

ضوابط الاجتهاد القضائي الجزائري بين النظرية والتطبيق

The penal jurisprudence controls between theory and practice

.بوعزة مصطفى

* يوسف محمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أستاذ محاضر ب كلية الحقوق والعلوم السياسية

بجامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

بجامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

Mohammed.yousfi@univ-mosta.dz

تاريخ النشر: 2022/01/25

تاريخ القبول: 2021/02/04

تاريخ الارسال: 2020/10/28

ملخص:

ونظرا للدور الذي تلعبه المحكمة العليا في توحيد الاجتهاد القضائي، هو حتى لا تكون هناك اختلافات في تطبيق القانون، كون أن الدستور حول لهذه الهيئة توحيد النظرة القانونية بخصوص النصوص التي يوجد فيها فراغ أو لبس وذلك إلى غاية ظهور قانون يسنه المشرع.

فالاجتهاد القضائي كفيل بتطوير القانون. من خلاله يمكن تجديد الحلول القانونية التي تسمح بمسايرة المستجدات بالإضافة إلى ذلك قد فرض الاجتهاد القضائي الجزائري نفسه بشكل تدريجيا على المشرع. ومع التسليم إلى أن الاجتهاد القضائي الجزائري على وجه التحديد، يبقى يحظى بتأييد البعض ومعارضة قوية من البعض الآخر.

كما أن للاجتهاد القضائي ضوابط منها إجرائية وأخرى موضوعية، يجب احترامها حتى لا يصبح مصوغ لدى البعض للخروج على النص القانوني.

كلمات مفتاحية: الاجتهاد القضائي الجزائري. الضوابط الاجرائية والموضوعية. المحكمة العليا. التشريع الجزائري

*المؤلف المرسل: يوسف محمد

Abstract:

Given the role that the Supreme Court plays in unifying the jurisprudence, it is so that there are no differences in the application of the law, since the constitution authorizes this body to unify the legal view regarding texts in which there is a vacuum or ambiguity, until the emergence of a law enacted by the legislator.

Judicial jurisprudence guarantees the development of the law. Through it, legal solutions that allow to keep pace with developments can be renewed in addition to that, the criminal judicial jurisprudence has gradually imposed itself on the legislator. With the recognition that the criminal judicial jurisprudence in particular, remains supported by some and strong opposition from some. The other.

Likewise, the jurisprudence has some procedural and substantive controls that must be respected so that it is not formulated by some to break the *legal text*

.Keywords: Legal jurisprudence. Procedural and substantive controls. The Supreme Court. Criminal legislation.

المقدمة:

القاضي كان في وقت سابق قبل صدور دستور 1989، ممنوعاً من الاجتهاد، وكان مجبراً في حال ما تبين له وجود فراغ قانوني في نص معين عليه اللجوء إلى المشرع في إجراء يصطلح عليه (الاستعجال التشريعي).

غير أن ذلك كان سبباً في تعطيل الفصل في النزاعات القانونية، ليتم بعد ذلك التخلي عن هذا الإجراء بعد صدور دستور 1989، الذي كرس مبدأ استقلالية القضاء وسلطة الاجتهاد القضائي، وخاصة بعد تأسيس المحكمة العليا.

ونظراً للدور الذي تلعبه المحكمة العليا في توحيد الاجتهاد القضائي، هو حتى لا تكون هناك اختلافات في تطبيق القانون، كون أن الدستور حول لهذه الهيئة توحيد النظرة القانونية بخصوص النصوص التي يوجد فيها فراغ أو لبس وذلك إلى غاية ظهور قانون يسنه المشرع.

وأنه هناك دور متمامي للاجتهاد القضائي، الذي يلجأ إليه القاضي خلال الفصل في النزاعات، عند تفسير نص قانوني يشوبه الغموض أو يكتنفه الفراغ.

والاجتهاد القضائي كفيل بتطوير القانون. من خلاله يمكن تجديد الحلول القانونية التي تسمح بمسايرة المستجدات وهي الحقيقة التي فرضت نفسها تدريجيا على المشرع الجزائري.

وتجدر الإشارة إلى أن الاجتهاد القانوني، يبقى يحظى بتأييد البعض ومعارضة البعض. كما أن للاجتهاد القضائي ضوابط منها إجرائية وأخرى موضوعية. والأشكال المطروح فيما تكمل ضوابط الاجتهاد القضائي الجزائري؟
لحل هذه الإشكالية اتبعنا الخطة التالية:

المبحث الأول: الضوابط الإجرائية:

المطلب الأول: صفة القاضي.

المطلب الثاني: الرخصة الدستورية والقانونية لممارسة الاجتهاد القضائي.

المطلب الثالث: انعقاد الخصومة القضائية الجزائرية.

المبحث الثاني: الضوابط الموضوعية:

المطلب الأول: عدم جواز اجتهاد قضائي مع النص القانوني الواضح والكامل.

المطلب الثاني: وجوب الاجتهاد القضائي في صالح المتهم.

المطلب الثالث: نطاق الاجتهاد.

الخاتمة:

المبحث الأول: الضوابط الإجرائية

المطلب الأول: أهلية وصفة، وشخصية القاضي.

يقتضي سن اجتهاد قضائي جزائي صحيح، وسليم، ومقبول أن يكون مصدره له أهلية وصفة القاضي.

بالنسبة لأهلية القاضي: وهو أن تتوافر في الشخص المؤهلات العلمية الكافية واللازمة التي يشترطها الدستور والقانون، ليكون أهلا لممارسة هذا التكليف، بان يكون حاصلًا على شهادة الليسانس في القانون والحقوق، وشهادة مهنية للممارسة مهمة قاضي. وتوافر هاتين الشهادتين، تشهدان على أن المعني قد اكتسب الكثير من المعارف القانونية، والقضائية أثناء التكوين النظري، والخبرات العملية أثناء التكوين التطبيقي أو التربص الميداني. تجعله قادرا ووثقا من نفسه، من أداء هذه المهمة الخطيرة، وتزرع في الرأي العام الشعور بالاطمئنان والثقة في كفاءة وعدالة القاضي.

وتصح الإشارة ، أن شهادة الليسانس في القانون ، لا تطرح أي إشكال في الجزائر ، لأن الإشراف عليها هو من اختصاص السلطة التنفيذية المتمثلة في وزارة البحث العلمي و التعليم العالي، ولكن دبلوم قاضي، يطرح إشكالا كبير و عويص جدا، و هو أن الجهة المشرفة عليه، هي السلطة التنفيذية وزارة العدل، والمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري وهي المدرسة العليا للقضاء، لأن المادة 35 من القانون العضوي رقم 11-04 نصت على أنه يحول المعهد الوطني للقضاء إلى مدرسة عليا للقضاء، تكلف تحت سلطة وزير العدل، بالتكوين القاعدي للطلبة القضاة، والتكوين المستمر للقضاة العاملين. ونصت المادة 36 منه أنه تنظم المدرسة العليا للقضاء، تحت مسؤوليتها مسابقات وطنية لتوظيف الطلبة القضاة. وأكدت المادة 38 من نفس القانون على أنه يوظف القضاة من بين حاملي شهادات المدرسة العليا للقضاء.

ومن غير المنطق أن تتولى السلطة التنفيذية والإدارة تكوين السلطة القضائية، وهنا يتعين أن يسند تكوين القضاة ومنح دبلوم قاضي، على السلطة القضائية المستقلة وأن تكون المدرسة العليا للقضاء، جهاز تابع للمحكمة العليا ومجلس الدولة، باعتبارهما أعلى هيئات في الهرم السلطة القضائية، ولا ينبغي أن تكون إدارة تابعة للسلطة التنفيذية، لأن في ذلك مساس بمبدأ استقلالية القضاء.

وهذه النقطة المهمة جدا، لم تراعى في الجزائر عقب استقلالها مباشرة سنة 1962، كون أنه عرفت الجزائر فراغ كبير في القضاة، لأن القضاة السابقين في العهد الفرنسي كانوا كلهم فرنسيين، ولم يكن يسمح للجزائريين باعتبارهم مواطنين من الدرجة الثانية ممارسة السلطات بما فيها السلطة القضائية، وبعد الاستقلال لم يراعى معيار أهلية القاضي، وتم تعيين طيلة فترة 10 سنوات ما بين 1962 و 1972 كتاب ضبط، لممارسة تكليف قاضي، أي شكليا قضاة، ومنعدي كفاءة قضاة، لكونهم مجرد كتاب ضبط. وارتكبوا أخطاء فادحة، وكوارث لا يحمد عقباه، وتم خرق مبدأ الشخص المناسب في المكان المناسب، لأن (القاضي الجاهل أخطر من القاضي الكفى ولو كان هذا الأخير ظالم أو مرتشي).

وما يثير المسألة أكثر تعقيدا وهو نظام المحلفين في محكمة الجنايات الابتدائية ومحكمة الجنايات الاستئنافية، وكلاهما تتكون من 04 محلفين شعبيين، وهؤلاء ليس لهم أهلية قاضي، وأنهم يصوتون بأن المتهم مذنب، بنعم أم لا، وصوتهم هو الغالب على

القضاة الذين لهم أهلية قاضي، في محكمة الجنايات التي تشكل من 07 أعضاء. وبالتالي فكيف يعقل ان محكمة الجنايات، يمكنها الاجتهاد في ظل وجود هذا المحلفين؟ إذن لصحة الاجتهاد القضائي، أهلية القاضي تثبتها شهادتين، شهادة اليسانس في القانون، ودبلوم قاضي من هيئة مستقلة عن السلطة التنفيذية¹.

. بالنسبة لصفة القاضي: وهي ذلك الإجراء الشكلي والرسي والنشر القانوني، وهي وثيقة رسمية صادرة عن جهاز رسي في الدولة، يعترف بصفة القاضي، لشخص محدد بذاته، ومنشور في الجريدة الرسمية، وتصبح هذه الصفة نافذة بعد مرور 24 ساعة من نشر الاعتراف الرسمي لصفة القاضي، للشخص المحدد بذاته في الجريدة الرسمية، وفي الجزائر يكتسب الشخص صفة القاضي، بموجب مرسوم رئاسي صادر من رئيس الجمهورية يتضمن تعيين المعني بصفته قاضي، ومنشور في الجريدة الرسمية. لأن المادة 92 الفقرة رقم 8 من الدستور نصت على أن يعين رئيس الجمهورية

القضاة. والقانون العضوي رقم 11-04 المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء نصت المادة 03 منه على أنه يعين القضاة بموجب مرسوم رئاسي، بناء على اقتراح وزير العدل، بعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء ونصت المادة 39 من نفس القانون على أنه يعين الطلبة القضاة المتحصلون على شهادة المدرسة العليا للقضاء بصفتهم قضاة طبقاً لأحكام المادة 03 من هذا القانون العضوي.

ومع ذلك فإن هذه الطريقة أي طريقة منح صفة القاضي، وسحبها بموجب مرسوم رئاسي صادر عن رئيس السلطة التنفيذية الذي هو رئيس الجمهورية، منتقدة من السادة القضاة الجزائريين، كونها تعتبر في نظرهم خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وتدخل السلطة التنفيذية في منح صفة القاضي².

وفي سحبها بموجب مراسيم رئاسية، ومساس بحقوق الانسان والحريات العامة، لأن استقلالية القضاة، هي ليست امتياز لهم، ولكنها ضمانة للحقوق والحريات العامة. ولتحقيق المثالية واحترام استقلالية القضاء، أن يكون الرئيس الأول للمحكمة العليا، والرئيس الأول لمجلس الدولة منتخبان من طرف زملائهم القضاة، وليس معينين من طرف رئيس الجمهورية، وأن تنشر نتائج انتخابهم في الجريدة الرسمية وأن يتولى الرئيس الأول للمحكمة العليا المنتخب، تعيين جميع قضاة القضاء العادي، بموجب قرار قضائي غير قابل لأي طعن، وأن يتولى الرئيس الأول لمجلس الدولة تعيين جميع قضاة القضاء

الإداري بقرار قضائي إداري غير قابل لأي طعن وتنشر هذه القرارات القضائية المتضمنة تعيين القضاة بالجريدة الرسمية.

بالنسبة لشخصية القاضي: أن يكون المكلف بعمل القاضي، يمتلك شخصية قوية ونفسية قاضي نزيه، مستقل، ولا يملك أي ولاء معنوي أو تحيز أو واجب الطاعة والتبعية للسلطة التنفيذية، أو توجه سياسي أو حزبي، بل يخضع فقط لله عز وجل ولعقله وضميره، وللقانون ومبادئ العدالة، واستقلالية القضاء، والحريات العامة وحقوق الإنسان، وقرينة البراءة.

وأثرنا هذه النقطة لأن هناك طائفة من القضاة، عينت في فترة زمنية ما بين سنة 1972 إلى سنة 1989، وهم قضاة خرجي المدرسة الوطنية للإدارة، ليس لهم شهادات ليسانس قانون، بل لهم فقط بكالوريا و04 سنوات تكوين متوجين بدبلوم قاضي، ولم يدرسوا في مدرستهم مبادئ حقوق الإنسان والحريات العامة، لأن الجزائر في تلك الفترة لم تكن وقعت على معاهدات حقوق الإنسان والحريات العامة إلى بعد سنة 1989، كل ما تعلموه في مدرستهم هو واجب الطاعة والولاء، والتبعية والإذعان، للسلطة التنفيذية والحزب الواحد جبهة التحرير الوطني، وهذه الطائفة لا تزال حاليا تشغل مناصب حساسة في السلطة القضائية، رؤساء مجالس ونواب عامون، ورؤساء غرف بالمجالس وقضاة بالمحكمة العليا. لا يقبلون ولا يتقبلون فكرة أنهم سلطة قضائية مستقلة، وغالب أعمالهم تصدر ولو ضمنيا تنفيذا لتعليمات وزارة العدل السلطة التنفيذية. يفضلون تطبيق تعليمات السلطة التنفيذية على حساب القانون وحقوق الإنسان والحريات العامة. شكليا هم قضاة، ولكن شخصيا ونفسيا، هم إداريون تبيعون وليسوا بقضاة يطلق عليهم تسمية قضاة دولة (السلطة التنفيذية)، وليس قضاة السلطة القضائية لهم عقدة سيئة اتجاه الجيل الجديد للقضاة ما بعد سنة 1990، الحاصلين على ليسانس قانون ودبلوم قاضي من المدرسة العليا للقضاء المتشبعين بأفكار استقلالية القضاء، وحقوق الإنسان والحريات العامة وقرينة البراءة. ويعتبرون الجيل الجديد للقضاة، جيل غير مرغوب فيه. وهم يسعون إلى العودة إلى النظام القديم، وذلك بإلغاء المدرسة العليا للقضاء، وتكليف المدرسة الوطنية للإدارة، بتكوين قضاة من نوعهم التبيعون، بحسب المعايير والشروط التي كانت سائدة في فترة ما بين 1972 إلى 1989.

المطلب الثاني: الرخصة الدستورية والقانونية لممارسة الاجتهاد القضائي.

حتى يمكن للقاضي الاجتهاد، لا بد أن يكون لديه رخصة دستورية ورخصة قانونية. بالنسبة للرخصة الدستورية: في الجزائر منحها الدستور بموجب المادة 171 الناصة على أنه تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. تضمن المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون. وهنا فإنه بمفهوم مخالفة هذا النص أن الاجتهادات القضائية تصدر من المجالس القضائية والمحاكم، حتى تتمكن المحكمة العليا توحيدها في حالة اختلافها. كما أن هذا النص الدستوري لم يشترط عدد معين من غرف المحكمة العليا، لسن توحيد الاجتهاد القضائي، لم يشترط صدوره من الغرفة المجتمعة أو من الغرفة المختلطة، وبالتالي فإنه يصح سن اجتهاد قضائي أو توحيد من غرفة واحدة فقط من غرف المحكمة العليا. والمحكمة العليا عند ممارسة سلطتها في توحيد الاجتهادات القضائية الصادرة عن مختلف المحاكم والمجالس القضائية لها ضوابط مصدرها العقل والمنطق وهي:

إذا كان هناك حل قضائي اعتمده غالبية الساحقة للجهات القضائية تبحث المحكمة العليا عن الحل القضائي الذي اعتمده الغالبية الساحقة للمجالس والمحاكم، وتعتمده وتعممه، وتستبعد باقي الحلول القضائية التي اعتمدها الأقلية للجهات القضائية. إذا كان هناك اختلاف، متعادل، في الحلول القضائية المعتمدة من مجالس قضائية ومحاكم، هنا المحكمة العليا لها أحد الطريقتين:

إما أن تعتمد أحد الحلول القضائية، وتعممه وتستبعد باقي الحلول.

وإما تستبعد كل هذه الحلول القضائية المختلفة والمتعادلة، وتجهد بسن حل قضائي خاص بها. وتعممه.³

. بالنسبة للرخصة القانونية: حسب القانون العضوي رقم 12/11 بتاريخ 2011/07/26 يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها. المادة 18 زيادة على الحالة المذكورة أعلاه تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي. وتنعقد الغرف المجتمعة بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا، وذلك بمبادرة منه أو بناء على اقتراح من رئيس إحدى الغرف. وحسب المادة 19 تشكل الغرفة المجتمعة التي يرأسها الرئيس الأول، نائب رئيس، رؤساء الغرف،

رؤساء الأقسام، عميد المستشارين بكل غرفة، المستشار المقرر ولا يمكنها الفصل إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل. وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات، وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.

هذا النص هو رخصة قانونية لممارسة الاجتهاد القضائي جديد، يغير في اجتهاد قضائي سابق. وبالتالي المشرع في هذا القانون العضوي الذي يعتبر قانونا مكملا للدستور، اشترط في الرجوع عن اجتهاد قضائي سابق، ان يصدر قرار الرجوع من الغرف المجتمعة، بمعنى سن اجتهاد قضائي جديد لم يكن هناك اجتهاد قضائي قبله يمكن أن يصدر من غرفة واحدة من غرف المحكمة العليا، أما التراجع عنه، لا يكون إلا بقرار من الغرف المجتمعة⁴.

المطلب الثالث: انعقاد الخصومة القضائية الجزائرية.

لا يمكن للقاضي الجزائري الاجتهاد، خارج خصومة قضائية جزائية غير منعقدة، والخصومة القضائية الجزائرية، تنعقد إما في نزا في الموضوع، أمام جهات القضاء العادي محكمة عادية الدرجة الأولى سواء، قاضي التحقيق، قسم المخالفات أو قسم الجرح، أو قسم الأحداث، أو المجلس القضائي الغرفة الجزائرية أو غرفة الأحداث، غرفة الاتهام، أو أمام جهات القضاء الاستثنائي محكمة الجنايات الابتدائية، أو محكمة الجنايات الاستئنافية أو المحكمة العسكرية الابتدائية. أو المجلس العسكري الاستئنافي. أو نزاع في القانون، في مرحلة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في الأحكام والقرارات السالف ذكرها. ولكي نكون أمام خصومة جزائية منعقدة ينبغي ما يلي:

تنعقد الخصومة الجزائرية أمام قاضي التحقيق، بمثل المتهم أمامه، وإحاطته علما بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه حسب المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائرية.

تنعقد الخصومة القضائية أمام غرفة الاتهام بالمجلس القضائي، بتوصل الطرف المستأنف عليه في أمر من أوامر قاضي التحقيق، أو في حالة إرسال المستندات إليها من قاضي التحقيق بخصوص الجنايات، بالاستدعاء من غرفة الاتهام للمعني لتقديم مذكرات جوابية، أو مذكرات ملاحظات حول ما توصل إليه قاضي التحقيق من قرارات. طبقا للمادة 182 من قانون الإجراءات الجزائرية.

تنعقد الخصومة القضائية أمام قسم المخالفات، إما بتوصل المتهم بتكليف النيابة له بالحضور للجلسة، أو بتوصل المتهم بتكليف المباشر من الضحية له بالحضور للجلسة، أو بتوصل المتهم بقرار قاضي التحقيق أو قرار غرفة الاتهام، بإحالاته للمحاكمة. المواد 164-165-196-334-335-337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

تنعقد الخصومة القضائية أمام قسم الجنج، إما بتوصل المتهم بتكليف النيابة له بالحضور للجلسة، أو بتوصل المتهم بتكليف المباشر من الضحية له بالحضور للجلسة، أو بتوصل المتهم بقرار قاضي التحقيق أو قرار غرفة الاتهام بإحالاته للمحاكمة، أو بموجب إجراءات المثلث الفوري المواد 164-165-196-334-335-337 مكرر -339 مكرر وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية.

تنعقد الخصومة الجزائية أمام قسم الأحداث كقاضي تحقيق، بتقديم الحدث ومسؤوله المدني أمام قاضي الأحداث المحقق. طبقا للمادة 68 من قانون 15-12 المؤرخ في 15-07-2015 المتعلق بحماية الطفل بقولها، يخطر قاضي الأحداث الطفل وممثله الشرعي بالمتابعة.

تنعقد الخصومة الجزائية أمام قسم الأحداث كقاضي حكم، في غياب نص خاص في قانون 15-12 المؤرخ في 15-07-2015 المتعلق بحماية الطفل، وفقا للأحكام العامة لقانون الإجراءات الجزائية بتوصل الحدث ومسؤوله المدني بتكليف النيابة له بالحضور للجلسة طبقا للمواد 333-334-335.

تنعقد الخصومة الجزائية أمام الغرفة الجزائية وغرفة الأحداث بالمجلس القضائي، بتوصل المتهم بتبليغ النائب العام له بالاستئناف المرفوع، طبقا للمادة 424 من قانون الإجراءات الجزائية.

تنعقد الخصومة الجزائية أمام محكم الجنايات الابتدائية، بتوصل المتهم المحبوس بقرار غرفة الاتهام، بإحالاته إلى محكم الجنايات الابتدائية، طبقا للمادة 268 من قانون الإجراءات الجزائية. وإن لم يكن محبوسا بتوصله له طبقا للمواد 439-444 من قانون الإجراءات الجزائية.

تنعقد الخصومة الجزائية أمام محكم الجنايات الاستئنافية، بتوصل المتهم بالتكليف بالحضور أمامها طبقا للمادة 322 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

باختصار شديد، أن الخصومة الجزائية، تنعقد بتوصل المتهم شخصيا أو في موطنه عن طريق أحد أفراد عائلته، بالعلم بوجود نزاع جزائي قائم ضده، أطرافا وموضوعا ومكانا وزمانا.⁵

المبحث الثاني: الضوابط الموضوعية

المطلب الأول: عدم جواز اجتهاد قضائي مع النص القانوني الواضح والكامل.

وذلك احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات، وعدم تدخل القضاء بوجه عام والقضاء الجزائي بوجه خاص في أعمال السلطة التشريعية، وهذا الضابط محمي قانونا بقاعدة قانونية في قانون العقوبات القسم السابع بعنوان تجاوز السلطات القضائية لحدودها المادة 116 بقولها، يعاقب بالسجن المؤقت مرتكبو جريمة الخيانة، من خمس إلى عشرة سنوات.

القضاة الذين يتدخلون في أعمال الوظيفة التشريعية سواء بإصدار قرارات تتضمن نصوص تشريعية، أو بمنع وقف تنفيذ قانون أو أكثر بالمداولة لمعرفة ما إذا كانت القوانين ستُنشر أو تنفذ.

وعبارة (بإصدار قرارات تتضمن نصوص تشريعية) هي المقصود منها الاجتهاد القضائي مع نص قانوني واضح وكامل.

وكذلك هذه القاعدة محمية بنص المادة 530 من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بالطعن لصالح القانون، بقولها إذا وصل لعلم النائب العام لدى المحكمة العليا صدور حكم نهائي من محكمة أو مجلس قضائي وكان هذا الحكم مخالفا للقانون أو لقواعد إجراءات جوهرية ومع ذلك لم يطعن فيه أحد من الخصوم بالنقض في الميعاد المقرر فله أن يعرض الأمر بعريضة على المحكمة العليا.

وفي حالة نقض ذلك الحكم فلا يجوز للخصوم التمسك بالحكم الصادر من المحكمة العليا للتخلص مما قضي به الحكم المنقوض.

وإذا رفع النائب العام إلى المحكمة العليا بناء على تعليمات وزير العدل أعمالا قضائية أو أحكاما صادرة من المحاكم أو المجالس القضائية مخالفة للقانون جاز للمحكمة العليا القضاء ببطلانها.

فإذا صدر حكم البطلان استفادة منه المحكوم عليه ولكنه لا يؤثر على الحقوق

المدنية.

والمقصود من هذه المادة 530، (حكم أو قرار) قضائي نهائي مخالف للقانون، وهو اجتهاد قضائي مع نص قانوني واضح وكامل.

ولكن يصح الاجتهاد القضائي مع نص غير واضح، أو غير كامل.

و مثال الاجتهاد القضائي الفاسد الصادرة مع نص قانوني واضح و كامل، قرار غرفة الجناح بالمحكمة العليا سنة 1982، الذي اعتبر أن جريمة التزوير، لا يبدأ حساب تقادم الدعوى العمومية فيها إلا من تاريخ إكتشاف التزوير، والنص القانوني في الإجراءات الجزائية، الذي جاء عاما و مجردا، ولم يقدم أي استثناءات، نص على أن بداية حساب تقادم الدعوى العمومية من تاريخ ارتكاب الجريمة سواء مخالفة أو جنحة أو جناية. وهذه الغرفة اجتهدت في مع نص قانوني واضح و كامل، و في غير صالح المتهم. وهذا الاجتهاد الفاسد يدل على عدم كفاءة القضاة المصدرين له ، كونهم كانوا كتاب ضبط في المرحلة الاستعمارية سبق لنا شرحهم في المطلب الأول :بالنسبة للاجتهاد القضائي الجزائري في غياب نص قانوني جزائي

بالنسبة لغياب نص قانون عقوبات (التجريم والعقاب): ليس للقاضي الجزائري أي اجتهاد، لأن غياب نص قانوني موضوعي جزائي، يعني أن السلوك هو غير مجرم وغير معاقب عليه، وإذا حاول القاضي الجزائري الاجتهاد في غياب نص قانوني جزائي هذا يعني أنه سيجتهد بتجريم وعقاب عن سلوك لم يجرمه ولم يعاقب عليه المشرع، وبالتالي فهو خرق لمبدأ الشرعية، الذي كرسته المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون. وهذا الاجتهاد هو جريمة تدخل في أعمال السلطة التشريعية المنصوص عليها في المادة 116 من قانون العقوبة السالفة الذكر في الفقرة المتقدمة.

بالنسبة لغياب نص قانوني في إجراءات الجزائية: هنا للقاضي مطلق الحرية في الاجتهاد بشرط أن يكون في صالح المتهم.⁶

. بالنسبة للنص القانوني غير الواضح:

وهو النص القانوني الذي يتضمن مصطلحات غامضة ومبهمة، ولا تعتبر من المسلمات أو البديهيات، التي لا تحتاج إلى تفسير، بل تتطلب مجهود فكري، وأبحاث ودراسات قانونية وفلسفية ولغوية، للوقوف على حقيقة هذا المصطلح، ووضع تعريف شمال وجامع ومانع له وبالتالي فإن القضاء الجزائري يجد نفسه مجبر على الاجتهاد

بتوضيحها وتفسيرها، تفسيراً منطقياً، و منحها تعريفاً قضائياً، من أمثلة ذلك مصطلح اللصوصية brigandage الذي جاءت به المادة 43 من قانون العقوبات المتعلقة بالاشتراك. واجتهدت محكمة النقض الفرنسية بتعريف هذا المصطلح على أنه سطو مسلح وهو السرقة مع حمل السلاح وهذا التعريف ينطبق على ما تضمنته المادة 351 من قانون العقوبات الجزائري.

وكذلك ما نصت عليه المادة 48 من قانون العقوبات بقولها لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها. ومصطلح قوة لا قبل له بدفعها هو مصطلح غامض، واجتهد القضاء الإداري الفرنسي، بتوضيح هذا المصطلح بمناسبة الفصل في نزاعات العقود الإدارية، على أنها كل واقعة خارجة عن إرادة المدعى عليه ولا يد له فيها جعلته يخق التزام من التزاماته القانونية أو العقدية، تشمل حادث مفاجئ، أو قوة قاهرة بفعل الطبيعية (الصاعقة، الزلازل، الفيضانات، الحر، البرودة، البرد، المطر، الغرق، الوباء، الجوع، العطش) أو بفعل إنسان كخطأ صادر من المضرور أو خطأ من الغير. واعتمد القضاء الجزائري هذا الاجتهاد القضائي الإداري عند تطبيقه المادة 48 من قانون العقوبات.

. بالنسبة للنص القانوني غير الكامل:

وهو ما يعرف بالنص المبتور، وتتحقق هذه الحالة، إذا اقتبس المشرع الوطني، نصوصاً قانونية جزائية، من مشروع جزائي أجنبي أو مقارن، وهذا الاقتباس طرأت عليه عوارض، غالباً ما هي إلا عوارض الترجمة كأن يغفل المترجم، ترجمة فقرة من فقرات النص القانوني الأجنبي، فيصدر هذا النص وهو ناقصاً في فقراته. بحيث يصبح يتضمن القاعدة العامة، دون الاستثناء، أو انه يتضمن الاستثناء، بدون قاعدة عامة، أو انه يتضمن حالات، دون أخرى، أو إغفال ركن مهم في الجريمة أو يتضمن حماية لمركز قانوني البعيد، دون المركز القانوني القريب الذي هو الأجدر بالحماية القانونية.

والقاضي إذا تبين له من طبيعة النص أنه هناك انقطاع الصلة بين فقرات هذا النص، أو عدم منطقيته. فإنه يجتهد لسد هذه الثغرات وذلك بالرجوع على المصدر الأصلي الذي اقتبس منه المشرع الوطني، والبحث فيه عن الفقرات التي أغفلها المشرع الوطني، ويطبقها في حكمه بوصفها اجتهاد منه، وليست نصوص قانون الأجنبي، لأن تصريح

القاضي في حكمه على أن هذه الفقرات من قانون أجنبي هو خرق لمبدأ سيادة القانون الوطني على القانون الأجنبي⁷.

المطلب الثاني: وجوب صدور الاجتهاد القضائي في صالح المتهم.

وهذه القاعدة مصدرها مبدأ قرينة البراءة المنصوص عليه في المادة 56 من الدستور بقولها كل شخص يُعتبر بريئاً حتى تثبت جبهة قضائية نظامية إدانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه.

وسبق وأن تضمنتها المادة 14 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية التي صادقت عليها الجزائر في شهر مارس من سنة 1989. بقولها من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً.

وتجد كذلك هذه القاعدة تفسيرها في فقه حقوق الإنسان والحريات العامة، (تبرئة مجرم خير من إدانة بريء) والحريات العامة مقدسة.

وكذلك تجد هذه القاعدة روحها في أحكام الشريعة الإسلامية، قال تعالى "إن بعض الظن إثم"⁸، "قاضيان في النار وقاضي في الجنة"⁹، "وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"¹⁰. فإذا كان شرعاً إثبات الزواج يشترط شاهدين، فإن مصلحة المتهمين بالزنا اشترط الاجتهاد القضائي الإسلامي، توافر 04 شهود عدول لإثباتها. وليس شاهدين كما هو في إثبات عقد الزواج.

وكذلك تجد هذه القاعدة منطقيتها وعقلانيتها في مبادئ العدالة، كون أن المتهم طرفاً ضعيفاً في الدعوى العمومية، والمجتمع طرفاً قوياً فيها. ومصلحة الطرف الضعيف أولى بالحماية من مصلحة الطرف القوي من طرف القاضي الجزائري. لأنه من حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيبته محل نظر منصف من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون.

كذلك مبدأ من مبادئ القانون الإداري، وهو أن القاضي بوجه عام بما فيه القاضي الجنائي، أولاً هو حامي للحقوق والحريات.

وبالتالي إذا كان مبدأ قرينة البراءة المنصوص عليه في الدستور والعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، ينتج عنه أن عبء إثبات ارتكاب الجريمة يقع على عاتق المجتمع (النيابة العامة) ويعفى المتهم من تقديم دليل براءته. تفسير الشك سواء في غموض أو إبهام أو تناقض النص القانوني الجزائري الموضوعي أو الإجرائي، أو في ضعف أدلة الإثبات الإدانة في صالح المتهم. فإنه من باب الأولي أن يتقيد القاضي عند اجتهاده في قضية جزائية، بمراعاة مصلحة المتهم،¹¹ وليس في غير مصلحته إلا اعتبر اجتهاده غير دستوري ماس بمبدأ قرينة البراءة. وماس بالحقوق وحرية المتهم المقدسة.

ومن بين حالات اجتهاد في صالح المتهم، إذا كان هناك تناقض بين النص العربي والنص الفرنسي في قانون واحد، إذا كان التكييف القانوني في النص العربي هو جنحة، والنص الفرنسي هو جنائية، يأخذ القاضي بالتكييف النص العربي لأنه أصلح للمتهم من النص الفرنسي، والعكس صحيح إذا كان التكييف القانوني في النص العربي هو جنائية، بينما في النص الفرنسي هو جنحة، يطبق القاضي النص الفرنسي.

أو إذا كان النص القانوني الجنائي مخالفا، لمعاهدة دولية، وكان هذا النص القانوني في غير صالح المتهم، والمعاهدة الدولية في صالح المتهم، يمكن للقاضي الجنائي الاجتهاد في صالح المتهم بالامتناع عن تطبيق حكم القانون، على أساس أن المعاهدات الدولية وفقا للدستور الجزائري تسموا على القانون. ومثال ذلك المادة 286 من قانون الجمارك، أُلقت على المتهم عبئ إثبات براءته، وأُعفت النيابة العامة وإدارة الجمارك من عبئ إثبات إدانة المتهم، وبالتالي فهذه المادة 286 من قانون الجمارك خرقت مبدأ قرينة البراءة المنصوص عليه في الدستور الجزائري وفي المادة 14 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية. ونفس القول بالنسبة للمادة 37 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته التي نصت كما يلي: (كل موظف عمومي لا يمكنه تقديم تبرير معقول للزيادة المعتبرة التي طرأت في ذمته المالية مقارنة بمداخيله المشروعة يعاقب بالحبس من) باستثناء هذا النص، نجده، ضمينا، يعفي النيابة من إثبات أن أضرار الموظف غير مشروع، والنيابة فقط تدعي ذلك ولا تثبت، ونجد النص يلقي على المتهم عبئ إثبات لبراءته، بإثبات عن طريق تقديم تبرير معقول للزيادة المعتبرة التي طرأت في ذمته المالية مقارنة بمداخيله المشروعة. هنا يمكن للقاضي الاجتهاد، لصالح المتهم، بفرض قرينة

البراءة المنصوص عليها في الدستور والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، واستبعاد قرينة الإدانة المنصوص عليها في المادة 37 من قانون الفساد، ويمكنه الحكم بالبراءة إذا لم تقدم النيابة هي الدليل على إذنب المتهم.¹²

المطلب الثالث: نطاق الاجتهاد.

المقصود بالنطاق الاجتهاد القضائي، وهو المجال المكاني والزمني والموضوعي، المسموح به للقضاء، الاجتهاد في نطاقه.

بالنسبة للاختصاص المكاني:

الاختصاص المكاني الدولي:

الاختصاص المكاني الدولي للقاضي الجزائري هو نفسه الاختصاص المكاني الدولي للقانون الجزائري الوطني وهو من النظام العام يثيره القاضي الجزائري الوطني من تلقاء نفسه في ظله يمكن للقاضي الجزائري الوطني الاجتهاد، أما خارجه فلا يمكنه ذلك لأنه يسبقه الحكم بعدم الاختصاص المكاني، دون حاجة على مرافعة.

القاعدة العامة: مبدأ الإقليمية وهو انه يختص القاضي الوطني في النظر في الدعوى العمومية بمناسبة جميع الجرائم التي ترتكب في الإقليم الوطني مهما كانت جنسية مرتكبيها وهذا ما أكدته المادة 13 من الدستور تُمارس سيادة الدولة على مجالها البري، ومجالها الجوي، وعلى مياهها.

كما تُمارس الدولة حقها السيّد الذي يقره القانون الدولي على كلّ منطقة من مختلف مناطق المجال البحري التي ترجع إليها. وهو المياه الإقليمية التي حددها العرف الدولي ب 12 ميل من خط الساحل الوطني. وقد نادى البروفيسور بوسلطان محمد رحمه الله، على تمديد هذه المسافة إلى أكثر من 100 ميل. لضمان كل دولة حماية لسيادتها.

وما أكدته المادة 03 من قانون العقوبات بقولها يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية، كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائرية.

والمادة 586 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها تعد مرتكبة في الإقليم الجزائري كل جريمة يكون عمل من الأعمال المميزة لأحد أركانها المكونة لها قد تم في الجزائر. وتجري المتابعة بناء على طلب النيابة العامة لمحل إقامة المتهم أو مكان آخر محل إقامة معروف له أو مكان القبض عليه.

أما الاستثناءات: كلها منصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية:

. مبدأ الشخصية:

المادة 582 : كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها من القانون الجزائري ارتكبتها جزائري في خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع ويحكم فيها في الجزائر. غير انه لا يجوز ان تجرى المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت انه حكم عليه نهائيا في الخارج وان يثبت في حالة الحكم بالإدانة انه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل على العفو عنها.

المادة 583 : كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه يجوز المتابعة من اجلها والحكم فيها في الجزائر إذا كان مرتكبا جزائريا.

ولا يجوز ان تجرى المحاكمة أو يصدر الحكم إلا بالشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 582 .

وعلاوة على ذلك فلا يجوز أن تجرى المتابعة في حالة ما إذا كانت الجنحة مرتكبة ضد أحد الأفراد إلا بناء على طلب النيابة العامة بعد أخطارها بشكوى من الشخص المضرور أو ببلاغ من سلطات القطر الذي ارتكبت الجريمة فيه.

المادة 584 : يجوز ان تجرى المتابعة أو يصدر الحكم في الحالات المنصوص عليها أنفا في المادتين 582 و583 حتى ولو لم يكن المتهم قد اكتسب الجنسية الجزائرية إلا بعد ارتكابه الجنائية أو الجنحة .

المادة 585 : كل من كان في إقليم الجمهورية شريكا في جنائية أو جنحة مرتكبة في الخارج يجوز أن يتابع من اجلها ويحكم عليه فيها بمعرفة جهات القضاء الجزائرية إذا كانت الواقعة معاقبا عليها في كلا القانونين الأجنبي والجزائري بشرط أن تكون تلك الواقعة الموصوفة بأنها جنائية أو جنحة قد ثبت ارتكابها بقراراتها من الجهة القضائية الأجنبية.

. مبدأ العينية:

المادة 588 : كل أجنبي ارتكب خارج الإقليم الجزائري بصفة فاعل أصلي أو شريك جنائية أو جنحة ضد سلامة الدولة الجزائرية أو تزييفا أو أوراق مصرفية وطنية متداولة قانونا بالجزائر تجوز متابعتها ومحاكمته وفقا لأحكام القانون الجزائري إذا ألقى القبض عليه في الجزائر أو حصلت الحكومة على تسليمه لها.

المادة 589 : لا يجوز مباشرة إجراء أية متابعة من أجل جنائية أو جنحة اقترفت في الجزائر ضد أجنبي يكون قد اثبت أنه حوكم نهائيا من أجل هذه الجنائية أو الجنحة في الخارج وأن يثبت في حالة الإدانة أنه قضى العقوبة أو تقادمت أو صدر عفو عنها.

. بالنسبة للجنايات والجنح المرتكبة على ظهر السفن والطائرات (قانون الإجراءات

الجزائية)

بالنسبة للسفن:

المادة 590 : تختص الجهات القضائية الجزائرية بالنظر في الجنايات والجنح التي ترتكب في عرض البحر على بواخر تحمل الراية الجزائرية أيا كانت جنسية مرتكبيها. وكذلك الشأن بالنسبة للجنايات والجنح التي ترتكب في ميناء بحرية جزائية على ظهر باخرة تجارية أجنبية.

بالنسبة للطائرات:

المادة 591 : تختص الجهات القضائية الجزائرية بنظر الجنايات والجنح التي ترتكب على متن طائرات جزائية أيا كانت جنسية مرتكب الجريمة.

كما أنها تختص أيضا بنظر الجنايات أو الجنح التي ترتكب على متن طائرات أجنبية إذا كان الجاني أو المجني عليه جزائري الجنسية أو إذا هبطت الطائرة بالجزائر بعد وقوع الجنائية أو الجنحة.

وتختص بنظرها المحاكم التي وقع بدائرتها هبوط الطائرة في حالة القبض على الجاني وقت هبوطها أو مكان القبض على الجاني في حالة ما إذا كان مرتكب الجريمة قد قبض عليه بالجزائر فيما بعد.

. بالنسبة للجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية:

وهي تتعلق بجرائم ضد الإنسانية، أو الإبادة الجماعية، أو جرائم الحرب أو جرائم

العدوان.

خلال مفاوضات نظام روما، حاولت الكثير من الدول جعل المحكمة ذات سلطة عالمية. لكن هذا الاقتراح فشل بسبب معارضة الولايات المتحدة. وتم التوصل إلى تفاهم يقضي بممارسة المحكمة لسلطتها فقط ضمن الظروف المحدودة التالية: إذا كان المتهم بارتكاب الجرم مواطناً لإحدى الدول الأعضاء (أو إذا قبلت دولة المتهم بمحاكمته).

إذا وقع الجرم المزعوم في أراضي دولة عضو في المحكمة (أو إذا سمحت الدولة التي وقع الجرم على أراضيها للمحكمة بالنظر في القضية). أو إذا أحيلت القضية للمحكمة من قبل مجلس الأمن.

فإذا انعقد اختصاص الإقليمي للجنايات الدولية، فإن هذه الأخيرة هي من يمكنها الاجتهاد قضائياً، ولا يمكن للقضاء الوطني الاجتهاد لأن يده غلت عن النظر والفصل في موضوعات بجرائم ضد الإنسانية، أو الإبادة الجماعية، أو جرائم الحرب أو جرائم العدوان.¹³

بالنسبة للاختصاص المكاني الداخلي:

إذا انعقد اختصاص المكاني الداخلي للقاضي الجزائري الجزائري، وفقاً للقانون، فإنه يمكنه ممارسة رخصة الاجتهاد القضائي أما إذا كان غير مختص إقليمياً، لا يمكنه الاجتهاد، لأنه مجبر قانوناً التصريح بعدم اختصاصه المكاني الداخلي.

حسب المادة 40 من قانون الإجراءات الجزائية أنه يتحدد اختصاص قاضي التحقيق محلياً بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في اقترافها، أو بمحل القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى ولو كان هذا القبض قد حصل لسبب آخر، ويجوز تمديد اختصاص المحلي لقاضي التحقيق إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى، عن طريق التنظيم، في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة العابرة الحدود الوطنية والجرائم الماسة بالأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

ونصت المادة 329 من نفس القانون أنه تختص محلياً بالنظر في الجنيحة محكمة محل الجريمة أو محل إقامة أحد المتهمين، أو شركائهم أو محل القبض عليهم ولو كان هذا القبض قد وقع لسبب آخر.

وتختص المحكمة التي ارتكبت في نطاق دائرتها المخالفة أو المحكمة الموجودة في بلد إقامة مرتكب المخالفة بالنظر في تلك المخالفة.

ويجوز تمديد الاختصاص المحلي للمحكمة إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى عن طريق التنظيم، في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بالأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

وحسب المادة 60 من قانون 02-15 المتعلق بحماية الطفل انه: يحدد الاختصاص الإقليمي لقسم الأحداث بالمحكمة التي ارتكبت الجريمة بدائرة اختصاصها أو التي بها محل إقامة أو سكن الطفل أو ممثله الشرعي أو محكمة المكان الذي عثر فيه على الطفل أو المكان الذي وضع فيه.

بالنسبة للاختصاص الزماني:

إذا كان الفعل المرتكب مجرم ومعاقب عليه في قانون قديم، وأثناء المتابعة أو قبل صدور حكم نهائي، صدر قانون جديد، ينفي عنه صفة الإجرام، القاضي في هذه الحالة لا يجتهد ن ويقضي بالبراءة.

إذا كان الفعل المرتكب مجرم ومعاقب عليه في قانون قديم، وأثناء المتابعة أو قبل صدور حكم نهائي، صدر قانون جديد لم ينفي عنه صفة الإجرام، وإنما غير من تكييفه، برفع مقدار العقوبة أو خفضها، فالقاضي في هذه الحالة يطبق القانون الأقل شدة والأصلح للمتهم، ويمكن للقاضي الاجتهاد بمراعاة باقي الضوابط الأخرى. كون المادة 02 من قانون العقوبات نصت على انه لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة.

بالنسبة للاختصاص الموضوعي:

حسب المادة الأولى من قانون العقوبات انه لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن إلا بقانون.

ويقتضي ذلك أن النص القانوني الواضح والكامل، المتضمن التجريم والعقاب، أو تدبير أمن، لا يجوز الاجتهاد معه، بخلق جرائم أخرى لم يجرمها القانون أو إلغاء صفة التجريم عن سلوكات جرمها المشرع، أو اشتراط أركان أخرى من صنع القاضي، لقيام الجريمة، لم يشترطها المشرع، أو بخلق عقوبات أخرى لم يقرها القانون، أو بإعفاء من عقوبات لم يقرر المشرع إعفاء منها. وأو بإلغاء تدبير أمن قرره المشرع، أو الإعفاء من

تدبير أمن غير مقرر قانونا. كل ذلك تحت طائلة المادة 116 من قانون العقوبات السالفة الذكر في المطلب الأول من المبحث الثاني.

لكن يجوز للقاضي الاجتهاد في مجال التجريم والعقاب والتدابير الأمن إذا كان النص القانوني الذي قرره، غامض، غير واضح، أو ناقص مبتور كما سبق لنا شرحه في المطلب الأول من المبحث الثاني.

ويجوز للقاضي الجنائي والسلطة الواسعة في الاجتهاد، في المجالات والمواضيع التي تخرج عن التجريم والعقاب، كأسباب التبرير وظروف التخفيف وموانع المسؤولية، وفي جميع الإجراءات الجزائية. مع مراعاة باقي الضوابط الأخرى السالفة الذكر.

الخاتمة:

من خلال كل ما سبق لنا ذكره فإن ضوابط الاجتهاد القضائي هي ضوابط اجرائية وضوابط موضوعية.
الضوابط الإجرائية هي:

الأهلية، الصفة و الشخصية للقاضي: أهلية القاضي أن يكون للمجتهد مؤهلات علمية ثقافية جزائية للممارسة اجتهاد قضائي جزائي، وذلك بأن يكون له ملكة في معارف القانون الجنائي والعلوم الجنائية، خاصة قانون العقوبات والقوانين المكملة له، والإجراءات الجزائية، وعلم الإجرام و علم العقاب و علم النفس الجنائي و علم الاجتماع الجنائي، وأن يكون هناك نص دستوري وقانوني يمنح للقاضي الإذن بالاجتهاد، حتى يعتبر اجتهاد القاضي اجتهادا مشروعا و دستوريا، وأن تكون الخصومة منعقدة: بحيث لا يمكن للقاضي الجزائي الاجتهاد ، خارج نزاع قضائي جزائي

الضوابط الموضوعية هي: عدم جواز اجتهاد قضائي مع النص القانوني الواضح والكامل ولكن يمكن الاجتهاد مع النص القانوني الجزائي الغامض والمبهم، لإزالة القاضي منه هذا الغموض والإبهام مع مراعاة مصلحة المتهم وإن لم يتمكن القاضي من هذه المهمة، فما عليه إلا القضاء ببراءة المتهم. كما انه يجوز له الاجتهاد مع النص الناقص أو المبتور، وذلك بالبحث عن المصدر الأصلي في القانون المقارن الاجنبي الذي أقتبس المشرع الوطني منه نصه. وتكملة النص الوطني الناقص بحكم قضائي اجتهادي دون الإشارة إلى النص القانوني المقتبس منه لتفادي مشكلة التعارض مع السيادة الوطنية.

وجوب الاجتهاد القضائي في صالح المتهم: وهذه الضابط مصدره مبدأ قرينة البراءة المنصوص عليه في المادة 56 من الدستور نطاق الاجتهاد: المقصود بالنطاق الاجتهاد القضائي، وهو المجال المكاني والزمني والموضوعي، المسموح به للقضاء، الاجتهاد في نطاقه. أما خارجهم يحكم بعدم الاختصاص المكانيين ولا يمكنه الاجتهاد. الاختصاص المكاني: ينقسم إلى اختصاص دولي واختصاص داخلي: الاختصاص الدولي: وهو: القواعد العامة:

مبدأ الإقليمية: وهو يختص القضاء الجزائري في جميع الجرائم التي ترتكب في الإقليم الجزائري مهما كانت جنسية مرتكبها. **مبدأ الشخصية:** يختص القضاء الجزائري في جميع الجرائم التي ارتكبها الجاني من جنسية جزائرية مهما كان الإقليم الذي ارتكبها فيه سواء إقليم جزائري أو إقليم دولة أجنبية. **مبدأ العينية:** يختص القضاء الجزائري في بعض الجرائم على سبيل الحصر، وهي جناية أو جنحة ضد سلامة الدولة الجزائرية أو تزيفاً أو أوراق مصرفية وطنية متداولة قانوناً بالجزائر، مهما كانت جنسية مرتكبها ولو ارتكبت في إقليم دولة أجنبية...

بالنسبة للاختصاص الزمني: إذا كان الفعل المرتكب مجرم ومعاقب عليه في قانون قديم، وأثناء المتابعة أو قبل صدور حكم نهائي، صدر قانون جديد لم ينفي عنه صفة الإجرام، وإنما غير من تكييفه، برفع مقدار العقوبة أو خفضها، فالقاضي في هذه الحالة يطبق القانون الأقل شدة والأصلح للمتهم، ويمكن للقاضي الاجتهاد بمراعاة باقي الضوابط الأخرى. كون المادة 02 من قانون العقوبات نصت على انه لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما في قانون قديم، وأثناء المتابعة أو قبل صدور حكم نهائي، صدر قانون جديد، ينفي عنه صفة الإجرام، القاضي في هذه الحالة لا يجتهد ويقضي بالبراءة. إذا كان الفعل المرتكب مجرم وكان منه أقل شدة.

بالنسبة للاختصاص الموضوعي:

حسب المادة الأولى من قانون العقوبات انه لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن إلا بقانون.

ويقضي ذلك أن النص القانوني الواضح والكامل، المتضمن التجريم والعقاب، أو تدبير أمن، لا يجوز الاجتهاد معه، بخلق جرائم أخرى لم يجرمها القانون أو إلغاء صفة التجريم عن سلوكات جرمها المشرع، أو اشتراط أركان أخرى من صنع القاضي، لقيام الجريمة، لم

يشترطها المشرع، أو بخلق عقوبات أخرى لم يقرها القانون، أو بإعفاء من عقوبات لم يقرر المشرع إعفاء منها. وأو بإلغاء تدبير أمن قرره المشرع، أو الإعفاء من تدبير أمن غير مقرر قانونا. كل ذلك تحت طائلة المادة 116 من قانون العقوبات السالفة الذكر في المطلب الأول من المبحث الثاني.

لكن يجوز للقاضي الاجتهاد في مجال التجريم والعقاب والتدابير الأمن إذا كان النص القانوني الذي قرره، غامض، غير واضح، أو ناقص مبتور كما سبق لنا شرحه في المطلب الأول من المبحث الثاني.

ويجوز للقاضي الجنائي والسلطة الواسعة في الاجتهاد، في المجالات والمواضيع التي تخرج عن التجريم والعقاب، كأسباب التبرير وظروف التخفيف وموانع المسؤولية، وفي جميع الإجراءات الجزائية. مع مراعاة باقي الضوابط الأخرى السالفة الذكر.

الهوامش:

¹ القانون العضوي رقم 11-04 المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء الجريدة الرسمية العدد 57 بتاريخ 08-09-2004 المادة 36-38-39- منه.

القانون العضوي رقم 06-17 بتاريخ 27-03-2017 المتضمن تعديل القانون العضوي رقم 11-05 بتاريخ 17-07-2005 المتضمن التنظيم القضائي. الجريدة الرسمية العدد 20 بتاريخ 29-03-2017.

قانون 07-17 بتاريخ 27-03-2017 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية. الجريدة الرسمية العدد 20 بتاريخ 29-03-2017.

² مرسوم رئاسي رقم 96-435 المؤرخ في 06-12-1996 المتضمن دستور الجزائر، المعدل و المتمم الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المادة 92.

القانون العضوي رقم 11-04 المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء الجريدة الرسمية العدد 57 بتاريخ 08-09-2004 المادة 36-39- منه.

³ مرسوم رئاسي رقم 96-435 المؤرخ في 06-12-1996 المتضمن دستور الجزائر، المعدل و المتمم الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المادة 172.

⁴ القانون العضوي رقم 12/11 بتاريخ 26/07/2011 يحدد تنظيم المحكمة العليا و عملها و اختصاصاتها. ، الجريدة الرسمية العدد 42 بتاريخ 31-07-2011. المادة 18

⁵ الأمر 66-155 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

⁶ أمر 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

أمر 66-155 المتضمن قانون إجراءات جزائية سابق ذكره.

⁷ أمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات سبق ذكره.

⁸ (الحجرات: الآية 12)

- ⁹ قال الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: «القضاة ثلاثة قاضيان في النار، وقاض في الجنة، قاض قضي بالهوى فهو في النار، وقاض قضي بغير علم فهو في النار، وقاض قضي بالحق فهو في الجنة».
- رابط المادة: <http://iswy.co/e12d0h>
- ¹⁰ الآية رقم (58) - من سورة النساء - القرآن الكريم
- ¹¹ شرح قانون الإجراءات الجزائرية الفلسطينية رقم 3 لسنة 2003 دراسة مقارنة ص 396
- ¹² دستور الجزائر سبق ذكره.
- العهد الدولي لحقوق المدنية و السياسية المصادق عليه من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16-12-1966 و
الداخل حيز التنفيذ بتاريخ 23-03-1976 ن والمصادق عليه من طرف الجزائر في شهر مارس 1989.
- قانون 02-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته الجريدة الرسمية العدد 14 بتاريخ 08-03-2006.
- ¹³ الدستور الجزائري سبق ذكره.
- قانون العقوبات الجزائري سبق ذكره.
- قانون الإجراءات الجزائرية سبق ذكره.
- نظام روما المؤسس للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998، الداخل في حيز التنفيذ سنة 2002.