

جامعة مولود معمري، تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

حدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائري

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم

تخصص: القانون

إشراف

أ. د. شربال عبد القادر

إعداد الطالب

تومي جمال

لجنة المناقشة

د. جبالي واعمر، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا

د. شربال عبد القادر، أستاذ، جامعة البليدة، مشرفا ومقررا

د. بن سعيد عمر، أستاذ، المركز الجامعي، بركة ممتحنا

د. مباركي علي، أستاذ محاضر أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنا

د. بلعسلي ويزة، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنا

د. بن سالم جمال، أستاذ محاضر أ، جامعة البليدة.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2021 / 01 / 19

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَإِنْ كَفَرْتُمْ فَأَنْتُمْ فِي يَدَيْهِمْ بِالْقِسْطِ)

إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ

صدق الله العظيم

(سورة المائدة / الآية 42)

شكر وتقدير

الحمد لله والشكر له على أن يسّر لنا إتمام هذا العمل وأتم علينا نعمه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم. أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور شربال عبد القادر الذي تفضّل مشكوراً بقبول الإشراف على هذه الرسالة، ولم يبخل علي بالنصح والإرشاد طيلة مراحل دراستي العليا، فجزاه الله عني خير الجزاء، ومتمّعه بموفور الصحة والعافية.

كما أتقدم بخالص شكري وامتناني للسادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضّلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة خاصة في هذا الظرف الصحي الذي تمرّ به البلاد "وباء كورونا"، شاكراً لهم جهودهم في مناقشة الرسالة وإثرائها، ومتمنياً لهم دوام الصحة والعافية.

كما لا يسعني من باب الوفاء ورد الجميل إلا أن أتقدم بالشكر والتقدير لكل موظفي وأساتذة كلية الحقوق بجامعة مولود معمري بتيزي وزو، ولكل أصحاب الفضل على هذا العمل، وهم كثر لا يحصّهم ذكر ولا يحصرهم عدّ، فهذا العمل العلمي المتواضع ليس إلا ثمرة لكل من أدبني وعلمني حرفاً من أساتذتي الأفاضل منذ ولوجي مقاعد الدراسة، ولكل من أمدّني بعون أو شجعتني بكلمة طيبة طيلة مساري الدراسي.

الإهداء

إلى روح الوالدين الكريمين سائلا الله أن يتغمدهما برحمته الواسعة ...
إلى الزوجة التي عاشت معي مراحل هذا البحث بكل صبر وتشجيع.
إلى أبنائي: أنس، فراس، سارة، ومحمد أمين حفظهم الله من كل سوء
ومكروه.

إلى جميع الإخوة والأصدقاء.
إلى كل الشرفاء والمخلصين في هذا الوطن.

قائمة المختصرات

أولا/المختصرات باللغة العربية:

ص	صفحة
ص ص	من الصفحة من الصفحة
ج.ر	جريدة رسمية
د.ط	دون طبعة
س	سنة
د. س. ن	دون سنة نشر
ب. د. ن	بدون دار نشر
ع عدد	
ص	صفحة
غ.ج.م	غرفة الجنج والمخالفات
غ.ج	الغرفة الجنائية
ق.إ.ج	قانون الإجراءات الجزائية الجزائري
ق.ع	قانون العقوبات

ثانيا / المختصرات باللغة الأجنبية:

AengdeApplications et éditions nouvelles de gestion et de droit des entreprises

Art Article

Bull. crim ou B.CBulletin des arrêts criminels de la Cour de Cassation

CassCour de cassation

Ch.CrimChambre criminelle

CPF Code pénale Français

CPPF Code de procédure pénale Français

EFEditions Formation Entreprise

ibid. (Ibidem) Au même endroit , même ouvrage

JORF Journal Officiel de la République Française

LGDJ Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

LITEC Librairie technique

N° Numéro

op. cit(Operecitato) Ouvrage précédent

P Page

Ppde la page jusqu'à la page

PUF Presses Universitaires de France

RDLF Revue des droit et libertés fondamentaux

RIDCRevue Internationale de Droit Comparé

RTDH Revue trimestrielle des droits de l'homme

Vol Volume

مقدمة

مقدمة

يُنشئ القانون قواعد قانونية عامة ومجردة، وهو ضرورة تفرضها حاجة الحياة إلى حد أدنى من الإستقرار الذي لا يمكن تحقيقه بمجرد وجود القواعد القانونية المنظمة لسلوك الأفراد ومراكزهم القانونية، وإنما يتوقف ذلك على مدى فاعلية هذه القواعد في الواقع الإجتماعي ذاته.

فمجرد وجود القاعدة القانونية لا يؤدي بالضرورة إلى القضاء على الظاهرة التي وُضعت القاعدة من أجلها، وتحقيق مقتضيات الحماية اللازمة من ورائها، وإنما لابد لها من فاعلية حقيقية تعاصر وجودها كقاعدة قانونية. ومشكلة الفاعلية لا تُحلُّ إلا بواسطة السلطة القضائية باعتبارها ركنا أساسيا في قانونية النظام، بل هي حامية ركائز بقائه ووجوده، فلا قانون بلا قاضي يطبقه¹.

إن ولاية القضاء هي الأساس في منشأ السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي، أيا كان المجال القانوني الذي يباشر فيه نشاطه، وبغض النظر عن النزاع الذي يتصدى له. فالسلطة التقديرية واحدة سواء تصدّى القاضي لحل نزاع مدني أو إداري أو جزائي، فطبيعة النزاع لا تؤثر على جوهر سلطة القاضي التقديرية، ويرجع ذلك إلى أن القاضي في كل الحالات يعطي الفاعلية للقاعدة القانونية التي اعترى مسارها عارض، بحيث يقوم في إطار نشاطه التقديري بإزالة ذلك العارض مستهدفا تنظيم المراكز التي تحميها القاعدة القانونية.

وتجد السلطة التقديرية للقاضي مجالا رحبا لها في نطاق الشريعة الإسلامية، وبصفة خاصة في مجال المعاملات والعقوبات الشرعية غير المقدرة أي العقوبات التعزيرية، فقد جاء في رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لقاضيه أبي موسى الأشعري: "سلام الله عليك، أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلي إليك، وانفذ إذا تبين لك... الفهم الفهم فيما تلجج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة. أعرف الأمثال والأشباه، وقس الأمور عندك واعمد إلى أقربها عند الله تعالى وأشبهها بالحق فيما تراه..."². فما ورد في هذه الرسالة من توجيهات دليل على ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في كنف الشريعة الإسلامية، سواء في مرحلة فحص الوقائع المطروحة لدى الإدلاء بها، ثم السماح بالاجتهاد فيما لا نص في الكتاب عليه ولا في السنة الشريفة، شريطة الإقتراب مما هو حق وعدل أخذا بالأمثال والأشباه.

¹ - فبهى وجدي راغب، النظرية العامة في العمل القضائي في قانون المرافعات، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص 9.

² - محمد محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، الطبعة الثانية، مكتبة المهاج، جدة، المملكة العربية السعودية، 1972، ص 5.

وفي تاريخ القضاء كله كانت هناك حركة شدّ وجذب بين القانون وحرية التصرف في التطبيق القضائي، ففي مرحلة أولى كانت الأحكام تصدر وفق ضمير القاضي وتقديره الشخصي، لا سلطان لأي قاعدة جازمة عليه، ثم انتقل الأمر في مرحلة موائية نحو التضييق من سلطات القاضي الجزائي، مما جعل الأمر يتسم بنوع من الخطورة.

لكن، بات من مسلمات العصر الحديث الإعتراف بوجود السلطة التقديرية المنوطة بالقاضي الجزائي في تطبيق القانون، بمبرر أن المشرع مهما أوتي من بعد نظرو دقة في الصياغة القانونية، فليس بإمكانه أن يحيط بكل الأنماط والصور التي يمكن أن يظهر عليها السلوك الإنساني الذي يشكل ضرراً على المصالح محل الحماية القانونية، وليس باستطاعته أن يتنبأ بكل فروض الخطورة الإجرامية الكامنة في نفسية المجرمين، ومن ثمة كان لا بد من التسليم بالسلطة التقديرية حتى في كنف الشرعية الجنائية البحتة، فضلاً عن أن طبيعة الإثبات الجنائي الهادف إلى كشف حقيقة وقائع حدثت في الماضي والبحث عن مرتكبها يأبى أن يقيد القاضي في كيفية الوصول إليها، ويترك له المجال واسعاً في اختيار الدليل وتقديره.

وهكذا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في فحص الأدلة المطروحة عليه، ووزن حقيقتها وقيمتها الثبوتية في إطار دوره الإيجابي في الدعوى بحثاً عن الحقيقة المنشودة، وفي إطار قاعدة إجرائية تخوله حرية تكوين عقيدته ضمن ما خوله القانون، وحينما يصل القاضي إلى التيقن من الإدانة ينتقل إلى تقدير أثر قاعدة التجريم عن طريق تقدير العقوبة المناسبة وفق ما استخلصه من ظروف الجريمة وشخصية مرتكبها.

وإذا كانت نظرية الإثبات هي المحور الأساسي الذي تدور حوله الخصومة الجزائية بداية من لحظة ارتكاب الجريمة إلى غاية صدور الحكم فيها، فلا يصدر هذا الحكم إلا من خلال العملية القضائية التي يمارسها القاضي الجزائي وفقاً للسلطات الممنوحة له، وأبرز هذه السلطات ما يتعلق بتقدير الدليل الموصل إلى الحقيقة التي يعلنها الحكم، هذه الحقيقة هي ثمرة بحث جاد وشاق يستلزم الدقة والتفكير الناضج، ومن هنا تبرز سلطة القاضي الجزائي في ممارسته لسلطته في إثبات الجريمة وإسنادها إلى مرتكبها، فعن طريق ممارسة القاضي لسلطته في تقدير الأدلة يتم إدراك الحقيقة التي يعلنها في حكمه.

وحتى لا يحيد القاضي عن الدور المنوط به، وضع له المشرع حدودا وألزمه بمراعاتها وعدم الخروج عنها عند ممارسته لسلطته، غير أن المشرع لم يتدخل فيما يتعلق بكيفية ممارسة القاضي لنشاطه الذهني، ولم يرسم له طريقة تفكير محددة يلتزم باتباعها، بل ترك له المجال واسعا ليستقي من الأدلة الكاشفة للحقيقة، كما ترك له حرية تقديرها ضمن قواعد الإستنتاج المنطقي، مع إحاطة هذه الحرية بضوابط واستثناءات، تشكل حدودا لسلطته التقديرية الواسعة.

كما تبرز السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال تقدير القاضي الجزائي للعقوبة، فهذه الأخيرة تمثل الصورة الأهم للجزاء الجنائي. وكما هو معلوم، فالقاضي لا يملك تجريم أي فعل لم ينص المشرع على تجريمه، كما لا يستطيع أن يفرض عقوبة غير التي حددها المشرع، تأكيداً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يعد أهم ضمانات الحرية الفردية¹. فهذه القاعدة تقتضي أن يحدد المشرع لكل جريمة عقوبتها على أساس ما يرتبه الفعل من إخلال بنظام المجتمع وخطر على مصلحته أو ما يحدثه من ضرر، مع التسليم في الآن نفسه بعجز المشرع عن تحديد العقوبة المناسبة لمرتكب الجريمة لعدم درايته بشخصيته وظروفه، ومن ثمة ترك المشرع المجال واسعا للقاضي الجزائي ومنحه سلطة الملاءمة بين التحديد التشريعي المجرد وما يُعرض عليه من حالات واقعية، ضمن حدود يتحرك فيها القاضي بحرية قصد توقيع العقوبة المناسبة.

فالمشرع عند تقديره للعقوبة يضع في ذهنه بأن العدالة تستوجب الأخذ بعين الاعتبار ظروف الجريمة، والفروق الموجودة بين المجرمين من حيث مقدار الخطيئة ومدى الإثم، فيأخذ ذلك في حسابه عند تقدير العقوبة تخفيفاً أو تشديداً وفق ضوابط معينة.

وعلى الرغم من ذلك، يبقى عمل المشرع محصوراً في إطار العمومية والتجريد، إذ لا يستطيع أن يحدّد سلفاً عقوبة كل شخص ارتكب الجريمة، فهو عند تحديد العقوبة المقررة في النص يعتمد معيار الشخص العادي ذو الظروف العادية، ويترك فرصة نظر ظروف كل مجرم وظروف كل جريمة على حدى للقاضي في إطار السلطة التقديرية الممنوحة له.

وعليه، فإذا كان النص خالياً من العقوبة امتنع على القاضي إنزال أي جزاء، وحيث يثبت تحديد عقوبة معينة لجرم معين، فلا يملك القاضي إلا أن يوقع العقوبة المحددة متقيداً بنوعها ومدتها، فأغلب التشريعات العقابية تمنح للقاضي الجزائي سلطة تقدير العقوبة بين حدين أعلى

¹ - سامح السيد جاد، مبادئ قانون العقوبات، (د.ط)، دار الوزان للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1987، ص 496.

وأدنى، كما منحته أحيانا مكنة اختيار نوع العقوبة الملائمة للحالة المعروضة عليه، فضلا عن إمكانية استخدام الظروف المخففة حتى بالنسبة للعقوبات ذات الحد الواحد، أو استعمال الظروف المشددة.

فهذه السلطة تضيق وتتسع وفقا لمنهج المشرع في بيان العقوبة المقررة للجريمة، ومن جهة أخرى فهي تجد سبب وجودها في تعدد واختلاف أشكال ارتكاب الوقائع الإجرامية، لأن هذا الاختلاف يُفضي إلى التباين في التقدير، الأمر الذي يجعل من العسير أن ينظمها المشرع بنماذج قانونية ثابتة إزاء التطور الاجتماعي المتسارع.

فمن خلال السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي في تقدير العقوبة، يقوم القاضي باستكمال عمل المشرع، حيث يجتهد القاضي في استخراج التحديد الواقعي للعقوبة إنطلاقا من التحديد التشريعي المجرد بُغية إحداث التناسب بين تجريدية التحديد وواقعيته. فالقاضي وهو يمارس سلطته التقديرية يهدف إلى إعادة التوازن الاجتماعي الذي أحدثته الجريمة بالحكم على مقترفها بما يلائمه من عقاب، ومن خلال هذه السلطة يعيد القاضي إصلاح الخلل الواقع في الحياة القانونية اعتمادا على عقوبات مناسبة تكفل المشرع بوضعها في نصوصه.

ونظرا لأهمية موضوع السلطة التقديرية المخولة للقاضي الجزائي، فقد تعرضت له بالبحث والدراسة العديد من المؤتمرات الدولية لقانون العقوبات، منها ما جاء في توصيات الدورة السابعة للمؤتمر الدولي لقانون العقوبات المنعقد بأثينا في الفترة من 09.26 إلى 1956.10.02: "أن مبدأ قانونية التجريم والعقاب لا يتعارض مع منح القضاء سلطة تقديرية واسعة لتحقيق السياسة العقابية الحديثة في تفريد العقاب، غير أن هذه السلطة التقديرية لا يجب أن تعتبر سلطة تحكمية، بل يجب أن تباشر في نطاق تنظيم قانوني يتفق مع المبادئ الأساسية التي يعتنقها التشريع. وجاء في التوصية الخامسة "يحسن أن يستعين القاضي في استعمال سلطته التقديرية بمبادئ قانونية محددة يطبقها على الحالات الموضوعية التي تعرض عليه"¹.

ولهذا، يعتبر موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائي والحدود التي تقف عندها، من المواضيع المهمة التي لا يمكن الاستغناء عنها في الدراسات الجنائية، ففي مجال الإثبات يظل هذا الموضوع محتفظا بأهميته لارتباطه بتطوُّع البشر إلى كشف الحقيقة وصبر أغوارها، وتتضاعف أهمية هذا الموضوع من خلال تطور وسائل الإثبات واعتماد المجرمين على أساليب حديثة في ارتكاب

¹ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 480.

جرائمهم، وما يشكله ذلك من عبءٍ ثقيلٍ على القاضي في كشف الحقيقة، خاصة وأن المجرم في وقتنا المعاصر أصبح يستعمل شتى الوسائل ومنها الوسائل العلمية والتكنولوجية المستحدثة للقيام بجرائمه، كما يحرص دائماً على إخفاء الأدلة التي يمكن للقاضي أن يتوصل إليها، وهو ما استوجب في المقابل استعمال وسائل علمية لمواجهة هذا النوع من الإجرام شريطة تقييدها بضوابط معينة منعاً لكل تعسف وحماية لحقوق الأفراد وحياتهم.

أما في مجال تقدير العقوبة، فإن التشريعات الحديثة جعلت من التفريد القضائي للعقوبة وسيلة عادلة في تحقيق أغراض العقوبة لتحقيق التناسب بين جسامة الفعل الإجرامي والجزاء المقابل له، ووضعت هذه التشريعات عدة وسائل تحت تصرف القاضي تمكّنه من تحقيق هذا المبدأ، وتبدو أهمية السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال، في عجز التشريع عن تحقيق تفريد عقابي عادل في النص، دون ترك المجال للقاضي لتفعيل هذا النص المجرد، وتوقيع جزاء عادل متناسب كماً ونوعاً مع الحالة المعروضة عليه، اعتماداً على ضوابط معينة لا تخرج أساساً عن ظروف الجريمة وشخصية المجرم، والتي تشكل حدوداً لهذه السلطة، فضلاً عن حدود العقوبة التي نص عليها القانون في النص المجرم ذاته، والتي لا يمكن للقاضي أن يتجاوزها إلا إن توفرت أسباب للتخفيف أو التشديد، حيث يملك القاضي في هذه الحالة تجاوز التحديد التشريعي لهذه العقوبات.

وقد تناولت عدة دراسات موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائي سواء في جانبها المتعلق بتقدير الدليل أو في جانبها المتعلق بتقدير العقوبة، كما جاءت بعض الدراسات في شكل دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، وهناك دراسات أخرى تناولت موضوع سلطة القاضي في تقدير الأدلة في شكل موضوع عادي ضمن الشروح التي تتناول الإجراءات الجزائية، والبعض من هذه الدراسات ركزت على مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي الذي يحكم الإثبات الجنائي، والبعض منها تناولت ضوابط هذا الاقتناع، ومنها ما تناولهما معاً، ولعل ذلك مرده إلى أن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على غرار قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي لم يتعرض للنظرية العامة للإثبات الجنائي، واقتصر على جانبها الإجرائي فقط، فكان لذلك تأثير على نوع الدراسات التي تناولت الموضوع. كما تناولت دراسات أخرى موضوع سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة ضمن الشروح التي تتناول قانون العقوبات أو كموضوع مستقل يتناول التفريد القضائي للعقوبة، وتناولت بعض الدراسات سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة، غير أن ما يسترعي الانتباه هو ندرة الدراسات التي تناولت حدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وفق الثنائية التي قمنا بدراستها في هذا البحث في

مجالى تقدير الأدلة و تقدير العقوبة، وهما أهم مجالين يمارس فيهما القاضي الجزائى سلطته التقديرية على مستوى التطبيق القضائى.

ومن هنا تبرز إشكالية البحث المتمثلة وهى : ما هى الحدود التى يمارس فى نطاقها القاضى الجزائى سلطته التقديرية ؟

لإعطاء الموضوع حقه من البحث والإثراء اقتضت الدراسة الاستعانة بعدة مناهج، منها المنهج التحليلى والتركيبى، على أساس أن هذه الدراسة تنطلق من نصوص تشريعية مدعمة بتطبيقات قضائية، وصولاً إليها إلى ما استهدفناه من هذا البحث الذى وجدنا فيه مجالاً لإبداء الرأى، واتخاذ موقفنا حيال العديد من الموضوعات التى أُتيح لنا التعرض لها على الصعيدين القضائى والتشريعى، وبصفة خاصة الجزائى منها، حيث أبرزنا ما اتسم به التشريع والقضاء من محاسن، وما شابهها من خلل، ولم نهمل طرح بدائل لأوجه القصور التى شابتهما.

ولما كان المنهج المقارن من أفضل المناهج لإثراء الفكر القانونى والوقوف على مواطن الضعف أو النقص فى تشريعنا الوطنى، فقد اعتمدنا عليه بإجراء مقارنة بين تشريعات مختلفة كالتشريع الفرنسى والمصرى والأردنى وغيرها من التشريعات العربية والأوروبية الأخرى، وذلك بقصد الوقوف على أوجه التشابه والاختلاف بين هذه التشريعات، وللوصول إلى أفضل النظم التى يمكن الاستفادة منها وتطبيقها فى المجال الجنائى. كما لم نهمل المنهج الجدلى فى بعض أجزاء هذا البحث عند طرحنا لموقف ونقيضه حول مسألة معينة، رغبة منا فى إبراز الجدل الفقهى والقضائى حول هذه المسألة والبحث عن الحل المرجح.

وإذا كان القاضى الجزائى يمارس سلطته التقديرية فى مجالى الإثبات والعقوبة، فقد كان من البديهي أن نقسم البحث وفق هذه الثنائية، بحيث نتناول فى الباب الأول حدود سلطة القاضى الجزائى فى مجال الإثبات، ثم نتناول فى الباب الثانى حدود السلطة التقديرية للقاضى الجزائى فى تقدير العقوبة، ثم ننهى البحث بخاتمة احتوت أهم النتائج والاقتراحات المتوصل إليها.

الباب الأول

الباب الأول

حدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال الإثبات

يعتبر الإثبات من أصعب المواضيع التي تواجه القاضي الجزائي في طريقه لتحقيق العدالة، ذلك أن المسائل الجنائية تختلف عن المسائل المدنية، فالأولى تتعلق بوقائع لها علاقة بنفسية المجرم، وهي ترجع إلى الماضي وليس بوسع القاضي أن يعاينها بنفسه زمن ارتكابها، بخلاف المسائل المدنية التي يكون محل الإثبات فيها وقائع مدنية من السهل إثباتها.

من هذا المنطلق تحظى نظرية الإثبات بأهمية بالغة في نطاق القانون الجنائي، فيستحيل قانونا إدانة شخص دون أن تثبت مساهمته في الفعل الجرمي، ودون إجتماع كافة العناصر المكونة لهذه الجريمة، بل ذهب البعض إلى القول أن نظرية الإثبات تعدّ من أخطر نظريات القانون، بل لا يوجد في القانون نظرية تضاهيها في السيطرة والشمول واضطراد التطبيق، لأنها النظرية الوحيدة التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها في كل ما يعرض عليها من القضايا¹.

إذا كانت نظرية الإثبات هي الأساس الذي تقوم عليه قواعد الإجراءات الجنائية منذ لحظة وقوع الجريمة إلى حين صدور حكم فيها من السلطة القضائية بموجب السلطات الممنوحة لها، فإن أغلب التشريعات مكّنت القاضي الجزائي من سلطة تقديرية واسعة في مجال الإثبات الجنائي، سواء فيما يتعلق بقبول الأدلة أو بتقديرها، لكن هذه السلطة ليست مطلقة أو مجردة من أي ضوابط، إنما تحكمها ضوابط وتحدّها حدود تكفل ممارستها بشكل يحقق الغاية التي وجدت من أجلها.

إن إطلاق سلطة القاضي الجزائي في الإثبات من غير ضوابط أو ضمانات تحكمها قد يعصف بالحريات الأساسية للأفراد، وينتهي بها إلى عدم توازن بين المتهم والمجتمع الذي يتهمة. فهذه الضوابط إذن تشكل صمّان الأمان إزاء عدم انحراف القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية². لذلك يقتضي البحث تناول المبدأ العام الذي يحكم سلطة القاضي في تقدير الأدلة وهو إطلاق سلطة القاضي الجزائي في مجال الإثبات (الفصل الأول)، ثم التعرض للقيود التي تحد من هذه السلطة (الفصل الثاني).

¹ - هلال عبد الإله أحمد، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والأنجلوسكسونية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (د.س.ن)، ص 20.

² - ممدوح خليل البحر، مبادئ أصول المحاكمات الجزائية الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 171.

الفصل الأول

إطلاق سلطة القاضي الجزائي في مجال الإثبات

إن أبرز السلطات التي يمارسها القاضي الجزائي منذ لحظة وقوع الجريمة لغاية صدور الحكم، هو سلطته في تقدير الأدلة. هذه السلطة يحكمها في أغلب الأنظمة الإجرائية العالمية "مبدأ حرية القاضي الجزائي في تكوين اقتناعه"، ومقتضاه أن للقاضي الحرية في تقدير قيمة كل دليل طبقا لقناعاته القضائية، فلا يُفرض عليه أي دليل، ولا يُلزمه المشرع بأي حجّة مسبقة لأي دليل، وله أن يستقي قناعته من أي دليل يطمئن إليه، كما له أن يطرح الأدلة التي لا يطمئن إليها، وله في النهاية سلطة التنسيق بين الأدلة المعروضة عليه لاستخلاص نتيجة منطقية من خلال هذه الأدلة مجتمعة.

إن إطلاق سلطة القاضي في مجال الإثبات تأتي كنتيجة منطقية لقرينة البراءة التي يتمتع بها المتهم، والتي تستوجب حمايته الشخصية، ومقابل ذلك فإن مصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة، وكشف حقيقتها، تستوجب هي الأخرى قبول جميع وسائل الإثبات المؤدية إلى الحقيقة، ومنح سلطة للقاضي في تقديرها، تحقيقا للتوازن بين مصلحة المتهم من جهة، ومصلحة المجتمع الذي يهتم من جهة أخرى.

فهذه السلطة التي يتمتع بها القاضي الجزائي مثلما تفيد جهة الإتهام، تفيد الدفاع بنفس المقدار، فهدفها في النهاية كشف الحقيقة، والوصول بالخصومة الجزائية إلى حل عادل، بتوقيع العقاب على من يستحقه، وتبرئة كل من ثبتت براءته.

وهكذا يعترف القانون للقاضي الجزائي بسلطة واسعة في تكوين قناعته، فهو لا يرسم له طرقا محددة ولا وسائل معينة للإثبات بل يترك حرية الإثبات لأطراف الخصومة في أن يقدموا ما يرونه مناسبا من الأدلة لإقناع القاضي، كما يترك القانون للقاضي حرية تكوين اعتقاده من أي دليل يطرح أمامه، وفي أن يقدّر القيمة الإقناعية لكل دليل وفقا لما يُمليه عليه اقتناعه الشخصي.

لذلك سنتعرض بالتفصيل لمبدأ حرية القاضي في الاقتناع من حيث ماهيته، ونطاق تطبيقه (المبحث الأول)، ثم نستعرض تطبيقات هذا المبدأ عبر وسائل الإثبات الجزائية التي تشكل قناعة القاضي وتنتهي به إلى إصدار حكمه بالإدانة أو البراءة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع

ترتب عن مبدأ حرية الإثبات كمبدأ أساسي من مبادئ نظرية الإثبات في المواد الجزائية نتائج هامة؛ مفادها منح الحرية الكاملة للقاضي في الإستعانة بكل وسائل الإثبات في الدعوى المعروضة عليه، وحرية في تقدير قيمة الدليل الذي يعتمد عليه، وهو ما يطلق عليه "مبدأ حرية القاضي في الإقتناع"، وهذا المبدأ يعد من المبادئ المستقرة في القوانين الإجرائية الحديثة¹.

فمن المعلوم أن مبدأ حرية القاضي في الإقتناع الشخصي ظهر كرد فعل عن نظام الأدلة القانونية الذي قيّد حرية اقتناع القضاة²، فهو ليس وليد اليوم بل هو ضارب في أعماق التشريعات القديمة، وتطور بتطور نظم الإثبات المرتبطة بدورها بتطور المجتمع، وذاع صيته بعد الثورة الفرنسية، ومع نهاية القرن الثامن عشر تبنت التشريعات الأوروبية هذا المبدأ، ومنه انتشر إلى بقية دول العالم .

وإذا كان تحديد المفاهيم له أهمية بالغة في مجال البحث العلمي، فإنه لا بد من تحديد ماهية هذا المبدأ (المطلب الأول) ثم التعرض إلى نطاق تطبيقه في الممارسة القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع

ساد مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع في التشريعات الحديثة التي تخلت عن نظام الأدلة القانونية، حيث تولى المشرع عن السلطات التي يستأثر بها في هذا النظام، وصارت هذه السلطات في يد القاضي الجزائي الذي أصبحت له الحرية في الاستعانة بكافة طرق الإثبات واختيار ما يراه موصلا للحقيقة، كما أصبحت له الحرية الكاملة في وزن و تقدير قيمة كل دليل يُطرح أمامه.

فهذا المبدأ له جذوره التاريخية التي حددت كيفية وجوده، كما هناك العديد من المبررات التي فرضته بديلا عن نظام الأدلة القانونية الذي كان سائدا في أغلب التشريعات، غير أنه كغيره من الأنظمة الوضعية لم يسلم من الإنتقاد.

¹ - عابد عبد الحافظ عبد الهادي، الإثبات الجنائي بالفرائض، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 705.

² - Clara TOURNIER, L'intime conviction du juge, la faculté de droit et de science politique, Presses Universitaires d'Aix Marseille, France, 2003, p38.

وعليه، سنتعرف في البداية على مضمون هذا المبدأ (الفرع الأول) ثم نتناول المبررات التي جعلت التشريعات الحديثة تأخذ به بديلاً عن نظام الأدلة القانونية الذي عمّردحا من الزمن، رغم الانتقادات التي طالته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مضمون مبدأ الإقتناع الشخصي

إن الهدف الذي يصبو إليه القاضي الجزائي هو الوصول إلى الحقيقة، أي الوقوف على حقيقة الوقائع كما حدثت، وليس كما يقدمها الخصوم، ولا يمكن الوصول إلى هذه الحقيقة إلا بعد البحث عنها وثبوتها بالأدلة، وإسنادها للمتهم مادياً ومعنوياً.

فإذا ما توصل القاضي إلى حالة ذهنية استجمع فيها كافة عناصر وملامح الحقيقة، واستقرت هذه العناصر والملامح في وجدانه وارتاح ضميره لها، فهنا يمكننا القول أن القاضي وصل إلى حالة الإقتناع¹، فماذا يعني الإقتناع الشخصي للقاضي؟ وكيف يتشكل؟

أولاً- تعريف مبدأ الإقتناع الشخصي:

من المعلوم أن نظام الأدلة القانونية أو نظام الإثبات القانوني هو النظام الذي كان سائداً في التشريعات الجزائية القديمة؛ لا سيما القانون الفرنسي القديم الذي كان ينظم الدعوى المدنية والجزائية². هذا النظام يكمن أساسه في قيام المشرع بوضع تنظيم دقيق يحدد بموجبه الأدلة الواجب الإعتماد عليها من طرف القضاة عند تفحصهم للدعوى المعروضة أمامهم، وكذا التحديد المسبق لقيمة كل دليل ووزن قوته الإقناعية.

وقد تم تكريس نظام الأدلة القانونية في فرنسا والبلدان التي تحيط بها كإسبانيا وألمانيا وإيطاليا، وبقي مطبقاً في فرنسا إلى غاية منتصف القرن الثامن عشر؛ حين تعرض نظام الأدلة القانونية الذي يحد من سلطة القاضي في تقدير الأدلة لانتقادات كثيرة من قبل الفلاسفة وفقهاء القانون، وطالبوا بالتخلص منه؛ وتطبيق نظام المحلفين المعتمد في إنجلترا، وأخذ تيار هذه الانتقادات يتصاعد وازدادت حدته، وقد كان أول من هاجم هذا النظام الفقيه "بيكاريا" الذي أكد على أن

¹ - كمال عبد الواحد الجوهري، تأسيس الإقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة، دار محمود للنشر، القاهرة، مصر، 1999، ص 14.

² - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999، ص 461.

اليقين المطلوب هو ذلك اليقين الذي لا يمكن حصره في القواعد الخاصة في الأدلة القانونية، كما دعا بعده الفقيه "فلايجري" إلى ضرورة تأسيس كل إدانة وبصفة مطلقة على اليقين المعنوي، مؤكداً بأنه لا وجود لهذا اليقين إلا في ضمير القاضي¹. وسجلت هذه المرحلة تحرر مبدأ حرية الأدلة والحكم بناءً على القناعة الوجدانية².

هذه الروح الجديدة أحدثت تقدماً سريعاً وخاصة في فرنسا، حيث قام رجال القانون بمهاجمة نظام الأدلة القانونية، وكذلك القانون الجنائي الصادر عن لويس الرابع عشر عام 1670 الذي أرسى قواعد هذا النظام، وكان من تأثير ذلك أن وافقت الجمعية التأسيسية في جلسة 1791/01/18 على مشروع القانون الخاص بنظام المحلفين، وأقرت مبدأي الشفوية في المحاكمات وحرية الإقتناع الشخصي للقاضي³.

ثم بدأ هذا المبدأ ينتشر ويسود التشريعات الأوروبية التي اتبعت التشريع الفرنسي، إلا أن هذا الإنتشار كان تدريجياً وبطيئاً، فقد بقيت التشريعات الألمانية والإيطالية والإسبانية متأثرة بدرجات متفاوتة بالنظام القديم حتى أواخر القرن التاسع عشر، وبعدها استقر هذا النظام وساد بصفة نهائية في كل تشريعات دول العالم لاسيما التشريعات الإفريقية والآسيوية مثل تشريع الإتحاد السوفياتي سابقاً والصين واليابان. ومما ساعد على هذا الإنتشار هو ظهور الأدلة العلمية وتطورها في مجال الطب الشرعي والتحليل وتحقيق الشخصية ومضاهاة الخطوط التي تقتضي طبيعتها ترك الأمر لتقدير القاضي واقتناعه الخاص، خاصة وأنها تكون أحياناً مصدراً للتضارب مع باقي أدلة الدعوى، وحتى في صفوف المختصين فيها⁴.

ولم تتفق تعاريف الفقهاء لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي⁵، وتباينت من فقيه لآخر، فمنهم من عرّفه بأنه حرية القاضي في الوصول إلى الحقيقة بأي وسيلة ممكنة بقدر القيمة الإقناعية لكل دليل،

¹ - فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 41.

² - Clara TOURNIER, op.cit, p.74.

³ - عماد محمد الربيع، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 371.

⁴ - هاشم محمد ناجي عبد الحكيم، الإثبات الجنائي ومدى حرية القاضي في تكوين عقيدته، مجلة المحاماة المصرية، ع 10/09، نوفمبر - ديسمبر 1991، ص 145.

⁵ - الإقتناع من اللاتينية convictio برهان مقنع، الإقتناع الداخلي conviction intime رأي عميق يكونه القاضي في نفسه وضميره ويشكل في نظام البينات القضائية معيار سلطة التقدير المعترف بها لقاضي الواقع وأساس هذه السلطة. أنظر: كورنو جيرار، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998، ص 240. كما ورد في معجم آخر بمعنى اليقين، la conviction est synonyme de certitude.

Voir: L. CADIET, « Dictionnaire de la justice », 1ère édition, PUF, 2004, p 97.

دون أن يكون عليه رقيب سوى ضميره، كما أنه يتضمن ترك الحرية للخصوم في تقديم أي دليل يمكنهم بواسطته إقناع القاضي¹. وهناك من عرفه بأنه رأي القاضي المستخلص من تقديره لمختلف وسائل الإثبات المتاحة أمامه². كما تم تعريفه أيضا بأنه تلك الحالة الذهنية أو النفسية أو ذلك المظهر الذي يوضح وصول القاضي باقتناعه لدرجة اليقين بحقيقة واقعة لم تحدث أمام بصره بصورة عامة³. وهناك من عرفه بأنه حالة ذهنية ذاتية تستنتج من الوقائع المعروضة، وهي عبارة عن احتمالات ذات درجة عالية من التأكيد الذي تصل إلى نتيجة استبعاد الشك بطريقة جازمة وقاطعة⁴.

والملاحظ أن هذه التعاريف تتفق جميعها على أن مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي يجد أساسه في ضمير القاضي، وله وجهان من حيث الموضوع هما: الإقتناع بالبراءة أو الإقتناع بالإدانة⁵. ففي نطاق هذا المبدأ تبدو سلطة القاضي واسعة في تكوين هذا الإقتناع، بالإستناد إلى أي دليل يرتاح إليه، فهو غير مُلزم بالحكم بالإدانة إذا لم يكن مقتنعا بكفاية الأدلة، حتى ولو كانت هناك أدلة ضد المتهم، وهو كذلك غير مُلزم بالحكم بالبراءة، ولو لم تتوافر الأدلة الكاملة للحكم بالإدانة إذا استشرف من أحد الأدلة إدانته، وأدّى هذا الدليل إلى اقتناعه بعدم البراءة.

فالقاضي في ظل هذا النظام له أن يأخذ بما اطمأن إليه وجدانه، ويطرح الدليل الذي لا يطمئن إليه. فالأصل أن جميع الأدلة في الدعوى خاضعة لتمحيص القاضي ومطلق تقديره، ولا تلزمه بشيء، بل وفوق ذلك كله يجوز للقاضي تجزئة أي دليل للأخذ بالجزء الذي اقتنع به، لأن القناعة الوجدانية للقاضي الجزائي تتولد عن ظروف وحوادث تشكل في مجموعها سلسلة من القرائن⁶.

وبمقتضى هذه القناعة الوجدانية التي تستقر في ضمير القاضي يباشر القاضي دورا إيجابيا في الكشف عن الحقيقة، ويظهر هذا الدور من جانبين: الأول هو حرية القاضي في أن يستمد قناعته من أي دليل يطمئن إليه، والثاني هو حرية القاضي في تقدير الأدلة المطروحة عليه.

¹ - ممدوح خليل البحر، مرجع سابق، ص 129.

² - « l'opinion du juge résultant de sa libre appréciation des divers éléments probatoires dont il dispose ». Voir: Fabrice DESNOS, Une pratique précoce de l'intime conviction, La preuve dans la procédure criminelle catalane, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2009, p 16.

³ - عبد الله بن صالح بن الرشيد الرشيد، سلطة القاضي الجزائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1423/ 1424 هـ، ص 75.

⁴ - زبدة مسعود، الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1989، ص 36.

⁵ - إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، دراسة مقارنة في القوانين المصرية والإماراتية والدول العربية والأجنبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 143.

⁶ - فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص ص 511-512.

ويتفق هذا المبدأ مع أسلوب التفكير العادي والمنطقي في الحياة العادية وفي البحث العلمي، فيحكم القاضي حسب اقتناعه بالأدلة التي قُدمت في الدعوى، ولا يتقيد بأسلوب معين أو طريقة معينة من طرق الإثبات. فله الحق في أن يُكوّن عقيدته في الدعوى من كافة أدلتها وسلطته مطلقة في تحري الحقيقة حسبما يملئ عليه ضميره، وله أن يستبعد أي دليل لا يطمئن إليه، فليس هناك أي دليل يفرض عليه، وسلطته التقديرية كاملة في وزن الأدلة وتحديد قيمتها، كما يمكنه التنسيق بين الأدلة المقدمة، وأن يستخلص منها نتيجة منطقية يعتمد عليها القاضي بتقرير إدانة متهم أو براءته¹.

وحسب تعبير جانب من الفقه، فإن مبدأ حرية القاضي في الإقتناع ينبسط على فكري قبول الدليل وتقييمه. وعليه، فإن مدلول حرية الإقتناع هو بعينه مدلول "حرية الإثبات"، بل إن نظام "الأدلة الأدبية أو المعنوية" ونظام "حرية الأدلة" أو "إقناعية الدليل الجنائي" أو "نظام الإقتناع الذاتي" أو "الإقتناع القضائي"، كلها تسميات متعددة لمبدأ واحد هو مبدأ "حرية القاضي الجزائي في الإقتناع"².

وعليه، فالمقصود بمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي هو سلطة القاضي في قبوله وتقييمه لكل الوسائل المنتجة في كشف الحقيقة الواقعية، وبناء الحل القانوني لموضوع الخصومة القضائية المعروضة عليه.

إن مبدأ الإقتناع الشخصي يمنح القاضي دوراً فعالاً حيال الدليل الذي يوضع أمامه، كما يمنحه الحرية الكاملة في أن يستعين بكافة طرق الإثبات للبحث عن الحقيقة والكشف عنها، كما يمنحه كافة الصلاحيات التي تمكنه من اتخاذ ما يراه يخدم إظهار الحقيقة، ويخوّله أيضاً حرية تقدير ووزن قيمة كل دليل وضع بين يديه، بالإضافة إلى التنسيق بين الأدلة المقدمة واستخلاص نتيجة منطقية إما بالإدانة أو البراءة. وهو في ذلك يختلف عن القاضي المدني الذي يكون دوره سلبيًا في الدعوى المنظورة أمامه، حيث يقتصر على الموازنة بين أدلة الخصوم دون أن يبحث بنفسه فيما

¹ - مفيدة سعد السويديان، نظرية الإقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985، ص 5.

² - محمد عبد الشافي اسماعيل، مبدأ حرية القاضي الجنائي في الإقتناع، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنار، مصر، 199، ص 20-21. على عكس هذا الرأي يذهب فريق آخر من الفقهاء إلى القول بأن مدلول مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي ينحصر في حرية القاضي في وزن الأدلة وتقدير القيمة الإثباتية لهذه الأدلة فقط، ولا يمتد مدلوله ليشمل جانب آخر وهو تمتع هذا القاضي بحرية الاستعانة بكافة طرق الأنابات من أجل البحث عن الحقيقة والكشف عنها، وبحسب هذا الرأي فإن هذه السلطة الأخيرة تعبر عن مبدأ آخر يتمثل في حرية الإثبات. أنظر تفصيل ذلك: مفيدة سعد السويديان، مرجع سابق، ص 184-189.

يعتقد أنه مفيد في إظهار الحقيقة¹. ومن ثمة فإن هذا المبدأ يقرب إلى حد كبير بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية، ويجعل من تحقيق العدالة هدفاً له.

لكن، ينبغي أن نشير إلى أن مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه يرتب نتيجتين هامتين، أولها حرية القاضي في قبول الأدلة والثانية حرية القاضي في تقدير الأدلة، وإذا كان الفقه يُجمع على النتيجة الثانية، فإن النتيجة الأولى تستوجب ضرورة التمييز بين قابلية الدليل للإثبات وبين قبول الدليل أو استبعاده في الإثبات. فقابلية الدليل للإثبات تعدّ مسألة قانونية لا مجال فيها لإعمال السلطة التقديرية للقاضي نتيجة تدخل المشرع بتحديدده للنموذج القانوني للدليل المقبول في الإثبات، فعند توفر شروط هذا النموذج طبقاً لمبدأ الشرعية الإجرائية، وجب على القاضي إخضاعه لعملية التقدير، إلا إن رأى القاضي إستبعاده نتيجة تكوين قناعته من أدلة أخرى، وعلى العكس يجب على القاضي إطراره إن لم تتوفر في شروط هذا النموذج، كاعتراف المتهم تحت طائلة تعذيب أو أي دليل ناجم عن تفتيش باطل².

أما بالنسبة للنتيجة الثانية المتعلقة بحرية القاضي في تقدير الأدلة، فهي مسألة موضوعية بحتة، وهي المجال الطبيعي لممارسة القاضي لسلطته التقديرية، فهي تتعلق بقيمة الدليل في الإثبات وصولاً إلى الحقيقة المنشودة.

ثانياً - تكوين الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي:

إذا كانت عملية تقدير الأدلة مبنية على اقتناع القاضي، وأن هذا الإقتناع هو عبارة عن نشاط عقلي، فهذا يعني أن المشرع لم يتدخل في كيفية ممارسة هذا الإقتناع لترجمته إلى واقع منتج³. فلم يرسم المشرع للقاضي كيف يفكر، ولا كيف يشكّل معادلاته الذهنية في مجال تقدير الأدلة ليصل من خلالها إلى الحقيقة، وإنما وضع له ضوابط وحدد نتائج تترتب فور قيام مقدماتها⁴.

¹ - هلاي عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص 97-98.

² - حيث بينت المواد 45، 47، 47 مكرر من ق.إ.ج شروط التفتيش، ورتبت المادة 48 من نفس القانون جزاء البطلان على مخالفة هذه الشروط.

³ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 115.

⁴ - نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1984، ص 78.

إن الإقتناع الشخصي للقاضي مركب من كلمتين: "إقتناع" و"شخصي"¹، فكلمة "إقتناع" لا تثير إشكالا ومعناها واضح على الأقل من الناحية النظرية، بحيث يدلّ الإقتناع على توصل القاضي إلى حقيقة وقائع معينة بناءً على أدلة قُدمت له وآمن بها، فأساس الإقتناع هنا منطقي وواضح وليس مجرد إحساس ذاتي يشوبه الغموض. بيد أن كلمة "شخصي" تطرح إشكالاً، فإذا كان الإقتناع هو نتيجة حتمية يتوصل إليها العقل بعد المرور بعدة مراحل جعلته يقتنع بما قدم له، فإن كلمة "شخصي" قد تبتعد عن التحليل العقلاني والمنطقي للأمور وتنزلق نحو تحليل أكثر ذاتية يتمثل في أعماق شخصية القاضي وضميره، مما قد يبعد القاضي عن التحليل القانوني المنطقي إلى تحليل غير واضح يصعب فهمه في بعض الأحيان، سيما أن العوامل الشخصية والعادات وذكاء وتجربة القاضي المهنية إضافة للوسط الذي يعيش فيه، كلها ظروف لها دور في التأثير على شخصية القاضي وعلى ضميره.²

فالتكوين الشخصي للقناعة القضائية ترافقها بعض المخاطر، ذلك أن الوقائع الخارجية التي تحيط بالقاضي لا بد من أنها تؤثر فيه، وتُحدث نوعاً من الصراع بين الدوافع المتناقضة، وتتكون قناعته من سيطرة بعض الدوافع التي تكون لها الغلبة على الأخرى، فالقناعة إذن في حقيقتها هي نتيجة طبيعية للدوافع التي تكشف عن أنها أكثر تأثيراً وتحديداً، كمحصلة لما يقوم بينها وبين غيرها من صراع في عملية تكوينها العقلي.³

ولهذا، فإن الحقيقة التي يعلنها الحكم الجنائي، لا يلزم دوماً أن تكون هي ذاتها الحقيقة المطلقة، فإذا كانت غاية القاضي من تكوين قناعته في مجال تقدير الأدلة، هي الوصول إلى الحقيقة المطلقة، هذه الأخيرة وإن كانت في ذاتها أمر مطلق، إلا أن عملية إدراكها من قبل القاضي هي أمر نسبي، بسبب

¹ - Hélène ABOUKRAT, Doute scientifique et vérité judiciaire, Mémoire pour le Master 2 en droit pénal et sciences pénales, Université de Paris 2, Panthéon- Assas, Paris2, 2010, pp 42-43. « L'intime conviction désigne à la fois les vérités extérieures de nature à convaincre les magistrats (conviction) et les certitudes qui lui sont intrinsèques (intime). Toute la difficulté réside dans la juxtaposition de termes semblant contraires «intime» et « conviction ». Est-ce un regard personnel porté sur des éléments extérieurs ou est-ce une opinion personnelle confirmée par des données extérieures ? Lequel influence l'autre: l'instinct ou le certain ? On pourrait croire que le débat est futile mais en pratique il est de taille puisqu'il s'agit de savoir si l'intime personnel domine le convaincant universel ou non. Le fait que le substantif intime soit antéposé au terme conviction laisse penser que le pressentiment personnel étaye le regard sur les preuves extérieures et non que les preuves extérieures jalonnent le pressentiment. Autrement dit, l'intime conviction est davantage le fruit du for intérieur. S'il s'agit d'une conviction intime alors la part d'élément extérieur aurait occupé une place prépondérante dans le jugement ».

² - يحيى صليحة، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2016، ص 105-106.

³ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 117.

تواضع وسائل البشر في المعرفة، والقصور والنقص الذي فُطر عليه البشر، والقاضي لا يخلو من نقص وضعف كسائر البشر.

فالضمير الذي يبني عليه القاضي اقتناعه يحتوي على قواعد أخلاقية فطرية تنشأ من تأثره بقيم المجتمع وتقاليده، هذا التأثير الذي يكون نتيجة الأوامر والنواهي التي يتلقاها ضمير القاضي منذ نشأته في ظل محيط أسري واجتماعي، وتحت إطار تعاليم دينية وأخلاقية معينة، فالضمير يعد المظهر السامي للطبيعة البشرية وممثلاً للعدالة، ويجعل منه القانون ميزاناً سامياً يقوم بوزن الوقائع وتقدير وموازنة الأدلة، ويتولد عن ذلك استخلاص الحقيقة وبالتالي تكوين اقتناع القاضي، ثم إن العوامل المختلفة المكونة لشخصية القاضي من ثقافة وتجارب في الحياة، والذكاء الذي يتمتع به، وخبرته في الميدان القضائي والمحيط الذي نشأ فيه ومدى تأثره بالأفكار العلمية والدينية، كلها عوامل تؤثر على ضمير القاضي في تقييمه وتفسيره للمعاني المختلفة¹.

فالقاضي بحكم إنسانيته لا يمكنه إدراك اليقين المادي للحقيقة، وإنما بوسعه أن يصل إلى اليقين القضائي بالمعنى الدقيق. فمضمون الحقيقة التي يعلنها الحكم في النهاية، هو ما توصل إليه القاضي عن طريق قناعته المتمثلة بقينه القضائي، وهذا اليقين ليس هو بالضرورة الحقيقة المطلقة.

وللوصول إلى هذه الحقيقة فإنه يتعين على القاضي الجزائي استقراء الأدلة واستنتاج قوتها في الدلالة على الحقيقة، ولأجل ذلك فإنه يبدأ في تقدير الدليل، وذلك بتحليله من كافة جوانبه، ومقارنته بالأدلة الأخرى - إن وجدت - للتعرف على مدى اتساقه معها، ثم يجب عليه أن يسلك طريق الاستدلال بالافتراضات الإحصائية، أي أن يقوم بافتراض جميع الاحتمالات الممكنة، ثم يتولى الترجيح بين الاحتمالات، وهذا الترجيح يكون هو السبيل نحو اليقين، على الرغم من أنه سبيل غير أكيد لأن الحقيقة ليست دائماً فرضية مرجحة.

وكلما ارتفعت أسباب الإعتقاد بشكل تتوارى معه أسباب الشك يكون القاضي حينئذ قد بلغ اليقين، والذي يتوقف تكامله في ضميره على قدرة الأدلة المطروحة على توصيله إلى هذه المرحلة، بحيث أنه إذا استطاع إدراكها، فإنه في هذا الفرض تتطابق حالة الذهن والعقل مع حالة الواقع

¹ - زبدة مسعود، مرجع سابق، ص 38.

والحقيقة¹. وعلى خلاف ذلك، يبتعد القاضي عن اليقين في حالة تشكّكه وعدم قدرة أدلة الدعوى على الوصول به إلى تلك المرحلة من اليقين.

وأخيرا وبعد أن يتكوّن لدى القاضي هذا الإقتناع يجب عليه أن يجرب ما توصل إليه من نتائج عن طريق الافتراضات العكسية لها، فإذا ما أدت هذه الافتراضات العكسية إلى نتائج مخالفة، فمعنى ذلك أن الإقتناع قد بُني على تأكيدات سليمة، وحينها يمكن القول بأن اليقين قد ثبت وأصبح جازما، وهو ما ينبغي أن تُبنى عليه الأحكام الجزائية².

فالإقتناع القضائي يشكل انتهاءً الحصيلة المنطقية التي يصل إليها القاضي، وذلك بعد اتصاله بوقائع القضية التي تُعرض عليه، فيرجع بذاكرته إلى القواعد القانونية التي يمكن أن تتطابق مع هذه الوقائع من حيث كونها أفعال مجرمة أولا، ويربطها بالمتهم لقيام مسؤوليته الجنائية ثانيا أو العكس أي لا تُكوّن هذه الوقائع جريمة، وبالتالي لا وجود لدعوى جنائية أصلا بناءً على مبدأ الشرعية المعمول به في القضايا الجنائية، أو عدم وجود أدلة تربط المتهم بالواقعة المجرمة أو وجود أدلة لكنها ليست بالقدر الكافي والمقنع، مما يدخل الشك في صحتها. وعليه، فالقاضي في كل هذه الحالات لا يمكنه تحميل المتهم المسؤولية الجنائية.

إن الإقتناع القضائي الذي ينتج عنه الحكم العادل يجب حتماً أن يتسم بسمتين أساسيتين هما: قانونية الإقتناع وواقعية الإقتناع³. أما قانونية الإقتناع فيقصد به أنه وليد إجراءات جنائية قانونية سليمة روعيت فيها كل القواعد الموضوعية والشكلية. ويقصد بواقعية الإقتناع أن ينصب اقتناع القاضي على الحقيقة الواقعية التي توصل إليها نتيجة اتباعه للإجراءات القانونية السابق ذكرها⁴.

وبالتالي فإن الإقتناع القضائي الذي يتوصل إليه القاضي مرتبط بضميره، وإن الرجوع إلى الضمير عند محاولة الإقتناع بالتهمة أو العكس، يعني اللجوء إلى القواعد الأخلاقية المتأصلة في

¹ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 120.

² - مارك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 629

³ - كمال عبد الواحد الجوهري، مرجع سابق، ص 32-34.

⁴ - يحيى صليحة، مرجع سابق، ص 108.

القاضي¹. فللضمير دور أساسي في اقتناع القاضي، ولكن إلى جانب الضمير هناك عوامل أخرى يجب أخذها بعين الاعتبار وهي التحليل العقلي والمنطقي للمعارف القانونية من جهة، وللوقائع والأدلة التي تعرض أمامه من جهة أخرى.

ولكي يصل القاضي إلى تكوين قناعة رصينة يجب أن يكون على قدر عالٍ من الإدراك والتفكير الناضج والعقل المتّقد والدقة والتروي والذكاء الحاد والمنطق السليم للتحليل الموضوعي الناقد، والمنهجية المنتظمة، وأن يتناول بتحليله الدليل من كافة جوانبه، وأن يضاهيه ويقارنه بالأدلة الأخرى إن وجدت، ليتعرّف على مدى اتّساقه معها².

فالإقتناع الشخصي للقاضي لا يؤسّس على العواطف، بل هو نشاط عقلي يجد مصدره في العقل، وليس في العاطفة. فهذا الإقتناع يعد عملاً ذهنياً يحصله القاضي بالتفكير الذهني الشاق والمتبصر والواعي الذي يخضع فيه لقواعد المنطق والجدلية الذهنية التي ترقى بالحسّ إلى العقل، واشترط أن يكون اقتناع القاضي عقلياً بهذا المعنى يشكل ضماناً أولى لمصلحة المتهم في عدم إنحراف القاضي في عمله إلى درجة التحكم³.

فخير ضمان لتكوين قناعة خالية من الخطأ وملازمة للحقيقة هو القاضي نفسه، متى ما كان متّسماً بقدر رفيع من التأهيل العلمي والذكاء المتّقد. هذه القناعة القضائية هي جوهر السلطة التقديرية للقاضي في مجال تقديره للأدلة، وهي مبنية على يقين علمي منطقي في تكوينه، يتسم بالدقة والإحاطة بالدليل محل التقدير، وبعيدا عن أي عاطفة أو انطباع مسبق.

فالتفاعل بين ضمير القاضي والأدلة المعروضة عليه لا يمكن أن تترتب عنه النتيجة المرجوة، والتي تعدّ الغاية المثلى والهدف الأسمى المراد تحقيقه من خلال الإجراءات التي تمت في مختلف المراحل منذ ارتكاب الجريمة إلى غاية صدور حكم نهائي، إلا إذا كان تفاعلاً منطقياً عقلانياً متجرداً من الإنطباعات والأهواء والعواطف والميول الشخصية للقاضي، ليبقى عقله وحده في الأخير المهيمن، بعد

¹ - حول نفسية القاضي والعوامل اللاشعورية التي تؤثر في ضمير ووجدان القاضي ونزاهته وعدله، يقول الأستاذ رمسيس بهنام " والعمل القضائي في طبيعته واحد أيّا كانت مجالاته، فهو إظهار وجه الحق في المشاكل الواقعية المطروحة على القاضي، ولكن هناك تقسيمات للقضاة إلى فصائل تختلف باختلاف اتجاهاتهم المدروسة في ضوء علم النفس القضائي. وهكذا يقسم القضاة إلى: قاض حاسم وقاض متردد، وإلى قاض محايد وقاض غير محايد، وإلى قاض موضوعي وقاضي منساق للتأثير النفسي". أنظر: رمسيس بهنام، علم النفس القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1979، ص 33.

² - فاضل محمد زيدان، مرجع سابق، ص 121.

³ - محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، (د.س.ن)، ص 134-135.

أن يكون قد تغلب وتحرر وتخلص من تأثير الضغوط والدوافع النفسية والعاطفية عليه، والتي تشكل عراقيل حقيقية في أداء وظيفته وتكوين اقتناعه ليتفاعل لوحده مع الأدلة المعروضة عليه، فيصل بذلك إلى قضاء عادل أو مقبول من شأنه أن يحقق مصلحة المجتمع ومصالح الأفراد¹.

وترتيباً على ما سبق، فإن القاضي العادل هو الذي يستقي أحكامه من ضمير يزوده بقناعة بعيدة عن الأهواء والمصالح الشخصية أو المحاباة، يتقبلها المنطق والعقل الإنساني. وبهذا يُكسب القاضي أحكامه طابعها المنشود باعتبارها عنواناً للحقيقة، فيُبَعدها عن الإنتقاد والتجريح، وتكون محل ثقة الخصوم والناس كافة.

الفرع الثاني

مبررات إقرار مبدأ حرية القاضي في الإقتناع والإنتقادات الموجهة إليه

فتحت التشريعات الحديثة المجال للقاضي الجزائي ليختار من الأدلة ما يراه موثقاً للكشف عن الحقيقة، كما منحت سلطة وزن قيمة كل دليل من أدلة الدعوى في حرية مطلقة، حسبما يستفاد من الوقائع والأدلة والظروف.

إن تفضيل الكثير من الفقهاء لنظام الإقتناع الحر للقاضي، وتبني أغلب التشريعات الحديثة لهذا النظام، كان بسبب مبررات عدة فرضته بديلاً عن نظام الأدلة القانونية (أولاً)، غير أنه وكغيره من أنظمة الإثبات التي سبقتة تلقى العديد من الإنتقادات (ثانياً).

أولاً - مبررات منح القاضي الجزائي حرية الإقتناع بالأدلة:

بعد ظهور عيوب نظام الأدلة القانونية الذي عبّر عنه البعض بأنه نظام غير معقول، لأنه لا يمكن أن يحدد القانون للناس مقدماً وسائل إثبات أفعال لا يعرفها والتي تختلف الصور التي تقع بها إلى ما لا نهاية، مع أن كل فعل له أدلته الخاصة به²، تأكدت الحاجة الملحة لإيجاد نظام إثبات جديد يتفق مع أسلوب التفكير وإعمال العقل، بحيث لا يقيّد القاضي في تفكيره، ولا يفرض عليه أدلة معينة، بل يسمح له باستخلاص الحقيقة من أي دليل تبعاً للنتيجة المتوصل إليها بعد القيام بتحليل

¹ - سعادنة العيد، الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، المجلد 9، ع 19، جامعة باتنة 1، الجزائر، ديسمبر 2008، ص 90-91.

² - ممدوح خليل البحر، نطاق حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته الوجدانية، مجلة الشريعة والقانون، أكاديمية شرطة دبي، ع 21، يونيو 2004، ص 330.

عناصر كل دليل ودراستها ومطابقتها مع الواقعة المعروضة، وعلى هذا الأساس تم تبني مبدأ الإقتناع الشخصي.

فالحقيقة المثلى هي التي يتوصل إليها القاضي بناءً على اقتناعه الشخصي، لأنه هو من يقف على حقيقة الوقائع والأفعال وعلى الأدلة المتوفرة للإثبات، وبالتالي فمن الطبيعي أن يكون مصدر الحقيقة هو اقتناع القاضي وليس المشرع¹.

وهكذا إذا وجد القاضي نفسه طليقا في تحري الواقع من أي مصدر غير ملزم بدليل معين يفرض عليه التسليم بما يخالف الواقع، فإنه قد يصل بذلك في النهاية إلى قضاء يطابق الحقيقة الواقعية بقدر ما يسمح بذلك التفكير البشري².

فتسلخ القاضي الجزائي بمبدأ حرية الإقتناع يعد أمرا ضروريا لتمكين القضاء من إقامة العدل، لأن هذه الحرية تعد مظهرا من مظاهر الثقة التي أعطاه المشرع للقاضي في هذا الشأن³. ثم إن مواجهة القصور التشريعي في استيعاب كل المسائل التي تُعرض على القضاء وإيجاد حلول موضوعية لها، استوجب منح القاضي حرية في تقدير الأدلة.

هذا المبرر المنطقي رافقته أيضا مجموعة من المبررات التي يمكن أن نجعلها فيما يلي:

أ - الطبيعة الخاصة للإثبات الجنائي: الإثبات في المسائل الجنائية يرد على وقائع مادية أو نفسية ولا يرد على تصرفات قانونية كما هو معمول به في القانون المدني، ففي هذا الأخير يسهل إعداد دليل مسبق بشأنها⁴. فالوقائع الجنائية لا يمكن تحديدها مسبقا بخلاف ما يجري عليه الحال في المواد المدنية التي يكون محلها تصرفات قانونية يتم إثباتها عند الضرورة بموجب الأدلة المعدة مسبقا، والتي غالبا ما تكون دليلا كتابيا.

ولهذا السبب، ستصبح مكافحة الإجرام من الناحية العملية أمرا مستحيلا إذا استبعد نظام الإثبات بعض وسائل الإثبات، بالنظر إلى أنه من النادر أن يُظهر المجرمون نشاطهم بصورة علنية، بل

¹ - Ali RACHED, De l'intime conviction du juge, vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle, Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 18.12.1942, pp40-41.

² - محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 114.

³ - السيد محمد حسن الشريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 230.

⁴ - المرجع نفسه، ص 232.

إنهم يجتهدون في إخفاء سلوكهم مع إزالة كل أثر يمكن أن يكشف عن فعلهم، أو يقود المحققين إلى اكتشاف أمرهم تجنّباً للعقوبة¹.

فالمجرمون عادةً ما يسعون لإخفاء تصرفاتهم، فهم لا يقومون بها بصورة مكشوفة وعلنية، ولا يدلون مسبقاً بنواياهم في الإقدام عليها، بل يجتهدون دائماً في إزالة كل العلامات والدلائل الناجمة عن الجريمة والتي قد تساعد الجهات المختصة على كشف أمرهم، وبالتالي تعرضهم للعقاب، بل ويستعملون في ذلك كل ما يملكون من حيلة وذكاء للعمل على تضليل هذه الجهات وإعاقة وصولها إلى الحقيقة، وأمام هذا الوضع يُشترط توفير نظام يخول للقضاء إمكانية إثبات الجريمة والخطورة الإجرامية بصورتها الصحيحة وتوقيع الجزاء الذي يتلاءم مع الفعل المرتكب من المتهم ومع مصلحة المجتمع، وهو الأمر الذي يتحقق في إطار مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، والذي يتمتع فيه هذا الأخير بالحرية اللازمة لتحقيق هذه النتيجة².

فصعوبة الإثبات الجنائي وتسليح الفرد بقرينة البراءة، يجعل من العسير الوصول إلى الحقيقة، وهو ما يحتم الموازنة بين مصلحة المتهم المتمتع بقرينة البراءة، وبين حماية مصالح المجتمع في مكافحة الجريمة من خلال تقرير مبدأ حرية الإثبات³.

ويركّز الفقهاء على خصوصية القانون الجنائي مقارنة بالقانون المدني، ومصدر الاختلاف بينهما هو أن الإثبات المدني ينصب في الغالب على أعمال قانونية *Actes juridiques* يسهّل على المشرع حصرها، ويمكن للقواعد القانونية أن تستوعبها. وبالتالي بالإمكان وضع طرق إثبات فيما يخصها، أما الإثبات الجنائي فيتعلق بوقائع مادية ونفسية من غير المتصور في هذا المجال على المشرع أن يحصرها مسبقاً ويضع لها طرق إثبات محددة، لذلك تسود قاعدة حرية اختيار وسائل الإثبات فلا وجود إذن لسلم أو بناء تدريجي هنا⁴.

وينصرف الإثبات الجنائي بالإضافة إلى حقيقة الوقائع المادية، إلى إثبات القصد الجنائي والتحقق من قيامه من عدمه، فالجريمة ليست كيانا ماديا خالصا قوامه الفعل وآثاره، إنما هي كذلك

¹ - Roger MERLE, André VITU, Traité de droit criminel: Tome 2, 5 éme édition, Cujas, Paris, 2001, p138.

² - مفيدة سعد سويدان، مرجع سابق، ص 32.

³ - مستاري عادل، دور القاضي الجزائي في ظل مبدأ الإقتناع القضائي، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 05، ص 2008، ص 188.

⁴ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، مرجع سابق، ص 325.

كيان نفسي يُراد به الأصول النفسية لماديات الجريمة¹، وهو ما يتطلب صبر غور المتهم والتطلع إلى ذاته، وهو ما يستلزم بالضرورة عملاً تقديرياً لتحقيق قيامها². فضلاً عن أن الدعوى الجزائية تهدف إلى كشف الحقيقة الفعلية، ولبلوغ هذا الهدف الأسى يجب إعطاء حرية أكبر للقاضي الجزائي لاختيار وسائل الإثبات المناسبة وتقديرها³.

فبموجب الإقتناع الشخصي يجد القاضي الجزائي نفسه غير مقيد في تحري الوقائع من أي مصدر، وغير مُلزم بدليل معين يفرض عليه الوصول إلى مخالفة الواقع، فالهدف الأساسي الذي يسعى للوصول إليه هو محاولة تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية⁴.

ثم إن وجود قرينة البراءة وما نتج عنها من إلقاء عبء الإثبات على عاتق النيابة العامة، بكل ما في هذا العبء من صعوبة، قاد المشرع الجنائي لاعتناق مبدأ حرية القاضي الجزائي في قبول الدليل، حتى يكون بديلاً أو مقابلاً لافتراض البراءة في المتهم وتحميل النيابة عبء إثبات الدعوى.

فإذا كانت مصلحة الفرد واعتبارات حماية الحرية الشخصية قد استوجبت افتراض براءته، فإن مصلحة المجتمع في مكافحة الجريمة واكتشاف الحقيقة في الدعوى الجنائية استوجب قانوناً قبول جميع طرق الإثبات حتى يتحقق التوازن بين مصلحة المواطن ومصلحة المجتمع. ثم إن مبدأ حرية الإثبات يفيد الإتهام ويفيد الدفاع على السواء، فهو في النهاية مبدأ يفيد في الكشف عن الحقيقة⁵.

فمزايا هذا المبدأ لا تقتصر فقط على ضمان تحقيق مصلحة المجتمع فحسب، بل تتعدى ذلك لتشمل أيضاً ضمان مصالح وحقوق الأفراد وحياتهم. ويتجلى ذلك أساساً فيما يوفره مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي من حرية في مجال البحث والتنقيب قصد الوصول إلى الحقيقة، ومن ثمة إزالة التهمة عن المتهم في حالة براءته، بل أن هذا المبدأ يفرض على القاضي بناء اقتناعه على أدلة كافية مؤدية إلى اليقين، فإذا لم تكن كافية وحاسمة وخلقت شكاً في تقدير القاضي، فإن النتيجة المنطقية التي تترتب على ذلك هي براءة المتهم، إذا لا يجوز أن تبنى الأحكام على الشك والإحتمال⁶.

¹ - محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة العاشرة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1983، ص 415.

² - لأكثر تفصيل أنظر: محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974، ص 09.

³ - مستاري عادل، مرجع سابق، ص 187.

⁴ - زبدة مسعود، مرجع سابق، ص 42.

⁵ - محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 106-107.

⁶ - سعادنة العيد، مرجع سابق، ص 92.

ب- خصوصية القضاء الجزائي والدور الإيجابي للقاضي فيه: إن مقتضيات اليقين القضائي والوصول إلى الحقيقة يقتضيان منح القاضي الجزائي من السبل والوسائل ما يمكنه من الوصول إلى هذه الحقيقة. كما أن طبيعة المصالح التي يحميها القانون الجنائي والمرتبطة أساسا بتحقيق المصلحة العامة بحماية أفراد المجتمع من أي اعتداء قد يتعرضون له، والسعي لتوفير الأمن وحماية كيان المجتمع واستقراره، يجعل من غير المقبول تقييد القاضي الجزائي بنوع أو عدد معين من أدلة الإثبات، فمن شأن هذا الأمر الوصول بالقاضي إلى نتيجة خاطئة تؤدي إلى إدانة شخص بريء.

إن مبدأ الإقتناع الشخصي يوفر للقاضي اللجوء إلى كل ما يمكنه من تكوين اقتناعه من أدلة دون تحديد مسبق من طرف المشرع، فمن غير المنطقي أن نطلب من القاضي استعمال ضميره للإقتناع، وبعد ذلك نقيده بوسائل إثبات محددة¹.

فالإثبات الجنائي على خلاف الإثبات المدني لا يُترك لتقدير الخصوم، بل يلعب القاضي الجزائي فيه دورا إيجابيا فهو ملزم بتحري الحقيقة انطلاقا مما توفر لديه من أدلة، ويجب عليه البحث عن كل الأدلة المفيدة لتكوين عقيدته، وله استكمال ما نقص من الأدلة عندما تبدو له أنها غير كافية. ويمكن أن يقال أن عبء الإثبات لا يقع فحسب على الخصوم بل أيضا وفي نفس الوقت على القاضي الجزائي. وخلافا للقاضي المدني، يجب على القاضي الجزائي أن يبحث عن الحقيقة الموضوعية، وليس الحقيقة الشكلية كما يراها الخصوم، بل كما يراها بنفسه، وفقا لما يمليه عليه إقتناعه الشخصي².

ويؤكد جانب من الفقه³، بأن هذه الحرية الممنوحة للقاضي في مجال الإثبات تعد من مستلزمات العملية القضائية في كشف العناصر الموضوعية المجهولة أمام القضاء، والتي يراد الوصول إلى حقيقتها. فطبيعة هذه العملية تُملي على المشرع منح القاضي عملا تقديريا ممثلا لسلطة قانونية يمارسها لتحقيق غاية النظام القانوني، بأن يكشف عن المركز القانوني الذي ينبغي أن يحتله الخصوم من خلال العملية القضائية التي يتولاها، ولكي يكون حكمه عادلا فإنه لا يحدد هذه المراكز على أساس تحكيمي، وإنما بتقديره لما يقتضيه الشعور بالعدل في ضمير الجماعة بالنسبة لملاسات الحالة المعروضة عليه، وهذا ما يقتضي منحه سلطة تقديرية بتفويض من المشرع.

¹ - إبراهيم إبراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2002، ص 223.

² - محمد عبد الغريب، حرية القاضي الجنائي في الإقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الأحكام الجنائية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 1997، ص 10.

³ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 102.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن ما يبرر هذه السلطة هو حسن سير العدالة الجنائية والتي تتحقق بعدم ابتعاد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية في حكمه، مما يقتضي منح القاضي دورا إيجابيا فعالا لإدراك هذه الحقيقة، حيث يجد القاضي نفسه طليقا في الوصول إليها من أي مصدر كان، وغير ملزم بقيمة معينة لدليل محدد يفرض عليه التسليم بما يخالف قناعته القضائية، وطبقا لهذه السلطة فإنه يتمكن من أي يصل إلى حكم تتطابق فيه الحقيقة التي أعلنها في حكمه مع الحقيقة الواقعية بقدر ما يسمح بذلك التفكير البشري¹.

هذا فضلا عن أن محل اليقين لدى القاضي الجزائي يتمثل في ضبط وقائع مادية فردية متغيرة تختلف عن بعضها البعض بالباعث الذي يحقّز الفرد لافترافها، وبالأفعال التي تجسدها. هذا اليقين القضائي لا يجد مصدرا له إلا في ضمير الإنسان، فالدليل قد يكون غير حاسم في حد ذاته مما يستوجب من القاضي وزنه وتقديره، حتى ولو كان اعترافا صادرا من المتهم نفسه. بالإضافة إلى الأفكار التي راجت في أوروبا في القرن الثامن عشر والتي تؤمن إلى حد كبير بالعقل، فقد صرح بيكاريا: "بأن كل إنسان سليم الذهن وعادل وناضج بحكم التربية والتجربة، يجد في نفسه قوة غريزية تدفعه نحو الحقيقة"².

ونتيجة لهذا النظام، فإنه يحظر على المشرع إضفاء قوة معينة على أي دليل مما يؤدي إلى تقييد سلطة القاضي في تكوين قناعته، أو أن يتدخل في تحديد الأدلة التي يستقي منها القاضي قناعته. ولهذا يرى البعض أن الحقيقة التي يتوصل إليها القاضي بناءً على اقتناعه الشخصي هي الحقيقة الأمثل لأنه هو من يقف على حقيقة الوقائع والأفعال وعلى الأدلة المتوفرة للإثبات، ومن ثم فطبيعة الحال تقتضي بأن يكون اقتناع القاضي هو مصدر الحقيقة وليس المشرع³.

ويضيف آخرون بأن الغاية من العملية القضائية هو الوصول إلى حل عادل ومنصف للخصومة المعروضة على القضاء، ومن ثمة وجب أن تُكفل للقاضي الحرية التي تمكنه من القدرة على مواجهة متطلبات العدالة، فالعملية القضائية ليست عملية آلية منطقية فحسب، ولكنها تنطوي على أحكام أخلاقية مبنية على المواقف واتجاهات السلوك، وأن لكل قضية وقائعها وظروفها الخاصة، مما يمل

¹ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 102.

² - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 40-41.

³ - Ali RACHED, op.cit.p 41.

على المشرع ترك حرية التقدير فيها لسلطة القاضي دون إخضاعه لقواعد ثابتة بهذا الشأن¹. فعملية التقدير لا يمكن صياغتها في قوالب قانونية ثابتة، وفرض قيمتها على قناعة القاضي، فهذا يتعارض مع مستلزمات العمل القضائي.

ج- اقتحام الأدلة العلمية الحديثة مجال الإثبات: من غير الممكن إنكار آثار التطور العملي والتكنولوجي على القانون الجزائي بصفة عامة، وعلى وجه الخصوص عندما يتعلق الأمر بنظرية الإثبات الجزائي. ومن ثمة فنظام حرية القاضي في الإقتناع، من شأنه أن يسمح باستخدام واسع للأدلة العلمية، فهو يُتيح للقاضي أن يستمد اقتناعه من أي دليل، فهذا النظام يمكنه أن يستوعب جميع الأدلة العلمية الحديثة، سواء تلك التي تم اكتشافها أو حتى التي لم تكتشف بعد، طالما أنه لا يحكم بالإستبعاد المسبق لأي دليل من أدلة الإثبات، ولا يمنح أي دليل سموًا على غيره من أدلة الإثبات. كما أنه يعتبر ضماناً حقيقية للمتهم فيما يتعلق باستخدام الأدلة الحديثة، لأنه عادة ما تتضارب الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية مع باقي الأدلة، فيتدخل القاضي لترجيح دليل على آخر وفقاً لاقتناعه الشخصي.

إن ظهور الأدلة العلمية وتقدمها، مثل تلك المستمدة من تحليل الحامض النووي (ADN) وتحقيق الشخصية لا تقبل بطبيعتها إخضاع القاضي لأي قيود بشأنها، بل ينبغي أن يترك الأمر في تقديرها لمحضر اقتناع القاضي، خاصة وأنه كثيراً ما تتضارب هذه الأدلة مع باقي أدلة الدعوى، فضلاً عن احتمال تضارب آراء المختصين في شأنها².

بالإضافة إلى أن وسائل الكشف عن الجريمة وتحديد هوية مرتكبها ظلت لمدة طويلة لا تتعدى الأدلة المستمدة من الإقرار أو الشهادة، حيث كانت ولا تزال أهم طرق الإثبات الجنائي التي رسمتها القوانين في معظم أنحاء العالم، وبعد شيوع مبدأ حرية الإثبات ثبت أن شهادة الشهود واعترافات المتهمين لم تعد تلك الأدلة التي يمكن أن يطمئن إليها القاضي باقتناعه، فالشاهد عرضة للخطأ الناجم عن دقة الإبصار أو ضعف الذاكرة ومداهما أو قد يكون شاهد زور تعمّد تغيير الحقيقة، وأن الإقرار قد يكون نتيجة تعرض المعترف إلى الإكراه والتعذيب، كما أن تطور الحياة أثر في تطور الجريمة وأساليب ارتكابها، وساهم ذلك في استخدام المجرمين أساليب علمية حديثة في ارتكاب

¹ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 103.

² - محمد فتحي، تفتيش شبكة الإنترنت لضبط جرائم الإعتداء على الآداب العامة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2012، ص 320-321.

جرائمهم وإخفاء الأدلة التي تكشف عنهم، وأصبح من الصعب مكافحة الجريمة دون اللجوء إلى الاكتشافات العلمية الحديثة لإثباتها وإسنادها لشخص أو أشخاص معينين.

ثم إن نظام حرية القاضي في الإقتناع يحقق فاعلية العدالة الجزائية¹، وستفقد العدالة فاعليتها، وتتجرد من أسلحتها في مواجهة مجرمين يرتكبون على الأغلب جرائم بعيدا عن أعين السلطات العامة، ويسعون إلى استخدام جميع الوسائل التكنولوجية الممكنة من أجل طمس ما يمكن من الأدلة التي تؤدي إلى إدانتهم، إذا انعدمت إمكانية إثبات الجرائم وإسنادها إلى مرتكبها بجميع طرق الإثبات². وستصبح بذلك مكافحة الجريمة مهمة شبه مستحيلة إذا خضعت الأدلة لنظام صارم يحدد مسبقا الأدلة التي يجب الأخذ بها.

فالتقدم العلمي والتكنولوجي وما صاحبه من تعاظم دور بعض وسائل الإثبات كالخبرة والقرائن، واستخدامات أدوات العلم الحديث في مجال الأدلة الأخرى، لم يغيّر من جوهر نظام حرية القاضي في الإقتناع، إنما جاء ليؤكد ويحققه بصورة أدق مما هو عليه، بمعنى أن المرحلة العلمية الجديدة ما هي في الحقيقة إلا جزء من نظام حرية الإقتناع للقاضي الجزائي، بحيث يبقى القاضي بعيدا عن أي قيد أو شرط، إلا ما يفرضه عليه ضميره، وله الحرية هو و الخصوم في الإثبات بأي دليل سواء دخل عليه عناصر إثبات علمية أم لم يدخل³.

وإذا كان التطور العلمي قد أمدّ سلطات التحقيق بوسائل علمية حديثة ومتطورة لكشف الجرائم وتعقب مرتكبها، فإن نظام حرية القاضي في الإقتناع، يأتي كضمان إزاء هذه الوسائل، فهو يشكل ضمانا هامة، لما قد يرافق هذه الوسائل من أخطاء تترتب عليها أخطر الأضرار في حال التسليم بها، دون تقدير قيمتها الفعلية. بالإضافة إلى ما تنطوي عليه من اعتداء على الحريات الشخصية، لهذا بات من الضروري منح القاضي سلطة تقدير الأدلة الناجمة عنها⁴. ومن غير المقبول تماما استبدال الحقيقة القضائية بالحقيقة العلمية، والتي لا تشكل في الواقع سوى وسيلة مساعدة للقاضي للانتقال من حالة الشك إلى اليقين التام⁵.

¹ - Serge GUINCHARD et Jaques BUISSON, Procédure pénale, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Litec, Paris, 2002, p.458.

² - Jean PRADEL, procédure pénale, 10^{ème} édition, Cujas, Paris, 2000, p 332.

³ - مفيدة سعد السويدي، مرجع سابق ص ص 143-144.

⁴ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 101.

⁵ - Marie-Cécile NAGOUAS-GUÉRIN, Le doute en matière pénale, Dalloz, Paris, 2002, p37

ولهذا الغرض، أجازت التشريعات المختلفة للقاضي في سبيل تكوين اقتناعه الإستعانة بالخبراء لتقدير الأدلة المختلفة، والتي يحتاج تقديرها إلى معرفة علمية وفنية غير موجودة لديه، لذلك نجد أن التشريعات الجنائية المختلفة اهتمت بتنظيم أعمال الخبرة في مراحل التحقيق المختلفة، وحددت الإجراءات الشكلية القانونية لعمل الخبير، ووضعت الضمانات اللازمة لحيدة عمله، وبيان حقوقه والتزاماته.

ورغم أهمية الخبرة الفنية أو الدليل العلمي بصفة عامة، ودقة نتائجها التي لا يتسرب إليها أي شك في المجال الجزائي إلا أنه وجب إخضاعها لتقدير القاضي الجزائي، فالأمر لا يتعلق بقيمة هذا الدليل العلمي في حد ذاته، إنما يتعلق بالإجراءات المتخذة للحصول عليه أو الظروف المحيطة به، والتي وجب أن تكون دوما خاضعة لتقدير القاضي.

في الأخير نشير إلى أنه يجب أن لا يفهم مما تقدم بأن هذا النظام يمنع كل تدخل للمشرع، فسنرى في موضع آخر من هذا البحث¹، أن هناك أحكاما تشريعية قيّدت سلطة القاضي في قبول الدليل، بل وقيدت أحيانا اختياره للدليل الذي يعتمد عليه لإثبات الجريمة، وذلك من أجل أهداف وغايات ومصالح محددة رأى المشرع بأنها جديرة بالحماية.

ثانيا- الإنتقادات الموجهة لمبدأ حرية القاضي في الإقتناع:

رغم تبني أغلب التشريعات لمبدأ الإقتناع الحر للقاضي الجزائي نظرا للمبررات التي سقناها، إلا أنه لا ينبغي أن يفهم من ذلك بأن هذا المبدأ قد بلغ مرتبة الكمال أو أنه في منأى عن أي انتقاد، بل أن هذا المبدأ لم يسلم كغيره من المبادئ القانونية من النقد، فقد نسبت إليه مجموعة من الإنتقادات. لعل أبرزها عدم الإتفاق على على تعريف موحد وواضح لهذا المبدأ².

فضلا عن أن البعض يرى بأن التسليم بتمتع القاضي الجزائي بسلطة تقييم وسائل الإثبات بحرية كاملة مطلقة يؤدي إلى اقتناع القاضي حسب أهوائه وبحرية كاملة. وبذلك سوف يقضي بعاطفته ونزواته الشخصية، مما يترتب عنه أن الإقتناع الشخصي سوف يرادف الإنفعال الذاتي، ولذلك أعاب معارضو مبدأ الاقتناع الشخصي هذه الفكرة، وأعابوا عليه الجانب الإنطباعي والعاطفي

¹ - الفصل الثاني من هذا الباب، ص 100 وما يليها.

² - Julie RICHARD, L'intime conviction du juge en matière criminelle, Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, France, 26 juin 2017,

p22.

الذاتي مع سيطرة العواطف والغريزة¹، وهو ما عبر عنه روبيسبير ROBESPIERRE أمام الجمعية التأسيسية الفرنسية قائلا: "لا يمكن للقانون أن يترك الحق لضمير القاضي وحده في اتخاذ قرار تعسفي"².

ولذلك يكتسي نظام الإقتناع الحر - في رأي هؤلاء - طابعا تحكميا وعشوائيا، وبذلك فهو يتناقض تماما مع نظام الإثبات القانوني الذي يقيد اقتناع القاضي ضامنا بطريقة غير مباشرة حماية المتهم ومدعما لقرينة البراءة الأصلية³.

كما انتقد جانب من الفقه هذا المبدأ على أساس تعارضه مع القواعد القانونية الخاصة بععب الإثبات، خاصة ما تعلق منها بقرينة البراءة، فيما أن القاضي حر في تكوين اقتناعه من أي دليل يرتاح إليه، فليس مهما أن يكون هذا الدليل قدمته جهة الإتهام أو الدفاع، ومن شأن هذا أن يهدر كل قيمة قانونية لقاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم، إذ يمكنه بإعلان اقتناعه الشخصي أن يفسر الشك ضد المتهم. كما أن استخدام القاضي لحريته الشخصية في تقدير الأدلة من شأنه أن يجعل رقابة محكمة النقض عديمة الجدوى، لأن قاضي الموضوع يمكنه تبرير اقتناعه استنادا إلى الأدلة التي وقع عليها اختياره أيا كانت، وهذا يعني امتناع محكمة النقض عن التصدي لما اقتنع به، فقد يبرر القاضي حكمه باقتناعه بعنصر يبدو من الناحية الموضوعية ضعيفا للغاية. ثم إن مبدأ حرية القاضي في الإقتناع يُخلّ بحقوق الدفاع، فقد يعدل المتهم عن اعترافه مثلا إلا أن هذا المبدأ يسمح للقاضي أن يعتمد على هذا الإقرار رغم هذا العدول، كما أنه يعيق حرية الدفاع لأنه يُبقي المتهم في حيرة من أمره بشأن الإنطباع الذي يمكن أن يؤثر في نفسية القاضي من هذا العنصر أو ذاك من عناصر الدعوى، وهذا من شأنه أن يجعل المتهم في حالة يصعب معها تحديد السلوك الذي يجب أن يسلكه للدفاع عن نفسه، فضلا عن أن تطبيق هذا المبدأ من شأنه حرمان القاضي من وسيلة حماية نفسه من مخاطر الزلل، وعدم الإحاطة بمختلف أدلة الدعوى مما ينعكس بأسوء الأثر على العدالة ذاتها⁴.

¹ - Gilles-jean PORTEJOIE, Pierre-Charles RANOUIL, Glas pour l'intime conviction de l'insecte à la raison, Essai, broché, Unlimited édition, 2009, p. 109.

² - « La loi ne peut pas abandonner à la seule conscience du juge le droit de décider arbitrairement. » Voir: Julie RICHARD, op, cit, p21.

³ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 488 - 489.

⁴ - أنظر تفصيل ذلك: - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 61. - فرج إبراهيم العدوي عبده، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1995، ص 32.

وقد يُؤثر مبدأ حرية الإقتناع سلباً على حماية الحريات الفردية ويهدد استقرارها، ولا سيما حينما يتعلق الأمر بجرائم خطيرة يستدعي الأمر فيها توقيع جزاء شديد على مرتكبها، وذلك حينما يكتفي القاضي بدليل من الأدلة، ويؤسّس اقتناعه الشخصي عليه رغم ضعف قيمته التدليلية.

وبالتالي من الضروري وضع قواعد علمية دقيقة وشروط محددة يجب مراعاتها من أجل قبول وتقدير القوة التدليلية لقواعد الإثبات¹.

ونضيف للإنتقادات السالفة الذكر أن القاضي الجزائي يمكن أن يستغل هذه الحرية الواسعة والسلطة التي بين يديه لإصدار أحكام ليست في مصلحة العدالة وتكون تنفيذاً لرغبات معينة أو إرضاءً لجهات معينة، واستناداً لذلك فقد يُبرأ مجرم ويدان بريء، فالقضاة بشر لا يخلو تكوينهم البشري من ميل أو محاباة وضعف، وقد ينقاد بعضهم إلى أصحاب السلطة وذوي النفوذ، ومن ثمة قد يُوقّر هذا المبدأ للقاضي السبيل للخروج عن الحياد اللازم، وإصدار أحكام مشوبة بالتحيز والخطأ.

ورغم كل هذه المثالب والإنتقادات التي وجهت إلى هذا المبدأ، إلا أنه و بالمقارنة مع المزايا التي يوفرها لجميع أطراف الخصومة الجزائية، يمكن أن نخلص إلى أنه الوحيد الذي بإمكانه التقريب بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية. ففي ظل هذا المبدأ يقوم القاضي باستخلاص أدلة الدعوى التي يقدمها أطراف الدعوى وقبولها ثم تقديرها بكامل الحرية بعد مناقشتها بالجلسة، فلا توجد أدلة مفروضة عليه، ولا أدلة يحظر القانون عليه قبولها، وله أن يستبعد أي دليل لا يطمئن إليه، وحينما يجد القاضي نفسه أمام هذا المتسع من الحرية، فسوف يصل لا محالة إلى الحقيقة القضائية الملامسة للحقيقة الواقعية، وفي اعتقادنا أن مزايا هذا المبدأ العديدة هو ما جعله يسود في أغلب التشريعات الجنائية الحديثة، فهو الضامن الوحيد لعدالة الأحكام الجنائية.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي ونطاق تطبيقه.

اختلف الفقه حول الأساس القانوني لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، بحسب النصوص القانونية المستند عليها، على اعتبار أن التشريعات الجنائية اختلفت في تبني هذا النظام من تشريع لآخر.

¹-Delmas-Marty MIREILLE , Procédures Pénales d'Europe , 1 ére édition , PUF, Paris ,1995, p 521.

وبحكم نشأة هذا المبدأ في فرنسا، فكان من الطبيعي أن يُطرح النقاش في هذا البلد، ثم انتقل ليشمل الفقه والقضاء في باقي الدول التي اعتنقته (الفرع الأول)، كما طرح النقاش مجدداً حول نطاق تطبيق المبدأ، واختلف الفقه والقضاء في هذه المسألة حول شموله لمراحل الخصومة الجزائية تحقيقاً وحكماً، وحول امتداده لكافة جهات القضاء الجزائي ومختلف درجاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأساس القانوني لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي

نتطرق في هذا الفرع إلى الأساس القانوني لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في التشريع الفرنسي باعتباره مهد هذا المبدأ، ثم بعد ذلك نتعرض إلى أساسه القانوني في بعض التشريعات العربية التي تبنت هذا المبدأ، ثم نستعرض الأساس القانوني لهذا المبدأ في التشريع الجزائري.

أولاً- في القوانين المقارنة:

سجل مطلع القرن الثامن عشر مهاجمة رجال القانون والفلاسفة لنظام الأدلة القانونية وعموماً الإجراءات التنقيبية. هذه المرحلة تميزت كذلك بتحرر مبدأ حرية الأدلة والحكم بناءً على الإقتناع الشخصي¹، وكان من نتائج هذه المرحلة أن بدأت عشية الثورة الفرنسية المناداة بنظام الإقتناع الشخصي للقاضي الذي تبنته الجمعية التأسيسية الفرنسية فيما بعد إلى جانب عديد الإصلاحات. ومن المقترحات التي عرضت على الجمعية التأسيسية مقترح "روبسبير" وذلك في اجتماعها المنعقد في 04 جانفي سنة 1791 والمتمثل في أنهم من الممكن إيجاد تعايش مزدوج بين بين الثقة الواجبة في الأدلة القانونية، وبين وجوب تحقق الإقتناع الشخصي للقاضي. غير أن هذا المقترح لم يلق الموافقة من طرف الجمعية التأسيسية، ورجحت نظام الإقتناع الشخصي للقاضي².

وهكذا تبني المشرع الثوري في فرنسا مبدأ الإقتناع الشخصي، وصاغه في نصوص لا يعتمدها أي لبس، وذلك في قانون تحقيق الجنايات الصادر في 20 سبتمبر سنة 1791، وفيما بعد في المادة 342 من قانون تحقيق الجنايات الصادر سنة 1808، والذي نقل حرفياً تقريباً من قانون التحقيق الجنائي الصادر سنة 1791 لكن مع دقة وتفصيل أكثر³، وذلك من خلال العبارات التي تُقرأ على مسمع

¹ - Clara TOURNIER, op.cit, p74.

² - محمود محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، النظرية العامة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1977، ص 16.

³ - هلاي عبد اللاه أحمد، مرجع سابق، ص 75.

المحلفين عند المداوولات حول اتهام شخص، إلا أن هذه التعليمات الموجهة للمحلفين حُذفت بمقتضى القانون الصادر في فرنسا بتاريخ 25 نوفمبر 1941 على أساس أنها عديمة الفائدة وغير ملائمة، ومع ذلك أبقى المشرع على نظام الإقتناع الشخصي كما استقر القضاء على تأكيد هذا المبدأ حتى بعد صدور هذا القانون.¹

وأخيرا نقل المشرع الفرنسي مبدأ الإقتناع الشخصي إلى المادة 353 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي ألزمت رئيس محكمة الجنايات بتلاوة التعليمات التالية قبل الإنسحاب للمداولة، وأوجب أن تكتب هذه التعليمات بحروف كبيرة وتُعلّق في أظهر مكان في غرفة المداولة، وهذا نصها: "إن القانون لا يطلب من القضاة حسابا عن الوسائل التي شكلت اقتناعهم، ولا يكتب لهم القواعد التي يلتزمون بها ويعتمدون عليها في الإثبات، ولكن عليهم أن يسألوا أنفسهم في صمت وأن يبحثوا في ضمائرهم عما هو التأثير الذي أحدثته في نفوسهم الأدلة المقدمة ضد المتهم وأوجه دفاعه. وأن القانون لا يضع لهم إلا هذا السؤال الوحيد الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم: هل لديكم اقتناع شخصي؟".² كما ألزمت المادة 304 من قانون الإجراءات الفرنسية بأن يحلف المحلفون يمينا بأن يمحسوا بالإهتمام البالغ ما يقع من دلائل اتهام على عاتق المتهم، وأن يصدرروا قرارهم حسبما يستبين من الأدلة ووسائل الدفاع، وحسبما يرتضيه ضميرهم ويقتضيه اقتناعهم الشخصي بغير تحيز وبالحزم الجدير بالرجل النزيه الحر".³

¹ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 463 - 464. وأنظر قراري محكمة النقض الفرنسية اللذين استند عليهما:

-Ch.Crim.28 oct.1948.D.569.

-Ch.Crim.1 fev1950.D.265.

وانظر بخصوص نشأة وتطور محكمة الجنايات في فرنسا منذ سنة 1791:

-Jean PRADEL, Les méandres de la cour d'assises française de 1791 à nos jours, Revue juridique Themis, Editions Themis, Montréal- Quebec, 1997, pp139-153.

²-Article 353 du CPPF: « Avant que la cour d'assises se retire, le président donne lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères, dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations:

" la loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas des règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et =le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: " Avez-vous une intime conviction ?" disponible sur le site:www.legifrance.gouv.fr.

³ - Article 304 du CPPF: « Le président adresse aux jurés, debout et découverts, le discours suivant: "Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre X..., de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime ; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter ; de vous décider d'après les charges et les moyens de

ورغم تبني المشرع الفرنسي لنظام تسبب أحكام محكمة الجنايات بعد قرار المجلس الدستوري الفرنسي الذي عرضت عليه مسألة عدم دستورية غياب التسبب في أحكام محكمة الجنايات، فأصدر قراره بتاريخ 01 أفريل 2011 رقم 113-2011 الذي أكد من خلاله على أن تعليل الأحكام الجنائية بالأسئلة والأجوبة عنها صحيح ما لم ينص المشرع على شروط أخرى¹، وأضاف بأن تعليل الأحكام في المادة الجزائية يشكل ضماناً قانونية بشرط أن يدرج المشرع ذلك صراحة.

وهو ما جعل المشرع الفرنسي ينص في تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 939-2011 الصادر في 11 أوت 2011 على إلزامية تسبب الأحكام الجنائية بذكر أهم العناصر التي اقتنع بها القضاة والمحلفون عند إدانتهم للمتهم، وألزم رئيس المحكمة أو من يفوضه بتحرير ورقة التسبب التي تلحق بورقة الأسئلة، ويوقع عليها من طرف الرئيس والمحلف الأول².

إلا أن المشرع الفرنسي لم يتخلّ عن مبدأ الإقتناع الشخصي في الأحكام الجنائية المكرسة بالمادة 353 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، وكل ما فعله هو أنه استهل هذا النص بعبارته "مع مراعاة متطلبات تسبب القرار، فإن القانون لا يطلب من القضاة وأعضاء محكمة الجنايات حساباً عن الوسائل التي بها..."³، وكأن المشرع الفرنسي يذكّر قضاة محكمة الجنايات من خلال ذلك بوجود أن يكون الإقتناع مبنياً على الأدلة، وأن يتشكل هذا الإقتناع لدى جميع أعضاء محكمة الجنايات قضاة ومحلفين. فالتسبب يهدف إلى تمكين المتقاضين من معرفة أسباب الحكم وفهمها وتقييم فرص الطعن في الحكم، بما يسمح بمراقبة الحكم أمام جهة قضائية أعلى، وهو في النهاية يكرس حقوق الدفاع⁴. وبصورة عامة يقدم التسبب للفرد والمجتمع عدالة في المستوى المطلوب⁵.

défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre, et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de vos fonctions ».

¹ - سيدهم مختار، إصلاح نظام محكمة الجنايات، مجلة المحامي، منظمة المحامين بسطيف، ع 24، ديسمبر 2017، ص 30.

² - Article 365 du CPPF: « Le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt ».

En cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions.

La motivation figure sur un document annexé à la feuille des questions appelé feuille de motivation, qui est signée conformément à l'article 364 .

Lorsqu'en raison de la particulière complexité de l'affaire, liée au nombre des accusés ou des crimes qui leur sont reprochés, il n'est pas possible de rédiger immédiatement la feuille de motivation, celle-ci doit alors être rédigée, versée au dossier et déposée au greffe de la cour d'assises au plus tard dans un délai de trois jours à compter du prononcé de la décision ».

هذا النص نقله المشرع الجزائري حرفياً بمناسبة تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 07/17 المؤرخ في 27 مارس 2017، بموجب المادة 309 منه.

³ - « Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens... ».

⁴ - J. NORMAND, « Le domaine du principe de motivation », in La motivation, Association Henri Capitant, Tome 3 Limoges, L.G.D.J., Paris, 2000, p.19.

⁵ - Ibid. p18.

والملاحظ أيضا على المشرع الفرنسي أنه نص على مبدأ الإقتناع الشخصي أمام جميع جهات القضاء الجزائية، وقرر هذا المبدأ في نصوص خاصة بكل جهة قضائية، فنصت المادة 427-1 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي¹ المتعلقة بتطبيق هذا المبدأ أمام محكمة الجنج على أنه: " ما لم يرد نص مخالف، يمكن إثبات الجرائم بكل الطرق، ويحكم القاضي بناء على اقتناعه الشخصي"، وهو نفس النص الذي يطبق أمام محكمة المخالفات بعد أن أحالت المادة 536 من نفس القانون²، المتعلقة بتطبيق المبدأ أمام محكمة المخالفات على المادة 427 السالفة الذكر.

ومع نهاية القرن الثامن عشر انتشر هذا المبدأ في تشريعات الدول المجاورة لفرنسا الواحد تلو الآخر إلى أن أصبح هو القانون العام في كل تشريعات القارة الأوروبية، ومنه انتشر إلى باقي دول العالم العربي الذي كان أغلبه تحت الحكم العثماني ثم تحت سيطرة المستعمر الأوروبي³.

أما في مصر فقد انقسمت آراء الفقهاء بشأن الأساس القانوني لمبدأ الإقتناع الشخصي إلى اتجاهين: إتجاه أسس مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي على أحكام المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية المصري⁴، لاعتقاده بفكرة " وحدة الأساس القانوني" للمبدأ، مما يعني بأن مبدأ الإقتناع الشخصي يشمل جميع أنواع المحاكم سواء كانت جزئية أو محاكم جنائيات، كما يشمل كافة مراحل الدعوى سواء أمام جهة التحقيق (قضاة التحقيق) أو الحكم (قضاة الموضوع). أما الإتجاه الثاني فقد أسس جانب منه هذا المبدأ على المادتين 291⁵، 302 من قانون الإجراءات الجنائية، واعتبر الأولى أساسا لحرية الإثبات، والثانية أساسا لحرية الإقتناع. أما الجانب الآخر فقد أسس حرية القاضي الجزائي في الإقتناع بشقيها (قبول الدليل وتقديره) على المادتين 300⁶ و 302 من نفس القانون، واعتبر المادة الثانية أساسا لحرية الإقتناع بما يوحي أن المادة 300 تعتبر أساسا لحرية

¹ - Article 427/1 du CPPF: « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ».

² - Article 536 du CPPF: « Sont également applicables les règles édictées par les articles 418 à 426 concernant la constitution de partie civile ; par les articles 427 à 457 relatifs à l'administration de la preuve sous réserve de ce qui est dit à l'article 537 ; par les articles 458 à 461 concernant la discussion par les parties ; par l'article 462 relatif au jugement ».

³ - هلاي عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص 76، 77.

فقد أخذ بهذا المبدأ المشرع الألماني بموجب المادة 261 من قانون الإجراءات الجنائية الألماني (الإتحادي)، كما أخذ به المشرع الياباني بموجب المادة 146 من قانون الإجراءات الجنائية، والمشرع الصيني بموجب المادة 69 من قانون الإجراءات الجنائية، وكذلك المشرع السوفياتي بموجب المادة 17 من قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1995.

⁴ - تنص المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية المصري: " يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته...."، هذا القانون متوفر على الموقع: <http://www.elawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/ProceduralLaw/CriminalProceedingsAr.pdf>

⁵ - تنص المادة 291 من قانون الإجراءات الجنائية المصري " للمحكمة أن تأمر، ولو من تلقاء نفسها، أثناء نظر الدعوى، بتقديم أي دليل تراه لازما لظهور الحقيقة".

⁶ - تنص المادة 300 من قانون الإجراءات الجنائية المصري: " لا تنقيد المحكمة بما هو مدون في التحقيق الابتدائي، أو في محاضر جمع الاستدلالات، إلا إذا وجد في القانون نص على خلاف ذلك ".

القاضي في قبول الأدلة. وذلك لاعتقادهم باستقلال مبدأي " حرية الإثبات " و " حرية الإقتناع " عن بعضهما البعض، فلكل منهما مفهومه وأساسه القانوني الخاص به¹.

وقد حرصت محكمة النقض المصرية على تكريس هذا المبدأ في قراراتها، فأكدت على أن القاضي لا يتقيد في حكمه بالأدلة المباشرة دون غيرها، فله الحق في استخلاص الحقائق القانونية مما قدم إليه من أدلة ولو كانت أدلة غير مباشرة ما دام ذلك متفقاً مع العقل والمنطق. وللمحكمة أن تكون عقيدتها من جماع العناصر المطروحة بطريق الإستنتاج والإستقراء وكافة المكتنات العقلية متى كان ذلك سائغاً. كما أن المحكمة غير ملزمة بالتحدث في حكمها إلا عن الأدلة ذات الأثر في تكوين عقيدتها، فالتفتاتها عن أي دليل آخر مفاده إطراره. وأن الأدلة في المواد الجنائية إقناعية، وللمحكمة أن تلتفت عن دليل النفي ولو حملته أوراق رسمية، مادام يصح في العقل أن يكون غير ملتئم مع الحقيقة التي اطمأنت إليها من باقي الأدلة في الدعوى². كما أكدت على أن القانون – ماعدا ما استلزمه من وسائل خاصة للإثبات – فتح بابه أمام القاضي الجزائي على مصراعيه يختار من كل طريقه ما يراه موصلاً إلى كشف الحقيقة، ويزن قوة الإثبات المستمدة من كل عنصر³.

كما أخذ بهذا المبدأ المشرع الأردني بموجب المادة 147/2 من قانون أصول المحاكمات الجزائية⁴، وأخذ به المشرع التونسي في الفصل 150 من مجلة الإجراءات الجزائية⁵، والمشرع المغربي في المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية⁶، وكذلك في نص المادة 422 من نفس القانون¹ المتعلقة

¹ - أنظر تفصيل هذه الإتجاهات والإنتقادات الموجهة إليها في مؤلف: محمد عبد الشافي اسماعيل، مبدأ حرية القاضي الجنائي في الإقتناع، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنار، مصر، 1999، ص ص 25، 26.

² - ممدوح خليل البحر، مرجع سابق، ص 339. وانظر أحكام محكمة النقض المصرية التي أشار إليها:

- نقض مصري، أول فبراير 1984، مجموعة أحكام النقض س 35 رقم 21 ص 105.

- نقض مصري، 10 مارس 1980، مجموعة أحكام النقض س 31 رقم 65 ص 354.

- نقض مصري، 06 مارس 1980، مجموعة أحكام النقض س 31 رقم 62 ص 328.

³ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 46 وانظر أحكام محكمة النقض المصرية التي أشار إليها:

- نقض مصري، 24 أبريل 1978، مجموعة أحكام النقض س 29 رقم 84 ص 442.

- نقض مصري، 25 نوفمبر 1984، مجموعة أحكام النقض س 35 رقم 185 ص 821.

⁴ - تنص المادة 147/2 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني: " تقام البيئة في الجنايات والجناح والمخالفات بجميع طرق الإثبات، ويقضي القاضي حسب قناعته الشخصية. " متوفر على الموقع:

<http://www.moj.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/d0d76f5c-8ad9-4a55-b065-d4748339db40.pdf>.

⁵ - ينص الفصل 150 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية: " يمكن إثبات الجرائم بأي وسيلة من وسائل الإثبات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويقضي الحاكم حسب وجدانه الخالص. وإذا لم تقم الحجة، فإنه يحكم بترك سبيل المتهمة. " متوفر على الموقع:

<http://www.legislation.tn/sites/default/files/codes/ProcEDUREpenaleArabe.pdf>

⁶ - تنص المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية المغربية: " يمكن إثبات الجرائم بأي وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم، ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقاً للبند 08 من المادة 365 الآتية بعده... " متوفر على الموقع:

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/penal/CodePenal2.htm>

بغرفة الجنايات. أما المشرع السوري فقد نص عليه في المادة 1/175 من قانون أصول المحاكمات الجزائية².

ثانيا - في القانون الجزائري:

سار المشرع على خطى المشرع الفرنسي وكرّس مبدأ الإقتناع الشخصي في نص المادة 212 فقرة أولى من ق.إ.ج³ التي تنص: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص..."⁴، وهذا النص يعد ترجمة حرفية لنص المادة 427 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي. والحقيقة أن هذه المادة تكرر قاعدتين لا يمكن فصلهما، قاعدة الإقتناع الحر من جهة، وقاعدة حرية اختيار وسائل الإثبات الجنائي من جهة أخرى⁵.

ورغم ورود هذا النص في باب الأحكام المشتركة بين جميع جهات الحكم، وهو ما يجعل منه قاعدة عامة تصلح للتطبيق أمام جميع جهات القضاء الجزائي (مخالفات، جنح، جنايات). إلا أن المشرع الجزائري على غرار متبوعه الفرنسي لم يكتف بهذا النص، إذ أحالت المادة 399 من ق.إ.ج المتعلقة بالمخالفات⁶ صراحة على تطبيق المادة 212 السالفة الذكر، في حين أفرد المشرع لمحكمة الجنايات نصا خاصا كرس من خلاله مبدأ الإقتناع الشخصي بصورة أكثر وضوحا، وذلك من خلال التعليمات التي يتلوها رئيس محكمة الجنايات على أعضاء المحكمة قبل انصرافهم للمداولة، وهي التعليمات الواردة في نص المادة 307 من ق.إ.ج⁷، التي نقلها من المادة 353 من قانون الإجراءات

¹ - تنص المادة 2/422 من قانون المسطرة الجنائية المغربية: "يخول الرئيس سلطة تقديرية يمكنه بمقتضاها، وتبعا لما تمليه عليه قواعد الشرف والضمير، أن يتخذ جميع المقررات ويأمر بجميع التدابير التي يراها مفيدة للكشف عن الحقيقة، ما لم يمنعه القانون".

² - تنص المادة 1/175 من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري: "تقام البيئة في الجنايات والجنح والمخالفات بجميع طرق الإثبات، ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية". متوفر على الموقع:

<https://iedja.org/wp-content/uploads/2018/02/Code-de-Proc%C3%A9dure-P%C3%A9nale-Syrien-Loi-115-de-1950-AR.pdf>

³ - أمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. ع 48 المؤرخة في يوليو 1966، معدل ومتمم.

⁴ - وردت هذه المادة في الفصل الأول بعنوان "في طرق الإثبات" من الباب الأول الذي يحمل عنوان "أحكام مشتركة من الكتاب الثاني المعنون "في جهات الحكم" من قانون الإجراءات الجزائية.

⁵ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 465.

⁶ - تنص المادة 286 من ق.إ.ج الجزائري: "تطبق أيضا القواعد المقررة في المواد من 212 إلى 237 المتعلقة بإقامة الدليل مع التحفظات الواردة بالمادة 400 والمواد من 238 إلى 352 المتعلقة بطلبات النيابة العامة ومذكرات الخصوم الختامية والمادة 355 المتعلقة بالحكم".

⁷ - تنص المادة 307 من ق.إ.ج الجزائري: "يتلو الرئيس قبل مغادرة المحكمة قاعة الجلسة التعليمات الآتية التي تعلق فضلا عن ذلك بحروف كبيرة في أظهر مكان من غرفة المداولة: إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت وتدبر، وأن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم وأوجه الدفاع عنها ولم يضع لهم القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم: هل لديكم اقتناع شخصي؟".

الجنائية الفرنسي، كما أكدت على نفس المبدأ المادة 284 من نفس القانون في القسم الذي يؤديه المحلفون بعد اختيارهم عن طريق القرعة لتشكيل محكمة الجنايات¹.

ومن خلال هذه النصوص يتضح بأن المشرع الجزائري منح للقاضي الجزائي لاسيما قاضي الحكم في المسائل الجزائية وعبر مختلف الجهات القضائية الجزائية وبمختلف درجاتها الحرية الكاملة في الإستناد إلى مختلف طرق الإثبات المعروضة أمامه، ثم الحكم تبعا لاقتناعه الخاص. وقد حرصت المحكمة العليا على تجسيد هذا المبدأ في التطبيق القضائي، بمناسبة مراقبتها للأحكام والقرارات المعروضة عليها.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

يهدف الكشف عن الحقيقة تُسند أغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري مهمة البحث والتمحيص عن الأدلة المفيدة في الكشف عن الحقيقة إلى سلطة محايدة وموضوعية منفصلة عن سلطة الحكم يتولاها قاضي التحقيق، خاصة في القضايا الجنحية المتشعبة والجنايات، ومن ثمة فإن إجراءات الخصومة القضائية خلال هذه المرحلة تتسم بالصبغة القضائية.

وإذا كانت مرحلة المحاكمة هي المجال الأرحب لممارسة القاضي لحرية في الإقتناع، ولا خلاف حول ذلك، فإن الفقه قد اختلف في ممارسة قاضي التحقيق لسلطته في تقدير الأدلة. وثار التساؤل حول مدى تمتع قاضي التحقيق بسلطة تقدير الأدلة، وإن كانت له هذه السلطة فما هو نطاقها ؟ كما ثارتساؤل آخر حول مدى إمتداد تطبيق مبدأ الإقتناع الشخصي إلى جميع المحاكم الجزائية ؟

أولا - تطبيق المبدأ في مرحلة التحقيق الابتدائي² :

لا يتفق بعض فقهاء القانون الجنائي مع الرأي القائل بانطباق مبدأ الإقتناع الشخصي على جميع مراحل الدعوى العمومية، مؤكدين أن هذا المبدأ لا يسري إلا في المرحلة الأخيرة من الدعوى

¹ - تنص المادة 284 من ق ج الجزائري : "...يوجه الرئيس إلى المحلفين القسم التالي: تقسمون وتتعبدون أمام الله وأمام الناس بأن تمحصوا بالاهتمام البالغ غاية الدقة ما يقع من دلائل اتهام على عاتق فلان (يذكر اسم المتهم) وألا تبخسوه حقوقه... وأن تصدروا قراركم حسبما يستبين من الدلائل ووسائل الدفاع وحسبما يرتضيه ضميركم ويقتضيه اقتناعكم الشخصي.....".

² - يقصد بالتحقيق الابتدائي، ذلك النشاط الإجرائي الذي تباشره سلطة قضائية مختصة للتحقيق في مدى صحة الإتهام الموجه بشأن واقعة جنائية معروضة عليها، بالبحث عن الأدلة المثبتة للهمة والبحث عن المجرمين المتهمين بها، وهي مرحلة لاحقة لمرحلة البحث التمهيدي الذي يباشره رجال الضبطية القضائية، والتحقيق القضائي على درجتين يمارسه في الدرجة الأولى قاضي التحقيق وفي الدرجة الثانية غرفة الاتهام. عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، دارهومة، الجزائر، 2003، ص 308-309.

العمومية أي مرحلة المحاكمة، كما يذهب بعض الفقهاء البلجيكيين إلى القول بأن مبدأ الإقتناع الشخصي لا ينطبق إلا أمام محكمة الجنايات، ويرفضون تطبيقه أمام قاضي التحقيق وكذا أمام محاكم الجناح والمخالفات، وحثّهم في ذلك أن النص الذي كرس هذا المبدأ ورد ضمن الأحكام الواردة في الباب المتعلق بمحكمة الجنايات¹. حيث يقول الفقيه **Vouin robert**: "إن الإقتناع السابق لأوانه لدى قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية يجعل الإجراءات تسير نحو الخطأ، مما يترتب عنه عواقب وخيمة على المتهم، ذلك أنه ينبغي على هؤلاء بدل أن يقتنعوا مسبقاً، أن يتبنّوا فرضية كطريقة عمل لا أكثر"².

ويبرر جانب من الفقه عدم انطباق هذا المبدأ على سلطة التحقيق على عدم إشارة المشرع في نصوصه إلى ذلك، ولأن سلطة قاضي التحقيق في إصدار قرار بالغلق الدائم أو المؤقت أو إحالة القضية إلى جهة الحكم لا تنطلق من مبدأ القناعة، بل هناك مبدأ آخر يحكمها وهو مبدأ الملاءمة³.

وبخلاف هذا الإتجاه يتجه فريق آخر من الفقهاء إلى بسط سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة على جميع مراحل الدعوى الجنائية. فسلطة التحقيق - حسبهم - وهي تقدّر كفاية الأدلة أو عدم كفايتها لتحيل الدعوى الجنائية على قضاء الحكم أو تصدر أمراً بانتفاء وجه الدعوى (غلق الدعوى) يتم طبقاً لقناعة هذه السلطة⁴. فنظرية الإثبات في تقدير أصحاب هذا الرأي، واحدة في كافة مراحل الدعوى⁵.

وإذا كان مبدأ الإقتناع الشخصي وُجد في الأصل ليطبق في مرحلة المحاكمة أمام قضاة الحكم، فإنه يجري تطبيقه أيضاً في مرحلة التحقيق الابتدائي أمام قضاة التحقيق وغرفة الإتهام، وذلك لأن الإقتناع لا يتعلق فقط بتقدير عناصر الإثبات من طرف الجهات المختصة بالحكم، وإنما يتعلق أيضاً باستنتاج قرائن الإتهام وتحديد الأعباء الكافية أثناء التحقيق الابتدائي.

¹ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 467.

² - المرجع نفسه، ص 466.

³ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 158.

⁴ - المرجع نفسه، ص 159.

⁵ - Serge GUINCHARD, Jaques BUISSON, op. cit, p.459.

ففضاة التحقيق - سواء في الدرجة الأولى أو الثانية - يصدرن قرارهم بناءً على ما يستخلصونه من دراسة الملف المعروض، من حيث بحث وتقدير وجود أدلة كافية لإحالة المتهم على المحاكمة أو العكس¹، وهم بذلك يعتمدون على اقتناعهم الشخصي².

ويذهب جانب من الفقه المصري إلى أن الأمر يبدو واضحاً إذا كان التحقيق يتم بمعرفة قاضي التحقيق، فالمبدأ الذي يحكمه هو حرية الإقتناع، أما إذا كان القائم بالتحقيق هو النيابة العامة باعتبارها سلطة التحقيق الأصلية - كما هو الوضع في مصر - فإن مبدأ ملاءمة رفع الدعوى يشارك مبدأ الإقتناع في تقدير كفاية الأدلة، ويقفان سوياً وراء قرار النيابة العامة بالتصرف³.

وبعيداً عن هذه الإتجاهات الفقهية فإن قضاء التحقيق في الجزائر والتطبيقات القضائية قد درجت على تطبيق هذا المبدأ أمام قضاة التحقيق وقضاة غرفة الإتهام، وهو ما يُستشف ضمناً من نص الفقرة الثانية من المادة 162 ق.إ. ج التي جاء فيها: "يحصّص قاضي التحقيق الأدلة، وما إذا كان يوجد ضد المتهم دلائل مكونة لجريمة من جرائم قانون العقوبات...". فهذا التمهيص الذي يقوم به قاضي التحقيق يعني استناده لاقتناعه الشخصي، إذ ليس في قانون الإجراءات الجزائية طريقة يقتنع بمقتضاها⁴، فضلاً عن أن المواد 163، 164، 166 من ق.إ.ج ابتدأت جميعها بعبارة: "إذا رأى قاضي التحقيق..."، في إشارة واضحة إلى حرية الإقتناع التي يتمتع بها قاضي التحقيق.

ويستوي الأمر بالنسبة لغرفة الاتهام باعتبارها درجة ثانية للتحقيق، فقضاةها يتمتعون كذلك بحرية الإقتناع، فقد نصت المادة 195 فقرة أولى من ق.إ.ج "إذا رأت غرفة الاتهام أن الوقائع لا تكون جنائية أو جنحة أو مخالفة أو لا تتوفر دلائل كافية لادانة المتهم أو كان مرتكب الجريمة لا يزال مجهولاً أصدرت حكمها بالأوجه للمتابعة"، وكذلك الشأن في المادتين 196 و197 من ق.إ.ج⁵.

¹ - Serge GUINCHARD, Jaques BUISSON, op. cit, p.463.

² - Voir: Julie RICHARD, op.cit, p28. « Au stade de l'instruction, le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention sont amenés à prendre diverses décisions contraignantes pouvant se fonder sur une forme d'intime conviction. Ainsi, la décision de mise en examen prise par le juge d'instruction repose selon l'article 80-1-1 sur des indices graves ou concordants rendant vraisemblable (que la ou les personnes) aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont il est saisi ».

³ - محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 138.

⁴ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 468.

⁵ - تنص المادة 196 من ق.إ. ج الجزائري "إذا رأت غرفة الاتهام أن الوقائع تكون جنحة أو مخالفة فإنها تقضي بإحالة القضية إلى المحكمة...". وتنص المادة 197 ق إ.ج "إذا رأت غرفة الاتهام أن وقائع الدعوى المنسوبة إلى المتهم تكون جريمة لها وصف الجنائية قانوناً فإنها تقضي بإحالة المتهم إلى محكمة الجنايات ولها أيضاً أن ترفع إلى تلك المحكمة قضايا الجرائم المرتبطة بتلك الجنائية".

ومن الأحكام التي قررها المشرع الجزائري والتي تدعم حرية جهة التحقيق في الإقتناع، تمكنه جهة التحقيق من اتخاذ كل ما تراه لازما لاستجلاء الحقيقة أثناء بحثها في ملابسات ارتكاب جريمة ما¹، فضلا عن تمكنه وكيل الجمهورية سواء في طلبه الإفتتاحي لإجراء تحقيق أو بطلب إضافي في أي مرحلة من مراحل التحقيق، أن يطلب من القاضي المحقق كل إجراء يراه لازما لإظهار الحقيقة².

و ينبغي أن نشير إلى أن الإقتناع الذي يخص جهات التحقيق لا يعدو أن يكون تقديرا ينصب على مدى كفاية أو عدم كفاية أدلة الاتهام، وهذا الأمر يختلف تماما عن الإقتناع الذي يتكوّن لدى قضاة الحكم، فهو اقتناع ينصب على الأدلة المطروحة، ومدى كفايتها للحكم بالإدانة³، دون الخضوع لقواعد معينة ولا لرقابة المحكمة العليا، ولكنهم يخضعون لرقابة ضمائرهم واقتناعهم الشخصي فقط⁴.

وتبدو سلطة جهات التحقيق في التقدير جلية من خلال تقدير مدى قيمة الأدلة لتقديم المتهم للمحاكمة، ويكفي في ذلك مجرد ترجيح الإدانة⁵، وفي ذلك توفير لجهد ووقت قضاء الحكم وضمانة أكيدة للمتهم في أن لا يمثل للمحاكمة أمام جهة الحكم إلا في حال وجود أدلة كافية ضده، ولا يجوز لقضاة التحقيق ولا لغرفة الاتهام تقدير كفاية الأدلة أو عدم كفايتها للإدانة لأنهم بذلك يكونون قد تجاوزوا سلطتهم الأصلية وتحولوا إلى قضاة موضوع.

فعندما يبحث قاضي التحقيق في وجود أدلة مكونة للجريمة ضد المتهم، فإنه يقوم بذلك بدون استناده على أي قاعدة قانونية للإثبات، لذلك فإنه يقرر كفاية أو عدم كفاية الأدلة، الإحالة أو إصدار أمر بالألا وجه للمتابعة حسبما يمليه عليه ضميره أي حسب اقتناعه الشخصي، بمعنى أنه لا يوجد في القانون حكم يفرض على قاضي التحقيق طريقة يقتنع بمقتضاها⁶.

¹ - أنظر المادة 68-01 من القانون رقم 08-01 المؤرخ في 26 يونيو 2001 معدل ومتمم للأمر رقم 156-66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 34 المؤرخة في 27 يونيو 2001.

² - المادة 69 فقرة أولى من القانون رقم 22-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 معدل ومتمم للأمر رقم 156-66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 84 المؤرخة في 24 ديسمبر 2006.

³ - زبدة مسعود، مرجع سابق، ص 128.

⁴ - مارك نصر الدين، مرجع سابق، ص 636.

⁵ - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 160.

⁶ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 468.

وبتعبير آخر فإن اقتناع قضاة التحقيق يسعى إلى ترجيح الظن، بينما اقتناع قضاة الحكم فيسعى لتأكيد الحقيقة¹، ولهذا قيل أن الشك يفسر ضد المتهم في مرحلة الإتهام ويفسر لصالح المتهم في مرحلة الحكم الذي يجب أن يبنى على أدلة يقينية².

وقد أكد التطبيق القضائي للمحكمة العليا على تمتع جهات التحقيق القضائي بهذه الحرية في الاقتناع، فقد جاء في قرارها: "متى كان من المقرر قانوناً أن قضاة غرفة الإتهام لهم السلطة التقديرية لمناقشة وتقدير الأدلة والموازنة بعضها ببعض، وترجيح ما يطمئنون إليه متى أقاموا قضاءهم على أسباب سائغة قانوناً تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، فإن الطعن بالنقض المؤسس على مناقشة وتقدير الوقائع يكون غير مقبول.

وإذا كان الثابت أن النائب العام أسس طعنه بالنقض باستعراض وقائع القضية وتوافر أركان الجريمة المادية و المعنوية، يكون ما يثيره يتعلق بمناقشة الوقائع التي تدخل ضمن السلطة التقديرية الموكولة لقضاة غرفة الإتهام الذين عللوا قرارهم تعليلاً كافياً بأدلة قانونية وأثبتوا عدم توافر التهمة، ومتى كان كذلك يتعين رفض طعن النائب العام"³.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا يوضح الفرق بين اقتناع جهة التحقيق وجهة الحكم قضت: "...أن قضاة غرفة الإتهام سببوا قضاءهم بأن لا وجه للمتابعة على الحيثية التالية (أن الإدانة لا تبنى إلا على الأدلة الكافية، وليس على مجرد الشك وأن المتهم بريء حتى اثبت إدانته...) وبالتالي قد تصدوا للموضوع وكأنهم جهة حكم عند حديثهم عن الإدانة والأدلة الكافية والشك والبراءة، بدل الإكتفاء بالبحث عن وجود أو عدم وجود أعباء وقرائن ضد المتهم لإحالة على المحكمة المختصة أو إفادته بإنتفاء وجه الدعوى بصفتهم جهة تحقيق ثانية، مما يعد تجاوزاً لسلطتهم وهو ما يعرض قرارهم للنقض والإبطال"⁴.

وقضت في قرار آخر " حيث إن علم الطاعن بتزييف العقد مسألة واقع يعود تقديرها إلى قضاة الموضوع، وأن غرفة الإتهام بناءً على ما توفر لديها من قرائن، خاصة تناقض محتوى وثيقتين صادرتين

¹ - زبدة مسعود، مرجع سابق، ص 49.

² - مارك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 637.

³ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 20 / 11 / 1984 في الملف رقم 41008، المجلة القضائية، ع 3، ص 1989، ص 228.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 19 / 10 / 2016 في الملف رقم 1031961، مجلة المحكمة العليا، ع 2، ص 2016، ص 401.

عن مكتب الطاعن يسمح لها بإحالة المتهم على محكمة الجنايات التي تبقى مختصة بالأدلة القطعية¹. وقضت أيضا: "أن قضاء التحقيق لا يبحث فيما إذا كان المتهم مدانا بالجرم المنسوب إليه من باب أن ترجيح الإدانة هو مقياس الإتهام، والجزم واليقين هو مقياس الحكم، ويتعين على غرفة الاتهام استعمال صيغة الإمكان والترجيح وليس ما يفيد اليقين والفصل في الموضوع قبل المحاكمة"². كما قضت: "أن قضاء الإتهام والإحالة يأخذ بالشك الراجح وليس باليقين، وأن قضاء التحقيق المكتوب لا يتوخى لأجل الإحالة الأدلة اليقينية الحاسمة كما تتوخاها سلطة الحكم لأجل الإدانة إنما يكتفي بوجود شواهد أو قرائن تجعل التهمة محتملة ومرجحة ويبقى الجزم باليقين من عمل محكمة الموضوع، وغرفة الاتهام وهي جهة تحقيق ليست ملزمة بتوفر الدليل القطعي لأجل الإحالة، وإنما وجود قرائن تبعث على الاعتقاد بأن المتهم قد يكون هو الفاعل، وأنه يستوجب على غرفة الإتهام في حالة تناقض الخبرات والتصريحات وعسر الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفي، ترجيح الإتهام والإحالة إلى قضاء الحكم للفصل، من خلال تحقيق شفهي علني ووجاهي بين جميع الأطراف"³.

كما ذهب محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها إلى أنه على قضاة التحقيق أن يبحثوا في وجود الأدلة الكافية من خلال عناصر الإثبات التي توصلوا إليها أثناء التحقيق التي يقدرونها بكل حرية. فقاضي التحقيق يرتكب تجاوزا لصلاحياته إذا أكد فضلا عن ذكر الأدلة، أن الشخص موضوع التحقيق هو فعلا مذنب، لأن الإقتناع الشخصي في هذه المرحلة لا ينطبق إلا من حيث تقدير وجود أدلة كافية ضد المتهم وانتفاءها، وأن قراره بالإحالة أو عدمها يرتبط بهذا التقدير⁴.

وهو نفس الرأي الذي قضت به محكمة التمييز العراقية حين قضت: "ليس من اختصاص حاكم التحقيق تفنيد أو تأييد الأدلة، بل عليه إحالة القضية إلى المحكمة المختصة"⁵.

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 2001.04.24 في الملف رقم 265955، الاجتهاد القضائي للغرفة الجنائية، قسم الوثائق، 2003، ص 264.

² - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 2011.11.17 في الملف رقم 764099، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2012، ص 407.

³ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في 2016.10.19 في الملف رقم 0984906، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2016، ص 371.

⁴ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 469. وأنظر قرارات محكمة النقض الفرنسية التي أوردتها :

-Ch.Crim: 03 mai 1960, Bull n°232.

-Ch.Crim: 10 oct 1957, Bull n°617.

-Ch.Crim: 25 juil 1960, Bull n°391.

⁵ - التمييز 317 / تمييزية / 64 في 1964/08/13، الفقه الجنائي في قرارات محاكم التمييز. القاعدة 76، ص 98. أشار إليه: فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص

وينبغي التنويه إلى أن المشرع الجزائري منح لقاضي التحقيق سلطة استثنائية في تقدير الأدلة من خلال الحكم مباشرة في جرائم تخلف الشاهد عن الحضور لأداء الشهادة أو الإمتناع عن أداء اليمين أو الإدلاء بشهادته وفقا لما ورد في أحكام المادة 97 من ق.إ.ج.¹، كما منح المشرع المصري لقاضي التحقيق هذه السلطة الإستثنائية في التقدير حينما أجاز لقاضي التحقيق أن يحكم مباشرة في جرائم التخلف عن الحضور لأداء الشهادة، وذلك بمقتضى المادة 117 من ق.إ.ج مصري، وجرائم الإمتناع عن أداء الشهادة وحلف اليمين في الجنع والجنايات بمقتضى المادة 119 من نفس القانون.

ثانيا - تطبيق المبدأ في مرحلة المحاكمة:

يبرز مبدأ الإقتناع الشخصي بصورة واضحة في هذه المرحلة، أين يكون للقاضي سلطة أوسع نطاقا وأكثر شمولية مقارنة بباقي المراحل، وفيها يقوم القاضي بمراجعة كل ما تخذ من إجراءات وما تحصل من أدلة في المراحل السابقة². ومن ثمة فإن تطبيق قاعدة الإقتناع الشخصي للقاضي في مرحلة المحاكمة أمر مسلم به بالإجماع³.

وفي التشريع الجزائري يبدو الأمر محسوما أيضا، فيُستخلص من قراءة نصوص المواد 212، 284 فقرة أخيرة، 307، 399 من ق.إ.ج أن مبدأ الإقتناع الشخصي يسري أمام كل جهات الحكم، بمختلف درجاتها وأنواعها بما فيها محاكم الأحداث، بحيث يطبق هذا المبدأ سواء تعلق الأمر بجناية أو جنحة عادية وحتى بمخالفة، فالأمر لا يتعلق لا بخطورة الجريمة المرتكبة ولا بطبيعة العقوبة المقررة.

ولم يفرّق المشرع الجزائري بين القضاة والمحلفين المشكلين لمحكمة الجنايات. فالمادة 307 من ق.إ.ج تخاطبهم جميعا، وتؤكد بأن القانون لا يطلب منهم حسابا عن الوسائل التي وصلوا بها إلى تكوين اقتناعهم، بل لم يضع لهم القانون سوى هذا السؤال: هل لديكم اقتناع شخصي؟ كما أكدت المادة

¹ - تنص المادة 97 من ق.إ.ج: "كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة. وإذا لم يحضر الشاهد فيجوز لقاضي التحقيق بناء على طلب وكيل الجمهورية استحضاره جبرا بواسطة القوة العمومية والحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2.000 دينار غير أنه إذا حضر فيما بعد وأبدي أعذارا محقة ومدعمة بما يؤيد صحتها جاز لقاضي التحقيق بعد سماع طلبات وكيل الجمهورية إقالته من الغرامة كلها أو جزء منها. ويجوز توقيع العقوبة نفسها بناء على طلب رجل القضاء المذكور على الشاهد الذي يمتنع رغم حضوره عن أداء اليمين أو الإدلاء بشهادته. ويصدر الحكم المشار إليه في الفقرتين السابقتين بقرار من القاضي المحقق ولا يكون قابلا لأي طعن".

² - دريسي جمال، دور الضحية في إنهاء المتابعة الجزائية، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/ 2016، ص 223.

³ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 159.

284 من ق.إ.ج على وجوب أن يُقسم المحلفون على أن يصدر قرارهم طبقاً لضمائمهم واقتناعهم الشخصي¹.

وفي التطبيقات القضائية تواترت قرارات المحكمة العليا في الجزائر على سيادة هذا المبدأ في العديد من قراراتها نذكر منها:

- "أن قضاة المجلس ناقشوا الوقائع وتوصلوا إلى تكوين اقتناعهم بعدم ثبوت التهمة في حق المتهمين من خلال محتويات الملف، وأنه لا يوجد ما يمنع قضاة الموضوع من إفادة المتهم الغائب بالبراءة متى اقتنعوا بذلك"².

- "إن أعضاء محكمة الجنايات غير ملزمين بذكر الوسائل التي توصلوا بها إلى اقتناعهم بإدانة المتهم، وإنما هم مطالبون بالبحث عما إذا كان لديهم اقتناع شخصي طبقاً لأحكام المادة 307 ق.إ.ج"³.

- "إن العبرة في مواد الجنايات هي باقتناع المحكمة التي لها الحرية المطلقة في تقدير الوقائع وأدلة الإثبات بدون معقب عليها من طرف المجلس الأعلى"⁴.

- "ليس من اللازم على قضاة لموضوع الأخذ بما جاء في الشهادة الطبية لأن العبرة في الإثبات في المواد الجنائية بالإقتناع الشخصي"⁵.

- "من المقرر قانوناً في باب تقدير كفاية أو تمام أدلة الإثبات التي يستند عليها قضاة الموضوع في المادة الجزائية لتكوين اقتناعهم أن المسألة حسمها نص المادة 212 ق.إ.ج الذي أجاز إثبات الجرائم كقاعدة عامة بأي طريق من طرق الإثبات ما لم يوجد نص خاص مخالف، وسمحت للقاضي أن يصدر حكمه تبعاً لاقتناعه الخاص شريطة أن يبني قراره على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت

¹ - حول نظام المحلفين يقول الفقيه فوستن هيلي:

« c'est le serment qui fait le juré: c'est de cette formalité qu'il prend son nom et en même temps son pouvoir. Jusque-là il n'est qu'un citoyen, il n'a ni mission spéciale, ni fonction; il n'a qu'une aptitude; le serment en lui imposant des obligations et des devoirs, lui confère un pouvoir et des droits; il est la base légale de sa fonction; c'est de là que dérivent et sa qualité de juge et toutes les attributions qu'il va exercer ».

Voir: Julie RICHARD, op. cit, p 74.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار بتاريخ 01/07/2010 في الملف رقم 525091، مجلة المحكمة العليا، ع 01، ص 2012، ص 347.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر بتاريخ 13/11/1982، في الملف رقم 26575، مشار إليه في: جيلالي بغدادي، الإجهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 15.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر بتاريخ 13 ديسمبر 1983، في الملف رقم 34471، مشار إليه في: المرجع نفسه، ص 15.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر بتاريخ 04/02/1986 في الملف رقم 36، غير منشور. مشار إليه في: بوسقيعة احسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 120.

مناقشتها في الجلسة، فمحكمة الموضوع لها كامل الصلاحية للموازنة بين الحجج وتقدير أدلة الدعوى والأخذ بما تطمئن إليه، ما دامت تستند على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، وأن ما يثيره الطاعن حول الشهادة الطبية (صادرة عن طبيب عادي أو شرعي) ومناقشة مضمونها هي مسائل تتعلق بالسلطة التقديرية التي أسندها المشرع لقضاة الموضوع دون رقيب عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا. وبالتالي فإن هذا الوجه بدوره غير سديد ويرفض، وينجر عن ذلك رفض الطعن¹.

- "إن النعي على الحكم المطعون فيه غير سديد مادام ثابتا أن الحكم الصادر عن محكمة الجنايات كان بأغلبية الأصوات، وأن الأسئلة التي طرحت بصفة قانونية، وأن الأجوبة المعطاة كانت حسب الإقتناع الشخصي للقضاة الذي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا"².

نشير إلى أن المشرع الجزائري وبمناسبة تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 07/17³ فرض التسبب على أحكام محكمة الجنايات بدرجتها، وأبقى على المادة 307 من ق.إ.ج كما هي دون إشارة لتسبب الأحكام، وهو ما جعل البعض يعيب على وجوبية تسبب أحكام الجنايات، عدم انسجامها مع مبدأ الاقتناع الشخصي، واعتبروا أن تسبب الإقتناع أمر غير مستصاغ ويفرغ مبدأ الإقتناع الشخصي من مضمونه، وهو ما لم يقصده المشرع من خلال هذا التعديل⁴، ورأوا بأنه بإلزام القضاة بالتسبب يكون المشرع قد أعاد قضاة محكمة الجنايات إلى نظام الأدلة القانونية، وأصبحت محكمة الجنايات محكمة دليل رغم أن النظامين مختلفين، وتساءلوا كيف يسبب قضاة الجنايات حكمهم إذا اقتنعوا دون دليل⁵؟

وجوابا على هذا التساؤل يرى الأستاذ نجيب جمال - ونوافقه الرأي - أن القول بأن قاعدة أن محكمة الجنايات هي محكمة اقتناع بينما محكمة الجناح هي محكمة دليل يؤدي إلى نتيجة خاطئة

¹ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار بتاريخ 02/04/2010 في الملف رقم 530382 (غير منشور)، مشار إليه في: نجيب جمال، مرجع سابق، ص ص 41-42.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار بتاريخ 06/30/1987 في الملف رقم 50971، المجلة القضائية، ع 03، ص 199.

³ - قانون رقم 07-17 المؤرخ في 27 مارس 2017 يعدل ويتمم الأمر 155-66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر. ع 20 المؤرخة في 29 مارس سنة 2017.

نشير إلى أن تكريس إلزامية تسبب أحكام محكمة الجنايات ضمن هذا القانون، جاء استجابة للتعديل الدستوري لسنة 2016 الذي نص في مادته 162: "تعلل الأحكام القضائية، وينطق بها في جلسات علنية.. تكون الأوامر القضائية معللة"، ثم أفرغ المشرع هذا النص في المادة 01 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون 07/17 التي نصت على: "وجوب أن تكون الأحكام والقرارات والأوامر القضائية معللة..". ثم المادة 309 من نفس القانون التي ألزمت رئيس المحكمة أو من يفوضه من القضاة المساعدين بتحرير وتوقيع ورقة التسبب الملحقة بورقة الاستئالة.. والمتضمنة أهم العناصر التي جعلت المحكمة تقتنع بالإدانة عن كل واقعة حسب ما يستخلص من المداولة، وفي حالة البراءة يجب أن يحدد الأسباب الرئيسية التي على أساسها استبعدت محكمة الجنايات إدانة المتهم".

⁴ - بن جيل العيد، الإعراف في المادة الجزائية، (د. ط.)، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2019، مرجع سابق، ص 187.

⁵ - خلفي عبد الرحمان، أي دور لمحكمة الجنايات الإستئنافية في ظل القانون 07/17؟، مجلة المحامي، منظمة المحامين، سطيف، ديسمبر 2017، ص 91.

مفادها وجود اقتناع بدون دليل، ووجود دليل دون اقتناع، والحال أن الحقيقة واحدة والعدل واحد، وأن القاضي الجزائي لا يحكم إلا بوجود الأدلة، وهذه الأدلة متروكة لتقديره وما تحدّثه لديه من اقتناع¹. ثم أنه حتى قبل اشتراط التسبب في أحكام محكمة الجنايات لم يكن القضاة يحكمون حسب أهوائهم أو كما يشاؤون، بل كان عليهم الإعتماد على الأدلة المقدمة أمامهم والتي تمت مناقشتها أمامهم للأخذ بها أو تركها، بعد تقديرها وإخضاعها للإقتناع الشخصي المبني على تفكير قانوني منطقي وبما يمليه عليهم ضميرهم دون تدخل من أحد². وبالتالي فتسبب أحكام الجنايات يتوافق تماما مع مبدأ الإقتناع الشخصي³.

إن إلزام قضاة محكمة الجنايات بتسبب أحكامهم لا يعتبر قيّدا على حريتهم في تكوين الاقتناع، لكنه يعتبر الوسيلة التي عن طريقها يتحقق التوازن المطلوب بين حريتهم في الإقتناع، ووضع الضوابط الصحيحة التي تضمن عدم تحكمهم واستبدادهم، وتكفل من جهة أخرى الرقابة على الأحكام الجنائية، ثم أن المشرع لم يطلب من القضاة تسبب قناعتهم، بل طلب منهم إيراد الأدلة التي شكّلت اقتناعهم، أي تسبب الأحكام وليس تسبب القناعة، فالقاضي هنا لا يُسأل لماذا وكيف اقتنع، ولكنه يُسأل بماذا اقتنع. فضلا عن أن مبدأ الإقتناع الشخصي يمكن تكييفه مع فرض تسبب الأحكام الجنائية، فالقاضي الجنائي لا يمكنه أن يحكم بإدانة متهم إلا بعد أن يزيل كل شك حول براءته⁴. فالإقتناع ليس مجرد تخمين لما يقع في المستقبل إنما هو إقتناع مبني على أدلة⁵، والقاضي الجزائي وإن امتلك الحق في أن يقدّر ويختار الأدلة التي تشكل اقتناعه، فإن هذا الحق ليس ممنوحا له لكي يباشره على هواه وتصورات الشخصية، فسلطته التقديرية لها أهداف محددة ينبغي له أن يسعى إلى تحقيقها. وهكذا فتسبب أحكام محكمة الجنايات من شأنه أن يضع حدا للقرارات الإعتباطية المتناقضة تارة وغير المطابقة للحقيقة تارة أخرى⁶.

¹ - نجيب جمال، دليل القضاة للحكم في الجنب والمخالفات، دليل القضاة للحكم في الجنب والمخالفات، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دارهومة، الجزائر، 2014، ص 39-398.

² - Jean-François RENUCCI , Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit à un procès équitable, Recueil Dalloz, Paris, 2009 p 1058.

³ - Milano LAURE , La motivation des arrêts de cours d'assises, De la nécessité de reconsidérer la place du principe de motivation, Revue des droits et des libertés fondamentaux, N°7, 2013. Disponible sur le site: www.revuedlf.com

⁴ - Ammar ANNANE , L'absence de l'appel criminel en Droit Algérien, Revue de la Cour Suprême, N°01-2010, P 102.

⁵ - Jean- François RENUCCI op. cit., p 1058.

⁶ - Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC , Procédure pénale, 18 éme édition, Dalloz , Paris , 2001 , p 432. Voir aussi: Julie RICHARD, op. cit, pp26-27.

كما ينطبق مبدأ الإقتناع الشخصي على المحاكم العسكرية، وهو ما نصت عليه المادة 133 من الأمر 71-28 المتضمن قانون القضاء العسكري¹، التي أحالت على المادة 307 من ق.إ.ج، وقد أكدت المحكمة العليا أيضا على تطبيق هذا المبدأ أمام المحاكم العسكرية، فقد جاء في قرار لها: "متى كان من المقرر قانونا أن لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية فيما تقدم إليها من بيانات وأدلة وموازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن إليه من الثابت من وثائق الملف. فإن الوجه المؤسس على القضاء بالبراءة من تهمة الفرار من الجيش يتعلق بتقدير الوقائع وأدلة الإثبات التي هي من اختصاص قضاة الموضوع دون رقابة عليهم من المحكمة العليا. وإذا كان من الثابت أن الأسئلة المطروحة والأجوبة المعطاة عنها في القضية تعتبر بمثابة تعليل قد وقعت بصفة قانونية، وأن أعضاء المحكمة أجابوا بالنفي على السؤال المتعلق بالإدانة، ومتى كان كذلك استوجب رفض طعن وكيل الجمهورية العسكري"².

وقضت أيضا: "...أن المادة 379 من ق.إ.ج تتعلق بتعليل الأحكام القضائية الفاصلة في مادة الجرح ولا علاقة لها بالأحكام الجنائية العسكرية، فهذه الأخيرة تعلل بالأسئلة والأجوبة ويكون الرد عليها حسب الإقتناع الشخصي للقضاة"³. واعتبرت المحكمة العليا في قرار آخر: "...بأن تلاوة تعليمات المادة 307 ق.إ.ج من قبل الرئيس مخصصة لمحكمة الجنايات باعتبارها مشكلة من محلفين شعبيين ولا يجوز تطبيقها أمام المحكمة العسكرية، ورفضت الطعن المؤسس على هذا الوجه"⁴.

والجدير بالذكر أن أحكام المحاكم العسكرية ظلت لعقود من الزمن تصدر وفقا للإقتناع الشخصي لقضاة المحكمة ودون تسبيب، فقد نصت المادة 176 من الأمر 71/28 المتضمن قانون القضاء العسكري صراحة على أن: "الحكم في الموضوع لا يسبب بتاتا.."، وكانت الأحكام تصدر عن طريق طرح الأسئلة والإجابة عنها بنعم أو لا وبأغلبية الأصوات وفقا لأحكام المادة 165 من نفس الأمر.

لكن، ومع تعديل الدستور بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016⁵ الذي نص على إلزامية تسبيب الأحكام القضائية بموجب المادة 162 السالفة الذكر، خضع قانون القضاء

¹ - قانون رقم 71-28 المؤرخ في 22 أبريل 1971 يتضمن قانون القضاء العسكري، ج.ر.ع 38، بتاريخ 11 ماي 1971.

² - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في 18/12/1984 في الملف رقم 17628، مشار إليه في: نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا في الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، 2008، ص 31.

³ المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في 19.10.2016 في الملف رقم 1190656، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2016، ص 377.

⁴ المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 17.02.2016 في الملف رقم 1129478، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2016، ص 271.

⁵ قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ع 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

العسكري للتعديل بموجب القانون 14-18¹، وألزمت المادة 176 منه أن يكون الحكم الصادر مسببا سواء صدر حضوريا أو غيابيا.

وخلافا لما نص عليه المشرع بالنسبة للقضاء العادي حين أبقى على المادة 307 من ق.إ.ج بالنسبة للقضايا الجنائية، رغم إلزامه لقضاة محكمة الجنايات بتسبيب أحكامهم بموجب ورقة التسبيب الملحقة بالحكم، فإن المشرع ومن خلال القانون 14-18 المتعلق بالقضاء العسكري أوجب أن يكون الحكم الصادر عن المحاكم العسكرية مسببا سواء تعلق الأمر بجناية أو جنحة أو مخالفة، وألغى تماما نظام الأسئلة والأجوبة، ولم يصبح للمادة 307 من ق.إ.ج مجالا لها للتطبيق أمام المحاكم العسكرية، ولم يُجَل عليها مثلما فعل في المادة 133 من الأمر 28-71.

فبالرجوع إلى المادة 133 المعدلة بموجب القانون 14-18 نجدها تنص على أنه " في غياب أحكام صريحة في هذا القانون، تطبق أمام المحكمة العسكرية قواعد الإجراءات المقررة لجهات الحكم المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية ما لم تتعارض مع أحكام هذا القانون". وطالما أن القانون 14-18 قد أوجب تسبيب جميع أحكام المحاكم العسكرية، ولم ينص في مضمونه على طريقة إثبات الجريمة وتكوين اقتناع قضاة المحكمة العسكرية، وطالما أن أحكام المادة 212 من ق.إ.ج واردة ضمن الكتاب الثاني المعنون " في جهات الحكم"، ومضمونها لا يتعارض مع أحكام قانون القضاء العسكري، فإنه يمكننا القول بأن إثبات الجرائم ونسبتها إلى مرتكبيها أمام المحاكم العسكرية يحكمه مبدأ الإقتناع الشخصي المنصوص عليه في المادة 213 من ق.إ.ج، فالقضاة أمام المحاكم العسكرية لهم حرية اختيار الدليل ولهم الحرية في تقديره وفقا لاقتناعهم الشخصي².

أما في التشريعات المقارنة، فقد اعتنق المشرع المصري هذا المبدأ وكرسه في المواد (1/302، 1/291، 300 من قانون الإجراءات الجنائية)، وجرى على هذا المنحى قضاء محكمة النقض المصرية في عدة قرارات، نذكر منها القرارين التاليين:

¹ - قانون رقم 14-18 المؤرخ في 29 يوليو 2018 يعدل ويتمم الأمر رقم 28-71 المؤرخ في 22 أبريل 1971 والمتضمن قانون القضاء العسكري، ج.ر.ع، 47، بتاريخ 01 أوت 2018.

² - يشار أيضا إلى أن القانون 14-18 المتضمن قانون القضاء العسكري قد كرس مبدأ التقاضي على درجتين. وسمح باستئناف الأحكام الصادرة عن المحكمة العسكرية وفقا للشروط والأجال والإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية أمام مجلس الإستئناف العسكري وفقا للمادة 179 مكرر منه. كما نصت المادة 179 مكررا من نفس القانون على أن جميع القواعد والإجراءات المقررة للمحكمة العسكرية تطبق على مجلس الإستئناف العسكري. وهو ما يعني أيضا بأن مبدأ الإقتناع الشخصي المنصوص عليه بالمادة 213 من قانون الإجراءات الجنائية ينطبق أيضا على أحكام هذا المجلس.

" إن القانون قد أمّد القاضي في المسائل الجنائية بسلطة واسعة، وحرية كاملة في سبيل تقصي ثبوت الجرائم أو عدم ثبوتها، والوقوف على حقيقة علاقة المتهمين ومقدار اتصالهم بها، ففتح له باب الإثبات على مصراعيه يختار من كل عنصر بمحض وجدانه، فيأخذ بما تطمئن إليه عقيدته، ويطرح ما لا ترتاح إليه، وهو غير ملزم بأن يسترشد في قضائه بقرائن معينة، بل له مطلق الحرية في تقدير قوته التدليلية في كل حالة حسبما يستفاد من وقائع كل دعوى وظروفها، فغايتة الحقيقة يُنشدّها أنّى وجدها، ومن أي سبيل يجده مؤدياً إليها، ولا رقيب عليه في ذلك غير ضميره وحده.."¹

- " أن العبرة في الإثبات في المواد الجنائية هي باقتناع المحكمة واطمئنانها إلى الدليل المقدم إليها، فالقانون لم يقيد القاضي بأدلة معينة، بل خوّله بصفة مطلقة أن يكون عقيدته من أي دليل أو قرينة تقدم إليه"².

كما كرّس المشرع الأردني هذا المبدأ في المادتين 2/147، 1/148 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، ووافق القضاء في العديد من قرارات محكمة التمييز الأردنية، نذكر منها القرارات التالية:

- " تقام البيّنة في القضايا الجزائية بجميع طرق الإثبات، وتحكم المحكمة حسب قناعتها الوجدانية فتأخذ منها ما ترتاح إليه، وتستبعد ما لا تطمئن إليه..."³.

- " لمحكمة الموضوع أن تكون عقيدتها من أي دليل يقدم إليها، فالقانون لم يقيد القاضي الجزائي بأدلة معينة، بل خوله بصفة مطلقة أن يكون عقيدته من أي منها..."⁴.

أما في فرنسا فقد اعتنق المشرع مبدأ الإقتناع الشخصي وكرّسه في المواد 304، 353، 427، 536 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي سبق وأن أشرنا إليها، وهو يسري أمام جميع جهات الحكم.

ويقرّ قضاء محكمة النقض الفرنسية، وفي كل الحالات التي عرضت عليها، أنه في حالة وقوع تحقيق في جلسة المحاكمة، فإن قاضي الجنب أو قاضي المخالفات يملكان سلطة تقدير وقائع الدعوى

¹ - نقض مصري، الطعن رقم 24598 لسنة 65 ق، جلسة 12 فيفري 1998، رقم (38). مشار إليه في: حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، 2005، ص 19.

² - نقض مصري، الطعن رقم 29020 لسنة 59 ق، جلسة 08 فيفري 1998، رقم (28). مشار إليه في: المرجع نفسه، ص 19.

³ - تمييز جزاء أردني، رقم 94/273، سنة 1994، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الجزائية، القسم الأول، 1997/1993، ص 126.

⁴ - تمييز جزاء أردني، رقم 94/525، سنة 1996، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الجزائية، القسم الأول، 1997/1993، ص 144.

ووسائل الإثبات المعروضة عليهم، وأن إصدار القضاة لأحكامهم استناداً إلى اقتناعهم الشخصي، إنما يعود فقط لضميرهم¹. وقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية: "عن الأوجه مجتمعة والمأخوذة من خرق المادة 427 من قانون الإجراءات الجزائية والمادة 309 من قانون العقوبات.

حيث إنه لا يمكن لوم مجلس الإستئناف لأنه رفض أن يأمر بالخبرة التي يلتمسها المتهم ما دام يرى أنه على بينة من أمره بما فيه الكفاية. ذلك أنه من اختصاص قضاة الموضوع أن يقدروا بكل سيادة مدى جدوى مثل هذا الإجراء، وكذا قيمة أدلة الإثبات المقدمة بصفة قانونية أثناء المرافعات والتي اعتمدوا عليها لتكوين اقتناعهم، وإن المعايينات التي أوضحوها تبرر كل أركان جنحة الضرب والجرح المنسوبة للمدعي وتبرر العقوبة المحكوم بها. ومن ثمة فإن هذه الأوجه يتعين رفضها"².

لكن الخلاف الذي ثار هناك حول ما إذا كان هذا المبدأ يسري على محلفي محكمة الجنايات، أم أنه يشمل القضاة الرسميين، واستقر الرأي أخيراً على أن هذا المبدأ يسري عليهم ويشملهم جميعاً بالنظر لتأديتهم نفس المهمة وتجمعهم نفس الظروف³، وقد تم النص على ذلك صراحة بمناسبة تعديل المادة 353 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي⁴.

المبحث الثاني

تطبيقات حرية القاضي في الإقناع بالنسبة لمختلف وسائل الإثبات

حتى لا يبقى البحث نظرياً في إطار الإتجاهات الفقهية المختلفة والنظريات المجردة، لا بد من تلمس أوجه سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة من الناحية التطبيقية، فالقيمة الفعلية للمبادئ القانونية لا تتحقق بمجرد النص عليها في القوانين، بل لابد أن تجد لها مجالاً في التطبيق وإلا ستولد ميتة في متون هذه النصوص.

لقد سبق أن قلنا بأن القاضي الجزائي حرٌّ في أن يستعين بكافة الطرق لتكوين اقتناعه اليقيني للوصول للحقيقة والكشف عنها، فهو حرٌّ في اختيار الدليل الذي يراه معبراً عن الحقيقة، وله الحرية في تقدير الدليل، فلا سمو لأي دليل على آخر، إذ العبرة بمدى اقتناع القاضي بهذا الدليل من عدمه.

¹ - بولغيمات وداد، سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2004، ص 60.

² - Cass.Ch.Crim, 28 juin 1995, n° 94-85.684.

مشار إليه في: نجيب جمال، إثبات الجريمة على ضوء الإجهاد القضائي، مرجع سابق، ص 39.

³ - السيد محمد الشريف، مرجع سابق، ص 124.

⁴ - سبق أن أشرنا إلى مضمون هذه المادة، أنظر: ص ص 30-31.

وحتى نقف على الحرية الممنوحة للقاضي الجزائي في تقدير الأدلة على مستوى الممارسة القضائية، فسننوّي دراسة كل دليل من الأدلة المتعارف عليها على حدٍ¹، مبرزين مدى الحرية التي يتمتع بها القاضي الجزائي في التقدير.

ولهذا الغرض، سنعتمد تقسيماً للأدلة بحسب مصدرها، فنيّن سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة التي يكون مصدرها ذاتي أو شخصي وهي الأدلة القولية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى سلطة القاضي في تقدير الأدلة التي يكون مصدرها عناصر مادية ناطقة بنفسها، ونعني بها الأدلة المادية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطبيقات مبدأ حرية القاضي في الإقتناع بالنسبة للأدلة القولية

تتمثل هذه الأدلة بما يوفّر قناعة المحكمة من الأقوال التي يسمعها القضاة في جلسات المحاكمة، بالإضافة إلى ما تستند إليه من ملف الدعوى، وما يؤخذ كأدلة من هذه الأقوال الإقرافات التي تصدر عن المتهمين سواء على أنفسهم أم على غيرهم، ومن شهادات الشهود، وكلاهما يتطلب شروطاً للأخذ بهما².

وعليه، يمكن أن نلمس في هذا الإطار فئتين من الأشخاص التي يمكنها المساهمة في طرح أدلة أمام القضاء، عن طريق الأقوال التي تصدر منها، والتي قد تشكل اقتناع القاضي إذا تأكد من صدقها ومطابقتها للحقيقة التي ينشدها، وتكون هذه الأقوال إما في شكل إقرار صادر عن المتهم (الفرع الأول) أو في شكل شهادة صادرة من شخص أو أشخاص آخرين لا علاقة لهم بالدعوى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حرية القاضي الجزائي في تقدير الإقرار

يقودنا البحث في هذه الجزئية من البحث إلى طرح تساؤل جوهري يتمثل في: هل أن إقرار المتهم المستمد من الإستجواب الذي خضع له، يقيّد القاضي ويؤدي الى اقتناعه؟

¹ - الملاحظ أن الأدلة التي يستمد منها القاضي الجزائي اقتناعه لم ترد في القانون على سبيل الحصر بل المثال فحسب، وقد تعارف الفقه والقضاء على بعض الأدلة وهي: الإقرار، الشهادة، القرائن، الخبرة، المحررات.

² - عاصم شكيب صعب، القواعد العامة في المحاكمات الجزائية في ضوء الإجهاد القضائي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص

قبل الإجابة عن هذا التساؤل، وجب التعرف على مفهوم الإقرار، ثم التطرق إلى مدى حرية القاضي الجزائي في تقدير الإقرار.

أولاً - مفهوم الإقرار:

يُعرّف الفقهاء الإقرار بأنه إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الوقائع المكونة للجريمة سواء كلها أو بعضها، بما يتضمن وقوع الجريمة وإسنادها إلى شخصه¹، ويعرّفه الشراح الأنجلو أمريكيين بأنه إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الجريمة أو التسليم ببعض الوقائع التي تظهر ارتكابها².

وقد تجنبت التشريعات الجنائية المقارنة تعريف الإقرار، كما تفادت تنظيم هذا الدليل، فالمادتان 154، 324 المخصصتين للإثبات في قانون تحقيق الجنايات الفرنسي الصادر سنة 1808م لم تذكر الإقرار ضمن وسائل الإثبات الجنائية، وفي قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي نصت المادة 428 منه على أن: "الإقرار كباقي وسائل الإثبات متروك لحرية تقدير القاضي"³.

فالمشرع الفرنسي اقتصر على ذكر الإقرار كوسيلة إثبات دون تحديد ماهيته ودون تنظيمه، إلا أنه سواه بباقي وسائل الإثبات الأخرى، وأخضعه لقناعة القاضي الجنائي، بعدما ساد الاعتقاد طويلاً بأنه سيّد أو ملك الأدلة.

وقد برر الفقيه الفرنسي جارو Garraud سبب عدم تنظيم المشرع الفرنسي للإقرار بأنه نوع من الحياء التشريعي، حيث كان الإقرار وعلى مر العصور رفيقاً للتعذيب⁴. وبعد مدة طويلة عن رأي الفقيه جارو، فإننا نلاحظ أن الخوف من هذا الدليل لا يزال مخيماً على الفكر القانوني الحديث، بحيث مازالت التشريعات الإجرائية الحديثة تتفادى تنظيمه، فرغم خضوع قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي لعدة تعديلات لكنه تحاشى أيضاً تعريف وتنظيم الإقرار، ولا يزال الأمر على حاله إلى حد الساعة.

والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية سار على نهج المشرع الفرنسي، فرغم النص على هذا الدليل مباشرة بعد تقرير مبدأ حرية القاضي في الإقناع الشخصي (المادة 212 ق.إ.ج)، إلا

¹ - رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، (د ط)، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 455 - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 542.

² - رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مرجع السابق، ص 124.

³ - Article 428 CPPF « L'aveu comme tout élément de preuve est laissé à la libre appréciation des juges ».

⁴ - René GARRAUD, Traité théorique et pratique d' instruction criminelle et de procédure pénale, Tome 2, Paris, p.207.

أنه تجاهل تعريف وتنظيم الإقرار، واقتصر في المادة 213 ق.إ.ج على بيان قيمته في الإثبات، وسوّاه بباقي الأدلة الجنائية، حيث نصت المادة 213 ق.إ.ج " الإقرار شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يترك لتقدير القاضي "، فاتحا بذلك المجال واسعا أمام الإجهاد الفقهي والقضائي قصد تعريفه وتنظيمه.

ثانيا - خضوع الإقرار لحرية القاضي الجزائي في التقدير:

في القانون الإنجليزي لا يزال الإقرار يحظى بالأهمية، فإذا أقر المتهم بأنه مذنب تُختصر إجراءات الدعوى، ويقضي القاضي بالعقوبة دون حاجة الى إشراك المحلفين في الدعوى، باعتبار أن دورهم في إثبات الجريمة للمتهم أصبح دون جدوى¹. والنظام الأنجلو أمريكي لا يفرق بين الإقرار المدني والإقرار الجنائي، فكلاهما يحوز قوة إثبات حاسمة، وهذا الأمر يبدو طبيعيا لأنه ينسجم مع النظام الإتهامي الذي ما يزال ساري المفعول في هذه البلدان².

أما في النظام اللاتيني فقد ظل الإقرار لعقود طويلة يتربع على عرش الأدلة الجنائية، فقد كان ينصبّ سيّد أو ملك الأدلة، وظل يتمتع بقوة قانونية مُلزِمة في الإثبات حتى ظهور مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، فخضع مثله مثل باقي الأدلة لسلطة القاضي التقديرية، إذ أصبح يُنظر إلى من يُدلي باعترافه على أنه يحطّ من قدر نفسه، ويخالف ما تنطبع عليه النفس البشرية، وهو ما يتعارض مع أصول الحياة الإنسانية، ولذلك فقد أصبح من الواجب في ظل هذا النظام أن لا يقابل اعتراف المتهم بالقبول والترحاب، بل بغاية الحيطة والإحتراس على اعتبار أن الإقرار يورد صاحبه موارد التلف، فليس من طبائع البشر و ضد غرائز الإنسان أن يقبل موارد الهلاك طائعا مختارا³.

وأصبح بذلك تقدير الإقرار مجالا خاصا بقاضي الموضوع وغير خاضع لرقابة المحكمة العليا، وأصبح هذا الدليل مساويا لغيره من الأدلة الجنائية إن لم نقل أقلها ثقة ومصداقية، بحيث أصبح يُنعت بالدليل المزعوم أو الدليل المشبوه، بدعوى أن الإنسان العادي لن يقدم الدليل بيده للقضاء لإدانته⁴. فالتجربة دلّت أيضا على أن الإعترافات ليست دائما مطابقة للحقيقة، فقد يكون هذا

¹ - محمد عبد الغريب، مرجع سابق، ص 104.

² - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 476.

³ - حكم محكمة أمن الدولة المصرية في: 29 يونيو 1964، في القضية رقم 381 لسنة 1963، مشار إليه في مؤلف: رمزي رياض عوض، سلطة القاضي في تقدير الأدلة، مرجع سابق، ص 125.

⁴ - محمد بازي، سلطة القاضي في تقدير الاعتراف الجنائي في القانون المغربي والمقارن، المكتبة القانونية العربية، مقال متوفر على الموقع:

https://www.bibliotdroid.com/2017/03/blog-post_9.htm تاريخ زيارة الموقع: 2017.07.18.

الإعتراف كاذبا يتعمده المتهم بهدف التخلص من إكراه مادي أو معنوي أو تجنب اتهامه في جريمة أشد، أو من أجل تخليص المجرم الحقيقي أو إلى غير ذلك من الأسباب والدوافع الشخصية..

لذلك وجب على المحكمة أن تبسط يدها على هذا الإعتراف وتحلله وتزن الظروف المحيطة به، وتحقق من بواعثه وتقارن مدى انسجامه مع الأدلة الأخرى لتقرر مدى صحته ومطابقته للحقيقة. وقد أخذ المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة بالإتجاهات الحديثة في تقدير الإعتراف، بحيث نظم سلطة القاضي في تقدير قيمته ضمن المبدأ العام الذي يحكم تقدير الأدلة (المادة 212 ق.إ.ج) وترك حرية تقديره للقاضي، وأشار إلى ذلك صراحة بموجب المادة 213 ق.إ.ج.

و الملاحظ أن مشرعنا خصّ الإعتراف بهذا النص دون غيره من الأدلة إذ كان بإمكانه أن يكتفي بالمبدأ العام المقرر في المادة (212 ق.إ.ج) دونما حاجة للتكرار، ولا شك أن ذلك تأكيد من المشرع على فقدان الإعتراف للأهمية والمنزلة التي كان يتمتع بها، بل أن هناك أسباب عملية اقتضت ذلك، وهو توجه القضاة إلى الإدانة مباشرة عقب تلقي اعترافات المتهم دون فحص للأدلة الأخرى.

وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ باستمرار عبر العديد من قراراتها، فقضت: " أن الإعتراف هو إقرار المتهم بكل أو بعض الوقائع المنسوبة إليه وهو كغيره من أدلة الإثبات موكول لتقدير قضاة الموضوع وفقا لأحكام المادة 213 ق.إ.ج ¹، وهو نفس الإجتهد الذي كرسته محكمة النقض الفرنسية ².

فوفقا لنص المادة 213 ق.إ.ج فباستطاعة القاضي أن يحتفظ بالإعتراف لتثبيت الإتهام، كما أنه باستطاعته أن يستبعده ويصدر حكما ببراءة المتهم، إذا تبين له أن هذا الإعتراف متناقض مع وسائل الإثبات الأخرى أو مشكوك في جديته ³.

و الملاحظ أيضا أن المشرع الجزائري لم ينظم سلطة القاضي الجزائي في تقدير الإعتراف، واكتفى بما ورد في نص المادة 213 ق.إ.ج فقط، وهو ما يطرح العديد من التساؤلات حول بعض المسائل التي يواجهها القاضي أثناء استعمال سلطته في التقدير، وهي المسائل التي تعرض لها الفقه و القضاء لاستنباط أحكام بشأنها، ونرى أنه من المفيد في بحثنا هذا تناولها بالتفصيل الآتي:

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار في 1980.12.02، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية ص 26. مشار إليه في: جيلالي بغدادي، الإجتهد القضائي في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 17.

² - Crim. pourvoi N°: 14-80267, Cour de cassation Française, chambre criminelle, Audience publique du 18 février 2015, voir le site web: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

³ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 473.

أ - سلطة القاضي الجزائي في تقدير إرادية الاعتراف: ينبغي دائما عدم الخلط بين صدق الاعتراف كدليل في الدعوى وصحته كعمل إجرائي، فلا يجوز الإعتداد بالاعتراف، ولو كان صادقا متى ثبت أنه غير صحيح كعمل إجرائي، لأنه لا يعتبر في هذه الحالة دليلا يبرر الإستناد إليه في حكم الإدانة¹.

و إذا كان من الثابت قضاءً أن تقدير الاعتراف، وتحديد مدى صحته، هو من شؤون محكمة الموضوع تقدره حسبما ينكشف لها من ظروف الدعوى، فإنه يتعين عليها تحقيق الوقائع لتحري ما إذا كانت صدرت أفعال توصف بأنها إكراه أو تدليس أو صدر إقرار نتيجة تعذيب المتهم من طرف رجال الشرطة، وعليها أن تحقق دفاع المتهم، بأن تبحث صلة هذه الأفعال السببية بالاعتراف وبيان مبلغ تأثيرها². فتقدير إرادية الاعتراف يتطلب تحقيقا موضوعيا تقوم به محكمة الموضوع، متى كان صادرا في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية³.

وبذلك فإن الاعتراف يخضع لسلطة المحكمة شأنه في ذلك شأن كل الأدلة التي تنير عدالة المحكمة، فرغم أنه دليل مستوحى من ذات المتهم، صادر عن إرادته الحرة، وتأكيدا منه على صحة ما نُسب إليه من تهم، إلا أن القاضي يبقى مطالبا بتقدير هذا الاعتراف ليتأكد من عدم صدوره عن دوافع مفتقرة إلى الصدق، لأن المتهم قد يندفع إلى الاعتراف قاصدا التضحية بنفسه من أجل إنقاذ شخص آخر بحكم الصلة التي تجمع بينهما، أو يكون هذا الإقرار من باب الإنتحار بالنفس إذا يئس المتهم من مشاكل الحياة، خاصة إذا كانت العقوبة هي الإعدام أو السجن المؤبد⁴.

فقد يصدر عن المتهم اعتراف لا ينسجم مع الحقيقة والعدالة، سواء أكان المعترف قد قصد مجافاة العدالة أم كان قد صدر منه الاعتراف عن غير قصد، فالاعتراف الذي يخالف الواقع هو موضع شك وارتياب ولا يصلح دليلا للحكم، لأن المتهم قد يكون قصد من ورائه التضليل طالما لم يقم بالتحقيق ما يثبت صدقه وما ينفي ما أثبتته دليل آخر، كما قد يصدر الاعتراف عن المتهم بدافع التبعج أمام أناس آخرين بعيدا عن مجالس القضاء أو أن يكون حصل الاعتراف بإكراه المتهم عليه من قبل القائمين بالتحقيقات الأولية، فهكذا اعترافات لا يُعَوَّل عليها في الإدانة⁵.

¹ - مراد أحمد العبادي، اعتراف المتهم واثاره في الاثبات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 54.

² - حسني الجندي، أحكام الدفع ببطان الاعتراف في ضوء قضاء محكمة النقض المصرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1990، ص 59.

³ - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 128.

⁴ - أغليس بوزيد، تلازم مبدأ الإثبات الحر بالافتناع الذاتي للقاضي الجزائي، دراسة مقارنة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 162.

⁵ - عاصم شكيب صعب، مرجع سابق، ص ص 274، 275.

ويقع عبء إثبات إرادة الإقرار على عاتق النيابة العامة التي عليها إقامة الدليل على أن الإقرار الذي صدر عن المتهم لم يكن تحت وطأة الإيذاء البدني أو المعنوي، وأن الإقرار لم ينشأ نتيجة المعاملة المهذرة لكرامته أو نتيجة الضغط عليه. وفي سبيل ذلك على المحكمة أن تثبت انقطاع علاقة السببية بين الإقرار والوسائل التي استخدمت في الإستجواب، إن هي أرادت أن تعول على الإقرار، بل عليها أن تثبت إرادة الإقرار، ولولم يدفع المتهم بأنه وقع تحت الإكراه¹.

ب - سلطة القاضي الجزائي في تعزيز الإقرار بدليل آخر: في النظام الإجرائي الإنجليزي الإقرار مقبول في الدعوى الجنائية، وتُعول عليه المحكمة إذا أدلى به المتهم دون ضغط وكان محلاً للثقة، ولذلك فإن قبول الإقرار لا يستلزم تعزيزاً له، إنما يكفي وحده لأن تستند إليه المحكمة².

أما الفقه المصري فقد اختلف حول مدى وجوب تعزيز الإقرار بدليل أو أدلة أخرى، فذهب جانب منه إلى وجوب تعزيزه بحجة أن الإقرار ليس إلا دليلاً يحتمل المناقشة كغيره من الأدلة، واستند في ذلك إلى أن الإقرار لا يكفي في تسبيب الحكم بالإدانة، فهو دليل غير محسوس لا يقطع بالإدانة، ويدعو لأول وهلة إلى الشك في حقيقته، إذ يتطوع به المتهم لتقديم دليل إدانته، فلا بد إذن من أدلة تعززه³. وخلافاً لهذا الرأي ذهب آخرون إلى أن اقتناع القاضي بصدق الإقرار ومطابقته، إذا توفرت له الشروط التي تجعل منه دليلاً كافياً، يقتضي حتماً أن يستمد منه اقتناعه بالإدانة ويستند إليه وحده، إذ لا وجود لقاعدة تقرر أن الإقرار وحده لا يكفي كدليل للإدانة، لأن هذه القاعدة تنقض مبدأ الإقتناع القضائي، إذ تعني استبعاد دليل اقتنع به القاضي⁴.

لكن الرأي الراجح في الفقه يرى بأن اعتراف المتهم يكفي لوحده للحكم بالإدانة⁵، إذا كان الإقرار كافياً لتكوين عقيدة المحكمة، لكن لا يحق لها منع المرافعة أو المناقشة، فإذا كان هذا الإقرار غير كافٍ كان من الواجب سماع باقي أدلة الدعوى⁶.

¹ - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 130.

² - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 131.

³ - أنظر تفصيل ذلك: محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية عشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 482. - سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، الطبعة الثانية، مكتبة طريق العلم، القاهرة، 1975، ص 291.

⁴ - أنظر تفصيل ذلك: - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 374-375. - عيد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، (د.ط.)، مكتبة رجال القضاء، القاهرة، 2003، ص 1323.

⁵ - ماروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 183.

⁶ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 114.

وهذا التوجه هو ما أخذ به القضاء الفرنسي مبررا موقفه بأنه لا يمكن للجهة القضائية استبعاد دليل مجرد أنه غير معزز بأدلة أخرى¹. كما أخذت به محكمة التمييز العراقية التي قضت: "إن الإقرارات الصريحة والمفصلة التي أدلى بها المتهم في التحقيق والتي لم يظهر من وقائع الحادث ما يكذبها، فإنها تعتبر أدلة قانونية كافية صالحة للإدانة"².

أما محكمة النقض المصرية، فقد كانت سباقة إلى تكريس هذا الرأي استنادا إلى المادة 271 ق.إ.ج مصري التي تنص: "إن اعترف المتهم جاز للمحكمة الإكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود"، وقد جاء في قرار لها "من الجائز أن يكون الإقرار وحده دليلا تأخذ به المحكمة، ولو مع بطلان القبض والتفتيش"³.

وفي نفس المنحى أكد قضاء المحكمة العليا في الجزائر هذا الرأي، فقضت في قرار لها: "إن الإقرار كباقي طرق الإثبات يترك للسلطة التقديرية للقاضي، وإن غياب الشهود لا يؤثر بأي شكل من الأشكال في نطاقه، كما أن تراجع صاحب الإقرار لا يلغي وجوده"⁴، غير أنها في قرار آخر قضت "أن الخبرة ضرورية في حالة ارتكاب جنحة السياقة في حالة سكر، ولو كان الجاني معترفا بذلك"⁵.

ويلاحظ من خلال هذين القرارين أن القرار الأول أجاز الإكتفاء بالإقرار، في حين استلزم القرار الثاني إجراء الخبرة وهو دليل معزز، ويبدو لنا بأن هذا الإجتهد منطقي، إذ أن جنحة القيادة في حالة سكر تشترط بلوغ الكحول نسبة معينة في الدم، وهي مسألة فنية لا يمكن الكشف عنها إلا بواسطة الخبرة ولو كان الجاني معترفا.

في الواقع نحن نؤيد الرأي القائل بوجوب تعزيز الاعتراف بأدلة أخرى إذا لم تقتنع به المحكمة، ونستند في ذلك إلى أن النيابة العامة وهي جهة الإتهام قد لا تكتفي بالاعتراف، وتطلب أحيانا فتح تحقيق قضائي لتعزيز الاعتراف بأدلة أخرى، رغم أنه لا النيابة العامة ولا قاضي التحقيق مُلزم عند تحديد الإتهام باليقين القضائي، وبالتالي كان على المحكمة من باب أولى أن تعزز الاعتراف بدليل آخر إذا لم تقتنع به.

¹ - Marie-Cécile NAGOUAS-GUÉRIN, op.cit, p 235

² تمييز عراقي، 110 / هيئة عامة / 82 / 987 بتاريخ 1987.03.15، غير منشور، مشار إليه في: محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 300.

³ - نقض مصري، الطعن رقم 1016 جلسة 1973.12.16. مشار إليه في مؤلف: رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 133.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج. قرار صادر في 1970.10.20، نشرة القضاة، ع 01، ص 81.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج.م. قرار صادر في 1981.02.19، نشرة القضاة، ع 4، ص 90.

ج- سلطة القاضي في تجزئة الإقرار: يتفق الفقه والقضاء على أن للقاضي السلطة التقديرية في تجزئة الإقرار الحاصل أمامه أثناء المرافعات، أي أنه بإمكانه أن لا يعتد إلا بجزء من هذا الإقرار، ويستبعد الجزء الآخر¹. وهذا خلافا لما هو مقرر في القانون المدني من عدم جواز تجزئة الإقرار المدني²، فقاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار أمام القضاء الجزائي مستمدة أساسا من مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه. وحول نفس الفكرة يقول الفقيه جaro " لا يمكن القول بعدم قابلية الإقرار لتجزئة في الميدان الجنائي لأن التجزئة تتماشى وتساير مبدأ الإقتناع الوجداني للقاضي وحرية في التقييم"³.

فالقاضي أن يأخذ بجزء من اعتراف المتهم فقط ويستبعد ما تبقى منه، أو يستبعده بأكمله، أو يأخذ به بمجمله، وللقاضي أن يأخذ بالجزء الذي يراه صحيحا ويترك الجزء الذي يرى كذب المتهم فيه، فالمتهم قد يعترف بما هو في مصلحته وينكر ما يضر به، وقد يعتمد على الإقرار بما هو أخف هروبا مما هو أشد⁴.

ففي التطبيق القضائي كثيرا ما يعتمد تجار المخدرات والمؤثرات العقلية على الإقرار بالحيازة غير المشروعة قصد الإستهلاك الشخصي لهذه المواد (المادة 12 من القانون 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية والإتجار غير المشروع بهما⁵) نظرا للعقوبات المخففة المقررة لهذه الجريمة، تجنباً للعقوبات المشددة المقررة لجنحة بيع أو تخزين أو...بطريقة غير مشروعة لمواد مخدرة (المادة 17 من نفس القانون).

وفي تطبيقات القضاء المقارن قضت محكمة النقض المصرية بأن " الإقرار الجنائي لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر الدعوى التي يملك القاضي الجنائي كامل الحرية في تقدير حجيتها وقيمتها التدليلية على المعترف، فله أن يجزئ هذا الإقرار، ويأخذ منه ما يطمئن الى صدقه ويطرح سواه بما

¹ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 474.

² - المادة 342 من القانون 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر، ع 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

³ - René GARRAUD, op.cit, p 207.

⁴ - بن جيل العيد، مرجع سابق، ص 202.

⁵ - قانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال والإتجار غير المشروعين بهما، ج.ر، ع 83 المؤرخة في 26 ديسمبر سنة 2004.

لم يثق به دون أن يكون ملزماً ببيان علة ذلك¹، وقضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها "للمحكمة أن تجزئ الإقرار فتهدر الجزء الذي لم يظهر دليل يؤيد صحته"².

أما في فرنسا فقد كان القضاء الفرنسي في البداية متأثراً بقواعد القانون المدني، وسار في اتجاه عدم تجزئة الإقرار في المادة الجزائية، لكنه تراجع عن هذا الموقف وأقر بتجزئة الإقرار³، بحيث سمحت محكمة النقض الفرنسية لقضاة الموضوع بتجزئة الاعتراف الجنائي، وتأكيداً لذلك أيدت حكماً لمحكمة الموضوع جزأت فيه أقوال متهم متابع بجريمة إخفاء جناة في منزله وعدم التبليغ عنهم، وقد اعترف المتهم بذلك في محضر الشرطة، لكنه أضاف أمام القاضي أثناء محاكمته بأنه كان في حالة إكراه، إذ هدده المجرمون بالقتل إذا أبلغ، وقد جزأت محكمة الموضوع هذا الإقرار وأخذت باعترافه بإيواء المجرمين واستبعدت الجزء الخاص بالإكراه وحكمت عليه، وأيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم المطعون فيه مقررّة أن اعتراف المتهم أثناء التحقيق الجنائي يختلف عن الإقرار المنصوص عليه في المادة 1356 من القانون المدني، ولذلك فإنه لا يتقيّد بمبدأ عدم التجزئة⁴.

أما في تطبيقات القضاء الجزائري فقد جاء في قرار للمحكمة العليا "إن مبدأ عدم تجزئة الإقرار ينطبق في المواد المدنية، أما في المواد الجنائية فللقضاة الموضوع الحرية المطلقة في تقدير الإقرار، بحيث يجوز لهم أن يأخذوا بجزء منه ويتركوا الجزء الآخر شريطة أن يكون الجزء الذي اطمأنوا إليه يؤدي منطقياً وقانونياً إلى إدانة المتهم"⁵.

تجدر الإشارة إلى أن سلطة المحكمة في تجزئة الإقرار تختلف عن الإقرار الجزئي، فهذا الأخير هو إقرار جزئي بوقائع معينة دون أن ينصرف إلى التهمة بأكملها، ولذلك فإن الإقرار الجزئي باعتباره كذلك يجوز تجزئته هو الآخر⁶. فالمتهم الذي يعترف باستهلاك المخدرات لكنه ينكر بيعها، فهذا اعتراف جزئي، هو نفسه قابل للتجزئة، وكذلك الشأن بالنسبة لمن اعترف بالقتل لكنه أنكر ترصده للضحية

¹ - محكمة النقض المصرية، قرار في: 1978.02.27، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، س 29 رقم 38، ص 207، مشار إليه في: محمد عيد الغريب، مرجع سابق ص 115.

² - محكمة التمييز العراقية رقم 3082/ جنابات/ 1972 في 1973.04.03، النشرة القضائية، غ 02 س 04 ص 371، مشار إليه في: محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 296.

³ - هشام مصطفى محمد، اعتراف المتهم في التشريع العربي والمواثيق الدولية، (د ط)، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الاسكندرية، مصر، 2016، ص 218.

⁴ - نقض فرنسي، قرار صادر في 1958.07.17، المجموعة الجنائية 1958 رقم 554 ص 974، مشار إليه في: سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 297.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ 1975.04.24 في الملف رقم 10338، مشار إليه في مؤلف: جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 18.

⁶ - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1983، ص 204.

(ظرف التردد)، فهذا إقرار جزئي بالقتل، ويحتاج التردد إلى أدلة أخرى تثبته وإلا سقط هذا الظرف وأدين المتهم بجريمة القتل فقط.

وإذا كانت القاعدة هي تجزئة الإقرار، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل يقع عليها استثناءات نوردتها فيما يلي:

- إذا كان الإقرار في مجموعه نافيا للخطأ والمسؤولية الجنائية، فهنا لا يعدّ اعترافاً ولا تجوز فيه التجزئة، لأن إرادة المقر لم تنصرف إلى التسليم بارتكاب الجريمة. ولذلك يجب أن تؤخذ أقوال المتهم في هذا الصدد بأنها كلّ لا يقبل التجزئة، ومن هذا القبيل أن يقر المتهم بارتكاب القتل وهو في حالة دفاع شرعي، أو تحت تأثير إكراه، ففي مثل هذه الحالات لا يجوز أن تعتبر المحكمة المتهم معترفاً بارتكاب الجريمة، وإنما يجب عليها أن تعرض لما يثار بالتمحيص ابتغاء الوقوف على وجه الحق فيه، وأن تفصح عن ما اطمأنت إليه في هذا الإقرار وما لم تطمئن إليه¹.

- لا يملك القاضي الجزائي سلطة تجزئة الإقرار، إذا توقف الفصل في الدعوى الجنائية على الفصل في مسألة مدنية، إذ يجب أن يطبق للفصل في المسألة المدنية قواعد الإثبات المدنية، ومنها عدم جواز تجزئة الإقرار، ومثال ذلك إثبات عقد الأمانة فيما يتعلق بدعوى خيانة الأمانة، فإذا أقر المتهم بوجود العقد، وبأنه رد المال محل العقد لمالكه، فإنه لا يجوز تجزئة هذا الإقرار².

ونشير في الأخير إلى أنه إذا كانت التشريعات اللاتينية متفقة على الأخذ بمبدأ تجزئة الإقرار الجنائي، فإن النظام الأنجلوسكسوني لا يأخذ بهذا المبدأ وسوّى بين الإقرار المدني والإقرار الجنائي من حيث عدم القابلية للتجزئة، وتبعاً لذلك استقر الفقه والقضاء في إنجلترا وكندا أمريكا على عدم جواز تجزئة الإقرار في المسائل المدنية والجنائية لكونه حجة على المعتبر، ولا يجوز استبعاده كله ولا استبعاد جزء منه، ويسير في هذا الاتجاه القانون السوداني³.

د - سلطة القاضي الجزائي في حالة العدول عن الإقرار: خلافاً للقاعدة المقررة في القانون المدني بأن الإقرار حجة قاطعة على المقر، ومن ثمة لا يُرجع فيه، فإن الإقرار في المسائل الجنائية ليس حجة في ذاته، ومن ثمة يجوز للمتهم العدول عنه دائماً في أي مرحلة من مراحل الإجراءات وحتى قفل

¹ - محمد عبد الغريب، مرجع سابق، ص 116.

² - فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص 578.

³ - محمد بازي، مرجع سابق، ص 10.

باب المرافعة¹، ولا شك أن هذا الأمر هو نتيجة منطقية لمبدأ حرية القاضي في الإقتناع. فسواءً كان المتهم مصرّاً على الإعتراف أو عدل عنه في جلسة المحاكمة أو في إحدى مراحل التحقيق، فإنه يبقى خاضعاً لاقتناع القاضي².

وللقاضي الحرية الكاملة في تقدير العدول، فله أن يأخذ بالإعتراف رغم العدول عنه أو يطرحه إذا اقتنع بالأسباب التي بُني عليها العدول، فالعبرة في ذلك كلّها بما تطمئن المحكمة إلى صحته ليتكوّن بها اقتناعها بما يدخل في حدود سلطتها التقديرية دون معقب عليها. على أنه ينبغي أن نشير إلى أن عدول المتهم عن اعترافه يختلف عن إنكاره لصدور الإعتراف عنه، إذ أنه في هذه الحالة يكون على المحكمة أن تحقق هذا الدفع، إذا أرادت أن تستند عليه في تكوين عقيدتها. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية: "إذا كان للمحكمة في المواد الجنائية السلطة الكاملة في أن تأخذ باعتراف المتهم في التحقيق متى اقتنعت بصحته، إلا أنه إذا أنكر المتهم الأقوال التي نسبت إليه في التحقيق أنه قالها، يجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفع وأن تضمن حكمها الرد عليه وتفيده إذا ما رأت عدم صحته، ثم تأخذ بالإعتراف إذا رأت صدقه"³.

ونلاحظ من خلال التطبيق القضائي أن المتهمين كثيراً ما يعدلون عن اعترافاتهم بجلسات المحاكمة سواء أمام المحكمة أو أمام المجلس لأسباب مختلفة، تارة باتّهام المحققين بالضرب والتهديد وتارة بأن هؤلاء المحققين قد طلبوا منهم توقيع أوراق لا يعلمون مضمونها، ولم تتل عليهم. وبغض النظر عن صدق هذه الدفوع من عدمها، فإنه وجب على جهات التحري والتحقيق عدم الإكتفاء باعتراف المتهم وغلق الملف والتصرف فيه، دون بحث عن أدلة أخرى سيما العلمية منها التي من شأنها أن تُسند هذا الإعتراف، وتحول دون إفلات مجرمين من العقاب.

هـ - سلطة القاضي في تقدير الإعتراف المثبت في محاضر: إذا كان الإعتراف القضائي الذي يصدر أمام الجهات القضائية يُعوّل عليه كدليل إثبات في الدعوى وله حجته، وأن القاضي له السلطة

¹ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 117.

² - أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 498.

³ - نقض مصري في 1943.01.11 مجموعة القواعد القانونية، ج 06 ص 94 رقم 29، مشار إليه في مؤلف: رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 142.

ما يلاحظ في الواقع العملي أنه عادة ما يتلقى القاضي الجزائي اعتراف المتهم المدلى بها خلال التحقيق، كدليل إثبات للجريمة ويستند عليه في حكم الإدانة، ولا يلتفت البتة إلى عدول المتهم عن هذا الإعتراف، بل أنه لم نعتز في التطبيق القضائي ما يشير إلى إجابة المحكمة عن دفع المتهم المتعلق بتعرضه للضرب والتهديد لأنتزع الإعتراف، فما اطلعنا عليه من أحكام وقرارات تضمنت أغلبها حيثية نموذجية "حيث أن تراجع المتهم عن اعترافه ما في الحقيقة إلا تهرب من المسؤولية والعقاب". كما لم نقف على حالات تم فتح تحقيقات جادة حول هذه الوقائع من طرف النيابة العامة باعتبارها الجهة المشرفة والمديرة ل جهاز الضبطية القضائية للتأكد من صدقها، ومتابعة مرتكبها - إن ثبتت -، فقد يحدث فعلاً أن يعدل المتهم عن اعترافه تهرباً من العقاب، لكن من الخطأ تعميم ذلك على الجميع.

المطلقة في تقديره متى توافرت شروطه، فإن الإقرار غير القضائي الوارد في المحاضر ذات الحجية الخاصة إلى حين إثبات العكس أو إلى حين الطعن بالتزوير يثير التساؤل حول مدى حجيته في الإثبات.

وينطبق هذا الحكم سواء كان الإقرار قضائياً أو غير قضائي، فالإقرار القضائي وهو ذلك الإقرار الذي يصدر أمام المحكمة أو النيابة العامة والذي يعول عليه كدليل إثبات في الدعوى العمومية¹، وله حجته إلا أن هذه الحجية تقف عند صدور الإقرار من المتهم من الناحية الواقعية إلى حين الطعن بالتزوير، دون أن تمتد إلى صحة وصدق الإقرار أو مطابقته للحقيقة لأن القاضي هو المكلف ببحث هذه الجزئية الأخيرة، وله مطلق التقدير في ذلك².

وكذلك الشأن بالنسبة للإقرار غير القضائي الوارد في المحاضر التي لها حجية خاصة إلى حين إثبات العكس أو إلى حين الطعن بالتزوير فإن الحجية تكون بما تضمنته من صدور الاعتراف من المتهم من الناحية الواقعية إلى حين ثبوت العكس أو إلى حين الطعن بالتزوير، دون أن تمتد هذه الحجية إلى صحة وصدق الإقرار أو مطابقته للحقيقة لأن القاضي هو المكلف ببحث هذه الجزئية، وله مطلق التقدير في ذلك دون حاجة إلى الطعن بالتزوير أو إثبات العكس³. إلا أنه وفيما يتعلق بالإقرار غير القضائي فإنه يتعين أن يتم تعزيزه بأدلة أخرى كون هذا الإقرار مجرد استدلال لا يأخذ به إلا على سبيل الاستئناس.

وإذا كان هذا هو الأصل في تقدير الاعتراف سواء كان قضائياً أو غير قضائي إلا أن ثمة إستثناء يرد عليه في القانون الجزائي، ويتعلق الأمر بالإقرارات الواردة في محاضر المعاينة الجمركية. فالأصل في المحاضر سواء كانت على سبيل الاستدلال أو لها حجيتها إلى حين ثبوت العكس أو إلى حين الطعن بالتزوير أنها لا تكون حجة إلا فيما يتعلق بالوقائع المادية المتعلقة بالجريمة والتي يكون محررها قد رآها أو سمعها أو حققها بنفسه، و أن الإقرارات الواردة فيها تخضع في تقديرها لمبدأ الاقتناع الشخصي. ففيما يتعلق بالمحاضر على سبيل الاستدلال فالإقرارات الواردة فيها لا حجية لها، أما فيما يتعلق بالمحاضر التي لها حجيتها إلى حين ثبوت العكس أو إلى حين الطعن بالتزوير، فإن الحجية تكون بما تضمنته من صدور الإقرار من المتهم من الناحية الواقعية إلى حين ثبوت العكس أو إلى حين الطعن بالتزوير، دون أن تمتد هذه الحجية إلى صحة وصدق الاعتراف أو مطابقته للحقيقة.

¹ محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 217.

² - ماروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 176.

³ - ماروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 174.

إلا أن المشرع الجزائري وبمقتضى المادة 2/254 من قانون الجمارك¹ جعل من الإعترافات والتصريحات الواردة في محاضر المعاينة الجمركية صحيحة إلى أن يثبت العكس. وهذا ما أكدته المحكمة العليا حينما قضت: "إذا كانت المادة 254 من قانون الجمارك تعترف لمحاضر الجمارك بقوة إثباتية عندما تكون محررة من طرف عونين من إدارة عمومية فيما يخص المعاينات المادية التي تنقلها هذه المحاضر، فإنها تعترف لهذه المحاضر بالحجية النسبية فقط فيما يخص الإعترافات والتصريحات المسجلة فيها ما لم يثبت العكس"².

وعليه، فإذا تراجع المتهم عن اعترافه أو أنكره بدون أن يقدم الدليل العكسي على النحو المبين في المادة 216 من ق.إ.ج أي بالكتابة أو بشهادة الشهود، فلا يؤخذ بتراجعه أو نكرانه. وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا حينما قضت: "إن الإعترافات الواردة في المحاضر الجمركية لها قوة الإثبات إلى أن يثبت العكس، لذلك لا يجوز لقضاة الإستئناف استبعاد اعتراف المتهم الوارد في المحاضر الجمركية على أساس أن لهم السلطة المطلقة في تقدير هذا الإعتراف طبقا للمادة 213 من ق.إ.ج مخالفين بذلك أحكام المادة 2/254 من قانون الجمارك التي تنص صراحة على أن محاضر الجمارك تثبت صحة ما ورد فيها من تصريحات و اعترافات ما لم يثبت العكس"³.

أما إذا أثبت المتهم العكس بالكتابة أو شهادة الشهود فإن ذلك الاعتراف يصبح غير ملزم للقاضي وتسري على هذا الإعتراف القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 213 ق.إ.ج، ولا يقيّد حريته في التقدير، وهذا هو معنى عبارة: "...مع مراعاة أحكام المادة 213 من ق.إ.ج" الواردة في الفقرة الثانية من المادة 254 من قانون الجمارك.

وكل ما سبق بيانه يصلح على المحاضر التي تعين الجرائم الجمركية المنصوص عليها في قانون مكافحة التهريب، ذلك أن الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب⁴ لا يعترف للمحاضر التي تعين أعمال التهريب وفق قواعد التشريع الجمركي بحجية إلا فيما يتعلق

¹ - قانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 يتضمن قانون الجمارك، ج. ر.ع 30 المؤرخة في 24 يوليو 1979 معدل ومتمم.

² - المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثالث، قرار صادر بتاريخ 19/11/1995، في الملف رقم 126766، مشار إليه: بوسقيعة احسن، المنازعات الجمركية، الطبعة الثانية، دارهوم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 200.

³ - المحكمة العليا، غ. ج.م، قرار صادر بتاريخ: 10/06/1982 في الملف رقم 22938، مشار إليه في: المرجع نفسه، ص 205.

⁴ - أمر رقم 06-05 المؤرخ في 23 غشت سنة 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، ج. ر. ع 59 المؤرخة في 28 غشت 2005.

بالمعاينات المادية التي تنقلها، وما عدا هذه الحالة الأخيرة تخضع تلك المحاضر لأحكام القانون العام، المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية¹.

ونستخلص مما سبق بأن الإقرار في المسائل الجنائية ليس في النهاية أكثر من دليل من أدلة الإثبات، تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحته وقيّمته في الإثبات، فهو دليل إقناعي لا يقيّد القاضي في شيء.

الفرع الثاني

سلطة القاضي الجزائي في تقدير الشهادة

تعدّ الشهادة من أهم أدلة الإثبات في المسائل الجنائية بما تلعبه من دور في الكشف عن الحقيقة، فقد عبّر عنها الفقيه بينتام Bentham بأنها عيون وآذان العدالة².

فإذا كانت الكتابة هي الطريق العادي في الإثبات المدني فإن شهادة الشهود هي الطريق العادي في الإثبات الجنائي³، وهي تختلف عن الإقرار، فهذا الأخير يمكن أن ينصب على المعلوم والمجهول في حين لا تكون الشهادة إلا على شيء معلوم تمت مشاهدته فعلا، وإلا اعتبرت الشهادة شهادة زور معاقب عليها قانونا.

ومن خلال استقراء النصوص القانونية، نجد بأن المشرع الجزائي و كما فعل في الإقرار لم يضع تعريفا للشهادة، واكتفى بوضع النصوص القانونية الضابطة لها ببيان إجراءاتها سواء أمام جهات التحقيق أو أمام المحكمة. فقد نص في المواد من 88 إلى 99 من ق.إ.ج على إجراءات سماع الشهود أمام التحقيق القضائي وفي المواد 220 إلى 238 من نفس القانون على إجراءات سماع الشهود أمام المحكمة.

ولذلك، فقد عيّنت التشريعات بتنظيم الشهادة واجتهد الفقه في وضع تعاريف لها، وأخضعها القانون لمطلق تقدير القاضي وفقا لاقتناعه الشخصي، وهو ما نتناوله فيما يلي:

¹ - بوسقيعة احسن، المنازعات الجمركية، مرجع سابق، ص 205.

² -Thierry GARE, Catherine GINESTET , Droit pénal et procédure pénale , 7 éme édition , Dalloz ,Paris, 2012,p245.

³ - رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 455.

أولا - تعريف الشهادة:

اجتهد الفقه في تعريف الشهادة، فعرفها البعض بأنها تقرير يصدر عن شخص في شأن واقعة عاينها بحواسه عن طريق السمع والبصر¹، وعُرفت أيضا بأنها التعبير عن الإدراك الحسي للشاهد للواقعة التي يشهد عليها²، وعُرفت بأنها إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما رآه ببصره عن الواقعة المراد إثباتها، أو ما سمعه أو شمه أو ما يدركه على وجه العموم من خلال إحدى حواسه³، وعرفت محاكمة النقض المصرية بقولها: "أن الشهادة في الأصل هي تقرير يصدر عن شخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه في شأن واقعة إجرامية"⁴. واكتفت غالبية التشريعات العربية بتنظيم القواعد الخاصة بأداء الشهود للشهادة في مرحلة التحريات الأولية أو التحقيق القضائي أو المحاكمة ضمن نصوصها الإجرائية، دون وضع تعريف محدد للشاهد، ومنها المشرع الجزائري والمصري والسوري واللبناني والأردني، في حين يختلف الوضع لدى المشرع البلجيكي والإنجليزي والأمريكي حيث أن هذه التشريعات وضعت تعريفا للشاهد إما بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁵. ويستفاد من نص المادة 706-57 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي أن الشهود هم الأشخاص الذين لا تتوافر ضدهم دلائل على ارتكابهم جريمة أو الشروع فيها، وأن لديهم معلومات مفيدة في الإجراءات⁶.

وتعد الشهادة من أهم طرق الإثبات وأكثرها شيوعا في العمل القضائي⁷، فعادة ما يلجأ إليها الضحية لتعزيز شكواه وإثبات التهم، ويلجأ إليها المتهم لنفي التهمة عنه، ونظرا لتسلل الشك إليها بسبب اختلاف مدارك الأشخاص وقدرتهم على فهم ما يحدث حولهم، وتعرض ذاكرتهم أحيانا للنسيان واختلاط وتداخل المعلومات، فضلا عن تعمد البعض الإدلاء بشهادة زور إما انتقاما أو كسبا لمنفعة⁸، فإن المشرع الجزائري رتبها في المرتبة الرابعة عقب الإقرار والمحاضر والخبرة، وفي ذلك دلالة واضحة

¹ - علي جعفر، مبادئ المحاكمات الجزائية اللبنانية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1994، ص 168. وأنظر نفس التعريف: عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنشورات الحقوقية، 1993، ص 340.

² - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 242.

³ - أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 522.

⁴ - نقض مصري، في 06 فبراير 1987، مجموعة أحكام محكمة النقض س 29 رقم 25 ص 32. مشار إليه في: محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 86.

⁵ - بكري يوسف بكري محمد، المسؤولية الجنائية للشاهد، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 21.

⁶ - Article 706-57 CPPF: « Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction et qui sont susceptibles d'apporter des éléments de preuve intéressant la procédure peuvent..... »

⁷ - محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 205.

⁸ - نجيب جمال، مرجع سابق، ص 355، 356.

على أن المشرع لا ينظر إليها بتلك الأهمية التي يراها الخصوم الذين يسارعون دوماً إلى حشد شهودهم طمعاً في ربح قضاياهم.

والأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فالشاهد لا يشهد إلا بما رآه ببصره أو سمعه بأذنيه أو أدركه بحواسه الأخرى، لكنه قد يتعذر أحياناً الوصول إلى الشاهد الأصل أو سماع شهادته لموته أو لغيبته أو امتناعه عن الشهادة، ويمكن في هذه الحالة الإستشهاد على معلومات يكون قد قررها للغير، وتكون الشهادة في هذه الحالة شهادة سماعية¹، كما قد تكون الشهادة عن طريق التسماع، وهي الشهادة بما يتسامعه الناس أو تتداوله الألسن دون أن تنسب إلى أصل معين، ولا تنصب هذه الشهادة على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأي الشائع لدى جماهير الناس عن هذه الواقعة².

والجدير بالذكر أن الشهادة لا يمكن أن تتناول رأي الشاهد بخصوص مسؤولية مرتكب الواقعة موضوع الدعوى الجزائية، أو مدى خطورته وجدارته بالعقوبة أو تقديره لجسامة الوقائع على اعتبار أن مثل هذه المسائل تخرج عن دائرة الشهادة التي تعتبر إخباراً عن مشاهدة أو سماع شيء معين، وليس خلاصة تخمين شخصي وذاتي عن الشاهد، ومع ذلك تجوز الشهادة بشأن سمعة المتهم وحالته الأدبية لكونها مما يتوصل به إلى تحديد خطورته الإجرامية، وتمكينه من الوصول إلى إثبات الواقعة موضوع الدعوى الجزائية أو وقائع أخرى يتوقف عليها تحديد هذه الواقعة³، وهو ما أكدته المادة 225 من ق.إ.ج جزائري (.. يؤدي الشهود بعد ذلك شهادتهم متفرقين سواء أكانت عن الوقائع المسندة للمتهم أم عن شخصيته وأخلاقه).

وإذا كان الشاهد غير ملزم بتأدية شهادته في المواد المدنية على اعتبار أن الواقعة التي من الممكن أن يشهد عليها واقعة خاصة بنزاع بين فردين، فإن الأمر يختلف في المواد الجزائية إذ أن الشاهد ملزم بالإمتثال وأداء شهادته، وقد يقتضي الأمر أحياناً استحضاره بالقوة العمومية، كما قد تسلط عليه عقوبات قد تصل إلى سلب حريته إذا تخلف عن الحضور أو إذا حضر وامتنع عن أداء الشهادة⁴.

¹ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 86.

² - إبراهيم إبراهيم الغماز، مرجع سابق، ص 36-37.

³ - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 808-809.

⁴ - أنظر المواد : 97، 223، 299 ق.إ.ج.

ونظرا لأهمية الشهادة في الوصول إلى النتيجة المرجوة وإظهار الحقيقة المخفية، فقد أحاطتها التشريعات الإجرائية بإجراءات خاصة، وشروط ينبغي توافرها لترتقي إلى مرتبة الدليل الصحيح المنتج في القضية. ولاعتماد الشهادة دليلا في الدعوى ينبغي توفر شروط لصحتها وتتعلق هذه الشروط بالشاهد من جهة وبإجراءات الإدلاء بالشهادة من جهة ثانية¹.

كما أولت السياسة الجنائية الحديثة عناية بالغة بحماية الشهود، قصد تعزيز قيمة الشهادة ودرء أي شبهات يمكن أن تحوم حول صدقيتها، وبالنظر أيضا لما يتعرض له الشهود أحيانا من تهديدات في الكثير من الجرائم²، الأمر الذي يجعلهم لا يقدمون على أداء الشهادة أو يتراجعون عنها بعد الإدلاء بها، وهو ما برر تدخل المشرع بتمكين القضاء باعتباره حارسا للحقوق والحريات من سن تدابير معينة، كلما كان هناك خطر وحقيقي يقدره القاضي في إطار سلطته الواسعة حسبما تقتضيه الظروف والأحوال³.

ومواكبة لذلك أصدر المشرع الفرنسي القانون 2001-1062⁴، مضيفا الباب الحادي والعشرين ضمن نصوص قانون الإجراءات الجنائية بعنوان " حماية الشهود "، حيث أدرج بمقتضاه المواد 706 - 57 إلى 706-63، والتي تم تعديلها بعد ذلك بمقتضى القوانين الصادرة في 09 سبتمبر 2002 و 09 مارس 2004، وأخيرا التعديل الصادر بمقتضى القانون 2009/ 526 الصادر في 12 ماي 2009، وقد أجازت المادة 706-58 من هذا القانون التجهيل الكلي للشاهد بالشروط ذاتها المنصوص عليها بالمادة 706-57 لقاضي الحريات والحبس أن يصدر قرارا بتجهيل بيانات الشاهد وهويته كليا بناءً على طلب النائب العام أو قاضي التحقيق، إذا ما كانت هناك قرائن ودلائل على احتمال تعرض الشاهد أو أحد أفراد أسرته أو أقاربه لخطر الإعتداء على الحياة أو سلامة البدن بسبب شهادتهم في جناية أو جنحة لا

¹ - هذه الشروط أوردتها المواد من 88 إلى 90 من ق.إ. ج بالنسبة لجهة التحقيق، والمواد من 220 إلى 238 من نفس القانون بالنسبة لجهة الحكم، في حين نص عليها المشرع الفرنسي في المواد 101، 324، 435 ق إ ج فرنسي. في تفصيل ذلك أنظر: ابراهيمي صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية والجزائية، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 40 وما يليها. وانظر أيضا:

-Jean Claude SOYER, Droit pénal et procédure pénale, 12ème édition, LGDJ, Paris, 1995, pp 290 - 291.

² - Pascal GENOUS, les pratiques sous couvertures dans la procédure pénale contemporaine, analyse comparée des systèmes français, canadien et américain, Thèse de doctorat, université Montesquieu-bordeaux IV, 1998, P 223- 226.

³ - حسية محي الدين، حماية الشهود في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص ص 105- 106.

⁴ - Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne, modifiant le code de procédure pénale français, JORF n° 266 du 16 novembre 2001. Disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

تقل العقوبة المقررة لها عن الحبس لمدة ثلاث سنوات، وفي كل الأحوال يلتزم قاضي الحريات والحبس بتسييب قراره بمنح هذه الحماية¹.

أما في التشريع الجزائري، فقبل صدور الأمر 15-02 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية²، لم تكن هناك أي نصوص إجرائية توفر الحماية للشاهد، وظل الأمر مقتصرًا على نصوص تجرime تجرم وتعاقب أفعال حمل الغير على الإدلاء بإقرارات أو أقوال أو شهادة عن طريق التهديد أو الضغط أو التعدي أو المناورة أو التحايل أو...، وفقا لما تنص عليه المادة 236 من قانون العقوبات³، والمادة 45 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁴.

وعقب صدور الأمر 15-02 السالف الذكر، والذي جاء في إطار وفاء الجزائر بالتزاماتها الدولية بعد مصادقتها على الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد في 21 ديسمبر 2010⁵، أضاف المشرع الجزائري الفصل السادس إلى الباب الثاني من الكتاب الأول من ق.إ.ج بعنوان "حماية الشهود والخبراء والضحايا" وتضمن عشر مواد (65 مكرر 19 إلى 65 مكرر 28)⁶. وبذلك وضع المشرع الإطار القانوني لحماية الشاهد سواء عن طريق التجهيل الجزئي بإخفاء عنوان الشاهد أو التجهيل الكلي بإخفاء جميع بيانات الشاهد⁷.

¹ أمين مصطفى محمد، حماية الشهود في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 10.

² أمر 15-02 المؤرخ 23 جويلية 2015 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ج. ر، ع 40 المؤرخة في 23 جويلية 2015.

³ أمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج. ر، ع 49 المؤرخة في 11 يوليو 1966، معدل ومتمم.

⁴ قانون 01-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر، ع 14 المؤرخة في 08.03.2006

⁵ مرسوم رئاسي رقم 14-249 مؤرخ في 8 سبتمبر 2014، يتضمن المصادقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد المحررة بالقاهرة بتاريخ 21 ديسمبر 2010، ج. ر، ع 54، بتاريخ 21 سبتمبر 2014.

⁶ تنص المادة 65 مكرر 19 ق.إ.ج: "يمكن إفادة الشهود والخبراء من تدبير أو أكثر من تدابير الحماية غير الإجرائية و/أو الإجرائية المنصوص عليها في هذا الفصل إذا كانت حياتهم أو سلامتهم الجسدية أو حياة أو سلامة أفراد عائلاتهم أو أقرانهم أو مصالحهم الأساسية معرضة لتهديد خطير، بسبب المعلومات التي يمكنهم تقديمها للقضاء والتي تكون ضرورية لإظهار الحقيقة في قضايا الجريمة المنظمة أو الإرهاب أو الفساد".

⁷ نشير إلى أن مسألة تجهيل الشهود قد أثارت خلافا فقهيًا بين معارض ومؤيد، وأصل هذا الخلاف يرجع إلى مدى إخلال هذا الإجراء بحقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية، إذ يرى أنصار الاتجاه المعارض بأن تجهيل الشاهد وتأمينه ليست مسألة ضرورية، وهي تخل بأهم المبادئ التي تحكم الدعوى الجزائية، وعلى رأسها حق الدفاع إذ أن المتهم لا يمارس حقه في الدفاع عن طريق الطعن في مصداقية الشهادة التي يجهل صاحبها، ولم يتمكن لا هو ولا دفاعه من مواجهة الشاهد أثناء الإدلاء بالشهادة، ومن ثمة مناقشته. أما الاتجاه المؤيد فيرى بأن تجهيل الشاهد وحمايته من التهديدات والأخطار التي تلاحقه جراء الإدلاء بشهادته واجبة أيضا ويجب أن تأخذها التشريعات بعين الاعتبار بنفس القدر مع حرص القاضي على إطلاع المتهم بمضمون الشهادة والسماح له بمناقشتها.

في تفصيل مختلف الآراء الفقهية أنظر: خالد موسى توني، الحماية الجنائية الإجرائية للشهود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 53 وما يليها، وانظر أيضا: حسية مكي الدين، مرجع سابق، ص 24 - 28.

ثانيا - حرية القاضي الجزائي في تقدير الشهادة:

تقدير قيمة الشهادة يخضع للمبدأ العام الذي يحكم سلطة القاضي في تقدير الأدلة وهو حريته في تكوين قناعته القضائية وفقا للمادة 212 من ق.إ.ج، فقاضي الموضوع له السلطة المطلقة في تقدير الشهادة، فهو يأخذ بما يستريح إليه وجدانه ويستبعد ما لا يستريح إليه، ولا رقابة للمحكمة العليا فيما يقتنع به من الشهادة وما لا يقتنع.

فإذا كان القانون قد أجاز للقاضي الجزائي سماع الشهود لكنه بالمقابل لم يلزمه بالأخذ بشهادتهم، فالشهادة من الأدلة الإقناعية بل قد تكون من أهم تلك الأدلة الخاضعة لمطلق تقدير القاضي، يقدرها حق قدرها في حرية تامة بناءً على ما يراه من احتمال الواقعة المشهود بها وعدم مخالفتها للمحسوس أو المعقول، وما يحيط بالشاهد من الظروف والمؤثرات التي من الممكن أن تدفعه إلى الكذب أو توقعه في الخطأ، سواء وقت وقوع الأمر الذي تؤدي عنه الشهادة أو وقت أدائها¹.

وإذا ما عرضت القضية من جديد أمام المجلس فقضاة المجلس لهم أن يعيدوا مناقشة شهادة الشهود من جديد ويحكموا بما يقتنعون به من أقوالهم، ولا يعيب قرارهم مخالفتهم لما توصلت إليه المحكمة في تقديرها للأدلة، بل كل ما عليهم هو تسبيب قرارهم، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم بهذا الخصوص.

وقد كرست المحكمة العليا في الجزائر هذا المبدأ، فقد جاء في قرار لها: "إن شهادة الشهود كغيرها من أدلة الإثبات يقدرها قضاة الموضوع تبعا لاقتناعهم الشخصي ما لم ينص القانون صراحة على خلاف ذلك"².

لكن الأمر ليس بهذه السهولة فقد تطرح في التطبيق القضائي العديد المسائل التي يواجهها القاضي أثناء استعمال سلطته في تقدير الشهادة، وهي المسائل التي تعرض لها الفقه و القضاء لاستنباط أحكام بشأنها، ومن المفيد في بحثنا هذا تناولها بالتفصيل الآتي:

أ - سلطة القاضي في تجزئة الشهادة: لمحكمة الموضوع أن تزن أقوال الشاهد وتقديرها التقدير الذي تطمئن إليه دون أن تكون ملزمة بسبب إقرارها لها، فتأخذ منها بما تطمئن إليه في حق أحد المتهمين،

¹ - عبد الحميد الشواربي، الدفوع الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص 725.

² - المحكمة العليا، الغرفة الجنائية الأولى، قرار في 1983.11.08 في الطعن رقم 33185، مشار إليه في مؤلف: بغدادي جيلالي، مرجع سابق، ص 247.

وتطرح ما لا تطمئن إليه في حق متهم آخر، دون أن يكون هناك تناقضا يعيب حكمها، ما دام يصحّ في العقل أن يكون الشاهد صادقا في ناحية من أقواله وغير صادق في شطر آخر منها¹.

وإلى جانب هذا يجوز للمحكمة تجزئة أقوال الشاهد الواحد فتأخذ بالجزء الذي اطمأنت إليه من أقواله دون أن تُلزم بتقديم تسبيب عن ذلك²، ولها أن توائم بين ما أخذته من أقوال هذا الشاهد بالقدر الذي رواه وبين ما أخذته من أقوال شهود آخرين، وتجمع بين هذه الأقوال وتورد مؤداه جملة، وتنسبه إليهم معا ما دام ما أخذت به من شهادتهم ينصب على واقعة واحدة لا يوجد فيها خلاف فيما نقله عنهم. كما أن للمحكمة أن تأخذ بشهادة شاهد ضد أحد المتهمين، ولا تأخذ بها ضد الآخر شريطة أن تذكر في الحكم بأنها قصدت هذه التجزئة حتى لا يؤول حكمها على أنه عدم فهم للشهادة³.

ويشترط في تجزئة قول الشاهد أن لا تمسحه المحكمة أو تغير فحواه بما يحيله عن المعنى المفهوم من صريح عبارته، ويجب أن يكون واضحا من الحكم الذي وقعت فيه هذه التجزئة أن المحكمة قد أحاطت بالشهادة، ومارست سلطتها في تجزئتها بغير بتر لفحواها⁴. ذلك أن قاضي الموضوع له الحرية في تقدير أقوال الشهود، فهو غير ملزم بتصديق الشاهد في كل روايته، بل له أن يطرح ما لا يطمئن له وجدانه منها، فإذا أخذت المحكمة ببعض أقوال الشاهد دون بعضها الآخر، فلا يصح النعي عليها بأنها مسخت الشهادة، متى كانت قد أوردت جميع أقوال الشاهد وأشارت إلى ما فيها من تناقض ثم عوّلت على ما صدقته⁵.

ولمحكمة الموضوع أن تستخلص من أقوال الشهود وسائر العناصر المطروحة أمامها على بساط البحث الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى حسبما يؤدي إليها اقتناعها، وأن تطرح ما يخالفها من صور أخرى، ما دام استخلاصها سائغا مستندا إلى أدلة مقبولة في العقل والمنطق ولها أصلها في الأوراق⁶.

ب- سلطة القاضي في تقدير الشهادة السماعية: المستقر عليه في القضاء المصري والفرنسي وحتى الجزائري حرية القاضي الجزائي في الأخذ بالشهادة السماعية أو التسامع عن الغير، ذلك أنه ليس هناك ما يمنع المحكمة من الأخذ برواية ينقلها شخص من آخر متى رأت أن تلك الأقوال قد صدرت

¹ - محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص 95. 96، وأنظر قرارات محكمة النقض المصرية التي ساقها.

² - محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 222 - 223.

³ - محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 827.

⁴ - محمد عبد الغريب، مرجع سابق، ص 99 - 100.

⁵ - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 281 - 282.

⁶ - عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه، النظرية والتطبيق، (ب. ط)، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1996، ص 40.

منه حقيقة وكانت تمثل الواقع في الدعوى، فمتى صدّقتها واطمأنت إلى صحتها ومطابقتها للحقيقة فلا يصح مصادرتها في الأخذ بها والتعويل عليها¹. لكن القضاء العراقي ذهب إلى خلاف ذلك فاستبعد تماما الأخذ بالشهادة السماعية، فلا عبرة بالشهادات الواردة على السماع².

لكن القضاء المصري يجيز الإستناد إلى الشهادة السماعية القائمة على تعرّف الشاهد على صوت من يشهد عليه، حتى ولو لم يره أثناء ارتكاب الجريمة³. في حين لم يقبل القضاء العراقي الشهادة على التشخيص من الصوت، وقضت محكمة التمييز العراقية: "لا يعتمد على شهادة الشاهد المتضمنة تشخيصه للمتهم من خلال صوته وقت الحادثة الواقعة ليلا، لتشابه الأصوات وعدم كفايتها لتثبيت الشخصية"⁴.

ج - سلطة القاضي في تقدير الشهادة الإستدلالية: حددت المادة 228 من ق.إ.ج الجزائي الأشخاص الذين تسمع شهادتهم دون أداء اليمين وهم: القصر الذين لم يكملوا السادسة عشر من عمرهم، والأشخاص المحكوم عليهم بالحرمان من الحقوق الوطنية، كما يُعفى أصول المتهم وفروعه وزوجه وإخوته وأخواته وأصهاره على درجته من عمود النسب، لكن أداء هؤلاء للشهادة لا يعدّ سببا للبطلان وفقا للمادة 229 من نفس القانون، وبالمقابل فإن سكوت محضر المرافعات عن سبب عدم أدائها يؤدي إلى النقض⁵.

كما يجوز سماع الضحية كشاهد مع أداء اليمين، إن لم يعترض باقي الأطراف، فإن تنصب طرفا مدنيا فلا يجوز سماعه إلا على سبيل الإستدلال وفقا للمادة 243 لتناقض المركز القانوني⁶. وفضلا عن هؤلاء الشهود المعروفون في المادة 228 السالفة الذكر، فإن الشهود الذين يُستدعون بمقتضى السلطة التقديرية لرئيس محكمة الجنايات الابتدائية أو الاستئنافية يُسمعون أيضا على

¹ - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 99، 100.

² - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 287، وانظر قرارات محكمة التمييز التي أوردها بهذا الخصوص.

³ - محمد عبد الغريب، مرجع سابق، ص 101.

⁴ - التمييز العراقية، 580/ جنایات / 973 في 1974/05/29، النشرة القضائية ع 2، ص 5، 297. أورده: محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 287.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج. قرار مؤرخ في 19 مارس 2015، ملف رقم 862554، مشار إليه في: سيدهم مختار، الأخطاء الإجرائية والموضوعية في الأحكام الجنائية، مجلة المحكمة العليا، ع 01، ص 2015، ص 21.

⁶ - المحكمة العليا، غ.ج. قرار مؤرخ في 19 مارس 2015، ملف رقم 1035599، قرار مؤرخ في 17 ديسمبر 2009، ملف رقم 594005، غير منشورين، مشار إليهما في: المرجع نفسه، ص 22.

سبيل الاستدلال ودون أداء اليمين القانونية¹، وكذلك الشأن بالنسبة للشاهد المخفي الهوية الذي لم يتم الكشف عن هويته إذا كانت تصريحاته هي أدلة الإتهام الوحيدة².

فهؤلاء الأشخاص تُسمع شهادتهم على سبيل الاستدلال، لكن هل تخضع شهادة هؤلاء الأشخاص إلى حرية القاضي الجزائي في التقدير؟

إذا كان المشرع الأردني قد نص صراحة في المادة 158 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أنه: "أ- يجوز سماع الشهود الذين لم يبلغوا خمس عشرة سنة بدون حلف يمين على سبيل الاستدلال، إذا تبين أنهم لا يدركون كنه اليمين ب- الشهادة التي تؤخذ على سبيل الاستدلال لا تكفي وحدها للإدانة، ما لم تكن مؤيدة ببينة أخرى غير منقولة عنها..."، كما ذهب المشرع الأردني أبعد من ذلك حينما قررت المادة 3/219 من نفس القانون "لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بشهادة الشاهد الذي لم يحلف اليمين أو أنه رفض حلفها إلا على سبيل الاستدلال"³، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية "أن الفقرة الثانية من المادة 158 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني أجازت سماع الشهود الذين لم يبلغوا 15 سنة دون حلف اليمين على سبيل الاستدلال، إذا تبين أنهم يدركون كنه اليمين، على أن هذه الشهادة لا تكفي وحدها للإدانة ما لم تتأيد ببينة أخرى، وعليه فإن ثبوت عدم بلوغ الشاهد سن 15 سنة من عمره عند أداء الشهادة وأنه لا يدرك كنه اليمين، فإن سماع شهادته على سبيل الاستدلال ومن ثمة استبعادها كونها لم تتأيد ببينة أخرى يتفق وأحكام القانون"⁴.

كما نص المشرع الجزائي صراحة في المادة 65 مكرر 27 في فقرتها الأخيرة من ق. إ.ج. على أن شهادة الشاهد المخفي الهوية الذي لم يتم الكشف عن هويته تعتبر مجرد استدلالات لا تشكل دليلاً يمكن اعتماده كأساس للحكم بالإدانة، مقيداً بذلك سلطة القاضي التقديرية في الأخذ بهذه الشهادة إذا كانت تشكل دليل الإتهام الوحيد، أما إن تم الكشف عن هوية الشاهد فإن القاضي يسترجع سلطته التقديرية الكاملة، ويمكن له حينها أن يعتمد عليها لبناء حكمه بالإدانة أو البراءة.

¹ - المادتين: 286، 322 مكرر 6 من القانون رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس 2017 المعدل والمتمم للأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

² - المادة 65 مكرر 27 من الأمر 02- المؤرخ في 23 يوليو 2015 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج، ر، ع 40 المؤرخة في 23 يوليو 2015.

³ - الجدير بالذكر أن هذه الفقرة كانت محررة على الشكل التالي "يجوز للمحكمة أن لا تأخذ بشهادة الشاهد الذي لم يحلف اليمين أو أنه رفض حلفها" قبل أن يتم تعديلها بموجب القانون رقم 32 لسنة 2017 لتصبح على الشكل المذكور أعلاه.

⁴ - تمييز جزاء أردني رقم 73/53، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة 1973، ص 873، مشار إليه في: حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 206.

إلا أن القضاء في كل من مصر وفرنسا والجزائر ذهب إلى أن القاضي الجزائي حرٌّ في تقدير الأدلة، ومنها الشهادة سواء كانت بيمين أو دون يمين، فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، إن اطمأن بها القاضي أخذ بها وإلا فإنه سيطرحها، ففي قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه: "القانون أجاز سماع الشهود الذين لم يبلغ سنهم أربعة عشر سنة دون حلف اليمين على سبيل الإستدلال، ولم يمنع القاضي من الأخذ بهذه الأقوال التي يدلي بها على سبيل الإستدلال، إذا أنس فيها الصدق، فهي عنصر من عناصر الإثبات يقدرها القاضي حسب قناعته.. ولا يقبل من الطاعن النعي على الحكم أخذه بأقوال المجني عليه بحجة عدم استطاعته التمييز لصغره ما دامت المحكمة قد اطمأنت إلى صحة ما أدلى به، وركنت إلى أقواله على اعتبار أنه مدرك لما يقوله ويعيه"¹.

في حين ذهبت محكمتنا العليا في قرارات أخرى إلى عدم الإعتداد تماما بالشهادة الإستدلالية، ومنها الشهادة المدلى بها أمام الضبطية القضائية، بحيث جاء في قرار لها: "...أن قضاة الموضوع اكتفوا بتصريحات المسمى (م.م.)، لتأكيد تصريح الضحية في حين أن تصريح (م.م.) الذي أدلى به أمام الضبطية القضائية لا يرقى إلى مستوى الدليل القاطع إلا بعد أن يتم الإدلاء به أمام الجهات القضائية طبقا للمواد 93، 222، 223 ق.إ.ج"²، واعتبرت المحكمة ذلك قصورا في التسبيب، ونقضت القرار على هذا الأساس.

ونشير أيضا إلى أن للقاضي الجزائي أيضا الحرية المطلقة في الأخذ بشهادة شاهد ما حتى ولو كانت تصله بالمجني عليه قرابة، أو كانت بينه وبين المتهم خصومة قائمة ما دامت قد قررت بأن هذه الصلة لم تحمله على تغيير الحقيقة واطمأنت لصدقها، ولا يوجد ما يمنع المحكمة من الأخذ بشهادة المجني عليه نفسه³، إذا أنست فيها الصدق. فوفقا لمبدأ حرية القاضي في الإقتناع، يتمتع القاضي بحق الموازنة بين كل الشهادات التي تم سماعها أثناء الجلسة، وله أن يفضل شهادة الشهود الذين سمعهم على سبيل الإستدلال على شهادة الشهود الذين حلفوا اليمين⁴.

وإذا كان البعض قد انتقد مسلك المشرعين في الأخذ بشهادة هؤلاء على سبيل الإستدلال فقط، واشتراطهم تعزيز هذه الشهادة ببينة أخرى، واعتبروا ذلك قيّدًا على حرية القاضي الجزائي في تقدير

¹ - نقض مصري، الطعن رقم 23908 لسنة 65 ق، جلسة 1998.01.05 رقم (04)، مشار إليه في: المرجع نفسه، ص 206.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م، ملف رقم 0786218 بتاريخ 2018.10.25، غير منشور.

³ - حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000، ص 738.

⁴ - Jean Claude SOYER, op.cit., p 291.

الأدلة ومساسا بمبدأ حرية الإثبات الجنائي الذي بموجبه يمكن للقاضي أن يكون عقيدته من أي مصدر يطمئن إليه، وأكدوا بأنه بتحديد قيمة الشهادات، وجعلها تؤخذ على سبيل الإستدلال يكون المشرع قد حرم أطراف الدعوى الذين لهم مصلحة في هذه الشهادة من الاستفادة من دليل في الدعوى القائمة¹، فإننا عكس ذلك نرى أن مثل هذه الشهادات الإستدلالية لا تخلو من خطورة ومن مشاكل معقدة تجعل من شهادة هؤلاء محل نظرو ولا يمكن التعويل عليها لهدم قرينة البراءة و الحكم بالإدانة، فشهادة الطفل مثلا لا تخلو من مخاطر و مشكلات ناجمة عن العقلية الخيالية لبعض الأطفال واستعدادهم للكذب، نتيجة قابليتهم للتأثير بالأفكار والإيحاءات، فضلا عن ضعف مداركهم العقلية، وعدم وجود أي التزام أخلاقي يدفعهم لقول الحقيقة، مع سرعة ارتباكهم وخوفهم أثناء التحقيقات مما ينجر عنه تلقّف المحققين تصريحات كاذبة لا تمتّ بصلة للحقيقة، فضلا عن أن شهادات الأقارب لا تخلو في أحيان كثيرة من محاباة وتأثر بحمية الإنتصار للقريب في مواجهة خصمه، حتى على حساب الضمير والشرف، خاصة في الجرائم التي تكون فيها العقوبات مشددة.

د- سلطة القاضي الجزائي في تقدير الشهادة الواحدة: وفقا لمبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع، فإن للقاضي أن يكون عقيدته من أي دليل مشروع، وله أصل في أوراق الدعوى، وتمت مناقشته من قبل أطراف الدعوى، ومن ذلك الشهادة الواحدة، فللمحكمة أن تأخذ بها متى ما اقتنعت بها.

ولم تكن الشهادة الواحدة دليلا كاملا في ظل نظام الأدلة القانونية، وإنما كان لا بد أن تعزز بدليل أو قرينة، وما إن حلّ نظام الإثبات الحر حتى منحها القيمة الكاملة في الإثبات. ولذلك قضت محكمة النقض المصرية " لا عبرة بكثرة الشهود أو قلتهم، كما لا عبرة بمراكزهم المهنية أو الاجتماعية ما دامت شهاداتهم لا تتفق مع ظروف الدعوى، ولا توحى بالثقة فيها، فللمحكمة أن تعتمد على شهادة شاهد واحد بالرغم مما وُجّه لها من مطاعن لا تدلّ بذاتها على كذبه"². فالشهادة إذن توزن من طرف القاضي ولا تعدّ، والعبرة باطمئنان المحكمة وليس بتعدد الشهود، وفي هذا يتجلى بوضوح التطبيق الفعلي لمبدأ حرية القاضي في الإقتناع بأي دليل موصل للحقيقة.

هـ - سلطة القاضي الجزائي في تقدير شهادة متهم على آخر: أقوال متهم على آخر وإن كانت لا تعدّ شهادة بالمعنى الدقيق، إذ أن المتهم لا يحلف اليمين فضلا عن أن شهادة متهم على آخر تؤخذ دائما

¹ - حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 207.

² - نقض مصري، في 1969.01.20، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 20، رقم 31، مشار إليه: حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 207.

بالريبة والشك، إلا أنه قُضي بأن قول متهم على آخره في حقيقة الأمر شهادة يسوغ للمحكمة أن تعول عليها في الإدانة متى اطمأنت المحكمة إلى صحتها ومطابقتها للواقع، ولو لم تكن معززة بدليل آخر¹.

وفي التطبيقات القضائية المقارنة ذهب القضاء العراقي إلى أن شهادة متهم على متهم آخر موضع شك ولا يطمئن إليها ما لم تؤيد بدليل، ولا تقبل ما لم تؤيد بقرائن².

لكن، وعلى خلاف ذلك ذهبت المحكمة العليا في الجزائر إلى جواز تكوين الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي من تصريحات الشركاء بقولها: "... إن نص المادة 1/212 ق إ ج لا يستبعد شهادة الشركاء وبالتالي يستطيع قضاة الموضوع أن يبنوا اقتناعهم الخاص على تصريحات هؤلاء"³.

وفي قرار آخر أكدت المحكمة العليا بأن: "المتهم المحكوم له بالبراءة في قضية بحكم صار نهائياً، ملزم بأداء اليمين، عند سماعه كشاهد في نفس القضية"⁴، وفي هذا القرار اعتبرت المحكمة العليا أن المتهم الذي حكم له بالبراءة بحكم نهائي، أصبح أجنبياً عن أطراف الخصومة، فإذا تقرر سماعه بصفة شاهد فهو ملزم بأداء اليمين، وهي شهادة قضائية كاملة يمكن الإعتماد عليها لتكوين قناعة المحكمة.

نستخلص مما سبق أن الشهادة كدليل إثبات إذا ما توافرت شروطها تخضع كقاعدة عامة لحرية القاضي الجزائي في الإقتناع، على مستوى مختلف الجهات القضائية، وبمختلف درجاتها.

المطلب الثاني

تطبيقات مبدأ حرية القاضي في الاقتناع بالنسبة للأدلة المادية

يُقصد بالأدلة المادية تلك الأدلة التي يكون مصدرها عناصر مادية ناطقة بنفسها وتؤثر في اقتناع القاضي بطريق مباشر، ومصدرها عادة المعاينة والتفتيش وضبط الأشياء⁵.

¹ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 97.

² - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 286.

³ - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر في 1967.02.28، نشرة القضاة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1982، ص 96.

⁴ - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر في 2014.05.22، في الملف رقم 0951430، غير منشور، مشار إليه في: سيدهم مختار، مرجع سابق، ص 21.

⁵ - عبد الله بن صالح بن رشيد الربيش، مرجع سابق، ص 99.

فقد تطرح أمام القاضي الجزائي أدلة مادية في صورة محررات تشكل جسم الجريمة أو دليلاً على وقوعها ونسبتها إلى شخص أو نفيها عنه (الفرع الأول)، كما قد تعرض على القاضي مسائل ذات طابع فني مستنبطة من معاينات مادية لمسرح الجريمة أو تفتيش المحققين وغيرها، وتحتاج بذلك إلى رأي علمي دقيق لتقدير مدى ارتباطها بالجريمة والمجرم (الفرع الثاني)، كما قد يواجه القاضي الجزائي وهو بصدد فحصه وتمحيصه للوقائع عناصر معينة تتطلب أعمال العقل للوصول للنتائج في إطار استدلال عقلي رصين وفحص منطقي دقيق وهو ما يطلق عليها القرائن (الفرع الثالث).

الفرع الأول

سلطة القاضي الجزائي في تقدير المحررات

يميل البشر بطبيعتهم إلى الإقتناع بالأشياء الملموسة والمادية، لذا فإن المحررات أو ما يسمى بالدليل الكتابي من شأنها المساهمة في الكشف عن الجريمة ومرتكبها، وسنتناول مفهوم المحررات التي ترقى لأن تشكل دليلاً جنائياً، ثم نستعرض حرية القاضي الجزائي في تقديره لهذه المحررات، وفق التفصيل التالي:

أولاً - مفهوم المحررات:

لا تحظى المحررات في المجال الجزائي بذات الأهمية التي تحظى بها في المجال المدني¹. ذلك أن الأعمال المدنية عبارة عن تصرفات قانونية غالباً، وعادة ما يتم تهيئة وإعداد الدليل وقت إنشائها، وقبل قيام أي نزاع بشأنها، بينما الجريمة وبما أنها عمل غير مشروع يسعى الجاني فيه إلى الهروب عند ارتكابه، والعمل على محو الآثار التي يكون قد تركها والتي يمكن أن تشكل أدلة إثبات ضده، فإنه من الطبيعي ألا نتصور أن يقدم الجاني دليلاً مكتوباً على نفسه يثبت ارتكابه للفعل غير المشروع، إلا إذا وُجدت بصفة عرضية أثناء البحث عن الحقيقة².

فقد يكون للمحررات دورٌ في إثبات الواقعة الجنائية إذا كانت تحمل في ذاتها جسم الجريمة كالتهديد الكتابي أو القذف كتابة أو التزوير، أو كانت مجرد دليل على وقوعها كاعتراف المتهم أو شهادة الشاهد³. وقبل التطرق إلى قيمة المحررات في الإثبات وسلطة القاضي الجزائي في تقديرها، لا بد أن

¹ - Thierry Gare et Catherine Ginestet, op.cit., p244.

² - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 81.

³ - Ali Rached, op. cit. p 201.

نتعرف على المحررات التي تصلح دليلا في الإثبات الجنائي وأنواعها، ذلك أن حجيتها في الإثبات تختلف بحسب نوعها.

أ - تعريف المحررات: المحررات جمع محرر ويقصد به ورقة تحمل بيانات في شأن واقعة ذات أهمية في ارتكاب الجريمة ونسبتها إلى المتهم¹.

والمحررات أو كما يسميها البعض البيئة الخطية في الإثبات تشمل المحررات التي تحمل جسم الجريمة، مثل الأوراق التي تتضمن تهديدا أو قذفا أو الأوراق المزورة، وفي هذه الحالة لا بد من إثبات صدورها عن المتهم، وذلك عن طريق تمحيص الكتابة أو اللجوء إلى خبرة مضاهاة الخطوط، وقد تكون دليلا على ارتكاب الجريمة كالورقة التي تحمل اعتراف المتهم أو المحاضر الأخرى التي تثبت الإتهام، والتي يمكن أن يؤخذ منها دليل على جريمة ما، وفي هذا الحالة تكون هذه الورقة موضوع تقدير من المحكمة باعتبارها اعتراف من المتهم أو شهادة عليه من الغير².

ب - أنواع المحررات: قد تكون المحررات أوراقا رسمية أو عرفية أو أوراقا خاصة، كما قد تكون في شكل محاضر يدونها موظفون مختصون لإثبات ارتكاب الجرائم وفق شروط معينة.

1- المحررات الرسمية والعرفية والخاصة: الأوراق الرسمية هي تلك المحررات التي تصدر عن موظف مختص بتحريرها بمقتضى وظيفته³، كالعقود الرسمية، وبمفهوم المخالفة فإن سائر المحررات التي لا يتدخل موظف عام في تحريرها، وتكون محررة وموقعة من أشخاص خواص فهي محررات عرفية لا تتوفر على صفة الرسمية، وقد تكون أوراقا خاصة كالمذكرات والخطابات والبرقيات⁴، ومن ذلك أيضا الأوراق التي تضبط بحوزة الجاني والتي تدلّ على المشتركين معه في الجريمة.

2- المحاضر: وهي المحررات التي يدونها الموظفون المختصون وفق الشروط التي حددها القانون لإثبات ارتكاب الجرائم والإجراءات التي اتخذت بشأنها⁵، وتعتبر من قبيل المحاضر، محاضر الضبطية القضائية وهي أكثر المحاضر المثيرة للجدل بشأن قيمتها القانونية¹.

- محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، الطبعة السادسة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 799.

¹ - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 303.

² - مارك نصر الدين، مرجع سابق، ص 201 - 202.

³ - هلاي عبد اللاه أحمد، مرجع سابق، ص 1182.

⁴ - محمود محمد أحمد، الوجيز في أدلة الإثبات الجنائي، القرائن والمحررات والمعينة، الطبعة الأولى، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2002، ص 39.

⁵ - نصر الدين مارك، مرجع سابق، ص 204.

وتتحد المحاضر مع المحررات السالفة الذكر في أن كلا منهما أوراق مكتوبة تشكل دليلا كتابيا مساعدا في الكشف عن الحقيقة لكنهما يختلفان في أن المحررات تصدر من أي شخص حتى من المتهم نفسه، وقد تكون رسمية أو عرفية كما أسلفنا الذكر، في حين أن المحاضر لا يمكن أن تصدر إلا من شخص مختص قانونا بإصدارها وبالتالي تكون دائما رسمية.

وقد نظم المشرع الجزائري المحاضر كدليل من أدلة الإثبات في المواد من 214 إلى 218 من ق.إ.ج على النحو التالي²:

المادة 214 ق.إ.ج: وتتعلق بشروط صحة المحاضر المقدمة للإثبات³.

المادة 215 ق.إ.ج تتعلق بالمحاضر المثبتة للجنايات و الجنح باعتبارها مجرد استدلال.

المادة 216 ق.إ.ج تتعلق ببعض المحاضر التي لها حجية الى أن يثبت ما يخالفها بدليل عكسي بالكتابة أو شهادة الشهود.

المادة 217 ق.إ.ج تتعلق بالدليل الكتابي المستنبط من المراسلة المتبادلة بين المتهم ومحاميه.

المادة 218 ق.إ.ج تتعلق ببعض المحاضر التي لها حجية الى أن يطعن فيها بالتزوير.

ولكي تكون للمحاضر حجية في الإثبات، يشترط القانون أن تكون صحيحة من حيث الشكل، بحيث يجب أن تراعى الأشكال التي نص عليها القانون، ومنها مراعاة الشكليات المنصوص عليها في المادة 52 ق.إ.ج⁴، كما يجب أن تصدر من الموظف المختص أثناء مباشرة أعمال وظيفته، وأن تتضمن

¹ عاصم شكيب صعب، مرجع سابق، ص 270.

² ينبغي التنويه الى أن المشرع الجزائري ذكر في هذه المواد المحاضر والتقارير. ولم يذكر المحررات التي تناولها في قانون العقوبات، وأقر لها حماية جزائية خاصة في الفصل السابع من الكتاب الثالث المعنون بالتزوير (المواد 197 الى 231 ق.ع)

³ يذكر بأن المشرع الجزائري أشار ضمن أحكام المادة 214 ق إ ج الى التقارير، ويقصد بها تلك الأوراق المعدة من طرف الخبراء بمناسبة التحقيق في الجرائم، والتي يأمر بها القضاة المحققون أو قضاة الحكم أثناء نظرهم في مسألة فنية لا يمكن للقاضي أن يدلي برأيه فيها.

⁴ تنص المادة 52 من ق إ ج: " يجب على كل ضابط للشرطة القضائية أن يضمن محضر سماع كل شخص موقوف للنظر مدة استجوابه وفترات الراحة التي تخللت ذلك واليوم والساعة اللذين أطلق سراحه فيهما، أو قدم إلى القاضي المختص.

ويجب أن يدون على هامش هذا المحضر إما توقيع صاحب الشأن أو يشار فيه إلى امتناعه، كما يجب أن تذكر في هذا البيان الأسباب التي استدعت توقيف الشخص تحت النظر.

ويجب أن يذكر هذا البيان في سجل خاص ترقم وتختتم صفحاته ويوقع عليه من وكيل الجمهورية ويوضع لدى كل مراكز الشرطة أو الدرك التي يحتمل أن تستقبل شخصا موقوفا للنظر...."

موضوعاً يندرج ضمن اختصاص الموظف الذي حرره، وأن تتضمن هذه المحاضر ما قد رآه أو عاينه بنفسه، ذلك أن حجية هذه المحاضر تقتصر على الوقائع المادية المثبتة فيها فقط¹.

ثانيا - حرية القاضي الجزائي في تقدير الأدلة المكتوبة:

نطاق الإثبات بالمحركات في المواد الجنائية أضيق بكثير منه في المسائل المدنية، إذ لا يتصور أن تحرر ورقة لإثبات الجريمة كما تحرر العقود لإثبات الالتزامات، ومع ذلك فقد تكون الورقة نفسها جسم الجريمة أو دليلاً على إثباتها أو تجمع بين الأمرين معاً، وسنتناول حرية القاضي الجزائي في تقديره للمحركات، ثم حريته في تقدير المحاضر.

أ- حرية القاضي الجزائي في تقدير المحركات: إذا كان القاضي المدني مقيداً بقواعد الإثبات المدنية، فيلتزم بالأخذ بما تضمنته الأوراق الرسمية بغض النظر عن اعتقاده الشخصي، إلا إذا ثبت تغيير الحقيقة في الورقة عن طريق الطعن فيها بالتزوير. فإذا أقر الخصم أمام القاضي المدني بتزوير ورقة معينة وجب على القاضي المدني أن يحكم بردها وبطلانها بصرف النظر عن اعتقاده الخاص، أما القاضي الجزائي فليس له أن يقضي بإدانة المتهم في تزوير محرر إلا إذا اقتنع بارتكابه التزوير بغض النظر عن أقواله ومسلكه في دفاعه².

فالمحركات التي تتعلق بالإثبات والتي تقوم أثناء نظر الدعوى تخضع كغيرها من الأدلة لمبدأ الإقتناع الشخصي، فكل قيمتها مستمدة من اقتناع القاضي بصحة ما تضمنته من البيانات، ويتعين أن يستمد القاضي اقتناعه وفقاً للقواعد العامة في الإثبات الجنائي سواء كانت هذه المحركات رسمية أو عرفية، فلا وجود لأوراق ذات حجية مطلقة، بل للمحكمة أن تلتفت عن الدليل ولو حملته أوراق رسمية، ما دام هذا الدليل غير مقطوع بصحته، ويصح في العقل أن يكون غير ملتئم مع الحقيقة التي استخلصها القاضي من باقي الأدلة³.

فالمبدأ إذن، أن المحركات سواء كانت رسمية أو عرفية، وسواء كانت تمثل موضوع السلوك الإجرامي ذاته (أي جسم الجريمة)، أو كانت تتضمن دليلاً على ارتكابه، فهي كغيرها من الأدلة في المواد الجنائية لا تتمتع بحجية خاصة في الإثبات، وتخضع تبعاً لذلك لمطلق تقدير محكمة الموضوع،

¹ - سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2001، ص 132 - 133.

² - رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 721.

³ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 83.

وتحتل الجدول والمناقشة كسائر الأدلة، وللمحكمة أن تطرحها أو تقبلها دون أن تكون ملزمة بتسبيب طرحها لها.

فلا وجود لمحركات ذات قيمة مطلقة بحيث يمتنع على المحكمة أن تأخذ بما يخالفها، أو يمتنع أطراف الخصومة على إثبات عكسها لأنه أساسا لا يمكن إلزام المحكمة بأن تقضي بما يخالف اقتناعها الذي كوّنته من مجموع الأدلة المقدمة أمامها. فحتى ولو كانت هذه المحركات أوراقا رسمية، فإنه يجوز للمحكمة عدم الأخذ بها إذا ارتأت أن البيانات المتضمنة فيها لا تتلاءم مع الحقيقة التي اطمأنت إليها من باقي الأدلة، بل وأكثر من ذلك تستطيع المحكمة القضاء ببراءة متهم اعترف كتابة بتزويره، طالما لم تقتنع هي بثبوت الواقعة عليه، وهذا بغض النظر عن أقواله أو اتجاهه في دفاعه، لأن القاضي الجزائي يسعى إلى بلوغ الحقيقة الواقعية أو المادية لا القانونية مثلما يسعى إليها القاضي المدني¹.

فالأصل في المحركات كأدلة إثبات أنها تخضع في تقدير قيمتها للمبدأ العام الذي يحكم سلطة القاضي في تقدير الأدلة ألا وهو حرية القاضي في تكوين قناعته، فتقدير صحة وقوة البيانات الواردة فيها بصرف النظر عن مصدرها سواء كانت محركات رسمية أو عرفية متروك لحرية القاضي في التقدير، ولهذا فإن الأصل أنه لا وجود لأوراق لها حجية مطلقة يمتنع على القاضي إثبات ما يخالفها، أو يمتنع عن الخصوم إثبات عكسها²، فالمحرر سواء كان رسميا أو عرفيا ليس له حجية خاصة في الإثبات، ولهذا فهو يخضع كغيره من الأدلة لسلطة القاضي التقديرية³.

وهكذا استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن الأدلة في المواد الجنائية إقناعية، فللمحكمة أن تلتفت عن دليل النفي، ولو حملته أوراق رسمية مادام يصح في العقل أن يكون غير ملتئم مع الحقيقة التي اطمأنت إليها المحكمة من باقي الأدلة المقدمة في الدعوى⁴.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، وفي غياب أي نص يصنّف المحركات ويمنح الحجية لنوع معين دون آخر، يقودنا هذا الأمر إلى القول بخضوع المحركات سواء كانت رسمية أو عرفية إلى القاعدة

¹ - أنظر تفصيل ذلك: محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، مرجع سابق، ص 801. محمود نجيب حسي،

شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 857.

² - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 304.

³ - زبدة مسعود، القرائن القضائية، مرجع سابق، ص 139.

⁴ - نقض مصري، القرار رقم 92/133 المؤرخ في 1959.04.21، مشار إليه في مؤلف: محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 309.

العامة الواردة في المادة 212 ق.إ.ج التي أعطت للقاضي الجزائي الحرية الكاملة في أن يستمد قناعته من أي دليل يطمئن إليه بما فيها المحررات، وأعطت له الحرية الكاملة في تقدير الأدلة المطروحة عليه بما فيها المحررات كذلك، ولم يُستثنَ من ذلك إلا المراسلة المتبادلة بين المتهم ومحاميه، بحيث يمنع المشرع الإستعانة بها كدليل إثبات¹، وبمفهوم المخالفة فإن سائر المراسلات الأخرى خاضعة لتقدير القاضي واقتناعه الشخصي.

ب- حرية القاضي الجزائي في تقدير المحاضر: بالرجوع إلى نصوص المواد 214، 215، 399، 400 ق.إ.ج الجزائي نستنتج بأن القوة الإثباتية للمحاضر تخضع لتقدير القاضي الجزائي بصفة عامة، إلا إذا نص القانون صراحة على خلاف ذلك، بأن يعلق هذه الحجية على شرط معين، كقيام دليل عكسي يُدحض قيمتها، مثلما نصت عليه المادة 216 ق.إ.ج أو ثبوت تزويرها مثلما نصت عليه المادة 218 ق.إ.ج.

فالمحاضر والتقارير المثبتة للجنايات والجنح تعتبر مجرد استدلالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فمثل هذه المحاضر وما تم تسجيله فيها من اعترافات المتهمين ومعاينة المحققين وأقوال الشهود تمثل عناصر إثبات قابلة للجدل والمناقشة أمام المحكمة كسائر الأدلة، وللخصوم أن يفندوها دون أن يكونوا ملزمين بسلوك سبيل الطعن بالتزوير، وللمحكمة حسبما ترى أن تأخذ بها أو تطرحها إذا لم تطمئن إليها مهما كان نوعها².

وفي تطبيقات القضاء الجزائي تأكيداً لما سبق، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا " عن الوجه الوحيد المأخوذ من القصور في التعليل بدعوى أن القرار المنتقد صرح ببراءة المتهمين مع اعترافهما بتناول الخمر، وأنهما شتما الشرطي أمام مقر الدائرة، إلا أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الإستئناف عملاً بالسلطة التقديرية الموكلة لهم قد برروا قضاءهم بالبراءة، بما أنهم ذكروا في تعليلهم أن التقارير والمحاضر المثبتة للجنايات والجنح لا تعتبر سوى مجرد استدلالات طبقاً للمادة 215 ق.إ.ج، وأن رجال الشرطة لم يحضروا أي دليل في هذه القضية ما عدا أقوال الشرطي (م. ل)

¹ - تنص المادة 217 ق.إ.ج " لا يستنبط الدليل الكتابي من المراسلة المتبادلة بين المتهم ومحاميه".

² - رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 720، وانظر حكم محكمة النقض المصرية الذي أورده: حكم صادر في 11.01.1943 القواعد القانونية، ج 06 رقم 60 ص 95. وانظر أيضاً: محمد عيد الغريب وقرارات محكمة النقض المصرية التي ساقها، ص 84 وما يليها.

الذي لم يحضر أمام قاضي التحقيق لتأكيد شهادته¹، وتم نقض القرار المطعون فيه بسبب القصور في التسبيب.

فالقاعدة إذن، أن المحاضر والتقارير المعدة لإثبات الجرائم لا تتمتع بحجية خاصة في الإثبات، فالأدلة المستمدة منها شأنها شأن باقي الأدلة، تخضع لمطلق تقدير القاضي في الإثبات، غير أن القانون قد خرج عن هذه القاعدة، وأضفى على بعض المحاضر قوة إثباتية نسبية لا يجوز دحض ما ورد فيها إلا بدليل عكسي بالكتابة أو شهادة الشهود (المادة 216 ق.إ.ج)، وأضفى على محاضر أخرى حجية مطلقة، فلا يجوز دحض ما ورد فيها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير (218 ق.إ.ج)، وذلك لاعتبارات تتعلق بصعوبة إثبات بعض الجرائم، وفي هذه الأخيرة لم يترك المشرع للقاضي أي هامش للحرية في تقدير وسائل الإثبات، وهو ما سنرجئ الحديث عنه في موضع آخر من هذا البحث².

الفرع الثاني

سلطة القاضي الجزائي في تقدير الخبرة

قد تثور أثناء التحقيقات الابتدائية أو أثناء المحاكمات مشاكل فنية لها طابع طبي أو فني أو تقني، يتعدى الفصل فيها معلومات القاضي، فقد يتوجب عليه الإستعانة بأهل هذا الفن ليقف على مفهوم هذا الأمر الفني³. فهذه المسائل فنية تخرج عن مداركه، ولا يملك القاضي إزاءها الكفاءة أو الأهلية اللازمة للفصل فيها كتحديد أسباب الوفاة، وتركيب مادة معينة، أو تحليل دماء أو تحقيق خطوط أو إجراء محاسبة أو غيرها، ومن أجل أن يصل القاضي إلى استجلاء هذه الواقعة، وبناء رأي بشأنها يساعده في فهم الجريمة وملابساتها وإسنادها المادي والمعنوي للمتهم يستعين بأهل الخبرة والإختصاص في هذا المجال، وسنتناول مفهوم الخبرة ثم نستعرض تقدير القاضي الجزائي لها.

أولاً - مفهوم الخبرة:

تُعرّف الخبرة لغة⁴ بأنها العلم بالشيء، والخبير هو العالم، فيقال خبرت الشيء أي عرفته على حقيقته. أما المعنى الإصطلاحي للخبرة، فالقانون الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة لم يتعرض

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ 05 مارس 1985 رقم 179، مشار إليه في: العايش نواصر، تقنين الإجراءات الجزائية، النصوص القانونية، مبادئ الإجهادات القضائية، مطبعة عمارقرفي، باتنة، 1998، ص 94.

² - أنظر: الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب، ص 173 وما يليها.

³ - الياس أبو عيّد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 360.

⁴ - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1985، ص 227.

لتعريفها مكتفياً بوضع قواعدها الإجرائية، ولا مانع من الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الذي نص في المادة 125 منه على: " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".¹ أما الفقه فقد عرفها بعض الفقهاء²، بأنها ما يُبديه الخبير الفني من آراء علمية أو تقنية في شأن واقعة ذات أهمية في الدعوى الجنائية، وعرفها الأستاذ مأمون محمد سلامة³ بأنها إجراء تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية في أي فرع من فروع المعرفة، عن طريق أصحاب الاختصاص في مثل هذه الأمور، ليتسنى للقاضي البت في مسائل فنية تكون محل نزاع، بغية الوصول إلى الحقيقة التي تمكن من الفصل في النزاع. كما عرّفت بأنها إجراء مساعد للقاضي في إستجلاء الحقيقة، يقدمه أهل الخبرة والدراية الفنية لمعاونة المحكمة في مهمة الفصل العادل في الدعوى قيد النظر.⁴

وجمعاً لهذه التعريفات يمكن أن نعرّف الخبرة بأنها إجراء تحقيقي يمكن بموجبه الإستعانة برأي شخص مختص في مسألة فنية ذات أثر في حسم النزاع وكشف الحقيقة.

وتقتصر مهمة الخبير على الجوانب التقنية والعلمية البحتة التي يطلبها القاضي، ولا علاقة له بالجوانب القانونية التي هي من اختصاص القاضي. فالخبير يُعطي تفسيراً علمياً للقرائن التي يجدها المحققون بمسرح الجريمة كالبصمات وعينات الدم... إلخ، والتي لا يمكن للقاضي أن يجد لها تفسيراً دون استعانتها بأهل الخبرة، فهي تخرج عن مداركه، إذ من الصعب على القاضي فهم وإتقان كل العلوم.⁵ أما إذا قام القاضي بنذب خبير قصد توضيح مسائل قانونية، فإن ذلك يعدّ تنازلاً عن اختصاصه، وهو ما أكدته المادة 146 من ق.إ.ج " يجب أن تحدد دائماً في قرار ندب الخبراء مهمتهم التي لا يجوز أن تهدف إلا إلى فحص مسائل ذات طابع فني".⁶

ثم إن تطور أسلوب ارتكاب الجريمة، وعدم إمكانية فصل المجرم عن هذا التطور، جعل من وسائل الإثبات التقليدية تقف عاجزة أمام الأبعاد الجديدة للجريمة المعاصرة، واحتلّ الدليل الفني مكانة متميزة في الإثبات كأحد أفضل وسائل الإثبات لإسناد الجرم لمرتكبه.

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 485. عبد الأمير العيكي وسليم إبراهيم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، (د.ط.)، شركة إيد للطباعة الفنية، بغداد، العراق، 1987، ص 125. محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 310.

² - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 599.

³ - عبد العزيز محمد ساتي، المبادئ العامة للخبرة في النزاعات القانونية، مجلة الأمن والقانون، كلية الشرطة، دبي، ع 01، السنة العاشرة، س 2002، ص 98.

⁴ - Hélène ABOUKRAT, op. cit. p 4.

⁵ - تجدر الإشارة إلى أن البعض يطلق على قاضي الحكم قاضي الموضوع، ويطلق على الخبير قاضي الوقائع ومنهم الفقيه بيسور pussor. سلطاني توفيق، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2011، ص 157.

فعلى خلاف الدليل المعنوي الذي باستطاعة الجاني التحكم في بعض جوانبه، حيث يمكنه أن يختار الظروف المناسبة لاقتراح جريمته دون أن يشهد عليه أحد، كما قد يحاول التأثير على من يشاهده فيما لو ظهر شاهد غير متوقع، فإن الدليل الفني يخرج عن نطاق سيطرة وتحكم الجاني، فهو لا يستطيع التحكم ببصمات أصابعه أو تساقط شعره¹، كما أن هذا الدليل يتميز بالثبات والإستقرار لكونه يستند على أسس وحقائق علمية ثابتة ومستقرة، ومن الطبيعي أن تكون له مكانة خاصة ضمن أدلة الإثبات الأخرى.

فالشاهد في الجريمة قد لا يكون محايداً، وطبيعته البشرية قد تعرضه للإغراء أو الخوف أو النسيان أو سوء التقدير، كما أن الشهادة قد تختلف من شاهد لآخر حسب أعمارهم وثقافتهم مع أنهم شاهدوا واقعة واحدة معاً، كما أن الأدلة التقليدية أصبحت محاطة بالكثير من الضمانات كحق الصمت المقرر للمتهم²، بينما الدليل الفني يعد دليلاً صادقاً لا يخطئ ولا يكذب، فهو عبارة عن شاهد صامت، لا يشهد بالزور، وإنما يقع الخطأ أو الزور عندما يقع التفسير غير الصحيح من الشخص الذي يتعامل مع هذه الأدلة³.

ونظراً لأهمية الخبرة فقد أوصى بها العديد من الفقهاء على غرار الفقيه فيري⁴، مما جعل التشريعات الإجرائية الجنائية المقارنة تُفرد حيزاً هاماً لها ضمن العديد من نصوصها. والمشرع الجزائري كغيره من هذه التشريعات تناولها في عدة مواد من المادة 143 إلى 156 من ق.إ. ج بالنسبة للتحقيق

¹ - محمد حماد الهيتي، التحقيق الجنائي والأدلة الجرمية، الطبعة الأولى، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 40.

² - Yves SCHULIAR, la coordination scientifique dans les investigations criminelles. Proposition d'organisation, aspects éthiques ou de la nécessité d'un nouveau métier. Thèse doctorat, 2009, Université Paris Descartes en cotutelle avec l'université de Lausanne, 23 Novembre 2009, p7.

³ - عبد الحكيم فودة، سالم حسين الدميري، الطب الشرعي وجرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، (د.ط.). دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 69.

⁴ - George VIDAL, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 4^{eme} édition, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rosseau Editeur, Rue Soufflot et Rue Toullier, Paris, 1910, p 863.

« M. Ferri déclare qu'à cette phase actuelle des législations positives doit en succéder une nouvelle, la phase scientifique basée sur l'expertise, la recherche et l'appréciation méthodiques et scientifiques des données expérimentales de nature à établir l'existence du fait délictueux (preuves physiques, chimiques, mécaniques, toxicologiques, professionnelles, etc.) et surtout des divers facteurs personnels et sociaux du délit (preuves anthropologiques, psychiques, psycho-pathologiques, etc.). L'emploi de ces moyens scientifiques est de nature à donner plus de promptitude et de certitude à l'action de la justice, à assurer la découverte d'un plus grand nombre de criminels et à diminuer le nombre si considérable aujourd'hui des crimes impoursuivis et des criminels ignorés. »

الإبتدائي، أما بالنسبة لمرحلة المحاكمة فقد أحوالت المادة 219 ق.إ.ج على المواد 143 إلى 156 من نفس القانون¹.

ثانيا - حرية القاضي الجزائي في تقدير الدليل الفني:

في الحقيقة لا يمكننا أن ننكر ما أحدثه العلم من تطور في مجال الإثبات، فاستحداث وسائل علمية جديدة تستطيع أن تغلب على كل محاولات المتهم لتضليل العدالة كان له أثره الواضح في تقريب الحقيقة الواقعية، ولكن ليس للدرجة التي تنبأ بها أنصار المدرسة الوضعية من أنه سيكون نظام المستقبل، وأنه سوف يحل محل الإقتناع القضائي، وأنه لا مكان للإقتناع القضائي مع وجود القرينة العلمية².

فبالرغم من أن الوسائل العلمية المتنوعة قد تعطي نتائج لها قدر عالي من الثقة، مما يجعل الدليل العلمي مقبولا أمام المحكمة، ويمكن الإعتماد عليه في الإثبات الجزائي، إلا أنه في الحقيقة لا يُغني عن العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي بهدف الوصول إلى الحقيقة³.

إن منح هذا الدليل الحجية المطلقة يعني الرجوع إلى نظام الأدلة القانونية الذي تخلت عنه أغلب التشريعات الجنائية. فضلا عن أن هذا الدليل قد لا يصدق أحيانا، فقد يستخدم الجاني أساليب الغش والخداع في نطاق هذه الأدلة مما يؤدي إلى إضعاف دليل الإتهام من قبل الجاني وتوجيه الإتهام إلى شخص آخر غير الجاني الحقيقي⁴. فلا وجود لأي دليل جنائي ولا حتى أي إجراء جنائي محصّن من عوامل التزوير والغش، فالأدلة بنوعها مادية كانت أو معنوية يمكن أن تقع تحت شبهة التزوير، و من ثمة وجب النظر إليها بعين واحدة، على أنها تكمل بعضها بعضا وفقا لمبدأ تساند الأدلة ولا أفضلية لدليل على آخر⁵.

¹ - يذكر أن المشرع الفرنسي تناول الخبرة قديما في قانون التحقيق الجنائي Le code criminnelle d'instruction، وذلك في المادتين 43 و44 فقط وتتعلقان بحالة التلبس وحالة اكتشاف جثة، بحيث سمح لوكيل الجمهورية إصطحاب أشخاص مختصين، كما نظم قانون الاجراءات الجنائية الخبرة في المواد 156 إلى 169 وكملها بنصوص تنظيمية. أنظر تفصيل ذلك:

- Pierre CHOMBON, Le juge d'instruction, Théorie et pratique de la procédure, 4ème édition, Dalloz, Paris, 1997, p 307.

² - أحمد حبيب السماك، نظام الإثبات في الشريعة والقانون الوضعي، مجلة الحقوق، الصادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع 02، 1997، ص 152.

³ - المرجع نفسه، ص 151.

⁴ - محمد حماد الهبتي، مرجع سابق، ص 40، 41.

⁵ - بن لاغة عقيلة، حجية أدلة الإثبات الجنائية الحديثة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 135.

إن الإنطلاق من فكرة أن القاضي حر في تقدير الأدلة تؤدي إلى نتيجة منطقية مفادها أن القاضي الجزائي غير ملزم برأي الخبير. ومبدأ الإقتناع الحر للقاضي الجزائي يترتب عنه أن رأي الخبراء لا يقيد القاضي في شيء، ويظل هذا الأخير محتفظاً بكامل سلطته في تقدير الخبرة¹، فما يتضمنه تقرير الخبير من رأي هو قول من وجهة نظر فنية بحثه، في ظل غياب وجهة النظر القانونية التي لا اختصاص للخبير بها، ومن ثمة كانت مهمة القاضي الرقابة القانونية للرأي الفني، وكان القاضي هو الخبير الأعلى للدعوى².

لكن الأمر لم يطرح بهذه البساطة، فقد شككت سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل الفني جدلاً فقهيًا واسعاً بين فريق يدعو إلى إعطاء سلطة كاملة للقاضي في هذا المجال باعتباره الخبير الأعلى، وبين فريق يدعو إلى إلزامية الخبرة وإعطائها حجية مطلقة، وبين هذا وذاك وقف جانب من الفقه موقفاً وسطاً يدعو إلى منح القاضي سلطة تقديرية في تقدير حجية الدليل الفني، ولكن ليس إلى الحد الذي تكون فيه هذه السلطة مطلقة، بل لابد أن تكون لها حدوداً تقف عندها في مواجهة بعض أنواع الخبرة³.

ويميز الفقه بين أمرين، الأول هو القيمة العلمية القضائية للدليل، أما الثاني فهو الظروف والملازمات التي وجد فيها هذا الدليل. فتقدير القاضي لا يشمل الأول لأن قيمة الدليل تقوم على أسس علمية، ولا يناقش القاضي الحقائق العلمية، أما الظروف والملازمات التي وجد فيها هذا الدليل فإنها تدخل في تقدير القاضي، بحيث يكون في مقدوره طرح الدليل، وذلك عندما يتبين بأن وجوده لا يتسق منطقياً مع ظروف الواقعة⁴. فانطباق البصمات المرفوعة من مسرح الجريمة على شخص معين بقدر ما يؤكد تحديد الهوية بصفة دقيقة وثابتة لاشك فيها، لكن لا يعني ذلك قطعاً بأن هذا الشخص هو مرتكب الجريمة، لإمكانية تواجده قبل ارتكاب الجريمة بفترة زمنية في ذلك المكان، وتركه آثاراً فيه⁵.

¹ محمد مروان، نظام الإثبات نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 477.

² محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص 480.

³ أنظر تفصيل ذلك في: - غازي مبارك الذنبيات، الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية فنا وقانونا، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د.س.ن)، ص 311-313. - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 159-165. - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 315-317.

⁴ جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 22.

⁵ الملاحظ أيضاً في التطبيق القضائي أن الخبرات الخطية على المستندات والمتعلقة بمضاهاة الكتابة والتوقيعات المرسلة إلى مخبر الشرطة العلمية أو إلى المعهد الوطني للأدلة الجنائية ببوشاوي التابع للدرك الوطني، نادراً ما تخلص إلى نتائج قاطعة يقينية بخصوص نسبة الخط أو التوقيع إلى شخص معين وأغلبها يتضمن احتمال بدرجة يقين عالية أو متوسطة أو ضعيفة بأن هذا الخط منسوب إلى شخص المتهم أو غيره، ويعزى هذا الأمر عادة إلى قلة أو عدم وجود نماذج المقارنة سيما القديمة منها، رغم اعتراف المهتم أحياناً بالتزوير، وهو ما يفتح المجال للقاضي الجزائي وفقاً لاقتناعه الشخصي لطرح هذا الدليل الفني وعدم الإلتفات إليه.

وقد يتمكن المتهم أحيانا من فك رباط التهمة بإثبات عدم تواجده أصلا يوم الوقائع بمسرح الجريمة، كتقديم دليل مكتوب يتضمن تواجده خارج الوطن (ختم شرطة الحدود على جواز السفر مثلا).

فالبصمة قرينة قطعية على تواجد الشخص في مسرح الجريمة بشرط دقة استخلاص وتحليل العينة ومشروعيتها، إلا أنها بالمقابل قرينة ظنية تقبل الشك في كونه مرتكب الجريمة، فقد يكون تواجده هناك عرضا وليسبب آخر، فالبصمة تثبت بأنها لفلان لكن لا تثبت إسناد الجريمة إليه، إحتراما لقرينة البراءة وإلزامية بناء الأحكام الجزائية على الجزم واليقين¹.

ونتيجة لعدم استقرار الفقه على رأي واحد بشأن القوة التدليلية للدليل الفني سواء كان دليلا بيولوجيا أو إلكترونيا أو غير ذلك، كان لا بد من الرجوع إلى القضاء واجتهاداته لمعرفة ما أقره في هذه المسألة.

فقد أكد قضاء محكمة النقض المصرية على أن المحكمة هي الخبير الأعلى، فقضت بأن: " الأصل أن المحكمة لها كامل السلطة في تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى المطروحة على بساط البحث، وهي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها أو بالإستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها"². وقضت أيضا: " الخبرة شأنها شأن باقي الأدلة للقاضي كامل الحرية في تقدير قوتها التدليلية، فله أن يأخذ ما يطمئن إليه منها ويلتفت عن ما عداه"³، وقضت في قرار آخر: " للقاضي أن الفصل فيما يوجه إلى تقارير الخبراء من اعتراضات ويفاضل بينها، ويأخذ ما يرتاح إليه وي طرح ما عداه، وله أن يأخذ بالدليل القولي ولو تناقض مع الدليل الفني، ما دام تناقضا لا يستعصي على الملاءمة والتوفيق "⁴.

فالمسلّم به أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى، على بساط البحث وهي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها، ولهذا فهي غير ملزمة تماما بإجابة طلب ندب خبير في الدعوى ما دامت الواقعة قد وضحت لديها، أو ما دامت ظروف الحادثة وأوراق الدعوى تشير بذاتها إلى الرأي الواجب الأخذ به أو كان الأمر المطلوب تحقيقه غير منتج في

¹ -وردة بن بوعبد الله، أثر البصمة الوراثية على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول البصمة الوراثية ودورها في الإثبات المدني والجزائي المنظم من طرف كلية الحقوق، جامعة باتنة 01، يوم 05 أبريل 2017.

² - نقض مصري، الطعن رقم 6586 لسنة 53 ق جلسة 1984/03/08.مشار إليه : فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 317.

³ -نقض مصري، الطعن رقم 14041 لسنة 60 ق جلسة 1992/01/08.مشار إليه: رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 157.

⁴ - نقض مصري، الطعن رقم 3062 لسنة 60 ق جلسة 1984/05/21.مشار إليه : رمزي رياض عوض، المرجع نفسه، ص 158.

الدعوى، ويكون فصلها في ذلك فصلا في أمر موضوعي لا إشراف لمحكمة النقض عليه، وكل ما تلتزم به المحكمة أن تسبب رفضها للطلب، فإذا فصلت في الدعوى دون أن تلتفت إلى الطلب كان حكمها معيباً¹.

وهو نفس النهج الذي سار عليه القضاء في فرنسا فقضت محكمة النقض الفرنسية "تخضع تقارير الخبراء لتقدير القاضي مثلها مثل سائر أدلة الإثبات"². كما قضت "إن الخبرة تشكل عنصرا من عناصر الإثبات التي يستمد القاضي منها قناعته"³.

أما في الجزائر فلا بد من الإشارة أولا إلى أن المشرع الجزائري بنص المادة 219 من ق.إ.ج قد فتح المجال للقاضي الجزائي لتقدير إمكانية اللجوء إلى الخبرة من عدمه بحيث نصت هذه المادة "إذا رأت الجهة القضائية لزوم إجراء خبرة فعليها اتباع ما هو منصوص عليه في المواد 143 إلى 156 ق.إ.ج". وأضافت المادة 143 من نفس القانون "لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بئدب خبير إما بناء على طلب النيابة العامة وإما من تلقاء نفسها أو من الخصوم". فالمشرع حوّل قاضي التحقيق وقاضي الحكم على السواء حرية الأمر بئدب خبير لإجراء خبرة بخصوص مسألة ذات طابع فني صادفته أثناء نظر الدعوى⁴.

ولم يستثن المشرع الجزائري الخبرة من أدلة الإثبات الخاضعة للإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي وفقا للمادة 212 ق.إ.ج، ورأي الخبير بحسب التشريع الجزائري يخضع كسائر الأدلة لتقدير القاضي، ولم يخصه المشرع بأي قوة تدليلية، فلم يلزم القاضي بالأخذ بالخبرة حتى ولو كان الأمر يتعلق بمسألة فنية تخرج عن اختصاصه. فللقاضي كامل السلطة والحرية في الأخذ بالنتيجة التي وصلت إليها الخبرة في تقريرها، كما له أن يستبعدا ولا يستند إليها في المناقشة، ولا يبني عليها حكمه،

¹ - محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 766.

² - Cass.Ch.Crim:24/01/1973

مشار إليه: هلاي عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص 216.

³ - Cass.Ch.Crim:18/12/1973

مشار إليه في: المرجع نفسه، ص 216.

⁴ - ونؤنه إلى أن المشرع الجزائري لم يترك للقاضي الجزائي أي فرصة في تقدير اللجوء إلى الخبرة من عدمه حينما يتعلق الأمر بفحص الحالة العقلية للمتهم في جنابة بحيث ألزم قاضي التحقيق بإجراء خبرة عقلية قبل التصرف في ملف التحقيق. كما قضت المحكمة العليا في قرار لها "... بأن الخبرة ضرورية في حالة ارتكاب جنحة القيادة في حالة سكر ولو كان الجاني معترفا " وبالتالي فالخبرة في هذه الجريمة هي وسيلة إثبات مفروضة على القاضي..."

المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1982.02.19، مشار إليه في: محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 477.

كما له كذلك أن يجرّئها فيأخذ الجزء منها الذي اطمأن إليه ضميره واقتنع به وجدانه، وي طرح الجزء الآخر الذي رأى أنه غير صالح للإعتماد عليه في حكمه¹.

نشير إلى أنه وبرغم نجاعة الإعتماد على الحمض النووي كوسيلة سليمة ومضمونة النتائج للوصول إلى فك لغز الكثير من الجرائم المعقدة من خلال التعرف على تركيبها أو التعرف على المجني عليهم، وبرغم أن فحص البصمة الوراثية عن طريق تقنية الحمض النووي ADN تكتسي حجية قطعية من حيث أنها حقيقة بيولوجية وعلمية ثابتة لا يرقى إليها شك، لكنها من جهة أخرى ذات دلالة نسبية بالنسبة لإسناد الجريمة لفاعلها، بحيث يسترد القاضي الجزائي سلطته التقديرية الكاملة في تقدير هذا الدليل.

فالقيمة العلمية القطعية للبصمة الوراثية وإثباتيتها لا مجال للقاضي الجزائي لتقدير ذلك أو تحديد قيمتها، لأنها دليل علمي مبني على أسس علمية دقيقة وهي من الحقائق العلمية الثابتة في ظل احترام شروطها، ولا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة²، أما ما يناقشه القاضي ويقدره ويخضعه لاقتناعه هو الظروف والملابسات التي تم فيها أخذ العينة، وكذا ظروف وملابسات تحليلها³.

وفي التطبيق القضائي كرست المحكمة العليا خضوع الخبرة كدليل إثبات للقاعدة العامة التي وردت بالمادة 212 ق.إ.ج المتعلقة بجواز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات، وبأن يقضي القاضي طبقا لاقتناعه الخاص، فقضاء المحكمة العليا اعتمد في قراراته على مبدأ الإقتناع الشخصي الذي يمنح للقاضي سلطة اللجوء إلى أي دليل يساهم في تكوين قناعته، ويمنحه حرية وزن هذه الأدلة، دون منح أي دليل قوة تدليلية خاصة، تاركا كل ذلك لمحضر سلطة القاضي التقديرية المستمدة من قناعته الوجدانية وضميره، وبذلك فقد سوت بين جميع الأدلة وأخضعها كافة لسلطة القاضي التقديرية بما فيها الخبرة.

¹ - بن تفات نورالدين، البصمة الوراثية بين حقيقتها العلمية وحجيتها لدى القاضي الجنائي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 05، ع 02، س 2019، ص 135.

² - Marylou GARCAS et Max CHOUZIER, La preuve informatique: Quelles nouveautés techniques pour quelles évolutions juridiques, Revue Lexbase, édition affaires n° 280 du 18 janvier 2012, p 3. Disponible sur le site: http://adij.fr/content/uploads/2012/01/Compte_Rendu_P preuve_informatique.pdf. Consulté le: 28/01/2018.

³ - محمد السعيد زنات، أثر تقنية البصمة الوراثية على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي على ضوء القانون الجزائري والمقارن، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 01، المجلد 06، ع 02، س 2019، ص 94.

وقد أكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على ذلك، فقد جاء في قرار لها "إن إجراء الخبرة أمر اختياري موكل لاجتهاد قضاة الموضوع، فلهم أن يقضوا بها ولهم أن يرفضوها على شرط أن يصدر قرارا مسببا إذا ارتأوا أنه لا موجب لإجرائها"¹، كما قضت: "بأن الخبرة كغيرها من أدلة الإثبات خاضعة لتقدير قضاة الموضوع"².

إن قضاء محكمتنا العليا مستقرٌ على أنه من حق القاضي الجزائي أن يستنبط اقتناعه من أي دليل يُطرح عليه، وليس هناك ما يمنعه أن يلتفت عن دليل الخبرة، ولو حملته أوراق رسمية ما دام يصحّ في العقل أن يكون غير ملتئم مع الحقيقة التي اطمأن إليها من باقي الأدلة القائمة في الدعوى، وهو بذلك غير ملزم بالأخذ بتقارير الخبراء الذين ينتدبهم لأداء عمل معين، بل له مطلق الحرية في تقدير مدى هذه التقارير. وهكذا قضت في قرار لها: "...أن الخبرة شأنها شأن جميع الوسائل الأخرى للإثبات، تخضع للسلطة التقديرية المخولة لقضاة الموضوع وحدهم، وأن البصمات وحدها لا ترقى إلى دليل إدانة وإنما هي قرينة تحتاج إلى دليل قضائي يدعمها"³.

وإذا كان القاضي بحسب الأصل له كامل السلطة في تقدير القوة التدللية لعناصر الدعوى على بساط البحث، وهو الخبير الأعلى في كل ما يستطيع أن يفصل فيه بنفسه، إلا أنه لا يسوغ له أن يستند في دحض ما قاله الخبير الفني إلى معلومات شخصية، بل يتعين عليه إذا ما ساوره الشك فيما قرره الخبير في هذا الشأن أن يستجلي الأمور بالاستعانة بغيره من أهل الخبرة، لكونه من المسائل الفنية التي لا يصلح للقاضي أن يحل محل الخبير فيها⁴. وفي هذا قضت المحكمة العليا: "ليس لقضاة الإستئناف أن يفصلوا في أمور فنية بحتة خلافا لرأي أهل الخبرة دون أن يبينوا في قرارهم أسباب ذلك"⁵. وفي قرار آخر قضت: "إذا كان قضاة الموضوع غير مقيدون برأي الخبير فإنه لا يسوغ لهم أن يستبعدوا دون مبرر نتائج الخبرة الفنية التي انتهى إليها الطبيب في تقريره"⁶.

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ 1974.11.19، في الطعن رقم 9024، مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الإجهاد القضائي في المواد الجنائية، الجزء الأول، منشورات إتيكيس، الجزائر، 2016، ص 373.

² - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ 1983.01.04، في الطعن رقم 30093، مشار إليه في: المرجع نفسه ص 375.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر بتاريخ 2002.06.24، في الطعن رقم 26044، نشرة القضاة، ع 58، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2006، ص 255.

⁴ - أحمد إبراهيم السيد، الخبرة في المواد المدنية والجزائية فقها وقضاء، (د.ط)، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 151.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ 1981.01.22، في الطعن رقم 22641، وكذا القرار الصادر بتاريخ 1983.01.04، في الطعن رقم 30093، مشار إليهما في: بغدادي جيلالي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 375.

⁶ - المحكمة العليا، غ.ج. قرار صادر بتاريخ 1984.05.15، المجلة القضائية، ع 01، س 1990، ص 272.

الفرع الثالث

سلطة القاضي الجزائي في تقدير القرائن

قد يستمد القاضي الجزائي إقتناعه الشخصي من أدلة مباشرة يلمسها بحواسه تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها كتابة يشاهدها، أو شهادة أو اعترافا يسمعهما، لكن هناك من وسائل الإثبات التي لا يستمد القاضي اقتناعه منها مباشرة، إنما تحتاج إلى استدلال عقلي وفحص عميق، وفي هذه الحالة يكون الإثبات غير مباشر، وهذا النوع من وسائل الإثبات يُطلق عليه القرائن، فما مفهومها؟ وما مدى تأثيرها في الإقتناع الشخصي للقاضي ؟

أولا - مفهوم القرائن: ونتناول فيه تعريف القرائن وأنواعها.

أ - تعريف القرائن: يفترض في الإثبات بالقرائن أنه بدلا أن ترد إقامة الدليل على الواقعة ذات الأهمية في الدعوى الجزائية (أي واقعة ارتكاب الجريمة ونسبتها للمتهم) ترد على واقعة أخرى مختلفة، إلا أن صلة سببية تربط بين الواقعتين، بحيث يمكن وفقا لقواعد الإستنباط المنطقي أن يستخلص من إثبات هذه الواقعة ثبوت ارتكاب الجريمة ونسبتها للمتهم¹. وبذلك تبدو القرينة وكأنها وسيلة تحليل تعتمد على الإنطلاق من الواقعة المعروفة للإستدلال قدر الإمكان على الواقعة غير المعروفة.

وتعدّ القرائن من طرق الإثبات غير المباشرة، أي لا تنصب دلالتها على الواقعة المراد إثباتها إنما على واقعة أخرى تسبقها أو تنتجها بمحض اللزوم العقلي²، فهي استنتاج الواقعة المراد إثباتها من واقعة أخرى ثابتة ومعلومة³، وهذا الإستنتاج يقوم إما بناءً على صلة ضرورية يفترضها القانون بين وقائع معينة أو على صلة منطقية بين الواقعتين يتعين على القاضي أن يستخلصها بطريق اللزوم العقلي⁴.

والجدير بالذكر أن القانون الجزائي وكما فعل مع باقي الأدلة التي تعرضنا لها سابقا لم يعرف القرائن، ورغم غياب نص قانوني يدرج القرائن ضمن أدلة الإثبات الجزائية، فإن قاعدة حرية القاضي

¹ - الياس أبو عيّد، مرجع سابق، ص 394.

² - محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، مرجع سابق، ص 763.

³ - إيمان محمد علي الجابري، مرجع سابق، ص 484.

⁴ - رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 726.

في إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات، ومهمة القاضي في السعي للكشف عن الحقيقة واستخلاصها من الدلائل والقرائن المعروضة عليه، يؤكد خضوع هذا الدليل كباقي الأدلة الأخرى لقاعدة حرية الإقتناع الواردة بنص المادة 212 ق.إ.ج.

ب- أنواع القرائن: القرينة قد ينشئها القانون بافتراضه وجود صلة ضرورية بين الواقعتين فتسمى (قرينة قانونية)، أو يستخلصها القضاء وفقا لمقتضيات العقل والمنطق فتسمى (القرينة القضائية)، وتبعاً لذلك فالقرائن تنقسم بحسب مصدرها إلى نوعين: قرائن قانونية وقرائن قضائية.

1- القرائن القانونية: وهي القرائن التي قررها المشرع بنص تشريعي على سبيل الحصر، ومن ثمة فهي من عمل المشرع وحده، فهو الذي يختار الواقعة الثابتة، وهو الذي يُجري عملية الإستنتاج، ومتى ثبتت تلك الواقعة يجب أن يستنتج منها القاضي حتماً ما قرره القانون، وهي واردة في القانون على سبيل الحصر، ولا يجوز القياس عليها بغير نص اعتماداً على المماثلة¹.

إن القرينة القانونية مستمدة من نصوص قانونية صريحة، وأغلبها قاطع يقيد الخصوم والقاضي معاً، فلا يمكن المجادلة في صحتها أو إثبات عكسها، ومن ذلك قرينة انعدام التمييز في المجنون والصغير غير المميز، و بالتالي عدم مسؤوليتهما، وقرينة الصحة في الأحكام النهائية فلا يجوز الحكم على خلافها، وقرينة العلم بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية، فلا يجوز الدفع بالجهل به²، وكذا قرينة الإستفزاز في قتل الزوج وزوجه وشريكها حال مفاجأته لها متلبسة بالزنا. وكل هذه القرائن محددة حصراً في القانون، ولا يجوز إثبات عكسها على نحو يقيد القاضي والخصوم³، وهي تؤدي إلى الإعفاء من عبء الإثبات.

وهناك قرائن قانونية بسيطة وهي القرائن الموضوعية أو الفعلية التي تقبل إثبات عكسها⁴، كافتراض قرينة البراءة في المتهم، والتي يمكن إثبات عكسها في حال توفر أدلة الإدانة⁵، وافتراض القصد

¹ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 119-120.

² - رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 726.

³ - محمد زكي أبو عامر، مرجع سابق، ص 763.

⁴ - Patrick FEROT, La présomption d'innocence: essai d'interprétation historique, Thèse de doctorat, Université du Droit et de la Santé Lille 2, 15 décembre 2007, p 21.

⁵ - تنص المادة 01 من القانون 07/17 المؤرخ في 27 مارس 2017 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية " كل شخص يعتبر بريئاً ما لم تثبت إدانته بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه.."، مرجع سابق.

الجنائي في بعض الجرائم كافتراضه في الشخص الممتنع عن دفع النفقة الغذائية¹. وهذه القرائن يقتصر أثرها على نقل عبء الإثبات من أحد طرفي الدعوى إلى الطرف الآخر على خلاف القرائن القانونية التي تعفي تماما النيابة العامة من عبء الإثبات².

2- القرائن القضائية: تعد دليلا غير مباشر يستخلصها القاضي بإعمال الذهن من ظروف الدعوى المطروحة أمامه من خلال الواقعة التي قام عليها الدليل لإثبات واقعة أخرى لها علاقة بها³.

فالقرائن القضائية ناجمة عن استنباط القاضي لواقعة مجهولة من واقعة معلومة قام عليها الدليل، وبينهما صلة منطقية يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى، كظهور علامات ثراء فاحش على متهم مُعسّر في قضية سرقة، وجود أداة الجريمة بحوزة المتهم، وجود بصمة أصابع وراحة يد المتهم في مسرح الجريمة، وجود بقع دم المتهم في مسرح جريمة قتل...إلخ. هذه القرائن ليست محددة حصرا بل هي متروكة للقاضي يستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها بحيث يستنتج الأمر المجهول من الأمر المعلوم بطريقة علمية ومنطقية⁴.

تجدر الإشارة الى أن القرائن القضائية هي المصدر التاريخي للقرينة القانونية، فالمشرع يقرر القرينة القانونية إذا ما لاحظ استقرار القضاء واضطراده على قرينة معينة، فيقره على ذلك وينص عليه فتتحول إلى قرينة قانونية⁵. وليس أدل على ذلك من تدارك المشرع الجزائري لتحديد سن أدنى للمسؤولية الجزائية بموجب قانون حماية الطفل، بعد اضطراد القضاء على تقرير عدم مسؤولية الأحداث الذين لم يبلغوا العاشرة من عمرهم لصغر سنهم أو إفادتهم بتدابير التربية والتهذيب، أو القضاء بعقوبات مخففة لا تتجاوز التوبيخ⁶.

ثانيا - حرية القاضي الجزائي في تقدير القرائن:

إذا كانت القرائن القانونية تشكل قيда على سلطة القاضي في تقدير الأدلة فهي في حال توافرها مُلزمة للقاضي، وتعفيه وتعفي الخصوم من عبء الإثبات إذا كانت القرينة قاطعة، وتنقل عبء

¹ - تنص المادة 2/331 من ق.ع الجزائري: "ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس،.....".

² - انظر تفصيل ذلك: رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 726. محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص ص 120-121. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، ص 237. ايمان محمد علي الجابري، مرجع سابق، ص 485.

³ - ممدوح خليل البحر، مبادئ أصول المحاكمات الجزائية الأردني، مرجع سابق، ص 190.

⁴ - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 868.

⁵ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 121.

⁶ - تنص المادة 56 من القانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل " لا يكون محلا للمتابعة الجزائية الطفل الذي لم يكمل 10 سنوات..".

الإثبات إذا كانت القرينة بسيطة، وهي بذلك محصورة وتشكل قيداً على السلطة التقديرية للقاضي، فإن القرائن القضائية غير محددة¹. وبالتالي فهذه الأخيرة تشكل المجال الرحب للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال القرائن، فالقرائن القضائية متروكة للتقدير الحر للقاضي بحيث يتمتع بحرية واسعة في استنتاج القرينة، وفي تقدير قيمتها في الإثبات.

وقد منح المشرع للقاضي الجزائي الحرية الكاملة في استخلاص واستنتاج القرائن القضائية من خلال أعمال الفكر القانوني السليم والقدرة على الإستخلاص والإستنتاج والموازنة والربط بين الوقائع، وذلك من خلال ما يطرح أمامه من وقائع وظروف في الدعوى وملابساتها². فمبدأ الإقتناع الحر للقاضي الجزائي يترتب عنه عدم استثناء أي وسيلة إثبات موصلة للحقيقة ولو كانت إستدلالات عقلية.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يمكن للقرينة الواحدة أن تشكل لوحدها اقتناع القاضي؟ أم لا بد أن تعزز بقرائن أو أدلة أخرى؟

ثار نقاش فقهي حول هذه المسألة، وانقسم الفقه بين مؤيد وآخر متحفظ حول اعتبار القرينة كدليل إثبات وحيد في الدعوى، وفيما يلي نتناول هذين الرأيين الفقهيين، ثم نتطرق إلى رأي القضاء من المسألة.

أ- موقف الفقه: انقسم الفقه حول هذه المسألة بين مؤيد لاعتبار القرينة دليل إثبات في الدعوى الجنائية وبين متحفظ على ذلك، ونتناول ذلك وفق التفصيل الآتي:

1- الرأي المؤيد لاعتبار القرينة كدليل إثبات وحيد: يرى جانب من الفقه بأنه يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها على القرينة القضائية لوحدها في استخلاص ما تؤدي إليه، ويؤدي هذا الإستخلاص للصورة الصحيحة لواقعة الدعوى بطريق الإستنتاج والإستقراء وكافة الممكنات العقلية التي لها أصل في أوراق الدعوى³، فقد تكون القرينة الواحدة حاسمة، في حين قد لا تتمتع ثلاث أو أربع قرائن بأي قوة ثبوتية، فالقرينة مثل الشهادة توزن ولا تعد⁴، فإذا اقتنع القاضي بدلالة قرينة معينة، وتوافرت

¹ - زبدة مسعود القرائن القضائية، مرجع سابق، ص 202.

² - زوزو هدى، الإثبات بالقرائن في المواد الجزائية والمدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2010/2011 ص 135 - 136.

³ - Ali RACHED, op.cit, p 210.

⁴ - رأي الفقيه بونني Bonnier أوردته:

-Ibid, p 210

"un seul indice, peut etre décisif, trois ou même quatre indices peuvent n'avoir aucune force, le bon sens veut que, comme le témoignage, ils soient pesés, et non compté."

ففيها الشروط المطلوبة في الدليل القانوني، فلا سند من القانون لحرمانه من الإعتماد على الدلالة المستخلصة منها¹.

ويضيف أصحاب هذا الرأي، بأن القرينة أصدق دلالة بالنظر إلى طبيعتها الموضوعية التي تقابل الطبيعة الشخصية لسائر الأدلة الأخرى، وأن هذه الطبيعة تجعل من المستحيل أن يدخل عليها التشويه، وأن التقدم العلمي سيتيح - بلا شك - السبيل لاكتشاف جميع القرائن ثم إخضاعها لأساليب الفحص العلمي الدقيق واستخلاص دلالتها والإستعانة بها في إثبات الجريمة².

ويدلل أصحاب هذا الرأي على قوة القرائن في الإثبات بالقول أن القاضي حينما يستمد اقتناعه من القرينة يمرّ حتماً بخطوات ثلاث، بحيث يتطلب الأمر أولاً إثباتاً كاملاً للواقعة التي تستمد القرينة منها، ثم يستظهر علاقة سببية منطقية بين هذه الواقعة والواقعة الأخرى التي يراد إثباتها، ثم بعد ذلك يتحرى مدى الإتساق بين أدلة الإثبات الأخرى وبين القرينة³.

فالقرائن - بحسبهم - مستنبطة من الوقائع الثابتة التي لا تعرف الكذب، لذا فإن أثرها في تكوين اليقين القضائي أكثر قبولاً من غيرها من عناصر الإثبات التي قد يعتريها من المؤثرات النفسية ما يفرض على القاضي الحيطة والحذر في تطبيقها أو قبولها، خاصة إذا كانت هذه القرائن واقعية لم تتدخل إليها يد العبث⁴.

2- الرأي المتحفظ على اعتبار القرينة كدليل إثبات وحيد: يذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه لا يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها على قرينة واحدة، باعتبار أن هذه القرينة مهما كانت دلالتها فإنها ناقصة لكونها غير مباشرة في الإثبات، مما يستدعي إعمال الإستنتاج الذي يفترض فيه الخطأ ولو بنسبة ضئيلة، ومجرد وجود هذا الافتراض وجب عدم الإستناد إليها بمفردها في الإثبات، وعلى العكس من ذلك ففي حالة تعدد القرائن بإمكان المحكمة أن تؤسس عليها حكمها مجتمعة، مع ضرورة توفر شرطين أولهما أن تؤدي القرائن مجتمعة وبطريقة متوافقة إلى استخلاص الواقعة المجهولة وفقاً لمقتضيات العقل والمنطق، وثانيهما أنه لا يجوز للمحكمة أن تستخلص من تصرف أتاها المتهم للدفاع عن نفسه قرينة على ارتكاب الفعل، كهروبه أثناء التحقيق أو عدم حضوره الجلسة رغم تكليفه

¹ رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 182.

² -Roger MERLE et André VITU, op.cit., p 169.

³ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 491.

⁴ - هلاي عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص 208.

بالحضور¹. كما لا يعد سكوت المتهم، ولا تصريحه بأنه دافع عن نفسه في جرائم الضرب والجرح قرينة ضده على ارتكابه للجرم.

كما أن وجهة نظر الرأي الأول بأن القرائن مستنبطة من الوقائع الثابتة التي لا تكذب، قول يجافي الحقيقة فقد تكون القرائن القضائية مفبركة أحياناً، وقد تشتمل عند تفسيرها على رأي ذاتي، وقد يكون للحدس دور في فهمها². وفي هذا المنحى يرى آخرون بأنه لا يجوز اللجوء إلى الإثبات بالقرائن إلا في حالة عدم وجود الأدلة المباشرة³.

ب - موقف القضاء: استقر قضاء محكمة النقض المصرية على اعتبار القرينة دليلاً كاملاً في الإثبات، يمكن للقاضي أن يكون قناعته من خلالها ويعتمد عليها في حكمه، فقد قضت في قرار لها: "إن القانون لا يشترط في الأدلة التي تقوم عليها الأحكام أن تكون مباشرة، أي شهادة بذاتها ومن غير واسطة على الحقيقة المطلوب إثباتها، بل يكفي بأن يكون من شأنها أن تؤدي إلى تلك الحقيقة بعملية منطقية تجريها المحكمة"⁴.

وقضت محكمة التمييز السورية: "إن تعدد الطعنات التي أصيب بها المدعي الشخصي ومكانها وحجمها تثبت أن المدعى عليهم كانوا يرمون إلى قتله، وأنهم ما تركوه إلا بعد أن سقط أرضاً بعد الطعنات"⁵. ففي هذا القرار اعتبرت المحكمة تعدد الطعنات وحجمها مكانها من الجسم، قرينة كافية على ثبوت نية إزهاق روح المجني عليه.

أما في الجزائر فيبدو أن الأمر محسوم طالما لا يوجد أي نص صريح حول المسألة، فهذا الفراغ يحيلنا إلى القاعدة العامة الواردة بالمادة 212 ق.إ.ج والمتعلق بحرية القاضي الجزائي في إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات، وبذلك فإنه يجوز للقاضي أن يعتمد على قرينة واحدة أو مجموعة من القرائن مجتمعة لا تناقض بينها وفقاً للتقدير الشخصي للقاضي أو قناعته الذاتية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها حيث قضت: "إن المحكمة غير ملزمة بأن تسترشد في قضائها بقرائن معينة

¹ - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 262.

² - Rober MERLE et André VITU, Traité de droit criminel, Tome2, op.cit., P.169.

³ - لأكثر تفصيل أنظر: مصطفى محمد عبد المحسن، الحكم الجنائي المبادئ والمفترضات، (ب.ط)، (ب.د.ن)، 2003 / 2004، ص 284.

⁴ - محكمة النقض المصرية، قرار صادر بتاريخ: 1978.04.24، رقم 112: أشار إليه محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 325.

⁵ - محكمة التمييز السورية، قضية رقم 1980/295، قرار في 1982/11/20، رقم 1982/1278، المجلة القضائية العربية، ع 01، ص 01، أبريل/ نيسان 1984، ص 317، مشار إليه في: فاضل محمد زيدان، مرجع سابق، ص 327.

بل لها مطلق الحرية في تكوين عقيدتها وقناعتها بأية بينة أو قرينة يرتاح إليها ضميرها، ويؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها بمنطق سائع وسليم".¹

وفي الأخير يمكن أن نخلص إلى أن تقدير قيمة القرائن القضائية في إثبات واقعة إجرامية يعتبر مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، لأن قوة القرينة في الإثبات مستمدة من الثبوت اليقيني لواقعة ما، ومن قواعد المنطق التي تفرض نفسها على كل تفكير علمي منظم.²

نشير إلى أن الإثبات بالقرائن القضائية وحدها لا يخلو من مخاطر، فالقاضي يتمتع في استنتاج القرينة بحرية واسعة، والإستنتاج كثيرا ما يتفاوت تفاوتاً كبيراً بين قاضي وآخر، فليس ثمة إستقرار كافي في وزن الدليل، وما يراه قاضي قرينة منتجة في الإثبات قد لا يراه غيره كذلك، ومنهم من يتجافى استنباطه مع منطق الواقع.³

أما إذا تعددت القرائن القضائية، فإنه يجوز للمحكمة أن تستند إليها في الحكم وتؤسسه على القرائن مجتمعة، بشرط أن تكون تلك القرائن متسقة فيما بينها، أي هناك توافق في النتائج التي تؤدي إليها. وهو ما يتطلب أولاً تقدير مدلول كل قرينة على حدى، ثم تحرّي مدى الإتساق بينها وبين غيرها، فإذا تبين للمحكمة ذلك الإتساق، فإنه يجوز الإستناد إليها مجتمعة، أما إذا تنافرت قرينة مع أخرى فقدت كل منهما صلاحيتها للإثبات.⁴

في الأخير نقول بأن القاضي الجزائي وبمقتضى مبدأ الإقتناع الشخصي الذي اعتنقته أغلب التشريعات الجنائية ومنها التشريع الجزائري، يتمتع بحرية كاملة في تكوين اقتناعه على مستوى درجات جهات القضاء الجزائية خاصة أم جهة الحكم، حيث يتيح له هذا المبدأ أن يستعين بمختلف الأدلة التي توصله إلى كشف الحقيقة والوصول إلى مرتكب الفعل الجرمي بما فيها الأدلة العلمية التي قد يكون لها في غالب الأحيان الدور الحاسم في الوصول إلى الحقيقة، كما يقدر هذه الأدلة في حرية تامة، فهو لا يسأل كيف شكل اقتناعه، لكن يسأل عن إيراد الأدلة التي شكلت هذا الإقتناع عن طريق آلية التسبيب.

¹ - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر بتاريخ 1991.02.19 ملف رقم 83421، مشار إليه في: العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، (د.ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص ص 196 - 197.

² - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 867.

³ - رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 728.

⁴ - مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 241.

غير أنه ينبغي أن لا يُفهم من ذلك بأن هذا المبدأ قد بلغ الكمال، وبأنه في منأى عن كل انتقاد، فقد يؤدي هذا بدوره إلى الإضرار بالشخص بتفريغ الضمانات المقررة له قانوناً من محتواها، وفي هذه الحالة بالذات، ولكي تؤخذ بعين الاعتبار كل المصالح المعنية، يلجأ المشرع إلى تقييد الحرية الممنوحة للقاضي الجزائي في هذا المجال بوضع ضوابط قانونية وأخرى قضائية في محاولة لضبط هذه الحرية وتحقيق التوازن المطلوب بين حقوق الفرد والمجتمع الذي يتهمه.

الفصل الثاني

تقييد سلطة القاضي الجزائي في مجال الإثبات

على الرغم من الإنتقادات التي وُجّهت إلى مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي، إلا أنها لم تؤثر في بقاءه كأساس للإثبات الجنائي، بل أنه تطور بصورة كبيرة وانتشر في أغلب التشريعات المعاصرة. ومع التسليم بحرية القاضي في الإثبات، فإن هذه الحرية لا يمكن أن تكون مطلقة دون حدود تضبطها، لأن ذلك من شأنه الرجوع بالإجراءات الجزائية إلى عهد تحكم القضاة في القرون القديمة. فحرية اقتناع القاضي لا تعني التحكم والحرية المطلقة دون ضابط ولا رقيب، وإذا كان الإقتناع هو الإتجاه النفسي للقاضي الجزائي، لكنه يختلف عن مجرد الإعتقاد الشخصي، فهذا الأخير يقوم على المشاعر والإنطباعات العابرة¹، التي قد تؤدي التعسف والتحكم، وبالتالي لا يمكن قبول هذه الحرية دون ضوابط.

وإذا كانت حرية الإثبات من شأنها أن تؤدي إلى تمكين جهة الإتهام من تفادي صعوبة إثبات الجرائم، وتُمكن القاضي من حرية اختيار وتقدير الأدلة وفقا لاقتناعه الشخصي، فإن إطلاق هذه الحرية بغير ضوابط قد يؤدي إلى إهدار كرامة وحقوق الفرد، ومن ثمة عدم توازن واضح بين الفرد والمجتمع الذي يتهمه.

وهكذا فإن المشرع منح للقاضي الجزائي حرية واسعة في تقدير الأدلة، فهو حرٌّ في اختيار الأدلة المناسبة لقضائه، وحرٌّ في تكوين قناعته من أي دليل يطمئن إليه دون تقييد بدليل معين، لكنه لم يترك هذه الحرية مطلقة دون حدود بل قيدها وأخضع هذه السلطة لضوابط، بعضها منصوص عليه في القانون وبعضها الآخر مقرر ضمن المبادئ العامة غير منصوص عليها (المبحث الأول) ، كما أورد المشرع استثناءات اقتضتها دوافع وأسباب معينة في شكل صور متباينة يضطر المشرع إلى تقريرها سعياً لكشف الحقيقة وتحقيقاً للعدالة المرجوة في إطار احترام الحريات الفردية وحقوق المجتمع على السواء (المبحث الثاني) .

¹ - ببلي لحسن، اقتناع القاضي الجنائي بناء على الدليل العلمي، الطبعة الأولى، دار القلم، الجزائر، (د.س.ن.)، ص 71.

المبحث الأول

سلطة القاضي في تقدير الدليل مقيدة بضوابط

إن سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل ليست مطلقة، بل تحكمها ضوابط، تشكل قيوداً على مبدأ حرية الإقتناع. فالقاضي الجزائي وإن تمتع بحرية واسعة في قبول وتقدير الأدلة، لا يقيده في ذلك سوى ضميره، إلا أن هذه الحرية لم تكن مطلقة ليقضي كيفما يشاء وفقاً لمزاجه الشخصي، وإنما أحاطها المشرع بمجموعة من الضوابط التي تشكل لمبدأ قضاء القاضي بمحض اقتناعه الضمانات الأساسية لتطبيقه التطبيق السليم والأمثل دون أن تفقده جوهره ومحتواه الأساسي.

هذه الضوابط تتخذ صوراً متباينة، فقد ترد على الأدلة التي يستمد منها القاضي اقتناعه، فلا تقبل هذه الأدلة إلا إن كان طريق تحصيلها مشروعاً، كما لا تُقبل إلا إن كانت واردة بملف الدعوى وخضعت للمناقشة (المطلب الأول)، ومنها ما يرد على اقتناع القاضي أثناء تقديره للأدلة، فالقاضي الجزائي وإن كان حراً في تقدير الأدلة المطروحة عليه، فيأخذ بالدليل الذي يطمئن إليه وجدانه ويطرح ما سواه، وفقاً لاقتناعه الشخصي، إلا أنه مقيد في ذلك ببلوغ الإقتناع درجة الجزم واليقين، فلا يكفي مجرد الظن والإحتمال (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الضوابط القانونية لسلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة

ترد على حرية القاضي الجزائي في الإقتناع بضوابط بعضها مصدره نصوص محددة في القانون، فلا يمكن أن يكون البحث عن الحقيقة وسيلة لخرق النصوص القانونية ومطية للتعدي على الحقوق والحريات الأساسية للفرد، فممارسة القاضي الجزائي لسلطته في تقدير الأدلة يستوجب أن يكون الدليل الذي يقبله ومن ثمة يؤسس عليه اقتناعه سليماً ومشروعاً، وله أصل في أوراق الدعوى وطُرح للمناقشة الوجيهة بين الخصوم بجلسة المحاكمة، وهو ما تنص عليه التشريعات صراحة في تشريعاتها الإجرائية (الفرع الأول)، غير أنه ومع اقتحام الوسائل العلمية الحديثة ميدان الإثبات الجنائي، فقد أثارت مسألة شرعية الأدلة المتحصلة عن طريق هذه الوسائل الحديثة، وصلاحيّة النتائج المتحصلة منها جدلاً واسعاً في الفقه والقضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإلتزام بمبدأ الشرعية الإجرائية

إذا كان كشف الحقيقة هو الموضوع الأساسي للدعوى الجزائية إلا أنه لا يجوز الوصول إلى هذه الحقيقة بأي طريقة، فاحترام حقوق الدفاع وحماية الكرامة الإنسانية، ونزاهة القضاء يستوجب أن تكون الطرق التي يُلجأ إليها في البحث عن الحقيقة طرقاً مشروعة¹. كما يجب أن يكون لهذا الدليل أصل في أوراق الدعوى، وأن يُتاح لأطراف الدعوى الإطلاع عليه ومناقشته والرد عليه.

أولاً - إحترام الشرعية الإجرائية للحصول على الدليل:

في البداية يجب أن نشير إلى أن ضابط المشروعية لا يجد له مجالاً في القضاء الإنجليزي والكندي وحتى الأمريكي (الأنظمة الانجلوسكسونية)، حيث يُعتدّ بالدليل المؤثر الذي تكون له حجية قوية في الإثبات بصرف النظر عن طريقة الحصول عليه، فيجوز الحصول على الدليل عن طريق التصنت أو التجسس مثلاً، ويستند اتجاه هذا القضاء على ضرورة التوصل إلى الحقيقة كاملة أياً كان الثمن، فكل ما يُسفر عنه العلم الحديث من وسائل يجب أن تستخدم من أجل الحقيقة، فالحقيقة أولى بالرعاية من غيرها من الإعتبارات، وكل ما يؤدي إلى التوصل إلى الحقيقة يعتبر دليلاً مقبولاً أمام المحاكم².

غير أن هذا الأمر لا ينسحب على الأنظمة اللاتينية التي أكدت على أن إجراءات الحصول على الدليل لابد أن تحترم فيها الحقوق والحريات الفردية للأفراد، بحيث لا يكون البحث عن الحقيقة مطية لانتهاك هذه الحقوق، كما أن إجراءات البحث عن الدليل لا بد أن تحترم فيها قواعد النزاهة المرتبطة بالقيم الأخلاقية واعتبارات العدالة والإنصاف وكرامة القضاء وهيئته، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

أ- قانونية إجراءات الحصول على الدليل: إن مبدأ الشرعية الجنائية المتضمن شرعية الجرائم والعقوبات وإن كان يعد أحد دعائم التشريعات الجنائية الحديثة، لكونه يضمن حماية الإنسان في مواجهة السلطة من أي تجريم أو عقاب دون نص قانوني، لكنه لم يضمن المبادئ الأخرى كأصل البراءة، ولا يكفي لحماية المتهم عند القبض عليه أو حبسه أو اتخاذ الإجراءات اللازمة مع افتراض

¹ - Gaston STEFANI , Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC, op. cit, p 41.

² - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 246.

إدانته. لذا فمبدأ الشرعية الجنائية كان لا بد له من فرع آخر يدعمه ويؤكد له حماية حقوق وحرية الإنسان، وهو ما يطلق عليه الشرعية الإجرائية¹.

ورد النص على مشروعية الدليل في الإتفاقيات الدولية والدساتير والتشريعات الوطنية، وهكذا فقد نصت المادة 05 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948² على أنه "يحظر إخضاع أي شخص للتعذيب أو العقوبات أو وسائل معاملة وحشية أو غير إنسانية أو حاطة من الكرامة البشرية"، كما وردت نفس المبادئ في الميثاق العربي لحقوق الإنسان³.

وحرص المشرع الجزائري على تجسيد هذا المبدأ، فنص في عدة مواد من الدستور على ضرورة احترام مبدأ الشرعية الإجرائية، فحظر الدستور انتهاك حرمة الإنسان ومنع أي عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة، كما منع انتهاك الحياة الخاصة للإنسان وحرمة شرفه، وسرية المراسلات والإتصالات الخاصة بكافة أشكالها، وحرمة مسكنه، فلا يفتش إلا بمقتضى القانون، ومنع توقيف أو احتجاز الأشخاص إلا في الحالات المحددة قانونا، وأكد في كل ذلك على قرينة البراءة⁴.

وجسد المشرع هذا المبدأ صراحة في القانون 07/17 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية⁵ في نص المادة الأولى تحديدا التي جاء فيها: "يقوم هذا القانون على مبادئ الشرعية والمحاكمة العادلة واحترام كرامة وحقوق الإنسان..."، كما نصت المادة 217 ق.إ.ج على أنه: "لا يجوز استنباط الدليل الكتابي من المراسلة المتبادلة بين المتهم ومحاميه" وهو المبدأ الذي أقره المشرع الفرنسي أيضا⁶.

¹ - مفيدة سعد السويديان، مرجع سابق، ص 537، 538.

² - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المعتمد والمنشور بقرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور سنة 1963، ج.ر، ع 64 المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.

³ - الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المعتمد من طرف القمة العربية السادسة عشر بتونس في 23 ماي 2004، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-62 المؤرخ في 11 فيفري 2006، ج.ر، ع 08، المؤرخة في 15 فبراير 2006.

تنص المادة 1/14 من هذا الميثاق: "لكل شخص الحق في الحرية والأمان على شخصه، ولا يجوز توقيفه أو تفتيشه أو اعتقاله تعسفا وبغير سند قانوني".
⁴ - أنظر المواد: 40، 41، 46، 47، 56، 59، 60 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر، ع 76 المؤرخة في 08 ديسمبر سنة 1996، معدل بالقانون رقم 03-02 المؤرخ في 10 أفريل سنة 2002، ج.ر، ع 25 المؤرخة في 14 أفريل سنة 2002، وكذا بالقانون 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج.ر، ع 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، وكذا بالقانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، ج.ر، ع 14 المؤرخة في 07 مارس سنة 2016.

⁵ - قانون 07-17 المؤرخ في 27 مارس 2017 يعدل ويتمم الأمر 155-66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق.
⁶ - Article 100 CPPF: «...Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dependant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé ...».

للإشارة أباح المشرع الفرنسي في المادة 100 -7 من قانون الإجراءات الجزائية اعتراض مراسلات النواب والقضاة والمحامين لكنه أوجب الحصول على رأي مسبق تحت طائلة البطلان، فإذا تعلق الأمر بنائب يخول سلطة إبداء الرأي لرئيس الجمعية المختصة، وإذا تعلق الأمر بقاضي فإن الرأي يعطيه الرئيس والنائب العام بالمجلس القضائي الذي يقع فيه مكتب القاضي أو سكنه، ولنقيب المحامين إذا تعلق الأمر بمحام. وبخصوص هذا الأخير فلا يمكن أن يكون الإعتراض إلا إذا كان هو بشخصه مشتبه فيه للقيام بالجريمة وليس بصفته محاميا لشخص مشتبه فيه بالجريمة. كما ينبغي أن نشير بأن الإجهاد القضائي الفرنسي يسمح في بعض الحالات استنباط الدليل من المكالمات الهاتفية بين المحامي وموكله، وذلك في حالة البحث عن دليل تورط المحامي المتهم في الجريمة، ولا يشكل ذلك أي مساس بحقوق الدفاع.

وهكذا كان على الفقه والقضاء أن يحددا معالم فكرة مشروعية الأدلة مهتدين بنصوص القانون الواردة في مختلف التشريعات والإتفاقات الدولية مع الحفاظ على التوازن المطلوب بين الحريات العامة والفردية من جهة وبين معاقبة المجرم من جهة أخرى.

ويشمل ضمان احترام الشرعية الإجرائية وضع نصوص من شأنها منع استعمال الطرق غير المشروعة للحصول على الدليل، كاستعمال الطرق الإحتيالية بشتى أنواعها لجمع الأدلة وتقديمها فيما بعد للإثبات، كتقديم شهادة وصلت للشاهد بطرق مخالفة للآداب العامة كالتجسس من ثقب الباب أو استعمال التعذيب للحصول على المعلومات¹.

ويعتبر ضابط مشروعية الدليل الجنائي أهم الضوابط التي ترد على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقديره للأدلة، فهو يمثل قمة التطور الذي وصلت إليه نظرية الإثبات في المواد الجنائية، فحتى عهد قريب كان يتم الحصول على الدليل بأي طريق سواء كان مشروعاً أو غير مشروع، بما في ذلك تعذيب المتهم بغرض حمله على الإقرار بالجريمة أو الإبلاغ عن شركائه فيها، فكانت الحقيقة هي الغاية الأساسية، ويجب الوصول إليها بأي وسيلة، وكان من نتيجة تلك الممارسات وأثرها على حقوق الإنسان وكرامته، أن أحدثت تطورات إجرائية نتيجة جهود الفلاسفة والعلماء في تلك الفترة الذين نددوا بتلك الممارسات، وأوضحوا خطورتها على الحقوق والحريات الفردية، وكان من نتائج ذلك تطور وسائل البحث عن الحقيقة في الدعوى الجنائية، بأن يتم ذلك من خلال القنوات المشروعة التي تتفق مع القواعد القانونية وكذلك الأخلاق والآداب العامة السائدة في المجتمع².

فلا يعتبر الدليل مشروعاً ومن ثمة مقبولاً في عملية الإثبات إلا إذا تم الحصول عليه و تقديمه للقضاء بالطرق التي رسمها القانون، والتي تكفل تحقيق توازن عادل ودقيق بين حق الدولة في العقاب وحق المتهم في توفير الضمانات الكافية لاحترام كرامته الإنسانية، وعدم انتهاك حقوقه الأساسية³. لذا، فمبدأ الشرعية الإجرائية في البحث وتقديم الدليل، تعني أن تتم عملية البحث والحصول على الدليل وفقاً لما رسمه القانون من إجراءات لتحصيله، فمتى ما تم تحصيله خارج هذه الإجراءات فلا يعتد بقيمة هذا الدليل، مهما كانت دلالاته على الحقيقة وذلك لعدم مشروعيته.

- Cass. Crim 08.10.1997 JURRI DATA n°004317: « La captation et transcription de conversation téléphonique échangé entre un avocat et son client sont régulières , dès lors que le contenu de celle-ci et de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction, les droits de défense n'étant pas en cause ».

¹ - هلاي عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص 454-455.

² - السيد محمد حسن الشريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 249.

³ - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 241، 242.

فلا يكفي لسلامة الحكم أن يكون الدليل صادقا متى كان وليد إجراء غير مشروع¹، وكمثال على ذلك فإن الدليل المستمد من التحقيق الذي تقوم به النيابة العامة بناءً على ندب المحكمة إياها أثناء سير المحاكمة يعد باطلا بطلانا مطلقا يتعلق بالنظام العام لمساسه بالتنظيم القضائي، ولا يصححه رضا المتهم أو المدافع عنه بهذا الإجراء². كما ورد في قرار محكمة النقض المصرية: "أن الإذن بالمراقبة والتسجيل هو من أخطر إجراءات التحقيق التي تتخذ ضد الفرد وأبلغها أثرا عليه، لما يبيحه هذا الإجراء من الكشف الصريح لستار السرية وحجاب الكتمان الذي يستتر به المتحدثان من ورائه والتعرض لمستودع سرهما من أجل ذلك كله وجب على السلطة الأمرة مراعاة هذه الضمانات واحترامها، وأن تتم في سياق من الشرعية والقانون، ولا يحول دون ذلك أن تكون الأدلة صارخة وواضحة على إدانة المتهم، إذ يلزم في المقام الأول احترام الحرية الشخصية وعدم الإفتئات عليها في سبيل الوصول إلى أدلة الإثبات"³.

إن الأسباب التي تجعل من الدليل غير مشروع تتصل بصفة مباشرة بالحقوق الدستورية المقررة للمتهم، فلا يجوز للقاضي أن يقبل دليلا تم الحصول عليه بالتعدي على الحقوق الدستورية للمتهم، ولا يمكن أن يعول على دليل تم الحصول عليه من خلال وسيلة تخالف هذه الحقوق أو تعد مساسا بها أو عدوانا عليها⁴.

فإذا كانت قاعدة حرية الإثبات تفسح المجال للقضاة لاختيار وسيلة الإثبات بكل حرية، فإنه بالمقابل يجب مراعاة قاعدة أساسية، وهي أن البحث وجمع أدلة الإثبات يجب أن يباشر طبقا لأحكام القانون، وفي هذا المعنى يقول الفقيهان فوين *vouin* وليوتي *léauté*: "إذا كان الإثبات الجنائي حربي فرنسا فإنه شرعي أي أنه لا يكون مقبولا إلا بشرط أن يجمع ويقدم وفقا للقانون، وكل إثبات تم الحصول عليه بطريقة غير شرعية ينبغي استبعاده، ولا يُبنى الإقتناع عليه"⁵.

ب -مراعاة قواعد النزاهة في الحصول على الدليل: لكي يكون الدليل مشروعا لا بد أن لا يخضع فقط للقواعد الإجرائية المتعلقة بكل وسيلة بحسب طبيعتها فقط، بل لا بد على المحققين والقضاة أيضا

¹ - نقض مصري، قرار صادر في: 11.06.1972 مجموعة س 23 ص 906، مشار إليه في: رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 38.

² - نقض مصري، قرار صادر في: 28.03.1985 مجموعة س 36 ص 500، مشار إليه في: المرجع نفسه، ص 39.

³ - نقض مصري، قرار صادر في: 26.12.2012 الطعن رقم 2257 س 63 ص 891، مشار إليه على الموقع :

<https://egy.lawsite.wordpress.com> تاريخ الدخول : 2019.11.22

⁴ - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 60.

⁵ - Robert VOUIN , Jacques LEAUTE ; Droit pénal et procédure pénale , 3 éme édition , PUF , Paris , 1969 , p 238.

احترام قواعد النزاهة، هذه الأخيرة تعد مسألة تطفو فوق الشرعية وترتبط بالقيم الأخلاقية وبدرجة التمدن وترتكز على اعتبارات العدالة والإنصاف وكرامة القضاء وهيئته¹.

فالقواعد القانونية ليست الوحيدة التي تحكم وسائل البحث عن الأدلة، فإلى جانب هذه القواعد يوجد مبدأ النزاهة الذي يساهم أيضا في تحديد الأطر التي يجب أن تجري في حدودها عملية البحث عن الأدلة، فالنزاهة مبدأ يجب أن يحكم عمل أجهزة السلطة العامة في البحث عن الأدلة، وتختلف النزاهة عن القواعد القانونية في مصدرها، فالنزاهة تستند إلى قواعد مصدرها الأخلاق².

والنزاهة مبدأ عام لم يرد النص عليه صراحة في القانون، لكنه يحكم البحث عن أدلة الجريمة، ويستمد حدوده من المبادئ الأخلاقية التي يجب أن يخضع لها القضاة وأفراد السلطة العامة أثناء قيامهم بالأعمال الموكلة لهم. وهذا المبدأ في مجال الإثبات يطال الحقوق الواجبة للفرد من جهة و الإعتبار الواجب للقضاء من جهة أخرى، فمتطلبات النزاهة يقتضي أن لا يقبل اعتراف دون مراعاة إرادة المعترف الحرة إذا ما وقع تحت استخدام الشدة والعنف أو باللجوء إلى الحيلة أو الخديعة أو باستعمال وسائل علمية³.

فكلما استعملت وسائل لا تتفق مع المبادئ الأخلاقية الأساسية للنظام القضائي ولإجراءات الحصول على الأدلة يمكن أن نتحدث عن خرق مبدأ نزاهة الدليل. ومن مظاهر عدم النزاهة: المراوغة، المخادعة، الوعود.

وخير مثال على ذلك قضية ولسون Wilson أو فضيحة الأوسمة Scandales des décorations في فرنسا، حيث قام قاضي التحقيق بتقليد صوت الغير في الهاتف لأجل الحصول على معلومات تسمح له بالتقنين من الاتهامات التي أسندها للمتهم، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن هذا القاضي قد لطّخ كرامة القضاء وأهان سمعته، واستخدم وسيلة تتنافى مع قواعد النزاهة التي ينبغي أن تسود كل تحقيق قضائي وارتكب في نفس الوقت فعلا مغلا بواجبات وكرامة القاضي⁴.

وللحرص على احترام نزاهة الدليل وضع المشرع الجزائري في المادة 65 مكرر 12 فقرة 02 من ق.إ.ج حدودا لعملية التسرب⁵، فحظر على ضابط أو عون الشرطة القضائية المتسرب القيام بأي

¹ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 419.

² - معتصم خميس مشعشع، إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع 6، أكتوبر 2013، ص 21.

³ - Renée KOERING-JOULIN, « La dignité de la personne humaine en droit pénal », in la dignité de la personne humaine, Economica, 1999, p 67.

⁴ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 428.

⁵ - تعرف المادة 65 مكرر 12 ف 01 ق.إ.ج التسرب بأنه قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جريمة أو جنحة بإيادهم بأنه فاعل معهم أو شريك لهم.

أفعال من شأنها أن تشكل تحريضا على إرتكاب الجرائم، وذلك تحت طائلة البطلان. وهو نفس موقف المشرع الفرنسي¹. كما وضع المشرع الجزائري حدودا لعملية التسرب الإلكتروني لضباط الشرطة القضائية عند الدخول إلى منظومة معلوماتية أو نظام للإتصال الإلكتروني أو أكثر قصد مراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون رقم 05-20 المتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتهم²، عن طريق إيهام المشتبه فيهم بأنه فاعل معهم أو شريك لهم، بحيث منعت المادة 26 من نفس القانون ضباط الشرطة القضائية، تحت طائلة بطلان الإجراءات، إتيان أي فعل أو تصرف، بأي شكل من الأشكال، من شأنه تحريض المشتبه فيهم على ارتكاب الجريمة بغرض الحصول على دليل ضدهم.

ج - قيمة الدليل غير المشروع في الإثبات: إذا كان الأصل أن الأدلة الباطلة التي كانت وليدة إجراءات غير مشروعة لا يجوز للقاضي الجزائي أن يعتمد عليها في حكمه، لما فيها من إهدار للضمانات القانونية لحماية حقوق الإنسان، لكن هل يقتصر هذا الأمر على الإدانة فقط أم يتعداه لحكم البراءة أيضا ؟

1- حالة الحكم بالإدانة: يجمع الفقه والقضاء على أن الأدلة التي يؤسس عليها حكم الإدانة يجب أن تكون مشروعة، فأي دليل يتم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة أو بوسيلة مخالفة للقانون لا قيمة له في الإثبات، ذلك أنه إذا ما سُمح بقبول الأدلة التي تكون وليدة إجراءات باطلة، فإن الضمانات التي كفلها القانون لحماية حقوق المواطن وكرامته وحرمة مسكنه تصبح لا قيمة لها، كما أن القواعد التي يستنها المشرع تصبح لا أهمية لها متى أمكن إهدارها وعدم الإلتزام بها³.

فعملية البحث عن الدليل يجب أن تراعى فيها كل الضمانات التي تحفظ كرامة الانسان وتحترم حقوق الدفاع، وهذا لا يتحقق إلا بإجراءات تتصف بالشرعية، فإذا ما تم تجاوز هذه القواعد فلا قيمة للدليل بعد ذلك مهما كان صادقا ودالاً على الحقيقة الواقعية، كممارسة التعذيب أو الإكراه المعنوي أو الإستجواب غير السليم الناتج عن الخداع وإستعمال الحيل⁴.

فالقاضي ليس حراً في تكوين قناعته من اعتراف تم الحصول عليه عن طريق الإكراه أو بضغط مورس على المتهم أو بناءً على تفتيش باطل⁵، أو عن طريق استراق السمع أو تسجيل المحادثات

¹-Article 706-81 du CPPF: «...L'officier ou l'agent de police judiciaire est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'article 706-82. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions... ».

²- قانون رقم 05-20 مؤرخ في 28 أبريل 2020 يتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية ومكافحتهم، ج.ر، ع 25 المؤرخة في 29 أبريل 2020.

³- عبد الله بن صالح بن رشيد الربيش، مرجع سابق، ص 146.

⁴- Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC, op, cit, p. 23.

⁵- عبد الرؤوف مهدي، مرجع سابق، ص 43.

التيلفونية دون مسوّغ قانوني مشروع أو عن طريق التدليس والغش أو الخديعة، كما لا يجوز للقاضي أن يستدل في حكمه بما أسفر عنه التفتيش الباطل من دليل أو قبض غير صحيح أو بمعلومات وصلت إلى شاهد عن طريق مخالف للنظام العام¹، أو أي دليل تم الحصول عليه نتيجة إجراءات باطلة كالأوراق التي تضبط بحوزة محامي المتهم خلافا لما ينص عليه القانون (المادة 217 ق.إ.ج). وكذلك الشأن بالنسبة للدليل المستمد من ندب قاضي التحقيق لضابط الشرطة القضائية باستجواب المتهم، لمخالفته أحكام المادة 139-2 ق.إ.ج التي لا تجيز الإنابة لاستجواب المتهم أو مواجهته أو سماع أقوال المدعي المدني.

إن اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان منع استعمال الأدلة التي تم الحصول عليها بناءً على طرق احتيالية استعملتها الشرطة، والتي من شأنها استفزاز الجاني لارتكاب الجريمة²، أو استعمال طرق غير مشروعة تم من خلالها خرق سرية الحياة الشخصية والسر المهني للحصول على الأدلة³. وفي نفس السياق قضت محكمة النقض المصرية " من المقرر أنه يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعاً، إذ لا تجوز إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون، إلا أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة، ذلك أن من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائي، وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم، له الحرية الكاملة في اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه في الدعوى، وما تحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية، وقد قام على هدي هذه المبادئ حق المتهم في الدفاع عن نفسه، وأصبح حقا مقدما يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التي لا يؤذيها تبرئة مذنّب بقدر ما يؤذيها ويؤذي العدالة معا إدانة بريء"⁴. كما قضت محكمة التمييز اللبنانية: "يعتبر مخالفا للقانون كل طريقة إكراهية تستعمل لحمل المتهم على الإقرار بما كان الوقائع موضوع هذا الإقرار أكيدة و حقيقية"⁵.

¹ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 62.

² - Marie-Aude BEERNAERT, La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n°69, 01 Janvier 2007, p 82.

³ - Robert FINIELZ, Chroniques de jurisprudence, Procédure pénale Nullité de la procédure d'instruction, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, octobre-décembre, 2007.p 833-839.

⁴ - محكمة النقض المصرية، قرار في 1967.01.31، مجموعة أحكام النقض س 18، رقم 24، مشار إليه في: حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 117.

⁵ - محكمة التمييز اللبنانية، قرار رقم 151 بتاريخ 1952.06.11، مشار إليه في: سمير عالية، موسوعة الإجهادات الجزائية لقرارات وأحكام محكمة التمييز في عشرين عاما منذ إعادة إنشائها، الطبعة الأولى، (ب.د.ن)، 1990، ص 14.

وقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 160ق. إ.ج على أنه: " تسحب من ملف التحقيق أوراق الإجراءات التي أبطلت وتودع لدى قلم كتاب المجلس القضائي. ويحظر الرجوع إليها لاستنباط عناصر أو اتهامات ضد الخصوم في المرافعات وإلا تعرضوا لجزاء تأديبي بالنسبة للقضاة ومحكمة تأديبية للمحامين المدافعين أمام مجلسهم التأديبي"، فمتى تم الحصول على الدليل خارج نطاق الشرعية، فإن هذه الإجراءات يطالها البطلان، ومتى تقرر ذلك وجب استبعاد ما ينتج عنها من أدلة، وما ترتب عنها من آثار.

للإشارة فقط فإن المشرع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 02/15¹، أجاز لوكيل الجمهورية ولقاضي التحقيق في جرائم محددة حصرا، استعمال مجموعة من أساليب التحري الخاصة التي تنطوي على انتهاك لبعض الحقوق والحريات الفردية كاعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب، فخطورة هذه الجرائم واعتدائها السافر على مصلحة المجتمع وصعوبة إثباتها، تبرر التجاوز عن بعض المبادئ الإجرائية، والقفز على بعض الحقوق، طبعا تحت إشراف قضائي كامل². فكلما ازدادت صعوبة الإثبات تطلب الأمر بالمقابل تساهلا أكبر في البحث عن الدليل³.

2 -حالة حكم البراءة: انقسم الفقه حول مدى جواز استناد الحكم بالبراءة على دليل غير مشروع إلى ثلاث اتجاهات، فقد رفضه الإتجاه الأول وأيده الإتجاه الثاني، أما الإتجاه الثالث فاتخذ موقف كان وسطا بين الإتجاهين، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

فقد أنكر الإتجاه الأول استناد حكم البراءة على إجراءات غير مشروعة، حيث تستوي لديهم الإدانة والبراءة في تطلب كل منهما مشروعية الدليل، و القول بغير ذلك عندهم فيه إهدار لمبدأ المشروعية، فالدليل غير المشروع ليست له قيمة قانونية، ولا يجوز للقاضي أن يصدر حكمه بناءً عليه لبطلانه⁴.

ويؤسس أصحاب هذا الرأي اتجاههم على أحكام المادة 336 من قانون الإجراءات الجزائية المصري التي تنص: " إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، ويلزم إعادته إن أمكن ذلك"، وتقابلها المادة 147 من قانون أصول المحاكمات الأردني التي تنص: " لا يترتب

¹ - قانون 02-15 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2015، يعدل ويتمم الأمر 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق.

² - أنظر المواد: من 65مكرر 05 الى غاية 65مكرر 18 من ق.إ.ج.

³ - Coralie AMBROISE-CASTEROT , Recherche et administration des preuves en procédure pénale ; la quête de la vérité , AJ , pen.2005, N° 07-08, p 261.

⁴ - أحمد ضياء الدين خليل، مشروعية الدليل في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1982، ص 362.

على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة له، أما الإجراءات اللاحقة به فلا تكون باطلة إلا إذا كانت مبنية على الإجراء الباطل"، وكذلك المادة 173 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي تنص على استبعاد الإجراءات الباطلة من ملف القضية، ويحظر على القضاة والخصوم الرجوع إلى المعلومات الواردة فيها، أو استخدامها ضد أي خصم من الخصوم في الدعوى، وهو نفس الحكم الوارد في المادة 160 ق.إ.ج الجزائري، فهذه النصوص لم تفرق بين دليل الإدانة ودليل البراءة.

ومن أنصار هذا الاتجاه الأستاذ رؤوف عبيد الذي يقول أنه: "ليس للقضاء أن يقر قاعدة أن الغاية تبرر الوسيلة كمبدأ قانوني صحيح، وإلا أصبح التزوير وشهادة الزور وإرهاب الشهود حتى يعدلوا عن أقوالهم، من الأمور المشروعة لإثبات البراءة، فمن المفروض أن تكون الطرق القانونية المشروعة كفيلاً وحدها بإثبات براءة البريء، ولا يمكن أن يسمح بإهدار مبدأ الشرعية من أساسه، فشرعية الدليل شرط أساسي في أي تشريع¹.

وعلى خلاف ذلك، يرى أنصار الاتجاه الثاني أن الحكم بالإدانة يتطلب أن تكون الأدلة مستندة إلى إجراءات مشروعة، أما إذا استند إلى إجراءات باطلة فإنه يترتب عنه بطلان الحكم. أما في حالة الحكم بالبراءة المستند على إجراءات باطلة فإنه لا يترتب عليه بطلان الحكم كما لا يجوز الطعن فيه بالنقض، وذلك تطبيقاً لمبدأ الأصل في المتهم البراءة التي لا حاجة لإثباتها². هذا بالإضافة إلى أن بطلان دليل الإدانة الذي تولّد عن إجراء غير مشروع إنما شرع لضمان حرية المتهم، فلا يجوز أن ينقلب هذا الضمان وبالأعلى عليه³.

ويضيفون بأنه لو تمسكنا بعدم قبول دليل البراءة بحجة أنه غير مشروع، فإننا سوف نصل إلى نتيجة خطيرة للغاية وهي إدانة بريء، وفي هذه الحالة يتحمل المجتمع ضررين إفلات مجرم من العقاب وبدلاً عن ذلك إدانة بريء قام دليل على براءته، فضلاً عن أنه وفي حالة وجود شك فإن القاضي يحكم ببراءة المتهم، ومن باب أولى أن يحكم ببراءة الشخص الذي توافر دليل براءته، وإن تم الحصول على هذا الدليل بطريقة غير مشروعة، وليس مجرد شك في إدانته⁴.

¹ - رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 740.

² - محمود محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 114. هلاي عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص 505. مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 1000.

³ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 63.

⁴ - هلاي عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص 505-506.

وهذا الاتجاه هو الذي تبنته محكمة النقض المصرية حين قضت بأنه: "وإن كان يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعاً، إذ لا يجوز أن تبنى إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون إلا أن المشروعية ليست بشرط واجب في دليل البراءة".¹

هذا ويذهب آخرون في محاولة للتوفيق بين الإتجاهين السالفي الذكر، فيميزون بين ما إذا كانت وسيلة الحصول على دليل البراءة مخالفة لقواعد الإجراءات، وبين ما إذا كانت هذه الوسيلة تشكل جريمة في حد ذاتها، ففي الحالة الأولى يتعين قبول الأدلة غير المشروعة لإثبات براءة المتهم بلا جدال، وذلك إستناداً إلى أن البطلان الذي شاب وسيلة التوصل إلى الدليل إنما يرجع إلى فعل من قام بالإجراء الباطل، وبالتالي لا يجوز أن يضار المتهم بسبب لا دخل له فيه. ومثال ذلك الدليل المستمد من أوراق ضُبطت بحوزة المدافع عن المتهم على خلاف القانون، أو كدليل مستمد من أقوال شاهد أفشى سر المهنة في شهادته في غير الأحوال المصرح بها قانوناً.

أما في الحالة الثانية حيث تنتج الأدلة عن وسائل تعد جريمة، كالسرقة أو التزوير ونحو ذلك، فإنه يتعين إهدار الدليل وعدم الإعتداد به، وإلا كان ارتكاب الجرائم أمراً مشروعاً لإثبات البراءة، وهذا ما لا يمكن القول به وتأباه الشرائع القويمية.²

ومع عدم عثورنا على أي اجتهادات قضائية لمحكمة العليا يمكن الإستشهاد بها حول هذه المسألة، فإننا نقرّ بوجاهة الإتجاه الأخير لكونه يوازن بين مصلحة المتهم البريء بمنحه فرصة تقديم دليل براءته ولو بدليل متحصل عليه بطريقة غير مشروعة، وبين مصلحة المجتمع في منع ارتكاب الجرائم والحصول على دليل البراءة ولو كان ذلك بقصد كشف الحقيقة، فالوسيلة دوماً تأخذ حكم الغاية، فإذا كانت الغاية مشروعة وجب أن تكون الوسيلة الموصلة إليها مشروعة أيضاً.

ثانياً - وضعية الدليل:

هذا الضابط المنظم للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال تقدير الأدلة نصت عليه أغلب التشريعات، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 212 ق.إ.ج³، كما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 427-2 من قانون الإجراءات الجنائية.⁴

¹ - محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 6097، جلسة 1984/02/15، مشار إليه في: مصطفى مجدي هرجة، الإثبات في المواد الجنائية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص ص 26-27.

² - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 64. حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص ص 119-120.

³ - نصت على نفس المبدأ: المادة 302 قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة 1/148 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

⁴ - Article 427/2 du CPPF: «...Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui »

فالدليل الذي يصح الإعتماد عليه لتكوين قناعة القاضي يجب أن يكون له أصل في الأوراق، تأسيساً على مبادئ الشفوية والعلنية والمواجهة في المحاكمة، وبالتبعية يجب أن يُتاح لأطراف الدعوى الإطلاع عليه ومناقشته والرد عليه، وهو ما نتناوله فيما يلي:

أ- أن يكون للدليل أصل ثابت في أوراق الدعوى: وفقاً لمبدأ قضاء القاضي بمحض اقتناعه، فإنه يفصل في الدعوى و يصدر حكمه فيها بناءً على ما تكوّن لديه من عقيدة وما اقتنع به، إلا أن هذه القناعة لا بد أن يستمدّها من وقائع الدعوى وأدلتها، ويستوي في ذلك أن يكون الأطراف قدّموا هذه الأدلة أو أن القاضي قام بدوره الإيجابي في البحث عن الأدلة، فله أن يأمر باتخاذ الإجراء الذي يراه لازماً وضرورياً للفصل في الدعوى والوصول الى الحقيقة.

فمن خلال نص المادة 212 ق.إ.ج نستنتج أن الدليل لا بد أن يكون له أصل في أوراق الدعوى المطروحة على القاضي، حتى يمكن له أن يبني عليه حكمه، فالدليل الذي لا يتحقق فيه هذا الشرط يكون منعدماً في نظر القانون، وذلك استناداً إلى قاعدة أخرى هي وجوب تدوين جميع إجراءات الدعوى، فيكون الحكم باطلاً إذا اعتمد في قضائه على ما لا أصل له في الأوراق.

فإذا استند الحكم إلى دليل استمده القاضي من معلومات استقاها بنفسه أو من شهادة شاهد لم تدوّن في الأوراق وقع الحكم باطلاً، ذلك أن الحكمة من استلزام القانون وجوب تحرير محضر للجلسة يكمن في ضرورة أن تكون الأدلة التي يستند إليها الحكم قائمة وثابتة بأوراق الدعوى، منعاً لأي تحكم من القاضي، وكذا من أجل تحقيق العدالة، فبإمكان القاضي أن يرجع إلى محضر الجلسة لتقدير شهادة الشاهد، ومن جهة أخرى يسمح التدوين لجهة الطعن بتقدير مدى استخلاص الحكم المطعون فيه للأدلة السائغة¹.

وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها: "العبرة في الأحكام الجنائية هي باقتناع القاضي بناءً على الأدلة المطروحة عليه بإدانة المتهم أو براءته، فله أن يستمد اقتناعه من أي دليل يطمئن إليه طالما كان له مأخذه الصحيح من الأوراق"². وقضت في قرار آخر: "من المقرر قانوناً أنه يجب أن لا تبني المحكمة حكمها إلا على العناصر والأدلة المستمدة من أوراق الدعوى المطروحة

¹ - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 173-174.

² - نقض مصري، قرار في 1973.01.08، أحكام محكمة النقض في خمسين عاماً، الطعن رقم 62404 لسنة 66 ق، جلسة 1998.12.13 رقم 204 ص 1438، مشار إليه في: حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 132.

أمامها، فإن اعتمدت على دليل استقته من أوراق قضية أخرى لم تكن مضمومة للدعوى التي تنظرها للفصل فيها ولا مطروحة على بساط البحث وتحت نظر الخصوم، فإن حكمها يكون باطلاً¹.

وقضت محكمة التمييز الأردنية: "إن استخلاص محكمة الموضوع واقعة الدعوى من أقوال الشهود والعناصر الأخرى، وطرح ما يخالفها استخلاصاً سائفاً، مستنداً إلى أدلة مقبولة لها أصل في الأوراق، واستظهارها في حكمها المميز يجعل من أسباب الطعن المتعلقة بسلامة النتيجة غير واردة على الحكم المميز"².

وعليه، فإن القاضي الجزائي وإن كان له أن يحكم في الدعوى بحسب العقيدة التي تكوّنت لديه بكامل حريته، إلا أنه محظور عليه أن يبني حكمه على دليل لم يطرح أمامه بالجلسة، يستوي في ذلك أن يكون دليلاً على الإدانة أو على البراءة، وذلك لكي يتسنى للخصوم الإطلاع عليه والإدلاء برأيهم فيه³.

وهذا تماماً ما أكدته أيضاً المحكمة العليا في الجزائر حينما قضت: "لقضاة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير أدلة الإثبات دون معقّب ما دام ما استندوا عليه له أصل في أوراق الدعوى"⁴، وقضت أيضاً: "يجوز لقضاة الإستئناف أن يأخذوا بالدليل الذي يرونه صالحاً لتدعيم اقتناعهم على شرط أن يكون له أصل ثابت في أوراق الدعوى، وأن يعلّلوا قضاءهم تعليلاً كافياً"⁵.

ولا يغني أن يحتج بإثبات الأدلة في الحكم بدعوى أنه يكمل محضر الجلسة، والحقيقة أنه يكمله فيما يتعلق بإجراءات المحاكمة دون أدلة الدعوى⁶. فالقانون متى استلزم تحرير محضر للجلسة، فإنما فعل ذلك حتى تكون الأدلة التي يستند عليها الحكم قائمة وثابتة بأوراق الدعوى، منعا للتحكم وتحقيقاً للعدالة في الوقت ذاته، باعتبار أن القاضي يمكن أن يرجع لمحضر الجلسة لتقدير شهادة

¹ - نقض مصري، قرار صادر بتاريخ 1991.10.31 في الطعن رقم 5467 مشار إليه في: إبراهيم سيد أحمد، مبادئ محكمة النقض في الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 25.

² - تمييز جزائي أردني، رقم 92/389، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، القسم الأول 1993.1997، ص 114، مشار إليه في: حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 132.

³ - رؤوف عبيد، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986، ص 35.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ 1985.01.05، ملف رقم 25814، مشار إليه في مؤلف: جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 16.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ 1982.04.29، ملف رقم 25085، مشار إليه في مؤلف: جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 73.

⁶ - محمد عبد الشافي اسماعيل، مرجع سابق، ص 145.

شاهد، وفي نفس الوقت يُمكن هذا التدوين المحكمة المطعون أمامها تقدير الحكم من حيث استخلاصه للأدلة السائغة¹.

والخلاصة أنّ استناد الحكم على دليل له أصل ثابت بالأوراق ينأى بالمحكمة عن الخطأ في الإستدلال، إذ يتحقق هذا الخطأ إذا استند الحكم على أقوال شاهد لم يقلها، أو على اعتراف لم يصدر عن متهم، أو معاينة لم تُسفر عما نسبته إليها، أو عبارة هامة في تقرير طبي لم ترد به، وبصفة عامة كلما استند إلى قاعدة جوهريّة اعتبرتها المحكمة صحيحة وقائمة وهي لا وجود لها².

ب- طرح الدليل بالجلسة: يجسّد ضابط طرح الدليل بالجلسة مبدأً أساسياً في الإجراءات الجزائية هو مبدأ شفهيّة إجراءات المحاكمة³، وهو المبدأ الذي تقتضيه العدالة الجنائية، كما يؤكد مبدأ آخر هو حياد القاضي وعدم جواز بناء حكمه على معلوماته الشخصية.

ويعتبر مبدأ شفهيّة المرافعات أحد المبادئ المنظمة لإجراءات المحاكمات الجنائية، ويقصد به ضرورة التعامل الشفهي مع كافة الدفوع والطلبات أو المرافعات والأدلة، بشكل يكفل إتاحة الفرصة لكافة أطراف الدعوى لمناقشتها والرد عليها قبل التعويل عليها بالإدانة أو البراءة⁴.

وقد ألزم القانون القاضي بأن يستند إلى أدلة الدعوى التي تم طرحها في الجلسة للمناقشة في الدعوى، سواء تعلق ذلك بالشهود الذين يجب مناقشتهم في أقوالهم السابقة، وكذلك الخبراء ومأموري الضبط القضائي بالنسبة لما قاموا به من إجراءات، كما أن للمحكمة أن تستدعي المحقق لأخذ معلومات حول إجراءات التحقيق التي قام بها، ولها أصل في الأوراق.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية: "الأصل في الأحكام الجنائية أنها تُبنى على التحقيق الشفوي التي تجريه بنفسها في مواجهة المتهم بالجلسة، ويسمع فيه الشهود ما دام سماعهم ممكناً، فإذا كانت المحكمة - وقد استحال عليها سماع الشاهد الوحيد الذي أعلنته لوفاته- قد استندت إلى إدانة المتهم على أقوال شهود آخرين قد عينتهم، وأوردت مؤدى أقوالهم في التحقيقات الابتدائية دون أن تسمع بنفسها أقوالهم أو تبين عدم سماعها إياهم فإن حكمها يكون معيباً"⁵.

¹ - مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 170.

² - رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، مرجع سابق، ص 489.

³ - إن مبدأ الشفهيّة في القضاء الجنائي يعد من قواعد النظام الاتهامي والذي ظهر منذ الثورة الفرنسية، وقد أقرته الجمعية التأسيسية منذ 1791.01.18 في نظام الإثبات الجنائي المبني على حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته، وقد استقر النظامان معاً: شفهيّة المحاكمات وقضاء القاضي بمحض اقتناعه في قانون تحقيق الجنايات الفرنسي الصادر بتاريخ 1808.11.24. أنظر: رؤوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980، ص 472.

⁴ - حسن جوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، (ب.د.ن)، 1993، ص 124.

⁵ - نقض مصري، قرار صادر في 1981.12.17، س 32 رقم 201، ص 1127، مشار إليه في: حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 141.

ويحقق مبدأ شفوية إجراءات المحاكمة رقابة فعالة على جدية الأدلة التي تحصلت خلال مراحل الدعوى السابقة للمحاكمة، فهي تعرض في هذه المرحلة مما يحقق رقابة جديدة على التقدير الذي كانت سلطة التحقيق قد انتهت عنده، فلا يكون هناك وسيط بين القاضي والدليل، فهو يعاينه بنفسه ليزن قيمته¹.

ومن ثمة فعلى القاضي أن يطرح للمناقشة الحرة عناصر الإثبات المستمدة من التحقيق الابتدائي، وحتى محاضر الشرطة إن كان لها محل، وهكذا بالنسبة لتقارير الخبراء وأقوال الشهود، ومن جانب آخر لا يحق للقاضي أن يؤسس اقتناعه على وسائل إثبات باطلة على نحو ما ذكرنا سابقا، بل يجب أن تستبعد وأن لا تكون محلا للمناقشة أثناء الجلسة.

إن طرح الدليل للمناقشة يعتبر مطلباً أساسياً كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 212 فقرة 02 ق.إ.ج، كما ألزمت المادة 160 من نفس القانون، وجوب سحب الأوراق التي أبطلت مع حظر الرجوع إليها لاستنباط عناصر أو اتهامات تحت طائلة الجزاء التأديبي للقضاة والمحامين.

ومن مقتضيات ضابط طرح الدليل بالجلسة للمناقشة أن تطرح أدلة الدعوى جميعها في جلسة المحاكمة وتطرح للمناقشات الشفهية، فالشاهد يدلي بشهادته، والمتهم يذكر اعترافه، ويُقرأ تقرير الخبير، وكذا مضمون الأدلة الكتابية، وكل ذلك يطرح للمناقشة الشفهية². ومن ثمة يبطل الحكم إذا بُني على دليل لم يطرح للمناقشة، ولم تتح للخصوم فرصة إبداء الرأي فيه، ومن باب أولى إذا لم يعلموا به أصلاً.

فلا يجوز مثلاً أن تقضي المحكمة بناءً على أوراق ضُمت بعد انتهاء المرافعة، أو بناءً على معاينة أجرتها بغير إخطار الخصوم وإطلاعهم عليها³، ويكون الحكم معيباً لإخلاله بحق الدفاع، إذا ما استند الحكم على أوراق قُدمت في غياب المتهم أو محاميه، كأن يكون ذلك في غرفة المداولة أو بعد انتهاء المرافعة ولم يطلع عليها الخصوم. ذلك أن حرية القاضي في تكوين عقيدته يجب أن لا تتعارض مع حق المتهم في الدفاع، لذلك وجب أن يكون استناد القاضي على إجراء استمده من إجراء بوشرفي حضور المتهم أو اطلع عليه⁴.

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 880.

² - المرجع نفسه، ص 838.

³ - رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجزائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 652.

⁴ - حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 138.

فالعادلة تقتضي أن يصدر القاضي حكمه بعد مناقشة الخصوم لأدلة الدعوى، إعمالاً لقاعدة شفعية المرافعة، فطرح الدليل للمناقشة يتيح للقاضي الجزائي استخلاص حصيلة المناقشات التي تدور أمامه بجلسة المحاكمة، ويقيّم من خلالها جدية الدليل المطروح أمامه، ومدى صدقه ودلالته على الحقيقة مما يسهل عليه مهمته في التقدير.

ويتربط على مبدأ طرح الدليل للمناقشة قاعدة هامة وهي عدم جواز أن يبني القاضي الجزائي إقتناعه على معلوماته الشخصية في الدعوى أو على ما رآه بنفسه وحققه في غير مجلس القضاء وبدون حضور الخصوم¹، لأنها تعد معلومات لم تعرض في الجلسة، ولم تطرح للمناقشة من طرف الخصوم، وهو ما يتعارض مع مبدأ الشفعية والمواجهة الذي يسود مرحلة المحاكمة.

فإذا توافرت لدى القاضي معلومات خاصة في الدعوى، وجب عليه التنحي عن نظرها وإبداء أقواله كشاهد فحسب، حتى يتمكن الخصوم من مناقشتها بحرية، ويتعدى هو عن الدعوى خشية تأثيره بمعلوماته الشخصية، ولولم يكن لهذه المعلومات صدق ظاهر في أسباب حكمه².

فلا يجوز للقاضي أن يكتسب صفتي الشاهد والقاضي في نفس الوقت، ذلك أن الشهادة تحتاج إلى التمهيص والتقدير حتى يمكن التحقق من صدقها، فإذا كان مصدر الشهادة هو القاضي نفسه، فإنه سيقع في صراع مع نفسه، فيتعذر عليه القيام بعملية تمحيص وتقدير تلك الشهادة، بل إن ذلك سيثقل هذا التقدير³.

فضلاً عن أن القانون يشترط لتحصيل هذا الدليل (الشهادة) أن يكون لها أصل في الأوراق في حين أن المعلومات التي يحوزها القاضي خارج نطاق الدعوى ليس لها أصل في الأوراق، ولا يمكن للخصوم مناقشتها، وإلا سينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصماً وحكماً وهذا لا يجوز⁴.

ولا يعدّ علماً خاصاً للقاضي المعلومات العامة التي يفترض في كل شخص أن يكون ملماً بها، ومن ثمة لا يلتزم القاضي بتبيان الدليل عليها⁵، فالقانون لم يشترط ندب خبراء لكشف أمور واضحة يدركها القاضي وغير القاضي⁶. ومن المعلومات العامة المعروفة لدى كافة والتي يفترض علم أي شخص بها الوقائع المشهودة أو ما جرى عليه العرف أو الحقائق العلمية الثابتة التي ليست محل خلاف علمي لأن

¹ - رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجزائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 651-652.

² - المرجع نفسه، ص 652.

³ - هلاي عبد اللاه أحمد، مرجع سابق، ص 259.

⁴ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 259.

⁵ - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 37.

⁶ - رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري، مرجع سابق، ص 652.

التصدي لأمر علمية تكون محل خلاف علمي والفصل فيها برأي يؤدي إلى بحث ومناقشة موضوع في، وهذا لا بد أن يُترك لخبراء فنيين متخصصين¹.

وكذلك الشأن بالنسبة للمعلومات العامة المستقاة من خبرة القاضي بالشؤون العامة المفترض إلمام الكافة بها، فهي أيضا لا تعد من قبيل المعلومات الشخصية التي يُحظر على القاضي أن يبني حكمه عليها²، كتقرير سطوع القمر في ليلة الثامن من الشهر القمري وغيره، فليس هناك خلاف بين الفقه والقضاء على جواز تأسيس الإقتناع عليه، لعدم تناقضه مع تطلبه وضعية الدليل³.

لكن، يجب أن لا تتعارض هذه القاعدة مع الدور الإيجابي للقاضي في البحث عن الحقيقة أو مع حرّيته في الإستعانة بكافة وسائل الإثبات، طالما أنه يطرح الأدلة المتحصل عليها للمناقشة بين أطراف الدعوى، فالحظر يقع على المعلومات التي يستقيها القاضي بصفته الشخصية، وليس بصفته القضائية، مما يعني أنه للقاضي أن ينتقل إلى مسرح الجريمة ويجري الكشف الحسي، ويجمع المعلومات انطلاقا من صفته كقاضي، فهو لا يُحرم من بناء قناعته على هذه المعلومات، وذلك لأنها لا تتمتع بالصبغة الشخصية⁴.

ويجب أن نشير أيضا إلى أنه ترد على قاعدة عدم جواز أن يحكم القاضي بعلمه الشخصي استثناء يتعلق بالجرائم التي ترتكب أثناء الجلسة (جرائم الجلسات) بحيث نصت المادة 569 ق.إ.ج "إذا ارتكبت جنحة أو مخالفة في جلسة المحكمة التي تنظر في قضايا الجنح والمخالفات أمر الرئيس بتحرير محضر عليها، وقضى فيها في الحال..".

وقد حرصت التطبيقات القضائية على تكريس قاعدة طرح الدليل للمناقشة، فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرارا لها: "أن اعتماد قضاة الموضوع على مراسلة من صندوق الضمان الإجتماعي لرفض طلبات الضحية دون أن تطرح هذه المراسلة لمناقشتها وجاها من طرف الخصوم مخالف للقانون ويؤدي إلى النقض"⁵. كما اعتبرت في قرار آخر "أن الإعتماد على وثيقة قدمت للمحكمة خلال الفترة ما بين انتهاء جلسة المرافعة والنطق بالحكم دون أن تخضع لمناقشة الأطراف، يشكل خرقا

¹ - أنظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 794. محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 60.

² - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 261.

³ - محمد عيد الشافي اسماعيل، مرجع سابق، ص 102.

⁴ - الياس أبو عيد، مرجع سابق، ص 406-407.

⁵ - Cass.Ch.Crim, 20 mai 1992-n°91-84.297.

- مشار إليه في: نجيب جمال، إثبات الجريمة على ضوء الإجهاد القضائي، مرجع سابق، ص 109.

للمبدأ الأساسي المذكور في المادة 427 من قانون الإجراءات الجزائية¹. كما أبطلت حكما صدر عن محكمة الجناح استند على عناصر من الإثبات دخلت في إطار تحقيق تكميلي أمر به القاضي، ولكنها (أي عناصر الإثبات) لم تكن موضوع مناقشة حضورية بين الأطراف المعنية، فأكدت محكمة النقض الفرنسية أن وسائل الإثبات التي يستند عليها الحكم يجب أن تشكل كلها موضوع مناقشة حضورية أثناء المرافعات².

كما عبرت محكمة النقض المصرية في عدة قرارات لها عن حرصها على توفر هذا المبدأ في الأحكام القضائية فقد جاء قرار لها: "يجب على المحكمة أن ألا تبني حكمها إلا على أسس صحيحة من أوراق الدعوى وعناصرها، وأن يكون دليلها فيما انتهت إليه قائما على تلك الأوراق، وإذا أقام الحكم المطعون به قضاءه على ما لا أصل له في التحقيقات فإنه يكون باطلا"³.

وقد درجت المحكمة العليا عندنا على نقض القرارات القضائية بسبب مخالفتها لقاعدة "المناقشة الحضورية"، فقضت في قرار لها: "من المقرر قانونا أنه لا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات، والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه. لذلك يتعين على قضاة الإستئناف أن يبينوا في قراراتهم أدلة الإثبات التي أدت إلى اقتناعهم، وأن هذه الأخيرة قد وقعت مناقشتها حضوريا وإلا ترتب على ذلك النقض"⁴. كما قضت في قرار آخر: "يعد خرقا لمبدأ وجوب مناقشة الأدلة أمام الجهة القضائية الوارد في المادة 212 ق.إ.ج، اعتماد قضاة الإستئناف في إدانة المتهم، على محضر قضائي غير مناقش أمامها"⁵.

الفرع الثاني

شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية الحديثة

يطرح التقدم التكنولوجي تحديات كبيرة، ويثير تساؤلات مهمة في نطاق القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي، فمن ناحية القانون الجزائي الموضوعي يبقى التساؤل دوما حول قابلية نص

¹ - Cass.Ch.Crim, 22juin 1977 — n° 76-93.533.

- مشار إليه في: المرجع نفسه، ص 110.

² - Cass.Ch.Crim, 15 décembre 1970 Bull n° 338.

- مشار إليه في: محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 329.

³ - نقض 1972/01/13 من 23، القاعدة 2234، مشار إليه في: فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 249.

⁴ - المحكمة العليا، قرار صادر في 1982/05/27، ملف رقم 25286، مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الإجهاد القضائي في المواد الجنائية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 16.

⁵ - المحكمة العليا، قرار صادر في 2005/06/29، ملف رقم 301387، المجلة القضائية، ع 01، ص 2006، ص 583.

التجريم للتطبيق دون إخلال بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات على فعل استخدم الجاني في ارتكابه وسيلة تقنية لم تكن معروفة حينما شرع هذا النص وأصبح نافذاً.

أما من ناحية القانون الجزائي الإجرائي يثور التساؤل حول إمكانية الركون دوماً إلى مبدأ حرية الإثبات لقبول أي دليل يستند إلى إكتشاف علمي أو تقني مستحدث¹.

بعد ظهور مبدأ الشرعية الذي أرسى مبادئ احترام الحقوق والحريات الفردية أصبح الحصول على الدليل بوسائل غير مشروعة أمراً ترفضه كافة التشريعات، واعتبر أهم أساس لاعتبار وسائل الإثبات مشروعة أو غير مشروعة في إكتشاف الجرائم هو مدى مساهمها بحقوق وحريات الإنسان، إذ يجب أن يكون استخدامها بالقدر الذي يخدم الوصول إلى الحقيقة بدون مساس بالحقوق والحريات الفردية، أما القول بعكس ذلك فإنه يؤدي إلى عدم مشروعية الدليل المستمد منها وبالتالي بطلانه، لذلك يجب أن تكون الإستفادة من الوسائل العلمية بشكل يكفل التوازن بين مصلحة الفرد بتمكينه من القدرة على تقديم دليل براءته، ومصلحة المجتمع بالمحافظة على أمنه واستقراره.

وهكذا تطرح مسألة استعمال الطرق العلمية لاستنباط الأدلة الجنائية مشكلة قانونية، فإذا كان استخدام الوسائل العلمية على أشياء عُثر عليها بمسرح الجريمة أو في حوزة المتهم (سلاح، هاتف، ملابس، بقع دم، بقايا شعر،...) لا تطرح إشكالا، فإنه في بعض الحالات يستوجب الأمر أخذ عينات من جسم المتهم، مما يؤدي إلى المساس بحرمة جسده². كما طرحت مشكلة انتزاع إقرارات من المتهم باستخدام وسائل علمية كالعقاقير المخدرة والمنومة، وجهاز كشف الكذب، والتنويم المغناطيسي وغيرها من الوسائل مشكلة في الإثبات الجنائي.

ولا نريد من خلال ذلك دراسة وسائل الإثبات العلمية لذاتها، فقد تناولت هذه المسألة العديد من الدراسات والأبحاث، وإنما نرمي إلى تناول وسائل الإثبات العلمية من حيث مساهمها بحقوق الإنسان كالحق في الحياة، والحق في الحياة الخاصة، حرمة الجسد... إلخ، وكذا الحدود التي يجب على وسائل البحث عن الدليل الوقوف عندها، لكي لا تغدو سببا يبيح إهدار الحقوق الأساسية للفرد تحت ذريعة كشف الحقيقة.

¹-Coralie AMBROISE-CASTEROT, op.cit, p. 261.

²- Yves SCHULIAR, op. cit, p 7: « ... La criminalistique prend une place de plus en plus grande dans l'enquête judiciaire. Plusieurs raisons à cela, tout d'abord la place de plus en plus restreinte de l'aveu en matière de preuve et la fragilité des témoignages, la progression des principes du contradictoire, l'évolution des sciences qui offre des moyens toujours plus importants et précis aux enquêteurs »

في الواقع أن هذه الوسائل العلمية ليست الوحيدة التي بإمكانها المساس بحقوق الإنسان، فتفتيش المساكن والأماكن الخاصة يمس بالحق في الخصوصية وبحرمة السكن، كما أن القبض و التوقيف يعلق استعمال الحق في التنقل... الخ، لكن تبرير المساس بحقوق الإنسان يتخذ بعدا خاصا حينما يتعلق الأمر بالوسائل العلمية المستحدثة، ويرجع سبب ذلك إلى أن الوصول إلى حكم يلامس الحقيقة يتحقق باستعمال هذه الوسائل العلمية التي بإمكانها أن تحقق حماية أفضل لحق المجتمع في مكافحة الجريمة¹.

ومع صمت المشرع، فإن التطبيقات القضائية تلقت وسائل جديدة يمكن استخدامها في إظهار الحقيقة، ونظرا لحدوثها فإنها لا تزال محل دراسة واهتمام من طرف فقهاء القانون الجنائي، والإشكال الذي يطرح بهذا الخصوص: ما مدى مشروعية هذه التقنيات أو الوسائل العلمية، وهل تصلح النتائج أو الأدلة المستخلصة منها للإثبات الجنائي؟ وإلى أي مدى تجيز حرية الإثبات اللجوء إلى الوسائل العلمية، حتى حينما يترتب على استخدامها اعتداء على حقوق الإنسان؟

للإجابة على هذه التساؤلات، سنتناول الوسائل العلمية غير المشروعة، ثم الوسائل العلمية المشروعة، وفقا لما تم رصده من آراء الفقهاء واجتهادات القضاء حول المسألة.

أولا- الوسائل العلمية غير المشروعة:

يكاد يجمع الفقه والقضاء على رفض الأدلة المستمدة من هذه الوسائل، ويستندون في ذلك على أسباب عديدة تتمحور إما حول النتائج المترتبة على استخدام بعضها والتشكيك في دلالتها، وإما أن استخدامها فيه هدر وانتقاص من كرامة الإنسان وحقوقه المصانة أو في الغالب لاجتماع السببين معا، ومن هذه الوسائل نذكر:

أ-التنويم المغناطيسي Hypnotism: هو وسيلة تؤدي الى حجب الذات الشعورية للشخص النائم مع بقاء ذاته اللاشعورية تحت ذات المنوم المغناطيسي، وقد أثبتت التجارب أن التنويم الإيحائي أقرب الى اليقظة منه الى النوم الطبيعي²، وهو على ثلاث درجات: درجة يسيرة تتميز بالإسترخاء والشعور بالراحة والسلبية والفقدان الجزئي للشعور، ودرجة متوسطة تتمثل في نوم عميق مصحوب بتصلب الجهاز العضلي، ودرجة عميقة بحيث يمكن للنائم أن يفتح عينيه ويمشي في ارتباط إيحائي مع المنوم³.

¹ - معتصم خميس مشعشع، مرجع سابق، ص 60.

² - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 684.

³ - أكرم نشأت إبراهيم، علم النفس الجنائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 61.

ويجمع الفقه والقضاء على عدم مشروعية هذه الوسيلة في الإثبات¹، فهم يشترطون أن يتم الحصول على الدليل الجنائي بطريقة مشروعة، ويعتبرون هذه الوسيلة ضرباً من ضروب الإكراه المادي، فكما تقدم فإن التنويم يخضع النائم لإرادة المنوم، وبذلك يكون النائم مكرهاً مادياً على ما يصدر منه من أقوال، كما يُعَدُّ التنويم المغناطيسي إرادة المستجوب، ولا يحول دون ذلك رضاه، لأن العبرة بما تكون عليه إرادته أثناء التنويم²، فما يصدر عن الشخص خلال فترة تنويمه كما يصدر عن صغير أو مجنون، ومن ثمة فلا يعتد به أي بما يقوله لفقدان الإرادة في هذه الحالة³.

ويرى الأستاذ سامي صادق الملا أنه من الممكن الاستفادة من التنويم المغناطيسي متى تم ذلك بموافقة المتهم قبل اتخاذ هذا الاجراء، ويشترط أن يتم تأييد المعلومات التي يدلي بها المتهم أثناء نومه بدليل مادي⁴.

لكن هذا الرأي منتقد أيضاً، فرضا الشخص ولو كان يعلم بوجود حق في رفض الإجراء وتنبيهه إلى ذلك، فهذا الرضا لا يعتد به، ذلك أن في ذلك الإجراء اعتداء على جسده، والرضا ليس سبباً لإباحة الأفعال التي تقع مساساً بالجسم، كما أن هذا الرضا يعدم ضمانته دستورية ليست مقررته لمصلحته فقط بل مقررته لمصلحة المجتمع أيضاً، فلا يمكن إذن أن يصدر رضاء يخالف تلك الضمانة⁵.

ب- استعمال العقاقير المخدرة (التحليل التخديري) les narcotiques: تستخدم هذه الوسيلة عن طريق منح شخص العقاقير المخدرة أو الحقن بطريقة طبية من شأنها أن تخدّره بالقدر الذي لا يفقد معه الوعي، ولكن تجعله في نفس الوقت لا يستطيع أن يتحكم في إرادته، ولذلك يظل الجانب الإدراكي والذاكرة سليمة أثناء فترة التخدير، في حين يفقد القدرة على الاختيار والتحكم الإرادي، مما يؤدي إلى وجود رغبة المصارحة والتعبير عن المشاعر الداخلية نتيجة الإيحاء، ومن ثمة يمكن الكشف عن الدوافع والرغبات المكبوتة، وبهذه الطريقة يستطيع المحقق أن يوجه إلى الشخص ما يشاء من الأسئلة و يجب عنها، وبذلك يمكن التوصل إلى أدلة جديدة أو تعزيز الأدلة القائمة، غير أن أهم ما يحدثه

¹ - لجأ أحد قضاة التحقيق في فرنسا إلى استخدام هذه الوسيلة (التنويم المغناطيسي) في إجراءات التحقيق، فصدرت ضده عقوبات تأديبية، زيادة على بطلان في الاجراءات، وتعرف هذه القضية في فرنسا ب: Les lettres anonymes de tulle. أنظر تفصيل ذلك في:

- Mohamed- Henri LAKHOVA , La loyauté dans la recherche de la preuve en matière pénale, Thèse de doctorat en droit , Paris 2, 1973, pp 97-98.

² - عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، 1982، ص 147.

³ - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 153.

⁴ - سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 176.

⁵ - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 154.

التخدير من تأثير هو أن الشخص يدلي بمعلومات تفصيلية عما يختزنه في عقله من أمور لا يمكن البوح بها في حالة الوعي¹.

ويجمع الفقه على عدم مشروعية إعطاء المواد المخدرة في التحقيقات الجنائية لاعتباره من قبيل الإكراه المادي، كما نصت بعض التشريعات على تجريمه، كقانون العقوبات الإيطالي (المادة 213)². غير أن القضاء الجنائي الفرنسي يفرّق بين ما يسمى بالمخدر التحليلي Narco-Analyse والمخدر التشخيصي Narco-Diagnostic، بحيث استبعد بصورة قطعية الأول لأنه يخرق حرية الضمير ويمس كرامة الشخص زيادة على الخطر الذي يلحقه بصحة وسلامة هذا الأخير، أما استعمال المخدر التشخيصي فأظهر تسامحا في استعماله لأن الغرض منه هو مراقبة صحة أقوال المتهم وصدق ادعاءاته³، إذ يجوز استعماله في مجال الخبرة الطبية الشرعية لإكتشاف حالات التظاهر بالمرض، وكذا في إطار الخبرة النفسانية بشرط رضا الشخص المعني مسبقا. في حين أن القانونين البلجيكي والألماني يعتبران أكثر صرامة في هذا المجال، حيث إن القضاء في هذين البلدين يستبعدان تماما اللجوء للمخدر التشخيصي⁴.

هذا، وينبغي أن نؤكد بأن لجنة حقوق الإنسان في توصيتها الصادرة في 1962.01.15 أكدت على عدم جواز استعمال العقاقير المخدرة أو أي وسيلة أخرى من شأنها أن تمس بحرية المتهم المستجوب في التصرف أو تؤثر في ذاكرته وتمييزه، كما رفض المؤتمر الدولي للطب الشرعي المنعقد في لوزان سنة 1954 السماح باستعمال أي عقار مخدر أثناء التحقيق مع المتهمين، لأن ذلك من شأنه التأثير على حرمة العقل الباطن وشل حريته في الدفاع⁵.

ونحن من جانبنا نرى أن استخدام التحليل التخديري سواء بالحقن أو بالعقاقير المخدرة هو ضرب من ضروب الإكراه المادي، وعليه فيُرفض الدليل المستمد من هذه الوسيلة، لأنه لا قيمة لدليل يخالف القواعد الدستورية، فهو يعامل المتهم كأنه محل تجربة، فضلا عن رفض الحقيقة التي تنافي الحرية الشخصية، ولو كانت الوسيلة قد استخدمت بناءً على رضا المتهم، إذ يكون رضاؤه قد ورد على عمل غير مشروع فلا يعتد به. ولا تأثير للقبول عندما يتعلق الأمر بالتنازل عن حقوق أساسية⁶.

¹ في تفصيل ذلك أنظر: سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 178. إبراهيم إبراهيم الغماز، مرجع سابق، ص 258.

² كوثر أحمد خالد، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، العراق، 2007، ص 119.

³ محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ص 440-441.

⁴ المرجع نفسه، ص 441.

⁵ سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 180.

⁶ Coralie AMBROISE-CASTEROT, op.cit, p. 263.

يضاف إلى ذلك، أنه ليس دقيقا الاعتقاد بأن كل ما يمكن أن يدلي به شخص وهو تحت تأثير التخدير أو فاقد السيطرة على تصرفاته يطابق الحقيقة، فاحتمال عدم تطابق ما يدلي به الشخص الذي يكون في مثل هذه الحالات مع الحقيقة يبقى واردا¹.

ج- جهاز كشف الكذب Polygraphe: هو عبارة عن جهاز آلي يعمل بالكهرباء، وفكرته ترصد الحركات الفيزيولوجية التي تحدث للشخص محل الاعتبار حينما يكذب²، فهو مثله مثل المخدر التشخيصي يستعمل للرقابة العلمية على صدق ما يصرح به الشخص³، خاصة في المسائل التي لا توجد فيها أدلة مادية⁴.

حيث يقيس هذا الجهاز الآلي بعض الإشارات الجسمية والعضوية للشخص عن طريق الضغط الداخلي للشخص، وذلك عند إجابته عن الأسئلة التي تقدم من الشخص الفني الذي يشغل الجهاز، إذ به شاشة تظهر عليها رسوم وخطوط متعددة لبيان التغيرات في ضغط الدم والنبض والتنفس ونشاط الغدد وحركة العضلات، وتستخدم هذه التغيرات لبيان حالة المتهم في تعبيره عن الصدق بشأن الإجابات عن الأسئلة التي توجه إليه⁵.

وإذا كان استعمال هذا الجهاز لا يترتب عليه فقدان الوعي والإدراك إذ يظل الفرد بكامل قواه العقلية، وبالتالي له أن يدلي بما شاء من أقوال أو يخفي ما يريد أو يلتزم الصمت وفقا لمحض إرادته⁶، إلا أن الإتجاه الراجح في الفقه يرفض أي قيمة قانونية للنتائج التي تسفر عنها، فقد دلت التجارب على أن هذه الوسيلة تحوم حول نتائجها بعض الشكوك⁷.

فضلا عن عدم دستورية هذه الوسيلة ومساسها بحقوق الإنسان وهدرها لضمانات المتهم، وبالتالي فالقاضي الجزائي يرفض الأدلة المستخلصة عن طريق هذه الوسيلة حتى ولو وافق المتهم عليها، لأنه لا يجوز التنازل عن الضمانات الدستورية، فهذه الضمانات - كما ذكرنا سابقا - لا تخص الفرد وحده بل تخص المجتمع بأسره.

¹ - Michèl- Laure RASSAT, Droit Pénal général, 3^{eme} édition, Ellipses Marketing, Paris, 2014, p.328.

² - محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 90.

³ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 442.

⁴ - Bertrand RENARD. L'usage du polygraphe en procédure pénale ; analyse procédurale, Institut National de Criminalistique et de Criminologie Belge, 2000, p 62. Disponible sur le site: https://nicc.fgov.be/upload/publicaties/rapport_7.pdf consulté le: 18/06/2018

⁵ - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 147.

⁶ - حسن علي حسن السميتي، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983، ص 284.

⁷ - عمر فاروق الحسيني، مرجع سابق، ص 149.

وهكذا فإن القضاء الفرنسي استبعد تماما اللجوء إلى هذا الجهاز مؤكدا بأن هذا الأخير لا يضمن بطريقة مؤكدة الوصول إلى الحقيقة، وأن نتائجه محل شك لدى المحققين، فالتغيرات الفيزيولوجية المسجلة على المتهم قد تكون مصدرها انفعال هذا الأخير واضطرابه أمام أجهزة البوليس، وليس الشعور بالذنب و الندم الناجم عن ارتكاب الجريمة، فضلا عن استناد القضاء الفرنسي في استبعاد هذه الطريقة على حق المتهم في التزام الصمت Droit au silence إذا رأى ذلك دفاعا عن مصلحته، وأن إخراج المتهم عن صمته عن طريق هذا الجهاز فيه مساس بحقوق الدفاع المعترف بها قانوناً¹. وعليه، فيمنع استعمال أي دليل تم التوصل إليه بالإعتداء على شرف وإنسانية المتهم كحقه في الصمت².

وصفوة القول أن القاضي الجزائي له السلطة المطلقة والكاملة في الحالات المذكورة في رفض الدليل الجنائي المستمد من هذه الوسائل، ولا يعد ذلك انتهاكا لمبدأ الإقتناع القضائي، لأن المبدأ بقدر حرصه على كشف الحقيقة، يحرص أيضا على صيانة حقوق الأفراد، والمحافظة على حرياتهم من خلال احترام الحقوق القانونية والدستورية التي كفلها القانون والدستور، بل إن القاضي عليه التزام التحقق من مشروعية كل دليل يطرح أمامه، ولولم يستمد من إحدى هذه الوسائل.

ثانيا - الوسائل العلمية المشروعة:

رغم مساس هذه الوسائل ببعض الحقوق والحريات المقررة قانونا للشخص إلا أن مقتضيات العدالة والمنفعة العامة المتوخاة في كشف الجريمة التي تتشعب أحيانا وتتخذ أبعادا خطيرة يصعب كشفها، جعلت من الفقه والقضاء يجنح نحو إباحة هذه الوسائل، وسنتناول أهم هذه الوسائل مثلا لا حصرا:

أ-غسيل المعدة: يعتبر استخراج متحصلات المعدة وتحليلها، أو ما يعرف بغسيل المعدة من الوسائل العلمية التي تستخدم للكشف عن جسم الجريمة، خاصة في جرائم المخدرات، لأنه عادة ما يعتمد الجناة إلى ابتلاع المخدرات التي يحوزونها، ولا يمكن استرجاع هذه المخدرات إلا عن طريق توقيف هذا الشخص وندب طبيب لاستخراج هذه المتحصلات بالوسائل الطبية وتحليلها³، عن طريق إدخال أنبوب في الفم قصد ضخ محتويات المعدة للخارج، مع ما يلحق هذا الفعل من إزعاج وتقيؤ وآلام كبيرة⁴.

¹ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 442-443.

² - Marie-Aude BEERNAERT, op.cit. , pp.83-90.

³ - توفيق محمد الشاوي، حرمة الحياة الخاصة ونظرية التفتيش، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 52.

⁴ - بطيحي نسيم، أثر الإثبات الجنائي بالوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 22.

انقسم الفقه حول غسيل المعدة، فمنهم¹ من رأى بأنه إجراء يتنافى مع الكرامة الإنسانية التي حرص الدستور والقوانين الإجرائية على تقريرها، في حين يرى البعض الآخر² بمشروعية هذا الإجراء. لكن هذا الإتجاه الأخير انقسم بدوره حول الأساس القانوني لإباحة هذه الوسيلة إلى رأيين، إذ يرى البعض منهم أن أخذ عينة من معدة المشتبه به هو إجراء يندرج ضمن إجراءات التفتيش، ويستند البعض الآخر في إجازة هذه الوسيلة على اعتبارها تدخل ضمن أعمال الخبرة التي يسمح المشرع بها. وقد استقرت محكمة النقض المصرية على مشروعية غسيل المعدة باعتبارها تفتيشا، وتطبيقا لذلك قضت: "إذا كان من الثابت أن غسيل معدة الطاعن، والحصول على أثر المخدر لم يحصل إلا بعد أن شم الضابط المخدر يتصاعد من فم المتهم على إثر رؤيته يبتلع مادة لم يتبينها، وكان شم المخدر على هذه الصورة يعد تلبسا بجريمة الإحراز فإن غسيل المعدة بعد ذلك يكون إجراء صحيحا على أساس التلبس بالجريمة"³.

وفي التشريع الجزائري لا توجد أي إشارة إلى هذا الإجراء لكن قراءة نص المادة 68 من ق.إ.ج، تجعلنا نقول بأن المشرع أجاز اللجوء إلى هذه الوسيلة، كنوع من الإجراءات المفيدة لكشف الحقيقة. ويؤكد هذا الكلام الأستاذ بارش سليمان بقوله "إن تفتيش شخص لا يجيز القبض عليه إلا إذا رفض الإذعان لإجراء التفتيش، فإذا ندب قاضي التحقيق أحد ضباط الشرطة القضائية لإجراء التفتيش، وأبدى المأذون بتفتيشه مقاومة، جاز لضباط الشرطة القضائية استعمال القوة معه بالقدر الذي يمكن من أداء مهمة التفتيش، فمثلا إذا قام المتهم بابتلاع قرص مخدر حينما هم ضباط الشرطة القضائية بتفتيشه فإنه يباح له القبض عليه واصطحابه إلى المستشفى لإجراء عملية غسيل المعدة"⁴. وفي التطبيقات القضائية تؤكد أحكام المحاكم والمجالس القضائية في الجزائر شرعية هذه الوسيلة لاسترجاع المخدرات والمؤثرات العقلية التي تم ابتلاعها من قبل المشتبه فيهم على مرأى عناصر الضبطية القضائية، وتعتبر ذلك دليلا على حيازة هذه المواد الممنوعة، وتتم الإدانة على أساس هذا الدليل⁵، لكننا لم نعثر على قرارات للمحكمة العليا بخصوص هذه المسألة.

¹ - مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية معلقا عليها بالفقه وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 248. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 269.

² - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 457. محمود نجيب حسني، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 458. محمد حماد الهيتي، مرجع سابق، ص 339.

³ - نقض مصري، قرار في 1972/01/04، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 26، رقم 01، ص 11. مشار إليه في: حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 122.

⁴ - بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزائري، (د. ط)، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، 1986، ص 126.

⁵ - فمثلا قضت محكمة ذراع الميزان التابعة لمجلس قضاء تيزي وزو بالحبس على متهم بجنحة حيازة مخدرات بطريقة غير مشروعة بغرض البيع، بعد أن تم توقيفه متلبسا بابتلاع كمية معتبرة من المخدرات، ذلك بعد تحويله للمستشفى لإجراء غسيل المعدة واسترجاع هذه السموم.

ب- تحليل الدم والبول واللعاب: إذا كانت عملية التحليل البيولوجي للدم والبول وحتى لللعاب وسيلة من الوسائل العلمية في الإثبات التي تمسّ بالسلامة الجسمية للشخص، غير أنه هناك إجماع منعقد بين الفقهاء على جواز أخذ عينة من دم أو بول أو لعاب الجاني قصد إخضاعها للخبرة البيولوجية، لكنهم اختلفوا حول أساس إجازة هذا الإجراء، فمنهم من يرى أن أخذ عينة من دم المشتبه به يعتبر عملاً من أعمال التفتيش، وهو رأي الفقه الفرنسي. وذهب آخرون إلى القول أن هذا الإجراء يندرج ضمن أعمال الخبرة التي يجريها ذوو الاختصاص، ولا يجريها مأمورو الضبط القضائي¹.

ودون خوض في هذا النقاش الفقهي، فإن التشريعات المقارنة متفقة على جواز أخذ عينات من دم سائقي المركبات الذي يرتكبون حوادث سير، ويشتهبه في وقوعهم تحت تأثير مخدر أو حالة السكر، وهو نفس المسلك الذي انتهجه المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 08 من الأمر 03-09 المعدل والمتمم للقانون 14-01 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وأمنها وسلامتها على أنه: "في حالة وقوع حادث مرور جسماني يُجري ضباط وأعوان الشرطة القضائية على كل سائق أو مرافق للسائق المتدرب من المحتمل أن يكون في حالة سكر والمتسبب في الحادث، عملية الكشف عن تناول الكحول بطريقة زفر الهواء وعملية الكشف عن المخدرات عن طريق جهاز تحليل اللعاب، عندما تبين عملية الكشف احتمال وجود حالة سكر، أو الوقوع تحت تأثير المخدر أو المواد المهلوسة، أو عندما يعترض السائق أو مرافق المتدرب على نتائج هذه العمليات، أو يرفض إجراءها يقوم ضباط وأعوان الشرطة القضائية بإجراء عمليات الفحص الطبي والإستشفائي للوصول إلى إثبات ذلك". بل إن المشرع الجزائري جرّم فعل رفض الخضوع للفحوص الطبية والبيولوجية، حيث نصت المادة 75 من الأمر 03-09 على معاقبة كل سائق أو مرافق سائق متدرب يرفض الخضوع للفحوص الطبية والإستشفائية والبيولوجية، بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 50000 دج إلى 100000 دج .

وقد أكدت المحكمة العليا في قرار لها على: "ضرورة الخبرة لإثبات جريمة القيادة في حالة سكر ولوكان الجاني معترفاً، واشترطت إجراء التحليل الدموي لإثبات هذه الجريمة"³.

فبالرغم أن أخذ عينات من دم أو بول أو لعاب المشتبه فيه يتطلب التعرض لحرية الشخص والمساس بسلامته الجسدية المصونة دستورياً، إلا أن هذا الإجراء لا يترتب عليه أي ضرر، بالمقارنة

مشار لهذا الحكم في: بوشوليلي، الدليل العلمي أمام القضاء، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2010/2011، ص 45.

¹ محمد حماد الهيتي، مرجع سابق، ص 336.

² أمر 03-09 المؤرخ في 22 يوليو سنة 2009 يعدل ويتمم القانون 14-01 المؤرخ في 19 غشت سنة 2001 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، ج.ر، ع 45 المؤرخة في 29 يوليو 2009.

³ المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في 19.02.1981، نشرة القضاة، ع 4، ص 1989، ص 90.

بالمصلحة المراد تحقيقها، فالمعيار هنا موضوعي يقوم بموازنة حجم الضرر الفردي مع المنفعة العامة المتوخاة، وهو ما أضفى الشرعية على هذه الوسيلة في تحصيل الدليل.

ج- فحص البصمة الوراثية: أحدثت البصمة الوراثية¹، ثورة في الطب الشرعي والعلوم الجنائية بدقة النتائج التي يعطيها تحليل الحمض النووي ADN، مما جعلها تتمتع بخصائص تميزها عن باقي الأدلة العلمية الأخرى منها: عدم قابليتها للتشابه والتطابق بين الأفراد، وقوة الحمض النووي وعدم تأثره بالظروف المناخية وقدرة تحمله للتعفن². فضلا عن تنوع وتعدد مصادر البصمة الوراثية إذ يمكن عمل هذه البصمة من أي مخلفات: دم، لعاب، مني، شعر، أو حتى من الأنسجة مثل اللحم أو العظم، حيث يتم تحضير هذه العينات بإضافة مواد كيميائية خاصة لإظهارها وتقطيع الحمض النووي الموجود داخل الكروموزومات داخل نواة الخلية، ثم يتم تكبير المادة الوراثية والحمض النووي ملايين المرات بطريقة PCR، ثم يفرد على غشاء خاص وينقل على فيلم حساس لأشعة X، ويصور تحت جهاز الأشعة السينية حتى تظهر البصمة في صورة خطوط، وبعد ذلك يتم عمل البصمة الخاصة لكل مشتبه به، وتتم بعد ذلك عملية المقارنة³.

وطالما أن فحص البصمة الوراثية تشترط نزع خلايا وأنسجة من جسم الشخص المشتبه به لإخضاعها للخبرة، فإن ذلك من شأنه أن يمسّ السلامة الجسدية للشخص، كما من شأنه أن ينتهك الخصوصية الجينية للشخص، وهكذا فقد اختلفت آراء الفقهاء حول مدى مشروعية الدليل المستمد من فحص البصمة الوراثية.

ودون الخوض في الجدل الفقهي حول مسألة مشروعية الدليل المستمد من فحص البصمة الوراثية، إلا أن المتفق عليه لدى غالبية الفقه أن الحق في سلامة الجسد ليس حقا مطلقا، والكثير من التشريعات تقيده في قوانين الصحة⁴. أما عن انتهاك الخصوصية الجينية للأشخاص، فإن طريقة " أليك جيفريز" من شأنها ضمان عدم إعطاء أية معلومات عن الشخص الذي أخذ منه الحامض

¹ عرفت البصمة الوراثية حديثا عن طريق العالم الإنجليزي د. إليك جيفريز، عالم الوراثة بجامعة ليستر بلندن وذلك سنة 1984، حيث إكتشف هذا العالم أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات، وتعيد نفسها في تناوبات عشوائية، وأن هذه التناوبات مميزة لكل فرد ولا تتشابه بين شخصين ما عدا التوائم المتماثلة فقط، وأطلق على هذه التناوبات مصطلح البصمة الوراثية للإنسان. أنظر: بن لاغة عقيلة، مرجع سابق، ص 15.

² محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية، (د ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 62.

³ Steven A.KOEHLER, Pete MOORE, David OWEN, La police scientifique mène l'enquete: 50 crimes élucidés par la science, Edition Dunod, Paris, 2010, p 67.

⁴ خلفي عبد الرحمن، دور البصمة الوراثية في تطوير قواعد الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، المجلد 04، ع 02، 2011، ص 36.

النووي، بحيث لا تشير البصمة إلى أي شيء عن المتهم، ولا عن شخصه ولا عن طباعه واستعداداته الإجرامية أو الوراثية، ولا تحدد ما إذا كان الشخص رجلاً أم امرأة ولا عن مرضه¹.

وكغيرها من الوسائل العلمية السالفة الذكر، فقد اختلف الفقه أيضاً حول الأساس القانوني لهذا الإجراء فذهب جانب من الفقه إلى القول بأن تحليل البصمة الوراثية يعد عملاً من أعمال التفتيش، فالتفتيش يشمل الأعضاء الخارجية للشخص كما يشمل أعضائه الداخلية، ومن ثمة فإن الحصول على العينة البيولوجية من المتهم يدخل ضمن نطاق التفتيش. فيما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن تحاليل البصمة الوراثية تعد عملاً من أعمال الخبرة باعتبارها تعتمد على الرأي الفني للخبير².

ثم توالى الأبحاث العلمية المؤكدة على أحقية علم البصمات الوراثية وحثية تطبيقه كنظام علمي متميز في مجال التحقق من الشخصية، وبدأت الدول تتسابق إلى تطبيق هذا النظام وتطوير نظم حفظ البصمات، وتوالى بعد ذلك المؤتمرات الدولية للشرطة الجنائية التي تعرض معظمها لدليل البصمة ومدى حجته في المسائل الجنائية، وانتهت إلى أن هذا الدليل قاطع لا سبيل إلى الشك في صحته³.

ومهما كان الخلاف الفقهي حول قبول البصمة كدليل إثبات، فإن استخدام البصمة الوراثية في مجال الإثبات الجنائي لاقى تأييداً واضحاً من قبل التشريعات المقارنة، بل هناك من التشريعات من نص صراحة على استخدام هذه التقنية الحديثة، فالتشريع الفرنسي أجاز استخدامها بشرط أن تكون بموجب أمر قضائي، وأن تتم التحاليل في مخبر مختصة لمرتين متتاليتين. وبصدور القانون المتعلق باحترام الجسم البشري سنة 1994، تم إقرار عملية التعرف على الشخص بفضل البصمات

¹ - جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 75.

² - نافع تكليف مجيد دفار العماري، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، رسالة ماجستير، كلية القانون بجامعة بابل، العراق، 2009، ص 80 - 81.

³ - أشرف جمال قنديل، حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 377.

نشير إلى أنه وبرغم التقنيات الحديثة المستعملة في مجال استغلال البصمة الوراثية إلا أن ورود أخطاء في نتائجها غير مستبعد، فقد كشف عالم الوراثة " أريك لاندر" عن بعض المشاكل في أولى مراحل الإختبار بحيث أعلن عن وجود خطأ واحد من بين خمسين عينة، واتضح أن الخطأ ناتج عن خلط عينتين، وذكر أنه تحدث الأخطاء في المعامل بمعدلات تقدر نسبتها ما بين 1 إلى 05 بالمئة، وأن استخدام البصمة يتطلب معلومات وتقنيات في غاية الدقة، ولكي تكون نسبة الدقة الناتجة عن الخبرة العلمية في استغلال البصمة الوراثية مرتفعة وتصل إلى حدها الأقصى، لا بد أن تكون هذه العينات طازجة و نظيفة. وصادرة عن شخص واحد وأن لا تكون قد تعرضت لتأثيرات بيئية أو تحللت نتيجة عدم الإحتفاظ بها وفقاً للطرق العلمية الصحيحة أو تكون مزيجاً من عينات أفراد أخرى كما يحدث في حالة الإغتصاب المتعدد، ذلك أن كل هذه العوامل تؤثر حتماً على نتائج الخبرة من حيث دقتها.

-مقال بعنوان: قناعة القاضي بوسائل الإثبات، منشور بتاريخ 2013.07.29 على الموقع: <https://majlt.el-quanon.blogspot.com>

تاريخ الدخول إلى الموقع: 2019-07-23

الجينية¹. واعتبر المشرع الفرنسي البصمة الوراثية دليلا مستقلا وفق ما نصت عليه المادة 28-226 من قانون العقوبات التي حددت نطاق وشروط استخدام البصمة الوراثية².

أما في الجزائر فرغم انتشار استعمال تقنية فحص البصمة الوراثية في التحقيقات الابتدائية والقضائية في إثبات الكثير من الجرائم والتعرف على مرتكبها³، فالمشرع الجزائري لم يقن استخدام البصمة في مجال الإثبات الجنائي صراحة إلا من خلال القانون 16-03⁴، وبموجب هذا القانون يكون المشرع قد منح السند التشريعي لاستعمال هذه التقنية بوصفها وسيلة علمية حديثة من وسائل الإثبات، وحسم بذلك جدلا فقهيًا بين القانونيين حول مساس هذه الوسيلة بالحريات الشخصية للأفراد وقدااسة وحرمة الجسد البشري.

هذا القانون قرر قواعد استعمال هذه التقنية استنادا إلى مبادئ احترام حياة الأشخاص وحرمة حياتهم الخاصة للأشخاص، وحماية معطياتهم الشخصية، وذلك في إطار إيجاد توازن بين هذه المبادئ وضرورة حفظ الأمن والاستقرار وحماية المجتمع من الإجرام بمختلف أشكاله.

فحدد القانون الجهات المخول لها الأمر بأخذ عينات بيولوجية وإجراء تحاليل وراثية عليها والأشخاص والجرائم التي يجوز أخذ العينات منهم لتحليل البصمة الوراثية، وكذا الأشخاص المؤهلين لأخذ العينات، والمخابر والخبراء المعتمدين لإجراء التحاليل⁵، كما نص على إنشاء مصلحة مركزية للبصمات الوراثية لدى وزارة العدل يديرها قاضٍ وتساعدته خلية تقنية، تكلف بتشكيل وإدارة وحفظ

¹ - حناشي محمد وحيد، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، مقال منشور بنشرة المحامي، منظمة المحامين بسطيف، ع 08، جانفي 2009، ص 11.
² -Article 226-28 de CPPF: « Le fait de rechercher l'identification par ses empreintes génétiques d'une personne en dehors des cas prévus à l'article 16-11 du code civil ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure de vérification d'un acte de l'état civil entreprise par les autorités diplomatiques ou consulaires dans le cadre des dispositions de l'article L. 111-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est puni d'un an d'emprisonnement ou de 15 000 euros d'amende .

Est puni des mêmes peines le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 1131-3 du code de la santé publique et de l'autorisation prévue à l'article L. 1131-2-1 du même code » .

³ - قبل صدور القانون 16-03 المتعلق بالبصمة الوراثية لم ينص صراحة على استعمال تقنية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، إلا أنه وبموجب مبدأ الإثبات الحر الذي اعتنقه المشرع الجزائري فلم يكن هناك ما يمنع الإستعانة بهذه التقنية في إثبات الجرائم، بل أن المكنة التي منحها المشرع لقاضي التحقيق بموجب المادة 68 من ق ج ج في اتخاذ أي إجراء مفيد واتخاذ جميع الإجراءات التي يراها ضرورة للكشف عن الحقيقة، يُفهم منه ضمنا أن مشرعا أجاز استعمال هذه التقنية. فضلا عن أن قانون الصحة قنّ انتزاع الأنسجة والأعضاء البشرية من الأحياء لكنه قيد هذا الإجراء فنص على عدم جواز ذلك إذا كان في ذلك خطر على صحة الشخص مع اشتراط الموافقة الكتابية على ذلك وبحضور شاهدين، كما أجاز المشرع بعد تعديله لقانون الأسرة بموجب (الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005.02.27 المعدل والمتمم للقانون 11-84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005) للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ومنها استخدام البصمة الوراثية.

⁴ -قانون رقم 16-03 المؤرخ في 19 جوان 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج.ر، ع 37 المؤرخة في 22 جوان 2016.

⁵ - المواد من 04 إلى 08 من القانون 16-03 المؤرخ في 19 جوان 2016، مرجع سابق.

القاعدة الوطنية للبصمات الوراثية المتحصل عليها من تحليل العينات البيولوجية، ونظام وطريقة عملها¹. كما جرم امتناع الأشخاص المشار إليهم في هذا القانون عن الخضوع للتحليلات البيولوجية التي تسمح بالتعرف على بصمتهم الوراثية².

هذا ونشير إلى أنه توجد وسائل علمية أخرى يتم اللجوء إليها عن طريق الخلسة ومثالها أجهزة الرصد، وأجهزة قياس السرعة للسيارات، وأجهزة التصوير الضوئي، أجهزة التصنت التلفوني، وكذا مختلف أنواع أجهزة التسجيل بأنواعها البسيطة والمعقدة³، وهي أجهزة يستدعي الأمر أحيانا لمعرفة مصداقيتها وتحديد حجيتها اللجوء إلى الخبرة لإثباتها، ولذا فإن هذه الوسائل حتى تخضع لتقدير القاضي يجب أن تكون قد تمت بطريقة مشروعة، ثم أنها وحسب رأي محكمة النقض الفرنسية فإن النتائج المتوصل إليها عن طريق هذه الوسائل تعد دلائل فقط لا تكتسب حجية الدليل الكامل الذي يمكن على أساسه بناء اقتناع القاضي إلا إذا عززتها أدلة أخرى⁴.

المطلب الثاني

الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال الإثبات

إذا كان القاضي الجزائي حراً في أن يستمد عقيدته من أي دليل يطمئن إليه ضميره طالما تم تحصيله بطريقة مشروعة، وكان له أصل في الأوراق وطرح للمناقشة بين الخصوم - كما بينا من قبل - دون أن يفرض عليه المشرع أي حجية معينة، ودون أن يُلزمه باتباع وسائل محددة للكشف عن الحقيقة كقاعدة عامة، إلا أن هذا الاقتناع يتحدد بضرورة مراعاة توفر شروط وضمانات معينة استقر عليها الاجتهاد القضائي المقارن.

¹ - المواد من 09 إلى 15 من نفس القانون 16 - 03، مرجع سابق.

² - المادة 16 من القانون 16 - 03، مرجع سابق.

³ - للإشارة أن المشرع الجزائري أضفى حماية جزائية خاصة على الأفعال الماسة بحرمات الحياة الخاصة للأشخاص، فجرم أفعال التقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية و التقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه، وذلك بأية تقنية كانت (المادة 303 مكرر من ق.ع)، كما جرم استخدام هذه التسجيلات أو الصور أو الوثائق بأية وسيلة كانت، أو وضعها في متناول الجمهور أو الغير.. (المادة 303 مكرر 1 من ق.ع)، لكنه أورد استثناء على ذلك بأن أباح اختراق حرمة الحياة الخاصة للأشخاص باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، وذلك في إطار التحري والتحقيق عن بعض الجرائم الخطيرة، لكن بضوابط وشروط محددة، وتحت إشراف قضائي كامل (المواد 65 مكرر 5 إلى 65 مكرر 10 من ق.إ.ج).

⁴ - محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 123 - 124.

في الواقع شكلت مسألة تقدير الأدلة المستمدة من أجهزة التنصت والمراقبة، متى ما توفرت الشروط اللازمة لاستخدام هذه الأجهزة، نقاشاً فقهيًا، بين اتجاه يرى بأن إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الجريمة في حديث خاص مراقب ومسجل يعد اعترافاً غير قضائي، واتجاه آخر بأن الدليل المستمد من المراقبة لا يحظى بقوة حاسمة في الإثبات، بل أن الأمر يتعلق بمجرد دلائل أو قرائن لا يمكن أن يتأسس عليها اقتناع القاضي إلا إذا انضمت إلى غيرها من الأدلة أو القرائن. ومهما يكن من أمر فإنه - في رأينا - الأمر متروك في النهاية إلى حرية القاضي في الاقتناع، وهو وحده من يقدر قيمتها في الإثبات بقدر ما تحدته في نفسه من اقتناع.

لأكثر تفصيل حول هذه الآراء أنظر: ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 683 وما يليها.

فحرية القاضي الجزائي في الإقتناع لا تعني أن يؤسس اقتناعه على عواطفه وتخميناته وتصوراتهِ الشخصية، وإنما وجب أن يتحدد هذا الإقتناع بشروط وضوابط معينة تضمن حق المتهم من جهة، وتمنع تحكم هذا المبدأ من جهة ثانية، ولهذا أقرّ القضاء وجوب أن يكون الإقتناع يقينيا مبنيًا على الجزم واليقين (الفرع الأول) ووجوب أن تكون الأدلة منطقية ومتسادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

بناء الإقتناع على الجزم واليقين

إذا كانت النيابة وقضاء التحقيق يكفيا مجرد الشك والترجيح لإحالة المتهم للمحاكمة، فإن قضاء الحكم لا بد أن يصل إلى الجزم واليقين في الحكم الذي يصدره. فالأحكام الجزائية لا تبنى على الشك والإحتمال، وإنما على الجزم واليقين، فأى شك يساور عقيدة المحكمة في ثبوت التهمة يجب أن يفضي إلى الحكم بالبراءة.

فالأصل في الإنسان البراءة¹، وهذا يقين لا يزول إلا بيقين مثله، فالإدانة لا يمكن إقامتها بمجرد الشكوك والتخمينات بل لا بد من التثبت والتيقن الذي ينفي الأصل وهو براءة الإنسان، وعدم قدرة أدلة الإدانة على إحداث القطع واليقين يترتب عليه استمرار حالة البراءة، التي يكفي لتأكيد وجودها مجرد الشك في ثبوت التهمة².

وتقتضي دراسة هذا الضابط التعرف على ماهية اليقين القضائي المشكل لاقتناع القاضي، ثم التطرق للضمانات التي وضعها المشرع للوصول إلى يقين قضائي آمن من كل انحراف.

أولاً: ماهية اليقين القضائي

يقتضي البحث في هذا العنصر التعرف على اليقين القضائي المطلوب للحكم بالإدانة، من حيث تعريفه، طبيعته، وعناصره.

أ - تعريف اليقين القضائي: يُعرّف اليقين لغة بأنه العلم وزوال الشك فيقال يقنت الأمر وتيقنت واستيقنت وتيقنت³، وكل ذلك بمعنى واحد أي أنا على يقين منه، ويعرّف اصطلاحاً بأنه عبارة عن حالة ذهنية وعقلانية تؤكد وجود الحقيقة، ويتم الوصول إليها عن طريق ما تستنتجه وسائل الإدراك،

¹ - هذا المبدأ مكرس دستورياً بنص المادة 45 من الدستور الجزائري.

² - بلولبي مراد، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011، ص 118.

³ - المنجد في اللغة والاعلام، الطبعة الثانية والثلاثون، دار المشرق، بيروت، 2000، ص 926.

حيث تنشأ هذه الحالة منذ بدء الإجراءات الأولى لنظر الواقعة محل الإثبات، ونتيجة لتكامل عناصرها ومعطياتها التي تكمن في الأدلة باعتبارها السبب الأول والأساسي في حدوثها¹.

فإذا كانت الغاية من الدعوى العمومية هي الوصول إلى الحقيقة، فإنه لا يمكن كشف هذه الحقيقة إلا عن طريق الإقتناع اليقيني بصحة ما ينتهي إليه الحكم القاضي بالإدانة.

فالحقيقة لا يمكن توقُّرها إلا باليقين التام لا مجرد الظن والإحتمال، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته على سبيل اليقين، وأن أي شك لا بد أن يفسر لمصلحته². ولا يمكن أن تكون الحرية الممنوحة للقاضي الجزائي في الإقتناع سببا لإدانة الأبرياء أو تبرئة المدانين، بل هذه الحرية تعدّ طريقا يسلكه القاضي حتى يصل بحكمه إلى العدالة، ويقترب به إلى اليقين³.

ب- طبيعة اليقين المطلوب في الحكم القضائي: إن اليقين الذي يبني عليه حكم الإدانة ليس هو اليقين الشخصي للقاضي الجزائي، إنما هو اليقين القضائي الذي يمكن أن يصل إليه الكافة⁴، ويتفق مع العقل والمنطق، فاليقين الشخصي يتمثل في وجدان القاضي وما يطمئن و يرتاح إليه ضميره، أما اليقين القضائي فيستمد من الأدلة التي أقنعت القاضي والتي يمكن أن تفرض نفسها على الكافة⁵. وهو حالة ذهنية يتوفر فيها لدى القاضي في الأدلة الوضعية ما يكفي لإدعائه بالتسليم بثبوت الواقعة كما أثبتها في حكمه⁶.

فاليقين القضائي المطلوب في الأحكام القضائية لا يعني الإنطباع العابر البحت، أو شعور القاضي المرتجل⁷، ولكنه الإنطباع الذي يتولد لدى القاضي محدثا عنده إدعانا وتسليما بنشوء حق الدولة في معاقبة المتهم إدعانا وتسليما قائمين على أدلة من شأنها أن تصل إلى ما رتب عليها من نتائج وفق مقتضيات العقل والمنطق⁸.

فمن المؤكد أن اليقين الذي يجب أن يصل إليه القاضي هو اليقين النسبي القائم على الضمير رائده العقل والمنطق، أما اليقين المطلق فإنه فوق إمكانات البشر، وبما أن اليقين قائم على الضمير، وهذا الأخير متأثر بدوره بعدة عوامل مادية ومعنوية كالتجارب والخبرات السابقة والعادات والذكاء

¹ - هلاي عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص 445.

² - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 129.

³ - إيمان محمد علي الجابري، مرجع سابق، ص 140.

⁴ - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 498.

⁵ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 130.

⁶ - محمد زكي أبو عامر، بحث القيود القضائية على حرية القاضي الجنائي، مجلة الاقتصاد والقانون، السنة الواحدة والخمسون، ص 1980، ص 513.

⁷ - Ali RACHED, op.cit, p 139.

⁸ - مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 1002.

الشخصي والإستعداد الذهني في وقت معين بالإضافة إلى الأفكار المشبّع بها الفرد والوسط الذي يعيش فيه، كل هذه دوافع أو بواعث تؤثر على الضمير¹.

لذا فإن النتائج التي يمكن التوصل إليها تكون عرضة للتنوع والاختلاف في التقدير من قاضي لآخر، لأن الجزم واليقين المطلوب توفره في الإثبات الجنائي هو اليقين النسبي القائم على التدليل والتسبيب، أما اليقين المطلق فهو فوق طاقة البشر ولا يمكن إدراكه.

ج- عناصر اليقين المطلوب في الحكم القضائي: يقوم الإقتناع اليقيني على عنصرين أحدهما شخصي والآخر موضوعي:

1-العنصر الشخصي لليقين القضائي: يقصد بالعنصر الشخصي لليقين القضائي أن يكون يقين القاضي مبني على أدلة مستساغة عقلا، فإذا كان القاضي حرًا في تكوين اقتناعه وحرًا في إختيار الأدلة التي يطمئن إليها، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استنتاج القاضي لحقيقة الواقعة، وما كشف عنها من أدلة لا يخرج عن مقتضيات العقل والمنطق².

وتتكون العناصر الشخصية من مجموعة العوامل التي تؤثر في اقتناع القاضي الجزائي مثل الخبرة السابقة للقاضي، وقدراته العقلية والذهنية على استيعاب وتحليل الأدلة، واستنباط ما تحتويه من انطباعات قادرة على خلق حالة اليقين في الدعوى، وتؤثر على اقتناع القاضي محدثة تلك الحالة الذهنية التي تمثل اليقين لديه³.

فالذهن القضائي يخضع لعدة ظروف وعوامل مادية أو معنوية دون أن يدركها تماما، هذه الظروف والعوامل سيكون لها أثرها دون ريب عندما يحاول ذهن تحليل وتقييم الأدلة للوصول إلى حكمه⁴.

إن العنصر الشخصي لليقين القضائي هو الذي يفسّر لنا ما اضطرد عليه قضاء النقض على ذكره بمثل قوله: "متى بينت محكمة الموضوع واقعة الدعوى وأقامت قضاءها على عناصر سائغة اقتنع بها وجدانها، فلا تجوز مصادرتها في اعتقادها، ولا مجادلة في تقديرها أمام محكمة النقض"⁵.

¹ - حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 148.

² - مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 174.

³ - أحمد ضياء الدين محمد خليل، مرجع سابق، ص 287.

⁴ - Faustin HELIE, Pratique criminelle des cours et tribunaux, Librairies techniques. Paris, 1954, P 343.

⁵ - نقض مصري، قرار في 17.11.1975، طعن رقم 1199، مشار إليه في: رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 453.

وإذا كان العنصر الشخصي لليقين يعني تقدير الأدلة بحرية بحسب اقتناع القاضي الذاتي، فليس معنى ذلك أن يؤسس القاضي اقتناعه على عواطفه أو حدسه، وإنما هو اقتناع عقلي مصدره في العقل وليس في العاطفة باعتباره عملاً ذهنياً أو عقلياً¹.

ولذلك، فالقاضي غير مطالب إلا أن يبين العناصر التي استمد منها رأيه والأسانيد التي أقام عليها قضاءه، للتحقق مما إذا كان ما اعتمد عليه من شأنه أن يؤدي عقلاً إلى النتيجة التي خلص إليها.

وهذا اليقين الخاص هو القناعة القضائية التي تشكل جوهر السلطة التقديرية للقاضي في مجال تقديره للأدلة، وهو يقين علمي لأنه مبني على المنطق، ولهذا وجب أن يتسم بالدقة والإحاطة بالدليل، وبذلك يبتعد القاضي في تقييمه للدليل عن أن يكون يقينه نابعا من عاطفة أو انطباعٍ عابر.

2. **العنصر الموضوعي لليقين القضائي:** يقصد بالعنصر الموضوعي لليقين أن يستند القاضي الجزائي في حكمه على دليل يجب أن يكون أقوى مصدر ممكن للإثبات وتقرير الإدانة²، ومن هنا تأتي أهمية العنصر الموضوعي لليقين القضائي الذي يتمثل في حق الكافة أن يطمئنوا على سلامة الأحكام الجنائي وبأنها مبنية فعلاً على الجزم واليقين، حتى يُعطى الحكم حقه من الإحترام والثقة، ومن هنا أيضاً جاء التزام القاضي بتسبيب حكمه تسبيبا كافيا، حيث لا يكفي ذكر أسباب عامة كالقول بأن التهمة ثابتة قبل المتهم ومن ثمة وجب عقابه، ولكن يجب أن يكشف القاضي عن هذا الإقتناع الموضوعي، فيبين الأدلة التي تكوّن منها مضمون اقتناعه، وأن يبين أيضا الواقعة التي استقر عليها اقتناعه³.

فالأحكام الجنائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الحدس والتخمين، فلا يصلح سنداً للإدانة أن يذكر القاضي في حكمه أنه يرجح ارتكاب المتهم للجريمة، بل يتعين عليه أن يكشف يقينه بأن المتهم ارتكب جريمته ثم يدلل على أسباب هذا اليقين⁴.

ولا يعد التزام القاضي ببيان الأدلة ومضمونها الذي تكوّن منه اقتناعه الشخصي تدخلا في حريته في الإقتناع، فهو لا يسأل على تفضيله لدليل على دليل آخر أو طرحه لدليل وعدم الإقتناع به، ولكن يلتزم فقط ببيان الأدلة التي خضعت لتقديره واستقر عليها اقتناعه، فهو لا يسأل لماذا اقتنع؟ ولكن يُسأل بماذا اقتنع؟⁵.

¹ - محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 162.

² - عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 1254.

³ - علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحله المختلفة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1993، ص 149.

⁴ - عبد الحكيم فودة، البراءة وعدم العقاب في الدعوى الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 412.

⁵ - علي محمود علي حمودة، مرجع سابق، ص 149.

والجدير بالذكر أن اليقين يوصف أيضا بأنه معنوي أو قانوني بحسب الطريقة التي يتم الوصول إليه بها، فإذا كان من ضمير القاضي فإنه يكون معنويا بحيث يصدر معبرا عن قناعته الشخصية، أما إذا تلقاه عن إرادة المشرع الذي ينظمه في قواعد معدة مسبقا تحدد كل ما يتعلق بالعملية الإثباتية، وما تحدثه من آثار في ضمير القاضي فإنه يكون قانونيا¹.

في الأخير يجب أن لا ننكر ما أحدثته التقدم العلمي من تطور في مجال الإثبات، وذلك من خلال تقريبه للحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، فإذا كان القاضي في الماضي قد يعتمد على شهادة فرد فقط للحكم بالإدانة أو البراءة، فإن التكنولوجيا الحديثة قد مكّنت القضاء من أجهزة علمية موصلة إلى الحقيقة، وهي لا تتعارض في حد ذاتها مع مبدأ الإقتناع الحر للقاضي، فالإستعانة بالدليل العلمي يشكل توسعا في مجال الإستفادة من القرائن العلمية، والتي وجب وضعها تحت السلطة التقديرية للقاضي.

ثانيا - ضمانات اليقين:

تعد مرحلة المحاكمة مرحلة حاسمة بالنسبة للقاضي وأطراف الدعوى وبالأخص المتهم الذي ينتظر الحكم الصادر بالبراءة أو الإدانة، ولهذا وجب إحاطة هذه المرحلة بالضمانات الكافية التي توصل القاضي إلى قناعة آمنة من كل انحراف أو تعسف، وتعد قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم، وحياد القاضي وتسبب الأحكام، أهم هذه الضمانات.

أ- قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم: لعل أهم الضمانات لعدالة المحاكمة والتحقيقات الجنائية هي قرينة البراءة في المتهم حتى يثبت العكس، فقرينة البراءة لها وظيفتان، فهي تكرر كقاعدة في الإثبات، وتحمي كذلك حقوق الفرد عبر مراحل الخصومة الجزائية². وهذه القرينة الهامة تعدّ مبدأ أصوليا من مبادئ التشريع والقضاء بنفس المقدار³.

وينتج عن هذه القاعدة قاعدة أخرى مكرسة دستوريا في أغلب التشريعات وهي قاعدة أن الشك يفسر دوما لمصلحة المتهم، هذه القاعدة تعتبر من أكبر الضمانات للحرية الفردية فهي نتيجة مترتبة على مبدأ افتراض البراءة في المتهم، فإذا كانت هذه القاعدة تعني في القانون المدني أن الشك يفسر لمصلحة الطرف الضعيف أو المدين إلا أنها لا تحظى بنفس الأهمية التي تتمتع بها في القانون

¹ - Ali RACHED, op.cit, p 37.

² - Patrick FEROT, La présomption d'innocence, essai d'interprétation historique, Thèse de doctorat, Université Lille 2, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 15 décembre 2007, p 413.

³ - رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 728.

الجنائي، حيث إن القاضي يبني حكمه على الدليل الراجح، فهو يوازن بين أدلة الخصوم، ويحكم لصالح الطرف الذي رجّح دليله على دليل خصمه، أما في القانون الجنائي فإنه يفيد بأنه لا يبني حكمه إلا على الدليل الذي وصل إلى مرتبة الجزم واليقين، أما ما عدا ذلك فهو ملزم بالحكم بالبراءة¹. ولا تظهر أهمية وقيمة هذه القرينة بوضوح تام مثلما تظهر في مرحلة تكوين الرأي بثبوت التهمة أو عدم ثبوتها، لذلك فإن قاعدة يقينية الأدلة تتصل هي الأخرى بقرينة أصل البراءة، فلا يجوز التغيير في هذا الأصل إلا بما ينفيه على وجه أكيد. وعليه، فإن أي شك يفسر لمصلحة المتهم، عودا به إلى الأصل فيه ووجب الحكم بالبراءة².

فالإقتناع القضائي لا يمكن أن يبني على الشك، والطريق من الشك إلى الإقتناع اليقيني هو طريق بامتداد مراحل الدعوى الجنائية، بل وقبل الدعوى الجنائية أي منذ اللحظات الأولى للضبط ولجمع الإستدلالات³.

ففي مرحلة الإستدلال والتحقيق الابتدائي يفسر الشك ضد مصلحة المتهم، فاليقين المطلوب هو فقط بالقدر الذي يكفي بالإحالة إلى مرحلة المحاكمة أي ترجيح الإتهام، أما في مرحلة المحاكمة فلا يكفي فيها أقل من الإقتناع اليقيني، لأن الأحكام فيها تبني على الجزم واليقين لا على مجرد الشك والاحتمال.

والشك الذي يمكن أن يساور عقيدة المحكمة أثناء تقديرها لأدلة الدعوى قد يكون محله القانون أو الوقائع التي تؤسس عليها المسؤولية الجنائية، فإذا كان الشك متعلقا بمسألة من مسائل القانون فلا أثر له ولا تأثير له على المسؤولية الجنائية سواء كان هذا الشك متعلقا بالمتهم أو بالقاضي، فلا يقبل بالإعتذار بجهل القانون، ولا يقبل القول بوجود غموض أو شك أحاط بمضمون النص للقضاء بالبراءة، أما إذا تعلق الشك بمسألة واقع فهو الذي يجب تفسيره في مصلحة المتهم، ويستوي فيه أن يكون موضوعيا وذلك عندما يتأرجح الدليل بين معنيين متناقضين أو يكون شخصا مصدره عدم الإطمئنان بصدق الدليل⁴.

إن نطاق تفسير الشك لمصلحة المتهم هو نفس نطاق تكوين اليقين والجزم اللازمين للإدانة، فقد يلحق الشك في الدليل ذاته أو في قيمته أو في صحته، وقد يحيط بركن من أركان الجريمة أو عنصر من

¹ - محمود كبش، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المحاكمة والطعن في الأحكام، الجزء الأول، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2003، ص 55.

² - عاصم شكيب صعب، مرجع سابق، ص 257.

³ - عمر الفاروق الحسيني، مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالاجماع عن الإقتناع اليقيني للقاضي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 98.

⁴ - عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 33.

عناصرها أو في جماع الأدلة ومؤداها، حيث لا معيار يضبط ذلك إلا أن يكون الشك موضوعيا وليس عاطفيا أو شخصيا، ولا مبني على عدم الإحاطة بالدليل¹.

إن الحكم بالإدانة يستلزم اليقين لأنه إثبات على خلاف الأصل الذي لا يمكن إثبات عكسه إلا بمقتضى حالة من اليقين، أما الحكم بالبراءة فهو مجرد تأكيد لذلك الأصل الإثباتي الذي يتمتع به الفرد منذ ميلاده، لذلك فإنه يكفي لتقريره مجرد الشك في وقوع ذلك الأمر العارض المتمثل في الإدانة، مما يؤدي إلى إعادة تأكيد حالة البراءة الأصلية².

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية " ليس للقاضي أن يؤسس قضاءه بالإدانة على ترجيح التهمة وإلا كان معيبا يستوجب نقضه"³، وتطبيقا لأصل البراءة في المتهم، فإنه لا يجوز تغيير الأصل بالإدانة ما لم يثبت على نحو يقيني وقوع الجريمة ونسبتها للمتهم، فإذا لم يدرك القاضي هذه الدرجة من الإقتناع، كان معنى ذلك أن اقتناعه يتأرجح بين ثبوت الواقعة أو نفي التهمة، وبين مسؤولية المتهم أو عدم مسؤوليته عنها، وهذا الإقتناع المضطرب بين الأمرين لا يقدر على نفي ما كان ثابتا في الأصل، وهو براءة الذمة، بل المنطق يقتضي أن يشكل عاملا يزكي هذا الأصل ويؤكدده، ومن ثمة يتعين على القاضي إبقاء هذا الأصل، وينطق بالبراءة.

فمن المعلوم أنه يكفي لسلامة الحكم بالبراءة أن يتشكك القاضي في صحة إسناد التهمة إلى المتهم، ولكن هذا مقيد بشرط هام مفاده أن يورد القاضي في حكمه بالبراءة ما يفيد أنه محص عناصر الدعوى جميعها وأحاط بها، فإذا داخلته الريبة في عناصر الإتهام يكون حكم البراءة صحيحا في حالة تشكك القاضي في صحة إسناد الواقعة إلى المتهم⁴.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في الجزائر " إن القرارات القضائية بالبراءة مثلها مثل القرارات الصادرة بالإدانة يجب أن تعلل تعليلا كافيا حتى تتمكن المحكمة العليا من مراقبة صحة تطبيق القانون، فالقرار الذي يكتفي بالحكم بالبراءة بمقولة أنه يوجد في الدعوى شك لصالح المتهم يعتبر ناقص التسبيب ويستوجب النقض"⁵. وقضت أيضا: " على غرفة الإتهام أن تكتفي بمعاينة الأعباء والقرائن وتترك ثبوت التهمة أو عدم ثبوتها لجهة الحكم التي تفصل على أساس الجزم

¹ - محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 175، 176.

² - أحمد ضياء الدين محمد خليل، قواعد الاجراءات الجنائية ومبادئها في القانون المصري، الجزء الثاني، الفضاء الجنائي، القاهرة، 1999، ص 153.

³ - نقض مصري، في 1988.02.25، مجموعة أحكام محكمة النقض س 39 رقم 49 ص 347، مشار إليه في محمد سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 175.

⁴ - إيمان محمد علي الجابري، مرجع سابق، ص 344، 345.

⁵ - المحكمة العليا، قرار صادر بتاريخ 1981.11.12، الغرفة الجنائية الثانية، الطعن رقم 22416 مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الإجهاد القضائي في المواد الجنائية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 225.

واليقين"¹، وفي قرار آخر قضت: "الأحكام الجزائية تبنى على الجزم واليقين، لا على الشك والإفتراضات"².

ب- حياد القاضي واستقلاله: يقصد بحياد القاضي أن يزن القاضي المصالح القانونية للخصوم بالعدل، وأن يقف موقفا من الخصومة يجعله بعيدا عن مظنة الميل لأحد الأطراف³، فلا ينحاز لجهة على حساب جهة أخرى ويأخذ الأمور بكل موضوعية⁴. كما يعني الحياد تجرد القاضي من كل مصالحه المادية والمعنوية اتجاه ما يعرض عليه من دعاوى مستهدفا تحقيق العدالة التي يجب أن تسيطر على عقله وضميره ووجدانه، ويكون هذا التجرد عندما لا يكون القاضي خصما في الدعوى ولا مصلحة له فيها، فلا يجوز الجمع بين صفتي الخصم والحكم في آن واحد، لذا فإن فصل سلطة الإتهام عن قضاء الحكم، وعدم جواز جلوس القاضي المحقق في قضية للحكم فيها يشكلان الترجمة العملية والطبيعية لهذا المبدأ، كما أن عدم جواز الجمع بين الشهادة والقضاء يعتبر من الآثار الطبيعية والواقعية لمبدأ حياد القاضي. ويستلزم الحياد أن يقدر القاضي الأدلة بروح موضوعية، من غير أن يتأثر تقديرها بمصلحة أو رأي سابق أو أي مؤثر آخر، وإنما عليه أن يتجرد عن التأثير بالمصالح والعواطف الشخصية⁵.

ويختلف الحياد عن استقلال القاضي بحيث يعتبر القاضي مستقلا حينما لا تكون عليه ضغوطات للإنحياز ويعتبر حياديا لما يكون بعيدا عن الأحكام المسبقة les préjugés، فاستقلالية القاضي صفة تحميه من ضغوطات الغير والأطراف⁶.

ونظرا لأهمية حياد القاضي الجزائي واستقلاله فهو لا يحتاج إلى نص يقرره ويثبت وجوده، طالما أنه أمر طبيعي وصفة ملازمة للعمل القضائي وهو رسالة العدالة، فيلزم القاضي بمراعاته وإن خلا التشريع من الإشارة إليه⁷.

لكن ومع ذلك، فقد اهتمت المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية بحياد القاضي واستقلاله، فعلى الصعيد الدولي، نصت عليه المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948¹.

¹ - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر في: 20.07.2005، مجلة المحكمة العليا، ع 02، ص 497.

² - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر في: 12.11.1981، في الطعن رقم 22416، مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثالث، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 63.

³ - أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د.س.ن)، ص 60.

⁴ - يحيوي صليحة، مرجع سابق، ص 58.

⁵ - فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 256.

⁶ - Serge GUINCHARD S et Jaques BUISSON, procédure pénal, 2 éme édition, Letec, Paris, 2002, pp 440 - 445.

⁷ - عمار بوضياف، مبدأ حيادة القاضي وضمانته في القانون الجزائري، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع 01، ص 135، 2003.

وكذا المادة 14 من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية²، والمادة 1/13 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان³، كما أكدت على ذلك مبادئ بانغالور بشأن سلوك الجهاز القضائي⁴. أما على الصعيد الداخلي فقد نصت المادة 7 من القانون الأساسي للقضاء⁵ على وجوب التزام القاضي بالحياد في كل الظروف وفرضت عليه الإبتعاد عن السلوكات الماسة بحياده واستقلاليتته⁶، بل واعتبرت المادة 62 من نفس القانون خرق هذا الإلتزام خطأ تأديبيا. وهو ما أكدته أيضا مدونة أخلاقيات المهنة الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء في دورته العادية الثانية المنعقدة في 23 ديسمبر 2006 التي ورد في البند الثاني منها أن على القاضي أن يتحلى بالحياد والتجرد، إذ يفصل في المسائل المعروضة عليه في أحسن الآجال بنفسه ودون تفويض ودون تحيز أو تأثيرات أو إغراءات أو ضغوط أو تهديدات أو تدخلات مباشرة أو غير مباشرة من أي جهة كانت ولأي سبب كان⁷.

إن تنزه القاضي عن التحيز لأي طرف من أطراف الدعوى التي ينظرها يعد من المبادئ الأساسية لحياده حتى يتمكن من الفصل فيما بنزاهة وحياد، ذلك أن ميله لطرف ضد آخر يقضي على حياده، ويبعده تماما عن تحقيق العدالة المنشودة، كما أن رضوخه لأي تأثيرات خارجية تؤثر في قضائه يكون لها الأثر السلبي على حياده ونزاهته.

ومن مظاهر حفاظ القاضي الجزائي على حياده هو ابتعاده عن المصالح الشخصية المادية والمعنوية، بأن يكون سلوكه بعيدا عما يشينه سواء أثناء ممارسته لواجبه القضائي أو في حياته اليومية، مع ابتعاده عن المؤثرات الذاتية و الخارجية التي تعصف بحياده وتجرده. رغم أننا نقر بأن ميل القاضي إلى أحد أطراف النزاع يعد حالة نفسية من الصعب التنبؤ بها، خاصة وأن القاضي أثناء تسبيب حكمه يفصح فقط عن المبررات الظاهرية لاقتناعه، لكن تبقى هناك مبررات كامنة في نفسه تكون غالبا مسؤولة عن الحكم الذي نطق به.

¹ - تنص المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: " لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة ومحايدة، نظرا عادلا علنيا للفصل في حقوقه والتزاماته، وفي أية تهمة جزائية توجه إليه"، مرجع سابق.

² - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المعتمد بقرار الجمعية العامة 2200 ألف المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر، ع 20 المؤرخة في 17 ماي 1989.

تنص المادة 14 من هذا العهد: " الكل متساوي أمام المحاكم والمجالس القضائية، لكل شخص الحق أن تسمع دعواه بإنصاف وعلنية من طرف محكمة مختصة ومحايدة...".

³ - تنص المادة 1/13 من هذا الميثاق العربي لحقوق الإنسان: " لكل شخص الحق في محاكمة عادلة تتوفر فيها ضمانات كافية وتجريها محكمة مختصة ومستقلة ومحايدة...". مرجع سابق.

⁴ - Les principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire, publié dans la Bulletin des juges, Ministère de la justice, N°62-2008, p 221.

⁵ - القانون العضوي رقم 11.04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر، ع 57 المؤرخة في 08 سبتمبر 2004.

⁶ - تنص المادة 7 من القانون العضوي رقم 04-11: " على القاضي أن يلتزم في كل الظروف، بواجب التحفظ واتقاء الشبهات والسلوكات الماسة بحياده واستقلاليتته".

⁷ - مداولة المجلس الأعلى للقضاء المفضاة في 23 ديسمبر 2006 المتضمنة مدونة أخلاقيات مهنة القضاء، ج.ر، ع 17 المؤرخة في 14 مارس 2007، ص 15.

ومن العوامل التي تؤثر في الحياد النفسي للقاضي الجزائي نزواته الشخصية وشهواته الذاتية، فإذا تأثروجدان القاضي استجابة لمصلحة ذاتية، فإنه يندفع بوجدانه نحو اتجاه معين استجابة لهذه المصلحة الذاتية فيحمل التحقيق الذي يجريه في الدعوى إلى ما يوصله إلى غايته، فإذا كان يميل مثلاً إلى إدانة المتهم في ظل هذا الوضع النفسي الذي انتابه فإنه سيكون يقظاً إلى أدلة الإثبات، خاصة بالنسبة لهفوات شهود النفي برصد عثراتهم، ويخلق حالة من التردد والإرباك والتضارب لديهم حتى يجد الحجة لاستبعاد الأدلة التي يتم الحصول عليها من شهاداتهم انتصاراً لأدلة الإدانة، وبلوغاً لغايته غير العادلة¹.

لذلك كان من اللازم أن يأمنَ القاضي على نفسه من نفسه، ويحاط بالضمانات التي تبعث بقلبه الطمأنينة، والشعور بالإستقرار وتحصنه اتجاه العوامل الشخصية والأهواء والمنافع الذاتية، فيسقطها من حسابه ويقصّبها من ميدان تفكيره ووجدانه، وبغير ذلك يتعذر في نظر العلم الإعتقاد بتجرد حكمه على الأمور من كل ظن أو شبهة²، فالقاضي هو المسؤول أمام ضميره عن تخليص نفسه من الميول الذاتية كي يحافظ على حيده.

وحتى يبتعد القاضي عن أي مؤثرات خارجية، منع القانون الأساسي للقضاء انتماء القضاة للأحزاب السياسية أو انخراطهم في العمل السياسي³، كما منعهم من ممارسة أي وظيفة أخرى عمومية كانت أو خاصة تدرّجاً⁴، أو أن يملك في مؤسسة بنفسه أو بواسطة الغير تحت أي تسمية مصالح يمكن أن تشكل عائقاً للممارسة الطبيعية لمهامه، أو تمس باستقلالية القضاء بصفة عامة⁵، كما منعه من العمل في الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها مكتب زوجه الذي يمارس مهنة المحاماة، وأوجب عليه التصريح لوزارة العدل إذا كانت زوجته تمارس نشاطاً يدرّجاً، ليتخذ التدابير اللازمة⁶، كل ذلك ضماناً لحيادة القاضي وحفاظاً على استقلاله، وتمكيناً له من أداء رسالته بنزاهة واقتدار، واعتبرت المادة 60 من نفس القانون الإخلال بهذا الواجب خطأ تأديبياً.

ولأن الخصومة المعروضة على القاضي يمكن أن تحيط بها ظروف وملابسات يحتمل تأثيرها على نزاهة القاضي وحياده، أو تبعث الشك لدى الخصوم في انحياز القاضي لصالح أحد الخصوم أو تسبب

¹ - حاتم حسن موسى بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 118.

² - حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 83.

³ - المادة 14 من القانون العضوي 11-04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

⁴ - المادة 17 من القانون العضوي 11-04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

⁵ - المادة 18 من القانون العضوي 11-04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

⁶ - المادة 19 من القانون العضوي 11-04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

حرجا للقاضي نفسه عند الفصل في القضية، فقد وضعت التشريعات آليات إجرائية تضمن نزاهة القاضي وحياده¹، تتمثل في تنحية القاضي وردّه².

وما يسترعي الإنتباه هو أن المادة 554 ق.إ.ج عدّدت أسباب رد قاضي الحكم وذكرت في الفقرة التاسعة منها " إذا كان بين القاضي وزوجه وبين أحد الخصوم من المظاهر الكافية الخطورة ما يشته به معه في عدم تحيّزه في الحكم". غير أن ما يعاب على هذا النص ورود عبارة (المظاهر الكافية الخطورة) التي جاءت عامة ومهمة، وبالتالي قد تفلت منها بعض الحالات التي تؤثر على حياد القاضي بحجة عدم بلوغها الخطورة الكافية، لكن يبدو بأن المشرع قد تدارك هذا الوضع في القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية³، حيث أدرج فصلا خاصا ضمن القسم الثاني المعنون في إجراءات الرّد عنونه: " في الإحالة بسبب الشبهة المشروعة"، بحيث عرفت المادة 249 من هذا القانون الإحالة بسبب الشبهة المشروعة بأنها: " تلك الحالة التي تهدف إلى التشكيك في حياد الجهة القضائية المعروضة أمامها القضية"، ويبدو بأن هذا النص يحل المشكلة السابقة بحيث يمكن تطبيقه أمام القضاء الجزائي في حالة وجود شبهة مشروعة لا تصل إلى الخطورة الكافية التي تؤدي إلى الإشتباه في عدم حياد القاضي على اعتبار أن قانون الإجراءات المدنية يعتبر الشريعة الإجرائية العامة، ويمكن تطبيق نصوصه في حالة عدم وجود نص في الإجراءات الجزائية.

وفي نفس السياق قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها، حول رد القاضي لوجود شبهة التحيز وعدم الحياد في حال ثبوت صداقة بين قاضي ومحام أو بين قاضي وأي شخص آخر عبر شبكات التواصل الإجتماعي مؤكدة: " أن مصطلح (الصديق) الذي يستخدم للإشارة إلى الأشخاص الذين يقبلون الدخول في تواصل من خلال شبكات التواصل الإجتماعي لا ينطبق على علاقات الصداقة بالمعنى التقليدي لتلك الكلمة، وأن وجود اتصالات سابقة بين هؤلاء الأشخاص من خلال وسائل التواصل الإجتماعي غير كافٍ لوجود التحيز (عدم الحياد). فالشبكة الإجتماعية هي ببساطة مجرد وسيلة للتواصل بين الأشخاص الذين يشتركون في نفس المصالح، وفي هذه الحالة نفس المهنة⁴،

¹ - Serge GUINCHARDS, Jaques BUISSON, op. cit, pp 459-460.

² - أنظر حالات رد قاضي الحكم وتنحيه عن نظر الدعوى وإجراءاتهما في المواد من 554 إلى 566 من ق.إ.ج.

³ - القانون 09.08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، ع 21 صادرة في 23 أبريل 2008.

⁴ - « le terme d' « ami » employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme et que l'existence de contacts entre ces différentes personnes par l'intermédiaire de ces réseaux ne suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre des personnes qui partagent les mêmes centres d'intérêt, et en l'espèce la même profession »

Cass. Civ. 2 éme chambre civile Arrêt n° 1 du 5 janvier 2017 (16-12.394) Disponible sur le site:

مؤكدة بذلك ما تضمنه تسبيب قرار مجلس الإستئناف بباريس الصادر بتاريخ 2015.12.17 حول نفس القضية.

ج . تسبيب الأحكام الجزائية: في نطاق مبدأ الإثبات الحر أصبح القاضي يتمتع بحرية واسعة في تكوين اقتناعه، ومن ثمة شكّل التسبيب الضمانة الأساسية لحسن سير العدالة، وفرض سيادة القانون من خلال إتاحة الفرصة لجهة الطعن في الحكم أن تؤدي مهمتها في رقابة الحكم، تأسيسا على أن إلزام القاضي بالشرعية لا يمكن الوقوف عليه إلاّ من خلال استقراء أسباب الحكم. ولأهمية التسبيب فقد منحته الكثير من الأنظمة الإجرائية المقارنة قيمة دستورية، ضمانا لحقوق الأفراد¹.

وتعتبر أسباب الحكم من البيانات الجوهرية التي يتطلبها القانون ضمانا لجدية الحكم الذي ينطق به القاضي، وتعبيرا عن الجهد الذي قام به في البحث من أجل الوصول إلى الحقيقة. فذكر الأسباب ليس ضروريا لما انتهى إليه الحكم في الدعوى الجزائية فحسب، بل وأيضا فيما انتهى إليه بالنسبة للطلبات التي تقدم بها الخصوم². فهو إذن أساس الحكم، بإظهاره الوسائل التي اعتمد عليها القاضي في حكمه، مما يمنحه نوعا من المصداقية ويبعد عنه الشبهات، ويُمكن المحكمة العليا بعد ذلك من التأكد من صحة الحكم³. وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا: "أن أسباب الحكم هي الدعامة التي تبرر منطوقه، فإذا خلا القرار من أسبابه تعذر مراقبة مدى سلامة الحكم في تطبيق القانون، لهذا كان وجود الأسباب ضمانا هاما لتمكين المحكمة العليا من مراقبة حسن تطبيق القانون⁴.

ولا يقصد بالتسبيب الإشارة إلى الأدلة التي قدمت في الدعوى فقط، بل يجب أن يشمل الحكم على شرح كل دليل قدم للمناقشة شرحا واضحا ووافيا. وعلى القاضي إظهار الأدلة التي اقتنع بها وتوضيح سبب اعتماده على دليل معين دون دليل آخر، وإلا اعتبر ذلك قصورا في التسبيب مما قد يترتب عنه نقض الحكم⁵.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/1_5_35798.html

¹ - Ammar ANNANE, op.cit, p 102.

² - مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ص 278.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.، قرار في 1988/12/20، رقم 52013، المجلة القضائية، ع 02، س 1990، ص 312.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج.، قرار في 2013/03/21، رقم 862432، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2014، ص 441.

⁵ - Renaud COLSON, La fonction de juger, Étude historique et positive, Thèse de doctorat, 2003, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes, p 130.

وبناءً على ذلك، فإن القاضي يلتزم بذكر الأدلة التي اعتمد عليها وكانت مصدراً لاقتناعه، ولكنه غير ملزم بتحديد سبب اقتناعه بهذه الأدلة بالذات، فهو ملزم بإثبات بما اقتنع، ولكنه غير ملزم بإثبات لماذا اقتنع، لأن ذلك يدخل في نطاق سلطته التقديرية التي اعترف له القانون بها¹.

ويُخلّ القاضي بهذا الإلتزام إذا جاءت أسباب الحكم مجملة وغامضة فيما أثبتته أو نفتته من وقائع أو كانت أسبابه يشوبها الإضطراب الذي يُنبئ عن إختلال فكرته من حيث تركيزها في موضوع الدعوى وعناصر الواقعة، مما لا يمكن معه استخلاص مقوماته، سواء فيما يتعلق منها بواقعة الدعوى أو بالتطبيق القانوني، ويمنع بالتالي محكمة النقض عن إعمال رقابتها على الوجه الصحيح². فالتسبب هو لب الحكم وقلبه النابض، حيث يتحول القاضي من ملاحظ ومراقب ومسجل إلى محلل ومجادل وحاكم³.

وإذا كان تسبب الأحكام في مادة الجنج والمخالفات أمراً محسوماً بنص المادة 379 ق.إ.ج التي نصت: "كل حكم يجب أن يشتمل على أسباب ومنطوق، وتكون الأسباب أساس الحكم"، ويستوي الأمر سواء أمام قضاء الدرجة الأولى أو الثانية، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا حيث قضت: "إن القرار المؤيد للحكم المستأنف دون أن يظهر العناصر والأسباب التي توصل بها إلى قناعة الإدانة يعد قراراً منعدم الأسباب ومخالفاً للقانون"⁴. فإن القانون الجزائي لم يكن يشترط تسبب الأحكام الصادرة في الجنايات على أساس أن أعضاء محكمة الجنايات يفصلون وفقاً لاقتناعهم الشخصي (المادة 307 ق.إ.ج)، ولم تكن الأحكام الجنائية مسببة بمفهوم التسبب في أحكام الجنج والمخالفات، بل لم يشترط القانون في الجنايات سوى إيراد الأسئلة الموضوعية والأجوبة التي أعطيت عنها، وهو ما يسمى بورقة الأسئلة⁵، لكن القانون 07-17 المؤرخ في 27 مارس 2017 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، فرض على رئيس محكمة الجنايات أو من يفوضه من القضاة المساعدين تحرير وتوقيع ورقة التسبب الملحقة بورقة الأسئلة. وفرضت نفس المادة أن توضح ورقة التسبب في حالة الإدانة أهم العناصر التي جعلت المحكمة تقتنع بالإدانة عن كل واقعة حسب ما يستخلص من

¹ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 136.

² - نقض مصري، في 19 أبريل 1970، مجموعة أحكام محكمة النقض س 21 رقم 146: مشار إليه في محمد العيد الغريب، مرجع سابق، ص 137.

³ - نجيب جمال، دليل القضاة للحكم في الجنج والمخالفات في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 393.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 06.04.2005 في الملف رقم 305762، نشرة القضاة، ع 62، س 2008، ص 428.

⁵ - في الحقيقة لو تفحصنا هذه المسألة من مختلف جوانبها لوجدنا أن هناك تسبب مضمراً أمام محكمة الجنايات يستنبط من طريقة طرح الأسئلة، فالإقتناع الشخصي سوف يتكون بعد تفكير أعضاء المحكمة قضاة ومحلفين ملياً والتمتع الدقيق حول وجود أو عدم وجود العناصر المكونة للجريمة والظروف المحيطة بها. فضلاً عن أن السؤال الرئيسي يجب أن يطرح بصيغة: "هل إن المتهم... مذنب بارتكابه واقعة..." ومصطلح الاذئاب ينطوي - بلا شك - على الإسناد المادي والمعنوي للجريمة المستند من الأدلة المقدمة في الجلسة والتي تمت مناقشتها واستمد منها القضاة اقتناعهم بإذئاب المتهم، ولا يعقل أن يكون إذئاب دون أدلة.

المداولة، وفي حالة البراءة يجب أن يحدد الأسباب الرئيسية التي على أساسها استبعدت محكمة الجنايات إدانة المتهم¹.

وكان المشرع الفرنسي سباقا إلى إقرار وجوبية تعليل أحكام محكمة الجنايات، بعد قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 01 أبريل 2011 رقم 2011-113 الذي أكد بأن تعليل الأحكام في المادة الجنائية يشكل ضمانا قانونية بشرط أن يدرج المشرع ذلك صراحة²، ثم أدخل المشرع الفرنسي تعديلا جديدا بموجب القانون 2011/939 الصادر في 10/08/2011³، بحيث فرضت المادة 1/365 منه تعليل الأحكام الجنائية بذكر أهم العناصر التي اقتنع بها القضاة والمحلفون عند إدانتهم للمتهم، وألزم رئيس محكمة الجنايات أو من يفوضه بتحرير ورقة التعليل تلحق بورقة الأسئلة، ويوقع عليها من طرف الرئيس والمحلف الأول.

فالتسبب يعتبر أقوى الضمانات التي تفصل بين سلطة القاضي المطلقة في الإقتناع وبين سلطته المعتدلة، فهو يمنع القاضي من الانحراف في ممارسة سلطته التقديرية للأدلة وبناء حكمه على تقدير غير سليم لها، كما يشكّل وسيلة لحماية للقاضي نفسه مما يمكن أن يُملى عليه من ضغوط، هذا بالإضافة إلى دوره في تحقيق التوازن القانوني والأخلاقي في المجتمع، من خلال اعتبار الحكم وسيلة لإقناع الرأي العام، مما يدفع عن القاضي الريبة والشك، وبذلك يؤدي دورا نفسيا بالنسبة للكافة لاقتناعهم بعدالة القضاء⁴.

الفرع الثاني

تساند الأدلة الجنائية

الأدلة في المادة الجزائية متساندة تكمل بعضها بعضا، ويتكون الإقتناع من هذه الأدلة مجتمعة، وتؤدي وفق قواعد العقل والمنطق إلى النتيجة التي انتهت إليها المحكمة. والقاضي الجزائي يجب عليه أن يستكمل التحقيق في الوقائع قصد الإلمام بالأدلة التي يتعلق البعض منها بثبوت الواقعة والبعض الآخر بنفيها، أو نفي نسبتها للمتهم أو نفي المسؤولية الجزائية على الإطلاق. لذا وجب على القاضي أن لا

¹ المادة 309 من القانون 07/17 المؤرخ في 27 مارس 2017 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات الجزائية، مرجع سابق.

² - خلفي عبد الرحمن، أي دور لمحكمة الجنايات الإستئنافية في ظل القانون 07/17، مرجع سابق، ص 91.

³ - Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, JORF

n°0185 du 11 août 2011, p.13744. Disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr

⁴ - عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص 21 - 22. وأنظر أيضا: تومي جمال، الرقابة على السلطة التقديرية لقضاة محكمة الجنايات في ظل القانون 17-07 المؤرخ في 27.03.2017 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي تمناست، الجزائر، مجلد 11، ع 01، أبريل 2019، ص 175-176.

ينظر إلى دليل بعينه لمناقشته على حدى دون باقي الأدلة، ولتكوين اقتناعه وجب أن تؤدي الأدلة في مجموعها إلى ما قصده الحكم منها.

ويقابل قاعدة التّساند قاعدة جواز إستغناء بعض أدلة الإثبات عن بعضها الآخر، فالدليل الباطل الذي تم فحصه وتقديره من قبل القاضي الجزائي وقرر استبعاده، لا يؤثر على اقتناع القاضي لكونه أسس قناعته من خلال الأدلة الأخرى الصحيحة، إذ لا تماسك بين الدليل الباطل والأدلة الأخرى التي أسس قناعته عليها لسبق فحصه وتقديره ومن ثمة استبعاده¹.

ولكي يتمكن القاضي من الوصول إلى حكم معين لا يظهر من خلاله مدى اعتماده على دليل دون الآخر، يجب عليه أن يكون عقيدته بتقدير قيمة الأدلة المعروضة أمامه في الدعوى مجتمعة، ويشترط عليه أن يبين مضمونها في حكمه (أولا)، وأن يتفادى الإستناد على أدلة متناقضة ومهمة (ثانيا).

أولا - بيان الأدلة ومضمونها:

مهما اختلفت الأدلة فإن تساندها يعبر عن صحة وسلامة منهج القاضي في الإقتناع ومنطقية النتيجة التي توصل إليها. وللوصول إلى منهج سليم في تساند الأدلة، أجمع الفقه والقضاء على وجوب بيان مضمون الأدلة والأسباب التي دفعت القاضي إلى الأخذ بذلك الدليل، حتى يكون ما استدل به مؤيدا لما رتب عليه من نتائج، فيكفي أن يورد القاضي الأدلة التي كانت منتجة لقضائه والتي كان لها أثر في تكوين عقيدته، ولكن يجب عليه أن يوردها بصورة كافية وواضحة، ويتحقق ذلك عندما يبين مضمون الدليل بطريقة وافية مؤدية إلى إثبات الواقعة كما اقتنع بها القاضي.

والتدليل غير الواضح يصعب عمل جهة النقض في ممارسة رقابتها على الأحكام، فلا تؤدي هذه الرقابة ثمارها إلا إذا كانت الأحكام مشتملة على الأسباب الواضحة الكافية والكفيلة بالمقصود منها². ومن صور عدم وضوح التدليل أن تورد المحكمة روايات غير متجانسة لشهود متعددين دون بيان بأيها أخذت أو دون أن ترجح بعضها على البعض الآخر أو استخلاص النتيجة منها، أو إيراد أقوال الشهود بصورة غامضة ومهمة³.

¹ طه محمد الجرد، تساند الأدلة في المواد الجزائية، منشور في منتدى شبكة محامو الجديدة، متوفر على الموقع: <https://mhamoo.yoo7.com/t19-topic>

تاريخ الزيارة: 2019.07.25.

² رؤوف عبيد، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، مرجع سابق، ص 507.

³ محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 165.

ويُعبر عن عدم الوضوح أحيانا باضطراب الحكم، وهو عبارة عن إختلال فكرته من حيث تركيزها في موضوع الدعوى وعناصر الواقعة، بحيث لا يُمكن استخلاص مقومات هذا الحكم سواء ما تعلق منها بالدعوى أم بتطبيق القانون¹.

ولكي يكون التدليل واضحاً لا غموض فيه ولا إبهام وجب أن تكون الأدلة متّسقة فيما بينها بحيث لا ينقض بعضها بعضاً، وأن تكون متسقة مع منطوق الحكم بحيث تدعمه وتقدم له السند المنطقي، كما يجب أن يكون التدليل مستساغاً. ويستوي الحكم الصادر بالإدانة مع الحكم الصادر بالبراءة في وجوب مراعاة هذه الضوابط، بيد أن حكم الإدانة يختلف عن القضاء بالبراءة في أن هذا الأخير يكفي فيه أن تبين المحكمة سببا واحدا يدعوها إلى تبرئة المتهم دون إلزام بذكر جميع الأسباب الموجبة لذلك متى تعددت في الدعوى، فيكفي أن تتشكك المحكمة في صحة إسناد التهمة إلى المتهم لكي تقضي بالبراءة، فالأصل في المتهم البراءة، ولا حاجة معه للجزم واليقين لإثبات البراءة، بخلاف حكم الإدانة فهو يأتي خلافاً لقرينة البراءة، مما يتعين معه أن يُبنى على الجزم واليقين، ولذا وجب إيراد الأدلة التي استند عليها ومضمون كل دليل ومؤداه².

وقد نصت المادة 379 ق.إ.ج على وجوب بيان مؤدى الأدلة في الحكم بيانا كافيا، إذ ينبغي سرد مضمون الدليل بطريقة وافية، فلا يكفي مجرد الإشارة العابرة إليه أو التنويه عنه تنويها مقتضيا ومخلا، وذلك كي يتبين أن المحكمة حينما استعرضت الدليل في الدعوى كانت ملمة به إلماما شاملا هيئاً لها أن تمحصه تمحيصا كافيا، وهو ما يدل على أنها قامت بما ينبغي عليها من تدقيق البحث لتتعرف على أوجه الحقيقة³.

فالقاضي بعد ممارسته لحريته في قبول الأدلة وما يلحقها من ضوابط، فإنه يتوجب عليه عند مباشرته لتقدير قيمتها أن يحيط بهذه الأدلة إحاطة متكاملة تمكّنه من استنطاقها للوصول إلى القناعة التي يتطلبها القانون من أجل الإدانة أو البراءة، فالقناعة القضائية الصحيحة تتطلب من القاضي أن يُظهر العناية الكافية بكل هذه العناصر لتمكّنه من إظهار الحقيقة⁴.

¹ - رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 511.

² - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 159-160، وأنظر الأحكام محكمة النقض المصرية التي ساقها بهذا الخصوص.

³ - مروت نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 645.

⁴ - بدر الدين يونس، سلطة القاضي في تقدير الدليل الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2014، ص 124.

فلا يكفي أن يذكر القاضي في حكمه أنه استند إلى شهادة شهود أو تقرير الخبير أو اعتراف المتهم، وإنما يتوجب عليه أن يذكر فحوى كل دليل في تفصيل ووضوح كافيين حتى يتبين وجه الإستدلال به، وما له من دور منطقي في استخلاص الحقيقة¹.

فإذا كان الإيجاز ضرباً من حسن التعبير إلا أنه لا يجوز أن يكون إلى حد القصور، وبناءً عليه قضت محكمة النقض المصرية "إذا حكمت المحكمة بإدانة المتهم واقتصرت في الأسباب على قولها أن التهمة ثابتة من التحقيقات والكشف الطبي فإن هذا الحكم يكون غير مقنع ويتعين نقضه، لأن هذه العبارة إن كان لها معنى عند واضعي الحكم، فإن هذا المعنى مستورٌ في ضمائرهم لا يدركه غيرهم. ولو كان الغرض من تسبيب الأحكام أن يعلم من حكم لماذا حكم لكان وجوب التسبيب ضرباً من العبث، ولكن الغرض من التسبيب أن يعلم من له حق المراقبة على أحكام القضاة من خصوم وجمهور ومحكمة نقض ما هي مسوّغات الحكم، وهذا العلم لا بد لحصوله من بيان مفصّل ولو إلى قدر تطمئن معه النفس والعقل إلى أن القاضي ظاهر العذر في إيقاع حكمه على الوجه الذي ذهب إليه"². كما قضت "يعتبر خالياً من الأسباب وبالتالي باطلاً إذا كان التسبيب مجملاً إجمالاً شديداً مع ما يقتزن به من الإيهام والإقتضاب"³.

وجاء في قرار آخر: "من المقرر أنه لا يعيب الحكم أن يحيل في إيراد أقوال شاهد إلى ما أورده من أقوال شاهد آخر مادامت متفقة فيما استند إليه الحكم منها، فإنه لا يضير الحكم إحالته في بيان أقوال أحد الشهود على ما أورده من أقوال شاهد لآخر طالما لا يماري الطاعن في اتفاق أقوالهما فيما استند إليه الحكم منها، ولما كان من المقرر أن وزن أقوال الشهود وتقدير الظروف التي يؤدون فيها شهادتهم وتعويل القضاء على أقوالهم مهما وجه إليها من مطاعن وحام حولها من الشبهات، مرجعه إلى محكمة الموضوع تقدّره التقدير الذي تطمئن إليه دون رقابة عليها ومتى أخذت بأقوال الشاهد، دلّ ذلك على إطراحها جميع الاعتبارات التي ساقها الدفاع لحملها على عدم الأخذ بها، كما أنه من المقرر أن الأدلة في المواد الجنائية متساندة يكمل بعضها بعضاً، ومنها مجمعة تتكون عقيدة القاضي، فلا ينظر إلى دليل بعينه لمناقشته على حدى دون باقي الأدلة بل يكفي أن تكون الأدلة في مجموعها كوحدة مؤدية إلى ما قصده الحكم منها، ومنتجة في اكتمال عقيدة المحكمة وإطمئنانها إلى ما انتهت إليه، كما أنه لا يشترط في الدليل أن يكون صريحاً دالاً بنفسه على الواقعة المراد إثباتها به بل يكفي أن يكون

¹ - فاضل محمد زيدان، مرجع سابق، ص 353.

² - نقض مصري، قرار في 1969.04.19 مجموعة القواعد القانونية، ج 1، رقم 183، مشار إليه في: محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 137.

³ - نقض مصري، قرار في 1998.05.27، الطعن رقم 2741 لسنة 61 ق، مشار إليه في: حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 182.

استخلاص ثبوتها عن طريق الإستنتاج مما تكتشف للمحكمة من الظروف والوقائع وترتيب النتائج على المقدمات، وكان من المقرر أن للمحكمة أن تعول في تكوين عقيدتها على ما جاء بتحريات الشرطة باعتبارها قرينة معززة لما ساقته من أدلة أساسية أخرى، فإن كافة ما يثيره الطاعن في هذا الصدد لا يكون سديداً¹.

كما أكدت المحكمة العليا عندنا في الكثير من قراراتها على أن القاضي ملزم بتسبيب أحكامه بصفة واضحة دون إبهام أو غموض لكي تفرض المحكمة العليا رقابتها على أحكامه، فقضت:

- " أنه لما ذهب قضاة الهيئة الإستئنافية في قرارهم المنتقد إلى معاينة الأفعال وسرد الوقائع دون تحديد كيفية إسنادها للمتهم رغم توفر الأدلة القانونية من فواتير وسند شحن، فإن ما ساقوه من تعليل يعد تسبيبا غامضا وميها لا يرقى أن يكون أساسا قانونيا لما صرحوا به في قضائهم، ويشكل إنعداما وقصورا في التسبيب المعادل لخرق القانون².

- " لا يكفي لصحة الحكم أو القرار بالإدانة أن يكون معللا، وإنما يجب أيضا أن تكون الأسباب كافية، وأن تصاغ بأسلوب واضح يسمح للقارئ بفهم معناه ومعرفة المنهجية التي اتبعها القاضي لتكوين عقيدته، والوصول إلى ما انتهى إليه في منطوقه³.

- " يجب على قضاة الإستئناف تحت طائلة البطلان أن يبينوا في قرارهم الأدلة التي استندوا إليها للوصول إلى قناعتهم، لأنه عن طريق بيان الأدلة في الأحكام يطمئن المتقاضون والرأي العام عن عدالة القضاء ويتمكن المجلس الأعلى من مراقبة صحة تطبيق القانون⁴.

والمحكمة غير ملزمة بذكر الدليل كاملا كما ورد بالأوراق، وإنما يكفي لصحة الحكم أن تورد مضمون الدليل الذي يتفق مع ما استخلصته المحكمة من وقائع الدعوى⁵، فمثلا لا يشترط أن تذكر المحكمة نص أقوال الشهود أو نص تقرير الخبير كاملا، لكن يجب تجنب العبارات الغامضة والمبهمة من قبيل: " حيث ثبت من المرافعات وأوراق الملف أن التهمة ثابتة في حق المتهم " أو العكس: " حيث ثبت من المرافعات وأوراق الملف أن التهمة غير ثابتة في حق المتهم "، فمثلا هذا التسبيب يعد قاصرا بل

¹ - نقض مصري، قرار في 2012.10.14، الطعن رقم 58151 لسنة 75 ج س 63، مشار إليه في الموقع : <https://egyylawsite.wordpress.com> تاريخ زيارة الموقع: 2019.11.22.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 2013.04.25 في الملف رقم 0587468، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2013، ص 402.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في 1980/02/25، الطعن رقم 19620، مشار إليه في: جيلالي بغدادي، الإجهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ص 268-269.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في 1985/11/12، الطعن رقم 36724، مشار إليه في: جيلالي بغدادي، الإجهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 73.

⁵ - مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 1085.

بمثابة انعدام التسبيب، وعادة تنقض القرارات من هذا النوع، فضلا عن ما يسببه من تعليقات كثيرة تمس بمصداقية القضاء وسمعته.

فالمحكمة ليست ملزمة بالتحدث في حكمها إلا عن الأدلة ذات الأثر في تكوين عقيدتها، أي الأدلة المنتجة التي من خلالها استخلصت وقوع الجريمة وإسنادها إلى المتهم، كما أنها ليست ملزمة بالتحدث عن كل جزئية من جزئيات أدلة الإثبات لأن مفاد التفاتها عنها أنها طرحتها، كما لا يلزم بيان موضع الدليل من أوراق الدعوى أو تحديد المحاضر التي أخذت منها¹، ولا يعيب الحكم عدم بيان سبب عدم طرحها لهذه الأدلة في أسبابه، طالما أن التدليل كان واضحا في طرح المحكمة لباقي الأدلة التي لم يرد ذكرها بالحكم، ويتربط على ذلك أن الغموض وعدم الوضوح الذي قد يشوب أدلة وردت بالحكم استبعادها المحكمة لا يؤثر على صحة التدليل، مثل الخطأ في إيراد مضمون تقرير الخبير أو محضر المعاينة إذا كانت المحكمة قد طرحتها ولم تأخذ بها².

فالقضاء مستقر على وجوب بيان مؤدى الأدلة في الحكم بيانا كافيا، فلا تكفي مجرد الإشارة العابرة إليها أو إيراده بطريقة الإيجاز المخل، بل يجب سرد مضمونه بطريقة وافية، وبين مدى تأييده للوقائع كما اقتنعت بها المحكمة، ومبلغ اتفاقه مع باقي الأدلة التي أقرها الحكم، وإلا عد ذلك قصورا في الأسباب.

ولا شك أن البيان الواضح للأدلة هو الذي يقنع كل مطلع على الحكم بعدالته، وهو الأداة التي عن طريقها يضمن المشرع عدم تحيز القضاة وعنايتهم وتمحيصهم لادعاءات الأطراف ووزن أدلتهم ودراسة جميع النقاط الواقعية والقانونية، دراسة متأنية متبصرة تمكنهم في النهاية من استخلاص الأدلة التي يبنون عليها أحكامهم، مبتعدين بذلك عن أي شعور ظرفي أو عاطفة عارضة، وهكذا ينزل قضاؤهم عند الخصوم منزلة الاحترام والإطمئنان، ويفسح لهم المجال لمناقشة أسباب الأحكام عند الطعن فيها.

ثانيا- انعدام التخاذل والتناقض بين الأدلة:

إلى جانب وجوب بيان الأدلة ووضوحها، فإنه يشترط أيضا عدم وجود تناقض بين الأدلة التي يعتمدها القاضي أساسا في حكمه، ومن قبيل التناقض اعتماد أدلة لا تُظهر ما قصده القاضي في حكمه، أو تناقض أسباب الحكم مع منطوقه، أو اعتماد القاضي على دليلين متعارضين.

¹ - محمد عبد الغريب، مرجع سابق، ص 163-164.

² - مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص 1086.

ومن قبيل التناقض بين الأدلة أن يعتمد الحكم في الإدانة على دليل فني وآخر قولي بينهما تناقض جلي ظاهر، ودون أن يورد ما يرفع هذا التعارض، أو أن تسلم المحكمة بوجود طرح الإعتراض لبطلانه ثم تعتمد عليه في تدليل على ثبوت الأدلة على الرغم من أن باقي الأدلة لا يصلح أي دليل منها منفردا للقول بثبوت الإدانة، فمثل هذا الحكم يكون متخاذلا قاصرا في بيانه¹.

ومن صور تناقض أسباب الحكم مع منطوقه، أن ينتهي القاضي في أسباب حكمه إلى ثبوت الوقائع المجرمة ونسبتها للمتهم، لكنه يصدر حكما بالبراءة أو العكس، أو أن يورد في أسباب حكمه أدلة تثبت أن السرقة تمت بتوفر أحد ظروف التشديد، لكنه ينتهي في منطوق حكمه إلى إدانة المتهم بالسرقة البسيطة دون توفر ظرف التشديد. فإذا كان منطوق الحكم هو جزؤه الذي يتضمن قراره الفاصل في موضوع الدعوى أو في المشكلة التي ثارت قبل الفصل في الموضوع، فإن المنطوق هو الخلاصة المنطقية لأسباب الحكم، أو بعبارة أخرى هو النتيجة الحتمية للحجج القانونية والواقعية التي تضمنتها الأسباب².

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا: " استلزم القانون أن تكون الأسباب أساسا للحكم، ويترتب على هذه القاعدة أنه لا يجوز للقاضي أن يورد في حكمه أو قراره أسبابا للإدانة ثم ينطق بالبراءة، أو يستدل بأسباب للبراءة ثم يقضي بالإدانة. فالتناقض بين الأسباب والمنطوق يؤدي دائما إلى البطلان والنقض"³.

كما على المحكمة وهي تضع أسباب حكمها مراعاة ألا يكون هناك تناقض فيما بين أسبابه، ويقصد بالتناقض أن تنفي بعض الأسباب ما ذكرته أسباب أخرى في نفس الحكم، فلا يُعرف ما الذي تقصده المحكمة⁴. فلا يصح أن تذكر المحكمة واقعة الدعوى على صورتين متعارضتين، أو أن تستند إلى أدلة متناقضة بغير تفسير منها لهذا التناقض أو رفع هذا التناقض⁵. لأن ذلك يكشف عن اضطراب تحصيل المحكمة لوقائع الدعوى وعدم إحاطتها بها عن بصر وبصيرة، الأمر الذي يوصم الحكم بالتناقض في التسبب المبطل للحكم⁶.

¹ - حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 183، 184.

² - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 937.

³ - المحكمة العليا، غ.ج. قرار صادر في 13/01/1981، في الطعن رقم 25481. وقرار صادر بتاريخ 05/04/1988، في الطعن رقم 47646، مشار إليهما في: بغدادي

جيلالي، الإجهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 269.

⁴ - أنظر: عبد الرؤوف مهدي، مرجع سابق، ص 1428. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية. نظريتنا الأحكام وطرق الطعن فيها، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2001، ص 92.

⁵ - كامل السعيد، المرجع نفسه، ص 93.

⁶ - عبد الحكيم فودة، البراءة وعدم العقاب في الدعوى الجنائية مرجع سابق، ص 439.

ومن أمثلة ذلك القول بأن المتهم تعمّد الإعتداء على السلامة الجسدية لخصمه فأخطأه وأصاب شقيقه المجني عليه، ثم قوله في موضع آخر لدى استظهاره للركن المعنوي بأن المتهم قصد الإعتداء على السلامة الجسدية للمجني عليه عن إرادة وعلم بأن الفعل مجرم قانوناً.

ويجب أن يلاحظ أن هذا التناقض في التسبب يختلف عن ما تستنتجه المحكمة عند الخلاف حول ما يقرره الشهود، ذلك أن التناقض الذي يعيب الحكم هو ما يكون واقعاً بين أسباب الحكم نفسه، بحيث ينفي بعضها ما يثبتته البعض الآخر. أما الخلاف بين ما يقرره الشهود وبين ما تستنتجه المحكمة من باقي أدلة الدعوى فلا يعتبر تناقضاً، لأن المحكمة في سبيل تكوين عقيدتها تعتمد على ما يرتاح إليها ضميرها من أقوال، وتنبد ما لا تطمئن إليه منها، ولا يعتبر هذا الخلاف عيباً في الإستدلال يبطل الحكم¹.

والتناقض بين الأدلة يحدث غالباً بين دليلين في القضية أحدهما قولي والآخر فني، ومن صور ذلك إذا اعتمد الحكم على شهادة الشاهد الوحيد على الواقعة وعلى تقرير الطبيب الشرعي معاً، كأن يكون هذا الشاهد قد أكد أن العيارين الناريين قد أطلقا على المجني عليه من الخلف، في حين أن التقرير الطبي أثبت أن أحد العيارين أطلق من الأمام، وذلك دون أن يفسر هذا التناقض بما يرفعه ويسوغ في العقل الإستناد على هذين الدليلين معاً، إذ كان من المحتمل أن تنتهي المحكمة إلى غير الرأي الذي انتهت إليه لو أنها تنهت إلى هذا التناقض، لكن هذا لا يعني لزوم تطابق أقوال الشهود مع مضمون الدليل الفني في كل جزئية، بل يكفي أن يكون الدليل القولي في مجموعه غير متناقض مع الدليل الفني تناقضاً يستعصي على الملاءمة والتوفيق، وقد تكون الملاءمة عن طريق تجزئة أقوال الشاهد وأخذ المحكمة بما تطمئن إليه منها وترك ما عداه، فهذا يعد من إطلاقاتها المتعلقة بسلطانها في تقدير أدلة الدعوى².

ومن صور التناقض أيضاً أن يؤسس الحكم اقتناعه على أن المجني عليه استطاع أن يتكلم عقب الإصابة، وأفضى لأخيه الشاهد بأسماء الجناة، واتخذ من هذه الواقعة دليل إثبات ضد المتهم الأول، لكنه عاد وقرر في موضع آخر ما يفيد أن المجني عليه عجز عن النطق بعد الإصابة، واتخذ الحكم من هذا العجز دليل نفي للمتهم الثاني وقضي ببراءته³.

¹ - نقض مصري، في 1985/01/03، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 39، ص 48، مشار إليه في، حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 423.

² - رؤوف عبيد، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 524-525.

³ - المرجع نفسه، ص 521.

ويلاحظ أن المحكمة إذا رفعت التناقض بين الأدلة المطروحة واستخلصت الحقيقة من مجموع هذه الأدلة، فإن الحكم يكون سليماً. وتطبيقاً لذلك، فإن تناقض شاهد أو تضاربه في أقواله لا يعيب الحكم ولا يقدح في سلامته مادام قد استخلص الحقيقة من أقواله استخلاصاً سائغاً لا تناقض فيه. وكذلك الشأن فإنه ليس كل تناقض في الأسباب يعيب الحكم بل يجب أن يكون مؤثراً في عقيدة المحكمة¹.

ويجب أن يلاحظ أن التناقض في التسبب يختلف عن التدليل الوهمي، إذا استند الحكم على دليل لا وجود له في الأوراق أو ثبت الدليل في الحكم بصورة تغاير حقيقته في الأوراق².

ويعتبر تخاذل الأدلة صورة من صور التناقض المستتر، فالتخاذه هو في حقيقته تناقض ضمني بين بعض أجزاء الحكم وبعضها الآخر، وقد لا يكتشف أمره إلا بعد إمعان النظر في مدلول عباراته ومقارنة بعضها ببعض الآخر³. حيث يبدو في أن النتيجة التي يستنبطها القاضي من المقدمات التي سلم بها، وجعلها أساساً في اقتناعه لا تتفق مع هذه المقدمات ولا تؤدي المقدمات إليها، فإذا كانت قد سلمت المحكمة بوجوب استبعاد اعتراف أحد المتهمين وبعد جواز التعويل عليه كدليل من أدلة ثبوت الواقعة، ثم كان المستفاد مما أوردته بعد ذلك في الحكم إيضاحاً للأدلة التي قالت أنها تعتمد عليها في الإدانة إنها في الواقع لا تجري على مقتضى إطرار الإقرار المذكور، بل إنها اتخذت منه أساساً بنت عليه بصفة أصلية قضاءها بالإدانة، وأن باقي ما ساقته في مقام الإثبات لم يكن إلا على سبيل تدعيم ذلك الإقرار، فإن حكمها هذا يكون متخاذلاً قاصراً البيان⁴.

كما يكون التخاذل عندما يعرض قاضي الموضوع أدلة الإثبات في الدعوى، وقد تختلف هذه الأدلة فيما بينها، ثم ينتهي إلى الإدانة دون أن يبين الأدلة التي استمد منها اقتناعه والتي أقام عليها حكمه، وذلك حتى يمكن تحقيق الرقابة على صحة اقتناعه، ومدى كفاية هذا الإقناع لكي يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها أم لا⁵.

وصفوة القول أن حرية القاضي في الإقناع ليست حرية مطلقة أو تحكمية، لأن الإقناع المطلوب في المسائل الجنائية ليس هو الإنطباع العاطفي، إنما هو اقتناع عقلي مؤسس على أكبر قدر

¹ - محمد عبد الغريب، مرجع سابق، ص 166.

² - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 225.

³ - رؤوف عبيد، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية...، مرجع سابق، ص 526.

⁴ - تمييز جزاء أردني، رقم 95/194 المبادئ القانونية لمحاكمة التمييز، القسم الأول، 1993/ 1997، ص 151.

⁵ - نقض مصري، قرار في 16.05.1969، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 12، رقم 02، ص 385. مشار إليه في، حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 184.

من اليقين وهي الدرجة اللازمة في الحكم الجزائي بصرف النظر عن جسامه الجريمة الصادر بشأنها، ذلك أن ظهور الحقيقة الواقعية ضرورة إجتماعية والحكم الخاطئ يضرّ بالمحكوم عليه أيا كانت جسامه الجريمة ودرجة العقوبة.

وحتى يبقى إقتناع القاضي الجزائي إقتناعاً عقلياً مستنداً إلى منطق مقبول، ومبني على أدلة يقينية، بحيث يتسم بنوع من الموضوعية المقبولة إلى حد ما لدى الجميع، كان لا بد أن تبسط جهة النقض رقابتها على حرية القاضي الجزائي في الإقتناع، حتى لا تنزلق هذه الحرية إلى التحكم أو الهوى، فهي تراقبه سواء من حيث مدى استخلاصه لصورة الواقعة، وكذا الأدلة التي يدرك بها تلك الصورة أو من حيث سلامة إقتناعه بالنتيجة التي توصل إليها سواء بالإدانة أو بالبراءة¹. وفي ذلك قضت المحكمة العليا في قراراتها:

- " يكون قاصر البيان ويستوجب النقض قرار المجلس القاضي بإدانة متهم على أساس أن القاضي الأول أصاب في حكمه إذا كان الحكم خالياً من كل تعليل ولا يشير إلى النصوص القانونية المطبقة"².
- " إن القرار المؤيد للحكم المستأنف دون أن يظهر العناصر والأسباب التي توصل بها إلى قناعة الإدانة يعد قراراً منعماً للأسباب ومخالفاً للقانون"³.

إن هذه الضوابط التي نشأت في رحاب الإجتهد القضائي نتيجة إضطراد محاكم النقض على تكريسها بمناسبة رقابتها على الأحكام والقرارات القضائية المطعون فيها، وإن شكلت في الظاهر قيوداً على حرية قاضي الموضوع في تكوين إقتناعه الشخصي، فهي من جهة أخرى تدفع القاضي لبذل مزيد من الجهد وإعمال فكره في الإستدلال المنطقي للوصول إلى أحكام عادلة، تُقنع الخصوم وتحقق الشعور العام بالعدالة.

المبحث الثاني

الإستثناءات الواردة على مبدأ حرية القاضي الجزائي في تقدير الأدلة

إذا كانت القاعدة في الإثبات هي حرية القاضي الجزائي في أن يكون عقيدته من أي مصدر يطمئن إليه، لا يقيده في ذلك إلا ما يعتبر مفروضاً عليه من الضمانات والضوابط اللازمة لسلامة الوصول إلى الحقيقة التي تهدف إليها العدالة الجنائية ضماناً لحق المتهم في الدفاع، ومنعاً لتحكم

¹ - محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، ص ص 148 - 149.

² - المحكمة العليا، غ.ج، قرار في 1984/04/30، في الطعن رقم 29526، مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الإجتهد القضائي في المواد الجنائية، الجزء الأول، ص 187.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار في 2005/04/06، في الطعن رقم 305762، نشرة القضاة، ع 62، الديوان الوطني للأشغال التربوية، س 2008، ص 428.

وتعسف القاضي، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، وإنما ترد عليها بعض الاستثناءات التي تعد خروجاً على القاعدة العامة في الإثبات الجنائي.

هذه الاستثناءات ترد إما على حرية القاضي في اختيار الأدلة التي يستمد منها قناعته فتفرض عليه أدلة معينة لإثبات جرائم معينة، فحتى ولو عاين أدلة أخرى فيمتنع عليه الحكم بالإدانة (المطلب الأول)، كما قد ترد هذه الاستثناءات على حرية القاضي في تكوين اقتناعه بحيث تقيّد حريته في تقدير الأدلة وفقاً لاقتناعه الشخصي، فتحدد قيمة تلك الأدلة في العملية الإثباتية مسبقاً، وتفرض على القاضي فرضاً، متجاوزة بذلك القاعدة العامة المتمثلة في الإقتناع الحر للقاضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإستثناءات الواردة على حرية القاضي في اختيار الدليل

ورد بالمادة 212 من ق.إ.ج "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك"، من خلال هذا النص يبدو واضحاً بأن المشرع أقر صراحة بوجود حالات لا يترك فيها للقاضي الحرية في اختيار الأدلة التي يستمد منها اقتناعه أي أن اقتناع القاضي لا بد أن يحصل من وسائل إثباتية محددة حصراً وجب على القاضي استقصاؤها لتكوين اقتناعه، ولا يجوز الإثبات بغيرها (الفرع الأول) كما قد تُعرض على القاضي الجزائي أثناء نظره في الدعوى العمومية مسائل ذات طابع مدني قد تشكل عنصراً من عناصر الجريمة، فيكون القاضي مجبراً على اتباع قواعد الإثبات المحدد وفقاً للأحكام المطبقة في القانون الذي يحكم هذه المسائل (الفرع الثاني).

الفرع الأول

فرض أدلة محددة لإثبات بعض الجرائم

قد يتدخل المشرع في بعض الحالات بتقييد حرية القاضي في اختيار الدليل، فيفرض أدلة محددة سلفاً لتكوين اقتناع القاضي خروجاً عن القاعدة العامة التي تقضي بعدم حصر أدلة الإثبات بنوع أو عدد معين، طالما أنها محصلة بطريقة مشروعة ولها أصل في الأوراق وتمت مناقشتها بالجلسة. لذا، فقد خرجت بعض التشريعات عن القاعدة العامة، وحددت الأدلة التي تُقبل في إثبات بعض الجرائم، كما خرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة أيضاً، وألزم القاضي الجزائي باتباع أدلة محددة لإثبات جريمة الزنا وجريمة القيادة في حالة سكر أو تحت تأثير مواد مخدرة.

أولاً - حصر الأدلة المطلوبة لإثبات جريمة الزنا:

تتميز جريمة الزنا بطبيعتها الخاصة، لأنها تقتضي التفاعل بين شخصين يعد أحدهما فاعلاً أصلياً وهو الزوج الزاني، والثاني شريكاً وهو الخليل الذي باشر مع الفاعل الأصلي العلاقة الجنسية، ولا تتحقق الجريمة إلا بحصول الوطء أو الجماع بين الرجل وخليته أو امرأة وخليتها، ولا يشترط القانون معاينة الوطء أو الجماع، بل يكفي مشاهدة الزاني والشريك في ظروف لا تترك مجالاً للشك في أنهما قد باشرا معا العلاقة الجنسية¹.

والأصل جواز إثبات جريمة الزنا بكافة طرق الإثبات مادامت تحصلت بطريقة مشروعة طبقاً للقواعد الإجرائية الخاصة بتحصيلها، إلا أن بعض التشريعات خرجت عن هذا الأصل العام في الإثبات، وحددت وسائل لإثبات هذه الجريمة نظراً لطبيعتها الخاصة، ومنها التشريعان المصري² والأردني³، كما نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 339 منه "يقضى بالحبس... على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا على امرأة يعلم بأنها متزوجة، ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس...، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته"⁴. والملاحظ على هذا النص أن المشرع اعتبر كلا من الزوج والزوجة فاعلاً أصلياً للجريمة، وأن كلا منهما لهما شريك وسوى في العقوبة بينهما⁵، وكانت المادة 339 من ق.ع قبل التعديل تفرق بين زنا الزوجة وزنا الزوج، بحيث كانت تعاقب على الجريمة الأولى بضعف العقوبة إلى أن وقع تعديلها بموجب القانون رقم 04.82 المؤرخ في 13.02.1982⁶ الذي سوّى بين الحالتين معتبراً أن الجريمتين على درجة واحدة من الناحية الأخلاقية، فضلاً عن أن هذا النص قبل التعديل كان يشكل إخلالاً بمبدأ المساواة أمام القانون المعترف به دولياً ودستورياً.

¹ المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ 1984.03.20، في الطعن رقم 34051، المجلة القضائية، ع 02، ص 1990، ص 269.

² المادة 276 من قانون العقوبات المصري، متوفر على الموقع:

<https://learningpartnership.org/sites/default/files/resources/pdfs/Palestine-Penal-Code-Gaza-Egyptian-1939-Arabic.pdf>

³ المادة 283 من قانون العقوبات الأردني، متوفر على الموقع:

<http://www.moj.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/5d38ea27-5819-443e-a380-b65c7e1f5b56.pdf>

⁴ نشير إلى أن المشرع الفرنسي ألغى هذه الجريمة عند تعديله لقانون العقوبات في 11 تموز 1975، وأصبح هذا الفعل لا يشكل جريمة. أنظر تفصيل ذلك في: حسام الدين الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978، ص 344.

⁵ نصر الدين ماروك، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 461.

⁶ قانون رقم 04-82 المؤرخ في 13.02.1982 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع 7 المؤرخة في 16 فبراير 1982.

وتنص المادة 341 من نفس القانون: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، إما بإقرار وارد في رسالة أو مستندات صادرة عن المتهم، وإما بإقرار قضائي".

الملاحظة الأولى المسجلة على هذا النص أنه ورد في غير محله، فقواعد الإثبات هي قواعد إجرائية بحتة، محلها قانون الإجراءات الجزائية، وأن إقحامها ضمن قانون العقوبات عقب نص التجريم والعقاب، اختصّ به المشرع هذه الجريمة دون غيرها من الجرائم، وكأنه يُنبّه إلى خصوصية هذه الجريمة وإلى ضرورة اتباع طرق محددة حصراً لإثباتها، كما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري نص على المساواة بين الزانية والشريك من حيث الأدلة المطلوبة، على عكس ما فعل المشرع المصري والسوري اللذين فرّقا بين الأدلة المقبولة لإثبات هذه الجريمة من جانب الزوجة، وتلك المقبولة لإسناد التهمة للشريك في جريمة الزنا بحيث حصر أدلة الإثبات بالنسبة لهذا الأخير، في حين تخضع أدلة الإثبات بالنسبة لجريمة الزوجة لمبدأ حرية الإثبات، مع ما ترتبه هذه التفرقة من وضع شاذ ناجم عن ثبوت الجريمة بحق الزوجة الزانية مثلاً وعدم ثبوتها بحق شريكها لعدم توفر الأدلة المطلوبة.

ثم إن هذا الاختلاف والتمييز بين وضع الزوجة ووضع شريكها من حيث الإثبات لا يوجد في المنطق ما يبرره، ولا يوجد ما يدعو للتفرقة في الإثبات عندما يتعلق الأمر بواقعة واحدة، إضافة إلى أنه يرتب نتيجة سلبية تتمثل في أن القاضي وبمجرد اقتناعه بالأدلة المتوفرة ضد الزوجة فإنه يقضي بإدانتها، ولا يتأثر هذا الحكم ببراءة الشريك التي يحكم بها القاضي نظراً لعدم توفر أحد الأدلة القانونية المحددة على سبيل الحصر¹، وهي نتيجة مجافية للعدالة، ومنافية للمنطق، وكان من الأحرى أن يترك الأمر كله لمبدأ حرية الإثبات حتى لا يحدث مثل هذا التناقض في حرية لا تقبل التجزئة بطبيعتها.

وهكذا حسناً ما فعل المشرع الجزائري حينما حدد طرق الإثبات التي تُثبت بها جريمة الزنا في جميع الحالات سواء للفاعلين الأصليين أو الشركاء في المادة 341 من ق. ع. السالفة الذكر، وهو بذلك حمى جريمة ذات خصوصية متميزة عن غيرها من الجرائم لما لها من تأثير سيء ومباشر على الأسرة،

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 801. مفيدة سعد السويديان، مرجع سابق، ص 299-300.

وأضفى عليها حماية إجرائية أخرى حينما إشتراط شكوى الزوج المضرور ورتّب جزاء وقف المتابعة الجزائية حينما يصفح هذا الأخير¹.

ولعل الحكمة من تحديد أدلة جريمة الزنا أيضا²، هو صون عقيدة القاضي من أن تقع فريسة التقدير الشخصي الخاطئ نتيجة لبلاغ كيدي في مسألة من أشد المسائل حساسية بالنسبة لحرمة العائلات، هذا التقييد يقتصر فقط على تكوين الشك الموضوعي في عقيدة القاضي، أما شكها الشخصي فإنه يبقى للقاضي بموجبه كامل الحرية في عدم الإقتناع بقيام الجريمة رغم قيام الأدلة التي تطلبها المشرع³. وسنتناول الأدلة المتطلبة لإثبات هذه الجريمة وفق التفصيل الآتي:

أ - حالة التلبس بالزنا: من خلال نص المادة 341 من ق.ع يتضح بأن المشرع إشتراط أن يتم معاينة جريمة الزنا من قبل ضابط الشرطة القضائية حسب التعريف الوارد بالمادة 15 ق.إ.ج، وليس أحد رجال الضبط القضائي كما ورد خطأ في النص العربي⁴.

كما إشتراط أن تكون الجريمة متلبسا بها، ولم يفرّق المشرع بين التلبس الحكي والتلبس الحقيقي أي يستوي الأمر في حالة ما إذا كانت الجريمة مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها أو إذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه الجريمة في وقت قريب جدا من وقوع الجريمة، قد تتبعه العامة بالصباح أو وجدت في حيازته أشياء أو وجدت آثار أو دلائل تدعو إلى افتراض مساهمته في الجريمة، كما يمكن أن تتوفر حالة التلبس في حالة ما إذا ارتكبت في منزل وكشف عنها صاحب المنزل عقب وقوعها، وبأدوار في الحال إلى إستدعاء أحد ضباط الشرطة القضائية لإثباتها⁵.

ولهذا يعد قانون العقوبات الجزائري من القوانين التي ضيّقت مجال حالة التلبس بحيث قصره على اكتشاف الجريمة في حينها أو عقب ارتكابها أي حالة التلبس الحقيقي فقط، وفي تطبيقات القضاء الجزائري حول هذه المسألة قضت المحكمة العليا في قرار لها: "إن جريمة الزنا المعاقب عليه بالمادة

¹ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 49.

² - استقر قضاء المحكمة العليا في الجزائر على أن هذه الأدلة المتطلبة لإثبات جريمة الزنا والمنصوص عليها بالمادة 341 من ق.ع، محددة حصرا ولا يجوز الإثبات بغيرها من الأدلة. لكن قضاء النقض في فرنسا يذهب إلى أنه لا يترتب على تعيين المشرع أدلة محددة في إثبات جريمة معينة الإمتناع عن استخدام أدلة أخرى في إثباتها، إلا في الحالة التي يمنع نص القانون ذلك صراحة.

-Cass.Crim.28 nov 2001, n° 01-86.467, Disponible sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>, consulté le : 25.03.2019

³ - عبد الرؤوف مهدي، مرجع سابق، ص 45.

⁴ - تنص المادة 341 ق.ع بالنص الفرنسي على أن يجب أن يكون محررا من قبل ضابط شرطة قضائية، وليس أحد رجال الضبط القضائي كما ورد خطأ في النص العربي:

« La preuve de l'infraction réprimée par l'article 339 s'établit soit par procès-verbal de constat de flagrant délit dressé par un officier de police judiciaire, soit par »

⁵ - خلفي عبد الرحمن، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، الطبعة الثالثة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2017، ص ص 107-108.

339 ق.ع لا تثبت إلا بالطرق التي أوردها المشرع في المادة 341 ق.ع، ولذلك لا تصلح شهادة الشهود لإثبات جريمة الزنا¹.

والجدير بالذكر أن هذا المسلك الذي انتهجه المشرع الجزائري خالف فيه الكثير من التشريعات العربية، وحتى التشريع الفرنسي قبل إلغائه لهذه الجريمة، فهذه التشريعات لم تشترط لقيام حالة التلبس قيام أحد رجال الضبط القضائي بتحرير محضر عن هذه الجريمة لتعذر ذلك عمليا². فجريمة الزنا تمتاز بالدقة وترتكب في الخفاء، وهو أمر لا يتيح لرجال الضبط القضائي أن يشاهدوها في حالة تلبس، لا سيما وأنه يشترط دائما أن تكون حالة التلبس وليدة إجراءات مشروعة، فلا يجوز الإستناد عليها إذا كانت نتيجة تفتيش باطل أو إجراء غير مشروع، مثل التلصص من ثقب الباب ما لم يكن الزنا قد تم في منزل الزوج فيكون من حقه أن يرى ما يجري بداخل منزله باعتباره صاحب الحق في المحافظة على حرمة منزله³.

هذا فضلا عن أن حالة التلبس بالزنا يختلف عن التلبس في الجرائم الأخرى، فاشتراط مشاهدة مأمور الضبط القضائي بنفسه لحالة التلبس في الجرائم الأخرى جاء بغرض تخويله سلطة اتخاذ بعض إجراءات التحقيق بصفة استثنائية⁴، كالقاء القبض والتفتيش وغيرها، وليس هذا مقصد التلبس في الزنا، فلا يمكن اتخاذ أي إجراء من هذه الإجراءات إلا بشكوى مسبقة من الزوج المضروب. وسلطة مأمور الضبط تقتصر فقط على تحرير محضر يتضمن ما شاهده من الآثار الدالة بذاتها على قيام الجريمة أو يصور ما رأى من الأوضاع التي وجد عليها المتهمين، ولقاضي الحكم سلطة تقييم وتمحيص هذا المحضر وتقدير مدى صحته أو عدم صحته⁵.

وبمراجعة اجتهادات المحكمة العليا عندنا عثرنا على قرار قضت فيه: "متى كان شريك الزوجة قد اختلى بها في غرفة المنزل ومارس معها علاقات جنسية وبقي معها من الساعة الحادية عشر ليلا إلى الثانية صباحا، حيث جاء زوجها رفقة شخصين، وهرب (ب، ز) متسورا الحائط، وقد شاهده الزوج العائد نازلا من الحائط وحين تمكن من إمساكه تدخلت بنفسها وساعدته على الفرار تجنباً لوقوع مشاجرة مع زوجها.

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في 1973.05.15 ملف رقم 8420، بغدادي جليلي، الإجهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 135.

² - بدر الدين يونس، عذر الاستفزاز في حالة التلبس بالزنا، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة قسنطينة، 1998، ص 91.

³ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 50-51.

⁴ - بولغيمات ووداد، مرجع سابق، ص 137.

⁵ - نصر الدين ماروك، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 464.

وحيث إن حالة التلبس بالزنا لا تشترط حتما معاينتها من طرف ضابط الشرطة القضائية، والضروري هو أن تثبت الجريمة بحجة تقام حسب طرق الإثبات العادية كشهادة شاهد يؤكد بأنه وقف على المتهمين حينما كانت الجريمة ترتكب، أو بعد ارتكابها بقليل كما في قضية الحال، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن وقائع الزنا ثبت ارتكابها بعد حدوثها بقليل فإن قضاة الإستئناف بإدانتهم للطاعن، قد طبقوا أحكام المادتين 339، 341 من ق.ع كما يجب¹.

فالمحكمة العليا في هذا القرار اعتبرت بأن ضباط الشرطة القضائية يتعذر عليهم عمليا مشاهدة المتهمين متلبسين بالزنا، واعتبرت بأن مشاهدتهم عقب ارتكاب الجريمة بقليل في وضعية أو ظروف أو حالة لا تترك مجالا للشك بأنهم باشروا العلاقة الجنسية، كافيا لإثبات الجريمة.

وهكذا يكون القضاء الجزائي قد حذا حذو القضاء المصري والأردني اللذين لا يشترطان لإثبات حالة التلبس تحرير محضر من قبل مأمور الضبط، فما يلزم لتوافر التلبس في جريمة الزنا بالنسبة للشريكين هو أن تكون قد تمت مشاهدتهما في ظروف لا تدع مجالا للشك في وقوع الزنا بناءً على أدلة صريحة.

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر قيمة الظروف التي شوهد فيها كل منهما، ومدى دلالتها على ارتكاب الفعل، ومثال ذلك أن يفاجأ الزوج بعد أدائه صلاة الفجر بشريك الزوجة جالسا على السرير، وكانت الزوجة بملابس النوم، وطلبت من زوجها البقاء بالصالة وعدم دخول حجرة النوم².

ب - الإقرار القضائي: يقصد به إقرار المتهم على نفسه أمام القضاء بارتكاب الواقعة أو الوقائع المنسوبة إليه³. وحتى يؤخذ بهذا الإقرار يُشترط أن يكون صحيحا، وتقتنع المحكمة بصحته، وأن ينصب على التصريح بارتكاب الفعل المكون للجريمة، فلا يجوز الإعتماد على الإقرار الناتج عن إجراءات باطلة أو الإقرار المنصب على صلة الشريك بالزوجة أو على وجوده بالمنزل وقت التفتيش، لأن ذلك لا يرقى إلى درجة الإقرار باقتراح الفعل⁴.

كما يشترط في هذا الإقرار ما يلزم توفره في الإقرار كدليل من أدلة الإثبات، إذ لا يجوز الإعتماد عليه إذا كان وليد إكراه أو نتيجة إجراءات باطلة⁵. ولا يكفي لتحقيقه اعتراف الزوجة على

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار بتاريخ 1984.03.20 في الطعن رقم 34051، المجلة القضائية، ع 2، ص 1990، ص 269.

² - فاروق الكيلاني، محاضرات في قانون اصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، الجزء الثاني، شركة المطبوعات الشرقية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1995، ص 134.

³ - فهو نفسه الإقرار الذي تناولناه في المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب، ص 52 وما يليها.

⁴ - أنظر في تفصيل ذلك: محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 803. فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 211.

⁵ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 52.

نفسها، ونسبة الاشتراك معها، إذ لا يعتبر ذلك اعترافاً من الشريك، فقد يكون القصد منه الكيد لهذا الشخص أو التستر على الشريك الحقيقي أو قد يكون الباعث عليه مجرد الحصول على الطلاق أو على تعويض لمصلحة زوجها بناءً على توافق بينهما. فالإقرار المقصود من قبل المشرع هو الإقرار الصريح الصادر عن الشريك نفسه بارتكاب الفعل المكون للجريمة¹.

ويكفي أن يقتنع القاضي بصدور الاعتراف من المتهم أياً كان الوقت الذي صدر فيه والجهة التي صدر أمامها، فيصح كدليل للإقرار بالزنا الصادر أمام النيابة العامة، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا: "من المقرر قانوناً أنه من بين أدلة الإثبات المحدد قانوناً على سبيل الحصر في جريمة الزنا الإقرار القضائي الذي يحصل أمام القضاة، كاعتراف المتهم أثناء استجوابه من طرف كيل الجمهورية بأنه زنى بالمتهمة"².

ج - إقرار وارد في رسائل ومستندات صادرة عن المتهم: ويقصد بها الأوراق التي حررها المتهم بصرف النظر عن ماهيتها، سواء اتخذت صورة رسائل أو مذكرات يحتفظ بها أو مسودات للرسائل، فما يشترطه المشرع هو أن تكون هذه المحررات صادرة عن المتهم في جو بعيد عن الإنفعالات النفسية، وبمعزل عن الشرطة والقضاء، أي ذلك الاعتراف الذي حرره المتهم بمحض إرادته في رسالة أو مذكرة وبعث بها إلى شريكته أو إلى غيرها، يصف فيها جريمة الزنا وكيفية حدوثها بصراحة ووضوح³.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا: "من أدلة الإثبات في جريمة الزنا الإقرار الوارد في رسائل ومستندات صادرة من المتهم، غير أنه لا يكفي للحكم بالبراءة القول بأن العبارات الواردة في الرسائل المضبوطة أثناء التحقيق لا تعتبر إقراراً بل لا بد على قضاة الإستئناف أن يتطرقوا إلى هذه العبارات في قرارهم، وأن يتمحصوها ويبحثون عن معناها الحقيقي، وإلا كان قضاؤهم مشوباً بالقصور، مما يستوجب النقض"⁴.

ولا يشترط أن تكون هذه الوثائق والأوراق موقعة من المتهم أو شريكه، وإنما يكفي صدورها منهما وبخطهما، كما لا يشترط أن تكون موجهة إلى أي منهما أو إلى الزوجة بل يكفي مجرد صدورها منهما، حتى ولو كانت موجهة إلى صديق أي منهما يحكي فيها علاقتهما غير المشروعة⁵، لكن وجب أن

¹ - أنظر: رؤوف عبید، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 626. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 582.

² - المحكمة العليا، غ.ج، قرار في: 1984.16.12، في الطعن رقم 28837، المجلة القضائية، ع 01، س 1990، ص 279.

³ - نصر الدين ماروك، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، ص 465. بدر الدين بونس، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الجنائي، مرجع سابق، ص 92.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار في: 1988.09.20، في الطعن رقم 52013، المجلة القضائية، ع 02، س 1990، ص 312.

⁵ - محمود كبش، مرجع السابق، ص 88-89. وأنظر أيضاً: رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 702.

يكون الإقرار واضحاً دون لبس أو غموض، ويتناول مضمونه ذكر علاقات جنسية باللمس¹، لكن لقاضي الموضوع تفسير مضمون هذه المحررات ويعتمد في تفسيره على العقل والمنطق ونسبة الدلالة السابقة. ومن سلطته أن يكمل الدلالة المباشرة لعباراتها عن طريق الإستنتاج المنطقي ليستخلص منها دلالتها غير المباشرة على ارتكاب الفعل².

ولا يشترط في هذه الأوراق شكلاً معيناً، بل يكفي مجرد الكتابة المسندة إلى أي منهما في أي صورة ولو كانت بصورة رسائل أو مذكرات يحتفظ بها أو مسودات للرسائل³، بل يكفي أن تقدم للمحكمة صور هذه الأوراق ما دامت أخذت من الأصل، واطمأنت المحكمة إلى مطابقتها للأصول التي أخذت منها⁴.

وإذا كان البعض قد رأى بأن الصور والأفلام وأشرطة الفيديو تدخل ضمن المستندات التي يجوز إثبات هذه الجريمة بها متى ما التقطت الصورة أو سجلت بإذن صاحبها ورضاه، وأن الصور المريبة تكفي في الإثبات إن كانت تدل على الفعل الممنوع، فإنها تعد في الواقع دليلاً على التلبس بالجريمة. ويرون بأن الصورة التي يظهر فيها المتهمان وهما يرتكبان ذات الفعل تبني بذاتها عن سبق وجود حالة التلبس المريبة كما أنها تؤدي بذاتها أيضاً إلى إثبات هذه الحالة، وحالة التلبس بخصوص جريمة الزنا يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، في حين يرى آخرون بأن هذا النوع من الصور لا يمكن أن يشكل دليلاً لإثبات الزنا، لأن الصورة على الفعل الممنوع لا تعتبر من الأدلة التي أوردها القانون، ذلك أن الدليل الذي أورده القانون هو المحرر الذي يصدر عن الشريك نفسه والصور الفوتوغرافية لا تعد كذلك، بالإضافة إلى ما أفضى إليه التطور العلمي والتقني في مجال التصوير والذي يمكن استخدامه لاصطناع دليل مفتعل⁵.

وهكذا قضت محكمة النقض المصرية "بأن ضبط صورة لدى الزوجة تمثلها مع شخص غريب في وضع مريب لا ينهض دليلاً على الزنا، فضلاً عن أن الصورة ليست كتابة، وليست صادرة عن المتهم"⁶.

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار في 1988.02.02 رقم 57 (غير منشور) مشار إليه في: بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الطبعة السابعة عشر، 2014، ص 149.

² - رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 744.

³ - محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 423.

⁴ - فاروق الكيلاني، مرجع سابق، ص 240.

⁵ - أنظر العرض المفصل لهذه الآراء في: معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالأداب العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1985، ص 415.

⁶ - نقض مصري، قرار صادر في: 1962.05.29، مشار إليه في: فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 213.

وفي هذا السياق قضت محكمتنا العليا في قرار لها: " أن شريط الفيديو لا يعد دليلا من أدلة إثبات جريمة الزنا، مؤكدة بأن هذه الجريمة يجب أن تثبت حصرا بالأدلة المنصوص عليها بالمادة 341 من ق.ع.¹ "

إن التفسير الضيق للنص الجنائي يقتضي عدم التوسع في قبول الأدلة المثبتة لجريمة الزنا ولو كانت أدلة إلكترونية كتسجيلات الفيديو أو رسائل نصية قصيرة مرسلة عبر الهاتف النقال أو عن طريق الإنترنت حتى ولو تضمنت اعترافا ضمنيا أو صريحا بفعل الزنا.

لكن، وفي قضاء حديث ولافت للمحكمة العليا اعتبرت فيه: " أن إقرار المتهمين الوارد في المكالمات الهاتفية المسجلة على المستند الإلكتروني المتمثل في بطاقة ذاكرة الهاتف النقال، من ضمن الوسائل التي يمكن للقاضي الأخذ بها لإثبات جريمة الزنا، وأن قضاة الإستئناف طبقوا صحيح المادة 341 من ق.ع.² "

من خلال هذا القرار يتضح بأن المحكمة العليا اعتبرت المكالمات الهاتفية المسجلة في بطاقة ذاكرة الهاتف النقال، مستندا إلكترونيا مقبولا لإثبات هذه الجريمة، ويُفهم من حيثيات القرار أنها أدرجته في نطاق الإقرار الوارد في مستندات صادرة من المتهم، ومن ثمة فإنه ومن باب أولى اعتبار الرسائل النصية المرسلة عبر الهاتف النقال أو عن طريق الإنترنت بشتى وسائل التواصل الإجتماعي (فايسبوك، ماسنجر، فايبر...) والمتضمنة إقرارات صريحة أو ضمنية واضحة الدلالة على ممارسة العلاقة الجنسية، دليلا مقبولا لإثبات هذه الجريمة، وذلك سداً للفراغ التشريعي الذي يطبع المسألة، ومواكبة للتطورات التكنولوجية الحديثة التي أصبحت فيها الكتابة الورقية نادرة الحدوث، فضلا عن أن المشرع منح للمحركات الإلكترونية حجية تامة شأنها في ذلك شأن المحركات الورقية، فقد سَوّت المادة 323 مكرر من القانون المدني³ بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها⁴، كما عرفت المادة 323 مكرر 1 من نفس القانون⁵ الدليل الكتابي: " بأنه ينتج من تتابع حروف أو خصائص مطبوعة أو أرقام أو كل إشارة أو رموز لها معنى مفهوم أيا كانت الدعامة المدونة

¹ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 2009.06.24 ملف رقم 443709، مجلة المحكمة العليا، ع 02، ص 2010، ص 380.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 2016.03.29 في الملف رقم 1010894، مجلة المحكمة العليا، ع 01، ص 2016، ص 301.

³ - قانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر ع 44، المؤرخة في 20 يونيو 2005.

⁴ - هذا النص نقله المشرع الجزائري حرفيا من نص المادة 1366 من القانون المدني الفرنسي، أنظر نص المادة السالفة الذكر في:

-Code civil Français , Disponible sur le site: <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁵ - يقابله حرفيا نص المادة 1365 من القانون المدني الفرنسي، مرجع سابق.

عليها ووسيلة نقله ". وهو ما يتطلب تدخلا تشريعيا على مستوى قانون العقوبات لحسم المسألة وتنظيمها في نصوص واضحة لتفادي أي تفسير خاطئ، يمكن أن يؤدي إلى إدانة بريء أو تبرئة مذنب. وتجدر الملاحظة أن حصر الأدلة المطلوبة لإثبات جريمة الزنا يتعلق بإثبات عنصر الوطء، في حين طرح إثبات قيام علاقة الزوجية على المحكمة العليا فلم تتخذ موقفا ثابتا بشأنها، ففي قرار لها لم تشترط تسجيل الزواج في مصلحة الحالة المدنية لإثبات قيام علاقة الزوجية¹، وقضت: " أن جريمة الزنا تقوم حتى في حالة الزواج بالفاتحة (زواج عرفي)، وأن عقد الزواج المسجل بالحالة المدنية هو شكلية ووسيلة لإثبات الزواج فقط"²، وفي نفس الإتجاه قضت في قرار آخر: " لا يعد الزواج العرفي (الزواج بالفاتحة) سببا لنفي قيام جريمة الزنا"³.

لكن الإتجاه الغالب على قراراتها هو أن يتم الإثبات بتقديم شهادة الزواج⁴، حيث قضت: " بقيام جريمة الزنا في حق الزوجة التي تزوجت من رجل آخر بالفاتحة دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها الأول"⁵، وقضت أيضا: " بقيام الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد زواج مع رجل آخر قبل أن يصبح حكم الطلاق بينها وبين زوجها الأول نهائيا"⁶.

وينبغي أن نشير إلى أنه إذا كان القاضي الجزائي مقيدا بالأدلة المحددة حصرا في المادة 341 من ق.ع لإثبات جريمة الزنا، وفي حال انتفاءها يحكم وجوبا بالبراءة بغض النظر عن اقتناعه المستمد من أدلة أخرى، إلا أن القاضي الجزائي يسترجع حريته الكاملة في تقدير هذه الأدلة، فتوفر أحد الأدلة السالفة الذكر لا يكفي لإدانة المتهم من أجل هذه الجريمة، إنما يتعين أن يقتنع القاضي بدلالته على وقوع الزنا، ومن هذه الناحية يسترجع مبدأ الإقتناع الشخصي حجيته وقوته. وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا في قرار لها: " أن الإقرار القضائي في مجال جريمة الزنا شأنه شأن أي إقرار يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وفق مقتضيات المادة 213 ق.إ.ج"⁷.

¹ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 1987.02.24 ملف رقم 39171، مشار إليه في: - جيلالي بغدادي، الإجهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، ص 133.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 2011.07.28 ملف رقم 538865، مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2012، ص 325.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 2005.06.01 في الملف رقم 297745، مجلة المحكمة العليا، ع 01، ص 577.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 1982.11.09، نشرة القضاة، سنة 1983، ع 02، ص 76.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 1989.06.06 رقم 570 (غير منشور) مشار إليه في: بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 146.

⁶ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 1986.05.13 رقم 281 (غير منشور) مشار إليه في: المرجع نفسه، ص 146.

⁷ - المحكمة العليا، قرار في: 1984.06.12 ملف رقم 28837، المجلة القضائية، 1990، ع 01، ص 279.

ثانيا- إثبات جريمة القيادة في حالة سكر أو تحت تأثير مواد مخدرة:

نظرا لخطورة هذه الجريمة، سيما من حيث الأضرار التي يتسبب فيها مرتكبوها، سواء في الجانب المادي أو البشري فقد تدخل المشرع لتنظيمها وحدد لها قواعد خاصة في الإثبات، ولم يترك للقاضي الجزائي الحرية في اختيار الدليل الذي يكون به اقتناعه بل حصر أدلة الإثبات، وفرض على أعوان وضباط الشرطة إجراءات خاصة لمعاينة وإثبات هذه الجريمة، بل وجرم من يرفض الخضوع للتحقيقات التي يأمر بها ضباط وأعوان الشرطة القضائية على الشخص أو المركبة.

فقد نصت المادة 18 من القانون 14-01 المتعلق بتنظيم حركة المرور وسلامتها وأمنها¹ "يجب أن يمتنع كل سائق عن السياقة عندما يتعاطى مسكرا أو يكون تحت تأثير أية مادة أخرى من شأنها أن تؤثر على ردود أفعاله أثناء السياقة"، ونصت المادة 19 من نفس القانون على أنه: "في حالة وقوع حادث مرور جسماني يجري ضباط وأعوان الشرطة القضائية عملية الكشف على كل سائق أو على مرافق السائق المتدرب من المحتمل أن يكون في حالة سكر أو المتسبب في وقوع حادث المرور عملية الكشف عن تناول الكحول عن طريق جهاز زفر الهواء، وعملية الكشف عن استهلاك المخدرات أو المواد المهلوسة عن طريق جهاز تحليل اللعاب". كما نصت المادة 19 مكرر من نفس القانون أنه يمكن لضباط وأعوان الشرطة القضائية إخضاع كل سائق يشتبه في وجوده في حالة سكر لنفس العمليات المنصوص عليها بالمادة 19.

ويتم إجراء هذه العمليات بواسطة جهاز معتمد يسمى مقياس الكحول (كوتاست)² أو مقياس الإيتيل³، وحينما يتبين من عمليات الكشف احتمال حالة سكر أو الوقوع تحت تأثير المخدرات والمواد المهلوسة أو في حالة اعتراض السائق أو مرافق السائق المتدرب على نتائج هذه العمليات أو رفضه إجراء الكشف، يقوم ضباط وأعوان الشرطة القضائية بإجراء عمليات الفحص الطبي والإستشفائي البيولوجي للوصول إلى إثبات ذلك.

أما إن وقع حادث أدى إلى القتل الخطأ، فقد نصت المادة 20 من نفس القانون على إخضاع السائق وجوبا إلى فحوص طبية إستشفائية وبيولوجية لإثبات ما إذا كان يقود سيارته تحت تأثير مواد أو أعشاب مصنفة كمخدرات.

¹ - قانون 14-01 المؤرخ في 19 غشت 2001 يتضمن تنظيم حركة المرور وسلامتها وأمنها، ج.ر، ع 46 المؤرخة في 19.08.2001 معدل ومتمم.

² - عرفت المادة 02 من القانون 14-01 المتعلق بتنظيم حركة المرور وسلامتها وأمنها المعدل والمتمم هذا الجهاز " بأنه جهاز يسمح بالتحقق الفوري من وجود الكحول في جسم الشخص من خلال الهواء المستخرج".

³ - عرفته المادة السالفة الذكر بأنه: "جهاز يسمح بالقياس الفوري والدقيق لنسبة الكحول بتحليل الهواء المستخرج".

وقد جرّم المشرع بنص المادة 76 من نفس القانون السائق الذي يرفض الخضوع للتحقيقات المنصوص عليها في هذا القانون والمتعلقة بالشخص والمركبة، وعلى كل شخص يرفض الإمتثال لإنذار التوقف الصادر عن الأعوان المنصوص عليهم بالمواد 130 و 131 من نفس القانون، ورتّب عقوبات تصل إلى الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 20000 دج إلى 30000 دج.

وبمناسبة تعديل القانون 01-14 المتعلق بتنظيم حركة المرور وسلامتها وأمنها بموجب الأمر 09-03¹ عرّف المشرع حالة السكر بحيث نصت المادة 02 منه بأنها: "حالة تتمثل في وجود كحول في الدم بنسبة تعادل أو تزيد عن 0.20 غرام في الألف (100 ملل)"، بعد أن كانت النسبة 0.1 غرام في الألف في القانون 01-14، وكانت قبل ذلك في القانون 87/09² تعادل أو تزيد عن 0.80 غرام في الألف.

لذلك فإن هذه الإجراءات التي استوجبه المشرع لقيام جريمة السياقة في حالة سكر أو تحت تأثير مخدر، سواء بصورتها المستقلة أو كظرف مشدد كجريمتي الجروح الخطأ والقتل الخطأ لا بد من إثباتها بموجب خبرة أي إجراء عمليات الفحص الطبي والإستشفائي البيولوجي للتأكد من وجود نسبة الكحول في الدم، ولا يجوز الإثبات بغير هذا الدليل لأن المسألة فنية بحتة تخرج تماما عن مدارك القاضي.

وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا: "ولما كان تناول الخمر والمخدرات من الأسباب الرئيسية التي قد تؤدي إلى حوادث خطيرة، ارتأى المشرع تشديد العقوبة التي يستحقها سائق مركبة تسبب في قتل أو جرح وهو سكران، وتثبت حالة السكر عادة بواسطة التحليل الدموي"³، كما قضت في قرار آخر: "إن الخبرة ضرورية لإثبات جنحة السياقة في حالة سكر ولو كان الجاني معترفا"⁴، لكن القضاء الفرنسي وسّع من هذا النطاق، واعتبر أن إثبات هذه الجريمة ممكن بأي طريقة أخرى⁵.

فبالجوء إلى الخبرة ضروري ولا يجوز الإثبات بغير هذا الدليل، وفي هذا تقييد لحرية القاضي في اختيار الدليل، لكن من الواضح أن هذا القيد فرضته طبيعة الجريمة التي تشترط نسبة معينة من الكحول لا يمكن قياسها إلا بالفحص البيولوجي الطبي وهي مسألة لا يمكن بلوغها إلا عن طريق

¹ - أمر رقم 03-09 المؤرخ في 22 يوليو 2009 يعدل ويتمم للقانون 01-14 المؤرخ في 19 غشت 2001، ج.ر، ع 45 المؤرخة في 20 يوليو 2009.

² - قانون رقم 87-09 المؤرخ في 10 فبراير 1987 يتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، ج.ر.ع 07 المؤرخة في 11 فبراير 1987.

³ - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر في: 19.02.1981، في الطعن رقم 19713، مشار إليه في جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، ص 211.

⁴ - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر في: 19.02.1981، نشرة القضاة، 1989، ع 4، ص 90.

⁵ - Ch. Crim, 05Janvier 1962, Bull n° 04.

مشار إليه في كتاب: محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 334.

الخبرة، فحتى لو اعترف المتهم بتناوله الخمر فلا يمكن التعرف على نسبة الكحول في دمه إلا عن طريق الخبرة، فإذا لم تبلغ النسبة المقررة قانونا، فالفعل يصبح مباحا، ويفلت المتهم تماما من العقاب.

والملاحظ أن السياقة تحت تأثير مخدر التي جاء بها القانون 01-14، لم يحدد المشرع كيفية إثباتها، لكن يبدو أنه تدارك هذا الأمر في القانون 03-09 حين نص في المادة 19 منه على إخضاع إثبات هذه الجريمة لنفس الإجراءات المقررة لإثبات جريمة السياقة في حالة سكر، وذلك باستعمال جهاز تحليل اللعاب، لكن المشرع لم يحدد نسبة معينة للمخدرات في لعاب المتهم لكي تقوم الجريمة في حقه، كما لم يحدد الجهاز المستعمل في الكشف عن هذه النسبة مثلما فعل بالنسبة لجريمة السياقة في حالة سكر، وهي مسألة ينبغي تداركها بنص قانوني سدا لهذا الفراغ التشريعي سيما وأن الأمر يتعلق بجريمة يقتضي أن يكون النص فيها واضحا صريحا وخاليا من أي غموض يمكن أن يقود إلى إفلات مجرمين من العقاب أو إدانة بريء، إلا إن كان المشرع تعمد ذلك قصد وضع كل من تناول مخدرات أو مواد مهلوسة ولو بنسبة ضئيلة تحت طائلة التجريم المنصوص عليه في قانون المرور.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي حسم هذه المسألة حينما أصدر القانون 99-505 المؤرخ في 18.06.1999¹، بحيث أصبحت عملية الكشف عن تناول المخدرات تتم عن طريق تحليل البول إلزاميا في حالة وقوع حادث مرور أدى إلى الوفاة، وعندما تبين عملية الكشف عن احتمال تناول المخدرات تجري عمليات الفحص الطبي و البيولوجي للوصول إلى إثبات ذلك.

الفرع الثاني

إثبات المسائل غير الجنائية

قد تثار أمام القاضي الجزائي أثناء نظر الدعوى مسألة تتعلق بفرع من فروع القانون الأخرى يكون الفصل فيها ضروريا للحكم في الدعوى، ويحدث ذلك بسبب إدراج المشرع عناصر قانونية تنتهي لفرع آخر من فروع القانون.

ومن هذه المسائل ما لا يختص بها القاضي الجزائي فيوقف الفصل فيها إلى غاية الفصل في هذه المسائل من قبل المحكمة المختصة، ويتقيد حينها بما فصلت فيه هذه المحكمة، ونكون أمام ما يعرف بالمسائل الفرعية، إلا أنه قد تثار أمام القاضي الجزائي مسائل أو دفع يستوجب على القاضي الجزائي

¹-Loi n° 99-505 du 18 juin 1999 portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs , disponible sur le site:www.legifrance.gouv.fr

الفصل فيها طبقا لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الدفع¹، وهنا يجب على القاضي اتباع طرق الإثبات الخاصة بتلك المسائل كما هو الحال في عقود الأمانة، ويطلق عليها المسائل الأولية. هذه الأخيرة هي ما يهمننا في بحثنا هذا على اعتبار أن الفصل فيها يؤول الى القاضي الجزائي، وبالتالي وجب أن نتعرض أولا إلى مفهومها، ثم نستعرض سلطة القاضي الجزائي في إثباتها.

أولا- مفهوم المسألة الأولية:

عُرِّفت المسائل الأولية بأنها تلك المسائل العارضة التي تثار أثناء نظر دعوى جزائية والتي يتعين الفصل فيها أولا من قبل القاضي الجزائي، لكونها تدخل في البناء القانوني للفعل الإجرامي موضوع الدعوى، إذ أن الفصل في الدعوى العمومية يتوقف على الفصل فيها أولا، وأن قيام الجريمة من عدمه يتوقف على ذلك². وعُرِّفت أيضا بأنها تلك المسائل العارضة التي تثار أثناء نظر الدعوى الجزائية، ويختص القاضي الجزائي بحسمها حتى يستطيع الفصل في موضوع الدعوى³.

وتعود فكرة ظهور قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الدفع للإجتهااد القضائي الفرنسي، فقد أخذ بها في المذكرة السرية للرئيس الأول لمحكمة النقض BARRIS وأخذ بها النائب العام MERLIN سنة 1813، وقد جاءت هذه المذكرة لإعطاء حل للمسائل المطروحة سابقا والتي كانت قد أغفلت من طرف المشرعين سنة 1808، وأخيرا نشرت كاملة وأخذ بها المشرع فنص عليها في المادة 384 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي سنة 1959⁴.

أما في التشريع الجزائري فقد نصت المادة 330 ق.إ.ج على أن "المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية تختص في جميع الدفوع التي يبيدها المتهم دفاعا عن نفسه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". وهكذا تتميز المسألة الأولية بمجموعة من الخصائص يمكن أن نوجزها فيما يلي:

- أن المسألة الأولية لها صفة عارضة فهي لا تطرح للمناقشة بصفة أصلية أمام القاضي الجزائي إنما تثار أمامه عرضا، ويتطلب الفصل فيها حتى يمكن الفصل في الدعوى الجزائية.
- هي وسيلة من وسائل الدفاع يثيرها المتهم في شكل دفع، تطبق عليه القواعد الخاصة بالدفوع.
- تتعلق المسألة الأولية بعنصر من عناصر قيام الجريمة أو بشرط مفترض لقيامها.

¹ - يطلق على هذا المبدأ بالفرنسية: Le juge de l'action est le juge de l'exception

² - علي عبد القادر القهوجي، المسائل العارضة أمام القضاء الجنائي، (ب ط)، الدار الجامعية، مصر، 1986، ص 06.

³ - صباح مصباح محمود السليمان، قانون الاختصاص في أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2004، ص 156.

⁴ - Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Droit pénal général et Procédure pénale, tome2, Dalloz, Paris, 1964, p 283.

- يكون الفصل في المسألة الأولية من اختصاص قاضي الدعوى، وهو القاضي الجزائي الفاصل في الدعوى العمومية.

لكن، حينما تُعرض على القاضي الجزائي مسألة أولية وهي عادة ما تكون ذات طابع مدني، قواعد إثباتها تختلف عن الإثبات في المسائل الجنائية، فالأولى قانونية والثانية إقناعية، فهل يخضع إثبات هذه المسألة إلى قواعد الإثبات المدني بالنظر لطبيعتها أو لقواعد الإثبات الجزائي بالنظر إلى الجهة القضائية التي تفصل فيها ؟

ثانيا- سلطة القاضي الجزائي في إثبات المسألة الأولية:

قد يحدث أن تثار أمام المحكمة الجزائية مسألة ليست من اختصاص القاضي الجزائي، كأن تكون القضية المطروحة على المحكمة موضوعها خيانة الأمانة، فهذه الجريمة تفترض وجود عقد أمانة تم الإخلال به كعقد الوديعة، فيقوم المتهم بإثارة دفع يهدف من خلاله إلى نفي وجود هذا العقد، وانطلاقاً من قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الدفع، فإن المحكمة الجزائية تفصل في هذا الدفع¹، وذلك عن طريق اتباع طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بهذا الدفع².

ويرى جانب من الفقه أن هذه القاعدة لا تعدّ في حقيقتها استثناءً على قاعدة الإثبات الحرفي المواد الجزائية، لأن المسائل الأولية التي قد تثار أمام القضاء الجنائي وتكون غير جنائية ينبغي أن لا يتغير حكم القانون فيها وفي إثباتها بمجرد أن القاضي الذي سيفصل فيها هو القاضي الجزائي، لأنه إذا قيل بغير ذلك لكان للمدعي المدني أن يتهرب من قيود الإثبات المدنية باختيار الطريق الجنائي كلما أمكن ذلك³.

فقواعد الإثبات إنما ترتبط بالموضوع الذي ترد عليه لا بنوع المحكمة، لأنه إذا كان القضاء الجزائي قد اختص استثناءً بالفصل في هذه المسائل الأولية إذا ما تعلق الفصل بالدعوى الجنائية بهذه المسائل، فإن ذلك لا يعد مبرراً للخروج على قواعد الإثبات⁴.

والملاحظ على القانون الجزائري أنه لا وجود لأي نص تعرّض لوسائل الإثبات التي يعتمدها القاضي الجزائي للفصل في المسائل الأولية على خلاف بعض التشريعات العربية كالتشريع الأردني¹ والمصري².

¹ - بارش سليمان، مرجع سابق، ص 268.

² - زبدة مسعود، القرائن القضائية، مرجع سابق، ص 187.

³ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 55-56.

⁴ - محمود كبيش، شرح قانون الاجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 84.

لكن التطبيق القضائي جرى على أن إثبات المسألة الأولية يكون باتباع طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بهذا الدفع، فقد قضت المحكمة العليا: "يقتضي إثبات جنحة خيانة الأمانة إثبات أمرين اثنين: الأول وجوب إثبات قيام العقد الذي وقع تسليم الشيء بمقتضاه إلى المتهم والذي يشترط أن يكون من بين العقود المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 376 ق.ع، والأمر الثاني وجوب إثبات العناصر الأخرى للجريمة كفعل الاختلاس أو التبيد أو إضراراً بمالكة أو واطئ اليد عليه، فإذا كان يجوز إثبات هذه العناصر الأخيرة بكافة الطرق القانونية بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن طبقاً للقاعدة العامة الواردة بالمادة 212 ق.إ.ج، فإن إثبات وجود العقد من عدمه يخضع لقواعد القانون المدني"³.

وبالتالي فإن إثبات قيام جنحة خيانة الأمانة المنصوص عليها بالمادة 376 من ق.ع وتوقيع العقاب على مرتكبها يقتضي أولاً، إثبات وجود عقد من عقود الأمانة المحددة في المادة السالفة الذكر أي أن يثبت مسبقاً وجود هذا العقد وفقاً لأحكام القانون المدني التي تتطلب الكتابة بالنسبة للإلتزام الذي يتجاوز 100000 دج، ويمكن الإثبات بالشهادة إذا قدم الضحية بداية إثبات بالكتابة... إلخ⁴، أما إذا تعلق الأمر بعقد تجاري فالإثبات مطلق، فإثبات الجريمة لا يمكن فصله عن إثبات العقد. وعليه، فاختصاص القاضي بنظر الجريمة موضوع الدعوى الأصلية يترتب عليه حتماً اختصاصه ببحث وجود العقد الذي يعد إنكاره دفاعاً لتلك الدعوى⁵.

ويشترط الفقه⁶، وسائره في ذلك القضاء، شرطان لكي يُلزم القاضي الجزائي باتباع طرق الإثبات المقررة في القوانين غير الجنائية بالنسبة للمسائل المعروضة عليه وهما:

أ- أن لا تكون الواقعة المراد إثباتها هي بذاتها الواقعة محل التجريم: ويعني ذلك أنه يلزم أن تكون الواقعة محل الإثبات والمتعلقة بالقوانين غير الجنائية هي مفترض للجريمة، وليست هي المكونة

¹ - تنص المادة 149 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني "إذا وجد إدعاء بالحق الشخصي مع القضية الجزائية وجب على القاضي اتباع قواعد الإثبات الخاصة به"، مرجع سابق.

² - تنص المادة 225 من قانون الإجراءات الجنائية المصري "تتبع المحاكم الجنائية في المسائل غير الجنائية التي تفصل فيها تبعاً للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل"، مرجع سابق.

³ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 1983.01.11 في الملف رقم 27105، المجلة القضائية، ع 01، س 1989، ص 327.

⁴ - المواد 323 إلى 350 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁵ - Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC, op.cit, p313.

⁶ - أنظر: محمد عبد الغريب، مرجع سابق، ص 56-57. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 166 - 167. محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 219 - 220.

- Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC, op.cit, pp 321-322.

للسلوك الإجرامي ذاته¹. أما إذا كانت هي المكونة للسلوك الإجرامي، كأن تكون إحدى العناصر المكونة للجريمة، فإن المحكمة لا تتقيد بإثباتها بطرق معينة، وإنما تخضع للقاعدة العامة في الإثبات الجنائي². فالشرط المفترض في الجريمة عبارة عن واقعة قانونية توجد من الناحية الزمنية قبل الركن المادي للجريمة، فعملية التجريم تفترض وضع قانوني معين يحميه القانون قبل حدوث الجريمة التي تتمثل في الإعتداء عليه³.

ففي جريمة خيانة الأمانة مثلاً يكون القاضي ملزماً بإثبات واقعة تسليم الشيء الذي تم تبديده بالطرق المقررة في القانون المدني، فواقعة التسليم تعد مفترضا للجريمة، أما إذا تصرف المتهم بالشيء المسلم إليه على نحو آخر كبيعه مثلاً، فإن الواقعة هنا هي البيع، ويجوز هنا للقاضي الجزائي إثباته بكافة طرق الإثبات مادام البيع هو المكون للسلوك الإجرامي ذاته، والذي يعاقب عليه القانون⁴.

فقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "على قضاة الإستئناف أن يثبتوا أن تسليم الشيء المختلس أو المبدّد قد حصل بناءً على عقد من العقود الواردة على سبيل الحصر بالمادة 376 من ق.ع، وأن يتبعوا في ذلك طرق الإثبات المقررة في القانون المدني، أما إثبات العناصر الأخرى كفعل الإختلاس أو التبيد والقصد الجنائي، فهما يخضعان لقواعد الإثبات في المواد الجزائية طبقاً للمادة 212 ق.إ. ج وما يليها"⁵.

كما قضت في قرار آخر: "أن قضاة المجلس توصلوا إلى نتيجة مفادها أن أركان جنحة خيانة الأمانة المنصوص عليها بالمادة 376 من ق.ع غير قائمة في حق المتهم المطعون ضده على أساس أن الضحية صرح بأنه كان مديناً للمتهم وسلم له مقابل ذلك شيكا على سبيل الضمان، وأن هذا الأخير قام باستعماله واعتبروا أن الفعل الغير مشروع لا يمكن أن يكون سنداً أو عقداً يحميه القانون بمفهوم خيانة الأمانة، وخلصوا إلى تبرئة المتهم مستعملين في ذلك سلطتهم الحرة في تقدير الوقائع وظروفها وعناصر الإثبات المعروضة أمامهم والتي تفلت من رقابة المحكمة العليا، مما يجعل الوجه المثار غير سديد ويتعين رفضه"⁶.

¹ - مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 180.

² - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 513.

³ - المرجع نفسه، ص 513.

⁴ - مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 181.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 1974.07.09 في الملف رقم 9198، مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 371.

⁶ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 2012.04.26 في الملف رقم 560694، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2013، ص 392.

ففي هذا القرار الأخير اعتبرت المحكمة بأن الفعل الذي قام به الضحية بتسليمه شيكا للمتهم وجعله كضمان، لا يمكن اعتباره سنداً أو عقداً يحميه القانون لكونه عملاً غير مشروع، وبالتالي لا يغطي بأي حماية جزائية بمفهوم خيانة الأمانة طبقاً للمادة 376 من ق.ع.

وعلى عكس ما هو جاري به العمل على مستوى المحاكم، حيث يتم اشتراط حكم نهائي بالإدانة عن جنحة الإدلاء بتصريحات كاذبة طبقاً للمادة 223 من ق.ع من أجل إبطال عقود الحالة المدنية، فإن المحكمة العليا ذهبت مذهبا مغايراً في قرار لها تتعلق وقائعه بتزوير محتمل وقوعه في عقد وفاة المرحومة (ب.و) التي توفيت بحسب الشاكين بتاريخ 2006.03.18، وأن أولادها يكونوا قد سجلوا وفاتها بتاريخ 2007.01.09 بالبلدية، وذلك بغرض الإستلاء على تركة خالهم (ب.ح)، وقد عرضت القضية على المحكمة العليا بمناسبة طعن النيابة العامة والأطراف المدنية ضد قرار غرفة الإتهام الصادر بتاريخ 2013.10.13 القاضي بإلغاء أمر إرسال مستندات القضية إلى النائب العام في القضية المتبعة ضد (ب.ص) لأجل الإدلاء أمام موظف بتقرير يعلم أنه مخالف للحقيقة، واستعمال المزور والإستيلاء على التركة والقضاء من جديد بانتفاء وجه الدعوى، وقد أثارت المحكمة العليا وجهها تلقائياً يتعلق بمخالفة القواعد الجوهرية في الإجراءات وأكدت: "أن القرار المطعون فيه لم يشر إلى حصول الإجراءات الأولية أمام الجهات القضائية المختصة بإبطال عقد الوفاة موضوع دعوى التزوير والجرائم المرتبطة، لا من طرف الطرف المتضرر ولا من النيابة العامة قبل المتابعة، وبالتالي فدعوى الحال جاءت أصلاً سابقة لأوانها، ولم يكن لقضاء غرفة الإتهام الفصل في الموضوع على أي نحو لا بالإتهام والإحالة ولا بانتفاء وجه الدعوى، ولا حتى بإرجاء الفصل لأنه لا يبين من أوراق الدعوى أن ثمة دعوى مدنية في المجال. وبالتالي فإن ثمة مسألة أولية سابقة عن الدعوى العمومية يتعين الفصل فيها أولاً من لدن القضاء المدني المختص للقول بصحة عقد الوفاة من عدمه ليتأتى بعد ذلك للنيابة العامة المتابعة الجزائية بمعنى أنه في هذه الحالة تنطبق قاعدة (أن المدني يقيد الجزائي)، ودون فصل القضاء المدني في بطلان عقد الوفاة من عدمه لا تتأتى أي متابعة. ومن ثمة كان على غرفة الإتهام التصدي بإبطال الإجراءات من أولها وصرف النيابة لإتباع الإجراءات المطلوبة والسعي لحصول الفصل في المسألة الأولية السابقة عن الدعوى. ونقضت قرار غرفة الإتهام محل الطعن وأبطلته، مع تمديد البطلان إلى كل إجراءات الدعوى ابتداءً من الطلب الإفتتاحي وما تلاه من إجراءات التحقيق القضائي دون إحالة مع صرف النيابة العامة للقيام بالإجراءات الملزمة".¹

¹ المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 2016.10.19 في الملف رقم 0994331، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2016، ص 382-383.

ب- أن تكون الواقعة المتعلقة بالقوانين غير الجنائية لازمة للفصل في الدعوى الجنائية: فإذا كانت الواقعة المدنية يمكن أن تستدل المحكمة منها كقرينة على وقوع الجريمة، فلا يمنع القاضي الجزائي من اتباع كافة طرق الإثبات فيها، فواقعة إتلاف السند وتزويره يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات، أيًا كانت قيمة السند، إذ الإثبات ينصب في هاتين الحالتين على واقعيتين ماديتين هما الإتلاف والتزوير.¹

كما يجوز إثبات فعل التبيد في جريمة خيانة الأمانة بجميع الطرق، حتى ولو زادت قيمة عقد الأمانة عن 100000 دج، وكذلك الشأن بالنسبة لفعل الإختلاس بالنسبة لجريمة السرقة. فالمحاكم وهي تفصل في الدعاوى العمومية غير مقيدة بقواعد الإثبات في القانون المدني إلا إذا كان قضاؤها في الواقعة الجنائية يتوقف على وجوب الفصل في مسألة مدنية تكون عنصرا من عناصر الجريمة المطلوب منها الفصل فيها.²

ففي جنحة خيانة الأمانة التي تشترط لقيامها توفر عقد من عقود الأمانة المذكورة حصرا في المادة 376 من ق.ع، يجب على القاضي حينما تطرح عليه قضية بهذا الوصف الجزائي، أن يتأكد أولا من وجود عقد من عقود الأمانة، لكون أن هذا العقد يعد شرطا لازما لقيام جنحة خيانة الأمانة، ولإثبات وجود هذا العقد يتبع في ذلك قواعد القانون المدني، وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرار لها: "...وحيث أنه ولما تبين من وقائع القضية، وكما سرده القرار المطعون فيه، وكذا الحكم المؤيد له أن المتهم الطاعن استلم المركبة محل خيانة الأمانة بعد سنة 2001، وأن شكوى الضحية المطعون ضده لم تقدم إلا بتاريخ 2005.08.08، وبالتالي فإن هذه الوقائع وإن صحّت وحسب نص المادة 538 من القانون المدني فإنه لا يمكن أن يكون العقد الذي ربط الطرفين عقد إعارة نظرا لطول المدة ولكون الشيء المستعار ليس من الأشياء القابلة للإستهلاك، ومن ثمة فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق من الوقائع وإعطائها الوصف الصحيح للعقد الذي ربط الطرفين وفق قواعد القانون المدني، ولما لم يفعلوا ذلك فإنهم يكونون قد أشابوا قرارهم بعيب القصور في التسبيب وإنعدام الأساس القانوني، مما يعرضه للنقض والإبطال".³

¹ - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 219

² - حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية مع تطورات التشريعية ومذكراته الإيضاحية والإحكام في مائة عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 656.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 2012.02.23 في الملف رقم 557834، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2013، ص 409.

كما قضت في قرار آخر: "أنه لا يمكن المتابعة أمام الجهات القضائية الجزائية في إطار دعوى التصريحات الكاذبة إلا إذا كانت الجهات القضائية المدنية المختصة قد فصلت نهائيا في النزاع الأصلي وأثبتت أن التصريحات المنسوبة للمتهم كاذبة وأبطلت الرسم المحرر بموجبها، وأنه ليس من اختصاص الجهات القضائية الجزائية إثبات بطلان عقد من عقود الحالة المدنية أو القضاء بالإدانة في مثل هذه الحالة".¹

هذا وتجدر الملاحظة أن التزام القاضي الجزائي باتباع طرق الإثبات المقررة في القوانين الخاصة بالمواد غير الجنائية لا يتعلق بالنظام العام بل هو مقرر لمصلحة الخصوم، وعليه فلا يترتب البطلان على حكم لم يتبع فيه القاضي الجزائي طرق إثبات خاصة لمواد غير جنائية، إلا إذا كان صاحب المصلحة قد تمسك صراحة بضرورة الإثبات بهذه الطرق الخاصة على أن يكون ذلك أمام محكمة الموضوع، فلا يجوز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا.²

تجدر الإشارة إلى أن تقيد المحكمة بقواعد الإثبات الخاصة بالمسائل غير الجنائية يقتصر على حالة الإدانة فقط، أما عند قضائها بالبراءة فلا تتقيد بهذه القواعد، إذ يجوز للقاضي أن يستمد قناعته من أي دليل، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية: "إذا تقيد القاضي الجنائي بقواعد الإثبات الجنائية فمحل تقيده حين يصدر حكما بالإدانة، إذ لا يجوز له أن يقرر وجود العلاقة المدنية التي تفرضها الجريمة إلا إذا قدم له الدليل الذي تشترطه قواعد القانون المدني، أما إذا قرر البراءة فله أن يقول بانتفاء العلاقة المدنية السابقة مستندا إلى أي دليل، فلا يتقيد في نفي هذه العلاقة بقواعد الإثبات المدنية".³

كما قضت في قرار آخر: "أن القانون لا يقيد المحكمة بالقوانين المدنية إلا عند الإدانة احتياطا لمصلحة المتهم حتى لا تتقرر مسؤوليته وعقابه إلا بناءً على الدليل المعتبر في القانون وليس البراءة، لانتهاء موجب الحيلة وتحقيقا لمقصود الشارع في أن لا يعاقب بريء مهما توافرت في حقه ظواهر الأدلة".⁴

¹ - المحكمة العليا، غ. ج. م.، قرار صادر في: 2009.02.04 في الملف رقم 425781، مجلة المحكمة العليا، ع 01، ص 2011، ص 284.

² - مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 196. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ص 764 - 765.

³ - قرار صادر عن محكمة النقض المصرية في 1969.03.31، مشار إليه في: محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 57.

⁴ - قرار صادر عن محكمة النقض المصرية في 1966.03.31، مشار إليه في: محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 220.

ولم نعثر على أي قرار يبين موقف محكمتنا العليا من هذه المسألة، رغم أننا نؤيد ما ذهب إليه الإجتهد القضائي المصري الذي يبدو مؤسسا من الناحية القانونية والمنطقية، ويصلح تطبيقه عندنا لاتحاد التشريعين في هذا الجانب.

وصفوة القول أن هناك مبررات عملية لخروج المشرع عن القاعدة العامة في الإثبات وإيراد هذا الإستثناء المتعلق بتقيد القاضي الجزائي باتباع طرق الإثبات الخاصة في المسائل غير الجنائية، فضلا عن أن إثبات هذه المسائل ذات طبيعة خاصة تختلف عن المسائل الجنائية، فإن هذا الإستثناء يُوفّر حماية للخصوم ويمنع التحايل، إذ لو تُرك هذا المجال مفتوحا للإثبات فلا شك أن الخصم الذي تُعوزه الحجة، ويفتقد إلى الدليل سوف يختار الطريق الجنائي للإثبات، وفي هذا إضرار بالمركز القانوني للخصم الآخر وتهديد لاستقرار المعاملات.

المطلب الثاني

الإستثناءات الواردة على حرية القاضي الجزائي في تكوين اقتناعه الشخصي

قد ترتكب الجريمة في ظروف تجعل من العسير تحصيل أدلة اتهام متباعدة مرتكبها وإدانتهم، كما قد يصعب الإحتفاظ بها إن وجدت لتعذر كشف الأثر الذي تركته، وهكذا فقد أضفى المشرع على بعض المحاضر قوة إثباتية خاصة بحيث يعتبر المحضر حجة بما جاء فيه إلى أن يثبت ما ينفيه تارة بإثبات العكس وتارة بالطعن بالتزوير (الفرع الأول) كما تدخّل المشرع أحيانا ليتدارك عسر الإثبات وثقله على الأطراف ليفترض وضعا غالبا على أساس رجحان وقوعها في الغالب دونما حاجة لإثباتها، وهو ما يصطلح عليه بالقرائن القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حجية بعض المحاضر في الإثبات

الأصل أن المحاضر بصفة عامة لا تتمتع بحجية معينة في مجال الإثبات الجنائي، وبالتالي فإن الدليل المستمد منها يخضع شأنه شأن بقية الأدلة في المواد الجنائية لحرية القاضي في تقدير قيمته، ومع ذلك فقد أضفى المشرع استثناءً على بعض المحاضر حجية معينة في الإثبات.

فقد مر بنا بأن القاضي الجزائي له الحرية المطلقة في تقدير الوقائع التي ترد بالأوراق والمحاضر المتعلقة بالدعوى المعروضة أمامه، غير أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة بأن أضفى على

طائفة من المحاضر حجية إثبات خاصة، وقيد السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي، فلا يكون لهذا الأخير الحق في مناقشتها أو التدليل على عدم وقوعها، إلى أن يثبت عكسها فهي محاضر ذات حجية نسبية (أولا)، وفي طائفة أخرى من المحاضر تشدد المشرع في هذه الحجية بأن منحها حجية مطلقة لا يمكن دحضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير (ثانيا).

أولا- المحاضر ذات الحجية النسبية:

ينبغي أن نشير في البداية أن المحاضر المقصودة هنا هي المحاضر المستوفية لشروط صحتها الواردة في المادة 214 ق.إ.ج، فإذا تخلفت هذه الشروط فإن المحاضر تفقد حجيتها وتصبح من قبيل الإستدلالات، ويتعين على المحكمة آنئذ القضاء وفقا لاعتناعها.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه المحاضر في المادة 216 من ق.إ.ج: "في الأحوال التي يخول القانون فيها بنص خاص لضباط الشرطة القضائية أو أعوانهم أو للموظفين وأعوانهم الموكلة إليهم بعض مهام الشرطة القضائية سلطة إثبات جنح في محاضر أو تقارير تكون لهذه المحاضر والتقارير حجيتها ما لم يدحضها دليل عكسي بالكتابة أو شهادة شهود"، كما نصت المادة 400 ق.إ.ج على: "تثبت المخالفات إما بمحاضر أو تقارير واما بشهادة الشهود في حالة عدم وجود محاضر أو تقارير مثبتة لها.

ويؤخذ بالمحاضر والتقارير المحررة بمعرفة ضباط أو أعوان الشرطة القضائية والضباط المنوطة بهم مهام معاينة للضبط القضائي الذين خول لهم القانون سلطة إثبات المخالفات كدليل إثبات الى أن يقوم الدليل العكسي على ما تضمنته، وذلك عدا الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك. ولا يجوز أن يقوم الدليل العكسي إلا بالكتابة أو بشهادة الشهود"¹

فالمشرع جعل لهذه المحاضر قوة إثبات خاصة، إذ يُعتبر المحاضر حجة بما ورد فيه إلى أن يثبت ما ينفيه بالدليل الكتابي أو شهادة الشهود، ولا شك أن إضفاء حجية على محاضر المخالفات ينبع من

¹ - هذا النص ترجمة حرفية لنص المادة 537 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي جاء فيها:

«Les contraventions sont prouvées soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux, ou à leur appui
Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux ou rapports établis par les officiers et agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints, ou les fonctionnaires ou agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire auxquels la loi a attribué le pouvoir de constater les contraventions, font foi jusqu'à preuve contraire.

La preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins. »

كون هذه المحاضر صادرة عن شهود متمتعين بثقة خاصة من المشرع هم فئة الموظفين، كما أن هذه المحاضر تتعلق بمخالفات وهي أخف أنواع الجرائم، كما أن ملاحظتها وتثبيت وقائعها يندر أن يصار إلى ارتكاب الخطأ في تحديدها وملاحظتها¹.

واعتبار هذه الأوراق حجة لا يعني بأن المحكمة ملزمة بالأخذ بها ما لم يتم نفيها، وإنما المقصود منها هو أن المحكمة تأخذ بما ورد فيها دون أن تعيد تحقيقه بالجلسة، ومع ذلك يمكن أن ترفض الأخذ بها ولولم يطعن فيها على الوجه الذي رسمه القانون، غير أنها تكون ملزمة في هذه الحال ببيان الأسباب التي استندت عليها في طرح الحجية التي أضفاها القانون على ما يثبت بها من وقائع، لا سيما أن هذه الوقائع المادية الواردة بالمحاضر يفترض صحتها²، وإذا لم يتم إثبات عكس ما جاء فيها، وإنما تولدت شكوك حولها فإن صياغة النص جاءت واضحة في أنها تتمتع بالحجية بالنسبة لما ورد فيها من وقائع إلى أن يثبت ما ينفيها، والقول بغير ذلك يهدر كل قيمة للحجية التي أضفاها القانون على المحضر³.

للإشارة أن المشرع الجزائري فتح المجال لإثبات عكس ما ورد في هذه المحاضر للقاضي والخصوم حسبما يظهر من نص المادة 216 ق.إ. ج، على عكس بعض التشريعات المقارنة التي قصرت هذا الحق على المتهم فقط، بحيث إن تنازل المتهم عن حقه في إثبات العكس يعني أن القاضي ملزم بحجية هذه المحاضر دون أن يمارس سلطته التقديرية بشأنها، كالمادة 301 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة 221 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي⁴.

كما تفرد المشرع الجزائري عن غيره من التشريعات العربية بخصوص تحديده لطرق نفي صحة ما ورد بالمحاضر بحيث يشترط الكتابة والشهادة فقط، مستلهما ذلك من التشريع الفرنسي الذي سلك هذا المنهج⁵.

¹ - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 194.

² - زبدة مسعود، الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، مرجع سابق، ص 109.

³ - رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، مرجع سابق، ص 327.

⁴ - أصول المحاكمات الجزائية العراقي، متوفر على الموقع:

<http://iraqlid.hjc.iq:8080/LoadArticle.aspx?SC=251020079038369>

⁵ - Article 433 du CPPF: « Dans les cas où les officiers de police judiciaire, les agents de police judiciaire ou les fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire ont reçu d'une disposition spéciale de la loi le pouvoir de constater des délits par des procès-verbaux ou des rapports, la preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins ».

والجدير بالذكر أن القوة الإثباتية الملزمة للقاضي الجزائي تنصرف إلى الوقائع المادية والمعاينات التي أجراها الأشخاص المشار إليهم بالمادة 216 ق.إ. ج في حدود اختصاصهم، وأثناء قيامهم بواجبهم، فهي لا تمتد إلى غير ذلك من الوقائع والتعليقات الشخصية لمحرر المحضر وملاحظاته حول الوقائع التي أثبتتها، فنطاق الحجية هو الوقائع المادية المثبتة بمحضر المخالفة، ويستوي بعد ذلك أن تكون الدعوى قد رفعت ابتداءً بوصف المخالفة أو الجنحة ثم اعتبرت الواقعة بأنها مخالفة، لأن العبرة في نطاق الحجية هي بالطبيعة القانونية للجريمة المثبتة بالمحضر، والتي تتوقف على التكييف القانوني لها من قبل المحكمة وليس التكييف الذي رفعت به الدعوى¹، كما أن حجية هذه المحاضر تقتصر على الوقائع المادية المكونة للمخالفة، فلا تستوعب الوقائع المشكلة لجرائم أخرى لا تشكل مخالفة، كما أنها لا تكون حجة إلا على صدور تلك الوقائع لكنها ليست حجة على صدقها وصحتها، فإذا تضمنت اعترافاً بوقوع مخالفة أو شهادة عليها، فإنها تكون حجة على صدور الإقرار أو الشهادة لكنها لا تكون حجة على صحة الإقرار أو صدق الشهادة².

ومن المحاضر التي تتمتع بحجية إلى أن يثبت عكسها مثالا لا حصرا: المحاضر المحررة تطبيقاً لأحكام قانون المرور³، المحاضر المحررة من قبل أعوان قمع الغش وفقاً لأحكام القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك⁴، المحاضر المحررة من قبل أعوان الرقابة التابعين لهيئات الضمان الاجتماعي⁵، المحاضر الجمركية فيما تتضمنه من اعترافات وتصريحات دون محاضر المعاينة المادية، والمحاضر المحررة من قبل عون واحد من أعوان إدارة الجمارك مهما كان مضمونها تصريحات أو معاينات⁶، والمحاضر المحررة من قبل أعوان شركة الجزائرية للمياه⁷.

¹ - Philippe CONTRE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON, Procédure pénale, 3ème édition, Dalloz, Paris, 2001, p 38.

وفي نفس الموضوع أنظر أيضاً: أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 756. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 183.

² - محمد زكي أبو عامر، بحث القيود القضائية على حرية القاضي الجنائي في الاقتناع، مرجع سابق، ص 04.

³ - تنص المادة 136 من القانون 14-01 المعدل والمتمم " تكون للمحاضر المحررة وفق هذا القانون قوة الثبوت ما لم يثبت العكس"، مرجع سابق.

⁴ - تنص المادة 31 من القانون 03-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، ع 15 المؤرخة في 08 مارس سنة 2009: " تكون المحاضر المحررة وفقاً للقرارات السابقة حجية قانونية حتى يثبت العكس".

⁵ - تنص المادة 36 من القانون 17-04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 يعدل ويتم القانون 14-83 المؤرخ في 02 يوليو 1983 يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي، ج.ر، ع 72. صادرة في 13 نوفمبر 2004 " يعد العون المراقب تقريراً ومحضراً حول ما يقوم به من مراقبة يبين فيه على الخصوص العيوب والمخالفات المعانية. يعتد بهذا المحضر إلى غاية إثبات العكس".

⁶ - المادة 254 من القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المتضمن قانون الجمارك، ج.ر، ع 30 صادرة في 24 يوليو 1979 معدل ومتمم.

⁷ - المادة 162 من القانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 سبتمبر سنة 2005، يتعلق بالمياه، ج.ر، ع 60 المؤرخة في 04 سبتمبر سنة 2005.

ومن تطبيقات المحكمة العليا حول حجية هذه المحاضر وسلطة القاضي في تقديرها، قضت في قرار لها: "حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن المجلس استبعد ما جاء في محضر الجمارك من اعترافات وتصريحات، بعد أن قدم المتهم كما تسمح بذلك المادة 254 من قانون الجمارك الدليل العكسي المتمثل في فاتورات شراء البضائع المتنازع عليها.

وحيث إن المجلس بتصرفه هذا قد مارس السلطة المخولة له من حيث تقدير وسائل الإثبات طبقاً للمادتين 2/254 من قانون الجمارك، والمادة 215 ق.إ.ج الأمر الذي يجعل هذين الوجهين غير سديدين"¹.

وفي قرار آخر قضت: "حيث إن قضية الموضوع في القضايا الجمركية لا يمكن لهم ممارسة سلطتهم التقديرية إلا عند تقديم الدليل العكسي على صحة ما ورد بالمحضر الجمركي، وعندئذٍ يمكنهم القضاء باعترافات المتهم لأن معاينات المحضر الجمركي تعد صادقة لغاية تقديم الدليل العكسي ضدها، وهذا الدليل لم يقدم في هذا الشأن.

وحيث إن القضية في هذه القضية لا يمكن لهم تقدير إطلاق سراح المتهم على أساس مجرد إنكار من طرفه أو بالأحرى منحه حق الاستفادة من الشك لصالحه حسبما فعل في القضية الراهنة"².

ثانيا - المحاضر ذات الحجية المطلقة:

هذا النوع من المحاضر يعتبر أكثر تشرّطاً، فلا يمكن دحضها إلا بإثبات عدم صحتها عن طريق الطعن بالتزوير، ويترب عن ذلك تقييد حرية القاضي الجزائي في الإقتناع³، مع إعفاء النيابة العامة من عبء إثبات ما ورد في تلك المحاضر، وتحميل المتهم عبء إثبات عكس ما ورد بها عن طريق الطعن بالتزوير⁴.

ونظراً لخطورة هذه المحاضر وهدمها لقرينة البراءة المعترف بها دستورياً، فإن المشرع الجزائري أحال على القوانين الخاصة، فنص في المادة 218 ق.إ.ج على: "إن المواد التي تحرر عنها محاضر لها حجيتها إلى أن يطعن فيها بالتزوير تنظمها قوانين خاصة".

¹ - المحكمة العليا، غ. ج. م، قرار صادر في: 1984.07.03 في الملف رقم 31740، أشار إليه: نجيب جمال، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 203.

² - المحكمة العليا، غ. ج. م، قرار صادر في: 1985.03.12 الطعن رقم 34059، أشار إليه: نجيب جمال، المرجع نفسه، ص ص 203-204.

³ - محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ص 484-485.

⁴ - محمد عيد الغريب، مرجع سابق، ص 58.

ويمتد أثر حجية هذه المحاضر إلى القاضي الفاصل في موضوع النزاع والذي يجد نفسه مقيدا بها، وتكون أحكامه كاشفة لا مقررة للإدانة¹، ولا يمكنه استبعادها إلا في حالة ثبوت تزويرها، أما إن لم يثبت ذلك فإن القاضي يقتصر دوره على النطق بالعقوبات دون ممارسة أي سلطة في تقدير إثبات الجريمة من عدمه طالما أن هذه المسألة قد تم حسمها مسبقا من طرف المشرع.

والواقع أن اشتراط الطعن بالتزوير لإثبات ما يخالف هذه المحاضر هو من آثار العهد القديم، حينما كان القاضي يبني اقتناعه على المحاضر المكتوبة، وهو ما لا يتفق مع مبدأ شفوية المرافعات وضرورة إعادة التحقيق في الجلسة، ولذلك فإن إثبات ما يخالف المحاضر لا يتقيد بالطعن بالتزوير إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، وقد أكدت ذلك عدة تشريعات منها التشريع الفرنسي في المادة 433 من قانون الإجراءات الجنائية²، وهو نفس النص الذي نقله المشرع الجزائري في المادة 218 ق. إ. ج السالفة الذكر.

إن المحاضر التي أضفى عليها المشرع حجية إلى أن يطعن فيها بالتزوير قليلة نسبيا، ومن بينها محاضر الجلسات والأحكام القضائية³، فهذه الأخيرة لا تتعارض مع سلطة القاضي الجزائي بل تشكل احتراماً لها على أساس أن الأحكام القضائية عنوان للحقيقة وهي تتمتع بقوة الشيء المقضي فيه⁴، أما بالنسبة لمحاضر الجلسة فيعتبر بيئة قانونية قاطعة لا يجوز مناقشتها أو الاعتراض عليها، ويجب العمل بهذه المحاضر ما لم يثبت تزويرها، فهي أقوى من محاضر المخالفات لأن القاضي ملزم بها إلى أن يتمكن المدعى عليه من إثبات تزويرها بدعوى تزوير مستقلة⁵.

تجدر الإشارة إلى أن مثل هذه المحاضر تنتشر بصورة خاصة في الجرائم الإقتصادية، وأن إضفاء حجية خاصة لمحاضر إثبات هذه الجرائم يجد تبريره في تعقّد النشاط الإقتصادي وصعوبة الإثبات فيه، كما تتخذ الإدارة مبررات أخرى تصب عادة في الشق المتعلق بإحاطتها بكل خبايا النشاط

¹ - بن قري سفيان، إزالة تجريم قانون الأعمال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 49.

² -Article 433 du CPPF: « Les matières donnant lieu à des procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux sont réglées par des lois spéciales. A défaut de disposition expresse la procédure de l'inscription de faux est réglée comme il est dit au titre II du livre IV ».

³ - فيما يخص المحاضر ذات الحجية الخاصة التي لا يمكن دحضها إلا عن طريق التزوير، اكتفى المشرع المصري بمحاضر جلسات المحاكم فقط، في حين سائر المشرع الجزائري نظيره الفرنسي ونص عليها في بعض النصوص الخاصة على قتلها.

⁴ - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 195.

⁵ - عبد الوهاب حومد، أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الرابعة، دمشق، 1987، ص 644.

الإقتصادي والذي يجعل من أعوانها الأكثر قدرة على معاينة المخالفات وتحرير المحاضر المتعلقة بها مقارنة بباقي الجهات¹.

ولذلك نجد مثل هذه المحاضر في المادة 14 من القانون 90-03 المتعلق بمفتشية العمل²، والتي تنص: "تتمتع محاضر مفتشية العمل بقوة الحجية ما لم يطعن فيها بالإعتراض"، وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا: "من المقرر قانوناً أن محاضر مفتشي العمل التي تعين الجرائم الخاصة بتشريع العمل لها حجيتها إلى أن يطعن فيها بالتزوير"³، كما نجد مثل هذه المحاضر في القانون 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁴، بحيث تنص المادة 58 منه "... تكون للمحاضر وتقارير التحقيق حجية قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير".

لكن، تبدو هذه المحاضر بصفة خاصة في التشريع الجمركي في المادة 1/254 من قانون الجمارك⁵، التي تنص "تبقى المحاضر الجمركية المحررة من طرف عونين محلفين، على الأقل، من بين الضباط و الأعوان المذكورين في المادة 241 من هذا القانون صحيحة، ما لم يطعن فيها بتزوير المعاينات المادية الناتجة عن استعمال حواسهم أو بوسائل مادية من شأنها السماح بالتحقق من صحتها..".

فمن خلال هذا النص يتضح أن محاضر المعاينة و الحجز الجمركيين، ومحاضر معاينة أعمال التهريب تتمتع بحجية كاملة بحيث تكون صحيحة إلى أن يطعن فيها بالتزوير، لكن شريطة توفر شرطين في المحضر، أولهما يتعلق بمضمون المحرر وهو أن يتعلق بنقل معاينات مادية، وثانيهما يتعلق بصفة محرري المحضر وعددهم وهو أن يكون محررا من قبل عونين اثنين على الأقل من بين الأعوان المشار اليهم بالمادة 241 من قانون الجمارك، والمادة 32 من الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب⁶، فما عدا بتوافر هذين الشرطين اللذين يقيدان حرية القاضي في الإقتناع، فإن القاضي يسترجع سلطته التقديرية الكاملة في حالة عدم توافر هذين الشرطين أو أحدهما، ويصبح المحضر كغيره من وسائل الإثبات تخضع للإقتناع الشخصي للقاضي.

¹ - بن قري سفيان، مرجع سابق، ص ص 71-72.

² - قانون 90-03 المتعلق بمفتشية العمل المؤرخ في 06 فبراير 1990، ج ر، عدد 06 المؤرخة في 07 فبراير 1990.

³ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 17.01.1984، المجلة القضائية، ع 01، ص 296.

⁴ - قانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، ع 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004.

⁵ - قانون 17-04 المؤرخ في 16 فبراير 2017 يعدل ويتمم القانون رقم 79-07 المتضمن قانون الجمارك، ج.ر، ع 11، المؤرخة في 19 فبراير 2017.

⁶ - أمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 غشت سنة 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، مرجع سابق.

وهنا ننوه إلى أن المشرع قد فكّ غموض المادة 254 من قانون الجمارك وأزاح اللبس حول المقصود من المعاينات المادية، فنص على أنها تلك الناتجة عن استعمال حواسهم أو تلك التي تمت معاينتها بوسائل مادية من شأنها السماح بالتحقق من صحتها، وهو بذلك يكون قد كرس اجتهاد المحكمة العليا وأضاف إليه عبارة (الوسائل المادية التي من شأنها السماح بالتحقق من صحتها)¹.

ومن تطبيقات القضاء الجزائري ما جاء في قرار المحكمة العليا: "أن قضاة الإستئناف أسسوا قضاءهم على عنصر الشك لفائدة المطعون ضده معتبرين بأن محضر الدرك المؤرخ في 2000.08.21 الذي بمقتضاه تم سماع المطعون ضده وحجز كمية من المخدرات التي كانت بحوزته عديم الحجية أمام إصرار المتهم على إنكار الوقائع المسندة إليه، لكن من المقرر قانوناً أن حجية المحاضر المحررة من طرف الأعوان المنصوص عليهم بالمادة 241 من قانون الجمارك موثوق بها فيما يخص الإثباتات والمعاينات المادية المضمنة فيها طبقاً لأحكام المادة 254 من قانون الجمارك، بمعنى أنه ليس من حق القضاة ممارسة سلطتهم التقديرية فيما جاء في محضر الجمارك الذي يعتبر ذو قوة إثباتية، ولذلك فهم ملزمون بالأخذ به واعتبار جميع عناصره صحيحة ما دام لم يطعن فيه بالتزوير"².

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا: "أنه من المقرر قانوناً أن حجية المحاضر المحررة من قبل الأعوان المذكورين بالمادة 241 من قانون الجمارك موثوق فيها فيما يخص الإثباتات والمعاينات المادية المضمنة فيها طبقاً لأحكام المادة 254 من التشريع الجمركي، بمعنى أن القاضي مقيد فلا يمكنه ممارسة سلطته التقديرية التي يمارسها في مجال القانون العام أي أنه ملزم بما ورد بتلك المحاضر واعتبار جميع عناصرها صحيحة ما دام لم يطعن فيها بالتزوير"³.

أما في تطبيقات القضاء الفرنسي ففي قضية تتعلق بمحضر جمركي يثبت حيازة بضائع محظورة في النطاق الجمركي، تمت تبرئة المتهم من قبل محكمة الإستئناف على أساس أن المحضر لا يتضمن سوى مجرد استنتاجات لأعوان الجمارك لا ترقى إلى درجة المعاينات المادية، ويمكن بالتالي دحضها عن طريق الإتيان بالدليل العكسي، فطعن إدارة الجمارك أمام محكمة النقض، فألغت هذه الأخيرة قرار محكمة الإستئناف على أساس أن هذه الأخيرة اعتبرت ما ورد بمحضر الجمارك مجرد استنتاجات

¹ - وهو مصطلح مقتبس من الفقه الفرنسي: par des moyens matériels propres à en vérifier l'exactitude

أنظر تفصيل ذلك: بوسقيعة أحسن، المنازعات الجمركية، مرجع سابق، ص 183.

² - المحكمة العليا، غ. ج. م، قرار صادر في: 2005.11.30، غير منشور.

³ - المحكمة العليا، غ. ج. م، قرار صادر في: 2005.07.27، نشرة القضاة، ع 59، س 2006، ص 294.

للأعوان لكي تمكن المتهم من الإستفادة من ظرف القوة القاهرة، في حين أن الأمر يتعلق بمعاينات مادية، كما أن إثبات القوة القاهرة لا يكون مقبولا فيما يعارض أو يناقض بيانات المحضر الجمركي¹.

والجدير بالذكر أن القوة الإثباتية للمحاضر التي تحرر وفق قواعد التشريع الجمركي عندما تنقل معاينات مادية تنحصر في الجرائم الجمركية بما فيها أعمال التهريب، ولا تنصرف إلى جرائم القانون العام التي قد يعاينها أعوان الجمارك كالسب والإهانة والتعدي وغيرها².

فهذه المحاضر إذن تنزع من القاضي الجزائي حرية التقدير وتقيّد اقتناعه، فيلتزم بما جاء في مضمونها ولا يستبعدا إلا إذا ثبت عدم صحتها عن طريق الطعن بالتزوير. ويعد هذا الطريق صعبا لإثبات وإدانة محرريه، فمن الصعب جدا التوصل إلى إدانة محرريها بالتزوير لصعوبة إثبات التزوير، وفي غياب هذه الإدانة فإن القضاة يلتزمون بما ثبت في هذه المحاضر حتى ولو وجدت هناك وسائل إثبات معاكسة أو مناقضة³، وهو ما دفع بالبعض إلى التنديد بالطابع المبالغ فيه للقواعد التي تحكم المنازعات الجزائية الجمركية من خلال وصفها بمعقل التشدد⁴، فهذه المحاضر - حسب البعض - تشكل خطرا يهدد العدالة بل ويوشك أن يهدرها من منطلق أن بعض هذه المحاضر يحرق بصفة ارتجالية تفتقر للدقة⁵.

غير أن البعض الآخر برر إضفاء الحجية المطلقة على هذه المحاضر، وما تمثله من تقييد لحرية اقتناع القاضي الجزائي على أن المشرع عالج تقاعس الناس عن التبليغ عن الجرائم، فالرأي العام يتفاعل ويتأثر من أثر الجرائم التي تمسّ بالسلامة الجسدية، ولا يتأثر بما تلحقه الجرائم الجمركية من ضرر على الإقتصاد الوطني⁶.

¹ - Crim 24 juillet 1952, Doc. Cont, 1011. Cité par: Jean-Claude BERREVILLE, Le particularisme de la preuve en droit pénal douanier, These de doctorat, Université de Lille, 1966, pp 54-57.

² - بوسقيعة احسن، المنازعات الجمركية، مرجع سابق، ص 184.

³ - Cass. Ch. crim ; 27 mai 1952, Bull n° 133.

مشار إليه في: محمد مروان، نظام الاثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 486.

⁴ - جبارة عمرو شوقي، الاقتناع الشخصي للقضاة على محك القانون الجمركي، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الجنيح والمخالفات، عدد خاص، الجزء الثاني، ص 56.

⁵ - مفيدة سويدان، مرجع سابق، ص 254.

⁶ - سعادنة العيد، الاثبات في المواد الجمركية، مرجع سابق، ص 77 - 78.

للإشارة أنه وبخصوص الجريمة الضريبية فرغم مساسها بالإقتصاد الوطني، إلا أن المشرع لم يخص محاضر أعوان إدارة الضرائب بأي قوة ثبوتية، بل أن النصوص الضريبية المتعلقة بهذه الجريمة جاءت غير منسجمة، ففيما حصر قانون الضرائب المباشرة وقانون الطابع صلاحية إثبات الغش الضريبي في أعوان الضرائب المفوضين والمحلفين دون سواهم، وخص المحاضر المحررة بشكلية معينة (المادة 504 من قانون الضرائب غير المباشرة والمادة 21 من قانون الطابع)، وسّع قانون الرسم على رقم الأعمال في مادته 112 من قائمة الأشخاص المؤهلين لإثبات المخالفات الخاصة بهذا القانون لتشمل ضباط الشرطة القضائية وأعوان إدارة

وإذا كانت حجية هذه المحاضر لم تطرح إشكالا قانونيا أمام محاكم الجنج على اعتبار أن القانون قد قيد سلطة القاضي الجزائي وفرض عليه اقتناعا خاصا مستمدا من هذه المحاضر لإصدار حكمه، وهذا ينسجم مع تشكيلة محاكم الجنج والمخالفات بمختلف درجاتها والمشكلة من قضاة محترفين، ومع إلزامية تسبب أحكام الجنج والمخالفات، إلا أن المسألة تُطرح حينما يتعلق الأمر بالجنايات، فإذا كان قانون الجمارك أصبغ على كل الجرائم الجمركية إما وصف الجنحة أو وصف المخالفة، فإن المشرع في الأمر 06-05 المتعلق بمكافحة التهريب قفز ببعض أعمال التهريب إلى مرتبة الجناية في حالتين هما:

- تهريب الأسلحة¹،

- حينما تكون أعمال التهريب على درجة من الخطورة التي تهدد الأمن الوطني أو الاقتصاد الوطني أو الصحة العمومية².

والسؤال الذي يطرح نفسه، هل تقيد المحاضر المثبتة لأعمال التهريب والتي تنقل معاينات مادية والمحرة وفقا للمادة 32 من الأمر 06-05 المتعلق بالتهريب السلطة التقديرية لقضاة محكمة الجنايات، بحيث يلتزم القضاة به إلى أن يطعن فيه بالتزوير؟ أم أنها تخضع لمبدأ الاقتناع الشخصي، ويتم التعامل مع المحاضر على أساس أنه من قبيل الإستدلالات طبقا للمادة 215 ق.إ.ج.؟

إذا كان البعض قد أجاب على هذه المسألة بأن تطبيق قاعدة الخاص يقيد العام تنتهي إلى استبعاد تطبيق المادة 215 ق.إ.ج، وبالنتيجة المادة 307 ق.إ.ج المتعلقة بالإقتناع الشخصي لقضاة محكمة الجنايات، إلا أن تطبيق المادة 254 من قانون الجمارك على الجنايات لا يتلاءم وطبيعة الجناية وخصوصيتها، فضلا عن مخالفتها لمبادئ المحاكمة العادلة المكرسة في المواثيق والمعاهدات الدولية المصادق عليها³، وهو نفس التوجه الذي كرسته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "أن الإستدلال المعتمد عليه من طرف الطاعة (إدارة الجمارك) في هذا الخصوص والمؤسس على القوة

الضرائب المختلفة وأعوان الضرائب المباشرة والتسجيل وأعوان الجمارك وأعوان قمع الغش، أما قوانين الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة والتسجيل، فلم تعين الأشخاص المؤهلين لإثبات المخالفات الخاصة بهذه القوانين. وعليه، وطالما لا يوجد أي نص يستبعد ضباط الشرطة القضائية من إثبات هذه الجرائم، ولكون الشرطة القضائية هي صاحبة الاختصاص العام في إثبات الجرائم، فإنه بإمكانها إثبات هذه الجرائم وتحرير محاضر بشأنها، وإرسالها إلى إدارة الضرائب قصد المبادرة بتحريك الدعوى العمومية.

¹ - المادة 14 من الأمر 06-05 المتعلق بمكافحة التهريب، مرجع سابق.

² - المادة 15 من نفس الأمر.

³ - بوسقيعة احسن، المنازعات الجمركية، مرجع سابق، ص 211.

الإثباتية للمحاضر الجمركية المنصوص عليها بالمادة 254 من قانون الجمارك لا يكون مقبولا إلا بالنسبة للدعاوى التي تُرفع أمام المحاكم والمجالس القضائية المشكلة من قضاة محترفين، والتي تفصل فيها بأحكام وقرارات مسببة طبقا لقانون الإجراءات الجزائية لا سيما المادة 379 منه، وليس أمام محاكم الجنايات التي يشارك في تشكيلها محلفون، والتي تحكم بناءً على الإقتناع الشخصي لأعضائها، المعبر عنه بواسطة أجوبتهم على الأسئلة المطروحة عليهم بكيفية صحيحة كما في دعوى الحال، والذي لا يطلب منهم القانون حسابا عن الوسائل التي بها وصلوا إلى تكوين اقتناعهم¹.

تجدر الملاحظة إلى أن المبررات التي وردت في قرار المحكمة العليا السالف الذكر أصبح لا معنى لها بصدر القانون 07-17 المؤرخ في 2017.03.27 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية²، والذي فرض التسبب في الأحكام الجنائية من جهة وقصر تشكيلة المحكمة النازرة في الجنايات المتعلقة بالتهريب على القضاة المحترفين دون المحلفين الشعبيين، وهو ما يطرح التساؤل السابق من جديد حول ذات المسألة، طالما أن القانون الجديد حديث التطبيق، ولم نعثر على قرار يوضح رأي المحكمة العليا حول هذه المسألة.

وعليه، نخلص إلى أن القانون لم يترك للقاضي الجزائي أي هامش للحرية في تقدير وسائل الإثبات بالنسبة لهذا النوع من المحاضر، بل وخصها بقوة إثباتية تجعل من السلطة التقديرية للقاضي شبه منعدمة³، بحيث يجد القاضي الجزائي نفسه مقيدا بهذه المحاضر وتتلاشى سلطته التقديرية، فلا يمكنه استبعاد ما ورد فيها مهما كانت الأسباب، ولو تبين له عدم صدقيتها، نظرا لقرينة الصحة التي أضفاها المشرع على هذه المحاضر، فحتى الأعوان أو الضباط أنفسهم لا يمكنهم تكذيب الوقائع التي عاينوها والمثبتة في هذه المحاضر، عن طريق تصريحاتهم اللاحقة لتحرير المحاضر ولو كانت أمام المحكمة. ومن ثمة فهي تعد أقوى المحاضر حجة في الإثبات الجزائي على الإطلاق، وهي تعد أكبر قيد على حرية القاضي الجزائي في الإثبات، وتهدد بهذا الشكل قرينة البراءة المكرسة دستوريا، وأصبح من الملائم في الوقت الراهن الدفع بعدم دستورية النصوص المكرسة للمحاضر ذات الحجية المطلقة، وانتظار ما يقرره المجلس الدستوري وفقا لأحكام المادة 188 من الدستور.

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في 2009.10.22 ملف رقم 548739، المجلة القضائية، ع 01، س 2010، ص 261.

² - قانون 07-17 مؤرخ في 2017.03.27 يعدل ويتمم الأمر 155-66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق.

³ - بزي رمضان، التهريب، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2014، ص ص 69-70.

الفرع الثاني

القرائن القانونية

قد يكون الإثبات الجنائي مباشرا يستقيه القاضي من البيئة الخطية أو الشهادة أو الإقرار أو الخبرة، كما يمكن أن يكون غير مباشر يستقيه من القرائن والأمارات، بحيث يستنتج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل إثبات¹. وإذا كانت الأدلة المباشرة تنصب على الواقعة الجرمية بالذات فإن طرق الإثبات غير المباشرة تنصب على واقعة غير معروفة ذات صلة وثيقة بالواقعة المعروفة والثابتة أصلا، وهو ما يصطلح على تسميته بالقرينة.

فالإثبات بالقرينة يقصد به استنتاج واقعة مجهولة وهي الواقعة المراد إثباتها من واقعة معلومة، وهي واقعة أخرى قام عليها دليل الإثبات، لوجود علاقة منطقية بين الواقعتين بحيث يكون وجود إحدهما مقتضيا وجود الأخرى أو تخلفها².

وإذا كان هذا الإستنتاج من عمل المشرع فإن القرينة تعتبر قانونية، أما إذا كان هذا الإستنتاج من عمل القاضي فتعتبر القرينة قضائية، وهكذا تنقسم القرائن بحسب مصدرها إلى نوعين: قرائن قضائية يستخلصها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها وهي قرائن بسيطة لا يمكن حصرها ويترك أمر تقديرها إلى القاضي ويجوز إثبات عكسها، وهذا النوع من القرائن قد مر بنا سابقا وتناولناه تفصيلا³. أما النوع الثاني فهي القرائن القانونية التي تجد مصدرها في القانون إذ لا قرينة قانونية بغير نص، ومن ثمة فإن القاضي يكون ملزما بإزاءها باستخلاص نتيجة معينة من أوضاع قانونية محددة⁴. وهذا النوع من القرائن ينقسم بدوره إلى نوعين:

أولا - قرائن قانونية قاطعة:

هذه القرائن تقيد القاضي والخصوم معا، حيث يلتزم القاضي بمنهج المشرع في الإثبات الذي أجازله بأن يحكم بما يقتنع به من أدلة طُرحت عليه في الدعوى، ما لم يقيد بقرينة بذاتها⁵.

¹ - الياس أبو عيد، مرجع سابق، ص 393-394.

² - للتفصيل أكثر أنظر: محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 185. مفيدة سعد سويدان، مرجع سابق، ص 321.

³ - أنظر: الفرع الثالث من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب، ص 90 وما يليها.

⁴ - بوسقيعة حسن، المنازعات الجرمية، مرجع سابق، ص 26.

⁵ - عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 124.

وهي قرائن مطلقة لا تقبل إثبات العكس، ومنها افتراض العلم بالقانون بمجرد نشره في الجريدة الرسمية طبقاً للمادة 74 من الدستور الجزائري¹، وقرينة عدم بلوغ سن الرشد الجزائي لمن لم يبلغ الثامنة عشر من عمره طبقاً للمادة 02 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل².

ومن قبيل القرينة المطلقة أو القاطعة أيضاً ما نصت عليه المادة 324 من قانون الجمارك بخصوص خرق أحكام المادتين 221، 225 مكرر من قانون الجمارك، بحيث اعتبرت ذلك تهريباً، إذ بالرجوع إلى هاتين المادتين نجد بأن المشرع اشترط فيهما تقديم الوثائق المثبتة للبضاعة فور طلبها، وقد جرى القضاء على عدم جواز إثبات عكس قرينة التهريب على أساس أن المشرع اشترط تقديم المستندات المثبتة للبضاعة فور ضبطها في النطاق الجمركي، ومن قبيل القرينة المطلقة أيضاً ما نصت عليه المادة 303 من قانون الجمارك "يعتبر مسؤولاً عن الغش كل شخص يحوز بضائع محل غش"³.

وفي تطبيقات القضاء قضت المحكمة العليا في قرار لها: "قد تكون القرينة قانونية ينص عليها المشرع بنص صريح لا يدع أي مجال للمجادلة في صحتها، فتسمى قرينة قاطعة يجب إتباعها من طرف الخصوم والقضاة، ولا تقبل إثبات العكس كقرينة نقل البضائع المحظورة داخل النطاق الجمركي دون إرفاقها بوثيقة جمركية تسمح بنقلها بالنسبة لجريمة محاولة التهريب"⁴.

وقضت في قرار آخر: "أن تبرئة المتهم من جنحة استيراد بضاعة دون تصريح بناءً على حسن نيته مع أن عنصر النية لا يعتد به في المادة الجمركية"⁵. واعتبرت في قرار لها: "أن القضاء ببراءة المتهم على أساس حسن النية رغم ثبوت المخالفة الجمركية بمحضر معاينة ذو قوة إثباتية غير محتج ضده يعد خطأً في تطبيق القانون"⁶. وقضت أيضاً: "...إن المسؤولية عن الغش في المجال الجمركي بالنسبة لحائز البضاعة محل الغش تقوم في حقه بغض النظر عن علمه بطابعها الإجرامي"⁷.

¹ - قانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

² - قانون 12-15 المؤرخ في 15 يوليو 2015، المتعلق بحماية الطفل، ج. ر، ع 39 المؤرخة في 19 يوليو سنة 2015.

³ - بوسقيعة أحسن، المنازعات الجمركية، مرجع سابق، ص 27.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 1988/04/05 في الملف رقم 47645، مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 217.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 1997/03/17 في الملف رقم 143813، مشار إليه في: جيلالي بغدادي، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 375.

⁶ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 2006/01/25 رقم 355840، مشار إليه في: ماموني الطاهر و بولعراس الناصر، التهريب في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، س 2009، ص 217.

⁷ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 2015.01.29 ملف رقم 0553069، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، س 2009، ص 421.

وفي هذا النوع من القرائن يرى المشرع أن الوضع الغالب هو تحقيق أمر معين، فافتراض ذلك دون حاجة إلى إثباته، كما يرى أن إثبات هذا الأمر عسير جدا، وأنه إذا تحمّل أحد أطراف الدعوى عبء إثباته فسيكون ثقيلا عليه، ويغلب أن لا يستطيع النهوض به¹.

والمشرع لم ينص على هذا النوع من القرائن اعتباطاً، بل إنه لاحظ اضطراب القضاء على الأخذ بها، فأصلها قرائن قضائية لم تتغير من قضية لأخرى، فرأى المشرع أنه من الأجدر أن يتم النص على توحيد دلالتها لتصبح بذلك قرينة قانونية ملزمة للقاضي ومقيدة له في مجال الإثبات.

فالطفل الصغير الذي لم يبلغ سن العاشرة من عمره مثلاً، لا يمكن للقاضي أن يحمله أي مسؤولية جزائية عن أفعاله المخالفة للقانون، مهما توفرت الأدلة واقتنع بها القاضي، لأن المشرع افترض ذلك وفق قناعته التشريعية (المادة 02 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل).

ثانيا - قرائن قانونية بسيطة:

هذا النوع من القرائن لا تحوز سوى حجية نسبية، ولذلك يجوز إثبات عكسها، ويحكم بمقتضاها ما لم يقدم دليل عكسي يدحضها²، ولصاحب المصلحة أن يثبت عكسها بكافة وسائل الإثبات، طالما كانت هذه الوسائل مشروعة تتفق مع العقل والمنطق³.

وتعدّ قرينة البراءة من القرائن التي يجري الفقهاء على ضربها كمثال على هذا النوع من القرائن، فتنص المادة 56 من الدستور الجزائري " كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته في إطار محاكمة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه"، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من ق.إ. ج الجزائري بقولها: " كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته بموجب حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه".

وقد تواترت قرارات المحكمة العليا على تكريس قرينة البراءة في نطاق الإثبات الجنائي، ومن ذلك ما جاء في قرار لها: " تنص المادة 45 من الدستور (المادة 56 بعد التعديل الدستوري سنة 2016) على أن الإنسان بريء حتى تثبت إدانته بحكم نهائي صادر عن القضاء المختص، ويتربط على هذه

¹ - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 186.

² - محمد رياض عوض، مرجع سابق، ص 190.

³ - عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 124.

القرينة أن المتهم غير ملزم بإثبات براءته بل إن الشك يفسر دائما لصالحه¹. فالشخص يقدم للمحاكمة بريئاً برغم الأدلة المرجحة لاتهامه ويقع على النيابة إثبات الإدانة.

ومن أمثلة القرينة القانونية البسيطة في التشريع الجمركي ما نصت عليه المادة 324 من قانون الجمارك التي اعتبرت خرق أحكام المادة 226 من قانون الجمارك تهريبا، وبالرجوع إلى المادة 226 قانون الجمارك نجدها تفرض على حائزي البضائع الحساسة القابلة للتهريب لأغراض تجارية وناقلها في سائر الإقليم الجمركي أن يقدموا - بناء على طلب الأعوان المؤهلين لمعاينة الجرائم الجمركية - الوثائق التي تثبت الحالة القانونية لهذه البضاعة إزاء التشريع الجمركي، ومن ثمة فإن البضائع الحساسة القابلة للتهريب تعد مهربة إذا ضبطت في سائر الإقليم الجمركي دون أن تكون مرفقة بوثائق تثبت منشأها، فالمشرع بذلك قد أجاز ضمنا أن يثبت عكس ذلك بتقديم المستندات المثبتة لمنشأ البضاعة².

وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا: "أنه من المقرر قانونا أنه يجوز للمتهم تقديم الوثائق المثبتة لشرعية الحيازة في أي وقت ولو لأول مرة أمام المحكمة أو المجلس، وهو ما قرره المادة 226 من قانون الجمارك المعدلة بقانون المالية لسنة 2003 في مادته 76 التي تنص على أن حيازة البضائع الحساسة للغش لأغراض تجارية وتنقلها عبر سائر الإقليم الجمركي، والتي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة لتقدم بناءً على طلب من الأعوان المذكورين بالمادة 241 من قانون الجمارك الوثائق المثبتة لشرعية الحيازة، فإن القضاة أخطأوا في تطبيق المادة 226 من قانون الجمارك واعتمدوا على تسبيب خاطئ بقولهم بأن المتهم لم يقدم الفواتير حال طلبها منه عند حجز البضاعة"³.

ومن أمثلتها أيضا افتراض أن عدم دفع النفقة عمدي لكل من امتنع ولمدة تجاوز الشهرين عن دفع المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعهم رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم. ويُستشف ذلك من صياغة نص المادة 2-331 من قانون العقوبات التي ورد فيها: ".. ويُفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس".

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر في: 1969.11.10، مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الإجهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 219.

² - بوسقيعة احسن، المنازعات الجمركية، مرجع سابق، ص ص 26 - 27.

³ - المحكمة العليا، غ.ج. م، قرار صادر في: 2014.06.26 ملف رقم 0612261، مجلة المحكمة العليا، ع 02، ص 2015، ص 334.

ومن أمثلتها أيضا افتراض قيام الركن المادي للجريمة، مثلما نصت عليه المادة 343 من قانون العقوبات التي تجرم وتعاقب من عجز عن تبرير الموارد التي تتفق وطريقة معيشته في حالة ما كانت له علاقات معتادة مع شخص أو أكثر من الذين يحترفون الدعارة، فالمشرع هنا ونظرا لعسر إثبات مصدر المداخل افتراض أن هذا الشخص يعيش من متحصلات الدعارة، وقلّب عبء الإثبات من النيابة إلى المتهم، إذ أوجب على هذا الأخير لكي ينفي التهمة عن نفسه وينجو من العقاب أن يبرر مداخله الشخصية.

كما أسّس الإجتهد القضائي لقرينة افتراض الركن المعنوي في جنحة إصدار شيك بدون رصيد، حيث فسّرت الصياغة التي جاءت بها المادة 374 ق.ع على أن المشرع لم يستلزم لتوافر المسؤولية عن جنحة إصدار شيك ناقص أو منعدم الرصيد نية خاصة، بحيث يتوافر القصد الجنائي بإعطاء الشيك مع العلم بعدم وجود رصيد قائم له أو بإصدار أمر إلى المسحوب عليه بعدم الدفع حتى ولو كان هناك سبب مشروع، فسوء النية مفترض في حق الساحب، لأن عليه متابعة حركة رصيده لدى المسحوب عليه¹.

ومن أمثلتها أيضا في التشريعات المقارنة قرينة ارتكاب شريك الزوجة جريمة الزنا إذا وجد في بيت مسلم في المكان المخصص للحريم (المادة 276 من قانون العقوبات المصري)، وقرينة علم المتهم المحكوم عليه بالحكم الغيابي الصادر ضده إذا أعلن في محل إقامته ولم يعلن إلى شخصه، قرينة إثبات جهله بصدور الحكم لما ينبني عليه من عدم سريان ميعاد المعارضة من يوم الإعلان بل من يوم العلم الفعلي².

وإذا كان القاضي الجزائي له دورٌ بارزٌ بشأن القرائن القضائية، فهو يملك إزاءها السلطة المطلقة في عملية الإستنتاج المنطقي للواقعة المجهولة بعد التحقق من وجود الواقعة المعلومة، وقيام الدليل على ثبوتها ثبوتا يقينيا، إلا أن القرائن القانونية خاصة القاطعة منها تشكّل استثناء حقيقيا على سلطة القاضي في تقديره للأدلة، فلا يمكنه أن يمارس أي سلطة في مواجهتها طالما أن المشرع قد حدد قوتها وحجيتها في الإثبات، ذلك أن المشرع هو من يقوم بصياغة الدليل القانوني في قاعدة قانونية محددة، بإيراد الواقعتين المعلومة والمستنبطة من هذا النص القانوني مقررًا بذلك عملية

¹ - التيجاني فاتح محمد، العقوبة في جرائم الشيك المادة 374 من قانون العقوبات، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثاني، س 2002، ص 41.

² - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 190.

إثباتية كاملة للجريمة، ولا يقتصر دور القاضي بعد ذلك إلا على التأكد من توفر الشروط المطلوبة للأخذ بهذه القرينة من عدمها.

فالمشرع ألزم القاضي الجزائي بقيمة هذه القرينة في الإثبات، وجرد بذلك القاضي من أي سلطة في تقدير الأدلة، ولهذا فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن القانون الجزائي ينفر من القرائن القانونية لأنها تتعارض مع مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته الذي يسود الإثبات الجنائي، إذ تُفرض القرينة على القاضي دون أن تكون له حرية التقدير¹، وبذلك تبدو القرائن القانونية كأثر من آثار نظام الأدلة القانونية الذي يتعارض مع مبدأ حرية القاضي الجزائي في البحث عن الأدلة وحرية تكوين عقيدته، لأن القاضي يكون ملزماً بالحكم بالقرائن القانونية القاطعة ولا يستطيع الحكم بخلافها، وهي بالتالي تتعارض مع ما تمليه العدالة الجنائية، وما تهدف إليه من الوصول إلى الحقيقة الواقعية².

ولهذا يرى البعض أن نقل عبء الإثبات إلى المتهم في حالة القرائن القانونية تعدّ افتئاتاً على أصل البراءة المفترض في المتهم، والذي يعد ركناً أساسياً من أركان الشرعية الإجرائية³، فهذه القرائن تعد مثلها مثل المحاضر ذات الحجية المطلقة تهديداً خطيراً لقرينة البراءة، ومن ثمة لحقوق الدفاع، لأنه مما يتعارض معها أن تقوم الأدلة على الافتراض، كما أن العدالة الجنائية تقتضي علماً حقيقياً أو فعلياً بوقائع الدعوى⁴. والقاضي لابد له أن يحكم باليقين الذي تكون لديه لا لدى غيره ولو كان هذا الغير هو المشرع نفسه.

إنّ هذه الإنتقادات هي التي جعلت المشرع الفرنسي يتخلى عن المادة 369 من قانون الجمارك، ويخطو خطوة جريئة في سبيل إرساء دعائم دولة القانون وإحلال العدل بالرجوع إلى قواعد القانون العام، حيث تم إلغاء هذه المادة بموجب القانون 87-502 المؤرخ في 8 جويلية 1987، وبالتالي لم يعد ممنوعاً على القاضي التصريح ببراءة المخالفين لغياب النية أو القصد، وهو ما جعل من الجرائم الجمركية في كل صورها جرائم عمدية مثلها مثل باقي جرائم القانون العام يلزم لقيامها توافر الركن المعنوي⁵، في حين لا يزال الأمر على حاله في التشريع الجمركي الجزائري، برغم أن المشرع حاول من خلال آخر تعديل لقانون الجمارك تلطيف الصرامة التي يتميز بها هذا القانون بتعديله المادة 303

¹ - رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 191.

² - محمد فاضل زيدان، مرجع سابق، ص 187.

³ - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 770.

⁴ - السيد حسن محمد شريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 332.

⁵ - بوسقيعة احسن، المنازعات الجمركية، مرجع سابق، ص 19.

منه¹، والتي أدّت على مستوى التطبيق القضائي قبل هذا التعديل إلى إدانات خاطئة أحيانا في حق الناقلين حسني النية للبضائع المهربة، والذين لا يعلمون أصلا بوجودها ضمن وسيلة النقل المكلفين بقيادتها.

¹ - تنص المادة 303 من القانون 17-04 المؤرخ في 16 فبراير 2017 يعدل ويتمم القانون رقم 79-07 المتضمن قانون الجمارك، ج.ر، ع 11، المؤرخة في 19 فبراير 2017: "...يعفى الناقل العمومي ومستخدموه من كل مسؤولية إذا: أثبتوا قيامهم بالتزاماتهم المهنية... وأن البضائع محل الغش تم إخفاؤها من طرف الغير..."



الباب الثاني

الباب الثاني

حدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال العقوبة.

إذا كانت سياسة التفريد الحديثة للعقوبة الجنائية تقتضي التوسع في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي، فإن حسن استخدام هذه السلطة تتطلب أن تحاط بالضمانات والضوابط التي تبعتها عن كل إنحراف أو تحكّم، وبالتالي الإخلال بميزان العدالة من خلال التفاوت بين جرعات العقاب التي ينطق بها القاضي إزاء مرتكبي أفعال متماثلة، والتي ترجع أساساً إلى التفاوت في أسس تقدير العقاب أو إلى البيئة التي نشأ فيها القاضي أو التأثير بالظروف الخارجية خصوصاً إذا كان مصدرها الرأي العام، وكل ذلك من شأنه أن يهبط بصفة اليقين في العقوبة، الأمر الذي ينعكس لا محالة على مصداقية العدالة الجنائية واحترام الجمهور لدور القاضي الجنائي باعتباره من أهم الوسائل لتحقيق الضبط الاجتماعي¹.

فإذا كان المشرع في بعض الحالات يترك للقاضي اختيار العقوبة ما بين الحدين الأقصى والأدنى، فلأنه يقدر أن هناك أنواع مختلفة ومتعددة من صور ارتكاب الجريمة يمكن أن تتنوع معها العقوبة المطبقة فعلاً ولا يستطيع المشرع تنظيمها سلفاً، لذلك يترك تقدير ذلك للقاضي، أما الجرائم التي ينص المشرع فيها على عقوبة ذات حدّ واحد، فهي وفقاً لنظر المشرع تنطوي على جميع العناصر اللازمة للتقويم القانوني الذي تولاه المشرع نفسه².

لذا، فقد أقرت العديد من المؤتمرات الدولية عدم جواز اعتبار السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي سلطة تحكمية، وأوجبت ممارسة هذه السلطة في إطار قواعد يحددها القانون بوضوح ويسترشد بها القاضي عند تحديده للعقوبة³.

وسنتناول بالتحليل والدراسة الضوابط التي تحكم استعمال القاضي لسلطته التقديرية في تحديد العقوبة (الفصل الأول)، ثم نتناول النطاق القانوني المتاح للقاضي الجزائي في تقديره للعقوبة سواء ضمن الحدود المقررة في النص أو خارجها عند التخفيف والتشديد في العقوبة (الفصل الثاني).

¹ - أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 463.

² - مأمون محمد سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1975، ص 92.

³ - علي نور الدين، أحمد فتحي مرسى، بحث مقدم للمؤتمر الدولي العاشر لقانون العقوبات، مجلة الفضاة، ع 03، السنة الثالثة، سبتمبر 1970، مصر، ص 67-68.

الفصل الأول

ضوابط استعمال القاضي لسلطته التقديرية في تحديد العقوبة

إن تنظيم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال العقوبة يقتضي أن تُحدد له موجّهات قانونية وضوابط ينبغي أن يسير على هديها عند تقديره للعقوبة، تأسيساً على أن مهمته ذات صبغة قانونية محضة ، وعليه ينبغي رسم قواعد محددة يتم من خلالها التقدير القضائي للعقوبة¹، لكونها خير موجه للقاضي لتحديد مدى الخطورة الإجرامية للجاني، وبالتالي تحديد المعاملة الجنائية الملائمة للقضاء على هذه الخطورة.

وقد وضعت العديد من التشريعات ضوابط واضحة يسير على نهجها القاضي في تقديره للجزاء الجنائي، رغبةً منها في تحقيق مساواة أفضل بين المتهمين، ولتلافي عيوب السلطة التقديرية المتاحة للقاضي والمتجلية أساساً في اهتزاز الإستقرار القانوني، والتفاوت بين العقوبات المحكوم بها مما أدخل العدالة الجنائية في أزمة.

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على ضوابط عامة يلتزم أو يسترشد بها القاضي الجزائي في تحديده للعقوبة، غير أن الأسلوب العلمي لاستنباط ضوابط هذه السلطة التقديرية إنما يعتمد على استقراء خطة المشرع في التدرّج بالعقوبات التي يقررها في نصوص التجريم المختلفة والإسترشاد بها.

هذه الضوابط لا تشكل في حقيقتها قيوداً على السلطة التقديرية للقاضي، بل هي ضمانات تكفل حسن استخدامه لسلطته في تقدير العقوبة منعا لكل تعسف أو مغالاة، وهي في نفس الوقت عناصر تساعد القاضي في تقديره للعقوبة، حيث يستنير على هديها لمعرفة الظروف المحيطة بالجريمة والمجرم، مما يسمح له بكشف خطورته، ومن ثمة فرض العقوبة الملائمة، وبغير هذه الضوابط تتسع سلطة القاضي التقديرية، ويصعب فرض رقابة قانونية عليها، مما قد يؤدي إلى احتمال انحراف الحكم عن مقصد العدالة، نتيجة تعسف القاضي أو سوء تقديره للعقوبة المناسبة.

ومن ثمة كان لزاماً على القاضي الجزائي وهو يمارس سلطته في تقدير أو اختيار العقوبة أن يراعي معايير ترشده وتوجّهه في كيفية تحديد العقوبة التي سيحكم بها أو اختيار المعاملة العقابية المناسبة

¹ - عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1966، ص 443.

للجاني. هذه المعايير أو الضوابط تختلف وتتنوع، فقد تندمج في فكرة مادية تتصل بوقائع الجريمة (المبحث الأول)، وقد تتجه هذه الضوابط وجهة شخصية تتصل بالجاني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الضوابط المتعلقة بالجريمة

في البداية ينبغي أن نشير إلى أن فقهاء القانون الجنائي اختلفوا حول أركان الجريمة، فمنهم من حصرها في ركنين أساسيين، أحدهما مادي وهو ماديات الجريمة أو المظهر الخارجي لها، وركن معنوي وهو الحالة النفسية التي تقف وراء ماديات الجريمة أو الإرادة الجرمية المترافقة مع ماديات الجريمة¹. ومنهم من أضاف إلى الركنين السالفي الذكر الركن الشرعي، وهو النص القانوني الذي يجرم الفعل، ومنهم الفقهاء ستيفاني ولوفاسور وبولوك الذين يرون أن القانون ركن من أركان الجريمة إذ لا جريمة بدون نص قانوني²، وقد سائرت هذا التوجه الكثير من التشريعات بمبرر دراسة قانونية وشرعية الجرائم والعقوبات ومصادر القانون وتفسيره ومدى نطاق تطبيقه³. في حين يرى فقهاء آخرون ومنهم ديكوك وجان ديدييه ورأسه، أن النص القانوني ليس ركناً من أركان الجريمة، إنما هو عامل الردع agent de la répression أو شرط أساسي للجريمة⁴، ويرى الأستاذ محمود محمود مصطفى حول نفس الرأي، أن نص قانون العقوبات يخلق الجريمة، وليس من الصواب القول أن الخالق عنصر فيما يخلقه⁵.

وطالما أن الضوابط المتعلقة بتقدير العقوبة تأتي دوماً إنعكاساً لمكونات الجريمة نوعاً وكمّاً، فقد رسمت بعض التشريعات العقابية الضوابط التي يتوسّل بها القاضي عند تقدير الجزاء⁶، وسنركّز في

¹ - سمير عالية، هيثم سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات. القسم العام، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010، ص 235.

² - Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC, Droit pénal général, 17^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000, p.101.

³ - أنظر تفصيل ذلك في: عبد الوهاب حومد، الفصل في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1990، ص 312-364. محمد زكي أبو عامر، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1986، ص 23.

⁴ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة، الطبعة الرابعة عشر، الجزائر، 2014، ص 63.

⁵ - محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983، ص 38.

⁶ - من التشريعات التي وضعت معايير بتقيدها القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية في تحديد الجزاء، قانون العقوبات الليبي في المادة 28 منه، والمنقولة عن المادة 133 من قانون العقوبات الإيطالي، بنصها "على القاضي أن يستند في تقديره للعقوبة على خطورة الجريمة، ونزعة المجرم للأجرام، وتبين خطورة الجريمة من الأمور التالية: 1/ طبيعة الفعل ونوعه، والوسائل التي استعملت لأرتكابه، وغايته، ومكان وقوعه، ووقته وسائر الظروف المتعلقة به. 2/ جسامه الضرر، أو الخطر الناتج عن الفعل. 3/ مدى القصد الجنائي سواء أكان عمدياً أم غير عمدي". قانون العقوبات الليبي متوفر على الموقع:

دراستنا على الضوابط المتعلقة بالركن المادي (المطلب الأول)، والضوابط المتعلقة بالركن المعنوي للجريمة (المطلب الثاني) باعتبارهما ركنا الجريمة المتفق عليهما بين الفقهاء.

المطلب الأول

ضوابط الركن المادي للجريمة

من المسلم به أنه لا جريمة بدون ركن مادي لأنه المظهر الخارجي لها، وبه يتحقق الإعتداء على المصلحة المحمية قانوناً، وعن طريقه تقع الأعمال التنفيذية للجريمة¹.

ويقصد بالركن المادي السلوك الإنساني الذي يترتب عليه نتيجة يعاقب عليها القانون الجنائي سواء كان فعلاً أو امتناعاً². هذا السلوك يختلف في حجمه من حالة لأخرى باختلاف النتائج الضارة المؤتممة قانوناً ودرجة انتهاكها للمصالح التي يشملها القانون بحمايته، وعلى قدر هذا الاختلاف تتباين العقوبات كما ونوعاً، وسنتناول ذلك من خلال بيان الضوابط المتعلقة بالسلوك الإجرامي (الفرع الأول)، ثم الضوابط المتعلقة بالنتيجة الإجرامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

السلوك الإجرامي

طالما أن العقاب الجنائي يتأسس على خطورة الشخص ويرتبط بها، كان لابد من وضع جملة من الضوابط يسترشد بها القاضي في استجلاء الخطورة، وأهمية هذه الضوابط لا تقف فقط عند حد إرشاد القاضي في تقدير الجزاء، بل تعد كذلك تنظيماً مهيناً هدفه تحقيق الإستقرار وكفالة العدالة الواقعية في المحاكمة الجنائية وتحقيق مرامي العقوبة³.

وتعدّ الجريمة السلوك الإنساني غير الإجتماعي المؤثم قانوناً، نظراً لمساسها بمصلحة يكلوها القانون برعايته، وهي توجد بطبيعتها بصفة مستقلة عما يقترن بها من ظروف⁴، في حين يشكل

¹ - أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973، ص 328.

² - فهد هادي يسلم حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 392.

³ - حاتم حسن موسى بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 507.

⁴ - حسنين إبراهيم صالح عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص ص 78-79.

السلوك الإجرامي العنصر الأول من عناصر الركن المادي، فالجريمة هي سلوك في العالم الخارجي له مظاهره المادية الملموسة، لذا فإننا نلمس هذا العنصر في جميع الجرائم الذي من غيره لا تقوم الجريمة، فالمشرع حينما يتدخل في التجريم والعقاب يضع في حسبانته الظواهر المادية التي تضرّ أو تهدد بالضرر المصالح المراد حمايتها، فإذا لم يملك التصرف الإنساني المقومات المادية الملموسة فلن يتحقق أي خطر على تلك المصالح.¹

فالجريمة لا تتحقق إلا إذا تجسّدت في كيان له طبيعة مادية ملموسة، فمن غير المقبول القول بأن مجرد الإعتقاد الإجرامي من شأنه أن يتضمن عدوانا على المصالح التي توفر لها الدولة حماية جنائية.² فالقانون لا يعاقب على الأفكار رغم قباحتها ولا على النوايا السيئة ما لم تظهر إلى الوجود الخارجي بفعل أو عمل.³ والفكرة الشريرة مهما كان رسوخها في النفس، والتصميم الإجرامي الجازم بسبب الإصرار، لا تقوم بهما جريمة طالما بقيا مجرد ظواهر نفسية لم تتخذ سبيلها إلى التعبير المادي الخارج عن كيان صاحبها.⁴

فلا يعد في الغالب العمل الخارجي سلوكا إجراميا إلا إذا كان يدخل في العمل التنفيذي المكون للجريمة، أما إن بقي عند مرحلتي التصميم والتحضير فإنه يبقى خارج نطاق التجريم لقلّة خطرهما، وبعدهما عن النتيجة الضارة واحتمال عدول الفاعل عن تحقيق مشروعه الإجرامي في أي لحظة.⁵

وقد اهتمت التشريعات الجنائية بالظروف التي ترتكب بها الجريمة، ونهت إلى ضرورة اهتمام القاضي الجزائي بخطورة الفعل أو السلوك الإجرامي المتجلى من خلال طبيعة الفعل ونوعه ومحل الجريمة، والوسائل المستعملة فيها ومكان وزمان ارتكابها، وذلك حينما يتصدّى لتقدير العقوبة الواجبة التطبيق على الفاعل، وكمثال على ذلك فقد نصت المادة 28 بند 1 من قانون العقوبات الليبي

¹ - مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب العربي، القاهرة، مصر، 1991، ص 124.

² - محمد زكي أبو عامر، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 113.

³ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 115.

⁴ - شمس الدين أشرف توفيق، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 128.

⁵ - نص المشرع الجزائري في المادة 31 من ق.ع على أن: " المحاولة في الجناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها.."، في حين نص المشرع المصري والأردني في المادة 45 / 2 من قانون العقوبات المصري، ويقابلها نص المادة 69 من قانون العقوبات الأردني على: "...و لا يعد شروعا في جريمة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية..".

(وتبين خطورة الجريمة من الأمور التالية: 1 - طبيعة الفعل ونوعه، والوسائل التي استعملت لارتكابه، وغايته ومكان وقوعه ووقته وسائر الظروف المتعلقة به).

وتجدر الإشارة إلى أنه من الصعب حصر كل ما يقتزن بالسلوك الإجرامي من عناصر، وأن ما ذكرته بعض التشريعات لم يكن على سبيل الحصر، فالصياغة القانونية لهذه المواد جاءت مرنة مما يؤهلها لاستيعاب ما قد يستظهره القاضي من عناصر وظروف أثناء نظر الدعوى، لكننا سنتناول حصر أهم عناصر السلوك الإجرامي التي بإمكانها أن تكشف عن خطورة الجريمة والمجرم، وبالتالي توقيع العقوبة الملائمة لهذا السلوك المجرم فيما يلي:

أولاً - طبيعة الفعل الإجرامي:

لطبيعة الفعل الإجرامي ومدى جسامته أو مساسه بالمصالح المحمية قانوناً والتقاليد السائدة في المجتمع أبلغ الأثر في تقدير العقاب، فالمساس الجسيم بالمصلحة المحمية جنائياً يميل بالقاضي إلى تقدير العقاب في اتجاه الحد الأقصى بينما يؤدي المساس الطفيف بتلك المصلحة إلى توجيه الاختيار نحو جرعة أقل من العقاب¹.

كما تتحدد خطورة الشخص وفقاً لجسامة الجريمة، فكلما كانت الجريمة على درجة كبيرة من الجسامة كلما كان ذلك دليلاً على شدة خطورة الجاني، ولذلك فإن الجنايات يقرر لها القانون عقوبات أشد من عقوبات الجنح، وكذلك الحال في الجنح، فإن عقوباتها أشد من عقوبة المخالفات، فهذا التدرج في شدة العقوبة يجد مصدره في تدرج الخطورة الكامنة في السلوك الإجرامي ذاته، والذي يتولى المشرع تحديده من خلال أفراد الجزء الملائم لكل جريمة، وترك المجال واسعاً أمام القاضي لاستعمال سلطته التقديرية لكشف خطورة السلوك الإجرامي ومن ثمة توقيع العقاب الملائم.

وهكذا فقد اعتبرت بعض التشريعات الجنائية طبيعة الفعل الإجرامي ضابطاً لتقدير العقوبة، مثلما نصت عليه المادة 133 من قانون العقوبات الإيطالي، وقانون الجرائم والعقوبات اليمني²، وقانون العقوبات الليبي¹.

¹ - أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 330.

² - المادة 109 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، متوفر على الموقع:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/ye/ye007ar.pdf>

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا في ليبيا في قرار لها: "إن جرائم الإعتداء على العرض هي من الجرائم التي تشدد القانون والعرف والمجتمع في استنكارها لفحشها وبشاعتها، ولما تؤدي إليه من نتائج وخيمة على الأخلاق والأسرة بل والمجتمع كله، وهي تمس بسمعة المجني عليه مهما كان موقفه منها، ومن ثمة يضحى تبرير العقوبة التي أوقعها الحكم على الطاعن في محله".²

أما المشرع الجزائري فرغم عدم النص على هذا الضابط، إلا أنه باستقراء النصوص العقابية نجد أن المشرع شدد من العقوبات مراعاةً لجسامة الجريمة ومساسها بالمصالح المحمية قانونا، إذ نجد أن أشد الجرائم خطورة أفرد لها المشرع عقوبات مشددة كتلك المتعلقة بالإعتداء على أمن الدولة والحياة والعرض.

كما دَرَج القضاء على الإعتماد على هذا الضابط في التفريد القضائي للعقوبات، بحيث يسترشد القاضي الجزائي بطبيعة الفعل المجرم، ومدى خطورته ودرجة مساسه بالمصالح المحمية، حينما يقدر العقوبة الملائمة للفعل الإجرامي المرتكب، وهو ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، فقضت في قرار لها: "وحيث إن جريمة الإتجار في المخدرات جريمة خطيرة، وعند ثبوتها وجب على قضاة الموضوع أن يوقعوا عقوبة متناسبة مع خطورة الجريمة".³

كما أن مقدار العنف الذي يستخدمه الجاني في تنفيذ سرقة بالعنف أو بالإكراه، ومدى القسوة التي يتصف بها فعل الضرب والجرح، ووسائل الخداع والمكر والغدر والخيانة أو الإحتيال في ارتكاب الجريمة، كل هذه الإعتبارات تنطوي على خبث في طباع الجاني وخطورة في شخصيته، وبالتالي يمكن أن توجه القاضي في استعمال سلطته التقديرية إلى تحديد العقوبة الملائمة، بل إن قضاء المحكمة العليا استقر على الأخذ بالعنف المعنوي كظرف في جريمة الفعل المخل بالحياء على قاصر لم يكمل 16 سنة من عمره⁴ (المادة 335 ف 02 من ق.ع)، مراعاة لجسامة هذا السلوك وفُحشه، واعتبرت المحكمة

¹ - المادة 28 من قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

² - المحكمة العليا الليبية، قرار صادر بتاريخ: 1973.12.02 رقم 20/85، مشار إليه في: حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 412.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر بتاريخ: 2006.04.26 ملف رقم 358769، غير منشور..

⁴ - بوسقيعة احسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة الثالثة عشر، بترتي للنشر، الجزائر، 2017، ص 178.

العليا في قرار لها: "...بأن الضحية القاصر ذكرت بأن المتهم اقتادها إلى الغابة وارتكب ضدها الفعل بالعنف، وتقدير العنف في هذه الحالة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع..."¹.

وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا: "حيث إنه من الثابت من القرار المطعون فيه أن القضاة أسسوا قضاءهم على توافر الأركان القانونية لجريمة هتك العرض طبقا للمادة 336 من ق.ع، وأبرزوا وناقشوا عنصر العنف المتمثل في استغلال المتهم لضعف المدارك العقلية للضحية واعتبروه كعنف معنوي، وأنه من الثابت فقها وقضاءً أنه يكفي لقيام جريمة هتك العرض توافر العنف المعنوي، وهو ما أبرزه القضاة جليا. وأنه لا تثير على القضاة فيما قضوا به، مما ينجر عنه بالنتيجة التصريح برفض الطعن"².

ويعد السلوك الإجرامي ذو خطورة إذا تعدد الجناة في ارتكابه، إذ أن حالة تعدد المساهمين في ارتكاب الجريمة تعتبر من المسائل التي يراعيها القاضي في تقدير العقوبة وتعتبر عنصرا مشددا للعقاب، أي أن تعدد الجناة يجعل من طبيعة الفعل ذات خطورة إجرامية حيث يعتبرون جميعا فاعلين للجريمة، ذلك أن اجتماع عدة أشخاص وتضافر جهودهم تجعل النشاط الإجرامي أقوى أثرا وأخطر مظهرا، كما أن أفضع الجرائم هي التي يُسهم في ارتكابها عدة جناة، فمتى تعاون في الجريمة أكثر من شخص سواء كانوا فاعلين أو شركاء فتشدد العقوبة³.

ولذلك فقد شددت المادة 354 من ق.ع الجزائي العقوبة على السرقات المرتكبة بواسطة شخصين أو أكثر، بل وقد جرّم المشرع الجزائي كل جمعية أو اتفاق مهما كانت مدته وعدد أعضائه تشكل بغرض الإعداد لجناية أو أكثر أو لجنحة أو أكثر معاقب عليها بخمس سنوات حبس على الأقل، بموجب نص المادة 177 من ق.ع.

ثانيا - الوسيلة المستعملة في ارتكاب الجريمة:

اعتدت تشريعات عديدة في تحديد مدى خطورة الجاني بالأسلوب الذي اتّبعه في تنفيذ مخططة الإجرامي، فالجريمة قد تكون واحدة من حيث النوع ولكن يختلف أسلوب ارتكابها من مجرم لآخر،

¹ - المحكمة العليا، غ. ج، بتاريخ 1986.07.08 في الملف رقم 442 أشار إليه: نواصر العايش، تقنين العقوبات، مطبعة عمارقرفي، باتنة، 1991، ص 157.

² - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر بتاريخ: 2013.01.17 في الملف رقم 870590، المجلة القضائية، ع 01، ص 2013، ص 343.

³ - فهد هادي يسلم حيتور، مرجع سابق، ص ص 395 - 396.

بحيث يمكن القول بأن درجة الخطورة الإجرامية وجسامة العقاب تكون أكبر كلما انطوت الوسيلة المستعملة لارتكاب الجريمة على قسوة بالغة أو ازدراء بالضحية¹. والوسيلة المقصودة هنا هي كل ما يمكن أن يأتيه الجاني لاقتواف جريمته، فقد يقتصر على مجرد ارتكاب الفعل المادي مجردا من أي ظروف، وقد يقترن إتيانه ببعض الظروف التي تضفي عليه مسحة من الجسامة وتبرر تغليط العقوبة²، وهناك من يعرفها بأنها كل شيء أو آلة تتدخل أو تتوسط بين الإرادة الإجرامية وارتكاب الجريمة³.

وهكذا تختلف نوعية الوسائل المستعملة باختلاف نوع الجريمة المرتكبة، ففي جريمة القتل هناك وسائل عديدة لارتكابها منها القتل باليد أو بالعصا أو بأداة جارحة أو راضة أو باستعمال سلاح أو بمواد سامة أو عن طريق الخنق أو الشنق أو الحرق...إلخ، وفي جريمة السرقة هناك وسائل خاصة بها منها الكسر والتسور واستعمال مفاتيح مصطنعة واستعمال العنف⁴.

وقد تكون الوسيلة المستخدمة من طرف الجاني في تنفيذ جريمته جسيمة وبغيضة كالقتل بطريق التنكيل أو باستخدام أدوات تعذيب، وفي مثل هذه الحالات يشدد القاضي العقوبة إلى حدها الأعلى، لأن الوسيلة المستعملة تشير إلى خطورة إجرامية كاملة. أما إن ارتكب الجاني جريمته مجردة من أي ظرف كمن يرتكب جريمة نتيجة امتناعه عن فعل أو من يقتل آخر باستخدام أداة ليست قاتلة بطبيعتها، فإن القاضي ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى.

وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا في قرار لها: " أن قضاة غرفة الإتهام لم يكلفوا أنفسهم عناء مناقشة وقائع القضية بالدقة والتفصيل، ذلك أن عدم وفاة الضحية لا دخل لإرادة المتهم فيه، بل وجه له ثلاث طعنات بالسكين أسفل الإبط الأيسر عمدا قصد إزهاق روحه وتركه ينزف دما بعد منتصف الليل، وأن تجنيح القضية وتكييفها على أنها مجرد ضرب وجرح عمدي دون تبرير قانوني، مع

¹ - رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 866.

² - حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 206.

³ - عادل عازر، مرجع سابق، ص 162.

⁴ - فهد سالم يسلم حبتور، مرجع سابق، ص 400.

إقرارهم بخطورة الأفعال يبرر النقض.. وأن الحجج والأسانيد المقدمة من القضاة لتبرير نزع الوصف الجنائي عن الوقائع يتنافى وخطورة الأفعال¹.

وقد لا تكون العصا سلاحاً قاتلاً بطبيعتها لكن شكلها واتصال أداة حديدية مدببة بها أو إذا تم صنع العصا ذاتها بشكل مدبب حاد، فإنها تعد في مثل هذه الحالات قاتلة، ومن ثمة يمكن أن يعتمد عليها القاضي الجزائي في تشديد العقوبة إلى حدها الأعلى.

أما في جريمة السرقة، فمن الوسائل التي استرعت نظر المشرع الكسر والتسلق واستعمال مفاتيح مصطنعة، والأساس الذي بُني عليه تشديد العقوبة في هذه الجريمة هي وجوب حماية من يتخذون كل ما يمكنهم من الإحتياطات للمحافظة على أموالهم ويبدلون ما في وسعهم للدفاع عن أنفسهم من غدر الغادرين، فإزالة الجاني للعوائق المقامة لمنع الإختلاس تُشدد العقوبة، لأن الجاني لا يقتصر عمله على انتهاك حق الملكية بل يتعداه إلى استعمال العنف على الأشياء، فأساس التشديد هو الخطر الناتج عن الوسائل المستعملة، فالعوائق التي يضعها المالك لسد السبيل على السارق يقابلها عجز المالك عن حماية نفسه من جراءة الأثقياء².

ونشير هنا إلى أن بعض التشريعات الجنائية تنص على تشديد العقوبة بنص القانون إذا ارتبط ارتكاب الجريمة بوسائل معينة، وهنا يجد القاضي الجزائي نفسه مقيداً في تقدير العقوبة، لأن ضابط تشديد العقوبة موجود في النص، ولا يملك القاضي الجزائي إزاءه أي سلطة تقديرية، فالمشرع الأردني مثلاً رصد عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة لمن قتل شخصاً قصداً مع تعذيب المقتول بشراسة³، كما اعتبر المشرع المصري القتل باستعمال السمّ ظرفاً مشدداً للعقوبة، وقرر للجاني عقوبة الإعدام⁴.

وهو ما فعله المشرع الجزائري حيث رصد عقوبة مشددة (عقوبة الإعدام) لكل من ارتكب أعمالاً وحشية أو استعمل التعذيب في ارتكاب جناية القتل، بحيث نصت المادة 262 من ق.ع "يعاقب

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ: 2015.11.19 في الملف رقم 1066194، مجلة المحكمة العليا، ع 02، ص 2015، ص 282.

² - عبد الملك جندى، الموسوعة الجنائية، رشوة، ظروف التخفيف، الجزء الرابع، (د.ط)، (ب.د.ن)، 2008، ص 268.

³ - المادة 327-4 من قانون العقوبات الأردني، مرجع سابق.

⁴ - المادة 233 من قانون العقوبات المصري، مرجع سابق.

باعتباره قاتلا كل مجرم مهما كان وصفه استعمل التعذيب أو ارتكب أعمالا وحشية لارتكاب جنايته"¹، وهي نفس العقوبة المقررة لمن ارتكب جريمة القتل بالتسميم²، وفق ما نصت عليه المادة 263 من ق.ع.

كما قرر المشرع الجزائري عقوبة مشددة في المادة 266 من ق.ع على مرتكبي أعمال الضرب والجرح، أو غير ذلك من أعمال العنف والإعتداءات الأخرى مع حمل أسلحة إذا لم يؤد إلى مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوم، فبرغم أن هذه الجريمة لا تشكل سوى مخالفة إلا أن المشرع ارتقى بها إلى مصاف الجنحة، وشدد عقوبتها بالنظر إلى ارتكابها بحمل سلاح أو استعماله، ولم يحدد المشرع كنه هذا السلاح، غير أن قضاء المحكمة العليا استقر على أن المادة السالفة الذكر تطبق أيضا حينما ترتكب الجريمة مع استعمال السلاح الأبيض³.

وكذلك الشأن في جرائم السرقة فقد شدد المشرع العقوبة على مقترفي السرقات باستعمال العنف أو التهديد أو بحمل سلاح ظاهر أو مخبأ⁴ أو التسلق أو الكسر من الخارج أو من الداخل أو باستعمال مفاتيح مصطنعة أو بكسر الأختام أو باستعمال مركبة ذات محرك لتسهيل الفعل أو تيسير الهروب⁵.

هذا ونشير إلى أن المجرمين استفادوا أيضا من التقدم العلمي، وأصبحت الجرائم الحديثة ترتكب بوسائل علمية وفنية حديثة تكون أحيانا على درجة كبيرة من الخطورة، وتنم على خطورة الجاني وذكائه المنحرف، وهنا لا بد على القاضي الجزائي أن يضع هذه الوسائل التي ارتكبت بها الجريمة محل اعتبار للوصول إلى قياس منضبط لدرجة الخطورة الإجرامية الكامنة في نفس الجاني، ثم تحديد المعاملة الجنائية الملائمة للقضاء على هذه الخطورة.

¹ - وعرفت المادة 263 من ق.ع التعذيب بقولها " يقصد بالتعذيب كل عمل ينتج عنه عذاب أو ألم شديد جسديا كان أو عقليا يلحق عمدا بشخص ما، مهما كان سببه ".

² - وعرفت المادة 260 من ق.ع التسميم بأنه " الإعتداء على حياة إنسان بتأثير مواد يمكن أن تؤدي إلى الوفاة عاجلا أو آجلا أيا كان استعمال أو إعطاء هذه المواد، ومهما كانت النتائج التي تؤدي إليها ".

³ - المحكمة العليا، ج، قرار صادر بتاريخ: 1988.02.02، في الملف رقم 62، غير منشور، مشار إليه في: بوسقيعة احسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 127.

⁴ - " لم تحدد المادة 351 ق.ع أنواع الأسلحة التي يعتبر حملها مشددا للعقوبة في السرقة، غير أن حكم المادة المذكورة يسري على الأسلحة النارية والأسلحة البيضاء قاتلة كانت أو قاطعة أو راضية بل أنه طبق حتى على اللعبة من البلاستيك التي لها شكل ولون السلاح الحقيقي إذا ثبت أن حملها من قبل المتهم قد أحدث خوفا ورعبا في نفس المجني عليه " . المحكمة العليا، ج، قرار صادر بتاريخ: 1983.03.01 في الملف رقم 27682، مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجنائية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 153.

⁵ - أنظر المواد: 351، 353، 354 من ق.ع الجزائري.

ورغم أن الوسائل المستعملة في ارتكاب الجريمة لا يمكن حصرها، فلكل مجرم وسيلته الخاصة في ارتكاب جريمته، إلا أن الوسيلة المستخدمة في ارتكاب الجريمة تعتبر فعلاً من الضوابط المهمة التي يراعيها القاضي عند تقدير العقوبة.

ثالثاً - الظروف الزمانية والمكانية المرافقة لارتكاب الجريمة:

لاشك أن استغلال الجاني لعاملي الزمان والمكان لتنفيذ مشروعه الإجرامي أمر له دلالة على مدى خطورة السلوك الإجرامي، فاختيار الجاني لوقت وزمان محددين من شأنه أن يساعده في إتمام مشروعه الإجرامي، ومن ثمة فهما ضابطان مهمان في تقدير العقوبة.

أ- زمان ارتكاب الجريمة: يقصد بزمان ارتكاب الجريمة الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة، حيث إن زمن ارتكاب الجريمة يُظهر مدى خطورة الجاني الإجرامية لدى اختياره زمن تنفيذ جريمته، وكذا مدى جسامة الفعل لحظة ارتكابه في زمن معين. لذلك فقد اعتبرت التشريعات الجنائية الزمن من عناصر السلوك الإجرامي الذي يؤثر في العقوبة، ويؤخذ بعين الاعتبار في التفريد¹.

فقد يكون زمان ارتكاب الجريمة سبباً للتشديد والتخفيف سواء في تقدير المشرع عند وضع النصوص الجنائية أو في تقدير القاضي عند تقرير العقوبة، كما قد يرى المشرع أن الفعل لا يعتبر اعتداءً على المصلحة القانونية التي يحميها قانون العقوبات، إلا إذا ارتكب في زمان معين، وعندئذٍ يعتبر أحد العناصر التي يشترط توافرها لوجود الجريمة.

ويعد ضابط الزمان ظرفاً مشدداً للعقوبة في حالات كثيرة كارتكاب الجريمة وقت الحرب أو في الظلام²، أو أثناء الحوادث الخطيرة أو الكوارث الطبيعية أو الإضطرابات. وهكذا تُفرد بعض التشريعات عقوبات مغلظة على ارتكاب جرائم محددة في أزمنة محددة، فتنص المادة 113 من قانون العقوبات الأردني على: "يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة كل أردني أقدم بأي وسيلة كانت بقصد شلّ الدفاع الوطني على الإضرار بالمنشآت... ويحكم بالإعدام إذا حدث الفعل زمن الحرب أو عند توقع نشوبها..."، فهنا تم تشديد العقوبة على الجاني بسبب ضابط الزمان، فالجاني بدل أن يهَبّ للحفاظ عليها في زمن الحرب أو عند توقع نشوبها، استغل الفرصة كي يشلّها تدميراً أو إحراقاً أو إضراراً.

¹ - فهد يسلم هادي حبتور، مرجع سابق، ص 402.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 410. حسنين إبراهيم صالح عبید، مرجع سابق، ص 206.

كما تعتبر معظم التشريعات الجنائية الليل ظرفاً مشدداً في جريمة السرقة¹، وكذلك المشرع الجزائري الذي نص عليه في المادة 354 من ق.ع، وقفز بالجريمة إلى مصاف الجناية، إذا ارتكبت الجريمة بتوفر ظرفين على الأقل من الظروف المنصوص عليها بالمادة 353 من نفس القانون، ومن هذه الظروف ظرف الليل.

نشير إلى أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة لم يعرّف الليل² مثلما فعل مع باقي الظروف الأخرى المشددة للسرقة، ولم نجد في اجتهادات المحكمة تعريفاً له، لكن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أنّ الليل هو الفترة بين غروب الشمس وشروقها، كما قضت بأن ظرف وقوع الجريمة ليلاً هو من المسائل المتعلقة بالموضوع التي يقدّرها قاضي الموضوع، لا سيما وأنه لا وجود لتعريف قانوني لظرف الليل، ولقاضي الموضوع أن يحدد نهائياً الساعة التي وقعت فيها الجريمة ويقرر ما إن ارتكبت نهائياً أول ليلاً³.

كما قضت محكمة النقض المصرية في نفس السياق: " يُعتبر ظرف وقوع الجريمة ليلاً من المسائل المتعلقة بالموضوع تفصل فيها نهائياً محكمة الموضوع خصوصاً وأنه لا يوجد تعريف قانوني لظرف الليل، وعليه فإنه لا يعدّ من الأوجه الموجبة للنقض بالحكم القاضي بالإدانة في جريمة سرقة حصلت ليلاً طبقاً للمادة 372 من ق.ع إذا لم يذكر فيها ساعة ارتكاب الجريمة " ⁴. وهذا القضاء يصلح تطبيقه في الجزائر لتشابه التشريعين. ونرى أن تحديد الليل بالمعنى الفلكي وهو الفترة بين غروب الشمس وغروبها أكثر انضباطاً وتحديداً وأقرب إلى تحقيق العدالة.

فالقاضي عليه أن يأخذ ضابط زمن ارتكاب الجريمة عند تقدير العقوبة، فالجاني قد يختار الوقت الذي يرتكب فيه جريمته بقصد تسهيل ارتكابه لها بحيث لا يراه أحد، وهذا يدل على خطورة إجرامية كبيرة، وفي هذا قضت المحكمة العليا: "...بأن ترك المجني عليه ينزف دماً بعد طعنه بثلاث طعنات أسفل الإبط الأيسر بعد منتصف الليل، يشكل جنائية محاولة القتل، وأن تجنيح القضية

¹ - أنظر على سبيل المثال: المواد 3/315، 316، 317 / 4 من قانون العقوبات المصري، والمادة 1/400 من قانون العقوبات الأردني.

² - نشير إلى أن قانون الجزاء العماني تفرد بين التشريعات العربية بتعريفه "الليل"، حيث نصت المادة 08 منه "تعد كلمة (ليلاً) أو (في الليل) الوارد في هذا القانون الفترة الواقعة بين شروق الشمس وغروبها).

قانون الجزاء العماني متوفر على الموقع: <https://data.qanoon.om/ar/rd/2018/2018-007.pdf>

³ - عبد الملك الجندي، مرجع سابق، ص 264 - 266.

⁴ - نقض مصري، قرار في 1993.04.04 في الطعن رقم 12669، مشار إليه في: حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 248.

وتكليفها على أنها مجرد ضرب وجرح عمدي دون تبرير قانوني، مع إقرار قضاة غرفة الإتهام بخطورة الأفعال يبرر النقض¹.

وترجع علّة اعتبار الليل عنصرا مشددا لعقوبة السرقة إلى أنه يجعل هذه الجريمة أشد خطرا سواء بالنظر للسهولة التي يستمدّها الجاني من هذا الظرف، وتبيّء له سبيل ارتكاب السرقة، أو بالنظر إلى الصعوبة التي يلقاها المجني عليه في حماية ماله منها². فلجوء الجاني إلى جنح الظلام لارتكاب جريمته هدفها تسهيل تنفيذ الجريمة والفرار بعد ذلك، خاصة وأن الليل هو وقت السكينة والراحة، وفيه يخلد الناس للنوم وتغيب أعين الشهود وحتى رجال الشرطة عن رصد الجرائم، وهو ما يجعل أمر ضبط الجاني ليلا صعبا للغاية، لأن الظلمة تبيّء له طريق الهرب. ولا شك أن هذا التبرير ينطبق على الإعتداءات التي تتم في جنح الليل، وهو المبرّر الذي دعا المحكمة العليا إلى الإقرار بخطورة الأفعال في قرارها السالف الذكر.

وكما يكون الليل ظرفا مشددا، فقد يكون أحيانا ظرفا مخففا، كما في حالة ارتكاب جريمة الفعل العلني المخل بالحياة في وقت متأخر من الليل، إذ لا ينطوي هذا السلوك على مساس كبير بالحياة العام نظرا لقلّة المارة في هذا الوقت³.

إن ظرف الزمان المعتد به كضابط لتفريد العقاب ليس مرتبطا فحسب بالليل والنهار، بل قد يستغل الجاني وقت الإضطرابات والكوارث الطبيعية والحرائق كحوادث تسهل له ارتكاب جريمته، وهكذا نصت المادة 351 مكرر من ق.ع على تشديد العقوبة على مرتكبي السرقات المرتكبة أثناء حريق أو بعد انفجار أو انهيار أو زلزال أو فيضان أو غرق أو تمرد وفتنة أو اضطراب آخر، ورصدت لهم عقوبة السجن المؤبد.

هذا ونشير إلى أن الإهانات المتكررة على أعضاء السلك الطبي والإعتداء عليهم، وكذا التعدي على الهياكل والمؤسسات الصحية خلال فترة الحجر الصحي الناجمة جائحة كورونا التي اجتاحت الجزائر والعالم بأسره، استدعت تدخلا تشريعيّا مستعجلا وصارما، نتيجة الأضرار المادية والمعنوية التي تكبدتها المؤسسات الصحية، والأضرار الجسمانية والنفسية الجسيمة التي لحقت موظفي ومستخدمي

¹ - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر بتاريخ: 2015.11.19 في الملف رقم 1066194، مرجع سابق.

² - عبد الملك الجندي، مرجع سابق، ص 264.

³ - حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 206.

الهياكل الصحية خلال هذه الفترة الصعبة، حيث سارع المشرع إلى إصدار الأمر 20-01 المؤرخ في 30 يوليو 2020 المعدل والمتمم لقانون العقوبات¹، ورفع العقوبات المرصودة لمرتكبي هذه الأفعال خلال فترات الحجر الصحي أو خلال وقوع كارثة طبيعية أو بيولوجية أو تكنولوجية أو غيرها من الكوارث.

ب- مكان ارتكاب الجريمة: القاعدة العامة أن المشرع لا يهتم بمكان ارتكاب الجريمة، فيستوي في جريمة القتل مثلاً أن يرتكب الجاني جريمته في منزل مسكون أو في الطريق العام². لكن قد يكون لمكان ارتكاب الجريمة أهميته البالغة في كشف مدى خطورة الجاني والجريمة، وبالتالي فهو يعد من الضوابط التي يراعيها القاضي عند تقديره واختياره للعقوبة الملائمة تخفيفاً وتشديداً، فقد يكون مكان ارتكاب الجريمة ظرفاً يستغله الجاني لتسهيل فعله الإجرامي، كمن يسرق من دور العبادة أو في مكان مسكون أو معد للسكن أو من يسرق من مكان عمومي فيه ازدحام بين الناس، أو في مرفق عام، أو كمن يقتل في عرض البحر أو في الصحراء أو في مكان معزول عن الناس لصعوبة دفاع المجني عليه عن نفسه، أو الإستعانة بغيره³، فهنا وجب على القاضي أن يراعي المكان الذي اختاره الجاني في تنفيذ جريمته لتشديد العقوبة المسلطة عليه.

فالمساكن لها حرمتها والمساجد لها قدسيتهما والطريق العام له حرمة، فترويع الناس في هذه الأماكن وتعريض حياتهم وأموالهم للخطر، من شأنه أن يرفع سقف العقوبات المسلطة على الجناة، الذين يتخذون هذه الأماكن محلاً لإجرامهم.

فللمساكن مثلاً حرمة ينبغي صيانتها والمحافظة عليها، والمجرم الذي يعتدي على هذا الحرم الآمن بالسرقة، إنما يرتكب في الواقع اعتداءين: أولهما اعتداؤه على حرمة المساكن والإخلال بأمن قاطنيها، والثاني اعتداؤه على أموالهم بالسرقة، فكان من الطبيعي أن يتكافأ العقاب مع هذا الإعتداء المزدوج، فضلاً عن أن المجرم الذي يقدم على السرقة في المكان المسكون دون أن يثنيه عن قصده احتمال اعتراض السكان، هو في الحقيقة مجرم أخطر نزعة وأشدّ مراساً وأمعن في الإستهانة بأمن

¹ - أمر 20-01 المؤرخ في 30 يوليو 2020 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات، ج. ر، ع 44 المؤرخة في 30 يوليو 2020.

² - هلاي عبد الإله أحمد، الجريمة ذات الظروف، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986، ص 263.

³ - عبد الفتاح عبد العزيز خضر، الأوجه الإجرائية للتفريد القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1975، ص 251.

الناس من المجرم الذي يُقدم على السرقة من الأماكن غير المأهولة¹. هذا فضلا عن أن السرقة بالدخول إلى منزل تكون أسهل لعدم اتخاذ صاحب السكن الحيطة اللازمة في غالب الأحيان².

وكذلك الشأن بخصوص جريمة خطف طفل وتركه في مكان غير أهل بالمارة، حتى لا يمكن إنقاذه، فالمعاملة العقابية لمرتكب هذا الجرم تختلف عن من يخطف طفلا ويتركه في مكان أهل بالمارة، ففي حين تشدد العقوبة بالنسبة للأول، يمكن للثاني أن يكون محل تخفيف. كذلك لا يستوي الأمر في المعاملة العقابية بين من يرتكب فعلا علنيا مخلا بالحياء في مكان معزول عن المارة، ومن يرتكب نفس الفعل في مكان أهل بالمارة.

والتشريع العقابي الجزائري على غرار التشريعين المصري والفرنسي لا يوجد فيه ما يعتبر مكان ارتكاب الجريمة ظرفا مشددا عاما، ولكن باستقراء النصوص الجنائية الخاصة نجد بأن المشرع اعتبر مكان ارتكاب الجريمة ظرفا مشددا خاصا في بعض الجرائم، نذكر على الخصوص ما نصت عليه المادة 353 من ق. ع المتعلقة بجريمة السرقة المرتكبة في المنازل أو المساكن أو الغرف أو الدور سواء كانت مسكونة أو مستعملة للسكنى³، بحيث ارتقى المشرع بهذه الجريمة إلى مصاف الجناية متى ما اقترنت بظرف آخر أو أكثر من الظروف المنصوص عليها بنفس المادة، وقرر لها عقوبات مشددة سواء فيما يتعلق بالعقوبة السالبة للحرية أو الغرامة المالية. كما قرر المشرع عقوبات مشددة أيضا على السرقات التي ترتكب في الطرق العمومية⁴، أو في المركبات المستعملة في نقل المسافرين أو المراسلات أو الأمتعة أو داخل نطاق السكك الحديدية والمحطات والموانئ والمطارات وأرصفت الشحن أو التفريغ⁵.

وجرم المشرع أيضا فعل ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر، ويميّز بين العقوبات المقررة لهذه الأفعال بحسب المكان الذي يتخلى فيه عنهم، فأقرّ عقوبة مخففة على ترك طفل أو عاجز غير

¹ - حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 411.

² - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986، ص 880.

³ - عرفت المادة 355 ق.ع المبنى المسكون بقولها "يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو كان متنقلا متى ما كان معدا للسكن. وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي يوجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور العمومي".

⁴ - عرفت المادة 360 ق.ع الطرق العمومية بقولها "تعد طرقا عمومية الطرق والمسالك والدروب وكافة المسالك الأخرى المخصصة لاستعمال الجمهور والواقعة خارج مجموعات المساكن والتي يجوز لأي فرد أن يمر بها بحرية في أي ساعة من ساعات النهار أو الليل دون اعتراض قانوني من أي كان".

⁵ - أنظر: المادة 352 ق. ع.

قادر على حماية نفسه في مكان غير خال من الناس¹، في حين شدد العقوبة في حالة تركه في مكان خال من الناس²، وتتحكم في تحديد المكان الخالي عدة عوامل، يأتي على رأسها العامل الجغرافي وتليه الظروف، وأخيرا حظوظ إنقاذ الطفل أو العاجز³.

كما يختلف العقاب على جريمة السب بحسب مكان حدوثها، فإذا تمت بصورة علنية، شكّلت جنحة معاقب عليها طبقا للمادة 299 من ق.ع، وإذا تمت بصورة غير علنية أي عبر الهاتف أو غيرها من وسائل التواصل ودون أن تطرق عبارات السب أسماع الغير، شكّلت مخالفة منصوص عليها بالمادة 463 من نفس القانون.

كذلك الأفعال العلنية المخلة بالحياة المنصوص عليها بالمادة 333 من ق.ع، والذي استهدف فيها المشرع حماية البصر من مشاهدة مناظر منافية للآداب العامة، وبالتالي فالعلنية في هذه الأفعال عنصر أساسي في تكوين الجريمة، ويقصد بها وقوع الفعل في مكان عمومي أو في مكان خاص مع احتمال مشاهدته من الغير. أما إن تم الفعل في مكان خاص فلا عقاب أصلا على الفعل، ما لم يكن الضحية قاصر لم تكمل 16 سنة أو إذا تم الفعل بالعنف⁴.

الفرع الثاني

الضوابط المتعلقة بالنتيجة الإجرامية

السُّلوك الإجرامي وما يحيط به من ظروف تشديد أو تخفيف لا جدوى في تجريمه إذا لم ينتج عنه نتيجة جرمية تتمثل في الإعتداء على حق أو مصلحة يحميها القانون. فالمشرع لا يجرم فعلا ويخصّه بعقوبة معينة إلا إن ترتب عن هذا الفعل نتيجة ضارة بمصلحة الفرد والمجتمع. فالنتيجة الجرمية في الجرائم الواقعة على الإنسان مثلا تتمثل في الإعتداء على حق سواء كان هذا الحق محله حق الإنسان في الحياة أو حقه في سلامة جسده أو حقه في حماية أمواله وممتلكاته.

¹ - تعاقب المادة 316 ق.ع على هذه الجريمة بالحبس من ثلاثة أشهر الى سنة.

² - وتعاقب المادة 314 ق.ع على هذه الجريمة بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات.

³ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 203.

⁴ - المادتان 334، 335 من ق.ع .

وتؤخذ النتيجة هنا بمعناها القانوني وليس بمدلولها المادي، فالنتيجة المقصودة هي المساس بالمصلحة التي تحميها قاعدة التجريم، وتتكوّن إما من الضرر الفعلي وإما من مجرد تعريض المال أو المصلحة محل الحماية للخطر¹.

وتعرّف النتيجة الإجرامية بأنها العاقبة الضارة التي تتمثل في المساس بمصلحة من المصالح التي يحميها القانون بقواعد التجريم². وتعرّف أيضا بأنها التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الجرمي، وهي العدوان الذي ينال مصلحة أو حقا مشمولاً بالحماية الجزائية³. هذا التغيير قد يكون عضويا مثل جريمة القتل التي يكون فيها المجني عليه حيا، ثم يصبح ميتا بعد الجريمة، كما قد يكون ماديًا كما في السرقة عندما يكون المال في حيازة المجني عليه ثم تنتقل الحيازة إلى الجاني بعد ارتكاب السلوك المجرم، وقد يكون معنويا مثل تلقي عبارات مشينة ماسة بالشرف والإعتبار⁴.

و تعد النتيجة الجرمية جزءاً من المكونات القانونية للجريمة، وتعبّر جسامة عن جسامة الضرر أو الخطر الناتج عن الفعل، فالمشرع يسعى دائما إلى حماية مصالح معينة من الإضرار بها أو تعريضها للخطر، فإذا لم يتحقق هدف المشرع من حمايتها ووقع العدوان على تلك المصالح أو تعرضت للخطر، وكان ذلك على قدر من الجسامة، فإن ذلك يبرر تشديد العقوبة على النحو الذي يضمن تحقيق الردع المطلوب لحماية تلك المصالح⁵.

ويضع المشرع في تقديره عند تحديد العقوبة التي يحتويها نص التجريم مدى جسامة الماديات الإجرامية، وتحدد هذه الجسامة بمقدار الأهمية الاجتماعية للحق المعتدى عليه، فعلى سبيل المثال فإن عقوبة القتل العمد أشد من عقوبة السرقة أو حرق أموال الغير لأن حق الحياة أهم اجتماعيا من الملكية.

¹ - عمر السعيد رمضان، فكرة النتيجة في قانون العقوبات، مجلة القانون والإقتصاد، ع 01، ص 105.

² - عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص 251.

³ - محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثالثة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000، ص 204.

⁴ -Philippe CONTE, Patrick maistre du CHAMBON, Droit pénal général, 5 éme édition, Armand colin, Paris, 2000, p 168.

⁵ - روم عطية موسى نو، الآثار الجنائية للخطورة الإجرامية، دراسة تحليلية نقدية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الاسكندرية، مصر، 2014، ص ص 148-149.

وإذا كانت الجريمة تنتج اعتداء على حق، فإن مقدار الإعتداء يختلف من حالة إلى أخرى، فقد تطول مدة سلب الحرية أو تقصر في جريمة القبض على شخص أو حبسه دون وجه حق، ويتفاوت مقدار بذاءة عبارات القذف والسب، وقد تكون قيمة المال المسروق كبيرة، وأحيانا أخرى ضئيلة، وللقاضي - بلا شك - أن يجعل ذلك ضابطا لتقدير العقاب¹.

فالضرر الذي يصيب الحياة الإنسانية هو أشد جسامة من الضرر الذي يصيب الممتلكات، والخسارة المالية هي أخف ضررا من تدمير الممتلكات. وجسامة الجريمة تتوقف على طبيعة الضرر الكامن في السلوك، كما تتوقف جسامة الجريمة من ناحية أخرى على نطاق الضرر ومداه، فإصابة شخص واحد من السلوك المجرم هو أقل مدى وأضيق نطاقا من إصابة عدد من الأفراد من ذات السلوك لتعدد المجني عليهم². وكمثال على ذلك فجريمة قتل خطأ إثر حادث مرور تسبب في وفاة عدة أشخاص ليس كجريمة مماثلة تمثلت في وفاة شخص واحد.

فالسلطة التقديرية للقاضي الجزائي إذن محكومة بجسامة الإعتداء على الحق، وبالتالي يتعين على القاضي الجزائي حين فرضه للعقوبة أن يأخذ بعين الاعتبار جسامة هذا الإعتداء وضالته³، كما عليه أن يقيم وزناً لمقدار الضرر المترتب عن الجريمة ومداه، فجسامة النتيجة الجرمية تؤثر لا محالة في مدى العقوبة المحكوم بها.

إن جوهر النتيجة يتمثل في ضرر واقع أو محتمل، وتناسب جسامة الإعتداء تبعا لمقدار هذا الضرر، فتفاهة الضرر الناجم عن الجريمة يعتبر ظرفا مخففا، وليس من المستصاغ تغليظ عقوبة مجرم نجم عن سلوكه ضرر ضئيل على المصلحة محل الحماية القانونية، وبالمقابل ليس من العدل تخفيف عقوبة مجرم تسبب فعله في ضرر جسيم.

فللنتيجة الجرمية أهمية بالغة الأهمية في تطبيق القاضي الجزائي للقاعدة الجنائية، ولها دور كبير باعتبارها عنصرا متصلا بالجريمة يشدد العقوبة أو يخففها⁴.

¹ مأمون محمد سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص 119.

² - فهد يسلم هادي حبتور، مرجع سابق، ص 408.

³ - كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 691.

⁴ - محمد صبيح نجم، مرجع سابق، ص 200.

وإذا كان التشريعان الإيطالي والنمساوي قد اعتبرا جسامته النتيجة ظرفا مشددا عاما ونصا على ذلك صراحة¹، فإن المشرع الليبي قد تفرّد على باقي التشريعات العربية حين نص صراحة في المادة 28 من قانون العقوبات على هذا الضابط بقوله: "وتبين خطورة الجريمة من الأمور التالية: 2- جسامته الضرر والخطر الناتج عن الفعل"²، لكنه لم يعتبره ظرفا مشددا عاما بل اعتبره من الضوابط التي يسترشد بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي، فجسامته الضرر والخطر الناجم عن الفعل يؤثر في مدى العقوبة المحكوم بها صعودا ونزولا.

في حين ذهب المشرعان المصري والفرنسي، وحذا حذوهما المشرع الجزائري إلى اعتبار جسامته النتيجة الإجرامية مجرد ظرف مشدد خاص، ومن ثمة تدرّج مثلا المشرع الجزائري في العقوبات المسلطة على مرتكبي أفعال العنف العمدية المرتكبة ضد الأشخاص بحسب الضرر الجسماني اللاحق بالضحية، فيشكل الفعل مخالفة طبقا للمادة 442 من ق.ع إذا لم ينشأ عن أعمال العنف العمدية مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة 15 يوم عقوبتها الحبس من عشرة أيام الى شهرين وغرامة مالية من 8000 الى 16000 دج، في حين يشكل الفعل جنحة طبقا للمادة 264 ف 01 من نفس القانون عقوبتها من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى 500000 دج إذا نتج مرض أو عجز عن العمل لمدة تزيد عن 15 يوم، أما إن ترتب عن أعمال العنف فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار أحد العينين أو أي عاهة مستديمة أخرى، شكل الفعل جنائية طبقا للمادة 264 ف 03 من ق.ع معاقب عليها بالسجن المؤقت من خمس الى عشر سنوات، أما إذا تسبب الفعل في الوفاة دون قصد إحداثها، فيقرر المشرع بنص المادة 264 ف 04 من ق.ع عقوبة السجن من عشرة الى عشرين سنة.

كما رفع المشرع الجزائري الحد الأعلى لعقوبة الحبس إلى خمسة عشر سنة بالنسبة لجنحة نشر وتسريب مواضيع أو أجوبة الإمتحانات النهائية إذا أدى ذلك إلى الإلغاء الكلي أو الجزئي

¹ - تنص المادة 8/61 من قانون العقوبات الإيطالي " يعتبر من الظروف المشددة العامة ارتكاب الجاني فعلا يؤدي الى تشديد أو تجسيم الآثار المترتبة على الجريمة او شروعه في ذلك " وتنص المادة 70 من نفس القانون على اعتبار الظروف التي تتعلق بجسامته الضرر أو الخطر من قبيل الظروف الموضوعية، كما تنص المادة 43 من قانون العقوبات النمساوي على أنه يعتبر من قبيل الظروف المشددة كون الضرر أو الخطر الذي يدخل في تكوين الجريمة أكثر جسامته". نقلا عن: نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تحديد العقوبة والتدابير الاحترازية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص 264.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 413.

للإمتحان¹، رغم أن الحد الأعلى لجنحة وتسريب مواضيع أو أجوبة الإمتحانات النهائية لا يتعدى الثلاث سنوات².

وهكذا يبدو جليا بأن مقدار الضرر المترتب على الجريمة يحدد خطورة الجريمة والجاني معاً، الأمر الذي ينبغي على القاضي معه أن يقيم له وزناً ويستهدي به كأثر للسلوك الإجرامي عند تحديد العقوبة.

وفي بعض الجرائم يلزم توفر الضرر كعنصر أساسي في تكوين الركن المادي للجريمة، فإذا لم يتحقق عنصر الضرر، يفلت الجاني تماماً من العقاب لانتهاء الإخلال بأي حق أو مصلحة يحميها القانون، ففي جريمة تزوير المحررات مثلاً استقر اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر على أنه إذا تخلف الضرر انتفى التزوير ولو توافرت كل أركانه³. ويستقل قاضي الموضوع في تقدير وجود الضرر من عدمه، وهو مُلزم في قضائه بالإدانة إثبات توفر الضرر، وإلا كان حكمه مشوباً بالقصور في الأسباب، ولا يشترط أن يبلغ الضرر درجة معينة من الجسامة، فالمهم هو حدوث ضرر مهما كان ضئيلاً⁴.

والجدير بالذكر أن الجرائم تنقسم بحسب النتيجة إلى جرائم الضرر، وهي تلك التي يترتب على اقترافها عدوان فعلي يحل بالحق أو المصلحة محل الحماية القانونية بخلاف جرائم الخطر، وهي تلك التي ترتب على اقترافها احتمال وقوع عدوان على الحق أو المصلحة⁵. كما يقسمها البعض إلى جرائم مادية وجرائم شكلية، فالجريمة المادية يشترط للعقاب عليها حصول نتيجة جرمية معينة أو احتمال حصولها، ومنها أغلب الجنايات والجنح والمخالفات كالقتل والسرقة.. الخ، أما الجريمة الشكلية فلا يترتب على السلوك الإجرامي فيها نتيجة مادية، إذ يعاقب عليها بمجرد وقوعها وتحقق أركانها دون أن تتطلب تحقق نتيجة أو ضرر عنها، ويدخل الكثير من هذه الجرائم تحت مصطلح جرائم التعريض للخطر⁶، وتندرج تحتها جرائم الشروع وفق نص المادة 30 من ق.ع، وجريمة تكوين جمعية أشرار

¹ - المادة 253 مكرر 8 من القانون رقم 06-20 المؤرخ في 25 أبريل 2020 المعدل والمتمم للأمر 156-66 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر. ع 25، المؤرخة في 29 أبريل 2020.

² - المادة 253 مكرر 06 من القانون رقم 06-20 المؤرخ في 25 أبريل 2020 المعدل والمتمم للأمر 156-66 المتضمن قانون العقوبات، مرجع سابق.

³ - المحكمة العليا، غ.ج. قرار صادر بتاريخ: 1985.01.02 ملف رقم 39130، المجلة القضائية، ع 02، س 1989، ص 247.

⁴ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة عشر، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 412.

⁵ - سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 488.

⁶ - George VIDAL, op. cit , p 140.

بغرض ارتكاب جناية أو أكثر، أو لجنة أو أكثر معاقب عليها معاقب عليها على الأقل بالحبس 05 سنوات ضد الأشخاص أو الأملاك طبقا للمادة 176 من ق.ع، حمل سلاح دون رخصة طبقا للمادة 39 من الأمر 06/96 المتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة¹.

فليس كل جريمة تشترط لاستكمال وجودها تحقق الضرر، فهناك جرائم رغم عدم وجود ضرر محقق، إلا أنها تهدد مصلحة الفرد والمجتمع، وهي ما تعرف بجرائم الخطر، وهذا السلوك في حد ذاته ينطوي على احتمال الضرر². وأن اعتبارات العدالة تفرض معاقبة مجرد تعريض الغير للخطر.

ولهذا أضاف قانون العقوبات الفرنسي الجديد المادة 1-223 إلى جانب المواد المتعلقة بجرائم العنف غير العمدية، حيث نصت على معاقبة فعل تعريض الغير لخطر الوفاة أو الإصابة عن طريق المخالفة العمدية لواجب خاص بالأمن والحيطة يفرضه القانون أو الأنظمة، وهي جريمة شكلية لا تنتظر لقيامها حدوث الضرر (الوفاة أو الإصابة)، بل وُضعت أساسا لمواجهة مثل هذه السلوكيات الخطيرة، بحيث لو اجتمعت الظروف ستؤدي إلى الوفاة أو الإصابة، فهي عبارة عن جريمة وقائية³.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد كانت جائحة كورونا التي اجتاحت البلد فرصة للمشروع لتدارك هذا الفراغ التشريعي بإدراجه نص المادة 290 مكرر ضمن القانون رقم 20-06 المؤرخ في 25 أفريل 2020 المعدل والمتمم لقانون العقوبات⁴ التي تجرم وتعاقب كل من يعرض حياة الغير وسلامته الجسدية مباشرة للخطر بالإنتهاك المتعمد والبلين لواجب من واجبات الحيطة والسلامة التي يفرضها القانون أو التنظيم، سواء كان الفاعل شخصا طبيعيا أو معنويا، بل واعتبر المشرع ارتكاب هذا الفعل خلال فترات الحجر الصحي أو خلال وقوع كارثة طبيعية أو تكنولوجية أو بيولوجية أو غيرها من الكوارث ظرفا مشددا للعقوبة.

وينتج عن تقسيم الجرائم بحسب النتيجة أهمية بالغة في تقدير العقوبة من طرف القاضي الجزائري، بحيث يقدر القاضي العقوبة التي ينطبق بها بحسب النتائج الضارة التي تصيب الحق محل

- عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص 410.

¹ - أمر 97-06 المؤرخ في 21 يناير 1997، يتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة، ج.ر، ع 06 المؤرخة في 22 يناير سنة 1997.

² - كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 212.

³ - طباش عز الدين، النظام القانوني للخطأ غير العمدية في جرائم العنف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 66-67.

⁴ - قانون رقم 20-06 المؤرخ في 25 أفريل 2020 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات، مرجع سابق

الحماية القانونية، وبالتالي فإن النتائج الضارة التي تترتب على جرائم الضرر هي أكبر بكثير من النتائج الضارة التي تترتب على جرائم الخطر.

وحجم العدوان على المصلحة التي يكلؤها المشرع بحمايته يختلف من حيث جسامته الضرر أو الخطر المترتب عليه، فالمال محل الحماية قد يكون ضئيل القيمة وقد يكون كبير القيمة، وقد يكون الخطر المهدد به بالغاً كالشروع في الإصابة بسلاح ناري، وقد يكون تافهاً كما لو استعمل عصاً صغيرة بصدد هذه الجريمة، فعلى مبلغ هذه الجسامته يتحدد قدر العقاب¹.

وفي جرائم الإهمال فالعبرة فيها تكون بحجم النتائج الضارة، وليس البحث عن الظروف التي قادت إلى وقوع الفعل الذي يشكل جريمة قانوناً، وهذا يعني أن النتائج الضارة تخلق بذاتها روحاً معادية اتجاه كل من يحدث ضرراً بالمجتمع بأفعاله اللامشروعة².

لكن، ينبغي أن نشير إلى أن جرائم الإهمال وبالإضافة إلى الضرر الذي تلحقه بالأفراد، فإنها تلحق أيضاً ضرراً عاماً يتمثل فيما تحدثه هذه الجرائم من قلق واضطراب في أوساط المجتمع، ومن ثمة وجب على القاضي أن يستعين به ويسترشد به حين تقدير العقاب.

ويتحتم على القاضي طبعاً أن يأخذ بعين الاعتبار ما يطرأ من اعتبارات تؤثر في مدى الضرر ومقداره بتجاوز النتيجة المتوقعة وقت ارتكاب الجريمة، أي الأضرار الإضافية التي طرأت كمرحلة لاحقة للأضرار التي وقعت نتيجة للسلوك الإجرامي.

فالملاحظ أن أفراد المجتمع يتأثرون بالنتائج الضارة التي صاحبت الفعل، دون أن يبحثوا في الظروف التي أدت إلى وقوع الفعل، وهذا يعني أن النتائج الضارة تخلق بطبيعتها روحاً اجتماعية معادية ضد كل من يخل بنظام المجتمع ويرتكب أفعالا غير مشروعة، وهكذا فإن حادث المرور الذي تسبب في وفاة عدة أشخاص، والحادث الذي تسبب في أضرار مادية وجسمانية أو حتى في وفاة شخص واحد فقط، ليس لهما نفس الأثر في المجتمع، فرغم وحدة السلوك المجرم إلا أن الفرق بينهما شاسع، ومن ثمة فإن المعاملة العقابية لن تكون متماثلة، والعقوبة ستكون بطبيعة الحال متدرجة تدرج الأضرار وجسامتها.

¹ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 413.

² - قريمس ساره، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2013، ص 60.

وغني عن البيان أن المجتمع يعدّ دوماً مجني عليه كلما اقترف فعل يشكل في نظر القانون جريمة من شأنها إهدار مصلحة قانونية أو تهديدها بخطر، ذلك أن المشرع بحمايته للمصالح إنما يستهدف حماية المجتمع أولاً وقبل كل شيء، إلا أن المجني عليه بالمعنى الضيق هو من أصابه العدوان فكان ضحية للجريمة، أما من يلحقه الضرر من الجريمة فإن حقه يقتصر على المطالبة بالتعويض الجابر لضرره. ومن ثمة فإن نطاق حق المضور يضيق بالقياس إلى حق المجني عليه، وهي نتيجة منطقية لسعة دائرة الضرر إذا ما قيس بدائرة العدوان¹.

فمن يختلس أموال شخص ويتسبب في إفلاسه وإصابته بأمراض جراء هذه الصدمة، فإن عدوانه الذي يُعتدُّ به في نظر القانون الجنائي يتمثل في اختلاس المال، أي إهدار مصلحة حماية المال والممتلكات، وهي المصلحة الجديرة بالحماية القانونية في جريمة السرقة، أما الضرر الذي يتعدى إلى النتائج المؤذية المترتبة عن الجريمة فإنه يدخل - بلاشك - في حسابان القاضي لدى تقديره للعقوبة.

فالقانون الذي يمنع الجريمة ويعاقب عليها لما تشكل من انتهاك للمصالح المشمولة بالحماية، يضع في نفس الوقت اعتباراً للآثار الضارة المادية والمعنوية الناجمة عنها، و تشكل أداة مساعدة للقاضي في تقدير العقوبة.

فجسامة الأضرار المترتبة عن الجريمة تعدّ ضابطاً مناسباً يهتدي به القاضي الجزائي لتحديد العقاب المناسب، فالآثار التي تخلفها الجرائم تؤثر في اختيار العقاب الملائم، فكلما اتسع نطاق تلك الآثار كلما كان القاضي أكثر ميلاً للتشديد، وفي مقابل ذلك يميل القاضي إلى الهبوط بمقدار العقوبة إذا نجح الجاني في إزالة آثار الجريمة أو التخفيف منها أو في التصالح مع المجني عليه فيها.

لذلك نجد بأن المشرع الجزائري في تعديله لقانون العقوبات بموجب القانون 06-22² وسّع من دائرة الجرائم التي يشملها الصفح، ورتب جزاءً إجرائياً عن ذلك، وهو وضع حد للمتابعات الجزائية في حال صفح الضحية وهو المتضرر من الجريمة عن المتهم³. كما حوّل الأمر 02-15 المؤرخ في 23 يوليو

¹ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 425.

² - قانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، مرجع سابق.

³ - كمثال على ذلك: جرائم السب والقذف وعدم دفع النفقة والمساس بحرمة الحياة الخاصة ومخالفة الضرب والجرح العمدى وغيرها، المواد: 298، 299، 331، 303 مكرر، 442 ق.ع.

2015 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية¹ لوكيل الجمهورية قبل أي متابعة جزائية أن يقرر بمبادرة منه أو بناءً على طلب الضحية أو المشتكى منه، إجراء وساطة عندما يكون من شأنها وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عنها، ويتم ذلك بموجب إتفاق مكتوب بين مرتكب الأفعال المجرمة والضحية، وقد عدت المادة 37 مكرر من نفس القانون الجرائم التي تطبق عليها أحكام الوساطة، وهي كلها جرائم ضرر تمس الضحية في سلامة جسده أو في أمواله وممتلكاته، أو في حياته الخاصة.

المطلب الثاني

ضوابط الركن المعنوي للجريمة

لا يكفي لقيام الجريمة قانوناً أن يقوم الفاعل بارتكاب الفعل المادي فيها إنما يلزم أيضاً توافر رابطة نفسية بين الفاعل وماديات الجريمة يطلق عليها الركن المعنوي للجريمة². لذا كان لزاماً على القاضي الجزائي أن يعيد الحالة النفسية التي كانت تختلج في ذهنية الفاعل أثناء ارتكابه الفعل المادي الظاهر، لكي يستطيع محاسبته معنوياً على الجريمة³.

ومن المعلوم أن الركن المعنوي للجريمة يتمثل في القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدى، وينبغي على القاضي أن يبحثه بعد فراغه من بحث الركن المادي للجريمة المعروضة عليه، ويتعين عليه كذلك أن يأخذه بعين الاعتبار لدى تقدير العقوبة⁴، وتختلف صورة الركن المعنوي بحسب سيطرة إرادة الجاني على ماديات الجريمة، فعندما تسيطر الإرادة سيطرة فعلية تامة على ماديات الجريمة، نكون

¹ - أمر 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل والمتمم للأمر 156-66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق .

² - سمير عاليه، هيثم سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 287.

³ - Roger MERLE et André VITU, Traité de droit Criminel, Tome1, 5 éme édition, Cujas, Paris, 1984, p 660.

وانظر أيضاً : - عبد الوهاب حومد، المفصل في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 232.

⁴ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الإحترازية، مرجع سابق، ص 417.

أمام القصد الجنائي، أما إذا كان نطاق سيطرتها الفعلية مقتصرًا على بعض ماديّات الجريمة، فنكون أمام خطأ غير عمدي¹.

وعلى الرغم من أن صور القصد الجنائي والخطأ سواءً أمام القانون، إلا أن القاضي يستطيع أن يجد بين صور القصد والخطأ ما يساعده على تفريد العقوبة²، وسنتناول ذلك فيما يلي:

الفرع الأول

كثافة القصد الجنائي كضابط لتحديد العقوبة.

نظرا لأهمية القصد الجنائي وجسامته فقد اعتمدته بعض التشريعات الجنائية على قلمها، كضابط في تقدير الجزاء الجنائي، كالمشرع الليبي الذي نص في المادة 01-28 بند 03 من قانون العقوبات "وتبين خطورة الجريمة من الأمور التالية: ... 3- مدى القصد الجنائي سواء أكان عمدياً أو غير عمدي"، وقانون الجرائم والعقوبات اليمني الذي أشارت المادة 109 منه إلى درجة مسؤولية الجاني كضابط لتقدير العقوبة.

لكن، في تشريعنا العقابي لا نعثر على نص مماثل، رغم أن المشرع في تفريده القانوني للعقوبات اعتمد على هذا الضابط، ومن ثمة فليس هناك ما يمنع من أن يسترشد القاضي الجزائي بهذا الضابط في تفريده القضائي للعقوبات أيضاً.

ولم تضع معظم التشريعات الجنائية تعريفاً للقصد الجنائي، إذ أنها تشير إلى لزوم توافره في الجاني حتى تقوم المسؤولية الجنائية إزاءه، لكن قانون العقوبات الإيطالي عرّفه في المادة 48 بقولها: "تكون الجريمة عمدية حينما يتصور الجاني النتائج الإجرامية الضارة أو الخطورة الناجمة عن فعله أو امتناعه ويريدها"³، كما عرفته المادة 188 من قانون العقوبات اللبناني: "النية إرادة ارتكاب الجريمة

¹ - شمس الدين أشرف توفيق، مرجع سابق، ص ص 252-253.

² - عمر سالم، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 375.

³ - سمير عاليه، هيثم سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 289.

على ما عرفها القانون"، وأضافت المادة 189 من نفس القانون "تعد الجريمة مقصودة وإن تجاوزت النتيجة الجرمية قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل المخاطرة".¹

والمشرع الجزائي لم يعرف القصد الجنائي على غرار أغلب التشريعات الجنائية، واكتفى بالنص في كثير من الجرائم على اشتراطه لكي تقوم المسؤولية الجنائية.² وفي كل هذه النصوص القانونية نجد بأن المشرع يتحدث عن العمد أو القصد الجنائي كركن أساسي لقيام الجريمة ومساءلة المتهم جنائياً من دون أن يعطي تعريفاً محدداً للعمد، وهو ما كرسته المحكمة العليا في أحد قراراتها فقضت: "متى كان من المقرر قانوناً أن القتل العمد هو إزهاق روح إنسان عمداً، ومن ثمة فإن السؤال الذي أدانت بموجبه المحكمة الطاعن بجناية القتل العمد، دون ذكر عنصر العمد تكون بقضائها كما فعلت قد خالفت القانون".³

لكن عرّفه الفقه واستقر القضاء على تعريفه بأنه انصراف الإرادة نحو تحقيق وضع إجرامي مع العلم أو الإحاطة بحقيقته الواقعية وبماهيته الإجرامية، فالقصد الجنائي يتكون من عنصرين هما: العلم والإرادة.⁴

إن الجاني يُسأل جنائياً بمقدار إرادته الأثمة، وهذا يتطلب من القاضي أن يخفف العقوبة أو يشدّها تبعاً لمقدار اتجاه إرادة الجاني إلى إحداث النتيجة الجرمية، ومقدار توافر علم الجاني بجريمته وظروفها، وهو ما يطلق عليه كثافة القصد الجنائي.

وتعرّف كثافة القصد الجنائي بأنها العناصر التي تلحق بالقصد الجنائي، فتزيد من قوته ومن جسامته، وتصل به إلى قمة الغلظة فيه، فيقال إن قصد الجاني هنا كان غليظاً، ويقصد به أيضاً تلك العناصر التي تلحق بالقصد الجنائي فتخفف من قوته ومن جسامته، وتجعله يقترب من حد الخطأ

¹ - قانون العقوبات اللبناني، متوفر على الموقع:

https://www.unodc.org/res/cld/document/lebanon-penal-code_html/Lebanon_Penal_Code_1943.pdf

² - من النصوص الجنائية التي اشترطت العمد لقيام الجريمة ما نصت عليه المادة 254 من ق.ع "القتل هو إزهاق روح إنسان عمداً" والمادة 330 من نفس القانون التي تنص "يعاقب بالحبس... الزوج الذي يتخلى عمداً ولمدة تتجاوز الشهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل، وذلك لغیر سبب جدي".

³ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ: 1988.05.22 في الملف رقم 67370، المجلة القضائية، ع 03، ص 1992، ص 185.

⁴ - فهد هادي يسلم حبتور، مرجع سابق، ص ص 410 - 411.

غير العمدى، فيظهر القصد الجنائي في حالة أخف من حالته الطبيعية، فيقال عندئذٍ إن الجاني كان قصده خفيفاً¹.

وتعدّ الكثافة معياراً لتدرّج القصد شدة وتخفيفاً، حيث إن التغيّرات التي تطرأ على عنصري العلم والإرادة تؤثر في الشخصية الإجرامية هبوطاً وارتفاعاً²، وهذا في حد ذاته يسهم في تحديد موقف الجاني واختيار القاضي للعقوبة المناسبة له، فعلى قدر كثافة الإذنب يتحدد ما يستحق الجاني من عقاب، لذا سنتناول ضابط كثافة القصد الجنائي في مختلف صوره، تخفيفاً وتشديداً واستقراراً، من خلال ما يلي:

أولاً - ضابط تخفيف القصد الجنائي:

قد يقترن القصد الجنائي بعناصر تقلل من كثافته ومن الحالة النفسية للجاني، كعدم تحديد الجاني لموضوع النتيجة الإجرامية أو توفر عنصر غير عمدي مع عناصر القصد الجنائي، وكذلك الإتجاه غير المباشر نحو تحقيق النتيجة الإجرامية، وهو ما نتناوله فيما يلي:

أ - عدم تحديد الجاني لموضوع النتيجة الإجرامية: حينما يقدم الجاني على فعله الإجرامي دون تحديد لموضوع قصده، كعدم تحديد ما إن كان يريد قتلاً أو جرحاً، فإنه قد لا يريد إحداث النتيجة التي وقعت من هذا الفعل، الأمر الذي يدل على أن كثافة قصده كانت خفيفة أما إذا كان الجاني يريد سلفاً أي نتيجة ضارة كما هو الحال في القصد الجنائي غير المحدد، فإن ذلك يعتبر عنصراً مكثفاً للقصد الجنائي³. وهكذا فإن من يوجه قصده مباشرة إلى الجريمة ويريد إحداث نتائجها يستحق عقوبة أشد ممن يكون قصده احتمالياً.

ب - توفر عنصر غير عمدي مع عناصر القصد الجنائي: يتعلق هذا العنصر بفكرة القصد الجنائي المتعمد، وهو الركن المعنوي في تلك الطائفة من الجرائم التي يعرفها الفقه الحديث باسم الجرائم المتعمدة القصد⁴. والمقصود بهذا المصطلح الجرائم تلك التي يتولد عن الفعل أو الإمتناع فيها نتيجة أشدّ جساماً من تلك التي انصرف إليها قصد الجاني أصلاً، كجريمة الضرب والجرح المفضي إلى الوفاة

¹ - عمر الشريف علي الشريف، درجات القصد الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1992، ص 322.

² - روسم عطية موسى نو، مرجع سابق، ص 151.

³ - عمر الشريف علي الشريف، مرجع سابق، ص 316.

⁴ - جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989، ص 209.

دون قصد إحداثها¹، ففي هذه الجريمة يتولد عن فعل الضرب والجرح حدوث الوفاة، وهي أشد جسامة من النتيجة التي كان يقصدها الجاني أصلاً.

فلا يمكن القول في هذه الحالة بأن الجاني قد تعمد هذه النتيجة الجسيمة، فهو يعد مسؤولاً عنها مسؤولية غير عمدية على الرغم من أن الفعل المادي الذي أتاه فعل عمدي، وهذا العنصر غير العمدي يؤثر لا محالة في كثافة القصد الجنائي فيخفف منه، وتبعاً لذلك تخفف العقوبة.

غير أنه يفترض في الجريمة المتعدية القصد أن يكون هناك نص أول يعاقب على إحداث النتيجة البسيطة بوصف مستقل، ونص ثاني يعاقب على النتيجة الجسيمة فيما لو حدثت كنتيجة محتملة للجريمة البسيطة كما هو الحال في المثال السابق، حيث يوجد نص أول يعاقب على الضرب والجرح، ثم نص ثاني يعاقب على الضرب المؤدي إلى الوفاة. وهذا النص الأخير يستغرق النص الأول، غير أن ما يهمنا هنا هو أن من شأن العنصر غير العمدي المتعلق بالنتيجة الجسيمة التي وقعت بالفعل التقليل أو التخفيف من درجة جسامة العنصر العمدي، وهو الأمر الذي يخفف من كثافة القصد الجنائي. وبذلك يعد ضابطاً مفيداً للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة المناسبة، فدرجات الركن المعنوي في مجموعته أداة لتحقيق سياسة التفريد العقابي والوصول بالعقوبة لدورها المنشود في تحقيق العدالة والردع.

ج- الإتجاه غير المباشر نحو تحقيق النتيجة الإجرامية: إذا ارتكب الجاني فعله متوقفاً النتيجة الإجرامية على أنها أثر حتي لفعله فإن قصده يكون مباشراً، أما إذا ارتكب المجرم جريمته وهو يتوقع النتيجة على أنها أمر ممكن قد يحدث وقد لا يحدث كان قصده إحتمالياً، كالشخص الذي يشوّه جسد شخص آخر لكي يتمكن من احتراف التسول، ويكون الموت أحد الإحتمالين في تفكيره، ويكون غير مستبعد الأمل في أن يظل المجني عليه حياً، ففي هذه الحالة يكون القصد احتمالياً لتعدد الإحتتمالات في الذهن².

¹ - المادة 264 فقرة أخيرة ق.ع.

² - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص ص 214 - 215.

فالقصد الإحتمالي إذن، هو ذلك المسلك الذهني لدى الجاني الذي يتوقع النتائج الإجرامية التي يحتمل أن يؤدي إليها نشاطه الإجرامي المتعمد ولو أنها غير متعمدة منه، فيمضي مع ذلك إلى هذا النشاط في غير مبالاة بتلك النتائج¹.

ومن الناحية النفسية يقع القصد الإحتمالي بين النية الإجرامية وخطأ الإهمال أو عدم الإحتراز الذي يفترض سواء عدم القبول الإحتمالي للنتيجة غير المشروعة أو عدم البحث عن هذه النتيجة، لذلك يعتبر غالبية الفقهاء الفرنسيين بل وأحكام القضاء في فرنسا القصد الإحتمالي بمثابة خطأ بسيط، فالتصرف دون إرادة النتيجة مجرد خطأ لعدم أخذ الحيطة الأمر الذي سيبعده تماماً عن القصد العمدي².

ونخلص مما سبق أن كثافة القصد الإحتمالي أقل من المستوى العادي في حالة الجاني الذي يتعمد ارتكاب جريمته، فمن يرتكب جريمة وقد توقع أو أراد النتيجة كأثر أكيد لفعله، فإن جزاءه يكون بلا شك أشد من المجرم الذي لم يتوافر في حقه إلا القصد الإحتمالي، وكذلك من خطط لجريمته ودبر أمرها بروية وهدوء، تكون عقوبته أشد ممن ارتكب الجريمة تحت تأثير عامل فجائي اضطره إلى ارتكابها³.

وقد يقترب القصد الإحتمالي من الخطأ والفصل بينهما هو الإجابة على السؤال التالي: هل كان الجاني عند ارتكاب جريمته المقصودة بالذات مُريدًا تنفيذها، ولو تعدى فعله إلى فعل إجرامي آخر لم يكن مقصوداً لذاته ؟

فإذا كانت الإجابة بالإيجاب، فهنا يتحقق القصد الإحتمالي، أما إن كانت الإجابة بالنفي فهنا لا يتحقق سوى خطأ يعاقب عليه بحسب توفر شروط جرائم الخطأ أو عدم توفرها.

¹ - راشد علي أحمد، القانون الجنائي وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، القاهرة، مصر، 1974، ص 393

² - Gaston STEFANI , Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC, Droit pénal général, op. cit, p 542.

³ - روسم عطية موسى نو، مرجع سابق، ص 151.

فالقصد الإحتمالي - مثلما يذهب إليه جانب من الفقه - لا يصلح أساسا للمسؤولية العمدية في غير الحالات التي يحددها القانون في نصوص صريحة، فإن ثبت توافره في غير هذه الحالات لم يسأل الجاني عن النتيجة سوى مسؤولية غير عمدية¹.

فعلى قدر كثافة الإذئاب يتحدد ما يستحق من عقاب، فلما كان القصد المباشر أشد من القصد الإحتمالي، فإنه وبالتبعية فإن عقوبة الجريمة المقتربة بالقصد المباشر أشد غلظة من عقوبة جريمة اقترنت بقصد احتمالي فقط.

ثانيا- ضابط تشديد القصد الجنائي:

قد يصل القصد الجنائي إلى أعلى مستوى في الشدة والكثافة، وذلك نتيجة عدة عناصر تقتزن بهذا القصد وتجعل من الحالة النفسية للجاني شديدة القوة والخطورة على الأفراد والمجتمع، الأمر الذي يتطلب بدوره شدة في الردع، ومن هذه العناصر:

أ- الروية والهدوء في التفكير: تعد الروية وهدوء البال من العناصر التي تشدد من كثافة القصد الجنائي وتزيد منها، فالجاني الذي يفكر في تنفيذ جريمته تفكيراً هادئاً ومرتباً ومستقراً يعد جانياً أشد خطورة من الجاني الذي يرتكب جريمته بانفعال في حالة القصد البسيط، حيث أنه في الحالة الأخيرة عندما ينوي الجاني ارتكاب جريمته فإنه ينهض إلى تنفيذها فور تصميمه عليها، وانفعاله يستمر إلى أن يتم تنفيذ الجريمة، أما في حالة سبق الإصرار فإن الإنفعال يهدأ ويزول ويحل محله العقل والتفكير الهادئ المستقر، فإذا أدى هذا التفكير الهادئ إلى تنفيذ الجريمة، فذلك يعني أن الجاني شديد الخطورة، حيث إن حالة الهدوء لم تحل دون إصراره وتصميمه على تنفيذ جريمته، ولم يكن للعقل أي جدوى في عدوله عن موقفه الإجرامي، بل كان عاملاً مساعداً له في تحضير جريمته والإعداد لها بصورة متقنة وسليمة، وهذا هو السبب في تشديد تلك الحالة النفسية لهذه الصورة من صور القصد الجنائي (سبق الإصرار)².

فالجاني وهو هادئ البال غير غاضب ولا منفعل يفكر ويراجع ما سيقدم عليه من أفعال، ويتمعن في عاقبة أفعاله، فإذا أقدم على تنفيذ جريمته، فإن ذلك دليل على شدة قصده وإصراره على

¹ - نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 287.

² - عمر الشريف علي الشريف، مرجع سابق، ص 322.

مخالفة نظم المجتمع والخروج عن القواعد القانونية التي تحكمه، بل في ذلك دليل أيضا على نفسية شريرة وخطيرة، فالإنسان السوي يجد في تفكيره الهادئ المستقر المتروى، سببا لعدوله عن القيام بجريمته، وليس العكس.

ولذلك فرقت التشريعات الجنائية بين الأفعال التي يرتكبها الجاني من تلقاء نفسه تحت تأثير عامل الغضب، والأفعال التي ترتكب بعد تروي أي بعد سبق إصرار، وقانون العقوبات يعتبر سبق الإصرار¹ ظرفا مشددا قانونيا في جرائم القتل العمد والضرب والجرح العمدي²، أما في الجرائم الأخرى فيعتبر سبق الإصرار ظرفا مشددا قضائيا، إذ يجوز للقاضي أن يوقع على الجاني الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا.

وهكذا قضت المحكمة العليا في قرار لها: "بنقض وإبطال القرار المطعون فيه لأن مؤدى الفقرة 03 من المادة 263 من ق.ع، تعاقب على القتل البسيط بالسجن المؤبد ومحكمة الجنايات - في قضية الحال - قد استبعدت ظرفي سبق الإصرار والترصد، وأدانت المتهم بالقتل العمد البسيط، ومع ذلك طبقت عليه المادة 261 من ق.ع التي تعاقب بالإعدام، وتكون بقضائها هذا قد أخطأت في تطبيق القانون"³.

ويتكون سبق الإصرار من عنصرين: الأول زمني أي مرور فترة زمنية بين التفكير في الجريمة وبين تنفيذها، والثاني نفسي أي هدوء الجاني وعدم إنفعاله، وقد حرصت المادة 256 من ق.ع على تقرير العنصر الزمني بقولها هو "عقد العزم قبل ارتكاب الفعل.."، أما العنصر النفسي فهو جوهر سبق الإصرار، بمعنى أن الجاني يفكر تفكيراً هادئاً مطمئناً قبل أن يُقدم على فعله، فهو يدرس كافة الاحتمالات الممكنة على ارتكابه للفعل ثم يُقدم على ارتكاب الجريمة.

ولما كان سبق الإصرار ظرفا مشددا قانونيا، وجب أن يُبين في الحكم بطريقة واضحة الوقائع والظروف التي استنتجت منها محكمة الموضوع وجود سبق الإصرار، غير أن البحث في وجوده أو عدم

¹ - عرف المشرع سبق الإصرار في المادة 256 ق.ع "سبق الإصرار هو عقد العزم قبل ارتكاب الفعل على الاعتداء على شخص معين أو حتى على شخص يتصادف وجوده أو مقابلته وحتى لو كانت هذه النية متوقفة على أي ظرف أو شرط كان". في حين عرفته المادة 231 ق.ع المصري بأنه "القصد المصمم عليه قبل ارتكاب الفعل لإرتكاب جريمة أو جنحة يكون غرض المصر منها إيذاء شخص معين أو أي شخص غير معين وجده أو صادفه سواء كان ذلك القصد معلقا على حدوث أمر أو موقوفا على شرط".

² - أنظر المواد: 261، 265، 266، 267، 270 ق.ع.

³ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ: 10.03.1990 في الملف رقم 63197، المجلة القضائية، ع 04، ص 1992، ص 173.

وجوده يدخل تحت سلطة قاضي الموضوع مثل العناصر الأساسية التي تتكون منها الجريمة تماما، وللقاضي أن يستنتج توافره مما يحصل لديه من ظروف الدعوى وقرائنها. ومتى حكم بوجودها لا رقابة عليه لمحكمة النقض عليه في ذلك، اللهم إذا كانت تلك الظروف والقرائن التي يثبتها لا تصلح عقلا لهذا الإستنتاج¹.

وفي هذا الموضوع تقول محكمة النقض المصرية: " أن سبق الاصرار وهو ظرف مشدد عام في جرائم القتل والضرب والجرح يتحقق بإعداد وسيلة الجريمة ورسم خطة تنفيذها بعيدا عن ثورة الإنفعال مما يقتضي الهدوء والروية قبل ارتكابها، فضلا عن حالة ذهنية تقوم بنفس الجاني فلا يستطيع أحد أن يشهد بها مباشرة بل تستفاد من وقائع خارجية يستخلصها القاضي منها استخلاصا ما دام موجب هذه الوقائع والظروف لا تتنافر عقلا مع هذا الإستنتاج " ².

ب- عدم تحديد الجاني للنتيجة مهما كانت جسامتها: قد يرجع عدم تحديد الجاني لموضوع النتيجة الإجرامية إلى قصور عنده في هذه الحالة الأمر الذي لا يجعل من القصد الجنائي كثيفا، لأن ذلك يدل على أن الجاني كان مندفعاً وسريع الإنفعال قبل تحديد موضوع النتيجة، مما يقتضي تخفيف القصد الجنائي، أما إذا كان الجاني لم يحدد موضوع النتيجة الإجرامية لأنه أراد الذهاب بقصده لأبعد ما يكون، ويقبل حدوث أي نتيجة حتى ولو لم يتوقعها ومهما كانت جسامتها لأن هدفه الأساسي هو إحداث ضرر بشكل عام وجسيم، فإن هذا يعد قصدا على درجة جسيمة من الكثافة، إذ أن الجريمة في هذه الحالة سواء كانت من الجرائم المادية ذات النتائج المحددة أو من جرائم السلوك تشكل خطورة أكيدة على الأفراد والمجتمع³.

فهنا القصد يكون احتماليا لكنه يتشابه مع القصد المباشر ويعاقب على هذا الأساس، ومن الأمثلة على ذلك الحالة التي يحدث فيها شخص بصفة إرادية حريقا يؤدي إلى موت شخص أو عدة أشخاص، أو إلى إحداث جروح أو عاهة مستديمة⁴.

¹ - جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 628.

² - نقض مصري، قرار صادر في 19.12.1995، مشار إليه في: نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 293.

³ - عمر الشريف علي الشريف، مرجع سابق، ص 294.

⁴ - تنص المادة 399 ق.ع " في جميع الحالات المنصوص عليها في المواد من 396 إلى 398، يعاقب مرتكب الجريمة بالاعدام إذا أدى هذا الحريق العمد إلى موت شخص أو عدة أشخاص. وإذا تسبب الحريق في إحداث جرح أو عاهة مستديمة فتكون العقوبة السجن المؤبد ".

فالضرر له أهميته عند النظر إلى كثافة القصد الجنائي، إذ أنه يدخل في حسابان الجاني عند إرتكابه لجريمته. ولكن الضرر لا يلعب هذا الدور في تحديد كثافة القصد الجنائي إلا إذا تعمد الجاني بشكل عام وجسيم، ويتم ذلك عندما لا يريد الجاني حصر قصده في موضوع معين تكون عليه النتيجة الإجرامية، إذ أن من شأن هذا التحديد حصر الضرر المترتب على الجريمة¹.

وتزداد كثافة القصد الجنائي أيضا عندما لا يكون محددا، فمن يريد قتل شخص واحد محدد يكون قصده أخف كثافة ممن يريد قتل أكبر عدد ممكن من الأشخاص دون تحديد، ومن يريد أن يقتل فقط فإن قصده يكون أخف كثافة من الذي يقوم بفعله الإجرامي دون تحديد موضوع النتيجة الإجرامية، ويقبل كافة النتائج سواء كانت قتلا أو حرقا أو إتلافا أو تخريبا. فكل هذه النتائج إذا ما حدثت فإنها تعني كثافة القصد وجسامته، الأمر الذي يصلح معه إعتبار الضرر معيارا يهتدي به القاضي في تشديد العقوبة والوصول بها إلى حدها الأقصى².

ويستوي الأمر أيضا حينما ينهال الجاني على عدة أشخاص بالضرب، فيصيب البعض بجروح خفيفة، والبعض الآخر بجروح بليغة ومنهم من يفقده بصر إحدى عينيه، ففي هذه الحالة سيعاقب الجاني تبعا للنتائج المترتبة عن فعله وحسب خطورتها، وإن كان لم يُردها بالضرورة³. وهكذا استقر القضاء على أن عدم تحديد هوية الضحية أي الخطأ في شخص الضحية لا يؤثر في قيام الجريمة، كمن يريد قتل (أ) فيطلق الرصاص على (ب) معتقدا أنه (أ) فيرده قتيلا، مبررا ذلك بتوافر إرادة إحداث النتائج الضارة.

ثالثا- ضابط استقرار كثافة القصد الجنائي:

يقصد باستقرار كثافة القصد الجنائي الحالة التي تكون فيها كثافة القصد عادية، أي الدرجة الوسطى للقصد الجنائي، حيث تستبعد هذه الدرجة من عناصر التشديد أو التخفيف وتتخذ هذه الحالة عدة صور منها القصد المباشر والقصد المحدد والقصد البسيط والقصد العام والخاص⁴.

¹ - نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 295.

² - عمر الشريف علي الشريف، مرجع سابق، ص 320.

³ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 149.

⁴ - لأكثر تفصيل أنظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 211-230. عمر الشريف علي الشريف، مرجع سابق، ص 323-341.

إذ يتحدد القصد المباشر باتجاه إرادة الجاني مباشرة إلى مخالفة القانون، ويشترط أن تتوافر للإرادة العلم اليقيني غير المشوب بالشك، كما يشترط أيضاً أن يتوقع الجاني النتيجة كأثر حتمي لفعله¹. ويعتبر القصد المباشر الصورة العادية للقصد الجنائي حيث يعتمد الجاني الفعل والنتيجة الإجرامية معاً، مما يترتب عليه إستقرار كثافة القصد، ومن ثمة اعتدال العقوبة وعدم الميل لا إلى الشدة ولا إلى التخفيف.

كذلك في صورة القصد المحدد حين يقوم الجاني بتحديد موضوع جريمته العمدية وموضوع نتيجتها الإجرامية قبل أن يشرع في تنفيذها، فمن يريد قتل شخص، فإنه يحدد موضوع جريمته وهو القتل، ويحدد موضوع نتيجته وهي إزهاق روح المجني عليه، أي أنه يرتكب الجريمة عن قصد واضح وصريح. وبالتالي نكون أمام الصورة العادية للقصد الجنائي، حيث تكون كثافة القصد مستقرة لا تميل إلى الشدة ولا إلى التخفيف². وهي بمثابة الصورة النموذجية للجريمة العمدية، حيث لا توجد عناصر إضافية تدخل ضمن العناصر الأساسية الموجودة أصلاً في القصد الجنائي.

كما يتحقق استقرار القصد الجنائي في صورة القصد البسيط، ويتحقق ذلك حينما يتخذ الجاني قراره بارتكاب الجريمة، ويقوم بتنفيذها مباشرة دون المرور بفواصل زمني بين القرار والتنفيذ، قد يسمح له بالتفكير الهادئ في الجريمة³. فهو القصد غير المدبر الذي يظهر فجأة أثناء ثورة نفسية أو غضب ناجم عن استفزاز أو نحوه.

فصورة القصد البسيط تتجلى عند ارتكاب الجاني لفعله الإجرامي بمجرد تكوّن القصد الجنائي لديه دون تفكير هادئ ولا تروّي، أي أن القصد البسيط يقع في المنطقة الوسطى والعادية للقصد الجنائي، والحالة النفسية للجاني في صورة القصد البسيط هي حالة مستقرة⁴.

أما القصد العام، وهو القصد العادي الذي يكتفي به القانون عادة في أغلب الجرائم، فالحالة النفسية للجاني في هذه الصورة تكون حالة إجرامية عادية، فليس هناك كثافة زائدة، ومن ثمة فإن القصد الجنائي هنا يكون مستقراً¹.

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 611.

² - عمر الشريف علي الشريف، مرجع سابق، ص 294.

³ - مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 340.

⁴ - عمر الشريف علي الشريف، مرجع سابق، ص 340، 341.

لكن، قد يتطلب القانون في بعض الجرائم اتجاه إرادة الجاني نحو تحقيق وقائع بعيدة عن الركن المادي، تشكل الباعث على ارتكابه للجريمة، ويعتد القانون بهذا الباعث ويجعله عنصراً في القصد الجنائي²، وهو ما يطلق عليه بالقصد الجنائي الخاص.

وكثافة القصد الخاص هي كثافة عادية لعدم إضافة أية عناصر إضافية إلى العناصر الأساسية للقصد الجنائي يكون من شأنها تشديد القصد الجنائي أو تخفيفه، وإرادة تحقيق نتيجة معينة جاءت باعتبارها شرطاً لازماً لاكتمال القصد الجنائي نفسه إزاء نوع معين من الجرائم، فالإضافة هنا جاءت لقيام العمد نفسه، وليس للتخفيف أو التشديد.

وكخلاصة لما سبق نقول بأن تقدير العقوبة من طرف القاضي الجزائي ترتبط بمدى جسامته القصد الجنائي، والقصد الجنائي على العموم يتوافر متى ارتكب الجاني عن علم الفعل الذي يجرمه القانون بالصورة التي يعاقب عليه بها. ومن ثمة فعلى القاضي أن يراعي دوماً درجة المسؤولية الجنائية للجاني التي تتكشف له من خلال كثافة القصد الجنائي قبل نطقه بالعقوبة.

الفرع الثاني

كثافة الخطأ كضابط لتحديد العقوبة

يعد الخطأ غير العمدى الصورة الثانية للركن المعنوي للجريمة، ويراد به عدم انتباه الجاني أو عدم اتخاذ الاحتياطات الكافية الذي يجب على الشخص الحريص اتخاذه لمنع ما قد يلحق بالغير من نتائج ضارة بسبب ذلك، فينتهي نشاطه الإرادي إلى وضع إجرامي لم يتعمده، ولكن كان في وسعه أو كان يجب عليه أن يتوقعه³. فالخطأ بهذا المفهوم هو تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص عادي وجد في نفس الظروف الخارجية⁴.

¹ - يعرف القصد الجنائي العام بأنه الإحاطة بأركان الجريمة وبالنتيجة القريبة المترتبة على النشاط المادي مباشرة مع اتجاه الإرادة إلى تحقيقها، أي الإرادة والعلم المنصرفين إلى أركان الجريمة. أنظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 627.

² - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1981، ص 528.

³ - فهد هادي يسلم حبتور، مرجع سابق، ص 412.

⁴ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 153.

ولم يضع المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة تعريفا للخطأ، واكتفى بذكر صور له في مواد التجريم، لكن الفقه يميز بين نوعين من الخطأ هما: خطأ عدم الإحتياط، وخطأ المخالفة، ولهذا التمييز فائدة يستهدي بها القاضي الجزائي في تفريد العقوبة التي ينطق بها.

أولاً- خطأ عدم الإحتياط:

في الغالب هذا الخطأ ذو طبيعة جنحية يستلزم وجود نتيجة ضارة، ويأخذ عدة صور، وهي لا تخرج عن إصطلاحات الرعونة وعدم الإحتياط والإهمال وعدم الإنتباه وعدم مراعاة الأنظمة، وهي الصور المشار إليها في المادتين 288، 289 من ق. ع.¹

فإرادة الجاني هنا لا تتجه إلى النتيجة الإجرامية ولا ترغب في وقوعها إطلاقاً إلا أن سلوك الجاني الذي يعتبر عنصراً في الخطأ غير العمدي يجب أن يكون نابعا عن وعي وإرادة حقيقية وممكنة، ويخالف سلوكا يفرضه القانون. ومن ثمة فلا يمكن القول بتوافر الخطأ غير العمدي لدى سائق مركبة صدم شخصا فقتله، إذا ثبت بأنه فقد السيطرة على مركبته بصورة مفاجئة بسبب علة مرضية عارضة وغير متوقعة، لكن الأمر يختلف إذا كان فقدان السيطرة على المركبة نتيجة الإرهاق الناجم عن القيادة المستمرة لفترات طويلة أو بسبب خلل في المركبة، فخطأ السائق هنا يتمثل في عدم اهتمامه وتهاونه في توقع الحادث.

وهكذا فإن إرادة الجاني توصف بأنها آثمة مع أنها لم تتجه لإحداث النتيجة الضارة لمجرد أنها لم تلتزم جانب الحيطة والحذر كي لا يقع في المحذور، ولا يجدي القول بأن المتهم لم يكن يريد النتيجة الإجرامية حتى يتنصل من المسؤولية، ذلك أن إرادة المتهم وإن لم تُرد النتيجة ولم تتوقعها، فإنها محل لوم لأنه كان عليها أن تحذرت وتتخذ جميع الإحتياطات اللازمة حتى لا تقع النتيجة الضارة، فلومها إذن

¹ - الرعونة maladresse: يراد بها سوء التقدير والخطأ المني في فن أو مهنة أو حرفة.

- عدم الإحتياط أو التحرز imprudence: توقع الفاعل الأخطار التي قد تترتب على فعله ولكنه مضى في عمله دون اتخاذ الوسائل الوقائية بالقدر اللازم لدرء هذه الأخطار.

- عدم الانتباه والإهمال inattention et négligence: عدم قيام الجاني باتخاذ ما يقتضيه واجب الحيطة والتبصر لتفادي حصول النتائج الضارة، إذ أن الجاني في هذه الصورة كان موقفه سلبيا ولم يقم بما من شأنه الحيلولة دون وقوع الضرر.

- عدم مراعاة الأنظمة inobservation des reglements: اعتماد الفاعل موقفا لا شرعيا في عدم انطباق سلوكه الشخصي أو المني على القواعد والتعليمات الصادرة عن السلطات المختصة بغية تنظيم أمور وشؤون معينة.

أنظر أكثر تفصيل: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق ص ص 557-558. . بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص ص 152 - 160.

على أساس أنها إرادة خاملة مهمة وغير محتاطة¹. وجوهر هذا الخمول يتمثل في مزيج من عدم استحثاث ملكة الإنتباه وعدم تحريك الإرادة في سبيل تفادي الأمر المحظور، ولا شك في أن الإنسان لا يستحق على إهماله عقاباً، إلا إن كان الأمر اللاحق بهذا الإهمال إخلالاً لاحقاً بمال من الأموال بالغ في صلته بالكيان الإجتماعي درجة خاصة من الأهمية، تبرر في نظر القانون أن يكون المساس به ولو عن إهمال محلاً للعقاب².

فالمشرع حينما يواجه الأخطاء غير العمدية بعقوبات جزائية، يريد من وراء ذلك حماية حق على درجة من الأهمية، كحق الإنسان في الحياة، وحقه في سلامة جسده. ولذلك نجده يجرّم القتل الخطأ (المادة 288 من ق.ع) والجروح الخطأ (المادتين 289، 442 من ق.ع) الحريق غير العمدى (المادة 405 مكرر من ق.ع)، كما جرّم ارتكاب الحارس أو الأمين لفعل كشف أسرار الدفاع الوطني برعونة أو بعدم الحيطة، أو بعدم تبصر، أو بإهمال وبعدم مراعاة الأنظمة (المادة 66 من ق.ع)، وغيرها من النصوص التجريبية.

ويُشترط للعقاب على هذا الخطأ تحقق نتيجة غير إرادية لم تتجه الإرادة إلى إرتكابها، فإذا لم تقع النتيجة فإن الواقعة لا تشكل جريمة مهما كانت جسامة وطبيعة الخروج على قواعد السلوك، ما لم يكن عدم مراعاة قواعد السلوك ذاتها تشكل مخالفة أخرى مستقلة³. فالقانون مثلاً يعاقب على عدم مراعاة الأنظمة، وإن لم يترتب عليه أي ضرر، كما هو الحال بالنسبة لمخالفات المرور (السياقة بدون رخصة، تجاوز الخط المستمر، عدم إحترام إشارة التوقف النهائي "قف"... إلخ).

وغني عن البيان أن خطأ الرجل العادي لا يتساوى البتة مع خطأ ذوي المهن كالأطباء والمهندسين وغيرهم ممن يحظون بثقة الجمهور الفائقة لخبرتهم المهنية ومؤهلاتهم العلمية. ومن ثمة فإن إهمال هؤلاء يولد ذعراً أشد من الإهمال الذي يولده الخطأ الذي يقع من عوام الناس⁴.

ولم يتضمن القانون معياراً ثابتاً بين ما يعدّ من الخطأ جسيماً وما يعد منه غير جسيم، ولذلك فإن الأمر موكل كله لتقدير القاضي، وهناك عدة معايير يستطيع القاضي أن يسترشد بها، وأول هذه

¹ - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1995، ص 279.

² - رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 928.

³ - يسر أنور علي، شرح قانون العقوبات، النظريات العامة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987، ص 327.

⁴ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 422.

المعايير ما يطلق الفقه عليه مصطلح "الخطأ مع التبصّر"، ويقصد به الخطأ الذي يقدر الشخص عواقبه ثم يسلك على خلاف مقتضى هذا التقدير¹، مغفلا اتخاذ الإحتياطات التي تحول دون نشوء الضرر اعتمادا على الصدفة البحتة أو على أمور لا تحدث عادة، وقد عرّفت محكمة النقض المصرية هذا المعيار بقولها أن الإهمال الجسيم في نطاق الوظائف العامة هو صورة من صور الخطأ الفاحش يُنبئ عن انحراف مرتكبه عن السلوك المألوف والمعقول للموظف العادي في مثل ظروفه، قوامه تصرف إرادي خاطئ يؤدي إلى نتيجة ضارة توقعها الفاعل أو كان عليه أن يتوقعها، ولكنه لم يقصد إحداثها ولم يقبل وقوعها².

ومن ثمة تقدر جسامة الخطأ بقدر إخلال الجاني بواجبات الحيطة والحذر، وبقدر حيلولته دون حدوث النتيجة الإجرامية، وبناءً على ذلك يعتبر الخطأ غير المصحوب بتوقع النتيجة الإجرامية أقل جسامة من الخطأ المصحوب بتوقعها³، ونتيجة لذلك يواجه الخطأ الجسيم بعقوبة أشد من الخطأ البسيط الذي لا يصاحبه توقع النتيجة.

وقد يكون الخطأ جسيما يقتضي تشديد العقوبة إذا أخل الجاني إخلالا جسيما بما تفرض عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته، بمخالفته للأصول المقررة والقواعد مرعية، وهي القواعد التي يعرفها أهل العلم، ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها فيمن ينتسب إلى هذه المهن أو الحرف⁴. ففي المجال الصحي اعتمد القضاء الفرنسي مبدأ المحترف المتقن "Le bon professionnel"، وبموجبه يتعين على الأطباء أن يجيدوا أداء عملهم بأن يصفوا العلاج المناسب للمريض. ويميّزون بين ثلاثة أنواع من الأخطاء في المجال الصحي: الخطأ في تشخيص المرض، الخطأ في اختيار الدواء، والخطأ في تنفيذ العلاج أو العملية الجراحية⁵.

¹ - ممدوح أحمد يوسف، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر، 2000، ص 299.

² - عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1985، ص 126.

³ - حسنين عبيد صالح إبراهيم، مرجع سابق، ص 209.

⁴ - تنص المادة 413 من القانون 18 . 11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، ج. ر. ع 46 صادرة في 29 يوليو 2018: "باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288، 289، 442 (الفقرة 2) من ق.ع. كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

⁵ - بوسقيعة احسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 88.

كما قد يشكل تراكم أخطاء الجاني معيار لقياس درجة جسامة الخطأ، فقد يقع الجاني في سلسلة من الأخطاء، لو نُظر إلى كل خطأ على حدى لكان في ذاته خطأ بسيطاً، كالسائق الذي يقود مركبة تعطل فيها المنبّه والفرامل، ويتجاوز في قيادتها السرعة المقررة وينتهك في غفلة منه إشارة المرور فيصدم شخصاً ويقتله، فاجتماع هذه الأخطاء جملة واحدة يشكل خطأ جسيماً، كما يشكل تكرار نفس الخطأ ولو كان في ذاته بسيطاً خطأ جسيماً أيضاً.

وتشدد العقوبة إذا اقترن الخطأ الذي ترتب عنه الوفاة أو التأثير على السلامة الجسدية للمجني عليه مع تعاطي السكر أو المخدرات، وعلة التشديد هنا أن هذه المواد تؤدي إلى إثارة الدوافع الغريزية للجاني وتُضعف قدراته الذهنية، ويتضاعف الخطر عند بلوغ حالة السكر حدّاً معيناً، ومن ثمة فإن اقتران هذه الحالة مع الخطأ عند ارتكاب الجريمة يعد نوعاً من الخطأ الجسيم المغلظ للعقوبة، ومثاله أن يتعاطى شخص مسكراً أو مخدراً، وينطلق بسيارته مخالفاً قواعد قانون المرور فيرتكب حادثاً، ويقتل أو يجرح أحد المارة¹.

كما تشدد العقوبات تبعاً لتصرف الجاني المعاصر لخطئه الموجب للمسؤولية الجزائية، ومن صوره امتناع الجاني عن مساعدة المجني عليه أو عن طلب المساعدة له، وترجع الحكمة في التشديد في هذه الحالة في أن المجني عليه يكون في أمس الحاجة إلى المساعدة السريعة لتفادي الموت الداهم، وقد يكون الجاني أقدر الناس على تقديم هذا العون، وكلّ إنسان مطالب اجتماعياً بتقديم العون لمن يرى الموت زاحفاً إليه متى كان ذلك في استطاعته، والتزام الجاني أشدّ من غيره لأن الموت إنما زحف إليه بفعله، ولهذا كان التزامه قانونياً، فإذا امتنع عن المساعدة مع قدرته عليها كان خطؤه مزدوجاً وكان تشديد العقوبة واجباً².

ومن صوره أيضاً تهريب الجاني من المسؤولية الجنائية أو المدنية التي يمكن أن تقع على عاتقه، وذلك بالفرار أو تغيير الأماكن أو بأية طريقة أخرى إثر حادث المرور، وهو ما قد يؤدي إلى تفاقم النتائج

¹ في هذا السياق شدد المشرع الجزائري العقوبات المسلطة على مرتكبي جرائم القتل الخطأ والجروح الخطأ إذا اقترنت بالسياقة في حالة سكر أو تحت تأثير مخدر (المادة 290 من قانون العقوبات و المادتين 68 و70 من القانون 03-09 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المعدل والمتمم للقانون 01-14 المتعلق بتنظيم حركة المرور وسلامتها وأمنها المؤرخ في 19 غشت 2001، مرجع سابق).

² - نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 317.

وعدم التعرف أصلاً على الفاعل، وبالتالي كان من الواجب أن تجابه مثل هذه الأفعال المصاحبة للخطأ الموجب للمسؤولية الجزائية، بعقوبات مشددة¹.

ومن المعايير الدالة على جسامة الخطأ أيضاً طبيعة القاعدة التي خالفها الجاني، فقد تكون هذه القاعدة قاعدة أولية يراعيها أقل الناس حرصاً وأكثرهم تهاوناً وتفريطاً²، وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية: "أن السلوك المعقول العادي للموظف العادي تحكمه الحياة الاجتماعية والبيئة والعرف ومألوف الناس في أعمالهم وطبيعة مهنتهم وظروفها، فإن قَعَدَ عن بذل القدر الذي يبذله أكثر الناس تهاوناً في أمور نفسه كان تصرفه خطأ جسيماً"³.

ولم يفرق قانون العقوبات الجزائري بين الخطأ الجسيم والخطأ غير الجسيم، ولا بين الخطأ المادي والخطأ الفني، وترك للقاضي سلطة تقدير العقوبة بما يناسب درجة الخطأ وجسامته ضمن نطاق سلطته التقديرية، وضمن حدود العقوبة المقررة قانوناً، فيشدد العقوبة أو يخففها تبعاً لدرجة جسامة الخطأ الموجب للمسؤولية الجزائية.

وما تجدر الإشارة إليه أن المعايير السالفة الذكر ليست جامدة أو مطلقة، وإنما تتأثر بظروف الزمان والمكان، وبمسلك المجني عليه، فما يعد خطأ جسيماً في الظروف العادية قد لا يعد كذلك في ظروف أخرى استثنائية، بل قد لا يعد خطأ على الإطلاق⁴.

فإذا تسبب المجني عليه في الخطأ، فهذا لا ينفي المسؤولية الجزائية للجاني، حيث تظل المسؤولية الجزائية لهذا الأخير قائمة لاستقلالية الخطأين عن بعضهما البعض، شريطة توفر العلاقة السببية بين خطأ الجاني والنتيجة المترتبة عنه، لكن العقوبة المسلطة على الجاني في هذه الحالة سوف تخفف تبعاً لمقدار الخطأ. أما إذا انتفت العلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة فلا يسأل الفاعل عما قد يحدث، فإذا أصاب شخص يقود سيارته بدون رخصة شخصاً آخر اندفع فجأة نحو السيارة

¹ - كما فعل المشرع الجزائري بالنسبة لجرائم القتل الخطأ والجروح الخطأ المقتربة بالسياسة في حالة سكر، فقد شدد أيضاً العقوبات المسلطة مرتكبي جرائم القتل الخطأ والجروح الخطأ إذا اقترنت بالتهرب من المسؤولية الجنائية أو المدنية (المادة 290 ق.ع و المادتين 72 و 73 من القانون 03-09 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المعدل والمتمم للقانون 14-10 المتعلق بتنظيم حركة المرور وسلامتها وأمنها، مرجع سابق).

² - عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1985، ص 127.

³ - نقض مصري، قرار صادر في: 1966.04.26، مجموعة أحكام محكمة النقض س 17 رقم 94، ص 491، مشار إليه في: نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 312.

⁴ - عوض محمد، مرجع سابق، ص 127.

وسقط خلف إحدى عجالاتها الخلفية فأصيب بجروح أو توفي جراء ذلك، فالسائق هنا لا يسأل جزائياً لانعدام الرابطة السببية بين انعدام الرخصة لديه وبين النتيجة.

ويضع القضاء معيارين لانتفاء علاقة السببية بين خطأ الجاني والنتيجة، كرسه قرار للمحكمة العليا قضت فيه: "إن قيام رابطة السببية يقتضي بالضرورة إمكانية إسناد النتيجة وهي الوفاة إلى خطأ المتهم ومساءلته عنها طالما كانت تتفق والسير العادي للأمور. فإذا كان سائق الشاحنة يسير بسرعة كبيرة وغير متحكم فيها عند مخرج ثانوي من الطريق، فإن خطأ الغير لا ينفي عنه المسؤولية ولا يكون سبباً في إعفائه من العقاب إلا إذا كان غير متوقع الحصول ولا يمكن تجنبه".¹

ونخلص إلى أن القاضي الجزائي يهتم في حكمه بصدد الجريمة غير العمدية بإمكانيات الفرد وما يلحق إرادته من إنحرافات خاطئة، ومن ثمة فإنه يعتد بالتقدير الواقعي للخطأ الجنائي²، ويعتمد معياراً موضوعياً أساسه تصور شخص حريص في سلوكه، متوازن في تصرفاته، مع الإحاطة بكافة الظروف المحيطة به والتي يمكن أن تؤثر في سلوكه، ومن خلال ذلك يتمكن القاضي من تقدير جسامة أو عدم جسامة الخطأ، ويصل تبعا لذلك إلى تقدير سليم للعقوبة تتناسب وجسامة الخطأ الذي ارتكبه الجاني.

ثانيا - خطأ المخالفة:

على خلاف خطأ عدم الإحتياط فلا يشترط لقيام خطأ المخالفة عدم احتياط أو إهمال، وإنما يقوم بمجرد مخالفة موجب ينص عليه القانون أو التنظيم.³

ويتعلق الأمر هنا بالجرائم التي ينتفي فيها الركن المعنوي تماما، فلا يتطلب المشرع فيها سوى السلوك المجرم بإرادة حرة واعية دون قصد أو خطأ جزائي، حيث تقوم الجريمة بمجرد مخالفة نصوص القانون بصرف النظر عن ما إذا كان هذا السلوك صدر عن قصد أو خطأ، تسبب في ضرر أم لم يتسبب في ذلك، ويُطلق عليها فقها الجرائم المادية⁴. وهي الجرائم التي يستهدف المشرع من خلالها تحقيق أغراض تنظيمية يراها ضرورية لتنظيم المجتمع، ولذلك فالمشرع في هذه الحالة لا يستوجب

¹ المحكمة العليا، غ.ج، قرار في 1966.02.22، مشار إليه في: بوسقيعة احسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 136.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 423.

³ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 160.

⁴ - حول فكرة الجريمة المادية: أنظر أكثر تفصيل: سمير عالية، هيثم سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 311-314.

إثبات العمد أو عدم الإحتياط، بل يكفي بمجرد وقوع الفعل المادي الذي يعد بنفسه دليلاً على خطأ الجاني.

وفي تشريعنا العقابي ينطبق هذا الأمر على أغلب المخالفات، ويستثنى من ذلك فقط المخالفات العمدية المنصوص عليها في المواد 440، 440 مكرر، 442-1 من ق.ع، ومخالفات عدم الإحتياط المنصوص عليها بالمادة 442-2 من ق.ع.

بل إن المشرع أضعف الركن المعنوي حتى في بعض الجنح منها الجنح الجمركية، إذ نص صراحة في المادة 282 من قانون الجمارك¹ على أنه: "لا يجوز للقاضي تبرئة المخالفين استناداً إلى نيتهم...."، ويبقى حكم هذه المادة هو القاعدة رغم ما ورد في هذا القانون من استثناءات. ففي الجرائم الجمركية يكفي لقيام الجريمة مجرد وقوع الفعل المادي المخالف للقانون دونما بحث في توافر النية أو إثباتها، فالقاضي في مثل هذه الجرائم يجد نفسه مقيداً بهذه النصوص، ويصبح حكم القاضي كاشفاً للإدانة لا مقررراً لها. وينطبق الأمر كذلك على الجرائم المصرفية المتعلقة بالعمليات ذات الصلة بالتجارة الخارجية التي يقوم بها الأعوان الإقتصاديون، حيث استبعدت المادة الأولى فقرة أخيرة من الأمر 96-22 صراحة الركن المعنوي، فنصت: "لا يُعذر المخالف على حسن نيته".

أما في مصر، فإن المحكمة الدستورية العليا المصرية أكدت على وجوب التقيد ببحث عناصر الركن المعنوي لقيام الجريمة ومما جاء في قرارها يتعلق بدستورية قانون التهريب: "أن النص المطعون فيه افترض العلم بأحد عناصر القصد الجنائي بقرينة تحكيمية ونقل عبء نفيه إلى المتهم، مناقضاً افتراض براءته من التهمة الموجهة إليه في كل وقائعها وعناصرها... وأن الأصل في القرائن القانونية بوجه عام هو جواز إثبات عكسها"³.

¹ - قانون 17-04 المؤرخ في 16 فبراير 2017 يعدل ويتمم القانون رقم 79-07 المتضمن قانون الجمارك، ج.ر، ع 11، المؤرخة في 19 فبراير سنة 2017.

² - أمر 96-22 المؤرخ في 09 يوليو 1996 يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم المتعلق بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج.ر، ع 43 المؤرخة في 24 يوليو 1996، معدل ومتمم.

³ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية المؤرخ في 08 جوان 1995، الجريدة الرسمية لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، ع 22، المؤرخة في 20 جوان 1995، ص 732.

وفي فرنسا يقرّ القضاء بأن الركن المعنوي يمكن استخلاصه في بعض الجرائم من مجرد معاينة الركن المادي، كجرائم تزوير علامة الصنع¹، القذف²، خيانة الأمانة³، واعتبر القضاء الفرنسي بأنه ليس في هذا الأمر أي انتهاك لقرينة البراءة ما دام أنه لصاحب الشأن تقديم الدليل العكسي⁴.

وما يسترعي الإنتباه في الإجتهد القضائي للمحكمة العليا في الجزائر أنه برغم صراحة ووضوح نص المادة 374 من قانون العقوبات⁵، واشتراطها توفر القصد الجنائي العام أي عنصري الإرادة والعلم، وبرغم أنها من الجرائم القلائل التي اشترط فيها المشرع صراحة في النص التجريبي سوء النية لدى الفاعل، إلا أن المحكمة العليا ذهبت إلى حدّ الربط بين سوء النية ومجرد كون الرصيد غير كاف، وافترضت سوء النية في الساحب لمجرد أن يكون رصيده غير كاف لتغطية قيمة الشيك، بمرر أنه يتعين على كل شخص يصدر شيكا أن يتحقق من وجود الرصيد وقت إصداره⁶.

وفي هذا السياق يزخر قضاء المحكمة العليا بالعديد من القرارات المنشورة وغير المنشورة، نذكر منها قضاؤها: "إن الركن المعنوي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد مفترض، إذ يمكن استخلاص سوء النية والعلم بمجرد إصدار شيك لا يقابله رصيد قائم وقابل للصرف ولا عبء بعد ذلك بضالة أو تفاهة النقص الملحوظ في الرصيد"⁷. وهذا الإجتهد - في رأينا - لا يخلو من عيب، فهذه الجريمة عمدية لا تتحقق سوء النية فيها إلا إذا قام الجاني (الساحب) بفعله عن علم حقيقي، ولا تقوم الجريمة على مجرد الافتراض.

ويبدو بأن الإنتقادات العديدة التي وجهت لهذه الإجتهد هي ما دفعت المشرع إلى فرض إجراءات أولية على المسحوب عليه يتعين استفاؤها قبل مباشرة المتابعة الجزائية ضد مرتكبي هذه الجريمة قصد التحقق من سوء نيتهم.

¹ -Cass.Ch Crim , 26-04- 2000 B.C n° 166.

² - Cass.Ch Crim , 14-04- 1994 B.C n° 162 , Crim , 29-11- 1994 B.C n° 382.

³ - Cass.Ch Crim , 16-03- 1987 B.C n° 122 , Crim , 03-07- 1997 B.C n° 265.

⁴ - Cass.Ch Crim , 17-02-1991, B.C n° 481, Cass.Ch Crim , 01-02- 2000 B.C n° 51.

⁵ - تنص المادة 374 ق.ع " يعاقب بالحبس من.....1- كل من أصدر بسوء نية شيكا لا يقابله رصيد قائم وقابل للصرف أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك أو قام بسحب الرصيد كله أو بعضه بعد إصدار الشيك أو منع المسحوب عليه من صرفه..."

⁶ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ص 369-370.

⁷ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 1999.07.26 في الملف رقم 219390، المجلة القضائية، ع 2، س 1999، ص 74. وأنظر في نفس الإتجاه، مجموعة من قرارات المحكمة العليا مشار إليها في: بوسقيعة احسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص ص 205 - 206.

حيث صدر القانون رقم 02-05 المؤرخ في 06.02.2005 المعدل والمتمم للقانون التجاري¹، الذي ألزم في مادته 526 مكرر 2 المؤسسة المالية المسحوب عليها عند إصدار شيك بدون رصيد أو برصيد غير كافٍ بتوجيه أمر بالتسوية لساحب الشيك خلال مهلة أقصاها عشرة أيام من تاريخ توجيه الإنذار، فإن استجاب لذلك فلا تباشر أي إجراءات ضده، أما إذا لم يستجب فإن المسحوب عليه يوجه للساحب أمر بالإيعاز لتسوية عارض الدفع بتكوين رصيد كاف ومتوفر مع دفع غرامة التبرئة المحددة في المادة 526 مكرر 5 من نفس القانون وذلك في أجل عشرين يوما من تاريخ انقضاء الأجل القانوني الأول (عشرة أيام)، وإذا لم يستجب تباشر ضده المتابعات الجزائية².

وبذلك لم يعد سوء النية في جريمة إصدار شيك بدون رصيد مفترضا كما كان من قبل، وأصبح توجه المحكمة العليا واضحا من خلال اعتمادها على المادتين 526 مكرر 02، 03 من القانون التجاري كأساس لإثبات حسن أو سوء النية، فمتى قام الساحب بتسوية عارض الدفع وموّن رصيده بالمبلغ المطلوب، فإن سوء نيته تنتفي وتمتنع النيابة عن تحريك الدعوى العمومية ضد الساحب، بل اعتبرت المحكمة العليا في قرار لها بأن تسوية وضعية الشيك ولو أثناء سير الدعوى وبدون الإجراءات الواردة بالمادتين 526 مكرر 02، 03 من القانون التجاري، يعد من باب حسن النية³.

المبحث الثاني

الضوابط الشخصية المتعلقة بالجاني

أدّى التطور الفلسفي لأغراض العقوبة إلى ظهور مدارس فقهية، منها المدرسة الوضعية التي دعت إلى الإهتمام بشخص المجرم، إذ لم يعد الغرض من العقوبة حماية المجتمع من المجرم فقط، بل أصبح من الواجب حماية المجرم نفسه أيضا، وأضحى بذلك شخصية المجرم محل اعتبار بالدراسة والإهتمام من قبل علماء الإجرام.

¹ - قانون 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 يعدل ويتمم الأمر 75-69 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع 11 المؤرخة في 11 فبراير 2005.

² - وحول طبيعة الإجراءات الأولية المنصوص عليها بالمادة 526 مكرر 2 من القانون 02-05 ظل قضاء المحكمة العليا متأرجحا، بحيث اعتبرها في البداية من النظام العام يجوز الدفع بها ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، ومن ثمة لا بد على جهات الحكم إثارة بطلان إجراءات المتابعة من تلقاء نفسها أي تبني هذا الإجهاد بالبطلان المطلق، لكن المحكمة العليا لم تلبث أن تراجعت عن هذا الموقف في مناسبات لاحقة، برفضها الدفع المتعلق بعدم احترام الإجراءات الأولية، بحجة عدم إثارته أولا أمام قضاء الموضوع، وأخذت بذلك بالبطلان النسبي. أنظر تفصيل ذلك بوسقية، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 380-381.

³ - المحكمة العليا، قرار رقم 0561324، وقرار رقم 0660742، غير منشورين، مشار إليهما في: حمودي بن طاية، الشيك، مجلة المحكمة العليا، ع 02، سنة 2015، ص 397.

وهكذا لم يعد القاضي ينظر عند تقديره و اختياره للجزاء الجنائي فقط إلى نوع وجسامة الجريمة المرتكبة، وإنما يأخذ في اعتباره شخصية الجاني أيضا، نزولا على مبدأ تفريد العقاب الذي يتطلب أن يكون الجزاء الجنائي من حيث نوعه ومقداره متلائما مع شخصية المحكوم عليه¹.

فإذا كان من اللازم الإعتماد على جسامة السلوك الإجرامي ونتائجه الضارة، وعلى جسامة القصد الجنائي كضابط لتقدير العقوبة قضائيا، فإنه ينبغي وبنفس الأهمية أيضا أن لا يغيب عن ذهن القاضي بأنه يحاكم إنسانا أحاطت به مجموعة من الظروف والعوامل التي دفعته إلى الجريمة دفعا، وبالتالي تقتضي العدالة أن تتناسب العقوبة من حيث نوعها ومقدارها مع شخصية هذا المجرم، والظروف التي أحاطت به ودفعته إلى الإجرام، فالخطورة الإجرامية الكامنة في الجاني تتفاوت من شخص لآخر، وتبعا لذلك تتفاوت العقوبات تخفيفا وتشديدا.

إن الظروف والعوامل التي تتصل بالجاني، والتي تشكل للقاضي ضابطا في تقديره للعقوبة، يمكن أن تكون في شكل دوافع شخصية وموضوعية، ومن ثمة تقتضي العدالة أن يتناسب الجزاء من حيث نوعه ومقداره مع دوافع الجاني إلى الإجرام (المطلب الأول) ومع الخطورة الإجرامية الكامنة فيه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الباعث كضابط في تحديد العقوبة

حينما كان اهتمام الفقهاء منصباً بالدرجة الأولى على الجريمة لم يكن للباعث دور في تقدير الجزاء، حيث لم تعط شخصية الجاني أي قدر من الإهتمام إلى أن ظهرت المدرسة الوضعية، وأرست تعاليمها بشأن ضرورة الإعتداد بشخصية المجرم والنظر إليه باعتباره إنسانا يلزم تأهيله وإصلاحه ويُلتمس له أسباب الشفقة، فأعطت للبواعث قيمة كبرى بل ورفعتها أحيانا إلى مصاف أركان الجريمة².

وانطلاقا من تعاليم المدرسة الوضعية، وقصد التحرر من الدور التقليدي للعقوبة في الردع والزجر، بدأ الباعث يحظى بأهمية كبيرة في السياسة الجنائية الحديثة كأحد الضوابط التي تكشف

¹ - jean PRADEL , Droit pénal général, 6 éme edition, CUJAS , 1987, p.698.

² - حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 211.

عن الخطورة التي تنطوي عليها شخصية الجاني، وأصبح محل اهتمام من القضاة في تقديرهم للعقوبات المحكوم بها، بل وسارعت بعض التشريعات إلى إعطاء تعريف للبائع بصورة واضحة يزيل كل غموض يكتنفه، في حين جنحت تشريعات أخرى إلى الإشارة إلى بواعث الإجرام باعتبارها مجرد أمانة تكشف خطورة الفاعل تبرّر أخذه بالشدة اللازمة في تطبيق العقوبة.

وأصبحت البواعث من المؤشرات الدالة على شخصية الجاني والكشف عن خباياها وطبيعتها، فهي قد تكشف عن اضطرابات نفسية أو عصبية أو شذوذ في القوى العقلية أو النفسية بصورة المرض الذي يشل الإرادة الطبيعية للشخص، كما أنها قد تظهر شخصية شريرة متعطشة للإجرام كميل المجرم إلى العنف والرغبة الشديدة في الانتقام والكراهية والحقد ونحو ذلك، مما يدل على الخطورة الإجرامية البالغة لدى الجاني، وبالمقابل قد تشير بواعث الجاني إلى أن الجريمة كانت بصورة عارضة بسبب الإستفزاز والضرورة¹، مما ينبئ عن خطورة إجرامية خفيفة تستوجب أخذه بالرفقة اللازمة.

ولكي نقف على هذه الحقيقة يكون من المفيد تحديد ماهية الدافع وتمييزه عن ما يختلط به من مصطلحات (الفرع الأول)، ثم بيان دوره كضابط في تقدير العقوبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ماهية البائع

تنشأ الجريمة في البداية من مجرد فكرة تجول بفكر فاعلها، وقد تنازعها أفكار أخرى تُثني عزمه وتحبط مسعاه نحو اقترافها، وقد يشتد الصراع بين الإقدام على الجريمة والإحجام عنها إلى أن ينتهي الجاني إلى رأي قاطع بترجيح كفة الإقدام، وهذا الموقف هو الذي يدفع إرادته نحو الجريمة². وعليه، وجب أن نتطرق إلى تعريف البائع وخصائصه وموقف التشريعات منه.

¹-Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Bernard BOULOC, op. cit., p.653

² - حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 218 .

أولاً- تعريف الباعث:

تعددت تعريفات الباعث بين الفقهاء بين من اعتبره القوة المحركة للإرادة أو العامل النفسي الذي يدعو إلى التفكير في الجريمة، وهو أمر يستقل عن عناصر الجريمة، وإن صح أن يكون محل اعتبار في تقدير العقوبة¹.

وذهب رأي آخر إلى تعريف الباعث بأنه المصلحة أو الإحساس الذي حرك الجاني أو دفعه لإرتكاب الجريمة، فالقتل مثلاً قد يكون بدافع الحقد أو الغيرة أو الثأر أو الشفقة أو السرقة، لذلك فهو يختلف من جريمة لأخرى ومن جانبٍ لآخر².

وعُرف أيضاً بأنه أمر نفسي باطني ليس له وجه خارجي محسوس، ولا يكفي لقيامه مجرد وجود هذه الصورة الذهنية في مخيلة الجاني، بل لابد أن يقترن بها أمر آخر، وهو التعلق العاطفي المتمثل في مقاومة الفكرة المجردة لهوى النفس وتولد الرغبة، فإذا أتم الإقتران فإن النفس تسعى إلى تحقيق الرغبة، وهذا السعي هو الباعث بعينه³. فالباعث يتمثل في الإحساس بالحاجة إلى شيء ما لإشباع رغبة معينة، ومن الطبيعي تلازم الإحساس بالحاجة إلى الإشباع مع تصورهما، فهو بمثابة مولد القوة فيه، بل إنه المحرك للإرادة الموجهة للقصد⁴.

وقد حرصت بعض التشريعات على وضع تعريف للباعث، فنصت المادة 67 من قانون العقوبات الأردني على أن الباعث هو "العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية القصوى التي يتوخاها"⁵، في حين لا نجد تعريفاً له في قانون العقوبات الجزائري.

¹ - محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 421.

² - محمد زكي أبو عامر، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 269.

³ - عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص 256.

⁴ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 430.

⁵ - وهو نفس التعريف الذي اعتمدته قانون العقوبات السوري (المادة 1/ 191). هذا القانون متوفر على الموقع:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/sy/sy013ar.pdf>

وقد اعتمدته أيضاً بنفس الصياغة قانون العقوبات اللبناني (المادة 192)، مرجع سابق.

وعلى قدر فاعلية الباعث وقوته تكون الخطورة الإجرامية، فحينما يكون الباعث قويا ومسيطرًا على شعور الجاني تكون قدرته المانعة غير كافية لإعاقة الإرادة عن تحقيق السلوك الإجرامي، وبالتالي يتصف الشخص بالإندفاع الذي يشكل خطورة أكثر جسامة¹.

ثانيا- خصائص الباعث:

ومن خلال التعريفات السالفة الذكر يمكن أن نستخرج خصائص الباعث وهي:

أ- الباعث يختلف عن القصد الجنائي: إن الباعث يختلف عن القصد الجنائي، فإذا كان هذا الأخير واحدا في كل جريمة، فإن الدافع يختلف ويتغير بشكل لا متناهي. ففي جريمة القتل يتمثل القصد الجنائي في إرادة الجاني في إزهاق روح الضحية، أما الباعث في نفس الجريمة فقد يكون الطمع في ماله، أو إشباعا لرغبة الإنتقام، كما قد يجمع بين الإثنين معا، ومن جهة أخرى فإن القصد لا يقبل التجزئة أو التدرج كأن يكون شريفا أو دنيئا، بينما يقبل الدافع هذه التجزئة². ولا تعول التشريعات على الباعث في قيام الجريمة إلا نادرا، بينما لا تقوم الجريمة إلا بركتها المعنوي الذي يعد القصد الجنائي إحدى صوره.

وهكذا قضت محكمة النقض المصرية بأن القصد الجنائي في جريمة هتك العرض يتحقق بثبوت نية الإعتداء على موضع عفة المجني عليها، ولا عبرة بالباعث على ارتكابها سواء أكان إرضاء لشهوة أو حبا للإنتقام أو لغير ذلك³.

ب- الباعث ليس ركنا من أركان الجريمة: الأصل في الباعث على الجريمة أنه ليس ركنا من أركان الجريمة ولا عنصرا من عناصرها، فلا أثر له من الناحية القانونية في الجريمة وجودا أو عدما⁴، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون⁵.

¹ - نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 333.

² - عبيد حسنين إبراهيم صالح، مرجع سابق، ص 211.

³ - نقض مصري: قرار صادر بتاريخ: 1931.03.12، مجموعة القواعد القانونية، ج 2 ق 204 ص 265، مشار إليه في: نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 331.

⁴ - نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية (دراسة في التشريع الأردني)، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية والعشرين، ع 04، جامعة الكويت، 1998، ص 433.

⁵ - كمثال على ذلك ما نصت عليه المادة 342 ق.ع " كل من حرض قاصرا لم يكمل الثامنة عشر سنة على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه ولو بصفة عرضية يعاقب...."، فقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن المادة السالفة الذكر تشترط أن يقدم المتهم على تحريض القاصر على الفساد أو الفسق إرضاء

وقد أكدت ذلك صراحة بعض التشريعات الجنائية، فنصت المادة 67-2 من قانون العقوبات الأردني " لا يكون الدافع عنصراً من عناصر التجريم إلا في الأحوال التي عينها القانون "، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 191-1 من قانون العقوبات السوري، والمادة 192 من قانون العقوبات اللبناني.

وكرست ذلك أيضاً محكمة التمييز الأردنية حين قضت: " إن الباعث على الجريمة لا يكون عنصراً من عناصر الجريمة إلا في الأحوال التي عينها القانون عملاً بأحكام المادة 67-2 من قانون العقوبات، وعليه فإن إطلاق المتهم عدة عبارات نارية باتجاه المغدور، حيث كان على سطح منزله، وأصابته إحدى هذه العبارات المغدور في مكان خطر من جسمه أدت إلى وفاته، فإن هذه الوقائع كافية للتوصل إلى أن المتهم كان يقصد القتل، وعليه فإن استخلاص محكمة الموضوع هذه البيئة من وقائع الدعوى هو استخلاص سليم متفق مع أحكام القانون ¹."

كما أكدت محكمة النقض المصرية على ذلك حين قضت: " إن الباعث ليس ركناً من أركان الجريمة، فلا يؤثر على سلامة الحكم إغفاله بيانه أو الخطأ فيه مادام قد بين واقعة الدعوى بما تتوافر به من عناصرها القانونية، وأورد أدلة ثبوتها بما يفي بالنتيجة التي انتهى إليها " ².

لكن، ومع التسليم بانعدام أثر الباعث كقاعدة عامة في مبدأ التجريم، حيث تكون الجريمة مستوفاة الأركان متى توافرت عناصر القصد العام إلى جانب ركنها المادي، فإن أثره في تقدير العقوبة لا يمكن تجاهله ³.

ج - الباعث إما أن يكون شريفاً أو دنيئاً: الباعث من حيث نوعه قد يكون شريفاً أو دنيئاً، وفقاً لتعارضه أو اتفاقه مع المعتقدات والقيم الأخلاقية والاجتماعية الراسخة في المجتمع. وتحديد طبيعة الباعث يسهم لا محالة في تحديد المعاملة الجزائية التي يجب أن يواجه بها الفاعل، ونوعية وقدر العقوبة التي توقع عليه.

لشهو الغير لا تحقيقاً لرغبته الشخصية، فالعلاقة الجنسية بمفردها مع القاصر لا تشكل جنحة التحريض على الفسق، إذ لا بد أن يكون الغرض أو الباعث إلى الجريمة هو إرضاء شهوات الغير كقبول قصر في الدعارة وتوفير محل لهم لممارسة هذا الفعل.

المحكمة العليا، غ.ج، قرار صادر بتاريخ: 1987.01.27 في الملف 43167، مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 166.

¹ - تمييز جزاء أردني، رقم 508 / 2002، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ع 10، س 2004، ص 52.

² - نقض مصري، الطعن رقم 22204، بتاريخ 1998.10.12، مشار إليه في: حسن عوض سالم الطروانة، مرجع سابق، ص 268.

³ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 735.

فالدافع الدنيء هو ما ينم عن سوء وانحطاط شخصية مقترف الجريمة وميله الى الإساءة والإضرار¹، فهو يؤدي الشعور العام ويجعل الشخص العادي يشمئزمنه لتعارضه مع المبادئ الأخلاقية السائدة والراسخة في المجتمع، بل إن عدم التناسب بين الفعل والباعث يشكل معياراً لوصف الباعث بالدناءة أو الوضاعة، كالطمع والانتقام أو ما يتنافى مع العادات والأخلاق العامة، كقتل المورث للإستيلاء على التركة أو قتل شخص للظفر بزوجه أو كمن يقتل شخصاً لمجرد أنه لم يرد له ديناً حلّ أجله، وقد يصل الباعث الى درجة من التفاهة كمن يقتل شخصاً لمجرد أنه أساء معاملته أو كمن يقتل شاباً استياءً من مشاهدته رفقة شقيقته في الطريق العام.

أما الدافع الشريف فهو ذلك الدافع الذي يهدف إلى حماية مبادئ لها أساسها في بيئة المجرم، كحب الوطن والشعور بالكرامة والرغبة في غسل العار أو هو الدافع إلى صيانة مبادئ لها سلطانها في بيئة المجرم أو لها مكانتها في اقتناعها الشخصي².

وعرّف الفقه الإيطالي الدوافع الشريفة بأنها تلك البواعث النبيلة أو السامية التي تكون تطبيقاً للأفكار والمفاهيم السائدة في المجتمع³.

كما عرّفته محكمة النقض السورية "بأنه عاطفة نفسية جامحة تسوق الفاعل إلى ارتكاب جريمته تحت تأثير فكرة مقدسة لديه"⁴.

إن تحديد طبيعة الدافع يكشف عن شخصية المجرم ومدى عدوانيته، وما يحمله من عداوة للمجتمع الذي يعيش فيه، وعلى ضوء هذا الدافع توزن المعاملة العقابية الواجبة التطبيق بشأنه، فالمجرم المدفوع إلى جريمته بدافع شريف أقل خطورة على المجتمع ممن كان دافعه للجريمة دافع دنيء.

¹ - عادل عازر، مرجع سابق، مرجع سابق، 281.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، 437.

³ - حاتم حسن موسى بكار، المرجع نفسه، ص 436.

⁴ - نقض جنايات سوري، قرار في 17 يونيو 1967 رقم 619، مشار إليه في: فهد يسلم حبتور، مرجع سابق، ص 423.

ثالثا - مدى اعتداد التشريعات بالباعث كضابط لتقدير العقوبة:

لا يحدّ أنصار المدرسة الوضعية إقصاء الدوافع والغايات من نطاق التجريم، تأسيسا على أن هذا ينطوي على عدم دقة في التحليل وفي إدراك طبائع الأشياء، فغاية القانون الجنائي هي القضاء على الجريمة وكبحها، وهذا لا يتأتى إلا بدراسة واقعية للمجرم، الأمر الذي ينبغي معه الإهتمام بشخصيته وضعا للحقائق في نصائها الصحيح بغية الوصول إلى غاية القانون الجنائي القصوى في استئصال أسباب الجريمة¹.

ولهذا أقرّ المؤتمر الدولي العاشر لقانون العقوبات المنعقد في روما عدة توصيات من ضمنها قسم خاص بدور المحكمة في تحديد العقوبة، ومما جاء فيه أنه يجب أن ينص القانون بصورة عامة على الأقل على العوامل التي ينبغي على القاضي أن يضعها في الاعتبار عند توقييع العقوبة، كما يجب على القاضي أن يلجأ إلى العلوم الإنسانية لكي يفهم الفعل المرتكب وشخصية الجاني. فهذه التوصيات تدعو المشرع إلى أن يضع الضوابط التي يسير على هديها القاضي، كما تدعو القاضي أيضا إلى أن يسترشد بالعلوم الإنسانية لكي يصل إلى التعرف على شخصية الجاني ودوافع ارتكابه للجريمة².

وانطلاقا من هذه التوصيات أولت بعض التشريعات أهمية كبيرة للباعث وارتقت به أحيانا إلى مصاف الظروف القانونية، بحيث يكون تخفيف العقوبة أمرا وجوبيا إذا كان تصرف الجاني مدفوعا ببواعث ذات قيمة أخلاقية أو اجتماعية، ومن ثمة يضحى الحكم الذي لا يتعرض لذلك الباعث منطويا على خطأ قانوني يوصمه بالعيب المستوجب للنقض³.

وحرصت بعض التشريعات على النص صراحة على الباعث كمعيار أو ضابط يتوصل به القاضي إلى تقدير الجزاء المناسب، ومنها قانون العقوبات الإيطالي في المواد 61، 62-1، 133 منه، والتي نصت على أهمية الباعث، ووجوب الإعتداد به عند تقدير العقوبة وتخفيفها، وكذا قانون العقوبات اليوناني في مادته 79 التي أوجبت على المحكمة أن تراعي في تقديرها لشخصية الجاني، بوجه خاص الميول الإجرامية التي أظهرها بارتكابه للجريمة، وهي تستخلص من البواعث التي حدثت به إلى ارتكاب جريمته

¹ - حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، 435.

² - نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 339.

³ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص ص 435-436.

¹. وقد سار على نفس النهج قانون العقوبات السويسري في المادة 63 منه التي ألزمت القاضي بمراعاة بواعث الجريمة أثناء تحديد العقوبة ².

كما تضمنت المادة 46 من قانون العقوبات النمساوي ما يفيد وجوب تخفيف العقوبة، إذا كانت الجريمة قد ارتكبت تحت تأثير عاطفة جياشة متولدة عن شعور إنساني طبيعي أو تحت تأثير فقر مدقع، والمادة 80 من قانون العقوبات الدنماركي التي أوجبت على القاضي أن يقيم وزناً للبواعث عند تحديد العقوبة ³.

أما في التشريعات العربية فمنها من خص الباعث بنصوص خاصة في تشريعاته العقابية، كما فعل المشرع الليبي الذي أكد في المادة 28 من قانون العقوبات على أهمية الباعث في كشف خطورة الجاني واعتبرته عنصراً يتوسل به القاضي في تقدير العقوبة، وجاراه في ذلك المشرع اليمني في نص المادة 109 من قانون الجرائم والعقوبات التي فرضت على القاضي بأن يراعي في تقديره للعقوبة بين الحدين الأعلى والأدنى المقررين للجريمة البواعث على الجريمة. كما اعتبرت المادة 135 من قانون العقوبات العراقي ⁴ الباعث الدنيء من الظروف المشددة، وكذا الشأن بالنسبة لقانون الجزاء العماني في مادته 83 التي اعتبرت هي الأخرى الدوافع الدنيئة ضمن الظروف التي تدعو إلى تشديد العقوبة.

ولم تنص بعض التشريعات على دور الباعث في تقدير العقوبة صراحة، ولكنها مكّنت القاضي أن يتخذ من شخصية الجاني وبالذات ميله الإجرامي معياراً لتحديد العقوبة، ولا يخفى على أحد أن البواعث هي أهم عناصر الميل الإجرامي، وبالتالي فهي علامات يستدلُّ بها القاضي عند استعمال سلطته التقديرية ⁵. ومن ذلك ما نصت عليه المادة 141 من قانون العقوبات المغربي ⁶ " للقاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة وتفريدها في نطاق الحدين الأدنى والأقصى... مراعيًا في ذلك خطورة

¹ - عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص 255.

² - فهد هادي يسلم حبتور، مرجع سابق، ص 419.

³ - نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 335.

⁴ - قانون العقوبات العراقي، متوفر على الموقع:

<https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:000-0c03-6a0c-ffff-fff96be3560/penalcode1969.pdf>

⁵ - علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986، ص 437.

⁶ - قانون العقوبات المغربي، متوفر على الموقع:

<http://adala.justice.gov.ma/production/html/ar/77323.htm>

الجريمة وشخصية الجاني"، وكذا المادة 132-24 من قانون العقوبات الفرنسي التي أتاحت للقاضي الجزائي أن يعتد بظروف الجريمة وشخصية مرتكبها في تقدير العقوبة¹.

في حين لا نجد في التشريع العقابي الجزائري أثرا للباعث على ارتكاب الجريمة، ولم يلزم القانون القاضي بمناقشته، إذ يكفي توفر أركان الجريمة للقضاء بالإدانة في نطاق الحدود المقررة قانونا، فحتى ولو كان الدافع شريفا ومنزها عن أية قيمة لا أخلاقية، فإن ذلك لا عبء له في ثبوت عناصر الجريمة، لكن قد يمنح القانون للقاضي أحيانا مكنة لتخفيف العقوبة على أساس الباعث، كما فعل في المادة 279 من ق.ع. بالنسبة للزوج الذي يرتكب جريمة القتل والجرح والضرب على الزوج الآخر في اللحظة التي يفاجئها فيها في حالة تلبس بالزنا.

ورغم عدم ورود نصوص عامة في قانون العقوبات الجزائري تلزم أو تجيز للقاضي الجزائي الإعتداد بالباعث في تقدير العقوبة، فإنه لا يمكن إنكار أهمية الباعث بصورة عامة في ذهن القاضي أثناء تقديره للمعاملة العقابية اللازمة للجاني تخفيفا وتشديدا، وهو بذلك من الضوابط التي يسترشد بها القاضي الجزائي في إنزال الجزاء المناسب.

فحتى ولو أن المشرع الجزائري لم يعتد بالبواعث التي تقف وراء السلوك الإجرامي في التكوين القانوني للجريمة إلا في نطاق ضيق، ولم يعتد به تماما كضابط لتقدير العقوبة، ولم ينص على ذلك صراحة، إلا أن هذه البواعث لها قيمتها في تقدير العقوبة من طرف القاضي باعتبارها تعكس شخصية الجاني وخطورته الإجرامية.

فالمطلع على أحكام المحاكم والمجالس القضائية وكذا محاكم الجنايات، يسترعي انتباهه ما للباعث من أهمية في تقدير الجزاء المناسب، فالمعاملة العقابية لا تستوي مثلا بين من يسرق بضعة دنائير ليشتري خبزا يسدّ به رمقه مع من يختلس مبلغا ماليا كبيرا ليصرفه في اللهو والمجون، كما لا يستوي في العقوبة من يقتل ثارا لشرف زوجته أو أمه مع من يقتل بريئا للاستيلاء على ماله.

ويجب أن ننوّه إلى أن القيم الإجتماعية والأخلاقية تختلف من مجتمع لآخر ومن دولة لأخرى باختلاف الأديان والثقافات السائدة في كل مجتمع، وبالتالي فإن نفس الباعث على الجريمة قد يكون شريفا في بلد أو مجتمع معين ويكون دنيئا في بلد آخر، ولا أدل على ذلك من فعل إجهاض الحامل

¹-Article 132-24 CPF: «Les peines peuvent être personnalisées selon les modalités prévues à la présente section »

سفاحا اتقاء العار، فهذه الجريمة تجيز للقاضي تخفيف العقوبة لنبل الباعث وشرفه، في المجتمعات الإسلامية التي تستنكر الحمل سفاحا، في حين لا تجيز القوانين الأوروبية ذلك، لكونها تسوّي تماما بين الحمل الشرعي والحمل سفاحا.

الفرع الثاني

دور الباعث كضابط في تقدير العقوبة

يعدّ الباعث على ارتكاب الجريمة من أبرز المعايير التصاقا بشخص المتهم وأكثرها تأثيرا عليه، الأمر الذي يفرض على القاضي الجزائي ضرورة مراعاته قصد الوصول إلى تقدير عادل للمعاملة الجزائية التي يلقاها المجرم أمام القضاء، فعلى قدر طبيعته ودرجته تتحدد العقوبة. وإذا كان من المسلم به عدم أهمية الدافع في مبدأ التجريم كقاعدة عامة، فإن أهميته تبرز في تخفيف العقاب وتشديده. فبقدر عدم منافاة الدافع للقيم الاجتماعية والأخلاقية السائدة بقدر ما يكون تخفيف العقوبة أو تغليظها، فقد أضحى من المستقر عليه فقها وقضاء ضرورة أخذ الدافع بعين الاعتبار عند تقدير العقوبة، بما يجعلها ملائمة لنفسية الجاني¹.

فالدافع يكشف عن قدر الخطورة التي تنطوي عليها شخصية الجاني، وقد يكون الدافع شريفا كما قد يكون دنيئا، ويستتبع ذلك تخفيف العقوبة أو تغليظها، وسنتناول فيما يلي دور الباعث في تخفيف العقوبة، ثم دوره في تشديد العقوبة.

أولا - دور الباعث في تخفيف العقوبة:

إن فكرة الباعث في مجال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي أصبحت من المسلمات في نظر الغالبية العظمى من شراح القانون، إذ تسمح هذه الفكرة للقاضي بتوقيع العقوبات التي تتناسب مع بواعث المجرمين، بحيث تكون غير مشينة لذوي البواعث الشريفة، فليس من المناسب أن يتساوى في العقوبة اللص الذي يسرق بدافع الطمع أو الانتقام مع الذي يسرق بدافع العوز والفاقة الشديدة².

¹ - حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 217.

² - علي حسن عبد الله الشرفي، مرجع سابق، ص 437.

وهناك بعض التشريعات التي رفعت البواعث إلى مصاف الظروف القانونية، بحيث توجب تخفيف العقوبة إذا كان تصرف الجاني مدفوعا ببواعث أخلاقية أو اجتماعية كالتشريعين الليبي والإيطالي.

وتطبيقا لذلك، ينبغي تخفيف العقوبة إذا ارتكبت الجريمة حفاظا على الشرف أو بدافع الغيرة والحب، وعلى العكس من ذلك يجب تشديدها إذا كان الباعث هو الإنتقام والثأر¹. ويمكن تبعا لذلك أن نقسم البواعث النبيلة أو الشريفة التي لها دور في تخفيف العقوبة إلى ما يلي:

أ - باعث الرحمة: قد ترتكب جريمة قتل بدافع الرحمة والإشفاق على المجني عليه بقصد إراحته من مرض لا يرجى شفاؤه أو من مستقبل بائس إذا كان في هيئة غير سوية، ومن أمثلة ذلك أن يقتل شخص قريبه لتخليصه من مرض عضال أو يقتل شخص زوجته المشلولة أو تقتل فتاة خطيبها المصاب بالسرطان رميا بالرصاص بعد إلحاحه في الطلب، أو يقوم طبيب بقتل عدد من الأشخاص تجاوزوا الثمانين عاما وهم في غيبوبة من شهور.

فقتل هؤلاء ولو برضا من المجني عليهم، لاقى معارضة شديدة في الأوساط الفقهية والقانونية²، فقد رفضت هذه الفكرة تشريعا، وأغلب هذه التشريعات أكدت على أن رضا المجني عليه لا أثر له على المسؤولية الجزائية على اعتبار أن القانون الجزائي من النظام العام، ومن ثم فلا يجوز للمجني عليه أن يعطل تطبيقه بإرادته³.

فرضا المجني عليه لا يؤثر في الجرائم الماسة بالحياة والحياة وسلامة الجسم كالقتل أو الضرب والجرح العمد، ومن ثمة فلا أثر لرضا المجني عليه على تجريم فعل الطبيب الذي ينهي حياة مريض ميؤوس من شفائه، وهو التوجه الذي سلكه المشرع الجزائري⁴.

أما في الوسط الفقهي فقد رفضت هذه الفكرة أيضا بسبب أنه ليس ثمة وجه للإستعجال، فكل يوم تأتي اكتشافات جديدة، وأن الطبيب لا يمكنه أن يتأكد بصفة قطعية بأن المريض قد أصبح

¹ - حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 272

² - علي حسن عبد الله الشرفي، مرجع سابق، ص 456.

³ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، 193.

⁴ - للإشارة أن المشرع الجزائري جرم فعل مساعدة الغير على الإنتحار بنص المادة 273 من ق.ع. خلافا للمشرع الفرنسي.

ميؤوسا منه، فضلا عن أن منع القتل لباعث الرحمة يحمي الأطباء من الوقوع تحت أي ضغط، بركونهم إلى ذلك المنع¹.

غير أن بعض التشريعات ذهبت إلى التخفيف عن القاتل بشرط أن يكون القتل قد تم بناءً على طلب المجني عليه أو على الأقل بناءً على رضاه، ومثال ذلك قانون العقوبات اللبناني الذي نص في مادته 552 " يعاقب بالاعتقال عشر سنوات على الأكثر، من قتل إنسانا قصدا بعامل الإشفاق بناءً على إلحاحه في الطلب"، وقد أخذ قانون العقوبات السوري بهذا العذر أيضا في مادته 538.

ولكي يمكن الأخذ بهذا الباعث فإنه يُشترط أن يكون المتهم يريد أن يخلص المجني عليه من آلامه التي يشاركه فيها، وأنه لا وسيلة لذلك سوى القتل، ويشترط أن تكون الآلام بدنية وأن الطب يجهل وسيلة القضاء على هذه الآلام، ولا يستفيد المتهم من التخفيف إذا كان يريد تحقيق مصلحة ما عامة أو خاصة، كما لو كان باعته الحقيقي تعجيل الميراث أو التخلص من منافس².

ولا شك أن مبرر تخفيف العقوبة في التشريعات التي أخذت بهذا الباعث ترجع إلى شرف الباعث، فقتل المجني عليه بعامل الإشفاق عليه يستهدف في الحقيقة تحقيق مصلحة المجني عليه الأمر الذي يستدل منه على تضائل خطورته الإجرامية، فضلا عن أن الجاني هنا مدفوع بإلحاح من المجني عليه على إنهاء حياته، ثم أن المجني عليه قد يلجأ إلى شخص آخر ليقنتله، كما قد يقدم على الإنتحار في حالة الرفض.

في حين منحت بعض التشريعات للقاضي سلطة تقديرية في تقدير الجزاء المناسب، كأن ينص على أن للمحكمة أن تخفف العقوبة أو تأمر بوقف تنفيذها أو تقرر الإمتناع عن إصدار حكم على المتهم، إذا رأت من الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة بأنه لن يعود للإجرام مثلما نصت عليه المادة 81 من قانون الجزاء الكويتي³.

¹ - علي حسن عبد الله الشرفي، مرجع سابق، ص 457.

² - نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 352.

³ - قانون الجزاء الكويتي، متوفر على الموقع:

نشير إلى أن بعض التشريعات بدأت تتجه نحو الأخذ برضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة، على وجه الخصوص في حالة مساعدة مريض ميؤوس من شفائه على الموت إذا طلب منه ذلك، وهكذا صادق البرلمان الهولندي في 2000.11.22 على قانون يبيح القتل إشفاقاً، وتلاه البرلمان البلجيكي في 2002.05.16.¹

ب - باعث خشية العار: يعتبر السلوك الذي يدفع به صاحبه العار عن نفسه عملاً شريفاً لما ينطوي ذلك على حفظ كرامته، ومن ثمة فهو باعث شريف كذلك، ويتجسد هذا السلوك خصوصاً في قتل الأم وليدها حديث العهد بالولادة اتقاء العار أو إجهاض الحامل سفاهاً اتقاء العار.

ولهذا فقد اعتبرت الكثير من التشريعات الجنائية العربية هذه الحالة عذراً قانونياً مخففاً، ونزلت بالعقوبات المسلطة على مقترفي هذا الفعل، كحال المشرع المغربي الذي نزل بالعقوبة إلى السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات²، والتونسي الذي نزل بالعقوبة إلى عشرة أعوام واشترط أن يتم القتل بمجرد ولادة المولود أو إثر ولادته³، في حين اشترط المشرع السوداني في مادته 253 - 1 - 2 شرطين أساسيين للتعويل على هذا الباعث، وهما:

- أن تكون بيئة المتهم تستنكر الحمل سفاهاً، ومن ثمة فإنه لا يتحقق هذا الشرط إذا كانت تنتمي إلى بعض المجتمعات الأوروبية التي تسوي تماماً بين الحمل غير الشرعي والحمل سفاهاً.

- أن تشارك المتهمه بيئتها هذا الإستنكار، فإذا ثبت أن عقائد المتهمه والقيم التي تؤمن بها لا تبالي العار فلا مجال لتطبيق هذا العذر، كالعاهرة التي تقتل وليدها، فلا يدفعها إلى ذلك الخشية من العار، ولكن الرغبة في التخلص من عبء تربيته والإنفاق عليه⁴.

و المشرع الجزائري لم ينص على هذا الباعث صراحة في المادة 261 من ق.ع، لكن تخفيفه للعقوبة المقررة للأمم التي تقتل ابنها حديث العهد بالولادة، من عشر سنوات إلى عشرين سنة سواء

¹ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، 193.

² - المادة 397 من قانون العقوبات المغربي، مرجع سابق.

³ - الفصل 211 من المجلة الجزائرية التونسية، هذا القانون متوفر على الموقع:

<https://www.wipo.int/edocs/laws/ar/tn/tn030ar.pdf>

⁴ - نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 356..

كانت فاعلة أصلية أو شريكة، بدل عقوبة الإعدام المقررة أصلاً لجريمة القتل، يوحى بأن الأمر يتعلق بالقتل بدافع خشية العار.

وهنا ينبغي التنويه إلى أن تحديد اللحظة الزمنية التي ينتهي عندها وصف "حادثة العهد بالولادة" تعد مسألة تقديرية متروك تحديدها لقاضي الموضوع، وتطبيقاً لذلك يكون القتل واقعاً على وليد إذا ارتكب من الأم أثناء عملية الولادة أو بعدها بوقت قريب، طالما وقع من الأم في لحظة اضطرابها وانزعاجها العاطفي، فإذا استردت حالتها النفسية المعتادة أو ذاع أمر فضيحتها بين الناس انتهت العلة من التخفيف، وسقط القتل الواقع على هذا الوليد تحت قبضة النصوص العادية المجرمة للقتل¹.

وتتشدد المحكمة العليا على ضرورة أن يتضمن حكم الإدانة عناصر الجريمة لاسيما كون الطفل ولد حياً وكون الجانية أم المجني عليه²، واستفادة الأم من العقوبة المخففة في هذه الحالة هو ظرف شخصي لا ينصرف أثره لغيرها من فاعلين أصليين أو شركاء مهما كانت درجة قرابتهم بالمجني عليه.

ونعتقد بأنه وجب التفرقة في تقدير المعاملة العقابية اللازمة بين ما إذا كان الحمل ناجماً عن اتصال غير مشروع باختيار المرأة ورضائها، وبين ما إذا كان الحمل ناجماً عن اتصال غير مشروع لكنه بغير رضا المرأة، فإذا كان التماس العذر للمرأة في الحالة الثانية أمراً لازماً لسعها للتخلص من عار لصق بها، فإن تخفيف العقوبة في الحالة الأولى يعد أمراً غير مقبول.

ثانياً - دور الباعث في تشديد العقوبة:

إن للبواعث الدنيئة التي تمثل انحطاطاً في طبع الفاعل ودناءة في أخلاقه دوراً في تشديد العقوبة، ذلك أن الجرائم التي ترتكب تحت تأثير هذا النوع من البواعث تدعو إلى استنكار وسخط تفوق شدته بكثير ما تثيره الجرائم المرتكبة ببواعث شريفة، ومن أهم البواعث الدنيئة، باعث الطمع وباعث الإنتقام والأخذ بالثأر والباعث التافه وارتكاب جريمة من أجل جريمة أخرى، وهو ما سنتناوله تباعاً فيما يلي:

¹ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 37 - 38.

نشير في هذا الصدد إلى أن بعض التشريعات حددت هذه المدة بثمانية أيام مثلما ورد في المادة 253 / 1 / 2 من قانون العقوبات السوداني.

² - المحكمة العليا، غ. ج، قرار في 21.04.1981 ملف رقم: 24442، مشار إليه في: بغدادي جيلالي، الإجهاد القضائي في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 370.

أ- باعث الطمع: يعد الطمع دافعا دنيئا يقود صاحبه إلى الجريمة لمجرد الرغبة في الحصول على المال، فهو يدل على خطورة في شخص المتهم الذي تحركه فكرة الإثراء عن طريق الجريمة، وترى الكثير من التشريعات في هذا الدافع صفة الدناءة، ومن ثمة يعامل صاحبه بعقوبة مشددة تقوم على فكرة "المعاملة بنقيض القصد"، ومن هذه التشريعات: قانون العقوبات الإيطالي (المادة 62 فقرة 7)، قانون العقوبات السويسري (المواد 48، 50، 106) اللذان اعتبرا باعث الجشع أو الطمع ظرفا مشددا للعقوبة، وأوجبا على قاضي الحكم بالغرامة مع العقوبة السالبة للحرية¹. ومن ذلك أيضا قانون العقوبات العراقي²، وقانون العقوبات السوري واللبناني³.

وما من شك بأن هذه النصوص تهدف إلى منع انتشار الجريمة الواقعة على المال عن طريق محاربة رغبات المجرمين ذوي المطامع المالية غير المشروعة⁴.

ب - دافع الإنتقام أو الأخذ بالثأر: يعتبر الأخذ بالثأر صورة من صور الإنتقام الفردي، ويجد موطنه في المجتمعات القبلية، وهي عادة ممقوتة حيث تؤدي إلى تسلسل الجريمة، وهو ما يدعو إلى تشديد العقوبة إذا كان فيها إزهاق للروح، وقد جعلت بعض التشريعات من باعث الإنتقام ظرفا مشددا في جريمة القتل، ومن ذلك قانون العقوبات السوفياتي (المادة 102) وقانون العقوبات التركي (المادة 45/10)⁵.

غير أن التشريعات العقابية العربية ومنها قانون العقوبات الجزائري لم تتناول باعث الإنتقام، لكن غني عن البيان أن ثبوت هذا الباعث، يقتضي معاملة عقابية مشددة اتجاه الجاني بسبب دناءة هذا الباعث.

ج - الباعث التافه: وهو الباعث غير المتناسب تماما مع الجرم المرتكب، ومثاله أن يقتل شخص آخر لمجرد أنه لا يعامله معاملة حسنة، أو لمجرد أنه لم يدينه بمبلغ من المال أو لم يرجع له دينه، وقد

¹ - نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 370 - 371.

² - تنص المادة 138 من قانون العقوبات العراقي: "إذا ارتكبت الجريمة بقصد الحصول على كسب غير مشروع، وكان القانون يعاقب عليها بعقوبة غير الغرامة جاز الحكم فضلا عن العقوبة المقررة قانونا بغرامة لا تزيد على قيمة الكسب الذي حققه الجاني أو الذي كان يرمي إليه..."

³ - تنص المادة 194 من قانون العقوبات السوري، والمادة 195 من قانون العقوبات اللبناني على: "إذا كانت الجريمة قد اقترنت بدافع الكسب، ولم تكن معاقب عليها بالغرامة في القانون حكم القاضي بالغرامة وبالعقوبة المنصوص عليها معا."

⁴ - علي حسن عبد الله الشرفي، مرجع سابق، ص 514.

⁵ - المرجع نفسه، ص 535.

يكون القتل لسبب تافه أيضا إذا قتل رجل زوجته سوى لأنها عكرت عليه صلته بخليته أو لمجرد نوبة غضب انتابته ودون سبب معقول يبرره.

ففي جميع هذه الحالات، يُلاحظ عدم التناسب الواضح بين الجريمة المرتكبة والباعث على ارتكابها، وحتى وإن لم ينص القانون صراحة في مختلف التشريعات العقابية المقارنة على هذا الباعث، فإن القضاء يتجه نحو أخذ المتهم بالشدة اللازمة عند تقدير العقوبة نظرا لسفالة الباعث على الجريمة وعدم تناسبه تماما مع الجرم المرتكب، ولما ينطوي عليه هذا السلوك من استهتار بحق الحياة المقدس.

د - ارتكاب الجريمة من أجل جريمة أخرى: قد يقترب الجاني جريمته لتكون وسيلة لاقتراح جريمة أخرى، وتكون الجريمة الأخيرة هي غاية الجاني، وسواء قام الجاني بارتكاب جريمته الأخيرة أم لا فإن الأمر يقتضي تشديد العقوبة على الجريمة المقترفة فعلا لأن سلوكه يدل على خطورة بالغة، الأمر الذي يدعو إلى التشديد للموقف النفسي للجاني الذي يعبر عنه برغبته في عدم الوقوف عند حد ارتكاب جريمته الأولى، بل الذهاب إلى أبعد من ذلك بارتكاب جريمته الأخرى، والتشديد يكون لمواجهة حالة المجرم الخطرة التي عبر عنها باعته الممعن في الشر¹.

وقد ذهبت العديد من التشريعات إلى تشديد جريمة القتل بصفة خاصة إذا كانت قد ارتكبت للتوصل بها إلى ارتكاب جريمة أخرى أو إلى إخفائها أو إلى التخلص من عقوبتها، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 2-234 من قانون العقوبات المصري "...وأما إذا كان القصد منها (أي من جناية القتل العمد) التأهب لفعل جنحة أو تسهيلها أو ارتكابها بالفعل أو مساعدة مرتكبها أو شركائهم على الهرب أو التخلص من العقوبة فيحكم بالإعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة"

وفي هذا السياق تقول محكمة النقض المصرية "تستوجب المادة 2-234 عقوبات لاستحقاق العقوبة المنصوص عليها فيها أن يقع القتل لأحد المقاصد المبينة بها، ومن بينها التأهب لفعل جنحة أو

¹ - علي حسن عبد الله الشرفي، مرجع سابق، ص 539. 540.

تسهيلها أو ارتكابها بالفعل، ومن ثم يتعين على محكمة الموضوع في حالة ارتباط القتل بجنحة سرقة أن تبين غرض المتهم من القتل، وأن تقيم الدليل على توافر رابطة السببية بين القتل والسرقة¹.

كما نص على ذلك قانون العقوبات الليبي (المادة 4-372) واللبناني (المادة 2-549) والسوري (المادتين 2-534، 2-535)، كما نصت عليه المجلة الجزائية التونسية (الفصل 204).

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا الباعث أيضا في المادة 2-263 من قانون العقوبات²، واعتبره ظرفا مشددا، فقرر عقوبة الإعدام لمرتكب جريمة القتل التي يكون الغرض منها إعداد أو تسهيل أو تنفيذ جنحة أو تسهيل فرار مرتكبي هذه الجنحة أو الشركاء فيها أو ضمان تخلصهم من العقاب، ومن الأمثلة على ذلك قيام الجاني بقتل حارس بنك للإستيلاء على الأموال المودعة في البنك أو قتل شاهد في جريمة سرقة عقب ارتكابها لمنعه من الإدلاء بشهادته.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يتعين اقتراح الجريمة التي يستهدفها الجاني أو على الأقل الشروع فيها، ولا يكفي مجرد القصد أو التأهب أو التهديد لارتكاب تلك الجريمة، حيث أن القانون لا يعاقب على مجرد النية أو الباعث السيء وإنما على تعدد الجرائم، وهذا يؤدي إلى القول أن علة التشديد هو التعدد المادي (الحقيقي) للجرائم³.

في حين يذهب فقهاء آخرون إلى أن علة التشديد تتمثل في الباعث على الجريمة المتضمن الرغبة في ارتكاب جريمة أخرى، وبالتالي فإنه ليس بلازم إرتكاب الجريمة المستهدفة ولا الشروع فيها، إذ يكفي عزم الجاني على اقترافها، وأن يكون ذلك هو السبب الدافع إلى اقتراف جريمة القتل. إذ بلا شك فإن قتل إنسان في سبيل ارتكاب جنحة أو التخلص من آثارها القانونية إنما ينطوي على استخفاف الجاني

¹ - نقض مصري، قرار صادر بتاريخ: 1966.10.04، مجموعة أحكام محكمة النقض س 17 ق 170 ص 925. مشار إليه في نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 376.

² - تنص المادة 2-263 من ق.ع. "كما يعاقب على القتل بالإعدام إذا كان الغرض منه إعداد أو تسهيل أو تنفيذ جنحة أو تسهيل فرار مرتكبي هذه الجنحة أو الشركاء فيها أو ضمان تخلصهم من العقاب".

³ - أنظر: أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 579. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1982، ص 77.

بحياة الآخرين، كما ينطوي أيضا على دناءة الباعث على القتل وهو ما يعبر عن درجة قصوى من الانحطاط المعنوي للقاتل، الأمر الذي يستوجب تشديد عقوبته¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القانون يتحدث عن ارتباط القتل بجنحة، لكن التشديد يتحقق أيضا ومن باب أولى إذا ارتبط القتل بجناية، أما في الحالة العكسية أي إذا ارتكبت الجنحة أو الجناية لتسهيل القتل فلا تشدد العقوبة على الجاني وإنما تطبق العقوبة الأشد عملا بأحكام المادة 32 من ق.ع.²

ونخلص إلى أن للباعث دور أساسي في توجيه القاضي حين يستعمل سلطته التقديرية في تحديد العقاب، ذلك أنه يكشف عن مقدار الخطورة التي تنطوي عليها شخصية المجرم، فمن يدفعه إلى جريمته دافع نبيل هو بغير شك أقل خطورة ممن يدفعه إلى جريمته باعث سيء. ومن ثمة كان الباعث النبيل حاملا للقاضي على الهبوط بالعقاب في حدود سلطته التقديرية، والباعث السيء حاملا له على تشديد العقاب ضمن هذه الحدود، بل إن الباعث النبيل قد يوجّه القاضي إلى تطبيق الظروف المخففة أو إلى تقرير بديل للعقوبة³.

ورغم ما للباعث من أهمية في تقدير العقوبة فإنه غير كافٍ بمفرده للدلالة على استعداد الجاني الخلقي أو الفطري للإجرام، إذ لابد من أخذ كافة عناصر الشخصية في الاعتبار، بالإضافة إلى ماضي المجرم وظروفه، حيث إن بعض المجرمين الخطرين من ذوي الميول الإجرامية قد يرتكبون جرائم ببواعث شريفة، بينما قد يحصل العكس عندما يرتكب الجريمة مجرم بالصدفة بباعث دنيء، فباعث كل من الصنفين لا يكشف عن درجة خطورته الإجرامية، وبالتالي لا يكون ضابطا كافيا لتطبيق نظام التفريد القضائي، بل لابد من الإستعانة بضوابط أخرى تكشف عن خطورته الإجرامية لتقدير الجزاء الملائم.

¹ - أنظر: عوض محمد، مرجع سابق، ص 102-103. رؤوف عبید، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 102-103.

² - تنص المادة 32 ق.ع " يجب ان يوصف الفعل الواحد الذي يحتمل عدة أوصاف بالوصف الأشد من بينها ".

³ - محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 190.

المطلب الثاني

درجة الخطورة الإجرامية للجاني كضابط لتقدير العقوبة

إذا كان للخطورة الإجرامية دور مهم عند وضع النصوص القانونية، فإن دورها يمتد أيضا إلى مرحلة المحاكمة وتقدير العقاب، ففي هذه المرحلة يضطلع القاضي بالبحث في كافة الظروف المحيطة بالجريمة والمجرم، ويبحث عن شخصية المجرم وخطورتها باعتبارها ضابط تقدير للعقوبة وأساس تفريد الجزاء. فالإحاطة بهذه الظروف يتيح للقاضي التعرف على شخصية الجاني ومعرفة مدى الخطر الذي يكمن فيها للتنبؤ بمدى إمكانية إقدامه على ارتكاب جرائم في المستقبل وتقدير العقوبة المناسبة.

وهكذا تحدد درجة الخطورة الإجرامية نوع وكمية العقاب الذي يتم تسليطه على المتهم، فمما لا شك فيه بأن المجرم الخطر أجدر بعقاب أشد، إذ يعني ازدياد خطورته حاجة المجتمع إلى أن يبعده عنه مدة أطول وحاجة المجرم ذاته إلى تأهيل زما أطولا، فيشدد العقاب متى كانت الخطورة على درجة كبيرة ويخفف كلما قلت درجتها.

ويستدل على الخطورة الإجرامية للجاني من جملة اعتبارات متنوعة تساعد القاضي الجزائي على اختيار العقوبة المناسبة، ولعل أهم هذه الإعتبارات خلق المجرم وماضيه الإجرامي، وسلوكه المعاصر واللاحق للجريمة، فضلا عن العوامل الشخصية والظروف الاجتماعية التي تسهم في تشكيل الدافع نحو السلوك الإجرامي، وهو ما نتناوله فيما يلي:

الفرع الأول

سلوك الجاني

إن القاضي الجزائي لا يحاكم الجريمة بل يحاكم المجرم، ومن ثمة فمهما بلغت دقة بحثه لعناصر الجريمة وظروفها لا يمكنه أن يحقق اختيارا سليما للعقوبة، ما لم يكن هذا الاختيار مسبقا ببحث شامل لشخصية الجاني، على نحو يبرز ما يشوب هذه الشخصية من خطورة وانحراف والتي تتضح من خلال سلوكه السابق لارتكاب الجريمة أو المرافق لها أو حتى اللاحق لها، وعلى هدي هذا السلوك تتحدد خطورة المجرم، وهو ما يتيح للقاضي تقديرا أنسباً للعقوبة، لذلك سنتناول سلوك الجاني السابق للجريمة والمعاصر لها ثم السلوك اللاحق للجريمة باعتبارها ضابطا تتكشف بها خطورة الجاني.

أولاً- سلوك الجاني السابق للجريمة:

من العوامل التي تحدد خطورة المجرم ومدى قابليته لارتكاب الجريمة أخلاقه وسيرته في الحياة، أي ما يعرف بسمعته في المجتمع، فسوابق الجاني وماضيه وما صدر ضده من أحكام، كل هذه العناصر تكشف خطورة المجرم ودرجة إذنبه¹. فالماضي الإجرامي للجاني يكشف عن شخصية هذا الجاني ومدى خطورته الإجرامية²، فالخطايا الأخلاقية السابقة قرينة خطورة لا شك فيها³.

إن ماضي المتهم مرآته في حاضره، ومن لا سوابق إجرامية له لا خطورة فيه ويستأهل تبعاً لذلك أخذه بالرأفة، خلافاً لحالة من تمرغ في وحل الجريمة. فالجريمة السابقة نذير شر وناقوسا يدل بذاته على عدم انزجار الجاني بما سبق توقيعه عليه من عقاب، مما يجعله جديراً بغلظة العقوبة وقسوتها⁴.

ويقصد بخلق المجرم أخلاقه وما يعرف عنه من سمعة وما اشتهر عنه وما سبق توجيهه إليه من اتهامات وما سجل ضده من سوابق جنائية. فكل هذه العناصر تكشف مدى خطورة المجرم، وعلى هديها تتحدد درجة إذنبه وكثافتها مما يتيح تقديراً أنسباً للعقوبة المستحقة⁵.

كما أن سوابق الجاني وهي من العناصر الكاشفة لشخصيته وخطورته الإجرامية، ويقصد بها ما سبق ارتكابه من جرائم، سواء كانت الأحكام التي صدرت بشأنها يعتد بها في العود كنظام قانوني أم لا يعتد بها، ولا شك بأن أهم أمانة تكشف عن وجود الخطورة الإجرامية في شخص ما هي الجريمة التي ارتكبها، فما كان المجرم ليرتكب الجرم لو لم يكن لديه استعداد للجريمة، وهذا الاستعداد نابع من ماضي المجرم، فالجريمة تكشف عن الخطورة الإجرامية، لأنه غالباً ما تكون الجريمة السابقة مصدراً للجريمة اللاحقة⁶.

¹ - الجزوري سمير، السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة، دراسة مقارنة بين القانون الإيطالي والقانون المصري، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الإجتماعية الجنائية، القاهرة، مصر، ع 01، مجلد 11، 1968، ص 184.

² - عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص 260.

³ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 813.

⁴ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 440.

⁵ - المرجع نفسه، ص 440.

⁶ - رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 1022-1025.

ولا يشترط في الأحكام التي تصدر بحق الجاني أن يعتد بها في العود كنظام قانوني، فقد تكون الأحكام التي يعتد بها القاضي في استجلاء الخطورة الإجرامية أحكاما سقطت بمضي المدة أو بردّ الاعتبار سواء كان قانونيا أو قضائيا، أو أحكاما شملها العفو¹.

وقد حظي بحث سوابق المتهم للوقوف على خطورته الإجرامية لإمكان تقدير العقاب المناسب له بعناية الكثير من المؤتمرات الدولية للعلوم الجنائية. فقد تناول المؤتمر الدولي الثامن عشر المنعقد في لاهاي من 13 إلى 19 أوت 1950 موضوع (البحث السابق لشخصية المتهم)، وأوصى بأن يراعى في التنظيم الحديث للقضاء الجنائي وضع تقرير سابق على الحكم، لا يقتصر على بيان ظروف الجريمة، إنما يتناول كذلك العوامل الخاصة بتكوين المجرم وشخصيته وصفاته وتاريخه الاجتماعي وبيئته لكي يكون أساسا للحكم بالعقوبة وإجراءات المعاملة العقابية².

ولهذا، سارعت التشريعات الوطنية إلى النص صراحة على ضابط خلق المجرم في تقدير الجزاء الجنائي، ومن هذه التشريعات التشريع الإيطالي في المادة 133 من قانون العقوبات، وكذلك القانون الليبي في المادة 28 فقرة 02 بند 03 التي تنص " وتبين نزعة المجرم إلى الإجرام من الأمور التالية: دوافع ارتكاب الجريمة وخلق المجرم ".

وبتصفح قانون العقوبات الجزائري لا نجد نصا مماثلا، غير أن المشرع نص على الوسيلة التي يمكن للقاضي أن يتعرف بها على الماضي الإجرامي للمتهم وهي القسيمة رقم 02، إذ تعتبر هذه الوثيقة المصدر الشرعي والوحيد لاعتبار المتهم معتادا للإجرام أو مسبوقا قضائيا، ولا يعتد بأي دليل آخر غير هذه الوثيقة فيما تتضمنه من بيانات حول الأحكام القضائية، وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. فقد جاء في قرار للمحكمة العليا "...أن اكتفاء قضاة الموضوع بالاعتماد على استمارة الإستعلامات المعدة من طرف مصالح الأمن بكون المتهم معتاد الإجرام وتشديد العقوبة في حقه، يعد خرقا لأحكام هذا المبدأ القانوني، وعليه يتوجب نقض القرار الذي قضى باعتبار المتهم معتاد الاجرام على ضوء استمارة الاستعلامات"³.

¹ - رسوم عطية موسى نو، مرجع سابق، ص 160.

² - Georges LEVASSEUR, Les problèmes juridiques par l'observation des délinquant, cours de droit criminel approfondi, Paris, 1956-1957, pp 33-34.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر بتاريخ: 1984.06.20، المجلة القضائية، ع 04، س 1984، ص 304.

وبالتالي فإن سوابق المتهم لا تثبت إلا بصحيفة السوابق القضائية المتضمنة جملة الأحكام النهائية السابق صدورها على الشخص نفسه بسبب ما اقترفه من جرائم، وهذه السوابق يعتد بها في تغليظ العقوبة، وترجع علة الغلظة إلى أن رجوع الجاني إلى ارتكاب الجريمة بعد سبق الحكم عليه في جريمة أو أكثر يفصح عن ميله إلى الإجرام واستهانته بالعقوبة، وأن العقوبة الأولى لم تفلح في ردعه، الأمر الذي يستدل منه على خطورته على أمن المجتمع ونظامه مما يكون جديرا بالتشديد عليه أملا في إصلاحه، وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرار لها أن السوابق القضائية للمتهم تعدّ ظرف تشديد في حالة ثبوت الفعل، وهي ليست دليلا للإدانة¹.

أما العناصر الأخرى الكاشفة عن خلق الجاني والمتمثلة أساسا في حياته أثناء الدراسة أو في محيط العمل أو الوظيفة، وعاداته كإدمانه الخمر أو المخدرات، ومدى عنايته بأهله وغير ذلك من أسلوبه الخاص في حياته، والتي تكشف عن شخصيته ومدى تكيفه الاجتماعي واحترامه للقواعد والأنظمة المرعية في المجتمع الذي يعيش فيه². هذه العناصر يستجليها القاضي عن طريق البحث الاجتماعي والفحوصات الطبية النفسية³، وتُجمع في تقارير معدة من ذوي الاختصاص لتوضع تحت تصرف القاضي قبل إصدار العقوبة⁴.

ومن هنا تظهر جليا أهمية الفحوصات النفسية والتحقيقات الاجتماعية في صبر أغوار شخصية المجرم، كشفًا عن خطورته الإجرامية التي تعين القاضي الجزائي في توقيع الجزاء المناسب.

¹ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار في 30 - 03 - 2017 ، ملف رقم 0733189. مجلة المحكمة العليا، ع 01، ص 2017، ص 323.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 441.

³ - تنص المادة 68 من ق.إ.ج: "...ويجري قاضي التحقيق بنفسه أو بواسطة ضابط الشرطة القضائية طبقا للفقرة السادسة أو بواسطة أي شخص مؤهل لذلك من وزير العدل، تحقيقا عن شخصية المتهم وكذلك حالته المادية والعائلية أو الاجتماعية غير أن هذا التحقيق اختياري في مواد الجench. ويجوز لقاضي التحقيق أن يأمر بإجراء الفحص الطبي كما له أن يعهد إلى طبيب بإجراء فحص نفسي أو يأمر باتخاذ أي إجراء يراه مفيدا. وإذا كانت تلك الفحوص الطبية قد طلبها المتهم أو محاميه فليس لقاضي التحقيق أن يرفضها إلا بقرار مسبب". كما تنص المادة 34 من القانون 12-15 المؤرخ في 15.07.2015 المتعلق بحماية الطفل: "يتولى قاضي الأحداث دراسة شخصية الطفل، لاسيما بواسطة البحث الاجتماعي والفحوص الطبية والعقلية والنفسانية ومراقبة السلوك. ويمكنه مع ذلك، إذا توفرت لديه عناصر كافية للتقدير، أن يصرف النظر عن جميع هذه التدابير أو أن يأمر ببعض منها. ويتلقى قاضي الأحداث كل المعلومات والتقارير المتعلقة بوضعية الطفل وكذا تصريحات كل شخص يرى فائدة من سماعه وله أن يستعين في ذلك بمصالح الوسط المفتوح".

⁴ - للتوسع أكثر في الموضوع أنظر:

ثانيا - سلوك الجاني أثناء ارتكاب الجريمة:

يقصد بسلوك الجاني المعاصر للجريمة عدم الإكتراث أو الفظاظة أو البرود أو الإزدراء بالضحية والتمثيل بها، وكذا وحشية الأسلوب الذي اتبعه في تنفيذ الجريمة، والذي قد يكون مصحوبا في حالات قصوى حتى بأفعال الإفتراس أي الأكل من جثة المجني عليه أو الشرب من دمه¹.

وهو ما يفصح عن نزعة إجرامية أو خطورة أكثر جسامة من تلك التي تتوافر لدى الذي يرتكب الجريمة بخوف وتردد، كذلك من يرتكب الجريمة دون خشية من مواجهة المجني عليه تختلف خطورته عن ذلك الذي يرتكبها في غفلة من المجني عليه وخوفا من مجابهته².

كما تختلف الخطورة بين من يرتكب الجريمة على مرأى من الناس غير آبه بأحد، عن من يرتكب جريمته هو خائف يتقرب الناس، ومن ثمة تختلف العقوبة المسلطة عليهما مراعاة لسلوك الجاني.

وكثافة هذا الميل الإجرامي تفصح عنها الطرائق التي سلكها الجاني في سبيل تنفيذ مشروعه الجرمي، وتطبيقا لذلك يمكن القول أن قسوة الأفعال التي باشرها المجرم في جرائم الضرب والجرح عموما، ووسائل الإحتيال التي لجأ إليها بصدد جريمة النصب، وأنماط العنف المصاحب لجريمة السرقة بالعنف، تدلّ بجلاء على مدى الإستهانة بالحقوق التي يخضعها القانون لحمايته في هذه الجرائم³.

فدرجة الإصرار الإجرامي الذي يكشف عنه مسلك المجرم لدى تنفيذ الأفعال الاجرامية تدل على استفحال خطورته وتبرر مؤاخذته بشدة. ومما يدل على هذا الميل اللااجتماعي مغالبة الجاني الصعاب التي تعترض تنفيذ جريمته، وسعيه إلى عرقلة المجني عليه في التخلص من آثار الجريمة. ويدل عليها كذلك إحكامية خطة التنفيذ وإخفاء ما يكشف عنها⁴.

وما يدخل أيضا في هذا المفهوم ما يأتيه الجاني من أفعال أثناء اقتراف الجريمة، والتي من شأنها زيادة أضرار أخرى تتجاوز نتيجة الجريمة، كارتكاب أفعال عنف على المجني عليه أثناء ارتكاب السرقة.

¹ - رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 866-867.

² - مأمون محمد سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص 125. رمزي رياض عوض، التفاوت في تقدير العقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 76.

³ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 786.

⁴ - عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص 262.

أو فرار الجاني بعد ارتكاب حادث مرور مميت في مكان خال، وعدم الإكتراث بمساعدة الضحية، وهو يتألم بجراحه بعد الحادث، أو ممارسة الجاني لأفعال تعذيب قبل قتل المجني عليه، أو كمن يستشعر لذة في القيام بأفعاله الإجرامية وغير ذلك من الأمور التي كثيرا ما توحى بشخصية إجرامية شرسة، تتطلب جزاءً على قدر من الشدة يردع مثل هذه الشخصية أو يؤهلها بحسب ما يراه القاضي مناسبا له.

فسلوك المجرم أثناء ارتكاب الجريمة واضطرابه أو هدونه الشديد وشعوره بتأنيب الضمير أو بعدم الإكتراث، كل ذلك يلقي بظلاله على شخصيته ومدى خطورته، وينبغي أن يكون محل تقدير من القاضي أثناء تحديد واختيار العقوبة.

وفي الإجهاد القضائي قضت المحكمة العليا في قرار لها: "...أن حالة السكر لم تكن على الإطلاق لا حالة إعفاء من المسؤوليةين الجزائية والمدنية ولا حالة تخفيف العقوبة، بل تعتبر من أسباب التشديد، إذا ما ثبت تناول المتهم الخمر بقصد أن يتشجع على الإقدام على ارتكابه للفعل المجرم..."¹، ففي هذا القرار اعتبرت المحكمة سلوك المتهم المعاصر لارتكاب الجريمة بتناوله الخمر والإقدام على الجريمة ظرفا مشددا قضائيا من شأنه تغليظ العقوبة.

ثالثا- سلوك الجاني اللاحق لارتكاب الجريمة:

إذا كان للسلوك السابق والمعاصر لارتكاب الجريمة أهمية كبيرة في استجلاء خطورة الجاني ومن ثمة تقدير الجزاء المناسب، فإن السلوك اللاحق لارتكاب الجريمة لا يقل أهمية عنهما، ذلك أن هذا السلوك قد يدل أيضا على أن الجاني على قدر من الخطورة التي لم تنته عند حد ارتكاب الجريمة فقط وإنما تعدى ذلك لمرحلة ما بعد حدوثها، كأن لا يستشعر الجاني فضاغة الجريمة التي اقترفها، ولا يشعر بالندم على فعلته، بل وقد يفتخرو ويتباهى بما اقترف بين أصدقائه معربا عن مرح واعتزاز في سرد وقائعها، كما قد يتوجه للهو والإنغماس في الشهوات والملذات بعد ارتكاب الجريمة غير مكترث ولا آبه بما ارتكبه ودون شعور بالذنب والندم على فعله، ودون أن تنتابه فكرة إصلاح ما سببه من أضرار.

ويدخل في سلوك الجاني اللاحق للجريمة أيضا تصرفه أثناء إجراءات التحقيق والمحاكمة، كإخفاء معالم الجريمة وترهيب شهود الإثبات ومراوغته في أقواله ومثابرتة على الإنكار وإساءة الأدب

¹ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار في 24-11-2016، ملف رقم 0690562، مجلة المحكمة العليا، ع 02، ص 2016، ص 438.

في مجلس القضاء¹، وسعيه الحثيث لإلصاق التهمة بشخص بريء، وهذه كلّها قرائن تدل على خطورته مما يستوجب مجابته بمعاملة عقابية مشددة.

غير أن السلوك اللاحق للجريمة لا يقتصر أثره على تشديد العقوبة فقط، إنما قد يكشف سلوك الجاني بعد ارتكاب الجريمة أحيانا على اضمحلال خطورته الإجرامية مما يقتضي مواجهته بمعاملة عقابية مخففة. ويتفاوت السلوك اللاحق لارتكاب الجريمة باعتباره وسيلة للتخفيف أو الإغفاء من العقوبة بين التبليغ عن الجريمة ومرتكبيها، والإعتراف بها، وتعويض المجني عليه عن ما أصابه من أضرار.

فكل هذه التصرفات تفيد بأن الجاني قد ندم على ما ارتكبه، وهو يعبر من خلال سلوكياته هذه عن إظهار توبته الصادقة أو الإيجابية إزاء ما بدر منه، إذ يعطي نظام الظروف المخففة للقاضي الإعتداد بالظروف اللاحقة على الجريمة إذا كانت هذه الظروف تسمح بكشف طباع المذنب²، وسنتناول هذه السلوكات من خلال ما يلي:

أ- التبليغ و الإعتراف: يقصد بالتبليغ إخبار السلطات العامة عن وقوع الجريمة والإرشاد عن مرتكبها بغية تتبعهم والقبض عليهم تمهيدا لمحاكمتهم، أما الإعتراف فيعني إدلاء الجاني بكافة المراحل التي مرت بها الجريمة سواء ما تعلق منها بمادياتها أو ما كان له صلة بجانيها المعنوي، إذ قد يؤدي هذا الإقرار إلى إسداء خدمة بالغة الأهمية للدولة، كما هو الحال بالنسبة للجرائم الماسة بأمنها أو إهدار الثقة في عملها بتزييفها.

ويرى بعض الفقهاء أن هناك اختلافا بين التبليغ و الإعتراف، فالتبليغ أو الإخبار يكون في مرحلة جمع عناصر التحقيق وهي مرحلة الإستدلال، أما الإعتراف فلا يكون إلا أمام جهة قضائية، سواء كانت سلطة تحقيق أو محاكمة³.

فالإخبار عن الوقائع الجرمية وعن هوية مرتكبها تسهل بالضرورة مهمة الضبطية القضائية وكذا القضاء في تعقب المجرمين والقبض عليهم وقطع دابر الجريمة، مما يؤدي إلى تجنب الأضرار

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 813.

² - Roger MELER , André VITU , op.cit. , p.895.

³ - سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، مرجع سابق، ص ص 340-342.

والإضطرابات التي تحدثها الجريمة في النظام العام في المجتمع. فإقرار الشخص أو إخباره بالجريمة قد يجنب الأضرار التي من شأنها إهدار ركائز الكيان الاجتماعي، ومن ثمة ينبغي معاملته بموجبات الرأفة التي يستأهلها، فالجزاء هنا من جنس العمل.

وينبغي أن لا يُنظر إلى هذه الإعتبارات باعتبارها تؤدي خدمة للدولة، وإنما وجب النظر إليها باعتبارها تنم عن شخصية خطورتها محدودة، إذ لو كان الجاني خَطِراً لما أخبر أو أبلغ أو اعترف بالجريمة التي ارتكبها أو اشترك فيها¹.

وهكذا فإن بعض التشريعات الجنائية نصت على ذلك صراحة مثل ما نص عليه قانون العقوبات النمساوي من تخفيف العقاب في حالة اعتراف المتهم وعدم هروبه وتبليغه عن بقية المتهمين (المادة 46/ 8،9) والقانون الدنماركي (المادة 48)². وفي التشريعات العربية نص على ذلك قانون العقوبات المصري³، وقانوني العقوبات السوري⁴ واللبناني⁵.

وقد جرى التشريع الجزائي على نفس النهج، بحيث قرر مثلاً عقوبات مخففة لصالح مرتكب الجرائم أو الشريك الذي يمكن السلطات من إيقاف باقي المجرمين، فقد نصت المادة 31 من القانون رقم 18-04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية⁶ وقمع الإستعمال والاتجار غير المشروعين بهما على تخفيض العقوبات التي يتعرض لها مرتكب الجريمة أو شريكه المنصوص عليها في المواد من 12 إلى 17 من نفس القانون إلى النصف، إذا مكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة أو الجرائم الأخرى من نفس الطبيعة أو المساوية لها في الخطورة. وكذلك المادة 28 من الأمر رقم 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب التي تنص على تخفيض العقوبات العقوبة التي يتعرض لها مرتكب جرائم التهريب أو من شارك في ارتكابها إلى النصف، إذا ساعد السلطات بعد تحريك الدعوى العمومية في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص المبيينين في المادة 26، وإذا كانت العقوبة المقررة السجن المؤبد تخفض إلى عشر سنوات سجناً. كما تنص المادة 49 من

¹ - عبد العزيز عبد الفتاح خضر، مرجع سابق، ص 261.

² - حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 224.

³ - المادتان: 5/48، 84، 84 مكرر من قانون العقوبات المصري، مرجع سابق.

⁴ - المادتان 262، 302 من قانون العقوبات السوري، مرجع سابق.

⁵ - المادة 272 من قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق.

⁶ - قانون رقم 18-04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، مرجع سابق.

القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته¹، على تخفيض العقوبة إلى النصف لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة، ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها.

كما نصت المادة 92 فقرتين 02، 03 من ق.ع المتعلقة بالجنايات والجنح ضد أمن الدولة، على تخفيض عقوبة المبلغ، بحيث خفضت العقوبة درجة واحدة إذا حصل الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها ولكن قبل بدء المتابعات، وكذلك الشأن بالنسبة للفاعل إذا مكن من القبض عن الفاعلين والشركاء في نفس الجريمة أو في جرائم أخرى من نفس النوع ونفس الخطورة، وذلك بعد بدء المتابعات.

وقد يصل الأمر إلى حد إعفاء المبلغ من العقوبة، ويتعلق الأمر هنا أساسا بمن ساهم في مشروع الجريمة ثم يقدم خدمة للمجتمع بأن يبلغ العدالة عن الجريمة المزمع ارتكابها أو عن هوية المتورطين فيها. ولقاء هذه الخدمة رأى المشرع أن يجازي المبلغ عن طائفة من الجرائم لا سيما تلك التي يصعب الكشف عنها².

وهذا ما ورد في المادة 92 ف 01 من ق.ع التي أعفت من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها. وما نصت عليه المادة 179 من نفس القانون بالنسبة للمبلغ عن جناية تكوين جمعية أشرار، والمادة 199 بالنسبة للمبلغ عن جناية تزوير النقود، والمادة 205 ف 02 بالنسبة للمبلغ عن جناية تقليد أختام الدولة.

وهناك طائفة أخرى من النصوص الجنائية التي أعفت المبلغ عن الجريمة من العقوبة، وقد وردت هذه النصوص في قوانين خاصة، ونخص بالذكر المادة 49 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والمادة 27 من الأمر 06-05 المتعلق بمكافحة التهريب، والمادة 30 من القانون 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال والإتجار غير المشروعين بهما. وتشترك هذه النصوص في مجملها في وجوب أن يتم التبليغ قبل تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها.

¹ - قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20.02.2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، معدل ومتمم، مرجع سابق.

² - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 280.

هذا، وينبغي أن نشير في الأخير إلى أن الإقرار الطوعي للمتهم أمام القضاء قد يشكل هو الآخر سببا لتخفيف العقوبة. فكشف الحقيقة أمام القضاء بالإقرار بها وسرد تفاصيلها دون وجود أدلة أخرى تجبر المتهم على ذلك، مع إمكانية لجوء المتهم إلى الإنكار أو الصمت والنجاة من العقوبة، فيه دلالة واضحة على تمتع المتهم بشخصية إيجابية، فالإقرار بالخطأ فضيلة، وبالتالي ينبغي معاملته عقابيا بالتوجه نحو تخفيف العقوبة. وفي هذا قضت محكمة التمييز الأردنية: " أن اعتراف المتهم يشكل سببا مخففا تقديريا لا سببا مخففا قانونيا ¹."

ب- التوبة وإصلاح الضرر: تبدأ الجريمة بمجرد فكرة تختلج في نفس صاحبها، وقد تتداخل معها عوامل أخرى، فيحدث الصراع حتى ينتهي الجاني إلى الإقدام على جريمته ²، بيد أن هذا الإقدام لا يعد قرينة قاطعة على خطورة الجاني إذ قد تقوّضها عوامل أخرى، لعل أهمها ما ينتاب الجاني من شعور بالندم عقب اقتراف الجريمة، وسعيه لإصلاح ما سببه للغير من ضرر أو سعي للصالح مع المجني عليه، وفي سلوكه هذا دليل على تضاؤل خطورته الإجرامية ³.

إن ندم الجاني على ارتكابه للجريمة ومسارحته إلى جبر الضرر الذي تسبب فيه وإنقاذ ما يمكن إنقاذه، يعد دليلا صادقا على صدق نيته في عدم العودة إلى وحل الجريمة، وشعوره بالإثم وتأنيب الضمير.

وقد ذهب الفقه إلى تسمية ذلك السلوك بالتوبة الإيجابية، بمعنى أن لا تقتصر التوبة على مجرد الأسف السلبي المتجرد من أي تعويض للضرر الناجم عن الجريمة، بل تتجاوزه إلى كفالة ذلك التعويض. ومثال ذلك ما يقوم به الجاني في جريمة القتل نتيجة ما يعتريه من ندم تلقائي لمحاولة إنقاذ ضحيته ببذل قسط من العناية من أجل إسعافه أو طلب النجدة له، أو حينما يقوم السارق برد المسروقات قبل المحاكمة. فهذه التصرفات تكشف ضالة خطورة الجاني وضمحلها، وهذا يفضي إلى معاملته بالرفقة ⁴.

¹ - تمييز أردني رقم 1996/388، مجموعة الأحكام الجزائية لمحكمة التمييز الأردنية من سنة 1996 إلى 2002م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 64.

² - حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 225.

³ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 813.

⁴ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 444.

فالقاضي يتعين عليه أن يعوّل على التوبة الإيجابية الصادرة عن الجاني إذا تمثلت في إصلاح ما سببه من أضرار للمجني عليه أو ذويه، حتى ولو لم يكن ثمة نص على ذلك، وأنه يشترط لإعمال هذا الضابط أن يكون إصلاح الضرر فعليا، فلا يكفي مجرد الإعتذار والأسف، وأن يكون ذلك سابقا على الحكم النهائي، وأن يكون إراديا وتاما وغير معلق على أي شرط¹. ومع ذلك لا ضير من الإهتمام بالإصلاح الجزئي للأضرار الناتجة عن الجريمة في حالة تقدير عقوبة مقترفها².

وإذا كان قانون العقوبات النمساوي (المادة 46) و الدنماركي (المادة 84) و الإيطالي (المادة 6/62) و الليبي (المادة 2/28) و اليمني (المادة 109) قد نصت صراحة في هذه المواد على هذا الضابط الذي يمكن أن يرشد القاضي الجزائي في اختيار العقاب المناسب³، فإن الفقه والتشريع الفرنسيين قد خالفهم في ذلك، واستمر لعقود طويلة لا يعتد بتوبة الجاني في تخفيف العقوبة تأسيسا على أن الجاني عند تعويض الضرر اللاحق بالمجني عليه لم يعوّض المجتمع عن الضرر الذي ألحقه به عند مخالفة القانون، فالقانون الجنائي لا شأن له بالضرر الخاص⁴. فهو لا يعاقب المجرم لتسببه في الضرر للغير، وإنما أيضا لما أشاعه في المجتمع من قلائل واضطراب نتيجة عصيانه أوامر المشرع ونواهييه وعدم احترام النظام الاجتماعي السائد⁵.

لكن المشرع الفرنسي عدل عن ذلك وسنّ ما يسمى بالإعفاء القضائي من العقوبة بتوفر شروط محددة، وهي: أن تكون الجريمة مخالفة أو جنحة، وأن يتبين بأن المتهم قد انصلح وزالت خطورته، وأن يتم تعويض الضرر الناجم عن الجريمة، وأن يكون الإضطراب الذي أحدثته الجريمة قد توقف. فإذا توفرت هذه الشروط مجتمعة جاز للقاضي الجزائي إعفاء المتهم من العقوبة⁶. بل واستحدث المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر بتاريخ 2007.03.0 عقوبة بديلة أطلق عليها العقوبة

¹ - حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 226.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 446.

³ - فهد يسلم هادي حيتور، مرجع سابق، ص 450.

⁴ - عبيد حسنين إبراهيم صالح، مرجع سابق، ص 225.

⁵ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص 445.

⁶ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 283 - 284.

بالتعويض *la sanction- réparation*، بحيث يُطلب من المتهم تعويض الضرر الذي سببه للضحية، وقد يكون ذلك بمقابل مالي أو عن طريق التنفيذ العيني بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وعند امتثاله لذلك يكون قد نفذ عقوبته.

وقد سار الفقه والقضاء المصري على نفس التوجه، ولم ينظم المشرع هذا الضابط إلا في مناسبات متفرقة لا تنظمها نظرية عامة¹، وكذلك فعل المشرع الجزائري الذي لم ينظم هذا الضابط أيضا إلا في نصوص متفرقة، حيث جعل من توبة الجاني عذرا معفيا من العقاب كما هو الحال في نصوص المواد (4-92، 3- 182، 2- 217 من ق.ع)، وجعل من توبة الجاني ظرفا مخففا للعقوبة كما هو الحال في المادة 294 من ق.ع المتعلقة بجناية الخطف أو الحبس أو الحجز التعسفي إذا أفرج مرتكبها طواعية عن الضحية، وتختلف مدة تخفيض العقوبة حسب المدة التي استغرقها الجاني للإفراج عن الضحية.

وفي رأينا، فإن الإعتداد بتوبة الجاني وإصلاح الضرر الذي سببه كضابط في تخفيف العقوبة أو حتى الإعفاء منها يحقق نوعا من الوثام الاجتماعي، وهو ما يفضي في النهاية إلى تحقيق الأمن الاجتماعي الذي يعدّ من غايات القانون الجنائي، ويبدو أن التعديلات التي طرأت على قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بموجب الأمر 15- 02 المؤرخ في 25 يوليو 2015²، وإدراج المشرع بدائل جديدة للدعوى العمومية كالوساطة والصلح يوحى بجنوح المشرع نحو تمكين القاضي وتوجيهه إلى استعمال سلطته التقديرية نحو تخفيف العقوبة في حال توبة الجاني وإصلاحه الضرر الذي سببه بجريمته.

الفرع الثاني

ظروف حياة الجاني الشخصية والاجتماعية

الإنسان نتاج لما يحيط به من ظروف تلازمه منذ أن خلق إلى أن يفارق الحياة، فهو يؤثر ويتأثر بالظروف المحيطة به، ويكتسب من مجتمعه سلوكياته، فهو يعيش في وسط اجتماعي.

كما يحتك منذ ولادته بمصادر تربوية منها يتلقى قيم المجتمع الذي يعيش فيه، ويتعلم منها المهارات كالأسرة والمدرسة والوظيفة... إلخ، ومما لا شك فيه فإن جميع العقوبات التي تصادفه في حياته

¹ - عبيد حسنين ابراهيم صالح، مرجع سابق، ص ص 225 - 226.

² - أمر 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق.

تؤثر بشكل مباشر في تكييفه مع محيطه الإجتماعي، وتعرقل نموه الإجتماعي بشكل يجعله غير متكيف بصورة طبيعية مع هذا الوسط، مما يبرئ له الطريق نحو عالم الجريمة.

إن هذه العوامل الشخصية والإجتماعية للصيقة بالمجرم والملازمة لحياته، والتي تؤثر في سلوكه كثيرة ومتنوعة، وهي لا بد من أن تؤثر في تقدير القاضي الجزائي للعقوبة، وحتى لا نحيد عن مقتضيات البحث وأهدافه، نتناول أهم هذه العوامل الشخصية والإجتماعية.

أولاً - سن الجاني:

يعدّ سن الجاني أحد العوامل التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد العقوبة، فإذا كان القاضي يأخذ حداثة السن في الاعتبار، فإنه يأخذ كذلك الشيخوخة كسبب لتخفيف العقوبة، فمن يرتكب جريمة وهو في السبعينات من عمره تكون عقوبته أخف، وحكمة هذا التخفيف هي تجنب احتمالات وفاة المحكوم عليه وهو يقضي عقوبته بالسجن، فضلاً عن ما يعانيه الشيخوخ في هذا السن من أمراض وما يتطلبونه من علاج، فالتخفيف يكون من باب الرأفة بهم¹. فضلاً عن ما للسن من تأثير على طباع الجاني، فصغر السن يجعل الشخص متهوراً أو عاطفياً جيّاشاً، وكبر السن قد يجعل الشخص أكثر عدوانية².

وقد حظي سنّ الجاني باهتمام التشريعات الجنائية الحديثة باعتباره ضابطاً يساعد القاضي الجزائي على تفريد العقوبة قضائياً، فأوجبت هذه التشريعات تخفيف العقوبة إذا كانت سن الجاني تقل عن ثمانية عشر سنة مثل ما نصت عليه المواد 07، 15، 16، 17 من قانون الأحداث المصري³، والمادة 43 من قانون العقوبات التونسي.

كما أجاز قانون العقوبات البرتغالي للقاضي الجزائي تخفيف العقوبة لمن تجاوز سنه السبعين عاماً (المادة 3-39)، وكذلك الشأن بالنسبة لقانون العقوبات الروسي (المادة 8-38)⁴.

¹ - رمزي رياض عوض، الأحكام العامة في القانون الجنائي الأنجلو أمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 306.

² - المرجع نفسه، ص 306.

³ - القانون رقم 31 لسنة 1974 بشأن الأحداث، متوفر على الموقع:

<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://manshurat.org/sites/default/files/docs/pdf/013008.pdf>

⁴ - حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 220.

ونصت تشريعات أخرى صراحة على سن الجاني كضابط من ضوابط تقدير العقوبة كقانون العقوبات الإيطالي (المادة 133/الشق الثاني/ 3)، وقانون العقوبات الليبي (المادة 28 /الشق الثاني/3) وقانون الجرائم والعقوبات اليمني (المادة 109).

أما قانون العقوبات الجزائري، فلم يرد في نصوصه ما يشير إلى توجيه القاضي للأخذ بسن الجاني كضابط لتقدير العقوبة، لكن المشرع في المادة 49 من قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون 01-14 المؤرخ في 04 فيفري 2014¹، وفي الفصل المتعلق بالمسؤولية الجزائية نص على أن القاصر الذي لم يكمل عشر سنوات لا يكون محلا للمتابعة الجزائية، ولا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه بين 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية والتهذيب، في حين يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير التربية والتهذيب أو لعقوبات مخففة².

فإذا كان الحدث الذي لم يكمل العاشرة من عمره يفلت تماما من المسؤولية الجزائية لصغر سنه، فإن المشرع أقر تدابير الحماية والتهذيب، وعقوبات مخففة بالنسبة للحدث الذي يقل سنه عن 18 سنة. وفي غير هذه الحدود تكون مسؤولية الجاني عن أفعاله الإجرامية كاملة، ومع ذلك فإذا كان الجاني قريبا من هذه السن بحيث يتيقن القاضي بأنه لازال في مرحلة من عمره يغلب عليها الطيش والرعونة والإندفاع، جازله أن يعتبر ذلك من الظروف المخففة القضائية.

وبالمقابل أيضا لا يعامل عقابيا من تقدم به العمر بنفس المعاملة العقابية التي يعامل بها غيره، ولا شك أن منع المشرع الجزائري تطبيق الإكراه البدني على من تجاوز 65 سنة من عمره³، دليل على ضرورة توجه القاضي نحو معاملة عقابية مناسبة لهذه الطائفة من المجرمين، بما يناسب سنهم، ويمكن اعتماد هذا السن معيارا لإفادة المتهم بعقوبة مخففة.

¹ - قانون 01-14 المؤرخ في: 04 فبراير 2014 المعدل والمتمم للأمر 156-66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ع، ع 07 المؤرخة في 16 فبراير 2014.

² - يذكر أنه وقبل صدور القانون 01-14 سالف الذكر الذي حدد سن 10 سنوات كحد أدنى للمتابعة الجزائية، كان القانون يسمح بمتابعة الأحداث الذين تقل أعمارهم عن 10 سنوات، لكن لم يكن القضاء يحكم على هؤلاء الأطفال سوى بتدابير الحماية والتهذيب أو التوبيخ، كما حكم القضاء بالإعفاء من المسؤولية الجزائية على أساس انتفاء الأهلية لصغر السن، وأقرت المحكمة العليا هذا الاجتهاد فقد جاء في قرارها " أن إفادة طفل يبلغ من العمر 04 أربع سنوات بانتفاء وجه الدعوى بسبب عدم توفره على أهلية انتهاك النصوص القانونية الجزائية تطبيق سليم للقانون".

المحكمة العليا، قرار في 2009.12.17، ملف رقم 393050، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2011، ص 339.

³ - المادة 602 من ق.إج.

بهذا يتضح بأنه وحتى في التشريعات التي لا تنص على ضابط السن في تقدير العقوبة صراحة كحال التشريع الجزائري، فإن القاضي الجزائي مدعو لأن يراعي سن الجاني، باعتباره ضابطا يعينه على اختيار العقوبة المناسبة، إذ لا بد من معاملة عقابية مناسبة للمجرم الطاعن في السن، أو للمجرم في مقتبل العمر، إذ ليس من المنطق في شيء معاملة مجرم بلغ سنه الثامنة عشر بيوم أو يومين كما يعامل مجرم آخر اكتملت رجولته، وكذلك الشأن لمن تقدم به العمر وأصبح هو نفسه محتاجا إلى مساعدة الغير، فمن الواجب أخذ هؤلاء بموجبات الرأفة، واعتماد هذا الضابط في تقدير العقوبة.

ثانيا- الحالة العقلية للجاني:

لا يهمننا في هذه الدراسة مناقشة الحالة العقلية التي تُفقد الإدراك وحرية الإختيار كحالة الجنون، فهذه الأخيرة مانع من موانع المسؤولية الجزائية، وهي تعفي الجاني تماما من العقوبة¹. لكن ما يهمننا هو تلك الأمراض العقلية والعاهات التي لا تفقد الإدراك، لكنها تشكل تصرفات تُنبئ عن خلل جزئي في عقل الجاني أو إرادته، وهذا الخلل وجب أن يضعه القاضي في حسابه لدى تقديره للعقوبة الواجبة التطبيق².

فالتفريد القضائي للعقوبة يقتضي أن يقيم القاضي وزنا للحالة العقلية للشخصية الإجرامية عند تحديد العقوبة الملائمة، باعتبارها من العوامل التي أدت إلى نقص الإدراك وحرية الإختيار، ومن الأمثلة على ذلك أن لا يكون الجاني مصابا بجنون أو بعاهة في العقل وقت ارتكاب الجريمة، وإنما بمرض نفسي قد يجعله شبيهاً بالجنون كالصرع والهستيريا والهواجس المرضية³.

ومن هذه الأمراض أيضا حالة السيكوباتية التي تشكل شذوذا نفسيا يدفع المصاب به إلى ارتكاب جرائم لعجزه عن التكيف مع القيم الإجتماعية السائدة، وهي ليست مانعا من موانع المسؤولية الجزائية لكنها تشكل سببا من أسباب تخفيف العقاب، في الحدود التي تسمح بها سلطة القاضي التقديرية بين حدي العقوبة⁴.

¹ - تنص المادة 47 من ق.ع " لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة..."

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الإحترازية، مرجع سابق، ص 449.

³ - محمود نجيب حسني، المجرمون الشواذ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 43.

⁴ - فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المسؤولية والجزاء الجنائي، دار الهدى للطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 104.

ومن التشريعات التي اعتبرت الجنون الجزئي ظرفا مخففا، قانون العقوبات السوري (المادة 232) واللبناني (المادة 233) والليبي (المادة 84) والعراقي (المادة 60)، واعتبر المشرع اليمني درجة المسؤولية من ضوابط السلطة التقديرية في تفريد العقاب (المادة 109 من قانون العقوبات اليمني)، وأشار نفس القانون في مادته (105) إلى أن نقص الإدراك ظرف مخفف.

واهتمت تشريعات أخرى بما يترتب على هذا النقص في الملكات الذهنية للجاني من آثار، ومن أهمها قابلية الجاني للإستفزاز، حيث اعتبر الغضب الشديد الناجم عن تصرف غير محق وعلى جانب من الخطورة أتاح المجني عليه سببا أو مبررا كافيا لتخفيف العقوبة إلا إن تم الفعل على أنثى، وهو ما نص عليه قانون العقوبات الأردني (المادة 98)، وقانون العقوبات السوري (المادة 242)، و قانون العقوبات اللبناني (المادة 252).

أما المشرع الفرنسي فقد أعفى من كان وقت ارتكاب الفعل مصابا باضطراب عقلي أو عصبي أفقده التمييز أو السيطرة على أفعاله من المسؤولية الجزائية. وإذا كان الشخص مصابا وقت ارتكاب الفعل باضطراب عقلي أو عصبي أضعف تمييزه أو قلل من قدرته على التحكم في أفعاله، فإنه يظل مستحقا للعقاب، ومع ذلك على المحكمة أن تراعي هذا الظرف عند تقدير العقوبات وتحديد نظامها¹.

لكننا لا نعثر على أي نص في تشريعنا العقابي تناول هذا الضابط، فمن كان في حالة جنون يعفى من العقوبة باعتباره مانعا من موانع المسؤولية وفقا للمادة 47 من ق.ع، أما الأمراض النفسية والعصبية الأخرى التي تصيب القوى العقلية للجاني، ولا تعد إدراكه وتمييزه بصفة مطلقة، فلم ينظمها المشرع بأي نص، فاتحاً بذلك المجال للقاضي الجزائي لإعمال سلطته التقديرية في تحديد العقوبة المناسبة لحالة الجاني، والتي بلا ريب سيتجه بها نحو التخفيف مراعاة لحالة الجاني ونقص ملكاته الذهنية وقت ارتكابه للجريمة.

¹ - Article 122-1 du CPF: « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état ».

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية: "إن المرض العقلي الذي تنعدم به المسؤولية قانوناً وفق المادة 62 من قانون العقوبات، هو الذي من شأنه أن يعدم الشعور والإدراك. أما سائر الأمراض والأحوال النفسية التي لا تفقد الشخص شعوره وإدراكه لا تعدّ سبباً لانعدام المسؤولية"¹. وقضت أيضاً: "أن الجنون وعاهة العقل دون غيرهما هما مناط الإعفاء من العقاب أما الحالة النفسية والعصبية، فتعد من الأعذار القضائية المخففة التي يرجع الأمر فيها لتقدير محكمة الموضوع دون معقب"². وفي نفس المعنى قضت محكمة التمييز الأردنية: "أن الحالات البسيطة في عاهة العقل تعد من الضوابط التي يستعين بها القاضي عند تقدير العقوبة"³.

ورغم أننا لم نعثر في الإجتهد القضائي الجزائري على قرارات تناولت هذه المسألة، فإن القاضي الجزائي مدعو لفرض معاملة عقابية مناسبة على مثل هذه الحالات تكفل القضاء على الخطورة الإجرامية لهؤلاء الجناة، فالقاضي عليه أن يتحقق من مدى تمتع الجاني بإرادة حرة وواعية وقت ارتكاب الجريمة، فإذا لم يبلغ فقدان الإرادة الحد المطلوب لامتناع المسؤولية الجنائية، فإن ضعفها أو نقصانها من شأنه أن يوجه القاضي نحو استعمال سلطته التقديرية نحو التخفيف.

ذلك أن هذه الطائفة من المجرمين تتميز بعدم مقاومة نوازع الشر والإجرام وضعف مقاومتهم للزعات الجامحة فيهم وتوجههم مباشرة إلى الجريمة دون أي وازع أخلاقي أو اجتماعي، وسيطرة العواطف الجامحة عليهم لدرجة فقدانهم إرادة الاختيار وضبط النفس، مما يقتضي عدم تخفيف عقوباتهم دوماً بشكل قد يؤدي إلى تماديهم في الإجرام، بل لابد من مواجهة هذه الخطورة الإجرامية ببعض التدابير الوقائية، كالوضع في مؤسسات استشفائية متخصصة بغية مساعدتهم على العلاج لمواجهة خطورتهم ومنعهم من ارتكاب الجريمة مستقبلاً.

والمرجع الجزائري قد تعرض لهذه المسألة حينما مكّن القاضي الجزائي من الحكم بتدابير الأمن، فقد نصت المادة 19 من ق. ع على أن: "تدابير الأمن هي: 1- الحجز القضائي في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية. 2- الوضع القضائي في مؤسسة علاجية"، ومنح المشرع للقاضي الجزائي سلطة تقديرية واسعة لمواجهة خطورة المجرم المصاب بخلل في قواه العقلية قائم وقت ارتكاب الجريمة أو

¹ -نقض مصري، قرار في 16 مارس 1989، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 40، رقم 68، مشار إليه في: فهد هادي يسلم حيتور، مرجع سابق، ص 432.

² -نقض مصري، قرار في 05 يناير 1989، رقم 5775، مجلة المحاماة، نقابة المحامين المصريين، ع 05 و ع 06، س 1990، ص 7.

³ - تمييز أردني، قرار رقم 1986/21، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ع 03، س 1989، ص 529.

اعتراه بعد ارتكابها بوضعه في مؤسسة استشفائية متخصصة في الأمراض العقلية شريطة أن يتم إثبات هذا الخلل العقلي بواسطة فحص طبي، وذلك عملاً بأحكام المادة 21 من ق.ع.

كما أجاز القانون الجزائي للقاضي الجزائي وضع المجرم المصاب بإدمان اعتيادي ناتج عن تعاطي مواد كحولية أو مخدرة تحت الملاحظة في مؤسسة مهياة لهذا الغرض، شريطة أن يكون السلوك الإجرامي لهذا الشخص مرتبط بهذا الإدمان¹، عملاً بأحكام المادة 22 من ق.ع.

ثالثا - الحالة الإجتماعية للجاني:

لاشك أن البيئة الإجتماعية وما يدخل في تكوينها من عوامل لها تأثير كبير على السلوك الإجرامي، ولذلك فإن تقدير الخطورة الإجرامية للمجرم لا يمكن أن يغفل العوامل الإجتماعية المؤثرة في شخصية الجاني، فالبيئة الإجتماعية تؤثر في الشخص، وبالتالي فلها دلالتها في تقدير احتمال وقدرة الشخص على ارتكاب السلوك الإجرامي كرد فعل على المؤثرات الخارجية المتأتية من البيئة والمحيط الإجتماعي الذي تربى فيه هذا الشخص.

وقد تكون هذه العوامل المؤثرة في سلوك الجاني صحية أو معيشية أو عائلية أو تعليمية أو غيرها، والتي ينبغي أن يستخلصها القاضي من ظروف الواقعة المعروضة عليه، ويجب عليه أن يأخذ هذه العوامل الخاصة المؤثرة على سلوك الجاني بعين الاعتبار في تقديره الجزاء المناسب للحالة المعروضة عليه.

فمن الأهمية بمكان الوقوف على الوضعية الإقتصادية للجاني موسراً كان أم فقيراً، موظفاً أو بطالاً، موارده المالية والأعباء العائلية المكلف بها، كما يعتد أيضاً بالظروف العائلية وظروف الوالدين والمقيمين معه وسلوك أفراد عائلته وغير ذلك من الظروف المحيطة بالجاني والتي يتأثر بها سلوكه الإجرامي².

¹ وينطبق هذا الأمر على ما نصت عليه المادة 8 من القانون 18-04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية التي تجيز للجهة القضائية المختصة الحكم إلزام المتهمين بارتكاب جنحي استهلاك المخدرات والمؤثرات العقلية أو حيازتها من أجل الاستهلاك المنصوص عليهما في المادة 12 بالخضوع لعلاج إزالة التسمم في مؤسسة متخصصة تصاحبه جميع تدابير المراقبة الطبية، إذا ثبت بواسطة خبرة طبية متخصصة أن حالتهم الصحية تستوجب علاجاً طبياً.

² - مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، مرجع سابق، ص 126 - 127.

فقد يكون ارتكاب الجريمة ناتجا عن قلة التربية والتهذيب أو الحرمان من التعليم، وهي عوامل ستؤثر لا محالة في المستوى المعيشي للفرد أو الأسرة، ومن ثمة سيكون لها أثرا فعالا عند استعمال القاضي لسلطته التقديرية في تحديد العقوبة.

فالوسط الاجتماعي والظروف العائلية وظروف التنشئة الاجتماعية للجاني، ودراسته وعمله ودخله، وأصدقائه أو باختصار كل الظروف المرتبطة بالجاني التي يمكن أن تكون لها تأثير على سلوكه، يجب أن تكون محل تقدير القاضي في تحديد العقوبة.

وفي هذا السياق يقول الأستاذ مأمون سلامة: "أن الخطورة الإجرامية تكون أكثر جسامة كلما كانت العوامل الداخلية للإجرام لها الغلبة على العوامل البيئية حيث يبدو ذلك واضحا حينما تكون الخطورة الإجرامية مركزة على جرائم من نوع خاص، أي في الحالة التي يكون لدى الجاني ميلا إجراميا نحو جرائم من نوع خاص كجرائم الأموال أو جرائم الأشخاص أو جرائم العرض، أما حينما تتغلب العوامل البيئية على الداخلية فغالبا ما تكون الخطورة عامة"¹.

ومن التشريعات التي جعلت من الظروف الاجتماعية والمعيشية ضابطا في تقدير العقوبة قانون العقوبات النمساوي الذي جعل من فقر الجاني كضابط لتقدير العقوبة (المادة 46)، كما اعتمدت (المادة 08) من القانون الدنماركي الحالة المعيشية للجاني كضابط في التقدير.²

أما التشريعات العربية فقد أوجبت المادة 109 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، على القاضي مراعاة المركز الإقتصادي للجاني عند تحديد الغرامة، وكذلك قانون العقوبات البحريني (المادة 3/56).³

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 132-24 من قانون العقوبات: "في الحدود المقررة في القانون، تنطق المحكمة بالعقوبات وتحدد نظامها مع مراعاة ظروف ارتكاب الجريمة وشخصية مرتكبها. وإذا قضت المحكمة بالغرامة عليها أن تحدد مقدارها مع مراعاة دخل الجاني وأعبائه".

¹ - مأمون سلامة، المرجع نفسه، ص 127.

² - حسنين إبراهيم صالح عبيد، مرجع سابق، ص 220 - 221.

³ - قانون العقوبات البحريني، متوفر على الموقع:

ونظرا لأهمية هذا الضابط في تقدير العقوبة المناسبة قضائيا، فقد جعلت أغلب التشريعات الجنائية - إن لم يكن جميعها - الإحاطة بظروف الجاني الاجتماعية والإقتصادية والعلمية وحتى الصحية ضرورة تستلزمها مواجهة خطورة الإنزلاق في وحل الإجرام، وأوصت بضرورة إعداد ملف شخصي للجاني، يبيّن للقاضي ما يمكن إنزاله من جزاء يلائم كل حالة على حدى¹.

ولهذا مكّنت هذه التشريعات القاضي الجزائي من جميع الوسائل التي يمكن أن توصله إلى فحص وتحقيق الحالة الاجتماعية والعائلية والشخصية للجاني، من خلال إستعانتة بذوي الخبرة الاجتماعية والصحية من باحثين اجتماعيين وأطباء وخبراء فنيين، وهو ما يؤدي إلى تقييم حقيقي لمبلغ تأثير هذه العوامل وغيرها على المجرم، الأمر الذي يعين القاضي على تقدير أكثر صوابا وملاءمة لعقوبة الجاني².

وهو ما فعله المشرع الجزائري، حيث أوجبت المادة 68 فقرة 08 من ق.إ.ج على قاضي التحقيق في مادة الجنايات أن يجري بنفسه أو بواسطة ضابط الشرطة القضائية تحقيقا عن شخصية المتهمين وحالتهم المادية والعائلية أو الاجتماعية، كما يمكنه أن يجري هذا التحقيق في القضايا الجنحية أيضا.

كخلاصة لما سبق نقول بأن الضوابط التي توجه القاضي الجزائي أثناء استعمال سلطته التقديرية وترشده إلى اختيار المعاملة العقابية الملائمة للجاني قد تكون متصلة بالجريمة بركنهما المادي والمعنوي، كما قد تكون متصلة بالجاني من خلال دافعه إلى الجريمة ومدى خطورته الإجرامية، وهي ترمي في النهاية إلى قياس منضبط وعادل لجسامة الجريمة والخطورة الكامنة في شخص مرتكبها، ومن ثمة يسهل اختيار العقوبة المناسبة ضمن النطاق الذي حدده القانون تشديدا أو تخفيفا.

¹ - رسوم عطية موسى نو، مرجع سابق، ص 164 - 165.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الإحترازية، مرجع سابق، ص 451.

الفصل الثاني

نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة

في إطار مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات يحدد المشرع لكل جريمة عقوبتها على أساس ما يكشف عنه من خطر على مصلحة المجتمع أو ما يحدثه من ضرر بها، مع التسليم في الآن نفسه بعدم إمكانية تحديد العقوبة المناسبة لمرتكب الجريمة لعدم درايته بشخصيته وظروفه. وعليه، فقد ترك المشرع تطبيق العقوبة للقاضي، وأناط به الملاءمة بين التحديد التشريعي المجرد الوارد في القانون وبين ما يعرض عليه من حالات واقعية¹.

لقد بات من مسلمات العصر الحديث منح القاضي سلطة تفريد العقوبة من خلال ما يتاح له من اتصال بالمجرم والتحقيق في ظروف ارتكابه للجريمة، وفي هذا الصدد تلجأ التشريعات إلى وسائل متعددة لهيئة السبيل أمام القاضي لضمان تطبيق أمثل للعقوبات.

حيث تتفق غالبية التشريعات على وسائل قانونية محددة يتوجب على القاضي مراعاتها وتطبيقها عند استخدام سلطته التقديرية في تطبيق العقوبة المناسبة، فقد وضعت هذه التشريعات العقوبة عموماً بين حدين يسمحان باتساع طردي لسلطة القاضي التقديرية كلما كان الفرق بينهما واسعاً، ويتفاقم هذا الإتساع إذا تنوعت العقوبات التي يضعها المشرع للجريمة الواحدة بحيث يمكن إختيار إحداها، ثم تقدير العقوبة مرة ثانية ضمن الحدود المتاحة للعقوبة المختارة الجديدة، ويمكن أن تتسع هذه السلطة إلى جواز الحكم بنوع عقابي مختلف تماماً على نحو أخف أو أشد، كما قد يُحكم بعقوبة ويُؤمر بوقف تنفيذها وفق شروط معينة (المبحث الأول)

كما قد تتسع السلطة التقديرية للقاضي في تقدير العقوبة بصورة أكبر، حينما يمكن القانون القاضي الجزائي من تجاوز الحدود الدنيا والقصوى المقررة قانوناً، هبوطاً نحو التخفيف أو صعوداً نحو التشديد حسب الظروف المحيطة بالمجرم والجريمة، وضمن حدود معينة لا يسمح القانون بتجاوزها (المبحث الثاني).

¹ حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الإحترازية، مرجع سابق، ص 159.

المبحث الأول

إلتزام القاضي الجزائي بالتحديد التشريعي للعقوبات

يحدد المشرع لكل جريمة عقوبتها، لكنها ليست عقوبة ثابتة ذات حد واحد، وإنما هي عقوبة موضوعة بين حدين أحدهما أدنى لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه والآخر أقصى لا يجوز له أن يعتليه، وبين هذين الحدين يتحرك القاضي صعوداً وهبوطاً بالعقوبة.

إن نطاق السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تحديد العقوبة يتسع ويضيق تبعاً لسياسة المشرع في بيان العقوبة المقررة للجريمة، فقد يحدد المشرع في بعض الجرائم العقوبة على سبيل القطع، وذلك بالنص على العقوبة ذات الحد الواحد، وقد يترك للقاضي في فروض أخرى إختيار العقوبة ما بين الحدين الأدنى والأقصى لها دون تجاوز لها (المطلب الأول)، وقد يخول القانون للقاضي الجزائي تحديد العقوبة بطريقة التخيير والتبديل، كما قد يمنحه مكنة الحكم بالعقوبة المقررة مع وقف تنفيذها عند توفر شروط معينة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سلطة القاضي الجزائي في التدرج الكمي للعقوبات

يعتبر نظام التدرج الكمي للعقوبات الحجر الأساس لسلطة القاضي التقديرية في تحديد العقوبة، وقد برز لأول مرة كنظام قاعدي لقانون عقابي كامل في قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810 الذي حقق تقدماً محسوساً بالنسبة لقانون الجنايات الفرنسي لسنة 1791 المتميز بجمود عقوباته ذات الحد الواحد¹. هذه العقوبات المتسمة بالجمود سلبت من القاضي سلطته التقديرية في تحديد مدتها وهو ما يتعارض مع قاعدة تفريد العقوبة.

وغني عن البيان أن التشريعات الجنائية الحديثة إتجهت نسبياً نحو التقليل من العقوبة السالبة للحرية المؤبدة للجرائم، كما حصرت عقوبة الإعدام في عدد قليل من الجرائم التي تتصف بالجسامة والخطورة على المجتمع وأمنه، بل وذهبت تشريعات أخرى إلى إلغائها تماماً، كل ذلك بفعل التيارات الفكرية الوسطية المتجهة نحو تفريد العقاب، والتي فتحت المجال واسعاً لسيادة ما يسمى بنظام التدرج الكمي للعقوبات، مع إختلاف بين التشريعات حول طريقة ومدى تدرج العقوبات،

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 67.

فبعضها يأخذ بنظام التدرج الكمي الثابت للعقوبات (الفرع الأول)، وبعضها الآخر يأخذ بنظام التدرج الكمي النسبي للعقوبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نظام التدرج الكمي الثابت

يكون التدرج الكمي ثابتا حينما يحدد المشرع العقوبة بين حدين أدنى وأعلى ثابتين، سواء أكانا خاصين معا أم عامين معا أم أحدهما خاص والآخر عام، وهكذا تبرز لنا أربعة صور من هذا النظام، نتناولها فيما يلي:

أولا - حالة الحدين الأدنى والأعلى العامين الثابتين:

في هذه الصورة يحدد المشرع نوع العقوبة سجنا أو حبسا أو غيرها من العقوبات، دون تحديد مقدارها تاركا المجال التقديري للقاضي الذي يقدر العقوبة ضمن نطاق الحدين الأدنى والأعلى للعقوبات على اختلاف أنواعها، بشرط أن لا يتجاوز الحدين المقررين قانونا.

وقد تبنت العديد من التشريعات هذا النظام ومنها التشريعات العربية، فقد نصت المادة 114 من قانون العقوبات المصري: "كل موظف عام له شأن في تحصيل الضرائب أو الرسوم أو العوائد أو الغرامات أو نحوها، طلب أو أخذ ما ليس مستحقا أو ما يزيد على المستحق مع علمه بذلك، يعاقب بالسجن المشدد أو السجن¹". ففي هذا النص مثلا اكتفى المشرع بتحديد نوع العقوبة المقررة، وهي السجن المشدد أو السجن تاركا للقاضي تحديد المدة المناسبة لمثل هذه العقوبات مع التزامه بعدم تجاوز حدودها الدنيا والعليا العامة، أخذا بعين الاعتبار أن الحد الأدنى العام للسجن المشدد والسجن هو ثلاث سنوات، والحد الأعلى العام للسجن المشدد والسجن خمسة عشر سنة².

كما تبني المشرع الأردني في العديد من نصوصه هذا النظام، فنص مثلا في المادة (110/3 من قانون العقوبات) على: "كل أردني تجند بأي صفة كانت في جيش معاد، ولم ينفصل عنه قبل أي

¹ - أنظر أيضا المواد: 78، 80 ج 1/، 82، أ، 88 مكرر، 92، 94، 98/أ، 114، 115، 116 مكرر (1)، 117 (1) من قانون العقوبات المصري التي نصت على السجن المشدد، والمواد: 80 ب، 80 ج 1/، 81 (1)، 86 مكرر، 90، 98 مكرر، 116 2/ من نفس القانون التي نصت على عقوبة الحبس.

² - أنظر المادتين: 14 و 16 من قانون العقوبات المصري، مرجع سابق.

عمل عدواني ضد الدولة عوقب بالأشغال الشاقة المؤقتة..¹ مع الإشارة إلى أن المشرع الأردني وضع عقوبتي الإعتقال المؤقت والأشغال الشاقة المؤقتة بين حدين عامين، أدنى مدته ثلاث سنوات وأعلى مدته عشرون سنة.²

أما قانون العقوبات الجزائي فقد حدد العقوبات المقررة لأنواع الجريمة حسب تقسيمها الثلاثي بنص المادة 05 من ق.ع، غير أننا نلاحظ انحساراً واضحاً لتطبيق صورة الحدين الأدنى والأعلى العامين الثابتين، بل أن المشرع قد تراجع حتى عن العدد الضئيل من النصوص العقابية التي تبثت فيها هذه الصورة من التدرج الكمي للعقوبة، وذلك بمناسبة تعديل قانون العقوبات سنة 2006.³

أما في الجنايات فقد تبثت المشرع الجزائي هذا النمط من التدرج الكمي حين قرر عقوبة السجن من خمس سنوات كحد أدنى إلى عشرين سنة كحد أعلى، وهما الحدان الأدنى والأعلى العامان المقرران لعقوبة السجن المؤقت في الجنايات وفقاً للمادة 05 بند 3 ق.ع، ويظهر ذلك في نصوص عقابية متفرقة نذكر منها: (المادة 206 ق.ع) المتعلقة بجناية تقليد أو تزوير طابع وطني أو دمغة مستعملة في دمع الذهب أو الفضة، و(المادة 207 ق.ع) المتعلقة باستعمال طوابع أو علامات أو دمغات خاصة بالدولة، لكن بمناسبة تعديل قانون العقوبات لسنة 2006 تراجع عن هذه الصورة تماماً.

ولعل غاية المشرع في الإستغناء عن هذا النمط من العقوبات هو تقييد السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبات، فإعمال هذا النمط من شأنه توسيع سلطة القاضي التقديرية في تحديد العقوبة، وهو ما ينجّر عنه تفاوت كبير في العقوبات، مما يؤثر سلباً على السياسة الجنائية عموماً، وبذلك يكون المشرع الجزائي قد تجنّب الوقوع في هذه المأخذ.

وفي اعتقادنا أن تخلي المشرع عن هذا النمط من العقوبات سوف يقيّد سلطة القاضي، بتقليص هامش المجال الذي يتحرك فيه القاضي في تفريد العقوبة خلافاً للسياسة الجنائية المعاصرة.

¹ - لمزيد من الأمثلة أنظر المواد: 119، 120، 130، 145، 146، 2/147 ج، 149، 2/210، 297، 298، 2/302، 2/358 من قانون العقوبات الأردني.

² - المادة 20 من قانون العقوبات الأردني المعدلة بموجب القانون رقم 27 لسنة 2017، مرجع سابق.

³ - ونقصد بذلك نصوص المواد 207، 264، 266 ق.ع، ولم يبق سوى نصان يتضمنان هذا النمط من التدرج الكمي فيما يتعلق بعقوبة الحبس وهما: المادة 414 المتعلقة بجنحة إتلاف المحاصيل الزراعية، والمادة 160 مكرر 04 المتعلقة بجنحة إتلاف أو هدم أو تشويه أو تخريب نصب أو تماثيل أو أشياء أخرى مخصصة للمنفعة العمومية.

ثانيا - حالة الحد الأدنى العام والحد الأعلى الخاص الثابتين:

في هذه الصورة يتولى المشرع تعيين حد أعلى خاص لعقوبة جريمة معينة، يكون في الغالب أقل من الحد الأعلى العام، وسَمِّي نظام العقوبات ذات الحد الأدنى العام والحد الأعلى الخاص بنظام التدرج الأنجلوساكسوني لنشؤه في رحاب القانون الجنائي الإنجليزي، فقد جرى هذا القانون على تثبيت حد أعلى خاص فقط لعقوبات الحبس المؤقت والغرامة المقررة فيه. وتبعاً لذلك يمكن للقاضي الإنجليزي في هذه الصورة النزول بعقوبة الحبس المؤقت إلى خمسة أيام وهي حدها الأدنى العام، مهما كان نوع الجريمة المقررة له، ويجوز له الهبوط بعقوبة الغرامة إلى حدها الأدنى العام، مهما كان حدها العام مرتفعاً¹.

ويترك هذا النظام للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد مدة العقوبة لعدم تعيين حد أدنى خاص لها، فللقاضي أن ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى العام، مهما كان نوع الجريمة المرتكبة².

وهذه الصورة من نظام التدرج الكمي الثابت للعقوبة هي الصورة الأكثر شيوعاً في العديد من قوانين الدول العربية، مثل قانون العقوبات التونسي والعراقي والمصري والسوداني والكويتي والبحريني والسوري واللبناني والأردني.

أما قانون العقوبات الفرنسي فقد عرف تقدماً كبيراً، وتخلّى المشرع شيئاً فشيئاً عن نظام الحد الأدنى والحد الأقصى الثابتين واستبدله بنظام الحد الأدنى العام والحد الأقصى الخاص، مقترفاً شيئاً فشيئاً من النظام الأنجلوساكسوني، إذ قسّم قانون العقوبات الفرنسي الحبس إلى ثماني درجات³، ورفع عقوبة الجنحة إلى 10 سنوات، مما انجرّ عنه تجنيح كل الجنايات التي كانت عقوبتها السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات، ولم يعد المشرع الفرنسي يعتمد على العقوبة المشكّلة من حدين، بل يكتفي بالحد الأقصى الخاص وحده.

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 75 - 76.

² - نصت المادة 26 من قانون العقوبات الأردني: "حينما لا يحدد نص في هذا القانون أو قانون آخر حداً أدنى للعقوبة يكون الحد الأدنى للحبس أسبوعاً والغرامة خمسة دنائير"، أما قانون العقوبات المصري فقد حددت المادة 18 منه الحد الأدنى للحبس بأن لا ينقص عن 24 ساعة، وحددت المادتان 2/14، 16 الحد الأدنى العام للسجن والسجن المشدد بأن لا ينقص عن ثلاث سنوات، كما حددت المادة 2/22 الحد الأدنى للغرامة بأن لا تنقص عن مائة قرش. أما المشرع الجزائري فقد حدد في المادة 05 من ق.ع الحد الأدنى العام لعقوبة السجن بخمس سنوات وعقوبة الحبس بشهرين في الجنح وبيوم واحد في المخالفات، أما الغرامة فإن الحد الأدنى العام لها في الجنح 20000 دج وفي المخالفات 2000 دج.

³ - Article 131-4 du CPF: « L'échelle des peines d'emprisonnement est la suivante: 1- Dix ans au plus, 2- Sept ans au plus, 3- Cinq ans au plus, 4- Trois ans au plus, 5- Deux ans au plus, 6- Un an au plus, 7- Six mois au plus, 8- Deux mois au plus.

وقد تبنيّ المشرع الجزائري هذه الصورة هو الآخر في العديد من النصوص، ومن أمثلة ذلك المواد 67، 75، 87 مكرر 4، 5، 7 فقرة 3 من ق.ع، وفي هذه النصوص حدد المشرع حداً أعلى خاصاً يكون عادة أقل من الحد الأعلى العام، ويقف عند الحد الأدنى العام المقرر قانوناً، كما تبنيّ المشرع نفس النمط التدريجي للعقوبات في نصوص المواد 430، 442 مكرر، 449، 450، 451، 453 إلى غاية المادة 465 من ق.ع، وكلها تتعلق بالمخالفات ما عدا المادة 430 المتعلقة بجنحة غش وخداع المتعاقد بواسطة الوزن أو الكيل أو بوسائل أخرى خاطئة أو بواسطة طرق احتيالية، بحيث حدد المشرع الحد الأعلى للحبس بخمس سنوات والغرامة ب: 50000 دج، تاركاً المجال للقاضي في النزول بالعقوبة لغاية الحد الأدنى العام المقرر قانوناً في مادة الجench وهو شهرين حبس نافذ والغرامة إلى 20000 دج، كما تبني هذا النمط من العقوبات في المادتين 459، 465 ق.ع المعدل والمتمم بموجب القانون 06-20¹.

وما يميز النصوص العقابية السالفة الذكر هو أن المشرع اكتفى بتحديد الحد الأعلى الخاص لهذه الجرائم دون تحديد للحد الأدنى، وهو بالطبع الحد الأدنى العام المقرر قانوناً، وكان على المشرع أن ينتهج نفس الأسلوب بعدم تحديد الحد الأدنى في العقوبة طالما أنه موافق للحد الأدنى العام.

وبالرغم من أن هذا النظام يهدف إلى الحد من خطر الخطأ القضائي في الإرتفاع بالعقوبة والإفراط في تقديرها، وهو يقي بذلك الحرية الفردية من التعسف والتحكم²، إلا أنه يؤدي إلى كثرة الأحكام السالبة للحرية لفترات قصيرة، مع ما يترتب على ذلك من مساوئ وخيمة على المحكوم عليهم³، وعلى السياسة العقابية بصفة عامة.

ثالثاً - حالة الحد الأدنى الخاص والحد الأعلى العام الثابتين:

في هذه الصورة يعيّن المشرع حداً أدنى خاصاً لعقوبة الجريمة، مع عدم تعيين حد أعلى خاص بها مكتفياً بالحد الأعلى العام المنصوص عليه في القانون، وهو ما يسمح للقاضي أن يصعد بهذا النوع من العقوبة إلى الحد الأعلى العام المقرر لها.

¹ - قانون رقم 06-20 المؤرخ في 25 أبريل 2020 يعدل ويتمم الأمر 156-66 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع 25، المؤرخة في 29 أبريل 2020.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، مرجع سابق، ص 196.

³ - حاتم حسن موسى بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 482.

فالسلطة التقديرية للقاضي هنا تتناسب عكسيا مع درجة ارتفاع الحد الأدنى الخاص، وطرديا مع ارتفاع حدها الأعلى العام، بحيث تزداد توسعا كلما كان الحد الأدنى الخاص منخفضا والحد الأعلى مرتفعا، وتضيق كلما كان الحد الأدنى الخاص مرتفعا والحد الأعلى العام مرتفعا.

وتعرف معظم التشريعات العربية هذا النمط التدريجي من العقوبات، مع تفاوت بينها في الحيز الذي تشغله بين النصوص، فنجد محصورا في بعض النصوص العقابية في التشريع اللبناني¹ والأردني²، ويكاد ينعدم في التشريع المصري³، ويخلو تماما في التشريعات العقابية التونسية والمغربية.

أما المشرع الجزائري فقد تبني هذا النمط من التدرج الكمي للعقوبات في الكثير من نصوص قانون العقوبات⁴، وغيره من القوانين الخاصة المكمل له⁵.

والملاحظة المسجلة على المشرع الجزائري في تبنيه لهذا النمط التدريجي للعقوبات أنه يحدد دوما في عقوباته الحد الأعلى للعقوبة وهو خمس سنوات حبس، وعشرين سنة سجن مؤقت، وهذان الحدان هما أصلا الحدان العامان المقرران قانونا لعقوبي الحبس والسجن المؤقت (المادة 05 ق.ع)، وكان على المشرع أن يكتفي بتعيين الحد الأدنى الخاص لعقوبة الجريمة على اعتبار أن الحد الأعلى العام لعقوبة الحبس هو خمس سنوات، ولعقوبة السجن المؤقت هو عشرين سنة.

ونعتقد بأن خطة المشرع الجزائري في اتباع هذا النمط من العقوبات تهدف غالبا إلى تشديد الحماية الجنائية على الجرائم التي تقع على مصالح عامة أو اجتماعية كالجرائم الماسة بالإقتصاد الوطني، أو تلك تشكل تهديدا خطيرا لأمن المجتمع⁶. كما يهدف المشرع من خلالها إلى الحد من

¹ - المواد: 1/277، 1/281، 285، 2/289، 1/301 من قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق.

² - المواد: 132، 173، 151/2، 158/1، 170، 203، 173/2، 231، 241 من قانون العقوبات الأردني، مرجع سابق.

³ - المادتين: 108 مكرر، 238 من قانون العقوبات المصري، بحيث نصت الأولى على الحبس لمدة لا تقل عن سنة، ونصت الثانية على الحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر في فترتها الأولى ولمدة لا تتجاوز السنة في فترتها الثانية والثالثة.

⁴ - من الأمثلة على ذلك المواد: 68، 70، 87 مكرر 7، 87 مكرر 10/2، 353، 365، 372، 374، 381، 387 من ق.ع.

⁵ - المواد: 40، 41، 44، 45، 46، 47، من القانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق. المواد 10، 17/3، 18 من الأمر 06-05 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، مرجع سابق. والمواد 14، 2/27 من القانون 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما.

⁶ - كمثال على ذلك فقد رصد المشرع الجزائري عقوبة الحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات لجنتة تعريض حياة الغير وسلامته الجسدية للخطر بالإتهاك المتعمد والبين لواجب من واجبات الحيطة والسلامة التي يفرضها القانون أو التنظيم، مع كون هذا الفعل مرتكبا خلال فترات الحجر الصحي أو خلال وقوع كارثة طبيعية أو تكنولوجية أو بيولوجية أو غيرها من الكوارث. أنظر المادة 290 من القانون 06-20 المؤرخ في 25 أبريل 2020 يعدل ويتمم قانون العقوبات، مرجع سابق.

العقوبات قصيرة المدة، عن طريق تقييد القاضي الجزائي بحد أدنى خاص يكون عادة مرتفعاً عن الحد الأدنى العام، وذلك بغية تحقيق التناسب بين الجريمة والعقوبة، ومن ثمة ترشيد السياسة العقابية في مكافحة الجريمة.

رابعاً- حالة الحدين الأدنى والأعلى الخاصين الثابتين:

في هذه الصورة يتولى المشرع تعيين الحدين الأدنى والأعلى لعقوبة كل جريمة على حدى، مخالفاً بذلك الحدين الأدنى والأعلى العامين اللذين قررهما المشرع، ولا يجوز للقاضي في هذه الحالة تجاوز هذين الحدين الخاصين الثابتين.

وقد تفاوتت التشريعات العقابية في الأخذ بها النمط من التدرج الكمي للعقوبة، فهناك من التشريعات من أخذت به على إطلاقه، فحددت غالبية عقوباتها بحدين أعلى وأدنى خاصين، مع أخذها الأنماط الأخرى أحياناً، كالتشريع البلجيكي والمغربي وحتى الإيطالي والسوري واللبناني، وهناك تشريعات أخذت بهذا النمط في عدد محدود من عقوباتها كالتشريع الألماني والسويسري والمصري والتونسي والأردني والليبي، في حين لا تعرف القوانين الأنجلوساكسونية هذا النمط من العقوبة، ويندر وجودها في قوانينها¹.

وباستقراء النصوص العقابية في التشريع الجزائري، سواء تلك المنصوص عليها في قانون العقوبات أو القوانين الخاصة المكملّة له، نجد أن المشرع قد أخذ بهذا النمط من التدرج الكمي للعقوبات في عدد معتبر من النصوص وفي مختلف الجرائم على اختلاف أوصافها، بحيث تدرّج في كمّ العقوبة بين حدين خاصين ثابتين سواء في عقوبة الحبس أو السجن أو حتى الغرامة.

ومن هذه النصوص نذكر المادة 298 مكرر ق.ع التي قررت عقوبة الحبس عن جنحة السب الموجه إلى شخص بسبب انتمائه إلى مجموعة عرقية أو مذهبية من خمسة أيام إلى ستة أشهر، والمادة 299 ق.ع المتعلقة بجنحة السب العلني التي قررت عقوبة من شهر إلى ثلاثة أشهر، والمواد 1/100، 195، 196 ق.ع التي تعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، والمادتان 152، 184 ق.ع اللتان تعاقبان بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، والمادتان 150، 227 ق.ع اللتان تعاقبان بالحبس من ستة

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 71-75.

أشهر إلى سنتين، والمواد 154، 222، 248 ق.ع التي تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، والمواد 185، 234، 236 ق.ع المعاقبة بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

فضلا عن مواد أخرى تجاوز فيها المشرع الحد الأعلى العام المقرر للجريمة، منها المواد 78، 79، 160 مكرر 2/3725، 375، 378 من ق.ع، التي تتراوح عقوباتها بين الحبس سنة واحدة وعشر سنوات، والمواد 120، 266، 350 مكرر، 382 مكرر/2، 432 من نفس القانون التي تتراوح عقوباتها بين سنتين وعشر سنوات حبس، بالإضافة إلى مواد أخرى في نفس القانون تتراوح عقوباتها بين ثلاث وعشر سنوات وهي المادة 270 ق.ع ومواد أخرى أضافها المشرع بمناسبة تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 01-09 المؤرخ في 2009.02.25¹، كالمادتين 303 مكرر 4، 303 مكرر 16.

في حين وردت مادة واحدة تراوحت فيها العقوبة من عشر سنوات إلى 20 سنة (المادة 389 مكرر 2 ق.ع) رغم وصفها الجنحي، كما واصل المشرع الجزائري تبني هذه الصورة في تعديله لقانون العقوبات بموجب القانون 06-20 المؤرخ في 25 أبريل 2020، وذلك في المواد 95 مكرر 95 مكرر 01، 144، 253 مكرر 02، 253 مكرر 06، 253 مكرر 07، 290 مكرر. بل ونص على عقوبة مستحدثة ذات حدين أدنى وأقصى خاصين ثابتين، وهي الحبس من سبع سنوات إلى خمسة عشر بالنسبة لجريمة نشر وتسريب مواضيع أو أجوبة الإمتحانات النهائية إذا أدت إلى الإلغاء الكلي أو الجزئي للإمتحان أو المسابقة².

كما تضمنت بعض القوانين الخاصة عقوبات من هذا النمط من التدرج الكمي للعقوبات، ففي القانون 18-04 المتعلق بالمخدرات³، نصت المادة 17 على عقوبة تتراوح ما بين عشر سنوات إلى 20 سنة حبس، في حين نصت المادتان 15، 16 على عقوبة الحبس ما بين خمس سنوات وخمسة عشر سنة.

ومن ذلك أيضا ما نص عليه القانون 06-05 المتعلق بالتهريب⁴ في مادتيه 12، 13 اللتان قررتا عقوبة تتراوح ما بين عشر سنوات وعشرين سنة حبس، وكذلك المادتين 10-2، 11 اللتان قررتا عقوبة

¹ - قانون رقم 01-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر. ع 15 المؤرخة في 08 مارس سنة 2009.

² - المادة 253 مكرر 08 من القانون رقم 06-20 المؤرخ في 25 أبريل 2020 المعدل والمتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات، مرجع سابق.

³ - قانون رقم 18-04 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال والإتجار غير المشروعين بهما، مرجع سابق.

⁴ - أمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 غشت سنة 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، مرجع سابق.

تتراوح ما بين سنتان وعشر سنوات حبس. وكذلك الشأن بالنسبة لقانون مكافحة الفساد¹ الذي قرر هو الآخر نصوصا تتضمن عقوبات من هذا النوع، منها المواد 25، 26، 27، 29، 30، 31 وعقوبتها من سنتين إلى عشر سنوات حبس.

إن ما تعرضنا له بخصوص عقوبتي الحبس والسجن المؤقت ينسحب أيضا على عقوبة الغرامة المالية، فباستقراء نصوص قانون العقوبات والقوانين الخاصة المكملة له نجد أن المشرع الجزائري اعتمد أيضا على هذا النمط من العقوبة بتحديد حدين أدنى وأعلى خاصين ثابتين للغرامة، فبالرغم من أن المشرع في المادة 05 ق.ع نص على أن العقوبة الأصلية في الجнг هي الغرامة التي تتجاوز 20.000 دج دون تحديد حد أعلى عام، إلا أنه اعتمد في الكثير من نصوصه العقابية التي نص فيها على عقوبة الغرامة سواء لوحدها أو مقترنة بعقوبة الحبس أو السجن على إقرار حدين أدنى وأعلى خاصين لهذه العقوبة، أقصاها مبلغ 8.000.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي، وهو الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها في المادة 389 مكرر 2 من ق.ع، ومن هذه النصوص نذكر أيضا المواد 303، 303 مكرر، 303 مكرر 1، 303 مكرر 4، 303 مكرر 5، 303 مكرر 10، 303 مكرر 16، 303 مكرر 17، 303 مكرر 18، 303 مكرر 19، 303 مكرر 20، 350، 350 مكرر 1، 350 مكرر 2، 352، 353، 354، 441، 441 مكرر، 442، 442 مكرر من نفس القانون، وتختلف عقوبة الغرامة من حالة لأخرى حسب أهمية الجرائم المقرر لها من حيث جسامتها وحجم ما تلحقه من أضرار².

وما يسترعي الإنتباه على هذا النمط من التدرج الكمي للعقوبة هو أن المباعدة بين الحدين الأدنى والأعلى في العقوبة من شأنه أن يضمن تفريدا عقابيا منسجما مع السياسة الجنائية المعاصرة، وهي مُكنة مفيدة تساعد القاضي على اختيار العقاب الملائم لكل حالة وفق ما يكتنفها من ظروف متغيرة سواء ما تعلق بماديات الفعل الجرمي أو بمرتكبه، لكنه في الآن نفسه يواجه خطورة التعسف والتفاوت في العقوبات بين المجرمين، سيما في الدول الحديثة العهد بالقضاء، وهو ما يعصف بموازين العدالة، ويؤدي إلى استهجان أحكام القضاء. أما تضيق المجال بين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة،

¹ - قانون 01-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق.

² - للإشارة أن القاعدة العامة في الجنايات أن لا يعاقب عليها بالغرامات المالية، غير أن المشرع الجزائري أورد استثناءات على هذه القاعدة بنصه على عقوبة الغرامة إلى جانب عقوبة السجن المؤقت في الجنايات المتعلقة بالأعمال الإرهابية (المواد 87 مكرر 4 إلى 87 مكرر 7 ق.ع) وكذا في بعض القوانين الخاصة كال مواد 27، 28، 37.36 من الأمر 06/97 المتعلق بالأسلحة والذخيرة، لكنه لم يستقر على هذه القاعدة ونص صراحة في تعديله لقانون العقوبات لسنة 2006 (القانون 06-23) على أن عقوبات السجن المؤقت لا تمنع الحكم بعقوبة الغرامة (المادة 05 مكرر)، متأثرا في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي نص على جواز الحكم بالغرامة في الجنايات.

فمن شأنه أن يقيد السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، ولا يسمح له بتحديد المقدار الذي يراه مناسباً من العقوبة، وهذا لا ينسجم مع الإتجاهات الحديثة في تفريد العقاب.

نشير إلى أن المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات المقارنة كرّس صراحة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي¹، من خلال نص المادة 51 مكرر من القانون 04-15 المؤرخ في 10-11-2004²، مكرّساً بذلك المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، شريطة النص عليها صراحة في القانون، فأقرّ بذلك المسألة كقاعدة عامة وليس كاستثناء³.

كما قرر بموجب المادتين 18 مكرر و 18 مكرر 1 ق.ع عقوبة أصلية وحيدة مناسبة لطبيعة الشخص المعنوي وهي الغرامة سواء كان ذلك في الجرائم الموصوفة جنائيات أو جنح أو مخالفات، ووضعها ضمن حدين أدنى يساوي مرة الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة، وحد أعلى يساوي خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.

وبذلك فإن العقوبة التي توقع على الشخص المعنوي تُحسب قياساً على قيمة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة. وقد تأثر مشرعنا في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي كان سباقاً إلى تطبيق عقوبة الغرامة بسبب فاعليتها، فحدد الغرامة التي يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي اعتماداً على الغرامة المطبقة على الشخص الطبيعي، لكنه لم يسوّ بينهما، بل جعل الحد الأقصى لغرامة الشخص المعنوي تعادل خمسة أضعاف الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص

¹ - لأكثر تفصيل حول تكريس المشرع الجزائري للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي أنظر: صمودي سليم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 21 وما يليها. وانظر أيضاً: بلعسلي ويزة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجريمة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 69 وما يليها.

² - قانون 04-15 المؤرخ في 10-11-2004 يعدل ويتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر. ع 71 المؤرخة في: 10-11-2004.

³ - خلفي عبد الرحمان، إسناد المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الأموال، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية في ظل التحولات الاقتصادية والتعديلات التشريعية، جامعة قلمة، يومي 24 و 25 أفريل 2007.

الطبيعي¹. رغم أنه كان بإمكان المشرع إدراج عقوبة العمل للنفع العام المقررة للشخص الطبيعي كعقوبة للشخص المعنوي لتناسبها مع طبيعته لكنه لم يختار هذا الحل²، واقتصر على عقوبة الغرامة.

واستدرك المشرع الجزائري بمناسبة تعديله لقانون العقوبات بموجب القانون 23-06³ الحالة التي لا ينص فيها القانون على الغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي مثل الجرائم المنصوص عليها في المواد من 61 إلى 96 من ق.ع، وقرر للشخص المعنوي حدا أقصى للغرامة تُحتسب بتطبيق النسبة القانونية المقررة للعقوبة كالاتي: 2.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقبا عليها بالإعدام أو السجن المؤبد، و1.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقبا عليها بالسجن المؤقت، و500.000 دج بالنسبة للجنة.

غير أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة في بعض القوانين الخاصة، ويتعلق الأمر ببعض الجرائم الخطيرة والماسة بأمن المجتمع واستقراره، حيث وضع عقوبة الغرامة المقررة جزاء للشخص المعنوي، بين حدين أدنى وأعلى خاصين ثابتين متجاوزا بذلك الحدود المقررة في المادتين 18 مكرر و18 مكرر 01 ق.ع، لتصل أحيانا إلى عشر أضعاف الحدين الأدنى والأقصى المقررين للشخص الطبيعي، مثلما فعل في نص المادة 19 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتضمن قمع جرائم مخالفة أحكام اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير الأسلحة⁴ التي تعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب الجريمة المنصوص عليها بالمادة 09 من نفس القانون بغرامة من 5.000.000 دج إلى 15.000.000 دج. وهو نفس المسلك الذي انتهجه في المادة 2-25 من القانون 18-04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال غير المشروع بهما، حيث رصد المشرع عقوبات للشخص المعنوي الذي يرتكب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في المواد من 18 إلى 21 عقوبة الغرامة من 50.000.000 دج إلى 250.000,000 دج، وكذا في المادة 34 من الأمر 02-12 المؤرخ في 13 فيفري 2012 المعدل والمتمم للقانون 01-05 المتعلق بالوقاية من تبييض

¹ -Thierry DELMASSO, Responsabilité pénale des personne morales, évaluation des risques et stratégie de défense, édition EFE, Paris, 1996, p.77.

² - Jean Claude SOYER, Droit pénal et procédure pénale, 18ème édition, L.G.D.J., Paris, 2004, p.165.

³ - المادة 18 مكرر 2 من القانون 23-06 المؤرخ في 23 ديسمبر 2006 يعدل ويتمم قانون العقوبات، مرجع سابق.

⁴ - قانون رقم 09-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتضمن قمع جرائم مخالفة أحكام اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير الأسلحة، ج.ر، ع 43 المؤرخة في 20 جويلية 2003.

الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما¹، والتي قررت عقوبة الغرامة للشخص المعنوي الذي يرتكبون عمدا وبصفة متكررة تدابير الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المنصوص عليها بالمواد 7، 8، 9، 10 مكرر، 10 مكرر 1، 10 مكرر 2، 14 من هذا القانون بغرامة من 500.000 دج إلى 10.000.000 دج. وكذلك في نص المادة 24 من الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب، وهو النص الذي قرر غرامة للشخص المعنوي تتراوح ما بين 50.000.000 دج إلى 250.000.000 دج، إذا كانت العقوبة المقررة للشخص الطبيعي الذي يرتكب نفس الأفعال هي السجن المؤبد.

كما خرج المشرع الجزائري عن قاعدة تحديد حدين أدنى و أعلى خاصين الثابتين في الغرامات المقررة جزاء للشخص المعنوي، حيث اكتفى في بعض النصوص العقابية بتحديد حد أقصى خاص للغرامة دون حدها الأدنى، مثلما فعل في المادة 177 مكرر 01 ق.ع التي تعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب جريمة تكوين جمعية أشرار بغرامة تساوي خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة جزاء للشخص الطبيعي، بمعنى أن العقوبة المسلطة جزاء لهذا الفعل ستكون 5.000.000 دج على اعتبار أن الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي المرتكب لهذه الجريمة هو 1.000.000 دج (المادة 177 من ق.ع)، وهو نفس المسلك الذي انتهجه في نص المادة 394 مكرر 04 من ق.ع.

وخرجت المادة 389 مكرر 07 من ق.ع المتعلقة بجريمة تبييض الأموال المرتكبة من طرف شخص معنوي عن القاعدة المقررة في المادتين 18 مكرر و 18 مكرر 1 من ق.ع، حيث رصد المشرع عقوبة الغرامة التي لا يمكن أن تقلّ عن أربع مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة جزاء للشخص الطبيعي، بمعنى أن العقوبة المسلطة جزاء لهذه الجريمة ستكون غرامة لا تقل عن 12.000.000 دج على اعتبار أن الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي المرتكب لهذه الجريمة هو 3.000.000 دج (المادة 389 مكرر 01 من ق.ع) أو 32.000.000 دج (المادة 389 مكرر 02 من نفس القانون).

والملاحظ على النص السالف الذكر أن المشرع حدد حدا أدنى خاصا دون تحديد حد أعلى، وهو ما يطرح التساؤل حول الحد الأقصى الذي يقف عنده القاضي عند تقدير العقوبة، هل هو الحد الأقصى العام المقرر قانونا (خمس أضعاف الحد الأقصى للغرامة المقررة جزاء للشخص الطبيعي)،

¹ - أمر 02-12 المؤرخ في 13 فيفري 2012 يعدل ويتم القانون 01-05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج.ر. ع 08، المؤرخة في: 15 فيفري 2012.

أم أن الحد الأدنى الخاص المحدد في النص هو نفسه الحد الأعلى الذي لا يمكن للقاضي أن يتجاوزه، أم أن للقاضي مطلق الحرية في تحديد الحد الأقصى الذي يتوقف عنده؟

في اعتقادنا أن مبدأ شرعية العقوبة يقتضي أن يرسم القانون للقاضي حدودا ينبغي أن يتوقف عندها منعا لكل مغالاة أو تعسف، وطالما أن المشرع لم يضع حدا أقصى لهذه الجريمة واكتفى بتحديد الحد الأدنى الخاص فقط، فلا بد في هذه الحالة من الرجوع إلى القاعدة العامة المقررة في المادة 18 مكرر من ق.ع، بعدم تجاوز القاضي الجزائي في كل الأحوال حدود الخمس أضعاف الحد الأقصى للغرامة المقررة جزاء للشخص الطبيعي، ضمانا للحقوق الأساسية ولعدم تعسف أحكام القضاء.

وما يلفت الإنتباه أيضا هو أن المشرع نص في المادة 25 من القانون 04-18 المتعلق بالمخدرات على معاقبة الشخص المعنوي الذي يرتكب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في المواد من 13 إلى 17 من هذا القانون بغرامة تعادل خمس مرات المقررة للشخص الطبيعي، خروجاً أيضاً عن القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 18 مكرر من ق.ع التي تعتمد على الحد الأقصى للغرامة المقررة جزاء للشخص الطبيعي، وهو ما يطرح التساؤل حول الحدين الأدنى والأقصى اللذان يتحرك خلالهما القاضي الجزائي عند تقدير عقوبة الشخص المعنوي المرتكب لهذه الجرائم. فهل الأمر يتعلق في هذه الحالة بمضاعفة الحدين الأدنى والأقصى للغرامة المقررة جزاء للشخص الطبيعي خمس مرات، وبذلك يصبح مثلاً الحدان المقرران للجنح المنصوص عليها بالمادة 17 من القانون 04-18 والمرتبكة من طرف شخص معنوي هما من 25.000.000 إلى 250.000.000 دج، أم أن الأمر يقتضي قراءة النص ضمن سياق القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من ق.ع، بمضاعفة الحد الأقصى للغرامة المقررة جزاء للشخص الطبيعي خمس مرات فقط، فيصبح الحدان المقرران للجنح المنصوص عليها بالمادة 17 من القانون 04-18 والمرتبكة من طرف شخص معنوي هما من 5.000.000 كحد أدنى إلى 250.000.000 دج كحد أعلى؟

إن عدم وجود إجابة على مستوى الإجتهد القضائي للمحكمة العليا، يقودنا للقول بأن صرامة مبدأ الشرعية وطبيعة النصوص العقابية التي تأبى الغموض وترفض القياس تفرض على المشرع تلافي مثل هذه الصياغة القانونية الغامضة بالنص على عقوبات دقيقة وواضحة بشكل لا يحتمل أي تأويل، قد يؤدي إلى تفاوت كبير في العقوبات المحكوم بها بين مختلف الجهات القضائية وأحيانا بين

العقوبات المقضي بها في نفس الجهة القضائية، مما يهزّ الشعور العام بالعدالة ويضرر بالحقوق والحريات الأساسية للأفراد، بل ويضرر السياسة الجنائية في الصميم.

في الأخير وتقييما لنظام التدرج الكمي للعقوبات نرى ضرورة النص على حد أعلى خاص لكل جريمة بالذات، لكي يوجّه القاضي إلى خطورة الجريمة المعروضة عليه، فيجنبه مخاطر الحكم بعقوبة قاسية على جرائم بسيطة، فالحد الأعلى الخاص يعد سداً منيعاً يحول دون تحكم القضاة، وضمناً لصيانة حقوق المواطنين وحرياتهم من تعسف أحكام القضاء. ولا نرى أي مبرر للنص على حد أعلى خاص مماثل للحد الأعلى العام بالنسبة لعقوبات الحبس، مثلما فعل مشرعنا في أغلب عقوباته، إذ بإمكان المشرع الإستغناء تماماً عن الحد الأعلى الخاص مماثل أو القريب من الحد الأعلى العام.

كما أن حذف الحد الأدنى الخاص من العقوبة -في رأينا - والإبقاء عليه فيما يتعلق ببعض الجنح البسيطة والمخالفات، من شأنه أن يشكل تطبيقاً سليماً لتفريد العقوبة بصورة أوفى، تبعاً للضوابط الشخصية والموضوعية المتعلقة بكل جريمة، والتي يتزايد الإهتمام بها وفقاً لتطور العلوم الإنسانية المختلفة، وهو التوجه الذي عكفت التشريعات المقارنة على تبنيه ومنها التشريع الفرنسي.

الفرع الثاني

نظام التدرج الكمي النسبي للعقوبات

إذا كان نظام التدرج الكمي الثابت للعقوبات يعتمد على وضع العقوبة بين حد أدنى وآخر أعلى يتحرك القاضي الجزائي بينهما صعوداً وهبوطاً، إعمالاً لسلطته التقديرية في تحديد العقوبة مهما كان نوعها عقوبة سالبة للحرية أو غرامة مالية، ومهما كان وصف الشخص المرتكب للسلوك المجرم طبيعياً أو معنوياً، فإن بعض التشريعات اتجهت إلى تبني نظام آخر يطبق على عقوبة الغرامة¹. بحيث يفتح هذا النظام المجال للقاضي الجزائي نحو تدرج مقدار الغرامة وفقاً لقيمة المال محل الجريمة، ويطلق عليه التدرج النسبي الموضوعي، أو اعتماداً على الدخل اليومي للجاني، ويطلق عليه التدرج النسبي الشخصي.

¹ - نشير إلى أن الغرامة هنا تختلف عن التعويض الذي يدفع لفائدة المتضرر من الجريمة، أما الغرامة فتدفع إلى الخزينة العمومية.

أولاً - التدرج الكمي النسبي الموضوعي للعقوبات:

اعتبرت أغلب التشريعات العقابية الغرامة كعقوبة أصلية، وقد تكون مستقلة لوحدها، كما قد تأتي مقترنة بعقوبة سالبة للحرية سواء كانت حبساً أو سجناً مؤقتاً، كما قد تأتي على سبيل التخفيف بينها وبين عقوبة الحبس¹، وهناك غرامات لم يحدد المشرع مقدارها مسبقاً، بل ربطها بعنصر معين، مثل قيمة المال المختلس، أو قيمة البضاعة، أو حجم الضرر...إلخ.

وهكذا تتجه التشريعات في بعض الجرائم التي يكون محلها مالاً، كالجرائم الإقتصادية وجرائم الرشوة والإختلاس وغيرها نحو تحديد مقدار الغرامة بالقياس إلى قيمة الضرر المترتب على الجريمة أو قيمة الفائدة التي حصل عليها الجاني أو أراد الحصول عليها من الجريمة، ويسمى هذا النوع بالغرامة النسبية².

والراجح في الفقه والقضاء أن الغرامة النسبية هي عقوبة جزائية خالصة تضاف إلى العقوبة الأصلية التي غالباً ما تكون عقوبة سالبة للحرية، وغرض هذه العقوبة محاربة جشع الجاني ورغبته في الحصول على ربح غير مشروع عن طريق الإرتشاء أو اختلاس الأموال العامة والإستيلاء عليها أو تهريب الأموال أو غير ذلك من الوسائل غير المشروعة، ولهذا السبب تقاس بنسبة معينة من المال الذي استولى عليه أو الربح الذي حققه الجاني، حتى يتحقق هدف الشارع من ردع الجناة وتفويت هدف الربح عليهم³.

والغرامات النسبية لا تخضع كلها لقاعدة التدرج الكمي الموضوعي، وإنما هذه القاعدة تشمل فقط الغرامات النسبية التي جرى تحديد حدّتها الأدنى والأعلى على نحو متفاوت بالقياس إلى قيمة الضرر أو الفائدة، أو تم تحديد أحد حدّتيها بهذه الطريقة وجرى تحديد الحد الآخر بمبلغ معين ثابت كحد خاص للغرامة المقررة بالذات أو كحد عام لجميع الغرامات.

¹ - أنظر: المادتين 05، 05 مكرر ق.ع .

² - فهد يسلم هادي حبتور، مرجع سابق، ص 183.

³ - الجنزوري سمير، مرجع سابق، ص 162.

أما الغرامات النسبية الأخرى التي حددها المشرع جملة بالقياس إلى قيمة المال محل الجريمة أو ما يدل على تلك القيمة أو قيمة الضرر والفائدة، فإنها تعتبر من العقوبات ذات الحد الواحد التي تحرم القاضي من أي سلطة تقديرية في تحديدها¹.

وهكذا تذهب التشريعات التي أخذت بهذا النظام إلى تحديد الغرامة النسبية بين حدين أدنى وأعلى على نحو متفاوت بالنظر إلى قيمة الفائدة أو الضرر الذي سببته الجريمة، وقد يتم تحديد أحد الحدين بهذه الطريقة بينما يُحدّد الحد الآخر بمبلغ معين ثابت كحد خاص للغرامة المقررة بالذات أو كحد عام لجميع الغرامات، ومن هنا تبرز أنماط التدرج الكمي الموضوعي الآتية:

أ- الغرامات ذات الحدين الأدنى والأعلى النسبيين: هذا النمط من الغرامات يتم تحديده من قبل المشرع استناداً إلى قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة أو الفائدة التي حصل عليها الجاني منها أو التي كان يأمل في الحصول عليها². ومن التشريعات المقارنة التي تبنت هذا النمط من العقوبات نجد قانون العقوبات اللبناني في بعض نصوصه³.

أما في التشريع العقابي الجزائري فنجد هذا النمط من العقوبات في المادة 41 من القانون 04-17 المتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الإجتماعي⁴، التي رصدت عقوبة تتراوح بين 10000 دج إلى 20000 دج عن كل عامل غير منتسب، وذلك جزاءً للمستخدم الذي لم يقيم بانتساب العمال الذين يوظفهم في الضمان الإجتماعي في الأجل المحددة.

ب - الغرامات ذات الحد الأدنى الثابت والحد الأعلى النسبي: وهي الغرامات التي يحدد لها المشرع مبلغاً معيناً كحد أدنى ثابت، ويعين حدها الأعلى بالقياس إلى قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة أو الفائدة التي حصل عليها الجاني أو التي كان يأمل في الحصول عليها من الجريمة.

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 99.

² - المرجع نفسه، ص 100.

³ - تنص المادة 300 من قانون العقوبات اللبناني: "كل غش يرتكب في الأحوال نفسها وفي العقود المشار إليها في المادة 299 يعاقب عليه بالأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة تتراوح بين ضعفي الربح غير المشروع الذي جناه المجرم وثلاثة أضعاف على أن لا تنقص عن مليون ليرة" وتنص المادة 316 مكرر من نفس القانون: "كل من يقوم عن قصد وبأية وسيلة مباشرة أو غير مباشرة بتمويل أو المساهمة بتمويل الإرهاب أو الأعمال الإرهابية أو المنظمات الإرهابية يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن مثل المبلغ المدفوع ولا تزيد عن ثلاثة أمثاله".

⁴ - قانون 04-17 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 يعدل ويتمم القانون رقم 83-14 المتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الإجتماعي، ج.ر. ع 72 مؤرخة في 13 نوفمبر 2004.

ومن أمثلة ذلك ما نص عليه قانون العقوبات المصري في المادة 118 التي قررت تغريم الجاني مبلغا مساويا لقيمة ما تم الإستيلاء عليه من مال أو منفعة أرباح في جريمة اختلاس الأموال العامة، وحددتها بأن لا تقل عن مبلغ خمسمائة جنيه¹. وتبنيّ المشرع الأردني هذا النموذج في المادتين 201 و202 من قانون الجمارك لسنة 1998 المعدل والمتمم²، فالمشرع الأردني في هذين النصين حدد الحد الأدنى واعتبره حدا ثابتا بقيمة محددة، ولكن في الحد الأعلى اعتمد على قيمة البضاعة، ومن ثمة لا يمكن تحديد الحد الأعلى لاعتماده على قيمة غير معروفة مسبقا.

ونجد هذا النمط من العقوبات في التشريع العقابي الفرنسي، حيث أقرت المواد 11 و 11/432 و 1/435-3، 7/435، 9/435 عقوبة غرامة قدرها 1000000 أورو بالإضافة إلى عقوبة الحبس عشر سنوات، مع إمكانية رفع الغرامة المحكوم بها إلى ضعف العائدات المتحصل عليها من الجريمة³، في حين رصدت المواد 2/435، 4/435، 8/435، 10/435، 1/445، 2/445 عقوبة خمس سنوات حبس وغرامة قدرها 500000 أورو، مع إمكانية رفعها إلى ضعف العائدات المتحصل عليها من الجريمة⁴.

أما المشرع الجزائري فقد تبني هذا النمط من التدرج الكمي الموضوعي للغرامة، في المادة 231 من ق.ع التي قررت عقوبة الغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج لمرتكبي جنح تزوير واستعمال النقود أو الأوراق أو الأختام أو الطوابع أو الدمغات المزورة، ومنحت القاضي مكنة رفع الغرامة إلى مقدار ربع الفائدة غير المشروعة التي جلبها التزوير إلى مرتكبي هذه الجرائم أو شركائهم أو من استعملوا القطعة المزيفة أو التي كان مقررا أن يجلبها التزوير إليهم.

¹ - نفس العقوبة مقررة لجنحة قيام موظف عام بالتعدي على أرض زراعية أو أرض قضاء أو مباني مملوك لوقف خيري وفقا للمادة 115 مكرر من قانون العقوبات المصري، مرجع سابق.

² - تنص المادة 201 من قانون الجمارك الأردني رقم 20 لسنة 1998 المعدلة بموجب القانون رقم 33 لسنة 2018 على تغريم مخالفات التأخير في تقديم البضائع المرسلّة بالترانزيت أو إعادة التصدير إلى مكتب الخروج أو إلى مكتب المقصد الداخلي بعد انقضاء المهل المحددة لها في البيانات بغرامة من 10 إلى 20 ديناراً عن كل يوم تأخير على أن لا تتجاوز الغرامة نصف قيمة البضاعة. كما نصت المادة 202 من نفس القانون على تغريم مخالفات التأخير في إعادة البضائع المدخلة مؤقتا والمدخلة بقصد التصنيع بغرامة من 10 إلى 20 ديناراً باستثناء السيارات حيث تكون الغرامة من 15 إلى 30 ديناراً عن كل أسبوع أو جزء منه على أن لا تتجاوز الغرامة نصف قيمة البضاعة. متوفر على الموقع: https://www.customs.gov.jo/CustomsLaw/Customs_Law.aspx

³ - « Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction,... »

⁴ - « Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction,... »

كما نجد هذا النمط أيضا في المواد 161، 162، 163 ق.ع، المتعلقة بجرح متعهدي تموين الجيش، حيث نصت جميعها على عقوبة الغرامة المالية التي لا يتجاوز مقدارها ربع التعويضات المدنية، ولا تقل عن 20000 دج، وكذا المادة 187 من نفس القانون المتعلقة بجرح الإعتراض على تنفيذ أعمال أمرت بها السلطة العمومية التي قررت نفس العقوبة السالفة الذكر وضمن نفس الحدود.

ج - العقوبات ذات الحد الأدنى النسبي والحد الأعلى الثابت: وهي الغرامات التي يحدد المشرع حدها الأدنى بالقياس إلى قيمة الضرر الناجم عن الجريمة أو الفائدة التي حصل عليها الجاني، ويعين حدها الأعلى بالمبلغ المحدد كحد أعلى عام للغرامة¹.

ومن التشريعات التي اعتمدت هذا النموذج من التدرج الكمي للغرامات، قانون العقوبات السوري، حيث نصت المادة 349 على معاقبة الموظف المختلس بغرامة أقلها قيمة ما يجب رده، فضلا عن عقوبة الحبس². كما اعتمده أيضا المشرع العماني، بحيث نص قانون الجزاء العماني في مادته 207 على معاقبة الموظف المرتشي بغرامة تساوي على الأقل ما أعطي له أو وعد به³.

أما في التشريع الجزائري فنجد هذا النوع من العقوبات في بعض النصوص الخاصة، كالقانون 01-02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات⁴، وتحديدا في المادة 148 منه التي تنص: "يحدد مبلغ الغرامة المنصوص عليها في المادة 141 أعلاه⁵ في حدود ثلاثة في المائة (3%) من رقم أعمال السنة الفارطة للمتعامل مرتكب المخالفة، دون أن يفوق مبلغ خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)، ويرفع إلى خمسة في المائة (5%) في حالة العود، دون أن يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج)".

د- العقوبات النسبية ذات الحد الثابت: ويتعلق الأمر هنا بالحالة التي يحدد فيها المشرع عقوبة غرامة نسبية ذات حد ثابت، بحيث يتم حسابها قياسا على قيمة محل الجريمة أو الضرر الناجم عنها أو الفائدة التي حصل عليها الجاني أو التي كان يأمل في الحصول عليها، دون تحديد حد أدنى أو أقصى.

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 101.

² - أنظر أيضا نفس النمط من هذه العقوبة في المواد 341، 342، 343، 344، 345، 346، 347، 350، 351، 353/1 من قانون العقوبات السوري، مرجع سابق.

³ - نفس العقوبة مقررة في المادتين 208، 209 من قانون الجزاء العماني، مرجع سابق.

⁴ - قانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فبراير سنة 2002 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة الغاز، ج.ر، ع 08 المؤرخة في 06 فبراير سنة 2002.

⁵ - تتعلق المادة 141 بجريمة عدم احترام المتعامل للقواعد التقنية للإنتاج والتصميم واستخدام شبكات النقل والتوزيع، والقواعد التي تحدد الكيفيات التقنية لتموين الزبائن والتي يحتويها دفتر شروط الامتياز، وكذا قواعد النظافة وحماية البيئة والقواعد الناتجة عن تطبيق واجبات المرفق العام.

ونجد هذا النمط من العقوبات في قانون العقوبات الجزائري في المادة 106 في فقرتها الثانية تحديدا والمتعلقة بجريمة بيع وشراء الأصوات بأي ثمن بمناسبة الانتخابات بغرامة توازي ضعف قيمة الأشياء المقبوضة أو الموعود بها، حيث قررت معاقبة كل مواطن يبيع أو يشتري الأصوات بمناسبة الانتخابات بغرامة توازي ضعف قيمة الأشياء المقبوضة أو الموعود بها.

كما نجده في القوانين الخاصة المكملة لقانون العقوبات، حيث نصت المادتان 33، 34 من القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹، على معاقبة من يرتكب جنحتي: عدم الفوترة وتحرير فاتورة غير مطابقة بغرامة بنسبة 80 % من المبلغ الذي كان يجب فوترته مهما بلغت قيمته.

كما رصد الأمر 06-05 المتعلق بالتهريب و قانون الجمارك غرامات ثابتة عموما للمخالفات الجمركية، في حين ترك القانون للقاضي الجزائي المجال للتقدير النسبي للغرامات الخاصة بالجنح حسب قيمة البضاعة محل الغش، فنصت المادة 325 من قانون الجمارك² المتعلقة بالجنح التي تضبط بمناسبة استيراد أو تصدير البضائع عبر المكاتب أو المراكز الجمركية، وكذا المادة 325 مكرر من نفس القانون على عقوبة الغرامة المساوية لقيمة البضائع محل المصادرة، في حين رصدت المادة 1-10 من الأمر 06-05 عقوبة غرامة تساوي خمس مرات قيمة البضاعة المصادرة، أما بالنسبة لجنح التهريب المشددة المنصوص عليها بالمواد 2-10، 3-10، 11، 13 من الأمر 06-05، فقد قرر لها المشرع عقوبة الغرامة المساوية لعشر مرات قيمة البضاعة المصادرة والتي تشمل البضاعة محل الغش والبضاعة التي تخفي الغش إن وجدت، وكذلك المادة 12 من نفس الأمر التي قرر لها المشرع أيضا عقوبة الغرامة المساوية لعشر مرات قيمة البضاعة المصادرة ووسيلة النقل.

أما بالنسبة لعقوبة الغرامة المقررة جزاءً للشخص المعنوي المرتكب لجنح التهريب، فقد انتهج المشرع الجزائري نمط الغرامة النسبية ذات الحد الثابت، وربطها مرة أخرى بالحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، حيث نصت المادة 24 من الأمر 06-05: "يعاقب الشخص المعنوي الذي قامت مسؤوليته الجزائية لارتكابه الأفعال المجرمة في هذا الأمر بغرامة قيمتها ثلاثة أضعاف الحد الأقصى للغرامة التي يتعرض لها الشخص الطبيعي الذي يرتكب نفس الأفعال.."، وطالما أن الغرامة

¹ - قانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية معدل ومتمم، مرجع سابق.

² - قانون 04-17 المؤرخ في 16 فبراير 2017 يعدل ويتمم القانون رقم 79-07 المتضمن قانون الجمارك، مرجع سابق.

المقررة للشخص الطبيعي المرتكب لجنح التهريب هي خمس مرات قيمة البضاعة المصادرة بالنسبة للتهريب البسيط، وعشر مرات قيمة البضاعة المصادرة بالنسبة للتهريب المشدد، وبالتالي تكون الغرامة المقررة للشخص المعنوي المرتكب هي خمسة عشرة مرة قيمة البضاعة المصادرة بالنسبة للتهريب البسيط، وثلاثون مرة قيمة البضاعة المصادرة بالنسبة للتهريب المشدد.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قرر للشخص المعنوي المرتكب لجنح التهريب غرامة تحسب قياساً على الحد الأقصى المقرر للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، رغم أنه وبالرجوع على المواد التي تعاقب الشخص الطبيعي نجد بأنها خالية من تحديد الحد الأقصى للغرامة، فكان من الأحسن لو حدد غرامة الشخص المعنوي على أساس تلك المقررة للشخص الطبيعي وليس على أساس حدها الأقصى¹.

ففي هذه النصوص جميعاً حدد المشرع غرامة نسبية ذات حد ثابت، دون تحديد حد أدنى أو أعلى لها كما فعل في باقي النصوص، وهو ما يقيد السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقدير العقوبة بحيث لا يمكنه النزول عن هذا الحد الثابت، إلا عن طريق تطبيق ظروف التخفيف، بل هناك بعض الأحكام القضائية التي اعتبرتها حداً أدنى خاصاً، وطبقت عقوبة تفوق هذا الحد، وهذا - في رأينا - تفسير خاطئ لهذا النص، فالنصوص العقابية يحكمها مبدأ الشرعية التي تقتضي أن تكون العقوبة محددة تحديداً دقيقاً في القانون، ولا يجوز للقاضي أن ينطق بعقوبة لم يتضمنها النص المجرم، ولا يمكنه أن يفسر النصوص العقابية بما يسيء لمركز المتهم، وبالتالي كان على المشرع أن يحدد في النص الحد الأقصى للعقوبة، وطالما لم يفعل واكتفى بتحديد حد واحد فيكون في هذه الحالة الحد الأدنى هو الحد الأقصى، والقول بغير ذلك يعني ترك المجال واسعاً أمام القاضي الجزائي للتفريد التشريعي للعقوبات، وهذا من اختصاص المشرع بنص الدستور.

ومن الضروري الإشارة في نفس السياق إلى أن المادتين 374، 375 ق.ع المتعلقتين بجرائم الشيك بجميع صورها كانت مثار خلاف بخصوص طبيعة الغرامة المالية الواردة في النصين، وحول الحدود التي يقف عندها القاضي بمناسبة تطبيق هذه الغرامة. فبالرجوع إلى المادة 374 ق.ع نجدها

¹ - بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص 268.

تنص: "يعاقب بالحبس....وبغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو عن قيمة النقص في الرصيد"، وهو نفس الحكم الذي أورده المادة 375 ق.ع.¹

وحول الطبيعة القانونية للغرامة المقررة في المادتين 374 و 375 ق.ع، فإن قضاء المحكمة العليا اعتبرها في البداية عقوبة تكميلية لها طابع أمني أساسا وهي إجبارية². وهي بذلك لا تخضع لمواصفات العقوبات الأصلية ولا تخضع لتقدير قاضي الموضوع، فليس له أن يقدرها ويجب عليه أن يحكم بالعقوبتين معا³.

لكن، ومع نداءات الفقه حول عدم سلامة هذا الإجتهد على اعتبار أن المشرع لم ينص على الغرامة في قانون العقوبات لا ضمن العقوبات التكميلية ولا ضمن تدابير الأمن، إنما نص عليها بوجه عام ضمن العقوبات الأصلية، مما يعني بأنها عقوبة أصلية كغيرها من العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات وإن كانت تنطوي على فكرة التعويض⁴، تراجعت المحكمة العليا بمناسبة قرارها الصادر بتاريخ 26 جانفي 2012 واعتبرتها عقوبة جزائية، وأقرت صراحة منذ تاريخ صدور هذا القرار بأن الغرامة المقررة لجرح الشيك ليست تعويضا ولا عقوبة تكميلية ولا تدبير أمن إنما هي عقوبة أصلية لا تختلف طبيعتها عن الغرامة المنصوص عليه بالمادة 05 من ق.ع.⁵

لكن الإشكال الذي طُرح من جديد بعد إقرار الطبيعة الجزائية لغرامة الشيك واعتبارها عقوبة أصلية، هو أن الحد الأدنى المقرر للغرامة الخاصة بجرائم الشيك محدد بقيمة الشيك أو قيمة النقص في الرصيد، لكن المشرع لم يحدد حدا أقصى للغرامة، فهل يجوز للقاضي الجزائي أن يحكم بغرامة تفوق قيمة الشيك؟

¹ - تجدر الإشارة إلى أن المادتين 538، 539 من القانون التجاري كانتا تنصان على نفس الحكم، قبل إلغائهما بمناسبة تعديل القانون التجاري بموجب (القانون 05 - 02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج.ر، ع 11 مؤرخة في 09 فبراير سنة 2005)، بحيث أصبحت المادة 541 من القانون التجاري تحيل على المادتين 374 و 375 من ق.ع بدل الإحالة على المادتين 538، 539 الملغائتين، وبذلك حل المشرع بمناسبة هذا التعديل مشكلة الإزدواجية في التجريم والعقاب التي كانت تطبع جرائم الشيك، والتي كانت تطرح إشكالا واختلافا في التطبيق.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م قرار في 27 مارس 2000 ملف رقم 192862، المجلة القضائية، عدد خاص 2، ص 116.

المحكمة العليا، غ.ج.م قرار في 27 مارس 2000 ملف رقم 260422، المجلة القضائية، عدد خاص 2، ص 121.

³ - حمودي بن طاية، مرجع سابق، ص 396.

⁴ - هذا الرأي دافع عنه الأستاذ بوسقيعة أحسن في مؤلفه: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 393.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج.م قرار صادر في: 26 جانفي 2012 ملف رقم 552400، المجلة القضائية، ع 01، ص 364.

جوابا على هذا التساؤل ينبغي أن نشير أولا إلى أن المشرع الجزائري رغم تحديده لحد أدنى عام للغرامة في مادة الجнг وهي 20000 دج، لكنه لم يحدد حد أعلى عاما لها، وهو ما يعني بأن القاضي ليس له سقف محدد للنطق بالغرامة في حالة عدم تحديد حد أعلى خاص، ومن ثمة يجوز للقاضي أن يحكم بغرامة تفوق قيمة الشيك، فالغرامة المذكورة تشكل الحد الأدنى للغرامة التي يمكن الحكم بها على المتهم¹.

إن اعتماد هذا الحل يعد مخالفا للقواعد العامة للقانون الجزائي لا سيما " قاعدة لا عقوبة بغير نص" التي تقتضي أن تكون العقوبة محددة تحديدا دقيقا في نص القانون². فضلا عن أن ترك المجال للقاضي للحكم بعقوبات غير محددة، يعني أن القاضي قد تجاوز اختصاصه ونصب نفسه مشرعا للعقوبات، وهذا لا يستقيم مع مبدأ دستوري هام هو مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث، كما قد يؤدي ذلك إلى النطق بعقوبات مالية قاسية مما يشكل خطرا على الحقوق والحريات.

لذلك نتفق تماما مع الحل الذي انتهى إليه الأستاذ بوسقيعة احسن بعدم جواز الحكم بغرامة تفوق قيمة الشيك، لمخالفته الصريحة لقاعدة لا عقوبة بغير قانون المكرسة دستوريا والمجسدة في المادة الأولى من قانون العقوبات³، وندعوتبعاً لذلك مشرعنا إلى وضع حد لمثل هذا الوضع بتحديد حد أقصى للغرامة المقررة لجرائم الشيك.

كما نشير في هذا الصدد أن المحكمة العليا قضت بجواز الحكم بغرامة تفوق النقص في الرصيد، إذا كان الرصيد ناقصا، على أن لا تتجاوز الغرامة قيمة الشيك⁴. والأمر هنا يتعلق بجريمة إصدار شيك برصيد غير كافي طبقا للمادة 374 من ق.ع، حيث اعتبرت المحكمة العليا قيمة النقص في الرصيد كحد أدنى خاص، وقيمة الشيك كحد أعلى خاص لا يمكن للقاضي أن يتجاوزه.

كما تطرح عقوبة الغرامة المقررة للشخص المعنوي المرتكب لإحدى جرائم الشيك، إشكالا قانونا أيضا على اعتبار أن المشرع أجاز تطبيق المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جرائم الشيك من

¹ - حمودي بن طاية، مرجع سابق، ص 399.

² - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 390.

³ - المرجع نفسه، ص 390.

⁴ - المحكمة العليا: غ.ج.م، قرار صادر في: 1997.04.14 في الملف رقم 169072، قرار صادر في: 1999.09.09 في الملف رقم 209673، غير منشورين، مشار إليهما في: المرجع نفسه، ص ص 389-390.

جهة¹، وقرر له عقوبة غرامة تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي². وانطلاقاً من الحل الذي انتهينا إليه، باعتبار قيمة الشيك كحد أقصى للغرامة فإن عقوبة الغرامة المطبقة على الشخص المعنوي تساوي من مرة إلى خمس مرات قيمة الشيك³.

كما تطرح عقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي والمعنوي المرتكب لجرائم الصرف المنصوص عليها بمقتضى الأمر 22-96 المؤرخ في 09 - 07 - 1996⁴ المتعلق بمخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج المعدل والمتمم بالأمر 03-10 المؤرخ في 26-08-2010⁵ إشكالا آخر، فالمرشع لم يحدد قيمتها بمقدار معين، واكتفى بذكر حدها الأدنى فقط دون حدها الأقصى، وهو وفقاً للمادة الأولى مكرر من نفس القانون ضعف قيمة البضاعة محل المخالفة بالنسبة للشخص الطبيعي، وهو وفق المادة 05 أربع مرات قيمة البضاعة محل المخالفة أو محاولة المخالفة بالنسبة للشخص المعنوي، فهل يجوز للقاضي أن يحكم بما يزيد عن هذا الحد؟

في الواقع أن الحل الذي توصّلنا إليه سابقاً بخصوص جرائم الشيك ينطبق تماماً حول جرائم الصرف، فالصياغة القانونية الواردة في المادتين 01 مكرر و 05 من القانون السالف الذكر، يفتحان العنان أمام القاضي للنطق بأي غرامة تفوق الحد الأدنى المقرر، وهذا- كما أشرنا - مخالف لمبدأ الشرعية الذي يفرض تحديد العقوبة تحديداً دقيقاً. لذلك ندعو مشرعنا مرة أخرى إلى وضع حد لمثل هذا الوضع بتحديد حد أقصى للغرامة المقررة لجرائم الصرف أيضاً التزاماً بمبدأ الشرعية وصوناً للحقوق والحريات⁶.

¹ - المادة 382 مكرر 01 ق.ع .

² - المادة 18 مكرر ق.ع.

³ - نشير إلى أن القانون 23-06 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات قد أضاف لجنة جديدة لصور جرائم الشيك تتعلق بإصدار شيك أو أكثر أو استعمال بطاقة الدفع رغم منعه من ذلك، ورصد لها عقوبة خاصة تتمثل في الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى 500000 دج. هذه الجريمة لا تطرح إشكالا حول طبيعة الغرامة المالية، ولا حول حدودها لأن المشرع اعتبرها عقوبة أصلية، وحصرها ضمن نطاق حدها الأدنى والأعلى.

⁴ - أمر 22-96 المؤرخ في 09 يوليو 1996 يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم المتعلق بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج. ر. ع 43 المؤرخة في 24 يوليو 1996، معدل ومتمم.

⁵ - أمر 10-03 المؤرخ في 26 غشت 2010 يعدل ويتمم الأمر 22-96 يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم المتعلق بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج. ر. ع 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.

⁶ - للإشارة أن المادة الأولى من الأمر 22-96 قبل تعديلها بموجب الأمر 01-03 المؤرخ في 19-02-2003 لم تكن تحدد الحد الأدنى للغرامة، واكتفت بتحديد الحد الأقصى للغرامة وهو ضعف قيمة البضاعة محل المخالفة، وهو التوجه الذي يبدو لنا أكثر انسجاماً مع مبدأ الشرعية، وأحفظ للحقوق والحريات، ويبدو أن السبب الذي جعل المشرع يراجع هذا النص هو تقييد سلطة القضاء في منح الظروف المخففة، ويظهر ذلك جلياً من خلال ما ورد في عرض أسباب الأمر 01-03 المؤرخ في 01-03-2003 الذي جاء فيه أن من أسباب تعديل هذا النص تبني نظام عقابي رادع يستبعد فيه تطبيق الظروف المخففة على العقوبات المالية.

ثانيا - التدرج الكمي النسبي الشخصي للعقوبات:

هذا النوع من التدرج يعتمد على دخل الفرد اليومي بحيث يمكن للقاضي الجزائي الحكم على الجاني بوحدة مساوية لمقدار دخله اليومي، بمعنى أن لكل يوم غرامة، ولأن هذا النظام يضمن عقابا عادلا لكل محكوم عليه مهما كان مركزه المالي¹، فقد تبنته قوانين أوروبية منها قانون العقوبات السويدي والدنماركي والفرنلندي، وهذه القوانين تحدد الغرامات بوحدة نسبية تسميها أيام - غرامات "les jour-amendes" يعتبر المبلغ الذي يستطيع المحكوم عليه توفيره يوميا هو القيمة النقدية لكل وحدة أي لكل يوم "يوم - غرامة"².

كما عرف القانون الفرنسي هذا النمط من العقوبة بموجب قانون 10 جوان 1983³، وحدده في المادة 3 منه، وذلك نزولا على مقتضيات مبدأ تفريد العقاب متأثرا في ذلك بالقانون الألماني، وكان القانون الفرنسي القديم يعتبر هذه العقوبة بديلا عن الحبس، وقد احتفظ بها القانون الفرنسي الجديد، فنظمها في المواد 5-131، 9-131، 25-131، ولكنه غيّر من طبيعتها، فأصبحت تعتبر عقوبة بديلة وعقوبة تكميلية⁴.

وهكذا حددت المادة 131-5 من قانون العقوبات الفرنسي نطاق توقيع هذه العقوبة، وضوابط تطبيقها، ونصت على أنه إذا كانت الجنحة معاقبا عليها بالحبس يجوز للمحكمة أن تقضي بعقوبة الغرامة اليومية بأن يدفع المحكوم عليه المبلغ الإجمالي الذي يحدده القاضي للغرامة اليومية لعدد معين من الأيام إلى الخزينة العمومية، ويتحدد مبلغ كل يوم من أيام الغرامة مع مراعاة دخل المتهم وأعبائه، ولا يجوز أن يزيد على ألف أورو، كما يتحدد عدد أيام الغرامة بالنظر إلى ظروف الجريمة، ولا يجوز أن يزيد عن ثلاثمائة وستون يوما⁵.

¹ - خالد الجبور، التفريد العقابي، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 107.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 102.

³ - Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale, disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr.

⁴ - Jacques BORRICAND, Anne-Marie SIMON, Droit pénal et procédure pénale, 2ème Edition, Dalloz, Paris-France, 2000, p.169.

⁵ - شريف سيد كامل، تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة 1990 والمعمول به منذ أول مارس 1994، القسم العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 142.

كما نصت المادة 131-25 ق.ع الفرنسي على أنه في حالة الحكم بعقوبة الغرامة اليومية، فإن المبلغ الإجمالي للغرامة يكون مستحقا في نهاية المدة المطابقة مع عدد أيام الغرامات المحكوم بها، وعدم الدفع الكلي أو الجزئي لهذا المبلغ يؤدي إلى حبس المحكوم عليه لمدة تساوي نصف عدد أيام الغرامة التي لم يتم دفعها، وينفذ كما في مواد الإكراه البدني، ويخضع الحبس في هذه الحالة لنظام عقوبة الحبس.

ورغم أهمية هذا النظام وتعبيره عن أحدث الاتجاهات العقابية الرامية إلى التقليل من العقوبات السالبة للحرية، والتي شكّلت أزمة حقيقية للعدالة الجنائية في جانبها الموضوعي، إلا أن التشريعات العربية لم تفرد حيزا لهذه العقوبات في تشريعاتها العقابية، ومنها التشريع العقابي الجزائري الذي اكتفى بالتدرج الكمي الثابت للعقوبات في أغلب نصوصه، مع أفراد عدد محدود من النصوص العقابية الخاصة بنظام التدرج الكمي النسبي الموضوعي¹.

وتقييما للنظام الكمي النسبي نقول بأنه وبرغم بعض مزايا نظام التدرج الكمي النسبي الموضوعي، إلا أنه لا يخلو من عيوب تبرر موقف المشرع الجزائري الذي أحجم عن الأخذ بهذا النظام في نصوصه العقابية، منها أن هذا النظام وإن كان يضمن عدم انتفاع المجرم بالفائدة التي حصل عليها من جريمته، غير أن هذا الهدف يمكن تحقيقه بوسائل قانونية أخرى كالرد والمصادرة، وهي وسائل نص عليها المشرع الجزائري كعقوبات تكميلية أو تدابير أمن. أما قوة الردع الذي تحققه الغرامة النسبية خصوصا في الأحوال التي تزيد فيها الغرامة المقدرة عن قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة أو الفائدة التي حصل عليها الجاني، واحتفاظها بهذه القوة حتى ولو انخفضت قيمة العملة، فإن تطبيق الغرامة النسبية عموما لا يمنع أحيانا من الحكم بغرامة تافهة غير مجدية، في حالة ضالة قيمة الضرر أو الفائدة المتخذة كأساس لتحديد الغرامة، خاصة حينما لا يحدد لها المشرع حدا أدنى يتسم بالإعتدال، ومن ثمة تصبح العقوبة عديمة الجدوى، كما قد يؤدي هذا النظام إلى فرض غرامة جسيمة لا تتناسب مع الحالة المادية للمحكوم عليه ولا يقوى على دفعها، فتستبدل حينئذ بعقوبة الحبس التي لم تكن هدفا للمشرع أساسا. فضلا عن أن اتخاذ المعيار المادي مناطا لتقدير مبلغ الغرامة

¹ - نشير إلى أن المشرع الجزائري استحدث عقوبة خاصة تختلط فيها فكرة عقوبة الغرامة اليومية مع فكرة الغرامة التهديدية المقررة في التنفيذ المدني، وقد تضمنتها المادة 330 من القانون 07-79 المتضمن قانون الجمارك المعدل والمتمم بالقانون 04-17 المؤرخ في 16 فبراير 2017، التي نصت على: "يعاقب كل شخص يرفض تقديم الوثائق المذكورة في المادة 48 لأعوان الجمارك بغرامة تهديدية تساوي 5000 دج عن كل يوم تأخير، بغض النظر عن الغرامة المنصوص عليها في حالة رفض تقديم الوثائق".

يعد اتجاها تقليديا قديما لم يعد مستساغا بعد أن اتّضحت ضرورة إحلال المعيار الشخصي المقام الأول في التفريد العقابي.

أما نظام التدرج الكمي النسبي الشخصي، فرغم اهتمامه بالحالة الإقتصادية للمحكوم عليه وتكاليفه العائلية ومهنته ودخله المني، وبرغم سعيه للملاءمة بين الغرامة المحكوم بها وخطأ المجرم وقدرته على الدفع، في محاولة لضمان عقاب عادل بحسب المركز المالي للمحكوم عليه، إلا أنه هو الآخر لا يخلو من عيوب، لعل أهمها العمليات الحسابية المعقدة التي تصاحب تطبيقها مما يرهق كاهل القاضي الجزائي في الحساب والتدقيق خاصة وأن رفوف المحاكم تعج بالقضايا الجزائية، فضلا عن أن بعض المحكوم عليهم لا يتمكّنون من توفير أي مبلغ مالي من دخلهم اليومي لقلته، أو أنهم لا يملكون دخلا على الإطلاق، ومن ثمة يتعذر عمليا تطبيق هذه العقوبة.

ومهما يكن من أمر، فإن الذي نراه أولى بالإتباع حاليا هو أن تحدد الغرامة تبعا لحالة المحكوم عليه بشكل يجعل العقوبة المالية المسطرة عليه تتناسب مع جريمته، ويراعي القاضي في ذلك موارده وثروته وحالته الإجتماعية وعمره وحالته الصحية، ولعل في تخصص القاضي الجزائي، وتفرغه التام لمهامه، مع توفير العدد الكافي من القضاة على مستوى الجهات القضائية، ما يضمن تفادي التعقيدات الحسابية المصاحبة لهذا النظام، ويحقق أغراض هذه العقوبة المنسجمة مع موجّهات السياسة العقابية الحديثة.

المطلب الثاني

سلطة القاضي الجزائي في اختيار نوع العقوبة والحكم بوقف تنفيذها

إذا كان الهدف الأساسي للعقوبة هو مواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة في الجاني ومحاولة إصلاحه، فإن ذلك يتطلب بالضرورة تنوع العقوبات، ومنح القاضي حرية انتقاء العقوبة الملائمة أو استبدال عقوبة بأخرى، بما يسمح باستئصال خطورته الإجرامية أو التخفيف منها، وإعادة إدماجه اجتماعيا.

ولهذا الغرض منحت التشريعات للقاضي الجزائي مكنة الحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة للتطبيق على المجرم، مراعيًا في ذلك ظروفه وشخصيته وكذا ملابسات جريمته. فللقاضي حرية

الإختيار بين عقوبتين أو أكثر من طبيعة مختلفة لتطبيقها¹، كما قد يترك المشرع للقاضي سلطة إحلال عقوبة معينة محل عقوبة من نوع آخر يمكن الحكم بها على الجاني أيا كانت نوع الجريمة التي ارتكبها، وهو ما يعرف بنظام العقوبات البديلة² (الفرع الأول)، كما قد يسمح القانون للقاضي ضمن شروط معينة بوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة القاضي في الإختيار النوعي للعقوبات

في إطار مبدأ الشرعية يمنح القانون للقاضي الجزائي سلطة تقديرية في اختيار نوع من أنواع العقوبة المتاحة أمامه. فالقاضي لم يعد مجرد مؤزّع للعقوبات المحددة قانونا، وإنما أضحى تقديره للعقوبات المقضي بها يكتسي مرونة واضحة، وسلطة القاضي التقديرية في هذا المجال قد تصل إلى أبعاد واسعة، تسمح له باختيار عقوبة من ضمن عقوبتين أو أكثر رصدها القانون للجريمة المرتكبة، بل قد يستدعي الأمر تطبيق عقوبة أخرى بديلة تكون أصلح للجاني وأنفع للمجتمع.

أولا - نظام العقوبات التخيرية:

في هذا النظام يترك القانون للقاضي حرية الإختيار في الحكم على الجاني بإحدى العقوبتين المختلفتي النوع أو بكليهما، أو عقوبة واحدة أو عقوبتين من بين ثلاث عقوبات أو أكثر مختلفتي النوع محددة للجريمة المرتكبة، وتعتبر كل عقوبة من العقوبات المحددة لتلك الجريمة مماثلة للآخرى³. كما يمنح للقاضي مدى بعيدا في اختيار الجزاء الملائم للجاني أكثر مما يعطيه نظام التدرج الكمي للعقوبة، فهذا الأخير وإن أعطى للقاضي مجالا رحبا في التدرج بالعقوبة شدة وتخفيفا، إلا أن ذلك يظل في حدود العقوبة المقررة للجريمة، ومن ثمة فإن النظام التخيري يعد أكثر تحقيقا للتفريد العقابي⁴.

فالقاضي في هذا النظام يختار من بين العقوبات التي رصدها المشرع للجريمة ما يناسب خطورة المجرم بغية جعل الجزاء مناسبا لإصلاح المجرم وتأهيله اجتماعيا تبعاً لصفاته الشخصية، وتكوينه

¹ - بلال أحمد عوض، النظرية العامة للجزاء الجنائي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986، ص 200.

² - Dominique GAILLARDOT, Les sanctions pénales Alternatives, RIDC, Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994, pp 683-693.

³ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 108.

⁴ - روسم عطية موسى نو، مرجع سابق، ص 171.

البيولوجي والنفسي وبيئته وبواعثه، وموقفه السابق والمعاصر واللاحق للجريمة¹. غير أن التشريعات المقارنة اختلفت في مدى السلطة الممنوحة للقاضي الجزائي في اختيار نوع العقوبة المناسبة للجريمة من بين العقوبات المقررة، فقد يتمتع القاضي بحرية تامة، ويسمى هذا النظام بنظام العقوبات التخيرية الحرة، كما قد يكون القاضي مخيراً في تحديد العقوبة الملائمة للجريمة ضمن شروط وقيود معينة نص عليها القانون، ويطلق عليه نظام العقوبات التخيرية المقيدة.

أ- نظام العقوبات التخيرية الحرة: في هذا النظام يتمتع القاضي الجزائي بحرية الاختيار في الحكم بالعقوبة التي يراها من ضمن العقوبات المقررة للجريمة سواءً كانت عقوبتان متنوعتان أو أكثر، والقانون لا يلزم القاضي باتباع أية قاعدة معينة في الاختيار، وإن كانت السياسة الجنائية الحديثة تُعلي عليه مراعاة شخصية المجرم وظروفه بما في ذلك الباعث على ارتكاب الجريمة، عند اختياره للعقوبة الملائمة من بين العقوبات المقررة².

وقد اختلفت التشريعات المقارنة في الأخذ بهذا النظام، فمنها من أفردت له مجالاً معتبراً في تشريعها العقابي وتوسّعت في الأخذ به كالتشريعات الأنجلوساكسونية والتشريعات التي تأثرت به³، فنصت المادة 13 من قانون العدل الجنائي *Criminal justice act* لسنة 1948 على قاعدة عامة تقضي باعتبار الغرامة عقوبة تخيرية لجميع الجرائم، فيما عدا المعاقب عليها بالإعدام والسجن المؤبد⁴.

وهناك تشريعات أخذت بهذا النظام في نطاق ضيق و محدود كالتشريعات العربية التي ضيق أغلبها من سلطة القاضي الجزائي في الاختيار النوعي للعقوبات. فقانونا العقوبات الأردني والمصري حددا نطاق الاختيار بين عقوبتين مختلفتين، وفي بعض الجرائم بين عقوبة وأخرى أو بهما معاً، وقصر المشرع الأردني أسلوب التخير فيما بين العقوبات على الجرائم الموصوفة جنحاً أو مخالفات⁵، وفي

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، حركة الدفاع الاجتماعي الحديثة ودورها في السياسة الجنائية المعاصرة، مجلة الفكر الشرطي، مجموعة 14، ع 02، الشارقة، الامارات العربية المتحدة، تموز سنة 2005، ص 267.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 111.

³ - من التشريعات العربية التي تأثرت بالقانون الإنجليزي، وتغلب فيها العقوبات التخيرية الحرة، قانون العقوبات السوداني والكويتي والبحريني.

⁴ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 112.

⁵ - أنظر المواد: 180، 181، 183، 184، 186، 196، 207، 209، 212، 223، 224 من قانون العقوبات الأردني، مرجع سابق. والمواد 170، 178، 182، 184، 186، 187، 188، 189، 190، 191، 192، 193، 194 من قانون العقوبات المصري، مرجع سابق.

قانون العقوبات المغربي تقتصر العقوبات التخيرية الحرة على ما نصت عليه المواد: 349، 433، 455، 469، 470/2، 479 منه، حيث تقضي كل منها بعقوبة الحبس أو الغرامة أو كلتا العقوبتين. أما قانون العقوبات الليبي فقد توسع قليلا في تطبيق نظام العقوبات التخيرية الحرة، بحيث أخضع لهذا النظام عقوبات بضع جنايات¹، وعقوبات عدد من الجنع والمخالفات².

أما المشرع الجزائري فلم يمنح هو الآخر للقاضي الجزائي مجالا واسعا لاختيار نوع العقوبة لأن أغلب النصوص تقرر عقوبات من طبيعة واحدة ضمن حدود معينة، بل أن المشرع وفي الكثير من النصوص سيما المتعلقة منها بأفعال ذات وصف جنائي قرر عقوبة واحدة، فنص على عقوبة الإعدام فقط³، وذلك في المواد 61، 63، 64، 77، 84، 86، 87 مكرر 87 مكرر 1، 90، 261، 263، 262، 272-4، 274، 401، 417 مكرر من ق.ع، وكذا في المادتين 481، 500 من القانون البحري الصادر بموجب الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 1976.10.23 المعدل والمتمم بالقانون 98-05 المؤرخ في 1998.06.25⁴. كما نص على عقوبة السجن المؤبد فقط في المواد 65، 88، 89، 214، 263-3، 197، 198، 351، 395، 396 مكرر من ق.ع، وفي بعض القوانين الخاصة كالأمر 97-06 المؤرخ في 1997.01.21 المتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة (المادة 26 منه) والأمر 05-01 المؤرخ في 2005.08.23 المتعلق بمكافحة التهريب (المادتين 14، 15 منه)، والقانون 18-04 المؤرخ في 2004.12.25 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية والإتجار غير المشروع بهما (المواد من 18 إلى 21 منه)، ولم تترك هذه النصوص أي سلطة للقاضي الجزائي في اختيار نوع العقوبة، على خلاف المشرع الفرنسي الذي منح للقاضي سلطة أوسع في اختيار العقوبة بإقراره عقوبتين على سبيل الاختيار في الجنايات⁵.

¹ - أنظر مثلا المادة 4/372 من قانون العقوبات الليبي التي قررت عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد لجناية القتل إذا كان القصد منها ارتكاب جنحة أو تسهيلها. وكذلك نص المادة 211 من نفس القانون التي منحت القاضي الإختيار بين ثلاث عقوبات وهي الإعدام أو السجن المؤبد أو السجن لمرتكي جناية تكوين جمعية أشرار.

² - المواد: 377، 242، 237، 378، 380، 384، 386، 387، 388، 467، 468، 469، 485، 486 ق.ع المنصوص فيها على عقوبة الحبس أو الغرامة.

³ - للإشارة فإن المشرع الجزائري قد قلص من رقعة الجرائم المعاقب عليها بالإعدام بمناسبة تعديل قانون العقوبات سنتي 2001 و 2006، حيث استبعد عقوبة الإعدام من الجرائم المنصوص عليها بالمواد 119 مكرر 6، 382 مكرر، 419، 351، 395، 197، 198، 396، 432 من ق.ع، كما ألغى المشرع تماما هذه العقوبة من القانون 18-04 المتعلق بالمخدرات، بعد أن كانت المادة 248 من القانون 85-05 المؤرخ في 1985.02.16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها تنص على هذه العقوبة.

⁴ - قانون 98-05 المؤرخ في 1998.06.25 المعدل والمتمم للأمر رقم 76-80 المؤرخ في 1976.10.23 المتضمن القانون البحري، ج.ر، ع 47 المؤرخة في 1998.06.27.

⁵ - Article 131-1 du CPF: « Les peines criminelles encourues par les personnes physiques sont: - La réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité; - La réclusion criminelle ou la détention criminelle de trente ans au plus; - La réclusion criminelle ou la détention criminelle de vingt ans au plus; - La réclusion criminelle ou la détention criminelle de quinze ans au plus; La durée de la réclusion criminelle ou la détention criminelle à temps est de dix ans au moins ».

كما لم يترك المشرع الجزائري أي فرصة للقاضي لاختيار نوعي للعقوبات الأصلية بخصوص الجرائم المرتكبة من طرف الشخص المعنوي، فمهما كان وصف الجريمة المرتكبة يطبق القاضي عقوبة أصلية واحدة وهي الغرامة، وفق ما نصت عليه المادتان 18 مكرر، 18 مكرر 01 من ق.ع.

أما بالنسبة للأفعال الموصوفة جنحا أو مخالفات المرتكبة من الشخص الطبيعي، فباستقراءنا لقانون العقوبات الجزائري والقوانين الخاصة المكملة له، نجد أن المشرع قَصَرَ سلطة القاضي في الإختيار النوعي للعقوبة في نطاق ضيق، بحيث أجاز للقاضي أن يحكم بعقوبة الحبس و الغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين مثلما نصت عليه المواد (224، 228، 243، 244، 246، 252، 298، 299، 310، 440، 440 مكرر، 441، 443، 444 من ق.ع) والمادة 12 من القانون 04-18 المتعلق بالمخدرات، وفيما عدا عقوبتي الحبس والغرامة اللتين منح فيهما المشرع الجزائري للقاضي سلطة إختيار العقوبة الملزمة، فلا أثر لنظام العقوبات التخيرية الحرة.

وبذلك يكون المشرع قد ضَيَّق من سلطة القاضي الجزائي في اختيار العقوبة بالنسبة للجرائم المرتكبة من طرف الشخص الطبيعي، والتي تكون عقوبتها الإعدام والسجن المؤبد أو المؤقت بالنظر إلى جسامتها، في حين منح للقاضي سلطة أوسع في الإختيار بالنسبة للجرائم التي تكون عقوبتها الحبس والغرامة باعتبارها أقل جسامته وخطورة.

ورغم التوجه الذي سلكه مشرعنا بتضييق المجال على القاضي الجزائي في اختياره للعقوبات الأصلية إلا أنه فتح المجال أمامه فيما يتعلق بالعقوبات التكميلية، وهي عقوبات تضاف إلى العقوبات الأصلية المحكوم بها، بحيث رصد المشرع إثني عشر عقوبة تكميلية بالنسبة للشخص الطبيعي¹، وسبع عقوبات تكميلية للشخص المعنوي²، وسمح للقاضي الجزائي للحكم بواحدة أو أكثر من هذه العقوبات ضمن نشاطه التقديرية، لكنه استثناءً منعه من ممارسة أي سلطة تقديرية لاختيار هذه العقوبات، وفرض عليه الحكم بها وجوبا.

وبمراجعة نصوص قانون العقوبات الجزائري نجد بأن الأصل في العقوبات التكميلية المقررة للشخص الطبيعي أنها جوازية خاضعة لتقدير القاضي الجزائي الذي يختار نوعها ومدادها حسب طبيعة الجريمة وضمن الحدود المقررة قانونا، لكنها استثناء تكون وجوبية في الجنايات غالبا، فعقوبات الحجر

¹ - المادة 09 من ق.ع .

² - المادة 18 مكرر من ق.ع.

القانوني والحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية والمصادرة الجزئية للأموال يحكم بها وجوبا في الجنايات¹، بينما تعد هذه العقوبات اختيارية للقاضي في الجرائم الموصوفة جنحا ويشترط أن يتم النص عليها²، وقد تكون إلزامية في الجرح إذا نص القانون على ذلك³، في حين تكون العقوبات التكميلية الأخرى اختيارية عموما سواء تعلق الأمر بجنايات أو جنح ما لم يرد نص يلزم القاضي بالحكم بها⁴.

أما بالنسبة للشخص المعنوي، فإن صياغة المادة 18 مكرر ق.ع تسمح للقاضي بمناسبة نظره في جناية أو جنحة باختيار عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية الواردة في النص، في حين لم يرد نص صريح تطرق إلى تطبيق إحدى العقوبات التكميلية المنصوص عليها بالمادة 18 مكرر على الأفعال الموصوفة مخالفات إلا أن المادة 18 مكرر 1 فقرة أخيرة من ق.ع المتعلقة بالمخالفات أجازت تطبيق عقوبة مصادرة الشيء الذي استعمل في الجريمة أو نتج عنها، والمصادرة تعد عقوبة تكميلية.

وينبغي أن نشير أن قانون العقوبات الجزائري لم ترد به أية نصوص تحدد مضمون هذه العقوبات التكميلية وكيفية تطبيقها على الشخص المعنوي خلافا للشخص الطبيعي، مخالفا بذلك التشريع الفرنسي الذي أحال على ما هو مقرر للشخص الطبيعي، وعالج مضمون العقوبات التكميلية الأخرى كعقوبات الوضع تحت الحراسة القضائية وحل الشخص المعنوي وكيفيات تطبيقهما ضمن نصوص خاصة⁵، وهو ما يطرح تساءلا عن جدوى النص على عقوبات مستحدثة دون بيان إجراءات

¹ - المواد: 09 مكرر، 09 مكرر، 15 مكرر 01 من ق.ع.

² - أنظر على سبيل المثال المواد: 78، 96، 79، 209، 210، 222، 223، 264، 303 مكرر 07، 303 مكرر 22، 350، 351 مكرر، 372، 380 من ق.ع، والمادة 29 من القانون 18 - 04 المتعلق بالمخدرات، والمادة 50 من القانون 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. والمادة 05 من الأمر 22-96 المعدل والمتمم بالأمر 03-10 المتعلق بجمع ومخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج.

³ - أنظر على سبيل المثال المواد: 165، 168، 170، 389 مكرر 4، 303 مكرر 40 من ق.ع، ومنها أيضا المواد 32، 33، 34 من القانون 04-18 المتعلق بالمخدرات، المادة 2/51 من القانون 01-06 المتعلق بالفساد. والمادة 01 مكرر من الأمر 22-96 المعدل والمتمم المتعلق بالصرف.

هذا وينبغي أن نشير إلى أن عقوبة المصادرة التي نص عليها المشرع الجزائري في كافة الجرائم الجرمية جنحا كانت أم جنايات بما فيها أعمال التهريب، طرحت إشكالا قانونيا حول طبيعتها القانونية، وقد اعتبرها المشرع في البداية تعويضا مدنيا (قبل صدور تعديل قانون الجمارك بموجب القانون المؤرخ في 22-08-1998 لكنه تراجع بعد صدور هذا القانون والتزم الصمت، غير أنه ومنذ صدور الأمر 06-05 المتعلق بالتهريب أصبح يغلب عليها الطابع الجنائي، ثم نص صراحة على طابعها الجزائي عند تعديله لقانون الجمارك بموجب القانون 04-17 المؤرخ في 16 فبراير 2017 (المادة 240 مكرر) ..

⁴ - من النصوص التي ألزمت القاضي بالحكم بأحد هذه العقوبات التكميلية في الجرائم الجنحية نجد: المادة 19 من الأمر 06-05 المتعلق بمكافحة التهريب والتي نصت على أن الجاني يعاقب وجوبا بإحدى العقوبات التكميلية، وكذا المادة 174 التي توجب الحكم بنشر الحكم كعقوبة تكميلية إلزامية في حالة الإدانة بجنحتي المضاربة غير المشروعة طبقا للمادتين 172، 173 من ق.ع، كما نصت المادتان 311، 312 من ق.ع المتعلقتان بجناية الإجهاض، على عقوبة تكميلية إلزامية وتعلق الأمر بالمنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في العيادات ودور الولادة أو أي مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل النساء الحوامل.

⁵ - Voir les articles: 131-39, 131-45, 131-46 du CPF.

وكيفيات تطبيقها، و يبدو أن هذا الفراغ التشريعي هو ما جعل القضاء يحجم عن الحكم بها رغم أهميتها البالغة.

وتستوقفنا في هذا الصدد عقوبة الحل باعتبارها من أقسى العقوبات، إذ تفوق في شدتها العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي (الغرامة)، فهي تُنهي الحياة المهنية للشخص المعنوي، ولهذا قيدها المشرع الفرنسي بشروط وحصرها تطبيقها على الجرائم الجسيمة أو التي تشكل خطورة خاصة، واشترط أن تكون الجريمة ذات وصف جنحي أو جنائي، وأن تتوفر حالتان لجواز الحكم بها وهما: أن يكون الشخص المعنوي قد أنشئ من أجل ارتكاب أفعال إجرامية أو أن يكون الشخص المعنوي قد انحرف عن غرضه إلى ارتكاب الجرائم بدلا من تحقيق الغرض المشروع الذي أنشئ من أجله¹.

في حين نص المشرع الجزائري على جواز الحكم بعقوبة الحل في جميع الجرائم التي يرتكبها الشخص المعنوي، باستثناء تلك المنصوص عليها في القسم السابع مكرر من قانون العقوبات المتعلقة بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وذلك بالرغم من خطورة هذه الجريمة²، ولم يُقيد القاضي بأي شروط للحكم بها، وهو ما يستدعي تدخلا تشريعيًا للحد من مخاطر تطبيق هذه العقوبة.

كما استحدث المشرع الجزائري في تعديله لقانون العقوبات لسنة 2006 عقوبة تكميلية أخرى تطبق على الشخص المعنوي المرتكب لجناية أو جنحة وهي الوضع تحت الحراسة القضائية³، ورغم أهمية هذه العقوبة الحاملة لفكرتي العقاب والوقاية في الآن نفسه، والهادفة أساسا إلى مراقبة سلوكات وتصرفات الشخص المعنوي ووقيته من العود إلى الجريمة، إلا أن مشرعنا لم ينظم أحكامها وإجراءات تطبيقها، واكتفى بالنص على أن هذه العقوبة تنصبّ على حراسة النشاط الذي أدى إلى ارتكاب الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته، كما قيدها زمنيا بمدة لا تتجاوز الخمس سنوات، مخالفا بذلك المشرع الفرنسي الذي نظم أحكامها وقواعد تطبيقها بشكل مفصل ضمن أحكام المادة 131-46 ق.ع⁴. وهو ما يفرض علينا مرة أخرى دعوة المشرع الجزائري إلى تدخل تشريعي لضبط أحكام

¹ - Voir l'article 131-39 du CPF.

² - بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص 295.

³ - المادة 18 مكرر فقرة أخيرة من القانون 23-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، مرجع سابق.

⁴ - Thierry DELMASSO, op. cit., p.84.

هذه العقوبة وتحديد قواعد تطبيقها امثالاً لمبدأ الشرعية الذي يحكم النصوص الجزائية، وحتى تكون هذه العقوبة بديلاً حقيقياً لعقوبات الحل أو الغلق ذات الآثار الوخيمة على الشخص المعنوي والإقتصاد الوطني، سيما في هذه المرحلة التي تشهد متابعات جزائية عديدة لشركات تجارية كبيرة.

ب- نظام العقوبات التخيرية المقيدة: في هذا النظام يقيد المشرع القاضي الجزائي في اختياره لعقوبة دون أخرى من العقوبات المتباينة التي رصدها للجريمة، فيفرض عليه توقيع عقوبة بعينها من بين هذه العقوبات إذا توفرت ظروف معينة، ويقتضي بحث هذا النظام تناول عدة صور منه:

1- العقوبات التخيرية المقيدة بالباعث: وهنا يضع المشرع عقوبتين متباينتين في الشدة على سبيل التخير للجريمة، مع إلزام القاضي بأن يحكم بالعقوبة الأشد أو منعه من الحكم بالعقوبة الأخف عندما يكون الباعث على اقترافها دنيئاً¹.

ومما لا شك فيه أن الباعث يعتبر في جميع الأحوال من ضمن المعايير التي يجب على القاضي مراعاته عند اختياره لنوع العقوبة، غير أن النص بصريح العبارة على وجوب التزام القاضي به كأساس لاختياره إحدى العقوبتين المقررتين على سبيل التخير يدل على رغبة المشرع في تنبيه القاضي إلى ضرورة اتخاذ صفة الباعث وحدها دون المعايير الأخرى أساساً للإختيار². ويسترجع القاضي سلطته التقديرية الكاملة في تحديد شرف الباعث أو دناءته، استناداً إلى الوقائع التي يقتنع بإثباتها، ووفقاً للقيم الأخلاقية السائدة في المجتمع.

2- العقوبات التخيرية المقيدة بالملاءمة: وفي هذه الصورة يخول المشرع للقاضي سلطة الإختيار بين العقوبة السالبة للحرية وعقوبة الغرامة، ويوجب عليه أن لا يحكم بالعقوبة السالبة للحرية إلا إذا كان الحكم بالغرامة غير ملائم.

ورغم أن الملاءمة هي من المعايير العامة العادية لسلطة القاضي في تحديد العقوبة كما ونوعاً، إلا أن تقييد القاضي بهذا المعيار فيه دلالة على مقصد المشرع في لفت انتباه القاضي إلى اعتبار الغرامة عقوبة أساسية والعقوبة السالبة للحرية عقوبة استثنائية لجميع الجرائم المعاقب عليها بكلتا

¹ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 167

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 125.

العقوبتين على سبيل التخيير. وبالتالي وجب على القاضي أن لا يلتفت إلى العقوبة السالبة للحرية إلا بعد أن يظهر له عدم ملائمة عقوبة الغرامة للمجرم إنطلاقاً من ظروفه الشخصية وظروف جريمته.

وليس أدل على ذلك في تشريعنا مما ورد في المواد: 444 مكرر، 445، 449، 450، 451، 453، 455، 456 إلى 464 ق.ع والمتعلقة كلها بالأفعال الموصوفة مخالفات، والتي نصت على عقوبة الغرامة كعقوبة أساسية، وأجازت للقاضي الحكم بعقوبة الحبس كعقوبة استثنائية، كما يظهر ذلك من صياغة هذه النصوص "يعاقب بغرامة...، ويجوز أن يعاقب أيضاً بالحبس...". كما انتهج مشرعنا نفس التوجه حين رفع الغرامة المقررة لمخالفة المراسيم والقرارات المتخذة قانوناً من السلطة الإدارية وأجاز الحكم بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر¹.

3- العقوبات التخيرية المقيدة بشناعة الجريمة أو خطورة المجرم: تتجسد هذه الصورة حينما يحدد القانون لجريمة ما عقوبتين على سبيل التخيير، وتكون إحداها أشد من الأخرى، ويفرض القانون على القاضي تطبيق العقوبة الأشد متى ثبت لديه شناعة الجريمة المرتكبة أو تكشف لديه خطورة الجاني على أمن المجتمع واستقراره.

ومثال ذلك أن يحدد القانون للجريمة عقوبة السجن المؤبد وعقوبة الإعدام على سبيل التخيير، ويجعل العقوبة الأخيرة واجبة التوقيع إذا كانت طبيعة الفعل والطريقة التي ارتكب بها وكذلك الظروف الأخرى للقضية بوجه عام تجعل الفعل شنيعاً أو إذا كان المجرم خطراً على الأمن العام².

والملاحظ أن نظام العقوبات التخيرية المقيدة وفقاً لهذه الصور تبدو في مجموعها محكمة بضوابط تقدير العقوبة التي عرفتها بعض التشريعات، وهي بذلك لا تصلح لأن تضع نظاماً لاختيار العقوبة داخل نظام الإختيار النوعي الذي لا يمكن إلا أن يكون موسعاً أو مضيقاً حسب الواقعة التي يحتلها في النصوص العقابية، أما إذا نص المشرع بعبارة صريحة على معيار منها وفرد العقاب على هديه في جريمة بالذات، فإننا نكون أمام إحدى وسائل التفريد التشريعي التي لا دخل للقاضي فيها³.

¹ - المادة 459 من القانون 06-20 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، مرجع سابق.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 167، 168.

³ - المرجع نفسه، ص 168.

فمن الواضح أن الصور السالفة الذكر لنظام العقوبات التخيرية المقيدة فيما عدا حالة التخير المقيد بالملاءمة (وهي معيار غير محدد) يمكن اعتبارها كأنماط من تطبيقات نظام الظروف المشددة الوجوبية، وهي من وسائل تفريد العقاب القانوني، وليس من وسائل تفريد العقاب القضائي. وهذا بطبيعة الحال يخل بطبيعة نظام التخير المرتكز على حرية القاضي في الإختيار، وهذا يعني أن المشرع أخذ من القاضي بيد ما منحه له باليد الأخرى.

ولهذا تبدو لنا سلامة موقف القوانين التي قبلت نظام العقوبات التخيرية الحرة، لما يبسطه أمام القاضي من مجال لاختيار العقوبة الأكثر ملاءمة من بين العقوبات أو العقوبات المتعددة المقررة لجريمة معينة على سبيل التخير، برغم اختلاف القوانين في درجة حرية التخير ونطاق التخير.

لكن، وجب أن نشير إلى أنه يجدر بالمشرع الجزائري أن ينص على معايير عامة لتقدير للعقوبة تُوجّه القاضي عند ممارسته لسلطته في الإختيار النوعي للعقوبة، مثلما فعلت الكثير من التشريعات، مع فتح المجال للتخير بين العقوبات على نحو معتدل، لتحقيق التفريد القضائي بصورة صحيحة، استجابة للسياسة الجنائية الحديثة. مع الإبتعاد عن الإفراط في توسيع مجال الإختيار بين العقوبات سواء في عدد العقوبات المقررة على سبيل التخير للجريمة، أو في درجة التفاوت في الشدة بين أنواعها، فالإفراط في توسيع مجال الإختيار قد يربك القاضي، ويدفعه إلى اختيار عقوبة قاسية جدا أو تافهة جدا على المحكوم عليه، وهو ما قد يؤدي إلى تفاوت كبير في العقوبات المطبقة على جريمة واحدة ارتكبها عدة مجرمون.

ثانيا - نظام العقوبات البديلة:

يمنح هذا النظام الحرية للقاضي في أن يستبدل عقوبة من نوع معين محل عقوبة من نوع آخر مقررة أصلا لجريمة ما، سواء كان ذلك قبل الحكم بالعقوبة المقررة أصلا أم بعد الحكم بها، وذلك عند تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية أو احتمال تعذر تنفيذها أو لملاءمة تنفيذ العقوبة البديلة أكثر من تنفيذ العقوبة الأصلية لحالة المجرم الشخصية¹. ففي هذا النظام لا يقتصر دور القاضي على مجرد

¹ - حسن عوض سالم الطراونة، مرجع السابق، ص 339.

اختيار عقوبة تتلاءم وحالة المجرم من ضمن العقوبات التي وضعها المشرع للفعل، وإنما تكون له سلطة استبدال عقوبة بأخرى تختلف في نوعها عن العقوبة المقررة للجريمة¹.

ويعدّ هذا النظام من وسائل التفريد القضائي للعقوبة، وفي رحابه يتمتع القاضي الجزائي بحرية في عملية الإبدال القضائي، وتتفاوت التشريعات العقابية فيها بين الإطلاق والتضييق، لكن استبدال العقوبة قضائياً لا يخرج في مجمله عن الصور التالية:

أ- إستبدال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة الغرامة: وهنا يكون من سلطة المحكمة أن تقضي بعقوبة الحبس بدلا من تسديد الغرامة. وإحلال عقوبة الحبس محل الغرامة من شأنه إبراء ذمة المحكوم عليه من الغرامة المحكوم بها عليه متى قضى مدة الحبس التي قررها الحكم، مع الملاحظة أنه وإن كان من سلطة المحكمة أن تحدد مدة الحبس كعقوبة بديلة، فليس لها أن تتجاوز الحد الأقصى المقرر لعقوبة الحبس قانوناً². ومن التشريعات التي تجيز استبدال العقوبة طبقاً لهذه الصورة قانون العقوبات السوري واللبناني³ والعراقي⁴.

تجدر الإشارة إلى أن استبدال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة الغرامة في هذه الصورة يختلف عن التنفيذ عن طريق الإكراه البدني، الذي يعد عقوبة بديلة تنفيذية.

ب- إستبدال عقوبة العمل بعقوبة الغرامة: ومفادها أن المحكوم عليه الذي لم يستطع دفع الغرامة كعقوبة محكوم بها عليه بسبب حالته المادية، يمكن للمحكمة أن تحكم بعمل تقويبي بدلا من الغرامة، وذلك بمعدل تقويبي لكل يوم عمل يقابله خصم مبلغ من الغرامة الواجب عليه دفعها.

والملاحظ أن استبدال العمل بالغرامة المتعذر تحصيلها أفضل من استبدال الغرامة بعقوبة سالبة للحرية، لإخلال هذه الصورة بمبدأ مساواة الخصوم أمام القانون، بحيث يتمكن الموسر من تفادي عقوبة الحبس البديلة بدفعه الغرامة المحكوم بها، فيما يودع المعسر في السجن لعجزه عن

¹ - رسوم عطية موسى نو، مرجع سابق، ص 177.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 181.

³ - تنص المادة 62 من قانون العقوبات السوري: "تستبدل الغرامة بالحبس البسيط إذا لم تؤد في مدة ثلاثين يوماً من تاريخ انبرام الحكم دون تنبيه سابق...". وهو نفس النص الوارد في المادة 62 من قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق.

⁴ - تنص المادة 93 من قانون العقوبات العراقي: "إذا حكم على مجرم بالغرامة سواء كان مع الحبس أو بدونه فللمحكمة أن تقضي بحبسه عند عدم دفع الغرامة مدة معينة لا تزيد عن الحد الأقصى المقرر للجريمة إذا كانت معاقباً عليها بالحبس والغرامة...".

سداد الغرامة، ومن ثمة يتحمل آثار هذه العقوبة البديلة التي لم يقصد المشرع والقاضي توقيعها عليه أصلاً. فضلاً عن أن عقوبة العمل البديل يوقّر للدولة نفقات كانت ستصرفها على السجين، وبـل يحقق لها ربحاً جراء عمل المحكوم عليه، ومشاركتة في إقتصاد البلد.

ج - إستبدال عقوبة الغرامة بعقوبة سالبة للحرية: لهذه الصورة تطبيقات متماثلة وأخرى متقاربة في قوانين بعض الدول كألمانيا والمكسيك والصين واليونان والبرتغال، ولها تطبيق محدود بالنسبة للأحداث في القانون العراقي¹. بحيث تجيز هذه التشريعات للقاضي استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة سالبة للحرية، حينما يرى القاضي من حالة الجاني وظروف جريمته أن عقوبة الغرامة تكفي لإصلاحه.

وفي هذا الإطار ينبغي أن نشير إلى أن المشرع الفرنسي قد أدخل عدة أنواع من العقوبات البديلة للعقوبة السالبة للحرية مشار إليها بالمادة 131-3 من قانون العقوبات الفرنسي، ومنها نظام الغرامة اليومية *le jour-amende* والذي يعني استبدال عقوبة الحبس بدفع غرامة يومية، يقدر القاضي قيمتها وعدد الأيام التي تفرض فيها على المحكوم عليه شريطة أن لا تتجاوز 360 يوم².

وقد سادت هذه الصورة في الكثير من التشريعات الجنائية الحديثة، فالسياسة الجنائية للمشرع في هذه الصورة تهدف إلى المساهمة في تأهيل الجاني وإعادة إدماجه في مجتمعه، بغية الحد من مساوئ عقوبة الحبس القصيرة المدة³، هذه الأخيرة يكاد ينعقد إجماع بين فقهاء القانون الجنائي على مساوئها العديدة بل ويطالبون بإلغائها أو الحد منها.

وعليه، فإن عقوبة الغرامة تعد إحدى البدائل الناجعة للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة لأهميتها الإقتصادية، فهي لا تكلف الخزينة العمومية شيئاً، بل تدرّ عليها مداخيل إضافية، كما أن

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 143.

² - Voir l'article 135-5 du CPF.

³ - تعرضت العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة إلى انتقادات شديدة من الفقه، بسبب عدم فاعليتها في تحقيق أغراض العقوبة لافتقارها إلى الأثر التهديدي الذي يولد الكف عن الجريمة، علاوة على أن قصر المدة يحول دون إصلاح المجرم، مع إلحاق الضرر بالمحكوم عليه، بفقد وظيفته ومصدر رزقه، وإفساده في غالب الأحيان نتيجة اختلاطه بمعتادي الإجرام بالسجن، فضلاً عن الضرر الذي يلحق العملية العقابية في مجموعها نتيجة ازدحام السجون بعدد كبير من السجناء، وعدم تمكن الإدارة العقابية من تحقيق أغراض العقوبة بتأهيل السجين وإعادة إدماجه من جديد، مع تفاقم الإنفاق على السجون مع إشكله من إرهاب إقتصادي للدولة.

أنظر: قوادي صامت جوهر، مساوئ العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة، مقال منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإقتصادية والقانونية، جامعة حسنية بن بوعلي الشلف، ع 14، جوان 2015، ص ص 71 - 79.

مرونتها وإمكانية مواءمتها لحالة المحكوم عليه وإنطوائها على قدر من الإيلاء المادي، من شأنه أن يحقق أغراض العقوبة المنشودة.

ويبدو أن هذه الأسباب هي التي دعت مشرعنا عند تعديله لقانون العقوبات بموجب الأمر 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 إلى إدراج المادة 53 مكرر 04 التي أجازت للقاضي استبدال عقوبة الحبس بالغرامة على أن لا تقل عن 20000 دج وأن لا تتجاوز 500000 دج، إذا كانت عقوبة الحبس هي وحدها المقررة للجريمة وتقرر إفادة الشخص الطبيعي غير المسبوق قضائيا بظروف التخفيف. وما عدا هذا النص فلا نجد أثرا لهذه الصورة في تشريعنا العقابي رغم مزاياها العديدة.

د- إستبدال عقوبة العمل بعقوبة سالبة للحرية: ومؤدى هذه الصورة إحلال عقوبة العمل محل عقوبة الحبس قصيرة المدة، تجنباً للمساوئ العديدة لعقوبة الحبس القصيرة المدة. وقد كان العمل الإلزامي من ضمن الوسائل المقترحة للاستعاضة بها عن الحبس قصير المدة في توصيات المؤتمر الدولي الثاني عشر للعقوبات المنعقد في لاهاي خلال شهر أغسطس 1950، كما قرر المؤتمر الثاني للأمم المتحدة لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين المنعقد في لندن في الفترة من 08 إلى 19 أغسطس سنة 1960 أن الحل السليم لمشكلة عقوبة الحبس قصير المدة يكون بالإقلال من توقيع هذه العقوبة، واستبدالها بالعمل خارج الأسوار أو غيرها من التدابير التي لا تنطوي على سلب حرية المحكوم عليه¹.

ولهذا فقد سارعت التشريعات الجنائية في الكثير من الدول إلى تكريس قاعدة تبديل العمل بالحبس القصير المدة، مثل سويسرا عام 1990 كمرحلة تجريبية ثم أصبح عقوبة أصلية مستقلة قائمة بذاتها في قانون العقوبات منذ 2007، كما تبنته بلجيكا منذ 1994 إما كعقوبة تبعية لعقوبة الحبس أو كشرط لانقضاء الدعوى العمومية، لكن بعد ذلك تم تعديل قانون العقوبات وأصبحت عقوبة أصلية في الجرائم التي لا تتجاوز مدة الحبس فيها خمس سنوات². كما تبنته الكثير من الدول العربية في قوانينها الوطنية كمصر³، ليبيا⁴، واليمن⁵ والأردن⁶.

¹ - حافظ سابق، تقرير عن أعمال المؤتمر الثاني للأمم المتحدة لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين، المجلة الجنائية القومية، القاهرة، مارس 1960، ص 23.
² - امحمدي بوزينة أمنة، شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، مجلد 52، ع 04، ص 62-63.
³ - المادة 2/18 من قانون العقوبات المصري، مرجع سابق.
⁴ - المادة 3/23 من قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.
⁵ - المادة 44 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، مرجع سابق.
⁶ - المادة 25 مكرر من قانون العقوبات الأردني، مرجع سابق.

لكن، ما ينبغي التأكيد عليه هو أن عقوبة العمل البديل في هذه القوانين لا تعد عقوبة بديلة قضائية بالمعنى الدقيق، لعدم إنفراد القاضي بممارسة سلطة الاستبدال، بل لابد لاستبدال العمل بالحبس من موافقة ثلاث جهات: أولها قاضي الموضوع الذي يوافق ضمناً على هذا الإجراء بعدم حرمان المحكوم عليه في الحكم من حق التشغيل، وثانيها المحكوم عليه الذي يطلب تشغيله، وثالثها النيابة العامة التي تأمر بالتشغيل بدلاً من الحبس بعد تأكدها من وجود عمل يكون اشتغال المحكوم عليه به ذا فائدة¹.

وقد أخذ بهذه الصورة أيضاً قانون العقوبات الفرنسي الذي أدرج عقوبة النفع العام كعقوبة جنحية أصلية للشخص الطبيعي²، وأجاز للقاضي الحكم بعقوبة العمل للنفع العام بدون مقابل خلال المدة التي تقررها المحكمة³، وفي هذا القانون تعد عقوبة العمل للنفع العام عقوبة بديلة قضائية بحتة دون خلاف، لانفراد القاضي بممارسة سلطة الحكم بها بدلاً من عقوبة الحبس، وذلك في الأحوال المعينة التي يسمح فيها القانون بإجراء هذا التبديل.

وقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي، وسارع بمناسبة تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 09-01⁴ إلى إدراج عقوبة العمل للنفع العام ضمن المنظومة العقابية واعتبرها عقوبة أصلية بديلة للجرائم الموصوفة جنحاً.

لكن، هناك من يرى بأن هذه العقوبة ليست عقوبة أصلية مستقلة قائمة بذاتها نظراً لعدم إدراجها في قائمة العقوبات الأصلية المنصوص عليها بالمادة 05 ق.ع، بل هي عقوبة أصلية بديلة لعقوبة الحبس فقط، كما يظهر ذلك من صياغة نص المادة 5 مكرر 1 ق.ع التي تنص على أنه "يمكن الجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر"، وتبعاً لذلك لا تطبق هذه العقوبة في حالة النطق بعقوبة الغرامة أو الحبس مع وقف التنفيذ، بل يفهم من سياق النص أن هذه العقوبة لا تطبق إلا إن كانت عقوبة الحبس المنطوق بها عقوبة نافذة⁵.

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 145.

² - Article 131-3 du CPF: « Les peines correctionnelles encourues par les personnes physiques sont:..... 6° Le travail d'intérêt général ;... ».

³ - Voir l'article 131-8 du CPF.

⁴ - قانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، مرجع سابق.

⁵ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 312.

وقد نصت المادة 5 مكرر 1 ق.ع على مجموعة من الشروط التي يتوجب توافرها لتطبيق عقوبة النفع العام¹، غير أن النصوص المتعلقة بهذه العقوبة اعترضتها بعض النقائص العملية التي تم تداركها بموجب المنشور الوزاري رقم 2 الصادر عن وزير العدل في 2009.04.21 المتعلق بكيفية تطبيق عقوبة النفع العام²، والذي اعتبر هذه العقوبة تعزيزا للمبادئ الأساسية للسياسة العقابية التي تركز على إحترام حقوق الإنسان، وتحقيق إعادة الإدماج الإجتماعي للمحكوم عليه³.

إن استحداث المشرع الجزائري لعقوبة العمل للنفع العام يشكل بحق خطوة فعالة وإضافة ملموسة للسياسة العقابية في الجزائر للمزايا العديدة التي توفرها هذه العقوبة سيما في مجال إصلاح الجاني وإعادة تأهيله إجتماعيا وتجنبيه الإختلاط بالمجرمين في السجون، إلا أن حصر مجال تطبيقها في جرائم محددة لا تتعدى عقوبتها ثلاث سنوات حبس، وربطها بشروط أخرى صارمة قيدت كثيرا من سلطة القاضي في الحكم بها وقلّص مجال تطبيقها في الواقع. وعليه، وجب تخفيف هذه الشروط على وتوسيع مجال تطبيقها على غرار ما أقره التشريع الفرنسي، وترك المجال واسعا أمام القاضي للحكم بها في إطار سلطته في تفريد العقوبات.

هـ- إستبدال عقوبات مستحدثة أخرى بعقوبة سالبة للحرية: استحدثت بعض التشريعات عقوبات أخرى بديلة للعقوبة السالبة للحرية كالمشرع الفرنسي الذي ضمّن تشريعه العقابي عقوبة تربص المواطن⁴ stage de citoyenneté، وفيها يتعلم المتهم قواعد المواطنة الصحيحة⁵. كما استحدث المشرع الفرنسي أيضا بموجب القانون الصادر بتاريخ 2007.03.05 عقوبة بديلة أخرى أطلق عليها العقوبة

¹ - المادة 5 مكرر 1 ق.ع.

² - تجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري قد خالف متبوعه الفرنسي في الشروط المطلوبة لتطبيق هذه العقوبة البديلة، فباستقراء أحكام المادة 131-8 من ق.ع. فرنسي نجد بأنها لا تشترط أن يكون المتهم غير مسبوق قضائيا، فيمكن تطبيق العقوبة على المسبوق قضائيا، كما لا تشترط أن ينطق القاضي أولا بعقوبة الحبس ثم يستبدلها بعقوبة العمل للنفع العام كما هو الحال في القانون الجزائري، إنما يقضي مباشرة بهذه العقوبة، كما أن القانون الفرنسي لم يمنع جمع عقوبة الحبس الموقوفة النفاذ مع عقوبة العمل للنفع العام (المواد 132-54، 132-55، 132-56 ق.ع. ف)، على عكس القانون الجزائري الذي يمنع جمعهما.

³ - أمحمدي بوزينة أمنة، مرجع سابق، ص 60.

⁴ - Article 131-5 du CPF: « Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut, à la place de l'emprisonnement, prescrire que le condamné devra accomplir un stage de citoyenneté..... ».

⁵ - Jean DANET, La justice pénale entre rituel et management, Presses universitaires de Rennes, 2010, p 13-14. Disponible sur le site;

بالتعويض¹ la sanction- réparation، بحيث يُطلب من المتهم تعويض الضرر الذي سببه للضحية، وقد يكون ذلك بمقابل مالي أو عن طريق التنفيذ العيني بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وعند امتثاله لذلك يكون قد نفذ عقوبته، وهذه العقوبة البديلة تقترب كثيرا من التعويض المدني.

كما ظهر حديثا نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية placement sous surveillance électronique² كأحد بدائل العقوبات السالبة للحرية، وقد تم ابتكار هذا النظام في أمريكا سنة 1983، ثم أخذت به كل من كندا سنة 1987، ثم انتقل إلى إنجلترا سنة 1994³. وأدرجه المشرع الفرنسي في منظومته التشريعية العقابية من خلال القانون رقم 1159-97 الصادر بتاريخ 1997.12.19 بشأن مكافحة العود للجريمة المعدل والمتمم بالقانون 2004-204 الصادر في 2004.03.17، بحيث خصص له المشرع المواد 7-723 إلى 14-723 من ق.إ.ج، كما أدرجه المشرع الفرنسي بعد ذلك في قانون العقوبات ضمن المادة 132-26 - 1 و 2 و 3، باعتباره وسيلة مستحدثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية وكبديل لها⁴. وقد تم بعد ذلك تعديل أحكام هذا النظام بالقانون الصادر في 09 مارس 2004 ثم بالقانون رقم (1549/2005) الذي تبنى تطبيق المراقبة الإلكترونية المتحركة، والتي تم تطبيقها على سبيل التجربة في أوت 2006، ليصل

¹-Article 131-8-1 du CPF: « Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer, à la place ou en même temps que la peine d'emprisonnement, la peine de sanction-réparation. Il en est de même lorsqu'un délit est puni à titre de peine principale d'une seule peine d'amende... »

²- الوضع تحت المراقبة الإلكترونية يعني استخدام وسائل إلكترونية للتأكد من وجود الخاضع لها خلال فترة زمنية محددة في المكان والزمان السابق الإتفاق عليهما بين هذا الأخير والسلطة القضائية الأمرة بها. أنظر: أسامة حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 5-6.

ويعرف أيضا بأنه أحد البدائل الرضائية للعقوبة السالبة للحرية التي بمقتضاها يتم متابعة الشخص الخاضع لها . من خلال استخدام تقنيات حديثة . من أجهزة إنفاذ القانون خارج السجن في أماكن وأوقات محددة سلفا، ومن خلال إخضاعه لمجموعة من الإلتزامات والشروط، ويترتب على مخالفة هذه الإلتزامات معاقبته بعقوبة سالبة للحرية. أنظر: متولي القاضي رامي، نظام المراقبة الإلكترونية في القانون الفرنسي والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات، ع 63، السنة 29، يوليو 2010، ص 285.

³- ليلى طلي، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، ع 47، مجلد أ، جوان 2017، ص 255 - 256.

⁴- Article 132-26-1 du CPF: « Lorsque la juridiction de jugement prononcé une peine égale ou inférieure à deux ans d'emprisonnement, ou, pour une personne en état de récidive légale, une peine égale ou inférieure à un an, elle peut décider que la peine sera exécutée en tout ou partie sous le régime du placement sous surveillance électronique à l'égard du condamné qui justifie... ».

عدد المستفيدين من هذا النظام في جانفي 2010 م (1671)¹، ومن ثمة أصبح هذا النظام أسلوبا جديدا لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية بطريقة مستحدثة خارج أسوار السجن².

وقد تم تطبيق نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في فرنسا في أربعة مواقع في أكتوبر من سنة 2000، حيث تم إخضاع حوالي 100 سجين للتجربة الأولى، ولم تتجاوز مدة الوضع أربعة أشهر كللت جميعها بالنجاح، ولم تسجل حالات عود بعد التنفيذ³. وبالرغم مما يتطلبه هذا النظام من نفقات وتجهيزات إلا أن فرنسا وفرت من التكاليف في نهاية الأمر، إذ تقدر نفقات اليوم في الوضع تحت المراقبة الإلكترونية أقل بأربع مرات من يوم السجن⁴.

ويشير تقرير السيناتور الفرنسي **cabanel Guy- pierre** إلى أن تكلفة الإيداع تحت المراقبة الإلكترونية تتراوح بين 80 و 120 فرنك يوميا للفرد، في المقابل تقدر تكلفة الإيداع بالمؤسسة العقابية 400 فرنك يوميا، استنادا إلى إحصائيات سنة 1998⁵.

وتجدر الإشارة إلى أن غالبية التشريعات العربية لم تقر نظام السوار الإلكتروني باستثناء الجزائر والسعودية والإمارات العربية وتونس⁶، فقد حاول المشرع الجزائري اللحاق بركب السياسة الجنائية الحديثة، واستحدث نظام المراقبة الإلكترونية في البداية كبديل للحبس المؤقت وكإجراء من إجراءات الرقابة القضائية⁷، ثم لم يلبث أن أدرجه في مرحلة تنفيذ العقوبة كأحد أنظمة تكييف العقوبة السالبة للحرية ضمن شروط محددة نص عليها ضمن القانون 01-18 المؤرخ في 2018.01.30⁸ المعدل

¹ - l'administration pénitentiaire en chiffres- janvier 2011. Disponible sur le site: <http://www.justice.gouv.fr/art-pix/chiffres-cles-2010.pdf>.
Visité le 17/08/2018.

² - خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة، جريدة الشعب، ع 17219 صادرة بتاريخ 2016.12.27 ص 09.

³ - صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، السوار الإلكتروني في السياسة العقابية الفرنسية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، ع 01، ص 2009، ص 151.

⁴ - أنظر: رأي وزير العدل الفرنسي دومينيك باربان "Dominique Perben" حول نظام المراقبة الإلكترونية، منشور على الموقع:

<http://www.Prisons.free.fr/braelet.htm>. Consulté le : 17/08/2018.

⁵ - أسامة حسنين عبيد، مرجع سابق، ص 179.

⁶ - متولي القاضي رامي، توظيف التقنيات الحديثة في مجال السياسة العقابية: السوار الإلكتروني نموذجا، مجلة الفكر الشرطي، القيادة العامة لشرطة الشارقة مركز بحوث الشرطة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 26، ع 04، أكتوبر 2017، ص 271.

⁷ - المادة 125 مكرر 01 من الأمر 02-15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق.

⁸ - قانون 01-18 المؤرخ في 2018.01.30 يعدل ويتمم القانون 04-05 المؤرخ في 2005.02.06 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين ج.ر.ع، المؤرخة في 2018.01.30.

والمتمم للقانون 04-05 المؤرخ في 2005.02.06 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين (المواد 150 مكرر إلى 150 مكرر منه 16)¹.

والملاحظة التي يمكن تسجيلها على تشريعنا، من خلال الشروط التي أقرها للوضع تحت المراقبة الإلكترونية وبالنظر لموقع النصوص الخاصة بها، هي أن المشرع اعتبر هذا النظام وسيلة للتفريد التنفيذي للعقوبة، وقد سبق لنا أن قلنا بأن مثل هذه العقوبات البديلة يحسن تسميتها بالعقوبات البديلة التنفيذية تمييزا لها عن العقوبات البديلة القضائية، على عكس المشرع الفرنسي الذي اعتبرها عقوبة أصلية بديلة، بإمكان القاضي الجزائي الحكم بها مباشرة بديلة عن عقوبة الحبس متى توفرت شروطها.

الفرع الثاني

سلطة القاضي الجزائي في وقف تنفيذ العقوبة

لم يعد مبدأ حتمية العقوبة من المبادئ المطلقة في القانون الجنائي، حيث ترد عليه الكثير من الإستثناءات التي تسعى إلى تحقيق الهدف الأعلى للسياسة الجنائية المعاصرة، وهو تأهيل المحكوم عليه بأقل الخسائر المادية والمعنوية الممكنة². وهو ما ركزت عليه السياسة الجنائية الحديثة التي ساهمت في إيجاد بدائل جديدة لعقوبة الحبس القصير المدة، فابتكرت نظام وقف تنفيذ العقوبة.

ويعني هذا النظام تعليق تنفيذ العقوبة خلال فترة يحددها القانون، فإذا لم يرتكب المحكوم عليه أية جريمة خلال تلك الفترة سقط الحكم بالعقوبة واعتبر كأن لم يكن³. فهو بمثابة إنذار موجه إلى المحكوم عليه بعدم العودة إلى مخالفة القانون خلال مدة الإيقاف، فإذا ارتكب جريمة أخرى خلال تلك المدة يكون قد أثبت أنه غير جدير بهذا النظام، فتنفذ عليه العقوبة التي صدر حكم بإيقاف تنفيذها، كما تنفذ العقوبة الجديدة التي حكم بها⁴.

¹ - وبذلك تعتبر الجزائر أول بلد عربي وثاني بلد إفريقي بعد جنوب إفريقيا يشرع في العمل بنظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كإجراء بديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة. أنظر: بوشنافة جمال، مرجع سابق، ص 199.

² - محمد أبو العلا عقيدة، أصول علم العقاب، دراسة تحليلية تأصيلية للنظام العقابي المعاصر مقارنا بالنظام العقابي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 23.

³ - عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1998، ص 9.

⁴ - عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 1153.

و نظرا لمزاياه العديدة اتجهت أغلب التشريعات إلى الأخذ به، لكن مواقفها تباينت حول الشروط المطلوبة للحكم بتنفيذ العقوبة، ومع درجة صرامة هذه الشروط تضيق وتتسع السلطة الممنوحة للقاضي في الحكم بوقف التنفيذ، كما تباينت أيضا حول مدى الحرية الممنوحة للقاضي في تقرير وقف التنفيذ حال توفر هذه الشروط، وهو ما نتناوله تفصيلا فيما يلي:

أولا - تقييد سلطة القاضي في الحكم بوقف التنفيذ بشروط صارمة:

تتسع وتضيق السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي في وقف تنفيذ العقوبة وفقا لدرجة الشروط القانونية المحددة لوقف التنفيذ، بحيث يتناسب مدى اتساع سلطة القاضي في الحكم بوقف تنفيذ العقوبة تناسباً عكسياً مع درجة صرامة هذه الشروط، فكلما تزايدت صرامتها ضاقت سلطة القاضي، وكلما قلت اتسعت سلطة القاضي.

وفي هذا المجال تتفاوت قوانين الدول في تحديدها للشروط التي يتعين على القاضي التثبت من توفرها لممارسة سلطته في وقف التنفيذ، وفي الغالب تتصل هذه الشروط القانونية إما بنوع العقوبات المقضي بها وإما بنوع الجريمة المرتكبة وإما بشخص المحكوم عليه.

أ- حصر العقوبات المشمولة بوقف تنفيذ العقوبة:

لما كان نظام وقف التنفيذ أداة هامة بيد القاضي فإن القانون قد حدد نطاق تطبيق هذا النظام، حيث تتفق جميع التشريعات على عدم شمولية وقف التنفيذ لجميع العقوبات، فقد حصرت سلطة القاضي في وقف التنفيذ في عقوبات محددة دون سواها، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يوقف عقوبة لم يصرح له القانون بوقفها¹. كما تتفق معظم التشريعات المقارنة على خضوع العقوبات الأصلية لسلطة القاضي في وقف التنفيذ وهما غالبا عقوبتا الحبس والغرامة، لكنها تتباين فيما يتعلق بخضوع العقوبات التكميلية لسلطة القاضي في وقف التنفيذ.

وعلى عكس وقف تنفيذ الغرامة، لم يثر وقف تنفيذ عقوبة الحبس أي إعتراضات من جانب الفقه، على أساس أن إيقاف التنفيذ هو في حقيقته أحد أساليب المعاملة العقابية التي تهدف إلى تفادي مساوئ تنفيذ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وهو أسلوب مخصص لنوع معين أو فئة محددة من المحكوم عليهم الذين ترى المحكمة أن عملية تأهيلهم أو إصلاح حالهم يمكن أن تتحقق

¹ - فهد هادي يسلم حيتور، مرجع سابق، ص ص 264 - 265.

دون تنفيذ العقوبة عليهم، لذلك فإن المحكمة تأمر في حكمها بوقف تنفيذ العقوبة السالبة الحرية قصيرة المدة التي تحكم بها عليهم لانعدام الفائدة من تنفيذها.

وقد اقتضت الوظيفة التأهيلية لإيقاف التنفيذ ضرورة تحديد حد أقصى للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة التي يمكن الحكم بوقف تنفيذها، وهو ما فعله المشرع المصري حينما قرر في المادة 55 من قانون العقوبات أن إيقاف التنفيذ لا يجوز إلا إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي الحبس مدة لا تتجاوز السنة¹. وهو نفس الاتجاه الذي سلكه قانون الجرائم والعقوبات اليمني (المادة 118)، وقانون العقوبات الليبي (المادة 112)، وقانون العقوبات الأردني (المادة 54)، وحدد القانون التونسي مدة سنتين كحد أقصى (الفصل 53-13 من المجلة الجزائية التونسية).

في حين تسمح قوانين أخرى للقاضي الجزائي بوقف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية المقررة أصلاً للجنح دون أن تحدد مدتها كقانون العقوبات الفرنسي (المادتان 29-132، 30-132) والمغربي (المادة 55) والسوري (المادة 1-168) وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري (المادة 592)²، وبالتالي يتحدد الحد الأعلى لمدة العقوبة السالبة للحرية التي يجوز وقف تنفيذها نظرياً بالحد الأعلى للعقوبة المقررة قانوناً.

كما تجيز أغلب القوانين وقف تنفيذ عقوبة الغرامة دون تحديد حد أقصى لها كالقانون الفرنسي والجزائري والمصري والسوري والليبي والمغربي، ففي هذه القوانين يمكن للقاضي أن يحكم بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة مهما بلغ مقدارها. كما يمكن للقاضي عند حكمه بالحبس والغرامة أن يحكم في الآن نفسه بوقف تنفيذ كلتا العقوبتين أو إحداها دون الأخرى³.

والملاحظ أن قانون العقوبات الأردني⁴ والعراقي⁵ انفردا بعدم إجازتهما للقاضي الحكم بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة، تأسيساً على توجه فقهي يرى بأن تطبيق نظام وقف التنفيذ على عقوبة الغرامة يبدو غريباً، وهو لا يحقق مقصده المتمثل في تفادي أضرار سلب الحرية قصيرة المدة، ذلك أن القاضي

¹ - إيهاب يسر أنور، البدائل العقابية في السياسة الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 85.

² - تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري خالف التشريعات المقارنة بإدراج نظام وقف تنفيذ العقوبة ضمن أحكام قانون الإجراءات الجزائية، رغم أن مكانه الطبيعي هو قانون العقوبات، باعتباره نظاماً عقابياً بديلاً.

³ - إزروال يزيد، بدائل العقوبات السالبة للحرية قبل تنفيذ الحكم القضائي، حوليات جامعة الجزائر 1، جامعة الجزائر 1، ع 33، الجزء الأول، مارس 2019، ص 16.

⁴ - المادة 54 مكرر من قانون العقوبات الأردني، مرجع سابق.

⁵ - المادة 144 من قانون العقوبات العراقي، مرجع سابق.

إذا قرر ملاءمة الحكم على المتهم بالغرامة، فهو بذلك يكون قد رأى أن هذا المتهم في حاجة إلى إنذار عن طريق إلزامه بأداء مبلغ الغرامة، وهذا القصد يناقضه الأمر بإيقاف تنفيذها بعد الحكم عليه بها¹.

فالأصل أنه لا يوجد في القانون ما يمنع إجازة وقف تنفيذ عقوبة الغرامة طالما أن تقرير الوقف من عدمه ليس مفروضا على القاضي بل هو أمر متروك لسلطته التقديرية، ثم أن الغرامة المقضي بها يمكن أن تنقلب إلى سلب للحرية إذا ما عجز المحكوم عليه عن دفعها فتتخذ عليه عن طريق الإكراه البدني. وعليه، فوقف تنفيذها يؤدي أحيانا وبطريقة غير مباشرة إلى تلافي مساوئ حبس المتهم عن طريق الإكراه البدني، فضلا عن أن القانون يمنح القاضي سلطة الحكم بوقف تنفيذ عقوبة الحبس وهي العقوبة الأشد، ومن باب أولى أن لا يمنع القاضي من وقف تنفيذ عقوبة الغرامة.

لذلك، فإن المشرع الجزائري قد وُفق حينما منح للقاضي سلطة وقف تنفيذ عقوبة الغرامة، تاركا له المجال واسعا لتقدير الظروف التي تقتضي ممارسته لهذه السلطة وفق شروط معينة استلزم القانون تحقيقها للحكم بوقف التنفيذ، لكن كان من الأحسن تحديد حد أقصى للغرامة المشمولة بوقف التنفيذ، إذ من غير المستصاغ الحكم بغرامة مرتفعة ثم الحكم بوقف تنفيذها.

وقد أثارت مسألة خضوع الغرامة المقررة في جرائم الشيك (المادتين 374، 375 ق.ع) خلافا فقهيًا وقضائيا حول مدى جواز الحكم بوقف تنفيذها، ومرد هذا الخلاف هو الطبيعة القانونية للغرامة، وقد سبق لنا التنويه إلى أن قضاء محكمتنا العليا قد استقر منذ صدور القرار المؤرخ في 26 جانفي 2012 على أن الغرامة المقررة لجنح الشيك ليست تعويضا ولا عقوبة تكميلية ولا تدبير أمن، إنما هي عقوبة أصلية لا تختلف طبيعتها عن الغرامة المنصوص عليه بالمادة 05 من ق.ع²، ومن ثمة فإن القاضي يملك الحرية الكاملة في الحكم بوقف تنفيذها متى توفرت شروط الوقف، وهو ما ينطبق أيضا على الغرامة المقررة جزاء لمرتكب جريمة الصرف، باعتبارها غرامة جزائية خالصة.

غير أن الأمر يختلف تماما بالنسبة للغرامات المقررة للجرائم الجمركية، فهذه الغرامات استقر قضاء المحكمة العليا على أنها غرامة ذات طبيعة جبائية تختلط فكرة العقوبة مع التعويض، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "إذا كان قضاة الإستئناف قضوا بغرامة خاضعة لإيقاف التنفيذ عقب

¹ - محمود نجيب حسني، علم العقاب، تحليل لطبيعة العقوبة والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973، ص 556.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م قرار في 26 جانفي 2012 ملف رقم 552400، مرجع سابق، ص 364.

إشارتهم في قرارهم إلى أحكام المادة 53 ق.ع و المادة 592 من ق.إ.ج، فإن تطبيق هاتين المادتين لا يكون إلا في حالات العقوبات الجزائية ولا تطبق إطلاقاً على الغرامات الجبائية التي تشكل تعويضات مدنية للضرر المسبب للخزينة العامة...¹، وتأيّد هذا الموقف بقرارات حديثة أخرى.²

نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لسلطة القاضي في الحكم بوقف تنفيذ العقوبات المطبقة على الشخص المعنوي، ولا يمكن من حيث المبدأ إسقاط الأحكام الخاصة بوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها في مواجهة الشخص الطبيعي على الشخص المعنوي لغياب نص صريح يجيزه³، فضلاً عن عدم تطابق الأحكام الخاصة بوقف تنفيذ عقوبة الشخص الطبيعي مع طبيعة الشخص المعنوي، لا من حيث الشروط المتعلقة بالجريمة ولا من حيث الشروط المتعلقة بالجاني ولا حتى العقوبة في حد ذاتها⁴.

لكن على خلاف ذلك، هناك من يرى أنه لا يوجد ما يمنع من الحكم بوقف تنفيذ العقوبة الأصلية المقررة للشخص المعنوي وهي الغرامة فقط، طالما أن المشرع لم يمنع القاضي من الحكم بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة المقررة للشخص الطبيعي من جهة، فضلاً عن أن قانون العقوبات الفرنسي الذي أخذ منه مشرعنا معظم أحكامه وسّع من دائرة العقوبات التي يشملها الحكم بوقف التنفيذ لتشمل العقوبات المقررة للشخص المعنوي أيضاً⁵، وهو الرأي الذي نتفق معه تماماً، وندعو مشرعنا إلى إدراجه صراحة ضمن نصوصه.

أما بخصوص تطبيق وقف التنفيذ على العقوبات التكميلية، فالمادة 55 من قانون العقوبات المصري مكّنت القاضي من أن يجعل الإيقاف شاملاً لأية عقوبة تبعية، هذه العقوبات وإن كانت تترتب بقوة القانون إلا أن القانون سمح بتدخل القاضي لإيقاف تنفيذها بحكمه الصادر بالوقف الشامل.

¹ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار بتاريخ 20 نوفمبر 1984 في الملف رقم: 32740، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 02، س 1984، ص 277.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرارين صادرين بتاريخ 30 ديسمبر 1996 في الملفين رقم: 141061، رقم 139983، غير منشورين، مشار إليهما في: بوسقيعة احسن، المنازعات الجمركية، مرجع سابق، ص 332.

³ - بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص 277.

⁴ - سطحي نادية، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الأموال في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2009، ص 36.

⁵ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص ص 472-473. معيزة رضا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2009، ص ص 87-88.

نشير إلى أن المشرع الفرنسي في المادة 132-32 من قانون العقوبات مدد تطبيق نظام وقف تنفيذ أنواع أخرى من العقوبات واستثنى عقوبات الحل والوضع تحت الحراسة القضائية وغلق المؤسسة والمصادرة ونشر الحكم.

ويسع المجال في مصر أيضا للعقوبات التكميلية، بمبرر أنه لا يعقل أن يجيز القانون للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ العقوبات التي تترتب بقوة القانون، ولا يجيز له الحكم بوقف تنفيذ العقوبات التي يتوقف الحكم بها على قضاء المحكمة، ونعني بذلك العقوبات التكميلية سواء كانت وجوبية أو جوازية¹. ويمكن أن يمتد إيقاف الحكم لجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم، والمقصود بذلك جعله شاملا لاعتباره سابقة في العود، بمعنى أن المحكوم عليه إذا ارتكب جريمة في مدة الإيقاف فلا يكون الحكم الذي أوقفت آثاره سابقة تجيز التشديد عليه، ولذلك لا بد أن تنص المحكمة في حكمها على شمول الإيقاف للآثار الجنائية إذا أرادت ذلك². وهو نفس الموقف الذي سلكه المشرع الأردني (المادة 54 مكرر من قانون العقوبات) والعراقي (المادة 144 من قانون العقوبات).

أما في التشريع الجزائري، فبالرجوع إلى المادة 592 ق.إ.ج نجدها قد حصرت وقف تنفيذ العقوبة في العقوبات الأصلية فقط (الحبس والغرامة) وذلك بصفة كلية أو جزئية، وهو ما يعني بأن المشرع قد أخرج العقوبات التكميلية و حتى تدابير الأمن من نظام وقف التنفيذ، وهو ما أكدته صراحة المادة 595 من نفس القانون التي نصت على أن إيقاف تنفيذ العقوبة لا يمتد إلى مصاريف الدعوى أو التعويضات والعقوبات التبعية وعدم الأهلية الناجمة عن حكم الإدانة، ومن ثمة فلا يجوز الحكم بوقف تنفيذ العقوبات التكميلية ولا تدابير الأمن³، وهو ما قرره المحكمة العليا حين قضت: "بأن تدابير الحماية والتهذيب المقررة للأحداث (المادة 85 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل) ليست عقوبات جزائية سالبة للحرية حتى يمكن القضاء بوقف تنفيذها، فهذه التدابير لا تحوز على قوة الشيء المقضي به كالعقوبات الأخرى، فهي تخضع للمراجعة بناءً على طلب النيابة أو مصالح الوسط المفتوح أو تلقائيا من طرف قاضي الأحداث"⁴.

ب- تقيّد القاضي بنوع الجريمة للحكم بوقف التنفيذ: تختلف التشريعات العقابية المقارنة حول نوع الجريمة التي يمكن أن تكون محل حكم وقف التنفيذ، فقد أطلق قانون العقوبات الليبي مثلا سلطة القاضي في هذا المجال، ولم يشترط أي شروط في الجريمة التي ارتكها المحكوم عليه، حيث أجاز

¹ - عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، ص 1185.

² - المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، وقف تنفيذ العقوبة في ضوء اجتهاد محكمة النقض المصرية، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر التاسع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، جامعة الدول العربية، الفترة من 17 إلى 19 ديسمبر 2018، بيروت لبنان، ص 16. متوفر على الموقع:

https://carjj.org/sites/default/files/events/wrq_ml_msr-wqf_tnfydh_lqwb.pdf تاريخ زيارة الموقع: 2019.03.12.

³ - هذا الموقف تبناه أيضا المشرع المغربي وفقا للمادة 57 من قانون العقوبات. والمشرع التونسي في الفصل 53 - 17 من المجلة الجزائية التونسية.

⁴ - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر في: 2016.06.20، مجلة المحكمة العليا، ع 02، ص 394.

للقاضي وقف العقوبة مهما كان وصف الجريمة جناية أو جنحة أو حتى مخالفة¹، وهو نفس المسلك الذي أخذ به القانونان الفرنسي والتونسي اللذان يجيزان وقف التنفيذ مهما كان وصف الجريمة المرتكبة طالما كانت العقوبة المختارة قابلة لوقف التنفيذ². وبناءً عليه، فالحبس الذي يُحكم به على مجرم في جناية بعد إفادته بظروف التخفيف أو الأعذار المخففة يمكن وقف تنفيذها.

في حين تحصر تشريعات أخرى الجرائم التي يجوز أن تكون أحكامها محل لوقف التنفيذ في نوع عام معين أو أكثر من الجرائم، دون أن يشمل جميع الجرائم، كقانوني العقوبات المصري (المادة 55) والأردني (المادة 54 مكرر) اللذان يحددان الجنايات والجنح كجرائم يمكن أن يشملها وقف التنفيذ، والقانونين السوري (المادة 1-168) واللبناني (المادة 1-169) اللذان يحددانها في الجنح والمخالفات فقط.

ويذهب قانون العقوبات الجزائري إلى إجازة تطبيق نظام وقف التنفيذ في كل الجنح والمخالفات، كما أنه يجيزه في الجنايات إذا قُضي فيها على الجاني بعقوبة الحبس الجنحية بفعل إفادته بظروف التخفيف، ويمنعه في الجنايات المعاقب عليها بالسجن³، ويُفهم ذلك من خلال صياغة المادة 592 ق.إ.ج "يجوز... في حالة الحكم بالحبس أو الغرامة...". ويتحقق ذلك في الجنايات المعاقب عليها بالسجن المؤقت دون الجنايات المعاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد، لعدم جواز النزول بالعقوبة إلى أقل من 05 سنوات سجنًا وفقًا لأحكام المادة 53 من ق.ع.

هذا، وقد تَعَمَّدُ بعض التشريعات إلى استبعاد جرائم معينة من تطبيق أحكام وقف التنفيذ، ويستند بعض الفقه في تبرير هذا الموقف إلى خطورة هذه الجرائم، مما جعل المشرع يميل إلى أخذ مقتربها بالشدة لمقاومة شدة البواعث على ارتكاب هذه الجرائم. لكن هذه التبرير محل نظر، فتحديد نوع المعاملة التي يستحقها المتهم لا يتوقف على الجسامة المجردة للجريمة، وإنما يتوقف كذلك على ظروفها الواقعية، ولذلك يكون في السلطة التقديرية المخولة للقضاء ما يكفل اتساق الحالات التي يمنح فيها الإيقاف مع اعتبارات الردع العام⁴.

¹ - المادة 112 من قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

² - المواد: 30-132، 32-132، 33-132، 34-132 من قانون العقوبات الفرنسي، مرجع سابق.

³ - المحكمة العليا، غ. ج. قرار صادر في: 1969.12.09، نشرة القضاة، ع 1، ص 1970، ص 45.

⁴ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات. القسم العام، مرجع السابق، ص 836.

وهكذا قضت المحكمة الدستورية العليا بمصر بعدم دستورية النصوص التشريعية التي تحرم المتهم من الإستفادة بنظام وقف تنفيذ العقوبة، وانتهت إلى الحكم بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة 155 من قانون الزراعة رقم 53 لسنة 1966 الناصّة على عدم جواز وقف تنفيذ عقوبتي الحبس والغرامة المنصوص عليهما بالفقرة الأولى من هذه المادة¹. أما في فرنسا فقد كانت هناك نصوص تقضي باستثناء بعض الجرائم من وقف التنفيذ، لكنها ألغيت بعد صدور قانون 1951.02.11².

ولم نجد في تشريعنا العقابي نصوصا تحظر صراحة على القاضي تطبيق نظام وقف تنفيذ العقوبة استنادا إلى نوع معين من الجرائم، و بالتالي فإن جميع الجرائم المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة يجوز أن يشملها وقف التنفيذ.

ج- تقيّد القاضي بشروط تتعلق بالجاني: تباينت مواقف تشريعات الدول بين من وضع شروطا مجردة جامدة، ولم يترك أي حرية للقاضي في استعمال سلطته التقديرية في وقف التنفيذ، وتشريعات أخرى تركت للقاضي مجالا للحرية ولم تضع شروطا صارمة متعلقة بالجاني.

وباستقراء هذه القوانين نجد أن المشرع المصري قد أجاز للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالغرامة أو الحبس مدة لا تزيد عن سنة أن تأمر في نفس الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة، إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون³. وهو نفس المسلك الذي سلكه قانون الجرائم والعقوبات اليمني⁴، وقانون العقوبات الأردني⁵، وقانون العقوبات الليبي⁶.

بينما اتجهت قوانين عقابية أخرى إلى حظر الحكم بإيقاف التنفيذ بالنسبة للمجرمين العائدين، بحيث تقصر تطبيق هذا النظام على المبتدئين في ارتكاب الجريمة، واعتبرت ذلك من شروط الحكم به، مع تباين هذه القوانين في تحديدها للعقوبة السابقة المانعة لوقف التنفيذ، من حيث نوعها

¹ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، بتاريخ 1998.05.09 القضية رقم 64 لسنة 19، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، ص 1315 رقم 99، مشار إليه في موقع: https://carjj.org/sites/default/files/events/wrq_ml_msr-wqf_tnfydh_lqwb.pdf. مرجع سابق، ص 9 - 10.

² -Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR, Droit pénal général et criminologie, 2 éme édition, Dalloz, Paris, 1961, p.478.

³ - المادة 55 من قانون العقوبات المصري، مرجع سابق.

³ - المادة 118 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، مرجع سابق.

⁵ - المادة 54 مكرر من قانون العقوبات الأردني، مرجع سابق.

⁶ - المادة 113 من قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

ومقدارها وبعض صفاتها. فنص قانون العقوبات السوري على أنه يجوز للقاضي أن يأمر بوقف التنفيذ إذا لم يسبق أن قضي على المحكوم عليه بعقوبة من نوعها أو أشد¹. كما اشترطت قوانين أخرى أن لا يكون المحكوم عليه قد صدر ضده حكم بالسجن في جناية أو جنحة مثل القانون التونسي (الفصل 53-12 من المجلة الجزائية) والقانون المغربي (المادة 55 من قانون العقوبات).

وقد نص على نفس الشرط قانون العقوبات الفرنسي بالنسبة لوقف التنفيذ البسيط *sursis simple* (المادة 132-30) التي اشترطت للحكم بوقف تنفيذ العقوبة بالنسبة للشخص الطبيعي في مواد الجنايات والجنح، أن لا يكون قد سبق الحكم على المتهم بالسجن أو الحبس في جناية أو جنحة ينص عليها القانون العام خلال الخمس سنوات السابقة على الوقائع المسندة إليه، أما بالنسبة للشخص المعنوي فاشترطت أن لا يكون قد سبق الحكم عليه بالغرامة التي تزيد عن 60000 أورو لجناية أو جنحة ينص عليها القانون العام خلال نفس المدة. وهي نفس الشروط المقررة بالنسبة لمواد المخالفات، ما عدا بالنسبة للشخص المعنوي حيث اشترطت المادة 132-33 من نفس القانون أن لا يكون قد سبق الحكم عليه بالغرامة التي يزيد مقدارها على 15000 أورو.

أما بالنسبة للصور الأخرى من وقف التنفيذ التي أخذ بها المشرع الفرنسي، وهي وقف التنفيذ مع الوضع تحت الإختبار *sursis avec mise à l'épreuve*²، ووقف التنفيذ مع الإلتزام بالعمل للمنفعة العامة *sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général*³، فقانون العقوبات الفرنسي في الصورة الأولى لم يشترط خلو صحيفة المتهم من الحالة الجنائية، وبالتالي يستفيد من هذا الإيقاف المجرم العائد، إذ اقتصر تطبيق هذه الصورة من نظام إيقاف التنفيذ على عقوبة الحبس الذي لا يتجاوز مدته خمس سنوات لجناية أو جنحة ينص عليها القانون العام⁴. أما بالنسبة للصورة الثانية فقد استلزم المشرع الفرنسي شرطا خاصا وهو عدم إمكانية الحكم به إذا رفضه المتهم أو لم يكن حاضرا بالجلسة.

¹ - المادة 2.1/168 من قانون العقوبات السوري، مرجع سابق.

² - Article 132-41 du CPF.

³ - Article 132-54 du CPF.

⁴ - عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ، مرجع سابق، ص 154 وما بعدها.

أما المادة 592 من ق.إ.ج الجزائري فقد قيّدت سلطة القاضي الجزائي بشرط واحد حتى يتسنى له الحكم بوقف تنفيذ العقوبة، وهو أن لا يكون المحكوم عليه قد سبق الحكم عليه بعقوبة الحبس، من أجل جناية أو جنحة من القانون العام، أي ضرورة خلو شهادة سوابقه القضائية من نوع خاص من الجرائم حددها القانون¹، ويترتب على ذلك أن الأحكام الصادرة بعقوبة الحبس المقضي بها في الجرائم العسكرية والسياسية لا تحرم المحكوم عليه من الاستفادة من نظام وقف تنفيذ العقوبة²، وأن العقوبات المحكوم بها في الجرائم الموصوفة مخالفات، ولو كانت بالحبس، لا تحول دون تطبيق نظام وقف التنفيذ، أما الأحكام الناطقة بعقوبة الغرامة فقط في الجرائم الموصوفة جنحا فهي لا يشملها حظر تطبيق نظام وقف التنفيذ.

ومتى اجتمعت شروط تطبيق نظام وقف التنفيذ وقضت به المحكمة وأصبح نهائيا، خضع المحكوم عليه لفترة اختبار لمدة خمس سنوات أو مدة سنتين فقط بالنسبة للمبتدئين المحكوم عليهم بستة أشهر حبس غير نافذ أو غرامة تساوي 50000 دج أو تقل عنها³، إذا لم يرتكب خلالها أي جناية أو جنحة، يكون بذلك مواطنا صالحا قد أصلح نفسه بنفسه، وسقطت عنه بصفة تلقائية العقوبة المحكوم بها ليتم اعتبارها كأن لم تكن، ويكون للمحكوم عليه حق مكتسب ولا تحسب له سابقة العود، ولا يبقى لهذا الحكم أي أثر جزائي.

من خلال ما تقدم يبدو لنا جليا أن التشريعات العقابية التي أطلقت سلطة القاضي في مجال وقف التنفيذ حتى بالنسبة للمسبوقين قضائيا قد أحسنت صنعا، فبعض هؤلاء المسبوقين قد تبعث ظروفهم على الإعتقاد بعدم احتمال ارتكابهم لجرائم جديدة في المستقبل، أي إنعدام أي خطورة إجرامية لديهم، فيكون من الأجدر أن لا تقف صحيفة سوابقهم القضائية حائلا دون إصلاحهم عن طريق تطبيق نظام وقف تنفيذ العقوبة عليهم، كما قد نجد أحيانا أن الأشخاص الذين ارتكبوا جرائم لأول مرة يظهر من حالهم ما يدلّ عن عدم جدوى معاملتهم بتطبيق نظام وقف التنفيذ، فماضي المجرم القضائي وإن كان يعد ضابطا في تقدير العقوبة المناسبة، لكن لا يمكن أن يكون قيّدا على سلطة القاضي الجزائي في تطبيق نظام وقف تنفيذ العقوبة لمزاياه العديدة في إصلاح الجاني وتأهيله.

¹ - نعمون آسيا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في التشريع الجزائري وسلطة القاضي في تفعيله، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، المجلد 06، ع 01، س 2019، ص 841.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر بتاريخ: 2005.06.01 في الملف رقم 301132، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2005، ص 483.

³ - المادة 593 من الأمر 02-15 المعدل والمتمم للأمر 156-66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق. نشر أيضا إلى أن المشرع الفرنسي حدد مدة الاختبار بخمس سنوات بالنسبة للجنايات والجنح وبسنتين بالنسبة للمخالفات (المادتين 132-35، 132-37 ق.ع. فرنسي).

ومن ثمة نرى أن عدم استثناء المسبوقين قضائياً من نظام وقف التنفيذ يتلاءم مع مبدأ التفريد القضائي للعقوبة، ونؤيد تماماً هذا التوجه وندعو مشرعنا إلى إلغاء شرط عدم سبق الحكم مع تعويضه بإعداد تقرير مفصل عن أخلاق المتهم وماضيه، وظروف ارتكاب الجريمة، وعدم الإكتفاء بشهادة السوابق القضائية التي لا تعكس بالضرورة شخصية وأخلاق المحكوم عليه، والتي قد تحمل حتى إدانات خاطئة، كما يمكن للمشرع انتهاز موقف وسط إن رأى ضرورة الإبقاء على هذا الشرط على أن يستثني ذوي السوابق في الجرائم البسيطة أو التي مضى عليها زمن طويل. ويؤيد رأينا هذا التطبيق القضائي الذي يشير إلى عدم تفعيل رد الإعتبار القانوني (المواد 677، 678، 678 مكرر ق.إ.ج) لمحو آثار العقوبة، إذ برغم أن رد الإعتبار حق مكتسب للمحكوم عليه ولا يتطلب إجراءات معينة، إلا أن شهادات السوابق القضائية رقم 02 التي تضمّ بالملفات القضائية والتي يُعتمد عليها لبيان ماضي المتهم الإجرامي، لا تخضع في أغلب الأحيان لأي تحيين بمحو آثار العقوبات رغم مرور زمن طويل على تنفيذها¹.

ثانيا - حرية القاضي في الحكم بوقف التنفيذ عند توفر شروطه:

يملك القاضي السلطة التقديرية في الحكم بوقف تنفيذ العقوبة بحسب ما يراه من الظروف الشخصية لكل متهم وظروف الدعوى المحيطة به، ويأمر به القاضي من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب الخصوم². لكن التساؤل الذي يطرح نفسه بهذا الخصوص، هل أن توافر شروط وقف التنفيذ يكسب المتهم حقاً يمكنه أن يتمسك به أمام القضاء؟

جواباً على هذا التساؤل نقول بأن التشريعات العقابية تُجمع على أنه عند توافر الشروط القانونية المقررة لوقف التنفيذ، يكون القاضي حرّاً في منحه أو منعه، فهو وسيلة اختيارية له للتفريد، وليس بحق للمحكوم عليه، فلا يلتزم القاضي على أي حال بتقرير وقف تنفيذ العقوبة، إلا لمن يراه أهلاً له من المحكوم عليهم، بحسب ظروف الدعوى والحالة الشخصية لكل محكوم عليه على حدى³. ذلك أن تقدير ما إذا كانت ظروف المتهم وماضيه وسنه وأخلاقه تبعث على الإعتقاد بأنه لن

¹ - نشير إلى أن قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي الذي أخذ منه مشرعنا أغلب نصوصه، نص في المادة 769 منه إلى أن رد الإعتبار يؤدي إلى سحب البطاقة رقم 01 تماماً من صحيفة السوابق القضائية.

² - المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، وقف تنفيذ العقوبة في ضوء اجتهاد محكمة النقض المصرية، مرجع سابق، ص 17.

³ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 257.

يعود إلى مخالفة القانون، هو من الأمور النسبية التي تختلف بشأنها وجهات النظر، ولا مناص من ترك القول الفصل في ذلك إلى من هو أدري بظروف المتهم وجريمته بحكم طبيعة عمله، وهو قاضي الموضوع¹.

واعتبار وقف التنفيذ عند استيفائه لشروطه القانونية من إطلاقات سلطة القاضي يجد أساسه في النصوص القانونية المتعلقة بوقف التنفيذ التي حملت عبارة (يجوز للمحكمة...) أو (يمكن للقاضي...).

وقد أكدت الإجهادات القضائية ذلك، فقضت محكمة النقض المصرية: "أن الأمر بوقف تنفيذ العقوبة هو كتقدير نوعها ومقدارها من صميم عمل قاضي الموضوع، وأن المشرع لم يمنح للمتهم شأنًا في هذا الحق، بل خصّ به قاضي الموضوع، ولم يلزمه باستعماله بل رخص له في ذلك، وتركه لمشيئته وما يصير إليه رأيه"². كما قضت محكمة التمييز الأردنية: "أنه لا يلزم قاضي الموضوع بوقف تنفيذ العقوبة، وإن توافرت شروطه وطلبه المتهم، فوقف التنفيذ رخصة للقاضي غير ملزم باستعمالها، وهو غير ملزم بالرد على طلب وقف التنفيذ"³.

وهذا تماما ما أكدته محكمتنا العليا حين اعتبرت أن الإستفادة من وقف التنفيذ المنصوص عليه في المادة (592 ق.إ.ج) ليست حقا مكتسبا للمتهم الذي تتوافر فيه الشروط القانونية، وإنما هي مكنة جعلها المشرع في متناول القضاة، وترك تطبيقها لسلطتهم التقديرية⁴. واعتبرت أيضا في قرار آخر بأن المجلس القضائي الذي شدد عقوبة المدعي بحذفه وقف التنفيذ بسبب أن الأفعال خطيرة وتمس بالإقتصاد الوطني يعد خرقا لمقتضيات المادة 592 ق.إ.ج، فحتى ولو كان منح الظروف المخففة متروكا للتقدير الكامل للقضاة إلا أن أسباب المجلس القضائي لحذف وقف التنفيذ لا تتطابق والشروط المنصوص عليها بالمادة 592، ونقضت القرار محل الطعن⁵.

¹ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 316-317.

² - نقض مصري، رقم 29853 س 63 ق، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المركز المصري للمعلومات القانونية، ع 01، يناير، 1999، ص 72.

³ - تمييز أردني، رقم 96/429 سنة 1997، مجموعة الأحكام الجزائية لمحكمة التمييز الأردنية، مرجع سابق، ص 612.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 1994.07.24 في الملف رقم 118111، غير منشور: مشار إليه في مؤلف: بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 467.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 2013.03.28 في الملف رقم 0615561، ع 01، س 2013، ص 377.

إن الأمر بوقف التنفيذ من المسائل الموضوعية التي يترك أمرها لتقدير قاضي الموضوع يمنحه لمن يراه مستحقا له من المتهمين، بحسب ظروف الدعوى وحالة كل منهم كل على حدى. ذلك أنه من السلطات التي ينفرد بها القاضي في تحديد العقوبة هو تقرير أن العقوبة التي ينطق بها لا تنفذ فوراً، بل يوقف تنفيذها¹، بل أن للقاضي الحق في منح وقف التنفيذ وفرضه على المحكوم عليه، حتى وإن لم يطلبه هذا الأخير، لأن وقف تنفيذ العقوبة هو تفريد قضائي للعقاب، ولا يجوز للمحكوم عليه رفضه عندما يقرره القاضي ويدرك ملاءمته له، كما يجوز له أن يقضي به سواء في حضور المحكوم عليه أو في غيابه². فحرمان المتهم من وقف التنفيذ على أساس عدم حضوره أمام المجلس، يعد تطبيقاً سيئاً للقانون، ذلك أن تطبيق المادة (592 ق.إ.ج) غير متوقف على حضور أو تغيب المتهم³.

وما يؤكد سلامة توجه كافة التشريعات نحو منح حرية للقاضي في وقف تنفيذ العقوبة، هو أن هذا النظام في حد ذاته ينزع عن أذهان المجرمين اعتقادهم بأن الجريمة الأولى غير معاقب عليها بعقوبة نافذة، وهو ما يتحقق إذا ألزمتنا القاضي بالحكم بوقف التنفيذ متى توافرت شروطه القانونية التي أبرزها في أغلب التشريعات عدم سبق الحكم على المتهم، وهذا ما سيشجع على الإجرام سيما ارتكاب الجريمة الأولى، طالما أن مقتريها يعلمون مسبقاً بأنهم سوف ينجون من ألم العقوبة النافذة.

غير أن منح وقف التنفيذ للمحكوم عليه وإن كان عملاً تقديرياً للقاضي، فهذا لا يعني بأن سلطته في منح وقف التنفيذ تحكّمية أو مخلة بمبدأ قانونية العقوبة، إنما هي في الواقع سلطة تقديرية لمدى ملاءمة تطبيق إجراء معين كوسيلة تفريد ضمن النطاق القانوني المقرر له، وبالتالي فلا يقضى القاضي بوقف التنفيذ دون تسبيب، وفي هذا قضت المحكمة العليا "إن المادة 592 ق.إ.ج.

- وخلافاً لما يدعيه الطاعن في مذكرته - لا تفرض على القضاة تسبيب قرارهم في حالة عدم إفادة المحكوم عليه بوقف تنفيذ العقوبة بل إنها على العكس من ذلك تلزمهم في حالة إسعافه بوقف تنفيذ العقوبة بتسبيب قرارهم، ذلك أن الحكم بالعقوبة المنفذة هو الأصل فلا يسبب، في حين أن وقف التنفيذ أمر جوازي يستوجب التسبيب عند الحكم به. وأن المجلس غير مجبر على تسبيب عدم إفادة المحكوم عليه بوقف تنفيذ العقوبة، خاصة وأنه أبرز ضمن أسباب قراره خطورة الوقائع المرتكبة،

¹ - Claude PENHOAT, Droit pénal: cours, jurisprudences, cas, Aengde, Paris, 1995, p 42.

² - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، مرجع سابق، ص 498.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار صادر في: 14.07.1981، نشرة القضاة، س 1982، ص 222.

فمنح وقف التنفيذ هو الذي يتطلب تسببها خاصا حسب مقتضيات المادة 592 ق.إ.ج.¹، وفي قرار آخر قضت: "تعرض حكمها للنقض محكمة الجنايات التي جاء حكمها خاليا من أي تسبب يتعلق بإيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بها"². غير أن المشرع الفرنسي قلب الأمر، وفرض على القضاة تسبب أحكامهم في حالة النطق بالعقوبة النافذة، فجعل الأصل في مواد الجench هو وقف تنفيذ عقوبة الحبس، واعتبر أن القضاء بالحبس مع النفاذ استثناءً يقتضي التسبب³.

كما أن بعض التشريعات تُلزم القاضي عند إصداره لحكم بوقف تنفيذ عقوبة بأن ينذر المحكوم عليه بأنه في حالة صدور حكم جديد عليه بالإدانة فإن العقوبة الأولى ستنفذ (المادة 594 ق.إ.ج.)، وعلى هذا الأساس نقضت المحكمة العليا القرارات التي لا تتضمن توجيه هذا الإنذار للمتهم⁴، غير أن المحكمة العليا تراجعت عن هذا الإجتهد واعتبرت في قرارات لاحقة أن عدم احترام مقتضيات المادة 594 ق.إ.ج. لا يؤدي إلى النقص، معتبرة أن هذه المادة ليست قاعدة جوهرية في الإجراءات لأنه لا يترتب على مخالفته إخلال بحقوق الدفاع أو أي خصم في الدعوى⁵.

المبحث الثاني

سلطة القاضي الجزائي في تجاوز التحديد التشريعي للعقوبات

أفردت التشريعات لكل جريمة عقوبتها وتركت للقاضي الحرية في أن يختار لكل مجرم عقوبته كما ونوعا في إطار التحديد التشريعي المجرد، لا يقيده في ذلك إلا وجوب مراعاة الحدين الأدنى والأعلى المنصوص عليهما قانونا، وإذا تنوعت العقوبات التي يجيز القانون الحكم بها، فللقاضي أن يختار من بينها ما يراه ملائما للوقائع المعروضة عليه أو يحكم بها جميعا إذا كان ذلك ممكنا ضمن حدود النص العقابي، ووفقا لضوابط التقدير القضائي المتعلقة بالجريمة والمجرم.

¹ - المحكمة العليا، غ.ج.، قرار صادر في: 1981.05.28. مشار إليه في: بوسقيعة احسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 235.

² - المحكمة العليا، غ.ج.، قرار صادر في: 1991.01.08 في الملف رقم 79945، المجلة القضائية، ع 4، س 1992، ص 182.

³ - Article 132-33 du CPF: «Lorsque le tribunal correctionnel prononce une peine d'emprisonnement sans sursis et ne faisant pas l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux mêmes sous-sections 1 et 2, il doit spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale ».

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج.م.، قرار صادر بتاريخ 1989.06.13 في الملف رقم 57427، المجلة القضائية، ع 2، س 1991، ص 211.

⁵ - المحكمة العليا، غ.ج.م.، قرار صادر بتاريخ: 1996.03.24، في الملف رقم 963119، غير منشور، مشار إليه في: بوسقيعة احسن، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 237.

لكن، مهما بلغ المشرع من دقة في صياغة النصوص القانونية، فليس بإمكانه أن يحيط بكل أنماط السلوك الإجرامي والمتغيرات التي تلحق بالجريمة، وهو يكتفي بالنص على الحد الأدنى من العناصر المكونة للجريمة وفق ما يسمى بالنموذج القانوني المجرد للجريمة. ومن ثمة فلا يمكنه أن يحقق التناسب العادل بين العقوبة وشخصية الجاني لعدم إلمامه بظروف المجرمين مسبقا، وعدم تنبؤة بالظروف التي تقع فيها الجريمة، وبكافة الإعتبارات التي تحقق الجزاء العادل لكل واحد منهم.

لذا، فقد أجمعت التشريعات على منح القاضي الجزائي سلطة استثنائية بموجبها يمكن له أن يتجاوز التحديد التشريعي لعقوبة كل جريمة تخفيفا وتشديدا، مع تفاؤلا بينها في السلطة الممنوحة للقاضي سواء عند تخفيف العقوبة أو تشديدها.

فمنحت التشريعات للقاضي الجزائي مكنة النزول إلى ما دون الحد الأدنى الخاص المقرر قانونا للعقوبة أو اختيار عقوبة أخف من العقوبة المقررة للجريمة ولو تغير نوعها، إذا توافرت أسباب تخفيف العقوبة ضمن حدود معينة (المطلب الأول)، كما منحت أيضا مكنة تجاوز الحد الأقصى المقرر قانونا للعقوبة، أو اختيار نوع أشد من العقوبة إذا توافرت الظروف التي تستوجب التشديد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سلطة القاضي الجزائي في تخفيف العقوبة

إن إطلاق سلطة القاضي الجزائي في النزول إلى الحد الأدنى المقرر أو اختيار عقوبة أخف من العقوبة المقررة قانونا، قد لا يكفي أحيانا لتحقيق العدالة وتوقيع العقوبة الملائمة، لذلك فقد أوجد القانون ما يكفل هذه الملاءمة من خلال وضع قواعد تمكن القاضي من النزول دون ذلك الحد.

فمن أجل الحد من التشدد المجرد للقانون¹، وقصد الوصول إلى جزاء عادل ومناسب لكل مجرم، أطلقت أغلب التشريعات سلطة القاضي الجزائي في الحكم بعقوبة أخف من حيث نوعها

¹ - Merle ROGER et André VITU, Traité de droit criminel: tome 2, Procédure pénale, 5 éme édition, Cujas, Paris, , 2001, p 36.

المقرر لها في القانون، أو بعقوبة أدنى في مقدارها من الحد الأدنى الذي يضعه المشرع، وذلك وفق نظام تفريد قضائي أطلق عليه نظام الظروف القضائية المخففة¹.

هذا النظام يعد حديث العهد نسبياً، وقد وجد محلاً لتطبيقه في قوانين العقوبات منذ القرن الثامن عشر²، ومنذ ذلك الحين وحتى وقتنا الحاضر، تطور هذا النظام فاتّضحت معالمه وأُرسيت قواعده في مختلف التشريعات المعاصرة. لذلك سنتناول السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تخفيف العقوبة في التشريعات العقابية المقارنة (الفرع الأول)، ثم نستعرض موقف المشرع الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة القاضي الجزائي في تخفيف العقوبة في التشريعات المقارنة

تجد السلطة التقديرية للقاضي في تخفيف العقوبة أساسها في التوفيق بين فكرة المنفعة وفكرة العدالة في العقوبة، فالجزاء يجب أن يحقق مصلحة للمجتمع، وفي نفس الوقت يجب أن يكون عادلاً³. لذا، فقد تباينت مواقف التشريعات العقابية المقارنة في نطاق السلطة الممنوحة للقاضي الجزائي في منح الظروف المخففة، فمنها من يمنح للقاضي سلطة تقديرية كاملة لتحديد الظروف المخففة، ومنها من يحصرها في عدد معين من الظروف، فيقيّد سلطة القاضي في تحديد هذه الظروف، كما تتفاوت التشريعات حول نطاق الجرائم المشمولة بنظام الظروف المخففة، وحول مدى السلطة الممنوحة للقاضي في تقدير درجة التخفيف الكمي والنوعي للعقوبات، فهناك تشريعات تطلق سلطة القاضي في التخفيف العقوبة دون قيود، وهناك تشريعات أخرى تحدد للقاضي نطاقاً محدداً للتخفيف لا يمكن تجاوزه.

¹ - تجدر الإشارة إلى أن الظروف المخففة التقديرية تشبه الأعدار القانونية المخففة فهما يؤديان إلى تخفيض العقوبة والنزول بها عن حدّها الأدنى المقرر قانوناً، ولكلّهما مختلفان في أن الأعدار حددها المشرع نصاً، وألزم القاضي بها فهي أسباب مخففة قانونية، أما الظروف المخففة القضائية فهي غير محددة، تركها القانون لمطلق تقدير القاضي.

² - نشأ نظام الظروف المخففة في رحاب القانون الفرنسي لسنة 1810، وتطور هذا النظام بعد ذلك وخضع لعدة تعديلات إلى أن صدر قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1992 حين استغنى المشرع الفرنسي عن هذا النظام ضمن الإصلاحات التي عرفها سلم العقوبات وحذف الحد الأدنى للعقوبات تماماً.

³ - سيد مصطفى محقق داماد وسامر القضاة، الظروف المخففة في قانون العقوبات الأردني، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، العراق، ع 12 (2)، 2005، ص 60.

أولاً - تباين موقف التشريعات المقارنة حول سلطة القاضي في تحديد الظروف المخففة:

قصد إيجاد تناسب عادل بين الجريمة والعقوبة اتّجهت التشريعات المعاصرة نحو منح القاضي الجزائي سلطة تقديرية في تخفيف العقوبة¹. لكن هذه التشريعات العقابية وإن اتفقت على الإعراف بالسلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تخفيف العقوبة، إلا أنها اختلفت في تحديد نطاق هذه السلطة إطلاقاً وتقييداً، وبذلك تبرز ثلاث اتجاهات:

أ - الإتجاه الموسّع لسلطة القاضي في تحديد الظروف المخففة: وهنا تكون سلطة القاضي الجزائي مطلقة في تحديد الظروف المخففة، حيث يستخلصها القاضي بحرية تامة من أي عنصر في الدعوى أو من كل ما يتعلق بماديات الجريمة أو من الجانب المعنوي لها وشخصية المجرم².

وقد تبَيّن هذا الإتجاه قانون العقوبات الفرنسي في المادتين (132-19، 132-20) اللتان اقتصرتا على تحديد الحد الأقصى للعقوبة تاركة الحد الأدنى خاضعاً لمطلق تقدير القاضي، إذ بإمكانه أن ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى المقرر في الأحكام العامة للقانون لعقوبة الحبس والغرامة. أما المادة 132-18 من قانون العقوبات الفرنسي المتعلقة بالجنايات فقد منعت القاضي من النزول عن الحبس لمدة سنتين حينما تكون الجريمة معاقب عليها بالسجن المؤبد، كما منعت من النزول عن الحبس لمدة سنة حينما تكون الجريمة معاقب عليها بالسجن المؤقت.

كما تبَيّن هذا الإتجاه قانون العقوبات المصري (المادة 17)، والسوري (المواد 243، 244، 245)، واللبناني (المواد 253، 254، 255)، والأردني (المادتان 99، 100)، والمغربي (المواد من 146 إلى 151).

فكلّ هذه القوانين العقابية جعلت من إظهار الظروف المخففة من إطلاقات سلطة القاضي، يختص بها لوحده دون أي رقابة عليه، فله أن يستنتجها من ماديات الجريمة أو من شخصية الجاني أو من كليهما. كما أن القاضي في هذه الحالة حر في إفادة المتهم بالظروف المخففة أو منعه منها حتى ولو طلبها المتهم، بل حتى لو كانت النيابة العامة قد التمسست في مرافعتها أخذ المتهم بموجبات الرأفة.

¹ - نشير إلى أن بعض القوانين كالقانون الانجليزي والهولندي استغنت تماماً عن الاستعانة بنظام الظروف المخففة، لكونها التزمت بتحديد كل العقوبات بحد أعلى دون تحديد حد أدنى خاص لها، مما يمكن القاضي من الهبوط بالعقوبة إلى حدها الأدنى العام عند الاقتضاء.

أنظر: أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 156.

² - فهد يسلم هادي حيتور، مرجع سابق، ص 213 - 214.

هذه القوانين تضع ثقتها الكاملة في القاضي واجتهاده للإلمام بكافة الظروف التي يمكن أن تكتنف الجريمة، والتي يكون من المتعذر الإلمام بها مسبقاً¹. ولا شك أن ذلك يتفق مع الدور الاجتماعي لنظام الظروف المخففة باعتباره وسيلة للتفريد القضائي للعقوبة من جهة، وأداة لتحقيق التجانس والتوافق بين نصوص التشريع وتطور المجتمع من جهة ثانية².

وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها: "أن تقدير العقوبة في الحدود المقررة قانوناً، وتقدير موجبات الرأفة أو عدم قيامها هو من إطلاقات محكمة الموضوع دون معقب عليها، ودون أن تسأل حساباً عن الأسباب التي من أجلها أوقعت العقوبة بالقدر الذي ارتأته"³.

ورغم مزايا هذا الاتجاه العديدة إلا أن ما يعاب عليه أنه يؤدي أحياناً إلى سوء استعمال القضاة لهذه المكنة التي منحها المشرع للقاضي، مما ينجم عنه تقديرات خاطئة للعقوبة، قد تصل أحياناً لتفاوت كبير في العقوبات بين مختلف الجناة الذين يرتكبون نفس الجرائم. كما يؤدي إطلاق سلطة القاضي في تحديد الظروف المخففة إلى تفتي ظاهرة الحبس القصيرة المدى بعيوبها العديدة التي أزعجت علماء العقاب، وشكلت أزمة حقيقية للعدالة الجنائية في الوقت الراهن.

ب- الاتجاه المقيّد لسلطة القاضي في تحديد الظروف المخففة: وهنا يتولى المشرع بنفسه تحديد كل الظروف المخففة على سبيل الحصر، بحيث لا يجوز للقاضي تخفيف العقوبة إلا إذا توفر أحد هذه الظروف في الوقائع المعروضة عليه، وإلا كان حكمه مخالفاً للقانون⁴. فليس للقاضي أن يحدث ظرفاً لم ينص عليه المشرع، وبذلك تصبح السلطة التقديرية للقاضي مقيدة بالظروف التي عدّها المشرع فحسب.

ومع ذلك، فإن المشرع في القوانين التي تبنت هذا الاتجاه⁵، لم يسلّب من القاضي سلطته الكاملة في التقدير، وإنما يحصر مجالها في تقدير مدى أحقية المتهم في الاستفادة من الظروف المخففة

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 223.

² - مصطفى محمود محمود، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، مرجع سابق، ص 602.

³ - نقض مصري، رقم 2828 بتاريخ 1999.01.24، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، دورية صادرة عن المركز المصري للمعلومات القانونية، دار الحكمة للطباعة، ع 01، يناير 1999، ص 240 - 242.

⁴ - عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص 75.

⁵ - من التشريعات العقابية التي تبنت هذا الاتجاه قانون العقوبات السويسري والنمساوي والدنماركي والنرويجي. أنظر تفصيل ذلك: عبد الفتاح عبد العزيز خضر، مرجع سابق، ص 299 وما يليها.

أم عدم جدارته بها، دون أن يتعداها إلى القول بظرف مخفف لم ينص عليه التشريع صراحة¹. فالقاضي إذن غير ملزم بتخفيف العقوبة حال توفر أحد الظروف المنصوص عليها، لأن التخفيف جوازي له في مثل هذه الحالة وليس وجوبيا عليه.

ويرى جانب من الفقه أن هذا النظام يضمن سلامة ودقة تطبيق نظام الظروف المخففة، إذ يحول ذلك دون إساءة استعمال هذا النظام بتطبيقه استنادا إلى أسباب لا يصح بأي حال اعتبارها ظروفًا مخففة، ولا سيما عندما يختص بممارسة سلطة تحديد هذه الظروف محلفون أو قضاة تُعوزهم الكفاءة والنزاهة والنضج العاطفي².

بيد أن مزايا هذا الاتجاه لا تصمد أمام عيب حرمان القاضي من سلطة استظهار وتحديد الظروف المخففة بحرية كاملة، وهو ما يتنافى مع توجهات السياسة الجنائية الحديثة، فضلا عن تشكيكه وزعزعته للثقة الواجبة في نزاهة القضاء واستقلاله بحرمانه من استظهار هذه الظروف، بل إن ترك تحديد الظروف المخففة للمشرع حصرا، قد يحول دون تطبيق التفريد القضائي السليم، فقد يُحرّم مرتكب الجريمة من الإستفادة من ظروف التخفيف رغم أنه أهل لذلك، ولا يمكن الزعم بإمكان إحاطة الظروف التي يحددها القانون بجميع الأحوال التي تقتضي تخفيف العقوبة.

وعليه، فإن هذا الاتجاه لم يسلم هو الآخر من التطرف الذي تميزت به التشريعات التي فوضت القاضي أمر تحديد واستظهار الظروف المخففة بصفة مطلقة، ومن ثمة كان من اللازم أن يبرز اتجاه توفيق يحمّل مزايا الاتجاهين السابقين ويتفادى عيوبهما.

ج- الاتجاه التوفيقى الذي تبوّى التحديد المعتدل للظروف القضائية المخففة: ظهر هذا الاتجاه للتوفيق بين الاتجاهين السالفي الذكر والذين تطرفا في تحديد الظروف المخففة، وذلك إما بإطلاق سلطة القاضي دون أدنى قيد أو رقابة، وإما بتقييد تلك السلطة. ونظرا لما يكتنف هذان النظامان من عيوب، اتجهت بعض التشريعات لا سيما الحديثة منها نحو نظام يتوسط الاتجاهين السابقين³. بحيث

¹ - لريد محمد أحمد، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تخفيف الجزاء، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ع 02، مجلد 03، س 2011، ص 94.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 164.

³ - من التشريعات التي سلكت هذا الاتجاه، قانون العقوبات الإيطالي الذي نص على ستة ظروف مخففة على سبيل المثال في المادة 62، ومنح للقاضي في المادة 62 مكرر سلطة استظهار ظروف مخففة أخرى غير منصوص عليها تبرر تخفيف العقوبة. كما أخذت بهذا النظام تشريعات عقابية أخرى مثل قانون العقوبات البرتغالي والإسباني واليوناني والروسي.. أنظر تفصيل ذلك: أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص ص 165-167.

تكون سلطة القاضي فيه نسبية في تحديد الظروف المخففة، فينص القانون على مجموعة من الظروف المخففة (المحتملة غالباً) على سبيل المثال، مما يسهّل على القاضي تطبيق نظام التخفيف عند توفر أحد تلك الظروف، كما يُتاح له الإسترشاد بها في تحديده للظروف الأخرى التي يرى أنها تبرر التخفيف، دون التعرض لمزالق التقدير الخاطئ في تحديد الظروف التي تستحق الرأفة، ودون حرمان مرتكب الجريمة التي تسمح ظروفه بأن تخفف عقوبته إن لم تكن تلك الظروف منصوص عليها قانوناً.

فقيام سلطة القاضي في هذا النظام هو التعاون بين المشرع والقاضي، وذلك بأن ينص الأول على مجموعة من الظروف المخففة على سبيل المثال، إذ يسهل على القاضي تطبيق نظام التخفيف عند توافر إحدى تلك الظروف ذاتها أو الإسترشاد بها من قبل القاضي في تحديد ظروف أخرى تبرر التخفيف أيضاً، أي ليس فقط طبقاً للظروف المحددة في القانون، وإنما كذلك وفقاً لتلك الظروف التي يمكن أن يستظهرها القاضي تحقيقاً لمبدأ التفريد القضائي للعقوبة¹. وبذلك يتحقق التوفيق بين العدالة والمنفعة الاجتماعية، كما يتحقق التوفيق بين اعتبار سيادة القانون من جهة، واعتبار تطور المجتمع من جهة ثانية، وهو ما تهدف السياسة الجنائية الحديثة إلى تحقيقه عبر نظام الظروف القضائية المخففة.

نشير إلى قانون العقوبات الفرنسي حقّق نقلة نوعية في كنف هذا الإتجاه بتقنيته مبدأ التفريد القضائي للعقوبة، فأوجب على القاضي أن ينطق بالعقوبات ضمن حدودها المحددة قانوناً شريطة مراعاة ظروف الجريمة وشخصية الفاعل ووضعه المادي والأسري والاجتماعي، وهو ما أكدته المادة 132-1 من قانون العقوبات الفرنسي². كما حذا حذوه قانون العقوبات المغربي³.

إن هذا الاتجاه - في رأينا - قد وُفّق إلى حد بعيد في حسن استخدام نظام الظروف المخففة القضائية، فالنص على نماذج للظروف المخففة كموجّهات إرشادية توجّه القاضي لاستظهار ظروف

¹ - حسنين إبراهيم صالح عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، مرجع سابق، ص 153.

² - Article 132-1 du CPF: « Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 ».

³ - تنص المادة 141 من ق.ع. المغربي: " للقاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة وتفريدها في نطاق الحدين الأدنى والأقصى المقررين في القانون مراعيًا في ذلك خطورة الجريمة المرتكبة، وشخصية المجرم " وأضافت المادة 146 من نفس القانون: "...أن منح الظروف المخففة موكول إلى تقدير القاضي، مع التزامه بتعليل قراره في هذا الصدد بوجه خاص، وأثار الظروف المخففة شخصية بحتة، فلا تخفف العقوبة إلا فيما يخص المحكوم عليه الذي منح التمتع بها".

مخففة متعلقة بالجريمة وبشخصية الجاني أمر موقّق وأثبت نجاعته في التشريعات التي تبنته، خاصة وأن هذه التشريعات متميزة بالجدّة وبدقة وسلامة صياغة نصوصها القانونية. فهذا النظام يركّز على فكرة التعاون بين المشرع والقاضي في استظهار الظروف التي تستدعي تخفيف العقوبة، وهو ما من شأنه أن يحقق نوعاً من التوازن بين سيادة القانون وتطور المجتمع، مما يساعد القاضي الجزائي على تفريد العقوبة بوجه صحيح، عن طريق إحاطته بكل المتغيرات والتفصيلات التي تلحق الجريمة أو تؤثر على شخصية الجاني، والتي من شأنها أن تشكل سبباً لتخفيف العقاب.

ثانياً - تباين موقف التشريعات المقارنة حول سلطة القاضي في تطبيق الظروف المخففة:

تباينت مواقف التشريعات العقابية المقارنة أيضاً حول نطاق تطبيق الظروف القضائية المخففة، فبعض التشريعات تُخضع عقوبات جميع أنواع الجرائم لسلطة القاضي في تخفيف العقوبة، في حين تقصّر بعض التشريعات تطبيق نظام الظروف القضائية المخففة على نوع معين من الجرائم والعقوبات.

كما تتفاوت هذه التشريعات في مدى اتساع سلطة القاضي في قدر التخفيف الكمي والنوعي للعقوبات، فهناك تشريعات تطلق سلطة القاضي في تخفيف العقوبة دون قيود، وهناك تشريعات أخرى ترسم للقاضي نطاقاً محدداً للتخفيف الكمي والنوعي للعقوبات لا يجوز له تجاوزه.

أ - نطاق العقوبات المشمولة بالظروف المخففة:

تذهب تشريعات عدة إلى منح القاضي سلطة واسعة في تطبيق الظروف المخففة، بحيث تشمل جميع أنواع الجرائم جنايات أو جنح أو حتى ومخالفات، بغض عن النظر عن مدى جسامة الجريمة وخطورة فاعلها، في حين تقتصر تشريعات أخرى على منح القاضي سلطة تخفيف العقوبة على نوع معين أو أكثر من الجرائم والعقوبات فقط.

وهكذا سلكت التشريعات بشأن نطاق تطبيق الظروف المخففة إتجاهين اثنين، اتّجاه يُطلق سلطة القاضي ليشمل كافة الجرائم والعقوبات، واتّجاه آخر يحصره في نوع أو أكثر من هذه الجرائم والعقوبات.

1- إطلاق سلطة القاضي في التخفيف ليشمل جميع أنواع الجرائم: هذا الإتجاه سلكته أغلب القوانين المقارنة، بحيث سمحت للقاضي بتطبيق الظروف المخففة على جميع الجرائم من جنابات

وجنح ومخالفات، بحيث تتسع سلطة القاضي في التخفيف لجميع الجرائم، كما تتسع لجميع المجرمين، لا فرق بين عائدين ومبتدئين أو بين وطنيين وأجانب¹. فالجناة بمختلف أصنافهم يستفيدون من الظروف المخففة إذا ما قرر القاضي منحها.

فالقاعدة هنا أن الجدارة بالظروف المخففة شخصية تقدر بالنسبة لكل متهم على حدى، ومن ثمة تُخطئ المحكمة إذا قررت منحها للجريمة بصفة عامة، وبناءً على ذلك كان يمكن أن تمنحها لبعض المساهمين في الجريمة دون البعض الآخر، وهي تتسع لتشمل جميع المجرمين، وبالإمكان منحها حتى لمن حكم عليه غيابياً².

ومن القوانين التي سلكت هذا الإتجاه مثالا لا حصرا قانون العقوبات السوري (المواد، 244، 243، 245) واللبناني (المادتان 253، 254، 255) والمغربي (المواد من 147 إلى 151).

غير أن هذه القوانين اشترطت على القاضي حال استعمال سلطته في تطبيق موجبات الرأفة بالمتهم أن يعلل حكمه تعليلا خاصا حينما يكون المتهم عائدا إلى الجريمة، باعتبار أن منح الظروف المخففة في حالة العود وضع غير عادي جعل القاضي يتجه نحو تخفيف عقوبة العائد وليس التشديد وهو الأصل، مما يستوجب على القاضي أن يعلل حكمه لبيان أسباب التخفيف³.

لكن ومع ذلك، فقد تردّد في هذه القوانين استثناءات على قاعدة شمول سلطة القاضي في التخفيف لعقوبات جميع الجرائم، بحيث ترد نصوص خاصة تستثني جريمة أو بضعة جرائم من الخضوع لنظام تخفيف العقوبة، وذلك حينما يقدر المشرع جسامة وخطورة هذه الجريمة، مثل ما نصت عليه المادة 130 من قانون العقوبات العراقي المعدلة بموجب القانون رقم 31 المؤرخ في 13 سبتمبر 2003 التي منعت تخفيف العقوبة بالنسبة لمرتكبي جرائم اختطاف الأطفال لشناعتها.

¹ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة...، مرجع سابق، ص 226.

² - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات . القسم العام . مرجع سابق، ص 799.

³ - فهد يسلم هادي حيتور، مرجع سابق، ص 223.

هذا التوجه قوبل بالرفض في الأوساط الفقهية على أساس أن استبعاد تطبيق الظروف القضائية المخففة بالنسبة لبعض الجرائم يعد حكماً استثنائياً غير مرغوب فيه من حيث السياسة التشريعية، لأنه يغلّ يد القاضي عن تحقيق التفريد القضائي¹.

2- تقييد سلطة القاضي في تخفيف عقوبة بعض أنواع الجرائم فقط: يمثل هذا الاتجاه بعض التشريعات التي تجعل من سلطة القاضي في تخفيف العقوبة مقتصرة على أحد أنواع الجرائم والعقوبات أو على أكثر من نوع، مثال ذلك قانون العقوبات المصري في المادة 17 التي حصرت تطبيق الظروف القضائية المخففة على الجنايات دون الجنح والمخالفات. وتبرير ذلك أن القانون لا ينص على حد أدنى لعقاب كل جنحة أو مخالفة على حدى مكتفياً بالحد الأدنى العام لعقوبي الحبس والغرامة فهو حدٌ منخفض بذاته، فيستطيع القاضي النزول إليه دون تدرّج بالظروف المخففة².

أما في التشريع الليبي فإن عقوبات الجنايات والجنح فقط هي التي يشملها نظام الظروف المخففة (المادة 29 من قانون العقوبات)، ويستوي في جميع الأحوال أن تقع الجريمة في صورتها التامة أو في صورة الشروع. أما المخالفات فلا يشملها النص نظراً لتفاهتها³. كما سلك نفس التوجه قانون العقوبات الأردني (المادتان 99، 100)، لكن اشترطت المادة 100-3 من نفس القانون أن يكون القرار المانع للأسباب المخففة معللاً تعليلاً وافياً سواء في الجنايات أو الجنح.

وهو نفس التوجه الذي سلكه قانون الجرائم والعقوبات اليمني الذي حدد نطاق تطبيق الظروف القضائية المخففة في العقوبات التعزيرية (المادة 109 منه) بغض النظر عن ما إذا كانت الجريمة جسيمة أم غير جسيمة باستثناء جرائم الحدود والقصاص.

و نشير إلى أن هذا الاتجاه تعرض للنقد من طرف جانب من الفقه، على أساس أن قاعدة اقتصار تطبيق نظام الظروف المخففة على الجنايات فقط تبدو سليمة في حالة تعيين القانون لكل من الجنح والمخالفات عقوبي الحبس والغرامة على سبيل التخيير أو عقوبة الغرامة وحدها دون تحديد حد أدنى خاص لهذه العقوبات. وفيما عدا هذه الحالة، يؤدي قَصْرُ نظام الظروف المخففة على

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 771.

² - المرجع نفسه، ص 826.

³ - محمود سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 529.

الجنايات إلى تقييد سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة، مما يؤدي إلى الإخلال بمبدأ تفريد العقاب¹.

وكمثال على ذلك أن القاضي الجزائي في التشريع العقابي المصري بإمكانه أن ينزل ببعض عقوبات الجنايات إلى الحبس الذي لا يقل عن ثلاثة أشهر، لكنه بالمقابل نجده بالنسبة لبعض الجناح التي يزيد حدها الأدنى عن ذلك، لا يمكن له أن يحكم إلا بالحد الأدنى المقرر قانوناً لهذه الجريمة حتى في حالة ما قرر أخذ المتهم بموجبات الرأفة².

ب- حدود سلطة القاضي الجزائي في درجة التخفيف: يتفاوت مدى اتساع حدود سلطة القاضي في درجة التخفيف الكمي والنوعي للعقوبات المشمولة بنظام الظروف المخففة، تبعاً لما يحدده القانون من مجال التخفيف الذي يسمح للقاضي بالمراوحة فيه عند توفر الظروف المخففة. فقد تطلق بعض القوانين العنان لسلطة القاضي في تخفيف العقوبة دون قيود، وقد تحدد لتلك السلطة نطاقاً محدداً لا يمكن للقاضي تجاوزه.

1- سلطة القاضي المطلقة في درجة التخفيف: في هذا النظام ينص القانون صراحة على منح القاضي حرية واسعة في التخفيف إلى الحد الأدنى العام، دون تقييد القاضي بدرجة أو حد معين.

ويأخذ بهذا النظام قانون العقوبات الروسي في المادة 43 التي تنص " للمحكمة أن تنزل بالعقوبة المقررة للجريمة إلى ما دون حدها الأدنى المنصوص عليه أو تطبق عقوبة من نوع آخر أخف عندما ترى أن مثل هذا التخفيف ضروري نظراً للظروف الإستثنائية للقضية وشخصية المجرم على أن تسبب حكمها"، كما يقرر قانون العقوبات الدنماركي بدوره منح القاضي سلطة التخفيف الحرة دون تحديد درجة معينة للتخفيف (المادة 84 منه)، في حالة توفر الظروف المخففة المنصوص عليها قانوناً³.

واتجه قانون العقوبات الفرنسي نفس المسلك حينما اقتصر عند تحديد العقوبات المقررة للجرائم المختلفة على ذكر الحد الأقصى للعقوبة دون أن يشير إلى حدها الأدنى، في إشارة واضحة إلى

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 171.

² - مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 554.

³ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 178.

إطلاق سلطة القاضي في درجة تخفيف العقوبة، ومن ثمة فلا يوجد ما يمنع القاضي من الحكم بالحبس 24 ساعة¹.

وكذلك الشأن بالنسبة للغرامة المقررة جزاء للشخص المعنوي، فرغم ضخامة مقدار الغرامة المقررة للأشخاص المعنوية، فإن القاضي يستطيع في ضوء سلطته التقديرية أن يعدّل من مقدارها بالنظر إلى ظروف الجريمة والقدرات المالية للشخص المعنوي المسؤول عنها²، وهو ما كرسته المادتان 132-20 و 132-24 من قانون العقوبات الفرنسي.

أما في التشريعات العربية، فقد سلك هذا النظام قانون الجرائم والعقوبات اليمني الذي حدّد الحد الأقصى للعقوبات وترك الحد الأدنى للتقدير القضائي، مثلما ورد بالمادة 142 من هذا القانون التي تنص على عقوبة الحبس التي لا تتجاوز الخمس سنوات والمواد، 133، 137، 138، 139، 149 التي تنص على عقوبة الحبس التي لا تتجاوز العشر سنوات، ومن ثمة يجوز للقاضي وفقاً لهذه النصوص أن يخفف العقوبة إلى حدها الأدنى عند توفر ظروف مخففة، وهو أربعة وعشرون ساعة استناداً على أحكام المادة 39 من نفس القانون التي حددت الحبس بمدة لا تقل عن 24 ساعة ولا يزيد عن 10 سنوات.

واعتنق قانون العقوبات العراقي نفس النظام، حيث نص صراحة في المادة 133 على أنه "إذا توفر في الجنب ظرف رأت المحكمة أنه يدعو إلى الرأفة بالمتهم جازلها تطبيق أحكام المادة 131"³.

ولا شك أن علة إطلاق حرية القاضي الجزائي في درجة التخفيف تجد أساسها في أن الظروف المخففة دائماً ظروف قضائية يستظهرها القاضي من الحالات الواقعية للجريمة التي لا يستطيع المشرع مسبقاً أن يحصرها أو أن يتنبأ بها، وبالتالي فإن ترك أمرها للسلطة التقديرية للقاضي في إطار الحدود القانونية التي رسمت له، من شأنه تحقيق تفريد قضائي مناسب للعقوبة، وهو ما تهدف إليه السياسة العقابية الحديثة.

¹-François LE GUNHEC , Le nouveau code pénal illustré , Dalloz , Paris , 1996, p39.

²- بلعسلي وزيرة، مرجع سابق، ص ص 271-272.

³- تنص المادة 131 من قانون العقوبات العراقي: "إذا كانت للعقوبة حد أدنى، فلا تنقيد به المحكمة في تقدير العقوبة، وإذا كانت العقوبة حبساً وغرامة معا حكمت المحكمة بإحدى العقوبتين فقط، وإذا كانت العقوبة حبساً غير مقيد بحد أدنى حكمت المحكمة بغرامة بدلا منه".

2- سلطة القاضي المقيدة في درجة التخفيف: وهي السلطة المقررة للقاضي بمقتضى نظام الظروف المخففة العادية، الذي يسمح له بالنزول بالعقوبة إلى ما دون حدها الأدنى الخاص أو تبديلها بعقوبة أخرى أخف نوعا منها بدرجة أو بدرجتين أو بثلاث درجات في سلم العقوبات¹. فالمشرع في هذا النظام يرسم للقاضي حدودا للتخفيف، لا يجوز له تجاوزها مهما كانت الظروف التي تستدعي التخفيف.

وقد سلكت هذا الإتجاه معظم القوانين العقابية، كقانون العقوبات الفرنسي الذي نص في المادة 132-18 منه²، على جواز النزول بالعقوبة إلى الحبس لمدة لا تقل عن سنتين إذا كانت الجريمة معاقبا عليها بالسجن المؤبد، وعلى جواز النزول بالعقوبة إلى الحبس الذي لا تقل مدته عن سنة حينما تكون العقوبة المقررة للجريمة السجن المؤقت. وكذلك قانون العقوبات المصري (المادة 17) وقانون العقوبات السوري (المادة 243) و الأردني (المادتين 99، 100) والمغربي (المواد 147، 149، 150)، وفي المجلة الجزائية التونسية أيضا (الفصل 53).

الفرع الثاني

سلطة القاضي الجزائي في تخفيف العقوبة في التشريع الجزائري

منذ صدور قانون للعقوبات سنة 1966 اعتمد المشرع الجزائري نظام الظروف المخففة، وتركها المشرع لمطلق تقدير القاضي فلم يحصرها ولم يحدد مضمونها، واقتصرت المادة 53 منه على بيان الحدود التي يجوز للقاضي أن ينزل إليها حينما يقرر إفادة المتهم بظروف التخفيف.

لكن، بمناسبة تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 06-23³، أعاد المشرع الجزائري ترتيب نظام الظروف المخففة نحو التقييد من حرية القاضي في تطبيق الظروف المخففة، كما اغتنم المشرع فرصة هذا التعديل ليمدد من نطاق نظام الظروف المخففة ليشمل أيضا الشخص المعنوي.

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 180.

² -Article 132-18 du CPF: « Lorsqu'une infraction est punie de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, la juridiction peut prononcer une peine de réclusion criminelle ou de détention criminelle à temps, ou une peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à deux ans .

Lorsqu'une infraction est punie de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps, la juridiction peut prononcer une peine de réclusion criminelle ou de détention criminelle pour une durée inférieure à celle qui est encourue, ou une peine d'emprisonnement qui ne peut être inférieure à un an ».

³ - قانون 06-23 المؤرخ في 20.12.2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، مرجع سابق.

أولا - سلطة القاضي الجزائي الجزائي في تحديد وتطبيق الظروف المخففة:

تبنيّ المشرع الجزائري الإتجاه الذي يُطلىّق سلطة القاضي الجزائي في تحديد الظروف المخففة، بحيث ترك ظروف التخفيف لتقدير القاضي، واقتصرت المواد 53، 53 مكرر، 53 مكرر 1، 53 مكرر 2، 53 مكرر 4، 53 مكرر 6، 53 مكرر 7 ق.ع على بيان الحدود الدنيا التي يقف عندها القاضي عند توفر الظروف المخففة.

كما سمح المشرع للقاضي الجزائي - كقاعدة عامة - بتطبيق الظروف المخففة على جميع الجرائم من جنائيات وجنح ومخالفات، بحيث تتسع سلطة القاضي في التخفيف لجميع الجرائم مهما كان وصفها، كما تتسع لجميع المجرمين، لا فرق بين عائدين ومبتدئين، بالغين أو أحداث، وطنيين أو أجانب، ويظهر ذلك من خلال صياغة المادة 53 ق.ع¹، فعبارة (الذي قُضي بإدانته) الواردة بالنص يُستشف منها أن كافة أوصاف الجريمة يمكن أن تكون محلا لتطبيق نظام الظروف المخففة إذا قرر القاضي إفادة المتهم بها.

كما مدد المشرع من خلال نص المادة 53 مكرر 7 ق.ع² نظام الظروف المخففة ليشمل أيضا الشخص المعنوي ولو كان مسؤولا جزائيا لوحده، سادّا بذلك فراغا تشريعيا ظل يميّز قانون العقوبات منذ إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي.

وليس للقاضي أن يبين في حكمه نوع الظروف التي أخذ بها، بل إنه غير ملزم بالإشارة إلى تلك الظروف المخففة، إذ يكفي أن ينزل إلى ما دون العقوبة المقررة قانونا جزاء للجريمة المرتكبة ليستشف منه ضمنا أنه أخذ بالظروف المخففة³.

لكن، قد ترد على قاعدة شمول التخفيف لكافة أنواع الجرائم في التشريع الجزائري استثناءات، بحيث منعت المادة 04/317 من ق.إ.ج. قضاة محكمة الجنائيات بدرجتها الابتدائية والإستئنافية من إفادة المتهم المتابع بجناية والمتغيب عن جلسة المحاكمة رغم تبليغه قانونا بتاريخ انعقادها من الإستفادة من ظروف التخفيف⁴، كما استبعد المشرع تطبيق الظروف المخففة بنصوص صريحة في

¹ - تنص المادة 53 ق.ع: "يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي قُضي بإدانته وتقررت إفادته بظروف مخففة..."

² - تنص المادة 53 مكرر 7 ق.ع: "تجوز إفادة الشخص المعنوي بالظروف المخففة، حتى ولو كان مسؤولا جزائيا وحده..."

³ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 387.

⁴ - المادة 317 فقرة 04 من القانون 07-17 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق.

أنواع معينة من الجرائم، بمبرر أن هذه الجرائم تنطوي على خطورة كبيرة، وأن تخفيف عقوبة مرتكبها من شأنه أن يسهم في انتشارها، فكان لا بد من حرمان مرتكبها من تطبيق المادة 53 ق.ع، ومن هذه الجرائم ما هو منصوص عليه في قانون العقوبات، ومنها ما هو منصوص عليه في قوانين خاصة:

أ-الجرائم المستثناة من تطبيق الظروف المخففة في قانون العقوبات: استبعد المشرع بموجب القانون رقم 01-09 المؤرخ في 2009.02.25 المعدل والمتمم لقانون العقوبات¹ في المواد 303 مكرر 6، 303 مكرر 21، 303 مكرر 34 تحديدا، تطبيق ظروف التخفيف على مرتكبي جرائم الإتهار بالأشخاص، وجرائم الإتهار بالأعضاء، وجرائم تهريب المهاجرين. كما استبعد تطبيق الظروف المخففة بموجب القانون 01-14 المعدل والمتمم لقانون العقوبات² في المادتين 293 مكرر و293 مكرر 01 المتعلقةين بجريمتي خطف شخص عن طريق العنف أو التهديد أو الإستدراج أو غيرها من الوسائل.

تجدر الإشارة إلى أن هذه المواد تتكلم على استبعاد أحكام المادة 53 ق.ع فقط، وهي المادة المتعلقة بتطبيق ظروف التخفيف في الجنايات، ولم يشر المشرع إلى استبعاد المادة 53 مكرر 4 ق.ع الخاصة بتطبيق ظروف التخفيف في الجنح، وهو ما يجعلنا نتساءل ما إن كانت نية المشرع انصرفت فعلا إلى استبعاد الجنح المتعلقة بهذه الجرائم من تطبيق ظروف التخفيف أم أنه مجرد سهو من المشرع ؟

في الواقع نرجح الإحتمال الثاني طالما أن صياغة هذه النصوص تشير إلى كافة أنواع الجرائم جنحا كانت أم جنائيات، ولو كان قصد المشرع استبعاد الجنح لاستثنائها صراحة في هذه النصوص، لكن ومع ذلك فإن صرامة مبدأ الشرعية يفرض وجوب مراعاة الدقة والوضوح عند إعداد وصياغة النصوص الجزائية، وهو ما يفرض علينا دعوة المشرع إلى إضافة المادة 53 مكرر 4 ق.ع إلى هذه النصوص اتقاءا للتعسف وضمانا لحريات وحقوق الأفراد وتوحيدا للإجتهاد القضائي عبر مختلف الجهات القضائية.

¹ - القانون رقم 01-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، مرجع سابق.

² - القانون 01-14 المؤرخ في 04 فبراير 2014 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

كما منعت المادة 389 مكرر 07 ق.ع تطبيق الظروف المخففة على الشخص المعنوي المرتكب لجريمة تبييض الأموال المنصوص عليها بالمادتين 389 مكرر 01 و 389 مكرر 02 ق.ع، إذ حظرت عليه النزول تحت عتبة أربع مرات الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها في المادتين السالفتي الذكر.

ب- الجرائم المستثناة من تطبيق الظروف المخففة في القوانين الخاصة: تعد جرائم المخدرات بمختلف صورها من أشد الجرائم خطورة، ولهذا السبب أفرد لها المشرع قانونا خاصا، وخصها بعقوبات مشددة رغم أن أغلبها بوصف جنحي، كما منع القاضي بموجب المادة 26 من قانون المخدرات من تطبيق أحكام المادة 53 ق.ع في حالات محددة¹.

ففي الحالات المذكورة في هذه المادة يمنع على القاضي تماما تطبيق المادة 53 من ق.ع التي تتضمن تخفيف العقوبة، مهما كان وصف الجريمة جناية أو جنحة، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا: "أن الطاعن ضابط للشرطة القضائية مكلف بمكافحة الجرائم وارتكابه لإحدى جرائم المخدرات بما فيها المشاركة فيها يشكل مانعا قانونيا من منحه الظروف المخففة وفقا للمادة 26-2 من قانون المخدرات، وأن المحكمة حين منحه هذه الظروف تكون قد أخطأت في تطبيق القانون"².

كما استثنى المشرع في الأمر رقم 05-06 المتعلق بالتهريب مرتكبي جرائم التهريب بمختلف صورها من الاستفادة من ظروف التخفيف في حالات محددة حصرا في المادة 22 من نفس الأمر³.

تجدر الإشارة إلى أن استبعاد الظروف المخففة سواء بنصوص قانون العقوبات أو في النصوص الخاصة تطرح إشكالا مفاده: هل أن هذا المنع من تطبيق الظروف المخففة ينصرف إلى النزول بالعقوبة تحت الأدنى المقرر قانونا فقط أم يمتد المنع إلى النزول تحت الحد الأقصى المقرر قانونا؟

يرى البعض أن إفادة المتهم بالظروف المخففة يتحقق بتخفيض العقوبة المقضي بها إلى أقل من الحد الأقصى المقرر قانونا ولو بيوم واحد بالنسبة لعقوبة الحبس أو بدينار واحد بالنسبة للغرامة،

¹ - تنص المادة 26 من القانون 04-18 المتعلق بالمخدرات: "لا تطبق أحكام المادة (53) من ق.ع على الجرائم المنصوص عليها في المواد من (12) إلى (23) من هذا القانون: إذا استخدم الجاني العنف أو الأسلحة عند ارتكابه جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القانون سالف الذكر، إذا كان الجاني يمارس وظيفة عمومية وارتكب الجريمة أثناء تأدية وظيفته، إذا ارتكب الجريمة ممتن في الصحة أو شخص مكلف بمكافحة المخدرات أو استعمالها، إذا تسببت المخدرات أو المؤثرات العقلية المسلمة في وفاة شخص أو عدة أشخاص أو إحداث عاهة مستديمة، إذا أضاف مرتكب الجريمة للمخدرات مواد من شأنها أن تزيد في خطورتها.

² - المحكمة العليا، غ.ج، قرار في 20-01-2016 ملف رقم 1124942، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2016، ص 279.

³ - تنص المادة 22 من هذا الأمر: "لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا الأمر من ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 53 من ق.ع: إذا كان محرضا على ارتكاب الجريمة، إذا كان الجاني يمارس وظيفة عمومية أو مهنة ذات صلة بالنشاط المجرم وارتكب الجريمة أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبتها، إذا استخدم الجاني العنف أو السلاح في ارتكاب الجريمة،

ويبرزون رأيهم هذا بالتعديلات الجديدة التي خضعت لها المادة 53 من ق.ع، والقيود التي فرضها المشرع على تطبيق الظروف المخففة¹، وبالتالي ينتهي هذا الرأي إلى أن الحظر المفروض على القاضي في تطبيق الظروف المخففة في المواد السالفة الذكر يوجب على القاضي أن ينطق بالحد الأقصى المقرر للعقوبة مهما بلغت ذروته. وهذا الرأي هو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية قبل تعديل قانون العقوبات سنة 1992 أين كانت العقوبات محددة بين حد أدنى وحد أقصى².

غير أن الاتجاه السائد في قضاء المحكمة العليا هو أن إفادة المتهم بالظروف المخففة يقتضي بالضرورة تخفيض العقوبة إلى أقل من الحد الأدنى، ومن ثمة فإن استبعاد تطبيق الظروف المخففة يتحقق بعدم تخفيض العقوبة المحكوم بها على المتهم إلى أقل من الحد الأدنى للعقوبة المقررة قانوناً³. إن هذا الرأي الذي تبنته المحكمة العليا هو ما نتفق معه، لأن القول بعكس ذلك يعني غل يد القضاء في تطبيق العقوبة وحرمانه تماماً من أي سلطة تقديرية، وجعله مجرد موقع لعقوبات محددة، قد تكون أحيانا قاسية جداً وغير متناسبة لحال الجاني وظروف الجريمة.

كما تبني المشرع استبعاد الظروف المخففة في نصوص خاصة أخرى لكن هذا الاستبعاد انصرف إلى الغرامة المقررة فقط، ويتعلق الأمر بجرائم الصرف، حيث نصت المادة الأولى مكرر من الأمر 22-96 المتعلق بالصرف⁴ على معاقبة كل من ارتكب أو حاول ارتكاب جريمة الصرف بالحبس من سنتين إلى سبع سنوات وبغرامة لا يمكن أن تقل عن ضعف قيمة محل المخالفة أو محاولة المخالفة مع

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 405-406.

² - قرارات النقض الفرنسية: Crim 13-10-1955, Bull. n°395, Crim 21-01-1969, Bull. n°40, Crim 02-03-1981, Bull. n°78, أشار إليها في: بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 406.

³ - قضاء المحكمة العليا مستقر على هذا الرأي، حيث قضت: "أن تطبيق الظروف المخففة يقتضي الزول بالعقوبة إلى ما دون الحد الأدنى المقرر قانوناً، فإذا حكم القاضي بعقوبة تتراوح بين الحدين المقررين قانوناً فقد طبق العقوبة المقررة ولم يفد المتهم بالظروف المخففة". المحكمة العليا، غ.ج، قرار مؤرخ في 12-01-2000 ملف رقم 228904، المجلة القضائية، ع 01، س 2001، ص 302.

وقضت أيضاً في قرار آخر: "أن المحكمة العليا تعين خطأ آخر يتمثل في القضاء بعقوبة ثلاثة أشهر حبساً نافذا رغم منح الظروف المخففة، بينما العقوبة المقررة للجريمة التي ارتكبتها الطاعن هي من شهرين إلى سنتين، وأن هناك تناقضاً بين العقوبة المقررة لها والإجابة عن السؤال حول الظروف المخففة بالإيجاب، وكان على المحكمة في حالة ما إذا قررت القضاء بعقوبة تتجاوز شهرين حبساً أن تجيب على سؤال الظروف المخففة بالنفي، وإذا قررت منح هذه الظروف وهي لا تستطيع الزول عن الحد الأدنى وهو شهرين، جاز لها استبدال عقوبة الحبس بالغرامة وفقاً للمادة 53 مكرر 04 فقرة 02 من ق.ع".

أنظر: قرار المحكمة العليا، غ.ج، قرار مؤرخ في 20-01-2016، في الملف رقم 1120782، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2016، ص 255.

⁴ - أمر 22-96 المؤرخ في 09 يوليو 1996 معدل و متمم بالأمر رقم 03-10 المؤرخ في 26 أوت 2010 يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم المتعلق بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، مرجع سابق.

المصادرة، كما نصت المادة 05 على معاقبة الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص الذي يرتكب جريمة الصرف بغرامة لا يمكن أن تقل عن أربع مرات قيمة محل المخالفة أو محاولة المخالفة.

فإذا كانت عقوبة الحبس في هذا النص لا تثير إشكالا على اعتبار أنها عقوبة جزائية خالصة وتخضع تبعا لذلك لظروف التخفيف المقررة في قانون العقوبات، فإن تحديد المشرع للغرامة المقررة للشخص الطبيعي أو المعنوي بمبلغ معين ومحدد سلفا من قبل المشرع وحظر النزول دونه، يؤكد نية ورغبة المشرع في استبعاد تطبيق الظروف المخففة على الغرامة الصرفية¹.

أما في مجال الجرائم الجمركية، فإن المبدأ الذي يحكمها هو عدم جواز تخفيض الغرامات الجمركية أو الإعفاء منها²، فالقاضي لا يستطيع تخفيض الغرامة الجمركية حتى ولو توفرت ظروف التخفيف³، ويبدو أن مرد ذلك الطابع الجبائي للغرامة الجمركية التي تمتزج فيها فكرة العقوبة بالتعويض. وقد كرّس ذلك إجتهد المحكمة العليا فقضت: "متى كان من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي ممارسة سلطته التقديرية المخولة له في مادة الجمارك ومن ثم لا يجوز له التصريح بخفض الغرامة الجبائية التي تطالب بها إدارة الجمارك... ومتى كان ثابتا أن القضاة قد قرروا خفض الغرامة التي طالبت بها العارضة فإنهم بذلك قد خرقوا القانون مما يترتب عنه نقض القرار المطعون فيه"⁴.

غير أن المشرع لطّف من تشدّده في تطبيق الظروف المخففة في مجال الجرائم الجمركية، مانحا للقاضي سلطة تطبيقها بصفة محتشمة عند تعديله لقانون الجمارك بموجب القانون 17-04⁵.

وكذلك الشأن بخصوص الغرامة الجبائية المنصوص عليها بالمادة 3/303 من قانون الضرائب المباشرة، حيث نصت هذه المادة على استبعاد تطبيق المادة 53 ق.ع على الغرامات الجبائية.

¹ - شيخ ناجية، خصوصيات جريمة الصرف في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 159.

² - تنص المادة 1/281 من قانون الجمارك المعدل بموجب القانون 17-04: "لا يجوز للقاضي تبرئة المخالفين استنادا إلى حسن نيتهم، ولا تخفيض الغرامات الجبائية"

³ - زيان محمد أمين، الجريمة الجمركية بين القواعد العامة والتوجهات الحديثة في السياسة الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، 2019، ص 393.

⁴ - المحكمة العليا، غ.ج.م، قرار في 26-01-2017 ملف رقم 0738425، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2017، ص 345.

⁵ - تنص المادة 2/281 من القانون 17-04 المعدل والمتمم لقانون الجمارك "غير أنه إذا رأت جهات الحكم إفادة المخالفين بالظروف المخففة، يجوز لها أن تحكم بما يأتي: أ-...ب- فيما يخص العقوبات الجبائية، إعفاء المخالفين من مصادرة وسيلة النقل، غير أن هذا الحكم لا يطبق في حالة أعمال التهريب المتعلقة بالبضائع المحظورة عند الإستيراد أو التصدير حسب مفهوم الفقرة 01 من المادة 21 من هذا القانون، كما لا يطبق في حالة العود".

فالأرجح فقها وقضاء أن الغرامة الجبائية ذات طبيعة مختلطة تحمل صفة العقوبة وصفة التعويض ولا يُقضى بها إلا بناءً على طلب إدارة الضرائب¹، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي². وفي هذا قضت المحكمة العليا: "حيث إن الغرامة الجبائية محددة بالمادة 303 من قانون الضرائب المباشرة وهي ثلاث مرات المبلغ المتملص من دفعه بطريق المناورة التدليسية، وليس للقاضي سلطة تقديرية في ذلك، لكن الحكم محل الطعن لم يشر إلى ذلك مما يعرضه للنقض"³.

أما بخصوص جرائم الشيك، فإن عقوبة الحبس المقررة في المادتين 374 و 375 ق.ع لا تطرح أي إشكال بخصوص خضوعها لظروف التخفيف، وللقاضي السلطة التقديرية المطلقة في تقديرها⁴، بحيث يمكنه طبقاً للمادة 53 مكرر 04 ق.ع النزول بعقوبة الحبس إلى الحدود المقررة.

في حين أثار تطبيق الظروف المخففة على الغرامة المقررة لجرائم الشيك خلافاً فقها وقضائياً، فقبل تعديل القانون التجاري بموجب القانون رقم 02-05 لسنة 2005⁵، كانت هناك ازدواجية في التجريم حيث نصت المادتان 374 و 375 ق.ع وكذا المادتان 538 و 539 من القانون التجاري، على مختلف صور جرائم الشيك. وتمسك أصحاب الإلتجاه الأول بالتفسير الضيق لنصي المادتين 374 و 375 ق.ع اللتان نصتا صراحة على أن "لا تقل الغرامة عن قيمة الشيك أو قيمة النقص في الرصيد"، ورأوا عدم جواز تطبيق الظروف المخففة على الغرامة المقررة في جرائم الشيك، وهو الرأي الذي كان قضاء المحكمة العليا مستقراً عليه لمدة طويلة⁶، بمبرر دعم الحماية القانونية أو الجزائية لورقة الشيك والحيلولة دون اهتزاز عنصر الثقة لدى المتعاملين من خلال فرض الصرامة والجدية لردع المتعاملين من فئة سيئي النية⁷، بل وذهبت المحكمة العليا أبعد من ذلك حينما اعتبرت غرامة

¹ بوناصور بوزيان، الغش الضريبي على ضوء القانون والإجتهاد القضائي في الجزائر، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول الغش الضريبي والهريب الجمري، س 2009، ص 35.

² Les pénalités fiscales ont à la fois le caractère de peines et de réparation civile envers le trésor.

أنظر: فنيش كمال، الغش والهريب الضريبي والعقوبات المقررة، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول الغش الضريبي والهريب الجمري، س 2009، ص 61.

³ المحكمة العليا، غ.ج، قرار في 22-11-2012 ملف رقم 684697، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2013، ص 367.

⁴ بخوش علي، الظروف المخففة وعقوبة الغرامة في جريمة إصدار شيك بدون رصيد، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، الجزائر، ع 02، س 2012، ص 88.

⁵ قانون رقم 05 - 02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 يعدل ويتمم الأمر 69-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، مرجع سابق.

⁶ بوسقيعة احسن، الجديد في اجتهاد المحكمة العليا بخصوص جنة إصدار شيك بدون رصيد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، ع 02، س 2012، ص 106.

⁷ علي بخوش، مرجع سابق، ص 86.

الشيك تارة عقوبة تكميلية لها طابع أمني، واعتبرتها تارة أخرى تعويضا، واستخلصت من ذلك عدم جواز حذفها ولا تخفيفها¹.

لكن الإتجاه الثاني، كان يرى إمكانية تطبيق الظروف المخففة على أساس أن نص المادة 53 ق.ع نص عام ورد ضمن المبادئ العامة، فهو يطبق في كل الأحوال ما لم ينص القانون صراحة على استبعاد تطبيقه، والمادة 374 ق.ع لم تستبعد تطبيقه².

وبقي هذا الخلاف قائما في أوساط الفقه والقضاء، وتباينت مواقف الجهات القضائية، إلى غاية صدور القانون 02-05 المعدل والمتمم للقانون التجاري، حيث ألغيت المادتان 538، 539 منه وعدلت المادتان 540، 541، وأحال المشرع بموجب هذا التعديل صراحة على المادتين 374، 375 ق.ع.

فبمقتضى المادة 540 من القانون التجاري في صياغتها الجديدة أصبحت أحكام المادة 53 ق.ع (المادة 53 مكرر بعد التعديل) تنطبق على جرائم الشيك المنصوص عليها في المادتين 374، 375 ق.ع في صورتها إصدار شيك بدون رصيد وقبول شيك بدون رصيد، ومن ثمة يمكن للقاضي تطبيق الظروف المخففة على الغرامة المقررة للجريمتين السالفتي الذكر. أما صور جرائم الشيك الأخرى فإن صياغة المادة 540 السالفة الذكر تشير إلى استبعاد تطبيق الظروف المخففة المنصوص عليها بالمادة 53 مكرر 04 ق.ع عليها، وبالتالي عدم جواز تخفيض الغرامة المقررة لهما.

ومع ذلك، تشبّثت المحكمة العليا باجتهادها السابق بعدم جواز تطبيق الظروف المخففة على غرامة الشيك إلى غاية صدور قرار 26 جانفي 2012، حين غيّرت المحكمة العليا رأيها وأقرت صراحة بأن الغرامة المقررة لجناح الشيك ليست تعويضا ولا عقوبة تكميلية ولا تدبير أمن، إنما هي عقوبة أصلية لا تختلف طبيعتها عن الغرامة المنصوص عليه بالمادة 05 ق.ع³، ورغم تأخر المحكمة العليا في

¹ - أنظر قراري المحكمة العليا: غ.ج.م. قرار في 27 مارس 2000 ملف رقم 192862. غ.ج.م. قرار في 27 مارس 2000 ملف رقم 260422، مرجع سابق. وانظر أيضا قراري المحكمة العليا: قرار بتاريخ 14-12-1998 ملف رقم 193309، وقرار في 27-03-2000 ملف رقم 193898، غير منشورين. مشار إليهما في: حمودي بن طاية، مرجع سابق، ص 392.

² - هذا الرأي دافع عنه الأستاذ بوسقيعة احسن في مؤلفه: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 389.

³ - المحكمة العليا، غ.ج.م. قرار في 26 جانفي 2012 ملف رقم 552400، المجلة القضائية، ع 01، س 2012، ص 364.

تبني هذا الرأي، فإن التحول الذي حدث في موقف المحكمة العليا لا يخلو من جرأة، وهو على كل حال موقف إيجابي يستحق التنويه ويستوجب الإحترام والتقدير¹.

ثانيا - حدود سلطة القاضي الجزائي الجزائي في درجة التخفيف:

كأغلب التشريعات العربية سلك المشرع الجزائري نظام السلطة المقيدة للقاضي الجزائي في درجة تخفيف العقوبة، ونظم الحدود القانونية التي يمكن للقاضي النزول إليها في حال إفادة المتهم بالظروف المخففة ضمن نصوص المواد 53، 53 مكرر، 53 مكرر1 إلى مكرر 08 ق.ع، مع اختلاف في قدر التخفيف بين الشخص الطبيعي والمعنوي، وهو ما سنفصله فيما يلي:

أ- حدود سلطة القاضي في درجة التخفيف بالنسبة للشخص الطبيعي: سبق أن أشرنا بأن المشرع الجزائري سمح بتطبيق نظام الظروف المخففة على كافة الجرائم بمختلف أوصافها جنائيات أو جنح أو مخالفات، وحتى نقف على الحدود القانونية الممنوحة للقاضي الجزائي في درجة التخفيف، نستعرض كل وصف من أوصاف الجريمة على حدى وفقا للمنهج الذي سار عليه المشرع.

1- حدود درجة التخفيف في مواد الجنائيات: تختلف درجة تخفيف العقوبة بالنسبة للجرائم ذات الوصف الجنائي بحسب العقوبة المقررة قانونا والسوابق القضائية للمحكوم عليه، وبالرجوع إلى المادتين 53، 53 مكرر ق.ع، نجد بأنهما ميّزتا بين ثلاث حالات:

- الحالة الأولى: ويتعلق الأمر بالحالة التي يكون فيها المحكوم عليه غير مسبوق قضائيا، وقد نصت عليها المادة 53 ق.ع².

- الحالة الثانية: ويتعلق الأمر بالحالة التي يكون فيها المحكوم عليه في حالة عود أي الحالة المنصوص عليها بالمادة 53 مكرر ق.ع، فوفقا لهذا النص فإن التخفيف الناتج عن تطبيق الظروف المخففة ينصب على الحدود القصوى الجديدة المقررة قانونا، وتطبيقا لذلك يمكن تصوّر ثلاث فرضيات:

¹ - بوسقيعة احسن، الجديد في اجتهاد المحكمة العليا بخصوص جنتة إصدار شيك بدون رصيد، مرجع سابق، ص 112.

² - تنص المادة 53 ق.ع: "يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي قُضي بإدانته وتقررت إفادته بظروف مخففة وذلك إلى حد: عشر سنوات سجنا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي الإعدام، خمس سنوات سجنا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤبد، ثلاث سنوات حبسا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، سنة واحدة حبسا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات". مع الإشارة إلى أن هذه المادة عُدلت بموجب الأمر 23/06 المؤرخ في 2006.12.20، وقد كانت قبل التعديل تسمح للقاضي بالنزول إلى حد ثلاث سنوات حبس حينما تكون العقوبة المقررة للجريمة السجن المؤقت.

- إذا كانت العقوبة الجديدة المقررة بعد تطبيق أحكام العود هي الإعدام، فلا يجوز تخفيض العقوبة إلى أقل من عشر سنوات سجن.

- إذا كانت العقوبة الجديدة المقررة بعد تطبيق أحكام العود هي السجن المؤبد، فلا يجوز تخفيض العقوبة إلى أقل من خمس سنوات.

- إذا كانت العقوبة الجديدة المقررة بعد تطبيق أحكام العود هي السجن المؤقت من خمسة إلى عشرين سنة، فلا يجوز تخفيض العقوبة إلى أقل من ثلاث سنوات.

- الحالة الثالثة: ويتعلق الأمر بالحالة التي يكون فيها المحكوم عليه مسبقا قضائيا بمفهوم المادة 53 مكرر 05 ق.ع.¹، وقد نصت عليها المادة 53 مكرر 01 ق.ع، حيث يتضح من هذا النص أن المشرع سمح للقاضي بتخفيض عقوبة المحكوم عليه المسبوق قضائيا، إذا تقرر إفادته بظروف التخفيف، ضمن الحدود المذكورة في هذا النص، مع جواز إضافة عقوبة الغرامة المالية ضمن الحدود المذكورة أيضا، إذا لم تكن الغرامة مقررة أصلا في النص، أما إن كانت مقررة في النص، فالقاضي ملزم بالحكم بالعقوبة السالبة للحرية والغرامة معاً، مع الإشارة إلى أن المادة 53 مكرر 2 ق.ع نصت على عدم جواز النطق بالغرامة لوحدها في مواد الجنايات، ويحكم بها في نطاق الحدين المنصوص عليهما قانونا، سواء كانت مقررة أصلا أم لا. وذلك لأن الغرامة ليست عقوبة أصلية في الجنايات وفقا للمادة 05 ق.ع، إذ يجب أن يكون الحكم بها إلى جانب العقوبة السالبة للحرية، فليس هناك أي مجال للاختيار النوعي للعقوبات في هذه الحالة.

هذا، وقد نصت المادة 53 مكرر 3 ق.ع على أنه " لا يحول الحكم بالحبس كعقوبة مخففة من أجل جناية دون الحكم بحرمان الشخص المدان من مباشرة حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة 9 مكرر 1. ويجوز الحكم كذلك بالمنع من الإقامة طبقا للشروط المنصوص عليها في المادتين 12 و 13 ق.ع".

2- حدود درجة التخفيف في مواد الجench: تتفاوت الحدود القانونية لدرجة تخفيف العقوبة المقررة في مواد الجench، بحسب نوع وكمية العقوبة المقررة قانونا للجريمة، والسوابق القضائية للمحكوم عليه، وبمطالعة المادة 53 مكرر ق.ع نجد بأنها تميز بين حالتين:

¹ - يعد مسبقا قضائيا حسب المادة 53 مكرر 05 ق.ع: " كل شخص طبيعي محكوم عليه بحكم نهائي بعقوبة سالبة للحرية، مشمولة أو غير مشمولة بوقف التنفيذ، من أجل جناية أو جنحة من القانون العام ".

- الحالة الأولى: وهي حالة المحكوم عليه غير مسبوق قضائيا، وقد نصت عليها المادة 53 مكرر 4 ق.ع، وباستقراء هذا النص، يتبين بأن المحكوم عليه غير المسبوق قضائيا، إذا تقرر إفادته بظروف التخفيف يمكن أن يعامل عقابيا، بحسب العقوبات المقررة قانونا للجريمة المرتكبة كما يلي:

- إذا كانت العقوبة المقررة قانونا هي الحبس والغرامة معا، هنا يكون القاضي أمام ثلاث خيارات متاحة له وسلطته التقديرية تكون أوسع، فإما يحكم بالحبس والغرامة معا، على أن لا تتجاوز درجة التخفيف مدة شهرين حبس و20000 دج بالنسبة للغرامة، وإما يحكم بعقوبة الحبس فقط شريطة أن لا تقل العقوبة المحكوم بها عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجريمة المرتكبة، وإما يحكم بالغرامة فقط على أن لا تقل عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجريمة المرتكبة¹. وقد اعتبرت المحكمة العليا خرق هذه الأحكام خطأ في تطبيق القانون فقضت: "إن العقوبة المقررة لإساءة استغلال الوظيفة وفقا للمادة 33 من قانون الفساد هي من عامين إلى عشر سنوات وغرامة من 200000 دج إلى 1000000 دج، وأن المادة 53 مكرر 04 ق.ع تجيز القضاء في مادة الجنب بالحبس أو الغرامة في حالة منح المتهم الظروف المخففة على أن لا تقل العقوبة عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجريمة المرتكبة، وقد قضي في دعوى الحال بالحبس وحده (15 شهرا حبس)، لكن تم النزول عن الحد الأدنى في ذلك، مما يشكل خطأ في تطبيق القانون يترتب عنه النقض"².

- إذا كانت العقوبة المقررة قانونا هي الحبس أو الغرامة، ففي هذه الحالة حينما يقرر القاضي إفادة المحكوم عليه بظروف التخفيف، فيقف أمام خيارين، فإذا حكم على المتهم بعقوبة الحبس فقط، فيجوز له تخفيضه إلى شهرين، وإذا حكم بعقوبة الغرامة فقط فلا يجوز له النزول تحت 20000 دج.

- إذا كانت العقوبة المقررة قانونا هي الحبس فقط، وهنا يجوز للقاضي تخفيض عقوبة الحبس إلى شهرين، كما يجوز له استبدالها بالغرامة على أن لا تقل عن 20000 دج ولا تتجاوز 500000 دج.

- إذا كانت العقوبة المقررة قانونا هي الغرامة فقط، فيجوز للقاضي تخفيض الغرامة إلى 20000 دج.

¹ - تظهر حالة شاذة في هذه الحالة ويتعلق الأمر بجنحة السب المعاقب عليها في المادة 299 بالحبس من شهر إلى ثلاث أشهر حبس وغرامة من 10000 دج إلى 25000 دج، هذه الجريمة حددها الأدنى الخاص حبسا وغرامة يقل عن الحد الأدنى العام في الجنب، فهل تطبق أحكام المادة 53 مكرر 4 ق.ع عند إفادة المحكوم عليه بظروف التخفيف، وتبعاً لذلك لا يمكن النزول عن شهرين حبس نافذ و20000 دج بالنسبة للغرامة، أم أنه يمكن النزول إلى الحد الأدنى أي شهر حبس و10000 دج غرامة؟ يبدو لنا أن الحل الثاني أقرب للقانون والمنطق، فالعقوبة الأصلية تسمح بالنزول إلى هذه الحدود دون تطبيق الظروف المخففة.

² - المحكمة العليا، غ.ج، قرار مؤرخ في 16-04-2014، في الملف رقم 0932996، مجلة المحكمة العليا، ع 02، ص 2014، ص 399.

- الحالة الثانية: وهي الحالة التي يكون فيها المحكوم عليه مسبقاً قضائياً، وقد نصت عليها المادة 53 مكرر 3/4 ق.ع، حيث يستفاد من هذا النص أن المشرع يفرّق بين الجنب العمدية والجنب غير العمدية، فإذا كانت الجنبه المرتكبة غير عمدية، وتقرر إفادة المحكوم عليه بظروف التخفيف، فإن حدود درجة التخفيف هي تلك المنصوص عليها في المادة 53 مكرر 04/01 و 02 المتعلقة بالمحكوم عليه الذي ليست له سوابق قضائية، والتي سبق وأن فصلنا قواعدها، ولا ينطبق عليها حكم المادة 53 مكرر 04 / 03 ق.ع.

أما إذا كانت الجنبه عمدية، وتقرر إفادة المحكوم عليه المسبوق قضائياً بظروف التخفيف، فيمكن تصور أربع فرضيات:

- إذا كانت العقوبة المقررة قانوناً هي الحبس والغرامة، فالقاضي الجزائي يكون في هذه الفرضية مجبراً على أن يحكم بالحبس والغرامة معاً، مع جواز تخفيضهما إلى الحد الأدنى المقرر قانوناً في الجنبه.

- إذا كانت العقوبة المقررة قانوناً هي الحبس أو الغرامة، فالقانون هنا يفسح المجال للقاضي للاختيار بين عقوبتي الحبس أو الغرامة، لكن يمنع القاضي من تخفيض عقوبة الحبس أو عقوبة الغرامة إلى أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً للجنبه المرتكبة.

- إذا كانت العقوبة المقررة قانوناً هي الحبس فقط، فلا يجوز النزول بعقوبة الحبس أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً للجنبه المرتكبة، ولا يجوز استبدال الحبس بالغرامة.

- إذا كانت العقوبة المقررة قانوناً هي الغرامة فقط، فلا يجوز في هذه الحالة أيضاً النزول بعقوبة الغرامة تحت الحد الأدنى المقرر قانوناً للجنبه المرتكبة.

3- حدود درجة التخفيف في مواد المخالفات: على غرار مواد الجنايات والجنب، نظّم المشرع السلطة الممنوحة للقاضي في تطبيق ظروف التخفيف في مواد المخالفات في المادة 53 مكرر 06 ق.ع.

وباستقراء أحكام هذه المادة نجد بأن المشرع اعتمد في تحديده لدرجة تخفيف العقوبة المطبقة

في المخالفات على العقوبة المقررة قانوناً والسوابق القضائية، وهكذا تبرز لنا حالتان أثناء التطبيق:

- الحالة الأولى: وهي الحالة التي لا يكون فيها المحكوم عليه عائداً، فإذا كانت العقوبة المقررة للمخالفة هي الحبس والغرامة معاً، وتقرر إفادة المحكوم عليه بظروف التخفيف، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم

بإحدى هاتين العقوبتين فقط، مع جواز تخفيضهما إلى الحد الأدنى المقرر قانوناً للجريمة المرتكبة، ومن باب أولى ينطبق نفس الحكم إذا كانت العقوبة المقررة هي الحبس أو الغرامة على سبيل التخيير.

- الحالة الثانية: وهي الحالة التي يكون فيها المحكوم عليه عائداً، فإذا كانت العقوبة المقررة للمخالفة هي الحبس والغرامة معاً، وتقرر إفادة المحكوم عليه بظروف التخفيف، فإنه يجب على القاضي أن يحكم بهاتين العقوبتين معاً، مع جواز تخفيضهما إلى الحد الأدنى المقرر قانوناً للمخالفة المرتكبة.

وإذا كانت العقوبة المقررة هي الحبس أو الغرامة على سبيل التخيير، فيمكن للقاضي تخفيض عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة إلى الحد الأدنى المقرر قانوناً للمخالفة المرتكبة، ويمكن الحكم بإحدى هاتين العقوبتين تماماً مثلما هو الحال في مواد الجنج.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد يخرج في حالات خاصة عن أحكام التخفيف المذكورة أعلاه، ويقرر حدوداً أخرى للتخفيف لا يمكن للقاضي تجاوزها مثلما نصت عليه المادة 87 مكرر 08 ق.ع التي قررت نظام تخفيف خاص بالجرائم الموصوفة بأعمال إرهابية وتخريبية¹، والمادة 28 من قانون المخدرات².

وإذا كان نص المادة 87 مكرر 8 ق.ع واضحاً ولم يثر إشكالا في التطبيق على اعتبار أن صياغة النص تتحدث عن العقوبات الصادرة أي أن الخطاب موجه لقضاة الموضوع، فإن تطبيق المادة 28 من القانون 18-04 قد أثار جدلاً فقهيًا وقضائياً، حول مقصود المشرع من التخفيض الوارد في النص، هل أن الأمر يتعلق بفرض قيود على تطبيق الظروف المخففة، ومنع القاضي الجزائي من تخفيف العقوبة Atténuation de la peine أم أن الأمر يتعلق بفرض قيود على تنفيذ العقوبة بتحديد فترة أمنية³، ومنع الجهات المشرفة على تنفيذ العقوبة من إفادة المحكوم عليه من تدبير من التدابير المقررة لفائدته قبل مرور مدة معينة من العقوبة المقضي بها؟

يُجمع الفقه والقضاء في فرنسا التي استلهمنا منها مجمل الأحكام السالفة الذكر على أن المقصود بعبارة Incompressibilité de la peine هو إخضاع المحكوم عليه لفترة أمنية يحرم فيها من

¹ - تنص المادة 87 مكرر 8 من ق.ع: "لا يمكن في كل الحالات أن تكون عقوبات السجن المؤقتة الصادرة تطبيقاً لأحكام هذا الأمر أقل من عشرين سنة سجنًا مؤقتًا عندما تكون العقوبة الصادرة عقوبة السجن المؤبد، والنصف عندما تكون العقوبة الصادرة عقوبة السجن المؤقت".

² - تنص المادة 28 من القانون 18-04 المتعلق بالمخدرات: "العقوبات المقررة في هذا القانون غير قابلة للتخفيض حسب الشكل الآتي: - عشرون سنة سجنًا، عندما تكون العقوبة المقررة هي السجن المؤبد. - ثلثا العقوبة في الحالات الأخرى".

³ - عرفت المادة 60 مكرر من ق.ع الفترة الأمنية: "يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة، وإجازات الخروج، والحرية النصفية والإفراج المشروط للمدة المعينة في هذه المادة أو للفترة التي تحددها الجهة القضائية....".

الإستفادة من أي تدبير من التدابير التي تسمح بالإفراج المسبق عن المحكوم عليه، كالتوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة وإجازات الخروج والإفراج المشروط والحرية النصفية، كما يحرم عليه تخفيف العقوبة عند تنفيذها أو الإعفاء من تنفيذ جزء منها¹.

وفي نفس الرأي يتفق الأستاذان سيدهم مختار(رئيس الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا سابقا) و بوسقيعة احسن على أن التخفيض الوارد في المادة 28 السالفة الذكر لا يتعلق بنظام ظروف التخفيف، وإنما يتعلق بنظام الفترة الأمنية أو ما يسمى بالعقوبات غير القابلة للتخفيض عند تنفيذها *peine incompressible*، فالمشرع في هذا النص لا يخاطب قاضي الحكم إنما يخاطب قاضي تطبيق العقوبات والسلطات القائمة على تنفيذ العقوبات، حيث لا يجيز لها الإفراج عن المحكوم عليه خلال تنفيذ العقوبة سواء بعنوان الإفراج المشروط أو الحرية النصفية أو العمل في الورشات الخارجية ما لم يكن قد قضى المحكوم عليه مدة معينة في السجن، فإذا كانت العقوبة المقضي بها السجن المؤبد فإن عشرين سنة منها غير قابلة للتقليص، وعندما تكون حبسا مؤقتا يتعين على المحكوم عليه أن يقضي منها الثلثين قبل إمكانية استفادته من التدابير المذكورة ما لم يكن هناك عفورئاسي².

ويسترسل الأستاذ مختار سيدهم مدافعا عن رأيه، بأن القاضي لا يخفف العقوبة المقررة التي هي من اختصاص المشرع وحده، ولكنه قد يخفف العقوبة المقضي بها في حدود ما يسمح القانون في ذلك، ومع ذلك ورد في النص عبارة " المقررة"، فضلا عن أن النص أحدث مقياسا غريبا حينما أجاز تخفيض العقوبة المقررة إلى الثلثين في الحالات الأخرى، وتساءل كيف يمكن تحديد ثلثي العقوبة إذا كانت العقوبة لها حد أدنى وحد أعلى ؟ وما الفائدة من وضع هذين الحدين أمام المادة 28 من جهة أخرى؟ ثم أن المادة 26 من نفس القانون نصت على حرمان بعض الأشخاص حصريا من الإستفادة من ظروف التخفيف طبقا للمادة 53 ق.ع، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن غيرهم يجوز تطبيقها عليهم³.

¹ - بوسقيعة احسن، المادة 28 من القانون المتعلق بالمخدرات والمؤثرات العقلية: هل يقصد بها حرمان المتهم من الظروف المخففة أم إخضاع المتهم لفترة أمنية؟، مجلة المحكمة العليا، ع01، س 2014، ص 79.

² - مختار سيدهم، المخدرات والمؤثرات العقلية، مجلة المحكمة العليا، ع02، س 2010، ص 43. بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 519.

³ - مختار سيدهم، مرجع سابق، ص ص 42-43.

أما على مستوى التطبيق القضائي فقد أثارت هذه المادة جدلا قضائيا واسعا، وتباينت مواقف الجهات القضائية في تطبيقها بين من يقف عند حرفية النص العربي، ويفسّر النص تفسيراً ضيقاً معتبراً بأن خطاب المشرع في النص موجّه للقاضي الجزائي مانعاً إياه من تجاوز حدود العقوبة المقررة في النص، لأن الأمر يتعلق بجريمة هي من أشد الجرائم خطورة على أمن الأفراد والمجتمع، ومن ثمة رفض هؤلاء النزول بالعقوبة تحت الحدود المقررة في المادة 28 معتبرين إياها الحدود الدنيا التي يمكن للقاضي النزول إليها عند إفادة المتهم بظروف التخفيف، واستبعدوا تماماً انطباقها على الفترة الأمنية التي لم يعرفها القانون الجزائري إلا إثر تعديله لقانون العقوبات في 20-12-2006 بموجب القانون 23-06 أي بعد صدور القانون 04-18 المتعلق بالمخدرات بحوالي سنتين¹.

وعلى خلاف ذلك، تبني آخرون الرأي الفقهي المشار إليه أعلاه، معتبرين أن نص المادة 28 من القانون 04-18 لا يخاطب القاضي الجزائي بل هو موجّه للجهات المشرفة على تنفيذ العقوبة، وبأن المدد المذكورة في النص تتعلق بالفترة الأمنية، وبالتالي فلا يوجد ما يمنع القاضي الجزائي من تطبيق الظروف المخففة الواردة بالمادة 53 وما يليها من قانون العقوبات.

أما موقف قضاء المحكمة العليا من هذه المسألة فإن الإجتهد القضائي الذي ساد في بداية الأمر على مستوى غرفة الجناح والمخالفات بالمحكمة العليا، كان يميل إلى الرأي القائل بحرمان المتهم من الظروف المخففة، بينما أخذت الغرفة الجنائية بالرأي القائل بأن المدد المذكورة في المادة 28 من القانون 04-18 المتعلق بالمخدرات لا تتعلق بالحد الذي يمنع فيه على المحكمة النزول بالعقوبة إلى أقل منه، ولكنها تتعلق بالفترة الأمنية التي تأتي في مرحلة التنفيذ، بحيث لا يجوز للمحكوم عليه خلالها أن يستفيد من التدابير التي نصت عليها المادة 60 مكرر ق.ع، وأكدت المحكمة العليا على أن القول بغير هذا غير مستساغ منطقياً وقانونياً، ويتناقض مع نص المادة 26 من نفس القانون التي تمنع تطبيق الظروف المخففة المنصوص عليها بالمادة 53 ق.ع إلا في حالات محددة على سبيل الحصر، وما عداها

¹ - على مستوى التطبيق القضائي قد يصل هذا الرأي إلى النطق بعقوبات قاسية جداً على مجرمين مبتدئين، خاصة بالنسبة للجريمة المنصوص عليها بالمادة 17 من القانون 04-18 المتعلق بالمخدرات التي خصها المشرع بعقوبات مشددة بالرغم من وصفها الجنحي (معاقب عليها بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة بالإضافة إلى عقوبة الغرامة)، فقد يرتكب شاب في مقتبل العمر حديث عهد بالإجرام، وربما عن طريق الصدفة أو لظروف قاهرة دفعته للجريمة، جريمة بيع مواد مخدرة بطريقة غير مشروعة طبقاً للنص السالف الذكر، وقد تضبط بحوزته كمية قليلة جداً من المخدرات، لكنه يواجه - حسب هذا الرأي - بعقوبة قاسية وغير متناسبة مع ظروف الجريمة وشخصية مرتكبها، إذ لا تنزل العقوبة المسلطة عليه تحت عتبة سبع سنوات باعتبارها ثلثا العقوبة المقررة وفقاً للنص. ولاشك أن هذا الأمر هو الذي جعل قضاة الحكم يلجؤون إما إلى الحكم بالبراءة تهرباً من الحكم بعقوبة لا تناسب ظروف وشخصية المجرم أو اللجوء في الغالب إلى إعادة تكييف الوقائع إلى جنحة العرض على الغير بطريقة مشروعة لمواد مخدرة طبقاً للمادة 13 من نفس القانون، وهو النص الذي يتضمن عقوبة أخف نوعاً ما، وحتى في هذه الحالة يصطدمون باشتراط المادة 13 أن يكون التسليم أو العرض على الغير ومن دون مقابل، وهو ما لا يتوفر في الغالب، مما يعرض أحكامهم للنقض.

يجوز تطبيقها فيه، فضلا عن أن لكل عقوبة حدا أدنى وحدا أقصى لا يعرف مقياس الثلثين فيها، مما يعني أن المقصود بالمادة 28 هو الفترة الأمنية¹.

غير أن موقف غرفة الجنح والمخالفات تطور منتصف سنة 2013، وصدرت تباعا عدة قرارات اعتبرت فيها أن المادة 28 من القانون 04-18 لا يُقصد منها حرمان المتهم من الظروف المخففة المنصوص عليها بالمادة 53 وما يليها من قانون العقوبات، طالما أن القانون لم ينص على استبعادها، ما عدا الحالات المذكورة على سبيل الحصر في المادة 26 من نفس القانون²، وتبنت بذلك رأي الغرفة الجنائية للمحكمة العليا السالف الذكر.

وحسماً لهذا الجدل، يجدر بمشرعنا أن يزيل هذه الصياغة السيئة لنص المادة 28 من القانون 04-18 المتعلق المخدرات، بتوضيح مقصده بصورة جلية وواضحة ودقيقة تلافيا لأي تأويل فاسد، كأن يستبدل عبارة "العقوبة المقررة" الواردة في النص بعبارة "العقوبة المحكوم بها"، أو بإعادة صياغة النص من جديد، واعتماد نفس التقسيم الوارد في الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب³، وذلك بإدراج عنوان "استبعاد الظروف المخففة" قبل المادة 26، وإدراج عنوان "الفترة الأمنية" قبل المادة 28، وإعادة صياغة المادة 28 على النحو التالي: "يخضع الأشخاص الذين تمت إدانتهم من أجل ارتكاب أحد الأفعال المنصوص عليها في هذا القانون إلى فترة أمنية تكون مدتها: عشرون سنة سجنا، عندما تكون العقوبة المقررة المقضي بها هي السجن المؤبد، وثلاثا العقوبة في الحالات الأخرى"⁴. وبذلك - في اعتقادنا - ينجلي الغموض ويتوحد عمل القضاء على كلمة

¹ - المحكمة العليا، غ.ج، قرار في 18-07-2013 ملف رقم 0756792، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2013، ص 380. وانظر أيضا: قرار المحكمة العليا، غ.ج، مؤرخ في 18-02-2010، ملف رقم 604322، غير منشور مشار إليه في: بوسقيعة احسن، هل يقصد بها حرمان المتهم من الظروف المخففة أم إخضاع المتهم لفترة أمنية؟ مرجع سابق، ص 79.

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا: "حيث يتبين بالرجوع إلى ورقة الأسئلة الملحقة بالحكم المطعون فيه أن المحكمة طرحت جميع الأسئلة حول الظروف المخففة ارتكازا على المادة 28 من قانون المخدرات، وهي تتعلق بالفترة الأمنية التي تأتي في مرحلة تنفيذ العقوبة لا عند النطق بها، ذلك أن المحكوم عليه بالسجن المؤبد لا يجوز له الاستفادة من الإفراج المشروط أو الحرية النصفية أو بالعمل بالورشات الخارجية قبل أن يقضي 20 سنة سجنا فعليا، فإذا كان محكوما عليه بالحبس يتعين أن يقضي الثلثين من العقوبة المقررة عليه بها حتى يمكنه أن يستفيد من التدابير المشار إليها، لكن المادة محل التعليق جاءت صياغتها رديئة فذكرت العقوبات المقررة بدل المقضي بها، وهو ما لم يكن يقصده المشرع...". المحكمة العليا، غ.ج، قرار مؤرخ في 18-02-2010، ملف رقم 605711، قرار غير منشور، مشار إليه في: مختار سيدهم، المخدرات والمؤثرات العقلية، مرجع سابق، ص 44.

² - المحكمة العليا، غ.ج.م: قرار مؤرخ في 02-04-2013، ملف رقم 836600. قرار مؤرخ في 05-09-2013، ملف رقم 631024. قرار مؤرخ في 07-11-2013، ملف رقم 720999، قرارات غير منشورة.

³ - أمر رقم 06-05 مؤرخ في 23 أوت 2005 يتعلق بمكافحة التهريب معدل ومتمم، مرجع سابق.

⁴ - نشير إلى أن كل ما قلناه حول المادة 28 من القانون 04-18 المتعلق بالمخدرات والإقترحات التي تقدمنا بها ينطبق تماما على المادة 50 من الأمر رقم 06-97 المؤرخ في 21-01-1997 المتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة، التي صيغت بنفس الصياغة الواردة بالمادة 28 من القانون 04-18.

سواء، فالنصوص الجزائية بطبيعتها تستوجب الدقة والوضوح ولا تقبل الغموض الذي قد يضيّع هدف المشرع، ويبتعد به عن مقصده، بل وقد يؤدي إلى نتائج وخيمة على حقوق الأفراد وحياتهم.

ب- حدود سلطة القاضي في درجة التخفيف بالنسبة للشخص المعنوي: أجازت المادة 57 مكرر 7 ق.ع تطبيق نظام الظروف المخففة على الشخص المعنوي، شأنه في ذلك شأن الشخص الطبيعي، ليسدّ بذلك المشرع فراغا كان يعتري قانون العقوبات في الجانب الخاص بالشخص المعنوي¹، والذي امتد إلى سنتين باعتبار أن المشرع الجزائري أقرّ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بتاريخ 2004.11.10².

كما يُستفاد أيضا من هذه المادة أن المشرع حصر مجال تطبيق الظروف المخففة بالنسبة للشخص المعنوي في الغرامة، وهي العقوبة الأصلية الوحيدة التي رصدها المشرع للشخص المعنوي³، واعتمد في درجة التخفيف على السوابق القضائية مثلما فعل بالنسبة للشخص الطبيعي، وميّز بين حالتين:

-الحالة الأولى: وهي الحالة التي يكون فيها الشخص المعنوي المرتكب للجريمة غير مسبوق قضائيا، حيث يُفهم من صياغة نص المادة 53 مكرر 7 ق.ع أن الشخص المعنوي غير المسبوق قضائيا، إذا تقرر إفادته بظروف التخفيف تُخفّض عقوبة الغرامة المطبقة عليه إلى الحد الأدنى للغرامة المقررة في القانون الذي يعاقب على الجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي⁴.

لكن، يبدو هذا الأمر متيسرا ولا يطرح أي إشكال في التطبيق إذا كان القانون ينص على عقوبة الغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي، لكن تدقّ المسألة في الجرائم التي لا ينص المشرع فيها على عقوبة

للإشارة أنه وفي الوقت الذي لم يحسم فيه الجدل الفقهي والقضائي حول مقصد المشرع من التخفيض الوارد في المادة 28 من قانون المخدرات بسبب الصياغة الرديئة لهذه المادة، نقل المشرع نفس الصياغة تقريبا في الأمر 01-20 المؤرخ في 30 يوليو 2020 المعدل والمتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات، حيث نصت المادة 149 مكرر 7 منه على أن العقوبات المنصوص عليها في المادة 149 مكرر 1 (جنحة التعدي بالعنف على أحد مهنيي الصحة أو أحد موظفي أو مستخدمي الهياكل والمؤسسات الصحية أثناء تأدية مهامهم أو بمناسبة مع إسالة دماء أو جرح أو مرض أو سبق إصرار أو ترصد) غير قابلة للتخفيض على النحو التالي: 20 سنة سجن عندما تكون العقوبة السجن المؤبد وثلاثي العقوبة في الحالات الأخرى، مع تغييره لعبارة " العقوبة المقررة " الواردة في المادة 28 من قانون المخدرات إلى عبارة " العقوبات المنصوص عليها"، هذه الصياغة الأخيرة تنطبق تماما مع الصياغة الواردة في نص المادة 53 ق.ع، مما يوحي بأن المشرع يقصد من التخفيض الوارد في هذا النص ظروف التخفيف وليس شيئا آخر.

¹ - سطيجي نادية، مرجع سابق، ص 139.

² - قانون 15-04 المؤرخ في 2004-11-10 معدل ومتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون العقوبات، مرجع سابق.

³ - المادتين 18 مكرر، 18 مكرر 1 من ق.ع.

⁴ - على سبيل المثال، إذا أدين الشخص المعنوي بجنحة النصب المعاقب عليها في المادة 372 ق ع بالنسبة للشخص الطبيعي بغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج، وتقرر إفادة الشخص المعنوي بالظروف المخففة فيجوز تخفيض عقوبة الغرامة إلى حد 20000 دج (الحد الأدنى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي).

الغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي كبعض الجنايات الإرهابية التي نصت عليها المواد 87 مكرر 1، 87 مكرر 2، 87 مكرر 3 ق.ع، فهنا وجب الرجوع إلى ما نصت عليه المادة 18 مكرر 2 ق.ع¹.
غير أن المادة 18 مكرر 2 ق.ع لا تقدم حلاً للإشكال الذي يصادف القاضي حين تطبيق الظروف المخففة على شخص معنوي غير مسبوق قضائياً، ذلك أن درجة التخفيف تمتد وفقاً لنص المادة 53 مكرر 7 ق.ع إلى حدود الحد الأدنى المقرر للغرامة المقررة في القانون الذي يعاقب على الجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي، لكن المادة 18 مكرر 2 ق.ع تضمنت الحدود القصوى للغرامات فقط. وهو ما يتطلب تدخلاً تشريعياً لتسوية هذا الفراغ.

-الحالة الثانية: وهي الحالة التي يكون فيها الشخص المعنوي مسبقاً قضائياً²، فهنا يجوز للقاضي تخفيض عقوبة الغرامة المطبقة إلى الحد الأقصى للغرامة المقررة قانوناً بالنسبة للشخص الطبيعي³. هذا إذا كان القانون ينص على عقوبة الغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي، أما بالنسبة للجرائم التي لا ينص المشرع فيها على عقوبة الغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي، فإنه وجب الرجوع إلى المادة 18 مكرر 2 ق.ع التي سمحت بتحديد عقوبة الغرامة المقررة للشخص المعنوي استناداً إلى الحد الأقصى المعين في النص.

ولا يفوتنا أن نشير أيضاً إلى أن إفادة المتهم بظروف التخفيف ليس حقا للمتهم، بل هو ممكنة بيد القاضي يطبقها متى ما رأى ذلك دون أن يسبب ودون رقابة، وهو ما أكدته المحكمة العليا، إذ قضت بأن تطبيق الظروف المخففة أمر جوازي متروك لتقدير القاضي وليس مفروضاً عليه⁴، وأن تطبيقها ليس حقا للمتهم⁵، وقضت بأن القضاة الذين لم يسعفوا المتهم بذلك لم يخطئوا في تطبيق القانون⁶.

¹ - تنص المادة 18 مكرر 2 ق.ع: "عندما لا ينص القانون على عقوبة الغرامة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين سواء في الجنايات أو الجنح، وقامت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي طبقاً لأحكام المادة 51 مكرر، فإن الحد الأقصى للغرامة المحتسب لتطبيق النسبة القانونية المقررة للعقوبة فيما يخص الشخص المعنوي يكون: 2.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقباً عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد، 1.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقباً عليها بالسجن المؤقت، و500.000 دج للجنحة".

² - عرفت المادة 53 مكرر 8 ق.ع المقصود بالمسبوق قضائياً بالنسبة للشخص المعنوي بأنه: "كل شخص معنوي محكوم عليه نهائياً بغرامة، مشمولة أو غير مشمولة بوقف التنفيذ، من أجل جريمة من القانون العام، دون المساس بالقواعد المقررة لحالة العود".

³ - في المثال السابق، إذا أدين شخص معنوي مسبقاً قضائياً، من أجل جنحة النصب، وتقرر إفادته بظروف التخفيف، فيجوز تخفيض عقوبة الغرامة إلى 100000 دج (وهو الحد الأقصى للغرامة المقررة قانوناً للجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي).

⁴ - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر بتاريخ 1982.05.13، نشرة القضاة، س 1983، ص 111، مشار إليه في: بوسقيعة احسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 36.

⁵ - المحكمة العليا، غ. ج، قرار صادر بتاريخ 1968.12.17، مجموعة قرارات غ.ج، ص 363، مشار إليه في: المرجع نفسه، ص 36.

⁶ - المحكمة العليا، غ. ج.م، قرار صادر بتاريخ: 1999.07.26 في الملف رقم 201147، مشار إليه في: المرجع نفسه، ص 36.

من خلال ما سبق نخلص إلى أن المشرع الجزائري وبعد أن اعتنق منذ صدور قانون العقوبات نظام السلطة المطلقة للقاضي في درجة التخفيف بالنسبة للجنح والمخالفات كقاعدة عامة والسلطة المقيدة كاستثناء في الجنايات، إذ كانت المادة 53 ق.ع قبل إلغائها بموجب الأمر 06-23 المؤرخ في 2006.12.23 تجيز للقاضي في مواد الجنح والمخالفات عند إفادة المتهم بظروف التخفيف تخفيض عقوبة الحبس إلى يوم واحد والغرامة إلى خمسة دينار جزائري، مع جواز الحكم بإحداهما، كما أجازت للقاضي أن يستبدل الحبس بالغرامة التي لا تقل عن 20 دج دون تمييز بين مسبق وغير مسبق أو عائد وغير عائد. مع تقييد نسبي في مواد الجنايات فقط، وهي سلطة تقديرية تكاد تكون مطلقة يندرج في التشريعات المقارنة أن تجد مثيلا لها، تراجع المشرع بمناسبة صدور الأمر 06-23 وأعاد ترتيب السلطة التقديرية للقاضي في تخفيف العقوبات، منتهجا نظام السلطة المحددة في درجة التخفيف.

ورغم بعض المزايا التي تميز هذا النظام الجديد كحفاظه على مبدأ قانونية العقوبة، وابتعاده عن نظام العقوبات التحكيمية التي تؤدي إلى الحكم بعقوبات مخففة جدا لا تتماشى مع هدف العقوبة في الردع العام الذي يعتبر من المقومات الأساسية للدفاع الاجتماعي. إلا أننا نعيب على هذا التوجه الذي سلكه مشرعنا في تحديد سلطة القاضي في التخفيف، بأنه يسلب القاضي نسبيا سلطته في التقدير، إذ بعد وقوف القاضي على ظروف مخففة للجاني، يصطدم بالحدود القانونية التي وضعها له المشرع في التخفيف، والتي قد تؤدي إلى الحكم على الجاني بعقوبات قاسية لا تتناسب مع الحالة المعروضة عليه، وتتنافى مع مبدأ التفريد القضائي، خاصة إذا كان المحكوم عليه مسبقا قضائيا أو في حالة عود¹.

وقد سبق لنا أن خالصنا عند حديثنا عن سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة، بأن استثناء المسبوقين قضائيا من نظام وقف التنفيذ يتلاءم مع مبدأ التفريد القضائي للعقوبة، ودعونا إلى إلغاء شرط عدم سبق الحكم مع تعويضه بإعداد تقرير مفصل عن أخلاق المتهم وماضيه، وظروف ارتكاب الجريمة، وعدم الإكتفاء بشهادة السوابق القضائية التي لا تعكس بالضرورة شخصية وأخلاق المحكوم عليه، كما قد تحمل إدانات خاطئة، وهو ما سيؤدي إلى إدانات أخرى خاطئة أو على الأقل قاسية وغير متناسبة مع الجريمة، إذا ما تم اعتماد هذه السوابق، وهو ما نعيد التأكيد عليه، بخصوص نظام تخفيف العقوبة التي اعتمد فيه مشرعنا على السوابق القضائية أيضا.

¹ - كمثال على ذلك إذا ارتكب شخص مسبق قضائيا جنحة ضرب على أحد والديه الشرعيين الفعل المعاقب عليه طبقا للمادة 267 ق ع بالحبس من خمسة إلى عشر سنوات، فالقاضي ملزم وفقا لأحكام المادة 53 مكرر 4 ف 3 ق ع بعدم إنزال العقوبة المسلطة على مرتكب هذه الجريمة تحت عتبة الخمس سنوات حبس، حتى مع تفاهة الضرر اللاحق بالضحية ومع صفح الوالد عن ولده.

المطلب الثاني

سلطة القاضي الجزائي في تشديد العقوبة

يمثل الحد الأقصى للعقوبة غاية ما تسعى إليه التشريعات في تشديد العقاب، إلا أن ثمة حالات تُعرض في الواقع تكشف عن عدم كفاية هذا الحد، وعدم ارتداع المتهم حتى بالحد الأقصى المقرر أصلاً للجريمة، ومن هنا كانت الحكمة من تقرير نظام الظروف المشددة.

والظروف المشددة هي وقائع أو أحوال تتصل بالجريمة ذاتها أو شخص مرتكبها، ويكون من شأنها جعل الجريمة أكثر جسامة أو الإفصاح عن خطورة زائدة في شخص فاعلها مما يقتضي تشديد العقوبة، إما برفع حدودها أو تغيير نوعها وإحلال عقوبة أشد محلها أو بإضافة عقوبة أخرى أو تدبير إليها¹. فهي لا تكون إلا بنص، ومن حيث طبيعتها تقابل الأعدار المخففة القانونية، ومن هنا يطلق عليها البعض الأسباب المشددة القانونية²، وهي محددة حصراً في القانون، ويترتب على توفرها تشديد العقوبات الأصلية³.

وهي تشكل إحدى الوسائل التي تمكّن القاضي من تحقيق ملاءمة بين ما ينطق به من عقوبة والظروف الواقعية للدعوى، وتسمح للقاضي بمواجهة الحالات الشاذة المعروضة عليه، وتقتضي منه تشديد العقوبة بما يتجاوز حدود نص التجريم الأصلي. وهي ليست ذات طبيعة واحدة بل هي متنوعة، وتختلف مدى سلطة القاضي حيالها من تشريع إلى آخر (الفرع الأول)، وقد تبناها المشرع الجزائري، ونظمها مانحاً للقاضي سلطة الحكم بها عند توفرها، لكنه قيده بحدود معينة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة القاضي الجزائي في تشديد العقوبة في التشريعات المقارنة

يقسّم الفقهاء الظروف المشددة تبعاً لمدى تطبيق النصوص الخاصة بها إلى ظروف عامة، وهي محددة في القسم العام من قانون العقوبات عادة، وتطبق على كل الجرائم أو أغلبها، وظروف خاصة محددة غالباً في القسم الخاص من قانون العقوبات، وتطبق على جريمة معينة أو مجموعة من

¹ - مبروك السنهوري، التشديد والتخفيف في قانون العقوبات المصري، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1993، ص ص 14 - 15.

² - علي راشد، القانون الجنائي: المدخل والنظرية العامة، مرجع سابق، ص 627.

³ - Xavier PIN, Droit pénal général, 10^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2018, p409.

الجرائم¹، وهي لا تطبق إلا بنص خاص². كما يقسمونها بحسب صفة النتيجة العقابية التي تؤدي إليها إلى ظروف عادية، يؤثر أو يمكن أن يؤثر وجودها على تشديد العقوبة ضمن النطاق القانوني المقرر أصلا لعقوبة الجريمة، وظروف إستثنائية عند تحققها يجب على القاضي أو يجوز له تطبيق عقوبة أشد من العقوبة المنصوص عليها للجريمة³.

ونظرا لأن الظروف المشددة العامة العادية لا يمكن اعتبارها ظروف مشددة بالمعنى الصحيح، ما دام تشديد العقوبة بمقتضاها يتم ضمن النطاق القانوني للعقوبة المقررة أصلا للجريمة، ولو أن القاضي يستعمل سلطته التقديرية لتحديد المعاملة العقابية الملائمة للحالة المعروضة عليه، لكن بشرط عدم تجاوز النطاق القانوني المحدد له، فإن دراستنا ستقتصر على الظروف المشددة العامة الإستثنائية، والتي يأتي على رأسها ظرف العود الذي تبنته جميع التشريعات الجنائية المعاصرة، كما سنتناول قبل ذلك وبصفة مختصرة الظروف المشددة الخاصة على اعتبار أن بعض التشريعات تسمح بالتفريد القضائي في حال توفر هذه الظروف الخاصة.

أولا- سلطة القاضي التقديرية في تشديد العقوبة عند توفر الظروف المشددة الخاصة:

كما أشرنا سابقا، فإن الظروف المشددة الخاصة ينص عليها المشرع؛ ويبين أحكامها في نصوص خاصة يلتزم القاضي باحترامها، وهي تسمح للقاضي بتشديد العقاب على المجرم بتجاوز الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة أحيانا أو بتغيير نوع العقوبة بما هو أقسى منها أحيانا أخرى⁴. أما إذا حكم القاضي بالحد الأقصى المقرر للعقوبة، فلا يعني ذلك أنه طبق سببا من أسباب التشديد، وإنما يطبق القاضي أسباب تشديد العقاب حين يحكم بعقوبة تتجاوز الحد الأعلى الذي يقرره القانون⁵.

هذه الظروف تناولتها أغلب التشريعات العقابية، وهي تتعدد وتتنوع بحسب تنوع الجرائم، فمنها ما يرجع إلى درجة إجرام الجاني أو جسامة قصده الجنائي كسبق الإصرار والترصد، ومنها ما يرجع إلى

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 189.

² -Xavier PIN, op. cit, p410.

³ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي، مرجع سابق، ص 190.

كما توجد تقسيمات أخرى أوردتها الكثير من مؤلفات الفقه الجنائي، ولا يتسع المقام لسردها توقيا للخروج عن مقتضيات البحث وضروراته، فضلا عن أن كلمة الفقهاء لم تتوحد بشأنها، وسوف نقتصر على التقسيمين المذكورين أعلاه تماشيا مع متطلبات البحث.

⁴ - حسن عوض سالم الطراونة، مرجع سابق، ص 361.

⁵ - سمير عاليه، هيثم سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 557.

طريقة تنفيذ الجريمة أو ظروف ارتكابها كظرف الكسر أو التسلق أو حمل السلاح أو الليل أو الإكراه في السرقة، وقد ترجع هذه الظروف إلى صفة معينة في شخص الجاني كصفة الموظف العام في تزوير المحررات الرسمية وصفة الطبيب في جريمة الإجهاض¹.

وسواءً كانت هذه الظروف شخصية متعلقة بالجاني أو موضوعية متعلقة بالجريمة، فإنه يترتب على توفرها تغيير وصف الجريمة أي إخضاع الجريمة إلى نصوص غير تلك التي ستطبق فيما لو لم توجد مثل هذه الظروف، وقد يؤدي وجود هذه الظروف إلى رفع عقوبة بعض الجرائم إلى عقوبة الجنابة بدلا من عقوبة الجنحة المقررة أصلا للجريمة، حيث لا يقتصر أثر الظروف هنا على تغيير وصف الجريمة، وإنما يمتد أثرها إلى تغيير نوع الجريمة فيقلها من الجنحة إلى الجنابة².

ويرى البعض أن الظروف المشددة الخاصة ليست ظروفًا مشددة بالمعنى الدقيق، وإنما هي في الواقع ظروف تساهم في إيجاد جرائم نمطية موصوفة أو بالأحرى هي أركان خاصة فرعية لتلك الجرائم، وهي بذلك تدخل ضمن نطاق التفريد التشريعي، لكنها قد تتفق مع مقتضيات التفريد القضائي حينما تكون سلطة القاضي جوازية في التشديد، سواء بزيادة كم العقوبة المقررة أصلا أم بتعديل نوعها باختياره عقوبة أشد أو بإضافة عقوبة أخرى تكميلية إلى جانبها³.

ومن التشريعات التي أخذت بأسباب التشديد الجوازي بشأن بعض الجرائم التي تدخل في إطار القسم الخاص لتشريعاتها العقابية، سواء تعلق الأمر بماديات الجريمة أم بخطورة مرتكبها قانون العقوبات المصري (المادتان 203، 268).

ثانيا - سلطة القاضي الجزائي في التشديد حال توفر الظروف المشددة العامة الإستثنائية:

لا تعرف أغلب القوانين المعاصرة من الظروف المشددة العامة الإستثنائية سوى العود والإعتياد على الإجرام أو أحدهما⁴، في حين تعرف بعض القوانين الأخرى ظروف مشددة عامة استثنائية أخرى حصرتها في القسم العام المخصص لنظام العقوبات.

¹ - فهد هادي يسلم حبتور، مرجع سابق، ص 239.

² - علي راشد، القانون الجنائي: المدخل والنظرية العامة، مرجع سابق، ص 101.

³ - أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزء الجنائي، مرجع سابق، ص 347.

⁴ - يفرق الفقه بين المجرم العائد والمجرم المعتاد في أن الأول يعود للجريمة ثانية لأسباب نفسية عارضة، في حين أن الثاني يعود للجريمة ثانية لأسباب نفسية دائمة ومتأصلة لديه فطرية ومكتسبة. فهد هادي يسلم حبتور، مرجع سابق، ص 252.

وتتفق جميع هذه القوانين على تقييد سلطة القاضي في تحديد هذه الظروف، لكن تتباين مواقف هذه القوانين في مدى السلطة الممنوحة للقاضي في الحكم بتشديد العقوبة، وتتراوح بين مقيد لها، فلا يمكن للقاضي حينئذٍ إلا الخضوع لحكم القانون وتشديد العقوبة حال توفر هذه الظروف، وبين مطلق لسلطة القاضي التقديرية بحسب الحالة المعروضة عليه، كما تتسع سلطة القاضي وتضييق في درجة التشديد وفقا لما يبسطه القانون للقاضي من مجال التشديد الكمي والنوعي لتلك العقوبات عند توفر هذه الظروف، وهو ما نتناوله تفصيلا فيما يلي:

أ- تقييد سلطة القاضي في تحديد الظروف المشددة العامة الإستثنائية: تُجمع القوانين المقارنة التي تأخذ بنظام الظروف المشددة العامة الإستثنائية على تقييد سلطة القاضي في تحديد هذه الظروف، وذلك بالنص عليها على سبيل الحصر، وأبرز مثال على ذلك المادة 62 من قانون العقوبات الإيطالي التي أجازت للقاضي تشديد العقوبة عند توفر الظروف الآتية: ارتكاب الجريمة لباعث دنيء أو تافه، ارتكاب الجريمة من أجل تسهيل تنفيذ جريمة أخرى أو لإخفاء آثارها أو بقصد حصول الفاعل لنفسه أو لغيره على نفع أو مقابل أو أشياء تتحصل من الجريمة، أو بقصد التخلص من عقوبة...، فقد بلغ عدد الظروف في هذا القانون إحدى عشر ظرفا مشددا عاما استثنائيا¹.

كما نصت على الظروف المشددة العامة الإستثنائية التشريعات العقابية في كل من الإمارات العربية المتحدة وسوريا ولبنان والعراق وعمان، حيث يعتبر قانون العقوبات الإماراتي (المادة 102) وقانون العقوبات العراقي (المادة 135) وقانون الجزاء العماني (المادة 83) ظروف الباعث الدنيء وضعف إدراك المجني عليه وعجزه عن المقاومة وارتكاب الجريمة بطريقة وحشية والتمثيل بالمجني عليه، وارتكاب الجريمة من موظف استغلالا لسلطته أو صفته بالإضافة إلى ظرف العود ظرفا مشددا استثنائية عامة²، في حين يعتبر قانون العقوبات السوري (المادتين 193 و 194) وكذا اللبناني (المادتين 194 و 195) الباعث الدنيء ودوافع الكسب كظرفين مشددين عامين استثنائيين، في حين لا تعرف التشريعات العقابية العربية الأخرى من الظروف المشددة العامة الاستثنائية سوى ظرف العود

¹ - ماجدة فؤاد محمود، الظروف المشددة، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1988، ص 399-304.

² . للإشارة فإن المادة 83 من قانون الجزاء العماني تضيف ظرفا مشددا آخر وهو وضع الفاعل نفسه قصدا تحت تأثير مواد مسكرة أو مخدرة أو مؤثرة عقليا من أجل ارتكاب الجريمة.

كقانون العقوبات المصري (المادة 49)، والأردني (المادتين 101، 102)¹ والمغربي (المادة 154)، و المجلة الجزائية التونسية (الفصل 47) .

أما قانون العقوبات الفرنسي فبعد أن كان يَقتصَرُ هذه الظروف على ظرف العود والإعتياد على الإجرام²، نص في قانون العقوبات الجديد لسنة 1992 على بعض الظروف المشددة العامة، وعرفها في القسم العام المخصص لنظام العقوبات مثل ارتكاب الجريمة من طرف جماعة منظمة (المادة 132-71)، سبق الإصرار (المادة 132-72)، الكسر من الخارج (المادة 132-73)، التسوّر (المادة 132-74)، حمل سلاح (المادة 132-75)³ . وبموجب القانون رقم 86-2017 المؤرخ في 27 جانفي 2017 المتعلق بالمساواة والمواطنة، أضاف المشرع الفرنسي الظرف المشدد المتعلق بالتمييز العنصري والعنصري Discriminations sexiste et raciste كظرف مشدد عام ينطبق على كل الجرائم الموصوفة جنحا أو جنايات والمعاقب عليها بالحبس (المادتان 132-76، 132-77 ق.ع فرنسي)⁴. وكان قد أضاف قبل ذلك بموجب قانون 21 جوان 2004 المتعلق بتأمين الإقتصاد الرقمي ظرفا مشددا عاما آخر يتعلق باستعمال نظام التشفير Cryptologie في إعداد وتسهيل ارتكاب بعض الجنج والجنايات، يترتب عن توفره رفع العقوبات السالبة للحرية المقررة قانونا (132-79 من قانون العقوبات الفرنسي)⁵.

ففي هذه التشريعات لا يجوز للقاضي تشديد العقوبة بسبب ظروف غير منصوص عليها في القانون، وهو اتجاه سليم فيه ضمان لصالح المتهم وحماية لمبدأ قانونية العقوبة، لأن التشديد بمقتضى الظروف المشددة العامة الاستثنائية يؤدي إلى تجاوز النطاق القانوني للعقوبة المقررة للجريمة ولا يمكن السماح بمثل هذا التجاوز⁶، دون نص قانوني احتراماً لمبدأ الشرعية، ولا يجوز للقاضي استعمال القياس لإيجاد ظروف جديدة غير التي نص عليها القانون صراحة، مما يقيد تماما السلطة التقديرية للقاضي.

¹ - يطلق المشرع الأردني على ظرف العود مصطلح التكرار (المادة 258 من قانون العقوبات).

² -Xavier PIN, op cit , p410-411.

³ - Jacques FRANCILLON, Yves MAYAUD ,Gabriel Roujou DE BOUBEE , Bernard BOULOU, Code pénal commenté , Dalloz ,Paris,1996 , pp 89-91.

⁴ -Xavier PIN ,op. cit , p412.

⁵ -Ibid, p 411 - 412.

⁶ - Leszek LERNELL , Les circonstances aggravantes autres que le concours d'infraction et la récidive, Rapport général présenté au neuvième congrès international de droit pénal, « La Haye ,23- 30 aout 1964 », p.53-54. Disponible sur le site:

<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/O+23+Resolutions+des+Congres+de+l'association+internationale+de+droit+penal.pdf>

Consulté le 03/06/2018.

ثم إن القيد الذي أوردته هذه القوانين على سلطة القاضي في عدم تشديد العقوبة إلا وفقا لأسباب قانونية محددة، يجد سنده في أن تشديد العقوبة يختلف كل الاختلاف عن تخفيفها، ذلك أن التشديد يعني مزيدا من القيود على الحريات الشخصية، وطالما أنه يشكل قيда فإنه يتطلب نصوصا تقرره حتى تعطيه الصبغة القانونية، فلا يجادل في شرعيته من ناحية، ويعطي للمتهم أحقية التمسك بعدم تشديد العقوبة عليه في غير الأسباب التي حددها المشرع من ناحية أخرى¹.

هذا بالإضافة إلى أن إطلاق العنان للقاضي في تشديد العقوبة وفقا لما يهتدي إليه من ظروف الجريمة وملابساتها، من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه للعصف بحريات الأفراد وحقوقهم من ناحية، وتحكم القضاة من ناحية أخرى. فحتى لو كانت ظروف الواقعة تستدعي أخذ الجاني بالشدّة، إلا أن صون حريات الأفراد وحقوقهم مصلحة تفوق أي مصلحة أخرى تستدعي التشديد. لذلك فإن التشريعات تقيد سلطة القاضي في تشديد العقاب، حتى إن رأى القاضي أن ذلك أصلح وفقا لظروف الدعوى وملابساتها، فلا يجوز التشديد إلا وفقا للأسباب التي حددها المشرع، وإلا اعتبر ذلك خروجا على مبدأ الشرعية.

ب- تباين موقف التشريعات المقارنة حول مدى سلطة القاضي في الحكم بالعقوبة المشددة: تتفاوت مدى سلطة القاضي الجزائي في الحكم بالعقوبة المشددة حال توفر ظروفها، تبعاً لما تمنحه القوانين من مكنة للقاضي لتشديد العقوبة، وهكذا تكون سلطة القاضي تقديرية حينما يجيز القانون للقاضي تشديد العقوبة ولا يلزمه بها، في حين تكون سلطة القاضي مقيدة في الحكم بالعقوبة المشددة، حينما يلزم القانون القاضي بتشديد العقوبة حال توفر ظرف أو أكثر من الظروف المشددة. وسنتناول مدى هذه السلطة اتساعا وتقييدا في التشريعات المقارنة عند توفر ظرف العود، ثم عند توفر الظروف العامة الإستثنائية الأخرى وفق التفصيل التالي:

1- تشديد عقوبة العائد بين الإتساع والتقييد: حرصت كافة التشريعات على اعتبار العود سببا لتشديد العقوبة، ذلك أن العود يدلّ من الناحية الشخصية على انحراف مستمر لدى المجرم، ويشير إلى أن العقوبة الأولى لم تكن كافية لردعه، كما يعدّ من الناحية الموضوعية مؤشرا على استهانة المجرم العائد بأمن واستقرار المجتمع وعدم اكتراثه بذلك. ومن ثمة فإن رجوع المجرم إلى الإعتداء على نفس

¹ - روسم عطية موسى نو، مرجع سابق، ص 194.

المصلحة التي استهدف المشرع حمايتها من خلال النص التجريبي، يعني بأن فعله هذا أصبح أكثر خطورة وأشد جسامة، ووجب حينئذ أخذه بالشدّة اللازمة.

لكن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام، يتعلق بمدى السلطة الممنوحة للقاضي الجزائي في الحكم بتشديد العقوبة عند توفر ظرف العود، فهل القاضي ملزم بالحكم بتشديد عقوبة المجرم العائد أم أن الأمر جوازي يخضع لاختياره حسب حالة كل مجرم؟.

تباين مواقف التشريعات المعاصرة في تحديد مدى سلطة القاضي في تشديد عقوبة العائد، فمنها ما يجعل التشديد وجوبياً فتتقيد سلطة القاضي في الحكم بالتشديد، ومنها ما يجعله جوازياً فيمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة، بينما تقف تشريعات أخرى موقفاً وسطاً فتفرض على القاضي التشديد أحياناً وتمنحه الخيار في أحيان أخرى.

1-1- الاتجاه المقيد لسلطة القاضي في التشديد: في التشريعات التي سلكت هذا الاتجاه لا يملك القاضي أي سلطة تقديرية في العقوبة المشددة، لالتزامه بإصدار هذا الحكم على المجرم الذي تتوافر فيه شروط العود، وقد كانت هذه القاعدة المقررة للتشديد الوجوبي سائدة في التشريعات الجنائية المتجاذبة مع الفقه التقليدي، ولا تزال بعض التشريعات تلتزم باتباعها على نحو متفاوت¹.

ومن التشريعات التي تأخذ بالتشديد الوجوبي على المجرم العائد قانون العقوبات الليبي (المادة 97)²، وقانون العقوبات الفرنسي القديم (المواد 56، 58، 474)³، المجلة الجزائية التونسية (الفصل 50)، قانون العقوبات الأردني (المادتين 101، 102)، والسوري (247، 249، 248، 251) واللبناني (المواد 258، 259، 261).

وبناءً على هذه النصوص، يتعين على المحكمة أن تشدد العقوبة متى توافرت شروط العود، ولو لم تطلب النيابة العامة منها ذلك، كما ينبغي على جهة الإستئناف تطبيق أحكام العود لأول مرة إذا توفرت إحدى الحالات أمامها، كأن تقدم النيابة العامة شهادة السوابق القضائية الخاصة بالمتهم

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص ص 20-207.

² - أنظر تفصيل ذلك: محمد سامي النبراوي، مرجع سابق، ص 562 وما بعدها.

³ - Pierre BOUZAT et Jean PINATEL , op.cit ,p536-541.

لأول مرة أمام جهة الاستئناف، إذا كانت هي من استأنفت الدعوى، لأنه من غير المتصور أن يحصل ذلك في حالة استئناف المتهم لوحده تطبيقاً لقاعدة لا يضار طاعن بطعنه.

2-1- الاتجاه المطلق لسلطة القاضي في التشديد: تنص التشريعات التي تسلك هذا الاتجاه على أن تشديد عقوبة المجرم العائد جوازية خاضعة لتقدير القاضي في الحكم بالتشديد من عدمه، حيث يتمتع القاضي في هذه الحالة بسلطة تقديرية واسعة في تشديد عقوبة المجرم العائد، فله أن يتجاوز ظرف العود، ويحكم بعقوبة مناسبة يختارها بين الحد الأدنى والأقصى المقررين في النص التجريبي، كما له أن يستعمل ظرف العود ويشدد العقوبة وفق ما ينص عليه القانون متجاوزاً الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة.

ويؤدي منح القاضي سلطة تقديرية في تشديد عقوبة المجرم العائد إلى ملاءمة العقوبة وفقاً لحالة المجرم بما يؤدي إلى تفريد العقاب. ففي ظل هذا الاتجاه يحرص المشرع على أن لا تتحول العقوبة المؤقتة إلى عقوبة مؤبدة بفعل العود، فتشديد العقوبة بالنسبة له مسألة جوازية للقاضي، بإمكانه أن يحكم بالعقوبة المقررة أصلاً للجريمة ولو في حدها الأدنى رغم توفر شروط العود¹.

ويمثل اتجاه منح السلطة التقديرية للقاضي في مجال التشديد الاتجاه الفقهي والتشريعي الحديث المنسجم مع مبدأ تفريد العقاب، فهو يمكّن القاضي من ملاءمة العقوبة تبعاً لحالة كل مجرم عائد على انفراد، خاصة وأنه لا يصحّ اعتبار تكرار ارتكاب الشخص للجريمة قرينة قاطعة على خطورته وفساده²، وإن كانت تصلح ضابطاً يسترشد به القاضي في تقدير العقوبة ضمن الحدود المقررة في النص.

3-1- الاتجاه المعتدل: تخفيفاً من غلو قاعدة تقييد سلطة القاضي في التشديد سمحت بعض التشريعات بالتشديد الجوازي لعقوبة المجرم العائد، وانتهج هذا الأسلوب المشرع المغربي، فقد قرر التشديد الوجوبي لعقوبة المجرم العائد كقاعدة عامة (الفصول 155، 156، 157 ق.ع مغربي)، وجعل التشديد جوازياً في حالة من سبق الحكم عليه من أجل مخالفة ثم ارتكب نفس المخالفة خلال فترة

¹ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الإحترازية، مرجع سابق، ص 274-275.

² - من التشريعات التي سلكت هذا الاتجاه قانون العقوبات السويسري، الهولندي، الدانماركي، البولوني، الياباني. لأكثر تفصيل أنظر: أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 208.

اثني عشر شهرا من النطق بحكم الإدانة الذي صار حائزا لقوة الشيء المحكوم به (الفصلان 159، 611).

وهناك تشريعات أخرى تجعل من السلطة التقديرية للقاضي في تشديد عقوبة المجرم العائد قاعدة عامة، واستثنت حالات محددة فرضت فيها على القاضي الحكم بالتشديد، ومن هذه التشريعات قانون العقوبات المصري (المادة 50)¹. فهذه المادة لا توجب وفقا لقضاء محكمة النقض المصرية على محكمة الموضوع أن تقضي بالعقوبة المشددة المنصوص عليها، وإنما تجعل ذلك جوازيا². غير أن المشرع المصري خرج عن قاعدة جواز تشديد عقوبة العائد، وذلك في حالة العود إلى التشرّد، وكذلك في بعض القوانين الخاصة التي تنظم الجرائم الاقتصادية و الضريبية، إذ جعل التشديد إلزاميا في جميع هذه الحالات³.

أما المشرع الفرنسي فقد دأب منذ سنة 1810 على اعتبار العود سببا لتشديد العقوبة، وفرض على القاضي تشديد عقوبة المجرم العائد لكن عقب صدور قانون العقوبات الجديد لسنة 1992، نظم المشرع الفرنسي العود في أربع حالات تتشابه إلى حد كبير مع حالات العود في النظام القديم⁴. ومنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة للحكم بالتشديد أو الإكتفاء بالعقوبة المقررة في النص وصرف نظره عن التشديد.

2- تشديد عقوبة المجرم الذي تتوفر فيه الظروف المشددة العامة الإستثنائية الأخرى: تختلف سلطة القاضي في الحكم بالعقوبة المشددة حال توافر الظروف المشددة العامة الإستثنائية الأخرى بين التقييد والإطلاق، فتكون مقيدة حينما يوجب القانون على القاضي تشديد العقوبة عند توفر ظرف أو أكثر من الظروف المشددة، وتكون سلطته تقديرية حينما يجيز القانون له التشديد ولا يفرضه عليه.

¹- تنص المادة 50 من قانون العقوبات المصري: "يجوز للقاضي في حالة العود المنصوص عنه في المادة السابقة أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى المقرر للجريمة قانونا بشرط عدم تجاوز ضعف الحد، ومع هذا لا يجوز في أي حال من الأحوال أن يزيد السجن المشدد أو السجن عن عشرين سنة..".

²- نقض مصري في: 13 فبراير 1950، مجموعة أحكام محكمة النقض س 1 رقم 112، ص 338. مشار إليه في: نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، مرجع سابق، ص 112.

³- فهد هادي يسلم حبتور، مرجع سابق، ص 245.

⁴- Rassat Michèl- Laure , Droit Penal, Ellipses Marketing , 3 éd, 2014, p 405.

وإذا كانت التشريعات المقارنة التي تأخذ بنظام الظروف المشددة العامة الاستثنائية تُجمع على تقييد سلطة القاضي في تحديد هذه الظروف، وذلك بالنص عليها على سبيل الحصر، إلا أن مواقف هذه التشريعات لم تستقر على اتجاه واحد بخصوص مدى سلطة القاضي في الحكم بالعقوبة المشددة حال توافر هذه الظروف المشددة، وتباينت مواقفها أيضا بين التقييد والإطلاق.

حيث تسود قاعدة التشديد الوجوبي في تشريعات عديدة، ولا يملك القاضي في كنفها أية سلطة تقديرية في الحكم بالعقوبة المشددة على المجرم العائد. وبمقتضاها يلتزم القاضي الجزائي بتطبيق الظروف المشددة عند توفرها، ويجب عليه تشديد العقوبة مثلما هو مقرر في قانون العقوبات الإيطالي (المادة 64)، والسوري (المواد 193، 194، 247، 248، 249، 251)، واللبناني (المواد 193، 194، 195، 258، 259، 261).

وتكون سلطة القاضي الجزائي تقديرية في الحكم بالعقوبة المشددة، إذا كان القانون يجيز له التشديد ولا يفرضه عليه، ففي هذه الحالة للقاضي الحرية الكاملة في تشديد العقوبة بتجاوز الحد الأقصى المقرر للجريمة ضمن الحدود القانونية المسموح بها في حالة التشديد أو عدم تشديدها عن طريق الإكتفاء بالعقوبة المقررة أصلا للجريمة ولو بالحكم بحدها الأدنى، وذلك وفقا لما يراه مناسبا لحالة المجرم وظروف الجريمة، مثلما هو مقرر في قانون العقوبات الإماراتي (المادة 103)، والعراقي (المادتين 136، 138)، وقانون الجزاء العماني (المادة 84).

وعليه، فإن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي تكاد تكون منعدمة في حالات التشديد الوجوبي، لكنها تجد مجالها الرحب في حالات التشديد الجوازي، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية لا يمكن إنكارها، وإن كانت لا تصل إلى ما يتمتع به القاضي في مجال التخفيف¹.

وفي المفاضلة بين الاتجاهين السالفي الذكر نرى أنه من الأفضل إقرار قاعدة منح القاضي السلطة التقديرية الكاملة في تشديد العقوبة عند توفر الظروف الاستثنائية، لكونها تحقق على نحو أفضل الهدف المنشود من نظام الظروف المشددة، وهو إيجاد تفريد أكمل للعقاب ببسط المجال أمام القضاء لتدرج كمي أكبر أو اختيار نوعي أوسع للعقوبة.

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 811.

الفرع الثاني

سلطة القاضي الجزائي في تشديد العقوبة في التشريع الجزائري

إذا كان الفقه الفرنسي قد أغفل بناء نظرية عامة في شأن الظروف المشددة، وتبعه في ذلك الفقه العربي متأثراً، فإن التشريع الجزائري هو الآخر لم يعن بوضع تنظيم لنظرية عامة للظروف المشددة رغم أهميتها، بل ألحقها بكل جريمة على حدى، ما عدا ما يتعلق بظرف العود الذي اعتبره ظرفاً مشدداً عاماً، وفي حال توفر الظروف المشددة منح المشرع للقاضي سلطة تجاوز الحد الأقصى المقرر للجريمة. لذا، سوف نتناول سلطة القاضي الجزائي في تشديد العقوبة عند توفر الظروف المشددة الخاصة، ثم نتناول سلطة القاضي في تشديد العقوبة عند توفر ظرف العود في التشريع الجزائري.

أولاً - سلطة القاضي في تشديد العقوبة عند توفر الظروف المشددة الخاصة: ينص القانون على هذه الظروف في مواضع متفرقة بمناسبة تحديد كل جريمة على حدى، وهي عديدة ومتنوعة، وقد بينها المشرع وقصر حكمها في جرائم بعينها لاعتبارات تتعلق بطبيعة الجريمة أو بشخصية مرتكبها. غير أن المشرع الجزائري حرم القاضي من أي سلطة في تقدير الحكم بتشديد العقوبة حال توفر هذه الظروف.

أ - الظروف المشددة الخاصة في القانون الجزائري: تنقسم الظروف المشددة الخاصة إلى ظروف موضوعية تتصل بالوقائع الخارجية التي رافقت الجريمة، وظروف شخصية تتصل بالفاعل أو الشريك.

وتتنوع الظروف المتعلقة بموضوع الجريمة، من حيث اتصالها بالمجني عليه، أو بالفعل الجرمي، أو بنتيجة الجريمة¹. فمن الظروف المشددة المتصلة بالمجني عليه نذكر حالة ضعف الضحية الناجم عن سنّها أو مرضها أو إعاقته أو عجزها البدني أو الذهني أو بسبب حالة الحمل في جريمة السرقة (المادة 350 مكرر ق.ع) أو المركز العائلي كالأصل في جريمة القتل (المادتين 258، 261 ق.ع)، ومن الظروف المشددة المتصلة بالفعل الجرمي نذكر ظرف التسلق أو الكسر أو استعمال مفاتيح مصطنعة في جريمة السرقة (المادة 354 ق.ع)، وظرف ارتكاب جريمة السرقة في الطرق العمومية أو في المركبات

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 196.

المستعملة لنقل المسافرين(المادة 352 ق.ع)، وظرف ارتكاب سرقة أثناء الكوارث الطبيعية كالحرائق أو الزلازل أو الفيضانات أو أثناء الفتن والإضطرابات والتمرد (المادة 351 مكرر ق.ع)، وظرف تعريض حياة الغير أو سلامته الجسدية للخطر في فترات الحجر الصحي أو خلال كارثة طبيعية أو بيولوجية أو تكنولوجية أو غيرها من الكوارث (المادة 290 مكرر ق.ع)، ومن قبيل الظروف المشددة المرتبطة بنتيجة الفعل، الإشتراك في مشاجرة أو عصيان وقع فيه أعمال عنف أدت إلى الوفاة (268 ق.ع).

أما الظروف الشخصية فهي أوصاف وشروط تتوفر في شخص الجاني أو تتعلق به ويعتد بها القانون ويرتب أثرا مغيرا لجسامة الجريمة والعقوبة¹. وعليه، يدخل ضمن هذه الظروف صفة القاضي والموظف السامي وموظف أمانة الضبط والضابط العمومي وعضو الشرطة القضائية في جرائم الفساد (المادة 48 من الأمر 01-06) وظرفي سبق الاصرار والترصد في جريمة القتل (المواد 256، 257، 261 ق.ع).

ويتفق الفقهاء على أن الظروف المشددة الشخصية متصلة بالإثم الفردي للفاعل، ومن ثم فهي لا تنتج من الآثار إلا بالنسبة لمن توافر الظرف فيه².

ورغم ارتباط الظروف المشددة الخاصة سواء كانت شخصية أو موضوعية بكل جريمة على حدى، دون تجاوز إلى جرائم أخرى، فإنه يمكن لهذه الظروف أن تشكل ظروفا مشددة عامة عادية يعتمد عليها القاضي كموجهات إرشادية في تقديره للعقوبة الملائمة للجاني في حدود سلطته التقديرية، وضمن النطاق القانوني المقرر لعقوبة الجريمة.

ب - تقييد سلطة القاضي في تشديد العقوبة عند توفر الظروف المشددة الخاصة: سبق وأن قلنا بأن الظروف المشددة الخاصة ليست ظروفا مشددة بالمعنى الدقيق، وإنما هي أركان خاصة فرعية لتلك الجرائم، وهي بذلك تدخل ضمن نطاق التفريد التشريعي. وسواء كانت هذه الظروف شخصية متعلقة بالجاني أو موضوعية متعلقة بالجريمة، فإنها تؤدي إلى رفع مقدار العقوبة أو تغيير نوع العقوبة، وقد يؤدي أحيانا وجود هذه الظروف إلى رفع عقوبة بعض الجرائم إلى عقوبة الجنائية بدلا

¹ -حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الإحترازية، مرجع سابق، ص 247.

² -تومي فريد، حيدرة سعدي، الظروف المؤثرة في العقوبة في قانون الفساد، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، المجلد 09، ع 03، ديسمبر 2018، ص 340.

من عقوبة الجنحة المقررة أصلا للجريمة، حيث لا يقتصر أثر الظروف هنا على تغيير وصف الجريمة، وإنما يمتد أثرها إلى تغيير نوع الجريمة فيقلبها من المخالفة إلى الجنحة أو من الجنحة إلى الجنائية.

والملاحظ على التشريع الجزائري أنه حصر هذه الظروف المشددة وألحق كل جريمة بظروفها المشددة، مقيدا بذلك سلطة القاضي التقديرية في تحديد هذه الظروف، كما ألزم القاضي بالحكم بها عند توفرها، ولا يملك القاضي إزاءها أي سلطة تقديرية.

ولا شك في أن هذا الحصر ينطوي على ضمانات تحول دون المساس بالحريات الشخصية أو التعسف من خلال التشديد غير المبرر للعقوبات، الأمر الذي يؤدي لا محالة إلى الخروج عن مقاصد العقاب، فالتشديد في حد ذاته ينطوي على خطورة، الأمر الذي يقتضي أن يتولى القانون الحالات التي يجوز للقاضي فيها أن يرتفع بالعقوبة متجاوزا حدها الأقصى المقرر لها أو اختياره عقوبة أخرى أشد نوعا منها، لذلك فإن حصر تلك الحالات في القانون أمر قد وُفق فيه التشريع الجزائري.

ولم يكتف المشرع بذلك، بل وضع حدودا لدرجة التشديد لا يمكن للقاضي تجاوزها، تماشيا مع مبدأ قانونية العقوبة، وتختلف درجة التشديد باختلاف طبيعة وعدد الظروف التي تلحق الجريمة¹.

فبالنسبة لطبيعة الظرف نسوق كمثال على ذلك جريمة السرقة التي سهّل ارتكابها ضعف الضحية الناتج عن سنّها أو مرضها أو إعاقتها أو عجزها البدني أو الذهني المنصوص عليها بالمادة 350 مكرر ق.ع، بحيث رفع المشرع عقوبتها إلى الحبس من سنتين إلى عشر سنوات و غرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، في حين أن العقوبة المقررة أصلا لجريمة السرقة المعاقب عليها في المادة 350 ق.ع هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

أما بالنسبة لتشديد الجريمة بحسب عدد الظروف، نسوق المثال التالي: إذا تمت جريمة السرقة بظرف الكسر وحده، تشدد العقوبة فتصبح الحبس من خمسة إلى عشر سنوات و غرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج (المادة 354 ق.ع)، وإذا تمت بظرفي الكسر و الليل تشدد فينقلب وصفها إلى جنائية وتصبح عقوبتها السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة و غرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج (المادة 353 ق.ع).

¹ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 412.

وإذا اجتمعت أسباب التشديد الخاصة مع ظروف التخفيف، فلا يوجد ما يمنع القاضي من النزول بالعقوبة إلى الحدود المسموح بها قانونا بعد إفادة المتهم بظروف التخفيف (المادة 53 مكرر ق.ع).

ثانيا - سلطة القاضي في تشديد العقوبة عند توفر ظرف العود:

على غرار معظم التشريعات المقارنة لم يعرف قانون العقوبات الجزائري من الظروف المشددة العامة الإستثنائية سوى ظرف العود، حيث نص عليه ونظم أحكامه منذ صدور الأمر 156-66 المتضمن قانون العقوبات، وذلك في المواد 54، 55، 56، 58 منه.

غير أنه وإثر تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 2006.12.20 أدخل المشرع تعديلات جوهرية على أحكام العود، بحيث ألغى المواد السالفة الذكر، واستبدلها بنصوص جديدة (المواد 54 مكرر إلى 54 مكرر 10 ق.ع)، وهي مستوحاة في مجملها من قانون العقوبات الفرنسي¹.

ولم يورد قانون العقوبات الجزائري سواء قبل أو بعد هذا التعديل تعريفا لظرف العود، واكتفى بذكر الشروط الواجب توافرها في الجاني ليكون عائدا حسب كل حالة، سانشا بذلك المجال للفقه والقضاء لتعريفه، فقد عرّفه الفقه بأنه ميل إجرامي لشخص لم تردعه العقوبة السابقة، استوجب القانون تشديد عقوبته ردعا له لخطورته على المجتمع، حيث تطبق عليه في حالة معاودته لارتكاب الجريمة بنفس الظروف السابقة قواعد أكثر شدة لأن الجاني لم يرتدع من العقوبة الأولى الموقعة عليه². كما عرّفه الأستاذ عبد الله سليمان بأنه الوصف القانوني الذي يلحق بشخص عاد إلى الإجرام بعد الحكم عليه بعقوبة بموجب حكم سابق بات ضمن الشروط التي حددها القانون³.

وما ميّز خطة المشرع الجزائري في تنظيمه لسلطة القاضي في تشديد عقوبة المجرم العائد، هو اشتراطه شروطا عامة لتوفر حالة العود المشددة للعقوبة، فضلا عن إطلاقه لسلطة القاضي في تقدير الحكم بالتشديد في حال توفر شروط هذا الظرف، وذلك ضمن الحدود القانونية المنصوص عليها في

¹ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 416-417.

² - لحسن بن الشيخ أيت ملويا، مبادئ القانون الجزائري العام، (د.ط)، دار هومه، الجزائر، 2000، ص 194.

³ - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون، الجزائر، 1995، ص 377.

حالة التشديد، مع إدراجه لأحكام خاصة بظرف العود بالنسبة للشخص المعنوي، وهو ما نتناوله فيما يلي:

أ - تقييد سلطة القاضي بشروط عامة لتقدير توفر حالة العود: على عكس الظروف المشددة الخاصة التي تلحق بجريمة معينة بذاتها فتزيد من جسامتها وتشدّد عقوبتها، فإن العود يعد سببا عاما استثنائيا للتشديد كونه يتعلق بشخص الجاني بصرف النظر عن ماديّات الجريمة أو الجرائم التي وقعت منه، فهو سبب شخصي للتشديد. ولكي يكون المجرم عائدا ويستحق عقوبة مشددة، يجب توفر شروط صارمة:

1- صدور حكم نهائي سابق: يشترط لتحقيق العود أن تكون الجريمة الجديدة قد ارتكبت بعد صدور حكم نهائي سابق، فلا يكفي أن تكون قد ارتكبت بعد جريمة سابقة، وعلة هذا الشرط أن الحكم السابق، هو الذي يمثل إنذارا للمحكوم عليه حتى يرتدع عن طريق الإجرام ويسلك السبيل الأمثل، فإذا عاد إلى الجريمة فيعني ذلك أن الحكم السابق لم يكن كافيا لردعه مما يبرر تشديد العقاب عليه¹. والمقصود بالحكم النهائي هنا هو الحكم البات الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن لعدم قابليته للطعن أو لفوات المواعيد دون حصوله أو بالفصل فيه بالطعن بالنقض².

وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا في قرار لها: "أن أحكام العود لا تطبق مادام المدعى عليه في الطعن لم يسبق الحكم عليه بالحبس (أو بالسجن) قبل ارتكاب الجنحة (أو الجنائية) التي صدر بشأنها القرار المطعون فيه"³، كما قضت: "أنه ما دامت الأفعال التي تسببت في العقوبة الثانية ارتكبت قبل الأفعال التي صدرت من أجلها العقوبة الأولى فإن المتهم ليس في حالة عود"⁴. فالقانون حينما يعلق أحكام العود على الحكم البات، فإنه لا يهّمه أن تكون العقوبة المنطوق بها قد نُفذت أم لا، فالعود يتوفر ولو ارتكبت الجريمة الثانية أثناء فراره من التنفيذ وقبل تقادم العقوبة⁵.

¹ - جواد يوسف، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، (ب.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 79.

² - محمد زكي أبو عامر، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 583.

³ - المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثالث، قرار في 21 أبريل 1996، ملف رقم 117659، غير منشور، مشار إليه في مؤلف: بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 417.

⁴ - المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، القسم الثالث، قرار في 12 جانفي 1994، ملف رقم 92861 المجلة القضائية، ع 02، ص 194.

⁵ - قريمس ساره، مرجع سابق، ص 157.

2- إرتكاب جريمة لاحقة ومستقلة عن الحكم السابق: لكي يعد الجاني عائدا لابد أن يرتكب جريمة جديدة بعد الحكم السابق عليه، تكون مستقلة عن الجريمة السابقة التي صدر بها الحكم. واشتراط أن تكون الجريمة التالية مستقلة عن الأولى شرط جوهري إذ لا يعد من يتهرب من تنفيذ الجريمة الأولى أو التخلص من آثارها عائدا. فمن يخالف تدبيرا من تدابير منع الإقامة المتعلق بتنفيذ الحكم السابق أو من أي عقوبة من العقوبات التكميلية المرتبطة بهذا الحكم لا يعد مرتكبا لجريمة جديدة مستقلة عن الأولى، وبالتالي لا يعدّ في مثل هذه الحالات عائدا¹.

أما عن نوع الجريمة الجديدة التي باقترافها يعد الجاني عائدا، فإن الأمر يختلف من حالة إلى أخرى على نحو ما سنوضحه لاحقا، ونكتفي هنا بالقول بأن قانون العقوبات الجزائري قد اعتد بجميع أنواع الجرائم بما فيها المخالفات لقيام حالة العود.

3- أن تتوفر في الجاني حالة من حالات العود المقرر قانونا: وهي الحالات المتعلقة أساسا بارتكاب جنحة جديدة، حيث أوجب المشرع شرط استيفاء القيد الزمني أي أن ترتكب الجنحة الجديدة خلال فترة حددها القانون تارة بعشر سنوات من تاريخ قضاء العقوبة السابقة، وتارة أخرى بخمس سنوات. فضلا عن اشتراطه التماثل بين الجنحة السابقة والجنحة اللاحقة لها، وذلك وفقا للأحكام المنصوص المواد من 54 مكرر إلى 54 مكرر 10 ق.ع إضافة إلى المادتين 57، 59 ق.ع.

ب - مدى السلطة الممنوحة للقاضي الجزائي في تشديد عقوبة العائد: منح المشرع للقاضي الجزائي سلطة مطلقة في تقدير الحكم بتشديد العقوبة عند توفر حالة العود، لكن قيد القاضي في درجة تشديد عقوبة العائد، سواء كان هذا الأخير شخصا طبيعيا أو معنويا.

1- إطلاق سلطة القاضي في تقدير الحكم بتشديد عقوبة العائد: سلك المشرع الإتجاه الذي يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تشديد عقوبة المجرم العائد، فجعل من تشديد عقوبة المجرم العائد جوازية متروكة لتقدير قاضي الموضوع، فله أن يغض النظر عن ظرف العود، ويحكم بعقوبة مناسبة يختارها بين الحدين الأدنى والأقصى المقررين في النص التجريمي، كما له أن يستعمل ظرف العود ويشدد العقوبة متجاوزا الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة. وفي هذا الصدد قضت المحكمة

¹ - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، مرجع سابق، ص 379-380.

العليا في قرار لها: "إن القانون لا يُلزم القضاة بتطبيق العود متى توافرت شروطه بل ترك تطبيقه لحرية تقدير القاضي"¹.

كما أجازت المادة 54 مكرر 10 ق.ع للقاضي أن يثير تلقائيا حالة العود إذا لم يكن منوها عنها في إجراءات المتابعة، وإذا رفض المتهم محاكمته على هذا الظرف المشدد، تطبق عليه تدابير الفقرتين 3، 4 من المادة 338 ق.إ.ج.²

ومن جانبنا فإننا نؤيد ما ذهب إليه المشرع الجزائري حينما منح القاضي سلطة تقديرية في الحكم بتشديد عقوبة المجرم العائد، ذلك أن هذا التوجه يوافق الإتجاه الفقهي والتشريعي الحديث وينسجم مع مبدأ تفريد العقاب، وتبعاً لذلك فإن القاضي الجزائي بإمكانه أن يحكم بالعقوبة المقررة أصلاً للجريمة، ولو في حدها الأدنى رغم توفر شروط العود.

2- تقييد سلطة القاضي في درجة تشديد عقوبة العائد: قيّد القانون سلطة القاضي في درجة تشديد العقوبة إذا قرر تطبيق العود، فبالإضافة إلى اشتراطه شروطاً خاصة لاستعمال هذا الظرف، فقد وضع له نطاقاً عقابياً لا تجاوزه، ويفرق المشرع في ذلك بين ما إذا كان العائد شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

1-2 - حدود تشديد العقوبة إذا كان العائد شخصاً طبيعياً: نص قانون العقوبات على أحكام العود بالنسبة للشخص الطبيعي في المواد من 54 مكرر إلى 54 مكرر 4 ق.ع، وميز بين العود في مواد الجنايات والجرح، والعود في مواد المخالفات على النحو التالي:

1-1-2 العود في مواد الجنايات والجرح: نص قانون العقوبات على الأحكام الخاصة بالعود في مواد الجنايات والجرح في المواد 54 مكرر، 54 مكرر 1، 54 مكرر 2، 54 مكرر 3 ق.ع، وهي تشكل أربع حالات:

- الحالة الأولى: وهذه الحالة نصت عليها المادة 54 مكرر ق.ع، ويشترط لتطبيقها أن تكون الجريمة الأولى المرتكبة جنائية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس مدة تفوق خمس سنوات، وأن تكون الجريمة الثانية المرتكبة جنائية مهما كانت عقوبتها، فالعبرة هنا بالوصف القانوني للجريمة وليس بالعقوبة.

¹ المحكمة العليا، غرفة الجرح والمخالفات، قرار في 09 سبتمبر 1996، ملف رقم 136221، غير منشور مشار إليه في: بوسقيعة احسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 40.

² ويُفهم من هذا النص أن القاضي إذا قرر إثارة ظرف العود غير المنوه عنه في سند المتابعة، فيتعين عليه إبلاغ المتهم بأنه في حالة عود، وبأنه ستم محاكمته على هذا الظرف المشدد، فإذا لم يبد اعتراضه على ذلك تواصلت محاكمته، أما إذا رفض المتهم محاكمته على هذا الظرف المشدد تطبق عليه التدابير المنصوص عليها في الفقرة الثالثة والفقرة الرابعة من المادة 338 من ق.إ.ج، وحاصلها أن القاضي ينبه المتهم بأن له الحق في طلب مهلة لتحضير دفاعه، وينوه في الحكم عن هذا التنبيه وعن إجابة المتهم بشأنه، فإذا استعمل المتهم هذا الحق فإن المحكمة تمنحه مهلة 03 أيام على الأقل لتحضير دفاعه. أنظر: بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 440-441.

- فالعود في هذه الحالة عام ومؤبد¹، فإن قرر القاضي تطبيق العود يتقيد بالحدود التالية:
- إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجناية الجديدة هو 20 سنة سجنا، فعند تطبيق أحكام العود تشدد العقوبة إلى السجن المؤبد.
 - إذا ترتب على ارتكاب الجريمة الجديدة إزهاق روح إنسان، فإن العقوبة تشدد إلى الإعدام².
 - إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجناية الجديدة يساوي أو يقل عن 10 سنوات سجنا، فإن الحد الأقصى للعقوبة السالبة للحرية يرفع إلى الضعف³.
 - الحالة الثانية: وقد نصت عليها المادة 54 مكرر 1 ق.ع، ويشترط لتحقيق حالة العود في هذه الحالة أن تكون الجريمة الأولى المرتكبة هي جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس لمدة تفوق خمس سنوات، ولا يهم مقدار العقوبة المقضي بها، وأن تكون الجريمة الجديدة بوصف جنحة الحد الأقصى المقرر لعقوبتها يزيد عن 05 سنوات حبسا، أي أنها جنحة مشددة، وأن تكون الجريمة الجديدة المرتكبة قد وقعت خلال العشر سنوات التالية لقضاء العقوبة السابق.
 - فالعود في هذه الحالة هو عود عام لعدم اشتراطه تماثلا بين الجريمة السابقة واللاحقة، وهو عود مؤقت⁴ يسقط بمجرد انقضاء مدة عشر سنوات من قضاء العقوبة الأولى. فإذا توفرت هذه الشروط مجتمعة، وقرر القاضي تطبيق العود وجب عليه عدم تجاوز الحدود التالية:
 - إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجنحة الجديدة من خمس سنوات حبسا إلى عشر سنوات، فإن الحد الأقصى لعقوبة الحبس والغرامة المقرر لهذه الجنحة يرفع وجوبا إلى الضعف وهذا ما نصت عليه المادة 54 مكرر 1 ف 01 ق.ع.
 - إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجنحة الجديدة يزيد عن 10 سنوات ويقل عن 20 سنة، فإن الحد الأقصى للعقوبة السالبة للحرية يرفع إلى 20 سنة حبسا (المادة 54 مكرر 1 / 2 ق.ع).

¹ يطلق الفقهاء مصطلح عود عام أو مطلق للدلالة على عدم اشتراط القانون تماثلا أو تشابها بين الجريمة التي صدر الحكم بالإدانة فيها وبين الجريمة الأخرى التي تقع من المتهم العائد، في حين يطلق مصطلح العود المؤبد للدلالة على عدم التقيد بمدة زمنية بين الحكم البات وبين تاريخ الجريمة الثانية المرتكبة من المتهم العائد. أنظر: أحمد محمود عبد العال، العود والاعتیاد على الإجرام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 201 - 202.

² قبل تعديل قانون العقوبات بموجب الأمر 06-23، كان المشرع يشترط أن تكون العقوبة المقررة للجناية الجديدة السجن المؤبد، لكنه لم يشترط ذلك بعد التعديل، ومن ثمة تطبق عقوبة الإعدام حتى وإن كانت الجناية الجديدة معاقبا عليها بالسجن المؤقت كما هو الحال بالنسبة للضرب والجرح العمدي المفضي إلى الوفاة دون قصد إحداثها (المادة 264 فقرة أخيرة ق.ع).

³ يلاحظ بأن المادة 54 مكرر ق.ع لم تشر إلى الفرضية التي تكون فيها الجناية الثانية معاقب عليها بالسجن المؤبد ولم تؤد إلى إزهاق روح إنسان، كجنايات تزوير النقود، وتقليد خاتم الدولة، ومن ثمة لا يبقى أمام جهات الحكم إلا تطبيق العقوبات المقررة لهذه الجنايات أي السجن المؤبد.

⁴ يطلق مصطلح العود المؤقت حينما يشترط القانون لتوفر حالة العود أن تقع الجريمة الثانية خلال مدة زمنية محددة من تاريخ قضاء العقوبة السابقة. أنظر: جواد يوسف، مرجع سابق، ص 77. وانظر أيضا: عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 381.

- إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجنة الجديدة يساوي 20 سنة حبسا، فإن الحد الأدنى لهذه العقوبة يرفع وجوبا إلى الضعف (المادة 54 مكرر 1 فقرة 2 ق.ع)¹.

إضافة إلى تشديد العقوبة في حالة العود المنصوص عليها في المادة 54 مكرر 1 ق.ع، فإن المشرع قد أجاز للقاضي أن يحكم بوحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المشار إليها في المادة 09 ق.ع.

- الحالة الثالثة: وهي الحالة المنصوص عليها بالمادة (54 مكرر 2 ق.ع)، ويشترط لتطبيقها أن تكون الجريمة المرتكبة الأولى جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تفوق خمس سنوات، وأن تكون الجريمة الجديدة جنحة يعاقب عليها القانون بعقوبة حدها الأقصى يساوي أو يقل عن خمس سنوات حبسا، وأن تقع الجريمة الجديدة خلال الخمس سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة.

فالعود في هذه الحالة مؤقت لأنه محدد بمدة خمس سنوات، فإذا انقضت هذه المدة، ولم يرتكب جريمة أخرى، لم يعد الجاني عائدا.

لكن، إذا توقرت هذه الشروط وقرّر القاضي الجزائي تطبيق ظرف العود على المجرم العائد، فترفع عقوبتي الحبس والغرامة المقررتين لهذه الجنحة وجوبا إلى الضعف²، مع جواز الحكم على الجاني بوحدة أو أكثر من العقوبات المنصوص عليها بالمادة 9 ق.ع، وفقا للمادة 54 مكرر 2 فقرة 2 ق.ع.

الحالة الرابعة: نصت على هذه الحالة المادة 54 مكرر 3 ق.ع، حيث اشترطت على القاضي لتشديد العقوبة أن تكون الجريمة الأولى جنحة لا تتجاوز عقوبتها الحد الأقصى العام للجنح (خمس سنوات حبس)، وأن تكون الجريمة الثانية المرتكبة هي نفس الجنحة أو جنحة مماثلة لها بمعنى يجب التماثل بين الجنحة المرتكبة السابقة والجنحة اللاحقة، كما يشترط أن تكون الجريمة الجديدة قد وقعت خلال الخمس سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة.

فالعود في هذه الحالة هو عود خاص يشترط فيه القانون تماثلا بين الجنحة التي سبق الحكم فيها نهائيا والجنحة التي تلتها³، وهو عود مؤقت لكونه يشترط أن تقع الجريمة الثانية خلال مدة زمنية محددة من تاريخ قضاء العقوبة السابقة.

¹ - تطرح هذه الحالة إشكالا عمليا في التطبيق وذلك في حالة ما إذا كان العقوبة المقررة للجنة الجديدة محصورة بين عشر سنوات وعشرين سنوات، فوفقا للمادة 54 مكرر 02/1 ق.ع يرفع الحد الأدنى وجوبا إلى الضعف بحيث تصبح العقوبة الجديدة عشرين سنة حبس، دون حد أدنى، وهو ما يطرح إشكالا عمليا للقاضي حول الحد الأدنى الذي لا يمكن تجاوزه إذا قرر إفادة هذا المتهم بظروف التخفيف تطبيقا لأحكام المادتين 53 مكرر، 53 مكرر 04 ق.ع اللتان لا تسمحان بالتزول عن الحد الأدنى المقرر للجريمة في حالة إفادة المتهم بظروف التخفيف.

² - قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2006، كان تشديد العقوبة في هذه الحالة جوازي للقاضي (المادة 55 ق.ع).

³ - أنظر المادة 57 ق.ع ، ويقابل هذا النص المادة 132-16 من قانون العقوبات الفرنسي.

فإذا تحققت الشروط السالفة الذكر وقرر القاضي تطبيق ظرف العود، وجب عليه وفقا لنص المادة 54 مكرر3 ق.ع أن يرفع الحد الأقصى لعقوبتي الحبس والغرامة المقررة لهذه الجنحة إلى الضعف. وعلى خلاف الحالات الواردة بالمادتين 54 مكرر 1، 54 مكرر 2 ق.ع، فإن المشرع لم يجرز للقاضي أن يحكم بوحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الواردة بالمادة 9 ق.ع.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 59 ق.ع حظرت على القاضي بأن يعتد بالعقوبات المحكوم بها من طرف المحاكم العسكرية لجناية أو جنحة كسابقة لتطبيق العود إلا إن كانت هذه العقوبة قد صدرت في جناية أو جنحة معاقب عليها في القانون العام. كما لا يعتد بالعقوبات الصادرة عن المحاكم الأجنبية، فقد جرى العرف الدولي على عدم احتساب هذه العقوبات سوابق في العود¹.

2-1-2- العود في مواد المخالفات: خلافا لبعض التشريعات المقارنة التي استبعدت المخالفات من نطاق الجرائم التي يعتد بها في مجال العود سواء في اعتبارها أساسا منشئا لحالة العود، وعند النظر في الجريمة الجديدة التي يثار بشأنها أحكام العود، بحجة أن المخالفات غير ذات أهمية، وأن الحكم فيها لا يشكل إنذارا جديا للمتهم، وأن ارتكابها لا ينبئ عن خطورة تستأهل تدخل المشرع لتغليظ العقاب في حالة العود²، فإن المشرع الجزائري تبنى أحكام العود في مواد المخالفات في المادة 54 مكرر4 ق.ع، وأحال تطبيق العقوبات الخاصة بالعود إلى المادتين 445، 465 ق.ع.

وقد اشترط المشرع لتطبيق العقوبات المقررة لحالة العود في مواد المخالفات، أن تكون الجريمة الأولى بوصف مخالفة، وأن تكون الجريمة الثانية المرتكبة هي نفس المخالفة، كما اشترط أن تكون المدة الفاصلة بين قضاء العقوبة السابقة وارتكاب المخالفة الجديدة سنة على أقصى تقدير.

فالعود في هذه الحالة هو عود خاص ومؤقت، ويتحقق هذه الشروط يصبح المجرم عائدا، وتطبق عليه أحكام العود الخاصة بالمخالفات الحالات التي نصت عليها المادتين (445، 465 ق.ع):

وتعليقا على نص المادة 57 ق.ع نقول بأن المشرع الجزائري وسع فعلا في قائمة الجرائم التي تعتبر من نفس النوع مقارنة مع القائمة المحددة قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2006، سيما ما تعلق بأعمال العنف، لكن تبقى هذه القائمة قاصرة عن استيعاب الكثير من الجرائم التي تعتبر من نفس النوع الوارد في القائمة المذكورة في المادة 57 ق.ع، وهو ما يعني إفلات الكثير من الجرائم من تطبيق ظرف العود، بسبب عدم تماثل الجريمتين، خاصة إذا علمنا بأن هذه القائمة محددة حصرا ولا يجوز القياس عليها. فقد قضت المحكمة العليا في هذا المعنى: "لا تطبق أحكام العود إلا على الجرائم التي تعتبر من نفس النوع، الواردة على سبيل الحصر في القانون، ومن ثم يعرض قرارهم للنقض قضاة الموضوع الذين قرروا أن المتهم في حالة عود، دون أن يوضحوا في حكمهم جميع الظروف التي تشكل حالة العود القانوني" المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، قرار في 1989.04.04، ملف 52717، المجلة القضائية، عدد 01، 1991، ص 169.

¹ - بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 427.

² - عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 386.

- الحالة الأولى: نصت على هذه الحالة المادة 445 ق.ع، حيث شددت عقوبة العائد الذي ارتكب مخالفات من الفئة الأولى المنصوص عليها في المواد من (440 إلى 444 مكرر ق.ع)، بالحبس لمدة قد تصل إلى أربعة أشهر، وبغرامة قد تصل إلى 40.000 دج.

- الحالة الثانية: نصت عليها المادة 465 ق.ع، حيث شددت عقوبة العائد الذي ارتكب مخالفات من الفئة الثانية، وتدرجت في الشدة بحسب الدرجة التي تنتمي إليها المخالفات وفق ما يلي:

- رفع عقوبة الحبس إلى شهر والغرامة إلى 24.000 دج بالنسبة لمخالفات الدرجة الأولى من الفئة الثانية المنصوص عليها في المادتين 449، 450 ق.ع.

- رفع عقوبة الحبس إلى عشرة أيام والغرامة إلى 16.000 دج بالنسبة لمخالفات الدرجة الثانية من الفئة الثانية المنصوص عليها في المواد من 451 إلى 458 ق.ع.

- رفع عقوبة الحبس إلى خمسة أيام والغرامة إلى 12.000 دج بالنسبة لمخالفات الدرجة الثالثة من الفئة الثانية المنصوص عليها في المواد من 459 إلى 464 ق.ع.

2-2- حدود تشديد العقوبة إذا كان العائد شخصا معنويا: أدرج المشرع نظاما خاصا بالعود بالنسبة للشخص المعنوي، بمناسبة تعديل قانون العقوبات سنة 2006 (الأمر 23-06)، وقد نص المشرع على أحكام العود الخاصة بالشخص المعنوي في المواد من 54 مكرر 5 إلى 54 مكرر 9 ق.ع¹. وباستقراء هذه النصوص نجد بأن المشرع قد ميز بين العود في مواد الجنايات والجرح، والعود في مواد المخالفات، من حيث الشروط المتطلبة لتوفر حالة العود، ومن حيث الحدود القانونية للعقوبات التي يطبقها القاضي الجزائي على الشخص المعنوي العائد على النحو التالي:

2-2-1- العود في مواد الجنايات والجرح: نص المشرع الجزائي على الأحكام الخاصة بالعود في مواد الجنايات والجرح في المواد من 54 مكرر 5 إلى 54 مكرر 8 ق.ع، وفق الحالات التالية:

- الحالة الأولى: وهي الحالة المنصوص عليها بالمادة 54 مكرر 5 ق.ع، ولتوفر حالة العود في الشخص المعنوي العائد إلى الجريمة اشترط المشرع أن تكون الجريمة الأولى المرتكبة جنائية أو جنحة معاقب عليها بالنسبة للشخص الطبيعي بغرامة حدها الأقصى يفوق 500.000 دج، وأن تكون الجريمة الثانية بوصف جنائية مهما كانت عقوبتها.

¹ - وتقابلها المادتان 12-132 إلى 132-15 من قانون العقوبات الفرنسي.

وفي هذه الحالة لا يشترط المشرع التماثل بين الجريمتين ولا مرور مدة زمنية بينهما، ومن ثم فالعود هنا عام مؤبد، ويتوفر الشرطين السالفي الذكر يطبق القاضي الجزائي العقوبات المشددة التالية:

- إذا كانت الجناية الجديدة معاقب عليها بالغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي تكون النسبة القصوى للغرامة المطبقة تساوي عشر مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه الجناية.

- إذا كانت الجناية الجديدة غير معاقب عليها بالغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي يكون الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص المعنوي هو 20.000.000 دج، إذا كانت الجناية الجديدة معاقب عليها بالنسبة للشخص الطبيعي بالإعدام أو السجن المؤبد. أما إذا كانت الجناية معاقب عليها بالنسبة للشخص الطبيعي بالسجن المؤقت يكون الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص المعنوي هو 10.000.000 دج.

- الحالة الثانية: وهي الحالة التي نصت عليها المادة (54 مكرر 6 ق.ع)، ويشترط لتطبيقها أن تكون الجريمة الأولى المرتكبة جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالنسبة للشخص الطبيعي بغرامة يفوق حدها الأقصى 500.000 دج، وأن تكون الجريمة المرتكبة لاحقا جنحة مشددة معاقب عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي بغرامة يفوق حدها الأقصى 500.000 دج، بصرف النظر عن نوع هذه الجريمة، كما يشترط أن ترتكب الجريمة الثانية خلال العشر سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة.

فالعود في هذه الحالة هو عود عام ومؤقت، إذ يطبق القاضي عند توفر هذه الشروط الحدود القانونية الجديدة للعقوبة وفق ما نصت عليه المادة 54 مكرر 6 ق.ع، فإذا كانت الجنحة الجديدة معاقب عليها بالغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي تكون النسبة القصوى للغرامة المطبقة تساوي عشر مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه الجنحة. أما إذا كانت الجنحة الجديدة غير معاقب عليها بالغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي، فإن العقوبة المطبقة في حالة العود هي الغرامة التي يساوي حدها الأقصى 10.000.000 دج.

- الحالة الثالثة: وهي الحالة التي نصت عليها المادة 54 مكرر 7 ق.ع، ويشترط لتطبيقها أن يكون الحكم الأول صادرا في جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالنسبة للشخص الطبيعي، بغرامة يفوق حدها الأقصى 500.000 دج، وأن تكون الجريمة الجديدة جنحة يعاقب عليها القانون بالنسبة للشخص

الطبيعي بغرامة حدها الأقصى يساوي أو يقل عن 500.000 دج، بغض النظر عن نوع هذه الجريمة، كما يشترط أيضا أن تقع الجريمة الثانية خلال فترة الخمس سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة. فالعود في هذه الحالة عود عام ومؤقت، وبتوفر هذه الشروط يطبق القاضي الحدود القانونية الجديدة للعقوبة، فإذا كانت الجنحة الجديدة معاقب عليها بالغرامة للشخص الطبيعي يكون الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص المعنوي هو عشر مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه الجنحة، أما إذا كانت الجنحة الجديدة غير معاقب عليها بالغرامة للشخص الطبيعي يكون الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص المعنوي 5.000.000 دج.

-الحالة الرابعة: وهي الحالة التي نصت عليها المادة 54 مكرر 8 ق.ع، ويشترط لتطبيقها أن يكون الحكم الأول صادرا من أجل جنحة، ولم يشترط المشرع عقوبة محددة لهذه الجنحة، وأن تكون الجريمة الجديدة المرتكبة هي نفس الجنحة أو جنحة مماثلة لها وفق المادة 57 ق ع المشار إليها سابقا، وأن يرتكب الجنحة الجديدة خلال مدة الخمس سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة.

والعود في هذه الحالة عود خاص ومؤقت، وبتوفر هذه الشروط تصبح العقوبة المقررة للجريمة بحدود جديدة بعد تطبيق ظرف التشديد، فإذا كانت الجنحة الجديدة معاقب عليها بالغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي يكون الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص المعنوي هو عشر مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه الجنحة. أما إذا كانت الجنحة الجديدة غير معاقب عليها بالغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي يكون الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص المعنوي في حالة العود هو 5.000.000 دج.

2-2-2- العود في مواد المخالفات: نص المشرع الجزائي على حالات العود في مواد المخالفات بالنسبة للشخص المعنوي في المادة 54 مكرر 9 ق.ع، وما يلاحظ على النص هو أن المشرع استوجب لتطبيق ظرف العود على الشخص المعنوي نفس الشروط المطبقة على الشخص الطبيعي¹. وعند توفر شروط العود يطبق القاضي الجزائي العقوبة المشددة بحدودها الجديدة المتمثلة في غرامة يساوي حدها الأقصى عشر مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه المخالفة بالنسبة للشخص الطبيعي.

¹ - حيث اشترط المشرع ارتكاب نفس المخالفة في مدة أقصاها سنة من تاريخ الحكم الأول النهائي، فهو عود خاص ومؤقت.

وينبغي أن نشير في الأخير إلى أن الشروط والعقوبات المشددة التي فرضها المشرع القاضي الجزائي لتطبيق ظرف العود في قانون العقوبات، ليست بالضرورة نفس الشروط والعقوبات التي قررتها بعض القوانين الخاصة، إذ أن المشرع ونظرا لخطورة بعض الجرائم، فقد نظم أحكام العود الخاصة بها في النصوص التشريعية التي تضمنتها، وتميزت في مجملها باستثناءات على حالات العود المذكورة في قانون العقوبات، كما هو الحال بالنسبة للقانون رقم 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية (المادة 27 منه)¹. ففي هذا النص لم يشترط المشرع أي شروط خاصة لتطبيق حالة العود، وهو يطبق على جميع المتهمين سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية ارتكبوا جنایات أو جنحا. كما أورد الأمر رقم 06-05 المتعلق بمكافحة التهريب، نصا عاما يتعلق بحالة العود، خلافا لقانون الجمارك الذي التزم الصمت إزاء المسألة مُجِلاً ضمناً إلى القواعد العامة المقررة في قانون العقوبات، لكن المشرع في الأمر 06-05 لم يعرف ظرف العود ولم يبين شروطه واقتصر فقط على الآثار المترتبة على توفر ظرف العود على مستوى العقوبة، وهكذا نصت المادة 29 من هذا الأمر على أن الجرائم التي تكون عقوبتها السجن المؤقت والحبس والغرامة، تضاعف في حالة العود إذا ارتكب الجاني إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الأمر، وتبعاً لذلك يتعين الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في قانون العقوبات لتحديد شروط العود وفقاً لما أوردناه سابقاً، ثم تطبيق ما ورد في المادة 29 بخصوص العقوبات المشددة.

و عند استقراء نص المادة 29 السالفة الذكر نسجل ملاحظتين هامتين، الأولى أن هذا النص يتحدث على السجن المؤقت، في حين أن هذه العقوبة غير واردة تماماً في الأمر 06-05 الذي يعاقب على أعمال التهريب إما بالحبس أو السجن المؤبد. أما الملاحظة الثانية أن هذا النص لم يأخذ بعين الاعتبار لا نوع الجريمة جنائية أو جنحة، ولا نوع العقوبات سجن أو حبس أو غرامة، واكتفى بحكم عام وهو مضاعفة العقوبة في كل الحالات، خروجاً عن ما هو مقرر في قانون العقوبات، الذي نص بوجه عام على رفع الحد الأقصى للعقوبة إلى الضعف في حالة العود.

¹ - تنص المادة 27 من القانون 04-18 المتعلق بالمخدرات: "في حالة العود، تكون العقوبة التي يتعرض لها مرتكب الأفعال المنصوص عليها في القانون كما يأتي:
- السجن المؤبد إذا كانت الجريمة معاقباً عليها بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سن، - السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة، إذا كانت الجريمة معاقباً عليها بالحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات، - ضعف العقوبة المقررة لكل الجرائم الأخرى".

خاتمة

خاتمة

إن الهدف الأساسي الذي يصبو إليه هذا البحث هو دراسة مدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي في تقديره لأدلة الإثبات من جهة، وفي تقدير المعاملة العقابية المناسبة لمقترب الجريمة من جهة أخرى، خاصة في ظل اقتحام الأدلة العلمية الحديثة ميدان الإثبات الجنائي، مع ما تشكله أحيانا من هدر للحقوق والحريات الأساسية للإنسان، ومع تطور الأنظمة العقابية العالمية نحو مزيد من الحرية في تقدير العقوبات، و الاتجاه شيئا فشيئا نحو أنسنة العقوبات، والتعرف من خلال ذلك على مدى مواكبة التشريع الجنائي الجزائري بشقيه الإجرائي والموضوعي لأحدث التطورات التي عرفتها التشريعات الجنائية المقارنة في مجال سلطة القاضي في تقدير الأدلة، وفي تحديد العقوبة المناسبة لمقترب الجريمة، والتعرض من خلال ذلك إلى الضوابط التي تحكم مباشرة القاضي الجزائي لسلطته التقديرية، وكذا الضمانات التي أقرتها هذه التشريعات للحيلولة دون التعسف في استعمال هذه السلطة.

ومن خلال استقراءنا وتحليلنا لمختلف النصوص التشريعية الوطنية والمقارنة، ودراسة مختلف القضايا والمسائل ذات الصلة بموضوع البحث، توصلنا إلى مجموعة من النتائج التي تشكل إجابة للإشكالية التي وضعناها لهذا البحث، وختمناها بمجموعة من الإقتراحات التي نرى أنه من الأجدر أن يستلهم منها مشرعنا قصد تحقيق التوازن المطلوب بين مصلحة المجتمع في تعقب المجرمين وعدم إفلاتهم من العقاب ومصلحة المتهم في عدم المساس بحقوقه الأساسية من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق عدالة جنائية مناسبة بتوقيع عقاب مناسب وعادل على المجرمين قصد إصلاحهم وتهذيبهم والحيلولة دون عودتهم إلى الجريمة، وفقا لتوجهات السياسة الجنائية الحديثة.

أولا / النتائج:

أقرت معظم التشريعات الإجرائية الجنائية بما فيها تشريعنا الوطني مبدأ حرية القاضي الجزائي في اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات - متى كانت مشروعة- ومنحت للقاضي حرية الإقتناع الشخصي بأي دليل مطروح أمامه، وهذا التوجه الذي سلكته التشريعات يأتي في مقابل مبدأ البراءة الأصلية التي يتمتع بها المتهم عبر جميع مراحل الدعوى.

إن مبدأ الإقتناع الشخصي الذي اعتنقه المشرع الجزائري من شأنه أن يسمح باستخدام واسع للأدلة العلمية الحديثة، فهو يتيح للقاضي أن يستمد اقتناعه من أي دليل، ومن ثمة يمكن لهذا المبدأ

أن يستوعب جميع الأدلة العلمية الحديثة، سواء تلك التي تم اكتشافها أو حتى التي لم تُكتشف بعد، طالما أنه لا يستبعد مسبقا أي دليل، ولا يمنح لأي دليل سموا على غيره من الأدلة. لكن ما يُلفت الإنتباه هو أن سلطة القاضي الجزائي في مجال الإثبات قد ازدادت تعقيدا في وقتنا الحاضر بسبب التطورات السريعة في المجالات العلمية والتكنولوجية والتي يمكن تسخيرها للكشف عن الحقيقة، وهو ما شكّل بواذر ظهور نظام إثبات علمي يخلّف نظام الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي المعتمد حاليا في أغلب النظم الإجرائية العالمية.

إذا كان القاضي الجزائي يتمتع بحرية واسعة في تقدير الأدلة، فهو حرّ في اختيار الأدلة المناسبة لقضائه، وحرّ في تكوين قناعته من أي دليل يطمئن إليه دون تقيّد بدليل معين، فإن المشرع لم يترك هذه الحرية مطلقة دون حدود بل قيدها بأن أخضع هذه السلطة لضوابط، بعضها منصوص عليه في القانون وبعضها الآخر مقرر ضمن المبادئ العامة غير منصوص عليها، كما أورد استثناءات اقتضتها دوافع وأسباب معينة في شكل صور متباينة اضطر المشرع إلى تقريرها سعيا لكشف الحقيقة، وتحقيقا للعدالة المرجوة في إطار احترام حقوق الإنسان و المجتمع على السواء.

وتتخذ هذه الضوابط صورا متباينة، فقد ترد على الأدلة التي يستمد منها القاضي اقتناعه، فلا تقبل هذه الأدلة إلا إن كان طريق تحصيلها مشروعاً، كما لا تقبل إلا إن كانت واردة بملف الدعوى وخضعت للمناقشة، فالدليل الذي يصحّ الإعتماد عليه لتكوين قناعة القاضي يجب أن يكون له أصل في الأوراق تأسيسا على مبادئ الشفوية والعلنية والمواجهة في المحاكمة، وبالتبعية يجب أن يُتاح لأطراف الدعوى الإطلاع عليه ومناقشته والرد عليه، فلا يجوز للقاضي أن يبني حكمه إلا على دليل له أصل في ملف الدعوى، وكلّ دليل لا أصل له في أوراق الدعوى لا يكون له وجود في نظر القانون، عملا بالأصل العام الذي يقضي بوجوب تدوين جميع إجراءات الدعوى الجنائية.

يُجمع الفقه والقضاء على رفض الأدلة المستمدة من بعض الوسائل العلمية الحديثة، ويستندون في ذلك على أسباب عديدة تتمحور إما حول النتائج المترتبة على استخدام بعضها والتشكيك في دلالتها، وإما أن استخدامها فيه هدر وانتقاص لكرامة الإنسان وحقوقه المصونة أو في الغالب لاجتماع السببين، ومثالها التنويم المغناطيسي وجهاز كشف الكذب واستعمال العقاقير المخدرة، لكن هناك وسائل علمية وبرغم مساسها ببعض الحقوق والحريات المقررة قانونا للشخص إلا أن مقتضيات العدالة والمنفعة العامة المتوخاة في كشف الجريمة التي تتشعب أحيانا وتتخذ أبعادا

خطيرة يصعب كشفها، جعلت من الفقه والقضاء يجنح نحو إباحتها، ومثالها فحص البصمة الوراثية وغسيل المعدة وإجراء تحاليل اللعاب والدم والبول وغيرها.

كرّس القضاء ضابطين آخرين للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي يحدّان من الحرية الممنوحة للقاضي في تقدير الأدلة وهما: وجوب أن يكون الإقتناع يقينيا مبنيا على الجزم واليقين، ووجوب أن تكون الأدلة منطقية ومتسادة. فالأحكام الجزائية لا تبني تماما على الشكّ والإحتمال، وإنما على الجزم واليقين، فأى شك يساور عقيدة المحكمة في ثبوت التهمة يجب أن يفضي الى الحكم بالبراءة، وتعدّ قاعدتنا الشك يفسر لمصلحة المتهم وتسبب الأحكام من أهم الضمانات الموصلة إلى قناعة آمنة من كلّ انحراف، وينطبق هذا الأمر حتى على محكمة الجنايات بدرجتها، بعد فرض تسبب الأحكام الجنائية بموجب القانون 07-17 المؤرخ في 27 مارس 2017 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

كما ترد على قاعدة حرية القاضي الجزائي في الإثبات بعض الإستثناءات بعضها يرد على حرية القاضي في اختيار الأدلة التي يستمد منها قناعته، وبعضها الآخر يرد على حرية القاضي في تكوين اقتناعه، بحيث تقيّد حرية القاضي في تقدير الأدلة وفقا لاقتناعه الشخصي فيُحدد القانون مسبقا قيمة تلك الأدلة في العملية الإثباتية. وتبعاً لذلك خرج المشرع الجزائري عن مبدأ الإقتناع الشخصي، وألزم القاضي الجزائي باتّباع أدلة محددة لإثبات جرمي الزنا والقيادة في حالة سكر. كما قد ترتكب الجريمة في ظروف تجعل من العسير تحصيل أدلة اتهام متابعة مرتكبها وإدانتهم، كما قد يصعب الإحتفاظ بها إن وجدت لتعدّد كشف الأثر الذي تركته، فأضفى المشرع على بعض المحاضر قوة إثباتية خاصة بحيث يعتبر المحضر حجة بما جاء فيه إلى أن يثبت ما ينفيه تارة بإثبات العكس وتارة بالطعن بالتزوير، كما تدخل المشرع أحيانا ليتدارك عسر الإثبات وثقله على الأطراف ليفترض وضعا غالبا على أساس رجحان وقوعه في الغالب دونما حاجة لإثباته ويتعلق الأمر هنا بالقرائن القانونية. وقد انتهينا إلى أن هذه الأخيرة تنقل عبء الإثبات إلى المتهم مما يشكل انتهاكا لأصل البراءة المفترض في المتهم، والذي يعد ركنا أساسيا من أركان الشرعية الإجرائية، والقاضي لا بد له أن يحكم باليقين الذي تكوّن لديه لا لدى غيره، ولو كان هذا الغير هو المشرع نفسه.

إذا كانت سياسة التفريد الحديثة للعقوبة تقتضي التوسع في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي، فإن حسن استخدام هذه السلطة تتطلب أن تحاط بالضمانات والضوابط التي تبعتها عن كل انحراف أو تحكّم، وبالتالي الإخلال بميزان العدالة من خلال التفاوت بين العقوبات التي ينطق بها القاضي إزاء مرتكبي أفعال متماثلة، والتي ترجع أساسا إلى التفاوت في أسس تقدير العقاب أو

إلى البيئة التي نشأ فيها القاضي أو التأثر بالظروف الخارجية خصوصا إذا كان مصدرها الرأي العام، وكل ذلك من شأنه أن يهبط بصفة اليقين في العقوبة، الأمر الذي ينعكس لا محالة على مصداقية العدالة الجنائية واحترام الجمهور لدور القاضي الجنائي باعتباره أهم الوسائل لتحقيق الضبط الإجتماعي.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على ضوابط عامة يلتزم أو يسترشد بها القاضي الجزائري في تحديده للعقوبة وتفريدها، غير أنه و باستقراء منهج المشرع في التدرّج بالعقوبات التي رصدها في نصوص التجريم المختلفة يمكن استنتاج مجموعة من الضوابط الإرشادية التي توجه القاضي الجزائري عند تحديده للعقوبة المناسبة. هذه الضوابط لا تشكل في حقيقتها قيودا على السلطة التقديرية للقاضي بل هي ضمانات تكفل حسن استخدام القاضي لسلطته منعاً لكل تعسف أو مغالاة، وهي في الآن نفسه عناصر تساعد القاضي في تقديره للعقوبة، ويستنير على هديها لمعرفة الظروف المحيطة بالجريمة والمجرم. وهذه الضوابط تختلف وتتنوع، فقد تندمج في فكرة مادية تتصل بوقائع الجريمة، وقد تتجه هذه الضوابط وجهة شخصية تتصل بالجاني، مما يتيح للقاضي استجلاء الخطورة الكامنة في المجرم، ومن ثمة فرض العقوبة الملائمة عليه، وبغير هذه الضوابط تتسع سلطة القاضي التقديرية، ويصعب فرض رقابة قانونية عليها، مما قد يؤدي إلى احتمال انحراف الحكم عن مطلب العدالة، نتيجة تعسف القاضي أو سوء تقديره للعقوبة المناسبة للحالة المعروضة عليه.

إن منح المشرع الجزائري للقاضي مكنة تحديد العقوبة ما بين الحدين الأقصى والأدنى، مردّه إلى أن هناك أنواعا مختلفة ومتعددة من صور ارتكاب الجريمة يمكن أن تتنوع معها العقوبة المطبقة فعلاً، ولا يستطيع المشرع تنظيمها سلفاً وفق نماذج مجردة، لذلك فهو يترك تقدير ذلك للقاضي، أما الجرائم التي ينص المشرع فيها على عقوبة ذات حدّ واحد فهي وفقاً لنظرة المشرع تنطوي على جميع العناصر اللازمة للتقويم القانوني الذي تولاه المشرع نفسه.

لقد أصبح من مسلمات العصر الحديث منح القاضي سلطة تفريد العقوبة من خلال ما يتاح له من اتصال بالمجرم والتحقيق في ظروف ارتكابه للجريمة، وعليه تلجأ التشريعات إلى وسائل متعددة لتهيئة السبيل أمام القاضي لضمان تطبيق أمثل للعقوبات. وتتفق غالبية التشريعات الجنائية على وسائل قانونية محددة يتوجب على القاضي مراعاتها وتطبيقها عند استخدام سلطته التقديرية في اختيار العقوبة المناسبة. فقد وضع المشرع العقوبة عموماً بين حدين يسمحان باتساع طردي لسلطة القاضي التقديرية كلما كان الفرق بينهما واسعاً، ويتفاقم هذا الإتساع إذا تنوعت العقوبات التي

يضعها المشرع للجريمة الواحدة بحيث يمكن اختيار إحداها، ثم تقدير العقوبة مرة ثانية ضمن الحدود المتاحة للعقوبة المختارة الجديدة، ومن عوامل اتساع هذه السلطة إمكانية تجاوز الحدود الدنيا والقصوى المقررة قانونا هبوطا نحو التخفيف أو صعودا نحو التشديد حسب الظروف المحيطة بالمجرم والجريمة، ويمكن أن تتسع هذه السلطة إلى جواز الحكم بنوع مختلف على نحو أخف أو أشد، وقد يحكم بعقوبة ويأمر بوقف نفاذها في الوقت نفسه.

إن نظامي العقوبات التخيرية والبديلة أبعد مدى من نظام التدرج الكمي في تفريد العقوبات، ذلك أن اختيار عقوبة ذات طبيعة ثلاثية حالة الجاني من بين عقوبتين أو بضع عقوبات، لكل منها طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة الأخرى، يضمن المواءمة الفردية للعقوبة إلى درجة أكبر مما يتيح فرض عقوبة وحيدة قد لا تناسب المجرم، مهما كان مجال حدّي هذه العقوبة واسعا.

نؤكد على سلامة توجه المشرع الجزائري حينما منح الحرية للقاضي في الحكم بوقف تنفيذ العقوبة في حالة توفر شروطه، فهذا سيزيح عن أذهان المجرمين اعتقادهم بأن الجريمة الأولى غير معاقب عليها بعقوبة نافذة، وهو ما سيثبّع على الإجرام سيما ارتكاب الجريمة الأولى، طالما أن مقترفها سوف ينجو من ألم العقوبة، مخالفا بذلك توجه التشريع الفرنسي الذي جعل الأصل في مواد الجنج هو وقف تنفيذ عقوبة الحبس، واعتبر أن القضاء بالحبس مع النفاذ استثناء يقتضي التسبيب.

رغم بعض المزايا التي تميز بها نظام السلطة المحددة للقاضي في تخفيف العقوبة الذي انتهجه مشرعنا بعد تعديله لقانون العقوبات، بموجب الأمر رقم 06-23 المؤرخ في 24 ديسمبر 2006، كحفاظه على مبدأ قانونية العقوبة، وابتعاده عن نظام العقوبات التحكيمية التي تؤدي إلى الحكم بعقوبات مخففة جدا لا تتماشى مع هدف العقوبة في الردع العام، إلا أن هذه المزايا لا تصمد أمام مثالب هذا النظام الذي يسلب نسبيا سلطة القاضي في التقدير، إذ بعد وقوف القاضي على ظروف مخففة للجاني، يصطدم بالحدود القانونية التي وضعها له المشرع في التخفيف، والتي قد تؤدي إلى الحكم على الجاني بعقوبات قاسية لا تتناسب مع الحالة المعروضة عليه، وتتناقى مع مبدأ التفريد القضائي، خاصة إذا كان المحكوم عليه مسبقا قضائيا أو في حالة عود. فإفادة بعض المجرمين بظروف مخففة هو في الحقيقة وسيلة لتقريب القانون المجرد من الواقع، وإدخال أسس جديدة على مبدأ الشرعية بالشكل الذي يحقق العدالة الاجتماعية دون هدم الركائز الأساسية لنصبة التجريم والعقاب، فالمجرمون في أحيان كثيرة يكونون ضحايا لظروف شخصية أو مادية باعثة على ارتكاب

الجريمة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون النص الجنائي قاسيا بحق هؤلاء بمبرر صرامة الشرعية الجنائية.

وإذا كان القانون قد مكّن القاضي الجزائي من سلطة تقديرية واسعة في الحكم بتشديد عقوبة المجرم العائد، فإنه مقابل ذلك قيّد سلطته في درجة تشديد العقوبة إذا ما قرر استعمال ظرف العود، إذ بالإضافة إلى اشتراطه شروطا خاصة تتعلق في مجملها بنوع الحكم السابق أو نوع الجرائم المقترفة أو الفترة التي تفصل بين جريمة وأخرى، فإنه وضع للقاضي نطاقا عقابيا لا يمكنه تجاوزه، ويفرق المشرع في ذلك بين ما إذا كان العائد شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

ثانيا/ الإقتراحات:

تطبيقا لقرينة البراءة، يجدر بالمشرع استبعاد وسائل الإثبات غير النزيهة صراحة، حتى ولو كانت هذه الوسائل علمية، فأمام سكوت المشرع لا تزال الأدلة المتحصلة عن طريق هذه الوسائل تطرح مشاكل لا حصر لها بالنسبة للقضاة، لأن شرعيتها مشكوك فيها، الشيء الذي ربما يُفسّر عدم الإستقرار القضائي في قبولها أو استبعادها كأدلة إثبات، لذلك نقترح إدراج النص التالي ضمن قانون الإجراءات الجزائية: "يمكن للقاضي الإستعانة بالوسائل العلمية والتكنولوجية الحديثة لاكتشاف الجريمة وتحصيل الأدلة شريطة أن لا تتعارض مع الشرعية الإجرائية والكرامة الإنسانية، وللقاضي الحرية بعد ذلك في تقدير الأدلة المتحصلة وفقا لاقتناعه الشخصي".

إن هدف الخصومة الجزائية هو الوصول إلى حل عادل للخصومة، ومن ثمة وجب أن تُمنح للقاضي الحرية التي تمكنه من مواجهة متطلبات هذه المهمة الشاقة، فالعملية القضائية ليست عملية آلية منطقية فحسب، ولكنها تنطوي على أحكام أخلاقية مبنية على المواقف واتجاهات السلوك، ولكل قضية وقائعها وظروفها، مما يفرض على المشرع ترك حرية التقدير للقاضي، فعملية التقدير لا يمكن صياغتها في قوالب قانونية ثابتة، وفرض قيمتها على قناعة القاضي، فهذا يتعارض مع مستلزمات العمل القضائي، لذا فالأصل أنه يحظر على المشرع إضفاء قوة معينة على أي دليل قد يؤدي إلى تقييد سلطة القاضي في تكوين قناعته، كما يحظر عليه أن يتدخل في تحديد الأدلة التي يستقي منها القاضي قناعته، فالحقيقة التي يتوصل إليها القاضي بناءً على اقتناعه الشخصي هي الحقيقة الأمثل، لأنه هو من يقف على حقيقة الوقائع، وعلى الأدلة المتوفرة للإثبات، لذلك فالمنطق يقتضي أن يكون اقتناع القاضي هو مصدر الحقيقة وليس المشرع.

رغم ما للقرائن القانونية من أهمية وفاعلية في تحقيق سرعة الفصل في الدعاوى، وهو مبدأ قانوني أيضا لا يقل أهمية عن المبادئ الأخرى التي تحكم الدعوى العمومية، ورغم أن احتمالات الخطأ ضئيلة جدا في أغلبها، إلا أنه ومن وجهة نظرنا نرى بأن التقييد الوارد على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي عن طريق فرض قناعة المشرع على القاضي، يشكل انتهاكا لقرينة البراءة، وأن الأمر يتطلب فعلا تدخلا تشريعا للحد من النصوص التي تقرر القرائن القانونية لا سيما القاطعة منها وتضييق نطاقها، ولا شك أن إقرار آلية الدفع بعدم دستورية القوانين تشكل فرصة مناسبة لعرض مثل هذه النصوص على المجلس الدستوري قصد رقابة مدى دستورتها.

ندعو مشرعنا إلى ضرورة تنظيم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال العقوبة، بحيث تُحدد للقاضي موجّهات قانونية وضوابط عامة ينبغي أن يسير على هديها عند تقديره للعقوبة، ولا يتم ذلك إلا من خلال توحيد معايير التقدير القضائي والرقابة على السلطة التقديرية في تحديد العقوبة، وبذلك يتحقق قدر أوفى من المساواة بين المتهمين، وحتى لا تصبح هذه السلطة محض تحكم وتعسف، ونتجنب بذلك عيوب السلطة التقديرية الموسّعة للقاضي، وفي هذا الصدد نقترح أن يتضمن قانون العقوبات نصا يتضمن: "يراعي القاضي عند تقدير العقوبة ظروف الجريمة وشخصية الجاني، ويستمدّها من خلال العناصر التالية: طبيعة الجريمة وموضوعها ومكان وقوعها والوسائل المستخدمة في ارتكابها، مدى الضرر أو الخطر الناجم عنها، درجة القصد الجنائي ومدى الخطأ، طباع الجاني وبواعثه على الإجرام، ماضيه الإجتماعي والإجرامي، ظروف حياته الفردية والإجتماعية، وسلوكه المعاصر واللاحق للجريمة".

يجدر بالمشرع أن يفتح المجال للقاضي لإختيار نوع العقوبة المناسبة على نحو معتدل وفق معايير عامة يسترشد بها القاضي عند ممارسته لسلطته، مثلما فعلت الكثير من التشريعات، من أجل تحقيق التفريد القضائي بصورته الصحيحة، مع الإبتعاد عن الإفراط في توسيع مجال الإختيار بين العقوبات سواء في عدد العقوبات المقررة على سبيل التخير للجريمة أو في درجة التفاوت في الشدة بين أنواعها، ذلك أن الإفراط في توسيع مجال الإختيار قد يربك القاضي، ويدفعه إلى اختيار عقوبة قاسية جدا أو تافهة جدا على المحكوم عليه، بل قد يؤدي ذلك إلى تفاوت كبير في العقوبات المطبقة على جريمة واحدة ارتكبها عدة مجرمون، لاسيما في قضائنا الذي اعتلى سدته قضاة شباب بخبرة محدودة أحيانا، مما يُخشى عليهم السقوط في الخطأ الذي لا يمكن تداركه.

نحبذ أن يتم التحديد الكمي للعقوبات الخاصة بكل جريمة تبعا لجسامتها وخطورتها، ووفقا للظروف المحيطة بالمجرم والجريمة، مع توسيع المدى بين الحدود، مما يحقق اتساعا في سلطة القاضي التقديرية كل ذلك وفقا لضوابط قانونية تمنع تعسف وتحكم القاضي، مع الابتعاد عن عقوبة الحبس القصيرة المدى التي أثبت الواقع عدم جدواها أو استبدالها تماما بعقوبة الغرامة المالية المناسبة لدخل الجاني وأعبائه.

استحدثت المشرع الجزائري إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كإلتزام من إلتزامات الرقابة القضائية بموجب الأمر 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، ثم أدرجه في مرحلة تنفيذ العقوبة كأحد أساليب التفريد التنفيذي للعقوبة بموجب القانون 01-18 المؤرخ في 2018.01.30 المعدل والمتمم للقانون 04-05 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين، وكان بإمكان المشرع على غرار الكثير من التشريعات المقارنة أن يُدرجه ضمن العقوبات البديلة المنصوص عليها في قانون العقوبات شأنها شأن عقوبة النفع العام، ويمنح بذلك للقاضي الجزائي سلطة استبدال عقوبة الحبس بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية لتكييفها مع توجهات السياسة الجنائية الحديثة الرامية إلى الحد من العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة.

إن عقوبة الغرامة اليومية التي تبناها المشرع الفرنسي تبدو أكثر ملاءمة كعقوبة بديلة للحبس، ونقترح إدراجها في قانون العقوبات وإدراج هذا النص: "يمكن للجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بعقوبة الغرامة اليومية، بإلزام المحكوم عليه بدفع المبلغ الإجمالي الذي يحدده القاضي للغرامة اليومية لعدد معين من الأيام إلى الخزينة العمومية، ويتحدد مبلغ كل يوم من أيام الغرامة مراعاة لدخل المتهم وأعبائه، ولا يجوز أن يزيد على 20000 دج، كما يتحدد عدد أيام الغرامة بالنظر إلى ظروف الجريمة وحالة المحكوم عليه، ولا يجوز أن يزيد عن ثلاثمائة وستون يوما. وينبه المحكوم عليه إلى أن عدم دفع مبلغ الغرامة المحكوم بها يؤدي إلى تنفيذ عقوبة الحبس المنطوق بها".

استحدثت المشرع الفرنسي بموجب القانون 2007-297 الصادر بتاريخ 2007.03.05 عقوبة بديلة أطلق عليها العقوبة بالتعويض la sanction- réparation، بحيث يُطلب من المتهم تعويض الضرر الذي سببه للضحية، وقد يكون ذلك بمقابل مالي أو عن طريق التنفيذ العيني بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، وعند امتثاله لذلك يكون قد نفذ عقوبته، وهي عقوبة بديلة مناسبة لتوجهات السياسة الجنائية الحديثة، ويمكن لمشرعنا أن يُدرجها ضمن نصوصه كعقوبة بديلة للحبس.

إن منهج بعض التشريعات المقارنة في عدم استثناء المسبوقين قضائيا من نظام وقف تنفيذ العقوبة يتلاءم مع مبدأ التفريد القضائي للعقوبة، ونؤيد تماما هذا التوجه، وندعو مشرعنا إلى إلغاء شرط عدم سبق الحكم على المتهم مع تعويضه بإعداد تقرير مفصل عن أخلاق المتهم وماضيه، وظروف ارتكاب الجريمة، وعدم الإكتفاء بشهادة السوابق القضائية التي لا تعكس بالضرورة شخصية وأخلاق المحكوم عليه، والتي قد تحمل أحيانا إدانات خاطئة، كما يمكن للمشرع انتهاز موقف وسط إن رأى ضرورة الإبقاء على هذا الشرط على أن يستثنى ذوي السوابق البسيطة أو التي مضى عليها زمنٌ طويل، خاصة وأن الجهات القضائية لم تفعل ما يسمى برد الاعتبار القانوني، لمحو آثار العقوبات من شهادة السوابق القضائية رقم 02 التي يعتمد عليها القاضي لإثبات وجود سوابق إجرامية للمتهم.

وفي نفس السياق، نرى بأن التشريعات التي حددت مدة العقوبة السالبة للحرية التي يجوز إيقاف تنفيذها بمدة سنة واحدة اعتمدت تقديرا مناسبا ومعتدلا، ذلك أن استحقاق مجرم لعقوبة تزيد عن سنة واحدة يدلّ على قدر نسبي من خطورة وجسامة الجريمة، مما يجعل وقف تنفيذها عملا غير مستساغا لإخلال ذلك بوظيفة العقوبة في الردع العام، كما أن السنة الواحدة تمثل الحد الأعلى المعتدل لعقوبة الحبس قصير المدة التي يستهدف نظام وقف التنفيذ استبعادها للمساوئ الناجمة عنها، وهو الحد الذي اعتمدته المشرع كشرط لتطبيق عقوبة العمل للنفع العام، لذلك يجدر بالمشرع إضافة هذا الشرط للحكم بوقف تنفيذ عقوبة الحبس، كما يستحسن تحديد حد أقصى للغرامة المشمولة بوقف التنفيذ، إذ من غير المستصاغ أيضا الحكم بغرامة كبيرة ثم الحكم بوقف تنفيذها.

كما ندعو المشرع الجزائري إلى الإستفادة من التجربة الغربية والفرنسية تحديدا في تكريسها لصور أخرى من نظام وقف التنفيذ كصورتى وقف التنفيذ مع الوضع تحت الإختبار ووقف التنفيذ مع العمل للنفع العام، لكونهما يقدّمان المساعدة اللازمة للمحكوم عليه، في إعادة تأهيله وإصلاحه، فالمحكوم عليه في هاتين الصورتين يُلزمه القانون بعدم ارتكاب جريمة خلال فترة الإختبار، وباحترام الإلتزامات والتدابير المفروضة عليه، كما يحظى بالمساعدة والرعاية ويبقى تحت المراقبة المستمرة من طرف القضاء، ناهيك عن النتائج الإيجابية المحققة في التشريعات المقارنة.

ونقترح تعميم نظام وقف التنفيذ ليشمل العقوبة المحكوم بها على الشخص المعنوي والعقوبات التكميلية، على غرار ما فعله المشرع الفرنسي، فما جدوى الحكم بوقف عقوبة أصلية مع الإبقاء على العقوبة التكميلية نافذة، مع أن هذه الأخيرة قد تكون أقسى من العقوبة الأصلية المقررة، كحل الشخص المعنوي أو غلقه مثلا.

في الوقت الذي توجه المشرع الفرنسي إلى الإستغناء عن نظام الظروف المخففة بتبنيه سلم عقوبات جديد واستغناؤه عن الحد الأدنى للعقوبة بموجب قانون سنة 1992، توجه مشرعنا إلى تقييد أكثر لسلطة القاضي التقديرية في تخفيف العقوبة، عن طريق وضع حدود معينة لا يمكن للقاضي النزول دونها عند تطبيق الظروف المخففة، وهو تقييد لا مبرر له ويتنافى مع السياسة الجنائية الحديثة، كما لا نفهم تقييد سلطة القاضي في بعض الجرائم الخاصة كجرائم المخدرات، بل أن المشرع استمر في هذا التقييد وأدرج نص المادة 149 مكرر 7 ضمن الأمر رقم 20-01 المؤرخ في 30 يوليو 2020 المعدل والمتمم لقانون العقوبات مانعاً القاضي من تخفيض العقوبات المنصوص عليها في المادة 149 مكرر 1 ق.ع المتعلقة بالتعدي بالعنف أو القوة على أحد مهنيي الصحة أو أحد موظفي أو مستخدمي الهياكل والمؤسسات الصحية المؤدي إلى إسالة دماء أو جرح أو مرض أو مع سبق الإصرار أو ترصد أو حمل سلاح وذلك أثناء تأدية مهامهم أو بمناسبتها إلا وفق حدود معينة لا يجوز النزول تحتها. فالقاضي في ظل هذا التقييد قد يصطدم بعقوبات قاسية جداً لا تتناسب البتة مع ظروف الجريمة وشخصية مرتكبها، مما قد يؤدي به إلى النطق بعقوبات مخالفة للقانون بتجاوزه الحدود المقررة للتخفيض، أو إعادة تكييف الوقائع وإصباغ وصف جزائي قد لا يتطابق مع الأفعال المرتكبة، وهو ما يعرض أحكامه للنقض، لذا ندعو المشرع إلى تجنب هذا التقييد غير المبرر، وترك المجال واسعاً أمام القاضي لإعمال سلطته في التخفيف مثلما كان عليه الحال قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2006.

حسماً للجدل الفقهي والقضائي المثار حول تطبيق المادة 28 من القانون 18-04 المتعلق بالمخدرات يجدر بمشرعنا أن يوضح مقصده بصورة جلية وواضحة ودقيقة، كأن يستبدل عبارة "العقوبة المقررة" الواردة في النص بعبارة "العقوبة المحكوم بها"، وبأن يتبنى نفس التقسيم الوارد في الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، وذلك بإدراج عنوان "الفترة الأمنية" قبل المادة 28 وإعادة صياغة المادة 28 على النحو التالي: "يخضع الأشخاص الذين تمت إدانتهم من أجل ارتكاب أحد الأفعال المنصوص عليها في هذا القانون إلى فترة أمنية تكون مدتها: عشرون سنة سجناً، عندما تكون العقوبة المقضي بها هي السجن المؤبد، ثلثا العقوبة في الحالات الأخرى"، وبذلك ينجلي الغموض وتتوحد أحكام القضاء.

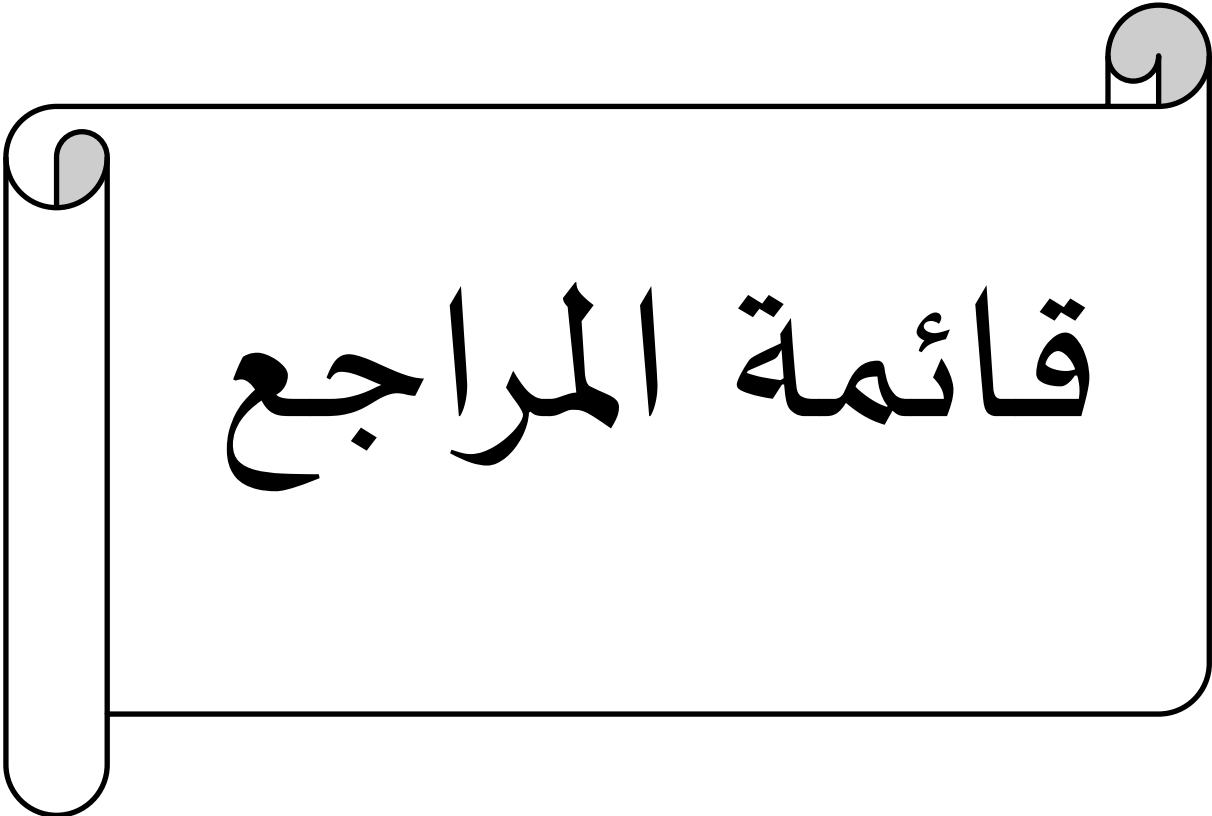
إن النص على نماذج للظروف المخففة كموجّهات إرشادية توجه القاضي لاستظهار ظروف مخففة متعلقة بالجريمة وبشخصية الجاني أمر موفق ومحمود وأثبت نجاعته في التشريعات التي تبنته، خاصة وأن هذه التشريعات متميزة بالحدثة وبدقة وسلامة صياغتها. فهذا النظام يركز على

فكرة التعاون بين المشرع والقاضي في استظهار الظروف التي تستدعي تخفيف العقوبة، وهو ما من شأنه أن يحقق نوعاً من التوازن بين سيادة القانون وتطور المجتمع، مما يساعد القاضي الجزائي على تفريد العقوبة بوجه صحيح يلامس العدل، لذا نأمل أن يسلك مشرعنا هذا الإتجاه لمزاياه العديدة.

إن سلطة القاضي المطلقة التي أقرها التشريع الجزائري في المفاضلة أو الجمع بين العقوبات التكميلية المطبقة على الشخص المعنوي وفقاً للمادة 18 مكرر ق.ع بحاجة إلى ضبط تشريعي، ففي ظل التشريع الحالي يمكن للقاضي أن يحكم مثلاً بحل الشخص المعنوي كعقوبة تكميلية مهما بلغت بساطة الجريمة المرتكبة، وهذا الأمر يبدو غير منطقي ومجافي للعدالة ومجحفاً في حق الشخص المعنوي، فالحل بمثابة إعدام للشخص المعنوي، ولا يمكن إنهاء حياة شخص لمجرد ارتكاب أي جريمة، لذا كان حرياً بالمشرع الجزائري أن يعيد ترتيب هذه المسألة وفقاً لضوابط محددة على غرار ما فعله المشرع الفرنسي.

إن تضيق السلطة التقديرية للقاضي لا تعدّ طريقة مجدية لاستبعاد المساوئ الناجمة عن تهاون القضاة أو انحرافهم عند ممارسة تلك السلطة، وإنما الوسيلة المثلى لتجنب هذه المساوئ، هي وضع أحكام القضاة تحت الرقابة، مع ضرورة تخصص القاضي الجزائي والمحافظة على استقراره الوظيفي، وهذا ينعكس حتماً على اكتسابه مزيداً من الخبرة والتمرس وبناء سلطته التقديرية على أسس سليمة ومدروسة ومنسجمة مع المحيط الذي يعمل فيه، ثم بعد ذلك إصلاح العدالة كلها بما يحفظ هيبتها ومكانتها في المجتمع حتى يصبح القاضي فعلاً وسيلة لتحقيق الضبط الاجتماعي والأمن القانوني في المجتمع.

فالقضاء يجب أن يولى بثقة أكبر من أن تقيّد، لذلك ندعو المشرع إلى تحرير القضاء من أي قيود قد تنم عن اهتزاز الثقة فيه، وله إن شاء أن يطهر القضاء من العناصر التي يرى توطّن العلة فيها، ويزوّده بعناصر جديرة بهذا المنصب تمتاز بكفاءتها العالية ورفعة أخلاقها، لتكون منسجمة مع سمو رسالة القضاء ورفعة مكانته، ومن خلال ذلك يحجب المرض عند منابعه دون اللجوء إلى نصوص عقابية توهن الثقة وتؤثر سلباً على حسن تطبيق السياسة الجنائية، فالقضاء في كل دولة هو عنوان نهضتها ودليل تقدمها، وما من دولة تخلف فيها القضاء إلا تخلفت عن ركب المدنية والحضارة.



قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا / باللغة العربية:

1/ الكتب:

1. إبراهيم إبراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2002.
2. إبراهيم أحمد السيد، الخبرة في المواد المدنية والجزائية فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2002 .
3. _____، مبادئ محكمة النقض في الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 1999.
4. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1985.
5. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (د.س.ن).
6. أحمد ضياء الدين محمد خليل، قواعد الإجراءات الجنائية ومبادئها في القانون المصري، الجزء الثاني، الفضاء الجنائي، القاهرة، 1999.
7. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
8. _____، محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
9. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
10. _____، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
11. _____، أصول قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973.
12. أحمد محمود عبد العال، العود والاعتیاد على الإجرام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.

13. أسامة حسنين عبّيد، المراقبة الجنائية الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
14. أشرف جمال قنديل، حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
15. إغليس بوزيد، تلازم مبدا الإثبات الحر بالافتناع الذاتي للقاضي الجزائي، دراسة مقارنة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
16. أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
17. _____، علم النفس الجنائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
18. أمين مصطفى محمد، حماية الشهود في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2010.
19. إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، دراسة مقارنة في القوانين المصرية والإماراتية والدول العربية والأجنبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.
20. إيهاب يسر أنور، البدائل العقابية في السياسة الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
21. بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، (د. ط)، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، 1986.
22. بغدادي جيلالي، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
23. _____، الإجتهد القضائي في المواد الجنائية، الجزء الأول، منشورات إتيكيس، الجزائر، 2016.
24. _____، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
25. _____، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثالث، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.

26. بكري يوسف بكري محمد، المسؤولية الجنائية للشاهد، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
27. بن جبل العيد، الإقرار في المادة الجزائية، (د.ط)، النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2019.
28. بوسقيعة احسن، المنازعات الجمركية، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2005.
29. _____، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة عشر، دار هومه، الجزائر، 2014.
30. _____، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الرابعة عشر، دار هومه، الجزائر، 2014.
31. _____، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة الثالثة عشر، بيرتي للنشر، الجزائر، 2017.
32. _____، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، الطبعة السابعة عشر، دار هومة، الجزائر، 2014.
33. _____، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، قانون الاجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، بيرتي للنشر، الجزائر، 2007.
34. ببي لحسن، إقتناع القاضي الجنائي بناء على الدليل العلمي، الطبعة الأولى، دار القلم، الجزائر، (د. س. ن).
35. توفيق محمد الشاوي، حرمة الحياة الخاصة ونظرية التفتيش، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.
36. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1989.
37. جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
38. جوادي يوسف، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، (ب.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

39. حاتم حسن موسى بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.
40. _____، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
41. حسام الدين الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978.
42. حسن جوخدار، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، (ب.د. ن)، 1993.
43. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية مع تطورات التشريعية ومذكراته الإيضاحية والأحكام في مائة عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
44. حسني الجندي، أحكام الدفع ببطلان الإقرار في ضوء قضاء محكمة النقض المصرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
45. حسنين ابراهيم صالح عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970.
46. خالد الجبور، التفريد العقابي، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
47. خلفي عبد الرحمن، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، الطبعة الثالثة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2017.
48. رمزي رياض عوض، التفاوت في تقدير العقوبة، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
49. _____، سلطة القاضي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
50. _____، الأحكام العامة في القانون الجنائي الأنجلو أمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
51. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.
52. _____، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.

53. روصم عطية موسى نو، الآثار الجنائية للخطورة الإجرامية، دراسة تحليلية نقدية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية، مصر، 2014.
54. رؤوف عبید، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1980.
55. رؤوف عبید، ضوابط تسبیب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986.
56. _____، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، (د.ط)، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2015.
57. زبدة مسعود، الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، الطبعة الأولى، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1989.
58. سامح السيد جاد، مبادئ قانون العقوبات، دار الوزان للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1987.
59. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1975.
60. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.
61. سمير عالية، هيثم سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010.
62. _____، موسوعة الإجتهادات الجزائية لقرارات وأحكام محكمة التمييز في عشرين عاما منذ إعادة إنشائها، الطبعة الأولى، (ب.د.ن)، 1990.
63. السيد محمد حسن الشريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
64. شريف سيد كامل، تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة 1990 والمعمول به منذ أول مارس 1994، القسم العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
65. شمس الدين أشرف توفيق، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والعقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
66. صباح مصباح محمود السلیمان، قانون الإختصاص في أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2004.

67. عاصم شكيب صعب، القواعد العامة في المحاكمات الجزائية في ضوء الاجتهاد القضائي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
68. عاطف النقيب، أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنشورات الحقوقية، 1993.
69. العايش نواصر، تقنين الإجراءات الجزائية، النصوص القانونية، مبادئ الإجتهد القضائي، مطبعة عمارقرفي، باتنة، 1998.
70. _____، تقنين العقوبات، مطبعة عمارقرفي، باتنة، الجزائر، 1991.
71. عبد الأمير العيكي وسليم إبراهيم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول، (د.ط)، شركة إباد للطباعة الفنية، بغداد، العراق، 1987.
72. عبد الحكيم فودة، البراءة وعدم العقاب في الدعوى الجنائية، (ب.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
73. عبد الحكيم فودة، سالم حسين الدميري، الطب الشرعي وجرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، (د. ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
74. عبد الحميد الشواربي، الدفع الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1995.
75. _____، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه، النظرية و التطبيق، (ب.ط)، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1996.
76. _____، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، (د.ط)، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1995.
77. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
78. _____، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، (د.ط)، مكتبة رجال القضاء، القاهرة، مصر، 2003.
79. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1995.
80. عبد الملك جندي، الموسوعة الجنائية، رشوة، ظروف الجريمة، الجزء الرابع، (د.ط)، (ب.د.ن)، 2008.

81. عبد الوهاب حومد، أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الرابعة، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1987.
82. _____، الفصل في شرح قانون العقوبات، القسم العام، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1990.
83. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1983.
84. علي جعفر، مبادئ المحاكمات الجزائية اللبنانية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1994.
85. علي راشد، القانون الجنائي: المدخل وأصول النظرية العامة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974.
86. علي عبد القادر القهوجي، المسائل العارضة أمام القضاء الجنائي، (ب.ط)، الدار الجامعية، مصر، 1986.
87. عماد محمد الربيع، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.
88. عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الإقرار، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، 1982.
89. عمر الفاروق الحسيني، مدى تعبير الحكم بالإدانة غير الصادر بالاجماع عن الإقتناع اليقيني للقاضي الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
90. عمر سالم، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
91. _____، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
92. غازي مبارك الذنيبات، الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية فنا وقانونا، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن (د.س.ن).
93. فاروق الكيلاني، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمقارن، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، شركة المطبوعات الشرقية، بيروت، لبنان، 1995.

94. فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2006.
95. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المسؤولية والجزاء الجنائي، دار الهدى للمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
96. فهد هادي يسلم حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
97. فهمي وجدي راغب، النظرية العامة في العمل القضائي في قانون المرافعات، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.
98. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
99. _____، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية . نظريتا الأحكام وطرق الطعن فيها . دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2001.
100. كمال عبد الواحد الجوهري، تأسيس الاقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة، دار محمود للنشر، مصر، 1999.
101. كورنو جيرار، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998.
102. لحسن بن الشيخ أيت ملويا، مبادئ القانون الجزائي العام، (د.ط)، دار هومه، الجزائر، 2000.
103. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1983.
104. _____، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
105. _____، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1975.
106. _____، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام القضاء، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005.
107. _____، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1982.

108. _____، قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب العربي، القاهرة، مصر، 1991.
109. مبروك السنهوري، التشديد والتخفيف في قانون العقوبات المصري، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1993.
110. محمد أبو العلا عقيدة، أصول علم العقاب، دراسة تحليلية تأصيلية للنظام العقابي المعاصر مقارنا بالنظام العقابي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
111. محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية والشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.
112. محمد حماد الهيتي، التحقيق الجنائي والأدلة الجرمية، الطبعة الأولى، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
113. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، الطبعة السادسة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
114. _____، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1986.
115. _____، الإثبات في المواد الجنائية، محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، (د.س.ن).
116. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
117. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000.
118. محمد عبد الشافي اسماعيل، مبدأ حرية القاضي الجنائي في الإقتناع، دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار المنار، مصر، 1999.
119. محمد عوض، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985.
120. محمد عيد الغريب، حرية القاضي الجنائي في الإقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الأحكام الجنائية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 1997.

121. محمد فتحي، تفتيش شبكة الإنترنت لضبط جرائم الإعتداء على الآداب العامة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2012.
122. محمد محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، الطبعة الثانية، مكتبة المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية، 1972.
123. محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.
124. ———، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999.
125. محمود سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
126. محمود كبش، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المحاكمة والطعن في الأحكام، الجزء الأول، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
127. محمود محمد أحمد، الوجيز في أدلة الإثبات الجنائي، القرائن والمحركات والمعاني، الطبعة الأولى المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2002.
128. محمود محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، النظرية العامة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1977.
129. ———، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة العاشرة، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1983.
130. ———، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية عشر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.
131. محمود نجيب حسني، المجرمون الشواذ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974.
132. ———، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
133. ———، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986.

134. _____، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.
135. _____، علم العقاب، تحليل لطبيعة العقوبة والتدابير الإحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973.
136. _____، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
137. مراد أحمد العبادي، اعتراف المتهم وأثره في الإثبات، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
138. مروت نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هومة، الجزائر، 2007.
139. _____، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الثاني، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هومة، الجزائر، 2007.
140. مصطفى محمد عبد المحسن، الحكم الجنائي المبادئ والمفترضات، (ب.ط)، (ب.د.ن)، 2003 / 2004.
141. معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالأداب العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1985.
142. ممدوح خليل البحر، مبادئ أصول المحاكمات الجزائية الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
143. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1984.
144. نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا في الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، 2008.
145. نجيمي جمال، دليل القضاة للحكم في الجناح والمخالفات، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2014.
146. _____، إثبات الجريمة على ضوء الإجتهد القضائي، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2011.

147. هشام مصطفى محمد، إقرار المتهم في التشريع العربي والمواثيق الدولية، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الإسكندرية، مصر، 2016.
148. هلاي عبد الإله أحمد، الجريمة ذات الظروف، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
149. _____، النظرية العامة للإثبات الجنائي . دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والأنجلوسكسونية والشريعة الإسلامية، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.س.ن.).
150. الياس أبو عيّد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، الجزء الثالث، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
151. ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009.
152. يسر أنور علي، شرح قانون العقوبات، النظريات العامة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.
153. زبدة مسعود، القرائن القضائية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 2 / الرسائل والمذكرات الجامعية:
أ / الرسائل:
1. أحمد ضياء الدين خليل، مشروعية الدليل في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1982.
 2. بدر الدين يونس، سلطة القاضي في تقدير الدليل الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2014.
 3. بلعسلي ويزة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجريمة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
 4. بن قري سفيان، إزالة تجريم قانون الأعمال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.
 5. حسن علي حسن السمّي، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.

6. حسن عوض سالم الطراونة، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
7. دريسي جمال، دور الضحية في إنهاء المتابعة الجزائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/2016.
8. زوزو هدى، الإثبات بالقرائن في المواد الجزائية والمدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2010/2011.
9. زيان محمد أمين، الجريمة الجمركية بين القواعد العامة والتوجهات الحديثة في السياسة الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدية، 2019.
10. سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2001.
11. سعادنة العيد، الإثبات في المواد الجمركية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006.
12. شيخ ناجية، خصوصيات جريمة الصرف في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
13. طباش عز الدين، النظام القانوني للخطأ غير العمدى في جرائم العنف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
14. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1966.
15. عبد الفتاح عبد العزيز خضر، الأوجه الاجرائية للتفريد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1975.
16. علي حسن عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986.
17. علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحل المختلفة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1993.
18. عمر الشريف علي الشريف، درجات القصد الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1992.

19. فرج ابراهيم العدوي عبده، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995.
20. ماجدة فؤاد محمود، الظروف المشددة، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988.
21. محي الدين حسية، حماية الشهود في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
22. مفيدة سعد السويدان، نظرية الإقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985.
23. ممدوح أحمد يوسف، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2000.
24. نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تحديد العقوبة والتدبير الإحترازي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998.
25. يحيوي صليحة، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016/2015.

ب / المذكرات :

1. بدر الدين يونس، عذر الإستفزاز في حالة التلبس بالزنا، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة قسنطينة، 1998.
2. بطيحي نسيم، أثر الإثبات الجنائي بالوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2010-2011.
3. بلولهي مراد، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011.
4. بن لاغة عقيلة، حجية أدلة الإثبات الجنائية الحديثة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012.
5. بوشوليلي، الدليل العلمي أمام القضاء، مذكرة لنيل شهادة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011.
6. بولغيمات وداد، سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2004.

7. سطحي نادية، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الأموال في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2009.
8. سلطاني توفيق، حجية البصمة الوراثية في الإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011/2010.
9. عبد الله بن صالح بن الرشيد الربيش، سلطة القاضي الجزائري في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1423/1424 هـ.
10. قريمس ساره، سلطة القاضي في تقدير العقوبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.
11. كوثر أحمد خالد، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، العراق، 2007.
12. معيزة رضا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، 2009.
13. نافع تكليف مجيد دفار العماري، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2009.

3 / مقالات علمية ومداخلات:

أ/ مقالات علمية :

1. أحمد حبيب السماك، نظام الإثبات في الشريعة والقانون الوضعي، مجلة الحقوق، الصادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع 02، س 1997.
2. إزروال يزيد، بدائل العقوبات السالبة للحرية قبل تنفيذ الحكم القضائي، حوليات جامعة الجزائر، ع 33، الجزء الأول، مارس س 2019.
3. أكرم نشأت إبراهيم، حركة الدفاع الإجتماعي الحديثة ودورها في السياسة الجنائية المعاصرة، مجلة الفكر الشرطي، ع 02، المجموعة 14، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، تموز س 2005.
4. امحمدي بوزينة أمينة، شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، مجلد 52، ع 04، س 2012.
5. بزي رمضان، التهريب، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2014.

6. بن تفات نور الدين، البصمة الوراثية بين حقيقتها العلمية وحجيتها لدى القاضي الجنائي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 05، ع 02، 2019.
7. بوسقيعة احسن، الجديد في اجتهاد المحكمة العليا بخصوص جنحة إصدار شيك بدون رصيد، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، الجزائر، ع 02، س 2012.
8. _____، المادة 28 من القانون المتعلق بالمخدرات والمؤثرات العقلية: هل يقصد بها حرمان حرمان المتهم من الظروف المخففة أم إخضاع المتهم لفترة أمنية؟، مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2014.
9. بوشنافة جمال، تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية، دراسة في ظل القانون رقم 18-01 المعدل والمتمم لقانون تنظيم السجون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولة، جامعة يحي فارس بالمدينة، المجلد 04، ع 01، جوان س 2018.
10. بوضياف عمار، مبدأ حييدة القاضي وضماناته في القانون الجزائري، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع 01، الجزائر، س 2003.
11. بوناظور بوزيان، الغش الضريبي على ضوء القانون والإجتهاد القضائي في الجزائر، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول الغش الضريبي والتهرب الجمركي، س 2009.
12. تومي جمال، الرقابة على السلطة التقديرية لقضاة محكمة الجنايات في ظل القانون 17-07 المؤرخ في 2017.03.27 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، مجلد 11، ع 01، أبريل س 2019.
13. تومي فريد، حيدرة سعدي، الظروف المؤثرة في العقوبة في قانون الفساد، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، المجلد 09، ع 03، ديسمبر س 2018.
14. التيجاني فاتح محمد، العقوبة في جرائم الشيك المادة 374 من قانون العقوبات، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثاني، س 2002.
15. جبارة عمرو شوقي، الإقتناع الشخصي للقضاة على محك القانون الجمركي، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الجench والمخالفات، عدد خاص، الجزء الثاني، س 2002.
16. الجنزوري سمير، السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة، دراسة مقارنة بين القانون الايطالي والقانون المصري، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الإجتماعية الجنائية، القاهرة، مصر، ع 01، مجلد 11، 1968.

17. حافظ سابق، تقرير عن أعمال المؤتمر الثاني للأمم المتحدة لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين،
المجلة الجنائية القومية، القاهرة، مارس س 1960.
18. حمودي بن طاية، الشيك، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2015.
19. حناشي محمد وحيد، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجزائي، مقال منشور بنشرة
المحامي الصادرة عن منظمة سطيف، ع 08، جانفي س 2009.
20. خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة، جريدة
الشعب، ع 17219، صادرة بتاريخ 2016.12.27.
21. خلفي عبد الرحمان، أي دور لمحكمة الجنايات الإستئنافية في ظل القانون 07/17؟، مجلة
المحامي، منظمة المحامين، سطيف، ديسمبر 2017.
22. _____، دور البصمة الوراثية في تطوير قواعد الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، المجلة
الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية،
المجلد 04، ع 02، س 2011.
23. سعادنة العيد، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد
9، ع 19، جامعة باتنة 1، الجزائر، ديسمبر 2008.
24. سيد مصطفى محقق داماد وسامر القضاة، الظروف المخففة في قانون العقوبات الأردني، مجلة
العلوم الإنسانية، جامعة بابل بالعراق، ع 12 (2)، 2005.
25. سيدهم مختار، الأخطاء الإجرائية والموضوعية في الأحكام الجنائية، مجلة المحكمة العليا، ع 01،
س 2015.
26. _____، إصلاح نظام محكمة الجنايات، مجلة المحامي، منظمة المحامين سطيف، ع 24،
ديسمبر س 2017.
27. _____، المخدرات والمؤثرات العقلية، مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2010.
28. صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، السوار الإلكتروني في السياسة العقابية
الفرنسية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، ع 01، س 2009.
29. طليبي ليلى، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، جامعة
منتوري، قسنطينة، ع 47، مجلد أ، جوان س 2017.

30. عبد العزيز محمد ساتي، المبادئ العامة للخبرة في النزاعات القانونية، مجلة الأمن والقانون، كلية الشرطة، دبي، ع 01، السنة العاشرة، س 2002.
31. علي بخوش، الظروف المخففة وعقوبة الغرامة في جريمة إصدار شيك بدون رصيد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، ع 02، س 2012.
32. علي نور الدين، أحمد فتحي مرسي، بحث مقدم للمؤتمر الدولي العاشر لقانون العقوبات، مجلة القضاة، مصر، ع 06، السنة الثالثة، سبتمبر 1970.
33. عمر السعيد رمضان، فكرة النتيجة في قانون العقوبات، مجلة القانون والإقتصاد، ع 01، س 1961.
34. فنيش كمال، الغش والتهرب الضريبي والعقوبات المقررة، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول الغش الضريبي والتهريب الجمركي، س 2009.
35. قوادري صامت جوهر، مساوئ العقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة، مقال منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، ع 14، جوان س 2015.
36. لريد محمد أحمد، ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تخفيف الجزاء، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ع 02، مجلد 03، س 2011.
37. متولي القاضي رامي، نظام المراقبة الالكترونية في القانون الفرنسي والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات، ع 63، يوليو س 2010.
38. _____، توظيف التقنيات الحديثة في مجال السياسة العقابية، السور الإلكتروني نموذجاً، مجلة الفكر الشرطي، القيادة العامة لشرطة الشارقة، مركز بحوث الشرطة، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 26، ع 04، أكتوبر س 2017.
39. محمد السعيد زنت، أثر تقنية البصمة الوراثية على الإقتناع الشخصي للقاضي الجنائي على ضوء القانون الجزائري والمقارن، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 01، المجلد 06، ع 02، س 2019.
40. محمد زكي أبو عامر، بحث القيود القضائية على حرية القاضي الجنائي، مجلة الاقتصاد والقانون، السنة الواحدة والخمسون، س 1980.

41. مستاري عادل، دور القاضي الجزائري في ظل مبدأ الإقتناع القضائي، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 05، س 2008 .
42. معتصم خميس مشعشع، إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع 6، أكتوبر 2013.
43. ممدوح خليل البحر، نطاق حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته الوجدانية، مجلة الشريعة والقانون، أكاديمية شرطة دبي، ع 21، يونيو 2004.
44. نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية (دراسة في التشريع الأردني)، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرين، ع 04، س 1998.
45. نعمون آسيا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في التشريع الجزائري وسلطة القاضي في تفعيله، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، المجلد 06، العدد 01، س 2019.
46. هاشم محمد ناجي عبد الحكيم، الإثبات الجنائي ومدى حرية القاضي في تكوين عقيدته، مجلة المحاماة المصرية، ع 10/09، نوفمبر - ديسمبر 1991.

ب/ المداخلات:

1. بن بوعبد الله وردة، أثر البصمة الوراثية على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول البصمة الوراثية ودورها في الإثبات المدني والجزائي المنظم من طرف كلية الحقوق، جامعة باتنة 01، 05 أبريل 2017.
2. خلفي عبد الرحمان، إسناد المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الأموال، الملتقى الوطني الأول حول الجرائم المالية في ظل التحولات الإقتصادية والتعديلات التشريعية، جامعة قلمة، يومي 24 و 25 أبريل 2007.

4/ النصوص القانونية:

أ/ الدساتير:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر، ع 76 مؤرخة في 08 ديسمبر سنة 1996، معدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل سنة 2002، ج.ر، ع 25 المؤرخة في 14 أبريل سنة 2002، و بالقانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج.ر، ع 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، و بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، ج.ر، ع 14 المؤرخة في 07 مارس سنة 2016.

ب/ الإتفاقيات الدولية:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المعتمد والمنشور بقرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور سنة 1963، ج.ر، ع 64 المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.
2. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المعتمد بقرار الجمعية العامة 2200 ألف المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89- 67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر، ع 20 المؤرخة في 17 ماي 1989.
3. الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المعتمد من طرف القمة العربية السادسة عشر بتونس في 23 ماي 2004، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06- 62 المؤرخ في 11 فيفري 2006، ج.ر، ع 08، المؤرخة في 15 فبراير 2006.
4. الإتفاقية العربية لمكافحة الفساد المحررة بتاريخ 21 ديسمبر 2010، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14-249 مؤرخ في 8 سبتمبر 2014 ج.ر، ع 54 المؤرخة في 21 سبتمبر 2014.

ج/ النصوص التشريعية:

1. قانون عضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر، ع 57 المؤرخة في 08 سبتمبر سنة 2004.
2. أمر رقم 66- 155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 48 المؤرخة في 10 يوليو سنة 1966 معدل ومتمم.
3. أمر رقم 66- 155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع 49 المؤرخة في 11 يوليو سنة 1966، معدل و متمم.
4. قانون رقم 71-28 المؤرخ في 22 أبريل 1971 يتضمن قانون القضاء العسكري، جريدة رسمية، ع 38 المؤرخة في 11 ماي سنة 1971.
5. أمر 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج.ر، ع 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
6. قانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 يتضمن قانون الجمارك، ج.ر، ع 30 المؤرخة في 24 يوليو 1979 معدل ومتمم.
7. قانون رقم 82-04 المؤرخ في 13.02.1982 المعدل والمتمم للأمر 66- 156 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع 7 صادرة في 16 فبراير سنة 1982.

8. قانون 09-87 المؤرخ في 10 فبراير 1987 يتعلق بتنظيم حركة المرور وسلامتها وأمنها عبر الطرق، ج.ر، ع 07 المؤرخة في 11 فبراير سنة 1987.
9. قانون 03-90 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المتعلق بمفتشية العمل، ج ر، عدد 06 المؤرخة في 07 فبراير سنة 1990.
10. أمر 11-95 المؤرخ في 1995.02.25 يعدل ويتمم الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج. ر، ع 11 المؤرخة في 01 مارس سنة 1995.
11. أمر 22-96 المؤرخ في 09 يوليو 1996 يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم المتعلق بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج. ر، ع 43 المؤرخة في 24 يوليو 1996، معدل ومتمم.
12. أمر 06-97 المؤرخ في 21 يناير 1997 يتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة، ج.ر، ع 06 المؤرخة في 22 يناير سنة 1997.
13. قانون 05-98 المؤرخ في 1998.06.25 المعدل والمتمم للأمر رقم 80-76 المؤرخ في 1976.10.23 المتضمن القانون البحري، ج.ر، ع 47 المؤرخة في 1998.06.27.
14. قانون رقم 08-01 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل والمتمم للأمر رقم 156-66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 34 مؤرخة في 27 يونيو سنة 2001.
15. قانون 14-01 المؤرخ في 2001.08.19 يتضمن تنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها ، ج.ر، ع 46 المؤرخة في 9 أوت سنة 2001.
16. قانون رقم 01-02 مؤرخ في 05 فبراير سنة 2002 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة الغاز، ج.ر، ع 08 المؤرخة في 06 فبراير سنة 2002.
17. قانون رقم 09-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتضمن قمع جرائم مخالفة أحكام اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير الأسلحة، ج.ر، ع 43 المؤرخة في 20 جويلية سنة 2003.
18. قانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، ج. ر، ع 41 المؤرخة في 27 يونيو سنة 2004.
19. قانون 15-04 المؤرخ في 2004-11-10 معدل ومتمم للأمر رقم 156-66 المؤرخ في 1966-06-08 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع 71 المؤرخة في: 2004-11-10.

20. قانون 04-17 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 يعدل ويتمم القانون 83-14 المؤرخ في 02 يوليو 1983 يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الإجتماعي، ج. ر، ع 72، المؤرخة في 13 نوفمبر سنة 2004.
21. قانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال والإتجار غير المشروعين بهما، ج. ر، ع 83 المؤرخة في 26 ديسمبر سنة 2004.
22. قانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج. ر، ع 11 المؤرخة في 09 فبراير سنة 2005.
23. أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27.02.2005 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج. ر، ع 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.
24. قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر ع 44 المؤرخة في 26 يونيو 2005.
25. أمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 غشت سنة 2005 يتعلق بمكافحة التهريب، ج. ر، ع 59 المؤرخة في 28 غشت سنة 2005.
26. قانون 05-12 مؤرخ في 04 سبتمبر سنة 2005، يتضمن قانون المياه، ج. ر، ع 60 المؤرخة في 04 سبتمبر سنة 2005.
27. قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20.02.2006 يتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، ج. ر، ع 14 المؤرخة في 08 مارس سنة 2006.
28. قانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 يعدل ويتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية، ج. ر، ع 84 المؤرخة في 24 ديسمبر 2006.
29. قانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 يعدل ويتمم للأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج. ر، ع 84 المؤرخة في 24 ديسمبر 2006.
30. أمر 09-03 المؤرخ في 22 يوليو سنة 2009 يعدل ويتمم القانون 01-14 المؤرخ في 19 غشت سنة 2001 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، ج. ر، ع 45 المؤرخة في 29 يوليو 2009.
31. قانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر، ع 15 المؤرخة في 08 مارس سنة 2009.

32. قانون رقم 01-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع 15 المؤرخة في 08 مارس سنة 2009.
33. أمر 10 - 03 المؤرخ في 26 غشت 2010 يعدل ويتمم الأمر 96-22 يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم المتعلق بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج.ر، ع 50 المؤرخة في 01 سبتمبر 2010.
34. قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.
35. أمر 12-02 المؤرخ في 13 فيفري 2012 يعدل ويتمم القانون 05-01 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، ج.ر، ع 08، المؤرخة في 15 فيفري 2012.
36. قانون 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع 07 المؤرخة في 16 فبراير 2014.
37. قانون 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015، المتعلق بحماية الطفل، ج.ر، ع 39 المؤرخة في 19 يوليو سنة 2015.
38. أمر 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 40 المؤرخة في 23 يوليو 2015.
39. قانون رقم 16-03 المؤرخ في 19 جوان سنة 2016 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج.ر، ع 37 المؤرخة في 22 جوان سنة 2016.
40. قانون 17 - 04 المؤرخ في 16 فبراير 2017 يعدل ويتمم القانون رقم 79-07 المتضمن قانون الجمارك، ج.ر، ع 11، المؤرخة في 19 فبراير سنة 2017.
41. قانون 17-07 مؤرخ في 27 مارس 2017 يعدل ويتمم الأمر 66-155 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع 20 المؤرخة في 29 مارس سنة 2017.
42. قانون 17-05 المؤرخ في 16.02.2017 يعدل ويتمم القانون 01-14 المؤرخ في 19.08.2001 يتضمن تنظيم حركة المرور وسلامتها وأمنها، ج.ر، ع 12 المؤرخة في 22.02.2017.

43. قانون 01-18 المؤرخ في 2018.01.30 المؤرخ في 06 فبراير سنة 2005 يتم القانون رقم 05-

04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي

للمحبوسين، ج.ر، ع 05 المؤرخة في 2018.01.30.

44. قانون رقم 18 . 11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، ج.ر، ع 46 المؤرخة في 29

يوليو 2018.

45. قانون رقم 18-14 المؤرخ في 29 يوليو 2018 يعدل ويتمم الأمر رقم 71-28 المؤرخ في 22

أفريل 1971 و المتضمن قانون القضاء العسكري، ج.ر، ع 47، المؤرخة في 01 أغسطس

2018.

46. قانون رقم 20-06 المؤرخ في 25 أفريل 2020 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون

العقوبات، ج.ر، ع 25 المؤرخة في 29 أفريل 2020.

47. قانون رقم 20-05 مؤرخ في 28 أفريل 2020 يتعلق بالوقاية من التمييز وخطاب الكراهية

ومكافحتهم، ج.ر، ع 25 المؤرخة في 29 أفريل 2020.

48. أمر 20-01 المؤرخ في 30 يوليو 2020 يعدل ويتمم الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات،

ج.ر، ع 44 المؤرخة في 30 يوليو 2020.

5/ الوثائق:

1. مداولة المجلس الأعلى للقضاء الممضاة في 23 ديسمبر 2006 المتضمنة مدونة أخلاقيات مهنة

القضاء، ج.ر، ع 17 المؤرخة في 14 مارس 2007.

6/ الإجهادات القضائية:

1. المجلة القضائية، ع 04، س 1984.

2. المجلة القضائية، ع 01، س 1989.

3. المجلة القضائية، ع 02، س 1989.

4. المجلة القضائية، ع 03، س 1989.

5. المجلة القضائية، ع 01، س 1990.

6. المجلة القضائية، ع 02، س 1990.

7. المجلة القضائية، ع 01، س 1991.

8. المجلة القضائية، ع 02، س 1991.

9. المجلة القضائية، ع 03، س 1991.
10. المجلة القضائية، ع 3، س 1992.
11. المجلة القضائية، ع 4، س 1992.
12. المجلة القضائية، ع 01، س 1995.
13. المجلة القضائية، ع 02، س 1997.
14. المجلة القضائية، ع 01، س 2001.
15. المجلة القضائية، عدد خاص 2، س 2002.
16. مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2005.
17. مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2006.
18. مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2007.
19. مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، س 2009.
20. مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2010.
21. مجلة المحكمة العليا، ع 02، 2010.
22. مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2011.
23. مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2012.
24. مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2012.
25. مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2013.
26. مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2013.
27. مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2014.
28. مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2014.
29. مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2015.
30. مجلة المحكمة العليا، ع 02، س 2016.
31. مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2016.
32. مجلة المحكمة العليا، ع 01، س 2017.
33. نشرة القضاة، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، س 1982.
34. نشرة القضاة، ع 02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، س 1983.
35. ، نشرة القضاة، ع 04، الديوان الوطني للأشغال التربوية، س 1989.

36. نشرة القضاة، ع 58، الديوان الوطني للأشغال التربوية، س 2006.
37. نشرة القضاة، ع 62، الديوان الوطني للأشغال التربوية، س 2008.
38. مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، دورية صادرة عن المركز المصري للمعلومات القانونية، دار الحكمة للطباعة، ع 01، يناير 1999.
39. الجريدة الرسمية لأحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، ع 22، المؤرخة في 20 جوان 1995.
40. مجموعة الأحكام الجزائية لمحكمة التمييز الأردنية من سنة 1996 إلى 2002م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
41. مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ع 03، س 1989.
42. مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ع 10، س 2004.
43. مجلة المحاماة، نقابة المحامين المصريين، ع 05 و 06، س 1990.
- 6/ المراجع الإلكترونية:
1. المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، وقف تنفيذ العقوبة في ضوء اجتهاد محكمة النقض المصرية، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر التاسع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، جامعة الدول العربية، الفترة من 17 إلى 19 ديسمبر 2018، بيروت، لبنان. منشور على الموقع: https://carjj.org/sites/default/files/events/wrq_ml_msr-wqf_tnfydh_lqwb.pdf
- تاريخ زيارة الموقع: 2019.03.12.
2. قناعة القاضي بوسائل الإثبات، مقال منشور بتاريخ 2013.07.29 على الموقع:
3. <https://majlt.elquanonblogspot.com> تاريخ زيارة الموقع: 2018.09.25.
4. طه محمد الحرد، تساند الأدلة في المواد الجزائية، منشور في منتدى شبكة محامو الحديدة، على الموقع: <https://mhamoo.yoo7.com/t19-topic> تاريخ زيارة الموقع: 2019.07.25.
5. محكمة النقض المصرية، قرار صادر في: 2012.12.26 الطعن رقم 2257 س 63، مشار إليه على الموقع: <https://egyylawsite.wordpress.com> تاريخ زيارة الموقع: 2019.11.22.
- محمد بازي، سلطة القاضي في تقدير الاعتراف الجنائي في القانون المغربي والمقارن، المكتبة القانونية العربية، مقال منشور على الموقع:
- https://www.bibliotdroit.com/2017/03/blog-post_9.htm تاريخ زيارة الموقع: 2017.07.18.

6. قانون الإجراءات الجنائية المصري، متوفر على الموقع:

<http://www.elawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/ProceduralLawCriminalProceedingsAr.pdf>

7. قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، متوفر على الموقع:

<http://www.moj.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/d0d76f5c-8ad9-4a55-b065-d4748339db40.pdf>

8. مجلة الإجراءات الجنائية التونسية، متوفر على الموقع:

<http://www.legislation.tn/sites/default/files/codes/ProcedurepenaleArabe.pdf>

9. قانون المسطرة الجنائية المغربية، متوفر على الموقع:

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/penal/CodePenal2.htm>

10. قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، متوفر على الموقع:

<https://iedja.org/wp-content/uploads/2018/02/Code-de-Proc%C3%A9dure-P%C3%A9nale-Syrien-Loi-115-de-1950-AR.pdf>

11. قانون العقوبات المصري، متوفر على الموقع:

<https://learningpartnership.org/sites/default/files/resources/pdfs/Palestine-Penal-Code-Gaza-Egyptian-1939-Arabic.pdf>

12. قانون العقوبات الأردني، متوفر على الموقع:

<http://www.moj.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/5d38ea27-5819-443e-a380-b65c7e1f5b56.pdf>

13. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، متوفر على الموقع:

<http://iraqlid.hjc.iq:8080/LoadArticle.aspx?SC=251020079038369>

14. قانون العقوبات الليبي، متوفر على الموقع:

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/97659/115997/F-71669284/LBY97659%20Ara.pdf>

15. قانون الجرائم والعقوبات اليمني، متوفر على الموقع:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/ye/ye007ar.pdf>

15. قانون العقوبات اللبناني، متوفر على الموقع:

[https://www.unodc.org/res/cld/document/lebanon-penal-](https://www.unodc.org/res/cld/document/lebanon-penal-code_html/Lebanon_Penal_Code_1943.p)
[dfcode_html/Lebanon_Penal_Code_1943.p](https://www.unodc.org/res/cld/document/lebanon-penal-code_html/Lebanon_Penal_Code_1943.p)

16. قانون العقوبات السوري، متوفر على الموقع:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/sy/sy013ar.pdf>

17. قانون الجزاء العماني، متوفر على الموقع:

<https://data.qanoon.om/ar/rd/2018/2018-007.pdf>

18. قانون العقوبات العراقي، متوفر على الموقع:

<https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:0000-0c03-6a0c-ffff-fff96be3560/penalcode1969.pdf>

19. قانون العقوبات المغربي، متوفر على الموقع:

<http://adala.justice.gov.ma/production/html/ar/77323.htm>

20. قانون الجزاء الكويتي، متوفر على الموقع:

[http://www.undp-aciac.org/publications/ac/compendium/kuwait/criminalization-](http://www.undp-aciac.org/publications/ac/compendium/kuwait/criminalization-lawenforcement/criminal-60-ar.pdf)
[lawenforcement/criminal-60-ar.pdf](http://www.undp-aciac.org/publications/ac/compendium/kuwait/criminalization-lawenforcement/criminal-60-ar.pdf)

21. المجلة الجزائية التونسية، متوفرة على الموقع:

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/tn/tn030ar.pdf>

22. قانون العقوبات البحريني، متوفر على الموقع:

[https://www.refworld.org/cgi-](https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=589b5cbe4)
[bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=589b5cbe4](https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=589b5cbe4)

23. قانون الجمارك الأردني رقم 20 لسنة 1998 المعدل بموجب القانون رقم 33 لسنة 2018،
متوفر على الموقع:

https://www.customs.gov.jo/CustomsLaw/Customs_Law.aspx

24. قانون رقم 31 لسنة 1974 المتعلق بشأن الأحداث المصري، متوفر على الموقع:

<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://manshurat.org/sites/default/files/docs/pdf/013008.pdf>

ثانيا / المراجع باللغة الفرنسية:

1/ Ouvrages:

1. **Bernard BOULOUC**, Pénologie, Exécution des sanctions adultes et mineurs , 2 éme édition, Dalloz , 1998.
2. **Clara Tournier**, L'intime conviction du juge, la faculté de droit et de science politique, Presses Universitaires d'Aix Marseille, France, 2003.
3. **Claude PENHOAT** , Droit pénal: cours, jurisprudences, cas , Aengde, Paris, 1995.
4. **Delmas-Marty MIREILLE** , Procédures Pénales d'Europe , 1 ére édition , PUF, Paris,1995.
5. **Faustin HELIE**, Pratique criminelle des cours et tribunaux , LITEC, Paris , 1954.
6. **Françis LE GUNEHEC** , Le nouveau code pénal illustré , Dalloz, Paris , 1996.
7. **Gaston STEFANI** , **Georges LEVASSEUR** , Droit pénal général et Procédure pénale, tome2 , Dalloz ,Paris ,1964.
8. _____, Droit pénal général et criminologie, 2 éme édition, Dalloz , Paris, 1961.
9. **Gaston STEFANI** , **Georges LEVASSEUR**, **Bernard BOULOC** , Procédure pénale ,18 éme édition, Dalloz , Paris , 2001.
10. _____, Droit pénal général, 17éme édition , Dalloz, Paris, 2000.
11. **George VIDAL**, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire , 4 éme édition, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence , Arthur Rosseau Editeur , Rue Soufflot et Rue Toullier , Paris , 1910.

12. **Georges LEVASSEUR** , Les problèmes juridiques par l'observation des délinquant, cours de droit criminel approfondi , Paris , 1956-1957.
13. **Gilles-jean PORTEJOIE, Pierre-Charles RANOUIL**, Glas pour l'intime conviction de l'instect à la raison , Essai, broché, Unlimited édition, Paris, 2009.
14. **Jacque BORRICAND, Anne-Marie SIMON**, Droit pénal et procédure pénale , 2ème édition , Dalloz, Paris, 2000.
15. **Jacques FRANCILLON, Yves MAYAUD , Gabriel Roujou DE BOUBEE , Bernard BOULOUC**, Code pénal commenté, Dalloz ,Paris,1996.
16. **Jean Claude SOYER**, Droit pénal et procédure pénale, 18ème édition, LGDJ , Paris,2004.
17. **Jean- François RENUCCI**, Intime conviction des décisions de justice et droit a un procès équitable, Recueil Dalloz, Paris, 2009.
18. **jean PRADEL** , Droit pénal général, 6 ème édition, Cujas , Paris,1987.
19. _____ , procédure pénal , 10 ème édition , Cujas, Paris, 2000.
20. **L. CADIET**, Dictionnaire de la justice, 1ère édition , PUF, 2004.
21. **Marie-Cécile NAGOUAS-GUÉRIN**, Le doute en matière pénale, Dalloz, Paris, 2002.
22. **Michèl- Laure RASSAT**, Droit Pénal général ,3 ème édition , Ellipses Marketing , Paris,2014.
23. **Philippe CONTE , Patrick MAISTRE DU CHAMBON** , Droit pénal général, 5 ème édition, Armand colin, Paris , 2000.
24. _____, Procédure pénale , 3 ème édition , Dalloz, Paris, ,2001.
25. **Pierre CHOMBON** , Le juge d'instruction , Théorie et pratique de la procédure , 4ème édition , Dalloz , Paris , 1997.
26. **Renée KOERING-JOULIN**, La dignité de la personne humaine en droit pénal , in la dignité de la personne humaine , Economica , 1999.
27. **Robert VOUIN , Jacques LEAUTE** , Droit pénal et procédure pénale , 3 ème édition, PUF, Paris , 1969.

28. **Roger MERLE et André VITU**, Traité de droit criminel, Tome 1, 5^{ème} édition, Cujas, Paris, 1984.
29. _____, Traité de droit criminel, tome 2, 5^{ème} édition, Cujas, Paris, 2001.
30. **Serge GUINCHARD et Jaques BUISSON**, Procédure pénale, 2^{ème} édition, Lexis Nexis Litec, Paris, 2002.
31. **Steven A. KOEHLER, Pete MOORE, David OWEN**, La police scientifique mène l'enquête: 50 crimes élucidés par la science, Edition Dunod, Paris, 2010.
32. **Thierry DELMASSO**, Responsabilité pénale des personnes morales, évaluation des risques et stratégie de défense, édition EFE, Paris, France, 1996.
33. **Thierry GARE, Catherine GINESTET**, Droit pénal et procédure pénale, 7^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2012.
34. **Xavier PIN**, Droit pénal général, 10^{ème} édition, Dalloz, Paris-France, 2018.

2/ Thèses et Mémoires:

1. **Ali RACHED**, De l'intime conviction du juge, vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle, Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 18/12/1942.
2. **Fabrice DESNOS**, Une pratique précoce de l'intime conviction, La preuve dans la procédure criminelle catalane, Thèse de doctorat, 2009, Université de Montpellier. 2009,
3. **Hélène ABOUKRAT**, Doute scientifique et vérité judiciaire, Mémoire pour le Master 2 en droit pénal et sciences pénales, Université de Paris 2, Panthéon-Assas, Paris 2, 2010.
4. **Jean-Claude BERREVILLE**, Le particularisme de la preuve en droit pénal douanier, Thèse de doctorat, Université de Lille, 1966.
5. **Julie RICHARD**, L'intime conviction du juge en matière criminelle, Thèse de doctorat en droit, université de Montpellier, France, 26 juin 2017.
6. **Mohamed- Henri LAKHOUA**, La loyauté dans la recherche de la preuve en matière pénale, Thèse de doctorat en droit, université de Paris 2, 1973.

7. **Pascal GENOUS**, Les pratiques sous couvertures dans la procédure pénale contemporaine, analyse comparée des systèmes français, canadien et américain, Thèse de doctorat en droit , université Montesquieu-bordeaux IV, 1998.
8. **Patrick FEROT**, La présomption d'innocence: essai d'interprétation historique, Thèse de doctorat , Université de Droit et de la Santé Lille 2 , 15 décembre 2007.
9. **Renaud COLSON** ,La fonction de juger, Étude historique et positive, Thèse de doctorat , Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes , 2003.
10. **Yves SCHULIAR**, La coordination scientifique dans les investigations criminelles. Proposition d'organisation, aspects éthiques ou de la nécessité d'un nouveau métier. Thèse de doctorat, Université Paris Descartes en cotutelle avec l'université de Lausanne, 23 Novembre 2009.

3/ Articles:

1. **Jean PRADEL** , Les méandres de la cour d'assises française de 1791 à nos jours, Revue juridique Themis, Editions Themis, Montréal- Quebec , 1997.
2. **Ammar ANNANE** , L'absence de l'appel criminel en Droit Algerien, Revue de la Cour Suprême, N°01-2010.
3. **Coralie AMBROISE-CASTEROT** , Recherche et administration des preuves en procédure pénale ; la quête de la vérité , A,J, pen , N°07-08-2005.
4. **Dominique GAILLARDOT**, Les sanctions pénales Alternatives, RIDC, Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994.
5. **Marie-Aude BEERNAERT**, La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, RTDH, n°69, 01 Janvier 2007.
6. **Robert FINIELZ**, Chroniques de jurisprudence, Procédure pénale Nullité de la procédure d'instruction, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, octobre-décembre 2007.

4/ Jurisprudence Française:

1. Cass.Ch.Crim: 10 - 10- 1957, Bull n°617.
2. Cass.Ch.Crim: 03- 05- 1960, Bull n°232.
3. Cass.Ch.Crim: 25- 06- 1960, Bull n°391.
4. Cass. Ch. Crim 05- 01- 1962 Bull n° 04.
5. Cass.Ch.Crim, 15- 12- 1970 Bull n° 338.
6. Cass.Ch. Crim , 16-03- 1987 B.C n° 122 ,
7. Cass.Ch Crim , 17-02-1991, B.C n° 481.
8. Cass.Ch.Crim , 14-04- 1994 B.C n° 162.
9. Cass.Ch. Crim , 29-11-1994 B.C n° 382.
10. Cass.Ch.Crim, 03-07-1997 B.C n° 265
11. Cass.Ch. Crim, 01-02-2000 B.C n° 51.
12. Cass.Ch. Crim , 26-04-2000 B.C n° 166.

5/ Sites électroniques:

1. **Jean DANET** , La justice pénale entre rituel et management, Presses universitaires de Rennes, 2010 , .Disponible sur le site: www.pur-editions.fr. Consulté le: 15/12/2018
2. **Bertrand RENARD**,L'usage du polygraphe en procédure pénale ; analyse procédurale, Institut National de Criminalistique et de Criminologie Belge, 2000, p 62. Disponible sur le site: https://nicc.fgov.be/upload/publicaties/rapport_7.pdf. consulté le: 18/06/2018.
3. **Code de procédure pénal français** , Disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr.
4. **Code pénal français**, Disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr
5. **Code civil Français** , Disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr
6. **Crim ,pourvoi N°: 14-80267**, Cour de cassation Français, chambre criminelle, Audience publique du 18 février 2015, Disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr
7. **Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001**, relative à la sécurité quotidienne, modifiant le code de procédure pénale français, JORF n° 266 du 16 novembre 2001.Disponible sur le site:www.legifrance.gouv.fr.

8. **Milano LAURE** , La motivation des arrêts de cours d'assises, De la nécessité de reconsidérer la place du principe de motivation, Revue des droits et des libertés fondamentaux , N°7, 2013. Disponible sur le site:www.revuedlf.com
9. **Cass. Civ. 5 janvier 2017, N°16-12.394**, Disponible sur le site :
https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/1_5_3_5798.html
10. **Cass.Crim.28 nov 2001, N° 01-86.467**, Disponible sur le site:www.legifrance.gouv.fr.
consulté le 25/03/2019
11. **Marylou GARCIA et Max CHOUZIER** , La preuve informatique: Quelles nouveautés techniques pour quelles évolutions juridiques, Revue Lexbase , édition affaires n° 280 du 18 janvier 2012. Disponible sur le site:
<http://adij.fr> content/uploadsL2012/01/Compte Rendu Preuve informatique. pdf.
Consulté le: 28/01/2018
12. **l'administration pénitentiaire en chiffres- janvier 2011**. Disponible sur le site:
<http://www.justice.gouv.fr/art-pix/chiffres-cles-2010.pdf>. Consulté le 17/08/2018
13. **L'avis du ministre de la Justice" Dominique Perben" sur le système de surveillance électronique**. Disponible sur le site: <http://www.Prisons.free.fr/braelet.htm>. Consulté le 17/08/2018.
14. **Loi n° 2011-939 du 10 août 2011** sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, modifiant le code de procédure pénale français, JORF n°0185 du 11 août 2011. Disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr.
15. **Loi n° 99-505 du 18 juin 1999** portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs ,
Disponible sur le site:www.legifrance.gouv.fr.
16. **Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007** relative à la prévention de la délinquance , JORF n°0056 du 7 mars 2007. Disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr.

17. **Loi n° 83-466 du 10 juin 1983** portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale, Disponible sur le site: www.legifrance.gouv.fr.
18. **Leszek LERNELL**, Les circonstances aggravantes autres que le concours d'infraction et la récidive, Rapport général présenté au neuvième congrès international de droit pénal, « La Haye, 23- 30 août 1964 », Disponible sur le site :
[:https://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/O+23+Resolutions+des+Congres+de+lassociation+internationale+de+droit+penal.pdf](https://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/O+23+Resolutions+des+Congres+de+lassociation+internationale+de+droit+penal.pdf). Consulté le: 03/06/2018.

فہرہ

فهرس

1	مقدمة.....
7	الباب الأول: حدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال الإثبات.....
08	الفصل الاول: إطلاق سلطة القاضي الجزائي في مجال الإثبات.....
09	المبحث الأول: مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع.....
09	المطلب الأول: ماهية مبدأ حرية القاضي الجزائي في الإقتناع.....
10	الفرع الأول: مضمون مبدأ الإقتناع الشخصي.....
10	أولا- تعريف مبدأ الإقتناع الشخصي:.....
14	ثانيا- تكوين الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي:.....
19	الفرع الثاني: مبررات إقرار مبدأ حرية القاضي في الإقتناع والانتقادات الموجهة إليه.....
19	أولا - مبررات منح القاضي الجزائي حرية الإقتناع بالأدلة.....
20	أ - الطبيعة الخاصة للإثبات الجنائي.....
23	ب- خصوصية القضاء الجزائي والدور الإيجابي للقاضي فيه.....
25	ج- اقتحام الأدلة العلمية الحديثة مجال الإثبات:.....
27	ثانيا- الانتقادات الموجهة لمبدأ حرية القاضي في الإقتناع.....
29	المطلب الثاني: الأساس القانوني لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي ونطاق تطبيقه.....
30	الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي.....
30	أولا- في القوانين المقارنة.....
35	ثانيا - في القانون الجزائري.....
36	الفرع الثاني: نطاق تطبيق مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي.....
36	أولا - تطبيق المبدأ في مرحلة التحقيق الابتدائي.....
42	ثانيا - تطبيق المبدأ في مرحلة المحاكمة.....
49	المبحث الثاني: تطبيقات حرية القاضي في الإقتناع بالنسبة لمختلف وسائل الإثبات.....
50	المطلب الأول: تطبيقات مبدأ حرية القاضي في الإقتناع بالنسبة للأدلة القولية.....

الفرع الأول: حرية القاضي الجزائي في تقدير الإقرارف.....	50
أولا - مفهوم الإقرارف.....	51
ثانيا - خضوع الإقرارف لحرية القاضي الجزائي في التقدير.....	52
أ - سلطة القاضي الجزائي في تقدير إرادية الاعتراف.....	54
ب - سلطة القاضي الجزائي في تعزيز الإقرارف بدليل آخر.....	55
ج- سلطة القاضي في تجزئة الإقرارف.....	57
د - سلطة القاضي الجزائي في حالة العدول عن الإقرارف.....	59
هـ - سلطة القاضي في تقدير الإقرارف المثبت في محاضر.....	60
الفرع الثاني: سلطة القاضي الجزائي في تقدير الشهادة.....	63
أولا - تعريف الشهادة.....	64
ثانيا - حرية القاضي الجزائي في تقدير الشهادة.....	68
أ - سلطة القاضي في تجزئة الشهادة.....	68
ب- سلطة القاضي في تقدير الشهادة السماعية.....	69
ج - سلطة القاضي في تقدير الشهادة الإستدلالية.....	70
د- سلطة القاضي الجزائي في تقدير الشهادة الواحدة.....	73
هـ - سلطة القاضي الجزائي في تقدير شهادة متهم على آخر.....	73
المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ حرية القاضي في الاقتناع بالنسبة للأدلة المادية.....	74
الفرع الأول: سلطة القاضي الجزائي في تقدير المحررات.....	75
أولا - مفهوم المحررات.....	75
أ - تعريف المحررات.....	76
ب - أنواع المحررات.....	76
1- المحررات الرسمية والعرفية والخاصة.....	76
2- المحاضر.....	76
ثانيا - حرية القاضي الجزائي في تقدير الأدلة المكتوبة.....	78

أ- حرية القاضي الجزائي في تقدير المحررات.....	78
ب- حرية القاضي الجزائي في تقدير المحاضر.....	80
الفرع الثاني: سلطة القاضي الجزائي في تقدير الخبرة.....	81
أولا - مفهوم الخبرة.....	81
ثانيا - حرية القاضي الجنائي في تقدير الدليل الفني	84
الفرع الثالث: سلطة القاضي الجزائي في تقدير القرائن.....	90
أولا - مفهوم القرائن.....	90
أ - تعريف القرائن.....	90
ب- أنواع القرائن.....	91
1- القرائن القانونية.....	91
2- القرائن القضائية.....	92
ثانيا - حرية القاضي الجزائي في تقدير القرائن.....	92
أ- موقف الفقه.....	93
1- الرأي المؤيد لاعتبار القرينة كدليل إثبات وحيد.....	93
2- الرأي المتحفظ على اعتبار القرينة كدليل إثبات وحيد.....	94
ب - موقف القضاء.....	95
الفصل الثاني: تقييد سلطة القاضي الجزائي في مجال الإثبات.....	98
المبحث الأول: سلطة القاضي في تقدير الدليل مقيدة بضوابط.....	99
المطلب الأول: الضوابط القانونية للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقدير الأدلة.....	99
الفرع الأول: الإلتزام بمبدأ الشرعية الإجرائية.....	100
أولا - احترام الشرعية الإجرائية للحصول على الدليل.....	100
أ - قانونية إجراءات الحصول على الدليل	100
ب -مراعاة قواعد النزاهة في الحصول على الدليل.....	103
ج - قيمة الدليل غير المشروع في الإثبات.....	105

105	1- حالة الحكم بالإدانة.....
107	2 - حالة حكم البراءة.....
109	ثانيا - وضعية الدليل.....
110	أ- أن يكون للدليل أصل ثابت في أوراق الدعوى.....
112	ب- طرح الدليل بالجلسة.....
116	الفرع الثاني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية الحديثة.....
118	أولا -الوسائل العلمية غير المشروعة.....
118	أ-التنويم المغناطيسي.....
119	ب-استعمال العقاقير المخدرة (التحليل التخديري)
121	ج- جهاز كشف الكذب.....
122	ثانيا - الوسائل العلمية المشروعة.....
122	أ- غسيل المعدة.....
124	ب- تحليل الدم والبول واللعاب.....
125	ج- فحص البصمة الوراثية.....
128	المطلب الثاني: الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال الاثبات
129	الفرع الأول: بناء الإقتناع على الجزم واليقين.....
129	أولا: ماهية اليقين القضائي.....
129	أ-تعريف اليقين القضائي.....
130	ب-طبيعة اليقين المطلوب في الحكم القضائي.....
131	ج-عناصر اليقين المطلوب في الحكم القضائي.....
131	1-العنصر الشخصي لليقين القضائي.....
132	2 . العنصر الموضوعي لليقين القضائي.....
133	ثانيا - ضمانات اليقين القضائي
133	أ- قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم.....

ب- حياد القاضي واستقلاليتة.....	136
ج . تسبيب الأحكام الجزائية.....	140
الفرع الثاني: تساند الأدلة الجنائية.....	142
أولا - بيان الأدلة ومضمونها	143
ثانيا- انعدام التخاذل والتناقض بين الأدلة.....	147
المبحث الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ حرية القاضي الجزائي في تقدير الأدلة.....	151
المطلب الأول: الإستثناءات الواردة على حرية القاضي في اختيار الدليل.....	152
الفرع الأول: فرض أدلة محددة لإثبات بعض الجرائم.....	152
أولا - حصر الأدلة المتطلبة لإثبات جريمة الزنا.....	153
أ - حالة التلبس بالزنا.....	155
ب - الإقرار القضائي.....	157
ج - إقرار وارد في رسائل ومستندات صادرة عن المتهم.....	158
ثانيا- إثبات جريمة القيادة في حالة سكر أو تحت تأثير مواد مخدرة.....	162
الفرع الثاني: إثبات المسائل غير الجنائية.....	164
أولا- مفهوم المسألة الأولية.....	165
ثانيا- سلطة القاضي الجزائي في إثبات المسألة الأولية.....	166
المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على حرية القاضي الجزائي في تكوين اقتناعه الشخصي.....	172
الفرع الأول: حجية بعض المحاضر في الإثبات.....	172
أولا- المحاضر ذات الحجية النسبية.....	173
ثانيا - المحاضر ذات الحجية المطلقة.....	176
الفرع الثاني: القرائن القانونية.....	183
أولا - قرائن قانونية قاطعة.....	183
ثانيا - قرائن قانونية بسيطة.....	185

الباب الثاني: حدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال العقوبة.....	190
الفصل الأول: ضوابط استعمال القاضي لسلطته التقديرية في تحديد العقوبة.....	191
المبحث الأول: الضوابط المتعلقة بالجريمة.....	192
المطلب الأول: ضوابط الركن المادي للجريمة.....	193
الفرع الأول: السلوك الإجرامي	193
أولا - طبيعة الفعل الإجرامي.....	195
ثانيا - الوسيلة المستعملة في ارتكاب الجريمة.....	197
ثالثا - الظروف الزمانية والمكانية المرافقة لارتكاب الجريمة.....	201
أ- زمان ارتكاب الجريمة.....	201
ب- مكان ارتكاب الجريمة.....	204
الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بالنتيجة الإجرامية.....	206
المطلب الثاني: ضوابط الركن المعنوي للجريمة.....	214
الفرع الأول: كثافة القصد الجنائي كضابط لتحديد العقوبة.....	215
أولا - ضابط تخفيف القصد الجنائي.....	217
أ - عدم تحديد الجاني لموضوع النتيجة الإجرامية.....	217
ب . توفر عنصر غير عمدي مع عناصر القصد الجنائي.....	217
ج- الإتجاه غير المباشر نحو تحقيق النتيجة الإجرامية.....	218
ثانيا- ضابط تشديد القصد الجنائي.....	220
أ-الروية والهدوء في التفكير.....	220
ب- عدم تحديد النتيجة مهما كانت جسامتها.....	222
ثالثا- ضابط استقرار كثافة القصد الجنائي.....	223
الفرع الثاني: كثافة الخطأ كضابط لتحديد العقوبة.....	225
أولا - خطأ عدم الإحتياط.....	226
ثانيا - خطأ المخالفة.....	231

234	المبحث الثاني: الضوابط الشخصية المتعلقة بالجاني.....
235	المطلب الأول: الباعث كضابط في تحديد العقوبة.....
236	الفرع الأول: ماهية الباعث.....
237	أولا- تعريف الباعث.....
238	ثانيا- خصائص الباعث.....
238	أ- الباعث يختلف عن القصد الجنائي.....
238	ب- الباعث ليس ركنا من أركان الجريمة.....
239	ج - الباعث إما أن يكون شريفاً أو دنيئاً.....
241	ثالثا - مدى اعتداد التشريعات بالباعث كضابط لتقدير العقوبة.....
244	الفرع الثاني: دور الباعث كضابط في تقدير العقوبة.....
244	أولا - دور الباعث في تخفيف العقوبة.....
245	أ - باعث الرحمة.....
247	ب - باعث خشية العار.....
248	ثانيا - دور الباعث في تشديد العقوبة.....
249	أ- باعث الطمع.....
249	ب - دافع الإنتقام أو الأخذ بالثأر.....
249	ج - الباعث التافه.....
250	د - ارتكاب الجريمة من أجل جريمة أخرى.....
253	المطلب الثاني: درجة الخطورة الإجرامية للجاني كضابط لتقدير العقوبة.....
253	الفرع الأول: سلوك الجاني.....
254	أولا- سلوك الجاني السابق للجريمة.....
257	ثانيا - سلوك الجاني أثناء ارتكاب الجريمة.....
258	ثالثا- سلوك الجاني اللاحق لارتكاب الجريمة.....
259	أ- التبليغ والإعتراف.....

262	ب- التوبة وإصلاح الضرر.....
264	الفرع الثاني: ظروف حياة الجاني الشخصية والإجتماعية.....
265	أولا - سن الجاني.....
267	ثانيا- الحالة العقلية للجاني.....
270	ثالثا - الحالة الإجتماعية للجاني.....
273	الفصل الثاني: نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تحديد العقوبة.....
274	المبحث الأول: إلزام القاضي الجزائي بالتحديد التشريعي للعقوبات.....
274	المطلب الأول: سلطة القاضي الجزائي في التدرج الكمي للعقوبات.....
275	الفرع الأول: نظام التدرج الكمي الثابت.....
275	أولا - حالة الحدين الأدنى والأعلى العامين الثابتين.....
277	ثانيا - حالة الحد الأدنى العام والحد الأعلى الخاص الثابتين.....
278	ثالثا - حالة الحد الأدنى الخاص والحد الأعلى العام الثابتين.....
280	رابعا- حالة الحدين الأدنى و الأعلى الخاصين الثابتين.....
287	الفرع الثاني: نظام التدرج الكمي النسبي للعقوبات.....
288	أولا - التدرج الكمي النسبي الموضوعي للعقوبات.....
289	أ- الغرامات ذات الحدين الأدنى والأعلى النسبيين.....
289	ب - الغرامات ذات الحد الأدنى الثابت والحد الأعلى النسبي.....
291	ج - العقوبات ذات الحد الأدنى النسبي والحد الأعلى الثابت.....
291	د- العقوبات النسبية ذات الحد الثابت.....
297	ثانيا - التدرج الكمي النسبي الشخصي للعقوبات.....
299	المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائي في إختيار نوع العقوبة والحكم بوقف تنفيذها.....
300	الفرع الأول: سلطة القاضي في الإختيار النوعي للعقوبات.....
300	أولا - نظام العقوبات التخيرية.....
301	أ- نظام العقوبات التخيرية الحرة.....

ب- نظام العقوبات التخييرية المقيدة.....	306
1- العقوبات التخييرية المقيدة بالبائع.....	306
2- العقوبات التخييرية المقيدة بالملاءمة.....	306
3- العقوبات التخييرية المقيدة بشناعة الجريمة أو خطورة المجرم.....	307
ثانيا - نظام العقوبات البديلة.....	308
أ- إستبدال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة الغرامة.....	309
ب- إستبدال عقوبة العمل بعقوبة الغرامة.....	309
ج - إستبدال عقوبة الغرامة بعقوبة سالبة للحرية.....	310
د- إستبدال عقوبة العمل بعقوبة سالبة للحرية.....	311
هـ- إستبدال عقوبات مستحدثة أخرى بعقوبة سالبة للحرية.....	313
الفرع الثاني: سلطة القاضي الجزائي في وقف تنفيذ العقوبة.....	316
أولا - تقييد سلطة القاضي في الحكم بوقف التنفيذ بشروط صارمة.....	317
أ- حصر العقوبات المشمولة بوقف تنفيذ العقوبة.....	317
ب- تقييد القاضي بنوع الجريمة للحكم بوقف التنفيذ.....	321
ج- تقييد القاضي بشروط تتعلق بالجاني.....	323
ثانيا - حرية القاضي في الحكم بوقف التنفيذ عند توفر شروطه.....	326
المبحث الثاني: سلطة القاضي الجزائي في تجاوز التحديد التشريعي للعقوبات.....	329
المطلب الأول: سلطة القاضي الجزائي في تخفيف العقوبة.....	330
الفرع الأول: سلطة القاضي الجزائي في تخفيف العقوبة في التشريعات المقارنة.....	331
أولا - تباين موقف التشريعات المقارنة حول سلطة القاضي في تحديد الظروف المخففة.....	332
أ - الإتجاه الموسع لسلطة القاضي في تحديد الظروف المخففة.....	332
ب- الإتجاه المقيّد لسلطة القاضي في تحديد الظروف المخففة.....	333
ج- الإتجاه التوفيقى الذي تبنى التحديد المعتدل للظروف القضائية المخففة.....	334
ثانيا - تباين موقف التشريعات المقارنة حول سلطة القاضي في تطبيق الظروف المخففة.....	336

أ - نطاق العقوبات المشمولة بالظروف المخففة.....	336
1- إطلاق سلطة القاضي في التخفيف لتشمل جميع أنواع الجرائم.....	336
2- تقييد سلطة القاضي في تخفيف عقوبة بعض أنواع الجرائم فقط.....	338
ب- حدود سلطة القاضي الجزائي في درجة التخفيف.....	339
1- سلطة القاضي المطلقة في درجة التخفيف.....	339
2- سلطة القاضي المقيدة في درجة التخفيف.....	341
الفرع الثاني: سلطة القاضي الجزائي في تخفيف العقوبة في التشريع الجزائري.....	341
أولا - سلطة القاضي الجزائي الجزائي في تحديد وتطبيق الظروف المخففة.....	342
أ-الجرائم المستثناة من تطبيق الظروف المخففة في قانون العقوبات.....	343
ب- الجرائم المستثناة من تطبيق الظروف المخففة في القوانين الخاصة.....	344
ثانيا - حدود سلطة القاضي الجزائي الجزائي في درجة التخفيف.....	349
أ-حدود سلطة القاضي في درجة التخفيف بالنسبة للشخص الطبيعي.....	349
1- حدود درجة التخفيف في مواد الجنايات.....	349
2- حدود درجة التخفيف في مواد الجناح.....	350
3- حدود درجة التخفيف في مواد المخالفات.....	352
ب- حدود سلطة القاضي في درجة التخفيف بالنسبة للشخص المعنوي.....	357
المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائي في تشديد العقوبة.....	360
الفرع الأول: سلطة القاضي الجزائي في تشديد العقوبة في التشريعات المقارنة.....	360
أولا- سلطة القاضي التقديرية في تشديد العقوبة عند توفر الظروف المشددة الخاصة.....	361
ثانيا - سلطة القاضي الجزائي في التشديد حال توفر الظروف المشددة العامة الإستثنائية.....	362
أ- تقييد سلطة القاضي في تحديد الظروف المشددة العامة الإستثنائية.....	363
ب- تباين موقف التشريعات المقارنة حول مدى سلطة القاضي في الحكم بالعقوبة المشددة	365
1- تشديد عقوبة العائد بين الإتساع والتقييد.....	365
1-1- الإتجاه المقيد لسلطة القاضي في التشديد.....	366

2-1- الإلتجاه المطلق لسلطة القاضي في التشديد.....	367
3-1- الإلتجاه المعتدل.....	367
2- تشديد عقوبة المجرم الذي تتوفر فيه الظروف المشددة العامة الإستثنائية الأخرى.....	368
الفرع الثاني: سلطة القاضي الجزائي في تشديد العقوبة في التشريع الجزائي.....	370
أولا - سلطة القاضي في تشديد العقوبة عند توفر الظروف المشددة الخاصة.....	370
أ - الظروف المشددة الخاصة في القانون الجزائي.....	370
ب - تقييد سلطة القاضي في تشديد العقوبة عند توفر الظروف المشددة الخاصة.....	371
ثانيا - سلطة القاضي في تشديد العقوبة عند توفر ظرف العود.....	373
أ - تقييد سلطة القاضي بشروط عامة لتقدير توفر حالة العود.....	374
1- صدور حكم نهائي سابق.....	374
2- ارتكاب جريمة لاحقة ومستقلة عن الحكم السابق.....	375
3- أن تتوفر في الجاني حالة من حالات العود المقرر قانونا.....	375
ب - مدى السلطة الممنوحة للقاضي الجزائي في تشديد عقوبة العائد.....	375
1- إطلاق سلطة القاضي في تقدير الحكم بتشديد عقوبة العائد.....	375
2- تقييد سلطة القاضي في درجة تشديد عقوبة العائد.....	376
1-2 - حدود تشديد العقوبة إذا كان العائد شخصا طبيعيا.....	376
1-1-2 العود في مواد الجنايات والجرح.....	376
2-1-2 العود في مواد المخالفات.....	379
2-2 - حدود تشديد العقوبة إذا كان العائد شخصا معنويا.....	380
1-2-2 العود في مواد الجنايات والجرح.....	380
2-2-2 العود في مواد المخالفات.....	382
خاتمة.....	384
قائمة المراجع.....	395
فهرس.....	430

ملخص

أصبح من مسلمات العصر الحديث الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الجزائي حتى في كنف الشرعية الجنائية البحتة، بمبرر أن المشرع مهما بلغ من بعد نظر ودقة في صياغة النصوص، فليس بإمكانه أن يحيط بكل أنماط السلوك الإنساني الذي يشكل ضرراً على المصالح محل الحماية القانونية، وليس باستطاعته أن يتنبأ بكل فروض الخطورة الإجرامية، كما أن إثبات جرائم وقعت في الماضي والبحث عن مرتكبها يأبى أن يقيد القاضي في كيفية الوصول إليها، ويفرض ترك المجال واسعاً أمامه لاختيار دليل الإثبات وتقديره بكل حرية.

غير أن هذه السلطة لم تتركها التشريعات الجنائية الحديثة مطلقة، بل قيدتها بضوابط ووضعت لها حدوداً تكفل ممارستها على النحو الذي وجدت من أجله، ذلك أن إطلاق سلطة القاضي من غير ضوابط تحكمها وتنظمها قد يعصف بالحريات الأساسية للفرد، ويُفضي إلى عدم توازن بين الفرد والمجتمع الذي يتهمة، فهذه الضوابط من شأنها أن تضمن عدم تعسف القاضي في استعمال سلطته، وصولاً إلى حكم يلامس الحقيقة الواقعية ويحقق العقاب العادل.

Résumé

La reconnaissance du pouvoir discrétionnaire au juge pénal dans le respect de la légitimité pénale pure est devenue un postulat de l'ère moderne. Perspicace et minutieux qu'il soit, le législateur ne peut cerner tous les types de comportement humain qui nuit aux intérêts, objet de la protection juridique, et ne peut prévoir tous les risques criminels, d'autant plus que constater des crimes commis dans le passé et rechercher leurs auteurs, impose de laisser le champ libre devant le juge afin d'aboutir à une preuve à charge et de pouvoir l'apprécier librement.

Toutefois, ce pouvoir n'a pas été laissé absolu, mais limité par les législations pénales modernes par le biais de critères et limites garantissant sa pratique pour laquelle ce pouvoir a été instauré.

En effet, donner au juge un pouvoir sans critères qui le régissent et l'organisent pourrait bafouer les libertés fondamentales de l'individu, et participe du déséquilibre entre lui et la société qui l'accuse, ces critères sont à même d'assurer qu'il n'y ait pas d'abus de pouvoir de la part du juge et mènent à un jugement qui frôle la réalité et garantit une peine juste.