

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة محمد خيضر - بسكرة -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



# السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في مجال العقوبة

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق  
تخصص: قانون جنائي

## مقدمة

إن الفلسفة العقابية المعاصرة، أدت إلى إحداث تغيرات جذرية انعكست مفرداتها على فهم السلوك الإجرامي و المجرم على حد سواء، وترتب على ذلك تعدد المفاهيم النظرية، التي تنادي بان الجريمة ظاهرة ونتاج مجموعة من العوامل الشخصية و الاجتماعية و النفسية التي تتطلب المعالجة و الإصلاح.

ولعل التطور الكبير في الأساليب العقابية الذي اتبعته معظم التشريعات الجنائية الحديثة، على وضع الجزاءات المناسبة لمواجهة الجريمة، مراعية في ذلك الظروف الشخصية والموضوعية، و كل ما يتعلق بمرتكب الفعل المجرم، بدء بتحديد المشرع الجزاء المناسب بما يضمن تحقيق العدالة في المجتمع.

لذا فالهدف الأساسي الذي تصبو إليه التشريعات الإجرائية الجنائية هو أن يصيب القاضي الحقيقة في حكمه سواء كان ذلك بالبراءة أو الإدانة، ولهذا وجب على القاضي قبل أن يدون حكمه أن يكون قد وصل إلى حقيقة الوقائع كما حدثت لا كما يتصورها الخصوم ، وهذه الحقيقة لا يمكن الوصول إليها إلا بعد البحث عنها من خلال عملية ذهنية ، يقينية و منطقية و ثبوتها بالأدلة لإسنادها ونسبتها للمتهم ماديا أو معنويا .

ومن هنا يبدو عمل القاضي الجنائي في الظهور من خلال ما يتمتع به من سلطة في تكملة عمل المشرع ،حينما يجتهد في التكيف الواقعي للعقوبة لان المشرع مهما بلغ من فطنة و بعد نظر ليس بإمكانه الإلمام بكل الأفعال التي يمكن أن يظهر عليها السلوك الضار بالمصالح المختلفة محل الحماية الجنائية، كما لا يمكنه الإحاطة بكل ما يتمتع به الجاني من خطورة إجرامية ،وهذا هو الواقع الذي فرض الاعتراف بنوع من السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في اغلب التشريعات المعاصرة.

فالقاضي الجنائي وما يمتاز به من سلطة تقديرية ،حين تطبيقه الواقعي للتحديد التشريعي مستعينا ببعض الضوابط الإرشادية و المعايير يقيس بها مدى سلامة تقديره للعقوبة التي وضع لها المشرع سلفا حدين ، احدهما ادني لا يجوز للقاضي النزول دونه و الآخر أقصى لا يجوز

للقاضي أيضا أن يعتليه ، وبين هذين الحدين متسع من المجال فللقاضي الجنائي سوى مراعاة ملابسات الجريمة وظروف كل مجرم حتى يتمكن من تقدير العقوبة المناسبة.

فمن هنا فإن موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي و إن كان يبدو للوهلة الأولى قد سبقت دراسته من قبل الباحثين، إلا أن التعديلات التي عرفها قانون العقوبات الجزائري و التي مست ممارسة هاته السلطة التقديرية خاصة في ما تعلق الأمر بظروف التخفيف القضائي وكذلك مجال تطبيق هذه السلطة بالنسبة للشخص المعنوي و استحداث صورة العمل للنفع العام، جعلت منه موضوعا جديدا يدفع للمبادرة بدراسته و تحليله و بيان الأحكام القانونية الجديدة، وهذا ما يترجم الأهمية الكبرى لهذا الموضوع .

ما دفعني لاختيار هذا الموضوع و البحث فيه جملة من الأسباب و الدوافع و التي يمكن إيجازها من خلال النقاط التالية:

- رغبتني في البحث و معالجة السلطة التقديرية للقاضي الجنائي خاصة الجزائري في تحديد العقوبة.
- كون هذا الموضوع و ما يكتسبه من أهمية على الصعيدين النظري والعملي لم تتم دراسته بشكل علمي معمق في بلادنا، دون الإحاطة بأهم المشكلات العلمية التي يثيرها.
- التعمق فيه أكثر بهدف التعرف على ممارسة القاضي الجنائي الجزائري لهذه السلطة التقديرية.
- الرغبة في إبراز نظرة الفقه والتشريع، وبيان مختلف النظريات والآراء الفقهية المتنوعة وكذا الاجتهادات القضائية التي تعالج هذا الموضوع.
- وللتعرف على ممارسة القاضي الجنائي لهذه السلطة التقديرية وذلك من خلال التباين الفقهي الذي عرفه موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ، و بيان موقف المشرع الجزائري من ذلك و صولا إلى الإشكالات التي يطرحها مجال تطبيق هذه السلطة سواء ما تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي.

و على ضوء ما تقدم يمكن القول أن الإشكال الرئيسي الذي نحاول معالجته و دراسته من خلال هذه المذكرة يتمحور حول السؤال التالي:

**مدى حدود السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة في ضوء الأنظمة الجنائية و القيود الواردة على هاته السلطة التقديرية ؟**

هذه الإشكالية الرئيسية تنبثق عنها جملة من التساؤلات الفرعية التي تتمثل فيما يلي:

- كيف تجسدت السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة عبر التشريعات المختلفة؟

- ما هي ضوابط و الغاية من السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة ؟

- كيف تطورت السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة و فق الأنظمة الجنائية ؟

- ما هو نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة؟

- و ما هي آليات الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة ؟

أثناء هذا العمل واجهت بعض الصعوبات ،ولعل أكثرها أثرا كانت في مرحلة جمع المادة العلمية بسبب قلة المراجع المتخصصة، زيادة إلى صعوبة أخذ مواعيد مع بعض القضاة لتجسيد الجانب الميداني لفكرة السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في مجال العقوبة.

من خلال هذه الدراسة سنحاول إلقاء الضوء على حدود السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تحديد العقوبة وفق منظور قانوني، قضائي و عملي في ظل التشريع والقضاء الجزائري لذلك اعتمدنا على المنهج التحليلي و الوصفي و دراسة النصوص القانونية و مختلف الاجتهادات القضائية المتعلقة بهذا الموضوع.

للإجابة على الإشكالية و فروعها قمت بتقسيم الدراسة إلى مقدمة و فصلين:

إذ خصصت الفصل الأول لدراسة الإطار المفاهيمي للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة، حيث تضمن هذا الفصل ثلاث مباحث الأول شمل مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة.

وفي المبحث الثاني تطرقت فيه إلى تطور فكرة السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وفق الأنظمة الجنائية، أما المبحث الثالث و الأخير من هذا الفصل عالجت فيه ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة.

في الفصل الثاني عالجت فيه تطبيقات على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة ففي المبحث الأول السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التدرج الكمي والاختيار النوعي للعقوبة، و في المبحث الثاني السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التخفيف و التشديد و وقف التنفيذ القضائي للعقوبة أما المبحث الثالث فدرست فيه الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة.

لنهي الدراسة بخاتمة تتضمن عرضا وجيزا لما إحتوت عليه هذه المذكرة من أفكار.

## الفصل الأول:

### الإطار المفاهيمي للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة

إن اعتراف المشرع و منحه السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير الجزاء الجزائي لم تكن وليدة عصر من العصور ولا مجتمع من المجتمعات، وإنما هي فكرة تراكمية نتجت عن التطورات الحاصلة في المجتمعات عبر الأزمنة التاريخية المتعاقبة، وإن كانت آراء الفقه الجنائي قد تباينت في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في كل دولة إلا أن وجود هذه السلطة أصبح من المسلمات في النظم الحديثة لتحديد مفهومها، وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول، ثم نلقي الضوء على تطور السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وفق الأنظمة الجنائية في مبحث ثان، وفي المبحث الثالث نوضح ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي.

## المبحث الأول:

## مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة

في هذا المبحث نحاول تعريف السلطة التقديرية لغة و اصطلاحا في مطلب أول، أما المطلب الثاني نوضح فيه تمييزها عن غيرها من الأفكار المشابهة لها، و في المطلب الثالث نتطرق إلى صور السلطة التقديرية و ذلك على النحو التالي:

## المطلب الأول:

## تعريف السلطة التقديرية لغة و اصطلاحا

## الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية لغة

**أولاً: السلطة لغة:** من سَلَطَ يَسْلُطُ سَلْطَةً، و سَلَّطَ سَلْطَةً، و السلاطة: القهر و الحدة والتسليط إطلاق السلطان و الاسم سلطة، و السلطة التسلط و السيطرة و التحكم و السلطة السهم الطويل، و الجمع سِلاط و السلطان الحجة و البرهان و قدرة الملك و قدرة من جعل له ذلك و إن لم يكن ملكا، و الولي و سلطان كل شيء شدته و سطوته و سمي السلطان سلطانا إما لتسلطه أو لأنه حجة من حجج الله في أرضه، و يقال للأمرء سلاطين لأنهم الذين تقام بهم الحجة و الحقوق.<sup>1</sup>

وهي أيضا استطاعة، طاقة و قدرة.<sup>2</sup>

**ثانياً: التقدير لغة:** و تعني من قدر يقدر و بابه نصر و ضرب، و القدر و القُدرة و المقدار: القوة و القدر: الغنى و اليسار و هو من ذلك لأنه كله قوة، و قَدَرَ الشيء بالشيء و قدره قاسه و التقدير على وجوه من المعاني منها التروي و التفكير في تسوية أمر و تهيئته و منه أيضا تقديره بعلامات يقطعه عليها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء السادس، دار التوفيقية للطباعة، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 364.

<sup>2</sup> سهيل إدريس، المنهل قاموس فرنسي عربي، الطبعة الثانية و العشرون، دار الآداب للنشر و التوزيع، بيروت، 1999، ص 957.

<sup>3</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري لسان العرب، الجزء الحادي عشر، دار التوفيقية للطباعة، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 56.

## الفرع الثاني: تعريف السلطة التقديرية اصطلاحاً.

بعد ما تعرفنا في الفرع الأول على معنى السلطة التقديرية من الناحية اللغوية، نتطرق في هذا الفرع تعريف السلطة التقديرية لدى فقهاء القانون الوضعي، و كذا التعريف القانوني إن وجد.

## أولاً: تعريف السلطة التقديرية في الاصطلاح الفقهي:

اختلف الفقهاء في تعريف السلطة التقديرية، بحيث وردت عدة تعاريف تتفق في أمور معينة و تختلف في البعض الآخر، نتطرق إليها كما يلي:

يعرف الدكتور عبد المجيد إبراهيم سليم السلطة التقديرية بأنها: "حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها بحيث تملك سلطة اتخاذ تصرف معين أو الامتناع عن اتخاذ هذا التصرف، أو تسويته على نحو معين و تحديد وقت تدخلها دون الالتزام بإرادة شخص آخر أو هيئة أخرى.<sup>1</sup>

هذا التعريف عرف السلطة التقديرية بصفة عامة ولم يحدد الجهة الممنوحة لها هذه السلطة التقديرية.

ويعرف الدكتور "محمد علي الكيك" السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بأنها: "ما عساه أن تخوله القواعد القانونية تشريعية كانت أم غير تشريعية من رخص يتيح له السبيل نحو اختيار ما يراه من حل مناسب من بين خيارات مطروحة عليه مقيدا بذلك بالظروف و الملابس الواقعية و مقيدا بمشروعية العقوبة.<sup>2</sup>

ما يلاحظ على هذا التعريف انه لم يعط المفهوم الدقيق للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي. و يعرف الدكتور "عبد الله سليمان" السلطة التقديرية للقاضي بأنها: "اختصاص القاضي في وجوب اختيار العقوبة الملائمة للتطبيق على المتهم بحسب النصوص القانونية."<sup>3</sup> يؤخذ على هذا التعريف بأنه عام، و لم يحدد السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بصورة دقيقة وواضحة.

<sup>1</sup> عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص371.

<sup>2</sup> محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة و تشديدها و تحقيق ووقف تنفيذها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص29.

<sup>3</sup> عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2007، ص492.

و أعطى الدكتور أشرف توفيق شمس الدين تعريفا للسلطة التقديرية بأنها "سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة وشدتها ومدى قابليتها للتنفيذ من بين الاختيارات التي منحها له الشارع والمنصوص عليها في القانون".<sup>1</sup>

هذا التعريف حدد مجال السلطة التقديرية، وذلك باختيار نوع العقوبة وشدتها ووقف تنفيذها إذا توفرت شروط ذلك، وهذا كله في إطار القانون.

ورغم أن هذا التعريف أوسع من سابقه من حيث تحديده لمجال هذه السلطة، إلا أنه يؤخذ عليه عدم إشارته إلى أن هذه السلطة تمارس في ظل ضوابط وحدود يلتزم بها القاضي، ومن ثم فالتعريف قاصر من هذا الجانب.

و عرف الدكتور "محمود محمد ناصر بركات" السلطة التقديرية للقاضي بأنها: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر و التدبر بحسب النظر و المقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها و اختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته و أثره في الحكم القضائي".<sup>2</sup>

هذا التعريف لازم بين السلطة التقديرية و السلطة القضائية، فحيثما وجدت السلطة القضائية وجدت السلطة التقديرية.

أما الدكتور محمود نجيب حسني فيعرف السلطة التقديرية للقاضي بأنها "القدرة على الملائمة بين الظروف الواقعية للحالة المعروضة عليه و ظروف مرتكبها بصدد اختيار الجزاء الجنائي، عقوبة كان أم تدبيرا وقائيا، نوعا أو مقدارا ضمن الحدود المقررة قانونا بما يحقق الاتساق بين المصالح الفردية و الاجتماعية على حد السواء".<sup>3</sup>

ما يؤخذ على هذا التعريف حاول أن يجمع في مفهومه للسلطة التقديرية بين نطاق هذه السلطة و الحدود القانونية التي يجب على القاضي مراعاتها عند استعماله لها في إطار ما خوله المشرع.

<sup>1</sup> سارة قريمس، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير فرع القانون الجنائي و العلوم الجنائية، جامعة الجزائر (1)، 2012، ص28.

<sup>2</sup> محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، 2007، ص81.

<sup>3</sup> محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص782.

و إذا ما نظرنا إلى التعاريف السابقة للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة نجد أن التعريف الدكتور "محمود نجيب حسني" جاء أكثر دقة وشمولا مقارنة مع باقي التعاريف، إذ انه أحاط بالنقاط الأساسية التي تتضمنها هذه السلطة.

### ثانيا : تعريف السلطة التقديرية في الاصطلاح القانوني:

عند البحث فيما إذا كانت القوانين الوضعية أوردت تعريفا للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي أم لا، فإننا نجد ابرز مثال في التشريع الإيطالي في نص المادة 133 من قانون العقوبات على انه:"على القاضي أن يقيم وزنا لجسامة الجريمة مستخلصة:

1. من طبيعتها و نوعها ووسائلها و موضوعها ووقتها و مكانها و كافة ملابساتها.
2. من جسامة الضرر أو الخطر الناتج منها للمجني عليه.
3. من كافة القصد الجنائي أو من درجة الإهمال."

وكذلك قانون العقوبات الليبي في نص المادة 28 الذي منح القاضي سلطة في تقدير الجزاء الملائم للتطبيق على الجاني في حدود مجموعة من الضوابط منها ما هو مرتبط بالجريمة كالسلوك الإجرامي، و منها ما يتعلق بالجاني في حد ذاته كحالته الشخصية و سنه وخلقته، بالإضافة إلى قانون العقوبات اليوناني في نص المادة<sup>179</sup> أما المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، حيث ترك الأمر لفظنة القاضي و حكمته.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني:

#### تمييز السلطة التقديرية عما يشابهها

##### الفرع الأول: التفرقة بين السلطة التقديرية و السلطة التحكيمية

تتميز السلطة التقديرية عن تلك التحكيمية أو التعسفية، في كون الأولى نظام قانوني اقره المشرع ويجري تطبيقه في نطاق مبدأ الشرعية الجنائية، فهي تخول القاضي حق الاختيار بين أمور قانونية أشار إليها المشرع ووضعها تحت تصرف القاضي ليكون له الاختيار من بينهم، أما السلطة التحكيمية فهي تلك التي يلجا إليها القاضي الجنائي لتقرير أمر لا يستند فيه إلى

<sup>1</sup> سارة قريمس، المرجع السابق، ص28.

<sup>2</sup> عبد الله سليمان، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص495.

حكم القانون، و لم يقره عليه المشرع بحيث ينطوي الأمر إلى خروج على مبدأ الشرعية الجنائية.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: تمييز السلطة التقديرية عن الحق الشخصي

السلطة التقديرية المخولة للقاضي تخرج عن نطاق الحقوق الشخصية فهما فكرتان متميزتان و لا تختلطان فالحق الشخصي يخول صاحبه حرية استعماله من عدمه فإذا استعمله حصل على ما يرتبه الحق من آثار و إذا لم يستعمله فلا تثريب عليه في ذلك، أما السلطة التقديرية فإنها لا تقبل التنازل في كل الحالات فضلا عن أن اعتبار السلطة مجرد حق يجعل القاضي طرفا في النزاع و هو أمر غير مستساغ بالنسبة للسلطة القضائية.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: التمييز بين السلطة التقديرية والقضاء بعلم القاضي الشخصي

إن السلطة التقديرية للقاضي هي الصلاحيات التي خولها إياه المشرع للترجيح بين عناصر النزاع الموضوعية و أدلة الخصوم في شأنها في حدود مبدأ المشروعية، أما قضاء القاضي بمعلوماته الشخصية يقصد بها حالة ذهنية ذاتية تستنتج من الوقائع المعروضة على بساط البحث احتمالات ذات درجة عالية من التأكيد، الذي نصل إليه نتيجة لاستبعاد أسباب الشك بطريقة جازمة و قاطعة.<sup>3</sup>

### الفرع الرابع: التمييز بين السلطة التقديرية للقاضي و التقدير القضائي

كانت السلطة التقديرية و التقدير القضائي فكرتان قانونيتان و كانتا متشابهتان إلا أنهما غير متطابقتان فالسلطة التقديرية هي المجال الذي يباشر القاضي من خلاله الدور التقديري في نطاق ما تتضمنه هذه السلطة من التزام بمبدأ المشروعية<sup>4</sup>، أما التقدير القضائي هو حرية القاضي في أن يلتزم اقتناعه من أي دليل يطرح أمامه، وفي أن يقدر القيمة الإقناعية لكل منها حسبما تتكشف لوجدانه، حيث لا سلطان عليه إلا في ضميره هذا من ناحية، و من ناحية أخرى ترك الخصوم أن يقدموا ما يرون انه مناسب لاقتناع القاضي.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص10.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص9.

<sup>3</sup> مسعود زيدة، القرائن القضائية، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص110.

<sup>4</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص15.

<sup>5</sup> العربي شحط عبد القادر و نبيل صقر، الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه و الاجتهاد القضائي، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص24.

### الفرع الخامس: التمييز بين السلطة التقديرية و التقرير القضائي

إذا كانت فكرة التقرير القضائي تقترب من السلطة التقديرية للقاضي إلا أنهما فكرتان قانونيتان متميزتان فكل منهما ذاتيته و عناصره التي تميزه عن الآخر، فالسلطة التقديرية هي الصلاحية المخولة للقاضي في الترجيح بين العناصر الموضوعية للنزاع و كذا أدلته و ما تضمنه من قرائن قضائية، أما سلطة التقرير القضائي فهي المرحلة الأخيرة من مراحل الفصل في الجانب الموضوعي في الخصومة المطروحة على القاضي أو سلطة القاضي في حسم نقاط النزاع و إصدار حكمه في شأنها.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: صور السلطة التقديرية

عرفت النظم القانونية أنماط و صور عدة للحدود التي يتحرك في خلالها القاضي الجنائي لمباشرة سلطته التقديرية و يمكن تصنيفها إلى أربعة مجموعات:

- المجموعة الأولى: تتمثل في حدود عامين.
- المجموعة الثانية: تتمثل في حدين خاصين.
- المجموعة الثالثة: تتحقق من خلال حد ادني عام والأعلى خاص.
- المجموعة الرابعة: نجد صورة السلطة التقديرية لحالات معينة التي ينقرر لها حد ادني خاص و أعلى عام.<sup>2</sup>

### المطلب الرابع: موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

إن دراسة موضوع السلطة التقديرية، يعني دراسة محلها وعلى أي شيء تنصب، هل أنها تنصب على العقوبة كأثر للقاعدة التجريبية، أم على الواقعة المادية المرتكبة وهذا ما يؤدي إلى إبراز العلاقة بين هذه السلطة، والأغراض التي يراد تحقيقها ذلك أن الكشف عن هذه الحقيقة يمهد لنا معرفة نطاق السلطة.

لقد ثارت المشكلة في الفقه الجنائي حول ما إذا كانت السلطة التقديرية للقاضي الجنائي تتعلق بالأهداف التي يهدف القانون إلى تحقيقها عن طريق العقوبة أم أنها تتعلق بالوسائل فمن يرى أن العقوبة هي وسيلة لتحقيق الدفاع الاجتماعي، يعتقد أن السلطة التقديرية تتعلق بالوسيلة ومن يرى أن العقوبة هي غاية في حد ذاتها يعتقد أن السلطة التقديرية تتعلق بالغاية.

<sup>1</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص16.

<sup>2</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص44.

غير أن هذه الأفكار والآراء كلها متصلة بفلسفة العقوبة التي يراها فقهاء الفكر التقليدي وكذا فقهاء الفكر المستند إلى الوضعية القانونية، وليس بالعقوبة كتنظيم قانوني يجد مكانه في قانون العقوبات، ومعنى ذلك أن تطبيق العقوبة ما هو إلا تعبيراً عن العلاقة بين الظاهرة الإجرامية والعقوبة المرتبطة بها كأثر قانوني لها.

- يرى الفريق الأول أن العقوبة غاية في حد ذاتها، إذ يتم الربط بين مقدار العقوبة وجسامة الجريمة موضوعياً، مما يجعل العقوبة محددة على نحو لا يسمح بأية سلطة تقديرية للقاضي الجنائي في مجال أعمالها، فدور القاضي - بحسب هذا الاتجاه - يجب أن يكون محددًا، لأن القانون كامل ولا يشوبه أي نقص، ومن ثم كان على القاضي التقيد بالبحث عما تضمنه القانون ذاته، دون البحث عن الخلفيات الأخرى للقاعدة القانونية التي لم يوردها المشرع صراحة في النصوص التجريبية.

وبذلك يكون عمل القاضي منحصراً في تفعيل ما تواجد في ذهن المشرع وقت النص على القاعدة الجنائية، ما يجعله يستبعد أي تقييم للقاعدة التي تحكم النزاع المطروح عليه من خلالها انطلاقاً مما استحدثت من ظروف لم تكن موجودة حينما وضعت تلك القاعدة، وهذا تجنبا لتداخل وظيفته في تطبيق القانون مع وظيفة المشرع.<sup>1</sup>

- و يرى الفريق الثاني و هم أنصار الفكر الحديث أن التجريم قائم على فكرة الخطورة الاجتماعية للفعل، فالقاضي يلعب دوراً كبيراً لتحقيق فاعلية قانون العقوبات، فيكفي أن يأتي الفاعل سلوكاً ينطوي على تهديد المصالح التي يحيطها القانون بالحماية، حتى يعد أنه قد اقترف جرماً بغض النظر عن تحقق النتيجة المادية للفعل.<sup>2</sup>

فخلو القانون من وجود نص يحكم هذا السلوك، لا يمنع التجريم من فتح الباب للتوسع في فهم قصد المشرع، والسبب أن المجتمع في تطور مستمر فتتطور مصالحه تبعاً للتغيرات الحاصلة فيه، ولا يكون التدخل التشريعي إلا في مرحلة لاحقة، ومن ثم تبرز أهمية السلطة التقديرية للقاضي الجنائي فيأتي ليسد ما يعتري النصوص التشريعية من النقص الذي يجعلها قاصرة عن مواكبة التطور الاجتماعي.

<sup>1</sup> حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة و التدابير الاحترازية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002، ص 147.

<sup>2</sup> رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 122.

وحسب أنصار هذا الاتجاه أن أهداف العقوبة وأغراضها لا تكون محل اعتبار من قبل القاضي إلا إذا تمثلت و تشخصت في عناصر داخل قاعدة التجريم، أما إذا كانت خارج هذا الإطار، فإنها لا تكون ذات قيمة قانونية في تقديره، فموضوع السلطة التقديرية للقاضي ينصب على المفترضات التي يحددها المشرع في القاعدة القانونية، ويرتب لها الأثر المناسب عن العقوبة ومتى حدد القاضي جسامة العناصر المادية أمامه في الدعوى، فإن الجزاء الجنائي الذي يطبقه لا بد وأن يكون متناسبا معها.<sup>1</sup>

كما أن التقدير يتعلق أيضا بظروف مرتكب الجريمة، ذلك لأن الأثر القانوني لقاعدة التجريم يرتبط بشكل أساسي بالظروف الخاصة بالمجرم وأحواله، وهذا يعني أن القاضي عند تطبيقه للعقوبة يراعي الجريمة كواقعة مادية وظروف مرتكبها الشخصية،<sup>2</sup> فالقاضي الجنائي يسعى نحو وضع التحديد التشريعي لأثر القاعدة التجريبية موضع التطبيق العملي، من خلال الموازنة بين نوعية الأثر ومقداره من جهة، وبين الاعتبارات العامة أو الخاصة التي تحدد بسياسة الجريمة وأفعال المجرم من جهة أخرى.

وهذا التقدير ينصب أيضا على القانون، باعتبار أن تطبيقه يدخل في صميم عمل القاضي، ذلك لأن القانون وإن عبر عن إرادة المشرع حين سن قاعدة التجريم والعقاب، فإن عناصره المادية تشمل على مجموع وقائع نموذجية يفترضها القاضي ويرتب عليها حكما معينا.

فإن موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي يكمن في الحالات التالية:

- 1- **مفترضات القاعدة التجريبية:** وهي العناصر المادية المكونة للواقعة الجرمية، كما ينصب اهتمامه أيضا على الظروف الشخصية لمرتكب الجريمة.
- 2- **القانون:** باعتبار أن القاضي يقوم بتكييف الأثر القانوني للواقعة المرتكبة في الحدود المقررة قانونا، إذا كانت من العقوبات التي حدد لها المشرع حدا أعلى وحدا أدنى، أو اختار إحدى العقوبات إذا كان المشرع قد ترك للقاضي الجنائي حرية الاختيار.

<sup>1</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص 150.

<sup>2</sup> سارة قريمس، المرجع السابق، ص 37.

المبحث الثاني: تطور فكرة السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة وفق الأنظمة الجنائية.

تتطور الأنظمة الجنائية و تتأثر بالأفكار و الظروف السائدة في كل مجتمع، كما تتأثر بالمفاهيم و درجات التقدم، فمن خلال هذا المبحث سنتابع كيفية تطور السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة وفق النظام الجنائي الحر في المطلب الأول، ثم ندرس السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وفق النظام المقيد في المطلب الثاني، أما في المطلب الثالث نعالج فيه السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وفق النظام المختلط، لنصل في المطلب الرابع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي وفق نظام الشريعة الإسلامية.

### المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

#### في تقدير العقوبة وفق النظام الحر

يقوم هذا النظام على مبدأ الاقتناع الشخصي و بمقتضاه يباشر القاضي دورا ايجابيا في كشف الحقيقة.<sup>1</sup>

ويتمتع القاضي في ضوء هذا المذهب بسلطات واسعة في الدعوى بتوجيهها و السير فيها بحيث يتمتع القاضي بحرية تامة، و هذا المذهب يقرب كثيرا بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة.<sup>2</sup>

#### الفرع الأول: المجتمعات البدائية

قامت دعائم العقوبة في المجتمعات البدائية على أساس رد الاعتداء وهذا الرد يرجع إلى المعتدي عليه بصرف النظر عن طبيعته فكان الجاني يتعرض للعقاب الذي يفرضه المجني عليه أو تفرضه جماعته و بهذا المفهوم ساد الانتقام الفردي لأنه يمثل العائلة التي يحققها

<sup>1</sup> عبد الرزاق بن طاية، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2014، ص 16.

<sup>2</sup> موسى قروف، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق فرع قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2014، ص 32.

الإنسان لنفسه،<sup>1</sup> فالمجتمعات التي تؤمن بتعدد الآلهة كان يوضع المشتبه في وضعية لا علاقة لها أصلاً بالمشكل المطروح، وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الوضعية هي التي الحقيقة في نظرهم من أجل الفصل في النزاع، فإذا اتهم شخص بقتل آخر يفرض عليه أن يصل إلى هدف معين، وذلك إما جرياً أو سباحة، لكي يصل إلى الهدف حسب التعليمات المعطاة له مسبقاً، فإذا نجح رفعت عنه التهمة، وإذا فشل فإن هذه التهمة تثبت عليه ويقتل، كما يمكن أن يفرض على المتهم أن يغطس يده في إناء يحتوي على ماء مغلي، ثم تفحص يده بعد ذلك فينظر في درجة خطورة الحروق الناجمة، وهذه هي التي سوف تظهر إذا كان المتهم بريئاً أم مذنباً.<sup>2</sup>

و اتخذت العقوبة في ظل نظام العائلة صورتين، الانتقام الفردي و التأديب فحين يقع الاعتداء من احد أفراد عائلة على احد أفراد عائلة أخرى يهب المجني عليه و قد يعاونه في ذلك أفراد عائلته للانتقام من الجاني، وكان هذا الانتقام يتخذ أحيانا صورة حرب صغيرة تفوق أضرارها بكثير الأضرار التي لحقت المجني عليه أو عائلته، فان رب العائلة يمارس سلطته التأديبية على الجاني، وهي سلطة واسعة يسلم له بها أفراد العائلة وقد تصل إلى حد القتل أو الطرد من العائلة.<sup>3</sup>

ورغم ذلك لم يتجرد الجزاء من طبيعته الدينية و الغيبية، فالغاية منه إرضاء الآلهة وطلب مغفرتها عن طريق الانتقام من الجاني و استبعاد عواقب جرمه، و ما يمكن أن يجره على الجماعة من شؤم و سوء طالع.<sup>4</sup>

و كان للدين الدور الفعال في تنظيم الحياة السياسية في المجتمعات القديمة، وكذا وحدة الاعتقاد الديني الأثر البالغ في توحيد العشائر و اندماجها، و طغت الصبغة الدينية على سلطة الحكام فحرصوا على تعزيزها لتقوية نفوذهم، و تأثرت القوانين القديمة بهذه النظرة الدينية العامة

<sup>1</sup> علي محمد جعفر، فلسفة العقاب و التصدي للجريمة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى بيروت، لبنان، 2006، ص 12.

<sup>2</sup> محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجزائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 49.

<sup>3</sup> فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام و علم العقاب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 222.

<sup>4</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 13.

فأبي فعل مجرم مخالف لأعراف المجتمع يثير غضب الآلهة ووجب توقيع اشد العقوبة بالجاني ارضاء لهاو تكفيرا عن ذنوب الجاني و تقاديا للعقاب الجماعي الذي قد تلحقه بهم الآلهة.<sup>1</sup>

ووفقا للمعتقدات السائدة في ذلك الوقت، أن الآلهة هي حامية المجتمع و إغضابها في صورة ارتكاب الجريمة قد يجعلها تتخلى عن هذه الحماية، لذلك كان هدف العقوبة هو التكفير عن ذنب الجاني بإنزال العذاب به استرضاء للآلهة وبذلك تحول الانتقام الجماعي إلى انتقام ديني.<sup>2</sup>

ومن بين أهم المجتمعات البارزة في هذه الفترة:

**أولا: بلاد ما بين النهرين:** حيث اتخذ حمو رابي بابل عاصمة له سنة 1792 - 1750 قبل الميلاد، و أهم ما جاء به في القسم الجزائي انه يقوم على نظام القصاص، و يرى جانب من الفقه أن قانون حمو رابي كان يقضي في المسائل حسب المركز الاجتماعي للمدعي أو المذنب، و لم يكن ثم انعدام للفوارق الاجتماعية أمام القانون، فقانون حمو رابي لم يفرق بين المسؤولية المدنية و الجنائية ففي المادتان 32 و 109 تعاقب بالموت المتلبس بجريمة السرقة، و قاطع الطريق و المطفف في الكيل و الميزان، و فرق القانون بين الحر و العبد و من هنا يتبين أن العقوبة تمتد إلى أشخاص أبرياء.<sup>3</sup>

**ثانيا: مصر القديمة:** تعتبر حضارة مصر الفرعونية هي أولى الحضارات الإنسانية وقد كانت مصر للفراعة حوالي 22 قرنا، ثم انتقلت إلى أيدي الأشوريين (671-663 ق.م)، ثم الفرس سنة 525 ق.م، ثم الإغريق في العصر البطلمي (332-30 ق.م)، ثم الروم سنة 30 إلى غاية الفتح الإسلامي في القرن الـ 17 ميلادي، فقد كان الفرعون وحده يشرف على التسيير والإدارة دون أن ينازعه أحد، فكانت له في معظم مراحل التطور التاريخي لمصر السلطة

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2009، ص24.

<sup>2</sup> فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص224.

<sup>3</sup> صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية و الإسلامية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص21.

المطلقة في جميع الميادين السياسية والقانونية والإدارية والقضائية وهذه السلطة المطلقة نابعة من ألوهية فرعون.<sup>1</sup>

وتميز القانون المصري القديم كباقي الشرائع القديمة بأنه لم يعن بالفصل بين السلطتين التنفيذية و القضائية، و كان القضاة يقومون باستفتاء الإله آمون في المسائل الجنائية، وكانت المحاكم بعد أن تعلن أن المتهم قد وجد مذنباً و إن لم يكن بريئاً من الاتهام فترسل القضية إلى الفرعون حيث يترك له أمر تقدير العقوبة.<sup>2</sup>

**ثالثاً: المجتمع الإغريقي:** تعتبر مدينة أثينا من المدن الإغريقية تقع في مقاطعة أتيكا وسط شبه جزيرة اليونان، وقد سكنت في هذا الإقليم شعوب كثيرة مثل "الإيجيين" و"الكريتيين" وهم السكان الأصليون، وفي القرن 20 ق. م جاء "الآخيون" وهم سكان شمال اليونان من منطقة "ثيسالي"، وأصلهم آري استطاعوا أن يتفاعلوا مع حضارة أتيكا القديمة، وأن يفرضوا على "الأثينيين" لغتهم اليونانية وعاداتهم وتقاليدهم، وفي أواخر القرن الـ13 جاء "الدوريون" من منطقة جبلية في وسط اليونان اسمها "الدوريد" وأصلهم آري أيضاً امتزجوا مع "الآخيين"، وكونوا معا أصل الشعب الإغريقي، هذا الأخير أنشأ مدناً كثيرة، مستقلة عن بعضها البعض، ومن أهم هذه المدن نذكر "إسبارطة" التي غلب عليها النظام الأرستقراطي وأثينا التي غلب عليها النظام الديمقراطي.<sup>3</sup>

وفي هذا المجتمع لم تعد الجريمة مجرد عصيان للآلهة وإنما أصبحت كذلك خرقاً للنظام الاجتماعي، فصار للعقوبة وظيفة جديدة للمحافظة على النظام الاجتماعي، ويرجع السبب في ظهور تلك الوظيفة الجديدة إلى ازدهار الفلسفة الإغريقية و مناداتها بشخصية العقوبة، و أبرزها الغاية من العقاب إنما هي في منع وقوع الجريمة مستقبلاً و في هذا المجتمع بدأت فكرة الدفاع الاجتماعي تظهر كأساس لنظام العقاب.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> دليلة فركوس، الوجيز في تاريخ النظم، دارالمرغائب و النفائس، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 68.

<sup>2</sup> مرويك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، الجزائر، 2009، ص 95، 96.

<sup>3</sup> دليلة فركوس، المرجع السابق، ص 102.

<sup>4</sup> سارة قريمس، المرجع السابق، ص 12.

ففي عهد "ديموستين" منح القاضي سلطة كبيرة في خلق قواعد قانونية باعتبارها وحيا صادرا عليه، من هذا المنطلق فالقاضي يحلف يمينا بتطبيق القانون في النزاع المعروض عليه، ونظرا لغياب النصوص التشريعية حينذاك كان القاضي ملزما باستلهام الحكم من الآلهة وهذا ما ترتب عليه تقليص دور القاضي في تطبيق القانون إذا ما قيس بدوره كمفسر و ناقل لإرادة الآلهة.<sup>1</sup>

**رابعا: المجتمع الروماني:** مرت روما بمراحل تاريخية متعددة يمكن حصرها وفقا للتقسيم التقليدي القديم إلى ثلاثة عصور، الملكي أولا والجمهوري ثانيا والإمبراطوري ثالثا، كما أن هناك تقسيم آخر يستعمله خاصة فقهاء تاريخ القانون؛ وفقا للتطور الذي حدث في هذا المجال بحيث يشمل هذا التقسيم العهد القديم وهو العصر الملكي والمرحلة الأولى من العصر الجمهوري، وكان القانون خلاله في مرحلة البدائية، رغم صدور قانون الألواح الاثني عشر، والعهد الكلاسيكي ويشمل المرحلة الثانية من العصر الجمهوري، وعصر الإمبراطورية العليا حيث تطور القانون إلى حد كبير وعهد الإمبراطورية السفلى؛ وهذا هو عهد التقنيات الرومانية.<sup>2</sup>

فالقانون الروماني منذ ولادته ميز بين الجرائم العامة و الجرائم الخاصة، فالجرائم العامة كما يلاحظ من قانون الألواح الإثني عشر، تشمل أفعال الاعتداء على الديانة و الإخلال بنظام الدولة و الجماعة كجرائم القتل العمدي و الحريق، لذلك بقيت من اختصاص أجهزة الدولة، أما الجرائم الخاصة فهي اقل أهمية من الجرائم العامة.<sup>3</sup>

و تميز هذا العصر أن الملك هو الكاهن الأعظم لشعبه و قائده وترتب على هذه السلطة الدينية للملك نتيجة هامة هي استحوازه على السلطة القضائية و ربط القانون بالدين في المسائل الجنائية و كان الرومان ينظرون إلى الجريمة على أنها اعتداء على الآلهة و العقوبة هي تطهير للنفس من ذلك الإثم.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 109.

<sup>2</sup> دليلة فركوس، المرجع السابق، ص 137.

<sup>3</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 21.

<sup>4</sup> مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 117.

وقد تركت الكنيسة بصماتها من خلال إقرارها مبدأ التكفير عن الخطيئة الذي يهدف إلى تطهير نفس الجاني من الذنب الذي ارتكبه و إصلاحه و اندثرت بذلك فكرة الانتقام، و من هنا بدأ الأساس الإصلاحية للعقوبة في الظهور ما أدى إلى الاهتمام أكثر بشخصية المجرم، فالجريمة ضرب من الدين في ذمة المجرم و من حق السلطة أن تتقاضاه عن طريق العقاب.<sup>1</sup> و ما يمكن قوله أن الأنظمة القانونية القديمة حددت للعقوبات أغراضا تهدف إليها وتمثلت في الانتقام الفردي ثم الانتقام الجماعي ثم التكفير.

### الفرع الثاني: القرون الوسطى

اختلف المؤرخون في تحديد مرحلة القرون الوسطى و الرأي الغالب يرجعها إلى بداية انتشار الديانة المسيحية و اعتبارها دين الدولة و تعتبر سنة 476 ميلادية الحد الفاصل بين العصر القديم و العصر الوسيط.<sup>2</sup>

و اتسمت هذه المرحلة باتساع سلطة القاضي في تقدير العقوبة دون أن يخضع لقيود تحكمه<sup>3</sup>، ففي القانون الانجليزي القديم ظهرت نوعين من المحاكم، المحاكم الخاصة و هي المحاكم التي كان يعقدها النبلاء في بيوتهم لتحقيق العدالة بين تابعيهم، و المحاكم العامة والشخصية وفيها نوعين من المحاكم، المحاكم المائة و تتعقد مرة في الشهر و يشكلها الموظفون، و محاكم المقاطعات و تتعقد مرتين في السنة و في العراق.<sup>4</sup>

كما غابت السلطة التقديرية عن النظم البدائية و الممالك القديمة فقد بقيت مجهولة أيضا ففي فرنسا قبل قيام ثورتها الكبرى عام 1789 حيث تمتعت السلطة القضائية بالنظام المطلق و سادت العقوبات التحكيمية و وجدت ثلاثة أقسام من العقوبات:

<sup>1</sup> ربيعة تباي زواش، التدابير الاحترازية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، 2011.

<sup>2</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 21.

<sup>3</sup> سارة قريمس، المرجع السابق، ص 13.

<sup>4</sup> فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2006، ص 36.

**القسم الأول:** العقوبات المقررة بمقتضى الأوامر الملكية وتعرف بالعقوبات العادية أو القانونية، فرغم كونها عقوبات ثابتة نسبياً، إلا أن القاضي كانت له سلطة تقديرية في تخفيفها أو تشديدها.

**القسم الثاني:** العقوبات المؤسسة على عرف المحاكم، أي المقررة بموجب السوابق القضائية العليا و التي تعرف بـ " la chamber de la tournelle " وهو قسم من برلمان باريس كان له قضاء ثابت يلتزم القضاة بإتباعه، ومن مجموعة هذه الأحكام تكوّن القانون العام للمملكة.<sup>1</sup>

**"القسم الثالث:** العقوبات التحكيمية les pines arbitraires، وهي العقوبات غير العادية المتروكة لمطلق السلطة التقديرية للقاضي، حيث يستطيع أن يوقع أية عقوبة على الجاني دون أن يقيد ذلك من سلطته، عدا أن تكون هذه العقوبة من بين العقوبات المتعارف عليها في المملكة. غير أن تقييد سلطة القاضي بعدم النطق بعقوبة غير موجودة في المملكة، لا يضع حداً للعقوبات التحكيمية وذلك بالنظر إلى تعدد تلك العقوبات واختلافها من حيث قسوتها، هذا إضافة إلى أن العقوبات القانونية لا تكون ملزمة للقاضي، إلا إذا ارتكبت الجريمة في نفس الظروف المحددة قانوناً، أما إذا وقعت الجريمة في ظروف أخرى فإن للقاضي السلطة المطلقة في تغيير هذه العقوبة تخفيفاً أو تشديداً. ومع مرور الزمن زالت كل تفرقة بين العقوبات القانونية والعقوبات غير العادية، وأصبحت كل العقوبات من الناحية العملية تخضع لسلطة القاضي المطلقة، حيث يستطيع اختيار العقوبة حسب ما يترأى له فيجوز له تغييرها سواء بتخفيفها أو بتشديدها.<sup>2</sup>

و يبدو أن العقوبات التحكيمية قد طغت على العديد الضئيل من العقوبات الثابتة المنصوص عليها في الأوامر الملكية، و التي أهمل القضاة تطبيق أكثرها بالتدرج فكان العقاب متروكاً لسلطة المحاكم المطلقة، بحيث يمكن القول بحق انه لم يكن يوجد في فرنسا خلال النظام القديم، قانون عقوبات حقيقي و لم تكن الجرائم و العقوبات محددة في القانون نفسه

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بدون سنة، ص 15.

<sup>2</sup> سارة قريمس، المرجع السابق، ص 14، 13.

تحديدا حاسما و كذلك الحال في ألمانيا فساد تحكم القضاة دون حدود، فنجم عن ذلك عدم مساواة صارخ في الأحكام القضائية إلى جانب ما اتصفت به تلك الأحكام من القسوة والجور.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: العصر الحديث

يرجع بعض المؤرخين أن بداية العصور الحديثة يعود إلى سنة 1453م، وهي السنة التي شهدت سقوط القسطنطينية على يد الأتراك، بينما يقرر البعض الآخر أن بداية العصر الحديث تبدأ باكتشاف أمريكا على يد كريستوف كولومبس سنة 1492م، وهي السنة التي شهدت سقوط غرناطة و قيام الدولة الاسبانية الكاثوليكية و ينظر أيضا إلى القرن السادس عشر على انه انطلاقة إلى العصور الحديثة لأنه شهد خروج الدولة من الظلمات العصور الوسطى حيث تحولت إلى دولة مركزية و مكتملة التنظيم، فكل هذه التطورات ساهمت في الانتقال إلى العصور الحديثة رغم أن العقوبات بشكل عام بقيت تتصف بالشددة و القسوة، و تمتع القضاة قبل الثورة الفرنسية بسلطات تحكيمية مطلقة دون قيد، و مثل هذه السياسة مارسها الملوك و الأمراء عن طريق الأوامر التي كانوا يصدرونها بالعمو أو الاعتقال و النفي، كما استمرت العقوبات الجماعية في نطاق الجرائم السياسية كجرائم الاعتداء على الملك، و بقي النظام العقابي يحتفظ بطابعه الصارم و اقتزن ذلك بعدم استقلالية القضاء و انعدام المساواة أمام العقوبة من الناحية الفعلية.<sup>2</sup>

و بدأت موجة الإصلاحات القانونية تظهر في أوروبا منذ منتصف القرن الثامن عشر فنأدى المفكرون و الفلاسفة آنذاك خاصة "بيكار يا" و "فولتير" و "مونتيسكيو" بإصلاح النظام الإجرائي نفسه.<sup>3</sup>

فقد قال "مونتيسكيو" في كتابه "روح الشرائع": (و من عيوب جمهورية إسبارطة أن كانت أحكام قضائها مرادية، أي من غير وجود قوانين توجههم، و كان القناصل الأولون في روما يحكمون كقضاة إسبارطة، فشعر بمحاذير أحكامهم و وضعت قوانين صريحة في الأمر، و لا تجد قوانين في الدول المستبدة مطلقا، و يكون القاضي قاعدة نفسه فيها، و في روما كان القضاة ينطقون فقط بان المتهم مذنب عن الجرم و كانت العقوبة مدونة في القانون، كما يحكم المحلفون

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> زوز هدى، الإثبات بالقرائن في المواد الجزائية و المدنية دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010/2011، ص 58.

في انجلترا بان المتهم مذنب أو غير مذنب عن الفعل المعروض أمامهم فإذا ما صرح بأنه مذنب نطق القاضي بالعقوبة التي يفرضها القانون عن هذا الفعل ولذا ليس عليه إلا أن يكون ذا بصيرة) و انتقد "مونتيسكيو" قسوة العقوبات و دعا إلى ضمان حرية المواطن و مساواته أمام القانون و طالب باعتدال العقوبات و عدالتها و وجوب الحكم بها من قبل سلطة قضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية و بمقتضى نصوص قانونية.<sup>1</sup>

وتبنى المحامي "سيزار بيكار" في كتابه "الجرائم والعقوبات" نقد النظام العقابي القائم واقترح وسائل مختلفة لإصلاحه بعيدة عن التفسيرات الغيبية و مرتكزة على الأسس التي من شأنها حماية قيم المجتمع و حريات و حقوق أفرادها، فشرعية الجرائم و العقوبات من المبادئ التي يتعين عدم المساس بها، لان القوانين تحدد بوضوح العقوبات المقررة للجرائم و عناصر كل جريمة و بها تتحقق المعاملة العقابية المتساوية لكل الأفراد و استقلال السلطة القضائية، ضمانا لعدم التعرض لحرياتهم دون سند قانوني، و مثل هذا المبدأ تبنته كافة التشريعات الحديثة وورد في معظم الدساتير المعاصرة كضمان إضافي لاستقراره، و نادى "بيكار" بفكرة إلغاء العقوبات التي يكون ضررها اكبر من نفعها كعقوبة الإعدام و العقوبات البدنية و المؤبدة و العفو العام لأنه يتضمن اعتداء على مبدأ فصل السلطات و يتنافى مع مبدأ المساواة أمام القانون و مبادئ العدالة.<sup>2</sup>

أما "فولتير" فقد عبر عن سخطه على تحكم القضاة و تباين أحكامهم في كتابه "ثمن العدالة الإنسانية" بقوله: (أليس هذا التعسف القضائي مخيفاً؟ ماذا أقول؟ لقد تعددت الأحكام وتباينت بتعدد المدن، حتى في نفس المحكمة لا تقر دائرة المبدأ القانوني الذي تتخذه أساساً للحكم دائرة مجاورة لها...)<sup>3</sup>.

كما هاجم "جان جاك روسو" في كتابه "العقد الاجتماعي" الصادر سنة 1762: العقوبات القاسية التي كان يحكم بها في تلك الفترة و اعتبر فكرة الأساس التعاقدية لحق العقاب منشؤها

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص ص 25، 26.

<sup>3</sup> ربيعة تيباني زواش، المرجع السابق، ص 13.

تنازل الأفراد عن حقهم في الدفاع الشرعي مقابل ضمان المجتمع لهم حياة مستقرة، ووفق هذه النظرية يرجع أساس حق الدولة في العقاب إلى تنازل الأفراد عن بعض حرياتهم و حقوقهم لصالح المجتمع مقابل المحافظة على باقي الحقوق و الحريات، و بذلك يكون الجزاء المقرر للخروج عن الجماعة بالقدر اللازم فقط لحمايتها، فأفراد المجتمع حسب "روسو" تنازلوا عن بعض حقوقهم للمجتمع مقابل أن يوفر لهم المجتمع الأمن و السلام، مع وجوب المساواة بين الجميع أمام القانون مع عدم تجاوز العقاب الحد الضروري لحماية الجماعة.<sup>1</sup>

لنخلص إلى القول انه بداية بالمرحلة البدائية الأولى اتسمت السلطة باللاعقلانية اللامنطق، مروراً بالحضارات القديمة التي حاولت إرساء منظومات قانونية في محاولة منها لتنظيم مجتمعاتها، مع ما وجهت لها من انتقادات كالتفرقة بين الأحرار و العبيد و قسوة في التعامل، و مروراً بالقرون الوسطى حيث نلاحظ تطوراً ملحوظاً من خلال إيجاد نوع من السلطة الممنوحة للقضاة لحل النزاعات و ظهور النظام القانوني، و وصولاً إلى العصر الحديث الذي شهد موجة كبيرة من الإصلاحات على يد مجموعة من الفلاسفة و المفكرين.

## المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

### في تقدير العقوبة وفق النظام المقيد

مقتضى هذا النظام أن يتقيد القاضي في حكمه بالإدانة أو البراءة بأنواع من الأدلة، أو بعدد منها كما يرسمه التشريع المطبق دون أن يأبه في ذلك بمدى اقتناع القاضي بصحة ثبوت الواقعة أو عدم ثبوتها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> قريمس سارة، المرجع السابق، ص15.

<sup>2</sup> عادل مستاري، المنطق القضائي و دوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق فرع القانون الجنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص26.

حيث يقوم المشرع نفسه بتنظيم القناعة و اليقين القضائي، طبقا لقواعد قانونية ينص عليها بهذا الشأن.<sup>1</sup>

و ساد هذا النظام في القارة الأوروبية، أن الحاكم في هذا النظام القانوني المغلق وظيفية آلية أنها فكرة ترجع إلى "مونتيسكيو" في فكرته الفصل بين السلطات و التي بمقتضاها يجد القاضي القانون و لا يصنعه.<sup>2</sup>

حيث لم يعد للقاضي أعمال ملكاته التقديرية سواء في تعيين الأفعال المؤثمة أو العقوبات المقررة لها، و التزم بتقدير نوع و مقدار العقوبة التي حددها المشرع للجريمة المطروحة عليه بحيث كانت السلطة المقيدة هي التعبير عن نظام العقوبات القانونية الثابتة.<sup>3</sup>

وهكذا نصت المادة الثامنة من بيان حقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية التأسيسية في 26 أغسطس 1789، على انه "لا يمكن أن يعاقب احد إلا بموجب قانون مطبق أصوليا" كما ورد في المادة الثانية من نفس البيان انه "لا يجوز للقانون أن يمنع إلا الأفعال الضارة بالهيئة الاجتماعية، و ليس له أن يقرر إلا العقوبات الواضحة ضرورتها و بدقة"، و بهذا أعلن الميلاد الفعلي المعروف لقاعدة قانونية الجرائم و العقوبات، التي تميزت بصرامتها القصوى في قانون العقوبات الخاص بالجنايات الصادر في 06 أكتوبر 1791 المتضمن عقوبات ثابتة بنوعها ومقدارها دون أن يترك للقاضي أي مجال للاختيار أو التدرج مهما اختلفت الجريمة و تباينت حالة المجرم و ظروفه، فتقيدت سلطة القاضي في حدود التطبيق الحرفي لنصوص القانون وأصبح مجرد موزع آلي للعقوبة.<sup>4</sup>

و رغم اتجاه الفكر حو التحلل من السلطة المقيدة للقاضي الجنائي و اتجاه المشرع الفرنسي بإصداره قانونا خاصا بالجنح و المخالفات في 1791/07/22 متضمنا عقوبات تتسم

<sup>1</sup> فاضل زيدان محمد، المرجع السابق، ص 63.

<sup>2</sup> قروف موسى، المرجع السابق، ص 34.

<sup>3</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص 21.

<sup>4</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 22.

بالمرونة و يتمتع بحد أدنى و أقصى، إلا أن السلطة المقيدة ظلت لها الغلبة نظرا لأهمية قانون الجنايات الذي كان يفرض على القاضي الالتزام بما أورده من عقوبات ثابتة حتى و لو كانت تحيد عن العدالة و يأبأها الضمير الإنساني.<sup>1</sup>

و إزاء ذلك اصدر المشرع الفرنسي قانونا عرف بقانون "25 فرير" "framaire" السنة الثامنة الذي جعل حدين أدنى و اعلي لعقوبات الجرائم التي نص عليها، بعد أن كانت تلك العقوبات ثابتة في قانون جنايات سنة 1791.<sup>2</sup>

فبالرغم من تحقق قدر من المساواة بين الأفراد في الجزاء في ظل هذا النظام إلا أن الإقرار بفكرة العقوبة الثابتة نوعا و مقدارا من شأنها الانحراف بعدالة العقاب نحو اللامساواة إذ أن عقوبة بذاتها قد تكون عسيرة و قاسية على مجرم ارتكب الجريمة لأول مرة، في حين تكون يسيرة لمجرم معتاد .

### المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

#### في تقدير العقوبة وفق النظام المختلط.

هذا النظام قوامه التعاون بين المشرع و القاضي على نحو متفاوت في مدى مساهمة كل منهما وفي طبيعة معايير ووسائله تبعا لتباين الاتجاهات التشريعية و القضائية المختلفة جزئيا، و هو النظام الذي يسود القوانين المعاصرة و تتحقق أفضل صورته في تعيين المشرع للأفعال المخلة باستقرار و امن الجماعة و تحديده على أساس الجسامة التقريبية لتلك الأفعال و درجة المسؤولية الأساسية لمرتكبها ما يتناسب معها مبدئيا من عقوبات مرنة، ذات مديات

<sup>1</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 25.

تدرجية أو تخييرية أو تدرجية و تخييرية معا ،ثم يتبع ذلك قيام القاضي بتقدير العقوبة ضمن النطاق المحدد قانونا.<sup>1</sup>

و قد أعقب صدور قانون 1810 بفرنسا الذي جاء بفكرة المنفعة أو المصلحة الاجتماعية، ومنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال تحديد الجزاء الجنائي خاصة بإدخال نظام الظروف المخففة،ظهر حركة نشطة عملت على تطوير أسس المدرسة الكلاسيكية وتبنت فكرة تدرج حرية الاختيار و التوفيق بين فكري العدالة و المنفعة الاجتماعية.<sup>2</sup>

و أمام هذا الواقع برز تيار جديد في الفكر الجنائي عرف باسم المدرسة الوضعية على يد كل من الايطاليين"المبروزو"، "فييري" و"جاروفا لو"و ركزت هذه المدرسة اهتماما على الدراسة العلمية لمعرفة أسباب الجريمة و ذلك بدراسة المجرم نفسه.<sup>3</sup>

إن التناقض والتباين بين الأفكار التي جاءت بها كلا من المدرسة التقليدية والمدرسة الوضعية، أدى إلى عدم الاستقرار في الفكر الجنائي، فغلب على المدرسة التقليدية تركيز اهتمامها على الجريمة دون مراعاة لشخصية المجرم وظروفه، في حين غالت المدرسة الوضعية بتركيز اهتمامها على شخصية المجرم وظروفه وكذا خطورته الإجرامية وإغفال الاهتمام بالواقعة الإجرامية كوحدة تتشابه فيها العوامل الشخصية مع الموضوعية والمادية.<sup>4</sup>

لذلك لم تصل إلى حيز التنفيذ من التعاليم الوضعية سوى الجوانب الأكثر وضوحا، التي ضمتها المدارس الوسطية إلى النظام التقليدي و قد تألقت هذه المدارس منذ أوائل القرن الحالي في المجالات الفقهية و التشريعية و القضائية بفضل موقفها المعتدل بين المعسكرين التقليدي والوضعي إذ تمسكت بالمسؤولية الجنائية كأساس للعقاب و احتفظت بالعقوبة في معناها التقليدي لتوقيعها على المجرمين الذين هم بطبيعتهم في حاجة إلى نظام عقابي بحت قادر على أن يكون رادعا لهم أو لغيرهم،كما أقرت التدابير الاحترازية كبديلة أو متممة للعقوبات بالنسبة

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم،المرجع السابق،ص26.

<sup>2</sup> قريمس سارة،المرجع السابق،ص18.

<sup>3</sup> عبد الله سليمان،القسم العام،الجزء الأول،المرجع السابق،ص43.

<sup>4</sup> قريمس سارة،المرجع السابق،ص21.

للمجرمين الشواذ و المعتادين و خصصت التدابير التوقيمية للأحداث لاستحقاقهم نظاما تربويا رعويا يلاءم أحوالهم و يصلح لتقويتهم.

و قد ظهرت التدابير الاحترازية كنظام قائم بذاته إلى جانب نظام العقوبات التقليدية لأول مرة في مشروع قانون العقوبات السويسري لسنة 1894 الذي وضعه "ستوس" كذلك عالج المؤتمر الدولي الأول لقانون العقوبات في بروكسل سنة 1926 مسألة التدبير الاحترازي هل يجب أن يحل محل العقوبة أو يكملها؟ و أعرب عن توصيته بان يحتوي قانون العقوبات على تدابير احترازية تعين تبعا لشخصية المجرم الأكثر أو الأقل قابلية لاستعادة التكيف مع الحياة الاجتماعية على أن يكون فرض العقوبة و التدبير الاحترازي من اختصاص القضاء مع منح القاضي حق تطبيق إحداها أو كليهما وفقا لظروف الفعل و شخصية المتهم.

و على غرار هذه القوانين التقليدية المتطورة بوجه عام تم تشريع عدد كبر من التقنيات الجديدة الملتزمة بالمبادئ التقليدية مع مسايرة النظم الوسطية إلى حد ما، كقانون العقوبات الياباني 1907 و التركي 1926 الاسباني 1944 و من الدول العربية و التي أخذت ببعض نظم التفريد المستحدثة كالقانون العقوبات التونسي 1913 و العراقي 1918 و البحريني 1955.<sup>1</sup>

و بانتصار الثورة الجزائرية و حصول البلاد على استقلالها قام المشرع الجزائري بمجهود كبير في التشريع حيث صدرت مجموعة من قانون العقوبات الجزائري سنة 1966 بالأمر رقم 66-156.<sup>2</sup>

أما بقية قوانين العقوبات التي شرعت منذ القرن العشرين فقد جرى معظمها على انتهاج مبادئ المذاهب الوسطية لاسيما من حيث قبولها لنظام التدابير الاحترازية، الذي يعتبر المميز الأساسي للتشريعات الوسطية، فهيات بذلك للقاضي وسائل التفريد التي تجعله قادرا على ممارسة سلطة تقديرية واسعة لموائمة العقوبة أو التدبير المناسب لكل مجرم على حدا، تبعا لحالته وظروفه الشخصية و مع مراعاة نسبية لظروف الجريمة الموضوعية، دون الإخلال بقاعدة قانونية الجرائم و العقوبات و مبدأ المسؤولية الجنائية، و من ابرز هذه القوانين الوسطية، قانون العقوبات النرويجي 1902 و الدانماركي 1930 و الايطالي 1930 و السوري 1949 و الليبي 1953 و المغربي 1962.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، صص 44، 45.

<sup>2</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، صص 54.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، صص 46، 47.

وفي ضوء ما تقدم يمكننا أن نقول أن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وفق النظام المختلط هي سلطة تقدير و ليست سلطة تحكمية و بالتالي تحرر القاضي من صرامة الشروط القانونية المقيدة فيما يخص تقديره للعقوبة يرجع دوماً إلى ضميره و اقتناعه الشخصي مع إضافة القواعد القانونية التي حددها له المشرع سلفاً لتقديره للعقوبة.

### المطلب الرابع: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

#### في تقدير العقوبة وفق نظام الشريعة الإسلامية.

لكي نبين موقف الشريعة الإسلامية من السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقديره للعقوبة لا بد أن نتعرض و لو بإيجاز لخصائص و سمات هذه الشريعة السمحاء.

جاء الإسلام كدين للبشر كافة ينظم مختلف نواحي الحياة الإنسانية، فهو دين عبادة و عقيدة و نظام سياسي و تنظيم اجتماعي على حد سواء وقد شيد المسلمون بفضل دينهم الجديد أعظم حضارة كانت بحق العلامة المميزة و المضيئة في القرون الوسطى.<sup>1</sup>

فالقضاء في الشريعة الإسلامية إحدى السلطات في الدولة التي تتدرج تحت الخلافة والتي هي نيابة عن صاحب الشرع في حفظ الدين و سياسة الدنيا فالقاضي في الشريعة الإسلامية هو نائب عن الخليفة في بعض أعماله، فوظيفة القاضي من الوظائف التي تحاط بالهيبة والإجلال و الاحترام، فكان القضاة يتمتعون بسمو و علو مركزهم، و القاضي كما وصفه "الحسن البصري" (قوام كل مائل، و قصد كل جائر، و إصلاح كل فاسد، و قوة كل ضعيف، و نصفه كل مظلوم، و فرع كل ملهوف، فهو كالأب الحفي على ولده، يسعى لهم، و يعلمهم كباراً، فهو كالقلب بين الجوانح، و تصلح الجوانح و تفسد بفساده، هو القائم بين الله و بين عباده، يسمع كلام الله، و يسمعهم و ينظر إلى الله و يريهم، و ينقاد إلى الله و يقودهم).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup> فاضل زيدان محمد، المرجع السابق، ص 78.

ووردت العديد من الآيات القرآنية الكريمة و الأحاديث النبوية الشريفة، وصي باحترام العدالة باعتبارها مثلاً أعلى، قال تعالى (إن الله يأمر بالعدل والإحسان)<sup>1</sup> و قال الله تعالى (إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)<sup>2</sup> و قال تعالى (و من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون)<sup>3</sup> و يقول الرسول الأمين عليه الصلاة و السلام (القضاة ثلاثة: قاضي في الجنة، و قاضيان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ففضى به، و رجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، و رجل قضى للناس على جهل فهو في النار) و قال أيضاً (إن الله مع القاضي ما لم يجر، فإذا جار تخلى عنه و لزمه الشيطان)<sup>4</sup>.

فسلكت الشريعة الإسلامية منحى خاصاً لم تعرفه الشرائع القديمة و لا الحديثة في مجال التجريم و العقاب فقسمت الجرائم بالنظر إلى الحق المعتدى عليه إلى ثلاثة أنواع:

### الفرع الأول: جرائم الحدود

هي تلك الجرائم المعاقب عليها بحد، و الحد هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى، و معنى العقوبة المقدرة أنها محددة معينة فليس بها حد ادني و لا حد أعلى، و معنى أنها حق لله أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد و لا من الجماعة.<sup>5</sup>

و هي أيضاً تلك الجرائم المحددة بنص قرآني أو سنة صحيحة و المقدر لها عقوبتها مقدماً بحد واحد تطبق على الجاني بدون زيادة أو نقصان و يعتبر العقاب في هذه الجرائم حقاً من حقوق الله عز و جل فلا يملك الحاكم تغييره أو إنقاصه أو التنازل عنه أو عدم تنفيذه.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> سورة النحل، الآية 90.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 58.

<sup>3</sup> سورة المائدة، الآية 44.

<sup>4</sup> فاضل زيدان محمد، المرجع السابق، ص 78، 79.

<sup>5</sup> جمال قتال، دور القران في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية، 2006/2007، ص 34.

<sup>6</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 29.

و هذه الجرائم هي:

**أولاً: السرقة:** و عقوبتها قطع يد السارق لقوله تعالى: "و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله و الله عزيز حكيم".<sup>1</sup>

**ثانياً: الحراية:** و جاء الجزاء بالقتل أو الصلب أو قطع الأيدي و الأرجل من خلاف أو النفي في قوله تعالى (إنما جزاؤا الذين يحاربون الله و رسوله و يسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم و أرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا و لهم في الآخرة عذاب عظيم).<sup>2</sup>

**ثالثاً: الزنا:** عقوبتها مقدرة بمائة جلدة في قوله تعالى (الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة و لا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله و اليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين).<sup>3</sup>

**رابعاً: القذف:** و عقوبتها ثمانون جلدة لقوله تعالى (و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة و لا تقبلوا لهم شهادة أبدا و أولئك هم الفاسقون).<sup>4</sup>

**خامساً: البغي:** قوله عز و جل (و إن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت إحدهما على الأخرى فقاتلتا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل و اقسطوا إن الله يحب المقسطين).<sup>5</sup>

<sup>1</sup> سورة المائدة الآية 38.

<sup>2</sup> سورة المائدة الآية 33.

<sup>3</sup> سورة النور الآية 02.

<sup>4</sup> سورة النور الآية 04.

<sup>5</sup> سورة الحجرات الآية 09.

إضافة إلى جرمي شرب الخمر فاكتفى النص القرآني على تحريمه دون ذكر العقوبة وقد اجمع الصحابة على أن يضرب ثمانين جلدة قياساً على القذف، جريمة الردة و عقوبتها القتل لقوله عليه الصلاة و السلام(من بدل دينه فاقتلوه).<sup>1</sup>

فإذا ثبت للقاضي ارتكاب المتهم واحدة منها و جب عليه أن ينطق بعقوبتها المقررة وليس له أن ينقصها أو يزيدها أو يستبدلها أو يوقف تنفيذها.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: جرائم القصاص و الدية

فهي التي يعاقب عليها بقصاص أو دية و كل منهما عقوبة مقدرة حق للأفراد،بمعنى أنها ذات حد واحد،و معناها حق للأفراد أي يجوز للمجني عليه أن يعفو إذا شاء فإذا عفا اسقط العفو العقوبة.<sup>3</sup>

و القصاص يتم بان ينزل بالجاني من العقوبة البدنية مثل ما انزل بالمجني عليه و القتل العمد هو سبب وجوب القصاص في النفس، و الاعتداء العمد على ما دون النفس هو سبب وجوبه فيما دونها كالجروح، و يجب على القاضي أن يحكم بالقصاص عند توفر شروطه دون أي تغيير أو تبديل،أما الديات فهي مقادير معينة من المال يأخذها المجني عليه أو ذويه حددتها الشريعة،كعقوبات أصلية للقتل والجرح شبه العمد و الخطأ.<sup>4</sup>

### الفرع الثالث: جرائم التعزير

و هي الجرائم التي لم ينص الشارع الحكيم على عقوبة مقدرة لها بنص قرآني و لا بحديث نبوي مع ثبوت نهي الشارع الحكيم عنها لأنها فساد في الأرض أو تؤدي إلى فساد فيها، و هي تشمل كل الجرائم التي تقع في المجتمع ما عدا جرائم الحدود و القصاص،و من

<sup>1</sup> جمال قتال،المرجع السابق،ص 62.

<sup>2</sup> اكرم نشأت إبراهيم،المرجع السابق،ص 62.

<sup>3</sup> زوزو هدى،المرجع السابق،ص 76.

<sup>4</sup> اكرم نشأت إبراهيم،المرجع السابق،ص 62.

أمثلتها جرائم النصب و الاحتيال و خيانة الأمانة و الغش في المعاملات و هتك العرض والفعل الفاضح و السب و الربا و الرشوة و التزوير....الخ و أمر تقدير عقوبتها فهو متروك لولي الأمر الذي له الاختيار في توقيع العقوبة المناسبة لكل جريمة و له حق العفو عن العقوبة كلها أو بعضها، على أن ذلك لا يعني أن لولي الأمر حرية مطلقة فيما يحل أو يحرم إذ يجب أن يكون اجتهاده متققا مع نصوص الشريعة الإسلامية.<sup>1</sup>

و يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية التعزير بأنه "عقوبة غير مقدرة تجب حقا له أو لأدمي يأتي معصية ليس فيها حد و لا كفارة".<sup>2</sup>

و للقاضي أن ينزل التعزير إلى مجرد الإعلام و ذلك خاصة بالنسبة لذوي الدين والصلاح الذين ارتكبوا الجريمة لأول مرة، كما له أن يعاقب بالقتل تعزيرا من اعتاد ارتكاب الجرائم الخطيرة.<sup>3</sup>

و خلاصة القول أن الشريعة الإسلامية أخذت بالنظام المقيد بالنسبة للعقوبات المحددة (الحدود ، القصاص و الدية) و بالنظام الحر (المطلق) بالنسبة للعقوبات غير محددة (التعزير) فالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي الإسلامي في تقدير العقوبة يجوز له بتخفيفها أو وقف تنفيذها في جرائم التعزير في حين ليس له سلطة تقديرية في جرائم الحدود و القصاص و الدية.

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 32.

<sup>2</sup> جمال قتال، المرجع السابق، ص 89.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 64.

### المبحث الثالث

#### ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة

إن الأخذ بفكرة السلطة التقديرية، وإن كانت تتصف بمجموعة من المزايا التي لا يمكن إنكارها، إلا أنها تتضمن قدراً من تهديد الحريات الفكرية بسبب ما قد يقع فيه القاضي الجنائي من تعسف، وهذه الضوابط ما هو مرتبط بصفة الجنائي في حد ذاته ومنها ما يتعلق بالواقعة الإجرامية، وهذا ما سنحاول إبرازه من خلال آراء الفقهاء في تحديد هذه الضوابط في مطلب أول، أما في المطلب الثاني سنقف عند أنواع هذه الضوابط، لنصل في الأخير إلى الغاية من هذه الضوابط في المطلب الثالث.

#### المطلب الأول: آراء الفقهاء في تحديد ضوابط السلطة التقديرية

##### للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة.

لقد تضاربت الآراء الفقهية حول تحديد القدر المتاح للقاضي الجنائي من الحرية في تقدير العقوبة، حيث يرى الاتجاه الأول أن التفريد القضائي يقتضي ترك حرية مطلقة للقاضي في تحديد العقوبة التي تتناسب وجسامة الجريمة المرتكبة من قبل الجنائي ويرى اتجاه آخر بضرورة تقييد حرية القاضي في تقديره للعقوبة وذلك عن طريق معايير وضوابط يسير على هديها لاختيار العقوبة المناسبة، فيما تبنى اتجاه ثالث موقفاً وسطاً.

##### الفرع الأول: الاتجاه الموسع لسلطة القاضي الجنائي التقديرية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التفريد القضائي يستوجب ترك الحرية المطلقة للقاضي الجنائي حتى يطابق بين النصوص القانونية وحياة المجتمع المتطورة، فسلطة القاضي الجنائي التقديرية تفترض من حيث المبدأ تمتعه بقدر من حرية التقدير لجسامة الفعل الإجرامي وشخصية مرتكب الفعل، ومن ثم تحديد نوع ومقدار العقوبة الواجبة التطبيق، وبالتالي لا مجال لوجود ضوابط التبرير المقيدة لسلطة القاضي الجنائي، فهذه الضوابط بمثابة رقابة على عمل

القاضي والتي من شأنها أن تعرقل عمل القاضي، الذي اجتهد إلى جعل النصوص القانونية تساير التطور الحاصل في المجتمعات.

ونجد عددا من القوانين الحديثة التي منحت القاضي الجنائي سلطة واسعة جدا في تقدير العقوبة، نذكر منها قانون عقوبات الأرجنتين لسنة 1921 والإكوادور سنة 1938 و قانون العقوبات كوبا لسنة 1936

و يعتبر قانون العقوبات السويدي الجديد النموذج المعبر عن هذا الاتجاه، إذ أن المشرع السويدي أضفى على قانونية الجرائم والعقوبات مرونة، حيث منح للقاضي حرية واسعة في اختيار العقوبة أو التدبير الملائم لمرتكب الجريمة، دون إلزامه بفرض عقوبة محددة إلا في حالات نادرة، في الوقت الذي نجده قد وضع تعاريف عامة للجرائم وترك للقاضي حرية اختيار العقوبة.<sup>1</sup>

ما يمكن ملاحظته من هذا الاتجاه الموسع لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة هو أن هذه السلطة لا تخضع لأي ضابط يحكم القاضي في تقديره للعقوبة.

ولعل الحافز الأصلي للمشرع الحديث في منح القاضي سلطة موسعة في تحديد العقوبات، يكمن في تزامن وجود تلك التشريعات مع ظهور علم الإجرام بفروعه المختلفة من علوم نفسية واجتماعية و بيولوجية التي تعنى بدراسة الحالة النفسية والاجتماعية والبيولوجية للمجرمين، حيث كشفت عن وجود تباين في التكوينات البشرية والعلاقات الإنسانية، مما أشاع وعيا يقضي بضرورة إضفاء مرونة أكبر على الجرائم والعقوبات، ومنح القضاة سلطة واسعة في تقدير العقوبات والتدابير الاحترازية لتمكينهم من مواكبتها مع مقتضيات الدفاع الاجتماعي وإصلاح المجرم تبعا لكل حالة،<sup>2</sup> وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بالقول "إن أحوال الجريمة لا تنصب فقط على مجرد وقائع الدعوى، وإنما تتناول كل ما يتعلق بمادية العمل الإجرامي في حد ذاته، ويشخص المجرم الذي ارتكب هذا العمل، وبحق من وقعت عليه الجريمة وكذلك كل ما أحاط ذلك العمل ومرتكبه، من ملابس وظروف بلا استثناء وهو ما اصطلح على تسميته بالظروف المادية والظروف الشخصية، وهي التي تركت لمطلق تقدير القاضي الجنائي أن يأخذ منها ما يراه هو موجب للرأفة".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 50.

<sup>2</sup> ربيعة تباي زواش، المرجع السابق، ص 130.

<sup>3</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص 397.

ومع ذلك فالتسليم بالسلطة التقديرية المطلقة للقاضي الجنائي من شأنه إخضاع حرية المواطنين ومصيرهم لأهواء القضاة وحساباتهم الشخصية، فتقدير حالة المجرم وظروف الجريمة يصبح من اختصاص القاضي الجنائي الذي يكتفيها كيفما يشاء ويبحث عن العقوبة التي يراها هو مناسبة لتوقيعها على المجرم، ما يجعل مصير المتهم بيد القضاة، والمشكل يصبح أعظم إذا كان القضاة تنقصهم الخبرة القانونية، والمتضرر من كل هذا هو الفرد في ظل غياب ضمانات لتأمين سلامة ممارسة هذه السلطة الممنوحة لهؤلاء القضاة.

فالساسة الجنائية الحديثة، مع أنها تقر بمنح سلطة تقديرية للقاضي لتحقيق التفريد العقابي، إلا أنها تصر على ألا تكون هذه السلطة تحكمية، وتؤكد على ضرورة الحيلولة دون اتساعها، إذ تقضي بحتمية ممارستها في إطار قانوني وفقا لتوجيهات قانونية محددة وضوابط تحكمها من خلال البحث المعمق في شخصية المجرم، وظروف ارتكابه للجريمة، مع وجوب تأهيل القاضي الجنائي وتخصسه وتخصيص المساعدين له من الأخصائيين الأكفاء.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الاتجاه المضيق لسلطة القاضي التقديرية

تبنى هذا الاتجاه موقفا مخالفا للموقف الموسع لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، إذ يرى بضرورة حصر هذه السلطة في أضيق نطاق، وذلك لا يتأتى إلا بوضع مجموعة من الضوابط التي يسير على هديها القاضي، تأسيسا على أن مهمته ذات صبغة فنية قانونية، حيث لا مجال للاقتناع الشخصي ولا للتقدير، وهذا الرأي يتوافق مع رأي أنصار الشريعة الصارمة، فالقاضي مجرد من كل سلطة تقديرية سواء تعلق الأمر بتعيين الأفعال التي تعتبر جرائم، أو في تحديد العقوبات، لهذا يعتبر أنصار هذا الاتجاه أن نظام السلطة القضائية المقيدة بمثابة الوجه القضائي لنظام العقوبات القانونية الذي برز في قوانين الثورة الفرنسية.<sup>2</sup>

وحتى لا يكون هناك مجال لإعمال سلطة القاضي التقديرية، يجب على الشارع أن يحكم صياغة أحكامه بعبارات واضحة وصريحة ونصوص سهلة الفهم، حتى يتمكن القاضي من تطبيقها بسهولة، فيعرف الواقعة الإجرامية بدقة، ويبين العناصر والأركان، وكذا الظروف المكونة لها بصورة لا تترك مجالا للبس، هذا فيما يخص التجريم، أما فيما يتعلق بالعقاب فعليه

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1967، ص 445.

أن يبين نوعه ومقداره وكيفية تقديره، بحيث لا يترك فرصة لإهدار قانونية الجزاء، كما يخصه وحده أسباب الإباحة والظروف المشددة والمخففة للعقوبة.

فالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي تكون محصورة في نطاق القانون، فلا يملك تجريم فعل أو توقيع عقوبة لم يرد بشأنها نص قانوني، فتتحدد وظيفته في تطبيق القانون على ما عرض عليه من وقائع لذلك فهو ملزم بتحديد الوصف القانوني لكل جريمة يفصل فيها، ويجب عليه عند تفسيره للقانون أن يتقيد بإرادة المشرع الحقيقية في القاعدة القانونية، وأن لا يبحث عن الهدف الذي أراد المشرع الوصول إليه من وراء سنه لهذا النص، فهو مطالب بعدم تأويل النصوص المتعلقة بقواعد التجريم والعقاب.<sup>1</sup>

فالاتجاه نحو تضيق سلطة القاضي في تقدير العقوبة، إنما الهدف منه تحقيق المساواة بين المواطنين أمام القانون، فتوحيد نظام العقاب على كافة المواطنين يضمن تحقيق قدر من المساواة والعدالة القانونية.

### الفرع الثالث: الاتجاه المعتدل

أما الاتجاه المعتدل فقد جمع بين مزايا النظامين السابقين، وبه أخذت معظم التشريعات المعاصرة حيث يسلم بقانونية التنظيم الذي يبنى القاضي الجنائي تقديره لوقائع الدعوى وأدلتها من خلاله، بما لا مجال فيه للتحكم مع إمكانية تقديره لظروف الجريمة وملابسات كل حالة على حدى، وهي الملابسات التي يتعذر على المشرع الإحاطة بها وحصرها في قوالب قانونية ثابتة ودائمة، وهذا لتغيرها الدائم من حالة لأخرى ومن زمن لآخر، لكن يبقى حكم القاضي الجنائي مقيدا بالتسبب لإبراز عناصر تقدير العقاب ومبرراته.<sup>2</sup>

لذلك نجد السياسة الجنائية الحديثة إلى جانب إقرارها بمنح سلطة تقديرية واسعة للقاضي الجنائي وذلك بهدف مبدأ نظرية العقاب، إلا أنها تؤكد ضرورة الحيلولة دون جعل هذه السلطة تحكيمية فتقضي بضرورة ممارستها في إطار النطاق القانوني الشكلي و الموضوعي، وفق توجهات قانونية وفي ضوء بحث معمق لشخصية المجرم، وظروف ارتكابه الجريمة وفي مقابل ذلك تشترط الخبرة والتخصص لدى القاضي الجنائي، مع الاستعانة بالأخصائيين في مختلف

<sup>1</sup> قريمس سارة، المرجع السابق، ص 45.

<sup>2</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص 397.

المجالات بغرض الاستفادة من تحليلاتهم، وقد عبرت عن هذه الضوابط التوصيات التي تضمنتها قرارات المؤتمرين الدوليين السابع والثامن لقانون العقوبات والتي من أهمها :

1. على القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية في تحديد العقوبة أو التدبير أن يسترشد بالقواعد القانونية الموجهة في هذا الخصوص و التي يجب أن ينص عليها القانون بوضوح.
2. ينبغي مراعاة شخصية المجرم عند تحديد العقوبة أو التدابير لذا يلزم النص على وجوب بحث هذه الشخصية وتنظيم أخباره خاصة بإجراءاته ونتائجه من قبل القاضي بالتعاون مع الأخصائيين الذين يختارهم.
3. الحكم الجنائي يجب أن يسبب بطريقة محددة تظهر الأسباب الحقيقية للحكم، وتقدم حصيلة مداولة القاضي وتجب على جميع الدفوع التي أثرت.
4. وجوب إخضاع الأحكام التي يصدرها القاضي لطرق الطعن سواء أكان ذلك بالاستئناف أم بالنقض أم التماس إعادة النظر وفق الشروط القانونية المقررة.
5. ولضمان سلامة ممارسة القاضي الجنائي سلطته التقديرية الواسعة، فإنه يترتب عليه أن يقدر تماما المسؤولية التي تفرضها عليه مهمته الاجتماعية الخطيرة، كذلك يجب:
  - أ- تخصصه للقضاء الجنائي فقط.
  - ب- إعداد الأخصائيين الأكفاء من أطباء ونفسانيين وباحثين اجتماعيين لمساعدته في مهمته.<sup>1</sup>

وفي الأخير يمكننا القول بأن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي رغم أنها سلطة موسعة إلا أنها مقيدة بضوابط تحكمها، وبالتالي فهي سلطة تقدير وليست سلطة حكمية، فالقانون لا يمنح القاضي الجنائي قوة خلاقة لتقدير العقوبة، بل يعتبر دوره تأكيدا لإرادة المشرع، فليس من حقه أن يساير أفكاره الخاصة في تقدير حكمه.

ولقد أكد ذلك أيضا المؤتمر التاسع لقانون العقوبات، حيث نبه رجال الفقه الذين شاركوا فيه إلى مسألة مدى ملائمة النص مع المعايير المنظمة لسلطة تقدير العقاب قضائيا.

وقد جاء في توصية هذا المؤتمر : في الحالات التي يسمح فيها بتجاوز الحد الأقصى المحدد قانونا للعقاب عند توافر الظروف المشددة، تعد قائمة على سبيل المثال لا الحصر بحالات الظروف المشددة التي تكون تحت نظر القضاء، على أن يكون لهذا الأخير سلطة

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص58.

استنباط غيرها عند الاقتضاء، وتحدد هذه القائمة العناصر الموضوعية لتغليظ العقاب على الجريمة، وكذلك الخصائص اللصيقة بشخصية المجرم والبواعث على سلوكه الإجرامي، وذلك بقصد تحقيق الحماية للمجتمع واستعادة المجرم إليه .

فهذه التوصية بمثابة نقطة انطلاق العديد من الفقهاء الجنائيين العرب، الذين حبذوا النص على هذه الضوابط المرشدة للقضاء في ممارسة سلطتهم التقديرية، واشترطوا ضرورة معالجتها في نصوص قانون العقوبات، وإضافة جملة من المعايير التي يهتدي بها القضاء عند تخفيف العقوبة.<sup>1</sup>

وقد تبنت هذه التوصية معظم التشريعات منها التشريع الليبي في المادة 28 من قانون العقوبات مسائرا في ذلك ما نص عليه المشرع الإيطالي في المادة 133 من قانون العقوبات. إذن فضوابط تقدير العقوبة هي " المعايير التي يتوصل بها القاضي الجنائي في تقدير طبيعة وقدر الجزاء الجنائي الذي ينزله بالمتهم الذي ثبتت إدانته عن الجريمة التي يحاكمه بشأنها، وهي معايير متصلة بالواقعة المرتكبة وبالجانبي و ما يستحقه من عقاب.<sup>2</sup>

فهذه الضوابط تؤخذ بعين الاعتبار بعد اكتمال عناصر الجريمة وبعد أن يكون القاضي قد اعتد بجميع ظروف وملابسات الجريمة، وذلك من أجل تحديد العقوبة تحديدا دقيقا وفي نطاق الحدود القانونية المقررة للجريمة.

## المطلب الثاني: أنواع ضوابط السلطة التقديرية

### للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة

يقوم القانون الجنائي على مبدأ هام مقتضاه أن لا جريمة بمجرد الاعتقاد الجرمي، ومعناه أن الجريمة في هذا القانون لا تتحقق إلا إذا تجسد هذا الاعتقاد في كيان ذي طبيعة مادية ملموسة، وهذا ما يفسر وجود أركان أساسية في تكوين الجريمة، إذ لا يمكن الحديث عن وجود جريمة إلا بتوافرها.

ولما كانت الأفعال الإجرامية مرتبطة بماديتها، وما يسبغه عليها المشرع من أوصاف في النصوص التجريمية، فإن ضوابط تقدير العقوبة تكون انعكاسا لذلك، باعتبار أن القاضي

<sup>1</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص 397.

<sup>2</sup> عادل عازر، المرجع السابق، ص 474.

الجنائي عند تقديره للعقوبة في إطار السلطة التقديرية الممنوحة له، يأخذ بعين الاعتبار كل ما هو متعلق بالجريمة حتى لا يكون تقديره خارج إطار القانون، مع مراعاة ظروف المجرم. وحتى نقف على أنواع هذه الضوابط، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الضوابط المتعلقة بالجريمة، وفي الفرع الثاني الضوابط المتعلقة بالجنائي.

### الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بالجريمة

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الأركان العامة للجريمة، فمنهم من يحصرها في ركنين أساسيين هما: الركن المادي والركن المعنوي، إلا أن جانبا من الفقه يرى أن الجريمة تقوم على أركان ثلاثة هي: الركن المادي والركن المعنوي والركن الشرعي.<sup>1</sup> وحتى تسند المسؤولية إلى شخص معين، يجب أن يكون الجنائي قد اتجه بإرادته الحرة إلى إخراج الجريمة إلى حيز الوجود، بمعنى يجب أن تتوفر لديه النية الجرمية التي تشكل الركن المعنوي للجريمة عن طريق سلوك مادي يأتيه الجنائي، والذي يعبر عنه بالركن المادي للجريمة.<sup>2</sup>

أما النص القانوني الذي يحدد مواصفات الفعل والذي يكون في نظر القانون فعلا مجرما فقد اختلف الفقه في اعتباره ركنا من أركان الجريمة.<sup>3</sup> لذلك سوف ندرس الضوابط المتعلقة بالجريمة على الركنين المتفق عليهما وهما الركن المادي والركن المعنوي.

### أولا: الضوابط المتعلقة بالركن المادي للجريمة

إن الجريمة لا تتحقق إلا إذا تجسدت في كيان له طبيعة مادية ملموسة وهو ما يعرف بالركن المادي للجريمة، الذي هو محطة البدء في البحث عن توافر الجريمة من عدمه فمن غير المنطق القول بأن مجرد الاعتقاد الإجرامي من شأنه أن يتضمن عدوانا على المصالح التي توفر لها الدولة حماية جنائية.

هذا الأمر الذي يشتمل على كل ما له صلة بالجريمة، فالقانون الجنائي يهتم أساسا بالفعل المادي المرتكب، بحيث إذا انتفى وصف الفعل، انتفى معه مبرر تدخل هذا

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 66.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011، ص 57.

<sup>3</sup> محمود مصطفى محمود، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983، ص 39.

القانون، لذلك يقوم الشارع بتحديد الشروط التي يتطلبها الفعل محل التجريم، والتي يؤدي انتهاؤها إلى عدم جواز توقيع العقوبة على الجاني.

وأحسن تعبير عن ذلك ما قاله الدكتور محمود نجيب حسني: أن الفكرة الشريرة مهما كان رسوخها في النفس، والتصميم الإجرامي الجازم بسبب الإصرار، لا تقوم الجريمة طالما بقيا مجرد ظواهر نفسية لم تتخذ سبيلها إلى التعبير المادي الخارج عن كيان صاحبها.<sup>1</sup>

وإذا كان الركن المادي للجريمة يتكون أصلا من نشاط إرادي مادي هذا الخير يقوم على عنصرين هما: السلوك والإرادة، فالسلوك هو كل ما يصدر عن الإنسان من تصرفات، ويشمل السلوك الإيجابي والسلبي، فكل منهما صور للفعل، وإن اختلفا من حيث الماديات أو المظهر المادي، رغم كونهما يشتركان في الإرادة<sup>2</sup>، وهو ما يعرف بالسلوك الإجرامي ونتيجة ضارة في بعض أنواع الجرائم أو ما يعرف بالجرائم المادية، وعلاقة نسبية تربط بين السلوك والنتيجة الإجرامية، فإن وجود هذا الركن - الركن المادي - يعد ضرورة لا يمكن أن تخلو منه أية جريمة. والسلوك الإجرامي يختلف باختلاف الأحوال، وعلى قدر هذا الاختلاف تتباين النتائج الضارة، وبقدر ما يكشف عنه سلوك الجاني من خطورة، وما تسفر عنه من نتائج ضارة على الحق محل الحماية يأتي العقاب، ومن هنا يتعين علينا بيان الضوابط المتعلقة بالسلوك الإجرامي، والنتائج المترتبة عليه.<sup>3</sup>

**1- الملائمة بين العقوبة و السلوك الإجرامي:** لا شك في أن استقرار حكم القانون وتفادي الهوى والتحكم في توقيع العقاب على الأشخاص أمران يتطلب كل منهما، أن يكون النموذج الإجرامي الوارد في قاعدة قانون العقوبات بالغا في الدقة والتحديد بحيث لا يدع مجالا لتباين الرأي في تفسيره وتحديد معناه، وهذه الدقة تستلزم تحديدا للسلوك الإجرامي، وعلى هذا الأساس يختلف تحديد السلوك الإجرامي باختلاف الجرائم غير أنه ليس بلازم في تجريم سلوك معين وأن يدرج في القاعدة المعاقبة على هذا السلوك، أن يكون مقتصرًا في الإحاطة بكافة الصور

<sup>1</sup> توفيق شمس الدين أشرف، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 129.

<sup>2</sup> رضا فرج، قانون العقوبات الجزائري، الأحكام العامة للجريمة، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر، ص، 210.

<sup>3</sup> قريمس سارة، المرجع السابق، ص 54.

الجديرة بالعقاب، ويعول على فهم هذه الصور المتنوعة وعلى تقدير القاضي الذي يعمل على إدراجها تحت العبارة التي استخدمها النص في الإفصاح عن نوع السلوك.<sup>1</sup> وقد اهتمت بعض التشريعات بالنص صراحة على ضرورة مراعاة القاضي لضابط جسامة السلوك الإجرامي، الذي سيكتشفه من خلال طبيعة الفعل ومحل الجريمة، وكل ما يتصل به من وسيلة مستعملة، وظروف زمانية ومكانية، وذلك عند تقديره للجزاء الجنائي الذي سيوقعه على مرتكب الجريمة.

فمن حيث مكان حصول الجريمة فيقصد به الحيز المكاني الذي تتم فيه، كإتيان جريمة الفعل المخل بالحياء في مكان غير أهل بالسكان فتخفف العقوبة، بعكس ما إذا ارتكبت نفس الجريمة في مكان أهل بالسكان فتشدد العقوبة، لأن حجم الإخلال بالحياء العام مرتبط بالأماكن الأهلة بالسكان، ونفس الشيء بالنسبة لخطف الطفل وتركه في مكان خال من الأدميين حيث تشدد العقوبة على الجاني، في حين تكون العقوبة أخف إن ترك في مكان أهل بالسكان لسهولة تقديم العون والمساعدة للضحية كنص المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري.

أما عن وقت الجريمة فهو الزمن الذي ترتكب فيه وهو عنصر محل اعتبار المشرع في تشديد العقوبة أو تخفيفها، فتشدد العقوبة إذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب وكذا في جنح الظلام، وخلافاً لذلك قد يكون ميقات اقتراف الفعل مبرراً لتخفيف العقاب عليه، مثلما هو الحال في الفعل الفاضح العلني فتخفف العقوبة عندما ترتكب هذه الجريمة في وقت متأخر من الليل، لكون هذا السلوك لا ينطوي من الناحية الواقعية على مساس كبير بالحياء العام نظراً لقلّة المارة في هذا الوقت.<sup>2</sup>

أما الوسيلة المستعملة في الجريمة حيث عرفها البعض بأنها "كل ما يمكن أن يأتي به الجاني لاقتراف جريمته، أو كل شيء يتوسط بين الإرادة الإجرامية و ارتكاب الجريمة".<sup>3</sup> فإن حمل سلاح في جريمة السرقة، يعتبر ظرفاً مشدداً للعقوبة التي تصل إلى السجن المؤبد وهذا ما نصت عليه المادة 351 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>1</sup> رمسيس بهنام، النظرية العامة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص 486.

<sup>2</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص 411.

<sup>3</sup> جواهر الجبور، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حدها الأدنى و الأعلى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013، ص 68.

فهذه الظروف وغيرها تشدد العقوبة، وقد تغير من وصف الجريمة من جنحة إلى جناية إذا صاحبت السلوك الإجرامي للجاني.

وعن نوع الفعل الإجرامي، فالأمر موكول إلى السلطة التقديرية للقاضي، كتقدير العنف في الفعل المخل بالحياء، حيث استقر رأي المحكمة العليا في القرار رقم 442 المؤرخ في 1986/07/08 على اعتبار العنف المعنوي، كظرف في جريمة الفعل المخل بالحياء ضد ضحية صغيرة في السن، وأن القضاة سببوا في قرارهم بأن الضحية ذكرت أن المتهم قادها إلى الغابة وارتكب ضدها الفعل بالعنف، وتقدير العنف في هذه الحالة من السلطة التقديرية لقضاة الموضوع.<sup>1</sup>

وبعد عرض السلوك الإجرامي ومدى تأثيره على تقدير القاضي للجزاء الجنائي، نجد أن القاضي الجنائي يعتد بالسلوك عند تقديره للعقوبة ولكن بنسب متفاوتة. وإن كان التشريع الليبي قد نص صراحة في المادة 28 من قانون العقوبات على ضابط جسامة السلوك، مجاريا في ذلك التشريع الإيطالي، ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد أغفل النص عليها، إلا أنه أعطى أهمية للسلوك الإجرامي باعتباره عنصرا في الركن المادي للجريمة، فالقاضي يبحث في جميع الظروف المحيطة به من حيث الزمان والمكان، والوسيلة المستعملة وكل ما يتصل بالفعل الإجرامي، فيعمل انطلاقا من ذلك على تخفيف أو تشديد العقوبة بحسب ظروف كل جريمة وإن كان ذلك من قبيل التفريد التشريعي باعتبار المشرع قد نص عليها، إلا أننا لا ننكر أن اختيار العقوبة المناسبة من بين العقوبات المحددة من طرف المشرع وتقديرها كما يدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي، فحتى وإن لم ينص التشريع على هذا الضابط، فإنه معمول به عند تقدير الجزاء الجنائي ومنصوص عليه في القسم الخاص، وما تشديد القاضي للعقوبة أو تخفيفها في السلوك الواحد نظرا للفتاوت في الضرر المحقق أو الخطر المحقق إلا دليلا عن استعماله لسلطته التقديرية بالاستناد إلى مختلف الظروف المحيطة بالسلوك الإجرامي سواء تعلق الأمر بالوسيلة المستعملة أو زمان ومكان ارتكاب الجريمة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> العايش نواصر، تقنين العقوبات، مطبعة عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 1991، ص 158.

<sup>2</sup> سارة قريمس، المرجع السابق، ص 48.

**2- الملائمة بين العقوبة و النتيجة الإجرامية:** إن الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من خلال تجريم فعل ما، لا تتحقق إلا إذا ترتبت عنه نتيجة ضارة أو عدوان على مصلحة يحميها القانون، فالمشرع لا يحكم على فعل على أنه جريمة تستحق أن تطبق على فاعلها عقوبة، إلا إذا ترتبت عليه نتيجة ضارة بمصلحة الفرد و المجتمع، والنتيجة عبارة عن العاقبة الضارة للفعل، أي الماسة بالمصلحة التي تحميها قاعدة التجريم إما عن الضرر الفعلي، أو عن مجرد تعريض المال أو المصلحة محل الحماية للخطر.

و للنتيجة مدلولان: أحدهما قانوني والآخر مادي، فالنتيجة بالمفهوم المادي، هي كل تغيير يحدثه السلوك الإجرامي، في الوسط الخارجي، فنتيجة القتل هي وفاة المجني عليه، والتغيير الذي طرأ على العالم الخارجي، هو وفاة المجني عليه، أما المدلول القانوني للنتيجة، فيتمثل في الاعتداء على الحق أو المصلحة التي يحميها القانون، أو التهديد بالاعتداء عليه ففي المثال السابق مثلاً، نجد أن نتيجة القتل بالمفهوم القانوني، هي الاعتداء على الحق في الحياة المحمي قانوناً.<sup>1</sup>

فالتعريف جمع بين المدلول القانوني والمدلول المادي للنتيجة، هذا الأخير الذي له دور هام في تحديد العقوبة وذلك من ناحيتين:

**الأولى:** كون المشرع يعتد غالباً بالنتيجة المادية كمعيار لتقدير جسامة الجريمة، ومن ثم تحديد العقوبة المناسبة لها.

**والثانية:** وإن المشرع يستند في تشديد العقوبة في بعض الجرائم على النتيجة المادية،<sup>2</sup> فالجزاء الجنائي يقدر بجسامة الضرر الذي يلحقه السلوك بالمصلحة المحمية قانوناً، وفكرة الضرر تتضمن المصالح أو القيم التي أهدرت أو دمرت كلياً أو جزئياً، أو كان من المحتمل إهدارها، فيكفي أن يتطلب القانون لوجود الجريمة، أن يتحقق ضرر معين كعنصر أساسي في ركنها المادي، ويبقى على القاضي التحقق من أن هذا الضرر قد وقع فعلاً ومن ثم استكمال أركان وجود الجريمة، ومن قبيل هذه الجرائم جرائم الاعتداء على سلامة البدن، وجرائم الاعتداء على الأموال.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص107.

<sup>2</sup> توفيق شمس الدين أشرف، المرجع السابق، ص148.

<sup>3</sup> رمسيس بهنام، النظرية العامة في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص567.

وهناك من التشريعات من اعتبرت جسامة الجريمة من الضوابط التي يسترشد بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي، كالمشرع الليبي في نص المادة 28 من قانون العقوبات في بندها الثاني فالقاضي عند تقديره العقوبة يجب أن يأخذ بعين الاعتبار جسامة الضرر والخطر الناتج عن الفعل إذ ليس من العدالة تشديد العقاب على الجاني الذي لم ينجم عن فعله الإجرامي إلا ضررا ضئيلا، أو تخفيف عقاب الجاني الذي نجم فعله ضرر جسيم، فحجم العدوان على المصلحة التي يحميها المشرع يختلف من حيث جسامة الضرر أو الخطر المترتب عنه، فالمال محل الحماية القانونية قد يكون ذا قيمة أو العكس، والخطر المهدد به يكون بالغا كالشروع في القتل بسلح ناري، وقد يكون أقل كالتهديد بعصا، فعلى قدر هذه الجسامة يتحدد الجزاء الجنائي من طرف القاضي الجنائي.<sup>1</sup>

لكن عدم التوقع لا يعني دائما انتفاء وجه الملائمة لدى من تسبب فيه بدون توقع له، لأنه من شأن الرجل العادي الذي يوضع في نفس الظروف ألا يفوت توقع الأمر، ويمكن التمثيل على ذلك بما قضت به الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية" بأن انطلاق قائد السيارة في تقاطع للطريق لحظة تحول اللون البرتقالي إلى اللون الأحمر المانع من مرور السيارات دون تحوط وعلى نحو صدم أحد المارة، إذ اجتياز الطريق في تلك اللحظة فور أن لمح أمامه اللون البرتقالي وناظرا إلى يمينه دون أية نظرة إلى يساره، أمر لا ينفى الإهمال في حق قائد السيارة ولو أن هناك إهمالا كذلك من جانب المارة الذي أصيب بجروح نتيجة للصدمة، وكل ما في الأمر أن اشتراكهما في الإهمال يستتبع تحمل قائد السيارة نصف التعويض المدني".<sup>2</sup>

وما يمكن القول أن جرائم الإهمال بالإضافة إلى الضرر الذي تلحقه بالأفراد فإنها تلحق أيضا ضررا عاما يتمثل فيما تحدثه من قلق واضطراب في أوساط الجماعة، ويجب على القاضي أن يستعين به وبراعيه حين تقديره للعقوبة.

أما عن تحقق النتيجة الضارة، فقد يستلزم القانون لتحققها ضرورة وقوع أثر مادي للفعل وقد يكتفي بمجرد الخطر الذي يهدد مصالح الأفراد، أو المجتمع فهو النتيجة مثلما هو الحال في جريمة الاتفاق المنصوص عليها في المادة 176 من قانون العقوبات الجزائري، وكذا جريمة الشروع التي تنص عليها المادة 30 من نفس القانون.

<sup>1</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص413.

<sup>2</sup> رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، المرجع السابق، ص230.

وفي بعض الجرائم يلزم توفر الضرر كركن في هذه الجرائم، فإذا لم يتحقق الضرر المطلوب، فإن الجاني ينفلت من العقاب كلية، لانتهاء الإخلال بأي حق أو مصلحة يحميها القانون، فمثلا في جريمة تزوير المحررات، قد يقع التزوير في المحرر ولا يعاقب ذلك استعمال المحرر فلا يقع الضرر ولا الجريمة، فلما انتفى الضرر انتفى بدوره التزوير، كمن يقلد توقيع شخص لمجرد إظهار براعته في التقليد دون أي هدف آخر.<sup>1</sup>

ومما سبق يتضح لنا مدى فاعلية ضابط جسامة النتيجة الإجرامية، في تحديد الجزاء الجنائي فالقاضي الجنائي يستند عند تقديره العقوبة على ما ألحقه السلوك الإجرامي، فبمجرد وجود خطر يتهدد مصلحة الفرد أو المجتمع فإن ذلك في حد ذاته ضرر واقع، حتى ولو لم يتحقق بنتيجة مادية، فجسامة الضرر الناشئ عن الجريمة، يعد ظرفا مشددا للعقوبة، فكلما زادت جسامته ارتفع الجزاء الجنائي نوعا أو كيفا، بحسب السلطة الممنوحة للقاضي الجنائي.

### ثانيا : الضوابط المتعلقة بالركن المعنوي.

يعتبر الركن المعنوي إلى جانب الركن المادي أساس كل مسؤولية جنائية، وبناء على ذلك لا يكفي لتقرير هذه الأخيرة أن يصدر عن الجاني سلوك إجرامي ذو مظهر مادي، بل لا بد من توافر ركن معنوي يمثل روح المسؤولية الجنائية، حين يمثل ركنها المادي جسدها الظاهر. فالركن المعنوي، هو انعكاس لماديات الجريمة في نفسية الجاني، فليس من العدالة في شيء أن يسأل إنسان عن وقائع لم تكن له بها صلة نفسية، طالما أن غرض الجزاء الجنائي هو ردع الجاني وتقويمه، أو درء خطره، فإن ذلك لن يتحقق إلا بالنسبة لمن توافرت لديه إرادة انتهاك القانون.<sup>2</sup>

وللركن المعنوي أهمية كبيرة في كيان الجريمة، ذلك أنها صادرة من شخص يسأل عنها ويتحمل العقوبة المقررة لها، وإذا كان المشرع يضع مجموعة من قواعد التجريم ويدخلها في دائرة الأفعال غير المشروعة، إنما يفعل ذلك بغرض النهي عن ارتكابها وبالتالي تفادي الجزاء المقرر لها مخاطبا بذلك الأشخاص المسؤولين عن جنایات بأهمية الركن المعنوي مستمدة من كونه وسيلة القانون كي يطبق على الأفراد، وهو بذلك وسيلة في تحديد الشخص الجدير

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، دار هومه للطباعة و النشر والتوزيع الجزائر، 2008، ص340.

<sup>2</sup> السيد محمد حسن شريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، رسالة دكتوراه، دار النهضة، مصر، 2002، ص553.

بالمسؤولية والذي يكون بذلك أهلاً لأن ينزل به العقاب وتتحقق فيه أغراضه التي وجد من أجلها.

إن جوهر الركن المعنوي هو الإرادة المعبرة قانوناً والتي تكون العلاقة بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني، ولاتجاه الإرادة صورتان:

- خطأ عمدي (أو ما يعرف بالقصد الجنائي): وبه تكون الجريمة عمديه.

- وخطأ غير عمدي: وبه تكون الجريمة غير عمديه.

وتختلف صورة الركن المعنوي بحسب سيطرة إرادة الجاني على ماديات الجريمة، فعندما تسيطر الإرادة سيطرة فعلية تامة على ماديات الجريمة، تكون أمام القصد الجنائي، أما إذا كان نطاق سيطرتها الفعلية مقتصرًا على بعض ماديات الجريمة، فتكون أمام خطأ غير عمدي.<sup>1</sup> لهذا ينبغي على القاضي عند تصديده للحكم في المسائل الجنائية أن يراعي توافر القصد الجنائي ومدى جسامته، والخطأ غير العمدي حتى يستطيع التقدير الأمثل للجزاء الجنائي.

1. ملأمة الجزاء الجنائي لجسامة القصد: لقد تعددت تعريفات القصد الجنائي حيث عرفه

"اورتولان": بأنه توجيه العمل أو الترك إلى إحداث النتيجة الضارة التي تتكون منها الجريمة.<sup>2</sup> و القصد الجنائي أو القصد الإجرامي، هو أخطر صورتَي الركن المعنوي للجريمة، التي تتم عن إرادة إجرامية دفيئة، تدل على سوء نية المتهم على العدوان فإرادة الجاني تتصرف إلى ارتكاب الفعل الجرمي الذي يأتيه، وإلى النتيجة المقصودة بالعقاب فتبدو الجريمة في أبشع صورها مع العلم أن عنصري القصد هما العلم بماديات الجريمة، وإرادة هذه الماديات أو قبولها.<sup>3</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن معظم التشريعات الجنائية لم تضع تعريفاً للقصد الجنائي، إذ أنها تشير إلى لزوم توافره في الجاني حتى تقوم المسؤولية الجنائية إزاءه، إلا ما كان من قانون العقوبات الإيطالي الذي عرفه في المادة 48 على النحو التالي: "تكون الجريمة عمديه حينما يتصور الجاني النتائج الإجرامية الضارة أو الخطورة الناجمة عن فعله أو امتناعه ويريدها."

<sup>1</sup> توفيق شمس الدين أشرف، المرجع السابق، ص 252.

<sup>2</sup> منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي، فقه و قضايا، دار العلوم للنشر و التوزيع،، عنابة، الجزائر، 2006، ص 114.

<sup>3</sup> السيد محمد حسن شريف، المرجع السابق، ص 555.

كما عرفها قانون العقوبات اللبناني في المادة 188 على النحو التالي: "النية إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون" ونفس التعريف نجده في نص المادة 63 من قانون العقوبات الأردني، ويرادف لفظ النية أو القصد الإجرامي، اصطلاح القصد الجنائي.<sup>1</sup>

فالقصد الجنائي يتحقق كقاعدة عامة بمجرد العلم بحقيقة الوضع الإجرامي من ناحية الواقع ولا حاجة بعد هذا لإثبات علم الجاني بأن هذا الوضع جريمة نص القانون على عقابها.<sup>2</sup> وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري، نجد أنه لا يعطي تعريفاً للقصد الجنائي، إلا أنه في كثير من النصوص اشترط توافره في بعض الجرائم حتى تقوم المسؤولية الجنائية من قبل الجاني ومن ذلك ما نصت عليه المادة 254 من قانون العقوبات التي تعرف القتل على أنه: "إزهاق روح إنسان عمداً" والمادة 264 التي تنص على أنه: "كل من أحدث عمداً جروحاً للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي..." والمادة 365 تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 دج كل من أخفى عمداً الأشياء المبددة."

من خلال النصوص القانونية السالفة الذكر، فالعمد أو القصد الجنائي شرط لازم لتوفر المسؤولية الجنائية في هذه الطائفة من الجرائم دون أن تعطي تعريفاً محدداً ودقيقاً للعمد. وفي أحد قرارات المحكمة العليا تحت رقم 67370 الصادر في 1988/05/22، المجلة القضائية، 1992، عدد 3، ص: 185 قضت بأنه: "متى كان من المقرر قانوناً أن القتل العمد هو إزهاق روح إنسان عمداً، ومن ثم فإن السؤال الذي أدانت بموجبه المحكمة الطاعن بجناية القتل العمد، دون ذكر عنصر العمد تكون بقضائها كما فعلت خالفت القانون".<sup>3</sup>

و من ناحية أخرى يجب على القاضي أن يناسب بين درجة القصد، والعقوبة المنصوص عليها في القانون، وأي تغيير في ذلك يؤدي إلى نقض الحكم مثلما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 63197 بتاريخ 1990/03/10 المجلة القضائية، 1992، عدد 4، ص: 173 إذا كان مؤدى الفقرة 03 من المادة 263 من قانون العقوبات، تعاقب على القتل البسيط بالسجن المؤبد فإن محكمة الجنايات- في قضية الحال - قد استبعدت ظرف سبق الإصرار والترصد، وأدانت

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 212.

<sup>2</sup> رمسيس بهنام، علم مكافحة الإجرام، المرجع السابق، ص 169.

<sup>3</sup> جمال سايس، المرجع السابق، ص 519.

المتهم بالقتل العمدى البسيط، ومع ذلك طبقت عليه المادة 261 من قانون العقوبات التي تعاقب بالإعدام تكون بقضائها هذا قد أخطأت في تطبيق القانون.<sup>1</sup>

2. **ملائمة الجزاء الجنائي لجسامة الخطأ غير العمدي**: يمثل الخطأ غير العمدي الصورة الثانية للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية، والأصل في الجرائم أن تكون عمدية يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي، وقد تكون هذه الجرائم غير عمدية ويتخذ ركنها المعنوي صورة الخطأ غير العمدي.<sup>2</sup>

والجريمة غير العمدية ينتج عنها سلوك غير مقصود، و لا تتحقق به الجريمة إلا إذا كان سلوك المتهم خطرا في حد ذاته ، وعليه فمن يفضي سلوكه إلى نتيجة إجرامية، لا يكون مسئولا عنها إلا إذا ثبت أن سلوكه لم يحتط فيه ولم يكن حذرا حتى وإن لم يتوقع النتيجة الإجرامية متى كان بوسعه أن يوقعها.<sup>3</sup>

فوجه الخلاف بين القصد وبين الإهمال أن القصد هو إرادة السلوك الخطر وكذلك إرادة الأمر الناشئ منه، أي إرادة السلوك من أوله إلى خاتمته، في حين أن الإهمال هو إرادة السلوك الخطر مع خمول إرادة السلوك في بدايته بدون إرادة لخاتمته، إذ يوقع القانون العقاب على من توافر لديه القصد، يحمل متمردا على أن يتأدب، وإذ يوقع العقاب على من قام في حقه الإهمال، يحمل غافلا على أن ينتبه وعن العقاب على الإهمال، ولأن محل العقاب في الإهمال هو خمول الإرادة، يمكن القول بأن جوهر هذا الخمول يتمثل في مزيج من عدم استحداث ملكة الانتباه وعدم تحريك الإرادة في سبيل تفادي الأمر المحذور، ولا شك في أن الإنسان لا يستحق على إهماله عقابا، إلا حيث يكون الأمر الناشئ من هذا الإهمال إخلالا لاحقا بمال من الأموال بالغ في صلته بالكيان الاجتماعي درجة خاصة من الأهمية تبرر في نظر القانون، أن يكون المساس به ولو عن إهمال محلا للعقاب.<sup>4</sup>

فالمشرع إذن عند عقابه على الإهمال إنما يريد من وراء ذلك حماية حق بالغ الأهمية، كحق الإنسان في الحياة، وحقه في سلامة البدن، فيعاقب القانون على الجريمة ولو كانت خطيئة.

<sup>1</sup> جمال سايس، المرجع السابق، ص542.

<sup>2</sup> توفيق شمس الدين أشرف، المرجع السابق، ص294.

<sup>3</sup> عبد الله سليمان، الجزء الأول، المرجع السابق، ص229.

<sup>4</sup> رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص928.

وللخطأ في قانون العقوبات صور متعددة وهي:

الرعونة وعدم الاحتياط وعدم التحرز والإهمال، وعدم الانتباه وعدم مراعاة اللوائح والأنظمة.<sup>1</sup>

وهي في مجملها تستوعب الخطأ الذي يحدث في الحياة اليومية تقريبا، فتجد على سبيل المثال نص المادة 288 من قانون العقوبات تنص على أنه: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 20.000 دينار."

ما يستفاد من نص المادة، أن من تسبب برعونته وعدم احتياطه وإهماله أو عدم مراعاته الأنظمة في وفاة شخص فإن هذه الجريمة من قبيل جرائم الخطأ التي تقتصر على تحقيق ركنها المادي، فيعاقب الفاعل على أساس هذا التكييف، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 49360 الصادر بتاريخ 10/05/1988 المجلة القضائية، 1992، عدد 1، ص: 164 بالقول:

و لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن السؤال الذي وضعته المحكمة كان ناقصا لأنه لم يتناول بالتفصيل أركان جريمة القتل الخطأ التي تقتضي زيادة على توفر الفعل المادي المتسبب في الوفاة خطأ ينسب إلى مرتكب هذا الفعل لكون عنصر الخطأ يشكل العنصر الجوهري في جنحة القتل الخطأ و بقضائها تكون المحكمة خرقت القانون.<sup>2</sup>

و تنص المادة 289 من قانون العقوبات على أنه: إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فيعاقب الجنائي بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتشدد المادة 290 العقوبة وذلك بمضاعفة العقوبات المنصوص عليها في المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر أو حاول التهرب من المسؤولية الجنائية أو المدنية التي يمكن أن تقع عليه، وذلك بالفرار أو بتغيير حالة الإقامة أو بأية طريقة أخرى.

<sup>1</sup> منصور رحمانى، المرجع السابق، ص 126.

<sup>2</sup> جمال سايس، المرجع السابق، ص 483.

### الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بالجاني

إضافة إلى الضوابط المتعلقة بالركنين المادي والمعنوي للجريمة، أي العناصر الموضوعية التي يسترشد بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي، فهناك عناصر تتعلق بالمجرم نفسه.

فقد أدى التطور الفلسفي لأغراض العقوبة إلى ظهور مدارس فقهية والتي من بينها المدرسة الوضعية التي دعت إلى ضرورة الاهتمام بشخص المجرم، إذ لم يعد الغرض من العقوبة حماية المجتمع من المجرم فقط، بل يجب أن يحمي المجرم من نفسه أيضاً فأصبحت بذلك شخصية الجاني محل اهتمام ودراسة من قبل علماء الإجرام.

فإذا كانت الأفعال الإجرامية تصدر عن إنسان ومن شأنها الإضرار بالغير وبالمجتمع وإذا كان من الضروري الاعتداد بجسامة هذه الأفعال وآثارها الضارة عند تقدير الجزاء قضائياً، فإنه يجب ألا يغفل القاضي عندما يحاكم إنساناً ارتكب خطأ، فمن المتعارف عليه أن الجريمة تنتجها أسباب وعوامل تسيطر على شخص الجاني، وتضعف من سيطرته على قدرته، بحيث تسوقه إليها سوقاً مما يبرر معاملته بالرأفة، وقد يسلك بعد ارتكابه الجريمة سلوكاً ينم عن أفول خطورته وازمحللها، مما يوحي بتوبته وعزوفه عن كل ما هو مجرم، وعلى العكس من ذلك قد يدل مسلكه في تنفيذ الأفعال الإجرامية أو إخفاء آثارها، عن استفحال نزعتة الإجرامية، مما يستدعي معاملته بكل قسوة تماشياً مع خطورته الإجرامية.<sup>1</sup>

وبالتالي فالضوابط التي لها علاقة بالجاني قد تكون شخصية تتمثل في دوافع ارتكاب الجريمة وخلق المجرم، وقد تكون موضوعية تتمثل في علاقة الجاني بالمجتمع، كما يمكن أن تكون هذه الضوابط متعلقة بسلوك الجاني المعاصر واللاحق للجريمة.

#### أولاً: ضابط الظروف الشخصية للجاني:

إن ظروف الجاني الشخصية تتعدد وتتنوع من مجرم إلى آخر وحسب نوع الجريمة المرتكبة، منها ما هو متعلق بدوافع ارتكاب الجريمة نفسها، و ما هو مرتبط بخلق الجاني في حد ذاته.

#### 1- دوافع ارتكاب الجريمة: إن الدوافع التي تؤدي إلى ارتكاب الجريمة تحسب في مجمل

العوامل الشخصية التي يعتد بها القاضي في حقل الأسباب التقديرية بصفة عامة.

<sup>1</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص 427.

وقد فرق البعض من مدلول الدافع والباعث فهذا الأخير له مدلولان أحدهما موسع و يعني الأسباب النفسية المتعلقة بالحياة النفسية للفرد، أما الباعث بالمفهوم الضيق فإنه ينصرف إلى الغاية التي يرمي الجنائي تحقيقها عن طريق الجريمة، وعلى قدر فاعلية الباعث و قوته تكون الخطورة الإجرامية.<sup>1</sup>

و الباعث أو الوازع أو الغاية؛ فلا تدخل ضمن مكونات القصد الجنائي، وهي تختلف عنه، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1980 في الطعن رقم 22645، حين قررت بأن: "الباعث أو الدافع لا تأثير له على المسؤولية الجزائية في جناية القتل العمد، ولا ينفي قيامها لأنه لا يكون ركنا من أركانها، وكل ما قد يترتب عليه هو تخفيض العقوبة."<sup>2</sup>

فالباعث هو الإحساس بالحاجة إلى شيء ما لإشباع رغبة معينة، ومن الطبيعي تلازم الإحساس بالحاجة إلى الإشباع مع تصورهما، والباعث باعتباره إحساس بالحاجة يقوم بدور الدافع إلى النشاط فهو بمثابة مولد القوة فيه، بل إنه المحرك للإرادة الموجهة للقصد.<sup>3</sup>

ومن المسلم به أن ليس للدافع دخل في قيام الجريمة، ولا عبرة به في تكوين ركنها المعنوي، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، ولكن يمكن أن يكون له تأثير في تشديد العقوبة أو تخفيفها، طبقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون، فدوافع ارتكاب الجريمة من قبيل العوامل الشخصية التي يعتد بها في مجال ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ويعتبر من أظهر المعايير التصاقاً بشخص المتهم وأكثرها تأثيراً عليه، والتي تقتضي من القاضي مراعاتها لبلوغ الجزاء الجنائي، وعلى هدي فاعلية الباعث وقوته تحدد الخطورة الإجرامية للمتهم، وعلى قدر نوعيته ودرجته يتحدد الجزاء الجنائي في عدد من الحالات، فلم يعد تحقيق الجريمة بركنيها المادي والمعنوي كافياً لاعتبار الفاعل مسؤولاً، وإنما أن يكون الجنائي يتصف بالخطورة الإجرامية.<sup>4</sup>

وقد اهتمت أغلب التشريعات الجنائية المختلفة بالنص صراحة على الدافع كمعيار أو ضابط يتوصل به القاضي إلى تقدير الجزاء الجنائي، ومن ذلك ما قضى به القانون النمساوي

<sup>1</sup> جواهر الجبور، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 268.

<sup>3</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص 430.

<sup>4</sup> رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 1011.

من تخفيف العقوبة إذا ارتكبت الجريمة تحت تأثير عاطفة هائجة متولدة عن شعور إنساني وما ذهب إليه القانون الدنمركي من التعويل على الباعث عند تقدير العقوبة، وقد سار على هديه القانون الإيطالي، الذي نص على البواعث ووضعها تحت نظر القاضي عند تخفيف العقاب كما لم تغفل بعض التشريعات العربية أهمية الباعث إذا تبين للقاضي أن الدافع كان شريفاً كالقانون السوري في المادة 192 من قانون العقوبات، والقانون اللبناني في المادة 193 والقانون الليبي في المادة 28 في بندها الثاني والحال نفسه بالنسبة للقانون الأردني.<sup>1</sup>

أما المشرع الجزائري لا يعتد بالباعث أو الدافع إلى ارتكاب الجريمة، فحتى لو كان الباعث على ارتكاب الجريمة شريفاً، فإن القانون لا يأخذ به، لكن قد يكون للباعث دوراً هاماً في تخفيف العقوبة، كما هو الحال بالنسبة لمرتكب جريمة القتل أو الجرح عند مفاجأة الزوج متلبساً بجريمة الزنا وهذا ما نصت عليه المادة 279 من قانون العقوبات على أنه: "يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا".<sup>2</sup>

**2- أخلاق الجاني:** من العوامل التي تحدد خطورة المجرم ومدى قابليته لارتكاب الجريمة نجد أخلاق المجرم ومسيرته في الحياة، أي ما يعرف بسمعته في المجتمع، فسوابق الجاني وماضيه وما صدر ضده من أحكام، فكل هذه العناصر تكشف عن خطورة المجرم وتحدد درجة إذنبه، وهذا ما يساعد القاضي على التقدير العادل للجزاء الجنائي.<sup>3</sup>

وإذا كان القانون الجنائي لا يعتد بالأخلاق في تحديد الجزاء الجنائي، فإن علماء الإجرام توصلوا إلى أن الماضي الإجرامي دليل على خطورة المجرم، مما ينبغي أخذه في الاعتبار. كما أن سوابق الجاني هي العناصر الكاشفة لشخصيته وخطورته الإجرامية، ويقصد بها ما سبق ارتكابه من جرائم، سواء كانت الأحكام التي صدرت بشأنها يعتد بها العود كنظام قانوني أم لا يعتد بها، ولا شك في أن أهم أمانة تكشف عن وجود الخطورة الإجرامية في شخص ما، هي الجريمة التي ارتكبها، فما كان المجرم ليرتكب الجرم لو لم يكن لديه استعداد

<sup>1</sup> سارة قريمس، المرجع السابق، ص 76.

<sup>2</sup> محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 90.

<sup>3</sup> سارة قريمس، المرجع السابق، ص 77.

للجريمة، وهذا الاستعداد نابع من ماضي المجرم، فالجريمة تكشف عن الخطورة الإجرامية، لأنه في غالب الأمور، تكون الجريمة السابقة مصدرا للجريمة اللاحقة.

ومن ناحية أخرى فإن الثابت من أبحاث علم النفس الجنائي، أن تحقق سلوك ما مرة من شأنه أن يصبح اللازم لتكرار هذا السلوك مرة أخرى أقل مشقة وأن النفس يوجد لديها ميل العود إلى ما سبق صدوره منها، وبذلك يكون تغليب العقوبة في حالة العود لها في مرحلة أخرى لاحقة لمرحلة العود.

وهذه المرحلة هي مرحلة اكتشاف الاعتياد على الإجرام أو اعترافه، وقد وضعت لها التشريعات أحكاما خاصة ومما يكشف عن خلق المجرم أيضا مسيرته الشخصية في حياته اليومية وتعاملاته مع أهل بيته و مع زملائه في المدرسة ومكان العمل، وعاداته كإدمان الخمر والمخدرات وكذا أسلوبه في الحياة الذي يكشف عن شخصيته ومدى تكيفه الاجتماعي واحترامه للقواعد والأنظمة.<sup>1</sup>

ومن هنا تتبين أهمية الفحوصات العلمية والاجتماعية لشخصية المتهم قبل الحكم عليه ويقع على جهة التحقيق إثبات سوء مسلك المتهم وسوء أخلاقه، حيث يفترض فيه أنه لا سوابق له، وأنه سوي السلوك تسليما بمبدأ أصلية البراءة.<sup>2</sup>

وسوابق المتهم تثبت بصحيفة الحالة الجنائية وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي حيث قضت المحكمة العليا في احد قراراتها تحت رقم 121527 الصادر بتاريخ 15/02/1994 المجلة القضائية، 1996، عدد1، ص:200 متى ثبت أن الأمر يتعلق بإحضار صحيفة السوابق القضائية للمتهم قبل إحالته على المحاكمة، فان ذلك لا يعد إجراء قضائيا يستوجب إصدار أمر مسبب و إنما يتعلق بتشكيل ملف و يمكن القيام به في أية مرحلة من مراحل الدعوى قبل الفصل خاصة، و أن قاضي التحقيق قد قدم طلبا بذلك و عليه فالدفع المثار في غير محله و يستوجب الرفض.<sup>3</sup>

أما العناصر الأخرى الكاشفة عن خلقه، وذلك بعد استكمال جميع الفحوص النفسية والعقلية والاجتماعية التي أجريت على المتهم، لكي يكون تحت تصرف القاضي عند إصداره الجزاء الجنائي، لأن فحص شخصية الجاني يجعل النظر إلى المسؤولية من حيث تقريرها

<sup>1</sup> رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص1023.

<sup>2</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص441.

<sup>3</sup> جمال سايس، المرجع السابق، ص714.

والعقوبة من حيث تقديرها والإجراء الوقائي من حيث حسن اختياره، إلا أنه يساعد بصورة أو بأخرى على الاختيار المناسب له<sup>1</sup>.

وقد نص القانون الجزائري على الوسيلة التي يهتدي بها القاضي إلى ماضي المجرم، وهي صحيفة السوابق العدلية القسيمة رقم 02 إذ تعتبر هذه الصحيفة المصدر الشرعي والوحيد لاعتبار أن المتهم معتاد الإجرام، حول الأحكام القضائية، وإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، وإن اكتفاء قضاة الموضوع بالاعتماد على استمارة الاستعلامات المعدة من مصالح الأمن بكون المتهم معتاد الإجرام وتشديد العقوبة في حقه، يعد خرقاً لأحكام هذا المبدأ القانوني، وعليه يتوجب نقض القرار الذي قضى باعتبار المتهم معتاد الإجرام على ضوء استمارة الاستعلامات<sup>2</sup>.

و نجد عدد من التشريعات القانونية التي نصت صراحة على ضابط خلق المجرم في تقدير الجزاء الجنائي، منها التشريع الإيطالي في المادة 133 من قانون العقوبات، وكذلك القانون الليبي في المادة 28 الفقرة الثانية.

وبذلك يكون خلق الجاني وسوابقه هي العناصر الكاشفة لشخصيته وخطورته الإجرامية والبحث فيها أمر ضروري وجدير بالتتبع حتى يتوصل القاضي الجنائي إلى التقدير العادل للجزاء الجنائي.

لكن اعتبار هذه العناصر وحدها غير كافي، فلا بد من ضوابط أخرى ليكون تحديد القاضي الجنائي العقوبة المناسبة أكثر دقة وملائمة.

### ثانياً: ضابط الظروف الموضوعية للجاني

إن الميولات الإجرامية للجاني تفرضها عليه مجموعة من الظروف الموضوعية التي توحى بخطورته الإجرامية، وهذه الظروف متعلقة بحياته الفردية والعائلية وكذا الاجتماعية والاقتصادية.

فيرى علماء النفس الجنائيين أن الفرد الذي يعيش في بيئة اجتماعية منحطة، تدفع به إلى الميل نحو الإجرام، دون التفرقة بين ما هو مجرم وما هو مباح، كما أن للتفكك الأسري دوراً

<sup>1</sup> رمسيس بهنام، علم مكافحة الإجرام، المرجع السابق، ص 73.

<sup>2</sup> سارة قريمس، المرجع السابق، ص 79.

فعلا في انحراف الفرد، وخاصة الحدث الذي يجد نفسه حرا لأن يصطنع لنفسه ما شاء من معايير، فيأخذ بالقواعد الخاصة برفقائه.

ويندرج ضمن ذلك ما توصل إليه علماء الإجرام من أن للطبقة الاجتماعية التي تنتمي إليها أسرته، وكافة الظروف التي من شأنها أن تلقي ضوءا على الوسط الذي يعيش فيه الجاني، وتكشف للجاني عن الخطورة الإجرامية، وكما ينبغي على القاضي أن يفحص العلاقة بين المتهم و المجني عليه، فيقوم قاضي التحقيق بنفسه أو بواسطة ضابط الشرطة القضائية أو بواسطة شخص مؤهل لذلك تحقيقا عن شخصية المتهمين، وكذلك حالتهم المادية والعائلية أو الاجتماعية، فهذا التحقيق اختياري في الجرح، كما يجوز له أن يأمر بإجراء فحص طبي أو اتخاذ أي إجراء يراه مناسبا، إذ نجد أن قاضي التحقيق متى غلب على ظنه أن المتهم مذنب بارتكابه الجريمة قضى بالإحالة في الجرح، أو إرسال المستندات في الجنايات، وإن غلب على ظنه أن المتهم بريء أصدر أمرا بالألا وجه للمتابعة، وهو في كلتا الحالتين استعمل سلطته التقديرية واقتناعه الشخصي.<sup>1</sup>

### ثالثا: ضابط سلوك الجاني المعاصر واللاحق للجريمة

ويقصد بالضابط عدم الاكتراث الذي يرافق ارتكاب الجريمة، والقسوة والعنف، وما إليها من مظاهر تفصح عن نزعة إجرامية لدى مرتكب الجريمة، أو ما قد يبديه الجاني من خوف وتردد أثناء قيامه بالجريمة، مما يظهر عدم استفحال خطورته.<sup>2</sup>

ومن الأمور التي تدل على خطورة الجاني عدم الاكتراث وعدم شعوره بالذنب والندم على فعله، و قد يصدر عن الجاني عقب ارتكابه الجريمة، أفعالا تتم عن تلاشي خطورته، كأن يندم على فعله أو يحاول الانتحار على أثر ارتكابه الجريمة، أو حرصه على إزالة ما خلفته الجريمة من آثار ما يستوجب معاملة عقابية مخففة، تتناسب مع حالته.<sup>3</sup>

وقد يتقدم الجاني للاعتراف بجرمه، لتسهيل مهمة العدالة عن طريق الإقرار والإدلاء بكل صغيرة وكبيرة عن مراحل ارتكابه الجريمة، فقد يؤدي هذا الاعتراف إلى إسداء خدمة عامة

<sup>1</sup> محمد محدة، "السلطة التقديرية للقاضي الجنائي"، مجلة الملتقى الدولي الأول حول الاجتهاد القضائي في المادة الجزائية

وأثره على حركة التشريع، العدد الأول، مارس 2004، ص73.

<sup>2</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص442.

<sup>3</sup> جواهر الجبور، المرجع السابق، ص80.

للدولة خاصة في الجرائم الماسة بأمن الدولة كالتجسس، وتزييف العملة أو تهريبها، الجرائم الإرهابية ما يتطلب تخفيف العقوبة على من أدلى بها.

كما يمكن أن ينتاب الجاني الشعور بالندم عقب اقترافه الجريمة، فيسعى لإصلاح ما يسببه للغير من ضرر، وهو ما يطلق عليه الفقه اصطلاح التوبة الإيجابية، عكس السلبية التي تقتصر على مجرد التأسف دون تعويض للضرر الناجم عن جريمته، ويطلق عليه الفقه الإيطالي اصطلاح الضرر كمرادف للتوبة الإيجابية.

وقد نصت بعض التشريعات على فكرة التوبة، منها القانون النمساوي والدمركي والسويسري والإيطالي أمّا الفقه والمشرع الفرنسي، فإنه لا يعترف بتوبة الجاني ولا يعتد بها في مسألة تخفيف العقوبة، تأسيساً على أن الجاني عند تعويض الضرر الخاص للمجني عليه فإنه لم يعوض المجتمع عن الضرر الذي ألحقه به عند مخالفه القانون، فالقانون الجنائي لا شأن له بالضرر الخاص.

وقد اختلف الفقهاء في شأن توبة الجاني، فمنهم من أخذ بفكرة التوبة وما يستوجب معها تخفيف العقوبة على من قام بإصلاح الضرر الذي تسبب في حدوثه، وهذا يعتبر تشجيعاً له على الندم والإحجام عن ارتكاب مثل تلك الجرائم، ومنهم من رجح موقف الفقه الفرنسي فلا عبرة لتوبة الجاني في تخفيف العقوبة، كون حق الدولة في العقاب يبقى قائماً حتى بعد إصلاح الضرر الخاص<sup>1</sup>.

وأخيراً فضوابط تقدير العقوبة هي من المسلمات التي يستعين بها القاضي الجنائي عند تقديره للجزاء الجنائي، فقد تكون هذه الضوابط متصلة بالجريمة، كما قد تكون متصلة بالجاني فغايتها الوصول إلى قياس سليم متكامل لجسامة الجريمة ومسؤولية مقترفها وتحديد قدر ما يستحق من عقاب.

<sup>1</sup> سارة قريمس، المرجع السابق، ص 83.

## المطلب الثالث: الغاية من السلطة التقديرية

### للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة

إن الغاية من وجود ضوابط لتقدير العقوبة، هي تحقيق العدالة والمساواة من خلال الملائمة بين خطورة الفعل وطبيعة المجرم من جهة بالقدر اللازم من العقاب من جهة أخرى. فالسلطة التقديرية الواسعة التي حولها المشرع للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة محاطة ببعض القيود والضمانات، التي تكفل حق استخدامها، وتحقيق الغاية التي وجدت من أجلها، حتى لا تتحول هذه الحرية إلى نوع من التحكم والتعسف في التقدير، وحتى لا يجري التقدير على غير أساس ولا ضابط يحكمه، مما يخل بالعدالة ويخرج بالعقوبة عن الغاية التي شرعت لها.

فالمشرع استهدف حماية المجتمع من الجريمة ومعاملة المجرم بما يناسب جرمه بقدر يردعه و يؤهله في إطار لا تعسف فيه ولا جور، كما أن الاعتماد على هذه الضوابط، يعطي الدلالة الواضحة للمساواة المفترضة بين الأفراد أمام القانون، ويحول دون تباين الحلول القضائية، كما أنها تستجيب للأهداف النهائية للعقوبة، والتي تهدف في الأخير إلى حماية المجتمع من الجريمة من ناحية، وتمكين الجاني من الدفاع عن نفسه ضد الإجراء من ناحية أخرى، فلا تزيد العقوبة ولا تقل عن حاجة الجماعة .

وحتى تؤدي هذه الضوابط دورها وتحقيق الحكمة التي وجدت لأجلها، ينبغي ألا تتصادم المبررات التي يوردها القاضي الجنائي في الحكم ويتوجب عليه أن يكشف و يوضح في الحكم عن حقيقة وماهية الظروف الذي قدر توافره، وكذلك أن يبين بجلاء العناصر التي يرى الاستهزاء بها والمتعلقة بخطورة الجريمة ونزعة المجرم، حتى يمكن للمحكمة العليا أن تراقب عمل المحاكم الأدنى منها.

وفي المقابل لا يجب على القاضي أن يذكر جميع الضوابط، وأن يقيم قضاءه على تسبب مفصل يستعرض فيه جميع العناصر التي أوردها القانون، فيكفيه أن يشير إلى العناصر البارزة التي تكشف عنها الوقائع كما لا يجب أن يفرد لها مكانا مستقلا وخصوصا في الحكم طالما أنها تبين في ثنايا الحكم بجلاء من خلال سرد وقائع الدعوى وملابساتها، ومدى انطباق القانون عليها .

لكن هذا لا يعني أن القاضي في كل الأحوال ملزم ببناء تقديره على هذه الضوابط، وأن يقيم قضاؤه على تسبب مفصل يستعرض فيه جميع العناصر التي أوردها القانون، لأن هدف المشرع في هذه الضوابط هو الهداية الداخلية التي سيسترشد بها لعله أن يوجد في ظروف الدعوى، فيكفيه في حكمه أن يشير إلى أهم العناصر البارزة، التي تكشف عنها وقائع الدعوى دون الحاجة إلى تتبع وإعداد جميع العناصر، ويجب أن يراعي في ذلك عدم تعارض المبررات التي يوردها في الحكم، حرصاً على سلامة الأسباب التي يبنى عليها، وحتى تتوافق مع صحيح المنطق.<sup>1</sup>

ولا شك في أن استلزام التسبب، هو من قبيل الضمانات الجوهرية اللازمة لتدعيم الثقة في القضاء من ناحية، وتيسير الرقابة على الأحكام من ناحية أخرى، فالأسباب هي ما يستند إليه الحكم في التدليل على النتائج التي وصل إليها في منطوقه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بقولها: "إن عدم بيان موطن التزوير وكيفية توصل قضاة الموضوع إلى قيامه من عدمه، وعدم تعليل ذلك يعد نقصاً في التسبب" ما يعني أن عدم تسبب الحكم من قبل قضاة الموضوع يستوجب نقض الحكم، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الضوابط الاسترشادية نصت عليها بعض القوانين كالقانون الإيطالي المادة 133 والقانون الليبي المادة 28 والقانون اليوناني المادة 79 حيث يستعين بها القاضي عند تقديره الجزاء الجنائي.

أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على هذه الضوابط عند تقديره للجزاء، إلا أنه لم يقيد هذه السلطة بضوابط، وترك تقدير العقوبة لحكمة وفتنة القاضي الجنائي.

<sup>1</sup> جواهر الجبور، المرجع السابق، ص 84.

## الفصل الثاني

## تطبيقات على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة

إن معظم التشريعات الجنائية الحديثة بصفة عامة ، خولت للقاضي الجنائي سلطة تقديرية واسعة في مجال تطبيق العقوبة، فلم يعد القاضي مجرد موزعاً للعقوبات التي حددها له المقنن سلفاً، وإنما أصبحت لديه سلطة تقديرية في النطق بالعقوبة المناسبة لكل مجرم هذه العقوبة موضوعة بين حدين، أحدهما أدنى لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه، والآخر أقصى لا يجوز له أن يعتليه، وهذا ما سنحاول الوقوف عنده من خلال توضيح بعض تطبيقات على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة، حيث قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، بدءاً بالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التدرج الكمي و الاختيار النوعي للعقوبة في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التخفيف و التشديد و وقف تنفيذ العقوبة ، و في الأخير تطرقنا إلى الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة في مبحث ثالث.

## المبحث الأول:

## السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التدرج الكمي و الاختيار النوعي للعقوبة

إن السلطة العادية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة تتمثل في مدى ما يسمح به القانون في اختيار نوع العقوبة و تدرج كمها ضمن المجال المحدد لعقوبة كل جريمة على حدى، فتناسب سلطة القاضي في تقدير العقوبة تناسبا طرديا مع ما يحدده المشرع، و بهذا الاعتبار يكون التدرج الكمي للعقوبة و الاختيار النوعي لها ضمن نطاقها القانوني هما الوسيطتين الرئيسيتين العاديتين لتفريد العقاب القضائي، ولهذا خصصنا هذا المبحث و الذي قسمناه إلى مطلبين، ففي المطلب الأول تطرقنا إلى السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التدرج الكمي للعقوبة، أما المطلب الثاني وضحنا فيه السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في الاختيار النوعي للعقوبة.

## المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التدرج الكمي للعقوبة

أخذ المشرع الجنائي في العصر الحديث على عاتقه إضفاء المرونة على حدود العقاب بتحويل القضاة سلطة واسعة في تطبيق العقاب، فان كانت الجريمة واحدة إلا أن مرتكبيها ليست كذلك، الأمر الذي ساهم في تغيير أغراض العقاب و أصبح هدفه الإصلاح و التأهيل، و بهذا تصبح العقوبة في الفكر العقابي الحديث تتدرج في مقدارها و نوعها لتتراوح بين حدين أدنى و أقصى لكي تتناسب مع درجات الجريمة المرتكبة و خطورة مرتكبها.<sup>1</sup>

## الفرع الأول: نظام التدرج الكمي القضائي و تطوره التوسعي

نظام التدرج الكمي القضائي للعقوبة يتمثل في تحديد المشرع حدا أدنى و حدا أعلى للعقوبات، و تركه للقاضي سلطة تقدير العقوبة بين هذين الحدين، ويعتبر هذا النظام الحجر الأساسي لسلطة القاضي التقديرية في تحديد العقوبة، وبرز لأول مرة كنظام قاعدي لقانون عقابي كامل في قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810، الذي حقق تقدما محسوسا بالنسبة لقانون الجنائيات الفرنسي لسنة 1791 الفاشل بسبب جمود عقوباته ذات الحد الواحد.

<sup>1</sup> يوسف جوادى، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 18.

و قد اتسع التدرج الكمي و تطور إلى عدة أشكال أكثر مرونة في التشريعات الحديثة لتأثره بالتيارات الفقهية الوسطية المتجهة نحو تفريد العقاب، حتى أصبح في بعض صورته تدرجاً كمياً مطلقاً.<sup>1</sup>

### أولاً: مفهوم نظام التقدير الكمي للعقوبة

يقصد به ما يتمتع به القاضي الجنائي في تدرج العقوبات المطروحة عليه و اختيار القدر المناسب منها في حدودها العليا و الدنيا في ضوء الواقعة و ملاساتها و ظروف المتهم، فيمارس القاضي سلطته في هذه المسألة في النطاق الذي سمح به المشرع بين الحدين المذكورين، و تتناسب السلطة التقديرية للقاضي في اختيار العقوبة كما مع ما يحدده المشرع مسبقاً من حدود الجزاء الواردة ضمن نص العقاب.<sup>2</sup>

كما يمكن أن يعرف التقدير الكمي للعقوبة بأنه سلطة تقدير العقوبة بين حديها ضمن النص العقابي، فالمشرع يضع العقوبات التي تقبل التبويض بطبيعتها بين حدين أحدهما أدنى والآخر أعلى و يخول القاضي سلطة تقدير العقوبة الملائمة بين هذين الحدين.<sup>3</sup>

### ثانياً: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في اختيار العقوبة كما.

تجد هذه السلطة التقديرية سندها القانوني في النصوص التشريعية العقابية، وقد أسندت هذه السلطة في مختلف تشريعات النظم القانونية على ما تضمنته من نصوص قانونية حيث المشرع يضع للعقوبة حدين أحدهما اعلي و الآخر أدنى بصرف النظر عن كون الحدين عامين أو خاصين أو أحدهما عام و الآخر خاص دون اعتداد بما إذا كان العام أو الخاص هو الأعلى أو الأدنى.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص 105.

<sup>3</sup> حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة و التدابير الاحترازية، الدار الجماهيرية للنشر و التوزيع والإعلان، ليبيا، 2002، ص 190.

<sup>4</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص 106.

### الفرع الثاني: نظام التدرج الكمي الثابت في النظم القانونية المختلفة.

يكون التدرج الكمي للعقوبة ثابتاً عندما يحدد لها المشرع حداً أدنى وحداً أعلى ثابتين سواء أكان خاصين أم الأدنى عام و الأعلى خاص، أم الأدنى خاص و الأعلى عام، أم الأدنى و الأعلى عامين.<sup>1</sup>

أولاً: العقوبات ذات الحدين الأدنى و الأعلى الخاصين الثابتين: و يمكن تقسيمها حسب موقف القوانين المعاصرة تبعاً لموقف كل منها إزاء هذا النوع من العقوبات إلى خمسة أقسام وهي كالتالي:

1. قوانين حددت جميع عقوباتها بحدين أدنى و أعلى خاصين كقانون العقوبات الفرنسي والمغربي، الايطالي، و الياباني.
2. قوانين حددت معظم عقوباتها بحدين أدنى و أعلى خاصين كقانون العقوبات السوري واللبناني.
3. قوانين تضمنت عدداً غير قليل من العقوبات ذات الحدين الأدنى و الأعلى الخاصين كقانون العقوبات الأردني و السوفيتي.
4. قوانين تضمنت عدد محدود من العقوبات ذات الحدين الخاصين كالقانون المصري، التونسي و الألماني.
5. قوانين لا تعرف العقوبات ذات الحدين الخاصين أو يندر وجودهما فيها كالقوانين الانجلوسكسونية و القوانين الوسطية المنحرفة نحو الوضعية.<sup>2</sup>

ثانياً: العقوبات ذات الحد الأدنى العام و الحد الأعلى الخاص الثابتين: نظام العقوبات ذات الحد الأدنى العام و الحد الأعلى الخاص يمكن أن يطلق عليه بنظام التدرج الانجلوسكسونية، لنشونه في رحاب القانون الجنائي الانجليزي رائد القوانين الانجلوسكسونية،<sup>3</sup> ورغم أن هذا النظام مؤمن بخطر القضائي في الارتفاع بقدر العقوبة و الإفراط في تقديرها ومن

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص71.

<sup>2</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 21.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص75.

ثم نفي الحرية الفردية، من العنف و الحكم خاصة في الأنظمة القضائية البكر، إلا انه يؤدي إلى كثرة الأحكام السالبة للحرية.<sup>1</sup>

**ثالثا: العقوبات ذات الحد الأدنى الخاص و الحد الأعلى العام الثابتين:** لا يغلب هذا النمط التدريجي على الأنماط الأخرى التدريجية في أي من القوانين المعاصرة، وإن كانت بعض القوانين تتضمن عددا من العقوبات المحددة كالقانون الايطالي، الليبي و السوري، ويندر وجوده في القانون المصري و السوداني، و يخلو منه قانون العقوبات التونسي و المغربي وللقاضي أن يرتفع بهذا النوع من العقوبة إلى الحد الأعلى العام المقرر له، لذلك تتناسب مدى سلطته التقديرية في تحديدها عكسيا مع درجة ارتفاع حدها الأدنى الخاص و طرديا مع درجة ارتفاع حدها الأعلى العام و لهذا نلاحظ أن سلطة القاضي تزداد ارتفاعا كلما كان الحد الأدنى الخاص منخفضا بينما الحد الأعلى العام مرتفعا.<sup>2</sup>

و للإشارة فان التشريعات العربية تعرف هذا النوع من النمط مع تفاوت فيما بينها فنراه غير موجود في قانون العقوبات الجزائري وكذا التشريع المغربي و نادر الوجود في قانون العقوبات المصري.

**رابعا: العقوبات ذات الحدين الأدنى و الأعلى العامين الثابتين:** يقوم المشرع عند تعيين هذه العقوبات بتثبيت نوعها، دون تحديد مقدارها بحدين أدنى و أعلى خاصين أو بأحد هذين الحدين، مكتفيا بتقييد السلطة التقديرية للقاضي في تحديد كمها بحديها الأدنى و الأعلى العامين النصوص عليهما في القانون، و هذا ما جرى عليه المشرع الاسباني في تعيين جميع العقوبات السالبة و المقيدة للحرية و السالبة للحقوق، كما نصت معظم قوانين العقوبات على عدد متباين من العقوبات المقررة على هذا النمط كقانون العقوبات السويسري و اليوغسلافي و الألماني واليوناني و البولوني وبعض التشريعات العربية كالقانون العقوبات المصري و العراقي والسوري و اللبناني والليبي و الأردني و السوداني.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص22.

<sup>2</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص85.

<sup>3</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص24.

ونشير أن قانون العقوبات الجزائري يخلو من هذا النمط مثله مثل قانون العقوبات المغربي و التونسي و الكويتي.

### الفرع الثالث: نظام التدرج الكمي النسبي

الغرامة هي العقوبة الوحيدة التي يعبر المشرع نطاقها الكمي أحيانا على نحو يلزم القاضي بتدرج مقدارها بالنسبة لقيمة المال محل الجريمة و هو تدرج موضوعي، أو بالنسبة للدخل اليومي للمجرم هو تدرج شخصي<sup>1</sup>، و هي إلزام المحكوم بان يدفع إلى خزانة الدولة مبلغا من النقود يقدره حكم المحكمة، و هي على هذا الأساس تؤدي إلى إيقال عاتق المدين و بسبب مرونتها قابلة للتطبيق بالنسبة لجميع الجرائم سواء كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة، و الغرامة هنا تختلف عن التعويض الذي يتم الحكم به عن طريق القضاء على الجاني أحيانا لصالح المجني عليه أو المضرور من الجريمة و على الرغم من أن التعويض ينشأ عن الجريمة غير انه يمثل حقا خاصا للمجني عليه و بالتالي يخرج هذا الأخير لصالح ذمة المجني عليه، أما الغرامة فإنها تدفع إلى خزانة الدولة.<sup>2</sup>

**أولاً: التدرج الكمي النسبي الموضوعي:** يكون تحديد الغرامة بالقياس إلى قيمة المال محل الجريمة، أو بمعنى أوسع بالقياس إلى قيمة الضرر المترتب على الجريمة الاقتصادية وجرائم الرشوة و الاختلاس التي يكون محلها مالا و يسمى هذا النوع من الغرامة بوجه عام بالغرامة النسبية، غير أنها لا تخضع كلها إلى قاعدة التدرج الكمي الموضوعي و إنما هذه القاعدة تشمل فقط الغرامات النسبية التي جرى تحديد حديها الأدنى و الأعلى على نحو متفاوت بالقياس إلى قيمة الضرر أو الفائدة أو تم تحديد احد حديها، و جرى تحديد الحد الآخر بمبلغ معين ثابت كحد خاص للغرامة المقررة بالذات أو كحد عام لجميع الغرامات.<sup>3</sup>

**1- الغرامات ذات الحدين الأدنى و الأعلى النسبيين:** و هي الغرامات التي يحدد المشرع حدها الأدنى و الأعلى بالقياس إلى قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة أو الفائدة التي حصل عليها الجاني منها أو كان يؤمل الحصول عليها<sup>4</sup>، كما في المادة 21 الفقرة الثالثة من قانون

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 99.

<sup>2</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 26.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 99.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 100.

التنمية الصناعية رقم 31 لسنة 1961 العراقية التي تنص على "يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة أضعاف الرسوم الجمركية المقررة و لا تزيد عن عشرة أضعافها كل من استعمل المواد المشمولة بالإعفاء لغير مقاصد المشروع، الذي استوردت لأجله تلك المواد".<sup>1</sup>

2- الغرامات ذات الحد الأدنى الثابت والحد الأعلى النسبي: و هي الغرامات التي يحدد المشرع مبلغا معيناً كحد أدنى لها و يعين حدها الأعلى بالقياس إلى قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة أو الفائدة التي حصل عليها الجاني أو كان يؤمل الحصول عليها كما في المادة 103 من قانون العقوبات المصري التي تنص على "غرامة لا تقل عن ألف جنيه و لا تزيد على ما أعطى أو وعد به الموظف المرتشي" و كذلك المواد التي تنص على الرشوة من المادة 104 إلى المادة 111 من نفس القانون المذكور.<sup>2</sup>

3- الغرامات ذات الحد الأدنى النسبي والحد الأعلى الثابت: و هي الغرامات التي يحدد المشرع حدها الأدنى بالقياس إلى قيمة الضرر الناجم عن الجريمة أو الفائدة التي حصل عليها الجاني و يعين حدها الأعلى بالمبلغ المحدد كحد أعلى عام للغرامة، كما في المادتين 349 و 350 من قانون العقوبات السوري و المادتين 359 و 360 من قانون العقوبات اللبناني.<sup>3</sup>

و يلاحظ أن المادة 44 من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 ووفقاً لآخر تعديلاته بالقانون 126 لسنة 2008-2009 تنص على "انه إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد بجريمة واحدة فاعلين كانوا أو شركاء فالغرامات يحكم بها على كل منهم على انفراده خلافا للغرامات النسبية فإنهم يكونون متضامنين في الالتزام بها ما لم ينص في الحكم على خلاف ذلك"، و المادة 44 المذكورة مستقاة من المادة 55 من قانون العقوبات الفرنسي و لا مقابل لها في قوانين الدول العربية، فيما عدا قانون العقوبات الجزائري.<sup>4</sup>

ما يعاب على قاعدة التدرج الكمي النسبي الموضوعي في مدى التزام القاضي باتخاذ المعيار المادي لتقديره لمبلغ الغرامة و هو اتجاه تقليدي قديم وقد تكون الغرامة جسيمة لا

<sup>1</sup> يوسف جوادى، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 27.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 101.

<sup>4</sup> يوسف جوادى، المرجع السابق، ص 28.

تتناسب مع الحالة المالية للمحكوم عليه مما يجعله غير قادر عن دفعها فتستبدل بعقوبة الحبس.

**ثانياً: التدرج الكمي النسبي الشخصي:** يتمثل التدرج الكمي النسبي الشخصي للعقوبة في الغرامة النسبية تبعا للدخل اليومي لمرتكب الجريمة المقررة في بعض القوانين، كقانون العقوبات السويدي و الفنلندي التي تحدد الغرامات بوحدات نسبية نسميها "أيام غرامات" و يعتبر المبلغ الذي يستطيع المحكوم عليه توفيره يوميا هو القيمة النقدية لكل وحدة أي لكل يوم غرامة و قد حددت هذه القوانين الحد الأدنى العام للغرامة بوحدة واحدة، أما حدها الأعلى العام فهو بثلاثمائة وحدة في القانون الفنلندي و بمائة و عشرين وحدة في القانون السويدي.<sup>1</sup>

إن قاعدة التدرج الكمي النسبي الشخصي للغرامة يعاب عليها أنه يشوبها التعقيد الحسابي مما يرهق كاهل القاضي ضف إلى ذلك في حالة عدم توفير الدخل اليومي للمحكوم عليه أو يكون من عدمي الدخل أصلا.

### المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في الاختيار النوعي للعقوبة

في إطار مبدأ المشروعية و التزاما بأبعاده يقرر القانون للقاضي الجنائي سلطة تقديرية في اختيار نوع العقوبة، لذلك فلم يعد القاضي مجرد موزع للعقوبات المحددة بنص القانون.<sup>2</sup>

فالقاضي الجنائي في اختياره للعقوبة نوعا محكوما بما تورده النصوص فإذا خولته الاختيار بين عقوبات مقيدة للحرية كانت سلطته في الاختيار في هذه الحدود و إذا ما خولته النصوص بين الاختيار عقوبات مقيدة للحرية و أخرى ذات طبيعة مالية كان ملتزما بهذه الضوابط وإذا سمح له المشرع بالاختيار بين عقوبة مالية ثابتة و أخرى نسبية على القاضي أن لا يخرج عن هذه العقوبات و لا أن يستبدلها بعقوبات أخرى، و يحكم الاختيار النوعي للعقوبة نظاما.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص29.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص30.

<sup>3</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص104.

## الفرع الأول: نظام العقوبات التخيرية.

أولاً: ظهور العقوبات التخيرية الحرة و المقيدة في التشريعات المقارنة:

إن الطريقة التي اتبعها المشرع الفرنسي في تخصيص سلمين للعقوبات احدهما للجنايات العادية و الأخر للجنايات السياسية، لا يعتبر نمطاً لنظام العقوبات التخيرية ،لقيام التمييز بين الجنايات السياسية و العادية على طبيعة الفعل المرتكب مما يتعذر معه ممارسة القاضي لأي جزء من حرية الاختيار بين العقوبتين المتقابلتين للجريمة أما الأسلوب الذي يقضي بتحديد المشرع عقوبتين متنوعتين للجريمة تركه اختيار احدهما للقاضي استنادا على ما إذا كان الباعث دنيئاً أو لا فهو أيضا لا يمثل نظام العقوبات التخيرية بالمعنى الدقيق، إلا انه يعتبر ممثلاً لما يمكن وصفه بنظام العقوبات التخيرية المقيد بالباعث للالتزام القاضي بفرض اشد العقوبتين المعنيتين بالجريمة عندما يكون الباعث على ارتكابها دنيئاً و التزامه يفرض العقوبة الأخف عندما يكون الباعث على ارتكابها غير دنيء و قد ظهر النظام الأخير لأول مرة في مشروع قانون العقوبات الايطالي الذي وضعه "مانسني" سنة 1876.<sup>1</sup>

ثم المشروع الذي هياه "زانارديلي" "zanardelli" سنة 1883 و نصت المادة 31 منه على انه "انه يحكم بالاعتقال بدلا من الحبس على مرتكب أي جريمة يعاقب عليها بالحبس إذا كان الباعث على ارتكابها غير دنيء"، و أخيرا ظهر نظام العقوبات التخيرية الحرة في قانون العقوبات النرويجي سنة 1906 و قد كان هذا النظام معروفا قبل ذلك في القوانين الانجلوسكسونية.<sup>2</sup>

## 1- نظام العقوبات التخيرية الحرة:

بمقتضى هذا النظام يتمتع القاضي بحرية اختيار تامة في الحكم بالعقوبة التي يريتها من ضمن العقوبات المقررة للجريمة سواء أكانت عقوبتين متنوعتين أم أكثر، و القانون لا يلزمه بإتباع أية قاعدة معينة في الاختيار و إن كانت السياسة الجنائية الحديثة تملّي عليه مراعاة

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 110.

<sup>2</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 31.

شخصية المجرم و ظروفه بما في ذلك الباعث على ارتكاب الجريمة، عند اختياره العقوبة الملائمة من بين العقوبات المقررة.<sup>1</sup>

وباستعراض موقف القوانين الحالية إزاء العقوبات التخيرية الحرة يتبين وجود عدد كبير من هذه العقوبات في معظم القوانين في حين قوانين أخرى تحتوي على عدد محدود منها.

**أ-القوانين التي تغلب فيها العقوبات التخيرية الحرة:** و تأتي في مقدمتها القوانين الانجلوسكسونية و اغلب القوانين التي صدرت خلال القرن الحالي، سواء أكانت متجهة نحو الوضعية أم وسطية أم تقليدية جديدة مطعمة بالوسطية و بعض الدول العربية، فالقانون الانجليزي يأخذ بأوسع نطاق بنظام العقوبات التخيرية الحرة، إذ تنص المادة 13 من قانون العدل الجنائي لسنة 1948 على قاعدة عامة تقضي باعتبار الغرامة عقوبة تخيرية لجميع الجرائم فيما عدا المعاقب عليها بالإعدام و الحبس المؤبد، و لما كانت العقوبات الأصلية المقررة في القانون الانجليزي هي الإعدام و الحبس المؤبد و المؤقت و الغرامة و معظم الجرائم التي يتضمنها معاقب عليها بالحبس أو الغرامة فان سلطة القاضي الانجليزي في الاختيار النوعي للعقوبة تتسع إلى ابعد مدى، ويعتبر قانون العقوبات النرويجي الذي هو طليعة القوانين الوسطية في إقرار نظام العقوبات التخيرية الحرة فقد تضمن هذا القانون عقوبتين سالبتين للحرية هما الحبس و الاعتقال إلى جانب عقوبة الغرامة و منح القاضي في أكثر مواد حرة اختيار العقوبة الملائمة من بين هذه العقوبات الثلاث في المواد 91 الفقرة الثانية المادة 92 و 95 و المادة 135 و 226 و اختيار الحبس أو الغرامة أو كليهما في المادة 296 الفقرة الأولى و الحبس أو الغرامة في المواد 128 و 138 و 141 و الاعتقال أو الغرامة في المادتين 85 الفقرة الاول و 133 و الحبس و الاعتقال مع جواز إضافة الغرامة إلى احدهما في المادة 99 أو الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت في المادتين 83 و 84.<sup>2</sup>

و قانون العقوبات السويسري النموذج البارز للقوانين الوسطية يمثل بدوره نموذجا لطريقة تحديد العقوبات التخيرية إذ يقرر ثلاث عقوبات سالبة للحرية متدرجة في شدتها هي السجن و الحبس و الحجز بالإضافة إلى عقوبة الغرامة و يمنح القاضي سلطة الاختيار بين عقوبتين

<sup>1</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 32.

<sup>2</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 110.

محددتين منها لأغلب الجرائم المنصوص عليها في القسم الخاص ،و لقد وسع المشرع السوفيتي لطريقة تحديد العقوبات التخيرية الحرة ضمن نصوص القسم الخاص لقانون العقوبات جمهورية روسيا،حيث عين عقوبتين أو ثلاث أو أربع عقوبات على سبيل التخبير لكل جريمة ،و نجد أيضا نظام تطبيق العقوبات التخيرية الحرة بنطاق واسع في قانون العقوبات العراقي حيث أجاز المشرع للقاضي في اغلب الجرائم اختيار من بين عقوبتين أو ثلاث أو أربع عقوبات فمثلا للقاضي أن يحكم في خمس جرائم بالإعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة بموجب المادتين 10فقرة ب و 22فقرة ب من الباب الثاني عشر،في حين يبدو المشرع المصري أكثر تحفظا و انتظاما من المشرع العراقي في تحديد مدى سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة التي منحها القاضي فانه و إن قرر له هذه السلطة بالنسبة لأغلب الجرائم إلا انه حددها في نطاق الاختيار بين عقوبتين مختلفتين وفي بعض الجرائم بين عقوبة و أخرى أو بهما معا وثلاثة قوانين عربية تغلب فيها العقوبات التخيرية الحرة وهي قانون العقوبات السوداني والكويتي و البحريني وهي تتفق في تأثرها بالقانون الانجليزي من حيث اقتصارها على الحبس كعقوبة سالبة للحرية و تركها للقاضي في الحكم بالحبس أو الغرامة أو بكليتهما و أحيانا بالحبس أو الغرامة على مرتكبي معظم الجرائم المنصوص عليها.<sup>1</sup>

**ب- القوانين التي تقل فيها العقوبات التخيرية الحرة:** و تمثلها القوانين المتشعبة بالتقليدية الجيدة الصادرة خلال القرن الماضي كالقانونين الفرنسي و الألماني،وكذلك القانون الايطالي لسنة 1930 و من القوانين الدول العربية السائرة في نفس الاتجاه القانون المغربي والتونسي والسوري و اللبناني و الأردني و الليبي.<sup>2</sup>

**2-نظام العقوبات التخيرية المقيدة:** في ظل هذا النظام تكون العقوبات متعددة ولكن للقاضي حرية في الاختيار بينما هي مقيدة ببعض القيود بشكل يمكن تسميتها بالعقوبات التخيرية المقيدة،و يتحقق هذا النظام في أربعة صور وهي نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالباعث،و الثاني نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالملائمة،و الثالث نظام العقوبات التخيرية

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم،المرجع السابق،ص115.

<sup>2</sup> المرجع نفسه،ص119.

المقيدة ببشاعة الجريمة أو خطورة المجرم، و الصورة الرابعة نظام العقوبات التخيرية المقيدة بتوافر شروط معينة أخرى.<sup>1</sup>

أ- نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالباعث: و يقضي بتعيين المشرع عقوبتين متباينتي الشدة على سبيل التخير للجريمة مع إلزام القاضي أن يحكم بالعقوبة الأشد أو منعه من الحكم بالعقوبة الأخف عندما يكون الباعث على ارتكابها دنيئاً<sup>2</sup>، و ظهر هذا النظام في العديد من النظم القانونية كالنظام الألماني، النرويجي و البولوني.<sup>3</sup>

ومما لا شك فيه أن صفة الباعث تعتبر في جميع الأحوال من ضمن المعايير التي يجب على القاضي مراعاتها عند اختياره لنوع العقوبة، غير أن النص بصريح العبارة على وجوب التزام القاضي بها 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 للاختيار، أما تحديد تلك الصفة أي دناءة أو لا دناءة الباعث، فإنه يخضع لتقدير القاضي استناداً إلى الوقائع التي يقتنع بثبوتها وفي ضوء القيم الأخلاقية السائدة في مجتمعه.<sup>4</sup>

ب- نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالملائمة: و يتضمن قانون العقوبات البولوني نموذجاً من هذا النظام إذ تنص المادة 57 الفقرة الثانية "إذا خول القانون للمحكمة سلطة الاختيار بين عقوبة سالبة للحرية و عقوبة الغرامة، فإن المحكمة لا تحكم بالعقوبة السالبة للحرية إلا إذا كان الحكم بالغرامة غير ملائم" و في هذا النص يكشف عن رغبة المشرع في تنبيه القاضي إلى اعتبار الغرامة عقوبة أساسية و العقوبة السالبة للحرية عقوبة استثنائية لجميع الجرائم المعاقب عليها بكلتا العقوبتين على سبيل التخير.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص33.

<sup>2</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص123.

<sup>3</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص33.

<sup>4</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص125.

<sup>5</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص34.

ومن تم يترتب على القاضي عند حكمه في مثل هذه الجرائم أن يفكر في الحكم بالعقوبة السالبة للحرية و بعد أن يظهر له عدم ملائمة عقوبة الغرامة للمجرم في ضوء ظروفه الشخصية و ظروف جريمته الموضوعية.<sup>1</sup>

**ج- نظام العقوبات التخيرية المقيدة ببشاعة الجريمة أو خطورة المجرم:** و يمثل هذا النظام ما تنص عليه المادة 86 من قانون العقوبات اليوناني التي تقضي بأنه عندما يحدد القانون لجريمة عقوبة السجن المؤبد و عقوبة الإعدام على سبيل التخير ،فان العقوبة الأخيرة تفرض فقط إذا كانت طبيعة الفعل و الطريقة التي ارتكبت بها وكذلك الظروف الأخرى للقضية بوجه عام تجعل الفعل شنيعاً،أو إذا كان المجرم خطراً على الأمن العام.<sup>2</sup>

ما يؤخذ على المشرع اليوناني انه منح للقاضي سلطة الاختيار إلا انه قيده بجسامة الجريمة و خطورة المجرم على الأمن العام.

**د- نظام العقوبات التخيرية المقيدة بتوافر شروط معينة أخرى:** و هو ما نجده في قانون العقوبات جمهورية روسيا حيث حدد المشرع لبعض الجرائم الاقتصادية جزاء إداريا بالمخالفات أو عقوبة الجنحة مع تقييد الحالة التي يجوز فيها للقاضي توقيع عقوبة الجنحة بشرط سبق توقيع الجزاء الإداري على مرتكب الجريمة عن واقعة مماثلة،أو بشرط ممارسته للصناعة المحظورة بنطاق واسع او استعانتة في ذلك بالإجراء.<sup>3</sup>

المشرع الروسي في هذا النظام خول للقاضي سلطة الاختيار و قيده بتوقيع الجزاء الإداري على مرتكب الجريمة الاقتصادية.

**ثانياً:تقدير الاتجاهات التشريعية المتباينة في نظام العقوبات التخيرية:** لا جدال في اعتبار نظام العقوبات التخيرية من أفضل وسائل التفريد القضائي للعقاب،لما يبسطه أمام القاضي من مجال اختيار العقوبة الأكثر ملائمة ،لذلك اتجهت القوانين المعاصرة نحو الأخذ

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم،المرجع السابق،ص125.

<sup>2</sup> المرجع نفسه،ص126.

<sup>3</sup> يوسف جوادي ،المرجع السابق،ص35.

بهذا النظام وإن تباينت فيما بينها و يمكن حصرها في ثلاثة أمور و هي درجة حرية التخيير، و نطاق مجال التخيير، و مدى قبول القانون للعقوبات التخيرية.<sup>1</sup>

**1- درجة حرية التخيير:** إن إخضاع أو تقييد و حصر حرية اختيار القاضي في هذا الشأن لأي قيد يخل بطبيعة نظام التخيير، بمعنى سلب المشرع من القاضي بيد ما أعطاه بيد الأخرى مما يؤدي إلى قلب نظام العقوبات التخيرية من وسيلة التفريد القضائي إلى وسيلة التفريد القانوني، فضلا على انه لا يصح إلزام القاضي بإتباع معيار جزئي في اختيار نوع العقوبة فصفة الباعث مثلا ما هي في الواقع إلا جزءا من الظروف الشخصية التي يجب اتخاذها في مجموعها معيارا للتخيير من جهة المشرع، و معيار آخر للاختيار من طرف القاضي مع مراعاة الظروف المادية للجريمة.<sup>2</sup>

لذا يجدر بالمشرع أن يتجنب تقييد سلطة الاختيار النوعي للعقوبة التي يمنحها للقاضي بمعايير جزئية خاصة و يحسن به أن ينص على معايير كلية عامة للتقدير الأساسي للعقوبة، ليستتير بها القاضي سواء أكان ذلك عند ممارسته لسلطة الاختيار النوعي ام لسلطة التدرج الكمي للعقوبة.<sup>3</sup>

**2- نطاق مجال التخيير:** يتناسب اتساع نطاق مجال التخيير طرديا مع ازدياد عدد العقوبات المقررة على سبيل التخيير للجريمة، و مع ارتفاع درجة التفاوت في الشدة بين أنواعها،<sup>4</sup> و بتطبيق هذه القاعدة على الأنماط المختلفة للمجالات التخيرية، يظهر التباين فيها في مدى الاتساع لاقتصار بعضها على التخيير بين عقوبتين متقاربتين في الشدة، و اعتدال بعضها في التخيير بين عقوبتين متدرجتين في الشدة و الردع بقدر مناسب و انبساط بعضها الآخر في جعل التخيير بين ثلاث أو أربع عقوبات أخفها و أشدها متباينات في الشدة إلى حد كبير.<sup>5</sup>

**3- مدى قبول القانون للعقوبات التخيرية:** إن الإكثار من تحديد العقوبات على سبيل التخيير للجرائم يتيح القانون للقاضي تفريد العقاب الذي تستهدفه السياسة الجنائية الحديثة، مع

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص127.

<sup>2</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص36.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص128.

<sup>4</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص36.

<sup>5</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص129.

ضرورة الاحتفاظ للعقوبة بوظيفتها الشرعية في الردع العام والتي لازالت تمثل إحدى القواعد الأساسية لتلك السياسة، وتقضي بعدم إكثار العقوبات التخيرية بالنسبة لجميع القوانين على السواء و بوجوب موازنتها تبعا لتعدد و ماهية أنواع العقوبات التي يتضمنها كل قانون على حدى.<sup>1</sup>

فبالنسبة للقوانين التي تتضمن عقوبات الإعدام و نوعين أو أكثر من العقوبات السالبة للحرية و عقوبة الغرامة،يجوز توحيد عقوبتين متتاليتين في الشدة لجميع الجرائم طبقا للتدرج النوعي الذي يتوافق مع جسامة الجريمة،أما القوانين التي تكتفي بعقوبة واحدة سالبة للحرية إلى جانب عقوبة الغرامة،فانه يجدر اقتصار تحديدها بين العقوبتين على سبيل التخير للجرائم الصغيرة و تحديدها معا و بانفراد على سبيل التخير للجرائم المتوسطة و تحدد العقوبة السالبة للحرية وحدها للجرائم الجسيمة و البالغة الخطورة و تحديد الغرامة فقط للجرائم الصغيرة.<sup>2</sup>

و يبدو من الأفضل توحيد العقوبات السالبة للحرية،لقوة و سلامة الحجج الموضحة لمزايا التوحيد و التي تفيد أن العقوبة السالبة للحرية تمس سلب الحرية فقط،و يكون ماعدا هذه العقوبات أساليب إصلاح و تأهيل لا يجوز أن تتضمن أي تشديد للإيلام المادي و المعنوي الناشئ عن سلب الحرية و سلوكيات الهيئة المختصة بتنفيذ العقاب،يجعلها اقدر من قاضي الحكم في تحديد ما يلائم المحكوم عليه من هذه الأساليب على نحو علمي و تهذيبي قويم ولقد تم تقسيم القوانين على النحو المتقدم نظرا لتشعب الآراء الفقهية إلى ثلاثة اتجاهات،الأول يطالب بتوحيد العقوبات السالبة للحرية، و الثاني يدعو لنقدها و الثالث يحبذ تقليلها.<sup>3</sup>

#### 4-موقف الشريعة الإسلامية من العقوبات التخيرية: من المسلم به أن العقوبات في

الشريعة الإسلامية نوعان.

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم،المرجع السابق،ص130.

<sup>2</sup> يوسف جوادي،المرجع السابق،ص47.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم،المرجع السابق،ص131.

أ-العقوبات المحددة: الجرائم المحددة بنص قرآني أو سنة صحيحة و المقدر لها عقوبتها مقدما بحد واحد تطبق على الجاني بدون زيادة أو نقصان و يعتبر العقاب في هذه الجرائم حقا من حقوق الله عز و جل فلا يملك الحاكم تغييره أو إنقاصه أو التنازل عنه أو عدم تنفيذه.<sup>1</sup> ومن البديهي انه لا يمكن تغيير العقوبة المقدره و لا إبدالها فهي إذن لا تقبل التفريد بحيث تكون مقدره تقديرا موضوعيا من حيث النوع و القدر.<sup>2</sup>

ب-العقوبات التعزيرية: و هي الجرائم التي لم ينص الشارع الحكيم على عقوبة مقدره لها بنص قرآني و لا بحديث نبوي،<sup>3</sup> و التعزير معناه التوقير و التعظيم و هو أيضا التأديب ومنه التعزير الذي هو التوبيخ و الضرب دون إقامة الحد.<sup>4</sup>

فقد قال تعالى "لتؤمنوا بالله و رسوله و تعزروه و توقروه و تسبحوه بكرة و أصيلا".<sup>5</sup>

وتركت الشريعة الإسلامية للقاضي حرية الاختيار في إنزال عقوبة أو أكثر من بينها، مراعيًا في ذلك ظروف الجريمة و المجرم و إصلاحه لكي لا يعود للجريمة مرة أخرى و هي التي يقدرها ولي الأمر كمًا و كيفًا حيث يمارس عليها حرية كبيرة في اختيار ما يلائم منها الحالة المعروضة عليه، حيث قال رسول الله عليه الصلاة و السلام "اقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود" و هذا ما يدل على أن الحدود لا تقبل التغيير أو التبديل و أن الذي يقبل ذلك التعزير.<sup>6</sup>

### الفرع الثاني: نظام العقوبات البديلة

و جوهر هذا النظام وجود أكثر من عقوبة للجريمة الواحدة من نوعين مختلفين ولا بد أن يكون الاستبدال هنا مباح تبعا لتغير طبيعة الجريمة من سياسية إلى عادية و بالنسبة لطائفة من المجرمين أو كون مرتكب الجريمة شخصا معنويا يخرج عن نظام العقوبات البديلة ما عساه

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 26.

<sup>2</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 38.

<sup>3</sup> عبد المنعم أحمد بركة، أساسيات في التشريع الجنائي الإسلامي، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، بدون سنة، ص 18.

<sup>4</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 38.

<sup>5</sup> سورة الفتح، الآية 9 .

<sup>6</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 39.

أن يخوله لجهة التنفيذ من استبدال العقوبة بأخرى وفقا لقواعد القانون أو بناء على طلب المحكوم عليه الصريح و الضمني.<sup>1</sup>

كما يجيز نظام العقوبات البديلة للقاضي إحلال عقوبة من نوع معين محل عقوبة من نوع آخر مقررة أصلا لجريمة ما، سواء أكان قبل الحكم بالعقوبة المقررة أصلا أم بعد الحكم بها طبقا لما هو منصوص عليه في القانون وذلك عند تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية أو احتمال تعذر تنفيذها، أو الملائمة تنفيذ العقوبة البديلة أكثر من تنفيذ العقوبة الأصلية لحالة المجرم الشخصية بغض النظر عن نوع الجريمة، و يمثل هذا النظام وسيلة لتفريد العقاب القضائي، لتمتع القاضي في ظلّه بحرية مطلقة أحيانا و بحرية نسبية تتسع أو تضيق طورا في إجراء عملية الاستبدال العقابي.<sup>2</sup>

و عند مراجعتنا لنصوص التشريعات و النظم القانونية المعاصرة تبين وجود العديد من صور العقوبات البديلة يمكن إجمالها فيما يأتي:

**أولاً: استبدال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة الغرامة:** و ذلك وفقا للقواعد المتباينة بهذا الشأن المقررة في القوانين المختلفة التي تمنح للقاضي هذه السلطة، و يلاحظ أن الحبس في حالة عدم دفع الغرامة بمقتضى النص المتقدم هو عقوبة بديلة و ليس وسيلة لإكراه المحكوم عليه في أداء الغرامة، إذ أن المحكوم عليه الذي يقضي مدة الحبس برأ ذمته من الغرامة التي حكم بها عليه مهما كان مبلغ تلك الغرامة.<sup>3</sup>

**ثانياً: استبدال عقوبة العمل بعقوبة الغرامة:** يتمتع القاضي بسلطة تبديل عقوبة العمل الإلزامي دون سلب الحرية بعقوبة الغرامة المتعذر تحصيلها في بعض الدول كالاتحاد السوفيتي و بلغاريا و إثيوبيا<sup>4</sup>، فمنح القاضي سلطة استبدال العمل بالغرامة المتعذر تحصيلها أفضل من تخويله سلطة استبدال الحبس بالغرامة في مثل هذه الحالة نظرا لإخلال الطريقة الأخيرة بقاعدة المساواة أمام القانون.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص100.

<sup>2</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص133.

<sup>3</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص40.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص41.

<sup>5</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص141.

**ثالثاً: استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة سالبة للحرية:** و جوهرها أن للقاضي سلطة وولاية إحلال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة الغرامة، ولهذه القاعدة تطبيقات متماثلة و أخرى متقاربة في قوانين بعض الدول كألمانيا و المكسيك و الصين و اليونان و البرتغال ولها تطبيق محدود بالنسبة للأحداث في القانون العراقي.

وطبقاً لهذه الصورة يكون من سلطة المحكمة أن تقضي بعقوبة الحبس بدلا من دفع الغرامة، و إحلال عقوبة الحبس محل الغرامة من شأنه إبراء ذمة المحكوم عليه من الغرامة متى قضى مدة الحبس التي قررها الحكم و أن لا تتجاوز الحد الأقصى المقرر لعقوبة الحبس قانوناً.<sup>1</sup>

**رابعاً: استبدال عقوبة سالبة الحرية بعقوبة الغرامة:** يندر في النظم القانونية الحديثة استبدال عقوبات بدنية بعقوبة الغرامة لاختيار الأولى فيما عدا حالات استثنائية<sup>2</sup>، كقانون العقوبات السوداني الذي لازال يحتفظ بعقوبة الجلد بالسوط كعقوبة بديلة للحبس للمجرمين الكبار من الذكور دون الإناث و الضرب بالمقرعة كعقوبة بديلة لكل عقوبة أخرى غير الإعدام بالنسبة للمجرمين الأحداث.<sup>3</sup>

**خامساً: استبدال عقوبة العمل بعقوبة سالبة للحرية:** لقد عرف النظام القانوني المصري هذه الصورة من صور العقوبات التي تنص على أنه "لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب بدلا من تنفيذ حكم الحبس عليه تشغيله خارج السجن طبقاً لما هو مقرر من القيود بقانون تحقيق الجنايات ما لم ينص الحكم من حرمانه من هذا الخيار"، ويلاحظ أن هذه الصورة من صور الاستبدال لا تعد عقوبة قضائية بديلة في ظل النظام المصري لعدم إفراد القاضي بإعمالها بل يشارك فيها عديداً من الجهات و هي المحكوم الذي يطلبها و النيابة العامة التي تأمر بالتشغيل بدلا من الحبس.<sup>4</sup>

ولهذا كان من الضروري قبول تشريعات الدول العربية لعقوبة العمل الإلزامي كبديلة لعقوبة الحبس التي لا تتجاوز مدتها سنة واحدة، باعتبار هذه المدة تمثل الحد الأعلى المعتدل

<sup>1</sup> حاتم حسن موسى بكار، المرجع السابق، ص 181.

<sup>2</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص 101.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 142.

<sup>4</sup> يوسف جوادى، المرجع السابق، ص 42.

لمدة الحبس قصير المدة، على أن يمنح القاضي وحده سلطة إصدار قرار التبديل في ضوء الحالة الشخصية للمجرم، مع تحديد مدة عقوبة العمل الإلزامي البديلة بما يعادل مدة العقوبة المقررة للحبس.<sup>1</sup>

بالنسبة للمشرع الجزائري قد استحدث عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة أصلية بديلة للعقوبة السالبة للحرية وذلك بموجب القانون رقم 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات في المواد من 5مكرر 1 إلى 5مكرر 6 .

وإذا كان المشرع الجزائري أعتبر العمل للنفع العام عقوبة أصلية فإنها مع ذلك ليست عقوبة أصلية مستقلة قائمة بذاتها نظرا إلى عدم إدراجها في قائمة العقوبات الأصلية المنصوص عليها في المادة 5 من قانون العقوبات ، كما أن المشرع الجزائري وضع شروط للقاضي الجنائي في استبدال العقوبة سالبة للحرية بعقوبة العمل للنفع العام في أحكام نص المادة 5مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري وهي:

- 1- إذا كان المتهم غير مسبوق قضائيا،
- 2- إذا كان المتهم يبلغ من العمر 16 سنة على الأقل وقت ارتكاب الوقائع المجرمة،
- 3- إذا كانت عقوبة الجريمة المرتكبة لا تتجاوز ثلاث سنوات حبسا،
- 4- إذا كانت العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة حبسا.<sup>2</sup>

**سادسا: استبدال عقوبة بدنية بعقوبة سالبة للحرية:** و هو نظام غير معروف في النظم القانونية الحديثة و مثالها عقوبة الجلد بالسوط بعقوبة الحبس للبالغين كما في القانون السوداني.<sup>3</sup>

**سابعا: استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة العمل:** و جوهر هذا النظام انه كلما كان الشخص غير قادر لأداء العمل بسبب عجز قدراته البدنية أو لأي ظرف آخر جاز إحلال عقوبة الحبس محلها و قد عرف هذا النظام في العديد من القوانين المقارنة،<sup>4</sup> كقانون العقوبات جمهورية

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص148.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، المرجع السابق، ص263.

<sup>3</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص103.

<sup>4</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص43.

روسيا كما للمحكمة إذا قررت إحلال الغرامة محل العمل التقويمي أن تمارس سلطة تقديرية واسعة في تحديد مبلغ الغرامة البديلة الذي لم يحدده القانون.<sup>1</sup>

**ثامنا: استبدال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة العمل:** الشخص غير قادر لأداء العمل بسبب عجز قدراته البدنية أو لأي ظرف آخر جاز إحلال عقوبة الحبس محلها و قد عرف هذا النظام في العديد من القوانين المقارنة،<sup>2</sup> كالقانون الروسي و البلغاري و الأثيوبي تقرر استبدال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة العمل في أحوال معينة تختلف في تحديد جزئياتها.<sup>3</sup>

وفي الأخير يجدر بنا الإشارة إلى أن في القانون الجزائري لرئيس الجمهورية حق إصدار العفو الخاص و حق تخفيض العقوبة و حق استبدالها و هذا طبقا لما ورد في المادة 74 من دستور 1989.

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص151.

<sup>2</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص43.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص152.

## المبحث الثاني:

## السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التخفيف و التشديد

## و وقف التنفيذ القضائي للعقوبة

اتبعت اغلب التشريعات المعاصرة و ضمن قوانينها العقابية لكل عقوبة في العديد من الجرائم حدين حدا أقصى و حد ادني، إلا انه قد تقتضي ظروف المتهم أو ظروف ارتكاب الفعل الإجرامي أن يشدد القاضي أو يخفف العقوبة المقررة للجريمة عن حدها الأدنى، أو يتجاوز حدها الأقصى وفقا لما منحه المشرع من سلطة تقديرية في إطار تطبيق القانون، وفي بعض الأحيان يأمر القاضي بوقف تنفيذ العقوبة.

ومن هذا المنطلق سنعالج سلطة القاضي الجنائي التقديرية في تخفيف العقوبة في مطلب أول، و في المطلب الثاني سلطة القاضي الجنائي التقديرية في تشديد العقوبة، و في المطلب الثالث السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تشديد عقوبة العائد و المجرم المعتاد وفي الأخير نتناول السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في وقف تنفيذ العقوبة في المطلب الرابع.

## المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تخفيف العقوبة

## الفرع الأول: أسباب تخفيف العقوبة

## أولاً: تعريف أسباب تخفيف العقوبة:

و يقصد بها استبدال القاضي الجنائي العقوبة المقررة قانونا بعقوبة اخف منها نوعا أو مقداراً، و على ذلك فان مجرد نزول القاضي بالعقوبة المقررة للجريمة إلى حدودها الدنيا أو ما يزيد عليها و لا يصل لحدها الأقصى لا يدخل في مفهوم فكرة التخفيف بمعناها القانوني.<sup>1</sup>

و تتمثل في الحالات التي يجب فيها القاضي أو يجوز له أن يعفي المتهم من العقوبة أو يخففها عليه، سواء باختيار عقوبة بديلة أخرى للجريمة من تلك التي قررها له القانون أو بتخطي الحد الأدنى الذي وضعه المشرع لعقابها، و يجمع بين حالات الإعفاء و التخفيف، و أنها تعبر

<sup>1</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص114.

عن إرادة المشرع في أن العقوبة العادية التي قررها للجريمة لن تؤتي أثرها إن هي طبقت لذا اوجب على القاضي أو أجاز له أن يعفي عن العقوبة أو يخففها إن توافرت إحدى هذه الحالات.<sup>1</sup>

### ثانيا: أقسام تخفيف العقوبة:

و يتضمن قانون العقوبات الجزائري نوعين من أسباب تخفيض العقوبة، فهناك أسباب قانونية حصرها المشرع و بينها في القانون و هي أسباب خاصة مقصورة على جرائم معينة و تسمى الأعذار القانونية المخففة، و أسباب قضائية تركها المشرع لتقدير القاضي و هي أسباب عامة تسمى الظروف المخففة.<sup>2</sup>

وقد نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات في الباب الثاني منه (مرتكبي الجريمة) الفصل الثالث القسم الأول الأعذار القانونية من نص المادتين 52 و 53.

أ- **الأعذار القانونية المخففة (أسباب قانونية):** عرفت المادة 52 من قانون العقوبات الجزائري بالقول "الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة و المسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذار معفية وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة" ويفهم من هذه المادة أن القاضي لا يجوز له الأخذ بأي عذر مهما كان ما لم يكن منصوصا عليه في القانون، كما لا يجوز للقاضي أن يتجاوز هذا العذر حال قيامه.<sup>3</sup>

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجده ينص على نوعين من الأعذار القانونية المخففة، ففي المادة 52 و المادة من 277 إلى 283 تشير إلى أعذار الاستفزاز، و من المادة 49 إلى 51 تنص على عذر صغر السن، و هناك أعذار مخففة أخرى كعذر المبلغ كمنص المادة 49 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته<sup>4</sup>، على تخفيض عقوبة مرتكب الجريمة أو الشريك إلى النصف إذا ساعد السلطات بعد مباشرة إجراءات التابعة في القبض على المساهمين في الجريمة عن الجنايات و الجنح ضد امن الدولة، و عذر التوبة حسب نص المادة 1/294 الذي

<sup>1</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، دار هومه للطباعة و النشر و

التوزيع، الجزائر، 2011، ص 319.

<sup>3</sup> منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، فقه قضايا، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، بدون سنة، ص 269.

<sup>4</sup> قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 08/03/2006.

يستفيد من تخفيض العقوبة مرتكب جناية الخطف أو الحبس أو الحجز الذي يفرج طواعية عن الضحية.

**ب- الظروف المخففة (أسباب قضائية):** و هي أسباب تسمح للقاضي في الحدود التي يبينها القانون أن يتجاوز الحد الأدنى للعقوبة، وأن يستبدل بها عقوبة أخف دون رقابة عليها من محكمة النقض وهذه الظروف لم يحددها المشرع و لكنه فوّض للقاضي استظهارها لينزل بالعقوبة من الحد الأدنى المقرر إذا وجد مبررا لذلك .<sup>1</sup>

فنظام الظروف المخففة هو إعطاء المشرع الحق للقاضي بالهبوط على الحد الأدنى للعقوبة المقررة قانونا، عند توافر الظروف التي تستدعي ذلك أي بمعنى محاولة الشارع إفساح المجال أمام القاضي الجنائي لتقدير العقوبة الملائمة لكل متهم على إنفراد.<sup>2</sup>

وما يبرر وضع المشرع لهذا النظام هو ميله للأخذ بالأفكار الحديثة، حول ضرورة تفريد العقوبة و محاولة الملائمة بينها وبين الجريمة المقترفة على ضوء ظروف الجاني هذا من جهة، و من جهة أخرى فان هذا النظام يساعد على تخفيف قسوة العقوبات ذات الحد الواحد، حين تتضح قسوتها كالإعدام و السجن المؤبد إذ لا سبيل لتخفيفها دون إتباع هذا النظام، كما يفسح المجال أمام القاضي الجنائي لتطوير قانون العقوبات و جعله يساير التطورات الحاصلة في المجتمع، وذلك من خلال تخفيف قسوة بعض العقوبات المقررة قانونا و جعلها تتلاءم مع الجريمة، فالمشرع بإعطائه سلطة تقديرية واسعة للقاضي يكون قد منحه ثقته و اعتد بخبرته وحكمته في تحقيق العدالة.<sup>3</sup>

ولقد أخذ المشرع الجزائري الظروف المخففة من القانون الفرنسي الذي عرف هذا النظام منذ صدور قانون عقوبات سنة 1810 التي كانت محصورة في فئة من الجناح، و جاء قانون 25 جوان 1824 ليوسع مجال تطبيقها للجنايات و كافة الجناح، و في الجزائر اعتمد نظام

<sup>1</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص48.

<sup>2</sup> تيباني زواش ربيعة، التدابير الاحترازية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص189.

<sup>3</sup> حسني محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2008، ص717.

الظروف المخففة منذ صدور قانون العقوبات بموجب الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 وتركها المشرع لتقدير القاضي.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تخفيف العقوبة

منذ تعديل قانون العقوبات و ذلك بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 الذي مس الظروف المخففة أعاد المشرع الجزائري ترتيب أحكام الظروف المخففة، فقيّد من حرية القاضي في تقدير العقوبة و شدد في منح هذه الظروف، وهذا ما نستخلصه من مضمون المواد 53، 53 مكرر، 53 مكرر 1، 53 مكرر 2، 53 مكرر 3، 53 مكرر 4، 53 مكرر 5، 53 مكرر 6، و من ناحية أخرى فقد أعطى المشرع الجزائري اهتماما خاصا بالشخص المعنوي و ذلك بموجب المادة 53 مكرر 7 و 53 مكرر 8.

### أولا: سلطة القاضي الجنائي التقديرية في تطبيق الظروف المخففة بالنسبة للشخص الطبيعي

تنص المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري انه "يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي قضى بإدانته و تقررت إفادته بظروف مخففة...".  
فمن خلال نص المادة انه يجوز للقاضي إفادة كل محكوم عليه بالظروف المخففة، وهذا ينتج عنه:

- 1- أن الظروف المخففة تطبق على كافة الجناة من غير تمييز بينهم سواء في السن أو الجنسية أو السوابق القضائية، فيجوز إفادة المحكوم عليهم من الظروف المخففة، سواء مواطنين أو أجانب، بالغين أو قصر، فنص المادة جاء عاما خاصة في عبارة " بالنسبة للشخص الطبيعي الذي قضى بإدانته " دون تحديد لصفة هذا الشخص.
- 2- أن الظروف المخففة تطبق على كافة أنواع الجرائم سواء كانت جنائيات أو جنح أو مخالفات، فالمشرع اكتفى بعبارة " الذي قضى بإدانته دون أن يحدد أي وصف للجريمة التي أدين بها، ومن ثم فهذه العبارة تتضمن وصف الجنائية أو الجنحة أو المخالفة.
- 3- أن تطبيق الظروف المخففة ليست حكرا على القانون العام، بل يستفيد من هذا النظام جهات أخرى كالمحاكم العسكرية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم:

<sup>1</sup> أحسن بوسقيبة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الثامنة، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص 290.

34903 الصادرة بتاريخ 1983/10/04 نشرة القضاة 1986 عدد1، ص 57 بقولها: إن الحد الأقصى لتخفيض العقوبة عند قبول الظروف المخففة هو الحبس لمدة 03 سنوات في حالة ما إذا كانت العقوبة المقررة هي السجن المؤقت.<sup>1</sup>

فالأصل حسب نص المادة53 من قانون العقوبات الجزائري أن نظام الظروف المخففة يطبق على كافة الجرائم ويستفيد منه كافة المجرمين، كما أنه يجوز تطبيقه في كافة المحاكم بغض النظر عن صفتها، فنص المادة جاء عاما من دون تخصيص.<sup>2</sup>

غير أن قاعدة جواز تطبيق الظروف المخففة ليست مطلقة حيث استبعد المشرع صراحة تطبيقها في بعض النصوص أو فرض قيودا على تطبيقها، كما استبعد القضاة في جرائم معينة.

أ- الحالات التي استبعد فيها المشرع صراحة تطبيق الظروف المخففة: ويتعلق الأمر بحالات معينة منصوص عليها في قانون العقوبات و في بعض القوانين الخاصة كالقانون المتعلق بالمخدرات والمؤثرات العقلية والقانون المتعلق بقمع جرائم التهريب، ففي قانون العقوبات نصت المادة 303 مكرر 6 بخصوص جريمة الاتجار بالأشخاص ، كما استبعد المشرع الجزائري صراحة تطبيق الظروف المخففة على الغرامة و المصادرة المقررتين جزاء للجرائم الجمركية في المادة 281 من قانون الجمارك<sup>3</sup>، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم52988 الصادر بتاريخ 1989/01/03 المجلة القضائية، 1991، عدد1، ص53 بقولها من المقرر قانونا انه لا يجوز التخفيض من الحقوق و العقوبات المنصوص عليها في ق.ج أو الأمر باستعمالها على حساب إدارة الجمارك، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد، و لما كان من الثابت-في قضية الحال-أن قضاة الموضوع لم يخفوا من حقوق إدارة الجمارك المنصوص عليها قانونا و إنما خفوا من طلباتها التي تزيد على ضعف قيمة جسم الجريمة، و عليه فانه بقضائهم هذا كما فعلوا يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، و متى كان كذلك استجوب رفض الطعن<sup>4</sup>، وعلى الغرامة المقررة جزاء للجرائم الضريبية

<sup>1</sup> جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص124.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص327.

<sup>3</sup> القانون رقم 79-07 المؤرخ في 26 شعبان 1399 الموافق لـ 21 يوليو 1979، المعدل و المتمم بالقانون رقم 98-10 المؤرخ في ربيع الثاني 1419 الموافق لـ 22 غشت 1998 المتضمن قانون الجمارك.

<sup>4</sup> جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص402.

في المادة 303 الفقرة 4 من قانون الضرائب غير المباشرة المادة 584 من قانون الضرائب المباشرة على أساس أن مثل هذه الجزاءات ذات طابع جنائي تختلط فيها العقوبة بالتعويض.<sup>1</sup> و هناك حالات وردت في قوانين خاصة نذكر منها:

\*قانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 متعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية، حيث ورد في نص المادة 26 منه "لا تطبق أحكام المادة 53 من قانون العقوبات على الجرائم المنصوص عليها في المواد من 12 إلى 23 من هذا القانون وقد عدت هذه المادة الحالات التي يستبعد فيها تطبيق الظروف المخففة على الجرائم المنصوص عليها في المواد من 12 إلى غاية 23 من القانون سالف الذكر، وهذه الحالات هي:

- إذا استخدم الجاني العنف أو الأسلحة.  
- إذا كان الجاني يمارس وظيفة عمومية وارتكب الجريمة أثناء تأدية وظيفته: فإنه يحرم من الاستفادة من الظروف المخففة، لأنه وبجريمته هذه يكون قد مس بأخلاقيات المهنة التي يشغلها، ومن ثم فهو ليس أهلاً لتخفيف العقوبة، بل وإن استلزم الأمر فهو جدير بتشديد العقوبة عليه.

- إذا ارتكب الجريمة ممتن في الصحة أو شخص مكلف بمكافحة المخدرات أو استعمالها: فهذا الشخص يعد أخطر من الشخص العادي الذي يتعاطى المخدرات، لأن ممتن الصحة من المفترض أن يكون المرشد الأول والمطالب بالمحافظة على الصحة العامة، فإذا خرق هذا المبدأ كان أولى بالحرمان من هذه الظروف أكثر من غيره، وكذلك الشأن بالنسبة للشخص المكلف بمكافحة المخدرات، فهو يعتبر القدوة في مكافحة الجرائم من مثل هذا النوع، فإذا حصل عكس ذلك فهذا من شأنه أن يفتح الباب على مصرعيه أمام انتشار هذا النوع من الجرائم.

- إذا تسببت المخدرات أو المؤثرات العقلية المسلمة في وفاة شخص أو عدة أشخاص أو إحداث عاهة مستديمة: فهذا من شأنه أن يحرم الجاني من الاستفادة من ظروف التخفيف لأنه ارتكب بموجب فعله جريمتين، جريمة تعاطي أو المتاجرة في المخدرات، وجريمة إحداث الوفاة أو العاهة المستديمة.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الثامنة، المرجع السابق، ص 292.

-إذا أضاف مرتكب الجريمة للمخدرات مواد من شأنها أن تزيد في خطورتها: ففعله هذا يوحى بخطورته الإجرامية، وبلوغه درجة الاعتراف في مجال المخدرات، ومن ثم فاستفادته من ظروف التخفيف من شأنه تشجعه ذلك على الاعتراف بدل الإصلاح<sup>1</sup>.

فالمشرع وإن كان قد حرم هذه الفئة من نظام تخفيف العقوبة، فلأنه رأى أن هذه الأنواع من الجرائم تنطوي على خطورة كبيرة، وتخفيف العقوبة عليها من شأنه أن يسهم في انتشار هذا النوع من الجرائم بدل الحد منها، ومن ثم كان لا بد من حرمان هذه الفئة واستثنائها من مضمون المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري، والأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب إذ تنص المادة 22 منه على أنه: "لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا الأمر من ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات."<sup>2</sup>

فهذا النص حرم مجموعة من الجناة من الاستفادة من تخفيف العقوبة عند ارتكابهم إحدى الجرائم المنصوص عليها في الأمر سالف الذكر، وذلك في الحالات التالية:

إذا كان محرضاً على ارتكاب الجريمة، إذا كان الجاني يمارس وظيفة عمومية أو مهنة ذات صلة بالنشاط المجرم وارتكب الجريمة أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبة، إذا استخدم الجاني العنف أو السلاح في ارتكاب الجريمة.<sup>3</sup>

#### ب- الحالات التي فرض فيها المشرع قيوداً على تطبيق الظروف المخففة:

وفي هذه الحالات منح المشرع القاضي سلطة تطبيق الظروف المخففة، لكن تمارس هذه السلطة في إطار محدد، فنجد مثلاً ما نص عليه القانون رقم 04-18 السالف الذكر في المادة 28 منه التي وضعت حداً أدنى للعقوبة لا يجوز النزول عنه عند تطبيق الظروف المخففة وفق الشكل الآتي:

-عشرون سنة سجناً، عندما تكون العقوبة المقررة هي السجن المؤبد، بمعنى لا يجوز النزول عن مدة عشرين سنة كتخفيف لعقوبة السجن المؤبد.

<sup>1</sup> سعد عبد العزيز، جرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة، الطبعة السادسة، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 238.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص 328.

<sup>3</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الثامنة، المرجع، ص 292.

- ثلثا العقوبة المقررة في كل الحالات، أي عدا عقوبة السجن المؤبد، يجوز تخفيض العقوبة إلى ثلثي العقوبة الأصلية.<sup>1</sup>

كما نجد أيضا بعض القيود الواردة على بعض الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات كالجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية في نص المادة 87 مكرر 8 التي تنص على أنه " لا يمكن في كل الحالات أن تكون عقوبات السجن المؤقتة الصادرة تطبيقا لأحكام هذا الأمر أقل من:

-عشرين سنة سجنا مؤقتا عندما تكون العقوبة الصادرة عقوبة السجن المؤبد.

-النصف عندما تكون العقوبة الصادرة، عقوبة السجن المؤقت".<sup>2</sup>

ما يفهم من مضمون نص المادة أعلاه، أن القاضي لا يجوز له بأي حال من الأحوال عند تطبيقه للظروف المخففة فيما يتعلق بالجرائم الإرهابية المنصوص عليها في هذا الأمر، أن يتجاوز الجدول العقابي المنصوص عليه في المادة والذي جاء بالشكل التالي:

-لا يجوز للقاضي أن ينزل ما دون حد عشرون سنة سجنا مؤقتا، إذا كانت العقوبة المقررة أصلا لهذه الجريمة هي السجن المؤبد.

-تخفيض العقوبة إلى نصف العقوبة الأصلية للجريمة، إذا كانت هذه الأخيرة مقررة بعقوبة السجن المؤقت.<sup>3</sup>

وإذا كان المشرع قد قيد سلطة القاضي الجنائي في تخفيف العقوبة وهذا فيما يتعلق بالجرائم الإرهابية باعتبارها من أخطر الجرائم التي تمس أمن الدولة، حتى أنه رفع عنها التقادم وأدرجها ضمن الجرائم غير المعنية بالتقادم نظرا لخطورتها، فطبيعة هذه الجرائم لا تستوجب تخفيض العقوبة إلى حدود دنيا، لهذا نجد المشرع قيد من سلطة القاضي في تخفيف العقوبة حتى يبقى على طبيعتها الخطرة ومن ثم تشديد العقوبة.

**ج-الحالات التي استبعد فيها القضاء تطبيق الظروف المخففة :** لقد نصت المادة 374

قانون العقوبات الجزائري " أن عقوبة إصدار شيك بدون رصيد هي الحبس من سنة إلى 05 سنوات وغرامة مالية لا تقل عن قيمة الشيك "، وتكون هاتان العقوبتان متلازمتان مجتمعتان ولا يمكن الحكم على الجاني بعقوبة الحبس دون الغرامة ولا بالغرامة دون الحبس ويمكن إخضاع

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائري العام،الطبعة العاشرة،المرجع السابق،ص330

<sup>2</sup> المرجع نفسه،ص331.

<sup>3</sup> أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائري العام،الطبعة الثامنة،المرجع،ص293.

عقوبة الحبس إلى ظروف التخفيف عملا بنص المادة 53 قانون العقوبات الجزائري في حين لا يمكن تخفيف عقوبة الغرامة التي لا يمكن بحال من الأحوال أن تقل عن قيمة الشيك أو قيمة النقص في الشيك، ويستفيد الجاني من ظروف التخفيف في حالة ما تم الاعتراف بالجريمة وقبل تسديد أو سدد قيمة الشيك محل النزاع.<sup>1</sup>

فقبل صدور قانون 06-02 المعدل للقانون التجاري الذي عدل المادة 540 من القانون التجاري، استقر القضاء المحكمة العليا على أن الغرامة المقررة في المادة 374 من قانون العقوبات جزاء لجرح الشيكات لا تخضع للظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 و ما يليها من قانون العقوبات، و لكن بعد تعديل القانون التجاري بموجب القانون 05-02 اتبعته المحكمة العليا في موقفها من الغرامة في جريمة إصدار شيك بدون رصيد، حيث أجازت الحكم بالغرامة وحدها، كما تجيز الحكم بالحبس و الغرامة مع وقف تنفيذ الحبس "أنظر ملحق رقم 1".<sup>2</sup>

**ثانيا: سلطة القاضي الجنائي التقديرية في تطبيق الظروف المخففة بالنسبة للشخص المعنوي**

أجازت المادة 53 مكرر 7 المستحدثة إثر تعديل قانون العقوبات في 2006، تطبيق الظروف المخففة على الشخص المعنوي في الغرامة و هي تميز بين فرضيتين:

1- إذا كان الشخص المعنوي غير مسبوق قضائيا، فيجوز تخفيض عقوبة الغرامة المطبقة عليه إلى الحد الأدنى للغرامة المقررة في القانون الذي يعاقب على الجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي.

2- إذا كان الشخص المعنوي مسبوqa قضائيا، فيجوز تخفيض عقوبة الغرامة المطبقة عليه إلى الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا للجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد الرحمان خليفاتي ، الحماية القانونية للمتعامل بالشيك في القانون الجزائري المقارن، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 96.

<sup>2</sup> نبيل شهرة، جريمة إصدار شيك بدون رصيد في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2041، ص 58.

<sup>3</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص 346.

و في ظل نظام التخفيف الحر يفتح المجال أمام القاضي الجنائي لتخفيف العقوبة على أدنى حدودها الدنيا و إلى ادني أنواعها فله حق النزول بالعقوبة حتى ولو كان حدها الأدنى مرتفعا بل وله استبدالها إلى عقوبة أخرى أخف منها و لو كانت في أدنى السلم القضائي للعقوبات.<sup>1</sup>

أما في نظام التخفيف المقيد الذي ساد في فرنسا بعض النظم القانونية فان للقاضي النزول بالعقوبة إلى ما دون حدها الأدنى الخاص أو تعديلها بعقوبة أخرى اقل منها بدرجة أو ما يزيد من درجات سلم العقوبات.<sup>2</sup>

و في نظام التخفيف المزدوج يتمتع القاضي الجنائي سلطة محددة في التخفيف بالنسبة للظروف المخففة العادية و سلطة تخفيف إزاء الظروف المخففة غير العادية.<sup>3</sup>

و خلاصة القول فالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في شأن تخفيف العقوبة أو استبدالها فهي تتفاوت في مختلف التشريعات القانونية الحديثة في درجة تطبيقاتها سواء على الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي.

### الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن منح الظروف المخففة للشخص الطبيعي

يميز المشرع من حيث آثار منح الظروف المخففة بين الجنايات و الجنح على النحو التالي:

**أولاً: بعنوان الجنايات:** تختلف آثار منح الظروف المخففة بحسب العقوبة المقررة قانونا والسوابق القضائية للمحكوم عليه وهي كمايلي:

1- إذا كان المحكوم عليه غير مسبوق قضائياً: و هي الحالة التي نصت عليها المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري المعدلة في 2006 بالقول "إذا تقرر إفادة الشخص المدان بظروف مخففة يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها في القانون إلى حد:

10- سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة قانونا هي الإعدام.

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 178.

<sup>2</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص 125.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 184.

05- سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة قانونا هي السجن المؤبد.

03- سنوات حبسا إذا كانت العقوبة المقررة قانونا هي السجن المؤقت.

-سنة واحدة 01 حبسا إذا كانت العقوبة المقررة قانونا هي السجن المؤقت من 05 إلى 10 سنوات.

2- إذا كان المحكوم عليه في حالة العود و طبقت عليه العقوبات المشددة بفعل حالة العود: وهذا ما نصت عليه المادتين 53 مكررو 53 مكرر 1 المستحدثة اثر تعديل قانون العقوبات في 2006،<sup>1</sup> وهذا ما يستفاد من قرار المحكمة العليا رقم 508398 بتاريخ 19/03/2008 مجلة المحكمة العليا، 2008، عدد 1، ص 317 افادة المسبوق قضائيا بظروف التخفيف أمر جوازي خاضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع. "أنظر ملحق رقم 2".<sup>2</sup>

**ثانيا: بعنوان الجرح والمخالفات :** تناولت المادة 53 مكرر 4 من قانون العقوبات الجزائري الظروف المخففة في مواد الجرح والمخالفات حيث ورد فيها ما يلي إذا كانت العقوبة المقررة قانونا في مادة الجرح هي الحبس و/ أو الغرامة وتقرر إفادة الشخص الطبيعي غير المسبوق قضائيا بالظروف المخففة يجوز تخفض عقوبة الحبس إلى شهرين والغرامة إلى 20.000 د.ج كما يمكن الحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط على أن لا تقل عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجريمة المرتكبة وإذا كانت عقوبة الحبس هي وحدها المقررة يجوز استبدالها بغرامة على أن لا تقل 20.000 دج وأن لا تتجاوز 500.000 دج.<sup>3</sup>

#### الفرع الرابع: موقف الشريعة الإسلامية من الظروف القضائية المخففة

تميز العقوبة في الشريعة الإسلامية بأنها أذى وشرعت لدفع المفساد وهذا الأذى مصلحة آنية ومستقبلية في حد ذاته وهو مقدم على جلب المنافع، ومن المعروف أن العقوبات في الشريعة الإسلامية هي الحدود والقصاص التي لا تقبل التبديل أو التغير لأنها شرعت لحماية مصالح ثابتة لا يجوز أن تتغير بتغير المجتمعات و الأزمنة والأمكنة فالله تعالى هو مقدر هذه

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص 331.

<sup>2</sup> جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 1518.

<sup>3</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 61.

العقوبات ولأنها تحمي المجتمع وحق الله تعالى في أرضه أما التعازير فهي عقوبة غير مقدرة تجب بجناية سواء كانت الجناية على حق الله تعالى كترك الصلاة أو الصوم أو الكذب فالشريعة الإسلامية تجمع بين العقوبة المحددة التي لا يمكن للقاضي حيالها سلطة تقديرية والعقوبة الغير محددة التي يمكن القاضي الجنائي بشأنها كل التقدير والتصرف العادل الهادف وقد خفضت الشريعة الإسلامية من حدة الجرائم المحددة العقوبة بما لم تصل إليه التشريعات الوضعية و تفسير ذلك أنها أجازت التوبة والشبهة يندر بها الحد والعفو و يدرأ القصاص وهو ما يؤدي في النهاية إلى حصر جرائم الحدود في إطار ضيق جدا يجعل العقاب عليها نادر الوقوع ويجب على القاضي أن يقتضي بالعقوبة المقررة شرعا متى توافرت أركان الجريمة كاملة.<sup>1</sup>

وما يمكن ملاحظته أن الشريعة الإسلامية عملت بالظروف القضائية المخففة في التعازير حيث اشترطت أن يكون الباعث عليها حماية للمصالح الإسلامية لا لحماية الشهوات و الأهواء في حين غابت السلطة التقديرية للقاضي الجنائي الإسلامي في تطبيقه لعقوبتي القصاص والحدود .

### المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تشديد العقوبة

عند نطق القاضي بالعقوبة يجب أن يلتزم بحدها الأدنى و الأقصى التي نص عليها القانون سلفا،ولكن قد يستدعي أخذه بالشدة إذا ما وجد في ظروف الجريمة و شخصية المجرم على هذا النحو تشديدا للعقوبة،و على هذا الأساس نص المشرع على أسباب تشديد العقوبات كما هي مقررة قانونا.

#### الفرع الأول:تعريف ظروف التشديد

هي الحالات و الأفعال الموضوعية و الشخصية التي تؤثر أو يمكن أن تؤثر على تشديد العقوبة للجريمة المرتكبة،فهناك ظروف مشددة يقتصر أثرها على تشديد عقوبة

<sup>1</sup> يوسف جوادى ، المرجع السابق، ص64.

الجريمة، و ظروف أخرى ينصب أثرها على الوصف القانوني المحدد للجريمة دون أن يمس وصفها القانوني.<sup>1</sup>

كما يقصد بها أيضا مجموعة الأحوال التي إن توافر احدها وجب على القاضي و جاز له أن يحكم بعقوبة اشد نوعا أو مقدارا من الحدود المقررة للعقاب على الجريمة أصلا، و هذا معناه أن قضاء القاضي بالحد الأقصى المقرر للعقاب على الجريمة أصلا ليس تشديدا للعقاب، لم يجاوز العقوبة المقررة قانونا و إنما الصحيح أن القاضي في مثل تلك الحالة قد اخذ التهم بالشدّة في حدود استخدامه العادي لسلطته التقديرية.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: تقسيم ظروف التشديد

**أولاً: من حيث طبيعتها:** يكاد يجمع الفقه في تقسيم الظروف المشددة بحسب طبيعتها إلى ظروف مادية و أخرى شخصية، فالظروف المادية أو العينية هي تلك الظروف التي تتصل بماديات الجريمة ذاتها فتزيد من خطورتها، أما الظروف الشخصية فهي التي تتعلق بالجاني كصفة الخادم في جريمة السرقة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 188.

<sup>2</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 68.

<sup>3</sup> عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، نظرية الجريمة، نظرية الجزاء الجنائي، دار هومه للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 345.

**ثانياً: من حيث أثرها على القاضي:** يمكن التمييز بين الظروف المشددة الوجوبية والظروف المشددة الجوازية، فإن كانت الظروف المشددة جوازية استطاع القاضي أن يحكم بالعقوبة المقررة أصلاً للجريمة، و باستطاعته أن يجاوز حدها الأقصى فيغلب العقاب ملتزماً بحدود التشديد التي يقرها القانون، وإن كانت وجوبية لم يعد من حق القاضي أن يحكم بالعقوبة المقررة أصلاً للجريمة و اقتصرته سلطته على الحكم بالعقوبة المشددة، وقد يتخذ تشديد العقاب صوراً أخرى و هي الحكم بعقوبة من نوع مختلف اشد من نوع العقوبة التي يقرها القانون للجريمة أصلاً، ومنه يتضح أن أسباب التشديد الجوازي تفسح حدود السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي الجنائي، أما أسباب التشديد الوجوبية فتعدل حدود السلطة التقديرية بان يجعل لها نطاقها المعتاد.<sup>1</sup>

**ثالثاً: من حيث مجال تطبيقها:** تنقسم الظروف المشددة تبعاً لمدى تطبيق النصوص الخاصة بها إلى ظروف عامة محددة في القسم العام من قانون العقوبات عادة وتطبق على كل الجرائم أو أغلبها، و ظروف خاصة محددة غالباً في القسم الخاص من قانون العقوبات و تطبق على جريمة معينة أو مجموعة من الجرائم.<sup>2</sup>

**رابعاً: من حيث أثرها في تغير نوع الجريمة:** وتنقسم إلى ظروف مؤثرة و ظروف غير مؤثرة، فالظروف المشددة التي تؤثر في نوع الجريمة هي التي ترفع العقوبة قانوناً من عقوبة الجنحة إلى عقوبة الجناية، كالإكراه في جريمة السرقة و الإفضاء إلى الموت أو العاهة المستديمة في الضرب و الجرح و يترتب على هذه الظروف تغيير وصف الجريمة من جنحة إلى جناية،<sup>3</sup> أما الظروف المشددة التي لا تؤثر في نوع الجريمة فهي التي يترتب عليها زيادة مقدار العقوبة دون تغيير نوعها ومثل هذه الظروف تبقى الجريمة موضعها في التقسيم الثلاثي للجرائم فلا يتغير وضعها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> يوسف جوادى ، المرجع السابق، ص71.

<sup>2</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص189.

<sup>3</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص135.

<sup>4</sup> يوسف جوادى ، المرجع السابق، ص93.

### الفرع الثالث: خصائص ظروف التشديد

إن الأسباب المشددة فكرة قانونية من شأنها رفع عقوبة الجريمة إلى ما يتجاوز الحدود المقررة لها في الحالات الطبيعية، ومن ثم فهي لا تقرر إلا بإرادة المشرع حيث ينص عليها، و لا يجوز للقاضي تقريرها خلافا لما له من في شأنه الظروف المخففة، ومن ثم فان تركها لأسباب مشددة ثمرة من ثمار مبدأ الشرعية، و معنى ذلك أن التشريعات المعاصرة عنيت بالنص على هذه الأسباب و حصرها، بحيث يمتنع القاضي التوسع في تفسيرها أو القياس عليها، و من ناحية ثانية فإن الأسباب عناصر عارضة، فالمشرع إذ يجرم سلوكا معينا يعنى ببيان عناصره و مقوماته الأساسية، أما الأسباب المشددة فهي تخرج عن عناصر الجريمة أو ارتكابها و تبقى مجرد عناصر خارجة تقف عند التغيير في جسامتها أو زيادة مقدار العقوبة المقررة لها، أو تعتبر نوع العقوبة التي انزلها المشرع أصلا و تسعى إلى جعل العقوبة متلائمة مع الظروف التي أحاطت بالواقعة.<sup>1</sup>

ومن ناحية ثالثة فإن الأسباب المشددة، تتميز بكونها عناصر إضافية تضيف على السلوك الإجرامي المطروح على القاضي تحديدا أو تخفيفا، يرتب المشرع عليه تغييرا في نوع العقوبة أو كمها أو كلاهما معا، و قد تؤدي إلى تغييرا في العناصر الأساسية للسلوك بحيث يرتب عليه تشديدا للعقاب.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تشديد عقوبة العائد و المجرم المعتاد

معظم القوانين الحديثة لا تعرف من الظروف المشددة العامة الاستثنائية سوى العود والاعتقاد على الإجرام أو احدهما، كقانون العقوبات الفرنسي، الجزائري، المصري و العراقي وقوانين بقية الدول العربية باستثناء قانون العقوبات السوري في نص المادتين 193 و 194 وقانون العقوبات اللبناني في نص المادتين 194 و 195 اللذين يعتبران الباعث الدنيء و دافع الكسب، كطرفين مشددين عامين استثنائيين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص 133.

<sup>2</sup> يوسف جوادى، المرجع السابق، ص 95.

<sup>3</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 193.

### الفرع الأول: تعريف العود

هو حالة الشخص الذي يرتكب جريمة أو أكثر بعد الحكم عليه نهائيا من اجل جريمة أخرى ،و يبنى عليه تشديد عقوبة الجريمة الأخيرة على أساس أن عودة الجاني إلى الإجرام دليل قاطع على أن العقوبة الأولى لم تكن كافية لردعه.<sup>1</sup>

ويمكن تعريف العود أيضا بأنه"ارتكاب جريمة جديدة بعد حكم جزائي سابق نهائي، على أن تكون الجريمة الثانية مستقلة عن الجريمة الأولى المحكوم فيها"،<sup>2</sup> كما يفيد ظرف العود في وجوب تشديد العقوبة لان العقوبة العادية لم تحقق الردع الخاص للمجرم.<sup>3</sup>

وقد أدرج المشرع الجزائري، أحكام العود في القسم الثالث من الفصل الثالث تحت عنوان "شخصية العقوبة" من الباب الثاني بعنوان "مرتكبو الجريمة" من الكتاب الثاني من قانون العقوبات و هو بعنوان "الأفعال والأشخاص الخاضعون للعقوبة" وتطرق إليه في 13 مادة بين فيها الأحكام القانونية الواجب توافرها لتحقيق العود ، و هذه المواد من 54مكررالى 54مكرر10والمادة57و المادة59 التي اشتملت على مبادئ العود و أحكامه باعتباره ظرفا مشددا في العقوبة.

### الفرع الثاني: شروط العود: ويشترط في العود توافر الشروط التالية

**أولا: صدور حكم سابق:**و معنى ذلك أن أحكام العود معلقة على ارتكاب جريمة جديدة ،بعد صدور حكم سابق فلا يكفي أن تكون قد ارتكبت بعد جريمة سابقة،و الحكم السابق يجب أن يكون باتا الذي لا يقبل طعنا بالطرق العادية أو غير العادية، و أن يكون الحكم صادرا في جنابة أو جنحة،و أن يكون الحكم السابق لا يزال قائما حين ارتكاب الجريمة التالية.<sup>4</sup>

فهناك قوانين جزائية نصت بخصوص المدة التي تفصل بين الحكم الأول النهائي والجريمة الثانية على مدة اقصر من المدة المقررة في القانون العام و المحددة في الجرح بخمس

<sup>1</sup> يوسف جوادي ، المرجع السابق، ص73.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي العام،الطبعة العاشرة،المرجع السابق،ص350.

<sup>3</sup> عبد الله سليمان،شرح قانون العقوبات الجزائري،القسم العام،الجزء الثاني،الطبعة الخامسة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2007،ص564.

<sup>4</sup> يوسف جوادي ، المرجع السابق، ص79.

سنوات من تاريخ قضاء العقوبة الأولى،<sup>1</sup> و من هذا القبيل ما جاءت به المادة 47 من القانون المؤرخ في 23/06/2004 المتضمن تحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي حددت المدة الفاصلة بين الحكم الأول و الجريمة الثانية لاحتساب العود بسنة واحدة بنصها "يعتبر في حالة العود في مفهوم هذا القانون،التاجر الذي يقوم بمخالفة جديدة رغم صدور عقوبة في حقه منذ اقل من سنة".<sup>2</sup>

**ثانيا: أن يرتكب جريمة لاحقة على الحكم النهائي الأول:** ارتكاب الجريمة شرط لازم لا غنى عنه لقيام العود،فهو الذي يثبت عن كفاية العقوبة التي صدر بها الحكم السابق و اشترط المشرع في هذه الجريمة أن تكون جنائية أو جنحة،فإن كان الذي وقع مخالفة فلا يتحقق حالة العود،كما يشترط أيضا أن تكون هذه الجريمة الجديدة قد وقعت من المتهم بعد صدور حكم الإدانة و أن تكون الجريمة اللاحقة مستقلة عن الجريمة التي صدر بشأنها الحكم.<sup>3</sup>

**ثالثا: أن تتوفر في الجاني حالة من حالات العود المقررة قانونا:** وهذه الحالات ذكرها المشرع الجزائري في قانون العقوبات و ذلك في المواد من 54 مكرر الى 54 مكرر 10 زيادة الى المادتين 57 و 59 التي عدلت بموجب القانون 06-23.<sup>4</sup>

### الفرع الثالث:الاعتیاد على الإجرام

**أولا: مفهوم الاعتیاد على الإجرام :** اختلفت التعريفات الفقهية حول تحديد مفهوم الاعتیاد على الإجرام و لكنها تتمحور كلها حول مفهوم واحد هي أن حالة الشخص تدل على كثرة ارتكابه الجريمة و تكرارها سواء كان ميله الإجرامي فطريا أو مكتسبا،و أن توقيع العقوبة لا جدوى منه مما يجب توقيع التدابير الاحترازية لكي يستأصل ميوله الإجرامي أو يضعف من تأثيره،<sup>5</sup> وقد عرفه المشرع المصري و هذا في المادة 52 من قانون العقوبات بقولها "إذا توافر العود طبقا لأحكام المادة السابقة جاز للمحكمة بدلا من توقيع تلك العقوبة أن تقرر اعتبار العائد مجرما اعتاد الإجرام متى ثبت لها من ظرف الجريمة و بواعثها و من أحوال المتهم و

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي العام،الطبعة العاشرة،المرجع السابق،ص361.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي الخاص،الطبعة التاسعة،الجزء الثاني،دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2008،ص255.

<sup>3</sup> يوسف جوادي ، المرجع السابق، ص80.

<sup>4</sup> المرجع نفسه،ص81.

<sup>5</sup> اكرم نشأت إبراهيم،المرجع السابق،ص206.

ماضيه ان هناك احتمالا جديا لإقدامه على اقرار جريمة جديدة و في هذه الحالة تحكم بحكم المحكمة بإيداعه في إحدى مؤسسات العمل التي تصدر بإنشائها و تطبيقها و كيفية معاملة من يدعون بها قرار من رئيس الجمهورية، و ذلك إلى أن يأمر وزير العدل بالإفراج عنه بناء على اقتراح إدارة تلك المؤسسة و موافقة النيابة العامة".<sup>1</sup>

**ثانيا: آثار الاعتياذ على الإقرار:** الأثر المترتب على توافر الاعتياذ على الإقرار هو الحكم بإيداع المتهم بإحدى مؤسسات العمل و الحكم بالإيداع و جوبي يتعين على المحكمة القضاء به متى انتهت إلى توافر الخطورة الإجرامية بجانب الأركان الأخرى للعود.<sup>2</sup>

### الفرع الرابع: صور العود بالنسبة للشخص الطبيعي و المعنوي

**أولاً: صور العود بالنسبة للشخص الطبيعي:** و نميز في هذه الصور بين أحكام العود في الجنائيات و الجنح و المخالفات.

#### 1- العود في مواد الجنائيات و الجنح: نص المشرع الجزائري على الأحكام الخاصة بالعود

في مواد الجنائيات و الجنح، في المادة 54 مكرر، 54 مكرر 1 ، 54 مكرر 2، 54 مكرر 3 و انطلاقاً من فحوى هذه المواد يمكننا تقسيم هذه الأحكام إلى ما يلي:

**أ - العود من جنابة أو جنحة عقوبتها تزيد في حدها الأقصى عن خمس سنوات إلى جنابة:**

وهذه الحالة نصت عليها المادة 54 مكرر و يشترط لتطبيق هذه الحالة توافر الشروط التالية:

- أن تكون الجريمة الأولى المرتكبة، هي جنابة أو جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس مدة تفوق خمسة سنوات.

- أن تكون الجريمة الثانية المرتكبة جنابة، ولم يحدد المشرع عقوبتها، و من ثم تكون العبرة بوصفها وليس بعقوبتها.

و تترتب على تطبيق العود في هذه الحالة آثار هي:

<sup>1</sup> يوسف جوادي ، المرجع السابق، ص 91.  
<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 92.

-إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجناية الجديدة هو 20 سنة سجنا، فتطبيق أحكام العود تشدد العقوبة إلى السجن المؤبد.

-إذا ترتب على ارتكاب الجريمة الجديدة، إزهاق روح إنسان، فإن العقوبة تشدد إلى الإعدام.

-إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجناية الجديدة، يساوي أو يقل عن 10 سنوات سجنا، فإن الحد الأقصى للعقوبة السالبة للحرية يرفع إلى الضعف.<sup>1</sup>

وكمثال عما سبق ذكره في هذه الصورة، إذا سبق الحكم على شخص بشهرين حبسا من أجل جنحة السرقة المنصوص عليها في المادة 350 مكرر بعد إفادته من ظروف التخفيف، وارتكب بعد ذلك جناية هناك عرض قاصر لم تكمل سن السادسة عشر، والمعاقب عليها بموجب المادة 336 من قانون العقوبات في فقتها الثانية، بالسجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة، فإنه ووفقا لنص المادة 54 مكرر يصبح الحد الأقصى لعقوبة الجناية المرتكبة هو السجن المؤبد.<sup>2</sup>

أما إذا كانت العقوبة المقررة لجريمة هناك العرض - حسب المثال السابق - هي السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات التي نصت عليها المادة 336 في فقتها الأولى، ففي هذه الحالة يرفع الحد الأقصى لعقوبة الجناية المرتكبة إلى الضعف وهو ما يعادل عشرون سنة سجنا.<sup>3</sup>

ب -العود من جناية أو جنحة عقوبتها تفوق خمس سنوات حبسا إلى جنحة معاقب عليها بنفس العقوبة :وهي الحالة التي نصت عليها المادة 54 مكرر 1 ، ويشترط لتحقيق العود فيها:

-أن تكون الجريمة الأولى المرتكبة هي جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالحبس لمدة تفوق خمسة سنوات، ولا يهم مقدار العقوبة المقضي بها.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص352.

<sup>2</sup> باسم شهاب، جرائم المال و الثقة العامة، بيرتي للنشر، الجزائر، 2013، ص28.

<sup>3</sup> محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات

الجامعية، الجزائر، 2004، ص81.

- أن تكون الجريمة الجديدة جنحة الحد الأقصى المقرر لعقوبتها يزيد عن 05 سنوات حبسا، ما يعني أنها جنحة مشددة لأن الحد الأقصى المقرر للجنحة البسيطة هو الحبس لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

- أن تكون الجريمة الجديدة المرتكبة قد وقعت خلال فترة العشر سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة، فإذا مرت عشر سنوات على انقضاء العقوبة الأولى ولم يرتكب أية جنحة، فإنه في هذه الحالة يسقط تطبيق أحكام العود.

وهذا الشرط الأخير يبين لنا أن العود في الحالة الثانية هو عود مؤقت، يسقط بمجرد انقضاء مدة عشر سنوات من انقضاء العقوبة الأولى، على عكس العود في الحالة الأولى لم يقيدته المشرع بمدة زمنية.<sup>1</sup>

وإذا توفرت هذه الشروط فإن العقوبة تصبح كما يلي:

- إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجنحة الجديدة يزيد عن 05 سنوات حبسا ويساوي أو يقل عن 10 سنوات، فإن الحد الأقصى لعقوبة الحبس والغرامة المقرر لهذه الجنحة يرفع وجوبا إلى الضعف وهذا ما نصت عليه المادة 54 مكرر 1 في فقرتها الأولى.

- 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.

- إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجنحة الجديدة يساوي 20 سنة حبسا، فإن الحد الأدنى لهذه العقوبة يرفع وجوبا إلى الضعف.

وقد نصت على هاتين الحالتين الفقرة الثانية من المادة 54 مكرر 1 كمثال على ذلك، إذا سبق الحكم على شخص من أجل جنحة السرقة المشددة المنصوص عليها في المادة 350 مكرر والمعاقب عليها بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات، وقبل انقضاء مدة 10 سنوات التالية لقضاء هذه العقوبة، ارتكب الجاني جنحة تقديم وصفة طبية صورية عن قصد تحتوي على مؤثرات عقلية والمنصوص عليها في المادة 16 من القانون رقم 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية، التي تعاقب على هذه الجريمة من 05 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، ففي هذه الحالة يرفع الحد الأقصى لهذه

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص 354.

العقوبة من 15 سنة إلى 20 سنة حبسا، ومن ثم فالعقوبة المقررة للجاني في هذه الحالة هي الحبس من 05 سنوات إلى 20 سنة.<sup>1</sup>

أما إذا كانت العقوبة المقررة قانونا للجنة الجديدة تساوي عشرين سنة كما هو الحال بالنسبة للمادة 17 من القانون رقم 04-18 السالف ذكره - التي تعاقب على جريمة التعامل بالمواد المخدرة أو المؤثرات العقلية بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة، وبغرامة من 5.000.000 دج إلى 50.000.000 دج ، ففي هذه الحالة تكون العقوبة المقررة للجاني هي الحبس مدة 20 سنة وغرامة من 10.000.000 دج إلى 100.000.000 دج.<sup>2</sup>

بالإضافة إلى تشديد العقوبة في حالة العود، فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بوحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من قانون العقوبات الجزائري.

ج -العود من جنائية أو جنحة عقوبتها المقررة قانونا يزيد حدها الأقصى عن خمس سنوات حبسا إلى جنحة عقوبتها لا تتجاوز خمس سنوات :وهذه الحالة نصت عليها المادة 54مكرر<sup>2</sup> ويشترط لتطبيق هذه الحالة:

-أن تكون الجريمة المرتكبة الأولى، هي جنائية أو جنحة معاقب عليها قانونا بالحبس مدة تفوق خمس سنوات.

-أن تكون الجريمة الجديدة جنحة يعاقب عليها القانون بعقوبة حدها الأقصى يساوي أو يقل عن خمس سنوات حبسا.

-أن تقع الجريمة الجديدة خلال الخمس سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة.

والعود في هذه الحالة مؤقت لأنه محدد بمدة خمس سنوات، فإذا انقضت هذه المدة، ولم يرتكب جريمة أخرى، لم يعد الجاني عائدا.

فإذا توفرت هذه الشروط، ترتب عن العود الآثار التالية:

-ترفع عقوبة الحبس والغرامة المقررة لهذه الجنحة إلى الضعف.

-أن تشديد العقوبة في هذه الحالة هو أمر وجوبي لا يجوز للقاضي مخالفته إذا توفرت

شروط ذلك.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> باسم شهاب، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص 355.

<sup>3</sup> يوسف دلاندة، قانون العقوبات، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص 53.

د -العود من جنحة إلى نفس الجنحة أو جنحة مماثلة :وقد نصت على هذه الحالة المادة54مكرر3 ويشترط لتطبيقها في هذه الحالة:

-أن تكون الجريمة الأولى جنحة عقوبتها لا تتجاوز خمس سنوات.

-أن تكون الجريمة الثانية المرتكبة هي نفس الجنحة أو جنحة مماثلة لها بمعنى يجب التماثل بين الجنحة المرتكبة السابقة والجنحة اللاحقة.

وقد نصت المادة 57 المعدلة بموجب القانون رقم06- 23 على الجرائم التي تعتبر من نفس النوع لتحديد العود، وحصرتها على النحو التالي:

- اختلاس الأموال العمومية أو الخاصة والسرقه والإخفاء والنصب وخيانة الأمانة والرشوة.
- خيانة الائتمان على بياض وإصدار أو قبول شيكات بدون رصيد والتزوير واستعمال المحررات المزورة.

▪ تبييض الأموال والإفلاس بالتدليس والاستيلاء على مال الشركة بطريق الغش وابتزاز الأموال.

▪ القتل الخطأ والجرح الخطأ وجنحة الهروب والسياسة في حالة سكر.

▪ الضرب والجرح العمدي والمشاجرة والتهديد والتعدي والعصيان.

▪ الفعل المخل بالحياء بدون عنف والفعل العلني المخل بالحياء واعتياد التحريض على الفسق وفساد الأخلاق والمساعدة على الدعارة والتحرش الجنسي.

-أن تكون الجريمة الجديدة قد وقعت خلال الخمس سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة،فإذا تحققت هذه الشروط فإنه ووفقا لنص المادة54مكرر3 يرفع الحد الأقصى لعقوبتي الحبس والغرامة المقررة لهذه الجنحة إلى الضعف ويكون الأمر وجوبيا على القاضي الجنائي<sup>1</sup>.

ومثال ذلك إذا صدر حكم يقضي بالحبس سنة على شخص ارتكب جنحة السرقة المنصوص عليها في المادة 350 من قانون العقوبات، ويعاقب عليها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، وقبل انقضاء مدة خمس سنوات على قضاء عقوبته، ارتكب جريمة خيانة الأمانة التي نصت عليها المادة 376 من قانون العقوبات، والمعاقب عليها بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي العام،الطبعة العاشرة،المرجع السابق،ص358.

ووفقا لهذه الحالة الخاصة بالعود، يرفع الحد الأقصى لعقوبة الحبس والغرامة المقررة قانونا لهذه الجريمة وجوب إلى ضعف هذه العقوبة، فتصبح بذلك العقوبة هي الحبس 06 سنوات عوض ثلاث سنوات وغرامة تقدر ب 200.000 دج عوض 100.000 دج.

أما عن الأحكام الصادرة عن المحاكم العسكرية فقد نصت المادة 59 من قانون العقوبات على أن العقوبة المحكوم بها من قبل المحاكم العسكرية لأجل جنائية أو جنحة معاقب عليها أصلا في القانون العام كالجنايات والجنح ضد أمن الدولة.<sup>1</sup>

**2-العود في مواد المخالفات:** نص المشرع الجزائري على أحكام العود في مواد المخالفات، في المادة 54 مكرر 4 من القانون رقم 06-23 وأحال تطبيق العقوبات الخاصة بالعود في المخالفات إلى المادتين 445 و456 من قانون العقوبات الجزائري.

وبالرجوع لنص المادة 54 مكرر 4 نجد أن المشرع الجزائري في تحديده لأحكام العود في مواد المخالفات ميز بين المخالفات التي تنتمي إلى الفئة الأولى، والمخالفات التي تنتمي إلى الفئة الثانية.

وقبل الحديث عن هذين النوعين من المخالفات، نشير إلى أن المشرع اشترط لتطبيق العقوبات المقررة لحالة العود المنصوص عليها في المادتين 445 و 465 توفر الشروط التالية:

-أن تكون الجريمة الأولى المرتكبة مخالفة.

-أن تكون الجريمة المرتكبة لاحقا هي نفس المخالفة.

-أن ترتكب الجريمة الثانية خلال السنة التالية لقضاء العقوبة السابقة،بمعنى أن يرتكب الجاني مخالفة وفي خلال السنة الموالية لقضاء عقوبتها يرتكب الجاني نفس المخالفة.<sup>2</sup>

ففي هذه الحالة يصبح الجاني عائدا وتطبق عليه أحكام العود الخاصة بالمخالفات والتي نصت عليها المادة 445 و465 من قانون العقوبات على النحو التالي:

**أ -عقوبة العود في المخالفات من الفئة الأولى:** نصت على هذه الحالة المادة 445 من القانون رقم 06-23 حيث يعاقب العائد في مادة المخالفات المنصوص عليها في المواد من 440 إلى 444 مكرر بالحبس لمدة تصل إلى أربعة أشهر، وبغرامة تصل إلى 40.000 دج.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيبة،الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع نفسه، ص359.

<sup>2</sup> يوسف دلاندة،المرجع السابق،ص54.

ب - عقوبة العود في المخالفات من الفئة الثانية: نصت عليها المادة 465 من القانون رقم 06-23، حيث تشدد العقوبة على النحو التالي:

- الحبس إلى شهر وغرامة تصل إلى 24.000 دج بالنسبة للمخالفات المنصوص عليها في الفصل الأول، وتتضمن المادتان 449 و 450 من قانون العقوبات.

- الحبس إلى عشرة أيام وغرامة تصل إلى 16.000 دج بالنسبة للمخالفات المنصوص عليها في الفصل الثاني، وتتضمن المواد من 451 إلى 458 من قانون العقوبات.

- الحبس إلى خمسة أيام وغرامة تصل إلى 12.000 دج بالنسبة للمخالفات المنصوص عليها في الفصل الثالث، وتتضمن المواد من 459 إلى 464 من قانون العقوبات.

ما يلاحظ على العود في مواد المخالفات، أن المشرع كان أقل صرامة في تشديد العقوبة من العود في مواد الجنايات والجنح، ولعل العبرة في ذلك أن المخالفات أقل خطورة من الجنايات والجنح، فالجاني العائد في المخالفات لا ينطوي على خطورة إجرامية .

وبالعودة إلى بعض التشريعات، نجد أنها تخرج الأحكام الصادرة في المخالفات من مفهوم السوابق التي يعتد بها في العود نظرا لتفاهتها، مثلما هو الحال بالنسبة للتشريع المصري والليبي حيث يقتصر العود على الأحكام الصادرة في الجنايات والجنح دون المخالفات.<sup>1</sup>

### ثانيا :تطبيق أحكام العود على الشخص المعنوي

بعد تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 06-23 أدرج المشرع الأحكام الخاصة بالعود بالنسبة للشخص المعنوي، كمحاولة منه لسد الفراغ، الذي كان يعتري قانون العقوبات الجزائري فيما يتعلق بمسؤولية الشخص المعنوي ومجال تطبيقها.

وقد نص المشرع الجزائري على أحكام العود الخاصة بالشخص المعنوي، في المواد من 54 مكرر 5 إلى 54 مكرر 9 من القانون 06-23 السالف ذكره، من فحوى هذه المواد نستنتج الأحكام الخاصة بالشخص المعنوي.

فعلى غرار الشخص الطبيعي، ميز المشرع بين العود في مواد الجنايات والجنح، والعود في مواد المخالفات الخاصة بالشخص المعنوي على النحو التالي:

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص360.

### 1-العود في مواد الجنايات والجنح:

نصت على هذه الحالة، المواد من 54 مكرر 5 إلى 54 مكرر 8 ، ويمكن تقسيمها إلى ما يلي:

أ -العود من جناية أو جنحة عقوبتها المقررة قانونا للشخص الطبيعي هي الغرامة التي يفوق حدها الأقصى 500.000 دج إلى جناية :ونصت عليها المادة 54 مكرر 5 ، التي نستخلص منها الشرطين التاليين:

-أن تكون الجريمة الأولى المرتكبة جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالنسبة للشخص الطبيعي بغرامة يفوق حدها الأقصى 500.000 دج.

-أن تكون الجريمة الثانية المرتكبة جناية بغض النظر عن عقوبتها.

فبتوافر هذين الشرطين تشدد العقوبة على النحو التالي:

-تكون النسبة القصوى للغرامة المطبقة تساوي عشرة 10 مرات الحد الأقصى لعقوبة

الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه الجناية.

-يكون الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص المعنوي هو 20.000.000 دج

عندما يتعلق الأمر بجناية معاقب عليها بالنسبة للشخص الطبيعي بالإعدام أو السجن المؤبد.

أما إذا كانت الجناية معاقب عليها بالنسبة للشخص الطبيعي بالسجن المؤقت فيكون بذلك

الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص المعنوي هو 10.000.000، وبذلك يكون المشرع

قد ميز بين عقوبة الشخص المعنوي في حالة العود إذا كانت عقوبة الشخص الطبيعي هي

السجن المؤبد أو المؤقت أو الإعدام،حيث قضت المحكمة العليا في قرارها رقم92861 المؤرخ

في 12/04/1992المجلة القضائية،1997عدد2،ص194من المقرر قانونا و طبقا لأحكام

المادة 56 التي تحيل على المادة55من قانون العقوبات،فان حالة العودة متوقفة على شرط وحيد

يتمثل في أن تكون الجريمة الثانية المتابع من اجلها مرتكب الجريمة الأولى التي حكم فيها

بعقوبة نهائية حائزة على قوة الشيء المقضي فيه، و لما ثبت -في قضية الحال-أن الأفعال

التي تسببت في العقوبة الثانية ارتكبت قبل أفعال العقوبة الأولى،فان قضاة الموضوع لما طبقوا

على المتهم قواعد العودة يكونون قد أساءوا تطبيق القانون،لأن المتهم لا يوجد قانونا في حالة

العود ومتى كان كذلك استجوب نقض القرار تلقائيا.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> يوسف دلاندة،المرجع السابق،ص57.

وفي هذه الحالة لا يشترط المشرع التماثل بين الجريمتين ولا مرور مدة زمنية بينهما ومن ثم فالعود هنا عام مؤبد.

ب -العود من جناية أو جنحة عقوبتها المقررة قانونا للشخص الطبيعي هي الغرامة التي يفوق

حدها الأقصى 500.000 دج إلى جنحة معاقب عليها بنفس العقوبة :وهي الحالة التي نصت عليها المادة 54 مكرر 6 ويشترط لتطبيقها ما يلي:

-أن تكون الجريمة الأولى المرتكبة، جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالنسبة للشخص الطبيعي بغرامة يفوق حدها الأقصى 500.000 دج.

-أن تكون الجريمة المرتكبة لاحقا، جنحة مشددة معاقب عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي بغرامة يفوق حدها الأقصى 500.000 دج، وهي نفس عقوبة الجريمة الأولى.

-أن ترتكب الجريمة الثانية خلال العشر سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة.

فالعود في هذه الحالة هو عود مؤقت لأنه مرتبط بفترة العشر سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة فإذا انقضت هذه المدة ولم ترتكب الجريمة المقررة قانونا، فلا تطبق على الجاني أحكام العود.

أما عن الآثار المترتبة عن هذه الحالة، فقد حددتها المادة 54 مكرر 6 على النحو التالي:

-تكون النسبة القصوى للغرامة المطبقة تساوي عشرة 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، مثلما

هو الحال بالنسبة لجنح تدنيس وتخريب المصحف الشريف المنصوص عليها في المادة 160

من قانون العقوبات، فإن العقوبة المطبقة على الشخص المعنوي في حالة العود هي الغرامة

التي يساوي حدها الأقصى 10.000.000 دج.<sup>1</sup>

ج -العود من جناية أو جنحة عقوبتها المقررة قانونا للشخص الطبيعي هي الغرامة

التي يفوق حدها الأقصى 500.000 دج إلى جنحة حدها الأقصى يساوي أو يقل عن

500.000 دج:

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص363.

وهذه الحالة نصت عليها المادة 54 مكرر 7 ويشترط لتطبيقها ما يلي:

- أن يكون الحكم الأول صادرا في جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون بالنسبة للشخص الطبيعي، بغرامة يفوق حدها الأقصى 500.000 دج.
- أن تكون الجريمة الجديدة جنحة يعاقب عليها القانون بالنسبة للشخص الطبيعي بغرامة حدها الأقصى يساوي أو يقل عن 500.000 دج.
- أن تقع الجريمة الثانية خلال فترة الخمس سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة.
- ومن ثم فالعود في هذه الحالة هو عود مؤقت مرتبط بمدة الخمس سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة.

ويترتب عن هذه الحالة الآثار التالية:

- تكون النسبة القصوى للغرامة المطبقة تساوي عشرة 10 مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه الجنحة، إذا كانت الجنحة الجديدة معاقب عليها بالنسبة للشخص الطبيعي بعقوبة الغرامة.
- تطبق عقوبة الغرامة التي يساوي حدها الأقصى 5.000.000 دج إذا كانت الجنحة الجديدة غير معاقب عليها بعقوبة الغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي.<sup>1</sup>

- د - العود من جنحة إلى نفس الجنحة أو جنحة مماثلة: ونصت على هذه الحالة المادة 54 مكرر 8 والتي يشترط لتطبيقها:
- أن يكون الحكم الأول صادرا من أجل جنحة ولم يشترط المشرع عقوبة محددة لهذه الجنحة.

- أن تكون الجريمة الجديدة المرتكبة هي نفس الجنحة أو جنحة مماثلة لها.
- فالعود في هذه الحالة هو عود خاص يشترط التماثل بين الجنحة المرتكبة سابقا والجنحة اللاحقة.

- أن يرتكب الجنحة الجديدة خلال مدة الخمس سنوات التالية لقضاء العقوبة السابقة.
- والعود في هذه الحالة هو عود مؤقت وليس دائما.
- ويترتب عن هذه الحالة الآثار التالية:

<sup>1</sup> يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 55.

-تكون النسبة القصوى للغرامة تساوي عشر مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه الجنحة، إذا كانت الجنحة الجديدة معاقب عليها بالنسبة للشخص الطبيعي بعقوبة الغرامة.

-تطبق عقوبة الغرامة التي يساوي حدها الأقصى 5.000.000 دج، إذا كانت الجنحة الجديدة غير معاقب عليها بالنسبة للشخص الطبيعي بعقوبة الغرامة.<sup>1</sup>

## 2-العود في مواد المخالفات:

نص المشرع الجزائري على أحكام العود في مواد المخالفات بالنسبة للشخص المعنوي في المادة 54 مكرر 9 المستحدثة بموجب القانون رقم 06-23 والتي يشترط فيها المشرع نفس الشروط المطبقة على الشخص الطبيعي.

أما عن الآثار المترتبة عن العود في مواد المخالفات بالنسبة للشخص المعنوي، فتكون بتطبيق الغرامة التي يساوي حدها الأقصى عشر مرات الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها في القانون الذي يعاقب على هذه المخالفة بالنسبة للشخص الطبيعي.<sup>2</sup>

والملاحظ أن العود في هذه الحالة هو عود خاص لاشتراطه أن تكون المخالفة الجديدة هي نفس المخالفة التي سبق الحكم بها، وأنه عود مؤقت لاشتراطه المدة المحددة بسنة واحدة من تاريخ قضاء العقوبة.

أما عن نص المادة 54 مكرر 10 التي استحدثها المشرع الجزائري إثر تعديل قانون العقوبات والتي بموجب القانون رقم 06-23 فقد أجازت للقاضي أن يثير تلقائياً حالة العود إذا لم يكن منوها عنها في سند المتابعة، وهذا في كل الأحوال سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، في مواد الجنايات أو الجنح أو المخالفات ، وفي هذه الحالة يتعين على الجهة القضائية إبلاغ المتهم بأنه في حالة العود انه ستم محاكمته على هذا الظرف المشدد فإذا امتنع المتهم عن محاكمته على هذا الظرف فإنه تطبق عليه التدابير المنصوص عليها في الفقرة الثالثة والفقرة الرابعة من المادة 338 من قانون الإجراءات الجزائية، والتي مفادها أنه في حالة التلبس بالجنحة ، يقوم الرئيس بتبنيه المتهم إلى أن له الحق في طلب مهلة لتحضير دفاعه، وبنوه في الحكم عن هذا التبنيه وعن إجابة المتهم بشأنه ، فإذا استعمل المتهم هذا الحق فإن المحكمة تمنحه مهلة 03 أيام على الأقل لتحضير دفاعه.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة،المرجع السابق،ص366.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الثامنة،المرجع السابق،ص370.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الآثار التي ترتبها حالة العود في قانون العقوبات، ليست بالضرورة نفس الآثار المترتبة عن نفس الحالة في بعض القوانين الخاصة ، إذ نجد بعض الاستثناءات على ذلك كما هو الحال بالنسبة للقانون رقم 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية، التي تنص المادة 27 منه على أنه تشدد العقوبة في حالة العود عند ارتكاب إحدى الأفعال المنصوص عليها في القانون السالف ذكره على النحو التالي:

\_ السجن المؤبد إذا كانت الجريمة معاقب عليها بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة.

\_ السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة إذا كانت الجريمة معاقب عليها بالحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات.

\_ تضاعف العقوبة بالنسبة للجرائم الأخرى<sup>1</sup>.

فالمشرع عند تشديده العقوبة على هذا النحو، فهذا دليل على عدم جدوى العقوبات التي سطرها عند توافر حالة العود والمنصوص عليها في قانون العقوبات للتطبيق على جرائم المخدرات، لذلك أفرد لهذه الحالة جدولاً خاصاً للتطبيق في حالة العود.

كما أن هذه المادة لم تميز في تشديد العقوبة بين الجرائم من حيث وصفها كما هو الحال بالنسبة لقانون العقوبات ، وإنما العبرة فيها بالعقوبة المقررة للجريمة بغض النظر عن نوع الجريمة وهذا النص يصلح للتطبيق على الشخص الطبيعي والشخص المعنوي على حد سواء.

ونجد مثلاً آخر عن هذه الاستثناءات في الأمر رقم 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب،<sup>2</sup> ففي التشريع الجزائري فإذا ارتكب الجاني إحدى الجرائم المنصوص عليها في الأمر السالف ذكره ، فالمشرع بهذا يكون قد ساوى بين جميع المتهمين، سواء كانوا مسبوقين قضائياً أو غير مسبوقين قضائياً أشخاصاً طبيعيين أو معنوية ، ارتكبوا جنائية أو جنحة أو مخالفة ، فتشديد العقوبة في حالة العود يكون بالمضاعفة فقط على عكس ما هو معمول به في قانون العقوبات الجزائري.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص 371.

<sup>2</sup> المادة 29 من الأمر رقم 05-06، المؤرخ في 23/08/2005، المتعلق بمكافحة التهريب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 59، المؤرخة في 28/08/2005.

### المطلب الرابع: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في وقف تنفيذ العقوبة

من أهم السلطات الممنوحة للقاضي في مجال تفريد العقاب نظام وقف تنفيذ العقوبة، وذلك القاضي يملك سلطة واسعة بحيث لو أساء استخدامها فغن النظام القضائي برمته يفقد ثقة المجتمع، وبالتالي يحصل خلل كبير يجعل القاضي محلا للنقد من قبل الأفراد، فنظام وقف التنفيذ و فوائده وجد مجالا واسع في الأخذ به في معظم التشريعات الحديثة.<sup>1</sup>

#### الفرع الأول: تعريف وقف التنفيذ

وهو نظام يجيز وقف العقوبة بعد النطق بها، ويرجع الفضل في اعتماد هذا النظام الذي أخذت به معظم الشرائع العقابية، بما فيها التشريع الجزائري إلى المدرسة الوضعية التي رأت أن من مصلحة المجتمع وقف تنفيذ عقوبة الحبس على مجرمي الصدفة، ذلك أن تنفيذ العقوبة عليهم يعود عليهم وعلى المجتمع بضرر أكبر نتيجة لاختلاطهم في السجن بغيرهم من الجناة بالفطرة وفي مرحلة أولى طبقت التشريعات التي أخذت بنظام وقف التنفيذ العقوبة على الحبس وحده ثم عملت على توسيعه ليشمل الغرامة على أساس انه يشكل إنذارا كافيا للجاني.<sup>2</sup>

و عرّفه البعض بأنه نظام قانوني يستهدف تعليق تنفيذ العقوبة على شرط خلال فترة معينة يحددها القانون و يوضع المتهم خلالها موضوع الاختبار من سلوكه و انغماسه في الجريمة.<sup>3</sup>

و قد اخذ المشرع الجزائري بهذا النظام و طبقه على الحبس و الغرامة على حد سواء منذ صدور قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 66-155 المؤرخ في 08/06/1966 حيث أجاز للقاضي تعليق تنفيذ عقوبتي الحبس و الغرامة المقضي بهما و أوقف ذلك على شروط معينة و قبيل تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في 10/11/2004 أصبح القانون الجزائري يعرف صورا متنوعة لنظام وقف تنفيذ العقوبة.

كما اعتبر نظام وقف التنفيذ بأنه قيام مسؤولية المتهم الجنائية و استحقاقه العقوبة التي نطق بها القاضي الذي رأى أن ماضي المتهم وظروف الدعوى و ملابساتها ما يكشف عن

<sup>1</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 96.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيبة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص 389.

<sup>3</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 97.

كون الجاني جديرا بمنحه الفرصة المناسبة لإصلاح سلوكه و إثبات أن إجراءات التخفيف و المحاكمة كانت طافية للقضاء على احتمال عودته للجريمة من جديد.<sup>1</sup>

### أولاً: الأساس القانوني لنظام وقف التنفيذ العقوبة:

يقصد بالأساس القانوني لنظام قانوني معين، بيان مشروعية و تحديد القواعد القانونية إلي تعد سندا له ضمن مجموع البناء القانونية لنظام معين، و ما استقرت عليها محكمة النقض وتتميز فكرة مشروعية نظام معين أو أساسه القانوني عن الأساس الفلسفي للنظام وهذا ما يعرف بالأساس العقابي في كون هذا الأخير يبحث عن الأفكار التي لا تقف عند مساندة النظام و إقرار القواعد و الأسس التي تساند القاضي و تكون أصولا فلسفية لها و لقد اتجه المجلس الدستوري الفرنسي فيما مضى إلى إن القواعد الخاصة بتطبيق العقوبة تعد من القواعد الأساسية ذات القيمة الدستورية خلافا للقواعد الخاصة بتنفيذ العقوبات ففي مصر اتجهت المحكمة الدستورية إلى النصوص القانونية التي قد تجرم القاضي من القضاء بوقف تنفيذ العقوبة تعد نصوصا غير دستورية، فالأساس القانوني لنظام وقف تنفيذ العقوبة المقر بالمادة 55 من قانون العقوبات المصري لا يقف عند مجرد القواعد القانونية العادية بل يتعداها إلى اعتباره نظاما دستوريا انه يستند في شرعيته إلى الأفكار و المبادئ الدستورية التي عرفت في النظام القانوني الفرنسي إلا انه لم يقف عند صورة وقف التنفيذ البسيط بل أضاف إليها صورة أخرى لم تكن مقطوعة بالنظام التقليدي أو غريبة عنه بل كانت مجرد تعديلات له فالنظام القانوني الفرنسي يعرف صورا لوقف تنفيذ العقوبة وهي:

- 1- النظام القانوني التقليدي لوقف التنفيذ و هو وقف التنفيذ البسيط.
- 2- وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار.
- 3- وقف التنفيذ مع الإلزام بالعمل لأجل المنفعة العامة.<sup>2</sup>

و الجدير بالذكر أن معظم التشريعات نصت على نظام وقف تنفيذ العقوبة في قانون العقوبات أما المشرع الجزائري فنجد نص عليه في قانون الإجراءات الجزائية وعرف صورة واحدة لنظام وقف تنفيذ العقوبة قبل تعديله في 2004/11/10.

<sup>1</sup> رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص 1057.

<sup>2</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 100.

### ثانيا: شروط الحكم بوقف التنفيذ.

أجازت المادة 594 من قانون الإجراءات الجزائية للقاضي الحكم بوقف تنفيذ العقوبة بعد النطق بها متى توافرت شروط معينة منها ما يتعلق بالجريمة ومنها ما يرجع للمحكوم عليه ومنها ما يرجع للمحكوم عليه و منها ما يتصل بالعقوبة ذاتها و منها ما يخص بالحكم في حد ذاته بوقف تنفيذ العقوبة.<sup>1</sup>

**1- الشروط المتعلقة بالجريمة:** يجوز تطبيق نظام وقف التنفيذ في كل الجرح و المخالفات كما انه جائز في الجنایات إذا قضى فيها على الجاني بعقوبة الحبس الجنحية بفعل إفادته بالظروف المخففة طبقاً لأحكام المادة 53 قانون العقوبات الجزائري و يتحقق ذلك في الجنایات المعاقب عليها بالسجن المؤقت،<sup>2</sup> كما نصت المادة 55 من قانون العقوبات المصري على انه "يجوز للمحكمة عند الحكم في جنایة أو جنحة بالغرامة أو الحبس مدة لا تزيد على 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 القانون و يجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ و يجوز أن يجعل الإيقاف شاملاً لأية عقوبة ولجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم".<sup>3</sup>

**2- الشروط المتعلقة بالجاني:** وهذا الشرط مستمد من الفكرة الأساسية الغالبة في الفقه والتشريع الجنائي التي تقضي بان وقف التنفيذ امتياز مقرر لإصلاح طائفة من المجرمين و هم الذين يرتكبون الجريمة لأول مرة و ذلك لتجنبهم مضار العقوبة و لا سيما العقوبة السالبة للحرية،<sup>4</sup> و أن الاستفادة من وقف التنفيذ متاحة للمتهمين الذين لم يسبق الحكم عليهم بالحبس لجنایة أو جنحة من جرائم القانون العام.<sup>5</sup>

**3- الشروط المتعلقة بالعقوبة:** لا يكون وقف التنفيذ إلا بالنسبة لعقوبات الحبس و الغرامة أي العقوبات الأصلية عند المشرع الجزائري،<sup>6</sup> و عند المشرع المصري ما نصت عليه

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 222.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص 390.

<sup>3</sup> يوسف جوادى، المرجع السابق، ص 103.

<sup>4</sup> اكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص 247.

<sup>5</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الثامنة، المرجع السابق، ص 347.

<sup>6</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص 392.

المادة 14 من المرسوم رقم 163 لسنة 1950 المتعلق بالعقوبة حيث قصرها على العقوبات التقليدية أصلية كانت أو تبعية و لم يجيزها فيما عدا ذلك من تعويضات أو رد.<sup>1</sup>

4- الشرط الخاص بالحكم في حد ذاته بوقف تنفيذ العقوبة: من خلال نص المادة 592 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري فإنها تشترط أن يكون الحكم القضائي بوقف تنفيذ العقوبة مسببا تسببيا خاصا.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: حدود السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في مسألة وقف التنفيذ

لا شك أن نظام وقف تنفيذ العقوبة يستهدف لإصلاح المتهم فهي سلطة تقديرية حولها المشرع للقاضي الجنائي، فان باشر القاضي سلطته التقديرية في هذا الصدد فلا تثريب عليه و إن اغفل تطبيقها فلا يسأل عنها ،وتتميز هذه السلطة التقديرية بكونها سلطة واسعة النطاق و أنها لم تصل إلى حد الإطلاق، و السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في وقف التنفيذ في حد ذاته و العقوبات التي تشملها نتناولها كما يلي:<sup>3</sup>

#### أولاً: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في مسألة وقف التنفيذ وحدوده و مدته:

من خلال نصوص التشريع و ما جرى عليه الفقه و القضاء إن تقرير توافر مبررات وقف التنفيذ من شأن قاضي الموضوع بوجه عام بل وقاضي النقض و هي سلطة جوازية إما أن يطبقها أو يلتفت عنها فالأمر بالإيقاف اختياري متروك لمطلق تقدير القاضي في حدود التزامه بالشرعية و هذه السلطة التقديرية يطبقها القاضي الجنائي من تلقاء نفسه سواء طلبها المتهم أو لم يطلبها.<sup>4</sup>

ثانياً: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في وقف التنفيذ بالنسبة للمتهم: إذا كان يجوز للقاضي أن يوقف تنفيذ العقوبة بخصوص المتهم فان السلطة المذكورة تبقى بيده إذا تعدد المتهمون فهو يقضي بوقف التنفيذ بصدد احد المتهمين دون الباقيين،وقد يعمل سلطته هذه إذا طلبها المتهم أو لم يطلبها و يجوز له أعمال هذه السلطة للمتهم و لو كان غائباً كما يقضي

<sup>1</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص 155.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة العاشرة، المرجع السابق، ص 394.

<sup>3</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 105.

<sup>4</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص 156.

بوقف التنفيذ في شأن متهم عائد أو سبق أن تمتع بوقف التنفيذ،<sup>1</sup> و في هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 307264 المؤرخ في 24/06/2003 المجلة القضائية، 2003 عدد1، ص410 إن القضاء بعقوبة موقوفة التنفيذ على متهم مسبق قضائيا يعرض الحكم للنقض.<sup>2</sup>

أما في القانون الجزائري فقد تطرق إلى وقف تنفيذ الحكم و ذلك في قانون الإجراءات الجزائئية الكتاب السادس الباب الأول حسب المادة 592 بنصها "يجوز للمجالس القضائية وللمحاكم في حالة الحكم بالحبس أو الغرامة إذا ما لم يكن المحكوم عليه قد سبق الحكم عليه بالحبس لجناية أو جنحة من جرائم القانون العام أن تأمر بحكم مسبب بإيقاف كلي أو جزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية" و أشارت المادة 593 "إذا لم يصدر ضد المحكوم عليه بعد ذلك خلال مهلة خمس سنوات من تاريخ الحكم الصادر من المحكمة أو المجلس حكم بعقوبة الحبس أو عقوبة اشد منها لارتكاب جناية أو جنحة اعتبر الحكم بإدانته غير ذي اثر و في حالة العكسية تنفذ أولا العقوبة الصادر بها الحكم الأول دون أن يلتبس بالعقوبة التالية" والمادة 594 بقولها "يتعين على رئيس المجلس أو المحكمة بعد النطق بحكم الإدانة طبقا للمادة 592 ان يندر المحكوم عليه في حالة صدور حكم جديد عليه بالإدانة فان العقوبة الأولى ستندف عليه دون أن يكون من الممكن أن تلتبس بالعقوبة الثانية كما يستحق عقوبات العود بنصوص المواد 57 و58 من قانون العقوبات" والمادة 594 "لا يمتد إيقاف العقوبة إلى دفع مصاريف الدعوى أو التعويضات كما لا يمتد أيضا إلى العقوبات التبعية أو عدم الأهلية الناتجة عن حكم الإدانة".<sup>3</sup>

ثالثا: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي لوقف التنفيذ من حيث العقوبات التي يوقف

**تنفيذها:**

قد يقضي القاضي بعقاب المتهم بعقوبة واحدة و قد تتعدد العقوبات التي ينزلها على المتهم و له سلطة تقديرية في تحديد ما إذا كان يشملها جميعا وقف التنفيذ، أو يشمل بعضها دون الآخر و من ناحية أخرى، فان سلطته التقديرية تقف عند وقف العقوبة الأصلية و قد تمتد

<sup>1</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص107.

<sup>2</sup> جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص970.

<sup>3</sup> يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص382..

لن تشمل العقوبات التبعية و التكميلية، وقد يرد و وقف التنفيذ على الآثار الجنائية للحكم ، و خروجاً على السلطة التقديرية للقاضي في وقف التنفيذ فلا يجوز له أن يأمر بوقف تنفيذ جزء من العقوبة، كأن يأمر بوقف تنفيذ جزء من عقوبة الحبس أو الغرامة فالغرض الذي يستهدف من وقف تنفيذ جزء من العقوبة يسقط تنفيذ الجزء الأخر، فضلاً عن ما يلحق سلوك القاضي من ازدواج معاملة المتهم في شأن العقوبة الواحدة و أيضاً فلا يتمتع القاضي بأي سلطة تقديرية في شأن وقف تنفيذ أي من التدابير في خصوصها فتتعدم أي سلطة تقديرية للقاضي الجنائي.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص158.

## المبحث الثالث

## الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة

إن معظم التشريعات المعاصرة و في مختلف قوانينها فرضت على سلطة القاضي الجنائي التقديرية رقابة على تطبيقها، فهي إذن ليست مطلقة وإنما محاطة بضمانات عديدة تجعل سلطة القاضي الجنائي التقديرية، تتمحور في إطار معتدل بهدف الوصول إلى الحقيقة، فالرقابة على السلطة التقديرية هي جزئية في غاية الأهمية خاصة كأداة لها فاعليتها في رقابة هذه السلطة التي قد تكون سلاحاً خطيراً يهدد الحريات الفردية فضلاً عن كونها أداة تسمح للقاضي الجنائي الإفلات من مبدأ المشروعية الجنائية الذي يعتبر جدار أمان في مواجهة تعسف القضاة و طغيان بعضهم.

و مما لا شك فيه أن كل فكرة قانونية مهما كانت فإنها بحاجة إلى تطبيق سليم، و خير سبيل لتحقيق هذه الغاية هو فرض رقابة عليها، هذا ما سنحاول معالجته من خلال المطالب التالية.

ففي المطلب الأول: تسبب الأحكام الجنائية كوسيلة للرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وفي المطلب الثاني نطاق الرقابة القانونية على سلطة القاضي الجنائي التقديرية وفي المطلب الثالث و الأخير نوضح فيه الرقابة القانونية لمحكمة النقض على تكييف الوقائع و أثره على تقدير العقوبة.

## المطلب الأول: نطاق الرقابة القانونية على سلطة القاضي الجنائي التقديرية

القاضي الجنائي وما يتمتع به من سلطة تقديرية في مجال تطبيق القانون و تقدير العقوبة، ذلك لأن المشرع ليس بإمكانه أن يلم بكل الأنماط التي يمكن أن يظهر عليها السلوك الإنساني الذي يشكل ضرراً على المصالح محل الحماية القانونية لها و ليس بإمكانه أيضاً أن يضع يده على كل احتمالات الخطورة الإجرامية، فالقاضي الجنائي متروك له تقدير مدى توافر عناصر الجريمة من حيث جسامتها ركنيها المادي و المعنوي و توافر علاقة سببية بين الفعل الإجرامي و النشاط الجنائي.

### الفرع الأول: الخطأ القضائي بوجه عام

لقد رصد المشرع الإجراءات الجنائية برمتها لتجنب أخطاء القضاء الجنائي، و لعلاجها بالسير الحسن لجهاز العدالة ضمن منظومة تحمي الأفراد من التعسف بالمواجهة ضد الجريمة و المجرم، ما يكون قد وقع منها في كلمة القضاء النهائية ممثلة في الحكم القضائي باعتباره عنوان الحقيقة، ومن المسلم به أن القاضي هو كل شخص معين بقرار من رئيس الجمهورية، كعضو في السلطة القضائية مهمته تفسير القانون و تطبيقه على الخصومات المطروحة على المحاكم تمهيدا للفصل فيها، و تستمر هذه الصفة منذ صدور قرار تعيينه و أدائه اليمين القانونية وحتى تبليغه بقرار فصله أو نقله إلى وظيفة أخرى أو بوفاته أو بلوغه سن التقاعد.<sup>1</sup>

أولاً: صور أخطاء القضاة: تتنوع وتتعدد هذه الأخطاء فمنها ما سيأتي بيانه:

1- الخطأ القضائي الواقعي: و الخطأ في هذا المجال يعني أن الحقيقة التي وردت بالحكم المعيب مغايرة لتلك التي كان يجب أن يعلنها إما لعدم وقوع الجريمة التي أفصح الحكم عنها وان تكون قد ارتكبت و لكن من غير المدان بمقتضاه أو طبق عليه عقوبة اشد أو العكس.

2- الخطأ في الحكم القضائي: و يسع هذا الأخير ليشمل النشاط القانوني الذي يقوم به القاضي و ذلك إذا تصادم هذا النشاط مع قواعد القانون السارية، كالرابطه الخاطئة بين الحكم والقواعد القانونية أو التكييف المعيب أو التصرف بالتجاوز للحدود المرسومة قانوناً.

3- الخطأ الاحتمالي: و يرد هذا الخير على الأحكام التي تصدر من قبل المحكمة المختصة في حضرة المحكوم عليه فعليا أو اعتباريا، و يتسع ليشمل سائر الأخطاء التي يحتمل وقوع قضاء الدرجة الأولى فيها، سواء في القانون أو في الواقع أو مجرد القضاء السيئ.

4- الخطأ الافتراضي: ويتحقق كلما حصل إخلال من شأنه جعل المحاكمة مفتقرة إلى إحدى ضمانات سلامة الحكم، ذلك أن عقيدة القاضي الجنائي تركز على الحقيقة المستقاة من المجال الذي ينشأ بين طرفي الدعوى.

<sup>1</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص175.

و من المنطقي و البديهي أن النيابة العامة خصم حاضر دوما فلا محاكمة بدونها لذا يسمى القضاء الواقف، أما المتهم فقد يغيب متعمدا أو مجبرا أو قد يجهل موعد محاكمته و على القاضي أن يفحص سبب غيابه.<sup>1</sup>

و إذا كان حضور المتهم ضرورة تفرضها مقتضيات القانون الجنائي المعاصر، في تفريد العقوبة وانتفاء التدابير الاحترازية المناسبة للمتهم، ذلك لان الحقيقة في الدعوى الجنائية تكمن في صدر المتهم، ومن ثم يكون حضوره أمام القاضي ضمانا أولية كبرى للوصول إليها على السبيل الصحيح.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: حدود الرقابة على أخطاء القضاة

من المسلم به أن القاضي لا يعدو أن يكون إنسانا ومن طبائع البشر تصور وقوعه في الخطأ سواء في مجال حياته الخاصة أو حياته الوظيفية، ففي حياته الخاصة يباشر وظيفته كشخص عادي فله معاملات و نشاطه فخطؤه جائز و متوقع، ولا يمكن لأحد إنكاره ففي هذا المجال يخضع لقواعد و أحكام المسؤولية الجنائية أو المدنية و مع ذلك فهو حقه في مجال حياته الخاصة و اليومية، وقد قرر المشرع له حصانة معينة، و لم يكن الأمر متعلقا بحياته الوظيفية وهي ضمانا ضرورية حتى لا يكون القضاة كالأفراد العاديين فيما يؤثر على حيادهم و هيبتهم.<sup>3</sup>

**1- الأخطاء الوظيفية التي قد يقع فيها القاضي:** مما لا شك فيه أن أخطاء القاضي الوظيفية أمر جائز و متصور فهو أمر محتمل غير مستحيل أي بمعنى أن القاضي قد يقع في مجال ممارسته لأعماله الوظيفية قد يسأل عنها و قد لا يسأل عنها و المرجع في ذلك نصوص القانون و إرادة المشرع فحيث يقرر القانون مساءلة القاضي فلا يجوز الالتفات عن الأوامر في هذا الصدد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمات في التشريعات العربية، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 1973، ص 96.

<sup>2</sup> عزمي عبد الفتاح، تسبیب الأحكام و أعمال القضاة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993، ص 36.

<sup>3</sup> إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 2004، ص 900.

<sup>4</sup> يوسف جواد، المرجع السابق، ص 159.

و إذا كان الأصل انه في نطاق الأعمال الوظيفية لا ينسب للقاضي أي مسؤولية إذ يفترض انه لا يخطئ فان هذه القاعدة تستند إلى فكرة استقلال القضاة و عدم خضوعهم لأي جهة فضلا أن فتح باب المسؤولية على عاتقهم سيعرقل أعمالهم ويقعد بهم عن أداء واجبهم على أتم وجه خوفا من هذه المسؤولية لاسيما و أن أعمالهم معقدة و دقيقة.<sup>1</sup>

ويبقى الأساس الرئيسي عدم وقوع أخطاء في جانب القاضي في مجال حياته الوظيفية و المهنية سوى ما نص عليه المشرع هي فكرة الفصل بين السلطات التي تعد جوهر النظام السياسي في العصور الحديثة.

## 2- الأخطاء الوظيفية التي تقع من القاضي و يوجب مساءلته عنها: لا شك أن للمشرع

الكلمة العليا فيما يرى اعتباره من أخطاء القاضي التي يمكن محاسبته و مساءلته عنها، فمن حقه تحديد نطاق الأخطاء التي ترتب مسؤولية القاضي و قد حرص المشرع على تحديد هذه الأخطاء و إيرادها كل على سبيل الحصر فلم يترك المشرع تحديدها لأي من أجهزة السلطة القضائية بل رأى أن يوردها على سبيل الحصر حسما لأي مناقشة في شأنها أو قياس عليها، و هذه الحالات متمثلة في الخطأ المهني الجسيم، الغش أو الغدر أو التدليس، إنكار العدالة و حالات أخرى توجب على القاضي إيداع مسودة الحكم مشتملة على أسباب موقعة من الرئيس و الأعضاء عند النطق بالحكم مع ضرورة توقيع رئيس الجلسة و كاتبها على نسخة الحكم الأصلية خلال مدة زمنية معينة.<sup>2</sup>

## 3- الرقابة على أخطاء القضاة في حياتهم الخاصة و الوظيفية: إذا كانت أخطاء القضاة

متنوعة بتنوع نطاق أعمالهم التي وقعت فيها الأخطاء فان الرقابة على هذه الأخطاء تختلف وتتنوع فيما بينها و تختلف باختلاف هذه الأخطاء، فالرقابة على أخطائه في حياته الخاصة باعتباره فردا عاديا له ما للأفراد و عليه ما عليهم دون أن يكون مميزا عن غيره و ذلك طبقا لمبدأ المساواة بين الأفراد و هذا ما أكدته المواثيق الدولية و إعلانات الحقوق و القواعد الدستورية سواء أكانت مكتوبة أو عرفية أو من المبادئ العامة التي أصبح مسلم بها في العصر الحديث، وفي مجال هذه الأخطاء في حياته الخاصة خضع القاضي لرقابة المحاكم العادية فهو

<sup>1</sup> محمد علي الكيك، المرجع السابق، ص178.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص179.

يقيم الدعاوى على الغير وترفع عليه الدعاوى وفقا لأحكام قانون المرافعات و غيره من التشريعات المنظمة لقواعد التقاضي.<sup>1</sup>

أما من ناحية الرقابة على أخطاء القاضي الوظيفية الأصل أن يعفى القانون القاضي من المساءلة عنها، وهذه الأخطاء و إن كان لا يمكن مساءلة القاضي شخصيا عنها إلا أن الرقابة عليها تتاط به عند نظر الطعن المشار بشأنها، عند إعادة طرح النزاع عليه سواء بحسبانه قاضي معارضة أو عند تصديه لتصحيح الأخطاء المادية، فنتولى محكمة أعلى رقابة الأحكام المعيبة و المشوية بأخطاء سواء في جانبها الواقعي أو القانوني، و حسب الأحوال ففي مجال المعارضة فان التقرير بها يتوقف مصير الحكم على الفصل فيها و تعود الدعوى إلى المحكمة التي فصلت فيها ، و في مجال الطعن بالاستئناف تطرح الدعوى من جديد على المحكمة الأعلى لمراقبة القاضي الأدنى فهو طريق عادي للطعن على الأحكام التي شابها عيب لإصلاح الحكم من أخطاء قانونية أو موضوعية.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: تسبب الأحكام الجنائية كوسيلة للرقابة

#### على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

إن بيان قاضي الموضوع للأسباب التي يكشف من خلالها عن مصادر اقتناعه الموضوعي يمثل أهمية كبيرة للخصوم و لمحكمة النقض فبهذه الأسباب تستطيع محكمة النقض أن تمد رقابتها إلى التقدير الموضوعي لقاضي الموضوع في مضمونه و منهج الوصول إليه، وتبقى كما هي محكمة قانون تحاكم الحكم المطعون فيه أمامها وذلك من خلال رقابتها على عناصر التسبب.<sup>3</sup>

وعليه كانت هذه الأسباب ضمانات أساسية لتمكين المحكمة العليا من بسط رقابتها على الأحكام ومراقبة تسطير قاضي الموضوع لقناعته أثناء نظر الدعوى وإصدار أحكامه. حيث قد تعترض قاضي الموضوع بعض الشوائب التي تلازم حكمه مما قد يعرضه للنقض فيعمل على تجنبها، و تتمثل هذه الشوائب والتي تعد قواعد ضابطة لعملية التسبب في

<sup>1</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص159.

<sup>2</sup> محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص1143.

<sup>3</sup> علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبب الحكم الجنائي في مراحلته المختلفة، الطبعة الثانية، 2003، ص637.

إغفال القاضي إيراد الأسباب كلية وهو ما يعرف بعيب انعدام الأسباب، أو لم يورد الأسباب الواقعية الكافية فيكون الحكم مشوباً بعيب عدم كفاية الأسباب الواقعية، أو ما يطلق عليه في القضاء الفرنسي تخلف الأساس القانوني للحكم أو انعدامه، وبعبارة أدق يسمى نقصان الأساس القانوني للحكم، ويعرف هذا العيب بعيب القصور في التسبيب والذي يتحقق إذا ما حاد قاضي الموضوع عن بيان الأدلة الكافية والتي من شأنها نسبة الواقعة للمتهم وجاء رده على الطلبات الهامة و الدفع الجوهري غير كاف، أما إذا شاب استدلال قاضي الموضوع فساد من حيث استخلاصه للواقعة وظروفها والأدلة الثابتة في أوراق الدعوى أو فساد أو قصور يخالف العقل والمنطق فيكون الحكم هنا مشوباً بقصور الاستدلال.<sup>1</sup>

### الفرع الأول: التزام قاضي الموضوع بالتسبيب كضابط لحرية في الاقتناع

#### أولاً: تعريف التسبيب:

هو بيان النشاط الإجرائي للقاضي الجنائي الذي جعله يحكم بما انتهى إليه، وهو بذلك يكشف عن مدى كفاية و منطقية هذا النشاط للوصول إلى ذات النتيجة التي انتهى إليها قاضي الموضوع أو عدم كفايته.<sup>2</sup>

ففي التشريع الفرنسي تعددت مفاهيم التسبيب عبر التاريخ، حيث لم تتبلور إلا ابتداء من القرن الثالث عشر، وذلك ببدأ المحاكم في الالتزام بإيداع أحكامها أقلام الكتاب المختصة، وبعد قيام الثورة الفرنسية نصت الجمعية الوطنية في المادة 22 من قانون 8/9 أكتوبر 1789 بقولها "كل حكم بعقوبة جنائية من درجة ابتدائية أو نهائية يجب أن يبين الوقائع التي عوقب من أجلها المتهم".

وفي ظل قانون 16/24 أوت 1790 في مادته 15 نص على "الأسباب التي انتهى إليها الحكم يجب أن تكون مبررة".

و الملاحظ أن القانون الفرنسي ألزم القضاة بالتسبيب في أحكام محاكم الجناح والمخالفات دون الجنايات، هذه الأخيرة احترمت فيها مبدأ الاقتناع القضائي و عوض التسبيب بنظام المحلفين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عادل مستاري، المرجع السابق، ص 208.

<sup>2</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 134.

<sup>3</sup> المادة 342 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

أما المشرع الجزائري نص على الالتزام بالتسبب في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في نص المادة 379 بقولها " كل حكم يجب أن ينص على هوية الأطراف وحضورهم أو غيابهم في يوم النطق بالحكم، ويجب أن يشمل على أسباب ومنطوق" و النص هنا جاء عاما لم يحدد مدلول التسبب كغيره من التشريعات التي اكتفت بالنص على إلزام القضاة بتسبب أحكامهم، أو أن هذه الأسباب المنصوص عليها في المادة أعلاه هي الأساليب التي يقوم عليها المنطوق من الناحيتين الموضوعية و القانونية.<sup>1</sup>

و لقد اوجب القانون تسبب الأحكام لأن السبب في ذاته يمثل الاستدلال عل نتيجة تلك الأحكام ضمانا لجديتها و ثقة في عدالتها، كما أنها تعتبر الأدلة التي تعتمد عليها المحكمة كمصدر لإقناعه و إصدار حكمها بالإدانة أو البراءة.<sup>2</sup>

و لا تقف حقيقة مبدأ حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته عند هذا الحد فيما يتعلق بنطاقه و ضوابطه، و لكن يلزم أيضا أن يكون اقتناع قاضي الموضوع مبناه البحث و يخضع فيه هو نفسه لقواعد المنطق و الاستنتاج العقلي.<sup>3</sup>

وأن الالتزام بالتسبب الذي يلزم القاضي الجنائي أيضا أن يكون اقتناع قاضي الموضوع مبناه البحث و واجبا إجرائيا يقوم به لبيان أسباب اقتناعه الموضوعي بحقيقة الواقعة، و الأدلة التي تثبتتها أو تنفيها و بيان أسباب رده على الطلبات الهامة و الدفع الجوهرية التي تقدم إليه حتى يتمكن كل من له حق مراقبة الأحكام من الخصوم و محكمة الطعن من رقابتها،<sup>4</sup> وبهذا قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 145116 المؤرخ في 03/06/1996 المجلة القضائية، 1997، عدد 1، ص: 136 من المقرر قانونا انه تكون الأسباب أساس الحكم و لما ثبت- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما أسسوا براءة المتهمين على مجرد وجود اختلاف في تصريحات الضحايا حول زمن اقتراح الجرائم موضوع المتابعة دون تمحيص و مناقشة

<sup>1</sup> مولاي ملياني بغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 405.

<sup>2</sup> كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية نظريتا الأحكام و طرق الطعن فيها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، القاهرة، 2001، ص 54.

<sup>3</sup> علي حمود حمودة، حياد القاضي الجنائي في الإثبات، العدد الثامن، مجلة القضاء العسكري، ديسمبر 1994، ص 155.

<sup>4</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 149.

الوقائع كلها و الموازنة بينهما و تحديد مدلولها هو تأسيس قاصر و يعد قصورا فادحا في التعليل ومتى كان كذلك استوجب نقض القرارين.<sup>1</sup>

### ثانيا:الطلبات:

ويقصد بالطلبات في نطاق الدعوى الجنائية كل ما يتقدم به الخصوم فيها من طلبات بغية تحقيقها،لتأثر الفصل في الدعوى بالنتائج التي يصل إليها تحقيق الطلب،كطلب سماع شهود نفي،أو إعادة مناقشة شاهد إثبات أو طلب إجراء معاينة لمكان الحادث أو ندب خبير.<sup>2</sup>

### ثالثا:الدفع:

المقصود بها أوجه الدفاع القانونية أو الموضوعية التي يثيرها الخصم لتحقيق غايته من الخصوم الجنائية،و التي يترتب على الأخذ بها عدم الحكم على المدعي عليه من قبل المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بناء على التهمة المنسوبة إليه.<sup>3</sup>

**رابعا:شروط الطلبات و الدفع:** إذا كان المشرع قد ألزم محكمة الموضوع بان تفصل في الطلبات و الدفع التي تقدم إليها من الخصوم و أن تبين الأسباب التي تستند إليها في قبولها أو رفضها إلا أن جميع الطلبات و الدفع التي تقدم للمحكمة من الخصوم ليست مما يتعين قبولها و الالتزام ببيان أسباب الرد عليها،بل يجب أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط الشكلية و الموضوعية،<sup>4</sup> و المتمثلة في :

- 1- أن يكون الطلب أو الدفع جوهريا منتجا في الدعوى.
- 2- أن يكون الطلب أو الدفع صريحا و جازما في نفس الوقت.
- 3- و أن يكون الطلب أو الدفع قبل قفل باب المرافعة.

<sup>1</sup> جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، الجزء الثاني، المرجع السابق،ص735.

<sup>2</sup> مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه و أحكام القضاء، الطبعة الثانية، دار الفكر

العربي، القاهرة،مصر، 2005،ص1063

<sup>3</sup> محمد عيد الغريب، المرجع السابق،ص185.

<sup>4</sup> علي محمود علي حمودة، المرجع السابق، 2003،ص325.

4- يجب أن لا يكون موضوع الطلب أو الدفع متعلقا بسلطة المحكمة التقديرية في تقديرها للدليل.<sup>1</sup>

ومما تقدم ذكره فالالتزام بالتسبب هو الضابط لحرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته وهو الوسيلة التي عن طريقها يستطيع الخصوم و محاكم الطعن من رقابة الاقتناع الموضوعي الذي تكون لدى القاضي الجنائي و التأكد من انه قد توافرت لديه أدلة يقينية و كافية تكفي لتسببه في الحكم بثبوت الوقائع و نسبتها إلى المتهم،و بذلك لا يكون التسبب قيذا على حرية القاضي الجنائي في الاقتناع و تقديره للعقوبة المناسبة و إنما هو المثبت لمصدر هذا الاقتناع و التقدير الموضوعي و المنطقي و السليم المستصاغ في الحكم النهائي سواء بالإدانة أو البراءة.

### الفرع الثاني:ضوابط التدليل في الأحكام الجنائية

وتتمثل هذه الضوابط في أن يبين الحكم مؤدى الأدلة عما ثبت من وقائع الدعوى وظروفها، و أن يكون الدليل واضحا دون أن يكون فيه تناقض أو تضارب، و الرقابة على الخطأ في الإسناد و أن يكون استخلاص الواقعة سائغا وفق قواعد العقل و المنطق.<sup>2</sup>

**أولا:إيراد مضمون الأدلة و مؤداها:** يوجب القانون على قاضي الموضوع أن يورد في أسباب الحكم مضمون الأدلة التي استند عليها في حكمه،وان يكون بشكل وافي فلا تكفي مجرد الإشارة العابرة إليها،أو إيرادها بطريقة الإيجاز، و إنما يلزم ذكر هذا المضمون بطريقة واضحة لا لبس و لا غموض فيها،فلا تكفي الإشارة في الأسباب إلى شهادة شاهد دون بيان مضمون الشهادة أو الإشارة إلى المعاينة دون ذكر المستفاد منها، أو تقرير الخبير دون بيان مضمون ما انتهى إليه هذا التقرير.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> يوسف جوادي،المرجع السابق،ص141.

<sup>2</sup> عادل مستاري،المرجع السابق،ص207.

<sup>3</sup> مأمون محمد سلامة،المرجع السابق،ص1057.

ثانياً: أن تكون الأدلة فيما بينها منسقة غير متناقضة:

إن الأدلة يجب أن تكون صحيحة وواضحة و لذلك فإن بناء الحكم على أدلة غير صحيحة و غامضة يعرضه للبطلان، بحيث ما يكون ما بنى عليه القاضي الجنائي حكمه منها واضحاً و صحيحاً، يمكن أن يغطي شائبة الغموض أو التناقض و هذا ما يعرف بتساند الأدلة في المواد الجزائية.<sup>1</sup>

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في القرار رقم 41090 المؤرخ في 1984/10/09 المجلة القضائية، 1989، عدد 1، ص 305 بقولها "متى كان من المقرر قانوناً انه إذا وجد تناقضاً بين السؤال المطروح حول الإدانة مع جوابه بالإيجاب و بين منطوق الحكم القاضي بالبراءة، فإن الحكم يعد مخالفاً للقانون و يستوجب نقضه و إبطاله لما تضمنه من تناقض في منطوقه".<sup>2</sup>

ثالثاً: الرقابة على الخطأ في الإسناد:

1- تعريف الخطأ في الإسناد: ويقصد بالخطأ في الإسناد أن تبني المحكمة حكمها على دليل لم يطرح في الجلسة، أو غير ثابت بأوراق الدعوى أو على أقوال شاهد لم تسمعه أو اعتراف متهم لم يصدر منه أو عبارة جوهرية في تقرير لم ترد به، و إجمالاً يعتبر خطأ في الإسناد، كما لو استند الحكم إلى واقعة جوهرية اعتبرتها المحكمة صحيحة قائمة و هي لا وجود لها، لذلك فإن الدليل الذي لا أساس له في الأوراق يؤثر على موضوعية اقتناع المحكمة و بالتالي يكون من المنطق معيباً ووجه العيب هو الخطأ في الإسناد.<sup>3</sup>

2- شروط الخطأ في الإسناد: ويتحقق الخطأ في الإسناد بتوافر شرطين هما:

- أ- أن تستند المحكمة إلى أقوال أو وقائع ليس لها أصل ثابت في الأوراق.
- ب- أن تستند المحكمة إلى أقوال أو وقائع تخالف بذاتها ما ورد في الأوراق.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عاصم شكيب صعب، ضوابط تعليل الحكم الصادر بالإدانة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 225.

<sup>2</sup> جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 169.

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، الطعن بالنقض و طلب إعادة النظر في المواد الجنائية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2005، ص 348.

<sup>4</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 149.

## المطلب الثالث: الرقابة القانونية لمحكمة النقض

## على تكييف الوقائع و أثره على تقدير العقوبة

ويشترط لقبول الطعن بالنقض في الحكم أن يكون الحكم في الموضوع قابلاً للطعن فيه بالنقض و ذلك طبقاً للقواعد العامة في الطعن بالنقض، كما يجب أن يتوافر سبب من أسباب الطعن بالنقض في الحكم ذاته كما لو كان الحكم قد صدر بالمخالفة للقانون الإجرائي أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله أو كان الحكم باطلاً أو مبنياً على إجراءات باطلة،<sup>1</sup> دون اتخاذ إجراءات تنفيذها بعد صيرورة الحكم البات.<sup>2</sup>

فتمارس محكمة النقض رقابتها على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تكييف الوقائع، والقاضي يمر بمرحلتين أثناء التكييف، ففي المرحلة الأولى يحدد النموذج القانوني للجريمة الذي يراد إجراء المطابقة معه، ليوقف على الأركان و الشروط اللازمة لقيام الجريمة، أما في المرحلة الثانية يفحص الواقعة المطروحة أمامه ليقف على مكوناتها و عناصرها في ضوء النموذج القانوني للجريمة، فإذا وجد القاضي تطابقاً بين الحالة الواقعية و بين النموذج القانوني للجريمة اثبت قيامها، و رتب على ذلك آثارها وهي توقيع الجزاء المقرر، أما إذا اختلفت المطابقة لغياب عنصر أو شرط فان الجريمة لا تقوم و ليس معنى أن مهمة القاضي قد انتهت بل عليه أن يبحث فيما إذا كان تخلف احد العناصر أو شرط افتراض قد ترتب عليه توافر نموذج قانوني آخر، و ينصب التكييف القضائي على الواقعة حين يبحث القاضي فيما إذا كانت الواقعة المطروحة أمامه تقع تحت نص معين في قانون العقوبات كما ينصب على الجريمة حين يبحث القاضي في طبيعتها بالنظر إلى نوع و قدر العقوبة المقررة لها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الأنصاري حسن النيداني، القاضي و الجزاء الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص116.

<sup>2</sup> ياسر الامير فاروق، تقادم العقوبة في الفكر الجنائي المعاصر، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010، ص90.

<sup>3</sup> عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص48.

### الفرع الأول: الرقابة على التكييف القانوني للواقعة في القانون الموضوعي

إن الرقابة على التكييف القانوني للواقعة في القانون الموضوعي، يتسع ليشمل تحديد نوع الواقعة و ما يترتب على هذا التحديد من عقوبة ذلك انه من المستقر أن الجرائم تنقسم إلى جنايات وجنح م مخالفات فلكل جريمة عقوبة تختلف عن الأخرى، وإذا قرر القانون للجريمة عقوبات مختلفة في النوع فالعبرة في تكييفها بالعقوبة الأشد، فالمشرع في جناية عقوبتها السجن يعاقب عليها بالسجن مدة لا تزيد عن نصف الحد الأقصى المقرر قانوناً أو الحبس و العبرة في تطبيق معيار التمييز بين الجرائم هو بالعقوبات الأصلية دون العقوبات التبعية و التكميلية و المعول عليه هو التكييف التي تضيفه المحكمة لتكييف التي تسبقه النيابة العامة عليها، و ترفع به الدعوى وعلى ذلك فان تكييف الواقعة بأنها جناية و ليست جنحة أو جنحة و ليست مخالفة يعد فصلاً في المسألة القانونية و الخطأ فيه هو خطافي تطبيق القانون أو تأويله.

و إذا كان وجود الظرف سواء كان مشدداً أو مخففاً أو العذر القانوني، يدخل في سلطات قاضي الموضوع إذ هي مسألة موضوعية لا رقابة عليها من محكمة النقض إلا أن أثر هذا الوجود و التكييف الذي يسبغه القاضي من حيث العقوبة و هو من الأمور القانونية التي يجب أن تخضع لمحكمة النقض.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الرقابة على التكييف الخاص بموانع العقاب

قد تقع جريمة كاملة الأركان و العناصر و مع ذلك لا يترتب على قيامها العقاب ذلك أن المشرع نص على الإعفاء من العقاب و الأمر يتوقف على التحقق من السبب المعفي ذلك عدم إنزال العقوبة على المتهم بناء على قول المحكمة بقيام هذا السبب وهو خطأ قانوني، يجب على المحكمة فرض الرقابة عليه، أي على تكييف الواقعة و ما إذا كانت سبباً مانعاً من العقاب بنص القانون أم لا،<sup>2</sup> وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها تحت رقم 27789 المؤرخ في 1981/12/08 نشرة القضاة، 1985، عدد 1، ص: 87 أن القانون لا يعاقب الشريك بالمساعدة إلا إذا كان عالماً بالجريمة التي يرتكبها الفاعل الأصلي و من المستقر قضاء أن السؤال المتعلق

<sup>1</sup> رمزي رياض عوض، التفاوت في تقدير العقوبة المشكلة و الحل، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2005، ص 102.

<sup>2</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 176.

بإدانة الشريك بالمساعدة يجب أن يتضمن عنصر العلم و إلا كان الحكم المبني عليه ناقص الأساس القانوني.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: الرقابة على التكييف الخاص بأسباب الإباحة

أسباب الإباحة هي الظروف التي نص عليها المشرع، وجعل من أثارها في الصفة غير المشروعة عن الفعل و لما كانت القاعدة التي تتيح للفرد تحقيق واقعة معينة، لا يلزم أن تكون في قانون العقوبات إنما يمكن أن تتواجد في أي فرع من فروع النظام القانوني للدولة، و هي لم ترد على سبيل الحصر و يجوز اللجوء إلى التفسير الموسع و إلى القياس، كما يجوز اللجوء إلى العرف لإباحة سلوك معين و لا يعد ذلك خروجاً على مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات.<sup>2</sup>

فإذا كانت أسباب الإباحة قد تجد مصدرها في قانون آخر غير قانون العقوبات، فإن وجودها أو عدم وجودها هو من الدفوع الموضوعية التي يجب التمسك بها لدى محكمة الموضوع، و لا يجوز أثارها لأول مرة أمام محكمة النقض فالرقابة على التكييف ينصب على الواقعة و ما إذا كانت الواقعة تمثل سبباً من أسباب الإباحة من عدمه،<sup>3</sup> فقضت المحكمة العليا في القرار رقم 306921 الصادر بتاريخ 29/04/2003 المجلة القضائية، 2003، عدد 1، ص: 398 إن المحكمة قد أخطأت بين أسباب الإباحة و الأعذار المعفية فالأخيرة تعفي من العقوبات و لا تمحو الجريمة و لا تنفي المسؤولية عن فاعلها عكس الأفعال المبررة يترتب عنها إخلاء ساحة المتهم من المتابعة تطبيقاً لمبدأ الشرعية التي كرسها الدستور في المادة 45.<sup>4</sup>

### الفرع الرابع: الرقابة القانونية على توقيع العقوبة

إذا كانت محكمة النقض تراقب محكمة الموضوع في حالات الخطافي تطبيق القانون أو تفسيره على التفصيل السابق عرضه فإنها تقوم كذلك بهذه الرقابة عند الخطأ في توقيع العقوبة كان يقضي الحكم بعقوبة تختلف في نوعها عن العقوبة الواجبة القضاء بها أو تقل في حدها الأدنى أو تزيد في حدها الأقصى عند اتحاد العقوبة في النوع أو كان تقضي بعقوبة تكميلية

<sup>1</sup> جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 119.

<sup>2</sup> مأمون سلامة، المرجع السابق، ص 182.

<sup>3</sup> يوسف جوادي، المرجع السابق، ص 176.

<sup>4</sup> جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 963.

بغير سند من النص المطبق أو بعدم توقيها رغم أنها وجوبية و بان تجمع بين عقوبتين أصليتين لا يجوز الجمع بينهما أو يحكم بعقوبة ليست من بين العقوبات التي يقرها التشريع العقابي.<sup>1</sup>

فالقاضي الجنائي وجب عدم إلزامه بتسبب حكمه فيما يتعلق باختياره لعقوبة معينة دالة بين الحد الأدنى و الحد الأقصى المقررين بمقتضى القانون فيه نوعا من إثقال عاتق القاضي، فالقاضي الجنائي عند توقيع الجزاء الواجب النطق به على المتهم فهو يشعر به من خلال ظروف و ملابسات كل جريمة و طالما أن سلطة القاضي الجنائي التقديرية في مجال إنزال العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات سواء في الحد الأدنى أو الحد الأقصى فلا معنى هنا لرقابة محكمة النقض، أما إذا انزل القاضي بالمتهم عقوبة غير منصوص عليها قانونا فهنا يكون لمحكمة النقض بسط رقابتها.

<sup>1</sup> فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص 836.

## الخاتمة

إن دراستنا لموضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، يعتبر من المواضيع البالغة الأهمية سواء على المجالين العلمي و العملي، فالسلطة القضائية تكسب الفعالية للقانون بوجه عام من خلال تطبيقه اعتماداً على ما تتمتع به من سلطة تقديرية.

و مما لا شك فيه أن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، هي الرخصة الممنوحة في اختيار العقوبة التي يراها مناسبة لحالة المتهم و ظروف ارتكاب الجريمة في ضوء الحدود المقررة بالقانون، كما اعتبرت عملية تطبيق النصوص القانونية المجردة في مجال يترك فيه المشرع للقضاء حرية التقدير في حدود التنظيم القانوني، تحقيقاً لما يعرف بالتفريد القضائي حتى يساهم القاضي في تحقيق المساواة و العدالة بين أفراد المجتمع بشكل فعال.

وكان لا بد من تتبع التطور التاريخي لفكرة السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وفق الأنظمة الجنائية المختلفة، وتجد السلطة التقديرية للقاضي الجنائي نطاقها، بوضع المشرع سلفاً حد أعلى و حد أقصى للعقوبة، و جعلهما حداً هذه السلطة وهي تتسع طردياً باتساع الفارق بين هذين الحدين.

و على الرغم من أن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي تحقق التفريد القضائي للعقوبة، إلا أنه من الصعب على القوانين الجنائية النص على جميع الضوابط و الوقائع و الشروط و وسائل ارتكاب الجريمة، و إنما ينص القانون على بعض منها تاركاً الباقي لسلطة القاضي الجنائي التقديرية التي لا يلجأ إليها القاضي الجنائي إلا إذا وجد ما يبرر اللجوء إليها ضمن الحدود والضوابط المنطقية.

فالتشريعات الجنائية تباينت في تحديد ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بين موسع ومضيق، و منها ما انتهج اتجاه معتدل، آخذة بعين الاعتبار كل ما هو متعلق بظروف المجرم والجريمة حتى لا يكون تقدير القاضي الجنائي خارج إطار القانون للوصول إلى تحقيق مبدأ العدالة و المساواة في تطبيق القانون أمام الجميع.

و تجد السلطة التقديرية للقاضي الجنائي تطبيقاتها عند ممارسته للسلطة التقديرية في مجال العقوبة، في التقدير الكمي و النوعي، الذي تبنته معظم التشريعات منذ مدة و بنسب

متفاوتة، بالإضافة إلى السلطة الممنوحة للقاضي الجنائي في تشديد العقوبة أو تخفيفها، حيث أدرج المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 06-23 المعدل و المتمم لقانون العقوبات إفادة الشخص المعنوي بظروف التخفيف، و تقاديا لمساوي العقوبات السالبة للحرية، منح المشرع للقاضي سلطة وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها إذا رأى أن من مصلحة المحكوم عليه إبقائه خارج المؤسسة العقابية.

و إلى جانب ما يتمتع به القاضي الجنائي من سلطة تقديرية في مجال العقوبة، فإن المشرع وضع له قيودا، متمثلة في الرقابة على هاته السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، بإلزام القاضي الجنائي بتسبب أحكامه كضابط لحرية الاقتناع ثم ضوابط التدليل في الأحكام الجنائية، و الرقابة القانونية لمحكمة النقض على الحكم و أثره على التقدير في العقوبة.

ثم يمكن القول إننا توصلنا بعد عملية البحث و الدراسة إلى مجموعة من النتائج التي يمكن إيجازها فيما يلي:

1. إن سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة لا تتعارض مع مبدأ المشروعية، لان سلطته ليست مطلقة بل سلطة قانونية شرعية تخضع لمبدأ المشروعية الذي تطور على نحو ترك المجال للقاضي الجنائي أن يعمل سلطته التقديرية في تقدير العقوبة التي حددها المشرع سلفا.
2. إن لكل جريمة عقوبة مقررة لها قانونا وان لكل عقوبة حدين حدا أقصى يصعد بالعقوبة إلى أعلى درجاتها، و أدنى ينزل بها إلى أدنى درجة مقررة قانونا.
3. السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجنائي أصبحت من المسلمات في هذا العصر، لكونها المخرج الذي يلجا إليه القضاة عند استنفاد العقوبات المقررة قانونا، لعدم تناسبها للجرم المرتكب أو الظروف المجرم، و من اللجوء إلى حلول أخرى منحها المشرع في إطار ما يسمى بالسلطة التقديرية.
4. لا يقتصر قاضي الموضوع في استدلاله على الحقيقة ولكنه يمكن أن يستعين بقواعد الاستنتاج و الاستنباط، من خلال الموازنة بين المقدمات و النتائج المترتبة عليها.
5. يجب أن تخضع السلطة التقديرية عند تطبيقها لضوابط يهتدي بها القاضي الجنائي عند تقدير العقوبة، فالهدف من وجود هذه الضوابط هي الوصول إلى قياس سليم و متكامل، و إن كانت

بعض التشريعات نصت صراحة على هذه الضوابط، في حين المشرع الجزائري تركها لفظنة وحكمة القاضي الجنائي.

6. المشرع الجزائري ساير المشرع الفرنسي في مجال العمل بالنظام التخيري في إطار ضيق عند تقديره للعقوبة، حيث حصر هذه العقوبات التخيرية في الحكم بالحبس أو الغرامة أو الحكم بهما معا في المخالفات و الجنح دون الجنايات، و هو عمل مستساغ كون الجرائم الخطيرة تتطلب توقيع اشد العقوبات عليها.

7. إن التسبب ليس قيذا على حرية القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، و إنما ضابط لهذه الحرية حتى لا يتسنى استخدامها فالالتزام بالتسبب يحقق التوازن بين حرية القاضي في سلطته التقديرية و بين فرض الرقابة عليها.

8. المشرع الجزائري في تعديله الأخير للظروف المخففة و المشددة للعقاب، فقد أولى اهتماما كبيرا بالغرامة المالية كأداة ردعية، وهذا تماشيا مع التشريعات الحديثة على أساس اناي شخص ملزم في ماله و ليس في شخصه، كما أن بعض الفقهاء و بعض نقاد علم الإجرام و العقاب قد نادوا باستبدال عقوبة السجن أو الحبس بعقوبة الجلد، نظرا إلى أن المؤسسات العقابية أصبحت كأداة لتنمية الجريمة.

و على ضوء ما تقدم يمكن أن نعطي الاقتراحات التالية:

**أولاً:** إعادة النظر في العقوبات المقررة لبعض الجرائم و التي تشكل خطورة على المجتمع وذلك برفع حدها الأدنى و الأعلى و أن لا يكون الفارق كبيرا بين هذين الحدين، بحيث تكون العقوبة مناسبة حتى ولو استخدم القاضي الجنائي سلطته التقديرية.

**ثانياً:** الأخذ بنظام بدائل العقوبات السالبة للحرية، على غرار ما هو معمول به في كثير من التشريعات لما في ذلك من اثر على عملية الإصلاح و التأهيل و التخفيف من مشكلة ازدحام السجون وبما يعود بالفائدة على التفريد التنفيذي للعقوبة.

**ثالثاً:** مراعاة مبدأ تخصص القاضي الجنائي، وذلك من خلال اختياره ضمن شروط ومواصفات معينة إذ أن وظيفة القاضي الجنائي ليست بالمهمة السهلة و تتطلب خبرات ومهارات قانونية.

**رابعاً:** ضرورة إعادة النظر في حجم القضايا المطروحة على القاضي الجنائي، و عدم إرهاقه بها و التي من شأنها أن تفسح المجال للقاضي الجنائي في توقيع العقوبة،وفق سلطته التقديرية التي حولها إياه المشرع .

**خامساً:** ضرورة اخذ المشرع الجزائري بنظام العقوبات من الشريعة الإسلامية لأنها أكثر الديانات السماوية عدلا و إنصافا، خاصة في العقوبات المقدره من الشارع الحكيم،وان مجال السلطة التقديرية للقاضي الجنائي يكون في العقوبات التعزيرية.

## قائمة المصادر و المراجع:

### أولاً: المصادر

أ- القرآن الكريم:

ب- السنة النبوية:

ج- النصوص القانونية:

1. القانون رقم: 79-07 المؤرخ في 26 شعبان 1399 الموافق ل 21 يوليو 1979، المعدل و المتمم بالقانون رقم: 98-10 المؤرخ في ربيع الثاني 1419 الموافق ل22 غشت 1998 المتضمن قانون الجمارك.
2. قانون رقم: 06-01 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم: 14 المؤرخة في 08/03/2006، معدل و متمم بالقانون رقم: 11-15 المؤرخ في: 02 غشت 2011، الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 10/08/2011.
3. الأمر رقم: 05-06، المؤرخ في: 23/08/2005، المتعلق بمكافحة التهريب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد59، المؤرخة في 28/08/2005.
4. المادة: 29 من الأمر رقم05-06، المؤرخ في 23/08/2005، المتعلق بمكافحة التهريب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد59، المؤرخة في 28/08/2005.
5. قانون رقم 05-01 المؤرخ في 06 فبراير سنة2005، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:11 مؤرخة في: 09 فيفري 2005.

## ثانيا: المراجع

### أ- الكتب العامة

1. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء السادس، دار التوفيقية للطباعة، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.
2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الطبعة التاسعة، الجزء الثاني، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008
3. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة العاشرة، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011 .
4. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة العاشرة، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011.
5. أحمد فتحي سرور، النقض الجنائي، الطعن بالنقض و طلب إعادة النظر في المواد الجنائية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2005
6. الأنصاري حسن النيداني، القاضي و الجزاء الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.
7. إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 2004
8. باسم شهاب، جرائم المال و الثقة العامة، بيرتي للنشر، الجزائر، 2013.
9. توفيق شمس الدين أشرف، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
10. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الجنائي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
11. حسن صادق المرصفاوي، ضمانات المحاكمات في التشريعات العربية، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 1973.
12. حسني محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2008

13. دليلة فركوس، **الوجيز في تاريخ النظم**، دارالمرغائب و النفائس، الجزائر، بدون سنة نشر.
14. رضا فرج، **قانون العقوبات الجزائري**، الأحكام العامة للجريمة، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.
15. رمزي رياض عوض، **التفاوت في تقدير العقوبة المشكلة و الحل**، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2005
16. رمسيس بهنام، **نظرية التجريم في القانون الجنائي**، معيار سلطة العقاب تشريعيا و تطبيقا، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1996.
17. سعد عبد العزيز، **جرائم الاعتداء على الأموال العامة و الخاصة**، الطبعة السادسة، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2012
18. سهيل إدريس، **المنهل قاموس فرنسي عربي**، الطبعة الثانية و العشرون، دار الآداب للنشر و التوزيع، بيروت، 1999.
19. السيد محمد حسن شريف، **النظرية العامة للإثبات الجنائي**، رسالة دكتوراه، دار النهضة، مصر، 2002.
20. صالح فركوس، **تاريخ النظم القانونية و الإسلامية**، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.
21. عادل عازر، **النظرية العامة في ظروف الجريمة**، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، 1967.
22. عادل قورة، **محاضرات في قانون العقوبات**، القسم العام للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001
23. عاصم شكيب صعب، **ضوابط تغليل الحكم الصادر بالإدانة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
24. العايش نواصر، **تقنين العقوبات**، مطبعة عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 1991
25. عبد الرحمان خليفاتي، **الحماية القانونية للمتعامل بالشيك في القانون الجزائري المقارن**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009.

26. عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983
27. عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، نظرية الجريمة، نظرية الجزاء الجنائي، دار هومه للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2010
28. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2007.
29. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2009.
30. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
31. عبد المنعم أحمد بركة، أساسيات في التشريع الجنائي الإسلامي، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، بدون سنة
32. العربي شحط عبد القادر و نبيل صقر، الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه و الاجتهاد القضائي، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006.
33. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام و أعمال القضاة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993.
34. علي حمود حمودة، حياد القاضي الجنائي في الإثبات ، العدد الثامن، مجلة القضاء العسكري، ديسمبر 1994
35. علي محمد جعفر، فلسفة العقاب و التصدي للجريمة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى بيروت، لبنان، 2006.
36. علي محمود علي حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحلته المختلفة، الطبعة الثانية، 2003
37. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر
38. كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية نظريتا الأحكام و طرق الطعن فيها، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، القاهرة، 2001.

39. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه و أحكام القضاء، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005
40. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
41. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004
42. محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجزائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
43. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، 2007.
44. محمود مصطفى محمود، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983.
45. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
46. مروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، الجزائر، 2009.
47. مسعود زيدة، القرائن القضائية، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.
48. منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي العام، فقه قضايا، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، بدون سنة.
49. منصور رحمانى، الوجيز في القانون الجنائي، فقه و قضايا، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 2006.
50. مولاي ملياني بغدادى، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
51. ياسر الاميرفاروق، تقادم العقوبة في الفكر الجنائي المعاصر، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2010.
52. يوسف دلاندة، قانون العقوبات، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2009

## الكتب المتخصصة

1. حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة و التدابير الاحترازية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002. حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة و التدابير الاحترازية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002.
2. حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة و التدابير الاحترازية، الدار الجماهيرية للنشر و التوزيع والإعلان، ليبيا، 2002
3. فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2006.
4. محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة و تشديدها و تحقيق ووقف تنفيذها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007
5. يوسف جوادي، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2011

## الرسائل العلمية:

1. جمال قتال، دور القرائن في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية، 2006/2007.
2. جواهر الجبور، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حدها الأدنى و الأعلى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2013.
3. ربيعة تباري زواش، التدابير الاحترازية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012.
4. زوز هدى، الإثبات بالقرائن في المواد الجزائية و المدنية دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010/2011.
5. سارة قريمس، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير فرع القانون الجنائي و العلوم الجنائية، جامعة الجزائر (1)، 2012.

6. عادل مستاري، المنطق القضائي و دوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق فرع القانون الجنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010/2011.

7. عبد الرزاق بن طاية، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2014.

8. موسى قروف، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق فرع قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2014.

9. نبيل شهرة، جريمة إصدار شيك بدون رصيد في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2014.

10. محمد محدة، "السلطة التقديرية للقاضي الجزائي"، مجلة الملتقى الدولي الأول حول الاجتهاد القضائي في المادة الجزائية وأثره على حركة التشريع، العدد الأول، مارس 2004

رقم الصفحة	الفهرس
أ	مقدمة
06	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة.
06	المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة
06	المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية لغة و اصطلاحا
06	الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية لغة
07	الفرع الثاني: تعريف السلطة التقديرية اصطلاحا
09	المطلب الثاني: تمييز السلطة التقديرية عما يشابهها
09	الفرع الأول: التفرقة بين السلطة التقديرية و السلطة التحكيمية
10	الفرع الثاني: تمييز السلطة التقديرية عن الحق الشخصي
10	الفرع الثالث: التمييز بين السلطة التقديرية والقضاء بعلم القاضي الشخصي
10	الفرع الرابع: التمييز بين السلطة التقديرية للقاضي و التقدير القضائي
11	الفرع الخامس: التمييز بين السلطة التقديرية و التقرير القضائي
11	المطلب الثالث: صور السلطة التقديرية
11	المطلب الرابع: موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي
15	المبحث الثاني: تطور فكرة السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة وفق الأنظمة الجنائية.
15	المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة وفق النظام الحر
15	الفرع الأول: المجتمعات البدائية
20	الفرع الثاني: القرون الوسطى
22	الفرع الثالث: العصر الحديث
24	المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة وفق النظام المقيد
26	المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة وفق النظام المختلط.
29	المطلب الرابع: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة وفق نظام الشريعة الإسلامية.
30	الفرع الأول: جرائم الحدود

32	الفرع الثاني: جرائم القصاص و الدية
32	الفرع الثالث: جرائم التعزير
33	المبحث الثالث: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة
34	المطلب الأول: آراء الفقهاء في تحديد ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة.
34	الفرع الأول: الاتجاه الموسع لسلطة القاضي الجنائي التقديرية
36	الفرع الثاني: الاتجاه المضيق لسلطة القاضي الجنائي التقديرية
37	الفرع الثالث: الاتجاه المعتدل لسلطة القاضي الجنائي التقديرية
39	المطلب الثاني: أنواع ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة
39	الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بالجريمة
50	الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بالجاني
57	المطلب الثالث: الغاية من السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة
60	الفصل الثاني: تطبيقات على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة
61	المبحث الأول: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التدرج الكمي و الاختيار النوعي للعقوبة
61	المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التدرج الكمي للعقوبة
61	الفرع الأول: نظام التدرج الكمي القضائي و تطوره التوسعي
63	الفرع الثاني: نظام التدرج الكمي الثابت في النظم القانونية المختلفة.
65	الفرع الثالث: نظام التدرج الكمي النسبي
67	المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في الاختيار النوعي للعقوبة
68	الفرع الأول: نظام العقوبات التخيرية
75	الفرع الثاني: نظام العقوبات البديلة
80	المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التخفيف و التشديد و وقف التنفيذ القضائي للعقوبة
80	المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تخفيف العقوبة
80	الفرع الأول: أسباب تخفيف العقوبة
83	الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تخفيف العقوبة

89	الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن منح الظروف المخففة للشخص الطبيعي
90	الفرع الرابع: موقف الشريعة الإسلامية من الظروف القضائية المخففة
91	المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تشديد العقوبة
91	الفرع الأول: تعريف ظروف التشديد
92	الفرع الثاني: تقسيم ظروف التشديد
94	الفرع الثالث: خصائص ظروف التشديد
94	المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تشديد عقوبة العائد و المجرم المعتاد
95	الفرع الأول: تعريف العود
95	الفرع الثاني: شروط العود
96	الفرع الثالث: الاعتياد على الإجرام
97	الفرع الرابع: صور العود بالنسبة للشخص الطبيعي و المعنوي
109	المطلب الثالث: السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في وقف تنفيذ العقوبة
109	الفرع الأول: تعريف وقف التنفيذ
112	الفرع الثاني: حدود السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في مسألة وقف التنفيذ
115	<b>المبحث الثالث: الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة</b>
115	المطلب الأول: نطاق الرقابة القانونية على سلطة القاضي الجنائي التقديرية
116	الفرع الأول: الخطأ القضائي بوجه عام
117	الفرع الثاني: حدود الرقابة على أخطاء القضاة
119	المطلب الثاني: تسبيب الأحكام الجنائية كوسيلة للرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي
120	الفرع الأول: التزام قاضي الموضوع بالتسبيب كضابط لحرية في الاقتناع
123	الفرع الثاني: ضوابط التدليل في الأحكام الجنائية
125	المطلب الثالث: الرقابة القانونية لمحكمة النقض على تكيف الوقائع و أثره على تقدير العقوبة
126	الفرع الأول: الرقابة على التكيف القانوني للواقعة في القانون الموضوعي

126	الفرع الثاني: الرقابة على التكيف الخاص بموانع العقاب
127	الفرع الثالث: الرقابة على التكيف الخاص بأسباب الإباحة
127	الفرع الرابع: الرقابة القانونية على توقيع العقوبة
129	الخاتمة
132	الملاحق
136	قائمة المصادر و المراجع

## ملخص

إن اعتراف المشرع و منحه السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في مجال العقوبة لم تكن وليدة عصر من العصور و لا مجتمع من المجتمعات، و إنما هي فكرة تراكمية نتجت عن التطورات الحاصلة في المجتمعات عبر الأزمنة التاريخية المتعاقبة وإن كانت آراء الفقه الجنائي قد تباينت في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في كل دولة إلا أن وجود هذه السلطة أصبح من المسلمات في النظم الحديثة لتحديد مفهومها.

و على الرغم من أن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي تحقق التفريد القضائي للعقوبة، إلا أنه من الصعب على القوانين الجنائية النص على جميع الضوابط والوقائع والشروط ووسائل ارتكاب الجريمة، وقد وضع المشرع الجزائري عقوبات تتراوح بين حدين أدنى و أقصى تاركا السلطة التقديرية للقاضي الجنائي لاختيار القدر اللازم من العقوبة فيما بين الحدين بهدف مراعاة لظروف المحكوم عليه من جهة ، و ملائمة الجريمة من جهة أخرى، بالإضافة إلى السلطة الممنوحة للقاضي الجنائي في تشديد العقوبة أو تخفيفها، حيث أدرج المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 06-23 المعدل و المتمم لقانون العقوبات إفادة الشخص المعنوي بظروف التخفيف، كما استحدث عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة أصلية بديلة للعقوبة السالبة للحرية وذلك بموجب القانون رقم 09-01 المعدل و المتمم لقانون العقوبات في المواد من 5مكرر 1 إلى 5مكرر 6 .

كما أن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجنائي في مجال العقوبة، ليس على إطلاقه بينما ترد عليها قيود للحد من هذه السلطة، فكان لزاما من وجود رقابة قضائية عليها تمنع القاضي من التحكم أو الحكم حسب الأهواء في تطبيق القانون.