

الحماية الجنائية للحقوق والحريات
في ضوء أحكام قانون العقوبات والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية
Criminal protection of rights and freedoms
of the Penal Code, constitutional principles and international
conventions

بن سعد ساعد⁽¹⁾

⁽¹⁾ طالب دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر

S.bensaad@univ-alger.dz

تاريخ النشر:

2025/04/01

تاريخ القبول:

2025/03/14

تاريخ الإرسال:

2024/11/26

الملخص:

من خلال الفصل الأول من الباب الأول من الدستور الحالي المعدل سنة 2020 أعلنت الدولة الجزائرية أن نظامها السياسي والقانوني يقوم على احترام حقوق الإنسان على الوجه المبين في الدستور ، وهكذا يؤكد المؤسس الدستوري بشكل واضح على أن احترام حقوق الإنسان وحياته هو أحد الأركان الأساسية للنظام السياسي الجزائري ، و لكفالة هذا الالتزام لا يوجد اصدق وأفضل حماية له من الحماية التي يقدمها القانون الجنائي خاصة تلك المتعلقة بقانون العقوبات باعتباره النظام القانوني الأكثر اتساقا وتناغما مع المبادئ الدستورية التي تنص وتحمي الحقوق والحريات ، فمن خلال رشد السياسة الجنائية التي يتبناها المشرع في تنظيمه وحمايته للحقوق والحريات يبرز أحد أهم أوجه الحماية القانونية وجوهر الحماية لحقوق الإنسان فإن صلحت تحققت الحماية المنشودة ، وإن حادت عن أطرها الشرعية أصبح كل من التجريم والعقاب باعتبارهما وسائل قانون العقوبات لهذه الحماية في حد ذاتها وسيلة انتهاك واعتداء عليها .

الكلمات المفتاحية: الحقوق والحريات ، قانون العقوبات ، الدستور ، المواثيق الدولية

Abstract:

Through the first chapter of the first section of the current constitution issued in 2020, the Algerian state declared that its political and legal system is based on respect for human rights as stated in the constitution. Thus, the constitutional founder clearly confirms that respect for human rights and freedoms is one of the basic pillars of the Algerian political system. To ensure this commitment, there is no more sincere and better protection than the protection provided by criminal law, especially that related to the penal code, as it is the legal system most consistent and harmonious with the constitutional principles that stipulate and protect rights and freedoms. Through the maturity of the criminal policy adopted by the legislator in its organization and protection of rights and freedoms, one of the most important aspects of legal protection and the essence of human rights protection emerges. If it is sound, the desired protection is achieved, and if it deviates from its legitimate frameworks, both criminalization and punishment, as the means of the penal code for this protection, become in themselves a means of aggression and assault on rights.

key words: Rights and freedoms- Penal Code- Constitution- International covenants

مقدمة:

الثابت أن دولة القانون تقوم على احترام و حماية المصالح القانونية وذلك عن طريق سن جملة من القواعد التي تقوم على أساس حماية القيم والمصالح الاجتماعية المشتركة والتوفيق فيما بينها والمصالح والحقوق الفردية في إطار العلاقات الاجتماعية التي تحكم المجتمع ، والواقع من الأمر أن الحقوق والحريات في بنية النظام القانوني تأخذ موقع الصدارة بل تعتبر محور لكل نشاط قانوني ، ذلك أن وظيفة القانون على اختلاف فروعها وتعدد أنماط الحماية لكل فرع منه في نهاية الأمر هي إشباع حقوق الأفراد وتنظيم حرياتهم في إطار نظام يقوم على التوازن فيما بينها وبين المصلحة العامة. والملاحظ أن القانون الجنائي ينفرد في تقريره لحماية القاعدة القانونية انطلاقا من خصوصيته ووظيفته بالنسبة لسائر فروع القانون الأخرى ، والمتمثلة في طبيعة الجزاء الذي يضعه والمصلحة المحمية قانونا، فطبيعة الجزاء الذي ينص عليه والمتمثل في العقوبة بالمفهوم الجنائي تنال الفرد في أتم وأعلى ما يخص إنسانيته، إما بالقضاء على حياته أو سلبها أو تقييدها أو في

شرفه واعتباره كالإعدام والسجن والغرامة... ، وهي جزاءات تتسم بالشدة والجسامة إذا ما قورنت بمختلف ما تفرضه فروع القانون من جزاءات كالقانون المدني والقانون الإداري ، كما تتميز وظيفة قانون العقوبات من حيث المصلحة المحمية فهو لا يسبغ الحماية إلا على القيم الجوهرية للجماعة والمصالح الأساسية للفرد فيحميها من كل عدوان ، ويراعي في ذلك ضرورة الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، وبذلك يبرز دور قانون العقوبات كأحد أهم التشريعات التي تحكم الصراع والتناقض بين مختلف الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى خاصة عندما تتصادم المصالح وتتنازع الحقوق ، لذا يبدو من الضروري الوقوف على اتجاهات قانون العقوبات في شأن تطبيق هذه الحماية وإلقاء الضوء على آليات وأدوات قانون العقوبات في حماية الحقوق والحريات الآلية الأولى تتمثل في سياسة التجريم والعقاب والتي تكفل حماية هذه الحقوق والحريات من خلال إضفاء وصف التجريم على الأفعال التي تمس بهذه الحقوق وإقرار العقاب على الاعتداء عليها وتبدو جليلة في القسم الخاص من قانون العقوبات ، كما يكفل قانون العقوبات الحماية القانونية للحقوق والحريات فلا يجوز إضفاء التجريم على أي ممارسة لها في الحدود التي يقرها القانون فالتمتع بهذه الحقوق وممارستها يكفلها القانون ، ولا يجوز أن تمتد إلى ممارستها يد التجريم وذلك عن طريق الآلية الثانية وهي أداة الحد من التجريم أو الإباحة.

أهمية الدراسة :

لا يخفى على أحد أن الدولة الجزائرية تتعرض من وقت لآخر لبعض النقد والحملات المشبوهة التي تتستر تحت مظلة ملف حقوق الإنسان ، ولعل من الأجدر الرد على هذه الحملات والتقارير إنما يكون بتكريس سيادة القانون ولا يتأتى ذلك إلا من خلال محاولة توضيح وفهم الحماية الجنائية للحقوق والحريات وهدفها ووضع ضوابط شرعية يلتزم بها المشرع عند ممارسته لاختصاصه في التجريم والعقاب بما يحقق التوازن المطلوب بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، والواقع من الأمر أن ذلك لا يتحقق إلا من خلال الأصول العامة لعلم السياسة الجنائية ، ومن هنا يتضح لنا أن البحث في مجال الحماية الجنائية لحقوق الإنسان لا يمكن أن يكون إلا في إطار علم السياسة الجنائية الذي يعتبر منشأ تلك الحماية وجذورها ، فمن خلال رشد السياسة الجنائية التي يتبناها المشرع الوطني في تنظيمه للحقوق والحريات يتحدد دور هذه السياسة وتتضح أهدافها ، فتمثل

الحماية الجنائية للحقوق والحريات في ضوء أحكام قانون العقوبات والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية

بذلك جوهر الحماية لحقوق الإنسان إن صلحت تحققت الحماية المنشودة ، وإن فسدت أصبح كل من التجريم والعقاب هي في حد ذاتها وسيلة انتهاك واعتداء على الحقوق .
أهداف الدراسة :

من المؤكد انه هناك فارقا كبيرا بين مجرد دراسة أركان الجرائم والعقوبات كحماية جنائية للحق مثل ما تناولته دراسات عديدة في هذا المجال والتي تحمل عنوان مصطلح الحماية الجنائية لحق أو أكثر ، وبين الدراسة التحليلية لموقف المشرع من حماية حق أو أكثر، فالأولى تقتصر على تحديد أركان الجرائم وما قد يقترن بها من ظروف مخففة أو مشددة ، وتحديد العقوبة المقررة لها ، أما الدراسة في مجال الحماية الجنائية لذات الحق تقتضي إتباع منهج مغاير تماما ، ولا يكون هذا إلا من خلال سياسة جنائية لها أصولها ومنهجها¹ ، فالأمر لا يعدو أن يكون أكثر من خلط شائع درجت عليه الدراسات بين حقيقة البحث في الحماية الجنائية للحقوق والحريات وبين الدراسات التطبيقية للجرائم التي تقع عليها وشتان بين هذا وذلك في منهج البحث وأصوله ومصدره وجوهره والهدف منه وهذا هو مضمون الدراسة .

إشكالية البحث

تنال الحقوق والحريات أهمية كبيرة في التشريع الجنائي العقابي فإذا كان قانون العقوبات يمثل أعلى حماية قانونية لها فما هي أدوات المشرع العقابي لإضفاء هذه الحماية القانونية، وإلى أي مدى وفق المشرع في ذلك مع ضمان تكريسها واتساقها مع المبادئ الدستورية والمواثيق الدولية ؟

وهكذا ولإلقاء الضوء على الدراسة الذي نحن بصددنا وللإلمام بجوانبها كافة ، نرى من المناسب تقسيم الموضوع إلى مبحثين كما يلي :

المبحث الأول: آلية التجريم والعقاب أداة المشرع للحماية الجنائية للحقوق والحريات.

المبحث الثاني: آلية الحد من التجريم أداة المشرع للحماية الجنائية للحقوق والحريات

¹ ينسب إطلاق مصطلح علم السياسة الجنائية إلى الفقيه الألماني فيور باخ وذلك في بداية القرن التاسع عشر وبالتحديد سنة 1803 ويعني بها مجموعة الإجراءات العقابية المتخذة من الدولة ضد المجرم والجريمة وعلى مقدار رشد السياسة الجنائية وبنائها على معطيات وقواعد صحيحة يكون سياسة متجهة الجريمة ناجعة ومحقة لأهدافها.

المبحث الأول: آلية التجريم والعقاب أداة المشرع للحماية الجنائية للحقوق والحريات
تنال الحقوق والحريات أهمية كبيرة في قانون العقوبات¹ ويتبين ذلك من خلال أداة التجريم والعقاب، حيث يكفل هذا القانون الحماية الجنائية لهذه الحقوق والحريات من إخلال إضفاء وصف التجريم على الأفعال التي تقع بالاعتداء على هذه الحقوق والحريات والعقاب عليها، كما أن هذه الأدوات في يد المشرع تعتبر سلاح ذو حدين إذا استخدمت وفق أسس وضوابط تطبيقها شكلت حقا حماية للحقوق والحريات، أما إذا أساء المشرع استخدامها بحيث ينحرف عن ضوابطها وضماناتها أصبحت هي مصدر الاعتداء على الحقوق والحريات فما هي هذه الضوابط والضمانات، وعلى هذا النحو تتضح خطة الدراسة في هذا المبحث والذي كان من الملائم تقسيمه إلى مطلبين الأول تحت عنوان "الإطار القانوني لسياسة التجريم والعقاب" أما المطلب الثاني بعنوان "ضمانات الحقوق والحريات في مواجهة التجريم والعقاب" المطلب الأول: الإطار القانوني لسياسة التجريم والعقاب

تعتبر سياسة التجريم أهم الأدوات التي تعبر عن رؤية وإرادة المشرع في إضفاء حماية جنائية للحقوق والحريات تتكامل مع كل القيم والمصالح التي يحميها الدستور وتتشارك معها لإضفاء حماية امثل للحقوق والحريات.

الفرع الأول: مضمون سياسة التجريم

تقوم سياسة التجريم والعقاب على اتساق بين منهجين الأول يمثل فكر فلسفي اجتماعي يقوم على قواعد تتضمن حق الدولة في العقاب، الثاني فكر دستوري يحدد مضمون القيم والحقوق وكلا المنهجين يهدفان إلى حماية المجتمع وضمان الحماية القانونية والجنائية للحقوق والحريات،

ويقوم المشرع الجنائي بحماية الحقوق والحريات عند خطر المساس بها وذلك عندما يكون التجريم والعقاب هو الوسيلة الضرورية لتقرير هذه الحماية، كما يتولى في ذات الوقت حماية الحقوق والحريات في مواجهة أخطار التحكم في مرحلة التجريم والعقاب وعلى هذا

¹ صدر قانون العقوبات المعدل والمتمم بالأمر رقم 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ، الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن له ونشر في الجريدة الرسمية رقم 49 بتاريخ 10 يونيو 1966.

النحو يتأكد أن الحقوق والحريات تأخذ مكانا هاما في التشريع العقابي¹، وتبرز هذه الحماية في إسناد وظيفة التشريع إلى المشرع وحده تطبيقا لمبدأ انفراد المشرع بالاختصاص التشريعي في تنظيم الحقوق والحريات لتكون بيد نواب السلطة التشريعية لا بيد رجال السلطة التنفيذية، وأيضا من خلال تبصير الأفراد بما هو غير مشروع من الأفعال قبل الإقدام عليها بما يضمن لهم الطمأنينة والأمن الشخصي ويحول ذلك دون تحكم القاضي بحقوقهم وحرياتهم ويعني هذا المبدأ أن مصدر قانون العقوبات هو التشريع حصرا وإلى هذا التشريع يرجع فقط بيان إذا كان فعل ما أو امتناع عن فعل ما يخضع للتجريم أم لا ومن ثم تحديد الجزاء المترتب على ذلك الفعل إذا تبين أنه يشكل بالفعل جريمة.

الفرع الثاني: الحقوق الواجب حمايتها بالتجريم

اختلف الفقه القانوني في حصر المصالح والحقوق التي يجب حمايتها ويرجع هذا الاختلاف إلى اختلاف عقائد المشرعين وفلسفتهم وان اتفقت على جملة من المصالح والحقوق التي يجب حمايتها فهي تتفق على حفظ النفس والمال، ولذلك فإننا نجد أن فعل القتل والجرح والضرب والسرقة وخيانة الأمانة والنصب أفعال مجرمة في كل القوانين، بينما نجد حقوق ومصالح أخرى لم يتم الاتفاق عليها بسبب الاختلاف في زاوية النظر إليها، ومنها حفظ الشرف والعرض والعقل والدين فأكثر القوانين المعاصرة تعتبر العرض ملكا خالصا لصاحبه، فإذا رضي بانتهاكه لا يتدخل القانون أو يتدخل بناء على رغبة المعتدى عليه ويكون ذلك بناء على شكوى من المضرور، وتقتصر الحماية في هذا المجال على القصر فقط، والأمر نفسه بالنسبة للعقل فاعلم القوانين لا تعاقب على السكر² باعتباره مضرا للعقل ويقتصر العقاب عليه فقط إذا استند إلى فعل آخر كالسياقة في حال السكر³، وهناك من القوانين التي لا تعاقب حتى على تعاطي بعض أنواع المخدرات

¹ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق للنشر، القاهرة 2002 ص 149.

² التشريع الجزائري يجرم السكر العلني وذلك بالأمر رقم 75-26 مؤرخ في 17 ربيع الثاني 1395 الموافق 29 ابريل 1975 الخاص بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول المنشور في الجريدة الرسمية رقم 37 سنة 1975.

³ يعتبر القانون الجزائري السكر من الظروف المشددة في جرائم الاعتداء على النفس كجريمة القتل الخطأ في المادة 290 من قانون العقوبات الجزائري.

والمنشطات مثل القانون الهولندي على أساس أن الفرد حر في عقله يفعل به ما يشاء ، أما الدين فحفظه نادر جدا في القوانين ومصدر ذلك القوانين الأوروبية التي فصلت الدين عن الدولة بحيث أصبح الدين مسألة شخصية شأنه في ذلك شأن الزواج فمن شاء اخذ به ومن شاء تركه فليس للدولة ولا لغيرها التدخل في تنظيم علاقة الناس به ¹ ، وعلى سبيل المثال فان نظر المجتمع الغربي إلى الزنا تختلف عن نظرة المجتمع الإسلامي والعربي نحوه فالمجتمع الغربي لا يستنكر في عموم العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج فيقبل ابن الزنا كما يتقبل الولد الشرعي في حين يستنكر المجتمع الإسلامي ذلك بشدة لأنه يخالف الدين والتقاليد ² ، ولذلك تنتشر جرائم الإجهاض والجرائم التي يكون الدافع إليها الدفاع عن الشرف والعرض ³ ، فالمشرع الجزائري لا يجرم الزنا إلا إذا كان احد طرفي العلاقة الجنسية متزوجا وان تمثل العلاقة الجنسية في عملية الإيلاج من قبل المرأة وان تكون هناك شكاية من طرف الزوج المضرور ⁴.

وعليه لا يجوز الإقدام على وضع تشريع يحمي حقوق وحرّيات في مجتمع ما إلا بعد القيام بدراسة دقيقة لكل ظروف هذا المجتمع في كل المجالات فالقانون وليد المجتمع الذي يطبق فيه ، فالفعل الإجرامي هو المصدر الخارجي للجريمة وهو صورة الاعتداء على الحقوق والحرّيات والمجتمع ، وملامح هذا الفعل المؤثم يحددها المشرع العقابي في كل دولة على ضوء حالة المجتمع وما ينطبق عليه فعلمية استيراد القوانين من الدول الأخرى تظل غريبة عن البيئة الجديدة ويصعب التفاعل معها من القضاء الوطني ⁵.

² منصور رحمانى ، علم الإجرام والسياسة الجنائية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عناية الجزائر ، 2006 ، ص 180 .

³ احمد فتحي بهنسي ، الجرائم في الفقه الإسلامي ، الطبعة الرابعة الأولى ، دار الشروق ، القاهرة ، 1981 ، ص 97 أيضا انظر محمد طلبة ، ديوان الجنائيات ، الطبعة الأولى ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، 1982 ، ص 2015 ..

⁴ كان يجب على المشرع الجزائري أن يجرم الزنا ولا يكتفي بتجريمه فقط إذا كانت هناك رابطة زوجية.

⁵ نجيمي جمال ، جرائم الآداب والفسوق والدعارة في التشريع الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع ، الجزائر ، 2016 ، ص 338 .

¹ سعيد علي ألقططي ، الشروط العامة والخاصة للتشريعات الجنائية ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الحيزة مصر ، 2016 ، ص 160 .

الفرع الثالث : مظاهر سياسة التجريم في التشريع الجنائي الجزائري

ذكرنا فيما سبق أن الحقوق والحريات تنال أهمية كبيرة في قانون العقوبات من خلال سياسة التجريم والعقاب ، حيث يكفل هذا القانون حماية لهذه الحقوق والحريات من خلال إضفاء وصف التجريم على الأفعال التي تقع بالاعتداء على هذه الحقوق والحريات وهو ما نسميه بالحماية الجنائية وتبدو هذه الحماية ظاهرة جلية في القسم الخاص من قانون العقوبات والقوانين المكمل له ، هذه الأحكام تتضمن قواعد خاصة تطبق على كل جريمة عن طريق نصوص جنائية مجرمة لأنماط معينة تشكل اعتداء على حقوق وحريات يرى فيها المشرع خطرا أو تهديدا أو مساسا بأمن وسكينة الأفراد والجماعة واستقرارها ، فتسمى الجريمة وتحدد ما يميزها عن غيرها من الجرائم بتبيان وتحديد أركانها وتبيان الظروف المحيطة بها والعقوبة المقررة لها¹ وذلك في قانون العقوبات ومثالها الاعتداء على الحريات في المادة 107 وما يليها ، الاعتداء على الحياة وإزهاق النفس بالقتل في المادة 254 وما يليها أعمال العنف العمدية المادة 264 وما يليها الاعتداء على الأموال الخاصة بالسرقة المادة 350 وما يليها خيانة الأمانة المادة 376...الخ.

المطلب الثاني ضمانات الحقوق والحريات في مواجهة التجريم والعقاب

إذا كانت السياسة الجنائية على نحو ما سبق ذكره هي التي تحدد الهدف من القانون الجنائي بجميع فروعه فهي بذلك تتمثل في مجموعة أهداف يتوخاها المشرع من خلال التجريم والعقاب ، فأحكام هذه السياسة تقتضي في مجال الحماية الجنائية لحقوق الإنسان بصفة خاصة ضرورة وجود ضوابط للشرعية الموضوعية في مجالي التجريم والعقاب يتعين على المشرع الجنائي الوطني مراعاتها حتى تتصف قواعد الجنائية الموضوعية بالشرعية الدستورية في مجال حماية حقوق الإنسان هذا ما سنتناوله على النحو التالي:

الفرع الأول: الضوابط الشرعية الموضوعية المتصلة بالتجريم

لا شك أن تحقيق الحماية الجنائية للحقوق والحريات يتطلب الالتزام بضوابط شرعية هي في حقيقة الأمر ضمانات تحقق أهدافها أمام خطورة سياسة التجريم على الحقوق

² عبد الله اوهابيه ، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2003 ،

والحریات إذا ما انحرف في تطبيقها ، هذه الضوابط نولها بالشرح والتركيز على النحو الآتي

أولا : ضابط الالتزام بالضرورة في التجريم

التجريم بطبيعته انتقاص من حرية الإنسان وتضييق فيما يتمتع به من حقوق ، ولذلك يجب على المشرع ألا يجرم سلوكا إلا إذا كانت هناك ضرورة تقتضيه ومن هنا كانت الضرورة في التجريم إحدى الضوابط الشرعية الموضوعية في مجال الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، ومن مقتضياتها ألا تمتد يد المشرع بتجريم سلوك ما إلا إذا كان هذا السلوك يمثل اعتداء على مصالح جديرة بالحماية تتوازن من حيث أهميتها الاجتماعية مع خطورة سلب الحرية أو الانتقاص من حق بواسطة الجزاء الجنائي المترتب على التجريم بطريق اللزوم ، وعلى هذا النحو إذا كان ارتباط التجريم بالضرورة يمثل احد أسس ضوابط الشرعية فان ضرورة التجريم باعتبارها مقتضى لشرعية الحماية الجنائية الموضوعية يستلزم توافر أمرين أولهما أن تكون المصلحة جديرة بالحماية الجنائية أما الثاني ضرورة أن يمثل السلوك المجرم اعتداء حقيقيا وجسيما على المصلحة المحمية جنائيا ولاشك في أن كافة الحقوق والحریات الأساسية التي نص عليها الدستور بقصد حمايتها للإنسان تمثل مصالح قانونية واجبة الحماية الجنائية ، ويجب أن يخضع كل سلوك ينال منها للجزاء الجنائي الذي يحقق الردع الجنائي الذي يؤدي إلى وقاية هذه الحقوق والحریات من الانتهاك والى حمايتها لصالح الإنسان¹.

ثانيا: ضابط الالتزام بالتحديد الواضح لعناصر التكليف الجنائي

ضرورة تحديد شق التكليف بدرجة كافية وبصياغة منضبطة في كلماتها يستبعد معها احتمال التحكم في تفسيرها² وأي غموض في تأويلها ، وبذلك يعتبر أهم ضوابط الشرعية الموضوعية في التجريم في ضوء الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ذلك انه يضع حدا لتعسف السلطة التنفيذية في إيقاع حسني النية بمقتضى نصوص جنائية فضفاضة

¹ خيرى احمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية مصر ، 2001 ، ص 397.

² يرى الفقيه رمسيس بهنام انه لا مجال لقاعدة التفسير في هذه الحالة لان هذه القاعدة تتطلب وضوح قاعدة الأساس التي سيقاس عليها ويرى احمد فتحي سرور انه في هذه الحالة لا مناص من تقرير الإباحة

تشكل شباكا تستغل لاصطياد حسني النية باتساعها أو بخفائها ، كما أنها تقع بوصفها كذلك عبئا على السلطة القضائية لتحل إرادتها بعدئذ محل إرادة السلطة التشريعية وهو مالا يجوز أن تنحدر إليه القوانين الجنائية ، ولاشك أن عدم التحديد الواضح لعناصر التكليف الجنائي يؤدي حتما لعدم مشروعية النص الجنائي ومن ثم لعدم دستوريتها لانتهاكه لضوابط الشرعية ومن ثم لقواعد الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، والمشرع الجزائري لم يلتزم بهذا الضابط في الكثير من الحالات ومنها على سبيل المثال لا الحصر نصوص مجرمة كجريمة الخصاص المنصوص عليها في المادة 274 من قانون العقوبات ، وجريمة الإخلال بالحياة المادة 334 ق.ع ، وجريمة الاغتصاب المادة 336 ق.ع¹ وجريمة الإخفاء المادة 387 ق.ع ففي هذه النصوص اكتفى المشرع بالنص على أن فعلا ما معاقب عليه دون بيان العناصر المكونة له² ، ومن هذا القبيل أيضا ما نصت عليه المادة 144 مكرر² حيث جاء نصها " يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وبغرامة من 50000 د ج إلى 100000 د ج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أساء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم أو بقية الأنبياء أو استهزاء بالمعلوم من الدين بالضرورة أو آية شعيرة من شعائر الإسلام سواء عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو أية وسيلة أخرى " فالنص المجرم للفعل يحوطه الكثير من الغموض واللفظ لما تتضمنه عبارة " الاستهزاء " التي تحمل أكثر من معنى فضلا على صعوبة تعريف " المعلوم من الدين بالضرورة " وهذا

³ قانون العقوبات المعدل والمتمم لم يعرف معنى الاغتصاب كما انه كان يستعمل مصطلح هتك عرض بدلا من الاغتصاب إلى غاية تصحيح المصطلح بموجب القانون رقم 14 / 01 المؤرخ في 2014/02/04 . بينما المشرع الفرنسي عرف الاغتصاب بموجب المادة 332 من قانون العقوبات الجديد " كل فعل إيلاج جنسي مهما كان طبيعته يرتكب على شخص آخر بالعنف أو الإكراه أو الخديعة يعتبر اغتصابا " . والقانون المصري أيضا حدد معنى الاغتصاب في المادة 267 بأنه من واقع أنثى بغير رضاها . والقانون اللبناني أيضا عرف الاغتصاب في صلب المادة 292 من قانون العقوبات " من واقع أنثى غير زوجه بغير رضاها " . ومن هنا يتبين مكنم النقص الذي يعتري شق التكليف في القاعدة الجنائية الجزائرية التي تجرم الاغتصاب .

¹ يقول أحسن بو سقيعة في هذا الإطار انه في هذه الحالة وأمام صمت المشرع يتولى القضاء استخلاص أركان الجريمة دون أن يكون في ذلك مساس بالتجريم ، انظر أحسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجزائري العام ، الطبعة الثامنة ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، 2008 ، ص 78.

النص يثير جدلا مع حلول كل شهر رمضان فلو اعتبر فرضا أن انتهاك حرمة رمضان الكريم يشكل استهزاء بالمعلوم من الدين فكان كذلك عدم أداء الصلاة وعدم أداء الزكاة وشرب الخمر... فالمشرع الجزائري إن أراد تجريم انتهاك شهر رمضان لجرم ذلك تجريما واضحا كما فعلت بعض الدول الإسلامية¹، فهذه النصوص يعوزها التحديد الواضح للسلوك المجرم مما يجعلها مشوبة بعدم الشرعية ومن ثم بعدم الدستورية، فضلا عن أن هذا الغموض يؤدي إلى أن يتقلد القاضي وظيفة المشرع في التجريم فيعاقب على ما لم يجرم قانونا أو يخلق جريمة ما قصدها المشرع² وبالتالي سلب الشخص أهم ضماناته وإخضاعه لتحكم القضاء، ومن قبيل هذا قضاء المحكمة العليا والذي توسع في مفهوم المادة 386 من قانون العقوبات المتعلقة بالتعدي على الملكية العقارية حيث ورغم وضوح نص المادة الرسمي الوارد باللغة العربية والذي مضمونه " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 20001 د ج إلى 100000 د ج كل من انتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطرق التدليس " فقد وسعت المحكمة العليا مضمون النص ليشمل التعدي على الحياة اعتمادا على النص الأصلي الفرنسي للمادة 386 ق ع ومبررة قضائها ذلك في القرار الصادر بتاريخ 2009/03/04 تحت فهرس رقم 511043 والذي جاء فيه (ان المشرع لا يقصد بعبارة المملوك للغير الملكية الحقيقية للعقار فحسب وإنما يقصد بها أيضا الملكية الفعلية ولذا ينبغي ان تأخذ هذه العبارة بمفهومها الواسع الذي لا يقتصر على الملكية حسب تعريفها في القانون المدني بل يتعدها ليشمل أيضا الحياة القانونية)³

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع نفسه، ص 82.

³ يتبين أن المشرع الفرنسي قد استفاد من كل الانتقادات التي وجهت لعدم وضوح النصوص الجزائية وهذا بوضوحه إلى مرحلة هامة جدا في تحديد المطلوب من إقرار مبدأ الشرعية في بعده التطبيقي إذ جاءت صياغة المادة 3/111 في قانون العقوبات الجديد لسنة 1992 كما يلي " لا احد يعاقب من اجل جنابة أو جنحة لا تكون عناصرها محددة بالقانون ولا من اجل مخالفة لا تكون عناصرها محددة بالتنظيم " فكان هذا نتاج عن حالة التذبذب التي كان يعيشها الاجتهاد القضائي من غموض نصوص التجريم أو شدة اختصارها وخاصة. وهنا يجب الاعتراف لا يستطيع أن ينص على كل التفصيلات والدقائق الممكنة للواقعة المجرمة وإلا تحول كل نص تجريبي إلى كتاب قائم بحد ذاته إلا انه مما لا شك فيه أن بيان العنصرين المادي والمعنوي يمثل الحد الأدنى المطلوب في كل قاعدة تجريم تهدف إلى تطبيق صحيح مبدأ الشرعية.

³ مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، السنة 2011، ص 329.

ولا يخفى ان ذلك التوسع يخلق جريمة جديدة وهي الاعتداء على الحيازة لم ينص عليها المشرع خرقاً لمبدأ الشرعية ، كما أن المحكمة العليا خرجت عن مبدأ الشرعية حينما قررت قاعدة لتقادم الجريمة على خلاف أحكام المادة 7 و 8 ما ق ا ج إذ جاء في قرارها الصادر في 2009/02/18 تحت رقم فهرس 572259¹ في القضية بين النيابة العامة و(ب.ع) و(ت.ف) بان التقادم في جريمة التزوير يسري من تاريخ يوم العلم بالطبيعة المزورة للوثيقة موضوع الدعوى العمومية ، ولا شك أن هذا القضاء قد خالف قضاء المحكمة العليا السابق الذي يجعل سريان التقادم في جريمة التزوير يكون من تاريخ وقوع التزوير وهو انتهاك بلا شك لنص المادة 7 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أن الجرح تتقادم بمرور ثلاث سنوات على ارتكاب الفعل أو اتخاذ أي إجراء في سبيل المتابعة. الجنائية².

ثالثاً : ضابط الالتزام بان يكون التجريم بقانون

يؤكد المشرع الجزائري على احترام هذا الضابط والعمل بمقتضاه من خلال النصوص الدستورية ونصوص قانون العقوبات فالمؤسس الدستوري أكد في عدة نصوص على احترام مبدأ الشرعية ومنها المادة 43 "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم" والمادة 44 " لا يتابع احد أو يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقاً للأشكال التي نص عليها " والمادة 165 " يقوم القضاء على اساس مبادئ الشرعية والمساواة" والمادة 167 " تخضع العقوبات الجزائية لمبدأي الشرعية والشخصية " .. اما في قانون العقوبات فقد نصت المادة الأولى على مضمون مبدأ الشرعية بنصها " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير امن بغير قانون" ويتضح أن المشرع الجزائري يسمو بهذا المبدأ من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري وبهذا يستفيد المبدأ من كافة الضمانات التي يمنحها الدستور لمبادئه وهذا لما له من أهمية من حيث انه اكبر ضمانات لحقوق الأفراد ، ففي ظل هذا المبدأ يامن الفرد في مواجهة السلطة العامة في عدم محاسبته ومسائلته إلا بموجب النص

¹ مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، سنة 2009 ، ص 347 .

² خيري احمد الكباش ، المرجع السابق ، ص 419

القانوني¹، و النتائج المترتبة على ذلك تؤدي بدورها إلى تحقيق الحماية الجنائية لحقوق الإنسان

رابعا: ضابط الالتزام بقاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية على

الماضي

من بين النتائج المترتبة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات التزام المشرع بان يحدد سلفا ما يعتبره من الأفعال الصادرة عن الإنسان جريمة فيحدد لكل جريمة نموذجها القانوني، كما يحدد لكل جريمة عقوبتها²، ويضع في تقديره أن يبدأ تطبيق القانون الجديد الذي يحدد نماذج الجرائم على كل فعل يرتكب مستقبلا في ظله لا على الأفعال السابقة عليه، فالنص الواجب التطبيق على الجريمة هو النص المعمول به وقت ارتكابها وليس النص المعمول به وقت محاكمة مرتكبها³.

ورغم أهمية هذه القاعدة كضابط من ضوابط الشرعية الموضوعية وضمانة قوية من ضمانات حقوق الإنسان تقتضيها السياسة الجنائية المعاصرة في مجال حماية حقوق الإنسان، إلا أن القضاء الجزائري لم يلتزم دائما بهذه القاعدة⁴ ويظهر هذا جليا في ما قضت به المحكمة العليا بخصوص التشريع الجمركي، فبموجب الأمر رقم 29-73 المؤرخ في 5-7-1973 تم تحديد موعد 5-7-1975 كأخر اجل لسريان التشريع الفرنسي بالجزائر، وعند بلوغ هذا الأجل لم يكن قانون الجمارك قد صدر بعد إذ لم يصدر إلا في 21-7-1979 بموجب القانون رقم 79-07 وهكذا أثير التساؤل حول مصير الجرائم التي ارتكبت في الفترة الممتدة بين 6-7-1975 و 21-7-1979 وهي الفترة التي صادفت إلغاء قانون الجمارك الفرنسي الذي كان ساريا في الجزائر دون صدور قانون الجمارك الجزائري، فلو أخذنا بمبدأ الشرعية على إطلاقه لأقلت مرتكبو هذه الجرائم من العقاب بسبب غياب نص التجريم والعقاب، غير أن المحكمة العليا لم تعتنق هذا المذهب وسلكت مسلكا مغايرا

¹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الاول، الطبعة الخامسة،

ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 ص 79

² عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ عدم الرجعية انظر في هذا احمد فتحي بهنسي، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 1988، ص 69 وما يلها.

³ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، 141..

⁴ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 92

عندما اعتبرت في عدة قرارات أن التشريع الفرنسي السابق بقي ساريا إلى غاية صدور قانون الجمارك الجديد في 21-7-1979¹.

الفرع الثاني: ضوابط الشرعية المتصلة بالعقاب

تنقسم القاعدة الجنائية إلى شقين " شق التكليف وشق الجزاء " أما التكليف فهو أمر أو نهي يتوجه به المشرع إلى المكلف بالخضوع للقاعدة القانونية وإطاعة مضمونها ، وهذا الشق بالنسبة للقاعدة الجنائية يتعلق بالتجريم وأوضحنا ضوابطه التي تجعله في إطار الشرعية الموضوعية محققا للحماية الجنائية لحقوق الإنسان لا انتهاكا لها ، أما شق الجزاء فيتضمن العقاب الذي رتبته المشرع لمن يخالف التكليف ولهذا الشق ضوابطه أيضا والتي إذا التزم بها أصبحت من ضمانات الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، أما إذا صدر التشريع مغلا بها فقد شرعيته ودستوريته وتحول إلى مصدر انتهاك لحقوق الإنسان فهذه الضمانات ضرورة في كل تشريع يحرص على الحقوق الأساسية للفرد² ، فما هي هذه الضوابط وما الأساس الذي تستند إليه. هذا ما سنتناوله على النحو الآتي :

أولا - ضابط أن تكون العقوبة بقانون

تناولنا في المبحث الأول ضابط ضرورة أن يكون التجريم بقانون ، ولما كانت القاعدة الجنائية تتكون من شقين حيث لا جدوى من التجريم إذا لم يقترن بجزاء ، ولما كان كذلك فإن البحث في شرعية العقاب يستتبع البحث في شرعية الجرائم من حيث ما تعلق بالقانون باعتباره الأداة الشرعية للتجريم والعقاب فلا يجوز توقيع العقوبة على الجاني إلا بناء على نص قانون³ وبناء على حكم يصدر من المحكمة المختصة⁴ طبقا لمفهوم الشرعية

¹ أحسن بوسقيعة ، المرجع نفسه ، ص 92

¹ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، المجلد الأول ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، دون سنة نشر ، ص 944.

² عرفت الشريعة الإسلامية هذا الضابط بحيث القاضي غير حر في تطبيقه للجزاء بل مقيد بالنص فالشريعة الإسلامية حدد عدد الجلد في جريمة الزنا والقذف ونصت على حد السرقة في قطع اليد وفي القتل العمد القصاص وفي القتل الخطأ بالدية ... للتوسع أكثر انظر احمد فتحي بهنسي ، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق .

³ جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، دار العلم للجميع ، بيروت لبنان ، دون سنة نشر ، ص 15.

والمبدأ الدستوري " لا جريمة ولا عقاب من غير قانون ، ومن ثم وجبت الإحالة إليه منعا للتكرار.

ثانيا : ضابط الالتزام بعدم مخالفة نوعية وطبيعة العقوبة لقواعد الحماية الجنائية لا يكفي أن تستند العقوبة المقررة على نص قانوني حتى يمكن القول بشرعيتها ، وإنما لابد أن تكون متفقة مع القواعد والأحكام التي أرستها مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان السالف ذكرها ، فلا تكون من العقوبات الجزائية التي تتعارض مع أحكام وقواعد الشريعة الدولية أو الدستور، لأنها إن كانت كذلك أو أصبحت كذلك في أي نص فقدت شرعيتها ومبررات وجودها.

فإذا ضمنت قواعد الحماية الجنائية لحقوق الإنسان عدم جواز العقاب بعقوبة مقيدة أو سالبة للحرية عن أفعال معينة فلا يجوز للمشرع مخالفة ذلك سواء بتقرير عقوبة تؤدي إلى ذلك أو بالإبقاء على مثل هذه العقوبة في النصوص المجرمة لهذه الأفعال ضمن تشريعه، ومثال ذلك ما ورد بنص م 11 من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية من " عدم جواز سجن أي إنسان قيد حريته أو سلبها لعدم قدرته على الوفاء بالالتزام تعاقدية " وهذا مالا يتفق مع عقوبة الحبس المنصوص عليها في المادة 376 من قانون العقوبات إذ أن مبدأ سمو الاتفاقية الدولية على القانون الداخلي المكرس بنص المادة 154 من الدستور¹ يعطل عقوبة الحبس عند تجريم الإخلال بالالتزامات التعاقدية فلا يجوز للقاضي الحكم بحبس المتهم في جرائم خيانة الأمانة نافذة كانت أم موقوفة النفاذ إعمالا بهذا المبدأ ، وفي حالة مخالفة الحكم لهذا النص كان سببا للطعن فيه لغيب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه طبقا لنص المادة 500 من قانون الإجراءات الجزائية ، فمثل هذه العقوبات مخالفة لقاعدة من قواعد الحماية الجنائية لحقوق الإنسان.

¹ تنص المادة 154 من الدستور الجزائري (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية ، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون). الدستور الجزائري صادر في 28 نوفمبر 1996 والساير المفعول والمعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المصادق عليه في استفتاء اول من نوفمبر 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 30/82 ديسمبر سنة 2020.

ثالثا: ضابط التناسب بين الجريمة والجزاء

الأصل في العقوبة ألا تزيد عما هو عادل وما هو ضروري والعمل على إيجاد هذا التوازن عند تقرير العقاب على الفعل المجرم هو في ذاته التناسب¹ الذي يعد ضابطا من أهم ضوابط الشرعية الدستورية فمقصود التناسب هو وجود علاقة بين قسوة العقوبة وفداحة الواقعة الإجرامية إذ أن مقدار العقاب الذي يعينه المشرع في قاعدة التجريم محدد بدرجة الرضا الاجتماعي للواقعة.

ولقد تضمنت قواعد الشريعة الدولية عند ضرورة الالتزام بضابط التناسب عند تقرير العقوبة بنصها في المادة 7 من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية² لا يجوز إخضاع أي فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أو غير إنسانية أو مهينة " وقد أصبحت هذه القاعدة ضمن النظام القانوني الجزائري بالتصديق على العهد السابق ذكره ونفاذه ، ومن ثم أصبحت أساس لالتزام المشرع بهذا الضابط في تشريعه وتؤدي مخالفته إلى عدم مشروعية النص الجنائي الذي يتضمن عقوبة لا تتناسب مع الفعل المجرم .

ومن أمثلة النصوص المخالفة لضابط التناسب في التشريع الجنائي الجزائري العقوبات المقيدة أو السالبة للحرية المقررة على جرائم الرأي تتعارض مع ضابط التناسب مثل عدم جواز الحبس في جرائم الصحافة والذي يعتبر مبدأ دستوري³ ، وذلك علاوة على أنها جرائم مخالفة لضابط التحديد الواضح للسلوك المجرم ولانتهاكها الحق في اعتناق آراء وحرية التعبير عنها.

² لم يهمل بيكار يا مبدأ التناسب في تحديد مواصفات العقاب العادل حيث قال إن العقوبة يجب أن تكون بصفة جوهرية عمومية وسريعة وضرورية ومعينة في أقل قدر ممكن من العقوبات القابلة للتطبيق بالنسبة للظروف المعينة بالواقعة ويجب أن تكون متناسبة مع الجريمة المحددة في القانون .

¹ العهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية هو معاهدة متعددة الأطراف اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 ودخلت حيز النفاذ في 23 مارس 1976 تلزم أطرافها على احترام الحقوق المدنية والسياسية للأفراد كالحق في الحياة وحرية الدين وحرية التعبير وحرية التجمع والحقوق الانتخابية وحقوق التقاضي والمحاكمة العادلة .صادقت عليه الجزائر سنة 1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ 16 ماي 1989 الجريدة الرسمية العدد 20 بتاريخ 1989/05/17.

² المادة 50 من الدستور الجزائري "...لا يمكن ان تخضع جنحة الصحافة لعقوبة سالبة للحرية"

رابعا : ضابط الالتزام بشخصية العقوبة

هذا المبدأ من المبادئ التي سماها المشرع إلى مصاف المبادئ الدستورية حيث نصت المادة 167 من الدستور "تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية والشخصية" فيكون النص الجنائي المخالف له مشوباً بعدم الشرعية الدستورية متعيماً إلغائه وفي ظل هذا المنهج يثار التساؤل في ما مدى دستورية المسؤولية الجنائية عن فعل الغير ، باعتبار أن هذه المسؤولية تؤدي بعقوبات على شخص غير الشخص الذي قام بالأفعال الذي يعرضه للمسائلة بسبب وجود رابطة بينهما ، الأمر الذي يثير بالتالي شبهة المساس بمبدأ شخصية العقوبة¹.

وقد عرف التشريع الجنائي الجزائري بعض الحالات التي تثير مشكلة المسؤولية عن فعل الغير مثال ذلك نص المادة 115 من قانون الإعلام² التي تنص (يتحمل المدير مسؤولية النشرية أو مدير جهاز الصحافة الالكترونية وكذا صاحب الكتابة أو الرسم مسؤولية كل كتابة أو رسم يتم نشرهما من طرف نشرية دورية أو صحافة الكترونية ، ويتحمل مدير خدمة الاتصال السمعي البصري أو عبر الانترنت وصاحب الخبر الذي تم بثه المسؤولية عن الخبر السمعي أو البصري المبتث من قبل خدمة الاتصال السمعي البصري أو عبر الانترنت) فهذه المادة نسبت المسؤولية إلى شخص لم يساهم في ارتكابها بأي عمل مادي³ ، ولا يكفي لانعقاد المسؤولية الشخصية افتراض الركن المادي أو افتراض الركن المعنوي ، بل يجب توافر الركنان معا كما انه حتى وان توافر الركن المادي وهو الإذن بالنشر فان هذه المادة أقامت قرينة قانونية على افتراض القصد الجنائي في حق رئيس التحرير عن جريمة لا تقع إلا عمدا إخلالا بأصل البراءة فهذه المادة شأها عدم الدستورية⁴.

¹ احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص 250

² القانون العضوي رقم 05-12 مؤرخ في 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالإعلام (ج.ر. رقم 02 مؤرخة في 15/01/2012).

³ غير أن المحكمة العليا في قرارها رقم 486359 الصادر بتاريخ 2010/06/24 في القضية بين (ب.س) و(م.ل) والنيابة العامة خلصت الى ان مدير النشر يعتبر فاعلا أصليا في جريمة القذف المرتكبة من طرف النشرية التي يديرها وذلك ردا على الدفع المثار بشأن شخصية العقوبة . مجلة المحكمة العليا سنة 2011 العدد.ص 323.

⁴ احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، المرجع السابق ، ص 553.

كما نجد تطبيقات لهذه المسؤولية في مجال الغش الضريبي حيث نصت المادة 529 من قانون الضرائب غير المباشرة على مسؤولية مالك البضائع عن المخالفات المرتكبة من قبل أعوانهم ومندوبيهم غير أنها حصرت هذه المسؤولية بحيث يتحمل مالك الغرامات المالية فقط دون العقوبات السالبة للحرية ، وفي مجال المرور حيث نصت م 66 من القانون رقم 14-01 المؤرخ في 19-8-2001 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها صراحة على تحميل صاحب بطاقة تسجيل المركبة المسؤولية المدنية عن مخالفة التنظيم المتعلق بوقوف المركبات والتي يترتب عليها دفع غرامة¹.

المبحث الثاني: سياسة الحد من التجريم

كما أوضحنا في المبحث الأول من أن أداة التجريم في يد المشرع تمثل حقا حماية جنائية إذا كان في ذلك ضرورة لتجريم أفعال معينة لأن إباحتها يؤدي إلى انتهاك حق من حقوق الإنسان فيمكن القول أيضا بان حماية حق من حقوق الإنسان عن طريق منع تجريم الفعل أو الأفعال التي تعتبر ممارستها إعمالا لهذا الحق أو تمتعا به هو من قبيل الحد من التجريم فيعتبر الحد من التجريم هو كذلك أداة من ادوات المشرع للحماية الجنائية للحقوق والحريات وهي على هذا النحو تنقسم الى قسمين الاول هو الحد من التجريم والعقاب ذي المصدر الدولي والثاني الحد من التجريم ذي المصدر الوطني .

المطلب الأول: الحد من التجريم والعقاب ذي المصدر الوطني

إذا كان تجريم فعل معين والعقاب عليه يمثل مانع قانوني للإقدام على هذا الفعل أو ممارسته فان كفالة عدم التجريم والعقاب لهذا الفعل يعني إباحتها على الأقل من الناحية الجنائية وفي هذا المعنى يمكن القول أن الحقوق والحريات تعتبر أسبابا عامة للإباحة وهي إما أسبابا أصلية للإباحة تضمنها الدستور ويقرها وإما أسبابا للإباحة غير أصلية تضمنها قانون العقوبات ويحميها.

الفرع الأول: الحد من التجريم والعقاب عن طريق الدستور "أسباب إباحة أصلية يحميها الدستور"

أولا مفهوم الحد من التجريم والعقاب عن طريق الدستور: لا يجوز إضفاء التجريم على أي حق يحميه القانون ، فالتمتع بهذه الحقوق والحريات وممارستها يكفله القانون و

⁴ احسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق ، ص 246 .

الدستور فمثلا أن كافة الحقوق والحريات مثل حق الدفاع حق التقاضي والواجبات العامة ومخاطبة السلطات لا يمكن أن تكون محل تجريم أي كان نوعه ، ولهذا تعتبر ممارسة هذه الحقوق والحريات أسبابا أصلية للإباحة طالما أن ممارستها تتم في إطار المشروعية.

فأداة التجريم لا يمكن أن تمتد بالمساس بجوهر الحقوق والحريات فهذا التوازن يضمن عدم المساس بها وتقييدها أثناء تنظيمها ووضع الحدود لممارستها ولعل هذا الأمر ينال أهمية خاصة بالنسبة إلى الحقوق والحريات التي تتمتع بالحماية الدستورية ففي هذه الحالة لا يجوز للمشرع أن ينظم ممارسة هذه الحقوق والحريات إلا بالتوازن مع غيرها من القيم الدستورية في حدود سلطته التقديرية ما لم يقيد الدستور هذه الممارسة بضوابط تحد من إطلاقها¹ ، ويرجع هذا إلى تقييد التشريع بأحكام الدستور وإلى عدم توافر الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب فجميع الحقوق التي يحميها الدستور تظل في منطقة الصدارة لا يجوز المساس بجوهرها فطالما كان الشخص ممارسا لحقوقه وحرياته في الحدود التي رسمها القانون ظل في دائرة الإباحة.

ثانيا : ضمانات آلية الدفع بعدم الدستورية كحماية لممارسة الحقوق .

قد يجرم قانون العقوبات والقوانين المكملة له فعلا يعتبر من قبيل الحقوق والحريات المصونة بموجب الدستور ، فيقع التناقض بين القاعدة القانونية الدنيا المتمثلة في قانون العقوبات والقاعدة القانونية الاسمي وهي القاعدة الدستورية ، وهنا يثور التساؤل هل يطبق القاضي الجنائي القاعدة الدنيا باعتباره يطبق التشريعات التي هي بذاتها قابلة للتطبيق المباشر أو يطبق رأسا القاعدة الدستورية على أساس أنها القاعدة الأسى² والتي لا يجوز أن تخالفها القاعدة الدنيا . إن الإجابة على ذلك تقتضي احترام مبدأ تدرج القوانين فالقاضي الجنائي ملزم مبدئيا بتطبيق قانون العقوبات حتى ولو خالف مبدأ دستوريا ، إذ ليس من اختصاصه مطابقة القاعدة القانونية للأحكام الدستورية والتي هي من مهام المحاكم الدستورية أو المجالس الدستورية بحسب تسميتها في كل دولة.

¹ احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، المرجع السابق ، ص 224

² احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية ، المرجع السابق ص 223.

وبالرجوع إلى النظام القانوني الجزائري مكنت المادة 195 من الدستور أطراف الدعوى سواء كانت مدنية أو عمومية الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي يتوقف عليه مأل النزاع إذا ما انتهك أحد الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور¹، وينظر في ذلك الدفع المحكمة الدستورية بعد الإحالة من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة والذي يؤول لها التحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور وتفصل في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية²، ويفقد النص التشريعي المخالف للنص الدستوري في هذه الحالة أثره ابتداء من اليوم الذي تحدده قرارها المحكمة الدستورية³ وفقا لأحكام المادة 198 من الدستور.

الفرع الثاني: أداة الحد من التجريم والعقاب "أسباب إباحة يحميها قانون العقوبات" هناك علاقة وثيقة بين التجريم والإباحة فإذا كان التجريم يقوم على التوازن بين الحقوق والحريات من خلال التناسب بينهما، فإن الإباحة⁴ كذلك تقوم على هذا التوازن القائم على التناسب فمن الصعب النظر إلى الحقوق والحريات المحمية بالتجريم بعيدا عن سائر الحقوق والحريات التي يحميها القانون، فقد تتنازع المصالح الناجمة عنها، مصالح المجتمع أو المجني عليه ومصالح مرتكب الجريمة على نحو يحتم التضحية بإحداها في سبيل حماية الأخرى⁵ مما ينتج عنه إباحة المساس بالمصلحة المضحية بها من أجل المصلحة الفضلى الأجدر بالحماية، وبالتالي فإن السلوك الإنساني هنا قد يعد مشروعاً وغير مشروع في ذات الوقت، فهو غير مشروع بالنسبة إلى المصلحة المحمية بالتجريم والتي

³ انظر القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية (الجريدة الرسمية عدد 54 المؤرخة في 5 سبتمبر 2018).

¹ عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول نظرية القانون، بيرتي للنشر، الجزائر، 2009، ص 253.

² قارة شاكر، تأثير الدفع بعدم دستورية القوانين على سير المحاكمة، مجلة المحامي، منظمة المحامين سطيف، العدد 32، جوان 2019، ص 21.

³ جرى الفقه العربي على استعمال هذه التسمية ترجمة للمصطلح الفرنسي les causes de justification والترجمة الدقيقة لهذا المصطلح هي أسباب التبرير كما استعملها القانون الليبي.

⁴ عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي، الجزء الأول، دار الكتاب العربية، بدون سنة النشر، الرياض ص 154.

كانت محلاً للاعتداء ومشروع بالنسبة للمصلحة الأجدر بالحماية في نظر القانون فيتغلب جانب المشروعية في ذلك على عدم المشروعية¹.

وهكذا يتضح أن عدم المشروعية وصف يلحق الفعل الذي يعتدي على مصلحة (حق أو حرية) يحميها القانون وان الإباحة وصف يلحق الفعل الذي يمس هذه المصلحة إذا كان هذا الفعل يمس حماية مصلحة أخرى أجدر بالحماية ، ولا يترك للأفراد سلطة تقدير المفاضلة بين المصالح المحمية المتنازعة بل يتولى القانون هذا التقدير حفاظاً على الأمن القانوني. وإذا نظرنا إلى التشريع الجنائي العقابي الجزائري يتبين لنا أن أسباب الإباحة التي أساسها تعارض المصالح والحقوق المحمية قانوناً هي بحسب المادة 39 و40 من قانون العقوبات " ما يأمر أو يأذن به القانون وحالة الدفاع الشرعي مع وجود غموض في تكييف الطبيعة القانونية لحالة الضرورة ، فبالنسبة للسبب الأول وهو استعمال حق فقد يسمح القانون بمباشرة سلوك معين ويأخذ وصف الحق و يعتبره قانون العقوبات في ذات الوقت جريمة مثل الحق في القبض أو الحبس المؤقت أو التفتيش الذي يمنحه القانون لسلطة المتابعة الجزائية من سلطة الضبط القضائي أو سلطة التحقيق في حدود معينة ، الأمر الذي يجعل من تنفيذ أحد أعوان القوة العمومية لأوامر السلطة المختصة التابع لها بإحضار المتهم قسراً عن طريق القوة و القبض عليه وحجزه مثل ما هو منصوص عليه في المواد 109 من قانون الإجراءات الجزائية ، لا يجعله مرتكباً لجرائم الاعتداء على الحريات الفردية طبقاً للمادة 291 من قانون العقوبات² ، ومن هذا القبيل العون المختص بتنفيذ حكم الإعدام بناءً على أمر السلطة المختصة بالفعل الذي قام به حتى أن كان ينطوي على فعل أزهق روح إنسان حي المجرم تحت جريمة القتل لا يعد كذلك ولا تنطبق عليه المواد 254 وما يليها من قانون العقوبات ، كما أن الشاهد المطلوب منه الإدلاء بشهادته بموجب المادة 89 من قانون الإجراءات الجزائية لا يعد مرتكباً لجريمة إفشاء الأسرار أو القذف والسب بحق المتهم عند الإدلاء بشهادته ، ومن أمثلة ما يأمر به القانون في ما ورد في قانون الصحة العمومية من نصوص توجب على الطبيب التبليغ عن حالة مرض معدي ولا يعد التبليغ هذا جريمة إفشاء سر المهنة المعاقب عليها بالمادة 301 من قانون العقوبات

⁵ أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ، ص 227.

² عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، المرجع السابق ، ص 122

أما حق الدفاع الشرعي المنصوص عليه في المادة 40 من قانون العقوبات فقد اختلف الفقه في تحديد أساس مشروعيته فهناك من يرى انه يرجع لعدم توافر حرية المدافع في الاختيار ، وهناك من يرجع أساس مشروعيته بأنه يحمي مصلحة جديرة بالرعاية تتفق مع أهداف النظام القانوني وهي مصلحة المعتدى عليه ومبادئ العدالة ، وواقع الأمر أن حق الدفاع الشرعي وثيق الصلة بالحق أو الحرية محل الحماية فإذا كان الدفاع الشرعي دفاعا عن الحق في الحياة أو الحق في سلامة الجسم أو الحرية الشخصية أو الحق في الملكية كان وثيق الصلة بالحق أو الحرية محل الحماية بالنظر إلى أن حماية هذه الحقوق أو الحريات تتطلب عدم وضع قيد يعرضها للضياع ويهدد جوهرها ومضمونها بالفقدان ، وشريطة ذلك أن يتم الدفاع عن هذه الحقوق والحريات في الحدود التي يرسمها القانون¹ ، وهي أن يكون هناك اعتداء حقيقي وحال وغير مشروع على النفس او على الغير او على مال مملوك للمدافع أو غيره ، وان يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء ولا يكون هناك دفاع شرعي في مواجهة خطر مستقبلي غير مؤكد الوقوع او ضد فعل مشروع او بعد انتهاء الاعتداء² ، فإذا اثبت من يتمسك بها قيامها فذلك يؤدي إلى انتفاء لأي خطأ جزائي أو مدني في جانبه ، ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن أن حالة الدفاع الشرعي بحد ذاتها تستبعد كل خطأ ولا تسمح بقيام اي دعوى للتعويض لصالح من تسبب باعتدائه في قيامها ، فتوافر شروط حق الدفاع الشرعي يظل صاحبه في مأمن من أن تمتد إليه يد التجريم أو العقاب فقيام ضرورة الدفاع وتناسبه لا ضرورة لقيام التجريم والعقاب ، وقد قضت المحكمة الدستورية في بلغاريا³ بأنه عندما يتنافس حقان يحميهما القانون حق المعتدي في الحياة وحق المدافع في حرمة المسكن ، فانه لا يمكن أن يتفوق حق المعتدي على حق المدافع ، ولما كانت مصلحة المدافع التي يحميها القانون أولى بالحماية من مصلحة المدافع كان هذا التناسب أساسا يلجا إليه المشرع لتقرير الإباحة التي تنفي التجريم.

¹ احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق، ص 229 .

² نجيمي جمال ، المبادئ العامة في قانون العقوبات الجزائري، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع ، الجزائر 2016، ص 187.

³ حكم المحكمة الدستورية العليا في بلغاريا الصادر في 1989./09/25 في القضية رقم 12 الجريدة الرسمية العدد 89 الصادرة في 7 أكتوبر 1997 .

المطلب الثاني : الحد من التجريم ذي المصدر الدولي " أسباب الإباحة التي تحميها قواعد الشرعة الدولية"

هناك بعض النصوص في قواعد الشرعة الدولية التي تمثل المصدر الدولي لقواعد الحماية الجنائية لحقوق الإنسان تقضي باعتبار أن أفعالا معينة هي حقا من حقوق الإنسان يمكن تنظيمه وفقا للقانون الوطني ، ولكن لا يجوز مطلقا تجريم ممارستها ومثل هذه النصوص عندما يتم نفاذها داخل النظام القانوني الوطني ويتعارض بعض النصوص الجنائية القائمة في هذا النظام والتي تجرم هذه الأفعال ولا تنظمها فإن التساؤل الذي يثور هنا يتمثل في مدى قابلية هذه النصوص للتطبيق الذاتي أمام القضاء الوطني حتى تتحقق الحماية المنشودة من هذا المصدر الدولي هذا ما سوف نتناوله على النحو الآتي

الفرع الأول: مفهوم الحد من التجريم ذي المصدر الدولي

أولا : المقصود بالحد من التجريم ذي المصدر الدولي

اتخذت قواعد الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ذات المصدر الدولي هذا المنهج بصدد العديد من الحقوق ، وان كانت قد أطلقت حرية الإنسان في استخدام بعضها وأجازت للمشرع الداخلي في الدول الأعضاء تقييد بعضها الآخر في حدود معينة حفاظا على قيم ومبادئ تمثل في ذاتها حماية لحقوق الآخرين .

فإذا ما قررت قواعد النصوص الدولية أن لكل فرد الحق في اتخاذ الآراء دون تدخل والحق في حرية التعبير¹ في إطار معين ، فإنها بذلك تكون قد أباحت اتخاذ الآراء والتعبير عنها وأجازت للدول بعض الضوابط لاستخدام ذلك الحق بغية احترام حقوق أو سمعة الآخرين وحماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق ، فلا يجوز للمشرع الداخلي في الدولة العضو أن يجرم اتخاذ الآراء والتعبير عنها بصورة تهدد حماية هذا الحق وتخرج عن مجرد تنظيم استخدامه إلى درجة إهداره كلية فمثل هذا التجريم يعد انتهاكا لحق من حقوق الإنسان إباحته قواعد الشرعة الدولية حماية له من عدوان السلطة العامة داخل الدول الأعضاء .

¹ المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير ، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها للآخرين بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود " .

وهكذا كان الحد من التجريم والعقاب بمعناه السابق إحدى أدوات الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ذات المصدر الدولي

ثانيا : مدى قابلية القواعد الآمرة بالإباحة للتطبيق الذاتي

الفرض هنا أن التشريع الجنائي الداخلي للدولة العضو في النصوص الدولية قد تضمن نصوصا تجرم ما أباحتها تلك النصوص وتعاقب عليه ، وان المشرع لم يقم بإلغاء تلك النصوص بعد نفاذ قواعد الشريعة الدولية في نظامه القانوني رغم التعارض القائم بينهما . ولما كانت نصوص الشريعة الدولية في هذا الصدد تجعل من الفعل حقا للإنسان يجب حمايته أو تمنع العقاب الجنائي عنه ، فإنها تكون قابلة للتطبيق الذاتي¹ دون حاجة إلى تدخل المشرع الداخلي ، ويعد النص الداخلي المتعارض معها منسوخا بها منذ نفاذها في النظام القانوني الداخلي للدولة العضو إذ أن نص الشريعة الدولية عندئذ يعيد الأشياء لأصلها وهي الإباحة من ناحية ويعيد موقف فاعلها لأصله وهو البراءة² من ناحية أخرى ، ولأن الفعل الواحد كما قلنا سلفا لا يمكن أن يكون حقا وجريمة في آن واحد أو مشروعا وغير مشروع في ذات الوقت³ داخل النظام القانوني فإذا ما عرضت قضية على القضاء الجنائي الداخلي تثير هذا الفرض فعلى أي منهما يلتزم ؟ هنا قواعد الشريعة الدولية ويطبقها مباشرة نظرا لمبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي الذي يقره المشرع الدستوري الجزائري في مجال الحقوق والحريات طبقا للمادة 154 من الدستور .

¹ انظر بيار ماري دو بوي، قابلية الاتفاقية الدولية للتطبيق المباشر ، القانون الدولي العام ، الطبعة الأولى ، ترجمة محمد عرب صا صيلا وسليم حداد ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان ، 2008 ص 438 وما بعدها ..

² حكم محكمة قسنطينة الصادر بتاريخ 2011/06/14 رقم فهرس 11/11646 قسم الجench ، القضية بين النائب العام لدى مجلس قضاء قسنطينة و(ب.ص) و(ف.س) و(س.ي) وقد جاء فيه " وحيث ثبت للمحكمة بعد التحقيق أن المتهمين بالوشاية الكاذبة لم يكونوا سوى قد مارسو حقهم الدستوري في اللجوء إلى القضاء ، الحق المكفول بموجب الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي يكفل للمواطنين اللجوء إلى المحاكم الوطنية للنظر في عمل يشكل خرقا لحقوقهم الأساسية المكفولة دستورا وقضي فيه براءة المتهمين على أساس ذلك .حكم غير منشور .

³ خيري احمد الكباش ، المرجع السابق ، ص 231

ثالثاً: نطاق قواعد الإباحة والقيود الواردة عليها في ضوء قواعد الحماية الجنائية

إن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات ذات المصدر الدولي كغيرها من الحريات ليست مطلقة وإنما هي سلطة مقيدة بضوابط وقيود تفرض عليه ألا ينتقص منها وألا يصادرها وإنما فقط عليه أن ينظمها ، والمشرع لا يمكنه الخروج على هذه القيود ولا يستطيع الحيد عنها وإلا كان منحرفاً في استعمال سلطته التشريعية، ولكن الواقع والحقيقة أن سلطة التشريع غالباً ما تتجنب حال قيامها بتنظيم الحريات إلى إضعافها وتعمل على فرض القيود التعسفية التي تفقدها قيمتها ، خاصة بالنسبة لحرية كحرية الصحافة من أبرز وظائفها الرقابة على أعمال الحكومة ، وهذا يرجع لما هو ملحوظ من سيطرة السلطة التنفيذية على البرلمان بالعديد من الوسائل التي تؤثر في تكوينه ونشاطه ، والواقع من الأمر أن القانون لم يعد معبراً عن الإرادة العامة ولم يعد النائب الذي يمثل الأمة بمختلف أطرافها ، وإنما أضحى يمثل مصالح الحزب ويعمل على رعايتها ، كما أن الوهن الذي أصاب البرلمان في كثير من الأنظمة السياسية والضعف الذي دب في أوصاله قد أدى به إلى أن يكون تابعاً للحكومة يأتمر بأوامرها وينتهي بنواهيها ، ومنه أصبحت الحكومة تتخذ من القانون سلاحاً تجرم به ما تريد أن تحظره ليس حرصاً على نظام الدولة وأمنها وإنما اتساقاً وحماية مصالحها وسلطانها .

الفرع الثاني: مدى التزام المشرع الجنائي الجزائري بأداة الحد من التجريم

والعقاب ذي المصدر الدولي

لم يلتزم المشرع العقابي الجزائري بهذه الاداة في ظل السياسة الجنائية المعاصرة وهو الذي يتضمن بين نصوصه ما يتعارض مع مقتضى هذه الوسيلة منتهكا بذلك بعض الحقوق محل الحماية الجنائية ذات المصدر الدولي ، ويتضح ذلك في الإخلال بالحق في اعتناق آراء دون تدخل وحرية التعبير عنها حيث تنص المادة التاسعة عشر من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية على انه "1... لكل فرد الحق في اتخاذ الآراء دون تدخل 2- لكل فرد الحق في حرية التعبير وهذا الحق يشمل : حرية البحث عن المعلومات أو الأفكار من أي نوع واستلامها ونقلها بغض النظر عن الحدود وذلك إما شفاهة أو كتابة أو طباعة وسواء كان ذلك في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها 3- ترتبط ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة بواجبات ومسؤوليات خاصة وعلى ذلك فإنها قد تخضع لقيود معينة ، ولكن فقط بالاستناد إلى نصوص القانون والتي تكون ضرورية : 1- من أجل

احترام حقوق أو سمعة الآخرين -2 من اجل حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق " ، هذا هو الأساس القانوني لهذا الحق في قواعد المصدر الدولي للحماية الجنائية لحقوق الإنسان وفيه إشارة إلى نطاق هذا الحق ومغزاه .

لقد أهدر المشرع باسم القيود الواردة على حماية بعض الحقوق¹ إذ لا تمثل هذه النصوص مجرد قيد على هذا الحق بغية تحقيق احترام حقوق وسمعة الآخرين وحماية الأمن الوطني بل تجاوز ذلك إلى أن أصبح مانعا من ممارسة هذا الحق في كثير من الحالات لمن يفكر أن يمارسه وسلاحا حادا ينال من حرية الإنسان وكرامته لمن مارسه ، ذلك ان لجوء المشرع لعبارات مرنة ذات معاني متعددة² في مجالي التجريم والعقاب يمكن اعتباره منفذا في طريق قمع الحريات وقد اتبع المشرع الجزائري ذلك النهج في العديد من النصوص العقابية المتعلقة بالحق في حرية الرأي والتعبير ، مثل جرائم الاهانة والقذف والسب و خاصة الجرائم التي تقع بواسطة الصحف والتي نص عليها القانون العضوي المتعلق بالإعلام 05-12³ وحدد جملة من الأفعال التي تعد مخالفات صحفية وهي في حقيقتها نوع من القيود على حرية العمل الصحفي⁴ والتي توسع في العديد منها والتي لم تدرجها النصوص الدولية ضمن ضوابط العمل الصحفي ، وإذا كانت الجملة أو اللفظة تستمد إيجازها أو مدلولها النفسي من حالة المتكلم والظرف الذي قيلت فيه فان استخدام المشرع للعديد من المترادفات⁵ عند تحديد الركن المادي للجرائم سألقة البيان مثل أهان، سب ،عاب ، القدح ، الذم ، روج... مثل ما نص عليه في المواد 296 ، 297 ، 144، وما يليها من قانون العقوبات والجرائم المنصوص عليها في القانون العضوي المتعلق بالإعلام والتي يخرج التجريم والعقاب في هذه النصوص بها من نطاق المشروعية التي لم

¹ كالحق في التعبير وكل ما يتصل بحرية اعتناق الآراء.

² وهذا ما ذكرناه تفصيلا من حيث مخالفته لضوابط الشرعية الموضوعية المتعلقة بالتجريم وبالتالي مدى مخالفتها للشرعية الدستورية : المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الدراسة .

³ قانون عضوي رقم 05-12 المتعلق بالإعلام الصادر بتاريخ 12 جانفي 2012 الجريدة الرسمية رقم 02 سنة 2012 .

⁴ بو طيب بن ناصر ، تطور الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية في الجزائر ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، جامعة قاصدي مرباح بورقلة العدد الثاني ، المجلد الرابع ، 2015 ، ص 318

⁵ خيري احمد الكباش ، المرجع السابق ، ص 271 .

تعد مجرد انه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فقط وانما ، يقع على المشرع الالتزام بعدة مبادئ أخرى في مجالي التجريم والعقاب وأهمها توافر الضرورة في التجريم والتناسب في العقاب ، وضبط المصطلح الذي يستخدمه في تحديد الجريمة وتحديد أركانها بعبارات قاطعة الدلالة على المصلحة القانونية المراد حمايتها جنائيا وهو ما يسمى بحتمية وضوح النص، فإذا لم يستطع ذلك كان عليه أن يحترم الشرعية ويترك للإنسان متسعا لأرائه وفي التعبير عنها¹ إذ أننا اليوم أكثر من أي وقت مضى نحتاج إلى هذه الحرية التي لم تعد تحتل تدخلا وتقييدا في مجتمع ديمقراطي .

ومما تقدم يتبين لنا أن المشرع الجزائري أحاط هذه الحرية بالعديد من القيود الجزائية والتي يتبين ظاهرها أنها قيود تنظيمية لممارسة الحق والتمتع به ، غير أننا إذا حاولنا تفعيل المعايير الدولية التي جاءت بها الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان في مجال حرية الرأي والتعبير وإسقاطها على الأحكام التي جاء بها القانون الجزائري ، نجد انه هناك تضيقا مبالغا فيها إلى درجة إهدار الحق نفسه و يحد من حق المواطن في هذا الحق² .

خاتمة:

لعل من المفيد الإشارة هنا إلى أننا لم نقوم بدراسة هذا الموضوع من زاوية الشارح المفصل للنصوص القانونية ، ذلك لان عملا كهذا لا يزيد عن كونه مجرد شرح للنصوص ، إنما تناولناها تناول المحلل الناقد قاصدين بذلك كله وضع تشريعنا الجنائي العقابي في الميزان بالنسبة لأسس الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وحياته ذلك انه بلغ الحرص على تكريس الحقوق والحريات وضمانها درجة كبيرة في المرحلة الحالية لتطور الفكر القانوني إذ تنص الدساتير على حمايتها وتفسح لها المواثيق الدولية العديدة مكانا بين نصوصها وتأخذ مكان الصدارة في قواعد الحماية القانونية فالمشرع لم يعد حرا في تقريره للحقوق والحريات بل يجب عليه التقيد بما ينص عليه الدستور والمواثيق الدولية من حيث مدى اتساق نصوصه معها حفاظا على الحقوق والحريات فإذا كانت الدولة الجزائرية قد أعلنت أن نظامها السياسي والقانوني يقوم على احترام حقوق الإنسان على الوجه المبين في

¹ خيري احمد الكباش ، المرجع ذاته ، ص 273.

² شاشوا نور الدين ، العدالة الجنائية ودورها في حماية حقوق الإنسان ، رسالة دكتوراه تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بلقايد بو بكر جامعة تلمسان ، 2015، ص 220 .

الدستور ويؤكد المؤسس الدستوري بشكل واضح على أن احترام حقوق الإنسان وحرياته هو أحد الأركان الأساسية للنظام السياسي الجزائري و أن قانونا العقابي كفل هذا الالتزام ونظم أفضل حماية قانونية له إلا أن الأمر لا يخلو من الهفوات والثغرات والتي تبين لنا ومن خلال الدراسة أن المشرع الجنائي العقابي في كثير من النصوص الجنائية العقابية لم يحترم هذه الضوابط ، فلم يلتزم المشرع العقابي الجزائري في الكثير من قواعده بثوابت النظام الجنائي منتهكا بذلك حقوق الإنسان وحرياته فنجدته يجرم أفعالا وتصرفات ليست بتلك الخطورة والتهديد والاعتداء على الحقوق والحريات وامن المجتمع فوسع من نطاق التجريم غير مراعي في ذلك لضابط الضرورة في التجريم .ولم يحترم ضابط مبدأ الشرعية في النصوص الجنائية الحامية للحقوق والحريات منتهكا بذلك أهم ضمانات للإنسان في مواجهة سياسة التجريم ويتبين ذلك من خلال عدم الالتزام بالتحديد الواضح لعناصر التكليف الجنائي في القاعدة الجنائية أو وضعه لنصوص غامضة مما يترك للسطة القضائية التحكم في تفسيرها والتوسع فيه لدرجة أنها قد تجرم أفعالا لم ينص عليها المشرع وتعاقب بعقوبات على أفعال لم يقصد المشرع العقاب عليها على ضوء ما بيناه في دراستنا.

لم يحترم المشرع أهم ضابط من ضوابط الشرعية المتصلة بالعقوبة وهو ضابط شخصية العقوبة ونص على عقوبات تطبق على أشخاص لم يقوموا بالفعل المجرم ولم يساهموا فيه منتهكا بهذا أهم مبدأ وضمانة للحقوق والحريات في تطبيق العقوبة ، ولما كان هدف الدراسة وضع تشريعنا العقابي في ميزان حماية الحقوق والحريات كان من الواجب أن نبرز مكامن النقص والغموض التي وقع فيها المشرع الجنائي العقابي ومن اجل ذلك نولي بعض الاقتراحات نوجزها على النحو الآتي :

1. على المشرع الجنائي العقابي تكريس حماية الحقوق والحريات بصفة واضحة و دقيقة بحيث أن يحتكم ويعمل بفلسفة المذهب الفردي الحر الذي لعب دورا كبيرا في تطبيق مبادئ الديمقراطية الحديثة التي ساهمت في إحداث نهضة حقوقية عندما أكد على أن حقوق الأفراد مقدسة ومطلقة لا يجوز المساس بها ولا يحد منها إلا حق الغير .

2. يجب على المشرع الجنائي العقابي أن يلتزم بتحديد شق التكليف بدرجة كافية وبصياغة منضبطة في كلماتها يستبعد معها كل تحكم في تفسيرها أو غموض في تأويلها

وان لا يكتفي بالنص على أن سلوكا ما مجرما بدون تحديد أركانه المادية والمعنوية ، وبالتالي يجب إعادة النظر في بعض المواد المجرمة في قانون العقوبات مثل المادة 274 و334 و336 و387 و144 مكرر2.

3. على المشرع أن لا يكتفي بالنص التقليدي لمبدأ الشرعية " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير امن بغير قانون " و يجب عليه أن يذهب في إقراره إلى بعده التطبيقي وأن يحذو حذو المشرع الجنائي الفرنسي والذي عدل من صياغة المادة التي تحكم المبدأ والتي أصبحت على النحو الآتي " لا احد يعاقب من اجل جنائية أو جنحة لا تكون عناصرها محددة بالقانون ولا من اجل مخالفة لا تكون عناصرها محددة بالتنظيم " المادة 3/111 قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

4. يجب على المشرع أن يلغي كل العقوبات المحظورة التي تخالف قواعد الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ذات المصدر الدولي مثل عقوبة الحبس المنصوص عليها في المادة 376 من قانون العقوبات.

5. على المشرع أن يحترم أهم مبدأ في تطبيق العقوبة وهو مبدأ شخصية العقوبة والذي رفعه المؤسس الدستوري الى المبادئ الدستورية وإلغاء الانتهاك الخطير لهذا المبدأ عن طريق الاعتراف بالمسؤولية الجزائية عن فعل الغير في الكثير من النصوص وتطبيق العقوبة على شخص غير شخص الفاعل أو المساهم ، أو إلحاق المسؤولية الجنائية عن فعل الغير بالمسؤولية عن الجرائم غير العمدية بالتركيز على الخطأ الشخصي للمتبع عن أعمال تابعه.

6. يجب على المشرع أن يحترم ويتقيد بالضوابط في تنظيمه للحقوق والحريات ذات المصدر الدولي فلا يجب أن يضعف من تلك الحقوق ويعمل على فرض قيود تعسفية تنال من جوهر الحق والحرية ويتضح ذلك في الإخلال بالحق في اعتناق آراء دون تدخل وحرية التعبير واستخدامه لعبارات مرنة ذات معاني متعددة في مجال التجريم والعقاب مثل جرائم الاهانة والقذف والسب ..المواد 296 ، 297 ، 144 ..والجرائم التي تقع بواسطة الصحف ، فيجب أن يلتزم بالمعايير الدولية ويزيل كل لبس في اللفظ والمعنى لكي لا يتوسع في تطبيقها لتصل إلى إهدار الحق في حد ذاته .

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

أ- الاتفاقيات:

- 1- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة ، بتاريخ 16 ديسمبر 1966 ودخلت حيز النفاذ في 23 مارس 1976. المصادق عليه من الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89. 16/05/1989 ، الجريدة الرسمية عدد 20، بتاريخ 17/05/1989.
- 2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .المعتمد والمنشر بموجب قرار الجمعية العامة 1963 الجريدة الرسمية رقم 64 مؤرخة في 10 سبتمبر 1963.للالأم المتحدة 217000 المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من الدستور .

ب - القوانين:

- 1- الأمر رقم 75-26 مؤرخ في 17 ربيع الثاني 1395 الموافق 29 ابريل 1975 الخاص بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول الجريدة الرسمية عدد 37 سنة 1975.
- 2- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ، الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ونشر في الجريدة الرسمية رقم 49 بتاريخ 10 يونيو 1966 .
- 3 - قانون عضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام الصادر بتاريخ 12 جانفي 2012 الجريدة الرسمية رقم 02 سنة 2012.
- 4- القانون العضوي رقم 16/18 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية ، الجريدة الرسمية عدد 54، تاريخ 2018/09/05.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

- 1- احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري ، الطبعة الثانية ، دار الشروق للنشر ، القاهرة مصر ، 2002 .
- 2- احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، الطبعة الثانية ، دار الشروق للنشر ، القاهرة مصر ، 2000 .
- 3- احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية ، الطبعة العاشرة ، ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2016.
- 4- احمد فتحي مهنسي ، الجرائم في الفقه الإسلامي ، الطبعة الرابعة الأولى ، دار الشروق القاهرة ، 1981 .
- 5- احمد فتحي مهنسي ، الساسة الجنائية في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية ، دار الشروق ، القاهرة ، 1988،
- 6- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، الطبعة الثامنة ، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008

7- بيار ماري دو بوي، قابلية الاتفاقية الدولية للتطبيق المباشر، القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، ترجمة محمد عرب صا صيلا وسليم حداد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان 2008،

جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار العلم للجميع، بيروت لبنان، دون سنة نشر.

8- سعيد علي ألقططي، الشروط العامة والخاصة للتشريعات الجنائية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة مصر، 2016.

9- عبد الله اوهاييبة، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، مطبعة الكاهنة، الجزائر 2003.
10- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الاول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

11- عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي، الجزء الأول، دار الكتاب العربية، الرياض، بدون سنة النشر
12- منصور رحمانى، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابه الجزائر. 2006.

13- محمد طلبة، ديوان الجنايات، الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1982.
14- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المجلد الاول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، دون سنة نشر.
15- نجيبى جمال، جرائم الآداب والفسوق والدعارة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2016.

ب- الرسائل الجامعية:

1- خيري احمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية مصر، 2001.
2- شاشوا نور الدين، العدالة الجنائية ودورها في حماية حقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلقايد بو بكر جامعة تلمسان الجزائر، 2015.

ج- المقالات في المجلات:

1- بو طيب بن ناصر، "تطور الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية في الجزائر"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة قاصدي مرباح بورقلة، الجزائر، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2015.
2- قارة شاكر، "تأثير الدفع بعدم دستورية القوانين على سير المحاكمة، مجلة المحامي، منظمة المحامين سطيف، الجزائر، العدد 32، جوان 2019.