الشرعية وعلوم الحديث، وذلك راجع لحدائث صياغة هذا المبدأ.

الفرع الثاني: تاريخ ظهور مبدأ عدم رجعية النص الجنائي

عندما نتحدث عن مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في القانون الجنائي الموضوعي فإننا نقصد شيئين هما:

- في الجريمة: وهو عدم تجريم أو إباحتها أفعال وقعت خارج وقت نفاذ قانون معين.
- في العقوبة: عدم تطبيق عقوبة جديدة على فعل ارتكب خارج وقت نفاذ القانون الذي نص عليها وإن أُبقي على تجريم ذلك الفعل.

(1) - محمد صبحي نجم، قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دبت، ص 53.

(2) - عبد الله سليمان، ص 73.

ولكي نتحدث عن تاريخ ظهور مبدأ عدم رجعية النص الجنائي يمكن الإشارة إلى تاريخ ظهور كل من الجريمة والعقوبة، لأنه كلما ذكر مبدأ عدم رجعية النص الجنائي أو احتج أحد به إلا وكان المقصود منه عدم رجعية أحدهما أو كليهما- أي الجريمة والعقوبة-.

أولاً- تاريخ الجريمة والعقوبة:

1. تعريف الجريمة:

لا تشير القوانين عادة إلى تعريف الجريمة تاركة ذلك للفقهاء، وقد تعددت محاولات الفقهاء لتعريف الجريمة (1).

فهناك من يعتمد في تعريف الجريمة على الجانب الشكلي "فيربط تعريف الجريمة بالعلاقة الشكلية بين الواقعة المرتكبة والقاعدة القانونية"(2)، فيكون تعريفها على هذا الأساس بأنها: كل فعل أو قول أو سلوك لا يبيحه القانون ويعاقب من أتاه.

-وهناك من يعتمد في تعريفه للجريمة على الجانب الموضوعي ويحاول هذا الاتجاه إبراز جوهر الجريمة باعتبارها اعتداء على مصلحة اجتماعية... على النحو التالي: "الجريمة هي الواقعة الضارة بكيان المجتمع وأمنه"(3).

وعند فقهاء الشريعة الإسلامية عرفها أبو يعلى الفراء بصيغة الجمع فقال: "والجرائم محظورات بالشرع، زجر الله تعالى عنها بحد(*) أو تعزير (**)"(4).

وإذا أسقطنا هذا التعريف على التعريفين السابقين نجد أن أبا يعلى الفراء قد اعتمد على الجانب الشكلي للجريمة وذلك بقوله: "زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير" أي حرمها الله تعالى فقدر لها عقوبة الحد أو التعزير.

2-تعريف العقوبة: هي جزاء جنائي يقرره المشرع لمن تثبت مسؤليته عن الجريمة(5).

(1) - مأمون سلامة، قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية: 1989م، ص 81، نقلا عن عبد الله سليمان، ص 49.

(2) - عبد الله سليمان، ص 49.

(3) - المرجع نفسه، ص 73.

(*) - الحد: هو العقوبة المقررة من قبل الشارع فلا تقبل الزيادة ولا النقصان في نوعها ومقدارها مثل قطع اليد في السرقة -الجلد مائة في الزنا- والجلد ثمانين في السكر...

(**) -التعزير هو عقوبة لتأديب الجاني بضرب أو غيره دون الوصول على مقدار عقوبة الحد، والتعزير عقوبة غير مقررة من قبل الشارع فهي تزيد وتنقص، أنظر: عبد الرحيم صدقي، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، مكتبة النهضة العربية، الطبعة الأولى: 1987م، ص 129.

(4) -أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، تصحيح وتعليق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص 257.

(5) - فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، بيروت، ط5: 1985م، ص 220.

3-تاريخ الجريمة:نحن كمسلمين نقر أن أول جريمة وقعت على سطح الكرة الأرضية هي ما حكاها الله -سبحانه وتعالى- في القرآن الكريم من قصة ابني آدم (قابيل وهابيل) في اقتتالهما، قال تعالى:«واتل عليهم نبأ ابني آدم بالحق إذ قربا قربانا فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر قال لأقتلنك قال إنما يتقبل الله من المتقين لنن بسطت إلى يدك لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك لأقتلك إني أخاف الله رب العالمين إني أريد أن تبوأ بإثمي وإثمك فتكون من أصحاب النار وذلك جزاء الظالمين فطوّعت له نفسه قتل أخيه فقتله فأصبح من الخاسرين»(1).

ونقول ذلك لقرب ارتكاب هذه الجريمة ببدء خلق الإنسان لكون ابني آدم اللذين تحكي عنهما قصة الاقتتال "الصلبة في قول الجمهور، وهما قابيل وهابيل"(2).

وبقيت الجريمة ملازمة للإنسان بدافع الصراع من أجل البقاء، أو حب الذات، أو حب التملك... الخ، وستبقى تلازمه ما دامت القدرة الإلهية شاءت أن يعيش الناس مع بعضهم في احتكاك مستمر، قال تعالى:«... إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا...»(3).

4.تاريخ العقوبة:بدأت نشأة العقوبة منذ وجود الإنسان واحتكاك الأفراد ببعضهم وهي ناشئة عن غريزة الدفاع عن النفس وحب الانتقام من المعتدي، لكنها لم تبق على صورة الانتقام والثأر بل تطورت صورها وأنواعها، وكان ذلك ملازماً لمراحل تطور حياة الإنسان فمرت بما يلي:

أ-مرحلة الانتقام الفردي: وهذا لما كان المجتمع البشري ينتظم في شكل عائلات، إذ كان الانتقام الفردي يتخذ صورتين:

- الانتقام بين العائلات: فحين يقع الاعتداء من أحد أفراد عائلة على أحد أفراد عائلة أخرى، يهب المجني عليه وقد يعاونه أفراد عائلته للانتقام من الجاني(4).
- الانتقام داخل العائلة: وقد يتخذ الاعتداء صورة أخرى كأن يعتدي "أحد أفراد الأسرة

(1)سورة المائدة، الآيات: 27-30.

(2) ابن كثير، تفسير ابن كثير، دار الأندلس: 1980، الجزء الثاني، ص542.

(3)سورة الحجرات، الآية:13.

(4) فوزية عبد الستار، ص222، بتصرف.

على فرد آخر من أفرادها فإن رب العائلة يمارس سلطته التأديبية على الجاني... وقد تصل إلى حد القتل أو الطرد من العائلة".

ب-مرحلة الانتقام الجماعي: وهذا في ظل نظام العشيرة حيث تتحد مجموعة من العائلات مع بعضها لتشكل عشيرة بهدف التعاون على حماية المصالح المشتركة، وقد اتخذ الانتقام في هذه المرحلة أيضا صورتين حسب دائرة الاعتداء:

إذا وقع الاعتداء داخل العشيرة الواحدة فيما بين أفرادها "يوقع المجني عليه أو عائلته على الجاني اعتداء يماثل الاعتداء الذي وقع عليه، وأخضعت العشيرة القصاص(*) لأشرافها حتى لا يتجاوز حدودا وضعتها"(1).

إذا وقع الاعتداء من أفراد عشيرة على فرد من عشيرة أخرى "فإن أفراد عشيرة المجني عليه يهبون للانتقام من الجاني فتتشب الحرب بين العشيرتين، ويتوقف إمكان الانتقام في هذه المرحلة على نتيجة هذه الحرب"(2).

ج-مرحلة الانتقام الديني: وهذا في ظل نظام القبيلة حيث تنتظم مجموعة من العشائر فتكون قبيلة بغرض زيادة قوتها لمواجهة الاعتداءات الأجنبية، ويعتبر الدين أحد أهم العوامل التي تتحد على أساسها العشائر.

فكانت صورة العقوبة في هذه المرحلة أن "تدفع عشيرة الجاني إلى عشيرة المجني عليه سلفا مبلغا من المال يعد ثمنا لحياة المجني عليه أو لفقد عضو من أعضائه"(3).

د-العقوبة في عهد الكنيسة: وهذا لما ظهرت الديانة المسيحية حيث "تسربت إلى العقاب مبادئ الاعتدال على أساس من المبادئ الدينية السامية فكانت العقوبات هي الحبس المؤبد أو المؤقت... والنذب من الكنيسة"(4).

هـ-العقوبة في المجتمع الحديث: وهذا منذ عهد قيام الثورة الفرنسية التي جاءت لوضع حد للقسوة البالغة في العقوبة والسير نحو الاعتدال المعقول، فجاء "إعلان حقوق الإنسان في

(*)-القصاص: هو مجازاة الجاني بمثل ما ارتكبه من جريمة بشرط أن يكون متعمدا في فعله الجنائي.

(1)- فوزية عبد الستار، ص222.

(2)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- المرجع نفسه، ص223.

(4)- أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط5، 1983، ص20.

26 أغسطس 1789م⁽¹⁾.

كما ألغى "التشريع الفرنسي الصادر بعد الثورة الفرنسية كثيرا من العقوبات القاسية... كإلغاء عقوبة قطع اللسان..."⁽²⁾.

ونلاحظ على من تحدثوا عن تاريخ العقوبة عدم التطرق إلى فترة الحضارة الإسلامية، حتى الدكتور أحمد فتحي بهنسي في كتابه "العقوبة في الفقه الإسلامي" تحدث عن أربعة عصور فقط وهي: عصر الانتقام الفردي- عصر الانتقام الإلهي والردع-العصر الإنساني-العصر الحديث.

ثانيا- تاريخ مبدأ عدم رجعية النص الجنائي:

يتفق كل من سمير عبد السيد تناغو و Paul Roubier على أن أصل المبدأ يعود إلى القانون الروماني حيث إن: "أقدم الآثار التاريخية لمبدأ عدم رجعية القوانين، الخطبة المشهورة التي ألقاها سيسبرون في مهاجمة المنشور البريتوري الذي أصدره البريتور Verrés بشأن الوصية وجعل له أثرا رجعيا، فيقول سيسبرون: "ما هذا النظام التشريعي"⁽³⁾.

ومع ذلك فإن الأستاذ روبيه يلاحظ أن فقهاء الرومان لم يهتموا بوضع قاعدة عامة عن عدم رجعية القوانين، وإن كان الكثير من الحلول التي أخذوا بها تتفق مع هذا المبدأ. واضح من هذه الفقرة أن نشأة مبدأ عدم الرجعية يعود إلى القانون الروماني وإن لم يتم تحديد فرع خاص من فروع القانون فإن مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي يكون داخلا ضمن عموم القانون كون القانون الجنائي أحد فروع.

يقول الدكتور سمير عبد السيد تناغو: "وإذا انتقلنا مباشرة من القانون الروماني إلى الثورة الفرنسية، وجدنا هذه الثورة تهدر في البداية مبدأ عدم رجعية القوانين، وتقرر سريان قوانينها على الماضي، حتى تتحقق الفائدة من هذه القوانين الثورية الإصلاحية على أكمل وجه"⁽⁴⁾.

(1) - أحمد فتحي بهنسي، ص20

(2) - فوزية عبد الستار، ص229.

(3) - Paul Roubier, le droit transitoire, p :31- نقلا عن: سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص653.

(4) - سمير عبد السيد تناغو، ص654.

ولا أدري كيف انتقل في الحديث عن نشأة هذا المبدأ مباشرة من القانون الروماني إلى الثورة الفرنسية، دون الحديث عن التشريع الإسلامي، وموقفه من هذا المبدأ، وجوداً أو عدماً، أو حتى إهداراً له.

وإذا عدنا إلى مرحلة الثورة الفرنسية نجد أن رجالها قرروا إهدار مبدأ عدم رجعية القوانين فقرروا سريان قوانينهم الإصلاحية على الماضي لتعم فائدتها، فنتج عن ذلك اضطراب في المعاملات مما جعلهم يضعون هذا المبدأ في المادة 14 من إعلان حقوق الإنسان".

من خلال الكلام السابق عن تاريخ مبدأ عدم الرجعية يظهر جلياً إهمال بعض الكتاب، الذين تحدثوا عن تاريخ المبدأ لمرحلة ليست بالقصيرة من تاريخ البشرية، وهي مرحلة الحضارة الإسلامية السامية بكل ما تحمله هذه الكلمة- حضارة- من معان، فلم يشيروا إلى وجود أو انعدام هذا المبدأ في الفقه الإسلامي بالرغم من أنه -الفقه الإسلامي- عرف درجة عالية من التطور في الحرص على حماية مصالح وحقوق الأفراد وحررياتهم واستقرار معاملاتهم، وهي بعض الأسس التي يقوم عليها مبدأ عدم الرجعية.

وعكس ما ذهب إليه الكاتبان السابقان نجد أن الدكتور أحمد فتحي سرور انفرد برأي خاص به في شأن الحديث عن نشأة مبدأ عدم رجعية النص الجنائي إذ قال: "لم يعرف القانون الروماني هذا المبدأ، بينما عرفته الشريعة الإسلامية إذ جاء في القرآن الكريم: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»⁽¹⁾. فهذه الآية الكريمة تشير إلى عدم رجعية العقاب. وقد عرف القانون الكنيسي هذا المبدأ فيما بعد، ونادى به الفقهاء الإيطاليون في العصور الوسطى عندما كتبوا تعليقاتهم على القانون الروماني ولم يعن ببحثه فقهاء القانون الجنائي في القرن السادس عشر، والسابع عشر، حتى ظهر في إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان في (المادة 8)"⁽²⁾.

وحسب رأيي فإن مرجع الاختلاف في ذلك هو الأساس الذي بنى عليه كل واحد رأيه في إثبات تاريخ ظهور المبدأ. حيث إن الدكتور أحمد فتحي سرور في حديثه عن تاريخ المبدأ يركز في إثباته على النص المرجع الدال عليه، بينما لم يشترط كل من الدكتور سمير عبد السيد و Paul Roubier النص الصريح في إثبات رجوع المبدأ إلى فترة تاريخية معينة، أو

(1) -سورة الإسراء، الآية: 15.

(2) - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط6: 1996، ص60.

نظام قانوني ما، بل تكفي خطبة مشهورة أو تطبيق ناتج عن اجتهاد قضائي، أو نظرية فلسفية، أو رأي فقهي... إلخ لذلك.

وأختار رأي الدكتور فتحى سرور لأن الآية السابقة صريحة في ترسيم مبدأ عدم الرجعية وتعطيه حجية كاملة، ووجوب التطبيق، وهو ما تفتقده الخطبة المشهورة التي استند إليها كل من الدكتور سمير عبد السيد و Paul Roubier إلى جانب كونهما يتحدثان عن مبدأ عدم رجعية القانون بصفة عامة، وكون الخطبة تتعلق بالوصية في حين أن الآية صريحة في الدلالة على القانون الجنائي بقولها: «معدين».

المطلب الثاني: مبررات عدم رجعية النص الجنائي والانتقادات الموجهة إليه

إن مبدأ عدم الرجعية كباقي المبادئ القانونية لم يأت إلى الوجود صدفة أو نتيجة أهواء أهواء المشرعين، كما لم يفرضه أي من الفقهاء من عنده، وإنما هناك مبررات منطقية وموضوعية أخرجته إلى الوجود وفرضت دراسته.

إلا أنه وإن كان لعدم رجعية النص الجنائي- كسائر المبادئ- مبررات فرضت تطبيقه والأخذ به، فإن ذلك لم يغنيه من بعض الانتقادات الموجهة له. لذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مبررات عدم رجعية النص الجنائي

لإثبات أي مبدأ قانوني لا بد له من مبررات تفرض وجوده وتستوجب تطبيقه، وسنورد هذه المبررات في ثلاثة أنواع مع تعليق على مدى قوتها في إثبات هذا المبدأ:

أولاً: المبرر الفلسفي: يستند هذا المبرر إلى أن مبدأ عدم رجعية النص الجنائي جاء لحماية الحرية الفردية، كما أنه تدعو إليه مبادئ العدالة والإنصاف والقانون الطبيعي^(*) فلا يأمن الفرد على حريته إذا أخذت النصوص القانونية أثرا رجعياً.

"الحرية المدنية تستلزم أن يكون لكل إنسان الحق في أن يفعل ما يشاء متى شاء في حدود ما تقرره القوانين النافذة، فكل ما لا يجرمه القانون يقع في دائرة الإباحة، ولا يمكن أن تغدو

(*) القانون الطبيعي: هو مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع انساني، أنظر: إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 1990، ص160.

أفعالاً قام بها المواطن اليوم على أنها مشروعة، ليحاسب عليها غداً على أنها تشكل جرائم... " (1).

فاستبعاد مبدأ عدم الرجعية يؤدي إلى اضطراب معاملات الناس وفقدان الثقة والاطمئنان على حقوقهم، لأن المواطن سيبقى دائماً في حيرة وتتعطل أعماله ما دام مهدداً بتشريعات مستقبلية قد تؤاخذ على ما يقوم به من تصرفات "بنية حسنة على اعتبار أنها مباحة طبقاً للقانون المعمول به في ذلك الوقت" (2)؛ إذن فمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي يحافظ على حرية الفرد باعتبارها "قيداً يضعه القانون على سلطة المجتمع في العقاب" (3).

ثانياً: المبرر المستند إلى الحق المكتسب

يتحدث القانونيون دائماً عن الحق المكتسب في مقابلة مجرد الأمل، وينطوي في فروع القانون الخاص.

ونضطر للحديث عنه هنا لأنه يمثل سنداً لأحد مبررات مبدأ عدم رجعية النص الجنائي.

1. مفهوم الحق المكتسب: لا يوجد تعريف موحد بين القانونيين للحق المكتسب وإنما "لجأوا إلى وضع تحديدات عامة" (4). للتمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل.

فيرى البعض أن الحق المكتسب هو الذي دخل ذمة الشخص نهائياً بحيث لا يمكن نزع منه إلا برضاه. ورأى آخرون أنه الحق الذي يقوم على سند قانوني، وفريق ثالث يرى أنه الحق الذي يمكن أن يطالب به صاحبه أمام القضاء.

أما مجرد الأمل فهو توقع اكتساب حق في المستقبل، فهو أمنية قد تتحقق وقد لا تتحقق (5).

2. ماهية المبرر:

ترجع هذه النظرية إلى الفقيه الفرنسي ترونشي، ويرى أنصار هذا المبرر أن المبررات الأخرى "فضفاضة وغير كافية لإرساء دعائم مبدأ عدم الرجعية... وقاموا من

(1) -A.Chauveau et Faustin Helie Théorie du Code pénal, 6^e éd. Par Vélley.t.i Paris.(1887-1908)N° :22-23, p :39.

نقلا عن: حسن الجوخدار، تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان، دار الثقافة، عمان، د.ت، ص34.

(2) - رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الإسكندرية، ط3، 1971م، ص276.

(3) - علي حسين الخلف، الوسيط في شرح قانون العقوبات، بغداد، ط1، 1968، ص138.

(4) - جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، الكتاب الأول: نظرية القانون، القاهرة 1966، ص185.

(5) - Roubier, N° :26 et 27, p : 112 نقلا عن: حسن الجوخدار، المرجع السابق، ص36.

انظر: - محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، د.م.ن، ط2، 1382 هج-1963م، ص115.

جانبيهم بمحاولات وضع تبريرات راسخة فقدموا الصياغة الآتية: عندما تقع الجريمة في ظل قانون معين يصبح للجاني حق مكتسب لأنه يرى مركزه قد صار أسوأ حالا من ذي قبل، وتطبيق القانون بأثر رجعي يمس هذا الحق المكتسب ويسيء إلى وضع الجاني، لذا فإن أي قانون لاحق لا يمكنه أن ينزع منه هذا الحق"⁽¹⁾.

ونفهم من هذه الصياغة أن أنصار هذا المبرر يقتضون على حالة كون القانون الجديد أسوأ بالنسبة للجاني، وليس تبريرا لمبدأ عدم الرجعية في عمومه.

أما الفقيه الألماني (Lasalle) فقد بنى فكرته على حرمة الشخص الإنساني وحرمة خصائصه^(*)، فالإنسان يمارس أعماله بمحض اختياره وبحرية تامة، فلو طبّق القانون بأثر رجعي يكون قد تعدى على إرادة الفرد الاختيارية لأنه لو كان يتوقع صدور ذلك القانون ما كان يتصرف بتلك الصورة.

وبذلك فإن تطبيق القانون بأثر رجعي فيه اعتداء على حرمة الشخص الإنساني وحرمة خصائصه السابقة، وهذا فيه اعتداء على حقوق كان يعتقد ذلك الشخص أنه اكتسبها بصورة قانونية ومشروعة.

أما الفقيهان (Herlin) و (Daloz) فيبنون فكرتهم حركتهم على تعريف الرجعية، إذ أن هذه الرجعية لا تتحقق إلا عندما يتم تطبيق القانون على الماضي فيلحق ذلك التطبيق ضررا بالأشخاص، ومن الواضح أن القانون في هذه الحالة يمثل اعتداء وخرقا لحقوقهم المكتسبة، لأن القانون الجديد الذي يجرم عملا كان مباحا أو يشدد العقاب على جريمة قائمة يؤدي إلى الإضرار بالأفراد⁽²⁾.

ويمكن القول: إن المبرر الفلسفي أكثر وضوحا وإقناعا من المبرر المبني على الحق المكتسب، وذلك يرجع إلى عدم ضبط تعريف دقيق للحق المكتسب، أو حتى الاتفاق على معيار موحد لتحديده -الحق المكتسب- لأنه يتصل أكثر بفروع القانون الخاص، إلا أنه "لا يزال بعض الفقهاء يعتقد عباراتها رغم اندثارها وهجرها"⁽³⁾.

(1) - حسن الجوخدار، ص36.

(*) - خصائص الإنسان عند الفقيه لاسال هي: الحرية والإرادة والمسؤولية.

(2) - حسن الجوخدار، ص38.

(3) - Villey Edmond, Précis d'un Cour de Droit Criminel, 6^oéd, Paris : 1906, P : 55.

نقلا عن: حسن الجوخدار، ص38.

ثالثاً: المبررات القانونية

وحجية هذا المبرر أقوى من سابقه، إذ أن مبدأ عدم الرجعية لم يتقوى مفعوله في الوقائع إلا بعد أن فرض سلطانه بالنص عليه في القوانين.

ويظهر المبرر القانوني فيما يلي:

1. يمثل مبدأ عدم الرجعية ضرورة من ضرورات الاستقرار القانوني، إذ أن توجيه الخطاب القانوني إلى الماضي يجعله يفقد احترام الأشخاص الذين يوجه لهم. فالمنطق القانوني يقتضي فكرة التحذير المسبق للمخاطبين بالقانون حتى يكون العقاب على الفعل صحيحاً ومشروعاً.

يقول الفقيه الفرنسي (Portalis) في هذا المعنى: "إن على المشرع واجب الإنذار قبل العقاب"⁽¹⁾، إلا أنه يمكن أن نعتبر هذا المبرر متصلاً بمبدأ الشرعية الجنائية أكثر منه اتصالاً بمبدأ عدم الرجعية.

2. إن الترابط بين الفعل المجرّم والقانون الثابت لتجريمه لا ينكره أحد، وبالتالي لا يتصور بأن نصف فعلاً بأنه جريمة دون وجود قانون ينص على ذلك في وقت ارتكابه، كما لا يمكن أن يوصف القانون الجنائي بهذا الوصف إلا إذا حدد أفعالاً معينة بأنها ممنوعة ومعاقب عليها وقت صدوره.

أما إذا انتفى الاتحاد الزمني بين وقوع الفعل المجرّم والقانون الذي يعده مجرماً، فلا يمكن تطبيق هذا القانون على ذلك الفعل حفاظاً على الترابط بين الفعل والقانون الذي يثبت تجريمه.

3. إن الهدف من القانون الجنائي ليس توقيع العقوبة على الجاني فحسب، وإنما يتعداه ليشمل هدفاً آخر، وهو الوقاية الجنائية، أي منع الأفراد من ارتكاب الأفعال التي يرى فيها المشرع اعتداءً على مصلحة الأفراد والمجتمع.

وهدف الوقاية من الجريمة لا يتحقق إلا إذا طبق القانون بعد نفاذه، أما إذا وجهنا الخطاب القانوني إلى الماضي فإن الوقاية أو الردع المسبق تنتفي لأن الأفعال الواردة في القانون قد

(1) - انظر: حسن الجوخدار، ص 39.

ارتكبت وانتهت⁽¹⁾.

يمكن أن نستخلص أن المبررات القانونية التي أوردناها أغلبها أكثر اتصالاً بحماية مبدأ الشرعية الجنائية⁽²⁾ حيث إن هذا المبدأ يهدف إلى حماية الحقوق والحريات الفردية عن طريق ضبط التجريم والجزاء، وهذا الضبط هو بمثابة إنذار للأفراد، ومن ثم فإن الفرد لا يتابع إلا بمقتضى القاعدة التي تضمنت هذا الإنذار⁽³⁾.

ونظراً لأهمية مبدأ عدم الرجعية، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يتعلق بالقانون الطبيعي، ومن ثم فإن القانون الوضعي لا يستطيع مخالفته، بل نجد بعض كبار الفقهاء منهم "بارتول-وبانجامانكوننسال"⁽⁴⁾ يعتبرونه من المبادئ السامية.

رابعاً: التعليق على مبررات عدم رجعية النص الجنائي

إذا تأملنا المبررات السابقة كلا على حدا يمكن أن نقول إنها لا تصلح لتأسيس مبدأ قانوني سام كمبدأ عدم الرجعية، خاصة المبرر المبني على الحق المكتسب والمبرر الفلسفي:

1. المبرر المبني على الحق المكتسب: يعتبر قاصراً بمفرده لأنه لم يستطع وضع معيار دقيق للحق المكتسب، وتمييزه عن مجرد الأمل الذي وضعه كسند لهذا المبرر، وما يُبنى على قاعدة منهارة فهو منهار، ولتفادي هذا الانتقاد، ذهب بعض فقهاء القرن التاسع عشر إلى التعبير عن هذا المبرر بمبرر الحق مع حذف مصطلح المكتسب واستبدال مجرد الأمل بالمصلحة⁽⁴⁾.

2. المبرر الفلسفي: يستند هذا المبرر إلى حماية حرية الأفراد والمحافظة على طمأنينتهم، ولكنه تغافل عن المجتمع الذي لا يجب إهماله، بل لا بد أن تؤخذ مصالحه بعين الاعتبار عند تأسيس هذا المبرر.

3. المبررات القانونية: تعتبر مبررات منطقية لأنها ذات صلة بمبدأ أعم يسود نظام الدولة الحديثة، وهو مبدأ الشرعية الجنائية النابع من سيادة القانون؛ أما إذا تأملنا المبررات مع

(1) - انظر في هذا المعنى: حسن الجوخدار، ص 40 وما بعدها.

(2) - بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائي، -الجزء الأول- شرعية التجريم، مطبعة عمار قرفي، باتنة 1992م، ص 46.

(3) - راجع أفوالهم في: P.Roubier, le droit transitoire, 2é ed, 1960, p : 269-270.

(4) - انظر سمير عبد السيد تناعو، ص 661-662.

بعضها فإننا نجد بعضها يعضد بعضها و يقويه مما يشكل وحدة منطقية صالحة للاستدلال على حجية مبدأ عدم رجعية النص الجنائي.

الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لمبدأ عدم الرجعية

لم يسلم هذا المبدأ من الانتقادات بالرغم من المبررات السابقة التي تستدعي الأخذ به شأنه شأن المبادئ والأسس القانونية الأخرى. ومن هذه الانتقادات:

أولاً: يجب تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي استناداً إلى فكرة سموه -القانون-، لأن الشارع لما أصدره يعتبر أفضل من القانون القديم في معالجة الحالة الإجرامية، ذلك لأن كل جديد أسمى من القديم.

والمفروض أن كل تشريع جديد يتجه "نحو تحقيق إصلاح تشريعي، ويهدف الشارع من ورائه إصلاح عيوب لاحظها في التشريع السابق، والاستعاضة عنه بنصوص أخرى أفضل منه تكون أكثر وفاء بحاجات المجتمع وأكثر تحقيقاً لحمايته...

يضاف إلى ذلك، أن التشريع القديم لم يعد متنسقا مع الظروف الاجتماعية الجديدة وإلا لما قام المشرع بإبداله وتعديله⁽¹⁾.

ويمكن الرد على هذه الفكرة بأن المشرع إذا غير وأصدر قانوناً جديداً فإن سموه لا يكون ذاتياً، وإنما لاعتبارات مستجدة لم تكن في السابق، وهذه الاعتبارات والمستجدات هي التي تجعل الشارع يصدر القانون الجديد، إذن فلا داعي لتطبيقه على الماضي ما دامت قرآنه جديدة.

ثانياً: إن مبدأ المساواة والعدل يقتضيان تطبيق القانون على جميع الأفراد، ولو ارتكبوا أفعالهم قبل صدوره، إذ ليس من العدل إعفاء جناة من تطبيق القانون عليهم بحجة أن أفعالهم تمت قبل صدور القانون.

(1) - حسن الجوخدار، ص 89-90.

ثالثاً: إن المعتادين على الإجرام والمجرمين بالميلاد⁽¹⁾، والذين 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⁽²⁾.

إن هذا الانتقاد مبني على أن مبدأ عدم الرجعية قاصر، وغير صالح لمعالجة حالة خاصة هي حالة المجرمين بالفطرة، وهم الحاملون لصفة الإجرام لعدة عوامل "كالوراثة والجنس والسن والعرف والأمراض العقلية والأمراض العصبية والأمراض النفسية"⁽³⁾.

فهؤلاء المجرمون يجب توقيع القانون الجديد عليهم بجميع صورته -ولو كان يجرم أفعالاً كانت مباحة- لكي يصل العقاب معهم إلى مبتغاه.

رابعاً: إن التدابير الاحترازية، التي توقع بالنظر إلى الخطورة الإجرامية يجب إخراجها من قاعدة عدم الرجعية، بحيث إن هذه الخطورة يتم تقديرها لحظة الحكم بالتدبير، فاستثنت بعض الدول من قاعدة عدم الرجعية التدابير الاحترازية، منها القانون الإيطالي واليوناني والبولوني وقانون ألمانيا- الغربية⁽⁴⁾ سابقاً.

وإذا تمعنا في هذه الانتقادات نجد أنها لا ترقى إلى درجة هدم مبدأ عدم الرجعية، وإن قويت حجيتها- خاصة الانتقاد الثاني والثالث- فإنها لا تعدو أن تكون إلا استثناء منه دون القضاء عليه كلياً.

(1) - انظر في هذا المعنى: فوزية عبد الستار، ص 73 وما بعدها.
-مكي دردوس، الموجز في علم الإجرام، ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية، قسنطينة، د.ط، 1988، ص 126 وما بعدها.

-علي عبد القادر القهوجي، علم الإجرام وعلم العقاب، الدار الجامعية، بيروت، د.ط، 1988م، ص 126 وما بعدها.

(2) - سليمان بارش، ص 46.

(3) - مكي دردوس، ص 51.

(4) - سليمان بارش، ص 46.

المبحث الثاني: علاقة مبدأ عدم الرجعية بمبدأ شرعية التجريم والعقاب

وسوف أتناول فيه مطلبين أراهما ضروريين في تحديد مواطن العلاقة بين المبدئين، خاصة الأساس القانوني لكل مبدأ، وبالأخص الاستدلال على المبدئين في التشريع الإسلامي. وهذان المطلبان هما:

المطلب الأول: أهمية مبدأ عدم الرجعية وأساسه القانوني

وأقسمه إلى فرعين:

الفرع الأول: أهمية مبدأ عدم الرجعية

لمبدأ عدم الرجعية أهمية كبرى، وتتمحور هذه الأهمية حول أربعة جوانب هي:

أولاً: أهمية مبدأ عدم الرجعية في حماية العدل

إن الأفراد يتصرفون على أساس القانون القائم وهو القانون الذي يعرفونه أو الذي يستطيعون معرفته، أما القانون الذي سيصدر في المستقبل فلا يمكن لهم العلم به مقدماً، فإذا صدر هذا القانون وانطبق عليهم بأثر رجعي فمعنى ذلك أن الأفراد يخضعون لقانون يستحيل عليهم العلم به، وهو ما يتعارض مع أبسط مبادئ العدل⁽¹⁾.

وعلة هذه الأهمية "أنه يجب الإنذار بالعقاب قبل إيقاعه... إذ يقضي العدل على السلطة العامة إذا أرادت أن تعاقب... أن تعلن عن ذلك مقدماً"⁽²⁾.

ثانياً: أهمية مبدأ عدم الرجعية في حماية النظام

إن مبدأ عدم رجعية القوانين يعتبر ضماناً لا غنى عنه للاستقرار في المجتمع، ولن يكون استقرار أو ضمان إذا كان أصحاب الشأن يستطيعون إبطال المراكز القانونية التي نشأت وتكونت في الماضي واستبدالها بغيرها مع كل قانون جديد يصدر⁽³⁾.

(1) - سمير عبد السيد تناغو، ص 655.

(2) - جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، دار العلم للجميع، بيروت، ط2، د.ت، ص 529.

(3) - سمير عبد السيد تناغو، ص 655.

فلن يكون هناك أي أمان بالنسبة للأفراد إذا كانت حقوقهم... والآثار التي ترتبت على تصرفاتهم وحقوقهم الشخصية يمكن في أي لحظة أن تتأثر أو تعدل أو تزول بسبب تغيير في إرادة المشرع.

ثالثاً: مبدأ عدم الرجعية كحل لتنازع القوانين من حيث الزمان

وهذه الأهمية ليست خاصة بفرع القانون الجنائي وإنما تدخل ضمن عموم القانون بكل فروعه، لأن (تنازع القوانين من حيث الزمان)⁽¹⁾. يمكن أن نصادفه "في القوانين العامة كما في القوانين الخاصة"⁽²⁾.

ولبيان أهمية مبدأ عدم الرجعية في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان يكفي القول أن الفقه الفرنسي ظل "طوال القرن التاسع عشر يعتقد أن مبدأ عدم الرجعية بمفرده يكفي لحل مشكلة تنازع القوانين في الزمان، ولذلك انحصر مجهود الفقه طوال هذا القرن في محاولة تفسير هذا المبدأ عن طريق وضع معيار للتفرقة بين الحالات التي يكون فيها تطبيق القانون رجعياً، وتلك التي لا يكون فيها كذلك"⁽³⁾.

وبالرغم من أن هذا المبدأ لا يكفي وحده لحل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، إلا أن أهميته غير منقوصة ويبقى له الدور الأكبر في ذلك.

رابعاً: مبدأ عدم الرجعية كضمان لتطبيق قانون العقوبات

لولا العمل بمبدأ عدم الرجعية لاستحال تطبيق قانون العقوبات على كل الجناة فالأثر الرجعي يقتضي تطبيق القانون الجديد على كل من ارتكب الفعل المجرّم بمقتضاه في الأوقات السابقة لنفاذه، وهؤلاء المجرمون في نظر القانون الجديد لا يمكن معرفتهم ولا حصرهم كونهم كانوا يأتون أفعالاً مباحة وهو ما يكثر عددهم، إذ قد يمثلون نسبة مرتفعة

(1) - تنازع القوانين من حيث الزمان هو أن يجد القاضي نفسه في معالجة قضية ما أمام نصين قانونيين أحدهما قديم والآخر جديد وتجابهة مشكلة أي القوانين يطبق.

ويظهر مبدأ عدم الرجعية كأحد الحلول التي يلجأ إليها القاضي في هذه المشكلة خاصة بعد أن أصبح مبدأ عدم الرجعية منصوباً عليه في القوانين.

وقد ظهرت نظريتان فقهيّتان أساسيتان لمعالجة مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان هما، النظرية التقليدية والنظرية الحديثة. انظر في هذا: عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، د.ت، ص 223 وما بعدها، وسهير عبد السيد تناغو، ص 659 وما بعدها.

(2) - في أقسام القانون انظر: -إسحاق إبراهيم منصور، ص 43 وما بعدها.

-وعبد المنعم فرج الصدة، ص 42 وما بعدها.

(3) - سهير عبد السيد تناغو، ص 658.

جدا من أفراد المجتمع، الشيء الذي يصعب على سلطة المتابعة والعقاب الوصول إليهم كلهم أو على الأقل غالبيتهم.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ عدم الرجعية

لم يكن ورود مبدأ عدم رجعية النص الجنائي ضمن مواد الدساتير أو القوانين العقابية وليد صدفة، أو امتنانا من طرف المشرع، وإنما فرض نفسه نتيجة لتسلسل تاريخي دام مدة طويلة.

فقد بدأ على شكل نداءات نتيجة التعسف والظلم الناتج عن جعل القانون يسري بأثر رجعي، ثم تطور حتى بلغ درجة الاجتهادات الفقهية والقضائية. وقد وصل هذا المبدأ درجة عالية من الحجية والقوة، كما أصبح ضمن مواد الدساتير والتشريعات العقابية.

أولاً: مبدأ عدم الرجعية في قوانين الثورة الفرنسية

لم تكن هذه القاعدة معروفة في الشرائع القديمة بل قررتها الجمعية الدستورية في فرنسا لأول مرة في وثيقة إعلان حقوق الإنسان الصادرة بتاريخ 26 أغسطس سنة 1789م (مادة 8)⁽¹⁾.

كما وضع على "رأس دستور... السنة الخامسة للثورة"⁽²⁾.

وعندما صدر قانون نابليون سنة 1804 نصت المادة الثانية منه على أن "التشريع لا يسري إلا بالنسبة للمستقبل، فليس له مطلقاً أثر رجعي"⁽³⁾.

ثانياً- مبدأ عدم الرجعية في العهود والمواثيق الدولية:

I- في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

كرست الجمعية العامة للأمم المتحدة مبدأ عدم الرجعية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عنها في ديسمبر 1948 في الفقرة الثانية من المادة 11 بقولها: "لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل لم يكن في حينه يشكل جرماً بمقتضى القانون الوطني أو

(1) -جندي عبد الملك، ص965.

(2) - P.Roubier, Le droit Transitoire, p :30-41.

نقلا عن: سمير عبد السيد تناغو، ص654.

(3) - سمير عبد السيد تناغو، ص654.

الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي".

II- في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية:

وهو بمثابة معاهدة متعددة الأطراف تعتني بتنظيم حقوق الإنسان على مستوى العالم، حيث يلزم كافة الدول الأطراف الموقعة على هذه الاتفاقية الدولية احترام الحقوق المدنية والسياسية للأفراد.

وقد اعتمد هذا العهد الدولي وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، على أن يتم بدء نفاذه في 23 مارس 1967 حسب المادة 49 منه.

وعن تبني هذا العهد لمبدأ عدم الرجعية، فقد نصت المادة 15 منه 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 أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة... وليس في هذه المادة من شيء يخل بمحاكمة ومعاقبة أي شخص على أي فعل أو امتناع عن فعل كان حين ارتكابه، فالمادة السابقة تنص صراحة على الأخذ بمبدأ عدم الرجعية في تطبيق أحكام العهد الدولي ولكن وفق ما يتماشى مع طبيعته الخاصة الدولية من خلال عدم إهدار قواعد القانون العامة المعترف بها في المجتمع الدولي حسب ما جاء في الفقرة الأخيرة.

ثالثاً- مبدأ عدم الرجعية في التشريعات العربية:

I- في الدساتير:

يدل تكريس الدول العربية لمبدأ عدم الرجعية في دساتيرها على أهميته وقوة حججه من بينها:

- دستور مصر لسنة 1971 في المادة 66.
- دستور لبنان لسنة 1926 في المادة 8.
- دستور سورية لسنة 1950 في المادة 10 الفقرة 10.

- دستور الكويت في المادة 32⁽¹⁾.

وقد نصّ دستور الجزائر على مبدأ عدم الرجعية كقاعدة مكّملة ولازمة لمبدأ الشرعية وذلك في:

- المادة 46 من دستور 1996م بقولها: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم".

وما دام الدستور قد نص على مبدأ عدم الرجعية كتكملة لمبدأ الشرعية، ولم يفرد له مادة خاصة وبصياغة لا تحتمل الدلالة على غيره، فإننا نقول إن هذا المبدأ لا يرقى إلى درجة كونه مبدأ دستوريا، إذ أن اعتباره كذلك فيه نوع من التّزيّد، ذلك أن بعض التشريعات خرجت عنه في أكثر من مرة-منها القانون الفرنسي- من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يعد هذا المبدأ إلا جزءا من مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" لأن رجعية القانون الجنائي تعني بالدرجة الأولى المساس بحقوق الأفراد عن طريق خرق الفكرة القائلة بأن القانون يجب أن ينبه قبل أن يضرب⁽²⁾.

II- في القوانين العقابية:

لم تكتف الدول العربية بتكريس مبدأ عدم الرجعية في الدساتير وإنما ضمنته في قوانينها العقابية لكي يكتمل وجوب تطبيقه واحترامه وتستوي صورة احترامه، ومن بينها:

- قانون العقوبات المصري في المادة الخامسة الفقرة الأولى⁽³⁾.

- قانون العقوبات السوري في المادة الأولى.

- قانون العقوبات المغربي في المادة الثالثة.

- قانون العقوبات التونسي في المادة الأولى⁽⁴⁾.

(1) - منذر صائغي، الهامش رقم 01، ص114.

(2) - منذر صائغي، ص114.

(3) - حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات، تشريعا وقضاء في مائة عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2: 1994، ص41.

(4) - منذر صائغي، ص114.

- قانون العقوبات اللبناني في المادة التاسعة⁽¹⁾.

وقد نص قانون العقوبات الجزائي على مبدأ عدم الرجعية في المادة الثانية بقولها: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".
نلاحظ أن قانون العقوبات الجزائي لم يورد في مادته الثانية مبدأ عدم الرجعية مطلقاً وإنما أعقبه بجملة "إلا ما كان منه أقل شدة" والتي تنص على استثناء القانون الأخف بالنسبة للمتهم من مبدأ عدم الرجعية.

رابعا- مبدأ عدم الرجعية في القانون الدولي الجنائي:

ويعتبر هذا الفرع القانوني حديث النشأة، مما جعل الفقهاء يختلفون في وضع تعريف له متفق عليه، بل امتد الاختلاف حتى إلى تسميته.

I- مفهوم القانون الدولي الجنائي وطبيعة الخلاف على تسميته:

1- تعريفه: ومن أهم من عرفه من الفقهاء الغربيين نجد كل من بيلا وجرافنولوفاسير إضافة إلى جلاسير⁽²⁾.

فقد عرفه بيلا بأنه: «مجموعة القواعد الموضوعية والشكلية التي تنظم مباشرة عقاب الأفعال التي ترتكبها الدول أو الأفراد، ويكون من شأنها الإخلال بالنظام العام الدولي، وبالائتاد والانسجام والألفة بين الشعوب».

وعرفه جرافن بأنه «مجموعة القواعد القانونية الدولية المعترف بها في العلاقات الدولية، والتي يكون الغرض منها حماية النظام الاجتماعي الدولي بالمعاقبة على الأفعال التي تتضمن اعتداء عليه».

كما عرفه لوفاسير بأنه: «ذلك الفرع من القانون الجنائي الذي ظهر حديثاً غير مكتمل للعقاب على الجرائم المرتكبة في العلاقات بين الدول، وعلى الأخص خلال الحروب».

(1) - فريد الزغبي، الموسوعة الجزائرية، دار صادر، بيروت، ط3: 1995، المجلد الثاني، الحقوق الجزائية العامة، الأحكام الأساسية، ص102.

(2) - انظر: - حميد السعدي، مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي، مطبعة المعارف، بغداد، ط1، 1971، ص32.
- محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966، ص5.
- هاتف محسن كاظم الركابي، مدى مراعاة قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا لمعايير القانون الجنائي الدولي، رسالة دكتوراه، الأكاديمية العربية في الدانمارك، كوبنهاجن، 2011، ص17.

أما عن تعريف القانون الدولي الجنائي في الفقه العربي، فقد عرفه علي عبد القادر القهوجي بأنه: «ذلك الفرع من فروع القانون الدولي العام الذي ينقطع لإسباغ الحماية الجنائية على المصالح الأساسية أو الجوهرية للمجتمع الدولي، والتي لا تقوم له قائمة بدونها، فكل فعل ينطوي على ضرر لأحد هذه المصالح، أو تعريضها للخطر يعتبر جريمة دولية يعاقب عليها ذلك القانون» (1).

وعرفه عبد الرحيم صدقي بأنه «مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بالعقاب على الجرائم الدولية، أي الجرائم التي تشكل انتهاكا للقانون الدولي». أما حميد السعدي فيقول بأنه هو «القانون الذي يعالج المشكلات التي تثيرها الجرائم الدولية، كالحرب العدوانية، وتعريض السلم العالمي وأمن الشعوب للخطر وغير ذلك مما يحول دون الوئام والانسجام في العلاقات الدولية» (2).

وعند محمد محمود خلف، فالقانون الدولي الجنائي هو «مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم الدولية، والعقوبات المقابلة لها، والإجراءات الواجب اتخاذها لفرض تلك العقوبات على الأشخاص الطبيعيين الذين تثبت مسؤوليتهم عن ارتكاب تلك الجرائم الدولية» (3). وباستقراء التعاريف السابقة، سواء في الفقه الغربي أو العربي، يتبين أنها «لم تأخذ بنظر الاعتبار الغاية الرئيسية للقانون الدولي الجنائي، وهو حماية حقوق الإنسان... وهو المضمون الحقيقي لهذا القانون... لذلك اعتقد أن أي محاولة لتعريف القانون الدولي الجنائي يجب أن تنطلق من الغاية الرئيسية لهذا القانون، وهو حماية حقوق الإنسان» (4).

غير أنني أرى أن اشتراط شمول التعاريف على كل العناصر التفصيلية للقانون المعرف يعد نقيصة، إذ أن جوهر التعريف هو إعطاء الإطار العام لذلك القانون دون الدخول في تفريعاته، وعليه يمكن القول أن القانون الدولي الجنائي "هو مجموعة القواعد الموضوعية والشكلية التي تهدف إلى التصدي للجرائم ذات الطابع الدولي" (5).

(1) - علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2001، ص7.

(2) - عبد الرحيم صدقي، القانون الدولي الجنائي، مطابع الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، د.ط، 1984، ص3.

(3) - حميد السعدي، ص33.

(4) - محمد محمود خلف، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط1، 1973، ص7.

(5) - انظر: قاسم خضير عباس، طبيعة الخلاف على تسمية القانون الجنائي الدولي، مقال في صحيفة المثقف، صحيفة الكترونية يومية مستقلة، العدد 1305 الثلاثاء 02 فبراير 2010 على الموقع التالي: www.almathaquaf.com

2- طبيعة الخلاف على تسميته:

انطلاقاً من كون هذا الفرع القانوني جديد ومستحدث فقد أدى إلى اختلاف الفقهاء في تعريفه على النحو الذي أشرنا إليه سابقاً، وتعدى هذا الاختلاف ذلك واتسع ليشمل تسميته «فمنهم من أطلق عليه مصطلح القانون الدولي الجنائي، ومنهم من عبر عنه بأنه القانون الجنائي الدولي، والآخر قال عنه بأنه القانون الجنائي فوق الوطني أو القانون الجنائي الدولي العام، وقد اقترح الفقيه (دي بيلا) اصطلاح القانون الجنائي بين الدول للتعبير عن القواعد الجنائية الدولية»⁽¹⁾.

غير أن الواقع في الاختلاف حول التسمية لهذا الفرع القانوني ينحصر في استعمالين شائعين وهما: القانون الدولي الجنائي، والقانون الجنائي الدولي، ومرد ذلك أنه «كلما نشأ فرع جديد من فروع القانون الدولي العام، هبّ فقهاء القانون الداخلي المختصون بموضوع هذا الفرع بالادعاء بأن القانون الوليد ما هو إلا امتداد للقانون الداخلي على المستوى الدولي ويعبرون عن وجهة نظرهم هذه بتقديم صفة الفرع القانون الداخلي على صفة الدولية عند تسمية القانون محل النقاش»⁽²⁾.

ورغم اتفاق الفقهاء على كون المعاهدات الدولية والعرف الدولي أهم مصدرين لهذا الفرع القانوني المستحدث إلا أنه "لا زال هناك من الكتاب" من لا يفرق بين القانونين، ويستخدم كلا المصطلحين-ق.ج.د أو ق.د.ج- في مؤلفه، نذكر على سبيل المثال: د. سعيد عبد اللطيف حسن في (المحكمة الجنائية الدولية)، دار النهضة العربية، 2004، ص31؛ ود. محمد محي الدين عوض في (دراسات في القانون الدولي الجنائي)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966، ص3، وكذلك د. عبد الوهاب حومد في (الإجرام الدولي)، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1978، ص13.

وهذا الخلط غير قاصر على المؤلفات العربية، بل هو موجود أيضاً في المؤلفات الأجنبية، وبصفة خاصة الفرنسية منها⁽³⁾.

(1) - أنظر: قاسم خضير عباس، طبيعة الخلاف على تسمية القانون الجنائي الدولي، مقال في صحيفة المثقف، صحيفة

الإلكترونية يومية مستقلة، العدد 1305، الثلاثاء 02 فبراير 2010 على الموقع التالي: www.almothaqaf.com

(2) - عبد الله سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، دار دجلة، ط1، 2010، ص42.

(3) - المرجع نفسه، هامش رقم2، ص35.

أمام هذا الخلط في التسمية للقواعد الجنائية الدولية يقول قاسم خضير عباس: «أميل إلى رأي الدكتور سعيد عبد اللطيف حسن، الذي يرجح تعبير القانون الجنائي الدولي الذي يسود التعبير عنه بالقانون الدولي الجنائي... من أجل انسجام المصطلح مع الوقائع الدولية ليكون مفهوما للجميع، دون ضياع في متاهات الفقه الأوربي وتقليده.

واعتقد أن ذلك سيشجع على صياغة نظريات عربية وإسلامية جديدة في مجال الفقه الجنائي الدولي، كما أقترح أيضا تسمية القانون الجنائي الدولي الوطني، بالقانون الجنائي الدولي الخاص، لوجود العنصر الأجنبي وتنازع القوانين، وتسمية القواعد الجنائية الدولية في محيط العلاقات الدولية، بالقانون الجنائي الدولي العام، وبذلك تحل هذه المعضلة التي لم تحسم لحد الآن بين الفقهاء القانونيين الدوليين»⁽¹⁾، وهو الرأي الذي أراه صائبا وراجحا.

II- عدم الرجعية في القانون الجنائي الدولي:

1- أساس عدم الرجعية في القانون الجنائي الدولي:

إن أهم مصدر للقاعدة الجنائية الدولية هو المعاهدات الدولية إلى جانب العرف الدولي، "وتجدر الإشارة إلى أن المعاهدات الدولية التي تعد مصدرا للقانون الدولي الجنائي، هي الاتفاقات التي تقوم بوضع قواعد عامة مجردة وملزمة، أي أنها تقوم بدور التشريع في المجتمع الدولي، وهي تقابل التشريعات في القانون الداخلي، خلافا للاتفاقيات العقدية التي يقتصر أثرها على تقرير حقوق والتزامات متبادلة بين الدول.

ويعد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مثالا مهما للمعاهدات الدولية التي تعد مصدرا للقانون الجنائي، حيث إنه ينشئ عددا من قواعد هذا القانون، ويكشف عن وجود البعض الآخر"⁽²⁾.

وبالعودة إلى اتفاقية روما حول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ومن خلال المادة 24 التي تنص على أنه «لا يسأل الشخص جنائيا بموجب هذا النظام عن سلوك سابق لبدء نفاذ النظام...» نجد أن هذا النظام يأخذ وينص صراحة على مبدأ عدم الرجعية في تطبيق أحكامه من حيث الزمان.

(1) - قاسم خضير عباس، www.almathaquaf.com

(2) - عبد الله سلطان، ص 39-40.

وعليه فإنه: "لا يجوز أن تكون القاعدة التجريبية الدولية ذات أثر رجعي- إضافة للقاعدة العقابية- بحيث تحكم وقائع سابقة على العمل بها، ويستوي بعد ذلك أن تكون نابعة عن العرف مباشرة، أو منصوصا عليها في معاهدة شارعة أو اتفاقية دولية لأن هذا النص لا يعدو أن يكون كاشفا عن عرف سابق يقضي بإصباح صفة الجريمة، وليس منشأ لتلك الأخيرة"⁽¹⁾. هذا بالنسبة للدول الموقعة على المعاهدة، أما التي ستنضم إليها، فإن اختصاص المحكمة الدولية سيظل فقط للجرائم التي ترتكب بعد إجراء الانضمام.

وتضمن مبدأ عدم الرجعية في القانون الجنائي الدولي يعد استيرادا لمبدأ عدم الرجعية المتعارف عليه في القوانين الداخلية، وتطبيقه حرفيا دون أي تعديل بما يتماشى وطبيعة قواعد القانون الدولي الجنائي، مما جعل بعض الفقهاء والمختصين في القانون الدولي ينتقدون هذا الحكم.

لأن حسب رأيهم، الجرائم المنصوص عليها في ميثاق روما (جرائم الإبادة الجماعية، جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية) "لم يستحدثها الميثاق، وإنما تعد جرائم دولية وفقا للقانون الدولي الجنائي العرفي من جهة، والقانون الدولي الاتفاقي من جهة أخرى"⁽²⁾.

2-محاكمات جنائية دولية محل خلاف:

بالعودة إلى الناحية التطبيقية والعملية للمحاكمات الجنائية الدولية، نجد أن هناك خلافا حول جدية الالتزام بمبدأ عدم الرجعية في القانون الجنائي الدولي، وفقا لما جرى بعد

(1) - حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1979، ص23.
 أنظر في هذا: محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2004، ص37.
 -محمد عبد المنعم عبد الغني، القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص36.
 -حازم محمد عتلم، نظر الادعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية، إصدار اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ط2، 2004، ص147.
 - خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2001، ص448.
 -مريم بن زعيم، الشرعية الموضوعية أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، المركز الجامعي خنشلة، 2010-2011، ص 81 وما بعدها.
 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص54.
 - نصر الدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، دار هومة، الجزائر، 2008، ج1، ص99.
 - أماني أحمد، دراسات في القانون الجنائي الدولي، منتدى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر،

الحرب العالمية الثانية من محاكمات لمجرمي تلك الحرب من الدول المنهزمة، وكذا محاكمة مجرمي أحداث كل من يوغسلافيا ورواندا.

أ- عدم الرجعية في نظام محكمتي نورمبورغ وطوكيو:

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وانتصار دول الحلفاء "وتنفيذا للاتفاق الموقع من قبل الحكومة المؤقتة للجمهورية الفرنسية وحكومات الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وإيرلندا الشمالية، واتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية تم إنشاء محكمة عسكرية دولية لمعاقبة كبار مجرمي الحرب في بلاد المحور الأوروبية"⁽¹⁾. وفق ما يسمى بلائحة أو نظام نورمبورغ نسبة لهذه المدينة في جنوب ألمانيا التي كانت المركز الرئيسي للحزب النازي.

وفي اليابان، وبتاريخ 19.01.1946 أصدر القائد العام لقوات الحلفاء في اليابان قرارا بإنشاء محكمة عسكرية دولية لمحاكمة مجرمي الحرب اليابانيين عن الجرائم التي ارتكبوها في الحرب، وأطلق على هذه المحكمة محكمة طوكيو لانعقادها بهذه المدينة⁽²⁾.

وعن مبدأ عدم الرجعية في محكمتي نورمبورغ وطوكيو، فهناك رأيين حول قضية التزامهما بعدم الرجعية أو إهداره، وهما⁽³⁾:

الرأي الأول:

إن الأفعال المجرمة بناء على اتفاقيات دولية تستند في أساسها إلى عرف سابق، ومن ثم تكون المعاهدات كاشفة لتلك الأحكام لا منشئة لها، وبناء على هذا الدور الكاشف لبنود المعاهدات يستوجب تطبيقها على الأفعال المرتكبة قبل نفاذها.

وعليه فليس هناك إهدار لمبدأ عدم الرجعية في محاكمات نورمبورغ وطوكيو طالما تمت على أفعال كان العرف الدولي حينها يعتبرها جرائم، بل من الجرائم الخطيرة اعتبارا أن العرف من المصادر المهمة والرئيسية بل الأصلية للقانون الجنائي الدولي.

الرأي الثاني:

إن إشكالية سريان النص الجنائي في الزمان تنحصر في النصوص التشريعية، دون غيرها، حيث إن العرف ليس لبدء نفاذه وانتهائه وقت محدد، وعليه لا مجال للحديث عن

(1) - هاتف محسن كاظم الركابي، ص1.

(2) - أنظر: يحي محمد لمين مستاك، دراسة مقارنة للمحاكم الدولية، المجلة الإفريقية للعلوم، مجلة الكترونية على موقع:

www.bchaib.net

(3) - Hersog(J-B), Nuremberg : Unéchet fructueux ?, Librairie général de droit et de jurisprudence, paris 1975, p82.

التزام محاكمات نورمبروغ وطوكيو بمبدأ عدم الرجعية كونها -المحاكمات- تمت على أفعال مجرمة بناء على قواعد عرفية غير مدونة.

زيادة على هذا، فإن تلك المحاكمات تمت أمام محاكم عسكرية التي من شأنها إهدار الكثير من المبادئ القانونية الجنائية، ومن بينها مبدئي الشرعية وعدم الرجعية.

مما سبق أرى أن الرأي الأول هو الراجح، خاصة في نطاق التجريم، انطلاقاً من أن الأفعال التي حوكم من أجلها المجرمون، والمتمثلة في إهدار قيمة الإنسان والعدوان على السلام، تعتبر جرائم في ظل الضمير العالمي، وبتوافق الجنس البشري على مر القرون، وهذا يترتب عليه أن ذلك من المسلمات دون حاجة إلى تدوينها نظراً لدرجة خطورتها التي لا تضاهيها في ذلك أية أنواع من الجرائم.

ب- عدم الرجعية في ظل محكمتي يوغسلافيا ورواندا:

لقد وجهت انتقادات لمحاكمات يوغسلافيا ورواندا بخصوص التزامها بمبدأ عدم الرجعية، كونها تمت قبل تاريخ المصادقة على النظام الأساسي لروما والمتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية، وهو الأمر الذي أثار حولها -المحاكمات- شبهة الالتزام بعدم الرجعية هذا من جهة.

غير أنه، ومن جهة أخرى تناقست حدة تلك الشبهة مقارنة بمحاكمات نورمبروغ وطوكيو بسبب تدوين معظم الأعراف الدولية التي كانت تنظم النزاعات الدولية بموجب اتفاقيات جنيف المؤرخة في 12 أوت 1949، وبروتوكولاتها الإضافية، خاصة بروتوكولي 8 جوان 1977⁽¹⁾.

وبناء على تلك الاتفاقيات تمت الحماية القانونية الدولية للأشخاص الذين لم يشاركوا في الأعمال العدائية، من مدنيين وعمال الصحة والإغاثة، والأشخاص الذين توقفوا عن المشاركة في الأعمال العدائية، كالجرحى، والمرضى، والجنود الناجين من السفن الغارقة، أو الطائرات المتحطمة وأسرى الحرب.

(1) - انظر: كوسة فضيل، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، دار هومة الجزائر، 2007، ص13.

وتتبنى الحماية القانونية لهؤلاء، وفقا لتلك الاتفاقيات المبرمة من أجل البحث عن الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات وتقديمهم للعدالة، أو تسليمهم بغض النظر عن جنسياتهم، ومواطن إقامتهم، وتواجدهم.

مما سبق يمكن اعتبار تلك الاتفاقيات، وما تلاها من معاهدات دولية في مجال حماية حقوق الإنسان، من قبيل القواعد التشريعية المسبقة لمحكمة يوغسلافيا ورواندا. وعليه تكون هاتان المحكمتان أكثر احتراماً لمبدأ عدم الرجعية في محاكمة المجرمين من سابقتيهما في نورمبرغ وطوكيو.

خامساً: مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي

يقتضي الحديث عن عدم الرجعية في التشريع الإسلامي التسلسل الذي يفرضه ترتيب الأدلة التشريعية المتفق عليها من حيث الاستدلال عند علماء الأصول حيث "اتفقوا ... على أنها مرتبة في الاستدلال بها بهذا الترتيب: القرآن، فالسنة، فالإجماع، فالقياس"⁽¹⁾، وهي الأدلة الأربعة التي اتفق جمهور المسلمين على الاستدلال بها⁽²⁾.

وسأقتصر بالحديث عن الدليل الأول والثاني وذلك لعدم إمكانية الاستدلال بالإجماع والقياس كون مبدأ عدم الرجعية مبدأ حديث في صياغته بحيث لا يمكن أن نجد مباحث خاصة عن عدم الرجعية في المؤلفات الإسلامية القديمة، إلا ما يمكن استنتاجه من معاني بعض القواعد الأصولية، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن الإجماع والقياس لا بد لهما أن يستندا إلى دليل من القرآن أو السنة الصحيحة عند جمهور العلماء.

1. مبدأ عدم الرجعية في القرآن الكريم:

هناك عدة آيات في القرآن الكريم يمكن أن نفهم منها دلالة الإشارة إلى مبدأ عدم الرجعية وإن كانت غير صريحة بذلك، كون المبدأ حديث الظهور من حيث الصياغة

(1) - عبد الوهاب خلاف، ص 21.

(2) - توجد أدلة أخرى عدا هذه الأدلة الأربعة لم يتفق جمهور المسلمين على الاستدلال بها، بل منهم من استدل بها على الحكم الشرعي ومنهم من أنكر الاستدلال بها، وأشهرها ستة هي: الاستحسان، المصلحة المرسلّة، الاستصحاب، العرف، مذهب الصحابي، شرع من قبلنا.

انظر: عبد الوهاب الخلاف، ص 22.

والتعبير من جهة، وكون القرآن الكريم دستوراً كلياً عاماً للحياتين الأولى والآخرة من جهة أخرى.

ومن هذه الآيات: قوله تعالى: «وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون ذكرى وما كنا ظالمين»⁽¹⁾.

وقوله تعالى: «وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا»⁽²⁾. وسأكتفي في تفصيل الاستدلال بآية واحدة ما دام هدف كشف وجود المبدأ في القرآن يتحقق بالدليل الواحد، وهو: قوله تعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»⁽³⁾.

وسواء تعلق الحديث في الآية عن عذاب الدنيا أو عذاب الدنيا والآخرة معاً⁽⁴⁾، فإن دلالة الآية واضحة في عدم معاقبة المكلفين على ما صدر منهم من أفعال منعها الشرع إلا ما أتوه منها" بعد الإعذار إليهم والإنذار لهم بأبلغ الوجوه وهو إرسال الرسل إليهم مظهرة في العدل"⁽⁵⁾.

فهي تشير إلى "استقصاء في الأعذار لأهل الضلال، زيادة على نفي مؤاخذتهم بإجرام غيرهم، والمقام مقام إعذار وقطع حجة، والآية تدل على أن الله لا يؤاخذ الناس إلا بعد أن يرشدهم رحمة منه بهم، وهي دليل بين على انتفاء مؤاخذة أحد ما لم تبلغه دعوة رسول من الله إلى قومه."⁽⁶⁾

فما دام توقيع العذاب مشروطاً ببعث الرسول "لتفصيل ما يريد الله من الأمة من الأعمال"⁽⁷⁾ وما يحرمه عليها، فإن مؤاخذة الناس على ما جاء منهم قبل ذلك البعث منتف وهو مضمون مبدأ عدم الرجعية.

(1) -سورة الشعراء، الآية: 209.

(2) -سورة القصص، الآية: 59.

(3) -سورة الإسراء، الآية: 15.

(4) -يقول الجمهور أن الكلام في الآية يتعلق بحكم الدنيا ويقول غيرهم من المعتزلة أنه عام في الدنيا والآخرة. انظر في هذا: ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق وتعليق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، دار العلوم، ط1: 1987، الجزء التاسع، ص37 وما بعدها.

والألوسي، روح المعاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، الجزء 15، ص36 وما بعدها.

(5) -الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1: 1997، وضع حواشيه وخرج آياته وشواهد إبراهيم شمس الدين، الجزء السادس، ص183.

(6) - ابن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، د.ط، 1984، الجزء 13، ص51.

(7) - المرجع نفسه، ص52.

فالآية واضحة في الاستدلال على مبدأ الشرعية⁽¹⁾ لكن لا تنتفي إشارتها إلى مبدأ عدم الرجعية لأن قاعدة الإنذار قبل العقاب التي تدل عليها الآية، ينتج عنها عدم العقاب فيما قبل الإنذار، وهو مضمون عدم الرجعية، وتصرح بذلك آية أخرى وهي قوله تعالى: «عفا الله عما سلف»⁽²⁾، والعفو عما سلف صريح في عدم الرجعية.

إن الآيات السابقة تكفي للدلالة على ورود مبدأ عدم الرجعية في المصدر الأول للتشريع الإسلامي بمعناه لا بلفظه، ولكن لا يتوقف الاستدلال على هذا المبدأ عند هذا الحد ولكن يتقوى أكثر عند الحديث عن تطبيقاته في التشريع الإسلامي⁽³⁾ وذلك بتتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها، إذ أن الطبيعة العملية لعدم الرجعية تفرض وجوده بوضوح أكثر في تطبيقات آيات الأحكام ومنها يمكن بناء نظرية التشريع الإسلامي كاملة في مبدأ عدم الرجعية.

2. مبدأ عدم الرجعية في السنة:

أ. جاء في خطبة حجة الوداع: "... ألا وإن دم الجاهلية موضوع، وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب"⁽⁴⁾.

فالرسول ﷺ لم يعاقب على الدماء في الجاهلية ولا على الربا في الجاهلية... فما كان قد قبض في الجاهلية لا يرد وما يستحق في الإسلام لا يدفع... وفي كل هذا بيان أنه لا يعاقب إلا بنص سابق على الفعل⁽⁵⁾، أما ما ارتكب قبل النص فلا رجوع بالحكم عليه وهذا ما يوافق ماهية مبدأ عدم الرجعية، فألفاظ الحديث في "إبطال أفعال الجاهلية وبيعها التي لم يتصل بها قبض، وأن لا قصاص في قتلها -ورباها موضوع- والمراد بالوضع الرد والإبطال"⁽⁶⁾.

(1) -سيأتي الحديث عن هذه الآية في المطلب الثاني من هذا المبحث، ص 47 وما بعدها.

(2) -سورة المائدة، الآية: 95.

(3) - سيأتي الحديث عنها في الفصل الثاني، ص 108 وما بعدها.

(4) -مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، دار المعرفة، بيروت، ط4: 1997، تحقيق: خليل مأمون شيعا، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، الجزء الثامن، ص412.

أبو داود، سنن أبي داود، دار الفكر، دبت، كتاب البيوع، باب وضع الربا، الجزء الثالث، ص244-245.

أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مطبعة مصطفى الحلبي، 1957، الجزء الخامس، ص 72-73.

(5) - محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجريمة، دار الفكر، بيروت، دبت، ص 160.

(6) - النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، حاشية على صحيح مسلم، تحقيق: خليل مأمون شيعا، دار المعرفة، المعرفة، بيروت، ط4: 1997م، الجزء الثامن، ص412.

ب- روى مسلم عن ابن شماسة المهري⁽¹⁾ قال: حضرنا عمرو بن العاص⁽²⁾ وهو في سياقة الموت فبكى طويلا وحول وجهه إلى الجدار فجعل ابنه يقول: يا أبتاه أما بشرك رسول الله ﷺ بكذا؟ قال: فأقبل بوجهه فقال: إن أفضل ما نُعدّ شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، إني قد كنت على أطباق ثلاث؛ لقد رأيتني وما أحد أشد بغضا لرسول الله صلى الله عليه وسلم مني، ولا أحب إلي أن أكون قد استمكن منه فقتله، فلو مت على تلك الحال لكنت من أهل النار، فلما جعل الله الإسلام في قلبي أتيت النبي ﷺ فقلت: ابسط بيمينك فلأباعدك فبسط يمينه، قال: فقبضت يدي. قال: ما بك يا عمرو؟ قال: فقلت: أردت أن أشترط، قال: تشتترط بماذا؟ قلت: أن تغفر لي، قال: أما علمت أن الإسلام يهدم ما قبله...⁽³⁾.

وذلك لعدم ورود النص القاضي بالتجريم فلم ترجع المؤاخذة إلى الماضي بأثر رجعي، فاعتبر الشارع ما صدر قبل الدعوة والإنذار والبشارة بالإسلام عفوا.

إذن فمبدأ عدم الرجعية ثابت بالسنة القولية من خلال الحديثين السابقين، ويزيد تأكيده بالسنة العملية، إذ أن مبدأ عدم الرجعية يغلب عليه الصفة العملية التطبيقية، وهو ما يؤكد كل من الدكتور أحمد فتحي بهنسي⁽⁴⁾، والدكتور عبد السلام محمد الشريف⁽⁵⁾، والإمام أبو زهرة⁽⁶⁾، زهرة⁽⁶⁾، والدكتور محمد نعيم ياسين⁽⁷⁾، حيث أجمعوا أنهم لم يققوا على نص يثبت أن النبي ﷺ عاقب على جريمة قبل نزول النص الموجب للعقاب، وهو ما لم أجده بدوري في حدود ما اطلعت عليه من كتب الحديث والسيرة التي رأيت أن لها علاقة بالموضوع.

(1) - هو عبد الرحمن بن شماسة المهري، أنظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، الجزء الثاني، ص512.

(2) - هو عمرو بن العاص بن وائل السهمي صحابي مشهور، أسلم عام الحديبية، توفي سنة 45 وقيل بعد الخمسين. أنظر: ابن حجر، المرجع نفسه، الجزء 2، ص72.

(3) - مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: وتصحيح محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، كتاب الإمام، باب كون الإسلام يهدم ما قبله، الجزء الأول، ص112، حديث رقم 192.

(4) - أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، د.ط، 1991، الجزء الثالث، ص115.

(5) - عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د.ط، 1987، ص170.

(6) - محمد أبو زهرة، ص16.

(7) - محمد نعيم ياسين، ص23.

3. مبدأ عدم الرجعية في آثار الصحابة:

حكى إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء فرأى رجلا يطوف مع النساء فضربه بالدرّة، فقال الرجل: والله لئن كنت أحسنت لقد ظلمتني، وإن كنت أسأت فما علمتني، فقال عمر: أما شهدت عزمتي، فقال: ما شهدت لك عزيمة، فألقى إليه الدرة وقال له: اقتص... (1).

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

4. مبدأ عدم الرجعية في القواعد الأصولية:

قبل التطرق إلى الاستدلال لا بد من معرفة القواعد الأصولية:

أ. القاعدة الأصولية: "هي إدراك القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية"(3).

من هذا التعريف ندرك أن وظيفة القاعدة الأصولية هي إنارة الطريق أمام المجتهد للوصول إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، كما أنه العلم الذي يدرس القواعد الكلية التي تمثل منارات هادية تقود المجتهد إلى هذه الغاية(4).

والقواعد الأصولية تكتسي أهمية بالغة في التشريع الإسلامي، نظرا لما يحققه علم أصول الفقه من الفوائد العلمية والتشريعية وما ييسره من سبل الوصول إلى معرفة العباد

(1) - الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ص310.

(2) - محمد أبو زهرة، ص285.

(3) - الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ص3. انظر كذلك: - الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام تحقيق: سيد الجميلي، دار الكتب العربي، بيروت، ط2: 1986، ت، الجزء الأول، ص23.

- الغزالي، المستصفى من علم الأصول، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، الجزء الأول، ص5.

- ابن برهان، الوصول إلى الأصول، مكتبة المعارف الرياض، 1983، تحقيق: عبد الحميد علي أبو زيد، الجزء الأول، ص51.

(4) - مسعود فلوسي، مدرسة المتكلمين ومنهجها في دراسة القواعد الأصولية، رسالة ماجستير، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1994، ص11.

لأحكام الله عز وجل في أفعالهم وتصرفاتهم⁽¹⁾.

ب. مبدأ عدم الرجعية في القواعد الأصولية:

-قاعدة "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص الشرعي"⁽²⁾، وقد يعبر عنها بقاعدة "لا تكليف قبل ورود الشرع"⁽³⁾:

أي أن أفعال الناس لا توصف بأنها واجبة أو محرمة قبل أن يرد خطاب شرعي يفيد ذلك⁽⁴⁾، ومنه لا يمكن الرجوع بحكم خطاب الشرع بعد ثبوته على الأفعال التي ارتكبتها الأفراد قبله.

فالقاعدة الأصولية صريحة في أنه لا يحكم على أفعال الأفراد المكلفين وأقوالهم التي وقعت قبل ورود النص الشرعي، وإن كانت تشكل جرائم بعد ورود هذا النص، إذ حكمه لا يسري إلا على ما ارتكب في وقت نفاذه.

-قاعدة "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة"⁽⁵⁾:

ومفاد هذه القاعدة أن جميع التصرفات والعقود والأطعمة والملبوسات وغيرها مما استحدث واستجد، ولم يوجد لها حكم في الكتاب أو السنة أو في أي دليل من الأدلة الأخرى كالقياس والذرائع وغيرها، فإن الحكم يكون بجوازها استصحابا لحالها الأصلي وهو عدم المنع والتحریم⁽⁶⁾.

وعليه لو ارتكب شخص فعلا لم يجرم، ثم جاء نص وأدخل ذلك الفعل ضمن دائرة التجريم وقرر له عقوبة محددة، فإن من ارتكبه قبل هذا النص يعتبر بريئا في نظر الشريعة الإسلامية إعمالا لقاعدة الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة وهو توافق بينها وبين مبدأ عدم رجعية النص الجنائي.

(1) - انظر: مسعود فلوسي، المرجع نفسه، ص 29 وما بعدها.

(2) - الغزالي، الجزء الأول، ص 36.

(3) - الأمدى، الجزء الأول، ص 113-114.

(4) - محمد نعيم ياسين، ص 20.

(5) - السيوطي، الأشباه والنظائر، مؤسسة الكتب الثقافية، ط1: 1994، تخريج وتعليق: خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان، ص 82 وما بعدها.

- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، د.ط، 1992، الجزء الثاني، ص 171-172.

- علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2: 1991، تقديم مصطفى الزرقا، ص 107.

(6) - محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، شركة الشهاب الجزائر، ط1: 1984، ص 311.

ثامنا: مبدأ عدم الرجعية بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي:

1. تاريخ ونشأة المبدأ: لم يشر بعض المتحدثين⁽¹⁾، عن تاريخ ظهور مبدأ عدم الرجعية إلى فترة الحضارة الإسلامية على امتدادها الزمني والجغرافي، لكن تبين من خلال ما سبق أن التشريع الإسلامي أخذ صراحة بهذا المبدأ وكان مكرسا في أكثر من مصدر تشريعي (القرآن- السنة- القواعد الأصولية -الاستصحاب-آثار الصحابة).

إذن فبعيدا عن الجدل حول الأسبقية في الأخذ بمبدأ عدم الرجعية يتضح أن التشريع الإسلامي عرف هذا المبدأ من حيث كونه مبدأ نظريا إلى جانب تطبيقاته واستثناءاته التي سنتحدث عنها لاحقا.

ولا أدري سبب إهمال الكتاب لفترة الحضارة الإسلامية في حديثهم عن نشأة مبدأ عدم الرجعية، بل إن الأستاذ جندي عبد الملك يذهب بعيدا في ذلك بقوله: "ولم تكن هذه القاعدة معروفة في الشرائع القديمة بل قررتها الجمعية الدستورية في فرنسا لأول مرة في وثيقة إعلان حقوق الإنسان الصادرة بتاريخ 26 أغسطس 1789..."⁽²⁾. فهو في هذه الفقرة يفند أن يكون مبدأ عدم الرجعية معروفا فيما قبل إعلان حقوق الإنسان -1789-.

كما ذهب الأستاذ سمير عبد السيد تناغو غير بعيد عن ذلك، حيث بدأ حديثه عن تاريخ ظهور مبدأ عدم الرجعية لأول مرة في القانون الروماني ثم قال: "وإذا انتقلنا مباشرة من القانون الروماني إلى الثورة الفرنسية..."⁽³⁾، وهو بذلك يهمل الفترة التي ساد فيها التشريع الإسلامي.

إلا أنه وإن كان قصد الذين أهملوا الحديث عن مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي أنه لم يرد بهذه الصياغة الحديثة فهذا مما هو متفق عليه، أما أن يكون إهمالهم بقصد عدم وجوده مطلقا فإن الآيات والأحاديث والقواعد الأصولية واضحة في إثبات عكس ذلك.

2. حجية مبدأ عدم الرجعية: يتفق القانون الوضعي والتشريع الإسلامي حول منح مبدأ عدم الرجعية درجة عالية من الحجية، حيث إن القوانين الوضعية نصت عليه في الدستور

(1) - مثل: سمير عبد السيد تناغو، ص 653 وما بعدها.

- جندي عبد الملك، ص 569.

- فريد الزغبي، المجلد الثاني، ص 77.

(2) - جندي عبد الملك، ص 569.

(3) - سمير عبد السيد تناغو، ص 655.

باعتباره المصدر الأول للقانون، ولم تتوقف عند حد الدستور بل وضعته في مواد قانون العقوبات.

وبالمقابل نجد أن التشريع الإسلامي يأخذ بعدم الرجعية انطلاقاً من المصدر الأول للتشريع وهو القرآن الكريم الذي يقابل الدستور، وكذا في المصدر الثاني وهو السنة ثم تأتي القواعد الأصولية.

مما سبق يتضح أن مبدأ عدم الرجعية له نفس درجة الحجية ونفس القوة القانونية في كل من القانون الوضعي والتشريع الإسلامي:

3. من حيث تطبيقات مبدأ عدم الرجعية والاستثناءات: سيأتي الحديث عن هذا في الفصل الثاني من هذا الباب.

4. من حيث الصياغة: يتسم التشريع الإسلامي بالمرونة في التعبير عن مبادئه، وهو ما يضمن له صلاحية التطبيق في كل زمان ومكان، ولو عدنا إلى التعبير عن مبدأ عدم الرجعية الوارد في قوله تعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»⁽¹⁾، نجد أن هذه الآية يمكن الاستدلال بها على أكثر من مبدأ وارد في الفقه القانوني الحديث، فهذه الآية وظفها بعض الكتاب⁽²⁾ في الاستدلال على مبدأ عدم الرجعية، والبعض الآخر⁽³⁾ استدلالاً بها على مبدأ الشرعية، بل إن بعض المؤلفين⁽⁴⁾ قد استشهد بها على المبدأين معا وفي نفس المؤلف، وهذه الاستدلالات دون الفصل بين ألفاظها في الدلالة على كل مبدأ على حدا. فدلالة الآية على المبدأين جاءت بصيغة بليغة بحيث لا يمكن حصر الألفاظ التي تدل على المبدأ الأول، وتمييزها عن العبارات الدالة على المبدأ الثاني، أي أن دلالتها جاءت بصيغة مجملة لا تقبل الفصل والتبعض.

هذا وقد حاول واضعو الدستور الجزائري انتهاج نفس المسلك، لكن التعبير الدستوري يفتقر إلى بلاغة الآية السابقة، حيث إن المادة 46 من دستور 1996 جمعت بين المبدأين لكن

(1) -سورة الإسراء، الآية: 15.

(2) - أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1991، الجزء الثالث: ص115.

(3) - سليمان بارش، ص 15.

- عبد القادر عودة، ص117.

- أسامة عبد الله قايد، الجريمة أحكامها العامة في الأنظمة الحديثة والفقه الإسلامي، دار الشروق، دط، دبت، ص16.

- محمد أبو زهرة، ص160.

(4) - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط6، 1996، ص ص60، 31.

بعبارتين منفصلتين حيث يمكن إدراك كل عبارة والمبدأ الذي تعبر عنه دون حاجة إلى ملكة لغوية عميقة.

فمبدأ الشرعية جاء في قولها: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون... " ثم أعقبته بصفة ونعت لهذا القانون وهي أن يكون: "... صادرا قبل ارتكاب الفعل المجرّم" للدلالة على مبدأ عدم الرجعية.

ولعل الغرض من جمع المبدأين معا ليس حرصا على البلاغة في التعبير بل للدلالة على أن المبدأين متلازمان أو بالأحرى للتعبير على أن مبدأ عدم الرجعية ملازم لمبدأ الشرعية. إذن مما سبق نستنتج أن الصياغة في التشريع الإسلامي في مصدرى القرآن والسنة تبقى أبلغ وأدق من كل التعابير البشرية، وهي سمة تضمن لهذا التشريع صلاحية تطبيقه دون معرفة حدود زمانية، ولا مكانية، ولا بشرية.

ودقة الصياغة ستبقى سمة محتكرة من طرف آيات القرآن الكريم على مدى الحياة، وهي من بين السمات التي تحفظ صلاحية أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء للتطبيق في كل زمان ومكان، وهو ما لن يصل إليه أي تشريع بشري، وقد قال تعالى: «قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: علاقة مبدأ عدم رجعية النص الجنائي مع مبدأ الشرعية

سأقتصر في دراسة مبدأ الشرعية على ما تقتضيه العلاقة بينه وبين مبدأ عدم الرجعية دون الاسترسال في الجوانب الأخرى لكي لا يعد ذلك خروجا عن الموضوع.

الفرع الأول: مفهوم شرعية التجريم والعقاب

لقد تطورت وسائل محاربة الجريمة والوقاية منها، وكذا ملاحقة الجناة والكشف عنهم، وتوقيع العقاب عليهم، ولكن بالرغم من ذلك تبقى السلطة القضائية التي تتمتع بحق معاقبة الجناة تفتقد للحرية المطلقة في ذلك، إذ قيدت صلاحياتها بمبدأ شرعية التجريم والعقاب لكي لا تنزل العقاب بمن شاءت متى شاءت حماية لمصالح الأفراد ودعمًا لمبادئ العدل في المجتمع، فما هو مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب؟

(1) سورة الإسراء، الآية: 88.

1. مفهوم شرعية التجريم والعقاب لغة: ونعرف كل لفظ من ألفاظه على حد.

أ- الشرعية لغة: جاء في لسان العرب:

شرع- شرع الوالد-شرع وشروعا- تناول الماء بفيه وشرعت الدواب في الماء تشرع وشروعا: أي دخلت.

والشريعة والشارع والمشرعة: المواضع التي ينحدر منها الماء.

والشارع الطريق الأعظم الذي يشرع فيه الناس عامة وهو على هذا المعنى ذو شرع من الخلق يشرعون فيه⁽¹⁾.

وجاء في القاموس المحيط:

الشريعة: ما شرع الله تعالى لعباده والظاهر المستقيم من المذاهب⁽²⁾.

ب. التجريم لغة: جاء في لسان العرب:

جرم: الجرم: القطع، جرمه يجرمه جرماً قطعاً.

والجرم: التعدي، والجرم الذنب، والجمع أجرام وجروم، وهو الجريمة، وقد جرم يجرم جرماً واجترم وأجرم، فهو مجرم وجريم.

وتجرم علي فلان أي ادعى ذنباً لم أفعله⁽³⁾.

وجاء في القاموس المحيط:

جرمه يجرمه: قطع... وفلان أذنب كأجرم واجترم فهو مجرم وجريم⁽⁴⁾.

ج-العقاب لغة:

-الجزاء، فالعقاب والمعاقبة أن تجزي الرجل بما فعل سواء، والاسم العقوبة⁽⁵⁾.

-الشيء الذي يأتي بعد شيء آخر ويتلوه، وسميت عقوبة لأنها تكون آخراً وثاني الذنب⁽⁶⁾.

(1) - ابن منظور، المجلد الثامن- مادة شرع- ص175-176.

(2) - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار العلم للجميع، بيروت، د.ط، د.ت، الجزء الثالث، فصل الشين، باب العين، ص44.

(3) - ابن منظور، المجلد 12، مادة- جرم-ص 91-92.

(4) - الفيروز آبادي، الجزء الرابع، فصل الجيم، باب الميم، ص88.

(5) - ابن منظور، المجلد الأول، ص616.

(6) - أبو الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، ط1: 1991، الجزء 4، ص46.

-والعقاب هو الجزاء بالشر عن الشر⁽¹⁾.

2- مفهومه اصطلاحاً:

إن مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب يتمحور أساساً حول مصطلح الشرعية الذي هو "تقريب صحيح للعبارة الفرنسية (Legalite) المشتقة من لاتينية القرون الوسطى الأوروبية (Legalitas) تعني كل ما هو صادر عن القانون، أو منطبق عليه، وفق النصوص المرعية الإجراء"⁽²⁾.

أو هي: "مجموعة القواعد التي يجب مراعاتها والتقيدها بها في مجتمع معين"⁽³⁾. وعرفه -مبدأ الشرعية- جندي عبد الملك على أنه: "لا يعتبر الفعل أو الترك جريمة إلا إذا كان قد نهى عنه أو أمر به قانون جنائي، ذلك بأن من شأن المشرع أن يبين باسم الهيئة الاجتماعية التي يمثلها ما هي الأمور المعاقب عليها لما فيها من خطر على النظام العام"⁽⁴⁾. العام"⁽⁴⁾.

ونلاحظ على هذا التعريف أنه تحدث عن شرعية التجريم وأهمل شرعية العقاب. وعرفه فؤاد رزق بقوله: "أنه لا يحق للقاضي الجزائي أن يفرض عقوبة أو تدبيراً احترازياً أو إصلاحياً على فعل لم يكن القانون قد نص حين اقترافه على اعتباره جرماً؛ وأنه لا يجوز فرض أية عقوبة لم يكن القانون قد نص عليها حين اقتراف الجرم"⁽⁵⁾. وعرفه عبد الله سليمان بأنه: "حصر الجرائم والعقوبات في القانون، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها، والعقوبات المقررة لها من جهة، ثم نوعها ومدتها من جهة أخرى"⁽⁶⁾.

ويمكن أن نعرف مبدأ شرعية التجريم والعقاب بأنه: "انفراد القانون بسلطة تحديد الجرائم والعقوبات المقررة لها".

ثانياً: نشأة مبدأ التجريم والعقاب:

(1) - علي بن هادية وآخرون، ص 684.

(2) - فريد الزغبي، ص 15.

(3) - ابتسام القرام، قاموس المصطلحات القانونية، المؤسسة الوطنية الجميلة، 1992، ص 72.

(4) - جندي عبد الملك، ص 552.

(5) - فؤاد رزق، الأحكام الجزائية العامة، تحقيق: إلياس نصيف، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ط، 1998، ص 9.

(6) - عبد الله سليمان، ص 62.

يختلف الكتاب والمؤلفون حول بداية نشأة هذا المبدأ على عدة آراء:

1- يقول الأستاذ سليمان بارش: "تعتبر الشريعة الإسلامية أول شريعة مقررة لمبدأ الشرعية في الوقت الذي كانت فيه سائر الأمم تعاني من تحكم السلطة وتعسفها، وأنه حتى وإن كانت بعض الشرائع الوضعية عرفت التجريم المسبق مثل قانون حمورابي، فإن ذلك يعتبر مظهراً شكلياً للشرعية من حيث إن مضمونه لا يعبر عن رغبته الجامعة، وإنما يبلور فقط قيم السلطة الحاكمة"⁽¹⁾.

2- اتفق كل من الدكتور عبد الله قورة والأستاذ أسامة عبد الله قايد على إرجاع المبدأ إلى العهد الأعظم الذي منحه الملك جون للشعب الإنجليزي في إنجلترا عام 1216، ونص عليه في إعلان الحقوق في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1774⁽²⁾.

3- ويرى المستشار جندي عبد الملك أن المبدأ يرجع إلى الثورة الفرنسية التي عبرت عن آراء فلاسفة القرن التاسع عشر... فقد وردت لأول مرة ضمن ما أعلنته الثورة من حقوق الإنسان..."⁽³⁾.

ومما سبق يبدو أن أساس الاختلاف حول نشأة مبدأ شرعية التجريم والعقاب هو أن بعض الكتاب يؤسس لنشأة هذا المبدأ على آراء الفقهاء والنظريات الفلسفية، وبعضهم يرجع نشأة المبدأ إلى التشريعات.

أما الترسيم القانوني للمبدأ فحسب رأي الدكتور عادل قورة فيرجع إلى إعلان الحقوق في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1774 وبعدها في قانون العقوبات النمساوي الصادر سنة 1787⁽⁴⁾. ثم كرسه إعلان حقوق الإنسان سنة 1789 بالإجماع.

والأصح كما يبدو أن نشأة مبدأ الشرعية يعود إلى عصر صدر الإسلام، وما يزيد هذا الرأي قوة وحجية أن المبدأ لم يتوقف عند حدود النظريات الفقهية أو الاجتهادات القضائية

(1) - سليمان بارش، ص 14-15.

(2) - أسامة عبد الله قايد، ص 13.

- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات - القسم العام- الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 38.

- فريد الزغبي، ص 18-19.

(3) - جندي عبد الملك، ص 552.

(4) - عادل قورة، ص 38.

في ذلك العصر، وإنما جاء بصريح العبارة في نصوص القرآن⁽¹⁾.-الذي قابله الدستور في العصر الحديث من حيث المرتبة والدرجة في النظام التشريعي الوضعي- ولم يتوقف عند حدود النداءات الفقهية أو الاجتهادات القضائية.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ شرعية التجريم والعقاب

نظرا لأهمية هذا المبدأ فإننا نجده مكرسا في الدستور وقانون العقوبات معا.

أولا- الأساس الدستوري لمبدأ الشرعية:

استقر هذا المبدأ في دساتير الجزائر⁽²⁾ المتعاقبة على غرار "كافة دساتير الدول المختلفة"⁽³⁾.

فقد أكد دستور سنة 1996 على احترام مبدأ الشرعية في عدة مواد منها:

المادة 45: "كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كافة الضمانات التي يتطلبها القانون".

المادة 46: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

المادة 47: "لا يتابع أحد أو يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها القانون".

المادة 142: "تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية".

من خلال تأكيد دساتير الجزائر على هذا المبدأ فإنه يرتفع "من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري"، مما يسمح بالطعن بعدم دستورية القوانين التي تخالفه.

ثانيا- أساس مبدأ الشرعية في قانون العقوبات:

لم يتوقف مبدأ الشرعية عند حدود الدستور وإنما فرض نفسه في قانون العقوبات -الجزائري-⁽⁴⁾، فقد نصت المادة الأولى على مضمونه بقولها: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

ثالثا-مبدأ الشرعية في القانون الجنائي الدولي:

(1) - سيأتي الحديث عنه في الفرع الثاني من هذا المطلب، ص 47 و ما بعدها.

(2) - دستور الجزائر سنة 1976 في المادتين: 45-46، ودستور 1989 في المواد 42-43-44.

(3) - عادل قورة، ص 39.

(4) - كما نصت عليه المادة 5 من قانون العقوبات المصري، وقانون العقوبات اللبناني في المواد 1-6-12.

انطلاقاً من كون القانون الجنائي الدولي فرع حديث النشأة، إضافة إلى كون العرف من أهم المصادر المنشئة لقواعده، خاصة في المراحل الأولى من تكوين هذا الفرع القانوني، فقد نشأ خلاف حول إمكانية تطبيق مبدأ الشرعية عليه.

I- غياب مبدأ الشرعية في القانون الجنائي الدولي:

بناء على هذا الرأي لا يمكن تطبيق مبدأ الشرعية على القانون الجنائي الدولي كون غالبية قواعده عرفية، بينما الشرعية تنحصر في القواعد المكتوبة. وحتى وإن تم تقنين تلك القواعد العرفية على شكل اتفاقيات مدونة، فإن ذلك سيؤدي إلى تجميدها، في الوقت الذي يتواجد فيه هذا الفرع القانوني في مراحله الأولى، وهو في حاجة إلى تطور مستمر لاستكمال بنيته القانونية.

زيادة على هذا، هناك جرائم دولية يكثر الاختلاف بشأنها مما يصعب تقنيها كما هو الحال في جريمة العدوان التي علقّت المادة 5 من نظام روما للمحكمة الجنائية الدولية باعتبارها أم التقنيات في القانون الجنائي الدولي العمل بها على وضع تعريف لجريمة العدوان معتمد من قبل الدول الأطراف وفقاً للمادتين 121، 123 من نفس الاتفاقية⁽¹⁾.

II- إعمال مبدأ الشرعية في القانون الجنائي الدولي:

حسب هذا الرأي، فإنه مما هو مسلم به أن مبدأ الشرعية من المبادئ السامية، والأساسية بل هو العمود الفقري للبنية القانونية في المجتمع سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، وبدونه يفقد القانون فعاليته؛ و عليه يكون ال.ق.ج.د. مؤسساً على بعض مرتكزات الشرعية الإجرائية⁽²⁾ كالأصل في المتهم البراءة و ضمانات المحاكمة المنصفة. وبناء على ذلك لا بد من تطبيق وإعمال هذا المبدأ في مجال حقوق الإنسان المحمية بواسطة القانون الجنائي الدولي، عن طريق العودة للقواعد الثابتة بالاتفاقيات الدولية التي تعتبر كاشفة لها، وليست منشئة، إذ أن هذا الإنشاء ثابت سلفاً بالعرف الدولي.

(1) - أنظر: Lombois(c), Droit pénal international, paris, précis, dalloz, 1971, p47.

(2) - أنظر: عادل غسكيل، الشرعية الإجرائية أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، المركز الجامعي خنشلة، 2008-2009، ص 120 و ما بعدها.

وعليه يكون مبدأ الشرعية في القانون الجنائي الدولي، ذو طبيعة خاصة لما يلعبه العرف من دور كبير في تكوين قواعده، فيكون في غالبية شرعية مبنية على قواعد عرفية غير مدونة⁽¹⁾.

غير أنه وحسب رأيي فإن هذا الاختلاف مستساغ لفترة ما قبل 1998، أما بعد هذا التاريخ وبظهور اتفاقية روما للمحكمة الجنائية الدولية ودخولها حيز النفاذ، فلا مجال للحديث عن غياب مبدأ الشرعية في القانون الجنائي الدولي وما يترتب عليه من نتائج كالأخذ بقاعدة عدم الرجعية...

رابعاً: أساس مبدأ الشرعية في التشريع الإسلامي

1- مبدأ الشرعية في القرآن الكريم: ما تواترت عليه الشرائع السماوية كلها أنه لا تكليف إلا برسالة وتبليغ، وقد جاءت النصوص القرآنية مؤكدة لهذا المعنى، وأنه لا توجد عقوبة من غير رسالة ورسول ينذر ويبشر⁽²⁾. وبذلك فإنه لا يمكن أن يجرم إنسان أو يعاقب على فعل قبل إنذاره، ونورد للدلالة على ذلك آيتين على سبيل المثال:

أ- قال تعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»⁽³⁾.

"وفي هذا دليل على أن الأحكام لا تثبت إلا بالشرع... وعند الجمهور أن الله لا يهلك أمة بعذاب إلا بعد الرسالة إليهم والإنذار"⁽⁴⁾.

فعدالة الله سبحانه وتعالى تقتضي عدم العقاب قبل الإنذار " وهي رحمة من الله أن يعذر إلى العباد قبل أن يأخذهم بالعذاب"⁽⁵⁾. لأنه لم يترك "الخلق سدى بل أرسل الرسل... بمعنى أن الله لا يهلك أمة بعذاب إلا بعد الرسالة إليهم والإنذار"⁽⁶⁾.

ب- وقال تعالى: «وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا»⁽⁷⁾.

(1)-Lombois(c),Op.Cit, p48 .

(2) - أسامة عبد الله قايد، ص 15-16.

(3) -سورة الإسراء، الآية: 15.

(4) - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت، الجزء التاسع، ص 231.
- وأبو يعلى الفراء، ص 227.

(5) -سيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق، ط 16: 1996، المجلد الرابع، الأجزاء 12-18، ص 2217.

(6) - وهبة الزحيلي، التفسير المنير، دار الفكر، ط 1: 1991، الجزء 15، ص 39.

(7) -سورة القصص، الآية: 59.

أي لم أهلك إلا وقد استحقوا الإهلاك لإصرارهم على الكفر بعد الإعذار إليهم، وفي هذا بيان لعدله، وتقده عن الظلم، أخبر تعالى أنه لا يهلكهم إلا إذا استحقوا الإهلاك بظلمهم، ولا يهلكهم مع كونهم ظالمين إلا بعد تأكيد الحجة والإلزام ببعثه الرسل، ولا يجعل علمه بأحوالهم حجة عليهم"⁽¹⁾. وهذه هي العدالة الإلهية المطلقة التي لا يمكن أن يصلها الإنسان في تشريعاته مهما وصل درجة العلم والفهم بل حتى التنظير.

2-مبدأ الشرعية في السنة:

أ-مما يستدل به على مبدأ الشرعية في السنة قول الرسول ﷺ: "الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو عفا عنه"⁽²⁾.

إذن فمرجعية التحليل والتحرير هي ما بينه الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم. وعليه فإن ما "لم ينص على حله وحرمة نصا جليا ولا نصا خفيا" فهو ما عفا عنه" أي فيحل تناوله، وهذا ما قاله الرسول ﷺ حين سئل عن الجبن والسمن والفراء"⁽³⁾. وفي الحديث "حجة للقائلين بأن الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع الإباحة حتى يتبين التحريم أو الوجوب وهي قاعدة من قواعد الأصول..."⁽⁴⁾. إلا أنه إن كان الحديث جاء بمناسبة السؤال عن الجبن والسمن والفراء فإن ألفاظه جاءت عامة تشتمل غير هذه الأشياء الثلاثة لتفيد أن سلطة التحليل والتحرير هي لله تعالى في كل الأشياء، وذلك بتبينه والنص عليه في القرآن، وفي ذلك إشارة ودلالة على مبدأ الشرعية.

(1) - القرطبي، ج13، ص302.

(2) - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الأطعمة، باب أكل الجبن والسمن، ج2، ص1117، حديث رقم: 3367.
- الترمذي، الجامع الصحيح، سنن الترمذي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، كتاب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، ج4، ص192، حديث رقم 1726.
- المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، ضبط وتصحيح أحمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج3، ص564، حديث رقم 3858.

(3) - المرجع نفسه، ص564-565.

(4) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ب-حديث آخر رواه البخاري و مسلم و غيرهما وهو قول الرسول ﷺ: "إن أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على المسلمين، فحرم عليهم من أجل مسألتهم"⁽¹⁾.

فالتشريع الإسلامي الحنيف لم يتوقف في مبدأ الشرعية عند البيان أن التحليل والتحرير هي لله تعالى وحده، بل ذهب أبعد من ذلك حين نهى عن السؤال عما لم يحرم بل اعتبر فاعل ذلك آثماً، إذا لم يوجد نص يثبت ذلك التحريم فهو داخل في دائرة المباحات، "وفي الحديث السابق أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الشرع بخلاف ذلك"⁽²⁾. وهذا مضمون مبدأ الشرعية.

وبناء على هذا المنهج لم يعاقب النبي ﷺ على الجرائم التي كانت قد ارتكبت في الجاهلية⁽³⁾.

3-مبدأ الشرعية في القواعد الأصولية:

يرد مبدأ الشرعية في كثير من القواعد الأصولية بمعناه لا بلفظه، وسنورد بعضها على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، إذ يكفي التمثيل للدلالة على الوجود.

أما درجة قوة مبدأ الشرعية في التشريع الإسلامي فيكفي أنه مستنبط من نصوص القرآن الكريم وهو المصدر الأول والأساسي في التشريع الإسلامي، إذ من خلال النص على المبدأ في القرآن يمكن اعتباره مبدأ دستورياً كما في الفقه القانوني الحديث.

ومن القواعد الأصولية التي تنص على مبدأ الشرعية نجد:

قاعدة: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص".

أي أن الإنسان المكلف لا يمكن أن توصف الأفعال التي يأتيها بأنها محرمة ما لم يرد النص بتحريمها، ولا أحد له سلطة منعه من ارتكابها حتى يرد نص صريح يقتضي ذلك.

(1) - البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من كثرة السؤال وتكلف ما لا يعنيه، المجلد الرابع، ج8، ص492، حديث رقم 7289.

- مسلم، كتاب الفضائل، باب توقيعه ﷺ وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، ج18، ص114، حديث رقم 6070.

- أبو داود، سنن أبي داود، دراسة وفهرسة: كمال يوسف الحوت، دار الجنان، د.ط، د.ت، كتاب السنة، باب لزوم السنة، ج2، ص612، حديث رقم 4610.

(2) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ترقيم وتبويب محمد فؤاد عبد الباقي، إخراج وتصحيح محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، ج13، ص269.

(3) - محمد نعيم ياسين، ص23.

ولما لا يستطيع أحد أن يصف أفعال الأفراد بأنها تنطوي ضمن دائرة الجرائم دون أن يرد نص صريح بذلك، فإنه من باب أولى ألا يملك أحد سلطة العقاب على تلك الأفعال.
-قاعدة: "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة".

وبناء على هذا يحكم بصحة كل عقد، أو تصرف لم يرد عن الشرع ما يدل على فساده أو بطلانه، كما أن كل ما لم يقد دليل من النصوص الشرعية على حظره، فهو مباح لا تثريب على فاعله ولو لوم عليه⁽¹⁾.

فالإنسان المكلف حر في أن يقول ما يشاء متى استقر في علمه عدم وجود نص يقضي بحظر ما يقوم به، لأن الله تعالى "صرَّح في عدة آيات أنه سخر للناس ما في السماوات وما في الأرض، ولا يكون ما في الأرض مخلوقا للناس ومسخر لهم إلا إذا كان مباحا لهم، لأنه لو كان محظورا عليهم ما كان لهم"⁽²⁾.

وهاتان القاعدتان الأصوليتان اللتان تقطعان بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في الشريعة الإسلامية، لا تستندان فيما جاءتا به إلى العقل والمنطق، ولا تستندان إلى نصوص الشريعة العامة التي تأمر بالعدل والإحسان... وإنما تستندان إلى نصوص خاصة صريحة في هذا المعنى، منها⁽³⁾:

قوله تعالى: «وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا»⁽⁴⁾.
وقوله تعالى: «لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل»⁽⁵⁾.
وقوله تعالى: «لأنذرکم به ومن بلغ»⁽⁶⁾.
وقوله تعالى: «قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف»⁽⁷⁾.

(1) - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، الجزائر، د.ط، 1992م، ج2، ص871-872.

- علي أحمد الندوي، ص107.

- ابن حزم، الأحكام في أصول الأحكام، دار الحديث، ط1: 1984، ج1، ص52 وما بعدها.

- السيوطي، ص82 وما بعدها.

(2) - عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه الإسلامي، الزهراء، الجزائر، ط2، 1993، ص91-92.

(3) - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط13: 1994، ج1، ص117 بتصرف.

(4) -سورة القصص، الآية:59.

(5) -سورة النساء، الآية:16.

(6) -سورة الأنعام، الآية:19.

(7) -سورة الأنفال، الآية:38.

وفي هذا دلالة على قوة هاتين القاعدتين الأصوليتين وحجبيتهما في التشريع الإسلامي، بل هناك من الأصوليين من يدرجهما ضمن مصدر مستقل من مصادر التشريع الإسلامي وهو الاستصحاب⁽¹⁾.

واضح مما تقدم أن التشريع الإسلامي يأخذ بمبدأ شرعية التجريم والعقاب، فلا نجد فيه أثرا لتجريم فعل قبل أن يرد في ذلك نص، كما لا نجد أنه تم تطبيق عقوبة غير منصوص عليها سواء في شدتها أو نوعها.

إلا أنه وإن كان تطبيق مبدأ الشرعية في جرائم الحدود والقصاص والدية واضحا وضوحا دقيقا لأن ذلك يستند إلى نصوص صريحة في الكتاب والسنة، فإن تطبيقها في جرائم التعزير ليس بنفس التقيد، وإنما توسعت فيها إلى حد ما "لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال وعلى حساب الجريمة في القليل النادر"⁽²⁾.

خامسا: مبدأ الشرعية ما بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي:

واضح مما تقدم أن كلا من القانون الوضعي والتشريع الإسلامي يأخذ بمبدأ الشرعية ويدافع عنه، وقد تقتضي المقارنة أن نتناول أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف فيما بينهما.

1. أوجه الاتفاق بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي:

أ- طريقة النص على المبدأ: كل من القانون الوضعي والتشريع الإسلامي نص على مبدأ الشرعية بنصوص صريحة لا تحتمل التأويل أو الإنكار لدلالاتها على ذلك.

ب- حجية المبدأ: ومبدأ الشرعية له نفس قوة الحجية في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، لذا كرس هذا المبدأ في قمة هرم مصادر التشريع، فقد نصت عليه مواد الدساتير، في القانون الوضعي، وبالمقابل تنص عليه آيات القرآن الكريم، باعتبار أن

(1) - الاستصحاب: هو بقاء حكم الأصل الثابت بالنصوص حتى يقوم الدليل منها على التغيير، وهو مصدر من مصادر التشريع الإسلامي المختلف فيها. في هذا المعنى أنظر:

- محمد الخضري، أصول الفقه الإسلامي، دار القلم، بيروت، ط1، 1987، ص355 وما بعدها.
- مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت: 1986، ص337 وما بعدها.
- محمد زكرياء البرديسي، أصول الفقه، دار الثقافة، 1983، ص338 وما بعدها.

(2) - عبد القادر عودة، ج1، ص126.

الدستور والقرآن الكريم هما قمتا مصادر التشريع في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي على الترتيب.

ج-تنوع النص على مبدأ الشرعية: كل من القانون الوضعي والتشريع الإسلامي لم يكتفيا بالنص على مبدأ الشرعية في الدساتير والقرآن، وإنما تعدى القانون الوضعي إلى النص عليه في قانون العقوبات، فيما يتعدى التشريع الإسلامي إلى تضمينه في السنة والقواعد الأصولية.

2-أوجه الاختلاف بين القانون الوضعي والتشريع الإسلامي:

يختلف التشريع الإسلامي عن القانون الوضعي في تطبيق مبدأ الشرعية من عدة جوانب أهمها:

أ-تاريخ تطبيق المبدأ: نصت الشريعة الإسلامية وطبقت هذا المبدأ قبل القوانين الوضعية⁽¹⁾، فالتشريع الإسلامي يعتبر السباق في ترسيم مبدأ الشرعية ضمن نصوص صريحة في القرآن والسنة كما سبق إثبات ذلك⁽²⁾.

ب-تطبيق مبدأ الشرعية: في التشريع الإسلامي يختلف تطبيق مبدأ الشرعية حسب خطورة الجريمة تشديدا وتساهلا؛ ففي الجرائم الخطيرة مثل جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، يتشدد التشريع الإسلامي في تطبيق مبدأ الشرعية وذلك عن طريق التدقيق في تحديد الجريمة وتعيين العقوبة.

أما في الجرائم الأقل خطورة وهي جرائم التعازير فهناك تساهل في الأخذ بمبدأ الشرعية من ناحيتين.

فمن ناحية التجريم: يكتفي التشريع الإسلامي بوضع نصوص عامة يدخل تحتها أي فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام، إذ يتم تجريم الفعل بوصفه لا بذاته.

ومن ناحية العقاب: وذلك بوضع مجموعة من العقوبات لجرائم التعازير، ويترك للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة⁽³⁾.

(1) - أسامة عبد الله قايد، ص 17.

(2) - أنظر هذه الرسالة، ص 47 وما بعدها.

(3) - عبد القادر عودة، ص 160 بتصرف.

بينما في القانون الوضعي يتم الأخذ بمبدأ الشرعية "على نحو واحد وهو حصر الجرائم وعقوباتها مع وضع حد أقصى وأدنى للعقوبة"⁽¹⁾.

ولا شك أن نظرية الشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة أكثر دقة ومرونة وأقرب إلى حاجات الجماعة، وأكفل بحماية الأمن والنظام، كما أن فيها العلاج الناجع لما ظهر من عيوب في تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم⁽²⁾.

ج- سلطة القاضي: في التشريع الإسلامي تتسع سلطة القاضي وتضييق حسب نوع الجريمة من حيث انتمائها إلى جرائم الحدود والقصاص والدية من جهة، أو جرائم التعازيز من جهة أخرى⁽³⁾. ففي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية نجد أن "لكل جريمة عقوبة أو عقوبات معينة لا خيار للقاضي في توقيعها، وهو ملزم بالحكم بها متى ثبت لديه أن الجاني ارتكب الجريمة"⁽⁴⁾. ومرجع ذلك إلى أن القرآن والسنة أحصيا العقوبات في هذه الجرائم إحصاء بحيث لا يسع القاضي أن يخالف النص⁽⁵⁾. وبهذا تضييق سلطة القاضي في هذا النوع من الجرائم.

أما في جرائم التعازيز فإن التشريع الإسلامي "يعين مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم ويترك للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة أو أكثر من عقوبة،" وأن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها طبقاً لما يراه ملائماً لحال المجرم ولظروف الجريمة"⁽⁶⁾.

وفي القانون الوضعي "فسلطة القاضي أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة، فالقاضي الذي يطبق القانون الوضعي مقيد بالعقوبة التي حددها القانون إذا كانت عقوبة واحدة ولا يستطيع إلا أن يختار بين عقوبتين إذا أعطي حق الاختيار، وليس له في كثير من الأحوال أن ينزل بالعقوبة عن حد معين، وليس له أن يوقف التنفيذ في كثير من الجرائم،

(1) - أسامة عبد الله قايد، ص 18.

(2) - عبد القادر عودة، ج 1، ص 161.

(3) - لمعرفة أقسام الجرائم في الفقه الإسلامي وطريقة الدلالة على التجريم ونمط تحديد العقاب أنظر: أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، ط 4، 1989، ص 20-26.

(4) - عبد القادر عودة، ص 162.

(5) - محمد أبو زهرة، ص 165.

(6) - عبد القادر عودة، ص 162.

وهو بالتالي لا يملك السلطان الكافي الذي يساعده على معالجة المجرم والإجرام علاجا يتفق مع المصلحة العامة⁽¹⁾.

مما سبق في (أ-ب-ج) يمكن القول أن التشريع الإسلامي أكثر مرونة وسموا من حيث الأخذ بمبدأ شرعية التجريم والعقاب.

الفرع الثالث: علاقة مبدأ عدم الرجعية بمبدأ الشرعية

من خلال ما تقدم من دراسة المبدأين كلا على حد من جميع جوانب الدراسة تتجلى العلاقة الوثيقة بين مبدأ عدم رجعية النص الجنائي ومبدأ شرعية التجريم والعقاب ونتناول هذه العلاقة حسب موضوعها ضمن ما يلي:

أولاً: مبدأ الشرعية ومبررات عدم الرجعية

هناك من يستدل على حجية مبدأ عدم الرجعية ولزوم العمل به استناداً إلى مبدأ الشرعية الذي يعتبر مبدأ دستورياً، إذ أن إلغاء مبدأ عدم الرجعية فيه هدم لمبدأ الشرعية، إذ أن "قاعدة عدم الرجعية يمكن تبريرها بالاستناد إلى أهداف مبدأ الشرعية، حيث أن هذا المبدأ يهدف إلى حماية الحقوق والحريات الفردية عن طريق ضبط التجريم والجزاء، وهذا الضبط هو بمثابة إنذار للأفراد، ومن ثم فإن الفرد لا يتابع إلا بمقتضى القاعدة التي تضمنت الإنذار"⁽²⁾.

ثانياً: مبدأ الشرعية وانتقادات عدم الرجعية

لم تتوقف العلاقة بين المبدأين عند حدود مبررات مبدأ عدم الرجعية، وإنما تعدى ذلك إلى الانتقادات الموجهة إليه، وفي هذا دليل على الترابط الوثيق بين المبدأين. فتبرير تطبيق القانون الأصلح بأثر رجعي يمكن أن يدرج كانتقاد لمبدأ عدم الرجعية، وهذا التطبيق للقانون بالأثر الرجعي يبرر أيضاً استناداً إلى "مبدأ الشرعية الذي جاء لحماية الحرية الفردية والمحافظة على المصلحة العامة، ومن ثم فإن رجعية القانون الأصلح للمتهم ليس فيه ضرر على حرية الفرد. ومن جهة أخرى فإن مصلحة المجتمع في العقاب قد تغيرت من خلال مضمون النص التجريمي، بحيث يعتبر النص الجديد أكثر ملائمة لتحقيق

(1) - المرجع نفسه، ص 163.

(2) - بارش سليمان، ص 46.

هذه المصلحة من حيث أن حماية المصلحة يتم من خلال تقنين عدم المشروعية وضبط الجزاء الملائم⁽¹⁾.

ثالثا: عدم الرجعية كقاعدة مكملة ولازمة لمبدأ الشرعية

ويظهر هذا الترابط في الأساس القانوني للمبدئين من خلال ما يلي:

1. تكريس الدستور الجزائري للمبدئين: لم ينص الدستور الجزائري على مبدأ الشرعية منفردا، وإنما أعقبه في نفس المادة بل في نفس الجملة بمبدأ عدم الرجعية، في المادة 46 من دستور 1996 وذلك بقولها: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم". واتحاد لفظ التعبير دليل على تقارب أجزاء الفكرة المعبر عنها، بناء على ترابط المباني والمعاني في القواعد اللغوية، الذي تقتضيه الدقة في الصياغة والتعبير خاصة إذا تعلق الأمر بمواد قانونية.

2. تكريس المبادئ العالمية لحقوق الإنسان للمبدئين:

نفس المنحى الذي سار عليه دستور الجزائر في التعبير عن المبدئين سارت عليه المبادئ العالمية لحقوق الإنسان الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، مع فارق هو أن هذه الأخيرة فصلت بين المبدئين وعبرت عن كل واحد منهما في فقرة مستقلة من المادة 11 التي جاء فيها:

1. كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه.

2. لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي.

رابعا: مبدأ عدم الرجعية كنتيجة لازمة للشرعية:

من المقرر أنه ليس للقانون الجنائي أثر رجعي ينسحب على الوقائع السابقة على نفاذه، وهو قاعدة أساسية اقتضاها مبدأ شرعية التجريم والعقوبات⁽¹⁾.

(1) - المرجع نفسه، ص 47.

ومنه نجد مبدأ عدم الرجعية كأحد "أهم نتائج الشرعية، وقد وضعت بأنها النتيجة اللازمة Corollaire للمبدأ"⁽²⁾.

فكل الكتب التي تحدثت عن مبدأ الشرعية تدرج في أعقابه مبدأ عدم الرجعية كإحدى أهم نتائجه⁽³⁾ إلى جانب تفسير النصوص الجنائية وإقليمية القوانين الجنائية وشخصية القوانين وغيرها.

خامساً: عدم الشرعية كمظهر عملي للشرعية:

يقضي مبدأ عدم الشرعية عدم إدانة شخص بارتكاب جريمة إلا إذا كان ذلك الفعل الذي ارتكبه محرماً في نظر القانون، وكذا عدم الحكم عليه في حالة ثبوت ارتكابه للجريمة بعقوبة خارج ما نص عليه القانون نوعاً ومقداراً.

إلا أنه وعند هذا المفهوم يبقى مبدأ الشرعية كمبدأ نظري يحتاج إلى مظهر عملي له، ومن إحدى صور المظهر العملي لمبدأ الشرعية عدم تجريم أفعال كانت قد ارتكبت في وقت توصف فيه بأنها مباحة قانوناً، أو الحكم على الجاني بعقوبة جديدة غير العقوبة المقررة له وقت ارتكابه للفعل المجرم، وهذه هي ماهية مبدأ عدم الرجعية.

سادساً: هدف المبدأين

يتحد مبدأ عدم الرجعية مع مبدأ الشرعية من حيث الأهداف التي يرجوان تحقيقها ومن أهمها:

1. حماية الحرية الفردية:

إن الحرية المدنية تستلزم أن يكون لكل إنسان الحق في أن يفعل ما يشاء ومتى شاء في حدود ما تقرره القوانين السارية المفعول، فكل ما يجرمه القانون يبقى واقعاً في دائرة الإباحة"⁽⁴⁾ وقت ارتكابه.

ومن هنا يتسنى للفرد أن يأتي الفعل المشروع ويتجنب الفعل الذي يجرمه النص دون تدخل لأي سلطة عليه أو على تصرفاته وأفعاله.

(1) - عبد المنعم الشربيني، الموسوعة الشاملة لأحكام محكمة النقض، د.م.ن، د.ط، 1994، ج5، ص524.

(2) - علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، د.ط، 1974، ص168.

(3) - انظر: منذر صائغي، ص108 وما بعدها.

(4) - علي حسين الخلف، ص158.

2. حماية العدل:

"إن الأفراد يتصرفون على أساس القانون القائم وهو القانون الذي يعرفونه أو الذي يستطيعون معرفته، أما القانون الذي سيصدر في المستقبل فلا يمكن لهم العلم به مقدماً، فإذا صدر هذا القانون وانطبق عليهم بأثر رجعي فمعنى ذلك أن الأفراد يخضعون لقانون يستحيل عليهم العلم به وهو ما يتعارض مع أبسط مبادئ العدل"⁽¹⁾، وهو ما يحفظه عدم رجعية النص الجنائي.

ومن جانب آخر فإن مبادئ العدل في كل النظم والشرائع تقتضي العمل بقاعدة الإنذار قبل العقاب، وهي قاعدة وهدف يعمل مبدأ الشرعية على حمايتها والحفاظ عليها. إذن فحماية العدل يشترك في حمايته مبدأ عدم الرجعية ومبدأ الشرعية على حد سواء.

3. المحافظة على النظام والاستقرار في المجتمع:

إن دور مبدأ الشرعية ظاهر وواضح في المحافظة على الاستقرار داخل المجتمع لأنه يقضي بأن تخضع كل الأفعال والتصرفات للقانون، وبالمقابل عدم اتهام أي شخص خارج حدود ما يتهمه فيه القانون، أما إذا أطلقت سلطة الاتهام ومتابعة الأشخاص وإنذارهم المسبق فإن ذلك يؤثر على الاستقرار داخل المجتمع ويمس بطمأنينة الأفراد. ويشترك مبدأ عدم الرجعية مع الشرعية في ذلك بحيث يضمن للأفراد داخل المجتمع أن يمارسوا أعمالهم وتصرفاتهم بكل حرية، دون هوس الخوف من أنه سيأتي يوم تصبح فيه تصرفاته هذه محظورة قانوناً، فينتج عن ذلك ملاحقتهم عنها. فهو بذلك- أي عدم الرجعية- يحافظ على النظام والاستقرار داخل المجتمع، وعليه فهو يضمن للأفراد ممارسة حريتهم في حدود ما يبيحه القانون ويسمح به.

سابعاً: الاستدلال على المبدأين في التشريع الإسلامي

إذا عدنا للاستدلال على وجود مبدأ الشرعية ومبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي، نجد استعمال الدليل الواحد في موقعين مختلفين؛ ففيما يستدل به أحد الكتاب على

(1) - سمير عبد السيد تناغو، ص 655.

مبدأ الشرعية، نجد كاتباً آخر يوظفه في الاستدلال على مبدأ عدم الرجعية، وهذا لا ينطبق على دليل واحد وإنما على أكثر من ذلك، بل ومن مراتب مختلفة، ومن الأمثلة على ذلك:

1. قوله تعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»⁽¹⁾.

يستدل بهذه الآية على حجية مبدأ الشرعية في التشريع الإسلامي كل من:

- الأستاذ: سليمان بارش⁽²⁾.
- الأستاذ: عبد القادر عودة⁽³⁾.
- الأستاذ: أسامة عبد الله قايد⁽⁴⁾.
- الإمام: محمد أبو زهرة⁽⁵⁾.
- بينما نجد أن الدكتور أحمد فتحي بهنسي⁽⁶⁾ والدكتور أحمد فتحي سرور⁽⁷⁾. يستدلان بها على حجية مبدأ الرجعية.

مناقشة:

إذا تمعنا في هذه الآية نجد أنها تحمل وجهي الاستدلال معا وذلك راجع إلى ترابط المبدأين (مبدأ الشرعية ومبدأ عدم الرجعية).

- الوجه الأول: هو أن الله سبحانه وتعالى نفى توقيع العذاب قبل بعث الرسول الذي يبين للناس حدود الإباحة والحظر، عملاً بقاعدة الإنذار قبل العقاب، وهو مضمون مبدأ الشرعية، ودلت الآية على هذا عن طريق عبارة النص أو المنطوق⁽⁸⁾، وهو "دلالة الكلام على المعنى المقصود منه"⁽¹⁾، أو ما دل عليه اللفظ في محل النطق.

(1) -سورة الإسراء، الآية:15.

(2) - بارش سليمان، ص15.

(3) - عبد القادر عودة، ج1، ص117.

(4) - أسامة عبد الله قايد، ص16.

(5) - محمد أبو زهرة، ص160.

(6) - أحمد فتحي بهنسي، ص45.

(7) - أحمد فتحي سرور، ص60.

(8) -دلالة الخطاب أو اللفظ في الكتاب والسنة على الحكم الشرعي عند علماء الأصول لها تقسيمان:

أ-تقسيم الحنفية: ويقسمون طرق دلالة اللفظ على المعنى إلى أربعة أنواع هي:- عبارة النص-إشارة النص-دلالة النص-اقتضاء النص.

ب-تقسيم الجمهور: ويقسمونه إلى نوعين:-المنطوق-المفهوم.

انظر في هذا: - السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفاء الأفعاني، دار المعرفة، بيروت، دط، دبت، ج1، ص236 وما بعدها.

- الوجه الثاني: هو أن جزاء العذاب لا يمتد إلا إلى ما بعد بعث الرسول، أي أنه لا يرجع إلى ما قبل بعثه، وهو مضمون مبدأ عدم الرجعية، ودلت عليه الآية عن طريق اقتضاء النص أو المفهوم، وهو: "دلالة الكلام على مسكوت عنه... يتوقف صحة الكلام عقلا أو شرعا على تقديره"⁽²⁾، وهو دلالة اللفظ على حكم شيء لم يذكر في الكلام.

- القاعدة الأصولية: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص".

- يستدل الدكتور أحمد فتحي بهنسي بهذه القاعدة على حجية مبدأ عدم رجعية النص الجنائي⁽³⁾، بينما نجد أن الأستاذ عبد القادر عودة يستدل بهذه القاعدة للدلالة على حجية مبدأ الشرعية⁽⁴⁾.

مرجع الاختلاف: أرى أن مرد الاختلاف في الاستدلال بهذه القاعدة يعود إلى لفظ "قبل" الوارد فيها، هل يعود على الحكم؟ أم يعود على أفعال العقلاء؟.

الوجه الأول: إذا قلنا أن لفظ "قبل" يعود على الحكم فإن القاعدة يمكن التعبير عنها بقولنا: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود نص على الحكم"، فتصبح القاعدة كدليل على حجية مبدأ الشرعية وهو توظيف الأستاذ عبد القادر عودة.

الوجه الثاني: إذا قلنا أن لفظ "قبل" يعود على أفعال العقلاء، فإن القاعدة يمكن التعبير عنها بقولنا: "لا حكم لأفعال العقلاء الواقعة قبل ورود نص"، فتصبح القاعدة كدليل على حجية مبدأ عدم الرجعية، وهو توظيف الدكتور أحمد فتحي بهنسي.

وفي رأيي أن القاعدة يمكن حملها على المبدئين معا نظرا للترابط الوثيق بينهما من أوجه مختلفة كما بيناه سابقا، وكذا إمكانية تعلق لفظ "قبل" بالحكم أو بأفعال العقلاء على حد سواء.

ثامنا: من حيث تاريخ ظهور المبدئين

كل من المبدئين وقع اختلاف بين المتحدثين عن تاريخ ظهورهما:

- علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، وضع حواشيه عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج1، ص68 وما بعدها.

(1) - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص349.

(2) - المرجع نفسه، ص355.

(3) - أحمد فتحي بهنسي، ص45.

(4) - عبد القادر عودة، ص115.

ففي مبدأ عدم الرجعية حدث اختلاف في ظهوره على رأيين: رأي يرجعه إلى القانون الروماني، ورأي يرجعه إلى الشريعة الإسلامية.

أما مبدأ الشرعية فإن الاختلاف حول تاريخ ظهوره انقسم إلى ثلاثة آراء:

- رأي يرجعه إلى الشريعة الإسلامية.
- ورأي يقول بعودته إلى العهد الأعظم.
- ورأي يسنده إلى الثورة الفرنسية.
- ونلاحظ أن فترة التشريع الإسلامي مشتركة بين الاختلاف في تاريخ ظهور المبدأين، وهذا يمكن الاستدلال به على ترجيح عودة ترسيم المبدأين إلى هذه الحقبة التاريخية.

تاسعا- المبدأن في القانون الجنائي الدولي:

انطلاقاً من الترابط الوثيق بين المبدئين على النحو الذي رأيناه في الفقرات السابقة، فقد امتد ذلك إلى أثر المبدأين في القانون الجنائي الدولي من حيث وجودهما أو غيابهما. فهناك تشابه حول اختلاف الفقه في قضية تطبيق مبدئي الشرعية وعدم الرجعية في القانون الدولي، ومرجع ذلك الخلاف هو واحد في كليهما، ويتمثل في مدى الاعتداد بالمبدأين استناداً إلى قواعد عرفية غير مدونة، كون القانون الجنائي الدولي في أصله عبارة عن قواعد عرفية، وكون هذه الأخيرة ما زالت تعتبر من المصادر الأصلية لذلك الفرع القانوني.

هذا عن فترة ما قبل 1998، أما بعد ذلك وبدخول نظام المحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ، فلا مجال للخلاف حول تبني القانون الجنائي الدولي لمبدئي الشرعية وعدم الرجعية.

خلاصة

من خلال دراستي لمبثني هذا الفصل توصلت إلى عدة نتائج أجملها فيما يلي:

1. في المراجع التي عدت إليها لم أقف على تعريف اصطلاحى لمبدأ عدم الرجعية ومن تحدث عن ذلك جاء في صياغة ما يترتب على تطبيقه، ونستنتج من ذلك أن المبدأ -عدم الرجعية- يطغى عليه الجانب التطبيقي أكثر من الجانب النظري.

2. لم ينص الكتاب والباحثون الذين شملت دراستهم الحديث على مبدأ عدم الرجعية على مرحلة معينة في نشأته، فمنهم من يرجعه إلى العهد الروماني ومنهم من يسنده إلى فترة ظهور الشريعة الإسلامية.
3. لمبدأ عدم الرجعية دور أساسي في حل مشكلة تنازع القوانين الجنائية من حيث الزمان إلا أنه ليس الحل الوحيد.
4. رغم الانتقادات الموجهة إلى مبدأ عدم الرجعية إلا أن مبرراته تبقى هي الأقوى في العدد والحجية مما فرض وجوده واستمرار تطبيقه.
5. نظراً لأهمية عدم الرجعية في حماية العدل والنظام فقد تم ترسيمه في أغلب دساتير الدول الديمقراطية والذي أود أن يتبناه الدستور الجزائري مما يعطيه قوة قانونية أكثر من الاكتفاء بالنص عليه في قوانين العقوبات.
- فمبدأ عدم الرجعية وفقاً للقانون الجزائري ليست له قوة دستورية ذاتية، بل يكتسب ذلك من مبدأ الشرعية مما يضعف من درجة الالتزام بتطبيقه.
- وعلى عكس هذا الموقف نجد أن الشريعة الإسلامية قد رسّمت مبدأ عدم الرجعية في المصدر الأول للتشريع وهو القرآن، كما دلّت عليه نصوص و تطبيقات السنة النبوية المطهرة.
6. إن مبدأي الشرعية وعدم الرجعية مبدأن مترابطان متلازمان حيث لا نكاد نجد دراسة لأحد المبدأين دون الحديث عن المبدأ الآخر.
7. انطلاقاً من كون القانون الجنائي الدولي فرعاً قانونياً حديث النشأة، فقد وقع خلاف بين الفقهاء حول تبني هذا الفرع القانوني لمبدأ عدم الرجعية، كون أغلب قواعده وهو في مرحلة التكوين عرفية، ولكن بعد ترسيم نظام المحكمة الجنائية الدولية أصبح تبني القانون الجنائي الدولي لعدم الرجعية أمراً واضحاً.

الفصل الثاني

تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي والمساس به

-المبحث الأول-

مجال تطبيق مبدأ عدم الرجعية في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي

-المبحث الثاني-

القانون الأصلح للمتهم كاستثناء من مبدأ

عدم الرجعية

الفصل الثاني: تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي والمساس به.

بعد الانتهاء من الحديث عن الجانب النظري لمبدأ عدم الرجعية في الفصل السابق سأنتقل إلى الحديث عن الجانب التطبيقي للمبدأ.

حيث عرفنا أن مبدأ عدم الرجعية يقتضي ألا يسري النص الجنائي على الوقائع التي سبقت وجوده، إذ أن "تمديد صلاحية النص للتطبيق على الأفعال التي سبقت وجوده لا يتعارض مع مبدأ الشرعية فحسب بل يهدمه"⁽¹⁾.

كما عرفنا أن المبدأ فرضته عدة مبررات منطقية وعليه لا يمكن الاستغناء عنه، بل لا بد من الأخذ به وتطبيقه. مما يستوجب البحث في المسائل التي لها علاقة بتطبيق مبدأ عدم الرجعية ومنها وجوب تحديد وقت نفاذ القانون الجديد وتحديد وقت ارتكاب الجريمة.

غير أنه ورغم الحاجة الماسة للأخذ بمبدأ عدم الرجعية في وضع حلول عملية لتنازع القوانين في الزمان، إلا أن ذلك لا ينفي وجود مجالات يستوجب الأمر استبعاد هذا المبدأ حيث من المسلم به أن لكل قاعدة أو مبدأ مجالات استثنائية.

إذن فما هي حدود الأخذ بمبدأ عدم الرجعية في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي؟ وما هي حالات استبعاده؟

ذلك ما سأحاول الإجابة عنه في هذا الفصل من خلال :

- **المبحث الأول:** مجال تطبيق مبدأ عدم الرجعية في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي .
- **المبحث الثاني:** القانون الأصلح للمتهم كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية .

(1) - عبد الله سليمان، ص74.

المبحث الأول: مجال تطبيق عدم الرجعية في القانون الوضعي و التشريع الإسلامي.

لدراسة تطبيق مبدأ عدم الرجعية يتوجب علينا الخوض في ضابطين أساسيين يرتبطان بعامل الزمن ، إذ بناء عليهما يتحدد تطبيق مبدأ عدم الرجعية ، وهما تحديد وقت نفاذ القانون الجديد ، ووقت ارتكاب الجريمة .

وهو ما سأتناوله في هذا المبحث إلى جانب موقف التشريع الإسلامي من الناحية التطبيقية لعدم الرجعية في مطلبين هما :

- المطلب الأول : شروط تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي .
- المطلب الثاني : تطبيقات مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي .

المطلب الأول: شروط تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي.

و ينبنى هذا التطبيق على عاملين أساسيين و هما : تحديد وقت نفاذ القانون الجديد، ووقت ارتكاب الواقعة الإجرامية .

الفرع الأول: تحديد وقت نفاذ القانون الجديد.**أولا : مراحل أعمال القانون الجديد :**

لتطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي يجب أن تكون الجريمة قد وقعت في ظل قانون معمول به، وقد أعطى الدستور الجزائري في المادة 122 الفقرة 7 حق التشريع في قواعد قانون العقوبات للبرلمان.

ولكي يصل القانون إلى مرحلة التطبيق والنفذ يجب أن يمر على مراحل أهمها:

أ-مرحلة الاقتراح: يشترط في كل مشروع أو اقتراح قانون ليكون مقبولا أن يرفق بعرض أسباب ويحرر نصه في شكل مواد⁽¹⁾، وقد بين الدستور الهيئات التي لها حق اقتراح مشاريع القوانين وهم:

(1)- المجلس الشعبي الوطني، دورة الخريف 1998- مشروع القانون العضوي المحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، المادة 20 الفقرة 2، الجزء الأول، ص 27.

1-الوزير الأول: تنص المادة 119 من الدستور على للحكومة حق المبادرة بالقوانين بقولها: "لكل من الوزير الأول... " ثم تضيف أنه: "تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة، ثم يودعها رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي الوطني".

2-أعضاء المجلس الشعبي الوطني: يعطي الدستور أعضاء البرلمان حق المبادرة باقتراح القوانين وذلك في المادة 119 التي تنص على أنه: "لكل من... والنواب حق المبادرة بالقوانين".

إلا أن الممارسة أثبتت أن أغلب القوانين هي تقريبا من أصل حكومي، فنتقدم مقترحات المجلس النيابي في المبادرة التشريعية⁽¹⁾.

إلى جانب ذلك فإن الأولوية للمشاريع والقوانين المقدمة من طرف الحكومة على خلاف المشاريع التي تقدم من طرف النواب التي يفرض عليها العديد من القيود⁽²⁾، كاشتراط تقديمها من طرف عشرين نائبا لكي تكون قابلة للمناقشة.

3-رئيس الجمهورية: أعطى الدستور حق اقتراح القوانين بصريح المادة 119 الفقرة الأولى "لكل من رئيس الحكومة وأعضاء المجلس الشعبي الوطني".

وبالتالي نتساءل: هل استبعد رئيس الجمهورية من هذه العملية التشريعية؟ والإجابة ستكون في الفقرة الثالثة بنفس المادة القائلة بأنه: " تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء.. ثم يودعها رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي الوطني"، وما دام تصريح المادة 177 في الفقرة 4 أن رئيس الجمهورية يترأس مجلس الوزراء، يمكن القول -أن الدستور- جعل اقتراح القوانين إرثا مشتركا بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة⁽³⁾.

إذن هذه هي الهيئات التي لها حق اقتراح القوانين دون سواها، غير أنه ومهما كان مصدر الاقتراح فإنه " لا يقبل أي مشروع أو اقتراح قانون تجري دراسته في البرلمان أو تم سحبه منذ أقل من اثني عشر شهرا"⁽⁴⁾.

(1)- فوزي أو صديق، الواضح في شرح القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1: 1994، ج3، ص226.

(2)- المرجع نفسه، ص86.

(3)- المرجع نفسه، ص127.

(4)- انظر: المجلس الشعبي الوطني، ج1، ص 30 المادة 23 مكرر.

II-مرحلة النقاش والتصويت:

إن دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المصادق عليه عن طريق استفتاء 28 نوفمبر 1996 والذي تم نشره بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 3 ديسمبر 1996 يقرر أن ممارسة السلطة التشريعية تكون "بواسطة برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة"، وعليه فإن مرحلة النقاش والتصويت على القانون تكون على مستويين هما: مستوى المجلس الشعبي الوطني ومستوى مجلس الأمة.

1-مرحلة النقاش والتصويت على مستوى المجلس الشعبي الوطني⁽¹⁾: وهي الغرفة الأولى للبرلمان:

أ-مرحلة النقاش: وقد نصت المادة 120 من الدستور على أنه: "يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي حتى تتم المصادقة عليه". فمرحلة النقاش لازمة حسب نص المادة لأي قانون لكي يمر إلى المصادقة عليه.

إلا أنه يمكن أن يطبق إجراء التصويت دون مناقشة على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة للموافقة وفقا لأحكام المادة 124 من الدستور، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يرد أي تعديل على الأمر المعروض بحيث يعرض النص كاملا للتصويت والمصادقة بدون مناقشة في الموضوع.

ومناقشة مشروع القانون تتم في مرحلتين متتاليتين:

-مرحلة المناقشة العامة: وتنصبُ التدخلات فيها على كامل النص، حيث يشرع في مناقشة مشروع القانون بالاستماع إلى ممثل الحكومة ومقرر اللجنة المختصة، ثم إلى المتدخلين – النواب- حسب ترتيب تسجيلهم المسبق -بينما- يشرع في مناقشة مشروع اقتراح القانون بالاستماع إلى مندوب أصحاب الاقتراح وممثل الحكومة ومقرر اللجنة المختصة ثم إلى المتدخلين -النواب- حسب ترتيب تسجيلهم المسبق".

(1)- انظر: المجلس الشعبي الوطني، ج1، ص ص 40-45، المواد: 34 إلى 39.

مرحلة المناقشة مادة بمادة: ويتدخل خلالها وبصدد كل مادة يحتمل تعديلها مندوب أصحاب كل تعديل، وعند الاقتضاء مكتب اللجنة المختصة وممثل الحكومة.

ب-مرحلة التصويت: عادة ما يكون تصويت أعضاء المجلس الشعبي الوطني عن طريق رفع الأيدي حضورياً، غير أنه في حالة غياب العضو لظروف أقهرته على ذلك، فإنه يمكن أن يوكل أحد زملائه من المجلس للتصويت نيابة عنه وذلك في حدود ما يسمح به القانون في ذلك.

ويقرر المجلس الشعبي الوطني أثناء المناقشات إما التصويت على النص بكامله، وإما التصويت عليه مادة مادة، وفي هذه الحالة الأخيرة، وبعد التصويت على آخر مادة يعرض الرئيس النص بكامله للتصويت.

غير أنه "يمكن الرئيس خلال المناقشة مادة أن يعرض للتصويت جزءاً من النص في حالة عدم إدخاله أي تعديل عليه".

وتتخذ القوانين العادية بأغلبية أعضاء المجلس... ونلاحظ أن القانون لا يشترط الأغلبية المطلقة، باستثناء بعض القوانين منها: مشروع تعديل دستوري (ثلاثة أرباع الأعضاء) وإقرار قانون بعد المداولة الثانية (ثلثي الأعضاء)⁽¹⁾.

وبعد إتمام عملية التصويت "يرسل رئيس المجلس الشعبي الوطني النص المصوت عليه إلى رئيس مجلس الأمة في غضون عشرة (10) أيام، ويشعر رئيس الحكومة بهذا الإرسال"⁽²⁾.

2-مرحلة النقاش والتصويت على مستوى مجلس الأمة:

أ-مجلس الأمة: ويعرف أيضاً بالغرفة الثانية للبرلمان، وقد تم تأسيسه بموجب الدستور المعدل في 28 نوفمبر 1996.

وينتخب ثلثي أعضائه من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية بمعدل تمثيل يساوي مقعدين لكل ولاية... في حين يعين رئيس الجمهورية الثلث الثالث... من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية في الميادين العلمية والثقافية والمهنية

(1) - انظر: فوزي أو صديق، ج1، ص90.

(2) - المجلس الشعبي الوطني، ص49 المادة 43.

والاقتصادية والاجتماعية. ويتوجب أن يكون العضو في مجلس الأمة قد بلغ 40 عاما عند تاريخ الاقتراع... (1).

ب- مرحلة نقاش القانون في مجلس الأمة (2):

تباشر المناقشة في مجلس الأمة على النص المصوت عليه من قبل المجلس الشعبي الوطني وتكون المناقشة العامة من خلال الاستماع إلى ممثل الحكومة، فالى مقرر اللجنة المختصة ثم إلى المتدخلين - من النواب - حسب ترتيب تسجيلهم المسبق وتنصيب التدخلات على مجمل النص (3)، ثم مناقشة المواد.

وقد تكون المناقشة محدودة بناء على طلب الحكومة أو اللجنة المختصة بعد استشارة هيئة التنسيق، وهنا لا تجري مناقشة عامة، ولا يأخذ الكلمة أثناء مناقشة المواد سوى الحكومة ورئيس اللجنة المختصة أو مقررها (4).

وتصح مناقشات مجلس الأمة مهما يكن عدد الأعضاء الحاضرين (5).

ج- مرحلة التصويت على القانون في مجلس الأمة:

قررت الفقرة الثالثة من المادة 120 في الدستور على أن مصادقة مجلس الأمة على القانون تكون بأغلبية ثلاثة أرباع أعضائه.

ويكون تصويت أعضاء مجلس الأمة شخصي، غير أنه في حالة غياب عضو من المجلس، يمكنه أن يوكل أحد زملائه للتصويت نيابة عنه في حدود ما يسمح به النظام الداخلي للمجلس.

ويكون التصويت على القانون بكامله إذا لم يرد عليه أي تعديل، كما قد "يعرض -الرئيس- للتصويت جزءا من النص، في حالة عدم إدخال أي تعديل عليه" (6).

(1) - مجلس الأمة، مجلة مجلس الأمة -مجلة دورية- المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، العدد الأول، جانفي 1998، ص4.

(2) - المرجع نفسه، ص 39-40.

(3) - المجلس الشعبي الوطني، ج1، ص46 المادة 40.

(4) - انظر: مجلس الأمة، ص41.

(5) - المرجع نفسه، ص39.

(6) - المجلس الشعبي الوطني، ص43.

وفي حالة ورود تعديلات على بعض المواد يعرض القانون على التصويت مادة بمادة "وبعد التصويت على آخر مادة، يعرض الرئيس النص بكامله للتصويت"⁽¹⁾. وبعد إتمام عملية التصويت "يبلغ رئيس مجلس الأمة النصوص المصادق عليها من طرف مجلس الأمة إلى رئيس الجمهورية في ظرف عشرة (10) أيام من تاريخ المصادقة عليها"⁽²⁾.

3- الخلاف بين مجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني:

عالجت المادة 120 من الدستور في فقرتها الرابعة هذه الحالة بقوله: "في حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، تجتمع بطلب من رئيس الحكومة لجنة متساوية الأعضاء، تتكون من أعضاء كلتا الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف". وفي حالة عرض هذا النص المقترح من اللجنة المتساوية الأعضاء على الغرفتين للمصادقة عليه فإنه لا يقبل أي تعديل إلا في حدود ما وافقت عليه الحكومة، وإذا استمر الخلاف إلى ما بعد عمل اللجنة المتساوية الأعضاء فإن النص يتعرض لعملية السحب.

III- مرحلة الإصدار:

وإصدار التشريع هو عمل تنفيذي وليس عملاً تشريعياً⁽³⁾، فهو "عمل منفصل عن القانون ذاته ومستقل عنه، ولا حق عليه وهو ... أول خطوة تقوم بها السلطة التنفيذية عندما تبدأ بتنفيذ القانون وبه تثبت وجود القانون... والإصدار هو شهادة ميلاد القانون وطريقة إظهاره للرأي العام الخارجي"⁽⁴⁾.

وهذه المرحلة تأتي بعد إتمام مرحلتي التصويت على مستوى المجلس الشعبي الوطني ثم مجلس الأمة، إذ يتولى رئيس مجلس الأمة تبليغ القوانين المصوت عليها لرئيس الجمهورية من أجل إصدارها في أجل ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ تسلمه القانون.

إذن فحق إصدار القانون مخول لرئيس الجمهورية حسب المادة 126 من الدستور بقولها: "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين 30 يوماً ابتداء من تاريخ تسلمه إياه".

(1)- المجلس الشعبي الوطني، ص43.

(2)-مجلس الأمة، ص41.

(3)-حسن كيرة، ص243.

(4)-محمد كامل ليلية، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، ط2: 1967، ص53.

وفي حالة عدم إصدار النصوص القانونية من طرف رئيس الجمهورية لا يترتب عليه جزاء... فهذا النقص حسب اعتقادنا يجب تداركه بتبيان مسؤولية رئيس الجمهورية في حالة عدم تقيده بالمدة المحددة، أي عدم إصداره في خلال ثلاثين يوماً.

غير أنه إذا أخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة المجلس الدستوري قبل صدور القانون فإن أجل الثلاثين يوماً يوقف حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري الذي يتداول عمله في جلسة مغلقة ويعطي رأيه أو يصدر قراره في ظرف العشرين يوماً الموالية لتاريخ الإخطار.

وإذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس.

V- مرحلة النشر:

ويقصد بنشر التشريع إعلام كافة الأشخاص في المجتمع بصدوره... والوسيلة المقررة لتمكين الناس من العلم بالتشريع هي نشره في الجريدة الرسمية. ولا تغني عن هذه الوسيلة طرق الإعلام الأخرى كنشر التشريع في الصحف اليومية أو الأسبوعية أو الإعلام عنه بواسطة الإذاعة أو التلفزيون وإن كانت هذه الوسائل تساعد بصورة فعالة على تمكين الناس من العلم بالتشريع والإحاطة بأحكامه. ويتقرر نفاذ التشريع -كقاعدة عامة- بعد مضي فترة مناسبة⁽¹⁾ من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية حتى تتاح الفرصة لتمكين الأفراد من العلم به⁽²⁾. وتعد خطوة النشر في الجريدة الرسمية "مرحلة لازمة لنفاذ القانون"⁽³⁾.

وقد حسم المشرع الجزائري أمر نفاذ التشريع بقاعدة عامة أوردها في المادة 4 من القانون المدني⁽⁴⁾ بقوله: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء

(1) - يقضي الدستور اللبناني بأن القانون يعتبر نافذاً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. انظر: جلال ثروت، المرجع السابق، ص50. كما يقضي الدستور المصري (1971) بأن تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها. انظر: فتحي سرور، المرجع السابق، ص64.

(2) - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون - ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 1993، ص97.

(3) - فوزي أو صديق، ص29، الهامش رقم2.

(4) - إلا أنه قد يتقرر نفاذ القانون بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ معين كما فعل المشرع الجزائري حينما نص في المادة 103 من القانون المدني على نفاذ أحكامه ابتداء من تاريخ 5-7-1975.

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 إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

وهذا التفاوت في مدة النفاذ بعد النشر راجع إلى منح تكافؤ الفرص للعلم بالتشريع بحسب خصوصية كل منطقة وقربها من مقر العاصمة، فوقت وصول الجريدة الرسمية إلى دائرة برج منايل غير وقت وصولها إلى دائرة تيميمون مثلاً؛ إلا أن هذا يطرح إشكالا قضائياً وهو حالة كون شخصين جزائريين ارتكبا نفس العمل الإجرامي في نفس اليوم فيلاحظ أن الشخص القاطن ببرج منايل يخضع للقانون الجديد بينما القاطن في تيميمون سيخضع للقانون القديم نظراً للتأخر والفاصل الزمني في وصول الجريدة الرسمية، وهذا يعارض مبدأ خضوع كل المواطنين لقانون واحد؛ وإن كان هذا على المستوى النظري، غير أن الواقع غير ذلك، حيث وأمام التطور في وسائل النقل والاتصال يمكن معه إلغاء الفاصل الزمني بين الدوائر من خلال سرعة وصول الجريدة الرسمية.

إذن وباستثناء مرحلة النشر يكون القانون قد خرج إلى دائرة التطبيق فيصبح سارياً على جميع الوقائع التي ارتكبت عقب لحظة نفاذه فيفرض عليها كامل سلطانه دون سواه، وبالمقابل لا يطبق على ما قبله اقتضاء بمبدأ عدم الرجعية.

ونلاحظ أن الإجراءات السابقة تخص إصدار القوانين في النظم الوضعية الحديثة (القانون الجزائري)، وهو ما لم يكن معمولاً به في التشريع الإسلامي الحنيف.

ففي جرائم الحدود والقصاص والدية كان الرسول ﷺ يتلقى آيات الأحكام عن طريق الوحي بواسطة الأمين جبريل عليه السلام، ثم يتلوها على الصحابة رضي الله عنهم كأسلوب للإصدار والنشر والإعلام في ذلك العصر.

وهؤلاء الصحابة وتحت حافز الإيمان والولاء الديني يتبدرون إلى تطبيق أحكامها والامتثال لها، ومن الأمثلة على ذلك: روى البخاري عن أنس⁽¹⁾، رضي الله عنه قال: كنت ساقياً

(1) - هو أنس بن مالك بن النضر الأنصاري النجاري، خادم رسول الله ﷺ مات سنة 92 أو 93 هـ وقد جاوز المائة. انظر: الخزرجي، خلاصة تهذيب الكمال في أسماء الرجال، المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2: 1970، ص200.

القوم في منزل أبي طلحة⁽¹⁾ فنزل تحريم الخمر فأمر مناديا فنادى، فقال أبو طلحة: اخرج فانظر ما هذا الصوت، فقال: فخرجت فقلت: هذا مناد ينادي ألا إن الخمر قد حرمت، فقال لي: اذهب فأهرقها- وكان الخمر من الفضيخ- فجرت في سكك المدينة"⁽²⁾.

والأثر واضح أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يطبقون الأحكام بمجرد علمهم بها، كما يحمل إشارة إلى وسيلة النشر في عهدهم وهي النداء "... فنزل تحريم الخمر فأمر مناديا ينادي... فقلت: هذا مناد ينادي ألا إن الخمر قد حرمت...".

ما جاء في حديث عمران بن حصين⁽³⁾ في شأن الغامدية: "وهي امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حلبى من زنى فقالت: يا نبي الله أصبت حدا فأقمه علي..."⁽⁴⁾.

وفي جرائم التعازيز جاء في الأثر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء فرأى رجلا يصلي مع النساء فضربه بالدرة.. فقال عمر: أما شهدت عزمتي..."⁽⁵⁾.

واضح من هذا الأثر أن عمر بن الخطاب هو الذي تولى نشر القانون التعزيري الذي سنه بنفسه وذلك من قوله - رضي الله عنه-: "...أما شهدت عزمتي...".

وأرى أنه لا ريب في أن تستفيد الشريعة الإسلامية الغراء من الإجراءات الخاصة بسن القوانين العقابية التي تم التوصل إليها في العصر الحديث فيما لا يتعارض مع روحها ومقاصدها، ويؤمن التطبيق الأمثل للأحكام خاصة ما يتعلق منه بقسم التعزير.

ثانياً: إلغاء القانون في النظام الوضعي

عرفنا من خلال الفرع السابق على المراحل التي يمر بها القانون لكي يصبح نافذا قابلاً للتطبيق، ويظل القانون سارياً على كل الوقائع التي ترتكب في ظلّه حتى يأتي وقت إلغائه.

(1)- أبو طلحة: هو زيد بن سهل بن الأسود بن حرام الخزرجي النجاري (ت 34 هـ)، روى عن النبي نيفا وعشرين حديثاً.

انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة: 1986، ج2، ص27.

(2)- البخاري، كتاب التفسير، باب سورة المائدة، ج6، ص67-68.

(3)- عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي أو نجيد، أسلم عام خيبر، وصحب وكان قاضياً بالكوفة، توفي سنة 52 هـ بالبصرة، انظر: ابن حجر، تهذيب التهذيب، دار صادر، بيروت، د.ط، د.ت، ج2، ص82.

(4)- مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ج3، ص1324.

(5)- الماوردي، ص310.

فالنصوص الجنائية كسائر النصوص القانونية لا تتصف بصفة الأبدية، وإنما تتغير من حين لآخر تبعاً لتغير إرادة المشرع وتقديراته في مواجهة ظاهرة الإجرام.

1- تعريف الإلغاء ووسائله:

1-1-تعريف الإلغاء: لإلغاء التشريع عدة تعريفات منها:

أ-تعريف الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي: "يقصد بإلغاء القانون تجريد قواعده من قوتها الملزمة مما يؤدي إلى إنهاء سلطان هذه القواعد بالنسبة للأشخاص الذين كانوا مخاطبين بأحكامها"⁽¹⁾.

ب-تعريف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: وقد عرف إلغاء التشريع بأنه: "نسخ القاعدة القانونية ورفع قوتها الملزمة بإنهاء سريانها، سواء كان ذلك لاستبدال قاعدة أخرى بها للاستغناء عنها، فيزول عنها وصف القاعدة القانونية من وقت هذا الإلغاء"⁽²⁾.

ج- تعريف الدكتور سمير عبد السيد تناغو: "والإلغاء هو نسخ التشريع وإعدامه عن طريق مصدر من مصادر القانون القادرة على إنشاء قواعد قانونية مساوية للدرجة في التشريع الملغى"⁽³⁾.

ويفرق الدكتور سمير عبد السيد تناغو بين الإلغاء والإبطال: فإذا كان الإلغاء هو نسخ التشريع وإعدامه فإن الإبطال "لا يرد إلا على تشريع معيب في تكوينه، يحدث ذلك بالنسبة لتشريعات السلطة الفعلية التي تنشأ عقب انقلاب أو ثورة أو حرب، ثم تفشل هذه السلطة في الحكم أو في إقامة نظام دستوري جديد"⁽⁴⁾.

2- وسائل الإلغاء:

المقصود بوسائل الإلغاء المصادر التي تملك سلطة إلغاء القانون، وتختلف هذه الوسائل باختلاف المصدر الرسمي الناشئ للقانون موضوع الإلغاء، حيث "لما كان إلغاء

(1)- حبيب إبراهيم الخليلي، ص 151.

(2)- عبد المنعم فرج الصدة، ص 208.

(3)- سمير عبد السيد تناغو، ص 412.

(4)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

القانون يؤدي إلى تجريد قواعده من قوتها الملزمة، فلا يمكن أن يتم إلغاء قاعدة قانونية إلا بقاعدة من نفس المرتبة أو أقوى منها"⁽¹⁾.

وإذ كان موضوع بحثي يتعلق بقانون العقوبات فإن إلغاءه يكون بتشريع أساسي أو بتشريع عادي، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 468 من تقنين العقوبات: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر الذي يسري مفعوله في تاريخ تطبيق الأمر رقم 278-85 المؤرخ في 22 رجب عام 1385 الموافق لـ 16 نوفمبر 1965 المتضمن التنظيم القضائي المشار إليه، والذي ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية"⁽²⁾.

وطبقا لهذا النص فإن إلغاء التشريع هو في ذاته عمل تشريعي يصدر من نفس السلطة التي أصدرت التشريع الملغى أو يصدر عن سلطة أعلى منها، وهي قاعدة معمول بها تقضي بأن "السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية هي التي تملك إنشاءها، أو سلطة أعلى منها، إذ أن من يملك الأكثر يملك الأقل"⁽³⁾.

II- أنواع الإلغاء:

نصت المادة الثانية من القانون المدني الجزائري في هذا الصدد على نوعين من الإلغاء وذلك بقولها: "... ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لا حق وبنص صريح، وأنه يمكن أن يكون الإلغاء ضمنيا بنص معارض في القانون الجديد".
يتضح من هذا النص أن الإلغاء قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا.

1- الإلغاء الصريح:

لا يتحقق الإلغاء الصريح L'abrogation Expresse إلا بواسطة التشريع، إذ أن التشريع هو الذي يتصور فيه التصريح بالإلغاء⁽⁴⁾.

(1) - عبد المنعم البدرابي، ص 134.

(2) - نواصر العايش، تقنين العقوبات، مبادئ الاجتهاد القضائي، فهرس أبجدي للمواد، مطبعة عمار قرفي، باتنة، 1991، ص 237.

(3) - عبد المنعم فرج الصدة، ص 208.

(4) - المرجع نفسه، ص 211.

وهذا ما نستشفه من المادة الثانية من القانون المدني السابقة في قولها: "... لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون...".

إذن فالإلغاء الصريح هو أن ينص التشريع الحديث Lex posterior صراحة على إلغاء التشريع السابق، والغالب أن المشرع يلغي التشريع السابق ليحل محله تشريع آخر جديد⁽¹⁾، وذلك بالنص فيه على إلغاء تشريع سابق معين ومحدد، أو ينص فيه على إلغاء ما يخالفه من قواعد.

والمثال على هذا الأخير ما نصت عليه المادة 468 من قانون العقوبات بقولها: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر الذي يسري مفعوله في تاريخ تطبيق الأمر رقم 85-278 المؤرخ في 22 رجب عام 1385 الموافق لـ 16 نوفمبر 1965 المتضمن التنظيم القضائي المشار إليه، والذي ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية". وإذا نص في التشريع على إلغاء ما يخالفه من قواعد-كحالة المادة 468 السابقة- فإن الإلغاء حينئذ يشمل جميع ما يخالف هذا التشريع، سواء كانت قواعد تشريعية أو غير تشريعية⁽²⁾ وبذلك تكون لحظة نفاذ التشريع اللاحق هي نفسها لحظة إلغاء التشريع السابق⁽³⁾.

ويعتبر من قبيل الإلغاء الصريح أن يتضمن التشريع نصا على أن يعمل به مدة معينة أو إلى غاية تحقيق أمر معين.

ففي هذه الحالة "يتم الإلغاء بنص قانوني يصرح منذ صدور التشريع بأن العمل به يقتصر على فترة محددة بحيث يجرده انقضاء هذه الفترة من قوته الملزمة، وتوصف التشريعات في هذه الحالة بأنها تشريعات مؤقتة (Lois temporaires) وهي تصدر عادة لمواجهة ظروف الحرب أو فترات الأزمات⁽⁴⁾. ومثال ذلك: قانون مكافحة التخريب والإرهاب، الذي جاء لمواجهة ظاهرة العنف والإرهاب التي شهدتها الجزائر عقب توقيف المسار الانتخابي في جانفي 1992 وما أعقبه من حالة الفوضى أو ما يشبه التمرد والعصيان

(1) - سمير عبد السيد تناغو، ص 415.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، ص 212.

(3) - سليمان بارش، ج 1، ص 47.

(4) - حبيب إبراهيم الخليلي، ص 153.

المدني الذي تلتته أعمال تخريبية استهدفت أفراد الشعب الجزائري ومؤسسات الدولة، وكذا قانون المصالحة الوطنية.

2-الإلغاء الضمني: وهو الإلغاء الذي لا يدل عليه القانون- القديم ولا الجديد⁽¹⁾-صراحة وإنما يستنبط ضمناً، وقد نصت المادة الثانية من القانون المدني على إمكانية الإلغاء الضمني للقانون وذلك بقولها: "... وأنه يمكن أن يكون الإلغاء ضمناً بنص معارض في القانون الجديد".

ويكون الإلغاء الضمني بصدور تشريع جديد يتعارض في أحكامه مع التشريع القديم دون أن ينص أحدهما على حكم الإلغاء بطريق صريح.

وقد يتخذ الإلغاء الضمني ثلاثة صورة هي:

أ-الصورة الأولى: حالة التعارض الكامل

يتحقق التعارض الكامل إذا أعاد التشريع الجديد تنظيم موضوع كان ينظمه تشريع سابق، وفي هذا الفرض يلغى التشريع السابق ويحل محله التشريع الجديد حتى ولو لم ينص التشريع الجديد على ذلك.

وهو المفهوم ضمناً من إعادة تنظيم نفس الموضوع تنظيمًا شاملاً بواسطة التشريع الجديد محل التشريع السابق، ولذلك فإن التشريع السابق يلغى بكل نصوصه بما في ذلك التي لم يقع فيها تعارض بين التشريعين⁽²⁾.

ويلاحظ أنه من النادر أن يعيد المشرع تنظيم موضوع كما ينظمه تشريع سابق، دون أن ينص في التشريع الجديد على إلغاء التشريع السابق صراحة، ولذلك فإن الفقه لا يجد أمثلة يضربها على إلغاء ضمني تم بهذه الطريقة فيكتفي بإعطاء أمثلة افتراضية⁽³⁾.

إذن إذا تم التعارض بهذه الصورة بين تشريعين متتاليين فإن ذلك يدل على نسخ الأول لتعذر تطبيقهما معاً، لأن في صفة التعارض دلالة على أن الشارع أراد أن يلغى ضمناً القاعدة القديمة⁽⁴⁾.

(1)- يصرح القانون القديم بفكرة إلغائه إذا كان يحمل في ثناياه ما يدل على إلغائه بعد مضي مدة محددة، كما قد يصرح

القانون الجديد بإلغاء كل تشريع سابق يتناول نفس الموضوع، وقد أشرنا إلى هذا سابقاً، ص 72-73.

(2)- سمير عبد السيد تناغو، ص 416-417.

(3)- المرجع نفسه، ص 417.

(4)- عبد المنعم فرج الصدة، ص 213 بتصرف.

ب- الصورة الثانية: حالة التعارض الجزئي

يتحقق التعارض الجزئي إذا كان التشريع الحديث يتضمن أحكاما تتعارض مع بعض أحكام التشريع القديم، دون أن يعيد التشريع الحديث تنظيم نفس الموضوع الذي كان ينظمه التشريع القديم، أي دون أن يقع تعارض بين ما قرره القانون الجديد، وبين المبدأ الأساسي للقانون القديم⁽¹⁾.

وطبقا لقاعدة -Lex posterior-⁽²⁾ فإن أحكام التشريع القديم تصبح ملغاة في النطاق الذي تتعارض فيه مع أحكام التشريع الجديد، ومثال ذلك في قانون العقوبات الجزائي المواد: 187-188-264-386 من قانون رقم 82-04 المؤرخ في 18 فيفري 1982. أما الأحكام الأخرى للقانون القديم التي لم تعارضها أحكام القانون الجديد فتظل قائمة لا يرد عليها الإلغاء، ومثال ذلك في قانون العقوبات دائما المواد 1-2-3... من قانون رقم 82-04 المؤرخ في 18 فيفري 1982 السالف الذكر.

وبالنسبة لهذه الأحكام بالذات يتمثل الفارق بين هذه الصورة من صور الإلغاء الضمني، وبين الصورة السابق دراستها؛ حيث رأينا أن تنظيم الموضوع من جديد يؤدي إلى إلغاء كل نصوص التشريع القديم بما في ذلك النصوص التي لم تعارضها نصوص التشريع الجديد⁽³⁾.

ج- الصورة الثالثة: التعارض بين حكم عام وحكم خاص

ويتحقق ذلك إذا كانت إحدى القاعدتين عامة والأخرى خاصة؛ إذ في هذه الحالة تتضمن إحدى القاعدتين حكما عاما، وتتضمن الأخرى حكما خاصا يتناول مسألة جزئية تدخل في نطاق الحكم العام ولكنها تخالفه، فينسخ من الحكم العام ما يقابل هذه المسألة الجزئية، ويبقى ما عدا هذه المسألة من الحكم العام حيث لا تعارض في شأنه، وذلك سواء صدرت القاعدتان في وقت واحد أو كانتا متعاقبتين⁽⁴⁾.

(1)-سمير عبد السيد تناغو، ص 416-417

(2)- Le principe de lex posterior هو مبدأ "التشريع الحديث يلغي التشريع السابق فيما يقع بينهما من تعارض

"انظر: سمير عبد السيد تناغو، ص 416-417.

(3)- المرجع نفسه، ص 418 بتصرف.

(4)- عبد المنعم فرج الصدة، ص 213.

وإذا كانت القاعدة القديمة عامة والقاعدة الجديد خاصة، فلا تلغى القاعدة القديمة بأكملها وإنما يلغى منها ما اختلفت به القاعدة الخاصة حيث تحد القاعدة الجديدة الخاصة بقدر ما جاءت به من نطاق القاعدة القديمة العامة فتكون استثناء واردا عليها⁽¹⁾.
وعليه فإن تطبيق القاعدة الجديدة لا يعتبر هدماً لمبدأ عدم الرجعية؛ أي لا يعتبر تطبيقاً بأثر رجعي ما دامت القاعدة الجديدة تعتبر كاستثناء فقط دون وجود لحالة الإلغاء.
وإذا كانت القاعدة القديمة خاصة والقاعدة الجديد عامة فإنه "يظهر بوضوح كامل أن القانون الحديث لا يلغى قانوناً قديماً مختلفاً عنه في نطاق التطبيق، وذلك عندما يتضمن التشريع الحديث حكماً عاماً بينما يتضمن التشريع القديم حكماً خاصاً، ففي هذا المثال لا يتأثر التشريع القديم بصور التشريع الحديث فحسب، بل إن التشريع القديم هو الذي يؤثر في التشريع الحديث ويقيده، فالخاص يقيد العام حتى ولو كان الخاص هو القديم، ويظل الحكم القديم نافذاً باعتباره استثناء من الحكم الحديث العام"⁽²⁾.

III- هل نعتبر تفسير القوانين من سبيل الإلغاء:

نلاحظ أن القوانين التفسيرية (وهي التي تصدر لتفصيل قواعد قانونية مجملّة أو مختلف عليها) لا يُعتبر إصدارها إصداراً لقانون جديد، لأنها تتحد مع القانون الأصيل... وبهذا ينسب العمل بها إلى تاريخ ذلك القانون الأصيل الذي صدرت تفسيراً له، وهكذا فلا يجب أن يعتبر تطبيق القانون التفسيري على وقائع سابقة خروجاً على مبدأ عدم الرجعية طالما أن القانون التفسيري- في انسحابه على الماضي- لم يتجاوز نفاذ القانون الأصيل الذي صدر تفسيراً له⁽³⁾. وبالتالي لا اعتبار لحالة الإلغاء هنا.

ثالثاً: النسخ في التشريع الإسلامي

إن إلغاء القانون في النظم الوضعية يقابله موضوع النسخ عند علماء الشريعة الإسلامية في مجال أصول الفقه الإسلامي.

(1)- عبد المنعم فرج الصدة، ص213

(2)- Marty et Raynaud tl,p170.Carbonnier.tl, p83. نقلاً عن: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص420.

(3)- جلال ثروت، ص50-51.

ودراستي لهذا الفرع لا تكون من سبيل تفصيل موضوع النسخ إذ أنني لا يمكن لي إضافة شيء إلى ما كتبه فيه علماء الأصول الذين أشبعوه بحثاً، كما أن طبيعة بحثي لا تقتضي التعمق في جزئيات الموضوع، بحيث أنني في صدد الحديث عن تحديد وقت العمل بالقانون الذي يقتضيه تطبيق مبدأ عدم الرجعية.

لهذا أحاول تسليط الضوء على الجوانب التي لها علاقة بموضوع إلغاء القوانين لتتم المقارنة بينها وبين التشريع الإسلامي الحنيف في هذا المجال.

ولذلك فقد شملت دراستي للموضوع: - ا: تعريف النسخ ومحلّه، - II: مشروعية النسخ وطرق معرفته، - III: ما يكون به النسخ، - V: أنواع النسخ.

في حين تغاضيت عن عدة زوايا في الموضوع لاعتقادي بانعدام العلاقة بينها وبين موضوعي من جهة وأن موقعها ليس جوهرياً في موضوع النسخ من جهة أخرى بحيث أن الكثير من كتب أصول الفقه الحديثة أهملتها أو تغاضت عن بعضها، إلا أنه من أراد التعمق في موضوع النسخ ومعرفة كل دقائق أموره سيجدها في أمهات مصادر أصول الفقه ومثال ما تغاضيت عنه:

- وجوه النسخ من حيث التلاوة والحكم⁽¹⁾.
- الفرق بين النسخ والبداء والتخصيص والتقييد⁽²⁾.
- النسخ في الأدلة النصية⁽³⁾.

(1)- انظر في هذا: -الغزالي، ج1، ص 234 وما بعدها.

- السرخسي، ج2، ص 78.

- الشوكاني، ص166 وما بعدها.

- الأمدي، ج3، ص 141 وما بعدها.

- علاء الدين البخاري، ج3، ص180 وما بعدها.

(2)- انظر في هذا: -الأمدي، ج3، ص109 وما بعدها.

- والشوكاني، ص161 وما بعدها.

- ابن حزم، ج2، ص 471 وما بعدها.

- ابن عبد الشكور، ج2، ص35.

- الغزالي، ج1، ص 211 وما بعدها.

(3)- انظر في هذا: -السرخسي، ج2، ص 84 وما بعدها.

- الأمدي، ج3، ص 160 وما بعدها.

- الغزالي، ج1، ص239 وما بعدها.

- ابن حزم، ج2، ص517 وما بعدها.

1-تعريف النسخ ومحلّه:

1-تعريف النسخ: ويشمل التعريف اللغوي ثم التعريف الاصطلاحي عند الأصوليين.

أ-النسخ في اللغة: يطلق النسخ في اللغة ويراد به معنيان:

أحدهما: الإزالة، ومنه نسخت الشمس الظل أي أزالته، ونسخت الريح أثر المشي أي أزالته، ونسخ الشيب الشباب إذا أزاله، ومنه تناسخ القرون والأزمنة.

والإزالة هي الإعدام ولهذا يقال: زال عنه المرض والألم، وزالت النعمة عن فلان، ويراد به الانعدام في هذه الأشياء كلها⁽¹⁾.

وثانيهما: النقل والتحويل، ومنه نسخت الكتاب أي نقلته ومنه قوله تعالى: «إنا كنا نستنسخ ما كنتم تعملون»⁽²⁾. ومنه تناسخ الموارد⁽³⁾.

ب-النسخ في اصطلاح الأصوليين:

انقسم الأصوليون في تعريفهم للنسخ إلى مجموعتين:

المجموعة الأولى: تعريف الرازي⁽⁴⁾ والبيضاوي⁽⁵⁾: هو بيان انتهاء حكم شرعي بطريق شرعي متراخ عنه، ومعنى الانتهاء أن الحكم المنسوخ محدد عند الله بغاية ينتهي عندها⁽⁶⁾.

المجموعة الثانية: تعريف ابن الحاجب⁽⁷⁾: وهو رفع حكم شرعي بديل شرعي متأخر... وعرفه القاضي الباقلاني⁽⁸⁾ بأنه: رفع الحكم الشرعي بطريق شرعي متراخ عنه، أي أن

(1)- الأمدي، ج3، ص102.

(2)-سورة الجاثية، الآية، 29.

(3)- الشوكاني، ص161.

(4)- الرازي هو فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين (543-606هـ) الفقيه الشافعي، فاق أهل زمانه في علم الكلام والمعقولات وعلم الأوائل، له التصانيف المفيدة منها، تفسير القرآن الكريم، المطالب العالية، المحصل، المحصول، انظر: ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الأفاق الجديدة، بيروت، د.ت، ج5، ص21.

(5)- البيضاوي هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن أحمد البيضاوي (ت 424هـ)، سكن بغداد وتفقه على الداركي، انظر: أبو إسحاق الشيرازي، طبقات الفقهاء، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت: 1981، ص126.

(6)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص133.

(7)- ابن الحاجب هو أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الدوني المصري (ت 646هـ)، كان والده حاجبا للأمير عز الدين بن موسك الصالحي فعرق بابن الحاجب، صنف في أصول الفقه، انظر: ابن العماد الحنبلي، ج5، ص234.

(8)- الباقلاني هو أبو بكر محمد بن الطيب بن جعفر القاسم (ت 403هـ)، سكن بغداد وصنف تصانيف كثيرة في علم الكلام وغيره، انظر: أحمد بن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، د.ت، ج4، ص269.

النسخ رفع استمرار العمل بالحكم السابق... وعرفه الغزالي بأنه: الخطاب الدال على ارتفاع الحكم الثابت بالخطاب المتقدم على وجه لولاه لكان ثابتا مع تراخيه عنه⁽¹⁾.

وهذا الاختلاف مبني على أن النسخ له جهتان:

- جهة بيان انتهاء مدة الحكم المنسوخ- المجموعة الأولى.-
- وجهة رفع التكليف أو إزالته⁽²⁾ - المجموعة الثانية.-
- وقد اختار الأستاذ مصطفى شلبي تعريف المجموعة الثانية المبني على رفع التكليف وإزالته فقال: "... غير أن تعريفه بالرفع أولى لأننا نعرف النسخ في مفهومنا"⁽³⁾.
- كما وافقه في ذلك الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: "... هذه التعاريف متقاربة في معناها والمفضل منها هو الثاني..."⁽⁴⁾. وهو ما أراه مناسباً لأن التعبير بلفظ "رفع" التكليف أو إزالته أدق في الدلالة على نسخ الحكم وانقضائه، في حين أن استعمال لفظ "بيان" انتهاء مدة الحكم أقل دقة.

2- محل النسخ:

والنسخ لا يكون في جميع الأحكام بل في الأحكام الشرعية التكليفية الجزئية التي تحتل الوجود والعدم؛ أي تحتل كونها مشروعة أو غير مشروعة في نفسها في زمن النبوة، بمعنى أن مصلحتها تتغير فتكون في وقت نافعة وفي آخر ضارة⁽⁵⁾. وعليه فإن الأحكام منها ما يقبل النسخ ومنها ما لا يقبله.

أ- الأحكام القابلة للنسخ: اشترط العلماء للحكم القابل للنسخ شروطاً أهمها:

الشرط الأول: أن يكون حسن الحكم أو قبحة قابلاً للسقوط وهذا عند المعتزلة، في حين لم يشترط الأشاعرة هذا الشرط لأن حسن الأحكام الشرعية سواء عملية أو اعتقادية مأخوذ من الشرع⁽⁶⁾.

(1) - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص934.

(2) - مصطفى شلبي، ص536.

(3) - مصطفى شلبي، ص537.

(4) - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص134.

(5) - مصطفى شلبي، ص541.

(6) - انظر: -الشوكاني، ص165.

-والسرخسي، ج2، ص46 وما بعدها.

-والغزالي، ج1، ص234.

الشرط الثاني: أن يكون المنسوخ حكماً شرعياً عملياً جزئياً... مطلقاً عن التأقيت أو التأبيد⁽¹⁾.

الشرط الثالث: أن يكون النسخ منفصلاً عن المنسوخ متأخراً عنه زمنياً حتى تتضح فيه حقيقة رفع الحكم⁽²⁾.

ب- الأحكام التي لا تقبل النسخ: أهمها أربعة أنواع:

النوع الأول: الأحكام الكلية والمبادئ العامة كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر⁽³⁾.

النوع الثاني: الأحكام الأصلية المتعلقة بالعقائد، كوجوب الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسوله واليوم الآخر... وأمهات الفضائل كالعدل والصدق وأداء الأمانات... وكذا الأحكام التي لا تحتمل المشروعية كالكفر... والخيانة وعقوق الوالدين والغدر وماشاكل ذلك لأن قبحها لا يتغير⁽⁴⁾.

النوع الثالث: الأحكام التي ثبت تأبيدها بالنص صراحة مثل تحريم زوجات النبي ﷺ بقوله تعالى: «وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً»⁽⁵⁾، أو ثبت تأبيدها دلالة" مثل شرائع النبي محمد ﷺ التي قبض على إثرها، فإنها مؤبدة لا تحتمل النسخ بدلالة أن محمد ﷺ خاتم النبيين ولا نبي بعده ولا نسخ إلا بوحي على لسان نبي"⁽⁶⁾.

النوع الرابع: الأحكام التي لحقها التوقيت لأن التوقيت بيان انتهاء مدة الحكم فلا يظن أحد تعلقه بعد مدته حتى يحتاج إلى رافع يرفعه وزوال الحكم المؤقت بانتهاء وقته المحدد...⁽⁷⁾. وليس لهذه الحالة أمثلة من النصوص الشرعية، أما قوله تعالى: «ولا تقربوهن حتى يظهن»⁽⁸⁾،

(1) - مصطفى شلبي، ص 542.

(2) - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 2، ص 936.

(3) - مصطفى شلبي، ص 541.

(4) - المرجع نفسه، ص 541-542.

انظر في هذا: الشاطبي، ج 3، ص 70.

(5) - سورة الأحزاب، الآية: 53.

(6) - وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 2، ص 254.

(7) - مصطفى شلبي، ص 541-542.

(8) - سورة البقرة، الآية: 222.

وقوله تعالى: «وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر»⁽¹⁾، والمقصود به تحريم القربان في حالة الحيض، وشرعية الأكل والشرب في الليل وهي ليست بمؤقتة، بل هي ثابتة على الإطلاق⁽²⁾.

II-مشروعية النسخ وطرق معرفته:

1-مشروعية النسخ: وفي القول بمشروعية النسخ وعدم ذلك رأيين هما:

أ-رأي الجمهور: يرى جمهور العلماء من المسلمين جواز النسخ⁽³⁾ واستدلوا على ذلك عقلا ونقلا ووقوعه فعلا.

الدليل العقلي: إنه من الممكن أن تمر مصلحة الأمة بمراحل أثناء عملية البناء وما يناسبها في مرحلة قد لا يناسبها في أخرى، فكانت عملية النسخ ارتقاء بالأمة نحو الكمال حسب طاقتها وبحسب ما تحتاجه نفوسها من أدوية روحية⁽⁴⁾.

الدليل النقلى: استدل الجمهور على النسخ بأدلة نقلية كثيرة منها:

قوله تعالى: « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلما»⁽⁵⁾.

وقوله تعالى: « يمحو الله ما يشاء ويثبت وعنده أم الكتاب»⁽⁶⁾.

وكذا قوله تعالى: « وإذا بدلنا آية مكان آية والله أعلم بما ينزل...»⁽⁷⁾.

الوقوع الفعلي: واستدل الجمهور بعدة وقائع تشهد على وقوع النسخ فعلا منها:

- نسخ وجوب التوجه إلى بيت المقدس باستقبال الكعبة.

- نسخ الوصية للوالدين والأقربين بأية المواريث.

(1)- سورة البقرة، الآية: 187.

(2)- وهبة الزحيلي، ج2، ص955.

(3)- انظر: - الشوكاني، ص162 وما بعدها.

- البزدوي، ج3، ص235.

- الأمدي، ج3، ص115 وما بعدها.

- الغزالي، ج1، ص213 وما بعدها.

- أبو الوليد الباجي، أحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1986، ج2، ص386 وما بعدها.

(4)- زكرياء عبد الرزاق المصري، أصول الفقه الإسلامي دروس وتمارين، مؤسسة الرسالة، ط1: 1998، ص172.

(5)- سورة البقرة، الآية: 106.

(6)-سورة الرعد، الآية: 39.

(7)-سورة النحل، الآية: 101.

- نسخ وجوب تربص المرأة المتوفى عنها زوجها حولا كاملا بعدة الوفاة الدائمة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام⁽¹⁾.

ب- رأي أبي مسلم الأصفهاني: (2): وهذا ما نقل عنه" في حكاية شاذة عنه وفي أحد النقلين عنه... مُؤَوَّلًا ما رآه الجمهور نسخا بأنه من باب انتهاء الحكم لانتهاء زمنه ومثل هذا لا يعتبر نسخا⁽³⁾، واستدل على رأيه بقوله تعالى: «لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد»⁽⁴⁾. فلو وقع النسخ في القرآن لأتاه الباطل؛ لأن النسخ المتضمن إلغاء الحكم المنسوخ باطل وفي ذلك تكذيب لخبر الله تعالى، والكذب في خبره محال⁽⁵⁾.

ج-الترجيح: من استدلالات كل فريق تتضح قوة أدلة الجمهور وضعف دليل أبي مسلم الأصفهاني.

-فقوة أدلة الجمهور واضحة من حيث تعددها من جهة ووضوح دلالتها على النسخ من جهة أخرى.

بينما دليل أبي مسلم الأصفهاني يعتبر ضعيفا لكونه دليلا واحدا، والكثرة أقوى من الوحدة، هذا من جهة، وكون دليله ضعيف الدلالة على النسخ وذلك لأنه قال أن لفظ "باطل" الوارد في الآية مقصود به النسخ دون أن يأتي بما يقنع بأن النسخ باطل من جهة أخرى. ولهذا يظهر رجحان رأي الجمهور في مشروعية النسخ، بل هناك من العلماء من ذهب إلى إهمال رأي أبي مسلم الأصفهاني وعدم الاعتداد به، وذلك بقولهم أن النسخ ثابت بالإجماع، منهم الشوكاني⁽⁶⁾ والدكتور وهبة الزحيلي⁽⁷⁾؛ وقد اختصرت في دراسة عنصر مشروعية النسخ لأن كل من كتب فيه أثبته مستدلا برأي الجمهور، ومن أدرج في دراسته رأي أبي مسلم الأصفهاني كان ذلك لدحضه وإبطاله.

2- طرق معرفة النسخ: وقد ذكر الأصوليون ستة طرق لمعرفة النسخ وهي ما يأتي⁽⁸⁾:

(1)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص951.
(2)- أبو مسلم الأصفهاني هو الشيخ العلامة النحوي، المفسر، المعتزلي، صاحب التفسير الكبير الذي هو في عشرين سفرا، ولد سنة ست و ستين و مات في جمادي الآخرة سنة تسع و خمسين و أربع مئة. انظر: الذهبي، ج 18، ص 146
(3)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص952.
(4)- سورة فصلت، الآية: 42.
(5)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص947.
(6)- الشوكاني، ص162.
(7)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص949.
(8)- المرجع نفسه، ص995.

أ- التصريح في النص القرآني بما يدل على النسخ: مثل قوله تعالى: «الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا»⁽¹⁾. فإنه يقتضي نسخه لثبات الواحد للعشرة، ومثل قوله تعالى: «أشفقتم أن تقدموا بين يدي نجواكم صدقات»⁽²⁾. فإنه نسخ للأمر بالصدقة قبل مناجاة الرسول ﷺ⁽³⁾.

ب- التصريح بما يدل على النسخ في السنة النبوية الشريفة: "كأن يقول هذا ناسخ لهذا وما في معنى ذلك"⁽⁴⁾، ومثال ذلك قوله ﷺ: "كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث فامسكوا ما بدا لكم"⁽⁵⁾.

وقوله: " كنت نهيتكم عن زيارة القبور إلا فزوروها "⁽⁶⁾.

فنهى النبي ﷺ عن فعل شيء ثم التصريح بعد ذلك بما يدل على جوازه فيه دلالة على نسخ الحكم الأول، أما أن يصرح الرسول ﷺ بالنسخ بقوله: "هذا ناسخ وهذا منسوخ" فإنه "مجرد فرض وتقدير إذ لم يعهد مثل هذا في عبارات الكتاب والسنة، فهو غير عملي في التمييز بين الناسخ والمنسوخ"⁽⁷⁾.

ج- فعل الرسول ﷺ: كرجمه ما عزر ولم يجلده فإنه ناسخ لقوله "الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة"⁽⁸⁾، ومن نفى كون الفعل ناسخاً للقول قال: الناسخ قول آخر والفعل مبين لذلك⁽⁹⁾.

د- إسناد الراوي أحد الحكمين "إلى شيء متقدم كقوله كان هذا في السنة الفلانية وهذا في السنة الفلانية، وإحداهما معلومة التقدم على الأخرى، هذا كله إذا كان سند الناسخ والمنسوخ مستويان"⁽¹⁰⁾، إلا أنه قد يذكر الراوي التاريخ مثل أن يقول: سمعت عام الخندق أو عام الفتح وكان المنسوخ معلوماً قبله، ولا فرق أن يروي الناسخ والمنسوخ راو واحد أو

(1)- سورة الأنفال، الآية: 66.

(2)- سورة المجادلة، الآية: 13.

(3)- الشوكاني، ص 173.

(4)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأضاحي، باب ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث أيام، ج 13، ص 136، حديث رقم 5087.

(6)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها، حديث رقم 5086.

(7)- الأمدي، ج 3، ص 181.

(8)- أحمد بن حنبل، ج 36، ص 204، حديث رقم 22208.

(9)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 2، ص 995.

(10)- الأمدي، ج 3، ص 181.

راويان⁽¹⁾، ومن سبيل ذلك: أن يكون نزول كل من الآيتين المتعارضتين معلوما فتكون المتأخرة ناسخة"⁽²⁾.

هـ- إجماع الصحابة على أن هذا ناسخ وهذا منسوخ كنسخ صوم يوم عاشوراء بصوم رمضان، ونسخ الحقوق المتعلقة بالمال بالزكاة⁽³⁾.

و- كون أحد الحكمين شرعياً والآخر موافقاً للعادة السابقة فيكون الحكم الشرعي ناسخاً للعادة السابقة⁽⁴⁾.

هذه هي الطرق المشهورة لمعرفة الناسخ من المنسوخ وما عدا ذلك لا يثبت.

III- ما يكون به النسخ: تنقسم الأحكام في التشريع الإسلامي بحسب الأدلة التي تستند إليها في ثبوتها إلى قسمين هما:

أحكام ثابتة بأدلة نصية وهي القرآن والسنة.

- وأحكام ثابتة بأدلة غير نصية وهي الإجماع والقياس.

وسأقتصر في دراسة هذا العنصر على الأدلة النصية لعدة أسباب هي:

- كوني أتحدث في هذا المطلب على إلغاء التشريع، والتشريع من سماته أنه مدون ومكتوب.

- كون المصادر غير النصية (الإجماع والقياس) ليست حجة بذاتها وإنما اشترط لها الأصوليون ما يسمى بالسند من القرآن أو السنة.

- اختلاف العلماء حول النسخ في الإجماع والقياس والنسخ بهما.

والنسخ في المصادر النصية أربعة أنواع هي:

1- نسخ القرآن بالقرآن:

اتفق العلماء على أنه لا يجوز نسخ القرآن جميعه، لأن نظمه (لفظه) معجزة مستمر إلى الأبد، ولأن أحكامه تمثل آخر الشرائع، ورفع الشريعة لا يعقل لأن الناس لا يتركون بدون

(1)- الغزالي، ص 244-245.

(2)- المرجع نفسه، هامش ص 245.

(3)- الشوكاني، ص 173.

(4)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 2، ص 996.

شريعة⁽¹⁾.

ونصوص القرآن ينسخ بعضها بعضا إذ أنه "لا خلاف في جواز نسخ القرآن بالقرآن.."⁽²⁾. وهذا عند جميع العلماء إلا ما شذ به أبو مسلم الأصفهاني، وإنكاره لهذا النوع من النسخ راجع إلى عدم اعترافه بشرعية النسخ أصلا، وحثه في ذلك واهية ومردودة كما بينا.

وقد وقع هذا النوع من النسخ فعلا في عدة مواضع ومن أمثله ما يلي:

أ-نسخ آية الوصية للوالدين والأقربين في قوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف»⁽³⁾. بآية المواريث في قوله تعالى: «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا»⁽⁴⁾.

ب-نسخ الآية التي تقضي بعبدة المتوفى عنها زوجها حولا كاملا في قوله تعالى: «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج»⁽⁵⁾ بقوله تعالى: «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا»⁽⁶⁾. فأصبحت العدة بموجب الآية الثانية الناسخة أربعة أشهر وعشرا بدلا من الحول الكامل.

2-نسخ السنة بالسنة:

اتفق الأصوليون على جواز نسخ السنة بالسنة⁽⁷⁾ إذ "لا خلاف في جواز... نسخ السنة المتواترة بالسنة المتواترة وجواز نسخ الأحاد بالأحاد ونسخ الأحاد بالمتواتر"⁽⁸⁾. ودليل جواز نسخ السنة بالسنة وقوعه فعلا، ومثال ذلك:

أ-قوله ﷺ: "كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي..."⁽⁹⁾.

ب-وقوله في شأن زيارة القبور: "كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها"⁽¹⁾.

(1)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص964.

(2)- الشوكاني، ص167.

(3)- سورة البقرة، الآية: 180.

(4)- سورة النساء، الآية: 7.

(5)- سورة البقرة، الآية: 240.

(6)- سورة البقرة، الآية: 234.

(7)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص967.

(8)- الشوكاني، ص167.

(9)- تم تخريجه سابقا، ص85.

(1)- تم تخريجه سابقا، ص85.

3- نسخ السنة بالقرآن:

- اختلف الأصوليون في جواز نسخ السنة بالقرآن على رأيين:
- الرأي الأول: وهو مذهب الجمهور من الأشاعرة والمعتزلة والفقهاء، واحتجوا على ذلك بالجواز العقلي والوقوع الشرعي.
 - الرأي الثاني: منقول عن الشافعي رضي الله عنه في أحد قوليه وهو أنه لا يجوز نسخ السنة بالقرآن.
 - وفيما يلي أدلة كل فريق:
 - أ- أدلة الجمهور: احتج الجمهور على نسخ السنة بالقرآن بالجواز العقلي والوقوع الشرعي:
 - أما الجواز العقلي فهو أن الكتاب والسنة وحي من الله تعالى، على ما قال تعالى: «وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى»⁽¹⁾. غير أن الكتاب متلو والسنة غير متلوة، ونسخ حكم أحد الوحيين بالآخر غير ممتنع عقلاً، ولهذا فإننا لو فرضنا خطاب الشارع يجعل القرآن ناسخاً للسنة لما لزم عنه لذاته محال عقلاً⁽²⁾.
 - وأما الوقوع الشرعي فيمكن التمثيل له بعدة آيات منها:
 - قوله تعالى: «قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام»⁽³⁾. نسخ ما كان مقرراً بالسنة وهو التوجه إلى بيت المقدس⁽⁴⁾.
 - وقوله تعالى: «فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن»⁽⁵⁾. وهذا قرآن نسخ ما صالح عليه رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على أن من جاء مسلماً رده، حتى أنه رد جماعة من الرجال⁽¹⁾

ب- أدلة الشافعي: وهو ذو وجهين:

(1)- سورة النجم، الآيتان: 3-4.

(2)- الأمدي، ج3، ص150.

(3)- سورة البقرة، الآية: 144.

(4)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص269.

(5)- سورة الممتحنة، الآية: 10.

(1)- الأمدي، ج3، ص150 بتصرف.

الوجه الأول: أنه لو نسخت السنة بالقرآن لزم تنفير الناس عن النبي ﷺ وعن طاعته لإيهاهم أن الله تعالى لم يرض ما سنه الرسول... وذلك إنما يصح لو كانت السنة من عند الرسول من تلقاء نفسه وليس كذلك، بل إنما هي من الوحي⁽¹⁾... وأضيف أنه لو لزم نسخ السنة بالقرآن تنفير الناس عن النبي ﷺ لحدث ذلك فعلا وهو ما لم يثبت عن الصحابة.

الوجه الثاني: أن السنة ليست من جنس القرآن لأن القرآن معجزة وملتو... وإذا لم يكن القرآن من جنس السنة امتنع نسخه لها... إلا أنه لا يلزم من اختلاف جنس السنة والقرآن بعد اشتراكهما في الوحي بما اختص بكل واحد منهما امتناع نسخ أحدهما بالآخر⁽²⁾.

أما الدليل الشرعي: فقوله تعالى: «لتبين للناس ما نزل إليهم»⁽³⁾. جعل السنة بيانا فلو نسخت لخرجت عن كونها بيانا وذلك غير جائز... إلا أن المراد بقوله: «لتبين للناس» إنما هو التبليغ وذلك يعم تبليغ الناس من القرآن وغيره وليس فيه ما يدل على امتناع كون القرآن ناسخا للسنة⁽⁴⁾.

من الردود السابقة على أدلة الإمام الشافعي يتبين قوة ورجحان رأي الجمهور في إثبات نسخ السنة بالقرآن "وبه يتبين أن الخلاف بين الشافعي والجمهور لا يؤدي إلى نتيجة عملية لأن الجميع متفقون على بقاء شرعية الأحكام الدائمة وزوال الأحكام المنسوخة"⁽⁵⁾، و"... يترجح رأي الجمهور وهو جواز نسخ أحدهما بالآخر"⁽⁶⁾، أي السنة والقرآن.

4- نسخ القرآن بالسنة:

والخلاف في هذا النوع من النسخ كالخلاف في النوع السابق -نسخ السنة بالقرآن-، وهو بين الجمهور والشافعي⁽⁷⁾.

(1)- الأمدي، ص 151.

(2)- المرجع نفسه، ص 151-153.

(3)- سورة النحل، الآية: 44.

(4)- الأمدي، ج 3، ص 151-152.

(5)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 2، ص 970.

(6)- مصطفى ثلبي، ص 552.

(7)- انظر في هذا: -ابن حزم، ج 3، ص 506 وما بعدها.

-الغزالي، ج 1، ص 236 وما بعدها.

-السرخسي، ج 2، ص 285.

-الشوكاني، ص 167 وما بعدها.

-الأمدي، ج 3، ص 153 وما بعدها.

أ- الجمهور ومنهم ابن حزم الظاهري: واستدلوا على جواز نسخ القرآن بالسنة بالوقوع الشرعي والدليل العقلي كما يلي:

الوقوع الشرعي:

احتج القائلون به بأن الوصية للوالدين والأقربين نسخت بقوله ﷺ: "ألا لا وصية لوارث"⁽¹⁾، إذ لا يمكن أن يقال بأن الناسخ للوصية آية الميراث، لأن الجمع ممكن من حيث أن الميراث لا يمنع من الوصية بدليل الوصية للأجانب⁽²⁾.

- واحتجوا أيضا بأن جلد الزاني ثابت بقوله تعالى: «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة»⁽³⁾. نسخ بالرجم الثابت بالسنة.

- إلا أنه لم يسلم هذان الدليلان من النقد والمناقشة والرد⁽⁴⁾.

- **الدليل العقلي:** وهو نفس الاحتجاج الذي قدموه في نسخ السنة بالقرآن وقد تقدم ذكره⁽⁵⁾.

- **ب- الشافعي:** واستدل الشافعي كذلك بالدليل الشرعي والدليل العقلي كما يلي:

- **الدليل الشرعي:** قوله تعالى: «ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير»⁽⁶⁾. دلت الآية على أن الآتي بالبديل هو الله سبحانه وتعالى وهو القرآن، فكان الناسخ للقرآن هو القرآن لا السنة. وأيضا فإن الله جعل البديل خيرا من المنسوخ أو مثلا له، والسنة ليست خيرا من الكتاب ولا مثلا له فلا تكون ناسخة له⁽⁷⁾.

- وقوله تعالى: «وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم»⁽⁸⁾، فدور السنة مبين للقرآن لا ناسخ له... وأجيب بأن النسخ نوع من البيان⁽¹⁾.

(1)- أبو داود، كتاب الوصايا، الجزء الثاني، ص 127 حديث رقم 2870.

(2)- الأمدى، ج3، ص153.

(3)- سورة النور، الآية:2.

(4)- انظر: الأمدى، ج3، ص153-155.

(5)- انظر هذه الرسالة، ص 88- 89.

(6)- سورة البقرة، الآية: 106.

(7)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص972.

(8)- سورة النحل، الآية:44.

(1)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص972.

- **الدليل العقلي:** وهو ذو وجهين:

الوجه الأول: إن السنة إنما وجب اتباعها بالقرآن في قوله تعالى: «وما آتاكم الرسول فخذوه»⁽¹⁾. وذلك يدل على أن السنة فرع القرآن، والفرع لا يرجع على أصله بالإبطال والإسقاط⁽²⁾...

الوجه الثاني: أن القرآن أقوى من السنة من جهة لفظه لأنه معجز والسنة ليست معجزة، كما أنه أقوى من جهة حكمه حيث اعتبرت الطهارة في تلاوته من الجنابة والحيض وفي مس مسطوره مطلقا والأقوى لا يجوز رفعه بالأضعف⁽³⁾.

ج-الترجيح: يعتبر رأي الجمهور راجحا عند كل من:

- الإمام الأمدي بقوله: "... وعلى هذا فلا يمتنع رفع حكم الآية بدليل السنة"⁽⁴⁾.
- الأستاذ وهبة الزحيلي بقوله: "... ومع ذلك فالأولى ما عليه الجمهور..."⁽⁵⁾.
- الأستاذ مصطفى شلبي بقوله: "... وبهذا يترجح رأي الجمهور وهو جواز نسخ أحدهما بالآخر..."⁽⁶⁾.

رأيي في المسألة:

أرى أن مكنم الخلاف حول نسخ القرآن بالسنة وعدمه يعود في أساسه إلى عدم الاتفاق حول كون القرآن والسنة من نفس الدرجة والقوة أم بينهما تفاوت. ويظهر هذا من خلال الاستدلالات الشرعية من نصوص قرآنية وأحاديث نبوية التي جاء بها كل فريق، حيث أن توجيههم لهذه النصوص عبارة عن تأويلها كل حسب رأيه وموقفه من القضية، حيث نجد نصوصا استدلت بها فريق على جواز نسخ القرآن بالسنة استعملها فريق آخر في نفي ذلك.

(1)- سورة الحشر، الآية:7.

(2)- الأمدي، ج3، ص156.

(3)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- المرجع نفسه، ص 159.

(5)- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص973.

(6)- مصطفى شلبي، ص 552.

وفي رأيي يمكن القول أن السنة والقرآن لهما نفس درجة القوة والحجية من حيث إثبات الأحكام الشرعية، وهذا لا ينفي عن القرآن بعض الخصوصيات خارج مجال التشريع للإعجاز والتعبد بالتلاوة وغيرهما.

ويظهر تساوي القرآن والسنة من وجهين:

أما أحدهما: فإن كليهما وحي من عند الله ويثبت ذلك على السنة بقوله تعالى: «وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى»⁽¹⁾.

وأما الآخر فإن القرآن ترك للرسول ﷺ بيان ما سكت عنه وخاصة إذا تعلق الأمر بأمور العبادات ومن درجة الصلاة بقوله ﷺ: "صلوا كما رأيتموني أصلي"⁽²⁾، والحج بقوله ﷺ: "خذوا عني مناسككم"⁽³⁾، فكيف لا يدل هذا وذاك على تساوي القرآن والسنة في إثبات الأحكام الشرعية؟.

وما دام القرآن والسنة لهما نفس درجة القوة في التشريع فإنه لا مانع من نسخ أحكام ثابتة بالقرآن بما ثبت بالسنة بشرط أن تكون السنة صحيحة لا شائبة ولا عيب في ثبوتها عن الرسول ﷺ سواء في سندها أو متنها.

وما دام هذا رأيي حول نسخ القرآن بالسنة، فمن باب أولى أن ينطبق على نسخ السنة بالقرآن وهو جواز ذلك، لأنه يفترض أن يكون مكنم الخلاف في هذا الأمر هو تساوي الدليلين في القوة أو اختلافهما غير مطروح، إذ من المتبادر ابتداء هو كون القرآن أقوى أو مساو للسنة وفي كلا الحالتين جوار نسخ السنة بالقرآن.

7- أنواع النسخ: يتخذ النسخ أربعة أنواع هي:

1- النسخ الكلي: هو ما أبطل به الشارع حكما شرعه من قبل إبطالا كاملا بالنسبة إلى كل فرد من أفراد المكلفين⁽⁴⁾ ومثاله: نسخ اعتداد المتوفى عنها زوجها حولا كاملا باعتدادها أربعة أشهر وعشرة أيام.

فقد قال تعالى: «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج»⁽⁵⁾.

(1) - سورة النجم، الآيتين: 3-4.

(2) - البخاري، كتاب الأذان، باب الأذان للمسافر إذا كانوا جماعة، ج1، ص194، حديث رقم 631.

(3) - مسلم، كتاب الحج، باب استحباب رمي جمرة العقبة النحر راكبا، ج2، ص943، حديث رقم 1297.

(4) - محمد زكرياء البرديسي، ص426.

(5) - سورة البقرة، الآية: 240.

ثم نسخها بقوله: «والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا»⁽¹⁾.

فهما نحن أولاء نرى أن الحكم الشرعي وهو الاعتداد بالحول الثابت من الآية الأولى قد ارتفع بالنسبة إلى جميع النساء المتوفى عنهن أزواجهن بالآية الثانية التي أثبتت أن الاعتداد للجميع يكون بأربعة أشهر وعشرة أيام⁽²⁾.

2-النسخ الجزئي: وهو أن يشرع الحكم عاما كل فرد من أفراد المكلفين، ثم يلغى هذا الحكم بالنسبة لبعض الأفراد، أو يشرع الحكم مطلقا ثم يلغى بالنسبة لبعض الحالات، فالنص الناسخ لا يشمل العمل بالحكم الأول أصلا، ولكن يبطله بالنسبة لبعض الأفراد أو بعض الحالات⁽³⁾. مثاله:

قوله تعالى: «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة»⁽⁴⁾. فالآية تدل على أن القاذف للمحصنة الذي ليس له بينة يجلد ثمانين جلدة سواء كان زوجا للمقذوفة أو لم يكن زوجا لها فلفظ "الذين" يشمل الزوج وغيره.

وقوله تعالى: «والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين...»⁽⁵⁾. وهذه الآية تدل على القاذف الزوج لا يجلد بل يتلاعن وزوجته، وتكون بذلك قد أبطلت الحكم الثابت بالآية الأولى بالنسبة إلى بعض المكلفين.

3-النسخ الصريح: هو الذي نص فيه الشارع صراحة على رفع ما شرعه أولا⁽⁶⁾.

مثاله: قول الرسول ﷺ: "كنت نهيتكم عن زيارة القبور إلا فزوروها"⁽⁷⁾.

النسخ الضمني: هو ألا ينص الشارع صراحة في تشريعه اللاحق على إبطال تشريعه السابق، ولكن يشرع حكما معارضا لحكمه السابق، ولا يمكن التوفيق بين الحكمين إلا بإلغاء أحدهما، فيعتبر اللاحق ناسخا للسابق ضمنا... وهذا النسخ الضمني هو الكثير في التشريع

(1) - سورة البقرة، الآية: 234.

(2) - محمد زكرياء البرديسي، ص 426-427.

(3) - عبد الوهاب خلاف، ص 225.

(4) - سورة النور، الآية: 3.

(5) - سورة النور، الآية: 6.

(6) - محمد زكريا البرديسي، ص 427.

(7) - سبق تخريجه، ص 85.

الإلهي⁽¹⁾؛ و مثاله :

قوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين»⁽²⁾. وفي هذا دلالة على تشريع الوصية للوالدين والأقربين. وقوله تعالى: «يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين...»⁽³⁾، وفي ذلك دلالة على أن الله سبحانه "قسم تركه كل مالك بين ورثته حسبما اقتضت حكمته ولم يعد التقسيم حقا للمورث نفسه"⁽⁴⁾.

فالحكم الثاني معارض للأول فهو ناسخ له حيث لا يمكن التوفيق بينهما⁽⁵⁾.

رابعاً: مقارنة إلغاء القانون في النظام الوضعي بالنسخ في التشريع الإسلامي

يقتضي إجراء المقارنة بين الإلغاء في كل من النظام الوضعي والتشريع الإسلامي الحديث عن مواطن الاتفاق بينهما ومواطن الاختلاف.

أ- أوجه الاتفاق: يتفق الإلغاء في القانون الوضعي مع النسخ في التشريع الإسلامي فيما يلي:

1- من حيث التعريف: يتفق تعريف الإلغاء في القانون الوضعي في مضمونه مع تعاريف النسخ في التشريع الإسلامي، بل أكثر من هذا نجد هناك بعض القانونيين⁽⁶⁾. يستعمل لفظ النسخ في تعريفه للإلغاء.

2- من حيث سلطة الإلغاء والنسخ: يتفق فقهاء القانون الوضعي وعلماء الأصول في التشريع الإسلامي على إلغاء النصوص المتساوية في القوة لبعضها البعض. فالتشريع الأساسي يلغى بالتشريع الأساسي، والتشريع العادي يلغى بالتشريع العادي، والقرآن ينسخ بالقرآن والسنة تنسخ بالسنة.

3- من حيث التفسير: فتفسير القوانين الجنائية لا يعتبر إصدار القانون جديد، وتفسير النصوص الشرعية لبعضها البعض لا يعتبر نسخاً.

(1)- عبد الوهاب خلاف، ص 223-224.

(2)- سورة البقرة، الآية: 179-180.

(3)- سورة النساء، الآية: 11.

(4)- عبد الوهاب خلاف، ص 224.

(5)- محمد زكريا البرديسي، ص 428.

(6)- انظر هذه الرسالة، ص 73.

4- من حيث الأقسام: كل من الإلغاء في القانون الوضعي والنسخ في التشريع الإسلامي ينقسم إلى (صريح وضمني)، (كلي وجزئي).

II- أوجه الاختلاف: ويختلفان فيما يلي:

1- من حيث المحل: ففي القانون الوضعي نجد أن كل القوانين قابلة للإلغاء، حتى تلك القواعد المتعلقة بثوابت كل أمة كأسس الأنظمة القائمة نجدها تتعرض للإلغاء في بعض الحالات، وإن كانت شاذة خاصة في حالات الانقلاب.

بينما في التشريع الإسلامي هناك أحكام قابلة للنسخ، وأخرى غير قابلة مثل وجوب الإيمان بالله تعالى وملائكته وكتبه... وأحكام الحدود والقصاص والديات في المجال الجنائي.

2- من حيث المشروعية: فالإلغاء متفق على شرعيته ومجمع عليه، بينما النسخ مختلف في مشروعيته بغض النظر عن الرأي الراجح في ذلك.

3- من حيث إمكانية العلم بهما: إمكانية الاطلاع على إلغاء القانون متيسرة بحيث تتكاتف جهود وسائل الإعلام المختلفة إلى إشهار ذلك منذ كونه مشروعاً إلى ما بعد دخوله مرحلة التنفيذ.

بينما معرفة الناسخ والمنسوخ في التشريع الإسلامي تحتاج إلى التعمق في دراسة العلوم المتعلقة به مثل علوم القرآن وعلم الحديث وعلم أصول الفقه... إلخ، لذلك نجد أن علماء الأصول عمدوا إلى وضع ضوابط ومعاليم لمعرفة ذلك.

4- في القانون الوضعي: دائرة الإلغاء الصريح أوسع من الضمني بينما في التشريع الإسلامي دائرة النسخ الضمني أوسع من الصريح.

5- الإلغاء في القانون الوضعي: ممكن دائماً وفي كل وضع يستدعي الحال ذلك، بينما في التشريع الإسلامي يتحدث العلماء عن النسخ في زمن الرسول ﷺ أي في فترة الوحي، وإن حدث عند البعض بعد ذلك بالقياس أو الإجماع فإن مرده إلى الوحي عن طريق المستند الشرعي من الكتاب أو السنة، فيكون أصله نص من الوحي أي حدوث إجماع على أن نصاً ما ناسخاً لنص قبله.

الفرع الثاني: تحديد وقت ارتكاب الجريمة

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

أولاً: أهمية تحديد وقت ارتكاب الجريمة.

ثانياً: تحديد وقت ارتكاب الجرائم المختلفة.

أولاً: أهمية تحديد وقت ارتكاب الجريمة.

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

والنتيجة الطبيعية لذلك هي سريان القانون السائد لحظة وقوع الجريمة، وتفسير ذلك أنه لا بد للعقاب على الفعل من أن يدخل في حدود السلطان الزمني للنص القانوني الجنائي لكي يخضع له ويستمد منه الصفة غير المشروعة، وذلك يستوجب التوصل إلى تحديد دقيق لوقت ارتكاب الفعل ليصار بعد ذلك إلى تحديد القانون المختص بحكمه باعتباره القانون النافذ وقت حدوث الفعل⁽¹⁾.

وعليه " يجب أن يكون القانون المراد تطبيقه سابقاً على تاريخ ارتكاب الجريمة-أو تعاصرها على الأقل-فهذا التاريخ هو الذي يحدد المركز القانوني للمتهم⁽²⁾.

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

(1)- حسن الجوخدار، ص212.

(2)- أحمد فتحي سرور، ص65.

(3)- ابراهيم الشباسي، ص32-33.

ومجرد الخطأ في ذكر التاريخ الذي وقعت فيه الحادثة أو إغفاله لا يوجب نقض الحكم، ما دام لم يترتب عليه تأثير من جهة بيان الواقعة، ولا الأدلة التي قامت على ثبوتها، ولا القانون الواجب التطبيق عليها، أما إذا اتصل بيان التاريخ بحكم القانون المطبق على الواقعة فيتعين بالتالي بيانه في الحكم وإلا كان معيبا واجبا نقضه. ويتحقق ذلك بوجه خاص -إذا دفع المتهم بخضوع الواقعة لتشريع سابق دون تشريع لاحق... (1).

وإذا كان تاريخ الواقعة مجهولا أو غامضا فإن الشك ينبغي أن يفسر لمصلحة المتهم، فتعتبر الواقعة قد حدثت في ظل القانون الأصلح للمتهم ما لم تقم سلطة الاتهام الدليل المقنع على أنها حدثت بعد صدور القانون الأسوأ ونفاذه، فيطبق عندئذ هذا القانون الأخير دون الأول (2).

ثانيا: تحديد وقت ارتكاب الجريمة بحسب أنواعها.

تعرض صعوبات كثيرة سبيل أعمال مبدأ عدم الرجعية، ومرد هذه الصعوبة هو تحديد وقت ارتكاب الجريمة، فمن جهة فإن من الجرائم ما يفترف في لحظة واحدة ويعمل واحد، وبذلك يتم وينتهي في لحظة واحدة، ومنها ما لا يتم في لحظة واحدة أو بفعل واحد بل يمتد في الزمن كوحدة متكاملة وقد يدوم زمنا طويلا أو قصيرا، ومنها ما يحتاج إلى اجتماع عدد من الأفعال أو الوقائع المتتابعة والتي تمتد في مجموعها عبر الزمن... فالصعوبات ترجع إلى أن الجريمة قد لا تتم في لحظة واحدة أو بعمل واحد، وأن القانون الجنائي قد يتم تعديله بين حين وآخر بشكل قد يصيب هذا التعديل القانوني للجريمة وهي في طور التكوين بحيث يكون جزء منها سابقا على نفاذ القانون الجديد والآخر لاحق على ذلك... (3).

ومن أجل هذه الصعوبات التي تكتنف تحديد وقت ارتكاب الجرائم ارتأيت الحديث عن هذا التحديد-تحديد وقت ارتكاب الجريمة- في كل نوع من أنواع الجرائم على انفصال.

(1) - رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دبط، دبت، ص 110.

(2) - المرجع نفسه، ص 110-111.

(3) - انظر في هذا: -سليمان بارش، ج 1، ص 47.

- عادل قورة، ص 49.

- جلال ثروت، ص 52.

والعبرة في تحديد وقت ارتكاب الجريمة هو الوقت الذي ارتكب فيه الفاعل النشاط الإجرامي بغض النظر عن الوقت الذي تحققت فيه النتيجة.

1- الجريمة الوقتية:

أ- تعريف الجريمة الوقتية:

هي التي تتكون من فعل إيجابي يبتدئ وينتهي بمجرد ارتكابه، أو من امتناع يبتدئ وينتهي بمجرد وقوع الامتناع⁽¹⁾.

أو هي تلك التي تتطلب فعلا ماديا يبتدئ وينتهي لتوه⁽²⁾.

والمعيار المميز للجريمة الوقتية هو إتمام هذه الجريمة بصرف النظر عن تنفيذها، فالجريمة الوقتية هي تلك التي تتم وتنتهي في لحظة واحدة ولا تقبل الاستمرار بعد إتمامها⁽³⁾.

فالعبرة إذن في تحديد طبيعة الجريمة الوقتية ليس بالأسلوب الذي يجري عليه تنفيذها، وإنما بعدم قابليتها للاستمرار الذي يكون إما بطبيعتها مثل جريمة القتل التي تتم بمجرد إزهاق الروح، فهي لا يمكن أن تمتد بطبيعتها بعد إتمامها، لأن النشاط الإجرامي اللاحق لذلك الوقت ليس له أهمية طالما أن الموت قد تحقق.

وقد يكون عدم قابلية الجريمة الوقتية للاستمرار بتعريفها القانوني مثل جريمة السرقة التي تتم بمجرد اختلاس المال المنقول، وسرقة الكهرباء والماء جريمة وقتية لأنها تتم في لحظة معينة رغم طول الفترة التي استغرقها تنفيذها وطالما أنه بعد إتمامها يكون النشاط غير قابل للاستمرار بحسب التعريف المحدد لتلك الجريمة في القانون⁽⁴⁾.

ب- تحديد وقت ارتكاب الجريمة الوقتية:

تعتبر الجريمة الوقتية مرتكبة طبقاً للقاعدة العامة في الوقت الذي تتم فيه، أي عندما يكتمل كيانه بكل الشروط والأركان التي يستلزمها النص القانوني، ويتم بالتالي تطابق

(1) - سعدي بسيسيو، مبادئ قانون العقوبات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ط1، 1964، ص 189.

(2) - رؤوف عبيد، ص 245.

(3) - أحمد فتحي سرور، ص 245.

(4) - حسن الجوخدار، ص 219-220.

النموذج الواقعي مع النموذج القانوني للجريمة كما حدده القانون، كأن يطلق أحدهم عيارا ناريا على غريمه فيريديه قتيلا على الفور، وتعتبر الجريمة هنا قد ارتكبت وقت تحقق الوفاة، لأن الجريمة قد بدأت وانتهت بصورة فورية، وهنا لا وجود لأية صعوبة لتحديد وقت ارتكاب الجريمة.

إلا أن هناك حالات يصعب فيها تحديد وقت ارتكاب الجريمة، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق، ويتبين ذلك في حالتين هما: حالة كون النتيجة عنصرا مكونا للجريمة، وحالة كون الزمن كركن من أركان الجريمة.

الحالة الأولى: حالة كون النتيجة عنصرا مكونا للجريمة وتنقسم بدورها إلى نوعين: **النوع الأول: الجريمة الشكلية:** وهي التي يتكامل شكلها القانوني بمجرد تحقق السلوك الإجرامي، فحصول النتيجة الإجرامية ليس عنصرا من عناصر ركنها المادي كحالة جرائم الامتناع.

فوقت ارتكاب الجريمة الشكلية هو وقت ارتكاب السلوك الإجرامي.

النوع الثاني: جريمة السلوك: وتسمى الجريمة المادية أو النشاط البحث، وهي التي يتطلب القانون لاكتمال ركنها المادي وبالتالي شكلها القانوني تحقق نتيجة تلحق السلوك الإجرامي وتستند إليه، كاشتراط تحقق وفاة المجني عليه في جريمة القتل العمد. ففي حالة تحقق الوفاة بعد مضي زمن من مباشرة السلوك الإجرامي وأثناء هذا الزمن صدر قانون جديد يلغي القانون الساري وقت ارتكاب الفعل الإجرامي فأى زمن تعتبر الجريمة قد تمت فيه؟

انقسم الفقه في ذلك على ثلاث نظريات هي:

نظرية السلوك: وبمقتضاها تعد الجريمة مرتكبة في الوقت الذي تم فيه العمل أو الامتناع عن العمل الذي يجرمه القانون فهي تأخذ بعين الاعتبار زمن تحقق النشاط الإجرامي دون التفات إلى وقت تحقق النتيجة الإجرامية.

نظرية النتيجة: تعد الجريمة بمقتضاها مرتكبة في الوقت الذي تحققت فيه النتيجة الإجرامية للسلوك الذي اقترفه فاعل الجريمة، ويحتج أنصار هذه النظرية بأن السلوك لا يكفي ولا يمكن أن تكتمل به الجريمة ما لم تتحقق النتيجة الإجرامية.

النظرية المختلطة: وبمقتضاها تعد الجريمة مرتكبة سواء في اللحظة التي اقترف فيها الفرد نشاطه الإجرامي، أو في اللحظة التي تحققت فيها النتيجة الإجرامية، ويعني ذلك أن للقاضي الخيار في أن يعتبر القانون المختص هو القانون النافذ وقت ارتكاب السلوك الإجرامي، أو القانون تحققت النتيجة الإجرامية في ظله.

مناقشة النظريات: ناقش الدكتور حسن الجوخدار هذه النظريات كما يلي (1):

نقد نظرية النتيجة: لا يمكن قبول نظرية النتيجة لأنها تؤدي إلى نتائج غير منطقية حيث تقود إلى تطبيق القانون السائد وقت حصول النتيجة الإجرامية بأثر رجعي، حيث أن السلوك الذي قام به الفاعل قد يكون سلوكا مشروعاً وفقاً للقانون القديم الذي حدث هذا السلوك في ظله، فإذا تراخت نتيجته وصدور في هذه الأثناء قانون جديد يجرم ذلك السلوك أو يشدد العقاب عليه فإن مقتضى نظرية النتيجة يؤدي إلى العقاب على فعل كان مشروعاً وهو ما يخالف مبدأ الشرعية الجنائية ومبدأ عدم الرجعية.

نقد النظرية المختلطة: هذه النظرية لا تؤدي إلى حسم مسألة معرفة القانون الواجب تطبيقه، باعتباره قانوناً وقت ارتكاب الجريمة إذ يفترض وجود قانونين هما: قانون حدوث السلوك وقانون حصول النتيجة الإجرامية.

ومنطق هذه النظرية يعطي القاضي سلطة اختيار أحد القانونين وهذا معناه تخويله سلطة تشبه سلطة المشرع وفيه مخالفة لمبدأ الشرعية.

تقدير نظرية السلوك: والرأي الصواب هو ما نادى به نظرية السلوك ويلتف حولها جانب من الفقه في فرنسا وبلجيكا وغالبيتها في كل من إيطاليا ومصر وسوريا.

ينتج عن هذه النظرية حماية مبدأ الشرعية ذلك أن أساس الشرعية الجنائية هو ضمان إحاطة الناس بالقانون قبل مخالفته، وهو ما لا يتوافر إلا في القانون السابق على النشاط

(1) - انظر في هذا: حسن الجوخدار، ص 224-225.

الإجرامي لا على النتيجة، فضلا عن أن وقت الفعل هو وقت إثبات الجاني نشاطه الإجرامي وهذا النشاط هو محل تجريم القانون، ومن ثم كان متعينا وجود نص التجريم لحظة صدور هذا النشاط حتى يصادق التكليف المستخلص من النص الموضوع المتعلق به. وقد أخذ بهذا الترجيح الأستاذ جلال ثروت أيضا وهو ما أراه مناسباً.

الحالة الثانية: حالة كون الزمن كركن من أركان الجريمة.

هناك بعض الجرائم يستلزم القانون لقيامها مضي مدة محددة من الزمن، وعليه يعتبر مضي هذه المدة ركنا من أركان الجريمة لا تتم ولا يقوم كيانها قبل انقضائها، وحالما تنقضي هذه المدة الزمنية المقررة في القانون تعد الجريمة قد اكتملت وتمت نهائياً⁽¹⁾. مثالها: جريمة ترك الأسرة أو الإهمال العائلي.

حيث تنص المادة 331 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته...".

واضح من نص المادة أن انقضاء مدة الشهرين لازم لقيام جنحة ترك الأسرة، فهذا الزمن - شهرين- ركن من أركان الجريمة حيث لا تقوم لها قائمة قبل انقضائه، ومتى انقضت مدة الشهرين يعتبر ترك الأسرة قد تم وبصورة آنية فورا.

ووقت ارتكاب هذه الجرائم هو اللحظة المصادفة لانقضاء المدة المشترطة قانوناً "لأنه متى انقضت المدة الزمنية فإن كل أركان الجريمة تجتمع دفعة واحدة وتتم في هذه اللحظة، ولا تقبل الاستمرار بعد ذلك لأنها تفقد ركنا من أركانها وهو ركن المدة الزمنية ويجب حتى تتحقق جريمة جديدة من إهمال الأسرة أن تمر مهلة جديدة كاملة مكونة من شهرين، وعلى ذلك فإنه من الخطأ اعتبار جريمة إهمال الأسرة جريمة مستمرة والأصح أنها جريمة وقتية"⁽²⁾.

وعليه إذا صد قانون جديد وكانت المهلة لم تنقض بعد، فإنه يصادف مركزاً قانونياً جارياً لم يكتمل تكوينه بعد لعدم انقضاء المدة كاملة، لذا فإنه يطبق على هذه الجريمة التي

(1) - جلال ثروت، ص 274.

(2) - حسن الجوخدار، ص 229-230.

لم تكتمل بعد. فإذا كان يطيل المدة وجب أن تنقضي مهلة جديدة مع احتساب ما مضى من المهلة السابقة، أما إذا كان ينقص المدة وجب سريان المدة الجديدة أيضا مع اجتناب المدة القديمة، ويشترط ألا تعتبر المدة الجديدة مستنفذة إلا من تاريخ نفاذه، وكذلك القول إذا قام القانون الجديد بإلغاء المهلة وإلا كان قانونا رجعيا⁽¹⁾.

ومما سبق نقول أن وقت ارتكاب الجريمة الوقتية هو لحظة إتمامها وانتهاء جميع الأفعال المكونة للركن المادي لها، أي أن لحظة إتمامها تتحد وتتعاصر مع لحظة انتهائها.

2- الجريمة المستمرة:

أ- تعريفها: الجريمة المستمرة يتكون ركنها المادي من حالة لها صفة الدوام تتطلب من الجاني بحسب الأصل نشاطا متجددا للمحافظة على هذه الحالة⁽²⁾.

أو هي الجريمة التي يمتد ركنها المادي فترة زمنية⁽³⁾.

وهي التي تتألف من عنصرين أساسيين (الأول) فعل مادي ينطوي على مخالفة للقانون و(الثاني) تدخل إرادي متجدد -من قبل الجاني- للمحافظة على هذه المخالفة⁽⁴⁾.

والجريمة المستمرة قد تكون إيجابية وقد تكون سلبية.

ومثالها جريمة الاتفاق الجنائي حيث تنص المادة 176 من قانون العقوبات على أنه: "كل جمعية أو اتفاق مهما كانت مدته أو عدد أعضائه تشكل أو تؤلف بغرض الإعداد للجنايات أو ارتكابها ضد الأشخاص، أو الأملاك تكون جنائية جمعية أشرار التي تنشأ بمجرد التصميم المشترك على العمل".

وجريمة إخفاء الأشياء حيث تنص المادة 387 من قانون العقوبات على أنه: "كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنائية أو جنحة في مجموعها أو جزء منها يعاقب ب...".

(1) -Roubier.N91, p472 ;Levasseur N153, p149.

نقلا عن: حسن الجوخدار، ص231.

(2) - رؤوف عبيد، ص111.

(3) - سليمان بارش، ج1، ص48.

(4) - جلال ثروت، ص53.

ب-الفرق بين الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة:

إن العبرة في التفرقة بينهما هي في القابلية للاستمرار قانوناً، لا للكيفية التي وقعت بها الجريمة من الناحية الفعلية، فإن كانت الجريمة تتم وتنتهي في لحظة واحدة ولا تقبل الاستمرار بعد إتمامها كانت الجريمة وقتية ولا عبرة بعد ذلك لآثارها التي قد تستمر بعد هذه اللحظة.

وإن كانت الجريمة ممّا يقبل الاستمرار بعد إتمامها في مادياتها ومعنوياتها فهي جريمة مستمرة مع التأكيد أنه لا عبرة للمدة التي يستغرقها تنفيذ الجريمة قبل إتمامها. وعليه يتوجب عدم الخلط بين مرحلة التنفيذ ولحظة إتمام الجريمة ثم قابليتها للاستمرار بعد هذا الوقت بكل أركانها المكونة لها.

فالجريمة المستمرة هي التي تستمر كوحدة متكاملة في الوجود بعد أن تتم وتكتمل باجتماع كل أركانها فإنها تنتهي في لحظة واحدة ولا تقبل الاستمرار بعد ذلك.

ج-تحديد وقت ارتكاب الجريمة المستمرة:

إن الجرائم المستمرة التي تتماهى في ظل قانونين، أي قانون قديم وآخر جديد أي "تبدأ حالة الاستمرار المكونة لها قبل صدور القانون الجديد وتستمر قائمة إلى ما بعد نفاذه، وعندئذ يطرح التساؤل بشأن القانون الواجب التطبيق عليها، فهل تخضع للقانون القديم لأنها وقعت في ظله تطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية؟ أم تخضع للقانون الجديد لنفس المبدأ لأنها لحقت به ووقع جزء منها في ظله"⁽¹⁾.

ويتنازع تحديد وقت ارتكاب هذه الجرائم الذي يبنى عليه تحديد القانون الواجب التطبيق ثلاثة آراء هي:

الرأي الأول: إن العبرة في تحديد وقت ارتكاب الجريمة المستمرة هي الوقت الذي تجتمع فيه جميع أركانها... ويكون القانون الواجب التطبيق هو ذلك المعمول به وقت إتمامها، وعليه إن تطبيق القانون اللاحق على هذا الوقت يعتبر مخالفة لمبدأ عدم الرجعية⁽²⁾.

(1)-سليمان بارش، ج1، ص48.

(2)- حسن الجوخدار، ص 238.

إلا أنه لا يمكن قبول هذا الرأي الذي انتهى في تحديد وقت ارتكاب الجريمة إلى وقت إتمامها، لأنه تشكل مصادرة على المطلوب بإغفالها مرحلة الاستمرار في الجريمة المستمرة، فسوّت بذلك بينها وبين الجريمة الوقتية⁽¹⁾.

الرأي الثاني: إن العبرة في تحديد وقت ارتكاب الجريمة المستمرة هي في الوقت الذي تنتهي فيه حالة الاستمرار الناشئة عن سلوك الجاني... وعلى ذلك فإن القانون المختص وفقا لهذا الرأي هو ذلك المعمول به وقت انتهاء حالة الاستمرار باعتباره قانون وقت ارتكاب الجريمة المستمرة⁽²⁾.

وقد أغفل هذا الرأي "مرحلة الاستمرار في الجريمة المستمرة، فلا يمكن التسليم بأن وقت ارتكابها يتمثل فقط في اللحظة التي تنتهي فيها حالة الاستمرار، لأن هذا الوقت يبين حقا المدة التي استغرقتها الجريمة المستمرة، ولكنه لا يقف على مفهوم الاستمرارية في ذاته الذي يفترض عدم تحققه في وقت واحد فحسب"⁽³⁾.

الرأي الثالث: يقضي هذا الرأي "بوجوب خضوع هذا النوع من الجرائم للقانون الجديد طالما أن الجريمة المستمرة قد وقعت بعد العمل به، أي أن حالة الاستمرار المكونة لركنها المادي ظلت قائمة لحين صدور القانون الجديد"⁽⁴⁾.

وقد اختار هذا الرأي كل من الدكتور حسن الجوخدار⁽⁵⁾، الدكتور أحمد فتحي سرور⁽⁶⁾، وهو ما ذكره الدكتور سليمان بارش⁽⁷⁾، كما أرى أنه الرأي الراجح.

3- الجريمة المتتابعة الأفعال:

أ-تعريفها: هي التي يشكل كل جزء منها جريمة في حد ذاته⁽⁸⁾.

أو هي التي تقع من عدة أفعال عادية يكفي كل منها على حدا لاعتباره نشاطا إجراميا تقع به جريمة مستقلة، وبعبارة أخرى فإن هذه الجريمة تقع من عدة أنشطة إجرامية متتابعة

(1)-حسن الجوخدار، ص239.

(2)-المرجع نفسه، ص 238-239.

(3)-Roubier, N°91, p470، نقلا عن: حسن الجوخدار، ص239.

(4)- سليمان بارش، ج1، ص48.

(5)- حسن الجوخدار، ص239.

(6)-أحمد فتحي سرور، ص65.

(7)-سليمان بارش، ج1، ص48.

(8)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

تعتبر كلها جريمة واحدة؛ ولكن هذه الوحدة له طبيعة مصطنعة... ويبدو اصطناع هذه الوحدة من كونها تقع من عدة أنشطة إجرامية يصلح كل منها لتكوين جريمة على حد(1).
ومثالها: سرقة منزل على عدة دفعات، أو إقامة بناء بغير ترخيص بأعمال متعاقبة متوالية.
ب-تحديد وقت ارتكاب الجريمة المتعاقبة الأفعال:

إذا تعاقب قانونان أو عدة قوانين في أثناء تكون الجريمة المتتابعة الأفعال مع افتراض أن الأنشطة الإجرامية التي تتكون من مجموعها الجريمة المتتابعة الأفعال معاقب عليها بمقتضى هذه القوانين جميعها، فأى قانون يعتبر القانون المختص؟ وبعبارة أخرى: متى تعد هذه الجريمة قد ارتكبت(2)؟.

يذهب "الرأي الراجح في الفقه إلى أن القانون المختص في حكم الجريمة المتتابعة هو القانون الجديد... بصرف النظر عن كونه أخف أم أشد من القانون السابق، متى تحققت في ظله ولو دفعة واحدة من دفعات هذه الجريمة، وإن كان بعضها قد حدث في ظل القانون السابق، لأن كل فعل من الأفعال الداخلة فيها ينطبق عليه في ذاته وصف التجريم..."(3).

4- جريمة الاعتياد:

أ-تعريفها: هي تلك التي يتطلب لقيامها ارتكاب عدة أفعال متماثلة، كل منها لوحده غير معاقب عليه، ولكنها في مجموعها تكون جريمة الاعتياد(4).

مثالها: جريمة التسول: ونصت على ذلك المادة 195 من قانون العقوبات بقولها: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر كل من اعتاد ممارسة التسول في أي مكان كان...".
وجريمة تحريض القصر على الفسق، ونصت على ذلك المادة 342 من قانون العقوبات بقولها: "كل من حرض قصرا لم يكملوا التاسعة عشر ذكورا أو إناثا على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعهم عليه أو تسهيله لهم وكل من ارتكب ذلك بصفة عرضية بالنسبة لقصر لم يكملوا السادسة عشرة يعاقب...".

(1)- أحمد فتحي سرور، ص279.

(2)- حسن الجوخدار، ص247.

(3)- المرجع نفسه، ص247-248.

(4)- Roubier, N°91, p470، نقلا عن: حسن الجوخدار، ص248-249.

ب- الضابط في الاعتياد:

يتحقق الاعتياد بتكرار الأفعال التي ينهى عنها القانون لكن ما هو عدد الأفعال المتكررة التي تكفي لتوافر حالة الاعتياد؟ وما هي المدة التي ينبغي أن يكون التكرار خلالها؟

بالنسبة إلى عدد الأفعال التي تكفي لتوافر حالة الاعتياد اشترط البعض أن يصل الحد الأدنى إلى ثلاثة أفعال، بينما رأى البعض الآخر أن يترك لقاضي الموضوع سلطة استخلاص حالة الاعتياد من أفعال الجاني كما عليه القضاء في كل من مصر وسوريا، وأنه قد يستخلص هذه الحالة من فعلين، ولا يشترط بهذين الفعلين في أيام مختلفة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمدة التي ينبغي حدوث التكرار خلالها فقد ذهب رأي في الفقه إلى أنه يشترط في جرائم العادة ألا تمضي بين كل فعل وآخر فترة تزيد عن مدة تقادم الجريمة نفسها (ثلاث سنوات)... وذهب رأي آخر إلى أن القانون لا يشترط انقضاء هذه المدة بين كل فعل وآخر ويجب ترك الأمر إلى قاضي الموضوع⁽²⁾.

يقول الدكتور فتحي سرور: "ونحن نؤيد الرأي الأول على أساس أن حالة الاعتياد لا تثبت لدى الجاني إلا إذا تقاربت الأفعال التي أتاها الجاني فيما بينها، ولم تنفصل كل منها عن الأخرى إلى الحد الذي يعتد به القاضي لتقادم الدعوى الجنائية عن الجريمة"⁽³⁾، وهو الرأي الذي أراه مناسباً.

ج- تحديد وقت ارتكاب الجريمة:

إن هذه الجرائم لا تتحقق إلا إذا تكرر الفعل المادي المكون لها أكثر من مرة، وهنا يطرح السؤال بخصوص القانون الواجب التطبيق إذا ما كان العمل الأول من الأعمال المتكررة المكونة للجريمة قد وقع في ظل القانون القديم، بينما لا يقع العمل الثاني إلا بعد نفاذ القانون الجديد، فهل تعتبر الجريمة واقعة في وقت لاحق لنفاذ القانون الجديد أي في ظله وبالتالي تخضع له تطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية، أم تعتبر واقعة في وقت سابق لنفاذه

(1) - أحمد فتحي سرور، ص 282-283 بتصرف.

(2) - سليمان بارش، ص 49.

(3) - أحمد فتحي سرور، ص 283.

وذلك لوقت العمل الأول المكون لها في ذلك الوقت وبالتالي فهي تخضع له تطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية⁽¹⁾؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: اتجه جانب من الفقه إلى القول بعدم خضوع جريمة الاعتياد للقانون الجديد إلا إذا تكرر العمل المادي المكون لها بعد نفاذ ذلك القانون، وعندئذ تعتبر الجريمة قد وقعت في ظل القانون الجديد⁽²⁾.

الرأي الثاني: ويذهب هذا الرأي إلى أنه "لا يجوز تطبيق القانون الجديد- إلا إذا كانت جميع الأفعال التي يتوافر فيها عنصر الاعتياد قد وقعت في ظله، ولا يكفي مجرد وقوع إحداها فحسب، لأن وصف التجريم لا ينطبق إلا على مجموع الأفعال التي يتكون بها معنى الاعتياد"⁽³⁾.

الرأي الثالث: وهو الاتجاه السائد لدى القضاء الفرنسي ويقول بتطبيق القانون الجديد إذا ما وقع العمل الذي يفصح عن الاعتياد في ظله⁽⁴⁾ "لأن القانون لا يعاقب على العمل المكون لهذه الجرائم ذاته، وإنما يعاقب على حالة الاعتياد الواقعة هنا في ظل القانون الجديد"⁽⁵⁾. وليس في هذا مساس بالمثل القائل "بوجوب الإنذار قبل العقاب" إذ يقع على عاتق الشخص الذي باشر الأفعال السابقة على نفاذ القانون الجديد أن يكف عن ممارسة مثل هذا النشاط، ولكن متى أصر صاحب هذه الحالة على إيجاد نفسه فيها حتى بعد العمل بهذا القانون فإن القانون الجديد يجب أن يسري عليه...

وفي اعتقادنا أنه لا يمكن قبول هذا الرأي الأخير، فمبدأ عدم الرجعية يقضي بقيام كيان الجريمة بكل أركانها ومقوماتها في ظل القانون حتى ينطبق عليها، والقول بسريان هذا

(1) - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 1992، ص386.

(2) - سليمان بارش، ج1، ص49.

(3) - Roubier, N°91, p472, Levasseur, N°154, p149.

نقلا عن: حسن الجوخدار، ص252.

وأحمد فتحي سرور، ص66.

(4) - سليمان بارش، ج1، ص49.

(5) - علي حسين الخلف وسلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات ص59، نقلا عن: سليمان بارش، ج1، ص49.

القانون على بعض الأفعال المكونة للاعتياد والتي كانت مشروعة وقت ارتكابها، بحجة أن القانون يعاقب على الخطورة الإجرامية المستفاد من الاعتياد بحيث يكفي وقوع فعل واحد بعد نفاذه هو قول مخالف لمبدأ عدم الرجعية من جهة⁽¹⁾.

وهو من جهة أخرى مردود بأن القانون إذ يجرم الاعتياد فإنه ينظر إلى الأفعال المادية التي قام بها الجاني، أما خطورته الإجرامية فهي مجرد معيار لتقدير العقوبة وليست هي موضوع التجريم⁽²⁾.

إلا أن الأستاذ سليمان بارش يقول: "أنه يكفي لوقوع الفعل المكون لعنصر الاعتياد في ظل القانون الجديد ليكون له سلطان على الجريمة لأن هذا الفعل هو الذي يتحقق به الركن المادي"⁽³⁾.

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

المطلب الثاني: تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي

لقد تحدثت في المطلب الأول عن الضوابط التي تحكم تطبيق مبدأ عدم الرجعية والمتمثلة في تحديد وقت نفاذ القانون الجديد الذي هو مناط تطبيق مبدأ عدم الرجعية إلى جانب وجوب معرفة وقت ارتكاب الواقعة الإجرامية تحديدا دقيقا حسب نوعها.

وهذان الضابطان مما يستأثر به الفقه القانوني الوضعي الحديث، إذ ليس في كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعي للنصوص وذلك راجع إلى عدة أسباب من بينها غياب التشريع الإسلامي بمختلف مصادره عن التطبيق إذ أن الناحية العملية هي التي تستدعي أو تفرض تطور الأفكار والنظريات وهو ما كان الفقه الإسلامي محروما منه لمدة من الزمن ليست بالقصيرة.

(1)-Roubier, N°91, P473

نقلا عن: حسن الجوخدار، ص254.

(2)- أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، القاهرة: 1972، رقم 41، ص50، نقلا عن حسن الجوخدار، ص254.

(3)- سليمان بارش، ج1، ص50.

ومن أجل ذلك أي غياب ضابطي تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي ارتأيت دراسة هذا الجانب من خلال استقراء آيات الأحكام وتتبع أسباب النزول لأخذ نظرة حول تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي.

غير أنه وإن غاب الحديث عن تحديد وقت ارتكاب الجريمة، ولحظة سريان القانون الجديد في كتب التراث الإسلامي من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق، إلا أنه لا يلغي تبني الشريعة الإسلامية لذلك في عموم باب تحقيق المصالح في المجال الجنائي خاصة فيما يتعلق بجرائم التعازير.

وقد قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع يحتوي كل فرع على الجرائم المشتركة مع بعضها في وصف معين وهي:

الفرع الأول: تطبيق مبدأ عدم الرجعية بنص صريح.

وسأتناول في هذا الفرع كلا من جريمتي العقد على المحارم والربا وذلك لاشتراكها في نفس الحكم، وهو تصريح الآية بعدم تطبيق حكمهما بالأثر الرجعي .

أولاً: تطبيق عدم الرجعية في جريمة العقد على المحارم

والمقصود بالعقد هنا عقد النكاح الذي تصبح بموجبه المرأة زوجة للرجل ويجيز له العيش معها.

وسأخذ مثالين عن هذه الجريمة وهما: - العقد على زوجة الأب.

- والعقد على أخت الزوجة.

أ- العقد على زوجة الأب: ويكون هذا العقد المحرم في الإسلام إما بعد وفاة الأب أو بعد تطبيقها. يقول تعالى في شأن ذلك: «ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلاً»⁽¹⁾.

كان الناس يتزوجون زوجة الأب برضاها بعد نزول قوله تعالى: «لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها»⁽²⁾، حتى نزلت هذه الآية: «ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم»، فصار حراماً في

(1) - سورة النساء، الآية: 22.

(2) - سورة النساء، الآية: 19.

الأحوال كلها لأن النكاح يقع على الجماع والتزوج فإن كان الأب تزوج امرأة ... حرمت على ابنه⁽¹⁾.

ولكن هناك من قال أن "ما" الواردة في الآية مصدرية أي لا تنكحوا النساء أيها المؤمنون كما كان ينكح أبائكم في الجاهلية بتلك الطرق الفاسدة كالنكاح بدون شهود ونكاح الشغار وهو المبادلة في الزواج...⁽²⁾.

وقد رد ابن العربي⁽³⁾ الرأي فقال: والمعنى الصحيح ولا تنكحوا نساء آبائكم... والدليل عليه أمران:

أحدهما أن الصحابة إنما تلتقت الآية على هذا المعنى ومنه استدلت على منع نكاح الأبناء حلائل الآباء.

والثاني أن قوله: «إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا» تعقب النهي بالذم بالبالغ المتتابع، وهذا دليل على أنه انتهاء من القبح إلى الغاية، وذلك هو خلف الأبناء على حلائل الآباء، إذ كانوا في الجاهلية يستقبحونه ويستتهجون فاعله ويسمونه لمقتى نسبه إلى المقت⁽⁴⁾.

فالآية نزلت في أناس كانوا يتزوجون نساء آبائهم، فأصبح بعد نزولها هذا الفعل يشكل جريمة يعاقب عليها، إلا أن الأمر الملفت للانتباه في هذه الآية هو قوله تعالى: «إلا ما قد سلف»، هنا الغرض المبالغة في تحريمه وسد الطريق إلى إباحته كما يقال حتى يلج الجمل في سم الخياط، أو أنه استثناء الماضي من المستقبل، والمعنى: لكن ما قد سلف فإن الله تجاوزه عنه⁽⁵⁾، أو معناه "لكن ما سلف من ذلك لا تؤاخذون عليه"⁽⁶⁾، وعليه فحكم تحريم هذا النوع من النكاح لا ينطبق على الماضي.

إذن تطبيق مبدأ عدم الرجعية من خلال هذه الآية جاء بنص صريح وهو قوله تعالى: «إلا ما قد سلف» الذي ينفي توقيع الجزاء على عقود النكاح المحرمة قبل نزولها: "فلم يطبق

(1) - القرطبي، ج5، ص68.

(2) - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، د.ط، 1993، ج4، ص465.

(3) - ابن العربي: محمد بن عبد الله بن محمد الإشبيلي المالكي أبو بكر بن العربي، من حفاظ الحديث بلغ درجة الاجتهاد في الفقه والأصول والتفسير، توفي سنة 543هـ. انظر: الزركلي، الأعلام، مطبعة عبيد، دمشق، د.ت، ج4، ص106.

(4) - ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد الجاوي، دار المعرفة، بيروت، د.ت، ج1، ص368-369.

(5) - الرازي، التفسير الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990، ج6، ص24.

(6) - محمد رشيد رضا، ص464.

حكم النص إلا على الوقائع التي وقعت بعد نزوله والعلم به، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعي من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد، ولم يكن للنص أثر رجعي من الناحية الجنائية، فلم يعاقب أحد ممن فسخت زيجاتهم⁽¹⁾.

II-العقد على أخت الزوجة:

قال تعالى: «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم... وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيمًا»⁽²⁾.

فلما بين تبارك اسمه ما يحرم بالأسباب الثابتة، وقدم الأقوى في علته وحكمته على غيره بين بعد ذلك ما يحرم بسبب عارض إذا زال يزول التحريم فقال: «وأن تجمعوا بين الأختين» أي وحرم عليكم الجمع بين الأختين في الاستمتاع الذي يراد به الولد⁽³⁾. والمذاهب الأربعة متفقة على تحريم الاستمتاع بالأختين بملك اليمين أو بالنكاح، أو بالنكاح والملك كأن يكون مالكا لإحدهما ومتزوجا للآخرى، فيحرم عليه أن يستمتع بهما ويجب عليه أن يحرم إحدهما على نفسه كأن يعتق المملوكة أو يهبها ويسلمها للموهوبة له⁽⁴⁾. فهذه الآية حرمت العقد على أخت الزوجة وجعلته جريمة لكن لم يطبق النص بأثر رجعي على ما وقع قبل تحريم الفعل والدادل على ذلك صريح الآية بقولها: «إلا ما قد سلف». أي لكن ما قد سلف قبل التحريم لا تؤخذون عليه، وقد كانوا يجمعون بين الأختين. أخرج ابن ماجة⁽⁵⁾ عن فيروز الديلمي⁽⁶⁾ أنه أدركه الإسلام وتحتة أختان فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "طلق أيهما شئت"⁽⁷⁾ " (8).

(1)- عبد القادر عودة، ص263.

(2)-سورة النساء، الآية:23.

(3)-محمد رشيد رضا، ص480.

(4)- أحمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي، دار الفكر، دبت، ج2، ص222.

(5)- هو محمد بن يزيد الربيعي القزويني أبو عبد الله صاحب السنن أحد الأئمة، حافظ صنف السنن والتفسير والتاريخ، توفي سنة 273هـ. انظر: عبد القادر سليمان، منهج أهل السنن في الجرح والتعديل - رسالة ماجستير - المعهد الوطني العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1995-1996.

(6)- هو فيروز الديلمي أبو عبد الله، ابن أخت النجاشي، وهو قاتل الأسود العنسي الذي تنبأ باليمن فقال رسول الله ﷺ: "قتله الرجل فيروز الديلمي"، وهو من أبناء فارس الذين بعثهم كسرى إلى اليمن. انظر: المزي، ج23، ص322.

(7)-ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أختان، ج2، ص463، حديث رقم 1951.

(8)-أحمد مصطفى المراغي، ص222-223.

إذن "ترتب على نزول آية التحريم التفرقة بين الزوجين في الزيجات المحرمة، فكان للنص أثر رجعي من الناحية المدنية، ولكن لم يكن للنص أثر رجعي من الناحية الجنائية فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التي تمت قبل نزول النص لقوله تعالى في آخر الآية: «إلا ما قد سلف»⁽¹⁾.

وعليه يكون تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي في هذه الآية ثابتا بطريق التصريح.

ثانيا: تطبيق عدم الرجعية في جريمة الربا

أ-تعريف الربا وأنواعه:

أ-تعريف الربا: وهو:

لغة: الزيادة، قال تعالى: «اهتزت وربت»⁽²⁾ أي زادت ونمت.

وشرعا: عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما⁽³⁾.

ب-أنواعه: يقسمه الحنفية إلى نوعين هما:

النوع الأول: ربا الفضل: هو بيع ربوي بمثله مع زيادة في أحد المثلين⁽⁴⁾.

النوع الثاني: ربا النسيئة: هو أن يباع الجنس الواحد ببعضه أو بجنس آخر مع الزيادة في الكيل أو الوزن في نظير تأخير القبض⁽⁵⁾.

بينما يقسمه علماء الشافعية إلى ثلاثة أنواع هي:

النوع الأول: ربا الفضل: هو البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر⁽⁶⁾.

النوع الثاني: ربا اليد: هو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما⁽⁷⁾.

النوع الثالث: ربا النساء: وهو البيع لأجل⁽⁸⁾.

وربا النسيئة أو النساء هو الذي أقصده في موضوعي لأنه "هو ربا الجاهلية"⁽⁹⁾.

(1)-عبد القادر عودة، ج1، ص262.

(2)-سورة الحج، الآية:5.

(3)-الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - حاشية على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي الشافعي، اعتنى به: محمد خليل عيناوي، دار المعرفة، بيروت، ط1: 1997، ج2، ص29-30.

(4)-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلام، وأدلتها، دار الفكر، دمشق، ط3، 1989، ج4، ص671.

(5)-المرجع نفسه، ص672.

(6)-الخطيب الشربيني، ج2، ص30.

(7)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(8)-المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(9)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، ج4، ص675.

وهو الذي نصت عليه الآية التي سأعتمد عليها في دراسة تطبيق عدم الرجعية في الربا. هذا في التشريع الإسلامي أما في التشريع الوضعي فلا يعتبر الربا جريمة فهو مثل المعاملات المباحة في حدود أسعار الفائدة المقررة قانوناً. إذ أنه وإن كان الربا في التشريع الإسلامي حراماً بقليله وكثيره فإن النظم الوضعية وضعت حدوداً للفوائد المالية بحيث يعد من تعامل في حدودها قد أتى تصرفاً مباحاً، ومثال ذلك ذلك جريمة الإقراض بالربا الفاحش التي نصت عليها المادة 319 من قانون العقوبات المصري⁽¹⁾، في حين يعتبر التعامل هذا بالفائدة بين الأشخاص أمر غير قانوني في الجزائر على خلاف البنوك.

II-تطبيق عدم الرجعية في جريمة الربا: قال تعالى في شأن تحريم الربا: «وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون»⁽²⁾.

قوله تعالى: «وحرم الربا» الألف واللام هنا للعهد، وهو ما كانت العرب تفعله⁽³⁾. وهذا يعني أن الآية جاءت للدلالة على تحريم الربا واعتباره جريمة. ومن المسلم به أن تكون هناك معاملات ربوية قائمة وسابقة على تحريم الربا وهو ما دل عليه قوله تعالى: «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف»، فكيف طبقت هذه الآية على ما سلف؟.

إن "قوله تعالى: «فله ما سلف» أي من الربا لا تَبَاعَةَ -أي عاقبة- عليه فيه في الدنيا ولا في الآخرة... وهذا حكم من الله تعالى لمن أسلم من كفار قريش وثقيف ومن كان يتجر هنالك، و"سلف" معناه تقدم في الزمن وانقضى"⁽⁴⁾.

إذن حرم سبحانه وتعالى ربا الجاهلية ومنع سبحانه أن تستمر عقود الربا ذات أثر في الإسلام، ولكن رفع الإثم عما سلف⁽⁵⁾.

(1)- انظر: محمود نجيب حسني، ص 116 وما بعدها.

(2)- سورة البقرة، الآية: 274.

(3)- القرطبي، ج3، ص258.

(4)- ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق وتعليق، الرحالي فاروق وعبد الله بن إبراهيم الأنصاري، وغيرهما، دار العلوم، د.ط، 1981 ج2، ص 483.

(5)- محمد أبو زهرة، ص286.

والربا بعد التحريم أصبح "جريمة من وجه"، وعملا مدنيا من وجه آخر وجاءت النصوص المحرمة بحكمين: أحدهما جنائي، والآخر: مدني؛ فأما الحكم الجنائي فيقضي بأن لا عقاب على الربا السابق على نزول التحريم، وأن العقاب على ما بعده فقط، وأما الحكم المدني فيقضي بأن ليس للدائن غير رأسماله فقط، فالحكم الجنائي ليس له أثر رجعي، والحكم المدني له أثر رجعي يعود إلى الوقت الذي انعقد فيه العقد الربوي⁽¹⁾.

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

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

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

فلما يأتي النص النهائي والأخير في مراحل التدرج بحكم أشد من سابقه، هل يطبق هذا الحكم على الجرائم المرتكبة في ظل نص المرحلة السابقة؟

أولاً: تطبيق عدم الرجعية في جريمة شرب الخمر

1- شرب الخمر في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي:

1-1 في التشريع الإسلامي:

الخمر عند أبي حنيفة هو اسم للنبي (أي غير النضيج أو الذي لم تمسه النار) من ماء العنب بعدما غلى، واشتد وقذف بالزبد (أي الرغوة) وسكن عن الغليان وصار صافيا، وعند الأئمة الثلاثة (مالك والشافعي وأحمد) إذا غلى واشتد فهو خمر وإن لم يسكن عن الغليان، لأن معنى الإسكار يتحقق بدون القذف من الزبد... سدا لباب الفساد أما العوام⁽²⁾.

إلا أن الرسول ﷺ يعمم لفظ الخمر على كل شراب يتحقق به الإسكار في قوله ﷺ: "كل مسكر خمر وكل خمر حرام"⁽³⁾.

(1) - عبد القادر عودة، ج1، ص 264-265.

(2) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص152.

(3) - مسلم، كتاب الأشربة، باب أن كل مسكر خمر، وأن كل خمر حرام، ج3، ص 1587، حديث رقم 2003.

مما سبق يبدو أن إطلاق اسم الخمر على عصير العنب عند الأئمة الأربعة دون تعميمه على كافة المسكرات راجع إلى أنه هو المشهور والأكثر عند العرب قبل وأثناء التحريم، وهذا ما لا ينفي تحريم شرب السوائل المسكرة الأخرى سواء أكان مصدرها عنباً أم تمراً أم زبيباً أم غيرها، كما يدخل في حكمها سائر الأشربة الكحولية المسكرة.

2- في القانون الوضعي:

القانون الوضعي لا يعاقب على السكر أو شرب الخمر في ذاته وإنما يعاقب عليه في حدود ما يخل بالأمن⁽¹⁾.

وعليه لا يكون العقاب لشارب الخمر على ذات الشرب وإنما لبعض ما ينتج عنها إذ أنها تكون سبباً في تلك النتائج ومثال ذلك ما نص عليه قانون العقوبات الجزائي في المادة 290 بقولها: "تضاعف العقوبات المنصوص عليها في المادتين 288 و 289 إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر أو...".

فقد نصت المادة على حالة السكر دون ذكر المادة المسكرة فيكون الخمر داخلاً في عمومها، وواضح أن مضاعفة العقاب ليست بسبب السكر منفصلاً وإنما كونه مقترناً بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 288 و 289 وهي القتل الخطأ والجرح الخطأ.

II- تطبيق عدم الرجعية في جريمة شرب الخمر:

كان مما امتاز به التشريع الإسلامي التدرج في تحريم أمور كثيرة كانت سائغة في الجاهلية وممتزجة بدمائهم -ومنها الخمر-.

فقد كان العرب يكثر من شرب الخمر، وقد تغنى بها شعراء العرب إشادة وتدللاً بصنيعها فأصبحت عادة متأصلة فيهم، ولم يكن من الميسور فطمهم عنها دفعة واحدة -إلا إذا أراد المولى جلت قدرته ذلك-، وحينئذ قد يشق على الناس الامتنال ويصعب على من

(1) - أحمد فتحي بهنسي، الجريمة في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط5، 1988، ص181.

تعود عليها طوال حياته تركها خصوصا وأن النفوس لم تكن قد تهيأت بعد للاستجابة لتحريمها، لأن الإسلام جاء والعرب مدمنون على الخمر فلم يفاجئهم بتحريمها... (1). وسأقتصر في دراستي لجريمة الشرب على المرحلة الأخيرة وهي مرحلة التحريم النهائي مع المرحلة التي تسبقها مباشرة، لأرى إن كان الحكم النهائي وهو الجلد قد طبق على الجرائم التي ارتكبت قبله أم لا، إذ مر تحريم الخمر بأربعة مراحل، وسأذكر المرحلة الثالثة والرابعة فقط.

المرحلة الثالثة من التحريم: جاء الأمر بالتحريم أكثر الوقت ليسهل بعد ذلك التحريم في كل الأوقات وفي جميع الحالات والأزمان (2)، وذلك في قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون» (3).

وسبب نزول هذه الآية ما رواه الترمذي (4) عن علي بن أبي طالب (5). قال: "صنع لنا عبد الرحمن بن عوف (6) طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدموني، فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون، قال: فأُنزل الله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى» (7).

وبهذا النص كان على المؤمن الامتناع عن شرب الخمر عند قرب مواعيد أوقات الصلاة حتى لا يصلي وهو سكران فلا يعلم ما يقول.

(1) - عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، دار الغرب الإسلامي بيروت، د.ط، 1987، ص 109.

(2) - عبد السلام محمد الشريف، ص 112.

(3) - سورة النساء، الآية: 43.

(4) - هو الإمام الحافظ أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، أحد الأئمة الستة، صاحب كتاب الجامع الصحيح في الحديث وكتاب العلل، توفي سنة 279. انظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، دائرة المعارف، دبت، ج2، ص 207 وما بعدها.

(5) - علي بن أبي طالب: هو أمير المؤمنين أبو الحسن علي بن أبي طالب ابن عم رسول الله ﷺ وزوج ابنته ورابع الخلفاء الراشدين، ولد بعد مولد رسول الله ﷺ باتنين وثلاثين سنة. انظر: محمد الخضري، ص 117.

(6) - عبد الرحمان بن عوف: هو عبد الرحمان بن عوف القرشي الزهري أحد العشرة سابق الإسلام، ومناقبه مشهورة، توفي سنة 32هـ. انظر: ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، ج1، ص 494.

(7) - الترمذي، كتاب تفسير القرآن، باب 5 - من سورة النساء - ج4، ص 222، حديث رقم 3026.

المرحلة الرابعة من التحريم

وهي المرحلة الأخيرة والتي ثبتت بقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون»⁽¹⁾.

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

وفي سبب نزول التحريم الأبدي أنه: عن سعد بن أبي وقاص⁽³⁾. قال: أتيت على نفر من المهاجرين فقالوا: تعال نطعمك ونسقيك خمرا وذلك قبل أن يحرم الخمر، فأتيتهم في حشـ والحش البستان- وإذا رأس جزور مشويا عندهم، وذن من خمر، فأكلت وشربت معهم وذكرت المهاجرين والأنصار وقتل: المهاجرون خير من الأنصار فأخذ رجل لحي الرأس فجذع أنفي بذلك، فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته فأنزل الله في شأن الخمر: «إنما الخمر والميسر...»⁽⁴⁾.

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

إذن "جعل الرسول ﷺ حد الشرب بعد التحريم النهائي الجلد ... ولكن لا يعلم أن أحدا عوقب على شرب الخمر... قبل نزول التحريم، ولا يعلم أن نصا من نصوص التحريم كان

(1)- سورة المائدة، الآية: 90-91.

(2)- سيد قطب، ج1، ص975.

(3)- هو أبو إسحاق الصحابي، الأمير، فاتح العراق ومدائن كسرى، أحد الستة الذين عينهم عمر للخلافة وأول من رمي بسهم في سبيل الله، وأحد العشرة المبشرين بالجنة، توفي سنة 55هـ، انظر: ابن سعد، الطبقات الكبرى، دار صادر، بيروت، د.ط، 1985، ج3، ص101.

(4)- النيسابوري، أسباب النزول، دار ابن كثير، دمشق، د.ت، تعليق وتخريج: مصطفى ديب البغا، ص174.

له أثرا رجعيا، ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التي حرمت الخمر... لم يكن لها أثرا رجعيا"⁽¹⁾.

ثانيا: تطبيق عدم الرجعية في جريمة الزنا

1- جريمة الزنا في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي

1- الزنا في التشريع الإسلامي:

لم يتفق العلماء على تعريف موحد لجريمة الزنا، إلا أن جميع تعريفاتهم للزنا لا تخرج عن إطار وطء الرجل المرأة المحرمة عليه بلا شبهة مع التعمد⁽²⁾. فالزنا في التشريع الإسلامي شامل لكل علاقة جنسية غير شرعية سواء كان الزاني متزوجا أو غير متزوج.

2- الزنا في القانون الوضعي: معظم القوانين الوضعية المعاصرة تعاقب على جريمة الزنا، وجريمة الزنا في نظر هذه القوانين هي إحدى جرائم العرض التي تشمل عدة صور مختلفة، نظرا لأن الزنا في نظر القوانين يقتصر على حالة الوطء المتعمد في حالة الزواج، لأنه يتضمن اعتداء على حرمة الزوجية، بخلاف الزنا الذي يتم بالتراضي بين المتزوجين فلا يعتبر زنا-عكس التشريع الإسلامي- وبالتالي فإن القانون لا يعاقب عليه إلا إذا حصل الفعل نتيجة إكراه، عندئذ لا يسمى "زنا" ولكن يطلق عليه "جناية اغتصاب"⁽³⁾.

وإن عدنا إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أنه تحدث عن الجرائم ضمن عشر مواد من المادة 333 إلى المادة 341 إلا أنه لم يخص بالذكر جريمة الزنا إلا في المادة 339 ولكن ليس بإطلاقها ولكن مقيدة بشرط صفة الزواج في الجاني فنصت المادة على أنه: "يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة تثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة، ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته".

(1)- عبد القادر عودة، ج1، ص262.

(2)- محمد فاروق النبهان، مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، دبت، ص211.

(3)- المرجع نفسه، ص207.

غير أن إنشاء وتحريك الدعوى في هذه الجناية حق للزوج المتضرر دون سواه بحيث لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المتضرر، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة.

وعليه تكون هذه الجريمة متعلقة بالاعتداء على حرمة الزوجية وليست هي الزنا المقصود في التشريع الإسلامي الذي هو كل اتصال جنسي بين رجل وامرأة لا يربط بينهما عقد الزواج.

II-تطبيق عدم الرجعية في جريمة الزنا:

الزنا حرم في أول الإسلام وكانت العقوبة عليه أول الأمر خفيفة وهي الإيذاء والحبس في البيوت⁽¹⁾ طبقا لقوله تعالى: «واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا*واللذان يأتياها منكم فأذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما»⁽²⁾.

فهذه العقوبة كانت "أول عقوبة الزنا وكان هذا في ابتداء الإسلام... وهذا الإمساك والحبس في البيوت كان في صدر الإسلام قبل أن يكثر الجناة فلما كثروا وخشي قوتهم اتخذ لهم سجن"⁽³⁾.

وقوله عز وجل: «واللاتي يأتين الفاحشة» يعني الزنا «من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» يعني من المسلمين، وهذا خطاب للحكام أي فاطلبوا عليهن أربعة من الشهود، فيه بيان أن الزنا لا يثبت إلا بأربعة من الشهود «فإن شهدوا فأمسكوهن» فاحبسوهن «في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا» وهذا كان في أول الإسلام قبل نزول الحدود، وكانت المرأة إذا زنت حبست في البيوت حتى تموت⁽⁴⁾... وعليه فالعقوبة التي يقرها النص السابق هي الحبس في البيوت. وقد شددت عقوبة الزنا بعد ذلك فصارت الجلد والرجم طبقا لقوله تعالى: «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة»⁽⁵⁾. وطبقا

(1)- عبد القادر عودة، ج1، ص262.

(2)-سورة النساء، الآية: 15-16.

(3)- القرطبي، ج5، ص84.

(4)- البغوي، تفسير البغوي، المسمى معالم التنزيل، إعداد وتحقيق: مروان سوار، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1987،

ج1، ص405.

(5)-سورة النور، الآية:2.

لقول الرسول ﷺ: «خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا الثيب والبكر بالبكر، الثيب جلد مائة ورجم بالحجارة، والبكر جلد مائة ونفي سنة»⁽¹⁾. والسبيل المنصوص عليه في الحديث هو السبيل الذي نص عليه في آية النساء: «أو يجعل الله لهن سبيلا». أي أمسكوهن في البيوت حتى يتبين سبيلهن، فقد جاء هذا السبيل في الحديث وهو النص على العقوبة الجديدة للزنا وهي الجلد مائة للبكر بالآية والتغريب بالحديث، والجلد مع الرجم أو الرجم فقط للثيب بنص الحديث.

وبعيدا عن اختلاف الفقهاء حول عقوبة الجريمة الجديدة، إن كانت جلدا فقط أو جلدا وتغريبا للبكر، ورجما فقط أو جلدا ورجما للثيب، من جهة.

وبعيدا من جهة أخرى عن كون العقوبة الجديدة ثابتة بنص الآية الثانية أم بالحديث السابق الذي رواه مسلم، فإن الحكم القديم وهو الحبس والإمساك في البيوت منسوخ وملغي بالحكم الجديد وهو الجلد والرجم.

وواضح أن الحكم الجديد وهو الجلد والرجم أشد من الحكم السابق وهو الحبس والإمساك في البيوت، لأن القصد من "قوله تعالى: «فأمسكوهن في البيوت» أي فاحبسوهن في بيوتهن وامنعوهن منها عقابا لهن وحيلولة بينهن وبين الفاحشة وفي هذا دليل على تحريم إمساكهن في بيوتهن ومنعهن الخروج عند الحاجة إليه في غير هذه الحالة لمجرد الغيرة أو محض التحكم من الرجال وإتباعهم لأهوائهم في ذلك كما يفعله بعضهم"⁽²⁾.

فحكم الحبس أخف لأنه ليس مطلقا إذ يسمح لهن للخروج عند الحاجة، فهو حبس جزئي في حدود ما يُخاف من إعادة ارتكاب الفاحشة من جهة، ومن جهة أخرى فهو حبس داخل بيوتهن مما يخفف من درجته في الإحساس بالغربة، وعليه فهو أهون وأخف من الجلد وحده أو الرجم، ناهيك عن الجلد مع تغريب عام، أو الجلد مع الرجم.

فهنا نحن بصدد حكمين هما: حكم قديم أخف وحكم جديد أشد.

وتطبيق الحكم الجديد وهو الجلد والرجم جاء بعد نزول قوله تعالى: «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» حسب التطبيقات العملية التي ثبتت عن الرسول ﷺ

(1) - مسلم، كتاب الحدود، باب حد الزنا، ج3، ص 1317، حديث رقم 1690.

(2) - محمد رشيد رضا، ج4، ص436.

فلو كان للتشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين، ولكن لا يعلم أحدا جلد، أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا، ومن ثم فلم يكن للنص المعاقب على الزنا أثرا رجعيا⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تطبيق مبدأ عدم الرجعية في جرمتي القذف والحرابة

وقد أفردت البحث عن عدم الرجعية في هاتين الجريمتين ضمن مطلب مستقل لاشتراكهما بدورهما في وصف، وإن كان هذا الوصف ليس ذاتيا، وإنما باعتبار آراء العلماء حولهما، إذ أن هاتين الجريمتين مما اختلف فيه إن كان تطبيقهما بأثر رجعي أم بدون أثر رجعي.

أولا: تطبيق مبدأ عدم الرجعية في جريمة القذف.

1- جريمة القذف في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي:

1-1 في التشريع الإسلامي:

القذف هو نسبة آدمي غيره لزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص لإيجاب الحد نسبة آدمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا، أو صغيرة تطبق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم⁽²⁾.

إذن فجريمة القذف في التشريع الإسلامي هي أن يرمي القاذف المقذوف بالزنا أو ينفية عن نسبه، وهو ما تجب فيه العقوبة المحددة- وهي الجلد ثمانين جلدة-، أما خلاف ذلك من أوجه الشبه أو الإهانة أو العيب فيعاقب عليها لا بالحد-ثمانين جلدة- وإنما بالتعزيز بقدر ما يرى القاضي⁽³⁾، فهو مما لا ينطبق عليه اصطلاح القذف.

2- في القانون الوضعي:

يعرف القذف بأنه إسناد علني عمدي، أو ادعاء بواقعة محددة تستوجب عقاب أو احتقار من أسندت إليه⁽⁴⁾.

أو هو إسناد واقعة محددة تستوجب عقاب من تنسب إليه أو احتقاره إسنادا علنيا عمديا⁽¹⁾.

(1)- عبد القادر عودة، ج1، ص262.

(2)- محمد عليش، شرح حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار الفطر، ديت، ج4، ص 324-325.

(3)- أحمد فتحس بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، ص148 بتصرف.

(4)- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2: 1990، ص98.

وقد نص قانون العقوبات الجزائري على القذف في المادة 296 بقولها: "يعد قذفا كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها به أو إسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة، ويعاقب على نشر هذا الادعاء وذلك الإسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم، ولكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة".

كما نصت المادة 298 من ذات القانون على ما يلي: "يعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من خمسة أيام إلى ستة أشهر، وبغرامة من 150 إلى 1500 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويعاقب بالقذف الموجه إلى شخص أو أكثر ينتمون إلى مجموعة عنصرية أو مذهبية أو دين معين، بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 300 إلى 3000 دينار إذا كان الغرض هو التحريض على الكراهية بين المواطنين أو السكان".

II- تطبيق عدم الرجعية في جريمة القذف: تقررت العقوبة على جريمة القذف بقوله تعالى: «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم»⁽²⁾. فهذا النص يبين عقوبة القذف وهو الجلد ثمانين، ولكن هل طبق هذا النص بأثر رجعي في زمن الرسول ﷺ أم لا؟.

والجواب عن ذلك متعلق بنزول براءة أم المؤمنين السيدة عائشة رضي الله عنها مما رماها به البعض من الإفك في قوله تعالى: «إن الذين جاؤوا بالإفك عصبة منكم لا تحسبوه شرا لكم بل هو خير لكم... ولولا فضل الله عليكم ورحمة وأن الله رؤوف رحيم»⁽³⁾.

فقد اختلف بعض الفقهاء المعاصرين حول تطبيق عقوبة القذف الثابتة بقوله تعالى: «فاجلدوهم ثمانين جلدة» إذ يرى بعضهم -ومنهم الدكتور عبد القادر عودة- أن عقوبة القذف طبقت على قذفة أم المؤمنين عائشة بأثر رجعي.

(1) - محمود نجيب حسني، ص 614.

(2) - سورة النور، الآية: 4-5.

(3) - سورة النور، الآيات: 11-20.

ويرى البعض الآخر-ومنهم الدكتور أحمد فتحي بهنسي- أن عقوبة القذف لم تطبق بأثر رجعي.

1-الرأي الأول: يذهب فيه الدكتور عبد القادر عودة ومن وافقه إلى أن عقوبة القذف طبقت بأثر رجعي، وعلل ذلك بقوله:

أ- "... الثابت الذي لا خلاف فيه أن رسول الله حد القذفة فكأنه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله"⁽¹⁾.

ب-يمكن أن يعلل الأثر الرجعي للنص بما ترتب على الحادث الذي نزل فيه النص من آثار هامة، فقد قذف جماعة زوج النبي ﷺ، وخاضوا في عرضها، وأذوها وأذوا النبي صلى الله عليه وسلم بالإفك الذي قالوا، حتى اضطرب المجتمع الإسلامي اضطرابا شديدا، وكاد المسلمون يقتتلون...⁽²⁾.

وهذا الحادث الذي أهم المسلمين وكاد يوقع الفتنة بينهم، والذي أنزل الله فيه قرآنا، هو حادث هام يمس أمن الجماعة ونظامها، وهو أحق ما يجعل للنصوص فيه أثر رجعي، لأن العقوبة في مثل هذا الحادث تؤدي إلى تهدئة النفوس الثائرة ومحو ما خلفته الجريمة من آثار⁽³⁾.

إذن فالأستاذ عبد القادر عودة بنى رأيه على أساس أن الجريمة جسيمة حيث مست النظام العام وخلفت الفوضى في نفوس المسلمين وهددت بذلك كيان وأركان الدولة وكادت تعصف باستقراره، واستدل على هذه الجسامة بالخبر الآتي:

روي عن رسول الله ﷺ أنه صعد المنبر بعد أن خاض الناس في هذا الأمر وقال: "يا معشر المسلمين من يعذرني من رجل بلغني أذاه في أهل بيتي؟ فوالله ما علمت على أهلي إلا خيرا، ولقد ذكروا رجلا ما علمت عليه إلا خيرا، وما كان يدخل على أهلي إلا معي، فقام

(1)-عبد القادر عودة، ج1، ص255.

(2)-المرجع نفسه، ص266.

(3)- المرجع نفسه، ص267.

سعد بن معاذ الأنصاري⁽¹⁾ فقال يا رسول الله أنا أعذرك منه إن كان من الأوس ضربت عنقه وإن كان من الخزرج أمرتنا ففعلنا أمرك.
فقام سعد بن عبادة⁽²⁾ وهو سيد الخزرج وكان قبل ذلك رجلاً صالحاً ولكن احتملته الحمية، فقال لسعد: كذبت لعمر الله لا تقتله ولا تقدر على قتله، فقام أسيد بن حضير⁽³⁾ وهو ابن عم سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة: كذبت لعمر الله لنقتلنه فإنك منافق تجادل عن المنافقين، فتنساور الحيان الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ورسول الله يخفضهم حتى سكتوا وسكت⁽⁴⁾.

مناقشة الرأي الأول:

رجح الشيخ عبد القادر عودة الرأي القائل بأن عقوبة القذف كان لها أثراً رجعياً إذ طبقها النبي ﷺ على مرتكب حديث الإفك بالرغم من أن النص ورد بعد الحادث، وقد نقل القول ورجحه دون أن يسنده أو يبين مصدره⁽⁵⁾.

فهو يقول بتطبيق عقوبة القذف على قذفة أم المؤمنين بأثر رجعي دون أن ينقل خبراً أو أثراً عن هذا التطبيق.

يقول الدكتور محمد سليم العوا: "يبدو أن مصدر هذا القول- أي تطبيق حد القذف على قذفة عائشة بأثر رجعي- وهم سبق على قائله من تتابع الآيات في سورة النور مبينة حد الزنى، فحد القذف، فأحكام اللعان، ثم حديث الإفك وبراءة السيدة عائشة..."⁽⁶⁾.

2- الرأي الثاني: ويذهب فيه الدكتور أحمد فتحي بهنسي ويوافق الدكتور محمد سليم العوا إلى أن عقوبة القذف لم تطبق بأثر رجعي وتعليل ذلك هو:

(1)- هو سعد بن معاذ بن النعمان الأنصاري الأشهلي أبو عمر سيد الأوس، شهد بدرًا واستشهد من سهم أصابه بالخذق ومناقبه كثيرة. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج1، ص289.

(2)- سعد بن عبادة: هو سعد بن عبادة بن ديلم بن حارثة الأنصاري الخزرجي، أحد النقباء الأجواد، مات بأرض الشام سنة 15هـ. انظر: المرجع نفسه، ج1، ص288.

(3)- أسيد بن حضير: هو أبو يحيى أسيد بن حضير بن سماك عتيك الأنصاري الأشهلي، صحابي جليل مات سنة 20 أو 21هـ، انظر: ابن حجر، ج1، ص78.

(4)- البخاري، باب سورة النور، ج6، ص303 حديث رقم 4750.

(5)- عبد السلام محمد الشيخ، ص180.

(6)- محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائي الإسلامي، طبعة المعارف، مصر، ص54-55، نقلاً عن: عبد السلام محمد الشريف، ص180-181.

أ- إذا أمعنا في القواعد العامة التي ورد النص عليها في الآيات القرآنية والتي تبين أنه لا عقوبة إلا بعد سبق الإنذار والبيان، فإن الرسول ﷺ إذا عاقب قذفة السيدة عائشة يكون قد عاقبهم على فعل وقع منهم بعد أن جرمه القرآن الكريم وقرر عقوبته(1).

ب- إن جريمة القذف التي ارتكبت في حق السيدة عائشة كانت متكررة يتقوّل بها المتهمون إلى أن نزل النص، فهي أشبه بالجريمة المستمرة التي يلحقها القانون الجديد حالة الاستمرار... إذ أن القذفة كانوا يتقولون حتى نزول النص وأشاعوا إشاعتهم حتى نزل بالمسلمين كرب شديد وكادوا يتلاقون في قتال(2).

- ويقول الدكتور عبد السلام محمد الشريف: "وعندي أن جريمة القذف التي ارتكبت في حق أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها كانت جريمة متكررة يتقول بها المتهمون إلى أن نزل النص، وسندنا في ذلك هو... عن عائشة رضي الله عنها قالت: لما نزل عذري قام النبي ﷺ على المنبر فذكر ذلك وتلا- تعني القرآن- فلما نزل من المنبر أمر بالرجلين والمرأة فضربوا حدهم"(3).

وأرى أن الرأي الثاني هو الراجح إذ أن دليل كون تطبيق الحد على قذفة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها من قبيل الجريمة المتكررة هو الأقوى؛ وتبرير هذا هو أنه لو لم تكن جريمة مستمرة ممن طبق عليهم الحد، لعوقب أكثر من ثلاثة أشخاص الذين ثبت تطبيق الحد عليهم في الحديث السابق؛ إذ أنه لو طبق النص بأثر رجعي كما يقول أصحاب الرأي الأول لعوقب أناس كثيرون ممن تقولوا بالإفك فلا يعقل أن جريمة كادت تدخل المسلمين في الحرب ويكون سببها تناقل قول الإفك من قبل ثلاثة أشخاص فقط وهم الذين طبق عليهم الحد.

وعليه فإن الجناة سيكونون كثيرين ولا يعاقب منهم إلا من استمر في التقول به فيكون عقابهم بعد نزول النص، أي بدون أثر رجعي، بينما لم يطبق الحد على من تقول

(1)- محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائي الإسلامي، مطبعة المعارف، مصر، د.ط، د.ت، ص55، نقلا عن: عبد السلام محمد الشريف، ص181.

(2)- أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية ص116.

(3)- أبو داود، كتاب الحدود، باب حد القذف، ج2، ص568، حديث رقم 4474.

بالحادثة قبل النص ثم سكت بعده، وفي هذا أخذ بمبدأ عدم الرجعية في جريمة القذف، وعليه لا يكون القذف استثناء من مبدأ عدم رجعية النص الجنائي.

ثانياً: تطبيق مبدأ عدم الرجعية في جريمة الحرابة

1- جريمة الحرابة في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي:

1- في التشريع الإسلامي: وتسمى جريمة قطع الطريق، كما يطلق عليها مصطلح السرقة الكبرى.

والحرابة هي كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه تتعذر الاستعانة عادة⁽¹⁾. وصورتها هي: الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يتمتع المارة من المرور وينقطع الطريق، سواء أكان القطع من جماعة أم من واحد، بعد أن يكون له قوة القطع، وسواء أكان القطع بسلاح أم بغيره من العصا والحجر والخشب ونحوها، وسواء أكان بمباشرة الكل أم التسبب من البعض بالإعانة والأخذ، لأن القطع يحصل بكل ما ذكر كما في السرقة ولأن هذا من عادة قُطّاع الطرق⁽²⁾.

وبهذا يظهر أن قُطّاع الطرق قوم لهم منعة وشوكة، بحيث لا يمكن للمارة مقاومتهم، يقصدون قطع الطريق بالسلاح أو بغيره⁽³⁾.

وأرى أنه إلى جانب مصطلح قطع الطريق والسرقة الكبرى يمكن تسمية جريمة الحرابة باغتصاب الأموال في الطريق ما دام أخذ المال فيها يكون غصباً إذ لا يشترط فيها أخذه خفية من مالكه.

2- في القانون الوضعي:

إن مصطلح الحرابة ليس له أي وجود في كتب الفقه القانوني، وإذا عدنا إلى قانون العقوبات الجزائري فلا أثر لمصطلح الحرابة أو قطع الطريق أو السرقة الكبرى في سرده للجرائم وعقوباتها.

(1) - ابن فرحون، ص 271.

(2) - السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، د.ت، ج 9، ص 195.

(3) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، ص 130.

لكننا إذا اعتمدنا على معنى جريمة الحراية من حيث آليتها وبعض أركانها يمكن القول أنها موجودة ضمنا لا صراحة في المواد المتعلقة بالسرقات وابتزاز الأموال وذلك من حيث ما يلي:

1-المكان: وهي أن تتم في الطريق وإن اختلف علماء الفقه الإسلامي حول الحد الأدنى المشترك في بعد الطريق مكان الجريمة عن العمران، إلا أنني اختار الرأي القائل بأن الاعتبار في ذلك بالمسافة التي تحول دون إغاثة المعتدى عليه.

إذن فمن حيث مكان جريمة الحراية وهو الطريق نجد أن المشرع الجزائري نص في قانون العقوبات على السرقة في الطريق بقوله: "يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة كل من ارتكب السرقة في الطرق العمومية أو ...". وفي شأن الطرق العمومية أضاف المشرع قائلا: "تعتبر طرقا عمومية الطرق والمسالك والدروب وكافة الأماكن الأخرى المخصصة لاستعمال الجمهور والواقعة خارج مجموعات المساكن والتي يجوز لأي فرد أن يمر بها بحرية في أية ساعة من ساعات النهار أو الليل دون اعتراض قانوني من أي كان". وعليه يكون المكان المعتبر في جريمة الحراية وهو السرقة أو أخذ أموال الغير في الطريق منصوصا عليه في قانون العقوبات الجزائري.

2-طريقة أخذ المال: وهي استعمال القوة في الاستحواذ على مال الغير في الطريق والمشرع الجزائري تحدث عن هذا في المادة السابقة بقوله: "يعاقب بالسجن... كل من ارتكب السرقة في الطرق العمومية أو ... وذلك إذا اقترنت السرقة بظرف على الأقل من الظروف المشار إليها في المادة 353".

ومن بين هذه الظروف إذا ارتكبت السرقة مع استعمال العنف أو التهديد، أو إذا ارتكبت السرقة بواسطة شخص أو أكثر أو إذا استحضر مرتكبوا السرقة مركبة ذات محرك بغرض تسهيل فعلهم أو تيسير هروبهم.

مما سبق يمكن القول أن جريمة الحراية موجودة في القانون الوضعي ومعاقب عليها، بدون أن يوضع لها تنظيم خاص ومستقل، بل يمكن استنتاجها من أنواع السرقات

واجتماعها مع بعض الظروف المشددة كحالة القانون الجزائري الذي يشدد العقوبة على السارق إذا كانت في الطرق العمومية مع اقترانها بظرف استعمال العنف أو التهديد به. إذن فالحرابة في القانون أصلها سرقة لكنها أشد من السرقة مع اجتماعها مع ظروف أخرى، فتكون هي سرقة أموال الغير في الطرق العمومية مع استعمال القوة في أخذها.

II-تطبيق عدم الرجعية في الحرابة:

وجريمة الحرابة ثابتة بقوله تعالى: «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يُقْتَلُوا أو يُصَلَّبُوا أو تُقَطَّعَ أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنْفَوْا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم»⁽¹⁾.

1-من هم المحاربون الذين تقصدهم الآية:

قال أهل التحقيق: المقصود منها -الآية- هذه الجناية -الحرابة- ولو كان المقصود منه الكفار لما شرط في توبتهم كونها قبل القدرة عليهم فذلك بعيد جدا لقوله تعالى: «إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم» ولا خلاف أن توبة المحارب المرتد أو الكافر تسقط عنه ما لزمه من أحكام في حال كفره سواء أسلم قبل القدرة عليه أو بعد ذلك، وبه قال مالك⁽²⁾ . والشافعي⁽³⁾ . وأبو ثور⁽⁴⁾ . وأصحاب الرأي⁽⁵⁾ .

واختار الجصاص من الحنفية هذا الرأي ورجحه بقوله: "لا خلاف بين السلف والخلف من فقهاء الأمصار أن هذا الحكم غير مخصوص بأهل الردة وأنه فيمن قطع الطريق... فحكم الآية جار في أهل الملة إذا قطعوا الطريق"⁽⁶⁾.

2-هل طبقت آية الحرابة بأثر رجعي :

(1) - سورة المائدة، الآية: 33-34.
(2) -الإمام مالك: هو مالك بن أنس بن أبي عامر، ولد سنة 94هـ، وتوفي سنة 179هـ، انظر: عبد السلام محمد الشريف، ص 52 هامش رقم 6.
(3) - الإمام الشافعي: هو محمد بن إدريس الشافعي، ولد سنة 150هـ، وتوفي سنة 204هـ، انظر: عبد السلام محمد الشريف، المرجع نفسه، الصفحة نفسها، هامش رقم 5.
(4) -أبو ثور: هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، لقب أبا ثور، وكانت كنيته أبو عبد الله، يعتبر من أصحاب الشافعي وكان له مذهب مستقل، توفي سنة 240هـ. انظر: ابن هداية الله الحسيني، طبقات الشافعية، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1989، ص22.
(5) -القرطبي، ج6، ص149.
(6) -الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، 1992، ج4، ص52.

اختلف العلماء المحدثون في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: وهو رأي الدكتور عبد القادر عودة وفيه أن الآية طبقت بأثر رجعي

الرأي الثاني: وهو رأي كل من الدكتور أحمد فتحي بهنسي والإمام أبو زهرة والدكتور عبد السلام محمد الشريف وفيه أن الآية لم تطبق بأثر رجعي.

أ-الرأي الأول: وهو أن الآية طبقت بأثر رجعي وذلك بدليلين هما:

الدليل الأول: أن الآية نزلت في العرنيين وطبق عليهم الرسول ﷺ حكمها، وتطبيق حكم الآية على حادثة سبب نزولها هو تطبيق بأثر رجعي لأن سبب النزول سابق زمانيا لتطبيق الحكم.

فيكون على هذا الرأي سبب نزول الآية هو ما رواه أنس⁽¹⁾: "أن أناسا من عريضة قدموا على رسول الله ﷺ المدينة فاجتووها"⁽²⁾، فقال لهم رسول الله ﷺ: "إن شئتم أن تخرجوا إلى إبل الصدقة فتشربوا من ألبانها وأبوالها ففعلوا فصحوا، ثم مالوا إلى الرعاة فقتلوهم، وارتدوا عن الإسلام وساقوا ذود رسول الله ﷺ، فبلغ ذلك النبي ﷺ فبعث في إثرهم فأتي بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم في الحرة حتى ماتوا"⁽³⁾.

ويرجح الدكتور عبد القادر عودة هذه الرواية فيقول: "... فإن الآية تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها، ومن ثم يكون لها أثرا رجعيا، والجمهور يرجح الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب العرنيين وعلى هذا يكون الرأي الراجح أن الآية لها أثر رجعي"⁽⁴⁾.

الدليل الثاني: وهو أن جريمة الحرابة من الجرائم الخطيرة التي تزعزع النظام العام وبذلك لا بد أن يكون تطبيقها بأثر رجعي.

حيث أن مما لا شك فيه "أن المصلحة العامة هي التي اقتضت أن يكون للنص أثر رجعي فقد كان حادث العرنيين فظيعا، يوشك لو لم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجرئ الناس على المسلمين، وعلى النظام الجديد، وأن يشجع على قطع الطريق وزعزعة الأمن والنظام فكان لا بد من عقاب رادع على هذه الجريمة، ولكن العقاب الرادع يقتضي أن يجعل للنص أثر رجعي،

(1)- أنس بن مالك: هو أنس بن مالك بن النظر الأنصاري النجاري، خادم رسول الله ﷺ، مات سنة 92 أو 93 وقد جاوز المائة. انظر: الخزرجي، ص40-41.

(2)- اجتووها: استوخموها، أي لم توافقهم وكرهوا لسقم أصابهم، قالوا: وهو مشتق من الجوى وهو داء في الجوف، انظر: مسلم، ج3، ص1296، الهامش رقم 3.

(3)- مسلم، كتاب القسامة، باب حكم المحاربين والمرتدين، ج3، ص1296، حديث رقم 1671.

(4)- عبد القادر عودة، ج1، ص268.

فجعل له هذا الأثر حفظاً للأمن العام وحماية للجماعة ونظامها... وهو الغرض الأول والأخير من جعل الأثر الرجعي للنص الجنائي"⁽¹⁾.

ب-الرأي الثاني: والذي ينفي أن يكون للآية أثر رجعي وقد بنى رأيه على الأدلة التالية:
الدليل الأول: الطعن في خبر العرنين:

يقول الإمام أبو زهرة: "على أن لنا في هذا الخبر نظر آخر، ذلك أن الخبر- وإن لم يكن في سنده نقد- ففي متنه شذوذ لا يتفق عن المقررات الإسلامية الثابتة من الدين بالضرورة، ففي الخبر أنه سمل أعينهم وتركهم حتى يموتوا عطشا، بل إن الراوي يقول أنهم من شدة العطش كانوا يكدمون الأرض... وليس مستساغاً في الإسلام تركهم يموتون عطشا حتى يكدموا الأرض، والرسول ﷺ يقول: "إذا قتلتم فأحسنوا القتل"⁽²⁾ ويقول: "أعف الناس قتل أهل الإيمان"⁽³⁾. وفي مثل هذا روى عمران بن حصين⁽⁴⁾. رضي الله عنهما قال: "ما خطبنا رسول الله ﷺ خطبة إلا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة"⁽⁵⁾.

ولقد استشكل العلماء معنى هذا الخبر -خبر العرنين-... للإجماع على أن من وجب عليه القتل فاستقى لا يمنع من الماء....⁽⁶⁾.

الدليل الثاني: آية الحرابة نزلت بعد عقاب العرنين فلا تكون هذه الحادثة سبباً لنزولها، "ومما يدل على أن الآية لم تنزل في العرنين وأنها نزلت بعد الحكم عليهم أن فيها ذكر القتل والصلب وليس فيها ذكر سمل الأعين، وغير جائز أن تكون الآية نزلت قبل إجراء الحكم عليهم وأن يكونوا مرادين بها لأنه لو كان كذلك لأجرى النبي ﷺ حكمها عليهم فلما لم يصلبوا وسلمهم دل على أن حكم الآية لم يكن ثابتاً حينئذ..."⁽⁷⁾.

(1)-عبد القادر عودة، ج1، ص268.

(2)- أبو داود، كتاب الضحايا، باب في الرفق بالحيوان بالذبيحة، ج1، ص 109 حديث رقم 2815.

(3)-أبو داود، المرجع نفسه، كتاب الجهاد، باب في النهي عن المثلة، ج2، ص 59، حديث رقم 2666.

(4)- عمران بن حصين: هو عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي أو نجيد، أسلم عام خيبر وصحب وكان قاضياً بالكوفة، توفي سنة 52هـ بالبصرة. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج2، ص82.

(5)-أبو داود، كتاب الجهاد، باب النهي عن المثلة، ج3، ص59، الحديث رقم 2667.

(6)- محمد أبو زهرة، ص 289.

(7)-الجصاص، ج4، ص 53-54.

ولما كانت هذه الآية -آية الحرابة- نزلت بعد عقاب العرنين فيكون الرسول ﷺ قد عاقبهم قصاصاً⁽¹⁾. طبقاً لقوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»⁽²⁾، وقوله تعالى: «وجزاء سيئة سيئة مثلها»⁽³⁾، ويؤيد ذلك ما قال مسلم عن أنس: "إنما سمل رسول الله ﷺ أعين أولئك لأنهم سملوا أعين الرعاة"⁽⁴⁾ وعليه إن صحت حادثة العرنين فهي ليست سبباً لنزول آية الحرابة لأن ما حكم به الرسول ﷺ كان قصاصاً لما وقع منهم، فقد سرقوا وكرروا السرقة، وقتلوا الراعي ومثلوا به فوقع بهم مثل ما وقع منهم"⁽⁵⁾.

وأرى أن التطبيق الرجعي لآية الحرابة اعتباراً لأنها من الجرائم التي تمس النظام العام، فيه استثناء لهذه الجريمة عن غيرها من الجرائم دون وجه حق يستدعي هذا الاستثناء، إذ أن من قال هذا لم يعط معياراً للفرقة بين الجرائم التي تمس النظام العام والجرائم التي لا تمسه.

ومن جهة أخرى فإن علة العقاب على الجرائم هي سد الأبواب أمام تهديد المصلحة العامة للمجتمع وهذه صفة تشترك فيها جميع الجرائم ولا تستأثر بها جريمة الحرابة وحدها. وعليه أرى أن من قال بتطبيق العقوبة بأثر رجعي استناداً إلى المساس بالأمن العام عليه أن يعمم رأيه على جميع الجرائم أو يقرر معياراً للفرقة بين الجرائم المهددة للنظام العام ذات الأثر الرجعي والجرائم التي لا تهديد فيها للنظام العام والتي تؤخذ بعدم الرجعية. وعليه فإن آية الحرابة طبقت بأثر غير رجعي، فهي شاهدة على تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي.

خلاصة:

إن دراستي لتطبيق مبدأ عدم الرجعية في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي قد أوصلني إلى ما يلي:

(1)- عبد السلام محمد الشريف، ص 184.

(2)- سورة البقرة، الآية: 193.

(3)- سورة الشورى، الآية: 37.

(4)- النووي، شرح صحيح مسلم، تحقيق خليل مأمون شيخا، دار المعرفة، بيروت، ط4، 1997، ج11، ص158.

(5)- محمد أبو زهرة، ص 289.

1- لإمكانية تطبيق مبدأ عدم الرجعية لا بد من العلم بوقتي ارتكاب الجريمة و نفاذ القانون الجديد، حيث يجب أن يكون ارتكاب الجريمة سابقا لنفاذ القانون أو ملازما له على الأقل، وهذا الأخير نادر التحقق في الواقع.

2- إن القانون لا يصبح نافذا واجب التطبيق إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية، فلو فرضنا أن القانون تم إعداده ومناقشته وإصداره، ثم طُبع و وُزِع على كل مواطن ما أغنى ذلك عن النشر في الجريدة الرسمية، مما يعني أن هذا الأخير وسيلة قانونية بحتة، لأن وسائل الإعلام الأخرى أقدر على التبليغ منها.

3- إلغاء القانون في النظام الوضعي يعبر عنه بالنسخ في التشريع الإسلامي.

4- إن تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي يختلف ما بين جرائم الحدود والتعازير:

- ففي الحدود لا مجال للحديث عن لحظة نفاذ القانون الجديد فهو أمر محسوم بانتهاء فترة الوحي، وإنما يكون الحديث عن عدم الرجعية فيها بمقارنة تطبيق الحد مع سبب نزول الآية المقررة له.
- بينما في جرائم التعازير التي يقررها ولي الأمر يلاحظ فيها تلك القواعد المقررة في تطبيق مبدأ عدم الرجعية في القانون الوضعي، ما دامت تقوم على فكرة حماية المصلحة والنظام والعدل، وما جاءت الشريعة الإسلامية إلا بحماية المصلحة بشقيها الفردي والجماعي والمحافظة على استقرار النظام وتحقيق العدل بين الناس.

المبحث الثاني: القانون الأصلح للمتهم كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية

إن مبدأ عدم الرجعية كسائر المبادئ القانونية الأخرى، حيث لا نكاد نجد مبدأ إلا وله استثناءات تستبعد تطبيقه، ويمكن القول أن هذه الاستثناءات هي نتيجة منطقية للانتقادات التي يتعرض لها أي مبدأ قانوني.

وعليه فإن الأصل هو وجوب تطبيق القانون الساري وقت ارتكاب الواقعة الإجرامية، إلا أنه و لاعتبارات نفعية يستلزم الأمر تطبيق القانون الجديد على الوقائع المرتكبة قبله إذا كان هذا القانون أقل شدة و"يعني ذلك بلغة الفقهاء: وجوب تطبيق القانون الأصلح للمتهم"⁽¹⁾ بأثر رجعي.

إذن فالأصل هو عدم تطبيق القانون بأثر رجعي، والاستثناء على ذلك هو رجعية القانون على الماضي إذا كان أصلح للمتهم.

وإذا كان القانون الأصلح للمتهم لازم التطبيق بأثر رجعي، فمتى يعتبر القانون أصلح للمتهم؟

ومتى يكون القانون الأصلح واجب التطبيق في خلال عمر الخصومة الجنائية؟

وهل عرف التشريع الإسلامي هذا الاستثناء؟

ذلك ما سأحاول البحث عنه في هذا المبحث ضمن مطلبين هما:

المطلب الأول: تحديد القانون الأصلح للمتهم.

المطلب الثاني: تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي.

(1) - عبد الله سليمان، ص75.

المطلب الأول: تحديد القانون الأصلح للمتهم.

لقد نصت المادة الثانية من قانون العقوبات على تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي بقولها: « لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة". فكون المادة أوردت تطبيق القانون الأقل شدة على الماضي عقب التنصيص على مبدأ عدم الرجعية فإن ذلك يدل على أن عدم الرجعية هي الأصل، وتطبيق القانون الأقل شدة أو الأصلح للمتهم هو الاستثناء منه، وما يؤكد ذلك هو استعمال المشرع للفظ "إلا" وهو في اللغة أداة من أدوات الاستثناء.

إلا أن المشرع وإن نص على الأخذ بالقانون الأصلح للمتهم فإنه بالمقابل أهمل ومنع نصوص تشريعية تحدد حالة كون القانون أصلح للمتهم أو وضع معيارا لذلك، وعليه يستلزم تحديد ما إذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم إجراء مقارنة بين الوضع القانوني الناشئ على القانون الجديد وما كان ينشئه القانون القديم.

وذلك ما سأتناوله في هذا المطلب المقسم إلى:

الفرع الأول: معيار تحديد القانون الأصلح للمتهم.

إن تحديد ما إذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون القديم يستوجب إجراء المقارنة بين الوضعين القانونيين اللذين ينشئهما كل من القانون القديم والجديد⁽¹⁾، وهذه المقارنة تتم وفق معيار معين، والذي يتميز بخاصيتين هما الموضوعية والواقعية ولذلك قسمت هذا الفرع إلى ما يلي :

(1) - Patrick Kolb, Droit pénal général, Gualino editeur, paris,2000,p43.
 - Frédéric desportes, et francis le gunec, le nouveau droit pénal, tome1, droit pénal général, economica, Paris, 6^{ème} édition, 1999, p261.
 - Georges levasseur, le domaine d'aplication dans le temps des lois en matières répressive, cours de doctorat, université de caire (1963-1964) , N°177, p176.
 - Geston stefani, George levasseur, Bernare bouloc, droit pénal général, dalloze delta, 16^{ème} edition, 1994, p139.
 - André de cocqu, droit pénal général, librairie armande colin, paris, 1971, p72.

أولاً: موضوعية معيار القانون الأصلح للمتهم

يتحدد القانون الأصلح للمتهم وفقاً لمعيار موضوعي بحث بوصفه مسألة قانونية يقررها القاضي وفقاً لضوابط معينة⁽¹⁾. وينتج عن ذلك ما يلي:

I- إن تحديد واختيار القانون الأصلح من عمل القاضي فلا يجوز ترك الخيار للمتهم ليقوم بتحديد أصلح القانونين له، فإن هذا يختلف باختلاف الأشخاص... وبما أن الخطاب بإتباع القانون الأصلح صادر من الشارع للقاضي الذي يحكم في الدعوى المعروضة عليه فإنه لا رأي للمتهم في الاختيار، والواجب أن يكون البحث في تقدير صلاحية القانون على أساس موضوعي مستمد من القانون ذاته لا من رأي المتهم⁽²⁾.

II- لا يجوز للقاضي أن يعبر عن وجهة نظره الشخصية وإنما يجب عليه دائماً أن يستعين بالضوابط القانونية في تحديد ما هو أصلح للمتهم⁽³⁾، انطلاقاً من أن اختيار القانون الأصلح للمتهم هو مسألة قانونية.

III- إن المقارنة بين القانون الجديد والقانون القديم لمعرفة أصلحهما للمتهم مقارنة قانونية وليست مقارنة فعلية⁽⁴⁾...

ثانياً: واقعية معيار القانون الأصلح للمتهم

يتحدد القانون الأصلح للمتهم بالنظر إلى كل جريمة على حدة، فلا يتم هذا التحديد وفقاً لمعيار مجرد بناء على المقارنة بين القانونين القديم والجديد سواء من حيث اتجاههما العام ومن حيث مجموع نصوصهما، وإنما تتم هذه المقارنة بنظرة واقعية بالنظر إلى كل جريمة على حدة بين حكم كل من القانونين عند تطبيقه على هذه الجريمة من حيث أركانها في ضوء ظروفها المختلفة وشخصية المتهم⁽⁵⁾.

وهذا يعني أن على القاضي أن يقارن بين نصوص القانونين السابق واللاحق من حيث التطبيق على حالة واقعية معينة، أي على جريمة معينة، وعلى مجرم ذي ظروف

(1)- أحمد فتحي سرور، ص 68.

(2)- Levasseur, n :177, p176-177.

نقلاً عن: حسن الجوخدار، ص 271.

(3)- أحمد فتحي سرور، ص 68.

(4)- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام - ص 95 هامش 1. نقلاً عن حسن الجوخدار، ص 271.

(5)- أحمد فتحي سرور، ص 68.

معينة، بحيث تتم المقارنة بين مختلف نصوص كلى قانون، فالقانون الذي تكون أحكامه أخف على المتهم من حيث النتيجة يعتبر هو القانون الأصلح له وإن كان تطبيقه في مجالات أخرى قد يؤدي إلى التشديد على متهمين آخرين، وعلى هذا النحو يكون من المتصور أن يجد القاضي في واقعة واحدة أن القانون القديم أصلح بالنسبة لمتهم معين في حين يجد القانون الجديد أصلح لمتهم ثان ذي ظروف مختلفة فيطبق على كل منهما القانون الذي هو في صالحه⁽¹⁾.

فمثلا إذا نص القانون القديم على جواز وقف تنفيذ العقوبة، ثم جاء القانون الجديد فألغى وقف التنفيذ وأنقص مدة العقوبة، فإن القانون القديم يعتبر أصلح للمتهم إذا كانت ظروف الجريمة وشخصية المتهم تدعو إلى إيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى متهم آخر لا يستحق إيقاف التنفيذ فإن القانون الجديد يعتبر هو الأصلح له⁽²⁾.

وكذلك الشأن إذا كان القانون القديم ينص على عقوبة الحبس أو الغرامة، ثم جاء القانون الجديد فرفع الحد الأدنى لعقوبة الحبس، وخفض الحد الأدنى لعقوبة الغرامة الجوازية، فإن هذا القانون الجديد يعتبر أصلح للمتهم إذا رأى القاضي أن المتهم يستحق الغرامة بدلا من الحبس، بينما يعتبر القانون القديم أصلح للمتهم إذا رأى القاضي أن المتهم يستحق عقوبة الحبس لا الغرامة⁽³⁾.

وغني عن البيان أنه يجب توافر صفة القانون في النصوص التي يراد تطبيقها، فلا يجوز الخلط في هذا الصدد بين اللوائح التي تصدر بناء على تفويض من السلطة التشريعية، القرارات الإدارية الفردية التي لا تتوافر فيها أهم خصائص القاعدة القانونية وهي العمومية والتجريد⁽⁴⁾.

وقد يتبادر إلى الأذهان لأول وهلة أن ثمة تناقضا بين الجانب الموضوعي والجانب الواقعي لمعيار القانون الأصلح للمتهم، وتوضيحا لذلك نرى أن الجانب الواقعي

(1) - Levasseur, n :177, p176-178.

نقلا عن: حسن الجوخدار، ص271.

(2) - أحمد فتحي سرور، ص 68.

(3) - المرجع نفسه، ص 68-69.

(4) - المرجع نفسه، ص 68.

يتجلى في مجال السلطة التقديرية التي يمنحها القانون للقاضي، فإن تقدير الجزاء الجنائي يكون وقت ذاك من إطلاقات قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من قبل محكمة النقض، أما الجانب الموضوعي فيتجلى بوجود التزام القاضي بالضوابط المقررة في القانون لتقدير صلاحية القانون في هذه الحالة، فإن التقدير هذا يعد مسألة قانونية اخضع لرقابة محكمة النقض⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تحديد القانون الأصلح للمتهم في القوانين البسيطة

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

أولاً: تحديد القانون الأصلح للمتهم في نصوص التجريم:

يعد القانون الجديد أصلح للمتهم في الحالات الآتية:

I: إذا أباح الفعل بعد تجريمه⁽²⁾: وعليه يكون من المسلم به أن القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون السابق إذا ألغى نص التجريم، مما يترتب عليه إباحة الفعل الذي كان يعتبر من قبل جريمة معاقبا عليها.

II: إذا صدر القانون الجديد وقرر تخفيف وصف التجريم كحالة جعل الجنائية في القانون القديم جنحة إذ من المسلم به أن الجنحة أخف من الجنائية⁽³⁾.

III: إذا صدر القانون الجديد وهو يحمل "تضييقاً في نطاق التجريم بتغيير أركان الجريمة أو ظروفها على نحو يستفيد منه المتهم"⁽⁴⁾ كأن يشترط لقيام أحد أركانها عنصراً لم يكن يستلزمه القانون القديم.

(1) - حسن الجوخدار، ص 273.

(2) - رؤوف عبيد، ص 112.

(3) - أحمد فتحي سرور، ص 68-69، بتصرف.

(4) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

٧: إذا نص على سبب إباحة أو مانع مسؤولية أو مانع عقاب لم يكن مقررا من قبل، كما إذا رفع سن الأهلية للمسؤولية الجنائية إلى تسع سنوات بدلا من سبع سنوات، أو إذا قرر عذرا قانونيا معفيا لم يكن مقررا من قبل لنفس الواقعة... (1).

ثانيا: تحديد القانون الأصلح للمتهم في نصوص العقاب

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

١- حالة تفرد العقوبة في كل من القانونين

إذا قرر كل من القانونين القديم والحديث عقوبة أصلية وحيدة للفعل، فإن تحديد أصلحهما للمتهم ليس بالأمر العسير، ذلك لأن الإجماع منعقد في الفقه والقضاء على أن السلم القانوني للعقوبات هو الفيصل في المقارنة بين مختلف العقوبات الأصلية، وينبغي على القاضي أن يتوصل إلى تحديد القانون الأصلح في هذه الحالة وفقا لنوع الجريمة ودرجة العقوبة ومدة العقوبة أو مقدارها... (2).

1- فإذا كانت العقوبة المقررة في كل من القانونين مختلفة من حيث النوع جرت المقارنة على أساس نوع الجريمة، ومن المعلوم أن القانون يصنف الجرائم تبعا لجسامتها إلى جنايات وجنح ومخالفات بحسب المادة 5 من قانون العقوبات، وبناء على ذلك "فإن عقوبة الجنائية أشد من عقوبة الجنحة وهذه الأخيرة أشد من عقوبة المخالفة"⁽³⁾، وهذا بغض النظر عن درجة العقوبة ومدتها من حيث التأثير على المتهم.

2- إذا نص التشريع على عقوبات سياسية إلى جانب العقوبات العادية، فإن ما قيل بصدد العقوبات العادية يصدق عليها، وتتم المقارنة بين العقوبات السياسية والعادية على أساس أن

(1) - حسن الجوخدار، ص 275.

(2) - المرجع نفسه، ص 277.

(3) - سليمان بارش، ص 53.

العقوبات السياسية أخف من العقوبات العادية، بشرط اتحاد نوع الجريمة وبصرف النظر عن درجة العقوبة، فالعقوبات الجنائية السياسية أخف من العقوبات الجنائية العادية، والعقوبات الجنحية السياسية أخف من العقوبات الجنحية العادية⁽¹⁾.

3- إذا اتحدت العقوبة في القانونين في النوع والدرجة والمدة فإن المقارنة تكون على ضوء الأحكام التي ينظم بها كل من القانونين هذه العقوبة، ومثالها إذا كان القانونان ينصان على عقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته عن سنة، فالقانون الجديد يكون الأصلح إذا أجاز للقاضي إيقاف تنفيذ العقوبة وكان القانون السابق لا يقر ذلك⁽²⁾.

4- عند المقارنة بين عقوبات جرائم من نوع واحد، أي كلها عقوبات جنائية أو جنحية أو مخالفات، فإن المعيار المعول عليه في تحديد القانون الأصلح للمتهم هو درجة العقوبة تبعا لترتيبها الوارد في السلم القانوني المنصوص عليه في قانون العقوبات⁽³⁾.

وعليه "فإن العقوبة الأشد هي تلك التي تأخذ الرتبة العليا في سلم العقوبات وفي هذه الحالة فإن الغرامة أخف من الحبس"⁽⁴⁾ إذ أن الحبس مهما قلت مدته أشد من الغرامة مهما زاد مقدارها⁽⁵⁾.

5- إذا اتحدت العقوبة في القانونين من حيث النوع والدرجة كان معيار المقارنة هو المقدار في العقوبات المالية، والمدة في العقوبات السالبة للحرية، فأصلح القانونين للمتهم هو الذي يقرر عقوبة ذات مقدار أقل أو مدة أقل⁽⁶⁾.

II- حالة تعدد العقوبة

إن الكلام فيما سبق يتعلق بتقرير عقوبة وحيدة في كلا القانونين، لكن في حالة ما إذا قرر أحد القانونين أو كلاهما أكثر من عقوبة لنفس الجريمة فأبي القانونين أصلح للمتهم؟

(1) - حسن الجوخدار، ص 279.

(2) - المرجع نفسه، ص 279-289 بتصرف.

(3) - المرجع نفسه، ص 278.

(4) - سليمان بارش، ص 54.

(5) - رؤوف عبيد، ص 114.

(6) - حسن الجوخدار، ص 279.

- 1- يؤخذ بعين الاعتبار في المقام الأول العقوبة الأصلية الواردة في كل منهما؛ فالأصلح هو ما كان يقرر عقوبة أصلية أخف بصرف النظر عن وجود عقوبات تبعية أو تكميلية.
 - 2- إذا تماثلت العقوبة الأصلية في كل من القانونين من حيث الدرجة والمدة فأشدهما الذي يلحق بهما عقوبات تبعية أو تكميلية لا ينص عليها الآخر.
 - 3- إذا كان أحد القانونين يقرر للفعل عقوبتين على سبيل الوجوب بينما يقرر الثاني لذات الفعل إحدى هاتين العقوبتين فقط فهو أصلحهما.
 - 4- إذا كان أحد القانونين يقرر عقوبتين على سبيل الجواز بينما يقرر الثاني إحداهما، فأصلحهما هو الذي يقرر عقوبة واحدة إن كانت أخف العقوبتين.
- أما إذا كانت هذه العقوبة الوحيدة أشد العقوبتين، فالذي يقرر عقوبتين هو الأصلح لأنه يفسح المجال للقاضي ليحكم على المتهم بالعقوبة الأخف.
- إذا صدر قانون جديد يحل تدبيراً احترازياً محل العقوبة في القانون السابق، فإن القانون المطبق هو ذلك المعمول به وقت ارتكاب الجريمة دون البحث عن أصلحهما للمتهم لانه من الصعب إجراء مقارنة بين نظام العقوبة ونظام التدبير على أساس قانوني، كما أن الشارع لم يضع سُلماً للتدابير.

الفرع الثالث: تحديد القانون الأصلح في القوانين المركبة والمتتابعة

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

أولاً: تحديد القانون الأصلح في القوانين المركبة

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

1- حالة تعديل حدي العقوبة السابقة:

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

1. المذهب الأول: يرى أن العبرة في تحديد القانون الأصلح هي " بالمزج بين القانونين عن طريق الجمع بين أقل القانونين في الحد الأقصى مع أقل القانونين في الحد الأدنى" (1). وعيب هذا القانون أنه يخلق قانونا ثالثا لم يتجه إليه قصد المشرع (2).

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

وعيب هذا الرأي أن تطبيق التشريع العقابي أمر من النظام العام وليس للمتهم أي دور فيه، فضلا عن أن الموازنة بين التشريعين عسيرة يتعذر عملا أن يقوم بها المتهم (4).

3- المذهب الثالث: يرى أن العبرة هي بالحد الأقصى في كل من القانونين لأنه يقوي من سلطة القاضي (5).

وعيب هذا الرأي أن القانون الذي ينقص من الحد الأقصى قد يرفع من الحد الأدنى في ظروف يكون فيها المتهم أحق بالنزول عن هذا الحد الأقصى للعقوبة، فيعرض المتهم لهذه العقوبة المشددة (6).

وفي غياب رأي للمشرع الجزائري في هذه القضية نجد أن المحكمة العليا فصلت في هذه القضية بأنه: " على القاضي الجزائري عندما يجد نفسه أمام قانونين يعاقبان على نفس الفعل

(1) - أحمد فتحي سرور، الهامش رقم 01، ص 73.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - رؤوف عبيد، ص 116.

(4) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5) - أحمد فتحي سرور، ص 73 الهامش رقم 1.

(6) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أن يحتكم في مسألة تعيين القانون الأقل شدة إلى الحكم الأقصى للعقوبة في القانون بغض النظر عن حدها الأدنى"⁽¹⁾.

II- حالة تضمن القانون الجديد لنصوص أشد وأخرى أخف:

وقد يحدث هذا سواء في نطاق قوانين التجريم، أو في نطاق قوانين العقاب، أو في النطاقين معاً، حيث يجمع القانون الجديد بين نصوص يكون بعضها في صالح المتهم وبعضها الآخر في غير صالحه.

ومن صور ذلك إذا جاء القانون الجديد يخفف عقوبة الحبس وبالمقابل يقرر عدم جواز إيقاف التنفيذ بعد أن كان ذلك جائزاً.

أو جاء القانون الجديد مخففاً للعقاب لكنه من ناحية أخرى منع على القاضي استخدام نظام الظروف المخففة وكان مسموحاً به من قبل، أو قرن التخفيف بإضافة عقوبة تبعية أو تكميلية إلى العقوبة الأصلية⁽²⁾.

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

1- إذا كان القانون قابلاً للتجزئة:

ويعد النص الجديد قابلاً للتجزئة إذا كان متضمناً موضوعات مختلفة أو كان يتضمن مجالات متعددة للتطبيق،⁽³⁾ بحيث يمكن الفصل في تطبيق بعض نصوصه عن النصوص الأخرى.

ومثاله: ذلك القانون الجديد الذي يجيز وقف تنفيذ العقوبة في أحد نصوصه ويجيز عقوبة الحبس-التي لم تكن منصوصاً عليها في القانون القديم- في نص آخر، ففي هذا يعتبر القانون الجديد أصلح للمتهم فيما يتعلق بالنص الذي يجيز وقف التنفيذ⁽⁴⁾ و"قد نصت محكمة النقض الفرنسية بأن الجزء الأصلح للمتهم هو الذي يطبق بأثر رجعي"⁽⁵⁾.

(1)- الغرفة الجنائية للمحكمة العليا، 24 ديسمبر 1981، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص 282، نقلاً عن: نواصر العايش، ص 8.

(2)- حسن الجوخدار، ص 291.

(3)- سليمان بارش، ص 54.

(4)- أحمد فتحي سرور، ص 73.

(5)- سليمان بارش، ص 54.

2- إذا كان القانون غير قابل للتجزئة:

ويكون القانون كذلك "إذا كان يتضمن قواعد تعتبر في مجموعها كيانا واحدا لا يتجزأ، مثال ذلك القانون الجديد الذي يجعل العقوبة التكميلية الوجوبية المنصوص عليها في القانون القديم عقوبة تكميلية جوازية، إلا أنه يضاعف مدة هذه العقوبة⁽¹⁾.
وقد اختلفت الآراء الفقهية حول طريقة المقارنة بين القانونين عند عدم إمكانية تجزئة النصوص، وهي:

أ-الرأي الأول: يذهب إلى أنه من المتعين عند عدم جواز الفصل بين النصوص تقدير أحكام كل قانون في مجموعها والمقارنة بينهما على أساس مجرد لتحديد أصلحهما للمتهم —وهو رأي محكمة النقض الفرنسية—، بحيث تكون العبرة بالعقوبة الأصلية، فإذا خفت في القانون الجديد يكون هو الأصلح، أو بالعكس، وذلك بصرف النظر عن الأحكام الأخرى⁽²⁾.

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

ب-الرأي الثاني: يرى وجوب البحث عن صلاحية القانون عن طريق إجراء مقارنة واقعية بين القانونين؛ فالقاضي عندما تعرض عليه قضية ينظر أي القانونين عند تطبيقه على الواقعة التي أمامه يؤدي إلى نتائج أفضل للمتهم، فإذا قدر القاضي أن تطبيق القانون السابق يحقق لمتهم معين ذي ظروف معينة أفضل النتائج كان هو القانون الأصلح، وإذا قدر وفقا لنفس الطريقة أن القانون اللاحق يحقق نتائج أفضل من سابقه كان هو الأصلح، وإذا تعدد المتهمون فلا تثريب عليه إن هو طبق على كل واحد القانون الذي يراه أصلح له⁽³⁾.

(1) - أحمد فتحي سرور، ص 73.

(2) - حسن الجوخدار، ص 293.

(3) - المرجع نفسه، ص ص 294-299 بتصرف.

ومثال ذلك إذا كان القانون الجديد شدد العقوبة إلا أنه قرر قاعدة الجمع بين العقوبات في عقوبة واحدة، وكان القانون السابق يخفف العقوبة لكنه يأخذ بقاعدة تعدد العقوبات، فهنا على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الواقعة المعروضة عليه، إذ قد يكون القانون الجديد أصح بالرغم من تقرير العقاب الأشد بالنسبة لشخص متهم بارتكاب عدد من الجرائم، في حين يكون القانون القديم أصح لمتهم آخر ارتكب جريمة واحدة⁽¹⁾.

ج-الرأي الثالث: يرى وجوب العودة إلى مبدأ عدم الرجعية عند عدم قابلية النصوص للتجزئة، باعتباره الأصل العام الواجب إتباعه "فإذا تبين للمحكمة أن القواعد التي نص عليها لصالح المتهم وتلك القواعد التي نص عليها في غير صالحة تعتبر معا كيانا غير قابل للتجزئة فإن القاضي يجب أن يحترم مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات..."⁽²⁾. وهو الرأي الذي أراه صائبا في غياب الرأي الصريح للمشرع في ذلك.

ثانيا: تحديد القانون الأصح في القوانين المتتابعة

ومضمون هذه القضية أن القاضي في شأن القضية المعروضة عليه يجد نفسه أمام واقعة صدر في عمرها عدة قوانين ثلاثة أو أكثر- وذلك في الفترة ما بين وقوع الفعل وصدور الحكم النهائي، أولها هو القانون المعمول به وقت ارتكاب الفعل وألغي قبل الحكم النهائي، وثالثها قانون صدر قبل الحكم النهائي وظل ساريا . وفي هذه الحالة يتعين تطبيق القانون الأصح للمتهم بين هذه القوانين المتتابعة فتكون المقارنة بين القانون الأول والقانون الثاني لتحديد ما هو أصح للمتهم بين اثنين ثم تكون المقارنة بين القانون الأصح للمتهم منهما والقانون الثالث، فلا يطبق من بينها غير القانون الأصح منها ولو كان هو القانون الأوسط الذي لم يكن ساريا وقت ارتكاب الفعل المجرم، وبالمقابل كان ملغيا وقت صدور الحكم النهائي لأنه عند إجراء المقارنة لا سبيل للقاضي غير الأخذ بعين الاعتبار تلك القوانين دون إسقاط أحدها إلا ما تفرضه عملية تحديد أصلها.

(1)- حسن الجوخدار، ص299.

(2)- أحمد فتحي سرور، ص73.

إلا أن هناك رأياً مخالفاً يقول بوجود المقارنة بين قانون وقت الجريمة وقانون وقت صدور الحكم لاستنتاج أصلهما الذي يتعين على القاضي تطبيقه واستبعاده أي قانون آخر نافذ خارج هذين الوقتين

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

المطلب الثاني: تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي .

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

الفرع الأول: تطبيق القانون الأصلح في القانون الوضعي.

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

أولاً-تطبيق القانون الأصلح قبل الحكم البات:

قبل التطرق إلى الحديث عن تطبيق النص الأصلح في هذه الفترة من الخصومة الجنائية لا بد من الحديث عن الحكم القضائي البات.

1-الحكم القضائي البات:

هو ذلك الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية منها وغير العادية⁽¹⁾.

أو هو الحكم الذي تنقضي به الدعوى الجنائية، وهو ما لا يتحقق إلا بعد استنفاد طرق الطعن فيه⁽²⁾.

(1)- أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، دار العلوم العربية، بيروت، ط1، 1992، ص399-340.

(2)- أحمد فتحي سرور، ص77-78.

مما سبق يتبين الفرق بين الحكم البات والحكم النهائي الذي هو "ذلك الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف سواء صدر من محكمة الدرجة الأولى أو الثانية؛ ويعتبر الحكم نهائياً ما دام الطعن فيه بالاستئناف غير جائز ولو كان غيايباً قابلاً للطعن فيه بالمعارضة"⁽¹⁾.

وعليه فالحكم البات هو ما استنفذ جميع طرق الطعن فيه التي يسمح بها القانون سواء كانت عادية أو غير عادية، إذ يصبح عنواناً للحقيقة غير قابل للمساس به قانوناً. بينما الحكم النهائي هو مجرد الحكم الذي لا يمكن استئنافه لكنه لا يعتبر عنواناً للحقيقة ما دام معرضاً لطرق أخرى للطعن فيه.

كما يمكن القول أن وصف الحكم النهائي هو الذي يسبق الحكم البات زمانياً في خلال عمر الخصومة الجنائية؛ وطرق الطعن في الأحكام هي إجراءات تسمح بإعادة النظر في الدعوى العمومية بعد الحكم فيها وذلك قصد إلغائه أو تعديله كلياً أو جزئياً⁽²⁾، وهي إما عادية أو غير عادية.

أ- طرق الطعن العادية: وهي الطرق التي يجوز أن يسلكها جميع أطراف الدعوى، وفي كل الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، حيث يكون الغرض منها إعادة فحص موضوع الدعوى العمومية وإصدار حكم فيها، وهي على نوعين:

النوع الأول: الطعن بالمعارضة: هو طريق طعن عادي يعرض الدعوى على ذات المحكمة التي سبق أن حكمت في غيبة أحد الخصوم- عدا النيابة بطبيعة الحال لأنها عنصر في تشكيل المحكمة وعدم تمثيلها بالجلسة يبطل الحكم- وذلك كي تعدل عنه إذا أصدرته دون أن تسمع الخصم الغائب مكتفية بما قرره الخصم الآخر، وهو ينطوي على إهلال بوجوب إجراء التحقيق النهائي في مواجهة الخصوم وشفوية المرافعات⁽³⁾.

النوع الثاني: الطعن بالاستئناف: وهو طريق طعن عادي في حكم محكمة أول درجة، يسمح بإعادة نظر موضوع الدعوى العمومية أمام محكمة أعلى درجة توصلنا إلى إلغاء ذلك

(1)- أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص 613-314.

(2)- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1999، ج3، ص477.

(3)- المرجع نفسه، ص479.

الحكم أو تعديله، وليس الهدف من الاستئناف إبداء دفاع المتهم أمام القضاء كالمشأن في المعارضة، وإنما إصلاح ما شاب الحكم المستأنف من أخطاء... حيث يختص بنظره محكمة أعلى درجة من تلك التي أصدرت الحكم وهي الغرفة الجزائية بالمجلس القضائي⁽¹⁾.

ب- طرق الطعن غير العادية: وهي الطرق التي لا يلجأ إليها إلا بعد استنفاد طريقي الطعن العاديين، وتقتصر على حالات يحددها القانون بهدف الرقابة على سلامة تطبيق القانون أكثر من إعادة التصدي للموضوع وهي على نوعين:

النوع الأول: الطعن بالنقض: ولا يقصد به تحديد الدعوى أمام قضاء يعد درجة ثالثة من درجات التقاضي، لأنه لا يتصدى أساساً للموضوع سواء فيما يتعلق بالوقائع، أو تقدير المسؤولية، أو تحديد العقوبة وإنما يُسَلَّمُ به حسب ما جاء بمدونات الحكم محل الطعن، وينحصر دوره في الكشف عن مدى تورط الحكم المطعون فيه في الخطأ في القانون بمعناه الواسع، سواء اتصل بمخالفة القانون أو بالخطأ في تطبيقه وتأويله، أو ببطلان الإجراءات الجزائية⁽²⁾.

النوع الثاني: طلب إعادة النظر: ويكون في مواجهة بعض أخطاء القضاء في تقدير الوقائع درأً للأضرار الناجمة عن تلك الأخطاء فتزداد الثقة في عدالة القضاء⁽³⁾. وهذا الطريق هو آخر سبيل للطعن في الحكم القضائي حيث يصبح بعده باتاً حائزاً للحجية ولا يجوز المساس به إلا في حالات ضيقة كحالة العفو.

2- تطبيق القانون الأصلح قبل الحكم بالبات:

من المتفق عليه أنه إذا صدر القانون الجديد الأصلح للمتهم قبل رفع الدعوى الجنائية أو أثناء النظر فيها من قبل قاضي الموضوع فإن من واجبه تطبيق هذا القانون في أية حالة كانت عليها الدعوى⁽⁴⁾.

(1)- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ج3، ص 33، نقلا عن: أحمد شوقي الشلقاني، ص531.

(2)- انظر: أحمد شوقي الشلقاني، ص575.

(3)- المرجع نفسه، ص517.

(4)- انظر: حسن الجوخدار، ص319 بتصرف.

وإذا صدر القانون الأصلح بعد صدور حكم في غيبة المحكوم عليه وكان قابلاً للمعارضة فإنه يطبق، لأنه يترتب على المعارضة إعادة نظر الدعوى بالنسبة للمعارض أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي؛ ويعد الحكم الغيابي في هذه الحالة كأنه لم يكن وعلى القاضي أن يطبق كل قانون جديد أصلح للمتهم.

وإذا صدر حكم ابتدائي من محكمة أول درجة، وكان قابلاً للاستئناف، فيطبق القانون الجديد الأصلح سواء صدر أثناء مهلة الطعن بالاستئناف أو في أثناء نظر الدعوى الاستئنافية، لأنه يترتب عليه انتقال الدعوى الجنائية برمتها إلى المحكمة الاستئنافية التي تدرس جميع النقاط الموضوعية والقانونية التي فصلت فيها محكمة أول درجة وفي أثناء ذلك يجب تطبيق القانون الأصلح.

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

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

ثانيا-تطبيق القانون الأصلح بعد الحكم البات:

إذا صدر حكم بات في خصومة جنائية فإنه يكون قد انقضى عمر هذه الخصومة وأصبح ذلك الحكم البات هو عنوان حقيقتها، وفي خلال هذه الأثناء قد يصدر قانون يعد

(1)- انظر: حسن الجوخدار، ص312 بتصرف.

(2)- انظر: أحمد فتحي سرور، ص78.

أصلح للمتهم المحكوم عليه والذي استنفذ جميع طرق الطعن في الحكم الصادر ضده، فهل يستفيد من صلاحية هذا القانون؟.

استقر بعض الفقهاء على أن صدور قانون جديد يحدّد من جديد كيفية تكوين هذا المركز-المركز القانوني للمتهم- لا يكون له أثر على الماضي⁽¹⁾؛ إذ أن استقرار وأمن المعاملات في المجتمع أعلى وأسمى في الحرص عليه من مصلحة فرد متهم بالجريمة. وعليه لا يجوز المساس بالحكم البات الذي وباستنفاد الطرق القانونية للطعن فيه يصبح هو عنوان الحقيقة، والصواب الذي لا يقبل المناقشة، فهو يحوز قوة الأمر المقضي فيه فلا يجوز إذن المساس به إلا بنص قانوني يبيح ذلك.

غير أن هذه الوضعية تعد مقبولة من حيث المبادئ لكنها تؤدي إلى نتائج مضرة حيث يمكن أن يتعرض متهم إلى هذا المركز-القانوني- في حين يستفيد بعض المساهمين معه الذين لم يحاكموا من النظام الجديد مما يخالف قواعد العدالة⁽²⁾.

وعليه ظهر رأي فقهي آخر يرى جواز امتداد تطبيق القانون الأصلح إلى ما بعد صدور حكم بات في الدعوى ويحتجون على ذلك.

بوجوب حماية مبدأ العدالة التي تقضي بالحرص على مبدأ تكافؤ الفرص أمام المتهمين للاستفادة من القانون الأصلح سواء من صدر في حقه حكم بات أو من لم يصدر في حقه ذلك.

كما احتجوا بأنه ليس من العدل والمصلحة الاجتماعية أن يؤخذ بعقوبة لم يجد فيها المشرع أو في شدتها فائدة، حتى بعد صدور حكم بات بها على المحكوم عليه فلا معنى للفرقة بين الحالة التي يطبق فيها القانون الجديد الأصلح قبل صدور الحكم البات، وتلك التي يصدر فيها القانون الجديد بعد الحكم البات⁽³⁾.

وأمام هذا الاختلاف اقترح "جانب من الفقه أنه يمكن تدارك هذه الوضعية مع المحافظة على التوازن عن طريق العفو، غير أن آثار العفو لا تتساوى مع آثار النص

(1) - سليمان بارش، ص 57.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، القاهرة، د.ط، 1938، ج1، ص127.

الجديد"⁽¹⁾. فإضافة إلى أن العفو لا يتشابه في مفعوله وآثاره مع حالة صدور القانون الجديد، فهو وسيلة خطيرة وغير كافية لأنها تخضع للسلطة التقديرية لرئيس الدولة وقد لا تحقق المساواة المبتغاة منها.

أما عن موقف المشرع الجزائري "وإذا رجعنا إلى نص المادة 531 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية نلاحظ أن المشرع في تحديده لحالات التماس إعادة النظر في الحكم البات لم يشر إلى هذه الحالة -حالة صدور قانون أصلح- ومن ثم وخدمة للشرعية والعدالة، فإنه يتعين على المشرع أن يضمن نصا يحكم هذه الحالة، ويبقى الطريق إلى طلب العفو مرسوما لمواجهة هذه الحالة لحين تدارك المشرع لها"⁽²⁾.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الأصلح للمتهم في التشريع الإسلامي

وسأطرق في هذا الفرع إلى تطبيق حكمي الظهر واللعان، من خلال الآيات التي تقرر ذلك، تماشيا مع طريقة الاستدلال على تطبيق مبدأ عدم الرجعية الذي تناولته من خلال آيات الأحكام سابقا.

وقد اقتصرنا على التطبيقات الثابتة بالقرآن لأن التأكد من ذلك يغني عن البحث في السنة والمصادر التشريعية الأخرى، كون القرآن هو المصدر الأول والأساس في التشريع الإسلامي.

وعليه سأركز الحديث على جرائم الحدود الثابتة بآيات الأحكام دون الخوض في تفصيل جرائم التعازيز، إذ أن هذه الأخيرة يجري عليها ما يجري في القانون الوضعي كونها متروكة في تقديرها وآليات تنفيذها لاجتهاد ولي الأمر حسب ما تقتضيه المصلحة العامة.

أولا-تطبيق القانون الأصلح للمتهم في جريمة الظهر

1- ماهية الظهر:

أ- مفهومه :

في اللغة: جاء في لسان العرب: "الظهر من كل شيء خلاف البطن، والجمع أظهر وظهور والظهران، وظاهر الرجل امرأته، وظاهرتها مظاهرة وظهارا: إذا قال: هي علي كظهر

(1) - سليمان بارش، ص 57.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ذات الرحم، وقوله عز وجل: «والذين يظهرون من نسائهم»⁽¹⁾، وهو أن يقول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي⁽²⁾.

وفي الإصطلاح: الظهر في الاصطلاح الشرعي هو أن يشبه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد، أو بجزء منها يحرم عليه النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ⁽³⁾.

ب- حكمه:

يحرم على المسلم أن يظاهر من زوجته، وهذا هو حكمه من جهة الحل والحرمة، فلا يباح له فعله وقد دل على ذلك وصف الظهر بأنه منكر من القول وزور⁽⁴⁾.

قال الإمام ابن القيم⁽⁵⁾: "إن الظهر حرام لا يجوز الإقدام عليه لأنه كما أخبر الله عنه منكر من القول وزور، فكلاهما حرام، والفرق بين جهة كونه منكرا وجهة كونه زورا أن قوله: أنت علي كظهر أمي، يتضمن إخبارا عنها بذلك، وإنشاء تحريمها فهو يتضمن إخبارا وإنشاء فهو خبر زور وإنشاء منكر"⁽⁶⁾.

ج- صيغة الظهر: وله صيغتان إما صريحة وإما ضمنية.

فالصيغة الصريحة: ما كانت بصيغة لا تحتل معنى آخر غير الظهر، كما إذا قال الرجل لزوجته: أنت علي كظهر أمي⁽⁷⁾ أو قوله: "أنا منك مظاهر أو ظاهرتك أو جسمك أو يدك أو نفسك كبدن أمي أو جسمها"⁽⁸⁾.

والصيغة الضمنية: ما كانت الصيغ فيه محتملة الظهر وغيره، مثل أن يقول لزوجته: أنت علي كأمي فإنه يحتمل إرادة أنها كأمه في التكريم، كما يحتمل أنها مثلها في التحريم، فإذا أفصح الزوج عن قصده فقال: أردت التكريم لم يكن ظهارا، وإن قال: أردت التحريم، فإن قصد تحريمها بالطلاق كان طلاقا وإن قصد تحريمها بالظهار كان ظهارا⁽⁹⁾.

(1) - سورة المجادلة، الآية: 3.

(2) - ابن منظور، مادة ظهر، ج4، ص655.

(3) - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، د.ط، ص421.

(4) - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2: 1994، ج8، ص284.

(5) - ابن القيم هو: أبو عبد الله بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، من المجددين في الفقه الحنبلي، من كتبه إعلام الموقعين وزاد المعاد والطب النبوي، توفي سنة 571هـ، انظر: الزركلي، ج6، ص28.

(6) - ابن القيم، زاد المعاد، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، ص82.

(7) - بدران أبو العينين بدران، ص423.

(8) - عبد الكريم زيدان، ج8، ص298.

(9) - بدران أبو العينين بدران، ص422-424.

د- آثار الظهار:

يترتب على المظاهر حرمة الوطء قبل الكفارة بحيث "يحرم عليه أن يطأ زوجته قبل أن يخرج كفارة الظهار، وليس في هذا الحكم اختلاف بين الفقهاء وإذا كانت الكفارة الواجبة على المظاهر عتقا أو صوما⁽¹⁾ لقوله تعالى: «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا»⁽²⁾ فسياق الآية يدل على إتمام الكفارة قبل المسيس.

أما في كفارة الإطعام ففي شأنها خلاف.

فعند الشافعي والحنفية والحنابلة: أن الكفارة إذا كانت بالإطعام فالحكم أيضا حرمة وطئها قبل إخراج الكفارة بالإطعام⁽³⁾.

وذهب الإمام أبو ثور⁽⁴⁾ إلى إباحة الوطء قبل إخراج الكفارة بالإطعام، وعن الإمام أحمد⁽⁵⁾. ما يقتضي ذلك لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبل التكفير بالإطعام كما منعه قبل العتق والصيام⁽⁶⁾.

هذا في حرمة الوطء قبل التكفير، أما التلذذ بما دون الجماع من القبلة واللمس والمباشرة فيما دون الفرج ففيه روايتان⁽⁷⁾.

الرواية الأولى: يحرم ذلك على الزوج المظاهر وهو "قول الزهري⁽⁸⁾. ومالك والأوزاعي⁽⁹⁾ والحنفية"⁽¹⁾.

(1) - عبد الكريم زيدان، ج8، ص304.

(2) - سورة المجادلة، الآية:3.

(3) - عبد الكريم زيدان، ج8، ص304.

(4) - أبو ثور هو: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبى البغدادي، لقب بأبي ثور وكانت كنيته أبو عبد الله، يعتبر من أصحاب الشافعي وأن مذهبه مستقلا ولا يعد تقريره وجها. توفي سنة 240هـ. ابن هداية الله، ص22.

(5) - أحمد: هو الإمام أحمد بن حنبل بن هلال الذهلي المروزي ولد سنة 164هـ، وتوفي سنة 241هـ. انظر عبد السلام محمد الشريف، ص57.

(6) - ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت: 1972، ج8، ص267.

(7) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(8) - الزهري هو: أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري يعرف بابن شهاب والزهري ثقة كثير الحديث والعلم والرواية فقيها جامعاً، توفي سنة 124هـ. انظر: الشيرازي، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، بيروت، ط2: 1989، ص76.

(9) - الأوزاعي: هو أبو عمر عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي فقيه أهل الشام ومحدثهم... توفي سنة 157. انظر: الشيرازي، ص16.

الرواية الثانية: لا يحرم شيء من ذلك، قال أحمد: أرجو أن لا يكون به بأس وهو قول الثوري (2) وإسحاق (3) وأبو حنيفة(4) ... لأنه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزته التحريم كوطء الحائض (5).

2-تطبيق القانون الأصلح في الظهار:

ثبت حكم الظهار بقوله تعالى: «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحریم رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم»(6).

جاءت هذه الآية بحكم جديد للظهار وهو كفارة المظاهر بتحريم رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا، وذلك قبل أن يمسه أي أن الكفارة تسبق مسيس المظاهر لزوجته لأن الكفارة هي التي تبيح له مسيسها فلا يجوز له ذلك إلا بعد إتمام أدائها. وعليه "لا يقرب المظاهر امرأته ولا يباشرها ولا يتلذذ منه بشيء حتى يكفر"(7). وحكم الكفارة الجديد جاء لا غيا لحكم قديم للظهار هو "جعل المرأة التي يظاهر منها زوجها محرمة عليه إلى الأبد فلا تعود إليه أبدا، ومحرمة كذلك على غيره من الأزواج فلا يجوز لأحد غيره أن يتزوجها، فتبقى المرأة المظاهر منها معلقة لا هي لزوجها ولا يحل لها أن تتزوج سواه"(8).

(1) - عبد الكريم زيدان، ج8، ص305.

(2) - الثوري: هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي أحد الأئمة المجتهدين كان له أتباع، ولد سنة 77هـ، وتوفي سنة 161هـ. انظر: الخزرجي، ص154.

(3) - إسحاق: هو إسحاق بن إبراهيم بن مغلدة أبو محمد بن راهوية، إمام في الفقه والحديث ولد سنة 161هـ وتوفي سنة 238هـ، انظر: المرجع نفسه، ص27.

(4) - أبو حنيفة: هو النعمان بن ثابت بن زوطي، ولد سنة 80هـ، وتوفي سنة 150هـ، انظر عبد السلام محمد الشريف، ص57.

(5) - ابن قدامة، ج8، ص568.

(6) - سورة المجادلة، الآية: 3-4.

(7) - القرطبي، ج14، ص186.

(8) - عبد السلام محمد الشريف، ص186.

إذن كان الحكم القديم هو التحريم الأبدي للمرأة على المظاهر منها فجاء الحكم الجديد وهو التكفير عن الظهر والعودة إلى الحياة الزوجية، فما العلاقة بين الحكمين من حيث الشدة والخفة؟.

واضح أن حكم "التكفير عن الظهر بالاعتاق أو بصوم شهرين متتابعين أو بإطعام ستين مسكينا، لم يكن إلا تخفيفا عن الحكم الذي كان قائما، لأن الحكم الذي كان قائما هو التحريم المؤبد الذي لم يكن منه مناص وهذا حكم شديد على الرجل والمرأة معا، إذ أنه سيحرمهما من الحياة الزوجية على وجه التأييد..."(1) .. ومن وجه التخفيف أيضا أن يُخَيَّر المظاهر في أداء الكفارة حسب ما يستطيع عليه.

وعليه يكون الحكم الجديد أخف وأصلح للمظاهر من الحكم القديم.

وبعد إقرار كون الحكم الجديد أخف على المظاهر من الحكم السابق له، نرى هل طبق الحكم الجديد الأخف بأثر رجعي أم لا؟ ذلك ما سنعرفه من خلال استعراض سبب نزول هذه الآية.

يقول الإمام السيوطي(2): "لا خلاف فيما أعلم حول سبب نزول الآية فإن الإجماع منعقد على أنها نزلت في حق أوس بن الصامت(3)"(4).

فقد قالت خولة(5) بنت مالك بن ثعلبة: "ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فجننت رسول الله ﷺ أشكو إليه، ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: اتق الله فإنه ابن عمك، فما خرجت حتى أنزل الله: «قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاور كما...»(6)"(7).

(1)- محمد أبو زهرة، ص 289-290.

(2)- السيوطي: هو عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، إمام حافظ مؤرخ، من كتبه: الإتيان في علوم القرآن، الأشباه والنظائر وغير ذلك توفي سنة 911هـ. انظر: الزركلي، ج4، ص71.

(3)- أوس بن الصامت: هو أوس بن الصامت الأنصاري الخزرجي بدري، أخو عبادة بن الصامت وهو الذي ظاهر من امرأته، قال ابن حبان: مات في خلافة عثمان وله 85 سنة. انظر: ابن حجر، تقريب التهذيب، ج1، ص85.

(4)- السيوطي، لباب النقول في أسباب النزول، الدار التونسية للنشر: 1979، ص 284.

(5)- خولة بنت مالك: هي خولة بنت مالك بن ثعلبة بن أحزم الأنصارية الخزرجية صحابية هي التي ظاهر منها زوجها فأنزل الله فيها قرآنا، ويقال لها خويلة بالتصغير وزوجها هو أوس بن الصامت أخو عبادة بن الصامت. انظر: ابن حجر، ج2، ص596.

(6)- سورة المجادلة، الآية:1.

(7)- السيوطي، ص284.

"... فقال الرسول ﷺ: **يعتق رقبة، قالت- خولة بنت مالك-: لا يجد، قال: فيصوم شهرين متتابعين، قالت: يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به بصيام، قال: فليطعم ستين مسكينا، قالت: ما عنده من شيء يتصدق به، قالت: فأتى ساعتئذ بعرق من تمر، قالت يا رسول الله: فأني أعينه بعرق آخر، قال: قد أحسنت أذهبي فأطعمي بها ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك**"(1).

ومن ذيل هذا الحديث "ارجعي إلى ابن عمك" يتبين واضحا أن حكم التكفير عن الظهار وهو الحكم الجديد الأخف قد طبق على حادثة سبب نزول آية الحكم وهي حادثة سابقة لنزول الآية زمانيا فتكون قد طبقت بأثر رجعي.

ومنه نقول أن آية الظهار تدل على تطبيق القانون بأثر رجعي إذا كان أصحح للمتهم، وعليه يكون التشريع الإسلامي يأخذ بالتطبيق الرجعي للقانون الأصح للمتهم كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية.

ثانيا-تطبيق القانون الأصح للمتهم في جريمة اللعان

1-ماهية اللعان:

أ-تعريفه: اللعان: الإبعاد والطرده من الخير، واللعنة: الاسم، والجمع لعان ولعنات، ولعنه يلعنه أي طرده وأبعده، واللعان والملاعنة: اللعن بين اثنين فصاعدا... والملاعنة بين الزوجين إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنى بها فالحاكم يلاعن بينهما، وجائز أن يقال للزوجين إذا فعلا ذلك: قد تلاعنا ولاعنا والتعنا... (2).

وفي الاصطلاح الشرعي: اللعان حلف زوج مسلم مكلف على زنى زوجته أو نفي حملها منه، وحلفها-أي الزوجة- على تكذيبه أربعا من كل منهما بصيغ أشهد بالله بحكم حاكم يشهد القضية(3).

ب-كيفية: إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسبة ولدها إليه، ولم تكن له بينة على دعواه، ورفعت الزوجة الأمر إلى القاضي، فإن القاضي يسأل الزوج عن القذف فإن أقر به

(1)- أبو داود، كتاب الطلاق، باب في الظهار، ج1، ص 674 حديث رقم 2214.

(2)- ابن منظور، مادة لعن، ج5، ص374.

(3)- عبد الكريم زيدان، ج8، ص321.

أو أنكره وأقامت الزوجة البينة عليه أجرى القاضي اللعان بينهما، وذلك بأن يطلب القاضي من الزوج أن يقول أمامه: أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة هذه من الزنى، ويشير إليها إن كانت حاضرة، ثم يكرر ذلك أربع مرات ويقول له القاضي قل لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى أو نفى الولد⁽¹⁾.

فإذا انتهى الزوج من ذلك طلب القاضي من الزوجة أن تقول: "أشهد بالله أن زوجي فلان لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى، تقول ذلك أربع مرات ثم يقول لها القاضي في الخامسة قولي: غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنى⁽²⁾.

ج- آثار اللعان: إذا اكتمل وقوع اللعان ترتب على ذلك سقوط الحد على المتلاعنين والتفريق بينهما، ويحرم استمتاع كل منهما بالآخر حتى قبل تفريق القاضي بينهما⁽³⁾.
واختلف الفقهاء في وقوع التفريق بين المتلاعنين⁽⁴⁾:

- فذهب أبو حنيفة إلى أن الفرقة لا تقع إلا بتفريق القاضي، فلو تلاعنا وتأخر تفريق القاضي كانت الزوجية باقية بينهما في بعض الأحكام كالإرث مثلاً.
- وذهب مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أن الفرقة تقع بمجرد الملاعنة وحكم القاضي منفذ لها، لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد وجد ولولاه ما وقعت.

2-تطبيق القانون الأصلح في اللعان:

ثبت حكم اللعان بقوله تعالى: «والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرو عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين»⁽⁵⁾.

جاءت هذه الآية بحكم جديد وهو الملاعنة بين الزوجين وهو حكم جديد، وذلك أن الحكم العام -القديم- كان هو حد القذف، فمن يرمي امرأته بالزنا يعد قاذفاً كمن يرمي محصنة غيرها، فلا فرق بين زوجة

(1) - الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ج3، ص237.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - انظر: مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ط2: 1977، ص603.

(4) - انظر: المرجع نفسه، ص603-604.

(5) - سورة النور، الآيات: 6-9.

وغير زوجة، فلما جاء اللعان قررت الآية حكمه عوض القذف إذا كانت حالته متعلقة بتقاذف الزوجين.

إذن فالحكم القديم هو القذف والحكم الجديد هو اللعان، ولكن ما العلاقة بينهما من حيث الشدة والخفة؟ إن عقوبة جريمة القذف هي حد القاذف ثمانين جلدة-الحكم القديم-، بينما اللعان هو انفصال العلاقة الزوجية بعد أن يحلف الزوج ليبرئ نفسه من الكذب، وتبرئ الزوجة نفسها من تهمة الزنا، فإذا تم اللعان على هذا لم يكن من المستحسن أن تستمر العلاقة الزوجية لفقدان الثقة بين الزوجين. وإذا تمعنا الحكمين نرى أن حكم اللعان جاء تخفيفاً من حكم القذف وذلك من حيث ما يلي:

أ- اللعان أخف من القذف في الإثبات، فإن كان القذف يشترط أربعة شهداء فإن اللعان ألغى هذا الشرط بين الزوجين وأصبح يكفي بينهما التحالف.

فحلف الزوج على قذف زوجته أخف عليه من البحث على أربعة شهود.

ب- القاذف في الحكم القديم يجلد ثمانين جلدة، والملاعن لا يجلد وإنما تنفصل العلاقة بينه وبين زوجته، فالجلد أشد على القاذف من انفصال العلاقة الزوجية، وهذه الأخيرة أخف لأن الزوج لديه استعداد لذلك بعد أن فقد الثقة في زوجته فيكون ذلك مراده.

فاللعان أخف لأنه يحقق للزوج مراده وهو الانفصال ويدراً عنه حد القذف وهو الجلد. وعليه يكون الحكم الجديد- اللعان- أخف وأصلح من الحكم القديم-القذف-.

بعد بيان كون الملاعنة أخف من القذف، سنرى إن كان الحكم الجديد الأصلح للمتهم-اللعان- قد طبق بأثر رجعي، وذلك من خلال حادثة سبب النزول.

روى البخاري (1) أن عويمر (2) العجلاني "جاء رسول الله ﷺ وسط الناس فقال: يا رسول الله، أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيفتله فقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأت بها... فتلاعنا... عند رسول الله

ﷺ... " (3)

(1)- البخاري: هو أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، إمام المحدثين، وشيخ الحفاظ في عصره، من كتبه صحيح البخاري في الحديث، ولد سنة 194 هـ، وتوفي سنة 251 هـ. انظر: السبكي، طبقات الشافعية، دار الأفاق الجديدة، بيروت، ط2: 1981، ج2، ص 212-213.

(2)- عويمر العجلاني: هو عويمر بن أشقر له صحبة مدني، روى عنه عباد بن تميم ومحمد بن يحيى بن حبان، انظر: الرازي، كتاب الجرح والتعديل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، دبت، ج7، ص28.

(3)- البخاري، كتاب اللعان، ج2، ص 1129-1130، الحديث رقم 1492.

من هذا الحديث وفي قوله: "فتلاعنا" يتضح أن الآية طبقت على من نزلت فيه وهو عويمر العجلاني، فهو قد قذف زوجته بالزنى في ظل حكم الآية القديمة وهي آية القذف، إلا أنه طبق عليه الحكم الجديد وهو حكم اللعان وذلك لأنه أخف عليه. إذن فحكم اللعان طبق على حادثة سابقة لوقت نزوله بأثر رجعي، ومنه يكون التشريع الإسلامي يأخذ بالتطبيق الرجعي للقانون الأصلح للمتهم كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية.

خلاصة

من خلال دراستي لمبثني هذا الفصل توصلت إلى عدة نتائج أجملها فيما يلي:

1- لإمكانية تطبيق مبدأ عدم الرجعية لا بدّ من العلم بوقتي ارتكاب الجريمة و نفاذ القانون الجديد، حيث يجب أن يكون ارتكاب الجريمة سابقاً لنفاذ القانون الجديد أو ملازماً له على الأقل.

2- إلغاء القانون في النظام الوضعي يُعبّر عنه بالنسخ في التشريع الإسلامي، فيتفقان في أمور كالمضمون و الأنواع، و يختلفان في أخرى كالأحكام القابلة للنسخ والإلغاء و المشروعية.

3- يتفق القانون الجزائري مع التشريع الجنائي الإسلامي حول مبدأ عدم الرجعية، سواء في جانبه النظري أو التطبيقات العملية.

4. إن تحديد القانون الأصلح للمتهم يتحدّد بناء على ضابط واقعي من خلال السلطة التقديرية الممنوحة قانوناً للقاضي، و آخر موضوعي يتمثل في التزام ذلك القاضي بالضوابط القانونية المقررة لأصلحية القانون للمتهم.

5- إن صدور القانون الأصلح للمتهم قبل رفع الدعوى أو في الفترة ما بين رفعها و صدور الحكم البات يعتبر هو الواجب التطبيق، أما صدوره في الوقت التالي لصيرورة الحكم باتاً فاختلف الفقه حول إلزامية تطبيقه، وفي غياب رأي المشرع هنا يبقى العفو هو الإجراء الذي يُحتكم إليه.

6- موقف التشريع الإسلامي واضح حول تطبيق القانون الأصلح للمتهم من خلال بعض النصوص القطعية التي طبقت أحكامها بمجرد نزولها على الأحداث التي تمثل سبباً لذلك النزول.

الباب الثاني

تطبيق النص الجنائي من خلال مبدأ الأثر الفوري و المباشر

-الفصل الأول-

مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي وعلاقته مع مبدأ عدم الرجعية

-الفصل الثاني-

تطبيقات مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي

الباب الثاني: تطبيق النص الجنائي من خلال مبدأ الأثر الفوري والمباشر.

انطلاقاً من دراستنا للباب الأول تبين أن مبدأ عدم الرجعية لا يمكن الاعتماد عليه وحده، لحل كل الإشكالات المترتبة عن حركة تعديل النصوص والقوانين الجنائية، خصوصاً تلك التي ترتبط بأوضاع ووقائع يكون عامل الزمن عنصراً جوهرياً لتكوّنها أو انقضائها أو ترتيب آثارها، فيتعاقب على إحدى هذه الحالات أو كلها قانونين أو أكثر.

و عليه لا يكفي الركون إلى مبدأ عدم الرجعية لحل جميع الإشكالات التي يثيرها التنازع الزمني للنصوص الجنائية، فهذا المبدأ يعني فقط أن القانون الجديد لا يسري على الماضي دون إعطاء لما يقع في المستقبل.

و أمام هذا القصور ظهر مبدأ آخر لإعطاء الصورة الواضحة لإشكالية تنازع القوانين من حيث الزمان، إذ بناء على ذلك تُعطى الحلول الكاملة لهذه الإشكالية، و يتمثل هذا المبدأ في الأثر الفوري و المباشر للنص الجنائي.

فما هو مدلول هذا المبدأ في جانبه النظري؟ وما هي آليات و حدود تطبيقه؟

ذلك ما يتم الكشف عنه في هذا الباب ضمن فصلين هما:

الفصل الأول: مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي وعلاقته بمبدأ عدم الرجعية

الفصل الثاني: تطبيقات مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي.

الفصل الأول
مبدأ الأثر الفوري و المباشر للنص الجنائي و علاقته مع مبدأ عدم الرجعية

- المبحث الأول-

مفهوم مبدأ الأثر الفوري و المباشر و الأسس التي يقوم عليها

- المبحث الثاني-

علاقة مبدأ الأثر الفوري مع غيره في تنازع القوانين من حيث الزمان

الفصل الأول: مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي وعلاقته مع مبدأ عدم

الرجعية.

إن مبدأ الأثر الفوري و المباشر للنصوص الجنائية قد جاء على أنقاض عجز النظرية التقليدية و المتمثلة في مبدأ عدم الرجعية عن إعطاء الحلول الكافية لإشكالية التنازع الزمني في القوانين الجنائية، و عليه يكون مبدأ الأثر الفوري و المباشر قد جاء للقيام بدور تكميلي و ليس كبديل كلي لما كان سائداً.

و أمام هذا يثار التساؤل عن مدلول الأثر الفوري من جهة، وعلاقته بغيره في حل إشكالية التنازع الزمني للنصوص الجنائية من جهة أخرى، وهو ما أتناوله في هذا الفصل ضمن مبحثين هما:

المبحث الأول: مفهوم مبدأ الأثر الفوري والمباشر والأسس التي يقوم عليها.

المبحث الثاني: علاقة الأثر الفوري مع غيره في تنازع القوانين من حيث الزمان.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي والأسس التي

يقوم عليها.

وأتناول هذا المبحث في مطلبين حيث أتطرق في المطلب الأول للمفهوم اللغوي والاصطلاحي لمبدأ الأثر الفوري والمباشر وتاريخ ظهوره. كما أتطرق في المطلب الثاني للأسس التي يرتكز عليها هذا المبدأ الفقهية منها والتشريعية.

المطلب الأول: مفهوم الأثر الفوري للنص الجنائي وتاريخه.

وللوقوف على مدلول هذا المبدأ بعمق يستوجب الحديث عن مفهومه سواء من حيث اللغة أو المعنى الاصطلاحي، وهو ما سأتناوله في الفرع الأول. إضافة إلى الغوص في النشأة التاريخية لهذا المبدأ لكي تتضح ماهيته أكثر فأكثر وهو مات سأكشف عنه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول: مفهوم الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي.

أولاً: المفهوم اللغوي لمبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي.

لقد سبق التعريف اللغوي للألفاظ التالية: مبدأ⁽¹⁾ - النص⁽²⁾ - الجنائي⁽³⁾ في الباب الأول من هذا البحث، في حين سأتناول التعريف اللغوي لكل من: الأثر - الفوري - المباشر - في هذا الفرع من الباب الثاني على النحو التالي:

1- تعريف لفظ - الأثر - لغة:

جاء في لسان العرب: "الأثر بقية الشيء والجمع آثار وأثور، وخرجت في إثره وفي أثره أي بعده... والأثر بالتحريك ما بقي من رسم الشيء، والتأثير إبقاء الأثر في الشيء... والأثيرة من الدواب العظيمة الأثر في الأرض بخفها أو حافرها بيّنة الإثارة... والأثر

(1) - انظر هذه الرسالة ص 5-6.

(2) - انظر هذه الرسالة ص 6-7.

(3) - انظر هذه الرسالة ص 7.

الخبر والجمع آثار... وسنن النبي ﷺ آثاره". (1)

"والأثر ما بقي من رسم الشيء، والأثر الخبر وجمعه آثار... الأثر - محرك - هو ما يؤثره الرجل بقدمه في الأرض، وكذا كل شيء مؤثر أثر: يقال: جنتك على أثر فلان كأنك جنته تطأ أثره". (2) وقالوا: "أثر السيف مضموم جرحه... ويقال: خرجت في أثره وإثره... وأثر السيف ضربته". (3)

"وأثر جمع آثار وأثر... ما بقي من رسم الشيء... جاء على أثره أي بعده على الأثر أي في الحال". (4)

2- تعريف لفظ - الفوري - لغة:

جاء في لسان العرب " وجاءوا من فورهم أي من وجههم... وأتيته في فورة النهار أي في أوله... وفورة العشاء بعده... وفور كل شيء أوله وقولهم: ذهب في حاجة ثم أتيت فلانا من فوري أي قبل أن أسكن". (5) "ورأيت في فورة النهار أي في أوله... وفورة العشاء بعده، وقولهم: ما لم يسقط فور الشفق هو بقية حمرة الشمس في الأفق الغربي". (6)

"والفور هو الحالة التي لا بطء فيها... وفور كل شيء أول وقته يقال رجع من فوره وفورا أي في الحين دون أن يستقر أو يلبث". (7) و"فوري عفوي طبيعي - جواب فوري - ما ما يتم من غير تأخر". (8)

3- تعريف لفظ - المباشر - لغة:

جاء في لسان العرب "وتباشر كل شيء أوله كتباشير الصباح والنور... والتباشير طرائق ضوء الصباح في الليل... تباشير الصبح أوائله وكذلك أوائل كل شيء". (9)

(1)- ابن منظور ، المرجع السابق ، المجلد الرابع ، أ. ر ، مادة أثر ، ص 5 ، 6.

(2)- الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1: 2007 ، المجلد الخامس د.ب.ر ، الجزء 9 ، 10 ، ص 7.

(3)- الأزهري ، تهذيب اللغة ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1: 2004 ، المجلد الحادي عشر ، د.ب.ر.ل.ن.ف.ب.م.ي.و.أ. ص 122.

(4)- جبران مسعود ، الرائد ، دار العلم للملايين ، بيروت. لبنان ، 2001 ، ص 24.

(5)- ابن منظور ، المرجع السابق ، المجلد الخامس ، ر.ز ، مادة فور ، ص 67.

(6)- الزبيدي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، تنمة باء الراء ، الجزء 13 ، 14 ، ص 195.

(7)- علي بن هادية وآخرون ، ص 795.

(8)- جبران مسعود ، ص 958.

(9)- ابن منظور ، المرجع السابق ، المجلد الرابع ، ر ، مادة بشر ، ص 62 ، 63.

" وفي حديث الحجاج كيف كان المطر وتبشيره؟ أي مبدؤه وأوله، ورأى الناس في النخل التبشير أي البواكر من النخل، والتبشير ألوان النخل أول ما يرطب وهو التبكير".⁽¹⁾ و"باشر الأمر تولاه واهتم به، وباشر العمل ابتداءً به، قام إليه".⁽²⁾

وتعريف هذه الألفاظ الثلاثة يتعلق بالاستعمال الشائع للمبدأ خاصة في الجانب الفقهي تحت اسم "الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي" غير أن هناك استعمالين آخرين للقاعدة وهما:

- التطبيق الفوري والمباشر للنص الجنائي.

- والسريان الفوري والمباشر للنص الجنائي.

وعليه لا بد من الوقوف على التعريف اللغوي لهذين المصطلحين وهما: التطبيق والسريان.

4- تعريف لفظ - تطبيق - لغة:

"طبّق السحاب الجو: غشاه... وطبّق الماء وجه الأرض: غطاه... وطبّق الغيث الأرض: ملأها وعمّها... وطبّق الغيم تطبيقاً: أصاب مطره جميع الأرض... وقيل التطبيق في الركوع كان من فعل المسلمين في أول ما أمروا بالصلاة، وهو إطباق الكفين مبسوطتين بين الركبتين إذا ركعوا... وتطبيق الفرس تقريبه في العَدْو، والتطبيق أن يثب البعير فتقع قوائمه بالأرض معاً".⁽³⁾

"وطبق الشيء تطبيقاً: عمّ... وطبّق السحاب الجو إذا غشاه ومنه سحابة مطبّقة، وطبق الماء وجه الأرض إذا غطاه... والتطبيق إصابة السيف المَفْصِل حتى يَبِينَ العُضْوُ... والتطبيق: تعنيم الغيم بمطره الأرض".⁽⁴⁾

"طبق تطبيقاً. 1. الشيء: عمّ، انتشر... 5. الحاكم: أصاب في حكمه... 7. القاعدة: أثبت صحتها بالمسائل العلمية، 8. القانون: أنفذ أحكامه".⁽⁵⁾

(1)- الزبيدي، المرجع السابق، المجلد الخامس، تنمة باب الدال، باب الذال، باب الراء، الجزء 9، 10، ص 102.

(2)- جبران مسعود، ص 259.

(3)- ابن منظور، المجلد العاشر، مادة طَبَّق، ص 210 إلى 212.

(4)- الزبيدي، المجلد الثالث عشر، باب القاف، الجزء 25، 26، ص 31 إلى 33.

(5)- جبران مسعود، ص 811.

"طَبَّقَ: يطَبِّق، طَبَّقَ تطبيقا، الشيء: جربه - السحاب نحو الجو: غشاه - الماء وجه الأرض: غطاه - الجلد: وضع طبقة منه على طبقة وسواهما".⁽¹⁾

5- تعريف لفظ - سرّيان - لغة:

"وسرى متاعه يسري: ألقاه عن ظهر دابته، وسرى عنه لثوب سرّيا: كشفه... والسُرى: سير الليل عامته، وقيل: السُرى سير الليل كله... ومعنى يسري يمضي، قال: سَرَى يسري إذا مضى".⁽²⁾

"سرى فلان، يسري سُرىً ومسرّياً وسرّياً، يقال: سرينا سرية واحدة، والاسم السُرية... وسرة عرق الشجر يسري سرّياً: إذا دبّ تحت الأرض، وسرى متاعه يسرّيه سرّياً: ألقاه على ظهر دابته... والغالب على مصادر ما ذكر السراية والسرّيان".⁽³⁾

"سرى يسري: سرّى وسرّية وسرّية وسرّياً وسرّياناً ومسرّياً وسرّياً، 1. سار ليلاً، 2. به: جعله يسير ليلاً... 4. الدم في العروق: جرى فيها، 5. عرق الشجرة في الأرض: دبّ وامتدّ تحتها، 6. الهُمُّ: ذهب".⁽⁴⁾

"سرى: يسري سرّياً وسرّياً وسرّياً: ليل: مضى وذهب - الليل وبه: قطعه بالسير... عرق الشجرة في الأرض سرّياً وسراية: دبّ تحتها".⁽⁵⁾

تقدير المعنى اللغوي:

مما سبق يمكن تجزئة العنوان الذي تم تعريفه لغويا إلى جزئين هما:

* الجزء الدال على الجانب الفعلي والعملي للمبدأ وهو المعبر عنه في كتب القانون بالألفاظ الثلاثة والمتمثلة في: الأثر - التطبيق - السرّيان.

* الجزء الدال على تقييد الفعل المعبر عنه بالأثر والتطبيق والسرّيان بزمن معين والذي نجده في كتب القانون تحت اسمي: الفوري والمباشر.

(1)- علي بن هادية وآخرون، ص 601.

(2)- ابن منظور، المجلد الرابع عشر، مادة سرا، ص 380 إلى 382.

(3)- الزبيدي، المرجع السابق، المجلد التاسع عشر، باب الواو والباء، الجزء 37، 38، ص 142 إلى 147.

(4)- جبران مسعود، ص 687.

(5)- علي بن هادية، ص 466.

وبالتدقيق في الألفاظ المستعملة في كل جزء لترجيح أي منها أقرب للاستعمال الصائب لصياغة المبدأ الذي نحن بصدد دراسته نقول:

* الجزء الأول: الأثر - التطبيق - السريان:

إن كلمة الأثر يغلب عليها لغويا طابع ترك نتيجة ما دون التركيز لا على الفاعل وعلى المفعول، كما في مثال ابن منظور والزبيدي السالف ذكره بالتعبير عنه بما بقي من رسم الشيء، وما يؤثره الرجل بقدمه في الأرض، وعليه يكون لفظ الأثر بعيدا عن الصياغة الصحيحة لغويا للمبدأ، وكون هذه الكلمة ترتبط باقتفاء ما يتركه السائر مثلا وهنا يتضح أن هناك فارق زمني بين الفعل المنتج للأثر وما يترتب عنه من أثر وكذا عملية الاقتفاء وهو لا يتلاءم مع حالة التلازم المطلوبة في موضوعنا.

وكلمة تطبيق يغلب عليها لغويا جانب القيام بالفعل - الفعلية - كما ورد في سياق الحديث عن السحاب والغيث والماء فيما نقل أنفا عن ابن منظور والزبيدي وهو الأقوى في الدلالة على المبدأ بتركيزه على الفاعل.

ولفظ السريان يشترك مع كلمة التطبيق في التركيز على الفعلية غير أنه أحيانا يرد متعديا كما في مثال المتاع والثوب الوارد عن ابن منظور والزبيدي سابقا، كما يرد أحيانا لازما كما في مثال عرق الشجر الوارد عنهما كذلك.

وعليه يمكن القول أن لفظي السريان والتطبيق هما الأقرب لغويا للتعبير عن المبدأ كوننا نتحدث عن القانون الذي يشبه السحاب والغيث في تغطيته لجميع الوقائع والمراكز التي تتلازم مع عملية نشره، في حين يبدو أن لفظ الأثر بعيد نوعا ما عن الصياغة الصحيحة للمبدأ كونه لا يغوص فيما يتركه القانون من خلال تطبيقه الزماني من أثر في المجتمع، فيكون بذلك لفظ الأثر صالحا للدلالة على فاعلية القانون وليس آلية تطبيقه زمانيا، وعليه يكون التعبير الصحيح هو إما: التطبيق أو السريان.

وبالعودة إلى المعاجم الحديثة نجدها تورد كلمة تطبيق دون السريان وهي بصدد الحديث على موضوع القانون وهو ما جعلني اختار هذا اللفظ وتوظيفه في عنوان الرسالة،

غير أن هذه المفاضلة بين الألفاظ لا ترتقي إلى درجة عملية جعل احدها راجح والآخر مرجوح حيث تبقى استعمالاتها صحيحة من قبيل ما درج عليه القانونيون.

* الجزء الثاني: الفوري - المباشر:

إذا دققنا النظر في الاستعمال اللغوي اللفظي المباشر والفوري فيما ورد عن ابن منظور والزبيدي خاصة، نجد أن لديهما دلالات كلها مرتبطة بعامل الزمن، وكلها تشترك في كون هذا الزمن يطلق على بداياته وأوائله، وكلاهما ذو علاقة وثيقة بالمبدأ القانوني الذي نحن بصدد دراسته.

مما سبق يمكن القول أن التعبير الدقيق للمبدأ هو: التطبيق الفوري أو المباشر للنص الجنائي.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي لمبدأ التطبيق الفوري للنص الجنائي:

"سريان القانون بما له من أثر مباشر على ما يقع بعد نفاذه مقتضاه أن القانون الجديد يسري على المراكز القانونية التي بدأ تكوينها بعد نفاذه، وعلى ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين، أو انقضاء للمراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم".⁽¹⁾ و" يقصد بالأثر المباشر للقانون أنه يتسلط بأحكامه على كافة المراكز القانونية التي تنشأ في ظله، متى استوفت الشروط التي تتطلبها لنشئها، وحينئذ تخضع له في آثارها وانقضائها، ويظل تسلطه عليها حتى لو حلّ محله قانون آخر ينظم ذات المراكز".⁽²⁾

ويقصد بالأثر الفوري أنه "بمجرد صدور نص إداري ونفاذه بنشره في الجريدة الرسمية، فإنه يسري على كافة الدعاوى القائمة، وعلى جميع الإجراءات التي تتخذ في هذه الدعاوى، ولو نشأت أو اتخذت هذه الإجراءات عن وقائع سابقة".⁽³⁾

كما يعبر عن هذا المبدأ بأن "تطبق القوانين الجديدة في الحال من وقت العمل بها ويمتنع استمرار القانون القديم في السريان بعد نفاذ الجديد".⁽⁴⁾

(1) - عبد المنعم فرج الصده، ص 249.

(2) - أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط 1، 2004، ص 150.

(3) - أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، 2002، ص 300.

(4) - محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص 469.

وعُرّف بأنه: "والمبدأ وفقا للنظرية الحديثة أن القانون الجديد يطبق ليس فقط على المراكز القانونية التي تنشأ أو تنقضي بعد العمل به، بل أيضا بالنسبة لعناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي تتحقق في ظله، إذا كانت هذه المراكز قد بدأت في التكوين أو الانقضاء في ظل القانون القديم".⁽¹⁾ "ويتمثل الأثر المباشر في انطباق القانون الجديد على الأوضاع الجارية دون أن يمتد إلى ما تم في الماضي".⁽²⁾

وأخيرا يقصد بالمبدأ أن "يسري القانون الجديد بأثر فوري منذ نفاذه على جميع المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون السابق، ولم يتم اكتمالها إلا في ظله، ثم على الآثار القانونية المستقبلية للمراكز التي تولدت في الماضي، كما أنه من باب أولى يسري على جميع المراكز القانونية التي تنشأ أو تنقضي بدءا من تاريخ نفاذه وعلى آثارها القانونية".⁽³⁾

باستقراء التعاريف السابقة نجد أنها تشترك في ملاحظة هامة، وهي أنها تعتمد مباشرة إلى الكلام عن آلية تطبيق المبدأ دون صياغة تعريف دقيق وموجز له، مع الإشارة كذلك إلى غياب تعريف لمبدأ التطبيق الفوري للنص الجنائي في المراجع التي عنت بالحديث عن الفقه الجنائي الإسلامي الحديث، ونفس الحكم في غياب التعريف ينطبق على المراجع الإسلامية سواء في جانب الفقه القديم والحديث منه، وكذا أصول الفقه، إضافة لكتب

السياسة الشرعية وكذا تلك المرتبطة بشرح وتفسير آيات وأحاديث الأحكام وذلك يعود لكون هذا المبدأ وخاصة في صياغته حديث النشأة وهذا الحكم - الغياب - ينطبق على التعريف دون التطبيق الذي سنتحدث عنه في الفصل الثاني من هذا الباب.

الفرع الثاني: نشأة مبدأ التطبيق الفوري للنص الجنائي.

إذا تتبعنا المعطيات التاريخية والمتعلقة بهذا المبدأ نجد أن الحديث عنه لا يتصف بالدقة إذا كان بعيدا عن الإشارة لمبدأ عدم الرجعية، حيث من المسلم به تاريخيا أن هذا

(1) - محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 104.

(2) - علي الجلولي، مجال سريان القواعد القانونية في الزمان، رسالة دكتوراه، جامعة الحقوق والاقتصاد، تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1991، ص 177.

(3) - حسن الجوخدار، ص 130.

الأخير هو السابق في الوجود سواء في جانبه الفقهي أو التشريعي، وبناء على قصوره في إعطاء الحلول لتنازع القوانين من حيث الزمان، بدأت بوادر ظهور مبدأ جديد وهو الأثر الفوري والمباشر للقانون.

ومبدأ التطبيق "الفوري أو المباشر للقانون الجديد كأصل عام لحل تنازع القوانين في الزمان، فيرجع الفضل في إبرازه إلى أوبري ورو منذ أواخر القرن التاسع عشر، ثم أيده روبياي مع اختلاف في التحليل من حيث العلاقة مع مبدأ عدم الرجعية - حيث - يقول أوبري ورو أن المبدأ هو أن القانون الجديد ينطبق على الأوضاع والروابط القانونية التي تكونت قبل صدوره".⁽¹⁾

"وأهم من نادى بفكرة الأثر الفوري للقانون في ألمانيا من الفقهاء سافيني وبركمان، وفي فرنسا ديفرجيه، ويرجع الفضل في إبرازها على شكل مبدأ للفقهاء الفرنسيين أوبري ورو في أواخر نفس القرن وأيدهما في ذلك الفقيه روبييه، ويرجع السبب في تأخر بروز هذا المبدأ مقارنة بمبدأ عدم الرجعية إلى الخلط السائد لدى الفقه والقضاء بين مبدأ سريان القانون الإجرائي بأثر فوري ومبدأ الرجعية".⁽²⁾

وهناك من يقول أنّ "أول من اتجه من الفقهاء هذا الاتجاه الجديد، هو الفقيه الفرنسي فاريل سوميير في مقال له في المجلة الانتقادية سنة 1893 بعنوان: "نظرية جديدة في رجعية القوانين، وكان للفقيه الفرنسي روبييه فضل كبير في عرض هذه النظرية وتفصيلها في كتابه من جزئين عن تنازع القوانين في الزمان".⁽³⁾ في طبعته الأولى وبعد ذلك "أطلق عليه في طبعته الثانية - القانون الانتقالي - وهذه النظرية وضعت في الأصل لحل تنازع القوانين في الزمان، في نطاق القانون الخاص حيث صادفت نجاحا كبيرا لدى فقهاءه، ثم حاول روبييه مدّها إلى نطاق القانون العام".⁽⁴⁾

(1)- علي الجلولي، ص 175 ، 176.

(2)- عبد الباسط العبيودي، تطبيق قانون مكافحة التخريب و الإرهاب في الزمان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن

عكنون، جامعة الجزائر، 1995-1996، ص 116.

(3)- عبد المنعم فرج الصده، ص 230 ، 231.

(4)- حسن الجوخدار، المص 123.

وعليه يكون روبييه أول من أطلق نظرية جديدة في تنازع القوانين من حيث الزمان والتي تقوم على أساس مبدأين متكاملين، هما مبدأ عدم الرجعية، ومبدأ الأثر الفوري، التي بدأ بها في نطاق القانون الخاص ثم "لجأ إلى تطبيقها في نطاق القانون الجنائي، ونقطة البدء في تطبيقها أن هذا الفقيه لا يرى مناصاً من قبول المعطيات التاريخية للقانون الجنائي التي تتمثل في نقطتين هامتين: الأولى هي استبعاد تطبيق القوانين الجنائية الأشد على الجرائم المقترفة قبل نفاذها، والثانية تطبيق القوانين الأخف".⁽¹⁾

ويرى علي الجلولي أن "مؤلف الأستاذ روبييه يعد بلا جدال مرجعاً هاماً في الموضوع، لكن لا يمكن القول أن روبييه هو مؤسس النظرية الحديثة أو رائدها أو أنه هو الذي ميز بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، فهذا التمييز يرجع إلى القرن التاسع عشر، وبالتأمل فيما كتبه مرسال بلانيول - في بداية هذا القرن - حول تطبيق القانون في الزمان، نجد أن هذا الفقيه هو الذي أرسى دعائم النظرية الحديثة، وأن جل أفكاره اعتنقها روبييه وعدد كبير من الشراح المعاصرين".⁽²⁾

مما سبق يتضح أن أصل فكرة الأثر الفوري للقانون تعود للفقيه الفرنسي فارييل سومبير من خلال طرحها على شكل مقال، وهذا الأخير يعني أن المبدأ عرض على شكل تصور عام، لأن المقال لا يمكن في أي حال من الأحوال الإلمام بجميع جوانب الفكرة المطروحة، وخاصة التشعبات المتعلقة بالجانب التطبيقي وكذا الاستثناءات، وهو عمل يحتاج إلى تفصيله في شكل مؤلف فقهي، وهو العمل الذي قام به الفقيه روبييه في كتابه جزئيه.

إذن فمبدأ الأثر الفوري والمباشر في القانون الجنائي الوضعي يعود إلى أواخر القرن التاسع عشر على شكل فكرة جديدة في البداية، ثم تطورت إلى مبدأ فقهي وصولاً إلى ترسيمه تشريعياً وقضائياً، ومما يشار في هذا "قضية تصريح مسؤول فرنسي في ندوة

(1)-المرجع نفسه، ص132.

(2)- علي الجلولي، ص 181 ، 182.

صحفية يعارض فيها إحدى مواقف دوغول، فقام هذا الأخير بتأسيس محكمة خاصة للمعاقبة على الجرائم ضد الدولة، حيث حكم على صاحب التصريح بعقوبة الإعدام⁽¹⁾.
ولكن هذه الحادثة لا تعتبر حجة عملية للأخذ بمبدأ الأثر الفوري والمباشر، بل بناء على تطبيق القانون بأثر رجعي، لأن مناسبة تأسيس المحكمة وتجريم التصريحات القولية كانت هذه الندوة الصحفية.

أما مبدأ الأثر الفوري في فترة الحضارة الإسلامية على ما عرفته من زخم في مجال التشريع والفقه، فلم أعثر في جانبه النظري على تعبير صريح بهذه الصياغة رغم وجود التطبيقات العملية له، والتي سيأتي الحديث عنها في الفصل الثاني من هذا الباب، وفي نظري فإن السبب في ذلك يعود إلى مايلي:

- أن التركيز على النص على مبدأ عدم الرجعية في القرآن والسنة كمبدأ تشريعي، وتفصيل ذلك في الجانب الفقهي من خلال المبادئ الأصولية والقواعد الفقهية حسب ما أشرت إليه في الباب الأول من هذا البحث، يغني عن تكرار الفكرة من خلال النص صراحة على مبدأ الأثر الفوري والمباشر لأن ذلك - التكرار - يتعارض ما هو معروف عن التشريع الإسلامي من سمة تبني العملية التشريعية على شكل مبادئ عامة، اعتباراً أن الإسراف في القواعد التشريعية يعد شكلاً سلبياً في العملية، وهو ما لا ينطبق على نصوص القرآن كونه معجزة في جميع جوانبه ومن بينها الجانب اللغوي، ونفس الشيء بالنسبة للسنة النبوية لكون الرسول - ﷺ - قد أوتي جوامع الكلم إذ يعبر عن عدة أفكار ومعاني بصياغة مختصرة.

- أن تبني مبدأ التطبيق الفوري والمباشر لبعض النصوص وخاصة في المجال الجنائي من خلال استقرار بعض آيات الأحكام مع أسباب نزولها، وأحاديث الأحكام مع مناسبات ورودها، يعطي دلالة على تبني التشريع الجنائي الإسلامي لهذا المبدأ نظرياً، حيث أن الفائدة في الأخيرة والمقصد هو الجانب التطبيقي.

(1)- عمار بوضياف، مداخلة في يوم دراسي بعنوان الاختصاص النوعي بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، نظمه معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، خنشلة، الجزائر، تاريخ 2007/04/25.

- من المتفق عليه في كلا من القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، أن مبدأ الشرعية هو الأقوى حيث يرتقي إلى مستوى المبادئ الدستورية التي لا يجب المساس بها في أي حال من الأحوال، وعليه تضمنته كل الدساتير في العالم، كما نُصّ عليه في آيات قرآنية واضحة الدلالة، وكون عدم الرجعية ذو علاقة وثيقة وحساسة مع الشرعية، فقد تم تبنيه في الجانب النظري، وهذا يغني عن النص مرة أخرى على مبدأ الأثر الفوري انطلاقاً من كون هذا الأخير في مضمونه متداخلاً في كثير من الأحيان مع عدم الرجعية.

المطلب الثاني: الأسس التي يقوم عليها مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون.

إن لكل مبدأ قانوني وخاصة بعد ترسيمه تشريعياً، لا بد من وجود مبررات جادة تفرض وجوده وتستوجب تطبيقه، وهو ما سنعرض له فيما يتعلق بالأثر الفوري للقانون ضمن مطلبين يتعلق الأول بالجانب الفلسفي، والثاني بالجانب التشريعي أو القانوني.

الفرع الأول: المبررات الفلسفية لمبدأ الأثر المباشر للقانون.

ويمكن حوصلة هذه المبررات في:

أولاً: فكرة سمو القانون الجديد: "إن تعديل المشرع أو إلغاؤه لقانون قائم يعد إقراراً منه بقصوره أو عدم صلاحيته، ويفترض أن القانون الجديد في نظر المشرع أكمل من القانون السابق وأفضل، ومن ثم يكون من المصلحة العامة تعميم تطبيقه الفوري على أوسع نطاق ممكن"⁽¹⁾، وعليه "لا يقتصر الأمر على تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية التي تنشأ بعد نفاذه فقط، بل ينبغي أن يمتد سلطانه ليحكم الآثار القانونية التي تترتب في ظله على مراكز نشأت من قبل، لأن استمرار آثار هذه المراكز خاضعة إلى ما لا نهاية لحكم القانون القديم يؤدي إلى استحالة إجراء أي إصلاح اجتماعي"⁽²⁾، وعليه "فكل قانون جديد يصدره المشرع هو أفضل من القانون القديم ويسمو عليه من الناحية الاجتماعية"⁽³⁾.

(1)- Marty et raynaud, droit civil, tome 1, édition 1972, p 188.

(2)- سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، د.م.ن، د.ط، 1967، ص 219.

(3)-andré vitu, des conflits de loi dans le temps en droit pénal thèse nancy 1945

وقد تبنت هذا التبرير مجلة الاستئناف بتونس "في قرار غير منشور في القضية عدد 66 المؤرخ في 1900/07/19 بقولها: القاعدة القانونية الجديدة هي التي يجب أن تطبق باعتبارها هي الأصلح والأفضل".⁽¹⁾

غير أن فكرة سمو القانون الجديد انتقدت من خلال أن أفضلية التشريع الجديد قضية مفترضة وليست حقيقية، إذ أحيانا ما يلغيها الواقع من خلال إلغاء المشرع لقوانين جديدة إما بعد فترة وجيزة من إنشائها أو حتى قبل القيام بتطبيقها الفعلي، تحت ضغط موجات الغضب الشعبية التي تحدثها، وعليه تبقى هذه الفكرة نسبية.⁽²⁾

غير أن هذا النقد في اعتقادي يكون صحيحا لو كان الغرض هو تطبيق المبدأ مطلقا، وما دام كما هو متعارف عليه أن لكل قاعدة استثناءات تطبيقية، وهو نفس الحال ينطبق على مبدأ الأثر المباشر للقانون، فإن هذا المبرر يبقى صحيحا غير أنه غير كاف لوحده كحجة للأثر الفوري والمباشر، ولكن يحتاج إلى مبررات أخرى تعضده وتقويه.

ونظرية سمو القانون الجديد يمكن أن نجد لها أصلا في إلغاء وتعديل النصوص ضمن باب النسخ في التشريع الإسلامي وذلك استنادا إلى قوله تعالى: "ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها..."⁽³⁾ فالحكم الناسخ يكون أسمى من المنسوخ أو الملغى ولذلك استعملت الآية تعبير الأخيرة.

ومعنى - نأت بخير منها - أي أصلح لمن تعبر بها وانفع لها وأسهل عليهم وأكثر لأجرهم"⁽⁴⁾، فتكون لفظة - بخير - هنا صفة تفضيل، والمعنى بأنفع لكم أيها الناس".⁽⁵⁾

ثانيا: فكرة سيادة القانون:

ووفق هذه النظرية فإن مقتضيات احترام سلطان القانون الجديد وسيادته، تكون بإخضاع كل الوقائع وما يترتب عنها من أوضاع قانونية لذلك القانون لمجرد إنشائه ودخوله

(1) - علي الجلولي، الهامش رقم 2، ص 117.

(2) - أسمهان بن علي، تنازع القوانين الجنائية في الزمان، رسالة ماجستير، جامعة تونس II، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2005، 2006، ص 34 بتصرف.

(3) - سورة البقرة، الآية 106.

(4) - النيسابوري، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، تحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، الجزء الأول، ص 190.

(5) - عبد المنعم أحمد تعليب، فتح الرحمن في تفسير القرآن، دار السلام، ط1، 1995، المجلد الأول، ص 131.

حيز النفاذ، سواء كانت متزامنة مع نشره، أو بدأت من قبل ولم تتم بعد، حيث يرى الفقيه بلانيول في تحليله لهذه الفكرة أن "الحقوق لا تضمن إلا بواسطة القانون، فالمشرع لا يؤمن لنا مواصلة التمتع بها بصورة نهائية في المستقبل، ذلك لأن القانون قابل للتعديل فمن البديهي أن تتعدل هاته الحقوق طالما أنها متصلة به، فهي لا تدوم إلا بما يسمح به القانون".⁽¹⁾

ولا شك في صحة هذا التحليل، غير أن النتيجة التي وصل إليها بلانيول قابلة للنقد من خلال أن الروابط القانونية القائمة يمكن أن يلحقها التعديل التشريعي، غير أنه لم يبين لنا إذا كان يجب إقرار مبدأ سريان القانون الجديد على هذه الروابط في حالة سكوت المشرع عن تحديد القانون الواجب التطبيق.

وأمام هذا جاء تحليل آخر للفقهاء أوبري ورو والمبني على أن سريان القانون الجديد على الحاضر يعد نتيجة لسيادة القانون أو التشريع، فيحق للسلطة التي أصدرت النص القانوني أن تعدل ذلك النص أو أن تلغيه، وتكون النصوص الجديدة لازمة الرعاية فوراً.⁽²⁾ "أما التحليل الأخير فينطلق من طبيعة الوضعية القانونية مع اختلاف في الصيغة أو في الوصف، وحسب هذا الرأي، إذا كانت الوضعية محل النزاع وضعية موضوعية أو عامة أو قانونية بالمفهوم الضيق للكلمة أي ينظمها القانون، فإنه يتعين تطبيق القانون الجديد عليها، وبالتالي تتأثر بكل تعديل تشريعي، وقد أخذت المحاكم التونسية في بعض القرارات بهذه الحجة لتبرير سريان القانون الجديد.

وعلى سبيل المثال تقول محكمة الاستئناف في القرار المتعلق بحق الصيدلة في الترشح إلى عضوية الهيئة المهنية، أن المركز القانوني للصيادلة المستأنف عليهما يندرج ضمن المراكز القانونية الموضوعية التي يتحدد نطاقها ومداهما بالقانون مباشرة، بحيث تكاد تعتبر هي القانون نفسه من حيث تطبيقه فيكون من الطبيعي أن تتأثر بكل تعديل يطرأ على القانون".⁽³⁾

(1) - عبد الباسط العيودي، ص 118.

(2) - علي الجلولي، ص 196 ، 197 بتصرف.

(3) - علي الجلولي، ص 197.

إذا نظرية سيادة وسلطان القانون رغم أنها تقدم مبررا صائبا نوعا ما للأثر الفوري ويوافق المنطق القانوني، لكن التماذي في الأخذ بها قد يجرّ إلى الاعتداء على مبدأ أقوى وأسبق تاريخيا وهو عدم الرجعية.

ثالثا: مبرر وحدة التشريع:

"إن تطبيق هذا المبدأ - الأثر الفوري - يمنع ازدواج القانون الذي يحكم المراكز القانونية المتماثلة، فبمجرد صدور القانون الجديد يمتد سلطانه إلى آثار كل المراكز القانونية التي تتحقق في ظله، سواء كانت قد تكونت قبل نفاذه أو بعد نفاذه، وبذلك تتحقق وحدة القانون الذي يحكم المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة"⁽¹⁾ وهو مبرر واضح القوة كون هذه الفكرة - وحدة القانون - مما تصبوا إليه كل الدول في تشريعاتها.

رابعا: المساواة أمام القانون:

إن من دواعي مبدأ المساواة أمام القانون أن يخضع كل الأشخاص لنفس الأحكام القانونية"⁽²⁾ إذا تعلق الأمر بوقائع متماثلة حيث إذا كانت هناك مراكز قانونية لوقائع سابقة لم يفصل فيها القانون القديم حتى جاء قانون جديد، فمساواة أصحاب هذه المراكز يفرض تطبيق نفس القانون الجديد عليها، وعلى ما سينشأ من مراكز بعد نفاذه، إذا ليس من العدل والمساواة تطبيق حكم مخالف لذلك الذي جاء به هذا القانون الجديد والذي يفصل به في ظل سريانه بحجة أنه مرتبط بوقائع سابقة، طالما لم يفصل حول هذه الوقائع قضائيا قبل نفاذ القانون الجديد.

يضاف إلى تأسيس مبدأ الأثر الفوري على قاعدة المساواة ارتباطه كذلك بمبدأ الشرعية "فشرعية الإجراءات أو الأصول يترتب عليها - كما هو الحال في مجال الشرعية الموضوعية - عدة نتائج منها: اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقواعد الإجرائية، وأن

(1)- Paul Roubier, la théorie générale de droit, Edition 1946

نقلا عن: حبيب إبراهيم الجليلي، ص 167.

(2)- عبد الغني بسيوني، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص 21.

نقلا عن: عبد الباسط العيودي، ص 119.

تطبق هذه القواعد بأثر فوري ومباشر، وأن يراعى عند تفسيرها الكشف عن حقيقة قصد المشرع".⁽¹⁾

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 45 من دستور 1996 على أنه "كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون".

خامساً: دور الأثر الفوري والمباشر في حل مشكلة تنازع القوانين في الزمان:

"لقد ظل الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر يعتقد أن مبدأ عدم الرجعية بمفرده يكفي لحل مشكلة تنازع القوانين في الزمان، ولذلك انحصر مجهود الفقه طوال هذا القرن في محاولة تفسير هذا المبدأ عن طريق وضع معيار للتفرقة بين الحالات التي يكون فيها تطبيق القانون رجعيًا، وتلك التي لا يكون فيها كذلك".⁽²⁾

ورغم أن مبدأ عدم الرجعية له دور هام في حل هذه الإشكالية إلا أنه ظل عاجزاً أمام التطبيق العملي وبعض الإشكالات القضائية التي تطرح من حين لآخر، وهو ما جعل الفقهاء في أواخر القرن التاسع عشر يبحثون عن بديل لسد ذلك النقص، والمتمثل في مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون من خلال ما طرحه الفقيه روبييه في كتابه الشهير حول هذه القضية⁽³⁾ بطرح الفكرة وتطبيقها على فروع القانون الخاص في البداية، ثم تم تعميم المبدأ ليشمل فروع القانون العام ومنها القانون الجنائي.

وعليه يكون من أقوى مبررات ظهور مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون، الحاجة العملية والواقعية من خلال المساهمة في إعطاء الحلول للإشكالية المعقدة والمتمثلة في تنازع القوانين من حيث الزمان.

سادساً: تقدير أهمية مبدأ الأثر الفوري من خلال مبرراته:

انطلاقاً من المبررات الخمسة السالفة الذكر، يظهر جلياً أن كل مبرر لوحده لا يمكن الاعتماد عليه كلية لفرض الحاجة لتطبيق المبدأ، نظراً لبعض الانتقادات والنقائص التي

(1)- Ievasseur, Op. Cit n°10, P 7.

(2)- سمير عبد السيد تناغو، ص 658.

(3)- أنظر هذه الرسالة، ص 170.

تثار حولها، ولكن باجتماعها تظهر قوة وأهمية مبدأ الأثر الفوري والمباشر طبعاً إلى جانب المبدأ الأقوى والأكثر أهمية وهو عدم الرجعية.

وتظهر أهمية الأثر الفوري للقانون من خلال ما يحققه من استقرار في العلاقات والسلوكيات الاجتماعية، بناءً على علم الناس أنهم يخضعون في كل ذلك للنصوص القانونية لمجرد نشرها، كما يحملهم ذلك على المتابعة والاطلاع على كل ما يستجد من النصوص القانونية التي تصدرها السلطة المختصة خاصة في المجال الجنائي، لارتباطه من جهة بحماية أمن الأشخاص وممتلكاتهم، ومن جهة أخرى على حرياتهم لكي لا يقعوا فيما يحضره القانون.

إلى جانب ما سبق فإن للمبدأ الفوري دور كذلك في تحقيق المساواة بين الأشخاص وحماية العدل العام، والذي هو ركيزة حماية النظام والوصول للسلم الاجتماعي وهو الهدف الأسمى من وجود القانون من أصله.

سابعا: الانتقادات الموجهة لمبدأ الأثر الفوري والمباشر:

للقوف على هذه النقطة تجدر الإشارة إلى أن تطبيق مبدأ الأثر الفوري وخاصة في المجال الجنائي يتخذ صورتين هما:

الصورة الأولى: تتمثل في فرض القانون الجديد على جميع الوقائع، سواء مادية أو قانونية، وما ينتج عنها من آثار ومراكز والتي تكون متزامنة مع نشر هذا القانون أو تلك التي تحدث بعد ذلك.

الصورة الثانية: وتتحدد بتطبيق القانون الجديد على ما يسمى بالمراكز المتأرجحة أي التي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها، سواء من حيث تكوينها الذي يتطلب وقتاً طويلاً، أو إنتاج آثارها، حيث تبدأ الوقائع في ظل قانون قديم ولا تكتمل أو تنتج آثارها إلا بعد نشر القانون الجديد.

إن الصورة الأولى لا تثار حولها أية إشكالية في أن تطبيق القانون الجديد هو المطلوب لمسايرة ذلك لحماية الاستقرار والأمن العام، ولا يختلف في أي حال من الأحوال مع المنطق والعقل السليم.

أما الصورة الثانية فنطرح بشأنها الشبهة المتمثلة في أنها تؤدي إلى هدم مبدأ المساواة والعدل من خلال ما يلي:

إن تطبيق القانون الجديد على المراكز المتأرجحة قد يجزنا أمام تطبيق حكمين مختلفين أحدهما قديم والآخر جديد على وقائع متشابهة، حيث يمكن أن نكون أمام واقعين متماثلتين فتحرك بشأن أحدهما دعوى ويفصل فيها يحكم في ظل القانون الجديد، ويتباطأ في الفصل في الواقعة الأخرى أو لا تحرك بشأنها الدعوى تحت أي دافع إلى غاية صدور قانون جديد يفصل في ظلها فيها بحكم جديد مغاير، وفي هذا الأمر مساس بمبدأ دستوري سامي وهو المساواة أمام القانون.

غير أنه في اعتقادي هناك مغالطة في هذه القضية من خلال تحليل مبدأ المساواة ففي نظري أن هذا الأخير يكون مهدوما إذا تم الفصل في نفس الوقائع بحكمين مختلفين في ظل سريان قانون واحد، أما أن يكون في ظل نصين قانونيين مختلفين وفق ما أشرنا إليه في الصورة الثانية فهو عين حماية مبدأ المساواة أمام القانون.

الفرع الثاني: الأسس التشريعية لمبدأ الأثر الفوري للقانون.

للحديث عن المبرر التشريعي للمبدأ لا بد من مسابرة نوعية القواعد من حيث درجة القوة والسمو بدء بالقواعد الدستورية كونها تأتي في القمة، ثم البحث عن المبدأ في قواعد القانون المدني كونه هو الشريعة العامة من جهة أخرى، وكون مبدأ الأثر الفوري والمباشر من الناحية التاريخية كان مقتصرًا على القانون الخاص كما جاء في كتاب روبييه والذي عمد فيما بعد إلى تعميمه ليشمل نطاق القانون الجنائي من جهة أخرى.

أولاً: مبدأ الأثر الفوري في القواعد الدستورية:

"خلاف لمبدأ عدم الرجعية فإن تطبيق القانون بأثر فوري لم يتضمنه أي نص سواء كان دستورياً أو عادياً"⁽¹⁾. ففي الدساتير العربية التي اطلعت على جلها لم أجد نصاً تبنى مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون بصريح العبارة، ولم يشذّ على ذلك الدستور الجزائري

(1)- جندي عبد الملك، الجزء 5، ص 583.

عبر جميع مراحل تعديله، غير أنه وبالعودة إلى نص المادة 46 من الدستور الجزائري والتي تنص على أنه "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم". فهذا النص في ظاهره يتحدث صراحة عن مبدأ الشرعية الجنائية في الشق القائل "لا إدانة إلا بمقتضى قانون"، ثم يردف ذلك بالحديث عن مبدأ عدم الرجعية بجعله القانون لا بد أن يكون صادرا قبل ارتكاب الفعل المجرم.

وعدا هذا النص "المادة 46" لم يتضمن الدستور الجزائري أي حديث مباشر وصريح عن مبدأ الأثر الفوري والمباشر، اللهم إلا إذا سلمنا أن هذا المبدأ يعتبر من مقتضيات عدم الرجعية، وعليه فإن النص عن هذا الأخير يغني عن الحاجة إلى الصياغة الصريحة للأثر الفوري والمباشر، غير أن فكرة تبعية الأثر الفوري لعدم الرجعية ليست محل إجماع،⁽¹⁾ وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليها لتبرير السند الدستوري للأثر الفوري للقانون.

وتقريبا نفس الفكرة تبنتها عدة دساتير عربية مع الفارق في التعبير، غير أن الدستور المصري هو الأقرب في الدلالة من خلال قوله "لا تسري أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية مجلس الشعب"، وذلك في المادة 178 من دستور 1971.⁽²⁾

ثانيا: مبدأ الأثر الفوري والمباشر في النصوص الموضوعية:

ونتحدث على ذلك من خلال دراسة موقف المشرع الجزائري في نصوص كل من التقنين المدني وقانون العقوبات.

I- الأثر المباشر في القانون المدني الجزائري: لقد سار المشرع الجزائري على نفس النسق المشار إليه في الدستور وهو غياب نص صريح يتبنى مبدأ الأثر الفوري وهو بصدد

(1)- سيأتي الحديث عن ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل، ص 192 وما بعدها.

(2)- انظر في هذا:

- دستور قطر في المادة 10.
- دستور البحرين في المادة 107.
- دستور الإمارات العربية المتحدة في المادة 112.

صياغة قواعد التقنين المدني، غير أننا يمكن استنتاج تبني هذا المبدأ في موقعين من نصوص القانون المدني الجزائري ويتعلق الأمر ب:

1- المادة الثانية من التقنين المدني:

ينص المشرع في هذه المادة على أنه: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء..."

بالتأمل في الفقرة الأولى من هذا النص يتبين أنه "ينطوي على شقين هامين:

شق سلبي: يتمثل في عدم سريان القانون على الماضي وهذا أمر ثابت ومجمع عليه، وعبرت عنه المادة بقولها "...ولا يكون له أثر رجعي".

وشق ايجابي: ورد في صدر المادة بقولها "لا يسري القانون على ما يقع في المستقبل" وهو يتمثل في سريان القانون الجديد على الحاضر، وهذا التأويل يرجع إلى الفقيهين كولان وكابتان وقد وقع تنبيه فيما بعد من لدن عدة شراح أوروبيين وعرب.⁽¹⁾ غير أن هذا التحليل والربط في نص المادة كما سبق لم يسلم من عيوب ولعل أهمها: من الناحية التاريخية:

إن الفكرة المعبر عنها في المادة الثانية قانون مدني جزائري مأخوذة عن المجلة المدنية الفرنسية لسنة 1804 في فصلها الثاني، وبالعودة إلى المعطيات التاريخية نجد أن هذا الفصل جاء كرد فعل عن القوانين الثورية آنذاك والاضطرابات التي أحدثتها من خلال تبني فكرة منع الأثر الرجعي دون قصد تبني فكرة الأثر الفوري والمباشر.

من الناحية التفسيرية:

إن الأخذ بتحليل الفقيهين كولان وكابتان السابق ذكره من شأنه أن يؤثر على ملكات المفسر للقانون، وخاصة التفسير القضائي، حيث يصبح القاضي مقيدا بمبدأ التطبيق الفوري للقوانين الجديدة، فلا يمكن له استبعاده إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك.⁽²⁾

(1)- علي الجلولي، ص 186 بتصرف.

(2)- عبد الباسط العيدودي، ص 120.

إن الفقرة الأولى من المادة الثانية قانون مدني جزائري السابق ذكرها "ربما تتضمن دعوة إلى تفضيل استمرار سريان القانون القديم، فعندما نص المشرع عن أن أحكام القانون لا تسري إلا على المستقبل أو على ما يقع من تاريخ العمل بها، فإنه ربما قصد عدم سريان القانون الجديد على الحاضر، أي على الأوضاع المتأرجحة التي هي بصدد التكوين أو الانتهاء أو ترتيب الآثار".⁽¹⁾

مما سبق يبقى أن دلالة المادة الثانية من القانون المدني الجزائري على مبدأ الأثر الفوري والمباشر أمراً تأويلياً بعيداً عن التعبير الصريح على ذلك.

2- المادة الرابعة من القانون المدني:

ينص المشرع الجزائري في هذه المادة على أنه "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية. وتكون القوانين 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 إلى مقر الدائرة، ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

باستقراء النص السابق نجده يتحدث عن تحديد بداية نفاذ القاعدة القانونية عن طريق وضع معلّم لذلك والمتمثل بألية نشر القانون في الجريدة الرسمية، وبالعودة إلى الدستور الجزائري نجد أنه "لم يحدّد المدة التي يجب نشر التشريع خلالها بعد إصداره من قبل رئيس الجمهورية، وهذا على خلاف ما تقضي به بعض الدساتير كالدستور المصري الذي أوجبت المادة 188 منه أن [نشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من إصدارها...]. ونرى أن هذا الدستور أحسن صنعا إذ ألزم السلطة التنفيذية بنشر التشريع في مدة قصيرة

(1)- علي الجلوي، ص 187 - 188.

نسبياً بعد إصداره"⁽¹⁾ وهذا لتفادي كثرة الوقائع التي يُحتمل أن يشوب حولها تنازع زمني بين النص الجديد والنص الملغى.

أما عن قضية الاستدلال بالمادة الرابعة على تبني مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون فيبقى من قبيل الدلالة الضمنية وليست الصريحة استناداً إلى التعبير المستعمل من خلال عبارة "...ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية"، وقد جاء بها المشرع للتعبير عن القوة الملزمة للقاعدة القانونية، ولو كان يقصد بها الأثر الفوري للقانون لأدخلها ضمن المواد التي تتحدث عن تنازع القوانين من حيث الزمان والتي جاء بها ضمن الفصل الأول بداية من المادة السادسة.

إذن فتسبب المادة الرابعة قبل الفصل الأول دليل على أن المراد هو الحديث عن كيفية تحديد بداية التطبيق والسريان بالنسبة لمختلف مناطق الجمهورية، ودور الجريدة الرسمية في ذلك، أما الاستدلال بذات النص عن مبدأ الأثر الفوري فيبقى من قبيل الاستنتاجات في ظل غياب إفصاح المشرع عن رأيه، حيث لو أراد ذلك لنص عليه صراحة كما فعل مع مبدأ عدم الرجعية في المادة الثانية من نفس التقنين.

II- مبدأ الأثر الفوري والمباشر في قواعد قانون العقوبات:

ينص المشرع الجزائري في المادة الثانية من قانون العقوبات على أنه "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

وبتحليل عبارات النص نجد أنه يقصد وبصريح الألفاظ مبدأ عدم الرجعية، أما الاستدلال به على تبني المشرع لمبدأ الأثر الفوري فهو من قبيل التأويل الذي بناه أصحابه انطلاقاً من أن مبدأ التطبيق الفوري للقوانين الجديدة يعتبر النتيجة الإيجابية لمبدأ عدم الرجعية، ولهذا فهو يستمد سنده التشريعي والقانوني من النصوص التي تضمن هذا المبدأ. وهذا ما أقره القضاء الفرنسي حيث ترى المحكمة العليا الفرنسية أن فكرة سريان القانون الجديد على الحاضر هو نتيجة متفرعة عن أحكام المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي والتي تتطابق مع المادة الثانية من قانون عقوبات جزائري.

(1) - محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة الجزائر، ط 16، 2008، ص

إذن فالمادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري تقصد صراحة مبدأ عدم الرجعية بقولها: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي"، وهو تعبير واضح، أما استعمالها للدلالة على مبدأ الأثر الفوري فهو من قبيل استعمال مفهوم المخالفة، أي إذا كان النص يمنع التطبيق بالأثر الرجعي فهو يريد التطبيق الفوري، لكن انعدام تأثير القوانين على ما تم في الماضي لا يفيد بالضرورة وجوب سريانه على الحاضر فوراً في ظل غياب تصريح المشرع على ذلك.

ثالثاً: مبدأ الأثر الفوري في النصوص الإجرائية:

ويكون ذلك من خلال الحديث عن تبني المبدأ في نصوص الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية، وكذا قانون الإجراءات الجزائية.

I- الأثر الفوري والمباشر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

ينص المشرع الجزائري في المادة الثانية من هذا القانون وهو بصدد الحديث عن الأحكام التمهيدية التي تسبق الكلام عن الدعوى على مايلي: "تطبق أحكام هذا القانون فور سريانه باستثناء ما يتعلق منها بالأجال التي بدأ سريانها في ظل القانون القديم".

خلافاً للموقف الغامض للمشرع الجزائري من حيث تبني أو رفض مبدأ الأثر الفوري في النصوص الموضوعية - المدنية والعقابية - إلا على سبيل التعبير الضمني كما سلف ذكره؛ فإن موقف المشرع من ذلك يبدو واضحاً وصريحاً وهو يصوغ المادة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث عبر بما يدع مجالاً للشك حول تبنيه لمبدأ الأثر الفوري وبتعبير صريح، ويظهر ذلك جلياً في عبارة "تطبق أحكام هذا القانون فور سريانه" فقد جاء بكلمة - فور - لكي يقطع الشك باليقين حول تبني مبدأ الأثر الفوري.

ولم يكتف المشرع بنص المادة الثانية السابقة حيث جاء في الأحكام الانتقالية والختامية بنص يؤكد فيه تبني مبدأ الفورية، ولكن بطريق غير مباشر حيث تنص المادة 1064 على أنه "تلغى بمجرد سريان مفعول هذا القانون أحكام الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ - الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966 م والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم".

فاستعمال هذه المادة لكلمة - بمجرد - دليل على أنه فور إلغاء القانون السابق يحل محله القانون الجديد وبصفة مباشرة.

II- الأثر الفوري في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري:

ينص هذا القانون على مبدأ الفورية في موضعين ضمن الأحكام المختلفة أو الانتقالية حيث جاء في المادة 729 أنه "تلغى جميع النصوص المخالفة لهذا الأمر" غير أنه وبهذا الإلغاء من غير المنطقي ترك الأمور بغير تنظيم وهو ما استدرسته المادة الموالية لذلك أي 730 من نفس القانون بقولها "ينفذ هذا الأمر اعتبارا من تاريخ نفاذ الأمر رقم 65 - 278

المؤرخ في 22 رجب عام 1358 هـ- الموافق لـ 16 نوفمبر 1965 المشار إليه أعلاه وينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

"وقد صدر المرسوم 66 - 159 المؤرخ في 08 يونيو 1966 محدد تاريخا لنفاذ الأمر 65 - 278 وهو التاريخ نفسه المحدد لنفاذ قانون الإجراءات الجزائية طبقا للمادة السابقة، وتقضي القواعد العامة الإجرائية بأن كل قاعدة قانونية نافذة تسري فورا على جميع الوقائع التي لم يتم الفصل فيها، ولا تمتد إلى وقائع سابقة على ذلك النفاذ التي تم الفصل فيها نهائيا، أي أن القاعدة تطبق بأثر فوري ومباشر، وقانون الإجراءات الجزائية لا يخرج على هذه القاعدة فيطبق بأثر فوري".⁽¹⁾

رابعا: تقدير الأساس التشريعي والقانوني لمبدأ الأثر الفوري:

من خلال ما سبق الحديث عنه في هذا الفرع يتبين أن مبدأ الأثر الفوري من حيث التعبير عنه تشريعيا يغيب في نصوص القانون الدستوري والقانون المدني وقانون العقوبات، وكل كلام عنه في هذه الفروع القانونية يكون من قبيل تقويل المشرع ما لم يفصح عنه، وذلك عن طريق الاعتماد على مبدأ عدم الرجعية لاستنتاج وجود مبدأ الأثر الفوري، ويبقى سكوت المشرع عنه في هذه الفروع يحتمل أن يكون مقصودا أو ناتج عن سهو.

(1)- عبد الله أوهايبة، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2003، ص 16.

أما النصوص الشكلية سواء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو قانون الإجراءات الجزائية فهي واضحة تماما من حيث تبنيها لمبدأ الأثر الفوري بصورة صريحة، بل أكثر من ذلك فقد ضمنته في نصين أو مادتين كما سبق الإشارة إليه. وإذا حاولنا ترتيب التشريعات من حيث تبني مبدأ الأثر الفوري نجد قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المرتبة الأولى من حيث الوضوح يليه قانون الإجراءات الجزائية. ولعل عدم وجود نص في قانون الإجراءات الجزائية يضاهاي نص المادة 2 ق.إ.م.إ من حيث الوضوح راجع حسب رأيي إلى أمرين:

- الأول هو كون ق.إ.ج دخل مباشرة في المادة الأولى منه في الحديث عن الدعوى العمومية فلا مكان فيه للنص على الأثر الفوري نظرا لغياب فصل للأحكام التمهيدية وهو الموضوع الطبيعي الذي من المفروض أن يُنص عليه فيه.

- الثاني أنه من المعروف أن ق.إ.م.إ هو المرجع فيما هو مسكوت عنه في الإجراءات الجزائية كحالة المادة 439 ق.إ.ج،⁽¹⁾ فتكون المادة 2 ق.إ.م.تغني عن تكرار نفس الحكم في ق.إ.ج.

ولكن ومهما كان الأمر فإنه مما هو مجمع عليه فقها وقضاء أن القوانين الشكلية تخضع في تطبيقها زمانيا لمبدأ الأثر الفوري. وأخيرا تبقى نصوص القانون المدني والعقوبات معتمدة على مبدأ عدم الرجعية وهو الذي يطغى عليها، ونفس الموقف بالنسبة لنصوص الدستور.

خامسا: أساس الأثر الفوري في التشريع الإسلامي:

إن المنتبغ لنصوص القرآن والسنة كونهما المصدرين الرسميين للتشريع الإسلامي على الترتيب وبالإجماع لا يمكن له العثور على نص واضح الدلالة على هذا المبدأ - الفورية - وبنفس صياغته القانونية كون هذه الأخيرة حديثة النشأة. ولكن بالعودة إلى الآيات والأحاديث التي جاءت في سياق الكلام عن تطبيق الأحكام الواردة فيها من حيث الزمان، يظهر أنها أشارت لمبدأ الفورية بطريق غير صريح في

(1) - المادة 439 ق.إ.ج: "تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية في مواد التكليف بالحضور والتبليغات ما لم توجد نصوص مخالفة لذلك في القوانين أو اللوائح..."

جانبه النظري، وذلك في نفس مواضع الحديث عن مبدأ عدم الرجعية، لكن بالدلالة عليه بأسلوب مفهوم المخالفة المعروف عند علماء أصول الفقه الإسلامي.

I- مفهوم المخالفة عند الأصوليين:

1- تعريفه وأنواعه:

أ- تعريف مفهوم المخالفة:

"هو إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه، وذلك لانتفاء قيد من القيود المعتمدة في الحكم، ويسمى دليل الخطاب لأن الخطاب قد دل عليه"⁽¹⁾ فدلالة النص على الحكم الثابت فيه تكون معنا لا لفظا.

"والمراد بالقيد أن يكون النص الشرعي دالا على حكم في محل وهو مقيد بقيد، وذلك بأن يكون موصوفا بوصف أو مشروطا بشرط، أو مَغْيًا بغاية، أو محددًا بعدد"⁽²⁾.

ب- أنواع مفهوم المخالفة: أهمها وأشهرها هي:

* **مفهوم الصفة:** "هو دلالة تخصيص الشيء بالوصف على نفي الحكم عن الشيء عند انعدام الوصف"⁽³⁾ والمراد بالصفة "عند الأصوليين تقييد لفظ مشترك المعنى بلفظ آخر يختص ببعض معانيه ليس بشرط ولا غاية ولا يريدون به النعت"⁽⁴⁾.

* **مفهوم الشرط:** "هو دلالة اللفظ المفيد لحكم معلق بشرط على ثبوت نقيضه عند انتفاء الشرط، أي أن التعليق بالشرط يوجب وجود الحكم عند وجود الشرط ويوجب عدم الحكم عند عدم الشرط"⁽⁵⁾ ومثاله قوله تعالى: «وإن كُنَّ أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن»⁽⁶⁾.

"فقد أفادت هذه الآية بدلالة العبارة وجوب النفقة للمطلقة طلاقا بانئا إذا كانت حاملا وذلك بمفهوم المخالفة على انتفاء هذا الحكم عند عدم الحمل"⁽⁷⁾.

(1)- محمود محمد الطنطاوي، أصول الفقه الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط3، 2001، ص 430.

(2)- محمود محمد الطنطاوي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- أحمد الحصري، استنباط الأحكام من النصوص، دار الجيل، بيروت، ط2، 1997، ص 399.

(4)- الشوكاني، ص 180.

(5)- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1994، ص 367.

(6)- سورة النساء، الآية 06.

(7)- عبد الكريم زيدان، ص 367 ، 368.

* **مفهوم الغاية:** "هو دلالة اللفظ الذي قيد فيه الحكم بغاية على ثبوت نقيض ذلك الحكم بعد الغاية، وغاية الشيء آخره".⁽¹⁾

ومثاله قوله تعالى: «**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**». ⁽²⁾
"فقد دلت الآية بمنطوقها المخالف على أنها محللة له بعد أن تتزوج غيره أي ومفارقتة بطلاق ونحوه وانتهاء عدتها منه".⁽³⁾

* **مفهوم العدد:** "هو دلالة اللفظ الذي قيد الحكم فيه بعدد على نقيض ذلك الحكم فيما عدا ذلك العدد، أي أن تعليق الحكم بعدد مخصوص يدل على أن تعليق الحكم بعدد مخصوص يدل على انتفاء الحكم فيما عدا ذلك العدد زائداً كان أو ناقصاً".⁽⁴⁾

ومثاله قوله تعالى في العقوبة بالجلد على جريمة الزنا: «**الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مئة جلدة**» فهذه الآية دللت عن طريق المخالفة عدم مشروعية الجلد في حدّ الزنا بأقل أو أكثر من العدد ثمانين.

* **مفهوم اللقب:** "هو دلالة اللفظ الذي علق الحكم فيه باسم جامد على نفي ذلك الحكم عن غيره".⁽⁵⁾ ومثاله قوله تعالى: «**حرمت عليكم أمهاتكم و...**»⁽⁶⁾، فالنساء التي لم تذكرهن الآية بألقابهن لا يشملهن حكم التحريم.

2- **حجية مفهوم المخالفة:** "ذهب جمهور العلماء إلى عدم العمل بمفهوم المخالفة في مفهوم اللقب وهو الصحيح لأنه لا يفهم منه نفي الحكم عما سوى الاسم الذي أسند إليه الحكم... واختلاف الأصوليون في الاحتجاج بمفهوم الوصف والشرط والغاية والعدد في النصوص الشرعية خاصة.

فذهب جمهورهم إلى الاحتجاج به، وذهب الأحناف إلى عدم الاحتجاج به".⁽⁷⁾

(1)- رمضان علي السيد الشرنباصي، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، ط1، 2005، ص 218.

(2)- سور البقرة، الآية 230.

(3)- رمضان علي السيد الشرنباصي، ص 218.

(4)- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 369.

(5)- محمد تقيّة، المختصر الوافي في أصول الفقه، مؤسسة الكتب الثقافية، ط1، 2000، ص 213.

(6)- سورة النساء، الآية 23.

(7)- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 371.

وقد استدل كل فريق على رأيه بعدة أدلة مع التركيز على الجانب اللغوي في الاستدلال ورجح الدكتور عبد الكريم زيدان رأي الجمهور وهو الذي أميل إليه⁽¹⁾.

II- مفهوم المخالفة في القانون الجزائري:

يتحدث فقهاء القانون الوضعي عن مفهوم المخالفة في باب تفسير القواعد والنصوص القانونية التي تحتاج لذلك الإجراء، فيعرضون لهذا المفهوم في طرق التفسير الداخلية، أي الوسائل المستعان بها لتفسير نص قانوني والتي تعتمد على ذات النص المراد تفسيره، ويكون ذلك عن طريق الاستنتاج إما بطريق الموافقة أو المخالفة إضافة للاستعانة بالصياغة الفرنسية لتفسير النصوص التشريعية الجزائرية.

وقد تبني المشرع الجزائري هذه الوسائل من خلال نص المادة الأولى في التقنين المدني التي تنص على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها"، فاستعمال المشرع لكلمة فحواها دليل على تبني فكرة عدم قصر تطبيق النص على تلك الأحكام الواضحة من ألفاظه، بل يمكن كذلك للقاضي أن يستنتج أحكاما استنادا إلى مفهوم النص ومعناه بالاعتماد إما على مفهوم الموافقة أو المخالفة الذي نقصده هنا.

ومن الأمثلة التطبيقية لمفهوم المخالفة في القانون الجزائري ما ورد في المادة 369 من التقنين المدني بقولها "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع"، واستنادا لمفهوم المخالفة لهذا النص فإن هلاك المبيع بعد تسليمه للمشتري لا يستوجب سقوط البيع ولا يحق بسببه للمشتري المطالبة باسترداد الثمن.

(1) - لمناقشة أدلة كل فريق أنظر:

- عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص 370 وما بعدها.
- الشوكاني، ص 109.
- الأمدي، ج3، ص 99.
- احمد الحصري، ص 396.

وقد جاء كذلك في المادة 729 قانون إجراءات جزائية جزائري أنه "تلغى جميع النصوص المخالفة لهذا الأمر" فهذا النص يقضي بحكم إلغاء النصوص القانونية التي يتوفر فيها شرط مخالفتها للأمر الذي وردت فيه هذه المادة، وبمفهوم المخالفة فإن النصوص غير المخالفة للأمر لا تكون ملغية به.

III- تطبيق مفهوم المخالفة للاستدلال على الأثر الفوري في التشريع الإسلامي:

ويكون ذلك بالعودة إلى النصوص المستدل بها على ثبوت مبدأ عدم الرجعية للنصوص الجنائية في التشريع الإسلامي انطلاقاً من علاقة المبدأين مع بعضهما. وسأقتصر على ذكر نصين أحدهما من القرآن والآخر من السنة واللذين سبق ذكرهما في الاستدلال على مبدأ عدم الرجعية لترابط المبدأين وتداخلهما مع بعضهما.

1- مبدأ الأثر الفوري في القرآن الكريم:

يقول تعالى في سورة الإسراء: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»⁽¹⁾ فالآية واضحة في الدلالة على عدم الرجعية من خلال الإقرار بعدم مؤاخذه المكلفين لما اقترفوه طوال الفترة التي تسبق إنذارهم ببعث الرسل.

وبتطبيق مفهوم المخالفة السابق ذكره يمكن القول أن ما يصدر عن أولئك المكلفين من أفعال أو أقوال سيؤخذون عليه بداية من تبليغهم بالحضر والمنع عن طريق إرسال الرسل، حيث أن الآية واضحة من حيث قصدها لفترتين زمنييتين:

إحداهما سابقة لبعث الرسل ولا مجال للعقاب على ما تم خلالها، وهي صريحة في

(1)- سورة، الإسراء الآية 15.

ذلك، والأخرى لاحقة لبعث الرسل لم تبين الآية في منطوقها الحكم على أفعال المكلفين خلالها، ولكن بمفهوم المخالفة هم مؤاخذون على ذلك.

2- مبدأ الأثر الفوري في السنة:

خطب الرسول - ﷺ - المسلمين في حجة الوداع، ومما جاء فيها قوله: "ألا وإن دم الجاهلية موضوع، وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب".⁽¹⁾

"فالرسول ﷺ لم يعاقب على الدماء في الجاهلية ولا على الربا في الجاهلية".⁽²⁾ وهذا الحكم - عدم العقاب - مقتصر على تلك الجرائم من قتل وربا والتي تم ارتكابها قبل فترة الإسلام بالتصريح على ذلك بكلمة الجاهلية، ولكن بمفهوم المخالفة نستنتج أن هذين النوعين من الجرائم سيعاقب عليها أصحابها إذا تم اقترافها في فترة الإسلام وما بعد البعث، أي بعد نزول النصوص التي تجرم ذلك وتحدد العقوبة.

(1)-سبق تخريج الحديث في هذه الرسالة، ص 35.

(2)-مجد أبو زهرة، ص 160.

المبحث الثاني: علاقة الأثر الفوري مع غيره في تنازع القوانين من حيث الزمان.

وأتناول هذا المبحث ضمن مطلبين حيث أخصص الأول لأساسيات تنازع القوانين من حيث الزمان، ثم أتطرق لحقيقة العلاقة بين مبدئي عدم الرجعية والفورية بناء على ما أتوصل إليه من نتيجة في المطلب الأول.

المطلب الأول: أسس فكرة تنازع القوانين من حيث الزمان.

الفرع الأول: السبب في إثارة تنازع القوانين زمانيا.

ترتبط إشكالية تطبيق النص الجنائي من حيث الزمان بالقانون الجديد، فهو المثير والمحرك لهذا التنازع، لأنه في غيابه وطوال الوقت السابق لوجوده تبقى الأمور القانونية والقضائية مستقرة، حيث كان القانون القديم هو الذي يسري على جميع المراكز القانونية من حيث تنظيمها والفصل في النزاعات المرتبطة بها.

ولكن بمجرد صدور القانون الجديد ونشره في الجريدة الرسمية تظهر الإشكالات القانونية والقضائية والمتعلقة بتلك المراكز القانونية المتراخية أو المتأرجحة؛ والتي يقصد بها تلك المراكز التي تحتاج إلى تكوينها أو ترتيب آثارها لوقت زمني مديد، حيث يشكل عامل الزمن فيها عنصرا جوهريا، فتبدأ في التكوين في ظل فترة سريان القانون القديم وتستمر في ذلك إلى فترة ما بعد نفاذ القانون الجديد، وهنا تطرح إشكالية أي القانونين يطبق.

وعليه فما دام القانون الجديد هو السبب في إثارة إشكالية تنازع القوانين زمانيا، فإن حلها يتوقف على البحث في المؤشرات التي تضبط تطبيق هذا القانون وعدم السماح لحدوث تداخل بينه وبين القانون القديم الذي يلغيه كليا أو جزئيا.

الفرع الثاني: مؤشرات حل إشكالية تنازع القوانين زمانيا.

إذا قمنا بتحليل مشكلة تنازع القوانين زمانيا حتى من التعبير والصياغة الدالة عليها نجد أن مردّ تلك الإشكالية تعود إلى:

- القانون وذلك بوجود نوعين منه أحدهما قديم والآخر جديد.

- والزمن وهو أيضا يدل على ثلاثة أنواع منه وهي الماضي والحاضر والمستقبل. وعليه لا بد من الحديث عن المؤشرات المرتبطة بالقانون من جهة ثم المرتبطة بالزمن من جهة أخرى، علما أن هذه المؤشرات هي عبارة عن مبادئ قانونية، وبناء عليها يمكن استخلاص الحلول لتنازع القوانين زمانيا.

وبإسقاط القانون الجديد الذي وكما قلنا هو السبب والمنشأ والمحرك لإشكالية التنازع على الزمن بمدلولاته الثلاثة نصل إلى أن الحل ينبني على مبدئين أساسيين هما: مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة باستثناء ما كان منها أصلح للمتهم، ومبدأ الأثر الفوري والمباشر لهذه القوانين ويستثنى منه بعض الحالات التي تبقى خاضعة للقانون القديم بأثره المستمر والمتعلقة خاصة بالحقوق المكتسبة.

الفرع الثالث: دور المركز القانوني الجنائي في حل إشكالية التنازع الزماني.

إن تحديد المبادئ القانونية - عدم الرجعية والأثر الفوري - لا يكفي الاعتماد عليها وحدها للوصول إلى حل إشكالية التنازع، بل لا بد من وجود ضوابط لتحديد الأوضاع المترامية التي تحدثنا عنها سابقا، والتي تمثل صلب ومناط المشكلة؛ حيث ونحن بصدد دراسة جنائية ينحصر دور ضابط الحق المكتسب الذي يلعب دورا هاما في مجال القانون الخاص فيترك المجال لضابط آخر وهو المركز القانوني الجنائي.

أولا: طبيعة المركز القانوني الجنائي:

إن تحديد تاريخ تبلور المركز القانوني الجنائي تتنازعه نظريتان فقهيان هما:

I- نظرية الحكم:

يرجع أصحاب هذه النظرية بزعامة الفقيهان روبييه وفيتو حدوث المركز القانوني الجنائي للحظة صدور الحكم البات، وبينيان رأيهما على حجة أن هذا الحكم منشئ لحق الدولة في العقاب وليس كاشفا له.

فحق العقاب لا يقوم للدولة إلا يوم الفصل في الدعوى الجنائية حيث يتبلور المركز القانوني للمتهم نهائيا.

يتضح أن أصحاب هذا الرأي يولون أهمية بالغة لتاريخ إصدار الحكم البات ويهملون تماما عنصر ارتكاب الجريمة وتاريخ ذلك الحدث، حيث يرى فيتو أن هذه الأخيرة ليس لها قيمة قانونية خاصة في غياب سلوك سبيل الخصومة الجنائية.

إذن يكون المركز القانوني الجنائي عند هؤلاء راجع إلى تاريخ الحكم البات كون قبل ذلك يغيب حق الدولة في توقيع العقاب حتى لو تم التأكد من وقوع الجريمة والتثبت من تاريخها، فيكون من الطبيعي أن كل قانون يصدر بعد ارتكاب الجريمة وقبل صدور الحكم يطبق بأثر مباشر لأنه يصادف مركزا قانونيا قيد التكوين، وبالتالي فحق الدولة في العقاب لا ينشأ إلا يوم الفصل في الدعوى الجنائية بحكم نهائي حيث في تلك اللحظة يتبلور المركز القانوني للمتهم نهائيا. (1)

وعند هؤلاء فالعقوبة لا يمكن أن توجد إلا بصور الحكم الجنائي، فالدعوى المدنية مثلا تهدف إلى الإقرار بالحقوق الخاصة لأطرافها، فالقاضي المدني مهمته هي إعطاء كل ذي حق حقه بمقتضى نصوص القانون، وهو يلعب ذات الدور الذي يقوم به الحكم الخاص، فلا تتضح صفته العامة إلا عندما يضيف على حكمه القوة التنفيذية.

أما في المسائل الجنائية فالقاضي ينفرد بصفته كموظف عام، وعمله ليس كاشفا أو معلنا بل منشئا لمركز قانوني، والحكم الجنائي منشئا لا مقررا للمركز القانوني نظرا لامتناع العقاب دونه. (2)

II- نظرية وقوع الجريمة:

"إن المركز القانوني الجنائي مركز موضوعي ينشأ ويتكون في لحظة واحدة، بصورة آنية وقت وقوع الجريمة، وتفسير ذلك أنه متى وقعت الجريمة يتبلور في هذه

(1) - انظر:

- Roubier, n 88, p450.
- Vitu, n 39, p49.
- Merle et Vitu, n166, p173 – 174.

(2) - انظر: حسن الجوخدار، ص 133.

- Roubier, n90, p465 – 466.

اللحظة بالذات القاعدة الجنائية التي يتضمنها القانون العقابي وتنشأ علاقة بين الدولة والجاني تسمى بالعلاقة العقابية، طرفها الايجابي هو الدولة، وطرفها السلبي هو الجاني".⁽¹⁾ فالعلاقة العقابية تنشأ إذن حال وقوع الجريمة ولا يفعل الحكم الجنائي سوى تقريرها ولا يتدخل القاضي لإنشاء حق الدولة في العقاب، فهذا الحق ينشأ قبْلَ المجرم منذ وقوع الجريمة وقبل صدور الحكم القضائي، ولا يفعل حكم القضاء بذلك سوى التثبيت من كون أسسه متوافرة.

فدور القاضي إذن يتمثل في البحث فيما إذا كان الفعل يشكل جرماً وفقاً للقانون السائد وقت حدوثه، ثم البحث في مدى توافر الإسناد المادي والمعنوي والقول بنسبة الفعل إلى مرتكبه.

يتضح مما سبق أن الحكم الجنائي ليس منشأ لحق الدولة في العقاب بل كاشفاً له، ولا يعدو هذا الحكم عن كونه استدلالاً لوضع قائم منذ وقوع الجريمة واستنباطاً لنتائج معينة للتوصل إلى تقرير الإدانة أو البراءة، وليس الحكم إلا اعترافاً رسمياً بوجود عناصر الإدانة الكامنة منذ ارتكاب الجريمة.

وبالعودة إلى واقعة ارتكاب الجريمة نجد أن القانون يرتب على لحظتها عدة آثار منها اعتبار المتهم يتمتع بسبب إباحة أو كونه يستفيد من أحد موانع المسؤولية حيث أن حداثة السن أو حالة الجنون يتوجب توافرها لحظة ارتكاب الجريمة، زيادة على هذا فإن النيابة العامة لا تستطيع ملاحقة الجاني وتوجيه التهمة إليه إلا بالاستناد إلى جريمة وقعت، ولا يمكنها أن تتخذ في مواجهة المتهم بعض الإجراءات القهرية كالقبض والحبس الاحتياطي إلا استناداً إلى وقوع الحادثة الإجرامية.

إضافة إلى ما سبق فإن احتساب تقادم الدعوى الجنائية يبدأ من يوم وقوع الجريمة كما أن إقرار حالة العود يستند فيه القاضي إلى وقت وقوع الجريمة الأخيرة. وتجدر الإشارة إلى أن القانون في بعض الأحيان قد يشترط توافر صفة معينة في شخص الجاني وقت وقوع الجريمة، ويكون ذلك في جرائم ذوي الصفة مثل جريمة

(1) - حسن الجوخدار، ص 153.

الرشوة والاختلاس، حيث يتطلب كون الجاني موظفا وقت حدوث الجريمة، وقد تكون هذه الصفة لازمة في المجني عليه وقت ارتكاب الجريمة مثل جرائم الاعتداء على الموظفين.⁽¹⁾

III- موقف التشريع من ذلك:

لقد تبني المشرع الجزائري موقف النظرية الثانية والتي تُرجع نشأة المركز القانوني الجنائي للحظة ارتكاب الفعل المجرّم ويبدو ذلك واضحا من خلال:

- المادة 46 من دستور الجزائر لسنة 1996 بقولها: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم"، فهذا النص واضح في الاعتداد بتاريخ وقوع الجريمة من خلال عبارة "...ارتكاب الفعل المجرّم" وإهمال دور تاريخ صدور الحكم في هذا الشأن.
- المادة 2 من قانون العقوبات الجزائري القائلة: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة" فعبارة "...على الماضي..." فيها إشارة إلى الأفعال المرتكبة قبل نفاذ القانون وعليه يكون هذا النص ضمنيا يعتد بواقعة الجريمة وليس إصدار الحكم.
- المادة 2 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي..." وهذا النص أكثر وضوحا في موقفه مقارنة بالمادة 2 من قانون العقوبات حيث أن عبارة "...ما يقع في المستقبل..." دليل على الاعتداد بالوقائع والأحداث وليس بتاريخ إصدار الحكم.

(1) - انظر في هذا:

- محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ص 35.
- حسن الجوخدار، ص 142 وما بعدها.
- محمود نجيب حسن، شرح قانون العقوبات القسم العام، منشورات الحلبي، بيروت، ط3، دبت، المجلد الأول، ص 144.
- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي، بيروت، 2003، ص 180.
- Levasseur, n90, p83 – 86.
- Vitu, n 4, p78.
- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، ط2، 1970، ص 53 – 54.

ونفس موقف المشرع الجزائري اتخذه المشرع المصري ولكن بصياغة أكثر وضوحاً ودقة في المادة 5 من قانون العقوبات التي تقول: "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها".

وذات الموقف والتصريح نجدهما عند المشرع السوري في المادة الأولى من قانون العقوبات بقولها: "لا تفرض عقوبة ولا تدبير احترازي أو إصلاحى من أجل جرم لم يكن القانون قد نص عليه حين اقترافه".

وبالعودة إلى نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نجدها تتخذ نفس الموقف وهو الأخذ بعين الاعتبار تاريخ ارتكاب الواقعة الإجرامية وذلك في المادة 11 بقولها: "...كما لا توقع أي عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الإجرامي".

ثانياً: تطبيق القانون الجديد على المركز القانوني الجنائي:

يتضح مما سبق أن المركز القانوني الجنائي يتكون في لحظة تمام الجريمة، وأن الحكم القضائي كاشف عن حق الدولة في العقاب، والذي ينشأ منذ وقوع الجريمة فهو لا يملك أية قيمة قانونية خاصة في إنشاء المركز القانوني الجنائي، فيكون بذلك تطبيق القانون الجيد على الوقائع والأفعال المجرمة المكونة للمركز القانوني الجنائي وفق ثلاث صور هي:

I- الصورة الأولى:

تقضي القاعدة العامة أن القانون الجديد المتعلق بالتجريم والعقاب لا يسري على المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم، وعليه يكون القانون الجديد ذو أثر رجعي إذا انسحب على الماضي ومس المركز القانوني الذي تم نهائياً في ظل القانون السابق، سواء تضمن القانون الجديد أحكاماً أشد أم أخف، فهذا لا يغير من أن سريانه على الماضي سريان رجعي.

وقاعدة انعدام الأثر الرجعي لقوانين التجريم والعقاب يجمع عليها التشريع والفقهاء ويطبقها القضاء في معظم الدول. (1)

II- الصورة الثانية:

يذهب بعض الفقهاء منهم فيتو إلى القول بأنه إذا صدر قانون جديد بعد وقوع الجريمة وقبل صدور الحكم النهائي فإنه يصادف مركزا قانونيا قيد التكوين، وأن المبدأ العام في هذا الصدد هو سريان القانون الجديد على هذا المركز الجاري بموجب أثره المباشر. (2)

ويرد الجوخدار على هذا بقوله: "هذا الرأي غير صحيح لأن مبدأ انعدام الأثر الرجعي للنصوص الجنائية الموضوعية كما يستبعد الأثر الرجعي للقانون الجديد فإنه يستبعد في نفس الوقت أثره المباشر، وهذا المبدأ واضح كل الوضوح في هذا الصدد، وتفسير ذلك أن المركز القانوني الجنائي تكون نهائيا وقت وقوع الجريمة لا وقت الحكم النهائي.

لذلك فإن القانون الجديد الذي يصدر بعد هذا التاريخ يمتنع تطبيقه على الجرائم التي حدثت في الماضي في ظل القانون القديم، وأكثر من ذلك فإننا نقرر أنه لا وجود لمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد في مجال تطبيق قوانين التجريم والعقاب، وأن ما يناهز به البعض على أنه أثر مباشر للقانون الجديد لا يخرج عن كونه عين الأثر الرجعي". (3)

III- الصورة الثالثة:

إن "المبدأ العام في سريان النصوص الجنائية الموضوعية هو انعدام أثرها الرجعي القاضي بتطبيق القانون السائد عند وقوع الجريمة، وتبقى ولايته مستمرة بالنسبة للأفعال التي حدثت في ظلها وتستبعد كل ولاية للقانون الجديد". (4)

وإذا كان هناك مجال لإعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد فإنما يكون خارج دائرة نصوص التجريم والعقاب، ذلك أن القانون الجنائي الموضوعي لا يتضمن سوى مركزا قانونيا واحدا هو المركز القانوني الجنائي الذي ينشأ عنه لمجرد وقوع الجريمة

(1) - حسن الجوخدار، ص 157 بتصرف.

(2) - انظر:

- محمود حلمي، رجعية القواعد الجنائية الأصلح للمتهم، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثامنة، العدد الثاني،

ابريل مايو 1964، ص 65. Merle et Vitu, n166, p173

(3) - حسن الجوخدار، ص 158.

(4) - جندي عبد الملك، الجزء 5، ص 571.

علاقة عقابية مضمونها تقرير حق الدولة في العقاب، والتزام على الجاني بالخضوع لهذا الحق وتنفيذه.

والقانون الواجب التطبيق على هذا المركز هو القانون المعمول به لحظة تكوينه، ويظل هذا المركز خاضعا له حتى انقضائه إما بالبراءة أو صدور الحكم بالإدانة وتنفيذ هذا الحكم بالكلية، و من مقتضى الأثر اللاحق للقانون الجديد سريان القانون القديم بأثر مستمر على الأفعال التي حدثت في ظله.⁽¹⁾

تقدير الصور الثلاث:

مما سبق يمكن إسقاط الصور السابقة على مايلي:

على فرض أنه بتاريخ 2008/02/10 صدر قانون جديد يعدل أحكام قانون العقوبات وفي 2012/04/05 تم الفصل قضائيا بحكم نهائي في جريمة ما ارتكبت في 2009/03/16 بعد أن تم رفع الدعوى في 2011/11/20 بتطبيق أحكام القانون الجديد الصادر في 2008، فعلى أي أساس وعلى أي مبدأ تم تطبيق هذا القانون؟

- فعند من يقول أن المركز القانوني الجنائي يتبلور بتاريخ إصدار الحكم نكون أمام تطبيق القانون الجديد وفقا لمبدأ الأثر الفوري.
- وعند من يرجع تكوّن المركز القانوني الجنائي إلى تاريخ ارتكاب الواقعة الإجرامية، نكون أمام تطبيق القانون الجديد وفقا لمبدأ عدم الرجعية وهو الذي أميل إليه مسaire لموقف التشريع الجزائري.

المطلب الثاني: العلاقة بين مبدئي الأثر الفوري و عدم الرجعية.

إن النتيجة المتوصل إليها من خلال العرض السابق كجزئيات المطلب الأول من هذا المبحث تتلخص في كون إشكالية تنازع القوانين الجنائية من حيث الزمان لا تظهر عمليا إلا

(1)- انظر:

- Laasseur, n 93, p 86 – 87.
- حسن الجوخدار، ص 159.
- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص 91.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص 105

بصدور قانون جديد يلغي أو يعدّل أحكام القانون القديم، وعليه يكون حل هذه الإشكالية مرتبطاً بالتدقيق حول الآلية التي يتم من خلالها ضبط فكرة سريان هذا القانون الجديد كونه من المثير لإشكالية التنازع الزمني.

وتحديد كيفية تطبيق القانون الجديد من حيث الزمان يكون بضبط المبادئ التي تحكم هذه العملية "وتجمع كل المذاهب الفقهية تقريباً على أن القاعدة الأساسية في تحديد النطاق الزمني لسريان القوانين هي قاعدة انعدام اثر الرجعي للقانون الجديد... ومع ذلك فإن بعض الفقهاء يرى عدم كفاية هذا المبدأ لحل جميع صور تنازع القوانين في الزمان على صعيد القانون المدني والقانون الجنائي.

والحجة في ذلك أن هذا المبدأ يمنع سريان القانون الجديد على المراكز القانونية التامة، أما المراكز القانونية الجارية فمبدأ عدم الرجعية لا يفيد أي القانونين يحكمها وهو ما فسح المجال أمام ظهور مبدأ آخر وهو الأثر الفوري والمباشر".⁽¹⁾

إذن فإشكالية تنازع القوانين الجنائية من حيث الزمان يتم حلها وفق مبدأين أساسيين هما:

- مبدأ عدم الرجعية، واستثناءه رجعية القوانين الأصلح للمتهم ويسري ذلك على القواعد الموضوعية.
 - مبدأ الأثر الفوري والمباشر، واستثناءه استمرار سريان القانون القديم خاصة فيما يتعلق بالحقوق المكتسبة ويهيمن هذا المبدأ على القواعد الشكلية.
- وعليه سأخصص هذا المطلب في دراسة العلاقة بين مبدأي عدم الرجعية والأثر الفوري ضمن الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: طبيعة العلاقة بين الأثر الفوري للقانون وعدم رجعيته.

"وبالرجوع إلى الدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية يلاحظ أن هناك نظريات تقول بارتباط عدم الرجعية بسريان القانون الجديد على الحاضر، وعلى عكس ذلك هناك

(1)- حسن الجوخدار، ص 148 - 149 بتصرف.

نظرية تميز بين مبدأي عدم الرجعية وسريان القانون الجديد على الحاضر".⁽¹⁾ وسأتناول كل نظرية على حدى.

أولاً: نظرية الارتباط بين المبدأين:

وهي النظرية التقليدية في حل تنازع القوانين من حيث الزمان والتي بنّت حلولها على نظرية واحدة وهي القائمة على مبدأ عدم الرجعية كمبدأ واحد لتنازع القوانين من حيث الزمان، مع ضبط حدود تطبيق هذا المبدأ "بالتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل وإيراد استثناءات عليه... ولكن تبين منذ أواخر القرن الماضي، وأوائل القرن الحالي أن هذه النظرية تقصر عن مواجهة مشكلة التنازع بين القوانين في هذا النطاق لعدم سلامة التفرقة التي تقول بها، ولما تنطوي عليه من خلط بين الأثر الرجعي للقانون وأثره الفوري أو المباشر".⁽²⁾

وقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات من خلال الاقتصار على مبدأ عدم الرجعية وإهمال الأثر الفوري والذي يمكن اعتباره وفقاً لهذه النظرية إما مجرد نتيجة للأصل وهو عدم الرجعية، أو كاستثناء له وما ينتج عن ذلك من خلط في الجانب المفاهيمي وقصور عملي من حيث عدم استيعاب جميع الحلول لإشكالية تنازع القوانين من حيث الزمان. ويضاف إلى ذلك العيب قصور المعيار الذي بنت عليه هذه النظرية رأبها والمتمثل في ضابط الحق المكتسب، حيث وإن كان لا يُستعصى على التعريف فإن العيب الحقيقي فيه هو عجزه مطلقاً عن تقديم كل الحلول لمشكلة تنازع القوانين زمانياً، فإدراك هذا الهدف عن طريق فكرة ومعيار الحق المكتسب يبدو أمراً مستحيلاً.⁽³⁾

ثانياً: نظرية التمييز بين المبدأين:

بناء على ما تعرضت له النظرية التقليدية من انتقادات شديدة ظهر على أنقاضها النظرية الحديثة، والتي تقوم أساساً على التفرقة بين مبدأين هما عدم الرجعية ومبدأ الأثر

(1) - علي الجلولي، ص 169.

(2) - عبد المنعم فرج الصدة، ص 224.

(3) - سمير عبد السيد تناغو، ص 663 بتصرف.

الفوري والمباشر، وبناء عليهما يكون حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، وعليه تكون هذه النظرية قد وضعت مبدأ جديد لم يكن معروفا من قبل.

ومن أبرز أنصار هذه النظرية الفقيه بلانويل الذي اعتمد في تمييزه بين المبدأين للفرقة بين الحاضر والماضي، فالوقائع السابقة لنفاذ القانون الجديد ينطبق عليها مبدأ عدم الرجعية، أما الوقائع اللاحقة فالحل يكون بناء على مبدأ الأثر الفوري، وعليه فلا مجال للحديث عن علاقة تبعية الأثر الفوري لمبدأ عدم الرجعية ولكن الرابط بينهما هي علاقة التكامل.

وقد تبنى هذا الموقف الفقيه الفرنسي روبيه في كتابه القانون الانتقالي وسأيره في ذلك الفقيه أندري فيتو.

وضابط التفرقة بين المبدأين أنه إذا أريد تطبيق القانون الجديد على الوقائع التامة يكون ذلك تطبيقاً رجعياً، أما إذا أريد تطبيق هذا القانون على المراكز التي في طور التكوين فيجب التفرقة بين أجزاء هذه المراكز.

حيث أن الأجزاء السابقة على العمل بالقانون الجديد لا ينطبق عليها وإلا اعتبر ذلك السريان رجعياً، أما الأجزاء اللاحقة على العمل بذلك القانون فينطبق عليها بأثر مباشر وأما الوقائع المستقبلية فإن انطباق القانون عليها لا يمكن أن يكون رجعياً.⁽¹⁾

ثالثاً: أثر القانون الانتقالي:

ويرتبط هذا المصطلح بالفقيه الفرنسي بول روبيه وهو أحد رواد النظرية الحديثة القائمة على التفرقة بين عدم الرجعية ومبدأ الفورية، وقد كتب مؤلفاً في جزئين بعنوان تنازع القوانين في الزمان والذي أطلق عليه في الطبعة الثانية عنوان القانون الانتقالي.

(1) - انظر:

- على الجلولي، ص 179.
- محمد حسن قاسم، ص 101.
- سمير عبد السيد تناغو، ص 670 - 671.
- حسن الجوخدار، ص 122.
- أسمان بن علي، ص 31 - 32.
- عبد المنعم فرج الصدة، ص 237.

ويقصد "بالقواعد الانتقالية تلك التي تضع حلولاً خاصة لبعض التشريعات المعينة بالذات، وتهدف إلى وضع نظام انتقالي بين القانون القديم والقانون الجديد يتمكن الأفراد في نطاقه من توفيق أوضاعهم طبقاً للقانون الجديد.

ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون رقم 50 لسنة 1969 الذي حدد ملكية الفرد بخمسين فداناً وملكية الأسرة بمائة فدان بقولها "يجوز لأفراد الأسرة التي تجاوز ملكيتها أو ملكية أحد أفرادها الحد الأقصى المنصوص عليه في المادة الأولى أن يوفقوا أوضاعهم في نظام ملكية المائة فدان التي يجوز للأسرة تملكها بالطريقة التي يرضونها بموجب تصرفات ثابتة التاريخ خلال ستة شهور من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون".⁽¹⁾

"والقواعد الانتقالية من هذا القبيل لها فائدة كبيرة في تفادي الكثير من الصعوبات التي تنشأ نتيجة لتعاقب التشريعات، ومع ذلك فإن وظيفة قواعد تنازع القوانين في الزمان هي حل هذه المشكلات في غير وجود القواعد الانتقالية المشار إليها".⁽²⁾

الفرع الثاني: نتائج التفرقة بين الأثر الفوري وعدم الرجعية.

من خلال دراستي للجانب النظري لمبدأ عدم الرجعية في الفصل الأول من الباب الأول، والدراسة النظرية كذلك لمبدأ الأثر الفوري والمباشر في هذا الفصل الأول من الباب الثاني توصلت إلى النتائج الآتية فيما يتعلق بالعلاقة بين المبدئين والتي أعرضها على شكل نتائج هي:

أولاً: من حيث التعريف لاصطلاح:

هناك توافق بين المبدئين من حيث غياب تعريف اصطلاحى لكليهما في الكتب والمؤلفات القانونية التي عنت الحديث عنهما، فجميع المؤلفين والفقهاء يدخلون مباشرة في سرد مضمون المبدئين والحلول التي يوردها كل مبدأ لتنازع القوانين زمانياً.

أما في الفقه الإسلامي فمن باب أولى ألا تشمل مؤلفاته على تعريف لهذين المبدئين نظراً لحدائث صياغتهما، ونفس الحكم ينطبق على كتب التفسير والحديث وكذا علم الأصول.

(1) - سميير عبد السيد تناغو، ص 648 - 649.

(2) - Roubier, I droit transitoire, p 148.

ثانياً: من حيث المضمون:

نتيجة لغياب تعريف اصطلاحى جامع مانع لكل مبدأ، نلاحظ أن هناك تداخل عند الفقهاء حول مضمونهما وقد استنتجت ذلك من خلال تعاملتي مع المراجع التي تناولت المبدئين:

- فهناك من يرى أن مبدأ عدم الرجعية هو الأصل، وما مبدأ الفورية إلا كتطبيق استثنائي منه كونهم يعرضون مبدأ الأثر الفوري على أنه تطبيق للقانون الجديد على المراكز المتزامنة والتالية لنشره، كما يطال تلك المراكز التي بدأت قبل نفاذه ولم يفصل فيها فهو، في هذا قريب من معنى رجعية هذا القانون على الماضي.

- وهناك رأي آخر يرى أن عدم الرجعية هو تحصيل حاصل في الدلالة على الأثر الفوري، فهما تعبيران على قاعدة وحكم واحد، أي إذا كان يمنع تطبيق القانون الجديد على الماضي بمقتضى عدم الرجعية فمعناه أنه سيطبق على الحاضر والمستقبل وهو مضمون الأثر الفوري.

غير أن هذا الرأي يصطدم بفكرة أن عدم الرجعية وبالإجماع يُستثنى منه القانون الأصلح للمتهم وهذا في القواعد الموضوعية، فهل أن الأثر الفوري والذي يطبق في القواعد الشكلية تجري عليه قاعدة استثناء الإجراء الأصلح للمتهم؟ والجواب أن هذا الاستثناء غير وارد أصلاً في الناحية الإجرائية وبالإجماع في الفقه والتشريع والقضاء.

- والرأي الثالث في ذلك يرى أن المبدئين منفصلين وكل منهما قائم بذاته، فمن جهة يوجد مبدأ عدم الرجعية وله استثناءات أشهرها رجعية القانون الأصلح للمتهم، ومن جانب آخر يوجد مبدأ الأثر الفوري والمباشر في مقابلة عدم الرجعية وله استثناء وهو تطبيق القانون القديم بأثر مستمر خاصة في مجال القانون الخاص وبالضبط على المراكز التعاقدية احتراماً لإرادة المتعاقدين.

وعليه يكون المبدئين متكاملين لا يوجد أي أثر لتبعية أحدهما على الآخر وهو الرأي الذي أراه صائباً.

ثالثاً: من حيث الأهمية:

إلى جانب مساهمة المبدئين في خلق الاستقرار في العلاقات الاجتماعية فإنهما يؤديان وظيفة هامة من حيث إعطاء الحلول لإشكالية تنازع القوانين من حيث الزمان، فمبدأ عدم الرجعية يصلح لبيان القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمراكز الماضية في مواجهة القانون الجديد، أما المراكز القانونية الجارية أي الحاضرة والمستقبلية فيصلح لمواجهتها مبدأ الأثر المباشر للقانون.

أضف إلى ذلك أن الأخذ بالمبدئين يحقق الجمع بين الرغبة في تحقيق المساواة وحماية العدل وصيانة استقرار المعاملات، إضافة إلى مسايرة ضرورات تقدم المجتمع ووحدة التشريع.

رابعاً: من حيث النشأة التاريخية:

يعد مبدأ عدم الرجعية هو الأسبق تاريخياً من حيث الظهور مقارنة بمبدأ الأثر الفوري.

فمبدأ عدم الرجعية يعد الأقدم حتى ولو اختلف الفقهاء بين ربطه بالقانون الروماني أو إرجاعه إلى التشريع الإسلامي في القرن الأول والثاني منه.

أما مبدأ الأثر الفوري والمباشر فيعود ظهوره وفي صياغته الحديثة إلى القرن التاسع عشر، على خلاف بين من يسنده إلى الفقيه بول روبييه من خلال كتابه المشهور في طبعته الأولى بعنوان تنازع القوانين في الزمان والثانية بعنوان القانون الانتقالي.

غير أن هناك من يرجع هذا المبدأ إلى الفقيه بلانيول مارسال أو أوبري ورو مع وجود رأي آخر يربط المبدأ بمقال نشر للفقيه فاريل سوميير.

إذن فما هو مجمع عليه أن عدم الرجعية أسبق من الأثر الفوري وفي تقديري أن مبرر ذلك يعود إلى أن عدم الرجعية يطبق على القواعد الموضوعية، والأثر الفوري يطبق على القواعد الشكلية، وبالعودة لهذين النوعين من القواعد نجد أن النصوص الجنائية الموضوعية ضاربة في القدم كون كل جماعة بشرية تحتاج لبيان الجرائم وعقوباتها للحفاظ على

الاستقرار. أما القواعد الشكلية فتأت متأخرة كونها ترتبط بحركة التطور في المجتمع من خلال تأثرها بالابتكارات خاصة فيما يتعلق بجوانب الإثبات.

خامسا: من حيث الأسس النظرية:

يسند معظم الفقهاء كلا المبدئين لما يتحدثون عن مبرراتهما لأسس متشابهة وتتمثل في فكرة سمو القانون الجديد وحماية الاستقرار في العلاقات والمعاملات الاجتماعية، إضافة لتحقيق مبدأ المساواة أما القانون ومقتضيات العدل.

سادسا: من حيث الارتباط بمبدأ الشرعية:

إن مبدأ الشرعية الجنائية أقوى وأسمى وأعرق تاريخا حيث تم النص عليه وبصورة واضحة وصريحة في القوانين القديمة، كما تبنته الآيات القرآنية والأحاديث الشريفة، وقد نص عليه في العهود والمواثيق الدولية الحديثة من بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وسأيرت جميع الدول ذلك من خلال النص عليه في الدساتير والتشريعات العقابية.

وبتحليل العلاقة بين مبدأ الشرعية من جهة ومبدأي عدم الرجعية والفورية من جهة أخرى يتضح أنه:

مبدأ عدم الرجعية أكثر ارتباطا بالشرعية كونه هو الذي ينقل هذا الأخير من الصورة النظرية الجامدة إلى الحالة العملية والتطبيقية، نظرا لارتباط عدم الرجعية بقواعد الموضوع - التجريم والعقاب - وهي تكون موجهة لجميع أفراد المجتمع، بينما مبدأ الأثر الفوري متصل أكثر بالقواعد الشكلية - الإجراءات - وهذه الأخيرة تكون موجهة للمتهمين وهم أفراد قليلون في المجتمع مع ما تتصف به تلك القواعد من أنها محايدة الهدف منها هو الكشف عن الحقيقة الإجرامية.

سابعا: من حيث الأسس التشريعية:

بالعودة إلى السند التشريعي للمبدئين نجد أن المشرع الجزائري عبر عن تبني مبدأ عدم الرجعية بصورة واضحة بداية بالدستور في المادة 46 ثم القانون المدني في المادة 2

وقانون العقوبات في المادة 2 كل ذلك بتعبير صريح وباستعمال نفس العبارة الدالة على المبدأ.

في حين يغيب التعبير الصريح على مبدأ الأثر الفوري والمباشر في هذه التقنيات إلا ما كان على سبيل الاستنتاج الضمني من نفس المواد المعبرة عن عدم الرجعية، ولم يتبنَّ المشرع الجزائري بالوضوح والتصريح مبدأ الفورية إلا في المادة 2 قانون إجراءات مدنية وإدارية من خلال استعمال عبارة - فورا - وبدرجة اقل وضوحا وتصريحا في المادة 730 قانون إجراءات جزائية.

وبالعودة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نجد أنه نص على عدم الرجعية بصريح العبارة دون مبدأ الأثر الفوري، ويعود ذلك ربما إلى أن نصوص هذا الإعلان موضوعية، فتبنت المبدأ المرتبط بهذا النوع من القواعد، وأهملت مبدأ الأثر الفوري لارتباطه بالقواعد الشكلية.

ثامنا: أسس المبدأين في التشريع الإسلامي:

بناء على ما أشرت إليه في الفصل الثاني من الباب الأول والمتعلق بالجانب التطبيقي لعدم الرجعية يظهر جليا أن هذا الأخير - عدم الرجعية - من حيث تطبيقاته في التشريع الإسلامي أكثر وضوحا انطلاقا من كون المبدأ يهيمن على القواعد الموضوعية في التجريم والعقاب، وهو ما تزخر به كتب الفقه وكذا تفسير كلا من آيات وأحاديث الأحكام، وعليه كان رأي التشريع الإسلامي في هذا الجانب واضحا للغاية في مواضع التجريم والعقاب من خلال خضوعها لمبدأ عدم الرجعية، باستثناء القانون الأصلح للمتهم وفي ذلك توافق مع رأي القانون الوضعي.

أما عن تطبيقات مبدأ الأثر الفوري فكونه يتعلق بالقواعد الجنائية الشكلية، وهذه الأخيرة أكثر ارتباطا بحركة التطور في المجتمع خاصة في طرق الإثبات من اجل المساعدة في الكشف عن الحقيقة، فمنطقي أن يصعب الكشف عن ذلك في التشريع الإسلامي كون إجراءات التقاضي وطرق إثبات الجريمة كانت ايسر بكثير مما هي عليه

حديثاً، فحركة تعديل القواعد الإجرائية في التشريع الإسلامي قليلة والذي هو السبب في استجلاء تطبيقها من حيث الزمان.

غير أن غياب مبدأ الأثر الفوري وبصياغته في التشريع الإسلامي لا يعني عدم تنبيهه، فمصدر المصالح المرسله يمكن له استيعاب ذلك إعمالاً لقاعدة حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله.

تاسعاً: التطبيقات العملية للمبادئ:

بناء على الأسس التشريعية للمبادئ نجد أن القوانين الجزائية وعلى غرار بقية التشريعات تخضع في عملية تطبيقها لمبدأ عدم الرجعية إذا تعلق الأمر بالنصوص الموضوعية، في حين تطبق النصوص الشكلية إعمالاً لمبدأ الأثر الفوري والمباشر. فعدم الرجعية يهيمن على القواعد الموضوعية، بينما يبسط الأثر الفوري والمباشر سلطته على النصوص الشكلية، "فالقاعدة الإجرائية تسري من يوم نفاذها وبالنسبة للمستقبل سواء كانت أصلح للمتهم أو أسوأ له، والعلة في ذلك أن القاعدة الإجرائية تعتبر من قبيل القواعد التنظيمية، ومن ثم لا يعد سريانها على الإجراءات التي تتم بعد نفاذها في جرائم ارتكبت قبل هذا التاريخ إخلالاً بحق مكتسب"⁽¹⁾، فالإجراءات الجنائية لا تمس موضوع الحق وإنما تشرع للوقوف على الحقيقة ولمصلحة الخصوم جميعاً، وعليه فهي تسري من يوم نفاذها على ما سيرفع من دعاوى أمام القضاء، أو حتى على تلك التي رفعت من قبل ولم يتم الفصل فيها.

(1) - بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، الجزء الأول، ص 16.

أنظر في هذا:

- عبد الله أوهابية، ص 16.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص 23.
- مأمون محمد سلامة، ص 39.
- محمد صبحي نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1988، ص 8.
- سمير عالية، النظرية العامة للإجراءات الجزائية ومعالم القانون الجديد لعام 2001، المؤسسة الجامعية، دت، ص 82.
- علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 31.

إذن "فإذا كان هذا هو المبدأ - وهو عدم الرجعية - الذي يحكم التنازع بين النصوص الجنائية الموضوعية من حيث الزمان، فإن المبدأ الذي يحكم التنازع بين النصوص الجنائية الإجرائية من حيث الزمان يتمثل في الأثر الفوري أو الأثر المباشر للنصوص الإجرائية".⁽¹⁾ وهو نفس موقف المشرع الجزائري من خلال المادة الثانية في قانون العقوبات والمادة الثانية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كونه هو الشريعة العامة الإجرائية.

وتعليل خضوع القواعد الموضوعية لمبدأ عدم الرجعية والقواعد الإجرائية لمبدأ الأثر الفوري والمباشر يعود إلى اختلاف العبرة في تطبيق كلا النوعين من القواعد القانونية. حيث أن العبرة في التطبيق الزمني لنصوص قانون العقوبات هو تاريخ وقوع الجريمة، بينما العبرة في تطبيق قانون الإجراءات الجزائية هي وقت مباشرة الإجراء، وعليه فكل إجراء استحدثه القانون الجديد يطبق فوراً ولا حديث عن تطبيقه بناء على عدم الرجعية لأن ذلك سيكون صحيحاً لو كانت العبرة في تحديد التطبيق الزمني للنصوص الإجرائية هي تاريخ ارتكاب الجريمة، حيث أن توقيت الواقعة الإجرامية لا علاقة له بسريان الإجراءات لأن هذه الأخيرة لا تمس موضوع الحق وإنما هدفها تنظيمي لضمان حسن سير العدالة والوصول إلى كشف الحقيقة.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا الجزائرية أنه "أما القوانين الشكلية، أي النصوص المتعلقة بالإجراءات والمحاكمة والتحقيق سواء كانت أصلاً للمتهم أو ضده فإنها تطبق فوراً ولو على وقائع تمت قبل إصدارها، وذلك لأن قانون الإجراءات يقصد به دائماً تحسين إقامة العدالة".⁽²⁾

أخيراً وتفادياً للتكرار وما يشكله من عيب منهجي فإن جل الأفكار التي توصلت إليها ضمن هذه النتائج هي التي تشكل خلاصة الفصل الأول من هذا الباب الثاني.

(1)- كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 15.
(2)- نقض جزائي، 1969/03/14، مجموعة الأحكام، المجموعة الأولى، الجزء الثاني، ص 454.

الفصل الثاني

تطبيقات مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي

-المبحث الأول-

ضوابط تطبيق مبدأ الأثر الفوري والمباشر

- المبحث الثاني -

تطبيق الأثر الفوري على القواعد الإجرائية الملتبسة

-المبحث الثالث-

الأثر الفوري والمباشر في القواعد الغير إجرائية

الفصل الثاني: تطبيقات مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي.

بعد الحديث عن الجانب النظري لمبدأ الأثر الفوري والمباشر في الفصل الأول من حيث المضمون والتأسيس، وما يربطه من علاقة بمبدأ عدم الرجعية، يستوجب الأمر بعد ذلك الانتقال للحديث عن الجانب التطبيقي العملي للمبدأ، الأثر الفوري والمباشر، وهو ثمرة الدراسة النظرية من خلال استعراض الضوابط والمعايير التي على أساسها يتحدد تطبيق الفورية، وكذا استجلاء الجوانب المعقدة لبعض القواعد التي تشكل صعوبات تعترض تطبيق المبدأ، وأخيراً عرض تطبيقات هذا الأخير في التشريع الجنائي الإسلامي والدولي وذلك وفق ثلاث مباحث و هي:

المبحث الأول: ضوابط تطبيق مبدأ الأثر الفوري و المباشر للنص الجنائي.

المبحث الثاني: تطبيق الأثر الفوري و المباشر على القواعد الإجرائية الملتبسة.

المبحث الثالث: الأثر الفوري و المباشر في القواعد الغير إجرائية.

المبحث الأول: ضوابط تطبيق مبدأ الأثر الفوري والمباشر

قبل الحديث عن الحلول التي تبناها المشرع لتطبيق مبدأ الأثر الفوري والمباشر في بعض القواعد المستعصية، لا بد من تفصيل القاعدة العامة والأصل العام الذي يحكم تطبيقات المبدأ خصوصاً في جانب نظر الفقهاء ضمن المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: الإشكالية المرتبطة بتطبيق مبدأ الأثر الفوري

وسأتناول ذلك من خلال عرض الآراء الفقهية حول هذه القضية، ثم مرجعية اختلاف هذه الآراء والنظريات، ثم استعراض بعد ذلك موقف التشريع الجزائري من كل ذلك.

الفرع الأول: تطبيق الأثر الفوري في نظر الآراء الفقهية

من خلال تعاملنا مع المؤلفات ذات الاهتمام بقضية السريان الزمني للنص الجنائي وعلى كثرتها واختلاف المدارس الفقهية وجنسيات أصحابها توصلت إلى ما يلي:

- إن كل الفقهاء والمؤلفين وهم بصدد الحديث عن قانون العقوبات وشرح أحكامه في كل الدول وجدتهم فيما يتعلق بتطبيق القانون من حيث الزمان يتحدثون عن مبدأ عدم رجعية النص الجنائي كأصل عام والقانون الأصلح للمتهم كاستثناء منه⁽¹⁾ وهذا الرأي يساير كل التشريعات في الدول العربية سواء في دساتيرها أو قوانينها العقابية .

- وكل الفقهاء والمؤلفين من ينتمي إلى المجموعة الأولى السالف ذكرها وهم بصدد شرح

(1)- أنظر: بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، جزء 1، ص 46.

- محمود محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، ص 28.

- محمد علي السالم عياد الحلبي، شرح قانون العقوبات الأردني، مكتبة بغداد الأردن، ط1، 1993، ص 35.

- محمد رمضان بارة، قانون العقوبات الليبي، القسم العام، منشورات الجامعة المفتوحة، 1990، ص 48.

- عبد الوهاب عمر البطرأوي، شرح القانون الجنائي البحريني، د.م.ن، د.ط، د.ت، ص 13.

- علي حسن الشرفي، شرح الأحكام العامة في التشريع العقابي اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1992، ص 106.

- عبد اللطيف التكريتي، السياسة الجنائية في قانون العقوبات العراقي، ط2، بغداد 1979، ص 29.

- جلال ثروت، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص 67.

- محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، د.م.ن، ط2، 1963، ص 115.

قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾ يتحدثون عن مبدأ الأثر الفوري والمباشر كأصل يحكم قضية تطبيق النصوص الإجرائية والشكلية من حيث الزمان⁽²⁾.

غير أن هناك من يجمل الحديث عن تطبيق مبدأ عدم الرجعية على القواعد الموضوعية، قانون العقوبات من حيث الزمان، وتطبيق قانون الأثر الفوري والمباشر على القواعد الشكلية، قانون الإجراءات الجزائية، في كتاب واحد⁽³⁾.

- هناك فريق آخر من الفقهاء والمؤلفين وهم قلة يتفقون مع الفريق الأول في إخضاع القواعد الموضوعية لمبدأ عدم الرجعية ولكن يختلفون عنهم في إخضاع القواعد الإجرائية لمبدأ يسمونه ب: رجعية القواعد الإجرائية⁽⁴⁾.

(1)- توجد بعض التشريعات تعطي لهذا الفرع من القانون تسمية أصول المحاكمات الجزائية مثل التشريع اللبناني والسوري والأردني، غير أن هذه التسمية تقتصر على مرحلة المحاكمة دون ما يسبقها من مرحلة التحقيق والاثام وما يليها من إجراءات تنفيذ العقوبة.

ومن التشريعات من يطلق على هذا الفرع من القانون تسمية قانون تحقيق الجنايات مثل التشريع الفرنسي القديم والتشريع المصري القديم وتنتقد بكونها تقتصر على إجراءات التحقيق دون الاتهام والمحاكمة وتنفيذ العقوبة، فضلا على أن مصطلح الجنايات لا يمتد إلى الجرح والمخالفات مما يشعر بأن التسمية قاصرة على الجنايات دون غيرها من الجرائم. ومن التشريعات الحديثة من يسمي هذا الفرع القانوني بقانون الإجراءات الجنائية مثل التشريع الإيطالي أو قانون الإجراءات الجزائية مثل التشريع الجزائري، وينتقد البعض هذا على أساس أن هذا القانون لا يحتوي فقط على الخصومة الجزائية بل نجد كذلك الخصومة المدنية التبعية مما يجعل هذه التسمية تقتصر على الأولى دون الثانية. غير أن هذا النقد حسب بعض الفقه لا ينال منها كون هذا الفرع من القانون جعل بصفة أساسية للإجراءات الجزائية ولا يتناول الخصومة المدنية إلا بصفة تبعية ثانوية.

- أنظر في هذا:- عبد الرحمن خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى عين مليلة، 2010، ص10-

11.

(2)- أنظر:- بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص 15، 16.

- عبد الله أوهابيه، ص 16.

- علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص 31.

- محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص 23.

- سمير عالية وهيثم عالية، ص 82.

- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، 1988، الجزء 1، ص 39.

- فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص 23.

(3)- أنظر:- كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص 15.

- رؤوف عبيد، ص 145.

- محمد زكي أبو عامر و عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1984، ص 44.

- محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، دار الكتاب الجديدة، بيروت، ط3، 2002، ص 54.

- أكرم نشأت إبراهيم، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، مطبعة سعد، 1962، ص 31.

- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 180.

(4)- أنظر:- محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، دت، ص 166.

- سعدي بسيسو، ص 145.

- ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات -القسم العام- دار القادسية، بغداد، دت، ص 36.

باستقراء ما سبق يتضح أن هناك إجماع فقهي حول قضية تطبيق النصوص الجنائية الموضوعية من حيث الزمان إعمالاً لمبدأ عدم الرجعية، إلا في حالة كون النص الجديد أصح للمتهم وفي ذلك مساندة لرأي المشرع في كل الدول سواء عربية أو غير عربية. أما فكرة سريان النصوص الإجرائية من حيث الزمان فهناك رأيين فقهيين يختلفان في صياغة المبدأ الذي يحكم هذه القضية وفق ما يلي:

الرأي الأول: خضوع النص الإجرائي لمبدأ الأثر الفوري:

لقد ذهب جانب من الفقهاء وهم الغالبية العظمى إلى الأخذ بالأثر الفوري أو المباشر للنص الإجرائي «فهو يسري من تاريخ نفاذه على جميع الدعاوي التي لم تكن رفعت أصلاً كما يسري على الدعاوي التي رفعت ولم يتم فيها الفصل حتى ولو كانت خاصة بجرائم ارتكبت قبل تاريخ نفاذ هذا النص الإجرائي.

ومن هنا يتبين لنا أن القانون الإجرائي الجديد لا يسري على الوقائع أو الإجراءات التي حدثت في ظل قانون إجرائي قديم، حتى ولو كان في تطبيق النص الإجرائي الجديد مصلحة للمتهم، لأن كل إجراء محكوم بالقانون السائد في وقت مباشرته»⁽¹⁾ «وعلّة ذلك أن القصد من إصدار قوانين إجرائية جديدة هو تأمين حسن سير العدالة الجنائية والوصول إلى الحقيقة، سواء تمثلت في براءة المتهم أم إدانته، فكل نص إجرائي يفترض أنه أفضل من النص الإجرائي القديم في تحقيق هذه الأمور»⁽²⁾.

الرأي الثاني: خضوع النص الإجرائي لمبدأ الأثر الرجعي

يذهب جانب من الفقهاء وهم أقلية إلى القول بأن الأصل في القوانين الجنائية الموضوعية هو حظر الرجعية، بينما في القوانين الإجرائية فعلى العكس من ذلك فإن الأصل فيها هو الرجعية، ذلك أن الفرض في القانون الإجرائي أنه خير من القانون القديم الذي ثبت للمشرع فساده أو وجود نواقص بدليل أنه استبدله بغيره.

وفضلاً عن ذلك فإن الغاية من القوانين الإجرائية ضمان الوصول إلى الحقيقة والكشف عنها بواسطة القضاء من أجل حماية حق المجتمع في الاتهام، وحق المتهم في

(1)- نبيه صالح، الوسيط في شرح مبادئ الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة- منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، الجزء الأول، ص 33.

(2)- محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة جامعة دمشق، 1963، الجزء الأول، ص 21.

الدفاع، إذ لا يستطيع المتهم أن يطالب بتطبيق قانون إجرائي قديم، لأن ما يهمله في هذه المرحلة هو وجود قانون إجرائي جديد يظهر براءته، وفي هذه الحالة فإن من مصلحة كلا من المجتمع والمتهم أن يطبق القانون الإجرائي الجديد"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تقدير الآراء الفقهية

إذا عمقنا النظر في القولين السابقين يمكن التوصل من خلال تحليل مضمونها إلى ما يلي:

إن الاختلاف بين الفريقين منحصر في جانب اللفظ بعيداً عن المعنى والمضمون، إذ كلاهما يتفق مع الآخر حول كون القانون الإجرائي الجديد هو الواجب التطبيق في جميع الأحوال -إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك- حتى على دعاوى مرتبطة بجرائم ارتكبت قبل صدوره.

فمكمن الخلاف حول صياغة المبدأ حيث عبر عنه أصحاب الرأي الأول بالأثر الفوري والمباشر في حين صاغه أصحاب الرأي الثاني على قلة عددهم بالأثر الرجعي. ومرجعية هذا الخلاف في التعبير عن المبدأ أن الفريق الأول يأخذ بعين الاعتبار لحظة ارتكاب الواقعة الإجرامية لتحديد القانون الواجب التطبيق وهو خطأ إذ أن ذلك شأن القواعد الموضوعية، والرأي الثاني وهو الصائب يأخذ بعين الاعتبار تاريخ اتخاذ الإجراءات ويوافق ذلك ما جاء في قرار للمحكمة العليا الجزائرية والذي ينص على أنه: «أما القوانين الشكلية أي النصوص المتعلقة بالإجراءات والمحاكمة والتحقيق سواء كانت أصلح للمتهم أو ضده فإنها تطبق فوراً ولو على وقائع تمت قبل إصدارها، وذلك لأن قانون الإجراءات يقصد به دائماً تحسين إقامة العدالة"⁽²⁾.

وقد أكدت كذلك هذا القول محكمة النقض المصرية حيث قضت «أن القواعد الإجرائية تسري من يوم نفاذها بأثر فوري على القضايا التي لم يكن قد تم الفصل فيها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»⁽³⁾.

(1)- حسن الجوخدار، ص 373، بتصرف.

(2)- المحكمة العليا، نقض جزائي، 1969/03/14، مجموعة الأحكام، المجموعة الأولى، الجزء الثاني، ص 454. نقلاً عن: عبد الله أوهايبية، ص 16.

(3)- نقض مصري، 1964/12/01م، أحكام النقض، س 15، رقم (153)، ص 774.

مما سبق فإنه "إذا كان المبدأ بالنسبة للقواعد الموضوعية هو عدم رجوعها إلى الماضي إلا إذا كان القانون الجديد أصلح للمدعي عليه، فإن المبدأ بالنسبة للقواعد الشكلية هو مبدأ السريان الفوري المباشر"⁽¹⁾ وعليه نتوصل إلى أنه "إذا كان مبدأ عدم الرجعية يحكم التنازع بين النصوص الجنائية الموضوعية من حيث الزمان، فإن المبدأ الذي يحكم التنازع بين النصوص الجنائية الإجرائية من حيث الزمان يتمثل في الأثر الفوري أو الأثر المباشر للنصوص الإجرائية"⁽²⁾.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

إن موقف المشرع الجزائري صريح حول قضية إخضاعه للنصوص الجنائية الموضوعية من حيث تطبيقها الزماني لمبدأ عدم الرجعية، من خلال نص المادة الثانية من قانون العقوبات، والتأكيد على ذلك في المادة السادسة والأربعون من دستور الجزائر لسنة 1996 وهو ما فصلته في الباب الأول من هذا البحث⁽³⁾.

أما مسألة خضوع القواعد الإجرائية لمبدأ الأثر الفوري والمباشر فلم ينص المشرع الجزائري على ذلك بصيغة صريحة في قانون الإجراءات الجزائية، ولكن هذا السكوت لا ينفي تبنية للمبدأ بصيغة ضمنية من خلال المادة 730 من نفس التقنين بقولها «ينفذ هذا الأمر اعتباراً من تاريخ نفاذ الأمر رقم 65-278 المؤرخ في 22 رجب عام 1358 هـ الموافق 16 نوفمبر 1965 المشار إليه أعلاه، وينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية» فقول المشرع «ينفذ هذا الأمر اعتباراً من تاريخ نفاذ

(1)- محمد زكي أبو عامر وعلي عبد القادر القهوجي، ص 44. أنظر في هذا:

- فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص 23.
- مأمون محمد سلامة، ص 39.

- محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص 8.
(2)- كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 15. أنظر في هذا:

- علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص 31.
- سمير عالية وهيثم عالية، ص 82.

- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ص 6.
- أحسن بوسقيعة، ص 83.

(3)- أنظر هذه الرسالة، ص 25-26.

الأمر...» فيه دلالة لا لبس فيها حول تبني مبدأ الأثر الفوري والمباشر في تطبيق قانون الإجراءات الجزائية من حيث الزمان.

إضافة لما سبق فإن هناك ثلاثة أمور من خلالها نستنتج خضوع قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في تطبيقه من حيث الزمان لمبدأ الأثر الفوري والمباشر وهي:

الأمر الأول: وجود اجتهادات للمحكمة العليا تقضي بذلك صراحة ومنها قرار النقض الجزائري المؤرخ في 17/01/1993 والذي يقضي بأنه: «أما القوانين الشكلية، أي النصوص المتعلقة بالإجراءات والمحاكمة والتحقيق سواء كانت أصلح للمتهم أو ضده، فإنها تطبق فوراً ولو على وقائع تمت قبل إصدارها، وذلك لأن قانون الإجراءات يقصد به دائماً تحسين إقامة العدالة»⁽¹⁾ وإن كان هذا القرار لا يرتقي إلى مرتبة النص التشريعي غير أن ذلك لا يمنع القضاء من الأخذ به.

الأمر الثاني: فقد نص المشرع الجزائري في المادة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه «تطبق أحكام هذا القانون فور سريانه...» فهذا النص واضح وصريح في إخضاع القواعد الإجرائية لمبدأ السريان الفوري والمباشر بشقيها المدنية والإدارية من جهة وتعدية ذلك إلى الجزائية من جهة أخرى بناء على:

إنه "يكاد ينعقد إجماع الفقه على استعارة أحكام قانون المرافعات المدنية فيما لم ينص عليه قانون الإجراءات الجنائية، وبالتالي فلا تثريب على تطبيق نصوص القانون الأول بشأن المسائل التي لم ينظمها القانون الثاني، وحجة ذلك أن قانون المرافعات يعتبر هو الشريعة الإجرائية العامة لمسائل الإجراءات كافة"⁽²⁾.

فقانون الإجراءات المدنية والإدارية "يعتبر أصلاً عاماً لقانون الإجراءات الجزائية، بحيث يلتزم القاضي الجنائي بالرجوع له كلما وجد فراغاً أو نقصاً في قانون الإجراءات

(1)- قرارات المحكمة العليا، قرص مضغوط، تصميم و برمجة و تنفيذ ، شركة كليك لخدمات الحاسوب، العجديدة، الجزائر، الإصدار الرابع، 2006، تاريخ القرار: 17-01-1993.

(2)- جلال ثروت وسليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2006، ص

الجزائية، باعتبار أن قانون الإجراءات المدنية- والإدارية- يعتبر قانونا عاما للقواعد الشكلية أو الإجرائية عموم" (1).

وقد تبنت المحكمة العليا الجزائرية ذلك صراحة في قرار لها يقضي بأنه «من المبادئ العامة أن قانون الإجراءات المدنية- والإدارية- هو القانون العام بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية وهو المرجع الذي ينبغي الاستشهاد به والاعتماد عليه عند قصور قانون الإجراءات الجزائية وذلك فيما يتلائم مع طبيعة الدعويين المدنية والجزائية» (2).

وعمليا تبني المشرع الجزائري هذا الأمر من خلال نص المادة 439 قانون إجراءات جزائية في قضية التكاليف بالحضور بقولها «تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية- والإدارية- في مواد التكاليف بالحضور و التبليغات ما لم توجد نصوص مخالفة لذلك في القوانين أو اللوائح».

وللإشارة فإن "الإحالة لقانون المرافعات المدنية والتجارية فيما سكت عنه قانون الإجراءات الجزائية أو فيما غمض عن بيان حقيقته لا تكون في الموضوعات المتعلقة بالحرية الفردية أو حق الدفاع المقرر للمتهم" (3) عدا ذلك "وإعمالا لقواعد التفسير الموسع والقياس في مجال القواعد الإجرائية يمكن الالتجاء لقواعد الإجراءات المدنية والاستعانة بها، حيث لا وجود في قانون الإجراءات الجزائية ما يحكم المسألة المعروضة على القضاء" (4).

غير أن هناك رأي فقهي وعلى قلة أصحابه وعدم تبريرهم لموقفهم يرى "أن قانوني الإجراءات المدنية والإدارية والإجراءات الجزائية مستقلان عن بعضهما كل له مجاله الخاص به، فلا يعتبر قانون الإجراءات المدنية أصلا لقانون الإجراءات الجزائية فلا يلتزم القاضي الجنائي بالرجوع لقواعد الإجراءات المدنية عند عدم وجود قواعد تنظم المسألة المعروضة عليه في قانونه- الإجراءات الجزائية- لوجود فراغ أو نقص فيه، بل عليه

(1)- عبد الله أوهايبية، ص 21.

(2)- المحكمة العليا، نقص جزائي 25 مايو 1982، نشرة القضاة، عدد 43 سنة 1988، ص 37.

(3)- جلال ثروت وسليمان عبد المنعم، ص 38.

(4)- عبد الله أوهايبية، ص 22.

الرجوع إلى المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية ومحاولة تفسيره لإيجاد حل فيه للمسألة المعروضة عليه"⁽¹⁾.

نلاحظ أن أصحاب هذا الرأي لم يعرضوا أدلة تبرّر موقفهم ولم يعطوا بدائل للقاضي الجزائي فيما سكت عنه قانون الإجراءات الجزائية، سوى إمكانية لجوئه للتفسير مع ما لهذه الآلية- التفسير- من عيوب في إطلاقها من حيث إنتاجها لأحكام متباينة للحالات المتشابهة نظرا لاختلاف الرؤى للقضاة، وهو يهدد العدل والمساواة، وكذا ما فيه من مساسا بالوحدة القانونية في الدولة، زيادة على ذلك فإن هذا الرأي مخالف لما ذهب إليه المشرع في المادة 439 قانون إجراءات جزائية وكذا اجتهاد المحكمة العليا.

وعليه"فالقواعد الإجرائية لا نخص قانون أصول المحاكمات المدنية وحده وإنما هي ملك النظرية العامة لعلم الإجراءات بوجه عام، كما أن وحدة النظام القانوني في الدولة تبرّر الأخذ بما ينص عليه قانون أصول المحاكمات المدنية فيما سكت عنه قانون الإجراءات الجنائية، لأن كليهما فرعان ينتميان لنفس النظام القانوني الواحد داخل الدول"⁽²⁾.

وعلى اعتبار أن الرأي القائل بمرجعية قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما سكت عنه قانون الإجراءات الجزائية هو الراجح، إلا أن ذلك لا يؤخذ على إطلاقه، بل لا يد في هذه المسألة على القاضي الجزائي أن يراعي في ذلك ضوابط تتمثل في:

1. " أن تكون الإحالة صادرة عن قانون الإجراءات الجنائية نفسه، صراحة أو ضمنا لكي يمكن اللجوء لقانون المرافعات المدنية واستعارة أحكامه، أما حيث لا يحيل قانون الإجراءات الجنائية إلى غيره، وجب الحكم عن المسألة المعروضة في مبادئ الإجراءات الجنائية، وإذا تصادف ووجد مثل هذا الحكم في قانون إجرائي غير جنائي فإن تطبيقه لا يتم استنادا لهذا القانون بل بوصفه تطبيقا لمبدأ إجرائي جنائي أو استلهما ما لروح أو فلسفة قانون الإجراءات الجنائية ككل"⁽³⁾.

2. أنه في حالة الإحالة إلى قانون إجرائي غير جنائي يجب أن تكون القاعدة المستعارة من هذا القانون قاعدة عامة وليست استثنائية، اعتبارا أن هذه الإحالة من قبيل

(1)- المرجع نفسه، ص 21.

(2)- جلال ثروت، نظم الإجراءات الجزائية، ص 37.

(3)- سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 43، 44.

عملية التفسير، وتفسير إرادة المشرع فيما سكت عنه أو في حالة وجود حكم غامض لا بد أن تكون في حكم عام وليس الاستثناء لأن ما ورد على خلاف القياس لا يقاس عليه⁽¹⁾.

3. إن عملية العودة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما سكت عنه قانون الإجراءات الجزائية لا تكون في كل ما له صلة بالحرية الفردية، أو حق الدفاع المقرر للمتهم "كعدم جواز الأخذ بما هو مقرر في قانون المرافعات من تصدي المحكمة الإستئنافية للحكم في موضوع الدعوى الذي لم يفصل فيه محكمة أول درجة، باعتبار أن ذلك يحرم المتهم من درجة من درجات التقاضي"⁽²⁾.

الأمر الثالث: لقد تبني المشرع الجزائري عمليا إخضاع القواعد الإجرائية الجزائية في تطبيقها من حيث الزمان لمبدأ الأثر الفوري والمباشر من خلال المرسوم التشريعي رقم 92-03 المؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1313 هـ الموافق لـ 30 سبتمبر سنة 1992 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب، والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 70 ليوم الرابع من ربيع الثاني عام 1413 هـ الموافق لأول أكتوبر 1992.

فقد جاء في المادة 42 منه أنه «تحول الإجراءات القضائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في الفصل الأول أعلاه التي هي بصدد التحقيق أو المحاكمة لدى الجهات القضائية العادية بقوة القانون بطلب من النائب العام لدى المجلس القضائي الخاص إلى المجلس القضائي الخاص المختص إقليميا» فنص "المادة جد واضح ولا يحتاج إلى تفسير، فالمشرع عمل بمبدأ التطبيق الفوري لهذا القانون، أي سريانه على القضايا الجارية أو في طور التكوين، وهذا يعني انطباقه على الجرائم الواقعة قبل صدوره، وهذا أيضا ما توخاه المشرع الفرنسي عند إصداره قانون مكافحة الإرهاب"⁽³⁾.

الفرع الرابع: أسباب تطبيق الأثر الفوري والمباشر على النصوص الإجرائية ونتائجه
أولا: أسباب خضوع النصوص الإجرائية للأثر الفوري: من خلال عرض الفروع الثلاثة السابقة يتضح أن مبدأ عدم الرجعية يطبق على القواعد الموضوعية في حين تخضع

(1) - جلال ثروت وسليمان عبد المنعم، ص 38 بتصرف.

(2) - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 45 هامش رقم 4.

(3) - عبد الباسط العيدودي، ص 121.

نصوص القواعد الشكلية للإجراءات الجزائية من حيث التطبيق الزمني لمبدأ الأثر الفوري والمباشر وذلك بناء على الأسباب الآتية:

1. "إن قواعد أصول المحاكمات الجزائية هي قواعد أمره تتعلق بالنظام العام فوجب أن تسري فوراً على جميع الإجراءات التي تحدث بعد صدورها، إذ يقصد بها تحقيق حسن سير العدالة وكشف الحقيقة، والقواعد التي يكون هذا شأنها فإنها تسري بأثر فوري ومباشر"⁽¹⁾ وما دام ذلك يتعلق بالنظام العام فإن تطبيق خلافه يعد باطلاً.

2. إن إخضاع القواعد الإجرائية لمبدأ الأثر الفوري فيه "حماية للحقوق المكتسبة للأفراد، فالقانون الجديد لا يجوز أن يمتد إلى إجراءات نشأت واكتملت في ظل القانون القديم إذا كان في ذلك إخلال بحقوق مكتسبة"⁽²⁾.

غير أن بعض الفقهاء فكرة يعارضون الحق المكتسب في الجانب الإجرائي حيث "يتعين في تطبيق هذه القاعدة- الأثر الفوري- استبعاد فكرة الحق المكتسب للمتهم، فلا يجوز استبعاد تطبيق القانون المعمول به وقت اتخاذ هذا الإجراء بحجة أنه يمس حقا اكتسبه المتهم من القانون الذي كان معمولاً به في وقت سابق على اتخاذ هذا الإجراء، ذلك أن فكرة الحق المكتسب موطنها في القانون الخاص، ولا محل لتطبيقها في الإجراءات الجنائية التي تتصل قواعدها جميعاً بالنظام العام، ويستهدف بها الشارع حماية مصلحة عامة للمجتمع لا صيانة حق مكتسب لأحد الأفراد"⁽³⁾.

3. إن تطبيق قانون الإجراءات يكون إعمالاً لمبدأ الأثر الفوري والمباشر بناء على أن "العبرة هنا بوقت مباشرة الإجراء وليس العبرة بوقت وقوع الجريمة الذي اتخذ الإجراء بمناسبة، فالقانون الذي يكون ساري المفعول وقت مباشرة الإجراءات هو الذي يطبق، وليس القانون الذي يكون ساري المفعول وقت وقوع الجريمة، وعلّة هذه القاعدة أن قانون

(1)- فاروق الكيلاني، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية، شركة المطبوعات الشرقية، بيروت، ط3، 1995، الجزء 1، ص 43.

(2)- فاروق الكيلاني، ص 43.

(3)- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص 27.

الإجراءات الجزائية ينظم الإجراءات ولا ينظم الجرائم، لذلك تكون العبرة في تطبيقه بتاريخ الإجراء لا بتاريخ وقوع الجريمة"⁽¹⁾.

4. "ينعقد الإجماع في الفقه والقضاء على أن القواعد الخاصة بتنازع النصوص الجنائية الموضوعية من حيث الزمان- مبدأ عدم الرجعية- لا تسري على تنازع النصوص الجنائية الإجرائية من حيث الزمان، ويعني ذلك أن التنازع الزمني بين النصوص الإجرائية تحكمه قواعد خاصة مستمدة من طبيعة هذه النصوص ووظيفتها في النظام القانوني العام"⁽²⁾ فهي بذلك تخضع لمبدأ الأثر الفوري والمباشر إذ هي لا تنشئ جرائم ولا تقرر عقوبات ومن ثم لا بد من استبعاد مبدأ عدم الرجعية فيها.

5. تخضع النصوص الشكلية في تطبيقها من حيث الزمان للأثر المباشر والعلّة في ذلك "أن هذه النصوص الإجرائية هدفها الكشف عن الحقيقة، ولاشك أنه من مصلحة المجتمع والفرد المتهم على حدّ سواء تطبيق النصوص الجديدة بأثر فوري ما دام غايتها تنظيم الكشف على نحو يفترض أنه أفضل ممّا كان سائداً، والحقيقة المنشودة هنا هي الحقيقة الواقعية سواء أفضت إلى تبرئه المتهم أو إدانته"⁽³⁾.

ثانياً: آثار ونتائج خضوع النصوص الإجرائية للأثر الفوري:

مما سبق اتضح جلياً أن ما استقر عليه الحال فقها وتشريعاً وقضاءً هو تطبيق مبدأ الأثر الفوري والمباشر على نصوص قانون الإجراءات الجزائية فيما يتعلق بسرّيانه من حيث الزمان وينبغي على ذلك نتيجتين هما:

1. ويتعلق الأمر بحكم الإجراءات التي تسبق القانون الجديدة "فالقاعدة في تطبيق قانون أصول المحاكمات الجزائية من حيث الزمان أنه يطبق بأثر فوري منذ يوم نفاذه على الإجراءات التي تتخذ في دعاوى التي لم يتم الفصل فيها، ولو كانت متعلقة بجرائم ارتكبت قبل ذلك التاريخ، ولا يمتد أثر هذا القانون إلى الإجراءات التي تمت قبل نفاذه.

(1) - محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار الثقافة، الإسكندرية، ط2، 1953، ص 23.

(2) - فرج علواني هليل، موسوعية علواني في التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، دت، ص 36.

(3) - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 69.

فإذا كان الإجراء باطلاً في ظل القانون القديم، ثم صدر قانون لاحق يجعل مثل هذا الإجراء صحيحاً فإن حكم القانون الجديد لا ينسحب إلى الماضي فيظل الإجراء باطلاً. وكذلك يظل الإجراء الذي تم صحيحاً في ظل القانون القديم صحيحاً حتى ولو صدر قانون جديد يغير شروط صحة هذا الإجراء⁽¹⁾.

2. ويتعلق الأمر بعلاقة الإجراء بموضوع الدعوى العمومية الناتجة عن الفعل الإجرامي حيث "أن قانون الإجراءات الجزائية يسري بأثر فوري على الإجراءات التي يتعين مباشرتها حتى ولو كانت متعلقة بدعوى تم تحريكها في ظل قانون قديم"⁽²⁾ بناءً على أن العبرة بتاريخ مباشرة الإجراء، ولا شأن لهذا الأخير بتوقيت ارتكاب الجريمة ولا بلحظة رفع وتحريك الدعوى العمومية.

المطلب الثاني: معايير التفرقة بين القواعد الموضوعية والشكلية

عرفنا أن مبدأ عدم رجعية النص الجنائي هو المطبق على القواعد الموضوعية بشأن سريانها الزمني في حين يطبق مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي على القواعد الشكلية والإجراءات.

"وبرغم وضوح مبدأ الأثر الفوري والمباشر وفصله بين قواعد الموضوع وقواعد الشكل من حيث السريان الزمني"⁽³⁾ إلا أن ذلك يفرض عرض ضوابط تتولى التمييز بين ما يعتبر قواعد موضوعية وما يُعدّ من قبيل القواعد الشكلية. حيث وبمجرد تصنيف نوعية القاعدة الجنائية تسهل بعد ذلك إلى أي المبدئين تخضع في تطبيقها زمانياً.

وسأتناول هذا المطلب من خلال الفرعين الآتين:

الفرع الأول: القاعدة الجنائية والنص الجنائي

أولاً- مضمون القاعدة الجنائية: تطلق القاعدة الجنائية ويقصد بها ذلك التعبير الذي "يفرض به المشرع إرادته على أعضاء الجماعة ويحدد فيه أنواع السلوك ارتكاباً كان أم

(1) فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص 23، 24.

(2) ساهر إبراهيم الوليد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، جدون دار، ط1، 2005، الجزء 1، ص 28.

(3) جلال ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، ص 60.

امتناعا والتي يعدّها جرائم، كما يوضح الجزاءات القانونية التي يرتبها على مخالفة هذه الإرادة"⁽¹⁾.

باستقراء التعريف السابق يتضح أن القاعدة الجنائية متكوّنة من عنصرين، أحدهما هو المبدأ القانوني المقرّر على شكل أمر أو نهي من المشرع ويسمى بعنصر التجريم، أما العنصر الثاني فهو الجزاء المترتب على مخالفة المخاطبين لحكم العنصر الأول ويطلق عليه اسم القاعدة الثانوية.

والأصل في عنصري القاعدة الجنائية أنهما متلازمان في موضع وخطاب واحد، وهنا إذا توافر عنصر التكليف والجزاء معا كنا بصدد قاعدة جنائية بالمعنى الدقيق بغض النظر عن التشريع الذي ينظمها.

وفي هذا نسجل أن القاعدة الجنائية الكاملة أي بالمعنى الدقيق قد يحتويها قانون العقوبات نفسه، وقد تتواجد في تشريع جنائي خاص كالقانون الجنائي العسكري وقانون مكافحة الفساد والوقاية منه أو تشريع محاربة استهلاك والاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية، كما قد ينظمها فرع من فروع القانون الأخرى غير الجنائية كالقانون الدولي أو القانون المدني أو التجاري بل حتى قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كل ما سبق يتعلق باتحاد عنصري القاعدة الجنائية- التكليف والجزاء- وهو الأصل العام كما قلنا، غير أن ذلك لا ينفي من وجود حالات ينفصل فيها عنصر التكليف عن الجزاء، فيكون أحدهما في تشريع والآخر في تشريع آخر عن طريق إحالة أحدهما على الآخر، ويطلق على هذه الحالة اسم القاعدة الجنائية على بياض.

وفي هذا النوع من القواعد- على بياض- "يكتفي المشرع بتحديد شق الجزاء في النص الجنائي، ويحيل في نفس الوقت إلى قانون آخر غير القانون الجنائي ليتولى شق التكليف الذي لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض بينما يتولى المشرع توزيع القادة الجنائية الموزعة على نصين جنائيين.

ومن أمثلة القاعدة الجنائية على بياض نجد المادة 131 قانون عقوبات مصري والتي تعاقب كل موظف عمومي أوجب على الناس عملا في غير الحالات التي يجيز فيها القانون

(1)- عصام عفيفي عبد البصير، القاعدة الجنائية على بياض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 46.

ذلك، أو استخدام أشخاصا في غير الأعمال التي جمعوا لها بمقتضى القانون، وتفوض هذه المادة قانون آخر قد يكون الإداري في تحديد شق التكليف المتعلق بهذه الجريمة وهي جريمة تسخير الغير"⁽¹⁾.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أنه وإذا "كان الغالب من القواعد الجنائية يحتوي على عنصري التجريم والعقاب، فهناك جانبا آخر من القواعد قد يرد خاليا من العنصرين السابقين، تلك هي ما يسمى بالقواعد التكميلية أو التابعة، وهي قواعد ترتبط بأخرى تجرّمية تسهم مثلا في تفسيرها أو تطبيقها أو تحديدها.

ويفضل بعض الشراح تسمية هذه القواعد بالنصوص لخلوها من عناصر القاعدة الجنائية بالمعنى الصحيح، ويؤخذ على هذا الرأي تضييقه من فكرة ومفهوم النص الجنائي بحيث يعتبر كل ما يخلو من عناصر القاعدة الجنائية- التجريم والعقاب- نصا، على الرغم أنه حتى إذا اكتمل عنصري القاعدة الجنائية فإن القالب الذي يحملها يسمى نصا أيضا"⁽²⁾.

ثانيا: مضمون النص الجنائي

يقصد به ذلك الخطاب الصادر عن السلطة التشريعية المختصة في الدولة والموجّه للأشخاص قصد بيان الأفعال والأقوال المعتبرة جرائم في نظر القانون، مع بيان العقوبات المقرّرة على المخالفين لمضمون ذلك الخطاب.

فالنص الجنائي هو "أداة المشرع ووسيلته ومطيته التي يحمل عليها القاعدة الجنائية ليفرض بها إرادته على أعضاء الجماعة، ويحدد أنواع السلوك ارتكابا كان أم امتناعا التي يعدها جرائم والتي يرتب على مخالفتها جزاء"⁽³⁾.

ثالثا: الرابطة بين النص الجنائي والقاعدة الجنائية

تتحدّد العلاقة بين القاعدة الجنائية والنص الجنائي وظيفيا حيث أنه عندما يريد المشرع إخضاع مركز معين لقانون العقوبات، سواء بتريجه أو إباحتة بعد أن كان مجرّما، فإن وسيلته في ذلك هي النصوص التي تتضمنها المواد القانونية، فقانون العقوبات الجزائي يتكون من 468 نصا أو مادة دون احتساب المواد المكررة.

(1) - عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، دار الهدى للمطبوعات، د ت، ص 33 بتصرف.

(2) - عصام عفيفي عبد البصير، ص 48.

(3) - شكري الدقاق، ص 40.

فالمشرع يعتمد إلى هذه النصوص أو المواد فيودعها القواعد الجنائية التي تعبر عن إرادته فتكون عبارات النصوص والمواد وسيلة يستعملها المشرع لتحقيق غاية وهي إبلاغ الأفراد بمضمون تلك النصوص والمتمثل في القواعد الجنائية. فهناك إذن نصوص أو مواد تتضمن قواعد جنائية، وقد يتضمن النص الواحد قاعدة قانونية أو أكثر من القواعد الجنائية، وفي هذه الحالة يوصف النص بأنه كامل أو تام. كما قد لا يستوعب النص القاعدة الجنائية بأكملها وفي هذه الحالة تتوزع القاعدة الجنائية بين أكثر من نص فيطلق عليه وصف النص غير الكامل أو غير المستوعب للقاعدة⁽¹⁾.

مما سبق يتضح أن القاعدة الجنائية شيء مجرد متمثل في الأحكام التي يمكن للقاضي أن يستنبطها، في حين يكون النص الجنائي هو الجانب المادي الذي يظهر للقاضي والذي يتعامل معه لاستنباط القاعدة الجنائية.

فالتعامل سواء من طرف القاضي لاستنتاج الحكم، أو من طرف الأفراد لمعرفة ما هو محرّم وما هو مباح يكون مع النصوص الجنائية كونها هو الجانب الظاهر والمادي، وعليه يكون استعمال تعبير النص الجنائي هو الأعم والأدق من القاعدة الجنائية ولكن المتعارف عليه والشائع هو استعمال كلا من التعبيرين على حد سواء.

الفرع الثاني: التمييز بين النصوص الجنائية الموضوعية والشكلية

باستعراضنا للمطلب الأول من هذا المبحث عرفنا أن المؤشر في تحديد المبدأ الذي على أساسه تحلّ إشكالية تنازع النصوص الجنائية من حيث الزمان هو أنه أولاً لا بد من المرور على مرحلة تصنيف تلك النصوص، هل هي شكلية أم موضوعية باعتبار أن النوع الأول يخضع لمبدأ الأثر الفوري والمباشر، بينما تخضع النصوص الموضوعية لمبدأ عدم الرجعية إلا ما كان منها أصلح للمتهم.

أولاً/ معايير التفرقة بين النصوص الموضوعية والشكلية:

(1) - عبد الفتاح الصيفي، ص 32 بتصرف.

للتمييز بين النصوص الجنائية الموضوعية والنصوص الإجرائية أهمية قانونية قصوى، لهذا كان من الضروري وضع ضوابط للتفرقة بينهما، وفي هذا الصدد تتعدّد المعايير التي يضعها الفقهاء وفق ما يلي:

1. معيار موضع القاعدة:

"فقد يتصوّر - للوهلة الأولى- أن القاعدة الجنائية الموضوعية هي التي ورد النص عليها في قانون العقوبات، بينما تعتبر القاعدة الجنائية إجرائية إذا احتلت مكانها في قانون الإجراءات الجنائية"⁽¹⁾، وعليه يكون مكان وجود القاعدة هو المحدّد لطبيعتها. وقد انتقد هذا المعيار الشكلي من حيث أنه لا يعكس الحقيقة إضافة إلى عدم التزام المشرّع به فلا يصلح معياراً للتمييز كونه مخالفاً للواقع، إذ من الثابت أن هناك قواعد موضوعية خالصة تتعلق بأمور التجريم والعقاب وهي منصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، مثل المادة 85 منه التي تقضي بمعاينة من يفشي أو يذيع مستندا متحصلا من تفتيش شخص لا صفة له في الإطلاع عليه. وبالمقابل هناك قواعد إجرائية إلا أنها منصوص عليها في قانون العقوبات كالمادة 369 منه التي تقضي بعدم جواز اتخاذ الإجراءات بالنسبة للسراقات التي تقع بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى⁽²⁾.

2. معيار الهدف من القاعدة:

يقوم هذا الضابط بناء على العبارة المشهورة والتي تقول "أن قانون الإجراءات الجنائية قانون الشرفاء، بينما قانون العقوبات قانون المجرمين، وذلك لأن الأول يستهدف أصلا تبرئة المتهم البريء، بينما يستهدف الثاني معاقبة المجرم"⁽³⁾.

(1) - جلال ثروت وسليمان عبد المنعم، ص 27.

(2) - أنظر:- بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص 12.

- سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 31.

(3) - عصام عفيفي عبد البصير، ص 38-39.

فعند أصحاب هذا الرأي تكون "القواعد الموضوعية تهدف إلى حماية مصلحة المجتمع ضد المجرم، بينما القواعد الشكلية ترمي إلى مصلحة المتهم"⁽¹⁾ بعدم التعدي على حقوقه المكفولة قانوناً.

غير أن هذا المعيار بدوره مرفوض حيث "قد يتضمن قانون العقوبات قواعد جنائية لصالح مرتكب الجريمة كتلك التي تبرر الجريمة، أو تعالج موانع المسؤولية أو العقاب أو توقف تنفيذ العقوبة أو تخفف منها.

ومن ناحية أخرى قد يتضمن قانون الإجراءات الجزائية بدوره قواعد ضد مصلحة مرتكب الجريمة كتلك التي تجيز للنيابة العامة إصدار أمر بالقبض على المتهم أو أمر الحبس الاحتياطي، أو تلغي طريقاً من طرق الطعن كان مقرراً من قبل أو تقصر من المدة المقررة للطعن خلالها، أو تلك القواعد التي تجيز اتخاذ إجراءات التحقيق أو المحاكمة في غير مواجهة المتهم أو في غيبته"⁽²⁾.

وعليه يكون هذا المعيار في غير محله "حيث أن كلا من القواعد الموضوعية والشكلية يهدف إلى إقامة التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع"⁽³⁾. فلا بد من البحث على معيار آخر أكثر دقة.

3. معيار موضوع القاعدة:

ويعتمد هذا الضابط للكشف عن نوع القاعدة على مضمونها وجوهر الموضوع الذي تنظمه، فتعتبر القاعدة موضوعية إذا تولت تنظيم جانب من جوانب حق الدولة في العقاب سواء من حيث نشأته أو من حيث تعديله أو انقضائه.

بينما تعتبر القاعدة إجرائية إذا تولت تحديد أشكال وأساليب اقتضاء الدولة لحقها هذا، وتأسيساً على ذلك تكون القواعد موضوعية إذا ارتبطت بأصل الحق في العقاب سواء كانت مقررة لمصلحة المجتمع أو في صالح المتهم.

(1) - فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص 12.

(2) - عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، دط، 1966-1968، ص 9.

(3) - بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص 13.

في حين تعد قواعد إجرائية وشكلية تلك التي تستهدف ضمان حسن سير العدالة من خلال تنظيم الهيئات القضائية واختصاصاتها، وبيان الإجراءات المتعلقة بضبط الجرائم وإثباتها، وبتحريك الدعوى العمومية والسير فيها حتى إصدار حكم مبرم في شأنها⁽¹⁾. وعلى الرغم من وضوح هذا المعيار وسهولة تطبيقه، إلا أنه لم يستوعب جميع القواعد من خلال الكشف عن نوعيتها خصوصا في جانبها الشكلي أو الإجرائي والتي تتخذ عدة أنماط.

ثانيا/ أنماط القواعد الإجرائية:

أمام غياب معيار دقيق يستوعب جميع النصوص والقواعد الجنائية من خلال تسهيل عملية الكشف عن طبيعة كونها موضوعية أم إجرائية، خصوصا مع تسجيل نقائص على المعيار الموضوعي الذي يعتبر الأقرب إلى الصواب، نكون أمام ثلاثة أنواع من النصوص والقواعد الجنائية وهي:

1- القواعد الموضوعية البحتة:

وهي التي تنصب أساسا وبطريق مباشر على حق العقاب، ولا تكاد تخرج صورها على القواعد المنظمة لتعريف الجرائم والمسؤولية الجنائية وتقرير العقوبات لتعلقها بحق الدولة في العقاب، وغالبية هذه القواعد متضمنة في نصوص قانون العقوبات مع إمكانية وجود حالات وهي قليلة منصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية.

وهذا النوع من القواعد بلا شك تخضع بالإجماع لمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بتطبيقها من حيث الزمان، وعليه كان من الشائع إطلاق تسمية القواعد الموضوعية على قانون العقوبات.

2- القواعد الإجرائية المحضة:

(1) - أنظر:- فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص 13.
- عمر السعيد رمضان، ص 9.

وهي التي تتضمنها نصوص "الملاحقة الجنائية من خلال تبيان طرق وأساليب الكشف عن الحقيقة في مراحل الاستدلال والتحقيق والمحاكمة، ويستوي أن تنظم هذه القواعد نشاط السلطات العامة في مباشرة الدعوى الجنائية أو تورد قيود وضوابط على هذه السلطات"⁽¹⁾.

وعليه كان من الشائع في الاستعمال إطلاق اسم قانون الإجراءات الجزائية على

القواعد الشكلية، والأصل في سريانها من حيث الزمان يكون بإعمال الأثر الفوري والمباشر بإجماع الفقه والقضاء.

3- القواعد الإجرائية ذات الأثر الموضوعي:

ويطلق عليها البعض اسم القواعد المزدوجة، وهي تضم صور القواعد الإجرائية الملتبسة والتي يعزى وضعها الملتبس لكونها أقرب ما تكون إلى طائفة القواعد الإجرائية بحسب وظيفتها، وأدنى ما تكون إلى طائفة القواعد الموضوعية بحسب ما يتولد عنها من آثار⁽²⁾.

وبناء على صعوبة تحديد طبيعة هذه القواعد هل هي شكلية أم موضوعية، وما ينجرّ عن ذلك من تعقيدات فيما يرتبط بتحديد مجال سريانها الزماني هل تطبق إعمالاً لمبدأ عدم الرجعية أم الأثر الفوري والمباشر؟ فقد أفردت هذه الجزئية في المبحث المستقل الموالي.

(1) - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 66.

(2) - أنظر: - فرج علواني هليل، ص 12.

- فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص 13.

- سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 67.

المبحث الثاني: تطبيق الأثر الفوري على القواعد الإجرائية الملتبسة

بناء على أنماط القواعد الثلاثة التي توصلت إليها في نهاية المبحث الأول من هذا الفصل فإن "تطبيق قاعدة الأثر الفوري والمباشر لا يثير صعوبات جمة بشأن القواعد الإجرائية أو الشكلية بالمعنى الدقيق، فإن هذه الصعوبات تتجلى في مجال القواعد الجنائية الملتبسة"⁽¹⁾.

وعليه فإن "تطبيق قاعدة الأثر الفوري ليس ميسورا في جميع الحالات إذ تثور بعض الصعوبات فيما يتعلق"⁽²⁾ ببعض القواعد المستعصية وهو ما سأتناوله ضمن المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تطبيق الأثر المباشر على القواعد التي تسبق الفصل في الدعوى العمومية
الفرع الأول: قواعد الاختصاص القضائي

أولا: الإشكالية المتعلقة بالتنظيم القضائي و الاختصاص

يطلق مصطلح قوانين التنظيم القضائي ويقصد بها تلك القواعد التي⁽³⁾ تحدد نظام المحاكم الجزائية، سواء بإنشاء محاكم جديدة، أو بتعديل نظام وبعض المحاكم القائمة،

(1) - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 62.

(2) - فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص 25.

(3) - حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الأردني، ص 21، 22، بتصرف.

وكذلك القوانين المتعلقة بتشكيل القضاء الجزائي سواء في ذلك قضاء الحكم أو قضاء التحقيق.

وقد يتعلق الأمر بعدد القضاة المشكلين للمحكمة الجزائية بزيادته أو بالإنقاص منه أو تغيير صفاتهم وألقابهم القانونية ودرجاتهم في التسلسل الوظيفي.

كما يقصد بالقوانين المتعلقة بالاختصاص تلك التي تحدد الجهة القضائية التي يخولها الشارع سلطة الفصل في قضية معينة، أي بتوزيع السلطات بين مختلف جهات القضاء، ويشمل ذلك تحديد اختصاصات قضاء الحكم وقضاء التحقيق.

فهذه القواعد يمكن أن يطالها التغيير أو حتى الإلغاء، إذ قد يصدر قانون جديد يعدل من القواعد المتصلة بالاختصاص القضائي ويكون ذلك في "النصوص التي تعدل من تشكيل المحاكم أو من تشكيل الجهات القضائية بوجه عام، كأن تزيد أو تنقص من عدد القضاة الذين تتشكل منهم المحكمة، أو تغير من الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء، أو تلغي اختصاص محكمة وتنقله إلى جهة أو محكمة أخرى، أو تعدل من هذا الاختصاص"⁽¹⁾ وحينها يثار التساؤل حول كيفية تطبيق هذه التعديلات من حيث الزمان.

ثانياً: موقف الفقه

للفصل في كيفية تطبيق النصوص الجنائية المنظمة للاختصاص القضائي من حيث الزمان يكفي تصنيفها إن كانت تتعلق بقواعد شكلية أم موضوعية.

"ولا شك أن القواعد التي تنظمها مثل تلك القوانين هي من القواعد الإجرائية، فهي لا صلة لها على الإطلاق بحق الدولة في العقاب وإنما تتعلق بإجراءات ممارسة الدعوى وما ينشأ عن ذلك من روابط إجرائية تهدف جميعاً إلى حسن سير العدالة الجنائية بغض النظر عن إقرار أو نفي الحق الموضوعي"⁽²⁾.

وبناء على التصنيف السابق "ينعقد إجماع الفقه أو يكاد على اعتبار النصوص الخاصة بالتشكيل القضائي والاختصاص نصوصاً إجرائية لتعلقها جميعاً بأساليب وآليات حق العقاب وما ينشأ عن هذا الحق من روابط إجرائية.

(1) - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 70.

(2) - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ص 40.

وعليه ليس لهذه القواعد صلة بحق العقاب ذاته من حيث نشأته أو تعديله أو انقضائه⁽¹⁾ "وينبغي على ذلك أن هذه القوانين تطبق بأثر فوري ومباشر على جميع الدعاوى التي لم يفصل فيها بحكم بات، ولو كانت رفعت أو حرّكت في ظل قانون قديم. ففي مثل الأحوال السابقة تظل الإجراءات التي تمت في ظل القانون القديم صحيحة، ويسري القانون الجديد على الدعاوى التي لم يفصل فيها بحكم بات ولو كان ذلك في غير صالح المتهم"⁽²⁾.

"وعلة التطبيق الفوري في كل ما تقدم أن توزيع الاختصاص أمر مرتبط بالنظام العام، وليس لأحد أن يدعي حقا في التمسك باختصاص سابق"⁽³⁾ بحجة ارتباط ذلك الاختصاص بالواقعة المرتكبة محل الملاحقة القضائية.

وتطبيق النصوص المتعلقة بتعديل الاختصاص القضائي بأثر فوري ومباشر على الدعاوى المنظورة أمام المحاكم يشترط فيه ألا يكون قد حكم فيها ولو كان بحكم غير نهائي صادر عن أول درجة وذلك يستند إلى مبررين هما:

1- المبرر المنطقي:

حيث أن المنطق السليم والعقل يقتضيان "أنه لا يعقل أن نطبق قانونا بأثر رجعي مزدوج، إذ إنه يسري ليس فقط على جريمة وقعت قبل نفاذه، بل وعلى دعوى رفعت وصدر فيها حكم سابق على هذا النفاذ.

لأن المساس بالحقوق التي اكتسبت والمراكز الإجرائية التي تكونت عبر وقوع الجريمة، رفع الدعوى، ثم الحكم فيها هو أمر يجافي منطق العدالة"⁽⁴⁾.

2- المبرر العملي:

(1) - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 71.
(2) - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ص 40، 41.
- أنظر في هذا:- نبيه صالح، الوسيط في شرح مبادئ الإجراءات الجزائية، ص 36.
- محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص 24.
(3) - محمد الفاضل، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، ص 29.
(4) - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 73.
أنظر في هذا:- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ص 41، هامش رقم 01.
- اسمهان بن علي، ص 71 وما بعدها.

"ويتمثل في حسن إدارة العدالة بتوفير الوقت والجهد، والحد من بطء الإجراءات وتعقيدها وتكديس القضايا واحتمال تناقض الأحكام الصادرة في نفس الدعوى"⁽¹⁾.
كل ما سبق إذا كان الأمر يتعلق بالدعاوى التي فصل فيها بحكم ابتدائي لا زال قابلاً للطعن فيه، أما تلك الدعاوى التي صدر بشأنها حكم نهائي وبات فلا تثار حولها أية إشكالية "إذ الفقه مجمع على عدم جواز تطبيق القواعد الجديدة احتراماً للحكم المبرم وما يمثله من عنوان للحقيقة بوصفه حائزاً لقوة القضية المُحكَّمة لحجية الأمر المقضي به"⁽²⁾، فهذه الوضعيات تخضع لمبدأ استمرار سريان القانون القديم كاستثناء عن مبدأ الأثر الفوري والمباشر.

إذن بناء على اعتبار أن النصوص الجنائية المتضمنة لقواعد التنظيم القضائي والاختصاص تنتمي إلى المجموعة الشكلية و"كخلاصة لما تقدّم كله، فإننا نستطيع إفراغ ما قلناه في المبدأ التالي:

تسري أحكام النصوص الإجرائية المعدلة للاختصاص بأثر فوري أو مباشر متى كان تاريخ العمل بها قد بدأ قبل ختام المحاكمة في الدعوى، ولكنها لا تسري بهذا الأثر متى كان تاريخ العمل بها قد وقع بعد ختام المحاكمة"⁽³⁾ وهو الرأي السائد والسديد.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري

باستقراء تاريخ التشريع الجنائي في الجزائر والمرتبط بتطبيق النصوص الجنائية بأثر فوري ومباشر من حيث الزمان خصوصاً المرتبطة بالجانب الإجرائي يمكن أن نسجل موضعين في هذه المسألة وهما:

1. إلغاء مجلس أمن الدولة:

لقد أنشئ مجلس أمن الدولة بمقتضى الأمر رقم 75-46 المؤرخ في 17 يونيو 1975 واستمر العمل بأحكامه إلى غاية إلغائه بموجب قانون رقم 89-06 المؤرخ في 19 رمضان عام 1409 الموافق لـ 25 أبريل سنة 1989.

(1) - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 73.

(2) - المرجع نفسه، ص 74.

(3) - كامل السعيد، شرح قانون أثر أصول المحاكمات الجزائية، ص 18.

وقد نص المشرع الجزائري في هذا القانون- رقم 06/89- من خلال المادة الثانية منه على: "إن الدعاوي القائمة حاليا أمام مجلس أمن الدولة أو التي هي في التحقيق أمام قاضي التحقيق لدى مجلس أمن الدولة، تنتقل إلى الجهات القضائية المختصة طبقاً لأحكام الأمر 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966».

فالمشرع الجزائري بناء على المادة السالف ذكرها يكون قد قضى "بإحالة جميع القضايا التي كانت معروضة على هذا المجلس- مجلس أمن الدولة- أو التي كان مختصاً بها على القضاء العادي تطبيقاً للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية... مهما كانت المرحلة التي وصلت إليها القضية"⁽¹⁾؛ وعليه تكون تلك المادة- الثانية- كدليل على تبني المشرع الجزائري لمبدأ الأثر الفوري والمباشر على إطلاقه، وبمعناه الواسع دون تقييده بمراحل معينة للدعوى.

2. موقف المشرع الجزائري من خلال قانون مكافحة جرائم التخريب والإرهاب:

كما نعلم فإن قانون مكافحة التخريب والإرهاب في الجزائر قد مرّ بمرحلتين وهما:
- مرحلة إنشائه من طرف المجلس الأعلى للدولة الذي تولى الحكم في الجزائر عقب إلغاء نتائج الانتخابات التشريعية آنذاك موازاة مع شغور منصب رئيس الجمهورية، وكان الغرض من هذا القانون هو محاصرة ومكافحة ظاهرة العنف والإرهاب التي تولدت عن إجراء توقيف المسار الانتخابي حينذاك.

- مرحلة إلغائه أي قانون مكافحة التخريب والإرهاب سنة 1995 فالمشرع الجزائري "ونظراً للانتقادات اللاذعة الموجهة إليه من طرف جمعيات حقوق الإنسان في خصوص شرعية هذا القانون عمل على تدارك هذا الموقف بإدماج أحكام المرسوم التشريعي ضمن أحكام الشريعة العامة (قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية)"⁽²⁾.

وبخصوص جزئية الاختصاص وتطبيقها من حيث الزمان في قانون مكافحة التخريب والإرهاب سأعرض ذلك في جزئيتين تتعلق أحدهما بمرحلة إنشائه والأخرى بمرحلة الإلغاء.

(1) - عبد الله أوهاببية، ص 17 - 19.

(2) - عبد الباسط العيدودي، صفحة ما بعد 173 بعنوان تعقيب.

1/ تطبيق نصوص الاختصاص من خلال إنشاء قانون مكافحة الإرهاب:

تنص المادة 42 من المرسوم التشريعي رقم 92-03 المؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1413 الموافق لـ 30 سبتمبر سنة 1992 المتعلق بمكافحة جرائم التخريب والإرهاب على أنه: «تحوّل الإجراءات القضائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في الفصل الأول أعلاه، التي هي بصدد التحقيق أو المحاكمة لدى الجهات القضائية العادية بقوة القانون بطلب من النائب العام لدى المجلس القضائي الخاص إلى المجلس القضائي الخاص المختص إقليمياً».

وعلاقة المرسوم التشريعي رقم 92-03 بتغيير الاختصاص القضائي نجدها في الفصل الثاني منه من المادة 11 إلى المادة 17 والمادة 38 حيث تنص المادة 11 مثلاً أنه «تحدث ثلاث جهات قضائية تدعى -مجالس قضائية خاصة- للإطلاع على المخالفات المنصوص عليها في الفصل الأول أعلاه، ويحدد مقرّها واختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم».

وباستقراء المادة 42 السالف ذكرها من المرسوم التشريعي رقم 92-03 نستنتج أن المشرع الجزائري قد أقرّ بتطبيق مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنصوص و"القوانين الإجرائية الجديدة ليس فقط إزاء القضايا التي هي في مرحلة التحقيق فقط، وإنما أيضاً حتى في مواجهة القضايا التي هي بصدد المحاكمة.

ولفظ المحاكمة يعني المرحلة التي تأتي إثر مرحلة التحقيق ولا تنتهي إلا بصدور حكم نهائي، فقبل صدور هذا الحكم يقع إخضاع القضايا الجارية إلى أحكام هذا القانون-رقم 92/03- ذلك لأن المشرع لم يحدّد أي درجة من المحاكمة...

وموقف المشرع الجزائري هذا جديد لم يعتمد منه من قبل في القوانين التي أصدرها بأثر مباشر. فقد كان يقيد عملية تطبيق هاته القوانين بأثر فوري إزاء القضايا الجارية ما لم يصدر فيها قرار بالإحالة على المحكمة المختصة.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 39 من أمر 26 جوان 1966 المتضمن إحداث المجالس الخاصة بقمع الجرائم الاقتصادية-بقولها- «بالرغم من جميع الأحكام المخالفة

يطبق هذا الأمر أيضا على الجرائم المقترفة قبل نشره، وباستثناء الجرائم التي صدر عنها قرار بإحالتها على المحكمة المختصة».

وبصورة عامة فإن قانون مكافحة التخريب والإرهاب دخل حيز النفاذ بأثر فوري⁽¹⁾ ومباشر وفي أقصى صورته- مبدأ الأثر الفوري والمباشر- وعلى إطلاقه وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال قانون إلغاء مجلس أمن الدولة.

2/ تطبيق نصوص الاختصاص من خلال إلغاء قانون مكافحة التخريب والإرهاب:

باستعراض نصوص الأمر رقم 95-10 المؤرخ في 13 رمضان 1415 الموافق لـ 25 فبراير 1995 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، يكون المشرع الجزائري "عند إلغائه للمجالس الخاصة المكلفة بمحاكمة المتهمين بجرائم الإرهاب والتخريب- قد- أبقى على المجالس الخاصة بمكافحة التخريب والإرهاب كمرحلة انتقالية لتصفية القضايا التي حددت جلساتها للنظر فيها.

أما بقية القضايا الأخرى فقد حولت على المحاكم الجنائية العادية طبقا لحكم المادتين 11-14 من الأمر السالف الذكر، فتنص المادة 11 «تحويل إلى محكمة الجنايات المختصة القضايا المجدولة أو المؤجلة أو التي تكون محل تحقيق تكميلي أو تمت فيها معارضة أو التي تم الطعن فيها بالنقض».

وكذلك القضايا التي كانت منظورة أمام غرفة المراقبة حولت إلى غرفة الاتهام والقضايا التي كانت منظورة أمام قاضي التحقيق لدى المجالس الخاصة فقد حولت إلى قاضي التحقيق تطبيقا لأحكام المواد 12-14 من نفس الأمر 95-10.

فتنص المادة 13- أنه- «تحويل إلى غرفة الاتهام المختصة القضايا المطروحة على غرفة المراقبة لدى المجالس الخاصة التي لم يبت فيها قبل صدور هذا الأمر».

وتنص المادة 14- أنه- «تحويل إلى قاضي التحقيق المختص حسب القواعد العامة، القضايا المطروحة على قاضي التحقيق لدى المجالس الخاصة التي لم ينته بها التحقيق قبل صدور هذا الأمر».

(1)- عبد الباسط العيدودي، ص 127، 128.

وعليه فعند إلغاء- المشرع الجزائري- للمجالس الخاصة بمكافحة جرائم التخريب والإرهاب ميز بين الأطوار التي وصلت إليها الدعوى العمومية على النحو السابق ذكره⁽¹⁾ لإخضاعها لمبدأ الأثر الفوري والمباشر للنصوص الإجرائية.

الفرع الثاني: قواعد تحريك الدعوى العمومية

لقد كانت الدعوى العمومية ترفع إلى المحاكم مباشرة من المجني عليه، ثم أصبح لكل مواطن حق تحريكها باسم المجتمع، ومنذ القرن التاسع عشر أصبح في فرنسا تحريك الدعوى العمومية يتم من قبل موظفين عامين يشكلون جهازا أطلق عليه النيابة العامة وأخذت عنه القوانين العربية⁽²⁾.

"ويختلف تحريك الدعوى العمومية عن مباشرتها واستعمالها، من حيث أن المباشرة والاستعمال لا تقيد بشأنها النيابة العامة، عكس ما هو مقرر في إقامة الدعوى بتحريكها أو رفعها، أين تقيد النيابة العامة بوجود حصولها على شكوى أو إذن أو طلب في جرائم معينة قبل أي مبادرة بتحريك الدعوى العمومية"⁽³⁾.

وبالعودة إلى القانون الجزائري نجد أن المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية تنص على أنه «تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون» وهذا النص يدل على أن الأصل هو إعطاء حق مباشرة الدعوى وتحريكها لجهاز النيابة العامة وبصفة تلقائية، غير أن هناك حالات أقر فيها القانون بعض القيود على هذه التلقائية وتتمثل في:

- قيد الشكوى والمرتبب ببعض الجرائم كالزنا وكذلك السرقات بين الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة، ونفس القيد نجده في المادة 448 قانون الإجراءات الجزائية بقولها: «وفي حالة ارتكاب جريمة يخول فيها القانون للإدارات العمومية حق المتابعة، يكون لوكيل الجمهورية وحده صلاحية القيام بالمتابعة وذلك بناء على شكوى مسبقة من الإدارة صاحبة الشأن».

(1) - عبد الله أوهايبية، ص 18، 19.

(2) - أنظر:- محمد علي سالم عياد الحلبي، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، 1996، الجزء 1، ص 39.

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ص 156.

(3) - عبد الله أوهايبية، ص 58.

- قيد الإذن ويكون في الجرائم التي يرتكبها المتمتعون بالحضانة لانتمائهم لوظائف معينة في الدولة أثناء قيامهم بوظائفهم، فيعلق المشرع تحريك الدعوى بشأنهم على إذن من الجهة التابعين لها مثل أعضاء المجلس الشعبي الوطني.

- قيد الطلب كتلك الجرائم المتعلقة بمتعهدي تموين الجيش والمنصوص عليها في قانون العقوبات من المادة 161 إلى المادة 164.

فإذا جاء قانون أقر قيوداً إضافية، أو ألغى إحدى هذه القيود فكيف يطبق زمانياً خصوصاً على الأفعال التي ارتكبت قبل نفاذه؟.

والجواب على هذا التساؤل يكون انطلاقاً من مدى اعتبار القواعد المنظمة لقيود رفع الدعوى موضوعية لإخضاعها لمبدأ عدم الرجعية، أو شكلية وبالتالي تطبيقها إعمالاً للأثر الفوري والمباشر.

أولاً- موقف الفقه:

لقد ثار خلاف بين الفقهاء حول تصنيف القواعد المنظمة لقيود رفع الدعوى العمومية وفق ما يلي:

1. قيود رفع الدعوى قواعدها شكلية:

اتجه رأي في الفقه إلى اعتبار النصوص المنظمة لقيود تحريك الدعوى العمومية من قبيل النصوص الشكلية لعدم ارتباطها بأصل الحق في العقاب، وعليه تكون العبرة في تحديد النطاق الزمني لهذه القواعد هي بوقت مباشر الإجراء وليس بتاريخ وقوع الجريمة⁽¹⁾.

وبناء على هذا التصنيف فإنه إذا رفعت الدعوى الجنائية في ظل قانون يطلق سلطة النيابة العامة في رفعها دون قيود، وقبل الفصل فيها صدر قانون جديد يقيد من سلطة رفع الدعوى بأي قيد فهنا تظل الدعوى مقبولة ويبقى صحيحاً ما اتخذ من إجراءات تحقيق تالية على رفعها، فليس حينئذ للمتهم الحق في المطالبة بتطبيق القانون الجديد بأثر رجعي لكونه أصح له من القانون القديم لأن ذلك شأن القواعد الموضوعية.

(1) - أنظر:- عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1993، الجزء الأول، ص 34.

- محمود نجيب حسني، ص 29.

كما أنه إذا وقعت جريمة في ظل قانون يستلزم لرفعها تقديم شكوى من المجني عليه، ثم صدر قانون جديد يطلق سلطة النيابة العامة ويلغي ما كان من قيد الشكوى فإن النيابة العامة تسترد سلطتها في رفع الدعوى⁽¹⁾.

2. قيود رفع الدعوى قواعدها موضوعية:

اعتنقت "غالبية الفقه هذا الرأي فذهبت إلى القول بإخضاع هذه القوانين التي تدخل تعديلاً على حق الدولة في الملاحقة للمبادئ التي تحدد السلطان الزمني للقوانين الجزائية الموضوعية"⁽²⁾.

إذن "غلب- هذا الرأي- صفتها الموضوعية باعتبارها تنظم حق الدولة في العقاب، وهذا الحق لا يمكن الحصول عليه بدون الدعوى الجزائية، فتعتبر قوانين الملاحقة بذلك من قبيل القواعد الموضوعية التي تدخل في أحكام قانون العقوبات، وتحكمها بالتالي قاعدة الأثر الرجعي للقانون إذا كان أصلح"⁽³⁾ كاستثناء من الأصل العام الذي يحكمها وهو مبدأ عدم الرجعية إذ العبرة في ذلك بوقت ارتكاب الواقعة الإجرامية.

وبناء على ما سبق فإنه إذا صدر قانون جديد يعدل قانون سابق فيما يتعلق بالأحكام المرطبة بقيود رفع الدعوى فإنه هو المطبق عند ثبوت صلاحيته بالنسبة للمتهم.

فيكون القانون الجديد هو المطبق إذا أنشأ قيدا لم يكن قائماً من قبل، إذ ينبغي أن يقضى بعدم قبول الدعوى التي أقيمت غير مقيدة بالقيد الجديد.

"وإذا رفعت الدعوى بدون شكوى في ظل قانون يتطلب ذلك ثم صدر قانون لا يستلزم الشكوى وجب القضاء بعدم قبول الدعوى لأنه ما كان يجوز للنيابة مباشرة سلطة الإدعاء وقت رفعها إلا بناء على شكوى"⁽⁴⁾.

3. طبيعة القيد وأثره في التصنيف:

(1) - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 99 بتصرف.

(2) - حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ص 23.

(3) - سمير عالية وهيثم عالية، ص 91.

أنظر في هذا:- عمر السعيد رمضان، ص 27.

- محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ص 27.

- أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص 14.

(4) - حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ص 23، 24.

خلافاً للفريقين السابقين هناك قول ثالث حول قضية تصنيف قواعد قيود رفع الدعوى الجنائية مفاده أن؛ "الرأي عندنا أنه يتعين التفرقة بين أنواع القيود المختلفة نظراً لاختلافها في الطبيعة والجوهر، وإن اتفقت في صفة القيد على حرية النيابة العامة في التحريك أو الرفع.

والتفرقة التي نقول بها تقوم بين الشكوى من جانب، والطلب والإذن برفع الدعوى من جانب آخر، فالاعتبارات التي تقف وراء الشكوى تختلف عن تلك التي تقف وراء الطلب والإذن.

فالمشرع يعتد بإرادة المجني عليه في تحريك الدعوى أو رفعها لاعتبارات تتعلق بملائمة توقيع العقاب ذاته، ومن ثم كان القيد متصلاً مباشرة بالحق في العقاب ووجب بالتالي تطبيق قاعدة رجعية القانون الأصلح للمتهم.

أما اعتبارات الطلب أو الإذن فهي تتعلق بالملائمة في مباشرة الدعوى كنشاط إجرائي، وبالتالي فهي لا تتصل بالحق في العقاب، وإنما بالحق في الدعوى، ولذلك فمتى رفعت الدعوى صحيحة في ظل قانون لا يتطلب طلباً أو إذناً فإن صدور قانون جديد يستلزم ذلك لا يؤثر على الدعوى التي رفعت صحيحة، إذ برفعها ومباشرة الإجراءات بصدها تصبح الاعتبارات التي أراد المشرع مراعاتها بالقيد غير ذات موضوع.

والدليل على صحة ما نقول به أن المشرع - المصري - جعل للشكوى أجلاً محدداً يجب أن يمارس فيه الحق في الشكوى، وبانتهائه دون التقدم بها يزول الحق في الدعوى التي هي وسيلة الدولة لتوقيع العقاب.

ولذلك فانقضاء المدة المقررة لاستعمال الحق في الشكوى دون استعماله يتمثل مع موانع العقاب، وهذه لا شك في كونها متصلة بالحق الموضوعي المنظم بقانون العقوبات، أما الطلب أو الإذن فالقاعدة أنه يمكن ممارسته في أي وقت مادامت الجريمة لم تسقط بالتقادم.

نخلص ممّا سبق إلى أنه إذا كانت القيود المتمثلة في الشكوى تتعلق بحق الدولة في العقاب ومن ثم فهي قواعد موضوعية وليست إجرائية فإن القيود المتمثلة في الطلب والإذن

هي من القواعد الإجرائية التي تطبق بأثر فوري دون أن ترتد إلى الماضي ولو كان في ذلك صالح للمتهم⁽¹⁾.

وانطلاقاً من التحليل السابق للدكتور مأمون محمد سلامة والذي اعتبره هو الرأي الراجح فإن النصوص الجنائية المتعلقة بالشكوى كقيد لرفع الدعوى الجنائية تطبق إعمالاً لمبدأ عدم الرجعية إلا ما كان في صالح المتهم لانتمائها لمجموعة النصوص الموضوعية. بينما تعتبر النصوص المنظمة لقيدي الإذن والطلب إجرائية وعليه تطبق من حيث الزمان إعمالاً لمبدأ الأثر الفوري والمباشر ولا مجال للأخذ بالقانون الأصلح للمتهم فيها.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري:

لم يرد أي رأي للمشرع الجزائري حول قضية تصنيف قواعد قيود رفع الدعوى الجنائية ولا حول طبيعة سريانها من حيث الزمان، سواء في قانون العقوبات، أو الإجراءات الجزائية، وفي غياب ذلك أرى أن ما ذهب إليه الدكتور مأمون محمد سلامة هو الأجدر بالتطبيق.

وعكس سكوت المشرع الجزائري فإن المشرع الأردني قد حسم القضية من خلال المادة الرابعة في قانون العقوبات، والتي تقضي في فقرتها الثانية على أنه «كل قانون يعدل حق الملاحقة يطبق على الجرائم السابقة له إذا كان أكثر مراعاة للمدعى عليه».

الفرع الثالث: قواعد تقادم الدعوى العمومية

ويقصد بالتقادم "مرور الزمن أو مضي المدة التي يحددها القانون من تاريخ وقوع الجريمة أو من تاريخ آخر إجراء تم في الدعوى، دون القيام بأي إجراءات أخرى للسير فيها ودون أن يصدر فيها حكم مما يؤدي إلى سقوط دعوى الحق العام بمضي المدة، وإلى انقضاء حق الدولة في إقامة هذه الدعوى"⁽²⁾.

ولتحديد كيفية تطبيق النصوص الجنائية المنظمة لقواعد تقادم الدعوى العمومية لا بد من الفصل في فكرة انتمائها للقواعد الشكلية أو الموضوعية، إذ بناء على ذلك يتقرر كيفية سريانها من حيث الزمان.

(1) - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ص 43، 44.
(2) - محمد علي سالم عياد الحلبي، الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص 156.

أولاً: موقف الفقه

لقد انقسم الفقه حول تصنيف قواعد التقادم من حيث كونها موضوعية أو إجرائية إلى رأيين وذلك "بالنظر إلى نتيجته المتمثلة في عدم توقيع العقاب ومن ثم تكون صلته بالعقوبة مباشرة... أو باعتباره وسيلة تتحقق بها النتيجة، وتتمثل نتيجة هذه الوسيلة في استحالة ملاحقة المجرم"⁽¹⁾.

1- قواعد تقادم الدعوى العمومية إجرائية:

وفقاً لهذا الرأي تعتبر القواعد الخاصة بالتقادم من قبل القواعد الإجرائية لكونها تنظم سلطة اقتضاء العقاب وتهدف إلى حسن سير العدالة دون أن تمس حق العقاب ذاته. ويترتب على ذلك سريان هذه القواعد بأثر فوري ومباشر منذ تاريخ العمل بها على كافة الدعاوى حتى تلك الناشئة عن جرائم ارتكبت قبل نفاذ هذا القانون. ويحتج أصحاب هذا الرأي بأن قواعد تقادم الدعوى تستمد طبيعتها الإجرائية من كونه- التقادم- لا يؤدي دوره إلا من خلال دفع يدفع فيه بعدم قبول الدعوى لانقضائها بالتقادم.

ولا شك أن الدفوع نظم إجرائية، وفي هذه الأخيرة يكون القانون الواجب التطبيق هو ذلك المعمول به وقت اتخاذ الإجراءات⁽²⁾.

وبناء على ما سبق يسري القانون الجديد الذي يطيل المدة المقررة للتقادم على جميع الدعاوى التي تتقادم ولو كانت متعلقة بجرائم وقعت في ظل القانون القديم بغض النظر عن استفادة المتهم أو الإضرار بمركزه.

وكذلك الحال إذا صدر القانون الجديد يقصر من المدة اللازمة للتقادم، فإنه يطبق على جميع الدعاوى الناشئة عن جرائم وقعت في ظل القانون القديم بالتطبيق لقاعدة الأثر الفوري بغض النظر أيضاً عن صلاحية أو عدم صلاحيته للمتهم⁽³⁾.

(1) - بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص 14.

(2) - أنظر:- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ص 51.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص 33.

- عوض محمد عوض، ص 12.

- عيد الرؤوف مهدي، ص 80.

(3) - أنظر:- سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 103.

2- قواعد تقادم الدعوى العمومية موضوعية:

وتحديد طبيعة قواعد التقادم أمر رهين بتبيان أثر تطبيقها، ومدى تأثيره في علاقات قانون العقوبات، أو في علاقات قانون الإجراءات الجزائية.

فالقواعد العقابية نوعان:

- قواعد عقابية مباشرة وهي التي يعتبر تطبيقها لازماً لتوقيع العقاب مباشرة كالنصوص المعاقبة على ارتكاب الجرائم.

- وقواعد عقابية غير مباشرة، تؤثر في العقوبة عن طريق تأثيرها على قواعد عقابية أخرى مباشرة، كان تؤدي إلى استبعاد توقيع العقوبة.

وعلى ذلك فقواعد تقادم الدعوى العمومية هي قواعد عقابية غير مباشرة وهي التي تؤثر في العقوبة عن طريق تأثيرها على قواعد عقابية أخرى مباشرة، إذ يترتب على تطبيقها عند انتهاء مدة التقادم إنهاء حق الدولة في العقاب ويصبح الفعل كأنه لا عقاب عليه، والصحيح أن الدعوى لا تنقضي وإنما الذي ينقضي هو سلطة الدولة في العقاب خصوصاً على ذلك الشخص الذي اكتملت مدة التقادم لصالحه⁽¹⁾.

إذن فقواعد التقادم من أكثر القواعد التصاقاً واتصالاً بحق الدولة في العقاب كونه- التقادم- يسقط في النهاية حق الدولة في توقيع ذلك الجزاء، وعليه فهو يشترك مع موانع العقاب والتي تدخل في نطاق القواعد الموضوعية دون أدنى شك⁽²⁾.

"وعلى هذا الرأي يوجد الراجح من الفقه والقضاء"⁽³⁾ وتأسيساً على ذلك فإن قوانين التقادم نظراً لكونها موضوعية فيسرى بشأنها قاعدة أن القانون يحكم الوقائع التي حدثت في ظلّه، مع جواز سريان القانون على الماضي إذا كان ذلك في صالح المتهم⁽⁴⁾.

- سمير عالية وهيتم عالية، ص 105.

- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ص 51.

(1)- حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ص 30 بتصرف.

(2)- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ص 51، 52.

(3)- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ص 18.

(4)- أنظر:- محمد الرازقي، ص 76، 77.

- رؤوف عبيد، ص 76، 77.

- سعدي بسيسو، ص 165.

- محمد زكي أبو عامر وعلي عبد القادر القهوجي، ص 35، 36.

- ضاري خليل محمود، ص 36.

وقد جرى قضاء النقض في مصر على أن قانون التقادم يطبق من يوم صدوره إذا اكتمل بناء عليه تقادم الدعوى في هذا التاريخ، أما إذا كان القانون الجديد يطيل من المدة المقررة للتقادم فلا يطبق على الوقائع التي حدثت في ظل القانون القديم.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري

قبل الحديث عن موقف التشريع الجزائري من تصنيف قواعد تقادم الدعوى العمومية وكذا حكم تطبيقها من حيث الزمان، يمكن الإشارة إلى أن بعض التشريعات لا تأخذ أصلاً "بنظام التقادم كالقانون الإنجليزي وقانوني السودان والعراق.

إلا أن غالبية التشريعات تأخذ به فنص على التقادم بنوعيه، سواء تقادم الدعوى العامة، أو تقادم العقوبة، ولكنها لم تتبع خطة واحدة.

فالبعض منها درج على وضع أحكام التقادم بنوعيه في قانون الأصول الجزائية كقوانين فرنسا ومصر وتونس والأردن، وأما البعض الآخر منها فينص على التقادم بنوعيه في قانون العقوبات كقوانين إيطاليا وليبيا والكويت، وتوسط فريق ثالث من التشريعات فنص على أحكام انقضاء الدعوى في قانون الأصول وعلى أحكام انقضاء العقوبة في قانون العقوبات كقوانين سورية ولبنان والمغرب⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نص على تقادم الدعوى العمومية في قانون الإجراءات الجزائية وضمّن أحكامه في المواد من 6 إلى 9، والملاحظ أن المشرع قد أبقى على موقفه الغامض حول طبيعة قواعد التقادم وهي موضوعية أم شكلية وما يترتب عن ذلك من عدم إيضاح آلية خضوع تلك القواعد من حيث سريانها الزماني، وهي خاضعة لمبدأ عدم الرجعية شأنها شأن القواعد الموضوعية، أم لمبدأ الأثر الفوري والمباشر كما هو الحال في بقية القواعد الشكلية؟.

وقد أبقى المشرع الجزائري على موقفه المبهم حتى بعد إدخال تعديلاته المتعلقة بإعفاء بعض الجرائم من أحكام التقادم حيث نصت المادة 8 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية على أنه «لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم في الجنايات والجناح الموصوفة بأفعال إرهابية وتخريبية وتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الرشوة

(1)- حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ص 28.

أو اختلاس الأموال العمومية» كما نص في المادة 8 مكرر 1 من ذات القانون أنه «تسرى آجال التقادم في الدعوى العمومية المتعلقة بالجنايات والجنح المرتكبة ضد الحدث ابتداء من بلوغه سن الرشد المدني».

وفي غياب إفصاح المشرع الجزائري عن رأيه حول طبيعة قواعد تقادم الدعوى العمومية يمكن الاستنتاج من خلال تضمينه لهذه القواعد في قانون الإجراءات الجزائية كدليل على اعتباره إياها قواعد شكلية، رغم اعتبار موضع القاعدة ليس هو الفيصل في تصنيفها هل هي شكلية أم موضوعية إلا من قبيل كون القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية جأها شكلية أو يغلب عليها هذا الطابع.

وبناء على هذا الرأي الضمني قد يكون المشرع الجزائري ساير نظيره الفرنسي الذي حسم الأمر في تقادم الدعوى العمومية من خلال تصنيفها ضمن القواعد الشكلية

حيث قضت المادة 112 الفقرة الثانية من قانون العقوبات الفرنسي بأن ما يتصل بانقضاء الدعوى العمومية يخضع للأثر الفوري للقانون الجديد.

وفي هذا الاتجاه أصدرت المحكمة العليا⁽¹⁾ في الجزائر قرار في 1984/11/27 قضت فيه أن القانون رقم 82-08 المؤرخ في 1982/02/13 المعدل لنص المادة 339 بالنسبة لانقضاء الدعوى العمومية بصفح الزوج المتضرر من جنحة الزنا، يعد من النصوص الشكلية ومن ثم يتعين تطبيقه فوراً⁽²⁾.

الفرع الرابع: الأثر المباشر في القواعد التي تسبق الفصل في الدعوى في التشريع الإسلامي

أولاً- طرق الإثبات

I- الشهادة: يستدل على مشروعية الشهادة كدليل للإثبات بالآيتين 282 و 283 من سورة البقرة، والآيتين 4 و 5 من سورة النور والآية 2 من سورة الطلاق، كما يستدل على إبطال و ردّ شهادة الفاسق بالآية 6 من سورة الحجرات ولمقارنة تطبيق أحكام هذه الآيات مقارنة مع

(1)- المحكمة العليا، الغرفة الجزائرية، ملف 29093، قرار 1984/11/27، المجلة القضائية، 1990، 1، ص 295.

(2)- أحسن بوسقيعة، ص 86.

الأحداث التي تعتبر كسبب لنزولها، اعتمدت على المراجع المهمة "بتفسير الآيات النازلة على سبب، كما عند ابن كثير في تفسيره، وفي فتح القدير للشوكاني، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي و...شيخ المفسرين الطبري (1)؛ وقد توصلت إلى ما يلي:

1. قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه... واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى... ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه...» (2).

فهاتين الآيتين تتحدثان عن الشهادة كدليل إثبات في موضع مدني، ولا علاقة لها بالمجال الجنائي، غير أنني ورغم ذلك لم أقف على سبب لنزولها في المراجع التي أشرت إليها سابقا ولا حتى في كتب الصحاح في أبواب التفسير كصحيح البخاري مثلا، حيث لو ثبت تطبيق حكمها على حادثة سبب نزولها لكان تطبيقا فوريا ولأمكن تعديده ذلك عن المجال المدني إلى الجنائي كون الإجراءات المدنية هي الشريعة العامة فيما لم ينص عليه في المجال التجاري وكذا الجنائي وغيرهما.

2- قوله تعالى: «... وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر...» (3).

تشارك هذه الآية مع آيتي سورة البقرة السابقتين من حيث غياب سبب النزول ولعل تشريعهما كان لحكم ابتداء دون حاجة إلى واقعة تستدعي نزولهما.

زيادة على ذلك فإن هذه الآية متعلقة بموضوع الطلاق وهو مرتبط بالأحوال الشخصية ولا علاقة له بالمجال الجنائي، غير أن هذا لا يقدح عن إيرادهما هنا، حيث لو وقفت على سبب نزولهما وكيفية تطبيقهما من حيث الزمان لأمكن تعديدهما إلى المجال الجنائي ولكن في جرائم التعازير دون سواها.

(1) - عماد الدين محمد الرشيد، أسباب النزول وأثرها في بيان النصوص، دار الشهاب، 1999، ص 113-114.

(2) - سورة البقرة، الآيتان 282-283.

(3) - سورة الطلاق، الآية 2.

3- قوله تعالى: «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم»⁽¹⁾.

إن هاتين الآيتين جاءتا بحكمين هما:
أ- حكم في المجال الجنائي الموضوعي يتمثل في تجريم القذف، وبيان عقوبة هذه الجريمة والمتمثلة في الجلد ثمانين وتطبيقه من حيث الزمان⁽²⁾.

ب- حكم في المجال الإجرائي ويتمثل في صورتين هما:

الصورة الأولى: إثبات القذف بأربعة شهود

فالآيتان السابقتان تدلان على أن "الذين يشتمون العفاف من حرائر المسلمين فيرمونهنّ بالزنا ثم لم يأتوا على مارموهن به من ذلك بأربعة شهداء عدول يشهدون عليهن أنهن رأوهن يفعلن ذلك فاجلدوا الذين رموهن بذلك ثمانين جلدة..."

وذكر أن هذه الآية إنما نزلت في الذين رموا عائشة⁽³⁾ زوج النبي ﷺ بما رموها به من الإفك..... فعن خصيف⁽⁴⁾؛ قال قلت لسعيد بن جبير⁽⁵⁾ الزنا أشد أوقذف المحصنة؟ قال: لا بل الزنا، قلت: إن الله يقول «والذين يرمون المحصنات» قال: إنما هذا في حديث عائشة خاصة⁽⁶⁾.

(1) - سورة النور، الآيتان 4-5.

(2) - انظر هذه الرسالة، ص 122 وما بعدها.

(3) - عائشة هي بنت أبي بكر الصديق، قالت تزوجني رسول الله ﷺ سنة عشر من النبوة قبل الهجرة لثلاث سنين وأنا ابنة ست سنين، وكنت يوم دخل بي ابنة تسع سنين بالمدينة بعد ثمانية أشهر من المهاجر، وقد برأها الله من حادث الإفك في سورة النور، قال محمد بن عمر، توفيت ليلة الثلاثاء السابع عشر من رمضان سنة ثمان وخمسين وهي بنت ستة وستين سنة، انظر: ابن سعد، المجلد الثامن، ص 58 إلى 81.

(4) - خصيف هو ابن عبد الرحمان ويكنى أبا عون من أهل حران مولى لعثمان بن عفان أو لمعاوية بن أبي سفيان وكان ثقة مات سنة سبع وثلاثين ومئة في أول خلافة أبي جعفر وأخوه، أنظر: ابن سعد، المرجع نفسه، المجلد 7، ص 482.

(5) - سعيد بن جبير ابن هشام الأسدي، أخذ عن حبر الأمة عبد الله بن عباس، وروى عنه حيث كان أحد تلامذته فكان وعاء من أوعية العلم، قتل بأمر من الحجاج سنة أربع وتسعين، وكان يومئذ ابن تسع وأربعين سنة، انظر: -ابن سعد، المرجع نفسه، المجلد 6، ص 256، 267. - والمزي، المجلد 10، ص 358.

(6) ابن جرير الطبري، تفسير الطبري، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1982، المجلد التاسع، ص 265.

- انظر في هذا: الألويسي، ج 18، ص 113.

فوجب إثبات جريمة الزنا التي قذفت به المحصنة بأربعة شهود إجراء طبق بصفة فورية ومباشرة من خلال تطبيق حد القذف على من قذف عائشة أم المؤمنين كون تلك الحادثة هي التي جاءت بمناسبتها الآيتان السابقتان.

الصورة الثانية: إبطال شهادة القاذف إلا من تاب

فقوله تعالى في الآيتين السابقتين «... ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون...» دليل على إبطال شهادة القاذف، وقد طبق ذلك بأثر فوري ومباشر على قذفه عائشة أم المؤمنين، ولا يرفع إجراء إبطال الشهادة إلا بعد توبة القاذف لقوله تعالى: «... إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا...».

فالذين يقذفون المحصنات بغير أربعة شهود "لا تقبلوا لهم شهادة أبدا -إلا من تاب- وأولئك هم الذين خالفوا أمر الله وخرجوا من طاعته ففسقوا عنها، ودُكر أن هذه الآية إنما نزلت في الذين رموا عائشة"⁽¹⁾.

4-قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبا فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين»⁽²⁾.

فهذه الآية جاءت بحكم إجرائي يتمثل في إسقاط ورد شهادة الفاسق، وهذه الآية نزلت في الوليد بن عقبة بن أبي معيط⁽³⁾، وسبب ذلك... أن النبي ﷺ بعث الوليد بن عقبة مصدقا إلى بني المصطلق، فلما أبصروه أقبلوا نحوه فهابهم... فرجع إلى النبي ﷺ فأخبره أنهم ارتدوا عن الإسلام، فبعث النبي ﷺ خالد بن الوليد⁽⁴⁾. وأمره أن يتثبت ولا يعجل.

(1)- ابن جرير الطبري، ص265.

(2)- سورة الحجرات، الآية 6.

(3)- الوليد بن عقبة بن أبي معيط: هو أبو وهب الأموي القرشي أخو عثمان بن عفان لأمة، أسلم وقعة المذار مع الفرس سنة 12 هـ ولأه عثمان رضي الله عنه الكوفة، ثم عزله بعد ذلك، وأقام بالرقعة إلى أن توفي بها ودفن بالبليخ بخراسان، أنظر: ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق محمد إبراهيم البنا وآخران، دار الشعب، دت، المجلد9، ص451، 453.

(4)- خالد بن الوليد بن المغيرة المكنى بأبي سليمان، أمه لبابة بنت الحارث أخت ميمونة بنت الحارث زوج النبي ﷺ، وهو ابن خالة أولاد العباس الذين من لبابة الكبرى، كان أحد أشراف قريش في الجاهلية، أسلم بعد الحديبية، وله الأثر المشهور في قتال الفرس والروم، وافتتح دمشق، قيل توفي بالمدينة سنة إحدى وعشرين في خلافة عمر بن الخطاب، وقد حبس فرسه وسلاحه في سبيل الله، انظر: ابن الأثير، المرجع نفسه، المجلد2، ص 109، 111.

فانطلق خالد حتى أتاها ليلاً، فبعث عيونه فلما جاؤوا أخبر خالد أنهم متمسكون بالإسلام، وسمعوا أذانهم وصلاتهم، فلما أصبحوا أتاها خالد ورأى صحة ما ذكره.

فعاد إلى نبي الله ﷺ فأخبره، فنزلت هذه الآية، فكان يقول نبي الله ﷺ «التأني من الله والعجلة من الشيطان». وفي رواية أن النبي ﷺ... فهمم بغزوهم... فأنزل الله تعالى هذه الآية، وسمي الوليد فاسقاً أي كاذباً⁽¹⁾.

فالروايتين السابقتين تؤكدان أن الآية نزلت في الوليد بن عقبة وقد طبقت بأثر فوري ومباشر من خلال الإجراء الذي جاءت به.

فالروايتين السابقتين تؤكدان أن الآية نزلت في الوليد بن عقبة وقد طبقت بأثر فوري ومباشر من خلال الإجراء الذي جاءت به هذه الآية، حيث أسقط الرسول ﷺ شهادته كإجراء باطل ولم يعاقب بني المصطلق على الردة التي زعمها الوليد بن عقبة.

5- قوله تعالى: «والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدرونها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين»⁽²⁾.

فهذه الآية نزلت في عويمر العجلاني وطبق حكمها عليه فكان تطبيقاً رجعيًا من حيث الموضوع وهو تنفيذ حكم اللعان بدل القذف على هذا الصحابي وزوجته⁽³⁾.

أما من حيث الجانب الإجرائي والذي يهنا هنا والمتمثل في تغيير إجراء الإثبات بأربعة شهود- جريمة القذف- واستبداله بإجراءات الملاعنة والذي طبق بأثر فوري ومباشر على عويمر العجلاني وزوجته لكون حادثتهم تمثل سبب لنزول الآية.

غير أن البعض يذكر أن سبب نزول هذه الآية هو ما روي أن "هلال بن أمية"⁽⁴⁾ -جاء- من حديقة له، فرأى بعينه وسمع بأذنيه فأمسك حتى أصبح فلما أصبح غداً على رسول الله

(1) - القرطبي، الجزء 16، ص 311.

(2) - سورة النور، الآيات من 6 إلى 9.

(3) - انظر هذه الرسالة، ص 156 وما بعدها.

(4) - هلال بن أمية بن عامر بن قيس الأنصاري الواقعي، وقد أخبر النبي ﷺ بموته قبل ثلاثة أيام وصلى عليه بنفسه، كان يكسر أصنام قبيلته، شهد بدارا والغزوات التالية عدا تبوك فقد تخلف عنها مع كعب بن مالك ومرارة بن الربيع فتاب الله عليهم، وهو الرجل الذي لاعن زوجته ففرق بينهما النبي: أنظر: ابن الأثير، المجلد 5، ص 406.

ﷺ وهو جالس مع أصحابه، فقال: يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء-فحكى له الحادثة...
والله يعلم إني صادق، وما قلت إلا حقا فإني لأرجوا أن يجعل الله فرجا.
قال: واجتمعت الأنصار، فقالوا... أيجلد هلال بن أمية وتبطل شهادته في المسلمين؟ فهم
رسوله الله ﷺ بضر به، فإنه لكذلك، يريد أن يأمر بضره ورسول الله ﷺ جالس مع أصحابه
إذ نزل عليه الوحي.

فأمسك أصحابه عن كلامه حين عرفوا أن الوحي قد نزل، حتى فرغ، فأنزل الله «والذين
يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم... أن غضب الله عليها إن كان من
الصادقين» فقال رسول الله ﷺ: أبشر يا هلال، فإن الله قد جعل لك فرجا...
فقال رسول الله ﷺ لا عنوا بينهما... ففرق بينهما رسول الله ﷺ وقضى أن الولد لها، ولا
يدعى لأب، ولا يرمي ولدها"⁽¹⁾.

ومهما يكن أي الروايتين أصح من الأخرى من كونها سببا لنزول الآية فإن الثابت هنا هو
تطبيق إجراءات الملاءمة بأثر فوري ومباشر على من نزلت فيه.
وإجراء إثبات اللعان أن يقول الزوج "أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت
به هذه، أي زوجته... وتقول هي أربع مرات بعد تمام لعان الزوج، أشهد بالله إنه لمن
الكاذبين فيما رماني به من الزنا، والكلمة الخامسة من لعانها هي، أن غضب الله عليها إن
كان الزوج من الصادقين"⁽²⁾؛ وهو ما طبق بأثر فوري ومباشر في الحادثتين السابقتين.

6- إن مما يذكر كدليل عملي على الأخذ بالشهادة كدليل للإثبات في السنة الفعلية، ما روي
عن خزيمة بن ثابت⁽³⁾، رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ ابتاع من سواء⁽⁴⁾ بن الحارث
المحاربي فرسا، فجدد، فشهد له خزيمة بن ثابت، فقال له رسول الله ﷺ « ما حملك على

(1)- ابن جرير الطبري، المجلد9، ص272.

انظر: - الوادعي، الصحيح المسند من أسباب النزول، دار ابن حزم، ط2، 1994، ص162.

- البخاري، الجزء10، ص65.

- الترمذي، الجزء4، ص154.

(2)- نصر فريد محمد واصل، أحكام الإيلاء والظهار واللعان في الإسلام، المكتبة التوفيقية، 1420هـ، 1999م، ص63-64.
(3)- خزيمة بن ثابت الأنصاري، يكنى أبا عمار، شهد بدرا وما بعدها من المشاهد كلها، وكانت راية بني حطمة بيده يوم
الفتح، وشهد مع علي رضي الله عنه الجمل وصفين ولم يقاتل فيهما، فلما قتل عمار بن ياسر بصفين قال خزيمة: سمعت
رسول الله ﷺ يقول: «تقتل عمارا الفئة الباغية»، ثم سل سيفه وقاتل حتى قتل، انظر: ابن الأثير، المجلد II، ص133.

(4)- سواء بن الحارث النجاري، وهو الذي باع الفرس من النبي ﷺ، وشهد به خزيمة بن ثابت، وقيل هو سواء بن قيس،
انظر: ابن الأثير، المرجع نفسه، المجلدII، ص482.

الشهادة، ولم تكن معه؟»، قال: صدقت يا رسول الله، ولكن صدقتك بما قلت، وعرفت أنك لا تقول إلا حقا، فقال: « من شهد له خزيمة أو شهد عليه فهو حسبه»⁽¹⁾.

فهذا الحديث وإن كان جاء كإقرار لحالة خاصة بخزيمة دون غيره من حيث إخراجها من القاعدة العامة التي تستوجب في الشهادة لاعتبارها دليل في الإثبات أن يدلي بها شاهدين، غير أن حالة خزيمة هذه قد طبقت بأثر فوري ومباشر دون أدنى شك، حيث لم يضيفها الحديث إلى ما سيقع من أحداث في المستقبل ويكون خزيمة شاهدا عليها إذ لم يرد القول بصياغة "من سيشهد له خزيمة أو سيشهد عليه فهو حسبه" والحادثة وإن كانت وردت في قضية معاملة مدنية إلا أن الحديث كذلك لم يقيد أي شهادة خزيمة بأن نكون في المجال المدني أو التجاري وإنما جاءت مطلقة.

II- الإقرار: إن مما يستدل به على إثبات الجريمة باعتراف الجاني في التشريع الإسلامي حادثة ماعز⁽²⁾ الأسلمي في جريمة الزنى وغيره، فهل طبق إجراء الاعتراف والإقرار في الإثبات هنا بأثر فوري؟.

1- روى البخاري عن أبي هريرة⁽³⁾ رضي الله عنه قال: أنى رجل رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناداه فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه حتى ردّ عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي ﷺ، فقال: أبك جنون؟ قال: لا، قال: فهل أحصنت؟ قال: نعم، فقال النبي ﷺ: اذهبوا به فارجموه⁽⁴⁾.

فهذا الحديث صريح بالأخذ بإقرار الجاني لإثبات جريمته، حيث أن أقوال الرسول ﷺ وأفعاله من التشريع، وقد طبق هذا الإجراء على نفس الحادثة التي ثبتت به فيكون تطبيقا فوريا ومباشرا ويتضح ذلك من قول الرسول ﷺ في آخر الحديث « اذهبوا به فارجموه».

(1) - البيهقي، السنن الكبرى، وفي ذيله الجوهر النقي للمارديني، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1988، كتاب الشهادات، باب الأمر بالإشهاد، ج10، ص146- أنظر: النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، وبذيله التلخیص الذهبي، دار الكتاب العربي، بيروت، دت، ج3، ص396.

(2) - ماعز: هو ماعز بن مالك الأسلمي، صحب النبي ﷺ، وهو الذي أصاب الذنب ثم ندم، فاعترف وكان محصنا، فأمر به الرسول ﷺ فرجم، وقال: لقد تاب توبة لوتابها طائفة من أمتي لأجزت عنه، أنظر: ابن سعد، المجلد 4، ص324.

(3) - أبو هريرة: هو عمير بن عامر بن... بن غنم بن دوس، وأمه ابنة صفيح بن الحارث من دوس، وكان أبو هريرة وأبو موسى قديما بين الحديبية وخيبر، قال: كنت أرعى غنما لأهلي وكانت لي هريرة صغيرة، إذا كان الليل وضعتها في شجرة، فإذا أصبحت أخذتها فلعبت بها فكُنُونِي بها، روى كثيرا عن الرسول صلى الله عليه وسلم، توفي سنة تسع وخمسين وكان له ثمان وسبعون سنة، انظر: ابن سعد، المجلد 4، ص325، 341.

(4) - البخاري، كتاب الحدود، باب رجم المحصن، الجزء 4، ص253 حديث رقم: 6815.

2- وروى البخاري أيضا أن رجلا قام في مجلس مع رسول الله ﷺ و"قال: إن ابني هذا كان عسيفا-أي أجيرا- على هذا، فزنى بامرأته فقال النبي ﷺ... أغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمهما، فغدا عليها فاعترفت فرجمها(1).

فهذه الرواية من خلال عبارة -فاعترفت فرجمها- دليل على التطبيق الفوري للاعتراف كدليل للإثبات من خلال استعمال حرف الفاء في آخر الحديث التي تدل لغة على عدم التراخي.

وقد استقرت جميع الأحاديث والآثار التي تناولت الإقرار سواء في جريمة الزنى أو السرقة أو غيرهما، فوجدت أن ذلك طبق على نفس الحادثة التي ورد فيها الاعتراف. وقد اكتفيت لهذين الحديثين لأن ذلك يستوفي وجود وتطبيق الفورية في إجراءات الإثبات الجنائي في التشريع الإسلامي، دون الحاجة إلى حصر كل الأحداث والروايات.

" وفي عهد الخلفاء الراشدين لا سيما عندما زادت الفتوحات الإسلامية في عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، ثم تخصيص قاض لكل إقليم هام، واقتصر اختصاص الأخير على الفصل في الخصومات المدنية، أما الحدود والقصاص والعقوبات التعزيرية، فلم يكن يحكم بها إلا الخليفة أو الوالي في الإقليم"(2).

وقد بعث عمر بن الخطاب بكتاب(3) إلى أبي موسى الأشعري(4) يفصل له فيه القواعد التي تضمن العدالة في القضاء، غير أنه لم يقيد تطبيق تلك القواعد على الأحداث التي تلي وصول ذلك الكتاب مما يدل على أنها ستطبق حتى على الوقائع السابقة لوصوله وذلك تطبيقا فوريا ومباشرا.

III- البيئة:

(1)- البخاري، المرجع نفسه، كتاب الحدود، باب رجم المحصن، الجزء 4، ص256 حديث رقم: 6828.

(2)- عصام عفيفي عبد البصير، ص185، 186.

(3)- انظر في هذا-ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، ط1، 1991، ص68-69.

(4)- أبو موسى الأشعري: هو عبد الله بن قيس بن سليم، قيل أنه خرج في خمسين رجلا من قومه في سفينة فألقتهم الريح إلى أرض الحبشة فوافقوا بها جعفر بن أبي طالب، فأقاموا عنده ثم خرجوا معه إلى المدينة، وهذا هو الصحيح، عمل للنبي ﷺ على زبيد، وعدن، وساحل اليمن، واستعمله عمر بن الخطاب على الكوفة والبصرة، مات سنة ثلاثة وخمسين: انظر: المزي، جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق، بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1992، المجلد 15، ص446، 453.

وقد روي أن رجلا من حضرموت ورجلا من كندة -أتيا- إلى النبي ﷺ، فقال الخضرمي: يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض لي، فقال الكندي: هي أرضي وفي يدي ليس له فيها حق.

فقال النبي ﷺ للحضرمي: "ألك بينة؟"، قال: لا، قال: "فلك يمينه"، قال: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، قال: "ليس لك منه إلا ذلك" (1).

وفي رواية أخرى عن الأشعث بن قيس (2) أنه قال: كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجدني، فقدمته إلى النبي ﷺ، فقال لي رسول الله ﷺ: «ألك بينة؟»، قال: قلت: لا، قال: فقال لليهودي: "احلف" قال: قلت: يا رسول الله إذا يحلف ويذهب بمالي...» (3).

وسواء كانت الرواية الأولى هي السابقة تاريخيا عن الثانية أم العكس، فإنهما تشتركان من حيث أن الرسول ﷺ قرّر طريقا من طرق الإثبات وهو القضاء ببينة المدعي أو يمين المدعى عليه، ثم طبق هذا الإجراء على الحادثة التي ورد بشأنها بأثر فوري ومباشر.

ثانيا- الاختصاص القضائي:

"اختلف اختصاص القاضي من عصر لآخر، ففي عهد النبي ﷺ كان يقوم بالفصل في كل مكان ما يعرض عليه من خصومات، وينيب بعض أصحابه بالمدينة للفصل في قضايا معينة" (4).

(1)- أبو داود: سنن أبي داود، دراسة وفهرسة كمال يوسف الحوت، دار الجنان، بيروت، ط1، 1988، كتاب الأقضية باب الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه، ج2، ص336، حديث رقم 3623.

-الترمذي، الجامع الكبير، تحقيق، بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996، أبواب الأحكام، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، المجلد3، ص18، حديث رقم 1340.

(2)- الأشعث بن قيس الكندي، وكنيته أبو محمد، وفد إلى النبي ﷺ سنة عشر من الهجرة في وفد كندة، وكانوا ستين راكبا فأسلموا، شهد اليرموك ففقت عينه، وشهد القادسية والمدائن وجولاء ونهاوند، استعمله عثمان رضي الله عنه على أذربيجان، مات سنة اثنتين وأربعين وقيل سنة أربعين، وصلى عليه الحسن بن علي، انظر: ابن الأثير، المجلد1، ص118-119.

(3)- البخاري، المرجع السابق، كتاب الشهادات، باب سؤال الحاكم المدعي: هل لك بينة؟ قبل اليمين، ج3، ص218، حديث رقم 2667.

(4)- عصام عيفي عبد البصير، ص185.

"ولكن عندما اتسعت الأمصار وانتشر الإسلام أصبح لا بد من إرسال معلمين ومرشدين وقضاة إلى تلك الأقطار... ففي الحديث النبوي الموجه إلى معاذ- لما أرسله قاضيا على اليمن- حديثا مشهورا تناقله الفقهاء حيث أبان فيه أصل ومرجع القضاء، قال ﷺ: « كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟»

قال: أقضي بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد في كتاب الله؟»⁽¹⁾ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم...⁽²⁾.

فهذا الحديث جاء لبيان المصادر التي يرجع إليه القاضي معاذ لما يصل إلى اليمن، غير أن ما يهمننا هو سكوت الرسول ﷺ عن تقييد اختصاص سيدنا معاذ بالفصل في القضايا التي تحدث بعد وصوله لليمن، وهو الإقليم الذي سينعقد له الاختصاص عليه؛ مما يدل على أن هذا الاختصاص سينفذ بأثر فوري ومباشر، أي أن سيدنا معاذ سيفصل حتى في القضايا التي حدثت قبل وصوله لليمن، حيث أن إعطاء الاختصاص له غير مقيد قرينة على شموله للنزاعات التي حدثت أو ستحدث في المستقبل.

المطلب الثاني: تطبيق الأثر الفوري على قواعد الفصل في الدعوى وما بعدها

الفرع الأول: قواعد الإثبات

وقد أرجأت قواعد الإثبات إلى هذا المطلب كون الفصل في الدعوى العمومية بالحكم الجزائي يكون مبنيا وبصورة مباشرة على ما تم الاعتماد عليه من أدلة في الإثبات، فهذه الأخيرة مرتبطة بالفصل في الدعوى أكثر مما هي متصلة بمرحلة ما قبل ذلك.

وقد اعتمد المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات على مبدأ حرية الإثبات كأصل عام في المواد الجزائية حيث نص في المادة 212 قانون إجراءات جزائية على أنه «يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات، ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص».

(1)- أبو داود، المرجع السابق، كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم: 3172.

(2)- مفيدة سويدان، مدخل على العلوم الإجرائية، د.م.ن، د.ط، 1411هـ-1991م، ص130.

ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدّمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضورياً أمامه»، وأضافت المادة 213 من ذات القانون أنه: « الاعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي». "فالمشرّع لم يحصر وسائل الإثبات تطبيقاً لمبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه من أي مصدر يراه كاشفاً للحقيقة، ولكنه نظم لكيفية استنباط الأدلة عن طريق إجراءات تتبع للوصول إلى الغاية كشهادة الشهود والاختبار.

ولكن لا يعني ذلك أن المشرّع قد حصر وسائل الإثبات التي يتقيد بها القاضي الجزائي في حكمه وإلا كان في ذلك تناقضاً لمبدأ حرية القاضي في اختيار وسائل الإثبات المكونة لعقيدته، ويمكن تقسيم هذه الوسائل إلى وسائل إثبات مادية، شفاهية، كتابية وأخيراً قانونية⁽¹⁾.

فالقواعد المنظمة للإثبات في المواد الجزائية بأنواعها السابقة تكون عرضة للتعديل شأنها شأن كل القواعد الجنائية، خاصة تلك التي تتأثر بصفة مباشرة بالاكتشافات العلمية والتقنية والتي ينشأ من أجلها مخابر لتحليل الأدلة الجنائية- كتحليل الدم والبصمات التي يعثر عليها في مسرح الجريمة-.

فكلما جاء قانون جديد يتبنى أو يعدّل من الاعتماد على أية وسيلة من تلك الوسائل المتعلقة بالإثبات، فهل سيطبق بأثر فوري أو بإعمال مبدأ عدم الرجعية إلا ما كان منه في صالح المتهم؟.

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من الفصل في قضية تصنيف النصوص المتضمنة لقواعد الإثبات ومدى ارتباطها بالجانب الشكلي أو الموضوعي وفق ما يلي:

أولاً: موقف الفقه من تصنيف قواعد الإثبات

1- قواعد الإثبات موضوعية:

يذهب جانب من الفقه إلى أن القوانين المتعلقة بالإثبات جزء من الضمانات التي يضعها المتهم في حسابه أثناء ارتكاب فعله، فلا يجوز أن تنتزع منه تحت طائلة الرجعية.

(1) - أسهان بن علي، ص 84.

فقوانين الإثبات لها تأثير مباشر على إدانة المتهم ثم على العقوبة تبعا لذلك، فضلا عن أن المركز القانوني يتبلور- بالنسبة لهذه القوانين- لحظة ارتكاب الجريمة وليس في وقت لاحق، فيكون القانون المعمول به في هذه اللحظة هو الواجب التطبيق لتحديد من يقع عليه عبء الإثبات وتحديد طرقه المقبولة ومدى قوتها.

أما القوانين الجديدة اللاحقة على ارتكاب الجريمة والتي تعدل نظام الإثبات في غير صالح المتهم، فلا تسري على الماضي لامتناع أثرها الرجعي، ومثالها تلك التي تقرّر قرائن جديدة ضد المتهم، أو تسمح باستخدام طرق جديدة لإثبات الإدانة، أو تضيف قوة خاصة على بعض الوسائل المقدّمة من قبل الأشخاص.

وخلافا لذلك إذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم من حيث حرّيته الفردية أو وسائل دفاعه فيسري بأثر رجعي بشرط عدم المساس بالنظام العام⁽¹⁾.

وقد انتقد هذا الرأي من خلال أن التسليم به وخاصة فيما يتعلق بإعمال القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي في أدلة الإثبات يؤدي إلى ضياع الحقيقة وزعزعة النظام الاجتماعي بسبب ما قد تؤدي إليه هذه الرجعية إلى ضياع الأدلة التي جمعت على وجه سليم ومشروع في ظل القانون النافذ وقت إعدادها، وهو مالا يتفق مع المصلحة العامة⁽²⁾.

فنقل نظام رجعية القانون الأصلح للمتهم من القوانين العقابية إلى قوانين الإثبات محل نقد، فضلا عن أن هذا النظام يواجه صعوبات عملية من حيث الموازنة بين أدلة الإثبات المختلفة، لغياب معيار دقيق يتم الاحتكام إليه في تقدير ذلك.

فعلى سبيل المثال وفيما يتعلق بالموازنة بين نظام الأدلة القانونية الذي يبدو أصلح للمتهم، ونظام القناعة الوجدانية للقاضي فإنه يصعب البت فيه، حيث في كثير من الأحيان يكون نظام قناعة القاضي أكثر فائدة للمتهم من الإثبات القانوني.

حيث في هذا النظام الأخير- الإثبات القانوني- يحدّد الشارع سلفا أدلة الإثبات المقبولة وقوتها، وقد يضطر القاضي إلى إدانة المتهم، مع أنه قد يكون غير مقتنع ضمّنيا

(1)- حسن الجوخدار، تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان، ص 481، 482 بتصرف.

أنظر في هذا:- أحمد فتحي سروري، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ص 15.

- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ص 45.

Levasseur, n^o, 192, pp.194 et s -

(2)- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ص 20.

بذلك، بينما لو كان النظام السائد هو القناعة الوجدانية للقاضي لجاز له إصدار قرار ببراءته، وعليه لا يمكن الجزم أن أحد النظامين أصلح للمتهم⁽¹⁾.

2- قواعد الإثبات شكلية:

قد اتجه رأي آخر إلى اعتبار قواعد الإثبات إجرائية بحتة من خلال انفصالها تماما عن حق الدولة في العقاب فهي لا تؤثر ولا تتأثر مباشرة بهذا الموضوع. وبالمقابل نجد أن قواعد الإثبات أكثر ارتباطا بإجراءات الدعوى، وعليه فهي وسيلة لاقتضاء الحق في العقاب، ومن ثم فهي تتصل بضمان حسن سير العدالة من خلال الكشف عن الحقيقة كما هي بعيدا عن كونها في صالح أو في غير صالح المتهم، فهي إذن قواعد حيادية.

وبناء على كونها كذلك فإنها- قواعد الإثبات- تطبق بأثر فوري ومباشر منذ تاريخ العمل بها دون الالتفات إلى تاريخ الواقعة الإجرامية محل المتابعة⁽²⁾. "وفي اعتقادنا أن اعتبار قوانين الإثبات من القوانين الإجرائية هو الرأي الأقرب إلى الصواب"⁽³⁾.

3- قواعد الإثبات تجمع بين ما هو موضوعي وما هو شكلي:

يقول الدكتور مأمون محمد سلامة أن "الحقيقة هي أن كلا الرأيين- السابقين- مبالغ فيه، ذلك أن القوانين المتعلقة بالإثبات منها ما هو إجرائي بحت، ومنها ما هو موضوعي بحت. فإذا كان الإثبات المنظم بقانون يتعلق بعنصر أو ركن من أركان الجريمة فهو قانون موضوعي ما في ذلك شك، وتطبق بصدده قاعدة القانون الأصلح للمتهم، ومثال ذلك القوانين التي تفترض الركن المعنوي للجريمة أو تقيم قرينة على ثبوت الخطأ.

(1) - حسن الجوخدار، تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان، ص 483، بتصرف.

(2) - أنظر في هذا:- أسهمان بن علي، ص 85.

- عبد الرؤوف مهدي، ص 289.

- حسن الجوخدار، تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان، ص 484.

- Merl et Vitu, Traité de droit criminel. T. II, 1979, p 189 -

(3) - حسن الجوخدار، تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان، ص 485.

أما إذا كان القانون ينظم إثبات حصول إجراءات الدعوى بإضفاء حجية على بعض الأوراق فهو قانون إجرائي بحث تطبق بشأنه قاعدة الأثر الفوري ولو كان في تطبيقها إساءة لمركز المتهم، ومثال ذلك حجية محاضر الجلسات والأحكام بالنسبة لما ورد فيها⁽¹⁾. "وواضح أن الرأي الأخير هو الأقرب للصواب"⁽²⁾ وهو الذي أرجحه كونه مبني على تحليل جزئيات القضية- قواعد الإثبات- قبل الحكم على تصنيفها بعيدا عن الفصل فيها ظاهريا وسطحيا، وبصفة مجملية، وقد انفرد بهذا الرأي الدكتور مأمون محمد سلامة كما فعل في تصنيف قواعد قيود رفع الدعوى العمومية سابقا.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

لقد سكت المشرع الجزائري عن إبداء رأيه فيما يتعلق بتصنيف قواعد الإثبات في المواد الجزائية من خلال كونها موضوعية أم إجرائية، رغم ما لهذا الموضوع من أهمية، حيث وبناء عليه تحل إشكالية تنازع القوانين المنظمة للإثبات زمانيا. وقد سابر المشرع الجزائري في موقفه هذا ما ذهب إليه بقية المشرعين في الدول العربية وكذا في فرنسا، وأمام هذا السكوت يكون الباب مفتوحا أمام التأويل وخاصة إمكانية الحكم على شكلية قواعد الإثبات من خلال تضمين المشرع لها في قانون الإجراءات الجزائية في المادة 212 وما بعدها، بعيدا عن قانون العقوبات اعتبارا للصفة الغالبة لكل منها حيث تغلب الصفة الموضوعية على قانون العقوبات والصفة الشكلية على قانون الإجراءات الجزائية.

الفرع الثاني: القواعد المنظمة لإصدار الأحكام والظعن فيها

أولا- قواعد إصدار الأحكام الجزائية

ويقصد بها تلك القواعد الواردة في النصوص الجنائية التي تعتنى بتنظيم عملية إدارة وتسيير الحكم وما يرتبط بذلك من شروط، سواء بذات الحكم، أو بالظروف والإجراءات المترامنة مع إصداره، من خلال عملية تسيير جلسة الفصل في الدعوى العمومية إلى غاية النطق بالحكم سواء بالإدانة أو بالبراءة.

(1)- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ص 45.

(2)- عبد الرؤوف مهدي، ص 289.

فالأحكام تخضع "لإجراءات وأشكال معينة، وتحدد النصوص القانونية كيفية إصدار الحكم وشروطه، فتعين البيانات التي يتضمنها الحكم، وكيفية تعليقه أو توقيفه. كما تنظم هذه النصوص كيفية إجراء المذاكرة قبل إصدار الحكم، وإدلاء كل عضو من أعضاء المحكمة برأيه بعد المناقشة التي تتم أثناء المذاكرة السرية، وكل إجراءات هذه المذاكرة.

كما تنظم هذه النصوص عدد الأصوات اللازمة لوضع الأحكام كإجماع الآراء أو غالبيتها، وكيفية تلاوة الحكم، وشكليات تسجيله"⁽¹⁾.

وإن كانت قواعد إصدار الأحكام منصوص عليها في قوانين الإجراءات الجزائية، فهل ذلك يحسم طبيعتها -شكلية أم موضوعية-؟ ومن وراء ذلك كيفية سريانها من حيث الزمان؟.

1- موقف الفقه:

1- موضوعية قواعد إصدار الأحكام:

يقول الدكتور مأمون محمد سلامة: "أن مثل هذه القوانين التي تنظم الأحكام في الدعوى الجنائية إنما تتعلق بحق الدولة في العقاب، إذ أن هذا الحق يباشر فعلا عن طريق الحكم الصادر من المحكمة.

ولذلك فهي قوانين تعزز قواعد موضوعية وليست قواعد شكلية، وما دام الأمر كذلك فيطبق بشأنها القانون الأصلح للمتهم...

ولا محل للقول بأن القواعد المنظمة لأحكام البراءة هي من قواعد الإجراءات البحثية التي لا تسري إلا من يوم صدورها، إذ أن المقصود بقوانين الإجراءات البحثية هي القوانين التي ترسم القواعد الشكلية لتنظيم خطوات التحقيق والمحاكمة والوصول في النهاية إلى حكم موضوعي هو عقاب الجاني أو براءته.

(1) - سمير عالية وهيثم عالية، ص 100.

فالعقاب والبراءة من الأحكام الموضوعية، والنص الذي ينظم أحكام البراءة فيطلقها من كل قيد، هو نص مقرر لحكم موضوعي شأنه في ذلك شأن القوانين المنظمة لأحكام العقوبة، ولا يغير ذلك من ورود هذا النص في قانون الإجراءات الجنائية إذ العبرة بطبيعة النص وليس بموضعه من مجموعات القوانين⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق وحسب هذا الرأي فإن قواعد تنظيم إصدار الأحكام الجزائية تطبق إعمالاً لمبدأ عدم الرجعية إلا ما كان منها أصح للمتهم.

غير أنني أرى أن هذا الموقف يجانب الصواب، من حيث أن إصدار الحكم هو في جوهره تقرير لحالة ثبوت التهمة -الإدانة- أو عدم ثبوتها -البراءة- فالحكم ينسب الفعل المجرّم للمتهم أو ينفي ذلك.

وإذا تمعنا في حقيقة الحكم -الإدانة أو البراءة- الذي ينبنى على الأدلة المقدمة للمحكمة فهو محايد، وبعيد عن الارتباط المباشر بموضوع حق الدولة في العقاب، وعليه تكون قواعد إصدار الأحكام من قبيل القواعد التنظيمية التي تحكم نشاط الدولة في ممارستها لحق العقاب بعيداً عن موضوع حق العقاب.

2- شكلية قواعد إصدار الأحكام:

ويرى أصحاب هذا الرأي أن "تنظيم عملية إدارة وتسيير الحكم أو الفصل في القضايا من النظام العام، ولهذا فهي من اختصاص المشرع وحده، وهي تدخل حيز النفاذ بأثر فوري على القضايا الجارية.

وهناك عديد النماذج من مواقف القضاء في خصوص هاته المسألة، فمحكمة التعقيب التونسية ترى أنه يجب تطبيق فصول مجلة الإجراءات الجزائية الصادرة سنة 1968 ولو كانت الجرائم المقترفة في ظل المجلة السابقة، من ذلك وجوب التنصيص بالحكم على مرافعة المدعى العمومي بالجلسة، ووجوب التخلي عن الدعوى الخاصة في صورة الحكم بعدم سماع الدعوى العامة.

وكذلك القانون الذي يعدل طريقة إجراء المداولة للحكم، يجب أن يدخل حيز التطبيق بأثر فوري، فالمحكمة العليا الفرنسية تقرر أن قانون 9 جوان 1853 الذي يعدل نسبة

(1) - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ص31، 32.

التصويت من طرف المحلفين أثناء المداولة من الأغلبية البسيطة بأكثر من سبعة أصوات يجب أن يطبق مباشرة على القضايا الجارية"⁽¹⁾.

وهو نفس الموقف لمحكمة النقص المصرية حيث "أخذت باعتبار هذه القواعد ذات طبيعة شكلية بحتة تطبق بشأنها قاعدة الأثر الفوري، ولا ترتد على الماضي، ذلك أن مثل تلك القواعد قدرها المشرع لاعتبارات تتعلق بحسن سير العدالة ولا تمس أساس الحق في توقيع العقوبة"⁽²⁾. وهو الرأي الذي أراه راجحا.

II-موقف المشرع الجزائري:

نظم المشرع الجزائري القواعد المتعلقة بإصدار الأحكام الجزائية من طرف محكمة الجنايات في قانون الإجراءات الجزائية، فقد نصت المادة 314 منه على أنه: «يجب أن يثبت حكم محكمة الجنايات الذي يفصل في الدعوى العمومية مراعاة جميع الإجراءات الشكلية المقررة قانونا، كما يجب أن يشتمل فضلا عن ذلك على ذكر ما يلي:....».

وأضافت المادة 315 من ذات القانون أنه: «يفترض استيفاء الإجراءات الشكلية المقررة قانونا لعقد جلسات محاكم الجنايات...».

من خلال النصين السابقين يظهر جليا أن المشرع الجزائري صراحة قد تبنى موقفا واضحا، وهو اعتبار القواعد المنظمة لإصدار الأحكام الجزائية قواعد إجرائية بحتة من خلال استخدام مصطلح -شكلية- الوارد في المادتين السابقتين.

وبناء على ذلك الموقف- إجرائية قواعد إصدار الأحكام الجزائية- فإن النصوص الجنائية التي تشمل تلك القواعد يحكمها مبدأ الأثر الفوري والمباشر في سريانها من حيث الزمان.

ونفس الموقف السابق نستخلصه من خلال المادة 355 إجراءات جزائية التي تتحدث عن الحكم في مواد الجرح بقولها «يجب أن يصدر الحكم في جلسة علنية، إما في الجلسة نفسها

(1) - عبد الباسط العيدودي، ص144، 145.

(2) - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ص46.

انظر في هذا: - رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص111.

- حسن الجوخدار، تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان، ص490، 493.

- سمير عالية وهيثم عالية، ص101.

- فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص30.

التي سمعت فيها المرافعات وإما في تاريخ لاحق، وفي الحالة الأخيرة يخبر الرئيس أطراف الدعوى الحاضرين باليوم الذي سينطق فيه بالحكم....».

فما جاءت به هذا المادة واضح أنه إجرائي بحت ينظم مرفق العدالة ولا علاقة له بموضوع العقاب، وهي نفس الملاحظة التي يتم تسجيلها على المواد 381 وما بعدها التي تتحدث عن الحكم في مواد المخالفات.

وعليه يكون "وبصورة عامة المبدأ هو تطبيق القانون الإجرائي الجديد المتصل بكيفية الحكم بأثر مباشر على القضايا الجارية، والاستثناء هو استبعاده إذا كان من شأنه أن يمس بحقوق الدفاع، فمثلا قانون الإجراءات الجزائية يمنح الكلمة الأخيرة للدفاع، فلو يأتي قانون جديد يلغي هذا الحق يجب استبعاده بالنسبة للقضايا الجارية"⁽¹⁾.

ثانيا- قواعد الطعن في الأحكام الجزائية:

يقصد بطرق الطعن في الأحكام القضائية الجزائية تلك الوسائل التي ينظمها المشرع لإعادة فحص تلك الأحكام لغرض تعديلها أو إلغائها تفاديا للأخطاء التي قد تشوبها وحتى يمكن الوصول إلى تحقيق العدل.

"فطرق الطعن تكفل تحقيق الثقة في قوة الشيء المحكوم فيه حتى يصبح الحكم الجنائي بعد ذلك عنوانا للحقيقة التي لا تقبل المناقشة وعنوانا للصحة التي لا تقبل المجادلة"⁽²⁾.

وتنقسم طرق الطعن بشكل عام إلى طرق عادية متمثلة في المعارضة والاستئناف، وطرف غير عايدة متمثلة في النقض وطلب إعادة النظر.

وقد نظم المشرعون قواعد الطعن في الأحكام القضائية ضمن نصوص قوانين الإجراءات الجزائية، غير أن ذلك لم يحسم أمر انتمائها إلى القواعد الشكلية ما ترتب عن ذلك من جدل حول قضية سريانها من حيث الزمان والمبدأ الذي يُستند إليه في ذلك، هل هو عدم الرجعية أم الأثر الفوري والمباشر؟

1- موقف الفقه من تصنيف قواعد الطعن في الأحكام:

1- موضوعية قواعد الطعن في الأحكام:

(1) – عبد الباسط العبيدودي، ص145.

(2) – أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ص845 بتصرف.

إن قواعد الطعن في الأحكام الجزائية من صميم القواعد الموضوعية، ووفقا لهذا الرأي فإنه "لا شك أن طرق الطعن في الأحكام هي من صميم القواعد التي تتصل بسلطة العقاب، نظرا لما يترتب على الطعن من تقرير لهذه السلطة أو نفيها وفقا للحكم الذي يصدر بناء على الطعن.

ولذلك استقر الفقه والقضاء على أن طرق الطعن في الأحكام الجنائية يحكمها القانون الساري المفعول وقت صدور الحكم"⁽¹⁾.

وأرى أن هذا الرأي قد جانب الصواب، لأنه مبني على فكرة خاطئة وهي أنه يؤسس تبلور المركز القانوني الجنائي، ونشوء حق الدولة في المتابعة والعقاب للحظة إصدار الحكم، وهذا غير صحيح⁽²⁾ حيث أنه وبالإجماع فإن المركز القانوني الجنائي وقيام حق الدولة في متابعة وعقاب الجاني يكون لحظة ارتكاب الواقعة الإجرامية.

وما الحكم إلا إجراء يثبت نسب تلك الواقعة للمتهم- الإدانة – أو نفيها عنه- البراءة- بناء على سلسلة إجراءات كلها تدخل في إطار غرض تأمين حسن سير العدالة والوصول إلى الحقيقة- الإدانة أو البراءة- وهذا بعيدا كل البعد عن صميم القواعد الموضوعية المتمثلة في تحديد الأفعال التي تعد جرائم، وتقرير ما يناسبها من عقوبات.

فلفظ- استقر الفقه والقضاء الوارد في الفقرة السابقة يبقى صحيحا في إسناده قواعد الطعن للقانون المعمول به وقت صدور الحكم، ولكن النتيجة هي أن تلك القواعد إجرائية لتعلقها بالحكم وهو إجراء بناء على أن الفرع هو الطعن يتبع الأصل وهو الحكم، وعليه فالنصوص المنظمة للأصل والفرع من قبيل القواعد الشكلية لا الإجرائية، فهي تخضع لمبدأ الأثر الفوري والمباشر وليس لها أية علاقة بعدم الرجعية ولا بالقانون الأصلح للمتهم.

2-شكلية قواعد الطعن في الأحكام:

(1) – مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ص32، 33.

(2) – أنظر هذه الرسالة، ص193 وما بعدها.

ويرى أكثرية فقهاء القانون أن قواعد الطعن في الأحكام من ضمن القوانين الإجرائية "لأنها تتعلق بنظام نظر الدعوى من هيئات أعلى، ولا صلة لها بموضوع الدعوى ذاته" (1). فسريرانها من حيث الزمان يخضع لسلطات مبدأ الأثر الفوري والمباشر. إذن "فالرأي الغالب في الفقه والقضاء أنها من القواعد الشكلية وتطبق بالنسبة للأحكام الصادرة قبل نفاذ القانون" (2)، إذا كان ذلك النفاذ غير متزامن مع لحظة إصدار الحكم المطعون فيه.

وبناء على كثرة عدد أصحاب هذا الرأي وقوة حججهم، إضافة إلى النقد الموجه للرأي الأول، أرجح شكلية قواعد الطعن في الأحكام الجزائية. وبالتالي خضوعها لمبدأ الأثر الفوري والمباشر كأصل عام، حيث أن هذا الأصل "لا يجري تطبيقه بسهولة ويحتاج إلى التفصيل التالي المستند إلى تحديد القوانين الملغية لطرق الطعن وتلك المنشئة له" (3). من جهة والقوانين المنظمة لمواعيد الطعن من جهة أخرى.

أ-قابلية الحكم للطعن:

ويكون ذلك وفق حالتين:

الحالة الأولى- إلغاء طريقا من طرق الطعن:

حيث إذا جاء نص جنائي جديد يلغي طريقا من طرق الطعن الذي كان معمولا به سابقا، أو يبقى عليه مع التعديل في نطاقه سواء بالتوسعة أو بالتضييق؛ ففي "هذه الفروض يسري النص الجديد على الحكم الصادر بعد نفاذه، أما الأحكام الصادرة قبل هذا النفاذ فتظل خاضعة للقانون القديم الذي صدرت في ظلّه" (4) كاستثناء من مبدأ الأثر الفوري، وفسح

(1) - حسن الجوخدار، تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان، ص 496.

(2) - حسن صادق المرصفاوي، ص 21.

أنظر في هذا: - فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص 31.

- محمد الفاضل، ص 33.

- سمير عالية وهيثم عالية، ص 102.

- عبد الرؤوف مهدي، ص 89.

- محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص 26.

- أحمد فتحي سرور، مجلة القانون والاقتصاد، 1962، ص 479 وما بعدها.

(3) - حسن الجوخدار، تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان، ص 497.

(4) - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، ص 83.

المجال أمام مبدأ استمرار القانون القديم الذي كان يحكم ذلك الإجراء، بشرط أن يكون ميعاد ذلك الطعن الملغي لم ينقض يوم نفاذ القانون الجديد، وإلا سيكون هذا الأخير هو المطبق.

الحالة الثانية- إنشاء طريق جديد للطعن:

إذا صدر قانون جديد ينشئ طريقاً للطعن لم يكن معمولاً به فيما سبق فإن القاعدة تقضي "بأن هذا القانون -الجديد- يسري بأثر فوري ومباشر على جميع الأحكام التي تصدر بعده بحيث يجوز الطعن في هذه الأحكام.

أما الأحكام التي صدرت قبل نفاذ القانون الجديد، فإنها تبقى غير قابلة للطعن فيها وتبقى محكمة بالقانون القديم الذي كان معمولاً به وقت صدورها"⁽¹⁾.

غير أن هناك من "ذهب إلى القول بسريان القانون الذي ينشئ طريق طعن جديد على كل حكم صدر قبل العمل بالقانون الجديد طالما أن الميعاد الذي قرره للطعن ما زال قائماً، أي لم ينقض على الحكم ميعاد الطعن فيه بالطريق الجديد حسب تحديد هذا القانون الجديد لهذا الميعاد"⁽²⁾.

ب- قواعد تعديل مواعيد الطعن:

وهنا نكون أمام قانون يُبقي على طرق الطعن أو إحداها كما هي، ولكن مع تعديل النصوص المنظمة لمواعيدها سواء بالإطالة أو بالقصر منها فنكون بصدد ذلك أمام حالتين أيضاً:

الحالة الأولى- القانون المقصر للميعاد:

إذا أبقى القانون الجديد على طريق من طرق الطعن، وأنقص من ميعاده، فإن هذا القانون يسري بمجرد نفاذه، أي بحسب هذا الميعاد من تاريخ نفاذ القانون حتى لو كان

انظر في هذا: - محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص25.

- كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ص25.

- فوزية عبد الستار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، ص31.

(1) - نبيه صالح، ص47.

(2) - حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ص27.

الحكم قد صدر خلال سريان القانوني القديم، وعليه تبقى الطعون المقدمة قبل العمل بالقانون الجديد مقبولة، متى كان تقديمها خلال المدة المحددة في القانون القديم. غير أنه "إذا نص القانون الجديد على غرامة، فإنها تُوقَّع على الطاعن إذا رُفض طعنه، لأن الغرامة حينئذ ليست عقوبة، إنما هي جزاء إجرائي وضع لكفالة حسن سير العدالة وحمائتها من أسباب الانحراف، فالغرامة أثر للطعن، ومن ثم يسري عليها حينئذ القانون المعمول به وقت رفع هذا الطعن"⁽¹⁾.

الحالة الثانية- القانون المطيل في الميعاد:

قد يطيل القانون الجديد ميعاد الطعن، فيسري هذا القانون على الأحكام التي ستصدر بعد نفاذه لكن الفقه أقر سريانه على الأحكام السابقة بأثر مباشر على أساس أن كل توسيع في طرق الطعن من شأنه زيادة الضمانات المقررة للحرية الفردية ولحماية النظم الاجتماعي ولحسن سير العدالة الجزائية.

ويشترط في سريان القانون الجديد على هذا النحو أن يكون ميعاد الطعن في الأحكام السابقة ما يزال ممتدا بحسب تحديده السابق، أما إذا كان الميعاد المقرر بالقانون النافذ وقت صدور الحكم قد انقضى، فإن القانون الجديد لا يمكنه إحياء طريق طعن كان قد انطفأ⁽²⁾.

مع الإشارة إلى أن ما يجري على مواعيد الطعن في الأحكام من حيث سريانها في الزمان هو المطبق كذلك على الإجراءات الأخرى المنظمة لطرق الطعن في الأحكام الجزائية، مثل القواعد المنظمة للأطراف الذين لهم الحق في الطعن، أو معالم بدء حساب المواعيد، أو الأسباب المبررة للطعن وغيرها.

II- موقف المشرع الجزائري من طبيعة قواعد الطعن

حيث بناء على طبيعة قواعد الطعن في الأحكام الجزائية أشكالية هي أم موضوعية؟ يتحدد سريانها الزمني إن كان إعمالاً لمبدأ الأثر الفوري والمباشر أو لمبدأ عدم الرجعية. لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الطعن في المواد الجزائية سواء بالطرق العادية أو غير العادية ضمن قانون الإجراءات الجزائية، ولم يفصح عن طبيعتها ولا عن كيفية

(1) - نبيه صالح، ص 47، 48 بتصرف.

(2) - حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ص 28.

تطبيقها من حيث الزمان، اللهم إلا إذا كان ورودها في قانون الإجراءات يعطيها الطابع الشكلي بناء على أن هذا الوصف-الشكلي- هو الغالب على قواعده، أي قانون الإجراءات الجزائية ومن ثم أعمالها وفق مبدأ الأثر الفوري والمباشر؛ غير أنه يمكن استنباط الطبيعة الإجرائية لهذه القواعد من خلال نص المادة 500 من قانون الإجراءات الجزائية وهي بصدد الحديث عن الأوجه التي يبني عليها الطعن بالنقض بقولها: «لا يجوز أن يبني الطعن بالنقض إلا على أحد الأوجه الآتية: عدم الاختصاص، تجاوز السلطة، مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات، انعدام أو قصور الأسباب... مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، انعدام الأساس القانوني...».

كما تنص المادة 531 من نفس القانون فيما يتعلق بطلبات إعادة النظر على أنه «... يجب أن تؤسس، إما على تقديم مستندات بعد الحكم بالإدانة... أو إذا أدين بشهادة الزور ضد المحكوم عليه شاهد سبق أن ساهم بشهادته في إثبات إدانة المحكوم عليه،... وأخيراً بكشف واقعة جديدة أو تقديم مستندات كانت مجهولة...».

وإذا تمعنا في النصين السابقين نجد أن طريقي الطعن – النقض وإعادة النظر- استوجب القانون لهما عدة أسباب لتكون صحيحة ومقبولة، وكل تلك الأسباب ذات طبيعة إجرائية لا علاقة لها بحق الدولة في العقاب والتجريم.

والمنطق السليم يقتضي أن تنتمي تلك الأسباب ووسيلة معالجتها- طرق الطعن- لنفس الزمرة وهي الطبيعة الشكلية والإجرائية، وبالتالي خضوعها للأثر الفوري في سريانها الزماني، ونفس هذه الملاحظة تتكرر مع المواد من 504 إلى 520 قانون إجراءات جزائية المنظمة لشكل الطعن وكذا تحقيق الطعون والجلسات.

وبالعودة إلى المواد من 409 إلى 415 التي تنظم قواعد الطعن بالمعارضة، والمواد من 416 إلى 438 من قانون الإجراءات الجزائية دائماً والتي تنظم قواعد الاستئناف، نجد أن الأحكام التي تحتوي عليها كلها تنظيمية بعيدة عن موضوع حق الدولة في التجريم والعقاب، وبالتالي فهي ذات طبيعة شكلية لا موضوعية.

الفرع الثالث: قواعد تنفيذ العقوبة أو تقادمها

ويقصد بالقواعد الخاصة بتنفيذ العقوبات والتدابير الاحترازية: "القواعد التي تطبق على المحكوم عليهم بعد صدور الحكم وتنفيذا له، أي كيفية تنفيذ عقوبة السجن بوضع المسجون في سجن انفرادي أو جماعي، ومدى ما يفرض عليه القيام به من أشغال أثناء قضائه عقوبة السجن ونوعية هذه الأشغال... ، كيفية تنفيذ عقوبة الإعدام فيه هل رميا بالرصاص أم بالشنق، ويدخل فيها أيضا كيفية الإفراج عن المحبوس إفراجا شرطيا أو العفو عنه أو رد الاعتبار إليه"⁽¹⁾.

فالنصوص المنظمة لتنفيذ العقوبات تكون معرضة للإلغاء والتعديل، مسايرة للتطور الحديث للأنظمة العقابية وحرصا على حماية حقوق المحكوم عليهم، فما هو المبدأ الذي يحكم السريان الزمني لهذه القواعد بعد التعديل أو الإلغاء؟ وقيل ذلك ما هي الطبيعة القانونية لهذه القواعد؟ هل هي شكلية أم موضوعية؟.

إ-موقف الفقه:

1-قواعد التنفيذ إجرائية:

قد ذهب رأي إلى أنه إذا صدر قانون جديد يتضمن شيئا من هذه القواعد يطبق بأثر فوري على جميع العقوبات التي يجري تنفيذها، أي التي بدأ تنفيذها ولم ينته. ولا عبرة بأن القواعد الجديدة لم يُعمل بها إلا بعد أن يبدأ التنفيذ، سواء كانت أصلح للمتهم أم لم تكن، لأن تنفيذ العقوبة نظام إجرائي في ذاته، بشرط ألا يتضمن القانون الجديد تغيير العقوبة ذاتها.

وإذا أضاف القانون الجديد عقوبة تكميلية لم تكن موجودة، فإنها لا تطبق على جريمة ارتكبت قبل العمل به، لاستقلال العقوبة التكميلية عن العقوبة الأصلية، ويستندون في ذلك إلى أن الأصل في النصوص الجديدة أنها أفضل من سابقتها، على أساس أنها تطبق أساليب عقابية أحدث، ومن ثم تكون من مصلحة المجتمع والفرد معا⁽²⁾.

(1) - عبد الرؤوف مهدي، ص294، 295.

(2) - أنظر: - عبد الرؤوف مهدي، ص295.

- اسمهان بن علي، ص91.

- سمير عالية وهيثم عالية، ص113.

إذن وفقا لهذا الرأي فإن قواعد تنفيذ العقوبة شكلية، ولا علاقة لها بموضع حق الدولة في العقاب في أسسه، وعليه تسري بأثر مباشر.

2-قواعد التنفيذ موضوعية:

وذهب رأي ثان إلى اعتبار قواعد تنفيذ العقوبة ذات طبيعة موضوعية، اعتبار أن الحكم القاضي بالعقوبة ينشئ للدولة سلطة في تنفيذها، وكل ما يتعلق بالعقوبة يدخل ضمن الأحكام الموضوعية سواء فيما يختص بقيام سلطة تنفيذ العقوبة، أو فيما يختص بأسلوب تنفيذها⁽¹⁾.

ووفقا لهذا الرأي أنه إذا صدر قانون جديد يعدل أو يلغي نظام تنفيذ العقوبات، فإنه يطبق إعمالا لمبدأ عدم رجعية النص الجنائي، إلا إذا كان ذلك النص في صالح المحكوم عليه.

3-نوعية قواعد التنفيذ وأثره في تحديد طبيعتها:

على خلاف الرأيين السابقين الذين أطلقا أحكاما إجمالية وعامة بإضفاء الصفة الموضوعية أو الشكلية على كامل القواعد المنظمة لتنفيذ العقوبة، هناك رأي ثالث يصنف تلك القواعد حسب نوعيتها، إذ يرى أصحابه أن قواعد تنفيذ العقوبات ليست كلها على شاكلة واحدة بل تنقسم إلى نوعين هما:

أ. القواعد التي يكون من شأنها أن تغير من طبيعة العقوبة وماهيتها، مثل ذلك التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري، والذي دخل حيز التنفيذ في أفريل 2009 والمتعلق بقانون العقوبات، لا سيما المادة 5 منه، الذي أدخل نمطا جديدا والمتمثل باستحداث عقوبة العمل للمنفعة العامة، ومن أمثله كذلك قواعد الإفراج الشرطي والعفو الخاص.

فكل ما سبق يدخل ضمن القوانين الجزائية الموضوعية، ويسري عليها من حيث الزمان مبدأ عدم رجعية النص الجنائي إلا ما كان منه أصلح للمتهم.

(1) - أنظر: - سمير عالية وهيثم عالية، ص112، 114.

- مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ص52.

- عبد الرؤوف مهدي، ص295.

- نبيه صالح، ص56، 57.

ب-القواعد المتعلقة بالطرق المادية والفنية اللازمة لتنفيذ العقوبات، وهذه من صميم الأنظمة الداخلية للسجون، مثل تحديد أوقات راحة المحكوم عليه، ونومه وعمله، وإجراءات الزيارة ومدتها، وأوقاتها ونظام الأجور، والسلطة المكلفة بوظيفة التنفيذ.

فهذه القواعد إجرائية بحتة تسري منذ نفاذها بأثر فوري ومباشر، وعليه إذا قضى القانون الجديد بوضع المساجين في سجن واحد، أو قرر نقلهم من سجن إلى آخر، ليس لهم أن يعترضوا على هذا النقل بدعوى أنه ليس أصلح بالنسبة لهم⁽¹⁾.

"والمسألة إذن تتمثل في معرفة ما إذا كان التعديل الوارد في القانون الجديد يشكل مجرد تعديل في أسلوب التنفيذ ذاته، أو أنه يؤدي إلى تعديل في العقوبة ذاتها، بأن يغير من ماهيتها، والمعيار الذي يتوجب اعتماده هو الآتي:

- تتغير ماهية العقوبة عندما يعدل القانون الجديد النظام القانوني الذي خصت به هذه العقوبة في قانون العقوبات"⁽²⁾.

"والواقع أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب إلى الصواب"⁽³⁾. وهو الذي أرجحه لوجهاته وعمق تحليله لجزئيات القضية قبل الحكم عليها.

كل ما سبق يتعلق بتنفيذ العقوبة المحكوم بها، وأما عن قواعد تقادمها فيجري عليها من حيث الآراء الفقهية ما جرى الحديث عنه في تقادم الدعوى العمومية مع الفارق هنا وهو أن «الذي نرجحه هو أن قواعد التقادم -أي تقادم العقوبة- من القواعد الشكلية، وليس فقط لأنها وردت في قانون الإجراءات الجنائية، وإنما لأن الأثر المباشر لمضي المدة هو ... انقضاء العقوبة واستحالة تنفيذها وهي أمور تعلقها بالإجراءات أكثر من تعلقها بالموضوع.

وفضلاً عن هذا فقد نظمت قواعد التقادم الصالح العام وهو رغبة المجتمع في إسدال الستار على الجريمة بعد أن زالت ثورة الغضب لدى الجمهور، فلم يراع بها صالح المتهم، وعلى هذا الرأي القضاء الفرنسي الآن"⁽⁴⁾.

(1) - انظر: - محمد الفاضل، ص38.

- عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، ص296.

- حسن جوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ص31، 32.

(2) - حسن جوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مرجع ص32، 33.

(3) - عبد الرؤوف مهدي، ص296.

(4) - محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص29.

III- موقف المشرع الجزائري:

التزم المشرع الجزائري موقفا سلبيا، وهو السكوت عن تحديد طبيعة قواعد تنفيذ العقوبات، وبناء عليه إبقاء موقفه غامضا من كيفية سريانها من حيث الزمان. وموقف المشرع الجزائري مسائر "لأغلب التشريعات الجنائية -التي- التزمت الصمت ولم تخصص نصا تشريعا للقوانين المتعلقة بتنفيذ العقوبات، باستثناء بعض التشريعات مثل التشريع اللبناني والسوري... فقد نصت المادة 10 من قانون العقوبات اللبناني على أن "كل قانون جديد يعدل طريقة تنفيذ إحدى العقوبات... لا يطبق على الأفعال المقترفة قبل نفاذه، ما لم يكن أكثر مراعاة للمدعى عليه أو المحكوم عليه" (1).

كما أن "تطبيق القوانين الجديدة المتعلقة بتنفيذ وتطبيق العقوبات بأثر فوري، هو ما استقر عليه التشريع الفرنسي ونص عليه صراحة بالفصل 2/112 من المجلة الجنائية الجديدة، إلا أن المشرع الفرنسي ألحق هذا المبدأ باستثناء، وهو عدم سريان هذا القانون بأثر فوري إذا أدى إلى تشديد العقوبة المنصوص عليها بحكم سابق" (2).

وبالعودة للمشرع الجزائري نجد أن المادة 2 من قانون العقوبات تنص على أنه: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة" فعبارة-إلا ما كان منه أقل شدة- لم يسندها المشرع لا إلى مراحل ما قبل الحكم والنطق بالعقوبة، ولا إلى ما بعد النطق بها وبالتالي استمرار ذلك حتى على القواعد التي تحكم التنفيذ.

وفي غياب الرأي الصريح يمكن تبني موقف الفقه -الرأي الثالث- الذي أشرنا إليه سابقا والذي يفرق بين نوعية قاعدة التنفيذ قبل الحكم عليها إن كانت تطبق إعمالا لمبدأ عدم الرجعية أو الأثر الفوري والمباشر.

الفرع الرابع: تطبيق الأثر المباشر على قواعد الفصل في الدعوى وما بعدها في التشريع الإسلامي

باستقراء هاتين المرحلتين أي الفصل في الدعوى وتنفيذ العقوبة نجد أن هناك إجراء يشترك فيهما وهو مبدأ العلانية، فكيف طبق هذا المبدأ من حيث الزمان يا ترى؟

(1) - نبيه صالح، ص56، 57.

(2) - اسمهان بن علي، ص91، 92.

أولاً- علانية المحاكمة:

"كان الرسول ﷺ، ومن بعده الخلفاء الراشدون يعقد جلسات المحاكمة والحكم في المسجد، وهو مكان عام يأتي إليه المسلمون فيحضرون الجلسة، كل من يريد فلا يمنع أحد من الحضور، ويدخل كل من له علاقة بها، ويتحقق بهذه العلانية زجر وردع كل من خالف أحكام الشرع الحكيم، أو تسوّل له نفسه بأن يخالفه مستقبلاً، فضلاً عن مراقبة المسلمين لضمانات المتهم وسلامة ونزاهة أحكام القضاء"⁽¹⁾.

ومن بين الآثار التي يمكن الاستدلال بها على العلانية وتطبيقها بأثر فوري، تلك الحادثة التي قرر من خلالها الرسول ﷺ إلغاء التفاضل بين المجرمين، أو إلغاء استبدال عقوبة الحد على الشرفاء إعمالاً لمبدأ المساواة.

حيث، "عن عائشة زوج النبي ﷺ أن قريشاً أهتمهم شأن المرأة التي سرقت في عهد النبي ﷺ في غزوة الفتح فقالوا: من يكلم فيها رسول الله ﷺ فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد⁽²⁾ حب رسول الله ﷺ.

فأتي بها رسول الله ﷺ فكلّمه فيها أسامة بن زيد، فتلّون وجه رسول الله ﷺ فقال: «أتشفع في حد من حدود الله» فقال له أسامة: استغفر لي يا رسول الله، فلما كان العشي قام رسول الله ﷺ فاخطب فأنتى على الله بما هو أهله ثم قال: «أما بعد، فإنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وإني والذي نفسي بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» ثم أمر بتلك المرأة التي سرقت فقطعت يدها"⁽³⁾.

(1) - أشرف رمضان، مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية، 2001، ص601-602.

- أنظر في هذا:- ابن قدامة، المغني وبلية الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ج10، ص137.
- عبد القادر عودة، ج2، ص445.

(2) - أسامة بن زيد بن حارثة، أمه أم أيمن حاضنة النبي ﷺ، فهو وأيمن إخوان لأم، ويكنى أسامة بابن محمد وقيل أبا زيد، وقيل أبو خارجة، وكان يسمى حب رسول الله ﷺ، واستعمله الرسول ﷺ وهو ابن ثماني عشرة سنة، توفي آخر أيام معاوية، سنة ثمان أو تسع وخمسين، وقيل توفي سنة أربع وخمسين، أنظر: ابن الأثير، المجلد1، ص79، 81.

(3) - مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الحدود، بابا قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود، ج11، ص188، حديث رقم 4387.

فهذه الحادثة وحيثياتها تنبئ عن تعديل إجراء كان معمولاً به، وهو تخفيف العقوبة على الشرفاء وذووا الرتب الاجتماعية، بإجراء جديد وهو إخضاع جميع المجرمين لقاعدة المساواة.

وقد طبق ذلك-التعديل- على تلك الحادثة التي ورد الإجراء الجديد بشأنها تطبيقاً فورياً علانياً، حيث أن إجراءات محاكمة تلك المرأة تمت بصورة علانية. غير أنه وإن لم تكن هذه الواقعة هي الأولى من حيث الترتيب الزمني، إلا أن كل الأحاديث والآثار التي اطلعت عليها في مجال الجنايات سواء في الحدود أو غيرها، لم يرد فيها ما يرجي تطبيقها للمستقبل مما يعني إخضاعها للأثر الفوري والمباشر.

ثانياً- علانية تنفيذ العقوبة:

إن مما يستدل به على تنفيذ العقوبة علانية ما رواه مسلم: «أن رجلاً من أسلم يقال له ماعز بن مالك أتى رسول الله ﷺ فقال: إني أصبت فاحشة فأقمه علي، فردّ النبي ﷺ مراراً... فرجع إلى النبي ﷺ فأمرنا أن نرجمه... فانطلقنا به إلى بقيع الغرقد... فما أوثقناه ولا حفرنا له... فرميناها بالعظم والمدر والخزف... فاشتد واشتدنا خلفه حتى أتى عرض الحرة فانتصب لنا فرميناها بجلاميد الحرة يعني الحجارة حتى سكت...» (1).

فهذا الأثر واضح "وذلك فيما يتعلق بتنفيذ عقوبة رجم الزاني المحصن، فيجب أن يقام الحد في علانية لقوله تعالى: «وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» (2)، وتتوفر العلانية دائماً كلما كان الحد رجماً، إذ المفروض أن عدد الرماة غير محدود وأنه يجب أن يكون من الكثرة بحيث يقضى على المرجوم بسرعة» (3).

(1) - مسلم: صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ج11، ص197-198، حديث رقم 4403.

(2) - سورة النور، الآية 2.

(3) - عبد القادر عودة، ج2، ص445.

وقد شرع إجراء رجم الزاني الثيب بصورة علانية عن طريق هذه الحادثة، فطبق عليها بصورة فورية، إذ أن حادثة الغامدية⁽¹⁾ التي يستدل بها كذلك على رجم الزاني المحصن، جاءت بعد إتمام رجم ماعز بن مالك وتؤكد ذلك رواية مسلم من خلال ما يلي:

«... فأمر -أي رسول الله ﷺ- به-أي بماعز- فرجم، فكان الناس فيه فرقتين، قائل يقول لقد هلك، لقد أحاطت به خطيئته، وقائل يقول ما توبة أفضل من توبة ماعز... ثم جاءت امرأة من غامد من الأزد فقالت يا رسول الله طهرني...⁽²⁾. وعليه تكون حادثة ماعز أول تنفيذ لحكم رجم الزاني المحصن، وكان بطريقة علانية، وقد طبق ذلك بأثر فوري ومباشر.

ثالثاً- القضاء بالعقوبة مع إرجاء تنفيذها:

ونورد في هذا حادثتين في حياة الرسول ﷺ ، أُقرَّ من خلالهما إجراء يتمثل في تأخير العقوبة لحين زوال سبب الإرجاء وهما:

1-التنفيذ على الحامل:

"أجمع أهل العلم على تأجيل رجم المرأة الزانية الحامل حتى تضع حملها، والدليل على ذلك فعله عليه الصلاة والسلام، حيث قال ﷺ لولي المرأة التي أنته وهي حبلى من الزنا قائلة: يا نبي الله أصبت حدا فأقمه علي، فقال:«أحسن إليها فإذا وضعت فأنتي بها»⁽³⁾.

وذلك لمصلحة الحمل الذي في بطنها، حيث إنه بريء من جريمة الزنا ومعصوم الدم، فلا يجوز إزهاق روحه فتعين عندئذ انتظار ولادته"⁽⁴⁾.

(1) - الغامدية هي بغين معجمة ودال مهملة، وهي بطن من جهينة وحاضرتهم بلدة أملج الساحلية غرب المدينة المنورة، وهي التي أنت رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله طهرني، فلما رجمت قال ﷺ لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له- أنظر: ابن الأثير، المجلد7، ص440.

- النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ج11، ص200.

- محمد سعيد مبيض، موسوعة حياة الصحابييات، دار الثقافة، الدوحة، ط1، 1990، ص604.

(2) - مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الحدود، باب من اعترف وعلى نفسه بالزنى، ج11، ص2000، حديث رقم 4406.

(3) - مسلم، المرجع نفسه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ج11، ص203، حديث رقم 4408.

(4) -عبد الرحمن بن إبراهيم الجربوي، منهج الإسلام في مكافحة الجريمة، مؤسسة فؤاد بعينو للتجليد، بيروت، ط1، 2000، ج2، ص851-850.

-انظر في هذا: -ابن قدامة، ج10، ص139.

-الشريبي، ج5، ص458.

فإقرار الرسول ﷺ للقاعدة الإجرائية التي تقضي بتأجيل توقيع العقوبة المتمثلة في الرجم إلى ما بعد الوضع، وتطبيق ذلك الإجراء على الحادثة التي كانت مناسبة لتشريعه يُعد أخذاً بمبدأ الأثر الفوري في القواعد الإجرائية.

II- التنفيذ على النفساء:

يستدل على تأجيل توقيع عقوبة الحد على المرأة النفساء أن سيدنا علي "خطب فقال: يا أيها الناس أقيموا على أركانكم الحد، من أحسن منهم ومن يحسن، فإن أمة لرسول الله ﷺ زنت، فأمرني أن أجدها فإذا هي حديث عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «أحسن»⁽¹⁾.

فهذه الحادثة كغيرها جمعت بين تشريع قاعدة تأجيل تنفيذ العقوبة على المرأة بسبب نفاسها وتطبيق ذلك على نفس الحادثة تطبيقاً فورياً ومباشراً.

من خلال كل ما سبق في هذا المطلب، فإن القواعد الشكلية والإجرائية التي عرضت لها يتبين خضوعها لقاعدة الأثر الفوري والمباشر في تطبيقها من حيث الزمان، وهو ما يفسر عدم تسجيل أي اختلاف بين من تناول تلك النماذج التي عرضت لها، سواء في الإثبات أو الاختصاص أو المحاكمة وتنفيذ العقوبات؛ لا عند القدامى ولا عند المحدثين عكس ما كان الحال عليه في القواعد الموضوعية وتطبيقها من حيث الزمان حسب ما جاء في الباب الأول من هذا البحث.

(1) - مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الحدود، باب تأخير الحد عن النفساء، ج11، ص212 حديث رقم 4425.

المبحث الثالث: الأثر الفوري والمباشر في القواعد الغير إجرائية

يعتبر مبدأ الأثر الفوري والمباشر من الناحية التطبيقية عند الكثيرين ذو ارتباط بالقواعد الإجرائية والشكالية؛ سواء تعلق الأمر بمرحلة التحقيق، أو إصدار الأحكام، أو تنفيذها.

غير أن هذا الرأي لا يمنع عند البعض الآخر تأثير وإعمال مبدأ الأثر الفوري على بعض القواعد والنصوص الجنائية غير الشكالية، وهو ما سأتناوله في هذا المبحث ضمن مطلبين.

إذ أخصص الأول للحديث عن تطبيق الأثر الفوري إعمالاً لإرادة المشرع، واقتضاء النص لذلك، فيما أشير في المطلب الثاني إلى تطبيق الأثر الفوري خارج القواعد الإجرائية في التشريع الإسلامي.

المطلب الأول: تطبيق الأثر الفوري إعمالاً لإرادة المشرع أو لاقتضاء طبيعة النص ذلك:

الفرع الأول: تطبيق الأثر الفوري بنص صريح لمواجهة الجرائم الخطيرة

باستقراء النصوص الجنائية الجزائية وما طرأ عليها من تعديلات في قانون العقوبات، نجد هناك حالتين تم فيهما تطبيق نصوص جديدة، بأثر مباشر حتى على ما تم من وقائع خلال وقت سابق لنفاذ تلك النصوص.

وكان السبب والحجة في ذلك الحاجة لمواجهة أوضاع خطيرة على أمن وسلامة الأفراد، وتهديد الممتلكات الفردية والجماعية ويظهر ذلك في موضعين هما:

أولاً-تطبيق الأثر الفوري على الجرائم الاقتصادية

أ- مفهوم قانون العقوبات الاقتصادي:

يقصد به "ذلك الفرع من فروع القانون الجنائي الذي يضم كافة التشريعات الجنائية التي تهدف لحماية النظام الاقتصادي في دولة ذلك النظام، الذي يختلف في مداه ومحتواه تبعاً للسياسة الاقتصادية للدولة"⁽¹⁾.

(1) - محمود صالح العادلي، موسوعة القوانين الجنائية الأصلح للمتهم، دار العربي، القاهرة، ط1، 2000، ص113.

وعليه "يحدد قانون العقوبات الاقتصادي الجرائم الاقتصادية والعقوبات المقررة لها"⁽¹⁾. ويمكن لهذا الفرع القانوني أن يتخذ صورة "القوانين المؤقتة خاصة في الدول الرأسمالية التي تلجأ إلى تعزيز تشريعاتها الاقتصادية بجزاءات جنائية في الفترات الاستثنائية، كما في أوقات الأزمات الاقتصادية.

وقد يكون من القوانين الدائمة غير محددة المدة، و يتضح هذا الوضع بصورة خاصة في الدول الاشتراكية؛ حيث يسير الشارع على هدى سياسة اقتصادية طويلة الأجل، وتتدخل الدولة لتوجيه مختلف الأنشطة الاقتصادية"⁽²⁾.

1- تطبيق النصوص العقابية الاقتصادية من حيث الزمان:

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الأثر الفوري والمباشر في الجرائم الاقتصادية في موضعين هما:

1- قانون 27 جانفي 1964: لقد جاء هذا القانون لحماية الأموال العمومية من جرائم الاختلاس وقد نصت المادة الثامنة منه على أنه "تطبيق هذه الأحكام على الأفعال التي لم تحمل بعد إلى المحكمة المختصة يوم صدور هذا القانون".

باستقراء النص السابق يتبين أن هذه المادة تخص مسألة إجرائية بحتة، أي أن محتواها يدور حول تحديد المحكمة المختصة بالنظر إلى الجرائم المذكورة في ذلك القانون، غير أنه وكأصل عام يجب على القاضي أن ينتبه ويتحقق من أن القاعدة الإجرائية الجديدة لا تنقص من حقوق المتهم، ولا تعرقل الوصول إلى الحقيقة.

وفيما عدا ذلك من الواجب تطبيق قاعدة عدم الرجعية، ولكن الأمر يختلف بالنسبة للمادة الثامنة من قانون 1964 –السالف الذكر- إذ أنها فسحت المجال لرجعية القانون الأشد بالنسبة للجرائم الواقعة على الاقتصاد الوطني.

و فعلا تجسدت رجعية القانون الأشد في تطبيق أحكام قانون 1964 -تطبيقا فوريا- من حيث معاقبة الأشخاص الذين ارتكبوا جريمة اختلاس الأموال العمومية بالحبس لمدة تتراوح بين

(1) – محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، القاهرة 1963، ص15- نقلا عن: حسن الجوخدار، ص350.

(2) – Levasseur cours (1963-1964)n°208, p206.

نقلا عن: حسن الجوخدار، ص350.

سنة أشهر وعشرين سنة، في حين أن الحد الأقصى في القانون القديم هو خمس سنوات فقط، ومن جهة أخرى حرمانهم من الاستفادة من نظام وقف التنفيذ المنصوص عليه في المادة 463 من القانون القديم⁽¹⁾.

والمقصود بالقانون القديم هنا هو قانون العقوبات الفرنسي حيث "بانتصار الثورة الجزائرية، وحصول البلاد على الاستقلال سنة 1962 صدر الأمر رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، ويقضي بتمديد مفعول التشريع الفرنسي المطبق في الجزائر في ذلك التاريخ باستثناء الأحكام التي تتعارض مع السيادة الوطنية"⁽²⁾.

2- أمر 21 جوان 1966: لقد نصت المادة 39 من هذا الأمر على أنه: "... يطبق هذا الأمر أيضا على الجرائم المقترفة قبل نشره...".

فهذا النص أوضح من سابقه من حيث تبني المشرع الجزائري وبصورة صريحة لإعمال مبدأ الأثر الفوري والمباشر في النصوص المتعلقة بالجرائم الاقتصادية نظرا لخطورتها، وبالتالي تطبق قوانينها حتى على الأفعال السابقة لنفاذها.

وبالعودة إلى التطبيق العملي فإن هناك "من الأمثلة حول جرائم اقتصادية ارتكبت قبل صدور أمر 21 جوان 1962 ومع ذلك تمت متابعة مرتكبيها ومعاقبتهم بعد ذلك"⁽³⁾ - منها-

أ- تولى شخص تسيير مزرعة مسيرة ذاتيا في الفترة الممتدة بين 1962 وأفريل 1964، واحتفظ لنفسه بمبلغ 281.025.00 دج الذي كان ملزما بتسديده للشركة التي أوكالته مهمة تسيير المزرعة، وحبس احتياطيا في 20 أكتوبر 1966 ثم حكم عليه في الجلسات التي وقعت بين 5 و13 جوان 1968 طبقا للمواد 2/3 و1/6 من الأمر المؤرخ في 21 جوان 1966.

ب- ارتكب شخص آخر جريمة تدليس الوثائق الحسابية وتهريب الأموال العامة، واستعمال وسائل غير مطابقة للنصوص التنظيمية الشرعية في أواخر سنة 1964،

(1) - منذر صانغي، ص 116 بتصرف.

(2) - عبد الله سليمان، ص 45.

(3) - منذر صانغي، ص 117 بتصرف.

وفي 2 مارس 1965 اكتشفت أشياء غير عادية أثناء إجراء مراقبة إدارية، وعندما تبين أن تلك الأفعال كانت تشكل خطرا على أملاك الدولة، حركت الدعوى العمومية ضد المتهم طبقا لأحكام المواد 113 و 2/3 البند أ-و-د، و 2،1/6 من الأمر المذكور أعلاه

فمن خلال هذين المثالين يتبين تطبيق أحكام أمر 21 جوان 1966 على وقائع حدثت قبل دخوله حيز النفاذ إعمالا لإرادة المشرع في ذلك.

ثانيا- تطبيق الأثر الفوري على جرائم التخريب والإرهاب:

إن إلغاء نتائج الانتخابات التشريعية في ديسمبر 1991، تعد البذرة الرئيسية والشرارة المباشرة، لانفجار الظاهرة الإرهابية في الجزائر، حيث صاحب ذلك حلول المجلس الأعلى للدولة حينها محل رئيس الجمهورية.

وبعد إعلان هذا المجلس حالة الطوارئ في البلاد بإصداره للمرسوم رقم 92-44 بتاريخ 09 فيفري 1992 ازدادت درجة الاحتقان والتوتر، والتي انفجرت لتجعل من الجزائر مسرحا لجرائم لم تعرفها في فترة ما بعد إخراج المستعمر، ولمعالجة هذا الوضع المتأزم والخطير عمدت "السلطات إلى وضع المرسوم التشريعي رقم 32-03 المؤرخ في 30.09.1992 المتعلق بمكافحة أعمال التخريب والإرهاب.

وهو المرسوم الذي ألغي بموجب الأمر رقم 95-10 المؤرخ في 25.02.1995 بعدما أدمجت مجمل أحكامه في قانون العقوبات (المواد من 87 مكرر إلى 87 مكرر 10).

وأخيرا أضاف القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26.06.2001 فعلا أن آخرا ن يأخذان وصف الجريمة الإرهابية أو التخريبية، وهما انتحال صفة إمام مسجد واستعمال هذه الصفة مخالفة للمهمنه النبيلة وذلك في المادة 87 مكرر 10⁽¹⁾.

يتضح مما سبق أن أول قانون جزائري صدر من أجل مواجهة الأفعال الموصوفة

(1) - احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص45، 48 بتصرف.

بالإرهاب⁽¹⁾ هو المرسوم التشريعي رقم 92-03، فكيف طبق هذا المرسوم من حيث الزمان في جانب التجريم والعقاب؟.

بالعودة إلى المادة 42 من المرسوم السابق، ذكره نجد أنها تنص على ما يلي: "تحوّل الإجراءات القضائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في الفصل الأول أعلاه، التي هي بصدد التحقيق أو المحاكمة لدى الجهات القضائية العادية بقوة القانون، بطلب من النائب العام لدى المجلس القضائي الخاص إلى المجلس القضائي الخاص المختص إقليمياً.

من هذا النص نرى أن نفس الملاحظة المسجلة على المادة 8 من قانون 27 جانفي 1964 المتعلق بمكافحة الجرائم الاقتصادية تتكرر هنا، والمتمثلة في أن النص يتبادر لقارئه أنه متعلقاً بجانب إجرائي يتمثل في الاختصاص والذي تسري أحكامه بأثر فوري، غير أن ذلك سينتج عنه حتماً تطبيق حتى قواعد التجريم والعقاب الواردة فيه استتباعاً للاختصاص الجديد على وقائع سابقة على نفاذ هذا الأمر رقم 03.92 ؛ وعليه يكون "القانون الجزائري، ومن خلال ما سبق ذكره بموجب نص المادة 42 من الأمر السابق، فإنه ورد بأثر رجعي - لما قبل نفاذه- حيث أن الأحداث الإرهابية انطلقت في الجزائر على إثر إلغاء الانتخابات التشريعية...".

وتعتبر أول عملية إرهابية حصلت في 10 فيفري 1992 ضد رجال الأمن في حي بوزرينة بالقصبة... بينما قانون مكافحة التخريب والإرهاب صدر في 30 سبتمبر 1992، أي بعد انقضاء مدة تقارب 7 أشهر تقريباً عن أول عملية.

وبالتالي فهذا القانون دخل حيز النفاذ بأثر رجعي⁽²⁾ دون التفرقة بين ما هو أصلح للمتهم وما هو في غير صالحه، علماً أن العقوبات الواردة في المادة الثامنة منه كلها تحمل وصف التشديد.

ولا شك أن التطبيق الرجعي لقانون 92-03 ناتج عن درجة خطورة الأفعال المجرّمة التي تضمنتها أحكامه، غير أن ذلك ليس بالأمر المستساغ من الناحية القانونية ووفق مقتضيات

(1) - انظر في هذا: عبد الرؤوف دبابش، جريمة الإرهاب بين الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2009.

(2) - عبد الباسط العيدودي، ص71-72.

العدالة، لما في ذلك من مساس واعتداء على مبدأ دستوري وسامي والمتمثل في مبدأ الشرعية الجنائية.

وعلى هذا نجد أنه لما دخل الأمر رقم 92-03 مرحلة التطبيق العملي والواقعي، استدركت المحكمة العليا ذلك الأمر حيث جاء في قرار لها أنه: "من المقرر أن لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة، وأن التخلي عن قضايا مكافحة الإرهاب والتخريب يكون بقوة القانون بناء على طلب من السيد النائب العام لدى المحكمة الخاصة. ولما ثبت في قضية الحال- أن المرسوم التشريعي المذكور أعلاه- أي قانون 03/92 لم يصدر إلا بعد حوالي خمسة أشهر من ارتكاب المتهم للوقائع، فإن حكم محكمة الجنايات المطعون فيه جاء مخالفاً لنص القانون الذي يمنع تطبيق القانون بأثر رجعي إلا إذا كان في صالح المتهم"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الفوري لاقتضاء طبيعة النص ذلك

إذا تأملنا أنواع النصوص العقابية، فإن هناك منها ما يستوجب التطبيق الفوري دون حاجة لتصريح المشرع فيها على ذلك، نظراً لنوعية تلك النصوص وطبيعتها ويظهر ذلك في .

أولاً- النصوص التفسيرية:

1- ماهو النص التفسيري:

النص التفسيري هو كل تفسير يصدر من المشرع ويتخذ صفة النصوص القانونية ويهدف إلى تفسير نصوص قانونية رأى المشرع أنها بحاجة إلى توضيح، وذلك لتوضيح معنى قد يلتبس على المحكمة التي تطبق القانون⁽²⁾.

وهذا التفسير قد يأتي في صورة نص مستقل لاحق على صدور النص التجريمي، ويهدف به المشرع إلى إجلاء الغموض الذي لازم النص الصادر عنه، فيصدر في شكل تشريع لفك غموض النصوص، وقد يدرج هذا التفسير مباشرة في النص التجريمي، ومثال ذلك ما جاء

(1) - قرارات المحكمة العليا، قرص مضغوط، تصميم وبرمجة وتنفيذ، شركة كليك لخدمات الحاسوب، المحدية، الجزائر، الإصدار الرابع، 2006، قرار رقم: 119932 بتاريخ 1994.03.22.

(2) - محمد صبحي نجم، ص48.

في المادة 356 من قانون العقوبات المعرفة للكسر⁽¹⁾. بقولها: "بوصف بالكسر فتح أي جهاز من أجهزة الإقفال بالقوة أو الشروع في ذلك سواء بكسره أو بإتلافه أو بأية طريقة أخرى؛ بحيث يسمح لأي شخص بالدخول إلى مكان مغلق أو بالاستيلاء على أي شيء موجود في مكان مقفول أو في أثاث أو وعاء مغلق".

ويعتبر من قبيل ذلك ما جاء في المادة 358 التي تعرف المفاتيح المصطنعة بقولها: "توصف بأنها مفاتيح مصطنعة كافة الكلايب والعقف والمفاتيح الصالحة لفتح جميع الأقفال والمفاتيح المقلدة أو المزورة أو المزيفة أو التي لم يعدها المالك أو المستأجر أو صاحب الفندق أو صاحب المسكن لفتح الأقفال الثابتة أو الأقفال غير الثابتة أو أية أجهزة للإغلاق والتي استعملها الجاني لفتحها بها".

II- تطبيق لنصوص التفسيرية من حيث الزمان:

"إن القوانين التي تفسر نصوصا جزائية تطبق على الأفعال المقترفة قبل صدورها لأنه لا تنشئ حالة جديدة، بل تندمج بالنصوص التي تفسرها"⁽²⁾.
 "فإذا صدر قانون مفسر لقانون سابق، فيكون لهذا القانون أثر رجعي على الجرائم التي ارتكبت قبل صدوره حتى ولو كان التفسير الذي أتى به فيه تشديد على المتهم عما كان مقررا في القانون السابق؛ وذلك على اعتبار أن الرأي الذي كان عليه العمل قبل التفسير لم يكن صائبا"⁽³⁾.

إذن فتعليل الفقه والقضاء لسريان النصوص الجنائية التفسيرية الجديدة "بأثر رجعي من حيث أنها لا تتضمن تجريما وعقابا، وإنما هي مجرد تفسير للنصوص السارية ولو كانت متضمنة لتفسير أشد على المتهم غير أنه وتحت غطاء التفسير يمكن أن يضيف المشرع شيئا جديدا للقانون المفسر ويصل بذلك إلى الرجعية المخيفة، وفي هذا الصدد يجب ربط الرجعية بشرط التعبير الصريح عن إرادة المشرع"⁽⁴⁾.

(1)- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ص 29.

(2)- فؤاد رزق، ص 25.

(3)- جندي عبد الملك، ج 5، ص 581.

(4)- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ص 61.

وعليه لا يجوز تحت ستار التفسير الإخلال بقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون بالتوسع في تطبيق قانون سابق بحيث تدخل في أحكامه أفعال كانت مباحة في ذلك القانون"⁽¹⁾.

ثانيا- القوانين المؤقتة:

والصورة هنا هي صدور قانون مؤقت يقتضي نفاذه وتطبيقه لمدة محددة حيث يكون معطلا لنفاذ قانون كان ساريا لمدة محددة، ثم يعود ذلك القانون بعد انتهاء فترة القانون المؤقت.

فإذا انتهى تطبيق القانون المؤقت، وعاد القانون العادي الذي كان مطبقا قبل هذا القانون إلى نطاق سريانه الأول، فما حكم التنازع بين القانون المؤقت والقانون العادي بالنسبة إلى الجرائم التي وقعت في ظل القانون المؤقت؟

I- إذا كان القانون المؤقت أصح للمتهم من القانون العادي:

"لا صعوبة إذا كان القانون المؤقت هو الأصح للمتهم، ففي هذه الحالة يستمر تطبيقه وفقا للقواعد العامة"⁽²⁾ اعتبارا أنه هو القانون النافذ وقت ارتكاب الفعل المجرم فلا ينازعه أي قانون آخر، زيادة على أنه هو القانون الأصح للمتهم.

II- إذا كان القانون المؤقت أشد على المتهم من القانون العادي:

يذهب جانب من الفقه إلى تطبيق القانون العادي أخذا بفكرة رجعية القانون الأصح، فهو بذلك يسمو برجعية القانون الأصح إلى مستوى المبدأ العام، وهو ما ليس صحيحا؛ إذ أنه في الحقيقة مجرد استثناء من مبدأ أقوى هو عدم الرجعية.

بينما يذهب غالبية الفقهاء إلى وجوب استمرار القانون المؤقت في حكم الوقائع التي حدثت في ظله يستوي في ذلك أن يقرر تجريما جديدا أو يشدد العقاب على جريمة سابقة، وأن نظام رجعية القانون الأصح للمتهم أو المحكوم عليه لا محل لها في هذه الحالة⁽³⁾، وذلك لسببين:

(1)- جندي عبد الملك، ج5، ص581.

(2)- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، ص81.

(3)- P.Roubier, n°92, p 485.

نقلا عن: حسن الجوخدار، ص335.

1-تطبيق القانون الأصلح للمتهم في هذه الحالة يمكّن المجرمين الذين خالفوا القانون المؤقت قبيل انتهاء فترة تطبيقه من الإفلات من نطاق هذا القانون بالتسبب في إطالة الإجراءات حتى تنتضي هذه الفترة.

2-إذا قصد المشرع أن يحدد نطاق تطبيق القانون بفترة محددة، فإن هذا القصد سوف يُخالف إذا خضعت الجرائم التي وقعت في خلال هذه الفترة لقانون آخر، ففي هذه الحالة سوف لا يتمتع القانون المؤقت بكامل نطاق تطبيقه المحدد بفترة معينة إذا أجازت مخالفة نصوصه عندما يقترب انتهاء هذه الفترة⁽¹⁾.

هذا هو الموقف الغالب فقها وقد تبنته كثير من التشريعات الجنائية منها: الألماني في المادة الثانية الفقرة الثالثة، الإيطالي في المادة الثانية، البولوني في المادة الثانية الفقرة الثالثة، مشروع قانون العقوبات الفرنسي في المادة السادسة، المصري في المادة الخامسة الفقرة الرابعة، الليبي في المادة الثانية الفقرة الرابعة، السوري واللبناني في المادة الثانية الفقرة الثانية، الكويتي في المادة السادسة عشر، العراقي في المادة الثالثة⁽²⁾، وغيرها.

أما في التشريع الجزائري فلا وجود لنص يحكم مثل هذه الحالة كما أن قضاء المحكمة العليا خالي من أي اجتهاد⁽³⁾.

وفي غياب الرأي الفصل للمشرع الجزائري أرى أن ما ذهب إليه غالبية الفقهاء هو الراجح وهو استثناء القوانين المؤقتة من تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي.

ثالثا-تدابير الأمن:

تدابير الأمن هي نوع من الإجراءات يصدر به حكم قضائي لتجنيب المجتمع خطورة تكمن في شخصية مرتكب فعل غير مشروع⁽⁴⁾.

ويمكن القول بأن سياسة الدفاع الاجتماعي الحديثة ترى ضرورة إعادة النظر في الجزاءات التقليدية بحيث تتخلى هذه الجزاءات عن وظائفها التقليدية، وتستهدف إعادة التأهيل الاجتماعي للجانحين، ولا يهم بعد ذلك ما يطلق عليها من مسميات سواء أكانت في صورة

(1)- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، ص81.

(2)- انظر: حسن الجوخدار، ص335.

(3)- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ص60.

(4)- فوزية عبد الستار، ص251.

عقوبات أم تدابير احترازية، كما لا يهمل نزع الصفة الجنائية عن بعضها، وإنما المهم في سياسة الدفاع الاجتماعي هو أن يكون تقرير ملائمة الجزاء أياً كان نوعه قائماً على أساس احتياجات شخصية الجانح الفعلية، وأن يكون الهدف منه هو تحقيق التأهيل الاجتماعي⁽¹⁾.

1-أنواع تدابير الأمن في قانون العقوبات الجزائرية:

تنقسم تدابير الأمن حسب قانون العقوبات الجزائرية إلى قسمين هما: تدابير الأمن الشخصية، وتدابير الأمن العينية⁽²⁾.

أ-تدابير الأمن الشخصية: وهي التدابير التي تتعلق بشخص الجاني وتشمل أربعة أنواع هي:

النوع الأول: الحجز القضائي في مؤسسة نفسية: وهو وضع الشخص في مؤسسة مهياة لهذا الغرض بناء على قرار قضائي بسبب خلل في قواه العقلية قائم وقت ارتكاب الجريمة أو اعتراه بعد ارتكابها.

النوع الثاني: الوضع القضائي في مؤسسة علاجية: وهو وضع شخص مصاب بإدمان عادي ناتج عن تعاطي مواد كحولية أو مخدرة تحت الملاحظة في مؤسسة مهياة لهذا الغرض إذا تبين ارتباط الصفة الإجرامية لذلك الشخص بالإدمان.

النوع الثالث: المنع من ممارسة مهنة أو نشاط أو فن: وهو منع المحكوم عليه في جناية أو جنحة من مزاولة مهنة أو نشاط أو فن، إذا تبين للقضاء وجود صلة مباشرة بين الجريمة المقترفة ومزاولة المهنة أو النشاط أو الفن، مع وجود خطر ناتج عن استمراره في مزاولة أيا منها.

النوع الرابع: سقوط بعض حقوق السلطة الأبوية أو كلها: ويكون ذلك لما يحكم القضاء على أحد الأصول المرتكب لجناية أو جنحة على أحد أولاده القصر، إذا تقرر أن السلوك العادي للجاني المحكوم عليه يعرضهم لخطر مادي أو معنوي، ولا يشمل ذلك السقوط إلا واحداً أو بعضاً من أولاده.

ب-تدابير الأمن العينية: هي التي يكون موضوعها شيئاً معيناً، وهي على نوعين هما:

(1)- أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية، ج1، ص272.

(2)- انظر: قانون العقوبات المواد، من 19-26.

النوع الأول: مصادرة الأموال: ويتعلق الأمر بالأشياء المضبوطة في حالة كون صناعتها أو استعمالها أو حملها وحيازتها أو بيعها معتبرا جريمة.

النوع الثاني: إغلاق المؤسسة: ويكون نهائيا أو مؤقتا في حدود ما يسمح به القانون.

3- الفرق بين العقوبة وتدابير الأمن:

تختلف العقوبة عن تدابير الأمن من حيث كونها: "تستهدف الدفاع عن المجتمع، ولا تفرض إلا على مجرم ارتكب فعلا مجرما قانونا توافرت فيه المسؤولية الجنائية على أساس ثبوت الجريمة في حقه، وثبوت حريته واختياره في ارتكاب الجريمة"⁽¹⁾.

أما تدابير الأمن فأساسها الخطورة التي تنبئ بها حالة الشخص، وتوحي باحتمال ارتكابه الجريمة في المستقبل، سواء أكان قد ارتكب فعلا ما يجرمه القانون أم لم يرتكبه بعد، وسواء توافرت لديه عناصر المسؤولية الجنائية أم لم تتوافر، فالتدابير ليست قاصدا منه بقياس مدى مسؤوليته إنما هي دفاع عن المجتمع الذي يعيش فيه⁽²⁾.

4- تدابير الأمن في التشريع الإسلامي:

عرفت الشريعة الإسلامية كثيرا من هذه النظم كالحبس والنفى حتى التوبة... كما عرفت تشديد العقوبة على الخطيرين وهم المجرمون المعتادون أو الشواذ وغيرهم⁽³⁾. وتدرج هذه التدابير في التشريع الإسلامي ضمن التعازير للمصلحة العامة، أي التعزيز بدون ثبوت قيام معصية من طرف المعزر، إذ أن "نظرية التعزيز للمصلحة العامة تسمح باتخاذ أي إجراء لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامها من الأشخاص المشبوهين والخطيرين، ومعتادي الإجرام ودعاة الانقلابات والفتن، والنظرية بعد ذلك تقوم على قواعد

(1) - أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية، ج1، ص173.

(2) - أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية، ج1، ص173.

انظر في هذا: - أحمد عبد الرحمان ابراهيم، التدابير الجزرية والوقائية في التشريع الإسلامي وأسلوب تطبيقها، مجلة أضواء الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، الرياض، رقم التصنيف، 77/9، تاريخ أبريل 1982، ص397.

- محمد أحمد حامد، التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، د.ت، ص51 وما بعدها.

(3) - أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية، ج1، ص173.

الشريعة العامة التي تقضي بأن الضرر الخاص يحتمل لدفع الضرر العام، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (1).

ومن أمثلة ذلك:

أ- "ما روي عن عمر بن الخطاب (2) فيما فعله بنصر بن حجاج (3) فقد كان رضي الله عنه يعس في المدينة فسمع امرأة تقول:

فهل من سبيل إلى خمر فأشربها أم من سبيل إلى نصر بن حجاج

فلما أصبح أتى بنصر فإذا به من أحسن الناس وجها وأحسنهم شعرا، فحلق شعره فازداد جمالا، فنفاه إلى البصرة خشية أن يفتتن النساء بجماله" (4).

"فنصر بن حجاج لم يصدر منه ذنب ولا فاحشة يعاقب عليها، ومع ذلك نفاه عمر رضي الله عنه حسما للجريمة قبل وقوعها إذ كان في النساء من يفتتن به في ذلك الوقت... وهذا الإجراء من عمر رضي الله عنه من باب التفريق بين الذين يخاف منهم ويخاف عليهم الفاحشة والفسق قبل وقوعه، وليس من باب المعاقبة" (5).

5- تطبيق النصوص المنشئة لتدابير الأمن من حيث الزمان:

"إنه تحت تأثير انتقادات المدرسة الوضعية الإيطالية، فإن الفقه الحديث استقر على عدم خضوع النصوص الجديدة المتضمنة لتدابير الأمن إلى قواعد التنازع، وعليه فإن تدبير الأمن المحدد في النص الجديد يطبق على المتهمين الذين ارتكبوا سلوكات سابقة على صدوره" (6).

إذ أن التدابير الاحترازية ليست في حقيقتها من العقوبات ولا يقصد بها إلا تحقيق مصلحة المتهم والمجتمع معا، ولذلك فهي واجبة التطبيق فورا، وينسحب أثرها على الماضي أيضا،

(1) - عبد القادرة عودة، ج1، ص152.

(2) - عمر بن الخطاب: هو أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزيز، يتصل نسبة بالنبي ﷺ في كعب بن لؤي، إسلامه كان نصرا للمسلمين، ولي الخلافة بعد أبي بكر وتوفي سنة 23 هج، انظر: الخزرجي، ص282.

(3) - نصر بن حجاج: هو نصر بن حجاج بن علاط السلمي شاعر من أهل المدينة، كان جميلا، انظر: الزركلي، ج5، ص399.

(4) - أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص131.

(5) - عبد السلام محمد الشريف، ص70.

(6) - سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ص62.

فإذا كانت الجرائم لا تزال قيد النظر في المحاكم وصدر قانون جديد يحدث تدبيراً احترازياً، فإن هذا القانون يطبق على تلك الجرائم التي وقعت قبل صدوره ويكون ذا أثر رجعي. غير أن الفقه متحفظ اتجاه هذا الإجماع تأسيساً على أن التدابير الاحترازية تنطوي على اعتداء على الحرية.

والواقع أن الخطورة الإجرامية لا يمكن مواجهتها إلا بتدابير محددة، وهذه الأخيرة قد تتغير بتغير الاتجاهات العلمية، وذلك استناداً إلى ما تسفر عنه من نتائج، ومن ثم فإن ضبط المشرع لتدابير جديدة ما هو إلا اعتماد لهذه الأخيرة، وبحكم أنها تهدف إلى إصلاح الجنائي ولو عن طريق المساس بحريته، فإن مصلحته ومصلحة المجتمع لا تتعارض مع هذا التطبيق الفوري.

المطلب الثاني: تطبيق الأثر الفوري خارج القواعد الإجرائية في التشريع الإسلامي

الفرع الأول: تطبيق الأثر الفوري باعتبار دلالة النص واستجابة المخاطبين

هناك حادثتين تم فيهما تطبيق النص الجنائي في مجال التحريم بأثر فوري، وذلك بسبب اجتماع وتلاقي دلالة النص التحريمي على ذلك مع مبادرة واستجابة المخاطبين به ويظهر ذلك في:

أولاً- تحريم الخمر:

لقد ثبت التحريم النهائي للخمر بقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون»⁽¹⁾.

إذا تمعنا في الآية السابقة نفهم منها القوة والحزم في تحريم شرب الخمر، لما فيها من أضرار من جهة، ولصعوبة الإقلاع عنها في ذلك الوقت من قبل مستهلكيها إذ أنهم ألفوها خاصة المدمنين منهم.

(1)- سورة المائدة، الآيتان 90-91.

فالأية بدأت بنداء موجه للمؤمنين، ثم تلا ذلك استعمال صيغة التوكيد "إنما" ثم وصفت الخمر بالرجس وعمل الشيطان، وبعدها استعمال حرف الفاء مع صيغة النهي للدلالة على التحريم في - فاجتنبوه-.

ولم تكتف الآية بهذه العناصر ذات الدلالة القوية على التحريم، بل عادت للتذكير لمستهلك الخمر بدسائس الشيطان بها وفيها، من خلال إيقاع العداوة والبغضاء، والصد عن الصلاة وعن ذكر الله عموماً.

فمظاهر القوة في الدلالة على التحريم السابق ذكرها، وعلى كثرتها تستوجب وتقتضي الإسراع وعدم التريث في تنفيذ حكم التحريم تنفيذاً فورياً ومباشراً، وهو ما تم فعلاً "حيث ولما نزلت هذه الآية... لم يحتج الأمر إلى أكثر من مناد ينادي في نوادي المدينة، وأسواقها إلا أيها القوم إن الخمر قد حرمت.

وبمجرد أن سُمع النداء بادر الناس بالامتثال، فمن كان في يده كأس حطمها، ومن كان في فمه جرعة مَجَّها، وشقت زقاق الخمر، وكسرت قنانيه، وانتهى الأمر كأن لم يكن سكر ولا خمر" (1).

مما سبق نرى أن التطبيق الفوري لحكم التحريم هذا لم ينتظر فيه تدخل القضاء بل بادر المعنيون بذلك الخطاب تلقائياً، فقد روى البخاري عن أنس بن مالك أنه قال: كنت أسقي أبا عبيده (2) وأبا طلحة (3) وأبي بن كعب (4) من فضيخ زهو وتمر فجاءهم آت فقال: إن الخمر قد حرمت، فقال أبو طلحة: قم يا أنس فأهرقها، فأهرقتها.

وفي رواية أخرى أن "أنسا قال: كنت قائماً على الحي أسقيهم، عمومتي - وأنا أصغرهم- الفضيخ، فقيل: حرمت الخمر، فقالوا: اكفئها، فكفأنا".

(1) - سيد قطب، ج1، ص975.

(2) - أبو عبيدة عامر بن عبد الله بن الجراح بن هلال القرشي الفهري، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، شهد بدرا وأحدا وسائر المشاهد مع النبي ﷺ وهاجر إلى الحبشة الهجرة الثانية، ولما دخل عمر بن الخطاب الشام ورأى أبا عبيدة وما عليه من شدة العيش، قال له: كلنا غيرته الدنيا غيرك يا أبا عبيدة، توفي في طاعون عمواس سنة ثمانى عشرة وصلى عليه معاذ بن جبل، انظر: ابن الأثير، المجلد6، ص 205-206.

(3) - أبو طلحة زيد بن سهيل الأنصاري، شهد بدرا، أخى الرسول ﷺ أثناء الهجرة بينه وبين أبي عبيدة بن الجراح وشهد المشاهد كلها مع الرسول ﷺ وهو الذي كان يقيه يوم أحد بنفسه، قتل يوم حنين عشرين رجلاً فأخذوا أسلاً بهم، مات سنة إحدى وخمسين، انظر: ابن الأثير، المرجع نفسه، المجلد 6، ص181-182.

(4) - أبي بن كعب واسمه تيم اللات، وقيل تيم الله بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي، شهد العقبة وبدرا، كان الكاتب لعهود النبي ﷺ إذا عاهد، قيل أنه مات في خلافة عثمان سنة اثنين وثلاثين والأكثر أنه مات في خلافة عمر، انظر: ابن الأثير، المجلد، المجلد6، ص61-62.

ثانيا- تحريم لحوم الحمر الأهلية:

إن مما روي في تحريم أكل لحم الحمر الأهلية أو الأنسية ما يلي:

- عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: صبّنا خيبر بكرة، فخرج أهلها بالمأحي فلما بصروا بالنبي ﷺ قالوا: محمد والله محمد والخميس، فقال النبي ﷺ: «الله أكبر خربت خيبر، إنا إذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين» فأصبنا من لحوم الحمر فنادى منادي النبي ﷺ: «إن الله ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر فإنها رجس»⁽¹⁾.

- وعن سلمة بن الأكوع⁽²⁾ رضي الله عنه قال: خرجنا مع النبي ﷺ إلى خيبر فسرنا ليلا... فأتينا خيبر فحاصرناهم حتى أصابتنا مخمصة شديدة، ثم إن الله تعالى فتحها عليهم، فلما أمس الناس مساء اليوم الذي فتحت عليهم أوقدوا نيرانا كثيرة.

فقال النبي ﷺ: "ما هذه النيران، على أي شيء توقدون؟"، قالوا: على لحم، قال: "على أي لحم؟"، قالوا لحم حمر الإنسية، قال النبي ﷺ: "أهريقوها واكسروها"، فقال رجل: يا رسول الله أو نهريقها ونغسلها، قال: "أو ذاك"⁽³⁾.

- وعن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ جاءه جاء فقال: أكلت الحمر، فسكت، ثم أتاه الثانية، فقال: أكلت الحمر، فسكت، ثم أتاه الثالثة فقال: أفنيت الحمر، فأمر مناديا فنادى في الناس: "إن الله ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الأهلية" فأكفنت القدور وإنها لتفور باللحم⁽⁴⁾.

من الروايات الثلاثة السابقة يتبين قوة الدلالة على تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية من خلال وصفها من طرف الرسول ﷺ بأنها رجس، وكذا استعمال حرف التوكيد -إن- زيادة على أن النهي جاء من الله ورسوله معا باستعمال الحديث لعبارة -ينهيانكم- وكان النهي من الله أو من الرسول ﷺ لا يؤدي وحده غرض التحريم.

(1)- البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، ج5، ص88، حديث رقم 4198.

(2)- سلمة بن الأكوع الأسلمي، يكنى أبا مسلم وقيل أبو إياس، كان ممن بايع تحت الشجرة مرتين، سكن المدينة، ثم انتقل فسكن الربذة، غزا مع الرسول ﷺ سبع غزوات، ولما قتل عثمان رضي الله عنه خرج إلى الربذة، فلم يزل هناك حتى كان قبل أن يموت بليال عاد إلى المدينة، حيث توفي سنة أربع وسبعين وقيل سنة أربع وستين، انظر: ابن الأثير، المجلد II، ص424-425.

(3)- البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة خيبر، ج5، ص87، حديث رقم 4196.

(4)- البخاري، ص88، حديث رقم 4199.

ولكون الرسول ﷺ أراد أن يُنفذ حكم التحريم هذا بصفة فورية ومباشرة، فإنه أمر مناديا ينادي في الناس بهذا التحريم رغم أنه ﷺ كثيرا ما يشرع أمرا ما، ويترك الناس ممن حضروا لتناقل وتبليغ ذلك.

ولم يكتف الرسول ﷺ بأمر مناد يبلغ كل الناس بالحكم وهو التحريم ولكن أراد أن يطبق بصفة فورية ومباشرة في حينه من خلال أمرهم بإهراق القدور وكسرها كي لا يبقى أثر من ذلك خشية أن ينال الصحابة رضوان الله عليهم منها شيئا ولو كان يسيرا لعلمه ﷺ بصعوبة ظرفهم واشتداد الحال عليهم.

حيث وزيادة على صعوبة ظرف الحرب التي كان عليها الصحابة مع البرد وطول حصار خيبر فإنه "عندما ازداد الجوع على المسلمين، قام بعض رجال الجيش الإسلامي بذبح بعض الحمير للأكل... وإنه لموقف صعب حقا فالصحابه في ضائقة وجوع شديد وبدأت اللحوم تنضج ورائحة اللحوم بدأت تظهر، والصحابه متشوقون للأكل، ثم أتى النهي"⁽¹⁾. بالإهراق والكسر وليس مجرد عدم الأكل.

مما سبق فقد اجتمعت إرادة الرسول ﷺ ليكون حكم تحريم لحم الحمر الأهلية ذو أثر فوري ومباشر، مع استجابة الصحابة وبصفة تلقائية لذلك على صعوبة الموقف الذي كانوا فيه، وقد نجحوا حيث لم يثبت أي أثر فيما اطلعت عليه لأي صحابي أكل من تلك القدور.

الفرع الثاني: تطبيق الأثر الفوري استناد للمعاهدات الدولية أولا-تعريف المعاهدة:

1- في القانون الدولي العام: لقد عرفت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 المعاهدة في المادة الثانية منها بأنها تعني "اتفاقا دوليا يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة، ويخضع للقانون الدولي، سواء تم في وثيقة واحدة أو أكثر، وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه".
"وما يلفت الانتباه في هذا التعريف أنه لا يشير إلا إلى المعاهدات التي تبرم بين الدول، الأمر الذي حمل واضعي نصوص اتفاقية فيينا على إيضاح ذلك في المادة الثالثة منها،

(1) - منتدى قصة الإسلام، الدكتور راغب السرجاني، غزوة خيبر (1-2)

بالإشارة إلى الاتفاقيات التي تعقد بين الدول وبين غيرها من أشخاص من القانون الدولي الأخرى كالمنظمات الدولية.

وإلى أن عدم سريان الاتفاقية على مثل هذه الاتفاقيات لا يؤثر على قوتها القانونية، أو إمكانية تطبيق قواعد تلك الاتفاقية عليها بوصفها من قواعد القانون الدولي العام⁽¹⁾.

وبالعودة إلى المادة الثالثة من اتفاقية فينا لسنة 1969 السابقة نجد أنها تنص على أنه: «إن عدم سريان هذه الاتفاقية على الاتفاقيات الدولية التي تعقد بين الدول وبين أشخاص القانون الدولي الأخرى، وعلى الاتفاقيات التي تعقد بين هذه الأشخاص الأخرى، أو على الاتفاقيات التي لا تتخذ شكلا مكتوبا لن يؤثر على القوة القانونية لتلك الاتفاقيات...».

وانطلاقاً من المادتين الثانية والثالثة في اتفاقية فينا لعام 1969 فإنه: "لم يتفق الفقه كعادته في إعطاء تعريف موحد للمعاهدات وتباينت وجهات نظرهم في هذا الشأن، إلا أن هذا التباين لم يكن جوهرياً وانحصر نطاقه في العبارات المستعملة"⁽²⁾.

ومن بين التعريفات التي ألفت بعناصر المعاهدات الدولية ذلك الذي ينص على أنها "اتفاق مكتوب يتم بين أشخاص القانون الدولي بقصد ترتيب آثار قانونية معينة وفقاً لقواعد القانون الدولي"⁽³⁾.

ولكي تكون المعاهدة صحيحة لا بد أن تتوافر فيها عدة شروط أهمها⁽⁴⁾ وجوب إفراغ البنود المتفق عليها في شكل مكتوب، وهو ما أكدت عليه اتفاقية فينا لغرض إثبات ما توصل إليه الأطراف من اتفاق بشأن المسائل التي كانت موضوعاً للتفاوض بينهم.

إضافة لشرط الكتابة لا بد أن يكون أطراف الاتفاق من أشخاص القانون الدولي، وهي الدول والمنظمات الدولية، مع إلزامية خضوع المعاهدة المبرمة بين تلك الأطراف لأحكام القانون الدولي، كما يشترط أن تنصرف إرادة أطراف المعاهدة إلى ترتيب آثار

(1)- رشاد عارف السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، دار وائل، عمان، ط1، 2001، ص61.

(2)- زغوم كمال، مصادر القانون الدولي، دار العلوم، دبط، دبت، ص50.

(3)- محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي، الدار الجامعية، بيروت، دبط، 1992، ص47.

(4)- انظر في هذا:- إرشاد عارف السيد، ص ص62، 66.

- محمد السعيد الدقاق، ص ص47، 56.

- زغوم كمال، ص ص51، 56.

قانونية والتمثلة في إنشاء حقوق وترتيب التزامات قانونية، وهو ما تحدده طبيعة المعاهدة المبرمة.

II- في الفقه الإسلامي:

لقد ورد ذكر لفظ المعاهدة بصيغة الفعل -عاهدتم- في قوله تعالى: «براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين»⁽¹⁾. وفي نفس السورة في قوله تعالى: «إلا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئاً ولم يظاهروا عليكم أحداً فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم إن الله يحب المتقين»⁽²⁾.

وقد جاءت كلمة عاهدتم بصيغة الجمع بمعنى "إلى الذين عاهدهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، لأنه كان المتولي للعقود، وأصحابه بذلك كلهم راضون، فكأنهم عاهدوا وعاهدوا فنسب العقد إليهم"⁽³⁾.

أما عن نزول هذه الآيات فقد "اتفقت الروايات على أن النبي ﷺ لما قفل من غزوة تبوك في رمضان سنة تسع، عقد العزم على أن يحج في شهر ذي الحجة من عامه ولكنه كره مخالطة المشركين في الحج معه، وسماع تليبتهم التي تتضمن الإشراف، وطوافهم عراة، وكان بينه وبين المشركين عهد لم يزل عاملاً لم ينقض...

فأمسك عن الحج تلك السنة وأمر أبا بكر الصديق أن يحج بالمسلمين، وأمره أن يخبر المشركين بأن لا يحج بعد عامه ذلك مشرك ولا يطوف بالبيت عريان"⁽⁴⁾.

فواضح أن الآيات متعلقة بموضوع المعاهدات التي كانت بين الرسول ﷺ والمشركين من حيث إقرار إنهاؤها "بألا يطوف بالبيت عريان، ومن كان بينه وبين النبي ﷺ عهد فهو إلى مدته، ومن لم يكن له عهد فأجله أربعة أشهر"⁽⁵⁾. وعليه تكون فواتيح سورة التوبة من بين الأدلة على شرعية تعامل المسلمين مع غيرهم عن طريق إبرام معاهدات وفق ما تقتضيه المصلحة العامة للدولة الإسلامية.

(1)- سورة التوبة، الآية 01.

(2)- سورة التوبة، الآية 04.

(3)- القرطبي، ج 7، ص 63.

(4)- ابن عاشور، ج 10، ص 98.

(5)- عبد الله شحاتة، تفسير القرآن الكريم، دار غريب، القاهرة، د.ط، 2000، المجلد الخامس، ص 1806.

وللمعاهدة في اصطلاح الفقهاء عدة تسميات "مثل المواضعة والمقاضاة، ويسمى بها غيرهم - غير الحنفية- الأمان والاستئمان، وبعضهم يسميها المهادنة والموادعة ويقصد بها الصلح على ترك القتال مدة بمال او بغير مال.

وعرّف أيضا فقهاء الشافعية المهادنة بأنها: "عقد يتضمن مصالححة أهل الحرب على ترك القتال مدة بعوض أو بغير عوض"، وعرفها الحنابلة بأنها "عقد على ترك القتال مدة معلومة لازمة بعوض وغيره"⁽¹⁾.

"فالمعاهدة -إذن- عقد العهد بين فريقين على شروط يلتزمونها"⁽²⁾، وقد تناولها الإمام محمد بن الحسن الشيباني⁽³⁾. بألفاظ متعددة كالموادعة والعهد والهدنة والمصالحة والمشاركة والمسالمة، وغالبا ما يختار لفظ الموادعة والمعاهدة دون المسالمة والمصالحة، لأنه لا مسالمة ولا مصالححة حقيقية بين المؤمنين والمشركين، وإنما تكون بينهم معاهدة -وهي- "موادعة المسلمين والمشركين سنين معلومة"⁽⁴⁾.

أما عن ماهية المعاهدة في التشريع الدولي الإسلامي فهي بمثابة "اتفاقات تعقدتها دولة الإسلام مع غيرها من الدول لتنظيم علاقة قانونية دولية، ولتحديد القواعد التي تخضع لها هذه الاتفاقات"⁽⁵⁾.

مما سبق يتضح أنه وإن اختلفت التعريفات للمعاهدة الدولية فيما بين القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية من حيث صياغاتها، إلا أننا نسجل توافق فيما بينهما من حيث عناصر المعاهدات، من حيث كونها بين أطراف يمثلون الشخصية المعنوية للدولة أو من يقوم مقامها من أشخاص القانون الدولي حيث أن الاتفاق بين الأفراد لا يرقى إلى مصاف المعاهدات.

(1)- صباح لطيف الكربولي، المعاهدات الدولية، دار دجلة، ط1، 2011، ص18.

(2)- وهبة الزحيلي، التفسير المنير، ج10، ص98.

(3)- محمد بن الحسن الشيباني: هو صاحب الإمام أبو حنيفة النعمان وناشر مذهبه وفقه العراق، ولد سنة 131هـ، تولى القضاء زمن هارون الرشيد، له تصانيف عديدة منها الكتب الستة المعروفة بمظاهر الرواية، وله أيضا الزيادات، توفي بواسط سنة 189 هـ الموافق لـ 805م، انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ط9، 1993، ج9، ص134، 136.

(4)- صباح لطيف الكربولي، ص19.

(5)- سعيد محمد أحمد باناجة، المبادئ الأساسية للعلاقات الدولية والدبلوماسية وقت السلم والحرب، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1985، ص58.

كما أن من صميم العناصر الجوهرية للمعاهدة أن تكون مكتوبة وموقعة ومصادق عليها مع تبادل النسخ بين الأطراف كما ظهر ذلك جليا في صلح الحديبية كنموذج للمعاهدات التي أبرمها الرسول ﷺ "حيث أمر أن يكتب بذلك نسختين تكون إحداها مع الرسول ﷺ - والأخرى عند أهل مكة"(1).

ثانيا- إنفاذ المعاهدة الدولية:

إن هناك "شرطان أساسيان لكي تعد المعاهدة الدولية مصدرا للقانون الجنائي -هما- نشر المعاهدة، وقابلية نصوصها للتطبيق الذاتي، وثمة شرط ثالث يختلف الفقه بصدده وهو ضرورة إصدار تشريع خاص بالمعاهدة الدولية"(2).

أما عن الوضع في الجزائر فقد نصت المادة 131 من الدستور الجزائري لسنة 1996 والمعدل في 2008.11.15 على أنه: "يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، بعد أن يوافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة". وأضاف المادة 132 من ذات الدستور أنه "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

إ-إنفاذ المعاهدة زمانيا في القانون الدولي:

تنص المادة 24 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أنه "تدخل المعاهدة دور النفاذ بالطريقة وفي التاريخ المنصوص عليه فيها أو المتفق عليه بين الدول المتفاوضة، وفي حالة عدم وجود نص أو اتفاق ما تدخل المعاهدة دور النفاذ عندما يتم ارتضاء جميع الدول المتفاوضة الالتزام بالمعاهدة، وإذا تم ارتضاء الدولة الالتزام بالمعاهدة في تاريخ لاحق لدخولها دور النفاذ، فإن المعاهدة تعتبر نافذة في مواجهة هذه الدول منذ هذا التاريخ ما لم تنص المعاهدة على غير ذلك...".

(1) - صالح لطيف الكربولي، ص 54.

(2) - علي عبد القادر القهوجي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1997، ص 7.

من النص السابق يتبين أن اتفاقية فينا تعطي الأولوية للدول المتعاهدة الحق في تحديد كيفية سريان المعاهدة المبرمة من حيث الزمان، وذلك بتحديد تاريخ بداية تطبيق أحكامها. غير أن الفقرة الثانية من نفس المادة 24 تقرر أنه: "من الثبات أن المعاهدة تنفذ بأثر فوري وليس بأثر رجعي باستثناء إذا ما اتفقت الأطراف على تطبيقها على وقائع وتصرفات حصلت قبل نفاذ المعاهدة".

"فالقاعدة العامة المسلم بها إذن هي أن آثار المعاهدة تبدأ في السريان من تاريخ التصديق عليها"⁽¹⁾، وهو ما أكدته المادة 28 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات بقولها "ما لم يظهر من المعاهدة قصد مغاير أو يثبت ذلك بطريقة أخرى، فإن نصوص المعاهدة لا تلزم طرفاً فيها بشأن أي تصرف أو واقعة تمت، أو أي مركز انتهى وجوده قبل تاريخ دخول المعاهدة دور النفاذ في مواجهة هذا الطرف".

فا لأصل العام هنا إذن هو سريان أحكام المعاهدة بأثر فوري ومباشر، حتى مع وجود حالة لتعارض معاهدة جديدة مع قانون داخلي حيث هنا" وفي جميع الأحوال تسري المعاهدة اللاحقة تلقائياً -أي فورياً- في المجال المحدد لتطبيقها دون انتظار لإلغاء أو تعديل أو وقف القانون السابق المتعارض معها"⁽²⁾.

||-نفاذ المعاهدة زمانياً في الفقه الإسلامي:

انطلاقاً من كون المعاهدة في حقيقتها عبارة من عقد دولي من حيث أطرافه ومحلّه فإنه "في الشريعة الإسلامية إذا انعقد العقد صحيحاً ترتبت عليه آثاره، ولم تتخلف عنه إذا كان من باشره أهلاً لمباشرته شرعاً، لأن العقود وأسباب الأحكام جعلها الله تعالى مثبتة للحكم عند وجودها -أي بصفة فورية ومباشرة"⁽³⁾.

"ويشير الإمام محمد بن حسن الشيباني في تحديد سريان المعاهدة وبداية نفاذها حيث قال: "ينبغي أن يكتبوا بذلك كتاباً فيه... تواعدوا كذا وكذا سنة، أولها شهر كذا من سنة كذا،

(1) - أحمد بلقاسم، القانون الدولي العام، دار هومة، الجزائر، ط3، 2008، ص107.

انظر في هذا: سعيد محمد أحمد باناجة، دراسة وجيزة حول مبادئ القانون الدولي العام، وقت السلم وقانون المنظمات الدولية والإقليمية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1985، ص80.

(2) - علي أبو هاني، مشكلة نفاذ المعاهدات الدولية في القوانين الداخلية، مقال نشر في مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحي فارس، المدينة العدد 03، ديسمبر 2009، ص35.

(3) - صباح لطيف الكربولي، ص54.

وآخرها شهر كذا من سنة كذا، لأن موجب العقد الذي يحرم القتال في مدة معلومة، فلا بد من أن يكون أول تلك المدة وآخرها موجبا معلوما وذلك ببيان التاريخ"⁽¹⁾.

ثالثا- نماذج للتطبيق الفوري في المعاهدات في الشريعة الإسلامية:

وسأذكر نموذجين في ذلك أحدهما في فترة الوحي والآخر في فترة الخلافة الراشدة وذلك على سبيل المثال لا الحصر، إذ أن وجود حادثة واحدة يكفي للاستدلال على التطبيق الفوري والمباشر لأحكام المعاهدات في التشريع الإسلامي.

1- معاهدة صلح الحديبية:

حكى ابن هشام⁽²⁾. عن صلح الحديبية أنه "فبينما رسول الله ﷺ يكتب هو وسهيل بن عمرو⁽³⁾، إذ جاء أبو جندل⁽⁴⁾ بن سهيل بن عمرو يرسف في الحديد، قد انفلت إلى رسول الله ﷺ، وقد كان أصحاب رسول الله ﷺ خرجوا وهم لا يشكون في الفتح، لرؤيا رآها رسول الله ﷺ.

فلما رأوا ما رأوا من الصلح والرجوع، وما تحمل عليه رسول الله ﷺ في نفسه، دخل على الناس من ذلك أمر عظيم، حتى كادوا يهلكون.

فلما رأى سهيل أبا جندل قام إليه فضرب وجهه، وأخذ بتلابيته، ثم قال: يا محمد قد لجت القضية بيني وبينك -أي تمت- قبل ان يأتيك هذا، قال: صدقت، فجعل ينثره بتلابيه -أي يجذبه- ويجره ليرده إلى قريش وجعل أبو جندل يصرخ بأعلى صوته: يا معشر المسلمين، أُرِدُّ إلى المشركين يفتنونني في ديني؟ فراد ذلك الناس إلى ما بهم، فقال رسول الله ﷺ: « يا

(1) عثمان بن جمعة ضميرية، المعاهدات الدولية في فقه الإمام محمد بن الحسن الشيباني، كتاب شهري، يصدر عن رابطة العالم الإسلامي، مطبعة رابطة العالم الإسلامي، مكة، العدد 177، 1417هـ، ص72.

نقلا عن: صباح لطيف الكربولي، ص55.

(2) ابن هشام: هو أبو محمد عبد الملك بن شهام وقيل الجميري نزيل مصر، هذب السيرة النبوية، وسمعا من زياد البكائي صاحب ابن إسحاق وخفف من أشعارها، وله مصنف في أنساب حمير وملوكها، توفي في الثالث عشر الآخر سنة ثمان عشرة ومئتين، انظر: الذهبي، تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تحقيق، عمر عبد السلام، تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1998، حواث ووفيات 211-220هـ، ص281-282.

(3) سهيل بن عمرو بن عبد شمس بن عبد ود، أمه خزاعية، كان أحد أشراف قريش وعقلائهم وخطبائهم وساداتهم، أسر يوم بدر كافرا، كان له دورا في تثبيت قريش على الإسلام أثناء الردة، أسلم يوم الفتح، هو الذي تولى القضية يوم الحديبية مع رسول الله ﷺ، قيل استشهد باليرموك، وقيل بل استشهد يوم الصفير بدمشق، وقيل مات في طاعون عمواس، انظر: ابن الأثير، المجلد 3، ص480-481.

(4) أبو جندل بن سهيل بن عمرو، أسلم بمكة فسجنه أبوه وقيده، فلما كان يوم الحديبية هرب إلى النبي ﷺ فاسترده أبوه سهيل حسب بنود الصلح، ولما أخذه هرب ثانية ولحق بأبي بصير، ولما أسلم سهيل بن عمرو في الفتح لم يزل وابنه أبو جندل بالشام حتى ماتا في خلافة عمر، انظر ابن الأثير، المرجع نفسه، المجلد 6، ص54-56.

أبا جندل، أصبر واحتسب، فإن الله جاعل لك و لمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا، إنا قد عقدنا بيننا وبين القوم صلحا، وأعطيناهم على ذلك، وأعطونا عهد الله، وإنا لا نغدر بهم».

قال: فوثب عمر بن الخطاب مع أبي جندل يمشي إلى جنبه ويقول: اصبر يا أبا جندل فإنما هم المشركون، وإنما دم أحدهم دم كلب، قال: ويدني قائم السيف منه، قال: يقول عمر، رجوت أن يأخذ السيف فيضرب به أباه، قال: فضن الرجل بأبيه، ونفذت القضية⁽¹⁾. وفي البخاري "أنه لما كاتب رسول الله ﷺ سهيل بن عمرو يوم الحديبية على قضية المدة وكان فيما اشترط سهيل بن عمرو أنه قال: لا يأتيك منا أحد وإن كان على دينك إلا رددته إلينا، وخلصت بيننا وبينه، وأبى سهيل أن يقاضي رسول الله ﷺ إلا على ذلك، فكره المؤمنون ذلك وامعضوا فتكلموا فيه.

فلما أبى سهيل أن يقاضي رسول الله ﷺ إلا على ذلك كاتبه رسول الله ﷺ، فرد رسول الله ﷺ أبا جندل بن سهيل يومئذ إلى أبيه سهيل بن عمرو"⁽²⁾.

فهاتين الروايتين تدلان بما لا يدع مجالا للشك في أخذ الرسول ﷺ بقاعدة التنفيذ الفوري والمباشر لبنود وأحكام المعاهدات الدولية، حيث أن الشاهد في رواية ابن هشام أنه قال سهيل بن عمرو للرسول صلى الله عليه وسلم: قد لجت و تمت القضية بيني و بينك قبل أن يأتيك هذا- أبا جندل- فقال صلى الله عليه وسلم: صدقت؛ أي تمت ونفذت المعاهدة في أول حادثة صادفت إبرامها تنفيذا فوريا حيث أن مجلس التعاقد لم ينفذ بعد.

بينما الشاهد في رواية البخاري هو قوله "فرد رسول الله ﷺ أبا جندل بن سهيل بن عمرو

(1)- ابن هشام، السيرة النبوية، تحقيق وضبط مصطفى السقا، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دت، ج3، ص232-233.

انظر في هذا: - إبراهيم العلي، صحيح السيرة النبوية، دار النفائس، عمان، ط4، 1999، ص418-419.
- الواقدي، كتاب المغازي، تحقيق، محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004، ج2، ص95.

- ابن خلدون، السيرة النبوية، تصحيح وتخریج، أحمد البزرة، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1998، ص151.

(2)- البخاري، كتاب المغازي، باب غزوة الحديبية، ج5، ص81-82، حديث رقم 4180.

يومئذ إلى أبيه ، أي دائماً في نفس مجلس إبرام المعاهدة تم تنفيذ أحد وأهم بنودها تنفيذاً فورياً.

وعليه تكون حادثة أبا جندل دليل على تنفيذ أحكام المعاهدات الدولية في التشريع الإسلامي تنفيذاً فورياً ومباشراً، إذ أن أقوال الرسول الله ﷺ وأفعاله في ذلك مصدراً للتشريع ما دام لم يعقب الوحي على ذلك.

وإذا حللنا حادثة أبا جندل والبند الذي تستند عليه في معاهدة صلح الحديبية والمتعلق بإعادة كل من التحق من أهل مكة بالرسول ﷺ في المدينة ولو كان مسلماً إلى المشركين وعدم تسليم من التحق من أصحاب محمد بقريش في مكة؛ نجد أن هذا يتعلق بقضايا جنائية تتمثل في مبدأ تسليم المجرمين الذين اقترفوا جريمة سياسية وهي الخيانة العظمى عن طريق الالتحاق بالعدو وترك الجماعة.

وهذا التصنيف ينبني على كون الأمر في مرحلة حساسة يكون الانضباط والولاء وعدم شق الصف من الأمور غير المتسامح فيها، لما سيتركه انتقال الأفراد وتغيير الولاء من أثر سلبي في نفوس المتبقين، فأبو جندل في نظر قريش ارتكب جريمة الخيانة العظمى لأنه سيشجع الآخرين على ذلك لو ترك فالأمر يتعلق بحالة حرب بين قريش والمسلمين.

||-العهد العمري:

والمقصود بها المعاهدة التي أبرمها أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه يوم فتح بيت المقدس حيث "أن أبا عبيدة لما فرغ من دمشق، كتب إلى أهل إيلياء يدعوهم إلى الله وإلى الإسلام، أو يبذلون الجزية، أو يؤذنونوا بحرب، فأبوا أن يجيبوا إلى ما دعاهم إليه.

فركب إليهم في جنوده، واستخلف على دمشق سعيد بن زيد⁽¹⁾ ثم حاصر بيت المقدس وضيق عليهم، حتى أجابوا إلى الصلح بشرط أن يقدم إليهم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، فكتب إليه أبو عبيدة بذلك⁽²⁾.

وقد سار الخليفة أمير المؤمنين إلى بين المقدس في السنة الخامسة عشر للهجرة فأبرم مع أهاليها معاهدة جاء فيها.

"بسم الله الرحمن الرحيم،

هذا ما أعطى عبد الله عمر أمير المؤمنين أهل ايلياء-القدس- من الأمان.

أعطاهم أمانا لأنفسهم وأموالهم، ولكنائسهم وصلبانهم، وسقيما وبريئها وسائر ملتها، أنه لا تسكن كنائسهم ولا تهدم، ولا ينتقص منها ولا من حيزها، ولا صلبهم، ولا من شيء من أموالهم، ولا يكرهون على دينهم، ولا يضار أحد منهم، ولا يسكن بإيلياء معهم أحد من اليهود.

وعلى أهل ايلياء أن يعطوا الجزية كما يعطي أهل المدائن، وعليهم أن يخرجوا منها الروم واللصوص، فمن خرج منهم، فإنه آمن على نفسه وماله، حتى يبلغوا مأمنهم، ومن أقام منهم فهو آمن، وعليه مثل ما على أهل ايلياء من الجزية.

ومن أحب من أهل ايلياء أن يسير بنفسه وماله مع الروم، ويخلي بيعهم وصلبهم، فإنهم آمنون على أنفسهم وعلى بيعهم وصلبهم، حتى يبلغوا مأمنهم، ومن كان بها من أهل الأرض قبل مقتل فلان، فمن شاء منهم قعد، وعليه مثل ما على أهل ايلياء من الجزية، ومن شاء رجع إلى أرضه فإنه لا يؤخذ منهم شيء حتى يحصد حصادهم.

(1) سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل القرشي، ابن عم عمر بن الخطاب وصهره على أخته فاطمة بنت الخطاب، وكانت لأخته عاتكة بنت زيد تحت عمر بن الخطاب، وهو أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، كان من المهاجرين الأولين، شهد أحد والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ مات سنة إحدى وخمسين وقيل سنة اثنتين وخمسين، انظر: المزي، المجلد 10، ص446، 454.

(2) محمد بن أحمد كنعان، تاريخ الخلافة الراشدة، خلاصة تاريخ ابن كثير، مؤسسة المعارف، بيروت، ط1، 1997، ص137.

وعلى ما في هذا الكتاب عهد الله وذمة رسوله وذمة الخلفاء وذمة المؤمنين إذا أعطوا الذي عليهم من الجزية، شهد على ذلك خالد بن الوليد، وعمرو بن العاص وعبد الرحمن بن عوف، ومعاوية⁽¹⁾ بن أبي سفيان، وكتب وحضر سنة خمس عشرة⁽²⁾.

فهذه المعاهدة تم إبرامها على أثر الصلح الذي رغب به أهالي إيلياء، بعد طول الحصار عليهم... وبعد ذلك، سار الخليفة إلى تلك المدينة، ودخل كنيسة القيامة، فلما حان وقت الصلاة، قال له البطريك صلّ في موضعك، فرفض الخليفة، ولم يصل إلا على الدرجة التي على باب الكنيسة.

ولما انتهى من الصلاة، قال للبطريك: لو صليت داخل الكنيسة، أخذها المسلمون من بعدي، وقالوا هنا صلى عمر... وهذا ما فعله -عمر- لاحترام الأماكن المقدسة⁽³⁾، تنفيذاً لبند في المعاهدة والمتعلق بـ "... أعطاهم أماناً لأنفسهم وأموالهم ولكنائسهم... أنه لا تسكن كنائسهم ولا تهدم، ولا ينتقص منها ولا من خيرها " السابق ذكرها.

نلاحظ أن أمير المؤمنين قد أمضى على معاهدة من بين ما فيها حماية الأماكن المقدسة للمسيحيين، فبدأ بتنفيذ ذلك العهد بنفسه لما رفض الصلاة داخل الكنيسة خشية أن يأخذها المسلمون من بعد بحجة صلاة الخليفة داخلها.

(1) - معاوية بن أبي سفيان، وأمه هند بنت عتبة بن ربيعة، يجتمع أبوه وأمه في عيد شمس، وكنيته أبو عبد الرحمان، أسلم هو وأبوه وأخوه يزيد وأمه هند في الفتح، وكان يقول: إنه أسلم عام القضية، وإنه لقي رسول الله ﷺ مسلماً وكنتم إسلامه من أبيه وأمه، شهد حنيناً، كان هو وأبوه من المؤلفة قلوبهم، سار معاوية مع جيوش أبي بكر رضي الله عنه إلى الشام، ولما مات أخوه يزيد استخلفه أبو بكر بالشام على دمشق، والأصح في وفاته أنها كانت سنة ستين، انظر: ابن الأثير، المجلد 5، ص 209 إلى 212.

(2) - الطبري، تاريخ الطبري، تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1991، المجلد، الثاني، ص 449.

(3) - صبحي محمصاني، القانون والعلاقات الدولية في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1982، ص 142-143.

خلاصة من خلال دراستي لحيثيات وجزئيات هذا الفصل توصلت إلى عدة نتائج أهمها:

1. إن تعامل الفقهاء والمؤلفين مع مبدأ الأثر الفوري والمباشر بهذا التعبير عند البعض، وبتعبير الأثر الرجعي عند البعض الآخر، مرده اختلاف الألفاظ و الصياغة القانونية بعيدا عن المعنى والمضمون الفعلي للمبدأ، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يمكن رد هذا الاختلاف إلى ما يستند إليه الفقهاء لتحديد القانون الواجب التطبيق، إذ منهم من يعتمد على وقت حدوث الواقعة الإجرامية، فنجده يستعمل عبارة الأثر الرجعي، في حين يستند البعض على وقت اتخاذ الإجراء فنجده يستعمل عبارة الأثر الفوري والمباشر.

2. إن تحديد طبيعة القاعدة الجنائية من حيث كونها شكلية أو موضوعية يكون بناء على المعيار الموضوعي، أي الموضوع الذي تنظمه القاعدة وذلك لقصور ضابطي موضع القاعدة وكذا الهدف منها.

3. إن القواعد الجنائية الشكلية البحتة تخضع في تطبيقها من حيث الزمان لمبدأ الأثر الفوري والمباشر، بينما القواعد الملتبسة كالاختصاص، وتحريك الدعوى العمومية وصولا لإصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات، تطبق من حيث الزمان وفقا للوصف الغالب عليها. فإذا غلب عليها الوصف الشكلي، طبقت بأثر فوري ومباشر، وإذا طغى عليها الوصف الموضوعي طبقت بأثر غير رجعي.

4. في التشريع الإسلامي كل المواضع التي اطلعت عليها في الجانب الإجرائي كالأدلة والاختصاص وإصدار الأحكام، وتنفيذ العقوبة قد تم تطبيق القواعد المنظمة لها زمانيا بأثر فوري ومباشر، إذ يغلب عليها الطابع العملي.

والعبرة في ذلك أن تلك القواعد تقوم على التشريع التطبيقي استنادا للسنة الفعلية، إذ أن أعمال الرسول ﷺ في جانب القضاء وغيره من مصادر التشريع المعتمدة.

5. تخضع القواعد الجنائية الواردة في نصوص المعاهدات الدولية من حيث الزمان للتطبيق الفوري والمباشر، سواء في القانون الوضعي أو التشريع الإسلامي.

الخاتمة

بعد أن منّ الله سبحانه وتعالى علي بإتمام موضوعات هذه الرسالة الموسومة بـ: النطاق الزمني لتطبيق النص الجنائي-دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الجزائري- سأعرض في هذه الخاتمة أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة، ثم أقدم التوصيات التي أقرحتها في هذا الصدد، وذلك على النحو التالي:

أولاً-النتائج: ويمكن صياغة أهم نتائج هذا البحث فيما يلي:

1. يسيطر مبدأ عدم الرجعية على تطبيق النصوص الجنائية الموضوعية من حيث الزمان إلا ما كان منها أصلح للمتهم، في حين يهيمن مبدأ الأثر الفوري والمباشر على تحديد النطاق الزمني للنصوص الإجرائية، إلا ما تم أو بدأ تكوينه في ظل القانون القديم كالتقدم، فيبقى خاضعا لأحكامه.

وتحديد طبيعة القاعدة الجنائية من حيث كونها موضوعية أو شكلية يكون بناء على الموضوع الذي تنظمه، وذلك لقصور ضابطي موضع القاعدة وكذا الهدف منها.

2. إن مفتاح تفعيل كل من مبدأ عدم الرجعية، ومبدأ الفورية للتكفل بحل إشكالية تنازع القوانين الجنائية زمانيا يكون بالفصل في قضية الاعتبار الذي يقوم عليه كل مبدأ.

فعدم الرجعية يكون مبنيا على الأخذ بعين الاعتبار تاريخ ارتكاب الواقعة الإجرامية، بينما يقوم مبدأ الأثر الفوري والمباشر بالتركيز على تاريخ مباشرة الإجراء بغض النظر عن توقيت ارتكاب الواقعة المجرمة.

3. إن مبدأ عدم رجعية النص الجنائي كان معروفا عند علماء الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال استقراء آيات الأحكام وأسباب نزولها، وبعض الأحاديث النبوية الشريفة والقواعد الأصولية، وإن لم يكن هذا المبدأ منصوصا عليه بصيغته الحديثة فهو واضح وبين في معناه وفحواه ، بناء على أن المبادئ والقواعد العامة المتوصل إليها في القانون الحديث ما هو إلا نتاج اجتهادات بشرية سابقة، وفترة الحضارة الإسلامية واحدة من بين هذه الحقبة، بل من أخصبها.

4-إن القواعد الجنائية الشكلية البحثية تخضع في تطبيقها من حيث الزمان لمبدأ الأثر الفوري والمباشر، بينما القواعد الملتبسة أي الدائرة بين الموضوعية والشكلية فتطبق من حيث الزمان وفقا للوصف الغالب عليها.

فإذا طغى عليها الوصف الشكلي طبقت بأثر فوري ومباشر، وإذا غلب عليها الطابع الموضوعي خضعت لمبدأ عدم الرجعية.

5. إن القواعد الإجرائية في التشريع الإسلامي انطلاقاً من كونها ذات طابع عملي تطبيقي فإن الرسول ﷺ قد تولى تشريعها وبيان أحكامها عن طريق التطبيق على الأحداث التي كانت سبباً لورودها.

ويعد ذلك تبني لا لبس فيه لمبدأ الأثر الفوري والمباشر، على عكس القواعد الموضوعية التي كان تشريعها نظري ببعض النصوص، سواء في القرآن أو السنة لعلاقتها المباشرة بمبدأ شرعية التجريم والعقاب.

6. إن نظرة القانون الوضعي والتشريع الإسلامي حول مبدأ عدم رجعية النص الجنائي متوافقتان من حيث المفهوم والحجية والتطبيق والاستثناء، ونفس الحكم بالنسبة لمبدأ الأثر الفوري والمباشر.

7. إن القواعد الجنائية الواردة بنصوص المعاهدات الدولية تطبق من حيث الزمان إعمالاً لمبدأ الأثر الفوري والمباشر، سواء في القانون الوضعي أو التشريع الإسلامي.

ثانيا-التوصيات والاقتراحات:

1. إذا ثبتت صلاحية القانون الجديد بالنسبة للمتهم يطبق بأثر رجعي منذ ما قبل رفع الدعوى الجنائية إلى صدور الحكم البات فيها، وإذا صدر القانون الأصلح بعد الفصل النهائي قضائيا في الدعوى يبقى إجراء العفو هو المنفذ الوحيد، خاصة إذا كان القانون الأصلح يلغي التجريم أصلا، إلا ما تعلق منه بالأفعال الإرهابية والجرائم ذات الصلة بحالات الفساد.

2. إن غياب رأي المشرع الجزائري حول تحديد صلاحية القانون بالنسبة للمتهم، خاصة في العقوبات ذات الحدين، الأقصى والأدنى يوسع من السلطة التقديرية للقاضي في ذلك.

3. بناء على الفقرتين أقتراح تعديل المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري وفق ما يلي: «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أصلح للمتهم وقبل الحكم عليه نهائيا.

غير أنه إذا صدر قانون بعد الحكم النهائي ، وكان يلغي التجريم ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجانبية.

إن تعيين القانون الأصلح للمتهم في العقوبات المزدوجة ذات الحدين يكون بالنظر لحدها الأقصى.

تسري النصوص المؤقتة على كل الوقائع المرتكبة أثناء فترة سريانها مهما كان الأمر، ولو تأخر عرضها على القضاء لما بعد انقضاء أجلها أو طال أمده».

4. أمام الجدل الفقهي حول طبيعة القواعد المنظمة للتقادم، ومن ثم كيفية تطبيقها من حيث الزمان ، أقتراح أن يضمّن المشرع الجزائري قانون العقوبات بنص في هذا الشأن على غرار المادة الخامسة في قانون العقوبات السوري، والمادة الرابعة في قانون العقوبات اللبناني، أو على الأقل الإحالة إلى المادة السابعة من القانون المدني كما تحيلنا المادة 439 من قانون الإجراءات الجزائية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في قضية التكليف بالحضور والتبليغات.

5. رغم إجماع الفقه على أن النصوص المتعلقة بالإجراءات تسري بأثر فوري ومباشر كأصل عام، إلا أن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لم يتبنى ذلك إلا ما كان بالاستنتاج الضمني من خلال المادة 730 منه، وعليه أقترح تعديل المادة 729 من ذات القانون على النحو الآتي: «يسري هذا الأمر بأثر فوري وتلغى جميع النصوص المخالفة له».

6- إن الرأي السائد حول تطبيق القانون الأصلح للمتهم قبل الحكم البات هو وجوب ذلك، بل يجوز أن يستند الطاعن إلى صدور القانون الأصلح طالبا تطبيقه عليه، وإن كان هو السبب الوحيد للطعن الذي تقدم به.

كما أن الرأي الصائب هو تطبيق القانون الأصلح للمتهم حتى بعد صدور الحكم البات، وأمام غياب تبني المشرع الجزائري لهذا الرأي، يبقى إجراء العفو هو المخرج الوحيد خاصة أثناء حالة إلغاء التجريم؛ وعليه أقترح تعديل المادة 531 من قانون الإجراءات الجزائية بإضافة حالة صدور القانون الأصلح للمتهم المحكوم عليه إلى أسباب التماس إعادة النظر.

الفهارس

- فهرس الآيات القرآنية

- فهرس الأحاديث النبوية

- فهرس الأعلام

- فهرس المصادر و المراجع

- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات

الصفحة	رقمها	الآية
سورة البقرة		
174،90،83	106	ما ننسح من آية أو ننسها...
88	144	قد نرى تقلب وجهك في السماء...
94،87	180	كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت...
83	187	وكلوا واشربوا حتى ...
131	193	فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه...
82	222	ولا تقربوهن حتى يطهرن ...
188	230	وإن طلقها فلا تحل له من بعد...
93،87	234	والذين يتوفون منكم ...
92،87	240	والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية ...
113	274	وأحل الله البيع ...
246	283-282	يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين ...
سورة النساء		
187	06	وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن...
87	07	للرجال نصيب مما ترك الوالدان ...
94	11	يوصيكم الله في أولادكم...
119،50	16-15	واللاتي يأتين الفاحشة...
109	19	لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها...
109	22	ولا تنكحوا ما نكح آبؤهم من النساء...
188،111	23	حرمت عليكم أمهاتكم...
116	43	يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى...
50	16	لئلا يكون للناس على الله حجة...
سورة المائدة		
10	27	واتل عليهم نبأ ابني آدم بالحق...
128	33	إنما جزاء الذين يحاربون الله...
288،117	91-90	يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر...
35	95	عفا الله عما سلف...
سورة الأنعام		
50	19	لأنذركم به ومن بلغ...
سورة الأنفال		
50	38	قل للذين كفروا إن ينتهوا...
85	66	الآن خفف الله عنكم...

سورة التوبة		
293	1	براءة من الله ورسوله...
293	4	إلا الذين عاهدتم من المشركين...
سورة الرعد		
83	39	يمحوا الله ما يشاء ويثبت...
سورة النحل		
90،89	44	وأنزلنا إليك الذكر...
83	101	وإذا بدلنا آية مكان آية ...
سورة الإسراء		
،47،40،34،13 190،57	15	وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا...

41	88	قل لئن اجتمعت الإنس والجن...
سورة الحج		
112	5	اهتزت وربت...
سورة النور		
273،119،90	2	الزانية والزاني فاجلدوا...
247،122،93	4	والذين يرمون المحصنات...
249،156،93	6	والذين يرمون أزواجهم...
122	11	إن الذين جاؤوا بالإفك...
سورة الشعراء		
34	209	وما أهلكنا من قرية...
سورة القصص		
50،47،34	59	وما كان ربك مهلك القرى...
سورة الأحزاب		
82	53	وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله...
سورة سبأ		
6	49	وما يبدئ الباطل وما يعيد...
سورة فصلت		
84	42	لا يأتيه الباطل من بين يديه...
سورة الشورى		
131	37	وجزاء سيئة سيئة مثلها...
سورة الجاثية		
80	29	إنا كنا نستنسخ ما كنتم تعملون...
سورة الحجرات		
248	06	يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق...
10	13	إنا خلقناكم من ذكر وأنثى...
سورة النجم		
92،88	3	وما ينطق عن الهوى...
سورة المجادلة		
154	1	قد سمع الله...
153،152،151	3	والذين يظهرون من نسائهم...
85	13	ءأشفتكم أن تقدموا...
سورة الحشر		
91	7	وما آتاكم الرسول فخذوه...
سورة الممتحنة		

88	10	فإن علمتموهن مؤمنات...
		سورة الطلاق
247	2	وأشهدوا ذوي عدل منكم...

فهرس الأحاديث

الصفحة	الراوي	الحديث
273	مسلم	أنتشف في حد من حدود الله...
274	مسلم	أحسن إليها فإذا وضعت...
275	مسلم	...أحسننت
130	أبو داود	إذا قلتم فأحسنوا القتل...
252	البخاري	أذهبوا به فارجموه...
35	مسلم	...الإسلام يهدم ما قبله
48	البخاري، ومسلم وأبو داود	أعظم المسلمين في المسلمين جرما...
130	أبو داود	أعف الناس قتلة...
252	البخاري	أغد يا أنيس على امرأة هذا...
90	أبو داود	ألا لا وصية لو ارث...
35	مسلم وأبو داود وأحمد	ألا إن دم الجاهلية موضوع...
254	البخاري	ألك بينة
36	مسلم	أما علمت أن الإسلام يهدم ما قبله
129	مسلم	إن شئتم أن تخرجوا إلى إبل الصدقة...
290	البخاري	أهريقوها واكسروها...
85	أحمد	الثيب بالثيب جلد مائة...
48	الترمذي وابن ماجة	الحلال ما أحل الله...
120	مسلم	خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا...
92	مسلم	خذوا عني مناسككم
92	البخاري	صلوا كما رأيتموني أصلي
111	ابن ماجة	طلق أيهما شئت...
155	أبو داود فأطعمي بها ستين مسكينا...
254	أبو داود	...فإن لم تجد في كتاب الله...
157	البخاري	قد أنزل الله فيك...
114	مسلم	كل مسكر خمر...
85	مسلم	كنت نهيتكم عن زيارة القبور...
85	مسلم	كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي...
250	البخاري، الترمذي	لا عنوا بينهما
253	أبو داود، الترمذي	ليس لك منه إلا ذلك
290	البخاري	الله أكبر خربت خيبر...

251	البيهقي	من شهد له خزيمة أو...
298	البخاري	يا أبا جندل اصبر واحتسب...
124	البخاري	يا معشر المسلمين...

فهرس الأعلام المترجم لهم

صفحة الترجمة	العلم
حرف الألف	
80	ابن الحاجب
110	ابن العربي
36	ابن شماسة المهري
151	ابن القيم
111	ابن ماجه
297	ابن هشام
128	أبو ثور
297	أبو جندل
153	أبو حنيفة
289	أبو طلحة
289	أبو عبيدة عامر بن الجراح
84	أبو مسلم الأصفهاني
253	أبو موسى الأشعري
252	أبو هريرة
289	أبي بن كعب
152	أحمد بن حنبل
272	أسامة بن زيد
153	إسحاق
124	أسيد بن حضير
254	أشعث بن قيس
71	أنس بن مالك
154	أوس بن الصامت
152	الأوزاعي
حرف الباء	
80	الباقلاني
157	البخاري
80	البيضاوي
حرف التاء	
116	الترمذي
حرف الثاء	
152	الثوري

حرف الخاء	
249	خالد بن الوليد
251	خزيمة بن ثابت
248	خصيف
154	خولة بنت مالك
حرف الراء	
80	الرازي
حرف الزاي	
152	الزهري
حرف السين	
117	سعد بن أبي وقاص
124	سعد بن عبادة
124	سعد بن معاذ
248	سعيد بن جبير
300	سعيد بن زيد
290	سلمة بن الأكوع
251	سواء بن الحارث
297	سهيل بن عمر
154	السيوطي
حرف الشين	
128	الشافعي
حرف العين	
248	عائشة أم المؤمنين
116	عبد الرحمان بن عوف
116	علي بن أبي طالب
72	عمران بن حصين
287	عمر بن الخطاب
36	عمرو بن العاص
157	عويمر العجلاني
حرف الغين	
274	الغامدية
حرف الفاء	
111	فيروز الديلمي
حرف الميم	
252	ماعرز بن مالك

128	مالك بن أنس
294	محمد بن الحسن الشيباني
301	معاوية بن أبي سفيان
حرف النون	
287	نصر بن حجاج
حرف الهاء	
250	هلال بن أمية
حرف الواو	
249	الوليد بن عقبة

41	88	قل لئن اجتمعت الإنس والجن...
سورة الحج		
112	5	اهتزت وربت...
سورة النور		
273،119،90	2	الزانية والزاني فاجلدوا...
247،122،93	4	والذين يرمون المحصنات...
249،156،93	6	والذين يرمون أزواجهم...
122	11	إن الذين جاؤوا بالإفك...
سورة الشعراء		
34	209	وما أهلكنا من قرية...
سورة القصص		
50،47،34	59	وما كان ربك مهلك القرى...
سورة الأحزاب		
82	53	وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله...
سورة سبأ		
6	49	وما يبدئ الباطل وما يعيد...
سورة فصلت		
84	42	لا يأتيه الباطل من بين يديه...
سورة الشورى		
131	37	وجزاء سيئة سيئة مثلها...
سورة الجاثية		
80	29	إنا كنا نستنسخ ما كنتم تعملون...
سورة الحجرات		
248	06	يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق...
10	13	إنا خلقناكم من ذكر وأنثى...
سورة النجم		
92،88	3	وما ينطق عن الهوى...
سورة المجادلة		
154	1	قد سمع الله...
153،152،151	3	والذين يظهرون من نسائهم...
85	13	ءأشفتكم أن تقدموا...
سورة الحشر		
91	7	وما آتاكم الرسول فخذوه...
سورة الممتحنة		

88	10	فإن علمتموهن مؤمنات...
		سورة الطلاق
247	2	وأشهدوا ذوي عدل منكم...

فهرس الأعلام المترجم لهم

صفحة الترجمة	العلم
حرف الألف	
80	ابن الحاجب
110	ابن العربي
36	ابن شماسة المهري
151	ابن القيم
111	ابن ماجه
297	ابن هشام
128	أبو ثور
297	أبو جندل
153	أبو حنيفة
289	أبو طلحة
289	أبو عبيدة عامر بن الجراح
84	أبو مسلم الأصفهاني
253	أبو موسى الأشعري
252	أبو هريرة
289	أبي بن كعب
152	أحمد بن حنبل
272	أسامة بن زيد
153	إسحاق
124	أسيد بن حضير
254	أشعث بن قيس
71	أنس بن مالك
154	أوس بن الصامت
152	الأوزاعي
حرف الباء	
80	الباقلاني
157	البخاري
80	البيضاوي
حرف التاء	
116	الترمذي
حرف الثاء	
152	الثوري

حرف الخاء	
249	خالد بن الوليد
251	خزيمة بن ثابت
248	خصيف
154	خولة بنت مالك
حرف الراء	
80	الرازي
حرف الزاي	
152	الزهري
حرف السين	
117	سعد بن أبي وقاص
124	سعد بن عبادة
124	سعد بن معاذ
248	سعيد بن جبير
300	سعيد بن زيد
290	سلمة بن الأكوع
251	سواء بن الحارث
297	سهيل بن عمر
154	السيوطي
حرف الشين	
128	الشافعي
حرف العين	
248	عائشة أم المؤمنين
116	عبد الرحمان بن عوف
116	علي بن أبي طالب
72	عمران بن حصين
287	عمر بن الخطاب
36	عمرو بن العاص
157	عويمر العجلاني
حرف الغين	
274	الغامدية
حرف الفاء	
111	فيروز الديلمي
حرف الميم	
252	ماعرز بن مالك

128	مالك بن أنس
294	محمد بن الحسن الشيباني
301	معاوية بن أبي سفيان
حرف النون	
287	نصر بن حجاج
حرف الهاء	
250	هلال بن أمية
حرف الواو	
249	الوليد بن عقبة

* القرآن الكريم.

فهرس المصادر و المراجع:

المصادر و المراجع العربية:

1. إبراهيم العلى، صحيح السيرة النبوية، دار النفائس، عمان، ط4، 1999.
2. ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق محمد إبراهيم البنا وآخران، دار الشعب، 1970.
3. ابن جرير الطبري، تفسير الطبري، المسمى، جامع البيان في تأويل القرآن، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1992.
4. ابن خلدون، السيرة النبوية، تصحيح وتخريج، أحمد البزرة، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1998.
5. ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء وأبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، د.ت.
6. ابن سعد، الطبقات الكبرى، دار صادر، بيروت، 1985.
7. ابن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، 1984.
8. ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
9. ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم، دار العلوم، ط1، 1987.
10. ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.ت.
11. ابن قدامى، المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتب العربي، بيروت، 1983.
12. ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت.
13. ابن كثير، تفسير ابن كثير، دار الأندلس، 1980.
14. ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
15. ابن هداية الله، الحسيني، طبقات الشافعية، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1999.

16. ابن هشام، السيرة النبوية، تحقيق: وضبط مصطفى السقا، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت).
17. أبو داود، سنن أبي داود، دراسة وفهرسة كمال يوسف الحوت، دار الجنان، بيروت، ط1، 1988.
18. أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي، دراسة مقارنة، 1987.
19. أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.
20. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط3، 2006، دار هومة، بوزريعة الجزائر.
21. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.
22. أحمد بلقاسم، القانون الدولي العام، دار هومة، الجزائر، ط3، 2008.
23. أحمد الحصري، استنباط الأحكام من النصوص، دار الجيل، بيروت، ط2، 1997.
24. أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، دار العلوم العربية، بيروت، ط1، 1992.
25. أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
26. أحمد صفوت، شرح القانون الجنائي، القسم العام، (د.ت)، مطبعة حجازي.
27. أحمد فتحي بهنسي: - العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط5، 1983.
- الجرائم في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط5، 1988.
29. أحمد فتحي سرور: - القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2002
- الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط6، 1996.
- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، ط2، 1970.
32. أحمد لعور ونبيل قصر، قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر.

.2007

33. أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجاري، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، 2002.

34. ادوار غالي الذهبي، مجموعة بحوث قانونية، ط1، 1978، دار النهضة العربية بالقاهرة.

35. الأزهرى، أبي منصور محمد بن أحمد بن الأزهر، تهذيب اللغة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2004.

36. أكرم فارس الفزل، شرح قانون العقوبات لمنظمة التحرير الفلسطينية، القسم العام د.م.ن، 1979.

37. أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ط1، د.م.ن، 1998.

38. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط1، 2004.

39. بارش سليمان:- شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج1، ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

-شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول، شرعية التجريم، مطبعة عمار قرفي، عين مليلة، 1992.

41. باسم شهاب، مبادئ القسم العام لقانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 2007.

42. البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.

43. البغوي، تفسير البغوي، تحقيق: خالد عبد الرحمن، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1987.

44. بن شيخ لحسن، مبادئ القانون الجزائري العام، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، ط2، 2000.

45. البيهقي، السنن الكبرى، وفي ذيله الجوهر النقي للمارديني، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1988.

46. جبران مسعود، الرائد، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 2001.
47. جلال ثروت: - أصول المحاكمات الجزائية، الدار الجامعية، 1991.
- النظرية العامة لقانون العقوبات، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، د.ت.
- نظرية القسم العام في قانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.
50. جلال ثروت وسليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
51. جودة حسين جهاد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب الوطنية، أبو ظبي، ط1، 2004.
52. حازم محمد عتلم، نظم الإدعاء أمام المحكمة الجنائية الدولية، إصدار اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ط2، 2004.
53. حسن الجوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة مقارنة، د.م.ن، ط1، 1993.
54. حسن صادق المرصفاوي: - المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأخيرة، 1982.
- شرح قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، جامعة الكويت، 1970 - 1971.
56. حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1979.
57. حسين عصام، ضوابط القواعد الجنائية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010.
58. حميد السعدي، مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي، مطبعة المعارف، بغداد، ط1، 1971.

59.الخرجي، خلاصة تهذيب الكمال في أسماء الرجال، دار النهضة العربية، بيروت، د.ت.

60.الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، اعتنى به محمد خليل عيناني، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997.

61.الذهبي: - تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تحقيق: عمر عبد السلام

تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1998.

- تذكرة الحفاظ، دائرة المعارف، د.ت.

- سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط9، 1993.

64.الرازي(فخر الدين): - التفسير الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990.

الرازي(ابن أبي حاتم): - كتاب الجرح والتعديل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، د.ت.

66.رؤوف عبيد: - مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، نهضة مصر، ط5، 1964.

- مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، ط4،

1999.

68.رشاد عارف السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، دار وائل، عمان، ط1، 2001.

69.رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول، قانون العقوبات، القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ت.

70.رمسيس بهنام: -الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.

- النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3،

1997.

- النظرية العامة للقانون الجنائي، الاسكندرية، ط3، 1971.

73. رمضان علي السيد الشرنباجي، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2005.
74. الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2007.
75. زغوم كمال، مصادر القانون الدولي، دار العلوم، د.ت.
76. سامح اليد جاو، مبادئ قانون العقوبات، د.م.ن، 1987.
77. ساهر إبراهيم الوليد، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، د.م.ن، ط1، 2005.
78. السبكي، طبقات الشافعية، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1981.
- 79- السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفاء الأفعاني، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
80. سعدي بسيسو، مبادئ قانون العقوبات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، د.ت.
81. سعيد أحمد باناجة: - المبادئ الأساسية للعلاقات الدولية والدبلوماسية وقت السلم والحرب، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1985.
- دراسة وجيزة حول مبادئ القانون الدولي العام وقت السلم وقانون المنظمات الدولية والإقليمية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1985.
83. سعيد حسب الله عبد الله، شرح أصول المحاكمات الجزائية، د.م.ن، د.ت.
84. سليمان عبد المنعم: - أصول الإجراءات الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ط1، 2000.
- النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي بيروت، 2003.
87. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، طبعة 1967.

88. سمير الجنزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، د.م.ن، د.ت.
89. سمير عالية: - أصول قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1996.
- قانون العقوبات القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1992.
91. سمير عالية وهيثم عالية، النظرية العامة للإجراءات ومعالم القانون الجديد لعام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2001.
92. سيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق، ط16، 1996.
93. السيوطي، لباب النقول في أسباب النزول، الدار التونسية للنشر، 1979.
94. الشاطبي، الموافقات في أصول الأحكام، تعليق محمد حسين مخلوفي، دار الفكر، د.ت.
95. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق: وتعليق على محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994.
96. الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الفكر، بيروت، د.ت.
97. الشرازي، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، بيروت، ط2، 1989.
98. صباح لطيف الكربولي، المعاهدات الدولية، دار دجلة، ط1، 2011.
99. صبحي محمصاني، القانون والعلاقات الدولية في الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1982.
100. ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم العام، دون تاريخ، دار القادسية للطباعة، بغداد.
101. طاهري حسين، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، ط3، 2005.
102. الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، تخريج إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997.

103. الطبري، تاريخ الطبري، تاريخ الأمم والملوك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1991.
104. طه زاكي صافي، القواعد الجزائية العامة فقها واجتهادا، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، د.ت.
105. عادل الخياري، القانون الدستوري والنظام الدستوري الأردني، مطابع غانم عبده، 1972.
106. عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، دار المنشورات الحقوقية، لبنان، د.ت.
107. عبد الأمير العكيلي، أصول الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة المعارف بغداد، ط1، 1985.
108. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، د.م.ن، 2008.
109. عبد الرحمان بن إبراهيم الجريوي، منهج الإسلام في مكافحة الجريمة، مؤسسة فؤاد بعينو للتجليد، بيروت، ط1، 2000.
110. عبد الرحمان خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2010.
111. عبد الرحيم صدقي، القانون الدولي الجنائي مطابع الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، 1984.
112. عبد العزيز عامر، شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي، منشورات جامعة بنغازي، د.ت.
113. عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر المجلة الكبرى، 2007.
114. عبد الفتاح مصطفى الصيفي:- الأحكام العامة للنظام الجزائي، مطابع جامعة الملك سعود، 1995 .

- قانون العقوبات، النظرية العامة، دار الهدى،
للمطبوعات، د.ت.

116. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3،
1994.

117. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1994.

118. عبد الله أوهائية: - شرح قانون الإجراءات الجزائي، دار هومة، الجزائر، د.ت.

- شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائي، دار هومة، الجزائر،
2003.

119. عبد الله سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، دار دجلة،
ط1، 2010.

120. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الهدى، عين مليلة، د.ت.

121. عبد الله شحاتة، تفسير القرآن الكريم، دار غريب، القاهرة، 2000.

122. عبد الوهاب حومد: - الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، مطبوعات جامعة
الكويت، ط3، 1982.

- الوسيط في شرح القانون الجزائي الكويتي، القسم العام،
مطبوعات جامعة الكويت، 1987.

124. عبد الوهاب عمر البطرأوي، شرح القانون الجنائي البحريني، القسم العام، د.م.ن،
د.ت.

125. عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه الإسلامي، الزهراء، الجزائر، ط2، 1993.

126. عبود السراج: - شرح قانون العقوبات، القسم العام، جامعة دمشق، 2007.

- التشريع الجزائي المقارن، في الفقه الإسلامي والقانون السوري،
المبادئ العامة، جامعة دمشق، د.ت.

128. عدنان الخطيب، موجز القانون الجزائي، الكتاب الأول، المبادئ العامة في قانون
العقوبات، مطبعة جامعة دمشق، 1963.

129. عصام عفيفي عبد البصير: - أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، دراسة مقارنة في الفقه الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، د.م.ن، ط1، 2004.
- القاعدة الجنائية على بياض، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
131. علي حسن الشرفي، شرح الأحكام العامة في التشريع العقابي اليمني وفقا لمشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1992.
132. علي راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، ط2، 1974.
133. علي عبد القادر القهوجي: - القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2001.
- المعاهدات الدولية أمام القاضي الجزائري، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 1997.
- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
- شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ت.
137. عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1966-1967.
138. عمر لطفي، الوجيز في القانون الجنائي، مطبعة الشعب، مصر، ط1، د.ت.
139. عوض محمد عوض:- المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.

- الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات
الجامعية، الإسكندرية، د.ت.

- قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية،
الإسكندرية، د.ت.

142. غازي جرّار، شرح قانون العقوبات الأردني، القسم العام، د.م.ن، 1978.

143. غالب الداوري، شرح قانون العقوبات العراقي، القسم العام، دار الطباعة الحديثة،
البصرة، ط1، 1968.

144-الغزالي، المستصفي من علم الأصول، دار الفكر، بيروت، د.ت.

145. فاروق الكيلاني، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الأردني
والمقارن، دار المروج بيروت، ط3، 1995.

146. فايز الإيعالي، قواعد الإجراءات الجزائية، أو أصول المحاكمات الجزائية، على ضوء
القانون والفقہ والاجتهاد، المؤسسة الجديدة للكتاب، طرابلس، لبنان، د.ت.

147-فؤاد رزق، الأحكام الجزائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

148. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار العاتك،
القاهرة، ط2، 2007.

149. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، د.م.ن، د.ت.

150. فوزية عبد الستار: - شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، دار
النهضة العربية، بيروت، 1975.

- مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية،
بيروت، ط5، 1985.

152-الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار العلم للجامع، بيروت، د.ت.

153-القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1985.

154. كامل السعيد: - الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني، نشر بدعم من
الجامعة الأردنية، ط1، 1981.

- شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، الأردن
2005.

156. كوسة فضيل، المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، دار هومة الجزائر، 2007.

157. مأمون محمد سلامة: - الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، منشورات جامعة
بنغازي، د.ت.

- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر
العربي، 1968.

159. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، د.م.ن، 1990.

160-الموردي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.

161. محمد إبراهيم زيد، تنظيم الإجراءات الجزائية في التشريعات العربية، المركز العربي
للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، د.ت.

162-محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، د.ت.

163. محمد أبو العلا، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار الفكر
العربي، 1997.

164. محمد أحمد المشهداني، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مؤسسة الوراق، عمان
الأردن، ط1، 2006.

165. محمد أحمد حامد، التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان
المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ت.

166-محمد الخضري، أصول الفقه الإسلامي، دار القلم، بيروت، ط1، 1987.

167. محمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، دار الكتاب الجديد
المتحدة، د.ت.

168-محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، 1993.

169-محمد زكرياء البرديسي، أصول الفقه، دار الثقافة، 1983.

170. محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي، الدار الجامعية، بيروت، 1992.

171. محمد الفاضل: - المبادئ العامة في قانون العقوبات، د.م.ن، ط2، 1963.
- الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة جامعة دمشق، ط3، 1965.
173. محمد بن أحمد كنعان، تاريخ الخلافة الراشدة، خلاصة تاريخ ابن كثير، مؤسسة المعارف، بيروت، ط1، 1997.
174. محمد تقيّة، المختصر الوافي في أصول الفقه، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط1، 2000.
175. محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
176. محمد حسين منصور: - مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2009.
178. محمد رمضان بارة، قانون العقوبات الليبي، القسم العام، الأحكام العامة للجريمة، منشورات الجامعة المفتوحة، 1995.
179. محمد زكي أبو عامر، مذكرات في قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، مكتبة مكاوي، بيروت، 1979.
180. محمد زكي أبو عامر وعلي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، 1984.
181. محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، د.م.ن، 1972.
182. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، ط16، 2008.
183. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، شرح القانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، عمان، 2005.
184. محمد صبحي نجم: - شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1988.

- الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة، الأردن، 2006.
- قانون أصول المحاكمات الجزائية، أحكام تطبيقه ومضمون، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2000.
- قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ت. 188. محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف الإسكندرية، 1991.
189. محمد عبد المنعم عبد الغاني، القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة، 2008.
- 190- محمد عليش، شرح حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير لتدريير، دار القطر، د.ت
191. محمد علي السالم عياد الحلبي: - شرح قانون العقوبات الأردني، القسم العام، دار مكتبة بغدادي، الأردن، ط1، 1993.
- شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007.
- الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مكتبة دار الثقافة، 1996.
- 194- محمد فاروق النبهان، مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، د.ت.
- 195- محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، شركة الشهاب، الجزائر، ط1، 1984.
196. محمد محمود خلف، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط1، 1973.
197. محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966.

- 198- محمد ناعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، مؤسسة الإسراء، قسنطينة، ط2، 1991.
199. محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، د.ت.
200. محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، د.ت.
201. محمود الشريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2004.
202. محمود محمد الطنطاوي، أصول الفقه الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، ط3، 2001.
203. محمود محمود مصطفى:- أصول قانون العقوبات في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1983.
- شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، 1953، دار نشر الثقافة، الإسكندرية.
- شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ط10، 1983.
- نموذج القانون العقوبات، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط1، 1976.
207. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي، بيروت، ط3، د.ت.
208. المزي، جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1992.
209. مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام النظرية العامة للجريمة، مؤسسة نوفلي، بيروت، لبنان، د.ت.

210. مصطفى مجدي هرجة، التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ط3، 1995.
- 211- مصطفى شلبي:- أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، 1986.
- أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1977.
- 213- مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.
214. مفيدة سويدان، مدخل على العلوم الإجرائية، د.م.ن، 1991.
215. منذر كمال عبد اللطيف لتكريتي، السياسة الجنائية في قانون العقوبات العراقي، دراسة مقارنة، بغداد، ط2، 1979.
216. منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر، 2006.
217. نائل عبد الرحمان صالح، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر، عمان، الأردن، ط1، 1995.
218. نبيه صالح، الوسيط في شرح مبادئ الإجراءات الجزائية - دراسة مقارنة- د.م.ن، 2004.
219. نشأت إبراهيم، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، مطبعة أسعد، بغداد، 1962.
220. نصر فريد محمد واصل، أحكام الإيلاء والظهار واللعان في الإسلام، المكتبة التوفيقية، 1420هـ-1999م.
221. نصرالدين بوسماحة، المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة مادة، دار هومة، الجزائر، 2008.
222. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005.
- 223- النووي، شرح صحيح مسلم، تحقيق: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، ط4، 1997.
224. النيسابوري:- المستدرک على الصحيحين، وبذيله التلخيص الذهبي، دار الكتاب

العربي، بيروت، د.ت.

- أسباب النزول، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

225.الوادعي، الصحيح المسند من أسباب النزول، دار ابن حزم، ط2، 1994.

226.الواقدي، كتاب المغازي، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004.

227.وهبة الزحيلي: - التفسير المنير، دار الفكر، ط1، 1991.

- أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، 1992.

- الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط3، 1989.

228.يوسف دلاندة، قانون العقوبات مدعم بمبادئ واجتهادات قضائية للمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2009.

الموسوعات

229-أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، 1991.

230-جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، دار العلم للجميع، بيروت، ط2، د.ت.

231-عبد الملك الشربيني، الموسوعة الشاملة لأحكام محكمة النقض، د.م.ن، د.ط، 1994.

232.فرج علواني هليل، موسوعة علواني في التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات د.ت.

233.فريد الزغبي، الموسوعة الجزائرية، دار صادر، بيروت، ط3، 1995.

234. محمد سعيد مبيض، موسوعة حياة الصحابييات، دار الثقافة، الدوحة، ط1، 1990.

335.محمود صالح العادلي، موسوعة القوانين الجنائية الأصلح للمتهم، دار العربي، القاهرة، ط1، 2000.

236.مرتضى منصور، الموسوعة الجنائية، د.م.ن، ط5، 1984.

237.معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في قانون العقوبات، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، ط5، 2002،

الرسائل والأطروحات العلمية:

238. اسمهان بن علي، تنازع القوانين الجنائية في الزمان، رسالة ماجستير، جامعة تونس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2005-2006.
239. أشرف رمضان، مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2001.
240. حسن الجوخدار، تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1974.
241. خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 2007.
242. عادل غسكيل، الشرعية الإجرائية أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، المركز الجامعي خنشلة، 2008-2009.
243. عبد الباسط العيدودي، تطبيق قانون مكافحة التخريب والارهاب في الزمان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1995-1996.
244. عبد الرؤوف دبابش، جريمة الإرهاب بين الشريعة و القانون، رسالة دكتوراه، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2009.
245. عبد السلام محمد الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الزيتونة للشريعة وأصول الدين، جامعة تونس، 1985.
246. عبد القادر سليمانى، منهج أهل السنن في الجرح والتعديل - رسالة ماجستير- المعهد الوطني العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1995-1996.
247. علي الجلولى، مجال سريان القواعد القانونية في الزمان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحقوق والاقتصاد والتصرف، تونس، 1991.
248. عماد الدين محمد الرشيد، أسباب النزول وأثرها في بيان النصوص، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 15 ذي القعدة 1419 طبعت بدار الشهاب، 1420هـ-1999م.

249. فيصل حمادة سعود الفواز، سريان النص الجزائي الموضوعي من حيث الزمان، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، جامعة آل البيت عمان، الأردن، 2001.

250- مريم بن زعيم، الشرعية الموضوعية أمام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، المركز الجامعي خنشلة، 2010-2011.

251- مسعود فلوسي، مدرسة المتكلمين ومنهجها في دراسة القواعد الأصولية، رسالة ماجستير، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1994.

252- منذر صائغي، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الاقتصادي الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، نوفمبر 1984.

253- هاتف محسن كاظم الركابي، مدى مراعاة قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا لمعايير القانون الجنائي الدولي، رسالة دكتوراه، الأكاديمية العربية في الدانمارك، كوبنهاجن، 2011.

المجلات والدوريات

254. دراسات، مجلة علمية محكمة، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية المجلد 28، العدد 1 أيار، 2001.

255. دراسات مجلة علمية محكمة، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية المجلد 35، العدد 2 تشرين الثاني، 2001.

256. مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثامنة، العدد الثاني، أبريل- مايو، 1964.

255. مجلة أضواء الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة الرياض، رقم التصنيف، 9/77، تاريخ أبريل 1982.

256. المجلة الإفريقية للعلوم، مجلة الكترونية، مقال ليحي محمد لمين مستاك، دراسة مقارنة للمحاكم الدولية

<http://www.bchain.net>

257. مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة الدكتور بحي فارس المدية، عدد ديسمبر 2009.

258. المجلة العربية للفقہ والقضاء، مجلس وزراء العدل العرب، الأمانة العامة، العدد3، أبريل 1986.

259. مجلة القانون والاقتصاد، العدد 2، السنة 32، تاريخ 1962.

260. مجلة القانون والاقتصاد، العدد3، السنة33، تاريخ 1963. المجلة القضائية، 1990.
261. المجلة القضائية، 1990.

262. مجلة مجلس الأمة، مجلة دورية، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والاشهار، العدد الأول، جانفي 1998.

263. المعاهدات الدولية في فقہ الإمام محمد بن الحسن الشيباني، كتاب شهري يصدر عن رابطة العالم الإسلامي، مطبعة رابطة العالم الإسلامي، مكة، العدد 177، 1417هـ.

264. دليل المحاكمات العادلة، منظمة العفو الدولية، 1998.

265. نشرة القضاة، العدد 43، 1988.

266. يوم دراسي بعنوان: الاختصاص النوعي بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي خنشلة، بتاريخ 2007/04/25 .

المواقع الالكترونية والمنتديات

267. دار العدالة والقانون العربية.

http://www.justice_lawhome.com

268. المتقف، صحيفة الكترونية يومية مستقلة. العدد 1305، الثلاثاء 02 فبراير 2010

<http://www.almothaqaf.com>

269. منتدى قصة الإسلام.

<http://www.islamstory.com>

270. منتدى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر.

<http://www.f-law.net>

271. الموقع السوري، للاستشارات والدراسات القانونية.

<http://www.barasy.com>

القوانين

272. اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، سنة 1969.

273. الأمر رقم 95-10 مؤرخ في 13 رمضان 1415 الموافق 25 فبراير 1995 متعلق بإلغاء قانون مكافحة جرائم التخريب والإرهاب المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

274. الدستور الجزائري، 2008.

275. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966.

276. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

277. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

278. قانون رقم 04-18 مؤرخ في 13 ذي القعدة عام 1425 الموافق لـ 25 ديسمبر 2004 يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما.

279. قانون رقم 05-04 مؤرخ في 27 ذي الحجة 1425، الموافق لـ 6 فبراير 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون، وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

280. قانون رقم 89-06 مؤرخ في 19 رمضان عام 1409 الموافق لـ 25 أبريل 1989 يتضمن إلغاء مجلس أمن الدولة.

281. قانون العقوبات الجزائري.

282. القانون المدني الجزائري.

283. قرارات المحكمة العليا، قرص مضغوط، شركة كليك لخدمات الحاسوب، العمدية الجزائر، الإصدار الرابع، 2006.

284. المرسوم رقم 03-92 مؤرخ في 03 ربيع الثاني 1413 الموافق لـ 30 سبتمبر 1992 متعلق بمكافحة جرائم التخريب والارهاب.
285. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين، المعني بإنشاء المحكمة الجنائية دولية بتاريخ 17 تموز يوليو 1998- تاريخ بدء النفاذ حزيران يونيو 2001 وفقا للمادة 126.

المصادر والمراجع الأجنبية:

- 286.A.Chauveau et Faustin Helie Théorie du Code pénal, 6^e éd. Par Vélley.t.i Paris.(1887-1908).
- 287.André de cocqu, droit pénal General, librairie Armande colin, paris, 1971.
- 288.André vitu, des conflits de loi dans le temps en droit pénal thèse nancy 1945.
- 289.Frédéric desportes, et francis le gunec, le nouveau droit pénal, tome1, droit pénal général, economica, Paris, 6^{ème} édition, 1999.
- 290.Georges levasseur, le domaine d'application dans le temps des lois en matières répressive, cours de doctorat, université de Caire (1963-1964).
- 291.Geston stefani, George levasseur, Bernare bouloc, droit pénal général, dalloze delta, 16^{eme} édition, 1994.
- 292.Herzog (j-B), Nuremberg : un échec fructueux ?, librairie générale de droit et de juris prudence, paris, 1975.
- 293.Lombois(C), Droit pénal international, paris, précis, Dalloz, 1971.
- 294.Marty et ragnaud, droit civil, tome1, Edition 1972.
- 295.Merl et vitu, traité de droit criminel, TII, 1979.
296. Patrick Kolb, Droit pénal General, Gualino éditeur, paris, 2000.
- 297.P.Roubier, le droit transitoire, 2^é ed, 1960.
- 298 .Villey Edmond, Précis d'un Cour de Droit Criminel, 6[°]éd, Paris : 1906.

فهرس الموضوعات

المقدمة-----	أ- ك
الباب الأول: تطبيق النص الجنائي من خلال مبدأ عدم الرجعية -----	1
الفصل الأول: مبدأ عدم رجعية النص الجنائي وعلاقته مع مبدأ الشرعية -----	3
المبحث الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي ومبررات وجوده-----	5
المطلب الأول: مفهوم عدم رجعية النص الجنائي وتاريخه-----	5
الفرع الأول: مفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجنائي-----	5
الفرع الثاني: تاريخ ظهور مبدأ عدم رجعية النص الجنائي-----	8
المطلب الثاني: مبررات عدم رجعية النص الجنائي والانتقادات الموجهة إليه-----	14
الفرع الأول: مبررات عدم رجعية النص الجنائي-----	14
الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لمبدأ عدم الرجعية-----	19
المبحث الثاني: علاقة مبدأ عدم الرجعية بمبدأ الشرعية-----	21
المطلب الأول: أهمية مبدأ عدم الرجعية وأساسه القانوني-----	21
الفرع الأول: أهمية مبدأ عدم الرجعية-----	21
الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ عدم الرجعية-----	23
المطلب الثاني: علاقة مبدأ عدم رجعية النص الجنائي مع مبدأ الشرعية-----	41
الفرع الأول: مفهوم شرعية التجريم والعقاب-----	41
الفرع الثاني: الأساس القانوني لمبدأ شرعية التجريم والعقاب-----	45
الفرع الثالث: علاقة مبدأ عدم الرجعية بمبدأ الشرعية-----	53
الفصل الثاني: تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي والمساس به -----	62
المبحث الأول: مجال تطبيق مبدأ عدم الرجعية في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي---	64
المطلب الأول: شروط تطبيق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي-----	64
الفرع الأول: تحديد وقت نفاذ القانون الجديد-----	64

96	الفرع الثاني: تحديد وقت ارتكاب الجريمة
108	المطلب الثاني: تطبيق مبدأ عدم الرجعية في التشريع الإسلامي
109	الفرع الأول: تطبيق مبدأ عدم الرجعية بنص صريح
114	الفرع الثاني: تطبيق عدم الرجعية في النصوص التي تقرر حكما جديدا أشد
121	الفرع الثالث: تطبيق مبدأ عدم الرجعية في جريمتي القذف والحرابة
133	المبحث الثاني: القانون الأصلح للمتهم كاستثناء من مبدأ عدم الرجعية
134	المطلب الأول: تحديد القانون الأصلح للمتهم
134	الفرع الأول: معيار تحديد القانون الأصلح للمتهم
137	الفرع الثاني: تحديد القانون الأصلح للمتهم في القوانين البسيطة
140	الفرع الثالث: تحديد القانون الأصلح في القوانين المركبة والمتتابعة
145	المطلب الثاني: تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي
145	الفرع الأول: تطبيق القانون الأصلح في القانون الوضعي
150	الفرع الثاني: تطبيق القانون الأصلح للمتهم في التشريع الإسلامي
159	الباب الثاني: تطبيق النص الجنائي من خلال مبدأ الأثر الفوري والمباشر
161	الفصل الأول: مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي وعلاقته بمبدأ عدم الرجعية
163	المبحث الأول: مفهوم مبدأ الأثر الفوري والمباشر والأسس التي يقوم عليها
163	المطلب الأول: مفهوم الأثر الفوري للنص الجنائي وتاريخه
163	الفرع الأول : مفهوم الأثر الفوري و المباشر للنص الجنائي
169	الفرع الثاني : نشأة مبدأ التطبيق الفوري للنص الجنائي
173	المطلب الثاني: الأسس التي يقوم عليها مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون
173	الفرع الأول : المبررات الفلسفية لمبدأ الأثر المباشر للقانون
179	الفرع الثاني : الأسس التشريعية لمبدأ الأثر المباشر للقانون
192	المبحث الثاني: علاقة الأثر الفوري مع غيره في تنازع القوانين من حيث الزمان

192	المطلب الأول: أسس فكرة تنازع القوانين من حيث الزمان
192	الفرع الأول : السبب في إثارة تنازع القوانين زمانيا
192	الفرع الثاني : مؤشرات حل إشكالية تنازع القوانين زمانيا
193	الفرع الثالث : دور المركز القانوني الجنائي في حل إشكالية التنازع الزماني
199	المطلب الثاني: العلاقة بين مبدئي الأثر الفوري وعدم الرجعية
200	الفرع الأول : طبيعة العلاقة بين الأثر الفوري للقانون و عدم رجعيته
203	الفرع الثاني : نتائج التفرقة بين الأثر الفوري و عدم الرجعية
210	الفصل الثاني: تطبيقات مبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي
212	المبحث الأول: ضوابط تطبيق مبدأ الأثر الفوري والمباشر
212	المطلب الأول: الإشكالية المرتبطة بتطبيق مبدأ الأثر الفوري
212	الفرع الأول : تطبيق الأثر الفوري في نظر الآراء الفقهية
215	الفرع الثاني : تقدير الآراء الفقهية
216	الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري
220	الفرع الرابع : أسباب تطبيق الأثر الفوري على النصوص الإجرائية و نتائجه
223	المطلب الثاني: معايير التفرقة بين القواعد الموضوعية والشكلية
223	الفرع الأول : القاعدة الجنائية و النص الجنائي
226	الفرع الثاني : التمييز بين النصوص الجنائية الموضوعية و الشكلية
231	المبحث الثاني: تطبيق الأثر الفوري على القواعد الإجرائية الملتبسة
231	المطلب الأول: تطبيق الأثر الفوري على القواعد التي تسبق الفصل في الدعوى العمومية
231	الفرع الأول: قواعد الاختصاص القضائي
237	الفرع الثاني: قواعد تحريك الدعوى العمومية
224	الفرع الثالث: قواعد تقادم الدعوى العمومية

246	الإسلامي
255	المطلب الثاني: تطبيق الأثر الفوري على قواعد الفصل في الدعوى وما بعدها
255	الفرع الأول: قواعد الإثبات
259	الفرع الثاني: القواعد المنظمة لإصدار الأحكام والظعن فيها
268	الفرع الثالث: قواعد تنفيذ العقوبة أو تقادمها
272	الفرع الرابع: تطبيق الأثر المباشر على قواعد الفصل في الدعوى وما بعدها في التشريع الإسلامي
276	المبحث الثالث: الأثر الفوري والمباشر في القواعد الغير إجرائية
276	المطلب الأول: تطبيق الأثر الفوري إعمالاً لإرادة المشرع أو لاقتضاء طبيعة النص ذلك
276	الفرع الأول: تطبيق الأثر الفوري بنص صريح لمواجهة الجرائم الخطيرة
281	الفرع الثاني: تطبيق الأثر الفوري لاقتضاء طبيعة النص ذلك
288	المطلب الثاني: تطبيق الأثر الفوري خارج القواعد الإجرائية في التشريع الإسلامي
288	الفرع الأول: تطبيق الأثر الفوري باعتبار دلالة النص و استجابة المخاطبين به
291	الفرع الثاني: تطبيق الأثر الفوري استناداً لمعاهدة دولية
304	الخاتمة
309	الفهارس
310	فهرس الآيات القرآنية
314	فهرس الأحاديث النبوية
316	فهرس الأعلام
319	فهرس المصادر و المراجع
342	فهرس الموضوعات

الملخصات

ملخص

إن النصوص الجنائية ليست أبدية بل هي عرضة من حين لآخر للتغيير والتبديل، وذلك حسب تغيير وتقدير المشرع لإرادته في مواجهة ظاهرة الإجرام، وقد ينتج عن هذا أن يجد القاضي الجنائي أحيانا نفسه وهو ينظر وقائع معينة أمام نصين قانونيين مختلفين، سواء في مجال التجريم والعقاب أو المجال الإجرائي، ويكون أحد هذين النصين قديما والآخر جديدا، حيث يختلف حكميهما على تلك الواقعة الإجرامية.

وهذا التنازع بين النصين حول الواقعة محتمل في أية مرحلة من مراحل الخصومة الجنائية؛ فأى قانون سيختاره القاضي؟

يُحتكم في هذه الإشكالية إلى مبدئين أساسيين هما: مبدأ عدم رجعية النص الجنائي، ومبدأ الأثر الفوري والمباشر للنص الجنائي.

ففي مجال القواعد الموضوعية المتعلقة بالتجريم والعقاب، وما يرتبط بهما يطبق مبدأ عدم رجعية النص الجنائي، والذي يقضي بأنه: لا تسري القوانين الجنائية على الوقائع السابقة على نفاذها، وهذا المبدأ عريقا من الناحية التاريخية، حيث عرفته القوانين القديمة، إذ لم يأت من العدم، وإنما يستند إلى مبررات فلسفية وقانونية تعدّ في مجموعها أقوى من الانتقادات التي وجهت إليه.

وما نتج عن قوة تلك المبررات فقد أصبح هذا المبدأ منصوصا عليه في معظم الدساتير الديمقراطية، ولم تتوقف قوته القانونية عند حدود الدسترة بل تعدى ذلك إلى تأكيده في أغلب القوانين العقابية، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 46 من دستور 1996 وأكدته المادة 2 من قانون العقوبات.

وقد تبنى القانون الجنائي الدولي هذا المبدأ، أي عدم الرجعية وتم ترسيمه من خلال المادة 24 من اتفاقية روما حول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؛ كما يتمتع هذا المبدأ بنفس القوة والحجية في التشريع الإسلامي، من خلال مصدره الأساسيين القرآن والسنة. غير أن مبدأ عدم الرجعية لا يؤخذ على إطلاقه، وإنما تستثنى منه حالة كون القانون الجديد أصلح للمتهم، فيكون هنا هذا القانون هو الواجب التطبيق حتى على الوقائع السابقة لنفاذه؛ ونفس الموقف اتخذه التشريع الإسلامي.

أما في مجال القواعد الجنائية الإجرائية، فيُحتكم في تطبيقها زمانياً لمبدأ الأثر الفوري والمباشر الذي يقضي بسرمان القانون الجديد فوراً حتى على الإجراءات المرتبطة بوقائع ارتكبت في الماضي، ويعتبر هذا المبدأ حديث النشأة مقارنة بعدم الرجعية.

وتطبيق هذا المبدأ لا يطرح أي غموض في القواعد الإجرائية البحتة، في حين يكتنف ذلك نوعاً من الغموض حول القواعد الملتبسة منها تلك المتعلقة بالاختصاص والتنظيم القضائي، وقيود رفع الدعوى العمومية، وطرق إصدار الأحكام والطعن فيها، وكذا التقادم.

أمام غياب رأي المشرعين ومنهم الجزائري حول هذه القضية، يحتكم في التطبيق الزماني لتلك القواعد حسب الوصف الغالب عليها، فإذا غلب عنها الوصف الموضوعي تطبق إعمالاً لمبدأ عدم الرجعية، وإذا كان الوصف الإجرائي هو الغالب تطبق وفقاً لمبدأ الأثر الفوري والمباشر.

غير أن هذا الأخير يعتبر هو المطبق بلا منازع في النصوص التفسيرية مهما كان نوعها، وكذا الأمر في تطبيق الأحكام التي يكون مصدرها معاهدة دولية سواء في القانون الوضعي أو التشريع الإسلامي.

Résumé :

Les textes criminels sont périssables mais ils font l'objet de modifications de temps à autre suivant la variation de la volonté du législateur et son appréciation pour faire face au phénomène de la criminalité. De ce fait le juge criminel peut être confronté, en examinant un fait spécifique, à deux différents textes soit dans le domaine d'incrimination et sanction que le domaine des procédures dont l'un des textes est ancien et l'autre nouveau et qui peuvent avoir deux sentences différentes sur ce fait criminel.

Ce litige entre deux textes sur le fait est éventuel à n'importe quelle phase du litige criminel, pour quelle loi le juge doit opter.

La présente problématique est basée sur deux principes fondamentaux

Le premier étant le principe de non- rétroactivité du texte criminel et le deuxième est l'effet immédiat et direct de ce même type de texte dans le cadre des règles objectives relative à l'incrimination et à la sanction, ainsi que tout ce qui s'y rattache , le principe de non rétroactivité du texte criminel est appliqué. Ce dernier stipule que les lois criminelles ne sont pas appliquées sur les faits antérieurs et leur exécution. La non rétroactivité est un concept ancien hystériquement parlant car il a été défini par les lois anciennes il n'est pas venu de nulle par et est fondé sur des arguments philosophiques et légaux qui ont pu faire face au différentes critiques émises à son encontre. Le fruit de la puissance de ses arguments à fait en sorte que la majorité des constitutions démocratique l'ont adopté.

La force de loi ne se s'est pas arrêtée aux limites constitutionnelles mais a été confirmé par la majorité des lois correctionnelles, ce qui a été adopté par le législateur algérien à travers l'article 46 de la constitution 1996 et confirmé par l'article 2 du code pénal.

La loi criminelle internationale a adopté le principe de la non –rétroactivité et sa mise en exécution à travers l'article 24 de la convention de Rome concernant les statuts fondamentaux du tribunal pénal international. Ce principe jouit de la même force et motivation de la législation musulmane à travers ses deux références fondamentales: le Coran et la Sunnah.

Le principe de non- rétroactivité n'est pas pris de manière absolue, car on exclu le cas où la nouvelle loi est beaucoup plus appropriée pour l'accusé, de ce fait

cette loi serait plus applicable même sur les faits antérieurs à son exécution et la même position a été adoptée par la législation musulmane.

Dans le domaine des règles de procédures criminelles, son application sans le temps est régie par le principe de l'effet immédiat et direct qui stipule la mise en vigueur de la nouvelle loi immédiatement même en ce qui concerne les procédures relatives aux faits commis dans le passé, et ce principe est nouvellement créé en comparaison avec la non-rétroactivité.

L'application de ce principe ne cause aucune confusion en ce qui concerne les règles purement procédurales, cependant une certaine ambigüité caractérise les règles ambivalentes : à savoir celles relatives à la compétence, à la réglementation judiciaire, aux conditions d'introduction des actions publiques, modalités des prononcés des jugements et l'introduction des recours, et la prescription.

Devant l'absence de l'avis des législateurs, notamment les algériens, pour ce qui concerne cette affaire, il sera fait appel à l'application qui prend en considération le temps de ces règles suivant la description dominante. Si la description objective est dominante, le principe de non-rétroactivité est appliqué, mais si la description procédurale est dominante, le principe d'effet immédiat et direct sera appliqué. Cependant, ce dernier est incontestablement appliqué dans les textes interprétatifs quel que soit leur genre, et on fera la même chose pour ce qui concerne l'application des dispositions dont la source est un traité international, qu'il soit dans la loi convenue entre les hommes ou dans la législation musulmane.

Abstract :

The criminal texts are perishable but they are the subject of modifications from time to time following the variation of the legislator's will and his appreciation to face the phenomenon of criminality. In this respect the criminal judge can be confronted, while examining a specific fact, to two disputes texts is in the domain of incrimination and sanction that the domain of the procedures of which one of the texts is old and the the other one new and that can have two different sentences on this criminal fact.

This litigation between two texts on the fact is possible at any phase of the criminal litigation, for what law judges it must opt.

The present problematic is based on two fundamental principles

The first being the principle of no - retroactivity of the criminal text and the second is the immediate and direct effect of this same type of text in the setting of the objective rules relative to the incrimination and to the sanction, as well as everything that connects itself to it, the principle of non retroactivity of the criminal text is applied. This latter stipulates that the criminal laws are not applied on the previous facts and their execution. Non retroactivity is historically an old concept talking because it has been defined by the old laws, it didn't come of hopeless by and is founded on philosophical and legal arguments that could face the different critical emitted to sound against. The fruit of the power of arguments lies in the fact that the majority of the democratic constitutions adopted it.

The strength of law didn't stop to the constitutional limits but has been confirmed by the majority of the criminal laws, what has been adopted by the Algerian legislator through the article 46 of the constitution 1996 and confirmed by the article 2 of the penal code.

The international criminal law adopted the principle of the non .retroactivity and its execution through the article 24 of the convention of Rome concerning the fundamental statutes of the international penal court. This principle enjoys the same strength and incentive of the Muslim legislation through its two fundamental references: the Quran and the Sunnah.

The principle of no - retroactivity is not taken in an absolute manner, because one excluded the case where the new law is a lot more suitable for the accused, to the fact that this law would be more applicable even on the previous facts to its execution and the same position has been adopted by the Muslim legislation.

In the domain of the rules of criminal procedures, its application throughout the time is submitted to the principle of the immediate and direct effect that immediately stipulates the enforcement of the new law in the same regard to the relative procédures to the facts committed in the past, and this principle newly created in comparison with no-retroactivity.

The application of this principle doesn't cause any confusion in regard to the merely procedural rules, however a certain ambiguity characterizes the ambivalent rules: to know those relative to expertise, to the judicial regulation, to the conditions of introduction of the public actions, modes of the decisions of the judgments and the introduction of the recourses, and the prescription.

Before the absence of the opinion of the legislators, notably the Algerian, for what concerns this business, it will be called on the application that takes in consideration the time of these rules according to the dominant description. If the description objective is dominant, the principle of no-retroactivity is applied, but if the procedural description is dominant, the immediate and direct effect principle will be applied. However, this last is applied incontestably in the interpretative texts whatever is their kind, and one will make the same thing for what concerns the application of arrangements whose source is an international treaty, that it is in the law agreed between the men or in the Muslim legislation.