

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر - بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

مذكرة تخرج لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي
تحت عنوان :

شرعية العقوبة في ضوء مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان

تحت إشراف الدكتور

إعداد الطالبة

عزري الزين

عثمانية كوسر

بتاريخ : أمام اللجنة المتكونة من :

الأستاذ الدكتور : محمد محدة جامعة محمد خيضر - بسكرة رئيسا

الدكتور عزري الزين جامعة محمد خيضر - بسكرة مقرا ومشرفا

الدكتور بوفليح سالم جامعة محمد بوضياف - المسيلة ممتحا

الدكتور بخوش مصطفى جامعة محمد خيضر - بسكرة ممتحا

السنة الجامعية 2006/2005

مقدمة

تناولت في هذا الموضوع مسألة في غاية من الأهمية ، ألا وهي مسألة شرعية العقوبة ، والتنظيم القانوني لها وما تثيره من قضايا واتجاهات متباينة المشارب . ويكتسب الحديث عن شرعية العقوبة أهمية بالغة ، ذلك أن العقوبة تتميز بما تتطوي عليه من إيلاء للمحكوم عليه وهذا الإيلاء يتحقق بالمساس بالحقوق الشخصية القانونية للمحكوم عليه ، حرياته الشخصية وحقوقه ومصالحه المالية ، وعلّة ذلك أن هذا الجزاء الجنائي يتميز بسبب معين وهو ارتكاب الجريمة وهو ما يمثل أقصى درجات العمل غير المشروع، ويقتضي ذلك توفير درجة معينة من قوة الإلزام التي تتطوي على القاعدة العقابية ، وهو ما يبدو في قدر الخشية الذي يتوافر لدى الأفراد من مخالفة هذه القاعدة ، ومع ذلك فإن هذا الإيلاء أو الانتقاص من حقوق الأشخاص يجب أن يقدر بقدره ولا يجوز أن يتخطى الحد الأدنى لحقوق الإنسان المنصوص عليها سواء في مصدرها الدولي أو الديني أو الوطني ، خاصة أن السياسة العقابية الحديثة قد اهتمت بشخصية المحكوم عليه ونادت بضرورة مراعاتها عن طريق احترام ما لديه من حقوق الإنسان. وإذا كانت الدولة هي صاحبة السلطة في العقاب وهي التي تملك إنزاله بمن يستحقه ، فإنه من الأجدر أن تحيطه بضمانات وضوابط تكفل وضعه في موضعه وعدم الافتتات على حقوق الناس ، وتمنع ما يمكن أن يحدث من مظالم . والواقع أن مظنة الانحراف والشطط على الدوام قائمة ، مادامت الدولة تمارس سلطاتها على أيدي بشر غير معصومين من الزلل ، لذلك فإن التنظيم القانوني لتلك السلطة وتقييدها بالضوابط هو الحد قدر المستطاع من أخطاء أولئك الذين يناط بهم استخدامها .

وإذا كان الحق في شرعية العقوبة مكفولا دستوريا ومنصوصا عليه في كافة المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان العالمية والإقليمية منها وأغلبها صادقت عليها الجزائر، فإن ذلك يعتبر إقرار لهذا الحق الذي أوجدته الشريعة الإسلامية من قبل أربعة عشر قرنا، وبالتالي فإن الإشكالية التي تطرح نفسها والتي تمثل القضية الرئيسية لبحثنا هذا هي:

ما مدى التزام المشرع الوطني بضوابط شرعية العقوبة الموجودة بمصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان في كل من قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية وقانون تنظيم السجون؟.

وهذا الإشكال يستتبع العديد من التساؤلات التي تطرح نفسها ومن بينها:

1. ما مدى ملاءمة ضوابط الشرعية الموضوعية للعقوبة مع مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان؟.
2. ما مدى ملاءمة ضوابط الشرعية الإجرائية للعقوبة مع مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان؟.
3. ما مدى ملاءمة ضوابط شرعية العقوبة أثناء تنفيذها مع مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان؟.

و مما دفعني إلى ولوج البحث في موضوع كهذا ما يلي:

أنه رغم كثرة البحوث والكتابات التي تناولت موضوع العقوبة من جهة وحقوق الإنسان من جهة أخرى، إلا أنه لم يسبق وأن تم تناول شرعية العقوبة وعلاقتها بحقوق الإنسان من جهة أخرى. أضف إلى ذلك معرفة ضوابط شرعية العقوبة التي يتعين الالتزام بها لتصير العقوبة بمنأى عن عدم المشروعية، وتصير ضمانات من ضمانات الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية. وكذا التوصل إلى عمل تقييمي إيجابي للقواعد الجنائية الموضوعية والإجرائية لتوضيح مدى كفايتها لتحقيق الحماية المنشودة لضوابط شرعية العقوبة، ومواقع التعارض بينها وبين ما تمليه السياسة الجنائية في هذا الصدد ليصح المشروع الوطني الذي أصدر تلك القواعد منهجه.

كل هذا دفعني لدراسة هذا الموضوع والتصدي له بالبحث والهدف من وراء هذه الدراسة أتوخاه تعزيزا للقيمة القانونية للقواعد المتعلقة بحقوق الإنسان مع التركيز في شرعية العقوبة الذي بدونه لا يكون الإنسان إنسانا.

ولقد عرضتني أثناء البحث بعض الصعوبات من بينها:

قلة المراجع والدراسات التي تناولت هذا الموضوع، إذ أن جل ذلك كان عبارة عن مراجع عامة، تناولت موضوعي العقوبة وحقوق الإنسان بصفة مستقلة كما فيها التي لا تعدو أن تكون دراسات فلسفية وشرعية بعيدة عن الدراسات القانونية الأكاديمية المتخصصة مما يجعل تناول الموضوع بالدراسة من الصعوبة بمكان.

وبما أن الدراسة هنا تتدرج ضمن مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وتتخصص في تحديد ضوابط حق من أبرز حقوق الإنسان ألا وهو الحق في شرعية العقوبة من خلال تحليل المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وكذا ما تناولته الشريعة الإسلامية، وإبراز الكيفية التي حددها التنظيم ممارسة هذا الحق ثم تحليل موقف المشرع الجزائري من هذه المواثيق والشريعة الإسلامية ومدى التزامه بقواعدهم ومدى كفاية ذلك لتحقيق حماية الحق في شرعية العقوبة وعدم تحويلها إلى وسيلة لقمع الإنسان وإخضاعه للسلطة العامة باسم القانون لذا سنحتاج في هذه الدراسة إلى فقه تقديري يتصدى للمسألة مناط البحث من خلال منهج تحليلي تقويمي حتى يمكن الوصول بالدراسة إلى أهدافها وغايتها مع ذلك فقد دفعتنا في بعض الأحيان الإحاطة بموضوع الدراسة أكثر إلى الاستعانة بمناهج مساعدة كالمنهج المقارن والتاريخي.

وقد جاءت خطة البحث على النحو التالي:

قسمت البحث إلى مقدمة وثلاثة فصول من بينها فصل تمهيدي وخاتمة

تناولت في الفصل التمهيدي التطور التاريخي للعقوبة، فتطرقنا إلى العقوبة في العصر القديم فالعصر الحديث ثم تطور العقوبة في الجزائر وهذا في مبحث أول وفي مبحث ثاني تناولت ماهية العقوبة

مبينة مفهوم العقوبة، مركزة على التمييز بين العقوبة وغيرها من الجزاءات الأخرى وكذا أغراضها وشروط استحقاقها.

وفي الفصل الأول تناولت الإطار النظري لشرعية العقوبة في ضوء مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وقد حوى هذا الفصل ثلاث مباحث الأول منه خصصته لدراسة ماهية شرعية العقوبة مضمونها وتمييزها عن المشروعية والرقابة الدستورية على الشرعية العقابية وكذا تقييم شرعية العقوبة والثاني لتحديد المقصود من الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ومصادرها والثالث لعلاقة شرعية العقوبة بحقوق الإنسان.

أما الفصل الثاني فتناولت فيه ضوابط شرعية العقوبة في ضوء مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وقد حوى ثلاث مباحث، الأول منهم خصصته لدراسة الضوابط الموضوعية لشرعية العقوبة وهي: انفراد التشريع بتحديد العقوبات والتناسب بين الجريمة والعقوبة ، وكذا الرقابة على سلطة القاضي في تقدير العقوبة.

وتناولت في المبحث الثاني الضوابط الإجرائية لشرعية العقوبة وهي لا عقوبة بغير دعوى جزائية ، كشف الحقيقة كفاية مشروعة لإقرار سلطة الدولة في العقاب ، والالتزام بحق المحكوم عليه بالعقوبة في درجة ثانية للتقاضي ، وتناولت في المبحث الثالث ضوابط شرعية العقوبة أثناء التنفيذ العقابي وهي : ضرورة تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقوبة ، وأن يكون العلاج العقابي وسيلة لتحقيق إعادة الإدماج الإجتماعي ، وكذا الالتزام بحماية حق الإنسان المسجون في الخلوة الشرعية بزوجه.

وختمت الدراسة في خاتمة لخصت فيها أهم نتائج البحث.

الفصل التمهيدي العقوبة : التطور التاريخي والماهية

إن الخصائص التي تميز العقوبة في النظام الجنائي الحديث لا تفهم إلا في ضوء تطورها التاريخي ، فخصائص العقوبة التي تعد بمثابة ضوابط عامة تحكمها في الأنظمة الحديثة هي ثمرة تطور تاريخي طويل. والعقوبة قديمة قدم الجماعة البشرية ، وكانت تمثل دوما رد الفعل إزاء من خالف قواعد السلوك التي تقرها الجماعة وقد اعتبرت منذ البداية بمثابة الشر الذي يواجهه شر الجريمة ويوقع من أجله. والعقوبة كجزاء جنائي يترتب على ارتكاب جريمة ، هذه الأخيرة قد ينشأ عن ارتكابها الحق في جزاءات أخرى تختلف في طبيعتها وفي أحكامها عن العقوبة، الأمر الذي يستدعي تحديد مفهوم العقوبة لتمييزها عن غيرها من الجزاءات الأخرى ، وكذا تحديد أغراضها وشروط استحقاقها. وهذا ما نحاول التعرض له في هذا الفصل التمهيدي وفقا للخطة التالية :

المبحث الأول : سنتناول فيه التطور التاريخي للعقوبة معتمدين التقسيم التاريخي التالي : العصور القديمة ، العصور الحديثة ، وتطور العقوبة في الجزائر ، وسنتناول العقوبة في كل عصر من العصور في مطلب منفرد.

المبحث الثاني : نتناول فيه مفهوم العقوبة ، شروط استحقاقها ، أغراضها وذلك في ثلاث مطالب.

المبحث الأول التطور التاريخ للعقوبة

لا خلاف في أنه للإحاطة قدر المستطاع بموضوع العقوبة فإنه لابد من المرور عبر المراحل التي مرت بها منذ تاريخ بدء الخليقة.

ولا خلاف في أن العقوبة قد عرفت وفي عهود كثيرة من الزمن أنواع كثيرة من التنكيل والتعذيب التي لا تصور لها.

ومرجع ذلك أن العقوبة كانت أداة لتفجير الأحقاد والغرائز الهدامة لدى الإنسان ووسيلة للتشفي من الغير عبر الآلام التي تنزل به وكأن عذابه بلسم يشفي ما حل بضحيته وذويها من الأذى⁽¹⁾.

وقد اتفق معظم الذين أرخوا لتطور العقوبة عبر التاريخ على عصرين : العصر القديم والعصر الحديث ، ونحاول تلمس تطور العقوبة في الجزائر ، وذلك ضمن المطالب التالية :

المطلب الأول : العقوبة في العصر القديم

المطلب الثاني : العقوبة في العصر الحديث

المطلب الثالث : العقوبة في الجزائر

¹ مصطفى العوجي . دروس في العلم الجنائي . الجزء الثاني . الطبعة الثانية . مؤسسة نوفل : بيروت . 1987 . ص 620.

المطلب الأول

العقوبة في العصر القديم

ترجع نشأة العقوبة إلى وقت وجود الإنسان ، فقد لازمت العقوبة المجتمع البشري منذ نشأته وسارت معه في تطوره عبر القرون.

وسنحاول في هذا المطلب التطرق إلى تطور العقوبة في المجتمعات الغربية القديمة في فرع أول ، ثم تطور العقوبة في الشريعة الإسلامية في فرع ثان.

الفرع الأول : تطور العقوبة في المجتمعات الغربية القديمة

شهدت العقوبة تطورا ملموسا من العصور البدائية القديمة إلى المجتمعات الشرقية القديمة والمجتمع الإغريقي والروماني والإقطاعي.

أولا : المجتمعات البدائية القديمة

كان الإنسان يتمتع بمستوى من الذكاء منخفض ، بحيث لم يتمكن معه من البحث عن هدف يحققه من وراء الالتجاء إلى الانتقام الفردي بصفته عقوبة سواء في ذلك أكان من يوقع العقوبة هو الفرد بنفسه أم رب الأسرة أم رئيس الجماعة⁽¹⁾.

حيث لم تكن دول قائمة لها قوانين منظمة ، بل كان الناس يعيشون قبائل متفرقة لا يخضعون لسلطة عليا ولا يحتكمون إلا للعرف ، كان الانتقام هو السبيل للعقاب ، فإذا ارتكب أحدهم جريمة هب المجني عليه وأفراد عائلته أو قبيلته للأخذ بالثأر من الجاني وعشيرته ، فتكون حربا بين القبيلتين تنتهي إما بشفاء الانتقام أو بالصلح على دية أو مال⁽²⁾.

لكن الانتقام اتخذ بعد ذلك طابعا دينيا ومرد ذلك إلى كون الجريمة من أعمال الشيطان ، فالجاني يتحدى إرادة الآلهة ، والخارج عن القانون هو خارج عن قانون السماء ، ولم يكن هناك من مبررات لمعرفة أسباب الجريمة وخطرها ودراسة ظروف اقترافها ، لأن العقاب أمر محتوم فهو عقاب إلهي ولا مجال لرده أو مناقشته أو التقليل من أهميته لأنه صادر عن الآلهة⁽³⁾.

¹ عبد الفتاح الصيفي . الجزء الجنائي . دار النهضة العربية : بيروت . 1972 . ص 13 .

² جندي عبد المالك . الموسوعة الجنائية . الجزء الخامس . الطبعة الثانية . دار العلم للجميع : بيروت . دون سنة نشر . ص 5 .

³ علي محمد جعفر . الإجرام وسياسة مكافحته . دار النهضة العربية : بيروت . 1993 . ص 113 . 114 .

ثانيا : في المجتمعات الشرقية القديمة

ظل للعقوبة - كما تشهد بذلك تشريعات بابل مثل : قانون حمورابي وقانون مانو الهندي - طابعها الديني باعتبارها خطيئة دينية تغضب الآلهة وتستتبع الانتقام تكفيرا عنها (1). وعلى العكس من ذلك في ظل العصر الفرعوني حيث أنه في نطاق الجرائم والعقوبات كان للدولة المصرية القديمة دورها في معاقبة المجرمين حيث لم ينتشر مبدأ الثأر والانتقام الفردي على نحو ما عرفته المجتمعات البدائية (2).

ثالثا : في المجتمع الإغريقي

كان الفلاسفة الإغريق يرون أن المجتمع له أن يوقع العقوبة لا لحفظ كيانه فحسب بل لأن ذلك يحقق فائدة في المستقبل أيضا . أما أفلاطون فقد كان يرى أن العالم تحكمه قوة خارقة عليا هي مصدر قواعد السلوك والنظام الواجبة الاحترام ، وأن الخروج على قواعد سلوك الجماعة فيه إفتئات على تلك القوة العليا ، ومن ثم فإن العقوبة هي وسيلة إعادة التوازن بعد أن أخلت به الجريمة ، والغرض من العقوبة كان الردع والتخويف (3).

رابعا : في روما القديمة

فقد كان أساس العقاب هو " القصاص " من جهة والمحافظة على النظام الاجتماعي من جهة أخرى ، وظهر إلى جانب القصاص ، كعقوبة ، نظام الدية أو التصالح ، وهو عبارة عن اتفاق بين المعتدي والمعتدى عليه ، يتنازل فيه الأخير عن حقه في الثأر لقاء مبلغ من المال يدفعه الأول. لكن العقوبة بدأت تتخلص شيئا فشيئا من طابعها الديني ، و يتقوى تدريجيا طابعها السياسي ، باعتبارها خرقا للنظام الاجتماعي من شأنه أن يبتر الاضطراب في المجتمع، حتى سادت المسيحية وتركت بصماتها على السياسة العقابية (4).

ويمكن إيجاز ملامح هذا الدور في التغيير الذي أحدثته المسيحية في أساس العقوبة وفي صورها

المطبقة فيما يلي :

¹ عبد الفتاح الصيفي ومحمد زكي أبو عامر . علم الإجرام والعقاب . دار المطبوعات الجامعية : الإسكندرية . 1998 . ص 320.

² منذر الفضل . تاريخ القانون . دار الثقافة : الأردن . 1998 . ص 93.

³ إسحاق إبراهيم منصور . موجز في علم الإجرام والعقاب . الطبعة الثانية . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1991 . ص 126.

⁴ عبد الفتاح الصيفي و محمد زكي أبو عامر . مرجع سابق . ص 321.

فمن ناحية أولى لم يعد أساس العقوبة هو التكفير أي تضحية الجاني إرضاء لآلهة تستتبع القسوة رغباتها ، وإنما صار جزاء عادلا يريد به الإله العادل محو الخطيئة وتطهير نفس الجاني وتمهيد الطريق أمامه للتوبة.

وقد انعكس الطابع الديني للعقوبة على صور هذه الأخيرة حيث ظهر الاتجاه إلى التخفيف من قسوة العقوبات وذلك باستبعاد صور العقوبات المبالغ في شدتها ونبذ وسائل التنفيذ المنطوية على القسوة (1).

خامسا : في المجتمع الإقطاعي

ظهر تأثير النفوذ الديني بسبب جمع الكنيسة للسلطتين الدينية والمدنية ، وكان لهذا الوضع مساوئه التاريخية ، حيث اقترنت العقوبة بالخطيئة فاعتبرت الأولى رد فعل للثانية ، وقد انعكست كافة هذه المظاهر على صور العقوبات المطبقة فاتسمت العقوبات مرة أخرى بالقسوة المبالغ فيها ، وبلغت هذه القسوة أشدها في الجرائم ضد الدين كالزندقة ، كما عوقب على وجه الخصوص على الجرائم التي تمس مصالح الكنيسة كانتهاك المحرمات وسرقة أموال الكنيسة (2).

الفرع الثاني: تطور العقوبة في الشريعة الإسلامية.

العقوبة في التشريع الإسلامي تقوم على أساس الدين إذ أن مصدره الله تعالى، وهو جزء من عقيدة شاملة، ويختلف عن العقوبات الوضعية من ناحيتين:

الأولى في وضعه لأنواع من العقوبات الدنيوية تختلف عن تلك المقررة في التشريعات الوضعية، وهي التي تصيب الإنسان في هذه الدنيا كحد السرقة، وحد القذف وحد الزنا(3).

و الثانية في تقريره لجزاءات تصيب الإنسان في الآخرة كجزاء جهنم والعذاب العظيم ولا يعني هذا الأمر انفصال عقاب الآخرة عن عقاب الدنيا، فكلاهما يشكلان الجزاء المفروض على من يخالف أحكام الخالق عز و جل الواردة في القرآن الذي أنزل على الرسول الكريم محمد ﷺ، والفارق بينهما أن أحدهما يعمل على تطبيقه في الحياة الدنيا الخليفة أو الحاكم أو ولي الأمر أو من ينوب عنه ممن يتولى إدارة شؤون المسلمين والآخر مرجعه الله تعالى في يوم الحساب حيث تجزى كل نفس بما قدمت من خير أو شر. والعقوبة في الشريعة الإسلامية، وإن كان هدفها إيلاء الجاني ، فإن هذا الإيلاء ليس مقصودا بد ذاته ، وإنما بما يحققه من نتائج في نفسيته وفي نفوس الآخرين ومن حماية للمصالح المعتمدة في المجتمع ،

¹ محمود نجيب حسني . علم العقاب . دار النهضة العربية : القاهرة . 1967 . ص 45 . 46.

² سليمان عبد المنعم . أصول علم الجزاء الجنائي . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية . 2001 . ص 46 . 47.

³ - عبد القادر عودة . التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي . الجزء الأول . دار الكتاب العربي : بيروت . دون سنة النشر . ص 609.

وبذلك يتمثل هدف العقوبة في الردع الخاص وإقامة العدل بين الناس ، وهذه هي مقومات العقوبة كذلك في التشريعات المقارنة التي هي من صنع البشر، مع ملاحظة ما تتصف به الجزاءات في الآخرة من رادع للإنسان أقوى بكثير من جزاءات الدنيا كون الحياة الآخرة التي تأمل بها الإنسان خالدة بينما الحياة الدنيا فانية وزائلة مهما طال عمره.

ولا تختلف العقوبة في الشريعة الإسلامية عنها في التشريعات الوضعية في كونها مقررة بالنص أو بالاجتهاد أو في كونها شخصية ، أو في كونها عامة ومجردة تطبق على كل الأشخاص بصرف النظر عن أجناسهم أو ألوانهم أو مراكزهم الاجتماعية.

والعقوبات المعينة في الشريعة الإسلامية نوعا ومقدارا سواء كانت من قبيل القصاص أو ال ح دود تلزم ولي الأمر والأمة في تطبيقها ، ولا يجوز استبدالها أو تعديل مقدارها بالزيادة أو النقصان وتفرض على المكلفين، أما غير المكلف فلا يقام عليه حد و يقتص منه، ولكنه يمكن أن يعزر في حال ارتكابه الجريمة⁽¹⁾. من خلال ما سبق يمكن القول أن الوظيفة التي تتغياها الجماعة من العقوبة قد مرت بعدة مراحل تعكس كل منها درجة تطور الجماعة ذاتها ، ولقد كان هذا التطور بطيئا ، وكانت الجماعة إذا دخلت مرحلة جديدة من مراحل الوظيفة العقابية لا تستطيع أن تتخلص نهائيا من آثار المرحلة السابقة عليها، وتعتبر المرحلة التي ظهرت فيها الشريعة الإسلامية المرحلة الفاصلة في الوصول إلى شرعية العقوبة وتحديد ضوابطها وكل ذلك في إطار احترام حقوق الإنسان.

¹ - عبد القادر عودة . مرجع السابق . ص 610 . 611.

المطلب الثاني

العقوبة في العصر الحديث

لقد شهدت العقوبة في العصر الحديث تطورا ملحوظا ومميزا، حيث أصبحت العقوبة أكثر ارتباطا بمفهوم حقوق الإنسان.

وسنحاول في هذا المطلب التطرق إلى مظاهر هذا التطور في فرع أول ثم أسباب تطور العقوبة في هذا العصر في فرع ثاني.

الفرع الأول : مظاهر تطور العقوبة في العصر الحديث.

ما يمكن قوله في هذا المجال أن العقوبة تطورت في الأنظمة الوضعية بعد الثورة الفرنسية ، وشمل التطور التخفيف من القسوة سواء في تقريرها أو في تنفيذها ، إضافة إلى التطور الذي لحق أغراضها وخلصها من هدف الانتقام والتكفير⁽¹⁾.

وقد تم التنصيص بإعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي صدر في 2 أكتوبر 1789 لأول مرة على المبادئ الأساسية للعقوبة ، فموجب المادة 8 منه « لا يجب أن يقرر القانون إلا العقوبات المحددة و الضرورية ، ولا يعاقب أحد إلا بمقتضى قانون قائم وصادر قبل ارتكاب الجنحة ومطبق تطبيقا شرعيا » . وبالتالي فقد أرست هذه المادة مبدأي شرعية العقوبة والضرورة ، وشخصية العقوبة⁽²⁾.

إذن فقد كان للثورة الفرنسية تأثير كبير في الاتجاه بالعقوبة من القسوة المبالغة إلى المعقول ويظهر هذا التأثير الهام في عدة نواح :

- فمن ناحية نجد من أمثلة العقوبات التي ألغاهها التشريع الفرنسي الصادر بعد الثورة الفرنسية، إلغاء عقوبة قطع اللسان ، ورسم علامات ثابتة على جسم المجني عليه باستعمال الحديد المحمي⁽³⁾.
- ومن ناحية أخرى فإن العقوبات الشديدة التي ظلت قائمة بعد الثورة الفرنسية قد ضاقت نطاقها بحيث قل عدد الأحكام الصادرة بها مثل : عقوبة الإعدام ، فقد كانت مقررة قبل الثورة الفرنسية لعدد كبير من الجرائم ما يزيد على المائة جريمة، منها جرائم لا تتناسب جسامتها مع هذه العقوبات ، كالسرقة في الأماكن المسكونة، وكان القضاء من جانبه يسرف في الحكم بها⁽⁴⁾.

¹ - فتوح عبد الله الشاذلي . شرح قانون العقوبات -القسم العام- دار المطبوعات الجامعية : الإسكندرية . 2003 . ص 222 .

² - Pierrette Poncela . Droit De La Peine . 1^{ere} Edition . Presses Universitaires : France . 1995 . P 37

³ - فوزية عبد الستار . مبادئ علم العقاب . دار النهضة العربية : القاهرة . 1992 . ص 19 .

⁴ - كان القانون الإنجليزي في القرن الثامن عشر يقرر عقوبة الإعدام لمائتي جريمة من بينها بعض السرقات البسيطة . وفي عام 1822 تم إلغاء عقوبة الإعدام من مائة منها . ولم تعد مقررة إلا في جرائم القتل العمد والخيانة والقرصنة . أنظر :فتوح عبد الله الشاذلي . مرجع سابق . ص 222 .

- ومن ناحية ثالثة فإن أساليب تنفيذ العقوبات ، قد غدت معتدلة بعد أن كانت في الماضي تتسم بالقسوة الرهيبة ، من أمثلة ذلك أن التشريع الفرنسي كان ينص قبل الثورة الفرنسية على الإعدام عن طريق الحرق أو عن طريق نقتيت عظام الجسم، ولم تكن القسوة في تنفيذ العقوبة تقتصر قبل الثورة الفرنسية على عقوبة الإعدام وإنما امتدت إلى تنفيذ العقوبات السالبة لحرية المحكوم عليه، حيث كان السجين يتحمل أقسى أنواع المعاملة . أما في ظل التشريعات اللاحقة على الثورة الفرنسية ، فقد أصبح المحكوم عليهم ينالون رعاية تضمن لهم قدرا أدنى من احترام الكرامة البشرية (1).

4- الفرع الثاني: أسباب تطور العقوبة في العصر الحديث

ويمكن إرجاع تطور نظام العقوبة من القسوة البالغة إلى الاعتدال إلى عدة أسباب منها :

أولاً: الاختلاف في تفسير السلوك الإجرامي:

كانت الفكرة السائدة في الماضي عن سلوك المجرم أنه نتيجة أرواح شريرة تسكن جسمه وتدفع به إلى ارتكاب الجريمة رغبة منها في إغتراب الآلهة لذلك سيطرت في الأذهان فكرة ضرورة تعذيب المتهم بقسوة حتى يتمكن من تخليص جسمه من هذه الأرواح (2).

ثم تغيرت هذه النظرة في تعذيب الجاني وحل محلها تفسير جديد للسلوك الإجرامي وهو أن المجرم شخص عادي لا يختلف عن غيره من الناس سوى أنه قد دفعته ظروف معينة إلى ارتكاب الجريمة.

ثانياً: التحول من الاقتصاد الزراعي إلى الاقتصاد الصناعي.

لقد أدى هذا التحول إلى زيادة الحاجة إلى الأيدي العاملة فكان العامل الاقتصادي دافعا إلى إلغاء عقوبات البتر والتخفيف من تعذيب المحكوم عليه ليكون بعد انتهاء عقوبته عضوا نافعا في المجتمع.

ثالثاً : التحول من النظام الدكتاتوري إلى النظام الديمقراطي.

يعتمد الحاكم لفرض سلطانه على المحكومين في ظل النظام الدكتاتوري على القوة والإرهاب وقد اعتمد الحكام المستبدون في فرض إرهابهم على تشديد العقوبة والقسوة في تنفيذها على المحكوم عليهم حتى يرهوبهم فيطيعون أوامرهم طاعة عمياء.

¹ - فوزية عبد الستار . مرجع سابق . ص 20 . 21.

² - محمد أحمد المشهداني . أصول علمي الإجرام والعقاب في الفقهين الوضعي والإسلامي . الطبعة الأولى . الدار العلمية ودار الثقافة : عمان . 2002 . ص 117 .

وفي ظل النظام الديمقراطي بعد التحول إليه من النظام الدكتاتوري، ألغيت العقوبات القاسية وحلت محلها العقوبات التي تليق بكرامة الإنسان وتتفق مع ظروف محيطه⁽¹⁾.
يمكن القول ، أن العقوبة في العصر الحديث أخذت مفهوما أكثر إنسانية وتحضرا ، يظهر من خلال التطور الذي لحقها ، حيث أصبحت العقوبة محاطة بضوابط و ضمانات تحكم نظامها ، ولا يمكن لأي تشريع عقابي أن يغفلها أو يسقط بعضها عند تقرير العقوبات وتطبيقها .

¹ - محمد أحمد المشهداني . مرجع سابق . ص 117.

المطلب الثالث

تطور العقوبة في الجزائر

خضع تطور الفكر العقابي في الجزائر لنفس مراحل تطور هذا الفكر بصفة عامة إلا أن الجزائر عرفت تطورا آخر لم يعرفه الفكر الجنائي الغربي عموما ، من حيث معرفته للنظام الإسلامي وتطبيقه عبر حقبة من الزمن ، ومن ثم فإنه يمكن القول بأن أهم مراحل تطوره تصنف إلى مراحل ثلاثة هي: مرحلة تطبيق الشريعة الإسلامية ، مرحلة القانون الفرنسي ، مرحلة تطبيق القانون الوطني. نتناول هذه المراحل من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول : مرحلة تطبيق الشريعة الإسلامية .

وهي مرحلة بدأت بالفتح الإسلامي لشمال إفريقيا ، وانضواء أهله تحت راية الإسلام حيث ساد تطبيق الشريعة الإسلامية لتشمل جميع مناحي الحياة ، ومن بينها الجانب الجنائي فساد تطبيقها في هذا المجال حيث تقسم الجريمة إلى أقسام ثلاثة تقرر لكل قسم عقوبات خاصة بها ، وتتميز كل منها بخصائص تميزه عن غيره.

النوع الأول: جرائم الحدود .

الحد هو العقوبة المقررة حقا لله عز وجل تجب على كل من يرتكب جريمة من جرائم الحدود وهي جرائم شرعت لحفظ النفس والنسل والعرض والمال والعقل وحفظ الدين وهي حد السرقة ، حد الزنا ، حد القذف ، حد شرب الخمر ، حد الردة ، وحد البغي والحراة. وتتميز هذه الحدود بما يلي :

- 1 - أنها عقوبة لا تقبل الإسقاط أو التنازل.
- 2 - أنها عقوبة لا يجوز للحاكم أو ولي الأمر العفو عنها لأنها حق الله.
- 3 - بالإضافة إلى تميزها بأنها مقدرة تقديرا كاملا لا يقبل الزيادة أو النقصان ولا تتضمن حدين، حد أدنى وحد أقصى ، بحيث يقضي بها ولي الأمر مباشرة متى ثبت في حق المتهم ارتكابها (1).

¹ - عبد القادر عودة . مرجع سابق . الجزء 2، ص 439.

النوع الثاني : جرائم القصاص والدية.

وهي جرائم يتحقق فيها الاعتداء على نفس الإنسان أو ذاته ، ويعاقب عليها بعقوبات القصاص أو الدية ، وهي حق مقرر للأفراد أي المجني عليه أو ذويه يجوز العفو عنها من صاحب الحق ، إلا أن العفو عنها من صاحب الحق لا يمنع ولي الأمر أن يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية إذا ما رأى أن من شأنها أن تفسد في الأرض بإخلالها بأمن وسكينة الجماعة ، يقول الله تعالى « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلمكم تتقون » (1).

وقوله تعالى أيضا : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف أو أداء إليه بإحسان » (2).

النوع الثالث : التعزير.

وهي جرائم من غير جرائم الحدود والقصاص والدية، وهي جرائم لم يرد بشأنها نص في القرآن أو السنة يقررها كحد ، مثلا: لم يمنع النص على بعض الجرائم التعزيرية في القرآن الكريم كالربا وخيانة الأمانة ، والسب والرشوة ، ودخول المساكن ، حيث أنه من الثابت أن الله سبحانه وتعالى ينهي عنها لأنها فساد في الأرض أو تؤدي إلى فساد فيها كالربا وخيانة الأمانة والسب . وتتميز هذه الجرائم بأنها جرائم واردة على سبيل المثال فلم تنص الشريعة الإسلامية على كل التعازير ، فيترك لولي الأمر تجريم ما يراه من الأفعال يمس بمصالح الجماعة فيعرضها للخطر ، وأن العقوبة فيها غير محددة لكل جريمة ، بل أن أمر تقديرها واختيارها ترك أيضا لولي الأمر يحددها بحسب كل حالة على حدة ، لأن جرائم التعزير وعقوباتها لا تقبل بطبيعتها مثل هذا التحديد والتخصيص لاختلاف الأزمنة (3).

الفرع الثاني : مرحلة تطبيق القانون الفرنسي.

ابتدأت هذه المرحلة بدخول الاستعمار الفرنسي للجزائر في 5 جويلية 1830 حيث بدأ المستعمر في فرض تشريعاته خاصة منها تشريعه العقابي على المواطنين الجزائريين ، حيث تميز هذا الأخير بعقوبات خاصة لا مثيل لها في قانون العقوبات المطبق في فرنسا (4).

1 - سورة البقرة . الآية 179.

2 - سورة البقرة . الآية 178.

3 - عبد القادر عودة . مرجع سابق . الجزء 2 ص 441 . 442.

4 - رضا فرج . شرح قانون العقوبات الجزائري . الشركة الوطنية للنشر والتوزيع : الجزائر . 1976 . ص 71.

ومن هذه العقوبات عقوبة الغرامة الجماعية التي كانت توقع على كل سكان الدوار أو القبيلة وذلك في حالة التمرد ضد السلطات الفرنسية ، كذلك عقوبة الاعتقال التي توقعها السلطات الإدارية على الجزائريين وعقوبة الوضع تحت المراقبة والإقامة الجبرية لذوي النشاط المراهض للوجود الاستعماري.

الفرع الثالث : مرحلة التشريعات الوطنية.

وهي الفترة التي أعقبت استقلال الجزائر في 5 جويلية 1962 ، حيث عرفت هذه المرحلة فترتين متميزتين من حيث تطبيقهما لقواعد قانونية متميزة ، الأولى وهي الفترة الممتدة من استقلال الجزائر في 5 يوليو 1962 إلى غاية 14 يوليو 1966 ، والثانية وهي الفترة الممتدة من 15 يونيو 1966 إلى يومنا هذا. تتميز المرحلة الأولى ببقاء المشرع الجزائري على تطبيق القانون الفرنسي عموما إلا ما كان منه يتعارض مع السيادة الوطنية حيث صدر الأمر رقم 62-157 في 1962/12/31 يقرر فيه الإبقاء على تطبيق قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية الفرنسيين في الجزائر وسريانهم فيها. أما الفترة الثانية من مرحلة التشريعات الوطنية فتتميز بتدخل المشرع الجزائري في مجالات حساسة في الجانب التجريمي والإجرائي خاصة، ومحاولة تغيير الوضع القائم المتمثل في تطبيق التشريعات الاستعمارية ، وذلك بوضعه مجموعة من التشريعات المختلفة يهدف بها إلى جزأة النظام القانوني، حيث شهدت هذه الفترة حركة تشريعية واسعة وهامة أضفت على استقلال الجزائر السياسي استقلالاً قانونياً⁽¹⁾. وقد صدر قانون العقوبات الجزائري بالأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، ونشر في الجريدة الرسمية رقم 49 بتاريخ 10 يونيو 1966 المعدل والمتمم بأوامر وقوانين ولعل أهم هذه التعديلات هي تلك التي جاءت بها القوانين التالية:

- 1 - الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975 الذي عمل على تكييف قانون العقوبات مع التوجهات السياسية والاقتصادية الجديدة نحو بناء الاشتراكية⁽²⁾.
- 2 - القانون رقم 88-26 المؤرخ في 12-07-1988 الذي عمل على تكييف التشريع الجزائري مع استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية.
- 3 - الأمر رقم 95-11 المؤرخ في 25-02-1995 الذي أدخل الجرائم الإرهابية والتخريبية في قانون العقوبات.
- 4 - القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26 يونيو 2001 الذي عنى على وجه الخصوص بالجرائم الماسة

¹ - رضا فرج . مرجع سابق . ص 76 . 77.

² - احسن بوسقيعة . الوجيز في القانون الجزائري العام . الديوان الوطني للأشغال التربوية : الجزائر . 2002 . ص 20.

بالاقتصاد الوطني وجرائم الاعتبار⁽¹⁾.

5 - القانون رقم 04 - 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 الذي حدد العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية، وأدخل جرائم تبييض الأموال والماسرة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في قانون العقوبات.

أخيرا، يمكن القول أن التشريع العقابي الذي فرضه النظام الاستعماري كان قائما على التفرقة العنصرية والاجتماعية ، مما جعل سلطات البلاد بعد الاستقلال تهتم بميدان التشريع وتوليه عناية كبرى قصد إيجاد تشريع وطني جديد ، وهكذا أخذت عملية التقنيين تنمو شيئا فشيئا وظهرت في الجزائر حركة تشريع جديد يساير واقع المجتمع الجزائري ويطابق قيمه ، والأهم من ذلك يحترم حقوق الإنسان.

¹ - احسن بوسقيعة . مرجع سابق . ص 20.

المبحث الثاني

ماهية العقوبة

تعتبر العقوبة اليوم الصورة الأساسية للجزاء الجنائي، بعد أن كانت فيما مضى الصورة الوحيدة لهذا الجزاء ، وفي كلتا الحالتين احتفظت العقوبة كفكرة بمضمون يقوم على خصائص معينة ، ولعل هذا المضمون هو ما يميز العقوبة عن غيرها من الأجزاء القانونية الأخرى. بالإضافة إلى ذلك فإن أغراض العقوبة تطورت من الانتقام الفردي إلى التكفير ثم الردع إلى إصلاح مرتكب الجريمة وتأهيله للحياة الاجتماعية كذلك فإنه ليس كل من اقترف جريمة يستحق عقوبتها بل ثمة جملة من الشروط الموضوعية والإجرائية التي ينبغي توافرها للقول باستحقاق الجاني للعقوبة.

وهذا ما سنحاول الوقوف عليه من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : مفهوم العقوبة .

المطلب الثاني : أغراض العقوبة.

المطلب الثالث : شروط استحقاق العقوبة.

المطلب الأول

مفهوم العقوبة

نحاول في هذا المطلب تحديد وضبط مفهوم العقوبة من خلال وضع تعريف دقيق لها من جهة ، ومن خلال تمييزها عن غيرها من الجزاءات الأخرى من جهة أخرى ، وذلك في فرعين إثنيين .

الفرع الأول : تعريف العقوبة

يتطلب منا تعريف العقوبة ، العودة إلى الفقهاء في القانون الجنائي سواء في الفكر الغربي أو الإسلامي .

فنجد أن هناك من ذهب إلى القول بأن : « العقوبة هي أجزية تفرض على الجاني لإرضاء الشعور بالعدالة عن الجرائم التي ارتكبتها » (1).

ويذهب جلال ثروت إلى القول بأن : « العقوبة هي الجزاء الجنائي الذي يقرره القانون ويوقعه القاضي على شخص تثبت مسؤوليته عن جريمة » (2).

ويعرف أحمد فتحي سرور العقوبة بما يلي : « العقوبة أثر معين يلحق المحكوم عليه وهو إيلامه عن طريق الانتقاص من حقوقه أو مصالحه ، وهي أيضا أثر ينص عليه القانون ليلحق المجرم بسبب ارتكابه الجريمة » (3).

ويعرف مأمون سلامة العقوبة تعريف شكلي وآخر موضوعي ، فأما التعريف الشكلي للعقوبة فهو أن : « العقوبة هي النتيجة القانونية المترتبة كجزاء على مخالفة النصوص التجريمية ، والتي تطبق بإتباع الإجراءات الخاصة بالدعوى الجنائية وبواسطة السلطة القضائية على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة » .
و أما التعريف الموضوعي فيقول فيه أن « الفقه عاب على التعريف الشكلي أنه لا يبرر جوهر العقوبة من حيث أنها تصيب المحكوم عليه في حياته ، حرته ، شرفه ، ماله .

فالتعريف الشكلي لا يستفاد منه سمات العقوبة التي تلقي الضوء على ماهيتها وجوهرها ولماذا توجد وما تهدف إليه من أغراض وما يترتب عليها من آثار في المحيط الاجتماعي فالعقوبة ليست مجرد نتيجة

¹ - Raymond Guillien et Jean Vincent . lexique des termes juridiques 12 . Edition Dalloz .Paris 1999 . P 386

² - جلال ثروت . نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري . منشأة المعارف : الإسكندرية 1989 . ص 421 .

³ - أحمد فتحي سرور . الوسيط في قانون العقوبات . دار النهضة العربية : القاهرة . 1996 . ص 521 .

قانونية تترتب كجزاء على الجريمة وأذى ينزل بالمحكوم عليه ويصيبه في جوانب حياته المختلفة ، ولذلك فلا بد في تعريف العقوبة أن يبرز هذا الجانب المتعلق بالمحل الذي تنصب عليه تلك العقوبة « (1).

ويعرفها احسن بوسقيعة بأنها : « جزاء يقرره المشرع ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته في ارتكاب جريمة ، وتتمثل العقوبة في إيلاء الجاني بالإنقاص من بعض حقوقه الشخصية وأهمها : الحق في الحياة والحق في الحرية » (2).

أما في الفكر الإسلامي فإننا نجد أحمد فتحي بهنسي يعرفها على أنها : « جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه وترك ما أمر به ، فهي جزاء مادي مفروض سلفا يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة، فإذا ارتكبها زجر بالعقوبة حتى لا يعاود الجريمة مرة أخرى كما يكون عبرة لغيره » (3). من خلال جملة التعاريف ، نرى أن التعريف الأصح هو الذي يكشف عن جوهر العقوبة ولا يكتفي بالوجه الذي يقوم على أسس قانونية من ذلك بأنها جزاء يقرره القانون ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة ، بل لا بد أن يشمل أيضا جوهر العقوبة الذي يقصد به الألم ، وذلك بأن تصيب العقوبة لدى المجرم حقا من الحقوق اللصيقة بشخصه سواء كان هذا الحق حق من الحقوق المالية أو غير المالية كحقه في الحياة أو الحرية.

الفرع الثاني : تمييز العقوبة عن غيرها من الجزاءات الأخرى.

العقوبة جزاء جنائي يترتب على ثبوت مسؤولية الشخص عن جريمة ارتكبها ، وارتكاب الجريمة قد ينشئ الحق في جزاءات أخرى ، تختلف في طبيعتها وفي أحكامها عن العقوبة ، لذلك ينبغي التمييز بين العقوبة وغيرها من الجزاءات القانونية ، وهذه الأخيرة تتمثل في تدابير الأمن ، الجزاء المدني ، الجزاء الإداري.

أولا : تمييز العقوبة عن تدابير الأمن.

يظهر الاختلاف بين العقوبة وتدابير الأمن من حيث الطبيعة والأغراض وبعض الأحكام على الرغم من اشتراكهما في الهدف النهائي بوصفهما من أدوات السياسة الجنائية الحديثة في مكافحة الإجرام ، فالعقوبة إيلاء مقصود يتناسب مع الجريمة ، ومن بين أغراضها تحقيق العدالة والردع العام ، وهي محددة المدة ، أما التدبير الاحترازي فلا يقصد منه الإيلاء (4) وينحصر غرضه في مواجهة الخطورة الإجرامية ، ولا ينظر فيه

¹ - مأمون سلامة . قانون العقوبات القسم العام . الطبعة الثالثة. دار الفكر العربي : القاهرة . 1990 ص 615 . 617.

² - أحسن بوسقيعة . مرجع سابق . ص 200.

³ - يفرق بعض الفقهاء بين العقوبة والعقاب . فيقررون أن ما يوقع على الإنسان إن كان في الدنيا يقال له العقوبة . أما ما في الآخرة فهو العقاب .

أحمد فتحي بهنسي . العقوبة في الفقه الإسلامي . الطبعة الخامسة . دار الشروق : بيروت . 1983 ص 14.

⁴ - Patrick Kolb et Laurence Leturmy. Droit Pénal Général. Gualino. Paris 2000. P 154

إلى تناسب بينه وبين الجريمة وإنما يراعى ملاءمته للخطورة الإجرامية التي يراد استئصالها بالتدبير ، وهو غير محدد المدة ، إذ يواجه خطورة لا يمكن التنبؤ سلفا بالمدة اللازمة للقضاء عليها، وإن كانت بعض التشريعات تراعي تحديد حد أقصى لمدة التدبير حفاظا على الحريات الفردية من تحكم سلطات التنفيذ⁽¹⁾.

ثانيا : تمييز العقوبة عن الجزاء المدني.

يظهر الاختلاف بين العقوبة والجزاء المدني من حيث أن هذا الأخير يهدف إلى إصلاح الضرر الذي حدث نتيجة إخلال الشخص بالقاعدة القانونية التي كان عليه واجب الالتزام بها ، ولهذا فقد وصف الجزاء المدني بالجزاء الإصلاحي ، بينما العقوبة تهدف إلى مكافحة الإجرام كعصيان اجتماعي بغض النظر عن الضرر الذي سببه ، ومن جهة أخرى فإن العقوبة تتوجه إلى شخصية الجاني وعقليته للعمل على رده وتأديبه ، فحين لا يعي الجزاء المدني شخصية فاعل العمل الضار مدنيا أي اهتمام وينحصر دوره في ذمته المالية فلا يمس أي حق غير الحقوق ذات الطبيعة المالية ، و أخيرا فإن العقوبة - تطبيقا لمبدأ شخصية العقاب - تنتقضي بالوفاة و لا ينتقل إلى الورثة على عكس الجزاء المدني الذي لا ينقضي بالوفاة وينتقل إلى الورثة⁽²⁾.

ثالثا : تمييز العقوبة عن الجزاء الإداري.

يعتبر الردع هدفا مشتركا لكل من العقوبة والجزاء الإداري ، ومع ذلك فإن خلافا واضحا بينهما يقوم على الأمور التالية:

- 1 - يهدف الجزاء الإداري إلى حماية مصلحة محددة ترتبط بهيئة معينة داخل إطار المجتمع في حين تهدف العقوبة إلى حماية المصالح العامة للمجتمع ككل.
- 2 - يجوز للهيئة التي توقع الجزاء الإداري أن تتنازل عنه ، في حين لا يمكن لأحد أن يتنازل عن العقوبة لأنها مقررة لمصلحة المجتمع ، فللمجتمع وحده حق التنازل عنها.
- 3 - تهدف العقوبة إلى تحقيق العدالة كغرض من بين أغراضها ، في حين أن الجزاء الإداري مرتبط بتحقيق منفعة خاصة لهيئة معينة.
- 4 - تتبع بشأن الحكم بالعقوبة إجراءات خاصة لا يعرفها الجزاء الإداري، فالقضاء الجنائي يختلف في تشكيله وقواعد التحقيق التي يتبعها عن الهيئات المختصة بالحاكمة التأديبية⁽³⁾.

¹ - Patrick Kolb et Laurence Leturmy . Op Cit P 155.

² - محمود نجيب حسني . شرح قانون العقوبات . القسم العام . دار النهضة العربية : القاهرة 1977 . ص 732.

³ - عبد الله سليمان . شرح قانون العقوبات . القسم العام . الجزء الثاني . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1998 . ص 413 .

المطلب الثاني

أغراض العقوبة

تتمثل أغراض العقوبة في ضرورة تحقيق العدالة أولاً ثم السعي إلى الوصول للردع العام والردع الخاص ثانياً ، وهكذا فإن أغراض العقوبة تنحصر في الوقت الراهن في تحقيق وظيفتين : وظيفة معنوية ، وأخرى نفعية يراد منها مكافحة الجريمة .
وسنتناول كلتا الوظيفتين في فرع خاص .

الفرع الأول : الوظيفة المعنوية أو السعي لتحقيق العدالة.

يتمسك المجتمع بضرورة ووجوب إنزال العقاب بالمسيء بغية تحقيق التوازن في القيم الاجتماعية أو القانونية التي أخلت بتوازنها الجريمة المقترفة ، فالمجرم وقد خالف القانون واعتدى على مصالح المجتمع المحمية بالنص الجنائي يستحق أن يجزر ويعاقب إرضاء للشعور الاجتماعي وتأكيداً لهيبة القانون وسيادة الدولة⁽¹⁾.

وتقتضي العدالة - إلى جانب وجوب معاقبة الجاني - أن يكون هناك نوع من المقابلة أو التناسب بين الجريمة والعقوبة بحيث يتحدد العقاب بناء على ماديات الجريمة ومدى جسامتها بما أحدثته من ضرر وما ألحقته بالمجتمع من اضطراب إلى جانب تقييم خطأ الجاني الذي يستحق المساءلة الجنائية⁽²⁾.

وقد يقال أن الجانب المعنوي كغرض للعقوبة قد بدأ يفقد أهميته كأساس للعقاب بعد أن بدأت المسؤولية الأخلاقية تترك المجال للأفكار الحديثة ، التي تتبناها حركة الدفاع الاجتماعي ، الداعية إلى جعل وظيفة العقاب تقوم على مجرد إصلاح المجرم . ولكننا مع ذلك نعتقد أن المجتمع لن يتخل عن الوظيفة المعنوية للعقاب التي تجسد العدالة كونها تعمل على محو آثار الجريمة من النفوس وتبعث على الطمأنينة في نفوس الناس بشعورهم أن المجرم قد دفع دينه للمجتمع ونال جزاءه على ما فعل . كما أن الوظيفة المعنوية للعقوبة تعيد التوازن للقيم التي أهدرتها الجريمة ، وتقتضي على حب الانتقام لدى الضحية أو أقاربها .

الفرع الثاني : الوظيفة النفعية أي الردع.

نقصد بالردع إنذار الناس وتهديدهم بوجوب الابتعاد عن الجريمة ، والردع نوعان : ردع عام وردع خاص .

¹ - محمود نجيب حسني . القسم العام مرجع سابق . ص 735 .

² - Gaston Stéfani et autres . Droit Pénal Général . 17 Edition. Paris. Dalloz, 2000. P 390.

1- الردع العام :

يتوجه المشرع بخطابه إلى الناس كافة و يأمرهم بضرورة الابتعاد عن العمل الإجرامي ويهددهم بإنزال العقاب بكل من تجرأ على مخالفة أوامره ونواهيه .

ويأمل المشرع من وراء هذا التهديد أن يبتعد الناس عن الإجرام مخافة وقوعهم تحت طائلة العقاب . فالبشر ليسوا ملائكة ، ولديهم نوازع إجرامية كامنة ، والتهديد بالعقاب يثنيهم عن الجريمة⁽¹⁾. ومن جهة أخرى فقد شكك بفائدة الردع العام وفعاليتها في التقليل من الإجرام ، ووصفوه بأنه نوع من العودة إلى نظام الثأر البائد والمنتقم هو المجتمع هذه المرة⁽²⁾.

ويمكن الرد على هذا الرأي بأن السياسة الجنائية السليمة لا تسعى إلى العقوبات القاسية لتحقيق الردع العام إذ غالبا ما يتهرب القضاة من تطبيقها ، و الاجتهاد في التماس أسباب التبرئة منها. فالردع العام له تأثير لا ينكر على دعم النظام العام ، وتقوية خط الدفاع ضد الجريمة ، وليس الردع العام انتقاما أو أثرا وإنما هو تأكيد وتبصير من المشرع للكافة بعاقبة الإجرام السيئة⁽³⁾.

2- الردع الخاص :

يقصد به إيلاء الجاني بالقدر اللازم الذي يمنعه من التفكير في العودة إلى ارتكاب الجريمة وهناك من يجادل بأن العقوبة قد تؤدي بالجاني إلى العودة للجريمة بدلا من تحقيق وظيفتها في منعه من الإجرام واستئصال خطورته⁽⁴⁾.

ويحدث هذا في نظام العقوبات القصيرة المدة على وجه الخصوص ، بحيث يخشى من تأثيرها السيئ الذي ربما يساعد الجاني على معاودة الإجرام بدلا من تنفيره منه . كما أن نظام السجن قد يحمل الجاني على الفساد بدلا من الصلح ، ولهذا فإن تنفيذ العقوبة يقتضي منا وعيا خاصا وعملا دقيقا من أجل الوصول بالعقوبة إلى غرضها في ردع الجاني وإصلاحه كي يعود عضوا صالحا في الجماعة وذلك بتجنب العقوبات القصيرة ما أمكن والعمل كذلك على إصلاح نظام السجون.

تجدر الإشارة إلى أن أغراض العقوبة ، لن تحقق الهدف الذي وجدت من أجله العقوبة وهو محاربة الجريمة ، ما لم تتعاون أغراضها لتحقيق هذا الهدف العام والمشارك ، على أن هذا التعاون لا يبدو جليا في جميع الحالات ، بل وقد نجد بعض التعارض بين أغراضها في التطبيق أحيانا ، فقد تقتضي العدالة وجوب النطق بعقوبات قصيرة المدة عند ضالة الجريمة وقلة خطورتها مع أن هذه العقوبات قد تكون مضرّة وعاجزة عن أداء دورها في إصلاح الجاني وردعه . وهنا تبدوا أغراض العقوبة في الردع الخاص والعدالة غير

¹ - عبد الله سليمان . مرجع سابق . ص 423.

² - Gaston Stéfani et Autres . OP Cit . P 389

³ - عبد الله سليمان . نفس المرجع . ص 424.

⁴ - احسن بوسقيعة . مرجع سابق . ص 200.

منسجمة وما يقال في الردع الخاص قد يقال في الردع العام أيضا ، وذلك في الحالات التي يتسم فيها العقاب بقسوة ظاهرة غير مبررة فلا يتناسب مع جسامة الجريمة أو خطورة الفاعل إلى حد مجافاة العدالة⁽¹⁾.
وقد نجد عنصر عدم الانسجام بين أغراض العقوبة متوافرة في تنافر الردع العام والردع الخاص أحيانا . فنظام النطق بالعقوبة مع وقف التنفيذ نظام يساير فكرة الردع الخاص مع أنه يفسد فكرة الردع العام حيث يأمل المجرمون بإمكانية الفوز به وتجنب العقاب وتفاديا لهذا التنافر يدعو محمود نجيب حسني إلى ضرورة التنسيق بين أغراض العقوبة ما أمكن ، وتغليب أغراض الردع الخاص على غيره من الأغراض عند التعارض بينها⁽²⁾.

وتلاقي هذه الدعوة تأييدا عاما ، ومثاله ما جاء في القاعدة 58 من مجموعة قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين التي أقرتها الجمعية العامة في « المؤتمر الدولي للأمم المتحدة في مكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين » ، بجنبف 1955.

« إن غرض وتبرير عقوبة السجن أو أي تدبير مماثل لسلب الحرية هو في النهاية حماية المجتمع من الجريمة ، وإن تحقيق هذه الغاية لا يمكن أن يتم إلا إذا استخدمت مدة السجن على قدر المستطاع ، لجعل المذنب عند عودته للمجتمع ليس راغبا فقط بل وقادرا على أن يعيش في ظل القانون وأن يسد حاجته بنفسه»
كما وقد جاء في مقدمة قانون إصلاح السجون بالجزائر الصادر في 10 فبراير 1972 ما يلي :
« إن العقوبة المانعة للحرية تستهدف أساسا إصلاح المحكوم عليهم و إعادة تربيتهم وتكييفهم الاجتماعي » .
وقد نصت المادة الأولى : « إن إصلاح المحكوم عليه وإعادة تربيته ، إذ يكونان القصد المرتجى من تنفيذ الأحكام الجزائية ، فإنهم ا يرتكزان على رفع المستوى الفكري والمعنوي للمسجون بصفة دائمة وعلى تكوينه المهني .. »

إضافة إلى ما سبق ، نجد أن الوظيفة الأخلاقية أو المعنوية للعقوبة التي تتمثل في إقامة العدل لن تفقد أهميتها ، لأن العقوبة تمثل رد فعل المجتمع تجاه العدوان الذي وقع عليه وحيث تعيد العقوبة التوازن إلى ميزان الحقوق والواجبات في المجتمع تحقق في نفس الوقت العدالة ، وتمنع ردود الفعل العشوائية الانتقامية تجاه الجاني على نحو قد يتجاوز كثيرا الضرر الذي لحق بالمجني عليه ، وثقة الأفراد في تحقيق العدالة إذا ما تم توقيع العقوبة على جميع الجناة دون تمييز بينهم يريح نفوسهم وينتزع منهم الرغبة في الثأر والانتقام ويجعلهم يقبلون الجاني بعد القصاص منه وتنفيذه للعقوبة المقضي بها كفرد من أفراد المجتمع بعد أن نفذ عليه حكم العدالة .

¹ - عبد الله سليمان . مرجع سابق . ص 425.

² - محمود نجيب حسني . مرجع سابق . ص 738.

المطلب الثالث

شروط استحقاق العقوبة

ليس كل من اقترف جريمة يستحق عقوبتها ، بل ثمة جملة من الشروط الموضوعية والإجرائية التي ينبغي توافرها للقول باستحقاق الجاني للعقوبة أو للجزاء الجنائي عموماً ، ومن هنا يبدو ملائمة تبديد أي التباس محتمل حول مدى كفاية اقتراح الجريمة كفعل مادي لتوقيع العقوبة أو الجزاء على فاعل هذا الفعل الإجرامي ، وعلى أية حال فهناك ثلاث شروط يتعين توافرها لاستحقاق الفاعل العقوبة المقررة للجريمة نتناولها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول : ارتكاب فعل موصوف بوصف الجريمة في قانون العقوبات .

ويقصد بذلك ارتكاب فعل يشكل جريمة جنائية ، يستوي بذلك أن يكون هذا الفعل سلوك إيجابي أو يتمثل في مجرد الامتناع متى كان هذا الامتناع معاقب عليه فاقتراح فعل جرمي هو أول مفترضات استحقاق العقاب . ويعتبر ذلك محض تطبيق لمبدأ مادية الجريمة ، حيث لا جريمة دون سلوك مادي يتطابق مع نص التجريم وبالتالي يستبعد من دائرة العقاب مجرد النوايا العدوانية مهما بدت شريرة . والأعمال التحضيرية التي لا ترقى لحد اعتبارها بدءاً في التنفيذ المكون لشروع معاقب عليه ، ولكن يستوي أن يترتب على هذا الفعل نتيجة (القتل والسرقة) أو لا يترتب عليه أدنى نتيجة (كحيازة سلاح دون ترخيص) وتسمى الجريمة في الحالة الأولى بجرائم النتيجة أو جرائم الحدث ، بينما تسمى في الحالة الثانية بالجرائم الشكلية .

ولا يكفي بطبيعة الحال ارتكاب مجرد الفعل غير المشروع أو الضار وإنما ينبغي أن يكون هذا الفعل متطابق مع أحد الأوصاف الجنائية مثلما يستخلص من نص قانون العقوبات وهو ما يعني توافر الركن الشرعي للجريمة اتساقاً مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ويقصد بنص قانون العقوبات في هذا السياق كل نص يجرم الفعل ويعاقب عليه سواء ورد في صلب قانون العقوبات ذاته أو في نص تكميلي آخر ، أم في تشريع غير جنائي⁽¹⁾.

ولكن يلزم لإعتبار الجريمة شرطاً لاستحقاق الجزاء الجنائي ألا يوجد نص آخر يبيح ارتكابها إذ أن المشرع يقرر استثناءً ولاعتبارات يقدرها إباحة الفعل الذي يشكل بحسب الأصل جريمة إذا ما توافرت أحد

¹ - سليمان عبد المنعم . النظرية العامة لقانون العقوبات . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية 2000 . ص 709 . 710 .

أسباب الإباحة . فمثل هذه الأسباب يمكن أن تبرر الفعل وترفع عنه صفته الجرمية فلا يصبح عندئذ فعلا مجرما ولا يستحق فاعله بالتالي العقوبة .

الفرع الثاني : قيام المسؤولية الجنائية للفاعل

لا يكفي لاستحقاق العقاب محض ارتكاب الجريمة كفعل مادي ، بل ينبغي أن يكون الفاعل مسؤولا مسؤولية جنائية قوامها الوعي من ناحية ، وحرية الاختيار من ناحية أخرى . وبالتالي فمن المتصور أن يرتكب الشخص فعلا يشكل جريمة دون أن يساءل جنائيا إما لانعدام ملكة الوعي لديه أو لتجرده من حرية الاختيار .

وتتوافر موانع المسؤولية إذا انعدم لدى الفاعل ملكة الوعي أو التمييز ، أو إذا تجرد من حرية الاختيار في اللحظة التي أقدم فيها على ارتكاب الفعل الذي يشكل جريمة وينعدم الوعي أو التمييز لدى الفاعل في ثلاث حالات : صغر السن ، الجنون ، الإكراه .

ولعل أهم النتائج المترتبة على تحديد طبيعة موانع المسؤولية أنها لا تحول من ناحية دون جواز رفع الدعوى المدنية بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الجريمة كما أن أثرها في امتناع المسؤولية أو الإعفاء من توقيع العقوبة شخصي لا يستفيد منها إلا من توافرت في حقه فقط .
وأخيرا فإن للحيلولة دون عقاب الفاعل لامتناع مسؤوليته بمقتضى أحد الأسباب المشار إليها لا يمنع من إخضاعه لتدابير احترازية ، فالمجنون فاعل الجريمة على سبيل المثال لا توقع عليه عقوبة وإن جاز إيداعه في مصحة عقلية كتدبير احترازي .

الفرع الثالث : انتفاء أي مانع من الموانع الإجرائية التي تحول دون الملاحقة والعقاب .

لا يكفي لاستحقاق الفاعل العقوبة ارتكاب الفعل المكون للجريمة واعتباره مسؤولا مسؤولية جنائية ، بل ينبغي فوق هذين الشرطين انتفاء أي مانع إجرائي قد يحول دون ملاحقته وعقابه ، ومفاد ذلك أن المشرع يقرر أحيانا ولاعتبارات يقدرها عدم جواز ملاحقة الفاعل مرتكب الجريمة مطلقا ، أو تعليق أو تقييد هذه الملاحقة على أمر أو شرط معين (1)

ومن أمثلة الموانع الإجرائية التي تحول دون ملاحقة الفاعل مطلقا سقوط الدعوى العمومية بالتقادم ، أو العفو الشامل ، وكذلك الحصانات الدبلوماسية التي يتمتع بها طائفة من الأشخاص تضي عليهم الدولة حصانة تمنع من ملاحقتهم ومعاقبتهم أمام محاكمها الوطنية رغم ارتكابهم لجريمة على إقليمها الوطني .

¹ - سليمان عبد المنعم . مرجع سابق . ص 711 . 712 .

ويضاف إلى ذلك الحصانات النيابية التي يتمتع بها أعضاء السلطة التشريعية عما يصدر في مباشرتهم لوظيفتهم النيابية من آراء أو أقوال تشكل جريمة كالسب والقذف وإفشاء الأسرار والبلاغ الكاذب . ومن أمثلة الموانع الإجرائية أيضا ما ينص عليه المشرع من تعليق رفع الدعوى العمومية عن بعض الجرائم على تقديم شكوى من المجني عليه أو طلب إحدى الجهات أو الحصول على إذن ، وكذلك من الموانع الإجرائية ما يتمتع به طوائف معينة من حصانات سياسية كرؤساء الدول⁽¹⁾.

يمكن القول ، أن شروط استحقاق العقوبة المتمثلة في ارتكاب فعل موصوف بوصف الجريمة في قانون العقوبات ، وقيام المسؤولية الجنائية للفاعل وانتفاء أي مانع من الموانع الإجرائية التي تحول دون الملاحقة والعقاب حتى ولو توافرت مجتمعة لا تؤدي من المفروض إلى استحقاق العقوبة ما لم تكن هذه العقوبة محمية بضوابطها المنصوص عليها بمصادر حقوق الإنسان ، وهذا ما سنتناوله من خلال موضوع الدراسة.

¹ - سليمان عبد المنعم . مرجع سابق . ص 713 .

الفصل الأول :

الإطار النظري لشرعية العقوبة

في ضوء مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان .

إن دراسة شرعية العقوبة في ضوء مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان تتطلب منا قبل ذلك، تحديد مفاهيم البحث المتمثلة في : شرعية العقوبة والحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، وعلاقة شرعية العقوبة بحقوق الإنسان ، وذلك لتحديد المجال الذي يتم فيه البحث من جهة ، ومن جهة أخرى لتمييز هذه المفاهيم عما قد يشتبه بها .

ولذلك تناولنا شرعية العقوبة في مبحث أول ، والحماية الجنائية لحقوق الإنسان في مبحث ثان، وعلاقة شرعية العقوبة بحقوق الإنسان في مبحث ثالث .

المبحث الأول

ماهية شرعية العقوبة

من المبادئ القانونية الهامة التي استقرت عليها أغلب التشريعات الجنائية الحديثة مبدأ " شرعية الجرائم والعقوبات " أو مبدأ " قانونية الجرائم والعقوبات " أو مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " أو بعبارة مختصرة مبدأ " الشرعية النصية " وكلها مترادفات تفيد معنى واحد.

ويعتبر الشق الثاني من المبدأ وهو شرعية العقوبة - محل دراستنا - ويترتب على الأخذ بذلك أن تكون مهمة التجريم والعقاب في يد هيئة محددة لا يجوز لغيرها أن تزاحمها فيها ، وأن يلتزم القاضي بتطبيق ما يصدر عنها من قواعد جنائية دون الخروج عليها ولو تحت ستار تفسيرها .

وعلى ذلك ، فإن دراسة شرعية العقوبة تفرض علينا تحديد مضمونها وكذا الرقابة على دستورية شرعية العقوبة ، وأيضا تقييم هذا المبدأ بالتطرق إلى الجدل الدائر حوله وكل ذلك يتطرق له في مطلب منفرد.

المطلب الأول

مضمون شرعية العقوبة

نحاول في هذا المطلب التطرق إلى مضمون شرعية العقوبة من خلال الفروع التالية : تعريف شرعية العقوبة ، تمييز الشرعية الجزائية عن المشروعية ، القيمة القانونية لمبدأ شرعية العقوبة .

الفرع الأول : تعريف شرعية العقوبة

يقصد بشرعية العقوبة ، ألا توقع عقوبة من جانب القاضي إلا بناء على نص تشريعي صريح يقره، كما لا يجوز الحكم بعقوبة تختلف في طبيعتها أو تجاوزها في مقدارها تلك المنصوص عليها قانونا . وشرعية العقوبة بهذا المعنى تمثل الجزء المتمم لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فلا جريمة ولا عقوبة إذن دون نص تشريعي صادر عن السلطة التشريعية ، فدور العرف في القانون الجنائي منعدم سواء من حيث تجريم الأفعال أو من حيث العقاب عليها ومؤدى مبدأ شرعية العقوبة أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعقوبة تتجاوز في مقدارها الحد الأقصى للعقوبة كما هو منصوص عليها في القانون (1).

كما لا يجوز كذلك أن يحكم القضاء بعقوبة تقل في مقدارها على الحد الأدنى المنصوص عليه في القانون متى كانت المحكمة لم تبين في حكمها توافر ظرف قضائي مخفف من جانب المحكوم عليه. وكما يلتزم القاضي بالألا ينطق بعقوبة غير منصوص عليها في القانون ، فإنه لا يستطيع أن يستبدل عقوبة بأخرى، و لا أن يضيف إلى العقوبة الأصلية عقوبة بأخرى ولا أن يضيف إلى العقوبة الأصلية عقوبة تكميلية متى كانت هذه الأخيرة غير واردة ضمن العقوبات المقررة للجريمة.

و بالإضافة إلى ذلك ، فإن مبدأ شرعية العقوبة يقيد القاضي فلا يمكنه أن يغير من طريقة تنفيذ الحكم الصادر بالإدانة بالمخالفة كما نص عليه القانون ، ولهذا فلا يستطيع القاضي أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم إذا كان النص التشريعي لا يخوله ذلك. ومثلما يفرض مبدأ شرعية العقوبة قيودا على القضاء كذلك يقرر نفس القيود في مواجهة المحكوم عليه ، فجهات التنفيذ العقابي يجب أن تنفذ العقوبات وفقا للشروط والحدود التي ينص عليها القانون ، وذلك باعتبار أن قواعد التنفيذ تعتبر من النصوص المنظمة للجزاء ، ومن ثم تملك تلك الجهات التغيير في هذه القواعد (2).

نخلص من ذلك ، أن شرعية العقوبة تفرض التزامات على عاتق كل من السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية.

¹ - Philip Conte . Droit Pénal Général . 3^{ème} Edition . Armand Colin : Paris . 1998. P 66

² - سمير عالية . شرح قانون العقوبات - القسم العام - المؤسسة الجامعية للدراسات : بيروت . 2002. ص 47

الفرع الثاني : تمييز الشرعية الجزائية عن المشروعية .

استعمل أكثر فقهاء القانون العرب المصطلحين كمترادفين ، ولم يميزوا بينهما وكذلك لم يفرق القضاء الإداري والمصري بينهما .

ولكن دعا الدكتور كمال أبو العيد إلى التمييز بين المصطلحين ، ويرى أن المشروعية فكرة قانونية ، تخص بوصف نتيجة تطبيق القاعدة القانونية لتقرر بالاستناد إلى أصول تلك القاعدة صحة التطبيق من عدمه.

وهي بهذا المعنى تنتمي إلى عالم القانون أي عالم ما يجب أن يكون ، لذلك فإن الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تدخل في تكوين ورسم الاتجاه والمضمون الذي تبنى عليه القاعدة القانونية أساس المشروعية وإطارها ، لا تعني أن المشروعية فكرة سياسة ، ولذلك أيضا لا نستطيع أن ندخل المقاسات الأخلاقية ضمن تحديد المشروعية إلا بالقدر الذي تدخل فيه في أي نظام قانوني .

ويترتب على ذلك بأن المشروعية تمثل مضمون العلاقة بين القاعدة القانونية والتصرف أو العمل الذي يراد التعرف على مشروعيته من عدمها .

بمعنى أن القانون هو الذي يخلف المشروعية ويحدد مضامينها واتجاهاتها ، ولهذا لا يمكن أن تكون المشروعية إلا كفكرة قانونية شكلا ومضمونا.

فمن ناحية الشكل ، فالمشروعية ما هي إلا تطبيق للقاعدة القانونية في إطار ضوابط وأصول محددة بكيفية تحقيق عملية تطبيق القانون ذاتها . ومن ناحية المضمون فالمشروعية هي تحقيق مضمون الحكم الوارد في القاعدة القانونية .

والمشروعية تعني من كل ما سبق إجراء التصرف طبقا للإطار الذي رسمه القانون ، لأن ذلك يؤدي بالتالي إلى ترتيب النتائج التي قصدت من إجراء التصرف المقصود ، وإلى تنفيذ الحكم القانوني ، وبالتالي الوصول إلى الهدف الأساسي الذي تضمنته القاعدة القانونية.

أما الشرعية فهي فكرة سياسية تتعلق بمدى قبول الأفراد لواقع حركة السلطة ، وهي بهذا الاتجاه خارج نطاق إرادة السلطة ، فلا يجوز ولا بأي حال أن تخلق السلطة لنفسها قواعد شرعيتها. لأن الاعتبار التي تتعلق بالشرعية وقيمتها تخرج عن نطاقها إرادة السلطة ، حيث تتحدر من القواعد الأخلاقية والدينية ومجمل التطور الاجتماعي ، بينما المشروعية في هذه الحالة تتعلق بذاتية حركة السلطة ، في تعاملها مع قوانينها ومع القواعد التي سبق أن وضعتها⁽¹⁾.

¹ - حسن يوسف مصطفى مقابلة. الشرعية في الإجراءات الجزائية . دار الثقافة والدار العلمية الدولية . عمان . 2003 . ص 57 . 58.

وينتهي العلامة الفرنسي ليطريه وهو بصدد إيضاح الفرق بين الكلمتين إلى أن المشروع هو ما اتفق مع التشريع ، أما الشرعي فهو ما اتفق مع العدل لذلك نجد بأن الشرعية أمر يتعلق بالأحكام القيمية . بينما المشروعية تتعلق بالأحكام القانونية .

ولما كانت الشرعية فكرة تتعلق بالسلطة من كافة نواحيها ، فإن تأثير الشرعية في مجتمع معين ينعكس على السلطة القائمة ، حيث تؤثر على مدى استقرار السلطة ، وبالتالي على استقرار الحكم في المجتمع ، ومن هنا كانت فكرة الشرعية متغيرة ونسبية ، إذ تخضع لطريقة التفكير السائد لدى المواطنين حول أصول وشكل السلطة وطريقة ممارستها ومتى تغيرت نظرة الأفراد إلى هذه المسائل تغيرت تبعاً لذلك الشرعية القائمة حول السلطة.

ولكن رغم هذا الاختلاف بين مفهوم الشرعية بكونها فكرة قانونية ، والشرعية بكونها فكرة سياسية ، إلا أن هناك علاقة حقيقية قائمة بين الفكرتين بموضوع السلطة ، إذ أن الشرعية تدور حول مدى تقبل السلطة ، ومدى صحة تصرفاتها بنظر المجتمع ، وتدور المشروعية في صحة وتصرفات الأفراد في نظر السلطة من القانون في تحليله الاجتماعي وهو التعبير عن إرادة القابضين على السلطة .

ولكن هذه السلطة يتبدل موقعها ودورها في كلا الفكرتين ، في حين أن السلطة هي التي تكون أمام المواجهة إن صح التعبير في حالة الشرعية من خلال امتحان قبول تصرفاتها وسلوكها وممارستها من قبل الأفراد .

والأفراد هم الذين سيكونون أمام المواجهة في حالة المشروعية من خلال امتحان مدى تصرفاتهم ، وسلوكهم العام بالقياس إلى رأي السلطة المثبت في القواعد القانونية .

وبصدد التمييز إلى الفقه الفرنسي ، وبين انقسامه إلى مذهبين حيث استند بعض الفقه الفرنسي إلى فكرة القانون الطبيعي للتمييز بين فكريتي الشرعية والمشروعية ، ورأوا أن القانون الطبيعي هو المعيار الذي يكون حكماً لوصف ما هو مشروع ، بينما القانون الوضعي هو معيار الحكم بالشرعية إلا أنه لم يأت بمعيار واضح للتمييز . وفي العراق ، نجد أن هناك من عارض الخلاف في الفقه الفرنسي ، وجانب أيد فكرة التمييز بينها .

ويرى حسن يوسف مصطفى مقابله ، أن الشرعية والمشروعية مترادفتان في علم القانون الجزائري وأن التمييز بينهما بمقتصر على الفقه الفرنسي ، علماً بأن شراح القانون الجنائي العرب دأبوا على استعمال المصطلحين بمعنى واحد بل وأكثرهم يفضلون استعمال مصطلح الشرعية عند الكلام عن مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، ويشيرون إلى الشرعية الإجرائية عندما يبحثون في الإجراءات الجزائية⁽¹⁾.

¹ - حسن يوسف مصطفى مقابله . مرجع سابق . ص 59 . 60.

من كل ما سبق لا نرى أن الشرعية والمشروعية مترادفان في علم القانون الجزائي ، حيث أن الشرعية تعني وجود نصوص قانونية صادرة عن سلطة مختصة لضبط سياسة التجريم والجزاء والمتابعة الجزائية بغية إقرار التوازن بين الفرد والمجتمع ، وهي تنقسم إلى شرعية التجريم والجزاء وشرعية الخصومة الجزائية ، بينما المشروعية كمصطلح مستقل عنها تعتبر الصفة أو التكييف القانوني الذي يلحق بالسلوك ، فيكون هذا الأخير متسما بالغير مشروعية متى كان منصوصا عليه بالنص الجنائي .

الفرع الثالث : القيمة القانونية لشرعية العقوبة.

تتأكد أهمية المبدأ من خلال التنصيص عليه بكل من المواثيق الدولية والنصوص الداخلية.

أولا : مكانة المبدأ في المواثيق الدولية .

لقد تم التنصيص على هذا المبدأ لأول مرة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 في المادتين 5 و 8 منه تحديدا .

فبموجب المادة 5 " لا يجوز منع ما لم يحضره القانون ولا يجوز الإكراه على إتيان عمل لم يأمر به القانون "

وبموجب المادة 8 " لا يعاقب أحد إلا بمقتضى قانون قائم وصادر قبل ارتكاب الجحفة ومطبق تطبيقا شرعيا " (1).

كذلك كرسات الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950 في المادة 7 هذا المبدأ بنصها على

مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية على الماضي ، وكذلك مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة بالمادة 9 فقرة 2 (2).

ونصت الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية لسنة 1966 بالمادة 15 والتي جاءت

كالتالي :

1- لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي . كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة .

وإذا حدث بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف . وجب أن يستفيد مرتكب

الجريمة من هذا التخفيف .

¹ - Marie Elizabett . Droit Pénal. Dalloz, Paris 2002. P 12.

² - Christophe Poulin . Droit Pénal Général . Edition Litec . 1998. P 21.

2- ليس في هذه المادة من شيء يخل بمحاكمة ومعاقبة أي شخص على أي فعل أو امتناع عن فعل كان حين ارتكابه يشكل جرماً وفقاً لمبادئ القانون العامة التي تعترف بها جماعة الأمم .

إن جملة النصوص السابقة ، تعكس مدى اهتمام النصوص الدولية بمبدأ شرعية العقوبة باعتباره يشكل ضماناً هاماً لحقوق الإنسان ، أي أنه ضمان للأفراد في مواجهة تحكّم السلطات العامة واستبدادها ذلك أن هذا المبدأ يجعل توقيع العقاب متوقف على سبق الإنذار به .

فيضع التشريع على هذا النحو الحدود الفاصلة بين ما هو مشروع وما هو محظور جنائياً ، فلا يسأل شخص جنائياً عن فعل لم يسبقه قانون ، ينذر أفراد المجتمع بتجريمه والعقاب عليه ، وعلى ذلك يقف المبدأ حائلاً دون تعسف السلطات العامة في الدولة وافتئتها على حقوق الأفراد ، من أجل ذلك نجد الدساتير المختلفة تدرج هذا المبدأ ضمن المواد التي تكرس الحقوق والحريات العامة للأفراد ، وكذلك بتشريعاتها الجنائية ، ومن بينها الدستور وقانون العقوبات الجزائريين الذين نلمس فيما يلي تأثير النصوص الدولية عليهما.

ثانياً : موقف المشرع الجزائري من مبدأ شرعية العقوبة .

في الجزائر اعترف المشرع بمبدأ الشرعية ، وقرره صراحة في قانون العقوبات ، حيث نجد المادة الأولى منه تنص على مضمونه كالآتي : " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون " وتأكيداً لمبدأ الشرعية ، فقد جاءت النصوص اللاحقة لتدعم مضمون المادة الأولى ، فنصت المادة الثانية منه على مبدأ عدم الرجعية ، وهو من أهم المبادئ الداعمة لمبدأ شرعية العقوبة كالتالي :

" لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة " ونصت المادة الثالثة على تحديد نطاق قانون العقوبات على النحو التالي : " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية، كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية " .

تجدر الإشارة إلى أن قانون العقوبات الجزائري يعتبر من التشريعات الجنائية التي أضفت على مبدأ شرعية العقوبة قيمة دستورية بالنص عليه في دساتيرها تقديراً منها لأهميته وسموه وضرورة الإلتزام به ، إذ أنه لا يجوز للمشرع أو الهيئة التشريعية أثناء تشريعها للقوانين العادية أن تخالف أحكام الدستور ، و إلا تعرضت للإلغاء نظراً لمبدأ دستورية القوانين.

لقد كان دستور 1989 المعدل سنة 1996 ، آخر دستور في الجزائر فبالرجوع إلى المادة 47 منه

نجدها تنص على أن : " لا يتابع أحد ، ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون ، وطبقاً للأشكال التي نص عليها " وكذلك المادة 45 منه " كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية

إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون " والمادة 46 " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم " والمادة 140 " أساس القضاء مبادئ الشرعية ... "

ومن جهة أخرى ، فقد جعل الدستور حق التشريع من اختصاص البرلمان بغرفتيه : المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة بوصفه السلطة التشريعية الذي له السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه - المادة 98 من الدستور- وقد حددت المادة 122 من الدستور المجالات التشريعية التي تدخل ضمن اختصاص البرلمان ومن ضمنها " قواعد قانون العقوبات ، والإجراءات الجزائية ، لا سيما تحديد الجنايات والجنح ، والعقوبات المختلفة المطابقة لها ، والعفو الشامل وتسليم المجرمين ، ونظام السجون "

المطلب الثاني

الرقابة الدستورية على الشرعية العقابية

ليست القواعد القانونية على درجة واحدة من القوة ، فالقانون العادي أعلى مرتبة من المراسيم والأنظمة أو القرارات ، والدساتير أعلى مرتبة من القوانين العادية ومن المراسيم والأنظمة . ويلزم القاضي الجنائي عند تطبيقه للتشريعات الجنائية مراعاة هذا التدرج في القوة بين القواعد القانونية فيتأكد من أن المرسوم أو التنظيم لا يخالف القوانين العادية ، وأن هذه الأخيرة لا تتعارض مع الدستور ، ولكن سلطته في الرقابة تختلف بحسب ما إذا كانت تنصب على الناحية الشكلية أو الموضوعية لكل من القانون والتنظيم ، هذا بالنسبة للدول التي تعتمد الرقابة السابقة على دستورية القوانين ، بينما هناك من الدول التي تأخذ بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين لها نظام يختلف ، وسنتناول في ما يلي النوعين من الرقابة واتجاه الجزائر في ذلك .

الفرع الأول : أنواع الرقابة الدستورية على الشرعية العقابية .

سنتناول في هذا الفرع نوعي الرقابة الدستورية على الشرعية العقابية وهما : الرقابة السابقة أولا ، ثم الرقابة اللاحقة .

أولا : الرقابة السابقة الدستورية على الشرعية العقابية .

في هذا النوع ، الرقابة يقوم بها جهاز قضائي مستقل يتولى القيام بهذه الوظيفة حيث يعرض عليه مشروع القانون بعد موافقة البرلمان عليه وقبل إصداره ونشره . ومن الدول التي تعترف للقضاء بالرقابة القضائية على دستورية القوانين نجد : فرنسا ومصر ، تختلف فيما بينها بحسب الوقت الذي يجب أن تتم فيه تلك الرقابة⁽¹⁾ . ففي فرنسا ، تتمثل اختصاصات هذه الهيئة في التحقيق من مطابقة أو مخالفة القوانين التي يسندها البرلمان للدستور وذلك بناء على طلب رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو 60 نائبا من أحد المجلسين وفقا للتعديل الصادر في 29 أكتوبر 1974 على الفقرة الثانية من المادة 61 فإذا اتضح للمجلس مخالفة قانون للدستور أعلن ذلك مما يترتب عنه عدم صدور ذلك القانون ، لأن قرار المجلس ملزم لكافة السلطات العامة و لا يقبل الطعن فيه .

¹ - علي عبد القادر القهوجي . قانون العقوبات . القسم العام . الدار الجامعية : بيروت . 2000 . ص 80 .

والجدير بالذكر أنه إذا كان يطغى الطابع السياسي على تشكيل المجلس ، فإن الطابع القضائي يطغى على أحكامه ، فضلا عن كفاءة أعضائه مما يضيء عليه نسبيًا استقلالية كبيرة (1).

ثانيا : الرقابة اللاحقة الدستورية على الشرعية العقابية .

في هذا النوع إذا صادف القاضي نصا تشريعا عقابيا يتعارض مع نص دستوري وجب عليه الامتناع عن تطبيقه (2) وذلك لما يملكه من سلطة رقابة دستورية القوانين التي يطبقها سواء من ناحية موضوعها أم من ناحية شكلها.

1- من الناحية الشكلية :

يملك القاضي مراقبة القانون والتنظيم بأن يتأكد من توافر الإجراءات الشكلية التي يتعين توافرها لنشأة كل منها ، وأن يتمتع عن تطبيق أي منهما، في حالة مخالفته لتلك الإجراءات فإذا لم يكن القانون صادر من السلطة التشريعية أو لم تتبع بالنسبة له الإجراءات الشكلية التي يتطلبها الدستور حتى يصبح قانونا نافذاً بأن كان غير حائز للأغلبية التي نص عليها الدستور ، أو لم يصدره رئيس الجمهورية أو لم ينشر في الجريدة الرسمية ، وجب على القاضي في هذه الحالة الإمتناع عن تطبيقه ، وقد حدث أن قانون الإجراءات الجنائية المصري الحالي رقم 150 لسنة 1951 صدر في 3 سبتمبر 1950 إلا أن هذا القانون لم ينشر في الجريدة الرسمية إلا بتاريخ 19 أكتوبر 1951 وامتعت المحاكم وقتها عن الأخذ بهذا القانون إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية طبقا للدستور (3).

كما حدث في لبنان أن قانون العقوبات اللبناني عدل للمرة الثانية بموجب قانون 4 أيار 1949 إلا أن هذا القانون لم ينشر في الجريدة الرسمية إلا في 17 كانون الثاني 1951 العدد الثالث ، أي بعد أكثر من سنة ونصف على صدوره ، وكان من الطبيعي أن تمتنع المحاكم عن تطبيق هذا القانون إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية طبقا للدستور اللبناني .وتخضع المراسيم والأنظمة لذات الحكم السابق إذا كانت صادرة عن سلطة غير مختصة به ، أو لم توافق على هيئة معينة يشترط موافقتها عليه إذ يجب على القاضي في هذه الحالة الامتناع عن تطبيق القانون أو المرسوم أو التنظيم في الحالات السابقة ، إن كان أيًا منهما ليس له وجود

1 - سعيد بوشعير . القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1992 . ص 197.

2 - ليس ثمة تعارض بينها وبين قاعدة الفصل بين السلطات ، إذ أن دور القاضي مقصور على الحكم بالبراءة عندما يكون النص غير قابل للتطبيق . فهو لا يتعرض لعمل المشرع بالإلغاء أو التعديل.

راجع رؤوف عبيد . الرقابة على الدستورية والشرعية . مطبعة الاستقلال الكبرى : القاهرة . 1979 . ص 18.

3 - علي عبد القادر القهوجي . مرجع سابق . ص 77.

قانوني بسبب تخلف أحد الشروط الشكلية الذي تقوم عليه نشأتها وسلطة القاضي تتوقف في هذه الحالة عند الامتناع عن التطبيق فقط دون اللجوء إلى إبطال المرسوم أو التنظيم لأن ذلك ليس من اختصاصه.

2- من الناحية الموضوعية

أما فيما يتعلق بالناحية الموضوعية ، فإن سلطة القاضي في الرقابة على التشريعات الجنائية ، تختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بمرسوم أو تنظيم أو قانون ، فبالنسبة للمراسيم والتنظيمات ، يملك القضاء بسط رقابته على الجانب الموضوعي لها فيتحقق من دستوريته وقانونيتها ، فإذا تأكد من مخالفتها للدستور أو القانون وجب عليه الامتناع عن تطبيقها ، ويرجع ذلك إلى أن التنظيم أقل مرتبة من القانون والدستور ولا يجوز له أن يخالفهما ، أي أنه في حالة التعارض تكون الغلبة لنصوص الدستور أو القانون على نصوص المرسوم أو التنظيم.

وقد قضي في لبنان تطبيقاً لذلك بأن " للقاضي الجزائي أن يقدر شرعية الأنظمة والأعمال الإدارية قبل أن يطبق النص الجزائي على مخالفتها " كما قضى في سوريا " أن صدور قرار المحافظ بشكل يخالف الأنظمة والقوانين ويجعل القرار المذكور في حكم اللغو وأحكامه غير جديرة بالنفاذ لتعارضه مع الأنظمة والقوانين وعلى القاضي والحالة هذه أن يقرر عدم مسؤولية المخالف لهذا القرار " وهنا يتمتع القاضي عن تطبيق النظام أو القرار المخالف فقط دون الحكم بإبطائه لأن ذلك لا يدخل ضمن صلاحياته⁽¹⁾.

ويختلف الأمر فيما يتعلق برقابة القضاء على دستورية القانون من حيث الموضوع فقد انقسم الرأي بشأنها ، فذهب رأي إلى رفض تلك الرقابة ، استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات وحتى لا تتدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية ، بينما يؤيد تلك الرقابة جانب آخر من الفقه على أساس مبدأ الشرعية واحترام الدستور باعتباره القانون الأساسي .

ساد في لبنان الرأي الأول حتى صدور قانون إنشاء المجلس الدستوري سنة 1994 ، بينما أخذت فرنسا ومصر بالرأي الثاني ، وهو أيضاً ما عليه الحال الآن في لبنان⁽²⁾.

الفرع الثاني : الرقابة الدستورية على الشرعية العقابية في الجزائر.

لم ينص الدستور الجزائري لسنة 1971 صراحة على مبدأ الرقابة على دستورية القانونية غير أنه أسند مهمة المحافظة على حريات وحقوق الأفراد للقضاء حسب المادة 164 واعتمد مبدأ أن القاضي لا

¹ - علي عبد القادر القهوجي . مرجع سابق . ص 78.79.

² - سعيد بو شعير . مرجع سابق . ص 214.

يخضع إلا للقانون - المادة 172 - كما أسند مهمة الدفاع عن مكتسبات الثورة الاشتراكية وحماية مصالحها للقضاء - المادة 166 -

وفضلا عما سبق نجده أقر طريقة خاصة لتعديل الدستور تختلف عن تلك المتبعة في تعديل القوانين العادية وذلك باشتراط إجراءات خاصة ونصاب معين من الأصوات لإقرار التعديل الدستوري المادة - 191 حتى 195 - وهو ما يؤكد جموده وبالتالي سموه على غيره من النصوص مما يستدعي الأخذ بنظام الرقابة على دستورية القوانين ، وهو ما لم يشر إليه واضعوا الدستور ، وهذا يعد نقصا تقتضي الضرورة معالجته وذلك بإنشاء هيئة قضائية تناط بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين والقضاء على احتمال حدوث خلاف حاد (وأن كان النظام الجزائري يرفضه) بين الهيئتين التنفيذية والتشريعية بشأن تفسير أحكام الدستور .

وبالرجوع إلى دستور 1963 نجده اعتمد هو الآخر نفس النظام ، إلا أنه في دستور 23 فبراير

1989 نجد المؤسس الدستوري قد تبنى مبدأ الرقابة على دستورية القوانين كنتيجة قانونية ومنطقية لمبدأ تدرج القواعد القانونية وسمو الدستور وجموده بالمقارنة مع التشريع العادي ، فقد نص الدستور في المادة 155 على " يفصل المجلس الدستوري ، بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور ، في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية ... "

من خلال هذا النص يتضح لنا بأن الدستور الجزائري خلافا لغيره، أخذ بالرقابة السابقة واللاحقة

سواء تعلقت بالمعاهدات والاتفاقيات أو القوانين أو اللوائح المادتان - 158 و 159 - وذلك بموجب رأي إذا كانت الرقابة قبلية أو بقرار إذا كانت بعدية ، وأن هذه الرقابة قد تكون إجبارية وسابقة إذا تعلق الأمر بالمعاهدات والاتفاقيات المنصوص عليها في المادة 91 من الدستور وهي الخاصة بالسلم والهدنة.

والذي تجدر ملاحظته هو أن المجلس الدستوري لا يتدخل إلا بإخطار من رئيس الجمهورية أو

رئيس المجلس الشعبي الوطني ، مما يعد قييدا خطيرا على سلطة الرقابة وبالتالي على حقوق الإنسان وحرياته ، لاسيما إذا كان الرئيسان ينتميان إلى حزب واحد يتمتع بالأغلبية المطلقة في البرلمان .

وإلى جانب ما سبق فإن المجلس الدستوري أسندت له مهام أخرى كمرقابة الانتخابات الرئاسية

والتشريعية والاستفتاءات ، وكذلك تقديم الرأي في بعض الحالات المحددة في الدستور .

وتجدر الإشارة إلى أن تعديل 1996 لدستور 1989 وسع مجال الإخطار إلى رئيس مؤسسة ثالثة

وهي مجلس الأمة ، ونأمل مع غالبية رجال القانون أن يتوسع مجال الإخطار إلى أعضاء من غرفتي

البرلمان ولم لا إلى رئيسي المحكمة العليا ومجلس الدولة ورئيس الحكومة⁽¹⁾.

¹ - سعيد بو شعير . مرجع سابق . ص 214 . 215.

المطلب الثالث

تقييم مبدأ شرعية العقوبة

نتناول في هذا المطلب الجدل الدائر حول فائدة شرعية العقوبة ، حيث أن الفقه الجنائي انقسم إلى اتجاهين متعارضين حول فائدة المبدأ ، فذهب رأي إلى تقرير فائدته ، بينما اتجه رأي آخر إلى معارضته والمناداة بإلغائه ، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول : الاتجاه الفقهي المؤيد لمبدأ شرعية العقوبة .

يقوم المبدأ على أهمية كبيرة تتجسد من خلال ما يلي :

أولاً : حماية الحرية الشخصية :

أما عن حماية الحرية الشخصية ، فقد قام هذا المبدأ كعلاج ضد مختلف صنوف التحكم التي عانت منها العدالة الجنائية ردحا طويلا من الزمان ، فهذا المبدأ يضع للأفراد الحدود الواضحة لتحريم الأفعال قبل ارتكابها ، فيبصرهم من خلال نصوص محددة جلية لكل ما هو مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مباشرتها ، كما يضمن لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم ، ويحول بذلك دون تحكم القاضي ، فلا يملك إدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم والعقاب الذي يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل القانون ، وقد عبر عن ذلك بيكاريا - مؤكدا في ذلك ما سبق أن قاله مو نتيسكيو ، من أن القوانين وحدها هي التي يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم ، وأن هذه السلطة لا يمكن أن يتولاها سوى المشرع بذاته الذي يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعي ، وهذا الذي نادى به بيكاريا ليس إلا تطبيقا لمبدأ انفراد المشرع بتنظيم حماية الحقوق والحرريات .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا بمصر هذا المعنى في قولها : " بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وإن اتخذ من ضمان الحرية الشخصية بنيانا لإقراره وتوكيده إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد من محتواه ، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازما إلا بالقدر وفي الحدود التي تكفل صونها " (1).

ثانياً : حماية المصلحة العامة

أما حماية المصلحة العامة ، فنشقق من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب و الإجراءات الجنائية إلى المشرع وحده ، تطبيقا لمبدأ إنفراد المشرع بالإختصاص في مسائل الحقوق والحرريات باعتبار أن القيم والمصالح التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلي الشعب ، وهو ما عبرت عنه

¹ أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . مرجع سابق . ص 32.

المحكمة الدستورية العليا في قولها بأن القيم الجوهرية التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها لا يمكن بلورتها من خلال السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم ، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضي أن تكون بيدها سلطة التقرير في شأن تحديد الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقوبتها لضمان مشروعيتها .

وعلى هذا النحو يعرف المواطنون سلفا القيم والمصالح التي ينبغي عليها المجتمع والتي يحميها قانون العقوبات مما يسهم في تنمية الروح الاجتماعية ويحقق التماسك الاجتماعي ويحافظ على الثقة بين الشعب والدولة ، ويحقق الاستقرار في المجتمع الذي يقوم عليه الأمن القانوني .

ومن ناحية أخرى ، فإن النواهي والعقوبات التي تتضمنها نصوص قانون العقوبات تسهم في تحقيق الردع العام ، فكما يقول مونتيسكيو إن فاعلية العقوبة تقاس بمقدار خشية العقاب التي تقاس بدورها بمقدار التأكد من توقيع العقوبة والإحاطة بها سلفا.

ثالثا : ضمان لوحدة القانون

أما أنه ضمان لوحدة القانون ووضوحه بالنسبة للكافة ، إذ لو تركت سلطة التجريم والعقاب للقضاء ، لتضاربت واختلفت آراء القضاة في السلوك الواحد من حيث استحقاقه للعقاب أصلا ومن حيث نوع ومقدار العقاب الذي يوقع من أجله فيصير الأفراد في حيرة من أمرهم لا يعلمون حكم القانون على وجه اليقين والتحديد ، ويختلف الواحد منهم عن الآخر في المسؤولية الناشئة عن ذات السلوك .

فمعنى قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات ، أن القاضي لا يملك اعتبار سلوك ما جريمة إلا إذا كان هناك قانون ينص على اعتباره كذلك ، كما لا يملك أن يقرر لجريمة ما عقوبة غير التي حددها القانون لهذه الجريمة⁽¹⁾.

إن أهمية مبدأ شرعية العقوبة تمثل آراء الاتجاه الفقهي المؤيد لمبدأ شرعية العقوبة .

الفرع الثالث : الاتجاه الفقهي المعارض لمبدأ شرعية العقوبة

يأخذ جانب من الفقه على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أنه يقف حجر عثرة أمام حق المجتمع وواجبه في مواجهة الأفعال الخطرة التي تلازم التطور الاجتماعي من ناحية وفي إمكانية الاستفادة من التقدم العلمي والفني من ناحية أخرى .

فهناك أفعال تواكب التطور الاجتماعي وتنال من أمن المجتمع واستقراره ومع ذلك لا يستطيع القاضي تجريمها والعقاب عليها طالما أن المشرع لم ينص عليها احتراماً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ،

¹ - أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . مرجع سابق . ص 32، 33.

وهكذا يكون هذا المبدأ سلاحاً خطيراً في يد المجرمين يلوحون به عند محاولة ملاحقتهم عن أفعالهم التي ترى الجماعة معاقبتهم من أجلها .

كما أن الدراسات التي تهتم بالبحث في الجريمة والمجرم ، وبصفة خاصة علم الإجرام وعلم العقاب ، كشفت عن أهمية شخصية الفاعل ودرجة خطورته الإجرامية بجانب الفعل ودرجة جسامته . وأسفرت هذه الدراسات عن نتائج أهمها الاتجاه بالجزاء الجنائي نحو تأهيل المجرم وإصلاحه وإزالة خطورته الإجرامية، وأن تحقيق هذا الهدف لا يتأتى إلا بعد دراسة شخصية هذا المجرم من جميع جوانبها وقياس درجة خطورته الإجرامية قبل اختيار نوع الجزاء ومقداره ، وهذا ما يعبر عنه " مبدأ تفريد الجزاء الجنائي " الذي يترتب على تطبيقه اختلاف هذا الجزاء " نوعاً ومقداراً " بالنسبة للفعل الواحد تبعاً لدرجة خطورة كل من ساهم في ارتكابه .

وعلى الرغم من أهمية ذلك التفريد ، فإن مبدأ الشرعية يقف عقبة أمام القاضي تحول بينه وبين اختيار الجزاء الذي يتلاءم وشخصية المجرم ذلك أن هذا المبدأ يفرض على القاضي نوع الجزاء ومقداره بالنسبة لكل فعل تبعاً لجسامته دون اعتداد بدرجة خطورة الفاعل ، وفي هذا تفويت لفرصة الاستفادة مما يحققه التقدم العلمي والفني من نتائج ترتبط بالجريمة والمجرمين (1).

يتضح لنا مما سبق أنه على الرغم من كل ما وجه لمبدأ شرعية العقاب من انتقادات فإنه دائماً السياج الحقيقي لحماية حقوق الإنسان ضد خطر تجاوز السلطتين القضائية والتنفيذية للاختصاص المحدد لكل منهما .

¹ - علي عبد القادر القهوجي . مرجع سابق . ص 68.

المبحث الثاني

تحديد المقصود بالحماية الجنائية لحقوق الإنسان ومصادرها

تتمثل وظيفة قانون العقوبات في حماية القيم والمصالح وحقوق الإنسان من خلال إضفاء وصف التجريم والعقوبة على الأفعال التي تنال من هذه الحقوق والمصالح والحريات ، وهو ما نسميه بالحماية الجنائية ، وتبدو هذه الحماية ظاهرة جلية في القسم الخاص من قانون العقوبات .

وتعتبر الحماية الجنائية أحد أنواع الحماية القانونية الخطيرة الأثر على كيان الإنسان وحرياته. وتعتبر شرعية العقوبة أحد حقوق الإنسان الجديرة بالحماية الجنائية . وسنحاول في هذا المبحث الإلمام بها من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : تعريف الحماية الجنائية بصفة عامة .

المطلب الثاني : حقوق الإنسان محل الحماية الجنائية .

المطلب الثالث : مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان.

المطلب الأول

تعريف الحماية الجنائية

حين نتناول موضوع الحماية الجنائية لموضوع ما فإن ذلك يتطلب التوصل إلى تحديد هذا المصطلح ، وعملية تحديد هذا المصطلح ليست بالأمر السهل إلا أنه مع ذلك يمكن رصدها من حيث التعريف اللغوي والاصطلاحي .

الفرع الأول : التعريف اللغوي : (1)

يقال حمى الشيء من الناس حميا من باب رمى وحمية بالكسر منعه عنهم والحماية اسم منه ، وحماه يحميه حميا وحمية وحماية بالكسر وحموة دفع عنه، وهذا شيء حمى أي محظور لا يقرب ، وحمى المريض ما يضره منعه إياه فاحتمى وتحمى امتنع والحمى تعني المريض الممنوع مما يضره.

والحمية بالكسر ما حمى من الشيء ، والحامية الرجل يحمي أصحابه ، والجماعة أيضا حامية وهو على حامية القوم ، أي آخر من يحميهم في مضيقهم.

وأحميته بالألف جعلته حمى لا يقرب ولا يجترأ عليه.

وفي الحديث الشريف " لا حمى إلى الله و لرسوله " . وأحميته بالألف أيضا وجدته حمى وتثنية

الحمى حميان بكسر الحاء على لفظ الواحد وبالياء وسمع بالواو فيقال حموان قاله ابن السكيت، وحمية وحميت القوم حماية نصرتهم ، وحميت الحديد تحمى من باب تعب فهي حامية إذا اشتد حرها بالنار.

وحماة : بلد الشام ، والحامي والمحمي : الأسد و حمى والله : أما والله وتحماه الناس : توقوه

واجتنبوه (2).

والجناية لغة : مأخوذة من جنى وجنيت وجنى على قومه جناية أي أذنب ذنبا يؤاخذ به ، وغلبت

الجناية في السنة الفقهاء على الجرح والقطع . والجمع جنايات وقد وردت بمعنى الذنب او الجرم ، تسمية بالمصدر .

¹ - لقد لجأت إلى التفسير اللغوي أولا لأن المدلولات اللغوية هي الأساس في فهم المعاني حيث أن المعنى اللغوي هو المقياس الضابط لسلامة الاصطلاح المقصود فهمه ومعرفة معانيه .

² - عبد العزيز محمد محسن . الحماية الجنائية للجنين . دار النهضة العربية : القاهرة . 1998 ص 13 .

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي

يقصد بمصطلح الحماية الجنائية بصفة عامة أن يدفع قانون العقوبات عن الحقوق أو المصالح المحمية جميع الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى النيل منها بما يقرره لها من عقوبات (1). وهناك من عرفها بأنها أحد أنواع الحماية القانونية ، بل وأهمها قاطبة وأخطرها أثرا على كيان الإنسان وحرياته ، ووسيلتها القانون الجنائي (2) الذي قد تنفرد قواعده ونصوصه تارة بتحقيق هذه الحماية ، وقد يشترك معها في ذلك فرع آخر من فروع القانون تارة أخرى.

فوظيفة القانون الجنائي إذن حماية ، إذ يحمي قيما أو مصالح أو حقوقا بلغت من الأهمية حدا يبرر عدم الاكتفاء بالحماية المقررة لها في ظل فروع القانون الأخرى (3).

وهناك من قال عن الحماية الجنائية ما يلي : أنه إذا تقرر مبدأ ضرورة وجود شكل جنائي للحماية في إطار تنظيم المشرع قانونا لظاهرة اجتماعية اقتصادية ، حيث لا تتوافر الحماية القانونية كاملة لهذه أو تلك الظاهرة ما لم تكن هناك قواعد أو نصوص جنائية مرصودة لها ، فالمشرع لا ينتظر حدوث عدوان على مصلحة من المصالح لكي يتولى بعد ذلك دراستها و إعداد الحماية الجنائية لها في ضوء معطيات معينة تتعلق بحالات فردية وإنما هو يقدر أهمية المصلحة أو المصالح ويتولى بالتالي رصد الحماية القانونية لها بما في ذلك حمايتها جنائيا ، الأمر الذي يترتب عليه القول بشمول الحماية القانونية عامة للحماية الجنائية ، فهذه الأخيرة تظل وجها محددًا ودقيقًا وفعالًا للحماية القانونية (4) وتبرير ذلك أنه على الرغم من صحة الادعاء الذي يرى أنه ليس هناك أفضل من الوسيلة التي من ذات طبيعة السلوك غير المشروع للحد منه فإن الحماية الجنائية تتميز بشمولها لكافة أنواع الحماية باستثناء واحد فقط وهو مدى إمكانية إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الجريمة أو الفعل غير المشروع (5). بيد أن قانون العقوبات باعتباره الشق الموضوعي للقانون المتعلق بالتجريم والعقاب يختلف عن هذه الفروع نظرا لجسامة الجزاءات التي ينص عليها كالإعدام والأشغال الشاقة والسجن وهي جزاءات تتسم بالشدّة والقسوة إذا ما قورنت بأجزية القانون المدني كالرد أو التعويض العيني أو التعويض.

فالجزاء الجنائي إذا تمثل في عقوبة جنائية ينال الفرد " الإنسان " في أثنى ما يخص إنسانيته : إما في حياته فيهدرها ، أو في حريته فيسلبها أو يقيدتها ، أو في شرفه واعتباره فيصمه بالإجرام وتبقى هذه الوصمة مصدر عار له ولأجياله من بعده ، بينما الجزاء المدني على سبيل المثال للجزاء غير الجنائي، ينحصر في المساس بالذمة المالية للفرد.

1 - عبد العزيز محمد محسن . مرجع سابق . ص 13.

2 - عبد الفتاح مصطفى الصيفي . القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر . دار النهضة العربية : القاهرة . ص 3.

3 - سليمان عبد المنعم . النظرية العامة لقانون العقوبات . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية . 2000 ص 18.

4 - عمر محمد بن يونس . الحماية الجنائية للتورة النقطية . الطبعة الأولى . دار الفكر الجامعي : الإسكندرية . 2003 . ص 136.

5 - عمر محمد بن يونس . نفس مرجع . ص 138.

ومن ناحية طبيعة المصلحة المحمية قانونا تتميز أيضا وظيفة قانون العقوبات ، حيث لا ينشغل سوى بالقيم الجوهرية للجماعة والمصالح الأساسية للفرد فيحميها من كل عدوان يضربها أو يهددها بخطر الإضرار (1) .

ويوازن القانون الجنائي بفرعيه " قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية " بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة ، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن سيره وفاعليته . ويتوقف تقدير ما يهم المجتمع من المصالح - وخاصة الفردية منها - على النظام السياسي و الاجتماعي والاقتصادي للدولة .

ومن خلال التوازن الذي يقيمه القانون الجنائي بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، فإن هذا القانون لا يتوانى عن حماية حق الفرد في الحرية بطريقتين :

(2) الأولى : هي معاقبة الاعتداء على حق الفرد في الحرية سواء وقع هذا الاعتداء بواسطة أحد الأفراد أو بواسطة أحد رجال السلطة العامة.

أما الثانية : فمؤداها تقرير الضمانات التي تكفل حرية الفرد ضد أي إجراء جنائي تتخذه السلطة العامة (3) وهذا قوام الدولة القانونية (4) .

وإذا كان النظام العقابي يقتضي تقييد حرية الإنسان " الفرد " من خلال التجريم والعقاب، بالإضافة إلى العقاب الذي يمس بدوره الحرية الشخصية للفرد ، فإن النظام الإجرائي الجنائي قد يمتد أيضا إلى المراسم بهذه الحرية وذلك من خلال إجراءات الخصومة الجنائية التي تباشرها الدولة بعد وقوع الجريمة من أجل كشف الحقيقة وإقرار حقها في العقاب ، وكذلك من خلال إجراءات التنفيذ العقابي على الأفراد المحكوم عليهم جنائيا فإن ذلك يعني - بداية على الأقل - أن النظام الجنائي بأسره " العقابي والإجرائي " يعرض الحريات للخطر ، نقول إذا كان كذلك ، فكيف نفسر البحث عن الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ؟

1 - خيرى أحمد الكباش . الحماية الجنائية لحقوق الإنسان . دون دار النشر : الإسكندرية . 2002 . ص 8 .

2 - أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . الطبعة الثانية . دار الشروق : القاهرة 2002 . ص 12 .

3 - - أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . نفس المرجع . ص 13 .

4 - وهي الدولة التي تلزم سلطاتها وأجهزتها المختلفة بإتباع قواعد عامة مجردة في القانون ويسمى الالتزام بالخضوع للقانون بمبدأ سيادة القانون أو مبدأ الشرعية . وهذا المبدأ هو الذي يميز الدولة القانونية عن الدولة البوليسية التي تلتزم باحترام القانون وإذا كان وجود الدولة القانونية شرطا لازما لوجود الحريات العامة فإنه ليس شرطا كافيا في جميع الأحوال لاحترام هذه الحريات . فقد توجد الدولة القانونية ، ولكن أجهزتها المختلفة تلتزم بإتباع قانون ينكر الحريات العامة لمصلحة الدولة ، وذلك في نظام قانوني يتجاهل الفرد .

ولذلك يفترض في الدولة القانونية التي تحمي الحريات العامة أن يعمل القانون على حماية الحريات العامة والحد من قدرة السلطة العامة على المساس بهذه الحريات . كما أنه لا يكفي لاحترام الحريات العامة وجود القانون واحترام نصوصه ما لم يكن هذا القانون مطابقا للدستور وهو ما يحتم بدوره رقابة دستورية عليه لضمان أن الحريات العامة التي كفلها الدستور قد نالت احترامه ، ويجب التوسع في نطاق هذه الرقابة الدستورية حتى تحقق غايتها . لأن الإبقاء عليها ضيقة ينال من الحماية الجنائية المطلوبة لحقوق الإنسان .

أنظر خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 9 .

فهل يمكن البحث في مجال يعرض الحريات للخطر عن حماية لهذه الحريات ؟ بمعنى آخر كيف يستقيم البحث في مجال حماية حقوق الإنسان من خلال نظام جنائي هذه طبيعته ؟ ومتى تحقق قواعد القانون الجنائي هذه الحماية ومتى تكون هذه ذاتها سبب انتهاك حقوق الإنسان؟
إن فهم حقيقة الإنسان - هدف الحماية - وتحديد المقصود بحقوق هذا الإنسان - محل الحماية- ووضع ضوابط شرعية يلتزم بها المشرع عند ممارسة اختصاصه في التجريم والعقاب ، وفي وضع القواعد الإجرائية التي تنظم كيفية تطبيق قواعدها بما يحقق التوازن المنشود بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للفرد، تقول إن محاولة فهم كل ذلك وتحديد الضوابط الشرعية اللازمة لتحقيقه ، من خلال الأصول لعلم السياسة الجنائية⁽¹⁾ يفسر لنا ذلك .

ومن هنا يتضح أن البحث في مجال الحماية الجنائية لحقوق الإنسان لا بد أن يكون في إطار علم السياسة الجنائية ، الذي أصبح هو جوهر تلك الحماية وارتبط كيفاً ونطاقاً بمصادرها الداخلية والدولية وصارت السياسة الجنائية تستقي مدى ملاءمتها وكفايتها وشرعيتها من خلال استيعابها لأحكام هذه المصادر ، وسلامة التعبير عنها من عدمه.

فمن خلال نضج السياسة الجنائية التي يتبعها المشرع الوطني في تنظيمه للحقوق والحريات من الناحية الجنائية ، ومن حقيقة ما يصبو إليه من خلالها ، تتحدد هذه السياسة وتتضح أهدافها ، فالسياسة الجنائية تمثل بذلك جوهر الحماية لحقوق الإنسان ، إن صلحت تحققت الحماية المنشودة لحقوق الإنسان وإن فسدت انقلب الأمر رأساً على عقب، فصار كل من التجريم والعقاب وسيلة بغي وطغيان .
ومن بين مهمة هذه الدراسة ، توضيح أصول هذه السياسة وتحديد ضوابطها لتكون نبراساً يبين طريق الشرعية العقابية لكل من المشرع والمطبق والمنفذ ، حتى إذا ما التزم بها كل منهم في مجال اختصاصه ، تحققت الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية⁽²⁾ .

¹ - تعرف السياسة الجنائية على أنها مجموع الوسائل الهادفة إلى مكافحة الجريمة وظاهرة الإجماع في مجتمع معين خلال حقبة ما موضوعها تحديد ما يعتبر من الأفعال المنافية لمصلحة وقيم الجماعة جدير بالتحريم والعقاب . وما ينبغي إخراجها من دائرة التجريم لأنه أصبح غير منافع لمصلحة وقيم الجماعة . كما تشمل صوراً للجزاء الجنائي الأكثر فعالية . والكفيل بالحد من ظاهرة الإجماع .
أنظر " عثمانية لخميسي ، العولمة وأثرها على السياسة الجنائية " . رسالة ماجستير غير منشورة . كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية . جامعة محمد خيضر بسكرة . 2004 . ص 85 .

² - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 10 ، 11 .

المطلب الثاني

حقوق الإنسان محل الحماية الجنائية

إذا كان الإنسان هو هدف الحماية الجنائية وغايتها داخلية كانت أو دولية بسبب إنسانيته أو بصفته إنسانا ، فإن الحقوق التي هي له بصفته إنسانا تشكل محلا لهذه الحماية. ويقصد باصطلاح " حقوق الإنسان " أساسا الإشارة إلى ما ينبغي الاعتراف به للأفراد من حقوق مقدسة خالدة تحتمها الطبيعة الإنسانية كحد أدنى وتفرضها فرضا لازما ، كضمان لحماية الأفراد من تحكم الدولة واستبدادها (1) .

فهي حقوق تتبع من الكرامة المتأصلة في الشخصية الإنسانية ، ومن ثم فإن انتهاكاتها تشكل حرمانا للشخص من إنسانيته (2) .

هذا وقد يختلط باصطلاح حقوق الإنسان اصطلاح " حقوق الشخصية " إلا أن الفقهاء يقصدون بحقوق الشخصية الدلالة على تلك الحقوق التي تنصب على عناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة المادية والمعنوية ، والفردية والاجتماعية بحيث تعبر عما للشخص من سلطات واردة على عناصر شخصية ويقصد حماية وتنمية هذه الشخصية ، ومن ثم فإن الفقهاء يصرفون هذا الاصطلاح " حقوق الشخصية " إلى الحقوق الواردة على مقومات الشخصية وعناصرها في علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، بحيث يكون الهدف في هذا المعنى هو حماية الشخصية وحقوقها من اعتداء الأشخاص الآخرين لا من اعتداء الدولة .

وهو ما يجعل مدلول كل من الاصطلاحين ليس بعيدا عن الآخر لإشتراكهما في معنى حماية الشخصية في مقوماتها وعناصرها الأساسية ، ولكن يظل لكل منهما مجاله وخصوصيته وفقا لاختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى حماية الشخصية باختلاف من يراد حماية الشخصية من اعتدائه ، هل هي الدولة أم الأشخاص العاديون الآخرون ؟ وهو ما يبرر عدم وجود تطابق كامل بين الحقوق الداخلة تحت طائفة " حقوق الإنسان " وتلك الداخلة تحت طائفة " حقوق الشخصية " .

ويمكن القول أن هذه النظرة المزدوجة إلى حقوق ذات طبيعة واحدة ، إنما تتفرع على ازدواج القانون إلى قانون عام وقانون خاص (3) .

- فحماية الشخصية في علاقات القانون العام - حيث تبرز الدولة بصفقتها صاحبة السلطان في الجماعة - تحتم الاعتراف للأفراد بحريات وحقوق مقدسة يتمتع على الدولة إهدارها، وتكون قيد يرد على

¹ - حسن كيره . أصول القانون . الطبعة الثانية . دار المعارف : مصر . 1958 . ص 579 .

² - جاك دو زلي . حقوق الإنسان العالمية بين النظرية والتطبيق . ترجمة مبارك علي عثمان . المكتبة الأكاديمية : دون بلد النشر . 1998 ص 29 .

³ - حسن كيره . نفس المرجع . ص 580 .

سلطاتها ، أما حماية الشخصية في علاقات القانون الخاص - حيث يتساوى الأفراد في الشخصية وفي وجوب احترامها - فإنها تقتضي فرض الاحترام المتبادل بين الأفراد في شأنها بما يحمي حقوق كل منهم عليها من اعتداء الآخرين (1).

ومن هنا يتحدد المقصود بحقوق الإنسان محل الحماية الجنائية بتلك الحقوق المقدسة التي يتعين حمايتها لصالح الإنسان المحكوم من عدوان السلطة العامة داخل الدولة التي يخاطب هذا الإنسان بأحكامها والتي وردت في القواعد الدولية المكونة لقانون حقوق الإنسان باعتبارها القاسم المشترك بينها وبين البشر دون تمييز بينهم لأي سبب من الأسباب . وباعتبار حمايتها الملزمة للدول كافة تمثل الحد الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه مطلقا للحفاظ على إنسانية الإنسان وكرامته المتأصلة في شخصه وهو ما حسمته الشريعة الإسلامية - منذ خمسة عشر قرنا - وما زالت وستظل حتى يرث الله الأرض ومن عليها بجعلها هذه الحقوق لإنسانية الإنسان ضرورات لا تكون إنسانيته إلا بها وهي على غيره حرمان فلا يجوز المساس بها مطلقا تشريعا أو ماديا ، أو تحت أي مسمى آخر (2). وقد أشتمل البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام الصادر في 19/09/1981 عن المجلس الإسلامي العالمي والمعلن في مدينة باريس على تفصيل واف وواضح لهذه الحقوق مستمدة جميعها من القرآن الكريم والسنة النبوية ووصفها بأنها " حقوق أبدية لا تقبل حذفًا ، ولا تعديلا ولا نسخا ولا تعطيلًا بوصفها حقوق شرعها الخالق سبحانه وتعالى فليس من حق البشر كائنا ما كان أن يعتدي عليها ، ولا تسقط حصانتها الذاتية لا بإرادة الفرد تنازلا عنها ، ولا بإرادة المجتمع ممثلا فيما يقيمه من مؤسسات أيا كانت طبيعتها ، وكيفما كانت السلطات التي تخولها . " (3)

1 - جنس كبيره . مرجع سابق . ص 581

2 - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 16.

3 - نقلا عن ديباجة البيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام .

المطلب الثالث

مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان

يمكن القول أن قواعد الحماية الجنائية لحقوق الإنسان لم تكن وليدة الشرعة الدولية لحقوق الإنسان بمعناها المعروف حاليا ، والتي ظهرت إلى الوجود الدولي في صورتها المعاصرة منذ الإفصاح عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 م ، بل كان وجودها سابقا بوقت طويل لهذا الحدث ، فقد تضمنتها وبصورة واضحة وجليّة ودقيقة أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية منذ ما يزيد عن أربعة عشر قرنا مضت ، فكانت هذه الشريعة الغراء هي مصدرها الديني ، كما تضمنتها التشريعات الجنائية المطبقة في الدول الديمقراطية فكان ذلك هو مصدرها الوطني ، ثم جمعتها قواعد دولية تمثل القاسم المشترك بين بني البشر فكان ذلك مصدرها الدولي العالمي ، وسنتعرض لكل هذه المصادر في الفروع التالية:

الفرع الأول: المصدر الديني .

إنسانية الإنسان موضوع تكريم وتفضيل من خالقه الذي فضله عن الخلق تفضيلا ليس حال حياته بل وأيضا من قبل ميلاده وبعد وفاته ، الأمر الذي يجعل من تعاليم الخالق وأحكامه منذ أن خلق الأرض ومن عليها والتي جاءت في الرسالة الخاتمة، تلك الرسالة الجامعة المانعة هي المصدر الديني والتاريخي والأزلي والدائم والمرجع لكل قانون يدور في فلك حقوق الإنسان داخلها كان أم دوليا ، عالميا كان أو إقليميا ، ومن ثم يكون المصدر الديني هو أهم مصادر قانون حقوق الإنسان على الإطلاق ، فمنه يستمد قدسيته وشرعيته⁽¹⁾. إن حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية شرعها الخالق جل وعلا ، فليس لبشر مهما كان أن يعطلها أو يلغها أو يعتدي عليها ، ولها حصانة ذاتية ، ونتيجة لذلك لا تسقط هذه الحقوق حتى ولو أراد الفرد أن يتنازل عنها طواعية ولا تسقط بإرادة المجتمع أو الأمة سواء بإرادتها أو ممثلة فيما تقيمه من مؤسسات مهما كانت طبيعة تلك المؤسسات أو سلطتها ، فهذه الحقوق أبدية لا تقبل انتقاصا أو تحويرا ، فطبيعة هذه الحقوق أو الحكم الشرعي لها أنها ليست مجرد حقوق بل إنها ضرورات فطرية للإنسان ، وعليه فمن الطبيعي أن يكون الله هو الكافل لتحقيقها وحمايتها وعليه فإن الحفاظ عليها واجب على الإنسان ، ويأثم التفريط فيها⁽²⁾. وهناك من ذهب إلى عدم جواز مقارنة حقوق الإنسان في الإسلام بحقوقه في القوانين الوضعية، ذلك أن الشريعة الإسلامية تختلف عن القوانين الوضعية اختلافا أساسيا، وتتميز عنها بميزات جوهرية ، فقد امتنع القياس أو استحالت المقارنة ، على أساس القاعدة التالية ، أن القياس يقتضي مساواة المقيس بالمقيس عليه ،

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 89.

² - مولاي ملياني بغدادي . حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية . قصر الكتاب : الجزائر . 1998 . ص 65.

فإذا انعدمت المساواة ، فلا قياس أو كان القياس باطلا أو مستحيلا نظرا للاختلاف المقيس بالمقيس عليه ، فإذا كانت الشريعة الإسلامية تختلف جوهريا ، عن القوانين الوضعية من حيث اختلاف الشارع ، وطبيعة الشارع ، وطبيعة النصوص التشريعية استحال المقارنة ، وأصبح بالتالي متعذرا جواز المقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية في مادة حقوق الإنسان .

وإذا كان ذلك لا يمنع مطلقا أن تبلور الجماعة الدولية قواعد الحماية في صورة نصوص قانونية ثم تصدرها في صورة معاهدات دولية عالمية أو إقليمية دولية ، شاملة أو محددة ، فطالما تتجه جميعها في هذا المجال إلى تحقيق حماية فعلية وصادقة لحقوق الإنسان من العدوان عليها بصفة عامة ومن عدوان السلطة العامة داخل كل دولة بصفة خاصة ، فلا يمكن أن تكون في حالة تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ، أما إن تجاوزت حدود المبادئ والقيم والأخلاق ، فأحلت حراما أو حرمت حلالا فهنا لا يمكن أن تكون لصالح حماية حقوق الإنسان فيما تجاوزت فيه ، بل يقينا ، سوف تكون وسيلة لإهدار حقوقه وهدم كيانه لأن خالق النفس هو الذي يعلم أسباب تقواها وكيف يكون من زكاها وأسباب فجورها وكيف يكون من دساها .

ويمكن القول أن قواعد الشرعة الدولية تتفق في مضمون نصوصها مع قواعد الشريعة الإسلامية ولا تختلف معها ، إذا انتهج واضعوها نهج التنظيم ، وهو إجمال ما يتغير من مجتمع إلى آخر ، ومن ثقافة لأخرى ، لتطبقه كل دولة من الدول الأعضاء بحسب ظروفها وعقيدتها وثقافة شعبها ، دون ما خلل بالقواعد أو تعارض معها ، فحرية الزواج مثلا : وردت عامة في قواعد الشرعة الدولية ، وهي في ظل الشريعة وبمنظور قواعد الحماية الدولية لا يمكن القول بتعارضهما معا ، إذ أن تجريم زواج المسلمة من غير المسلم لا يعد مطلقا انتهاك لحق المرأة المسلمة في المساواة أو في حرية الزواج ، إذ لا بد أن ينظر لنطاق هذه الحرية من خلال كون المرأة أو لا مسلمة ، كذلك فعليها هي دون تدخل من أحد ألا تحل حراما أو تحرم حلالا ، وهي بنفسها من هذا المنطلق لن تطرح هذا الأمر باعتباره مشكلة محلا للجدل أو القياس ، وأن حريتها⁽¹⁾ في الزواج مطلقة من خلال كونها مسلمة ، ملتزمة بأحكام الإسلام التي أنزلها الله على رسول الله ﷺ ، حالة كون الإسلام دينا وعقيدة تحكم أمور الدين والدنيا للإنسان ، بصورة تجعل من الحياة الدنيا وسيلة للخلود في الآخرة إما في الجنة بدرجاتها أو في النار ببركاتها⁽²⁾.

¹ - حيث ورد النص عليها في المادة 23 من المعاهدة الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية كما يلي : 2- يكون للرجل والمرأة ابتداء من بلوغ سن الزواج . حق معترف به في التزويج وتأسيس أسرة . 3- لا ينعد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضا كاملا لا إكراه فيه .
² - وليست واقعة تجريم تعدد الزوجات في المملكة المتحدة البريطانية بعيدة عن هذا المجال . وتحمل في طياتها انتهاكا حقيقيا لحق الإنسان وحرية بالزواج محل الحماية الدولية إلا أن الباحثين من غير المسلمين لا يرونها كذلك لأنها في بلادهم وليست منسوبة إلى الإسلام الذي يتخذون منه العدو الظاهر .

خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 90 .

الفرع الثاني : المصدر الدولي

يعد هذا المصدر من أهم مصادر قواعد الحماية الجنائية الوضعية لحقوق الإنسان ، ويمكن القول

بداية أن قواعده لا تتعارض فيما تهدف إليه أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية المتصلة بالحماية الجنائية لحقوق الإنسان بصفة خاصة، وقد تكون من خلال هذا المصدر الدولي ما يسمى " بقانون حقوق الإنسان " أو " الشريعة الدولية " أو " الميثاق الدولي لحقوق الإنسان " وأصبح لهذا القانون ذاتيته واستقلاله عن ما يشته به في النظام القانوني الدولي ، ومن قواعده ما هو عالمي النطاق ، يتمثل في مجموعة المعاهدات الدولية الشارعة متعددة الأطراف والبروتوكولات المكملة لها والملحقة بها ، التي يتكون منها قانون حقوق الإنسان ، ومن خلالها يستقي صفته كقانون دولي، ومن إجمالي هذه المعاهدات يتكون النظام القانوني الدولي المستقل لقواعد الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، وقد أطلق عليه فقهاء القانون الدولي بصفة عامة وفي مجال حماية حقوق الإنسان بصفة خاصة اصطلاح " الشريعة الدولية "، ومن هذه القواعد ما هو إقليمي النطاق ، والثانية تعضد الأولى ولا تتعارض معها (1).

إن نقطة البداية في دراسة هذا المصدر والتي تمثل جوهر القانون الدولي لحماية حقوق الإنسان ، تتمثل في أن الجماعة الدولية قد أصدرت قواعد الشريعة الدولية كي تحقق مقصودها منها عن طريق نفاذها وتطبيقها ، دون أن تمثل قواعد التشريع الداخلي للدولة العضو عائقاً في ذلك وهي لا تكون لها هذه المكانة إلا إذا كانت أعلى من كافة القواعد القانونية الداخلية للدول الأعضاء لتكون بمنأى عن تدخل السلطات الحاكمة ، فلا يقيد مطلقاً ولا يخصص عامها ولا ينسخ لاحقاً سابقها ، أيا كان نظام الحكم في الدولة أو حالتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على الأقل في نطاق الحماية الجنائية ، والقول بغير ذلك وترك الدول تضعها في المكانة التي تريدها داخل نظامها القانوني يتعارض تعارضاً صارخاً وبصورة كلية مع مقصود هذا المصدر الدولي للحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، فمكانة هذه القواعد بين النظم القانونية الداخلية للدول الأعضاء يجب ألا تكون موضع مساومة حول مكانتها في النظام الداخلي للدول الأعضاء بل وجدت ك ي تحترم وتطبق .

ويمكن القول أن كل دولة عضو قد التزمت هذا النظر عند تصديقها على قواعد الشريعة الدولية بصفة عامة وعلى العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية بصفة خاصة، إذ نصت المادة الثانية من هذا العهد على أن " 1- تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه ، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها ، دون أي تمييز بسبب العرق ، أو اللون ، أو الجنس أو اللغة ، أو الدين ، أو الرأي سياسياً أو غير سياسي ، أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب أو غير تلك من الأسباب ، 2- تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد ، إذا كانت تدابيرها

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 117.

التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلا إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد بأن تتخذ طبقا لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد ، ما يكون ضروريا لهذا الإعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية " (1).

ولا شك في أن مؤدى هذا النص الذي التزمت به الدول الأعضاء هو أن حماية حقوق الإنسان على النحو الوارد بقواعد الشريعة الدولية وعن طريق نفاذ وتطبيق هذه القواعد واجب على كل الدول ، والتزام لا يمكن التحلل منه.

كما أن إباحة تغليب القواعد القانونية الداخلية وعلوها على قواعد الشريعة الدولية يتعارض تعارضا كليا مع أوليات التزاماتها بتلك القواعد ، وهو ما لم يقل به أحد ، والقول به يجعل المصدر الدولي للحماية الجنائية لحقوق الإنسان قد ولد ميتا .

الفرع الثالث : المصدر الوطني

يمكن القول أن الجماعة الدولية عندما عقدت العزم على إصدار القانون الدولي لحقوق الإنسان لكي تحميها بقوة دولية ، احتراما لإنسانية الإنسان التي أهدرتها الحروب بسبب الدكتاتوريات المستبدة واستفحال أمرها في كثير من الدول ، دول أن تكفي القواعد القانونية الداخلية لردعها لأنها من وضع حكومات هذه الدول، وتستطيع تعديلها وإلغائها وقتما تشاء لضعف المحكومين واستبداد الحاكمين ، قد استقت مجموعة القواعد التي كونت الشريعة الدولية من قوانين الدول الديمقراطية في ذلك الوقت ، وعملت على التنسيق بينها ووضعها في صورة قواعد تنتمي لأصل واحد وتتبع من معين واحد ، وتعمل متكاتفه على تحقيق هدف واحد. ثم بعدما أصدرت الجماعة الدولية قواعد الحماية في صورة معاهدات دولية شارة ومتعددة الأطراف ، وطرحتها داخل النظام القانوني الدولي لتنظم الدول إليها وتصدق عليها كانت تتضمن من بين قواعدها قواعد غير قابلة للتطبيق بذاتها وتحتاج لتدخل المشرع الوطني في كل دولة عضو لكي يجعلها قابلة لذلك ، ومن غير المتصور أن يتدخل المشرع الوطني بغير قواعد قانونية وطنية لينفذ التزام دولته النابع من انضمامها أو تصديقها على الاتفاقيات الدولية المكونة للشريعة الدولية ، والذي يلزم الدول الأعضاء بضرورة هذا التدخل لجعل هذه القواعد قابلة للتطبيق بذاتها ومنع التعارض بين القواعد الداخلية وبين قواعد الشريعة الدولية.

فمن هذه القواعد الوطنية التي يشارك بها المشرع الوطني على نحو ما سلف ، ومن تلك التي استقاهم واضعوا قواعد الشريعة الدولية من النظم القانونية للدول الديمقراطية ، يتكون المصدر الوطني لقواعد

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 119.

الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وتؤكد أهميتها سواء أكانت القواعد التي استقتها الجماعة الدولية من تشريعات الدول من بين القواعد الدستورية أو قواعد التشريع العادي .

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن هذه القواعد بعدما تبنتها الجماعة الدولية وأصدرتها في صورة معاهدات شارعة ، ثم عادت إلى النظام القانوني الداخلي مرة أخرى بناء على تصديق الدولة على المعاهدات الدولية التي تضمنتها ، قد أصبحت منتسبة إلى مصدرها الدولي ، ومن بين قواعد الشريعة الدولية ، وتحصنت بذلك في مواجهة المشرع الوطني ، فلم يعد من الجائز له أن يعد لها بصورة تعجل من الحماية التي تتضمنها لأي حق من حقوق الإنسان أقل من تلك التي جاءت بها قواعد الشريعة الدولية ، وإن كان له أن يعدلها بما يجعلها تحقق حماية أعلى من المستوى المبين في قواعد هذه الشريعة الدولية.

ومن باب أولى لا يجوز للمشرع الوطني مطلقاً أن يلغيها سواء صراحة بقانون لاحق على تاريخ وجودها داخل النظام القانوني الوطني ، أو ضمناً بإصدار قانون أو نص يتعارض معها في مجال الحماية ، لأنه إن حدث ذلك يظل هذا النص الذي أصبح ذا مصدر دولي ، ومنتزعا إلى قواعد الشريعة الدولية قائماً ونافعاً ومحصناً ضد التعديل أو الإلغاء في مواجهة المشرع الوطني على نحو ما سبق (1).

هذا ولا يفوتنا في هذا الصدد التنويه إلى أن العرف الدولي (2) لا يعد في نظرنا مصدراً لقواعد

الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، بل يعد نتاجاً للمصدر الدولي لهذه القواعد الذي يعد بدوره أساس التزام الدول غير الأطراف في المعاهدات المكونة لهذا المصدر يستمد منه التزاماتها باحترام وحماية حقوق الإنسان المحكوم بسلطاتها ، لأن الجماعة الدولية التي أصدرت هذه القواعد الدولية بما يشبه الإجماع وارتضت نيتها لتكون القاسم المشترك لحماية حقوق الإنسان بسبب إنسانيته وبوصفه عضواً في المجتمع ، بل والحد الأدنى الذي لا يجوز لأية دولة النزول عنه مطلقاً لأي سبب من الأسباب ، تكون بهذا العمل قد ساهمت بصورة قطعية ومؤكدة في وجود عرف دولي ملزم في هذا المجال يصلح مصدراً للالتزامات الدول غير الأعضاء في المعاهدات الدولية المكونة للشريعة الدولية ، ويصلح لمساءلتها دولياً عن إخلالها بحماية حقوق الإنسان لديها ، دون أن تحتج حكوماتها بعدم عضويتها في تلك المعاهدات ، وبالتالي بجعلها بالقانون الذي تكون منه هذا العرف الدولي الذي لم يجادل أحد في أنه من أهم مصادر القانون الدولي العام (3).

1 - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 160 ، 161 .

2 - أنظر فيما يتعلق بالعرف الدولي . محمد سامي عبد الحميد . أصول القانون الدولي العام . الجزء الثاني . الطبعة السابعة . دار المطبوعات الجامعية : القاهرة 1995 . ص 145 .

3 - خيرى أحمد الكباش . نفس المرجع . ص 162 .

المبحث الثالث

علاقة شرعية العقوبة بحقوق الإنسان

سبق أن ذكرنا في معرض تعريف العقوبة أنها إيلاء يصيب المحكوم عليه كرها بسبب وعلى قدر الجريمة التي ارتكبها، ويتضح من عنصر الإيلاء انه كل مساس بحق من حقوق الإنسان المعترف بها دوليا ودينيا وقانونيا للفرد بوصفه إنسان.

ومن هذه الزاوية يمكن تقسيم العقوبات بحسب الحق الذي نمس به إلى ثلاث تقسيمات هامة هي: عقوبات ماسة بالحق في الحياة ، وعقوبات ماسة بالحق في الحرية ، وعقوبات ماسة بالحق في الشرف والاعتبار .

ونتناول مدى المساس بهذه الحقوق المذكورة أنفا كل منها في مطلب منفرد .

المطلب الأول

شرعية العقوبة والحق في الحياة

نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول تعريف الحق في الحياة ، ونتناول في الثاني علاقة شرعية العقوبة بالحق في الحياة .

الفرع الأول : الحق في الحياة

نحاول في هذا الفرع تحديد تعريف الحق في الحياة وأهميته حتى تتضح لنا العلاقة فيما بعد بينه وبين شرعية العقوبة.

أولاً : تعريف الحق في الحياة

الحق في الحياة هو اقدس الحقوق على الإطلاق ويمكن تعريفه بأنه :

" المصلحة التي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤديا القدر الأدنى من الوظائف الحيوية بحيث

أن الاعتداء على هذا الحد الأدنى يصير الإنسان جثة "

ولقد حظي الحق في الحياة بحماية المواثيق الدولية العالمية والإقليمية إذ نصت المواد من " الثالثة

إلى الحادية والعشرين " من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على الحقوق المدنية والسياسية وعلى رأسها

الحق في الحياة.

ثم فصلت ذلك اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية سنة 1966 حيث نصت المادة (6) منها على أن

" الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان وعلى القانون أن يحمي هذا الحق ، ولا يجوز حرمان أحد من حياته

تعسفاً، ولا يجوز في البلدان التي لم تلغ عقوبة الإعدام أن تحكم بهذه العقوبة إلا على أشد الجرائم خطورة

ووفقاً للتشريع النافذ وقت وقوع الجريمة ... "

ومن الواضح أن النص السالف الذكر عام يحمي حق الحياة من كل انتهاك سواء وقع الانتهاك من

قبل فرد أو من قبل جماعة أو من قبل دولة (1).

¹ - حسن سعد سند . الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية . الطبعة الثانية . دار النهضة العربية : القاهرة . 2004 . ص 42 . 43 . 44 .

ثانيا : أهمية الحق في الحياة

لا شك أن حماية الحق في الحياة يعد الشرط الضروري لوجود أي مجتمع على أساس أن الحياة تمثل القطب أو المدار الذي تدور حوله وتتوقف عليه كل الحقوق الأخرى ، ولذلك فإن حياة أي مجتمع رهينة بالكيفية والماهية التي يتم بها حماية حياة أفرادها وكذلك وسائل تطبيق ذلك من الناحية العلمية، ذلك أن الخلق لم يكن عبثا أو سدى ، فحق الحياة هو الحق الذي كل ما سواه له تبع ، ذلك أن حقوق الإنسان وحياته لا يفترقان ، باعتبارهما وجهان لنفس الشيء (1).

الفرع الثاني : علاقة شرعية العقوبة بالحق في الحياة

تتصدر عقوبة الإعدام العقوبات الأصلية ، نظرا لطبيعتها ونوع الحق الذي تمسح باعتبارها عقوبة بدرية .

وتتمثل عقوبة الإعدام عملا في إفقاد المحكوم عليه حقه في الحياة بإزهاق روحه ، فجوهر عقوبة الإعدام كجزء يتمثل في إيلاء المحكوم عليه والمساس بحقه في الحياة بإزهاق روحه وسلبها منه مثلما تصيب العقوبات الأخرى المحكوم عليهم بها المساس بحق سواء في شخصهم أو مالهم أو شرفهم (2). ولقد شغلت عقوبة الإعدام منذ وجدت اهتمام الكثيرين وقد تصاعد حولها الجدل في بداية هذا القرن ، وصارت موضوعا أثيرا لكتابات الفقهاء وعلماء مكافحة الجريمة والفلاسفة ورجال الدين . ومن الصعب القطع بغلبة أي من الاتجاهين على الآخر: سواء المنادى بإلغاء عقوبة الإعدام أو المؤيدين ببقائها، ومع ذلك يبدو أن الطابع الإنساني لقانون العقوبات كان وراء ترجيح الآراء المطالبة بإلغاء هذه العقوبة (3). وسنحاول معرفة الموقف الدولي والديني والوطني حول الجدل القائم عن عقوبة الإعدام من خلال النقاط التالية:

أولا : تقييم عقوبة الإعدام دوليا .

لقد كان لإعتراف المدارس التقليدية الحديثة والوصفية بعقوبة الإعدام الأثر البالغ في إضعاف الاتجاه المناهض لعقوبة الإعدام.

إلا أن تبني حركة الدفاع الاجتماعي الحديث لفكرة الإلغاء ضد اتجاه المناهضين والذي كان من آثاره اعتناق العديد من الدول لفكرة إلغاء عقوبة الإعدام ، كما عقدت مؤتمرات دولية عديدة من أجل دعوة

¹ - أحمد أبو الوفاء . كتاب الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام. الجزء السادس . الطبعة الأولى. دار النهضة العربية : القاهرة . 2001 ، ص 310.

² - محمود نجيب حسني . شرح قانون العقوبات - القسم العام - مرجع سابق . ص 712.

³ - (R). Merle et (A). Vitu . Traité de droit criminel. . Cujas : Paris . 1984 . P 822.

الدول إلى العمل على إلغاء عقوبة الإعدام بتشريعاتها أو حصر عدد الجرائم التي يوقع بصددتها الإعدام على مرتكبيها في أضيق نطاق إلا أن تلك المؤتمرات لم تلق النجاح المرجو لها إذ أن غالبية الدول تؤيد الإبقاء على عقوبة الإعدام ، وسنشير إلى كل من مؤتمر الأمم المتحدة الثامن المنعقد في هافانا ومؤتمر المعهد الدولي للعلوم الجنائية المنعقد في سيراكوزا بشأن عقوبة الإعدام ، و أخيرا موقف بعض الجمعيات والمؤسسات الدولية من عقوبة الإعدام⁽¹⁾.

1- مؤتمر الأمم المتحدة الثامن⁽²⁾.

نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 3 منه ، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة في المادة 6 منه على حماية كل فرد في الحياة. ولما كان البرتوكول الاختياري الثاني للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة والذي يهدف إلى إلغاء عقوبة الإعدام قد اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها المؤرخ في 15 ديسمبر عام 1989.

ولما كان بروتوكول الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الإنسانية قد ألغى عقوبة الإعدام واعتمد في 28 أبريل 1983 ، وكذلك بروتوكول الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان قد ألغى عقوبة الإعدام واعتمده منظمة الدول الأمريكية في 8 يونيو سنة 1990 ، فقد طرح على المؤتمر مشروع قرار يعرب عن أمله في ألا يمتد نطاق عقوبة الإعدام إلى فئات جديدة من الجرائم في البلدان التي لم تلغ تلك العقوبة وفي أن يقيد استخدامها تدريجيا مع مراعاة الظروف السائدة في كل بلد. كما دعا مشروع القرار للدول التي لم تلغ عقوبة الإعدام إلى النظر في إمكانية اتخاذ قرار في إطار تشريعاتها الوظيفية لوقف تطبيقها لمدة ثلاث أعوام على الأقل ، أو إيجاد ظروف أخرى لا تفرض أو تنفذ عقوبة الإعدام في ظلها ، وذلك حتى تتسنى دراسة آثار إلغاء تلك العقوبة مؤقتا غير أن مشروع القرار سالف الذكر بعد التصويت ببناء الأسماء رفض بأغلبية 48 صوتا مقابل 29 صوتا وامتناع 16 عضوا عن التصويت لعدم حصوله على أغلبية ثلثي الأصوات اللازمة وفقا للمادة 333 من النظام الداخلي وكانت الدول المؤيدة للقرار هي :

اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية ، إسبانيا ، استراليا ، إكوادور ، جمهورية ألمانيا الاتحادية، أوروغواي ، إيطاليا ، بوليفيا ، بيرو ، تركيا ، تشيكو سلوفاكيا ، جمهورية أوكرانيا الاشتراكية

¹ - عبد الله عبد القادر الكيلالي . عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية والقانون المصري . الطبعة الأولى . منشأة المعارف : الإسكندرية . 1996 . ص 81.

² - المنعقد في هافانا في الفترة ما بين 28 أغسطس حتى 7 سبتمبر عام 1990.

السوفيتية ، جمهورية بيلوروسيا الاشتراكية السوفيتية ، والجمهورية الدومينوكية والجمهورية الديمقراطية الألمانية ، وجمهورية لاو الديمقراطية الشعبية والرأس الأخضر ورومانيا ، وساموا والسويد ، وسويسرا وسيراليون ، وتشيلي ، (غينيا بيساو) وفرنسا والفلبين ، وفنزويلا وفنلندا وكندا وكوستاريكا و كولومبيا ومالطة والمكسيك والمملكة المتحدة وايرلندا الشمالية و منغوليا والنمسا ونيكاراغوا ونيوزيلندا وهنغاريا وهولندا ويوغزلافيا (السابقة) واليونان وإيطاليا والبرازيل والبرتغال وبلغاريا وبنما وبولندا.

وكان من المعارضين لمشروع القرار دول عربية وإسلامية وأخرى هي : الأردن وألبانيا وإندونيسيا وإيران وباكستان وبنجلاديش وبوتسوانا ، وبوركينا فاسو ، وبوروندي وتايلاند والجزائر وجزر البهاما والجمهورية العربية السورية وكوريا وجيبوتي وسري لانكا وغيرلندا والصومال والصين وعمان واليابون وغينيا الاستوائية والكونغور ومالي وماليزيا والمملكة العربية السعودية والهند اليابان واليمن (1). وقد امتنع عن التصويت الدول الآتية : إثيوبيا والأرجنتين والكرسي الروسي وغينيا والنيجر وطوغو وكوبا وجاميكا ومبايوي وطوباغو وبوبادوس وجمهورية تنزانيا المتحدة وبنين وبلاد وبوتان (2).

2- مؤتمر المعهد الدولي للعلوم الجنائية(3)

قدم الأستاذ الدكتور شريف بسيوني (4) لأعمال المؤتمر الدولي بشأن عقوبة الإعدام بتصدير ذكر فيه " إن شيوع عقوبة الإعدام المنفذة بغير محاكمة قانونية أدى إلى الاستغناء كلية عن عقوبة الإعدام في دول كثيرة ألغتها حتى لا يتاح مجال جديد للإعدام خارج مجلس القضاء . وقد أعدت منظمة العفو الدولية قوائم بشأن بيان موقف الدول المختلفة من عقوبة الإعدام حتى أغسطس سنة 1987 ، وجاء بهذه القوائم أن اثنين وثلاثين دولة قد ألغت عقوبة الإعدام بالنسبة لجميع الجرائم ، وأن ثمانين دولة لم تبقي على العقوبة إلا بالنسبة للجرائم العسكرية أو الجرائم المرتبكة في ظروف استثنائية كظرف الحرب ، وأن ست عشرة دولة أبقت على عقوبة الإعدام إلا أنها لم تطبق هذه العقوبة بالفعل (5). أما الدول التي أبقت على عقوبة الإعدام مع تنفيذها عملا فقد بلغت مائة دولة وعشر.

ولقد طالبت منظمة العفو الدولية الدول التي ما زالت تتمسك بفرض وتنفيذ عقوبة الإعدام احترام إجراءات معينة وهي أن يستفيد كل مسجون محكوم عليه بعقوبة الإعدام من التسهيلات الواجبة لتحقيق حكم

1- رمسيس بهنام . علم مكافحة الإجرام . منشأة المعارف : الإسكندرية . 1991 . ص 373 . 374.

2- عبد الله عبد القادر الكيلاني . مرجع سابق . ص 83.

3- المنعقد في سيراكوزا بإيطاليا بشأن عقوبة الإعدام في الفترة من 17 إلى 22 مايو من سنة 1988.

4- رئيس الجمعية الدولية للقانون الجنائي وأستاذ القانون الجنائي بجامعة شيكاغو ومدير معهد سيراكورا الدولي للعلوم الجنائية وهو مصري الجنسية ويحمل الجنسية الأمريكية.

5- عبد الله عبد القادر الكيلاني . نفس المرجع . ص 84.

عادل وفقا للقواعد المعترف بها دوليا ولكل شخص محكوم عليه بعقوبة الإعدام الحق في أن يستأنف الحكم أمام جهات قضائية أعلى ، كما له الحق في الاستفادة من العفو أو تقديم عريضة لطلب إلغاء العقوبة (1).

3- موقف بعض الجمعيات والمؤسسات الدولية من عقوبة الإعدام.

جاءت آراء ممثلي كل من الجمعية الدولية للقانون الجنائي وقت أن كان يرأسها الأستاذ "يشك" ، والجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي "روزين" ، والجمعية الدولية لعلم الإجرام ويرأسها الأستاذ "كانب ي ا" والمؤسسة الدولية للقانون الجنائي ويرأسها الأستاذ "روستاد" ، معارضة لعقوبة الإعدام. وقد أضاف الأستاذ "ساسولي" ممثل جمعية الصليب الأحمر الدولية بالمؤتمر بأن اختصاص جمعياته مقصور على تطبيق القانون الدولي الإنساني في حالة حرب أو النزاع المسلح وذلك بإغاثة الجرحى، وانتشال الموتى وكذلك الحال في الاعتراض على المحاكمات التعسفية والقتل بدون محاكمة لتعارض هذه الأمور مع القانون الدولي الإنساني ، وليس لجمعية الصليب الأحمر الدولية خارج هذا النطاق أن تبدي رأيا في شأن عقوبة الإعدام المنطوق به في محاكمة قانونية نظامية.

ثانيا : عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية

إذا كانت المدارس التقليدية الحديثة والوضعية ، قد تبنت كل مدرسة منها غرضا من أغراض العقوبة ، وأهملت الأغراض الأخرى ، وكانت تلك المدارس خلال القرنين الثامن والتاسع عشر الميلادي ، فإن الشريعة الإسلامية قد جاءت منذ ما يقرب من خمسة عشر قرنا ، وقبل ظهور الحركة الفكرية والفقهية في الغرب بقرون عديدة متضمنة تلك النظريات والعلوم بل وما يزيد عنها كثيرا ، حيث أحاطت بكل غرض من أغراض العقوبة بوجه عام - وعقوبة الإعدام بوجه خاص - وسنتناول تحقيق عقوبة الإعدام لهذه الأغراض فيما يلي :

1- غرض عقوبة الإعدام في تحقيق العدالة

وتتجلى هذه الوظيفة للعقوبة في الشريعة الإسلامية - في تحقيق - العدالة خاصة في تقرير عقوبة الإعدام بشأن جرائم القتل العمد - القصاص في النفس وذلك إعمالا لمبدأ الجزاء من جنس العمل ، فإذا كانت عقوبة الإعدام قاضية على حق المحكوم عليه في الحياة ، فإنما يرجع ذلك إلى كونه قد أهدر حق القتل (2).

¹ - يحيوي نورة . حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي . دار هومة : الجزائر . 2004 . ص 97 .
² - عبد الله عبد القادر الكيلاني . مرجع سابق . ص 85 - 95 .

وتقرير عقوبة الإعدام في القتل العمد يضع حزن وآلام ذوي القتيل موضع الاعتبار . كما تقتضي عدالة العقوبة كذلك أن تكون ضرورية لتحقيق أغراضها ، ومن ثم فلا يلجأ إلى عقوبة ما إلا إذا كانت هي بذاتها - دون غيرها - ستحقق الوظيفة المنشودة منها.

وتتضح عدالة عقوبة الإعدام في الجرائم التي تقررت بشأنها في التشريع الجنائي الإسلامي في جرائم الحدود ، وذلك لأن جميع هذه الجرائم تهدد كيان المجتمع ، ومن ثم يجب أن يوضع في الاعتبار مصلحة الجماعة ، إذ هي أولى بالرعاية من الجاني الذي أهدر تلك المصلحة وذلك أنه إذا ما تم تغليب مصلحة الجاني على مصلحة الجماعة ، فإنها تتضمن محاباة غير حق مما يهدد إهدار لمصلحة الجماعة وللعدالة من باب أولى ، ويعد ذلك تأكيداً لما ذهب التشريع الجنائي الإسلامي ، من وضع المنفعة الاجتماعية للعقوبة في تحديد نوعها ومقدارها لدى تقييم الجرائم وتقرير العقوبات الملائمة والمناسبة لها أيضاً ؛ أما تقرير عقوبة الإعدام بشأن جرائم التعزيز فقد ترك أمر تحديد الضرورة الملحة إليها لولي الأمر ليقدر مدى الحاجة إليها .

2- غرض عقوبة الإعدام في الردع العام

إن جوهر الردع العام كغرض أساسي من أغراض العقوبة يقوم على مواجهة الإجرام الكامن لدى الكافة من أفراد المجتمع بعوامل مضادة للإجرام كي تتوازن مع الدوافع الإجرامية أو ترجح عليها فلا تتولد الجريمة ، ويعد تشريع العقوبة والتهديد بها وسيلة الردع العام كعامل مضاد للإجرام. وتحديد مقدار العقوبة وطريقة تنفيذها إنما يكون مرجعه تبعاً للمصلحة التي يبغى حمايتها الشارع، ومن ثم كلما كانت تلك المصلحة على قدر كبير من الأهمية شددت العقوبة ، ومن ثم يكون في تحديدها تحقيقاً للردع العام زجراً لكافة - فضلاً عن تحقيق غرض العدالة - وقد يقتضي ذلك استئصال المجرم نظراً للأضرار التي تلحق بالجماعة مع الإبقاء على حياة الجاني. وتتجلى قيمة الردع العام لعقوبة الإعدام في تحقيق الغرض المنشود منه بالتهديد بالعقاب وإنذار الكافة بسوء العاقبة ، وذلك بالنص على عقوبة الإعدام بالنسبة للجرائم المقررة بشأنها وتنفيذها بالفعل على وجه علني إذ بتنفيذها علناً يبلغ الردع العام أقصى مداه⁽¹⁾.

¹ - عبد الله عبد القادر الكيلاني . مرجع سابق . ص 96 ، 97.

3- غرض عقوبة الإعدام في الدرغ الخاص

يبدو للمتأمل لفلسفة التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية أنها وضعت لحماية الجماعة من الإجرام في كل الأحوال حين تقديرها لكل عقوبة موضع الاعتبار ، كما عنيت بشخصية المجرم في الغالب من الحالات.

وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد أخذت بمبدأ حماية المجتمع ومحاربة الإجرام على إطلاقه ، ومن أجل ذلك وضعت عقوبات لبعض من الجرائم بلغت قدرا من الجسامه على نحو يدل على انعدام أمل في إصلاح مرتكبها مما يقتضي استئصاله ، وفي هذه الحالة تهمل الشريعة الإسلامية مبدأ العناية بشخصية الجاني نظرا للأضرار التي تلحق بكيان المجتمع مع الإبقاء على حياة الجاني، والجرائم من هذا الصنف قليلة جدا وترد على سبيل الحصر ، وذلك لأن جوهر الدرغ الخاص - كغرض من أغراض العقوبة - هو إصلاح الجاني باستئصال الخطورة الإجرامية الكامنة في نفسيته بهدف تأهيله وإعادته إلى خطيرة المجتمع شخصا سويا ، إلا أن هذا الغرض - أي الدرغ الخاص - قد يكون بعيد المنال إذا كان الجاني ممن لا يرجى إصلاحه⁽¹⁾.

ثالثا : عقوبة الإعدام في القانون الجزائري

إن المتفحص لنصوص قانون العقوبات الجزائري يجده لا زال يأخذ بعقوبة الإعدام - كعقوبة أصلية في مواد الجنايات - حسب نص المادة 5 ، فالجزائر لم تصادق على البروتوكول الإضافي الثاني للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية⁽²⁾.

أما كيفية التنفيذ فقد نص عليها قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين في المواد 196 وما بعدها ، ونص أن عقوبة الإعدام تنفذ رميا بالرصاص على المحكوم عليه ، كما نص المرسوم رقم 38/72 الصادر في 10 فبراير 1972 على أن يكون تنفيذها دون حضور الحضور ، ونص على أنه يحضر حيث تنفيذ الإعدام :

- 1- رئيس الجمعية القضائية التي أصدرت الحكم .
- 2- ممثل النيابة العامة التي طلبت الحكم بها .
- 3- موظف عن وزارة الداخلية .
- 4- المدافعون عن المحكوم عليه .

¹ - عبد القادر عودة . مرجع سابق . ص 611.

² - همسي رضا . " الحق في الحياة وسبل حمايته في القانون الدولي المعاصر " مجلة حقوق الإنسان . رقم 8/7 ديسمبر 1994 مارس 1995 : الجزائر . ص 118.

5 - رئيس السجن .

6 - كاتب الضبط (ومهمته تحرير محضر تنفيذ الإعدام).

7 - رجل دين .

8 - طبيب .

أما الجرائم التي يعاقب عليها القانون الجزائري بالإعدام فهي كثيرة ومنها : القتل العمد مع سبق الإصرار والتقصّد ، وقتل الأصول ، والقتل العمدي بالتسميم⁽¹⁾.

في الحقيقة أن المتأمل للعقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية يتبين له من الوهلة الأولى عظمة التشريع الإلهي ، إذ تبلغ مقاصد العقوبة ذروتها ، وذلك نظرا لأن واضعها هو الخالق الذي يعلم ما يصلح به عباده ، والإعدام يحقق مطالب العقوبة على نحو لا يقبل إحلال غيره محله، وهذا ما سار عليه المشرع الجنائي الجزائري بإقراره عقوبة الإعدام ضمن تشريعه الجنائي.

¹ - منصور رحمانى . الوجيز في القانون الجنائي العام . دار الهدى : الجزائر . 2003 ص 184.

المطلب الثاني

شرعية العقوبة والحق في الحرية

نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول تعريف الحق في الحرية ونتناول في الثاني علاقة شرعية العقوبة بالحق في الحرية.

الفرع الأول : تعريف الحق في الحرية

إن الحرية لا تتجزأ على الصعيد المجتمعي من خلال تعريفها وضبط مصطلحها ومعناها القاموسي فحسب ، بل إن إنجازها مرهون بتوفير وخلق جملة من الممارسات والجهود المتواصلة⁽¹⁾. ورغم هذا نحاول التطرق إلى مفهومها وفقاً لآراء الفقهاء والمفكرين في الفكر العربي والفكر الإسلامي.

ف نجد أن هناك من ذهب إلى القول بأن : " الحرية هي سلطة وإمكانية السيطرة على الذات بموجبها يختار الإنسان بنفسه تصرفاته الشخصية ويمارس نشاطاته دون عوائق أو إكراه"⁽²⁾.

وتذهب الدكتورة ليلي عبد المجيد إلى القول بأن الحرية هي : " قدرة الإنسان أو سلطته في التصرف " وفي مفهوم آخر هي حكم الفعل ، وبالتالي فإن الحرية إرادة خاضعة للعقل⁽³⁾.

كما يمكن القول بأن الحرية هي إتيان الإنسان مختلف التصرفات التي لا يحضرها القانون بمعناه العام شريطة الالتزام في الوقت ذاته بقيد عدم الإضرار بالغير . وهذا ما ذهب إليه "مونتسكيو" عندما عرف الحرية " بأنها الحق في القيام بكافة ما يسمح به القانون من أعمال وتصرفات"⁽⁴⁾.

وهناك من يقول بأن : " الحرية هي الحق في أن أكون والحق في أن أفعل "⁽⁵⁾

"La liberté, c'est le droit d'être ou d'agir, comme on l'entend "⁽⁵⁾

أما في الفكر الإسلامي فإن الحرية في الاصطلاح يعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها هي : "ما يميز الإنسان من غير قسر ولا إكراه ، ولكن ضمن حدود معينة"⁽⁶⁾

¹ - محمود محفوظ . سؤال الحرية في الفكر الإسلامي المعاصر . مجلة الكلمة : بيروت . عدد 24 سنة 1999 . ص 21.

² - محمد سعيد مجذوب . الحريات العامة وحقوق الإنسان . جروس بروس : بيروت . 1986 . ص 08.

³ - ليلي عبد المجيد . التشريعات الإعلامية . مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح : القاهرة . 2000 . ص 15.

⁴ - مصطفى محمد عفيفي . الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق : القاهرة : دار الفكر العربي . 1990 . ص 79.

⁵ - Jean Roche et André Pouille . Libertés publiques et droits de l'homme . 13^{ème} édition. Dalloz : Paris. 1999 . P. 07.

⁶ - وهبة الزحيلي . حق الحرية في العالم . دمشق : دار الفكر . 2000 . ص 39.

الفرع الثاني : علاقة شرعية العقوبة بالحق في الحرية

إضافة إلى العقوبات المؤثرة على الحق في الحياة والحق في الشرف والاعتبار يوجد نوع آخر من العقوبات وهي العقوبات المؤثرة على الحق في الحرية.

وتضم العقوبات التي ينصب أذاها المباشر على حرية المحكوم عليه ، وهذا الأذى قد يأخذ صورة السلب إذا كان تنفيذ العقوبة يقتضي اعتقال المحكوم عليه ومن أمثلتها الأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والاعتقال والحبس . كما قد يأخذ الأذى صورة التقييد فقط إذا كان تنفيذ العقوبة لا يتطلب اعتقال المحكوم عليه وإنما تقييد حريته في الحركة والتنقل فقط كمرقبة الشرطة⁽¹⁾.

ومن أهم المشاكل التي تثيرها العقوبات المؤثرة على الحق في الحرية مشكلتان :

الأولى : مشكلة توحيد العقوبات السالبة للحرية ، أي إلغاء الفروق التي تقوم على أساس جسامه الجريمة المرتكبة .

الثانية : مشكلة إلغاء العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة استنادا إلى عدم جدواها .

وسوف نعرض كلتا المشكلتين فيما يلي :

أولا : مشكلة توحيد العقوبات السالبة للحرية

1- عرض المشكلة :

كانت العقوبات البدنية كالإعدام والجلد وبتر أحد الأعضاء هي السائدة في العهود القديمة ولم يكن المحكوم عليه يودع في السجن إلا انتظارا لتنفيذ العقوبة البدنية فيه ، وقد ظهرت في القرن الثامن عشر اتجاهات فكرية دعت إلى الحد من قسوة العقوبات بالعدول عن العقوبات البدنية أو على الأقل من نطاقها ، وإقامة الجزاء الجنائي على أساس الاعتبارات الإنسانية . ثم جاءت الثورة الفرنسية فتبنت هذه الأفكار وعملت على تحقيقها فضيقت نطاق العقوبات البدنية ، ولم تبق منها إلا عقوبة الإعدام التي حصرتها في أضيق الحدود . وقد اقتضى ذلك إيجاد أنواع جديدة من العقوبات كبديل للعقوبات البدنية التي عدل عنها ، فاتسع نطاق العقوبات السالبة للحرية ، وتوعدت من حيث أساليب تنفيذها ومدى القسوة التي يتحملها المحكوم عليهم بها ، وكذلك كان الشأن في أغلب التشريعات .

وقد كان هذا التنوع مقبولا ومنطقيا حيث كان اهتمام الباحثين موجها إلى الجريمة دون المجرم، إذ كان يعتمد على مدى جسامه الجريمة التي ارتكبها المحكوم عليه ، دون عناية بمواجهة الخطورة التي تنطوي عليها شخصية المجرم⁽²⁾ .

¹ - عبد الفتاح الصيبي ومحمد زكي أبو عامر . مرجع سابق . ص 413.

² - فوزية عبد الستار . مرجع سابق . ص 29.

ومن ناحية أخرى كان الغرض الأساسي للعقوبة هو الردع العام ، أي منع الناس من تقليد المجرم بإشعارهم بالخوف من الإقدام على جريمة كالتى ارتكبتها تجنباً لتحميل العقوبة التي يقرها لها المشرع ، وهذا الخوف يولد لديهم قوة مانعة تقاوم ما يكون لديهم من دوافع لارتكاب الجريمة .

2- ظهور فكرة توحيد العقوبات السالبة للحرية:

وقد كان لتقدم دراسات علم العقاب أثر كبير في ظهور فكرة توحيد العقوبات السالبة للحرية ، فقد ظهرت إلى الوجود فكرة الردع الخاص كهدف أساسي من أهداف العقوبة ربما يفوق في الأهمية فكرة الردع العام ، ويقتضي الردع الخاص أن تتجرد العقوبة من كل قدر من الإيلاء لا يقتضيه تحقيق هذا الهدف ، فيقتصر أمر العقوبة على مجرد سلب الحرية ، إذ هو قدر أدنى ضروري لتطبيق الأساليب العلاجية والتأهيلية على المحكوم عليه ، فإذا اقتضى استئصال خطورة المحكوم عليهم الإجرامية ومحاولة إصلاحهم وتأهيلهم لمواجهة المجتمع تجريد العقوبات السالبة للحرية من مظاهر القسوة التي تميز بعضها كالقيام بأشق الأعمال في عقوبة الأشغال الشاقة بنوعها ، فإن العقوبات السالبة للحرية تصبح كلها من حيث الجسامة واحدة فلا يكون هناك داع لتعددتها ، وهذا مضمون فكرة توحيد هذه العقوبات ، على أنه يجب ألا يغيب على الأذهان أن توحيد العقوبات السالبة للحرية لا يعني المساواة التامة بين المجرمين المحكوم عليهم بها مهما كانت جسامة جريمتهم ، ومهما كانت شدة خطورتهم . وإنما يمكن بل ويجب التمييز بينهم بحسب مدة العقوبة الواحدة السالبة للحرية ، وذلك تحقيقاً للردع الخاص ، لأن من المجرمين من يجدي في إصلاحهم مدة قصيرة ، ومنهم من لا يكفي لتأهيلهم غير مدة طويلة⁽¹⁾.

خلاصة القول أن فكرة توحيد العقوبات السالبة للحرية تعني ألا تتعدد هذه العقوبات بل تصبح عقوبة واحدة ، وأن تختلف هذه العقوبة من مجرم إلى آخر بحسب مدتها ، فلا تظل هناك مثلاً عقوبات الأشغال الشاقة المؤبدة والأشغال الشاقة المؤقتة والسجن والحبس بل توجد عقوبة واحدة ، ولتكن الحبس مثلاً الذي تتفاوت مدته من محكوم عليه إلى آخر .

3- موقف التشريعات من مشكلة توحيد العقوبات السالبة للحرية :

أخذت بعض التشريعات بنظام توحيد العقوبات السالبة للحرية ، وعلى رأس هذه التشريعات قانون العقوبات الهولندي الذي يقرر عقوبة سالبة للحرية واحدة هي الحبس ، كذلك عدلت إنجلترا عن نظام تعدد العقوبات السالبة للحرية إلى نظام توحيدها فقد كان القانون الإنجليزي يقرر وجود ثلاث أنواع من العقوبات

¹ - فوزية عبد الستار . مرجع سابق . ص 30.

السالبة للحرية : الأشغال الشاقة ، والحبس مع العمل الشاق ، والحبس البسيط . وقد صدر في سنة 1948 قانون العدالة الجنائي الذي ألغى العقوبتين الأولى والثانية ولم يبق غير عقوبة الحبس البسيط. أمـ القانون المصري فإنه لم يأخذ بفكرة التوحيد ، فقط اتخذ بعض من الخطوات تعد سيراً في هذا السبيل ، من ذلك أنه ألغى وضع القيد الحديدي في أرجل المحكوم عليهم بعقوبة الأشغال الشاقة مما يقرب بين هذه العقوبة والعقوبة الأدنى وهي السجن. ومن ناحية أخرى ، فإن المشرع المصري أخرج كثيراً من المحكوم عليهم بعقوبة الأشغال الشاقة من نطاق الخضوع لها في عدة حالات ، من ذلك أنه أعفى من الخضوع لها من النساء بصفة عامة ، والرجال الذين بلغوا الستين من عمرهم (1). ونلاحظ أن تشريعنا الجزائري قد أخذ بتعدد العقوبات السالبة للحرية وجاءت كالتالي : عقوبة السجن المؤبد ، وعقوبة السجن المؤقت ، وعقوبة الحبس. والملاحظ عليها أيضاً أنها تتناسب مع الأفكار التقدمية الداعية إلى وجوب قصر إيلام العقوبة على سلبها للحرية ، ولم يذهب في ذلك مذهب القوانين التي تفرض إيلاماً مقصوداً زائداً كما في القوانين التي تنص على الأشغال الشاقة المؤقتة أو الأشغال الشاقة المؤبدة.

ثانياً : مشكلة إلغاء العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة

1- تعريف العقوبة قصيرة المدة :

يختلف الرأي حول تحديد العقوبة التي يمكن أن توصف بأنها قصيرة ، ويحدد أيمن رمضان الزيني شروط ثلاث لاعتبار العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة وهي :

- 1 - ألا تزيد مدة تلك العقوبة - في منطوق الحكم - عن سنة واحدة .
- 2 - عدم توافر خطورة إجرامية في نفس الجاني أو سلوكه.
- 3 - عدم توافر خطورة في الجريمة التي يراد تطبيق نظام العقوبات البديلة عليها . وتشكل هذه الشروط الثلاثة مجتمعة تعريف للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة (2).

2- عرض المشكلة :

تعددت الآراء وتباينت الاتجاهات حول مدى فاعلية العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة ، وبالتالي مدى جدوى الإبقاء عليها أو إبدالها بعقوبات أخرى بديلة ، فهناك اتجاهات فقهية ترى ضرورة الإبقاء على

¹ - فوزية عبد الستار . مرجع سابق . ص 33.

² - أيمن رمضان الزيني . العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وبدائلها . الطبعة الأولى . دار النهضة العربية : القاهرة . 2003 . ص 542.

العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة لفاعليتها ، خاصة بالنسبة لأنماط معينة من الجناة، ممن لا حاجة لهم لبرامج إصلاحية بالإضافة لفاعليتها في توجيه إنذار وتحذير فعال لحديثي العهد بدرب الجريمة .
وهناك اتجاهات أخرى مناهضة تنادي بضرورة إبدال العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة بأخرى بديلة ، مستندين في ذلك على نتائج الدراسات الميدانية و الإحصائية ، والتي لتأكيد الآثار السلبية المتعددة للعقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة والتي لا يقتصر مجال تأثيرها على المحكوم بها فقط ، بل تتخطاه إلى أفراد أسرته ومن تربطه به علاقة اجتماعية أي كان نمطها ، وتتنوع طبيعة تلك الآثار السلبية بين آثار نفسية واجتماعية واقتصادية يضاف إلى هذا ما أكدته نتائج الدراسات الميدانية والإحصائية من تزايد معدلات عودة الجناة الذين سبق الحكم عليهم بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة إلى درب الجريمة من جديد عقب انتهائهم من تنفيذ عقوبتهم .

وهو ما يؤكد فشل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة حتى في توجيه مجرد إنذار أو تحذير لهم ، كما أكد أنصار الرأي الأول ، بالإضافة لتأثيرها على تكس السجون بأعداد هائلة من النزلاء تفوق طاقتها القصوى في استيعابهم ، وهو ما يؤثر بلا شك على البرامج الإصلاحية للمحكوم عليهم بعقوبات طويلة المدة ، وينسحب الفشل بالتالي لإصلاحهم وهو ما يؤدي لتزايد احتمالات عودتهم لدرب الجريمة من جديد عقب الإفراج عنهم .

والاقتصاد القومي للمجتمع ليس ببعيد عن مجال تأثير الآثار السلبية لتلك العقوبات حيث يتكبد نفقات هائلة سنويا لإعاشة المحكوم عليهم ورعايتهم اجتماعيا وصحيا ، بالإضافة لرعاية أفراد أسرهم اجتماعيا واقتصاديا (1).

وكانت بداية ظهور الاتجاهات المناهضة لتطبيق العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة مع نهاية القرن التاسع عشر ، ثم ازدادت رسوخا وازداد تأييدها في منتصف القرن العشرين ، مع بداية اهتمام منظمة الأمم المتحدة ببدائل عقوبة السجن ، والذي تجلى في المؤتمر الأول لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين والذي عقد في جنيف في عام 1955 ، ثم ازدادت تلك الاتجاهات رسوخا في المؤتمر السادس لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين . والذي عقد في كاركاس في 1980 ، والذي أشار لقصور عقوبة السجن في تأهيل المحكوم عليهم بها لإعادة الاندماج في النسيج الاجتماعي عقب الإفراج عنهم ، الصورة الذهنية السيئة الكامنة في أذهان أفراد المجتمع عن كل من سبق الزج به في السجن (2).

¹ - أيمن رمضان الزيني . مرجع سابق . ص 21 .

² - أحمد فتحي سرور . المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية الحديثة . مطبعة جامعة القاهرة : القاهرة . 1983 . ص 31 .

3- العقوبات البديلة للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة في الشريعة الإسلامية :

عرفت الشريعة الإسلامية العديد من أنماط العقوبات ، والتي تقع في عصرنا الحديث تحت مسمى

العقوبات البديلة مثل :

(أ) الكفارة : وكانت عقوبة لاقتراح بعض الأنماط السلوكية مثل الإفطار عمدا في نهار شهر

رمضان ، الحنث في اليمين ، الظهار .

(ب) فقد الأهلية للشهادة : وهي عقوبة مقررة لبعض السلوكيات - مثل - قذف المحصنات من

النساء ، وعجز القاذف عن الإتيان بأربعة شهود لإثبات صحة مت نسبه للمرأة المحصنة .

(ج) الحرمان من الميراث والوصية للقاتل .

(د) التغريب والنفي : للزاني وقاطع الطريق المخنث .

(هـ) الوعظ والهجر : فروي أن الرسول - عليه الصلاة والسلام - قد أمر بهجر كل من كعب بن

مالك ، ومروان بن الربيع وهلال ابن أمية لتخلفهم عن غزوة تبوك . كما أمر الرسول - صلى

الله عليه وسلم - الناس بإعتزالهم⁽¹⁾ .

(و) الغرامة : وقد عرفت الشريعة الإسلامية عقوبة الغرامة كجزاء لاقتراح بعض السلوكيات

المجرمة مثل سرقة ثمر الأشجار المعلقة .

ولم يعرف السجن كمكان لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية بصورته الحالية إلا منذ عهد قريب نسبيا .

ومع بداية القرن الثامن عشر ، ومع بداية انتشار الدعوات الفكرية الغربية التي نادى باحترام حقوق

الإنسان وحرياته⁽²⁾ .

ويمكن القول أن العقوبة قصيرة المدة يظل لها مجال تطبيقها إذا تبين أن المتهم لن يجدي في رده

غير سلب الحرية ، وكذلك تظهر فعاليتها في توجيه إنذار وتحذير فعال لحديثي العهد بدرب الجريمة .

¹ - أحمد فتحي بهنسي . مرجع سابق . ص 164 .

² - أيمن رمضان الزيني . مرجع سابق . ص 18 .

المطلب الثالث

شرعية العقوبة والحق في الشرف والاعتبار

نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول تعريف الحق في الشرف والاعتبار ونتناول في الثاني علاقة شرعية العقوبة بالحق في الشرف والاعتبار .

الفرع الأول : تعريف الحق في الشرف والاعتبار

يحق للإنسان أن يحظى بكرامته التي يعترف بها وبالتقدير الذي يرى أنه يستحقه من قبل المجتمع في ضوء مكانته الاجتماعية ، وهذا ما يطلق عليه قانونا بالحق في الشرف والاعتبار ، وقد جرى العمل على توفير الحماية القانونية لهما ، وينظر البعض للشرف والاعتبار على أنهما من المترادفات فيعرف الشرف بالتعريف المقرر للاعتبار والعكس ، ومع ذلك فهما ليسا كذلك حيث أن للشرف طبيعة شخصية تتعلق بالجانب المعنوي للإنسان وشعوره بأنه يستحق الاحترام من جانب أفراد المجتمع في ضوء الوفاء. أما الاعتبار فهو يمثل الجانب الاجتماعي ، ويعني ذلك التقدير الذي يمنحه المجتمع للشخص في ضوء مكانته الوظيفية والاجتماعية .

والحق في السمعة في نظر البعض يقوم على عنصرين : وهما الشرف والاعتبار بحيث يمكن استعمال اصطلاح الحق في السمعة بدلا منهما ، ولكننا نخالف هذا الرأي ونرى أن الحق في السمعة هو الحق في الاعتبار حيث أنه يمثل المكانة التي يحتلها الشخص في المجتمع حقه في أن يعامل وفقا لهذه المكانة وبالتالي كان الحق في السمعة والحق في الاعتبار مترادفان ويختلفان عن الشرف الذي يقوم على الشعور الداخلي للفرد بمكانته وحقه في الاحترام ، ولذلك يقوم الحق في الشرف والاعتبار على جانبين موضوعي وشخصي ، والجانب الموضوعي يعني المكانة التي يحتلها الشخص في المجتمع وحقه في أن يعامل وفقا لهذه المكانة. وبناء عليه قد تتوافر للشخص هذه المكانة على الرغم من أن تقدير الشخص لها قد يكون مختلفا ، فقد يكون الشخص شديد الحساسية فيشعر بأن ما بدر من الغير يمس في شرفه على الرغم من أن ذلك لم يمس مكانته الاجتماعية ، أم الجانب الشخصي فيقوم على شعور الإنسان بكرامته وحقه في أن يعامل بما يتفق وهذا الشعور طالما أنه تصرف بما يرضي ضميره ولم يخالف ما تفرضه قواعد الأخلاق⁽¹⁾.

¹ - مدحت رمضان . الحماية الجنائية لشرف واعتبار الشخصيات العامة . دار النهضة العربية : القاهرة . 1999 . ص 09 . 10 . 11 .

الفرع الثاني : علاقة شرعية العقوبة بالحق في الشرف والاعتبار

نتناول في هذا الفرع النقاط التالية:

أولا : التعريف بالعقوبات الماسة بالشرف والاعتبار .

ثانيا : صور العقوبات الماسة بالشرف والاعتبار .

ثالثا : تقييم العقوبات الماسة بالشرف والاعتبار .

أولا : التعريف بالعقوبات الماسة بالشرف والاعتبار

هي العقوبات التي تنال من المكانة الاجتماعية للمحكوم عليه بها . ويتحقق المساس بمكانة المحكوم

عليه في المجتمع عن طريق التشهير بجريمته عند نشر الحكم الإدانة في الصحف أو إصافه في الأماكن العامة أو في مكان عمله ، أو عن طريق حرمانه من بعض الحقوق التي يتمتع بها غيره من أفراد المجتمع مثل : الشهادة أمام المحاكم أو حق تولي الوظائف العامة أو غير ذلك من الحقوق والمزايا التي تفترض ثقة المجتمع فيمن يتمتع بها (1).

ثانيا : صور العقوبات الماسة بالشرف والاعتبار.

تتمثل العقوبات الماسة بالشرف والاعتبار في : نشر الحكم الصادر بالإدانة والتجريد المدني .

1- نشر الحكم الصادر بالإدانة :

يشير قانون العقوبات الجزائري إلى بعض الحالات التي يجوز للمحكمة أن تنشر الحكم على نفقة

المحكوم عليه ، لمدة محددة كعقوبة تكميلية ، فقد جاء في المادة 18 ما يلي : " للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر بعينها أو بتعليقه في الأماكن التي بينها وذلك كله على نفقة المحكوم عليه على ألا تجاوز مع ذلك مصاريف النشر المبلغ الذي يحدده الحكم لهذا الغرض ولا تجاوز مدة التعليق شهرا واحدا " . ويستفاد من النص أن الحكم الذي يمكن نشره هو حكم الإدانة ، فلا ينشر حكم بالبراءة أو العفو أو لسقوط الدعوى لأي سبب كان ، وليس كل حكم بالإدانة مما يمكن نشره فقد تخير منها المشرع بعضها ، ومثاله ما نصت عليه المادة 144 التي تجيز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم في جريمة إهانة الموظف أو التعدي عليه (2) ، وكذلك المادة 18 مكرر من القانون رقم 04 - 15 الصادر ب 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات والتي تتعلق بالعقوبات على الأشخاص

¹ - فتوح عبد الله الشاذلي . مرجع سابق . ص 254.

² - عبد الله سليمان . الجزاء الجنائي . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر 1998 . ص 489 .

المعنوية ومن بينها نشر وتعليق حكم الإدانة ، وكذلك من ذات التعديل المادة 389 مكرر 5 التي تجيز للمحكمة أن تأمر بنشر حكم الإدانة في جريمة تبييض الأموال .

ويتم نشر الحكم بنصه كاملا أو قد يكتفي بتلخيصه في صحيفة أو أكثر يعينها الحكم أو قد يتم النشر بتعليقه في بعض الأماكن التي يبينها . والغاية في الحالتين واحدة. إذ يراد منهما التشهير بالجاني وتنبيه الجمهور إلى خطورته فعلة النشر هو الحط من قيمة الجاني الاجتماعية وتحذير الغير من التعامل معه إلا بفطنة وحذر.

ومن الطبيعي أن لا تثار مدة نشر الحكم في الصحف ، أما التعليق فهو ذو مدة محددة إذ تنص المادة 18 على وجوب أن لا تتجاوز مدة تعليق الحكم شهرا واحدا.

وتقع على عاتق المحكوم عليه مصاريف النشر سواء تم النشر في الصحف أم تم بواسطة تعليق الحكم ، ضمن حدود المبلغ المحدد في الحكم.

وأخيرا ، فإن نشر الحكم عقوبة تكميلية له خصائص العقوبات ينقضي بالتقادم وبالوفاة أيضا ، فموت المحكوم عليه قبل نشر الحكم يجعل هذه العقوبة لا فائدة ترجى من تطبيقها.

2- التجريد المدني :

ويطلق عليه القانون الجزائري بالحرمان من الحقوق الوطنية ونص عليه بالمادة 8 من قانون العقوبات ولها عدة صور كالتالي :

1- عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف والمناصب السامية في الدولة وكذا جميع الخدمات التي لها علاقة بالجريمة.

2- الحرمان من حق الانتخابات والترشيح وعلى العموم كل الحقوق الوطنية والسياسية ومن حمل أي وسام.

3- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على عقد أو أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال .

4- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو ناظرا ما لم تكن الوصاية على أولاده .

5- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة وفي التدريس وفي إدارة مدرسة أو الاستخدام في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذ أو مدرسا أو مراقبا⁽¹⁾.

¹ عبد الله سليمان . الجزاء الجنائي . مرجع سابق . ص 490.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد أجلا لتطبيق الحرمان من الحقوق الوطنية عندما تكون عقوبة تبعية.

ولم يكن الأمر كذلك قبل صدور القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13/02/1982 المعدل والمتمم لقانون العقوبات حيث كانت الفقرة الأخيرة من المادة 8 من قانون العقوبات قبل إلغائها بموجب القانون رقم 82-04 المذكور تحدد مدة تطبيق الحرمان من الحقوق الوطنية في مواد الجنيات بعشر سنوات ابتداء من تاريخ الإفراج عن المحكوم عليه.

ويثور التساؤل في ضوء هذا الفراغ حول مدة الحرمان من الحقوق المدنية . وهنا ثمة احتمالين :
فإما أن المشرع أراد بإلغائه مدة الحرمان ، حصر هذه العقوبة في مرحلة تنفيذ العقوبة كما هو الحال بالنسبة للحجر القانوني ، وإما أنه جعل هذه العقوبة مؤبدة تطبق مدى الحياة.

والاحتمال الأول أقرب من الصواب ، وذلك لعدة اعتبارات منها طبيعة العقوبة التي يجب أن تكون محددة بمدة معينة ، وضرورة الأخذ بالتفسير الأصح للمتهم في حالة غموض النص أو وجود فراغ . غير أن الأخذ بالاحتمال الأول يفرغ عقوبة الحرمان من الحقوق الوطنية من محتواها. إذ ما الفائدة التي ترجى من هذه العقوبة إذا كان تنفيذها محصورا في المدة التي يكون فيها المحكوم عليه في السجن ؟

وهذا ما يجعلنا نناشد المشرع للتدخل من أجل تحديد مدة عقوبة الحرمان من الحقوق الوطنية وبدء تنفيذها ، كما كان الحال قبل إلغاء الفقرة الأخيرة من المادة 8 بموجب قانون 13/02/1982.

وقد خطا المشرع خطوة في هذا الاتجاه عندما حدد في الأمر رقم 95-11 المؤرخ في

1995/02/25 المعدل والنتم لقانون العقوبات مدة العقوبات التبعية المقررة في الجنايات الإرهابية بسنتين

إلى 10 سنوات المادة 87 مكرر 9⁽¹⁾.

¹ - وهكذا قضي في فرنسا بأن عدم تحديد مدة عقوبة الحرمان من الحقوق الوطنية يجعلها عقوبة مؤبدة هي عقوبة غير شرعية.
نقلا عن : Bulletin des arrêts des chambres criminelles de la cour de cassation française N° 90, le 01/03/1995.
أحسن بوسقيعة . الوجيز في القانون الجزائي العام . مرجع سابق . ص 229 . 230.

الفصل الثاني

ضوابط شرعية العقوبة في ضوء مصادر الحماية الجنائية

لحقوق الإنسان

إذا كانت السياسة الجنائية هي التي تحدد الهدف من القانون الجنائي بجميع فروعها ، باعتبارها ليست مجرد تصور فكري أو جنائي أو خيالي ، بل هي مجموعة أهداف يتوخاها المشرع من خلال التجريم والعقاب والمنع ، فإن أحكام هذه السياسة تقتضي - في مجال الحماية الجنائية لحقوق الإنسان بصفة خاصة - وضع ضوابط واضحة المعالم يتعين على المشرع الوطني الالتزام بها ، وعدم النزول عنها في مجال التجريم والعقاب والمنع.

ولا شك في أن هذه الضوابط تستند في أساسها إلى مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، وتستقي منها أهدافها وغايتها ، وفي أنها تحقق عند الالتزام بها حماية فعلية لحقوق الإنسان في ظل الشريعة العادية والشريعة الاستثنائية معا .

ومن بين الأهداف الأساسية للسياسة الجنائية بل وأهمها البحث عن أفضل صور العقوبات التي تصون حقوق الإنسان عند تطبيقها ، ومؤدى ذلك هو ضرورة وجود ضوابط للشريعة الموضوعية والإجرائية وأثناء التنفيذ العقابي في مجال العقوبة يتعين على المشرع الوطني مراعاتها حتى تتصف قواعد الجنائية الموضوعية بالشريعة الدستورية في مجال حماية حقوق الإنسان.

وسنتطرق في هذه الدراسة لهذه الضوابط من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : الضوابط الموضوعية لشرعية العقوبة .

المبحث الثاني : الضوابط الإجرائية لشرعية العقوبة .

المبحث الثالث : ضوابط شرعية العقوبة أثناء التنفيذ العقابي.

المبحث الأول

الضوابط الموضوعية لشرعية العقوبة

من المعلوم أن القاعدة الجنائية يمكن تحليلها إلى شقين " تكليف و جزاء " ، فأما شق الجزاء فيتضمن العقاب الذي رتبته المشرع لمن يخالف التكليف ، و لهذا الشق ضوابطه التي إن صدر ملتزما بها كان بمنأى عن عدم المشروعية وعدم الدستورية من ناحية ، وصار ضمانا قوية من ضمانات الحماية لحقوق الإنسان من ناحية أخرى ، أما إن صدر مخرجا بها أو ببعضها أو بأحد منها فقد شرعيته ودستوريته ، وتحول إلى مصدر انتهاك لحقوق الإنسان.

وسنحاول في هذه الدراسة التطرق إلى أهم الضوابط الموضوعية لشرعية العقوبة ، وذلك من خلال المطالب التالية :

- المطلب الأول: انفراد التشريع بتحديد العقوبات .
- المطلب الثاني : التناسب بين الجريمة والعقوبة .
- المطلب الثالث : الرقابة على سلطة القاضي في تقدير العقوبة .

المطلب الأول

انفراد التشريع بتحديد العقوبات

يعتمد مبدأ الشرعية على السلطة التشريعية في تحديد الجرائم والعقوبات ، وذلك باعتبار أن هذه السلطة تمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعي.

وسنحاول في هذا المطلب تحديد المقصود بالتشريع كمصدر لإنشاء العقوبات وضوابطه.

الفرع الأول : المقصود من انفراد التشريع بتحديد العقوبات .

المقصود من ذلك أن القانون هو الذي يحدد موضوع العقوبة وطبيعتها ودرجة جسامتها ، فالقانون

هو الذي يحدد موضوع العقوبة الذي لا يعدو أن يكون واحد من أمور ثلاث ردع المجرم أو إبعاده من المجتمع أو إصلاحه ، فهناك من العقوبات ما لا يكون لها من موضوع سوى ردع المجرم وتخصيص للعقاب على الجرائم ذات الجسامة الدنيا كالمخالفات ومن أمثلتها الغرامة والمصادرة والحبس البسيط قصير الأمد ، لكن هناك عقوبات يكون موضوعها إبعاد المجرم عن المجتمع ، وهذه ترصد للجرائم ذات الجسامة القصوى ومن أمثلتها الإعدام.

وأخيرا هناك العقوبات التي يكون موضوعها إصلاح المجرم ومن أمثلتها العقوبات المقيدة للحرية

ذات المدة المحددة كالسجن من 10 إلى 20 سنة طالما أن المقصود من تقييد حريته العمل على إصلاحه .

والقانون من جهة أخرى يحدد طبيعة العقوبة أو هو الذي يحدد المال الذي تصيبه العقوبة فهناك

عقوبات تصيب المجرم في حياته كالإعدام وهناك عقوبات تصيب المجرم في حريته كسائر العقوبات المقيدة للحرية أو تصيبه في ذمته المالية كالغرامة.

والقانون من جهة أخيرة هو الذي يحدد درجة جسامتها فالمرجع يقدر العقوبة على أساس

الجسامة الذاتية للجريمة ، هذه الجسامة التي يمكن تقديرها على أساس درجة خروج السلوك الإجرامي على القيم الفكرية والخلفية الاجتماعية والاقتصادية الموجودة في الدولة في لحظة تقدير العقوبة⁽¹⁾.

فالقانون هو الذي يحدد العلاقة بين الخطأ والعقوبة ، فالتشريع الجزائري مثلا يقيم في هذا الصدد

تقسيمًا رئيسيًا بين العقوبات الجنائية فهناك عقوبات مقررّة للعقاب على الجنايات وهي أشد صور السلوك

الإجرامي جسامة وهي الإعدام ، السجن المؤبد ، السجن المؤقت ، كما أن هناك عقوبات مقررّة للعقاب على

الجنح وهي عقوبة الحبس والغرامة التي يزيد أقصى مقدارها عن ألفين دينار جزائري ، وأخيرا فهناك

¹ - عبد الفتاح الصيفي ومحمد زكي أبو عامر . علم الإجرام والعقاب . مرجع سابق . ص 401 . 402.

عقوبات مقررة للمخالفات وهي أخف صور السلوك الإجرامي جسامة وهي عقوبة الحبس من يوم واحد إلى شهرين والغرامة التي تتراوح بين 20 و 2000 دج.

الفرع الثاني : ضوابط انفراد التشريع في تحديد العقوبات .

تتمثل ضوابط انفراد التشريع في تحديد العقوبات فيما يلي :

أولا : التشريع كمصدر وحيد للعقاب .

ثانيا : ضرورة وضوح النصوص الجنائية .

ثالثا : احترام الحد الأدنى والأقصى للعقوبة .

أولا : التشريع كمصدر وحيد للعقاب .

1- المقصود بالتشريع الجنائي :

ينحصر مصدر التشريع الجنائي في القانون المدون الصادر عن السلطة المختصة بالتشريع.

فالقانون هو كل نص مكتوب يقرر قواعد عامة مجردة ، ويكون صادرا عن سلطة مختصة بالتشريع ، طبقا للنظام القانوني العام في الدولة كما يحدده الدستور.

لكن اعتبار القانون مصدر التشريع الجنائي ، لا يعني بالضرورة أن تكون الجرائم والعقوبات واردة في قانون بالمعنى الضيق لهذا اللفظ ، أي في تشريع صادر عن السلطة التشريعية ووفقا للأوضاع الدستورية المقررة ، وإنما مقتضاه أن يكون النص المقرر للتجريم والعقاب صادرا عن السلطة المختصة بالتشريع ، سواء كانت هي السلطة التشريعية المختصة أصلا بالتشريع ، أو كانت هي السلطة التنفيذية التي يمنحها الدستور أو القانون اختصاصا تشريعيًا محددًا، فإذا تقرر للسلطة التنفيذية اختصاص تشريعي وفقًا للدستور أو القانون ، كانت النصوص الصادرة عن السلطة تشريعيًا جنائيًا .

وعلى ذلك يعد تشريعًا جنائيًا ، كل نص جنائي مكتوب صادر عن سلطة مختصة بإصداره ، ويدخل

في هذا المعنى القوانين بمعناها الدستوري ، وهي تصدر عن السلطة التشريعية واللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

2- القوانين بمعناها الدستوري:

هذه القوانين هي التي تصدر عن السلطة التشريعية ، صاحبة الاختصاص الأصلي في التجريم

والعقاب ، والسلطة التشريعية في الجزائر يباشرها المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وفقًا للمادة 98 من

¹ - فتوح عبد الله الشاذلي . مرجع سابق . ص 140.

الدستور كما أن لرئيس الجمهورية، في أحوال وبشروط معينة أن يصدر أوامر لها قوة القانون وفقا لنص المادة 124 من الدستور ، ويكون لما يصدره وفقا للأوضاع الدستورية ذات قوة القانون من حيث صلاحيته لأن يكون مصدرا للتجريم والعقاب.

3- اللوائح :

نتناول في هذا العنصر تحديد مفهوم اللائحة وأنواعها وكذلك تقييمها كمصدر للعقاب

أ- مفهوم اللائحة و أنواعها :

هي التشريعات التي تصدر عن السلطة التنفيذية ، بناء على نص في الدستور أو القانون يمنحها الاختصاص بإصدارها . وأهم هذه اللوائح ما يصدر تنفيذ القوانين ، ويطلق عليهما المراسيم التنفيذية والقرارات الإدارية ، ودراسة اللوائح تدخل في إطار القانون الإداري الذي يحدد أنواعها وشروط صحتها . فإذا صدرت اللائحة في الإطار القانوني ، كان لها صفة النصوص التشريعية ، وكانت بذلك مصدرا للتجريم والعقاب في الحدود لها .

ويتمثل الإطار القانوني لهذه اللوائح التي تتضمن أحكاما جزائية تجرم وتعاقب على بعض الأفعال في مجال المخالفات فحسب كما يتبين ذلك من نص المادة 122 - 7 من الدستور وهو النص الذي قضى بأن يشرع البرلمان في مجال قواعد قانون العقوبات ، لا سيما تحديد الجنايات والجنح والعقوبات المختلفة المطابقة لها ، حيث ذكر الجنايات والجنح ولم يذكر المخالفات فاتحا الباب أمام التشريع عن طريق التنظيم في مجال المخالفات .

وبالنسبة للمراسيم يميز الدستور الجزائري بين المراسيم الرئاسية التي تصدر عن رئيس الجمهورية حسب 77 - 6 وهي نصوص تكتسي طابع الاستقلالية وبين المراسيم التنفيذية المادة 85 - 4 التي يصدرها رئيس الحكومة لتطبيق القوانين.

ومن قبيل المراسيم الرئاسية التي تتضمن أحكاما جزائية المراسيم رقم 63 - 85 المؤرخ في 16-03-1963 ورقم 63 - 399 المؤرخ في 7 - 10 - 1963 ورقم 64 - 27 المؤرخ في 15 - 04 - 1964 وتعلق باقتناء وحيازة وصنع الأسلحة والذخائر واستيرادها وتصديرها ، وهي المراسيم الملغاة بموجب الأمر المؤرخ في 21 - 01 - 1997⁽¹⁾.

¹ - أحسن بوسقيعة . مرجع سابق . ص 56.

وأخيراً نجد القرارات الإدارية ويقصد بها تلك القرارات التنظيمية التي تصدر عن الوزراء والولاة ورؤساء البلديات ، وإذا كانت القرارات الوزارية ليس من طبيعتها أن تتضمن أحكاماً جزائية فكثيراً ما تتضمن القرارات الولائية والبلدية أحكاماً جزائية تكون محصورة في المخالفات .

ومن جهة أخرى فإن مخالفة المراسيم أو القرارات المتخذة قانوناً من طرف السلطة الإدارية يعد مخالفة طبقاً لنص المادة 459 من قانون العقوبات التي جاء فيها ما يلي " يعاقب بغرامة من 30 إلى 100 دج ويجوز أن يعاقب أيضاً بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر كل من خالف المراسيم أو القرارات المتخذة قانوناً من طرف السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقبا عليها بنصوص خاصة " (1).

ب- تقييم اللائحة كمصدر للعقاب :

رغم أن الأصل في تطبيق مبدأ شرعية العقوبة هو أن يكون مصدر العقاب نصاً تشريعياً ، أي نص " قانون " ، والقانون هو ما صدر عن السلطة التشريعية ، إلا أن هناك قاعدة قد استقرت على جواز أن يكون العقاب - في نطاق محدود - مستند إلى نص لائحي واللائحة على ما هو معلوم - تصدر عن السلطة التنفيذية، وهي سلطة تمارس التشريع على وجه استثناء بحت ، ومن ثم كان نطاق اختصاصها التشريعي محدوداً (2).

وأياً ما كان وجهة النظر فيما استقرت عليه هذه القاعدة ، فإن فكرة التفويض في ذاتها قد تكون جائزة بين السلطات الحاكمة للدولة في إطار الاستثناء الذي يحدد بدوره نطاق هذا التفويض وشروطه ، رغم ما في ذلك من إهدار أو على الأقل من انتهاك صريح لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد - وبحق - من أهم خصائص الأنظمة الديمقراطية بل ومن خلال احترامه أو انتهاكه يمكن الكشف عن حقيقة النظام الحاكم في دولة ما .

وما إذا كان استبدادياً أو ديمقراطياً دون اعتبار لما يعلنه هذا النظام أمام المخاطبين بأحكامه أو لباقي أعضاء الجماعة الدولية، إلا أننا وفي ضوء منهج الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، وحسن تطبيق السياسة الجنائية في هذا المجال والإعمال الصحيح للشرعية في العقاب لابد من فهم هذا المبدأ أي لا عقوبة إلا بقانون بما لا ينال من هذه الشرعية وبما يحقق الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، فتظل اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بكافة أنواعها في نطاق لا يتعدى المخالفات التي صارت بدورها - في ظل الاتجاه المعاصر للسياسة الجنائية وقواعد الحماية الدولية لحقوق الإنسان بصفة عامة والحماية الجنائية لحقوق الإنسان بصفة خاصة - صارت مخالفات ذات طبيعة إدارية (3)، وصارت الجزاءات المقررة على مرتكبيها هي الأخرى من ذات النوع " جزاءات إدارية " ، لا تمس حريات الإنسان وحقوقه سواء بسلبها أو بتقييدها ،

1 - أحسن بوسقيعة . مرجع سابق . ص 56.

2 - محمود نجيب حسني . الدستور والقانون الجنائي . دار النهضة العربية : القاهرة . 1992 . ص 12 . 13.

3 - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 404.

وأن مجال هذا المساس ينحصر فقط في النص القانوني الذي تختص السلطة التشريعية وحدها بإصداره ، لأن المخالفات الإدارية - وإن كانت أعمال غير مشروعة - فعدم شرعيتها إدارية بحتة والجزاء على عدم مشروعية الأفعال التي تتكون منها هو جزاء إداري وليس جنائي ، وهو أيضا له ضوابطه وشروط مشروعيته ووسائل الرقابة القضائية عليه حتى لا يتحول شيئا فشيئا بسبب ممارسات السلطة التنفيذية إلى جزاء جنائي ينال من حقوق الإنسان المحكوم عليه به ومن حرياته الأساسية ، لأنه عندئذ يكون في حقيقته تجريم وعقاب يرتدي ثوب المخالفات الإدارية.

وهذا الذي ننادي به استقر عليه المجلس الدستوري الفرنسي في أكثر من مناسبة إذ قرر أن دور الإدارة في تحديد الجزاء ، يستقر في دائرة الاستثناء ، حيث أن هناك من الجزاءات ما يلزم أن - يقرها المشرع بنفسه - وهي تلك الجزاءات المقيدة للحرية ، ولا يمكن أن يعهد بها إلى الإدارة حتى ولو اعتبرت الواقعة التي تنقرر عنها من قبيل المخالفات التي تدخل في النطاق المحجوز للسلطة الإدارية نوعا وعقوبا . ذلك بقوله " ... بالنظر إلى الفقرتين 3 و 5 من المادة 348 و المادة 66 من الدستور فإن تحديد المخالفات والعقوبات المطبقة عليها يدخل في نطاق اللائحة بشرط ألا تكون هذه العقوبات مقيدة للحرية ، وإلا انعقد الاختصاص للمشرع " كما تشدد المجلس الدستوري الفرنسي في ذلك أيضا ، و أوجب في بعض الحالات المتعلقة بالجزاءات الإدارية أن يكون تحديدها بنص قانوني وليس بلائحة ، كما هو الشأن في الجزاءات الإدارية الضريبية كالغرامة وفوائد التأجير ، ويقتصر دور الإدارة في تطبيقها على حد اختيار ما يتلاءم تطبيقه مع طبيعة المخالفة وظروف المخالف ، على غرار الوضع بالنسبة للجزاءات التأديبية ، بل إن السلطة الإدارية لا يجوز لها التدرج باختصاصها اللائحي لكي تعطي نفسها ما تقرره من الجزاءات الإدارية بطريق التنفيذ الجبري ، على اعتبار أن ذلك يمثل قيда على حريات المواطنين الأساسية . وهو مما يدخل بطبيعته المقيدة في نطاق الاختصاص المحجوز للمشرع .

وتلك من الأمور التي لا يجوز المشرع تفويض سلطة غيره في تنظيمها ، حتى ولو كانت هي السلطة القضائية ذاتها ، لأنها بطبيعتها الدستورية تستلزم تدخل المشرع نفسه باعتباره أوثق صلة بحقوق الإنسان ، فالمشرع ينعقد له الاختصاص المطلق كأصل عام بتحديد الإجراءات المتعلقة بتوقيع الجزاءات امتدادا للتمائل بينها في الطبيعة والغاية مع الجزاءات الجنائية التي ينفرد هو وحده بتنظيم إجراءات تطبيقها وطرق الطعن فيها وتحديد الاختصاص القضائي بالفصل فيها يتقرر من منازعات بشأنها ، حتى ولو كانت تلك الجزاءات مقررة عن وقائع تعد من قبيل المخالفات التي تستأثر بسلطة تحديد الجزاءات عنها⁽¹⁾.

وهكذا يكون حال الحكومات التي تعرف الإنسان حقوقه وحرياته وترغب صادقة في حمايتها ، وتعرف في ذات الوقت خطورة التجريم والعقاب على هذه الحقوق وتلك الحريات فلا تجعلها وسيلة استبداد ،

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 405 ، 406 .

ولكن جعلها عادلة مشروعة ، فتوقعها باسم وطبقا لنصوصه ، وتغل يدها عن هذا المجال وتتركه بكامله للسلطة المختصة بتقريره وإصداره . فبسبب غياب الحدود الفاصلة بين مجال القانون واللائحة سواء لصعوبة تكيف بعض الموضوعات ومعرفة ما إذا كانت تدخل في مجال القانون أم تندرج في نطاق التنظيم اللائحي ، أو لصعوبة الوقوف على حقيقة المخالفات الإدارية ، وما إذا كانت تعد في حكم المخالفة الجنائية فعلا ، أم أنها تتماثل معها من حيث قوة الجزاء مع الجنحة فتخرج عن نطاق اللائحة ، وبسبب غياب معيار دقيق لتلك المسألة أصبح التداخل في الاختصاص مسألة غامضة ، وعندئذ يجب أن يكون اختصاص المشرع هو الأرجح، وصارت الإدارة متأرجحة بين جرأة التدخل فيما اكتتفه الغموض من هذه المسائل تارة وبين التهيّب من هذا الاتجاه والأخذ بالحوط عند الغموض تارة أخرى ، فلا ترد حتى المجال المخصص لها خشية أن تكون بذلك قد خرقت الحدود الدستورية لاختصاصها التنظيمي (1).

ثانيا : ضرورة وضوح النصوص الجنائية.

يجب على السلطة التشريعية أن تصدر تشريعاتها واضحة ، محددة بعيدة عن الغموض وعدم التحديد ، فالهدف من مبدأ الشرعية هو ضمان إخطار الجمهور بما يعد جريمة وبالعقاب المترتب عليها وبالقيود الواردة على الحرية، وهو ما يستلزم وضوح قصد المشرع . وكل غموض في النص من شأنه أن يؤدي إلى التحكم القضائي الخطر.

ومسألة وضوح النصوص الجنائية تطرح تساؤلين :

الأول : هل يتعارض مع هذا الوضوح أن تأتي القاعدة الجنائية مجزأة أي الحالات التي لا يجمع

المشرع فيها نص تشريعي واحد التجريم والجزاء ؟

والثاني : وهل اللجوء إلى تفسير النصوص الجنائية مرده إلى عدم وضوحها وغموضها ؟

1- تجزئة القاعدة الجنائية ووضوح النصوص الجنائية :

في البداية يجب ألا نخلط بين القاعدة الجنائية المجزأة ، وبين صورة أخرى يطلق عليها الفقه المقارن تسميه " القاعدة على بياض " ، ففي هذه القاعدة يكتفي المشرع بتحديد شق الجزاء في النص الجنائي ، ويحيل في نفس الوقت إلى قانون آخر لتحديد شق التكليف الذي لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض .

¹ - محمد باهي أبو يونس . الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة . دار الجامعة : الإسكندرية . 2000 . ص 58.

و إذا كانت الصورة المثلى للقاعدة الجنائية هي إشتغالها على شقي التجريم و الجزاء في نص واحد إلا أن شقي القاعدة الجنائية قد لا يتواجدان معا في ذات النص فقد يتواجد التكليف في نص بينما الجزاء يتكفل به نص آخر .

فالقاعدة الجنائية قد توجد مجزأة بين أكثر من نص تشريعي في قانون واحد أو قوانين مختلفة متعاصرة ويطلق على النص الذي يحتوي شقا واحدا للقاعدة الجنائية النص الجنائي الناقص أو الغير الكامل . ويمكن تقسيم النص الجنائي إذا إلى نص مستوعب للقاعدة الجنائية وهو الأصل ونص غير مستوعب لهذه القاعدة ، لأنه إما اقتصر على تحديد حكمها تاركا جزاء مخالفة لنص آخر ، وإما اقتصر على تحديد الجزاء تاركا لنص غيره تحديد الحكم الذي يترتب هذا الجزاء على مخالفته . وهذا ما حدا بجانب من الفقه إلى القول بأنه من الأدق وصف النص الذي يحوي فقط المبدأ القانوني أو شق التجريم في القاعدة الجنائية بأنه نص تجريمي محض .

ومن أمثلة المادة 87 مكرر من قانون العقوبات الجزائري التي تعرف الأفعال الإرهابية أو التخريبية ، وأحالت إلى المواد 87 مكرر 1 ، 87 مكرر 2 ، 87 مكرر 3 ، 87 مكرر 4 ، 87 مكرر 5 ، 87 مكرر 6 لتحديد شق الجزاء .

يتضح من ذلك أن النص الجنائي قد لا يستوعب القاعدة الجنائية بأكملها وهنا تتوزع القاعدة الجنائية بين أكثر من نص ويسمى بالنص غير الكامل أو غير المستوعب للقاعدة . نلخص من ذلك إلى أنه إذا كان من المتصور وجود نصوص غير كاملة أو غير مستوعبة إلا أنه لا يمكن تصور وجود قواعد جنائية ناقصة أو غير كاملة أو غير تامة . وذلك لأن القاعدة الجنائية تتكون دائما من شقين تكليف وجزاء .

2- القاعدة الجنائية على بياض ووضوح النصوص الجنائية :

القاعدة الجنائية على بياض هي قاعدة وردت في نص تشريعي يحوي شق الجزاء فقط بينما شق التكليف أو التجريم يكتمل تحديده لاحقا ويحيل المشرع في وضعه وتحديد معاملة إلى نص تشريعي آخر . ويستوي أن يكون ذلك النص جنائي أو غير جنائي . إلا أنه بالطبع يجب أن يتحدد قبل وقوع الفعل المكون للجريمة ، وذلك قبل مخاطبة الأفراد بتلك القاعدة إعمالا لمبدأ الشرعية الجنائية .

معنى ذلك أن شق التكليف في القاعدة على بياض لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض ، بل يكتمل تحديده في نص لاحق (1) .

¹ - عصام عفيفي حسين . القاعدة الجنائية على بياض . الطبعة الأولى . دار الكتب المصرية : القاهرة . 2003 . ص 94 . 95 .

وفيما يتعلق بالقاعدة بين القاعدة الجنائية على بياض والقاعدة الجنائية المجزأة ، فإن المشرع يتولى في الأخير توزيع شقيها على نصين جنائيين ، وقد توجد مجزأة أو موزعة بين أكثر من نص تشريعي في قانون واحد أو قوانين مختلفة ولكنها متعاصرة أو متعاقبة⁽¹⁾.

ومن أمثلة القاعدة الجنائية على بياض في قانون العقوبات الجزائري نجد المادة 135 التي تعاقب كل موظف في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط شرطة وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه وفي غير الحالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه، هذه الحالات والإجراءات المحال إليها نظمها قانون آخر هو قانون الإجراءات الجزائية.

نخلص من كل ما سبق ، أن فكرتي تجزئة القاعدة الجنائية والقاعدة على بياض أحد أهم وأخصب الوسائل التي تساعد على نهوض القانون الجنائي من أزمتة الحالية المتمثلة في أزمة التكيف مع متطلبات المجتمع ، فهو يواجه صدمة التغيرات السريعة التي تمس مصالح المجتمع وقيمه ، وكذا لما يضيفانه عليه من مرونة تمكنه من ملاحقة التطور الاجتماعي السريع الذي لحق بالمجتمعات الإنسانية وما صاحبه من تقدم علمي يمكن استخدامه بطريقة تضرر الإنسانية . من هنا نجد أنه لا يتعارض القاعدة الجنائية المجزأة والقاعدة الجنائية على بياض مع وضوح النصوص الجنائية .

3- تفسير النصوص الجنائية:

لما كان القانون هو إرادة الدولة ، وكانت هذه الإرادة معبرا عنها في ألفاظ يتكون منها التشريع ، فإنه يجوز أن تكون هذه الألفاظ غامضة أو معيبة بالنظر إلى عباراتها أو إلى علاقاتها بغيرها مما ورد في نصوص أخرى ، فيكون معناها أكثر أو أقل من حقيقة ما أراده القانون ، ومن هنا نشأت ضرورة التفسير لا في شأن القوانين المبهمه فحسب وإنما في شأن القانون الواضح كذلك ، لأنه في صدد هذا القانون ، يجب عدم الوقوف عند المعنى الفوري للألفاظ ، ويلزم البحث عن معناها العميق وعن حقيقة مداها⁽²⁾.

وقد أصبح الغموض سمة ملازمة لبعض النصوص التجريبية وهذا راجع إلى تعدد وتعقد المسائل التي تنظمها الأمر الذي يجنب القاضي الصواب ، وأمام هذه الوضعية ، فإن مبدأ الشرعية يقتضي أن تفسر النصوص الجنائية تفسيرا من شأنه المحافظة على التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع⁽³⁾.

ومع ذلك فالقاضي يتقيد بتفسير النصوص الجنائية ، بمعنى أنه يبحث عن إرادة المشرع ، فإذا كان القانون يتكون من قواعد عامة ومجردة فهي ليست دائما واضحة ، لذلك فالقاضي ملزم عند تطبيقها بالوقوف

1 - عصام عفيفي حسين . مرجع سابق . ص 102.

2 - رمسيس بهرام . النظرية العامة للقانون الجنائي . مرجع سابق . ص 225.

3 - بارش سليمان . شرح قانون العقوبات الجزائري . مطبعة عمار قرفي : الجزائر ، 1992 . ص 29.

على حقيقة محتواها ، وهو لا يستطيع رفض تطبيق النص حتى لو كان غامضا لأنه سيكون متهما بجريمة إنكار العدالة (1).

فالقاضي يفرض عليه مبدأ الشرعية الالتزام بالتفسير الضيق للنصوص الجنائية ، وخصوصا عدم الالتجاء إلى القياس (2).

وقد توهم البعض بصدد البحث في قاعدة مبدأ الشرعية الجنائية ، بأن القاضي الجنائي يلتزم بإتباع منهج معين في التفسير يطلق عليه التفسير الضيق أو الحرفي وأنصار هذا الاتجاه هم الذين أنكروا على القاضي الجنائي سلطة التفسير ودعوا إلى إسنادها إلى السلطة التشريعية ، حتى لا يتحول القضاء إلى مشرعين .

ولكن مبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية لا يؤدي إلى رفع واجب تفسير القانون عن عاتق القضاة لأن التفسير الصحيح يجب ألا يوسع أو يضيق من النطاق السليم للقانون ، ولا يجوز أن ينشئ معنى يخرج عن إرادة القانون.

وإذا كان التجريم والعقاب يستند إلى القانون ، فإنه من غير المفهوم الحديث عن التفسير الضيق أو الحرفي للقانون. فالقاضي عندما يفسر القانون لا يعطي رأيه الشخصي ، ولكنه يبحث عن المعنى الحقيقي للقانون ، وعن قيمته الموضوعية كما أرادها المشرع ، ومن ناحية أخرى ، فإن إرادة المشرع التي ضمنها النص ، بل هي إرادة متطورة بتطور هذه الوقائع الاجتماعية طالما أنها تراعي المصلحة الاجتماعية المحمية بالنص ، ذلك أن هذه المصلحة تبلور إرادة المشرع وتحدد تبعاً لها نطاق تطبيق نصوصه ، ولم يصنع القانون من أجل اليوم فقط ، بل إنه صنع من أجل المستقبل ، وإرادة القانون بهذا المعنى تترك للتفسير مهمة تحديد معنى النصوص القانونية المجردة في ضوء التحولات والتغيرات الاجتماعية .

ولا يجوز المبالغة في ذلك خشية افتراض القاضي لإرادة القانون ، لأنه يجب أن يلتزم دائما بالإرادة الحقيقية أو المفترضة افتراضاً منطقياً في ضوء الوقائع الاجتماعية الجديدة ، ومع احترامه للصيغة التي استعملها القانون للتعبير عن هذه الإرادة تحقيقاً للاستفسار القانوني ، وكل انحراف من جانب القاضي عن هذا سوف يعتبر خطأ في تأويل القانون تصححه محكمة النقض (3).

نخلص من ذلك إلى أن التطبيق السليم للنص القانوني يتوقف على إعطاء التفسير الصحيح له ، والذي يعبر عن مراد المشرع من وضع النص ، وبدون التفسير الصحيح لنص القانون يساء تطبيقه ، وقد لا تتحقق الغاية من إصداره والنص لا تظهر قيمته الحقيقية إلا إذا أحسن تفسيره ، فقد تكون صياغة النص معيبة عن مضمونه الحقيقي ، وعن طريق التفسير يمكن علاج العيب في صياغة النص.

¹ - Patrick Canin . Droit Pénal Général . Hachette : Paris . P 23

² - Jean Pradel . Droit Pénal Général . 12 Edition : Paris . Dalloz . 2000 . .

³ - للتفصيل أكثر راجع أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . مرجع سابق . ص 96 . 97.

ثالثا : احترام الحد الأدنى والأقصى للعقوبة

تتطلب شرعية العقوبة تحديد العقوبات من حيث نوعها ومقدارها ، ويختص المشرع بهذا التحديد ، ويترك للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة في إطار السلطة التقديرية التي يعترف له بها في تحديد العقوبة بين حديها الأدنى والأقصى ، وأن الخروج على ذلك فيه انتهاك صارخ لمبدأ الشرعية⁽¹⁾.

ومن أمثلة النصوص الجنائية التي خرج فيها المشرع الجزائري عن هذا الضابط نجد المادة 374 من قانون العقوبات حيث نجدها تنص على أنه " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو عن النقص في الرصيد " .

حيث يقول فيها الدكتور محمد محدة أن الحد الأقصى للغرامة فيها انتهاك فيه المشرع مبدأ الشرعية. ذلك لأن المشرع لم يحدد الحد الأقصى لها بل كل ما فعله هو اشتراطه أن لا تقل الغرامة عن قيمة الشيك أو قيمة النقص فيه بينما حدها الأقصى أعطى فيه المشرع حرية للقاضي لا حدود لها وفي هذا انتهاك لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليها في المادة الأولى من قانون العقوبات ذلك لأن القاضي لو أنزل بالمتهم عقوبة تصل إلى ضعف الشيك فإنه لا يعد مخالفا للقانون ما دام القانون قد أعطاه حرية في رفعها أو الزيادة فيها دون قيد أو شرط.

وفي هذا انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات ذلك لأنه إذا كان هذا المبدأ قد ميز بين مهام السلطة التشريعية عن مهام السلطة القضائية وهذا بقيام الأولى بمهمة التشريع وقيام الثانية بالحكم والقضاء وفق ذلك التشريع فإن المشرع عندنا سواء في قانون العقوبات أو القانون التجاري قد خول حقيقة السلطة القضائية مهام السلطة التشريعية في تحديد الحد الأقصى للعقاب في جرائم الشيك ، وهذا يعد جمعا لسلطتي التشريع والقضاء في يد واحدة وهو مخالف للدستور الذي ميز بين السلطات⁽²⁾.

ويؤي الدكتور بوسقيعة ما ذهب إلى الدكتور محدة حيث يقول أنه كان على المشرع أن يحدد في القانون الحد الأقصى للعقوبة وما دام لم يفعل واكتفى بتحديد الحد الأدنى فيكون الحد الأدنى هو الحد الأقصى. وناشد المشرع ، للتدخل لوضح حد لمثل هذا الوضع ، حتى لا يفسح المجال واسعا أمام القاضي الجزائي لتحديد العقوبة التي يراها ، فهذا أمر مخالف لمبدأ شرعية العقوبة كما أن فيه خطرا على الحريات⁽³⁾.

¹ - فتوح عبد الله الشاذلي . مرجع سابق . ص 102 .

² - محمد محده . جرام الشيك . الطبعة الأولى . دار الفجر : القاهرة . 2004 . ص 135 . 136 .

³ - احسن بوسقيعة . الوجيز في القانون الجنائي الخاص . الجزء الأول . دار هومة : الجزائر . 2002 . ص 351 .

المطلب الثاني

التناسب بين الجريمة والعقوبة

الأصل في العقوبة ألا تزيد عما هو عادل ، و ألا تتجاوز ما هو ضروري . والعمل على إيجاد هذا التوازن عند تقرير العقاب على الفعل المجرم هو في ذاته التناسب الذي يعد ضابطا من أهم ضوابط الشرعية الدستورية . إلا أن هذا الأمر لم يكن معترفا به من قبل ، وما زال غامضا في التشريعات الوضعية رغم وضوحه التام في أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية .

فكيف تطور هذا الأخذ بهذا الضابط الهام ؟ وما أساسه في مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان؟ وماذا يعني في أحكام ومبادئ الشريعة الغراء ؟ هذا ما سوف أوضحه فيما يلي :

الفرع الأول : تطور التزام المشرع بضابط التناسب :

كان الجزاء الجنائي عبر أطوار قائمة في التاريخ أداة طيعة للقهر والطغيان ، فحقق للسلطة المستبدة أطماعها ، ومبتعدا بالعقوبة عن أغراضها الاجتماعية ، ومن ثم كان منطقيا أن تقيم الدول المتمدنة تشريعاتها الجزائية على أسس تكفل بذاتها انتهاج الوسائل القانونية السليمة . وقد حرصت الدساتير على فرض القيود على سلطان المشرع في مجال التجريم لصون حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، بما يحول دون استخدام العقوبة تشويها لأغراضها . فإذا كان من المقبول أن يكون للمشرع حق تنظيم كل شيء ، فإنه من غير المعقول أن تكون له سلطة فعل أي شيء .

ومن هنا يلتزم المشرع عندما يختار الجزاء للفعل الذي جرمه بأن يقيم الموازين القسط بين أمور عدة ، حتى يحقق التناسب المنشود بين الجريمة والجزاء ، حيث ينصرف التناسب هنا بين محل النص العقابي وسببه ، ومقتضى ذلك ألا يغلو المشرع في العقاب ، ولا يركب متن الشطط في تقديره ، وإنما عليه أن يتخير من العقوبات ما يكون على وجه اللزوم ضروريا لمواجهة الجريمة ، وما يترتب على اقترافها من آثار ، وما يحقق بها الردع للجاني ، وزجر غيره ممن تتمول له نفسه القيام بذات فعله (1).

وكل تجاوز يقع من المشرع في مجال تقدير العقوبات لهذا الضابط يعد تزايدا واستبدادا ينبغي رفعه. حيث أصبح التزام المشرع بتحقيق هذا التناسب في العقاب الجنائي أصلا من الأصول الدستورية الجنائية يقيد سلطة المشرع في تحديد العقوبات والجزاءات ، بعد أن ظل حيننا من الدهر يستأثر بسلطة واسعة

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 491.

في تقديرها ، حيث كان له وحده تقديره الضرورة العقابية والمعقولة الجزائية دون أن يخضع في ذلك لأي رقابة دستورية ، بدعوى أن ذلك يعد من الملائمات التشريعية التي يستأثر بها المشرع دون غيره (1).

الفرع الثاني : ضابط التناسب في التشريعات الإسلامية .

للإنسان في الشريعة الإسلامية الحق في عدالة الله سبحانه وتعالى ، بأن تكون العقوبة على قدر الجريمة ، والمنصوص عليها في الشريعة .

قال تعالى : " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ، ولئن صبرتم لهو خير للصابرين " النحل : 126.

وقال جل من قائل : " وكتبنا عليهم فيها ، أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن ... " المائدة 45.

فمن حق الإنسان في الشريعة الإسلامية أن تطبق عليه العقوبة المقررة شرعا من غير اعتبار للجاني أو المجني عليه ، على أساس أن الناس سواسية أمام القضاء وأنه لا ينظر إلى الشخص الذي أجرم ، بل ينظر إلى العقوبة الواجبة التطبيق والمقررة شرعا للجرم المرتكب ، ويقول سيد قطب في ظلال القرآن تفسيراً لهذه الآية المباركة " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ... " ألا يتجاوز الرد على الاعتداء حدوده إلى التمثيل والتقطيع ، فالإسلام دين الاعتدال ودين السلم والمسالمة .

ويقول سيد قطب في تفسيره للآية 45 من سورة المائدة : ... أول ما تقرره شريعة الله في

القصاص ، هو مبدأ المساواة ... المساواة في الدماء والمساواة في العقوبة ... ولم تكن شريعة أخرى - غير شريعة الله - تعترف بالمساواة بين النفوس - فنقتص للنفوس بالنفوس ، وتقتص للجوارح بمثلها ، على اختلاف المقامات والطبقات والأنساب والدماء والأجناس.

وعلى هذا الأساس فقد قرر الإسلام لكل جريمة عقوبة ، وعلى القاضي أن يراعي تلك الأحكام الإلهية عند نظره لمثل هذه القضايا ، ومن حق الإنسان أن يتمسك بحقه في تطبيق العقوبة المناسبة للجريمة التي ارتكبها ، وأن لا يعتدي عليه إن الله لا يحب المعتدين ، مصادقا لقوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " البقرة 194 (2).

لا شك في أن هذه الآيات السابقة قد جاءت قاطعة الدلالة في وجوب أن يكون الجزاء من جنس العمل ومتناسب معه فقد تحدد جزاء السيئة ، وجزاء السيئة سيئة مثلها ، فلم ترد السيئة التي أوردتها القرآن الكريم كجزاء على السيئة التي اقترفها الفاعل بلفظ مطلق ، حتى يكون هناك مجال للتحكم في اختيار نوع

1 - محمد زكي أبو عامر . قانون العقوبات . القسم العام . منشأة المعارف : الإسكندرية . 1993 ص 454.

2 - مولاي ملياني بغدادي . مرجع سابق . ص 144 . 145.

الجزاء بل قيدها النص بأنها سيئة مثلها (1)، وهذه أصول التناسب الذي نحن بصدد كضابط من ضوابط المشروعية في مجال العقوبة ، يتعين على المشرع التزامه و إلا لحق تشريعه شائبة عدم الشرعية الدستورية (2).

الفرع الثالث : مراعاة الضرورة في مجالات التجريم والعقاب لتحقيق ضابط التناسب.

في غمار التيارات الفكرية المختلفة التي تأثرت بها بعض التشريعات الجنائية ظهر اتجاه إلى عدم وجوب الاعتماد على قانون العقوبات وحده في حل مشكلة الجريمة . واعتبار كافة قطاعات المجتمع مسئولة عن مكافحتها ، وفي ضوء هذا الإتجاه لم تعد مشكلة مواجهة الجريمة مجرد مشكلة قانونية بحتة ، ولم يعد من الجائز معالجتها بنظرة مجردة تقوم على استخدام وسائل قانون العقوبات لمواجهتها ، وفي ضوء هذه النظرة ظهرت سياسة اللاتجريم ، للحد من الإسراف في التجريم ، وخاصة مع الجرائم المصطنعة التي استحدثتها بعض التشريعات وقد ظهرت هذه السياسة بوضوح في المؤتمر السادس لوزراء العدل في أوربا سنة 1970 ، وفي الندوة العلمية الثالثة التي أقامتها الجمعيات الدولية المشتغلة بالعلوم الجنائية والتي انعقدت في بيلاجو بإيطاليا في مايو سنة 1973 . كما لقي الموضوع الاهتمام ذاته في المؤتمر الخامس للأمم المتحدة الذي عقد في جنيف عام 1975 لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين.

وجنبا إلى جنب مع الدعوة إلى اللاتجريم ، ظهر اتجاه في السياسة الجنائية إلى الحد من العقوبات السالبة للحرية تحت مسمى الحد من العقاب . فقد جاء المؤتمر الدولي لعلم الإجرام سنة 1950 ، فدرس بوجه خاص مشكلة العقوبة المقيدة للحرية وضرورة البحث عن عقوبات بديلة لها.

ويمكن القول بأنه يقصد بالحد من العقاب التحول تماما عن القانون الجنائي لصالح نظام قانوني آخر ، إذ يتم رفع الصفة التجريبية عن فعل ما غير مشروع طبقا لقانون العقوبات ، ويصبح بالتالي مشروعا من الناحية الجنائية ، ولكن يظل غير مشروع طبقا لقانون آخر ، يقرر له جزاءات قانونية أخرى غير الجزاءات الجنائية ، تتمثل غالبا في جزاءات إدارية عقابية توقع بواسطة الإدارة ، وتتم بإجراءات إدارية ، وذلك تحت رقابة السلطة القضائية ، ويطلق على القانون المنظم لتلك الأمور قانون العقوبات الإداري (3).

في الحقيقة أن تخويل الإدارة سلطة فرض عقوبات هو اتجاه لا يتفق مع الدستور الذي ينص على انه لا عقوبة بغير حكم قضائي ، ومعيار الاتجاه نحو الحد من التجريم والعقاب هو انتقاء الضرورة والتناسب

1 - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 495.

2 - أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . مرجع سابق . ص 164.

3 - أمين مصطفى محمد . مبادئ علم الإجرام . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية : 1996 . ص 73.

فلا يجوز اللجوء إلى التدخل الجنائي إلا إذا كان هو الوسيلة اللازمة لحماية الحقوق والحريات عندما تتعرض للاعتداء أو لحماية المصلحة الاجتماعية .

الفرع الرابع : ضابط التناسب في منظور المواثيق الدولية.

وفي صدد العلاقة الوثيقة بين الضرورة والتناسب ، عنت المواثيق الدولية بذلك ، فبالرجوع إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطنين سنة 1789 في المادة 5 منه قد نصت على أنه لا يجوز للتشريع أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع ، وأن المادة الثامنة منه قد نصت على أن التشريع لا يمكن أن يفرض سوى عقوبات ضرورية على وجه الدقة واليقين .

وهكذا يتبين أن اشتراط أن تكون الأعمال محل التجريم ضارة بالمجتمع قد عكس مفهوم الضرورة الاجتماعية ، وهو ما نصت عليه المادة 8 سالفه الذكر بوضوح بالنسبة للعقوبة ، وفي ضوء هذه الضرورة كان التناسب مطلوباً في كل من التجريم والعقاب ، لأنه لا ضرورة بغير تناسب .

ولم ينفرد إعلان حقوق الإنسان والمواطن بهذا الضابط ، فقد رده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 في عبارات أخرى ، حينما اشترطت المادة الخامسة منه عدم تعريض الإنسان للعقوبات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة ، وعندما أجازت المادة الثامنة من هذا الإعلان لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها " اعتداء " على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون . وعندما نصت المادة 12 من الإعلان المذكور على عدم جواز تعريض أحد للتدخل " التعسفي " في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو الحملات على شرفه وسمعته ، فباستقرار هذا الإعلان ، نجد أنه لم يسمح مطلقاً باستخدام القسوة أو الحط من الكرامة الإنسانية في العقوبات ، ولم يسمح بالاعتداء على الحقوق الأساسية أو التعسف في التدخل فيها .

ولا شك في أن القسوة والاعتداء والتعسف ، وهي قسائم متساوية في مراميها ، تشترك في مدلول واحد هو أن المساس بالحقوق والحريات لا يستند إلى تبرير ضروري ، ولا يتناسب مع السبب الذي أدى إليه . فالضرورة والتناسب لا تقوم معهما القسوة ولا الحط من الكرامة الإنسانية والاعتداء ولا التعسف (1) .

كما جاء العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 فأكد مبدأ عدم خضوع أحد لعقوبات قاسية أو غير إنسانية أو حاطة بالكرامة المادة 07 ، ولم يجز المساس بحرية أحد ما لم يُعنى هناك أسباب تدعو إلى ذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في التشريع المادة 09 منه .

¹ - أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . مرجع سابق . ص 165 .

وقد أكدت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1950 ضابط الضرورة إذ أوضحت المواد من 8 إلى 11 من هذه الاتفاقية في مجموعتها أن ممارسة الحقوق والحريات ، يمكن أن يخضع لشروط أو قيود أو جزاءات ينص عليها القانون ، مما يعد تدابير " ضرورية " في مجتمع ديمقراطي ، لحماية الأمن الوطني ووحدة الكيان الإقليمي للدولة ، أو للمحافظة على الأمن العام ، أو الدفاع عن النظام ، أو منع وقوع الجريمة ، أو حماية الصحة أو الأخلاق ، أو حماية حقوق الغير في مواجهة إفشاء الأسرار الخاصة ، أو لضمان استقلال وسمعة وحيدة القضاء المادة 10 / 2 ، وتطبيقا لذلك ، قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأنه يمكن للمشرع أن يضع القواعد التي تنظم ممارسة حرية نقل الأفكار والآراء وأن يضع جزاءات جنائية على مخالفتها : " بقصد ضمان فاعليتها أو التوازن بينها مع غيرها من القواعد أو المبادئ ذات القيم الدستورية " (1).

الفرع الخامس : أمثلة لنصوص في قانون العقوبات الجزائري مفتقدة لضابط التناسب .

من أمثلة ذلك : عدم تناسب الجزاء الجنائي على واقعة إصدار شيك دون رصيد لعدم الجدوى في تجريمها ، حيث أن القانون المقارن ، وخاصة الفرنسي منه اتجه إلى نزع الطابع الجزائي عن جرائم الشيك ، والبحث عن بدائل للعقوبات الجزائية (2).

عدم التناسب في النص الجنائي المتعلق بحماية رئيس الجمهورية إذ أن العقوبة المقررة لا تتناسب ومكانته مقارنة بالعقوبة المقررة لحماية الموظف العادي (3).

عدم تناسب العقوبات المالية " الغرامات " ، الموجودة بقانون العقوبات مع الجرائم المقابلة لها نظرا للتطور الحاصل على المستويين الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع الجزائري.

يمكن القول أيضا أن كافة العقوبات المقيدة أو السالبة للحرية المقررة على جرائم الرأي تتعارض مع ضابط التناسب ، وهي بينها جريمة قذف رئيس الجمهورية المادة 144 ، مكرر ، وذلك علاوة على ما يعتلي هذه الجرائم من مخالفة ضابط التحديد الواضح للسلوك المجرم ، ولانتهاكها الحق في حرية اعتناق آراء وحرية التعبير عنها .

وكذلك عقوبة الإعدام التي أفرط فيها المشرع في باب جرائم أمن الدولة الداخلي والخارجي ، خاصة تلك الأفعال التي لو نجح فيها من قام بها صار " بطلا " ولو اكتشف أمره من قبل السلطة العامة قبل نجاحه فيها صار خائنا . رغم وحدة الفعل في الحالتين والتي يطلق عليها الفقه اسم الجرائم السياسية والتي

1 - أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . مرجع سابق . ص 168 .

2 - أحسن بوسفيعة . الوجيز في القانون الجنائي الخاص . الجزء الأول . مرجع سابق . ص 357 .

3 - بن احليمة ابراهيم . " ضوابط حرية الرأي والتعبير بين حقوق الإنسان والقانون الجنائي " . رسالة ماجستير - غير منشورة - كلية الحقوق والعلوم السياسية . جامعة محمد خيضر : بسكرة 2002 - 2003 . ص 111 .

تتأثر بطبيعة النظام السياسي القائم في الدولة . إذن فهذه الجرائم لا تتناسب معها عقوبة الإعدام ، فربما يتغير النظام الحاكم بفعل الزمن فيأتي من يجد في القائمين على هذه الأفعال ، أوفياء لوطنهم وأبطال ، وتجربة الرئيس نيلسون منديلا " رئيس جنوب إفريقيا السابق " ليست ببعيدة ، فكان في نظر النظام الحاكم مجرما ، ولو كانت عقوبة الإعدام مقررّة وتم إعدامه بعد القبض عليه لمات مجرما ، لكنه ظل مقيد الحرية ، حتى جاء الوقت الذي أعلن فيه الجميع أنه بطلا قوميا ، بل وصار رئيسا للجمهورية بالانتخاب العام وليس بالتعيين فوضا على أمته .

نخلص من كل ما تقدم إلى أن مبدأ التناسب الذي لا تقوم الضرورة في التجريم والعقاب إلا بمراعاته يتمتع بذات القيمة الدستورية التي يتمتع بها باقي الحقوق والحريات . لأنه من خلال احترام هذا المبدأ يتم احترام كافة القيم الدستورية التي نالت حماية الدستور بطريقة منطقية ومتوازنة.

المطلب الثالث

الرقابة على سلطة القاضي في تقدير العقوبة

بيننا كيف أن المشرع لم يحدد لكل جريمة عقوبة محددة نوعا ومقدارا لا يملك القاضي اتجاهها رفعا ولا خفض ، وإنما هو وضع لكل جريمة حد أقصى وحد أدنى هو أقصى ما يقدره المشرع من عقاب على الجريمة وفقا لجسامتها الذاتية وأدنى ما يتصوره من عقاب لها وفق ذات المعيار ، ثم فوض القاضي بعد ذلك في وزن العقوبة المناسبة لكل جريمة على حدى تمشيا مع أغراض التفريد القضائي⁽¹⁾. ومن هنا ترك أمر السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بين حدي العقوبة المقررة الأدنى والأقصى دون رقابة عليه بمقولة أنها من بين المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع، ينال من شرعية العقاب ، وقد يهدر مبدأ المساواة أمام القضاء كحق راسخ من حقوق الإنسان . فما هي حقيقة إشكالية تلك السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ؟ وضوابطها ؟

الفرع الأول : إشكالية السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة .

قبل البدء في البحث عن أسباب إشكالية السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، نحاول إيجاد تعريف لهذه السلطة التقديرية .

إذن فالمقصود بالسلطة التقديرية للقاضي هي السلطة التي وضعها المشرع بين يدي القاضي كي يحسن الملازمة بين الجريمة والمجرم من ناحية ، والعقوبة للفعل من ناحية أخرى ، هذه الحرية في تحديد العقوبة تمكن القاضي من مراعاة ظروف ارتكاب الجريمة كما تمكنه من مراعاة حالة المجرم ، ومن ثم تصلح أساسا لمعاملة جنائية فعالة في مواجهة الإجرام⁽²⁾.

لهذه الإشكالية أسباب تاريخية تتصل بالتشريع ، كما أن لها أسباب ذات طبيعة عملية ، وهو ما يتضح فيما يلي :

أولا : الأبعاد التشريعية لسلطة القاضي التقديرية في العقوبات الجنائية.

أ- بعدما يخلص القاضي إلى هناك " مطابقة " بين الفعل الواقعي وبين مضمون النموذج القانوني المجرد ، يعلن عن وجود الجريمة ، فإن اطمأن بعد ذلك إلى نسبتها إلى المتهم أعلن إدانته ، وهنا يتعين على القاضي

¹ - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم . القسم العام من قانون العقوبات . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية . 2002 . ص 623 .

² - جلال ثروت . مرجع سابق . ص 470 .

تحديد العقوبة التي يقضي بها على المتهم من بين حديها المقررين في النموذج القانوني المنطبق على الفعل المرتكب وهو ما يعرف بتسبيب الحكم⁽¹⁾.

ب- وقد اضطر واضعوا القانون اضطرارا إلى إعطاء القاضي هذا السلطان الواسع لأنهم رأوا العلماء يخفقون في وضع نظرية علمية للعقوبة ، ويعجزون عن التوفيق بين مختلف المبادئ التي يراد أن تقوم عليها هذه النظرية ، فأشاروا أن يحلوا هذه المشكلة المعقدة حلا علميا وتركوا للقاضي من بعد التسليم بهذه المبادئ وإقرار نصوص القانون أن يوفق هو بين هذه المبادئ المتعارضة ، وأن يراعي مختلف الاعتبارات ، فعليه أن يقدر خطورة الجريمة ، وأثرها في الحماية ، وعليه أن يقدر ظروف المتهم الشخصية ، وظروفه التي أحاطت به وقت ارتكاب الجريمة وصلحه مع المجني عليه وصلته به ، فإن رأى أن ظروف الجريمة والحماية تقتضي إهمال شخصية الجاني أهملها وشدت العقوبة ، وإن رأى أن ظروف الجاني تقتضي الرأفة أخذ الجاني بالرأفة مادامت الرأفة لا تضر الجماعة ، وكان المفروض أن ينجح القضاة فيما أخفق فيه العلماء ، لأن القاضي يراد منه أن يعالج حالات فردية واحدة بعد واحدة غير متأثرا إلا بظروف هذه الحالات وحدها . أما العلماء فيراد منهم أن يعالجوا كل الحالات مرة واحدة . ويضعوا لها قواعد عامة تنطبق عليها وتحكمها جميعها⁽²⁾.

ثانيا : أسباب إخفاق القاضي الجنائي في سلامة استخدام سلطته التقديرية في العقوبة .

يمكن القول أن حقيقة هذه المشكلة تعود لأسباب عملية أكثر من كونها تشريعية ويتضح ذلك فيما يلي :

يلي :

1- قصور دور الشرطة " الضبطية القضائية "

إن مرحلة التحريات الأولى لها دور خطير جدا حيث لقيام الضبطية القضائية بالتحريات اللازمة تستطيع النيابة توجيه القضية الوجهة السليمة ، والموصلة إلى الحقيقة ، كما أنه بالتحريات الأولية يتلا فـى طرح قضايا على المحاكم دون ركيزة قانونية أو واقع مستند إليه ، وفي هذا ضمان لمصلحة الأفراد والجماعة على السواء⁽³⁾.

إلا أن الواقع ، يظهر لنا عدم امتلاكنا لنظام التحري الذي يطرح على سلطة التحقيق كافة الظروف الواقعية وملابستها ، وحالة المتهم الاجتماعية والنفسية والاقتصادية .

1 - أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 536.

2 - عبد القادر عودة . الجزء الأول . مرجع سابق . ص 719.

3 - محمد محدة . ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية . الجزء الثاني . الطبعة الأولى . دار الهدى : الجزائر . 1991 . ص 34 . 35 ..

بل لدينا فقط أماكن للشرطة تتلقى ما يتم الإبلاغ به ، بل وتتلقاه منقوصا غير واضح وإذا ما تحرك رجال الضبطية ، فإن الذي يقود الركب ذلك الشرطي المتواضع في ثقافته وتكوينه العقائدي ، والذي يكون دائما في حالة فقد حياده مع أهل المنطقة التي يعمل بها ، والتي هي المنطقة التي يقطنها فيضحي بالكثير من أجل البعض ، فتأتي التحريات معبرة فقط عن وجهة قائلها ، وليست كاشفة لحقيقة ما عليه حال المتهم وظروف الواقعة⁽¹⁾.

2- عدم شمول التحقيقات لحقيقة حال المتهم وظروف الواقعة :

يمكن القول أن الذي تواتر عليه العمل لدى جهات التحقيق هو التركيز على إظهار أركان الجريمة - محل البلاغ- واستنادها إلى فاعلها ، وسماع شهود الإثبات لتقوية أدلة الإدانة .
وما سماع شهود النفي إلا تحقيقا لدفاع المتهم فيما يتعلق بالإدانة كمحاولة لنفيها أو على الأقل التشكيك في كفايتها لإسناد التهمة إليه ، دون أن تتطرق التحقيقات إلى أحوال المتهم النفسية والثقافية والاجتماعية السابقة على ارتكاب الواقعة ، ثم الحالة التي كان عليها وقت ارتكاب الواقعة ، ثم الأسباب المباشرة وغير المباشرة التي دفعته لارتكابها ، فغالبا ما تفتقد التحقيقات إلى هذه الأمور جميعا ، وك أنها جاءت تنفيذا حرفيا " لنظرية المطابقة " التي تقضي بانطباق الفعل الواقعي الذي ارتكبه المتهم على النموذج القانوني المجرد ، دون اعتبار لأهمية بيان حالة المتهم ، ومدى خطورته من خلال ماضيه وأسباب اقترافه لواقعة وظروف وملابسات الجريمة محل التحقيق . فإذا ما انتهت النيابة العامة إلى إحالة المتهم إلى القضاء لمحاكمته ، انتقلت الأوراق بالقدر الذي هي عليه إلى المحكمة ، فهل من الثابت عمليا قيام قضاة الحكم بـ"استيفاء ما بها من نقص حتى يتأهلوا لإعمال سلطتهم التقديرية في تقدير العقوبة على المتهم " المائل " إذا ما انتهوا إلى إدانته ؟ أم أن عدم التزامهم بتسبب اختيارهم لقدر العقوبة ، وعدم تدخل المشرع بوضع قواعد إرشادية لهم في هذا الصدد ، جعل من هذه السلطة التقديرية مجرد سلطة تحكمية في تقدير العقوبة؟⁽²⁾

3- تكس القضايا ، وعدم تخصص القضاء الجنائي :

لم يقصد القضاة مطلقا تحويل سلطتهم التقديرية في تقدير العقوبة من بين حديها الأدنى والأقصى إلى سلطة تحكمية ، يستخدمها القاضي بلا سند ، سوى أن تكون واقعة من ناحية الكم بين حديها الأدنى والأقصى . فالقانون لا يمنح القاضي قوة خلاقه في هذا الصدد ، بل يعتبر دوره تأكيد لإرادة المشرع ، إذ

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 538.

² - رؤوف عبيد . مبادئ القسم العام في التشريع العقابي المصري . دار الفكر العربي : القاهرة . 1979 . ص 575.

ليس من حقه مسايمة أفكاره الخاصة في تقدير حكمه لأن الحكم الجنائي لا يجوز أن يكون حقلًا للأفكار الشخصية .

ولكن كثرة عدد القضايا المعروضة عليهم وتنوعها ، وخلق أوراقها من بيان كاف لظروف المتهم وملابسات الواقعة ، وتشنت القاضي بين أكثر من نوع من أنواع القضايا مع اختلاف طبيعة الأحكام الصادرة فيها والإجراءات المتبعة والمقررة لكل نوع من هذه الأنواع ، لعدم وجود تخصص للقضاء الجنائي ، كل ذلك أدى إلى أن يفعل القاضي ، ما سبق أن فعله قاضي التحقيق وهو الاطمئنان إلى سلامة المطابقة بين الفعل المرتكب والنموذج القانوني وصحة إسناد الجرم للمتهم ، دون أن يجد من الوقت وفقا لما هو سائد بين القضاة ما يطرح عليه أحوال المتهم ومدى خطورته ، وأسباب اقترافه للواقعة حتى يتمكن من اختيار العقوبة نوعا وتقديره كما .

يضاف إلى ذلك أن الواقع العملي جعل من القضاة لا يعيرون الأمر اهتماما ، حيث اختلفوا فيما

بينهم حول كيفية تقدير العقوبة ، وأصبح كل منهم ينال من العقوبة ما يراه قاضيه دون أن يكون الأخير ملتزما بمنهج واضح في هذا الصدد ، ودون أن يكون تقديره للعقوبة محل رقابة من المحكمة العليا ، مما يمكن معه القول بحدوث العديد من الانتهاكات لمبدأ المساواة ، دون قصد من القضاة ، وحدث خلل في مغزى العقوبة وأهدافها ، وخروج واضح عن أهداف السلطة التقديرية المقررة للقاضي في نصوص التجريم والعقاب (1).

الفرع الثاني : حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والرقابة عليها .

بداية لا بد من التنبيه إلى خطورة خلو أوراق القضية المعروضة على قاضي الحكم من سيرة المتهم الذاتية في مجال الخطورة الإجرامية ، وبالتالي خلوها من الأمارات الكاشفة لمدى خطورة المتهم الإجرامية من ناحية ، وظروف وملابسات ارتكابه للواقعة التي سيحاكم عليها من ناحية أخرى ، لأن ذلك سوف يؤدي حتما إلى اختيار عشوائي لنوع ومقدار العقوبة التي سيوقعها القاضي على المتهم إعمالا لسلطته التقديرية المقررة قانونا ، ولا من الاعتراف أيضا بأن الأمور الثلاثة سالفة البيان في حقيقتها أسباب الخلل في تقدير العقوبة الذي يقع فيه القضاة دون قصد ويتعين علاجها حتى يتمكن القاضي من استعمال سلطته التقديرية في تحديد العقوبة نوعا وتقديرها كما بما يجعلها وسيلة للحماية الجنائية لحقوق الإنسان لا وسيلة لانتهاك هذه الحقوق ، ولكن كيف يتم ذلك في قواعد هذه الحماية ومصادرهما ؟ (2).

1 - رؤوف عبيد . مبادئ القسم العام في التشريع العقابي المصري . مرجع سابق . ص 575

2 - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 540.

لابد إذن من وضع ضوابط لسلطة القاضي التقديرية في تحديد العقوبة ، وامتداد التشريع الجنائي له بقواعد توجيه " استرشادية " تخاطب القاضي حول كيفية تقدير العقوبة من خلال أنواعها وحديها ، حتى لا يظل أمر تقدير العقوبة من إطلاقات قاضي الموضوع ، وتمتد إليه يد الرقابة القضائية ، فتحقق الحماية الجنائية لحقوق الإنسان المتهم من عدوان الانحراف التشريعي في الجزاء والتجاوز القضائي في العقاب .

أولا : ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تحديد العقوبة .

لقد أوصت المؤتمرات المتعلقة بالتشريعات العقابية منذ وقت غير قريب في عمر التطور السريع لأسلوب الحياة بصفة عامة وللتشريعات بصفة خاصة ، بوضع ضوابط للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تحديد العقوبة في صورة نصوص تشريعية ملزمة ، فالتشريعات العقابية قد تتضمن أكثر من عقوبة للجريمة الواحدة ، وتجزئ للقاضي أن يحكم بإحدهما أو يجمع بينهما وقد تلزم القاضي بذلك إلزاما ، فإذا اختار القاضي العقوبة ثار التساؤل عن علة اختياره لنوع دون سواه من ناحية ، وسبب تقديره للحكم الذي قضى به من ناحية أخرى . مع أن الاختيار أو التقدير يتم ضمن النص التجريمي وطبقا للسلطة المخولة للقاضي ، إلا أن التباين الذي يكشفه التطبيق العملي بصدد القضايا المماثلة والتي يفترض - عدالة مواجعتها بذات الحلول- تجلئ المسألة بالغة الحساسية والتعقيد في غير قليل من الحالات ، إذ يبدو الحكم غير عادل رغم سلامته من الناحية القانونية فكان لزاما أن يتجه الفقه المعاصر إلى المطالبة بضرورة وضع ضوابط لهذه السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ، حتى تتحقق العدالة في إطار من المساواة باعتبار أن ذلك من أهم سمات المحاكم المنصفة والعادلة ، ومن أهم حقوق الإنسان المحمية جنائيا على المستويين الداخلي والدولي ، وهذا الاتجاه الفقهي ليس من فراغ ، بل هو ترديد وتأکید لما أوصت به المؤتمرات الدولية في هذا الشأن ، وما أخذت به العديد من التشريعات الجنائية المتقدمة⁽¹⁾ وهو ما يتضح فيما يلي :

1- أهم التوصيات الصادرة عن المؤتمرات الدولية في هذا الشأن :

كان ضمن التوصيات التي تضمنتها قرارات المؤتمرين الدوليين التاليين " المؤتمر الدولي السابع

للتشريع العقابي - أثينا 1957 م - والثامن المنعقد في برشلونة سنة 1961 " ما يلي :

1- أن السياسة الجنائية لتفريد العقاب تحتم منح القاضي سلطة واسعة في تقديره العناصر المختلفة

للدعوى ، فيما يتعلق بتقدير الأدلة ، وإثبات الإدانة وتحديد العقوبات والتدابير .

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 541 .

2- أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يكون ضمانه جوهرية للحرية الفردية لا يمنع منح القاضي هذه السلطة .

3- أنه لا يجوز اعتبار السلطة الممنوحة للقاضي بمثابة تحكيمية ، وإنما ينبغي أن تمارس في نطاق قانوني ، طبقاً للمبادئ العامة للقانون وبحسب قواعد الإجراءات التي تحول دون التحكم .

4- أنه على القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية في تحديد العقوبة أو التدبير أن يسترشد بالقواعد القانونية الموجهة في هذا الشأن ، والتي يجب أن ينص القانون عليها بوضوح .

5- أن الحكم الجنائي يجب أن يسبب بطريقة محددة تظهر الأسباب الحقيقية للحكم ، وتقدم حصيلة المداولة ونجيب على جميع الدفوع التي أثيرت مع تجنب الصيغ الغامضة ، والصيغ القانونية البحتة التي لا يفهما الخصوم إلا إذا كان من الضروري استعمالها .

6- أنه لضمان سلامة ممارسة القاضي الجنائي لسلطته التقديرية الواسعة فإنه يترتب عليه أن يقدر تماماً المسؤولية التي تفرضها عليه مهمته الاجتماعية الخطيرة .

وقد أوصى المؤتمر الدولي لقانون العقوبات أيضاً ، أنه عندما يمارس القاضي سلطته التقديرية ، فمن المناسب أن يسترشد في ذلك بتوجيهات قانونية دقيقة للاستعانة بها في حالات معينة . و يتحقق هذا الاتجاه نحو إرشاد القاضي في كيفية اختيار العقوبة في صورتين :

الأولى : أن يحدد العوامل والظروف التي تساهم في تكوين الشخصية الإجرامية ويبين الأمارات الكاشفة لمدى خطورتها ، وقد يكون التحديد سلبياً ، وذلك ببيان عدم توافر الخطورة لدى بعض الأشخاص ، كأن ينص على أن الخطورة لا تتوافر عند من أصيبوا بأمراض عقلية معينة .

الثانية : أن يراعي المشرع جانب الردع العام فيوصي بالتشديد عند العقاب على مرتكبي بعض الجرائم التي يراها بالغة المساس بالشعور العام .

وهكذا أوصت المؤتمرات العلمية بضرورة الجمع بين منح القاضي الجنائي سلطة تقديرية في تحديد العقوبات وحظرت في ذات الوقت ألا تكون سلطة تحكيمية ورأت أن الموازنة بين الأمرين يتمثل في وضع ضوابط استرشادية موجهة في صلب التشريع يلتزمها القاضي في استعمال سلطته التقديرية ، وتكون في ذات الوقت مدخلا للرقابة على استعماله لهذه السلطة ، وهو ما أخذت به العديد من التشريعات الجنائية المتقدمة (1).

¹ - أحمد فتحسي سرور . أصول السياسة الجنائية . مرجع سابق . ص 237.

2- أهم الضوابط الإرشادية في التشريعات المعاصرة :

يعتبر قانون العقوبات الإيطالي من بين أكثر التشريعات المعاصرة التزاما بتحقيق ضابط الرقابة على سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، فقد أورد ضمن نصوصه ما يلزم القاضي الجنائي بتسبب استخدام سلطته التقديرية في تحديد العقوبة ، وفي سبيل إضفاء الرقابة القضائية على استعمال القاضي الجنائي لهذه السلطة أورد ضمن نصوصه قواعد إرشادية يتعين على هذا القاضي أن يراعيها عند إعماله هذه السلطة وهو ذات النهج الذي جرى عليه النظام القانوني العقابي الليبي ، وقانون العقوبات اليوناني :

- فالمادة 213 من قانون العقوبات الإيطالي قد نصت على أنه : " يجب على القاضي في تطبيقه

التقديري للعقوبة في الحدود التي يرسمها القانون أن يشير إلى الأسباب التي تسوغ استخدامه لسلطة التقديرية " ، أما نص المادة 133 من ذات القانون فقد وضع للقاضي الجنائي بعض الضوابط الإرشادية يتعين عليه أن يراعيها عند استخدامه لسلطته التقديرية المشار إليها في المادة السابقة وذلك بقوله " على القاضي عند استخدامه لسلطته التقديرية (المشار إليها) أن يلتزم بما يلي :

1- طبيعة الفعل ونوعه والوسائل التي استخدمت في ارتكابه وزمان وقوعه وحركاته وسائر

الظروف المحيطة به .

2- جسامه الضرر أو الخطر الناجم عن الفعل .

3- مدى القصد سواء أكان عمديا أو غير عمدي "

كما تتبين نزعة ارتكاب الجريمة من الأمور التالية:

1 - دوافع ارتكاب الجريمة وخلق الجرم .

2 - سوابق المجرم الجنائية والقضائية وأسلوب حياته قبل ارتكاب الجريمة .

3 - سلوك المجرم وقت ارتكاب الجريمة وبعده .

4 - ظروف حياة المجرم الشخصية والعائلية والاجتماعية⁽¹⁾.

ثانيا : فاعلية الرقابة على سلطة القاضي في تحديد العقوبة .

بداية يتعين أن يكون هناك إلزام على القاضي بتسبب حكمه فيما يتعلق بتقدير العقوبة التي يقضي بإنزالها على المتهم المحكوم بإدانته حتى يتسنى للمحكمة العليا إضفاء رقابتها على ذلك التقدير، وإلا واجهتنا عقبة ما يسمى بالسلطة المطلقة لقاضي الموضوع .

¹ - رؤوف عبيد . مبادئ القسم العام في التشريع العقابي المصري . مرجع سابق . ص 568.

كما هو حال ما استقرت عليه قضاء محكمة النقض المصرية في هذا الصدد لعدم وجود نص يوجب على القاضي الجنائي تسبب هذا التقدير من ناحية ، أو نص أو نصوص توجيهية أو إرشادية يلتزمها القاضي عند أعمال سلطته التقديرية في تحديد العقوبة ، مما حدا بمحكمة النقض المصرية إلى القضاء بأن تقدير العقوبة هو إطلاقات محكمة الموضوع دون أن تكون ملزمة ببيان الأسباب التي من أجلها أوقعت العقوبة بالقدر الذي ارتأته ، ويفتقر أيضا قانون العقوبات الجزائري إلى نصوص توجب التسبب في تقدير العقوبة .

على خلاف الأمر بالتشريعات الإيطالية واليونانية والليبية فأمر تقدير العقوبة ليس مجرد مسألة موضوعية يجب تركها لتقدير قاضي الموضوع ، طالما أن القانون قد أراد تحديده تحقيقا لغاية معينة لضبط هذه المسألة التقديرية .

والذي لا شك فيه هو لأن رقابة محكمة العليا على حسن اختيار العقوبة يضمن نوعين من الاستقرار في تحديد ضوابط الحكم بهذا الجراء ويقضي على الفوضى التقديرية في اختيار العقوبات أو التدابير العقابية أو هما معا . حالة كون هذه الرقابة لا تعد من قبيل التدخل في سلطة محكمة الموضوع ، بل هي أعمال لنصوص القانون - في حالة توافر ذلك ضمن النظام القانوني أو لروح القانون وكضمانة هامة من ضمانات الحماية الجنائية لحقوق الإنسان وهو ما أوصى به المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات حيث قرر المؤتمر فيه : " لا يجوز أن تعتبر السلطة التقديرية للقاضي مجرد سلطة تحكمية ، ويجب أن تمارس في نطاق قانوني وفقا للمبادئ العامة للقانون " (1).

ولا شك أننا في أشد الحاجة إلى إضافة نصوص مماثلة لنصوص التشريعات الإيطالية والليبية واليونانية ضمن قانون العقوبات الجزائري ، تلزم القاضي الجنائي بتسبب حكمه فيما يتعلق باختياره للعقوبة نوعا ، وتقديره لها كما حتى يمكن لمحكمة العليا أن تراقب أعماله لهذه السلطة التقديرية في تحديد العقوبة المقضى بها دون عقبات قانونية خاصة في ظل غياب طريقة توضح كيفية تقدير العقوبة من ناحية ، وعدم التزام النيابة العامة من قبل بالبحث عن مظاهر خطورة الجريمة ونزعة المتهم إلى الإجرام ، ويضاف إلى ذلك سبب واقعي عملي هو عدم وجود نصوص تلزم النيابة وقضاة الحكم بالبحث عن الخطورة الإجرامية للمتهم ومدى خطورة الجريمة .

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 546 . 547.

المبحث الثاني

الضوابط الإجرائية لشرعية العقوبة

إن مبدأ الشرعية الموضوعية للعقوبة لا يكفي وحده للتخفيف من حدة الضغط على الحريات التي تتضمنه النصوص الموضوعية ، لأن هذه الأخيرة تهدف إلى حماية كيان المجتمع ومن ثم قد تكون هذه الحماية على حساب حريات الأفراد بحيث يمكن لجهات المتابعة ملاحقة الفرد تحت غطاء مخالفته للقاعدة الجنائية الموضوعية لتنزل به الجزاء المقرر لهذه المخالفة ، الأمر الذي قد يترتب عليه طي حقوقه وانتهاك حريته ، لذلك تأتي قواعد الشرعية الإجرائية لتضع توازنا عادلا ومستقرا بين مصلحة مرتكب الجريمة في ضمان حريته ، ومصلحة المجتمع صاحب الحق في العقاب للدفاع عن نفسه.

وللوصول إلى تحقيق شرعية العقوبة في ظل القواعد الإجرائية لا بد من احترام ضوابط معينة ، نحاول في هذه الدراسة التطرق إلى أهمها وذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : لا عقوبة بغير دعوى جزائية .

المطلب الثاني : كشف الحقيقة كغاية مشروعة لإقرار سلطة الدولة في العقاب .

المطلب الثالث : حماية حق المحكوم عليه بعقوبة في درجة ثانية للتناضي.

المطلب الأول

لا عقوبة بغير دعوى جزائية

يعتبر مبدأ " لا عقوبة بغير دعوى جزائية " من العناصر الأساسية التي تقوم عليها الشرعية الإجرائية ، لذلك سنحاول فيما يلي التطرق إليه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول : أهمية المبدأ

يعتبر هذا المبدأ أي " لا عقوبة بغير دعوى جزائية " من الأصول الأساسية في النظم الجزائية الحديثة .

فهو يستهدف منع معاقبة أي فرد مهما ارتكب من جرائم ما لم ترفع عليه الدعوى الجزائية ، وتثبت مسؤوليته عنها ، لأن العقوبة الجزائية إجراء خطير يمس حرية الإنسان الشخصية.

ويهدف مبدأ لا عقوبة بغير دعوى جزائية إلى حماية الأفراد من التعسف الذي يمكن أن ينشأ عن معاقبة فاعل الجريمة بشكل مزاجي، فورا ارتكاب الجريمة دون إقامة الدعوى الجزائية عليه ، لذلك فإن المحافظة على مصلحة المواطن ، وإنسانيته وحقوقه ، والحرص على مصلحة المجتمع وقيمه ، تتطلب أن لا يعاقب فاعل الجريمة إلا عن طريق الدعوى الجزائية ، تفاديا لتوقيع العقوبة على أي فرد وفقا لأهواء هذا الحاكم أو ذلك.

فالدعوى الجزائية⁽¹⁾ هي التي تجعل العقوبة لا توقع إلا بعد محاكمة تتم أمام جهاز قضائي مستقل ، ووفق إجراءات شرعية تستهدف كشف الحقيقة وتحقيق العدالة ، وتراعي فيها كافة الضمانات التي تصون حرية الفرد .

كما أن فرض العقوبة عن طريق الدعوى يستهدف تحقيق غرض آخر ، وهو تمحيص الأدلة وتهيئة جميع العناصر اللازمة لكشف الحقيقة ، حيث تباشر الدولة بواسطة أجهزتها المتخصصة البحث عن الجريمة ، وعن الأدلة وإسنادها لفاعل معين ، وفي ذلك ضمانة هامة لتحقيق الحماية اللازمة لحرية المواطن ومنع وقوع التظلم عليه نظرا لمساس العقوبة بالحرية الشخصية⁽²⁾.

¹ - ينشأ عن وقوع كل جريمة حق في عقاب فاعلها بينما لا يترتب وقوع الجريمة بالضرورة رفع الدعوى الجزائية فكرتان مختلفتان . فأما الحق في العقاب فهو حق موضوعي صاحبه المجتمع الذي تآذى من وقوع الجريمة واكتسب مجرد وقوعها حقا في معاقبة المسؤول عنها . أما الدعوى العمومية أو الحق في الدعوى العمومية فيختلف عن الحق في العقاب من حيث أنها حق إجرائي أو هي رخصة تتمثل في مجموعة من المراكز الإجرائية المتتابعة . فالدعوى العمومية هي وسيلة إجرائية ينظمها القانون لوضع الحق في العقاب موضع التنفيذ .

سليمان عبد المنعم . أصول الإجراءات الجنائية . الكتاب الأول . منشورات الحلبي الحقوقية : بيروت . 2003 . ص 265 ، 266 .

² - حسن يوسف مصطفى مقابله . مرجع سابق . ص 123 ، 124 .

الفرع الثاني : نتائج المبدأ .

يترتب على مبدأ " لا عقوبة بغير دعوى جزائية " النتائج التالية :

1 - لا عقوبة بغير حكم قضائي بات.

2 - عدم جواز التنفيذ المباشر.

أولاً : لا عقوبة بغير حكم قضائي بات.

الحكم القضائي هو غاية الدعوى وأساس وحدة الخصومة المتولدة عنها ، ذلك لأن غاية الدعوى هو الوصول إلى حكم حاسم لها حائز لقوة إنهائها وتنفيذ ما يقضي به . ومن ثم نستطيع القول بأن الحكم أهم إجراء في الدعوى لأنه غايتها وإن كانت أهميته لا تقتصر على ذلك بل أنه غاية كل إجراءاتها⁽¹⁾. وإذا وقعت جريمة نشأ للدولة حق شخصي في معاقبة مرتكبها إن كان أهلاً لتحمل العقوبة ، أو حق شخصي في إخضاعه لتدبير وقائي أو احترازي إن كان أهلاً لتحمل هذا التدبير ، وليس من حق الدولة في الحالتين أن تلجأ إلى تنفيذ العقوبة أو التدبير مباشرة ، بل عليها أن تستصدر حكماً قضائياً باتاً تتولى بعد صدوره تنفيذ العقوبة أو التدبير . لهذا فقد أصبح من المبادئ الأساسية المقررة في التشريعات الجنائية الحديثة مبدأ " لا عقوبة بدون حكم "⁽²⁾.

إذن فمضمون حق الدولة في العقاب يتحدد بواسطة الحكم القضائي ، وهو ما لا ييسر إلا بواسطة قضاء الحكم ، وتبدو الحاجة ملحة إلى القضاء في تحديد مضمون حق العقاب في مواجهة المتهم ، بالنظر إلى ما ينطوي عليه هذا التحديد من مساس جسيم بالحرية الشخصية ، فإذا جاز للخصم في الدعوى المدنية أن يحصل على حقه بطريقة الصلح ، فإن ذلك غير جائز في الدعوى الجنائية لتعلقها بحرية المتهم ، هذا مبدأ أصولي في القانون ولا يحول دون تقريره أي رغبة في سرعة الإجراءات الجنائية أو اختصارها⁽³⁾. وطالما أنه لا يجوز أن تصدر العقوبة إلا بحكم صادر عن محكمة مختصة ، ولا تملك الدولة إصدار حكم الإدانة ومعاقبة المحكوم عليه إلا بعد تقديم المتهم لمحاكمة عادلة ، محاطة بضمانات فاعلة ، وعليه لا يجوز معاقبة أي فرد من قبل الحاكم الإداري في الدولة لأن العقوبة الجزائية من اختصاص السلطة القضائية وحدها⁽⁴⁾.

و لكن المشرع الجزائري خرج على هذا المبدأ في بعض الحالات بلن منح لرجال الإدارة الحق في

إجراء محاكمة الأفراد وتوقيع عقوبات جزائية عليهم ، كما فعل في قانون القضاء العسكري رقم 73 - 04

¹ - عبد المنعم سالم. مدلول الحكم الجنائي من حيث الصحة والقوة . منشأة المعارف : الإسكندرية . دون سنة نشر . ص 14.

² - عبد الفتاح مصطفى الصيفي . تأصيل الإجراءات الجنائية . دار الهدى للطبوعات : القاهرة . 2002. ص 9.

³ - أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . مرجع سابق ص 502..

⁴ - حسن يوسف مصطفى مقابلة . مرجع سابق . ص 124.

لسنة 1973 ، إذ وردت فيه نصوص تجيز للسلطة العسكرية ذلك حيث تنص المادة 253 على ما يلي " إن المخالفات المرتكبة بحق الأنظمة المتعلقة بالتأديب والخارجة من اختصاص العسكري تخضع لقمع السلطة العسكرية وتطبق عليها العقوبات التأديبية ، التي لا يمكن أن تتجاوز الستين يوما إذا كانت سالبة للحرية ، يحدد سلم العقوبات التأديبية بموجب مرسوم " (1).

ووفقا لهذا المبدأ ، تطل شبهة عدم الشرعية على النصوص التي تجيز العقوبات التبعية المترتبة بقوة القانون بناء على الحكم القضائي ، فمبدأ " لا عقوبة بغير دعوى جزائية " يعني أن الحكم وحده هو أداة النطق بالعقوبة ، وليس هذا هو الشأن بالنسبة إلى العقوبات التبعية التي تنفذ " بناء على " الحكم القضائي دون أن يقضي بها . وقد تدارك قانون العقوبات الفرنسي الجديد هذا الأمر ، فنص في المادة 17/1 - 132 على عدم جواز فرض عقوبة تترتب بقوة القانون بناء على الإدانة ، ونصت المادة 17/1 - 132 عقوبات فرنسي على عدم جواز تنفيذ عقوبة الإعدام ما لم تقضي بها المحكمة صراحة.

وقد علق الفقه الفرنسي على ذلك بأنه وفقا لهذين النصين اختفت العقوبات التي تنفذ بطريقة " أوتوماتيكية " تبعا لعقوبة أصلية .

ووفقا لذات المبدأ نصت المادة 256 / 1 - 2 إجراءات فرنسي على عدم جواز الحرمان من الحقوق المدنية ما لم يقضي بذلك الحكم صراحة (2).

ثانيا : عدم جواز التنفيذ المباشر.

لا يجوز اللجوء إلى أسلوب التنفيذ المباشر على الفاعل قبل صدور حكم من المحكمة المختصة بفرض عقوبة ، حتى ولو كان معترفا بالتهمة ، أو قبل تنفيذها رضائيا ، لأن ذلك يشكل استهتار بالقانون والقضاء معا ، باعتبار أن القضاء هو السلطة المختصة بمعاينة المجرمين.

لذلك يجب أن يتم التنفيذ من قبل السلطة القضائية بعد أن يصبح الحكم قطيعا ، وبالأسلوب الذي رسمه القانون.

وتجيز بعض التشريعات استثناء من مبدأ لا عقوبة بغير دعوى جزائية اقتضاء غرامات من مرتكبي جرائم المرور دون دعوى جزائية ، كما تجيز اقتضاء غرامات مالية دون وجود دعوى جزائية في حالة الصلح الضريبي (3).

¹ - أحمد لعور و نبيل صقر . العقوبات في القوانين الخاصة . دار الهلال للخدمات الإعلامية : الجزائر . 2005 . ص 456.

² - أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . مرجع سابق . ص 502 . 503.

³ - حسن يوسف مصطفى مقابله . مرجع سابق . ص 125.

والمصالحة الجرمية ، حيث أنه في هذه الأخيرة نجد أن المشرع جعل المصالحة سببا من أسباب انقضاء الدعوى بين العمومية والجنائية ، بل أكثر من ذلك بأن جعلها بديلا للمتابعات القضائية ، بحيث تكون إدارة الجمارك طرفا وقاضيا في آن واحد ، حيث نص تعديل قانون الجمارك لسنة 1998 في الفقرة 8 من المادة 265 منه صراحة على انقضاء الدعوى بالمصالحة عندما تجري قبل صدور حكم نهائي⁽¹⁾.

ولكن لا يجوز فرض عقوبة الحبس بأوامر إدارية كما حدث في الأردن في عامي 1981 - 1983 ، إذا كان مرتكبو بعض جرائم المرور يتقادون إلى مديرية السير ، حيث تصدر الأوامر بحبسهم مدة خمسة عشرة يوما دون محاكمة ودون دفاع وهذا يعد قفزا فوق الشرعية ومعاقبة الأفراد خارج نطاق القانون. ويبرر هذا الخروج على مبدأ لا عقوبة بغير دعوى جزائية ، قلة أهمية الجرائم التي يخضع لها هذا النوع من التنظيم الإجرائي ، ولمنع إطالة الإجراءات فيما لو حركت الدعوى الجزائية ضد مرتكبي هذه الجرائم⁽²⁾.

ويذهب أحمد فتحي سرور أن القانون متى أجاز الصلح لإنهاء الدعوى الجنائية ، فإن مبلغ الصلح لا يمكن اعتباره عقوبة ، بل ما هو إلا تصرف قانوني بين طرفين ، وبناء عليه يصدر الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية ، ومن ثم فلا يجوز اعتبار هذا الحكم سابقة في العود⁽³⁾.

¹ - احسن بوسقيعة . المنازعات الجرمية . الطبعة الثانية . النخلة : الجزائر . 2001 . ص 277 ، 289 .

² - حسن يوسف مصطفى مقابلة . مرجع سابق . ص 126 .

³ - أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . مرجع سابق . ص 502 .

المطلب الثاني

كشف الحقيقة كغاية مشروعة لإقرار سلطة الدولة في العقاب

يتوقف إقرار سلطة الدولة في العقاب على ثبوت وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم ولذلك لابد وأن يتوخى قانون الإجراءات كشف هذه الحقيقة بمعناها المادي والواقعي ويتحقق ذلك من خلال إجراءات الإثبات المختلفة التي تهيئ جمع الأدلة⁽¹⁾.

ويختلف نطاق هذه الإجراءات باختلاف مضمون سلطة الدولة في العقاب . ففي النظام التقليدي الذي ينحصر فيه مضمون هذه السلطة على معنى الإيلام المقصود دون اعتبار لشخصية الجاني عند تقدير العقوبة ، فإن إجراءات الإثبات لا تتوخى غير حقيقة الجريمة فقط.

أما في النظام الحديث على اختلاف اتجاهاته ، فإن مضمون سلطة الدولة في العقاب يرتبط بشخصية المجرم ، ولذلك فإن الحقيقة المطلوب إثباتها ليست مجرد حقيقة الجريمة ، وإنما الحقيقة الإجرامية ، لأن هذه الحقيقة بقدر ما تحدد الشخصية ، تحدد نوع الجزاء للجاني والمعاملة العقابية الملائمة له⁽²⁾.

والمقصود بالحقيقة هنا ، الحقيقة الحقة أو المطلقة الواقعية ، وليست الحقيقة النسبية أو المفترضة ، لأن الحقيقة التي تنتهي بالإدانة يجب أن تبنى على اقتناع يقيني بصحة ما تبنى عليه من وقائع ، فالحقيقة لا يمكن توافرها إلا باليقين القضائي التام ، لا بمجرد الظن والاحتمال⁽³⁾.

فاليقين هو مناط الحقيقة القضائية، هو الذي يولد في الوقت ذاته الثقة في حكم القضاء هذا اليقين ليس اليقين الشخصي للقاضي ، بل هو اليقين الذي يفرض نفسه على القاضي من خلال الأدلة والوقائع ، وعلى كافة من يتطلعون بالعقل والمنطق إلى أدلة الدعوى⁽⁴⁾.

والحقيقة تفرض نفسها في الواقع بطرق متباينة ، ولما كان إدراك الإنسان محدودا ، فإنه لا يمكن أن يلم على نحو شامل وكامل بهذا العدد الهائل والكبير من الحقائق التي تحيط به ، أو بالأحرى الحقيقة العامة والشاملة بسهولة⁽⁵⁾.

¹ -Jean Pradal . Les rapports entre l'organisation judiciaire et la procédure Pénale . Revue Internationale de Droit Pénal: France . 1980. P 801.

² - احسن يوسف مصطفى مقابلة . مرجع سابق . ص 126.

³ - أحمد فتحي سرور . الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية . دار النهضة العربية : القاهرة . 1995 . ص 22

⁴ - محمد عبد الغريب . شرح قانون الإجراءات الجنائية . الجزء الثاني . الطبعة الثانية . دار الفكر العربي : القاهرة . 1997 . ص 1328

⁵ - مروك نصر الدين . محاضرات في الإثبات الجنائي . الجزء الأول . دار هومة : الجزائر . 2003 . ص 193.

ويستوي في الحقيقة أن تكون في صالح الاتهام أو صالح المتهم ، ولذلك فإن إجراءات الكشف عن الحقيقة تتوخى إثبات البراءة مثلما تتوخى إثبات الإدانة ويتم الوصول إلى الحقيقة من خلال الإثبات في المواد الجنائية (1).

ويعرف الإثبات في المواد الجنائية بأنه " كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة وموضوع الإثبات الجزائي يتضمن :

1 - إثبات وقوع الجريمة بوجه عام .

2 - نسبة هذه الجريمة للمتهم بوجه خاص إن كان هو الجاني (2).

إذن فالإثبات الجنائي يهدف إلى تحقيق غاية هامة هي البحث عن الحقيقة لذلك فالبحث عن الحقيقة جعله المشرع الجنائي الوسيلة المبتغاة في كل مراحل الدعوى الجنائية ، ولأهميتها أفرد لها نصوصا خاصة في كل مرحلة من مراحل الدعوى.

ففي مرحلة الإتهام - عند النيابة العامة - ممثلة في وكيل الجمهورية نصت المادة 69 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه " يجوز لوكيل الجمهورية سواء في طلبه الافتتاحي لإجراء التحقيق أو بطلب إضافي في أية مرحلة من المراحل أن يطلب من القاضي المحقق كل إجراء يراه لازما لإظهار الحقيقة ".

وفي مرحلة التحقيق - قاضي التحقيق - نصت المادة 68 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه " يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة ".

و في مرحلة المحاكمة - قضاة الحكم - نصت المادة 286 الفقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه " ضبط الجلسة وإدارة المرافعات منوطان بالرئيس وله سلطة تقديرية تسمح له باتخاذ أي إجراء يراه نافعا لإظهار الحقيقة ... "

يتضح من هذه النصوص أن البحث عن الحقيقة في المسائل الجنائية ينصب على عنصرين رئيسيين الأول يتعلق بماديات الجريمة ، المتمثل في أركان الجريمة - الركن الشرعي والمادي والمعنوي - والثاني يتعلق بشخص الجاني . وأن الحقيقة لا تكتمل إلا بتوافر هذين العنصرين (3).

¹ - حسن يوسف مصطفى مقابلة . مرجع سابق . ص 127.

² - العربي الشحط عبد القادر ونبيل صفر . الإثبات في المواد الجزائية . دار الهلال : الجزائر . 2004 . ص 18.

³ - مروك نصر الدين . مرجع سابق . ص 193 . 194.

هذا والبحث عن الحقيقة أركز الفلاسفة وجوده ، بحيث أنه ضرب من ضروب القصور والتجريد ، ولأن مفهوم الحقيقة عندهم وينصرف إلى شيء مطلق كامل ونهائي أو تكون الحقيقة بهذا المعنى غير قابلة للإدراك.

ولكن المشرعين الجنائيين لم يسايروا هذا الاتجاه ويطلبوا من القاضي الجنائي أن يدرك الحقيقة الكاملة ، بل طلبوا منه البحث عن الحقيقة بدرجة أقل أو أكثر من الاحتمال⁽¹⁾.

غير أن مهمة البحث عن الحقيقة القضائية في المجال الجنائي أمر في غاية الضرورة لأن القضاء الجنائي يتعامل مع حياة الأفراد - الحق في الحياة (بتوقيع عقوبة الإعدام) وحرية الأفراد - الحق في الحرية (بتوقيع عقوبة الحبس) - بحيث أنه لا يمكن أن تصدر إدانته في حق شخص إلا إذا أقامت الوقائع بطريقة يتيقن ولمعرفة ذلك وجب البحث عن المقصود بالحقيقة . هذا وتزداد أهمية كشف الحقيقة في الخصومة الجنائية⁽²⁾ بالنظر إلى تعلقها بسلطة العقاب وهو أمر يمس حرية المتهم ، ولذلك فإن القاضي الجنائي يجب أن يصل إلى معرفة الحقيقة ، دون الاكتفاء بما يقدمه الخصوم من أدلة بل عليه أن يقوم بدور إيجابي في جمع الدليل وفحصه وتقديره ، ولا يجوز للقاضي الاقتصار في جمع الدليل بهدف الإسراع في المحاكمة ، لأن ذلك ربما يحول دون إنارة الطريق أمامه للوصول إلى الحقيقة ، على أن فاعلية العدالة الجنائية بالوصول إلى الحقيقة لا تسمح له بإتباع إجراءات تحمي ضمانات هذه الفاعلية بغير احترام ضمانات حق المتهم في الحرية وبغير احترام ضمانات الأدلة التي يجمعها أو تعرض عليه والتي لا تكون صالحة في كشف الحقيقة ما لم يكن تحصيلها ثمرة إجراءات مشروعة⁽³⁾.

وللبحث عن كيفية الوصول إلى الحقيقة يتعين التمييز بين أمرين هامين في مجال الإثبات هما:

1 قبول الدليل .

2 إدارة الدليل.

لأهمية هذين الأمرين رأينا أن نتعرض لهما تفصيلا بحسب ما يلي :

1 قبول الدليل :

بالنسبة إلى قبول الدليل فإنه يتراوح بين نظامين هما : نظام الأدلة القانونية ، ونظام حرية الإقناع ،

فبخصوص نظام الأدلة القانونية ، فقد عرف في عهد الإمبراطورية الرومانية ، وفي القرون الوسطى

¹ - محمد مروان . نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري . الجزء الأول . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر 1998 . ص 108.109 .

² - يجب عدم الخلط بين الدعوى الجزائية والخصومة الجزائية . فالأولى هي الطلب الموجه من النيابة العامة إلى القضاء لإقرار حقها في العقاب عن طريق إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى متهم معيّن . أما الخصومة فتشمل هذا الطلب وكافة الإجراءات الجنائية التالية له حتى تنتهي بحكم بات أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء

مروك نصر الدين . الجزء الأول . مرجع سابق . ص 195 .

³ - أحمد فتحي سرور . الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية . مرجع سابق . ص 22 . 23 .

بأوروب، وأخذ به القانون الفرنسي القديم ، وهذا النظام لا يقود إلى الحقيقة المطلقة والواقعية لأنه يحكم اقتناع القاضي بأدلة قانونية يحددها المشرع سلفا ، فلا يتم الاقتناع بحرية في عملية منطقية، وإنما يصل القاضي إلى الاقتناع من خلال عملية حسابية تتوقف على قواعد محددة يرسمها المشرع ، فلا يجوز للقاضي أن يبحث في غير تلك الأدلة التي يسمح بها القانون ، ولا يجوز له أيضا عند توافر هذه الأدلة تجاهل قيمتها أو تقدير حجتها ، بل أن دوره في هذه الأدلة يتمثل في مجرد التحقق من قيام الأدلة ، ومراقبة توافرها بشروطها القانونية لكي يقرر بعد ذلك اقتناعه أو عدم اقتناعه في ضوء توافر الأدلة بشروطها القانونية أو عدم توافر هذه الأدلة أو شروطها وليس للاقتناع الشخصي أي دور في تقييم هذا الدليل وهذا النظام قاصر لأنه لا يكشف الحقيقة المطلقة الواقعية المتعلقة بالجريمة و لا الحقيقة الإجرامية المتعلقة بشخص مرتكبها . أما نظام حرية القاضي في الاقتناع ، فإن القاضي يقدر بحرية قيمة الدليل ولا يملئ عليه المشرع أية حجية معينة للدليل ، وعلى القاضي أن يبحث عن الأدلة اللازمة ثم يقدرها في حرية تامة مع أن هذا التقدير الحر يجب أن لا يصل إلى حد التحكم الكامل ، فاقتناع القاضي يجب أن يخضع دائما للعقل والمنطق . ولا يمكن أن يعني مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي أكثر من ذلك .

ولا يصح أن يكون معناه إطلاق حرية التثبت في أن يحل محل أدلة الإثبات تخميناته ومحض تصورات الشخصية مهما كانت وجهاتها ، فإن حرية التثبت أمر يختلف عن التحكم . فالتثبت الحر يعني أن القاضي حر في تقييم أدلة الإثبات دون قيد غير واجبه القضائي ، وليس معناه أن يقضي بما يشاء فهذا هو التحكم بعينه .

وبهذا النظام الثاني أخذ القانون الجزائري فنص في المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه " ... وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص ... " .

وقد أخذ بهذا أيضا كل من القانون الفرنسي المادة 427 إجراءات ، والقانون المصري المادة 302 إجراءات ، وهناك تشريعات حددت قائمة بالأدلة مثل القانون الهولندي المادة 339 إلا أن القضاء استقر على حرية القاضي في جمع الدليل وتقديره (1).

هذا وما تجدر الإشارة عليه في هذا المقام هو أن الحلقة التمهيدية للمؤتمر الدولي الخامس عشر لقانون العقوبات المنعقدة بإسبانيا في مايو سنة 1992 عن حركة تطوير التشريعات الإجرائية وحماية حقوق الإنسان أنتمت إلى أن سائر الأدلة التي تجمع بالمخالفة لحق أساسي تعتبر باطلة ولا يجوز الاعتماد عليها في أية حالة كانت عليها الإجراءات.

¹ - مروك نصر الدين . الجزء الأول . مرجع سابق . ص 208 ، 209 .

2- إدارة الدليل

بالنسبة إلى إدارة الدليل ، فإنها تتوقف على تحديد الإجراءات المؤدية إلى الدليل سواء كان دليلاً قوياً مثل : سؤال المتهم أو استجوابه ، وشهادة الشهود أو دليلاً فنياً يحدد المدلول الفني لبعض القرائن - الخبرة - فيكشف مثلاً ما إذا كان الشيء المضبوط يعتبر مخدراً ، أو يحدد نوع فصيلة الدم ، أو مدى تطابق بصمة المتهم مع البصمة المضبوطة في مكان الحادث ، بالإضافة إلى تحديد الإجراءات المؤدية إلى الدليل ، فإن إدارة الدليل تخضع لقواعد عامة تبين في ما يلي :

- 1 - تحديد من يتحمل عبء تقديم الدليل .
- 2 - اشتراط أن يكون الدليل مؤثراً أي أن يكون متعلقاً بالواقعة المراد إثباتها وأن يكون مؤدباً بالعلم والمنطق إلى الحقيقة المنشودة.
- 3 - اشتراط أن يكون الدليل مشروعاً ، وليس ثمرة لإجراءات مخالفة للقانون مما تمس ضمانات الحرية الشخصية ، مثل التفتيش ، والاعتراف الناتج عن التعذيب.
- 4 - إطلاع المتهم على الأدلة التي تجمع ضده ، وهو أمر يتعلق بحقوق الدفاع⁽¹⁾.

¹ - أحمد فتحي سرور . الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية . مرجع سابق . ص 24 . 25.

المطلب الثالث

الالتزام بحماية حق المحكوم عليه بعقوبة في درجة ثانية للتقاضي

لا شك أن إعادة طرح القضية المقضي فيها بالإدانة على درجة ثانية أعلى من درجة المحكمة التي أصدرت الحكم لكي تعيد النظر في حكم الإدانة وفي العقاب الذي حكم به ، يعتبر حقا من أهم حقوق الإنسان المتهم في ضوء قواعد الحماية الجنائية ، كما أن تفويت درجة من درجات التقاضي على الإنسان المحكوم عليه بصفة عامة وجنائيا بصفة خاصة تعد - بلا شك - انتهاكا لحق هام من حقوق الإنسان المحكوم عليه.

الفرع الأول : المقصود بدرجة ثانية من التقاضي وأهميتها .

أما درجة التقاضي الثانية فيقصد بها وجود محاكم تحتل الطبقة التالية للأولى وتعلوها وذلك لتفصل مرة ثانية في ذات النزاع الذي سبق طرحه على محكمة أول درجة.

وهناك من يعرفها بأنها طريق طعن عادي (1) في الأحكام الصادرة من محكمة درجة أولى أي

محكمة جناح أو مخالفات ، الهدف منه هو طرح الدعوى من جديد أمام المجلس القضائي قصد إلغاء هذه الأحكام أو تعديلها (2).

ويمكن القول أن التطور القانوني قد انتهى إلى جعل التقاضي على درجتين أو أكثر وذلك يرجع إلى محاسن هذا النظام ، والتي يمكن إجمالها في فئتين أساسيتين فائدة وقائية وأخرى علاجية ، أما الفائدة الوقائية فتتمثل في أن إعطاء الحق للمتقاضين بالطعن في الأحكام التي تصدر من الدرجة الأولى أمام الدرجة الثانية يحمل قضاة الدرجة الأولى على توخي العناية في أعمالهم والتزامهم العادلة في أحكامهم ، إذ لا يروق للقاضي أبدا أن يرى حكمه عرضة ثانية للتقاضي ، لحماية حق الإنسان المتقاضي بصفة عامة في الحصول على عدالة منصفة فإن الحاجة إليها تكون أشد و أكثر أهمية في حالة القضاء الجنائي بالنسبة للإنسان المتهم لاتصال ما يصدر عن هذا القضاء من أحكام جنائية بالإدانة بحريات الإنسان الأساسية التي هي هدف الحماية الأساسي (3) ، والتي جعلت من حق الإنسان المحكوم عليه جنائيا في درجة ثانية للتقاضي لكي تعيد النظر في إدانته وفي العقوبة المقضي بها عليه من بين الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز لأية دولة من الدول الأعضاء النزول عنها لأي سبب من الأسباب.

¹ - طرق الطعن في الأحكام فيها العادية وغير العادية . فالمعارضة والاستئناف طريقان عاديان يسلكهما كل أطراف الدعوى وفي كل الحالات ما لم ينص القانون على غير ذلك ، والنقض والتماس إعادة النظر طريقان غير عاديين ، لا يسار إليهما إلا بعد استنفاد طريقي الطعن العاديين . ويقتصران على أحوال معينة حددها القانون وهدفها الرقابة على سلامة تطبيق القانون أكثر من إعادة التصدي للموضوع.

أحمد شوقي الشلقاني . مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري . الجزء الثالث . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1999 . ص 477 .

² - مولاي ملياني بغدادي . الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري . المؤسسة الوطنية للكتاب : الجزائر . 1992 . ص 475 .

³ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 666 .

فمن خلال هذه الحماية يتمكن الإنسان المحكوم عليه جنائياً بالإدانة من محكمة الدرجة الأولى ، من الطعن في هذا الحكم وإعادة ترتيب دفاعه أمام محكمة الدرجة الثانية ، كما تتمكن محكمة الدرجة الثانية وهي أعلى بطبيعة الحال من محكمة الدرجة الأولى من مراجعة ذلك القضاء وإعادة فحص وتمحيص أدلته وفهم الوقائع والأفعال المنسوبة إلى المتهم الطاعن الفهم الصحيح في ضوء دفاعه وأسباب طعنه ، لتعيد النظر في إدانته أصلاً لما لها من حق إلغاء ذلك الحكم الصادر بالإدانة ، والقضاء ببراءته مما هو منسوب إليه ، أو لتعيد النظر في مقدار العقوبة المقضي بها عليه - إذا كان ما نسب إليه صحيحاً - لتزى مدى تناسبها مع الجرم الذي ارتكب وظروف ارتكابه له ، في ضوء مدى خطورته ، وأسباب ارتكابه هذا الجرم ، وذلك كله في إطار عام مؤداه أن محكمة الدرجة الثانية المقصودة هنا تملك التخفيف ولا تملك التشديد - كأصل عام - حتى لا يضر الطاعن بطعنه (1).

مما تقدم يتضح أهمية حماية حق الإنسان المحكوم عليه جنائياً بعقوبة في درجة ثانية للتقاضي ويفسر أسباب حماية هذا الحق دولياً ، وحرص الحماية الدولية على أن تجعله من بين الحد الأدنى للحماية التي لإنسان بسبب إنسانيته والتي لا يجوز لأية دولة من الدول الأعضاء في الشرعة الدولية أن تنزل عنه لأي سبب من الأسباب .

الفرع الثاني : حماية هذا الحق في مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان .

لقد شددت قواعد الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ذات المصدر الدولي على حماية هذا الحق ، حتى لا تقيد حرية الإنسان أو تسلب منه بغير محاكمة منصفة وعادلة وبدون أن يمنح الفرصة في مراجعة أسباب إدانته ومدى تناسب العقوبة المقضي بها عليه مع الجرم الذي ارتكبه وما يحاكم عليه. فنصت الفقرة الخامسة من المادة الرابعة عشر من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على انه " لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء وفقاً للقانون إلى محكمة أعلى لكي تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه . " (2)

وقد قطعت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان عند تصديها لتحديد مفهومها حول أحكام وقواعد العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية ، بأن حرمان المحكوم عليه من حق إعادة النظر في إدانته من قبل محكمة من الدرجة الأعلى ينطوي بلا شك على انتهاك لحق من حقوق الإنسان . فهذه الحماية تمثل مع غيرها من أنواع الحماية ذات الطبيعة القضائية - الحد الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه ، ويجب على كل دولة تحقيقه للمتهم كإنسان معرض لتقييد حريته أو لسلبها ، بحسبانها قواعد

1 - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 666.

2 - محمد محي الدين عوض . الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان . مرجع سابق . ص 395.

تهدف إلى تأمين إقامة العدالة على وجه صحيح ، وقد صرحت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بذلك وقالت إن على الدول الأطراف أن تلتزم التزاماً صارماً بأحكام هذه المادة - المادة 14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

وجدير بالذكر : أن الطعن في الأحكام حق مقرر للخصوم بصفة عامة في جميع التشريعات الإجرائية العربية من حيث المبدأ ، إلا أنه يتفاوت تبعاً لتلك التشريعات من ناحية طرقه ، فهو قد يكون بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر في بعض البلاد العربية كمصر والجزائر وسوريا ولبنان والإمارات العربية المتحدة والأردن .

والاستئناف مقصور على المخالفات والجنح في مصر والجزائر وسوريا دون الجنايات ، في تونس الاستئناف مقصور على الأحكام في الجنح وحدها أما الأحكام الصادرة في المخالفات وفي الجنايات فهي نهائية غير قابلة للاستئناف .

وفي الأردن الطعن بالاستئناف جائز في الأحكام الصادرة من محاكم الصلح ومن المحاكم البدائية ولو كانت الجريمة من قبل الجنايات ، أما الجنايات التي تنظرها محكمة الجنايات الكبرى وهي القتل والاعتصاب وهكك العرض والضرب المفضي إلى الموت فالأحكام الصادرة فيها قابلة للاستئناف .
و في السودان جميع الأحكام الصادرة من محاكم المدن والأرياف ومن محاكم القضاة قابلة للاستئناف مرتين . أما أحكام المحاكم الكبرى فبعضها قابل للطعن فيه بالاستئناف أمام المحكمة العليا وهي أحكام الإعدام مع الصلب والسجن المؤبد أو القطع من خلاف أو القصاص ، أما باقي الأحكام الصادرة منها فاقابلة للطعن فيها أمام محكمة الاستئناف (1).

ويعتبر هذا الحق في الإسلام ، من الأسس التي تضمن للإنسان حق الدفاع عن نفسه وعن صحة الأحكام ، ومن الأسس أيضاً التي تضمن وصول الحقوق إلى أصحابها ، والتي هي مهمة القضاء في الإسلام ، و أنه يجب الرجوع إلى الحق والعدل كلما تبين ذلك للقاضي ، وجاء في رسالة عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري ما يلي : " لا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل ... " .
أجمع فقهاء المسلمين على أن الحكم الجائر أو الخطأ يستوجب الإلغاء بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ، ويسمى هذا الإلغاء النقض أو الحل ... وهذا النقض ، يجوز أن يقوم به القاضي الذي أصدر الحكم الخطأ نفسه ، وذلك عندما يتبين له وجه الخطأ فيه كما يجوز أن يقوم بهذا الإلغاء غيره من القضاة ، وهذا حق من حقوق الإنسان في الإسلام ، ويكون الإلغاء وجوبياً يلتزم به القاضي عندما يظهر له جليا البعد عن الحق والعدل والصواب في قضائه ... ويفهم من كتب الفقه الإسلامي أن طريق الطعن في الأحكام واحد

¹ - محمد محي الدين عوض . الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان . مرجع سابق . ص 395 ، 396 .

في الشريعة الإسلامية ، ويسمى نقضا ، وهو يهدف إلغاء الحكم الخطأ ليتلاءم مع أحكامها . وهو طريق ليست له إجراءات معينة أو مقيدة ولا يتقيد بمواعيد محددة ... إضافة إلى ذلك أن للقاضي المسلم ، طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، إلغاء الحكم الخطأ ، بدون طلب من ذوي الشأن أو المصلحة. والحالة الثانية التي يكون فيها من حق الإنسان الطعن في الأحكام ، هي ما ذهب إليه جمهور المالكية إلى أن القاضي الجائر في أحكامه ، إذا كان معروفاً بذلك وكان غير عدل في سيرته وحالة ، سواء كان ذا علم أو ذا جهل ، فإن أحكامه ترد وتنقض سواء كانت في حقيقتها صواباً أو خطأ ، لأنه لا يؤمن حيفه وبناءاً على كل ما تقدم ، يكون للإنسان ، أي إنسان حق الطعن في الأحكام إذا رأى أنها غير مطابقة لأحكام الشريعة أو أنها جائئة ، أو مبالغ فيها أو للتهمة أو لأي سبب آخر سائغ⁽¹⁾.

الفرع الثالث : مظاهر التعارض بين حماية هذا الحق في التشريع الجزائري وقواعد الحماية الجنائية.

إن التشريع الجنائي الجزائري ، يتضمن العديد من النصوص التي تمثل انتهاكا خطيراً لهذه الضمانة الهامة من ضمانات حقوق الإنسان وأخطرها على الإطلاق عدم جواز الطعن بطريق الاستئناف في الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات ، بما يعني عدم وجود درجة ثانية من درجات التقاضي ، بخلاف الحال في النظام القانوني الجنائي الكويتي الذي حقق هذه الحماية بطريقة يحتذى بها ، ويتضح ذلك فيما يلي :

أولاً : في الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات في جنائية .

لا شك في أن التشريع الجنائي الجزائري قد انتهك حق الإنسان المحكوم عليه في جنائية في اللجوء إلى محكمة أعلى لكي تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه " أي في درجة ثانية من درجات التقاضي " .

فلا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الجنايات بطريق الاستئناف ، والطريق الوحيد

المتاح للإنسان المحكوم عليه في جنائية هو طريق الطعن بالنقض ، وقد قطعت الفقرة الولي من المادة 313 من قانون الإجراءات بذلك بقولها :

" بعد أن ينطق الرئيس بالحكم ينبه على المتهم بأن له ثمانية أيام كاملة منذ النطق بالحكم للطعن فيه

بالنقض " . وهو يعتبر طريق غير عادي ولا يعد من قبيل الدرجة الثانية من درجات التقاضي .

ويقول الدكتور بارش سليمان في هذا الصدد ، أن مبدأ الشرعية يوجب تعدد درجات التقاضي. فإذا

كانت القاعدة قابلة الأحكام للاستئناف كنتيجة لمبدأ الشرعية ، فإن عدم قابلية أحكام محكمة الجنايات

¹ - مولاى مليانى بغدادى . حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية . مرجع سابق . ص 146، 147

للاستئناف فيه إهدار لمبدأ الشرعية الذي يقضي بوجود منح المتهم وجهة الاتهام فرصة إعادة النظر في الحكم أمام محكمة ثانية تعيد النظر في الوقائع، وتصحح الأخطاء⁽¹⁾.

إذن ، فهذا الانتهاك لا ينصلح إلا بإنشاء درجة استئنافية للجنايات تكون تالية للحكم فيها في أول درجة وسابقة على الطعن فيها بطريق النقض خاصة في ظل تكديس القضايا وزيادتها كما وبصورة ملحوظة عن عدد القضاة . علاوة على عدم جدية إعداد التحقيقات بحالة توضح حقيقة الخطورة الإجرامية للمتهم والظروف والملابسات التي أحاطت بارتكابه الواقعة ، وهو ما يؤدي بدوره إلى صعوبة الوصول للتقدير الصحيح للعقوبة ، وتأمل تدخل المشرع الجزائري لتحقيق هذه الحماية في التعديلات اللاحقة.

ثانيا : في الجرح التي تعرضها النيابة العامة على محكمة الجنايات بوصف الجناية .

نصت المادة 251 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه " ليس لمحكمة الجنايات أن تقرر عدم اختصاصها " . ويتضح من هذا النص أن التكييف القانوني الصحيح للواقعة التي سيحاكم على أساسها المتهم هو الجرح ، وأن الذي انتهى إلى صحيح القانون في هذا التكييف هي محكمة الجنايات التي لم تحكم فيها بعد ، وأن محكمة الجنايات قد انتهت إلى هذا التكييف إما من مجرد الإطلاع على أمر الإحالة الصادر من النيابة العامة أو بعد تحقيق الواقعة بمعرفتها ، وأن القانون قد ألزمها أن تقضي هي في الجرح ، وهذا الوضع سوف يحرم المتهم المدان من حقه في درجة ثانية من درجات التقاضي ، ولا جدال أن هذا الوضع يتعارض تعارضا صريحا مع قواعد الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ويعد بالتالي انتهاكا لحق هام من حقوق الإنسان .

¹ - بارش سليمان . شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري . دار الشهاب : الجزائر . 1986 . ص 311.

المبحث الثالث

ضوابط شرعية العقوبة أثناء التنفيذ العقابي

إذا كان مبدأ شرعية العقوبة يهيمن على مرحلتي التجريم والمحاكمة ، فإنه يجب أن يستمر ليحكم مرحلة التنفيذ ، بحيث لا يتم التنفيذ بأسلوب مخالف لما ينص عليه القانون.

ويكون استمرار مبدأ الشرعية إلى مرحلة التنفيذ عن طريق احترام جلة من الضوابط ، نحاول في هذه الدراسة التطرق إلى أهمها وهي :

تسليط رقابة قضائية على تطبيق الجزاءات الجنائية ، إذ أن السلطة القضائية هي أحسن ضامن لشرعية تنفيذ الجزاءات الجنائية وأفضل حام لحقوق المحكوم عليه ويكون ذلك في مطلب أول ، ثم نتناول ضابط ضرورة أن يكون العلاج العقابي هو الوسيلة لتحقيق إعادة التأهيل الاجتماعي في مطلب ثان.

وأخيرا نتناول ضابط حماية حق الإنسان المسجون في الخلوة الشرعية بزوجه في مطلب ثالث.

المطلب الأول

ضرورة تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقوبة

يثير اعتبار تنفيذ العقوبة مرحلة في المحاكمة المنصفة تساؤلا حول مدى اشتراط أن يكون هذا التنفيذ تحت إشراف القضاء ، وهل يعتبر ذلك ضابطا من ضوابط شرعية العقوبة ، وهذا ما سنحاول التطرق إليه فيما يلي :

الفرع الأول : أهمية تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقوبة .

لم تعد العقوبة وسيلة للانتقام من الجاني ، كما كان عليه الحال سابقا بل أصبحت تهدف من بين أغراضها إلى إصلاح المحكوم عليه وتأهيله ، وهي ذات الأغراض التي تسعى إليها المعاملة العقابية الحديثة⁽¹⁾. هذه الأخيرة التي تنوعت وتعددت حتى تلائم ظروف كل حالة على حدة . وقد اقتضى ذلك تنوع المؤسسات العقابية وتخصصها وإلى تقسيم المذنبين لفئات داخل المؤسسات الواحدة لتحقيق فكرة التدرج في المعاملة . كما أخذت بفكرة الإفراج الشرطي والبارول والاختبار القضائي ، وعلى ذلك نشأت حقوق للنزلاء ومميزات بالنسبة لمعالجتهم داخل المؤسسة ومكان الإفراج عنهم فكان لا بد أن يمتد دور القاضي إلى التنفيذ لحماية حقوق المحكوم عليه التي تعلق بتلك الفقرة⁽²⁾.

ويقول العلامة فيري أن هناك اتصالا أو تكاملا بين الإجراءات التي تبدأ لدى القبض على المتهم والتحقيق معه ومحاكمته و إدانته ثم تنفيذ الحكم الصادر ضده ، فهي جميعها إجراءات تهدف إلى الدفاع الاجتماعي ، ولا تنتهي إلا في المجتمع ويحقق استقراره ، وعلى ذلك فإن مرحلة التنفيذ العقابي التي ترتبط تماما بالإجراءات القضائية التي سبقتها ، يجب أن يتحقق فيها أيضا الإشراف القضائي . نظرا للعلاقة الوثيقة بين التنفيذ العقابي والعدالة ، فذلك يتطلب رقابة من قبل القاضي على التنفيذ من الوجهة القانونية والقضائية والاجتماعية والأدبية⁽³⁾.

وإذا كان الغرض من العقوبة وفقا للمعطيات الحديثة في علم الإجرام هو تأهيل المحكوم عليه ودفعه للحياة الاجتماعية السوية فإنه لن يتحقق ذلك إلا من خلال نزع عوامل وأسباب الخطر سواء الكامنة فيه أو المحيطة به . مما يعني وجوب تمكين القاضي الذي أصدر الجزاء من متابعة تحقيق هذا الغرض في مرحلة

¹ - محمد صبحي نجم . أصول علم الإجرام والعقاب .الدار العلمية ودار الثقافة : الأردن . 2002 . ص 152

² - نظير فرج مينا . الموجز في علمي الإجرام والعقاب . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1993 . ص 195 .

³ - محمد صبحي نجم . أصول علم الإجرام والعقاب . نفس المرجع . ص 152 . 153 .

تنفيذ العقوبة واتخاذ الإجراءات اللازمة لتطوير تأهيل المحكوم عليه بما يحقق الغرض المقصود منه في نزع عوامل الخطر مما يترتب عليه بالتالي عدم الوقوف عند حد إصدار الجزاء المناسب (1) .

والتدخل القضائي في ظل التطور الإصلاحى تملية عدة اعتبارات ، أهمها أن موظفي إدارة السجون لا يتوفرون على التكوين الكافي للإدارة المعنونة للجزاء ، إذ أنهم أولا وقبل كل شيء إداريون ، تطغى عليهم الإتهامات الأمنية و الاقتصادية مهم الأساسى إرضاء الجهاز التنفيذى بالامتثال لتعليماته ، وبذلك يكون القاضي الشخص المؤهل بحكم وضعه وتكوين لإدارة التنفيذ المعنوي للجزاء .

حيث لديه كل معطيات القضية سواء ما تعلق بموضوعها أو بإجراءاتها ، فتكون لديه كافة المعلومات التي تسمح له بمتابعة المحكوم داخل المؤسسة ، وحتى خارجها وتسمح المتابعة التي يقوم بها القاضي بالتحقق من مدى نجاعة الجزاء الذي نطقت به المحكمة ، والنظر في النظام العقابي المطبق على المحكوم عليه ، وتمكنه من تقدير ما إذا كان يجب تغييره أو الاستمرار فيه قصد تحقيق الهدف المنشود من وراء توقيع الجزاء و هو إعادة تأهيل الجاني اجتماعيا ، هذا فضلا على أن تدخل القاضي يشكل ضمانا هامة لحماية الحرية الفردية للمحكوم عليه ، وضمان حقوقه والسهر على احترام الشرعية (2) .

الفرع الثاني : الاعتراض على نظام قاضي الإشراف على العقوبة.

يرى جانب من الفقه أن الإشراف القضائي على التنفيذ يجب أن يقتصر على مراقبة المؤسسات العقابية للتأكد من مدى مراعاة القواعد القانونية وكيفية تنفيذ الأحكام الجنائية ، ودون أن يكون للسلطة القضائية تدخل فعلي في هذا الشأن فالسلطة الإدارية مختصة أصلا بالتنفيذ العقابي ويجب أن يكون الإشراف أيضا من اختصاصها ، إذ هي أكثر دراية ومعرفة بأسس وقواعد التنفيذ العقابي بسبب خبراتها وتجاربها . هذا بالإضافة إلى أن اتصالها المباشر والدائم بالمحكوم عليه يجعلها أكثر مقدرة على تحديد واختيار أساليب المعاملة التي تتلاءم مع ظروف كل حالة.

وقيل أيضا في تأييد هذا الرأي أن أي تدخل من القاضي في مرحلة التنفيذ فيه مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات (3) . فعمل القاضي ينتهي بإصدار الحكم ويبدأ دور السلطة التنفيذية في اتخاذ إجراءات تنفيذه ، يضاف إلى ذلك أن القاضي بحكم طبيعة عمله وتخصصه ليس في مقدوره اختيار أسلوب المعاملة الذي يعد

1- حسنين المحمدي . الخطر الجنائي ومواجهته . منشأة المعارف : الإسكندرية . 2003 . ص 391 .

2 - المقصود بالتنفيذ المعنوي للجزاء بتنفيذ الجانب المتعلق بالنظام الاجتماعي منه أساسا ، كل ما يتعلق بالإنسان كفرد ينتمى إلى المجتمع . حيث أن الإدارة العقابية تتولى تنفيذ الجانب المادي المتعلق بماديات الاعتقال . والقاضي يسهر على تنفيذ الجانب المعنوي باعتباره عضوا في الجهاز القضائي . مهمته الأساسية : السهر على النظام الاجتماعي .

طاشور عبد الحفيظ . دور قاضي تطبيق الأحكام القضائية الجزائية . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 2001 . ص 23 .

3 - محمد صبحي نجم . مرجع سابق . ص 151 .

أكثر ملائمة لشخصية المحكوم عليه . ومن جانب آخر فهناك صعوبات عملية تعترض تدخل أعضاء الهيئة القضائية في هذه المرحلة وترجع إلى قلة عددهم وزيادة أعبائهم⁽¹⁾.

الفرع الثالث : نظم الإشراف القضائي على التنفيذ العقابي .

النظم التي يمكن أن يتم بها هذا الإشراف ، تتمثل بصفة رئيسية في ثلاثة نظم .

الأول يعهد إلى قضاء الحكم بالإشراف على التنفيذ .

الثاني يعهد إلى قاضي مستقل بالإشراف على التنفيذ .

الثالث يعهد إلى لجنة مختلطة .

النظام الأول : يعهد هذا النظام إلى قضاء الحكم بمهمة الإشراف على التنفيذ ، وقد كان القانون

البرازيلي القديم يأخذ بهذا النظام ، ومن أمثلة القوانين التي تأخذ به حاليا القانون التشيكوسلوفاكي ، والقانون المجري ، والقانون المصري بالنسبة للأحداث .

ووفقا للقانون التشيكوسلوفاكي تختص المحكمة بالإشراف على تقويم المجرم أثناء تنفيذ العقوبة السالبة

للحرية فتقضي بإحاقه مؤسسات التهذيب أو الإصلاح أو نقله إلى مؤسسة أخرى . كما تختص بالنسبة إلى

المراهقين الذين بلغوا الثامنة عشر بتقرير بقائهم في المؤسسات العقابية الخاصة بهم أو نقلهم إلى مؤسسات

البالغين ، وتختص كذلك بتغيير النظام الذي يخضع له المسجون وفقا لحاله .

ويلاحظ أن القانون المجري لم يصل إلى حد وضع الإشراف المنظم على التنفيذ بصفة مطلقة إلى

السلطة القضائية ، إلا أنه أوجب على المحكمة أن تبين في حكمها الدرجة التي يجب أن تنفذ فيها العقوبة

السالبة للحرية ، ولها أن تقرر تنفيذ العقوبة بدرجة أكبر أو أخف مما هو مقرر للمحكوم عليه بشرط أن

تسبب قرارها بذلك .

أما في مصر فقد نص القانون رقم 31 سنة 1974 بشأن الأحداث على اختصاص قاضي محكمة

الأحداث في مراقبة تنفيذ الأحكام الصادرة على المتهمين الصغار في دائرة محكمته ، كما خوله القانون سلطة

إعادة النظر فيما يصوره من تدابير لا تتلاءم مع حالة الحدث⁽²⁾.

النظام الثاني : يعهد هذا النظام إلى متخصص للإشراف على التنفيذ ، وقد أخذ به كل من القانون

البرازيلي الحالي والقانون الإيطالي والقانون البرتغالي ، والقانون البلجيكي ، والقانون الفرنسي .

ووفقا للقانون البرازيلي ، أنشئ في عام 1931 قاض خاص للإشراف على تنفيذ العقوبات ، ثم صدر

قانون الإجراءات الجنائية سنة 1941 ، فأكد هذا النظام ونص على أنه في حالة عدم وجود قاض للتنفيذ

¹ - محمد صبحي نجم . مرجع سابق . ص 151 .

² - أحمد فتحي سرور . الوسيط في قانون العقوبات . مرجع سابق . ص 557 . 558 .

فيعهد بلختصاصه إلى القاضي الذي أصدر الحكم ، وقد أضاف هذا القانون إلى اختصاصه بالإشراف على التنفيذ اختصاصا آخر هو الفصل في إشكالات التنفيذ ، وبجانب هذا القاضي يوجد مجلس فني استشاري يسمى بمجلس التنفيذ العقابي ، ويختص بإبداء الرأي في مسائل الإفراج الشرطي والعتو عن العقوبة أو تخفيفها أو العفو الشامل .

وعرف القانون الإيطالي نظام قاضي الإشراف على التنفيذ ، وقد نصت المادة 44 عقوبات على تخويله مهمة البث في السماح للمحكوم عليه بالعقوبة بأن يشتغل بعمل خارج السجن ، والبث في الإفراج عنه تحت شرط وبعض الاختصاصات مثل سلطة الإشراف على تنفيذ التدابير وجعلت له سلطة تعديلها وتغييرها . النظام الثالث : يعهد هذا النظام إلى لجنة قضائية مختلطة مهمتها الرقابة القضائية على التنفيذ ، وأهم مثال له هو القانون البلجيكي في حدود معينة ، فوفقا للقانون البلجيكي الصادر في 24 يونيو سنة 1964 تختص لجنة قضائية مختصة بالإشراف على تنفيذ الاختبار القضائي ، و تشاكي من قاضي وعضوين أحدهما محام يختاره وزير العدل ، وآخر موظف عام يعينه وزير العدل .

تقدير هذه النظم : يتوقف إختيار إحدى هذه النظم دون غيرها على مدى فاعليته في الإشراف على التنفيذ العقابي لتحقيق أهدافه ، ومن الناحية النظرية فإن إيجاد قضاء متخصص للتنفيذ يعاونه مجلس فني استشاري يبدو أحسن الحلول ، فقضاء الحكم لا تمكنه وظيفته من متابعة التنفيذ ، واللجنة المختلطة لا تظهر حجاد السلطة القضائية واستقلالها ، هذا بخلاف القاضي المتخصص للإشراف على التنفيذ ، فإن صفته القضائية تكون خير ضمان لسلامة الإشراف على التنفيذ ، من أجل تحقيق أهدافه ومن الأفضل أن يعاونه مجلس استشاري يجمع الفنيين والخبراء لاستطلاع رأيهم (1) .

الفرع الرابع : جهود المؤتمرات الدولية من الدعوة إلى التدخل القضائي في مرحلة تنفيذ العقوبة .

إن الدعوة إلى التدخل القضائي في مرحلة تنفيذ العقوبة لم تقتصر على مجهودات فردية ، وإنما كانت محل اهتمام العديد من المؤتمرات الدولية التي تناولتها كمبدأ كما تناولت مختلف انعكاساتها فانتهدت إلى الإقرار بضرورتها ومن بين أهم المؤتمرات الدولية التي تطرقت للموضوع نجد :

1 مؤتمر لندن 1925 : أول مؤتمر تناول موضوع الإشراف القضائي صراحة ، حيث أبدى المؤتمرون من علماء الإجرام والقانون تأييدهم لتدخل السلطة القضائية في تنفيذ العقوبة (2) .

¹ - أحمد فتحي سرور . الوسيط في قانون العقوبات . مرجع سابق . ص 559 . 560 .

² - طاشور عبد الحفيظ . مرجع سابق . ص 76 .

- 2 - المؤتمر الدولي لعلم العقاب - براغ - 1930 : وقد تناول المؤتمر خلال موضوع " القواعد التي يجب صياغتها من أجل تنفيذ العقوبات في إطار التشريعات الحالية ، مع الأخذ بعين الاعتبار أفكار إعادة تأهيل الجناة والتعاون مع العناصر العاملة في التنفيذ العقابي "
- 3 - اجتماع الجمعية العامة للسجون الفرنسية - باريس - 1931 : هنا صدر اعتراف من السلطة الإدارية بضرورة تعاونها مع السلطة القضائية في مرحلة التنفيذ وقد صدرت عن الجمعية توصية تقضي بأن يكون للسلطة القضائية التوجيه المطلق والكامل في مرحلة تنفيذ العقوبة من النواحي القانونية والمعنوية والاجتماعية.
- 4 - المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات وعلم العقاب - برلين - 1935 : وقد تم التطرق لهذه المنطقة ضمن موضوع " اختصاص القاضي الجنائي في تنفيذ العقوبات " وقد أصدر المؤتمر في الموضوع التالي : " أن يعهد بالقرارات الهامة في إطار تنفيذ العقوبات السالبة للحرية الفردية ، إما إلى القضاء أو إلى النواب العامون أو إلى لجان مختلطة يترأسها قاض ".
- 5 - المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات - باريس - 1937 : وقد بحث هذا المؤتمر "تدخل السلطة القضائية في تنفيذ العقوبات والتدابير الاحترازية " وقد جاء في توصياته :
- أن مبدأ الشرعية وضمان الحرية الفردية يوجبان تدخل السلطة القضائية في تنفيذ العقوبات والتدابير الاحترازية.
 - وجوب توفير المساعدة اللاحقة للإفراج .
 - تحقيق إعادة التأهيل الاجتماعي للمحكوم عليهم.
 - توفير طرق الطعن في مرحلة تنفيذ العقوبة.
- 6 - المؤتمر الدولي الثالث للدفاع الاجتماعي - أنفيس - 1952 : وقد تناول المؤتمر موضوع " تفري د الأحكام الجزائية وتنفيذها "
- 7 - المؤتمر الدولي العاشر لقانون العقوبات - روما - 1969 : وفي إطاره تمت دراسة موضوع " دور المحكمة في تحديد وتطبيق العقوبات " ، والعقوبات البديلة عند الاقتضاء ، وعلى ضمان التطبيق السليم لتدابير تفريد العقوبة (1).
- نستخلص من كل ما سبق ، أن المعاملة العقابية الحديثة تركت تأثيرها في التشريعات الجزائية التي أصبحت تركز وتؤيد امتداد وظيفة القاضي إلى مرحلة ما بعد لفظ الحكم ، وذلك خلافا للمبدأ التقليدي الذي

¹ - طاشور عبد الحفيظ . مرجع سابق . ص 76 ، 77.

يُفرض رفع يد القاضي الجزائي عن الدعوى بعد إصداره حكمه فيها، وينبغي على المشرع الجزائري أن يعطي قاضي تطبيق العقوبات اختصاصات واسعة في الإشراف على أماكن سلب الحرية بوجه عام، بما في ذلك أماكن الحبس الاحتياطي التي ينبغي أن يتردد عليها دوماً، كما يتردد على غيرها للتأكد من دقة تطبيق القوانين والتنظيمات، ومن عدم وجود محبوسين بغير حق فيها، وهو ما يخرق شرعية العقوبة.

المطلب الثاني

أن يكون العلاج العقابي وسيلة لتحقيق إعادة الإدماج الاجتماعي

إذا كانت إعادة الإدماج الاجتماعي هو الهدف المنتظر من وراء توقيع الجزاء الجنائي فإن تحقيقه يتطلب تطبيق العلاج العقابي . وسنحاول في مرحلة أولى تحديد مفهوم هذا العلاج من خلال التصورات الفقهية والتشريعية التي تناولته في فرع أول ، ثم نحاول في مرحلة ثانية التعرف على أهم مكوناته في فرع ثان.

الفرع الأول : مفهوم العلاج العقابي

ارتبط مفهوم العلاج العقابي أساسا بالهدف المراد من وراء تحقيقه وذلك سواء لدى المؤلفين أو في النصوص التشريعية التي تبينه ، حتى أصبح ينظر إليه تدريجيا كحق من حقوق المحكوم عليه ، والجمع بين النقطتين ، الأولى والثانية يعطي صورة عن مفهومه .

أولا : التصورات الفقهية والتشريعية للمفهوم

لقد تبنت العديد من التشريعات مبدأ العلاج العقابي ، هذا بعد أن تناولته مؤلفات الفقهاء ، وهو وإن كان يرتبط أساسا بمرحلة تنفيذ العقوبة إلا أن أساسه يعود إلى مرحلة المحاكمة ، متمثلة في ما يعرف بعملية التفريد القضائي ، إذ عند هذا الحد يبدأ الكلام عن الدور العلاجي للقاضي الجنائي ، خاصة بعد أن تم إدخال أحكام تشريعية جديدة تؤثر على العقوبة كما وكيفا وبالتالي على الوضعية العقابية للمحكوم عليه خلال مرحلة التنفيذ ، كأحكام الظروف المخففة ، وأحكام الظروف المشددة وأحكام العود.

ويظل الجاني ، مهما كانت جريمته ذلك الإنسان الذي لم يكن إنسانا عاديا في لحظات معينة ، وحتى يمكن إرجاعه إلى المجتمع ثانية ، يجب تعليمه وإعادة تعليمه ، وإقناعه على انتهاج سلوك الإنسان العادي ، فالعملية التي وجدت بدايتها باقتراف الجريمة ، يجب أن تجد نهايتها بعودة الجاني إلى حظيرة المجتمع للعيش في ظروف عادية ، ويتحقق ذلك بإخضاع الجاني ، الذي أصبح في مركز المحكوم عليه ، إلى أنظمة علاجية متنوعة وتدرجية تتناسب مع درجة خطورته وشخصيته ومدى استعداده وتقبله لمرحلة العلاج العقابي التي من المفروض أن تنتهي به ، وقبل إطلاق صراحه ، إلى انتهاج سلوك الإنسان العادي . وبذلك يتأكد الدور الإصلاحية للجزاء الجنائي الذي لم يعد يستهدف إصلاح خطأ سابق بل تحضير مستقبل أفضل للمحكوم عليه ، بوضع الأسس الصحيحة لعملية إعادة التأهيل الاجتماعي ، فيكون العلاج العقابي خلال مرحلة تنفيذ الجزاء الجنائي ، وحتى بعدها ⁽¹⁾ عملية ضرورية لتحقيق الهدف من الجزاء الوارد في حكم الإدانة ، هذا العلاج

¹ - طاشور عبد الحفيظ . مرجع سابق . ص 71 . 72.

يولد لدى الجاني مشاعر جديدة عن طريق إثارة الإحساس بالمسؤولية ، والمسؤولية الشخصية والحرية وباقي القيم الإنسانية .

مثل هذا التصور للعلاج العقابي ، يفترض توافر الثقة والاعتقاد لدى المشرع على العلاج بأن الجاني مهما كانت درجة خطورته ، لا يزال يتمتع بالطاقة والإرادة الكافيتين اللتين تمكنانه من تغيير سلوكه في جميع الحالات في الاتجاه الإيجابي ، ويفترض ذلك كله مساهمة واعية من قبل الجاني في كل عمليات العلاج العقابي ، بأن يعبر صراحة أو ضمنا حسب الحالة عن رغبته في تغيير مجرى حياته مهما كان السبب الذي يملئ هذه الرغبة .

هذه المساهمة هي التي تسمح للجاني بإقامة علاقات صريحة مع المشرفين على العلاج وبالتالي يكشف عن شخصيته ويسمح لهم بتكوين فكرة حقيقية عنه وخصه ببرنامج علاجي مشخص يطبق عليه خلال فترة الحرمان من الحرية ، التي تظل الفرصة والإطار القانوني المناسب لتطبيق العلاج العقابي . وقد وضع كل من اهتم بعملية إعادة التأهيل الاجتماعي ، تصورا للعلاج العقابي ، وذلك إما بصفة مكتملة أو على الأقل عرف بعض مظاهره ، لذا يكون حصر كل هذه التعاريف عملية مستحيلة و غير مجدية ، وسنكتفي في هذا الصدد بالتطرق إلى تعريف الدكتور طاشور عبد الحفيظ باعتباره الأقرب لمفهوم العلاج العقابي ، فهو يرى أن مفهوم العلاج العقابي يتمثل في أهداف يسعى المشرفون على تطبيقه إلى بلوغها وذلك بصفة كلية أو جزئية وبالقدر الذي تأثر وسائل العلاج على المحكوم عليه حسب البرنامج المسطر لهذا الغرض .

ثانيا :العلاج العقابي حق مقرر للمحكوم عليه .

إذا كان الصالح العام يملئ على الدولة ، في إطار السياسة العقابية العامة ، الالتجاء إلى العلاج العقابي قصد إعادة تأهيل الجاني ومنه حماية المجتمع ، إلا أن هناك اعتبار آخر يحتم على الدولة والمجتمع مثل هذا النهج ، وهو كون العلاج العقابي قد أصبح حقا من حقوق المحكوم عليه ، فبعد حق المتهم المفترض فيه البراءة في الدفاع عن نفسه في مرحلة المحاكمة تولد حق جديد وهو حق المحكوم عليه المفترض فيه أنه قابل للإصلاح والتقويم ، في العلاج⁽¹⁾.

ويرتبط حق المحكوم عليه في العلاج بحقوق الإنسان الأساسية ، ويرجع تكريسه في المجال العلمي إلى ذلك التيار العدلي الذي ظهر بعد الحرب العالمية الثانية ، والذي وضع حد لكل عمل يرمي إلى تجاوز ما تحتويه فكرة الحرمان من الحرية ، التي تقضي أن يعامل الإنسان المحكوم عليه كإنسان عادي ، هذا وقد اتضح في وقت ما أن دراسة المؤسسات العقابية قد طغى على دراسة المحكوم عليهم . مما دعى إلى

¹ - طاشور عبد الحفيظ . مرجع سابق . ص 73 . 75 . 76 .

ضرورة تغيير هذا الاتجاه وهذا ما حصل بالفعل ، حتى ان العلوم العقابية أصبحت تعني أساسا علم العلاج المحكوم الذي يبقى إنسان محل حق.

ولقد تضمنت " قواعد الحد الأدنى لمعاملة المذنبين " الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة سنة 1955 ، هذه الحقوق الأساسية ، التي وجدت صورة واضحة لتجسيدها في التشريعات الاجتماعية وتطبيقاتها المختلفة على المحكوم عليهم في غالبية التشريعات.

ولا يقتصر حق المحكوم عليه في العلاج العقابي على التشريعات الوطنية فحسب ، بل نال اعترافا دوليا في صلب قواعد القانون الدولي الاجتماعي ، التي تتضمن الالتزامات الواقعة على عاتق الدول لصالح المحكوم عليهم ، والتي من ضمنها الاعتراف بحقوق مباشرة لصالحهم ، حيث تنص المادة 10 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية على أن أساليب العلاج العقابي للمحكوم عليهم " تستهدف أساسا إصلاحهم وإعادة تأهيلهم اجتماعيا " .

ويبدو أن مفهوم العلاج العقابي ، بهذه الصورة ، قد اختلط بمفهوم العدالة الجزائية إذ انه ينطوي ضمنا على إمكانية مخالفة ما ورد في حكم الإدانة ، ويعتبر البعض مثل هذا الاختلاط حجة إضافية للتأكد على ضرورة استناد إدارة العلاج العقابي إلى قاض . ذلك أن وجود القاضي في هذه المرحلة يحقق غرضا أساسيا يعد من أهم دعائم العدالة الجزائية وهو إخضاع العلاج العقابي إلى مبدأ الشرعية، وبذلك تضاف إلى الضمانات القانونية ضمانات قضائية تضمن حقوق الفرد في هذه المرحلة المهمة من الخصومة الجزائية . إن مفهوم العلاج العقابي ، وإن كان واضح المعالم من الناحية التطبيقية لارتباطه بالواقع العملي والحياة اليومية داخل أو خارج المؤسسات العقابية ، فإنه من الناحية النظرية لا تزال معالمه لم تتضح بعد ، وربما يعود عدم الوضوح النظري هذا لكون المفهوم يتعلق بالإنسان في حركيته . ومن المعروف أن كل العلوم التي تجعل من الإنسان موضوع دراستها ، يكون كل تعميم أو كل محاولة لوضع قانون في إطارها ، يجب أن تركز على المراقبة المستمرة للنتائج التي تتجه الرغبة إلى إرسائها كمبادئ ، وذلك بالرجوع دائما إلى الإنسان.

وهذا ما يجعل مفهوم العلاج العقابي صعب التحديد ، ومع ذلك يمكن أن نقول عنه بأنه يتمثل في مجموعة التدابير الاجتماعية والجزائية والتربوية والطبية والنفسية الموجهة نحو الجاني لتسهيل إعادة التأهيل الاجتماعي ووقائعه من العود ويتم ذلك بمساهمة السلطة القضائية ، وهي بصفة عامة مجموعة محددة من الطرق والمناهج يطلق عليها مصطلح طرق العلاج العقابي ، وهي تنطوي على أهداف⁽¹⁾.

¹ - طاشور عبد الحفيظ . مرجع سابق . ص. 76 . 77.

الفرع الثاني : طرق العلاج العقابي في التشريع الجزائري .

إن النظام القانوني الجزائري عند معالجته لقضية تنفيذ الأحكام الجزائية و العقوبات المسلطة على المحكوم عليهم ، لم يهمل حقوق هؤلاء ، وهذا اعتمادا على مبدئين أساسيين واردين في الدستور الجزائري لسنة 1989 المعدل 1996 منصوص عليهما في المادة 31 التي نصت " بأن الحريات الأساسية و حقوق الإنسان والمواطن مضمونه " وفي المادة 133 التي تنص على ما يلي : " تخضع العقوبات إلى مبدئي الشرعية والشخصية " .

ومن ثم فالمشروع الجزائري حدد بوضوح موقفه من حقيقة تنفيذ العقوبات وأنه يعتبر في ذلك وقبل كل شيء تأهيل المحكوم عليه لإدراجه في المجتمع الذي خرج عليه بسبب تصرفاته الإجرامية ، وعليه فإن القانون الجزائري يرى أن إعادة تربية المحكوم عليه وتأهيله من أجل استقباله في المجتمع ليس حقا للمحكوم عليه فحسب ، بل هو كذلك واجب يترتب على كاهل الدولة وهي المسؤولة عن توفير كل الشروط اللازمة لإعادة تربية المسجون وفي هذا الصدد فإن المشروع الجزائري وضع أسس يقوم عليها النظام العقابي وهي ثلاثة :

أولا : الفحص والمراقبة والتوجيه .

ثانيا : توزيع المحكوم عليهم على مختلف المؤسسات العقابية.

ثالثا : التصنيف .

أولا : الفحص

يرمي إلى البحث عن أسباب الإجرام التي دفعت المحكوم عليه لارتكاب الجريمة وكذلك لمعرفة انحرافه وقد ينصب ذلك على معرفة شخصية المحكوم عليه ومؤهلاته ومستواه الثقافي والأخلاقي والمهني . وهكذا فإن الفحص قد يساعد على توجيه المحكوم عليه نحو المؤسسة العقابية وفقا لمبدأ تشخيص العقوبة.

ولهذا فكر المشروع الجزائري في إنشاء مركز وطني ومركزين جهويين لفحص وتوجيه المحك — موم عليهم قصد تشخيص العقوبات المسلطة عليهم وتحديد أنواع العلاج الملائم لكل منهم شخصيا ، كما أجاز إنشاء ملحقات لنفس المراكز فيما بعد . وعليه وتطبيقا للأحكام الواردة في هذا الشأن في القانون ، أنشئ بمقتضى المرسوم رقم 72 - 36 بتاريخ 10/02/1972 مركز وطني للفحص والتوجيه بالجزائر العاصمة، وداخل المؤسسة العقابية بالحراش - ومركزان جهويان بوهراڤ وقسنطينة⁽¹⁾.

¹ - الغوثي بن ملحمة . الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان . مرجع سابق . ص 607.

وطبقا لنفس المرسوم ألحق بنفس المركز طبيب مختص في طب النفس وطبيب في الطب العام تم تعيينهما من قبل وزير الصحة العمومية ، كما ضم إليهما عدد من الأخصائيين في علم النفس والمربين والمساعدات الاجتماعيات ، والمراكز المعدة للفحص والتوجيه مجهزة بكل ما يساعد على الدراسات والأبحاث البيولوجية والنفسانية والاجتماعية .

هذا وإن المراكز تستقبل :

أولا : المحكوم عليهم بعقوبات ما فوق 18 شهرا أو الذين في حالة العود مهما كانت مدة العقوبة المسلطة عليهم ، وهذا بموجب قرار من وزير العدل .

ثانيا : المحكوم عليهم تحت نظام الحرية النصفية (شبه الحرية) ، أو تحت البيئة المفتوحة أو الذين يتمتعون بالحرية المشروطة أو المقيدة.

ثالثا : كما يجوز لقاضي التحقيق بأن يأمر بوضع المتهم تحت الفحص في أحد المراكز وهذا لمدة لا تتجاوز 20 يوما من أجل إجراء الفحص الطبي النفساني وذلك بعد موافقة القاضي المشرف على تطبيق الأحكام الجزائية .

وأثناء إقامة المحكوم عليه في المركز تجرى له فحوص واختبارات مختلفة وعليه أن يخضع

للفحوص البيولوجية والنفسانية التي يحددها الإختصاصيون والمشرفون على المعالجة في المراكز.

وينبغي على المشرفين على الفحص أن يقدموا تقريرا عن سلوك المحكوم عليه وهذا في ظرف 24 ساعة قبل انعقاد الاجتماع الذي ينظر في ملفات وحالات السجناء الذين وضعوا تحت الفحص.

كما ينبغي على المساعدات الاجتماعيات اللاتي يشتغلن بالمركز أن يقدمن في نفس المهنة تقريرا

حول ظروف أسرة المسجون وظروفه المهنية والاجتماعية والدواعي التي قد يرين أنها هي التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة .

وإن الاجتماع الخاص بالإطلاع على ملفات السجناء تحت الفحص والذي ينعقد بحضور مدير المركز

وكل من يشتغل فيه برئاسة القاضي المشرف على تطبيق العقوبات ، يستهدف تحديد درجة جنوحية المسجون وأسبابها ، وهذا على ضوء الملف فيما يخص الحالة الطبيعية والنفسانية للمسجون ومدى إقباله لإعادة تربيته ومؤهلاته للعمل .

وفيه يقرر المشاركون في الاجتماع العلاج من أجل إعادة التربية والنظام الذي يطبق على المسجون

المعني (1).

¹ - الغوثي بن ملحّة . مرجع سابق . ص 707 . 708.

ويتعين على قاضي تنفيذ الأحكام الجزائية أن يقترح على وزير العدل . بناء على نتائج الفحص واستناد على التقارير المتقدمة ، التوجيه المناسب للمسجون ووضعه في المؤسسة العقابية الملائمة لعلاجهِ وإعادة تربيته.

ثانيا : إن توزيع المحكوم عليهم من أجل تنفيذ العقوبات السرلطة عليهم والتي تتمثل في سلب الحرية ، يتم في المؤسسات ذات البيئة المغلقة والمؤسسات ذات البيئة المفتوحة وفي ورش خارجية تابعة لوزارة العدل أو التي تخدم الصالح العام ، ووزير العدل هو وحده الذي يقرر توزيع السجناء .

ثالثا : فيما يتعلق بتصنيف المسجونين فإن توزيعهم وترتيبهم في المؤسسات العقابية يتم حسب المقاييس التالية : وضعيتهم الجزائية وخطورة الجرم الذي اعتقلوا من أجله ، وسنهم وشخصيتهم ، وكذلك إمكان تحسن حالتهم .

وفي ذلك يشير القانون إلى إنشاء لجان تتكفل بالتصنيف والتأديب إلى جانب المؤسسات العقابية ، ويحدد تشكيلها وصلاحياتها بمقتضى قرار من وزير العدل⁽¹⁾.

نستخلص من ما سبق ، أن التوسيع في طرق العلاج وإن كان يساعد في إصلاح المحكوم عليه وإعادة تأهيله اجتماعيا ، إلا أنه لا يكفي بمفرده لبلوغ هذا الهدف إذا لم يقم المشرع مقابل ذلك بالعمل على تبني بعض طرق العلاج العقابي التي أثبتت فاعليتها في التشريعات المقارنة وتعتبر استمرارا منطقيا للطرق العلاجية القائمة ، وخاصة نظام الاختبار القضائي ، وإن كنا نسجل للمشرع الجزائري نقطة إيجابية طالما نادى بها الفقهاء الجزائريين ، ومنهم الدكتور طاشور عبد الحفيظ، وتتمثل في تبني المشرع لفكرة الجزاءات البديلة في القانون الجديد لتنظيم السجون رقم 05 - 04 ، وذلك في المادة 23 منه والتي يتم اعتمادها بهدف الحد من اللجوء إلى العقوبات السالبة للحرية ، وخاصة القصيرة المدة منها .

¹ - الغوثي بن ملحة . مرجع سابق . ص 710.

المطلب الثالث

الالتزام بحماية حق الإنسان المسجون في الخلوة الشرعية بزوجه

هذا الحق ليس ترفيها للإنسان المسجون ، وليس خروجاً على مقتضيات العقوبة لكنه إصلاح للنفس البشرية ووسيلة للحفاظ على التوازن النفسي والأخلاقي للإنسان المسجون ، فبغير تحقيقه سوف ينحرف هذا الإنسان انحرافاً يدفع المجتمع بكامله ثمنها غالياً ، ودرء المفسدة مقدم على جلب المنفعة . علاوة على أن المكونات الشرعية والدستورية والقضائية للعقوبة السالبة للحرية لا تؤدي إلى حرمان الإنسان المسجون من هذا الحق ، ومن ثم وجبت حمايته .

وقد حث الفقه الإسلامي على ضرورة ذلك ، ويسرت تشريعات الدول المقدمة تمتع الإنسان المسجون بهذا الحق ونظمت استخدامه ، ومن بين هذه الدول : المملكة العربية السعودية ودولة الكويت ، حيث كان التزام المشرع في الدولتين بتطبيق أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية هو أساس حماية هذا الحق ، ويتضح ذلك فيما يلي :

الفرع الأول : المكونات الشرعية والدستورية والقضائية للعقوبة السالبة للحرية والحق في الخلوة الشرعية :

يمكن القول ببدء أن المبدأ الدستوري " شرعية الجرائم والعقوبات " والذي يتقرر عنه عدة مبادئ أساسية منها : " ألا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " ، " ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي " ، " ولا شك في أن العقوبة شخصية " ، ومن ثم لا يجوز أن تتجاوز آثارها غير شخص المتهم المحكوم عليه بها . ولا شك أيضاً أن حرمان الزوج غير المحكوم عليه من الاتصال بزوجه المحكوم عليه بالإدانة - إذا رغب في ذلك - طوال فترة حبسه ، يعد نوعاً من العقوبة يكاد يفوق في آثاره ما تسببه العقوبات البدنية للإنسان في أغلبها الأعم ، ولا شك كذلك في أن الحكم القضائي الصادر بالإدانة لم يتضمن مثل هذه العقوبة سواء بالنسبة للزوج المحكوم عليه ، أم للزوج الآخر⁽¹⁾ .

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 690 . 691 .

والثابت شرعا هو أن جمهور الفقهاء - ماعدا المالكية⁽¹⁾ - نصوا على عدم منع المحبوس من مباشرة زوجته في السجن إن كان في مكان مخصص ومهيا بحيث لا يطلع عليه أحد ، وسند الفقهاء في ذلك أن المعاشرة من الحقوق المشتركة ، فهو حق ثابت ولم يطرأ ما يسقطه ، ويؤكد هذا الحق أيضا ما جاء في حاشية ابن عابدين من قوله : " لا يمنع المسجون من دخول زوجته أو أمته عليه والاتصال بها ، إذا كان هناك مكان خال في السجن يخلو بها فيه ، لأنه غير ممنوع من شهوة البطن فكذا الفرج ، ولكن لا تجبر الزوجة إلا إذا كان في السجن سكن لما في ذلك من ضرر عليها " .

وفي ذلك محافظة على صحة السجين ونفسيته وحفاظا له من الإستمراء أو الشذوذ الجنسي ، ح ال كون المطالبة بهذا الحق لا يحول دون إمكانية حرمان السجين من ممارسته إذا رأى القاضي أن المصلحة في منعه منه . كأن يكون سبب السجن انحراف في سلوكه الجنسي مثلا . فيحرمه القاضي من ممارسة هذا الحق كعقوبة مناسبة في هذه الحالة .

وهذا الحكم كما يكون للزوج السجين ، يكون أيضا للزوجة إذا كانت هي المسجونة لأن المعاشرة حق مشترك ، ولعموم قوله سبحانه وتعالى : " ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف " الآية 228 من سورة البقرة ، فكما أن الزوج يحتاج إلى ممارسة هذا الحق تحتاجة الزوجة أيضا ، مع هذا ينبغي التنويه إلى أن ممارسة هذا الحق لا يكون إلا برضاء الزوج غير المحكوم عليه ، ولا إلزام شرعي ولا قانوني ولا قضائي عليه إلا بغير ما يرضاه هذا الزوج دون إجبار ، وعدم طاعة الزوجة مثلا لطلب زوجها المسجون في هذا الشأن لا يعد نشوزا منها يسقط حقوقها ، ويظل لها الحق في طلب التخليق من زوجها المسجون وفقا لما هو مقرر قانونا في هذا الشأن .

فإذا كانت أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية لا تمنع هذا الحق ، بل تعترف به وتحض عليه ، وإذا كان النص العقابي لا يتضمن هذه العقوبة بين شق الجزاء فيه وإذا كان الحكم القضائي الصادر بالإدانة خاليا - أسبابا ومنطوقا - من هذه العقوبة⁽²⁾ . فمن أين يأتي سند الحرمان من هذا الحق وما سند تطبيق هذه العقوبة على الزوج غير المتهم؟! ألا يكون في ذلك تجاوزا لآثار العقوبة على الغير دون مقتضى؟! وهل أن أو ان هجر هذه الإقتراضات؟! وتفعيل الحماية الحنائية لحقوق الإنسان لصالح إنسانيته!!؟

¹ - وإن كان منع المالكية لمعاشرة الزوج لزوجته في السجن ليس منعاً كاملاً ، فبعد أن قرروا منع الزوج من معاشرة زوجته في السجن لأن ذلك -في نظرهم - ينافي مقصود الحبس من التضييق على المحبوس وردعه وزجره . لكنهم مع هذا قالوا : إن الزوج المحبوس لا يمنع من الاستمتاع بزوجه في مكان لا يطلع عليه أحد إذا حبس بحقها ، بأن يكون الحبس بسببها لأنها إذا شاءت لم تحبسه فلا تفوت عليه حقه من المعاشرة . وعندنا أن رأي المالكية في هذا الصدد محل نظر لأن حق المعاشرة حق مشترك ، فالتضييق على المحكوم عليه لزجره وردعه شيء وتعلق حق الغير بهذا الأمر شيء آخر ، ودرء المفسدة مقدم على جلب المنفعة شرعا ، وفي عدم تقرير هذا الحق مفسدة للزوجين وللمجتمع لا يمكن درؤها إلا بإقرار هذا الحق .

خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 691 .

² - خيرى أحمد الكباش . نفس مرجع . ص 692 .

الفرع الثاني: تطبيقات عملية لحماية حق الإنسان المسجون في الخلوة الشرعية بزوجه .

أولاً : التنظيم القانوني لدى المملكة العربية السعودية لحق الإنسان المسجون في الخلوة الشرعية .

لما كانت الغاية من تنفيذ العقوبة ليست مجرد الإيذاء بالمحكوم عليه ، بل تطور الأمر وأصبحت هذه الغاية تتمثل في إصلاحه وتهذيبه وإعادةه إلى مجتمعه بعد تنفيذ العقوبة إنساناً سوياً قادراً على التكيف من جديد مع المجتمع .

ولقد لوحظ أن حرمان السجين من ممارسة حياته الجنسية طوال فترة سجنه سيما كانت شهوراً عديدة أو سنوات تؤذيه نفسياً وبدنياً ، وتدفعه في معظم الحالات إلى ممارسة الشذوذ الجنسي ، مع علمه بما يترتب على هذا الشذوذ من مخاطر لا تخفى على أحد .

وقد سمحت بعض الدول للمسجونين بلقاء زوجاتهم داخل السجن ، منها المملكة العربية السعودية التي استلهمت مقاصد الشريعة الإسلامية ونظمت لقاء الزوج السجين بزوجه ، فجعلت الخلوة لمدة ثلاث ساعات لمن أمضى في السجن ثلاث شهور سواء كان محكوماً أو موقوفاً ، ونصت اللائحة المؤقتة للسجون الصادرة 1385 هـ على حق السجناء في الخلوة الشرعية على أن يكون الاختلاء مرة في الشهر على الأقل المادة 9 من اللائحة .

كما أوضحت اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم 3919 بتاريخ 22/09/1398 هـ الخاصة بالزيارة والمراسلة وقواعد الخلوة الشرعية ومدتها ، ولمن تمنح من السجناء ، فجرى نص المادة 13 منها على أن " تتاح للمحكوم عليهم والموقوفين الذين مضى عليهم في السجن ثلاثة أشهر فأكثر فرصة الاختلاء الشرعي بزوجاتهم مرة كل شهر لمدة ثلاث ساعات " .

وتنفيذاً لللائحة المذكورة فقد جهزت إدارات السجن غرفاً خاصة لهذا الغرض مؤثثة ومهيأة بعيداً عن عنابر السجناء ، وعليها حراسة من بعيد ، ويسمح للزوجة بأن تحضر ما ترغب من مأكولات وهدايا بشرط ألا تحتوي على أي ممنوع أو محظور ، بل نظمت التعليمات الخلوة الشرعية لمن لديه أكثر من زوجة ، فسمحت له بالخلوة مرة كل خمسة عشر يوماً مع واحدة منهن⁽¹⁾ .

ومن ثم كانت المملكة العربية السعودية رائدة في هذا المجال ، أخذ بمبادئ وتعاليم الإسلام السمحة ، ونأمل أن تحتذي الدول العربية كافة بتجربة المملكة العربية السعودية في حماية هذا الحق .

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 693 . 694 .

ثانيا : التنظيم المقترح لدى دولة الكويت نحو حماية الحق في الخلوة الشرعية .

يمكن القول أن المؤسسات العقابية بدول الكويت يسعى القائمون على إدارتها دائما إلى النهوض بها ، والارتقاء بمستوى الأداء فيها واضعين نصب أعينهم حقوق الإنسان وإنسانيته ، ومن بين أهم الدراسات التي أصبحت قاب قوسين أو أدنى من التطبيق العملي والتنفيذ النموذجي موضوع حق الإنسان المسجون في الخلوة الشرعية.

فقد تمت الموافقة على توفير هذه الحماية لحق الإنسان المسجون في هذا الصدد بعد أبحاث ودراسات جادة اجتمع عليها مدراء المؤسسات العقابية بدول مجلس التعاون الخليجي .

ونفاذ لذلك أعدت إدارة المؤسسات العقابية بدولة الكويت دراسة حول الخلوة الشرعية ، قامت بعرضها على النيابة العامة بالكويت باعتبار الأخيرة هي المنوط بها الإشراف على السجون إشرافا قضائيا ، وقد أبدت النيابة العامة رأيها في هذه الدراسة ووضعتها في إطار قانوني يحقق الهدف منها⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء الصادرة عام 1955 والتي أصدرتها الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في دورة انعقاده في جنيف عام 1955 ، نصت بالمادة 12 منها على أنه " يكون للشخص المسجون الحق في أن يزوره أفراد أسرته بصورة خاصة وفي أن يتراسل معهم ، وتتاح له فرصة كافية للاتصال بالعالم الخارجي رهنا بمراعاة الشروط والقيود المعقولة التي يحددها القانون أو اللوائح القانونية ، ويستفاد من النص أنه لم يصرح عن حق المسجون في الخلوة الشرعية بوضوح وصراحة وهو ما عليه أيضا النص الوطني بالجزائر ، فبالرجوع إلى المادة 66 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج رقم 05 - 04 على أنه " للمحبوس الحق في أن يتلقى زيارة أصوله وفروعه إلى غاية الدرجة الرابعة ، وزوجته ومكفوله ، وأقاربه بالمصاهرة إلى غاية الدرجة الثالثة " .

لذلك ندعو المشرع الجزائري إلى مساهرة النموذج الكويتي ونموذج المملكة العربية السعودية في الأخذ بحق المسجون في الخلوة الشرعية ، لما في ذلك من منافع أخلاقية ونفسية للمسجون تساعده على الإصلاح وإعادة الإدماج الاجتماعي .

¹ - خيرى أحمد الكباش . مرجع سابق . ص 694 . 695

الخاتمة

حاولنا خلال هذا البحث لموضوع شرعية العقوبة في ضوء مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ، الوقوف على حقيقة أن العقوبة تقتضي المساس بحقوق ومصالح المحكوم عليه في حريته وحياته ومصالحه المالية وذلك حتى يتوفر لديه درجة معينة من الإلزام ، وقدر من الخشية تحول دون تكرار الجريمة سواء من المجرم نفسه أي الردع الخاص أو من غيره أي الردع العام. وأن مساس العقوبة بحقوق ومصالح المحكوم عليه ، إنما يأتي من ارتكاب الجريمة ، ويعد أقصى درجات الفعل الغير مشروع فيهدد المصالح الاجتماعية محل الحماية الجنائية ، وهي مصالح جوهرية تتصل بالكيان الاجتماعي فتتال الجريمة بذلك من الكيان الاجتماعي وتهده بالانهيار ، وبالتالي تهدد المجتمع ذاته بالانهيار فيما لو تركته دون مواجهة متمثلة في عقوبة تمس حقوق وحرريات المجرم ، فتقتضي على عوامل الإجرام التي تدفعه إلى ارتكاب الجريمة ، وتحول بذلك بين تكرار الجريمة وبين الإضرار بالمصالح الاجتماعية ، وبعبارة أخرى تحول دون تهديد هذه المصالح بالانهيار .

غير أن ذلك لا يعني إطلاق العنان لصاحب الحق في العقاب ، فلما كانت سلطة العقاب إذن ملك الدولة ، فلا بد أن تباشرها ضمن الحدود المرسومة من القانون ، ولأنها سلطة غير مطلقة وغير تحكومية ، وإنما خاضعة للتنظيم القانوني ، فإنها تعتبر بكل معنى الكلمة سلطة قانونية ، والتنظيم القانوني لهذه السلطة مؤداه أن الدولة في استخدامها سلطة العقاب قد رسمت طريق مباشرتها لهذه السلطة ، وقيدت بهذا الطريق نفسها لكونه يكفل عدم الانحراف في السلطة ذاتها أو الإخلال بحقوق المواطنين ، إذن من الضروري فرض طائفة من الضوابط لمنع تعسف الأفراد أو انحرافهم في استخدامها ، فيؤدي ذلك إلى نتائج سلبية غير التي توخيناها من خلال إطلاق هذه السلطة ، غير أنه من الجدير بالذكر وفي إطار الحديث عن تنظيم ممارسة سلطة العقاب أن نؤكد على عدم السماح بأي حال من الأحوال وتحت أي ظرف من الظروف العادية أو الاستثنائية بأن تتحلل الدولة عن ضوابط شرعية العقوبة التي أوردتها مصادر حقوق الإنسان سواء كانت المواثيق الدولية أو الشريعة الإسلامية أو التشريعات الوطنية .

ودراستنا هذه تمحورت حول مدى التزام المشرع الوطني بضوابط شرعية العقوبة الموجودة بمصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان في كل من قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية ، وقانون تنظيم السجون .

وبعد تناولنا لهذا الموضوع بالدراسة ، وصلنا إلى النتائج التالية :

- أن الأصل في العقوبة أن يكون مصدرها نصا تشريعيا ، أي نص " قانون " والقانون هو ما يصدر عن السلطة التشريعية ، وإذا اقتضت الضرورة صدورها بلائحة ، فإنه يجب أن يكون هذا التفويض محدد النطاق والشروط وإلا كنا أمام انتهاك خطير لمبدأ الفصل بين السلطات.
- أن العقوبة يتعين تحديدها بمجموعة نصوص قانونية ، واضحة بعيدة عن الغموض تقطع دابر التحكم من جانب القاضي ، فهو كإنسان معرض للإنسياق وراء غرائزه أو تأثيرها . فالهدف من مبدأ الشرعية هو ضمان إخطار الجمهور بالعقاب المترتب على الجريمة وبالقيود الواردة على حقوقه الإنسانية .
- ضرورة تحديد المشرع لنوع ومقدار العقوبة حتى يختار القاضي العقوبة الملائمة في إطار السلطة التقديرية التي يعترف له بها وأن الخروج على ذلك فيه انتهاك صارخ لمبدأ الشرعية .
- أنه يجب في كل عقوبة مراعاة تناسبها مع جسامة الجرم دون مغالاة فعقوبة معتدلة وإنما أكيدة ، أجدى في مكافحة الإجرام من عقوبة قاسية يعمل الجاني على تفاديها بالإفلات من قبضة العدالة.
- استحداث نصوص قانونية تلزم القاضي بتسبيب حكمه فيما يتعلق بتقدير العقوبة في الجنايات التي يقضي بإنزالها على المتهم المحكوم بإدانتته حتى يتسنى للمحكمة العليا إضفاء رقابتها على ذلك التقدير وإلا واجهتنا عقبة ما يسمى بالسلطة التحكيمية لقاضي الموضوع .
- أنه إذا كانت الدولة هي صاحبة الحق في العقاب ، إلا أنه ليس من حقها متى وقعت الجريمة أن تلجأ إلى تنفيذ العقوبة مباشرة ، بل تقدم المتهم لمحاكمة عادلة محاطة بضمانات فاعلة ، وعليه لا يجوز معاقبة أي فرد من قبل السلطة الإدارية في الدولة لأن العقوبة الجزائية من اختصاص السلطة القضائية وحدها.
- أن من قيود سلطة الدولة في العقاب أيضا ، كشف الحقيقة حتى تستعمل سلطتها في العقاب لأنه أمر يمس بحقوق المتهم في حريته وحياته وماله وشرفه واعتباره ، فالقاضي الجنائي يجب أن يصل إلى معرفة الحقيقة دون الاكتفاء بما تقدمه الخصوم من أدلة بل عليه أن يقوم بدور إيجابي في جمع الدليل وفحصه وتقديره.
- وأن إعادة النظر في حكم الإدانة وفي العقاب الذي حكم به يعتبر حقا من أهم حقوق الإنسان المتهم ، وخاصة في أحكام محكمة الجنايات ، وأن تفويت درجة من درجات التقاضي عليه يخرق مبدأ شرعية العقوبة ويمنعه من فرصة مراجعة أسباب إدانته ومدى تناسب العقوبة المقضى بها عليه مع الجرم الذي ارتكبه وما يحاكم عليه .
- إن الهدف الأصلي لاختيار العقوبة هو تقويم سلوك المجرم وإصلاحه ، والتنفيذ العقابي هو المرحلة التي يتحقق فيها الهدف من هذا الاختيار ، ولا يمكن تحقيق هذا الهدف ما لم تعمل السلطة القضائية

على الإشراف عليه ، فالتنفيذ ليس مجرد حرمان المحكوم عليه من حريته أو إيلامه بقدر معين ولمدة معينة ، وإنما هو أمر أعمق من ذلك أنه إعادة تربية المجرم لتأهيله للحياة الاجتماعية الشريفة . إذ فالقاضي هو الشخص المؤهل بحكم وضعه وتكوينه لإدارة التنفيذ المعنوي للجزاء حيث لديه كل معطيات القضية سواء ما تعلق بموضوعها أو بإجراءاتها مما يسمح له بمتابعة المحكوم عليه داخل المؤسسة وخارجها .

- إن التوسيع في طرق العلاج العقابي وإن كان يساعد في إصلاح المحكوم عليه وإعادة تأهيله اجتماعيا ، إلا أنه لا يكفي بمفرده لبلوغ هذا الهدف إذا لم يتم المقام المقابل ذلك بالعمل على تبني بعض طرق العلاج العقابي التي أثبتت فاعليتها في التشريعات المقارنة مثل نظام الاختبار القضائي.
- أن حق الإنسان المسجون في الخلوة الشرعية بزوجه ليس ترفيها وخروجا على مقتضيات العقوبة لكنه إصلاح للنفس البشرية ، ووسيلة هامة للحفاظ على التوازن النفسي والأخلاقي للإنسان المسجون، فبغير تحقيقه سوف ينحرف الإنسان انحرافا يدفع المجتمع بكامله ثمنا غاليا ، ودرء المفسدة مقدم على جلب المنفعة .

وتبعا لهذه النتائج التي استعرضناها يمكننا القول أن المشرع الجزائري التزم إلى حد كبير بضوابط شرعية العقوبة سواء الواردة بالمواثيق الدولية أو الشريعة الإسلامية ، إلا أن الأمر لا يخلو من بعض مظاهر التعارض التي نتوسم من المشرع الجزائري تلافيا مستقبلا .

قائمة المراجع

أ - الاتفاقيات الدولية :

- (1) إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789.
- (2) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948.
- (3) العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 16 ديسمبر 1966.
- (4) الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة سنة 1950.
- (5) البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام الصادر في 19/09/1981.
- (6) " قواعد الحد الأدنى لمعاملة المذنبين " الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة سنة 1955 بجنيف.

ب - القوانين :

- (1) دستور سنة 1989 المعدل سنة 1996
- (2) قانون العقوبات، الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-04 الصادر في 10 يونيو سنة 2004.
- (3) قانون الإجراءات الجزائية، الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-01 المؤرخ في 26 يونيو 2001.
- (4) قانون القضاء العسكري رقم 04-73 لسنة 1973 .
- (5) تعديل قانون الجمارك رقم 10-98 لسنة 1998.
- (6) قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم 04-05 المؤرخ في 06 فبراير 2005.
- (7) الأمر رقم 02/72 المؤرخ في 10 فبراير سنة 1972 والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين .
- (8) المرسوم الرئاسي رقم 36-72 المؤرخ بتاريخ 10/02/1972 المتضمن إنشاء مركز وطني للفحص والتوجيه بالجزائر العاصمة.
- (9) المرسوم الرئاسي رقم 38/72 الصادر في 10 فبراير 1972 المتضمن إجراءات تنفيذ عقوبة الإعدام

ج قائمة الكتب باللغة العربية :

- (1) أحمد فتحي سرور . الوسيط في قانون العقوبات . دار النهضة العربية : القاهرة . 1996.
- (2) _____ . القانون الجنائي الدستوري . دار الشروق : القاهرة . 2002.

- (3) —————. المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية الحديثة. مطبعة جامعة القاهرة : القاهرة . 1999 .
- (4) —————. أحمد فتحي سرور . الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية. دار النهضة العربية : القاهرة . 1995 .
- (5) أحسن بوسقيعة . المنازعات الجمركية . الطبعة الثانية . النخلة : الجزائر . 2001 .
- (6) —————. الوجيز في القانون الجنائي الخاص. الجزء الأول . دار هومة : الجزائر . 2002 .
- (7) —————. الوجيز في القانون الجزائي العام. الديوان الوطني للأشغال التربوية: الجزائر . 2002 .
- (8) أحمد لعور ونبيل صقر . العقوبات في القوانين الخاصة . دار الهلال للخدمات الإعلامية : الجزائر . 2005 .
- (9) أحمد شوقي الشرقاني . مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري . المؤسسة الوطنية للكتاب: الجزائر . 1992 .
- (10) أحمد أبو الوفاء . كتاب الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام. الجزء السادس . الطبعة الأولى . دار النهضة العربية : القاهرة 2001 .
- (11) أحمد فتحي بهنسي . العقوبة في الفقه الإسلامي . الطبعة الخامسة . دار الشروق : بيروت . 1983 .
- (12) إسحاق إبراهيم منصور . الموجز في علم الإجرام والعقاب . الطبعة الثانية . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر 1991 .
- (13) العربي الشحط عبد القادر ونبيل صقر . الإثبات في المواد الجزائية . دار الهلال : الجزائر . 2004 .
- (14) أمين مصطفى محمد . مبادئ علم الإجرام . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية . 1996 .
- (15) أيمن رمضان الزيني . العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وبدائلها . الطبعة الأولى . دار النهضة العربية : القاهرة . 1999 .
- (16) بارش سليمان . شرح قانون العقوبات الجزائري . مطبعة عمار قرفي : الجزائر . 1992 .
- (17) —————. شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري . دار الشهاب : الجزائر . 1986 .
- (18) جلال ثروت . نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري . منشأة المعارف : الإسكندرية . 1989 .
- (19) جندي عبد المالك . الموسوعة الجنائية . الجزء الخامس . الطبعة الثانية . دار العلم للجميع : بيروت . دون سنة النشر .
- (20) حسنين المحمدي . الخطر الجنائي ومواجهته . منشأة المعارف : الإسكندرية . 2003 .

- (21) حسن سعد سند . الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية . الطبعة الثانية . دار النهضة العربية : القاهرة . 2004.
- (22) حسن كيره . أصول القانون . الطبعة الثانية . دار المعارف : مصر . 1958.
- (23) حسن يوسف مصطفى مقابله . الشرعية في الإجراءات الجزائية . دار الثقافة والدار العلمية الدولية : عمان . 2003.
- (24) خيرى أحمد الكباش . الحماية الجنائية لحقوق الإنسان . دون دار النشر : الإسكندرية 2002
- (25) جاك دونللي . حقوق الإنسان العالمية "بين النظرية والتطبيق" . ترجمة مبارك علي عثمان . المكتبة الأكاديمية . دون بلد نشر . 1998 .
- (26) رمسيس بهنام . علم مكافحة الإجرام . منشأة المعارف : الإسكندرية . 1991
- (27) ————— . النظرية العامة للقانون الجنائي . المعارف : الإسكندرية . 1997
- (28) رضا فرج . شرح قانون العقوبات الجزائري . الشركة الوطنية للنشر والتوزيع : الجزائر 1976
- (29) رؤوف عبيد . الرقابة على الدستورية والشرعية . مطبعة الاستقلال الكبرى : القاهرة 1979
- (30) ————— . مبادئ القسم العام في التشريع العقابي المصري . دار الفكر العربي : القاهرة 1979
- (31) سليمان عبد المنعم . النظرية العامة لقانون العقوبات . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية 2000
- (32) ————— . أصول الإجراءات الجزائية . الكتاب الأول . منشورات الحلبي الحقوقية : بيروت . 2003
- (33) ————— . أصول علم الجزاء الجنائي . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية . 2001
- (34) سمير عالية . شرح قانون العقوبات . القسم العام . المؤسسة الجامعية للدراسات : بيروت . 2002
- (35) سعيد بو الشعير . القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1998 .
- (36) عبد القادر عودة . التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي . الجزء الأول . دار الكتب العربي : بيروت . دون سنة نشر .
- (37) عبد الله سليمان . شرح قانون العقوبات القسم العام الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1998 .
- (38) ————— . الجزاء الجنائي . الجزء الثاني . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1998
- (39) علي محمد جعفر . الإجرام وسياسة مكافحته . دار النهضة العربية : بيروت . 1993 .
- (40) عبد الفتاح الصيفي . محمد زكي أبو عام . علم الإجرام والعقاب . دار المطبوعات الجامعية : الإسكندرية . 1998 .
- (41) ————— . الجزء الجنائي . دار النهضة العربية : بيروت . 1972 .
- (42) ————— . تأصيل الإجراءات الجنائية . دار الهدى للمطبوعات : القاهرة . 2002 .

- (43) —————. القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه المعاصر. دار النهضة العربية. القاهرة. دون سنة النشر.
- (44) عمر محمد بن يونس. الحماية الجنائية للثروة النفطية. الطبعة الأولى. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2003.
- (45) عبد العزيز محمد محسن. الحماية الجنائية للجنين. دار النهضة العربية: القاهرة. 1998.
- (46) علي عبد القادر القهوجي. قانون العقوبات القسم العام. الدار الجامعية: بيروت. 2000.
- (47) عصام عفيفي حسين. القاعدة الجنائية على بياض. الطبعة الأولى. دار الكتب المصرية: القاهرة. 2003.
- (48) عبد الله عبد القادر الكيلاني . عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية والقانون المصري. الطبعة الأولى. منشأة المعارف: الإسكندرية. 1996.
- (49) طاشور عبد الحفيظ . دور قاضي تطبيق الأحكام القضائية الجزائية. ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر. 2001.
- (50) فوزية عبد الستار. مبادئ علم العقاب. دار النهضة العربية: القاهرة. 1992.
- (51) فتوح عبد الله الشاذلي. شرح قانون العقوبات القسم العام. دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية. 2003.
- (52) ليلي عبد المجيد. التشريعات الإعلامية. مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح. القاهرة. 2000.
- (53) محمد سامي عبد المجيد. أصول القانون الدولي العام. الجزء الثاني . الطبعة السابعة. دار المطبوعات الجامعية: القاهرة. 1995.
- (54) محمد باهي أبو يونس. الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة. دار الجامعة الإسكندرية. 2000.
- (55) مدحت رمضان. الحماية الجنائية لشرف واعتبار الشخصيات العامة. دار النهضة العربية: القاهرة. 1999.
- (56) مصطفى محمد عفيفي. الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق. دار الفكر العربي: القاهرة. 1990.
- (57) محمد سعيد مجذوب. الحريات العامة وحقوق الإنسان. جروس بروس: بيروت. 1986.
- (58) منصور رحمانى. الوجيز في القانون الجنائي العام. دار الهدى: الجزائر. 2003 .
- (59) مأمون سلامة. قانون العقوبات القسم العام. الطبعة الثالثة. دار الفكر العربي: القاهرة. 1990.
- (60) محمد أحمد المشهداني. أصول علمي الإجرام والعقاب في الفقهين الوضعي والإسلامي. الطبعة الأولى. الدار العلمية ودار الثقافة: عمان. 2002.
- (61) منذر الفضل. تاريخ القانون. دار الثقافة: الأردن. 1998.
- (62) مصطفى العوجي. دروس في العلم الجنائي. الجزء الثاني. الطبعة الثانية. مؤسسة نوفل: بيروت. 1987.

- (63) محمد صبحي نجم. أصول علم الإجرام والعقاب. الدار العلمية ودار الثقافة: الأردن. 2002.
- (64) محمد مروان. نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري. الجزء الأول. ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر. 1998.
- (65) مروك نصر الدين. محاضرات في الإثبات الجنائي. الجزء الأول. دار هومة: الجزائر. 2003.
- (66) محمد عبد الغريب. شرح قانون الإجراءات الجنائية. الجزء الثاني. الطبعة الثانية. دار الفكر العربي: القاهرة. 1997.
- (67) محمد عبد المنعم سالم. مدلول الحكم الجنائي من حيث الصحة والقوة. منشأة المعارف: الإسكندرية. دون سنة نشر.
- (68) محمد محدة. ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية. الجزء الثاني. الطبعة الأولى. دار الهدى: الجزائر. 1991.
- (69) ———. جرائم الشيك. الطبعة الأولى. دار الفجر: القاهرة. 2004.
- (70) محمد زكي أبو عامر. قانون العقوبات القسم العام. منشأة المعارف: الإسكندرية. 1993.
- (71) مولاي ملياني بغدادي. حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية. قصر الكتاب: الجزائر. 1992.
- (72) ———. الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري. المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر. 1992.
- (73) محمود شريف بسيوني. عبد العظيم وزير. الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان. الطبعة الأولى. دار العلم للملايين: بيروت. 1991.
- (74) محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات. القسم العام. دار النهضة العربية: القاهرة. 1977.
- (75) ———. علم العقاب. دار النهضة العربية: القاهرة. 1967.
- (76) ———. الدستور والقانون الجنائي. دار النهضة العربية: القاهرة. 1992.
- (77) محمد زكي أبو عامر. سليمان عبد المنعم. القسم العام من قانون العقوبات. دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية. 2002.
- (78) نظير فرج منيا. الموجز في علمي العقاب والإجرام. ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر. 1993.
- (79) وهبة الزحيلي. حق الحرية في العالم. دار الفكر: دمشق. 2000.
- (80) يحيى نورة. حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي. دار هومة: الجزائر. 2004.

د - المقالات والمجلات:

- (1) محمد محفوظ. "سؤال الحرية في الفكر الإسلامي المعاصر". مجلة الكلمة العدد 14. بيروت. 1999.

- (2) هميسي رضا. "الحق في الحياة وسبل حمايته في القانون الدولي المعاصر". مجلة حقوق الإنسان. رقم 8/7 . الجزائر. ديسمبر 1994 - مارس 1995 .

ه - المراجع باللغة الأجنبية

- (1) Christophe Poulin. Droit pénal général. Edition Li Tec : Paris. 1998.
- (2) Marie Elisabeth. Droit pénal. Dalloz : Paris 2002.
- (3) Philippe Conte. Droit pénal général. 3^{ème} édition. Armand Collin : Paris 1998.
- (4) Pierrette Poncela. Droit de la peine. 1^{ère} édition. Presses Universitaires : France . 1995.
- (5) Patrick Kolb et Laurence Leturmy. . Droit pénal général. Gualino : Paris. 2000.
- (6) Gaston Stefani et autres. . Droit pénal général. 17^{ème} édition. Dalloz : Paris. 2000.
- (7) Raymond Guillien et Jean Vincent. Lexique des termes juridiques. 12^{ème} édition. Dalloz : Paris. 1999.
- (8) Jean Pradal. Les rapports entre l'organisation judiciaire et la procédure pénale. Revue internationale de droit pénal : France. 1980.
- (9) Jean Pradal. Droit pénal général. 12^{ème} édition. Dalloz : paris. 2000.
- (10) Patrick Canin. Droit pénal général. Hachette : Paris. 2002.
- (11) Jean Roche et André Pouille. Libertés publiques et droits de l'homme. 13^{ème} édition. Dalloz : Paris. 1999.
- (12) Merle et Vitu. Traité de droit criminel.Cujas : Paris. 1984.

و - الأبحاث الجامعية

- (1) بن حليلة إبراهيم. " ضوابط حرية الرأي والتعبير بين حقوق الإنسان والقانون الجنائي ". مذكرة ماجستير - غير منشورة - كلية الحقوق والعلوم السياسية . جامعة محمد خيضر - بسكرة . 2003/2002.
- (2) عثمانية خميسي . " العولمة وأثرها على السياسة الجنائية ". مذكرة ماجستير - غير منشورة - كلية الحقوق والعلوم السياسية . جامعة محمد خيضر - بسكرة - 2004.

الفهـرس

مقدمة أ-ج

الفصل التمهيدي : العقوبة : التطور التاريخي والماهية

المبحث الأول : التطور التاريخي للعقوبة 5

المطلب الأول : العقوبة في العصر القديم 6

الفرع الأول : تطور العقوبة في المجتمعات الغربية القديمة 6

أولا : المجتمعات البدائية القديمة 6

ثانيا : المجتمعات الشرقية القديمة 7

ثالثا : المجتمع الإغريقي 7

رابعا : روما القديمة..... 7

خامسا : المجتمع الإقطاعي 8

الفرع الثاني : تطور العقوبة في الشريعة الإسلامية 8

المطلب الثاني : العقوبة في العصر الحديث..... 10

الفرع الأول : مظاهر تطور العقوبة في العصر الحديث 10

الفرع الثاني : أسباب تطور العقوبة في العصر الحديث. 11

أولا : الاختلاف في تفسير السلوك الإجرامي 11

ثانيا : التحول من الاقتصاد الزراعي إلى الاقتصاد الصناعي 11

ثالثا : التحول من النظام الدكتاتوري إلى النظام الديمقراطي 11

المطلب الثالث : تطور العقوبة في الجزائر. 13

الفرع الأول : مرحلة تطبيق الشريعة الإسلامية..... 13

الفرع الثاني : مرحلة تطبيق القانون الفرنسي 14

الفرع الثالث : مرحلة التشريعات الوطنية 15

المبحث الثاني : ماهية العقوبة 17

المطلب الأول : مفهوم العقوبة 18

الفرع الأول : تعريف العقوبة 18

الفرع الثاني : تمييز العقوبة عن غيرها من الجزاءات الأخرى 19

أولا : تمييز العقوبة عند تدابير الأمن 19

ثانيا : تمييز العقوبة عن الجزاء المدني 20

ثالثا : تمييز العقوبة عن الجزاء الإداري 20

المطلب الثاني : أغراض العقوبة 21.....

21..... الفرع الأول : الوظيفة المعنوية أو السعي لتحقيق العدالة

21..... الفرع الثاني : الوظيفة النفعية أي الردع

المطلب الثالث : شروط استحقاق العقوبة 24.....

24..... الفرع الأول : ارتكاب فعل موصوف بوصف الجريمة في قانون العقوبات

25..... الفرع الثاني : قيام المسؤولية الجنائية للفاعل

25..... الفرع الثالث : انقضاء أي مانع من الموانع الإجرائية التي تحول دون الملاحقة والعقاب

الفصل الأول: الإطار النظري لشرعية العقوبة في ضوء مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان .

المبحث الأول : ماهية شرعية العقوبة 28.....

المطلب الأول : مضمون شرعية العقوبة 29.....

29..... الفرع الأول : تعريف شرعية العقوبة

30..... الفرع الثاني : تميز الشرعية عن المشروعية

32..... الفرع الثالث : القيمة القانونية لشرعية العقوبة

32..... أولا : مكانة مبدأ شرعية العقوبة في المواثيق الدولية

33..... ثانيا : موقف المشرع الجزائري من مبدأ شرعية العقوبة

المطلب الثاني : الرقابة الدستورية على الشرعية العقابية 35.....

35..... الفرع الأول : أنواع الرقابة الدستورية على الشرعية العقابية

35..... أولا : الرقابة السابقة الدستورية على الشرعية العقابية

36..... ثانيا : الرقابة اللاحقة الدستورية على الشرعية العقابية

37..... الفرع الثاني : الرقابة الدستورية على الشرعية العقابية في الجزائر

المطلب الثالث : تقييم مبدأ شرعية العقوبة 39.....

39..... الفرع الأول : الاتجاه الفقهي المؤيد لشرعية العقوبة

39..... أولا : حماية الحرية الشخصية

39..... ثانيا : حماية المصلحة العامة

40..... ثالثا : ضمان لوحدة القانون

40..... الفرع الثاني : الاتجاه الفقهي المعارض لشرعية العقوبة

المبحث الثاني : تحديد المقصود بالحماية الجنائية لحقوق الإنسان ومصادرها 42.....

المطلب الأول : تعريف الحماية الجنائية 43.....

43..... الفرع الأول : التعريف اللغوي

- 44..... الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي
- 47..... المطلب الثاني : حقوق الإنسان محل الحماية الجنائية**
- 49..... المطلب الثالث : مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان**
- 49..... الفرع الأول : المصدر الديني
- 51..... الفرع الثاني : المصدر الدولي
- 52..... الفرع الثالث : المصدر الوطني
- 54..... المبحث الثالث : علاقة شرعية العقوبة بحقوق الإنسان**
- 55..... المطلب الأول : شرعية العقوبة والحق في الحياة**
- 55..... الفرع الأول : الحق في الحياة
- 55..... أولا : تعريف الحق في الحياة
- 56..... ثانيا : أهمية الحق في الحياة
- 56..... الفرع الثاني : علاقة شرعية العقوبة بالحق في الحياة
- 56..... أولا : تقييم عقوبة الإعدام دوليا
- 59..... ثانيا : عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية
- 61..... ثالثا : عقوبة الإعدام في القانون الجزائري
- 63..... المطلب الثاني : شرعية العقوبة والحق في الحرية**
- 63..... الفرع الأول : تعريف الحق في الحرية
- 64..... الفرع الثاني : علاقة شرعية العقوبة بالحق في الحرية
- 64..... أولا : مشكلة توحيد العقوبات السالبة للحرية
- 66..... ثانيا : مشكلة إلغاء العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة
- 69..... المطلب الثالث : شرعية العقوبة والحق في الشرف والاعتبار**
- 69..... الفرع الأول : تعريف الحق في الشرف والاعتبار
- 70..... الفرع الثاني : علاقة شرعية العقوبة بالحق في الشرف والاعتبار
- 70..... أولا : التعريف بالعقوبات الماسة بالشرف والاعتبار
- 70..... ثانيا : صور العقوبات الماسة بالشرف والاعتبار

الفصل الثاني : ضوابط شرعية العقوبة في ضوء مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان

- 74..... المبحث الأول : الضوابط الموضوعية لشرعية العقوبة**
- 75..... المطلب الأول : انفراد التشريع بتحديد العقوبات**
- 75..... الفرع الأول : المقصود من انفراد التشريع بتحديد العقوبات
- 76..... الفرع الثاني : ضوابط انفراد التشريع بتحديد العقوبات
- 76..... أولا : التشريع كمصدر وحيد للعقاب

ثانيا : ضرورة وضوح النصوص الجنائية 80

ثالثا : احترام الحد الأدنى والأقصى للعقوبة 84

المطلب الثاني : التناسب بين الجريمة والعقوبة 85

الفرع الأول : تطور التزام المشرع بضابط التناسب 85

الفرع الثاني : ضابط التناسب في الشريعة الإسلامية 86

الفرع الثالث : مراعاة الضرورة في مجالات التجريم والعقاب لتحقيق ضابط التناسب 87

الفرع الرابع : ضابط التناسب في منظور المواثيق الدولية 88

الفرع الخامس : أمثلة لنصوص في قانون العقوبات الجزائري مفقودة لضابط التناسب 89

المطلب الثالث : الرقابة على سلطة القاضي في تقدير العقوبة 91

الفرع الأول : إشكالية السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقدير العقوبة 91

أولا : الأبعاد التشريعية لسلطة القاضي التقديرية في العقوبات الجنائية 91

ثانيا : أسباب إخفاق القاضي الجنائي في سلامة استخدام سلطته التقديرية في العقوبة. 92

الفرع الثاني : حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والرقابة عليها. 94

أولا : ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تحديد العقوبة 95

ثانيا : فاعلية الرقابة على سلطة القاضي في تحديد العقوبة 97

المبحث الثاني : الضوابط الإجرائية لشرعية العقوبة 99

المطلب الأول : لا عقوبة بغير دعوى جزائية 100

الفرع الأول : أهمية المبدأ 100

الفرع الثاني : نتائج المبدأ 101

أولا : لا عقوبة بغير حكم قضائي بات 101

ثانيا : عدم جواز التنفيذ المباشر 102

المطلب الثاني : كشف الحقيقة كغاية مشروعة لإقرار سلطة الدولة في العقاب. 104

المطلب الثالث : الالتزام بحماية حق المحكوم عليه بعقوبة في درجة ثانية للتقاضي 109

الفرع الأول : المقصود بدرجة ثانية من التقاضي وأهميتها 109

الفرع الثاني : حماية هذا الحق في مصادر الحماية الجنائية لحقوق الإنسان 110

الفرع الثالث: مظاهر التعارض بين حماية هذا الحق في التشريع الجزائري وقواعد الحماية الجنائية. 112

أولا : في الأحكام الصادرة من محاكم الجنائية في جناية 112

ثانيا : في الجرح التي تعرضها النيابة العامة على محكمة الجنايات بوصف الجناية 113

المبحث الثالث : ضوابط شرعية العقوبة أثناء التنفيذ العقابي 114

المطلب الأول : ضرورة تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقوبة 115

الفرع الأول : أهمية تدخل القاضي في مرحلة تنفيذ العقوبة. 115

الفرع الثاني : الاعتراض على نظام قاضي الإشراف على العقوبة 116

117..... الفرع الثالث : نظم الإشراف القضائي على التنفيذ العقابي

118..... الفرع الرابع : جهود المؤتمرات الدولية من الدعوة إلى التدخل القضائي في مرحلة تنفيذ الجراء

المطلب الثاني : أن يكون العلاج العقابي وسيلة لتحقيق إعادة الإدماج الاجتماعي 121.....

121..... الفرع الأول : مفهوم العلاج العقابي

121 أولا : التصورات الفقهية والتشريعية للمفهوم

122 ثانيا : العلاج العقابي حق مقرر للمحكوم عليه

124..... الفرع الثاني : طرق العلاج العقابي في التشريع الجزائري

124 أولا : الفحص أو المراقبة والتوجيه

126 ثانيا : توزيع المحكوم عليهم على مختلف المؤسسات العقابية

126 ثالثا : التصنيف

المطلب الثالث : الالتزام بحماية حق الإنسان المسجون في الخلوة الشرعية بزوجه 127.....

127..... الفرع الأول : المكونات الشرعية والدستورية للعقوبة السالبة للحرية والحق في الخلوة الشرعية

129..... الفرع الثاني : تطبيقات عملية لحماية حق الإنسان المسجون في الخلوة الشرعية بزوجه

129 أولا : التنظيم القانوني لدى المملكة العربية السعودية لحق الإنسان المسجون في الخلوة الشرعية

130 ثانيا : التنظيم المقترح لدى دولة الكويت نحو حماية الحق في الخلوة الشرعية

الخاتمة 131.....

قائمة المراجع 134.....

الفهرس

قائمة المراجع

أ - الاتفاقيات الدولية :

- (1) إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789.
- (2) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948.
- (3) العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 16 ديسمبر 1966.
- (4) الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة سنة 1950.
- (5) البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام الصادر في 19/09/1981.
- (6) " قواعد الحد الأدنى لمعاملة المذنبين " الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة سنة 1955 بجنيف.

ب - القوانين

- (1) دستور سنة 1989 المعدل سنة 1996
- (2) قانون العقوبات، الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-15 الصادر في 10 يونيو سنة 2004.
- (3) قانون الإجراءات الجزائية، الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-08 المؤرخ في 26 يونيو 2001.
- (4) قانون القضاء العسكري رقم 73-04 لسنة 1973 .
- (5) تعديل قانون الجمارك رقم 98-10 لسنة 1998.
- (6) قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005.
- (7) الأمر رقم 02/72 المؤرخ في 10 فبراير سنة 1972 والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين .
- (8) المرسوم الرئاسي رقم 72-36 المؤرخ بتاريخ 10/02/1972 المتضمن إنشاء مركز وطني للفحص والتوجيه بالجزائر العاصمة.
- (9) المرسوم الرئاسي رقم 72/38 الصادر في 10 فبراير 1972 المتضمن إجراءات تنفيذ عقوبة الإعدام

ج قائمة الكتب باللغة العربية .

- (1) أحمد فتحي سرور . الوسيط في قانون العقوبات . دار النهضة العربية : القاهرة . 1996.
- (2) أحمد فتحي سرور . القانون الجنائي الدستوري . دار الشروق: القاهرة . 2002.

- (3) أحمد فتحي سرور . المشكلات المعاصر للسياسة الجنائية الحديثة. مطبعة جامعة القاهرة : القاهرة . 1999.
- (4) أحمد فتحي سرور . الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية. دار النهضة العربية : القاهرة . 1995.
- (5) أحسن بوسقيعة . المنازعات الجمركية . الطبعة الثانية . النخلة : الجزائر . 2001.
- (6) أحسن بوسقيعة . الوجيز في القانون الجنائي الخاص. الجزء الأول . دار هومة : الجزائر . 2002.
- (7) أحسن بوسقيعة . الوجيز في القانون الجزائي العام. الديوان الوطني للأشغال التربوية: الجزائر . 2002.
- (8) أحمد لعور ونبيل صقر . العقوبات في القوانين الخاصة . دار الهلال للخدمات الإعلامية : الجزائر . 2005.
- (9) أحمد شوقي الشرقاني . مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري . المؤسسة الوطنية للكتاب: الجزائر . 1992.
- (10) أحمد أبو الوفاء . كتاب الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في شريعة الإسلام. الجزء السادس . الطبعة الأولى . دار النهضة العربية : القاهرة 2001.
- (11) أحمد فتحي بهنسي . العقوبة في الفقه الإسلامي . الطبعة الخامسة . دار الشروق : بيروت . 1983.
- (12) إسحاق إبراهيم منصور . الموجز في علم الإجرام والعقاب . الطبعة الثانية . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر 1991.
- (13) العربي الشحط عبد القادر ونبيل صقر . الإثبات في المواد الجزائية . دار الهلال : الجزائر . 2004 .
- (14) أمين مصطفى محمد . مبادئ علم الإجرام . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية . 1996.
- (15) أيمن رمضان الزيني . العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وبدائلها . الطبعة الأولى . دار النهضة العربية : القاهرة . 1999.
- (16) بارش سليمان . شرح قانون العقوبات الجزائري . مطبعة عمار قرفي : الجزائر . 1992.
- (17) بارش سليمان . شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري . دار الشهاب : الجزائر . 1986.
- (18) جلال ثروت . نظم القسم العام في قانون العقوبات المصري . منشأة المعارف : الإسكندرية . 1989 .
- (19) جندي عبد المالك . الموسوعة الجنائية . الجزء الخامس . الطبعة الثانية . دار العلم للجميع : بيروت 1968 .
- (20) حسنين المحمدي . الخطر الجنائي ومواجهته . منشأة المعارف : الإسكندرية . 2003.

- (21) حسن سعد سند . الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية . الطبعة الثانية . دار النهضة العربية : القاهرة . 2004 .
- (22) حسن كيره . أصول القانون . الطبعة الثانية . دار المعارف : مصر . 1958 .
- (23) حسن يوسف مصطفى مقابله . الشرعية في الإجراءات الجزائية . دار الثقافة والدار العلمية الدولية : عمان . 2003 .
- (24) خيرى أحمد الكباش . الحماية الجنائية لحقوق الإنسان . دون دار النشر : الإسكندرية 2002
- (25) جاك دونللي . حقوق الإنسان العالمية "بين النظرية والتطبيق" . ترجمة مبارك علي عثمان . المكتبة الأكاديمية . دون بلد نشر . 1998 .
- (26) رمسيس بهنام . علم مكافحة الإجرام . منشأة المعارف : الإسكندرية . 1991
- (27) رمسيس بهنام . النظرية العامة للقانون الجنائي . المعارف : الإسكندرية . 1997
- (28) رضا فرج . شرح قانون العقوبات الجزائري . الشركة الوطنية للنشر والتوزيع : الجزائر 1976
- (29) رؤوف عبيد . الرقابة على الدستورية والشرعية . مطبعة الاستقلال الكبرى : القاهرة 1979
- (30) رؤوف عبيد . مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري . دار الفكر العربي : القاهرة 1979
- (31) سليمان عبد المنعم . النظرية العامة لقانون العقوبات . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية 2000
- (32) سليمان عبد المنعم . أصول الإجراءات الجزائية . الكتاب الأول . منشورات الحلبي الحقوقية : بيروت . 2003
- (33) سليمان عبد المنعم . أصول علم الجزاء الجنائي . دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية 2001 .
- (34) سمير عالية . شرح قانون العقوبات . القسم العام . المؤسسة الجامعية للدراسات : بيروت . 2002
- (35) سعيد بو الشعير . القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1998 .
- (36) عبد القادر عودة . التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي . الجزء الأول . دار الكتب العربي : بيروت . دون سنة نشر .
- (37) عبد الله سليمان . شرح قانون العقوبات القسم العام الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1998 .
- (38) عبد الله سليمان . الجزاء الجنائي . الجزء الثاني . ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر . 1998
- (39) علي محمد جعفر . الإجرام وسياسة مكافحته . دار النهضة العربية : بيروت . 1993 .

- (40) عبد الفتاح الصيفي. محمد زكي أبو عام . علم الإجرام والعقاب . دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية. 1998.
- (41) عبد الفتاح الصيفي. الجزء الجنائي. دار النهضة العربية: بيروت. 1972.
- (42) عبد الفتاح الصيفي. تأصيل الإجراءات الجنائية. دار الهدى للمطبوعات: القاهرة .2002.
- (43) عبد الفتاح الصيفي. القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه المعاصر. دار النهضة العربية. القاهرة.
- (44) عمر محمد بن يونس. الحماية الجنائية للثروة النفطية. الطبعة الأولى. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2003.
- (45) عبد العزيز محمد محسن. الحماية الجنائية للجنين. دار النهضة العربية: القاهرة. 1998.
- (46) علي عبد القادر القهوجي. قانون العقوبات القسم العام. الدار الجامعية: بيروت. 2000.
- (47) عصام عفيفي حسين. القاعدة الجنائية على بياض. الطبعة الأولى. دار الكتب المصرية: القاهرة. 2003.
- (48) عبد الله عبد القادر الكيلاني . عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية والقانون المصري. الطبعة الأولى. منشأة المعارف: الإسكندرية. 1996.
- (49) طاشور عبد الحفيظ . دور قاضي تطبيق الأحكام القضائية الجزائية. ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر. 2001.
- (50) فوزية عبد الستار. مبادئ علم العقاب. دار النهضة العربية: القاهرة. 1992.
- (51) فتوح عبد الله الشاذلي. شرح قانون العقوبات القسم العام. دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية. 2003.
- (52) ليلي عبد المجيد. التشريعات الإعلامية. مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح. القاهرة. 2000.
- (53) محمد سامي عبد المجيد. أصول القانون الدولي العام. الجزء الثاني . الطبعة السابعة. دار المطبوعات الجامعية: القاهرة. 1995.
- (54) محمد باهي أبو يونس. الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة. دار الجامعة الإسكندرية. 2000.
- (55) مدحت رمضان. الحماية الجنائية لشرف واعتبار الشخصيات العامة. دار النهضة العربية: القاهرة. 1999.
- (56) مصطفى محمد عفيفي. الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق. دار الفكر العربي: القاهرة. 1990.
- (57) محمد سعيد مجذوب. الحريات العامة وحقوق الإنسان. جروس بروس: بيروت. 1986.
- (58) منصور رحمانى. الوجيز في القانون الجنائي العام. دار الهدى: الجزائر. 2003 .
- (59) مأمون سلامة. قانون العقوبات القسم العام. الطبعة الثالثة. دار الفكر العربي: القاهرة. 1990.

- (60) محمد أحمد المشهداني. أصول علمي الإجرام والعقاب في الفقهيين الوضعي والإسلامي. الطبعة الأولى. دار العلمية ودار الثقافة: عمان. 2002.
- (61) منذر الفضل. تاريخ القانون. دار الثقافة: الأردن. 1998.
- (62) مصطفى العوجي. دروس في العلم الجنائي. الجزء الثاني. الطبعة الثانية. مؤسسة نوفل: بيروت. 1987.
- (63) محمد صبحي نجم. أصول علم الإجرام والعقاب. دار العلمية ودار الثقافة: الأردن. 2002.
- (64) محمد مروان. نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري. الجزء الأول. ديوان المطبوعات الجامعية. 1998.
- (65) مروك نصر الدين. محاضرات في الإثبات الجنائي. الجزء الأول. دار هومة. 2003.
- (66) محمد عبد الغريب. شرح قانون الإجراءات الجنائية. الجزء الثاني. الطبعة الثانية. دار الفكر العربي: القاهرة. 1997.
- (67) محمد عبد المنعم سالم. مدلول الحكم الجنائي من حيث الصحة والقوة. منشأة المعارف: الإسكندرية. دون سنة نشر.
- (68) محمد محدة. ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية. الجزء الثاني. الطبعة الأولى. دار الهدى: الجزائر. 1991.
- (69) محمد محدة. جرائم الشيك. الطبعة الأولى. دار الفجر: القاهرة. 2004.
- (70) محمد زكي أبو عامر. قانون العقوبات القسم العام. منشأة المعارف: الإسكندرية. 1993.
- (71) مولاي ملياني بغدادي. حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية. قصر الكتاب: الجزائر. 1992.
- (72) مولاي ملياني بغدادي. الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري. المؤسسة الوطنية للكتاب: الجزائر. 1992.
- (73) محمود شريف بسيوني. عبد العظيم وزير. الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان. الطبعة الأولى. دار العلم للملايين: بيروت. 1991.
- (74) محمود نجيب حسني. شرح قانون العقوبات. القسم العام. دار النهضة العربية: القاهرة. 1977.
- (75) محمود نجيب حسني. علم العقاب. دار النهضة العربية: القاهرة. 1967.
- (76) محمود نجيب حسني. الدستور والقانون الجنائي. دار النهضة العربية: القاهرة. 1992.
- (77) محمد زكي أبو عامر. سليمان عبد المنعم. القسم العام من قانون العقوبات. دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية. 2002.
- (78) نظير فرج منيا. الموجز في علمي العقاب والإجرام. ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر. 1993.
- (79) وهبة الزحيلي. حق الحرية في العالم. دار الفكر: دمشق. 2000.

(80) يحيى نورة. حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي. دار هومة: الجزائر. 2004.

د - المقالات والمجلات:

- (1) محمد محفوظ. "سؤال الحرية في الفكر الإسلامي المعاصر". مجلة الكلمة العدد 14. بيروت. 1999.
- (2) هميسي رضا. الحق في الحياة وسبل حمايته في القانون الدولي المعاصر. مجلة حقوق الإنسان. رقم 8/7. الجزائر. ديسمبر 1994 - مارس 1995.

ه - المراجع باللغة الأجنبية

- (1) Christophe Poulin. Droit pénal général. Edition Li Tec : Paris. 1998.
- (2) Marie Elisabeth. Droit pénal. Dalloz : Paris 2002.
- (3) Philippe Conte. Droit pénal général. 3^{ème} édition. Armand Collin : Paris 1998.
- (4) Pierrette Poncela. Droit de la peine. 1^{ère} édition. Presses Universitaires : France . 1995.
- (5) Patrick Kolb et Laurence Leturmy. . Droit pénal général. Gualino : Paris. 2000.
- (6) Gaston Stefani et autres. . Droit pénal général. 17^{ème} édition. Dalloz : Paris. 2000.
- (7) Raymond Guillien et Jean Vincent. Lexique des termes juridiques. 12^{ème} édition. Dalloz : Paris. 1999.
- (8) Jean Pradal. Les rapports entre l'organisation judiciaire et la procédure pénale. Revue internationale de droit pénal : France. 1980.
- (9) Jean Pradal. Droit pénal général. 12^{ème} édition. Dalloz. 2000.
- (10) Patrick Canin. Droit pénal général. Hachette : Paris. 2002.
- (11) Jean Roche et André Pouille. Libertés publiques et droits de l'homme. 13^{ème} édition. Dalloz : Paris. 1999.
- (12) Merle et Vitu. Traité de droit criminel. : Paris : Cujas. 1984.

و - الأبحاث الجامعية

- (1) بن حليلة إبراهيم. "ضوابط حرية الرأي والتعبير بين حقوق الإنسان والقانون الجنائي". مذكرة ماجستير - غير منشورة - كلية الحقوق والعلوم السياسية . جامعة محمد خيضر - بسكرة . 2003/2002.
- (2) عثمانية لخميسي . "العولمة وأثرها على السياسة الجنائية". مذكرة ماجستير - غير منشورة - كلية الحقوق والعلوم السياسية . جامعة محمد خيضر - بسكرة - 2004.