

د. عبد المنعم بن محمد ساسي العبيدي

رئيس قسم القانون الخاص بالمعهد العالي
للدراسات القانونية والسياسية بالقيروان

المبادئ العامة للقانون الجزائري (دراسة مقارنة)

تقديم

د. محمد الهادي الأخوة
الأستاذ المتميز والمحامي لدى التعقيب

الفصل الثاني: المبادئ المتعلقة بنطاق النص

نطاق النص هو مجاله الزمكاني، ذلك أن مجرد وجود نص التجريم لا يعتبر في ذاته كافيا كي يخضع الفعل له، فنصوص التجريم والعقاب - كغيرها من نصوص القانون - لا تتمتع بسلطان مطلق، بل يتحدد نطاقها بحدود مضبوطة في الزمان والمكان، وعليه كان انطباق النص على الفعل يستوجب دخول ذلك الفعل في حدود نطاق النص لكي يتحقق توفر الركن الشرعي أو القانوني للجريمة، ويستحق الفعل بذلك وصفه بعدم المشروعية. أمّا إذا لم يتحقق دخول الفعل في حدود نطاق النص فلا مجال لوصفه - أي الفعل - بأنه غير مشروع. وعموما تناول المبادئ المتعلقة بنطاق النص الجزائي يستوجب دراسة هذه

المبادئ من زاويتين، الأولى تتناول نطاق النص الجزائي من حيث الزمان (باب أول) والثانية تتناول نطاق النص الجزائي من حيث المكان (باب ثاني).

الباب الأول:

نطاق النص الجزائي من حيث الزمان

النص الجزائي مثله مثل غيره من نصوص القانون الوضعي يتميز بالدوام، الدوام في التشريع يعني البقاء على أصل النفاذ، ولكن لا يعني أبدا الخلود لأن قانون الوضعي لا يتضمن نصوصا أبدية، فهو في كلمة ليس ظاهرة زمنية زبدة بل يقبل النسخ. وإذا كان النص الجزائي يقبل النسخ - وهو كذلك - فإننا يعني منطقاً أن نطاقه الزمني يمتد من لحظة نشأته إلى لحظة إلغائه، ولا لطان له قبل اللحظة الأولى ولا بعد اللحظة الثانية³⁰⁷.

قاطعة بأن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار. وترتيباً على ذلك اعتبر جمهور المسلمين أن فترة الجاهلية لا عقاب على الجرائم التي حدثت أثناءها، سواء أكانت إراقة دم حرام أم غيرها من الربا والزنا والنهب والغصب والمنكرات³¹³ لأن النصوص الجزائية لا تسري بأثر رجعي.

أما الجرائم التي ارتكبت بعد ظهور الإسلام وقبل ورود النص، فالأصل فيها أيضاً عدم العقاب إعمالاً للمبدأ العام القاضي بعدم الرجعية، ولكن هذا المبدأ يعرف حسب البعض³¹⁴ استثناءً يرتبط حصراً بجرائم القذف والحرابة والظهار، حيث طبقت العقوبات فيها بأثر رجعي.

ولكن في الحقيقة هذا القول بوجود الاستثناء هو ما نخالفه³¹⁵، إذ يقبل الكثير من النقاش، فبخصوص القذف³¹⁶ يصعب الجزم بالتطبيق الرجعي للعقوبة، لأن الآية التي جاءت بعقوبة القذف وهي قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ {النور/4}﴾. قد حصل خلاف في سبب نزولها،

³¹³ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق - سوريا، ط 4 معدلة، سنة 1997، ج 7، ص 5330.

³¹⁴ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 311، وص 314 وما بعدها.

³¹⁵ وهذه المخالفة تتفق فيها مع الأستاذ محمد سليم العوا في كتابه في أصول النظام الجنائي الإسلامي، مرجع سابق ص 79 وما بعدها.

³¹⁶ القذف لغة: هو الرمي بالحجارة ونحوها. ثم استعمل في الرمي بالمكاره لعلاقة المشابهة بين الحجارة والمكاره في تأثير الرمي بكل منهما، لأن في كل منهما أذى، فالقذف إذابة بالقول. ويسمى فرية - بكسر الفاء - كانه من الافتراء والكذب.

وأما في الاصطلاح الشرعي: فهو نسبة آدمي غيره لزنا، أو قطع نسب مسلم. وبعبارة أخرى تخصص المراد منها: هو نسبة آدمي مكلف غيره، حراً، عفيفاً، مسلماً، بالغاً عاقلاً أو مطيقاً للزنا، أو قطع نسب مسلم. وهذا التعريف عند المالكية.

وقد فسره الحنفية بقولهم: القذف نوعان:

- أن يقذفه بصريح الزنا، أو ما يجري مجرى الصريح، وهو نفي النسب.

فالأول: أن يقذفه بصريح الزنا الخالي عن الشبهة، الذي لو أقام القاذف عليه أربعة شهود، أو أقربه المقذوف، لزمه حد الزنا.

الثاني: أن ينفي نسب إنسان من أبيه المعروف، فيقول: «لست بابن فلان» أو «هو ليس بأبيك» فيكون قاذفاً، كانه قال: «أمك زانية». - راجع: وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج 7، ص 5398.

فَقِيلَ: كَانَ سَبَبُهَا مَا قِيلَ فِي السَّيِّدَةِ عَائِشَةَ أُمَ الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. وَقِيلَ: بَلْ نَزَلَتْ بِسَبَبِ الْقَذْفَةِ عَامًّا لَا فِي تِلْكَ النَّازِلَةِ³¹⁷، وَقَدْ رَجَّحَ الشَّيْخُ مُحَمَّدُ الطَّاهِرُ بْنُ جَاوُودٍ بِالْإِفْكَ عَصَبَةَ مَنْكُمْ لَا تُحْسِبُوهُ شَرًّا لَكُمْ بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَكُمْ لِكُلِّ مَنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ [النور/1] مَا نَصَّهُ «اسْتِثْنَاءُ ابْتِدَائِي فَإِنَّ هَذِهِ الْآيَاتِ الْعَشْرَ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: «وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» نَزَلَتْ فِي زَمَنٍ بَعِيدٍ عَنِ زَمَنِ نَزُولِ الْآيَاتِ الَّتِي مِنْ أَوَّلِ هَذِهِ السُّورَةِ»³¹⁸.

وَيُمْكِنُ تَدْعِيمًا لِهَذَا الرَّأْيِ أَنْ نَسُوقَ عِدَّةَ حُجَجٍ أَهَمُّهَا:

- أَنَّهُ لَمْ يَرَوْا عَنِ السَّيِّدَةِ عَائِشَةَ أُمَ الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا قَالَتْ بِأَنَّ سَبَبَ تَشْرِيعِ الْعِقَابِ فِي الْقَذْفِ هُوَ حَادِثَةُ الْإِفْكَ، بَلْ وَرَدَ عَنْهَا رَوَايَاتٌ مُتَوَاتِرَةٌ أَنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ قُرْآنًا فِي تَبْرِئَتِهَا وَتَوَعَّدَ الْمُنَافِقِينَ³¹⁹ وَلَوْ كَانَ الْعِقَابُ عَلَى الْقَذْفِ بِسَبَبِ هَذِهِ الْحَادِثَةِ لَصَرَّحَتْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بِذَلِكَ.

- قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: «لَوْ لَا جَاوُودُا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ [النور/13]» فَهَذِهِ الْآيَةُ كَمَا يَقُولُ الشَّيْخُ بْنُ عَاشُورٍ³²⁰ فِي شَرْحِهَا، هِيَ اسْتِثْنَاءُ ثَانٍ لِتَوْبِيخِ الْعَصْبَةِ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكَ وَذَمِّ لِهِمْ. وَ«لَوْ لَا» بِمَعْنَى «هَلَا». وَالْمَعْنَى: أَنَّ الَّذِي يُخْبِرُ خَبْرًا عَنْ غَيْرِ مَشَاهِدَةٍ يَجِبُ أَنْ يَسْتَدِلَّ فِي خَبَرِهِ إِلَى أَخْبَارِ مَشَاهِدٍ، وَيَجِبُ كَوْنُ الْمَشَاهِدِينَ الْمُخْبِرِينَ عِدَّةً يَفِيدُ خَبَرَهُمُ الصِّدْقَ فِي مِثْلِ الْخَبَرِ الَّذِي أَخْبَرُوا بِهِ، فَالَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكَ اخْتَلَفُوا مِنْ سَوْءِ ظَنُونِهِمْ فَلَمْ يَسْتَدِلُّوا إِلَى مَشَاهِدَةٍ مَا أَخْبَرُوا بِهِ وَلَا إِلَى شَهَادَةٍ مِنْ شَاهِدِيهِ

³¹⁷ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْأَنْصَارِيُّ الْقُرْطُبِيُّ: الْجَامِعُ لِأَحْكَامِ الْقُرْآنِ، مَرْجِعٌ سَابِقٌ، م 6، ج 11، ص 3508.

³¹⁸ مُحَمَّدُ الطَّاهِرُ بْنُ عَاشُورٍ: التَّحْرِيرُ وَالتَّنْوِيرُ، مَرْجِعٌ سَابِقٌ، م 9، ج 18، ص 169.

³¹⁹ أَنْظَرُ تَدْعِيمًا لِذَلِكَ مَا قَالَتْهُ السَّيِّدَةُ عَائِشَةُ أُمَ الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بِهَذَا الْخُصُوصِ الْمَرْجِعُ التَّالِي:

ابن هشام: السيرة النبوية، علق عليها وخرج أحاديثها وصنع فهرسها، عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي بيروت - لبنان، ط 5، سنة 1996، ج 3، ص 243 وما بعدها، وخاصة ص 247 وما بعدها.

³²⁰ ابن عاشور: مرجع سابق، م 9، ج 18، ص 175.

من يقول منهم فاستان خبواهم اذبحوا وهذا الموضع في الآية الاولى من سورة التوبة
في اول السورة بقوله تعالى والذين نزلوا من السماء من اول السورة في قوله تعالى والذين نزلوا من السماء
فاجبك وكنهم ثمانون جندة الا انهم لا يراهم الا في الآخرة والذين نزلوا من السماء في قوله تعالى
يقطعون متصفا متبقة في الزمان لا الزمان في الآخرة والذين نزلوا من السماء في قوله تعالى
اسبقية نزل عقوبة المناف عن عادية الايمان

يقطعني منطلقا سابقة في
أسبقية نزول عقوبة القذافي عن خاتمة أم المؤمنين
- يرجع الشيخ المرحوم محمد الطاهر بن عاشور أن نزول آيات سورة النور
كان أواخر السنة الأولى أو أوائل السنة الثانية³⁴ أو أواخر السنة الثانية أو أوائل
السنة الثالثة³⁵، ووجهه أن سبب نزول قوله تعالى ﴿الَّذِينَ لَا يَرْجِعُونَ إِلَى اللَّهِ وَمُسْتَرْكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَرْجِعُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ فَلَا عَلَى الْمُشْرِكِينَ
مُشْرَكَةٌ وَالزَّانِيَةُ لَا يَرْجِعُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ فَلَا عَلَى الْمُشْرِكِينَ
(النور/3)﴾، قضية موت بن أبي مرثد مع عناق، وموت بن أبي مرثد استشهد في
صفر سنة ثلاث للهجرة في غزوة الرجيع، فيكون أوائل هذه السورة نزل قبل
سنة ثلاث، أما آيات قصة الإفك فقد نزلت عقب غزوة بني المصطلق من غزوة
والأصح أن غزوة بني المصطلق كانت سنة أربع فإنها قبل غزوة الخندق³⁶ أما
قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ
أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (النور/6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ
عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (النور/7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ
بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (النور/8)﴾، فقد نزلت في قضية عويمر العجلاوي مع
زوجه خولة³⁷، وقال الشيخ بن عاشور أنها نزلت في شعبان سنة تسع بعد غزوة
تبوك فتكون تلك الآيات مما نزل بعد نزول أوائل هذه السورة، وهذا يقتضي أن
هذه السورة نزلت منجمة متفرقة في مدة طويلة وألحق بعض آياتها ببعض³⁸

والحاصل ممّا تقدّم أنّ الترتيب الزمنيّ لظهور أوائل سورة الدور يبيّن أنّ آيات

³²¹ بن عاشور: مرجع سابق، م 9، ج 18، ص 139.

بن عاشور: مرجع سابق، م 9، ج 18، ص 176.

بن عاشور: مرجع سابق، م 9، ج 18، ص 139.

324 بن عاشور: مرجع سابق، م 9، ج 18، ص 139

325
بن عاشور: مرجع سابق، م 9، ج 18، ص 140.

العقاب على القذف قد نزلت قبل آيات قصّة الإفك. وهذا يعني أن تطبيق الحد في جريمة القذف لم يكن بأثر رجعي لسبق وجود النص.

أما بالنسبة إلى الحراية³²⁶، فقد اختلفوا أيضاً في أسباب نزول آية الله عليها³²⁷ وهي قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (المائدة/33). يقول سماحة الأستاذ الإمام الشيخ محمد الطاهر بن عاشور³²⁸ رحمه الله في أسباب نزولها، إنها نزلت في شأن حكم النبي ﷺ في العُرَيْنَيْنِ، وبه يشعر صنيع البخاري إذ ترجم بهذه الآية من كتاب التفسير، وأخرج عقبه حديث أنس بن مالك في العُرَيْنَيْنِ. ونص الحديث من مواضع من صحيحه: قَدِمَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ نَفَرٌ مِنْ عُكْلٍ وَعُرَيْنَةٌ فَأَسْلَمُوا، ثُمَّ أَتَوْا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالُوا:

³²⁶ الحراية هي قطع الطريق، وركن قطع الطريق: هو الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المارة عن المرور وينقطع الطريق، سواء أكان القطع من جماعة أم من واحد، بعد أن يكون له قوة القطع، وسواء أكان القطع بسلاح أم غيره من العصا والحجر والخشب ونحوها، وسواء أكان مباشرة الكل، أم التسبب في البعض بالإعانة والأخذ، لأن القطع يحصل بكل ما ذكر كما في السرقة، ولأن هذا من عادة قطاع الطريق، وبه يظهر أن قطاع الطريق قوم لهم منعة وشوكة، بحيث لا يمكن للمارة مقاومتهم، يقصدون قطع الطريق، بالسلاح أو بغيره.

وهناك تشابه بين جريمتي قطع الطريق والبغي، فقطع الطريق: هم محاربون على غير التأويل، والبغاة محاربون على التأويل.

وقد أحق الحنفية حد الحراية بحد السرقة، لأن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى، إلّا أنه ليس بسرقة مطلقة، فإن السرقة هي الأخذ خفية كما يتبادر إلى الذهن، وإنما يطلق عليه اسم السرقة مجازاً بسبب الإخفاء عن الإمام أو عن حراسه لحفظ الطريق. فيسمى سرقة بسبب أخذ المال سراً عن الحارس أو الإمام، وتسميها «كبرى»، لأن فيه ضرراً على أصحاب الأموال وعامة الناس، ولذا غلظ الحد فيه، وخفف في السرقة العادية المسماة بالسرقة الصغرى، لأن ضررها يخص المالك بأخذ ما لهم وهتك حرزهم.

- راجع: وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج 7، ص 5462.

³²⁷ انظر في الاختلاف في أسباب النزول:

- محمد رشيد رضا: تفسير القرآن الحكيم المسمى تفسير المنار، مرجع سابق، ج 6، ص 306 وما بعدها.

- أبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي: الكشف، مرجع سابق، ج 1، ص 555. 556.

- أبو بكر أحمد الرازي الجصاص: أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 572.

- محمد الطاهر بن عاشور: مرجع سابق، م 4، ج 6، ص 180. 181.

³²⁸ بن عاشور: مرجع سابق، م 4، ج 6، ص 180. 181.

فَدُخِرُوا فِيهَا فَمَشَرُوا مِنْ أَبْوَالِهَا وَأَبْنَاهَا وَاسْتَصَحُّوا، فَمَاتُوا عَلَى
الرَّاعِي فَتَنَلَوْهُ وَاطَّرَدُوا الدَّوْدَ وَارْتَدُّوا، فَبَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ فِي
أَثَرِهِمْ، بَعَثَ جَرِيرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ فِي خَيْلٍ فَأَذْرَكَوهُمْ وَقَدْ أَشْرَفُوا عَلَى بِلَادِهِمْ،
فَمَا تَرَجَّلَ النَّهَارَ حَتَّى جِيءَ بِهِمْ، فَأَمَرَ بِهِمْ، فَتَقَطَّعَتْ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلُهُمْ وَسَمِّلَتْ
أَعْيُنُهُمْ بِمَسَامِيرَ أَحْمَرٍ، ثُمَّ حَبَسَهُمْ حَتَّى مَاتُوا. وَقِيلَ: أَمَرَ بِهِمْ فَأُلْقُوا فِي الْحَرَّةِ
يُسْتَسْقُونَ فَلَا يُسْقَوْنَ فَمَا يُسْقَوْنَ حَتَّى مَاتُوا. قَالَ جَمَاعَةٌ: وَكَانَ ذَلِكَ سَنَةَ سِتٍّ
مِنَ الْهَجْرَةِ، كَانَ هَذَا قَبْلَ أَنْ تَنْزِلَ آيَةُ الْمَائِدَةِ. نَقَلَ ذَلِكَ مَوْلَى ابْنِ الْعِطَالِ فِي
كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ الْمَأْثُورَةِ بِسَنَدِهِ إِلَى ابْنِ جَبْرِ وَابْنِ سِيرِينَ. وَعَلَى هَذَا يَكُونُ نَزُولُهَا
نَسْخًا لِلْحَدِّ الَّذِي أَقَامَهُ النَّبِيُّ ﷺ.

وَفِي رِوَايَةِ لِلطَّبْرِيِّ، نَزَلَتْ فِي قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ كَانَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِينَ
عَهْدٌ فَتَنَقَّضُوهُ وَقَطَعُوا السَّبِيلَ وَأَفْسَدُوا فِي الْأَرْضِ. رَوَاهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَالضَّحَّاكُ.
وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ وَأَيُّمَا كَانَ فَقَدْ نَسَخَ ذَلِكَ بِهَذِهِ الْآيَةِ.

وَجَاءَ بِأَحْكَامِ الْقُرْآنِ لِلْجِصَّاصِ³²⁹ بَيَانًا لِأَسْبَابِ النَّزُولِ قَوْلُهُ: قَدْ رَوَى قَتَادَةُ
وَعَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ صَهِيْبٍ وَغَيْرُهُمَا عَنْ أَنَسٍ قَالَ: قَدِمَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ أَنَسٌ مِنْ
عُرَيْنَةَ، فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَوْ خَرَجْتُمْ إِلَى ذُودِنَا فَمَشَرْتُمْ مِنْ أَبْوَالِهَا
وَأَبْوَالِهَا» فَفَعَلُوا، فَلَمَّا صَحُّوا قَامُوا إِلَى رَاعِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَفَقَتَلُوهُ وَرَجَعُوا
كُفَّارًا وَاسْتَأْقَوْا دُودَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَأَرْسَلَ فِي طَلِبِهِمْ، فَأَتَى بِهِمْ، فَتَقَطَّعَ
أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ وَسَمَّلَ أَعْيُنَهُمْ وَتَرَكَهُمْ فِي الْحَرَّةِ حَتَّى مَاتُوا... وَخَبَرَ الْعُرَيْنِيِّينَ
مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فَذَكَرَ بَعْضُهُمْ عَنْ أَنَسٍ نَحْوَ مَا ذَكَرْنَا، وَزَادَ فِيهِ: أَنَّهُ كَانَ سَبَبُ
نَزُولِ الْآيَةِ. وَرَوَى الْكَلْبِيُّ عَنْ صَالِحٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهَا نَزَلَتْ فِي أَصْحَابِ أَبِي
بَرْزَةَ الْأَسْلَمِيِّ، وَكَانَ مُوَادِعًا لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَتَقَطَّعُوا الطَّرِيقَ عَلَى
قَوْمٍ جَاءُوا يَرِيدُونَ الْإِسْلَامَ، فَنَزَلَتْ فِيهِمْ. وَرَوَى عِكْرَمَةُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهَا نَزَلَتْ
فِي الْمُشْرِكِينَ، فَلَمْ يَذْكُرْ مِثْلَ قِصَّةِ الْعُرَيْنِيِّينَ. وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَمْرِو أَنَّهَا نَزَلَتْ فِي

³²⁹ الجصاص: مرجع سابق، ج 2، ص 572.

العربيين، ولم يذكر ردة.

وانطلاقاً من هذا الخلاف في أسباب النزول يمكن القول:

- إذا كان الخلاف في من نزلت فيهم الآية دون العقاب الذي أنزل، فإن إشكال من الناحية الجزائية، إذ لا رجعية للنص الذي جاء بالحد، لأن العقاب الذي وقع على العربيين سواء صدق عليهم أم على غيرهم، لا يتطابق مع العقاب الذي حدّته الآية، فيكون من المؤكّد أنه عقاب سابق عن نزولها، والآية جاءت لضبط العقاب وتحديدده على مثل تلك الأفعال ولم تطبّق بأثر رجعي بل بأثر مباشر.

- أمّا إذا كان الخلاف في العقاب ذاته، هل طبّق على الوصف المذكور في الأثر، أم طبّق كما جاءت به الآية على أفعال سابقة. فإنّ الحل لا يخلو من أحد احتمالين:

الأول: إذا طبّق العقاب على الوصف المذكور في الآثار (عقاب العربيين) فهو من الثابت سابق لنزول الآية لعدم التطابق.

الثاني: وإن طبّق العقاب كما جاء بالآية على أفعال سابقة، كان للنص أثر رجعي، ولكن مبرّر هذه الرجعية ليس طبيعة الجريمة وما تتضمنه من خطورة تمس الأمن والنظام العام، بل لأنها أخفّ على شدّتها من حكم المماثلة في العقاب الذي أكّده سورة الشورى إذ يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ {الشورى/40}، وسورة البقرة لقوله سبحانه ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ {البقرة/194}.

- الروايات التي ذكرت أسباب النزول لم تفصّل في العقاب الذي حلّ بمن نزلت فيهم الآية إلا بالنسبة إلى العربيين، أمّا غيرهم فلم يذكر ما هو العقاب الذي حلّ بهم ولا فصلت الأفعال التي ارتكبوها، وعدم الذكر هذا يجعلنا نحذر من القول بالرجعية لأنها استثناء والأسلم البقاء على الأصل وهو عدم الرجعية.

330 فقد بين الله سبحانه وتعالى حكمه في قوله تعالى
 «أما بخصوص الظهار 330 فقد بين الله سبحانه وتعالى حكمه في قوله تعالى
 «قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ
 تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ {المجادلة/1} الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا
 هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتَهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا
 وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌ غَفُورٌ {المجادلة/2} وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا
 فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَ كُمْ تُوَعُّظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ
 {المجادلة/3} فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ
 يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ
 وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ {المجادلة/4}».

وقد اتفق أهل التفسير على أن سبب نزول آيات أحكام الظهار هي قضية
 المرأة خولة أو خويلة مصغراً أو جميلة بنت مالك بن ثعلبة أو بنت ذليج (مصغراً)

330 الظهار لغة: مصدر مأخوذ من الظهر، مشتق من قول الرجل إذا ظاهر امرأته (أنت علي كظهر أمي)، وكان
 طلاقاً في الجاهلية، ويقال: كانوا في الجاهلية إذا كره أحدهم امرأته، ولم يرد أن تتزوج بغيره، إلى منها أو
 ظاهر، فتبقى لا ذات زوج وخليفة عن الأزواج تستطيع أن تنكح غير زوجها الأول، فأبطل الإسلام هذا
 الحكم، وجعل حكمه مختلفاً، وهو منع الرجال من مجامعة زوجته حتى يكفر.
 والظهار شرعاً: هو أن يشبه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبید، أو بجزء منها يحرم عليه النظر إليه
 كالظهر، والفخذ، كأن يقول لها أنت علي كظهر أمي وأختي، أو بحذف كلمة (علي).
 وتعريفات فقهاء المذاهب متقاربة وهي ما يأتي:
 عرفه الحنفية بقولهم: تشبيه المسلم زوجته، أو ما يعبر به عنها من أعضائها، أو جزءاً شائعاً منها، بمحرمة
 عليه تأبیداً.
 وعرفه المالكية بقولهم: الظهار: تشبيه المسلم المكلف من تحل من زوجه أو أمة، بمحرمة عليه أو بظهر
 أجنبية، وإن تعليقاً أو مقيداً بوقت.
 وعرفه الشافعية بأنه: تشبيه الزوجة غير البائن بأنثى لم تكن حلالاً على التأبید.
 وعرفه الحنابلة بقولهم: أن يشبه الزوج امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأبید، أو يشبهها بظهر
 من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً، أو يشبهها برجل كأيبه أو زيد، أو بعضو منه كظهره أو رأسه.
 والحكم الشرعي للظهار هو التحريم، فالظهار محرم لقول الله تعالى: «وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ
 وَزُورًا» {المجادلة/2} ومعناه أن الزوجة ليست كالأم في التحريم، قال تعالى «مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ» {المجادلة/2}
 وقال تعالى: «وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ» {الأحزاب/4}.

راجع بخصوص الظهار:

- وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج 9، ص 7123 وما بعدها.

- أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف العرزاوي: تمام المنة في فقه الكتاب وصحيح السنة، دار سبيل السلام القيم
 دار ابن حزم القاهرة، ط 1، سنة 2011، ج 3، ص 203 وما بعدها.

المؤقية. وربما قالوا: الخزرجية، وهي من بني عوف بن مالك بن الخزرج من بطون الأنصار مع زوجها أوس بن الصامت الخزرجي أخي عبادة بن الصامت. قال ابن عباس وكان هذا يعني الظهار - في الجاهلية تحريمًا للمرأة مؤبدًا (أي وعمل به المسلمون في المدينة بعلم من النبي ﷺ وإقراره الناس عليه فاستت مشروعا) فجاءت خولة رسول الله ﷺ وذكرت له ذلك، فقال لها: حُرِّمَتْ عَلَيْكَ فَقَالَتِ لِلرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ لِي صَبِيَّةً صَغِيرًا إِنْ ضَمَمْتَهُمْ إِلَيْهِ ضَاءٌ وَإِنْ ضَمَمْتَهُمْ إِلَيَّ جَاعُوا، فَقَالَ ﷺ: مَا عِنْدِي فِي أَمْرِكَ شَيْءٌ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا ذَكَرَ طَلَاقًا، وَإِنْ هُوَ أَبُو وَلَدِي وَأَحَبُّ النَّاسِ إِلَيَّ فَقَالَ: حُرِّمَتْ عَلَيْهِ. فَقَالَتْ: أَشْكُو إِلَى اللَّهِ فَاقْتِي وَوَجِدِي. كُلَّمَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ، هَتَفَتْ وَشَكَتْ إِلَى اللَّهِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ هَذِهِ الْآيَاتُ³³¹.

وهذا الحديث رواه أبو داود في كتاب الظهار³³² مجملًا بسند صحيح³³³. وأمَّا تفصيل قصته فمن روايات أهل التفسير وأسباب النزول يزيد بعضها على بعض، وقد استقصاها الطبري بأسانيده عن ابن عباس وقتادة وأبي العالية ومحمد بن كعب القرظي وكلها متفقة على أنَّ المرأة المجادلة هي خولة أو خويلة أو جميلة، وعلى أنَّ زوجها أوس بن الصامت³³⁴.

وملخص ما يستفاد من أسباب نزول آيات أحكام الظهار أنَّ هذه الآيات قد أبطلت الظهار وكان فيها مخرجًا مما لحق بالمجادلة من ضرر بظهار زوجها.

أمَّا إبطال الظهار فهو إبطال للأثر المترتب عن صيغته في تحريم الزوجية، بما يشير كما يقول الشيخ بن عاشور رحمه الله³³⁵ إلى أنَّ الأمومة حقيقة ثابتة لا

³³¹ الطاهر بن عاشور: مرجع سابق، م 13، ج 28، ص 7.

³³² أنظر سنن أبي داود، تصنيف أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، حكم على أحاديثه وعلق عليه، العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به أبو عبيدة مشهور آل سلمان، مكتبة المصارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط 2، سنة 2007، ص 386-387.

³³³ أنظر الحديث عند أبي داود مرجع سابق ص 386، 387، حديث رقم 2214 وحديث رقم 2215 وقد حكم الألباني على كل حديث بالقول أنه «حديث حسن» دون قوله «والعرق...».

³³⁴ طاهر بن عاشور: مرجع سابق، م 13، ج 28، ص 7.

³³⁵ طاهر بن عاشور: مرجع سابق، م 13، ج 28، ص 12.

تصنع بالقول إذ القول لا يبدل حقائق الأشياء، كما قال تعالى في سورة الأحزاب: ﴿ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ﴾ ولذلك أعقب هنا بقوله سبحانه: ﴿إِنْ أُمُّهُائِهِمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْتَهُمْ﴾ أي فليست الزوجات المظاهر منهن بصائرات أمهات بذلك الظهار لانعدام حقيقة الأمومة منهن إذ هن لم يلدن القائلين: أنت علي كظهر أمي، فلا يحرم من عليهم، فالقصر في الآية حقيقي، أي فالتحريم بالظهار أمر باطل لا يقتضيه سبب يؤثر إيجاده.

وهذا الإبطال كان مصحوبا بذمّ مثل هذا صنيع - أي الظهار - بقوله تعالى: ﴿وَأَنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾ الآية، توبيخا لهم على صنيعهم، أي أن الظهار مع كونه لا يوجب تحريم المرأة هو قول منكر وزور أي قبيح وكاذب، وهو قبيح لما فيه من تعريض حرمة الأم لتخيّلات شنيعة تخطر بمخيلة السامع عندما يسمع قول المظاهر: أنت علي كظهر أمي³³⁶. وبعد هذا التوبيخ عطف الله سبحانه وتعالى عليه جملة ﴿وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُؤٌ غَفُورٌ﴾ كناية عن عدم مؤاخذتهم بما صدر منهم من الظهار قبل هذه الآية، إذ كان عذرهم أن ذلك قول تابعوا فيه أسلافهم وجري على سنتهم دون تفكير في مدلولاته. وأمّا بعد نزول هذه الآية فمذهب المالكية: أن حكم إيقاعه الحرمة كما صرح به ابن راشد القفصي في اللّباب لقوله بعده ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾ أن إيقاع الظهار معصية، ولكونه معصية فسر ابن عطية قوله: ﴿وَأَنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾. وبذلك أيضا فسر القرطبي قوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾. وقال ابن الفرس: هو حرام لا يحل إيقاعه. ودلّ على تحريمه ثلاثة أشياء:

- أحدها: تكذيب الله سبحانه وتعالى من فعل ذلك.
 - الثاني: أنه سمّاه منكراً وزوراً، والزور الكذب وهو محرّم بإجماع.
 - الثالث: إخباره تعالى بأنه يعفو عنه ويغفر ولا يُعْفَى وَيُغْفَرُ إِلَّا عَلَى الْمُنْذِبِينَ.
- وأقوال فقهاء الحنفية تدل على أن الظهار معصية، ولم يصفه أحد من المالكية ولا الحنفية بأنه كبيرة. ولا حجة في وصفه في الآية بالزور، لأن

³³⁶ مظهر بن عاشور: مرجع سابق، م 13، ج 28، ص 13.

الكذب لا يكون كبيرة إلا إذا أفضى إلى مضرة. وعد السبكي في جمع الجوامع الظهار من جملة الكبائر وسلمه المحلي. والكاتبون قالوا لأن الله سبحانه زوراً والزور كبيرة فكون الظهار كبيرة قول الشافعية، وفيه نظر فإنهم لم يعدوا الكذب على الإطلاق كبيرة وإنما عدوا شهادة الزور كبيرة³³⁷.

أما المخرج مما لحق بالمجادلة من ضرر بظهار زوجها فيتمثل بعد إبطال الظهار ذاته في إقرار أحكام كفارته وهي ثلاثة أنواع: اعتاق رقبة، أو صيام شهرين أو إطعام ستين مسكينا، وهي على الترتيب، فالإعتاق أولاً فإن لم يكن فصيام، فإن لم يكن فالإطعام³³⁸. والأصل في هذا قوله سبحانه «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ كُمْ لَوْ عَمَلُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ {المجادلة/3} فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِينَ مَسْكِينًا {المجادلة/4}».

ولقد طبقت كفارة الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه كما يشير بذلك الحديث الصحيح الذي أخرجه أبو داود³³⁹.

³³⁷ طاهر بن عاشور: مرجع سابق، م 13، ج 28، ص 13، 14.

³³⁸ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق وتعليق ودراسة على محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، سنة 2003، ج 2، ص 182.

³³⁹ نص الحديث كما جاء بسنن أبي داود بتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مرجع سابق، ص 386 حديث رقم 2214 - (حسن) دون قوله «أو العرق...» حدثنا الحسن بن علي، نا يحيى بن آدم، نا ابن إدريس، عن محمد ابن إسحاق، عن معمر بن عبد الله بن حنظلة، عن يوسف بن عبد الله بن سلام، عن خولة بنت مالك بن ثعلبة، قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجن رسول الله ﷺ أشكو إليه، ورسول الله ﷺ يجادلني فيه، ويقول «اتقي الله فإنه ابن عمك» فما برحت حتى نزل القرآن «قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا» إلى الفرض، فقال: «يعتق رقبة» قالت لا يجد، قال: «فيصوم شهرين متتابعين»، قالت: يا رسول الله، إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: «فليطعم ستين مسكينا» قالت: ما عنده من شيء يتصدق به، قالت: «هاتني ساعتئذ بعرق من تمر»، قلت يا رسول الله، فإني أعينه بعرق آخر، قال: «قد أحسنت، اذهبي فاطعمي بها عنه ستين مسكينا، وارجمي إلى ابن عمك»، والعرق ستون صاعا.

وهذا الحديث أخرجه أيضا ابن الجارود (رقم 746) وابن حبان (رقم 1334) والبيهقي (389/7) وأحمد (410/6) من طريق محمد بن إسحاق وصححه الألباني في الإرواء.

راجع: محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، سنة 1985، ج 17، ص 173، حديث رقم 2087.

والسؤال الذي يطرح في هذا الإطار هو: هل أن كفارة الظهار عقوبة بالمعنى
الجزائي؟

هذا ما ذهب إليه الأستاذ عبد النادر عودة رحمه الله³⁴⁰ حيث قال: «إن
صككت عقوبة الظهار قد طرأت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول
النص فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعي».

وهذا ما يختلف فيه مع الأستاذ عودة رحمه الله، فالكفارة³⁴¹ في الظهار
ليست عقوبة بالمعنى الجزائي بل آية لإعادة حل الوطئ الذي حرّمه المظاهر على
نفسه بظهاره، وطُرقت كفارة الظهار بأثر رجعي على واقعة حدثت قبل نزول
الآية للمصلحة في الحفاظ على الروابط الأسرية ومنع انحلالها، وما يؤكد هذا
الذي نذهب إليه هو أن الكفارة في الظهار لا تجب على قول الجمهور إلا
بالعود³⁴²، ودليلهم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا
فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَسَّكَ ذَلِكَ لَكُمْ تَوْعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ
[المجادلة/3]»، وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود، وأيضا فمن طريق
القياس، فإن الظهار يشبه الكفارة في اليمين، فكما أن الكفارة إنما تلزم
بالمخالفة أو بإرادة المخالفة كذلك الأمر في الظهار³⁴³. ويتحصّل من هذا أن
كفارة الظهار شرعت إذا قصد المظاهر الاستمرار على معاشرة زوجته، تحلة لما
قصده من التحريم، وتأديبا له على هذا التقصد الفاسد والقول الشنيع³⁴⁴. فإن لم

³⁴⁰ عبد النادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 318.

³⁴¹ الكفارة لغة: جمعها كفارات، والكاف والفاء والراء أصل صحيح يدل على معنى واحد، وهو السّر
والشّغط. يقال لمن غطى درعه بثبوت: قد كفر درعه. والمكفر: الرّجل المتغطّي سلاحه.

راجع: أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا: مقاييس اللغة، مرجع سابق، ص 812.

واصطلاحا: العتق أو الإفارة هي ما يكفر به الإثم من صدقة أو صلاة أو غير ذلك.

³⁴² ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 174.

- عبد الكريم بن حمدي: الجامع المفيد في أسباب اختلاف الفقهاء عند الإمام ابن رشد الحفيد، جامع لأشهر
المسائل الخلافية وأسبابها بين فقهاء الأمصار في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، ط 1، سنة 2009، م 2، ص
716.

³⁴³ ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 184.

³⁴⁴ طاهر بن عاشور: مرجع سابق، م 13، ج 28، ص 18.

يرد العود³⁴⁵، فلا كفارة عليه، لأن الكفارة شرط لحل الوطئ، وهو ما يؤكد اختلاف كفارة الظهار عن العقاب بمعناه الجزائي لأن العقوبة الجزائية ليست شرطاً لإباحة شيء لاحق على الفعل المجرّم بل هي جزاء على ارتكاب الفعل ذاته.

فإذا كانت الكفارة في الظهار لا تُعدّ عقوبة جزائية لما تقدّم، فهل للظهار ذاته عقوبة جزائية؟ وتحديد عقوبة تعزيرية؟

³⁴⁵ العود: لغة الرجوع إلى شيء تركه وفارقه صاحبه. وأصله: الرجوع إلى المكان الذي غادره. أما معنى العود في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا...﴾ فقد اختلف القائلون باشتراطه في إيجاب الكفارة. فمن الإمام مالك في ذلك ثلاث روايات: ❶ إحداهما: أن العود هو أن يعزم على إمساكها والوطء معا. ❷ والثانية: أن يعزم على وطئها فقط، وهي الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه، وبه قال أبو حنيفة وأحمد. ❸ والرواية الثالثة: أن العود هو نفس الوطء، وهو أضعف الروايات عند أصحابه. وقال الشافعي: العود هو الإمساك نفسه، قال: ومن مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق يقوم مقام إرادة الإمساك منه، أو هو دليل ذلك. وقال داود وأهل الظاهر: العود هو أن يكرّر لفظ الظهار ثانية، ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد، ولا كفارة عليه.

وانتهى ابن رشد الحفيد إلى القول: وبالجمله: فالعمول عندهم في هذه المسألة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر، والتقسيم، وذلك أن معنى العود لا يخلو أن يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود، أو الوطء نفسه، أو الإمساك نفسه، أو إرادة الوطئ، ولا يكون تكرار اللفظ، لأن ذلك تأكيد، وتأكيد لا يوجب الكفارة، ويكون إرادة الإمساك للوطئ، فإن الإمساك موجود بعد، فقد بقي أن يكون إرادة الوطئ، وإن كان إرادة الإمساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت أن العود هو الوطء.

- ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق ج 2 ص 184، 185.

وانظر للتوسع:

- محمد الطاهر بن عاشور: التحرير، مرجع سابق، م 13، ج 28، ص 16 وما بعدها.

- الجصاص: مرجع سابق، ج 3، ص 625 وما بعدها.

- عبد الكريم حامدي: الجامع المفيد، مرجع سابق، م 2، ص 716. 717. 718.

- أبو مالك كمال بن السيد سالم: صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية مصر، دط ودت، ج 3، ص 378.

- أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف العزّازي: تمام المنّة، مرجع سابق، ج 3، ص 205.

- أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزّي: القوانين الفقهية، تحقيق وتخريج عبد الله المنشاوي، دار الحديث القاهرة، دط، سنة 2005، ص 196.

- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي: الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، قدّم له وضبطه طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، سنة 2004، ص 343-344.

لا شك ولا خلاف بأن لا تعزير على فعل الظهار ذاته، لما روي عن الرسول ﷺ من أحاديث صحيحة³⁴⁶ في من واقع قبل أن يكفر - أي بعد نزول آيات أحكام الظهار - أنه لم يعزّر على إتيان الظهار ذاته وإنما أمر ﷺ بعدم العود إلى التكفير، ولو كان شيئاً واجباً غيره لبيّنه ﷺ، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: إذا قال: أنت عليّ كظهر أمي لم تحلّ حتى يكفر. فإن وطئ قبل أن يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى، ولا يعود حتى يكفر³⁴⁷. وقال الإمام مالك: ومن تظاهر من امرأته ثم مسّها قبل أن يكفر، ليس عليه إلا كفارة واحدة. ويكف عنها حتى يكفر. وليستغفر الله³⁴⁸.

³⁴⁶ من هذه الأحاديث كما جاء في سنن الترمذي للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي حكم على أحاديثه وآثاره وعلّق عليه محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض، ط 2، سنة 2008، ص 285:

1- (صحيح) حدثنا أبو سعيد الأشجع، قال: حدثنا عبد الله بن إدريس، عن محمد بن إسحاق، عن عمرو بن عطاء، عن سليمان بن يسار، عن سلمة بن صخر البياضي، عن النبي ﷺ في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، قال: «كفارة واحدة». هذا حديث حسن غريب. والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم. وهو قول سفيان، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق. وقال بعضهم: إذا واقعها قبل أن يكفر، فعليه كفارتان، وهو قول عبد الرحمن بن مهدي. (حديث رقم 1198).

2- (صحيح) حدثنا أبو عمّار الحسين بن حريث، قال: حدثنا الفضل بن موسى، عن مَعْمَر، عن الحكم بن أبان، عن عكرمة، عن أبي عباس، أن رجلاً أتى النبي ﷺ، قد تظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله إني قد تظاهرت من زوجتي فوقع عليها قبل أن أكفر. فقال: «وما حملك على ذلك، يرجمك الله؟» قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر. قال: «فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله» هذا حديث حسن صحيح غريب (حديث رقم 1199).

وأنظر أيضاً بخصوص هذه الأحاديث الصحيحة والحسنة:

- سنن أبي داود بتعليق محمد ناصر الدين الألباني، مرجع سابق، ص 386. 387. 388. حديث رقم 2213 ورقم 2221 ورقم 2222 ورقم 2223 ورقم 2224 ورقم 2225.

- سنن ابن ماجه وهو أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، حكم على أحاديثه وآثاره وعلّق عليه محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع الرياض، ط 2، سنة 2008، ص 356. 357. حديث رقم 2062 ورقم 2064 ورقم 2065.

- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل: مرجع سابق، ج 7، ص 176، حديث رقم 2091.

³⁴⁷ إقبال عبد العزيز عبد الله المطوع: حقوق المطلقة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة لقانون الأحوال الشخصية الكويتي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطاع الشؤون الثقافية، الوعي الإسلامي، ط 1، الإصدار الثالث والأربعون، سنة 2012، ص 134.

³⁴⁸ راجع تفصيلاً بهذا الخصوص:

- ابن عبد البر النميري الأندلسي: الإستذكار، الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه

وهكذا يستنتج بأن لا تعزير على فعل الظهار ذاته، وأن الكفارة في الظهار شرعت لحل الوطئ بالنسبة إلى العائد وهي لا تجب لمجرد الظهار ولا على من لا يريد العود.

مع الملاحظ في هذا الإطار أن الأستاذ المرحوم عبد القادر عودة قد اعتبر الكفارة في الظهار عقوبة جزائية بناءً على تقسيمه للكفارة حيث يقول «إن الكفارة في أصلها نوع من العبادة، لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين، فإذا فرضت فيما لا يعتبر معصية كانت عبادة خالصة، ومثال ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطيق الصوم، وإذا فرضت على معصية فهي عقوبة خالصة، كالكفارة في القتل الخطأ والظهار...»³⁴⁹، وهذا القول يستقيم لو كانت الكفارة في مقامنا هذا على الظهار ذاته وإنما شرعت لرفع حرمة الوطئ الناتج عن الظهار لمن أراد العود، فلم تكن بهذا المعنى في معنى العقاب الجزائي بل هي تحلة وتأديب³⁵⁰، ولا تخلو من معنى العبادة³⁵¹، وتشبيه الظهار باليمين، أي

الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، ط 1، سنة 2012، ج 5، ص 44 وما بعدها.
- ابن عبد البر النميري الأندلسي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 3، سنة 2006، ص 283 وما بعدها.
349 عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 2، ص 197.
350 محمد الطاهر بن عاشور: مرجع سابق، م 13، ج 28، ص 18.
351 عدم خلو كفارة الظهار من العبادة، هو الذي أوجد اختلافاً في الفقه بخصوص شروط المظاهر: - فالظاهر عند الحنفية والمالكية: هو كل زوج مسلم عاقل بالغ، فلا يلزم ظهار الذمي.
- وعند الشافعية والحنابلة: هو كل زوج صح طلاقه، وهو البالغ العاقل سواء أكان مسلماً أم كافراً، حرّاً أم عبداً.
وأن يكون مسلماً في رأي الحنفية والمالكية يعني أنه لا يصح ظهار الذمي عندهم، لأن حكم الظهار تحريم مؤقت يزول بالكفارة، والكافر ليس أهلاً للكفارة التي هي قرية إلى الله تعالى، فلا يكون من أهل الظهار.

- راجع: وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج 9، ص 7130 - 7131.
وتفصيلاً لهذا الرأي يقول سبط ابن الجوزي وهو أبو المظفر شمس الدين يوسف بن قزغلي في كتابه وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف، تحقيق سيد محمد مهني، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، سنة 1998، ص 222 ما نصه «وفي الكفارة معنى العبادة باعتبار النية، ومن أنواعها الصيام، ولا شك أنه عبادة، وهو بدل الإعتاق، والطعام، والشئ لا يخلو عن معنى بدله ومبدله، وإذا ثبت أنها عبادة أو في معنى العبادة لم تتحقق من الكافر...»

كما أن كفارة اليمين إنما تجب بالحنث، كذلك الأمر ههنا، هو قياس شبه عارضه النص على قول ابن رشد الحفيد³⁵². بالإضافة إلى اختلاف الكفارة في القتل الخطأ والظهار إذا أنها في القتل الخطأ أثر للفعل ذاته أمّا في الظهار فهي لرفع أثره وهي حرمة الوطئ لمن أراد العود وليست لذات فعل الظهار ففترقا.

وهكذا يمكن القول انطلاقاً ممّا تقدّم أن مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية في الشريعة الإسلامية هو مبدأ أصولي يسري على جميع الجرائم مهما كانت طبيعتها، وليس لخطورة الجريمة تأثير في إقرار استثناء لهذا المبدأ. ومن هنا يطرح السؤال التالي: إذا لم يكن لخطورة الجريمة تأثير على مبدأ عدم الرجعية فهل يعني ذلك أن هذا المبدأ مطلق في التشريع الجنائي الإسلامي؟

مبدأ عدم رجعية النص الجزائي مبدأ أصولي في الشريعة الإسلامية ولكنّه ليس مطلقاً إذ يعرف استثناء في الحالات التي يكون فيها التشريع الجديد أصلح للجاني، والمثال الأبرز الذي يمكن أن نسوقه في هذا الإطار تأكيداً لفكرة الاستثناء التي تقضي برجعية النص الأصل للجاني، هو المثال المستمد من جريمة القذف، إذ من الثابت أن آيات أحكام اللعان قد نزلت بعد آيات أحكام القذف، وآيات أحكام القذف جاءت عامّة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ {النور/4} وهذه العمومية تجعل الحكم ينطبق على كلّ من يرمي المحصنات بلا استثناء أو تخصيص، فإمّا أن يقيم الحجّة على قوله بأن يأتي بأربعة شهداء أو يجلد الحدّ.

ولما تقرّر حدّ القذف اشتدّ الأمر على الأزواج الذين يعشرون على ربيبة في

وأما الآية فهي تخص المسلم لا غير، لأنه سبحانه قال في آخرها ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ﴾ {المجادلة/4} والذمي بالاتفاق لا يصوم، ولا نسلم أنه أهل للظهار لما بينا بخلاف الإيلاء فإنه من أهله، كما هو أهل للطلاق، لأن الإيلاء يمين، وهو من أهلها حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربها وقع الطلاق بخلاف الكفار حيث لا يصح منه لما مرّ.

³⁵² ابن رشد: بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 176.

أزواجهم، حتى طرَح هذا الإشكال فعلياً³⁵⁴. وكان سبباً في نزول آيات اللعان³⁵⁴

وقد قيل إن هذا الإشكال طرَح بمناسبة قضية عويمر العجلاني وقيل هلال بن أمية، وكلهما صحيح، جاء
 برواء القليل في تطوُّع أحاديث منار السبيل للألباني، مرجع سابق، ج 7، ص 184 بخصوص قضية عويمر
 العجلاني ما نصه:
 - حديث رقم 2100 (قال سهل: «فتلاقنا وأنا مع الناس عند النبي ﷺ» رواه الجماعة إلا الترمذي. صحيح
 أخرجه البخاري (459/3 - 460، 474) ومسلم (205/4) وكذا مالك (34/566/2) وعنه الشافعي (1669)
 وكذا أبو داود (2245) والنسائي (104/2) والدارمي (150/2) وابن ماجه (2006) والطحاوي (60/2) وابن
 الجارود (756) والبيهقي (398/7، 401، 399) وأحمد (330/5 - 331، 334، 336، 337) من طريق عن
 الزهري أن سهل بن سعد الساعدي أخبره: «أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا
 عاصم أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقن أنه فتنونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول
 الله ﷺ، فقال عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ، فكرم رسول الله ﷺ المسائل وعابها حتى كبر على عاصم
 ما سمع من رسول الله ﷺ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر، فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟
 ما سمع من رسول الله ﷺ، لم تأتني بخير، قد كرم رسول الله ﷺ المسألة التي سألتك عنها، قال عويمر: والله لا أنتهي
 حتى أسأل عنها، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وسئل الناس، فقال: يا رسول الله أرايت رجلاً وجد مع
 امرأته رجلاً، أيقن أنه فتنونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فأتذهب
 هاتين بهما، قال سهل: «فتلاقنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ» فلما فرغوا، قال عويمر: كذبت عليها يا رسول
 الله إن أمسكتها، فسلقتها ثلاثاً، قبل أن يأمر رسول الله ﷺ. قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين»
 وجاء بنفس المرجع السابق ج 7، ص 182 - 183 بخصوص قصة هلال بن أمية ما نصه:
 - حديث رقم 2098، عن ابن عباس أن هلال بن أمية هذف امرأته فقال النبي ﷺ: البينة وإلا حد في ظهرك. فقال
 هلال والذي بعثك بالحق إني لصديق ولينزان الله في أمري ما يبرئ ظهرك من الحد، فنزلت ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ﴾
 أزواجهم...»، رواه البخاري (269/2، صحيح: أخرجه البخاري (159/2، 291/3) وكذا أبو داود (2254)
 والترمذي (202/1) وابن ماجه (2067) والبيهقي (393/7 - 394) من طريق هشام بن حسان قال: «حدثنا
 عكرمة عن ابن عباس: «أن هلال بن أمية هذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء، فقال النبي ﷺ:
 البينة أو حد في ظهرك، فقال: يا رسول الله إذا رأي أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل
 النبي ﷺ يقول: البينة وإلا حد في ظهرك، فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصديق، فلينزلن الله ما يبرئ
 ظهري من الحد، فنزل جبريل، وأنزل عليه ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ فقرأ حتى بلغ ﴿إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾،
 فانصرف النبي ﷺ فأرسل إليها، فجاء هلال فشهد، والنبي ﷺ يقول: إِنْ اللَّهُ يَعْلَمُ أَنْ أَحَدَكُمَا كَاذِبٌ، ففهل
 من تأنب، ثم قامت فشهدت، فلما كانت عند الخامسة وقفوها، وقالوا إنها موجبة - قال ابن عباس -
 فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت: لا أفصح قومي سائر اليوم. فمضت، فقال النبي ﷺ:
 ابصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سانغ الألتيتين، خدج الساقين فهو لشريك بن سحماء، فجاءت به
 كذلك، فقال النبي ﷺ: لولا مضي من كتاب الله لكان لي ولها شأن».

³⁵⁴ اللعان: هو شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين، مقرونة بلعن من الزوج، وغضب من الزوجة، عند
 الحاكم أو نائبه. وشروط صحة اللعان ما يلي:
 - أن يكون بين زوجين مكلفين، عند الإمام أو نائبه
 - أن يقدمه هذف الزوج امرأته بالزنى.
 - أن تكذبه الزوجة وتستمر في تكذيبه إلى انقضاء اللعان.

في سورة النور، يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (النور/6) وَالْخَامِسَةَ أَنْ لَعْنَتُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (النور/7) وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (النور/8) وَالْخَامِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (النور/9)﴾، وهذا الحكم تخصيص للعمومين اللذين في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ (النور/4)﴾ فإن من المحصنات من هن أزواج لمن يرميهن، فخص هؤلاء الذين يرمون أزواجهن في حكم قوله: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ (النور/4)﴾ إذ عذر الأزواج خاصة في إقدامهم على القول في أزواجهن بالزنى، ووجه عذرهم في ذلك ما في نفوس الناس من سجية الفيرة على أزواجهن وعدم احتمال رؤية الزنى بهن فدفعن عنهم حد القذف بما شرع لهم من الملاعة³⁵⁵.

ومن الثابت من روايات أسباب نزول آيات اللعان أنها طبقت بأثر رجعي على أفعال وقعت قبل نزولها، إذ لم يجلد الزوج الذي رمى زوجته بالزنا ولم يأت بالشهود الذين يثبتون ذلك، وإنما لاعن فسقط عنه حد القذف. وبذلك تكون الشريعة الإسلامية بعدما أوجدت مبدأ عدم الرجعية قد حددت نطاقه عبر إقرار إمكانية الخروج عن هذا المبدأ في الصور والحالات التي يكون فيها النص الجديد أصح وأرفق بالمتهم.

وقد أقر قانون العقوبات على المذاهب الأربعة³⁵⁶ في فصله 8 مبدأ عدم الرجعية بالنسبة إلى الجرائم التعزيرية³⁵⁷ عدا القانون الأصلح للمتهم. وأكد هذا القانون

وصفة اللعان أنه إذا قذف الزوج زوجته بالزنى ولم يقم البينة فعليه حد القذف، ولا يسقط عنه حد القذف إلا باللعان.

راجع:

- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري: مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، دار أمضاء المجتمع، المملكة العربية السعودية، ط 14 مزيدة ومنقحة، سنة 2012، ص 857.

³⁵⁵ محمد الطاهر بن عاشور: مرجع سابق، م 9، ج 18، ص 161.

³⁵⁶ قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، قانون العقوبات، مرجع سابق، ج 4، ص 325 وص 318.

³⁵⁷ وقع التعرض بهذا القانون للجرائم التعزيرية فقط لأنه لا محل لإيراد نص خاص بالحدود بالنسبة إلى تطبيقها

على أن هذا المبدأ له أصوله الشرعية، فمن المقرر في الشريعة الإسلامية أنه في العقوبات التعزيرية التي يرمي ولي الأمر فرضها إصلاحاً للناس أن العقوبات تشتر من وقت ثبوتها، وقد جاء في الأحكام السلطانية المأوردي أنه يجب أن يتقدم الإنكار ولا يعجل بالتعذيب قبل الإنذار، حتى لا يحتج بعدم وروده من قبل.

وبعد الفقه الإسلامي عرف القانون الكنسي هذا المبدأ، كما نادى به الفقهاء الإيطاليون في العصور الوسطى عندما كتبوا تعليقاتهم على القانون الروماني، ولم يُغنِ فقهاء القرن 17 و18 بهذا المبدأ ومروره تشرياً بصمت على حد تعبير «مارل وفيتو» Merle et Vitu³⁵⁸.

ثم بعد قيام الثورة الفرنسية برز المبدأ بوضوح، حيث وقع التصحيح عليه بالفصل 8 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 27 أوت 1789³⁵⁹، كما وقع التصحيح عليه بمختلف النصوص الصادرة سنة 1791 وكذلك بالفصل 14 من إعلان الحقوق الصادر سنة 1793 وأخيراً بالفصل 4 من المجلة الجزائية الفرنسية الصادرة سنة 1810³⁶⁰، وقد خصصت المجلة الجزائية الفرنسية الحالية باباً لمسألة تطبيق النصوص الجزائية في الزمن تضمنت الفصول من 1-112 إلى 4-112.

وكرس القانون التونسي مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية بالفصل الأول من المجلة الجزائية منذ صدورها سنة 1913 عبر التأكيد على أنه «لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نص من قانون سابق الوضع لكن إذا وضع قانون بعد وقوع الفعل وقبل الحكم البات وكان نصه أرفق بالمتهم فالحكم يقع بمقتضاه دون غيره»، وبقراءة عكسية للجزء الثاني من هذا النص نستنتج أن مبدأ عدم رجعية القانون

من حيث الزمان.

³⁵⁸ Merle et Vitu: op. cit., T1, p. 338, n° 250 «...Ce principe (la non rétroactivité des lois criminelles) ... Inconnu du droit romain, il apparut timidement au moyen âge, grâce au droit canon et aux glossateurs Italiens commentant les textes romains, mais les criminalistes des XVII^e - XVIII^e siècles le passèrent presque complètement sous silence».

³⁵⁹ Article 8: «Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée».

³⁶⁰ Merle et Vitu: op. cit., T1, p. 338-339, n° 250.

الجزائي قد وقع تحديد نطاقه في النص الجزائي الأشد وذلك عبر استثناء النص الأخف من عدم الرجعية.

كما قام المشرع بإكساء مبدأ عدم الرجعية صبغة دستورية حيث نص عليه الفصل 13 من دستور 1 جوان 1959 بالقول إن العقوبة «لا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع»، وبعد تنقيح هذا الدستور بموجب القانون الدستوري عدد 51 المؤرخ في 1 جوان 2002 أصبحت الفقرة الأولى من الفصل 13 جديد تنص على أن العقوبة «لا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع عدا حالة النص الأرفق»، وبعد صدور الدستور الجديد في سنة 2014³⁶¹ استوعب المشرع هذا المبدأ بالفصل 28 مؤكدا على أن «العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم». ويبدو أن هذا التأكيد الدستوري على انحسار الأثر الرجعي للقوانين الجزائية سيفرز العديد من النتائج، لعل أظهرها تقييد المشرع نفسه بقاعدة امتناع الأثر الرجعي، شأنه في ذلك شأن التزام القضاة أنفسهم بعدم تطبيق القانون الجزائي الموضوعي بأثر رجعي إذا كان أسوأ للمتهم من القانون الذي كان معمولاً به وقت ارتكاب الفعل³⁶².

وعموما أهمية هذا المبدأ جعلت جل التشريعات الجزائية المقارنة تسلّم به وتضمنه بنصوصها الجزائية والدستورية³⁶³، كما وقع التتبع عليه في العديد

³⁶¹ تمت المصادقة على الدستور الجديد في 26 جانفي 2014 ووقع ختمه من قبل رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الوطني التأسيسي ورئيس الحكومة في الجلسة العامة الخارقة للعادة بتاريخ 27 جانفي 2014 ووقع نشره بعدد خاص للرائد الرسمي للجمهورية التونسية يوم الاثنين 10 فيفري 2014.

³⁶² سليمان عبد المنعم: نطاق السريان الزمني للقواعد الجنائية، دراسة في الحلول النظرية وصعوبات التطبيق، دارالمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، سنة 2015، ص 5.

³⁶³ هذا المبدأ وقع استيعابه بالعديد من الدساتير نذكر منها على سبيل المثال الدستور القطري بالمادة 40، والدستور العماني بالمادة 21، والدستور المغربي بالمادة 6، والدستور الماليزي بالمادة 7 فقرة 1، والدستور الفنزويلي بالمادة 49 فقرة 6، والدستور المكسيكي بالمادة 14 فقرة 1، والدستور البرتغالي بالمادة 29، والدستور الروسي بالمادة 54 فقرة 1، والدستور الهولندي بالمادة 16، والدستور الإسباني بالمادة 25 فقرة 1، والدستور الإيطالي بالمادة 25 فقرة 2، والدستور التركي بالمادة 38 فقرة 1، والدستور البرازيلي بالمادة 40، والدستور الأوكراني بالمادة 58.

من النصوص الدولية، كالمادة 11³⁶⁴ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948، والمادة 15³⁶⁵ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر في 16 ديسمبر 1966، والمادة 7 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان³⁶⁶ الصادرة في 4 نوفمبر 1950، بالإضافة إلى تضمينه بالمادة 24³⁶⁷ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة المعروفة بنظام روما الأساسي المؤرخ في 17 جويلية 1998³⁶⁸، وهذا التكريس المتواتر للمبدأ يوجب بالضرورة الوقوف عند مفهومه.

الفرع الثاني:

مفهوم مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية

يعني مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية التطبيق على الجريمة هو النص المعمول به وقت ارتكابها وليس النص المعمول به وقت المحاكمة، وعلى هذا الأساس فنص التجريم لا يكتسب ولايته إلا على

³⁶⁴ المادة 11 ف 2 «لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرماً بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي».

³⁶⁵ المادة 15 «لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن عمل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة. وإذا حدث، بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف».

³⁶⁶ المادة 7 فقرة 1 «لا يجوز أن يدين أي إنسان بسبب عمل أو إغفال لم يكن يشكل حينما ارتكب جريمة وفقاً للقانون الوطني أو الدولي. كذلك، لا عقوبة تُنزل أشد من تلك التي كانت منطبقة حينما ارتكبت الجريمة».

³⁶⁷ نص الفصل 24 ف 2 على أنه «في حالة حدوث تغيير في القانون المعمول به في قضية معينة قبل صدور الحكم النهائي يطبق القانون الأصلح للشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة». ويفهم من هذا الفصل أن القانون المطبق هو القانون الأصلح فإذا كان القانون القديم هو الأصلح فلا عبرة بالقانون الجديد إذ لا يكون له أثر رجعي على الماضي وإنما يطبق على الأفعال المستقبلية فحسب، أما إذا كان القانون الجديد هو الأصلح ففي هذه الحالة يكون له أثر رجعي ويطبق على الأفعال التي وقعت قبل صدوره.

³⁶⁸ انظر بخصوص تاريخ سير المفاوضات الخاصة بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية وشرح النظام الأساسي لهذه المحكمة:

- معهود شريف بسيوني: المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 89 وما بعدها، وص 138 وما بعدها.

الأفعال التي ارتكبت بعد لحظة نفاذه، أما الأفعال التي ارتكبت قبل هذه اللحظة فلا سلطان له عليها، ولا يستثنى من ذلك إلا النص الأرفق بالمتهم³⁶⁹. وقد وقع تبرير هذا المفهوم بضرورة احترام الحريات الفردية وحقوق الإنسان، إذ يقتضي احترام هذه الحقوق والحريات الإقرار بمبدأ عدم رجعية القانون الجزائي الذي يعتبر ضماناً أساسياً للأفراد.

ويضاف إلى هذا التبرير العام مبرر جزائي محض، مضاده أن مبدأ عدم الرجعية مستمد أصلاً من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهذا التلازم بين المبدأين يجعل من العسير قبول أحدهما واستبعاد الآخر، بل أكثر من ذلك إذ يؤدي أي انتهاك لمبدأ عدم الرجعية بالمفهوم الذي قدمناه - إلى انتهاك آلي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لأن انتهاك مبدأ عدم الرجعية - أي الإقرار بـرجعية النص الجزائي - سيترتب عنه إما العقاب على فعل كان مباحاً زمن ارتكابه، أو العقاب عليه بأشد مما كان مقرراً وقت ارتكابه، وفي كلا الحالتين لم يقع الإنذار بالعقاب أو بنوعه قبل إيقاعه مما يؤدي إلى إهدار - لا شك فيه - لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات³⁷⁰.

وعموماً لم يكن هذا المفهوم هو الوحيد المقدم لمبدأ عدم رجعية النص الجزائي، إذ ذهب جانب من الفقه الحديث إلى الإقرار بأن القانون الجزائي الجديد يجب أن يطبق بأثر فوري³⁷¹، لأنه يفترض أن يكون أكثر سموً وعلوية

³⁶⁹ محمد الهادي لحوة: مرجع سابق، ص 30.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 343, n° 253.
- Jean Larguier: Droit pénal général, Op. cit., p. 271.

³⁷⁰ راجع للتوسع:

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 143.

- جندي عبد الملك: مرجع سابق، ج 5، ص 570.

- Jean Larguier: Op. cit., p. 271.
- Jean-Claude Soyer: Op. cit., p. 66 - 67, n° 108.

³⁷¹ هذا التيار الفقهي نادى به العديد من الفقهاء الألمان والإيطاليين خلال القرن 19 أمثال Gabba و Vonbar و Seeger وقد تبناه جانب من الفقه الفرنسي أمثال Grouber و Garçon.
راجع بهذا الخصوص:

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 227, n° 153.

من القانون القديم، ما لم يكن أكثر شدة من سابقه، أمّا إذا كان أكثر شدة من القانون القديم فلا يجوز تطبيقه احتراماً لمبدأ الشرعية. وانطلاقاً من هذه الفكرة اعتبر هذا التيار الفقهي أنّ القانون الجديد يجب أن يطبق بأثر فوري على المراكز القانونية التي لم تكتمل بعد، مع التأكيد على أن ارتكاب الجريمة ينشئ مركزاً قانونياً لا يتبلور أو يستقر ولا ينتج أثره القانوني إلا بصدر حكم نهائي بشأن هذه الجريمة، وبالتالي فإنّ القانون الجديد الذي يصدر بعد ارتكاب الجريمة يطبق بأثر فوري طالما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى، ولا يستثنى من هذا الأثر المباشر إلا صورة القانون الجديد الأشد من القانون القديم تطبيقاً لمبدأ الشرعية الجزائية³⁷².

وما يلاحظ بالنسبة إلى هذا الاتجاه الفقهي أنّه مثل عموم الفقه الجزائي قد ذهب إلى عدم تطبيق القانون الجديد إذا كان أسوأ للمتهم من القانون القديم، ولكنه انتهى إلى صياغة فكرة المبدأ بشكل آخر وهو كما قدّمه أنصاره على النحو التالي: يطبق النصّ الجزائي الجديد بأثر فوري ما لم يكن أسوأ للمتهم من النصّ القديم³⁷³، على أن أساس هذه الصياغة الجديدة للفكرة -وهو مفهوم المركز القانوني- قد كان محل نظر، ولم يُسلم به جانب هام من فقهاء القانون الجزائي، والسبب في ذلك يرجع إلى أن المركز القانوني للمتهم ليس كما صوّره أنصار الأثر المباشر والفوري للنصّ الجزائي الجديد عبر القول بأنّه لا يتبلور ولا ينتج أثره القانوني إلا بصدر حكم نهائي في الجريمة، بل على العكس من ذلك يتحدّد المركز القانوني للمتهم ويتبلور في وقت محدّد، وهذا الوقت هو يوم

³⁷² انظر بخصوص فكرة استقرار وتبلور المركز القانوني التيار الفقهي الذي يمثله Roubier والذي عرضه في كتابه المطول الذي يقع في جزئين والمعنون بـ «تتّاع القوانين في الزمان»، «Les conflits de lois dans le temps».

وانظر بخصوص عرض هذه الفكرة في المادّة الجزائية:

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 344 - 345, n° 254.
- Marie-Christine Sordino: Op. cit., p. 61 et suiv.
- Jacques Leray: Op. cit., p. 133, n° 204.

- أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 75.

³⁷³ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 75.

وقوع الجريمة، إذ منذ هذا اليوم يرتب القانون العديد من الآثار القانونية على وقوع الجريمة وقبل صدور الحكم فيها، من ذلك أن احتساب مدة تقدم المدعى العمومية يكون من تاريخ ارتكاب الجريمة، ومن ذلك التاريخ أيضا يقع تقدير مدى توافر حالة العود، وتحديد توافر أركان الجريمة، وتقدير مدى توافر سن الرشد الجزائي في الفاعل، وغيرها من الآثار، هذا بالإضافة إلى أن الحكم الجزائي الصادر بالعقوبة ليس إلا حكما كاشفا لحق الدولة في العقاب وليس منشأ له.³⁷⁴

وهكذا يبدو أن المركز القانوني للمتهم يتحدد من يوم وقوع الجريمة ويخضع بالتالي للقانون المنطبق في هذا التاريخ، ولا يجوز للمشرع الذي أعطى مبدأ عدم الرجعية صبغة دستورية أن ينشأ أو أن يسمح بتطبيق قانون جديد أشد على المتهم بأثر رجعي، لأن في ذلك انتهاكا لمبدأ الشرعية الجزائية، لأنه سيؤدي إما إلى العقاب على أفعال كانت مشروعة في التاريخ الذي ارتكبت فيه، أو كانت عقوبتها أخف في ذلك التاريخ مقارنة بتاريخ صدور الحكم.

وعموما يبدو أن هذا الخلاف الفقهي حول تحديد مفهوم مبدأ عدم الرجعية لم ينته إلى قطيعة كلية بين الرأيين، فقط وبكل بساطة لأن مقومات المفهوم قد كانت محل اتفاق في الفقه الجزائي تقريبا³⁷⁵، إذ لا خلاف على فكرة عدم

³⁷⁴ راجع بهذا الخصوص:

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 76.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 345.

³⁷⁵ في الحقيقة هذا الاتفاق يستثني منه أنصار المدرسة الوضعية الذين وجهوا عدة انتقادات إلى مبدأ عدم رجعية القانون الجزائي نفسه وأهمها:

1- هناك مجرمون يتعذر إصلاحهم وهم المجرمون بالميلاد والمجرمون المعتادون على الإجرام. ومن الضروري أن يوقع على هؤلاء - ولو بأثر رجعي - الجزاءات الجديدة التي ينص عليها القانون. ولا شك أن المشرع قد رأى أن هذه الجزاءات الجديدة أبلغ أثرا في إصلاح المجرمين، مما يجب معه توقيفها عليهم ولو بأثر رجعي عما ارتكبه من جرائم قبل العمل بالقانون الجديد.

2- يجب إخراج التدابير الاحترازية من دائرة مبدأ عدم الرجعية، بناءً على أن هذه التدابير توقع على الشخص من أجل خطورته الإجرامية، وهذه الخطورة يجب تقديرها لحظة الحكم بهذه التدابير، ولا خشية من المساس بحرية الأشخاص لأن التدابير الاحترازية لا تهدف إلى إيلام المجرم بقدر ما تهدف إلى إصلاحه وهو أمر مرغوب فيه.

تطبيق القانون الجديد الأشد بالنسبة إلى المتهم، كما لا خلاف على التسليم بتطبيق القانون الجديد إذ كان أخف على المتهم³⁷⁶. وانطلاقاً من هذا التحديد النظري لمفهوم مبدأ عدم رجعية النص الجزائي يتضح أن تطبيقه العملي يتوقف على عنصرين أساسيين مرتبطين بفكرة الزمن، وهما:

- تحديد زمن العمل بالقانون الجديد.
- تحديد زمن ارتكاب الجريمة.

• فبخصوص تحديد زمن العمل بالقانون الجديد فلا يثير مبدئياً أية إشكال إذ يكفي تحديد الوقت الذي يصبح فيه القانون نافذاً، وهذا الوقت حسب الفصل 2 من قانون 5 جويلية 1993³⁷⁷ قد حدد بمضي خمسة أيام على إيداع الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المدرجة به النصوص الجديدة بمقر ولاية تونس العاصمة دون أن يعتبر في احتساب الأجل يوم الإيداع. والإيداع على عكس «النشر»³⁷⁸ هو عمل قانوني يمكن تحديد تاريخه بدقة بوثيقة إدارية مكتوبة

وهذه الأفكار في الحقيقة لم يقع فقط استيعابها بتوسع من قبل الأنظمة الكليانية كالإتحاد السوفياتي سابقاً أو ألمانيا النازية أو إيطاليا الفاشية، بل تبنت بعض الأنظمة القانونية فكرة استثناء التدابير الاحترازية من نطاق مبدأ عدم الرجعية مثل القانون اليوغسلافي سابقاً والبولوني والإيطالي والألماني وغيرها. غير أن هذه الانتقادات لا يجب قبولها إلا بحذر وتحفظ، أولاً لتفاهة فكرة المجرم بالميلاد. بالإضافة إلى انطواء التدابير الاحترازية بلا شك على قدر من المساس بالحرية الفردية.

راجع:

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 340, n° 251.

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 74.

³⁷⁶ انظر للتوسع:

- Marie-Christine Sordino: La protection de la personne poursuivie en cas de modification de la législation pénale, in libertés et droit fondamentaux 17^e éd DALLOZ, 2011, p. 592, n° 713.

³⁷⁷ القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993 والمتعلق بنشر النصوص بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبنفاذها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 50 الصادر بتاريخ 6 جويلية 1993 ص 931.

³⁷⁸ معيار النشر كان معمول به في ظل الأمر العلي الصادر في 27 جانفي 1883 والمنقح بالأمر المؤرخ في 8 سبتمبر 1955 والأمر المؤرخ في 13 نوفمبر 1956.

راجع بخصوص شروط نفاذ النصوص القانونية في ظل هذا النظام القديم:

- محمد كمال شرف الدين: قانون مدني، النظرية العامة، مرجع سابق ص 74-75.

ومحفوظة³⁷⁹ وهو ما يرفع أي لبس حول تاريخ نفاذ القانون.

وما يجب ملاحظته في هذا الإطار هو أن تحديد تاريخ النفاذ يسري على القوانين الجزائية كما يسري أيضا على القوانين المدنية، غير أن ضبط تاريخ النفاذ في القوانين الجزائية له خاصية تجعله يختلف عما يمكن أن يوجد في القوانين المدنية، باعتبار أن نفاذ القوانين المدنية يمكن في بعض الحالات الخاصة أن ينسحب على الماضي عبر التخصيص على المفعول الرجعي للقانون الجديد³⁸⁰، وهو حل لا يمكن قبوله إطلاقا في المادة الجزائية، والسبب في ذلك يرجع إلى أن مبدأ عدم الرجعية في المادة الجزائية يُعدّ مبدأ دستورياً يتعين على المشرع احترامه، أمّا في القوانين المدنية فمبدأ عدم سريان القانون على الماضي يعتبر مبدأ قانونياً عاماً غير مكتوب يتعلّق بالتفسير القضائي أكثر منه مبدأ دستورياً، بمعنى أنه - أي مبدأ رجعية القانون المدني - لا يعتبر حداً لسلطة المشرع الذي يسوغ له أن يسنّ قوانين ذات أثر رجعي، وإنما هو مبدأ وضع للقاضي حتى يتّبعه في تطبيق القوانين التي لم يجعل لها المشرع أثراً رجعياً بنص صريح³⁸¹. ويبدو أن فقه القضاء التونسي قد كرّس هذا التوجه إذ يستتج من تتبعه أنه يعتبر «عدم رجعية القوانين المدنية» إلى الماضي أحد المبادئ القانونية العامة غير المكتوبة، ولذلك نجده يؤكد في العديد من المناسبات على أن القوانين المدنية لا يكون لها أثر رجعي إلا إذا نصّ المشرع على ذلك صراحة، فإن غاب هذا التخصيص الصريح فلا رجعية للقانون الجديد³⁸².

³⁷⁹ محمد كمال شرف الدين: مرجع سابق، ص 76.

³⁸⁰ راجع: محمد كمال شرف الدين: مرجع سابق، ص 78.

³⁸¹ جندي عبد الملك: مرجع سابق، ج 5، ص 570.

- موسوعة قانون العقوبات العام والخاص للعلامة رينه غارو: مرجع سابق، ج 1، ص 342-343.
³⁸² أنظر على سبيل المثال:

- القرار التعقيبي المدني عدد 6502 المؤرخ في جانفي 1982 ن م ت 1983 ج 1 ص 33 والذي جاء به أن «القوانين الجديدة لا يكون لها أثر رجعي ولا تسحب على القضايا الجارية في ظل القانون القديم إلا بنص صريح وارد في القانون الجديد».

- القرار التعقيبي المدني عدد 5049 المؤرخ في 19 جانفي 1982 ن م ت 1983 ج 1 ص 151 والذي جاء به أن «القانون الجديد لا يسحب على الماضي إلا بنص».

• أما بخصوص زمن ارتكاب الجريمة، فهو يتطلب تحديد الوقت الذي يستوفي فيه الجاني مضمون نشاطه الإجرامي، وهذا التحديد يتطلب التمييز بين الفرضيات التالية:

- إذا وقع النشاط الإجرامي وأحدث نتيجته في لحظة معينة فلا إشكال في هذه الحالة إذ القانون المنطبق هو القانون النافذ في ذلك التاريخ.

- إذا وقع النشاط الإجرامي في لحظة معينة ثم حدثت النتيجة في تاريخ لاحق لوقوع ذلك النشاط، كمن يطلق عياراً نارياً على أحد الأشخاص ولكن المجني عليه لا يموت بسبب ذلك إلّا بعد عدة أيام. فالراجح في هذه الحالة وجوب تطبيق القانون المعمول به وقت النشاط الإجرامي، والحجة في هذا الحل أن أساس الشرعية الجزائية هو ضمان إحاطة الناس بالقانون قبل مخالفته، وهو ما لا يتوفر إلّا في القانون السابق على النشاط الإجرامي لا على النتيجة³⁸³.

- إذا كانت الجريمة مستمرة³⁸⁴، وحصل أن استمر وقوعها فترة تخلّلها

وما يجب الإشارة إليه في هذا الإطار هو أن بعض القرارات التعقيبية المدنية قد حادت عن هذا المبدأ وقامت بسحب القانون الجديد على الماضي، ومثاله القرارات التالية:

- القرار التعقيبي المدني عدد 4457 المؤرخ في 24 ديسمبر 1981 ن م ت 1981 ج 4 ص 291.

- القرار التعقيبي المدني عدد 6369 المؤرخ في 9 نوفمبر 1982 ن م ت 1982 ج 4 ص 266.

- القرار التعقيبي المدني عدد 43097 المؤرخ في 8 أكتوبر 1996 ن م ت 1996 ج 2 ص 333.

- القرار التعقيبي المدني عدد 46464 المؤرخ في 7 جانفي 1997 ن م ت 1997 ج 2 ص 356.

والأمر في هذه القرارات يتعلق بسحب تأثير المرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977 والذي قام بإلغاء رخصة الولاية من العمليات العقارية بين التونسيين، على العمليات المبرمة قبله، وقد أكدت هذه القرارات بأن الأمر يتعلق بالخروج على عدم الرجعية لمبررات معينة اعتبرتها، وهو ما يؤكد أن عدم الرجعية مبدأ والخروج عنه ليس إلّا استثناء، رغم أن هذا الخروج منتد من قبل الفقه لغياب ما يشرّعه وهو التصييص الصريح على ذلك من قبل المشرّع. راجع للتوسع:

- أحمد بن طالب: القواعد العامة، مقال سابق، ص 165.

- علي الجلولي: تعليق على القرار التعقيبي عدد 32943 المؤرخ في 28 جوان 1994، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفاقس، عدد 5. 1997 ص 39 وما بعدها.

³⁸³ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 78.

³⁸⁴ الجريمة المستمرة هي التي يكون نشاطها الإجرامي قابلاً للاستمرار في الزمن لمدة يمكن أن تطول نسبياً، وهذا النشاط الإجرامي يكون مدعماً ومصحوباً بإرادة الجاني في الصور التي يوجبها القانون. فالجريمة المستمرة إذن تقتض استمرار الركنين المادي والمعنوي لمدة تمتد في الزمن، مثل جريمة مسك المخدرات،

قانونان، وجب في هذه الحالة تطبيق القانون الجديد ولو كان أشدّ على المتهم، طالما أنّ الجريمة المستمرة قد وقعت بعد العمل به³⁸⁵، وهذا الحل المنطقي قد وقع تكريسه صراحة من قبل بعض القوانين المقارنة بموجب نصّ خاص ومثاله قانون العقوبات القطري بالمادة 11³⁸⁶.

- إذا كانت الجريمة من جرائم الاعتياد³⁸⁷، فالقانون الجديد لا ينطبق إلا إذا كانت جميع الأفعال التي يتوفر بها عنصر الاعتياد قد وقعت في ظلّ هذا القانون. ومجرّد وقوع أحدها فحسب لا يكفي للقول بانطباق القانون الجديد.

وجريمة حمل السلاح بدون رخصة وغيرها.

راجع تفصيلاً بخصوص هذه المسألة:

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 344 وما بعدها.

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 322.

- فرج القصير: مرجع سابق، ص 87 وما بعدها.

- Jacques Borricand et Anne-Marie Simon: op. cit., p. 88.

- Bernard Bouloc et Haritini Matsopoulou: op. cit., p. 42, n° 70.

- Jean Larguier: op. cit., p. 84.

- Marie-Christine Sordino: op. cit., p. 108.

³⁸⁵ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 78.

- فرج القصير: مرجع سابق، ص 89.

- رؤوف عبيد: مبادئ القسم العام، مرجع سابق، ص 147 - 148.

- رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 260.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 357, n° 264.

- Jacques Borricand et Anne-Marie Simon: Op. cit., p. 88.

- Bernard Bouloc et Haritini Matsopoulou: Op. cit., p. 42, n° 70, et p. 62 - 63 n° 108.

- Xavier Pin: Op. cit., p. 78, n° 90.

³⁸⁶ جاء بالمادة 11 من قانون العقوبات القطري ما نصّه «يسري القانون الجديد على ما وقع قبل نفاذه من الجرائم المستمرة، أو المتتابعة، أو جرائم العادة، إذا ارتكبت أي منها في ظلّه».

³⁸⁷ جرائم الاعتياد هي الجرائم التي يتكون النشاط الإجرامي فيها من عدّة أفعال متماثلة يقوم بها الجاني معبراً عن اعتياده، فهي جرائم يستوجب ركنها المادي تكرار الفعل المجرم ولا يقوم بمجرد ارتكاب الفعل مرة واحدة مثل جريمة تعاطي الطب بدون رخصة.

راجع للتوسع:

- فرج القصير: مرجع سابق، ص 90.

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 315 وما بعدها.

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 444 وما بعدها.

- Bernard Bouloc et Haritini Matsopoulou: Op. cit., p. 42 - 43, n° 73.

- Jacques Borricand et Anne-Marie Simon: Op. cit., p. 87.

- Marie-Christine Sordino: Op. cit., p. 107.

والعلة في ذلك أن وصف التجريم لا ينطبق إلّا على مجموع الأفعال التي بها يتكوّن معنى الاعتياد³⁸⁸. لكن وعلى عكس هذا الرأي ذهب فقهاء القضاة الفرنسي إلى القول بانطباق القانون الجديد حتّى ولو كانت بعض الأفعال المكوّنة للاعتياد قد ارتكبت قبله، بناء على أن القانون الجديد يعاقب على الخطورة الإجرامية للجاني المستفادة من الاعتياد، ويكفي أن يفصح عن هذه الخطورة الفعل الأخير الذي صدر بعد القانون الجديد³⁸⁹. لكن الفقه رفض هذا الرأي معتبرا أن القانون عندما يجرم الاعتياد ينظر إلى الأفعال المادية للجاني، أمّا خطورته فهي مجرد معيار لتقدير العقوبة وليست هي موضوع التجريم³⁹⁰.

وهكذا يبدو أن الضابط في تطبيق القانون الجديد على جرائم الاعتياد هو حصول الاعتياد في ظلّه عبر تكرار ارتكاب الفعل بعد نفاذه، فإذا حصل هذا التكرار المكوّن للاعتياد طبق هذا القانون الجديد، أمّا إذا لم يحصل التكرار المكوّن للاعتياد فلا مجال لانطباقه ويظلّ القانون القديم هو القانون المنطبق.

- إذا كانت الجريمة متتابعة الأفعال³⁹¹، وحصل أن وقع ارتكاب أحدها في

³⁸⁸ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 78.

- رؤوف عبيد: مرجع سابق، ص 148.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 357, n° 265.

- Xavier Pin: Droit Pénal Général, Op. cit., p. 78 - 79, n° 91.

- Bernard Bouloc et Haritini Matsopoulou: Op. cit., p. 62, n° 108.

³⁸⁹ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 78 - 79.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 357 - 358, n° 265.

- Bernard Bouloc et Haritini Matsopoulou: Op. cit., p. 42, n° 70, et p. 62, n° 108.

³⁹⁰ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 79.

³⁹¹ الجريمة المتتابعة أو المتكررة، ويطلق عليهما أيضا الجرائم المتلاحقة الأفعال والجرائم المتضامنة، تقع من عدة أفعال عادية يكفي كل منها على حدة لاعتباره نشاطا إجراميا تقع به جريمة مستقلة. وبعبارة أخرى فإن هذه الجريمة تقع من عدة أنشطة إجرامية متتابعة تعتبر كلها جريمة واحدة. ولكن هذه الوحدة لها طبيعة مصطنعة تختلف عن الوحدة التي تميّز بها الجريمة المركبة بالمعنى الدقيق. ويبدو اصطناع هذه الوحدة من كونها تقع من عدة أنشطة إجرامية يصلح كل منها لتكوين جريمة على حدة. ومن أمثلة هذه الجريمة من ينتهز فرصة سفر شخص من منزله فيسرق أمتعته على عدة دفعات.

وواضح من هذا التعريف أن الجريمة المتتابعة تشير إلى عدة جرائم تقع بطريقة متتابعة، فما الذي يربطها جميعا في إطار واحد لتصبح جريمة واحدة في نظر القانون؟ إن علة ذلك في وحدة الاعتداء على المصلحة المحمية والذي تتوفر فيه عدم المشروعية. وقد وضع الفقه والقضاء عدة ضوابط لهذه الوحدة تتمثل في الشروط الثلاثة الآتية:

ظل القانون الجديد، فإن هذا القانون هو الذي يجب تطبيقه ولو كان أشد على المتهم، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الأفعال المتتابعة في هذا الصنف من الجرائم تعتبر كل منها جريمة في حد ذاتها، وينطبق عليه منفردا وصف التجريم³⁹².

- إذا صدر قانون جديد يعتبر الجاني عائدا³⁹³ إلى الإجرام بناء على جرائم ارتكبها قبل هذا القانون، ولم تكن من قبل صالحة لاعتبارها عنصرا في العود، فإن الحل الراجح في هذه الحالة هو اعتبار المتهم عائدا رغم تأسيس توافر حالة العود على جرائم سابقة على القانون الجديد طالما أن الجريمة التي سيحاكم عنها قد وقعت في ظل هذا القانون الأخير، وبمقتضاه كان الجاني عالما بالنتائج المشددة التي ستحقيق به إذا هو ارتكب جريمة جديدة بالإضافة إلى جرائمه السابقة³⁹⁴، وهو الحل الذي وقع استيعابه صراحة من قبل بعض القوانين المقارنة³⁹⁵.

1- تتابع الأنشطة الإجرامية.

2- وحدة المشروع الإجرامي.

3- وحدة المصلحة المحمية المعتدى عليها.

راجع للتوسع:

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 312-313.

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 451 وما بعدها.

³⁹² أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 78.

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 453.

³⁹³ العود Récidive هو سبب لتشديد العقوبة ناجم، بالنسبة إلى المتهم، عن ارتكابه جرما ثانيا ضمن الشروط التي يحددها القانون، بعد أن يكون قد أدين نهائيا عن الجريمة الأولى. والعود إما عام أو خاص وذلك بحسب اشتماله على جرمين مختلفين أو فقط على جرمين متشابهين. وهو إما مؤبد أو مؤقت وذلك وفق ما يحصل، بغض النظر عن المدة الزمنية التي تفصل بين الجريمتين، أو فقط إذا ارتكبت الجريمة الثانية في مهلة محددة تبدأ من انتهاء العقوبة الأولى.

- مفردات اللغة القانونية: مرجع سابق، ص 480.

- Xavier Pin: Droit Pénal Général, Op. cit., p. 79, n° 91-1.

³⁹⁴ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 79.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 358, n° 267.

وانظر في الاتجاه المخالف لهذا الرأي:

- Bernard Bouloc et Haritini Matsopoulou: Op. cit., p. 63, n° 108.

³⁹⁵ مثال ذلك القانون القطري بالمادة 12 من قانون العقوبات التي نصت صراحة على أنه «إذا صدر قانون جديد يعدل الأحكام الخاصة بالعود، أو تعدد الجرائم، فإنه يعتد بالأحكام التي صدرت بالإدانة قبل نفاذه».

وإذا صدر قانون جديد رفع المدة التي كانت معتمدة في القانون القديم لاعتبار الجاني عائداً، الحل بالنسبة إلى هذه الفرضية في هذه القطع المثار هو نفسه الحل المتقدم، أي اعتبار الجاني عائداً طالما أنه سيحاكم على جريمة وقعت في ظل القانون الجديد. غير أن هذا الحل يستدعي الوقوف عند خاصية مع صدور قرارات هامين عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 2004 و2006، الأول ابتدائي والثاني استئنائي، ويتعلق كلاهما بما أصبح معروفاً بقرار عاشور ضد فرنسا *L'affaire Achour c/France*³⁹⁶، وتتمثل وقائعها في أن السيد عاشور قد أدين أول مرة في 16 أكتوبر 1984 من أجل الاتجار في المخدرات *Trafic de Stupéfiants*، ثم أدين مرة ثانية في 25 نوفمبر 1997 من أجل جرائم جديدة منصوص عليها بقانون المخدرات وقع ارتكابها سنة 1995. والعقوبة المستوجبة والمترتبة عن الإدانة الجديدة وصلت إلى 12 سنة سجن بموجب اعتبار المتهم عائداً طبقاً للفصل 132-9 من المجلة الجزائرية الفرنسية الجديدة التي دخلت حيز التطبيق في 1 مارس 1994. وقد عشب السيد عاشور القرار متمسكاً في طعنه بخرق مبدأ عدم رجعية النص الجزائري الأشد، باعتبار أن القانون القديم يعتبر أخف من القانون الجديد لأن مدة العود في القانون القديم وتحديداً الفصل 58 م.ج.ف هي خمس سنوات من تاريخ انقضاء العقوبة الأولى، حال أنها في القانون الجديد وتحديداً الفصل 132-9 م.ج.ف تحدّد بعشر سنوات من تاريخ هذا الانقضاء. وعليه فالقانون القديم يعتبر أخف من القانون الجديد، لذلك يتّجه تطبيقه، وبهذا التطبيق فلا مجال للتمسك بالعود، لأن المدة التي أقرها القانون لاعتبار المجرم عائداً في صورة ارتكاب جرائم جديدة قد انقضت بموجب القانون القديم - وهي خمس سنوات من تاريخ انقضاء العقوبة - منذ 13 جويلية 1991. لكن محكمة التعقيب الفرنسية قد رفضت هذا الطعن وتمسكت بموقفها المستقر بخصوص هذه المسألة والقاضي باعتبار المتهم عائداً في مثل هذه

³⁹⁶ CEDH, 10 nov 2004, Achour c/France, D.2005, Jurispr, P. 1203, Note D. Roets; D 2006, Jurispr; p. 53, Note D. Zerouki- cottin; CEDH, 29 mar 2006, Achour c/France, D.2006, Jurispr, p. 2513, Note D. Zerouki - cottin; RPDP. 2006, p. 375, obs.x.Pin; Rev. se. crim, 2006, p. 677, obs F. Massais.

غير أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد كان لها موقف مخالف في حكمها الابتدائي الصادر في 10 نوفمبر 2004 حيث أعطت الحق للسيد عاشور بحجة أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بعين الاعتبار الأجل الأقصر للعود الذي انقضى بموجب المجلة الجزائية القديمة، زمن ارتكاب الفعل الثاني، وهذا يعني حسب المحكمة أنه قد وقعت إعادة «إحياء لوضعية أخدمت» وانطفأت بموجب الزمن.. Fait revivre une situation déjà éteinte.

غير أن هذا الحل قد وقع انتقاده من قبل الفقه، الذي أكد أن العود ليس بالوضع القانوني الذي تواصل فطال أمده، بل هو فقط سبب لتشديد العقوبة على ارتكاب الجريمة الجديدة. ويكفي لتطبيق العود، بعد صدور قانون جديد يشدد في نظامه، من التثبت فقط من أن الجريمة الثانية لاحقة في تاريخ ارتكابها لهذا التشديد³⁹⁸.

وهذا التحليل هو في النهاية ما تبنته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها المؤرخ في 26 مارس 2006 الذي انتهت فيه إلى أنه لم يقع انتهاك أحكام المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أو خرقها، وقدمت عدة مبررات من بينها أن الطالب كان بإمكانه أن يعلم أنه لو ارتكب جريمة جديدة قبل انقضاء الأجل القانوني المتمثل في 10 سنوات، فإنه سيكون عرضة لخطر الحكم عليه بالإدانة في حالة عود مما يعرضه للعقاب المضاعف بالسجن و/أو بالخطية. وعليه فقد كان في موقع يمكنه من معرفة الآثار القانونية المترتبة عن فعله، وكان بإمكانه توجيه تصرفه وفق ذلك، خصوصا وأن النص القاضي بالترفع في آجال العود قد كان موجودا وواضحا. كما أضافت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن انقضاء الآجال التي يعتبر فيها المجرم عائدا مثلما هو محدد بالقانون الذي ارتكبت في ظلّه الجريمة الأولى، لا يعطي للمعني بالأمر

³⁹⁷ Xavier Pin: Op. cit., p. 80, n° 91-1.

³⁹⁸ Xavier Pin: Op. cit., p. 80, n° 91-1.

والحق في النسيان، droit à l'oubli والمسألة في الحقيقة لا تطرح أي إشكال متعلق بالرجعية، وإنما تتعلق بمجرد تناسخ القوانين، هذه القوانين التي ليس من مهمة إلا أن يقع اعتمادها بأثر مباشر وفوري من تاريخ دخولها حيز التنفيذ. عموما مبدأ عدم الرجعية على أهميته ليس مبدأ مطلقا بل له نطاق يوجه بهانه.

القسم الثاني:

نطاق مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية

لمبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية نطاقا محددا، ويتبعه نتيجه أن منه ما يتعلق بنوع القاعدة ذاتها (الفرع الأول) ومنه ما يتعلق بمحتواها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

النطاق المرتبط بنوع القاعدة

هذا الصنف يرتبط أساسا بنوعين من القواعد القانونية الجزائية، النوع الأول خارج عن نطاق الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية (I) والنوع الثاني داخل في إطار هذا الاستثناء (II).

I- ما يخرج عن نطاق الاستثناء: القوانين الشكلية

قد يصدر بين تاريخ ارتكاب الجريمة وتاريخ الحكم فيها نهائيا قانون يعدل ترتيب أو اختصاص السلطات القضائية التي يجب أن تنظر فيها، أو الإجراءات التي تتبع في التحقيق أو المحاكمة. فهل يطبق على هذه الجريمة القانون الجديد بأثر فوري أم يطبق القانون القديم عملا بمبدأ عدم الرجعية؟

من المتفق عليه في الفقه الحديث⁴⁰⁰ أن القوانين الشكلية أو الإجرائية⁴⁰¹ تطبق

³⁹⁹ Xavier Pin: Op. cit., p. 80, n° 91-1.

⁴⁰⁰ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 367 - 368, n° 274.

- Emmanuel Dreyer: Op. cit., p. 1173 et suiv, n° 1741 et suiv.

⁴⁰¹ يجب أن نذكر في هذا الإطار بأن بعض الفقهاء قد اقترح تقسيما ثلاثيا للقواعد القانونية، فميز بين

مبدئيا على كل الأفعال والدعاوى من يوم دخولها حيز التنفيذ مهما كان تاريخ ارتكاب الجريمة. وهذا الحل في الحقيقة موجود في القوانين الجزائية المختلفة ولكن طريقة تكريسه تختلف من نظام قانوني إلى آخر، فثلث ذهبت بعض القوانين إلى تكريسه الصريح ومثاله مشروع تنقيح القانون الجزائي المغربي بالمادة 1.9، وقانون الإجراءات الجزائية العماني بالمادة 1 وغيرهما، فإن البعض الآخر لم يكن بذات الصراحة ومثاله القانون الجزائي التونسي الذي لم يرد به أي نص خاص يحسم المسألة، ولكن رغم ذلك يستتج هذا الحل بصفة ضمنية من الفصل 1 م.ج، إذ يمنع هذا الفصل صراحة رجعية القانون الجزائي المتعلق بالأصل، ويبين حدود هذا المنع، بدون أن يمنع رجعية القانون الجزائي المتعلق بالشكل. وعليه فما دام الفصل 1 م.ج قد حصر عدم رجعية القانون الجزائي في الأحكام التي تؤدي إلى التشديد على المتهم في العقاب، فإن ذلك يعني بدهشة أن قانون الإجراءات الجزائية غير معني بقاعدة عدم الرجعية وقابل للتنفيذ الفوري⁴⁰².

وهذا الإقرار بالأثر الفوري للقانون الشكلي الجديد، يستفاد أيضا من الغرض المقصود من القوانين الشكلية مقارنة بالغرض من القوانين الموضوعية، ذلك أن الغرض من القوانين الموضوعية هو دعم الحق بعقاب من ينتهك حرمة، حال أن الغرض من القوانين الشكلية هو ضمان الوصول إلى كشف الحقيقة قضائيا بالإجراءات التي تحيط بالدعوى والتحقيق والمحاكمة، حتى تكفل

القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية المحضة والقواعد الإجرائية ذات الأثر الموضوعي، وهذه القواعد الأخيرة تستوجب تفكيك محتواها والتمييز داخل هذا المحتوى بين ما هو موضوعي، وما هو إجرائي، وعلى أساس هذا التفكيك يطبق على كل طائفة من هذه القواعد النتائج التي تتسق وطبيعتها. راجع للتوسع بخصوص هذا التوجه:

- سليمان عبد المنعم: نطاق السريان الزمني للقواعد الجنائية، مرجع سابق، ص 88 وما بعدها.
وفي نفس السياق بين الفقيه غارو Garraud صعوبة تصنيف بعض القواعد وتحديد القواعد المتعلقة بمرور الزمن الجزائي على الدعوى العمومية وعلى العقوبة، وبين أن طبيعتها غير محسومة ولذلك فهي تطرح صعوبة حقيقية بخصوص تحديد القانون الأصلح في صورة التنازع، وبين المقترحات التي يقدمها لتجاوز هذا الاشكال راجع: موسوعة قانون العقوبات للعلامة رنيه غارو: مرجع سابق، ج 1، ص 366 وما بعدها.
⁴⁰² فرج القصير: مرجع سابق، ص 48.

بذلك مصلحة الاتهام ومصلحة الدفاع على حدّ السواء⁴⁰³. فكما أنّه لا يجوز أن يفرّ جان من العقاب كذلك لا يجوز أن يقع بريء تحت طائلته. فإذا حدث تعديل في ترتيب السّلطات الجزائية أو اختصاصها أو إجراءاتها فهذا التغيير مفروض فيه أنّه يؤدي إلى تطبيق العقاب تطبيقاً أدعى إلى العدل والإنصاف وأضمن إلى تحسين سير العدالة الجزائية وإجراءات التقاضي بوجه عام. وعلى هذا الأساس فليس للمتهم أن يدفع بأنّ له حقاً مكتسباً في التمسك بالإجراءات المقرّرة لمصلحته في القانون المعاصر لوقوع الجريمة، لأنّ حقّه ينحصر في تمكينه من إثبات براءته، وللمشرّع دون غيره الحقّ في تعيين السّلطات التي يُبدي أمامها وسائل دفاعه والنهج الذي يتّبع في هذا السّبيل⁴⁰⁴. وعلى هذا الأساس مثلاً عندما قام قانون 26 ديسمبر 1987 بإلغاء محكمة أمن الدّولة طبّق بأثر مباشر فور دخوله حيز التنفيذ لأنّ محكمة أمن الدّولة المُلغاة فقدت أصالة ولاية الحكم أيا كانت حالة الدّعوى المنظورة أمامها فكان قانون إلغائها حائلاً دون استمرارها في الحكم. وبالمثل فإنّ قانون 17 أفريل 2000، الذي أرسى قاعدة التقاضي على درجتين في المادّة الجزائية، طبّق مباشرة منذ نفاذه على كل الجنايات التي لم يصدر في شأنها حكم بات بما فيها تلك التي وقعت قبل وجوده أصلاً.

وعموماً هذا الحل القاضي بالتطبيق الفوري للقانون الجزائي المتعلّق بالشكل يعرف حدوداً ويستوجب ضبطاً.

فأمّا الحدود فضابطها فكرة الحقّ المكتسب Droit acquis بمعنى أنّ التطبيق الفوري الشكلي يستبعد كلّما كان القانون الشكلي الجديد متعارضاً مع حقّ اكتسبه المتهم في ظلّ القانون القديم وكان من مصلحته المحافظة عليه⁴⁰⁵، وبالتالي إذا قام القانون الجديد بالتقصير في آجال الطعن في الحكم بكيفية تجعل المحكوم عليه يفقد حقّه في الطعن أو قام بالتمديد في آجال التقادم المتعلّقة بالدّعوى العموميّة أو العقوبة بعد أن أصبح الجاني متمتعاً

⁴⁰³ سليمان عبد المنعم: مرجع سابق، ص 68.

⁴⁰⁴ جندي عبد الملك: مرجع سابق، ج 5، ص 583.

⁴⁰⁵ B. Bouloc: op. cit., p. 164, n° 162.

يعنى سقوط أي منهما فإن القانون الشكلي القديم هو الذي يجب أن يطبق في مثل هذه الحالات لأن تطبيق القانون الجديد سيؤدي إلى المساس بالحقوق المكتسبة أو بالوضعيات المستقرة للمتهمين أو المحكوم عليهم⁴⁰⁶.

أما بخصوص الضبط فهو يتعلق أساسا بمعرفة ما إذا كان الحل القاضي بالتطبيق الفوري للقانون الجزائي المتعلق بالشخص يعد في حد ذاته مبدأ في القانون الجزائي أم هو استثناء للمبدأ القاضي بعدم الرجعية ؟

بالنسبة إلى هذه المسألة حصل خلاف في الفقه الجزائي التقليدي حيث ذهب البعض من فقهاء القرن 19 إلى القول بضرورة استبقاء خضوع الجرائم التي وقعت في ظل قانون إجرائي معين إلى نفس ذلك القانون حتى ولو وجد لاحقا قانون إجرائي جديد وذلك للحفاظ على مفهوم مبدأ عدم الرجعية، وعليه فالقانون القديم يبقى هو المؤهل لتنظيم اختصاص المحاكم والإجراءات المتبعة في فصل الدعوى. وذهب جانب ثان من الفقه إلى القول بضرورة التمييز بخصوص النصوص الإجرائية بين ما كان منها أخف أو أشد، واعتبروا على هذا الأساس أن النصوص الإجرائية الجديدة لا تنطبق إلا إذا كانت أخف⁴⁰⁷.

غير أن الفقه الحديث قد تجاوز هذه الآراء معتبرا أنها قد وقعت في الخلط بين أثرين مختلفين للقواعد القانونية أدى إلى عدم التمييز بينهما، وهما الأثر الفوري والأثر الرجعي، وعلى أساس هذا الخلط اعتبرت - أي الآراء التقليدية - أن التطبيق الفوري للنص الشكلي يؤدي إلى انطباقه على جرائم وقعت قبل وجوده وهو ما يعد خرقا لمبدأ عدم الرجعية.

ولكن في الواقع عرض المسألة على هذا الشكل لا يستقيم قانونا، أولا لأن هذا الحكم - الأثر الفوري - لا يكرس في حقيقته الأثر الرجعي، فقط وبكل بساطة لأن قانون العقوبات يحكم الواقعة المكونة للجريمة، بينما قانون

⁴⁰⁶ B. Bouloc: op. cit., p. 164, n° 162.

- فرج القصير: مرجع سابق، ص 49.
⁴⁰⁷ راجع للتوسع:

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 367, n° 274.

الإجراءات يحكم الواقعة المكونة للإجراء. ومن الثابت أن هناك فارقاً بين
الجريمة وبين الإجراء المترتب عنها. فلا يعتبر النص الإجرائي الجديد ذو أثر
رجعي مجرد أنه يطبق على إجراء ما لاحق على تاريخ نفاذ النص، حتى ولو كان
سبب هذا الإجراء جريمة ارتكبت قبل نفاذ هذا النص. وفي جملة واحدة يمكن
القول إن النصوص الإجرائية تحكم إجراءات ولا تحكم جرائم⁴⁰⁸. وثانياً لأن
النصوص الجزائية الشكلية مثل النصوص الجزائية الموضوعية ليس لها أثر
رجعي، والقول بخلاف ذلك، أي بالأثر الرجعي للنص الشكلي الجديد،
سيكسبه ولاية لإعادة تقييم ما وقع صحيحاً من إجراءات في ظل النص القديم،
ويخوله بالتبعية إمكانية إبطال أي إجراء طبقاً لما جاء به من تحويلات جديدة،
وهو ما يعدّ خرقاً لمبدأ عدم الرجعية. لذلك حصل اتفاق في الفقه⁴⁰⁹ على أن
النصوص الشكلية ليس لها أثر رجعي ولا يجب أن تكون خلاف ذلك.

وعموماً عمل الفقه الحديث⁴¹⁰ على تقديم حل لهذه المسألة عبر استعمال
منطق الترجيح بالإقصاء، وانطلاقاً من هذا المنطق اعتبر أن الحل يستوجب أن
نستحضر أولاً أن مسألة تنازع القوانين الشكلية يمكن أن تحتل نظرياً ثلاثة
حلول ممكنة وهي: إما القول برجعية النصوص الجديدة، أو القول بالمحافظة
على النصوص القديمة، أو أخيراً الإقرار بالأثر الفوري للقانون الجديد.

فالحل الأول القاضي برجعية القانون الشكلي الجديد لا يمكن أصلاً قبوله
لأنه سيعطي هذا القانون سلطاناً مطلقاً يؤهله لمراجعة ما وقع صحيحاً من
إجراءات في ظل القانون القديم وهو ما يضع على حدّ السواء مصلحة المجتمع
والفرد على المحك.

والحل الثاني القاضي باستبقاء النصوص الشكلية القديمة التي حكمت
الدعوى في بدايتها إلى أن يقع الفصل فيها نهائياً، يتّجه استبعاده أيضاً إذ يعارض

⁴⁰⁸ سليمان عبد المنعم: مرجع سابق، ص 68.

⁴⁰⁹ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 368, n° 274: «Il faut réaffirmer ici, qu'une loi nouvelle d'organisation judiciaire, de compétence ou de procédure n'est pas et ne doit pas être rétroactive».

⁴¹⁰ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 368, n° 274.

بحجة الغاية من النص الشكلي، إذ يهدف هذا النص إلى ضمان حسن سير العدالة الجزائية وإجراءات التقاضي بوجه عام وهذا التحسين سيحقق مبدأ مصلحة المجتمع والفرد على حد سواء.

أما الحل الثالث، والقاضي بالأثر الفوري للنص الشكلي، فهو الحل الأمثل الذي يتجه اعتماده إذ يحقق الهدف أو الغاية من النص الشكلي الجديد من ناحية، ولا يخرق مبدأ عدم الرجعية من ناحية أخرى.

وعليه يمكن القول إن التطبيق الفوري للقوانين الجزائية الشكلية يعد مبدأ مستقلاً بذاته يهمل المجال الإجرائي ولا يعتبر استثناء لمبدأ عدم الرجعية لأنه خارج عن نطاقه. ومقتضى هذا المبدأ أن يطبق النص الجزائي الإجرائي على سائر الإجراءات التي تتخذ عقب تاريخ نفاذه، ولو كانت هذه الإجراءات متعلقة بجريمة وقعت قبل هذا التاريخ.

II- ما يدخل في نطاق الاستثناء

سنعرض إلى القوانين التفسيرية (أ) ثم النصوص الخاصة بالتدابير الاحترازية (ب).

أ- القوانين التفسيرية

القانون التفسيري لا يعتبر في الحقيقة قانوناً جديداً لأنه لا يستهدف في حقيقته تعديل قانون قائم، بل غاية وجوده مجرد إبراز قصد المشرع من إصدار القانون الموجود أصلاً، وعليه فالنص التفسيري لا يضيف أحكاماً جديدة ولا يعدل أحكاماً قائمة بل يقتصر على مجرد توضيح نصوص سابقة. وهكذا فالنص التفسيري يلحق بالنصوص السابقة التي صدر تفسيرها لها ويندمج فيها، ويترتب على ذلك سريانه على كل ما تسري عليه هذه النصوص ولو جاء هذا القانون التفسيري بتأويل أشد مما جرى به العمل قبل وجوده⁴¹¹.

⁴¹¹ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 133.

Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 360, n° 269.
Emmanuel Dreyer: Op. cit., p. 1165, n° 1731.

ويجب أن نؤكد هنا أن العبرة في وصف القانون بأنه تفسيري لا ترجع إلى مجرد الوصف الذي يعطيه له المشرع عند إصداره، بل إلى حقيقة ما تضمنته نصوصه، إذ المشرع يمكنه تحت غطاء التفسير أن يقوم بإحكام أحكام أو شروط جديدة لم تكن موجودة أصلا في القانون القديم⁴¹²، وفي هذه الحال يجب على القاضي أن يتعامل مع هذه النصوص باعتبارها نصوصا جديدة -أخذا لها على حقيقتها- وعليه والحال تلك أن يخضعها لقاعدة عدم الرجعية، ومن ناحية أخرى لاحظ جانب من الفقه الجزائري⁴¹³ أنه إذا كان القانون

وهنا لا بد من التذكير بأن القوانين التفسيرية قد كانت الوسيلة التي وقع استعمالها عقب الحرب العالمية الثانية في كل من فرنسا ولكسمبورج من أجل التوسع في معنى بعض الجرائم، ففي فرنسا وبمقتضى الأمر التشريعي الصادر في 28 أوت سنة 1944 والخاص بالمعاقبة على جرائم الحرب، اعتبر المشرع الفرنسي من قبيل التجنيد غير المشروع أي ذاك الذي يتم دون إذن من السلطة التشريعية المنصوص عليه في المادة 92 عقوبات، تجنيد العدو أو وكلائه للرعايا الفرنسيين، ومن قبيل التسميم المنصوص عليه بالمادة 101 عقوبات، الوضع في غرف الغاز وكذلك كل تسميم للمياه وللمواد الغذائية الاستهلاكية، ومن قبيل القتل مع سبق الإصرار المنصوص عليه في المادة 296 عقوبات، القتل على سبيل المعاملة بالمثل مع أن هذا الأخير يعد من الأسباب المبيحة للجريمة الدولية في رأي الفقه التقليدي، كما اعتبر من قبيل النهب المنصوص عليه في المادة 221 من قانون القضاء العسكري الفرنسي الصادر في 9 مارس سنة 1929، كافة الغرامات الجماعية، والضرائب غير المشروعة، وكافة صور مصادرة الأموال أو اغتصابها أو تصديره.

وفي لكسمبورج اعتبر المشرع بمقتضى القانون الصادر في 2 أوت 1947 والخاص بالمعاقبة على جرائم الحرب -أيضا- من قبيل مساعدة العدو بالجنود والعتاد المنصوص عليها في المادة 115/3 عقوبات، كل تجنيد، يحصل من جانب العدو أو وكلائه، سواء ألحق بالجيش النظامي أو بأحد فرق البوليس، أو الأعمال المتصلة بالحرب، ومن قبيل القتل مع سبق الإصرار المنصوص عليه في المادة 394 عقوبات، القتل على سبيل المعاملة بالمثل، ومن قبيل الضرب والجرح المنصوص عليهما في المادتين 398 و399 عقوبات، كافة أفعال الاكراه الواقعة على الأسرى أو المسجونين أو المتهمين أو الشهود أو المبعدين... الخ، ومن قبيل النهب المنصوص عليه في المادة 128 وما بعدها عقوبات فرض الغرامات الجماعية، أو الضرائب غير المشروعة، وكافة صور المصادرة أو اغتصاب الأموال المملوكة لأفراد الشعب.

وبلاحظ أن كل هذه القوانين في كل من فرنسا ولكسمبورج ليست إلا محض قوانين تفسيرية لا تسري عليها قاعدة عدم رجعية القانون الجزائري، لأنها لا تستهدف إلا مجرد إعطاء تفسير معين لقوانين قائمة بالفعل، مما يجعلها تطبق على الأفعال السابقة على صدورها، وهو ما استقر عليه قضاء محكمة التعقيب البلجيكية. راجع بهذا الخصوص:

- صرين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها.

- Stefan Glaser: L'Infraction internationale, Paris 1957, p. 39 et suiv.

⁴¹² Jacques Leray: Op. cit., p. 138, n° 212.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 360, n° 269.

⁴¹³ Emmanuel Dreyer: Op. cit., p. 213, n° 283.

القائم شديد الغموض بحيث يتعدّد تفسيره على الوجه الصحيح، فلا يمكن اعتباره مصدرا للشرعية، لأنّ هذا الغموض لا يتيح للنّاس معرفة القانون. وفي هذه الحالة فإنّ القانون التفسيري يعامل معاملة القانون الجديد ولا يجوز تطبيقه بأثر رجعي.

وعموما يبدو أنّ الفقه الجزائي الحديث ينتقد أصالة فكرة القانون التفسيري⁴¹⁴، ويتمسك بأنّ رجعية القوانين التفسيرية ليست قاعدة آلية ناتجة عن طبيعة هذه القوانين باعتبارها جزءا من القانون المفسر، بل يجب أن تخضع القوانين التفسيرية بدورها لضابط قبول الرجعية في المادّة الجزائية وهو المرتبط بالنصّ الأرفق. وقد ذهبت محكمة التّعقيب الفرنسية في قرار لها بتاريخ 23 جانفي 2004⁴¹⁵ إلى الإقرار بأنّ القانون الجديد لا يمكن أن يكون رجعيّا بطبيعته. وقد استنتج الفقه⁴¹⁶ من هذا القرار أنّ القوانين التفسيرية مثلها مثل أي قانون آخر تخضع للقواعد التي تحكم تنازع القوانين في الزمن المتعلقة بالمادّة التي ينتمي إليها ذلك القانون. والقانون الجزائي التفسيري يجب إذن أن يخضع لمبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية الموضوعية الأشدّ. وهذا الخضوع لمبدأ عدم الرجعية هو الذي يطرح في الحقيقة جدلا فقهيّا بالنسبة إلى النصوص الخاصة بالتدابير الاحترازية.

ب- النصوص الخاصة بالتدابير الاحترازية

لقد تطوّرت الأفكار الجزائية بخصوص الأسلوب الذي يجب إتباعه في معاملة من قامت مسؤوليته الجزائية عن فعل يجرّمه القانون، وهذا التطور قد أنتج توجّهات إصلاحية تدعو إلى تأهيل المجرم من ناحية، وتعمل على التصدي للظاهرة الإجرامية قبل وقوعها من ناحية أخرى. ومن هنا برزت فكرة التدابير الاحترازية التي تسمى أيضا بتدابير الأمن أو تدابير الدّفاع الاجتماعي لتطبّق على المجرمين

⁴¹⁴ راجع بخصوص هذا النقطة:

- Xavier Pin: Op. cit., p. 82, n° 93.

- Jacques Leray: Op. cit., p. 139, n° 212.

⁴¹⁵ cass. ass. plén. 23 Janv. 2004 RTD civ 2004 p. 602, obs. P. Deumier.

⁴¹⁶ Xavier Pin: Op. cit., p. 82, n° 93.

مكافآت وقائية بهدف حماية المجتمع من خطورتهم الإجرامية. فهي بالمحصلة ليست جزاءات عن أفعال حصلت وإنما هي علاج لحالة خطرة لا زالت قائمة⁴¹⁷. وانطلاقاً من فكرة أنّ التدابير في جوهرها علاج لحالة خطرة لا زالت قائمة، ذهبت بعض التشريعات⁴¹⁸ وجانب من الفقه⁴¹⁹ إلى القول بأنّ للتدابير منطقتها الخاص ولذلك فهي تطبق بأثر مباشر ولو على جرائم سبقت نفاذها.

غير أنّ جانب آخر من الفقه⁴²⁰ قد اعتبر أنّه من التناقض التسليم بتطبيق مبدأ الشرعية على التدابير ثمّ القول بإرجاع التدابير إلى الماضي. هذا فضلاً على أنّه لا ينبغي التهوين من مساس التدابير بالحقوق الفردية، فعنما ما يسلب الحرية أو يتيدها أو يسلب الحقوق، ممّا ينطوي على إيلاام تتفق فيه التدابير والعقوبات. وعلى هذا الأساس لا بدّ من خضوع التدابير لمبدأ الشرعية الذي على أساسه يستبعد تطبيق التدابير التي لم تكن موجودة وقت ارتكاب الجريمة ويكفي بما كان موجوداً منها في ذلك الوقت.

وعلى عكس هذين الاتجاهين وجد اتجاه ثالث وسطي يرى بضرورة التمييز بين أنواع التدابير، وعلى أساس هذا التمييز يمكن القول بأنّ الأثر المباشر للتدابير العلاجية وتدابير الرعاية، أمّا بالنسبة إلى التدابير المنطوية على إيلاام فليس لها مجال للانطباق على ما وقع من أفعال قبل وجدها، وفي هذا الاتجاه أكّد الفقيهان «بوزا» و«بيناتل» أنّه لا يمكن قبول الأثر الرجعي للتدابير إلّا عندما يوضع لها نظاماً يجردها تماماً من عنصر الإيلاام.

ومهما يكن من أمر فإنّ تحديد نطاق مبدأ عدم الرجعية لا يقتصر على بيان نوع القاعدة بل يمتد أيضاً إلى دراسة محتواها.

⁴¹⁷ B. Bouloc: Op. cit., p. 143, n° 141.

– Xavier Pin: Op. cit., p. 85, n° 96.

⁴¹⁸ القانون اللبناني بالمادة 13 من قانون العقوبات، والقانون السوري بالمادة 13 من قانون العقوبات والقانون الليبي بالمادة 138 من قانون العقوبات والقانون المغربي بالمادة 8 فقرة 2 من القانون الجنائي.

⁴¹⁹ Xavier Pin: Op. cit., p. 85, n° 96.

⁴²⁰ محمود محمود مصطفى: مرجع سابق، ص 23.

الفهم الثاني

النطاق الموضوعي لمقتضى المادة 28

نطاق مبدأ عدم الرجعية المرتبط بمقتضى القاعدة الجزائية يحدد في العقوبة أهم استثناء لهذا المبدأ وهو القاضي بـرجعية النص الجزائي المعلق بالأصل إلا كان أرفق بالمتهم (I)، وهذا الاستثناء يطرح جدلاً في بعض المجلات الخاصة (II) التي تثار التساؤل حول مدى قدرتها على تجريد النصوص الأصلية من الرهبة الرجعية المعتاد أم لا.

1- وجهة النص الأرفق بالمتهم

رجعية النص الجزائي الأرفق بالمتهم تعد من منظور الفصل 1 م.ج⁴²¹ والفصل 28 من الدستور الجديد⁴²² استثناء لمبدأ عدم الرجعية الذي يحكم القانون الجزائي المتعلق بالأصل.

وهذه الرجعية التي تحكم النص الأصل تعني أهليته -أي هذا النص- للانطباق على الأفعال التي ارتكبت قبل نفاذه، بما يؤدي إلى امتداد سلطانه الزمني إلى الماضي عبر سحب ولايته على الفترة الزمنية التي لم يكن أصلاً موجوداً فيها. وعلة هذا الاستثناء تؤسس على فكرتي العدالة والمصلحة، ذلك أن المشرع إذا قام بإلغاء أو تخفيف العقوبة التي يلحقها بفعل أو ترك ما، فما ذلك إلا لأنه قد قدر أن هذه العقوبة غير عادلة أو غير مفيدة، ولما كان حق العقاب مبنيًا أصالة على العدالة والمصلحة في آن معاً، فلا محلّ تبعاً لذلك لتوقيع العقوبة القديمة لأن التغيير الذي أدخله عليها المشرع يجعلها في نظره ظالمة أو غير مجدية أو قاسية⁴²³، وعليه فالتغيير الذي طال العقوبة القديمة يعدّ اعترافاً تشريعياً بعدم

⁴²¹ نص الفصل 1 م.ج على أنه: «... إذا وضع القانون بعد وقوع الفعل وقبل الحكم باليات وكان نصه أرفق بالمتهم فالحكم يقع بمقتضاه دون سواه».

⁴²² نص الفصل 28 من الدستور الجديد على أن «العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم».

⁴²³ جندي عبد الملك: مرجع سابق، ج 5، ص 575.

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 154-155.

نجاحاتها وجدواها مما يفقدها صلاحية انطباقها. ومن ناحية أخرى فإن المفترض في القانون الجديد أنه أصح من القديم، ومن ثم فلا مصلحة للمجتمع في التمسك بالقانون القديم طالما أنه لا يوفّر له الحماية المنشودة. كما لا مصلحة للمتهم في التمسك بانطباقه طالما أنه سيعاقب بمقتضى القانون الموجود في تاريخ المحاكمة والذي يعدّ أرفق به من سالفه⁴²⁴. وعلى هذا النحو تتقاطع مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم في نقطة واحدة وهي واجب التطبيق القانون الجديد الأصح للمتهم بأثر رجعي. وهذا الحل المتفق عليه في القانون المقارن⁴²⁵ هو الذي كرّسه قسّمه القضاء التونسي باستمرار⁴²⁶ ومن بينها القرار التعقيبي الصادر في 9 جانفي 1982⁴²⁷ الذي جاء به صراحة أن «القانون الجديد الصادر بعد ارتكاب الجريمة وقبل الحكم البات فيها ينسحب على الماضي إذا كان أرفق بالمتهم ويحاكم بمقتضاه دون سواء»، وكذلك القرار التعقيبي الصادر في 3 نوفمبر 2007⁴²⁸ الذي جاء به أنه «لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نصّ قانوني سابق الوضع لكن إذا وضع قانون بعد وقوع الفعل وقبل الحكم البات وكان نصّه أرفق بالمتهم فالحكم يقع بمقتضاه دون غيره» وعليه اعتبرت أن القانون الجديد الذي ألغى جريمة تناول مشروبات كحولية داخل العربة هو القانون الواجب التطبيق لأنه أرفق بالمتهم.

وعموماً، رجعية النصّ الجزائي الأرفق بالمتهم يطرح نوعين من الأسئلة: الأول ما هي شروط انطباق النصّ الأصح؟ والثاني متى يكون النصّ الجديد أصح؟

⁴²⁴ G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc: Op. cit., p. 138, n° 152.

⁴²⁵ أنظر في تكريس رجعية القانون الأصح للمتهم على سبيل المثال المادة 29 فقرة 4 من الدستور البرتغالي، والمادة 54 فقرة 2 من الدستور الروسي، والمادة 40 من الدستور البرازيلي، والمادة 58 من الدستور الأوكراني، والمادة 2 من قانون العقوبات الليبي، والمادتين 5 و6 من القانون الجنائي المغربي، والمادة 9 من قانون العقوبات القطري، والمادة 2 من قانون العقوبات الجزائري، والمادتين 4 و5 من قانون العقوبات الأردني.

⁴²⁶ قرار تعقيبي جزائي عدد 7635 المؤرخ في 2 أفريل 1983 ن م ت قسم جزائي عدد 2 سنة 1983 ص 170. - قرار تعقيبي جزائي عدد 8208 مؤرخ في 19 فيفري 1983 ن م ت قسم جزائي عدد 2 سنة 1983 ص 166.

⁴²⁷ قرار تعقيبي جزائي عدد 6351 مؤرخ في 9 جانفي 1982 ن م ت قسم جزائي عدد 2 سنة 1983.

⁴²⁸ قرار تعقيبي جزائي عدد 19292 مؤرخ في 3 نوفمبر 2007 ن م ت قسم جزائي سنة 2007 ص 128.

بالنسبة إلى السؤال الأول وهو المتعلق بشروط انطباق النص الجديد الأصح للمتهم أو الأرفق به، فيمكن القول إن هذه الشروط تتمثل في ضرورة وضع القانون الجديد الأرفق بالمتهمة بصفة لاحقة لوقوع الفعل (♦) ولكن قبل صدور الحكم البات (♦).

♦ بخصوص وضع القانون الجديد الأرفق، السؤال هو: ما المقصود بالوضع؟ من المعلوم أن وجود القانون يمرّ بمراحل، من النشأة إلى النفاذ، فيكون مشروعاً يستوفي إجراءات المصادقة والنشر ليصبح بعد ذلك نافذاً⁴²⁹. فهل يقصد المشرع من استعمال عبارة «الوضع»⁴³⁰ مصطلح «النفاذ» أم أن مجرد صدور القانون ولو قبل نفاذه يكفي لإعماله طالما كان أرفق بالمتهمة؟

ذهب جانب من الفقه⁴³¹ إلى القول بأنه يكفي صدور القانون الأصح للمتهم لتطبيقه بأثر رجعي على الجريمة التي ارتكبها، ولا يعتد في ذلك بتاريخ العمل به، فلا يشترط نشره في الجريدة الرسمية أو حلول الأجل الذي حدده القانون لنفاذه. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن قانون المخدرات الجديد يعتد به من تاريخ صدوره لا من تاريخ العمل به إذا كان هو الأصح للمتهم. وعلة ذلك أنه بعد أن أفصح المشرع عن قصده في القانون الجديد لا يسع عدالة معاملته بغير هذا القصد طالما كان ذلك في مصلحته فضلاً على المصلحة العامة قد وضحت من يوم صدور التشريع الجديد، ولا محل هنا لتطبيق الأصل في قانون العقوبات وهو عدم سريانه إلّا منذ تاريخ العمل به، لأنّ علة ذلك هو ضمان علم الناس بالقانون قبل مساءلتهم عمّا تضمنه، وهي علة غير متوفرة في القانون الأصح للمتهم.

غير أن هذا الموقف الفقهي على أهميته لا يمكن قبوله في القانون التوّج والسبب في ذلك يرجع إلى أن عبارة «الوضع» المستعملة بالفصل 1 م.ج تعني ح

⁴²⁹ راجع: محمد كمال شرف الدين: مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

⁴³⁰ استعملت هذه العبارة بالفصل 1 م.ج والفصل 28 من الدستور الجديد.

⁴³¹ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 87.

«النفاذ»، والحجة في ذلك مأخوذة من منطق الفصل 1 م.ج ذاته إذ نص هذا الفصل في طالعاه على أنه «لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نص من قانون سابق الوضع...». والعقاب كما هو معلوم لا يمكن إيقاعه على أساس نص لم يصبح نافذا بعد في تاريخ ارتكاب الجريمة عملا بمبدأ الشرعية، ولذلك يكون المقصود بالوضع هاهنا هو النفاذ حصرا، وإذا كان الوضع يعني النفاذ فالنتيجة المنطقية من ذلك أن المتهم لا يستفيد من القانون الجديد الأرفق به إلا إذا أصبح ذلك القانون نافذا قبل أن يصدر في حقه حكم بات.

❖ أمّا بخصوص الحكم البات فهو الحكم الذي لم يعد قابلا لأي وجه من أوجه الطعن⁴³²، وعليه فإن القانون الجديد الأرفق بالمتهم لن يكون له من تأثير في الدعوى الجزائية الموجودة إلا إذا صدر قبل صيرورة الحكم فيها باتا، فإذا وجد -أي القانون الأرفق- بعد صدور هذا الحكم فلن يكون له مبدئيا أي تأثير على تنفيذ العقوبة المحكوم بها على الجاني.

وهذا الحل يستثني منه تنصيب القانون الجديد صراحة على إمكانية انسحابه وتأثيره على ما أصبح باتا من الأحكام، ومثاله ما نص عليه قانون 12 جويلية 1993 الذي جعل إسقاط السلف أو القرين المعتدي عليه بالعنف، لحقه، يوقف التتبع والمحاكمة وتنفيذ العقوبة المحكوم بها على الخلف أو القرين المعتدي.

وهنا يبقى الإشكال المطروح متعلقا بصورتين:

الصورة الأولى وهي الصورة التي يصدر فيها حكم بات بالعقوبة تحت سلطان القانون القديم، ثم يأتي القانون الجديد فيلغى تجريم الفعل الذي من أجله سلط العقاب دون التنصيب على إمكانية تأثيره على ما صدر قبل نفاذه من أحكام أصبحت باتة؟

⁴³² الحكم البات هو الذي لا يجوز الطعن فيه بكافة طرق الطعن العادية أو غير العادية، فالحكم الذي استنفذت فيه طرق الطعن العادية، يصبح حكما نهائيا وقابلا للتنفيذ، ولكنه معرض للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، فإذا أصبح ممتنعا عن الطعن فيه بالطرق غير العادية لفوات موعدها قصدا أو إهمالا، أو لأنه قد وقع استخدامها فعلا ولكن فصل فيها بالرفض فعينئذ فقط يصبح الحكم باتا.

أم يُلغى القانون التونسي حالاً لهذا الإلغاء على عكس القانون الجزائري
المقارن حيث ذهب القانون اللبناني في الفقرة 1 من المادة 2 من قانون العقوبات
إلى الدفاع عن تعاقب صرف لفاذ القانون الجديد قبل أن يصدر حكم مبرم
(بات) في حالة ما إذا أُلغى القانون الجديد تجريم الفعل، وبماثل ذهب القانون
المصري بالمادة 3 فقرة 3 من قانون العقوبات الذي قدّم حلاً عاماً لهذه المسألة
بالنصوص على أنه «إذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم
عليه المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره
الجنائية»، وكذلك القانون المغربي بالمادة 3 من القانون الجنائي التي نصّت
صراحة على أنه «لا يؤخذ أحد على فعل لم يعد مجزماً بمقتضى قانون صدر
بعد ارتكابه، فإن كان قد صدر مقرر قضائي بالإدانة، فإن العقوبات المحكوم
بها، أصاية كالك أو بديلة أو إضافية، يوضع حدّ لتنفيذها بقرار صادر عن
قاضي تطابق العقوبات»، وهو نفس الحل الذي اعتمدته أيضاً القانون الفرنسي
بالفصل 112-4 فقرة 2 م.ج¹³، وهذا الحل أخذ به أيضاً القانون القطري بالمادة 9
من قانون العقوبات التي جاء بها ما نصّه «... وإذا أصبح الحكم باتاً، وصدر
قانون يجعل الفعل أو الامتناع عن الفعل غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم
وتنتهي آثاره الجنائية»، وأضاف القانون القطري بالفقرة 2 من نفس المادة 9 أنه
«إذا كان القانون الجديد مخففاً للعقوبة فحسب، فللمحكمة التي أصدرت
الحكم البات، بناءً على طلب النيابة العامة أو المحكوم عليه، إعادة النظر في
العقوبة المحكوم بها وفقاً لأحكام القانون الجديد».

وهذا الحل المكرّس في القانون الجزائري المقارن يتّجه تكريسه بنصّ عام في
القانون الجزائري التونسي، إذ من باب العدل أن يستفيد المحكوم عليه بحكم
بات بالإدانة تحت سلطان القانون القديم من إلغاء التجريم المرتبط بذلك الفعل،
خصوصاً أنّ إلغاء التجريم يستفاد منه أنّ الفعل قد عاد إلى الأصل فيه وهو
الإباحة ولذلك ترى الهيئة الاجتماعية ألا فائدة من توقيع العقاب عليه.

¹³ Art 112-4 al 2: «la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale».

أما الصورة الثانية التي تطرح إشكالا في هذا الإطار فهي مرتبطة بزمن الفعل في الدعاوى الجزائية، ودخول معيار الزمن في تطبيق النص الأرفق بالمتهم قد يفرز وضعيات صادمة للعدالة والمساواة أمام القانون الجزائي، ومثاله الفرضية التي ترتكب فيها جريمتان متماثلتان في نفس اليوم ولكن الحكم البات بخصوص إحداهما قد صدر بتاريخ مختلف ولاحق لتاريخ صدور الحكم البات في الأخرى، ففي هذه الحالة نجد أن أحد المتهمين سيستفيد من النص الجديد الأرفق لدخوله حينئذ التنفيذ قبل صيرورة الحكم باتا، في حين أن الآخر الذي ارتكب فعلا مماثلا لم يستفد من هذا النص الأرفق لأن الحكم أصبح باتا قبل دخول النص الجديد حينئذ التنفيذ. والنتيجة أن نفس الفعل الذي يخضع على حد تعبير «مارل وفيتو» Merle et Vitu⁴³⁴ إلى نفس العقوبة نظرا للمصادفات الإجرائية

أما بخصوص السؤال الثاني والمتعلق بمعرفة النص الأرفق بالمتهم فيجب التأكّد بدءا أن النص الأرفق عمليا هو الذي من شأنه أن ينشئ مركزا قانونيا أصح للمتهم وأفضل له من القانون القديم. وهذا المركز الأصح يقع تحديده عبر إجراء مقارنة بين المركز القانوني للمتهم في ظل القانون القديم ومركزه في ظل القانون الجديد، والتأكّد من أن المركز الذي ينشئه القانون الجديد أفضل بالنسبة إلى متهم معين بذاته من المركز الناشئ له في ظل القانون القديم، وعليه فتحديد القانون الأرفق بالمتهم يتميّز - حسب الرأي الراجح فقها - بخاصيتين هما الموضوعية والواقعية.

فأما الموضوعية فتعني أن تحديد النص الأرفق للمتهم بوصفه مسألة قانونية، يقررها القاضي وفقا لضوابط معينة. فلا يجوز للمتهم المطالبة بتطبيق قانون معين بحجة أنه هو الأصح له⁴³⁵. كما لا يجوز للقاضي أن يعبر عن وجهة نظره الشخصية وإنما يجب عليه دائما أن يستعين بالضوابط القانونية في تحديد ما هو

⁴³⁴ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 354, n° 261.

⁴³⁵ رمسيس بهنام: مرجع سابق، ص 263.

أرفق بالمتهم⁴³⁶ أما الواقعية فتعني أن النص الأرفق لا يحدد وفقاً لمعايير مجردة بناءً على مقارنة نظرية بين القانونين الجديد والقديم، وإنما تتم هذه المقارنة بالنظر إلى كل جريمة على حدة، بين حكم كل من القانونين عند تطبيقه على هذه الجريمة بأركانها وظروفها المختلفة وشخصية المتهم، وبالتالي فإن المقارنة بين القانونين تكون من حيث حكم كل منهما في حالة واقعية معينة، أي في جريمة ذات ظروف معينة وفي مجرم ذي ظروف معينة⁴³⁷. وبناءً على هذه المعايير حدد الفقه ماهية النص الأرفق بالمتهم عبر التمييز بين نصوص التجريم ونصوص العقاب.

• بالنسبة إلى نصوص التجريم: عند المقارنة بين القوانين المتعاقبة، يعتبر القانون أرفق بالمتهم إذا ترتب عنه:

- إلغاء وصف التجريم عن الفعل الذي ارتكبه الجاني.
- تغيير الوصف القانوني للجريمة المرتكبة كأن تكون الجريمة جنائية فتصبح جنحة.
- تضيق نطاق التجريم بتغيير أركان الجريمة أو ظروفها على نحو يستتيد منه المتهم.
- إضافة لسبب من أسباب التبرير أو مانع من موانع المسؤولية أو العقاب.

• أما بالنسبة إلى نصوص العقاب: فيعتبر القانون الجديد أصح للمتهم إذا قام بإلغاء إحدى العقوبات المتعددة المقررة للجريمة التي ارتكبها المتهم، سواء شمل الإلغاء إحدى العقوبات الأصلية أو التبعية أو التكميلية. أو جعل القانون الجديد تطبيق بعض العقوبات جوازية بعد أن كانت وجوبية، أو إذا قام القانون الجديد

⁴³⁶ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 80 - 81.

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 157.

⁴³⁷ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 81.

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 157.

بالغاء أحد ظروف التشديد أو قيّد من تطبيقها أو قلص من آثارها في التشديد العقوبة، أو إذا قام القانون الجديد بإجازة وقف التنفيذ أو استحدث ماعدا للعقاب.

وإذا ظلّ الفعل معاقبا عليه طبقا للقانون الجديد، ولكن بعقوبات أخفّ مما كان مقرّرا سابقا، فإنّ هذا القانون الجديد يُعدّ طبقا أرفق بالمتهم، وفي هذه الحالة تجري المقارنة بين العقوبات المقرّرة في القانون القديم والجديد وفقا للثلاثة ضوابط قانونيّة أساسيّة وهي:

- **نوع الجريمة:** حسب التقسيم الثلاثي للجرائم إلى جنائيات وجنح ومخالفات، تكون عقوبة الجنائية أشدّ من عقوبة الجنحة وعقوبة الجنحة أشدّ من عقوبة المخالفة، فإذا نزل القانون الجديد بالعقوبة من عقوبة جنائية إلى عقوبة جنحة أو من عقوبة جنحة إلى عقوبة مخالفة كان أرفق بالمتهم.

- **درجة العقوبة:** عندما تقع المقارنة بين العقوبات يلاحظ أنّها متدرّجة في الشدّة وفقا للترتيب التنازلي الذي وضعه الفصل 5 م.ج فالإعدام يعتبر أشدّ العقوبات ويليه السجن ببقية العمر ثمّ السجن لمدة معيّنة ثمّ العمل لفائدة المصلحة العامة ثمّ الخطية ثمّ التعويض الجزائي.

ولا إشكال في هذه الصورة طالما أنّ تحديد العقوبة الأصح للمتهم سيُعتمد على درجتها في سلم العقوبات. لكن المشكلة تُشور فيما لو تضمن القانون الجديد عقوبات غير أصليّة لا تدخل ضمن تقسيم العقوبات المعروف، أو عقوبات مستحدثة لم يكن يعرفها القانون القديم. وحالا لهذا الإشكال يرى الفقه⁴³⁸ أنّه لا مناص في مثل هذه الحالات من تخويل القاضي سلطة تقدير العقوبات المنصوص عليها في كل من القانونين القديم والجديد واختيار أيهما بوصفها الأفضل للمتهم. وقد اعتبر فقّه القضاء الفرنسي أنّ عقوبة إغلاق المؤسسة أسوأ للمتهم بمقارنتها بعقوبة الغرامة وبالتالي يمتنع تطبيق الأولى بأثر رجعي. كما

⁴³⁸ سليمان عبد المنعم: مرجع سابق، ص 55.

اعتبر عقوبة حظر الإقامة في أماكن معينة أفضل العقوبتين من عقوبة وضعه تحت مراقبة الشرطة وإكراهه على الإقامة في مكان محدد، وبالتالي يجوز سريان الأولى بأثر رجعي.

— مدة العقوبة: إذا اتحدت العقوبة الموجودة في القانون القديم وذلك التي جاء بها القانون الجديد في النوع والدرجة، كان معيار تحديد العقوبة الأخف هو معيار المدة. ومدة العقوبة تحدد على ضوء الحد الأدنى والأقصى، وعليه إذا نزل القانون الجديد بالحد الأقصى أو نزل بالحد الأدنى أو نزل بهما معاً، فلا صعوبة في تحديد القانون الأرق بالمعنى في هذه الحالة إذ ما من شك أنه القانون الجديد.

ولكن تثار الصعوبة في الفرضية التي يقوم فيها القانون الجديد بالتخفيض في أحد الحدين والترفع في الآخر، كأن يرفع القانون الجديد في الحد الأقصى وينزل في الوقت نفسه بالحد الأدنى، أو ينزل بالحد الأقصى ويرفع بالتزامن مع ذلك في الحد الأدنى، فما هو القانون الأرق بالمعنى في هذه الحالة؟ اختلفت الآراء حول هذه المسألة ويمكن عمومياً إجمالها في الآراء التالية:

رأي أول: ذهب هذا الرأي إلى القول بأن القانون الأصل للمتهم يقع استخراجاً عبر المزج بين القانونين (القديم والجديد) عن طريق الجمع بين أقلّ القانونين في الحد الأقصى مع أقلّ القانونين في الحد الأدنى⁴³⁹.

غير أن هذا الرأي قد تعرض للنقد حيث عيب عليه أنه بهذا المزج بين

⁴³⁹ Antoine Blanche: Étude pratique sur le code pénal, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, PARIS, PREMIERE ETUDE, Dispositions préliminaire. – Livre premier: Des peines en matière criminelle et correctionnelle, et de leurs effets (art 1 à 58 du code pénal) 1861, article 4 n° 33, p. 48 et suiv. disponible sur:

<https://books.google.tn/books?id=GkUUAAAAQAAJ&pg...> (consulté le 02/07/2016). Il dit: «...si l'une des deux lois que je suppose en concours est plus sévère à cause de l'élévation du maximum, elle est en même temps plus douce à cause de l'abaissement du minimum, et si l'autre est plus sévère à cause de l'élévation du minimum, elle est en même temps plus douce à cause de l'abaissement du maximum.

Quel parti prendre? Il me semble que le juge devrait nécessairement arriver à une sorte de combinaison des deux lois ; il devrait, selon moi, appliquer la loi dont le minimum serait le moins élevé, sans pouvoir, dans l'application de cette loi, excéder le maximum de l'autre».

القانونيين يخلق قانونا ثالثا لم يتجه إليه قصد المشرع، فيتحول تبعاً لذلك دور القاضي من تطبيق القانون كما وضعه المشرع إلى خلق قانون جديد، لم تتجه إليه إرادة هذا الأخير⁴⁴⁰.

رأي ثانٍ: ذهب هذا الرأي إلى أن العبرة في المقارنة التي ستقضي إلى تحديد القانون الأصلح بالنسبة إلى المتهم هي بالحد الأقصى المبين في كلا القانونين، وعليه يكون القانون الأرفع هو ذلك الذي ينزل بالحد الأقصى وإن ارتفع في الوقت نفسه بالحد الأدنى⁴⁴¹، والحجة في ذلك -حسب هذا الرأي- أن هناك مصلحة محققة في ألا يرتفع القاضي بعقابه إلى الحد الأقصى المرتفع، ورعاية هذه المصلحة تقتضي تطبيق القانون الذي ينزل بهذا الحد الأخير ولا ضير في الغالب بارتفاع الحد الأدنى، لأن المدعى عليه إذا كان جديراً بحد أدنى منخفض ففي وسع القاضي أن يتيح له ذلك عن طريق الأسباب التقديرية المخففة⁴⁴².

⁴⁴⁰ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 161.
- رؤوف عبيد: مرجع سابق، ص 153.

⁴⁴¹ هذه التوجه هو ما قال به الفقيه «غارو»، انظر: موسوعة قانون العقوبات العام والخاص للعلامة رنيه غارو: اشغال شاقة مثلاً، ولا تختلف عن بعضها سوى بالحد الأدنى وبالحد الأقصى. والتي كان المتهم يعاقب على جنابة زمن ارتكابها بالأشغال الشاقة المؤقتة، التي يكون حدها الأدنى من 5 سنوات وحدها الأقصى من 20 سنة. ثم يصدر قانون جديد قبل الحكم يحدد الحد الأقصى لتلك الجنابة بحوالي 24 سنة والحد الأدنى بحوالي 4 سنوات. لا يمكن في هذه الحالة الخلط بين القانونين، إذ يكون القاضي قد اختلق قانوناً ثالثاً مختلطاً، ويجب بالضرورة الاختيار بين تطبيق القانون الأول أو الثاني. في رأيي، بما أن القانون القديم أكثر رحمة من الجديد، لأن العقوبة التي يصدرها القاضي حسب أحكامه، لا يمكنها بأية حالة، أن تتجاوز 20 سنة، فتكون وحدها المطبقة لتحديد القانون الأرفع، ويجب إذن أن نتعلق بالحد الأقصى الذي ينطق بهما القانونان دون الاهتمام بالحد الأدنى.

⁴⁴² انظر بخصوص هذا الرأي:

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 162.
- رؤوف عبيد: مرجع سابق، ص 153.
- رمسيس بهنام: مرجع سابق، ص 265.
- سليمان عبد المنعم: مرجع سابق، ص 51. 52.
- Emile Garcon: Code pénal annoté, nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice patin et Marc Ancel, Paris, Sirey, 1952 art 4 n° 113.
وهذا الحل هو الذي اعتمدته فقه القضاء الفرنسي في بعض القرارات راجع:
- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 352 - 353, n° 259.

غير أن هذا الرأي على جديته قد عيب عليه من ناحية الصيغة المجردة التي يعتمد عليها في إجراء المقارنة، ومن ناحية أخرى أن المتهم قد يتضرر من ارتفاع الحد الأدنى المنخفض وذلك في الفرضية التي تكون فيها الأسباب المخففة ممنوعة في الجريمة التي ارتكبها، أو لا تسمح عند إعمالها ببلوغ ذلك الحد الأدنى المنخفض⁴⁴³.

رأي ثالث: ذهب هذا الرأي على عكس الرأي الذي سبقه إلى القول بأن العبرة في المقارنة هي بالحد الأدنى المعين في كلا القانونين، وعليه يكون القانون الجديد أصح بالنسبة إلى المتهم إذا نزل بالحد الأدنى ولو ارتفع في الوقت نفسه بالحد الأقصى، والحجة في ذلك أن القانون الذي يهبط بالحد الأدنى هو الأميل إلى الرفق بالمتهم ويتيح له إمكانية الحصول على أقصى درجات التخفيف⁴⁴⁴.

وقد عيب على هذا الرأي من ناحية الأساس المجرد للمقارنة التي يعتمد عليها، ومن ناحية أخرى تعريضه المتهم إلى احتمال الحكم عليه بالعقوبة المشددة المتضمنة للحد الأقصى المرتفع⁴⁴⁵.

رأي رابع: يذهب هذا الرأي إلى القول بأنه على القاضي أن يترك الخيرة للمدعى عليه كي ينتقي القانون الذي يراه مطابقا لمصلحته⁴⁴⁶، وهذا الرأي قد اعتمده القانون الإسباني الصادر سنة 1928 بالمادة 8 فقرة 3 الذي نص على أنه في حالة التردد في معرفة القانون الأصح يرجع إلى المتهم لتحديد هذا القانون.

⁴⁴³ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 162.

⁴⁴⁴ راجع بخصوص هذا الرأي:

— محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 162.

— أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 85، هامش 1.

— رؤوف عبيد: مرجع سابق، ص 153.

⁴⁴⁵ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 162.

— أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 85، هامش 1.

⁴⁴⁶ نقلا عن محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 161.

— رؤوف عبيد: مرجع سابق، ص 153.

ولكن هذا الرأي قد رفض من قبل الفقه⁴⁴⁷ بحجة أن تحديد القانون الواجب التطبيق هو أصالة من اختصاص القاضي وعدم واجب المدعي عليه شأن بذلك.

رأي خامس: يعتبر هذا الرأي أن القانون الجديد إذا تضمن في ذات الوقت أحكاماً أخف وأشد من القانون القديم، فيجب في هذه الحالة التمييز بين مدى قابلية القانون للتجزئة من عدمه. فعندما تكون أحكام القانون الجديد قابلة للتجزئة، أي أنها تتضمن أحكاماً تتعلق بمسائل أو أشياء مختلفة، فينتج في هذه الحالة التعامل مع هذا القانون بطريقة تمييزية عبر التفريق الفوري للأحكام الأرفق والأخف وسحبها على ما وقع قبل نفاذها من أفعال، أما الأحكام الأكثر شدة فينتج قصر تأثيرها على المستقبل فحسب. وهو الحل الذي وقع اعتماداً بمناسبة قانون 23 ديسمبر 1980 في فرنسا الذي تضمن في ذات الوقت أحكاماً أكثر تشدداً في جزء منه وأحكاماً أرفق وأخف بالأسبة إلى المتهم في جزء آخر، مع قابلية هذه الأحكام للتجزئة لعدم ترابطها فوقع تطبيقه انطلاقاً من هذه التفرقة عبر سحب الأحكام الأخف على الماضي وحصر نطاق الأحكام الأشد على المستقبل فحسب.

أما إذا كانت الأحكام التي جاء بها القانون الجديد مترابطة بحيث يجعلها هذا الترابط غير قابلة للتجزئة، فينتج في هذه الحالة لتحديد القانون الأرفق، إما النظر إلى القانون في عموميته لتحديد اتجاهه العام، أو إتباع نظام الأحكام الرئيسية التي جاء بها. وفي هذه الحالة ينتج أن نأخذ بعين الاعتبار في سبيل تحديد القانون الأرفق، الأفكار الأساسية التالية والمتمثلة في أنه إذا اجتمعت أحكام تمس التجريم وأخرى تمس العقاب، فإن تلك التي تمس التجريم هي الرئيسية، وإذا اجتمعت أحكام تتعلق بطبيعة العقوبة وأخرى بحجمها فإن الرئيسية هي التي تتعلق بالطبيعة، أما إذا تعلق الأمر بعقوبات مرجعية (واردة بنص مرجعي يرتبها كالسجن والخطية...) فإن الأحكام التي تمس العقوبات

⁴⁴⁷ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 161.

- رؤوف عبيد: مرجع سابق، ص 153.

السالبة للحرية تعدّ هي الرئيسية⁴⁴⁸.

وما يمكن أن يعاب على هذا الرأي أن أساس المقارنة كان مجرداً، حيث كانت العبرة في هذه المقارنة إمّا بالاتّجاه العام للقانون أو بأحكامه الرئيسية، وعليه وقع إهمال معيار الواقعية في تحديد القانون الأرفق.

رأي سادس: هذا الرأي يعتبر أن المقارنة التي بواسطتها سيقع تحديد القانون الأرفق ينبغي أن تعتمد على أسس واقعية، إذ لا يمكن في سبيل هذا التحديد الاكتفاء بمقارنة مجردة ونظرية بين القانونين القديم والجديد، لأن مثل هذه المقارنة ستُهمّل معايير أساسية في تحديد القانون الأرفق بالمتهم مرتبطة بنوع الجريمة وشخصية المتهم ومدى استحقاقه للحد الأدنى أو الحد الأقصى للعقوبة. وعليه يتعيّن على القاضي في سبيل تحديد القانون الأرفق أن يحصر بحثه في الحالة المعروضة عليه فقط، ويتمّ هذا الحصر عبر طرح السؤال التالي: أي القانونين أرفق بالنسبة إلى هذا المتهم بالذات؟ فإن كان المتهم - لظروفه - جديراً بأن توقع عليه أقل عقوبة يسمح بها القانون، فأصلح القانونين له هو ما نزل بالحد الأدنى ولا عبرة بالحد الأقصى، إذ لن يرتفع القاضي إليه. أمّا إذا كانت ظروف المتهم تبرّر الحكم عليه بالحد الأقصى، فعندئذ يكون أصلح القانونين بالنسبة إليه هو ما نزل بالحد الأقصى، ولا عبرة بالحد الأدنى، إذ لا أمل له فيه⁴⁴⁹.

ويبدو أن هذا الرأي الأخير هو الأرجح من بين كل الآراء المتقدّمة وذلك

⁴⁴⁸ راجع بخصوص هذا الرأي:

- Xavier Pin: Op. cit., p. 89 - 90, n° 101.
- Jean Larguier: Op. cit., p. 274.
- Jacques Borricand et Anne-Marie Simon: Op. cit., p. 50 - 51.
- Bernard Boulloc: Op. cit., p. 157 - 158, n° 157.
- Marie-Christine Sordino: Op. cit., p. 18.

⁴⁴⁹ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 163.

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 84 - 85.

- محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 10، سنة 1983، ص 96.

- رمسيس بهنام: مرجع سابق، ص 266 وما بعدها.

لجميعه في سبيل تحديد القانون الأرفق بالمتهم بين الواقعية باعتبارها معياراً أساسياً تربط بين الوضعية المطروحة فعلاً بمختلف ظروفها والنص القانوني الذي سيطبق من ناحية، ومن أخرى الموضوعية في التحديد، إذ هناك ضوابط تقيد القاضي في عملية التحديد التي سيجريها لاختيار النص الأرفق⁴⁵⁰.
عموماً إذا كان الاتفاق حاصلًا حول رجعية النص الجزائي الأرفق بالمتهم، فإن هذه الرجعية تثير جدلاً في بعض الحالات الخاصة.

II- الحالات الخاصة

في البداية لا بد من القول بأن التوجهات التشريعية والآراء الفقهية قد اختلفت حول الحل الذي يتجه اعتماده في بعض الصور الخاصة المتعلقة أساساً بالقوانين الوقتية (أ) والجرائم الاقتصادية (ب) هل يتجه إخضاعها للاستثناء القاضي برجعية النص الأرفق بالمتهم من عدمه؟

أ- القوانين الوقتية

طرح القوانين الوقتية جدلاً واسعاً في إطار الفقه الجزائي (2) كان له صدى ثابت في إطار التوجهات التشريعية (1)

1- التوجهات التشريعية

بالنسبة إلى التوجهات التشريعية قدّمت بعض القوانين الوضعية حلّاً عاماً واضحاً وصريحاً بخصوص هذه المسألة، ومثاله القانون المصري الذي نصّ في الفقرة الأخيرة من المادة 5 من قانون العقوبات على ما يلي: «غير أنه في حالة قيام إجراءات الدّعى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محدّدة فإنّ انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدّعى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها»، وبالمثل ذهب القانون اللبناني

⁴⁵⁰ يجب التأكيد في هذا الإطار أن هذا الرأي الذي يعدّ أكثر واقعية، بل و«تفريداً» في استخلاص أفضلية القانون بالنسبة للمتهم، قد عاب عليه البعض رغم الاعتراف المبدئي بأهميته - إفراده في النزعة الواقعية أو النفعية التي قد تحول دون اعتباره بحق معياراً لأفضلية القانون للمتهم. بحجة أن هذا الرأي لا يقترح معياراً بقدّر ما يضع مسألة تقدير الأفضلية برمتها في يد القاضي. وهو الأمر الذي قد ينطوي - لربما - على شبهة التحكم. راجع بخصوص هذا النقد: سليمان عبد المنعم؛ مرجع سابق، ص 52.

إلى نفس هذا الحل حيث نصّت الفقرة 2 من المادة 2 من قانون العقوبات على أن «كل جرم اقترف خرقاً لقانون مؤقت في خلال مدة تطبيقه لا تقف ملاحقته وقمه بعد انقضاء المدة المذكورة»⁴⁵¹، وهو نفس الحل الذي كرّسه القانون المغربي بالمادة 7 من القانون الجنائي التي نصّت على أنه «لا تشمل مقتضيات المادتين 5 و6 من هذا القانون القوانين المؤقتة التي تظلّ، ولو بعد انتهاء العمل بها، سارية على الجرائم المرتكبة خلال مدة تطبيقها»، وعرف ذات الفصل في فقرته الثانية المضافة بموجب مشروع تنقيح المجلّة الجنائيّة القوانين المؤقتة على معنى المادة 7 بأنها «القوانين التي تكون لها مدة محدّدة لسريانها».

ويبدو واضحاً من خلال النصوص سالفة الذكر أن هذا الاتجاه التشريعي يعتبر القوانين المؤقتة خارجة عن نطاق الحلّ القاضي برجعيّة النصوص الجزائيّة الأرفق بالمتهم عبر إقرار استمرار خضوع الفعل المرتكب في فترة سريان القانون المؤقت إلى نفس ذلك القانون ولو انقضت فترة العمل بهذا القانون وحلّ محله قانون عادي لا يجرم ذلك الفعل.

لكن وعلى عكس هذا الاتجاه التشريعي الأوّل وجد اتّجاه ثانٍ لازم الصمّت بخصوص هذه المسألة ومثاله القانون التونسي الذي لم يورد أي نصّ بالمجلّة الجزائيّة يبيّن فيه موقفه من مسألة تنازع القوانين المؤقتة والقوانين العادية في الزمن. وغياب الحلّ التشريعي العام بهذا الخصوص يجعلنا نستنتج أن القوانين المؤقتة مثلها مثل القوانين العادية تخضع لمبدأ عدم رجعيّة النصوص الجزائيّة الأشدّ ولاستثنائه القاضي برجعيّة النصّ الأرفق. وهذا الحل يقع العمل به طالما لم

⁴⁵¹ أنظر في نفس الاتجاه الفقرة الأخيرة من المادة 2 من قانون العقوبات الليبي والفقرة 2 من المادة الثانية من قانون العقوبات السوري. وقد اعتبر القانون الكويتي بأنّ هذا الحكم لا يسري فقط على القوانين المؤقتة بفترة معيّنة، وإنّما زاد عليها القوانين الاستثنائية التي دعت إلى إصدارها ظروف طارئة، فإذا أُلغيت تلك القوانين لزوال هذه الظروف فإنّ هذا لا يؤثّر على الدّعى أو الحكم. وهو نفس التوجه الذي اعتمدته القانون القطري بالمادة 10 من قانون العقوبات والقانون الإيطالي بالمادة 2 من قانون العقوبات. راجع بخصوص التمييز بين القانون المؤقت والقانون الاستثنائي في علاقة بهذا الحكم: - رمسيس بهنام: مرجع سابق، ص 273 ما بعدها. - سليمان عبد المنعم: مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.

يوجد نصّ خاص يقضي بخلاف ذلك، أي يقرّر أنّ العودة إلى القانون العادي لا يمنع من تطبيق القانون المؤقت على الجرائم التي وقعت في ظلّه. فإذا وجد هذا النصّ لم يبقّ للقانون العادي ولو كان أرفق بالمتهم أية إمكانية للانطباق بأثر رجعي على الجرائم التي وقعت في ظلّ القانون المؤقت.

2- البطل العكسي

اختلف فقهاء القانون الجزائي حول هذه المسألة فذهب جانب هامّ من الفقه⁴⁵² إلى الدّفاع عن الحلّ القاضي بعدم خضوع القوانين المؤقتة إلى الاستثناء القاضي برجعية النصّ الأرفق بالمتهم وقدموا لذلك عدّة حجج أهمّها:

- أولاً: إنّ الأخذ بالاستثناء القاضي برجعية النصّ الأرفق بالمتهم وعدم تطبيق القانون المؤقت سوف يُفوّت الغرض من التشريع المؤقت، إذ غاية المشرّع ومقصده من هذا التشريع هو غالباً مواجهة ظروف خاصّة واستثنائية. وكل من يرتكب فعلاً يخالف به ذلك القانون أثناء فترة العمل به يكون قد اعتدى بلا ريب على المجتمع وتجاوز هذه الظروف، لذلك فهو يظلّ جديراً بالعقاب ولو انقضت بعد فعله هذه الظروف وزال القانون نفسه.

- ثانياً: إنّ القول بتطبيق القانون العادي بأثر رجعيّ على الجرائم التي وقعت في ظلّ القانون المؤقت سوف يحدّ من نطاق تطبيق هذا الأخير، إذ نطاق تطبيق القانون المؤقت محدّد بفترة معيّنة يمتدّ خلالها سلطانها المطلق لأسباب موضوعيّة تبرّر أصالة وجوده، فإذا سمحنا بالرجعية في هذه الحالة فإنّ ذلك يعني سماحنا بمخالفة نصوصه ممّا يخرج أفعالا وقعت في ظلّه من مجال سلطانه.

- ثالثاً: تطبيق القانون العادي بأثر رجعيّ على الجرائم التي وقعت في ظلّ

⁴⁵² محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 169 وما بعدها.

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 90 وما بعدها.

- رؤوف عبيد: مرجع سابق، ص 156.

- رمسيس بهنام: مرجع سابق، ص 272 وما بعدها.

- سليمان عبد المنعم: مرجع سابق، ص 36 وما بعدها.

وأنظر أيضاً في عرض هذا الاتجاه وموقف القانون وفقه القضاء الفرنسي بخصوص هذه المسألة:

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 362 et suiv, n° 272 et suiv.

القانون المؤقت سوف يُمكن المجرمين الذي خالفوا القانون المؤقت قبيل انتهاء فترة تطبيقه من الإفلات من نطاق هذا القانون عبر العمل على إطالة الإجراءات حتى تنقضي هذه الفترة.

- رابعا: العلة التي تقوم عليها رجعية القوانين الأرفق بالمتهم تنعدم في الفرضية التي توجد فيها قوانين مؤقتة، ذلك أن إقرار الحل القاضي بالرجعية يعني ضمنا أن المشرع قد اعترف بأن العقوبة السابقة غير ضرورية أو غير مفيدة، وعليه فلا محل بعد هذا الاعتراف للإصرار على توقيعهما، خصوصا وأن هذا التعاقب للنصوص في الزمن يعكس بلا شك تطور السياسة الجزائية التي يحرص من خلالها المشرع على تنقية نصوص التجريم والعقاب من الشوائب التي يبرزها التطبيق العملي لتلك النصوص عند تنزيلها على الوقائع. وهذه العلة عينها لا مجال للتمسك بها إذا تعلق الأمر بالقوانين المؤقتة، ذلك أن انقضاءها لا يعني تطورا في السياسة الجزائية، وإنما يعني فقط زوال الظروف التي بررت وجودها ولو عادت تلك الظروف لعاد المشرع إلى استعمال القوانين المؤقتة لمجابهتها، وعليه فمنطق اعتماد القوانين المؤقتة يتعارض مع العلة في إقرار رجعية القوانين الأرفق.

لكن وعلى عكس هذا الاتجاه الفقهي الأول برز اتجاه ثانٍ يدافع عن الحل القاضي بسحب رجعية النص الأرفق بالمتهم على جميع القوانين بما فيها القوانين المؤقتة، وحيثه في ذلك أنه طالما لم يوجد نص يفرد القوانين المؤقتة بحل خاص فلا مجال لاستبعاد القانون الأرفق من الانطباق بأثر رجعي بعد انتهاء القانون المؤقت، لأن النص الذي قرّر الأثر الرجعي لم يميز بين أنواع القوانين، وطالما انتفى هذا التمييز فإن الحل القاضي برجعية النص الأرفق هو الذي يجب اعتماده خصوصا وأنه لا يجوز التمييز حيث لم يميز المشرع.

وبإجراء مقارنة بين هذين الاتجاهين نتبين أن الاتجاه التشريعي والفقهي الذي يذهب إلى عدم اعتماد الحل القاضي برجعية النص الأرفق بالمتهم بالنسبة إلى القوانين الوقتية قد أسس رأيه على الحكمة من الرجعية التي يعتبرها منتفية في صورة وجود قوانين مؤقتة، بينما ذهب الاتجاه الثاني الذي يقرّ بالرجعية إلى

المتهم حد في حماية مصلحة المتهم عبر إقراره برجعية النص الأرفق دون اعتبار للتمييز بين أنواع القوانين. وقد كان غياب النص الجزائي العام الذي يقرّر استبعاد الرجعية في مثل هذه الصورة حجة قوية للفقه للمسك بإعمال التقنيات المنطقية القانونية المجردة عبر الضول بأنه لا يجوز التمييز حيث لم يميز المشرع، وبضرورة التأويل الضيق للنصوص الجزائية، علاوة على أن قاعدة رجعية النص الأرفق بالمتهم لها صبغة دستورية مما يحصنها غالباً من الاختراق⁴⁸³.

وعموماً هذا الجدل الذي تثيره القوانين المؤقتة قد تواصل أيضاً وبنفس المنطق مع الجرائم الاقتصادية.

ب- الجرائم الاقتصادية

يطرح القانون الجزائي الاقتصادي بعض الصعوبات عند تطبيقه من حيث الزمان، والسبب في ذلك يرجع إلى ديناميكية هذا القانون لارتباطه بالسياسة الاقتصادية العامة للدولة التي يتداخل في رسم ملامحها عدد ضخم من القوانين والأوامر والقرارات. وخصوصية هذا القانون تبرز في كثرة التعديلات التي تطرأ عليه وفق ما تمليه الضرورات الاقتصادية، وهذه التعديلات قد تجعل بعض الأفعال المعاقب عليها في ظل القانون القديم غير ذلك في ظل القانون الجديد، وإذا طبقنا القانون الجديد باعتباره أرفق بالمتهم في هذه الحالة، أثر ذلك في حسن تطبيق

⁴⁸³ وهذا التوجه هو الذي كرّسه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 19 و 20 جانفي 1981 الذي تمسك بالقيمة الدستورية لقاعدة التطبيق الفوري للنص الأرفق بالمتهم. وفي هذا الإطار يقول مارل وفيتو:

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 365, n° 273: «Le problème des lois temporaires ou de circonstance a revêtu une dimension nouvelle depuis qui, par sa décision des 19 et 20 janvier, le conseil constitutionnel a érigé en un principe ayant valeur constitutionnelle la règle de l'application immédiate des textes nouveaux plus doux. Entendue strictement, cette décision solennelle interdirait absolument de maintenir en vigueur des dispositions anciennes plus sévères et d'en faire application aux procès en cours, et cela quel que soit le motif de ce maintien, serait-il inspiré par le souci louable d'assurer l'efficacité des normes répressives, comme c'est le cas en matière de droit pénal économique».

وقد اعتمد فقه القضاء الفرنسي الحل القاضي بتطبيق النص الأرفق بالمتهم حتى لو تعلق الأمر بقانون قديم مؤقت راجع:

- Bernard Bouloc: Op. cit., p. 159, n° 158: «La cour de cassation a décidé qu'il faut appliquer la loi nouvelle plus douce, même au faits commis sans l'empire de la loi temporaire, qui ne sont jugés que sans l'empire de cette loi nouvelle si la loi temporaire n'a rien spécifié».

وانظر للتوسع بخصوص تطور فقه القضاء الفرنسي بهذا الخصوص:

- Marie-Christine SORDINO: Op. cit., p. 70 et suiv.

السياسة الاقتصادية ككل، وهنا يطرح السؤال التالي: أيهما ينبغي أن يطبق في الحل القاضي بـرجعية النص الأرفق بالمتهم، أم حسن تطبيق السياسة الاقتصادية بوجه عام؟ ونجاعة النص الجزائي الاقتصادي بوجه خاص؟

في الحقيقة يبدو أن القيمة الدستورية للحل القاضي بـرجعية النص الأرفق بالمتهم ستكون حصنا منيعا حائلا دون تقرير حكم عام يقضي باستبعاد تطبيقه من مجال القانون الجزائي الاقتصادي، ونظرا لأن هذا الحل من شأنه أن يضع على المحك نجاعة القواعد الجزائية في القانون الجزائي الاقتصادي فقد اجتهد الفقه في حل هذا الإشكال إنشادا لنجاعة النصوص الجزائية الاقتصادية وضمانا لفعاليتها، وعليه ذهب البعض إلى القول بضرورة التمييز بين القواعد الجزائية والقواعد غير الجزائية *Pénal et extra-pénal* عند التعامل مع النصوص في إطار المادة الاقتصادية، وانطلاقا من هذا التمييز فإن القواعد غير الجزائية *extra-pénal* لا تنطبق عليها قاعدة الأثر الرجعي للقانون الأصلح للمتهم بخلاف القواعد الجزائية الخالصة فإنها تخضع لهذه القاعدة⁴⁵⁴.

وذهب شق آخر من الفقه إلى القول بضرورة التمييز في إطار النصوص الجزائية بين نصوص الغاية «*disposition-but*» والنصوص الوسيلة، «*disposition-moyen*»⁴⁵⁵ ونصوص الغاية انطلاقا من هذا التمييز هي تلك التي يقصد من ورائها المشرع تحقيق أهداف مختلفة عما استهدفه القانون السابق، وهو ما يعني أن نصوص الغاية هي التي بواسطتها يتدخل المشرع لتعديل السياسة الجزائية الاقتصادية. أما نصوص الوسيلة فلا تتدخل في تعديل مقاصد السياسة الاقتصادية وإنما ينحصر دورها في مجرد تغيير الوسائل والآليات التي تكفل تحقيق الهدف الذي يبتغي المشرع الوصول إليه بأكثر نجاعة وفعالية⁴⁵⁶. ولذلك -وعلى أساس هذا التمييز- فإن الأثر الرجعي للقانون الأرفق بالمتهم لا ينطبق إلّا

⁴⁵⁴ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 364, n° 272.

- Bernard Bouloc: Op. cit., p. 159, n° 158.

⁴⁵⁵ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 364, n° 272.

⁴⁵⁶ R. VIENNE: le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce doit-il considéré comme absolu ? J.C.P. 1947.I.618.

- Bernard Bouloc: Op. cit., p. 160, n° 158.

على نصوص الغاية دون نصوص الوسيلة.

عموماً اعتبر جانب من الفقه أنّ الرايين السابقين يختلفان لفظاً ويلتقيان معنى
إذ نصوص الغاية تتطابق مع القواعد العقابية الخالصة، ونصوص الوسيلة تتطابق
مع القواعد غير العقابية⁴⁵⁷، ورغم الإقرار أيضاً بصعوبة التمييز بين القواعد
العقابية والقواعد غير العقابية⁴⁵⁸ فإنّ الفقه قد اعتبر رغم ذلك أنّ هذه التفرقة
تجد أهميتها ونجاعتها في وضعها للإطار العام الذي ستطبق في ظلّه قاعدة الأثر
الرجعي للقانون الأرفق بالمتهم عبر حصره في القواعد العقابية لا غير، وعلة ذلك
أنّ التحديد الموضوعي للقانون الأشدّ أو الأرفق لا يكون إلّا بالنظر إلى قواعد
التجريم والعقاب، لأنّه لا يمكن مطلقاً معرفة ما إذا كانت القاعدة غير
العقابية في صالح المتهم أو ضده إلّا إذا قيست بالنسبة إلى ظروف متهم معيّن.
فمثلاً الشرائع الصادر برفع سعر سلعة معيّن لا يكشف في حدّ ذاته عن اتجاه
لصالح المتهمين بالبيع بأكثر من السعر المحدّد إلّا إذا نظر إلى متهم معيّن باع
بأكثر من السعر القديم وفي حدود السعر الجديد، وليس هذا هو الشأن عند
إصدار القانون الأصلح للمتهم لأنّه يجب أن يكشف عن رغبة المشرّع في
التخفيف من حدّة التجريم أو العقاب من أجل المصلحة العامة، أي بالمحصلة توجّه
المشرّع نحو تطوير معيّن في سياسة التجريم أو سياسة الجزاء. وهذا المعنى بالذات
لا يقصده المشرّع مطلقاً في جميع الأحوال عند كل تعديل في قاعدة غير
عقابية⁴⁵⁹، لأنّها قواعد اقتصادية بحتة لا تتعلّق بالسياسة الجزائية.

عموماً تجميع أجزاء الصورة على هذا المستوى يثبت أنّ ولاية النصّ الجزائي
محدّدة على مستوى الزمن، وهذه الولاية المحدّدة زمنياً، من الثابت أيضاً أنّها
محدّدة مكانياً وهو ما يتّجه بيانه.

⁴⁵⁷ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 49 - 95.

⁴⁵⁸ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 365, n° 273.

⁴⁵⁹ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 95.

الباب الثاني:

نطاق النصّ الجزائي من حيث المكان

كما يخضع النصّ الجزائي لنطاق زمني فإنه يخضع كذلك لنطاق مكاني، وهذا الخضوع للنطاق المكاني تحكمه مجموعة من المبادئ سواء في إطار التشريع الجنائي الإسلامي (القسم الأول) أو في إطار القانون الجزائي الوضعي (القسم الثاني).

القسم الأول:

المبادئ التي تحكم النطاق المكاني للنصّ الجزائي

في التشريع الجنائي الإسلامي

في البداية لا بدّ من التذكير أنّ الأصل في الشريعة الإسلامية أنّها شريعة عالمية لا مكانية، لكن لما كان الناس جميعاً لا يؤمنون بها، ولا يمكن فرضها عليهم فرضاً، فقد قضت ظروف الإمكان أن لا تطبق إلا على البلاد التي يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد. وعليه كانت الظروف والضرورة هي التي جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت في أساسها شريعة عالمية. وهكذا يمكن القول إنّ الشريعة الإسلامية في أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من جهة الأساس والمبنى، ولكنها في التطبيق شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من جهة الواقع العملي⁴⁶⁰. وفي هذا المعنى يقول الإمام أبو يوسف: «ولأنّ الأصل في الشرائع - أي شرائع الإسلام - العموم في حقّ الناس إلا أنّه تعدّر تنفيذها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الإسلام

⁴⁶⁰ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 321.

- محمد الهادي لخوة: مرجع سابق، ص 32.

- عبد الكريم زيدان: المدخل للدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت - لبنان، ط 1، سنة 2012، ص 451.

الإسلامية ولا خلاف عليه ممن يعتد بخلافهم.⁴⁶¹ هذا هو المبدأ العام في الشريعة
لكن الفقهاء اجتهدوا في تطبيق هذا المبدأ العام تبعاً للاعتبارات المختلفة
التي نظر إليها كل منهم عند التطبيق، وبتتبع هذه النظريات نتبين أنها قد
ارتبطت في الحقيقة بالواقع السياسي الذي كان موجوداً زمن بروز المذاهب
الفقهية، حيث كانت الدولة الإسلامية تتميز بالوحدة السياسية وتسمى دار
الإسلام، ويقابلها الدول الخارجة عن الولاية الإسلامية وتسمى دار الحرب،
وتطبق التشريع الجنائي الإسلامي في المكان في إطار هذا التقسيم قد أفرز
نظريتان مختلفتان الأولى النظرية الحنفية (الفرع الأول) والثانية نظرية الجمهور
(الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظرية الحنفية

يمكن في إطار النظرية الحنفية أن نميز بين نظرية أبي حنيفة (I) من ناحية
ونظرية أبي يوسف (II) من ناحية أخرى.

I- نظرية أبي حنيفة

يرى أبو حنيفة أن الشريعة الإسلامية تطبق على الجرائم التي ترتكب في دار
الإسلام، أي في الحدود التي يمتد إليها نطاق سيادة الدولة الإسلامية أيًا كانت

⁴⁶¹ عبد الكريم زيدان: مرجع سابق، ص 451.

⁴⁶² لأن كانت ترد على مبدأ المساواة في تطبيق القوانين الجنائية الوضعية استثناءات تتمثل — كما سنرى لاحقاً —
في إعفاء بعض الأشخاص من العقاب على ما يرتكبونه من جرائم، مثل استثناء رؤساء الدول وأعضاء البعثات
الدبلوماسية وغيرهم من تطبيق العقوبات المقررة لما يرتكبونه من جرائم، فإن أحكام الشريعة الإسلامية لا
تقر من هذه الاستثناءات شيئاً، والأصل فيها اطراد تطبيق أحكام الإسلام الجنائية على كل من يقع منه فعل
معاقب عليه في إقليم الدولة الإسلامية.

راجع للتوسع:

— محمد سليم العوا: مرجع سلبق، ص 87 وما بعدها.

الشريعة، وسواء كان موطنها مسلماً أو ذمياً⁴⁶³، والسبب في ذلك يرجع إلى أن
المسلم ليس له قانون غير الشريعة ولا يجوز له أن يرضى لنفسه قانوناً غيره،
ولذلك فهي بداعة تعارف عليه، أما تطبيق هذه الأحكام على الذمى فيرجع إلى
اللزامة أحكام الإسلام التزاماً دائماً بقبوله عقد الذمة الدائم⁴⁶⁴.

وهذا الحل عند أبي حنيفة يحتمل استثناء ويستوجب توضيحاً. فإما الاستثناء
فهو يشمل الذمى وأساسه يقوم على الحرية الدينية، ومحتواه يتمثل في أن أبا
حنيفة قد قرّر أن الذمى يُعفى من حد الشرب⁴⁶⁵ لأنه لا يخاطب في تحريم الخمر
بالتكليف الإسلامي، وإلا كان ذلك تدخلاً في حرية الدينية، ولا يسوغ لنا أن
نجدّه على أمر هو من التدين عندنا، ولذلك لم يجر التدخل بالتفريق بين
المجوسى وامراته إذا كانت إحدى محارمه، ويقرر الحنفية أن ذلك هو مسلك
السلف الصالح، ويروى أن عمر بن عبد العزيز أرسل إلى الحسن يسأله لماذا

463 عبد القادر عوده، مرجع سابق، ج 1، ص 325.

464 - محمد الهادي لخوا، مرجع سابق، ص 31.

ويشترط لهذا العقد الإيجاب والقبول كما هو الشأن في إبرام العقود، ويجوز إبرام عقد الذمة لجميع أصناف
غير المسلمين، وهذا هو مذهب الأوزاعي ومالك وظاهر مذهب الزيدية وهو الراجح في النظر والأثر.
ومن طلب عقد الذمة من غير المسلمين وجب على الدولة إجابة طلبه إلا إذا رأت المصلحة في رفض الطلب.
استمرار الإقامة في دار الإسلام بعد أن دخلها بأمان موقت بالرغم من إنذاره بلزوم الخروج منها. ومن هذه القرائن
الإسلام قرينة على رضاها بالدخول في الذمة والتبعية لدار الإسلام لتستطيع البقاء مع زوجها في دار الإسلام.
وكان أحدهما ذمياً صاروا ذميين كذلك.
والذمى جملة من الحقوق كالتمتع بجنسية دار الإسلام، وله حرية العقيدة، والقاعدة العامة في حقوقهم
وواجباتهم في دار الإسلام أنهم فيها كالمسلمين إلا ما استثنى، حتى شاع بين الفقهاء القول المشهور: «لهم ما
قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا ودمارهم كدمائنا» في شرح السير الكبير، ولأنهم قبلوا عقد
الذمة لتكون أموالهم وحقوقهم كأموال مسلمين وحقوقهم.

465 - عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، 438 وما بعدها.
كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندوي المعروف بابن الهمام الحنفي: شرح فتح القدير
للعاجز الفقير، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، ط 1، سنة 1316 هـ، ج 4، ص 154.

بترك النصارى بأصهارهم الخنزير ويأخذون الخمر، ولترك المجوس يتزوجون
بناتهم، فربما الحسن، وعلى ذلك دفعوا الجزية، وعلى هذا أقرهم السلف، إنما
أنت مخرج لا مبدع.⁴⁶⁶

أما التوضيح فيتناول في أن هذا الحكم عند أبي حنيفة يستثنى منه من أقام
إقامة مؤقتة في دار الإسلام والذي يسمى «المستأمن»⁴⁶⁷، حيث لا تطبق عليه
أحكام الشريعة إذا ارتكب جريمة نفس حثاً لله، وإنما يعاقب بمقتضى
الشريعة إذا ارتكب جريمة نفس حثاً للأفراد فحسب⁴⁶⁸، من ذلك أن المستأمن
يحد بقذف المسلم⁴⁶⁹، ذلك أن حد القذف وإن كان من حدود الله تعالى إلا أنه
اتصل بحق الأديين لأنه إلبه الطالب، وحق الله تعالى إذا اجتمع مع حق الأديين
قدم حق الأديين كالدين والزكاة⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة، دطوت، ص
271.

⁴⁶⁷ المستأمن (يكسر الميم) طالب الأمان، (ويفتح الميم) من صائر أمان، وفي الاصطلاح الفقهي الحربي، أي غير
المسلم التابع لدولة غير إسلامية، إذا دخل لإقامة الدولة الإسلامية بإذن منها، وهذا الإذن يسميه الفقهاء الأمان
الموقت، فالمستأمن إذن، يقابل الأجنبي في اصطلاحنا القانوني والأمان الموقت أنواع: أولاً الأمان الموقت
الخاص، ثانياً الأمان الموقت العام، ثالثاً الأمان بالموادعة، رابعاً الأمان الموقت بالعرف والعادة، خامساً الأمان
الموقت بالتبعية.

وللمستأمن جملة من الحقوق والحريات، كحرية التنقل وحرية العقيدة، وحقه في الحماية من الاعتداء وله
مباشرة المعاملات المالية أثناء فترة إقامته.

راجع: عبد الكريم زيدان: مرجع سابق، ص 445 وما بعدها.

⁴⁶⁸ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 326.

- محمد الهادي لخوا: مرجع سابق، ص 33.

- محمد أبو زهرة: مرجع سابق، ص 273.

- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الإسكندري المعروف بابن الهمام الحنفي: مرجع سابق، ج
4، ص 155 - 156.

⁴⁶⁹ أبو المظفر شمس الدين يوسف بن قزاعلي المعروف بسبط ابن الجوزي: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف،
تحقيق سيد محمد مهني، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، سنة 1998، ص 298.

⁴⁷⁰ أبو المظفر أسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي النيسابوري الحنفي: الفروق في الفروع في فقه الإمام أبي
حنيفة النعمان رضي الله تعالى عنه، وبلية اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى للإمام أبي يوسف يعقوب بن
إبراهيم الأنصاري، تحقيق أحمد فريد المزبد، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، سنة 2005، ص
195.

وعموما يعلل أبو حنيفة إعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة، بل
 حاجة يقضيها، كالتجارة أو لإيصال رسالة أو لمجرد المرور، وليس في
 الاستئمان ما يلزمه بجميع أحكام الشريعة في الجرائم والمعاملات، بل هو يلزم
 فقط بما يتفق مع غرضه من دخول دار الإسلام، وبما يرجع إلى تحصيل مقصده
 وهو حقوق العباد، فعليه أن يلتزم الإنصاف وكف الأذى ما دما قد التزمنا له
 بإنصافه وكف الأذى عنه. ولما كانت جرائم القصاص والقذف مما يتعلق
 بحقوق العباد ويمسها مساسا شديدا، فإن المستأمن يؤخذ بهاتين الجريمتين
 كما يؤخذ بغيرهما من الجرائم التي تمس حقوق الأفراد كالغصب والتبديد.
 أما ما عدا ذلك من الجرائم التي تمس حقوق الأفراد فلا يسأل عنها، ولا تلزمه
 عقوبتها، سواء كانت هذه العقوبات خاصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى
 كالزنا والسرقة⁴⁷¹.

هذا بخصوص الجرائم المرتكبة داخل دار الإسلام، أما بخصوص الجرائم
 التي ترتكب خارجها فالأصل عند أبي حنيفة أن لا تطبق عليها الشريعة
 الإسلامية⁴⁷² سواء وقعت من شخص مقيم في دار الإسلام ثم سافر إلى دار الحرب
 وعاد، أو وقعت من شخص كان يقيم في دار الحرب ثم أقام بعد ذلك في دار
 الإسلام، وأساس ذلك عند أبي حنيفة أن المسألة هنا ليست مسألة التزام المسلم
 أو الذمي بأحكام الإسلام أينما كان مقامه، وإنما هي واجب الإمام في إقامة
 الحد، ولا يجب على الإمام أن يقيم الحد أو العقوبة إلّا وهو قادر على الإقامة،
 لأن الوجوب مشروط بالقدرة، ولا قدرة للإمام على مرتكب جريمة في دار
 الحرب أثناء ارتكابها، فإذا انعدمت القدرة لم تجب العقوبة⁴⁷³.

⁴⁷¹ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 321.

- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الإسكندري المعروف بابن الهمام الحنفي: شرح فتح القدير،
 مرجع سابق، ج 4، ص 155. 156.

⁴⁷² راجع للتوسع بهذا الخصوص:

- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الإسكندري المعروف بابن الهمام الحنفي: شرح فتح القدير،
 مرجع سابق، ج 4، ص 152 وما بعدها.

⁴⁷³ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 326.

وهكذا يمكن أن نستنتج أن القضاء بالعقوبة عند الإمام أبي حنيفة يقتضي اجتماع الولاية الزمانية والمكانية، أي الولاية على محل الجريمة في المكان وقت ارتكابها في الزمان⁴⁷⁴، فإذا انتقت هذه المزامنة في الولاية انتفى تبعاً لها انطباق الشريعة الإسلامية.

على أن الظاهر من مذهب الإمام أبي حنيفة أنه يقيم في بعض الحالات تمييزاً بين الآثار الجزائية والآثار المدنية للجريمة، من ذلك مثلاً أنه اعتبر في جرائم القتل أنه إذا كان القاتل مسلماً أو ذمياً من أهل دار الإسلام ثم دخل دار الحرب مستأمناً فلا قصاص، لانعدام الولاية على محل الجريمة، ولكن يلزم القاتل بالدية⁴⁷⁵. وبالمثل إذا غصب المسلم أو الذمي مسلماً أو ذمياً في دار الحرب أو أدانته

⁴⁷⁴ جاء بشرح القدير لابن الهمام: مرجع سابق، ج 4، ص 152 - 153 ما نصّه «قوله ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا» فأقر عند القاضي به (لا يقام عليه الحد)، وعند الشافعي ومالك (يحدّ لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه)، قلنا سلمنا أنه ملتزم للأحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزماً بالتزامه أحكام الإسلام، بل إنما يتضمن التزامه تسليم نفسه إذا وجب عليه الحد عند القاضي فحضى بإقامته عليه، وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وإنما يجب على الإمام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع، فالوجه أن يقال وجب على الإمام الإقامة على الزاني مطلقاً أينما كان زناه وحينئذ نقول امتنع بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب. ولأن الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للإمام عليه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب وإلا عرى عن الفائدة لأن المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض أن لا قدرة عليه وإذا خرج والحال أنه لم ينعقد سبباً للإيجاب حال وجوده لم ينقلب موجبا له حال عدمه».

- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 2، سنة 2003، ج 9، ص 520 حيث يقول «وأما الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين فأنواع: منها أن المسلم إذا زنا في دار الحرب، أو سرق، أو شرب الخمر، أو قذف مسلماً، فلا يؤخذ بشيء من ذلك. لأن الإمام لا يقدر على إقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية، ولو فعل شيئاً من ذلك ثم رجع إلى دار الإسلام لا يقام عليه الحد أيضاً، لأن الفعل لم يقع موجبا أصلاً، ولو فعل في دار الإسلام ثم هرب إلى دار الحرب، يؤخذ به، لأن الفعل وقع موجبا للإقامة فلا يسقط بالهرب إلى دار الحرب...».

⁴⁷⁵ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 9، ص 520 يقول «... وكذلك إذا قتل مسلماً لا يؤخذ بالقتل، وإن كان عمداً لتعذر الاستيفاء إلا بمنعة، إذا الواحد يقاوم الواحد والمنعة منعدمة، ولأن كونه في دار الحرب أورث شبهة في الوجوب، والقتصاص لا يجب مع الشبهة، وضمن الدية خطأ كان أو عمداً وتكون في ماله لا على العاقلة، لأن الدية تجب على القاتل ابتداءً، أو لأن القتل وجه منه ولهذا وجب القصاص والكفارة على القاتل، لا على غيره، فكذا الدية تجب عليه ابتداءً، وهو الصحيح، ثم العاقلة تتحمل عنه بطريقة التعاون لما يصل إليه بحياته من المنافع من النصرة والعزة والشرف

فلا عقوبة على الغصب، ولكن يقضي بالدين وبضمان المغصوب، والعلة في
القضاء بالدين والضمان هي قيام الولاية على المتقاضيين وقت التقاضي⁴⁷⁶.
هذه نظرية أبي حنيفة في مسألة سريان الشريعة الإسلامية على المكان،
فكيف كانت نظرية أبي يوسف الذي ينتمي إلى نفس المذهب.

II- نظرية أبي يوسف

تقوم نظرية أبي يوسف على ما يمكن تسميته بفكرة السيادة الكاملة
للدولة الإسلامية على إقليمها، وانطلاقاً من فكرة السيادة يرى هذا الفقيه
الحنفي أن الشريعة الإسلامية تسري على كل من يوجد في دار الإسلام، سواء
كان سبب وجوده إقامة دائمة كالمسلم والذمي أو إقامة مؤقتة كالمستأمن،
ولهذا يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التي يرتكبها في
دار الإسلام سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد ما عدا
شرب الخمر⁴⁷⁷.

ويتفق أبو يوسف مع أبي حنيفة في أن الشريعة لا تسري على الجرائم التي
ترتكب في دار الحرب ولو ارتكبها المقيمون في دار الإسلام⁴⁷⁸، ولكنه يختلف
مع أبي حنيفة في مسألتين:

- الأولى: أن أبا يوسف يرى أن المسلم لا يجوز له في دار الحرب أن يتعاقد بربا

بكثرة العشائر والبر والإحسان لهم ونحو ذلك، وهذه المعاني لا تحصل عند اختلاف الدارين فلا تتعمل عنه
العاقلة⁴⁷⁶.
عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 329.

⁴⁷⁷ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم الإسكندر المعروف بابن الهمام الحنفي: شرح فتح
القدير، مرجع سابق، ج 4، ص 155 يقول "... والأصل عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من
الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر، وعند أبي يوسف يجب الكل إلا حد
الشرب، فحد الشرب لا يجب اتفاقاً لأنه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقاً لأن فيه حق العبد واختلفوا في حد
الزنا والسرقه عند أبي يوسف يجب وعندهما لا يجب. ووجه قول أبي يوسف أن المستأمن التزم أحكاماً مدة
إقامته في دارنا في المعاملات والسياسات كما أن الذمي التزمها مدة عمره. ولهذا يحد القذف ويقتل قصاصاً
ويمنع من الزنا... بخلاف حد الشرب لأنه معتقد بإباحته".
⁴⁷⁸ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 330.

مع حربي أو مع مسلم مقيم بدار الحرب ولم يهاجر إلينا، ولو كان التعاقد على الربا غير محرّم في دار الحرب، لأنّه محرّم عليه طبقاً لأحكام الإسلام وهو ملزم بهذه الأحكام أينما كان، ولكنّه لا يعاقب إذا أخذ ربا في دار الحرب لانعدام البدائع⁴⁸⁰: «... وعلى هذا إذا دخل مسلم، أو ذمّي دار الحرب بأمان، فعاقده حربيّاً عقد ربا أو غيره من العقود الفاسدة في حكم الإسلام - جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله - وكذلك لو كان أسيراً في أيديهم أو أسلم في دار الحرب، ما يجوز له في دار الإسلام. ووجه قوله: إنّ حرمة الربا ثابتة في حق العاقدين، أمّا في حق المسلم فظاهر وأمّا في حق الحربي فلأنّ الكفار مخاطبون بالحرّمات وقال تعالى جل شأنه: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾ [النساء/161]. ولهذا حرّم مع الذمي والحربي الذي دخل دارنا بأمان. ووجه قولهما: إنّ أخذ الربا في معنى إتلاف المال وإتلاف مال الحربي مباح، وهذا لأنّه لا عصمة لمال الحربين فكان المسلم بسبيل من أخذه إلّا بطريق الغدر والخيانة، فإذا رضي به انعدم معنى الغدر، بخلاف الذمي والحربي المستأمن، لأنّ أموالهما معصومة على الإتلاف. ولو عاقد هذا المسلم الذي دخل بأمان مسلماً أسلم هناك، ولم يهاجر إلينا

جاز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز، ولو كانا أسيرين، أو دخلا بأمان للتجارة، فتعاقدا عقد ربا، أو غيره من البيوعات الفاسدة، لا يجوز بالاتفاق. ووجه قولهما: إنّ أخذ الربا من المسلم إتلاف مال معصوم من غير رضاه معنى، لأنّ الشرع حرّم عليه أن تطيب نفسه بذلك، بقوله ﷺ: «من زاد أو استزاد فقد أربى» والساقط شرعاً، والعدم حقيقة سواء، فأشبهه تعاقد الأسيرين والتاجرين. ووجه قول أبي حنيفة - رضي الله عنه - إنّ أخذ الربا في معنى إتلاف المال، ومال الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا غير مضمون بالإتلاف يدل عليه أنّ

⁴⁷⁹ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 330-331.

⁴⁸⁰ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 9، ص 522.

نفسه غير مضمونة بالتقصص، ولا بالدية عندنا، وحرمة المال تابعة لحرمة النفس، بخلاف التاجرين والأسيرين فإن مالهما مضمون بالإتلاف.⁴⁸¹

وحاصل الفرق بين رأي أبي حنيفة ورأي أبي يوسف في هذه النقطة، أن أبا حنيفة لا يرى الفعل في ذاته محرماً بينما يحرمه أبو يوسف⁴⁸¹.

– الثانية: وتتعلق بقتل الأسير المسلم في دار الحرب من مسلم أو ذمي، فأبو حنيفة لا يرى في قتله قصاصاً أو دية، لأنه فقد بالأسر عصمته، بينما يرى أبو يوسف أن في قتله الدية⁴⁸² لأن الأسير لا يفقده عصمته، ولأن التقصاص غير ممكن لانعدام الولاية، فيلتزم القاتل بالدية ضماناً على القتل لأن للمحاكم الإسلامية أن تقضي بالضمان على الجريمة المرتكبة في دار الحرب إذا كان الجاني والمجني عليه من أهل دار الإسلام، لأن ولاية المحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة⁴⁸³.

عموماً هذه النظرية الحنفية بشقيها ليست الوحيدة في الفقه الإسلامي بل تقابلها نظرية أخرى وهي نظرية الجمهور.

الفرع الثاني: نظرية الجمهور

وهي نظرية المذاهب السنية الثلاثة القائمة على فكرة تطبيق الشريعة الإسلامية من حيث الأصل على كامل إقليم الدولة الإسلامية مهما كان مرتكبها، مسلماً أو ذمياً أو مستأثماً⁴⁸⁴. كما تطبق الشريعة عند جمهور

⁴⁸¹ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 331.

⁴⁸² عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 331.

– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 9، ص 522، يقول: «ولو كانا أسيرين، أو كان المقتول أسيراً مسلماً، فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما (عند أبي يوسف ومحمد) عليه الكفارة والدية. ووجه قولهما إن الأسيرين من أهل دار الإسلام، كالمستأثنين، وإنما الأسر أمر عارض، ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الأسير مقهور في يد أهل دار الحرب فصار تابعا لهم فبطل تقومه والله سبحانه وتعالى أعلم».

⁴⁸³ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 331.

⁴⁸⁴ محمد أبو زهرة: مرجع سابق، ص 275.

الفقهاء على كل جريمة تستوجب حدا ارتكبتها مسلم أو دني في دار الحرب⁴⁸⁵، أما المستامن فإنه لا يسأل على الجرائم التي يرتكبها في دار الحرب⁴⁸⁶ إلا إذا كان الاعتداء على حق مسلم⁴⁸⁷. وأما بالنسبة إلى الحدود فلا ولاية للمسلمين عليه في مدة إقامته في دار الحرب، وليس عليه ولاية إسلامية لا حقيقية ولا حكما، ولا التزام عليه بالنسبة إلى تنفيذ الأحكام الإسلامية، وإن إقامة الحدود عليه أثناء إقامته في الديار الإسلامية إنما كان لأنه التزم أحكام الإسلام في مدة الإقامة، ولأن الجريمة بين ظهري المسلمين فيها إضاعة للمسلمين بينهم توجب دفعه بإقامة الحد عليه.

وهذا الرأي يقوم على فكرة عموم الولاية الإسلامية في العقوبات، وهذا العموم يمتد ليشمل الولاية المكانية والشخصية، ذلك أن هذه الولاية مكنها ثابتة على كل من تظله أرض الإسلام ثابتة كذلك على كل من ينتمي إلى الدولة الإسلامية أينما كان، سواء أكان هذا ثابتا بمقتضى الإسلام أو كان ثابتا بمقتضى عقد الذمة⁴⁸⁸.

هذه هي المبادئ التي تحكم تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي في المكان مثلما قدمها الفقه الإسلامي، ويبقى علينا استكمالا لهذا التحليل أن نتبين المبادئ التي تحكم النطاق المكاني للنص الجزائي في القانون الوضعي.

⁴⁸⁵ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 331.

- محمد أبو زهرة: مرجع سابق، ص 275.

⁴⁸⁶ عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 331.

- محمد أبو زهرة: مرجع سابق، ص 275.

⁴⁸⁷ محمد أبو زهرة: مرجع سابق، ص 275.

⁴⁸⁸ محمد أبو زهرة: مرجع سابق، ص 276.

- عبد القادر عودة: مرجع سابق، ج 1، ص 332-333.

القسم الثاني:

المبادئ التي تحكم النطاق المكاني للنص الجزائي في القانون الوضعي

المبادئ التي تحكم النطاق المكاني للنص الجزائي في إطار الأنظمة والتصورات القانونية الوضعية أربعة وهي: مبدأ الإقليمية، ومبدأ الشخصية ومبدأ العينية ومبدأ العالمية. وتتبع هذه المبادئ نتيان أن مبدأ الإقليمية يعد أهمها باعتباره مبدأ رئيسياً (الفرع الأول) تكمله باقي المبادئ الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مبدأ الإقليمية، مبدأ رئيسي

يحكم النطاق المكاني للنص الجزائي

القانون الجزائي مبدئياً له انطباق إقليمي⁴⁸⁹، إذ من المقرر في كل الدول وكنتيمة حتمية لمبدأ السيادة أن الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة تخضع لسلطان قانونها الجزائي، ومبدأ الإقليمية Le Principe de territorialité الذي يعد أحد الأسس التي تقوم عليها التشريعات الجزائية الحديثة يستوجب بداية تحديده (I) قبل بيان حدوده (II).

I- تحديد مبدأ الإقليمية Le principe Territorial

تحديد مبدأ الإقليمية يستوجب بيان مفهومه (أ) من ناحية، وتطبيقه (ب) من ناحية أخرى.

أ- مفهوم المبدأ

⁴⁸⁹ E. Verny: Le principe de territorialité de l'ordre répressif Français: «quand tu seras à Rome, conduis-toi en Romain», in Mélanges A. Decocq, Litec 2004, p. 583 et suiv.
وانظر للتوسع بخصوص الجذور التاريخية لمبدأ الإقليمية:
- H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes du droit pénal international, op. cit., p. 13 et suiv.

يعني مبدأ إقليمية النص الجزائي، أن النص الجزائي يطبق على كل الجرائم التي ترتكب بإقليم الدولة مهما كانت طبيعتها أو المصلحة التي تهددها أو شخص فاعلها أو شخص المجني عليه فيها⁴⁹⁰. فهو مبدأ غايته الأساسية تقرير الاختصاص الحصري للدولة ولقضائها ولقوانينها الخاصة تجاه كل الأفعال المجرمة والمعاقب عليها التي ترتكب فوق إقليمها⁴⁹¹.

ولهذا المبدأ نتيجتان أساسيتان:

- الأولى إيجابية: وتتمثل في التطبيق الشامل للقانون الجزائي على كل الجرائم التي ترتكب فوق الإقليم، بما يستبعد بدهاة تطبيق القوانين الأجنبية على هذه الجرائم⁴⁹². وهذا التطبيق الشامل للقانون الجزائي الوطني داخل الإقليم يكرس مساواة إجرائية بين المواطن والأجنبي، إذ لا عبء في إطار مبدأ الإقليمية جنسية مرتكب الجريمة، إذ المعتبر فقط هو الفعل المجرم الذي ترتب على ارتكابه مساس بمصلحة الدولة وأمنها⁴⁹³.

- الثانية سلبية: وتتمثل في استبعاد تطبيق القانون الجزائي الوطني على الجرائم التي ترتكب خارج النطاق الإقليمي للدولة⁴⁹⁴.

وعموماً كرس القانون التونسي مثل غيره من القوانين المقارنة⁴⁹⁵ مبدأ إقليمية

⁴⁹⁰ راجع بخصوص المفهوم:

- محمد الهادي لخوة: مرجع سابق، ص 34.

- فرج القصير: مرجع سابق، ص 39.

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 179.

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 106.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 391, n° 289.

- Jean Larguier: Op. cit., p. 281.

- Bernard Bouloc et Haritini Matsopoulou: Op. cit., p. 69, n° 118, et p. 62 - 63, n° 108.

- Xavier Pin: Op. cit., p. 97, n° 110.

⁴⁹¹ H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 11.

⁴⁹² H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 32.

⁴⁹³ H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 29.

⁴⁹⁴ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 180.

- محمد الهادي لخوة: مرجع سابق، ص 34.

- Merle et Vitu: op. cit., T1, p. 391, n° 289.

⁴⁹⁵ مثل القانون الفرنسي بالفصل 113-2 م.ج، القانون اللبناني بالفصل 15 ف 2 من قانون العقوبات، القانون

النص الجزائي عبر التخصيص عليه صلب الفصل 2 من أمر 13 نوفمبر 1956 الذي أكد على تطبيق القوانين التونسية على كل الجرائم المنصوصة بالجمهورية، وبمقتضى هذا النص تطبق القوانين الجزائية التونسية على كل جريمة ارتكبت في إقليم الدولة سواء كان مرتكبها تونسيا أو أجنبيا، وسواء كانت تمثل اعتداء على مصلحة الدولة التونسية أو هدأت مصلحة أجنبية أو كانت تمثل اعتداء على الأشخاص أو على الأموال.⁴⁹⁶

ويبدو أن هذا التأكيد على مبدأ إقليمية النص الجزائي في كل القوانين الجزائية⁴⁹⁷ يجد له بالإضافة إلى التبرير العام المرتبط بـ «سيادة الدولة»، - هذه السيادة التي تمنح الدولة السلطة المطلقة في حفظ النظام داخل إقليمها -⁴⁹⁸ تبريرات خاصة مرتبطة بالمجال الجزائي أهمها أن مبدأ الإقليمية أدعى إلى تحقيق العدالة الجزائية، والسبب في ذلك يرجع بكل بساطة إلى أن أدلة الإثبات لا تتوفر ولا يمكن تجميعها إلا في مكان ارتكاب الجريمة، إذ أنه في هذا المكان بالذات تترك الجريمة آثارها ومؤثراتها، وفي هذا المكان أيضا يمكن أن يوجد الشهود الذين عاينوها، وهذا الارتباط بين المكان والإثبات يجعل القاضي الإقليمي -الذي يخضع لمبدأ الوجدان الخالص- هو الأقدر على تحديد مسؤولية مرتكب الجريمة إذ يعطيه الإحساس الحي بما وقع فعلا، ومن ناحية أخرى إذا كان من غايات القانون الجزائي تحقيق الردع العام فإن هذه الغاية

المصري بالمادة 1 من قانون العقوبات، القانون الكويتي بالمادة 11 من قانون العقوبات، القانون السوري بالمادة 15 من قانون العقوبات، القانون الجزائري بالمادة 3 من قانون العقوبات، القانون المغربي بالمادة 704 من قانون المسطرة الجنائية، والقانون القطري بالمادة 13 من قانون العقوبات، والقانون العماني بالمادة 3 من قانون الجزاء العماني.
⁴⁹⁶ محمد الهادي لخوة: مرجع سابق، ص 34.
⁴⁹⁷ مثال المجلة الفرنسية القديمة لم تتضمن التخصيص على مبدأ إقليمية النص الجزائي ومع ذلك فقد كان هذا

المبدأ مسلم به وبدون جدال، وقد وقع تأصيله في إطار الفصل 3 من المجلة المدنية الفرنسية الذي جاء به في فقرته الأولى ما نصه «تلتزم قوانين الشرطة والأمن كل الذين يسكنون الأرض الفرنسية». ولكن يبدو أن المشرع الفرنسي لم يكتف بهذا النص العام بل قام صراحة بإدراج مبدأ الإقليمية صلب المجلة الجزائية بالفصل 113-2، وهذا الإدراج يبرز الرغبة في إعطاء هذا المبدأ نقلا رسميا في إطار القانون الجزائي نفسه.
⁴⁹⁸ H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 12-13.

بالدلائل أدعى إلى التحقق في صورة محاكمة المجرم في مكان ارتكاب
جريمته⁴⁹⁹.

ب - تطبيق المبدأ

يستوجب تطبيق مبدأ الإقليمية تحديد إقليم الدولة (1) ثم تفصيل القواعد
التي تحدد مكان ارتكاب الجريمة (2) والتحقق من دخول هذا المكان في
نطاق الإقليم.

أ - تحديد الإقليم

بخصوص تحديد إقليم الدولة فهي مسألة لا يهتم بها القانون الجزائري
لخروجها عن نطاقه وإنما تدخل في اهتمامات القانون الدولي العام وتخضع
لقواعده.

وبالرجوع إلى أحكام القانون الدولي العام نبتين أن إقليم الدولة يشتمل على
ثلاثة أجزاء وهي الإقليم البري، والإقليم البحري، والإقليم الجوي.

فالإقليم البري يشمل المسطح الذي تمارس عليه الدولة سلطتها وسيادتها، فهو
ذلك الجزء أو المنطقة من الكرة الأرضية التي تعينها الحدود السياسية للدولة،
ويمتد الإقليم البري للدولة التونسية في مجال الرقعة الأرضية التي يحدها شرقا
وشمالا البحر الأبيض المتوسط وغربا وجنوبا الأراضي الجزائرية والليبية.

أما الإقليم البحري فيشمل ذلك الجزء من البحر الذي يبدأ من شاطئ الدولة
وينتهي ببداية البحر العالمي. وفي سنة 1958 وقّعت اتفاقية البحر الإقليمي وتنصّ
مادتها الأولى على أن سيادة الدولة تمتد خارج إقليمها البري ومياهها الداخلية إلى
حزام من البحر ملاصق لشاطئها يوصف بأنه البحر الإقليمي، كما تضمن نصّ
المادة الثانية من هذه الاتفاقية أن سيادة الدولة الشاطئية تمتد إلى النطاق الهوائي

⁴⁹⁹ راجع بهذا الخصوص:

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 180.

- H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 11 et suiv.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 391, n° 289.

فوق بحرهما الإقليمي كما تمتد إلى قاعه وإلى ما تحته. وقد ظل امتداد البحر الإقليمي لكل دولة أمرا غير متفق عليه بين الدول، وأصبحت كل دولة شاطئية تصدر التشريعات اللازمة التي تحدّد بها -منفردة- مدى امتداد بحرهما الإقليمي⁵⁰⁰.

وقد ضبّطت الدولة التونسية حقوقها في هذا الصدد بالقانون عدد 48 المؤرخ في 30 ديسمبر 1963 الذي جاء منقحا للأمر الصادر في 26 جويلية 1951 ومقتضاه أنه «يسمى مياه إقليمية تونسية الجزء من البحر الواقع بين الحدود التونسية الجزائرية والحدود التونسية الليبية، وبين خط التقاء البحر بالأرض في أقصى الجزر وخط مواز له يسطر عرض البحر على بعد ستة أميال ما عدا ما يخص خليج تونس الذي هو مشمول بتمامه وكمالته في المياه الإقليمية المذكورة داخل الخط الممتد بين رأس سيدي علي المكي وجزيرة الكاملة وجزيرة الجامور الكبير ورأس أدار»، وقد مدّد النصّ المذكور في تلك المنطقة بالنسبة إلى الصيد البحري إلى حدود اثني عشر ميلا من الشاطئ.

أمّا الإقليم الجوي فيشمل الفضاء الجوي الذي يعلو رقعة الأرض والمياه الإقليمية إلى ما لا نهاية في العلو دون اعتبار طبقات الجو العليا⁵⁰¹.

كما يجب أن نلاحظ أنّ إقليم الدولة يمكن أن يمتدّ إلى نطاق يتجاوز

⁵⁰⁰ حامد سلطان: القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، سنة 1969، ص 610 وما بعدها.

⁵⁰¹ أكدت اتفاقية شيكاغو المنعقدة في 7 ديسمبر 1944 في مادتها الأولى على اعتبار الهواء عنصرا تابعا لإقليم كل دولة، وأخضعته للسيادة الكاملة والانفرادية لها. على أن هذا المبدأ اهتزّ أمام التطور العلمي الذي أدى إلى إطلاق الصواريخ عابرة القارات والأقمار الصناعية في تحديد الإقليم الجوي للدول دون الحصول على إذن سابق منها، مما أدى إلى التفكير دورتها الحادية والعشرون القرار رقم 3222 بالموافقة على مشروع اتفاقية تنظم استغلال واستعمال الدول للطبقات العليا في الجو بما فيها القمر والكواكب الأخرى. وفعلا أبرمت اتفاقية دولية في 27 جانفي 1967 حول تحديد الفضاء العلوي التابع لإقليم الدول، وطبقا للمادة 11 من هذه الاتفاقية، تخرج طبقات الجو العلوي من فضاء الإقليم ولا تخضع لسيادة الدولة التابع لها هذا الإقليم، ولكن هذه الاتفاقية لم تحدّد المسافة التي تكون بين الفضاء الجوي وطبقات الجو العليا.

حدود العقوبة، وهو ما يعبر عنه بالامتداد الصوري أو الافتراضي للإقليم، وهذا الامتداد يتعلق أساساً بحالة السفينة التي تحمل علم الدولة والطائرة التي تحمل جنسيتها. فبالنسبة إلى السفينة يطبق ما يسمى بمبدأ قانون العلم⁵⁰² La loi du pavillon لأن هذا المبدأ من زاوية جزائية يقطع نظاماً ثابتاً لإختصاص بعض عدم إطلاقات المجرم من العقاب. وهذا المبدأ لا يثير صعوبة بالنسبة إلى السفن الحربية، فقد اتجه العرف الدولي إلى إخضاعها لقانون العلم مهما كان وجودها، أي سواء كانت في إقليم دولة أخرى أو في أعالي البحار⁵⁰³. أما السفن غير الحربية (تجارية، ترفيهية، لصيد، ...) فإنها تعتبر امتداداً للإقليم الذي تحمل علمه⁵⁰⁴ ولذلك كان الراجح في الفقه والغالب في التشريع المقارن⁵⁰⁵ هو تطبيق قانون العلم مبدئياً على الجرائم التي تقع في السفينة أينما وجدت⁵⁰⁶. وهذا الحل هو الذي تبناه المشرع التونسي بالفصل 1 من المجلة التأديبية والجزائية البحرية الذي نص على أنه يخضع لأحكام هذه المجلة جميع الأشخاص مهما كانت جنسيتهم الذين يوجدون على متن كل سفينة تونسية.

وهذا الحل المبدئي قد يطرح بعض الصعوبات على مستوى تنازع القوانين الجزائية في المكان، ومثاله جريمة وقعت على ظهر سفينة أجنبية راسية في الإقليم البحري لدولة ما. فالحل من زاوية مبدأ قانون العلم هو خضوع الجريمة للقانون الأجنبي، بينما من زاوية الإقليمية فيتمثل في خضوع الجريمة للقانون الوطني للدولة التي تقع الجريمة فوق إقليمها الحقيقي أو الفعلي.

⁵⁰² H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes du droit pénal, op. cit., p. 21.

⁵⁰³ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 109.

– Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 397, n° 294.

– Jean Pradel: Droit pénal général, Op. cit., p. 209, n° 227.

⁵⁰⁴ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 110.

⁵⁰⁵ مثال القانون الفرنسي بالفصلين 113-3 و 113-4 م.ج، القانون البلجيكي نص على ذلك منذ صدور الأمر الملكي في 11 مارس 1957، القانون السويدي بالمادة 36 م.ج، القانون اليوناني بالمادة 5 م.ج، القانون المصري المادة 25 من القانون رقم 167 لسنة 1960، القانون اللبناني المادة 17 ق.ع، القانون السوري المادة 17 ق.ع، القانون المغربي بالمادة 11 من م.ج والمادة 705 من قانون المسطرة الجنائية، والقانون القطري بالمادة 14 من قانون العقوبات، والقانون العماني بالمادة 4 فقرة 3 من قانون الجزاء العماني.

⁵⁰⁶ محمود محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات في الدول العربية، مرجع سابق، ص 32.

فما هو الحل في هذه الصورة: هل سيفلب قانون الإقليم الحقيقي لمكان وقوع الجريمة، أم سيفلب قانون العلم والامتداد الافتراضي للإقليم؟

اعتبر جانب من الفقه⁵⁰⁷ أنّ كلاً من القانونين يعتبر مختصاً في هذه الصورة، وعليه يجوز محاكمة المتهم أمام المحاكم الوطنية لمكان وقوع الجريمة إعمالاً لمبدأ الإقليمية إلّا في صورة وجود اتفاقية دولية تقضي بخلاف ذلك.

أمّا بخصوص الحلول التشريعية فقد تراوحت بين ملازمة الصمت حول هذا الإشكال كالقانون الفرنسي⁵⁰⁸، وبين إقرار تطبيق مبدأ الإقليمية كالقانون التونسي⁵⁰⁹ والقانون المغربي والجزائري⁵¹⁰، وبين إقرار تطبيق مبدأ العلم بما يستبعد سريان القانون الجزائري على الجرائم التي تقع في المياه الإقليمية للدولة على ظهر سفينة أجنبية بشرط المعاملة بالمثل، وهو الخيار الذي اعتمدته القانون

⁵⁰⁷ Jean Pradel: Droit pénal général, Op. cit., p. 209, n° 227.

– Bernard Bouloc: Droit pénal général, Op. cit., p. 168, n° 167.

– أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 110.

⁵⁰⁸ مع الملاحظ أن هذا الصمت جعل الفقه الفرنسي يقرّ بتطبيق القانون الفرنسي في هذه الحالة إلّا إذا وجدت اتفاقية دولية تكرس خلاف ذلك. راجع:

– Jean Pradel: Op. cit., p. 209, n° 227. «... La seconde hypothèse intéresse les aéronefs et navires étrangers. au bien, il s'agit d'aéronef ou navire de pêche, de plaisance ou de commerce à bord desquels une infraction a été commise, alors qu'ils se trouvaient sur le territoire de la république. Malgré le silence du nouveau code, on doit admettre que la loi Française est compétente (sauf convention internationales).

مع الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي في رأي له بتاريخ 20 نوفمبر 1806 قد أعطى الأولوية لتطبيق القانون الوطني للعلم الذي تحمله السفينة باستثناء الحالات التالية:

1- إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على ظهر السفينة بواسطة أو ضد أجنبي عن طاقم السفينة.
2- إذا كانت الجريمة قد أفلقت أمن وطمأنينة الميناء. وللسلطات المحلية كامل الحرية في تقدير وجود هذا الإقلاق.
3- إذا كان من واجب سلطات السفينة مطالبة سلطات الميناء بالتدخل.
راجع:

– Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 397, n° 294.

– H. Donnedieu de Vabres: Les principes, Op. cit., p. 36.

⁵⁰⁹ وهو ما يفهم من الفصل 86 من المجلة التأديبية والجزائية البحرية الذي ينص في فقرته الأولى على التالي: «تطبق أحكام الفصول من 78 إلى 85 من هذه المجلة على الأشخاص حتى الأجانب الموجودين على متن سفينة أجنبية إذا ارتكبت الجريمة داخل المياه الإقليمية التونسية».

⁵¹⁰ الفصل 705 من قانون الإجراءات الجنائية المغربية والفصل 590 من قانون الإجراءات الجزائري.

اللبناني والسوري والأردني والعماني والقطري⁵¹¹، مع إيراد بعض الاستثناءات⁵¹².
هذا بالنسبة إلى السفينة، أما بخصوص الطائرة فالمبدأ يقضي بتطبيق قانون
جنسية الطائرة على الجرائم التي تقع على ظهرها، ومقتضى هذا المبدأ أن
الجرائم التي تقع على ظهر الطائرة تخضع لقانون الدولة التي سجلت فيها
الطائرة، أي قانون جنسيتها، أينما كان الإقليم الذي توجد به الطائرة وقت
ارتكاب الجريمة.

وهذا المبدأ كرسه الاتفاقيات الدولية⁵¹³ وأقرت له بعض الاستثناءات وهو ما

⁵¹¹ الفصل 18 من قانون العقوبات اللبناني والفصل 18 من قانون العقوبات السوري والفصل 8 من قانون
العقوبات الأردني والمادة 6 فقرة 2 من قانون الجزاء العماني والمادة 15 من قانون العقوبات القطري.
⁵¹² من هذه الاستثناءات ما نصت عليه المادة 15 من قانون العقوبات القطري التي جاء بها أنه «مع عدم الإخلال

بالاتفاقيات والمعاهدات التي تكون الدولة طرفاً فيها، لا تسري أحكام هذا القانون على الجرائم التي
ترتكب على متن السفن والطائرات الأجنبية الموجودة أو المارة بإقليم الدولة إلا إذا مست هذه الجرائم أمن
الدولة، أو كان الجاني أو المجني عليه قطرياً، أو طلب ريان السفينة أو قائد الطائرة المساعدة من السلطات
القطرية».

⁵¹³ ومثاله اتفاقية طوكيو لسنة 1963 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1969/12/04 حيث قدمت هذه الاتفاقية
بالمادة 1-3 حلاً لمشكل تحديد القانون المختص فاعتبرت أنه عند وقوع جريمة أو مخالفة على متن طائرة فإن
لدولة تسجيل الطائرة الحق في تطبيق قانونها على تلك الجرائم بشروط معينة وهي:
أ- أن يكون من شأن الجريمة أو الأفعال تعريض الطائرة أو ركبائها أو ممتلكاتهم للخطر
ب- الطائرة مسجلة في الدولة.

ج- الطائرة في حالة طيران (وحددت الاتفاقية بأنها تكون من إغلاق بوابة الطائرة للإقلاع حتى فتحها بعد
الوصول) أو في أعالي البحار، أو في منطقة لا تخضع لسيادة دولة عضو.

نجد كذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1970 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1971/10/14 وقد جاءت هذه الاتفاقية
لتجريم اختطاف الطائرة ومعاقبته، ومجال تطبيق أحكامها مرتبط بصورة اختطاف طائرة في حالة طيران في
رحلة دولية إذا ما وقع الاختطاف خارج دولة تسجيل الطائرة. وقد عرفت هذه الاتفاقية الاختطاف بأنه
الاستيلاء غير المشروع على الطائرة، وأقرت عدة إجراءات من أجل مواجهة حالات الاختطاف التي تهدد سلامة
النقل الجوي وألزمت جميع الدول الأعضاء بها بجملة من الالتزامات.

وأخيراً نجد اتفاقية مونتريال لسنة 1971 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1973/01/26، وهذه الاتفاقية تعالج ما
يقع على متن الطائرة من تصرفات أو أفعال أو إدلاء بمعلومات من أحد ركاب الطائرة من شأنها أن تهدد
سلامة الركاب أو سلامة الطائرة أو سلامة الملاحة الجوية (كالتهديد بتفجير قنبلة على متن الطائرة)،
ومجمل هذه الأفعال التي تخرج عن نطاق الاختطاف الذي تحكمه اتفاقية لاهاي تتناوله اتفاقية مونتريال.
والالتزامات التي تفرضها هذه الاتفاقية على الدول الأعضاء تتشابه مع ما أقرته اتفاقية لاهاي إلا أنها تتميز
عنها بأنها مدّت نطاق تطبيقها لتشمل الفترة التي تسبق مرحلة الطيران التي تبدأ من إغلاق أبواب الطائرة
للإقلاع وحتى فتحها بعد الهبوط نظراً لإمكانية تعرض الطائرة للاختطاف أو الخطر خلال هذه الفترة.

دفع الدول إلى أقلمت قوانينها مع هذه الاتفاقيات الدولية مثلما فعل المشرع التونسي الذي نص صراحة بالفصل 14 من مجلة الطيران المدني على تطبيق قانون جنسية الطائرة على الجرائم الواقعة على متنها حيث جاء به أن المحاكم التونسية تختص... بالنظر في الجرائم التي ترتكب على متن الطائرات المسجلة بالبلاد التونسية»، وهو ذات الحل الذي كرسه القانون الفرنسي بالفصل 113-4 من م.ج.ف.⁵¹⁴، والقانون المغربي بالمادة 706 من قانون المسطرة الجنائية، والقانون القطري بالمادة 14 من قانون العقوبات، والقانون العماني بالمادة 5 فقرة 3 من قانون الجزاء العماني. على أن المشرع التونسي قد أسند أيضا الاختصاص للمحاكم التونسية للنظر في الجرائم الواقعة ارتكابها على متن الطائرات غير المسجلة بالبلاد التونسية وذلك في الحالات الحصرية التالية:

- إذا كان مرتكب الجريمة أو المتضرر منها يحمل الجنسية التونسية.
- إذا نزلت الطائرة بالتراب التونسي إثر ارتكاب الجريمة⁵¹⁵.
- إذا كان مستغل الطائرة التي وضعت على ذمته بمقتضى عقد كراء دون طاقم مقيما بالبلاد التونسية.
- إذا كان القصد تحويل وجهة الطائرة وكان الفاعل أو أحد المشاركين موجودا بالبلاد التونسية.

وهذه الحالات التي تُعدّ خروجاً عن مبدأ تطبيق قانون جنسية الطائرة تتلاءم مع ما كرسه اتفاقية طوكيو من حلول⁵¹⁶، والمهم أن هذا الأخذ بفكرة

⁵¹⁴ Art. 113-4 (1er phrase): la loi pénale Française est applicable aux infractions commises à bord des aéronefs immatriculés en France, ou à l'encontre de tels aéronefs, en quelque lieu qu'ils se trouvent.

⁵¹⁵ يجب الإشارة هنا أن هذه الحالة الأولى والثانية قد استوعبها المشرع المغربي بالمادة 706 ف 2 من قانون الإجراءات الجنائية.

⁵¹⁶ جاء بالمادة 4 من اتفاقية طوكيو ما نصه «لا يجوز لدولة متعاقدة غير دولة التسجيل أن تتعرض لأية طائرة في حالة طيران، لغرض مباشرة اختصاصها الجنائي، بالنسبة لجريمة ارتكبت على متن هذه الطائرة، إلا في الحالات التالية:

أ- أن يكون للجريمة أثر على إقليم هذه الدولة.
ب- أن تكون الجريمة قد ارتكبها أو ارتكبت ضد أحد رعايا هذه الدولة أو أحد الأشخاص ذوي الإقامة الدائمة فيها.

الاستثناء هو ما كرسه القانون المقتضين كالقانون الفرنسي بالمادة 113-11 من م.ج.ف.⁵¹⁷، والقانون القطري بالمادة 15 من قانون العقوبات وغيرها. وعموما تطبيق مبدأ الإقليمية يستوجب علاوة على تحديد إقليم الدولة، تحديد مكان وقوع الجريمة.

2- تحديد مكان وقوع الجريمة

لئن كان تحديد مكان وقوع الجريمة واضحا في بعض الحالات فإنه غير ذلك في حالات أخرى، فقط وبكل بساطة لأن ارتكاب الجريمة يمكن أحيانا أن يمتد في الزمن ويقع بأفعال متلاحقة كل منها يقع في مكان مختلف عن الآخر، كما يمكن أن تتراخى النتيجة الإجرامية لفعل معين فتتحقق في مكان غير ذلك الذي وقع فيه الفعل، وتزداد المسألة تشعبا وتعقيدا حين تقع الجريمة في أكثر من إقليم مثل الجرائم المستمرة وجرائم الاعتياد وغيرها. وعموما يمكن القول إن حسم هذه المسألة يخضع إلى معيار عام (2-1) وذلك دون إغفال التفصيل في بعض الصور الخاصة (2-2).

2-1- المعيار العام لتحديد مكان وقوع الجريمة

القاعدة المستقرة في الفقه الحديث هي التي تحدد مكان ارتكاب الجريمة بأنه المكان الذي يتحقق فيه ركنها المادي أو جزء من هذا الركن⁵¹⁸، وعليه فإن تطبيق هذه القاعدة يقتضي تحديد الركن المادي للجريمة تحديدا دقيقا للتمكن من ضبط الإقليم الذي نفذت فيه الجريمة وبالتالي القانون المختص بمعاينة مرتكبها. وإعمالا لهذه القاعدة يمكن أن نورد الفرضيات التالية

ج- إذا ارتكبت الجريمة ضد أمن الدولة.

د- إذا اشتملت الجريمة على خرق للقواعد والأنظمة النافذة في هذه الدولة المتعلقة بالطيران أو تحركات الطائرات.

هـ- إذا كان مباشرة هذا الاختصاص ضروريا لضمان مراعاة هذه الدولة لأية من تعهداتها طبقا لاتفاقية دولية متعددة الأطراف.

⁵¹⁷ أنظر تحليلا لهذا الفصل:

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 399, n° 295.

⁵¹⁸ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 183.

للتوطين المكاني للجريمة:

- **الفرضية الأولى:** وقوع الجريمة في مكان واحد: لا تشير هذه الفرضية أية صعوبة إذ طالما نفذت الجريمة واستوفت ركنها المادي في مكان واحد وفوق إقليم واحد فتقانون الدولة التي وقع فوق إقليمها الفعل المجرّم هو القانون المختص وذلك بقطع النظر عن كون الجريمة من الجرائم الإيجابية أم السلبية⁵¹⁹.

- **الفرضية الثانية:** وقوع الجريمة في عدة أماكن: يمكن للجريمة أن تمتد من حيث وقوعها إلى أكثر من مكان واحد، والمثال التقليدي الذي يذكره الفقه حول هذه المسألة هي صورة الشخص الذي يطلق عياراً نارياً على شخص آخر في إقليم دولة معينة ثم ينتقل المجني عليه إلى إقليم دولة أخرى فيموت فيه، ففي هذه الصورة وقع النشاط الإجرامي في إقليم معين وحدثت نتيجة هذا النشاط فوق إقليم ثانٍ غير الذي وقع فيه ذلك النشاط.

كما يمكن أن تتشعب الصورة في الحالة التي تتعدد فيها الأقاليم التي تقع في إطارها الجريمة، ومثاله شخص يطلق على حدود دولة معينة عياراً نارياً على شخص آخر موجود في حدود دولة أخرى فيصيبه، فيتلقى المجني عليه الإسعافات الأولية فوق إقليم الدولة الثانية ثم ينتقل إلى إقليم دولة ثالثة للعلاج فيموت فيه متأثراً بإصابته⁵²⁰، فالجريمة في هذه الفرضية قد تركت أثارها في ثلاثة أقاليم مختلفة، فأياها يعتبر مكان وقوع الجريمة؟

اختلف الفقه في الإجابة عن هذا السؤال، فذهب البعض إلى القول بأنه من المحبذ الاعتداد بمعيار مكان وقوع النشاط الإجرامي أين تجتمع الأدلة ووسائل

⁵¹⁹ بخصوص الجرائم السلبية يحدّد مكان وقوع الجريمة بالمكان الذي يجب فيه مباشرة الالتزام الذي امتنع الجاني عن أدائه.

راجع:

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 115.

- Jean Pradel: Droit pénal général, Op. cit., p. 211, n° 230.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 406, n° 300.

⁵²⁰ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 404, n° 299.

الإثباتات⁵²¹، وذهب البعض الآخر على العكس من ذلك إلى القول بضرورة الأخذ بمعيار النتيجة⁵²²، بينما ذهب اتجاه ثالث وهو الراجح في الفقه إلى القول بأن السلوك والنتيجة يتساويان من حيث خطورة كل منهما على نظام الدولة وأمنها، وعليه وقوع أيهما في إقليم الدولة يجعل لها ولاية أصلية في معاقبة الجاني، وهذا يعني أن الجريمة حسب هذا الرأي تقع إما في مكان ممارسة النشاط الإجرامي أو في مكان وقوع النتيجة أو في أي مكان آخر وقعت به إحدى الآثار المباشرة للفعل والتي تتكوّن منها علاقة السببية بين النشاط والنتيجة⁵²³.

ويبدو أن هذا الرأي الأخير، الراجح في الفقه، قد وجد له عدّة مبررات تدعمه لعل أهمّها الرغبة في عدم تمكين الجاني من الإفلات من العقاب الذي سيحقق لو اشترط وقوع الجريمة كلها في إقليم دولة واحدة، هذا علاوة على أن هذا الرأي لن يؤدي إلى الإخلال بالأصول الجزائية العامّة لأنه لن يؤدي إلى معاقبة الشخص من أجل نفس الفعل أكثر من مرّة تبعاً لتعدد مكان وقوع الجريمة وذلك لاتفاق جل الأنظمة الجزائية على القاعدة القائلة بعدم إمكانية المواخذة مرتين من أجل نفس الفعل non bis in idem⁵²⁴ بالإضافة إلى تكريسها في إطار القانون الجنائي الدولي كما يتضح ذلك من الفصل 20 من نظام روما الأساسي الذي نصّ صراحة على التّالي: «1- لا يجوز، إلّا كما هو منصوص عليه في هذا النظام الأساسي، محاكمة أي شخص أمام المحكمة عن سلوك شكل الأساس

⁵²¹ H. Donnedieu de Vabres: Traité de droit criminel, Paris, Recueil Sirey, 3^e éd 1947, n° 1635.

⁵²² Voir, Tsarpalas: Le moment et la durée des infractions pénales, thèse Paris 1967, p140.

⁵²³ انظر بهذا الخصوص:

- محمود محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 30.

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 116.

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 183-184.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 404, n° 299.

- Travers: Le droit pénal international et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre, 1920, n° 115.

⁵²⁴ راجع تفصيلاً لهذه المسألة:

- عز الدين العرفاوي: قاعدة عدم إمكانية المواخذة مرتين من أجل نفس الفعل، منشور بـ «خمسون عاماً من فقه القضاء الجزائي»، ص 212.

لجرائم كانت المحكمة قد أدانت الشخص بها أو برأته منها، 2- لا يجوز محاكمة أي شخص أمام محكمة أخرى عن جريمة من تلك المشار إليها في المادة 5 كان سبق لذلك الشخص أن أدانتها بها المحكمة أو برأته منها⁵²⁵.

- الفرضية الثالثة: اختلاف مكان المساهمة الجنائية عن مكان إتمام الجريمة: تتمثل هذه الحالة في اقتضار الشخص الذي يوجد في إقليم دولة ما على ممارسة إحدى طرق الاشتراك في جريمة ستقع فوق إقليم دولة أخرى، كالشخص الذي يوجد فوق إقليم دولة (أ) ويحرض شخصا في إقليم دولة (ب) على ارتكاب جريمة قتل أو يقدم له المساعدة بأن يمدّه بأداة الجريمة لقتل المجني عليه في ذلك الإقليم. ففي هذا المثال وقع من الجاني في الخارج فعل من أفعال المشاركة بينما تمت الجريمة في إقليم آخر غير الذي وقع فيه ذلك الاشتراك.

والسؤال هنا يتمثل في التالي: هل يخضع الاشتراك في مثل هذه الصورة للقانون الجزائي للدولة التي ارتكبت فوق إقليمها الجريمة؟

الحل في القانون⁵²⁶ وفقه القضاء المقارن⁵²⁷ وتطبيقا لمبدأ الإقليمية- يقضي بخضوع الاشتراك الواقع في الخارج لقانون الدولة التي وقعت الجريمة فوق إقليمها، وهو الحل الذي يتجه الأخذ به في القانون التونسي لأن فعل المساهمة يتبع في تجريمه لمكان توطين الفعل الأصلي، أي مكان وقوع الجريمة الأصلية. وهكذا فإن القانون التونسي يجب أن يطبق على أفعال الاشتراك التي تمت في الخارج طالما وقعت الجريمة أو جزء منها في الإقليم التونسي.

أما بخصوص الصورة العكسية أي عندما يقع فعل الاشتراك في تونس حال

⁵²⁵ وجب أن نلاحظ أن الفقرة 3- (أ) و(ب) قد بينت حدود هذا المبدأ.

راجع في شرح هذا الفصل:

- محمود شريف بسيوني: المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 182-183.

⁵²⁶ مثال ذلك القانون المصري المادة الثانية أولا من قانون العقوبات.

⁵²⁷ وهذا الحل كرسه فقه القضاء الفرنسي منذ قرار 13 مارس 1891. راجع للتوسع بهذا الخصوص:

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 407, n° 301.

أن الجريمة تقع في الخارج، فالحل يقضي بعدم تطبيق القانون الجزائي التونسي إلا إذا كان الفعل الذي ارتكبه في تونس يطمع بذاته لحكم هذا القانون يقضي النظر عن الجريمة التي وقعت في الخارج، وهو نفس الحل المطبق في القانون المصري⁵²⁸ واعتده في مرحلة ما هذه القضاء الفرنسي⁵²⁹.

غير أن هذا الحل القائم على أساس صابة من المنطق القانوني قد يطرح بعض الإشكاليات الجديدة، ذلك أن فعل الاشتراك الواقع في تونس لجريمة ارتكبت خارج الإقليم التونسي لن يطمع القانون التونسي طالما لم ترتكب الجريمة فوق هذا الإقليم، خصوصاً وأن فعل الاشتراك ذاته قد يكون متجرباً من التكليف الجرمي فلا يستساغ أن يكون من شأن هذا الفعل الثانوي والنتهي في خطة الجريمة أن يحدد القانون الذي تخضع له هذه الأخيرة. كما أن المنطق القانوني لا يقبل تجريم هذا الاشتراك في ذاته إذا كانت الأفعال الأصلية التي يفترض أن يستند منها صفة الجريمة غير خاضعة للقانون التونسي، وبالتالي غير ذي صفة جرمية وفقاً له⁵³⁰. والنتيجة أن من قام بفعل الاشتراك في مثل هذه الصورة سيتمكن من التفصي من تبعات أفعاله، فتسطر ويكمل بساطة لأن الدولة التي وقعت الجريمة فوق إقليمها إذا ما طلبت تسليم من شارك في الجريمة من الدولة التونسية فإن مطلبها سيلاقى الرفض لأن القاعدة في تسليم المجرمين أنها لا تشمل المواطنين⁵³¹، وهكذا سيستحيل عقاب المشارك في مكان ارتكاب الاشتراك وكذلك في مكان وقوع الجريمة.

وعموماً يبدو أن جدية هذا الإشكال هي التي جعلت بعض القوانين المقاتلة تكرر حلولاً تقضي بمعاينة الشريك في مكان وقوع الاشتراك ومثاله ما قرره

⁵²⁸ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 118.

⁵²⁹ راجع بخصوص هذه القضاء الفرنسي:

- Merie et Vinn: Op. cit., T1, p. 407, n° 301.

⁵³⁰ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 185، هامش 2.

⁵³¹ الفصل 310 م.إ.ج ينص على أن الحكومة أن تسلّم لحكومات الدول الأجنبية بناء على طلبها كل شخص غير تونسي وجد بتراب الجمهورية التونسية وكان موضوع تتبع جنر باسم الدولة الطالبة أو موضوع حكم صادر عن محاكمها.

القانون اللبناني بالفصل 15 ف 1 من قانون العقوبات الذي اعتبر الجريمة مقترفة في الأرض اللبنانية «إذا تمّ على هذه الأرض أحد العناصر التي تؤلف الجريمة أو فعل من أفعال جريمة غير متجزئة أو فعل اشتراك أصلي أو فرعي»، وهو أيضا ما انتهى إلى تكريسه المشرع الفرنسي بالفصل 113-5 من المجلة الجزائية بشروط⁵³².

وأيا ما يكن الأمر فإنّ هذا المعيار العام لتحديد مكان وقوع الجريمة لا يجب أن يحجب عنا تفصيل بعض الصور الخاصة.

2-2- الصور الخاصة للتوطين المكاني للجريمة

تتعلّق هذه الصورة بثلاث حالات تستوجب تفصيلا وهي:

– **أولا حالة الشروع:** يتمّ الشروع في تنفيذ الجريمة عادة بفعل مادي له أثر خارجي، يجسد بداية تنفيذ الجريمة المقرّر ارتكابها، فإذا وقف نشاط الجاني عند حدّ الشروع فإنّ جريمته على مستوى توطينها المكاني تعتبر قد وقعت في الإقليم الذي باشر فيه البدء في التنفيذ ولا عبّارة للمكان الذي أراد الجاني تحقيق نتيجة نشاطه فيه، طالما أنّ هذه النتيجة لم تتحقّق أصلا.

غير أنّ هذا الحل قد خالفته بعض التشريعات المقارنة ومثاله المادة 4 من قانون العقوبات السويدي لسنة 1962 والمادة 18 من القانون التشيكوسلوفاكي لسنة

⁵³² Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 407- 408, n° 301. «Plus généralement, l'article 113-5 du code pénal nouveau, reproduisant l'article 690 du code de procédure pénal, écarte maintenant toute hésitation: tout individu qui, sur le territoire de la république, s'est rendu complice d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger peut être jugé par les Tribunaux Français à deux conditions, dont l'exigence montre d'ailleurs par le rôle qu'elles font jouer à la loi et aux Juridictions de l'état étranger, que le principe de la Territorialité n'intervient ici que d'une façon partielle et même a-t-on dit, fictive.
1°- il faut qu'existe entre la loi étrangère et la loi Française une réciprocité d'incrimination sur le fait principal.
2°- il faut que l'infraction principale commise à l'étranger ait été constatée par une décision définitive étrangère, cette exigence, survivance de l'idée d'emprunt de la criminalité, s'explique aussi parce que l'état étranger est, par priorité intéressé à la répression».
– Bernard Bouloc: Op. cit., p170, n° 170.
– Jean Larguier: Op. cit., p. 285.
– Jacques Borricand et Anne-Marie simon: Op. cit., p. 54.
– Xavier Pin: Op. cit., p. 100, n° 115.
– Emmanuel Dreyer: Op. cit., p. 1240, n°1845.

1961 التي ذهبت إلى اعتبار مكان جريمة الشروع إما مكان ارتكاب النشاط أو المكان الذي كان الجاني يريد تحقيق النتيجة فيه. وقد انتقد الفقه⁵³³ هذا الحل معتبرا أنه لا مبرر من الناحية القانونية أو المنطقية في إقحام مكان توقع النتيجة في إطار التوطين المكاني لجريمة الشروع وبالتالي إخضاع الشروع لقانون هذا الإقليم، لأنه طالما أن النتيجة لم تحدث أصلا وتوقف النشاط الإجرامي عند البدء في التنفيذ، فإن الإقليم الذي كان يراد تحقيق النتيجة فيه لم يتضرر ولم يقع المساس بنظامه العام مما يبقيه عمليا بعيدا عن مكان ارتكاب الجريمة، وهو ما يقصي منطقيا خضوع الشروع لقانون هذا الإقليم.

- ثانيا حالة الجرائم الممتدة: وهي التي تمتد إما بالاستمرار أو بالتكرار والصورة تتعلق تحديدا بالجرائم المستمرة وجريمة الاعتياد.

فبالنسبة إلى الجريمة المستمرة *L'infraction continue* فإن ركنها المادي ينطوي في الآن نفسه على استمرار زمني ومكاني، مثل جريمة مسك المخدرات أو جريمة حيازة السلاح بدون رخصة، والحل المتفق عليه فقها⁵³⁴ أن هذه الجريمة تعتبر مرتكبة في كل لحظة من لحظات الاستمرار، فإذا امتد هذا الاستمرار في المكان بأن شمل أكثر من إقليم دولة واحدة، فإن الجريمة في هذه الحالة تعتبر مرتكبة في كل إقليم حدث فيه هذا الاستمرار.

أما بخصوص جريمة الاعتياد *L'infraction d'habitude* فهي تلك التي يستوجب ركنها المادي تكرار الفعل المجرم، أي التي لا تتكون إلا بالاعتياد على ارتكاب الفعل الممنوع بدون أن يكون ارتكاب الفعل لمرة واحدة موجبا

⁵³³ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 119.

⁵³⁴ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 400, n° 297.

- Jean Pradel: Droit pénal général, Op. cit., p. 210, n° 299.

- H. Donnedieu de Vabres: Les principes, Op. cit., p. 34.

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 119.

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 186.

للعقاب، فإذا ما وقعت جريمة الاعتياد في أكثر من إقليم دولة واحدة، بأن وقع أحد الأفعال في إقليم معين ووقع الفعل الآخر الذي سيتحقق به الاعتياد في إقليم مغاير للأول، فما هو الحل في هذه الصورة؟ وما هو القانون الذي يجب تطبيقه؟

اختلف الفقه بخصوص هذه المسألة، فذهب البعض إلى تغليب المنطق القانوني معتبرين أنه ما لم يتوافر الاعتياد في إقليم دولة معينة، فإن قانونها لا ينطبق على الجريمة، إذ ما دام الاعتياد لا يتوفر إلا بتكرار الفعل مرتين على الأقل، فإنه لا يجوز الاكتفاء بتوافر فعل واحد من أفعال الاعتياد في إقليم الدولة حتى يقال بانطباق قانونها على هذه الجريمة، ولما اختلط الأمر بين جريمة الاعتياد والجريمة المستمرة⁵³⁵. في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بانطباق قانون الإقليم الذي وقع فيه الفعل الأخير من أفعال الاعتياد بحجة أن الجريمة تقع به منظورا إلى ما سبقه من أفعال⁵³⁶.

ومن البين أن الاتجاه الأول قد تمسك بالمنطق القانوني الصّرف ووفر في مقابل ذلك وضعا مميزا للجاني باعتبار أنه سيتمكن من التفصّل من العقاب لعدم حصول تكرار الفعل في إقليم واحد. بينما قام الاتجاه الثاني على منطق ضمّ الأفعال المرتكبة في أكثر من إقليم وذلك لتفادي فرار المجرم من العقاب. ويبدو أن بعض التشريعات قد أخذت بهذا الرأي الأخير ومثاله القانون المصري⁵³⁷ وكذلك القانون الفرنسي⁵³⁸.

- ثالثا الجرائم المركبة: Les infractions complexes الجرائم المركبة مثل جرائم الاعتياد يتكوّن ركنها المادي من عدة أفعال مجرّمة، ولكن على

⁵³⁵ راجع بهذا الخصوص:

- أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 120.

- Jean Pradel: Op. cit., p. 210, n° 299.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 400, n° 297.

⁵³⁶ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 120.

⁵³⁷ المادة الثانية (أولا) من قانون العقوبات المصري التي تكتفي بوقوع فعل واحد من أفعال الاعتياد في مصر بالإضافة إلى الأفعال التي وقعت في الخارج لإقرار انطباق القانون المصري.

⁵³⁸ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 400, n° 297.

مكس جرائم الاغتياذ التي يتمثل ركنها المادي في تكرار نفس الفعل المجرم، فإن الجرائم المركبة يتكوّن ركنها المادي من عدّة أفعال مختلفة من حيث طبيعتها⁵³⁹، والمثال التقليدي الذي يقدمه الفقه⁵⁴⁰ في هذا الإطار هو جريمة التحيل التي يتكوّن ركنها المادي من فعل أوّل يتمثل في استعمال طرق احتيالية لإيقاع الغير في الغلط ومن فعل ثان يتمثل في اختلاس أو محاولة اختلاس الكل أو البعض من مال الغير⁵⁴¹. وإذا ما ارتكبت الجريمة المركبة في أكثر من إقليم فإن وقع فعل من الأفعال المكونة لركنها المادي في إقليم معيّن ووقع الفعل الآخر في إقليم دولة أخرى، فإنّ الحل يتمثل في اعتبار كل إقليم وقع فيه جزء من الركن المادي مختص بتتبع الجاني ومعاقبته.

وعموما تطبق مبدأ الإقليمية بالكيفية التي سبق شرحها ليس مطلقا بل له بعض الحدود التي يجب بيانها.

II- حدود مبدأ الإقليمية

لئن كان مبدأ الإقليمية يقتضي خضوع كلّ الجرائم التي تقع فوق إقليم الدولة لقانونها الوطني، فإنّ هذا المبدأ المعترف به في كلّ الأنظمة القانونية ليس مطلقا بل يعرف بعض الحدود التي لها ارتباطات وثيقة بفكرة المصلحة العامة، وهذه الحدود ترتبط أساسا بالحصانة التي يتّجه التذكير بأنواعها (أ) قبل تحديد طبيعتها من زاوية القانون الجزائي (ب).

أ- أنواع الحصانة

يمكن تصنيفا لأنواع الحصانة أن نميّز بين الحصانة الداخلية (1) والحصانة الدولية (2).

⁵³⁹ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 401, n° 298.

- فرج القصير: مرجع سابق، ص 92.

⁵⁴⁰ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 401, n° 298.

- Xavier Pin: Op. cit., p. 99 - 100, n° 114.

⁵⁴¹ راجع الفصل 291 م.ج.

1- الحصانة الدبلوماسية
القوانين الجزائية لا تسري على بعض الأشخاص داخل الإقليم وهم تحديدًا
رئيس الجمهورية وأعضاء مجلس النواب والقضاة.

فبالنسبة إلى رئيس الجمهورية⁵⁴² ولا اعتبارات سياسية متعة الفصل 87 من
الدستور الجديد بالحصانة حيث نصّ هذا الفصل صراحة على أن رئيس
الجمهورية «يتمتع... بالحصانة طيلة توليه الرئاسة، وتعلق في حقه كافة أفعال
التقادم والسقوط، ويمكن استئناف الإجراءات بعد انتهاء مهامه». كما أكد
هذا الفصل في فقرته الثانية على أن رئيس الجمهورية «لا يسأل... عن الأعمال
التي قام بها في إطار أدائه لمهامه». ويتضح من هذا الفصل أن رئيس الجمهورية
خلال مدة رئاسته محصّن من إمكانية التتبع والمحاسبة الجزائية على الجرائم
التي يرتكبها مهما كان نوعها أي سواء كانت هذه الجرائم قد ارتكبت
بسبب أدائه لوظيفته أو بمناسبتها أم لم تكن كذلك، والحجة في ذلك أن
الفصل 87 المذكور قد ربط الحصانة في فقرته 1 بالزمنية أي الفترة التي يمارس
خلالها رئيس الجمهورية مهامه دون أن يحددها من حيث طبيعة الجرائم
المرتكبة. أمّا الفقرة 2 من الفصل 87 من الدستور فلم تحدّد الحصانة على
مستوى الزمن بما يفهم منه -وربطا بما جاء بالفقرة 1- أن هذه الحصانة تمتد
إلى ما بعد انتهاء رئيس الجمهورية من مباشرة مهامه، ولكنها حددت نطاق
الحصانة بالأعمال التي قام بها رئيس الجمهورية «في إطار أدائه لمهامه» دون
غيرها من الأعمال التي تبقى خاضعة للفقرة الأولى.

وما يجب أن نلاحظه بخصوص الفقرة الثانية من الفصل 87 من الدستور هو
أنها قد وسعت في نطاق الحصانة البعدية، أي التي يتمتع بها رئيس الجمهورية
بعد انتهائه من مباشرة مهامه نظرا لأنها لم تحدّد المقصود «بالأعمال التي قام بها

⁵⁴² يرجع أعضاء رئيس الدولة إلى قاعدة تقليدية أصلها إنجليزي ومؤداها أن «المملك لا يخطئ»
The king commits no wrong، وقبل ذلك كان أصلها رومانيا، إذ من الأمور التي كانت مقررة في عهد
الرومان أن قيصر الرومان غير خاضع للقوانين التي يصدرها.
راجع: رمسيس بهنام: مرجع سابق، ص 281.

رئيس الجمهورية - في إطار أدائه لمهامه» كما أنها لم تضبط المعايير الموضوعية لهذه الحصانة المؤبدة.

على أن الفصل 88 من الدستور الجديد⁵⁴³ قد استثنى من هذه الحصانة صورة العزل التي لا تعني من «التبعية الجزائية عند الاقتضاء»، والسبب الوحيد للعزل قد قصره الفصل 88 على «الخرق الجسيم للدستور» دون التخصيص على جريمة الخيانة العظمى وذلك على عكس الدساتير المقارنة التي تنص صراحة على جريمة الخيانة العظمى باعتبارها سبباً أساسياً لرفع الحصانة، ومثاله ما نص عليه الفصل 60 من الدستور اللبناني الذي جاء به أنه «لا تبعة على رئيس الجمهورية حال قيامه بوظيفته إلا عند خرقه للدستور أو في حال الخيانة العظمى...».

وعموماً تمتد الحصانة الداخلية بالإضافة إلى رئيس الجمهورية، إلى أعضاء مجلس النواب حيث نص الفصل 68 من الدستور الجديد على أنه «لا يمكن إجراء أي تتبع قضائي مدني أو جزائي ضد عضو بمجلس نواب الشعب، أو إيقافه، أو محاكمته لأجل آراء أو اقتراحات يبدئها أو أعمال يقوم بها، في ارتباط بمهامه النيابية». وأضاف الفصل 69 من الدستور أنه «إذا اعتصم النائب بالحصانة الجزائية كتابة، فإنه لا يمكن تتبعه أو إيقافه طيلة مدة نيابته في تهم جزائية ما لم ترفع عنه الحصانة. أمّا في حالة التلبس بالجريمة فإنه يمكن إيقافه، ويُعلم رئيس المجلس حالاً على أن ينتهي الإيقاف إذا طلب مكتب المجلس ذلك». وهذه الحصانة المقررة لفائدة أعضاء مجلس النواب هي في الحقيقة تعبير عمّا استقر عليه العرف الدستوري من أجل تمكين نواب الشعب من أداء أعمالهم على النحو الأكمل كما ضبطها الدستور. وما يلاحظ بخصوص هذه الحصانة

⁵⁴³ نص الفصل 88 في الدستور الجديد على التالي «يمكن لأغلبية أعضاء مجلس نواب الشعب المبادرة بلائحة معللة لإعفاء رئيس الجمهورية من أجل الخرق الجسيم للدستور، ويوافق عليها المجلس بأغلبية الثلثين من أعضائه، وفي هذه الصورة تقع الإحالة على المحكمة الدستورية للبت في ذلك بأغلبية الثلثين من أعضائها. ولا يمكن للمحكمة الدستورية أن تحكم في صورة الإدانة إلا بالعزل. ولا يعفى ذلك من التبعية الجزائية عند الاقتضاء. ويترتب عن الحكم بالعزل فقدانه لحق الترشح لأي انتخابات أخرى».

أنها مقررة على إطلاقها بالنسبة إلى الآراء والاقتراحات والأعمال التي يبشرها النائب في ارتباط بمهامه النيابية، وهو ما يعني وجودها أثناء فترة النيابة وتواصلها بعد انتهاء هذه الفترة لأنها مرتبطة بأعمالهم التمثيلية. أما في غير هذه الصورة فإن الحصانة التي يتمتع بها النائب هي حصانة مؤقتة في الزمن تعتمد طيلة مدة النيابة وتنتهي بانتهائها.

وبالإضافة إلى الحصانة الرئاسية والبرلمانية كرس الدستور الجديد في فصله 104 الحصانة القضائية العامة التي تشمل كل القضاة⁵⁴⁴ حيث جاء بهذا الفصل أن القاضي -دون قيد أو تحديد أو حصر- «يتمتع... بحصانة جزائية، ولا يمكن تتبعه أو إيقافه ما لم ترفع عنه، وفي حالة التلبس بجريمة يجوز إيقافه وإعلام مجلس القضاء الراجع إليه بالنظر الذي يبت في مطلب رفع الحصانة». ويؤخذ من هذا الفصل أنه أقر مبدأ «الحصانة القضائية»، وهذه الحصانة يستوجب رفعها على القاضي من طرف مجلس القضاء الراجع إليه بالنظر كلما حتم الأمر تتبع أو محاكمة القاضي جزائياً، وفي حالة التلبس يستوجب مصادقة المجلس المختص على التتبعات الواقع اتخاذها ضد القاضي فإن أجازها استمرت وإن رفضها توقفت.

وعموماً لا تتف الحصانة عند هذه الحدود الداخلية بل تمتد لتشمل صنفاً ثانياً من الحصانة ذات صبغة دولية.

2- الحصانة الدولية

من المقرر في القانون الدولي تمتع أشخاص بالحصانة التي تحول دون تطبيق القانون الجزائي الداخلي عليهم، ويمكن بياناً لهذا النوع من الحصانة التي تعدّ حداً لمبدأ الإقليمية، ووقع استيعابها صراحة من قبل بعض القوانين الجزائية

⁵⁴⁴ هذه الحصانة كانت خاصة بقضاة المحاكم العدلية فقط وقد كرسها القانون رقم 29 المؤرخ في 14 جويلية 1967 الذي جاء ضابطاً لنظام القضاء ومهنة القضاة وأقتضى الفصل 22 منه أنه «لا يمكن بدون إذن من المجلس الأعلى للقضاء تتبع أي قاض من أجل جنائية أو جنحة أو سجنه. لكنّه في صورة التلبس بالجريمة يجوز إلقاء القبض عليه ويعلم عندئذ المجلس الأعلى للقضاء فوراً».

♦ الحصانة الدبلوماسية : Immunité diplomatique

يتمتع الممثلون الدبلوماسيون في جميع أنحاء الدولة المعتمدين لديها بحصانة تشمل كل أفعالهم - سواء تعلقت بالعمل الدبلوماسي أم لم تكن متعلقة به - تخرجهم من الاختصاصات الإقليمية للدولة التي يمارسون فيها أنشطتهم المهنية.

وهذه الحصانة لها في الأصل طابعاً عرثياً ولكنها شكّلت أيضاً موضوعاً للتدوين في اتفاقية «فيينا» للعلاقات الدبلوماسية المبرمة بتاريخ 18 أبريل 1961⁵⁴⁶ حيث نصّ الفصل 31 ف 1 من الاتفاقية على أن الممثل الدبلوماسي «يتمتع... بالحصانة القضائية الجنائية في الدولة المعتمد لديها...». وهذا الإعفاء يبرّره:

- أولاً: أن المعتمد السياسي يمثل أمام الدولة التي اعتمد لديها أي الدولة التي أرسلته وليس لدولة على أخرى إلا حق الدفاع لا حق العقاب.

- ثانياً: أن استقلال المعتمد السياسي ضروري حتى يتمكن من القيام بأعباء منصبه على الوجه الأكمل، ولولا ذلك لأمكن للسلطة المحلية بحجة وجود جريمة أن تقبض عليه أو تأمر بتفتيش منزله، ومجرد احتمال وقوع مثل هذه الأعمال يحول دون القيام بأية مهمة سياسية⁵⁴⁷.

وتمتدّ هذه الحصانة إلى حاشية الممثل السياسي متى كانوا مكلفين بأعمال رسمية من قبل حكومة البلد التي يمثلها كموظفي الوكالة السياسية بمختلف درجاتهم، كما تمتد إلى زوجة الممثل السياسي وأعضاء عائلته المقيمين معه⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ من بين القوانين الجزائية المقارنة التي استوعبت صراحة الحصانة الدولية يمكن أن نذكر قانون الجزاء العماني الذي نصّ صلب المادة 7 منه على التالي: «لا تطبق الشريعة العمانية، في الأراضي العمانية، على الجرائم التي يقترفها موظفوا السلك الخارجي والقناصل الأجانب وهم متمتعون بالحصانة التي يخولهم إياها القانون الدولي العام».

⁵⁴⁶ بيار-ماري دوبوي Pierre-Marie Dupuy: القانون الدولي العام، ترجمة محمد عرب صاصيلا وسليم حداد، مؤسسة المجد للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط 1، سنة 2008، ص 147.

⁵⁴⁷ جندي عبد الملك: مرجع سابق، ج 5، ص 623.

⁵⁴⁸ Xavier Pin: Op. cit., p. 101, n° 118.

وجرى العرف بأن لا يحاكم المستخدمون الخصوصيون كالمسجونين الخاصين والمربية والخدم إلا بموافقة الممثل السياسي⁵⁴⁹. وقد قامت المادة 37 من الاتفاقية فيينا بضبط نطاق امتداد الحصانة⁵⁵⁰ كما يتمتع بالحصانة كمثل أعضاء البعثات السياسية الخاصة وممثلو الهيئات الدولية كهيئة الأمم المتحدة، وجامعة الدول العربية⁵⁵¹.

كما يتمتع رجال السلك القنصلي بحصانة محدودة تقتصر على ما يرتكبونه من أفعال أثناء أدائهم لوظائفهم أو بسببها، وهو ما كرسه الفصل 43 ف 1 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية المبرمة بتاريخ 24 أبريل 1963 والذي جاء به صراحة أن «الأعضاء والموظفون القنصليون لا يخضعون لاختصاص السلطات القضائية أو الإدارية بالدولة الموفد إليها فيما يتعلق بالأعمال التي يقومون بها لمباشرة أعمالهم القنصلية».

549 جندي عبد الملك: مرجع سابق، ج 5، ص 623.

550 ينص الفصل 37 من اتفاقية فيينا على ما يلي:

- 1- يتمتع أعضاء أسرة الممثل الدبلوماسي الذين يعيشون معه في نفس المسكن بالمزايا المذكورة في المواد من 29 إلى 36 على شرط أن لا يكونوا من رعايا الدولة المعتمد لديها.
- 2- أعضاء الطاقم الإداري والطاقم الفني للبعثة وكذلك أعضاء أسرهم الذين يعيشون معهم في نفس المكان بالنسبة لكل منهم وعلى شرط أن لا يكونوا من رعايا الدولة المعتمد لديها أو أن تكون إقامتهم الدائمة في الخضوع القضائي للاختصاص المدني أو الإداري للدولة المعتمد لديها الوارد ذكرها في البند 1 من المادة 31 في التصرفات الخارجة عن نطاق أعمالهم الرسمية ويتمتعون بالمزايا المذكورة في البند 1 من المادة 36 بالنسبة للأشياء المستوردة بسبب إقامتهم الأولى (أول توطن).
- 3- أفراد طاقم الخدمة للبعثة الذين ليسوا من رعايا الدولة المعتمد لديها أو من المقيمين فيها إقامة دائمة يتمتعون بالحصانة بالنسبة للتصرفات التي تحدث منهم أثناء تأدية أعمالهم ويعفون من الضرائب والرسوم عن مرتباتهم التي يتقاضونها في وظائفهم وكذلك يتمتعون بالإعفاء الوارد ذكره في المادة 33.
- 4- الخدم الخصوصيون لأعضاء البعثة الذين ليسوا من رعايا الدولة المعتمد لديها والذين لا يقيمون فيها إقامة دائمة يتمتعون بالإعفاء من الضرائب والرسوم عن مرتباتهم التي يتقاضونها عن خدمتهم وفي كل الحالات لا تستعمل حق ولايتها على هؤلاء الأشخاص على أن لا يعوق ذلك كثيرا البعثة في أداء أعمالها.

551 محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 195.
- بيار سماري دويوي: مرجع سابق، ص 223، رقم 185 وما بعدها.

جرى العرف الدولي على أن رؤساء الدول الأجنبية يتمتعون بالحصانة العامة التي تشمل كل فعل يصدر عنهم في إقليم دولة أخرى ماداموا يتمتعون بهذه الصفة، أي ما يزالون في حال مباشرة لوظائفهم الرسمية، وهو ما درج فقه القضاء وخاصة المختارن⁵⁵² على تأكيده ومثاله القرار التعقيبي الفرنسي الصادر في 13 مارس 2001⁵⁵³ الذي ذهب من خلال رجوعه الصريح إلى العرف الدولي *Coutume internationale* إلى التأكيد على تمتع رؤساء الدول الأجانب المباشرين لمهامهم بالحصانة القضائية التي تحول دون إمكانية مقاضاتهم أمام قضاء أي دولة أخرى، مع التأكيد على أن هذا القرار قد أخذ بالمفهوم العام للحصانة دون تمييز بين الحصانة الوظيفية والحصانة الشخصية⁵⁵⁴.

وعموما وقع إرجاع علة هذه الحصانة إلى كون الرؤساء يمثلون دولا ذات سيادة لدى كل الدول التي يزورونها أو يعبرون حدودها، وإخضاعهم إلى سيادة الدولة التي يوجدون فوق إقليمها فيه بلا شك أساس بسيادة دولهم وهو ما من شأنه أن يهدد هدوء العلاقات الدبلوماسية.

وما يجب أن نلاحظه في هذا الإطار هو أن الاعتراف الدولي بحصانة رؤساء الدول، وأعضاء الحكومة الحاليين، ليست حصانة مطلقة بل نسبية، وهذه النسبية تتخذ ملمحين:

- **الأول:** ويتعلق بربط الحصانة بالتمتع بالصفة، أي أن يكون رئيس الدولة في حالة مباشرة لوظائفه الرسمية، وهو ما يمكن أن نستشفه من قرار محكمة التعقيب الفرنسية الصادرة في 13 مارس 2001 سالف الذكر، وكذلك من قضية «بينوشيه» في عام 1999⁵⁵⁴. فالرئيس السابق لدولة تشيلي، وعضو مجلس الشيوخ فيها مدى الحياة، «أوغستو بينوشيه»، كان موضوعا لطلب تسليم وجه

⁵⁵² Crim , 13 mars 2001, D. 2001, Juris-pr ; p. 2631, note, J-F. Roulot.

⁵⁵³ F. Poirat: Immunité de juridiction pénale de chef de l'état étranger en exercice et règle coutumière devant le juge judiciaire RGDI, 2001/2 ,p. 474 et suiv.

⁵⁵⁴ بيار-ماري دوبوي: مرجع سابق، ص 148.

إلى السلطات البريطانية، في الوقت الذي كان فيه متواجداً في لندن. وقد صدر هذا الطلب الذي تأسس جزئياً على التمسك بالاختصاص العام، في البداية، عن القاضي الإسباني ب. غارزون B. Garzon، وكان متصلاً بعمليات التعذيب والقتل التي أمر بها الديكتاتور السابق أثناء وجوده في السلطة في تشيلي، بالنسبة إلى مواطنين تشيليين وإسبان. وحين دُعي مجلس اللوردات مرتين لإبداء رأيه في مسألة معروفة ما إذا كان رئيس الدولة السابق يتمتع بحصانة تضعه في منأى عن طلب التسليم المقدم من حكومة أجنبية، أجاب عن السؤال بالنفي. وقد فعل ذلك أساساً، بسبب طبيعة الجرائم الإنسانية التي أُخذت على الديكتاتور السابق وهي جرائم لا تطلبها - بناءً على اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1948 ضد التعذيب قاعدة الحصانة التي يتمتع بها رؤساء الدول⁵⁵⁵، وهو ما يقودنا إلى الملحق الثاني - الثاني، ويتعلق بطبيعة الجرائم المرتكبة التي لا تطلبها قاعدة الحصانة،

بمعنى أن الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة تجيز تتبع مرتكبيها دون اعتبار لما يمكن أن يتمتع به من حصانة، وهو ما يمكن استنتاجه من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة لسنة 1993 الذي أكد على المسؤولية الجنائية الفردية للأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي التي ارتكبت في يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991 بما في ذلك رئيس الدولة بالنسبة إلى بعض الانتهاكات المحددة والتي ارتكبت خلال الاختصاص المؤقت للمحكمة وتلك الجرائم هي:

- 1- الانتهاكات الجسيمة لمعاهدات جنيف عام 1949.
- 2- مخالفة قوانين أو أعراف الحرب.
- 3- الإبادة الجماعية.
- 4- الجرائم ضد الإنسانية⁵⁵⁶.

وعدم الاعتداد بحصانة رئيس الدولة هو الذي سمح للمدعي العام لدى

⁵⁵⁵ P. M. Dupuy: crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premières empêche l'exercice des secondes, RGDI, 1999/2, p. 289 et suiv.

⁵⁵⁶ شريف بسيوني: مرجع سابق، ص 56.

المحكمة الجنائية ليوغسلافيا السابقة بتوجيه الاتهام في ربيع سنة 1999 إلى ميلوسيفيتش، الذي كان حينذاك رئيسا لجمهورية يوغسلافيا الاتحادية، بسبب الجرائم وأعمال الاختصاص الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا العام 1994 حيث جاءت المادة المتعلقة بالمسؤولية الجنائية للأفراد مطابقة لمثلتها بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، وعلى هذا الأساس الإنسانية، إلا أن استهانت قوانينها وأعراف الحرب واتفاقية جنيف لعام 1949 طبيعة النزاع في رواندا فكان حربا أهلية⁵⁸⁷.

وعموما هذا التوجه في استبعاد الحصانة في إطار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الخاصة بـ «Ad hoc»، يوغسلافيا السابقة ورواندا، قد كرسه بصفة صريحة الفصل 27 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي جاء به ما يلي:

1- ينطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية، وبوجه خاص، فإن الصفة الرسمية للشخص، سواء كان رئيسا لدولة أو حكومة أو عضوا في حكومة أو برلمان أو معنلا منتخبا أو موظفا حكوميا، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، فكما أنها لا تشكل، في حد ذاتها سببا لتخفيف العقوبة.

2- لا تحول الحصانات أو الفوائد الإجرائية الخاصة التي قد توتفد بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القوانين الوطنية أو الدولية، دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص.

⁵⁸⁷ شريف سيوني: مرجع سابق، ص 62، 63.

والسؤال الذي يطرح في هذا الإطار هو: هل يمكن أن يستنتج من تطابق النظم القانونية للمحاكم الجنائية الدولية وجود قاعدة دولية عامة تسمح بملاحقة وكلاء الدولة وهم على رأس عملهم، بسبب ارتكابهم لجرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية؟

لئن كان الجواب بالإيجاب عن هذا السؤال هو الجواب المنطقي والمأمول، إلا أنه يبقى مدعاة للحدّر، ويكفي لتبرير هذا الحدّر التذكير بالحكم الذي أصدرته محكمة العدل الدولية في 14 أبريل 2002 في «ال قضية المتعلقة بأمر القبض، المؤرخ في 11 أبريل 2000»، فقد التمسّت «الكونغو» من المحكمة بأن تصرّح بأنه يجب على «بلجيكا» إلغاء أمر القبض الدولي، الذي أصدره قاضي التحقيق في «بروكسل» بحق وزير الخارجية الكونغولي بحجة ارتكابه لجرائم تشكل «انتهاكات خطيرة للقانون الإنساني». وقد قضت محكمة العدل الدولية لصالح الطلب الكونغولي، وأعلنت بالفعل أنها «لم تتوصل لأن تستنتج من الممارسة العملية وجود استثناء ما في القانون الدولي العرفي من القاعدة التي تكرّس الحصانة القضائية الجنائية، وحرمة وزراء الخارجية، وهم على رأس عملهم وذلك حين يكون هناك شك في ارتكابهم لجرائم حرب، أو جرائم ضد الإنسانية»⁵⁵⁸.

ولكن هذا الموقف الحدّر لمحكمة العدل الدولية تجاوزته في الواقع المحكمة الجنائية الدولية التي أصدرت أمرا في 4 مارس 2009 بالقبض على الرئيس السوداني عمر البشير لارتكابه جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، وهذه هي المرة الأولى التي تصدر فيها المحكمة الجنائية الدولية أمرا بالقبض على رئيس دولة حالي، وقد أشارت الدائرة التمهيدية الأولى التي أصدرت هذا الأمر إلى أن منصب البشير الرسمي كرئيس دولة حالي لا يعفيه من المسؤولية الجنائية ولا يمنحه حصانة من المقاضاة أمام المحكمة الجنائية الدولية.

⁵⁵⁸ بيار-سماري دويوي: مرجع سابق، ص 148 . 149.

عموما يبدو أنّ الحصانة باعتبارها حائلا دون تطبيق القانون الإقليمي تستوجب بيان طبيعتها من زاوية جزائية.

ب- طبيعة الحصانة

كانت الحصانة في القوانين الجزائرية الوطنية محل جدل فقهي على مستويين، وقد أدى هذا الجدل إلى بروز رأيين:

- **رأي أول:** ذهب إلى تكييف الحصانة بأنها إعفاء من الخضوع إلى القانون الجزائي الإقليمي، أي إعفاء المتمتع بالحصانة من الخضوع إلى التشريع النافذ في مكان ارتكاب الجريمة. وعليه فمن يستفيد من الحصانة لا يخضع لنصوص التجريم والعقاب، بما يخرج من عداد من يوجه إليهم المشرع أوامره ونواهيه، وبالتالي إذا ارتكب صاحب الحصانة الجريمة من الناحية الواقعية، فإنه لا يعدّ مرتكبا لها من الناحية القانونية. وهذا يؤدي منطقيا إلى القول بأنّ الحصانة تحول دون إمكانية اعتبار الفعل المرتكب فعلا غير مشروع، وبالتالي سيعتبر هذا الفعل بالمحصلة في نهاية التحليل فعلا مشروعا⁵⁵⁹.

غير أنّ هذا الرأي قد تعرض للنقد باعتباره يؤدي إلى نتائج غير مقبولة أهمّها:

1- إذا اعتبر الفعل مشروعا فإنه سيستحيل توقيع العقاب على الشريك في الجريمة التي ارتكبتها المتمتع بالحصانة رغم أنّ هذا الشريك لا يتمتع بالحصانة، والسبب في ذلك يرجع إلى خروج الفعل الأصلي بموجب التحليل السابق من نطاق اللاشعورية.

2- إذا اعتبر الفعل مشروعا فإنه لا يمكن للمعتدي عليه بالفعل أن يمارس حقه في الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله.

3- دولة المتمتع بالحصانة لا يمكنها محاكمته إذا كان قانونها يشترط

⁵⁵⁹ راجع بخصوص هذا الرأي:

- محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ص 195.

- محمد الهادي لخوة: مرجع سابق، ص 37.

لذلك أن يحدّ القتل جريمة طبقاً للقانون المؤلّد التي ارتكبت فيها⁵⁶⁰.

- رابتي ثالثة: ينبغي الرّاجع في القسّة الجزائي إلى نفس ما قبل به فقهاء القانون الدولي العام والقاضي بأن الحصانة في جوهرها تعدّ سبباً لخروج بعض الأفراد عن الولاية القضائية للدولة، فهي بهذا الاعتبار تعتبر مانعاً عن قيام الإجراءات ضد المستفيد بالحصانة، وعليه تكون الحصانة إحصاءً عن تطبيق قانون الإجراءات الجزائية وليست إحصاءً عن قانون الجزائي، فإفعال بعض جريمة ويقتضي كذلك ولكن لا يجوز محاكمة مرتكبة⁵⁶¹.

عموماً من الثابت أن مبدأ الإقليمية على أهميته لا يكتفي بمفرده لتعدي للظاهرة الإجرامية التامة في الوقت الحاضر، ولذلك، ويهدف التعدي بفعالية لهذه الظاهرة، وقع تدعيمه بحمل من البلدان التكميلية التي يتّجه إليها.

الفهم الثاني:

المبادئ التكميلية

التي تحكم النطاق المكاني للنقض الجزائي

إنّ التّشديد الحصار بعيداً الإقليمية سيؤدي بداية إلى عدم اهتمام الدولة بالأجرائم التي تقع فوق إقليمها. وهو ما يؤدي بالتبعية إلى عدم ولاية القضاة الجزائي الداخلي، بل وعدم صلاحية، لتطبيق على ما يقع من جرائم خارج الإقليم.

غير أنّ هذا التوجه قد لا يتفق مع حاجة الدولة إلى حماية أمنها ومصالحها الأساسية، لذلك نجد معظم الدول، وخروجاً على مبدأ الإقليمية، تقر اختصاص

⁵⁶⁰ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ص 145 - 146.

- محمد الهادي الخوي: مرجع سابق، ص 37.

⁵⁶¹ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ص 146.

- محمد الهادي الخوي: مرجع سابق، ص 37.

Kover Pin. Op. cit., p. 311, n° 138.

F. Marvan: L'immunité générale d'une personne poursuivie et nommée ambassadeur d'un Etat membre à l'Unesco, D 2004 chron., p. 288.

قانونها الجزائي الداخلي، وبالتبعية قضاءها الوطني، في سبغ
معينة من الجرائم ارتكبت خارج إقليمها. وهذا الامتداد للقانون الجزائي
الداخلي إلى خارج إقليم الدولة تحكمه في الحقيقة جملة من المبادئ التي تعدّ
مكملة لمبدأ الإقليمية، ويتلخص دورها في توسيع النطاق المكاني لولاية النصّ
الجزائي، وهذه المبادئ تتمثل تحديداً في: مبدأ العينية (I) ومبدأ الشخصية (II)
ومبدأ العالمية (III).

I- مبدأ عينية القانون الجزائي

مبدأ العينية⁵⁶² يسمح بامتداد نطاق النصّ الجزائي إلى خارج إقليم الدولة
بهدف حماية مصالحها الأساسية، وأهمية هذا المبدأ تتطلب بيان مفهومه (أ)
وشروط انطباقه (ب).

أ- مفهوم مبدأ العينية

يعني مبدأ العينية صلاحية قانون الدولة في الانطباق على الجرائم التي
ترتكب خارج إقليمها باعتبارها تشكل اعتداءً على مصالحها الأساسية،
ويستند هذا الانطباق الممتد مكانياً للقانون الجزائي إلى ما للدولة من حق
الدفاع الذاتي ضدّ كافة صور الاعتداء على المصالح التي يعتبرها المشرع
جوهرية، وهكذا يجسد مبدأ العينية فكرة «المصلحة في صورتها المجردة»⁵⁶³.
وهذا المبدأ الذي يُعدّ تقليداً قديماً في إطار الأنظمة القانونية استوعبته حديثاً جل
القوانين الجزائية⁵⁶⁴، وقد وجد له في الحقيقة تبريرات نظرية مختلفة، حيث
اعتبر البعض أنّ مبدأ العينية يجسّد في الواقع حقاً طبيعياً للدولة في الدفاع
الشرعي عن مصالحها الأساسية، Un droit naturel de légitime défense
واعتبر البعض الآخر أنّ هذا المبدأ يرتبط بفكرة القانون الجزائي الطبيعي
droit pénal naturel ويحالة الضرورة état de nécessité، وذهب البعض الآخر

⁵⁶² راجع للتوسع بخصوص هذا المبدأ:

- H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 86 et suiv.

- Emmanuel Dreyer: Op. cit., p. 1264 et suiv, n°1891 et suiv.

⁵⁶³ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 197.

⁵⁶⁴ H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 87 et suiv.

إلى أن مبدأ العينية يرتبط مباشرة بفكرة نجاعة القانون الجزائري⁵⁶⁵، هذه النجاعة التي لا يمكن أن تتحقق واقعا إلا بإظهار قدرة هذا القانون على التصدي الفعال لكل المظاهر التي من شأنها المساس بالحقوق الأساسية للمجموعة الوطنية.

والمهم أنه مهما اختلفت التبريرات النظرية فإن جل التشريعات الجزائرية قد كرسّت مبدأ العينية⁵⁶⁶ بهدف إعطاء النصّ الجزائري سلطانا مكانيا لا يسمح به عادة مبدأ الإقليمية ولا حتى مبدأ الشخصية، وهذا الامتداد المكاني للنصّ الجزائري سيسمح للدولة بأن تعاقب بنفسها أنواعا معينة من الجرائم باعتبارها تمثل اعتداء مباشرا على مصالحها أيّا كان مكان ارتكاب هذه الجرائم وموقف القوانين الإقليمية منها. غير أن هذا التدخل الذي تمارسه الدولة على أساس مبدأ العينية مرتبط بتوفر جملة من الشروط يتّجه بيانها.

ب- شروط انطباق المبدأ

لئن كان مبدأ العينية يُجسّد الصلاحية الذاتية للنصّ الجزائري في الانطباق على الجرائم الواقعة خارج إقليم الدولة، فإنّ هذا الانطباق يتطلّب توفر جملة من الشروط، منها ما يتعلّق بالجاني، ومنها ما يتعلّق بنوع الجرائم.

فبالنسبة إلى الجاني، اختلفت القوانين المكرّسة لمبدأ العينية في بعض الجزئيات والتفاصيل، فذهب بعضها إلى التخصيص على تطبيق هذا المبدأ على كل من يتركب جريمة خارج إقليم الدولة سواء كان وطنيا أو أجنبيا. وهذا التأكيد على تطبيق مبدأ العينية بصرف النظر عن جنسية مرتكب الجريمة من شأنه أن يعطي شمولاً للنصّ الجزائري الوطني سيمنع خاصّة «الوطني» من التفصي من العقاب في الحالات التي لا يتسنى فيها تطبيق مبدأ الشخصية الإيجابية. (من

⁵⁶⁵ راجع للتوسع:

⁵⁶⁶ هذا المبدأ وقع استيعابه في جل الأنظمة القانونية ومثاله الفصل 307 م.إ.ج. تونس، الفصل 588 من م.إ.ج. جزائري، والفصل 711 من قانون المسطرة الجنائية المغربية، المادة 2 من قانون العقوبات المصرية، المادة 19 من قانون العقوبات اللبناني، المادة 19 من قانون العقوبات السوري، الفصل 113-10 من المجلة الجزائرية الفرنسية.

ذلك الجريمة التي لا يعاقب عليها في مكان وقوعها، أو التي يرتكبها إلى وقتها).
ومن القوانين التي صوّتت أمّداد المجال الشخصي لمبدأ العينية ليشمل
الوطني والأجنبي نجد القانون المصري بالمادة 2 من قانون العقوبات والقانون
اللباني بالمادة 19 من قانون العقوبات والقانون السوري بالمادة 19 من قانون
العقوبات والقانون الأردني بالمادة 9 من قانون العقوبات والقانون الليبي بالمادة 5
من قانون العقوبات.

يمكن وعلى عكس هذا الخيار التشريعي الأول هناك خيار ثانٍ قلص من
المجال الشخصي لمبدأ العينية فقصره فقط على الأجنبي الذي يرتكب جريمة
خارج إقليم الدولة، وهو الخيار الذي كرمه القانون التونسي بالفصل 307 م.إ.ج
والقانون الجزائري بالفصل 588 من قانون الإجراءات الجزائية. وقد اتفق هذان
القانونان على أن تطبيق مبدأ العينية على الأجنبي مشروط بإلقاء القبض عليه في
إقليم الدولة أو حصولها على تسليمه إليها.

أما بالنسبة إلى الوطني فقد اكتفى هذان القانونان بإخضاعه لمبدأ
الشخصية الإيجابية مع اختلاف أصولي بينها يتمثل في أن القانون الجزائري لم
يشترطاً لتطبيقه ازدواجية المعاقبة على الفعل في القانونين الوطني والأجنبي⁵⁶⁷،
بينما اشترط ذلك القانون التونسي بالفصل 305 م.إ.ج وأورد له بعض الاستثناءات
من ضمنها ما يتعلق بالجرائم الإرهابية وجرائم الاتجار بالأشخاص التي لا عبرة
فيها بازدواجية التجريم⁵⁶⁸.

أما بخصوص الجرائم التي يسري عليها مبدأ العينية فإن القوانين تكاد تتفق
على أنها الجرائم الماسة بأمن الدولة وجرائم تزيف العملة الرائجة والأوراق
والأختام الرسمية⁵⁶⁹، وهو ما أكدّه المشرع التونسي بالفصل 307 م.إ.ج

⁵⁶⁷ انظر الفصول 582 و 583 من القانون الجزائري.

⁵⁶⁸ انظر لاحقاً مبدأ الشخصية الإيجابية.

⁵⁶⁹ انظر الفصل 113-10 من المجلة الجزائية الفرنسية، والفصل 2 من قانون العقوبات المصري والفصل 19 من

بالتصيص على إمكانية تتبع ومحاكمة «كل أجنبي يرتكب خارج تراب الجمهورية بوصفه فاعلا أصليا أو مشاركا جنائية أو جنحة من شأنها النيل من أمن الدولة أو يقوم بتقليد طابع الدولة أو بتدليس العملة الوطنية الراجعة...».

II- مبدأ شخصية القانون الجزائي

كان الأصل في القوانين قديما أنها شخصية تلاحق رعايا الدولة أينما كانوا⁵⁷⁰، غير أن مبدأ الشخصية لم يحتفظ بنفس الأهمية والمكانة لتطور مفهوم السيادة في إطار الدول الوطنية الحديثة المرتكزة على أساس إقليمي لا شخصي. لذلك تراجع مبدأ شخصية النص الجزائي لصالح مبدأ الإقليمية، إلا أن هذا التراجع لم يؤد إلى اندثار المبدأ بل احتفظ بمكانة مكتملة لمبدأ الإقليمية ساعدت على إعطاء النص الجزائي نطاقا أوسع مما يسمح به مبدأ الإقليمية.

ولمبدأ شخصية النص الجزائي في إطار القوانين الحديثة وجهان، الأول إيجابي (أ) والثاني سلبي (ب).

أ- مبدأ الشخصية الإيجابية Le Principe de la personnalité active

يعني مبدأ الشخصية الإيجابية صلاحية انطباق القانون الجزائي الوطني على كل من يحمل جنسية الدولة ولو ارتكب الجريمة خارج إقليمها⁵⁷¹، وهو مبدأ لا يكاد يخلو منه تشريع جزائي⁵⁷². وعلة إقراره تتمثل في أن محاكمة المواطن في دولته عن جريمة ارتكبها في الخارج تعدّ بديلا لا غنى عنه لعدم إمكانية

قانون العقوبات اللبناني والسوري والفصل 588 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية.

⁵⁷⁰ H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p13.

⁵⁷¹ H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 57.

– Emmanuel Dreyer: Op. cit., p. 1248, n°1859.

⁵⁷² وهو ما كرسه القانون التونسي بالفصل 305 م.إ.ج، والقانون المغربي بالفصلين 707 و708 من قانون المسطرة الجنائية، والقانون المصري بالمادة 3 من قانون العقوبات، والقانون اللبناني بالمادتين 20 و21 من قانون العقوبات، والقانون الليبي بالمادة 6 من قانون العقوبات، والقانون الكويتي بالمادة 12 من قانون العقوبات، والقانون القطري بالمادة 18 من قانون العقوبات، والقانون العماني بالمادة 10 من قانون الجزاء، والقانون الفرنسي بالفصل 113-6 من القانون الجزائي.

تسليمه إلى الدولة صاحبة الاختصاص الإقليمي⁵⁷³، وبهذا الاعتبار يحقق مبدأ الشخصية الإيجابية الموازنة المنشودة بين الأصل الإجرائي القاضي بعدم تسليم المواطنين، والأصل الأخلاقي القاضي بعدم تمكين المجرم من التفصي من تبعات أفعاله لمجرد أنها قد ارتكبت خارج إقليم دولته ولكي لا يتحول فرار الجاني إلى دولته سببا يخلصه من طائلة العقاب الإجرائي.

وعموما كرّس المشرع التونسي مبدأ الشخصية الإيجابية بالفصل 305 م.إ.ج الذي جاء به أنه «يمكن تتبع ومحاكمة المواطن التونسي من طرف المحاكم التونسية إذا ارتكب خارج تراب الجمهورية جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون التونسي إلا إذا تبين أن قانون البلاد المرتكب بها الجريمة لا يعاقب عليها أو أثبت المتهم أنه سبق اتصال القضاء بها نهائيا في الخارج وفي صورة الحكم بالعقاب أنه قضى العقاب المحكوم به عليه أو أن هذا العقاب سقط بمرور الزمن أو شمله عفو». ومن خلال هذا الفصل نتبين أن شروط انطباقه عديدة يمكن نظرياً تقسيمها إلى شروط متعلقة بالجاني (1) وأخرى متعلقة بالجريمة (2) وأخرى بالمحاكمة (3).

1- الشروط المتعلقة بالجاني

بالنسبة إلى الشروط المتعلقة بالجاني فهي مرتبطة أساسا بالصفة حيث اشترط الفصل 305 م.إ.ج في الجاني أن يكون مواطناً تونسياً أي متمتعاً بالجنسية التونسية. ويتقضي التحقق من هذا الشرط الرجوع إلى مجلة الجنسية إذ ليس في القانون الجزائي تحديد خاص بها. وعلة هذا الشرط المتفق عليه في كل القوانين الجزائرية المقارنة⁵⁷⁴ تتمثل في أن انتفاءه يسقط التخوف من تفصي

⁵⁷³ انظر:

- محمود محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 35.

- جندي عبد الملك: مرجع سابق، ج 5، ص 607.

- Jean Pradel: Op. cit., p. 214, n° 233.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 414, n° 307.

- H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 57 - 58.

⁵⁷⁴ القانون الجزائري بالمادتين 582 و 583 ق.إ.ج، والقانون المغربي بالمادتين 707 و 708 من قانون المسطر الجنائي، والقانون الليبي بالمادة 6 من قانون العقوبات، والقانون الكويتي بالمادة 12 من قانون العقوبات

الجاني من العقاب طالما أمكن تسليمه لانعدام صفة المواطنة فيه.
ومن ناحية أخرى لم يشترط الفصل 303 م.إ.ج التزام بين صفة المواطنة
وتاريخ ارتكاب الجريمة، وهو ما يجعل القانون الجزائي التونسي مختصاً أصلاً
بتتبع الجاني ومحاكمته ولو اكتسب الجنسية التونسية بتاريخ لاحق لارتكاب
الجريمة، حيث نص الفصل 303 ف 2 م.إ.ج على سحب أحكام الفقرة الأولى
على «... الفاعل الذي لم يكتسب صفة المواطن التونسي إلا بعد تاريخ ارتكابه
للأفعال المنسوبة إليه»، وهو حل منطقي طالما أن مجرّم اكتساب الجنسية
التونسية سيحول دون إمكانية تسليم المواطنين فلا يبقى إلا تتبعه ومحاكمته
أمام القضاء التونسي لكي لا يتحول الاكتساب اللاحق للجنسية تحايلاً على
القانون يمكن الجاني من الإفلات من تبعات أفعاله الإجرامية. ونفس هذا الحال
اعتمده كذلك القانون الجزائري بالفصل 584 من ق.إ.ج والقانون المغربي بالفصل
709 من قانون المسطرة الجنائية والقانون الفرنسي بالفصل 113-6 م.ج.ف.
والقانون اللبناني بالمادة 20 ف 2 من قانون العقوبات والقانون السوري بالمادة 20 ف
2 من قانون العقوبات والقانون الأردني بالمادة 10 من قانون العقوبات والقانون
العماني بالمادة 10 ف 2 من قانون الجزاء. غير أن هذا الحل على منطقيته لم
تعتمده بعض القوانين الأخرى التي اشترطت صفة المواطنة وقت ارتكاب الجريمة
ومثاله القانون المصري بالمادة 3 من قانون العقوبات والقانون الليبي بالمادة 6 من
قانون العقوبات.

وعموماً يبقى السؤال المطروح في هذا الإطار هو: ما هو الحل الذي يجب
اعتماده في صورة فقد الجاني للجنسية بعد ارتكاب الجريمة؟

اختلفت الحلول التشريعية بخصوص هذه المسألة، فهناك من لازم الصمت
كالقانون التونسي والجزائري والمغربي والليبي والمصري وغيرها، والحل أن
القانون الوطني لم يعدّ معنياً بالجرائم المرتكبة في الخارج، كما أن الجاني لن

والقانون اللبناني والقانون السوري بالمادة 20 من قانون العقوبات، والقانون الفرنسي بالفصل 113-6 م.ج.ف.

يفلت من العقاب الجزائي لأن تسليمه بعد فقدته صفة المواطنة قد أصبح ممكناً.
ولكن على عكس هذا الخيار الأول ذهبت قوانين كل من لبنان بالمادة 20
ف 2 من قانون العقوبات، وسوريا بالمادة 20 ف 2 من قانون العقوبات، والأردن
بالمادة 10 من قانون العقوبات، وعمان بالمادة 10 ف 2 من قانون الجزاء، إلى إقرار
تطبيق مبدأ الشخصية الإيجابي ولو فقد الجاني الجنسية الوطنية بعد ارتكاب
الجريمة، والعلّة حسب هذه القوانين أنّ العبرة في هذه الصورة بالذات هي بحالة
الجاني وقت ارتكاب الجريمة، وفي ذلك الوقت كان يتمتع بالجنسية فنشأت
للدولة بذلك سلطة العقاب فتظل قائمة إلى أن تستوفيه.

2- الشروط المتعلقة بالجريمة

بيّن الفصل 305 م.إ.ج الشروط المتعلقة بالجريمة عبر تأكيده على أن تكون
أي الجريمة- من حيث طبيعتها من نوع الجنائية أو الجنحة التي يعاقب عليها
القانون التونسي، وعليه فلا مجال لانطباق القانون الجزائي التونسي إذا لم
تكن الجريمة المرتكبة خارج الإقليم الوطني على الوصف الذي حدده المشرع.

وهذا الخيار القاضي بتطبيق مبدأ الشخصية الإيجابية على الجنايات والجنح
التي يرتكبها المواطن في الخارج مع استبعاد المخالفات لضآلتها، هو بالذات
الخيار المعتمد تقريباً في القانون المقارن، ومثاله القانون الجزائري بالفصلين 582
و583 من قانون الإجراءات الجزائية والقانون المغربي بالفصلين 707 و708 من
قانون المسطرة الجنائية والقانون الفرنسي بالفصل 113-6 م.ج.ف والقانون
اللبناني بالفصل 20 من قانون العقوبات والقانون السوري بالفصل 20 من قانون
العقوبات والقانون العماني بالمادة 10 من قانون الجزاء.

ومن ناحية أخرى يتضح من الفصل 305 م.إ.ج أنّ إعمال مبدأ الشخصية
الإيجابية مشروط بأن تكون الجريمة الواقعة تتبعها في تونس من الجرائم المعاقب
عليها بمقتضى قانون الدولة التي وقعت فيها، وهو ما يستنتج من الاستثناء الذي
أورده المشرع على تطبيق مبدأ الشخصية الإيجابية بقوله «إلا إذا تبين أنّ قانون
البلاد المرتكبة بها الجريمة لا يعاقب عليها». واشتراط ازدواجية العقاب يعني
بداية اشتراط ازدواجية التجريم طالما أنّ العقوبة لا تكون إلا على فعل يعتبره

التي هي جزء من العمل الذي يقوم به المجتمع في العمل على تحقيق التنمية المستدامة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية. وهذا العمل يتطلب من المجتمع ككل المشاركة في التخطيط واتخاذ القرارات التي تتعلق بتطوير البلد. وهذا العمل يتطلب من المجتمع ككل المشاركة في التخطيط واتخاذ القرارات التي تتعلق بتطوير البلد.

في كل بلد، هناك مجموعة من القوى التي تعمل على تحقيق التنمية المستدامة. وهذه القوى هي: الحكومة، القطاع الخاص، المجتمع المدني، والقطاع الزراعي. كل هذه القوى لها دور مهم في تحقيق التنمية المستدامة. الحكومة هي التي تضع السياسات وتنفيذها. القطاع الخاص هو الذي يمول الاستثمارات ويخلق فرص العمل. المجتمع المدني هو الذي يراقب الحكومة ويضمن أنها تعمل في صالح المواطنين. والقطاع الزراعي هو الذي يولّد الغذاء ويوفر الدخل لملايين الناس. لذلك، يجب أن تعمل هذه القوى معًا لتحقيق التنمية المستدامة.

في كل بلد، هناك مجموعة من القوى التي تعمل على تحقيق التنمية المستدامة. وهذه القوى هي: الحكومة، القطاع الخاص، المجتمع المدني، والقطاع الزراعي. كل هذه القوى لها دور مهم في تحقيق التنمية المستدامة. الحكومة هي التي تضع السياسات وتنفيذها. القطاع الخاص هو الذي يمول الاستثمارات ويخلق فرص العمل. المجتمع المدني هو الذي يراقب الحكومة ويضمن أنها تعمل في صالح المواطنين. والقطاع الزراعي هو الذي يولّد الغذاء ويوفر الدخل لملايين الناس. لذلك، يجب أن تعمل هذه القوى معًا لتحقيق التنمية المستدامة.

في كل بلد، هناك مجموعة من القوى التي تعمل على تحقيق التنمية المستدامة. وهذه القوى هي: الحكومة، القطاع الخاص، المجتمع المدني، والقطاع الزراعي. كل هذه القوى لها دور مهم في تحقيق التنمية المستدامة. الحكومة هي التي تضع السياسات وتنفيذها. القطاع الخاص هو الذي يمول الاستثمارات ويخلق فرص العمل. المجتمع المدني هو الذي يراقب الحكومة ويضمن أنها تعمل في صالح المواطنين. والقطاع الزراعي هو الذي يولّد الغذاء ويوفر الدخل لملايين الناس. لذلك، يجب أن تعمل هذه القوى معًا لتحقيق التنمية المستدامة.

100. *Les défis de la gouvernance en Tunisie*, rapport de l'Association tunisienne pour le développement, 2005.

مباحا في مكان وقوعه⁵⁷⁹. ونفس هذا الحل اعتمد كذلك القانون الجزائري مع بعض التفصيل يتعلق بالتمييز بين الجنايات والجنح، فنص الفصل 582 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أن القانون الجزائري يسري على «كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها من القانون الجزائري ارتكبتها جزائري في خارج إقليم الجمهورية» وذلك بصرف النظر عن وصفها أو المعاقبة عليها في الخارج، ونص الفصل 583 من ذات القانون بالنسبة إلى الجنح على انطباق القانون الجزائري على «كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه» بما يعني أن القانون الجزائري لم يعتبر ازدواجية التجريم شرطا لانطباقه طالما أنه يكتفي بانسحاب وصف الجنحة على الفعل إما في القانون الجزائري ولو لم تكن كذلك في القانون الأجنبي- أو في القانون الأجنبي ولو لم تكن كذلك في القانون الجزائري-.

وعموما ما يجب أن يلاحظ في هذا الإطار أن اشتراط ازدواجية التجريم صلب الفصل 305 م.إ.ج يعرف بعض الاستثناءات في القانون التونسي يمكن أن نذكر من بينها ما يتعلق بالجرائم الإرهابية⁵⁸⁰، حيث يُمكن وطبقا للفصل 56 من القانون عدد 75 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 والمتعلق بدعم الجهود الدولي

⁵⁷⁹ ونفس هذا الحل اعتمد كذلك القانون السوري بالمادة 20 من قانون العقوبات، والقانون المغربي بالمادتين 707 و708 من قانون المسطرة الجنائية.

⁵⁸⁰ هذا الاستثناء كان موجودا بالفصل 305 فقرة 3 م.إ.ج بعد تنقيح هذا الفعل بالقانون عدد 113 المؤرخ في 22 نوفمبر 1993، ثم وقع سنة 2003 إلغاء هذه الفقرة وتعويضها بالفصل 56 من القانون عدد 75 المؤرخ في 10 ديسمبر 2003 والمتعلق بدعم الجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، ثم وفي سنة 2015 وقع إلغاء هذا القانون بالقانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال ووقع أذراج الحكم الذي كان يتضمنه الفصل 56 من قانون 2003 بالفصل 83 من قانون 2015.

ومن بين الاستثناءات أيضا لشرط ازدواجية التجريم ما نص عليه القانون الأساسي عدد 61 لسنة 2016 المؤرخ في 3 أوت 2016 والمتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص ومكافحته (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 12 أوت 2016 ص 2852 وما بعدها)، حيث نص الفصل 28 من هذا القانون على أن إثارة الدعوى العمومية في الصور المنصوص عليها بالفصل 27 من ذات القانون «لا تتوقف... على تجريم الأفعال موضوع التتبع بمقتضى قانون الدولة التي ارتكبت فيها».

لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال الملقى، من محاكمة التونسي أمام المحاكم التونسية من أجل ارتكابه لجرائم إرهابية حتى ولو كان قانون البلاد الأجنبية التي ارتكب فيها الفعل لا يجرم ما يعتبره القانون التونسي جريمة إرهابية، طالما أن مثل هذه المحاكمة لا تتوقف طبقاً للفصل 56 المذكور على تجريم الأفعال موضوع التتبع بمقتضى قانون الدولة التي ارتكبت فيها، وهو ما أعاد المشرع تأكيده بالفصل 84 من القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015 المؤرخ في 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال - والذي نسخ قانون 2003- عبر القول بأنه «لا تتوقف إثارة الدعوى العمومية في الصور المنصوص عليها بالفصل 83 من هذا القانون، على تجريم الأفعال موضوع التتبع بمقتضى قانون الدولة التي ارتكبت فيها»، ويرجع السبب في إقرار مثل هذا الاستثناء - من زاوية المبادئ التي تحكم النطاق المكاني للنص الجزائي - إلى أن المشرع التونسي لم يوسع في المجال الشخصي لمبدأ العينية الذي جعله مقصوراً فقط على الأجنبي، ومن المعلوم أن هذا المبدأ هو الذي يخول للدولة أن تقوم بالمؤاخذة على الفعل أو الامتناع الواقع خارج الإقليم ولو كان مباحاً في مكان وقوعه. وبما أن المواطن التونسي لا يمكن تتبعه على أساس الفصل 307 م.إ.ج لعدم شموله بمبدأ العينية، بالإضافة إلى إمكانية حيولة شرط ازدواجية التجريم الوارد بالفصل 305 م.إ.ج من إمكانية التتبع إذا كانت الأفعال المعتبرة إرهابية بموجب القانون التونسي تعدّ غير ذلك في مكان وقوعها، لم يبق للمشرع والحال تلك إلا أن يكرّس استثناء لشرط ازدواجية التجريم يسمح بموجبه للمحاكم التونسية من محاكمة التونسي الذي ارتكب جريمة إرهابية بالخارج ولو لم تكن مجرمة من قانون الدولة التي ارتكبت فيها.

3- الشروط المتعلقة بالمحاكمة

لم يبيّن الفصل 305 م.إ.ج، بالنسبة إلى الشروط المتعلقة بالمحاكمة، هل من الواجب عودة الجاني الذي يحمل الجنسية التونسية إلى الوطن لكي يقع تتبعه ومحاكمته على أساس مبدأ الشخصية الإيجابية، أم هل من الممكن محاكمة هذا الشخص غيابياً وهو في الخارج؟.

بالعودة إلى القانون المقارن نجد أن أغلبه⁵⁸¹ يشترط عودة الجاني إلى الوطن لكي تقع محاكمته، وهو الحل الذي يتجه الأخذ به في القانون التونسي وعلة ذلك أن فرضية عودة الجاني إلى الوطن بعد ارتكاب جريمته هي الفرضية الوحيدة التي ستمكنه من الإفلات من العقاب في الخارج، أما في صورة عدم عودته إلى الوطن فإن إمكانية إفلاته من العقاب تتضاءل طالما أمكن طلب تسليمه الذي لن يجد عائقا إجرائيا لتحقيقه.

ومن ناحية أخرى فإن محاكمة الجاني في تونس عن الجريمة التي ارتكبها في الخارج مشروطة طبقا للفصل 305 م.إ.ج بأن لا تكون من الجرائم التي «سبق اتصال القضاء بها نهائيا في الخارج»، لأن اتصال القضاء سيحول دون إمكانية إعادة محاكمة نفس الشخص من أجل نفس الفعل مرة أخرى طبقا للمبدأ العام الذي يقضى بعدم جواز المحاكمة مرتين عن ذات الفعل Non bis in idem، وذلك مهما كانت نتيجة الحكم بالخارج أي سواء انتهى بتقرير الإدانة أو البراءة. فإذا انتهى بتقرير البراءة فلا يمكن إعادة المحاكمة مهما كان أساس هذه البراءة أي سواء استند الحكم القاضي بها إلى أسباب واقعية أو قانونية. أما إذا انتهى الحكم إلى تقرير الإدانة وتسليط العقوبة، فإن الفصل 305 م.إ.ج يشترط قضاء العقاب المحكوم به على الجاني، ولكنه في ذات الوقت يسوى بين قضاء العقاب أي تنفيذه وبين انقضائه بمرور الزمن أو بصدور عفو، وهو تقريبا ذات الحل الذي اعتمدته القانون الجزائري بالمادتين 582 و583 من م.إ.ج والقانون اللبناني بالمادة 27 ف 2 من قانون العقوبات، والقانون السوري بالمادة 27 من قانون العقوبات والقانون الأردني بالمادة 12 من قانون العقوبات والقانون المغربي بالمادة 707 ف 2 من قانون المسطرة الجنائية.

وعموما يقع تعليل اشتراط القانون الجزائي بتنفيذ العقوبة بخرص المشرع على أن لا يتقصى الجاني من العقاب لمجرد أنه أدين طالما أن العقوبة لم تنفذ فيه، أما

⁵⁸¹ انظر مثلا: القانون الجزائري بالفصلين 582 و583 من ق.إ.ج، والقانون المغربي بالفصلين 707 فقرة 2 و708 فقرة 2 من قانون المسطرة الجنائية، والقانون المصري بالمادة 3 من قانون العقوبات.

علّة المساواة بين تنفيذ العقوبة وسقوطها بمرور الزمن أو صدور عفو عنها، فتكمن في أنّ الاعتبارات التي يستند إليها نظاما مرور الزمن أو العفو تعني أنّ العقوبة تنتج عن طريقتيها أغراضها على الرغم من عدم تنفيذها، ممّا يقتضي اعتبار عدم التنفيذ استنادا إليهما في منزلة التنفيذ، وغني عن البيان أنّه يتعيّن الرجوع إلى القانون النافذ في الإقليم الذي أصدرت محاكمه الحكم لتحديد شروط سقوط العقوبة بمرور الزمن، وللتعرّف على ما إذا كان العفو يشملها، والقول تبعاً لذلك بما إذا كان أحد هذين السببين قد أنتج آثاره بالنسبة إلى العقوبة أم لم ينتجها⁵⁸².

ب- مبدأ الشخصية السلبية

على عكس مبدأ الشخصية الإيجابية، فإنّ مبدأ الشخصية السلبية يُعَدُّ بالمجني عليه لا بالجاني، بمعنى أنّ هذا المبدأ يسمح للدولة الوطنية بتتبع الجاني الذي يرتكب جريمة في الخارج على أحد مواطنيها ومحاكمته. ومبدأ الشخصية السلبية لم تأخذ به العديد من القوانين المقارنة⁵⁸³ كما انتقد جانب من الفقه⁵⁸⁴ معتبراً أنّ جنسية المجني عليه لا تبرّر امتداد سلطة العقاب إلى الخارج، كما لا يسوغ افتراض أنّ الدولة التي وقعت فيها الجريمة لا توفر حماية للأجنبي الذي توفره للمواطنين، وبالجمله - حسب هذا الاتجاه - هو مبدأ يرمز إلى الأنانية.

لكن وعلى عكس هذا الاتجاه الأوّل اختارت بعض الدّول تكريس هذا المبدأ، وكان تأصيله الفقهي يقوم على أساس حقّ الدول وواجبها في حماية مصالح مواطنيها في الخارج، وقد أخذ بهذا المبدأ القانون الفرنسي بالفصل 113-7 من م.ج.ف⁵⁸⁵، والقانون المغربي بالمادة 710 فقرة 1 من قانون المسطرة

⁵⁸²

محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 226.

⁵⁸³

مثل القانون المصري والقانون اللبناني والقانون الجزائري.

⁵⁸⁴

محمود محمود مصطفى: أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 35.

⁵⁸⁵

راجع بخصوص تحليل هذا الفصل:

Jean Pradel: Op. cit., p. 216, n° 237.

Bernard Bouloc: Op. cit., p. 171, n° 173.

الجنائية⁵⁸⁶، وكذلك القانون التونسي بالفصل 307 مكرر م.إج المضاف بالقانون عدد 113 لسنة 1993 المؤرخ في 22 نوفمبر 1993 والذي جاء بفقرته الأولى أن «كل من ارتكب خارج التراب التونسي، سواء بوصفه فاعلا أصليا أو شريكا جنائية أو جنحة، يمكن تتبعه ومحاكمته من قبل المحاكم التونسية إذا كان المتضرر تونسي الجنسية...».

وانطلاقا من هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع قد وسّع في النطاق الشخصي لمبدأ الشخصية السلبية حيث خوّل تتبع ومحاكمة «كل من» ارتكب خارج التراب التونسي جريمة يكون المتضرر منها تونسي الجنسية، واستعمال مثل هذه الصياغة العامة «كل من» يفسح المجال لانطباق القانون الجزائي التونسي على الأجنبي وكذلك على التونسي الذي يرتكب مثل هذه الجرائم في الخارج سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا.

أما بخصوص نوع الجرائم المرتكبة في الخارج فقد جعلها المشرع التونسي تشمل على حدّ السواء الجنائيات والجنح، بما يفهم منه أن التوسّع الذي شمل المجال الشخصي للتجريم قد امتد ليشمل بدوره المجال الموضوعي للتجريم طالما أن مبدأ الشخصية السلبية سينطبق على الجرائم التي تكتسي نوعا من الخطورة بصنفيها الجنائيات والجنح وبقطع النظر عن جنسية مرتكبها أجنبيا كان أم تونسيا.

لكن وعلى عكس هذا التوجه نحو التوسّع لم يخوّل الفصل 307 مكرر ف 2 م.إج للنيابة العمومية أن تثير الدّعوى العمومية في مثل هذه الجرائم إلا بناءً على شكاية، حيث جاء بالفقرة المذكورة آنفا أنه «لا يجري التّبع إلا بطلب من النيابة العمومية بناءً على شكاية من المتضرر أو من ورثته»، وعليه فإن غياب

- Marie-Christine Sordino: Op. cit., p. 92.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 422 - 423, n° 314.

- Emmanuel Dreyer: Op. cit., p. 1254 et suiv, n°1872 et suiv.

⁵⁸⁶ جاء بالمادة 710 فقرة 1 من قانون المسطرة الجنائية المغربية ما نصّه «كل أجنبي يرتكب خارج أراض المملكة جنائية يعاقب عليها القانون المغربي إمّا بصفته فاعلا أصليا أو مساهما أو شريكا يمكن متابعة والحكم عليه حسب مقتضيات القانون المغربي، إذا كان ضحية هذه الجنائية من جنسية مغربية».

الشكائية سيكون حائلا دون الأعمال الإجرائية لمبدأ الشخصية السلبية، أما وجودها - أي الشكائية - فإنه ولئن كان من حيث الأصل شرطاً سيمكّن النيابة العمومية من طلب تتبع المتهم في تونس، إلا أن مجرد هذا الوجود قد لا يكفي لإجراء مثل هذا التتبع وذلك لأن الفصل 307 مكرر ف 3 م.إ.ج قد نصّ على أنه «لا يجوز إجراء التتبع إذا أثبت المتهم أنه حكم عليه نهائياً بالخارج، ولا صورة الحكم عليه بالعقاب، أنه قضى العقاب المحكوم به عليه، أو سقط مرور الزمن، أو شمله العفو».

III - مبدأ عالمية القانون الجنائي Le Principe d'universalité

مبدأ عالمية النصّ الجنائي يعطي للقانون الجنائي الداخلي نطاقاً متسعاً يمكن من التصدي للإجرام العالمي ويحمي المصالح المشتركة للمجتمع الدولي، وأهمية هذا المبدأ تتطلب البحث في مفهومه من ناحية (أ) وتكريسه من ناحية أخرى (ب).

أ - مفهوم مبدأ العالمية

يعنى مبدأ العالمية صلاحية النصّ الجنائي للانطباق على كل الجرائم التي يُقبض على مرتكبها في إقليم الدولة، وذلك دون اعتبار للإقليم الذي ارتكبت فيه هذه الجرائم، وبقطع النظر عن جنسية مرتكبها أو شخص المجني عليه فيها⁵⁸⁷.

ويمتاز هذا المبدأ بأنه يعطى للنصّ الجنائي الوطني صلاحية شاملة في الانطباق تتجاوز إقليم الدولة وتتجاوز مصالحها الخاصة والذاتية. وتكمن أهميته في أنه يساعد على التصدي لخطورة الإجرام الدولي الحديث⁵⁸⁸، هذا

⁵⁸⁷ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 208.

- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 423, n° 315.
- H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 135.
- Xavier Pin: Op. cit., p. 107, n° 130.

⁵⁸⁸ يجب الإشارة في هذا الإطار أن للمبدأ جذوراً تاريخية ترجع حسب البعض إلى عصر جستنيان. انظر للتوسع بهذا الخصوص:

- H. Donnedieu de Vabres: Les principes modernes, Op. cit., p. 135-136.

الإجرام الذي أصبح قائماً على مصادرات دولية مسكونة من مجرمين يلتصقون إلى جنسيات مختلفة ويمتد نشاطهم إلى أقاليم دول عديدة⁵⁸⁹. ولا سبيل لسطوة مثل هذا الإجرام⁵⁹⁰ إلا بتكبير الدولة باعتبارها نائبة عن المجتمع الدولي من تتبع وعقاب المجرم الذي يقبض عليه فوق إقليمها بقطع النظر عن جنسيته أو مكان ارتكاب الجريمة. وهكذا يكون الاختصاص في مثل هذه الجرائم لقاضي مكان القبض على المجرم *Judex deprehensionis*⁵⁹¹.

لكن هذا المبدأ على أهميته لا يزال يطرح نوعين من الإشكالات، الأولى نظري ومفاده أن تطبيق قاعدة اختصاص قاضي مكان القبض *Judex deprehensionis* قد يكون محلاً للنقد، لأن المتهم في مثل هذه الجرائم يعلم أو يفترض فيه العلم بقانون مكان ارتكاب الجريمة، ولكنه يجهل غيره من القوانين، فإذا طبق عليه قانون يجهله بناءً على مصادفة الإيقاف، فإن ذلك قد يتعارض مع مبدأ أصولي في القانون الجزائي وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁵⁹².

أما الإشكال الثاني فله ضابع عملي، ومفاده أنه لا تتوافر من الناحية العملية مصلحة للدولة في أن تمتد سلطتها الجزائية إلى هذا النطاق الواسع الذي يرسمه مبدأ العالمية، فضلاً عن صعوبة محاكمة جميع مرتكبي الجرائم التي تقع خارج إقليم الدولة، سواء من الناحية الإجرائية أو من الناحية الاقتصادية⁵⁹³.

ولعل كل هذه الاعتبارات هي التي جعلت الفقه الجزائي ينظر إلى مبدأ العالمية بوصفه مبدأ مكملاً لغيره من المبادئ التي تحكم نطاق امتداد القانون الجزائي من حيث المكان، ونظراً لهذه الصيغة التكميلية لمبدأ العالمية فإن

⁵⁸⁹ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 208.

⁵⁹⁰ من أمثلة هذه الجرائم، القرصنة والاتجار في الرقيق وتزيف النقود والاتجار في المخدرات وغيرها.

⁵⁹¹ Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 423, n° 315.

⁵⁹² راجع للتوسع بهذا الخصوص:

– Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 423, n° 315.

– Jean-Claude Lombois: Droit pénal international, 2^{ème} éd, Dallaz 1979, n° 25 et suiv.

⁵⁹³ أحمد فتحي سرور: مرجع سابق، ص 128.

الاجراء اليه يقع عادة لبدء ما قد يتوجب عن تلك المبادئ من التدابير
وما يجب الإشارة اليه في هذا الإطار هو أن ضيق نطاق تطبيق
مبدأ عالمية النص الجزائي لا يعني مخالفا التساهل مع الإجرام الدولي، فقط
وبكل بساطة لأن مبدأ العالمية يندرج في إطار ما يسعى بالقانون الجنائي الدولي
Droit pénal international الذي يقتصر على معالجة المشاكل الدولية التي
يثيرها الإجرام الدولي ضد النظام الداخلي للدولة، وتتمثل بوجه خاص في تحديد
نطاق الاختصاص التشريعي والقضائي للدولة في مواجهة هذا النوع من الإجرام
وتحديد وسائل التعاون بين الدول لمواجهة، ويتعين القانون الجنائي الدولي معاً
يعرف باسم القانون الدولي الجنائي Droit international pénal الذي يحدد
الجرائم الدولية مثل جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة
وجريمة العدوان، ويبين كيفية تتبع مرتكبيها ومحاكمتهم، وقد ندرج هذا
القانون بعد تطور مطرد بصدر اتفاقية روما سنة 1998 المتعلقة بالنظام الأساسي
للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

وهكذا أصبحت مكافحة الإجرام الدولي أو العالمي بين فرعين من فروع
القانون الجزائي وهما القانون الجنائي الدولي من ناحية والقانون الدولي الجنائي
من ناحية أخرى، كل في حدود ما يدخل في نطاق اختصاصه.

ب- تكريس مبدأ العالمية

يجد مبدأ العالمية أساس تكريسه في الاتفاقيات الدولية سواء كانت ثنائية
أو متعددة الأطراف، حيث تمنح مثل هذه الاتفاقيات الدول الموقعة عليها
صلاحية تتبع ومحاكمة المجرمين الذين يرتكبون أفعالا تنص تلك الاتفاقيات
على تجريمها كلما قبض على مرتكبيها فوق إقليم أي من تلك الدول.

مع التأكيد في هذا الإطار أنه يكفي المصادقة على مثل هذه الاتفاقيات
الدولية لكي يجد مبدأ العالمية أساسه للانطباق ويستوي بعد ذلك من زاوية
إعمال المبدأ- أن يقع استيعاب أحكام هذه الاتفاقية في القوانين الداخلية

تحقيقا للتناغم بينهما⁵⁹⁴، أو يقع الاكتفاء فقط بمجرد المصادقة على الاتفاقيات الدولية، وذلك لأنّ جل دساتير العالم تؤكد على أنّ الاتفاقيات الدولية المصادق عليها تحتل مرتبة أعلى من القوانين ومثاله الفصل 20 من الدستور التونسي الجديد.

وبالإضافة إلى هذه الصورة الأولى من صورة تكريس مبدأ العالمية، نجد أنّ بعض القوانين الجزائرية قد كرّست هذا المبدأ صراحة بنصّ عام، ومثاله القانونين اللبناني والسوري بالمادة 23 من قانون العقوبات في كلا البلدين، هذه المادة التي وردت تحت عنوان «الصلاحية الشاملة» نصّت على تطبيق القانون الوطني على كل أجنبي وجد على أرض الوطن إذا أقدم في الخارج على ارتكاب جريمة أو جنحة لا يسري عليها مبدأ العينية أو الشخصية الإيجابية، وذلك إذا لم يكن تسليمه قد طلب أو قبل. وأهمّ ما يفرضه هذا النصّ من شروط أن يكون مرتكب الجريمة أجنبياً وهو ما يتفق مع مبدأ العالمية. ولكنه يتطلّب بالإضافة إلى ذلك أن يكون الفاعل قد وجد فوق الإقليم الوطني ويستوي أن يكون وجوده اختيارياً أو اضطرارياً، كما يشترط ألا يكون طلب استرداد الأجنبي أو تسليمه قد طلب أو قبل. وبذلك يعطى هذا النصّ لمبدأ العالمية صفة احتياطية بالنسبة إلى القوانين الأجنبية، فإذا ساغ أن يعاقب الأجنبي وفقاً لقانون إقليم جريمته أو قانون جنسيته، فلا وجه للإصرار على تطبيق القانون الوطني، إذ لن يترتب على عدم تطبيقه فرار المجرم من العقاب⁵⁹⁵، ونفس هذا الحل الذي ذهب إلى

⁵⁹⁴ ومثاله الخيار الفرنسي الذي قام باستيعاب عديد الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الجمهورية الفرنسية في القانون الجزائي الداخلي.

راجع للتوسع:

- Xavier Pin: Op. cit., p. 107, n° 131.
- Merle et Vitu: Op. cit., T1, p. 423 - 424, n° 316.
- Jean-Claude Soyer: Op. cit., p. 72 - 73, n° 118.
- Jacques Borricand et Anne-Marie Simon: Op. cit., p. 55.
- Marie-Christine Sordino: Op. cit., p. 94 - 95.
- Jean Pradel: Op. cit., p. 217 - 218, n° 237.

⁵⁹⁵ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ج 1، ص 133.

وانظر للتوسع بخصوص مبدأ العالمية في القوانين العربية:

- محمود محمود مصطفى: مرجع سابق، ص 37-38.

التصريح الصريح لهذا العالمية اعتمده أيضا القانون العماني بالمادة 12 من قانون
الجزاء الواردة تحت عنوان «في الصلاحية الشاملة» والتي جاء بها أنه «تطبق
الشرعية العمانية على كل أجنبي، فاعلاً كان أو محرضاً أو متداخلاً، اقترف
في الخارج جريمة أو جنحة معاقب عليها في الشرعية العمانية وغير منصوص عليها
في المواد (8 و 10 و 11) من هذا القانون. ووجد بعد اقترافها في الأراضي العمانية.
ويشترط في هذه الحالة:

1- أن تكون شريعة الدولة التي اقترفت الجريمة في أراضيها تعاقب عليها
بعقوبة سجن تبلغ الثلاث سنوات.

2- أن لا يكون استرداد الأجنبي قد طلب أو قبل.

3- أن لا يكون الأجنبي قد حوكم نهائياً في الخارج، وفي حالة الحكم عليه
أن لا يكون نفذ العقاب أو سقطت الجريمة أو العقوبة بغضو عام أو خاص أو
بمرور الزمن». كما خول المشرع العماني صلب ذات الفصل في فقرته 2 للقاضي
الجزائي أن يراعي مصلحة المدعى عليه في صورة ما إذا تبين أن هناك اختلاف
بين الشرعية العمانية وشرعية مكان الجريمة.

وفي إطار نفس هذا المنطق القاضي بالتطبيق الاحتياطي للقانون الوطني
بالنظر إلى عدم وقوع التسليم، نجد أن المشرع الفرنسي مثلاً قد أضاف بموجب
قانون 9 مارس 2004 حالة من حالات الاختصاص العالمي بمناسبة تنقيح قانون
تسليم المجرمين، فنص الفصل 113-8-1 م.ج.ف على أن القانون الفرنسي ينطبق
على كل جنائية أو جنحة معاقب عليها على الأقل بـ 5 سنوات سجن، ارتكبت
خارج الإقليم الفرنسي من قبل أجنبي، وذلك في الحالات التي ترفض فيها الدولة
الفرنسية التسليم للدولة التي تطلبه لتوفر أحد الأسباب التالية:

- إذا كان الفعل الذي على أساسه وقع طلب التسليم معاقب عليه في إطار
قانون الدولة الطالبة بعقوبة أو تدبير أمن مخالف للنظام العام الفرنسي (الفصل
696-4-6 م.إ.ج.ف) (عقوبة الإعدام تحديداً).

- إذا كان الشخص المطلوب للتسليم قد سبقت محاكمته في إطار الدولة طالبة التسليم من قبل محاكم لا توفر الضمانات الأصولية الإجرائية أو لا تصونها ولا تضمن حماية حقوق الدفاع (الفصل 696-4-7 م.إ.ج.ف).

- إذا كان الفعل المطلوب من أجله التسليم يحمل صفة الجريمة السياسية (الفصل 696-4-2 م.إ.ج.ف)

وفي جميع هذه الحالات التي يُرفض فيها التسليم يكون القانون التونسي مختصا بصفة احتياطية في الانطباق على هذا الشخص لتجنب الإفلات من العقاب الناتج عن رفض التسليم⁵⁹⁶.

أما بالنسبة إلى القانون التونسي فإنه لم يكرّس مبدأ العالمية بنص عام، ولكن هذا المبدأ يجد أساسه من ناحية في إطار الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها البلاد التونسية، ومن ناحية أخرى في إطار القوانين الخاصة، ويمكن أن نذكر كمثال على ذلك صورة الفصل 83⁵⁹⁷ من قانون 7 أوت 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال الذي نصّ على أنّ المحكمة الابتدائية بتونس «تختص... بواسطة القضاة الواقع تسميتهم بالقطب القضائي لمكافحة الإرهاب بالنظر في الجرائم الإرهابية المنصوص عليها بهذا القانون والجرائم المرتبطة بها المرتكبة خارج الإقليم الوطني في الصور التالية:... إذا ارتكبت ضد أطراف أو مصالح أجنبية... من قبل أجنبي أو شخص عديم الجنسية وجد بالإقليم الوطني، ولم تطلب السلطة الأجنبية المختصة بالنظر تسليمه بصفة قانونية قبل صدور حكم بات بشأنه من قبل المحاكم التونسية ذات النظر».

⁵⁹⁶ راجع للتوسع:

- Xavier Pin: Op. cit., p. 108 - 109, n° 132.

- Marie-Christine Sordino: Op. cit., p. 95.

⁵⁹⁷ وهو ذات الحكم الذي كان يتضمنه الفصل 55 من قانون 10 ديسمبر 2003 المتعلق بمكافحة الإرهاب وغسل الأموال الملغى الذي نصّ على أن المحاكم التونسية «تكون... مختصة بالنظر في الجرائم الإرهابية المرتكبة خارج تراب الجمهورية في الصور التالية:... إذا ارتكبت (أي الجرائم الإرهابية) ضد أطراف أو مصالح أجنبية من قبل أجنبي أو شخص عديم الجنسية وجد بالتراب التونسي، ولم تطلب السلط الأجنبية المختصة بالنظر تسليمه بصفة قانونية قبل صدور حكم بات بشأنه من قبل المحاكم التونسية ذات النظر».

ويُتضح من هذا النص أن المشرع قد كرّس مبدأ العالمية وأعطاه صفة احتياطية باعتبار أن القانون الجزائي التونسي لا يتدخل إلا في صورة عدم وقوع التسليم الناتج عن عدم الطلب بصفة قانونية من السلطة الأجنبية المختصة قبل صدور حكم بات بشأن المعني بالأمر من المحاكم التونسية، وعليه إذا وجد هذا الطلب بصفة قانونية قبل صدور الحكم المذكور فلا مبرر للإصرار على انطباق القانون التونسي طالما أن التسليم ممكن ويتوفر هذه الإمكانية لتتفي فرضية الخشية من إفلات الجاني من العقاب.

ونفس هذا التوجه القائم على إعطاء مبدأ العالمية صبغة استثنائية يبرز أيضا من خلال الفصل 89 من قانون 2015 المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، هذا الفصل الذي قام بتقديم الحل القانوني لفرضية رفض التسليم بعد طلبه قانونا من قبل الدولة المختصة بالنظر وفقا لقانونها الداخلي، وهذا الحل يقوم أساسا على فكرة الاختصاص الاحتياطي للقضاء التونسي وبالتبعية للقانون التونسي على مثل هذه الفرضيات حيث جاء بالفصل 89 المذكور أنه «إذا تقرر عدم تسليم شخص موضوع تتبع أو محاكمة في الخارج لأجل جريمة من الجرائم المنصوص عليها بهذا القانون يقع تتبعه وجوبا أمام المحكمة الابتدائية بتونس».

ونفس هذا الحل هو الذي أعاد المشرع تأكيده بالفصل 30 من قانون منع الاتجار بالأشخاص ومكافحته الذي جاء به صراحة أنه «إذا تقرر عدم تسليم شخص موضوع تتبع أو محاكمة لأجل جريمة من الجرائم المنصوص عليها بهذا القانون، يقع تتبعه وجوبا أمام المحاكم التونسية إذا كان موجودا بالتراب التونسي سواء ارتكبت الجريمة أو لم تُرتكب بالتراب المذكور وبقطع النظر عن جنسية الجاني أو كونه عديم الجنسية».