

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

معهد العلوم القانونية والادارية

المركز الجامعي العربي
بن مهدي بأم البواقي

مبدأ الشرعية الجزائية و أثره على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

بحث مقدم لنيل مذكرة الماجستير في القانون الجنائي

إشراف الاستاذ الدكتور:
عبد الحفيظ طاشور

إعداد الطالب:
بالضياف خزاني

أعضاء اللجنة	الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الاصلية
الرئيس:	أ.د. عواشيرية	استاذة دكتورة	جامعة باتنة
المقرر:	أ.د. عبد الحفيظ طاشور	استاذ دكتور	جامعة قسنطينة
العضو:	د.مراح محمد	دكتور	المركز الجامعي بأم البواقي
العضو:	أ.بصيمود مخلوف	أستاذ	المركز الجامعي بأم البواقي

السنة الجامعية : 2008/2007 م

باسم الله الرحمن الرحيم

{ واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل }

[النساء ، الاية 58]

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين الذي وفقني إلى انجاز هذا البحث ثم الشكر الجزيل والتقدير الكبير للاستاذ المشرف الدكتور عبد الحفيظ طاشور الذي قبل الاشراف على هذا البحث وأسدى الي التوجيهات النافعة والملاحظات القيمة من خلال تتبعه الرسالة من بدايتها الى نهايتها .

و أخص بالذكر :

- أعضاء لجنة المناقشة .
- أساتذتي على مستوى ما بعد التدرج .
- لجنة التدريس بمعهد العلوم الإدارية والقانونية بالمركز الجامعي العربي بن مهدي بأم البواقي .

خزاني.

الاهـداء

الى جميع الأهل والاقارب واخص بالذكر
الام والاب ، والاخوة ، وصورية..... .

الى جميع من ساعدني من الاساتذة من قريب او بعيد ، وخاصة المشرف على هذا العمل
الى كل من جمعتني بهم لحظة صدق وفرقتني عنهم لحظة صدق .
والى ذوي الحقوق الضائعة من المتقاضين .

و الى كل المحامين ، والقضاة ، وجميع اعوان العدالة ، اهدي هذا المجهود المتواضع.

إلى أبي و أمي

إلى زوجتي و أبنائي

كما أهدي هذا العمل التواضع إلى أساتذتي على مستوى جميع مراحل التعليم .

خزاني.

مقدمة :

تعتبر الجريمة الخطر الأكيد الذي يهدد سلامة المجتمع، ويزعزع استقراره ، لذا نرى ان
المشرع قد دأب على وضع قواعد للتصدي للجريمة، ولمواجهة خطورة مرتكبيها مستندا في ذلك إلى
ماديات موضوعية، وشخصية ، سواء اكانت ماثلة في الفعل ، أم في الشخص المتابع ، متوخيا درء
الخطر الذي يحاول النيل من المجتمع ، ومن أجل ذلك فقد ساير المشرع الجزائري ما وصل إليه
القانون الجنائي المقارن من تطور ورقي تمثل في الأخذ بمبدأ الشرعية الجزائية بمفهومه الواسع،
ويقصد بهذا الأخير قيام المشرع بحصر للسلوكات والأفعال التي تعد جرائم وتحديد العقوبات المقررة لها
بوجه دقيق.

والمبدأ المتقدم أقرته الشريعة الإسلامية في نصوصها القرآنية وقواعدها العامة منذ أزيد من 14
قرنا، غير أن هذا المبدأ انتظر أواخر القرن 18 حتى تتبناه القوانين الوضعية الغربية، ويعود الفضل في
ذلك إلى الفقيه سيزاري بيكاريا، وانتشر فيما بعد ونصت عليه العديد من الدول في قوانينها من بينها
الجزائر، حيث تجلى ذلك من خلال نص المادة الأولى من قانون العقوبات التي تنص على أن لا جريمة
ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون .

أولا : أشكالية البحث

و المشرع رغم الآليات القانونية المتاحة له، لا يمكن له حصر الجرائم بصفة دقيقة، ذلك أن
الجرائم تتغير زمانا ومكانا.

كما أنه لا يمكنه أن يقرر الجزاء لمرتكب الجريمة بمعزل عن شخصية مقترفها كل ذلك
لارتباط الجريمة بعناصر يستعصى حصرها سلفا. من هنا تتجلى أهمية هذا البحث والمتمثلة في الاقرار
للقاضي الجزائري بسلطة تقديرية ، و هذا الأمر يستدعي و في إطار معالجة هذا الموضوع إثارة
الإشكالية الرئيسية التالية : ماهو أثر مبدأ الشرعية الجزائية على السلطة التقديرية للقاضي الجزائري ؟
نحلل هذه الإشكالية من خلال الاجابة على الاسئلة الفرعية التالية :

ماهو مفهوم مبدأ الشرعية الجزائية و ضوابطه و استثناءاته ؟

ماهو مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائري و ضوابطها و ماهي حقوق الدفاع

اتجاهها ؟

ماهو نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجزائري ؟

ثانيا-الدراسات السابقة في الموضوع

وهذا الموضوع لم يحض بالدراسة الا ما ورد بشكل ضيق لا يكاد يغطي الجزء اليسير من جوانب السلطة التقديرية للقاضي الجزائري . والبعض الذي تناوله نجد انه قد غطاه فقط من الجانب الفقهي والتشريعي في حين ان الوضع الصحيح هو معالجة الموضوع من الجانب القضائي والتشريعي. على غرار كثرة هذا النوع من الدراسة في الدول العربية ، والتي منها نذكر مؤلف الدكتور - رمزي رياض عوض سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة .
- فاضل زيدان سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة .
وان الدراسات السابقة التي تناولت الموضوع قليلة جدا في التشريع الجزائري و جل ما تناولته كان بعنوان ضمانات المتهم تجاه مرحلة المحاكمة نذكر من ذلك مثلا :
كتاب الدكتور محمد محدة بعنوان ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة .
كتاب مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجنائي للاستاذ مسعود زبدة .
مجلة البحوث و الدراسات ، بعنوان (السلطة التقديرية للقاضي الجنائي) للدكتور محمد محدة و كتاب : اصول المحاكمات الجزائية بين القديم و الجديد للدكتور طه زاكي صافي .
و الدفوع الجوهرية في المواد الجزائية للدكتور مروان محمد نبيل صقر الموسوعة القضائية اللبنانية ، لذا سيكون اعتمادي على هذه المراجع اكثر من غيرها .

ثالثا: اسباب اختيار الموضوع

وقد اخترت هذا الموضوع لعدة اسباب منها :
معرفة سلبيات و ثغرات مبدأ الشرعية الموضوعية ، و محاولة تفاديها في المجال التطبيقي سواء كمشرعينا او كقضاة او محامين .
الإطلاع على عدة كتب في إطار نظام الإثبات في المواد الجزائية و محاولة إبراز مدى سلطة القاضي الجزائري في الإثبات للدكتور
- فاضل زيدان سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة .
- رمزي رياض عوض سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة .
- نصر الدين مروك محاضرات في الإثبات الجنائي النظرية العامة للإثبات الجنائي .
- نبيل صقر ، العربي شحط الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه و الإجتهد القضائي موسوعة الفكر القانوني .
- مسعود زبدة مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجنائي .

ثم قرائتي لمجلة تناولت نفس الموضوع تحت عنوان السلطة التقديرية للقاضي الجزائري و هي مجلة البحوث الدراسات الصادرة عن المركز الجامعي بالوادي بقلم الاستاذ الدكتور محمد محده سنة 2004

محاولة توضيح العلاقة بين المشرع كواضع للقاعدة القانونية ، و القاضي كمطبق لها و المجرم كونه موضع التطبيق مراعاة لشخصيته و للظروف المحيطة بفعله .
الاطلاع على مشروع اصلاح العدالة لسنة 2000 و الذي اتى بسلطات واسعة للقاضي الجزائري اثناء المحاكمة تماشيا مع المواثيق الدولية الداعية للمحاكمة العادلة .
خلق اشكاليات تكون الاجابة عليها بمثابة تحليل للعلاقة بين مبدا الشرعية الموضوعية و اعمال السلطة التقديرية للقاضي الجنائي و التي هي مثار جدل بين الفقهاء

رابعاً: مصادر ومراجع البحث

بما ان المجال الطبيعي للدراسة هو القضاء فاننا لم نعاني من ندرة المراجع فقد عززت الدراسة بالكثير من القرارات لقضاء النقض للمحكمة العليا ثم محكمة النقض المصرية و الفرنسية و المغربية عند الإقتضاء ، فمن هذه المراجع نذكر:
- رمزي رياض عوض سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة .
- نصر الدين مروك محاضرات في الإثبات الجنائي النظرية العامة للإثبات الجنائي .
- نبيل صقر ، العربي شحط الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه و الإجتهد القضائي موسوعة الفكر القانوني .
- مسعود زبدة مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجنائي .
- طه زكي صافي الإتجاهات الحديثة للمحاكمات الجزائية بين القديم و الجديد .

خامساً : اهداف البحث

والخوض في مسالة السلطة التقديرية هدفه الرئيسي هو حصر مجالها وتبيان علاقتها بمبدا الشرعية الجزائية ، و ابراز القيود الواردة عليها والتي من خلالها تكفل حقوق الدفاع . فيكون الهدف الرئيسي للبحث هو ارشاد القاضي للتطبيق السليم للقانون وتبيان حدود وضوابط سلطته التقديرية ، و اعتبار الدراسة كدليل للمحامي من خلال صيانة حقوق الدفاع لمراقبة عمل القاضي .
و القاضي لا يمكن له تبين ملا بسات الجريمة والظروف المحيطة بها قبل ارتكابها ، لتتبع صور الجريمة وطرق مواجهتها بتقديم البشرية.

والقاضي في إشرافه على سير الدعوى العمومية والتي هي سجل بين النيابة العامة والمتهم سلاح هذا السجل هو الاثبات الذي به ينسب الفعل للفاعل، لما يتوفره من وسائل وأدلة توجه قناعة القاضي الجزائي في إطار حرية التصرف فيها، وفي تقديره للعقوبة المناسبة لمن ثبتت في حقه في الجريمة ، نجد أن المشرع قد مكن القاضي من اعمال سلطته التقديرية لتكملة عمل المشرع في إطار التحديد الواقعي للأثر القانوني للجريمة باختيار النص الملائم عند تكييف الواقعة، والأخذ بشخصية المجرم وظروف الفعل عند تحديد العقوبة، على أن السلطة التقديرية للقاضي لها ضوابط من خلالها يراعي المشرع حقوق الدفاع والتي يعتبر جزاء الإخلال بها بطلان إجراءات المحاكمة ، وذلك من اجل :

الوصول لمحاكمة عادلة للمتهم .

جبر ضرر الضحية .

تقييدا السلطة التقديرية لعدم تحكم القاضي في مواد الاثبات و الادلة
سير كما ان من اثر البطلان للاجراءات ، في مجال تقدير العقوبة و التبليغ بالاجراءات اثناء
المحاكمة ، هو بطلان فاسدها و ابقاء صحيحها .
شمول السلطة التقديرية موازنة مصالح المجتمع بمصالح الضحية و توسعها في هذا الجانب و
موازنة ادلة الاثبات ببيان صحيحها و سقيمها و تقدير العقوبة و وصف الجريمة تبعا لذلك .
التأكيد على ضمانات المتهم و الدفاع في مرحلة المحاكمة ووسائل حمايتها ، و ارشاد القضاة في
سبيل صيانتها .

سادسا : المنهجية المتبعة

وفي هذا المجال وفي اطار تحليل الموضوع اتبعت المنهج الوصفي الاستقرائي الملائم لهذا النوع من الدراسة دون ان انفي استعانتني بباقي المناهج الاخرى كالاستنتاجي مثلا.
و يعتمد هذا المنهج على تحليل المواد القانونية و إستخراج عناصر التشابه و الاختلاف فيما بينها أو استخراج القاعدة العامة و الاستثناءات الواردة عليها على ضوء المبادئ القانونية المقررة في القانون مع التعليق على ما جاء فيها من أحكام و استقراء النتائج الرئيسية و ربطها ولأصل العام الذي وردت فيه المادة القانونية .

سابعا -اهمية البحث

و تتجلى اهمية البحث فيما يلي :

ابرز مكانة الشرعية الموضوعية في التشريع الجزائري و مدى اخذ المشرع بها ، ليصون ضمانات الجاني بعدم توقيع عقوبة غير منصوص عليها كقيد على السلطة التقديرية للقاضي الجزائري .

ان القاضي الجزائري يسعى لاثبات وقائع مادية للجريمة و هو بذلك يخالف القاضي المدني الذي يثبت تصرفات قانونية ، و بالتالي فهذا البحث يبين مظاهر الاختلاف بين كلا النوعين من الاثبات .

ان المتهم يتستر على جريمته و يتهم بوجود شبهات حوله من النيابة العامة و له التمسك باصل البراءة كضمانة له اثناء المحاكمة ، و يترتب على هذا ان الشك يفسر دائما لصالح المتهم و لا ادانة الى دليل يقيني .

السلطة التقديرية تتخطى مرحلة نسبة الجريمة او نفيها الى مرحلة العقوبة فهي تمس مرحلة تقدير العقوبة ايضا مراعاة للتفريد العقابي .

ومن اهمية اختيار البحث ايضا ، ان يكون هذا البحث دليلا للقاضي الجزائري في عمله وسعيه لترجمة السلطة التقديرية له في مراعاة العدل والعدالة .

ثامنا - خطة البحث

ولمعالجة هذه الاشكالية فقد خصصت فصل تمهيدي كمدخل للموضوع : ابرزت من خلاله مفهوم مبدأ الشرعية كضابط للسلطة التقديرية للقاضي الجزائري ، ثم بينت اهم النتائج المترتبة عليه (الفصل التمهيدي) .

ثم عالجت مفهوم السلطة التقديرية و اساسها و خصائصها ثم تطرقت الى ضوابطها وكفالة حقوق الدفاع تجاهها هذا كمدخل للسلطة التقديرية . (الفصل الأول)

ثم تطرقت الى نطاق السلطة التقديرية من خلال ، ادلة (الاثبات) ، وتكييف الجريمة ، ثم تقدير العقوبة (الفصل الثاني)

الفصل التمهيدي

مدلول مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

سادت البشرية فترة طويلة من الزمن كانت مشيئة الحاكم وإرادته هي القانون، إزاء حكم مطلق وحكام وملوك مستبدين يزعمون أن إرادتهم مستمدة من إرادة الله، فهم يحتكرون لأنفسهم السيادة المطلقة على أفراد الجماعات التي يحكمونها، فيفصلون في نزاعاتهم الجنائية والمدنية كما يهوا ويشاءوا دون الالتزام بأية قاعدة ثابتة.

وهؤلاء الحكام يتحكمون في تحديد الجرائم وتعيين عقوباتها، ويعتبرون الفعل جريمة ولو لم يكن قد نص على تجريمه، ويعاقبون بأية عقوبة حتى ولو لم يكن منصوصا عليها.

وفي ظل هذا النظام الاستبدادي الممارس من قبل الحكام والملوك تجاه الأفراد لم يكن من الممكن صيانة حقوق الأفراد وحررياتهم، أو وضع حد لهاته السلطة المستبدة، حيث لم يكن الوقت مواتيا لظهور مبدأ يعبر عن سيادة القانون ولكن بتناقض الطغيان والاستبداد وظهور الدولة القانونية بمفهومها الحديث اخذ مبدأ الشرعية في البروز كمبدأ يعبر عن حرية الأفراد في ممارسة حقوقهم، وتدعيما لديمقراطية الحكم وتعبيرا عن مبدأ الفصل بين السلطات وذلك بعد أن انهارت الأنظمة القديمة التي كانت لا تفرق بين إرادة الحاكم والقانون.

وفي هذا الفصل سنتعرض لمفهوم المبدأ وذلك من خلال تعريفه، ونشأته والتطور التاريخي له (المبحث الأول)
و كذا أهمية نتائجه (المبحث الثاني)

المبحث الأول

مفهوم مبدأ الشرعية

تعتبر الجريمة قديمة قدم البشرية ،فقد ظهرت مع ظهور الإنسان الأول وقصة بني ادم خير دليل على ذلك فقد ورد القران الكريم" { وأتل عليهم نبأ ابنيا ادم بالحق إذا قربا قربانا فتقبل من احدهما ولم يتقبل من الآخر قال لأقتلنك قال إنما يتقبل الله من المتقين ،لئن بسطت إلي لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك لأقتلك إني أخاف الله رب العالمين ، إني أريد أن تبوأ بإثمي وإثمك فتكون من أصحاب النار وذلك جزاؤا الظالمين ،فطوعت له نفسه قتل أخيه فقتله فأصبح من الخاسرين}{[المائدة: 27-30].

ولا بد لوجود الجريمة من عنصر قانوني أي من نص يرتكز عليه وجودها القانوني وذلك إتباعا لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة بدون قانون.

ودراسة هذا المبدأ تستوجب تعريفه وبيان نشأته وتطوره،ومنه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

تعريف مبدأ الشرعية (المطلب الأول)

نشأة مبدأ الشرعية وتطوره (المطلب الثاني)

المطلب الأول
تعريف مبدأ الشرعية

يقصد بمبدأ الشرعية حصر الجرائم والعقوبات في نصوص القانون المكتوب ، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها من جهة ، وفرض العقوبات المقررة لها ونوعها ومدتها من جهة أخرى ، وعلى القاضي تطبيق ما يضعه المشرع من قواعد تشريعية. وقد صيغ هذا المبدأ بعبارة موجزة "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير امن بغير قانون" تضمنتها المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري¹ ويعتبر مبدأ الشرعية مبدأ دستوريا يكفل الحماية للحقوق والحريات الفردية وذلك بالأ يفر الجاني من الجزاء وان لا يدان البريء حيث تنص المادة 46 من التعديل الدستوري لعام 1996 "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم". وبالتالي فلا يملك القاضي أن يعاقب على فعل لم يجرمه المشرّع ولا أن ينطق بعقوبة غير منصوص عليها في القانون . ولئن كان مبدأ الشرعية موجّها بصفة أساسية إلى السلطة القضائية على اعتبار انه من الناحية التاريخية كرد فعل على مظاهر التحكم والسلطة شبه المطلقة التي يتمتع بها القضاة آنذاك إلا أن هذا المبدأ يخاطب في حقيقته السلطات الثلاث التشريعية، التنفيذية والقضائية ، و عليه سنعرض لتعريف مبدأ الشرعية الجزائية من خلال دراسة الدعامة الدستورية لمبدأ الشرعية الجزائية (الفقرة الأولى) ثم الدعامة السياسية لمبدأ الشرعية الجزائية (الفقرة الثانية)

الفرع الأول

الدعامة الدستورية لمبدأ الشرعية الجزائية

فمبدأ الشرعية يقيد السلطة التشريعية وذلك يكون عن طريق إلزامها بتجريم الأفعال بمقتضى نصوص مفصلة تبيّن منها على نحو كاف وعلى وجه الدقة كافة الأركان والعناصر اللازمة لقيام الجريمة ، وبالتالي عدم اللجوء إلى استخدام القوالب الحرة في التجريم ، تلك التي لا يحدد فيها بالدقّة المطلوبة أركان وعناصر الجريمة.

كما أن مبدأ الشرعيّة يقيد السلطة التنفيذية فلا تملك هذه الأخيرة سلطة التجريم والعقاب إلا في الحدود القانونية المرخص لها بها فلا تملك أن تجرم فعلا وتعاقب عليه إلا بمقتضى ما هو معترف لها من سلطة إصدار التشريعات² سلطة رئيس الدولة المخولة له بمقتضى الدستور او عن طريق اللوائح حيث خوّله القانون سلطة تشريعية استثنائية ومحدّدة لكن هذا لم يمنع القول من أن التفويض التشريعي الممنوح للسلطة التنفيذية في مجال إنشاء الجرائم والعقوبات هو أمر غير مرغوب فيه.

¹ - محمد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام الجريمة ج1 ديوان المطبوعات الجامعية -الساحة المركزية -بن مكنون الجزائر، 2002 ص(73-74).

² - سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2000 ص(325-326).

غني عن البيان ما يرتبه مبدأ الشرعية من قيود في مواجهة السلطة القضائية، بل إن هذه الأخيرة هي المعنية في المقام الأول في مجال تطبيق هذا المبدأ¹، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بعقوبة تتجاوز في مقدارها الحد الأقصى للعقوبة كما هو منصوص عليها في القانون، كما لا يجوز كذلك أن يحكم القضاء بعقوبة تقل في مقدارها عن الحد الأدنى المنصوص عليه قانونيا متى كانت المحكمة لم تبيّن في حكمها توافر ظرف قضائي مخفف في جانب المحكوم عليه.

وكما يلتزم القاضي بالألا ينطق بعقوبة غير منصوص عليها في القانون فإنه لا يستطيع أن يستبدل عقوبة بأخرى، ولا أن يضيف إلى العقوبة الأصلية عقوبة أخرى، ولا أن يضيف إلى العقوبة الأصلية عقوبة تكميلية متى كانت هذه الأخيرة غير واردة ضمن العقوبات المقررة للجريمة. وبالإضافة إلى ذلك فإن مبدأ شرعية العقوبة يقيد القاضي فلا يمكنه أن يغيّر من طريقة تنفيذ الحكم الصادر بالإدانة أو بالمخالفة لما 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 فإنه يقرر نفس القيود في مواجهة الإدارة العقابية فهذه الأخيرة لا تستطيع أن تنفذ عقوبة في مواجهة المحكوم عليه

غير تلك التي أصدرها القضاء كما لا يجوز لها أثناء تنفيذ العقوبة أن تعدل من طبيعتها أو مدتها².

ويجد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أساسية في دعامتين إحداهما أخلاقية والأخرى سياسية. فالدعامة الأولى تبنى على أساس من العدالة، لأنه ليس من العدل معاقبة شخص عن فعل ليس بإمكانه إدراك صفته قبل مشروع له من الإمكانيات والوسائل ما يمكنه من الإلمام بالتصرفات المحرمة بتشريع سابق.

الفرع الثاني

الدعامة السياسية لمبدأ الشرعية الجزائية

¹ - رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري (الأحكام العامة للجريمة) الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر ط/2 1976 ص(104.0)

² - سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، المرجع السابق ص(326).

أما الدّعمة الثنائية فمنشؤها اعتبارات سياسية انبثقت في أوروبا في بداية القرن 18 وساد في نهايته وفي خلال القرن 19 ،على إثر ظهور الفكر الليبرالي ، فقد كان القضاة يملكون سلطة تشريعية حقيقية في مجال التجريم والعقاب، حيث كان مردّ قانون العقوبات إلى ضمير القاضي وغالبا ما تختلف العقوبات باختلاف الوضع الاجتماعي للشخص. وكان لظهور المذهب الليبرالي واستلام الطبقة البرجوازية للسلطة السياسية أثر في انتزاع سلطة التجريم والعقاب من قبضة القضاة وإنطتها بممثلي الأمة تحقيقا لفكرة سيادة الأمة وإعلاء لكلمة الحرية الفردية.

لذلك فالمبدأ المتقدم هو ربيب الفكر الليبرالي ، وكان من نتائجه عدم قابلية العرف لأن يكون مصدرا للتجريم والعقاب ، لأنه خلق القاضي (السوابق القضائية) وهي سلطة جرّدت منه. إلا أن التخفيف من غلوائه بدأ يعمل عمله كلما كان ذلك ضمانا لمصلحة الفرد وحرّيته، إذا يجوز تطبيق القياس والعرف وتطبيق القانون الجنائي بأثر رجعي. والمصلحة الفردية ليست هي المبرر الوحيد لعدم التقيد بحرفية المبدأ بل إن المصلحة العامة هي الأخرى تكون من باب أولى مبرر لعدم التقيد به غالبا ما تعتمد التشريعات الوطنية نصوصا مطّاطة، من ذلك عبارات التدليس، ضدّ المصلحة العامة ، ضدّ اللياقة والحشمة بصورة منافية لأداب المجتمع .

وقد طغت فكرة امن الجماعة ومصحتها على الأفكار التقليدية بشأن الحرية الفردية و تقديمها، وذلك على اثر ظهور المذاهب الاشتراكية في نهاية القرن 19 وبداية القرن 20 . حيث تجاهلت قوانين عديدة هذا المبدأ منها القانون الجنائي الروسي الصادر في كانون الثاني سنة 1927 والقانون الألماني الصادر في 1 أيلول سنة 1935¹ .

ونشير إلى انه وكما سينتقد شرحه إلى أن الشريعة الإسلامية الغراء قد عرفت هذا المبدأ منذ ما يزيد عن 14 قرنا من خلال نصوص متعدّدة وردت في القرآن الكريم كقوله تعالى {وما كنّا معذّبين حتى نبعث رسولا} [الإسراء: 15] ، وقوله سبحانه وتعالى أيضا {وما كان ربّك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا} [القصص: 59] وأحاديث نبوية شريفة تؤكد، وأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة ومن أمثلة هذه الأخيرة إن الأصل في الأشياء الإباحة ، وانه لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النّص.

ومما تجدر الإشارة إليه أن التشريع الجنائي الإسلامي لا يسري بأثر رجعي وهذا واضح من خلال قوله سبحانه وتعالى {عفا الله عما سلف ، ومن عاد فينتقم الله منه} [المائدة: 95].

¹ - محاسن هاشم السعدي: مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية ، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية ص(42-43) .

المطلب الثاني

نشأة مبدأ الشرعية وتطوره

لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات جذور تاريخية بعيدة، وهو احد مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي إذ ورد النص عليه في القران الكريم وتضمّنته السنة النبوية الشريفة، واعترفت به الأصولية في الفقه الإسلامي، وقد جاء النص عليه في وثيقة العهد الأعظم (الماجيكارتا) في انجلترا سنة 1216 كما تضمنه إعلان الحقوق الأمريكي الصادر في مقاطعة فيلادلفيا سنة 1774 قبيل سنوات من اندلاع الثورة

الفرنسية¹، وعرف مع هذه الأخيرة قفزة نوعية بعد أن تبناه رجال الثورة وأعطوه صياغة واضحة ومحددة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789 دأبت القوانين بعد ذلك إلى الأخذ به فنص عليه دستور الجمهورية الفرنسية بعد سقوط الملكية سنة 1783 في المادة 14 وأعيد النص عليه في قانون نابليون وانتشر بعد ذلك المبدأ ونصت عليه دساتير الدول وقوانينها العقابية وأيدته المؤتمرات الدولية وتبنته منظمة الأمم المتحدة في إعلان حقوق الإنسان الصادر في 1984/12/10 في المادة 11 منه².

و في ما يلي نتعرض للمبدأ في كل من الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)
و تشريعات الدول الأوروبية (الفرع الثاني)
و من خلال الدستور و قانون العقوبات الجزائريين (الفرع الثالث) .

الفرع الأول مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية

عرفت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ منذ ما يزيد عن أربعة عشرة قرناً، والأدلة فيها على تقرير المبدأ كثيرة سواء في نصوصها الأصلية أو قواعدها العامة، فكلها قاطعة في أن لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار وان الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم³، ومن النصوص القرآنية الدالة على ذلك قوله تعالى {وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا} [الإسراء 15] ، وبالتالي فحكمته سبحانه

¹ - سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، المرجع السابق ص(331)

² - عبد الله سليمان، المرجع السابق ص(75)

³ - عبد القادر عوادة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار التراث العربي، بيروت لبنان ط/4، 1985، ص(118) .

قضت بان الله تعالى لا يعاقب احد من عباده إلا إذا بلغ رسالته إليه وانذره بسوء العقاب إن خالف، وبحسن العقاب إن أطاع ولم يخالف¹.

ومن القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية انه "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص". وهناك قاعدة أساسية أخرى تقضي بان الأصل في الأشياء الإباحة "أي أن كل فعل او ترك مباح أصلاً بالإباحة الأصلية، أما إذا لم يرد نص يقضي بذلك فلا مسؤولية ولا عقاب على الفاعل او التارك².

و تقسم الجرائم في الشريعة الإسلامية إلى أقسام ثلاثة هي :

جرائم الحدود (الفقرة الأولى)

جرائم القصاص (الفقرة الثانية)

جرائم التعزير (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى

جرائم الحدود

هي الجرائم التي حددت بنص شرعي من القرآن والسنة ووضعت لها عقوبات مقدرة حقا لله تعالى، حددتها الشريعة بنوعها ومقدارها. ولكونها حق لله تعالى فإنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد

ولا من الجماعة³ وهذه الجرائم هي الزنا، القذف، وشرب الخمر، السرقة، الحرابية، البغي، الردة .

حد الزنا: الجلد والنفي لمدة عام للبكر، والجلد والرجم للمحصن لقوله تعالى {الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين} [النور:02].

¹ - محمد أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي (الجريمة) دار الفكر العربي، بدون تاريخ، ص(160)

² - عبد القادر عوذة، المرجع السابق ص(115-116)

³ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ص(61)

حدّ القذف: يعاقب بعقوبة أصلية هي الجلد وبعقوبة تبعية هي الحرمان من حق الشهادة لقوله سبحانه تعالى {والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون} [النور: 04].

حدّ شرب الخمر: هي الجلد ولكن النبي (ص) لم يحدّد مقدار العقوبة تقديرا محدّدا وقد روي انه أربعين جلدة وفي عهد عمر كان الجلد ثمانين قياسا على القذف، وقد حرّم شرب الخمر استنادا لقوله تعالى {وإنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه} [المائدة: 09].

حدّ السرقة: حدّها قطع اليد إستنادا لقوله تعالى {والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسب نكالا من الله} [المائدة: 38] ومقدار ما تقطع فيه اليد هو ربع دينار، لقوله ص (لا تقطع اليد إلا في ربع دينار فصاعدا).

حدّ الحراية: حدّها القتل أو الصلب أو قطع اليدين والرجلين أو النفي لقوله تعالى {إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم} [المائدة: 33].

حدّ البغي: هو القتال والقتل حتى يفئ الباغي ويرجع عن بغيه حيث قال تعالى {وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما، فان بغت أحدهما على الأخرى فقاتلتا التي تبغي حتى تفيئ إلى أمر الله} [الحجرات: 09].

حدّ المرتد: هو القتل حيث قال تعالى {ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين} [آل عمران: 85] ويقول أيضا {من يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة} [البقرة: 217]، ويقول أيضا (من بدّل دينه فاقتلوه)¹.

الفقرة الثانية

جرائم القصاص والدية

¹ - محمد القادر موحدة، المرجع السابق ص (119-120)

لهاته الجرائم عقوبات محدّدة النوع والمقدار وهي حق للأفراد، ومن ثمّ كان للمجني عليه أو وليّه العفو عن العقوبة لأنها حقه، أما ولي الأمر فليس له ان يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفوا عن احدهما لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله أو الأفراد¹.

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي القتل العمد - إتلاف الأطراف عمدا - الجرح العمد والجرائم التي يعاقب عليها بالدية: جرائم القصاص إذا عفي عن القصاص أو تعذر تطبيقه لسبب شرعي، القتل شبه العمد، القتل الخطأ، إتلاف الأطراف الخطأ، الجرح الخطأ.

الفقرة الثالثة

جرائم التعزير

عرّف الفقهاء التعزير بأنه تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود، وبالتالي فإن جرائم التعزير ترك أمر تحديدها لولي الأمر أو القاضي بما يتلاءم مع كل عصر ومصر². ولعلّ أهم ما يترتب على التفرقة بين طوائف الجرائم السابقة هو أن سلطة القاضي مقيدة في شأن الطائفتين الأولى والثانية (جرائم الحدود والقصاص) بينما يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بجرائم الطائفة الثالثة (جرائم التعزير).

الفقرة الرابعة

السلطة التقديرية للقاضي في إطار الشريعة الإسلامية

ليس أمام القاضي إزاء جرائم الحدود والقصاص الثابتة قبل الجاني الا ان يحكم بالعقوبة المقدره شرعا. فلا يستطيع تجاوزها، او استبدالها بعقوبة أخرى، او إيقاف تنفيذها. وفي جرائم القصاص تظل سلطة القاضي مقيدة، فهذا ملزم بانزال عقوبة القصاص فان عفى المجني عليه وجب الحكم بالدية فإذا عفى أيضا عن المطالبة بالدية تعين على القاضي هنا تطبيق عقوبة تعزيرية. وبخلاف ذلك يستطيع القاضي فيما يتعلق بجرائم التعزير أن يختار القدر من العقوبة الذي يراه مناسباً للجاني، ولظروف ارتكابه الجريمة، ولبواعثه على ارتكابها وله أن يهبط بالعقوبة إلى حدّها الأدنى أو

¹ - محادل فتوة، محاضرات في قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ديوان المطبوعات الجامعية. الساحة المركزية بن مكنون الجزائر ط/4، 1994 ص(125)

² - محمد الله سليمان، المرجع السابق ص(76)

يصعد بها إلى حدها الأقصى. كما يجوز للقاضي إستبدال العقوبة بأخرى متى رأى ذلك محققا للهدف من التّعزير كما انه من حقه إيقاف تنفيذ العقوبة¹.

الفرع الثاني

مبدأ الشرعية في أوروبا

لقد كان المبدأ تنويجا لكفاح إنساني طويل ضد استبداد الحكام وتعسف القضاة. وثمره يانعة لجهود المفكرين والمصلحين ،الذين كرّسوا جهودهم من اجل وضع حد لتحكم القضاة واستبداده في التجريم والعقاب² ، وكان الفيلسوف الفرنسي مونتيسكيو أول من دعا إلى الشرعية في كتابه "روح القوانين " سنة 1748 حيث انتقد قسوة العقوبات و دعا إلى ضمان حرية المواطن ومساواته أمام القانون ،وطالب باعتدال العقوبات و عدالتها ووجوب الحكم بها من قبل سلطة قضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية وبمقتضى نصوص قانونية صريحة³.

بيد أن هناك من يرى إن الالتزام بمبدأ الشرعية قد ساد عام1215 في عهد الملك جون حينما أعلن في المادة29 من العهد الأعظم انه لايمكن توقيع عقوبة ما على شخص حرّ إلا إذا سبقتها محاكمة قانونية وطبقا لقانون البلاد ،ويضيفون أن المبدأ انتقل بعد ذلك إلى أمريكا، ويقرّرون انه لم ينتشر في أوروبا حتى عام 1764 بعدما نادى به العلامة بيكاريا⁴ في كتابه "الجرائم والعقوبات" معتمدا فلسفة روسو وبالخصوص نظرية العقد الاجتماعي مؤكدا بان القانون وحده الذي يحدد العقوبات المتناسبة مع الجرائم وان سلطة التحديد هذه يملكها المشرّع وحده الذي يجمع أفراد المجتمع بحكم العقد الاجتماعي حيث قال بيكاريا في كتابه "العمدة" إذا لم تكن القوانين ثابتة ومدونة ،وإذا كان من حق القاضي وحده أن يقرر بان الفعل ضد القانون او مطابق له،وإذا كانت قاعدة الصواب والخطأ التي يجب أن توجه أفعال الشخص الجاهل والشخص المثقف وهي بالنسبة للقاضي موضوع عمل بسيط فالمواطن يصبح عبدا للقضاة "لذا" فان القوانين وحدها هي التي يجب أن تقرر العقوبات للجرائم ويمكن إسناد سلطة وضع هذه القوانين إلى المشرّع فقط،والذي يمثل الجماعة المتضامنة المثقفة بمقتضى العقد الاجتماعي.وليس للقاضي الذي هو جزء من الجماعة أن يضيف أي زيادة على العقوبة المقررة مسبقا للمجرم المواطن ،برغم الحرص على المنفعة العامة".

¹ - سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ،المرجع السابق ص(88)

² - فتوح عبد الله الشاذلي :أساسيات علم الإجرام والعقاب، دار المدى للطباعة، الاسكندرية2000 ص(92)

³ - أكرم نشأت إبراهيم المرجع السابق ص(18-19)

⁴ - سليمان بارش ،شرح قانون العقوبات الجزائي (شرحية التجريم) ج1 مطبعة عمار قرفي باتنة 1992 ص(15).

أما "فيورباخ" فقد أضفى طابعا علميا على الغرض من العقوبة وفقا لنظريته في الإكراه النفسي حيث يرى أن وظيفة العقوبة هي أن تخلق لدى الأفراد بواعث مضادة للبواعث الإجرامية فأما تتوازن معها او تفوقها فتصرفهم عن الإجرام¹.

وقد تأكد هذا المبدأ في إعلان حقوق الإنسان المواطن سنة 1789 حيث نصت المادة 5 منه على انه لا يمنع الفرد من إتيان ما هو غير محظور بنص القانون والمادة 8 منه نصت على انه لا يجوز معاقبة شخص إلا طبقا لقانون محدد وصادر قبل ارتكاب الفعل.

ودخل هذا المبدأ إلى المجال التشريعي ثم أكده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 ومنذ ذلك الحين التزمت الدول الديمقراطية بالنص على هذا المبدأ في دساتيرها وقوانينها العقابية وأيدته المؤتمرات الدولية².

الفرع الثالث

مبدأ الشرعية في الدستور وقانون العقوبات الجزائريين.

جاء النص على مبدأ الشرعية الجزائية في القانون الجزائري من خلال الدساتير المختلفة التي عرفتها البلاد بدءا بدستور 1963 ثم دستور 1989 ثم التعديل الدستوري 1996 و سنفصل هذه الأمور تباعا من خلال التعرض لمبدأ الشرعية في إطار الدستور الجزائري (الفقرة الأولى) .

كما أن هذا المبدأ قد تناولته القوانين التشريعية المختلفة و التي تنظم الدعوى العمومية و تحكم الجرائم و العقوبات كما سيأتي بيان ذلك من خلال دراسة المبدأ في قانون العقوبات الجزائري و قد أفردت لهذا العنوان (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى

¹ - سليمان محمد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، المرجع السابق ص(59)

² - سليمان بارش ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، المرجع نفسه ، الصفحة 15 .

المبدأ في الدستور الجزائري

ورد النص على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في التعديل الدستوري لعام 1996 والجاري العمل به وذلك في عدة نصوص وأكد على ضرورة احترامها ومنها: ما نصت عليه المادة 29 من ان ، كل المواطنين سواسية أمام القانون ، والمقصود بهاته المادة أن المشرع بمجرد نصه على عقوبة معينة فان هاته الأخيرة تصبح قابلة للتطبيق على كافة الأفراد الذين ارتكبوا الفعل الذي قررت من اجله العقوبة وبالتالي فلا يمكن أن تختلف العقوبة باختلاف أقدار الأفراد والطبقة الاجتماعية التي ينتمون إليها¹ ، وما نصت عليه المادة 40 من ان تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن ، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة".

حسب المادة لا يمكن انتهاك حرمة المنزل او تفتيشه إلا بقانون وفي حدود متمثلة في وجوب احترام ذلك المسكن بمن فيه ولذلك نص ق.إ.ج في هذا الصدد على أن التفتيش لا يمكن أن يكون بعد الساعة الثامنة ليلا او قبل الساعة الخامسة صباحا، وان يكون التفتيش بعد استظهار الإذن به وهذا الأخير يجب أن يكون صادرا عن السلطة القضائية المختصة ، كما نصت المادة 45 ، على ان كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون".

إن الأصل في الإنسان البراءة فلا يكلف احد بإقامة الدليل عليها، إنما يلزم الدليل لنفيها. وهذا الأصل مقرر بصريح هاته المادة ، وهو مقرر كذلك في عديد المواثيق الدولية. ومؤدى ذلك انه لا يجوز الحكم بإدانة الشخص إلا إذا قام الدليل القاطع على انتفاء براءته. أما الحكم بالبراءة فلا يلزم بناؤه على القطع والجزم بل يصح بناؤه على الشك في ثبوت الإدانة.

ومعنى ذلك أن الحكم بالبراءة يصح أن يبنى إما على أدلة قاطعة تنفي الاتهام او على عدم وجود أدلة قاطعة تثبت صحة الاتهام. ذلك بان الشك في الإدانة يتساوى مع القطع بالبراءة إذ يجب الحكم في الحالتين ببراءة المتهم. أما الحكم بالإدانة فلا سبيل إليه إلا إذا قام الدليل القاطع على وقوع الجريمة من جهة وعلى نسبتها للمتهم من جهة أخرى لان ما ثبت باليقين وهو البراءة ، لا يزول بالشك².

فلا لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرّم ، كما لا يمكن أن يدان شخص بسبب فعل ارتكبه قبل تجريم ذلك الفعل وهذا النص الدستوري يؤكد ما جاء في المادة 3 من قانون العقوبات الجزائري والمقررة لمبدأ عدم رجعية القوانين ، ويتضح اعتماد المشرع على مبدأ الشرعية من خلال نص المادة 140 ، كأساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة الكل سواسية أمام القضاة وهو في متناول الجميع ويجسده

¹ - سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، المرجع السابق ص(705-706).

² - محوض محمد محوض: المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية ص(669-670)

احترام القانون ، ويقوم القضاء على مبادئ مهمة منها مبدأ الشرعية والمساواة ومن دون هذين المبدأين لا يمكن لنا أن نتمتع بأجهزة قضائية تطبق العدل والمساواة ، كما ان العقوبات الجزائية تخضع إلى مبدئي الشرعية والشخصية ، كما سبق ذكره فان العقوبات لا يمكن توقيعها إلا إذا كانت مقررة وفق القانون وذلك من خلال نص يبين بوضوح الفعل المجرم ويحدد العقوبة المقررة له، وتخضع العقوبات الجزائية أيضا لمبدأ الشخصية أي أن العقوبة تقتصر أثارها على الشخص المذنب دون أن تتعدى الآثار لغيره مهما كانت صلة القرابة بالمحكوم عليه¹ ، كما يتجسد المبدأ من خلال نص المادة فلا يخضع القاضي إلا للقانون"².

إن المهمة الأساسية للقاضي هي الفصل في الخصومات القضائية بين المتنازعين ويلتزم حيال ذلك بمبدأ الحياد، فهو لا يتحيز لأحد الخصوم حتى تتسم أحكامه بالمصادقية ويساهم في حسن سير العدالة ومن أجل ذلك اقر للمشرع حماية خاصة وحصانة قضائية .

وكخلاصة الدساتير العالمية وكذا القوانين الوطنية حيث يعتبر مبدأ الشرعية من أهم الضمانات القانونية للحقوق والحريات الفردية ولحقوق الإنسان عامة وذلك من خلال منع إصدار قانون يخالف النص الدستوري تطبيقا لمبدأ تدرج القوانين واحتراما له.

وقد نصت الدساتير الجزائرية المتعاقبة على المبدأ المتقدم ابتداء من دستور 1963 مروراً بدستوري 1976 و1989 وانتهاء بالتعديل الدستوري لعام 1996.

الفقرة الثانية

في قانون العقوبات الجزائري

نصت اغلب القوانين العقابية للدول في العالم على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ولعل من بينها الجزائر ، فمن خلال نص المادة 01 ، فلا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير امن بغير قانون، وتنص هذه المادة صراحة على مبدأ الشرعية حيث انه لا يمكن تجريم فعل او معاقبة شخص على ارتكابه إلا إذا كان ذلك الفعل منصوص عليه ضمن الأفعال غير المشروعة، حتى يصبح لمعاقبة فاعله تبرير منطقي.

¹ - سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، المرجع السابق ص(702).

² - الجريدة الرسمية الخاصة بنص مشروع تعديل الدستور عدد 61 الصادر في جمادى الثانية عام 1417 هـ الموافق 16 أكتوبر سنة 1996.

ويشمل مبدأ الشرعية أيضا التدابير الأمنية والتي ظهرت نتيجة الإصلاحات كبديل للعقوبات التي أصبحت عاجزة عن ردع المجرم، فلا يمكن توقيع التدابير الأمنية ما لم ينص عليها صراحة.

ولا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه اقل شدة، فتنص هاته المادة- **المادة 02** - على عدم رجعية القوانين وهو الأصل العام حيث لا يمكن معاقبة شخص على فعل كان مباحا ثم صدر قانون يقضي بتجريمه، والاستثناء الوارد على هاته القاعدة هو رجعية القوانين أي سريانها على وقائع وقعت قبل نفاذها، ولكن يشترط أن تكون هاته القوانين اقل شدة أي في صالح المتهم.

واما المادة 03، فقد نثت على ان يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب على أراضي الجمهورية كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقا لقانون الإجراءات الجزائية".

إن الأصل العام أن يطبق قانون العقوبات الجزائري على الجرائم التي ترتكب داخل إقليم الدولة الجزائرية (مبدأ الإقليمية) وكاستثناء يطبق قانون العقوبات أيضا على مرتكبي الجرائم التي تقع في الخارج بشرط أن تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية و هاته المادة تتماشى مع المادة 12 من التعديل الدستوري لسنة 1996 والتي تنص على انه تمارس سيادة الدولة على مجالها البري ومجالها الجوي وعلى مياهها".

كما جاء نص المادة 30، ليقرر ان كل محاولات لارتكاب بيتدئ بالشروع في التنفيذ او بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم توقف او لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى ولو لم يكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها، فالواضح أن المادة حددت المرحلة المعاقب عليها بنفس عقوبة الجناية وهي مرحلة البدء في التنفيذ او بالأفعال التي لا تدع مجالا للشك بان فاعلها ماض في ارتكاب الجناية، وبالتالي لا عقاب على المرحلة التحضيرية للجريمة.

في حين نصت المادة 31، على ان المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناء على نص صريح في القانون¹، كما انه لا عقاب على ارتكاب الجنحة إلا إذا ورد النص عليها بقانون سابق على ارتكابها، كذلك المحاولة في ارتكاب الجنحة لا يمكن المعاقبة عليه إلا إذا كان منصوص عليه صراحة في القانون.

¹ - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

وكننتيجة لما سبق نرى أن المشرع الجزائري نص على مبدأ الشرعية، وهذا ظاهر من خلال النصوص السالفة الذكر، ونص على مبادئ أخرى مكملّة له كمبدأ الرجعية ومبدأ إقليمية القوانين ونقول انه حتى يكون النص صالحا للتجريم يجب أن يكون واضحا سواء بالنسبة لشق التجريم، او لشق الجزاء(العقوبة) وذلك حماية لحقوق الأفراد والمجتمع على حد سواء.

المبحث الثاني

أهمية مبدأ الشرعية ونتائجه

يعتبر مبدأ الشرعية احد أهم الأعمدة التي تقوم عليها الدولة الديمقراطية فهو يضمن حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من أي تعسف من قبل الحكام او القضاة من جهة، ويكفل من جهة أخرى حماية المجتمع عن طريق معاقبة الجناة و هذا هو المفهوم الضيق لمدلول مبدأ الشرعية الجزائية .

ويترتب على تطبيق هذا المبدأ عدة نتائج مهمة وهذا ما سنوضحه من خلال المطلبين التاليين :
أهمية مبدأ الشرعية الجزائية من خلال التطرق لمجموعة من الخصائص المميزة له و هذا ما سنتناوله في
(المطلب الأول)

ثم التطرق إلى أهم النتائج المترتبة عن هذا المبدأ و هو ما سيعالجه (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

أهمية مبدأ الشرعية الجزائية

يعتبر مبدأ الشرعية من أهم القواعد الدستورية التي يجب على سلطات الدولة احترامها و العمل بمقتضاها .

و تبرز هذه الأهمية من خلال عدة خصائص أهمها : ضمان الحريات الفردية في إطار النظام الإجتماعي (الفرع الاول) ، ثم بيان نصوص التجريم (الفرع الثاني) ، ثم من خلال وضع حدي العقوبة (الفرع الثالث) ، ثم من خلال احترام القاضي لمبدأ الفصل بين السلطات (الفرع الرابع) ثم من خلال تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة (الفرع الخامس) .

الفرع الاول

ضمان الحقوق و الحريات الفردية في إطار النظام الإجتماعي

يستمد مبدأ الشرعية أهميته من حيث انه يعتبر من الضمانات المهمة المقررة للحقوق و الحريات الفردية من جهة أخرى ، و يشكل حماية للمجتمع من جهة أخرى ، ففي ظل هذا المبدأ يؤمن الفرد من جانب السلطات العامة التي لا تستطيع أن تحاسبه إلا بموجب النص القانوني ، بعد أن تبين له ما هو

المحظور عليه عمله و في ذلك صيانة للحريات الفردية من تعسف السلطات العامة .فالمبدأ يعتبر السياج الذي يحمي الفرد و حقوقه من طغيان السلطة .

أما حمايته للمجتمع ، فتبدأ من حيث أن للقاعدة الجنائية دورها الوقائي فيمنع الجريمة ، فحيث تبدو الأوامر واضحة و العقاب محدد يتمتع الأفراد عن مقارفة الإجرام ،¹ أي انه يضيف حماية مزدوجة حماية للمجني عليه من حيث ضمان حقوقه ، و حماية للجاني من حيث عدم إمكان تجريم السلوكات التي يأتيها و العقاب عليها إلا إذا كان هناك نص تشريعي يصفها بهذا الوصف و يعاقب عليها ، فلا يجوز العقاب إلا بما يقرره القانون من عقوبات .

الفرع الثاني

وضع حدود التجريم

يضع هذا المبدأ حدا بين الأفعال المشروعة و الأفعال غير المشروعة،² و ذلك عن طريق رسم الحدود الفاصلة بين ما يعتبر في نظر المشرع سلوكات جديرة بالتجريم و العقاب لأنها تمس بأمن الجماعة و استقرارها و سكينتها و كيانها، و بين ما لا يعتبر كذلك من الأفعال المباحة طبقا للقاعدة العامة القائلة بان الأصل العام في الأشياء هو الإباحة.

الفرع الثالث

وضع حدي العقوبة

يعطي مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات أساسا قانونيا للعقوبة حيث يجعلها معقولة لدى الرأي العام باعتبارها توقع لمصلحة المجتمع إذ أنها توقع باسم القانون .³

¹ - محمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص (79) .

² - رضا فرج ، المرجع السابق ص (103) .

³ - نفس المرجع السابق ، ص (103) .

حيث تنص المادة 142 من دستور 1996 على انه " تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدئي الشرعية و الشخصية " فلا تترك لأهواء الأفراد بحيث أن القاضي ملزم قانونا بالقضاء ، والحكم بالعقوبة التي يقررها القانون و هي حدود ما يخوله من سلطة تقديرية فلا يقضي إلا بما حدده القانون و حتى في المجالات التي يسمح له القانون باستعمال سلطته التقديرية فان المشرع قد قيده بنظام قانوني يندرج في تخفيفه بحسب ما نصت عليه المادة 53 من قانون العقوبات .

وهذا ما يعني أن المبدأ يرتبط بمبدأين أساسيين من مبادئ الدولة الحديثة و هما مبدأ سيادة القانون و مبدأ الفصل بين السلطات ، فالدولة الحديثة على اختلاف أشكالها تعتبر نفسها دولة قانونية ، أي تعترف بسيادة القانون كأحد اهم الدعام الدستورية الكبرى في نظام الدولة الديمقراطية ، و معناها التزام الحاكم و المحكوم بقاعدة القانون فإذا كان هذا الأخير يطبق على أفراد المجتمع فهو يطبق أيضا على جميع أجهزة الدولة و هو الحكم بين تصرفات الدولة و تصرفات الأفراد العاديين ، فأساس العقاب هو الخروج عن مبدأ الشرعية ، كما يستند حق الدولة في العقاب إلى القانون بعيدا عن التعسف و الطغيان، ويدعم هذا المبدأ الفصل بين السلطات حيث يظهر في المجال العقابي انه مبدأ يقيم حاجزا بين سلطات الدولة الثلاث فلا يسمح باقتنات إحداها على الأخرى .¹

الفرع الرابع

إحترام القاضي لمبدأ الفصل بين السلطات

إن القاعدة الجنائية الموضوعة من قبل المشرع موجهة للقاضي الجزائي لتطبيقها ، فيمتنع عليه طبقا لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات أن يجرم ما لم يجرمه المشرع و منه القانون أو يعاقب بما لم يقرره هذا الأخير فيمتنع عليه استعمال القياس في المجال الجنائي فال يقيس فعلا غير مجرم فيضفي على الأول وصف الجريمة نتيجة استعمال القياس ، كما يمتنع عليه التفسير الذي من شأنه أن يوسع من مدلول النص التجريمي فيدخل في نطاقه ما لم يقرر المشرع ، لان مثل هذا التفسير يعتبر خرقا لمبدأ الشرعية و القاضي ملزم بتطبيق المبدأ القانوني الذي يقضي بان الشك يفسر لصالح المتهم متى ظهر أي التباس أو غموض في مضمون النص.

¹ - المحمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص (79-80) .

الفرع الخامس

تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة

يستمد هذا المبدأ أيضا أهميته من كونه مصدر أمان و ضمان أكيد للمجرم من احتمال تطبيق أي عقوبة قاسية ووحشية لا تتناسب و جسامة الخطأ أو الجريمة التي ارتكبها أو تتجاوز العقوبة المبينة في النص .

غير أن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات لم يسلم من النقد ، حيث قيل انه مبدأ رجعي و جامد يجعلنا عبيدا للنص الوضعي و يفسح مجالا للمجرمين في التهرب من المسؤولية الجزائية ، فالمشرع لا يستطيع أن يحدد سلفا كل الأفعال الخطرة الواجب حصرها و تجريمها¹ ، و بالتالي فان المبدأ من جهة يجافي في كثير من الأحيان قواعد الأخلاق و يقصر من حماية مصالح المجتمع ، و أن المشرع قد ينتبه إلى ذلك بعد أن يكون قد عبث العابثون بمصالح المجتمع² ، لان هؤلاء الأخيرين يعرفون نصوص القانون و يستفيدون من تلك المعرفة لارتكاب أفعال غير منصوص على اعتبارها جرائم مع أنها تثير الضمير العام³ مما يؤدي إلى إفلاتهم من العقوبات رغم إضرارهم بالمجتمع و مخالفتهم للأخلاق و قال بهذا النقد فقهاء القانون الألماني إبان الحكم النازي و فقهاء القانون السوفياتي بغرض حماية المجتمع من الأفعال الضارة بحيث يعد الفعل جريمة حسبهم إذا اضر بالمصالح الأساسية للمجتمع حتى رغم وجود النص التشريعي ، و تطبيقا لهذا الفكر القانوني⁴ نص قانون العقوبات للجمهورية السوفياتية الاشتراكية الاتحادية لروسيا الصادر في 1926/11/22 ، و الذي يبدو قد تأثر إلى حد ما بمشروع قانون العقوبات الايطالي الذي وضعه فيري .

وقد وردت القاعدة المقررة للقياس في المادة 16 من القانون السوفياتي المذكورة ، التي نصت على انه " إذا كان فعل أو آخر يكون خطرا اجتماعيا غير منصوص عليه مباشرة في القانون الموجود ، فان الأساس و حدود مسؤوليته مرتكب هذا الفعل تتحدد طبقا لمواد القانون الذي ينص على جرائم من النوع الأكثر شبها بذلك الفعل " و لكن قانون العقوبات الذي تضمن هذا النص الغي بقانون المبادئ الأساسية للتشريع الجنائي السوفياتي المتضمن و هذا إقرار تماما لمبدأ قانونية الجرائم و العقوبات بقانون عقوبات جمهورية روسيا الجديد الذي نبذ قاعدة القياس و الذي أقر قانونية الجرائم و العقوبات .

1 - محمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص (82) .

2 - محادل قورة ، المرجع السابق ، ص (39- 40) .

3 - فؤاد رزق ، الأحكام الجزائية العامة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 1998 ، ص (10) .

4 - محادل قورة ، المرجع السابق ، ص (39-40) .

وبنفس المعنى جاءت المادة الأولى من قانون العقوبات الأيسلندي الصادر في 12/02/1940.¹ وللدرد على هذا النقد نقول أن جمود النص يمكن التخلص منه بمرونة يلجا إليها المشرع في عبارات يحقق بها التوازن بين مصلحة المجتمع و حقوق الأفراد ، فلا تكن ضيقة تجعل مهمة القاضي مقتصرة على التطبيق الحرفي فتجعله عاجزا على أن يجد لها الوسيلة إلى حماية المجتمع من الأفعال الضارة به ، و لا تكون واسعة فتتيح له إهدار حقوق الأفراد . وهو ما أشار إليه المؤتمر الدولي الرابع للقانون الجنائي المنعقد في باريس 1937 بقوله " إن مبدأ قانونية الجرائم و العقوبات هو ضمان لا معدى عنها لحماية الحرية الفردية ، و يلزم إبعاد طرق القياس عن نصوص التجريم في عبارات مرنة تسمح للقاضي عند تطبيقها مراعاة ظروف الحياة الاجتماعية و مقتضيات المصلحة العامة و الدفاع الاجتماعي و يساعد أيضا على تجاوز جمود النص الأخذ بنظرية التفسير الكاشف و هجر نظرية التفسير الضيق في مجال تفسير النص التجريمي القائم و تطبيقه ما تتسع له حكمة الشارع منه و لو لم تشر إليه حرفية النص² .

وقد هاجم هذا المبدأ أنصار المدرسة الوضعية متهمينه بأنه لا يراعي بأنه لا يراعي احد أهم مبادئ السياسة الجنائية الحديثة في تفريد العقوبات و تدابير الأمن ، فهو يتعامل مع الجريمة على أنها كيان قانوني قائم بحد ذاته ، لذا نادى المدرسة الوضعية بتصنيف المجرمين بدلا من تقسيم الجرائم ، و إذا كان تعيين التدبير الاحترازي الواجب التطبيق يختلف من فاعل لآخر حسب شخصيته فانه يتعذر على المشرع تحديده سلفا و يتعين أن يترك تقدير التدبير الاحترازي من ثم للقاضي و التوسع تبعاً لذلك في منح السلطة التقديرية للقاضي.³

وقد رد أنصار المدرسة التقليدية الحديثة على هذا النقد فذكروا إن تحقيق العدالة يقتضي أن يأخذ القاضي في اعتباره شخصية الجاني حين توقيع العقوبة فتطبيق عقوبة واحدة على فاعلين يختلف كل منها في الدوافع و الأسباب التي أدت إلى ارتكاب الجريمة لا يؤدي إلى تحقيق العدالة ، فقد يرتكب شخص جريمة السرقة لإحضار الدواء لابنه المريض بينما يرتكب آخر سرقة ليلعب القمار فليس من العدالة المساواة بينهما في العقوبة، و لذلك فإن إدخال العناصر الشخصية في تقدير العقوبة ليس فيه إهدار لمبدأ الشرعية و إنما يحقق تفريد العقوبة ، و قد سايرت التشريعات المختلفة الاتجاهات الحديثة في تفريد العقاب دون إهدار لمبدأ الشرعية فنصت على عقوبات تتراوح بين حدين أقصى و أدنى ، و تركت للقاضي أن يختار العقوبة المناسبة بالنسبة للفاعل من بين أكثر من عقوبة منصوص عليها للجريمة

¹ - أكرم نشأته إبراهيم ، المرجع السابق ، ص (52-53).

² - محمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص (84).

³ - محادل قنوة ، المرجع السابق ، ص (39-40).

المقترفة ، و أخذت بنظام الظروف المخففة و بنظام وقف تنفيذ العقوبة و نظام الاختيار القضائي¹ و لهذا أبطلت الاتجاهات الحديثة ، في التشريعات و الفقه الجنائي حجة المدرسة الوضعية حين أجازت تفريد العقوبة في نطاق شرعية الجرائم و العقوبات .

المطلب الثاني

نتائج مبدأ الشرعية

لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات أهمية بالغة ، و لهذا حرصت الدساتير و القوانين على تكريسه و النص عليه و تولي المؤلفات الفقهية عناية لمبدأ الشرعية بل و تعتبره أهم المبادئ في مجال القانون الجنائي و أصبح من المؤكد اليوم أن لمبدأ الشرعية نتائج هامة غير مذكورة يسلم بها الفقه و يأخذها القضاء بعين الاعتبار ، و يمكن إجمال هذه النتائج فيما يلي² من خلال الفقرات التالية :

إعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للتجريم و العقاب (الفرع الاول) .

التفسير الضيق للنص الجزائي (الفرع الثاني) .

حضر القياس (الفرع الثالث) .

حضر تطبيق نصوص التجريم و العقاب بأثر رجعي (الفرع الرابع) .

الفرع الاول

إعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للتجريم و العقاب

اعتبار التشريع المصدر الوحيد في مجال التجريم و العقاب يقتضي مبدأ لا جريمة و لا عقوبة إلا بقانون اعتبار هذا الأخير وحده مصدر للجرائم و العقوبات³ ، و خلافا لما كان يؤدي إليه نظام التعزيز

¹ - سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص (84) .

² - سليمان عبد المنعم ، المرجع السابق ص(39)

³ - محمد زكي أبو عامر و سليمان عبد المنعم ، (القسم العام من قانون العقوبات) ، 2002 ، ص (166)

في التشريع الجنائي الإسلامي¹ فالمبدأ على هذا النحو يستبعد سائر المصادر المألوفة الأخرى كأحكام الشريعة و العرف و مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة . و عليه فان مصدر التجريم يجب أن ينحصر في نطاق النصوص القانونية المكتوبة التي تقوم بوضعها السلطة المختصة بالتشريع و ذلك تطبيقاً للنصوص الدستورية و القانونية حيث تنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على " لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير امن بغير قانون " .

و نعني بوجوب التجريم و العقاب بنص جنائي مكتوب أن السلطة المخولة قانوناً لوضع قواعد تجريمه و وضع العقوبات المناسبة لها السلطة التشريعية باعتبارها صاحبة الاختصاص في التجريم و العقاب ، فتنص المادة 98 من التعديل الدستوري الصادر سنة 1996 .

يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، و هما الشعبي الوطني و مجلس الأمة و له السيادة في إعداد القوانين و التصويت عليها " و تنص المادة 122 من التعديل الدستوري " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها الدستور قواعد العقوبات و الإجراءات الجزائية ، و لا سيما تحديد الجنايات و الجنح ، و العقوبات المختلفة المطابقة لها " و هذا يعني أن السلطة القضائية لا تملك التجريم و العقاب فال يتعدى اختصاصها تطبيق النصوص الجنائية وفقاً لما يحدده القانون و ذلك تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات .

إلا انه بالرجوع للقواعد العامة في التشريع و حكم المادة 122 من التعديل الدستوري نجد أن المنصوص عليه هو حصر مصادر التجريم و العقاب في النصوص القانونية المكتوبة و استبعاد أي قاعدة غير مكتوبة في هذا المجال ، هذا من جهة و من جهة أخرى فانه إذا كان يقال أن السلطة التشريعية هي وحدها المختصة بالتشريع في مجال التجريم و العقاب ، فانه ليس هناك ما يمنع أن تخول السلطة التنفيذية صلاحية التشريع في مجالات تتعلق بالمخالفات فتقوم بتجريمها و العقاب عليها بإصدارها للوائح و تسمى لوائح الضبط و البوليس عملاً بحكم المادة 122 من التعديل الدستوري لسنة 1996 التي تقرر أن البرلمان يشرع في مجال قانون العقوبات لا سيما الجنايات و الجنح ، مما يعني اختصاصه بالتشريع في مجال المخالفات و إمكان التشريع فيها من الطرف السلطة التنفيذية تطبيقاً للقواعد العامة .

وبالرغم من ذلك فقد يقتضي تحديد عناصر بعض الجرائم تطبيق قواعد جنائية ، فالسرقة مثلاً تقتضي ثبوت ملكية الشيء إلى المجني عليه ، لذلك فان توافر هذا الركن في الجريمة يقتضي تطبيق قواعد القانون المدني التي تحدد طرق اكتساب الملكية وانقضاءها ، كما أن خيانة الأمانة تقتضي وجود عقد من

¹ - محمد الحميد الشواربي ، التعليق الموضوعي على قانون العقوبات (الأحكام العامة لقانون العقوبات في ضوء الفقه و القضاء) ، الكتاب الأول ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2003 ، ص(13) .

عقود الأمانة كالإيجار أو الوديعة أو الوكالة يربط بين الجاني و المجني عليه مما يستوجب الرجوع إلى قواعد القانون المدني التي تحدد أركان هذه العقود و شروط انعقادها .¹ كما أن العرف و بالرغم من إنكاره كمصدر لإنشاء الجرائم و العقوبات ، إلا أننا نعترف له بدور هام في حالتين ، أولهما في مجال أسباب الإباحة حيث يعتبر استعمال الحق سببا لإباحة بعض الجرائم بشروط معينة ، و يتم تقدير استعمال الحق أحيانا بمقتضى العرف ، و مثال الحق المعترف به عرفا كسبب لإباحة الجرائم حق الولي تأديب الصغير ، و لو ترتب على هذا التأديب ارتكاب فعل يشكل حسب الأصل جريمة كجريمة الضرب أو السب ، كما أن مزاولة بعض الألعاب الرياضية تعتبر وفقا للعرف سبب من أسباب إباحة ما قد يتمخض عنها من أفعال تشكل جرائم . و ثانيهما في مجال تحديد بعض المفاهيم الداخلة في البناء القانوني لبعض الجرائم ، وهو أمر نادر و لكنه قائم على سبيل المثال في جريمة الفعل العلني الفاضح أي المخل بالحياء و هو ما نصت عليه المادة 333 من قانون العقوبات " كل من ارتكب فعلا علنيا مخلا بالحياء يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 2000 دج " و قد ساهم العرف على مر الزمن في بلورة فكرة الحياء ، فلم يعد الظهور بملابس الاستحمام على الشواطئ أو في حمامات السباحة جريمة الفعل العلني الفاضح .²

الفرع الثاني

التفسير الضيق للنص الجزائي

وجوب التفسير الصارم و الكاشف للنصوص الجزائية التفسير عملية ذهنية يهدف المفسر منها الكشف عن حقيقة ارادة المشرع و تحديد مضمون من خلال الألفاظ و العبارات الواردة في القاعدة القانونية المراد تفسيرها . و يتنوع التفسير بحسب مصدر إلى تفسير تشريعي و قضائي و فقهي ، و يحسب أسلوبه إلى تفسير لغوي و آخر منطقي ، و بحسب مداه و نتائجها إلى تفسير مقرر أو كاشف و تفسير مضيق و تفسير موسع بطريق القياس . و التفسير أيا كان نوعه باستثناء التفسير بطريق القياس يهدف إلى الكشف عن مضمون الإرادة الحقيقية للمشرع من خلال ألفاظ و عبارات النص المراد تفسيره .³ فالتفسير التشريعي و الذي يسمى أيضا بالتفسير الحقيقي أو الأصلي قد يأتي في صورة نص مستقل لاحق على صدور النص التجريمي و يهدف به المشرع إلى إجلاء الغموض الذي لازم النص الصادر عنه فيصدر في شكل تشريع لفك غموض النصوص .

¹ - رضا فرج ، المرجع السابق ، ص (104).

² - سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، المرجع السابق ص(349)

³ - علي عبد القادر القموجي ، أصول المحاكمة الجزائية (الدعوى العمومية ، الدعوى المدنية) ، ص (24-25).

وقد يدرج هذا التفسير مباشرة في النص التجريمي و مثال ذلك ما جاء في المادة 356 من قانون العقوبات المعرفة للكسر و كذلك المادة 358 التي تعرف المفاتيح المصطنعة ، وقد يأتي التفسير صورة تصحيح لنص سابق مثل الخطأ المطبعي . حيث يدرج نص في الجريدة الرسمية تصحيحا يتم أو يعدل النص الأصلي . و قد اخذ القضاء الفرنسي من هذا النوع من التفسير موقف الرفض حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بان هذه التصحيحات ليست لها قيمة ذاتية و من ثم تترك للقاضي سلطة تقديرية في الأخذ بالنص الأصلي أو النص الصحيح .¹ و التفسير القضائي يصدر عن القاضي أثناء فصله في واقعه معروضة عليه و هدف تطبيق القانون على هذه الواقعة ،² و هذا النوع من التفسير لا يلزم القضاة الآخرين و لا يقيد نفس القاضي . غير أن التفسير الصادر عن المحكمة العليا تستأنس به المحاكم الدنيا إن لم تلزم به. و من أمثلة التفسير القضائي ما توصلت إليه المحكمة العليا في الجزائر من أن تحريض الفسق يجب أن يتم لإرضاء شهوات الغير . و التفسير الفقهي يصدر عن شرح القانون و هو و إن كان مجرد إبداء للرأي و غير ملزم لأية جهة فانه يعد وسيلة تساعد في تطبيقه للنصوص و في توجيه المشرع لاستعمال النصوص و إعادة صياغتها . و أهمية هذه التفرقة أن التفسير التشريعي دون القضائي و الفقهي ، ملزم ذلك انه يتخذ بشكل النصوص فتكون له قوتها .³

أما التفسير اللغوي فهو الذي يعتمد على المعاني اللغوية للألفاظ و العبارات التي يتكون منها النص⁴.

و الأصل أن المعنى اللغوي ما قصده المشرع مثلا حينما نص في المادة 244 من قانون العقوبات على معقبة كل من ارتدى بغير حق بزة نظامية أو لباسا مميزا لوظيفة أو إشارة رسمية أو وساما وطنيا أو أجنبيا فلفظ يرتدي له مضمون محدد في اللغة و هو وضع الأوسمة و الإشارات على الجسم ، و هو ما قصده المشرع من هذا اللفظ ، كما أن تحديد مدلول البزة النظامية أو الأوسمة أو الإشارات يتم بعملية لغوية وصفية يقوم بها المفسر لتحديد قصد الشارع و بالتالي معرفة مضمون النص القانوني ، و يسمى التفسير هذه الحالة بالتفسير الحرفي .⁵

وقد لا يجدي هذا الأسلوب إذ يكون الشارع قد أراد ببعض الفاض النص مدلولاً اصطلاحياً خاصاً ، فيكون على المفسر أن يبحث في اللغة القانونية عن مدلولها و يحق للمفسر أن يستعين بكل الوسائل التي تمكنه من تحليل ألفاظ النص على هذا النحو ، فله أن يبحث في تاريخ النص و يحدد مصدره التاريخي و

¹ - سليمان بارش ، المرجع السابق ، ص (29-30)

² - رضا فرج ، المرجع السابق ، ص (104).

³ - محمد الحميد الشواربي ، المسؤولية القضائية ، في ضوء الفقه و القضاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص(219)

⁴ - محمد القادر القموي ، المرجع السابق ص (25).

⁵ - محادل قورة ، المرجع السابق ، ص (43) .

يرجع إليه و له أن يلجا إلى الأعمال التحضيرية سواء كانت مذكرات إيضاحية أو مناقشات برلمانية أو مناقشات عامة أو محاضرات اللجان الفنية التي عهد إليها بوضع النص ، و إذا وضع النص بلغتين أو أكثر فمن حق المفسر أن يقارن صيغته المتعددة ، و كل ما ذكرنا من وسائل إنما كان على سبيل المثال ، و النتائج التي تقود إليها كل وسيلة ليست ملزمة للمفسر فمن حقه أن يرفض الأخذ بها إن لم يقتنع بأنها تكشف عن قصد الشارع .¹

بينما يتجاوز المفسر ألفاظ النص و عباراته في التفسير المنطقي و ذلك بالبحث عن قصد المشرع أو العلة التي من أجلها وضع النص .²

حيث ينص قانون العقوبات الجزائري في المواد 264 إلى 274 على جرائم الضرب و الجرح و على جريمة إعطاء مواد ضارة (المادة 275) و يستهدف المشرع من هذه النصوص حماية حق الفرد في سلامة الجسم و لكن إذا فرضنا أن الجاني نقل إلى المجني عليه . جرائم أمراض أو وجه إليه أشعة ضارة أضرت به أو أخلت بالسير العادي لأجهزته الداخلية و ربما نتج عنها عاهة مؤقتة أو مستديمة فان هذه الأفعال لا تعتبر جرحا أو ضربا فقد يقال عندئذ انه لا تجريم على هذه الأفعال، ولكن بالرجوع إلى علة النص و للحق الذي تدخل القانون لحمايته و هو حق الفرد في سلامة جسمه و في ضمان السير العادي للجسم فكل فعل يسمى هذا الحق يجب اعتباره من قبيل الضرب أو الجرح أو إعطاء المواد الضارة و بذلك تطبيق هاته النصوص على الحالات التي ترد على ذهن المشرع عند وضعه للنص .³

والتفسير المقرر أو الكاشف هو الذي يكشف عن حقيقة قصد المشرع و قد يصل المفسر إلى تلك الحقيقة باستخدام الأسلوب اللغوي في التفسير ، فإذا لم ينجح فما عليه إلا أن يستخدم الأسلوب المنطقي ، و قد ينتهي به الأمر في هذا الشأن إلى تفسير النص تفسيرا ضيقا و ذلك حين تفيد الفاض النص أكثر مما أراد المشرع تحميلها ، و قد يفسره تفسيرا موسعا حين تفيد ألفاظ هذا النص اقل مما أراد المشرع تحميلها .⁴

ويجب أن لا يكون للمفسر هدفا سوى الكشف عن قصد المشرع و ذلك بالاستعانة بكل أسلوب ممكن بشرط ألا يؤدي هذا التفسير إلى الخروج على قاعدة شرعية الجرائم و العقوبات أي أن التفسير يجب أن يقف عند الحد الذي يخشى فيه خلق جرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون أو إباحة أفعال جرمها القانون .⁵ و لكن ما القول لو أن غموض النص جعل أمر تفسيره يبدو مستحيلا و أدى تأويله إلى وجوه

1 - محمد الحميد الشواربي ، المسؤولية القضائية ، المرجع السابق ، ص (220).

2 - محمد القادر القموي ، المرجع السابق ، ص (25).

3 - رضا فرج ، المرجع السابق ، ص (106-107).

4 - محمد القادر القموي ، المرجع السابق ، ص (25).

5 - محمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص (86).

متعددة متساوية القيمة في النظر القاضي ، منها ما هو في مصلحة المتهم و منها ما هو في غير صالحه فبأيها يأخذ القاضي ؟.

يرى البعض أن قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم يمكن أن تطبق هنا و ذلك بإهمال النص المستحيل تفسيره و عدم تطبيقه ترجيحاً لمصلحة المتهم .

ويرى آخرون أن هذه القعدة لا شان لها بتفسير القوانين ، فالامتناع عن تطبيق النص في هذه الحالة ليس تطبيقاً لقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم ، و إنما تطبيقاً لقاعدة أهم و اشمل هي قاعدة الشرعية ، إذ يتعارض مبدأ الشرعية مع تطبيق نص غامض يستحيل تفسيره و لكن مثل هذا الفرض باستحالة تفسير النص أمراً نادراً ، و ذلك أن المشرع يعير اهتماماً كبيراً لوضوح النص .¹

وإذا كان النص غامضاً فمن المستبعد أن يبلغ غموضه القدر الذي يجعل الكشف عن قصد المشرع مستحيلاً. و يهمننا أن نقرر أن مجال أعمال قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم هو استحالة الكشف عن قصد الشارع لا مجرد صعوبة ذلك .

ونلاحظ أن المجال الرئيسي لتطبيق هذه القاعدة هو الإثبات حيث تتعادل أدلة الإدانة و أدلة البراءة فيكون متعيناً ترجيح الثانية باعتبار أن الإدانة تبنى على اليقين لا على الشك و أن الأصل في الإنسان البراءة ، فما لم يكن ممكناً القطع بما بنفيتها تعين الإبقاء عليها .² وقد تمسك القضاء الجزائري بهذا التفسير في احد أحكامه حيث أيدت المحكمة العليا للقضاة في حكمهم بالبراءة بقولها " و يتبين من ظروف القضية و المستندات التي بالملف و من التناقضات في تصريحات الشاهدة الرئيسية و العلاقات المتوترة السائدة بين عائلتي المشتكي و المتهمة أن الشك كبير يخيم على مدى اقرار المتهم الواقعة المنسوبة إليها و الشك يفسر لصالح المتهم"³

الفرع الثالث

حظر القياس

¹ - محمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص (86).

² - محمد الحميد الشواربي ، المسؤولية القضائية ، المرجع السابق ، ص (226) .

³ - محمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص (87)

القياس هو وسيلة عملية تهدف إلى استكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق إيجاد الحل لمسألة مماثلة لها . و على هذا النحو فان القياس ليس وسيلة لاستخلاص إدارة القانون في إطار الصيغة التي استعملها ، بل انه يفترض أن القانون لم ينظم المسألة محل البحث و لم يقدم لها مباشرة الحل الواجب التطبيق.¹ و لا شك أن مبدأ الشرعية يحول دون القياس على نصوص التجريم.² فلا يجوز للقاضي أن يجرم فعلا لم يرد نص بتجريمه قياسا على فعل ورد نص بتجريمه بحجة تشابه الفعلين ، أو يكون العقاب في الحالتين يحقق نفس المصلحة الاجتماعية مما يقضي تقرير عقوبة الثاني على الأول لان في ذلك اعتداء صريح على مبدأ الشرعية .³ فلا يستطيع القاضي فعلا أن يقيس فعل الاستيلاء على المنفعة على فعل الاختلاس و يعتبر من يحصل على منفعة شيء مملوك لغيره و بدون وجه حق سارقا و لا يستطيع أن يقيس على إحدى وسائل التندليس التي نص عليها القانون (م 372 عقوبات) وسيلة لم يرد بها نص و يعتبر من يستولي على مال الغير عن طريق هذه الوسيلة مرتكبا جريمة النصب .⁴

وحظر القياس لا يعني حظر التفسير الواسع . و لكن التمييز بينهما عسير و قد اختلفت الآراء في تفسير بعض النصوص فيما إذا كان القول بحكم معين هو ثمرة القياس أو ثمرة التفسير الواسع . و يرى أن معيار التمييز بينهما هو دخول الحكم في نطاق نص التجريم أو خروجه عنه. و توضيحا لذلك تقرر أن لنص التجريم نطاقا يحدده المفسر وفقا لما يراه مطابقا لقصد الشارع ، فان دخل الفعل في هذا النطاق فان القول بتجريمه لن يكون على أساس من القياس و لو حدد هذا النطاق على نحو متسع ، أما إذا سلم المفسر بخروجه على هذا النطاق على نحو متسع ، أما إذا سلم المفسر بخروجه على هذا النطاق و قال مع ذلك بتجريمه طبقا للنص نفسه فذلك قياس محظور .⁵

على أن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات لا يتعارض إلا مع استعمال القياس من اجل خلق جريمة جديدة أو عقوبة جديدة أو ظروف جديدة . و لكنه لا يتعارض مطلقا بالنسبة إلى تطبيق النصوص المقررة لصالح المتهم كالتالي تقرر أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب أو الأعدار القانونية المخففة .

1 - احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار الفقه العربية ، ط/7 ، 1993 ص (66-67)

2 - محادل توره ، المرجع السابق ، ص (45-46)

3 - محمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص (85)

4 - رضا فرج ، المرجع السابق ، ص (107).

5 - محمد الحميد الشواربي ، المسؤولية القضائية ، المرجع السابق ، ص (224-225).

ففي هذه الحالات لا يؤدي القياس إلى الافتئات على سلطة المشرع وحده في التجريم و فرض العقاب بل إن القياس هو اسطصحاب على الأصل العام في الأفعال و هو الإباحة و من ثم فهو جائز قانونا . و قد استقر قضاء محكمة النقض المصرية كذلك على إجازة القياس لصالح المتهم¹ .

الفرع الرابع

حظر تطبيق نصوص التجريم و العقاب بأثر رجعي

إن النصوص التشريعية ليست أبدية و هي قابلة للتغيير بل يجب أن تكون متغيرة لمجابهة التطور الذي يحدث في العلاقات الاجتماعية . لذلك فإن النص الجنائي شأنه في ذلك شأن النصوص الأخرى ينشأ في لحظة معينة و يسري ابتداء من هذه اللحظة ثم ينقضي هذا النص في زمن معين عند إلغائه ، فلا سلطان للنص قبل اللحظة الأولى و لا بعد اللحظة الثانية .

و إنما يسري مفعوله و يصلح بين اللحظتين ، و يحدد الدستور لحظة العمل بالقانون فيشترط النشر بعد الإصدار و بعد النشر يصبح القانون نافذ المفعول و يكسب سلطانه حتى لحظة إلغائه² . و هذا الأخير قد يكون صريحا ضمنيا، و الإلغاء يكون صريحا إذا جاء في القانون الجديد نص يقرر صراحة إلغاء النص القديم ، كنص المادة 468 من قانون العقوبات التي تنص : " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا الأمر " و قد يكون الإلغاء ضمنيا عن طريق تنظيم القانون لواقعه واحدة بقانونين متلاحقين مما يفهم معه أن النص الجديد يلغي النص القديم .

و يحكم قانون العقوبات من حيث تطبيقه الزماني قواعد هي : ان يتم تطبيقه بأثر فوري و مباشر ، فيطبق قانون العقوبات على ما يقع في ظل سريانه كعدم تطبيقه على الماضي ، وهو ما يعرف بمبدأ عدم رجعية قانون العقوبات و هو المبدأ الأصلي ، و منصوص عليه في التعديل الدستوري لسنة 1996 في المادة 46 و التي تنص : " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم " ، و تطبيق قانون العقوبات بأثر رجعي ، أي العودة بالقانون الجديد على الماضي و تطبيقه على وقائع وقعت قبل نفاذه و هي قاعدة استثناء من الأصل حيث نص المشرع الجزائري في المادة 02 من قانون العقوبات على انه " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه اقل شدة " و يعني هذا بلغة الفقه وجوب

¹ - احمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص (66-67).

² - رضا فرج ، المرجع السابق ، ص (109).

تطبيق القانون الأصلح للمتهم ، و يرى الفقهاء أن تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم لا يعتبر اعتداء على مبدأ الشرعية طالما أن تطبيقه لا ينطوي على إهدار للحريات .
وفي ما يلي نتعرض لشروط تطبيق القانون الأصلح للمتهم من خلال :
التحقق من أن القانون الجديد أصلح للمتهم (أولا) ، ثم صدور القانون الجديد الأصلح للمتهم قبل صدور حكم نهائي في الدعوى الجزائية (ثانيا) ، ثم ألا يكون القانون الجديد من القوانين المحددة الفترة أو الاستثنائية (ثالثا) .

الفقرة الاولى - التحقق من أن القانون الجديد أصلح للمتهم

يكون القانون الجديد أصلح للمتهم إذا أنشأ له مركزا أو موضعا يكون له أصلح من القانون القديم ، و معنى ذلك أن القاضي ينبغي عليه أن يجري مقارنة بين الوضعين القانونيين الناشئين عن كل من القانون القديم و القانون الجديد للتأكد من أن الوضع الذي ينشئه القانون الجديد أفضل بالنسبة للمتهم المعروض عليه من الوضع الناشئ عن القانون القديم .¹

وتشير المقارنة بعض الاعتبارات الخاصة أهمها المقارنة بين القانونين لاختيار الأصلح من سلطة القاضي و ليس للمتهم أن يطلب تطبيقا قانون معين و لا تتم المقارنة بين كل الأحكام القانونية دائما و إنما تتم فقط بين حكم كل منهما في الحالة المعروضة على القاضي أي في جريمة معينة و في متهم محدد بالذات له ظروف معينة .²
و هناك ضوابط للمقارنة التي يستعين بها القاضي لتحديد القانون الأصلي و هي :

البند الأول - في نطاق التجريم

يعد القانون أصلح للمتهم في الحالات التالية : إذا كان الفعل مجرما بالقانون القديم ، فجاء القانون الجديد بحذف التجريم ، فأصبح الفعل مباحا ، و إذا أضاف النص الجديد بسبب إباحة أو مانعا من موانع المسؤولية أو موانع العقاب ، يستفيد منه المتهم ، و إذا ألغى القانون الجديد ظرفا مشددا كان القديم يقرره ، مع نص القانون الجديد على عذر مخفف للعقاب لم يكن القانون القديم قد نص عليه ، و إذا أضاف النص

¹ - محادل فتوة ، المرجع السابق ، ص (50).

² - رضا فرج ، المرجع السابق ، ص (113-114).

الجديد ركنا جديدا إلى الجريمة لم يكن مطلوبا في القانون القديم ، و كان من شأنه تطبيقه على المتهم أن يبرئه لعدم توافره .

البند الثاني - في نطاق العقوبة

إذا أبقى القانون الجديد على نص التجريم و لكنه قرر للجريمة عقوبة اخف من العقوبة التي كانت مقررة في القانون القديم ، فهو بلا شك أصلح للمتهم . و يحكم المقارنة بين القانونين بشأن تعديل العقوبة للضوابط التالية : ان عقوبة الجنايات هي الأشد تليها الجنحة فالمخالفة على التوالي ، و العقوبات مندرجة في الشدة ، فالإعدام اشد العقوبات يلي ذلك السجن المؤبد ، ثم السجن المؤقت ثم الحبس الذي يتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ثم الغرامة التي تتجاوز 2000 دج ثم الحبس الأقل من شهرين و أخيرا عقوبة الغرامة التي تقل عن 2000 دج و هذا التدرج أمر منطقي و مقبول و لكن محكمة النقض الفرنسية خالفت هذا الاتجاه معتبرة ، و أن عقوبة الحبس هي دائما اشد من عقوبة الغرامة و لو أن الأولى صدرت في مخالفة و الثانية في جنحة ، و إذا اتحدت العقوبة في القانونين من حيث النوع كالسجن ، أو الحبس ، فان الأصل بينهما هو الذي ينقص من مدتها ، فإذا هبط القانون الجديد بالحد الأدنى و الأقصى و بالحدين معا فهو القانون الأصلح للمتهم.

أما إذا كان القانون الجديد هبط بالحد الأدنى و زاد في الحد الأقصى للعقوبة أو العكس فقد تعددت الآراء في هذه الحالة، فهناك من يقول أن القانون الأصلح للمتهم هو الذي يهبط بالحد الأدنى للعقوبة ، و ذهب رأي آخر إلى القول أن القانون الأصلح هو الذي يهبط بالحد الأقصى للعقوبة* ، و إن رفع من الحد الأدنى ، و لكن الرأي الذي عليه الغالبية هو ضرورة المقارنة بين النصين غير أن الواقعية بحسب الحالة المعروضة على القاضي . فإذا تبين للقاضي إن المتهم جدير بتخفيض العقوبة إلى أقصى درجات التخفيض ، و جب عليه أن يعتبر القانون الذي يهبط بالحد الأدنى للعقوبة هو القانون الأصلح للمتهم ، أما إذا وجد القاضي أن المتهم جدير بالحد الأقصى للعقوبة عندها لا بد من اعتبار القانون الذي يهبط بالحد الأقصى هو الأصلح للمتهم¹ ، أما إذا كان احد النصين يقرر عقوبتين على سبيل الوجوب بينما يقرر الثاني إحدى هاتين العقوبتين فقط فهو الأصلح ، و لكن إذا كان النص يقرر عقوبتين على سبيل الجواز في حين يقرر الثاني إحدهما فهو الأصلح بشرط أن تكون أخفهما أما إذا كان الثاني يقرر أشدهما

¹ - محمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص (94-95-96)

* - هذا الحل لا يتفق مع ما قرره المشرع الجزائري لجريمة إحداث شيك دون رصيد و التي يقرر حدها الأقصى في مجال الغرامة إذا تساوت مع عقوبة الحبس في النص القديم و النص الجديد على فرض صدوره ، حيث أن الغرامة تكون بقيمة الشيك المحرر من المتهم و هو حد مطلق لا يمكن حصره .

فالأصلح فهو النص الأول الذي يقرر العقوبتين الأشد فالأصلح هو النص الأول الذي يقرر العقوبتين جواز لأنه يتيح للقاضي السبيل للحكم بالعقوبة الأخف ، و إذا كانت المقارنة بين النصين يتضمن كل منهما نفس العقوبة و نفس المدة فأصلحها للمتهم هو النص الذي لا يلحق بالعقوبة الأصلية عقوبات تبعية أو تكميلية أو الذي لا يخطر على القاضي إيقاف التنفيذ¹ ، و إذا كان القانون القديم يرصد للجريمة عقوبة و جاء القانون الجديد يرصد لها تدابير أمنية فالقانون الجديد هو الأصلح²

الفقرة الثاني - صدور القانون الجديد الأصح للمتهم قبل صدور

حكم نهائي في الدعوى الجزائية

لم ينص قانون العقوبات الجزائري صراحة على هذا الشرط مثل القانون الفرنسي ، إلا أن الفقه و القضاء الفرنسي * استوجبا هذا الشرط لتطبيق القانون الأصح للمتهم إسنادا للمبادئ الأساسية للقانون³ من وجوب احترام قوة الشيء ، ، المحكوم فيه فبعد صدور الحكم النهائي على المتهم لا يجوز مساس بأي حال من الأحوال ، و الحكم النهائي هو الحكم الذي لا يقبل الطعن بطريقة المعارضة و الاستئناف أو النقض سواء صدر غير قابل للطعن فيه أو انقضت مواعيد الطعن أو استنفذت هذه الطرق .⁴ و يستثنى من ذلك حالة واحدة و هي حالة إلغاء تجريم فعل صدر على مرتكبه حكم نهائي ، و هذه الحالة لم يشر إليها المشرع الجزائري و لكن بالرجوع للفقه نجد ما يبررها .

الفقرة الثالثة - ألا يكون القانون القديم من القوانين المحددة الفترة

¹ - رضا فرج ، المرجع السابق ، ص (116) .

² - محمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص (97)

* - لكن بالرجوع للفقه و القضاء نفسه و في أحكام أخرى نجد أنه تخلى عن هذا الشرط فيما يخص تقادم العقوبة و ربطها بشروط أخرى لا بالحكم النهائي و الذي لا يمكن تصوره بعد إنقضاء الدعوى العمومية بتنفيذ العقوبة ، لمزيد التفصيل أنظر : أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، دار هوميه ، ط 2003 ، ص 69 و ما بعدها .

³ - محادل قورة ، المرجع السابق ، ص (53)

⁴ - رضا فرج ، المرجع السابق ، ص (116)

لم يرد نص بقانون العقوبات الجزائي يفيد بعدم استفادة المتهم بالقانون الأصلح للمتهم إذا كان القانون الذي يجرم الفعل محدد المدة،¹ و القوانين المحددة المدة هي القوانين التي تصدر لمواجهة ظروف استثنائية خاصة ، كانتشار الوباء في إقليم معين مما يقتضي بتدخل المشرع لمنع أهالي الإقليم من مغادرته خوفا من انتشار الوباء لمدة محددة أو القوانين التي تصدر في حالة الحرب أو الطوارئ² و الحرائق ، و الزلازل و يفرق الفقه الجنائي بين نوعين من القوانين المحددة الفترة.

البند الأول - قوانين محددة الفترة ابتداء و انتهاء :

ينص فيها صراحة على تاريخي نفاذ و انتهاء العمل بها ، و عليه فان مثل هذه القوانين ينتهي العمل بها بمجرد الانتهاء للمدة المحددة قانونا .

البند الثاني - قوانين غير محددة الفترة أو القوانين الاستثنائية بطبيعتها :

و هي القوانين ينص فيها على تاريخ نفاذها دون أن يحدد تاريخا محدد لانتهاء العمل بها و بقول الفقه الجنائي إن القانون الأصلح للمتهم لا يجوز تطبيقه على حالات و أوضاع نظمها القانون المؤقت انتهت مدة العمل به ، لان الغرض من وجود مثل هذه القوانين هو مجابهة أوضاع استثنائية و طارئة و عليه فان من ينحرف عن هذه القوانين يكون جديرا بالعقاب حتى بعد انقضاء العمل بها ، لان تطبيق قاعدة القانون الأصلح للمتهم يشجع الأفراد على مخالفة أحكامه و نصوصه عند اقتراب الفترة المحددة لانتهاء سريانه أو التي يتوقعون فيها إلغاء القانون قبل صدور أحكام نهائية ضدهم ، و في وسع المتهم أن يطيل المحاكمة عن طريق الطعن متوقعا إلغاء القانون قبل أن يصبح الحكم النهائي . و تفسير هذا الحكم هو انتفاء العلة التي تقوم عليها رجعية النصوص الأصلح للمتهم فإذا كان للنص الأصلح اثر رجعي فذلك لان صدور النص الجديد يبين اعتراف المشرع بان العقوبة السابقة غير ضرورية فلا محل إذن للإصرار على توقيعها ، فان سياسة التجريم و العقاب تتطور و لا ضرر من اعتراف المشرع بعيب في التشريع السابق . و لكن هذه العلة لا محل لها من القوانين المحددة الفترة فهي صدرت لمجابهة ظروف مؤقتة و خاصة و انتهاء مدتها لا يعني اعتراف المشرع بخطئها أو بعم فائدتها .³

¹ - رضا فريج ، المرجع السابق ، ص (117).

² - محمد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص(99).

³ - رضا فريج ، المرجع السابق ، ص 118-(119).

الفصل الثاني نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجزائري

يشمل نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجزائري عند نظره للدعوى الجزائية عدة مجالات هي ، سلطته التقديرية في مجال ادلة الاثبات ، ثم سلطته بما في ذلك مدى التزامه بادلة معينة واطلاق حريته في نوع اخر من الادلة ، ثم دراسة قيمة كل دليل في الاثبات، ومدى خضوع هذه الادلة للرقابة القضائية ، سنتناول هذه العناصر في (المبحث الاول)

ومدى خضوع هذه الادلة للرقابة القضائية ، في مجال وصف الجريمة ، وهي المرحلة الثانية من سير الخصومة الجزائية ، كما سنتعرض من خلال هذا العنصر الى مسالة مشاكل التكييف الجزائي عموما ، كل هذه المسائل سنعالجها في اطار سلطة القاضي الجزائري في وصف الجريمة (المبحث الثاني).

ثم المرحلة الاخيرة من الخصومة الجزائية وهي مجال تقدير القاضي الجزائي للعقوبة ودراسة اليات التخفيف والتشديد القانونية والقضائية ، وسندرس في هذا الاطار بعض الانظمة الخاصة في مجال انواع العقوبة ، ونبين مدى سلطة القاضي الجزائري التقديرية فيها وهذا في (المبحث الثالث).

المبحث الاول

سلطة القاضي الجزائري في تقدير ادلة الإثبات

تبرز أهمية قواعد الإثبات في المسائل المدنية والجزائية خصوصا من خلال دورها في صناعة ادلة اثبات او نفي، فالحق يتجرد من قيمته مدنيا حتى يقوم الدليل على وجوده، وفي المجال الجزائي فإن الجريمة ينشا عندها حق الدولة في الجزاء تحقيقا للردع العام والخاص وحيث أن الأصل في المتهم هو البراءة، فكان يجب أن تسند للمتهم قواعد إثبات للدفاع عن نفسه. و حيث أن الجريمة هي واقع تنتمي للماضي فكان لازما أن تستعين المحكمة بوسائل تعيد أمامها أحداث الجريمة وهي وسائل إثبات.

ومن وسائل الإثبات الاعتراف بحث أعتبر أ قواها وعلى هذا سنعالج هذه الأمور كلها وفق عدة نقاط هي: تبيان نظم الاثبات ثم مفهومها (المطلب الأول)
ثم نتطرق لإبراز القواعد العامة في الإثبات الجزائي، و شروطها (المطلب الثاني) ثم نختم بضوابط السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات، و الرقابة عليها (المطلب الثالث).

المطلب الاول

تبيان نظم الاثبات ومفهومها.

يعد نظام الإثبات أكثر الأنظمة الجزائية تطورا، وقد مر بخمس مراحل هي:
المرحلة السحرية لمعرفة مرتكب الجريمة، المرحلة الدينية: وفيها يحتكم الناس للآلهة لمعرفة مرتكب الجريمة، مرحلة الاقتناع الفضائي. مرحلة الأدلة العلمية.
مرحلة الأدلة القانونية*: وقد بدأ نظام الأدلة القانونية بصورة تدريجية في الانتشار منذ بداية الإمبراطورية الرومانية وعقب زوال الجمهورية عام 27 قبل الميلاد، ، و يتميز نظام الأدلة القانونية بأن المشرع هو الذي يقوم بالدور الإيجابي في عملية تعيين الأدلة المقبول للحكم بالادانة أو استعان أدلة أخرى أو بإخضاع كل دليل لشروط معينة.¹

و قد صنف هذا النظام القانوني الأدلة إلى أربعة أنواع متفاوتة في القوة: أدلة كاملة، وأدلة جزئية، وأدلة خفية، وهي تضع الشخص موضع اشتباه دون إدانة أو براءة
ثم ان هناك مرحلة أدلة العلمية. ونادى به الفقيه الايطالي فييري. "متاثرا بالتقدم العلمي وقد تساءل عن مدى إمكان تصور حله محل نظام الإثبات القانوني وأثره في مبدأ قضاء القاضي باقتناعه الشخصي²

و في معالجتنا لهذا الأمر نتطرق لـ :

- مفهوم طرق الإثبات من خلال الأنظمة الجزائية المختلفة (الفرع الأول) .
- ثم مفهوم سلطة القاضي الجزائي في مجال الإثبات الجزائي (الفرع الثاني) .
- ثم نبرز تقسيم أدلة الإثبات (الفرع الثالث) .

* - للوقوف على مميزات هذا النظام، أنظر في ذلك:

- نبيل صقر، و العربي شحط عبد القادر، الإثبات في المواد الجزائية، في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، موسوعة الفكر القانوني، دار المدى عين مليلة، الجزائر ط سنة 2006 رقم 1، ص 12، 13.
- 1 - نبيل صقر، و العربي شحط عبد القادر، الإثبات في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص: من 09 إلى 11.
- 2 - نبيل صقر، و العربي شحط عبد القادر، نفس المرجع، ص : 13 .

الفرع الأول

مفهوم طرق الإثبات من خلال الأنظمة الإجرائية المختلفة

يختلف نظام الإثبات في كل تشريع من التشريعات تبعا للنظام الإجرائي الذي يتبعه المشرع، و من خلال هذا الطرح لابد من التطرق لذكر أنواع الانظمة الإجرائية عموما و هي المتبعة في كل دول العالم مثل النظام الاتهامي و نظام التنقيبي أو التحقيقي ثم النظام المختلط و هو الذي اتبعه المشرع الجزائري ، كون هذا يترتب عنه آثار أخرى ، (الفقرة الأولى) ، ثم ندرس نقطة أخرى هي موقف مشرعنا من هذه الأنظمة ، و ما هي مظاهر تأثير كل نظام من الأنظمة الإجرائية التي ذكرنا على سير الدعوى العمومية ندرس هذه النقطة تحت عنوان موقف المشرع الجزائري من الأنظمة الإجرائية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى

انواع الانظمة الاجرائية

تعرف الإجراءات الجزائرية ثلاثة أنماط من هذه النظم و هي :
النظام الاتهامي وسلطة القاضي الجنائي فيه :¹ كانت الدعوى العمومية في هذا النظام تشبه الدعوى المدنية، فهي لا تحرك إلا إذا باشرها المجني عليه وقد ساد في هذا النظام مبدأ حضور الخصوم وشفاهية المرافعة ، وكان دور القاضي الجزائري في هذا النظام سلبيا "فليس له الحق في التحري عن الحقيقة من أي مصدر سوى ما يتلقاه من الخصوم" *

وهذا النظام يوفر ضمانا أكيدة للمتهم هي الحضور والدفاع عن نفسه ودحض ما نسب إليه من

1- محمد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، مرحلة التحري والتحقيق، مطبعة الكاهنة، سنة 1988، ص: 27
* - يقول فاضل زيدان محمد (أن للقاضي الجزائري دور ايجابي في هذا النوع من التحري يتمثل في تقدير قيمة الدليل المقدم من الخصوم وفقا لقناعاته القضائية...) ، لمزيد تفصيل أنظر في ذلك:
- فاضل زيدان: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، (دراسة مقارنة). مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان بالأردن، طبعة سنة: 1999، ص: 50.

تهم إلا أنه لا ينسجم مع وظيفة الدولة من حفظ النظام ، فالمتهم يترك طليقا

أما عن النظام التنقيبي و مدى سلطة القاضي الجزائري فيه: فنشير الى انه قد ارتبط نشوءه بقيام الدولة كسلطة مركزية وأهم المبادئ التي يقوم عليها هي: استحداث هيئة تمثل الدولة وتوجه باسمها الاتهام والإجراءات الهادفة لإثبات الإدانة، وقد عد الاعتراف في هذا النظام سيد الأدلة ، و بذلك أجيّزت كل الوسائل في ذلك للحصول عليه، ومقابل هذا فقد تضاعلت ضمانات المتهم فالتحقيق يجري

سرية، ودون التمكين من حق الدفاع وإباحة التعذيب كوسيلة للحصول على الاعتراف" وهذا يقودنا إلى نظام الأدلة القانونية فهو يلزم القاضي بأدلة معينة تقدر حجيتها مسبقا من قبل المشرع وإن كانت تتعارض مع قناعاته مما يهدر سلطته التقديرية في مجال تقييم الأدلة"¹ ، أما عن-النظام المختلط سلطة القاضي الجزائي فيه: جاء هذا النظام لإقامة التوازن بين طرفي الدعوى على خلفية إنتصار النظامين السابقين لأحد طرفي الدعوى.

ويتميز هذا النظام باعتماده النظام التحقيقي في مجال توجيه الاتهام، حيث جعله بيد النيابة العامة وترك الدور لأطراف الدعوى قائما، فأعطى سلطة البحث والتحري لجهة التحقيق وافترض حيادها طبقا للمادة 68 من ق.إ.ج.ج ، وأعطى سلطة للخصوم في مرحلة المحاكمة من خلال توسيع سلطة القاضي التقديرية وفقا لقناعاته " وهذا يقودنا للقول أن هذا النظام يأخذ منطقيا نظام الأدلة المعنوية"²

الفقرة الثانية

موقف المشرع الجزائري من هذه الأنظمة:

إن الأخذ بالنظامين (التنقيبي والاتهامي) يدعى بالنظام المختلط. والمشرع الجزائري أخذ بالنظامين معا في كل مرحلة من التحقيق مع التفاوت في درجة تركيزه على كل واحد منهما، ونحن سنقتصر في هذه الدراسة على التركيز على مرحلة المحاكمة بحكم التقيد بموضوع البحث.

1 - فاضل زيدان محمد، المرجع نفسه ، ص. 50.

2 - فاضل زيدان محمد، المرجع نفسه، ص. 56.

* - لمعرفة موقف المشرع الجزائري من هذه النقطة أنظر:

محمد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص. 27 وما بعدها.

فمظاهر النظام الإجرائي الجزائري في مرحلة المحاكمة: تنص المادة 285 من ق.إ.ج.ج على أن المرافعات علنية ما لم تكن العلنية خطر على النظام العام... وتنص 212 من ق.إ.ج.ج على أن لا يجوز للقاضي أن يبني قراره الإ على الأدلة المقدمة له في المرافعات والتي حصلت فيها مناقشة حضورية ، وتعتبر هذه المواد دالة على اعتماد النظام الاتهامي.

أما مظاهر النظام التنقيبي: فقد وضحت بنص المادة: 295 من ق.إ.ج.ج يمكن إبعاد المتهم أو الحضور عن الجلسة عند إخلالهم بنظام الجلسة، وبعد أن يطلعه الرئيس على الخطر المنجر عن طرده

ونص المادة 468 من ق.إ.ج (يفصل في كل قضية على حدى وفي غير حضور باقي المتهمين. وبخصوص مظاهره في سير الإثبات الجزائي: تتجلى مظاهر النظام الاتهامي فيما يلي: تنص المادة 212 من ق.إ.ج "على ان إثبات الجرائم بأن طريقة "، والمادة 213 من نفس القانون تنص الاعتراف شأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية القاضي

أما مظاهر النظام التتقيبي : فتظهر في نص المادة 341 من ق.ع، والمادة 400 من ق.إ.ج التي تنص على حجج خاصة وأدلة قانونية). وهي مظاهر النظام التتقيبي. فمن خلال عرض موقف القفه ومجموع النصوص القانونية يمكن استنتاج أن المشرع الجزائي الجزائري أخذ بنظام مختلط إجرائي في الإثبات

الفرع الثاني

مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات

في إطار المبحث الأول المتعلق بسلطة القاضي الجزائي في تقجير أدلة الإثبات و في إطار المطلب الثاني من خلال تبيان نظم الإثبات الجزائي و مفهومها من خلال الأنظمة الإجرائية المختلفة و إبراز موقف المشرع الجزائري منها .

وعليه سوف نتعرض من خلال هذا العنصر إلى تعريف السلطة التقديرية للقاضي الجزائري (الفقرة الأولى) ثم نقارن الإثبات الجزائي بالمدني (الفقرة الثانية) ، ثم نبرز أهمية الإثبات (الفقرة الثالثة) ، وهدفه (الفقرة الرابعة) ، ثم نتعرض لموضوع الإثبات من خلال حصره (الفقرة الخامسة)، ثم نفرق بين الدليل و وسائل الاستدلال (الفقرة السادسة) .

الفقرة الأولى تعريف الإثبات

له معنيين احدهما لغوي ويلحق به المعنى الشرعي ، والاخر قانوني ، فالمعنى اللغوي مفاده : ثبت الشيء يعني دخل أو له معنى آخر هو الدليل أو البرهان، البينة أو الحجة. اما المعنى الشرعي فهو إقامة الدليل أمام القضاء بالقوانين التي حددتها الشريعة على حق، أو على واقعة تترتب عليها الآثار¹ ، اما المعنى القانوني: فنناقشه من خلال : الإثبات في المواد المدنية: والذي هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية تترتب آثارها² ، في حين ان الإثبات في المواد الجزائية: هو إقامة الدليل على وقوع الجرم وعلى نسبته لشخص معين فاعلا كان أو شريكا³.

1+ 2- محمد مروان ، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات

الجامعية، سنة 1999 ، ص: 165، 166 ، بعنوان : تعريف: الإثبات شرعا وقانونا.

3 - أنظر بتفصيل في ذلك: مصطفى القلي، أصول تحقيق الجنابات ، طبعة ثالثة، بدون دار نشر، ص 348 ، مشار اليه في كتاب: نصر الدين مرونك، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هومة، طبعة سنة : 2003 ، ص: 167.

والتعريف الراجح هو " إقامة الدليل لدى السلطة المختصة بالإجراءات الجزائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلك بالطرق التي حددها القانون، ووفق القواعد التي أخضعها لها¹. ومن خصائص التعريف ما يلي: أن نطاق الإثبات الجزائي لا يقتصر على إقامة الدليل أمام جهة الحكم فقط إنما يتسع ليشمل جهات أخرى، فإقامة الدليل يشمل التنقيب عنه ثم تقديمه ثم تقديره². يشمل الإثبات أدلة الإتهام والنفي. لا بد أن يكون الدليل مشروعاً. كما يجب أن يكون يقينياً أي مأخوذ من دليل صحيح نوقش في الجلسة. طبقاً للمادة 45 من دستور 1996.

الفقرة الثانية

مقارنة الإثبات الجنائي بالإثبات المدني

من حيث غرض الإثبات: الإثبات الجنائي غرضه الوصول للحقيقة على علم ويقين، فإذا نقص الدليل وجب براءة المتهم تماشياً مع أصل البراءة وتجاوزاً عن الشك، أما الإثبات المدني فهدفه هو ترجيح الحق لأحد طرفي النزاع.

من حيث عبئ الإثبات: ما دامت الدعوى العمومية تحرك ضد شخص تفترض براءته من قبل جهة الاتهام، فإنه يقع على هذه الجهة وهي النيابة العامة عبئ الإثبات ولو كان المجني عليه هو الذي حرك الدعوى ما دام أنه لا يوجه الاتهام فخصومته تتوقف على تحريك الدعوى العامة دون استعمالها، وعلى الدعوى المدنية دون العمومية، وحيث أن ترجيح الحق في الدعوى المدنية يتوقف على من يقع عليه عبئ الإثبات دون أن يثبت الطرف الآخر العكس.

من حيث أدلة الإثبات: لا يتقيد الإثبات الجنائي عموماً بأدلة معينة، فالقاضي يكون اقتناعه من أي دليل يقدم عليه، خلاف الإثبات المدني فالقاضي يتقيد بالاقتناع إذا قدمت إليه أدلة معينة

من حيث دور القاضي في الدعوى: إن دور القاضي المدني سلبي يقتصر دوره على الموازنة بين الأدلة المقدمة، فالقاضي عند إجراء نشاطه الذهني لتقدير الواقع المطروح من شأنه القاء عبئ الإثبات

1- محمد مروان، مرجع سابق، ج 1، ص 168.

2- محمد مروان، المرجع نفسه، ج 1، ص 168.

على المدعى، بينما لو اعتمد معيار ذاتي فذلك يعني في حقيقة الأمر تكليف الدائن بإثبات الظروف والملابسات التي تمثل قوام هذا المعيار الذاتي.¹

بخلاف القاضي الجزائي فإن دوره أكثر اتساعاً بالبحث عن الحقيقة بكافة الطرق القانونية كما يمكنه المطالبة بتقديم دليل يراه لازماً للإثبات طبقاً للمادة 186 من ق ج

الفقرة الثالثة

أهمية الإثبات الجنائي

وتتجلى في : كون الجريمة هي حدث في الماضي فتعين على المحكمة الاستعانة بوسائل تعيد أمامها رواية وتفصيل ما حدث وهذه الوسائل هي أدلة الإثبات.¹

رغم تمتع القاضي بسلطة واسعة فهو مقيد قانونا بكيفية الحصول على الدليل والشروط المتطلبية فيه، وتخلف هذا يوقع الدليل في البطلان لا يحكم بالإدانة إلا بالوصول للجزم واليقين

الفقرة الرابعة

هدف الإثبات الجنائي

هدف الإثبات هو أن يتحول الشك الذي يقوم عليه الاتهام إلى يقين تبنى عليه الإدانة بواسطة قواعد الإثبات، فيكون غرض الإثبات الجنائي بهذا المعنى "الحرص على أن يأتي الدليل المستخلص جديا وصادقاومثال ذلك: حلف اليمين قبل أداء الشهادة ، الحرص على أن لا يتعارض الدليل وتقديمه مع الحريات العامة وكرامة المتهم، كاستبعاد التعذيب أثناء الاستجواب.²

1 - إبراهيم بن حريز: السلطة التقديرية للقاضي المدني، (دراسة تحليلية نقدية)، رسالة ماجستير، سنة 95/94 ،

ص 57 وما بعدها ، وص (139 - المطلب الرابع من الرسالة) ، بن محنون، رقم الأيداع القانوني: 1995/06 ،

وأنظر: المادة الأولى من القانون المدني السويسري.

2- نصر الدين مروك ، المرجع السابق، ص 172.

3- نصر الدين مروك ، نفس المرجع، ص 173

فالإثبات هو قطع الشك باليقين. وقد جعل المشرع الجنائي الجزائري الوسيلة المبتغاة من وسائل الإثبات هي البحث عن الحقيقة القضائية " وهي التصور السليم لوقائع الدعوى"¹ ويظهر هذا من خلال المواد: 42-69-68-286-375، من ق ا ج ، لذا فلماذا لا نطبق مناهج البحث عن الحقيقة الفلسفية في مجال الإثبات الجنائي؟.

الفقرة الخامسة

موضوع الإثبات

ورد الإثبات المدني في المادة 322 - 349 من القانون المدني الجزائري، أما الإثبات الجنائي فورد في المواد الخاصة بالتحقيق الابتدائي والمحاكمة. وبهذا يكون موضوع الإثبات هو حقيقة واقعية

ذات أهمية قانونية، ومن هذا فالإثبات موضوعه إسناد الوقائع، وأما حكمها القانوني فهو يخضع لتفسير القاضي وكمثال على هذا: ما جاء به اجتهاد المحكمة العليا من نقضها لحكم قضائي "فسر الوقائع المسندة لموزع البريد بتحويله أموال حوالات لحسابه الخاص بأنها خيانة أمانة في حين نقض الحكم على أساس جريمة اختلاس اموال عمومية طبقا للمادة 119 من قانون العقوبات-] الملغاة بالمادة 29 من ق 06/01]- " .²

وباستقراء مواضع الإثبات الجزائي يتبين أن موضوع الإثبات يتضمن: إثبات وقوع الجريمة عموما ، ثم نسبة هذه الجريمة لشخص بوجه خاص إن كان هو الجاني، فبالنسبة للعنصر الأول نجد إثبات الوقائع يتم بواسطة أدلة .³

1 - مروك نصر الدين، نفس المرجع، ص 182.

2 - قرار للمحكمة العليا: مؤرخ في: 1986/02/27 ، مشار إليه في مؤلفه:

نواصر العايش: تقنين العقوبات، طبعة سنة: 1991 ، بدون دار النشر، ص 58 ، 190..

3 - وحتى يمكن الوصول للدليل الجزائي، لا بد من ثلاث مراحل، المرحلة الابتدائية للتحقيق.

التمصيدي، ثم التحقيق القضائي فيما بمعرفة قاضي التحقيق، ثم إذا أسفر التحقيق القضائي

عن أدلة إثبات، قدم المتهم للمحاكمة

الفقرة السادسة

التفرقة بين الدليل وسائل الاستدلال

نلاحظ أن الدليل هو الذي يبني عليه حكم الإدانة، والتي لا يمكن أن تبنى على مجرد استدلال. فعملية جمع الاستدلالات عادة تتم في مرحلة التحريك التي لا تراعي فيها عادة حقوق المتهم، والوصول للدليل له وسائل قانونية محددة له ويتم من خلالها وإن كان باطلا، ومرحلة الحصول على الدليل هي مرحلة التحقيق ، ومن هذه المرحلة تبدأ الأدلة.

وكذا فمن المبررات التي تجعل الاستدلالات لا ترقى للدليل هو ما جاء في المادة 215 من ق.ج.ج. بالقول انه " لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات أو الجنح إلا مجرد استدلال ما لم ينص القانون على العكس." لكن لا بأس من أن تدعم وتوازr بالادلة القائمة بالفعل .¹

1 - نصر الدين مرونك ، محاضرات في الإثبات الجنائي، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هومة، طبعة سنة: 2003، مرجع سابق، جزء ثاني، الإحتراض والمحرمات، ص 10.

الفرع الثالث

تقسيم أدلة الإثبات¹

بعد التطرق إلى الفرع الثاني و الذي تناولنا فيه مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في مجال الإثبات ، حيث عرفنا الإثبات الجزائي ثم قرناه بالإثبات المدني و ذكرنا هدف الإثبات و أهميته ثم درسنا موضوع الإثبات الجزائي و هو حقيقة واقعية ذات أهمية قانونية و هو ما يعرف بإسناد الوقائع و في هذا الإطار فرقنا بين الدليل و وسائل الاستدلال فمت بقي لنا سوى إيراد تقسيم أدلة الإثبات .

يمكن تقسيم هذه الادلة الى نوعين وهي تقسم أولاً من حيث مصدرها (الفقرة الأولى) و يدخل في هذا العنصر تقسيمات أخرى نوردها في حينها ، ثم نأتي للتقسيم الثاني و هو من حيث الجهة المقدم لها

الدليل (الفقرة الثانية) ، ثم من حيث علاقة الدليل بالواقعة المراد إثباتها (الفقرة الثالثة) ، ثم التقسيم من حيث الأثر المترتب على الدليل (الفقرة رابعة) .

الفقرة الاولى

من حيث مصدرها

تكون : ظروف وملابسات : تؤسس على باعث ارتكاب الجريمة، والمستفيد من هذه الجريمة و أدلة قولية (غير مادية): والتي تصدر من الغير من أقوال تؤثر في الكشف عن الجريمة ، والى أدلة علمية: كالبصمات وأثار الأقدام، ووسائل إثباتها هي المعاينة والخبرة ، و أدلة قانونية: حددها المشرع وأعطى لها نسبة في الإثبات.

1 - نصر الدين مروك، المرجع نفسه، جزء ثاني، الإحترااف والمعدرات، ص: 12.

الفقرة الثانية

من حيث الجهة التي يقدم إليها الدليل

نقسم الدليل الى الدليل القضائي و هو الذي له مصدر في أوراق ملف الدعوى مثل محاضر إستدلالات أو محاضر تحقيق أو محاضر جلسات ،وذلك بنص المادة 400 من ق ا ج بالنسبة للاستدلالات ،ونص المادة 100 بالنسبة للاعتراف والاستجواب ،ونص المادة 214 و218 حول حجية المحسبات بالنسبة لمرحلة المحاكمة ، والى الدليل غير القضائي: وهو الذي يحصل عليه القاضي خارج إطار القضاء

الفقرة الثالثة

الدليل من حيث علاقته بالواقعة المراد إثباتها

نقسم الدليل الى: ادلة المباشرة : هي التي تنصب على الواقعة المراد إثباتها مباشرة كالخبرة والشهادة ، و ادلة غير المباشرة : و هي التي تؤدي إلى إثبات واقعة أخرى تؤدي إلى إثبات الواقعة الأصلية وهي ما يعرف بالقرائن.

الفقرة الرابعة

الدليل من حيث الأثر المترتب عليه

ينتج لدينا باعتبار هذا المعيار من التقسيم ، أدلة إتهام : وهي التي من شأنها ترجيح إتهام المتهم وتقديمه للمحاكمة أو توقيع العقوبة عليه .
و أدلة حكم : تؤدي لتأكيد إدانة المتهم لا مجرد ترجيح الادلة.
و أدلة النفي : وهي التي تؤدي لنفي التهمة، وتقوم فقط على مجرد الشك

والتقسيم الأرجح الذي يعتمده جل الفقهاء هو: أدلة مادية . أدلة قولية . أدلة فنية .¹

1 - مروك نصر الدين، مرجع سابق، جزء ثاني، الإحتراض والمبررات ، ص: 18.

المطلب الثاني

القواعد العامة في الإثبات الجزائي

يقصد بالإثبات في المواد الجزائية إقامة الدليل على وجود الوقائع ونسبتها للمتهم كما قلنا لا على وجهة نظر المشرع فيها، و تفسيره لها، لأن هذا يتعلق بالتكييف القانوني والتفسير الذي يعتبر الوجه الثاني للسلطة التقديرية.

وبهذا فالإثبات الجنائي يعتمد على الحرية في الاثبات عكس الإثبات المدني المقيد بوسائل معينة وهو ما جاء التنص المادة 212 من ق.إ.ج.ج ، يتم إثبات الجرائم بأي طريقة من طرق الإثبات ، ومادام الأمر كذلك وبناء على محتوى نص المادة 212 من ق.إ.ج.ج "فإن نطاق نظرية الإثبات الجنائي أوسع من أن ينحصر في مرحلة المحاكمة، وتعتبر إقامة الدليل يشمل التنقيب عنه ثم تقديمه ثم تقديره،

لكن دراستنا تقتصر على مرحلة المحاكمة لأن قاضي الموضوع يعتبر مصفاة المراحل السابقة ، وذلك من خلال دراسة السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في الإثبات¹

ومن خلال ذلك نلاحظ أن القواعد التي وضعها المشرع للإثبات متنوعة فمنها ما يتعلق بالدليل المقدم (مشروعية الدليل و يقينية) للإثبات، ومنها ما يتعلق بالقاضي مثاله قاعدة الإقناع الشخصي للقاضي، ومنها ما يتعلق بالإثبات ذاته :كقاعدة حرية الإثبات، وتوزيع عبئ الإثبات.²

ولأهمية هذه العناصر يمكن تقسيم قواعد الإثبات وفق الفروع و العناصر الآتية:
ما يتعلق بالإثبات ذاته من قواعد (الفرع الأول) ، ثم ما يتعلق بالدليل المقدم للإثبات و قواعده (الفرع الثاني) ثم ما يتعلق بالقاضي الفاصل في الدعوى و ما يحكمه من قواعد (الفرع الثالث) .

1 - نبيل صفر، و. العربي شحط محمد القادر، الإثبات في المواد الجزائية، مرجع سابق. ص 22 بتصرفه

2 - نصر الدين مروك، جزء أول، مرجع سابق، ص 453 بتصرفه

الفرع الاول

ما يتعلق بالإثبات ذاته

إن الناظر في محتوى الإثبات الجزائي في حد ذاته من خلال دوره في تعزيز الإدانة أو نفيها يتساءل عن مدى حرية عملية الإثبات الجزائي ، و هي القاعدة الأولى من قواعد الإثبات ثم عن كيفية توزيع الإثبات و هي القاعدة الثانية من قواعد الإثبات ، وهو ما سنتناوله من خلال الفقرات الآتية :
قاعدة حرية الإثبات الجزائي ، من خلال شروط تطبيقها و الاستثناءات الواردة عليها ثم نتطرق إلى إثبات المسائل غير الجنائية المتعلقة بالدعوى العمومية (الفقرة الأولى) ، ثم نتعرض لقاعدة توزيع عبء الإثبات (الفقرة الثانية) ثم نتطرق للآثار الناتجة عن تطبيق القواعد العامة في الإثبات و هي عدم إلزام المتهم بإثبات برائته و ما يترتب عن ذلك من قرينة البراءة (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الاولى

قاعدة حرية الإثبات

يختلف الإثبات الجنائي عن المدني في أنه ينصب على وقائع مادية ونفسية في حين ينصب الإثبات المدني على أعمال قانونية ، فالنيابة تلجأ بكافة الوسائل لإثبات وقوع الجريمة على المتهم ، ويدفع هوالتهمة عن نفسه بكل الوسائل .

هذا وان أساس هذه القاعدة : هو اعمال قاعدة حرية الإثبات والسرية والغموض الذي يحف أركان الجريمة المادي والمعنوي، ويتطلب هذا اللجوء لأي قاعدة من قواعد الإثبات شرط كونها قانونية، فما جاءت به المادة 212 من ق.إ.ج. كقاعدة عامة من حرية في الإثبات بكافة الوسائل المشروعة سواء كتابية أو شفاهية أو آثار فإنه يرد عليه هذه القاعدة شروط واستثناءات.

اولا- شروط تطبيق القاعدة*

يرد على تطبيق هذه القاعدة شرطين ، فالشرط الأول: هو وجود الدليل بملف الدعوى ومناقشته بالجلسة وهذا ما استقر عليه اجتهاد الغرفة الجنائية حين قررا نه"تنص الفقرة الثانية من المادة 212 من ق.إ.ج. على انه :لا يسوغ للقاضي ان يبني قراره الا على الادلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا، لذلك يتعين على قضاة الإشتئناف أن يبينوا في قرارهم أدلة الإثبات التي أدت إلى إقتناعهم، وأن هذه الأدلة قد وقعت مناقشتها حضوريا وإلا ترتب على ذلك النقض¹.

ويعد اخلالا بحقوق الدفاع بناء القاضي حكمه على دليل ليس له اصل في اوراق الدعوى او حتى وان كان موجود ولم يطلع عليه الاطراف² ، وقضت أيضا أنه : لقضاة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير أدلة الإثبات بدون معقب ما دام ما استندوا إليه له أصل ثابت في أوراق الدعوى³.
اما الشرط الثاني: فهو الحصول على الدليل بإجراء صحيح يجب أن يكون الدليل الذي استند إليه القاضي في حكمه أو قراره مستمدا من إجراء صحيح لأن بطلان الإجراء الذي يوصل للدليل يترتب

عليه بطلان الدليل ذاته، فما بني على باطل فهو باطل ، " و إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة ويجب إعادته متى أمكن ذلك ⁴.

* - مرونك نصر الدين، جزء أول، مرجع سابق، ص 454. وأنظر بخلافه هذه النقطة، إذ: يورد الأستاذ:

إبراهيم بن حريز، السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص: 139, 138 "بأن نشاط القاضي المدني نشاط

ذهني يقوم به قاضي الموضوع على الواقع والقانون معا" وهذا خلافا لما ذكره نصر مرونك

1 . قرار رقم : 625، 28 مؤرخ في: 1982/05/27، CD ، قرص مضغوط، مصدر سابق .

2 . شريفة طاهري، {تأثير أدلة الإثبات على الإقتناع الشخصي للقاضي الجنائي} ، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع

القانون الجنائي، سنة 03 /2004، رقم الأيداع: M 05/74; بن محنون، ص: 28.

3 . قرار رقم: 14، 25 مؤرخ في: 1982/01/05، القرص المضغوط، الإصدار الثالث، مصدر سابق .

4 . نبيل صقر، البطلان في المواد الجزائية، الموسوعة القضائية الجزائرية، دار الملل للخدمات الإعلامية، طبعة

سنة 2003 ، ص: 147.

ثانيا- الاستثناءات الواردة على قاعد حرية الإثبات

إن قاعدة حرية الإثبات بالنسبة لأدلة الإثبات عموما لا تطبق على إطلاقها إذ يرد عليها استثناءات بالنسبة لبعض الجرائم الخاصة ، لذا اجتهد كل من الفقه والقضاء في ترتيب أدلة الإثبات حسب النوع، والذي يهمننا في هذا الجانب هو نظرة المشرع لها باعتبار أن كل من الفقه والقضاء هما مصدر من مصادر التشريع فما هي خطة المشرع الجزائري بشأن مسألة حرية القاضي في الإثبات ؟ لتبين موقف المشرع من هذه المسألة نستقرأ نصوص قانون الاجراءات الجزائية ثم قانون العقوبات .

فبالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية : نص هذا القانون على وسائل إثبات خاصة ومثال ذلك: ما أضاف المشرع من حجية خاصة لبعض المحاضر ومنها : محاضر المخالفات : طبقا للمادة 400 من قانون إج، وتقتصر الحجية على الوقائع المادية المشتبه فيها فقط.

بالنسبة لبعض القوانين الخاصة: ونجد من ذلك مثلا: ما قرر من حجية لمحاضر الجمارك طبقا للمادة 254 من قانون الجمارك ، فمتى وجدت هذه المحاضر ولم يطعن فيها بالتزوير فإنها تكون ذات

حجية وبقين ويلزم القاضي بالأخذ بها، ولا يحق له اللجوء إلى غيرها من وسائل الإثبات فيما أتت به تلك المحاضر¹ ، وكذلك الحال بالنسبة لمحاضر المنافسة والأسعار: ويظهر اشتراط وسائل اثبات خاصة من نص المادة 28 فقرة 4 من الأمر 37/75 المتعلق بالمنافسة والأسعار² ، اما المحاضر الخاصة بقانون المرور: فلم يترك المشرع إثبات هذه الجرائم خاضعا للقواعد العامة بل وضع لها طرق خاصة ، فتقرير معاينات مخالفات قانون المرور بواسطة أحد الأشخاص المنصوص عليهم بالمادة 130 من قانون 14/01 المتعلق بحركة المرور، ويشمل مجال المعاينة الحادث

1 . معراج جديدي، الموجز في الإجراءات الجزائية، الجزائر، طبعة سنة: 2002، بدون ناشر، ص: 16.

2 . محمد محدة، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، مجلة البحوث والدراسات، عدد أول / أفريل 2004، مطبعة

الوليد للنشر، ص: 31

الجسماني والحادث المमित ، وتتم عملية فحص السائق المتسبب في الحادث طبقا لأحكام المواد 19 – 20 – 68 من هذا القانون ، وقد نصت المادة 136 من قانون 14/01 على أن يكون لهذه المحاضر قوة ثبوتية لحين إثبات العكس.

وبالنسبة لقانون العقوبات : فقد نص القانون على طرق خاصة لاثبات بعض الجرائم ويتعلق الأمر، بإثبات جريمة الزنا مثلا : والتي نظرا لخصوصيتها * ، فقد قيدها المشرع بإجراءات خاصة منصوص عليها في المادة 339 من قانون ع. وهي شكوى الزوج المضروب،

ونلاحظ أن المشرع قد حصر أدلة إثبات الزنا وفق نص المادة 341 من قانون العقوبات وهي : " إما وجود محضر قضائي من رجال الضبط القضائي" ومن ثم فإن خروج القاضي عن هذه الوسائل يعرض حكمه للإلغاء، وهذا ما جاء في القرار رقم 59100 بتاريخ 1989/07/02 "متى كان من المقرر قانونا أن الدليل الذي يقبل في إثبات جريمة الزنا يقوم إما على محضر قضائي أو إقرار وارد في رسائل ومستندات صادرة من المتهم، أو بإقرار قضائي فان القضاء بما يخالف هذا .. المبدأ يعد خرقا للقانون.

1

ثالثا - إثبات المسائل غير الجنائية المتعلقة بالدعوى العمومية

من حيث المبدأ فالقاضي الجنائي يختص بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجنائية المرفوعة أمامه، ففي القانون المصري يحق له حتى الفصل في تفسير المعاهدات

عندما يتعلق النزاع بقوانين الجنسية² ، لكن هناك استثناءات ترد على هذا المبدأ وهي المتعلقة بإثبات مسائل غير جنائية أو الأولية سواء كانت مدنية أم تجارية أم إدارية، فالقاضي والأطراف ملزمين بإتباع طرق إثبات محددة في القانون الخاص وليس الجنائي ولكن ذلك مشروط بشرطين هما:

* - قال تعالى: " ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب في الدنيا والأخرة " صدق الله

العظيم فمن خلال هذا يظهر التشريع الاسلامي قد جرم حتى مجرد نقل اخبار تتعلق بالزوجة

1 - محمد محده، المرجع السابق ، ص: 32.

2 - رمزي رياض محوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 2004،

القاهرة، ص: 84

الشرط الأول : ألا تكون الواقعة محل الإثبات (الأولية) هي بذاتها محل التحريم .

فالقاضي يلتزم بإثبات واقعة التسليم في جريمة خيانة الأمانة، بالقانون المدني كونها مفترضة لقيام السلوك الإجرامي ذاته، أما تصرف المتهم فيما استلمه بالبيع مثلا فيمكن للقاضي إثباته بأي طريقة الإثبات لأن تصرف التهم هو ذاته السلوك الإجرامي المكون للجريمة.¹ وهذا الشرط ينبثق عنه بالضرورة **الشرط الثاني:**² وهو كون الواقعة الغير جنائية لازمة للفصل في الدعوى العمومية* .

وليست مجرد قرينة يستدل بها على وقوع الجريمة-] بدورنا نرى ان هذا الشرط هو ناتج تماما عن الشرط الأول ومن ثمة فإن الاقتصار على الأول كافي، فقد وضع ،د. مروك نصر الدين، مثلا على هذا الشرط وهو الاستدلال على بيع المسروقات فبيع المال المسروق ليس عنصرا لجريمة السرقة، إنما هو قرينة على وقوعها بخلاف لو أردنا إثبات عقد عدم ملكية المسروق ، إذا ادعى

1 . مسعود زبدة ، الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، المؤسسة الوطنية للكتاب ط، سنة: 1989، الجزائر ص: 117.

2 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج 1، ص: 477.

* - ان المادة 331 من قانون الاجراءات الجزائية هي النص العام الذي ينظم المسائل الفرعية فهذه المسائل التي اطلق

عليها المشرع الجزائري لفظ الدعوى الأولية (...) هذا النوع من المسائل هو الذي يستدعي اجراء الفصل في الدعوى

واحالة المسألة الفرعية امام المحكمة المختصة... لكن الاشكال الذي يثار هنا : هو حول ما اذا كانت المسألة

الفرعية التي يعتد بما تفيد الحكم ام تفيد الدعوى ؟ ... جاء قضاء المحكمة العليا ليوضح في هذا الخصوص " بأنه يعد ايضاً باطلاً قرار الاحالة الذي اعتمد على نصين احدهما يثير مسألة فرعية مقيدة لحكم وثانيهما يثير مسألة فرعية مقيدة للدعوى ". فمسألة اثبات الزواج التي تثيرها جنحة عدم تسجيل الزواج تشكل مسألة فرعية مقيدة للحكم لا للدعوى ، فطالما انه لا يوجد نص قانوني او قضاء ثابت ، او تأييد من الفقه يجعل تلك المسألة الفرعية مقيدة للدعوى، فنحن لا نتفق مع المجلس الاعلى عندما صرح " بان مسألة اثبات الزواج تشكل مسألة فرعية مقيدة للدعوى ".
في قراره المؤرخ في: 1962/02/07 ... انظر في ذلك: محمد الحميد زروال: المسائل الفرعية امام المحاكم الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994 ، ص: 81,79 تباعاً.

السارق ملكيته له]-، وعليه فمجرد توفر الشرط الأول فقط يرجع القاضي الجزائي لقواعد الإثبات الخاصة، وبانعدامها - طرق الإثبات - يثبت التصرف بكافة طرق الإثبات، ومنها البيئة الغير مقبولة في الإثبات المدني

وقد نجد أصل هذا كله بأعمال نص المادة 331 من قانون إج والتي تقتضي " بأنه يجب إبداء الدفع الأولية قبل أي دفاع في الموضوع ، ولا تكون مقبولة إلا إذا كانت بطبيعتها تنفي عن الواقعة أساس المتابعة وصف الجريمة، ولا تكون جائزة إلا إذا استندت لوقائع واسانيد تصلح أساساً لما يدعيه المتهم وإذا كان الدفع جائزاً منحت المحكمة مهلة يتعين على المتهم فيها رفع الدعوى للجهة .. المختصة فإذا لم يرفع المتهم الدعوى .. ولم يثبت أنه رفعها صرف النظر عن الدفع ... وبذلك اسجل تحفظ على ما اورده الدكتور مارك نصر الدين ، في كتابه محاضرات في الاثبات الجزائي ، مرجع سابق ، ص 477 منه : من أنه لم يتعرض المشرع الجزائري للمسائل المدنية التابعة للدعوى العمومية]- .

كما أن اجتهاد المحكمة العليا جاء ليقرر " أنه إذا وجدت مسألة أولية في الدعوى لا يجوز إجراء المتابعة ومباشرتها * ، طالما لم يتم الفصل نهائياً في هذه المسألة، فالمسألة المثارة بشأن حالة الأشخاص لا تسمح لقاضي التحقيق وكذا قاضي الحكم بالتصريح بعدم الاختصاص أو بصرف النيابة كما يبدو لها، أو بإدانة المتهم تلقائياً أو بإبعاد التهمة فيجب على الجهة المعنية أن توجه الطرف المدني وتكلفه برفع دعوى واستصدار حكم من الجهة القضائية المختصة وحدها في هذا الشأن ، وان تحدد له أجلاً يتم فيه رفع الدعوى، وخلال هذه المدة لا يجوز لقاضي التحقيق مواصلة التحقيق ¹ .

وهنا يثار اشكال مهم في هذا الشأن وهو إذا ما كان هذا الدفع الأول قد أثاره المتهم سعياً لإثبات براءته، وكانت الجريمة ماسة باقتصاد الدولة كالاختلاس مثلاً ونازع المتهم بكونه غير موظف فهنا ليس هناك طرق مدني - فهل على القاضي الجزائي رفع دعوى مدنية أو إدارية في صورة إحالة أم

*- وبما ان المباشرة تتم أمام المحاكم فالمعني بالفصل في المسألة الأولى هنا هي جهات الحكم

1. قرار صادر مؤرخ في: 1967/02/07 مشار إليه في: مؤلف.

العايش نواصر ، تقنين الإجراءات، طبعة سنة 1992 ، (بحور ناشر)، ص: 149

ماذا ؟ لم يوضح الاجتهاد ولا المادة 331 من ق.إ.ج ذلك.¹

وعليه ونظراً لأهمية إثبات المسائل الأولية المتعلقة بالدعوى العمومية نتعرض لمثالين أوردهما جل رجال الفقه بخصوص هذا الجانب :

البند الاول-إثبات جريمة خيانة الأمانة

بداية هذه الجريمة كغيرها من جرائم قانون العقوبات لقيامها وجب توفر الركنان المادي والمعنوي، إضافة إلى وجوب إثبات عقد الأمانة حسب المادة 376 من قانون العقوبات وفي هذا فقد جاء اجتهاد المحكمة العليا" يقتضي إثبات جنحة خيانة الأمانة أمرين اثنين الأول وجوب قيام العقد الذي وقع تسليم الشيء بمقتضاه الى المتهم ،والذي يشترط ان يكون من بين العقود المنصوص عليها في 376 من ق ع ، والامر الثاني:وجوب إثبات العناصر الأخرى للجريمة، كفعل الاختلاس أو التبديد من المتهم إضراراً بمالكه أو وضع اليد عليه، فإذا كان يجوز إثبات العناصر الأخرى بكافة طرق الإثبات الواردة في المادة 212 من ق.إ.ج ، فإن إثبات وجود العقد من عدمه يخضع لقواعد القانون المدني".²

كيف نثبت عقد الامانة كمسألة أولية:

بداية لتعريف عقد الأمانة نرجع للقانون المدني في هذا الشأن وبعض القوانين الخاصة وفي كل هذه الأحوال ، علينا التقيد بنوع العقود، الواردة على سبيل الحصر بالمادة 376 من ق عقوبات ولذلك لا

يجب البحث عن هذه الجريمة خارج إطار هذه العقود³، إذا أولا تتعرض ل: عقد العمل : إذا تعلقت الجريمة بانتهاك عقد العمل فهذا يستوجب قيام عقد العمل ذاته وفقا لقواعد الإثبات

1. قرار صادر في: 1983/07/04، مشار إليه: بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 1، سنة 1989، ص: 362.

2. قرار رقم: 198. 8 مؤرخ في: 1974/07/09، مشار إليه في: مؤلف

جيلالي بغدادي، مرجع سابق، جزء أول، ص: 19

3 - نصر الدين مروك، ج1، مرجع سابق، ص: 480.

المقررة وهي المادة 10 من القانون 11/90 التي تقول: "يمكن إثبات عقد العمل بأي وسيلة كانت".

عقد الإيجار : لا بد من التفريق بين عقد الإيجار المدني الذي يثبت بقيمة التصرف فلا تجوز البيعة بالشهود فيما فاق 10 مليون دينار جزائري ، وأما إذا كان الإيجار تجاريا فالإثبات في المواد التجارية غير محدد بمبلغ معين طبقا للمادة 333 من القانون المدني .

عقد الوديعة: هو عقد مدني فوجب التقيد بالقانون المدني المحدد لهذا العقد.

عقد الوكالة: نص على الوكالة في القانون المدني فوجب التقيد بأحكام المادة 571 من القانون المدني

عقد العارية: وهي عارية الاستعمال لشيء ثم رده بعد مدة معينة أو بعد استيفاء غرض ما، وليس عارية الاستهلاك التي تخرج عن العقود¹ ، التي تتحقق بها خيانة الأمانة .

عقد الرهان: وهو التزام شخص ضمانا لدينه أو دين غيره، أن يسلم الدائن أو شخص اجنبي يعينه المتعاقدان شيء يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين طبقا للمادة 948 من القانون المدني² ، المقصود هنا الرهن الحيازي القابل للتسليم

هذا و ان انتهاك عقد الرهن هو العنصر الأول للجريمة هنا، ويستوي في ذلك كون الرهن تجاري اذ يخضع لقواعد الإثبات التجارية.

وجود شيء (محل التسليم): و هو حسب المادة 376 من قانون العقوبات: أوراق تجارية نقود، بضائع ، أوراق مالية ، مخاصمات ، محررات أخرى، تتضمن إلتزاما أو إبراء وهذا هو المحل الذي يمكن أن يقع عليه فعل التبديد ، ونجد اصل هذا كله في قرار المحكمة العليا بخصوص ضرورة إثبات أو التطرق لطبيعة العقد في جريمة خيانة الأمانة،" فإن إدانة التهم بهذه الجنحة دون

1 - راجع زعلاني عبد المجيد، قانون العقوبات الخاص، مطبعة الكاهنة الجزائر، طبعة سنة : 2000، ص: 56.

2. المادة: 948 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر 75/158 في 26/09/1975

التطرق إلى طبيعة العقد والحكم عليه من أجلها يعد خرقا للقانون".¹

البند الثاني-إثبات جريمة التعدي على الملكية العقارية

تنص المادة 386 من قانون العقوبات على أن هذه الجريمة تقوم بمجرد :

وقوع اعتداء بالانتزاع بطريق الخلسة أو التدليس ، كون العقار مملوك للغير.

فإذا ما أثبتت هذه المسألة الأولية على القاضي الجزائري بأن يدعي الطرفان ملكيتهما للعقار فهل المحكمة الجنائية النازرة في جريمة الاعتداء على الملكية العقارية هي المختصة أم لا في الفصل في ثبوت الملكية؟. يعلق الدكتور نصر الدين مروك: بأنه لم يرد نص في القانون الجزائري في هذا المجال²، -] لكن بالرجوع للعمل القضائي فإذا كانت الأدلة المتعلقة بثبوت الملكية كافية تفصل المحكمة في المسألة الأولية، وإلا فتؤجل الفصل لحين الفصل في المسألة الأولية من الجهة القضائية المختصة، وقد وضحت المحكمة العليا بما يؤكد هذا المنحى بالقول:" يتعين على القاضي الجزائري أن يأمر بوقف الفصل في الدعوى حتى يتم الفصل نهائيا في المسألة الأولية من قبل الجهة القضائية المختصة، غير أن هذه القاعدة لا تطبق أمام محكمة الجنايات، لأن القانون حولها كامل الولاية ولا يجوز لها أن تقرر عدم اختصاصها-]طبقا للمادة 251 من ق ا ج -] فضلا عن أن أعضاءها غير ملزمين بذكر الوسائل التي توصلوا بها إلى إدانة المتهم وفقا لمقتضيات المادة 307 من ق ا ج " ³.

1 . قرار للمحكمة العليا مؤرخ في: 11/01/1983، مشار إليه في: - المجلة القضائية لسنة 1990، قسم المستندآت للمحكمة

العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، محدد رقم: 01، ص: 327

2. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 486
3. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 486 ، راجع بالتفصيل:- قرار للمحكمة العليا:رقم: 26. 248 مؤرخ في: 1983/07/04 -وقتراخر رقم: 47. 998 مؤرخ في: 1986/06/24 ،مشار إليهما في مؤلفه: بغدادي جيلالي، ج1، مرجع سابق، ص: 30

الفقرة الثانية

توزيع عبء الإثبات

نعالجها من خلال عدم إلزام المتهم بإثبات برائته (أولا) ، ثم من خلال إيراد الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة العامة (ثانيا).

اولا-القاعدة العامة(عدم إلزام المتهم بإثبات برائته)

مبدئيا فقد ساد في القانون الجزائي مبدأ القاء عبء إثبات التهمة على جهة الاتهام من حيث توفر العناصر المادية والمعنوية للجريمة ، فإذا اقتصر دفاع المتهم على إنكار الجريمة فلا يطالب بإقامة الدليل على إنكاره إذ من حقه رفض الدفاع عن نفسه¹.

أما في القانون المدني فتسود قاعدة :-[المادة 323 من القنون المدني]- "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"

أما في الشريعة الإسلامية فهي سند هذه القاعدة واسباسها كما في قول الله تعالى: "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة " صدق الله العظيم.
وفي السنة يقول صلى الله عليه وسلم: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"

وفي هذا الخصوص نثير الاشكال التالي: إذا تمسك المتهم بدفع لصالحه فهل يقع عليه عبء إثبات هذا الدفع ؟ كما إذا تمسك بسبب إباحة أو مانع للمسؤولية ؟

هناك من يقول بتولي النيابة العامة إثبات الدفع تبعا لكون نفيه من شأنه تثبيت التهمة، ولكن عمليا يتولى القاضي بنفسه الفصل في الدفع كان يندب لذلك خبيراً . في حين يذهب آخرون فقهاء إلى

1 . نبيل صقر، و العربي شط محمد القادر، الإثبات في المواد الجنائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي،

موسوعة الفكر القانوني، مرجع سابق، ص: 58

وجوب التفرقة بين عبء الادعاء وبين عبء الإثبات¹ ، ويعني هذا أن على المتهم إثارة الدفع، أما إثبات أسباب هذا الدفع فيقع على عاتق النيابة العامة ، والمحكمة كونها أكثر إمكانيات من المتهم، ونظرا للدور الإيجابي للمحكمة طبقا لحرية الإثبات والإقناع ، يفرض عليهم-القضاة- أن يتحروا الحقيقة بأنفسهم بل يجب عليهم -ومن تلقاء أنفسهم- أن يحلوا محل المتهم في استظهار وسائل الدفاع إن لم يقدر المتهم على ذلك.²

ثانيا -استثناء من القاعدة العامة³

ان هذه الاستثناءات تقرر حينما يلقي المشرع عبء الإثبات على عاتق المتهم، ومثال ذلك الأمر 05/96 المعدل بالأمر الرئاسي 04/03 المؤرخ في اوت 2003 ، الخاص بالمنافسة والاسعار " الذي افترض علم المتهم بالغش أو الفساد إذا كان من المشتغلين بالتجارة، وألقى على عاتقه عبء إثبات انتفاء هذا العلم"⁴ ، بالتالي فالقصد الجنائي مفترض لدى الجاني هنا⁵ ، وينتج عن هذا كله اصل ثابت هو قرينة البراءة .

1 . نبيل صقر، و العربي شط محمد القادر، مرجع سابق، ص: 59

2 . محمد الله الملايبي أحمد، التطرية العامة للإثبات في المواد الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية

، طبعة 1987، ص: 733 .

3 . هناك من يقسم الاستثناءات إلى :- ما هو تشريعي وذلك حين يلقي المشرع عبء الإثبات على المتهم، - وإلى ما

هو قضائي، وهذه الاستثناءات أو القرائن أنشأها القضاء وليس لها سند قانوني . لمزيد تفصيل أنظر:

(1) . زوررو ناصر، قرينة البراءة، "رسالة لنيل شهادة الماجستير" في القانون الجنائي، و العلوم

الجنائية، بن مكنون في 2001/2000، رقم: M.04/71، ص: 28 . 29 . 30 . 31.

(2) – ESSAID, MOHHAMED jalal : la présomption D'innocence, Edition

laporteANNE. (S.D)Page – 148

4. الأمر الرئاسي : رقم: 04/03، المؤرخ في: أوت 2003، المعدل للأمر 05/96، المتعلق بالمنافسة والأسعار..

5. للمزيد من المعلومات أنظر: . نبيل صقر و العربي شط عبد القادر، مرجع سابق، الإثبات في

المواد الجنائية، ص: 60

الفقرة الثالثة: الآثار الناتجة عن القاعدة العامة

نعالجها من خلال التعرض لقرينة البراءة (أولا) ، ثم نطاق تطبيق هذه القرينة ، وفي إطارها ندرس عبء اثبات الجريمة عموما ، ثم عبء اثبات شروطها ، م عبء إثبات الأركان المفترضة لها ثم عبء إثبات الدفوع و نتهي بإيراد موقف المشرع الجزائري ثم نورد حالة خاصة لإثبات الدفوع المتعلقة بجنحة القذف الواقع على الشخصيات العامة و الهيئات (ثانيا)

اولا - قرينة البراءة

عرفها الفقه بانها ، معاملة الشخص مشتبه فيها كان ام متهم، في جميع مراحل الاجراءات ومهما كانت جسامة الجريمة التي نسبت اليه ، على انه بريء حتى تثبت ادانته بحكم قضائي بات وفقا للضمانات التي قررها القانون للشخص في مراحل الاجراءات .¹

وقد نص على هذا المبدأ في القانون الروماني ، وفي الاتفاقيات الدولية مثل اعلان حقوق الانسان سنة 1789 ، وفي الدساتير ، كالمادة 45 من دستور 1996 الجزائري ، كما نص عليه في احكام الشريعة الاسلامية في نص الحديث الشريف عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال "ادروا الحدود بالشبهات" (ص).

ثانيا- نطاق تطبيق قرينة البراءة

ان اصل البراءة مفترض في حق المتهم ومعنى هذا "عدم تحميله عبء اثبات برائته" ، وقد قررت المحكمة العليا في هذا الشأن الاصل ان المتهم بريء حتى تثبت نهائيا وان عبء الاثبات يقع

1. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 223

على النيابة العامة التي تحرك و تباشر الدعوى العمومية " ¹ .

ولكن ليس معنى هذا ان النيابة العامة هي وحدها ،التي تسعى لاثبات التهمة ،فحسب المادة 69 و186 من ق ا ج فعلى المحكمة البحث عن الحقيقة بنفسها ... وكل ما هو جدير بالنيابة هو التحقق مما اذا كانت هناك ادلة كافية تمكنها من دحض هذه القرينة ام لا ؟" ² .

وكاصل عام فان نطاق تحديد قرينة البراءة يحدد ب:

من حيث الاشخاص : مفروض انه يستفيد من هذه القرينة كل الاشخاص دون تفريق بين مبتدئ وعائد غير ان ما يجري عليه العمل القضائي هو ان صحيفة السوابق يعتمد عليها في تحديد العقوبة بشكل كبير ³ .

بالنسبة للجرائم : لا تحدد هذه القرينة بنوع الجريمة حسب التقسيم الثلاثي وفق المادة 27 من ق العقوبات

بالنسبة للاجراءات الجزائية : يشمل نطاق البراءة كل مراحل الدعوى العمومية ،غير انه بعض الاحيان يقتضي اتخاذ اجراء حماية للمجتمع المس بالحرية الشخصية ،فوجب هنا اتخاذ هذا الاجراء في حدود ضمانات الحرية الفردية المقررة قانونا ،وان تبقى مجرد استثناء وليست اصلا كما ورد بنص المادة 123 مكرر من ق 08/01 المعدل لقانون الاجراءات الجزائية .

بالنسبة لجهات القضاء : تمس قرينة البراءة مرحلة الحكم الجزائي في الموضوع بحيث تبرء المتهم ، لعدم وجود اثبات ادانة ضده ، غير ان هناك من استبعد مرحلة التحقيق من نطاق سريان قرنيه البراءة ،مصرحين بأنه .. من الناحية العملية لا يمكن إقرار أي حكم مسبق حول مسالة إذئاب

1 - قرار للمحكمة العليا رقم: 131 . 35 مؤرخ في: 1985/10/25 ،مشار إليه في كتابي:

بغدادبي جيلالي، مرجع سابق، ج1، ص: 17

2 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 228 بتصرفه

3 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 229 بتصرفه

أو انتفاء إذئاب، تجاه المتهم طالما أن الدعوة الجنائية لم تنته.¹

لكن يرد الفقه على هذا الرأي بالقول أن قرينة البراءة ترتبط أيضا بالتحقيق الابتدائي لعدة أسباب من جملتها: سبب عملي : مؤداه أن قاعدة البراءة ضرورية للمتهم لمواجهة النيابة أثناء التحقيق لأنها تتعدى الإثبات لتمس حقوق الدفاع والحريات ، والثاني نظري :حيث أن أمر الإحالة أو قرار الإحالة من غرفة الاتهام يحتوي على إدانة².

البند الأول- عبء إثبات الجريمة

تعرف الجريمة في الفقه الجزائري بأنها (الواقعة الضارة بكيان المجتمع وأمنه)³ هذا وإن الفقه والقضاء ، يورد {3 أركان لكل جريمة} وهم - الركن الشرعي والمادي والمعنوي، على أن هناك من استبعد الركن الشرعي .⁴

وإضافة للأركان العامة للجريمة هناك { الأركان الخاصة } فيستوجب المشرع للقول بالعقاب، فمثلا هي في السرقة - كون المال مملوكا للغير - فعل الاختلاس. وهناك ما يعرف: بظروف الجريمة ، التي منها ما (يغير من وصف الجريمة)، فالسرقة البسيطة المقترنة بظرف أو أكثر من الليل والتعدد والكسر تصبح سرقة موصوفة أي جنائية. ومنها ما يغير مقدار العقوبة بالتشديد كما هو الحال في العود، أو بالخفيف عن طريق استبدال العقوبة المقرر قانونا بأخرى أحق نوعا ومقدارا كعنصر صغر السن حسب المادة م 47 من قانون العقوبات

1 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 231

2 . زوررو ناصر، قرنية البراءة، رسالة مشار إليها سابقا، ص: 26

3. محمد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، نظرية الجريمة، دار المصدي، طحين

مليلة، بدون تاريخ، ص: 49

4 - محمد محند: (محاضرات في القانون الجزائي العام)، القسم الأول، نظرية الجريمة، القبيص، على طلبة السنة الثانية

حقوق، معهد الحقوق ببسكرة.

البند الثاني- بالنسبة لشروط الجريمة

وهي إضافية عن الأركان العادية، وتسمى شروط مفترضة، ومثالها : صفة الموظف في الاختلاس والرشوة طبقاً للمادة 119 – 126، الملغاة بالمواد 25 و29 من قانون الفساد 06/01 .

قيام الحجز : كشرط لوقوع جريمة اختلاس أو تبديد ، والشروط المفترضة يترتب على انتفائه انتفاء الجريمة، ولا يغير وصفها ولا أثر له في العقاب.

ونتيجة لهذا التفريق في الأركان العامة والخاصة والظروف والشروط المفترضة يختلف تتفاوت درجة توزيع عبئ الإثبات تبعاً لذلك.

بداية لقد استقر قضاء المحكمة العليا كما ذكرنا "على أن النيابة العامة يقع عليها عبئ إثبات الجريمة وعدم توفر أي سبب يغير من أسباب انقضاء الدعوى العمومية ، وإثبات قيام الدعوى في الميعاد القانوني" .¹

كيف تثبت النيابة العامة أركان الجريمة؟

بالنسبة لعبئ إثبات الركن الشرعي للجريمة : يتجه جمع من الفقهاء الى ان الركن الشرعي جزء من الجريمة و مكون لها و من ثمة لا يمكن إثباته لأن القانون موجود بالجريدة الرسمية ، و كان من المفروض إطلاع كل الشعب عليه تماشياً من المبدأ القانوني القائل :

1. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 241

لا عذر يجهل القانون ، المادة 60 دستور 1996¹ ، انما القابل للإثبات هو العرف الذي يتغير من منطقة الى اخرى.

أما الفريق الثاني فيقول ان الركن الشرعي أساسي للتجريم و العقاب، تطبيقا لمبدأ (لا جريمة و لا عقوبة و لا تدبير امن بغير قانون) المادة 01 من قانون العقوبات، لذا جاء اجتهاد المحكمة العليا. ليقرر انه " من المقرر قانونا ان الأحكام الصادرة بعقوبة يجب ان تتضمن ذكر النصوص القانونية المطبقة ، و إلا وقعت تحت طائلة البطلان ، اذ بدون ذلك لا يتسنى للمحكمة العليا ممارسة الرقابة القانونية على هذه الاحكام...² .

وعليه فعبيء إثبات النص الشرعي يقع على عاتق قاضي الموضوع بحسب اجتهاد المحكمة العليا. اذ قررت كذلك انه : " مع ما لقضاة الموضوع من سلطة في تقدير وقائع .. فإن القانون يفرض عليهم إعطاء تكييف صحيح لهذه الوقائع"³ .

إذ نلاحظ ان قاضي الموضوع يستطيع استبعاد تكييف النيابة العامة، و يعيد التكييف ، شرط تنبيه الدفاع لذلك قبل قفل باب المرافعة ، فإذا قررت المحكمة تعديل التهمة ، او الوصف - بمعنى إعادة التكييف- بعد قفل باب المرافعة،-] فيكفي ان تكون المحكمة قد نبهت المتهم او الدفاع ضمنا

1 - تعديل دستور: 1996.

2. قرار للمحكمة العليا، مؤرخ في: 1989/12/13، مشار إليه في: - المجلة القضائية سنة 1989 عدد 04 ، من قسم

المستندات والنشر للمحكمة العليا ، الديوان الوطني للأشغال ، التريبوية، ص: 303

- نواصر العايش، تقنين العقوبات، ط/1991، ص: 06. ، وأنظر في نفس النقطة:

- قرار اخر لها، رقم: 29.526 مؤرخ في: 1984/04/03، مشار اليه في مؤلفه: - بغدادي جيلالي، مرجع

سابق ، ج1، ص: 187 (حول عدم ذكر النصوص القانونية)

. وقرار اخر رقم: 724 . 36 مؤرخ في: 1985/11/12. مشار إليه في :

جيلالي بغداددي ، مرجع سابق، ج1، ص: 190 (حول حق الرقابة)

3. قرار رقم: 202. 37 مؤرخ في: 1985/01/15، مشار إليه في مؤلف: . بغداددي جيلالي، مرجع سابق،

ج2، ص: 113.

اثناء المرافعة، و هذا ما ذهب اليه الدكتور عبد الحميد الشواربي كما سنذكر لاحقا في مبحث تكييف الجريمة [.

اما بالنسبة لضوابط تكييف الركن الشرعي : يرد على مسالة إثبات الركن الشرعي عدة قيود نورد اهمها في الآتي : لا يجوز تكييف نفس الواقعة بجريمتي محاولة القتل العمد والضرب المتعمد والحكم بادانة المتهم على هذا الاساس¹ ، فكمبدا عام لا يجوز التكييف خارج الفئة الواحدة ، او العائلة الواحدة التي تنتمي اليها الجريمة ، فمثلا من جنحة السرقة ، المادة 350 من قانون العقوبات، الى جنحة ضرب و الجرح العمدي ، المادة 246 من ق العقوبات ، في حين يجوز ذلك اذا كانت الجريمتين تنتميان لنفس العائلة كالسرقة و خيانة الامانة ، فكلاهما من جرائم الأموال² .

في حين جاء به اجتهاد المحكمة العليا ليؤكد بانه" لا يكمن وصف الفعل بالواحد بجنحة السرقة ، و الإشتراك فيها، و مؤخذت المتهم على الواقعتين معا في نفس القرار"³.

وكمثال لذلك تهمة السرقة و إخفاء المسروقات ، كما ان هناك اجتهاد اخر للمحكمة العليا مفاده " اذا تعددت الوقائع، و النصوص القانونية، ووقعت متابعة المتهم من اجل واقعة واحدة ، فهذا لا يمنع رفع دعوى جديدة من اجل الواقعة الاخرى " ⁴ ، فهل هناك رقابة على تكييف الركن الشرعي للجريمة ؟

من حيث المبدأ و بخصوص رقابة المحكمة العليا على الأحكام الصادرة من جهات الجرح و المخالفات والمتعلقة بتكييف الركن الشرعي كمبدا عام ، فقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن "

1 . نفس القرار رقم: 202. 37 مؤرخ في: 1985/01/15، مشار إليه في مؤلف: . بغداددي جيلالي، مرجع

سابق ج2 ، ص: 113

2 . نصر الدين مرونك، مرجع سابق، ج1، ص: 246 بتصريف.

3. قرار رقم: 665. 36 مؤرخ في: 1984/12/25 . مشار إليه في: - المجلة قضائية ، عدد 02، سنة 1989، للغرفة

الجناية الثانية للمحكمة العليا، قسم المستنداء والنشر ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ص: 312.

4. قرار رقم: 787. 40 مؤرخ في 1986/12/30، مشار اليه: المجلة القضائية، القسم الأول للعرف الجنائية الثانية

للمحكمة العليا، عدد 03، سنة 1989، ق س م، د و ط ش ب، ص: 276.

بان القرار الذي يكتفي بالقول ان التهمة ثابتة، دون بيان عناصر الجريمة المستوجبة للعقوبة، و النصوص القانونية المطبقة لا يصلح اساسا للإدانة و يستوجب النقض"¹.

غير انه يستثنى من هذا الاساس - المبدأ العام- حكم محكمة الجنايات طبقا للمادة 307 من ق إ ج اذ جاء في اجتهاد المحكمة العليا بانه " و ما عليهم -المستشارين- سوى تضمين سؤال الادانة - في ورقة الاسئلة - جميع اركان الجريمة "².

ومن خلال دراسة هذا العنصر اورد عدة نتائج اهمها انه : يقع على جهة الاتهام حل جميع اشكالات العنصر الشرعي، من إثبات سريان القانون تطبيقا لقاعدة قرينة البراءة، و يقع هذا العبئ على المجني عليه (وهو المضرور) في الادعاء المدني

و على النيابة العامة ان تتدخل كلما اثيرت مشاكل تتعلق بالركن الشرعي للجريمة .

اما بالنسبة لعبء اثبات الركن المادي للجريمة من النيابة العامة: فمن حيث المبدأ فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا انه " على النيابة العامة اثبات ان الافعال المادية المرتكبة من الجاني قائمة في حقه، و هي تتكيف مع نص التجريم الذي تاسس عليه المتابعة الجنائية "³.

لكن الاشكال : المطروح هو هل يشمل هذا الحكم كل عناصر الركن المادي ام لا ؟ للاجابة عن هذا الاشكالا نفصل عناصر الركن المادي كل على حدى.

فحول النشاط المادي للجريمة: فهو قد يكون ايجابيا كما قد يكون سلبيا، كما تمتاع الام عن ارضاع ولدها حتى يهلك " المادة 259 من ق العقوبات " ، فهل تصلح هذه الوقائع السلبية ان تكون موضوعا للاثبات ؟

1. قرار رقم: 526. 29 مؤرخ في 1984/04/03، مشار اليه في: - المجلة قضائية للمحكمة العليا، العرف الجنائية الثانية،

عدد 02، سنة 1989، ص: 292.

2. قرار للمحكمة العليا رقم: 540. 21 مؤرخ في: 1980/07/15 / - وآخر رقم: 831. 47، مؤرخ

في 1986/12/16، مشار اليهما في: مؤلف: بغداد دي جيلالي، مرجع سابق، ج1، ص: 253. 254.

3 . محمد مروان، مرجع سابق، ج1، ص: 174.

لا يمكن للنيابة العامة، اقامة الدليل على الوقائع السلبية بالتالي يتحول عبء الاثبات على المتهم، و مثال ذلك: في جريمة التشرد طبقا للمادة 196 من قانون العقوبات ، ففيها يجب على المتهم اثبات ان له مسكن مستقر ، هذا حسب الراي الاول.

و هناك من يرى و تبعا لقرينة البراءة ، ان على النيابة العامة اثبات الواقعة الايجابية المضادة ، كالنوم في الطريق العام مع التعطل عن العمل للقول بتوفر النشاط السلبي.

اما حول الشروع في الجريمة: فنعلم ان الشروع يقوم على البدء في التنفيذ تطبيقا للمادة 30 من قانون العقوبات . و تطبيقا لذلك قرر الاجتهاد القضائي انه : " اذا كانت الواقعة محاولة وجب تحت طائلة البطلان توافر أركانها المقررة لها قانونا - من بدء تنفيذ الفعل المادي - و خيبة أثره - أو إيقافه لأسباب خارجة عن إرادة الفاعل - .. و لم يكن يعرف القانون البدء في التنفيذ " ¹

وبالنسبة لاشكالية اثبات الجريمة حالة الاشتراك : جاء في اجتهاد المحكمة العليا انه " يتعين على قضاة الموضوع ان يحددوا في أحكامهم ، و قراراتهم الفعل المكون للركن المادي للاشتراك ، او الطريقة التي تمت بها المساهمة ، و الا كانت باطلة " ² هذا وتجدر الاشارة بان الشريك يتميز عن الفاعل الاصلي . ³

وحول الصفة الكامنة في الفاعل : جاء اجتهاد المحكمة العليا ليوضح من انه " اذا تطلبت الجريمة صفة معينة في الفاعل لتحققها ، كصفة الموظف او من في حكمه في واقعة الاختلاس للأموال العمومية ، فيجب بيانها في حكم الإدانة ، أو في سؤال الادانة امام محكمة الجنائيات و الا وقع -الحكم- باطلا " ⁴ .

1 . نصر الدين مروان، مرجع سابق، ج1، ص: 256.

2 . جيلالي بغداددي، مرجع سابق، ج2، ص: 219 . 220 ، قرارجنائي للمحكمة العليا مؤرخ في: 1985/01/02.

3 . لمزيد من الشرح حول تمييز الشريك عن الفاعل، أنظر في ذلك:

. نصر الدين مروان، مرجع سابق، ج1، ص: 257 . 258 . 260

. محمد محدة، محاضرات في القانون الجنائي العام، القسم العام، تطرية الجريمة، مرجع سابق.

4. نواصر العايش، تقنين العقوبات، مرجع سابق، طبعة: 1991، ص: 110.

وعليه فكلما زاد عن الأركان التقليدية للجريمة من عناصر إضافية كعنصر الصلة بين المتهم و الضحية يقع على عاتق النيابة العامة اثباته¹.

وبعد ان تعرضنا لكيفية اثبات الركن المادي و الشرعي من النيابة العامة نتطرق الان لكيفية اثبات عنصر الإسناد : والذي هو علاقة الفعل بالنتيجة الناشئة عن الجريمة هو أحد عناصر الركن المادي لها و يقع عبء إثبات إسناد النتيجة للفاعل على عاتق النيابة العامة تطبيقا لقريضة البراءة كما ذكرنا سابقا.

و في هذا الشأن وفي مجال الدعوى المدنية التبعية فإن الأضرار الناتجة عن الجريمة تكون محلا للإثبات في الدعوى المدنية التبعية على عاتق الضحية حول علاقة السلوك الإجرامي بالنتيجة² ، هذا و إن علاقة السببية ينظر لها من الناحية الموضوعية و ليس المعنوية ، و ذلك وفقا للمجرى العادي للأمر و ما يحتمل توقعه من نتائج مترتبة عنه³.

عبء إثبات الركن المعنوي

لا يكفي لقيام إدانة المتهم حدوث فعل مادي سواء فعل أو امتناع، إنما لا بد من أن يحصل هذا الفعل عن إدراك أو اختيار ، و إثبات توفر هذه المسائل من غيرها هو أمر في غاية الصعوبة إذ أنه لا يكشف عما يضمّر الشخص من نوايا، إلا إذا ظهرت في الحيز الخارجي. وهذه المسائل كلها تعرف بما يسمى بالقصد الجنائي و الذي - قد يكون عاما ، كما- قد يكون خاصا كالذي يشترطه القانون الجزائي في السرقة " من نية للتملك و في القتل من نية إزهاق الروح"، و من عموم ذلك فقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ليؤكد انه: " و في كل الجرائم ذات النتيجة ، و جب على سلطة الإتهام أن تثبت أن الجاني كان يريد الوصول إلى نتيجة إجرامية محددة بنص"⁴

1. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 263.

2. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 255.

3. لمزيد من الشرح حول هذه النقطة أنظر في ذلك: - محمد محده ، محاضرات في القانون الجزائي العام، القبيص على

طلبة سنة ثانية حقوق، جامعة محمد خيضر ببسكرة. الذة الجامعية 2001/2002 .)

4. نواصر العايش، تقنين العقوبات، مرجع سابق، ص: 198.

و الاشكال الذي يبرز في هذا السياق هو هل أن الركن المعنوي واجب الإثبات في المتابعة الجزائية أم أنه مفترض مجرد تحقق الفعل ؟

يعلق الدكتور مروك نصر الدين من أنه: لا يمكن تجريم فعل المتهم إلا بتوافر هذا الركن، ولقضاة الموضوع استخلاص النية الإجرامية من وقائع القضية و لا يمكن أن تفترض افتراضاً¹ مثلما هو الحال في المادة 254 من قانون العقوبات "القتل العمد هو إزهاق روح إنسان عمدا" ، بينما تذكر نصوص أخرى هذا العمد صراحة كالمادة 429 من قانون العقوبات "يعاقب كل من يخدع المتعاقد".

و من هنا يسيغ الدكتور مروك الاشكال على النحو التالي كيف يمكن إثبات توفر القصد الجنائي؟ - [هنا كان بالأجدر و الأخرى طرح الإشكال بصياغة أخرى أكثر دقة ، و هي : كيف يمكن إثبات الجرائم العمدية، حيث ان الجرائم الغير عمدية لا إشكال فيها فهي اما تقع او لا تقع ؟].

لكن حيث ان المادة 288 من ق.ع ، قد حددت خمسة عناصر من الخطأ، بحيث إذا توفر إحداها كان الخطأ -،فما هو جدوى هذا الاشكال اذا ؟ .

بالنسبة للقصد العمدي:فمهما يكن فقد ذهب البعض ومنهم الدكتور مروك للقول بأن " المبدأ العام هو أنه كلما ذكر النص القصد كعنصر مكون للجريمة وجب على سلطة الإتهام تقديم الإثبات على توفره أما إذا لم يورد في النص عنصر القصد فيكفي على النيابة إثبات توافر الأفعال المادية التي تنبئ بتوفر القصد وهي التي تعكس النية الإجرامية و مثال ذلك : يتعذر على جهة الإتهام الإدعاء على شخص بجريمة القتل فقط ، فالقتل يمكن أن يكون عمدا طبقا للمادة: 250 من قانون العقوبات ، أو عن غير قصد حسب المادة 288 من قانون العقوبات . ثم بعد ذلك فإن العنصر المعنوي يشمل القصد الإحتمالي، كما -يشمل- الشروع في الجريمة، و حالة الإشتراك.

فنتطبق في كل ما مضى من إشكالات المبدأ العام القاضي بانه(يقع على النيابة العامة إثبات مازاد عن الأركان العادية للجريمة و هي :-العناصر الإضافية للجريمة و ما يترتب عليها من

1. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 265.

قصد، - أما بالنسبة للباعث (الدافع) فقد قضت المحكمة العليا أنه " لا تاثير للباعث في الجريمة
مسؤولية الجاني في القتل العمد و لا ينفي قيامها لأنه ليس من أركانها ، و كلما يترتب عليه تخفيض
العقوبة"¹، وما دام كذلك فلا يقع على جهة الإتهام إثباته .

اما عن القصد الغير عمدي : فلقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1971/10/19
على ان " تعاقب المادة 288 من قانون العقوبات كل من قتل خطأ* ، أو تسبب في ذلك برعونته، أو
عدم انتباهه، أو إهماله، أو عدم مراعاة الانظمة"².

يستفاد من النص أن جنحة القتل الغير عمدي تتوفر بالأركان الثلاثة التالية : اولا وقوع خطأ من
الأخطاء الخمس الواردة على سبيل الحصر و هي : الرعونة، عدم الإحتياط، عدم الانتباه، إهمال، عدم
مراعاة الانظمة ، ثانيا وفاة الضحية ، ثالثا قيام رابطة السببية بين خطأ المتهم و وفاة الضحية

كما قضى في هذا الشأن بأن " رابطة السببية بين الخطأ و الوفاة الناتجة عنصر أساسي لا بد من
توافره واستظهاره في القرار القاضي بالتعويض .. لتحديد وصف الجريمة ، و مسؤولية فاعلها، إذ لا
يكفي مجرد سرد الأخطاء الخمس .. في المادة 288 من ق.ع للحكم على المتهم".

و نلاحظ بأن الخطأ أحيانا قد يكون دفع يستفيد منه المتهم لتبرئته، و ذلك في حالة الضرورة طبقا
للمادة 48 من ق.ع

ولكن حسب ما يجري عليه العمل القضائي أن عبء إثبات الجريمة ، و استبعاد كل ما ينفي

1 . قرار للمحكمة العليا: 45 . 226 مؤرخ في 1980/11/25 للغرفة الجنائية الأولى، مشار إليه في

مؤلفه: جيلالي بغداددي، مرجع سابق، ج1، ص: 299.

* . وهنا نتساءل عن الخطأ الوارد من الغير، --فهل يؤثر على مسؤولية الجاني؟ وعلى من يقع إثباته على جهة الإتهام أم

على المتهم؟ إن كان من شأنه أن يخلّي سبيله.

2 . قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة الجنائية الأولى: رقم 641، 6 مؤرخ في 1971/10/ 19، مشار إليه في

مؤلفه: بغداددي جيلالي، مرجع سابق، ج1، ص419.

قيامها من مانع للمسؤولية أو تقادم يقع على عاتق النيابة العامة، و أن أي دفع يفيد المتهم و يدفع به لصالحه يقع عليه إثباته.

البند الثالث- عبء إثبات الأركان المفترضة للجريمة

نظرا لصعوبة تحمل عبء الإثبات ، وجد ما يسمى بالقرائن التي تكون ضد مصلحة المتهم و لفائدة النيابة العامة و تنقسم إلى :

1- القرائن القانونية

وهي قليلة لأنها متعارضة مع المبدأ القائل (لا جريمة بدون نشاط مادي)، و نجد أن المشرع قصرها على الركن المادي و المعنوي للجريمة فقط. نتعرض لهذين العنصرين تباعا: اولاهما- افتراض قيام الركن المادي للجريمة: وهي افتراض قيام المتهم بالفعل و عليه إثبات عكس هذا، وقد نص على بعض الامثلة هذا الافتراض في قانون العقوبات و البعض الاخر في القوانين المكملة له، ومنه ما نص عليه في قانون الإجراءات الجزائية ، فما نص عليه في قانون العقوبات : نجد ان اجتهاد المحكمة العليا استقر في هذا الأساس على أنه " يعاقب وفقا للمادة 343 من قانون العقوبات على حماية دعارة الغير عمدا و العيش معه أو اقتسام متحصلات الدعارة معه أو القيام بالوساطة بين أشخاص يحترفون الدعارة، غير أنه يتعين على قضاة الموضوع أن يبينوا في أحكامهم الأفعال التي اعتمدوا عليها لمؤاخذة المتهم لتتمكن المحكمة من ممارسة الرقابة " ¹.

و قد ذهب البعض من الفقهاء بالقول بأن القانون اقر هذه القرينة نظرا للصعوبة التي تتلقاها سلطة الإتهام في معرفة مصدر المداخل التي يعيش منها الشخص المحترف للدعارة. ² ، اما ما يتعلق بقانون الإجراءات الجزائية : فيظهر هذا -القرائن - جليا في ما أصبغه المشرع من حجية كاملة بالنسبة لبعض المحاضر و منها المحاضر المثبتة للمخالفات و فقا للمادة 400

1 . قرار للمحكمة العليا رقم: 395 مؤرخ في: 1986/06/24 مشار إليه في مؤلف: . بغدادي جيلالي، مرجع

سابق، ج2، ص. 17.

2 . محمد مروان، مرجع سابق، ج1، ص. 196.

من قانون .إ.ج حيث لا تقبل إثبات عكسها إلا بالتزوير، و هذا مخالف مع ما تقرره مواد ق.إ.ج ، من حرية كاملة للقاضي الجزائي في الإثبات، ومثاله ما نصت عليه المادة 228 فقرة اولى من ق .إ.ج ،

كما نجد الاشارة لهذه القرائن في القوانين المكملة : مثلما ورد في قانون الجمارك، و بخاصة المادة 254 من قانون الجمارك رقم: 07/97 المعدل بالقانون رقم: 10/98 " إذ أنها تعطي حجية كاملة في الإثبات بالنسبة للقاضي و لا تقبل إثبات عكسها إلا بالتزوير" . فهنا أيضا الركن المادي مفترض ،ومن هذا يصادفنا أشكال يتعلق بمدى: اشتراط في الدليل العكسي الذي يقدمه المتهم شروط خاصة ليعتد به ؟

لقد وضحت المحكمة العليا ذلك بالقول بأنه : " متى كان من المقرر قانونا أن محاضر الجمارك تثبت صحة ما فيها من اعترافات ، ما لم يثبت عكس ذلك بدليل مقبول قانونا ... و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الإستئناف قضوا ببراءة المتهم من الجريمة الجمركية .. بعد أن قدم فواتير شراء البضائع... فإنهم بهذا القضاء إلتموا بتطبيق القانون " ¹ .
ثانيهما: افتراض قيام الركن المعنوي: يكون القصد الجنائي عمدي كما قد يكون مبنيا على خطأ

فبدراسة قانون العقوبات: مبدئيا، و بالتطرق لبعض الجرائم في ق.ع، و بخاصة المادة 374 منه فجريمة إصدار شيك بدون رصيد لا تقوم إذا كان مصدر الشيك مجهل عدم وجود الرصيد أو نقص الرصيد.²

اما بالنسبة للقوانين المكملة له : ان افتراض قيام الركن المعنوي ، لا يشمل كل أنواع الجرائم ... بل الجرائم الاقتصادية فقط ، وعلى رأسها الجمركية، ذلك لأن القانون يقيم الجريمة على ركنين فقط هما :- الشرعي- و المادي و يستبعد الركن المعنوي ، و هذا ما نص عليه في المادة 281 من قانون الجمارك رقم: 10/98 ، يسمى هذا النوع من القرائن بالقرائن القانونية المطلقة على انه يوجد بجانبها أيضا قرائن .. لها قوة نسبية .. يمكن إثبات عكسها ، فتتص المادة 331 / 2 من ق.ع " يعتبر أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، و لا يعتبر الإعسار الناتج عن الإعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا".

1 . قرار للمحكمة العليا مؤرخ في: 1984/07/03، المجلة القضائية للمحكمة العليا سنة 1989، عدد رقم 04، ص. 346.

2 . صالح باي محمد شريف، : (محاضرات في أدلة الإثبات الجنائي)، دروس لطبة الماجستير، فرع القانون الجنائي

والعلوم الجنائية، دةعة 1998، 1999، ص. 10.

2- القرائن القضائية

تجد القرائن القضائية مكانها في الجرائم المادية أو جرائم السلوك المحض وهي التي يكفي فيها توفر الركن المادي وحده للإدانة ، فتشمل المخالفات و بعض الجنح و يرى الفقه الجنائي بأن لا أصل لها في القانون .¹

فبالنسبة لجرائم المخالفات : هناك اجتهاد لمحكمة النقض الفرنسية مفاده أنه " في المخالفات يكفي إثبات وقوع الأفعال المادية ...² ، و القرائن القضائية لا تطبق في كل جرائم المخالفات ذلك أن قانون العقوبات اعتبر بعض المخالفات جرائم عمدية ، ثم تطلب لإثبات بعضها ضرورة إثبات الخطأ ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 460 و 461 و 462 من قانون العقوبات الجزائري ، التي نصت على أفعال معينة كضرورة للعقاب كلها مبنية على خطأ.

اما بالنسبة لجرائم الجنح : فمثلا هو الحال في جرائم المخالفات ، فقد مدد القضاء تطبيق القرائن القضائية على بعض جرائم الجنح، و تقوم في مجملها على العلاقة بين الركن المادي و المعنوي و مثال ذلك جرائم القذف المنصوص عليها في المادة 296 من ق ع اذ "أنه يعتبر مجرد إعادة نشر الإدعاء بواقعة ، أو إعادة نشر الحكم ، إنما ينطوي على مساس ، و إساءة بسمعة شخص، وأن هذا النشر قد تم بسوء نية " ³.

وقد قضى في هذا الشأن " أن ثبوت الأفعال المادية يكفي لإدانة المتهم و ما على هذا الأخير إلا إثبات العكس و ذلك ببيان حسن نيته ... " ⁴ ، و إن كان جانب من الفقه يخالف ذلك.

1 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 283.

2 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 284.

3 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 285.

4 . محمد مروان، مرجع سابق، ج1، ص: 211.

البند الرابع- عبء إثبات الدفوع

1 - عموميات حول الدفاع

يعرف الدفع في المواد المدنية بأنه: "الدفع هي الوسائل التي يستعين بها الخصم و يطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه فيتفادى بها مؤقتا الحكم عليه بما يطلبه خصمه" ¹.

و يختلف الدفع عن الطلب : في أن الطلب هو ما نصب على موضوع الدعوى مباشرة و التي يدفع بها الشخص سواء إثباتا لإدعائه أو نفيا لإدعاء خصمه * ، وفي مجال القانون الجنائي يعرف الأستاذ رؤوف عبيد الدفع القانونية : "بأنها هي التي تستند الى نصوص خاصة في قانون العقوبات أو قانون الإجراءات" ².

2- تقسيم الدفع

من هذا التعريف يمكن استنتاج أن الدفع نوعان: دفع قانونية : والتي تتعلق بتطبيق القانون أو تفسيره ومثالها: - الدفع بمسألة قانونية يتوقف عليها الفصل في الدعوى، كوصف الجريمة - أو تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ويقابل النوع الأول الدفع الواقعية : " وهي التي تستند إلى وقائع الدعوى وتوفرها من عدمه ".

من خلال ما تقدم يمكن تقسيم الدفع إلى : دفع متعلقة بالحق في استعمال الدعوى: كالدفع بالتقادم، أو الاختصاص النوعي . وهناك الدفع الفرعية : وهي التي تتعلق بالمسائل التي يتوقف

1 - نبيل صقر ، و محمد مروان، الدفع البوهريه في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص: 8.

* . وسبب الإبادة، حسب القانون المصري للعقوبات، ينطبق عليهما ما ينطبق على مسألة الدفع الأولية، فالدفع بتوفر محذر

معفى للعقاب، يقع إثباته على المتهم، أنظر لمزيد تفصيل: نواصر العايش، تقنين العقوبات، مرجع سابق، ص 23

2 . رؤوف عبيد، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، وأوامر التصرف في التحقيق، مرجع سابق، طبعة 02، سنة 1977،

ص: 165.

عليها قيام الجريمة من عدمه ¹ ، كالدفع بانعدام صفة الموظف في جريمة الرشوة طبقا للمادة 25 من قانون 01/06 المعدل لقانون العقوبات ، [- لم يسلم هذا التقسيم الذي اورده الدكتور نبيل صقر في هذا الموضوع من هذا المرجع من الخط بين هذا النوع و الذي قبله من الدفع اذ ان الدفع الفرعية غالبا ما تنصب على مسألة الاختصاص او التقادم ،وبهذا تدخل في اطار الحق في استعمال الدعوى و يجري

عليها ما يجري على النوع الاول من الدفوع]. وهناك الدفوع الجوهرية : ومثالها : امتناع المسؤولية ، أو العقاب أو تخفيفه.

وبجانب هذه الدفوع الجوهرية ، كما هناك دفوع أخرى غير جوهرية : فقد استقر القضاء المصري " على ان توفر احدى الحالات التالية يشكل دفع غير جوهري ، كأن يكون الدفع لا تأثير له في ثبوت الواقعة كالدفع بعدم ثبوت الرؤية ، اثاره شبهة حول الواقعة ، المنازعة في القوة التدليلية ، التشكيك في أدلة الإثبات (في التقدير) ".²

موقف الفقه ، القضاء ، القانون من مسألة إثبات الدفوع

يترتب على إقرار - قاعدة البراءة الأصلية - وقاعدة الشك يفسر لصالح المتهم ، أن المتهم غير ملزم بإثبات براءته ، كما اسلفنا سابقا ، غير أن ما يجري عليه العمل القضائي هو أن المتهم إذا كان غير مكلف بإثبات برائته . " فانه غير مكلف أيضا بإثبات أي دفع يعفيه من المسؤولية إلا إذا نص القانون على ذلك ".³

فالإشكال الذي طرح هنا هو انه إذا توفر سبب من أسباب الإباحة، أو مانع للمسؤولية، أو انقضاء الدعوى العمومية فمن يتحمل عبء إثبات ذلك ؟
للإجابة على هذا الإشكال نلجأ الى القاعدة المدنية التي تقول " أن المدعى عليه في الدعوى العمومية ، يصير مدعيا بالدفع المدني ".
نعلم جميعا وحسب ما تقدم: انه يجب لإدانة شخص توفر إسناد شرعي مع اسناد مادي مع

1 . نبيل صقر، و مروان محمد، الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص. 14.

2 . نفس المرجع، ل. نبيل صقر و د. محمد مروان، ص. 17.

3 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 289.

إسناد معنوي ، وفي هذا الصدد فقد جاء اجتهاد المحكمة العليا ليوضح من " أن مصطلح مذنب الواردة في نص المادة 305 من ق.إ.ج - سؤال محكمة الجنايات- لازم لأنه يدل على توفر الركن المعنوي والمسؤولية الجزائية لدى المتهم ".¹

ويترتب على مناقشة مسألة عبء الإثبات ، وبصدد الإجابة على الاشكال الرئيسي المطروح اشكالات فرعية اخرى : هل هناك مسائل محدودة هناك إجماع حول توزيع عبء الإثبات بشأنها؟ على عاتق المتهم ؟.

جاء في قرار المحكمة العليا انه " اذا تمسك المتهم بدفع ذي طبيعة مدنية أو مسألة أولية فإنه يناط به إثباته طبقا لقواعد القانون المدني، كأن يدفع المتهم حتى يتمكن من إبعاد تهمة السرقة عنه أن يثبت حقه في الملكية " ².

اما ما يتعلق بمسألة الظروف المخففة فهي تشكل وسيلة لتفريد العقاب، وهي مجالاً حقيقياً لعمال سلطة القاضي التقديرية ، وقد جاء اجتهاد المحكمة العليا في هذا الصدد ليوضح " بأنه يجب اقتراح العذر القانوني أثناء المرافعة ، ليتوجب على الرئيس -محكمة الجنايات- إلقاء سؤال بشأنه فعند ذلك فقط يستحيل على المحكمة رفض وضع السؤال اللهم إذا كان مشوباً بالا شرعية " ³.

يبدوا ان هذه المسائل تشكل بحكم الممارسة القضائية اجماعاً حول القاء عبء اثباتها على المتهم ، اذا وعلى ضوء هذا الطرح نعود للتذكير بالاشكال الرئيسي المطروح لنحاول الاجابة عليه الا وهو : إذا توفر سبب من أسباب الإباحة، أو مانع للمسؤولية، أو انقضاء الدعوى العمومية فمن يتحمل عبء إثبات ذلك ؟ نتعرض في هذا الصدد لموقف كل من القانون ثم القضاء ثم الفقه على التوالي:

1 قرار للمحكمة العليا رقم: 440، 39، مؤرخ في: 1985/11/26، الغرفة الجنائية الأولى، المجلة قضائية، عدد 01،

سنة 1990، ص: 242

2- نواصر العايش، تقنين الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص: 28.

3. قرار للمحكمة العليا مؤرخ في: 1968/12/03، مشار إليه في مؤلف: - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 295

فبالنسبة لموقف القانون الجزائي لا نجد نصاً فيه يحدد من يتحمل عبء إثبات الدفع ، هذا من حيث المبدأ، على أن هناك استثناءات على هذا المبدأ منها ما ورد في قانون العقوبات ومنها ما ورد في قانون الإجراءات الجزائية ، فمن ذلك مثلاً ما أورده المادة 582 من ق.إ.ج " من تحميل المتهم إثبات أنه حكم عليه نهائياً في الخارج " . وكذا نص المادة 107 من ق.ع والمادة 119 من القانون المدني التي يفهم من خلالهما انهما " تلقي على الموظف إثبات أنه تصرف بأمر رؤسائه حتى يعفى من جريمة المساس بالحريات الفردية "

اما عن موقف الاجتهاد القضائي المقارن فلقد تباين موقفه بشأن هذه المسألة : وهوما نبينه تباعا ، فاذا نظرنا الى القضاء الفرنسي ، نجد ان محكمة النقض الفرنسية بشأن هذه المسائل قد وضحت بانه ، يقع على سلطة الإتهام ، إثبات قيام الركن الشرعي، و أنه لم ينقضي بالتقادم أو العفو، أما أسباب الإباحة ، فهي بمثابة قرينة على الدفاع الشرعي لصالح المتهم، و عند قصور هذه القرينة يصبح على المتهم إقامة الدليل على وجود سبب قانوني مانع للمسؤولية، و أما عبء إثبات موانع العقاب فهو على المتهم .¹

أما القضاء المصري : فقد اتجه موقفا وسطا بحيث أنه ، لم يكلف المتهم سوى بأن يتمسك بالدفع الذي يواجه به التهمة دون أن يلتزم بإثبات صحته " و هذا الدفع لا بد أن يكون من شأنه نفي الجريمة أو امتناع المسؤولية أو العقاب ، أو انقضاء الدعوى العمومية ، و على المحكمة التحقق من صحة الدفع قبل قضائها بالإدانة " .²

اما عن موقف الاجتهاد القضائي عندنا ، فاننا نعالج هذه المسائل من خلال تبيان موقف المحكمة العليا من مسألة اثباتها

فبالنسبة للأفعال المبررة : لقد جاء في قرار المحكمة العليا انه " متى كان من المقرر قانونا أن القرار الذي لم يتصد للدفع بتوافر حالة الدفاع الشرعي عن النفس لا بالرفض و لا بالقبول، يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ، و منتهكا لحقوق الدفاع ولما كان الثابت أن المتهم .. تمسك بحالة

1 - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 301.

2 . محمد الله هلالى أحمد، مرجع سابق، ص: 730 . 731.

الدفاع الشرعي .. أمام محكمة الدرجة الأولى ، و كذلك أمام قضاة المجلس القضائي ، غير أنهم لم يستجيبوا لدفعه لا برفضه ولا بقبوله ، و قضاوا عليه بالإدانة دون تصديهم لوسائل دفاعه المثارة أمامهم، فإنهم .. انتهكوا حق الدفاع " .¹

من خلال هذا القرار القضائي المفسر يتضح أنه يقع على المتهم عبء إثبات الأفعال المبررة الواردة في المادة 39-40 من قانون العقوبات.

اما عن عبء إثبات موانع المسؤولية الجزائية : والمتمثلة اولا في الجنون المنصوص عليها في المادة 47 من ق.ع ، اذ قضت المحكمة العليا في هذا الخصوص " بأنه لا يجوز للطاعن أن يتمسك بهذا الدفع للمرة الأولى أمام المحكمة العليا، متى ثبت من التحقيقات .. و من محضر المرافعات أن المتهم ، لم يكن مصابا بأي مرض عقلاي و أن الدفاع لم يثير هذه المسألة أمام قضاة الموضوع " ² ، فهنا نجد ان المحكمة العليا قد كلفت صراحة المتهم باثبات الدفع بتوفر حالة الجنون ووضعت شروط لابداء هذا الدفع ، وثانيها الإكراه : المنصوص عليها في المادة 48 من ق.ع ، فاذا كانت موقف محكمة النقض الفرنسية قد استقر " على أن إثبات الإكراه يقع على عاتق المتهم " ³ ، بالتالي فان محكمة النقض الجزائرية ليس لها موقف واضح بخصوص عبئ اثبات الإكراه . لذلك يقع إثباته مبدئيا على عاتق المتهم ، و هذا ما يفهم من فحوى قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 07/04/1978 ، الغرفة الجنائية الاولى ، طعن رقم: 18781 .⁴

وبالنسبة لمسألة عبء إثبات الأعدار القانونية : فقد نصت المادة 52 من ق.ع " على أن الأعدار هي حالات محددة قانونا يترتب عليها مع قيام الجريمة و المسؤولية ، إما عدم العقاب إذا كانت معفية ، أو تخفيفه إذا كانت مخففة " ، و يتضح من خلال هذه المادة أن الأعدار نوعان: أعدار معفية من العقاب : و هي الإبلاغ عن جرائم أ من الدولة، من جنایات و جنح حسب

1 . نواصر العايش، تقنين العقوبات، مرجع سابق، ص: 23.

2 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 304.

3 .. محمد مروان، مرجع سابق، ج1، ص: 237، هامش 187.

4 . قرار المحكمة العليا، رقم: 781 - 18، مؤرخ في: 1978/07/04 مشار إليه في مؤلف: مروك نصر الدين، مرجع

سابق، ج1، ص: 305

المادة 92 من قانون العقوبات ، و المادة 179 من ق.ع حول الإبلاغ عن جمعيات الأشرار ، المادة 199 من ق ع الإبلاغ عن تزوير النقود و السندات و الأسهم ، المادة 205 من ق ع حول تزييف أختام الدولة و العلامات ، المادة 217 من قانون العقوبات حول العدول عن شهادة الزور أمام موظف رسمي ، المادة 326 من قانون العقوبات حول زواج الخاطف بالمخطوفة زواجا شرعيا ، المادة 368 من قانون العقوبات حول السرقات بين الأصول و الفروع و الأزواج حتى الدرجة الرابعة ، المادة 377 من قانون العقوبات المتعلقة بخيانة الامانة بين الأصول و الفروع و الأزواج حتى الدرجة الرابعة ، المادة 404 من قانون العقوبات من اعفاء للعقوبة بالنسبة للمبلغ ، ومع الإعفاء من العقاب يجوز الحكم بعقوبة تكميلية

، واما عبء اثبات الدفع الوارد بشأن الاعذار المعفية فقد تعرضنا له عند سردنا للاتجاه الثالث من الفقه لمحمد مروان فقد ذكر من ان ما يجري عليه العمل القضائي هو انه "يقع على المتهم اثبات العذر المعفي من العقاب وكل ما من انه تحسين وضعيته"

اما النوع الثاني فهو الاعذار المخففة : و هي ما نص عليها بالمواد من 277 حتى 281 من ق.ع ، و هي حالة الاستفزاز: طبقا المادة 277 من قانون العقوبات والإثارة : المترتبة على فعل مغل بالحياة مثل الضرب المبرح حسب المادة 281 ، 280 من قانون العقوبات ، قتل الزوجة : متلبسة بالزنا و من يزني بها حسب مائص عليه في المادة 279 من قانون العقوبات ، تجاوز حق الدفاع الشرعي : بنية سلمية حسب المادة 278 من قانون العقوبات ، و عذر حادثة السن: المنصوص عليه في المواد من 444 - 448 من ق.إ.ج.

اما بخصوص عبء إثبات الظروف المخففة ، فبما انها من وسائل تفريد العقاب ، اذا كمبدأ عام تترك لحرية القاضي و ليس لهذا الأخير، أن يذكر سبب رفضها أو إعطائها ، فينبغي إذن على المتهم الذي يسعى إلى الاستفادة منها أن يتمسك بها ويحاول إثباتها .¹

وبشأن موقف الفقه المقارن من هذه المسألة فقد اختلف في هذا الشأن فبرز رأيان: اتجاه يقول بتطبيق قواعد الإثبات الواردة في القانون المدني طبقا للمادة 323: " على الدائن إثبات الإلتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه "

فملخص هذا الرأي أنه ، لما كان الأصل في الإنسان أنه مسؤول عن أفعاله فإن نفي هذا الأصل يقع

1 . نبيل حقرن و العربي شط محمد القادر، الإثبات في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص: 212

على من يدعي به، ولذلك إذا دفع المتهم بأنه قام لديه مانع للمسؤولية .. كذلك .. إذا قام لديه سبب خاص من أسباب الإباحة أو مانع من موانع العقاب فعليه إثبات ما يدعيه .¹

اما الإتجاه الثاني: يقوم هذا الرأي على أساس افتراض قرينة البراءة في المتهم ، فوضح انصاره : إن مبدأ افتراض البراءة يجب أن يؤدي دوره بوضوح وأن يحجب تطبيق القاعدة المدنية التي يصير بموجبها المدعي عليه، مدعيا بالدفع لأنه في القانون المدني المدعي عليه ، هو - الطالب بالدفع- يعرف الأساس الذي يقوم عليه ادعاء خصمه ، لكن في الدعوى الجزائية فإن المتهم لا يعرف ما هو الإتهام الذي سوف يقوم ضده .²

وبرزت اتجاه ثالث قاده الأستاذ مروان محمد حين ذهب الى أنه ينبغي إجراء تفرقة بين أسباب انتقاء صفة الجريمة ، والأفعال المبررة من جهة، وموانع العقاب والأعذار من جهة أخرى

ففيما يتعلق بالحالة الأولى : فمن الخطأ اعتبارها دفوعاً لأنها تمثل عناصر سلبية ، فلا تقام متابعة في حالة وجودها ... فينبغي أن تتولى النيابة العامة اذا وبطريقة تلقائية التحقق من وجودها أو عدمه ، أما الشق الثاني : من موانع العقاب والأعذار فهي ما يسمى الدفوع ، وعملياً* ، يقع على المتهم عبء إثبات كل ما من شأنه تحسين وضعيته³.

1- محمد الله هلالى أحمد، مرجع سابق، ص: 728.

2. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 297.

*- نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه القضائي في هذا الشأن نعترض على ما أورده مروان في هذا الاتجاه فنعلق- تعليقي

الخاص- انه حسنا سلك العمل القضائي الجزائي من منحنى ، فالأخذ بموقفه هذا الرأي مروان ، يؤدي إلى إخلال بحق الدفاع إذا أخطأت النيابة في فحص هذه المسائل - أي الحالة الأولى وهي الأفعال المبررة وانتفاء صفة الجريمة - أو أهملتها، فضلا على أن الشق الأول صعب الإثبات ، وأما الثاني - ما سماه مروان محمد بالدفوع حقا وظلف بها المتمم فهو سهل ، وعليه فتكليف النيابة العامة اثبات الق الأول من المسائل مسألة غاية في الخطورة ، لسبب كثرة الملفات ، وتراكمها فلا يمكنها إثبات ذلك إذ توجه الاتهام محتاطا مما يؤدي حسب رأيي الى خلق المعروض قضائية مخالفة للقانون وهو ما يلاحظ على عمل الاداة القضائية في الجزائر قبل اطلاق مشروع اصلاح العدالة سنة 2000 برعاية من فخامة رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة.

3. محمد مروان، مرجع سابق، ج1، ص: 230، 231.

البند الخامس- عبء اثبات الدفوع المتعلقة بجنحة

القذف الواقع على الشخصيات العامة والهيئات العامة كدراسة حالة

يشترط القانون الفرنسي في جرائم القذف الواقع على الشخصيات العامة " توفر القصد الخاص وهو نية الإضرار، وبالتالي كان من المتصور هنا أن يترتب على الاعتقاد الخاطئ بصحة الوقائع مع حسن نية الشخص أن ينتفي الركن المعنوي للجريمة-] بالتالي يجري عليه-الدفوع- ما يجري من قواعد حول عبء إثبات الركن المعنوي، وهو كما أشرنا يقع على النيابة العامة عبء إثبات توفر الركن المعنوي ،

إذا أشير في النص لعنصر القصد]- أما في القانون المصري ليس للباعث على ارتكاب الجريمة وهو تحقيق المصلحة العامة، أثر في قيام الجريمة ، ولكنه عنصر من عناصر سبب الإباحة * ، وهو الدفع بالحقيقة " ¹ ، وتوضيحا لهذا يقول الدكتور شريف سيد كامل ، يقع عبء إثبات صحة الوقائع- تحقيق المصلحة العامة- على عاتق المتهم حيث يقدم للمحكمة الأدلة المثبتة لها ² ، فإذا استطاع أن يثبت واحدة منها أو أكثر ولم يثبت الوقائع الأخرى لم يستفد من سبب الإباحة ³.

فما موقف المشرع الجزائري من مسالة الباعث على ارتكاب الجريمة فيما يخص جرائم القذف الواقع على الهيئات والشخصيات العامة ؟ .

باستقراء المادة 296 من قانون العقوبات لا نجد تعويلا ولا اعتبارا للباعث على ارتكاب الجريمة في نفي المؤولية على غرار القانون المصري، نلجا اذا للاجتهد القضائي من خلال مواقف المحكمة

*- واسباب الإباحة حسب القانون المصري ينطبق عليهما ما ينطبق على مسألة الدفع الأولية ،فالدفع بتوفر محذر

معفي للعقوبة يقع إثباته على المتهم، أنظر في ذلك : نواصر العايش، تقنين العقوبات، مرجع سابق، ص 23 و-

نصر الدين مروك ،مرجع سابق، ج1، ص303.

1 - محدث رمضان، الحماية الجنائية لشرفه وإعتبار الشخصيات العامة، دار النهضة العربية، مصر سنة الطبع؟،

ص 109

2 . محدث رمضان، مرجع سابق، ص 106.

3 . محدث رمضان، المرجع السابق، ص: 106

العليا : وبخاصة القرار رقم :179811 المؤرخ في:07/09/1999 اذ قررت المحكمة العليا انه" تقوم جريمة القذف في حق المتهم ما دام التحقيق قد اثبت عدم صحة الوقائع التي اسندها للمجني عليه " ، و كذا من خلال القرار رقم 195535 المؤرخ في :12/11/1999 يتضح انه "لا يقع تحت طائلة القانون اسناد الادعاء بواقعة الا اذا لم يتمكن صاحب الادعاء من اثبات ادعائه، ومن ثم يتعرض للنقض القرار الذي لم يبرر ان الواقعة محل الشكوى غيرحقيقية ."

فمن خلال هذين القرارين نرى ان المحكمة العليا قد اضافت عنصرا اخر للجريمة -وهو عدم صحة الواقعة المسندة للمجني عليه- لم يرد في المادة 296 ولا 298 من قانون العقوبات -[وان كان الدكتور احسن بوسقيعة قد اعتبر-من خلال تعليقه على قانون العقوبات 2007/2006 ، منشورات بيرتي ،صفحة

123 . ان هذا لا يتماشى واحكام وروح قانون العقوبات الجزائري]- فانا ارى من خلال عدة مبررات ، ان هذا يتماشى مع الاتجاه الحديث اعمال اداة اخرى للرقابة على عمل السلطات العمومية حماية للمصلحة العامة من الفساد ، الا وهي اداة الصحافة. كما هو الشأن في مصر ، وكذا فان هذا يتماشى مع ما جاء في المادة 15 من القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته اذ جاء في الفقرة الثالثة منها حول تشجع المجتمع المدني في الوقاية من الفساد فتنص على "تمكين وسائل الاعلام والجمهور من الحصول على المعلومات المتعلقة بالفساد .

ايضا فمن المبررات القضائية انه قد جرى العمل القضائي على اعتبار صحة الواقعة المسندة للضحية في الادعاء بالقتل سببا لاجابة لاجابة فعل القذف.

لكن الاشكال الذي يبقى مطروحا : هل يعتبر الدفع بهذا العنصر سببا للاجابة - كما هو الحال في القانون المصري- ام انتفاء للركن الشرعي للجريمة ككل ؟

ما هو مصير المادة 296 من قانون العقوبات في ظل قانون 22/06 المتعلق باعتراض المراسلات وتسجيل الاصوات والتقاط الصور.(المادة 65 مكرر 5 وما بعدها) ، والقانون الخاص بالتسرب رقم 22/06 كذلك (المادة 65 مكرر 11 حتى مكرر 18) .؟.

الفرع الثاني

ما يتعلق بالدليل المقدم للإثبات

ندرس في هذا العنصر الى طرق الوصول لليقين الجزائي ثم نحاول البحث عن الإطار القانوني لليقين الجزائي تمييزا له عن المفاهيم الأخرى ثم نحاول توضيح قدر و نوع اليقين المطلوب لبناء الحكم القضائي و هذا ما سندرسه تحت عنوان يقينية الدليل الجزائي (الفقرة الأولى) .

ثم نتعرض إلى قاعدة مشروعية الدليل الجزائي من خلال دراسة ضابط هذه القاعدة ثم ندرس جزاء الإخلال بها و نختم دراسة هذه القاعدة بالتطرق إلى مسألة بطلان الأحكام الجزائية (الفقرة الثانية) و

أخيرا و في إطار هذا الفرع ندرس قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم ، و فيها نبين موقف المحكمة العليا من هذه القاعدة (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الاولى

يقينية الدليل الجنائي

بداية يعرف اليقين بأنه " هو العلم و زوال الشك " ، و في الشريعة الإسلامية و عند الصوفية " فاليقين هو رؤية العيان بقوة الإيمان لا بالحاجة و البرهان و هو ثلاثة أنواع : علم اليقين عين اليقين ، حق اليقين " 1 .

ويعرف الدليل الجنائي : بأنه : " معني يدرك من مضمون الواقعة سواء نجح في إقناع القاضي في الحكم بالبراءة أو بالإدانة، ويتم إدراك هذا المعنى باستخدام الأسلوب العقلي في وزن تقدير تلك الواقعة، ليصبح المعنى المستمد منها أكثر دقة في دلالته على الإدانة أو البراءة " 2 .

على ان هناك سمات رئيسية لليقين هي : السمة الذاتية : و هي تأثر ضمير القاضي بالدوافع و

1 - نصر الدين مروق، مرجع سابق، ج1، ص 487 .

2 . رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مرجع سابق، ص: 20

البواعث التي تؤثر في الفرد المتوسط الذكاء ، السمة النسبية : و هي أن الاقتناع الذي يصل إليه القاضي هو نسبي نتيجة تأثره بظروف محيطه من عادات و أفكار مسبقة و التي توجه القاضي إلى يقين معين ، ولو في الاتجاه غير السليم، وقد يكون القاضي يقينه نتيجة الإطلاع المسبق على أوراق الدعوى ، لذا تحرص التشريعات الأنجلوسكسونية على ذهاب القاضي للجلسة و هو خال الذهن -] انا اعرض هذا الاتجاه، اذ ان عدم الاطلاع المسبق على اوراق وملابسات الوقائع يؤدي إلى إعطاء حجية أكبر لدليل على حساب آخر و هو غير معمول به في القانون الفرانكفونية " حيث تعتبر محكمة الجناح محكمة دليل و ليس اقتناع" حسب المادة 212 من ق ا ج وبالتالي فإن الأخذ بهذا المعنى يؤدي إلى إعطاء حجية للاستجواب و الدفاع أكبر، و استبعاد محاضر التحقيق، والضبطية ، فالقاضي لا يكفيه الوقت لدراسة الملف، و استيعاب ما فيه فهذا سيحول قاضي الحكم إلى قاضي تحقيق، وحيث أن الاستجواب في المحكمة غير جائز إلا إذا قبله المتهم والدفاع]-وبناء على هذا فيعتبر اليقين ثابتا وليس نسبيا، إذا ما عرض على نفس القضاة وتوصلوا لنفس نتائج .

هذا ونشير الى ان لليقين تقسيمات عديدة¹ ، فمنها : اليقين الباطن الذي يستنبط من المحسوس وهو أساس كل يقين قضائي ، و اليقين الظاهر الذي نتيجة تجارب سابقة، ودون التعرض للبواعث اذ ان محلها الاستنتاج ، واليقين الغيبي ، و اليقين الفيزيقي (الطبيعي) الذي يستنبط من إدراك الحواس البشرية ، واليقين البديهي كاليقين الرياضي، ...و هناك اليقين القانوني و هو يقين يتلقاه القاضي عن إرادة المشرع، وهو قيمة يضيفها القانون على الدليل ، ويفرضها على القاضي ، واليقين المعنوي و هو اعتقاد حدوث واقعة لم يرها الشخص، وهو الذي تبنى عليه الأحكام الجنائية وهذا ما توضحه المادة : "212 من ق إ ج" ويعني الجزم واليقين .

فما هي طرق الوصول لليقين ؟ (أولا) ، ثم ما هو اليقين المطلوب في القانون؟ (ثانيا) و ما هو اليقين المطلوب للأحكام القضائية؟ (ثالثا)

اولا- طرق الوصول لليقين²

هناك عدة طرق للوصول لليقين منها : الاوليات التي هي بديهيات صادقة في ذاتها مجردة من الحس كمثل قولنا الاثنان اكثر من الواحد ، فالوهميات الصادقة وهي ما يعتقده الانسان ولا يتبين كذبها

1 . أنظر خالك... نصر الدين مرونك، مرجع سابق، ج1، ص: 494 ، 495

2 . أنظر خالك... نصر الدين مرونك، مرجع سابق، ج1، ص: 496 ، 498 ، 499

الا بواسطة العقل ، فالدليل القضائي وهو الذي يستند على الاستنتاج المبني على البيئة. وهناك المقبولات : وهي التي يصدقها الانسان اذا القيت عليه ممن يثق به ، وهي بـكـ تختلف عن المشهودات في الظاهر : التي تصدق لاعتقاد الانسان انها مشهورة ، كالمسلمات ، اما الاستدلال العقلي : فهو استخراج المعلوم من المجهول بواسطة الاستنتاج، وهو استنتاج نتائج عن قضية معلومة ، في يكون الاستقراء هو مراقبة الوقائع وتعميم النتائج الحاصلة من التجربة على الوقائع المتشابهة.

ثانيا- اليقين في القانون

تقر التشريعات الجزائية ان الاصل في الانسان البراءة لذا لا يزول هذا الاصل الا بدليل قاطع يقيني لدى القاضي . اذا فما هو فحوى هذا اليقين وما علاقته بالحكم الجزائي.

البند الاول-الاقتناع اليقيني لدى القاضي

من المتفق عليه انه لا يمكن بناء الاحكام الجزائية الا على الجزم واليقين ، من الوقائع التي يثبتها الدليل بخلاف القاضي المدني فانه ملزم بالاخذ بالدليل حتى ولو كان مخالفا لاعتقاده ، وهو ما تشير اليه المادة 341 من القانون المدني.*

والقاضي الجزائي حر في الاستعانة بكافة طرق الاثبات اذ لا يجوز ان يقنع بما فحصه من الادلة التي قدمها اطراف الدعوى ، وانما عليه ان يتحرى بنفسه عنها ، وللوصول الى القناعة التي تعبر عن الحقيقة علما للقاضي ان يحقق دفاع المتهم اذا دفع بـ يتوقف عليه الفصل في برانته .¹

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية انه: " اذا كانت الواقعة غير ثابتة تحكم المحكمة ببراءة المتهم"² ، ولا تقضي بترجيح ثبوت التهمة والا كان الحكم معيبا، -[وهذا يوافق ما ذهب اليه المحكمة العليا في قراراتها وقد اشرنا لهذا مسبقا]- ولا يمنع هذا المحكمة من أن تبني يقينها على رأي الخبير.

* المادة: 341 من الأمر رقم: 58 . 75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني

1 . رمزي رياض محوض ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مرجع سابق، ص: 33

2 .. رمزي رياض محوض، نفس المرجع، ص: 32

وتطبيقا لذلك قضي انه " لا يمنع محكمة الموضوع من اعتمادها في حكمها على رأي الخبير... متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك¹ .

البند الثاني- اليقين الشخصي للقاضي

ان هذا النوع من اليقين هو أمر كامن في النفس، ويختلف من شخص لآخر، ولهذا فمنطقي أن يتم استعباده من دائرة تسبب الأحكام الجزائية.

وليقين القاضي علاقة بتسبب حكمه فاذا كان القاضي مكلف بتسبب حكمه وهي الاسباب التي كانت مصدرا لاقتناعه، ذلك أن المحكمة العليا تراقب صحة الأسباب وهي الأدلة كمصدر للاقتناع، ولكنه غير ملزم بكيفية الاقتناع ، لأن هذا يدخل في نطاق السلطة التقديرية الممنوحة له تماشيا مع مقتضيات المادة 307 من ق إ ج .

3. رمزي رياض محوض، نفس المرجع، ص: 33

ثالثا - اليقين المطلوب للأحكام القضائية

اليقين الذي تبنى عليه الأحكام الجزائية وهو اليقين المعنوي طبقا لمقتضيات البراءة، هذا في مرحلة المحاكمة، أما مرحلة التحقيق الابتدائي فيكفي مجرد ترجيح الإدانة على البراءة.¹ ونشير في هذا الخصوص، بأنه لا يكفي لصحة القرار الجزائي أن يكون مسببا فحسب، بل لابد أن لا يكون الاستدلال فاسدا.

وقد وضحت المحكمة العليا " صور الفساد في الاستدلال : -كأن يستخلص قضاة الاستئناف من أدلة صحيحة نتائج مخالفة للقانون، كالحكم ببراءة المتهم من جريمة إصدار شيك بدون رصيد لكون المدعي الذي قبل الصك على وجه الضمان ، لم تقع متابعتة من طرف النيابة العامة".² واعتبارا لخاصية يقينية وجزم الدليل الجزائي، فإن الشك في الإدانة يجب تفسيره لصالح المتهم إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد اتجهت بأن " مجرد التأكيد أنه يوجد شك في الادانة ، لا يكفي لتبرئة ساحة المتهم، بل يجب أن يستند هذا الشك على أدلة قاطعة".³

1 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 513

2 . قرار رقم: 19785 مؤرخ في: 1981/11/26، مشار إليه في: مؤلف: جيلالي بغدادجي، مرجع سابق، ص: 81

3 - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 518

الفقرة الثانية

مشروعية الدليل الجنائي

يقصد بمشروعية الدليل الجنائي ، أن يكون قد تم الحصول عليه بوسيلة مشروعة، وإلا كان باطلا، وإذا كان القاضي حرا في أن يكون عقيدته من أي عنصر من عناصر الدعوى، إلا إذا كان هذا العنصر مستمدا من إجراء باطل قانونا.¹

هذا ونشير بأنه من المبادئ الدستورية في دولة القانون، احترام الحريات الفردية، وهو ما مهد لقيام الشرعية الجنائية القاضي بأن لا جريمة ولا عقوبة، ولاتدبير امن بغير قانون طبقا للمادة 01 من ق ع، والمادة 46 دستور 1996 .

وهذه القاعدة لا تكفي لحماية حقوق الإنسان وحدها، طالما أنه يمكن اتخاذ إجراءات المحاكمة ضده مع افتراض إدانته، فهذا سيؤدي حتما إلى تكليفه عبئ إثبات براءته من الجريمة المنسوبة إليه، وهو ما يؤدي

إلى قصور في الحماية القانونية التي يكلفها مبدأ الشرعية، ومن هنا كان لابد من تدعيم هذه القاعدة بقاعدة أخرى ، هي قاعدة مشروعية الدليل الجنائي².

وإذا كانت القاعدة هي أن القاضي لا يجوز له الاستناد الى دليل باطل لإدانة المتهم، فإنه يمكن الاستناد على دليل استحصل عليه بطريق غير مشروع وذلك لإثبات البراءة³.

وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص " بأن ... ما أورده الحكم صحيح في شقه القائل باشتراط أن يكون دليل الإدانة مشروع ... ، وأما تقريره الرأي ذاته في دليل البراءة ، فهو غير سديد..."⁴.

1 . رمزي رياض، مرجع سابق، ص: 38

2 . نصر الدين مروان، مرجع سابق، ج 1، نقل بتصرفه ص: 520 . 521

3 . مسعود زبدة، القوانين القضائية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة سنة 2001، ص: 168

4 . عبد الله ملالي أحمد، مرجع سابق، ص: 456، هامش: 864

وهذا القرار آثار جدلا فقهييا بين فقهاء القانون الجزائري نتج فيه ثلاث اتجاهات : فقد أجاز فريق الحكم بالبراءة على أساس دليل غير مشروع : فيكفي مجرد التشكيك في الإدانة ذلك أن هذه القاعدة هي مقررة لمصلحة المتهم، ولا يجوز أن تنقلب وبالا عليه ، في حين رفض الفريق الثاني استناد الحكم بالبراءة على أساس دليل غير مشروع ، على أساس مخالفة مبدأ شرعية الدليل في المواد الجزائية والمدنية ، وذلك تطبيقا لنص المواد: 158 و159 فقرة 2 من قانون الاجراءات الجزائية التي تنص على انه " وتقرر غرفة الاتهام ما اذا كان البطلان يتعين قصره على الاجراء المطعون فيه او امتداده جزئيا او كليا على الاجراءات الاحقة له " ، كما تنص المادة 336 من قانون إج المصري " بأنه إذا تقرر بطلان أي إجراء، فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة " ، وأيضا فإنه ليس للقضاء أن يقر قاعدة أن الغاية تبرر الوسيلة كمبدأ قانوني صحيح¹.

في حين ذهب الفريق الثالث للقول بأنه إذا كان الدليل المؤدي للبراءة والغير مشروع قد تم وليد جريمة فهو غير مقبول، أما إذا كان وليد مخالفة إجراء قضائي فإنه يعتد به في تقرير البراءة نظرا للهدف والغاية من تقرير البطلان ذاته. فما هي ضوابط القاعدة؟ (أولا)

ثم ما هو جزاء الإخلال بها ؟ (ثانيا)

ثم نتعرض ابطلان الأحكام القضائية (ثالثا)

اولا- ضوابط قاعدة مشروعية الدليل الجنائي

نفصل هذه الضوابط من خلال مناقشة العناصر التالية:

البند لاول- المخاطبون بقاعدة المشروعية:

ان اول الخاطبين بهذه القاعدة هي سلطات الدولة الثلاث ، فالسلطة القضائية: هي التي تراقب كافة ما يُتخذ في الخصومة الجنائية من إجراءات ومدى توافقها مع الضمانات القانونية ، وترتيب الجزاء على مخالفتها:- من استبعاد نتائج الإجراء غير المشروع،- أو ضرورة العقاب عما قد يشكله الحصول على هذا الإجراء من جرائم

1- مروهك نصر الدين، موسوعة الفكر القانوني، عدد: 05، المجلة الموسومة القضائية الجزائرية، دار الملل للخدمات الاعلامية ، طبعة سنة: 2004 ، ص: 29

في حين يبدو نطاق التقيد بقاعدة المشروعية بالنسبة للسلطة التنفيذية من خلال تنظيم وظيفة ضابط الشرطة القضائية ، والتي يترتب على مخالفتها - وظائف الضبطية- للقانون آثار إجرائية أو عقابية.

ويظهر التقيد بقاعدة المشروعية بالنسبة للسلطة التشريعية، يظهر من خلال مراعاة مبدأ دستورية القوانين ، ومراعاة المبادئ القانونية المسلم بها اجتماعيا.

هذا وان سلطات الدولة الثلاث ليست الوحيدة التي تخضع لقاعدة المشروعية ، فالأفراد كذلك يخضعون لهذه القاعدة ، والأفراد هم كافة اطراف الخصومة الجنائية .

لكن المقصود بهذا الشرط هو القاضي الذي عليه مراعاة المشروعية فيما يمارسه من إجراءات.

البند الثاني- مصادر قاعدة المشروعية¹

تستمد هذه القاعدة وجودها من خلال مجموعة من المصادر ، اولها : إعلانات حقوق الإنسان لسنة 1948 المادة 5 من اعلان حقوق الانسان كمثال لذلك ، وثانيها : الدساتير كنص المادة 34 فقرة 2 من دستور 1996 ، ثم القانون كمصدر لقواعد الإجراءات الجزائية، وكمثال لذلك نص المادة 47 من ق

إ.ج " لا يتابع أحد ولا يوقف، ولا يحتجز، إلا في الحالات المحددة قانوناً، وطبقاً للأشكال التي نص عليها القانون " ، كما تعتبر المبادئ القانونية العامة مصدراً من مصادر المشروعية فهذه المبادئ أو ما يسمى ، بالسابقة القضائية ، لا تحمل قوة إلزامية إنما هي مجرد إلزام أدبي ، وحول النظام العام والآداب العامة ومدى اتصالهما بقاعدة المشروعية ، ذهب جانب من الفقه² ، إلى أن فكرة النظام العام والآداب ، تحدد عن طريق معايير أهمها : أن يكون هدف القاعدة الإجرائية يتصل مباشرة بضمانات حقوق الإنسان ، وكون قصد المشرع من وضع هذه القواعد الإجرائية هو المحافظة على هذه الضمانات. وبناء على هذه الفكرة، يجب على القاضي استبعاد الدليل الجنائي، متى ثبت مخالفته لقواعد النظام العام والآداب ، حتى لو توفرت فيه بقية شروط الصحة القانونية الأخرى.³

1 . مروك نصر الدين، موسوعة الفكر القانوني، نفس المرجع، ص: من 33 حتى 42

2 . نصر الدين مروك، المرجع نفسه، ص: من 41 حتى 42

3 . نصر الدين مروك، المرجع نفسه ، ص: 42

ثانيا- جزاء الإخلال بقاعدة مشروعية الدليل الجنائي

يرتكز النظام الإجرائي على ثلاثة أعمدة هي: الدعوى الجزائية و الرابطة لإجرائية ، العمل الإجرائي ، والعمل الإجرائي هو سلوك إنساني إرادي يترتب عليه آثار قانونية تتعلق بالعمل ذاته ، و مثله الشهادة والخبرة.¹

والدولة تسعى من وراء القانون الجنائي إلى إنزال العقاب المناسب بالمذنب، وحماية حريات الأفراد عن طريق إقرار قاعدة مشروعية الدليل الجنائي وحمايتها عن طريق : النص على بطلان الإجراء غير المشروع ، وكافة آثاره.

فالعمل الإجرائي اذا يشمل الأعمال التي يباشرها الخصوم في الدعوى ، وكذا الأشخاص وإن لم يعتبروا أطرافاً في الخصومة، والذين من شأنهم لعب دور إيجابي فيها مثل الشهود والخبراء. ولاجل صدور العمل الاجرائي صحيحا ، وجب توافر شروط موضوعية: له من إرادة ، وأهلية إجرائية ، ومحل وسبب ، وشروط اخرى شكلية: تتعلق بالشكل الذي يصاغ فيه العمل لإجرائي ، حتى يتمكن القضاء من بسط رقابته عليه- العمل الإجرائي- عن طريق بطلان ما تم مخالفا للقانون ، وجميع آثاره.

البند الاول- مفهوم البطلان

يمكن تعريف البطلان قانونا بانه : " جزء إجرائي يرد على العمل الإجرائي المخالف لبعض القواعد الإجرائية، فيهدر آثارها القانونية".²

كما يختلف البطلان عن السقوط في ان البطلان " جزء لحق إجرائي ، لم يمارس بشكل صحيح

1 . نقل بتصرف، نبيل صقر، البطلان في المواد الجزائية، الموسومة القضائية الجزائرية، دار الملل للخدمات الإعلامية،

الجزائر، ط: 2003/2004، ص: 9.8

2 .. عمر فخري عبد الرزاق العديشي، حق حق المتهم في محاكمة محاكمة، مرجع سابق، ص: 190

في الميعاد، أو الترتيب ، أو المناسبة المحددة من قبل القانون لممارسته " ¹ ، والبطلان ليس عدم القبول ، فاذا كان البطلان هو اثر يترتب على الاعمال الاجرائية المخالفة للقانون دون تحديد نوعها ، فان عدم القبول " هو الجزء الإجرائي الذي يرد على نوع معين من الأعمال الإجرائية هي الطلبات، يرتبه القانون على تخلف شرط من شروط صحة إبداءها ، ويؤدي إلى صحة الإمتناع عن الفصل في موضوعها ² ، كما يختلف البطلان عن الانعدام في ان الانعدام " هو جزء للإجراء الذي يخالف القانون بصورة تجرده من القيمة القانونية" ³ ، في حين ان البطلان هو الاثر المترتب عليه ليس تجريد القيمة القانونية للإجراء انما قد يصلح لان يكون دليلا للبراءة كما اشرنا ، كما ان البطلان النسبي يصح اذا وافق عليه الاطراف.

البند الثاني- طبيعة أو أسباب البطلان

يترتب البطلان على مخالفة قاعدة إجرائية هدفها الحرية الشخصية للمتهم ، سواء تعلقت بقرينة البراءة أو شرعت لحسن سير الإشراف القضائي على الإجراءات الجنائية، ومخالفة الضمانات الإجرائية هي سبب البطلان وهذه الضمانات تتمثل في شروط : منها شروط الموضوعية : و هي الإرادة ، والأهلية الإجرائية، والمحل ، والسبب ، فتخلف إحدى هذه الشروط الموضوعية يترتب البطلان ذلك أن هذه الشروط تعتبر جوهرية ، ومن هذه الضمانات الشروط الشكلية ايضا والتي منها ما هو جوهرية ، وما هو - غير جوهرية- و ليس كل عيب شكلي يشوب العمل الإجرائي يستوجب بطلانه ، بل أخذ المشرع بمعتبر القواعد الشكلية الجوهرية، فمخالفتها هي التي توجب بطلان العمل الإجرائي، أما مجرد القواعد

التنظيمية أو الإرشادية فإن عدم اتباعها لا يؤدي للبطلان⁴ ، فماهو معيار تحديد الإجراء الجوهري من عدمه؟*

1 . عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص: 198

2 . عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص: 199

3 أنظر في ذلك: - أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط: 1977

مشار إليه في مؤلفه: عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص: 200

4 .. نبيل صقر، البطلان في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص: 20 و21.

* - فمخالفة النيابة العامة لقواعد تحريم المضبوطات لا يرتب البطلان ، أنظر في ذلك: - صقر، البطلان في المواد

الجنائية، مرجع سابق، ص: 21 و 24

لم يحدد المشرع المقصود بالإجراء الجوهري ، وإنما ترك هذا التحديد لاجتهاد الفقه ، والقضاء، وفي هذا الصدد فإن الضوابط التي استقر عليها الفقه والقضاء لهذا التميز هي الآتي:¹

ضابط المصلحة العامة في حسن سير الجهاز القضائي : تعتبر هذه الإجراءات جوهرية ومثالها:

حق النيابة في تحريك ، مباشر الدعوى العمومية، وتمثيلها أمام القضاء ، وقواعد تشكيل المحاكم.

ضابط مصلحة الخصوم : يعتبر الدفع جوهريا إذا كان قد نص عليه القانون لمصلحة الخصوم في

الدعوى، وعلى ذلك تعتبر إجراءات جوهرية : لتعلقها بمصلحة الخصوم ، تلك الخاصة بحضورهم

إجراءات التحقيق ، وإعلانهم بالحضور أمام المحكمة ، وإعلان الأوامر والقرارات والأحكام .²

ضابط احترام حقوق الدفاع : أجملت محكمة النقض المصرية ماهية الإخلال بحق الدفاع في

الآتي : "إن الإخلال بحق الدفاع هو حرمان المتهم من إيداع أقواله بكامل حرية ، أو إهمال الفصل في

طلب صريح من طلبات التحقيق ، أو في الدفوع الفرعية التي يبديها، أو في دفاع خلص بعذر قانوني

من الأعدار المبيحة أو المانعة من العقاب ، أما أن يبدي المتهم دفاعا عاديا منصبا على نفي ما أسند إليه

من الأفعال، ومستنتجا مما تم في القضية من تحقيقات ، فلم تقره المحكمة عليه ، ولم تأخذ به فليس فيه

، ادنى إخلال بحق الدفاع³ ، والإجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع منها ما نص عليه تحقيقا للمصلحة

العامة مثل: حضور المحامي للدفاع أمام محكمة الجنايات، استجواب المتهم قبل حبسه احتياطيا، تحديد

التهمة المنسوبة إليه بأمر الإحالة ، ومنها ما نص عليه تحقيقا للمصلحة الشخصية ومثاله : مباشرة

إجراءات التحقيق الابتدائي في مواجهة المتهم، والنهائي كذلك إعلان شهود النفي وسماعهم بمعرفة

المحكمة ، الرد على الدفوع والطلبات التي تبديها النيابة العامة ، ويمكن اعتبار الغاية من الاجراء ضابطا للتمييز ، ومقتضى ذلك مراعاة غاية كل اجراء في جميع الإجراءات الخاصة بتحريك الدعوى الجزائية ، وجميع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي والنهائي وإصدار الأحكام.⁴

1 . نبيل صقر، البطلان في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص: 21

2 . نبيل صقر، البطلان في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص: 23

3 . نبيل صقر، و. محمد مروان، الدفوع الجوهرية، مرجع سابق، ص: 205

4 . حسني الجنيدى، وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائي، ط 1988 ، أنظر بتفصيل، ص: 193، مشار لهذا المرجع في

مؤلفه: نبيل صقر، البطلان في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 24

البند الثالث- أنواع البطلان: مطلق، نسبي

هناك ما يعنف بالبطلان المطلق: هو الذي يتقرر جزاء لمخالفة قاعدة إجرائية جوهرية متعلقة بالنظام العام، ولو أدى ذلك إلى تحقيق مصلحة الخصوم¹ .

وعلى بخلاف المشرع الجزائري اذ عدد حالات البطلان في مواد متفرقة كما جاء المادة: 48 و 157 و ما بعدها من قانون الاجراءات الجزائية دون حصرها ، فقد نصت المادة 332 من قانون إج.ج المصري، على حالات البطلان المطلق بقولها "اذا كان البطلان راجعا لعدم مراعاة احكام القوانين المتعلقة ، بتشكيل المحاكم ، أو ولايتها للحكم في الدعوى ،أو اختصاصها النوعي ، أو بغير ذلك مما يتعلق بالنظام العام ، جاز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب"².

ويمكن القول أن الضابط في تحديد ما يعد من النظام العام، هو أهمية المصلحة التي تحميها القاعدة الإجرائية ، وهذه الأهمية يقدرها قاضي الموضوع .

أما ما يتعلق بحقوق الدفاع فإنه متى اعتبر المشرع حق الدفاع يتعين كفالاته قانونا ولا يجب أن يترك لتقدير المتهم فهنا تكون المصلحة عامة مثل وجوب تعيين محامي في الجنايات ووجوب الاستجواب قبل الحبس المؤقت.³

- 1 . لمزيد تفصيل، حول تعريفه البطلان المطلق وتمييزه عن غيره من أنواع البطلان أنظر في ذلك: .: فوزية عبد الستار،
شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع، مشار لهذا المرجع في
كتاب: عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص: 206
و أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار هومة، ط 2006، ص: 52 وما بعدها
- 2 . عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص: 205.
- 3 . . نبيل صقر و محمد مروان، الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص: 46 بتصرف.

البند الرابع- مميزات البطلان المطلق والنسبي¹

يتميز البطلان المطلق بالأحكام التالية: جواز التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، شرط أن يكون الدفع محتاجا إلى تحقيق موضوعي ، أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ولو دون حاجة لاشتراط مصلحة الخصم فيه ، ومن أي خصم ولو لم يكن حائز المصلحة ، عدم قابليته للتصحيح عن طريق رضا الخصم بالإجراء الباطل ، لا يجوز الدفع بالبطلان إذا كان سببه خطأ الخصم.

هذا عن البطلان المطلق ، اما البطلان النسبي فهو الذي يترتب على مخالفة قاعدة شكلية مقررة لمصلحة الخصوم² ، و لايجوز التمسك به إلا لمصلحة من شرع له دون سواه ، لا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها ، يجوز لكل من شرع له البطلان التنازل عنه ، وهنا نشير الى ان الأحكام غير المتعلقة بالنظام العام ، لم يرد بشأنها نص في القانون ، إلا أنه يوجد إجراءات تتعلق بمصلحة الخصوم وهي: الضبط، التفيتش، القبض، الحبس، والاستجواب، وكذا الدفع ببطلان الحكم لقصور في اسبابه او لخطا في بياناته هو دفع نسبي.³ ، وكذا فعدم تبليغ المحامي الذي عينه المدعى عليه بمذكرة دعوته قبل الجلسة إذا اعترض المحامي على عدم التبليغ يعتبر دفع نسبي⁴ ، وهناك مميزات اخرى للبطلان النسبي⁵.

- 1- نبيل حقر، و محمد مروان، نفس المرجع، ص: 46 وما بعدها.
2. عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص: 207.
3. نبيل حقر، و د. محمد مروان، نفس المرجع، ص: 48.
4. طه زاكي حافي، الإتجاهات الحديثة للمحاكمات الجزائية بين القديم والجديد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 2003، ص: 367.
5. زاكي حافي طه، نفس المرجع، ص: 367.

البند الخامس- نظريات البطلان وموقف المشرع الجزائري منه

نعلم ان للبطلان نظريات ، نظرية البطلان الشكلي: وهي التي ترتب البطلان على تخلف كل القواعد الإجرائية المنظمة للخصومة الجزائية، و قد غالت في تحديد حالات البطلان.

و نظرية البطلان القانوني: يتولى المشرع وحده تحديد حالات البطلان دون تدخل القاضي " فلا يجوز الحكم بالبطلان دون نص قانوني يقرر كل إجراء على حدى عند عدم مراعاة القواعد المتعلقة به"¹ ، فلا يملك القاضي سلطة تقديرية بهذا الشأن² ، و يوجه لهذه النظرية نقد لاعم اذ أن هناك حالات بطلان لا يمكن توقعها مسبقا.

و اما نظرية البطلان الذاتي: فهي كنتيجة لعدم إمكانية حصر حالات البطلان مسبقا، فإن البطلان يتقرر ولو لم ينص عليه المشرع مسبقا، متى تعلق بالإجراءات الجوهرية-] يعاب على هذه النظرية أنها تعمل القياس في القانون الجنائي الإجرائي ، لإجراء على آخر، وهذا مخالف للخصائص القانون الجنائي وقد وجه لها الدكتور مصطفى محمود محمود أنها " تؤدي إلى هدر القواعد غير الجوهرية و لا يعمل بها، كذلك أنها تؤدي إلى تضارب الأحكام ، بسبب توسيعها للسلطة التقديرية للقضاة].

ولابراز موقف المشرع الجزائري من نظريات البطلان ، نبرز بداية موقف القانون الفرنسي من البطلان ذلك ان ما طبقه المشرع الجزائري الفرنسي ، يصلح عندنا لتشابه المنظومتين القانونيتين. ثم نرجع على موقف المشرع المصري، كونه ينتمي لنفس المنظومة الفرانكفونية .

فمن خلال نص المادة 170 من قانون إج. الفرنسي التي تنص : "على وجوب البطلان بالنسبة لجميع الإجراءات و القواعد الشكلية في مرحلة التحقيق التمهيدي ، فهذا بطلان قانوني" ، و هناك بطلان ذاتي ، يستنتج من خلال نص المادة 172 من نفس القانون " في حالة مخالفة الأحكام الجوهرية مثل

1 ..نبيل صقر، البطلان في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص: 42.

2 ..نبيل صقر، البطلان في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص: 42.

حقوق الدفاع، و سير القضاء " ، و قد كان هذا النوع من البطلان يقتصر على تطبيقه على التحقيق النهائي فقط¹.

وعليه فالقانون الجنائي الإجرائي الفرنسي أخذ بنظرينا البطلان معاً، القانوني والذاتي ، في حين لم يشر القانون الجزائي المصري الى البطلان القانوني ،ويمكن التذليل على ذلك من خلال نص المادة 331 من قانون المرافعات الجزائية المصري " إذ رتب البطلان على مخالفة القواعد الجوهرية ، ومنح سلطة واسعة لقاضي الموضوع في تقدير الإجراء الجوهري ، فهو من أنصار البطلان الذاتي².

فمن خلال ما سبق ، و بالرجوع إلى النصوص القانونية ، وخاصة تحت عنوان بطلان إجراءات التحقيق ، من خلال المواد 100-161 من قانون الاجراءات الجزائية. ، يتضح أن المشرع الجزائي الجزائري ، قد أخذ بمذهبي البطلان معاً القانوني والذاتي .

فمن مظاهر اعتماد المذهب القانوني ما فعله المشرع الجزائري من خلال حصره صراحة حالات البطلان وذلك من خلال : المادة 157 من قانون الاجراءات الجزائية : المتعلقة ، باستجواب المتهمين ، وكيفية ذلك ، وجوب مراعاة المادة 100 ، والمادة 105 من نفس القانون: التي تنص " على وجوب حضور المحامي عند سماع المتهم، أو المدعي المدني ، فقد جاء تحت عبارة وإلا يترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من إجراءات ، دلالة واضحة على اعتماد مذهب البطلان القانوني.

في حين يظهر الاعتداد بالمذهب الذاتي في القانون الجزائي الجزائري من خلال نص 159 من قانون إج. التي تنص على أن " يترتب البطلان على مخالفة الأحكام الجوهرية المقررة في هذا الباب

(المواد من 157 – 161) ، وخلاف المادتين 100-105 من قانون الاجراءات الجزائية ، إذا ترتب على مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع ، أو أي خصم في الدعوى " ، فهذه المادة نصت على أحكام جوهرية يترتب على مخالفتها البطلان، وذلك وفق شرطين: اولهما حصول مخالفة الأحكام الجوهرية المقرر في المواد المتعلقة بالتحقيق القضائي المواد من 66-211 من قانون الاجراءات الجزائية ، وثانيهما أن

1 . نبيل صقر، البطلان في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص: 46.

2 . محمد الله هلالى، أحمد، مرجع سابق، ص: 543 . 544 بتصرف.

يترتب على الأحكام المذكورة إخلال بحقوق الدفاع ، أو أي خصم في الدعوى.

وبشأن التفرقة بين القواعد الجوهرية وغير الجوهرية¹ ، في التحقيق القضائي ، يرى الدكتور مأمون سلامة : أن معيار التفرقة بين القواعد الجوهرية وغيرالجوهرية يتوقف على التفريق بين القواعد الموضوعية للإجراء، وبين القواعد الشكلية له .

البند السادس- آثار البطلان

لابد لإنتاج البطلان أثره، أن يتقرر بحكم أو قرار قضائي، وتقدير البطلان أمر لازم سوء ا كان مطلقا أو نسبيا ، والتقدير بالبطلان له طبيعة كاشفة، إذا كان يتعلق بالنظام العام ، وله طبيعة منشئة إذا تعلق بإجراء نسبي لمصلحة الخصوم² .

فقد يقصر أثر البطلان على الإجراء ذاته ، وذلك متى تقرر بطلان الإجراء ، اذ تزول آثاره القانونية ، غير انه ترد على هذه القاعدة العامة ، استثناءات ،تمدد اثرها للاجراءات السابقة، و احيانا اللاحقة للإجراء.

وقد يمتد اثر البطلان الى الإجراءات السابقة له ، فاذا كانت القاعدة هي أن بطلان الإجراء ذاته لا يمتد الى ما سبقه من إجراءات ، إلا إذا كانت بينها ، نوع من الارتباط ، كبطلان أمر الإحالة لتجاهله الاتهام ، يمتد ليشمل الاستجواب السابق عليه طالما، أن الاستجواب قد تم بناء على التهمة الواردة في أمر الإحالة ذاتها³ .

كما قد يمتد أثر البطلان الى الإجراءات اللاحقة له ، فإذا وقع إجراء ما، تحت طائلة

1. راجع : - أحسن بوسفيحة، التحقيق القضائي الابتدائي، مرجع سابق، ص: 174

نصر الدين مروان، مرجع سابق، ج1 ، ص: 558 . 559

2. نبيل صقر، و محمد مروان: الدفوع الجوهرية في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص: 52

3. نبيل صقر ، و محمد مروان، الدفوع الجوهرية في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص: 52 بتصرفه

البطلان ، فإن هذا الإجراء لا يبطل وحده، بل يمتد إلى الإجراءات التالية و المترتبة عليه¹. فبطلان الإستجواب يترتب عليه بطلان الحبس المؤقت ، و ليس على المتهم إلا إثارة الموضوع ، امام الجهة-غرفة الاتهام- التي يعرض عليها، مدى قانونية الحبس ، أو موضوع الدعوى ، و يتعين عليها أن تبطل الأمر بالحبس ، و تأمر بالإفراج.

البند السابع- تصحيح الإجراء بالبطل

لا يتم تصحيح الإجراء بالبطل إلا بعد: - التمسك بالبطلان - و طلب تصحيحه، و قد نصت المادة 157 من ق.إ.ج في هذا على ان " يجوز للخصم الذي لم تراعى في حقه أحكام المادتين 100-105 من ق.إ.ج، أن يتنازل عن التمسك بالبطلان، و يصح بذلك الإجراء ، بشرط كون هذا التنازل صريحا و بحضور محامي الطرف المتنازل، أو بعد استدعائه قانونا " .

و بهذا حصر المشرع الجزائري التنازل عن التمسك بالبطلان الذي يصح الإجراء، في استجواب المتهم ، أو سماع الطرف المدني، أو إجراء مواجهة بينهما، بما يشكل مخالفة للمادتين 100-105 من ق.إ.ج، أو بحضور الأطراف لجلسة المحاكمة إذا كان التكليف بالحضور باطلا ، هذا إذا لم يتمسك الخصم بتصحيح التكليف بالحضور الباطل.²

أما موقف المشرع الفرنسي، من هذه المسألة ، فنجد أنه قد وسع من حالات تصحيح الإجراءات الباطلة، لتشمل الإجراءات الجوهرية³ ، و عليه فكيف يمكن تصحيح الاجراء الباطل ؟.

اول طريقة لتصحيح الاجراء الباطل هي إعادة هذا الإجراء : فإذا تقرر بطلان إجراء معين لمخالفته للقانون، فإنه يمكن مباشرته مرة أخرى بصورة قانونية، عند تحقيق شروط معينة

هذا ويختلف تصحيح الإجراء الباطل، عن إعادة الإجراء الباطل، في أن التصحيح يكون جوازيًا قبل

1 . عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص: 212.

2 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 602.

3 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 602.

القضاء ببطلان إجراء معين، في حين يصبح إلزاميًا بعد القضاء ببطلان إجراء من الإجراءات¹.

وتطبيقًا لذلك قضت المحكمة العليا بان " لقد نصت المادة 191 من قانون الإجراءات الجزائية في ضمنا -] يبدوا ان مستشاري المحكمة العليا في هذا القرار كانوا يقصدون مادة اخرى من مواد التحقيق عليها المادة 161 منق ا ج ، وليست المادة 191 اذ ان صياغتها جاءت واضحة نافية لكل لبس ، بالتالي لا داعي للاستنتاج مع وضوح النص و ايراد كلمة ضمنا]- على أن غرفة الاتهام تقضي ببطلان الإجراء المعين، وعند الضرورة بطلان الإجراءات اللاحقة له كلها أو بعضها، لتقوم بنفسها أو تأمر قاضي التحقيق أو قاضي آخر ، بتصحيح الإجراءات الباطلة ، وذلك بإعادتها بطريقة سليمة خالية من العيوب التي أدت لبطلانها "² ، اذا فلا يمكن لقاضي التحقيق اعادة إجراءات باطلة، إلا بعد تكليفه بذلك من غرفة الاتهام.

وترد شروط عدة لإعادة تصحيح الإجراء الباطل³ هي:

كون إعادة الإجراء ممكنة ، بان تكون الظروف الخاصة بمباشرة ما زالت ممكنة ، مع انتفاء أية عقبة قانونية، مثل سقوط تاريخ مباشرته، أو عقبة مادية مثل وفاة شاهد أدى الشهادة دون حلف اليمين .

وان تتم اعادة الإجراء ممن يملك مباشرته قانونا فإذا زال الاختصاص ممن قام بالإجراء كأن اكتشف قاضي التحقيق عيبا في أمر الإحالة، فلا يملك تصحيحه بعد أن قام بإحالة الملف إلى المحكمة

ان تكون ضرورة لإعادة الإجراء الباطل ، فإذا انتفت هذه الضرورة، أو تم تصحيح الاجراء الباطل بإجراء آخر لم تكن هناك فائدة من الإعادة⁴.

1 . نبيل حقر، البطلان في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص: 141.

2 . قرار للمحكمة العليا رقم: 47019 مؤرخ في 15/04/1986، الغرفة الجنائية الثانية ، منشور بالمجلة القضائية للمحكمة

العليا، محدد 02 سنة 1992، ص: 173.

3. عمر فخري محمد الرزاق البديهي، مرجع سابق، ص: 214.

4. نبيل حقر، مرجع سابق، ص: 143.

البند الثامن- مصير الإجراءات الملغاة

لا بد ان تسحب الإجراءات الملغاة من الملف ، وذلك حسب نص المادة 160 من قانون الاجراءات الجزائية بقولها: " تسحب من ملف التحقيق أوراق الإجراءات التي أبطلت ، و تودع لدى قلم كتابة المجلس القضائي "، اما الإجراءات الباطلة التي تتم أثناء مرحلة المحاكمة ، والتي قضي بالغاها، فان حكم السحب من الملف لا يسري عليها، فإذا عينت المحكمة خبيراً، و قضي بعد ذلك ببطلان الخبرة ، فلا تسحب الخبرة من الملف .

كما يمنع استنباط عناصر أو أدلة إثبات من الإجراءات الملغاة ، و هذا ما نص عليه في المادة 160 من قانون ا.ج ، "و إلا تعرض القضاة و المحامون لعقوبات" ، في حين توسع المشرع الفرنسي بمنعه استنباط أية معلومة -من الاجراءات الملغاة-¹.

وبخصوص النتائج المترتبة عن البطلان² ، نوضح بانه لا يترتب على البطلان الذي تقرر بأمر أو حكم قطع التقادم ، بالإضافة الى عدة نتائج اخرى قد تكون محلاً لبحوث مستقلة اذ ليس مقامها في هذه الدراسة .

ثالثاً - بطلان الأحكام

البطلان في الحكم الجزائي قد يكون لمخالفة القانون ، أو للخطأ في تطبيقه أو في تأويله، لذا كانت الحالة السابعة من المادة 500 من ق ا ج للطعن بالنقض هي مخالفة القانون او الخطا في تطبيقه ، و البطلان المقصود من نص مادة الطعن بالنقض 500 من قانون ا.ج هو المترتب عن مخالفة القواعد الإجرائية، سواء كان مبعث البطلان ، مخالفة القواعد الخاصة بالمداولة أو النطق بالأحكام أو مواعيد تحريرها، أو أصول التوقيع عليها، وبوجه خاص دقة إيراد الأدلة في الحكم الجزائي في شأن صحة .

1 .. نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 608.

2 . نبيل صقر، مرجع سابق، ص: 147.

توافر عناصر الجريمة ، ورده على الدفوع ، وأوجه الدفاع الموضوعية الثابتة في الأوراق ، وهو ما يفهم من نص المادة 379 المعدلة للقانون 03/82 و المواد من 521 حتى 524 من قانون الاجراءات الجزائية .

الفقرة الثالثة

قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم

من المسلم به أن الأحكام القضائية لا بد، و أن تبنى على اليقين لا على الظن، وقد قضي بما يؤيد هذا " فإذا لم تتوصل الجهة القضائية من خلال الأدلة إلى اليقين بإسناد التهمة ، فإنه يتعين عليها أن تقضي بالبراءة " ¹ ، و لم يكن الحال على هذا في ظل القانون الفرنسي القديم ، فالشك كان يفسر ضد المتهم ، والذي ألقى عليه عبء إثبات براءته ² ، نعالج هذا العنصر من خلال نطاق تطبيق القاعدة (أولا) ثم موقف المحكمة العليا منها (ثانيا) .

أولا - نطاق تطبيق القاعدة

بداية ، ومن حيث النطاق الاجرائي للقاعدة ، فإنه يجب التفريق من حيث اثار تطبيق هذا المبدأ في مختلف مراحل سير الدعوى الجزائية ، ففي مرحلة التحقيق ، نجد أن قاضي التحقيق لا يحكم في القضية إنما يحيلها للمحكمة إذا وجد الأدلة كافية للادانة ... ، بالتالي فإنه لا يشترط أن تصل قناعته إلى حد اليقين بإدانة المتهم ، اما في مرحلة المحاكمة ، فإن القاضي يحكم في القضية، و يتقرر على أساس حكمه مصير المتهم ، وعليه يجب أن يبنى حكمه على دليل قطعي غير قابل للتأويل ، و الشك يتعين أن يستفيد منه المتهم، عند تفسير النصوص العقابية أيضا.

فما هو موقف القانون الجزائري الجزائي من هذه المسألة؟.

إن جهات التحقيق تقتصر على مجرد فحص كفاية أو عدم كفاية الدلائل أو الإثباتات المكونة

1 . انظر في هذا:-قرار للمحكمة العليا، بحرفه جنائبة، مؤرخ في 06/01/1984، المجلة قضائية سنة 1989 ، عدد 01.

ص: 311 . قرار للمحكمة العليا مؤرخ: في 06/11/1985 غير منشور، مشار اليه

في مؤلفه: العايش نواصر، تقنين العقوبات، مرجع سابق، ص: 127

2.. محمد مروان، نظام الإنابة في المواد الجنائية، مرجع سابق، ج2، بتصرف، ص: 512

للجريمة، و التي تبرر إحالة المتهم للمحاكمة طبقا للمواد (162 إلى 169 من قانون ا.ج) ، أو الامر بالا
وجه للمتابعة ، إذا تبين لها في مرحلة مبكرة من سير الدعوى ، و في حدود سلطتها التقديرية، أن
الدلائل المرصدة ضد المتهم لا تدل على اتهام ، أما في مرحلة المحاكمة فان الأمر لا يتعلق بدلائل، ولا
بإثباتات ، لكن يتعلق بأدلة مطروحة أمام القاضي ، و نوقشت أمامه ، و استنادا لما قلناه سابقا، فان
الأحكام الجزائية تبنى على اليقين لا على الشك ، وعليه ينتج من كل ما تقدم ، ان المجال الطبيعي لهذه
القاعدة هو مرحلة المحاكمة .

اما من حيث النطاق الموضوعي لتطبيق القاعدة ، فيما ان الأخذ بهذه القاعدة واجب على القاضي،
كلما ساوره الشك في تقدير القيمة الثبوتية للدليل المطروح ، فهل يقتصر نطاق تطبيق القاعدة-الشك-على
تفسير القانون، أم يتعداه الى تفسير الوقائع ؟ ، لتوضيح هذا الامر ، نتعرض لمسائل القانون التي قد
تكون محلا للشك ، ثم لمسائل الوقائع.

فقد يثور الشك حول النصوص قانونية سواء في فهمها او تطبيقها او تفسيرها ،اما في ذهن المخاطب
بتلك النصوص، او في ذهن القاضي المطبق لها .وعليه ندرس هذه الامور تباعا.

ففيما يتعلق بالمخاطب بهذه النصوص : يطبق القضاء قرينة " لا أحد يعذر بجهله للقانون " ،
وتنصرف هذه القرينة ليس فقط إلى العلم بالقانون ، بل إلى شرحه وتفسيره أيضا، و قد جرى قضاء
النقض الفرنسي في هذا الصدد على أن الخطأ في القانون لا ينفى الطابع الإجرامي لفعل ارتكب عمدا.¹

اما ما يتعلق بالقاضي المطبق للنصوص القانونية: فان الشك الذي يثور في ذهنه، حول تفسير
القانون، أو تطبيقه لا يمكن أن يفاد منه المتهم، فكل ما يترتب على هذا من اثر هو ان يستبعد القاضي
النص القانوني الواجب التطبيق ، غير أنه إذا استنفذ القضاة كل طرق التفسير المتاحة ، و لم يصلوا
للمعنى الصحيح للنص ، فيجوز لهم استبعاد تطبيق هذا النص و الحكم بالبراءة ، ولكن هذا ليس تطبيقا
لقاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم ، إنما إعمالا لقاعدة دستورية هي " لا جريمة و لا عقوبة بغير قانون "
الواردة بالمادة 1 من قانون العقوبات ، و المادة 46 من دستور 1996.

1 . مروان محمد، مرجع سابق، ج2، ص: 513

وبشان مسائل الوقائع ، فقد ايد بعض الفقهاء بتطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم ، في مجال الوقائع ، إلا فيما عدا وجود شك ينصب على موضوع الوقائع- وهي أدلة الإثبات- فقط ، وذلك بأن تتساوى أدلة البراءة مع أدلة الإدانة¹. في حين عممه البعض الآخر، إلى حتى مجرد وجود شك ذاتي في ذهن القاضي حول تقدير قيمة أدلة الإثبات.

ثانيا - موقف المحكمة العليا من قاعدة تفسير الشك لصالح المتهم

تخضع سلطة القاضي في اطار اعماله لهذه القاعدة ، الى رقابة المحكمة العليا ، من خلال التزامه بضرورة تسبب كافة ما يصدر عنه من أحكام² ، وعليه فلتبين موقف المحكمة العليا مناقش المسائل التالية : هي مدى امكانية افادة المتهم بالشك الواقع على الادلة: ففي هذا الشأن قضت المحكمة العليا بخصوص ذلك " بأنه لما كان أعضاء محكمة الجنايات ، غير ملزمين بذكر الوسائل التي توصلوا بها إلى اقتناعهم طبقا لمقتضيات المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية، فإنه يجوز للنياحة العامة أن تطعن بالنقض، في الحكم القاضي بالبراءة على أساس أن الوقائع ثابتة ضد المتهم ، وأن المحكمة خالفت القانون ، بتبرئته لصالح الشك، طالما أن الأسئلة المتعلقة بالإدانة، قد طرحت على أعضاءها بصفة صحيحة ، وأنهم أجابوا عليها بالنفي بأغلبية الأصوات ، تبعا لاقتناعهم الشخصي"³.

ونشير في هذا الخصوص الى ان السؤال الخاص بالشك يطرح ضمنا في السؤال الرئيسي، فإذا شك أحد أعضاء محكمة الجنايات في الإدانة فما عليه سوى أن يجيب بالنفي على السؤال المطروح عليه طبقا لاقتناعه الشخصي.

1 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 615

2 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص: 616

3- قراران للمحكمة العليا: 1- رقم: 458. 30 مؤرخ في: 1982/11/23

2- رقم: 693. 9 مؤرخ في: 1974/04/16 . مشارا إليهما في:

مؤلفه: بغداددي جيلالي، مرجع سابق، ج1، ص: 123 . 124

الفرع الثالث

ما يتعلق بالقاضي الفاصل في الدعوى

تحت هذا العنوان نناقش اهم قاعدة من قواعد الاثبات ، والمتعلقة بالقاضي الفاصل في الدعوى و هي قاعدة الأقتناع الشخصي للقاضي الجزائي ، فندرس مفهوم الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي ثم طريقة تكوين هذا الاقتناع ثم مبررات الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي ثم نطاق تطبيق قاعدة الاقتناع الشخصي على كافة المحاكم مراحل الدعوى الجزائية (الفقرة الأولى) .

ثم نتعرض لشروط تطبيق المبدأ و القيود الواردة عليه و ما يترتب عنها، ثم قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم ، ثم نتطرق لقيود الواردة على ذلك من خلال التعرض إلى شروط الوصول للاقتناع ثم القيود الواردة على هذا الاقتناع و كيفية التعبير عنه و أخيرا نتعرض إلى قاعدة تسبب الأحكام القضائية ثم ندرس الاستثناءات الواردة على قاعدة الاقتناع الشخصي (الفقرة الثانية) .

الفقرة الاولى

قاعدة الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي

نتعرض لهذه القاعدة من خلال مفهوم إقتناع القاضي الجزائي و طريقة تكوين قناعته ثم مبررا هذا الاقتناع (أولا) ، ثم نطاق تطبيق القاعدة في كافة أنواع المحاكم الجزائية و مراحل الدعوى العمومية (ثانيا) .

اولا- مفهوم اقتناع القاضي

يعرف الاقتناع بداية بأنه " التأثير الذي يحدثه في الذهن الدليل الواضح ن والتأكيد العقلاني المستمد من أعماق الشعور" ¹.

اما فيما يخص المعيار الضابط للاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري ، فقد اختلف الفقهاء بين من اعتمد على المعيار الموضوعي و الذاتي للاقتناع الشخصي للقاضي : اعتناق المعيار الموضوعي ببرره ، ضرورة بناء الحكم على الجزم واليقين ، و فحوى المعيار الموضوعي ، هو التزام القاضي بحرفية النص الذي يحتوي على قيمة معينة ، ونوع معين لكل دليل، و لا مجال لإعمال سلطة القاضي .

في حين ذهب فريق ثاني من الفقهاء الى اعتماد معيار شخصي ذاتي للاقتناع ، والذي مؤداه أن القاضي قد يشعر في نفسه بإدانة المتهم، دون أن يستطيع التذليل على ذلك بالأدلة اللازمة² وعلى هذا فان القاضي يصدر حكمه تبعا لما اقتنع به، وما ولدته الأدلة في نفسه من قناعة.

هذا وقد نادى فريق ثالث من الفقهاء إلى اعتماد معيار الرجل العادي والذي مؤداه ، ان يقارن حكم القاضي بما كان يمكن أن يفعله قاضي آخر في نفس الظروف .

وبشان معايير الاقتناع الشخصي للقاضي ، نتساءل عن المعيار الذي اخذ به المشرع الجزائري ؟ .

ان من مظاهر أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الشخصي : ما جاء في المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية حول محكمة الجنايات ، و المادة 212 من نفس القانون المتعلقة بالاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري.

1 . مسعود زبدة، القوانين القضائية، مرجع سابق، ص: 110

2 . نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص:624

أما مظاهراخذه بالمعيار الموضوعي : فنجد التدليل على هذا من خلال ما فرضته المادة 341 من قانون العقوبات من قوة ثبوتية، ودلائل معينة في إثبات جريمة الزنا، و جريمة السياقة في حالة سكر. إذا قد أخذ المشرع بالمعيارين معا ، مع وضع ضمانات على ذلك هي تسبب الحكم.

البند الاول- طريقة تكوين القاضي الجزائي لقناعته

الاقتناع هو نتيجة طبيعية للدوافع التي تظهر على أنها أكثر تأثيرا ، كمحصلة لما يحدث فيها، وبين غيرها من العوامل من صراع داخل الضمير.¹

كما يجب على القاضي أن يسلك طريق الاستدلال بالافتراضات الاحتمالية، و أعمال معايير حقيقية.² و يميز الفقيه "مالاتستا" في هذا الصدد ، بين اربعة مراحل يمر بها القاضي في علاقته بالواقعة لتكوين قناعته: هي الاتي : مرحلة انعدام المعرفة بالواقعة ، مرحلة الميل إلى الاعتقاد عندما تكون أدلة الإثبات و النفي في كفتي التعادل ، و مرحلة الميل إلى الأخذ بالفرض الراجح عندما تكون أدلة الإثبات هي الغالبة ، و مرحلة الميل نحو اليقين عندما تكون أدلة النفي هي المتفوقة و الغالبة بشكل ساحق³ .

البند الثاني- مبررات الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي*

تظهر مبررات اعتماد المبدأ من خلال المسائل التالية:
ان صعوبة الإثبات في المواد الجنائية ، ترجع إلى ما يلي :
دور الجناة في طمس معالم الجريمة والتي تظهر من خلال الطبيعة الخاصة للأفعال الإجرامية، اذ نجد ان الإثبات في المواد المدنية ينصب على أعمال قانونية بالتالي فطريقة الإثبات تتم في الغالب

1 . مسعود زبدة ، مرجع سابق، ص: 112

2 . مسعود زبدة ، مرجع سابق، ص: 113

3 .. نبيل صقر ، و محمد مروان، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص: 39

* - و قد وجدت عدة انتقادات لهذا المبدأ: انظر في ذلك : مسعود زبدة، القوانين القضائية، مرجع سابق، ص 120

عن طريق الأدلة القانونية المعدة مسبقا و بصفة خاصة الإثبات بالكتابة ، اما المواد الجزائية ، فان طبيعتها تختلف عن المواد المدنية في كونها تتكون غالبا من وقائع مادية ونفسية ، ولذلك فان طبيعتها ، تقتضي اثباتها بكافة طرق الإثبات المشروعة.¹

كما ترجع الى طبيعة المصالح التي يحميها القاضي الجنائي : اذ نلاحظ أن سلطة الاتهام تسعى للحفاظ على مصالح المجتمع ، و فق ضمانات للمتهم هي قرينة البراءة ، و الحكم القضائي هو الفيصل فلهذا فان مبدأ الإثبات الحر يعود بالفائدة في حماية المجتمع ، و استعمال كافة طرق الإثبات لدفع التهمة ، فهو الوسيلة التي يهدف المشرع بواسطتها إلى إعطاء نفس السلاح للإطراف المتخاصمة.²

ويعتبر من مبررات الاقتناع الشخصي ، اعتماد الإثبات في المواد الجنائية على القرائن القضائية فالقرائن القضائية التي تنعدم فيها كل القيود أو الحواجز التي تعيق القاضي للوصول للكشف عن الحقيقة هي المجال الذي تتجسد من خلاله قاعدة الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي.

ومن مبررات الاقتناع الشخصي للقاضي ، نظام المحلفين في محكمة الجنايات ، فقد نصت المادة 284 من قانون الإجراءات الجزائية فقرة أخيرة على : "... وأن تصدروا-المحلفين- قراركم حسبما يستبين من الدلائل، ووسائل الدفاع، وحسبما يرضيه ضميركم ، ويقتضيه اقتناعكم الشخصي".

إبراز دور القاضي الجزائي : إن دور القاضي المدني سلبي في الإثبات ، إذ يكتفي بفحص توافر الأدلة التي يتطلبها القانون في الواقعة المعروضة عليه ، أما القاضي الجزائي فله دور تدخلي إذ يوجه الأسئلة ، و لا يكتفي بتكليف جهة الاتهام فله أن يستبعده كليا، فهو طرف في الدعوى ، و لا معقب عليه في اتخاذ إجراءات الكشف عن الحقيقة.

1- مسعود زبدة، القرائن القضائية، مرجع سابق ، ص 117

2- مسعود زبدة، القرائن القضائية، مرجع سابق ، ص 118

ثانيا- نطاق تطبيق القاعدة

لابراز نطاق تطبيق القاعدة ،ندرس المسائل التالية.

البند الاول- كافة أنواع المحاكم الجزائية

يشمل تطبيق المبدأ كافة أنواع المحاكم، و ذلك ما يفهم من عموم نص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها : "على القاضي ان يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص".

البند الثاني- كافة مراحل الدعوى الجزائية

ان النطاق الطبيعي للقاعدة، هو مرحلة المحاكمة من خلال نص المادة 212 ، و المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية ، لكن ، ومن خلال نص المواد :163 ، 164 ، 166 من قانون الاجراءات الجزائية ، و من خلال عبارة : إذا رأى قاضي التحقيق...، و عبارة إذا رأت غرفة الاتهام ... حسب المواد 195 ، 196 ، 197 ، من قانون الإجراءات الجزائية ، فان مبدأ القناعة الشخصية للقاضي الجزائي يطبق أمام جهات التحقيق و النيابة وقضاة غرفة الاتهام ، لأنهم يقدرّون مدى كفاءة أدلة الاتهام دون الخضوع لقواعد معينة ، ولا لرقابة محكمة النقض ، وإنما يخضعون في ذلك لرقابة ضمائرهم ، و اقتناعهم الشخصي فقط .¹

الفقرة الثانية

شروط تطبيق المبدأ والقيود الواردة عليه

نتعرض هنا لشروط تطبيق المبدأ ، بدأ بشروط الوصول للاقتناع ثم ايراد القيود الواردة على قاعدة الاقتناع ثم كيفية التعبير عن الاقتناع الشخصي (أولا) ، ثم إلى القيود الواردة عليه من خلال ايراد

1- مسعود زبدة، الفرائد القضائية، مرجع سابق، ص129

الاستثناءات أيضا (ثانيا) .

اولا - شروط تطبيق المبدأ

لقد جاء في قرار المحكمة العليا المشار إليه سابقا حين قررت : " ان طعن النيابة العامة بالنقض في الحكم بالبراءة، على أساس أن الوقائع ثابتة في حق المتهم ، و- على اساس- أن محكمة الجنايات قد خالفت القانون، عندما قضت ببراءته . يعتبر جدلا في إقتناع المحكمة ، و حرיתה في تقدير الوقائع ، فما دام أعضاءها ، قد أجابوا بالنفي عن الأسئلة المتعلقة بالإدانة ، فان اقتناعهم هذا لا يخضع لرقابة المحكمة العليا .

إن فالقاضي له أن يكون اعتقاده بثبوت الجريمة، من جميع ظروف الدعوى، لأن الوقائع الجنائية، ليست مما يحرر بها عقود، أو يمكن الحصول من الجاني على اعتراف مكتوب بها مقدما، فلم يبق إلا إثباتها بكافة طرق لإثبات الأخرى¹ ، لقد وضح هذا القرار أن القاضي الجزائي، له حرية مطلقة في الإثبات، إلا أن هذه الحرية تخضع لمجموعة قيود و شروط:

البند الاول- شروط الوصول للإقناع

فالولى هذه الشروط ، هي كون عقيدة القاضي و إقتناعه مستندة من أدلة مطروحة في الجلسة و مشروعة ، فلا يصح أن يبنى الحكم على واقعة ، لا سند لها في ملف الدعوى ، ولا أن يكون هذا الدليل غير مشروع ، ولا ينفى مشروعية الدليل من أن يعززه القاضي باستدلالات أخرى ، والأسباب التي تشوب الأدلة ، فتعدم أثرها ، فلا تكون عنصرا، لبناء قناعة شخصية هي² : بطلان الأدلة الناشئة عن تفتيش باطل ، أو معاينة باطلة، أو ندب خبير، أو سماع الشاهد ، أو دليل أخذ عن طريق استراق السمع ، وكل بطلان لإجراءات التحقيق الابتدائي، و النهائي ، فهو بطلان نسبي طبقا للمادة 157 فقرة 2 و المادة 161 فقرة 3 من قانون الإجراءات الجزائية

وثاني هذه الشروط هي : صلاحية الدليل في تكوين عناصر إثبات أو نفي ، فلا يشترط في الدليل.

1- نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج 1، ص 630

2- نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج 1، ص 632

أن يكون صريحا بنفسه على الواقعة المراد إثباتها ، بل يكفي أن يكون استخلاصه عن طريق الاستنتاج ، و ترتيب النتائج عن المقدمات ، وما تملكه المحكمة العليا من مراقبة مدى صلاحية الأدلة

الواردة في الحكم ، كي تكون للوقائع المختلفة عناصر إثبات أو نفي سائغة، ليس من مقتضاه أنها تراقب كفاية هذه الأدلة في الإثبات أو النفي، ذلك أن المحكمة العليا هي محكمة قانون لا محكمة وقائع.¹

أما ثالث هذه الشروط فهو شرط قاعدة تساند الأدلة في المواد الجزائية : إذ إن الأدلة الجزائية يكمل بعضها الآخر، فإذا أخطأ الحكم المطروح فيه في الاستدلال ، ولو بدليل واحد فقط ، كان للطاعن مصلحة محققة في التوصل إلى إبطاله، ولا ينفي هذا توافر أدلة صحيحة أخرى غيره، إذ أن إبطال دليل واحد ، فحسب يقتضي إعادة النظر في كفاية الأدلة ككل لدعم الإدانة²، ومن هنا يتبادر في أذهاننا الإشكال التالي : فما هو نوع الدليل الذي يترتب على بطلانه دحض قاعدة تساند الأدلة؟.

يرى الدكتور نبيل صقر: إن الأدلة الجوهرية ، هي وحدها التي تسري عليها تطبيق هذه القاعدة، أما الدليل غير الجوهرية، فإنه لا يغض من قوة الأدلة الأخرى ، بحيث تكفي بذاتها، وبما يبينها من تساند و تماسك، لما رتبته الحكم عليها من ثبوت الواقعة ، وإدانة فاعلها ، فإن بطلان هذا الدليل ، لا يستتبع حتما بطلان ما عده،... إلا إن الاستغناء ببعض الأدلة، عن بعضها الآخر أمر استثنائي ، يخالف الأصل .. فلا محل له، إلا إذا كان . واضحا من الملابسات.³

البند الثاني- القيود الواردة على القاعدة

لاستبيان هذه القيود نتعرض أولا : لمظاهر سلطة القاضي في تقدير الأدلة : فتنص المادة 302 من قانون الإجراءات الجزائية المصري على أن: يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه، و بكامل حريته، ولا يجوز أن يبنى حكمه على دليل لم يطرح أمامه في الجلسة، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه . يهدر ولا يعول عليه.⁴

1- . نصر الدين مروك ، مرجع سابق، ج 1 ، ص633

2- .نبيل صقر، و محمد القادر العربي شحط، الإثبات في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص62

3- .نبيل صقر، و محمد القادر العربي شحط، نفس المرجع ، ص62

4- .نبيل صقر، و محمد القادر العربي شحط، نفس المرجع ، ص42

ومن خلال استقرائنا لاجتهاد القضاء الجزائري و المقارن ، نجد أن مظاهر سلطة القاضي تتمثل

في :

سلطة القاضي في تقدير الأدلة من حيث ذاتها : ويظهر ذلك من خلال : حرية القاضي الجزائي في استبعاد الأدلة : للقاضي أن يطرح أي دليل ، لا يطمئن إليه خلال تقديره فقط لا قبل ذلك من مراحل ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية: " أن أساس الأحكام الجزائية، إنما هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدلة، ووزنها، فاذا لم يقتنع وجدانه بصحتها، فلا تجوز مصادرتة في اعتقاده ولا المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض " ¹ ، حرية القاضي الجزائي في الأخذ بالدليل : للقاضي أن يأخذ بالدليل في حالة، تعدد التهم بالنسبة لتهمة معينة، دون أخرى، فقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا على أنه : " فلا تثريب على المحكمة، إذا هي برأت المتهم، من جنحة تزوير محرر، وادانته في تزوير آخر، ولا عليها، إذ هي لم تأخذ بدليل في التهمة الأولى، وأخذت به الأخرى، فإن الأمر في ذلك مرجعه إلى اطمئنانها إليه أو عدم اطمئنانها " ².

سلطة القاضي في تقدير الأدلة من حيث مصدرها : ³ للقاضي الجزائي مطلق الحرية ، في تقدير الادلة ، بغض النظر عن كونه استمد من مرحلة التحري والتحقيق الاولي، او مرحلة التحقيق النهائي ، او كان استمداده من جهة اخرى غير جزائية كان تكون جهة ادارية ، ما دام قد اتبعت طرق مشروعة للحصول عليه قانونا، وحتى ولو كان الدليل مطروح بصدد دعوى اخرى ، او استند الى شهادة مطروحة في قضية مدنية ⁴ ، كما يجوز للقاضي الاستناد لمعلوماته العامة وليست الشخصية

1- انظر في ذلك للاستزادة من الشرع حول هذه النقطة :

- حسن الفهماني، مؤسسة القضاء و الفقه للدول العربية، الجزء الاول، الدار العربية للموسوعات القانونية ،

القاهرة، 1976 ، القاعدة 187 ، ص 85 ، المشار اليه في كتابي : نبيل صقر، و العربي شحط عبد القادر، الإنباه في

المواد الجزائية، مرجع سابق ، ص45

2- نبيل صقر، و العربي شحط عبد القادر ، الإنباه في المواد الجزائية، مرجع سابق ، ص48

3 - لمزيد من التفصيل ، انظر : - فاخزل زيدان، مرجع سابق ، ص370 و ما بعدها

4- نبيل صقر ، و العربي شحط عبد القادر ، مرجع سابق، ص50 هامش 113 ، 114

سلطة القاضي في تقدير الأدلة بمجموعها : تناولنا هذا العنصر عند التعرض لشروط الاقتناع، ومقتضى هذا العنصر أي تقدير الادلة بمجموعها- او قاعدة تساند الأدلة- " أن الأدلة الجزائية متماسكة

متساندة، ويكمل بعضها البعض الآخر، فنتكون عقيدة القاضي، منها مجتمعة، بحيث إذا استعبد أحدها، تعذر التعرف على مبلغ الأثر الذي كان للدليل الباطل في الرأي الذي انتهت إليه المحكمة من نتيجة... بما يتعين معه، إعادة النظر في كفاية باقي الأدلة لدعم الإدانة " ¹.

البند الثالث - كيفية التعبير عن الاقتناع الشخصي

لدراسة هذا العنصر لا بد من الاجابة عن الاشكال التالي: -هل مبدأ الاقتناع الشخصي يخضع لأهواء القاضي ام لا؟.

من الفقهاء من رأى بأن إقرار هذه القاعدة -الاقتناع الشخصي- يجعل القاضي يحكم ، وفقا لأهوائه الذاتية، وفي هذا يقول الفقيه " قارود": "...فعلهم -(أي المحلفون والقضاة)- أن يكونوا اقتناعهم من خلال اعمال التفكير السديد . والخضوع ، لما تمليه اعتبارات المنطق والموضوعية ².

ومن خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري أورد العديد من الأحكام لتكريس القاعدة بما يكفل ضمانات موضوعية الاقتناع ³ ، وعليه سنفصل هذه الضمانات تباعا: الطابع الاتهامي لإجراءات التحقيق النهائي : فالتحقيق النهائي هو الذي يقوم به قاضي الموضوع ، قبل إبداء طلبات النيابة العامة، وقبل مرافعات الخصوم، فيقوم القاضي باستعراض كل وسائل الإثبات، ويستجوب المتهم، ويستمع للشهود، والخبراء ، وعليه يتميز هذا التحقيق النهائي بمايلي :الإجراءات شفوية ، و علنية ، و حضورية ، فتنص المادة 212 من ق إ ج في هذا الصدد على ان : ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره ، إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات، والتي حصلت المناقشة فيها حضورية أمامه .

1- فاخر زيدان محمد ، مرجع سابق ، 136

2- محمد مروان ، نظام الإثبات في المواد الجزائية ، مرجع سابق، ج2، ص490

3- انظر بتفصيل: محمد مروان، نظام الإثبات ، المرجع نفسه، ج2، ص495 و ما بعدها.

البند الرابع- تسبب الأحكام القضائية

يعتبر عنصر التسبب في الاحكام ، احد شروط تطبيق مبدأ الاقتناع الشخصي ، و يقصد بالأسباب هو الحجج الواقعية ، والقانونية والتي يبنى عليها الحكم ، وهو واجب على القضاة حسب نص المادة 379 من ق إ ج ، ويتسع هذا الالتزام بالتسبب ليشمل :

قضاء التحقيق : ويظهر هذا من خلال: طلب إجراء خبرة من قاضي التحقيق، اذ ان رفضه لها يكون مسببا، وكذا أمر الحبس المؤقت فإنه يكون مسببا ، حسب المادة 123 من ق إ ج جزائري ، والمادة 145 من ق إ ج فرنسي، وكذا فإنه وحسب المادة 169 من ق إ ج: فإن أوامر التصرف الصادرة عن قاضي التحقيق والتي تتضمن دلائل إدانة، أو براءة تكون مسببة ، هذا وإن جزاء تخلف التسبب هو الطعن بالاستئناف أمام غرفة الاتهام، أو البطلان الذي يتمسك به الخصم أمام قضاء الحكم .

غرفة الاتهام : أوجب المشرع تسبب قرارات غرفة الاتهام، وتراقب المحكمة العليا أوامرها التي لا تتضمن تسببا ، وتصنيف محكمة النقض الفرنسية " وأن يكون التقدير مسببا، وبدقة، وإلا فإن قراراتها تكون مشوبة بالتناقض ، أو بعدم الشرعية" ¹.

محاكم الجنج والمخالفات : حسب المادة 379 من ق إ ج ، فكل حكم يجب أن يشتمل على أسباب ومنطوق، وتكون الأسباب أساس الحكم ، وتمارس المحكمة العليا رقابة متشددة تجاه الأحكام، أو القرارات القضائية التي لا تراعي قواعد التسبب التي أقرها المشرع، وما أكدته الغرفة الجزائية : هو أن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع محددة بإلزام هؤلاء بتسبب قراراتهم ².

تسبب قرارات محكمة الجنايات : كقاعدة عامة أن محكمة الجنايات غير ملزمة بتسبب قراراتها، وهو ما كان محل نقد من الفقهاء، فهذا يؤدي لقرارات متناقضة، و هذا يعود لطبيعة القضاء الشعبي لها ويتجلى هذا في إطار مداولة محكمة الجنايات حول ثبوت التهمة ، اذ نجد أن هناك أسئلة رئيسية

1- محمد مروان، المرجع نفسه ، ج2، ص503

2- محمد مروان، نظام الإنباه، المرجع نفسه ، ج2، ص503

وأخرى فرعية ، فهذه الاسئلة تغني عن الالتجاء للتسبب ، ونلاحظ في هذا الخصوص ، أن المحكمة العليا تفرض رقابة صارمة ، على طرح الأسئلة أمام محكمة الجنايات ، وبخاصة الأسئلة المتشعبة منها والأسئلة التناوبية ¹.

البند الخامس- قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم

وقد تعرضنا لهذا العنصر سابقاً.*

ثانيا - القيود الواردة على قاعدة الإقناع الشخصي

قبل ايراد القيود نتطرق الى الاستثناءات الواردة على المبدأ ، ثم الى القيود الواردة عليه .

البند الاول- الاستثناءات الواردة على المبدأ

وتتمثل في القوة الثبوتية لبعض المحاضر ، اثبات المسائل الجنائية المتعلقة بالدعوى العمومية ، إثبات جريمة الزنا ، ويمكن دراسة هذه العناصر من خلال النقاط التالية:

القوة الثبوتية لبعض المحاضر: ومنها محاضر المخالفات وبعض المحاضر الواردة بقوانين خاصة مثل محاضر الجمارك والأسعار.

إثبات جريمة الزنا والمسائل الغير الجنائية المتعلقة بالدعوى العمومية : ولن نفضل في هذه الأمور كون اننا قد تعرضنا لها، عند دراسة قاعدة "حرية الإثبات" .

فما يصلح لهذه القاعدة، من استثناءات يصلح لقاعدة " حرية الاقتناع الشخصي" .

1- لمزيد من التفصيل انظر: . محمد مروان، مرجع نفسه، ج2، ص508 وما بعدها.

* - انظر : القاعدة الثالثة ، قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم من الفرع الثاني. من هذه الرسالة.

البند الثاني- القيود الواردة على المبدأ

وتتمثل اولى هذه القيود في:

وجوب طرح الدليل بالجلسة : فلا يجوز للقاضي الاستناد إلى دليل ليس له أصل في أوراق الدعوى، ولم يحققه في الجلسة طالما كان ذلك ممكناً ، هذا وإن الاستناد إلى ما ورد في التحقيقات الأولية ، من أدلة بوشرت في مواجهة المتهم، أو أطلع عليها ومن ثمة لا يعيب الحكم أنه أدان المتهم ، بناء على إقرار بمحضر ضبط الواقعة دون أن تسمعه المحكمة، طالما أن الإقرار الوارد بمحضر ضبط الواقعة كان مطروحاً للمناقشة بالجلسة¹ ، ويترتب على وجوب طرح الدليل بالجلسة النتائج التالية: عدم جواز أن يحكم القاضي بناء على علمه الشخصي ، فالمشرع بمنعه القاضي من اعتماده على ما رآه أو سمعه بنفسه خارج مجلس القضاء، باعتباره فرداً من الأفراد، قصد بذلك حماية الخصوم من كل تأثير على القاضي، ناتج عن معلوماته الشخصية، والخارجة عن الدعوى المطروحة أمامه² ، وإذا حصل القاضي على معلومات شخصية في الدعوى المطروحة أمامه، عليه أن يتقدم للمحكمة كشاهد عادي متيحاً للخصوم فرصة مناقشته ، في المعلومات التي تم حصوله عليها خارج مجلس القضاء ، مبتعداً بذلك عن الفصل بالدعوى بنفسه خشية تأثيره ، بمعلوماته الشخصية عن الدعوى³ ، لكن يثار اشكال في هذه النقطة حول مدى الزامية هذا القيد بالنسبة للقاضي في ضوء ما جوز للقاضي من اعمال لعلمه الشخصي فيما يخص جرائم الجلسات المنصوص عليها في المادة: 569 من ق.إ.ج.؟.ام ان هذا يعتبر استثناء على الاصل؟.

1- نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص 641

2- مسعود زبدية، القوانين القضائية، مرجع سابق، ص 171

3- مسعود زبدية، المرجع نفسه، ص 172، هامش رقم 28

ويعتبر من هذه القيود عدم جواز أن يحكم القاضي بناء على رأي الغير:¹

لا يجوز للقاضي بناء قناعته، إلا على ما حصل عليه بنفسه من مصادر لها أصل ثابت في الدعوى ، ولا يجوز له التحويل على رأي الغير ، وتطبيقاً لهذا" فلا يجوز أن يحيل الحكم في شأن واقعة الدعوى، ومستنداتها إلى دعوى أخرى، غير مطروحة عليه".²

وكذلك ضرورة بناء القناعة الشخصية للقاضي على الجزم واليقين لا الظن والترجيح":*

وكذا ضرورة بيان الأدلة ومضمون كل منها: نصت المادة 314 1فقرة 6 من ق ا ج : إلى ، وجوب بيان مؤدي الأدلة ، في الحكم بيانا كافيا، فلا يكفي مجرد الإشارة إليه ، وذلك إذا استندت المحكمة إلى الدليل لتقرير الإدانة، أما إذا لم تقرر الإدانة ، فتكتفي بذكر بعض العبارات مثل: التهمة ثابتة قبل المتهم.³ ، وهي غير ملزمة بمتابعة المتهم في كل مناحي دفاعه ، والرد على كل شبهة يثيرها

4 .

1- لقد استند نصر الدين مروك (في هذه المسألة، إلى ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر

في: 1979/12/06 رقم: 192) ، انظر في ذلك : نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج1، ص644، لكن و باستقراء

موقفه نفس المحكمة في قراراته اخرى اهمها: 1-قرارها الصادر في: 1923/04/30 ، المعجم الجنائي قاعدة

رقم : 11735 ص338 . 2- و قرارها الصادر في : 1938/10/07 - المعجم الجنائي ، قاعدة رقم: 11736

ص338 ، " مشار إليهما في مؤلفه : نبيل صقر: و العربي شحط عبد القادر ، الإثبات في المواد الجنائية، مرجع سابق

ص50 ، هامش 113 ، 114 على التوالي". *] نجد ان موقفه محكمة النقض المصرية ، متناقض مع موقفها السابق و

الذي استند إليه نصر الدين مروك فيكون بذلك الخلف قضاء محكمة النقض المصرية في قراراته أخرى

على ان مروك قد يكون اعتمد على اجتهاد حديث لمحكمة النقض المصرية. لم نتصل عليهما.]

2- مسعود زبدة، القرائن القضائية، مرجع سابق، 644

* - أنظروا تحت عنوان: قواعد الإثبات، فرع: الدليل المقدم للأثبات: القاعدة الأولى منه، مشار إليهما في هذه الرسالة

3- نصر الدين مروك ، مرجع سابق، ج1، ص646

4- فاضل زيدان ، مرجع سابق، ص355 ، - كما لا يعيب الحكم بالبراءة التفاته عن الرد على احد الأدلة ، إذ ان الخلف

الرد على احد الأدلة يفيد أن المحكمة طرحتها، و سنأتي لبيان ذلك في حينه.

انعدام التناقض بين الادلة:¹ وهو أن يتراءى للمحكمة أن هناك ، تساندا بين الأدلة، لكن هذه الأدلة متناقضة ، مما يستوجب قصور الحكم المترتب عليها ونقضه ، والتناقض المبطل للحكم هو الذي يكون بين الأسباب والمنطوق، أو التعارض بين دليلين ، ثم الاستناد إليهما معا في الحكم.

وصورة التناقض في الحكم: هي إيراد عبارة بين الأسباب ، ما يفيد إحراز المتهم لمخدر قصد الاتجار، ثم إدانته في المنطوق بجريمة استهلاك المخدر، دون أن يتعرض القاضي إلى ما يرفع التناقض.

أما صورة التناقض بين الأدلة : فهي التعارض بين دليل قولي: كالشهادة مثلاً، ودليل فني كالخبرة دون تعرض المحكمة لما يزيل التعارض. بين هذه الأدلة.

1- نصر الدين مرونك ، مرجع سابق ، ج1، ص.646، 647

المطلب الثالث

ضوابط سلطة القاضي الجزائي في الإثبات والرقابة عليها

إن مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي ليس على إطلاقه خاضع لتقدير القاضي الجزائي و أهوائه ، فهو مقيد بجملة من الشروط يسميها الفقه بالضوابط المتعلقة بالإختصاص و سلامة الأدلة ثم الضوابط

القضائية الواردة على سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة من وجوب التقدير على أدلة قضائية ثم الإحاطة بالدليل بصورة كاملة ، و هي موضوع (الفرع الأول) .

ثم إنه و إن لم يتم احترام و التزام هذه القيود و الضوابط من طرف القاضي ، فهناك هيئة عليا للرقابة على هذا الامر ، كما أن هناك قنوات تتم الرقابة في اطارها و هو ماستتناوله تحت عنوان الرقابة على سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة بحيث سنتطرق إلى مفهوم تسبب الأحكام الجزائية ثم مجالات الرقابة القضائية على سلطة القاضي في تقدير الأدلة (الفرع الثاني) .

الفرع الاول

ضوابط الإقناع الشخصي للقاضي الجزائي

نلاحظ أن هذه الضوابط للاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي منها ما يتعلق بالاختصاص و سلامة الأدلة قانونا و من ما يتعلق بسلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة قضائيا ثم وجوب الإحاطة بالدليل بصورة كاملة ، و في هذا الاطار نتطرق لوسائل الاثبات المستنبطة من الوقائع ثم المستنبطة من تصريحات الأشخاص ، ثم المستنبطة من الأشياء (الفقرة الأولى) .

ثم نتطرق للضوابط القضائية على تقدير الأدلة ، فنعالج مسألة وجوب بناء التقدير على أدلة قضائية ثم مسألة الاحاطة بالدليل بصورة كاملة و هو الأمر الذي يترتب عليه وجوب تنبيه المتهم بالتهمة المنسوبة إليه ثم تنبيهه عند تغيير نوع التهمة المنسوبة إليه (الفقرة الثانية) .

الفقرة الاولى

الضوابط المتعلقة بالاختصاص وسلامة الأدلة

من هذه الضوابط كما أشرنا ما يتعلق بالاختصاص لنظر الدعوى (أولا) ، و منها ما يتعلق بسلامة هذه الادلة قانونا (ثانيا) .

اولا- انعقاد بالاختصاص لنظر الدعوى

الاختصاص " هو السلطة التي يقررها القانون للقاضي، لنظر دعاوى معينة حددها القانون، فهو يمثل الصلاحية لأداء وظيفة قضائية على نحو يعترف القانون، بالأعمال التي تمارس في هذه الوظيفة " ¹ ، ويتوجب بدء انعقاد الاختصاص النوعي ، والشخصي، والمكاني للقاضي طبقا لنصوص المواد من : 1 حتى 11 ، والمادة 93 من ق. ا. المدنية ، والمادة 259 من ق ا ج ، وكذلك يجب أن لا تتوفر في القاضي أحد موانع القضاء، والتي يترتب على حكمه مع قيامها، بطلان الحكم ، وهي حالات: - مخاصمة القضاة- وردهم ، وهي محدد بموجب المواد 214 و204 من ق ا ج. وكأثر على وجوب تفادي موانع القضاء في الحكم في دعوى معينة ، أقر المشرع عدة ضمانات، إضافة لمسألة- رد القضاة - ومخاصمتهم، فافر مبدا ما يسمى بحياد القاضي المتمثل في تعدد القضاة في الحكم ، ونظام التقاضي على درجتين.

1- فاخر زبدان محمد، مرجع سابق ، ص 237

ثانيا - سلامة هذه الأدلة قانونا

وتتجلى سلامة هذه الأدلة من خلال :

مشروعية الدليل الجزائي: وذلك بأن يكون قد استمد من إجراء صحيح -] وقد تعرضنا لهذا العنصر عند كلامنا عن قاعدة مشروعية الدليل الجنائي القاعدة الثانية من الفرع الثاني، وأنظر أيضا عند

كلامنا عن القاعدة الاولى من الفرع الثالث وتحت عنوان: "شروط الوصول للإقناع الشخصي." ، لذلك، لذا لن نخوض في هذا اكثر من ذلك]. وعليه سنكتفي بالتعرض للشروط الخاصة بكل دليل على حدى من دلائل أو طرق الإثبات.

الشروط الخاصة بكل دليل: ان ادلة الاثبات الجزائي هي الاتي: الاعتراف، الاستجواب، الشهادة، المعاينة، خبرة، قرائن ، فبإدء ذي بدء ، هناك شرعية يجب مراعاتها في جمع ، أو تقديم أدلة الإثبات وفي هذا الصدد يجب مراعاة الأحكام القانونية التي وضعها المشرع لجهات التحقيق والضبطية والحكم وعلى ضوء ما ذكرنا فانه يمكن تصنيف هذه الأدلة إلى :

البند الاول- وسائل الإثبات المستنبطة من الوقائع

وتشمل كل الأشياء المضبوطة في الجريمة، وبالتالي يستحيل حصرها، على أنها قد تتعلق بموضوع الجريمة كالثبوتية المزورة أو رسالة القذف، أو أدوات الجريمة، أو شيء شخصي تركه الفاعل يدعو لافتراض مساهمته فيها ، وهذه الأشياء لا تكتشف إلا بإجراء البحث ، سواء في مكان وقوع الجريمة مما يستوجب الانتقال للمعاينة، وقد تجري حتى في منازل الأشخاص، فنكون هنا بصدد تفتيش، وقد يقتضي الأمر الالتجاء إلى معاونة أهل الخبرة ، وهذه المستندات ينبغي البحث عنها، أمام قضاة التحقيق والحكم ، نتعرض لهذه الوسائل تباعا ، وذلك بايجاز

الانتقال والمعاينة : في الغالب تتم المعاينة أثناء المرحلة البوليسية حيث يقتضي طابع الإلزام في حالة الجنحة أو الجنابة المتلبس بها طبقا للمادة 42 من ق.إ.ج شرط إخطار وكيل الجمهورية، وتنص المادة 79 من نفس القانون: أنه يجوز لقاضي التحقيق الانتقال إلى مكان وقوع الجريمة، لإجراء المعاينات اللازمة رفقة كاتب الضبط طبعا ، والهدف الرئيسي من المعاينة هو أن تعبر عن الواقع وإعطاء صورة حقيقية لكل ما يتصل بالجريمة تلك الصورة التي ستكون محل مناقشة من طرف للدفاع¹ ، فهل الانتقال للمعاينة امر جوازي ام وجوبي؟.

يتضح من خلال نص المادة 235 من ق. إ.ج أن انتقال المحكمة للمعاينة أو لإعادة تمثيل الجريمة هو أمر جوازي ، ولكن إذا طلبته النيابة العامة أو أحد الأطراف، " فللمحكمة سلطة تقديرية في قبول أو رفض الطلب، وفي الحالة الأخيرة ما عليها سوى أن تبرز و تسبب رفضها بأسباب مستساغة وإلا كان حكمها معيبا بعدم كفاية التسبب ، والانتقال للمعاينة وإعادة تمثيل الجريمة إجراء اختياريان.

لا يجوز التمسك بعدم القيام بهما لأول مرة أمام المحكمة العليا " 2 ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها ، وإذا رأى القاضي موضوع وجوب الانتقال للمعاينة فلا بد من إخطار الأطراف بميعادها ومكانها، وأن يكون القاضي مرفوقا بكاتب الضبط لتحضير محضره الذي توضع نسخة منه في ملف الدعوى وحفظ نسخته الأصلية في الأرشيف ، ويعتبر هذا المحضر وسيلة إثبات ، قد تساهم في إقناع قاضي الحكم سلبا أو إيجابا، فتؤدي إما للحكم بالإدانة والعقاب وإما إلى البراءة وتخفيف العقاب.³

التفتيش : قد ينصب التفتيش على المساكن او على الأشخاص ، فالمسكن هو مستودع سر صاحبه، وهو كل مكان يتخذ، كماوى سواء على الدوام أو التوقيت، كالمساكن الضيقة ، أو الريفية، فيكون حرما آمنا ، ولا يجوز للغير دخوله، إلا بإذن أو في الحالات المحددة قانونا وهو ما نصت عليه المادة 22 من ق.إ.ج⁴ ، هذا وان نص المادة 355 من قانون العقوبات، قد وسعت مفهوم المسكن ليشمل جميع الأمكنة والملحقات والمحال المعدة لمزاولة مهنة.

1- جيلالي بغدادجي: التحقيق، دراسة مقارنة نظرية، و تطبيقية، طبعة: 01 ، الديوان الوطني للإشغال التدريبية، الجزائر

سنة: 1999 ، ص: 150

2 - قرار للمحكمة العليا رقم 60403 مؤرخ في: 1988/12/20 مشار إليه في: CD ROM الاصدار الثالث، مصدر سابق، 2005 ، و انظر القرار نفسه رقم: 403 . 60 في: 1988/12/20 مشار إليه في كتاب: بغدادجي جيلالي ،

مرجع سابق، ج1، ص25

3 - محمد العديز سعد، إجراءات ممارسة الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية ، دار هومة ، طبعة 01 / 2006 ،

ص123

4 - محمد الله اوهايبة، مرجع سابق ، ص: 2

ويعرف التفتيش بانه ، البحث في مكنون سر الأفراد على دليل الجريمة، أو البحث عن الدليل وهو إجراء للتحقيق الابتدائي المخول لقاضي التحقيق أصلا، ويسمح به استثناءا وحرصا على الدليل من الضياع للضبطية في الجرائم المتلبسة، ويقرر على مباشرته قيودا.

وتصطدم عملية التفتيش بمبدأ هام ، هو مبدأ " حقوق الإنسان وحماية الحياة الخاصة ، لذلك جاء في المادة 40 من دستور 1996 ، وبناء على هذا النص تم تعديل المادة 44 من قانون إ.ج ، بموجب القانون الصادر في 1982/02/13 على النحو التالي: يمنع قيام الضبطية القضائية بالتفتيش والانتقال لمساكن الأشخاص المساهمين في الجناية ، أو الذين يحوزون أوراق أو أشياء متعلقة بأفعال جزائية ، إلا بإذن

مكتوب من وكيل الجمهورية، أو قاضي التحقيق مع وجوب الاستظهار بهذا الأمر قبل دخول المنزل أو الشروع في التفتيش .

هذا وترد على عملية التفتيش قيود عدة ، فبالإضافة لشرط كون الجريمة معاقب عليها بأكثر من شهرين، قيام حالة التلبس طبقا للمادة 41 – 55 من ق ا ج . هناك شروط أخرى وجب توافرها لاجراء التفتيش، هي: أن يجري التفتيش ضابط قضائي : وفق المادة 15 من ق ا ج . أما الأعوان فهم غير مختصين ، الحصول على إذن ، الميقات القانوني ، المنصوص عليه بالمادة 40 من دستور 1996 والمادة 47 من ق ا ج. والتي تضع شروط على التفتيش هي: رضا صاحب المنزل ، حالة الضرورة كالاستغاثة من الداخل ، يجوز اجراءه من الساعة 5 صباحا حتى الثامنة ليلا.

هذا ويرى جانب من الفقه أن الرضا بالتفتيش الوارد بالمادة 64 من ق ا ج من صاحب المسكن يكفي وحده للقيام به بدون التقيد بأي قيد. ، غير أن هناك حالات استثنائية سمح فيها المشرع بإجراء التفتيش في كل ساعة من ساعات الليل أو النهار، وهي المتعلقة - بجرائم المخدرات - وتحريض القصر على الفسق والدعارة¹ ، والجرائم الإرهابية والتخريبية ، وهي الجرائم المضافة ، بقانون العقوبات بالأمر 11/95 تحت عنوان الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية، طبقا للمادة 47 من ق ا ج. ونشير في هذا الخصوص ومن خلال نصوص المواد من 86 ، و 51 فقرة 4 من ق ا ج أنه : يجوز تفتيش المشتبه فيه حالة القبض عليه أو كإجراء وقائي لتفتيش المسكن، و لا تفتش الانثى إلا بمعرفة أنثى وإلا قامت جريمة هتك العرض حسب المادة 355 من قانون العقوبات .

1- محمد مروان، مرجع سابق، ج2، ص350

هذا ويبطل التفتيش في حالة ما اذا قام به ضابط قضائي وكان متعلق بجناية - من غير الجرائم المحددة بحالات استثنائية- وفي غير الأوقات التي تعتبر قيودا على التفتيش وفق المادة 47 من ق ا ج اذ ان هذه الصلاحية مخولة لقاضي التحقيق وحده بحضور وكيل الجمهورية ، وأوردت المادة 48 من ق ا ج ، حالات بطلان التفتيش وتمثل فيما: - إذا وقع مخالفا لنص المادتين 45 – 47 من ق ا ج . من - حضور صاحب المسكن أو شاهدين،- احترام الميقات القانوني،- المحافظة على سرية المستندات المضبوطة حالة عدم الاذن من الموقع على هذا المستند ، احترام شروط المادة 82 من ق ا ج والتي تدعوا لاتخاذ إجراءات خاصة في حالة تفتيش أماكن أشخاص مكلفين بكتمان السر المهني، ويعتبر التفتيش من القواعد الخاصة بمصلحة الخصوم ، فيرد عليه البطلان النسبي ، وهو ما أشار له الدكتور نبيل صقر: ... إلا أنه يوجد إجراءات تتعلق بمصلحة الخصوم،- وهي التفتيش ... والبطلان النسبي يجب

الدفع به والتمسك به أمام محكمة الموضوع ، ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يثار إلا من صاحب المصلحة فيه¹ ، وعليه فتسري عليه قواعد التصحيح أمام قاضي الموضوع .

ونشير الى انه يترتب على عملية التفتيش ، الاحتفاظ بمستندات الإقناع² : فقد وضع المشرع قواعد صارمة لتنظيم عملية الحجز، والاحتفاظ بما تم ضبطه على إثر إجراء عمليات الانتقال والتفتيش و وسائل الإقناع لا حصر لها ، وقد نظمها المشرع بموجب المادة 56 من ق ا ج بنصه على انه يجب وضعها-ادلة الإقناع- في احراز مختومة ، ولا تفتح إلا بحضور المتهم مصحوبا بمحاميه أو بعد استدعائه قانونا ، ولا يجوز لقاضي التحقيق ضبطها ، إلا ما كان منها مفيدا لإظهار الحقيقة ، ولمن يهيمه الأمر الحصول على نسخة فوتوغرافية لها ، أما إذا كانت طبيعة هذه الأشياء : أوراق تجارية، أو نقود ، فيجوز لقاضي التحقيق التصريح للكاتب بإيداعها في الخزينة ، ويجب إحضار وسائل الإقناع إذا شكلت موضوع نقاش حولها قد يثيره المحامي في جلسة الجرح والمخالفات ، أما بخصوص مصير وسائل الإقناع امام محكمة الجنايات ، فمنذ صدور أمر الإحالة يطلب النائب العام إحضار المستندات مرفوقة بوسائل الإقناع إلى مقر المحكمة.

1 - نبيل صقر ، و .محمد مروان ، الدفع الجوهري، مرجع سابق ، ص48

2 - محمد مروان ، مرجع سابق، ج2، ص353 حتى359

وإذا كنا قد عرفنا كيفية بطلان عملية التفتيش والحجز، جزاء عدم مراعاة قواعدهما، فما هي الآثار المترتبة عن ذلك؟.

ان اول جزاء هو إنهاء حالة الحجز: وذلك بموجب إجراء، يسمى رد الأشياء المضبوطة، فعند إصدار قاضي التحقيق أمر بالأوجه للمتابعة، تنتقل سلطة البت في الأشياء المضبوطة الى قاضي التحقيق، اما اذا لم يبت في الاشياء المضبوطة، فسلطة البت فيها تعود لوكيل الجمهورية، أما أثناء مرحلة المحاكمة فالمحكمة وحدها التي تفصل في الأشياء المضبوطة ، ما لم تكن حيازتها خطر على الأشخاص أو ممنوعة قانونا نظم هذا كله المادة 61 من ق ا ج.

كما يتعرض كل من خالف القواعد الموضوعية للتفتيش والحجز إلى الجزاء المقرر بنص المادة 85 من ق.إ.ج سواء بالنسبة للأشخاص: فالجزاء بالنسبة للأشخاص يكون ذو طبيعة جزائية أو تأديبية، لمن أذاع السر المهني ، والتعرض لجزاءات المادة 135 من قانون العقوبات، عند خرق قواعد التفتيش ومثالها الميقات القانوني ، وبالنسبة للإجراءات التي نفذت مخالفة للقانون: فهناك بطلان صريح منصوص عليه بموجب المادة 48 من قانون إ.ج وهو بطلان مطلق ، وهناك بطلان نسبي يمكن التنازل عليه فلا يعتد به ، وفي هذا يعلق الدكتور محمد مروان بانه : أما البطلان الضمني – النسبي- فقد ينصب على اختراق قواعد: مثل حضور الشهود أثناء التفتيش، تحرير وتوقيع المحاضر، وحرز الأشياء المضبوطة ، فعدم مراعاة هذه القواعد يعتبر خرقاً فادحاً¹ ، يمس بحقوق الدفاع ، يؤدي لبطلان عملية التفتيش كلها"، وهذا ما ذهب إليه موقف محكمة النقض الفرنسية ... وهذا البطلان .. بإمكان الشخص المعني التنازل عنه، بالتالي لا يعتد به.

1- محمد مروان ، مرجع سابق، ج2، ص358 ، 359 ، - لكن محمد مروان في هذه المسألة لم يوضح الى ما تصنفه

"مخالفة قواعد الحجز" و التفتيش" ، - هل هي بطلان جوهري، أم بطلان نسبي؟ ، ثم حتى وإن اعتبرها، بطلاناً نسبياً،

فالبطلان النسبي : لا ينص على قواعد جوهريّة ، إنما على قواعد شكلية متعلّقة بمصلحة الخصوم فقط ، و القواعد

الجوهريّة هي المتعلّقة بالنظام العام ، لمزيد من الشرح ، حول هذه النقطة انظر : 1-منوان انواع البطلان ،القاعدة

الثانية من الفرع الثاني ،تحت عنوان جزاء الاخلال بالقاعدة . من هذا البحث لتفصيل البطلان الجوهري عن النسبي.

به - أحمد الشافعي ، مرجع سابق ، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، ص 52 ، و ما بعدها.

البند الثاني- وسائل الإثبات المستنبطة من تصريحات الأشخاص

وتشمل : الاعتراف، الاستجواب، والشهادة.

فالإعتراف:يعتبر الاعتراف عمل قانوني لان القانون وحده الذي يرتب عليه اثار قانونية ،بخلاف التصرف القانوني اذ للارادة دخل في تحديد اثاره. ، هو قول صادر من المتهم يقر فيه بصحة ارتكابه للوقائع المكونة للجريمة، بعضها أو كلها وهو بذلك يعتبر أقوى الأدلة وسيدها.¹

ويمكن التمييز بين الاعتراف الجزائي وغيره مثل الإقرار المدني: إذ بخلاف الاعتراف الجزائي الذي ليس حجة في ذاته إنما يخضع لتقدير المحكمة وللمتهم حق العدول عنه ، فالإقرار المدني يعتبر سيد الأدلة في المسائل المدنية فهو ملزم للقاضي المدني ولا يجوز العدول عنه إلا لخطأ في الوقائع² ، ونلاحظ أن الإقرار المدني لا يتجزأ عكس الاعتراف الجزائي³ ، ويصح أن يكون الاعتراف صريحا أو ضمنيا ، فمن وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يرد لها على خصمه خسر دعواه⁴ ، أما الاعتراف الجزائي فلا يصدر إلا صريحا ، الاعتراف المدني لا بد فيه من اكتمال الأهلية المدنية حسب المادة 40 من القانون المدني، عكس الاعتراف الجزائي فلا يتقيد بسن الرشد الجزائي.⁵

1 - نبيل صقر، و العربي شحط عبد القادر ، الإثبات في المواد الجزائية، مرجع سابق ، ص82

2 - نبيل صقر، و العربي شحط عبد القادر ، نفس مرجع ، ص85

3 - (ومما يلاحظ أن القضاء كثيرا ما يستبعد هذه القاعدة خاصة في حالة الشك وجود تصريح وحيد أو متعدد) وهو

ما يشير له : قرار المحكمة العليا رقم: 14877 مؤرخ في: 1979/04/25 ، مشار إليه في: 1 - نشرة

القضاة، معرفة القانون الخاص، بتاريخ 1967/12/13 ، عدد 04 ، 2 - الغوثي بن ملح ، قواعد وطرق الإثبات

ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، طبعة 01، سنة 2001 ، الديوان الوطني للخدمات التربوية، ص: 81 و82

4 - نبيل صقر، و العربي شحط عبد القادر ، نفس مرجع ، ص85

5- نبيل صقر، و العربي شحط عبد القادر ، نفس مرجع ، ص85

ويختلف الاعتراف عن الشهادة في أن: ¹ الاعتراف وسيلة إثبات في الدعوى أو وسيلة دفاع، بعكس الشهادة فهي وسيلة إثبات فقط ، و للمتهم حق الصمت أما الصمت في أداء الشهادة وهو الامتناع عن أداءها فيتبعه غرامة ، تحليف المتهم اليمين قبل الإدلاء بأقواله يبطل الاعتراف نسبيا ، بعكس الشهادة فأداء اليمين فيها يتعلق بالبطلان الجوهري وباقتقادها لليمين تتحول إلى مجرد استدلال ، كما يجوز للمعترف الكذب في حين يعد ذلك شهادة زور في الشهادة.

و للاعتراف شروط ، فلا بد أن يكون الاعتراف واضحا، ويتعلق بوقائع الجريمة لا بوصفها القانوني هذا وإذا انصب الإقرار على وقائع لا تتعلق بالجريمة ذاتها، فإن هذا لا يحول دون أن تستند إليه المحكمة لإثبات ظروف الجريمة² ، كما يشترط فيه التمييز فيجب عدم التعويل على الاعتراف من غير المميز ،

وإلا كان الحكم باطلا³ ، وعلى المستوى الدولي وفي مؤتمر قانون العقوبات في روما سنة 1953 قرر بأنه لا يجوز التحايل، واستعمال العنف والضغط كوسيلة للحصول على اعتراف المتهم⁴ ، ولضرورة نزاهة الاعتراف فقد قلل المشرع من قيمته القانونية فلم يعد الاعتراف سيد الأدلة، بل أصبح شأنه شأن باقي الأدلة طبقا لنص المادة 213 من ق.إ.ج ، وحول هذه النقطة فإنه يشترط في المعترف أهلية إجرائية هي الإدراك والتمييز.

ومن خلال ما سبق بيانه ، نتساءل حول أثر الاعتراف على الإثبات الجزائي للدعوى الجزائية؟. نتعرض في هذا الصدد إلى خصائص الاعتراف وهما الآتي :⁵ ، جواز الرجوع عن الاعتراف: فالاعتراف كدليل جزائي يخضع لمبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته إذ يستطيع القاضي أن يقدر قيمة الاعتراف، كما يقدر قيمة الرجوع فيه وفقا لمطلق إقتناعه طبقا للمادة 212 من ق.إ.ج ، تجزئة الاعتراف: فخلافا لمسألة عدم جواز تجزئة الإقرار في القانون المدني فإنه يجوز تجزئة الاعتراف

1- نبيل صقر، و العربي شحط محمد القادر، نفس مرجع ، ص 86

2- نبيل صقر، العربي شحط محمد القادر، نفس مرجع ، ص 82

3- نبيل صقر، العربي شحط محمد القادر، نفس مرجع ، ص 83

4- محمد مروان ، مرجع سابق، ج 2، ص 406

5- أنظر في ذلك ، علواني ، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ص، 1865 ، مشار إليه في مؤلف: نبيل صقر ، و

العربي شحط محمد القادر، مرجع سابق ، ص 92 ، هامش 202

الجزائي بأن يأخذ القاضي ما يطمئن إليه من الاعتراف ويطرح ما عداه¹.

هل تسليم محامي المتهم بالتهمة المنسوبة لموكله ؟ . يقول الدكتور صقر بخصوص هذه المسألة: لا يصح أن تعتبر المحكمة تسليم المحامي بصحة إسناد التهمة إلى موكله ، أو تسليمه بدليل من أدلة الدعوى حجة على المتهم المذكور.²

هل إقرار متهم على آخر يعد اعتراف؟. قلنا مسبقا ، أن الاعتراف إقرار شخصي ويجب أن تبقى حجيته في هذا الإطار، أما الأقوال الصادرة تجاه متهم آخر فهي في حقيقتها ليست إلا شهادة متهم على الغير.. وهو من قبيل الاستدلالات التي يجوز للمحكمة أن تعزر بها ما لديها من أدلة أخرى.³

هل الاعتراف القضائي ملزم للمحكمة ام جوازي لها ؟. الاعتراف القضائي هو ما يصدر من المتهم على نفسه ، في مجلس القضاء وقد جرى الرأي على القول " بأنه يكفي ولو كان هو- الاعتراف- الدليل الوحيد في الدعوى لتسبيب حكم الإدانة ، ما دامت قد توفرت له شروطه المطلوبة⁴ ، ولها أن تأخذ باعتراف المتهم ولو كان خارج مجلس القضاء كالاقرار الوارد في محضر التحقيق الابتدائي ، ا و حتى في محضر تحقيق إداري، ولو عدل عنه أمام المحكمة، ما دامت .. قد اقتنعت بصدق هذا الاعتراف وإذا لم تقتنع- بصدق الاعتراف- لها ان تقضي بالبراءة ولكن يجب ... أن تبين سبب طرحها للاقرار وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور في التسبب.⁵

1- و تطبيقاً لذلك ، فلا تمتد تجزئة الاعتراف إلى الفصل في مسألة مدنية حيث لا تجوز التجزئة في القانون المدني

للاقرار ، و مثال ذلك: (فإن إثبات عقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة ، إذ يعمل القاضي الى تجزئة الاعتراف، فلا

يأخذ به في مجال باقي أركان الجريمة ويأخذ به في آخرتها ، بينما إن وجد بخصوص مسألة صحة العقد - مسألة

مدنية- فالقاضي ملزم بالأخذ بالاعتراف الوارد في هذه المسألة المدنية كما هو... لمزيد من التفاصيل انظر : -

نبيل صقر ، و العربي شحط محمد القادر ، المرجع السابق ، ص 93 - محمد الحميد زروال، المسائل الفرعية، امام المحاكم

الجزائية ، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة: 1994، ص: 81

2+3 - نبيل صقر ، و العربي شحط محمد القادر، المرجع أعلاه ، ص 87

4 - نبيل صقر ، و العربي شحط محمد القادر ، المرجع أعلاه ، ص 83

5 - نبيل صقر ، و العربي شحط محمد القادر ، المرجع السابق ، ص 95

ما هو تأثير الاعتراف على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري ؟. نلاحظ انه كما قد يكون الاعتراف دليلاً على الإدانة فقد يكون قرينة على البراءة. ، و عليه نقسم الاعتراف من حيث حجتيه في الإثبات إلى :

الاعتراف كدليل إثبات: وينقسم إلى نوعين: الاعتراف كدليل إقناع شخصي : وهو الذي يستوي مع

غيره من أدلة الإثبات في قوته¹ ، الاعتراف كدليل قانوني : وهو الذي يتطلبه القانون كمصدر للإدانة

كما هو الحال في جريمة الزنا، حسب نص المادة 341 من قانون العقوبات .

اما الاعتراف كسب للإعفاء من العقاب : لقد نص المشرع في البعض من الجرائم على إعفاء الجناة

من العقوبة إذا اعترفوا بالجريمة، لكن بشروط معينة مثلاً في : جرائم التزوير المنصوص عليها بالمادة

199 من قانون العقوبات، وجرائم من الدولة ، والاتفاق الجنائي

وذلك نظرا لصعوبة إثبات التهمة في مثل هذه الجرائم بسبب الظروف التي تحيط بارتكابها عادة، ونظرا للدقة الكبيرة التي تُراعى فيها عند الارتكاب²، كما تنص المادة 205 من قانون العقوبات المصري: على أن يعفى من العقوبات المقرر في المادتين 202 مكرر3 ومكرر2، كل من بادر من الجناة بإخبار الحكومة بتلك الجنايات، قبل استعمال العملة المقلدة أو المزيفة أو المزورة، وقبل الشروع في التحقيق.³

و يعتبر الاستجواب، وسيلة اقناع مستنبطة من تصريحات الأشخاص، فهو مناقشة المتهم تفصيلا في الأدلة والشبهات القائمة ضده ومطالبته بالرد عليها إما بإنكارها، إما بالتسليم بها، وما يستتبعه ذلك من اعتراف بالجريمة.⁴

وللاستجواب كيفية يجب ان يتم بها، اذ تنص المادة 100 من ق.إ.ج على أن: الاستجواب يسمح للمتهم بنفي التهمة عنه وبالإدلاء بأقواله بكل حرية دون ضغط، أو تأثير على إرادته، ويقع استجواب

1 - سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة: 1969، ص 12

2- سامي صادق الملا، نفس المرجع، ص 12

3 - محمد شتا أبو سعد، البراءة في الإطعام الجنائية، مرجع سابق، ص 211

4 - زالحى صافى طه، الاتهامات الحديثة للمحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 272

المتهم عقب تبليغه بالتهمة المنسوبة إليه إذا لم يكن له محام، ولم يطلب من المحقق أن يعين له مدافعا. أما إذا كان له محام، وجب على قاضي التحقيق مراعاة المادة 100 من ق.إ.ج، والقاضية باستدعاء المحامي لحضور الاستجواب بيومين على الأقل ووضع الملف تحت تصرفه بـ 24 ساعة على الأقل قبل الاستجواب، ما لم يتنازل الدفاع عن ذلك صراحة، أو في حالة جود حالة استعجال كالخوف على وفاة شاهد، أو وجود معالم على وشك الاختفاء، كما ان هناك أحكام أخرى حول الاستجواب يجب مراعاتها.¹

ولخطورة الاستجواب فقد احاطه المشرع بضمانات عديدة نذكر منها الاتي: أنه يحق للمتهم الصمت وعلى قاضي التحقيق تنبيهه لذلك، و لا يجزئيه إلا قاضي سوءا قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية أثناء التلبس، هذا و إذا رفض المدعى عليه الإجابة، فهذا لا يمنع القاضي من تأويل صمت المدعى عليه وفقا لقناعته، علما بأن هذا التأويل لا يمكن أن يكون ذوا اتجاه واحد بل أنه كما يقبل التفسير نحو

الإدانة، يمكن تفسيره على أنه عجز من المدعى عليه على تقديم أدلة تثبت براءته، فالقاضي يجوز له الاعتماد على كافة الوسائل المشروعة لتكوين قناعته²، ولا بد من إقامة الاستجواب خلال 48 ساعة في حالة اعتقال المتهم، وعدم تحليف المتهم اليمين، طبقاً للمادة 93 من ق.إ.ج، مع وجوب دعوة المحامي لحضور الاستجواب، وعدم الفصل بين المحامي وموكله.

ويترتب على عدم مراعاة قواعد الاستجواب البطلان، فقد أورد قانون أصول المحاكمات الجزائية الجديد المصري، الحالات التي تجر لبطلان الاستجواب هي: فعدم إعلام المتهم بالتهمة المسندة إليه أو عدم تنبيهه لحقه في الاستعانة بمحام حسب المادة 76 من ق.إ.ج المصري، وتدوين هذا في المحضر وتبليغ المحامي قبل 24 ساعة من الاستجواب، وهذا وإن استجواب المتهم قبل حبسه احتياطياً- بموجب تعديل قانون 01/08 لقانون الاجراءات الجزائية، يسمى الحبس المؤقت- ووجوب تحديد التهمة المنسوبة إليه³، فهذه تعتبر قواعد جوهرية يترتب على مخالفتها البطلان المطلق، أما مسألة حضر الاستجواب من قبل المحكمة إلا إذا وافق عليه المتهم فهي مسألة تتعلق بمصلحة المتهم

1 - انظر .جيلالي بغدادي ، التحقيق ، مرجع سابق ، ص 148

2 - زاهي حافي طه ، الاتهامات الحديثة للمحاكمات الجزائية، مرجع سابق ، ص 278

3 - زاهي حافي طه ، الاتهامات الحديثة للمحاكمات الجزائية، مرجع سابق ، ص 280

الشخصية. بالتالي ترتب البطلان النسبي¹، فعدم مراعاة حرية المتهم أثناء الاستجواب، من المخالفات التي تخرق أحكام الاستجواب، ونفس الاثر يترتب على إطالة الاستجواب لإرهاق المتهم وفي هذا الصدد نصت المواد 112 - 121 - 118 من قانون الاجراءات الجزائية "على وجوب الإسراع في الاستجواب"، كما يحضر التعذيب المعنوي للمتهم، ومن صور ذلك - تحليفه اليمين، وكذا استعمال وسائل علمية حديثة للضغط عليه، كجهاز كشف الكذب، وعدم التوقيع على محضر الاستجواب وعلى كل تسطير أو تحشيره².

وإذا كان الاستجواب يمثل أداة إثبات ضرورية لإظهار الحقيقة، فليس هناك ما يمنع المتهم من أن يطلب إجراء هذا الاستجواب فيكون هنا وسيلة دفاع، بل و وسيلة تحقيق أيضاً³، بالتالي نسجل هنا اشكالا يتعلق بما يلي : اذا طلب المتهم اجراء الاستجواب فهل المحكمة ملزمة باجابته اليه؟ ، وهل عدم اجابته اليه يشكل خرقا لاحكام الاستجواب ؟

لم تجب المحكمة العليا على هذا الأمر مما يجعلنا نقول ان الاصل في هذا كله، هو ادخال هذه المسألة ضمن مسألة الرد عن الطلبات والدفع .

ويتم الاستجواب عبر مراحل هي: الاستجواب عند الحضور الأول، ثم الاستجواب في الموضوع عند الحضور الثاني ثم الاستجواب الإجمالي في الجنايات ، وبالتالي فاقصر المحكمة على احدهما دون البقية يهدر الاستجواب قوته القانونية.⁴

1 - نبيل صقر، و. العربي شط محمد القادر ، نفس مرجع ، ص42

2 - محمد الله اوساوية، التحري والتحقيق ، مرجع سابق، ص27

3 - محمد مروان ، مرجع سابق، ج2، ص 393

4- أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، مرجع سابق، ص:180

وفيما يخص الشهادة كوسيلة اثبات ، فيرى الفقه الإسلامي تسميتها بشهادة الشهود، و هي أقوى القرائن على الإطلاق، وقد قيدها بشروط : فاعتد باربع شهود لإثبات الزنا، أما إثبات باقي الجرائم فبشاهدين فقط، ولا يجوز للمرأة الشهادة، فيما لا يقبل فيه قضاءها، -أي في المسائل الجنائية¹ .

وتظهر أهمية الشهادة، كدليل إثبات، في المجال الجزائي ، نتيجة طبيعة الجرائم، والمرافعات الجزائية و هي ، الشفاهية، وتعتبر الشهادة: الطريق العادي للإثبات الجزائي، لأنها تنصب في المعتاد على حوادث عابرة، كما يعمل مرتكبوا الجرائم على إزالة كل أثر دال عليها² ، ومن هنا تزداد الشهادة أهمية ، كما تعرف الشهادة بأنها إقرار من الشاهد بأمر رآه، أو سمعه أو أدركه بأي حاسة من حواسه³ .

والشهادة أنواع، فهناك من يقسمها إلى : شهادة مباشرة ، وهي ما وقع تحت سمع أو بصر الشاهد مباشرة ، و شهادة سماعية: وهي التي تكون رواية عن الغير والقانون لم ينص على الأخذ بشهادة السماع، لذلك يمكن القول بأن للقاضي أن يأخذ بها إذا إقتنع بها إقتناعا تاما وإستحال سماع الشاهد الأصلي⁴ ،

أما في الشريعة الإسلامية فانه وطبقا للحديث الشريف: إذا علمت، مثل الشمس فاشهد وإلا فذع ، فلا تكون الشهادة إلا مباشرة، كما عرفت التشريعات ما يسمى بالشهادة بالتسامع: وهي نقل شخص عن الناس الغير المعنيين، وهي لا تلقى قبولاً في المسائل الجنائية، بعكس المسائل التجارية ، وقد قبلها الفقه الإسلامي في النسب، والموت، والنكاح، والدخول بالزوجة.

اما حول كيفية أداءها، فانه يستدعى الشهود عن طريق القوة العمومية من قاضي التحقيق طبقاً للمادة: 88 من ق.إ.ج. هذا ويجوز للشاهد الحضور من تلقاء نفسه، فيفتح له قاضي التحقيق محضراً لأداء الشهادة ثم يحلفه اليمين وهو ما جاء في المادة: 93 من ق.إ.ج. وذلك تحت طائلة البطلان.

1- مالكى محمد الأنصر، محاضرات القبول على طلبة سنة أولى ماجستير تخصص قانون جنائى، مقياس الإثبات الجنائى

المركز الجامعى "ام البواقي"، ص 4

2- ابراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات فى المواد الجنائية، دار عالم الكتاب، القاهرة، سنة 1980، ص 35

3- زاكى صافى طه، الاتجااهات الحديثة للمحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص 259

4- نبيل صقر، و العربى شحط محمد القادر، مرجع سابق، ص 101

وكل من شهد زوراً يعتبر مرتكباً لشهادة الزور، ويجوز مواجهة الشهود ببعضهم أو بالتهم، ثم يقرأ محضر الشهادة على المتهم.

وللشهادة قواعد ، يجب مراعاتها¹ ، ففىما يتعلق برد الشهود فلا يجوز رد الشاهد إلا إذا لحق به أحد أسباب الرد من الهرم، الصغر، حالات المنع القانونى. وللمحكمة السلطة التقديرية فى إستبعاد شهادة ما أو قبولها ، اما فىما يتعلق بطلب سماع شهود لم يذكروا فى قائمة الإثبات: للمتهم الحق فى إعلان الشهود الذين يرى مصلحته فى سماعهم أمام محكمة الجنائيات.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية، بأنه: " ولما كانت الواقعة التى طلب الطاعن سماع الشهود عنها متصلة بواقعة الدعوى ظاهرة التعلق بموضوعها، وكان سماعهم لازماً للفصل فيها، فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى بإدانة دون الإستجابة إلى طلب سماع المزارعين الذين نسب إليهم تزوير توقيعاتهم، يكون قد أخل بحق الطاعن فى الدفاع"² ، و فىما يتعلق بشروط صحة الشهادة فهى تعتبر الشهادة صحيحة إذا انتفى فيها العيوب التالية: عدم الوعى ، صغر السن : وذلك بأن يكون الشاهد أكبر من سن 16 سنة ، الشيخوخة: وهى مرحلة متقدمة، تجعل الشخص فى مرتبة الطفل

و عدم الحكم بعقوبة جنائية ، و بالنسبة للشاهد الفاقد للأهلية القانونية فإذا سمع فيكون ذلك على سبيل الإستدلال ودون حلف اليمين.

وبعد ان عرفنا قواعد الشهادة فما هو تأثير الشهادة على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي: نناقش في هذا العنصر المسائل التالية: ما هي القيمة القانونية للشهادة ؟ ، فمن المبدأ هو أن الشهادة، عبارة عن دليل إقناعي³ ، يخضع لتقدير قناعة القاضي الذي يتمتع بسلطة تقديرية على الأخذ بما يراه مفيدا منها، وترك ما لا ضرورة منه بحسب تقديره ، وبناءا على ذلك جوز للقاضي ما يلي: الاكتفاء بالتنويه بإفادات الشهود دون سردها ، ترجيح شهادة على أخرى ، تجزئة الشهادة وطرح ما لا يفيد منها

1 - لمزيد من التفاصيل انظر في ذلك : -نبيل صقر، و د. العربي شحط محمد القادر ، نفس المرجع ، ص 126 و ما بعدها.

2- طعن بالنقض للمحكمة العليا ، رقم: 1517 ، جلسة : 1983 ، مشار إليه في: - نبيل صقر ، و العربي شحط محمد القادر نفس المرجع ، ص 114

3- زاكي حامي طه ، مرجع سابق ، ص 269

التعويل على شهادة شاهد واحد متى تم إقتناع القاضي بإفادته¹ ، ومن خلال هذه المسائل التي جوز لقاضي الحكم فيها سلطة تقديرية، تبرز مقدرة القاضي على تنفيذ الأدلة والأخذ بما يقدر صحته وذلك بناءا على ما يمليه عليه ضميره و وجدانه².

واخيرا فما هي قوة الشهادة في الإثبات ؟.

في القديم حيث لم تكن الكتابة متفشية، كانت الشهادة هي التي تستأثر باسم البينة، وبظهور الكتابة ظهرت ، قاعدة الكتابة تفوق الشهادة³ ، ونتيجة لما لسلطة قاضي الموضوع من حرية في الأخذ بالشهادة كدليل إثبات ، فإن له مطلق الحرية ، في الأخذ بأقوال شاهد في التحقيق الابتدائي، وعدم الأخذ بها في الجلسة ، وله أن يأخذ بأقوال شاهد برغم تجريحه ، فقد قضت محكمة النقض اللبنانية بأن: " إقتناع أو عدم إقتناع المحكمة ، بأقوال الشاهد مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها وليست المحكمة ملزمة ببيان سبب إقتناعها ، لأن السبب معروف في القانون وهو إطمئنانها إلى ما طرحته " ⁴.

البند الثالث - وسائل الإثبات من الأشياء ومن الأشخاص

وتنصب على الخبرة ، والقرائن والمحركات، وستعرض ايضا، إلى مدى شرعية الوسائل العلمية في الإثبات.

فالخبرة : هي الإستعانة بشخص يتمتع بكفاءة فنية أو علمية خاصة بنواح معينة لإعطاء الرأي في مسألة تخرج عن نطاق معرفة القاضي القانونية أو العامة .⁵

وقد تعرضت المواد من 143 حتى 144 من ق ا ج الى كيفية سيرها: ففيما يخص مسألة تعيين

2+1 - زاكي صافي طه ، مرجع سابق ، ص 270

3 - نبيل صفور،و العربي شحط محمد القادر، مرجع سابق ، ص 105

4 - نبيل صفور،و العربي شحط محمد القادر، مرجع أعلاه ، ص 114

5 - زاكي صافي طه ، مرجع سابق ، ص 351

الخبير ، فعندما تعرض على القاضي "مسألة فنية"، فله، حق الأمر بتدبير خبير* ، بناء على طلب النيابة أو الخصوم أو من تلقاء نفسه ، ومثال ذلك مسائل: المحاسبة، والطب الشرعي، ومظاهرات الخطوط في بعض الجرائم ذات الطبيعة الخاصة، مثل الرشوة والإختلاس وجرائم العرض ، والأمر بتدبير خبير يكون بموجب حكم تمهيدي أو تحضيري تصدره المحكمة قبل الفصل في الموضوع، وتحدد أجلا، عادة بشهرا من يوم تسليم النسخة التنفيذية للحكم ، لتقديم الخبير لتقريره، ويختار الخبير من بين جدول الخبراء الذي يعده المجلس أو من خارج الجدول إذا طلبه الأطراف ، وبناء عليه ، فلا يجوز للقاضي أن يعين خبيرا لفحص مسألة ليست ذات طابع فني أو تقني ، وإلا كان حكم تعيين الخبير مشوبا بعيب إنعدام الأساس وإنعدام التسبب¹ ، ويؤدي الخبير المقيد في الجدول فور تعيينه اليمين ، وأثناء إنجاز الخبرة، يحيط الخبير القاضي بتطورات عمله، ويمكّنه من الوثائق ، ويسلم له وسائل الإثبات وينوه عن كل فتح للأحراز في محضره. وله صلاحية سؤال المتهم بغير إستجواب ، ويمكن للأطراف طلب تكليف الخبير بمعاينات أو سماع أشخاص آخرين.

اما مدة الخبرة : فانه يحددها القاضي، وله أن يمددها، وللقاضي إستبدال الخبير المتقاعس عن أداء الخبرة بغيره، على أن يسلم الخبير الذي استبدل الوثائق خلال 48 ساعة من اعلانه ، وبانتهاء الخبرة، يعرض القاضي التقرير على الأطراف الحاضرين مع المحامي تحت طائلة البطلان، ويتلقى أقوالهم ويحدد لهم أجلا لإبداء ملاحظاتهم أو طلباتهم بشأن إجراء خبرة تكميلية - مضادة - وإذا رفض

* - وبمفهوم المخالفة - فمل : يجوز للمحكمة ان تحل نفسها محل ذوي الخبرة التخصصية في المسائل الفنية البحتة؟؟ ...اجابة
 الفقه والقضاء عن هذا الاشكال بالقول انه " لا يجوز للمحكمة ذلك فان كان الحكم قد استند فيما استند اليه في اداة
 المتهمين الى ان المجني عليه قد تكلم بعد اصابته وافضى باسما الجناة الى الشهود ، وكان الدفاع قد طعن في
 صحة الرواية للشهود هؤلاء ، ونازع في قدرة المجني عليه على التمييز بعد اصابته ،فانه يتعين على المحكمة ان تحقق
 هذا الدفع الجوهرى عن طريق الخبير المختص فنيا والا كان حكمها معيبا لخلاله بحق الدفاع " . انظر في ذلك: -
 محمد احمد حامدين ، الادلة الفنية للبراءة والادانة في المواد الجنائية ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، سنة؟ ، ص:22.
 ،نقل بتصرفه ، وانظر كذلك: نقض مصري بتاريخ:1959/02/17. و للاطلاع على مجموعة اشكاليات اخرى وحلولها
 واجتهاد محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص انظر في ذلك: صفحة 23 وما بعدها من نفس هذا الكتاب ومنها:
 - هل تكفي الرابحة فقط للكشف عن كنه المادّة المضبوطة دون الاستعانة باهل الخبرة؟؟

1 - محمد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص126

القاضي طلباتهم أصدر أمرا مسببا بذلك.

وحول مسألة تأخير الخبرة على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي ، لقد قضت المحكمة العليا في هذا
 الشأن بأن ، الخبرة ليست إلا عنصر إقتناع يخضع لمناقشة الأطراف، ولتقدير قضاة
 الموضوع " ¹ ، وعليه سوف ن فصل هذا العنصر عبر النقطتين التاليتين لإستعراض تأثير الخبرة على
 الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

فهناك حالات لا تكون فيها الخبرة ملزمة للقاضي الجزائي ، وضحا اجتهاد المحكمة العليا بالقول بان
 : "الأصل أن الخبرة كسائر أدلة الإثبات، لا تلزم القاضي في شيء وذلك تماشيا مع ما تنص عليه المادة،
 212 من ق.إ.ج بنصها : وأن يصدر حكمه تبعا لإقتناعه الخاص " ² ، وعليه فالحالات التي لا تكون فيها
 الخبرة ملزمة للقاضي هي: الحالة الأولى : وهي المتعلقة بجريمة الضرب والجرح العمدي، فالمادة 264
 من ق.ع حددت العقوبة بنسبة العجز التي يحدثها المتعدي على الضحية .

ونظراً لمعرفة الأشخاص بهذه الإجراءات وتقاديا ، للتواطؤ الذي يمكن أن يكون بين الخبير
 - الطبيب - وبين الضحية ، لذلك فإن مثل هذه التقارير رغم كونها من خبراء في الميدان إلا أنها لا تلزم
 القاضي في شيء إن لم يقتنع بها ... ويطلب إجراء خبرة أخرى إذا كان العجز لا يزال بالامكان الوقوف
 عليه ³ ، اما الحالة الثانية : فصورتها ان تكون الأدلة الأخرى المطروحة في الدعوى تكفي وحدها
 لتوضيح القضية دون حاجة لرأي الخبير، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن

على انه " لمحكمة الموضوع أن تأخذ بما تقتنع به من الأدلة، ولها كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية لتقرير الخبير المقدم في الدعوى، فتطابق أقوال الشهود ، ومضمون الدليل الفني في هذه الحالة- غير لازم ".⁴

1 - ثلاثه قرارات للمحكمة العليا: 1 - قرار رقم 1303 مؤرخ : 1981/11/14 / 2 - رقم: 240880 هي :

1981/12/24 ، 3- و آخر رقم : 30.093 هي : 1988/01/04 مشار إليهم : هي : بغدادي ، ج 1 ، الاجتهاد

القضائي ، مرجع سابق ، ص 410

2- شريفة طاهري ، مرجع سابق ، مذكرة ماجستير ، ص 03 .

3- شريفة طاهري ، مرجع سابق ، مذكرة ماجستير ، ص 03

4- شريفة طاهري ، مرجع سابق ، مذكرة ماجستير ، ص 04

كما ان هناك حالات تكون فيها الخبرة ملزمة للقاضي الجزائري ، و كمثال على ذلك ، جنحة السياقة في حالة السكر فلا يستطيع القاضي إستبعاد الأخذ بالخبرة، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في هذا الشأن : " إن الخبرة ضرورية في حالة ارتكاب جنحة السياقة في حالة سكر، ولو كان الجاني معترفا بذلك " ¹ ، وهذا خلافا لما اتجهت اليه محكمة النقض الفرنسية التي: " لا تفرض على القاضي ان يتقيد بتقرير الخبرة في حالة جنحة السياقة في حالة سكر علي " ² ، ومن خلال ما تقدم نستنتج أن رأي الخبير يبقى مجرد رأي استشاري عموما ، والقاضي هو الخبير الأعلى في الدعوى الجزائية ، فله أن يأخذ بكل ما جاء في تقرير الخبير، كما له أن يأخذ بالجزء الذي اقتنع به فقط.

اما فيما يخص **القرائن** * ، كوسيلة اقناع ، فانه يقصد بالقرينة دلالة واقعة قام الدليل عليها على واقعة أخرى لم يقم عليها دليل بطريقة الإستنتاج المنطقي ، فالقرينة على هذا النحو تعتبر دليل إثبات غير مباشر، وهي بذلك تتميز عن باقي الأدلة كشهادة الشهود، والإعتراف ، و التي تعتبر أدلة مباشرة حيث ترد مباشرة على الواقعة المراد إثباتها .³

وتتميز القرائن عن الادلة ، بان الإستنتاج فيها يكون ضروريا ، بمعنى أن الواقعة الثابتة تؤدي إلى الجزم بحدوث الواقعة غير الثابتة بصورة لا تحتمل تأويلا ، فلا يكون الإستنتاج على سبيل اليقين إنما على سبيل الإحتمال ، حيث تقبل الواقعة الثابتة أكثر من تفسير بينما تصلح القرائن دليلا كاملا فإن

الدلائل لا ترقى إلى مرتبة الدليل، فلا يمكن أن يستند إليها وحدها الحكم بالإدانة وإن كانت تصلح سند لإتخاذ بعض إجراءات التحقيق الابتدائي.⁴

1- قرار للمحكمة العليا، مؤرخ في: 1981/02/19، للجنة الجزائية، نشرة القضاة، عدد: 04 سنة 1989، ص 90

2- محمد مروان، مرجع سابق، ج2، ص 477

* - ولقد أصبحت أجهزة الأمن تعتمد في مناهضتها للجريمة على الاسس العلمية الحديثة ومن اهم الوسائل العلمية الحديثة، التي تقوم على مكافحة الجريمة في الوقت الحاضر ما يلي :-العامل الجنائي -العلوم الشرطية التي تعتمد على..المراقبة بالوسائل الحديثة، والخبرة وهي فن البحث الجنائي....ومن هنا كان للقرائن دور كبير في الاثبات..انظر في ذلك:- محمد فهمي درويش: الجريمة في عصر العولمة، النسر الذهبي للطباعة بمصر، طبعة 2000، ص 282.

3 - نبيل صقر، والعربي شحط عبد القادر، مرجع سابق، ص 157

4 - نبيل صقر، والعربي شحط عبد القادر، مرجع سابق، ص 159

والقرائن باعتبارها إستثناء يرد على حرية القاضي الجزائي في الإثبات، تتنوع الى:

قرائن قانونية : أغلبها قاطعة : لا تقبل إثبات العكس: مثل قرينة : إفتراض العلم بالقانون مجرد نشره طبقا لنص المادة 45 من دستور 1996 ، وإفتراض حضور المتهم في حالة الحكم الحضورى الاعتباري. بقوة القانون طبقا للمادة: 345 من ق ا ج.ج ، كذلك بالنسبة لإفتراض صحة الأحكام النهائية الجزائية في نطاق القواعد العامة التي تنظم حجية الأحكام¹ ، واخرى قانونية بسيطة : ومثالها، قرينة لراءة المتهم والتي ينص عليها الدستور في المادة 45 منه ، والقرائن القانونية القاطعة وحدها ملزمة للقاضي الجزائي ، ولا تقبل إثبات العكس، أما القرائن القانونية البسيطة فهي تقبل إثبات العكس وكلاهما يرد كإستثناء على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.

اما النوع الثاني من القرائن فهو القرائن القضائية: القرينة القضائية هي علاقة منطقية يستنتجها القاضي بين واقعة معلومة وأخرى مجهولة يريد إثباتها، فهي بعكس القرائن القانونية ، مصدرها القاضي وعلى هذا فهناك من يسميها من الفقهاء بالقرائن التقديرية² ، و القرائن القضائية لا تخضع بحسب طبيعتها لأي حصر ولا يمكن تحديدها³ ، هذا ويغلب تسمية هذه القرائن ، بالقرائن الفعلية⁴ . ومن أمثلة ذلك " أن يعتبر وجود بصمة أصبع المتهم أو آثار قدميه في مكان الجريمة قرينة على مساهمة في إرتكابها ، وأن يعتبر إصدار شيك على بياض قرينة على تفويض المستفيد في تحرير بيانات الشيك .

هذا وإن تقدير القرائن - المستنبطة من الوقائع المعينة - موكول أمره إلى القاضي الجزائي حتى في إطار القانون المدني الذي يغلب عليه طابع الإثبات المقيد، إذ تنص المادة 340 من القانون المدني على أن: يترك لتقدير القاضي إستنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يحيز فيها القانون الإثبات بالبينة⁵ ، أما في المواد الجزائية فالقاضي الجزائي حر

1 - . ابراهيم الغماز، مرجع سابق، ص 659

2 - . مسعود زبدة، القرائن القضائية، مرجع سابق، ص 38

3 - . مسعود زبدة، القرائن القضائية، مرجع سابق، ص 39

4 - . نبيل صفير، و. العربي شحط محمد القادر، الإثبات في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص 161

5 - . مسعود زبدة، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، مرجع سابق، ص 69

في إستخلاص القرائن من ظروف الدعوى، وملابساتها، سواء إختار القرائن من بين الوقائع التي كانت محل نقاش بين الخصوم أو من تحقيقات باطلة أو من تحقيقات إدارية. وقد يختار الواقعة مما ثبت بالبينة، أو الكتابة، أو يمين منقول عنها ، أو إقرار أو قرينة دلت على الواقعة المعنية والقاضي الجزائي حر في الأخذ بالقرائن ، فقد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة ولا تقنعه قرائن متعددة إذا كانت هذه القرائن ضعيفة ومتهافئة¹ ، ومن الفقهاء من يصنف القرائن القضائية من حيث دلالتها وقوتها في الإثبات إلى ، قرائن قطعية: ترتبط مباشرة بالواقعة مثل رائحة المخدر الواضحة من مستهلك المخدرات ، قرائن راجحة: مثل وجود أثر قدم المتهم في محل ارتكاب الجريمة ، قرائن شابهة: وهي ضعيفة الدلالة وقد تكون سابقة على إرتكاب الجريمة مثل سوابق المتهم القضائية أو معاصرة لإرتكاب الجريمة وهذه قد يعتمد عليها في الإثبات أو لاحقة لإرتكاب الجريمة ومثالها مظاهر الثراء على المتهم بسرعة.

وعليه فما هي تركيبة القرينة القضائية المقبولة في الإثبات : تتكون القرينة القضائية من عنصرين: هما : العنصر الموضوعي: وهو الواقعة الثابتة في الدعوى التي يختارها القاضي وتسمى (الإمارات)، التي كثيرا ما توجد في محضر الحجز أو الإستجواب² ، العنصر الذاتي : ويتمثل في عملية الإستنتاج التي يقوم بها القاضي إنطلاقا من العنصر الموضوعي ليصل لإثبات الواقعة المجهولة وذلك من خلال الإقتناع الشخصي للقاضي ويظهر هذا من خلال تسبيب الأحكام³.

والقرائن بنوعها وباعتبارها أدلة إصطناعية⁴ ، في ظل نظام الأدلة القانونية لم تكن لها نفس القيمة في الإثبات بالنسبة للدلائل الأخرى⁵ ، أما وبتكريس مبدأ الإقتناع الشخصي في أغلب القوانين المعاصرة، فقد

أصبحت كل الأدلة تخضع لتقدير القاضي الجزائري بإستثناء ما قرر من قوة ثبوتية لبعض المحررات في الإثبات وهي ما سنتناوله في العنصر التالي.

1 - نبيل صقر ، و . العربي شحط محمد القادر ، مرجع سابق ، ص 165

2+3 - مسعود زبدة، القرائن القضائية، مرجع سابق، ص 41

4 - و تقع مهمة استنباط القرائن من الوقائع وفقا لأساليب علمية ، وتقع على عاتق الشرطة ،

الأمر الذي يستلزم المزج بين العلوم الشرطية ، و تلك العلوم الطبيعية... كوسائل يستعان بها هي الكشف عن

الجريمة ... - انظر في ذلك : قريري عبد الفتاح الشماوي، أدلة مسرح الجريمة ، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال

حزي و شركاؤه ، بدون سنة، ص 17

5 - مسعود زبدة، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري ، مرجع سابق، ص 71

اخيرا وفي مجال تقدير قيمة القرائن في الإثبات ، نتساءل عن تأثير القرائن على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري ، فالقاضي الجزائري له حرية واسعة في تقدير عناصر الإثبات طبقا للمادة 213 من ق.ج. ، ومن خلال هذا يظهر أن القاضي غير ملزم بالإعتماد على القرائن في الإثبات إلا إستثناء ، بالتالي سيحمل العنصر الموالى تفصيلا للحالات الملزمة للقاضي في الرجوع للقرائن والحالات الغير ملزمة له.

فهناك حالات لا يجوز للقاضي فيها الإستناد للقرائن لإثباتها: وأول هذه الحالات هي:

جريمة الزنا: حيث نجد أدلة ثبوتها محددة حصرا ، في المادة 341 من قانون العقوبات.

وظهور مظاهر الثراء على المتهم بسرقة بسرعة ، ومسألة العداء الشديد فهذه كلها لا تعتبر إلا قرينة ضعيفة ، فهذه ليست قرينة كافية -] فما هو مصير هذا الاتجاه الفقهي ؟ . ومن وراء الاجتهاد القضائي - كون المصدر الاول في دراسة هذا الموضوع الاجتهاد القضائي - ؟. في ظل القانون رقم: 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، وبخاصة المادة 37 منه" التي تعاقب الموظف الذي يعجز عن تقديم تبرير مقبول للزيادة التي طرات على ذمته المالية".-] على ارتكاب المتهم لجريمة السرقة.¹ أو توجيه المتهم التهديد إلى المجني عليه قبل الحادث² ، فهذه القرينة لا تلزم القاضي ، وكذا سوابق المتهم كما ذكرنا سابقا لا تلزم هذه القرينة القاضي بالأخذ بها

وهناك حالات اخرى ملزمة للقاضي في الأخذ بالقرائن : وينطبق هذا على كل القرائن القانونية

خاصة القاطعة "كإفتراض العلم بالقانون" ، فالقاضي ملزم قانونا بالحكم بالقرائن القانونية القاطعة ولا

يحكم على غير مقتضاها³، وكذلك فإنه لا يجوز إثبات عكس ما جاء في الحكم البات بأي طريقة من طرق الإثبات، فيفترض في الحكم النهائي، أنه عنوان الحقيقة⁴.

1 - شريفة طاهري ، تأثير أدلة الاقتناع على الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي ، مرجع سابق ، ص 108

2 - مسعود زبدة، القرائن القضائية، مرجع سابق، ص 108

3 - مسعود زبدة، القرائن القضائية، مرجع سابق، ص 37.

4 - محمود ، محمود مصطفى : الإثبات في المواد الجنائية ، طبعة 1977 / ج 2 ، ص 53 ، مشار إليه في مؤلفه:

مسعود زبدة، القرائن القضائية، مرجع سابق، ص 38

اما القرائن القضائية بالمعنى الدقيق: فهي تقوم على العلاقة بين الركنين المادي والمعنوي وترتبط هذه القرائن ببعض الجرح مثل التزوير في المسائل الأدبية والفنية طبقا للمادة 390، 391 من ق.ع وتطبيقا لذلك جاء في الإجتهد القضائي الفرنسي : " أن حسن النية لا يفترض وينبغي على المتهم نفسه إقامة الدليل ... " ¹.

وعلى مستوى قانون الجمارك، تنص مادة 328 من ق الجمارك الجزائري: على: أن مجرد ضبط شخص حاول إدخال سلعة محرمة أو ممنوعة إلى الجزائر بدون رخصة، فإنه يفترض مباشرة أن إدخالها تم عن طريق الغش.

وتعتبر المحررات او المحاضر، احد اهم وسائل الاقناع ، وهي عبارة عن أوراق تحمل بيانات في شأن واقعة ²، ذات أهمية في إثبات ارتكاب الجريمة ونسبتها ³.

وقد تختلط المحررات بغيرها ، وعلى هذا نميزها اولا عن المحاضر: في ان المحررات هي: أوراق تحمل بيانات في شأن واقعة ذات أهمية في إرتكاب الجريمة.

وبهذا المعنى ، فان المحرر قد : قد يحمل المحرر جسم الجريمة مثل الورقة التي تتضمن التهديد أو القذف أو التزوير، وقد يكون مجرد دليل على الجريمة كالورقة التي تحمل إعراف المتهم ⁴ ، أما

1 - زرزور ناصر ، قرينة البراءة، مرجع سابق، ص 31

2 - من هنا ، يظهر ومن خلال إيراد كلمة " واقعة " و بوضوح * - إشكال يتعلق بمسرح ارتكاب هذه الواقعة فما هو مفهوم مسرح ارتكاب هذه الواقعة و ما هو نطاقه ؟ ... لتفصيل حول هذه النقطة أرجع الى : مصطفى محمد الدخيلي ، التعديلات و الإثبات الجنائي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، المجلة الكبرى ، السبع بنات، 24 شارع عدلي يكن ، سنة (؟) ص 141 حتى 149 ، (حيث حدده الدكتور بأنه المكان " الذي يحتوي على الآثار المادية ايا كانت حالتها نمازية كالرائحة، أو سائلة كالدم ، أو صلبة كالأدوية و الأسلحة، و سواء أكانت هذه الآثار ظاهرة أو غير ظاهرة . و هذه الآثار تساعد في كشف الحقيقة و توجيه البحث...)

3 - محمد احمد محمود ، الوجيز في أدلة الإثبات الجنائي ، القران - المحررات - المعاينة، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ، طبعة : 2002، ص.39

4 - مسعود زبدة، الاختصاص الفني للقاضي الجنائي ، مرجع سابق، ص 64

المحاضر: فهي محررات الصادرة من موظفين مختصين وفق شروط محددة قانونا ويعتبر كلا النوعين -المحاضر والمحررات- دليلا من أدلة الإثبات ، ويختلفان: في ان المحررات قد تكون عرفية أو رسمية صادرة من أي شخص أو حتى من المتهم ، نفسه ، أما المحاضر فلا تكون إلا رسمية صادرة عن موظف

والمشرع الجزائري نظم المحاضر كدليل إثبات جنائي في المواد من 214 حتى 218 من ق.ا.ج، ولم يذكر المحررات، أما المحررات فقد تناولها المشرع في قانون العقوبات ... المواد من 197، 231 من ق العقوبات¹ ، والتي تتكلم عن تزوير المحررات العمومية أو الرسمية أو التجارية أو الوثائق الإدارية.

كما نميز المحررات عن التقارير ، بان التقرير قد يحدث أثناء التحقيق القضائي الابتدائي أو النهائي في مسألة ذات طابع فني وتستوجب إجراء خبرة من طرف أخصائيين ونلاحظ من عموم نص المادة، 214 من ق ا ج : أن المحضر أو التقرير لا يكون له قوة ثبوتية، إلا إذا كان صحيحا في الشكل ويكون قد حرره واضعه أثناء مباشرة، أعمال وظيفته، وأورد فيه عن موضوع داخل في نطاق إختصاصه ما قد رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه.

هذا وللمحررات انواع:² فقد تكون محاضر، او تقارير، أو أحكام قضائية او عقود رسمية ، نتطرق لكل منها :

فالمحاضر بدورها : تتنوع بدورها إلى محاضر الشرطة والدرك الوطني، والجمارك³ ووكيل الجمهورية، ومحاضر التحقيق ومحاضر جلسات.

اما التقارير: وهي التي يقدمها خبراء مختصين بصدد مسألة فنية بموجب حكم أو قرار قضائي.

1- نصر الدين مروك ، مرجع سابق ، ج 2، ص 205 و 206

2- نصر الدين مروك ، مرجع سابق ، ج 2، ص 215

3- لمزيد من التفصيل انظر : مصطفى محمد الدخيلي ، مرجع سابق ، ص 53 ، وتحت عنوان "الأشخاص ذوي اختصاص

الضبطية القضائية" ، و عبد الله اوهابية، مرحلة التحري والتحقيق ، مرجع سابق، ص 30

اما الأحكام والقرارات القضائية: فلها حجية مطلقة مجرد إستفاءها قوة الشيء المقضي فيه كما سنفصل ذلك لاحقا عند كلامنا عن الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الجزائري. وتكون المحررات رسمية : بما تضمنته من دليل كتابي حسب المادة 324 من القانون المدني وعلى هذا فلكتسابها صفة الرسمية لا بد لها من شروط : هي ان يحررها ضابط أو موظف عمومي و شخص مكلف بخدمة عامة ، وأن يكون مختصا نوعيا، ومحليا ، مراعاة الشكليات القانونية المطلوبة فيها ، والتي تتنوع بحسب نوع العقد:- عقد بيع أو إيجار، هبة، رهن.

وعلى اثر هذا التقسيم ، فهل خص المشرع هذه المحررات بحماية جزائية ؟ . لقدأورد المشرع للمحدرات حماية في قانون الإجراءات الجزائية من خلال إعطاءها حجية مطلقة حتى الطعن بالتزوير فيها، حسب المادة 218 من ق.إ.ج ، ونظراً لأهميتها في الإثبات، خصها المشرع بباب خاص في قانون العقوبات، تحت عنوان تزوير المحدرات الرسمية والعمومية المواد من 214 إلى 218 من ق.ع ، ورتب لذلك عقوبات جنائية لمن يحا ول المساس بها.¹

وهل للمحدرات بجميع انواعها ، تأثير على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري ؟. يظهر تأثير المحدرات على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري من خلال : أهمية الكتابة في الدعوى الجزائية*

1- نصر الدين مروك ، مرجع سابق ، ج 2، ص 397

* - نلاحظ ان نظام الأثبات المدني مفيد بالكتابة وان كان يستتبع هذا عدة مشكلات ، على عكس نظام الأثبات الجنائي

الذي يسوده مبدأ حرية الأثبات (فبالرغم من اتساع نطاق استخدام التقنيات الحديثة العلمية هي معاملات الأفراد ،

واعتراضهم قسم من تشريعات الدول المتقدمة بهذه الوسائل ، فان التشريعات العربية لم تذكر أي نص قانوني يحدد

فوتما في الإثبات ، وبالرغم من حداثة هذه التشريعات ومعاصرة بعضها لهذه الوسائل كقانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 ، والقانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 وهذا خلل يعد من أهم المشكلات التي تواجه القضاة في المنازعات التي تقع بين الأفراد في ظل صرامة النص وخطاب الدليل الكتابي). ولا يخرج المبدأ المتقدم ما هو الحال عليه في القانون الجزائري. رقم 58/75...لمزيد تفصيل انظر في ذلك: - عباس العبودي الحجة القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، طبعة 2002، ص: 6، 5.

-الموقع بعنوان: www.daralthaqafa.com.

وإن كانت لا تصل إلى تلك الأهمية التي حظيت بها في المواد المدنية إذ هي الأصل في الإثبات المدني¹ ، ولما تمتاز به من أنها دليل يمكن إعداده مقدما : وقت نشوء التصرف، وقبل قيام أي نزاع بشأنه، وذلك بعكس الجرائم فإنه لا يتصور لأن يعطي الجاني كتابة على نفسه بإثباتها، ولكن توجد الكتابة عرضا أثناء البحث عن الحقيقة².

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بان: " القاعدة العامة في المحررات انها سواء كانت عرضية، أو رسمية تعد كغيرها من الأدلة ليس لها حجية خاصة، ويجوز للخصوم مناقشتها. ودحض ما ورد فيها بشتى الطرق، كما يجوز للمحكمة أن تأخذ بها أو أن تطرحها ولو كانت أوراقا رسمية، ما دام يصح في العقل، أن يكون الدليل الذي تحمله غير متلائم مع الحقيقة التي اطمأنت إليها - المحكمة- من باقي الأدلة " ³ ، كما قضت أيضا بانه: " و للمحكمة أن تأمر بضم أية ورقة ولها أن ترفض الضم إذا كانت لا علاقة لها بالموضوع أو كانت غير جائزة القبول، ومن واجب القاضي عندئذ أن يبين في حكمه لماذا رفض الطلب، حتى تتبين محكمة النقض إذا كان في رفضه إخلالا بحقوق الدفاع " ⁴ ، وللقاضي أن يفسر المحررات على الوجه الذي يراه مفهوما منها ولا معقب عليه في ذلك إذا كان المحرر يحتمل التفسير الذي أخذ به القاضي.⁵

1 - تنص المادة 333 من القانون المدني على ان: (الالتزام إذا زادك قيمته على : 10000 دج ، لا يجوز إثباته بغير

الكتابة ...) ، أما في القانون الجنائي ، فإن المحررات كبقية عناصر الإثبات تخضع بصفة عامة لتقدير القاضي ،

فتنص المادة : 215 من قانون الإجراءات الجزائية (على ان لا تعتبر المحاضر و التقارير المثبتة للجنایات، أو الجنح،

أي بمجرد استدلاله ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) ،... انظر في ذلك : مسعود زبدة، الاقتناع الشخصي

للقاضي الجزائري ، مرجع سابق، ص64

2 - محمد احمد محمود ، الوجيز في أدلة الإثبات ، مرجع سابق ، ص40

3- ارجع الى اجتهاد المحكمة المصرية للنقض:قرارها المؤرخ في 11/ جانفي/ 1979 ، مجموعة أحكام النقض ،

سنة 30 ق ، مشار إليه في : محمد احمد محمود ، الوجيز في أدلة الإثبات ، مرجع أعلاه ، ص 41

4- انظر : نقض جزائي مصري بتاريخ: 11 / 01 / 1979 ، مجموعة أحكام النقض ، سنة 30 ق ، مشار إليه في :

محمد احمد محمود ، الوجيز في أدلة الإثبات ، مرجع أعلاه ، ص 41

5 - مسعود زبدة، الاقتناع الشخصي للقاضي ، مرجع سابق، ص 64

وتطبيقا لذلك قضي انه: " فالمحضر يعتبر حجة في إثبات وقوع الأقوال التي وردت فيه على لسان المتهم أو على لسان الشهود إلا أن الإقتناع الموضوعي بصدق هذه الأقوال من عدمه يخضع لإطلاقات المحكمة، ومن هنا كان للمحكمة أن تقدر القيمة الموضوعية للأدلة التي أثبتت بالمحضر ومع ذلك يجوز للخصوم أن ينفوا حدوث الواقعة ذاتها المثبتة بالدليل دون أن يكونوا ملزمين بسلوك سبيل الطعن بالتزوير"¹.

وتتجلى القوة الثبوتية للمحركات في الإثبات الجنائي من خلال الحجية لبعض الأوراق الخاصة وهي ما يسمى بالمحاضر ذات الحجية الخاصة ، فتتص المادة 214 من قانون الاجراءات الجزائية على ان: لا يكون للمحضر أو التقرير قوة الإثبات إلا إذا كان صحيحا في الشكل، ويكون قد حرره ذو صفة أثناء مباشرة أعمال وظيفته، وأورد فيه عن موضوع داخل في نطاق إختصاصه ما قد رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه ، وتنص المادة 215 من نفس القانون: لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات والجنح إلا مجرد إستدلالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، فما هي الحالات التي تكون فيها المحركات ملزمة للقاضي ، او غير ملزمة له؟.

فالحالات التي لا تكون فيها المحاضر ملزمة للقاضي الجنائي هي: الحالة التي تتعلق بكل محاضر الضبطية القضائية في شتى أنواع الجرائم، وبمناسبة الإجراءات التي يمارسونها ، ولا يمكن أن تعتبر حجة أو دليلا يؤسس عليها حكم الإدانة أو البراءة² ، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا بانه: " وليس لها حجية تفوق وسائل الإثبات الأخرى مما يمكن للقاضي إستبعادها حالة إنكار المتهم خاصة إذا كان هذا الإنكار مدعما بأدلة أخرى أو قرائن في صالحه "³، والعلة من جعل هذه المحاضر غير ملزمة للقاضي ، هي انه يقوم بها أعوان غير قضائيين، وللقوة الثبوتية للكتابة، فلا تترك عبثا في يد ضباط الشرطة الغير مؤهلين عمليا لمسايرة التطور الحاصل في القوانين الدولية في إطار تعزيز ضمانات المشتبه فيه أثناء التحري البحث ، اما الحالة الثانية⁴ ، وهي عدم إلزامية

1 - محمد احمد محمود ، مرجع أعلاه ، ص 42

2 - مروهك نصر الدين ، مرجع سابق ، ج 2، ص 448

3 - انظر في هذه النقطة: - محمد مروان ، مرجع سابق، ج2، ص481 ، قرار للمحكمة العليا رقم: 179 مؤرخ في: 1985/03/05. مشار اليه في، قرص مضغوط، مصدر سابق. اصدار ثالث.

4 - شريفة طاهري ، تأثير أدلة الاقتناع على الاقتناع الشخصي للقاضي ، مذكرة ماجستير ، مرجع سابق ، ص72
محاضر التحقيق المحررة من طرف قاضي التحقيق اذ ورغم ما تضمنه مرحلة التحقيق من إعتبار المحضر المدون بدون كاتب مختص يعد باطل ، زيادة على ما تضمنته المادة 68 من ق.إ.ج من الزام قاضي التحقيق بالبحث عن أدلة الإتهام والنفي ، وعليه فإن هذه المحاضر تبقى خاضعة لسلطة قاضي الموضوع، ذلك لأن المادة 215 من ق.إ.ج ، تكلمت عن المحاضر بصفة عامة ولم تستثني محاضر قاضي التحقيق. بحجية خاصة في الاثبات.

اما الحالات التي تكون فيها المحاضر ملزمة للقاضي الجزائي فهي: **الحالة المحاضر التي لها حجية حتى يثبت عكسها** : تنص المادة 216 من ق.إ.ج : في الأحوال التي يخول القانون فيها لبعض ضباط الشرطة القضائية أو أعوانهم أو الموظفين أو أعوانهم الموكله إليهم بعض مهام الشرطة القضائية سلطة إثبات جنح في محاضر أو تقارير تكون لهذه المحاضر أو التقارير حجيتها ما لم يدحضها دليل عكسي بالكتابة أو شهادة الشهود .

ولإكتساب هذه المحاضر حجية المادة 216 من ق.إ.ج، لا بد من شروط هي :¹
الحالات التي تحرر فيها هذه المحاضر محددة حصرا بمحاضر المخالفات حسب المادة 400 من ق.إ.ج التي تنص على ان : تثبت المخالفات إما بمحاضر أو تقارير، وإما بشهادة شهود في حالة عدم وجود محاضر أو تقارير مثبتة لها ، و حالة الدليل العكسي الذي يقبل لدحض حجية محاضر المخالفات حسب نص المادة 400 و 216 من ق.إ.ج : محدد حصرا بالكتابة أو شهادة الشهود ، وتطبيقا لذلك قضي انه : " وفي هذه الحالة فإن إنكار المتهم للوقائع المبينة في المحضر، أو تقديمه أدلة و قرائن لا تكفي لدحض مضمون المحضر....، كما أن الشك لا يفسر لصالح المتهم"² ، والحالات التي أقر فيها المشرع حجية خاصة لهذا النوع من المحاضر هي قليلة نسبيا، إذ نصادفها في التشريع الجنائي الإقتصادي، لا سيما التشريع الضريبي ، و المتعلق بمراقبة الأسعار ومحاولة الغش ... إلا أن تطبيقها يغلب في التشريع الجمركي ، لا سيما المادة 254 من قانون الجمارك.³

1 - نصر الدين مروان ، مرجع سابق ، ج2، ص449

2 - محمد مروان ، مرجع سابق، ج2، ص482.(قرار للمحكمة العليا).

3 - قرار جزائي (نقض) للمحكمة العليا، رقم : 115 في : 16/04/1984 ، المشار إليه في مؤلفه :

- نواصر العايش ، تقنين الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص94

وما الحالة الثانية من المحاضر فهي التي لها حجبة إلى أن يطعن فيها بالتزوير، وهي أيضا ملزمة للقاضي الجزائي في الاخذ بها: نصت المادة 218 من ق ا ج على ان : إن المواد التي تحرر عنها محاضر لها حجبتها إلى أن يطعن فيها بالتزوير تنظمها قوانين خاصة .

وعليه فكيف يتم اثبات تزوير هذه المحاضر؟ .

لايثبات أنها- المحاضر الواردة في القوانين الخاصة - مزورة ، يتم إتباع الإجراءات المنصوص عليها في ق.إ.ج المواد من 532 حتى 537 من ق إ.ج، كما لا يجوز للمحكمة أن تناقش الوقائع المادية التي تضمنتها هذه المحاضر التي تعتبر حجة حتى ثبوت تزويرها، كما لا يجوز للمحكمة أن تستمع للشهود قصد إثبات ما يخالفها أو تجري تحقيقا بنفسها للغرض ذاته.¹

ومثال هذه المحاضر: محاضر الجمارك طبقا للمادة 254 فقرة 1 من ق الجمارك، اذ لها حجبة وقوة ثبوتية متى كانت محررة من طرف عونين محلفين ، حجبة محاضر أعوان إدارة الضرائب: فهي ذات حجبة حتى الطعن فيها بالتزوير طبقا للمادة 3 19 من قانون الضرائب المختلفة وكذا بالنسبة لحجبة محاضر مفتشية العمل : اذ اقرت المحكمة العليا لهذه المحاضر هذه الحجبة وهو ما يفهم من قرارها المؤرخ في : 17/02/1984، قسم 2 ، غ ج 2، طعن رقم : 412 / 29، مجلة قضائية للمحكمة العليا، عدد 1 - سنة 1990 ، ص 290 ، حجبة المحررات الرسمية: إن العقود المحررة من طرف الموثقين تكون لها حجبة بما فيها، وبتاريخ إقامتها² ، وكذا ما اعطي من حجبة لمحاضر المحاكم³ ، وكما هو الحال بالنسبة لحجبة الأحكام والقرارات القضائية : إن العبرة بما جاء في هذه القرارات والاحكام، لا بما يدعيه الطاعن لذلك يعتبر مخالفا للوقائع، ويستوجب رفض الطعن المبني على عدم إحترام العلانية متى ثبت من الحكم المطعون فيه أن محكمة الجنايات عقدت جلستها علنيا⁴ ، حجبة محاضر المرافعات: وهذه المحاضر المحررة أثناء جلسات المحاكم، لا يمكن إثبات

1 - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ج2، ص 452 ، بعنوان : حجبة المحاضر

2- قرار للمحكمة العليا مؤرخ في : 29/01/1969 ، مشار إليه في : بغدادي ، جيلالي ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 350

3 - قرار للمحكمة العليا رقم: 15.170، مؤرخ في 12/04/1977. القرص المضغوط، الاصدار الثالث، مصدر سابق.

4- قرار للمحكمة العليا مؤرخ في : 22/04/1975 ، رقم : 116 . 10 ، مشار إليه في مؤلفه : بغدادي ، جيلالي ، مرجع

عكس ما تظمنته إلا بإتباع إجراءات الطعن بالتزوير ، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن: " متى بان من محضر الجلسة أو الحكم أن تقرير التلخيص قد قام بتلاوته أحد أعضاء الهيئة التي نظرت الدعوى، وأن الحكم قد نطق به في جلسته علنية فإنه لا يقبل من المتهم إثبات عكس ذلك إلا بإتباع إجراءات الطعن بالتزوير" ¹ ، وكذا بالنسبة لحجية المخرجات الكمبيوترية: وهي تشمل المخرجات الورقية مثل الطابعات والمخرجات اللاورقية كالأشرطة والأقراص (CD).

و حول حجية هذه المخرجات الكمبيوترية في الإثبات، قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن " ا شرطة التسجيل الممغنطة التي يكون لها قيمة دلائل الإثبات يمكن أن تكون صالحة للتقديم أمام القضاء الجنائي، وهذا ولا يختلف الأمر بالنسبة لقبول مخرجات الحاسب الالي، حيث يتضمن قانون 1988/01/05، الخاص بالتعديلات التي تقع على نظم المعالجة الآلية للبيانات" ².

وبما ان المشرع الجزائري اخذ بمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي ، كما باقي انظمة الإثبات فما هو موقف المشرع الجنائي الجزائري من هذه المسألة ؟ . نلاحظ ان المشرع الجزائري لم يجاري التطور العلمي الجاري في النظم التشريعات المقارن ، فلم ينظم هذه المسألة؟.

اما مسالة المراسلات المتبادلة بين المتهم ومحاميه: فكاصل عام ليس هناك ما يمنع تفتيش مكتب المحامي ، او منزله إذ لا يوجد إمتياز لمهنة على مهنة أخرى ... ولكن مع إحترام بعض الإجراءات القانونية اللازمة لذلك³ ، فاذا كان المحامي وكيلا عن المتهم في الدعوى ففي هذه الحالة فقط لا يجوز تفتيش مكتب المحامي .بحثا عن الاوراق والرسائل المتبادلة بين المتهم ومحاميه وان حدث هذا فيعد خرقا للقانون ،وباطل قانونا . ولا يجوز للقاضي أن يعتمد عليه كوسيلة من وسائل الإثبات، وبناء إقتناعه الشخصي⁴ ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 217 من ق.إ.ج -[لكن هناك تناقض في نصوص قانون الاجراءات الجزائية : وقع فيه المشرع من خلال اقراره لقانون :06/22 المتعلق

1 - انظر : محمد احمد محمود ، الوجيز في أدلة الإثبات ، مرجع سابق ، ص 46 ، - قرار محكمة النقض المصرية

مؤرخ في : 1956/05/01 ، ولتبيان موقف المحكمة العليا : قرارها المؤرخ في : 1984/11/06 المشار إليه في:

المجلة القضائية ، عدد 04 ، سنة : 1989 ، ص 284

2 - نصر الدين مروك ، مرجع سابق ، ج 2، ص 468

3 - جندي عبد المالك ، الموسوعة الجنائية، دار العلم للجميع ، طبعة 2 ،بيروت ، لبنان، ج 2 ، سنة ؟ ، ص 269

4 - جندي محمد المالك ، الموسومة الجنائية ، مرجع سابق ، ص 270

بالتسرب وجواز التصنت على المراسلات والاتصالات الشخصية و هو ما جاء في المواد من 65 مكرر 5 ، حتى المادة 65 مكرر 18. المعدل لقانون الاجراءات الجزائية ، اذا فما هو مصير المادة 217 من ق ا ج في ظل قانون 06/22 ؟]- ، الا أن المادة 100 من ق.إ.ج الفرنسي تسمح بوضع هاتف المحامي تحت التصنت الهاتفي ، ولكن بعد موافقة عميد المحامين و عليه نستنتج أنه يسمح عندئذ بإستخلاص دليل للإثبات من خلال هذه المراسلات وتقديمه للمحاكمة.¹

الفقرة الثانية

الظوابط القضائية على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة

إذا ما أحييت الدعوى للمحاكمة طبقا لقواعد الإختصاص، وكانت أدلة الدعوى سليمة ومشروعة قانونا ، باشر القاضي سلطته التقديرية عليها مراعيًا جملة من الضوابط هي: التقدير على أدلة قضائية (أولا) ، ثم الإحاطة بالدليل بصورة كاملة (ثانيا) .

اولا - التقدير على أدلة قضائية

لا يمكن لقاضي الموضوع الجزائي مباشرة سلطته في تقدير الأدلة ما لم تطرح هذه الأدلة في الجلسة، وبحضور الخصوم وتتم مناقشتها ، وقد جاء النص على هذه القاعدة بالمادة 427 من ق.إ.ج الفرنسي بان: لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه إلا على الأدلة التي طرحت عليه أثناء المحاكمة، ونوقشت أمامه في مواجهة الأطراف² ، ولكن هناك إعتبارات أملت على المشرع في الكثير من التشريعات الجزائية إلى الأخذ بإجراءات أكثر تبسيطا وإختصارا بالنسبة لاثبات أنواع من الجرائم، كما هو الحال في الأوامر الجزائية : فإذا وجدت المحكمة من تدقيق أوراق الدعوى أن المخالفة لا يوجب القانون الحكم فيها بالحبس، وأن طلبا بالتعويض أو برد المال لم يقدم، وأن الفعل ثابت على المتهم، فتصدر أمرا جزائيا بالغرامة وبالعقوبات الفرعية دون تحديد جلسة لمحاكمة المتهم³ .

و تتجسد هذه القاعدة من خلال المبادئ التالية : مبدأ شفاهية المحاكمة: يكون القاضي إقتناعه

1 - ناصر زرزور ، قرينة البراءة، مذكرة ماجستير ، مرجع سابق، ص 48

2 - فاضل زيدان ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، مرجع سابق ، ص 251 ، هامش : 59

3- فاضل زيدان ، نفس المرجع ، هامش : 58 ، ص 250 ، 251

الشخصي بصفة أساسية من التحقيقات التي يجريها بالجلسة .. ولا يجوز للمحكمة أن تبني إقتناعها على مجرد محاضر الاستدلالات أو التحقيقات الابتدائية بل يجب عليها أن تقوم بسماع أقوال الخصوم وشهادة الشهود كما يجب أن تكون كافة الأدلة التي تتضمنها الاستدلالات والتحقيقات تحت بصر المحكمة، وخاضعة للمناقشات الشفوية¹ ، وتطبيقا لذلك نصت المادة 233 من ق.إ.ج على أن الشهود يؤدون شهادتهم شفويا، والحكمة من تقرير هذا المبدأ هو: - ا تاحة الفرصة لكل طرف في الدعوى من أن يواجه خصمه ، بما لديه من أدلة إزاءه، ويبين موقفه منها ، كما أن لضابط الشفوية صلة قوية بمبدأ القناعة القضائية والذي يفترض فيه أن يستمد القاضي قناعته من حصيلة المناقشات التي تجري امامه في الجلسة² ، كما تتجسد هذه القاعدة من خلال مبدأ حياد القاضي: المقصود بحياد القاضي في مجال تقدير الأدلة، هو تجرده من كل مصلحة شخصية مادية، أو معنوية ، ومن غير أن يتأثر تقديره بمصلحة أو رأي سابق أو أي مؤثر آخر، إنما عليه أن يتجرد عن التأثير بالمصالح والعواطف الشخصية³ ، ولقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة لهذه المعنى ويظهر هذا من خلال : >> رسالة عمر بن الخطاب (ض) إلى موسى الأشعري (ض) يقول له : أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك، وانفذ إذا تبين لك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له آس بين الناس في مجلسك، وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا بيبأس ضعيف من عدلك⁴ ، وكضمان لهذه الحيطة، أخذت التشريعات: بمبدأ الفصل بين السلطات ، وسلامة الإختصاص الشخصي للقاضي الجزائي في نظر الدعوى من موانع المخاصمة أو الرد طبقا لمواد: 204،214،215 ، من ق.إ.ج ، وقد أشرنا لبعض هذه العناصر التي تدخل في صميم بحثنا وعليه نكتفي هنا بالتعرض لنظام : تعدد القضاة ، الذي يظهر خاصة من خلال ، المادة 450 من ق.إ.ج، المتعلقة حول تشكيل قسم الأحداث بالمحكمة من قاضي ومحلفين ، وغرفة الإستئناف في الجناح والمخالفات، التي تتشكل من ثلاث على الأقل من رجال القضاء طبقا 429 من ق.إ.ج ، ويظهر بوضوح ومن خلال نص المادة 258 من الأمر 10/95 المعدل لق.إ.ج والتي تنص على ان:تتشكل محكمة الجنايات من قاض برتبة رئيس غرفة ومن قاضيين برتبة مستشار، ومن محلفين ، وغرفة الإتهام من خلال نص المادة 176 من ق.إ.ج: فتتشكل من رئيس ومستشارين أثناء الفصل في رد الإعتبار .

1 - مسعود زبيدة، القوانين القضائية، ص 156

2 - فاضل زيدان ، مرجع سابق ، ص 254

3+4 - فاضل زيدان ، مرجع سابق ، ص 256

ومن المبادئ التي تجسد هذه القاعدة مبدأ العلم الشخصي : القاعدة في العمل القضائي هي أنه يتمتع على القاضي أن يقضي بعمله الشخصي ويقصد بعلم القاضي الشخصي معلوماته الشخصية التي يكون قد حصل عليها من خارج نطاق الدعوى المطروحة عليه¹ ، و تطبيقا لذلك : قضت محكمة النقض الفرنسية هنا : ببطلان الحكم الذي يقبل أو يرفض طريقا من طرق الإتهام والدفاع بناء على المعلومات الشخصية القاضي خارج الدعوى ... وأنه لا يجوز للقاضي أن يكون إعتقادا وبيني حكمه من نتيجة أبحاثه الشخصية التي أجراها خارج الجلسة في غيبة الخصوم، وكذلك يبطل الحكم الذي يصدر ببراءة المتهم بناء على معلومات القاضي الشخصية عن حالة المكان أو بناء على تحقيق أجراه بصفة غير رسمية².

ومن المبادئ التي تجسد هذه القاعدة مبدأ **المجابهة بين الخصوم او علنية المرافعة** ، فإذا كانت أهم ضمانات المحاكمة العادلة هي العلانية وحضور الخصوم، وإتاحة حق الدفاع³ ، فإن مبدأ المجابهة بين الخصوم يتفرع عن هذا الحق ، ومن مستلزمات هذا المبدأ :- هو حق كل خصم في حضور جميع إجراءات المحاكمة،- وتقديم ما لديه من أدلة، ويحاط علما بكل طلب أو دفاع يتقدم به خصمه، - كما يتاح له حق مناقشة الخصم الآخر ودحض أدلته ، وإذا كان حضور المتهم وجوبيا في المحاكمات الوجيهة، ولا يغني عنه حضور وكيله، فإنه يمكن للمحكمة إستبعاده عن جلساتها متى كان ذلك يؤثر على حسن سير إجراءاتها، ويؤثر على قناعتها في تقديرها للأدلة للوصول للحقيقة⁴ ، وهذا ما نصت عليه المادة 296 من ق.إ.ج ... وتعتبر جميع الأحكام الصادرة في غيبته حضورية، ويحاط علما بها. ويترتب عن مبدأ الوجيهة بين الخصوم النتائج التالية: علنية الجلسة ، اذ تنص المادة 285 من ق.إ.ج : المرافعات علنية ما لم يكن في علانيتها خطر على نظام العام أو الآداب وفي هذه الحالة تصدر المحكمة حكمها القاضي بعقد الجلسة سرية في جلسة علنية ...، وإذا تقرر سرية الجلسة تعين صدور الحكم في الموضوع في جلسة علنية.

1 - انظر : فاخر زيدان ، مرجع سابق ، ص 258 ، و لمزيد من التفصيل ، انظر : -القاعدة الاولى من الفرع الثالث:

القبود الواردة على المبدأ، وجوب طر الحليل بالجلسة ، وعدم جواز ان يحكم القاضي بناء على علمه الشخصي.

2 - . محمد المالك جندي ، مرجع سابق ، ص 260

3 - . فاخر زيدان ، مرجع سابق ، ص 268

4 - فاخر زيدان ، مرجع سابق ، ص 269

ثانيا - الإحاطة بالدليل بصورة كاملة

ينبغي أن يمكن كل خصم من الإطلاع على الأدلة والحجج التي يقدمها خصمه، .. وتلك المقدمة في الدعوى بصفة عامة ويعطي الفرصة الكاملة لفحصها وتفنيدها والرد عليها¹ ، وعليه فعندما تقرر المحكمة إقفال باب المحاكمة، فإنه يمتنع عليها عندها قبول أي دليل يتقدم به أحد الخصوم، لأن الخصم الآخر لم يكن قد اطلع عليه إلا في حالة واحدة فقط : إذا رأت أن هذا الدليل يبني عليه الحكم ، فتقرر إعادة المحاكمة من جديد حتى يتم طرح الدليل ، وبحضور جميع الاطراف حتى يتاح لهم الاطلاع عليه ومناقشته² ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بان : " اغفال المحكمة لدليل من أدلة الثبوت دون إبداء الرأي فيه، معناه عدم إحاطتها-المحكمة- بأدلة الدعوى"³، ويترتب على هذا المبدأ النتائج التالية:

البند الاول- وجوب تنبيه المتهم بالتهمة المنسوبة إليه

في أمر أو إقرار الإحالة

البند الثاني - تنبيه المتهم عند تغيير التهمة المنسوبة إليه

إن تقيد المحكمة بوقائع الدعوى كما رفعت إليها هي إحدى ضمانات المتهم، ويجب على المحكمة الإلتزام بها، غير أن هذا لا ينفي كون المحكمة تملك سلطة تغيير الوصف القانوني لهذه الوقائع فيما لو تبين لها مجانية الوصف الأول للصواب وهي في كل ذلك لا تعتبر خارجة عن القاعدة السابقة مادامت ما تجرته لا يغير جوهر الوقائع المرفوعة بها الدعوى⁴ ، ولكي يكون عمل المحكمة في تحديد الوصف القانوني صحيحا، يجب توافر شرطين هما:⁵

1 - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق ، ص 113

2 - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق ، ص 114

3 - فاخر زيدان ، مرجع سابق ، ص 265

4 - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق ، ص 102

5 - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي ، مرجع سابق ، ص 154

أن لا يشتمل تغيير الوصف القانوني للوقائع تغييراً لتلك الوقائع، و على المحكمة تنبيه المتهم إلى هذا التغيير في الوصف صيانة لحقه في الدفاع عن نفسه وعلى المحكمة أن تمنحه أجلاً لتحضير دفاعه بناءً على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك.

الفرع الثاني

الرقابة القضائية على سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة

من خلال إستقراء نا للإجتهد القضائي المقارن حول سلطة القاضي التقديرية، يتبين لنا أن ماهية الرقابة تتمثل في تسبب الأحكام ، فقد قضت محكمة النقض المصرية ، في هذا الخصوص على : " أن أساس الأحكام الجنائية إنما هو حرية قاضي الموضوع في تقدير الأدلة القائمة في الدعوى، فمادام بين في حكمه أنه لم يقض بالبراءة إلا بعد أن ألم بتلك الأدلة، ووزنها فلم يقتنع وجدانه بصحتها ، فلا يجوز مصادرته في إعتقاده، ولا المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض " ¹.

وتطبيقا لهذا المبدأ فقد قضت الغرفة الجنائية في المجلس الأعلى للقضاء المغربي على انه: " يجب أن يكون كل حكم معللا من الناحيتين الواقعية و القانونية ولو في حالة البراءة وإلا كان باطلا ، وإن نقصان التعليل يوازي بطلانه " ² ، ولا يختلف الحال عندنا كثيرا عن هذا فقد قضت الغرفة الجنائية الثانية بالمحكمة العليا ،بانه : " يجوز للمجلس الأعلى إثارة وجه التسبب تلقائيا " ³ ،

و عليه ندرس ماهية الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (الفقرة أولى) ، ثم مجالات الرقابة القضائية على سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى

ماهية الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

ندرس عنصر تسبب الأحكام القضائية وفقا للخطة التالية :

مفهوم تسبب الأحكام الجزائية (أولا) ، مضمون التسبب (ثانيا) ، ثم أهمية التسبب (ثالثا) .

1 - فاخر زيدان ، مرجع سابق ، ص 334

2 - فاخر زيدان ، نفس مرجع ، ص 335

3 - قرار جزائي للمحكمة العليا ، رقم : 463 مؤرخ في : 1981/03/14 ، تحفة جزائية قرص مضغوط، الإصدار

الثالث : C.D ROM ، مصدر ، سابق.

اولا - مفهوم تسبب الأحكام الجزائية

هي الأسانيد القانونية و الواقعية التي يقوم عليها الحكم الجنائي أو هي الحجج الواقعية و القانونية التي استخلص منها الحكم منطوقه¹ ، وقد عرفها الأستاذ رؤوف عبيد بأنها التسجيل الدقيق و الكامل للنشاط القضائي المبذول من قبل القاضي لإصدار الأحكام.²

و المراد ببيان الأسباب القانونية هو بيان - أركان الجريمة - وظروفها القانونية - والنص المنطبق عليها ، أما الأسباب الموضوعية أو الواقعية فيقصد بها بيان الأدلة التي بنى عليها القاضي قناعته.³

ثانيا - مضمون التسبب⁴

إن التسبب الذي يلزم القاضي قانونا يتضمن جانبين :

فالجانب الأول أن يعرض القاضي في حكمه جميع الأسباب الواقعية و القانونية التي قادتته إلى إصدار حكمه.

ثم أن تعبر هذه الأسباب عن العملية العقلية التي وصل بها القاضي إلى نتيجة معينة

ثالثا - أهمية التسبب

التسبب ضمانة عامة إزاء تحكم القاضي و انحرافه في تقديره غير السليم للأدلة و تحقيق التوازن القانوني و الأخلاقي في المجتمع من خلال اعتبار الحكم و سيلة لإقناع الرأي العام و تقدير الأدلة بما يتماشى مع قواعد المنطق فهو يسهل مهمة محكمة التمييز - محكمة النقض الاردنية- في ممارسة وظيفتها القانونية لتتأكد من سلامة وصحة الأحكام.

1 - فاخر زبدان ، مرجع سابق ، ص 337

2 - فاخر زبدان ، مرجع سابق ، ص 337 ، 338

3+4 - فاخر زبدان ، مرجع سابق ، ص 336

البند الاول-الوظيفة التي يؤديها تسبب الأحكام

للتسبب وظيفتين هما :¹ فالأولى هو انه وسيلة للرقابة على الأحكام و القرارات لمنح الحكم مظاهر قوته و المتمثلة في حجية الشيء المحكوم فيه، اما الثانية: فانه يؤدي دورا هاما في احترام القاضي للمبادئ الإجرائية التي تكفل حياده ومنطقيته فيضمن أن القاضي قد راعى حقوق الدفاع من خلال طرح الدليل بالجلسة والتقدير السليم للأدلة، ومراعاة الضوابط القانونية في التقدير.

البند الثاني- الموقف الفقهي من الرقابة على تسبب الأحكام

لقد أثار إلزام القاضي الجزائي ببيان الأسباب الواقعية، فيما يتعلق بمدى ملائمة ذلك مع حرية في تكوين قناعته اثار جدلا كبيرا ، ولقد برز في هذا رأيان:

فالاتجاه المعارض للرقابة : يذهب الفقيه " جاروا " إلى للقول: بأن قاضي الموضوع مطالب بأن يبين في حكمه أركان الجريمة وظروفها فحسب، وإلا بطل حكمه لخلوه من الأسباب التي يستوجبها القانون ، ما هو مطالب به ببيان الأسباب القانونية دون الموضوعية حتى تباشر محكمة النقض رقابتها على تطبيق القانون² ، ويرى بعض من الفقه المعارض للرقابة أن مراقبة محكمة النقض لأسباب الحكم الموضوعية -[المنصوص عليها في المادة 310 من قانون إج : " والتي تنص على ضرورة اشتغال الحكم على الأسباب التي بني عليها، والواقعة المستوجبة للعقوبة]- ، يخشى منه أن يوقع قاضي الموضوع تحت رقابتها من حيث ممارسته لسلطته في تقدير الأدلة مما يخول محكمة النقض إلى أن تكون درجة من درجات التقاضي بدلا من أن تكون سلطة عليا مهمتها الإشراف على تطبيق القانون³ ، اما الاتجاه المؤيد للرقابة على سلطة القاضي في تقدير الأدلة : فانه يرى هذا الاتجاه من الفقه أنه

1 - فاضل زيدان ، مرجع سابق ، ص 339 ، 340

2 - د.عوض مجيد، ضوابط تسبب الأحكام الجزائية ، مرجع سابق ، ص 420 ، 422 ، مشار إليه في مؤلفه : فاضل زيدان ،

مرجع سابق ، ص 342

3 - فاضل زيدان ، مرجع سابق ، ص 343

ليس من عمل القاضي ما يصح أن يكون وقائع بلا قانون ، أو قانون بلا وقائع، فعمل القاضي مزيج بين الوقائع والقانون، وشمول رقابة محكمة النقض لبحث جميع الوقائع الجنائية، من جديد ولا ادل على

هذا الا ، من خلال مماثلة القضاة بالمحلفين، وأنهم يحكمون بوجودهم –المحلفين- وليس لأحد أن يسألهم لماذا حكموا. فقد ينقضون القانون بنصه الصريح ، لذا يلزم القانون القاضي أن يسند حكمه الجنائي إلى أسباب معينة¹ ، فالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في إثبات الوقائع لا تحول دون رقابة محكمة النقض على سلامة نسبية لهذه الوقائع ، وتتعلق هذه الرقابة بشروط صحة أسباب الحكم لا بمطابقته للقانون ويعد عيب التسبب سبب لبطلان الحكم.²

رابعا - طرق الطعن في الأحكام كأداة للرقابة على التسبب³

اقرت طرق الطعن كوسيلة لتحريك الرقابة القضائية على الأحكام القضائية من خلال عنصر التسبب ، ولطرق الطعن دورا إصلاحيا للحكم الجنائي بقصد ضمان الوصول إلى الحقيقة وحسن تطبيق القانون وتحقيق أهدافه⁴ ، وطرق الطعن نوعان: عادية ، واخرى غير عادية. وتمتاز طرق الطعن العادية بالأثر الناقل للطعن فتعيد المحكمة بحث القضية من جديد وهذا خلافا لما هو الحال في طرق الطعن الغير عادية حيث لا تعرض على المحكمة إلا أسباب الطعن⁵ ، وقد اشرنا لهذا العنصر بالتفصيل ، عند التعرض لحقوق الدفاع .

الفقرة الثانية

مجالات الرقابة القضائية على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة

تبرز الرقابة القضائية كأداة لتقييد سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة من خلال مايلي :

إيراد مضمون الأدلة و مؤداها (أولا)، ثم الرقابة على التناقض بين الأدلة(ثانيا)، ثم الرقابة على

1 - فاضل زيدان ، مرجع سابق ، ص 346

2 - فاضل زيدان ، نفس المرجع ، ص 349

3 - انظر في ذلك : احمد شوقي شلقاني ، مرجع سابق، ج3 ، ص 533 وما بعدها.

4 - مسعود زبدة، القوانين القضائية، مرجع سابق ، ص 160

5 - مسعود زبدة، القوانين القضائية، المرجع نفسه، ص 160

منطقية تقدير الأدلة (ثالثا) ، ثم قاعدة تساند الأدلة (رابعا) ، ثم الرقابة على الخطأ في الإسناد (خامسا) .

اولا - ايراد مضمون الأدلة ومؤداها

كي يتحقق الغرض من التسبب يجب أن يكون في بيان جلي مفصل بحيث يُستطاع الوقوف على مسوغات ما قضى به ، اما مجرد إفراغ الحكم في عبارات عامة ، فلا يتحقق الغرض الذي قصده الشارع في استجاب-واجب-تسبب الأحكام .¹

وتطبيقا لذلك قضت الغرفة الجنائية في المجلس الأعلى المغربي: على انه: " لا تكفي لصحة الحكم أن تصرح المحكمة بإقتناعها بما جاء في محضر الشرطة، من اعترافات، بل لابد من تعليل وجه ذلك الاقتناع، بما يؤكد ويسانده من قرائن أخرى، كدلالة المتهم على الأماكن المسروقة، أو العثور بين يديه على المسروق كلا أو بعضا، أو شهادة شهود مما جعلها تقنع بتلك الاعترافات، وتطمئن إليها ".² فإن اكتفى الحكم على مجرد إشارة للدليل، دون إيراد مضمونه كان مشوبا بالقصور في التسبب ".³ وهذا ما اشارت له المادة 340فقرة 1 وفقرة 6 من قانون الاجراءات الجزائية.

ثانيا- الرقابة على التناقض بين الأدلة

إن من مستلزمات التسبب الواضح ألا يكون هناك تناقض فيه ، والتناقض الذي يعيب الحكم هو الذي يقع بين عناصره سواء ... بين الأسباب ... أو كان بين الأسباب و المنطوق أو بين التدلليل و بين ما أثبتته من وقائع منسوبة للمتهم⁴ ، و في هذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية - القانون - بانه: " لا يعول على الشهادات إذا تناقضت في دوري التحقيق و المحاكمة ".⁵

1 - فاخر زيدان ، نفس المرجع ، ص 355 ، 356 بتصرفه

2 - قرار جزائي للنقض رقم : 155 مؤرخ في : 1976/02/05 ، الغرفة الجنائية المغربية ، مجلة القضاء و القانون في

المملكة المغربية ، يوليو 1978 ، ص 174

3 - أكثر تفصيل حول هذه النقطة ، انظر في ذلك مؤلفه : نصر الدين مروك ، ج 1 ، مرجع سابق، ص 646

4+5 - فاخر زيدان ، مرجع سابق ، ص 357

كما قضت ايضا : بانه " في هذه القضية يوجد نوعان من الأدلة، إذا أخذت المحكمة بواحد منها سقطت قيمة النوع الآخر القانونية ، وهي لا تنسجم ... و حيث أن أدلة البراءة .. أقوى من أدلة الإدانة، فيكون أخذ المحكمة بالدليل المرجوح و إهمالها الدليل الراجح غير صحيح ، و مخالف للقانون ".¹

ثالثا - الرقابة على منطقية تقدير الأدلة

تعد الرقابة على منطقية تقدير الأدلة المجال الطبيعي الذي تمارس فيه محكمة التمييز - النقض - رقابتها على سلطة القاضي الجنائي في تقديره للأدلة بملاحظتها لسلامة التقدير على أساس عقلي منطقي ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن : " لا يأتي في منطق العقل أن يتخذ الحكم من دفاع المتهم دليلا عليه بل من واجب المحكمة تقييم الدليل على قصور هذا الدفاع من واقع الأوراق إذا هي طرحته و ان تثبت بأسباب سائغة كيف كان المتهم ضالعا في الجريمة و إلا كان الحكم مشوبا بالقصور و فساد الإستدلال مما يعيبه و يستوجب نقضه " ² ، لكن يرد على اعمال هذه الرقابة على منطقية الدليل أمران هما ³:

السلطة التقديرية : التي أساسها القناعة القضائية فقد يبدو دليلا ما كافيا في نظر قاضي ما و لا يبدو كذلك في نظر آخر

محكمة التمييز او القانون : هي محكمة قانون لا محكمة وقائع فلا يدخل في إطار وظيفتها مراقبة كفاية الأدلة فهذا الأمر متروك لقاضي الموضوع فما تملكه المحكمة هو ضمان عدم الخروج عن القواعد المألوفة المنطقية و العقلية.

1 - لقد قضت محكمة التمييز العراقية بان التناقض في الأدلة و ضعفها موجبان لإصدار البراءة (انظر في ذلك : - فاضل زيدان ، مرجع سابق ، ص 357 ، 358 ، كما ان ضعف الإسناد في التهمة يوجب الحكم بالبراءة ، فكيفه تقضي المحكمة هنا بان إهمال الدليل الراجع على الرجوع - أدلة البراءة - يعد تناقضا في التسبب ، ل استعراض موقف المحكمة العليا: ارجع الى : نصر الدين مروك ، ج 1 ، مرجع سابق ، ص 633.

2 - فاضل زيدان ، مرجع سابق ، ص 363

3 - فاضل زيدان ، مرجع سابق ، ص 362

رابعا - تساند الأدلة

تعرضنا لهذا العنصر تحت عنوان شروط الوصول للإقتناع الشخصي للقاضي ، من هذا البحث وعرفنا : أن القاضي ملزم كقاعدة عامة بتسبب أحكامه و أن تكون الأدلة التي يستند إليها متسادة إذ أن الأدلة في المواد الجنائية يكمل بعضها بعضا، فتكون المحكمة عقيدتها منها مجتمعة و لا يُستطاع مع ما جاء في الحكم الوقوف على مبلغ الأثر الذي كان للدليل الفاسد في الرأي الذي انتهت إليه المحكمة.¹ أو اوقوف على النتيجة المغايرة لو تفتنت المحكمة إلى أن هذا الدليل غير قائم بما يتعين معه إعادة النظر في كفاية باقي الأدلة لدعم الإدانة، وينتج عن هذا إلزام القاضي ببيان الأدلة وعدم التناقض بينها وازالة الإبهام في الحكم الصادر كما قلنا سابقا، المعتمد عليها في الحكم فقط .

خامسا- الرقابة على الخطأ في الإسناد

يتحقق الخطأ في الإسناد بتوافر شرطين هما :

البند الاول- كون الأدلة المبني عليها الحكم لا مصدر لها في أوراق الدعوى

كأن تستند المحكمة إلى معاينة لم تسفر عما نسب إلى المتهم و لم ترد بالتقرير الطبي ، و تتحقق هذه الصورة كلما استند القاضي لواقعة جوهرية إعتبرها صحيحة ، و هي لا أصل لها في الملف الجزائي ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز بانه:" إذا كانت المحكمة قد ذكرت في حكمها أن أقوال شاهد ما في الجلسة تطابق شهادته في التحقيقات الأولية فإن هذا كله يجب أن يكون له أصله الثابت في الأوراق، واستناد الحكم إلى أن أقوال شهود الإثبات الذين سمعتهم المحكمة في الجلسة لا تغاير أقوالهم الأولى في التحقيقات في حين أن تلك التحقيقات لم تكن تحت نظر المحكمة بسبب فقدها، يجعل الحكم مشوبا بعيب الإستدلال"².

1 - . مسعود زبدية، الاقتناع الشخصي للقاضي، المرجع نفسه، ص 101

2 -فاضل زيدان ،مرجع سابق ، ص 360

و لا يعد الخطأ في الإسناد¹ ، الخطأ الوارد على بيان مصدر الدليل كأن نسب القاضي قول الشاهد إلى تحقيق النيابة في حين هو قد أدلى به في الجلسة، وكذا الخطأ الوارد على ترتيب الوقائع التي رواها الشاهد ما دام لها نفس المؤدى.

البند الثاني- كون الخطأ وارد على أدلة تؤثر في قناعة القاضي²

وهو أن يستند الحكم في ثبوت الواقعة على دليل باطل مخالف للإجراءات القانونية، كأن يستمد الدليل من قبض باطل غير صحيح ، و في هذا قضت الغرفة الجنائية المغربية، بأنه : " إذا بنت المحكمة على أساس إقرار المتهم أمام الدرك و تبين من محضر الدرك ، أن المتهم أنكر التهمة المنسوبة إليه و تمادى في إنكاره في سائر أقوال التحقيق تكون المحكمة قد حرقت التصريحات و بنت حكمها على غير أساس .³

و كخلاصة لهذا الموضوع و بعد عرض عملية الرقابة على سلطة القاضي في تقدير الأدلة نصل إلى نتيجة هامة و هي : دحض القاعدة القضائية القائلة : " لا رقابة على سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة " ⁴ ، و بعد عرض مسألة إثبات عناصر الجريمة الواقعية و القانونية من خلال إسقاط الأسانيد على الوقائع بواسطة تقدير الأدلة و القيود الواردة عليها و ضمان حقوق الدفاع .
وفي حالة ثبوت الإدانة فإن القاضي الجزائي ينتقل إلى مرحلة موائية هي مرحلة التكييف القانوني للوقائع كمرحلة ثانية و التي ستكون عنوانا للفصل الموالي . ، ثم المرحلة الاخيرة وهي تقدير العقوبة .

1 - .فاضل زيدان ،مرجع سابق ، ص 360

2 - .فاضل زيدان ،مرجع سابق ، ص 359

3 - غرفة جنائية مغربية ،قرارها عدد: 840 ، الصادر في : 14/02/1984 ، ملف جنائي رقم: 38496 ، مجلة القضاء و

القانون المغربية ، عدد 26 ، السنة السادسة عشر 1977/07/07 ، ص190

4 - .فاضل زيدان ،مرجع سابق ، ص 366 .

المبحث الثاني

سلطة القاضي الجزائي وصف الجريمة

إن القاضي الجزائي و في صدد ، تطبيقه للنص التجريمي يحكمه مبدأ تبعية القاضي للمشرع¹ ، ما من شأنه منع التدخل في سياسة التجريم ، غير انه في المجال العملي يلاحظ و ان هذا المبدأ ليس مطلقا ، فالقاضي من خلال تطبيقه للقانون على الوقائع المعروضة عليه يملك من السلطة التقديرية ما يجعله في مركز تقييم لارادة المشرع² ، و هذا يثير مسألة هامة هي مسألة صاحب الحق في تكليف الوقائع و القواعد التي تحكم هذا التكليف و مدى صلاحية القاضي في استبعاد النص خدمة للشرعية و هو ما يشكل صعوبات على التكليف ثم ما هي حدود و ضوابط التكليف القانوني و الرقابة عليه .

وعليه سندرس هذا المبحث من خلال ادراج عنصر تمهيدي كمدخل للموضوع وهو دراسة مفهوم تكليف الجرائم ، حيث ناقش فيه مسألة طبيعة التكليف الجزائي وضوابطه ، وهو ما يشكل موضوع (المطلب الاول) ، ثم نبين الفواعد العامة في التكليف الجزائي ، والاعتراضات التي تواجه هذه العملية (المطلب الثاني) ، ثم بعد ذلك أتطرق إلى مسألة الرقابة على التكليف الجزائي من خلال إبراز قنوات الرقابة و حالاتها ثم نطاقها و آثارها (المطلب الثالث) .

01- سليمان بارش، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار المصدي، عين مليلة الجزائر، ط 2006، ص 17.

02- سليمان بارش، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 17

المطلب الاول

مدخل لدراسة مفهوم تكيف الجرائم

نتناول هذا المطلب من خلال إبراز مفهوم التكيف الجزائي بالتعرض للتعريف الفقهي والقضائي و التشريعي مع إبراز موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة ، ثم بعد ذلك نعالج سلطة القاضي الجزائي في التكيف (الفرع الأول) .

ثم أتطرق إلى أهمية التكيف الجزائي من خلال إبراز ضابط التكيف القانوني للجريمة ثم آثار التكيف و أهميته (الفرع الثاني) ، ثم وبعد ذلك نتعرض لأنواع التكيف الجزائي للجرائم من خلال تقسيماته المختلفة سواء من حيث الموضوع أو من حيث المصدر أو من حيث نطاق تطبيقه كما سنبين أسس هذه التقسيمات (الفرع الثالث) .

الفرع الاول

مفهوم التكيف الجزائي

لتعريف هذا العنصر هناك ، تحديد لغوي ، واخر اصطلاحي ، فيعرف التكيف لغة ، انه من المصدر "كيف" ، و كيف الشيء ، أي جعل له كيفية معلومة ، و تكيف الشيء ، صار على كيفية من الكيفيات¹ ، اما اصطلاحا ، عرف الامام ابوزهرة التكيف بانه ، بيان حكم امر غير منصوص على حكمه لامر اخر منصوص على حكمه للاشتراك بينهما في علة الحكم² ، و علة الحكم هي الوصف المعين³ ، فنلاحظ من خلال هذا التعريف ان التكيف قانونا يرتبط ارتباطا وثيقا بالقياس في اصول الفقه ، فما هي العلاقة بين الامرين ؟ .

1- محمود محمد ربه القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، ط 2003، ص. 9.

2- الإمام محمد أبو زهرة أصول الفقه، دار الفكر العربي، ط 1958 نبد 218، ص. 173.

3- أنظر محمود محمد ربه القبلاوي، مرجع سابق، ص9.

و ما يعنينا في هذا العنصر هو التعريف الفقهي (الفقرة الأولى) ، و بعده ننتقل إلى إبراز طبيعة سلطة القاضي الجزائي في التكيف (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى

معنى التكيف الجزائي اصطلاحاً

نتعرض إلى المفهوم الفقهي للتكيف الجزائي (أولاً) ، ثم المعنى التشريعي له (ثانياً) ثم موقف المشرع الجزائري من هذا الأمر (ثالثاً) .

أولاً - التحديد الفقهي لمفهوم التكيف الجزائي

أما عن التحديد الفقهي لمفهوم التكيف الجزائي ، فنتعرض لهذا العنصر من خلال الفقه الفرنسي ثم العربي فإذا نظرنا إلى القوانين الجزائرية فإننا نجد ذكراً لمصطلح التكيف دون تقديم تعريفاً له و مثال ذلك ، ما جاء في نص المادة : 73 من قانون الإجراءات الجزائية و تحت تسمية - الوصف القانوني - لذلك نلتجئ للفقه لاستخلاص التعريف :

البند الأول - في الفقه الفرنسي

في الفقه الفرنسي ، فقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي ، بأن التكيف هو البحث في مدى انطباق النص القانوني المجرم على الواقعة .¹

1- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 11.

البند الثاني - في الفقه العربي

اما الفقه العربي ، فقد عرف الدكتور مأمون سلامة في الفقه المصري التكييف بانه بيان النص القانوني الواجب تطبيقه على الواقعة المبينة بأمر الاحالة او التكييف بالحضور¹ .

ثانيا - مفهوم التكييف تشريعيًا

اما بالنسبة لمفهوم التكييف تشريعيًا ، ففي التشريع الفرنسي ، اذ فبالنظر لنص المادة : 351 من قانون الاجراءات الجزائية نجده ، قد خلا من ايراد تعريف للتكييف القانوني و لكنه ... يحمل رئيس محكمة الجنائيات الالتزام بتوجيه اسئلة متعلقة بكل تكييف قانوني يقدر ان الواقعة المطروحة على المحكمة تحتمله و بهذه الاسئلة تغدو الكيوف الجديدة مطروحة على المحكمة ، و يتعين عليها ان تقول كلمتها فيها و يجوز ان يقرر الحكم اسباغ احدها على الواقعة² .

اما بالنسبة للتكييف القانوني ، في التشريع المصري ، في قانون العقوبات ، فورد تعبير التكييف القانوني تكييف الجريمة في المادة 41 من قانون العقوبات المصري و المتعلقة بالاشتراك بين عدة اشخاص في جريمة واحدة تحت اسم وصف الجريمة ، و هو الاسم القانوني للجريمة ، و الذي هو اعم من التكييف القانوني لها³ ، فالسرقة مثلا هي اسم قانوني فمنها ما يكيف بسرقة من خادم بالاجرة او سرقة بالليل او بالاكره و كل منها ذو تكييف قانوني متميز و لذا ذهب رأي في الفقه المصري الى ان المراد بالتكييف القانوني للجريمة هو منزلتها في التقسيم الثلاثي ، جنائية ، جنحة و مخالفة⁴ ، اما بالنسبة للتكييف القانوني في قانون الاجراءات الجزائية ، فقد استعمال الشارع هذا التعبير - التكييف - في المادة : 308 من قانون الاجراءات الجزائية المصري ، التي تجيز للمحكمة

1- مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية 1992 ج2، ص 158.

2- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 16.

3- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 17 بتصرف.

4- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 17.

ان تغير في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند الى المتهم و يبدو واضحا اختلاف هذا المعنى عن المعنى الذي يقرره قانون العقوبات ، فهو اوسع نطاقا لانه يتضمن تحديد الموضع القانوني للجريمة بكل تفاصيله¹ ، فما هو عليه الحال بالنسبة للتشريع الجزائي الجزائري ؟ .

ثالثا - مفهوم التكييف الجزائي في القانون الجزائري

اما بالنسبة لمصطلح التكييف في قانون الاجراءات الجزائية ، فقد عبر المشرع عن هذا المعنى بتعبير ، وصف الجريمة ، من خلال نص المادة : 73 من قانون الاجراءات الجزائية ، حيث ورد تعبير التكييف تحت تسمية ، وصف الجريمة و الذي كما اشار اليه الدكتور القبلاوي ، ص 17 أعم و أشمل من التكييف القانوني للجريمة فهو يمثل اسمها القانوني و كذلك المادتين : 197 و 198 ، فقد تضمنتا اشارة للتكييف القانوني للجريمة و ليس الاسم القانوني لها - و الذي هو وصف الجريمة

اما بالنسبة للتحديد القضائي لمفهوم التكييف ، فنجد انه تندر الاحكام القضائية التي توضح مفهوم التكييف القانوني ، اغذ يغلب عليها الاكتفاء بذكر القاعدة فقط ، و هي ان التكييف القانوني واجب على المحكمة و نستدل على ذلك بحكم لمحكمة النقض ورد فيه انه ، اذا كانت محكمة الجناح لا يجوز لها البت في غير الوقائع التي طرحت عليها فان لها تقدير هذه الوقائع في علاقتها بجميع النصوص القانونية و ردها الى تكييفها القانوني الصحيح² ، و المحكمة ليست مقيدة بتكييف جهة الاتهام .

وكذا فباستقراء احكام محكمة النقض نجد احكاما قد تصدت لتعريف التكييف القانوني للواقعة ، هذه الاحكام ذهبت الى ان التكييف القانوني للواقعة يعني مجرد ردها الى اصل من نصوص القانون الواجب التطبيق³ ، فما هو الحال عليه في القضاء الجزائي الجزائري ؟

1- محمود نجيب حسني، قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، ط 2، 1977، نبد 101،

ص 248.

2- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق، ص 19.

3- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق، ص 20.

لقد جاء في بعض قرارات المحكمة العليا ، الاشارة للتكييف دون تحديد مفهومه و منها ، اذا تضمن نص المادة : 198 ق ا ج ضرورة تضمن حكم الاحالة بيان الوقائع موضوع الاتهام ووصفها القانوني و الا باطلا فان المشرع اعتبر هذه البيانات من الاجراءات الجوهرية و من النظام العام و رتب جزاء البطلان على مخالفتها ، فاذا كان قرار غرفة الاتهام خاليا من هذه البيانات الجوهرية و اعتمد عليه في

حكم محكمة الجنايات رغم كون منطوقه لا يتضمن اية واقعة و لا أي ظرف مشدد مما جعل الاسئلة المستخلصة من منطوقه غير مؤسسه¹.

الفقرة الثانية

طبيعة سلطة القاضي في التكيف

مما سبق يمكن استخلاص أن سلطة القاضي تنجز وكما ذهب الفقه في : أن لوصف القانون ما هو إلا علاقة بين الأفعال الموجودة في العالم الخارجي من جانب والنص القانوني من جانب آخر.² و دخول الفعل الواقع دائرة الأوصاف الجنائية يسبغ عليه وصف الجريمة وخروجه عنها ينفي هذا الوصف³ ، لا تقتصر عملية التكيف على جهة التحقيق والاتهام فحسب بل تمتد لجهة الحكم وذلك :- أن تكيف جهة التحقيق أو الاتهام ما هو إلا إفصاح عن وجهة نظرها، فهو مؤقت لا نهائي وليس من شأنه منع المحكمة من تعديله متى رأت أن تزد الواقعة بعد تمحيصها على التكيف الذي ترى أنه التكيف القانوني السليم مادام لا يتعدى تصرفها إلى تغيير التهمة ذاتها⁴ ، وجهة الاتهام أو التحقيق لا تفصل في مسؤولية المتهم، فلا يتصور منها أن تستبد بالتكيف النهائي للجريمة ، كما أن قضاء الحكم يحتوي على ضمانات العلانية والشفوية فيعطي له-القاضي- حق التكيف النهائي.

1- قرار للمحكمة العليا رقم 35.802 مؤرخ في 1984/12/04 ، مشار اليه في: المجلة القضائية، للمحكمة

العليا، عدد: 02، سنة 1989، ص 241

2- عبد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية ، مرجع سابق، ص 20.

3- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة سنة 2000 ،

ص 335.

4- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 21.

كما لا تعتبر جهة الحكم أول جهة تتناول بالفحص وصف الأفعال اذ ان الافعال لا تحال اليها مجردة عن وصفها القانوني حسب المادة 198 إ ج والذي تعطيه جهة الاتهام أو التحقيق ، إلا أن قاضي الموضوع حين يتصدى لهذا الوصف فإنه يكون له طبقا للقانون سلطة إبقاءه أو تعديله وفقا لما يترأ له أنه التطبيق السليم لنصوص القانون وسلطة القاضي الجزائي في فحص الوصف القانوني للأفعال ليس حقا له بل واجبا عليه¹ ، وان المقصود بالتكيف القانوني للجريمة هو ردها لفصيلتها: جنائية، جنحة،

مخالفة ، بينما يقصد بالتكليف القانوني للواقعة تحديد موضعها من بين الوقائع التي تشترك في الاسم القانوني الواحد.²

1- .محمد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة ، مرجع سابق، ص. 21.

2. .محمد عبد ربه، محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص. 23.

الفرع الثاني

أهمية التكليف وضوابطه

قبل الخوض في الحديث عن ضابط التكييف القانوني للجرائم ، لابد أن نعرض بصفة وجيزة جدا على تقسيم الجرائم في التشريعات العقابية ، فتقسيم الجرائم في التشريعات العقابية ، يختلف الأساس القانوني الذي تقوم عليه تقسيمات الجرائم من حيث الأساس الذي تقوم عليه هذه التقسيمات، وما يترتب عليه من آثار علمية ، سواء كانت آثار إجرائية : كقواعد الاختصاص ، أو طرق الطعن في الأحكام ، و تقادم الدعوى الجزائية ، أو موضوعية : كالشروع، الاشتراك، العود، رد الاعتبار¹ ، على أن الأمر ليس عليه نفس الحال في التشريع الإسلامي حيث تقسم الجرائم إلى جرائم حدود ، قصاص، دية، تعازير.

فبالنسبة للتقسيم الثلاثي : فما يركز عليه في شأن تقسيم الجرائم هو التقسيم الذي يعتمد على جسامه العقوبة إلى: جنایات، جنح، ومخالفات، وهو التقسيم المعتمد في المادة 27 من قانون العقوبات الجزائري ، وهو التقسيم الأكثر شيوعا في التشريعات العقابية... لذلك يصفه جانب من الفقه بأنه تقسيما رئيسيا².

على أن هناك تقسيما ثلاثيا يعتمد على تصنيف الجرائم إلى جنایات وجنح، أو جنح ومخالفات، كما نجد أيضا تشريعات تقسم الجرائم إلى جنایات ومخالفات كما هو في قانون العقوبات النرويجي³.

كما ان هناك تقسيما مطلقا ، فعلى خلاف الاتجاهين التشريعيين السابقين اللذين سادا في غالبية الأنظمة القانونية، فإننا نجد أن هناك بعض التشريعات لا تشير إلى أي تقسيم للجرائم بحسب

1..محمد عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق ص 25

2. لتوضيح هذه النقطة انظر: جلال ثروك، دروس في قانون العقوبات المصري، القسم العام، مؤسسة الثقافة الجامعية.

سنة 1980، ص 106 ، و .محمد عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 25

3 - أنظر بتفصيل: محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ط 10، 1983 ، ص 45

مامش.01.

جسامتها ، ومن أمثلة التشريعات التي لا تحتوي على أي تقسيم للجرائم بحسب جسامتها القوانين العقابية الاشتراكية الصادرة في بولندا، يوغسلافيا، روسيا، تشيكوسلوفاكيا ورومانيا¹.

وهناك تقسيما اخر ، خاصا ، ولا يتبع هذا التقسيم أي من الاتجاهات السابقة بل يسير في اتجاه مغاير ومن أبرز هذه التشريعات التشريع الانجليزي الذي يتبع تقسيما خاصا به إلى : خيانات:وهي الجرائم الماسة بالتاج البريطاني - جنایات : وهي القتل، الرشوة،....والجنح: وهي الفذف الضرب،

الاتفاق الجزائي² ، و مما تقدم سوف ندرس في هذا الفرع ضابط التكييف القانوني للجريمة (الفقرة الأولى) ، ثم أهمية التكييف الجزائي و آثاره على الجريمة (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى

ضابط التكييف القانوني للجريمة

من خلا ما تقدم ذكره حول تقسيم الجرائم في التشريعات العقابية ، و أسسه ، نتساءل عن المعايير المتبعة في التكييف الجزائي للجريمة في القانون الوضعي ؟ . و ذلك من خلال الآتي

أولاً- معايير التكييف القانوني للجريمة في القانون الوضعي

إن المعيار الذي استند إليه المشرعون في التكييف القانوني للجرائم هو تقسيمها بحسب جسامتها إلى جنایات، وجنح ، ومخالفات ، و يقر غالبية الفقه الجزائي بوضوح، أن نوع ومقدار العقوبة يصلح كمعيار مناسب لتحديد ضابط التكييف القانوني للجرائم، ومن ثمة يبين طبيعة كل منها وفي هذا المعيار يتحدد ضابط التكييف القانوني بين هذه الأنواع الثلاثة من الجرائم³.

1- أنظر بتفصيل: محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ط 10، 1983، ص 45

هامش: 01

2- أنظر: . رؤوف مجيد، المشكلات العملية العامة في الإجراءات الجنائية، ج1، دار الفكر العربي، ط3، سنة 1980،

ص160، 161

3- أنظر في ذلك بتفصيل: - محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية ط3، (بلا

تاريخ) ص 58 ، مشار إليه في مؤلفه : محمد عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص30

لكن الإشكال الذي يطرح هو انه: قد يحكم في نوع معين من الجرائم بعقوبة مقررّة لنوع آخر منها، فما هي العبرة في تحديد معيار التكييف هل بالعقوبة التشريعية أم القضائية ؟ .

أجاب الفقه عن هذا بقوله : ان العبرة بتكييف الواقعة في القانون الموضوعي أي طبقاً للعقوبة القانونية دون العقوبة المحكوم بها، أما الظروف فلا تؤثر على تكييف الجريمة ولو حكم القاضي في جنایة بعقوبة الجنحة¹ ، أما موقف القضاء من هذا الأمر ، فقد اعتدت محكمة النقض الفرنسية بالحد الأقصى المقرر للجريمة الجنایة ، بصرف النظر عما يحكم بها القاضي² ، وقضت محكمة النقض

المصرية ، أن العبرة بالتكييف الذي اعتمده الحكم عند تعديل تكييف الجريمة بمعرفة قضاء الحكم في نطاق المادة 308 من ق إ.ج. المصري³ ، فما هو موقف القضاء الجزائري عندنا ؟ .

إن ضابط التكييف أو معياره لا يتحدد بجسامة الجريمة فقط كما هو الأمر بالنسبة للقضاء الفرنسي والمصري، فالحال عندنا أن التكييف يتحدد بثلاث معايير أو ضوابط هي:

البند الأول - تبعا لوحدة أو تعدد الوقائع والنصوص

فبالنسبة لوحدة الواقعة ووحدة النص: لا يمكن وصف الفعل الواحد بجنحة السرقة والاشتراك فيها ومؤاخذة المتهم عن الوصفين معا في نفس القرار وإلا ترتب على ذلك النقض⁴ ، وتطبيقا لذلك قضى بأنه متى كان من الثابت أن المتهم استفاد بأمر نهائي بأن لا وجه للمتابعة فيما يخص استعمال سلاح

1 . محمد علي سويلم، التكييف في المواد الجنائية (دراسات تحليلية، تأصيلية وتطبيقية مقارنة بأراء الفقه، وأحدث

أحكام محكمة النقض ، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية ط، 2005، ص 320.

2- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 322.

3 . محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 323

4 . قرار رقم: 665، 36 في 1984/12/25، القسم الأول، حرفة جنائية ثانية، مجلة قضائية للمحكمة العليا، عدد (02)

سنة 1989، ص 312.

أبيض واثناء اعتدائه على الضحية لا يسوغ بعد ذلك إعادة تكييف الواقعة نفسها بالجرح العمد بسلاح أبيض وإدانته طبقا للمادة 266 من قانون العقوبات وإلا ترتب على ذلك النقض لخرق مبدأ حجية الشيء المقضي به.¹

اما بالنسبة لوحدة الواقعة وتعدد النصوص القانونية : فإذا كان الفعل الواحد يحتمل عدة أوصاف تعين على قضاة الموضوع تكييفه بالوصف الأشد طبقا لمقتضيات المادة 32 من قانون العقوبات وإلا ترتب على ذلك النقض كالقرار الذي كيف نفس الواقعة بوصفين مختلفين.²

اما بالنسبة لتعدد الوقائع والنصوص القانونية معا : فإذا كان من اللازم إعطاء الفعل الواحد

الوصف الأشد وفقا للمادة 32 من قانون العقوبات فإن الأمر بخلاف ذلك إذا تعددت الوقائع وكانت كل واحدة مستقلة عن الأخرى، ففي هذه الحالة يعطى لكل واقعة وصفها القانوني ويمكن إحالتها إلى نفس الجهة القضائية والحكم فيها بعقوبة واحدة سالبة للحرية على شرط أن لا تتجاوز مدتها الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجريمة الأشد .³

وتطبيقا لهذا المبدأ قضى بأنه إذا تعددت الوقائع وكانت كل واحدة منها تكون جريمة مستقلة بذاتها وحصلت متابعتها معا أمام جهة قضائية واحدة طبقا لمقتضيات المادة 34 من قانون إج غير أن هذه الجهة فصلت في إحداها وسهت عن الفصل في الأخرى فإن ذلك لا يمنع من رفع الدعوى مرة ثانية عن الوقائع التي وقع السهو عن الحكم فيها .⁴

1. قرار في: 1988/01/05، القسم الأول، معرفة جنائية (02)، طعن رقم 591، 44، مجلة قضائية للمحكمة العليا

محدد (03) سنة 1990، عن قسم المستندات والنشر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص. 284.

2. قرار صادر في: 1981/06/11، للمعرفة الجنائية الثانية، مشار إليه في: جيلالي بغدادي، الإجتهاد القضائي في

المواد الجنائية، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للإتصال والنشر والإشهار، وحدة الطباعة بالروبية، الجزائر

ط1986، ص 237

3. قرار مؤرخ في 1986/12/16 رقم: 352، CD مصدر سابق

4. قرار 787، 40 في: 1986/12/30، CD، وأنظر قرار رقم: 741، 35 في: 17 يناير 1986، CD.

البند الثاني - تبعا لجسامة الجريمة

تنص المادة 27 من قانون العقوبات كما أشرنا لذلك أن المشرع الجزائري اعتمد تقسيما ثلاثيا للجرائم، كما أنه ونظرا للمادة 5 من قانون العقوبات نجد أنها قسمت الجرائم بحسب مقدار ما قرر لها من عقوبة، فعقوبة الجنايات هي الإعدام، السجن المؤبد، السجن المؤقت (من 5-20 سنة) وعقوبة الجنحة هي الحبس من 2 شهرين إلى 5 سنوات والغرامة الأكثر من 2000 دج، وأما عقوبة المخالفة فهي الحبس من يوم إلى شهرين والغرامة الأقل من 2000 دج.

فيستفاد من هذين النصين أن العبرة في وصف الجريمة بجناية أو جنحة أو مخالفة هي بنوع العقوبة المقررة قانونا للجريمة بحيث إذا كانت هذه العقوبة من عقوبات الجناية صنفتم الجريمة جنائية¹ ، وقد قضى أيضا في هذا الشأن بأنه يترتب على هذه القاعدة أن نوع الجريمة لا يتغير إذا استبدلت العقوبة الأصلية المقررة قانونا للجناية بعقوبة أخرى أخف منها نتيجة ثبوت ظروف مخففة لصالح المتهم طبقا للمادة 53 من قانون العقوبات² ، ويتضح مما تقدم أن القضاء الجزائري حدد ضابط التكيف بـ: معيارين ، بدل معيار واحد، وهي تعدد الوقائع والنصوص ، كما يحدد ضابط التكيف بجسامة الجريمة أو مقدار العقوبة.

الفقرة الثانية

أهمية التكيف أو آثاره على الجريمة

إن ثبوت الواقعة لا يكفي للحكم بالإدانة ما لم تكن الواقعة مجرمة قانونا لذا يعتبر التكيف وسيلة القاضي في إنزال القانون من عليائه المجرد وسحبه ليطبق على الواقعة فيلتقي الواقع بالقانون.³

1. قرار رقم 303، 12 في: 1975/06/17 ، وأنظر كذلك: قرار رقم: 863، 17 في: 1978/12/16، CD

وأنظر كذلك: قرار رقم 317، 18 في: 06/فبراير/1979، CD.

2. قرار رقم: 903، 34 في: 1983/10/04، CD.

3. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي،

ط، 1982، ص 09. ، محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 3725

وتبدوا أهمية التكيف: من خلال ما يترتب من آثار بعضها يرتبط بأثر الوقائع والظروف من تكيف الجريمة وبعضها الآخر يرتبط بالقواعد الموضوعية والإجرائية ، وسنكتفي في مجال هذه الدراسة إلى الإشارة بإيجاز إلى هذا العنصر على غرار ما يتبعه من مطالب أخرى، فهو أعم من أن تستوعبه مباحث ومطالب، فقد يكون موضوعا لدراسات مستقلة و نكتفي هنا بالإشارة للتكيف الجزائي في إطار القواعد الموضوعية (أولا) ، ثم في إطار القواعد الإجرائية (ثانيا) .

أولا- في إطار القواعد الموضوعية

من اثار التكييف ، ان لا يسري قانون العقوبات على الجرائم التي تقع في الخارج طبقا لمبدأ الشخصية الإيجابية إلا إذا كانت الجريمة جنائية أو جنحة طبقا للقانون الداخلي للدولة¹ ، كما ان الشروع غير معاقب عليه في المخالفات ويعاقب عليه مطلقا في الجنائيات وشرط وجود نص في الجرح (مادة 30-31 من قانون العقوبات) ، و الأصل أن الاشتراك معاقب عليه في الجنائيات والجرح دون المخالفات ، و تختلف مدة تقادم العقوبة المحكوم بها حسب نوع الجريمة، ونوع الجريمة يحدد مدة تقادم الدعوى العمومية (المواد 7-8-9 من قانون إج) ، وتطبق أحكام العود على الجنائيات والجرح دون المخالفات ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك ، و يحدد التكييف نوع الجريمة ، فإذا كانت الواقعة المرتكبة هي تملك مال الغير بغير سند فإن تكييفها القانوني يعني إظهار العلاقة التي تجمع هذه الواقعة بقواعد القانون: فهي سرقة أم نصب أم خيانة أمانة أم غش مدني² ، ومن هنا تتضح أهمية التكييف في تحديد ورسم الحد الفاصل بين جرائم الأموال .³

ثانيا- في إطار القواعد الإجرائية

في اطار القواعد الاجرائية للتكييف القانوني للجريمة أهمية في: تحديد الاختصاص⁴ ، اذ يترتب

1 . محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 25

2 . محمد عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 69

3 - محمد عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص، 69

4 . قرارين للمحكمة العليا ، قرص مخطوط نوع CD ، اصدار ثالث، مصدر سابق. 1- رقم: 303، 12 مؤرخ

في 17/06/1975 ، 2 - وقرار رقم 636، 24 مؤرخ في 19/فبراير/1981،

على هذا التقسيم أيضا أن الجريمة الموصوفة قانونا بأنها جنائية تختص بالمحاكمة فيها محكمة الجنائيات، ما لم ينص القانون صراحة على خلاف ذلك، لذلك يعتبر مخالفا للقانون ويستوجب النقض قرار غرفة الاستئنافات الجزائية الفاصلة في جنائية اختلاس الأموال العمومية وهذا ما قضت به المحكمة العليا في شان تحديد الاختصاص طبقا لوصف الجريمة ، كما تكمن أهمية التكييف في تسبب الأحكام الجنائية: التكييف دائما يكون سابقا على التسبب بالتالي فصحة التكييف القانوني للواقعة من خطأه لا يتحقق إلا من خلال بيان الأسباب القانونية للحكم الجنائي ، فإذا لم يسبب القاضي حكمه تسببا كافيا مبينا فيه منهجه القضائي للتكييف القانوني فإن ذلك يؤدي إلى تعجيز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة¹ ، وإذا كان التكييف القانوني نشاط قضائي ذهني إلا أنه متجسد في الأسباب التي يبني عليها الحكم القضائي.²

و للتكييف أهمية بالنسبة لأطراف الدعوى الجزائية :

فبالنسبة للقاضي، القاضي ملزم بالحكم في النزاع المعروض عليه وفي سبيل ذلك ابتكر الفكر القانوني " مفتاح قانوني" هو التكييف، والتكييف يتطلب قيام شرطين ، فالشرط الأول ، يتمثل في الواقعة المجردة التي لها خصائص معينة والتي يرتب عليها القانون أثراً معيناً، وهذا الشرط هو من عمل المشرع الذي مجرد إضفاءه تكييفاً على واقعة ما، فإنه ينشأ هذا النوع من التكييف³ ، أما الشرط الثاني: أن يكشف القاضي بأن الواقعة المعروضة عليه لها خصائص الواقعة المجردة التي أضفى عليها المشرع تكييفاً معيناً، فيكون دوره في هذا الشأن كاشف محض لأنه يتمثل في أن الخصائص التي يتطلبها المشرع في الواقعة المجردة قد توفرت في الواقعة المعروضة عليه.⁴

أما بالنسبة للمتهم: فمن مصلحة المتهم أن تكيف الجريمة بالتكييف الأخف والذي من شأنه أن يخفف عنه العقوبة ويستفيد من مدة أقصر لتقادم الدعوى والعقوبة إن قضى بها، كما أن من مصلحة المتهم أن

1 . محمد محمود إبراهيم، مرجع سابق، ص 43

2 .. محمد محمود إبراهيم، مرجع سابق، ص 114

3 - محمد عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 78 بتصرف قليل.

4 . أحمد فتحي سرور، النقص في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 211

تعتبر الواقعة مجرد إتفاق جنائي دون أي تكييف آخر إذا كان، هو المبلغ* ، كما من مصلحة المتهم، ان تكيف الواقعة على أنها إحدى الوقائع -الجرائم- التي يتطلب لها القانون شكوى أو طلب إن لم يقدم أي منهما دون أي تكييف آخر تكون المحكمة قد أخطأت في تطبيقه على الواقعة ولو كان التكييف الجديد يحمل عقوبة أشد كأن يكيف اختلاس الإبن لمال أبيه بالسرقة لا بانتهاك حرمة منزل، ذلك أن السرقة طبقاً للمواد: 350، 368، 377 من قانون العقوبات يتوقف تحريك الدعوى فيها على الشكوى كقيد عليها¹

أما بالنسبة للمجني عليه: فمن الناحية النظرية البحتة ، يبدو من مصلحة المجني عليه أن تكيف الواقعة بالوصف الأشد ، فهل هذه القاعدة عامة بالنسبة للإدعاء المباشر- الذي لا يجوز في الجنايات - ؟ ، وماذا بشأن التجنيح الشرعي للجرائم و مساوئه على مصلحة الخصوم ؟

هذا الأمر ليس على إطلاقه فقد تكون مصلحة المضرور (المجني عليه) أحيانا في أن تكيف بالجنحة أو المخالفة بدل الجناية حتى يقبل إدعائه المباشر دون أن يمر على التحقيق الذي هو وجوبي في الجنايات مادة 66 من قانون العقوبات وكذلك الأمر فيما يخص مسألة التجنيح التشريعي والقضائي فالأمر مختلف عن القاعدة العامة².

* - حتى يستفيد من محذر مانع للعقوبات طبقا للمادة 92 من قانون العقوبات

1. غير أن هذا يثير إشكالية: قيام الرابطة الزوجية من عدمه، وأثر ذلك على تحريك الدعوى العمومية / طبقا للمادة 377 من قانون العقوبات، والتي تضع قيد لتحريك الدعوى، على إحدى الأفعال التي تدخل في إحدى حالات المادة 368 من قانون العقوبات، وهذه الحالة هي: سرقة إحدى الزوجين للآخر؟ - جاء إجتهاذ المحكمة العليا في هذا الشأن صريح ليوضح بموجبه قرارها رقم: رقم: 11، 7561، في: 11/20/1995، CD : "بأنه في حالة انحلالات الرابطة الزوجية، لا يعفى المتهم من العقوبة
2. وهذا يثير إشكال حول ما إذا كانت هذه القاعدة عامة من أنه من مصلحة تكييف الواقعة بالجنحة، بدل الجناية، حتى يقبل إدعاء المباشرة؟ فيكون بذلك التجنيح سواء في شكله القضائي أو التشريعي ذا فائدة في مصلحة المجني عليه أي إيجابي في شأنه، وعلى العكس من ذلك إذ يكون سلب في مصلحة المتهم.

الفرع الثالث

أنواع التكيف

لقد اتجه الفقه الفرنسي بداية إلى التفرقة بين عدة صور للتكييف¹، فيمكن تقسيم التكيف الجزائي من حيث موضوعه إلى تكيف للواقعة و تكيف لجريمة و نتسائل هنا عن موقف الفقه و التشريع الإسلامي (الفقرة الأولى) ، كما يمكن تقسيم التكيف الجزائي من حيث مصدره الى تكيف تشريعي و آخر قضائي ، و في هذا الإطار سنتطرق إلى مسألة مهمة جدا تواجه عمل القاضي الجزائي و هو ما يسمى بنظرية تحول الجريمة كما سنفرق بين هذين النوعين من التكيف الجزائي (الفقرة الثانية)

أما من حيث نطاق تطبيقه فإن التكيف الجزائي ينقسم إلى تكيف سلبى و آخر إيجابى و في هذا الإطار سنبين أساس التفرقة بين هذين النوعين من التكيف الجزائي (الفقرة الثالثة)

الفقرة الاولى

تقسيم التكيف من حيث موضوعه

ينقسم التكيف تبعاً لهذا المعيار إلى : **تكيف الواقعة** ، ويعني تحديد النص الواجب التطبيق على الفعل² . من بين الأفعال التي تشترك في نفس الاسم القانوني الواحد ، **وتكيف للجريمة** ، ونعني به تصنيف الجريمة في إطار التقسيم الثلاثي للجرائم³ .

وتطبيقاً لذلك فإنهاق روح انسان حي عمدا يعتبر قتلا ويستوجب عقوبة السجن المؤبد، فواقعة إزهاق الروح تكيف قتلا والقتل العمد المعاقب عليه بالسجن المؤبد أو الإعدام يكيف بجناية ، فأساس التفرقة بين النوعين من التكيف: يعتمد وصف الواقعة بالاعتماد على عنصرين⁴ :

1 ..محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 16

2 ..محمود عبد ربه، محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 45

3 ..محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 17

4 ..محمد علي سويلم، نفس المرجع، ص 18

اولا إعطاءها-الجريمة- إسما خاصا (سرقة، نصب،...) ، وثانيا تحديد أركانها المتميزة ، وأحيانا يحدد وصف الواقعة ببعض الظروف المشددة كالإغتيال الذي يشترط لإطلاقه على واقعة ما إقترانها بظرف سبق الإصرار والترصد وهو الصفة الخاصة للجريمة ، بينما نجد أنه و كما أشرنا سابقا، فتكليف الجريمة يخضع لمعيار مقدار العقوبة وعندنا يخضع تكليف الجريمة لمعيار تعدد الوقائع، والصور، ومقدار العقوبة.

فهل الأمر نفسه في الفقه و التشريع الإسلامي ؟

ينقسم التكيف من حيث موضوعه في الفقه الإسلامي إلى تكيف الواقعة، وتكليف جريمة فالفعل المزهق أي القاتل للنفس يعتبر قتلا، ويؤدي لتوقيع عقوبة القصاص أو الدية ومن ثمة فالجريمة المعاقب عليها بمثل هذه العقوبة تعتبر من جرائم القصاص¹ ، فالقتل يعتبر تكيف للواقعة، ووصف القصاص، أو الدية هو تكيف للجريمة.

الفقرة الثانية

تقسيم التكيف من حيث مصدره

من حيث السلطة التي يصدر عنها ينقسم التكيف إلى التكيف التشريعي (أولا) ، ثم التكيف القضائي (ثانيا) ، ثم نتطرق إلى التفرقة بين النوعين من التكيف (ثالثا) .

أولا- التكيف التشريعي

وهو أن يضفي المشرع وصف الجريمة على واقعة ما بأن يحدد خصائصها وعقوبتها بالاستناد لنص تشريعي معين، كأن تكيف السرقة بأنها اختلاس منقول مملوك للغير، وهذا هو الشق الأول للتكيف التشريعي ، أما الشق الثاني له فهو الذي ينصب على تحديد نوع الجريمة بأنها جنائية، جنحة، مخالفة ، وتطبيقا لذلك نجد المشرع يستعمل أحيانا لفظ "يكيف أو يوصف" كما نص عليه في المادة 32 من ق ع : يوصف الفعل الواحد عند التعدد بالوصف الأشد .

1 . . محمود عبد ربه، محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 49

وفي الغالب يورد تعريف الجريمة وتحديد اسمها دون استخدام فعل يكيف أو يوصف كما جاء في المادة 35، 288، 121 من قانون العقوبات، ..

ثانيا- التكيف القضائي

يشمل الفصل في التكيف القانوني لكل من الواقعة والجريمة من خلال المطابقة، فالمطابقة هي حكم على الفعل الصادر عن الجاني بأنه يطابق النموذج القانوني للجريمة ، ولإجراء التكيف

القضائي بمعرفة القاضي للواقعة يقوم بعملين: ¹

في المرحلة الأولى ، يحدد النموذج القانوني للجريمة الذي تجري المطابقة معه من أركان وشروط مفترضة وشروط خاصة كما حددها القانون.

اما في المرحلة الثانية ، يفحص الحالة الواقعية المطروحة أمامه ليقف على مكوناتها وأركانها فإذا وقعت المطابقة بين الواقعة المطروحة على القاضي والواقعة المجردة النموذجية أثبت القاضي قيام الجريمة أما إذا تخلفت المطابقة لغياب عنصر أو شرط مفترض فلا تقوم الجريمة، وإذا نتج عن هذا التخلف توفر نموذج قانوني لجريمة أخرى فيبحث القاضي في شأن مطابقة الفعل لها" ما يطلق عليه

1 . أنظر في ذلك: عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، 1983، ص 47، 48.

بتحول الجريمة* ، وعلى القاضي أن يشير في حكمه لنوعي التكييف .¹

* - فما مدى تطبيق القضاء الجزائري لهذه المسألة. تحول الجريمة - ؟ ، إذا كانت القاعدة هي (عدم تفيد محضمة

الموضوع) ، بالتكييف المرفوعة به الدعوى، بل من واجبها أن تخلص الواقعة المطروحة عليها بجميع كيوها، وأوطها، وأن تطبق عليها، القانون تطبيقا صحيحا، إلا أنه ترد إستثناءات على هذه القاعدة تتعلق به: . عدم إمكانية وصف الفعل الواحد بوصفين في نفس القرار، بل يوصف بالفعل الأشد . وتطبيقا لذلك قضى بأنه: " إذا إستفاد المتهم بأمر نهائي بأن لا وجه للمتابعة، فيما ينص إستعمال سلاح أبيض، وأثناء إعتدائه على الضحية، فإنه من بعد ذلك إعادة تكييف الواقعة بالجرح العمد بالسلاح أبيض وإدانتها طبقا للمادة: 266 من قانون العقوبات، وإلا ترتب على ذلك النقص لخرق مبدأ حجية الشيء المقضي به " ولقد أشرنا لهذا الإجتهد للمحكمة العليا فيما يخص مسألة: "تحديد معيار التكييف" : -قرار: رقم 591، 44 مؤرخ في 05 يناير 1988 . كما قضى أيضا بأنه: " إذا رفعت الدعوى ضد شخص معين، عن ذات الواقعة بوصف معين، وصدر فيما حكم نهائي بالبراءة، فلا يجوز من بعد ذلك متابعة نفس الشخص مرة أخرى عن ذات الواقعة بوصف آخر مختلف عن الأول مالم تكن البراءة قد صدرت بصفة تحير قانونية

طبقاً لمقتضات المادة 311، 2 من قانون الإجراءات الجزائية". انظر : قرار للمحكمة العليا رقم: 994، 14 مؤرخ في 10/05/1977 / ، و القرار رقم: 186، 22 مؤرخ في 19/05/1989 ، إذا فمن خلال هذه الاجتهادات للمحكمة العليا في إطار مراقبتها لتطبيق القانون، نلاحظ أنه لا مجال لإعمال نظرية تحول الجريمة التي يوردها الفقه]. هذا عن موقفه القضاء الجزائري . فما هو موقفه القضاء الفرنسي من هذه المسألة؟ ، مبدئياً فإن قسوة العقوبات في ظل قانون: 1810، وعدم سماحه للملحقين بمحكمة الجنايات، باللجوء إلى مبدأ تفريد العقوبة باستعمال ظروف التخفيف في قضايا خير خطيرة، جعل الملحقين (...) مضطرين للنطق ببراءة المتهمين رغم ثبوت الوقائع. أي أن الوقائع لا تنطوي على وصف نموذج الجناية ، وهو ما جعل النيابة تعاود متابعة نفس المتهمين من أجل نفس الوقائع، ولكن بأوصاف جنحية. خرقاً لمبدأ عدم جواز المتابعة من أجل نفس الوقائع مرتين ولو كان ذلك تحت أوصاف جزائية مختلفة، وهي الطريقة التي أداها محكمة النقض الفرنسية ، [وبهذا فإن قانون 1810 لقانون العقوبات هو الذي أدى لوجود وخلق نظرية تحول الجريمة التي أشار لها الفقه. من خلال التطبيق القضائي]، وأمام هذه الوضعية جاء قانون 1824/06/25 ليعدل مبدأ إفادة المتهمين من ظروف التخفيف ويمكن إعتبار ق 1810 هو أول بداية لظهور التجنيد القضائي وهذا يثير إشكال: فهل يعتبر مفهوم التجنيد هو أساس والمبرر القانوني لوجود نظرية تحول الجريمة؟ خاصة إذا كان له طابع تشريعي محض..؟ أنظر في كل ما سبق إيضاحه حول موقف القضاء موقفه التشريعي الفرنسي بتفصيل :. شرفي محمد، التجنيد القضائي في القضاء الجزائري المقارن، ماجستير في القانون الجنائي، والعلوم الجنائية بن مكنون، سنة 2001/2000، ص 208 و بعدها.

1 - محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق، ص 56.

ثانيا - التفرقة بين النوعين من التكييف

يخضع التكييف القضائي لرقابة محكمة النقض باعتباره من مسائل القانون وكذا الأمر بالنسبة للتكييف التشريعي ، ويستنتج ذلك من خلال اوجه الطعن بالنقض الذي يرد على الحكم لوقوع خطأ* في تطبيق القانون ، و تتحدد قواعد الاختصاص والتقدم للدعوى العمومية على أساس التكييف التشريعي بينما تتحدد حجية الشيء المحكوم فيه على أساس التكييف القضائي ، و في التكييف التشريعي الأداة المكيفة هي التشريع ، بينما في الأخرى -التكييف القضائي ، و هي وسيلة إجرائية تظهر في صورة الحكم القضائي¹ ، و يتناول التكييف التشريعي مسائل قانونية قد تكون إجرائية ومعظمها موضوعية تتناول وصف حالة أو شخص، أو إعطاء مفهوم قانوني للشيء² ، بينما يتناول التكييف القضائي -كما قلنا- الواقعة أو الجريمة المسندة للمتهم.

هذا و ان للتكييف علاقة التكييف التشريعي بالقضائي ، فعندما يقوم المشرع بتكييف بعض المسائل فإنه يتجاوز نطاق الوظيفة التشريعية ويدخل في لب وجوهر الوظيفة القضائية، إذ أن التكييف عمل قانوني من أعمال القضاء ... لأن المشرع يملك تعديل أو إلغاء التشريع وفقا للضوابط القانونية ويتفادى مشكلة القصور التشريعي³ .

ثالثا - تقسيم التكييف من حيث نطاق تطبيقه

فقد يتعلق التكييف بالموضوع ، و يعني ذلك أن واقعة ما أساس الجريمة يعتبرها القانون جنائية، جنحة ، مخالفة بصرف النظر عن شخص فاعلها ، وبصورة عكسية لهذا ، أن الجريمة تفقد وصف

* - لكن يعارض ، محمد علي سويلم مسألة خضوع التكييف للرقابة بالقول: بان التكييف التشريعي يفلت من الرقابة

القضائية...انظر في ذلك، المرجع السابق لنفس الدكتور ، ص:31

1 - محمد عبد ربه محمود القبلاوي ، مرجع سابق: ص:60

2- محمد محمود إبراهيم، مرجع سابق، ص:126 و127

3 . محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني، بتصرف، مرجع سابق، ص 132

او عدم المشروعية بالنسبة للكافة فنكون بصدد تكييف سلبي عيني¹ .

اما اذا كان التكييف متعلقا بالشخص ، فيقصد به أن نفس الواقعة قد لا تكون مجرمة إذا ارتكبت من مجنون أو غير مميز ولا يسري هذا الظرف الشخصي على الغير من الشركاء، وبذلك نكون بصدد تكييف سلبي بالنسبة لشخص معين ، وتكييف ايجابي بالنسبة للآخرين .
فما هو أساس التفرقة بين النوعين من التكييف ؟ .

يترتب على التفرقة بين النوعين من التكييف وجود تفرقة بين الظروف المادية الموضوعية التي ترتبط بالواقعة مجردة عن شخص فاعلها، والظروف الشخصية التي يقتصر تأثيرها على إذ ناب الفاعل ، ومن ثم نكون في الأولى بصدد تكييف عيني يسري بدون تفرقة على كل المساهمين في الجريمة، أما في الثانية فنكون بصدد تكييف شخصي يقتصر أثره على من توافر لديه الظرف² ،

هذا وقد اتجه بعض الفقه إلى إطلاق اصطلاح التكييف الإيجابي على التكييف الخاص بالموضوع معرفا إياه "بأنه اعتبار واقعة ما جريمة" في حين عرف التكييف السلبي "بأنه إخراج الواقعة من نطاق التجريم³ ، في حالة التكييف السلبي الشخصي تنقيد النيابة العامة ببعض القيود⁴ .

1 . محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 32.

2 . محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 32.

3 . محمود عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 63.

4 . أنظر في ذلك: محمود عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 64 و محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 33.

المطلب الثاني

قواعد التكييف الجزائي

نتعرض في هذا العنصر إلى ثلاث قواعد أساسية هي: الالتزام بتكييف واقعة الدعوى و حرية المحكمة حياله فنبرز في هذا الإطار مدى سلطة المحكمة الجنائية في التكييف القانوني للواقعة و دور القاضي الجزائي فيه ثم ماهي سلطة المحكمة في تعديل الوصف الجزائي للواقعة ثم نتعرض لسلطة المحكمة الاستئنافية في تعديل التكييف الجزائي و ضوابطه و الاستثناءات الواردة على رقابة المحكمة الاستئنافية في التكييف الجزائي (الفرع الأول) .

ثم نتعرض لمسألة حقوق الدفاع إزاء التكييف الجزائي و ما تثيره من قواعد لصالح المتهم (الفرع الثاني) ، ثم نتطرق إلى الاعتراضات التي تواجه عملية التكييف الجزائي (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

الإلتزام بتكييف واقعة

الدعوى وحرية المحكمة حياله

قبل تحديد مدى سلطة المحكمة في التكييف نتعرض لعلاقة الوصف القانوني (التكييف) بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، فإن التكييف القانوني هو التجسيد الأمثل لمبدأ الشرعية حيث لا جريمة بغير قانون و يعتبر مبدأ الشرعية ضماناً للحرية الفردية فلا يكون هناك مساس بها دون نص يحدد حالات ذلك

و عليه سيكون تقسيم هذا الفرع كما يلي : مدى سلطة المحكمة الجزائية في التكييف القانوني للواقعة و هو ما سنفصله من خلال واجب المحكمة الجزائية في التكييف و دور القاضي فيه ثم نطاق واجب المحكمة في التكييف مدى سلطتها في تعديل الوصف الجزائي (الفقرة الأولى) وسلطة المحكمة الاستئنافية في تعديل التكييف الجزائي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى

مدى سلطة المحكمة

الجنائية في التكييف القانوني للواقعة

قبل التعرض لمدى سلطة المحكمة في التكييف القانوني للواقعة نتعرض أولاً لـ : واجب المحكمة الجزائية في التكييف القانوني للواقعة و دور القاضي فيه (أولاً) ، ثم نطاق واجب المحكمة الجزائية فيه (ثانياً) ، ثم مدى سلطتها في تعديل الوصف الجزائي للواقعة (ثالثاً) ، ثم شروط واجب المحكمة الجزائية في التكييف (رابعاً) ، ثم القيود الواردة على التكييف (خامساً) .

اولا - واجب المحكمة الجنائية في التكييف القانوني للواقعة ودور القاضي الجنائي فيه

فمجرد دخول الواقعة داخل حوزة المحكمة الجنائية فعلى القاضي الجزائي ايجاد وصف قانوني للأفعال المنسوبة إلى المتهم، فإذا أدانت محكمة الموضوع المتهم دون أن تحدد النص القانوني الواجب التطبيق على التهمة المنسوبة اليه فإن حكمها يعتبر معيبا، لكونها قد أدانت المتهم عن أفعال مجردة عن وصفها القانوني¹ كما تتجلى أهمية التكييف في الكشف عن النظام القانوني الذي تخضع له الجريمة... ليس فحسب فيما يتعلق بنوع الجريمة جنائية، جنحة ، ... بل بماهية العدوان الواقع فيها، قتل، سرقة، تزوير، وكذلك بطبيعة الجريمة، عادية، سياسية، عسكرية² ، وفي التشريع المصري تنص المادة 308 من ق إ ج المصري "على أن للمحكمة أن تعدل في حكمها الوصف القانوني للوصف المسند للمتهم ولها تعديل التهمة، وذلك بإضافة بعض الظروف ولو كانت لم تذكر بأمر الإحالة، وفي التشريع الفرنسي جاء في المادة 351 من ق إ ج الفرنسي "انه إذا تبين أن الفعل الذي دخل حوزة المحكمة يتضمن تكييفاً

1 . عبد الحميد الشواربي ، سلطة المحكمة الجنائية في تكييفه وتعديل وتغيير وصفه الإتهام في الفقه والقضاء، منشأة

المعارف الأسكندرية 1989، ص 22، 21.

2 . سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، ط/2000، ص 366

مختلفا فإنه ينبغي على الرئيس أن يوجه به سؤالا احتياطيا أو أكثر إلى المحلفين يتضمن التكييف الذي تراه المحكمة منطقيا على الأفعال المسندة للمتهم ولو كان مختلفا عما جاء بوثيقة الإتهام¹ ، فما هو موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة؟. ففي الواقع لا نجد نص يلزم المشرع بالتكييف ، أما موقف الفقه والقضاء من هذه المسألة ، فالمبدأ السائد فقها وقضاء- رغم عدم وجود نص قانوني- أن محكمة الموضوع لا تنقيد بالوصف القانوني المسبغ على الفعل المنسند الى المتهم بل من واجبها أن تمحص الواقعة المطروحة بجميع كيوفها وأوصافها، وأن تطبق عليها نصوص القانون تطبيقا صحيحا².

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا بانه " إذا كانت جهات الحكم مقيدة بالوقائع المحالة إليها بموجب ورقة التكيلف بالحضور، أو بموجب أمر، أو قرار بالإحالة، ولا يجوز لها أن تفصل في واقعة أخرى غير التي عرضت عليها... بل أنه من الواجب عليها أن تعطي للوقائع وصفها القانوني الصحيح على شرط أن تغل قضاءها تعليلا كافيا³ ، أساس واجب المحكمة الجزائية في التكييف القانوني للواقعة: إن مصدر واجب المحكمة بالتكييف القانوني السليم لواقعة الدعوى المعروضة عليها هو مبدأ شرعية

الجرائم والعقوبات وبالتالي فإن هذا الإلزام له طبيعة دستورية.

ثانيا - نطاق واجب المحكمة في التكييف القانوني للواقعة

يتحدد نطاق واجب المحكمة الجنائية في اسباغ التكييف القانوني السليم للواقعة بواسطة أربعة أمور هي: عدم تقيد المحكمة الجنائية بالتكييف القانوني الموقوف به الدعوى: سواء في أمر الإحالة أو التكييف بالحضور من النيابة فإذا كانت مقيدة بالوقائع فهي غير مقيدة بوصفها، كما أشرنا لهذا أعلاه ويترتب عن هذا استبعاد تكييف النيابة، وجهة التحقيق كقيد إلزامي على المحكمة الأخذ به ، وسبب ذلك أن تكييف جهة الإتهام أو التحقيق ليس نهائيا فهو لا يفصل في مسؤولية المتهم وما هو إلا إفصاح عن وجهة نظرها فلا يكسب المتهم حقا ، و عدم تقيد المحكمة الجزائية بالتكييف الذي يسبغه المدعي

1 . . محمود محمد عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 150 .

2 . . محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 165.

3 . . قرار: 693، 9 في 16/04/1974 / . وقرار: 085، 25 في 29/04/1982 . أنظر: بغدادي جيلالي، الإجتعاد

القضائي، في المواد الجزائية 12 ، ص 242. / بـ) - قرص مضغوط، CD، إصدار الإجتعاد الفرقة الجنائية

بالحقوق المدنية على الواقعة في حالة رفع الدعوى المباشرة - الإدعاء المباشر-¹ ، و إن التكييف الذي يسبغه المحامي على دعواه في صدد تمثيل موكله، فهو لم ولن يصل إلى التكييف القانوني بمقوماته تلك الذاتية، ومن ثمة فإن هذا التكييف لا يقيد المحكمة ولا يمنعها من فهم الواقعة على حقيقتها وإعطائها التكييف القانوني السليم.² ، و لا تتقيد المحكمة الجزائية بالتكييف الذي أثبتته غيرها من الجهات القضائية، فيجب على المحكمة الإستئنافية أن تراجع مدى سلامة التكييف الذي إنتهت إليه محكمة أول درجة وكل ما تتقيد به هو ألا تضر بمركز المتهم إذا كان هو المستأنف الوحيد، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يجوز لمحكمة النقض أن تراقب المحكمة الإستئنافية في التكييف القانوني الذي إنتهت إليه لأن قضاءها كان مقيد بحد إجرائي يقيد سلطتها في التكييف القانوني³ ، ولا بد أن تكون المحكمة الجزائية مختصة نوعيا بنظر الواقعة فإذا تبين لها أن التكييف القانوني السليم للواقعة الجزائية المعروضة عليها يخرج عن نطاق اختصاصها النوعي، وجب عليها أن تحكم بعدم الاختصاص.⁴

ويستثني من هذه القاعدة الحالات التي يختص فيها القضاء الجزائي بالفصل في جريمة لم يكن له بحسب طبيعتها ، أن يفصل فيها وتنتج هذا سواء عن اعمال نظام التجنيح القضائي أو لامتداد اختصاص محكمة الجنايات، الارتباط، وعدم التجزئة .⁵

ثالثا - سلطة المحكمة في تعديل الوصف الجنائي للواقعة

لقد جاء قانون تحقيق الجنايات الملغى الفرنسي خاليا من أي نص يبين ويحدد مبدأ سلطة المحكمة الجنائية في تغيير التكييف القانوني للفعل المسند للمتهم، إلا أن الفقه والقضاء قد استقر على الاعتراف للمحكمة الجنائية بسلطة تغيير التكييف القانوني للأفعال.

1 . . محمود عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 165.

2 ..محمد محمود إبراهيم، مرجع سابق، ص 439، 440.

3 ..أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، نبد 150، ص 219، مرجع سابق.

4 ..أحمد فتحي سرور، نفس المرجع، نبد 150، ص 228.

5 . .أنظر بتفصيل /محمد علي سويلو، مرجع سابق، ص 239 حتى 246.

يعرف هذا المبدأ * ، بأنه تعبير التكييف القانوني للواقعة هو إجراء مقتضاه أن تعطي المحكمة هذا الفعل تكييفه الصحيح الذي ترى انه أكثر انطباقا عليه من التكييف الوارد في أمر الإحالة أو في ورقة التكييف بالحضور وهو لا يتضمن إدخال أي ظرف آخر في التكييف الجديد لم يكن موجودا في التكييف القديم. وفي هذا الصدد يمكن الإشارة لأن تغيير التكييف قد يكون نتيجة لاستبعاد ظرف مشدد أو عنصر فيها-الواقعة- تفنع المحكمة بعدم ثبوته في حق المتهم.

فبالنسبة للفقه المؤيد للتكييف ، فقد برزت آراء في الفقه بررت صلاحية القاضي الجزائي في تغيير التكييف بمايلي:

مبدأ وجوب تسبيب الأحكام الجزائية لقد أشرنا من خلال عنصر أهمية التكييف القانوني إلى أنه

هناك صلة قوية بين التكييف القانوني وتسبب الأحكام وبمفهوم المخالفة فإن تعديل التكييف أيضا يتضمنه التسبب حتى تتمكن المحكمة العليا من إلقاء الرقابة على التكييف.

اما بالنسبة لمبدأ سرعة الفصل في المنازعات الجنائية ، فلا شك أن منح القاضي الجنائي سلطة تغيير التكييف القانوني للفعل المسند إلى المتهم من شأنه تحقيق هذه السرعة المرجوة، إذ يكون في استطاعته.. أن يسبغ على الأفعال تكييفها القانوني الصحيح دون حاجة إلى إيقاف الدعوى¹ الفقه المعارض لهذا المبدأ

*- ان تطبيق هذا المبدأ يطرح إشكال: حول إمكانية إعادة رفع الدعوى مع تغير الوصف المعطى للواقعة أم لا؟ - أنظر بالتفصيل حول هذه النقطة: محمد الحميد شواربي، حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقه، (الدعوى بعدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها، منشأة المعارف بالأسكندرية ط، 1996، ص 301 وبعدها، وفي هذا الإطار (قضية المحكمة العليا على أنه، " إذا كانت جهات الحكم مقيدة بالواقع المعالة إليها بموجب ورقة التكييف بالحضور، أو بموجب قرار أو أمر إحالة، ولا يجوز لها أن تفصل في واقعة أخرى غير التي عرضت عليها، إلا أن ذلك لا يعني أنها مقيدة بالوصف القانوني الذي أحيل من أجله المتهم". قرار: سابق مشار إليه في: لمزيد تفصيل أنظر: - بغدادي جيلالي، مرجع سابق، ج 1، ص 242، و 243، ونلاحظ من خلال هذا القرار أن عبارة "قرار الإحالة" توحي بأن محكمة الجنايات، أيضا معنية بمسألة مدى سلطة تغيير التكييف القانوني للواقعة

1- محمد عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 239.

هذا وان تعديل التكييف من شأنه الخروج على ولاية المحكمة الجنائية : إن إجراء مثل هذا التعديل سيدخل عناصر جديدة لم تكن في حوزة المحكمة مع الفعل الأصلي محل الإتهام وهذا يعد خروجاً على ولاية المحكمة الجنائية ، وقد أورد هذا الرأي مثال لذلك، فتعديل التكييف القانوني للتهمة من تلاعب في الأسعار إلى نصب فإذا كانت التهمة التي دخلت حوزة المحكمة هي جريمة التلاعب بالأسعار وعدلتها المحكمة استخداماً لسلطتها في تعديل التكييف إلى جريمة نصب ، فإن المحكمة بذلك تكون قد خرجت في نظر هذا الرأي على حدود ولايتها لأنه لإجراء مثل هذا التعديل لا بد من إضافة عناصر جديدة إلى الفعل الذي أحيل به المتهم ، تلك العناصر تكمن في الوسائل الاحتمالية التي يقصد بها إحداث الأثر المطلوب لدى المجني عليه وهو الربح الوهمي¹.

و يعد تعديل التكييف يعد اعتداء على حقوق الدفاع : يعترض الفقه على هذا التعديل للمبادئ الآتية: حماية حقوق الدفاع ، فوجب إذا تنبيه المتهم إلى التغيير الجديد للفعل المسند للمتهم والذي تجريره المحكمة مع منحه أجلا لتحضير دفاعه بناء على التكييف الجديد ، مبدأ الفصل بين سلطتي الإتهام والحكم: يذهب هذا الرأي الفقهي إلى أن تعديل التكييف القانوني للواقعة من طرف القاضي الجنائي في علاقته مع مبدأ الفصل بين سلطتي الإتهام، والحكم يؤدي إلى نتيجة مؤداها عدم وجود تعارض بينهما² ، وقد عبر عنه مؤيدوه بالقول أن تكييف الواقعة موضوع المحاكمة على نحو مغاير لطلب النيابة أو المسؤول المدني يتعارض مع المبادئ الجوهرية القاضية بأن " لا يحاكم أحد قبل إبداء دفاعه"، وتزداد خطورة- إعادة التكييفات- خاصة عندما تمارس عند إطلاق صراحه-المتهم- وبعد قفل باب المرافعة³

ان تعديل التكييف يمثل اعتداء على حق النيابة العامة في التكييف، إذ يرى الفريق من الفقه بأن إعادة التكييف بما يخالف سلطة الإتهام ينطوي على اعتداء على إمتيازات النيابة العامة في الفصل في مدى ملائمة المحاكمة حيث أنه يكون قد أضفى على نفسه سلطة الإتهام الثابتة للنيابة العامة، وإنه فصل في غير ما طلب الخصم رافع الدعوى-النيابة العامة-والتي تتحدد طلباتها بما ورد في ورقة

1..أنظر بتفصيل: عبد المنعم العوضي، قاعدة تقيد المحكمة الجنائية بالإتهام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية:

ط 1973، ص. 269

2- عبد المنعم العوضي، قاعدة تقيد المحكمة الجنائية بالإتهام، المرجع نفسه، ص. 272

3- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق، ص. 244.

التكييف بالحضور¹

رابعاً- شروط مبدأ واجب المحكمة

الجزائية في التكييف القانوني

تتمثل هذه الشروط في : كون المحكمة مختصة بنظر الدعوى العمومية * ، وكون العناصر قد استخلصت من التحقيق الذي تجريره المحكمة في الجلسة² ، و مؤدى ذلك ان التكييف القانوني الصحيح للواقعة استخلصتها-المحكمة-من التحقيق الذي تجريره بمعرفتها في الجلسة ، و ألا تضيف وقائع جديدة تؤدي إلى

تغيير في كيان التهمة إلا في الحالات التي يجوز فيها ذلك للمحكمة، وهي حالات الظروف المشددة أو إضافة حالة قانونية يأخذها المشرع بعين الاعتبار.

خامسا - القيود الواردة عليه

ترد على سلطة المحكمة الابتدائية في تعديل وصف الواقعة قاعدة التقيد بحدود الدعوى، وقد تم التعبير عن هذه القاعدة بالقول بأن حدود الدعوى شخصية بالنسبة للأشخاص، وحدودها عينية بالنسبة للوقائع³، ويترتب عن ذلك أنه إذا قضت المحكمة في نطاق هذه الحدود كان قضاءها صحيحا، أما إذا قضت خارج هذا النطاق كان قضاءها معيبا وقابلا للنقض⁴، بالتالي فللدعوى الجزائية نوعين من القيود:

1..محمود عبد ربه محمد القبلاوي، مرجع سابق، ص 244. [تعرضنا لهذا الشرط، [محمود عبد ربه محمد القبلاوي تعرض

عنوان نطاق اختصاص المحكمة في نظر الدعوى .

*- تعرضنا لهذا الشرط تحت عنوان نطاق اختصاص المحكمة في نظر الدعوى من قبل.

2.- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 249.

3- عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عاجلة، مرجع سابق، ص 141.

4.- عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص 141.

البند الاول- الحدود الشخصية للدعوى

فلا يجوز لها (المحكمة) أن تتصدى بالحكم على شخص اخر، وإن تكشف لها أثناء المحاكمة أنه هو الذي قام باقتراف الجرم كفاعل*، أو شريك، وإن هي فعلت ذلك تكون قد خالفت القانون لتجاوزها لسلطة من سلطات التحقيق .

البند الثاني-الحدود العينية للدعوى

لا يجوز للمحكمة أثناء تعديلها للتكييف اضافة وقائع جديدة غير واردة بأمر الإحالة أو التكييف بالحضور إلا في الحالات التي يجوز فيها ذلك أمام المحكمة وهي :¹ ، إذا لحق التعديل الركن المادي للجريمة ، أو إذا انصب على الركن المعنوي كإضافة نية القتل وتعديل التهمة بناء عليه ، ان إضافة واقعة تتعلق بظرف مشدد ، ا و إضافة حالة قانونية يعتد بها المشرع في تكوين الركن المادي لجريمة من الجرائم ولم تكن واردة بأمر الإحالة، أو ورقة التكييف بالحضور يترتب على إضافتها تعديل التهمة ذاتها².

البند الثالث-ضوابط التعديل للتكييف من حيث الإختصاص

إذا تبين لها (محكمة الجناح) أن الواقعة في حقيقتها جنائية تحكم بعدم اختصاصها وتحيلها إلى النيابة العامة³ ، أما بالنسبة لمحكمة الجنايات كدرجة أولى في الفصل في الجنايات فليس لها أن تحكم بعدم

* - ويستثنى من هذا جرائم الجلسات التي يجوز فيها للمحكمة تحريك الدعوى، والحكم فيها حسب المادة 569 من ق ا ج

ضد المتهم الغير واردة اسمه في أمر الإحالة.3- عمر فخري محمد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص 142.

1- نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر الأسكندرية ط 2002، ص 57 إلى 60.

2- نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية، مرجع سابق، ص 57 إلى 60.

3- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 362.

اختصاصها وفقا للمادة 251 من ق ا ج، كما أنها لا تنتظر في أي اتهام آخر غير وارد في قرار الإتهام مما يعني التقيد بحدود الدعوى طبقا للمادة 250 من ق ا ج ، ومع ذلك تملك المحكمة الجنايات إضافة الظروف المشددة والأعدار القانونية وتعديل تكييف واقعة الدعوى¹ ، تنبيه المتهم إلى هذا التغيير في الوصف صيانة لحقه في الدفاع عن نفسه، وسناتي لنفصيل هذا العنصر عند بياننا لقاعدة إحترام حقوق الدفاع .

الفقرة الثانية

سلطة المحكمة الإستئنافية في تعديل التكييف

السائد فقها وقضاء سواء في فرنسا أو في مصر أن المحكمة الإستئنافية لا تتقيد بتكييف حكم محكمة أول درجة، بل تملك تعديل هذا التكييف .²

وأساس ذلك أن المحكمة الإستئنافية عليها أن تراقب صحة تكييف حكم محكمة أول درجة من أي خطأ وارد على الوقائع، حتى لو لم يكن هذا الخطأ هو أحد أسباب الإستئناف ، فالمحكمة الإستئنافية غير مقيدة بالأسباب المبني عليها الإستئناف وتطبيقا لذلك قضى أنه "يجوز لقضاة الإستئناف تغيير وصف الجثة من نصب بانتحال لقب أو رتبة شرفية إلى نصب باستعمال صفة كاذبة .³

غير أنه لا يسوغ لقضاة الإستئناف تغيير الوصف القانوني للواقعة بدون تسبيب .⁴ فعالج هذا العنصر من خلال ضوابط رقابة المحكمة الإستئنافية على التكييف (أولا) ، ثم الاستثناءات التي ترد على رقابة المحكمة الإستئنافية على التكييف (ثانيا)

1- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص. 385.

2- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص. 367.

3- قرار 1984، قسم أول الغرفة الجنائية الثانية، طعن رقم: 28.460 مجلة قضائية محكمة عليا العدد الثاني، سنة 1989، ص. 289.

4- قرار: 35.213 في 21/01/1986 القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 03 سنة 1989 ص. 266.

اولا- ضوابط رقابة المحكمة الإستئنافية على التكييف

يرد على رقابة المحكمة الإستئنافية على التكييف قيود:

فالأول هو ، التقيد بأشخاص الدعوى أمام محكمة أول درجة، وهذا القيد من النظام العام ، وتطبيقا لذلك " لا يجوز أن تحاكم -المحكمة- شخص لأول مرة باعتباره فاعلا أو شريكا في الجريمة، كما لا يجوز أن تقبل الادعاء المدني أمامها لأول مرة .¹

اما الثاني فهو ، التقيد بوقائع الدعوى أمام محكمة أول درجة وسواء أكانت الواقعة الجديدة التي لم تنظر أمام محكمة درجة أولى ، مرتبطة بالدعوى الجنائية أو بالدعوى المدنية ولو كانت مرتبطة بالواقعة التي تم الفصل فيها ارتباطا لا يقبل التجزئة .²

فهل يجب أن تكون هذه الوقائع موضوع الدعوى قد فصلت فيها محكمة درجة أولى ؟

1- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص. 369.

2- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص. 369.

توضح * الدكتورة فوزية عبد الستار بانه "إذا أغفلت محكمة أول درجة الفصل في واقعة معينة، لا يجوز للمحكمة الإستئنافية أن تفصل فيها لما في ذلك من حرمان من درجة من درجات التقاضي ولو كانت لهذه الواقعة أساس من التحقيق الذي أجرته المحكمة".¹

وهناك قيد ثالث يتمثل في ، تنبيه المتهم إلى التغيير الذي أجرته المحكمة حتى يتمكن من الدفاع السليم عن نفسه " فإذا غيرت المحكمة الإستئنافية التكييف القانوني للواقعة وتمت المرافعة على هذا الاعتبار – التكييف الجديد- ثم فضت بتأييد الحكم الابتدائي على اعتبار التكييف القديم، فإن الحكم يكون باطلا .²

اما القيد الرابع فهو ، التقيد بحدود ما استؤنف من الحكم إذا لم يكن الإستئناف عاما، وإلا تكون المحكمة قد قضت بما لم يطلب منها.³

ثانيا-الاستثناءات التي ترد على رقابة المحكمة الإستئنافية على التكيف⁴

اتجه الفقه سواء في مصر أو فرنسا، إلى أنه يجوز للمحكمة الإستئنافية تعديل التكيف بإضافة

* - جاء في نفس المرجع للدكتور، فوزية عبد الستار و بما يخالفه توضيحا وتعليقا على حالة إعمال محكمة أول درجة الفصل في جزء من الدعوى، أنه إذا كانت الجريمة التي عرضت على محكمة أول درجة من الجرائم المستمرة أو من جرائم الإعتياد أو المتابعة الأفعال، فإنه يجوز للمحكمة الإستئنافية أن تنظر في كل الأعمال المكونة لهذه الجريمة سواء في ذلك ما إذا أعتلت محكمة الدرجة الأولى النظر فيه أو ما وقع بعد صدور الحكم المستأنف، إذ أن الوقائع التي تتكون منها هذه الجرائم تعد وحدة قانونية، متكاملة تقوم بها جريمة واحدة / نفس المرجع، لفوزية عبد الستار، شرح قانون الجنائية، ص 751. إذا هناك تضارب في موقف الفقه وهذا يفوقنا للتساؤل عن موقف القضاء في هذه المسألة؟.

1- فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية دار النهضة العربية، ط 1992، ص 751.

2- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق، ص 291.

3- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 371.

4- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 370، 371.

عناصر جديدة خارجة عن حدود الدعوى عند الاستئناف في حالات معينة:

أولاً: في حالة إدانة المحكمة السائق عن إصابة خطأ، ثم يموت المجني عليه بعد ذلك، فهنا تكون المحكمة قد اضافت الظرف المشدد (الوفاة) وهو ما يعتبر يعتبر إضافة لواقعة جديدة تخرج عن ولاية المحكمة الابتدائية وعن ولاية محكمة الاستئناف.

ثانيا: استئناف النيابة للحكم يترتب عليه طرح اللوائح المرفوعة بها الدعوى و التي عرضت على محكمة أول درجة سواء ما فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى و كذا ما لم تفصل فيه. كل ذلك مع مراعاة عدم إضرار الطاعن بطعنه في الاستئناف.

الفرع الثاني حقوق الدفاع في التكييف

يتجه الرأي السائد في الفقه والقضاء إلى أن تعديل تكييف الواقعة لا يكون سليماً قانوناً إلا إذا سبق تنبيه المتهم بهذا التعديل أو التغيير ويعتبر هذا شرطاً جوهرياً لشرعية سير الدعوى الجنائية.¹

ويجب تنبيه المتهم أيضاً عند تعديل التكييف الأصلي لواقعة الدعوى وأن يتضمن التنبيه منحه أجلاً لإعداد دفاعه متى طلب ذلك ، ويمكن أن ينتج التنبيه من دعوة القاضي أو طلبات النيابة العامة أو من مذكرات المدعي المدني... وعلى ضوء رقابة هذه المحكمة – محكمة النقض البلجيكية – للتكييف استوجب أن يكون التنبيه ثابتاً في مستندات الدعوى أو على الأقل في الحكم أو القرار² ، ولا يوجد شكل

صريح للتنبيه ، فالمهم حصوله قبل قفل باب المرافعة، أما إذا قررت المحكمة تعديل التهمة أو تغيير الوصف بعد قفل باب المرافعة فيكفي أن تكون المحكمة قد نبهت المتهم أو الدفاع ضمنا أثناء المرافعة³ ، و عليه سنتعرض لهذا العنصر من خلال مجال تطبيق القاعدة (الفقرة الأولى) و الاستثناءات الواردة عليها (الفقرة الثانية)

1- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص. 247.

2- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص. 248.

3- عبد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية في تكييفه وتعديل وتغيير وصفه الإتهام، مرجع سابق، ص 65، 66، 69.

الفقرة الاولى

مجال تطبيق القاعدة

يذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء المقارن إلى أنه للأخذ بهذه القاعدة يجب التفرقة بين فرضين: تلتزم المحكمة في لفت نظر الدفاع في حالتين:¹

اولا ، فإضافة عناصر جديدة (وقائع) إلى الواقعة المرفوعة بها الدعوى بعد استبعاد جزء منها سواء كان هذا التعديل لصالح المتهم أم ضده، وتطبيقا لذلك فقد قضى " بأن تغيير التهمة من شروع في القتل العمد إلى ضرب نشأت عنه عاهة مستدامة، لا يعتبر مجرد تغيير في وصف الأفعال المسندة للطاعن في أمر الإحالة إنما هو تعديل في التهمة لأنه لا يقتصر على مجرد استبعاد واقعة فرعية هي نية القتل بل

يجاوز ذلك بان اسند واقعة جديدة وهي الواقعة المكونة للعاهة فيبقتضي هذا تنبيه المتهم إليها قبل قفل باب المرافعة.

و الفرض الثاني فهو ، تعدد الأوصاف التي يستوعب أحدها الآخر: ومؤدى هذا التعدد خضوع الفعل الواقع من نفس الشخص لوصفين جنائيين يستوعب احدهما الاخر بحكم الضرورة والمنطق العقلي ومثال ذلك واقعة استعمال محرر مزور فهو يخضع لوصف اخفاء او حيازة اشياء متحصلة من جناية او جنحة او استعمال مزور لكن الوصف الاول يستوعب الثاني بالضرورة على ان العكس غير صحيح اذ لا يتصور سبق الحيازة او اخفاء محرر مزور دون اقتضاء استعماله ، بالتالي يبدوا منطقيا ترجيح الوصف الذي يمكنه استيعاب الاخر.²

1- محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 1983 ص 405، 406. وأنظر:

محمود محمود مصطفى، و محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 250. بتفصيل

2- سليمان عبد المنعم النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق ص 346، 347.

وهناك حالات أخرى يوردها باقي الفقهاء منها:

اولا ، حالة إضافة مواد جديدة بأمر الإحالة تسيء لمركز المتهم¹ ، وثانيا ، تعدد الجرائم الناشئ عن حالة ارتباط غير قابلة للتجزئة.²

من خلال ما تقدم نستنتج ان سلطة المحكمة في اضافة الوقائع المكونة للظروف المشددة ليس مطلقا اذ ان هناك حالات يمنع فيها على المحكمة ان تضيف ظروفًا مشددة، ويتضح خصوصا بالنسبة للحالة التي تكون فيها ولاية المحكمة الجزائية قد انعقدت عن طريق قرار صادر بالاحالة ، فهذا القرار يكون له حجته وقوته القانونية في نطاق معين.³

الفقرة الثانية

استثناءات القاعدة

وتبرز في شكل الحالات التي لا تلتزم فيها المحكمة بلفت نظر الدفاع ومنها:

أن تكون عناصر التهمة المحكوم بها قد استظهرتها المحكمة من تحقيقاتها النهائية⁴.

و حالة تعديل التكييف باستبعاد بعض عناصر الواقعة الإجرامية المرفوعة بها الدعوى دون إضافة غيرها فلا تلتزم بتبنيه الدفاع فلا تنبه الدفاع في هذه الحالة⁵.

وحالة ما اذا كان التكييف الجديد متضمن في التكييف القديم المرفوعة به الدعوى ولا يترتب عليه تسوية مركز المتهم ومثال ذلك " إذا رفعت الدعوى بوصف الاغتصاب فاستبعدته المحكمة فيجوز

1- محمد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية، مرجع سابق ص 71، 72، 85، 99.

2- حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 484.

3- محمد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية، مرجع سابق ص 99، 100.

4- نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق ص 55.

5- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 254.

لها حينئذ إدانة المتهم عن جريمة هتك العرض ودون لفت نظر الدفاع.¹

وحالة ما إذا كان الدفاع قد ترفع على أساس التكييف الجديد فالمحكمة غير ملزمة بلفت نظره.²

وتشمل هذه الحالة* ايضاً ، إضافة ظرف مشدد لم يرد بأمر أو قرار الاتهام³.

1+2- محمد علي سويلو، مرجع سابق، ص 255.

* - وقد قضت المحكمة العليا كجمة عليا بالنسبة للقضاء الجزائري بخلاف هذا المنحى بحيث إشتراطه تنبيه المتهم والنيابة

لذلك، عند تعديل التهمة بإضافة ظرفه مشدد طبقا للمادة 306 : / أنظر في ذلك: - قرار: 27.293

في 1982/02/02 مشار إليه في كتاب الاجتماع القضائي ل: بغدادبي جيلالي، ج1، مرجع سابق، ص 249.

3- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 250.

الفرع الثالث

الإعترافات التي تواجه عملية التكييف الجزائي

لا تخلو عملية التكييف من صعوبات قد يكون مردها أحيانا تنازع عدد من الأوصاف الجنائية بشأن سلوك مادي واحد وهو ما يعرف بتنازع النصوص، وقد ترجع هذه الصعوبات في أحيان أخرى إلى خضوع السلوك المادي الواحد لأكثر من وصفين جزائيين غير متطابقين لكنهما غير مختلفين كلية بل يوجد بينهما إتحاد جزئي (وهو ما يعرف بالتعدد المعنوي للجرائم)

أما بخصوص تفسير النص الجنائي، فإن هناك من القوانين من أطلق يد القاضي في التفسير والتكييف فسمح له ، في حالة ما إذا رأى ضرورة العقاب على فعل معين، حتى ولو لم ينص عليه القانون، أن يعاقب عليه بشرط أن يحدد الأسباب التي أدت به إلى ذلك.¹

ولكن ولعدم إمكانية إنشاء الجرائم والعقوبات من القاضي ظهر مبدأ التفسير الضيق كمبدأ مكمل لمبدأ الشرعية.² ، وتعتبر قاعدة التفسير الضيق نتيجة مباشرة لمبدأ الشرعية فلا داعي للنص عليها في القانون.³

وستعرض لهذه الاعتراضات من خلال : دراسة مسألة تنازع القوانين بالمعنى الدقيق (الفقرة الأولى) ، و التعدد المعنوي للجرائم (الفقرة الثانية) ، ثم التعدد المتعارض للأوصاف الجزائية (الفقرة الثالثة)

1- وردة بن موسى "التفسير في المواد الجنائية" بحث لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية دفعة 02/01

رقم: 06/36 ، ص 42.

-2

Jacques .bauni cand .droit penal masson et cie editions ;1973 page :72.et73 .

3- وردة بن موسى "التفسير في المواد الجنائية" بحث لنيل شهادة الماجستير، مرجع سابق، ص 42.

الفقرة الاولى

تنازع القوانين بالمعنى الدقيق

نعني بتناقض النصوص ، حالة تضارب نص قانوني مع نص قانوني آخر يعالجان نفس الموضوع، أو وجود عدة نصوص متناقضة من بينها نص يراد تطبيقه على الحالة المعروضة.¹
فما يكون الحل لإزالة هذا الغموض؟

لحل هذه المسألة هناك من يرجح ، فكرة اعمال النص الذي يخدم مصلحة المتهم² ، في حين يرى الاستاذ مجودة أن مسألة التناقض لنصوص هي مسألة سهلة الحل ، فالحل هو العمل على ترجيح هذه النصوص والمقارنة بينها حتى نصل إلى هدف المشرع.³

ويرى جانب آخر أنه ، إذا لم تكن النصوص متشابهة فنصبح أمام تنازع النصوص وليس أمام اجتماع معنوي⁴ ، فيترتب على ذلك إجراء مقارنة بين النصوص، يستبعد بنتيجتها النص الذي لا ينطبق بمضمونه على الفعل كما يستبعد النص الذي يقترب من الفعل دون أن يستوعب كافة أركانه وذلك عملاً بقاعدتي عدم جواز القياس، وعدم جواز التوسع في التفسير بغية إحداث تجريم جديد ، ولقد وضح إجتهد المحكمة العليا هذا الأمر بالقول انه ، لا يمكن وصف الفعل الواحد بجنحة السرقة والاشترار فيها ومؤاخذه المتهم عن الوصفين معا في نفس القرار، وإلا ترتب على ذلك النقض.⁵

1 - أحمد مجدودة، رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون، مجلة قضائية جزائرية، عدد رقم 01، سنة 1989.

فروع 14.

2 - وردة بن موسى " التفسير في المواد الجنائية " مرجع سابق، ص.70

3 - أحمد مجدودة، مرجع سابق، فروع 14.

4 - مصطفى العويج، القانون الجنائي، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، دار الخلود، طبعة ثالثة 1999 ص 477.

5- قرار صادر يوم 1984/12/25 من القسم الأول للعرفنة الجنائية الثانية في الطعن رقم: 36.665 مشار إليه في

مخاتبة: . جيلالي بغداددي، الإتهام القضائي، في المواد الجنائية، جزء 01 ص.236.

وقد تستخلص حالات تنازع النصوص من إضافة الظروف المشددة لبعض الجرائم على نحو يتغير بمقتضاه، وصف الجريمة في هذه الحالة وإستنتاجا من إجتهد المحكمة العليا في هذا الشأن فإنه يتم ترجيح الوصف الخاص على الوصف العام كما سيأتي بيانه ، فاز خول المشرع في المادة 306 من ق.إ.ج لمحكمة الجنايات سلطة تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة التي تظهر من المرافعات لأن ذلك لا يخرج الدعوى من إختصاصها وبناء على هذه القاعدة يجوز لمحكمة الجنايات ان تعدل ، ترجع تهمة القتل العمد البسيط هو وصف عام ، بتهمة القتل العمد المقترن بظرف سبق الإصرار و هو الوصف الخاص¹.

الفقرة الثانية

التعدد المعنوي للجرائم

وهو أن يقبل الفعل المنسوب للجاني وصفين أو أكثر، من الاوصاف التي وردت كلها في قانون العقوبات ويشكل بذلك عدة جرائم تتعدد اوصافها، ومن هذا القبيل البالغ الذي يلامس عورة قاصر دون السادسة عشر في مكان عمومي، فهذا الفعل يشكل فعلا علنيا مخلا بالحياء منصوص عليه في المادة

333 من ق.ع، وفعلا علنيا مخلا بالحياء على قاصر دون ال 16 عمرا والمعاقب عليه في المادة 334 من ق.ع.² ، وقد يكون الفعل الواحد يقبل وصفين كأن يكون الفعل جنحة في قانون العقوبات بوصف معين، وجنحة ثانية في قانون خاص ، مما سبق نتساءل عن الحل في حالة التعدد الصوري أو المعنوي؟.

نحاول استقراء قرارات المحكمة العليا لتبين الامر فلقد جاء إجتهاادها في هذا الشأن بالقول انه "إذا كان الفعل الواحد يحتمل عدة أوصاف تعين على قضاة الموضوع تكييفه بالوصف الأشد، طبقا لمقتضيات المادة 32 من ق.ع وإلا ترتب على ذلك النقص، كالقرار الذي كيف نفس الواقعة بوصفين مختلفين.³

1- قرار صادر يوم: 1985/07/16، غرفة جنائية الأولى في الطعن رقم: 41.285 ، مشار إليه في كتابه:

-بغدادبي جيلالي، مرجع سابق، جزء 01 ص.249

2- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ص. 262

3- قرار صادر في 1981/06/11 للغرفة الجنائية الثانية، مشار إليه في كتابه بغدادبي جيلالي، الإجتهااد القضائي، في

المواد الجزائية مرجع سابق، جزء 01 ص.237.

الفقرة الثالثة

التعدد المتعارض للأوصاف * الجزائية

هو ضرب من ضروب التعدد الظاهري للجرائم ليس إلا ويقصد به أن يرتكب الشخص واقعة إجرامية واحدة ترتب آثار يعاقب عليها في ذاتها، لو ارتكبتها شخص آخر، فالسرقة ينشأ عنها مسروقات لو أخفاها أو حازها شخص غير السارق لأعتبر فاعلا لجريمة مستقلة وهي إخفاء الأشياء المسروقة، إذ أن هذه الأوصاف الجنائية تعتبر أوصافا أصلية في مواجهة ذات الشخص يتعارض الأخذ بها منطقيا مع الأوصاف الأخرى الإحتياطية¹ ، فما هو موقف المشرع الجزائي في من هذا؟.

جاء قضاء المحكمة العليا توضيحا لهذه النقطة بالقول أنه ، إذا تعددت الوقائع وكانت كل واحدة منها مستقلة عن الأخرى ففي هذه الحالة يعطى لكل واقعة وصفها القانوني، ويمكن إحالتها إلى نفس الجهة القضائية، والحكم فيها بعقوبة واحدة سالبة للحرية على شرط ألا تتجاوز مدتها الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجريمة الأشد.²

كما قد تختلط عملية التكييف بعملية التجنيح فما هو الفرق بين الامرين؟³

- * - ويعرفه هذا التحدد باجتماع عدة جرائم في مشروع إجرامي واحد أنظر في ذلك بتفصيل :
- في الفقه المصري (المقارن) : مصطفى العوجي، القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 479 وما بعدها.
- وفي الفقه الجزائري: .احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ص 266 وما بعدها.
- 1- سليمان عبد المنعم النظرية العامة لقانون العقوبات، مرجع سابق، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ط 2000 ص 337، 340، 341، 345.
- 2- قرار رقم 352 في 16/12/1986 للغرفة الجنائية الثانية، مشار إليه في كتاب: - د. بغدادي جيلالي، الإجتصاد القضائي، مرجع سابق، جزء 01 ص 238.
- 3- كما قد تختلط عملية التكييف بعملية التجنيح (تدرج في الموضوع) فما هو الحل لتمييز التكييف عن غيره من عمليات التجنيح أنظر في ذلك بإيضاح عنوان التفرقة بين إعادة التكييف والتجنيح القضائي/- أ. شوقي محمد "التجنيح القضائي" مذكرة ماجستير، مرجع سابق ، 03/02 م، ص 142، 143.
- مما سبق وكخلاصة لهذا الفرع نطرح بعض الإشكالات التي نترك إجابتها لبحوث تالية وهي:
- هل يمكن إعادة رفع الدعوى مع تغيير الوصف القانوني للواقعة؟¹ ، و ما هو اساس التفرقة بين إعادة التكييف و التجنيح القضائي ، ومدى قانونية كل منها وتأثيره على الفكر العقابي والاجرائي الجزائي ؟ .

1- . ناصر زورور، قرينة البراءة، مرجع سابق، ص: 301

المطلب الثالث

الرقابة على التكييف الجزائي

نتعرض لهذا المطلب من خلال: بيان قنوات الرقابة، ثم نطاق هذه الرقابة من خلال بسطها على قرارات قضاء التحقيق و الإحالة ، ثم الرقابة على الأحكام الجزائية (الفرع الأول) .

ثم نتطرق لحالات هذه الرقابة و هي مخالفة القانون ، التصدي للموضوع (الفرع الثاني)
ثم نتطرق لنطاق الرقابة على التكييف الجزائي من خلال تقييد و إطلاق رقابة النقض على قضاء الموضوع في إطار التكييف الجزائي (الفرع الثالث) ، ثم نتعرض إلى آثار الرقابة على التكييف من خلال دراسة المسائل التي تثيرها عملية الرقابة و هي الآثار الموضوعية و الإجرائية ، ثم القيود الواردة على عملية الرقابة على التكييف بالنسبة للأحكام الجزائية (الفرع الرابع) .

الفرع الأول

قنوات الرقابة

ويقصد بقنوات الرقابة: الوسائل التي تتخذها محكمة النقض لبسط رقابتها ويتجلى هذا عند الطعن بالنقض الذي قد يكون موضوعه قرارات قضاء التحقيق، أو أحكام المحاكم الجزائية.

و تبعا لذلك سأدرس هذه القنوات للرقابة على التكييف الجزائي من خلال الرقابة على قرارات قضاء التحقيق ثم قضاء الإحالة حالة الخطأ في تكييف قرار الإحالة أو الأمر بالأوجه للمتابعة أو مخالفة القانون (الفقرة الأولى) ، ثم نورد الرقابة المتعلقة بالتكييف الجزائي الوارد على الأحكام الجزائية من خلال مسائل القانون و الوقائع (الفقرة الثانية) .

الفقرة الاولى

الرقابة على قرارات قضاء التحقيق

وفي هذا المجال يجب التفرقة بين قرارات قضاء التحقيق (أولا) ، قرارات قضاء الإحالة (ثانيا)

اولا - قرارات قضاء التحقيق

فالقاعدة انه لا يجوز النقض في قرارات قضاء التحقيق باعتبار أنها تقبل الطعن بطريق الاستئناف، وهو الأمر الذي توضحه المواد من 169-171 من ق إ ج، وبالتالي لا تكون صادرة من آخر درجة.

ثانيا- قرارات قضاء الإحالة

تضمن القضاء المصري والفرنسي على ثلاث قنوات للرقابة تمييز لمحكمة النقض جواز الرقابة من خلالها ، وذلك من خلال :

البند الاول- حالة الخطأ في تكييف قرار الإحالة

قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا كانت الواقعة في حقيقتها جناية ووصفت خطأ بقرار الاتهام، فإنه يجوز الطعن فيه-قرار الاتهام- بالنقض باعتبار أن هذا القرار لا يقيد محكمة الجنايات في تكليفها لوقائع الدعوى لكن وباستقرار مجموعة أخرى من الاجتهادات القضائية يورد الفقه تفرقة بالنسبة للمتهم بين حقه في الطعن على وثيقة الاتهام (قرار الإحالة) ، فالمبدأ السائد فقها وقضاء أنه يجوز له الطعن فيها بالنقض..... أما قرارات الإحالة في الجرح * ، والمخالفات فلا يجوز بحسب الأصل الطعن فيها بالنقض ما لم تفصل في الاختصاص أو تتضمن نصوصاً نهائية غير قابلة للتعديل بواسطة المحكمة¹ ، أما المدعي المدني فلا يجوز له الطعن بالنقض على هذه القرارات بنوعها.

* - تعليق: وهذا ما يورده الفقه من آثار سلبية للتجنيع القضائي ومدى علاقته بحقوق الدفاع، إضافة للآثار السلبية الأخرى

للتجنيع. أنظر في ذلك: / مساهمة التجنيع القضائي: مذكرة ماجستير "التجنيع القضائي"، للأستاذ: شوقي محمد

2003/2002، ص 188 وبعدها، رقم 11/02/83

1- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 389.

هذا عن القضاء الفرنسي ، فما هو موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة؟.

إن أمر الإحالة الصادر من قاضي التحقيق لا يجوز استئنائه ولا الطعن بالنقض المنصب عليه وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/07/24 رقم 70290 والذي جاء فيه " من المبادئ القانونية العامة أن أوامر قاضي التحقيق المنصوص عليها في المادة 172 من قانون إج هي وحدها القابلة للاستئناف أمام غرفة الاتهام، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الجوهرية في الإجراءات وما كان من الثابت في قضية الحال أن غرفة الاتهام قبلت استئناف أمر قاضي التحقيق القاضي بالإحالة... تكون بقضاءها ذلك قد أخطأت في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹ ، ومن ثمة فصراحة هذا الاجتهاد تؤدي بنا الى القول بعدم جواز الطعن بالنقض على غرار الاستئناف فيما يخص الخطأ المنصب على تكييف الأمر بالإحالة، وهذا بعكس قرار الإحالة الصادر من غرفة الاتهام، وهو ما قضت به المحكمة العليا في هذا الصدد بقولها: إذا تضمن نص المادة 198 ق.إ.ج ضرورة تضمن حكم الإحالة بيان الوقائع موضوع الإتهام ووصفها القانوني، و إلا كان باطلاً فإن المشرع اعتبر هذه البيانات من الإجراءات الجوهرية .. ورتب جزاء البطلان على مخالفتها فإن كان قرار غرفة الإتهام خالياً من هذه البيانات الجوهرية واعتمد عليه في حكم محكمة الجنايات رغم كونه لا يتضمن أية واقعة ولا أي ظرف مشدد... إن الطعن بالنقض في الحكم المطعون فيه تأسيساً على إنعدام الأساس القى يكون مقبولاً، وفي محله، لذلك يستوجب نقض حكم محكمة الجنايات وتمديد البطلان إلى قرار غرفة الإتهام².

البند الثاني - الخطأ في تكييف الأمر بالأمر وجه للمتابعة

من حيث الأصل فإن المتهم لا يجوز له الطعن بالنقض في هذه القرارات لانتهاء المصلحة بينما يجوز الطعن بالنقض للنيابة العامة ، أما المدعي المدني فلا يجوز له ذلك لعدم إمتلاكه حق تحريك الدعوة العمومية ، ولكن حيث أن العبرة بحقيقة الواقع، وليس بالتكييف الخاطئ المسبب على القرار، وتطبيقا لذلك فإنه يجوز للمدعي المدني الطعن في الأمر برفض التحقيق الموصوف خطأ بأنه أمر بالآ

1 - قرار المحكمة العليا رقم: 70.290 في 1990/07/24 مشار إليه في د. يوسف دلاندة، قانون الإجراءات الجزائية، منقح

بالقانون رقم: 14/04 ، المؤرخ في 2004/11/10، دار هومة للنشر والتوزيع، ط: 2005 / ص. 110.

2- قرار رقم: 358802، مشار إليه في كتابه: - يوسف دلاندة، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص. 132.

وجه ولو لم تطعن النيابة العامة¹ ، هذا ما إستقر عليه القضاء الفرنسي، فماذا عن موقف القضاء الجزائري ؟

إستقر قضاء المحكمة العليا على أنه : متى كان من المقرر قانونا على أنه يجوز للمدعي المدني أن يطعن بطريق الإستئناف في أوامر قاضي التحقيق المتعلقة بعدم إجراء التحقيق أو بالأوجه للمتابعة، أو الأوامر التي تمس حقوقه المدنية ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.²

البند الثالث - مخالفة القانون

لم يقتصر الطعن بالنقض في التشريع الفرنسي على الخطأ في تكييف الجريمة بل شمل جميع القرارات التي تتضمن مخالفة القانون أو الخطأ في تفسيره أو في تطبيقه وعلى هذا الأساس إستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على ضرورة التسبب، فاعتبرت عدم إثبات كل أركان الجريمة يعد عدم كفاية في الأسباب ، يسمح برقابتها - المحكمة العليا - على التكييف المسند للوقائع.³

1- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 390.

2- يوسف دلاندة، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 109.

3- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 391..

فما هو الموقف القضاء الفرنسي من مسألة مخالفة القانون ؟

فلقد إستقر قضاء المحكمة العليا على ، ان القرار الذي يكتفي بالقول بأن التهمة ثابتة دون بيان عناصر* الجريمة المستوجبة للعقوبة، والنصوص الق المطبقة عليها لا يصلح كأساس للإدانة وسيتوجب النقض¹.

الفقرة الثانية

الرقابة على الأحكام الجنائية

الأصل هو أن لا يخضع القاضي لأي رقابة من أي جهة كانت وهو المبدأ الذي قننته مختلف الدول في دساتيرها، وإن أخطاء القضاة تترد على التقدير الواقعي أو القانوني، ومن خلال النصوص القانون ... أقر المشرع طرق الطعن المختلفة كوسيلة للرقابة على الأحكام القضائية ... فمنها من يراقب الأخطاء الموضوعية والقانونية ومنها من أناط به الرقابة على الأخطاء القانونية دون تلك الموضوعية²

* - نلاحظ وبخلاف ذلك أنه بعض الأحيان فإن قرار الإحالة خاصة قد يكتفي الجريمة بتكليفه يتغاضي فيه عن بيان بعض

عناصر الجريمة فقد تكون الجريمة مكيفة على أساس أنها جنائية وفقا للوصف القانوني الصحيح لها، ولكن بالنظر لصالة

الضرر، يرى القضاء تجنيحها وذلك ، بالسكوت والتغاضي عن بعض عناصر الركن المادي الذي بوجوده تكون

الجريمة جنائية وبالسكوت عنه تكون الجريمة جنحة، وبذلك تحال القضية أمام محكمة الجنب بدلا من محكمة

الجنایات، ومن الأمثلة الأكثر شيوعا : أ - تنص المادة 32 من قانون العقوبات، على وجوب أن بوصف الفعل

الواحد الذي يحتمل عدة أوصاف بالوصف الأشد من بينها . ، بـ - حالة ارتكاب جريمة النصب والاحتيال باستعمال التزوير في محررات رسمية الذي يوصف بالجناية، فإنه يتم السكوت عن ركن التزوير وتتم متابعة المتهم على أساس جنحة النصب والاحتيال، فيحال أمام محكمة الجنح... لمزيد تفصيل أنظر: - شوقي محمد "التجنيع القضائي" مذكرة ماجستير، مرجع سابق، 03/02 رقم: 1102/83 ، ص 75، 62، 77. ، هذا في ظل ق العقوبات قبل التعديل]- فما هو عليه الحال في ظل قانون الفساد 06/01 ؟ .

1- قرار رقم: 29.526 في 1984/04/03 ، قرص ، إصدار ثالث من القسم الأول لغرض الجناية الثانية ، - وأنظر كذلك:

قرار رقم: 58.739 في 1990/01/09 مشار إليه في بغداد في جلال، الإتهام القضائي، مرجع سابق، جزء 01 ،

ص.146، 251

2 - حد بد ربه القبلاوي ، مرجع سابق، ص:543)

ومند أن ظهر نظام النقض اقتصرت الرقابة على التكييف في الجانب القانوني دون الموضوعي كون ان القاضي يفصل في الدعوة وفقا للمراحل التالية:

اولاها: تحديد الوقائع من الناحية المادية وهذه المرحلة لا تثير غير مسائل موضوعية.

وثانيها: التكييف القانوني لهذه الوقائع

اما ثالث هذه - تطبيق النتائج القانونية المترتبة على هذا التكييف ، هذا وان المرحلة الثانية والثالثة تثيران مسائل قانونية ، وفيما يتعلق بالمرحلة الأولى والثانية، فنلاحظ أنه كثيرا ما يختلط القانون بالوقائع فلا يعرف ما إذا كانت المسألة التي فصل فيها القاضي هي مسألة موضوع أم هي مسألة تكييف قانوني ، فهل التكييف مسألة قانون أم واقع؟¹

تنازع الفقه بصدده المسألة إلى ثلاثة اتجاهات

فالاتجاه الأول ، يرى ان التكييف مسألة قانون بين الواقعة والنص القانوني الذي تخضع له تلك الواقعة، ذلك أن تكييف الواقعة في عناصرها المادية والمعنوية هو إدخالها في قالب الإجرامي المجرد الذي ينطبق عليها ، اما الاتجاه الثاني ، فيرى ان التكييف عمل مختلط ، يتطلب جهدا قانونيا، وآخر واقعا خاصا بتكييف الواقعة ، في حين ان الاتجاه الثالث ، يرى الكيف وسيلة فنية لازمة لإعمال القانون ، فهو مجرد إعمال لذهن القاضي في ضوء النظام الق القائم، فهو ليس مسألة قانونية ولا واقعية.

1- . محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 543

الفرع الثاني حالات الرقابة على التكييف الجزائي

نتناول هذه الحالات من خلال دراسة مخالفة القانون أو الخطأ في التكييف ، سواء بعدم رد واقعة الدعوى إلى أصل النص القانوني أو من خلال ارتباط الخطأ في التكييف القانوني بركن من أركان الجريمة أو سبب من أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية (الفقرة الأولى) أو من خلال التصدي لموضوع الدعوى كلية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى مخالفة القانون أو الخطأ في التكييف

الخطأ في التكييف هو عدم رد واقعة الدعوى إلى أصل نص القانون، فواجب التطبيق عليها والخطأ في التكييف يكون مصدره دائما، الإخلال بضوابط التكييف القانوني، بأن يدخل القاضي في هذا التكييف عنصرا دخيلا عليه أو يستبعد منه عنصرا لازما فيه، سواء كان ذلك متصلا بالركن المادي أو بالركن المعنوي أو يعتبر الحكم واقعة معينة تصلح لأن تكون ركنا في النموذج الق للجريمة، أولا تصلح على

خلاف الحقيقة¹ ، فهل يعتبر التجنيح سواء بالتشديد للوصف الجزائي او بالتخفيف منه إخلالا بضوابط التكيف خاصة وأن التجنيح،* قد يكون تشريعاً، أم قضائياً ؟ ، وتتخذ صور الخطأ في التكيف الاتي:

إرتباط الخطأ بركن من أركان الجريمة أو أسباب الإباحة أو موانع مسؤولية بحيث ينصب الطعن بالنقض في هذه الحالة على - مخالفة الق - الخطأ في تطبيقه - أو في تأويله - إلا أنه بالرغم من

1 - . محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 392.

* - فهل يعتبر التجنيح بالتحقيق من الوصف الجرمي، إخلال بضوابط التكيف خاصة وأن التجنيح قد يكون تشريعياً كما قد يكون قضائياً إذ أن مفهوم التجنيح ذاته يعني: (أن الوصف القانوني الذي أعطى للوقائع هو وصف جنابة يكون صحيحاً لكن يتم التغاضي عن بعض الظروف لتجنب القضية، وتعال أمام محكمة الجنب، بدلاً من محكمة الجنابة) ، أنظر ذلك بتفصيل: .شوقي محمد "التجنيع القضائي" مذكرة ماجستير، مرجع سابق 2 / 03 رقم: 1102/83 ، ص 146، 58.

كون خطأ القاضي في التكيف القانوني للواقعة يعد خطأ في تطبيق القانون مما يعرض حكمه للنقض، فبالرغم من ذلك يكون التكيف الخاطئ للقاضي بمنىء عن رقابة محكمة النقض وذلك إذا كانت العقوبة التي صدر بها الحكم المطعون فيه تدخل بنوعها، وقدرها في حدود العقوبة التي يحكم بها لو أن الحكم قد صدر صحيحاً وفقاً للقانون، وهذا ما يعرف بنظرية العقوبة المبررة - أو المقررة في الجريمة.²

الفقرة الثانية

التصدي للموضوع

إتجه المشرع المصري* ، على عكس المشرعين الفرنسي والبلجيكي - إلى إلزام محكمة النقض بالتصدي للموضوع والفصل في الخصومة، بالتالي تكيف أو الرقابة على تكيف واقعة الدعوى عند الطعن بالنقض للمرة الثانية...وإسناد هذا النص هو تقادي تكرار إعادة الدعوى إلى محكمة الموضوع وتكرار وقوع بطلان في إجراءات هذه المحاكمة.²

وشروط هذا التصدي كون الحكمين منصبيين على نفس الوقائع بين نفس الأشخاص

1- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 619.

* - فما هو موقف القضاء أو التشريع الجزائري من هذه المسألة ؟ نلاحظ أنه وحسب المادة 523 من قانون الإجراءات الجزائية، فإنه إذا قبلت المحكمة العليا الطعن فإنها تكتفي بإحالة الدعوى للجنة القضائية الفاعلة في الموضوع دون التصدي للموضوع. ولم أثمر في قضاء المحكمة العليا ما يفيد حكا في مسألة التصدي للموضوع.

2- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 398.

الفرع الثالث

نطاق الرقابة على التكييف الجزائي

تعددت المعايير الفقهية التي تحدد نطاق رقابة محكمة النقض على مسألة التكييف، فانقسمت لإتجاهين

:

إتجاه يتبنى المعيار المقيد لرقابة محكمة النقض على التكييف الجزائي فندرس في هذا العنصر التقدير القانوني و غير القانوني ثم التقدير المنطقي و التقدير المعنوي كما نتعرض للمسائل المعقدة و المسائل الواقعية (الفقرة الأولى) ، أما الإتجاه فهو يطلق رقابة محكمة النقض على التكييف الجزائي فندرس نظرية الرئيس باريس في قضاء النقض الفرنسي كما نتعرض لموقف القضاء الجزائري لهذه المسألة من خلال إبراز موقف المحكمة العليا (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى

الفقه الذي يتبنى المعيار المقيد لرقابة

محكمة النقض على التكييف¹

فقد نادى بهذا المعيار للتمييز بين الأفكار المحددة في القانون والأفكار غير المحددة ، الرئيس باريس لفرنسا، فيرى هذا الرأي أن القانون حرص على تحديد بعض المفاهيم الق المحددة مثل الفاعل الأصلي، الشروع، السرقة، وترك تحديد مفاهيم أخرى للقضاء مثل علاقة السببية ، الفعل الفاصح، ورتب على النوع الثاني المسائل الواقعية التي تخضع للسلطة المطلقة للقاضي اثرا هو الخطأ في الواقع أو سوء تطبيق القانون على الواقع، وهي تدخل في دائرة الحكم الواقعي.

اما معيار التمييز بين التقدير القانوني والتقدير غير القانوني ، فقد ذهب البعض إلى أن محكمة النقض تباشر رقابتها على التكييف الذي يرتبط بوقائع تستمد وجودها من مجرد حدوثها كتكييف واقعة بأنها سرقة، أو نصب، فور حدوثها، بينما لا تباشر رقابتها على التكييف المرتبط بوقائع لا تستمد

1- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 399 إلى 405.

وجودها مجرد حدوثها بل يتعين لتقديرها تدخل القاضي لتكييف وقائعها كجرائم الصحافة التي منها القذف والتشهير.

وهناك تفرقة بين التكييف المنطقي و التكييف المعنوي ، فالتكييف المنطقي بمعزل عن شعور القاضي ، فهو الذي يخضع لرقابة محكمة النقض بعكس التكييف المرتبط بشعور القاضي

كما ان المسائل المعقدة التي يحتاج تفسيرها إلى نصوص قانونية وظروف خارجة عنها: تعد مسائل واقعية تخرج عن رقابة النقض

اما بخصوص معيار التكييف العام والتكييف الخاص ، فالتكييف العام هو الذي يصلح لأن يكون وصفا معيناً لكل الوقائع المشابهة، بينما يعتبر التكييف خاصاً إذا كان يصلح لتكييف واقعة محددة دون غيرها من الوقائع المشابهة لها في دعوى أخرى ومثاله تكييف فعل الصحفي بأنه تشهير في دعوى معينة و انه تستر عن جريمة في واقعة أخرى، والنوع الأول هو محل رقابة النقض فقط .

الفقرة الثانية

الفقه الذي يطلق رقابة

محكمة النقض على التكييف

أعلنت محكمة النقض الفرنسية في ،حكم شهير لها أن أعمال تلك الرقابة واجب عليها وهذا يعني أن محكمة النقض الفرنسية قد ثبتت نظرية الرقابة العامة على التكييف¹ ، وهي تقف في إتجاه مصاد لنظرية الرئيس باريس . ومن خلال هذا يثار التساؤل حول ، موقف القضاء من مسالة نطاق رقابة التكييف ؟.

فبالنسبة لموقف القضاء الفرنسي ، ففي البداية كانت رقابة محكمة النقض الفرنسية تأخذ بنظرية الرئيس باريس ففي حكم شهير لها في إحدى قضايا الصحافة فرقت بين الحكم الواقعي والحكم القانوني وأخضعت الأول دون الثاني لرقابة النقض،"وإنتهت إلى أن التكييف يدخل في جانب الحكم القانوني دون

1- محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص.572. وأنظر كذلك في هذا : محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 404.

تفرقه بين الجرائم محددة المفهوم، وغير محددة المفهوم، وقد إستقر القضاء الفرنسي على هذا الإتجاه الأخير فأصبحت رقابة محكمة النقض مطلقة بدون تمييز بين جريمة و أخرى".

اما عن موقف القضاء الجزائري ، فهل الرقابة فيه ، مقيدة بمسائل دون أخرى أم هي مطلقة على كافة الحكم من عناصر موضوعية وقانونية؟.

لإبراز ذلك نستعرض موقف المحكمة العليا من خلال قرارها ملف رقم 55206:"وتطبيقا لذلك

قضى أنه من المستقر عليه قضاء- مبدأ قضائي - أن البحث في نية المتهم وقصده عند ارتكاب الجريمة، ليس من المسائل القانونية، التي تخضع لرقابة المجلس الأعلى - محكمة عليا - إنما الأمر موكل فيها إلى قضاة الموضوع، وكفي لإثبات القصد الجنائي أن يكونوا بنوا قضائهم على صحة الواقعة ونسبتها إلى المتهم، وبما استنتجوه من ظروف الدعوى، وملابساتها بشرط أن يكون ما توصلوا إليه سائعا منطقيا وقانونيا - معيار التكييف المنطقي والمعنوي- ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بإنعدام الأساس القانوني غير مؤسس يستوجب رفضه".¹

ومن خلال هذا الإجتهد القضائي يتبين لنا موقف المحكمة العليا بإعتمادها على التكييف المقيد دون المطلق، وذلك دون قيد أو شرط ، أما عند الطعن بإعادة النظر الوارد على التكييف ،فالمبدأ العام أن محكمة النقض لا تملك الفصل في التكييف عند الطعن بإعادة النظر، بإعتبار أن الطعن بإعادة النظر يكون لإصلاح خطأ جسيم يتعلق بوقائع الدعوى، وبالتالي تتحقق مخالفة القانون و بالأحرى الخطأ في التكييف عند إعادة النظر، على عكس الطعن بالنقض ، بإعتبار أن التكييف يدخل في الجانب القانوني

للحكم² ، وهذا على عكس فرنسا ومصر ففيهما تستطيع محكمة النقض مراقبة التكييف ، إذا كان يترتب على حكمها تكييف سلبي لواقعة الدعوى³ .

1- قرار رقم: 55.206 مشار إليه في: يوسف دلاندة، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص352..

2+3 - محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 411.

الفرع الرابع

آثار الرقابة

نكتفي بالإشارة إلى هذه الآثار من خلال: التعرض للمسائل التي تثيرها الرقابة على التكييف الجزائي سواء من خلال آثارها الموضوعية أو آثارها الإجرائية (الفقرة الأولى) أو من خلال التعرض للقيود الواردة على الرقابة على التكييف الجزائي بالنسبة للأحكام الجزائية فنورد مبدأ ألا يضر الطاعن بطعنه و نبين سنده القانوني (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى

المسائل التي تثيرها الرقابة على التكييف¹

تختلف الرقابة لمحكمة النقض في آثارها تبعا للقانون الموضوعي أو الإجرائي ، وعلى العموم يترتب على أعمال الرقابة ما يلي: الآثار الموضوعية (أولا) ، ثم الآثار الإجرائية (ثانيا) .

اولا -الآثار الموضوعية

وتظهر هذه الآثار من خلال ، تطبيق القانون من حيث المكان ، و أحكام الشروع ، و تطبيق الظروف المخففة ، و أحكام العود ، و الإتفاق الجنائي

ثانيا - الآثار الاجرائية

أما الآثار الإجرائية للتكليف ، فهي : ضمانات التحقيق الابتدائي، و الإحالة إلى محكمة الموضوع و الإختصاص كآثر للتكليف والأمر الجنائي ، و الإدعاء المباشر ، و التقادم للدعوى والعقوبة ، و طرق الطعن في الأحكام

1- أنظر في ذلك بتفصيل: محمود عبد ربه القبلاوي، مرجع سابق ص 456 وما بعدها.

الفقرة الثانية

القيود الواردة على الرقابة

على التكليف بالنسبة للأحكام الجنائية

من هذه القيود ما يتعلق بصفة الخصم ومصالحته ، فالأصل أنه إذا رفع الطعن من أحد الخصوم بالنقض فهناك مبدأ يجب التقيد به وهو (أن لا يضار الطاعن بطعنه) .

ومنها ما يتعلق بوجه الطعن المثار ، فلا يجوز لمحكمة النقض عند نقض الحكم للأسباب التي أقيم عليها الطعن، أن تنقض الحكم لأسباب أخرى ما لم تكن هذه الأسباب تتصل بالطاعن وكانت مقدمة من طاعن آخر.

كما ان من هذه القيود ما يتعلق بالجزء المطعون فيه من الحكم ، فإذا كان الحكم قد فصل في تهمتين، وقصر المتهم طعنه على ما قضى به الحكم بالنسبة لأحدهما، فلا يجوز للمحكمة أن تتعرض لما قضى به الحكم بالنسبة للتهمة الأخرى¹ .

ومن القيود ما يتغلق بحدود الدعوى أما محكمة أول درجة ، وذلك بأن تحيل لها الدعوى بعد نقضها لتفصل فيها من جديد ويشمل هذا القيد العنصر الشخصي والعيني للدعوى ، كما يجب التقيد بقاعدة الإختصاص النوعي وإحترام حقوق الدفاع ، فبالنسبة لقرارات الإحالة ، فإنه يورد الفقه قاعدة معينة في هذا الشأن وهي "أن محكمة النقض لا تتقيد بالتكليف المسند للقرار المطعون فيه"، بيد أنها لا تملك عند قبول الطعن غير نقض الأمر والإحالة دون النقض والتصحيح كما في الأحكام ، أما بالنسبة للقضاء

الجزائري فإن النقص المترتب على الخطأ في تكييف امر الإحالة يكتفي بنقض الدعوى وإحالتها فقط دون التصحيح².

1- أنظر في ذلك بتفصيل حول هذه النقطة الثالثة: محمود نبيبي حسني، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية،

المعكمة وطرق الطعن في الأحكام، دار النهضة العربية، ط 1992، ص 228. مشار إليه (المرجع) في كتابه /
- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص 409.

2- أنظر في ذلك: بغدادي جيلالي، مرجع سابق، ج 1، ص 241، 242، القرار رقم: 58.444 في 1988/04/26.

و القرار رقم: 25.085 في 1982/04/29 / ورقم: 9.693 في 1974/04/16

والآن ننتقل بعد دراسة مسالة إثبات الواقعة وتكييفها إلى دراسة مسالة مقدار ما تستحقه الجريمة من عقوبة وهو عنوان المبحث الموالي، لنرى ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية حيال هذا الأمر.

المبحث الثالث

سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة

لا يكفي لايقاع العقوبة بالجاني ان يرتكب جريمة ، فهي على اهميتها ليست الا - الجريمة - شرطا من جملة شروط يجب تحققها جميعا لامكان توقيع العقوبة ... فاذا اكتملت هذه الشروط (*) جميعا طبق القاضي العقوبة في حدودها المقررة قانونا ، و سلطة القاضي في هذا المجال واسعة تشمل تطويع العقوبة لتلائم ظروف الجريمة ، و ظروف الجاني و هو ما يعرف بالتفريد القضائي ، بل ان المشرع يفسح المجال امام القاضي فيزوده باسباب لتخفيف العقوبة و اخرى لتشديدها و يبلغ به الامر احيانا حد السماح له بوقف تنفيذها ¹ ، و تحديد مقدار العقوبة فن لا يمكن تدريسه او مراقبته و لهذا حاولت بعض التشريعات تسهيل مهمة القاضي في هذا الشأن ، فوضعت له بعض القواعد التي يسترشد بها في استجلاء خطورة المجرم و تقدير العقاب الملائم لها و اختيار القاضي للعقوبة يجب ان يتم وفقا لمعيار يضعه المشرع و يوصي بعض الفقه في هذا الصدد بانه يجب على القاضي عندما يمارس سلطته التقديرية ان يسترشد بتوجيهات قانونية دقيقة للاستعانة بها في حالات معينة و يتحقق هذا الاتجاه نحو كيفية اختيار العقوبة في صورتين : تحديد العوامل و الظروف التي تساهم في تكوين الشخصية الاجرامية و تبين الامارات الكاشفة لمدى خطورتها ، و هو ما يندرج تحت عنصر التفريد القضائي ، ثم مراعاة المشرع جانب الردع العام ، فيوصي بالتشديد عند العقاب على تركيب بعض الجرائم التي يؤاها بالغة المساس بالشعور العام و هو ما يعرف بالاليات القضائية لتحديد مقدار العقوبة .

اذا و من خلال هذا التمهيد سوف نعالج موضوع السلطة التقديرية للقاضي في مجال العقوبة وفق التوزيع التالي : مفهوم العقوبة (المطلب الأول) ، التفريد القضائي (المطلب الثاني) ، التفريد التشريعي (المطلب الثالث)

* - وهذه الشروط هي : اربع - وقوع جريمة كاملة الاركان - توفر شروط موضوعية للعقاب - اهلية الجاني للعقاب - انتفاء موانع العقاب ، وتدرس هذه الشروط ضمن باب المسؤولية الجنائية وموانعها... لتفصيل أكثر انظر :

- احسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، ط 2003، ص 255

- محمد محده ، : (محاضرات في القانون الجنائي العام)، القسم الاول ، نظرية الجريمة، القيصم على طلبة السنة الثانية

حقوق، معهد الحقوق ببسكرة.

1- محمد. عوض، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر الأسكندرية ، طبعة 2000 ، ص 612.

المطلب الاول

مفهوم العقوبة

لا يوجد تعريف دقيق لتحديد تعريف للعقوبة على ان هناك بعض المحاولات الفقهية في هذا الصدد. حيث تعرف العقوبة بانها : جزاء يقرره القانون و يوقعه القاضي عى من تثبت مسؤليته عن فعل يعتبر جريمة في نظر القانون ليصيب به المتهم في شخصه او ماله او شرفه¹ ، فما هي اغراض هذه العقوبة ؟.

سيكون هذا الإشكال محل دراسة عنصر أغراض العقوبة (الفرع الأول) ، ثم أتى لدراسة الضوابط القانونية لتحديد مقدار العقوبة (الفرع الثاني) ، ثم نأتي لدراسة آليات سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة (الفرع الثالث)

الفرع الاول

اغراض العقوبة

للعقوبة عدة اغراض يهدف القانون الى تحقيقها و يبسعى الفقهاء الى تكريسها ، وهو ما سنتعرض له تباعا من خلال الفقرات الاتية :

بدءا بغرض الردع كأقدم أغراض العقوبة ، سواء أكان عاما أم كان خاصا (الفقرة الأولى) ثم غرض العدالة من وراء إحداث العقوبة و هو غرض حديث كأحد السيمات الإصلاحية للعقوبة (الفقرة الثانية) ، ثم نأتي لغرض التأهيل الإجتماعي كأحدث الأغراض التي نادى بها فقهاء المدرسة الوضعية الحديثة لإصلاح الجاني و إعادة تأهيله إجتماعيا و هو ما نجد تطبيقاته في قانون السجون ، و إعادة تربية المساجين الجزائري الجديد رقم 04-05 (الفقرة الثالثة)

1- .مصام محيي محمد البصير، تجزئة العقوبة نمو سياسة جنائية جديدة، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة

العربية، ط 2004، ص 27.

الفقرة الاولى

الردع

قد يكون الردع عاما و يقصد به تحذير باقي افراد المجتمع الذين تراوهم فكرة ارتكاب الجريمة من انهم سينالون نفس العقوبة التي توقع على المجرم الذي ارتكبها فعلا¹ ، كما قد يكون خاصا فيقصد به ايلام الجاني بالقدر اللازم الذي يمنعه من التفكير في العودة الى ارتكاب الجريمة² .

الفقرة الثانية

العدالة

و تعني عدالة العقوبة: ارضاء الشعور العام في المجتمع ، في ان من يرتكب جريمة تسلط عليه العقوبة المناسبة حتى يكون في ذلك ردع لغيره من الجناة³ ، و يتجلى ذلك - عدالة العقوبة - من خلال ربط العقوبة بالركن المعنوي و الخطأ و لم يتم ربطها بالضرر الاجتماعي و لا بالظروف المشددة او المخففة فهذا الامر لا يمس بعدالة العقوبة في شئى كون ان قواعد تحديد مقدار العقوبة في حقيقتها قولعد مجردة تطبق على الجميع مجرد توافر شروط قانونية فيهم .

1- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ص 195.

2- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ط 2003، ص. 195

3- احسن بوسقيعة، نفس المرجع ص 195.

الفقرة الثالثة

التأهيل

و يقصد به ان تنفذ العقوبة بطريقة فيها من وسائل التهذيب و العلاج ما يمكن الجاني بعد مغادرته للمؤسسة العقابية من ان يكون اهلا للتكيف مع المجتمع و ان يعود للاجرام مستقبلا .
وباستقراء نصوص قانون السجون و تربية المساجين رقم 04/05 نلاحظ انه ركز على الوظيفة التأهيلية للعقوبة

الفرع الثاني

الصوابط القانونية لتحديد مقدار العقوبة

نعالج هذا من خلال : التعرض للإطار العام الذي يحكم مقدار العقوبة ، و الذي تحكمه مجموعة من المبادئ الدستورية ، مثل مبدأ شرعية العقوبة ، ثم مبدأ قضائية العقوبة ، ثم مبدأ شخصية العقوبة ، ثم مبدأ المساواة في العقوبة ، و أخيرا مبدأ ضمان التعويض عن الخطأ القضائي (الفقرة الأولى) .

ثم نتطرق للضوابط القانونية لتقدير العقوبة من خلال إدراج عنصر التجريد و العمومية و من خلال مجموعة من الآليات التي تحدد مقدار العقوبة و هي آلية التفريد القضائي ثم آلية التفريد التشريعي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى

الإطار العام الذي يحكم مقدار العقوبة

هناك عدة مبادئ تتحكم في تحديد مقدار العقوبة هي : مبدأ شرعية العقوبة (أولا) ، مبدأ قضائية العقوبة (ثانيا) ، مبدأ شخصية العقوبة (ثالثا) ، مبدأ المساواة في العقوبة (رابعا) ، ضمان التعويض عن الخطأ القضائي (خامسا)

أولا - مبدأ شرعية العقوبة

المشرع هو الذي يحدد العقوبات و الجزاءات فلا يجوز للقاضي توقيع عقوبة لم تقرر نوعا و مقدارا كجزاء لارتكاب الجريمة و ذلك بمناسبة تطبيقه للعقوبة و هو ما نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات ، كما جاء في نص المادة 133 من دستور 1996 ما يفيد هذا المعنى ، وهنا يبرز إشكالا يتعلق بنوعية النص القانوني الملزم للقاضي في إطار تقديره للعقوبة ؟

تتكلم المادة الأولى من قانون العقوبات على أنه لا عقوبة بغير قانون و نعلم أن القانون يصدر عن البرلمان في صورة تشريع ، لكن حيث أنه و أثناء غياب البرلمان حله أو بين دورتيه فلرئيس الجمهورية حق التشريع بموجب أمر رئاسي ، و الذي يصادق عليه البرلمان فيما بعد و نعلم أيضا أن القانون لا يلزم القاضي و لا يكون حجة على الغير إلا بعد استعمال آليته المتمثلة في النشر في الجريدة الرسمية و هذا يثير النتائج التالية : يباشر القاضي سلطته التقديرية في حدود قاعدة الشرعية ، حيث أن جسامه الجريمة و ادخالها في نوع معين من الجرائم يتوقف على حدي العقوبة الأقصى و الأدنى .

استعمال السلطة التقديرية في العقوبة ، يتفق مع مبدأ شرعية العقوبات الذي يقتضي نوعاً من تحديد العقاب المقرر للجريمة¹ ، الشروع في المخالفات غير معاقب عليه و في الجرح شرط وجود نص و في الجنايات يعاقب على اطلاقه ، فطابع الجريمة يحدد العقوبة في اطار القانون العام ، المخالفات المرتكبة في الخارج لا عقاب عليها ، النص الناطق بعقوبة الجريمة هو الذي يحدد القانون الاصلح للمتهم ، تجاوز القاضي لحدي العقوبة يعرض حكمه للرقابة عن طريق الطعن بالنقض ، لا تطبق العقوبة باثر رجعي الا اذا كانت اصلح للمتهم بالنظر لعقوبة الجريمة ، العقوبة لا تخضع للقياس في تقديرها ، فالقاضي لا يخلق العقوبة انما يطبقها فقط ، و يعد التحديد القضائي للعقوبة ضماناً للمحكوم عليه من تعسف و استبداد سلطات التنفيذ² ، و من خلال هذا العنصر يصادفنا اشكالا يتعلق بمدى امكانية القاضي كمطبق للقاعدة الجزائية مراقبة شرعيتها؟.

بداية نقول ان عدم الشرعية نوعان : اما عدم المطابقة للدستور ، او عدم المشروعية لعدم المطابقة بين العقوبة ووقائع الدعوى ، فعالية التشريعات لا تمنح للقاضي سلطة رقابة مدى دستورية القاعدة الجزائية ، بل يكون ذلك عن طريق اخطار هيئات خاصة و كل ما يفعله القاضي هو ان يقضي بارجاء الفصل في الدعوى المقامة - العمومية - و عرض الامر على الهيئات الخاصة - المجلس الدستوري لاتخاذ ما يراه مناسباً ، و هو اجراء استثنائي غير معمول به³.

1- محمد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الاسكندرية، بلا تاريخ

ص211 - 212.

2- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، بدون تاريخ، ص727

3- سالم بوفليح ، مجموعة محاضرات القبيص على طلبه سنة أولى ماجستير تخصص قانون جنائي دفعة

2004/2005، المركز الجامعي بام البواقي، مقياس القانون الجنائي نظرية الجزاء الجنائي، ص02

ثانياً- مبدأ قضائية * العقوبة

فلا عقوبة الا بموجب حكم قضائي نهائي صادر عن سلطة قضائية مختصة و لو رضي المتهم بعقوبة تطبق من جانب اخر ، لكن لماذا تحتكر السلطة القضائية هذه الوظيفة دون غيرها من الهيئات الاخرى ؟ .

خص جهاز القضاء بهذه الوظيفة دون غيره صونا للحريات الفردية بوصفه يتمتع بكل شروط النزاهة و الكفاءة و ضمانات حقوق الدفاع ، و ايضا كون هذا الاختصاص قرر بنص دستوري طبقا للمادة 137 ، دستور 1996 و المادة الاولى من قانون الاجراءات الجزائية الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها و يباشرها رجال القضاء او الموظفون المعهود اليهم بها بمقتضى القانون و في هذا الشأن فقد استحدثت التشريعات و منها المشرع الجزائري نظام قاضي تطبيق العقوبات على مستوى كل مجلس قضائي و ذلك لمراقبة تطبيق العقوبة و تنفيذها و هو بمثابة ضمانة اخرى مترتبة عن الوظيفة القضائية للعقوبة .

ثالثا- مبدأ شخصية العقوبة

لا توقع العقوبة الا على نفس الشخص الذي حكم عليه بها القاضي ، فلا يتحملها الغير نيابة عن المجرم و لا يسأل عن الجريمة الا مرتكبها دون غيره من افراد اسرته ، و يترتب على كون العقوبة شخصية انها تنقضي بالوفاة ، اما بالنسبة للغرامة الجزافية و المصاريف القضائية فتتحملها خزينة الدولة [لكن هل يعتبر توقيع العقوبة خاصة في حالة ارتكاب احدى الجرائم الاقتصادية - المنصوص عليها في قانون الوقاية و مكافحة الفساد 06/01 - على شخص مديرها او ممثلها القانوني نيابة عن

* - وقد نص على التطلع الضريبي في مصر بموجب المادة 191 من القانون رقم 57 لسنة 1981 الخاص باصدار قانون

الضرائب على الدخل والتي تنص على ان (فان احالة الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون الى النيابة العامة

بقرار من وزير المالية وان السلع مع الممول مقابل دفع مبلغ 100% مما لم يؤدي من الضريبة ... وفي جميع

الاحوال تنقضي الدعوى العمومية بالصلح) ... لمزيد تفصيل انظر في ذلك : - محمود سمير عبد الفتاح : النيابة

العامة وسلطانها في انهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة، الدار الجامعية ، طبعة سنة 1991 ، ص: 331.

كيانها ككل ، طبقا للمادتين 18 ، 19 من قانون العقوبات ، فهل يعتبر تناقضا مع مبدأ شخصية العقوبة ام لا ؟ .

رابعاً- مبدأ المساواة في العقوبة

وردت العقوبة بشكل عام و مجرد يطبق على الجميع و هذا ما نصت عليه المادة 131 من دستور 1996 اساس القضاء ، مبادئ الشرعية و المساواة و الكل سواسية امام القضاء ، و لا يخل بمبدأ المساواة ما يترتب من تنوع في تطبيق العقوبة بفعل اعمال التفريد القضائي و العقابي و آليات التشديد و التخفيف ، السوابق العدلية ، فهل يخل بهذا المبدأ ما قرره القانون من تطبيق اجراءات المصالحة بموجب قانون الجمارك في الدعوى الجبائية و وضع حد للمتابعة بمجرد تصالح ادارة الجمارك مع المخالف ؟.

يثير نظام المصالحة عدة اعتراضات بشأن المساواة في العقوبة ، منها ما هي فلسفية قانونية .. فاما الاعتراضات الفلسفية القانونية : فانها تتمحور حول المساواة و العدالة و فكرة الردع كغرض من اغراض العقوبة و يؤدي - نظام المصالحة - الى ترسيخ الاعتقاد السائد بان العدالة وجدت للفقراء فقط ، و في الموضوع : يرى البعض ان انهاء الدعوى العمومية - تحريكها - بدون محاكمة يتعارض مع فكرة الردع كغرض من اغراض العقوبة و الذي لا يتأتى الا بتقديم الجاني للمحاكمة ، و معاقبته على كل جريمة و تطبيق نظام المصالحة من شأنه ان يضعف القيمة الردعية للعقوبة¹ .

خامساً- ضمان التعويض عن الخطأ القضائي

يمقتضي هذا المبدأ وتحقيقاً للعدالة ان يعوض كل من وقع عليه العقاب خطأ و هو ما نصت عليه المادة 46 من دستور 1996 يترتب على الخطأ القضائي تعويض من الدولة و يحدد القانون شروط التعويض و كلياته .

1- احسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجنائية بوجه عام، وفي المواد الجنائية بوجه خاص، الديوان الوطنية

للأشغال التربوية، 2001، ص18.

الفقرة الثانية

الحدود القانونية الضوابط لتقدير العقوبة

ان العدالة كاحدى سمات العقوبات تقتضي ان تخضع العقوبة لعنصر التجريد و العمومية .
و حيث ان المشرع لا يمكنه حصر العقوبة المناسبة اكل شخص ارتكب جريمة مسبقا فيكتفي بتحديد العقوبة التي يعتقد انها عادلة و ملائمة و في ذهنه شخص عاد ذو ظروف عادية¹ ، لهذا يلجأ المشرع لتكملة عمل القاضي ، فيعهد اليه بسلطة متفاوتة الصلاحيات في هذا المجال ، و حتى يتسنى لنا الوقوف على النطاق القانوني لسلطة القاضي في تقديره للعقوبة ، نجد انه يضيق في عقوبتي الاعدام و السجن المؤبد حتى يكاد ينعدم ، و تقتصر السلطة التقديرية على مجرد تقدير ان الجريمة بظروفها تستحق هذه العقوبة طبقا للقانون .

لكن هذه السلطة التقديرية تظهر بوضوح في عقوبات السجن المؤقت و الحبس و الغرامة ، حيث يحدد القانون حدين للعقوبة ، اقصى و ادنى ، هما بمثابة حدي السلطة التقديرية للقاضي في تقديره للعقوبة ، و قد تتسع هذه السلطة التقديرية ، الى ابعد من حصرها بين الحدين الاقصى و الادنى ، و ذلك في الحالات التي يسمح القانون للقاضي فيها بالهبوط الى ما دون الحد الادنى عند توافر الظروف المخففة طبقا للمادة 53 من قانون العقوبات ، و تجاوز الحد الاقصى اذا ما توافرت ظروف التشديد² ، و هو ما سنتعرض له تحت عنوان آليات التشديد و التخفيف ، كما يسمح القانون للقاضي باختيار نوع العقوبة و تدرج كمها ضمن النطاق الثابت و النسبي للحيز الفاصل بين حدي العقوبة ، المقررة لكل جريمة على سبيل التخيير او التعديل . و بهذا الاعتبار يكون التدرج الكمي للعقوبة ، و الاختيار النوعي لها ضمن نطاقها القانوني، هما الوسيلتان الرئيسيتان العاديتان لتفريد العقاب القضائي³ ، و سيكون عنصر التفريد القضائي للعقاب موضوع المطلب الثاني من هذا المبحث .

1- محمود نجيب حسني ، المرجع السابق، القسم العام، ص849.

2- محمد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائي، القسم العام، الجزء الثاني، نظرية الجزاء الجنائي ، دار المطبوعات الجامعية ، ط 1996 ، ص 493.

3- أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن (بدون تاريخ) ص66.

الفرع الثالث

آليات سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة*

إن الوظيفة الحديثة التي تميز العقوبة هي وظيفة إعادة التأهيل، و التي تتم بوسيلة تعرف بالتفريد الجزائي ، وقد ظهر هذا المصطلح أول مرة عند ريمون سالي في كتابه التفريد الجزائي ، حيث يمكن في هذا الصدد التمييز بين ثلاث أنواع من التفريد ، تعتبر بمثابة اساليب مهمة لتقدير العقوبة بعضها يطبقه القاضي ، وبعضها يخرج عن سلطته كما هو الشأن بالنسبة للتفريد الإداري و هو لا يعنينا في مجال الدراسة.

و على هذا سنقسم هذا الفرع الذي يحمل عنوان آليات سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة إلى أسلوب التفريد القضائي (الفقرة الأولى) ، ثم التفريد التشريعي (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى

التفريد القضائي

ومقتضى هذا الاسلوب أن المشرع بعدما يحدد للعقوبة حدين أدني و أقصى ، يترك للقاضي أعمال سلطته في تقديرها بين هذين الحدين ، مراعيًا الظروف الخاصة بالمجرم و مدى خطورته الإجرامية ، لأن القاضي هو الأقدر على فهم شخصية المتهم و خصائصها¹ ، و لعل صحيفة السوابق القضائية تلعب دورا كبيرا في ذلك ، فهي تعطي إنطباع أولي يؤثر في ذهن القاضي لبناء قناعة شخصية في تقديره للعقوبة ، بآعماله وسيلة التفريد القضائي، وقد نص على صحيفة السوابق القضائية في المواد 618، 646 من قانون الاجراءات الجزائية ففيها بيان كامل للوظيفة الجزائية للشخص .

* - أحمد شوقي، مرجع سابق، ص 131 هامش 267

1- أحمد شوقي، عمر أبو خبطة، المساواة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، ط 2002، 2003.

ص 131 إلى 133.

هذا و يقتضي هذا التفريد تمتع القاضي بسلطة واسعة لإختيار ما يلائم كل مجرم من حيث نوع ومقدار العقوبة من بين العقوبات التي يحددها المشرع في النص القانوني ، كما له إبدال نوع بأخر من الجزاءات البديلة.

الفقرة الثانية التفريد التشريعي

هو ذلك الذي يراعيه المشرع عندما يقرر -بعد تقدير العقوبة - إ لزام القاضي الجنائي بالاخذ بطروف التشديد أو التخفيف أو الإعفاء من العقاب تبعا لتفاوت ظروف الجرائم والجناة¹ و قد أخذ المشرع الجزائري بهذه الالية للتفريد ، وزود بها القاضي .

و يتجسد التفريد التشريعي بمجموعة وسائل هي: أليات التخفيف المحددة قانونا ، و أليات التشديد ، ووقف التنفيذ وهو ما سنأتي له في حينه أما ألية الأعدار المعفية ، أو موانع العقاب ، فكما أشرنا إلى ذلك فإن انتفاء وجودها يعتبر شرطا للعقاب ، ومع وجودها فليست هناك عقوبة اصلا ولا محل بالتالي للحديث عن السلطة التقديرية للقاضي ، كما ان الأخذ بها واجب على القاضي وليست له في ذلك أية سلطة تقديرية .

و فيما يلي سنتعرض إلى تفصيل هذه الاليات من خلال المطلبين المواليين بعد ان اوجزنا ها من خلال هذا الفرع :

1- أحمد شوقي، عمر أبو خطوة، المساواة في القانون الجنائي، مرجع سابق ص 131.

المطلب الثاني التفريد القضائي كاحد اهم اليات التفريد العقابي

اتبع المشرع عدة وسائل من اجل تجسيد العقوبة لاغراضها، من بينها وسيلة التفريد القضائي للعقاب- على غرار الوسائل الاخرى التي سيتم التطرق لها فيما بعد- فالوسيلتان الرئيسيتان العاديتان لتفريد العقاب القضائي هما الاختيار-التقدير- النوعي للعقوبة و التقدير الكمي لها¹ ، وفي هذا المطلب سنقف على ابعاد هذه الاليات بالتفصيل.

بدءا بأسلوب الإختيار النوعي للعقوبة فنتعرض في إطاره إلى النظام التخييري لها ثم النظام الإبدالي لها و صورته المختلفة (الفرع الأول) ، ثم نتعرض إلى أسلوب الإختيار الكمي للعقوبة و هو الأسلوب الثاني و الذي من خلاله نعالج نظام التدرج الكمي الثابت و نظام التدرج الكمي النسبي (الفرع الثاني) ثم نتعرض إلى أسلوب وقف التنفيذ للعقوبة (الفرع الثالث) .

الفرع الاول

الاختيار النوعي للعقوبة

طبقا لهذا النظام يتسنى للقاضي حرية كاملة في الحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة من بين العقوبات التي رسدها المشرع للجريمة ،مراعيا في ذلك المعاصرة ،ويحكم الاختيار النوعي للعقوبة نظامان هما ، النظام التخييري ،النظام التبديلي.² فالنظام التخييري ينقسم إلى نظام العقوبات التخييرية الحرة و المقيدة (الفقرة الأولى) أما النظام الإبدالي فيقوم على عدة صور سيأتي إيرادها لاحقا (الفقرة الثانية)

1- أكرم نشأيه إبراهيم، الحدود القانونية، مرجع سابق ص 66.

2- . نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص163

الفقرة الاولى

النظام التخييري

نتعرض في هذه الفقرة إلى نظام العقوبات التخيرية الحرة (أولا) ، ثم التخيرية المقيدة (ثانيا)

اولا -نظام العقوبات التخيرية الحرة

فبمقتضى هذا النظام يتمتع القاضي بحرية اختيار تامة في الحكم بالعقوبة التي يرتئها من ضمن العقوبات المقررة للجريمة سواء كانت عقوبتين متنوعتين أو أكثر . فالقانون لايلزمه باتباع أية قاعدة معينة في الاختيار ، وان كانت السياسة الجنائية الحديثة تملي عليه مراعاة شخصية المجرم وظروفه بما في ذلك الباعث عاى ارتكاب الجريمة عند إختياره العقوبة الملائمة من بين العقوبات المقررة .¹

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية : " بأنه إذا تعدد المتهمون في جريمة واحدة وثبتت للمحكمة إدانتهم، فليس في القانون ما يوجب عليها ان تسوي بينهم في العقوبة نوعا ومقدارا ، بل يصح لها أن تحكم على البعض بالحبس وعلى البعض الاخر بالغرامة "

ثانيا- نظام العقوبات التخيرية المقيدة

حيث يرى بعض الفقه ان نظام العقوبات التخيرية يقيد احيانا ببعض القيود حيث يرى الدكتور أكرم نشاة- كما اشرنا لهذا في العنصر السابق- ان السياسة الجنائية الحديثة تملي على المشرع ،ومنه على القاضي مراعاة شخصية المجرم و ظروفه بما في ذلك الباعث على ارتكاب الجريمة عند إختياره العقوبة الملائمة من بين العقوبات المقررة² ، ويظهر من هذا ان النظام التخيري المقيد إستثناء من الاول .

1- أكرم نشاة إبراهيم، مرجع سابق ، ص 108. و عوض محمد، قانون العقوبات، مرجع سابق ص615.

2- أكرم نشاة إبراهيم، مرجع سابق ص من 108 إلى 111.

ومن خلال هذا نخلص إلى ان هذه الصور هي :

البند الاول-الصورة الاولى نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالباعث

و مقتضى هذا النظام ان يضع المشرع عقوبتين متباينتين في الشدة على سبيل التخيير لكل جريمة مع إلزام القاضي بان يحكم بالعقوبة الاشد ومنه الحكم بالعقوبة الاخف عندما يكون الباعث على إقترافها دنيئا ، فما هو موقف المشرع الجزائري من هذا النظام ؟ *

باستقراء نص المادة 34 من قانون العقوبات ، التي تفرض وجوبا على القاضي في حالة تعدد الجنايات او الجنح ان يقضي بعقوبة الفعل الاشد ، وكذا ما جاء في المادة: 35 من قانون العقوبات وكذا حالة العود المنصوص عليها في المادة: 54 من قانون العقوبات في القسم الثالث من الفصل الثالث بعنوان شخصية العقوبة ، وكذا ما جاء في القسم الخامس تحت عنوان تشديد العقوبات ، فعقوبة القتل باستعمال التسميم او الاصرار و التردد ، او القتل الواقع على الاصول فكلها يعاقب عليها بالاعدام وجوبا ، ويمنع الاخذ بظروف التخفيف فيها كون الباعث على ارتكابها يحمل د ناءة و غدرا. وهو ما اشارت له المواد 254 حتى 261 من قانون العقوبات ، وكذا ما جاء في نص المادة 22 من الامر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب ، بنصها انه لا يستفيد المدان بجريمة من جرائم هذا القانون من ظروف التخفيف اذا كان محرضا ، وهذه دلالة واضحة على الاعتداد بالباعث على ارتكاب الجريمة.

البند الثاني- الصورة الثانية نظام العقوبات التخيرية المقيدة بالملائمة

ومقتضاه أنه إذا أجاز القانون للقاضي الأختيار بين عقوبة سالبة للحرية ، وعقوبة الغرامة ، فإنه لا يحكم بالعقوبة السالبة للحرية إلا إذا كان الحكم بالغرامة غير ملائم للمجرم في ضوء ظروفه الشخصية و ظروف جريمته الواقعية، وذلك رغبة من المشرع في تنبيه القاضي إلى اعتبار الغرامة

* - أمر 06/05 المؤرخ في 18 رجب عام 1426 الموافق ل 23 أوت (تمشيع) سنة 2005 المتعلق بمكافحة التهريب المادة 22 منه.

عقوبة اساسية و العقوبة السالبة للحرية عقوبة إستثنائية لجميع الجرائم المعاقب عليها بكلتا العقوبتين على سبيل التخيير ، فما هو موقف المشرع الجزائري من هذا النظام ؟.

فما عدا ما نص عليه في المادة 51 من قانون العقوبات ، و في المواد 456 و 465 من نفس القانون بالنسبة لجرائم المخالفات حيث يحكم على القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما بالتوبيخ ،

وإما بعقوبة الغرامة، فبرغم كون المخالفات تعاقب بالسجن من يوم واحد إلى شهرين و الغرامة من 20 إلى 2000 دج، فإن القاضي ملزم بالحكم بالحكم بالغرامة فقط كونها هي الملائمة لحالة القاصر، أو التوبيخ، إذا فما عدا * مجال المخالفات لا نجد في قانون العقوبات احلالا للغرامة مكان العقوبة السالبة للحرية.

البند الثالث - الصورة الثالثة نظام العقوبات التخيرية المقيدة

بشاعة الجريمة او خطورة المجرم

و ذلك كأن يحدد القانون للجريمة عقوبة السجن المؤبد، و عقوبة الإعدام على سبيل التخبير، ويجعل العقوبة الاخيرة واجبة التوقيع إذا كانت طبيعة الفعل، و الطريقة التي ارتكب بها و كذلك الظروف الاخرى للقضية، بوجه عام تجعل الفعل شنيعا او اذا كان المجرم خطر على الامن العام.

وفيما يلي نستعرض موضع هذه الحالة من النظام التخيري في قانون العقوبات الجزائري؟
حسب المادة 263 من قانون العقوبات، يعاقب على القتل العمد بالسجن المؤبد و في حالة الاصرار او التردد او مصاحبة القتل بجنحة او تسهيل فرار، مرتكبيها او قتل الاصول، او التسميم، كل هذه كظروف مصاحبة للقتل العمد ترفع العقوبة من السجن المؤبد إلى الإعدام.

*- فماعدأ هذه المواد نجد ان الغرامة قد نص عليها كبدل لتدابير امن اخرى ومثال ذلك ما جاء في المادة : 177

مكرر من قانون العقوبات، والمادة: 170 من قانون العقوبات.

البند الرابع- الصورة الرابعة نظام العقوبات

المقيدة بتوافر شروط معينة

و هو ما نجده في قانون عقوبات جمهورية روسيا ، حيث حدد المشرع لبعض الجرائم الإقتصادية جزاء إداريا خاصا بالمخالفات ، او عقوبة الجنحة مع تقييد الحالة التي يجوز فيها للقاضي توقيع عقوبة الجنحة شرط توقيع جزاء إداريا على مرتكب الجريمة على واقعة مماثلة ، او بشرط ممارسته للصناعة المحظورة بنطاق واسع ، او إستعانتة في ذلك بالأجراء .¹

الفقرة الثانية

النظام الإبدالي او التبديلي *

وهو إمكانية إحلال عقوبة من نوع معين محل عقوبة من نوع اخر بواسطة القضاء، و يستوي في ذلك ان يتم الاحلال ضمن الحكم القاضي بالعقوبة المقررة اصلا ، ام بعد الحكم بها طبقا لما هو مقرر في القانون ، ويعد هذا النظام من وسائل تفريد العقاب ، وفي كنفه يتمتع القاضي بحرية تتفاوت من تشريع لآخر في عملية الاحلال العقابي.²

ويكون إستبدال العقوبات قضائيا في إحدى الحالات التالية: إذا تعذر تنفيذ العقوبة الاصلية ، او قام إحتمال تعذر تنفيذها ، إذا كانت العقوبة البديلة اكثر ملائمة من حيث التنفيذ بالقياس إلى العقوبة الاصلية ، متطورا في ذلك إلى الحالة الشخصية للمجرم.

اما صور العقوبات البديلة القضائية فهي متنوعة في التشريعات الجنائية المعاصرة وسنتناول السلطة التقديرية للقاضي في كل منها على التوالي :

1- حاتم حسن موسى بكار ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير والاحترازية، الدار الجماهيرية، ط 1 بدون تاريخ، ص 167، 168.

* - أنظر بتفصيل، أكرم نشأت إبراهيم، ص من 133 إلى 145.

2- أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق ص 133.

الصورة الاولى: إستبدال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة الغرامة

طبقا لهذه الصورة يكون من سلطة المحكمة ان تقضى بعقوبة الحبس بدلا من دفع الغرامة

وإحلال عقوبة الحبس محل الغرامة من شأنه إبراء ذمة المحكوم عليه من دفع الغرامة المحكوم بها عليه متى قضى مدة الحبس التي قررها الحكم ، فليس من حق المحكمة أن تتجاوز الحد الأقصى القدر قانونا لعقوبة الحبس ، وبهذا الشأن نتساءل حول موقف التشريعات القارئة من مسألة العقوبة القضائية البديلة للغرامة ؟

أولا ، وبالنسبة لموقف التشريع الفرنسي ، فتجدر الملاحظة ، أنه في حالة عدم الدفع الكلي أو الجزئي للمبلغ الاجمالي للغرامة المحكوم به ، يحبس المحكوم عليه لمدة تعادل نصف عدد ايام الغرامة غير المدفوعة المادة من 43 حتى 10 من قانون العقوبات الفرنسي¹ ، وإذا كان القانون المصري لم يأخذ بنظام ايام الغرامة على النحو الذي اخذت به التشريعات الجنائية الحديثة ، ومنها التشريع الفرنسي² .

فما هو الشأن في ظل التشريع الجزائري؟

موقف التشريع العقابي الجزائري ، يمكن ملاحظة هذه الصورة من العقوبات البديلة في إطار قانون الجمارك 10/ 98 ، وإزالة اللبس يجب التمييز بين نظام المصالحة و نظام الغرامة ، فالمصالحة ليست غرامة، وهي بموجب القانون رقم 10/98 لا تؤثر إلا على الجزاءات (الدعوى) الجنائية- دون الدعوى العمومية- من عقوبات سالبة للحرية ، و غرامات ، إضافة لذلك نلاحظ هذه الصورة بوضوح فيما يتعلق بالاكراه البدني و التي حددت لكل مقدار غرامة ما يقابلها مدة حبس وبه تنقضى عقوبة الغرامة.

ونلاحظ أيضا و تطبيقا لهذه الصورة ما نصت عليه المادة 21 من الامر 06/05 المتعلق

1- . أحمد شوقي، عمر أبو خطوة ، مرجع سابق ص 137.

2- . أحمد شوقي، عمر أبو خطوة ، مرجع سابق ص 137.

بمكافحة التهريب على انه تستثنى جرائم التهريب المنصوص عليها في هذا الامر -06/05- من إجراءات المصالحة المبينة في التشريع الجمركي ، و في هذا إشارة واضحة لإصرار المشرع على بقاء العقوبة السالبة للحرية ، وعدم إستبدالها بجزاءات مالية مع إدارة الجمارك .

الصورة الثانية : إستبدال عقوبة بدنية بعقوبة الغرامة

لقد تلاشت العقوبات البدنية في معظم التشريعات الحديثة بشكل يكاد يكون نهائي ، فيما عدا عقوبة الإعدام ، و العقوبات الحدية و بعض العقوبات التعزيرية المقررة بموجب أحكام الشريعة الإسلامية و العقوبات البنية كعقوبة الجلد بالسوط ، و الضرب بالمقرعة ، كما هو منصوص عليه في القانون الجنائي السوداني ، فهذه العقوبات هي الان محل هجوم من رجال الفقه و القانون الوضعي ، تاسيسا على أنها تنطوى على إهدار الكرامة الإنسانية للفرد .

وسلطة المحكمة كما تبدوا واسعة في هذا المجال ، إذ لها مطلق الحرية في إستبدال او عدم إستبدال ضربات المقرعة بالغرامة ، ويجوز لها النزول إلى ضربة مقرعة واحدة لان القانون لم يعين حدا أدنى لضربات المقرعة¹ .

الصورة الثالثة : إستبدال عقوبة الغرامة بعقوبة سالبة للحرية

لهذه القاعدة تطبيقات متماثلة ، و اخرى متقاربة في قوانين بعض الدول كالمانيا و المكسيك ، و الصين و البرتغال ، و لها تطبيق محدود بالنسبة للأحداث في القانون العراقي ، و العقوبات السالبة للحرية التي يمكن الحكم بدلا منها بالغرامة على هذا النحو ، هي السجن و الحبس ، و الحبس البسيط ، لجواز الحكم بكل منها لمدة أقل من ثلاثة أشهر إذ ان الحد الأدنى العام المشترك للعقوبات الثلاث هو يوم واحد ، اما عقوبة الاشغال الشاقة فحدها الأدنى سنة واحدة ، و هي مخصصة للجنايات كذلك ، لا يمكن تصور إستبدال الغرامة بها ، و تطبيقات هذه الصورة ، ما نصت عليه المادة 51 من قانون العقوبات، من إلزام القاضي بالحكم بالغرامة بدل الحبس في المخالفات التي يرتكبها القصر . و كذا

1- .حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص 181، 183

في مواد الجرح و في الحالات التي يستبدل القاضي فيها الحبس بالغرامة ، وكانت عقوبة الحبس هي وحدها المقررة ، فإن الغرامة التي يقضي بها يجب الا تتجاوز 30.000 دينار جزائري¹ .

الصورة الرابعة : إستبدال عقوبة العمل بعقوبة سالبة للحرية

فعل العمل البديل لا يمكن إعتبره عقوبة بديلة قضائية بالمعنى الدقيق ، لعدم إنفراد القاضي بممارسة سلطة الإستبدال بشانه بل لابد لإستبدال العمل بالحبس من موافقة ثلاثة جهات ، وهي :

أولا بالنسبة لقاضي الموضوع الذي يوافق ضمنا على هذا الإجراء بعدم حرمان المحكوم عليه من حق طلب التشغيل ، و ثانيا المحكوم عليه الذي يطلب تشغيله ، وثالثا النيابة العامة التي تامر بالتشغيل بدلا من الحبس بعد تاكدها من وجود عمل يكون إستغلال المحكوم عليه به ذا فائدة².

الصورة الخامسة : إستبدال الإنذار بتغيير الاحوال المعيشية

بعقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة

عقوبة الوضع تحت مراقبة البوليس ، وإن كانت تدخل في إطار التدابير الوقائية إلا أن القانون قد أعطاهما وصف العقوبة، و رتب عليها نتائج ، لذا فإنها تعد عقوبة من كل الوجوه بما يجعلها صالحة لان تكون صورة من صور العقوبات التي يجرى بشأنها الإبدال القضائي ، و مما تجدر الإشارة إليه أنه يعاقب على التشرذم بالوضع تحت مراقبة البوليس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن ثلاثة سنوات³.

1- محمد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، مطبعة الكائنة - الجزائر - ط 2003، ص. 320.

2- أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق ص. من 143 إلى 145.

3- حاتم حسن موسى بطار، مرجع سابق ص. 190.

الفرع الثاني

الإختيار الكمي للعقوبة

يفهم من هذا النظام أن سلطة القاضي في تقدير العقوبة تتراوح بين حديها ضمن النص العقابي ، فالمشرع يضع العقوبات التي تقبل التبويض بطبيعتها بين حدين أدنى والآخر أقصى ويخول

القاضي سلطة تقدير العقوبة الملائمة بينهما ، وقد كان- في العصور القديمة- العقاب يتميز بحد واحد فقط نظرا لطبيعة العقوبات المطبقة و التي لا تقبل الحدين كعقوبة الإعدام والعقوبات البدنية كالجلد . جاءت مدونة نابولين العقابية الثانية مرنة ، حيث قررت حدين أدنى وأقصى للعقوبة و قد إعتد المشرع الجزائري هذا الأسلوب في العقاب ، من حيث نصه على حدين لكثير من العقوبات و يترك السلطة التقديرية للقاضي في التراوح بينهما¹ ، و عليه يترتب عن هذا النظام ، أن القاضي يحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة في حدود نص القانون² ، وان تسبب الحكم بغير صحة او خطأ تقديرات العقوبة³ ، ولا يجوز للقاضي تعدي الحدود التي ينص عليها القانون لكل عقوبة بزيادتها أو إنقاصها إلا في الأحوال المقررة قانونا وبالبناء على ما تقدم يمكن القول أن تدرج العقوبة يأخذ شكلين هما : نظام التدرج الكمي الثابت ، و نظام التدرج الكمي النسبي (الفقرة الأولى) ، ثم نتطرق إلى نظام التدرج الكمي و النسبي الشخصيين (الفقرة الثانية)

1- عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق ص 312.

2- إذ يطلب من القاضي الإشارة إلى نص القانون فقط، أنظر في ذلك عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات مرجع سابق ص 494.

3-- لكل القاضي خير مطالب يتسبب إختياره في إنزال العقوبة، بالحد بدلاً من التدابير 445 من قانون إ.ج. أما تسبب الأحكام فهو إلتزام لا ينصب على واقعة تقدير العقوبة. انظر في ذلك بتفصيل أكثر: عبد الله سليمان المرجع السابق ص 494، 495- و قرار المحكمة العليا رقم 1981/11/26 نفس المصدر. - وأنظر المادة 307 من قانون إ.ج.

الفقرة الاولى

نظام التدرج الكمي الثابت ، و نظام التدرج الكمي النسبي¹

نتعرض في إطار هذه الفقرة إلى نظام التدرج الكمي الثابت (اولا) ، ثم نظام التدرج الكمي النسبي (ثانيا)

اولا- نظام التدرج الكمي الثابت

يكون التدرج الكمي للعقوبة ثابتا عندما يحدد لها المشرع حدا أدنى وحدا أعلى ثابتين ، أم بتحديد الحد الأدنى العام ، والأعلى الخاص ، أم بتحديد الحد الأدنى الخاص و الأعلى العام . وهكذا تبرز أمامنا الانماط الأربعة الآتية * :

البند الأول- العقوبات ذات الحد الأدنى العام والحد الأعلى الخاص الثابتين

ويسمى هذا النظام التدرج الانجلوسكسوني ، لنشوئه في رحاب القانون الجزائي الانجليزي رائد القوانين الانجلوسكسونية ، فقد جرى الامر في القانون الانجليزي على النص على تثبيت حدا اعلى خاص فقط لعقوبات الحبس المؤقت و الغرامة المقدرة فيه ، وهما عقوبتاني القانون المذكور إلى جانب عقوبة السجن المؤبد و عقوبة الإعدام و لثلاث جرائم اخرى يندر وقوعها - هي الخيانة العظمى- و القرصنة -و حرق مرابض السفن ، و مخازن الاسلحة . وهكذا يتمكن القاضي من النزول بالعقوبة ، و يؤمن من خطر الخطأ القضائي في الارتفاع بقدر العقوبة و الافراط في تقديرها ، ومن ثم يقي الحرية الفردية من التعسف و التحكم خاصة في الانظمة الاقتصادية الكبرى ² .

1 - حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق ص من 191 إلى 194.

*- أنظر في ذلك: حسن موسى بكار، ص 191، 194، 192، 196، 198، 201، 202.

2- أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق ص 75، 76.

البند الثاني- العقوبات ذات الحد الأدنى و الأعلى الخاصين الثابتين

والهدف من هذه الصورة المباحة بين الحد الأدنى و الأعلى في العقوبة، و التي من شأنها التغلب على قيود سلطة القاضي التقديرية ، وتضمن تجريدا للعقاب بشكل ينسجم مع إتجاهات السياسة الجنائية الحديثة في تفريده ، لكن ينطوي هذا التفريد على خطر المغالاة و المفارقة بين المجرمين لدى تقدير العقوبة خاصة في الدول حديثة العهد بالقضاء و من ثم يعصف بموازين العدالة ما لم يحسن استخدامه ، ونلاحظ انه كلما قرب المشرع بين حدي العقوبة زاد احتمال وقوع الخطأ القضائي ، و

صعب إصلاحه ، بالتالي نخلص إلى القول بان السلطة التقديرية ، تتسع كلما باعد القانون بين هذين الحدين و تضيق ، كلما قرب بينهما¹

البند الثالث- العقوبة ذات الحد الأدنى الخاص و الحد الأعلى العام الثابتين

اتبع هذا النمط في التجريد العقابي ، بصدد عدد من الجرائم ، إذا وضعالمشرع حدا خاصا للعقوبة المقدره لها-الجرائم- تاركا حدها الأعلى مطلقا ، يحكمه الحد الأعلى المقرر لجنس ما قرر لها من عقاب ، و نلاحظ ان سلطة القاضي تزداد اتساعا كلما كان الأدنى الخاص منخفضا ، بينما الحد الأعلى العام مرتفعا ، إذ يكون الفرق بين حدي العقوبة شاسعا، في حين نراها قد ضاقت بإرتفاع الحد الأدنى الخاص ، وإنخفاض الحد الأعلى العام ، بما يمكن القول من أنه كلما إنخفض الحد الأدنى الخاص ، وارتفع الحد ، وارتفع الحد الأعلى العام رحبت سلطة القاضي التقديرية .

البند الرابع- العقوبات ذات الحين الأدنى و الأعلى العامين الثابتين

إن هذا النظام يثبت نوع العقوبة دون تحديد مقدارها ، ضمن المسمى الوارد بالنص ، تاركا المجال التقديرى للقاضي الذى يتاح له ان يقدر داخل إطار الحدين الأدنى و الأعلى المنصوص عليهما قانونا ، فبالرغم من سهولة هذا النظام فإنه يكفل قدرا معقولا للتفريد القضائي للعقوبة ومع ذلك فلا يؤمن مخافة منه إلا دقة ونزاهة قضاة الموضوع².

1- محمد الله سليمان، المرجع السابق، ص. 493.

2- حاتم حسن موسى بخار، مرجع سابق ص 196، 198، 201، 202 بتفصيل.

و تطبيقا لهذه الصورة فإنه و في مواد المخالفات يحكم على الفاصر الذى يبلغ سنه من 13 سنة إلى 18 سنة إما بالتوبيخ و إما بعقوبة الغرامة¹.

ثانيا- نظام التدرج الكمي النسبي

الغرامة هي العقوبة الوحيدة التى يعين المشرع نطاقها الكمي أحيانا على نحو يلتزم القاضي بتدرج مقدارها* ، هذا وقد عرفت التشريعات المقارنة ، و منها العربية مبدأ اخر فيما يتعلق بنظام التدرج الكمي النسبي هو مبدأ تجزئة العقوبة حيث تجيز المادة 27-132 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد للقاضي في مواد الجنب أن يقرر تنفيذ الحبس المحكوم به إذا كانت مدته لا تجاوز سنة على فترات

متقطعة لا تقل كل منها عن يومين ... إذا دعت لذلك إ اعتبارات جدية ذات طابع طبي ... كذلك أعطى
المشرع الفرنسي للمحكمة في مواد الجنح و المخالفات سلطة تقديرية في تقرير تنفيذ عقوبة الغرامة
بالتقسيط ، بالنسبة لقيمة المال محل الجريمة ، وهو تدرج موضوعي او بالنسبة للدخل اليومي
للمجرم ، وهو تدرج شخصي.

البند الاول- التدرج الكمي النسبي الموضوعي

يتجه المشرع في بعض الجرائم التي يكون محلها مالا نحو تحديد مقدار الغرامة بالقياس إلى قيمة
المال محل الجريمة ، أو إلى قيمة الضرر المترتب عن الجريمة أو قيمة الفائدة التي حصل عليها
الجاني منها ، و يسمى هذا النوع بالغرامة النسبية².

1- نص المادة 51، من قانون العقوبات.

*- و هذا يعني البصر الذي أطلقه حاتم بكار من ان الغرامة هي الوحدة التي يدرج القاضي مقدارها...

أنظر بما يؤيد هذا المعنى : .عصام عفيفي عبد البصير ، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

- . شريف سيد كامل التعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد، القسم العام ط 1998، دار النهضة العربية،

ص181. - محمد أبو العلا عقيدة الإتهامات الحديثة وقانون العقوبات الفرنسي الجديد، ط 1997، دار الفكر

العربي، ص 74.

2- . أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق ص 99.

والراجح ان الغرامة النسبية هي عقوبة جنائية خالصة تضاف الى العقوبة الاصلية التي غالبا ما
تكون عقوبة سالبة للحرية ، و غرض هذه العقوبة محاربة جشع الجاني ، و رغبته في الحصول على
ربح غير مشروع عن طريق الإرتشاء أو إختلاس الاموال العامة و الاستيلاء عليها . و تحديد مقدار
الغرامة يتم بإتباع خطتين هما¹ : فالاولى ، بمقتضاها يضع المشرع الغرامة بين حدين أدنى و أعلى ،
ويترك للقاضي سلطة تقديرها بينهما ، اما الثانية ، فمقتضاها يربط المشرع بين مقدار الغرامة ، و
جسامة الضرر الواقع او المحتمل للجريمة او بين مقدار الغرامة والفائدة التي حصل عليها بإقتراف
الجريمة او إستهداف تحقيقها .

الفقرة الثانية

التدرج الكمي و النسبي الشخصي

و به تتحد الغرامة النسبية تبعا للدخل اليومي لمرتكب الجريمة المقررة في بعض القوانين التي تحدد الغرامات ، بوحدات نسبية نسميها (أيام – غرامات) ، و يعتبر المبلغ الذي يستطيع المحكوم عليه توفيره يوميا هو القيمة التقديرية لكل وحدة أي لكل يوم غرامة² ، كما ادخل القانون رقم 83-466 الصادر في 10 يوليو 1983 في قانون العقوبات الفرنسي المادة 43 فقرة 8-والمادة 43 فقرة 11، ادخل نظام ايام الغرامة الذي يحقق التناسب بين مقدار الغرامة ، و دخل المحكوم عليه.³ (journes – amendes)

فما هو موقف المشرع الجزائري من هذا النظام؟ هل قيد سلطة القاضي في تقدير قيمة الغرامة بدخل المتهم ام بظروف الجريمة ، او متحصلاتها كما هو الحال في التشريعات المقارنة أم ترك المجال للقاضي دون قيد أو شرط؟

1- . خاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق ص من 207 إلى 209.

وأنظر في ذلك: - .أحمد شوقي، عمر أبو خطوة ، مرجع سابق ص 135 وما بعدها بعنوان تفريد الغرامة.

2- أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق ص 102.

3- انظر: (1) - أحمد شوقي، عمر أبو خطوة ، مرجع سابق ص: 137.

(2)-

- WYFFELS(A) :LEGALITE ET LE SYSTEME DES JOURS

AMENDES.REV ;DR .PEM.COMP1984 ;P :297

باستقراء فحوى الامر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب ، وبالخصوص المواد من 10 حتى 13 من هذا الامر نجد أن المشرع قد قيد سلطة القاضي بتحديد مقدار الغرامة مرة تبعا لقيمة البضاعة المصادرة من طرف ادارة الجمارك و مرة تبعا لوسيلة النقل المستعملة في الجريمة. فواضح ان المشرع ربط قيمة الغرامة في نصوص هذا القرار ، بقيمة البضاعة المصادرة .

الفرع الثالث

وقف تنفيذ العقوبة

يرجع أصل هذا النظام إلى الفلسفة العقابية للمدرسة الوضعية التي نادى بوقف تنفيذ العقوبة بالنسبة لمجرمى الصدفة ، وقد ادخل المشرع الجزائري هذا النظام في إطار قانون الاجراءات الجزائية وذلك من خلال نص المواد: 592-595 من قانون الاجراءات الجزائية. مكتفيا بالنص على وقف التنفيذ

البيسط فقط ، دون نظام الوضع تحت الإختبار ، و مفهومه ، ان يوقف تنفيذ الحكم فترة من الزمن ، تعتبر كإختبار للمحكوم عليه ، فأذا مضت هذه المدة دون أن يثبت إرتكاب المحكوم عليه لجريمة أخرى اعتبر الحكم كأن لم يكن ، و يشمل نظام وقف عقوبة الحبس و الغرامة على السواء ، بالتالي فنظام وقف التنفيذ تحكمه القواعد التالية ¹ :

يشمل وقف التنفيذ عقوبة الحبس و الغرامة دون السجن المقرر للجناية ، فإذا قضى علي الجاني بعقوبة الحبس لجناية بفعل إفادته بالظروف المخففة طبقا لاحكام المادة 53 من قانون العقوبات ² إستفاد من هذه الرخصة ، و يستفيد من هذا النظام المتهمين الذين لم يحكم عليهم بالحبس لجناية ، او جنحة من جرائم القانون العام ، و يشمل هذا النظام العقوبة التي شملها العفو الشامل فهي لا تعد سابقة و تسحب من صحيفة السوابق القضائية طبقا للمادة: 628 من قانون الاجراءات الجزائية بحيث لا تحول دون نظام الوقف ، على أن الامر محل نظر بالنسبة للتقادم ورد الاعتبار ³ .

1- وأنظر في ذلك :..عبد الله أوهابية، شرع القانون العقوبات، المرجع السابق، ص من 335 إلى 337.

احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ، ص 274 وبعدها.

2- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ص 274.

3- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ص 275.

و يشمل نظام وقف التنفيذ عقوبات الحبس و الغرامة ، أي العقوبات الاصلية فقط غير أن، الغرامات ذات الطابع الجبائي التي تختلط فيها العقوبة بالتعويض ، فلا يجوز الحكم بوقف تنفيذها ¹ ، و مثال ذلك الجرائم الجمركية و الضريبية ، و لا يمتد وقف التنفيذ إلى دفع مصاريف الدعوى ، أو التعويضات او العقوبات التبعية ، و يلغى الحكم السابق الموقوف تنفيذه مجرد مرور فترة التجربة ، وهي خمسة سنوات وذلك في الحالات التالية: إذا إرتكب المستفيد من هذا النظام جنحة او جناية او جريمة من جرائم القانون العام دون الجرائم السياسية او العسكرية او المخالفات ، وكون الجريمة المعاقب عليها بالغرامة او بالعقوبات التبعية ، او التكميلية ، إذا إرتكبت خلال فترة وقف التنفيذ لا تلغي وقف التنفيذ ، وكذا الحال بالنسبة لتدابير الامن .

هذا بالنسبة لوقف التنفيذ البسيط ، على أن هناك صورة أخرى لنظام وقف التنفيذ هي: - " نظام الوضع تحت الاختبار": وهو نظام أمريكي الاصل يرجع تاريخه إلى سنة 1878 ، و قد أخذ به المشرع الفرنسي سنة 1958 ... ويتميز هذا النظام على نظام وقف التنفيذ البسيط سواء من حيث

شروطه او من حيث أثاره وتحدد المحكمة مدة الاختبار بحيث لا تقل عن 18 شهرا و لا تزيد عن 3 سنوات.....²

كما ان هناك أنظمة أخرى للتفريد القضائي للعقاب * ، أما بخصوص نظام الافراج الشرطي ، فهو من مظاهر التفريد الإداري ، بالتالي يخضع لتقدير السلطات الإدارية³ ، فهو بالتالي يخرج عن سلطة القاضي في التفريد القضائي حسب رأي الدكتور عصام العفيفي .

1- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ص. 276.

2- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ص 280 وبعدها.

* - وأنظر في ذلك أيضا: لإيضاح الجزاءات البديلة الأخرى للعقوبة.

طاشور عبد الحفيظ، دور قاضي تطبيق الأحكام القضائية الجزائية، في سياسة إعادة التأهيل الاجتماعي في التشريع

الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة رقم: 04,2001، ص 216 وما بعدها ، تحت عنوان الجزاءات البديلة للعقوبات.

3- . عصام عبد البصير، مرجع سابق، ص 68، 69.

المطلب الثالث

التفريد التشريعي كأحد آليات التفريد العقابي

نخرج في هذا المطلب ، على أهم وسائل التفريد التشريعي الذي زود به القاضي في إطار سلطته التقديرية في التفريد العقابي ألا وهي وسيلتا- آليات التخفيف و آليات التشديد-¹ . مركزين على مدى سلطة القاضي التقديرية خلالهما ، فإلى جانب ما يملكه القاضي من السلطة العادية في تقدير العقوبة ضمن النطاق الكمي و النوعي للعقوبة المقررة أصلا للجريمة و ما تخوله السلطة التقديرية للقاضي من وقف لتنفيذ العقوبة ، فانه يتمتع بسلطة إستثنائية في هذا المجال ، تسمح له بتجاوز هذا النطاق المحدد أساسا نحو التخفيف و التشديد ، بقدر متباين تبعا لما تقرره التشريعات المختلفة .

ففي حالة توافر الظروف المخففة يجوز للقاضي النزول بالعقوبة المقررة إلى ما دون حدها الأدنى المنصوص عليه ، او الحكم بعقوبة أخرى أخف نوعا منها ، و عند توافر الظروف الشددة يجوز له الارتفاع بالعقوبة المعنية إلى ما فوق حدها الاعلى ، او الحكم بدلا منها بعقوبة أشد نوعا أو إضافة عقوبة

أخرى إليها ، فطريقا التخفيف و التشديد بالكيفية المتقدمة إذا هما وسيلتان إستثنائيتان هامتان لتفريد العقاب ، سنبحثهما بالتتابع الآتي: آليات التخفيف و هي ما يسمى بالظروف المخففة القضائية (الفرع الأول) ، ثم آليات التشديد (الفرع الثاني) ، ثم بعد ذلك سأعرض إلى ضوابط السلطة التقديرية لقاضي في الأخذ بالظروف المخففة و المشددة (الفرع الثالث) .

1- أحمد شوقي، عمر أبو خنوة ، مرجع سابق ص: 131

الفرع الاول اليات التخفيف

يتضمن قانون العقوبات نوعين من أسباب تخفيف العقوبة* ، أسباب قانونية حصرها المشرع و بينها في القانون ، وهي أسباب خاصة مقصورة على جرائم معينة" و تسمى الاعذار القانونية الخففة" و أسباب قضائية تركها المشرع لتقدير القاضي و هي أسباب عامة تسمى الظروف المخففة¹ .

بالتالي ستقتصر دراستنا في هذا العصر آليات التخفيف – على ظروف التخفيف القضائية دون غيرها و التي تدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي ، و عليه سأقسم هذا الفرع إلى :
مدلول ظروف التخفيف (الفقرة الأولى) ، ثم مدى سلطة القاضي الجزائي في تحديد الظروف المخففة (الفقرة الثانية) ، ثم أتطرق إلى نطاق سلطة القاضي في التخفيف (الفقرة الثالثة) أختتم هذا الفرع بتبيان موقف المشرع الجزائري من مسألة الظروف المخففة القضائية (الفقرة الرابعة) .

* - نص المشرع الجزائري على الاعذار القانونية المخففة في نص المادة 52 من قانون العقوبات ، وتسمى مواعع العقاب وتشمل :-اعذار الاستفزاز المنصوص عليها في المادة 277، 92، 294 من قانون العقوبات -ومعذر صغر السن المنصوص عليه في المواد: 49 حتى المادة 51 من قانون العقوبات. في حين نص القانون على الاعذار القضائية المخففة في المادة 53 من قانون العقوبات فقط) :

1- احسن بوسقبة، مرجع سابق ص240.

الفقرة الاولى

مدلول ظروف التخفيف

تعرف هذه الظروف ، بأنها : " عناصر أو وقائع عرضية تبعية تخفف من جسامة الجريمة و تكشف عن ضالة خطورة فاعلها* ، و تستتبع تخفيف العقوبة إلى أقل من حدها الأدنى ، أو الحكم بتدبير يتناسب مع تلك الخطورة ، و هناك تعريفات أخرى لظروف التخفيف القضائية أوردتها الفقه¹ ، و التعريف الذي نختاره هو: انها وقائع عارضة يتولى تحديدها القاضي في كل جريمة على حدى و يقدر أثرها القانوني على العقوبة الواجب تطبيقها.²

و في الفقه الجزائري : عرفها الاستاذ عبد الله اوهايبة بانها: أخذ المحكوم عليه بالرافة لاسباب ومبررات يراها القاضي جديرة بأن تحمله على تخفيف العقاب ، على المتهم إما بالنزول عن الحد الا دنى المقرر للجريمة ، و إما باستبدال عقوبتها بعقوبة اخف وهي سلطة جوازية مقررة للقاضي الجنائي يستعملها بحسب ما يراه هو وفقا لقاعدة الاقتناع الشخصي.³

ولهذه الظروف القضائية المخففة أحكام ، فبخصوص مجال تطبيق الظروف المخففة ، فإنها تطبق على كافة الجرائم سواء كانت جنائيات او جنح او مخالفات .

* - ولقد استقرت محكمة النقض المصرية على " تطبيق سلطة القاضي التقديرية في تقدير ما يعد من حالات الإحسان للمخدر ويستوجب صاحبه الإعفاء من المسؤولية ، فكل من يتقدم بطلبه نفسه الى المصحة طالبا العلاج ... يعفى من المسؤولية ، ويودع بمصحة علاج بدلا من اعدامه وايداعه السجن " طعن رقم: 137 في 10/05/1966 ... لمزيد تفصيل انظر في ذلك: - حامد الشريفة: فن المرافعة امام المحاكم الجنائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، طبعة رقم: 2003 ، ص: 295.

1- أنظر في ذلك د. عوض محمد، مرجع سابق، ص. 615

2- . ناصر علي ناصر الخليفي، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، مطبعة المدني المؤسسة السعودية، مصر ط/ 1، 1992، ص 309.

3- . عبد الله أوهايبية، شرح القانون العقوبات، المرجع السابق، ص 318 + 319.

و على كافة الجانحين سواء كانوا جزائرين او أجنب ، مبتدئين او متعودين و لا تشمل الظروف المخففة الغرامات الجبائية المقررة للجرائم الجمركية و الضريبية¹ ، و كذا لا يجوز إعمال هذه الظروف في مجال العقوبات التبعية و التكميلية حسب نص المادة 53 فقرة 02 من قانون العقوبات ، وفي هذا الصدد ، نلاحظ أن قانون العقوبات المصري حصر تطبيق الظروف المخففة بالنسبة للسلطة التقديرية للقاضي في مجال الجنائيات فقط²

اما بخصوص آثار التحقيق القضائي : حدده المادة 53 من قانون العقوبات حدود سلطة القاضي في التحفيف فيما يلي³ : اذا كانت العقوبة الاصلية هي الاعدام جاز الحكم على المتهم ب 10 سنوات سجن ، إذا كانت العقوبة المقررة هي السجن المؤقت جاز إنزال القاضي للحد الأدنى المقرر للعقوبة حتى وفي الحالات التي تكون فيها العقوبة هي الحبس او الغرامة ، يجوز تخفيض الحد الأدنى 3 سنوات لعقوبة الحبس الى يوم واحد و الغرامة الى 05 دج ، و يجوز الحكم بإحدى العقوبتين ، كما يجوز إستبدال الحبس بالغرامة على ان لا تقل عن 20 دج ، و إذا جوز للقاضي إستبدال الحبس بالغرامة ، وكانت عقوبة الحبس و حدها المقررة ، فالغرامة المقضي بها لا يجب ان تتجاوز 30.000 د ج.

الفقرة الثانية

مدى سلطة القاضي في تحديد الظروف المخففة

يتضح موقف المشرع الجزائري من مسألة مدى سلطة القاضي في تحديد هذه الظروف: من خلال نص المادة: 53 من قانون العقوبات نلاحظ ان هذه الظروف المخففة ليس لها ضابط فكلما فعله المشرع هو انه بين حدود العقوبة عند التخفيف .

1- . أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ص. 247

2- أنظر : محوض محمد، مرجع سابق، ص 621. ، وأنظر المادة 17 من قانون العقوبات المصري.

3- - محمد الله أوهابية، شرح القانون العقوبات، مرجع سابق، ص 320..

إذا نلجأ للفقهاء والقضاء لتبيين الأمر* :

فقد قضت المحكمة العليا بأن: " تطبيق الظروف المخففة أمر جوازي وليست حقا للمتهم (أ)، وأن المحكمة غير ملزمة بالرد على طلب المتهم إفادته بها(ب) " ، إن تطبيق القانون حاليا لا يقتصر على النطق بالعقوبة بطريقة ميكانيكية ، فيجب الأخذ بجميع الافكار الفلسفية للعقاب ، وبخاصة تفريده ، فالمشرع لا يمكن أن يحدد مسبقا حالات تخفيف العقوبة ، على أن بعض الدول تضع قائمة لهذه الظروف ، وتعطي للقاضي امكانية ان يضيف ظروفًا أخرى مما يجسد فكرة صعوبة هذا التحديد ، و عليه سنعالج مدى سلطة القاضي الجزائري في تحديد الظروف المخففة من خلال السلطة الموسعة له (أولا) ، ثم السلطة المقيدة له (ثانيا) ، ثم السلطة النسبية له (ثالثا) .

*- فهل اخذ المشرع الجزائري بالسلطة المقيدة ام الموسعة للقاضي الجزائري؟.

يتضح موقف المشرع الجزائري من مسألة سلطة القاضي الجزائري في تحديد هذه الظروف المخففة ليس لها ضابط فكلما

فعله المشرع هو أنه يبين حدود العقوبة الواجب النطق بها عند التحقيق إذا نلجأ للفقهاء والقضاء لتبيين الأمر، فقد قضت المحكمة

العليا في قرارها بأن تطبيق الظروف المخففة أمر جوازي وليست حقا للمتهم مكتسبا، قرار رقم: 201147 في 26

1999/07/ . وأن المحكمة غير ملزمة بالرد على طلب المتهم إفادته بها: قرار رقم: 112664 ،

في 21/05/1995، قرص مضغوط، المصدر السابق. - فهذا يبين أن القاضي غير مقيد بحالات معينة للقول بتوفر

مسألة الظروف المخففة. على أن الفقه يورد بعض الحالات كمثال عن هذه الظروف .

(أ) - فقد أورد بوسقيعة أحسن، أمثلة عنهما من خلال الممارسات القضائية منها (ضعف الضرر) مجرد الشروع وهي

الظروف الخارجة عن الركن المادي وحيز الضرر، ورد الأشياء محل السرقة، الصلح بين الأطراف، وهي مما يلحق بالجريمة،

والنوبة ونبيل الباعض مما يتعلق بشخص الجاني، لتفصيل أكثر أنظر في ذلك: 1- بوسقيعة أحسن، شرع قانون

العقوبات في ضوء الممارسات القضائية منشور تيبيرتي، ط 07/06 ص 28، 29. 2 - بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون

الجنايي، المرجع السابق، ص 246 .

(ب) - إذ يستطيع المحامي طلب العقوبة المخففة تأسيا على عدم إنطواء الركن المعنوي على كغيره إثم أنظر في

ذلك: محمد شتا أبو سعد، البراءة في الأحكام الجزائية وأثرها في رفض الدعوى المدنية ومنشأة المعارض

بالأسكندرية، بلا تاريخ، ص : 156.

أولاً- سلطة القاضي الموسعة في تحديد الظروف المخففة

طبقاً لهذه القاعدة ينفرد القاضي بتحديد الظروف المخففة، فيختص وحده بالقول بتوافرها من عدمه

دون أي رقابة عليه، من قبل محكمة القانون، وله أن يستنتج ذلك من ماديات الجريمة أو من شخصية

الجاني، أو من كليهما معاً، ويتميز هذا الاتجاه بثقة كاملة في القاضي وبالاجتهاد للإمام بكل

الظروف التي يمكن أن تكتنف الجريمة حيث يكون من المتعذر للإمام بها مسبقاً، ويعاب على هذا

النظام أنه يسمح بتفشي ظاهرة الحبس القصير المدى، والتي أجمع كافة علماء العقاب على عدم

فائدته لما ينطوي عليه من أضرار جسيمة للمحكوم عليه، و المجتمع والسياسة الجنائية بصفة

عامة¹.

ثانياً - سلطة القاضي المقيدة في تحديد الظروف المخففة

بمقتضى هذه القاعدة ينفرد المشرع وحده في تحديد الظروف المخففة حصراً بحيث لا يجوز

للقاضي تخفيف العقوبة بسبب أي ظرف آخرى لم ينص عليه المشرع، ولكن القاضي غير ملزم

بتخفيف العقوبة عند توفر أحد تلك الأسباب المنصوص عليها، لأن التخفيف جوازي له في مثل هذه

الحالة ليس وجوبيا عليه، وذلك أبرز ما يميز الظروف المخففة المحددة ، عن الاعذار القانونية المخففة التي يلتزم القاضي بتخفيف العقوبة حال وجودها ² .

ثالثا- سلطة القاضي النسبية في تحديد الظروف المخففة

نظرا لعيوب كل من السلطة الموسعة والسلطة المقيدة، للقاضي في تحديد الظروف المخففة إتجه بعض الفقهاء و المشرعين نحو إيجاد قاعدة و سطية تضم أبرز مزايا القاعدتين السابقتين ، حيث تسمح للمشرع بالنص بالظروف المخففة، وأباح للقضاء ان يستظهر من الظروف غير تلك التي نص عليها المشرع وفقا لمتطلبات الحياة ، وما تمليه مقتضيات التفريد القضائي بما ينسجم مع مبدأ سيادة

1- حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق ص.223.

2- أحمد نشأت إبراهيم، مرجع سابق ص. 163، 164.

القانون و تطور المجتمع بشكل يتفق و تعاليم السياسة الجنائية الحديثة ¹.

الفقرة الثالثة

نطاق سلطة القاضي في التخفيف

تثير هذه السألة عدة إشكالات من الناحية العملية ليس موضعها الان، إذ سنأتي لإريدها بعد حين ، بعد أن نحاول إستعراض تقييد سلطة القاضي الجزائي في التخفيف ومدى حرите فيه ، من خلال الاتي : سلطة القاضي الحرة في التخفيف (أولا) ، ثم السلطة المحددة له (ثانيا) ، ثم السلطة المزدوجة (ثالثا) .

اولا - سلطة القاضي الحرة في التخفيف

إذا أ عمل القاضي سلطته في إدخال الظروف المخففة فليس له ان يبين في حكمه نوع الظروف المخففة التي اخذ بها بل انه غير ملزم بالاشارة الى تلك الظروف المخففة ، إذ يكفي ان ينزل إلى مادون الحد الادنى المقرر جزاء للجريمة المرتكبة ليستشف منه ضمنا أنه أخذ بالظروف المخففة ²

كما انه ، و من خلال نص المادة 17 من قانون العقوبات المصري يتضح ان المشرع لم يشأ ان يضع للقاضي بيانا حاصر للظروف التي يعتد بها في مقام التخفيف ، ولم يزوده بضابط موضوعي يعينه على إستخلاص هذه الظروف بل ترك الامر في ذلك لمطلق تقديره³ ، فمن خلال هذين النصين نرى ان القاضي يتمتع بسلطة حرة و موسعة في التخفيف و هو ما يسمى بنظام التخفيف الحر . الذي يبسط أمام القاضي مجال تخفيف العقوبات إلى أدنى الحدود الدنيا العامة لآخف أنواعها عندما يرى أن مثل هذا التخفيف ضروري منظورا في ذلك للظروف الإستثنائية للقضية و

1- حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق ص224.

2- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ص 246.

3- محوض محمد، مرجع سابق ص 620.

شخصية المجرم¹.

ثانيا- سلطة القاضي المحددة في التخفيف

برغم إعطاء القاضي سلطة حرة في التخفيف ومع ذلك فهي ليست مطلقة بل هي مقيدة من وجهين أحدهما يتعلق بمجالها و الاخر بحدودها وسنرى هذا في إطار الفقه ثم القانون المقارن لنرى ماهو عليه الحال ، ففي إطار القانون المصري : تقيد السلطة القضائية بوجهين: من حيث مجالها ، تتفق الظروف المخففة مع الاعذار القانونية من هذا الوجه ، فكلاهما يقتصر مجاله على الجنايات، دون الجناح و المخالفات ... و علة قصر التخفيف على الجنايات ظاهرة .. فاهون عقوبة للجناية هي السجن و أدنى حد للسجن مدة ثلاثة سنوات و هذا حد -الادنى- مرتفع فكان التخفيف مناسب في الجنايات ، على أنه لا مجال للظروف المخففة في غير الجنايات (*)

إطلاقا² ، لكن قد يعطل المشرع تطبيق الظروف المخففة و بنصوص خاصة كليا او جزئيا كما هو الحال بالنسبة، لحكم المادة 36 من قانون مكافحة المخدرات³.

من حيث حدودها : لايجوز للقاضي بدعوى التخفيف أن يقضي على الجاني باي عقوبة مخففة يراها ، بل يجب ان تكون العقوبة المقضي بها داخله في نطاق العقوبات التي رخص القانون في توقيعتها، و قد اجيز للقاضي بوجه عام أن ينزل بالعقوبة درجة او درجتين على نحو ما بينته المادة 17

عقوبات فإذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي السجن فلا يجوز للقاضي عند التخفيف ان ينزل بها إلا درجة واحدة فيحكم الحبس⁴.

* - على أنه يمكن للقاضي وفق تنفيذ العقوبة إذا تعذر تخفيفها... أنظر في ذلك : - محوض محمد، مرجع سابق ، ص 662 وبعدها (وفق التنفيذ).

1 - من أمثلة الظروف المتعلقة بظروف القضية الخارجية ذات صلة بالجريمة وهي : - كحال مجرد الشروع ومن أمثلة الظروف المتعلقة بشخص المجرم ، - محذر نوبل بالعمد.. ولتفصيل أكثر أنظر : - بوسقيجة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي العام، ص 246

2- . محمد محوض ، مرجع سابق ص 621. 622.

3- . محمد محوض ، مرجع سابق ، ص 622.

4- . محمد محوض ، مرجع سابق ، ص 623.

ثالثا- سلطة القاضي المزدوجة في التخفيف

تبعا لهذه السلطة المزدوجة التي منحها القانون للقاضي ، فإنه يباشر سلطته المحددة في التخفيف بالنسبة للظروف المخففة العادية ، وينتقل إلى ممارسة سلطته الحرة في التخفيف إزاء الظروف المخففة جدا¹ ، وبعد التعرض الان لسلطة القاضي الجزائي عموما في التخفيف ، ننتقل الان لاستعراض موقف المشرع الجزائري من ذلك .

الفقرة الرابعة

موقف المشرع الجزائري

تتجلى سلطة القاضي في التخفيف في القانون الجزائري من خلال إبراز مجال تطبيق الظروف المخففة (أولا) ، ثم آثار منح الظروف المخففة للمتهم (ثانيا)

اولا - مجال تطبيق الظروف المخففة

نلاحظ ان المشرع إتبع في هذا الشأن النظام الحر ، بحيث جعل سلطة التخفيف تشمل جميع الجرائم وعلى كافة الجانحين حتى العائدين منهم ، غير أن منح الظروف لا تشمل مواد الغرامات الجبائية المقررة للجرائم الجمركية و الضريبية² .

ثانيا - آثار منح الظروف المخففة للمتهم

عموما نجد أن المادة 53 من قانون العقوبات قد جاءت بحدود قانونية كحد أدنى للعقوبة عند إعمال ظروف التخفيف ، غير أن المحكمة العليا أصدرت مؤخرا قرارا ذهبت فيه مذهباً مغايراً حيث قضت فيه بأن تطبيق الظروف المخففة يقتضي النزول يقضي النزول بالعقوبة إلى مادون الحد الأدنى المقرر قانوناً³ ، ولقد جاء في نص قرار اخر للمحكمة العليا على انه تخالف نص المادة 53 من ق ع

1- . أحكام نشأت إبراهيم، مرجع سابق، ص 178، 180، 184.

2- . أحسن بوسفيحة ، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ، ص 647.

3- . أحسن بوسفيحة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية، مرجع سابق ، ص 30.

المحكمة التي ادانت المتهم بجنحة الضرب و الجرح العمدي مع استعمال سلاح أبيض.. و المعاقب عليها في المادة 266 ق ع بعقوبتي الحبس و الغرامة و قضت عليه بعقوبة الحبس و حدها دون الغرامة¹

فمن خلال هذا نرى ان احكام المحكمة العليا قد تضاربت بشأن مدى تقييد سلطة القاضي في الاخذ بالتخفيف ' فلم يتضح موقف المشرع الجزائري من مدى توسعة نطاق سلطة القاضي في التخفيف او تضيقها .

على ان مسألة أليات التخفيف القضائي تثير بعض الاشكاليات في التطبيق القضائي ، وفي ظل

تضارب القوانين الخاصة ، فما هو مصير المادة 53 من ق ع في ظل قانون مكافحة الفساد²

وبعض القوانين الخاصة الاخرى ؟ ، هل يمكن إصطحاب هذه الظروف بوقف التنفيذ ؟ ، إذا توافر في

جريمة ما، ظرف مخفف قضائي و عذر قانوني مخفف فأيهما نطبق؟³ ، و هل يمتد تأثير ت الظروف

المخففة القضائية من الدعوى العمومية الى الدعوى المدنية التبعية⁴ ؟

في ظل تعارض مواد القانون التجاري : م 538 ، 539 ، 540 ، 541 ، 542 ، مع المواد 374 و

375 ، من قانون العقوبات .، فهل يمكن إفاة مرتكب جريمة إصدار شيك بدون رصيد من الظروف

المخففة القضائية المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات ؟⁵ .

- 1- . أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 29.
- 2- أمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب مشار إليه سابقا، المادة 22 منه.
- 3- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق ص 251، 252..... وأنظر: - محمد عوض ، مرجع سابق ص 628. و. محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات القسم العام سنة 1974 ص 527.
- 4- إدوار خالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني مكتبة غريب ص 337، ط-1980، ص 337.
- 5- أنظر في ذلك: . فاطمة روابحية حسناوي ، الحماية القانونية لحامل شيك بدون رصيد " بحث لنيل شهادة ماجستير " القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن مكنون تحت رقم: 03/88، 11، ص 31، 32 وما بعدها.
- قرار رقم: 12.2110 في 1994/12/04 إذ يوضح الإجماع القضائي للمحكمة العليا في هذا القرار صراحة بمنع إفادة المتهم ظروف التحقيق في الغرامة صراحة في جرائم الشيك.

كيف تثار مسألة الظروف القضائية المخففة أمام المحاكم ؟

أجابت المحكمة العليا عن هذه المسألة بقولها حيث أن ما يثيره الطاعن في هذا الوجه سد يد ذلك أنه بالرجوع إلى ورقة الاسئلة ، والحكم المطعون يتضح أن المحكمة أفادت المدانين... بظروف التخفيف دون طرح اسئلة و الإجابة عنها خرقا لاحكام المادة 9 30 من قانون الاجراءات الجزائية¹، هذا أمام محكمة الجنايات، أما أمام المحاكم الجزائية للجنح و المخالفات : فقد جاء في قرار المحكمة العليا ان تطبيق الظروف المخففة أمر جوازي متروك لتقدير القاضي ، وليست أمرا مفروضا عليه².

فواضح من خلال هذه القرارات ، أن إثارة الظروف المخففة أمام الحاكم الجزائية عدا محكمة الجنايات يكون في شكل طلبات عادية من الدفاع و ليس في شكل دفع³ ، ومن خلال ما سبق يستخلص أن منح القاضي سلطة حرة في التخفيف سواء أكانت لوحدها أم إلى جانب سلطة تخفيف محددة ، فإن هذه السلطة المفرطة الممنوحة للقاضي يخرق مبدأ قانونية العقوبة ، ويحي نظام العقوبات التحكيمية . ويخل بغرض العقوبة في الردع العام الذي يعتبر من المقومات الأساسية للدفاع الاجتماعي لذلك فإنهيرو الدكتور أكرم نشأت الإكتفاء بمنح القاضي سلطة تخفيف عادية على أن تتصف بالمرونة المقتضية لتفريد العقوبة⁴.

- 1- قرار رقم: 25.5782 في 2001/02/13، مشار إليه في الإجماع القضائي للدرجة الجنائية بالمحكمة العليا، حدد خاص قسم وثائق، مرجع سابق، ص من 498 إلى 500.
- 2- قرار في 1968/03/26، مجموعة الأحكام ص 314، 1982/05/13، نشرة القضاة 1983 ص 111، مشار إلي هذا :
- أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات، مرجع سابق ص 28.
- 3 - قرار رقم: 112.664 في: 1995/05/21، غير مشور، مشار لهذا في : أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية، ص 29.
- 4- . أكرم نضاه إبراهيم، مرجع سابق ص 187.

الفرع الثاني

أليات التشديد العقابي

نعالج هذه الاليات من خلال الفقرات التالية :

بدء بالتعرض لمدلول هذه الآليات المشددة (الفقرة الأولى)

ثم إلى تصنيف الظروف المشددة سواء كانت خاصة أم عامة (الفقرة الثانية) ، ثم نتعرض إلى مسألة مدى سلطة القاضي الجزائي في الأخذ بالظروف المشددة بنوعيتها من خلال السلطة المقيدة و لتقديرية الممنوحة له (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الاولى

مدلول هذه الاليات

أسباب التشديد هي الوجه المقابل لأسباب التخفيف ، فالمشرع عندما يضع العقوبة لجريمة ما، فهو يحددها على تقدير وقوعها في ظروف عادية لكن كثيرا ما تفتتن الجريمة بظروف خاصة ، يرى المشرع من غير الملائم الإغضاء عنها ، كون تفريد العقاب يقتضي التناسب بين العقوبة ، وحال الجريمة و مرتكبها . و تعرف الظروف المشددة بأنها : وقائع ، او أحوال تتصل بالجريمة ذاتها ، أو بشخص مرتكبها، و يكون من شأنها جعل الجريمة أكثر جسامة، او الإفصاح عن خطورة زائدة في

شخص فاعلها مما يقتضي تشديد العقوبة عليه ، إما برفع حدودها ، او بتغير نوعها وإحلال عقوبة أشد محلها أو بإضافة عقوبة أخرى اوتدبير اليها.¹

1- . محمد عوض ، قانون العقوبات مرجع سابق ص 630، 631.

الفقرة الثانية

تصنيف الظروف المشددة

هناك حالات بتوافرها ، يجوز للقاضي تجاوز الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا للجريمة، وتسمى الظروف المشددة و هي نوعان * ، سنتعرض لهما على التوالي ¹ ، وليس مما يتفق مع خطة الدراسة أن نتعرض لمختلف الظروف المشددة .. بالحصص و الدراسة المفصلة ، لأن المجال الطبيعي لها هو القسم الخاص ، حيث تدرس الجرائم كل على حدى ².

وعليه سنتعرض لتفصيل هذه الظروف من خلال الظروف المشددة الخاصة (أولا) ، ثم الظروف المشددة العامة (ثانيا)

اولا - الظروف المشددة الخاصة

و هي تنقسم بدورها إلى :

*- هذا التصنيف ليس حاسماً ولا دقيقاً إذ ان: مبدأ الله اوهابية يعلق على هذا بان الظروف المشددة الواحد قد يحتمل

اكثر من وصف، فظروف العود مثلا، عام وهو ظرف شخصي... انظر في ذلك:

- مبدأ الله اوهابية، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 325 بعنوان تصنيف الظروف المشددة

- محمد عوض، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 631 وما بعدها

1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي، مرجع سابق ص 252.

2- وأنظر: محمد عوض، قانون العقوبات مرجع سابق ص 634.

البند الاول- ظروف مشددة واقعية

وهي تلك الوقائع الخارجية التي رافقت الجريمة، فتغلط الفعل إذا إتصلت به و مثالها حمل سلاح

أبيض،والليل، في جريمة السرقة، فالسرقة يعاقب عليها بموجب المادة: 350 من قانون العقوبات

بالحبس سنة إلى 5 سنوات، وباقتراها بظرف الليل تشدد العقوبة لتصبح السجن من 5 إلى 10 سنوات.

البند الثاني- ظروف مشدد شخصية

و هي بخلاف الظروف الموضوعية التي تلحق الركن المادي للجريمة فهذه الظروف الشخصية تلحق

الركن المعنوي للجريمة، و مثالها: سبق الاصرار المقترن بالقتل حسب م 265 من ق ع.

وقد تلحق صفة في الفاعل وكصفة القاضي و كاتب الضبط في جريمة الرشوة طبقا للمادة 126 مكرر ق

ع الملغاة بموجب المادة 24 من قانون 01/ 06، و صفة الاولياء في حالة ممارستهم لوسائل العنف،

والحرمان على أولادهم القصر، وذلك حماية للصغير من الاخطار التي يمكن ان يتعرض لها، اذ

عاقب القانون بالاعدام في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 3 و4 من المادة 271

من ق ع¹.

وتتعلق أغلب هذه الظروف، بجرائم الاعتداء، كالقتل و الضرب و الجرح و هتك العرض².

- 1- . نصر الدين مروك ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن ، والشريعة الإسلامية، ودراسة مقارنة "مذكرة دكتوراه دولة في القانون الجنائي، والعلوم الجنائية " كلية الحقوق بن مكنون، سنة 1996، 1997 برقم: 99/01 ، ص 232.
- 2- ناصر علي ناصر الخليفي، مرجع سابق، ص305، 306.

ثانيا - الظروف المشددة العامة

لا يوجد* في قانون العقوبات الجزائري ظرف مشدد عام غير ظرف العود¹ ، فالتعدد في الجرائم بموجبه يرتكب الشخص عدة جرائم دون أن يفصل بينها حكم قضائي نهائي سواء كان تعددا مادي حقيقي طبقا للمادة 33 و تعدد الأفعال التي يشكل كل منها جريمة خاصة دون صدور حكم نهائي فاصل بينها ، فإذا وقع التعدد فالعقوبة حسب المادة 35 ق ع هي عقوبة الأفعال الأشد بمعنى ان المشرع الجزائري لا يأخذ بمبدأ ضم العقوبات السالبة للحرية و تطبيقها مجتمعة على المحكوم عليه . قد يكون ظرفا مخففا ، ولا يمكن ان يعتبر تشديدا بأي حال من الأحوال .

والعود ، هوان يأتى الشخص جريمة او اكثر بعد صدور حكم بات عليه العقاب من اجل جريمة سابقة .

* - تعدد الجرائم هو الذي بموجبه يرتكب الشخص عدة جرائم دون أن يفصل بينهما حكم قضائي نهائي

1- سواء كان تعدد مادي حقيقي طبقا للمادة (33) وهو تعدد الأفعال التي يشكل كل منها جريمة خاصة، دون صدور حكم نهائي فاصل بينهما فإذا وقع التعدد فالعقوبة حسب المادة 35 من قانون العقوبات هي عقوبة الفعل الأشد بمعنى أن المشرع الجزائري لا يأخذ بمبدأ ضم العقوبات السالبة للحرية وتطبيقها مجتمعة على المحكوم عليه، وهذا قد يكون ظرفا مخففا ولا يمكن أن يعتبر تشديدا بأي حال من الأحوال، لتفصيل أكثر أنظر:..... عبد الله أوهابية، شرح القانون العقوبات، مرجع سابق، ص315.

ب- أو كان تعدد صورياً: وهو أن يحتتمل الفعل عدة أوصافه فيوصفه الفعل الواحد الذي يحتتمل عدة أوصافه بالوصف الأشد منها ما جاء في المادة 32 من قانون العقوبات، وهذا يمكن اعتباره شديداً في التكييف الجرمي ولا يمس مبطله العقوبة، وبفهم ذلك من معنى نص المادة 32 من قانون العقوبات، وعليه فلا يمكن اعتبار تعدد الجرائم ظرفاً مشدداً، بالتالي حسناً فعل عبد الله أوهابية، إذ حضر التشديد العام في العود فقط. 1- عبد الله أوهابية، شرح القانون العقوبات، مرجع سابق، ص 325.

ولظرف العود صور متعددة ، فقد يكون عاما ، او خاصا ، بسيطا او متكررا و مؤبدا او موقتا .

كما ان له أركان للقول بتوافره هي : **اولا الحكم السابق** ، فيجب ان يكون قد صدر ضد المتهم بجريمة جديدة حكم نهائي جنائي سابق بسبب ارتكاب جريمة ما ، والمشرع الجزائري في الماد 54، 59 ، 445 ، 465، لم يحصر السابقة ، بنوع معين من الجرائم ، بخلاف المشرع المصري في المواد 49 54 ق ع فقد إشتراط في الحكم السابق أن يكون صادرا بشأن جنائية او جنحة ، مستبعدا بذلك المخالفات من مجال العود ، و ثاني هذه الاكنا هي **ارتكاب جريمة جديدة** ، يرتكبها المجرم و تكون لاحقة على ضرورة الحكم الصادر ضده في جريمة سابقة نهائيا ، وفي خلال مدة معينة خمسة سنوات ، والمشرع أحيانا يعتد بالعود في حالة ارتكاب جريمة جديدة دون شرط ، و أحيانا يشترط أن تكون الجريمة الجديدة ، من نفس النوع طبقا للمواد 54 ، 55 و المواد 57 بالنسبة للنوع الثاني وطبقا للمواد 59 و 445 ، 465 ق ع ففي العود تشدد القوبة المقضي بها .

على ان مسألة العود تثير عدة اشكالات عملية ، اذ كيف يمكن إثبات ظرف العود ، فهذا إشكال يصادف القاضي أثناء نظره في القضية ؟

حول هذه المسألة ، إستقر قضاء المحكمة العليا، على أنه سواء تعلق بجنايات او جنح او مخالفات ، يقع إثبات سوابق المتهم بتقديم صحيفة السوابق القضائية ، ويقع ذلك على عاتق النيابة العامة ، الاصل أن لا يكون للإنسان سوابق * ، لكن الاشكال ، يبقى حول ما اذا وقعت متابعة الشخص بإسم غير حقيقي . فكيف يثبت العود ؟ ، او في حالة المنازعة في صفيحة السوابق القضائية ؟ ، ثم هل ما ورد في صحيفة السوابق القضائية يعتبر حجة قاطعة ام لا ؟ . كل هذه الاشكالات تبقى محل اجتهادات قضائية اخرى .

* - احسن بوسقيجة: الوجيز في القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص: 259.

الفقرة الثالثة

مدى سلطة القاضي الجزائري في الاخذ بالظروف المشددة

تعتبر الظروف المشددة هي الوسائط الشرعية التي يتمكن القاضي في ظلها من تحقيق ملائمة كاملة بين ما ينطق به من عقاب ، و الظروف الواقعية للدعوى التي تستلزم مزايدة من التشديد يتجاوز ما يسمح به النص التجريمي في شكله التجريدي ، فوظيفتها تتمثل في إتاحة السبيل لإستعمال أكثر ملائمة لسلطة القاضي التقديرية ، و هي تتيح للقاضي على صعيد آخر إمكانية مواجهة الحالات التي تتسم بالشذوذ ، و تقتضي المزيد من الشدة بما لا يقدر عليه في ظل نص التجريم الاصيلي ، و مما تقدم نستنتج أن سلطة القاضي تكون مقيدة في الاخذ بالظروف المشددة إذا اوجب عليه القانون تشديد العقوبة ، حال توافر ظرف أو اكثر من الظروف المشددة و تكون سلطة تقديرية في هذه الحالة و إذا كان القانون يجيز له التشديد و لا يفرضه عليه ، و عليه سنبرز مدى سلطة القاضي الجزائري في الأخذ بالظروف المشددة من خلال السلطة المقيدة له (أولا) ، ثم السلطة التقديرية له (ثانيا)

اولا - السلطة المقيدة

و هي حالات تشديد و جوبي يلتزم القاضي بتطبيقها ، ومثال ذلك ما جاء في المادة 351 ق ع الجزائري ، أنه يعاقب مرتكبوا السرقة بالاعدام إذا كانوا يحملون او يحمل أحد منهم اسلحة ظاهرة أو مخبأة ، حتى ولو وقعت السرقة من شخص واحد ، ولم يتوافر أي ظروف مشدد آخر ، فهذه المادة لم تترك سلطة تقديرية لقاضي بل اوجبت عليه في الحالة توافر الظروف المشدد و هو يحمل السلاح تشديد عقوبة السرقة لتصل الإعدام .

ثانيا - السلطة التقديرية للقاضي

و بموجب يتمتع القاضي بحية إختبار تامة بين تطبيق الظروف المشددة ، وعدم تطبيقها ، عند توافرها وبالتالي له تشديد او عدم تشديد العقوبة تبعا لما يراه مناسبا وفي هذا يقول الدكتور بوسقيعة ، وفي كل الاحوال فإن القانون لا يلزم القضاة بتطبيق العود حال توافر شروطه ، ومنثم فإن تطبيق أحكام العود أمر جوازي متروك لتقدير قضاة الموضوع .¹

1- . حاتم حسن موسى بكار ، مرجع سابق ص 241.

الفرع الثالث

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في الاخذ بالظروف

المقصود من حيث هذه المسألة هو بيان نوع السلطة التقديرية التي تخول للقاضي في إستخلاص الظروف التي تؤدي إلى تخفيف العقوبة ، والحيلولة دون تعسف القاضي في إستعمال هذه السلطة فيخفف فيما لا مجال للتخفيف ، أو يشدد فيما لا مجال فيه للتشديد . فغاية هذه الضوابط هي تحقيق أغراض العقوبة ، و من ثم يمكن بحث هذه الضوابط في طائفتين :¹

أولاها الضوابط المتعلقة بالجريمة (الفقرة الاولى) ، ثم الضوابط المتعلقة بشخصية المجرم (الفقرة الثانية)

الفقرة الاولى

الضوابط المتعلقة بالجريمة

على القاضي أن يلاحظ في تقدير العقوبة إلى نوع ، ومحل الجريمة ، وزمان ومكان إرتكابها و وسيلتها ، والنتيجة التي تنجم عنها ، فقد يرتكب اغلقاتل جريمة القتل دون أن ينكل بالمقتول فيكون ذلك ظرفات مشددا ، والقتل العمد بالسم اشد عقوبة من القتل بوسيلة أخرى و هذا ما يتعلق بالوسيلة . و نتيجة الجريمة من أهم ما يشدد ، أو يخفف العقوبة ، فضالة الضرر الناجم عن الجريمة تعتبر ظرفا مخففا ، وجسامته تعتبر ظرفا مشددا .²

1- . أحسن بوسقبة ، الوجيز في القانون الجنائي ، مرجع سابق ص 254.

2-- أنظر: ناصر علي ناصر الخليفي، مرجع سابق، ص315حتى 319

الفقرة الثانية

الضوابط المتعلقة بشخصية المجرم*

على القاضي أن ينظر في تقدير العقوبة إلى دوافع ارتكاب الجريمة ، وخلق المجرم وسلوكه وقت ارتكاب الجريمة وبعده ، وظروف حياة المجرم الشخصية والعائلية والاجتماعية . كما على القاضي النظر للقصد الجنائي لدى المجرم ، وهو ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة من قصد و خطأ

و تصور القاضي للباعث على ارتكاب الجريمة يكشف بلغ خطورة شخصية المجرم ، فيخفف العقوبة أو يشدها تبعا لمقدار تلك الخطورة ، فمن البواعث التي يستحق صاحبها تخفيف العقوبة عليه هي ، حفظ الشرف ، والغيرة ، والحب ، والعطف ، او خشية العار فمن غرتكب جريمة لتلك البواعث خفت عقوبته ، و من البواعث التي تشدد العقوبة على صاحبها الإنتقام و الحسد و الطمع و الكبر ، على ان هناك بعض الإشكالات التي تثيرها مسألة الظروف المشددة ، وتتعلق ، بكيفية ايثارة مسألة الظروف المشددة أمام قاضي الموضوع ؟ ، مدى امتداد تأثير الظرف المشدد على الشريك؟ وفيما إذا اجتمع ظرف مشدد مع آخر مخفف فماذا نطبق ؟ .

هذه الاشكالات قد تكون محل اجتهاد قضائي ملزم نظرا لتاثيرها في الدعوى الجزائية .

- * - ويستعان لتبيان ذلك بـ: 1- صحيفة السوابق القضائية ، 2 - وبإجراء بحث اجتماعي على شخصية الجاني ، في مجال
محاكمة الأحداث طبقاً للمادة: 453 فقرة 3 من: قانون الإجراءات الجزائية

الفصل الأول

مدلول السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

إن مرحلة الحكم هي المرحلة الحاسمة و الفاصلة في الدعوى الجزائية ، ذلك أن غاية الدعوى هي الوصول إلى حكم حاسم لها و عادل يضمن حقوق المتهم من جهة ، و يحمي المجتمع من شروره و يضمن حق المضرور بجبر ضرره من جهة أخرى و لا يمكن الوصول لهذا الحكم و إدراكه إلا باستعمال القاضي لسلطته التقديرية و التي يستطيع من خلالها الموازنة بين الأدلة ووسائل الإثبات ، و يحافظ بها على حقوق المتهم من الإهدار ، وذلك يمنع القاضي من التعسف و التحكم عند ممارسته لهذه السلطة التقديرية حينما يكون بصدد إسقاط المطروح عليه من عناصر واقعية على ما هو منصوص عليه في قانون العقوبات من عناصر قانونية و كذا حينما يقوم بتقدير و اختيار الأثر القانوني للجريمة سواء كان عقوبة أو تدبير امن.

وبذلك تعتبر السلطة التقديرية المجال الخصب لاجتهادات القاضي ذلك أن هذا الأخير يقوم خلالها بنشاط عقلي مستهدفا به الوصول إلى حكم يحقق العدالة باكتشافه للحقيقة و موازنته بين المصلحة الفردية و مصلحة الجماعة ، و من خلال هذا التمهيد يكون لزاما علينا التطرق لـ :

- 1- مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (المبحث الأول) .
- 2- السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (المبحث الثاني) .
- 3- ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (المبحث الثالث) .

المبحث الأول

مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

إن القانون وضع بهدف حماية المجتمع ، و التشريع يقوم بإنشاء القواعد القانونية المجردة ، وهو ضرورة تفرضها حاجة الناس إلى حد أدنى من الاستقرار ، ولكن وجود القاعدة لا يعني الحد من الظاهرة التي وضعت من أجلها ، إذا لا بد من فاعلية تعاصر وجودها كقاعدة قانونية .

ومشكلة الفعالية تحل بواسطة السلطة القضائية باعتبار الركن الرئيسي في قانونية النظام ، فالقاضي يتدخل إذا ما اعترض الحياة القانونية عارض و ذلك من خلال ممارسته لولاية القضاء ، و ما تخوله هاته الولاية من سلطة تطبيق القانون و عليه يمكن القول أن ولاية القضاء هي الأساس في منشأ السلطة التقديرية للقاضي و التي لا يمارسها بإطلاق إنما تحكمه معايير و ضوابط و هذا ما سنتناوله بالدراسة في هذا المبحث و ذلك من خلال :

تعريف السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (المطلب الأول) .

خصائص السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

تعريف السلطة التقديرية

نتناول تعريف السلطة التقديرية للقاضي الجزائري من خلال التطرق للاتجاه الأول الذي ركز على تعريف السلطة التقديرية للقاضي الجزائري مكتفياً بالإقتصار على جزء دون آخر فتارة يركز على جانب التكييف الجزائي وتارة أخرى يركز على أدلة الإثبات و في أخرى يركز على تقدير العقوبة أو مطابقة الوقائع بالقانون و هذا في (الفرع الأول)

ثم نتطرق للاتجاه الثاني من الفقه و الذي حاول الالمام بكل جوانب السلطة التقديرية للقاضي الجزائري فكان جامعا لهذه الجوانب السابقة مانعا لكل لبس في التعريف و هذا ما سنتناوله تحت عنوان التعريف المعتمد على السلطة الموسعة للقاضي الجزائري (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

التعاريف المركزة على جزء دون الاخر

لم تتفق كلمة الفقهاء الجنائيين بصدد تعريف موحد لسلطة القاضي الجنائي التقديرية¹ في إطار نظرهم للدعوى الجنائية فتعددت آرائهم بشأن تعريف السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في إطار معالجته للدعوى العمومية في فترة المحاكمة و ذلك من خلال الزاوية التي ينظر منها كل فقيه .

فركز جزء من الفقه على تعريف السلطة التقديرية للقاضي الجزائي معتمدا على التكييف الجزائي (الفقرة الأولى) ، فحين ركز جانب آخر من الفقه على تعريف السلطة التقديرية للقاضي الجزائي من خلال ربطها بأدلة الإثبات (الفقرة الثانية) ، فحين ذهب رأي آخر إلى قصر التعريف على تقدير العقوبة (الفقرة الثالثة) ، و ذهب آخرون إلى قصرها في إطار تطابق القانون بالوقائع (الفقرة لرابعة) .

الفقرة الاولى

¹ - حاتم حسن موسى بطار ، سلطة القاضي الجنائي تقدير العقوبة و التدابير الاحترازية ، الدار الجماهيرية ط/1، ص

التعريف المعتمد على التكييف الجزائي للجريمة

فعرها البعض أنها " التقدير الحر المسبب لعناصر الإثبات في الدعوى، و هو البديل لنظام الإثبات المقيد، حيث يعين المشرع أدلة معينة لا يقضي القاضي بالإدانة إلا بناءا عليها". هذا التعريف غير جامع مانع و ذلك لعدم اشتماله على السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي بجميع أجزائها، ذلك لان المعرف قصر تعريفه على سلطة القاضي التقديرية في الأدلة ووسائل الإثبات¹ التي نص عليها المشرع الجزائي انطلاقا من المواد (212، 336، 333، 234، 233، 307، 286) من ق.ا.ج فالقاضي الجزائي غير مقيد بوسائل معينة، و يمكن له أن يختار أي وسيلة كانت شهادة أو اعترافا أو خبرة أو محررا أو غيرها، و له الحرية أيضا في تقدير مدى قيمة كل من هذه الوسائل و مدى حجيتها و دلالتها في ثبوت التهمة أو نفيها.²

و لم يتعرض المعرف أيضا في تعريفه لسلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة و لا في تدابير الأمن حيث وضع المشرع حدين للعقوبة حد أقصى و حد ادني و ترك للقاضي مجالا لإعمال سلطته التقديرية، و سهي المعرف أيضا عن ذكر سلطة القاضي في إعطاء الوصف للواقعة أي إيجاد النص القانوني الواجب على الأفعال³ و هو ما يعرف بالتكييف.

الفقرة الثانية

التعريف المعتمد على تقدير أدلة الإثبات

و عرفها البعض الآخر بقوله " تلك الحالة الذهنية و النفسية أو ذلك المظهر الذي يوضح وصول القاضي باقتناعه لدرجة اليقين بحقيقة واقعة لم تحدث تحت بصره بصورة عامة". وهذا التعريف أيضا قاصر فقد أعتمد صاحبه على تبيان ما للقاضي الجزائي من السلطة على الأدلة ووسائل الإثبات⁴ فبالرغم من أن لهذا الأخير السلطة التامة في بحث الدلائل و المستندات المقدمة بتقديمها تقديمًا صحيحًا و في موازنة بعضها ببعض الآخر و ترجيح ما تطمئن نفسه إليه ترجيحه منها

¹ - مسعود زبدة، القوانين القضائية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الرخاية، 2001، ص (132).

² - محمد محدة، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، مجلة البحوث و الدراسات المرکز الجامعي بالواحي، العدد الأول افريل 2004، ص(22)

³ - عبد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية في تكييفه و تعديل و تغيير وصفه الاتهام في الفقه و القضاء، منشأة المعرف الإسكندرية، 1989، ص(20).

⁴ - محمد محدة، المرجع السابق، ص(22).

وفي استخلاص ما يرى انه واقعة الدعوى¹ ، الا أن سلطته لا تقتصر على هذا الجزء فقط بل تسبقه إلى سلطته في تحديد العلاقة بين الأفعال الموجودة في العالم من جانب والنص القانوني من جانب آخر² وتتأخر عن ذلك الجزء سلطته في تقدير العقوبة ذات الحدين ، وكذلك سلطته في الظروف التخفيف وسلطته أيضا في وقف تنفيذ العقوبة.

الفقرة الثالثة

التعريف المعتمد على تقدير العقوبة

وعرفها آخر بأنها قدرة القاضي على الملائمة بين الظروف الواقعية للحالة المعروضة على القاضي وظروف مرتكبها والعقوبة التي يقررها أو التدبير الذي ينزله ضمن الأطر المقررة قانونا على وجه يحقق التنسيق بين المصالح الفردية والاجتماعية.³

وهذا التعريف أيضا كسابقه كان قاصرا أخذ بشق واحد من السلطة التقديرية وأهمل أجزاء أخرى مهمة لا يمكنها التغاضي عنها بأي حال من الأحوال فهي المكملة لهذا الجزء، فالمعروف في هذا التعريف ارتكز على السلطة القاضي تجاه الأدلة ووسائل الإثبات والتي تمتع القاضي من خلالها بدور ايجابي من خلال إطلاق حريته في الاستعانة بوسائل الإثبات دون حصرها قبل المشرع، ومتجاهلا أيضا سلطة القاضي الجزائي في إسقاط الوقائع المعروضة عليه على النص القانوني الملائم وهذا ما يجعلنا نقول أن التعريف أيضا ليس جامعا ولا مانعا.

الفقرة الرابعة

التعريف المعتمد على مطابقة القانون بالوقائع

¹ - محمد حسين منصور ، قانون الإثبات مبادئ الأحكام و طرقه ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2002 ص (17).

² - محمد الحميد الشواربي ، سلطة المحكمة الجنائية ، المرجع السابق ، ص (20)

³ - حاتم حسن موسى بكار ، المرجع السابق ، ص (144).

وعرفها آخرون بأنها نشاط عقلي يرمي إلى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكامنة في عناصر النزاع ، مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون فإذا ما تم كشف هذا التطابق فإن الأثر القانوني أو النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية لتحكم المركز المتنازع عليه.¹ وهذا التعريف أيضا مبتور لأنه قصر تعريف السلطة التقديرية على جزء من أجزائها و المتمثل في العملية الأولية التي يقوم بها القاضي و هي مطابقة الواقع بالقانون ، و أهمل أجزاء أخرى لا يمكن أن يكتمل التعريف إلا بها ، و بدونها يكون هذا الأخير قاصرا و لا يتماشى مع التطورات الحاصلة في هذا العصر خاصة و أن السياسة الجنائية الحديثة لتقرير العقاب تحتم منح القاضي سلطة واسعة في تقرير العناصر المختلفة للدعوى. فيما يتعلق بتقدير الأدلة و إثبات الإدانة و تحديد العقوبات و التدابير.²

الفرع الثاني

التعريف المعتمد على السلطة الموسعة للقاضي الجزائي

و من ثم فإننا نرى بان التعريف الذي يصلح لسلطة القاضي التقديرية بصورة عامة هو "تلك الصلاحية المخولة للقاضي الجزائي في التقدير الحر للواقع ووسائل الإثبات في الدعوى ، مع وضع عقوبة او تدبير امن يتلاءم مع أحدثه المجرم من ضرر للمجتمع و في هذا التعرف تكون السلطة التقديرية قد أقيمت على ثلاث اختيارات ، اختيار النص القانوني الواجب التطبيق ، و اختيار الدليل و تقديره و ذلك بقبول ما يقتنع به من أدلة و رفض ما لا يقتنع به معتمدا في ذلك كله على ما يمليه عليه ضميره و تفكيره ، و اختيار العقوبة او التدبير المناسب تبعا للقاعدة المتعارف عليها إن العقوبات زواجر و جواهر ، و ذلك كله وفق ما يترأى للقاضي من تحقيق للصالح العام ، و هذه السلطة التقديرية تضيق و تتسع تبعا لنوع النظام المعتمد .³

ولقد عبر كوش cuche عن حقيقة منح المشروع للقاضي سلطة تقديرية قبل ما يزيد عن نصف قرن بقوله " إن التاريخ الحديث لقانون يمكنه أن يضم فصلا بعنوان التنازل التدريجي للمشرع عن سلطاته لقاضي ، و اليوم أصبح هذا التنازل تاما " .⁴

1 - محمد الحميد الشواربي ، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه و القضاء ، المرجع السابق ، ص(213).

2 - أكرم نشأت إبراهيم ، المرجع السابق ، ص(57)

3 - محمد محدة ، المرجع السابق ، ص (23)

4 - أكرم نشأت إبراهيم ، المرجع السابق ، ص (55)

المطلب الثاني
خصائص السلطة التقديرية

من خصائص السلطة التقديرية للقاضي الجزائري ، إنها لصيقة بعمل القاضي في المنازعة المطروحة بين سواء فيما يتعلق بالقانون المنظم لأصل الحق ، أم القانون الإجرائي .¹

- و تفصل خصائص السلطة التقديرية للقاضي الجزائري من خلال الفقرات التالية :
- حرية القاضي في إطار التكييف الجزائري (الفقرة الأولى) .
 - إختيار القاضي الجزائري للعقوبة الملائمة (الفقرة الثانية) .
 - الدور الإيجابي للقاضي الجزائري في تسيير الدعوى العمومية (الفقرة الثالثة) .
 - حرية القاضي الجزائري بالاستعانة بكافة أدلة الإثبات (الفقرة الرابعة) .
 - حرية القاضي الجزائري في تقدير قيمة حجية ادلة الاثبات (الفقرة الخامسة) .

الفرع الاول

حرية القاضي الجزائري في التكييف الجزائي للجريمة

حيث أن كل نشاط يقوم به القاضي الجزائري حينما يفصل في الدعوى الجزائية هو البحث في النص القانوني الذي يراه صالحا للأعمال على وقائع النزاع ،² و هذا البحث هو جوهر السلطة التقديرية التي يمارسها القاضي الجزائري أي أن القاضي بمجرد دخول الأفعال إلى حيزه يباشر بفحص تلك الأفعال و ذلك لإيجاد النص القانوني الواجب التطبيق عليها³ و إذا ما نجح القاضي الجزائري في وقائع الدعوى على نص معين ، فسيسترسل في أعماله لسلطته التقديرية و لكن هذه المرة في وسائل الإثبات حيث تعد هاته الأخيرة المجال الخصب لأعمال القاضي الجزائري لسلطته التقديرية فقد ترك له المشرع فسحة من الحرية حيث لا يلزمه بأخذ دليل بعينه ، بل يسمح له بقبول أي دليل ، و يدع له سلطة تقدير القيمة القانونية لكل دليل و إذا تعددت الأدلة أمام القاضي و تعارضت فلا تفاضل بينها في ذاتها ، و إنما تنعقد الصدارة لأحضاها بالقبول لدى القاضي و أكثرها إقناعا له .⁴ و يقوم القاضي الجزائري بأعمال سلطته التقديرية للمرة الثالثة حينما يكون بصدد تحديد العقوبة ، و اختيار القاضي للعقوبة يجب أن يتم وفقا لمعيار يضعه المشرع .

¹ - نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية (دراسة تحليلية و تطبيقية) دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002 ص (53)

² - نفس المرجع السابق ، ص (73).

³ - محمد الحميد الشواربي ، سلطة المحكمة الجنائية في تغيير وصف الاتهام ، المرجع السابق ، ص (20)

⁴ - محوض محمد محوض ، المرجع السابق ، ص (665).

الفرع الثاني

إختيار القاضي الجزائي للعقوبة الملائمة

و يوصي بعض الفقه بأنه يجب على القاضي عندما يمارس سلطته التقديرية أن يسترشد في ذلك بتوجيهات ثانوية دقيقة للاستعانة بها في حالات معينة ، و يتحقق هذا الاتجاه نحو إرشاد القاضي في كيفية اختيار العقوبة في صورتين :

أن يحدد العوامل او الظروف التي تساهم في تكوين الشخصية الإجرامية و يبين الإمارات الكاشفة لمدى خطورتها .

و أن يراعي المشرع جانب الردع العام فيوصي بالتشديد عند العقاب على مرتكبي بعض الجرائم التي يراها بالغة المساس بالشعور العام¹

و الحافز الأصلي للمشرع الحديث إلى منح القاضي مزيدا من السلطة التقديرية في تحديد العقوبات يمكن في حقائق علم الإجرام بفروعه الثلاثة المتشعبة من العلوم البيولوجية و النفسية و الاجتماعية التي توغلت خلال المائة سنة الأخيرة ، في أعماق التكوينات البشرية و العلاقات الإنسانية ، و كشف عن تباين هذه التكوينات و العلاقات ، بقدر عددها ، مما أشاع و عيا يقضي يمنح القضاة سلطة واسعة في تقدير العقوبات و التدابير لتمكينهم من موازنتها مع مقتضيات الدفاع الاجتماعي و إصلاح المجرم ، تبعا لكل حالة بذاتها بما تضمنه من إجرام متمايز².

الفرع الثالث

الدور الإيجابي للقاضي الجزائي في تسيير الدعوى العمومية

¹ - عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية القضائية ، مرجع سابق ، ص (214).

² - أكرم نشأت إبراهيم ، المرجع السابق ، ص(55)

و القاضي الجزائري يقف موقفا ايجابيا في تسيير الدعوى و في إجراءات الإثبات يمكن القاضي المدني الذي يكون دورها سلبيا يقتصر على الموازنة بين الأدلة التي يقدمها الطرفان ثم يرجح أيهما اغلب¹ لان الخصومة ليست مجرد نزاع فردي بل أن للمجتمع مصلحة حيوية في استقرار الأوضاع و ظهور العدالة و انتصار الحق ، و القاضي يعد ممثلا للمجتمع بهذا القانون حول القاضي سلطات واسعة يؤدي بمقتضاها دورا ايجابيا في تقدير الأدلة و استكمالها حتى يتمكن من الوصول إلى الحقيقة ، و يلتزم القاضي باستخلاص الوقائع الصحيحة في الدعوى ، وان يحكم باتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات الإثبات في حدود المقبول منها قانونا ، فله أن يستوجب الخصوم و أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه و أن ينتقل للمعينة و أن يأمر بالتحقيق و سماعه من شهود و أن ينتدب خبيرا عند الاقتضاء .
و له أيضا أن يعتمد قرينة دون أخرى او يفضل قول شاهد على أخرى او رأي خبير عن الآخر .²

الفرع الرابع

حرية القاضي الجزائري في الاستعانة بكافة أدلة الإثبات

والسلطة التقديرية تتميز بأنها مطلقة في الاستعانة بكل وسائل الإثبات و تقديرها ، فقد استقر الفقه و القضاء في فرنسا على أن السلطة التقديرية للقاضي للاستعانة بوسائل الإثبات يشمل تطبيقها جميع أنواع المحاكم الجزائية ، محاكم المخالفات ، و الجنج و الجنایات ، و من ناحية أخرى يفرق القانون الفرنسي بين القضاة المهنيين و المحلفين . و المشرع الجزائري نحى نفس المنحنى حيث تنص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية على أن القاضي يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص و ظاهر أن نص المادة واضح في شموله لكافة أنواع المحاكم الجزائية حيث انه لم يقصر مبدأ تطبيق التقديرية على جهة قضائية معينة و هو بذلك يشمل بالإضافة إلى المحاكم العادية المحاكم الاستثنائية و منها محاكم الأحداث و المحاكم العسكرية و نجد نفس التأكيد بالنسبة للمحلفين من خلال المادة 284 من قانون الإجراءات الجزائية في فقرتها الأخيرة و ذلك بنصها على اليمين الذي يوجهه رئيس محكمة الجنایات للمحلفين و الذي يقسم بموجبه المحلفون بان يصدروا قراراتهم حسبما يرتضيه ضميرهم و يقضيه اقتناعهم الشخصي .

ومن جهة أخرى تؤكد المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية على حرية القاضي في الاستعانة بأية وسيلة من وسائل الإثبات بنصها " إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي

¹ - جلال ثروبة ، الإجراءات الجزائية الخصومة الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص

(170)

² - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص (15-16)

بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم... " و في هذا النص أعطى المشرع للقاضي الحرية في الاستعانة بالدليل الذي يستريح إليه ضميره ، و يستبعد كل دليل لا يقتنع به ، يستوي في ذلك اعتراف المتهم مع الشهود او تقارير الخبراء او المحررات التي يمكن أن يحتوي عليها ملف الدعوى او القرائن التي تستخلص منها .

فكما اطمئن ضمير القاضي إلى صدق دليل منها اخذ به ، و كلما تعذر عليه الاطمئنان إلى أي منها انصرف عن الأخذ به ، بغير رقيب عليه متى كان في تقديره العام لم يخرج عن حدود الصواب في فهم الدليل و عن حدود المنطق المقبول في الاستدلال به.

كما أن القاضي ليس ملزما بالاستعانة بوسائل الإثبات بترتيب او تدرج معين فهو غير ملزم إلا باستجواب المتهم و سماع الشهود ، و فيما عدا ذلك يرجع السلطة التقديرية للقاضي إذ يجوز للمحكمة أن تكتفي بشهادة شاهد واحد فقط لتكوين اقتناعه بإدانته المتهم و لو كان ذلك الشاهد هو المدعي بالحق المدني .¹

الفرع الخامس

حرية القاضي الجزائي في تقدير قيمة حجية أدلة الإثبات

وإلى جانب إطلاق سلطة القاضي التقديرية في الاستعانة بكل وسائل الإثبات فان المشرع قد أطلق أيضا للقاضي السلطة التقديرية لتقدير قيمة كل تلك الوسائل و بيان مدى حجيتها و دلالتها على ثبوت

التهمة او نفيها الشيء الذي يجعل من هذه الخاصية مركبة من سلطتين تقديريتين :²

أولهما المتعلقة بالاستعانة بكافة وسائل الإثبات و الثانية و المتمثلة في تقدير هاته الوسائل سواء بالإثبات او بالنفي .

وقد أكد المشرع الجزائري عن سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة من خلال نص المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية و التي تنص على جميع عناصر الإثبات تترك الحرية لتقدير القاضي .

¹ - مسعود زبدة ، القرائن القضائية ، المرجع السابق ، ص (126-127-128-129-130-131-132)

² - محمد محدة ، المرجع السابق ، ص (27).

كما ان المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية نصت على انه " القانون لا يرسم للقضاة قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تماما و كفاية دليل ما" ، ومعنى ذلك أن القاضي حتى في تقدير الأدلة المطروحة عليه و في ترجيح بعضها على البعض الآخر ، سواء أكانت دليلا مباشرا مؤديا بذاته إلى النتيجة التي انتهى إليها القاضي أم دليلا غير مباشر يتوصل بواسطته القاضي إلى تكوين إقناعه بعد بذل مجهود عقلي يقوم على ملاحظة الوقائع التفكير فيها للوصول إلى الحقيقة فإذا كان على القاضي أن يكون اقتناعه بناء على البحث و التفكير ووزن دقيق للوقائع المطروحة أمامه وأن يتم ذلك بخضوعه لقواعد المنطق و الاستنتاج المنطقي فان مطالبة المشرع لقاضي الموضوع بإتباع قواعد معينة في تقدير الأدلة المطروحة أمامه او إعطائها قوة خاصة من ناحية الإثبات هو في الحقيقة مصادرة لحرية القاضي الأساسية في وزن عناصر الإثبات المتعلقة و تقديرها على الوجه الذي يرتاح إليه ضميره .¹

هذا وقد ساعدت السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في التخلص من استعمال وسائل التعذيب ، و ذلك لان إعطاء القاضي سلطة التقدير في استعمال الأدلة و تقديرها أدى إلى عدم استعمال وسائل التعذيب ذلك لان طرق علمية اكتشفت حديثا يستطيع القاضي أن يستعملها للوصول إلى الحقيقة و من ثم استبعدت فكرة أن الإقرار و الاعتراف هو سيد الأدلة ، و انه لا بد من الوصول إليه و الحصول عليه بأية طريقة و لو استعملنا وسائل التعذيب و إلا ما ثبتت التهمة .²

المبحث الثاني

الاتجاهات الفقهية في تقدير السلطة التقديرية للقاضي الجزائري

لقد تعرضنا في المبحث الأول إلى دراسة مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائري و وضحنا بأنها ترتكز على إتجاهين في إطار التعاريف المركزة على جانب معين من هذا المفهوم و هو الإتجاه الأول و الذي كمله الإتجاه الثاني من الفقه بحيث حاول تفادي هذا النقص فجاء بتعريف جامع مانع يحتوي على كل ما يمكن أن تنصب عليه السلطة التقديرية للقاضي الجزائري كما تعرضنا و في نفس المبحث إلى

¹ - مسعود زبدة ، القوانين القضائية ، المرجع السابق ، ص(133).

² - محمد محدة ، المرجع السابق ، ص (27) .

خصائص هذه السلطة التقديرية ووضحنا أنها لصيقة بعمل القاضي في المنازعة المطروحة بين الأطراف فيما يتعلق بالقانون المنظم لأصل الحق أو القانون الإجرائي .

أما في هذا المبحث فسنحاول أن نتناول الإتجاهات الفقهية التي تنازعت السلطة التقديرية للقاضي الجزائي من خلال دراسة ثلاث نظريات :

- . النظرية الموضوعية في تقدير السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (المطلب الأول) .
- . ثم النظرية الشخصية في تقدير السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (المطلب الثاني) .
- . ثم النظرية المختلطة . في تقدير السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (المطلب الثالث) .

المطلب الاول

النظرية الموضوعية في تقدير السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

تفيد هاته النظريات القاضي بحيث يحدد المشرع الأدلة التي يصح له الارتكاز او الاعتماد عليها عند الحكم بالإدانة ، و كذلك شروط كل دليل و قوته القانونية ، فإذا ما قام الدليل و استوفى كامل و طه شروطه ، كان على القاضي الالتزام به ووجب عليه الحكم بالإدانة حتى و لو كان القاضي مقتنعا في قراره نفسه بغير مؤدى الدليل ، أم إذا تخلف الدليل او تخلفت بعض شروطه ، ووجب الحكم بالبراءة¹ و نتيجة لذلك لا يفرق القاضي بين الأفراد في توقيع العقاب ، فكلهم سواء ، و منه فلا مجال هنا لتفريد العقاب لان العقاب محدد تبعا لجسامة الجريمة فلا فرق بين العائد و المبتدئ² و الفصل فيها نحلل هذه النظرية من خلال دراسة نشأتها (الفرع الأول) ، ثم من خلال التطرق إلى دراسة ركائزها (الفرع الثاني) .

الفرع الاول

ركائز السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

¹ - محوض محمد محوض ، المرجع السابق ، ص(665)

² - محمد محدة ، المرجع السابق ، ص(30)

نتناول هذه الركائز من خلال ثلاث جوانب : أولها ، حصر وسائل الإثبات و تعيينها تعيينا دقيقا بالإضافة إلى تحديد قيمة كل منها ، و لا يجوز بعد ذلك للخصوم أن يثبتوا حقوقهم بغير هذه الوسائل .

وثانيها ، القانون هو الذي يمنح القيمة التي يشاؤها لكل نوع من أنواع الأدلة ، و القاضي ليس له أي سلطة في أن يجعل لأحدها قيمة أكثر او اقل مما حدده القانون .

وثالثها ، القاضي ملزم بالوقوف موقف الحياد في الدعوى بحيث يمنع عليه القضاء بعلمه الشخصي¹ .

الفرع الثاني

نشأة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

و الجدير بالذكر أن هاته النظرية نشأت في عهد الإمبراطورية الرومانية ثم سادت في التشريعات المختلفة في القرون الوسطى و ما بعدها و منها القانون الفرنسي القديم الذي كان يقسم الأدلة إلى ثلاثة أنواع :

أدلة وافية او تامة : و توفرها لازم للحكم بالعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة .

أدلة شبه وافية : و هي التي تكفي فقط بالعقوبة مخفضة كان يكون الشاهد واحدا.

أدلة خفية او بعيدة : و هي الأدلة التي تشترط للإدانة أن تقترن بأدلة أخرى تكملها².

و يعاب على هاته النظرية أنها تجعل دور القاضي سلبيا تقتصر مهمته على سماع الخصوم و التصريح بما يرتبه القانون على ما يقدمونه من الأدلة و البراهين و يصبح القاضي بمثابة الآلة¹ ، ووظيفته إدارة المناقشة و توجيه سير الإجراءات دون التدخل فيها، فليس من سلطة القاضي أن يجمع الأدلة او أن يأمر باتخاذ إجراء معين للكشف عن الحقيقة فمهمته تنحصر في تطبيق النصوص و مدى تطابق الأدلة المطروحة في الدعوى مع الأدلة المقترحة من قبل المشرع .

¹ - يحيى بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دراسة نظرية و تطبيقية مقرنة ، المؤسسة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ص(37)

² - احمد شوقي شلقاني ، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، ج/2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1998 ، ص(440)

المطلب الثاني

النظرية الشخصية للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي

لم ترسل هاته النظرية للقاضي حدودا تقيد نشاطه ، بل أعطته سلطة تقديرية مطلقة و كامل الحرية في استعمال الأدلة و تقدير قيمتها² و لقاضي أيضا انطلاقا من هاته النظرية سلطة تقديرية في تفريد العقاب ، أي العقوبة المطبقة تختلف باختلاف ظروف الجناة النفسية و الاجتماعية ، و الشخصية ، و كنتيجة لذلك حددت للعقوبة حدين حد أقصى و حد أدنى .

¹ - يديى بكوش ، المرجع السابق ، ص(37-38)

² - المرجع نفسه ، ص (35) .

و أخذت بهذه النظرية معظم الشرائع القديمة في بداية تطورها ، و لا يزال معمولاً بها في الوقت الحاضر في الشرائع الجرمانية ، و الانجلوسكسونية .

و بالرغم من ان هذه النظرية تساعد على تحقيق قسط كبير من العدل عن طريق منح القاضي السلطة التقديرية التي تعطيه الحق في تفريد العقاب ، إلا أنها تعرضت للانتقاد ومفاده أنها تقوم على افتراض نزاهة القاضي وعدالته بالرغم من أن القاضي بشر وغير معصوم من الخطأ ولا منزّه عنه.

المطلب الثالث

النظرية المختلطة في تقدير السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

وهذه النظرية توفق بين النظريتين السابقتين، حيث تجمع بين مزاياهما وتتلافى ما فيهما من عيوب، بحيث تترك للقاضي قسط من الحرية في توجيه الخصوم واستكمال الأدلة الناقصة وفي توضيح ما بدا له مبهما وغير واضح من الوقائع، كما جعلت دور القاضي وسيطا بين الايجابية والسلبية، فلم تترك له المبادرة الكاملة ولم تجعل للخصوم سلطانا مطلقا، كما أنها منحت للقاضي سلطة تقديرية في المسائل

الإجرامية إذ يكون القاضي حر في التماس وسائل الإقناع من أي دليل وأخذت بهذه النظرية مختلف الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي وكذا القانون الجزائري.¹

وكنتيجة لذلك نقول أن هاته النظرية أعطت للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في استعمال أي دليل وتقديره في غالبية الجرائم، وحدث من سلطته وقيدتها في بعض الجرائم وكذا العقوبات، ومن ذلك مثلاً²

و من تطبيقات هذه النظرية نورد حجية محاضر المخالفات (الفرع الأول) ، ثم حجية محاضر الجرح (الفرع الثاني) ، ثم حجية المحاضر المحررة في جريمة الزنا (الفرع الثالث)

الفرع الأول

حجية محاضر المخالفات

يعرف المحضر، بأنه محرر يدون فيه شخص ذو سلطة مختصة الإجراءات المتخذة بشأن الجريمة المرتكبة، والمعلومات المتحصلة بقصد ارتكابها وما يسفر عنها من أدلة ومخالفات، تقيد في كشف حقيقتها³ ، والقاعدة العامة في أن المحررات كبقية وسائل الإثبات الأخرى تخضع لحرية تقدير القاضي ولكن القانون قد استثنى بعض المحاضر وجعل لها حجية خاصة في الإثبات.

بحيث يعتبر المحضر حجة لما جاء فيه إلى أن يثبت ما ينفيه، تارة بالطعن بالتزوير، وتارة بالطرق العادية ، حيث تنص المادة 400 من ق . إ. ج على أن المحاضر والتقارير المحررة من قبل مأموري الضبط المختصين، والذين خول لهم القانون سلطة إثبات المخالفات تعتبر ذات حجة وكدليل إثبات وهي قابلة للدحض بالدليل العكسي وهذا الحق ثابت للخصوم دون القاضي.

والجدير بالذكر أن حجية هذه المحاضر ليست مطلقة وشاملة، وإنما تقتصر على الوقائع المكونة للمخالفة، لأن محرر المحضر مختص بإثبات الوقائع المادية المتعلقة بالجريمة فقط ولا تمتد للمعلومات التي ينقلها عن الغير.⁴

¹ - حسن بن الشيخ اثم ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة النشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص (28).

² - محمد محدة، المرجع السابق ، ص (31).

³ - فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، بدون دار النشر ص (190).

⁴ - فاضل زيدان محمد ، المرجع السابق ، ص (193).

الفرع الثاني

حجية محاضر الجرح

نصت المادة 215 من ق . إ. ج أن المحاضر المثبتة للجرح تعتبر مجرد استدلال، ولكن المادة 216 من نفس القانون أوردت استثناء والمتعلق بإثبات الجرح والتي تثبت بنفس الطريقة التي تثبت بها المخالفات ومثالها المادة 254 من قانون الجمارك والتي لا يمكن التملص منها إلا بالتزوير، ومثالها محاضر المعاينات المادية والحجز، حيث لا يمكن إثبات عكس ما ورد في هذه المحاضر إلا عن طريق الطعن بالتزوير.¹

الفرع الثالث

إثبات جريمة الزنا

خص المشرع الجزائري جريمة الزنا لمعاملة خاصة نظرا لأنها تصيب كيان المجتمع وخليته الأساسية، ومن ثم فإنه لا مجال للقاضي الجزائري لاستعمال سلطته التقديرية، فقد حصر المشروع أدلة الإثبات المتعلقة بجريمة الزنا وذلك في نص المادة 341 من قانون العقوبات وهي ثلاث وسائل :

محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عند حالة التلبس ، عن طريق إقرار وارد في وسائل أو مستندات صادرة من المتهم ، اقرار قضائي اعتراف المتهم بجريمته أمام القضاء .

وإن لم تتوفر أحد هاته الأدلة وجب على القاضي الحكم ببراءة المتهم ولأن هذه الجريمة تصيب كيان الأسرة بمعاقبة احد الزوجين بما يترتب على ذلك من أثر بالنسبة للأطفال لذا قرر المشرع تضيق العقاب بوسيلتين :

عدم المتابعة إلا بشكوى من الزوج المضرور ووضع حد للمتابعة بمجرد عفو الزوج وصفحه عن الطرف الآخر ، تحديد وسائل الإثبات على سبيل الحصر² ، إثبات المسائل غير الجنائية المتعلقة بالدعوى العمومية.

¹ - معراج جديدي ، الوجيز في الإجراءات الجنائية مع التعديلات الجديدة ، الجزائر ، 2004 ، ص (16).

² - مسعود زيدة ، الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1989 ، ص (113-114).

قد تعرض على القاضي الجزائري، أثناء نظره في الدعوى الجزائية مسألة مدنية أو تجارية أو إدارية، وفي هذه الحالة توجب عليه إتباع طرق الإثبات الخاصة بتلك المسائل، وهذه القاعدة متبعة ومفروضة بشكل خاص أمام محاكم اجنح والمخالفات أما محكمة الجنايات فإن المحلفين لا يتقيدون بأية وسيلة من وسائل الإثبات وأن الدليل الإقناعي ليس له استثناء أمامهم ولهم أن يأخذوا أي دليل بما فيه شهادة الشهود وإن كان القانون المدني لا يجيزها ومن بين المسائل المدنية التي تطرح أمام القضاء الجزائري إثبات عقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة وإثبات عقد الزواج في جريمة الزنا وإثبات الطلاق إذا أثاره الزاني كدفع لعدم وقوع الجريمة مما يستوجب تطبيق قانون الأحوال الشخصية.

وتنص المادة 1/333 من القانون المدني على ما يلي " في غير الموارد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد عي قيمة 1000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز البينة في إثبات وجوده وتنص المادة 334 من القانون المدني على الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة عن 1000 دينار جزائري ، وتنصّ المادتان 335-336 من القانون المدني على الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة كاستثناء عن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 333 ق.م وهذه النصوص تطبق في إثبات عقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة، ولا يجوز إثباته إذا زادت قيمته عن 1000 دينار جزائري إلا بالكتابة ما لم يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو فقد السند بسبب أجنبي على إرادة الدائن، وإذا توقف الفصل في جريمة معينة على الفصل في ملكية عقار وجب على القاضي الذي يفصل في الدعوة الرجوع لقواعد الإثبات المدنية للفصل في تلك المسألة¹.

وتقيد القاضي الجزائري بطرق الإثبات المقررة في القوانين غير الجزائية بالنسبة للمواد المتعلقة بتلك القوانين مشروط بشرطين.

ألا تكون الواقعة محل التجريم بمعنى أنه يلزم أن تكون الواقعة المتعلقة بالقوانين الجزائية هي مفترض الجريمة، وليست هي المكونة للسلوك الإجرامي ذاته ، ان تكون الواقعة المتعلقة بالقوانين غير الجزائية لازمة للفصل في الدعوة الجزائية فإذا كانت الواقعة المدنية مثلا إنما تستبدل بها المحكمة كقرينة لوقوع الجريمة²، فإنها غير ملزمة باللجوء إلى قواعد الإثبات المدني. ومثال ذلك الاستدلال على بيع المسروق بكل وسائل الإثبات ولو كانت البينة غير مقبولة في الأصول المدنية لأن القضاء لا يزيد إثبات العقد المدني، وإنما إثبات السرقة وبيع المال المسروق لم يكن عنصر من عناصر تكوينها.

¹ - مسعود زبدة، الإقناع الشخصي للقاضي الجزائري، المرجع السابق، ص (115-116).

² - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص (52)

المبحث الثالث

ضوابط السلطة التقديرية وكفالة حقوق الدفاع

بعد أن تعرضنا إلى مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي و خصائصها و أهم الإتجاهات الفقهية في تقديرها ، نتعرض في هذا المبحث الثالث إلى ضوابط هذه السلطة التقديرية للقاضي الجزائي و كفالة حقوق الدفاع تجاهها

إن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ليست مطلقة بل يجب أن تمارس وفق مجموعة من الضوابط والتي تهدف إلى ضمان حق المتهم في الدفاع، وضمان منع القاضي من التحكم، و هو ما يعرف بحدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي و هو ما سنتعرض له في (المطلب الأول) .

هذا وإن هناك مجموعة وسائل أوردتها التشريعات كضمان لحقوق الدفاع كوسيلة لأعمالها في مجال الخصومة الجنائية، أو حماية ووقاية تلقائية تتحرك عند الإخلال بها، وهو ما يعرف بالطلبات الدفوع، والطعن في الأحكام، وهو ما سنتعرض له في (المطلب الثاني).

المطلب الأول حدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

لما كان القاضي الجزائي يمارس سلطته التقديرية بكل حرية غير خاضع لأي نوع من الرقابة و هو ما ينادى به أنصار النظرية الشخصية و التي نجد تطبيقاتها أكثر في القضاء الأنجلوسكسوني المعتمد على السابقة القضائية كمصدر للتشريع، غير أن الحال يختلف في المنظومة التشريعية الفرنكفونية إذ أن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي تخضع لحدود وضوابط.

- . من هذه الضوابط ما يتعلق بتقدير الأدلة (الفرع الأول).
- . ومنها ما يتعلق بسلطة القاضي في التكييف (الفرع الثاني).
- . ومنها ما يرد على سلطته في تقدير العقوبة (الفرع الثالث).

الفرع الأول الحدود الواردة على سلطة القاضي في تقدير الأدلة

فمن ضوابط السلطة التقديرية أن يكون الدليل قد طرح في الجلسة: نصت المادة 2/212 من ق.إ.ج على أنه لا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه، وقد تكون الأدلة كذلك متى كان لكل منها أصل في ملف الدعوة سواء كان في محاضر التحقيق الأولى أو الابتدائي أو النهائي، ولكن لا يلزم إن يناقشه الخصوم فعلا، بل يكفي بتمكين الخصوم من ذلك ما دام الدليل كان مطروحا على بساط البحث¹. وعلى هذا فالحكم يكون باطلا إذا كان مبنيا على واقعة لإسنادها في ملف الدعوة، وذلك لأنه يكون مخالفا للمبادئ القانونية الخاصة بالإثبات. وطرح الدليل على بساط البحث والمناقشة من أهم القواعد المميزة للمحاكمة الجزائية التي تتميز

¹ - أحمد شوقي شلقاني، المرجع السابق، ص (442-443)

بشفوية المرافعات وذلك حتى يكون المتهمون على بينة مما يقدم ضدهم من الأدلة. وذلك الدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشة الأخذ به والإسناد كأساس للحكم¹. وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه على معلومات شخصية حصل عليها خارج جلسة المحكمة، وفي غير نطاق المناقشات التي جرت فيها²، بالتالي سنحاول أيراد بعض هذه الحدود على تقدير الأدلة من خلال وجوب أن يكون الدليل صحيحا (الفقرة الأولى) ، وجوب أن يكون الدلي مستساغا عقلا (الفقرة الثانية) ، بناء اقتناع القاضي على الجزم و اليقين (الفقرة الثالثة) ، عدم الاكتفاء بقريئة واحدة للاقتناع (الفقرة الرابعة) .

الفقرة الأولى

كون الدليل صحيحا

وشرط أن يكون الدليل صحيحا ، هو ايضا ضابط للسلطة التقديرية ، اذ يجب أن يكون الدليل قد استمد من إجراء صحيح حتى يكون مقبولا في عملية الإثبات، أي أن الحصول على الدليل وتقديمه للقضاء يجب أن يتم وفق الطرق التي رسمها القانون. ولهذا فإن شرعية الإثبات الجنائي تستلزم عدم قبول أي دليل كان البحث عنه أو الحصول عليه قد تم بطرق غير مشروع، لأن حرية القاضي الجزائي في الإثبات لا يعنى أن يتم البحث عن الدليل والحصول عليه بأية طريقة كانت حتى ولو كان لك على حساب حقوق الأفراد. ولذلك لا يعتمد بقيمة الدليل مهما كان دالا على الحقيقة الواقعية طالما أن تحصيله تم بوسائل غير مشروعة، كالتعذيب والإكراه المعنوي، واستخدام الوسائل العلمية التي تعدم الإرادة كالتنويم المغناطيسي وحقن مصل الحقيقة ووسائل الرقابة التي تنتهك حرمة الإنسان في حياته الخاصة كالمراقبة الإلكترونية على المحادثات الهاتفية أو أجهزة التنصت الخفية³ ، وشرط صحة الإجراء للدليل المعتمد مشروط في دليل الإدانة فقط دون البراءة⁴.

الفقرة الثانية

كون الدليل مستساغا عقلا

¹ - مسعود زبدة، الإقتناع الشخصي الجزائي، المرجع السابق، ص (95-96)

² - فاخر زيدان محمد، المرجع السابق، ص (235)

³ - فاخر زيدان محمد، المرجع السابق، ص (241-242-243-244).

⁴ - محمد محدة، المرجع السابق، ص (38).

وأن يكون الدليل مستساغاً عقلاً، هو أيضاً ضابط للسلطة التقديرية، فالقاضي وإن كان حراً في اختياره للأدلة التي يطمئن إليها ويؤسس عليها إقناعه بالإدانة أو البراءة ولا يخضع في ذلك لأية رقابة من المجلس الأعلى إلا أن ذلك مشروط بأن ذلك مشروط بأن يكون استنتاج القاضي لحقيقة الواقعة وما كشف عنها من أدلة لا تخرج عن مقتضيات العقل والمنطق¹ إلا إذا كان ذلك نوع من الاستبداد والتحكم من ذلك أن يشير القاضي إلى أدلة ارتكاب المتهم للجريمة، ثم ينتهي إلى وجود شك في التهمة ويقضي بالبراءة².

الفقرة الثالثة

بناء قناعة القاضي على الجرم واليقين

ولا بد أن يبني اقتناع القاضي مبني على الجرم واليقين، إن القاعدة العامة في الإثبات الجنائي أن الأحكام تبنى على الإجماع واليقين، ولا تبنى على مجرد الظن والاحتمال وأن المحكمة ملزمة في حالة وجود شك أن تحكم ببراءة المتهم، والجرم واليقين في الإثبات الجنائي ليس المقصود به الجرم واليقين المطلق، بل نعني به الجرم واليقين النسبي لأن اليقين المطلق لا يمكنه تحقيقه إلا في المسائل الحسابية كالتحليل والإحصاء³، وعلى ذلك فإذا كانت الأدلة التي ساقها القاضي في حكمه قد انتهت إلى ترجيحه وقوع الجريمة من المتهم فإن الحكم يكون خاطئاً ومخالفاً للقانون ولا يتعارض هذا المبدأ مع إمكانية افتراض القاضي صور مختلفة لحصول اقتناع القاضي بوقوع الجريمة وبنسبتها إلى المتهم يقينا.

الفقرة الرابعة

عدم الإكتفاء بقريضة واحدة للإقناع

ومن ضوابط السلطة التقديرية أيضاً، عدم الاكتفاء بقريضة واحدة أو استدلال واحد لكوين القناعة: القاعدة العامة أن القرائن والدلائل التي لا ترقى إلى مرتبة الأدلة لا تجوز الاستناد عليها مفردة في

¹ - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص (47).

² - محمد محدة، المرجع السابق، ص (38).

³ - مسعود زيدة، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، المرجع السابق، ص (99-100).

الحكم إلا إلى جانب دليل أو أدلة متعددة ذلك أن دور هاته القرائن هو تدعيم وتعزيز الأدلة المطروحة في الجلسة¹.

فإذا وجدت إلى جانب القرائن والدلائل أدلة أو دليل واحد على الأقل كان الحكم صحيحا حتى ولو لم تطرح تلك القرائن أو الدلائل للمناقشة في الجلسة لأن القرائن لا يمكن بأي حال من الأحوال أن ترقى إلى مرتبة الدليل، وهذا عملا بنص المادة 212 ق.إ.ج.

الفرع الثاني الحدود الواردة على سلطة القاضي في وصف الجريمة

و من هذه الضوابط نذكر بإيجاز : (1)

واجب المحكمة الجنائية في التكييف، و دور القاضي الجنائي فيه ، ومنها ايضا عدم تقيد المحكمة الجنائية بالتكييف القانوني المرفوع به الدعوى ، و كون المحكمة مختصة نوعيا بنظر الواقعة .(2)
اضافة لتقييد سلطة المحكمة في تعديل الوصف القانوني للواقعة شرط تنبيه المتهم في حالة إعادة التكييف أو تغييره و أن يعطي له الوقت الكافي لإعداد دفاعه .(3) ، و التقيد بحدود الدعوى.(4)
و سنأتي لتفصيل هذا عند التطرق للفصل الثاني بعنوان نطاق سلطة القاضي التقديرية.

¹ - نبيل صقر والعربي شط عبد القادر، الإثبات في المواد الجزائية، موسوعة قضائية للفكر القانوني، دار المدهى
بعين مليلة، الجزائر، طبعة 2006، ص29.

- 1- أنظر بإيجاز:- محمود عبد ربه القبلاوي، دراسة مقارنة، التكييف في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي، طبعة 2003، ص 157. - عبد الحميد الشواربي، سلطة المحكمة الجنائية في تكييفه وتعديله وتغيير وصفه الاتهام في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الأسكندرية، طبعة 1989، مصر، ص 21، 22.
- 2- أحمد فتحي سرور، النقص في المواد الجنائية، بند رقم: 150، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1998، ص 228.
- 3- يوسف دلاندة، الوجيز في ضمانات المحاكمة العادلة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع طبعة سنة: 2005، ص: 49
- 4- عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة سنة: 2005، ص 141

الفرع الثالث

الحدود الواردة على سلطة القاضي في تقدير العقوبة.

لما كانت العقوبة هي المرحلة الأخيرة من الدعوى العمومية و التي تتوج مرحلة الإثبات الجزائي من خلال تقدير القاضي للأدلة ، ثم المرحلة الثانية و التي تتعلق بتكييف القاضي للوصف الجزائي للوقائع ، فنتاج كل هذا العمل القضائي هو إيجاد عقوبة ملائمة للجاني في حالة إدانته

فكان لزاما على المشرع أن يخضع هذه العقوبة إلى ضوابط حتى لا يتحكم القضاة في سلطة العقاب ، و في هذا الإطار سندرس في هذا الفرع المبادئ التي تحكم الإطار العام للعقوبة (الفقرة الأولى) ، ثم نتطرق لحدود سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة في إطار قاعدة الشرعية الجزائية (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى

المبادئ التي تحكم الإطار العام للعقوبة

سنعرض لهذه المبادئ التي تحكم الإطار العام في تحديد وعاء العقوبة من خلال مبدأ شرعية العقوبة (أولا) ، مبدأ قضائية العقوبة (ثانيا) ، مبدأ شخصية العقوبة (ثالثا) .

أولا - مبدأ شرعية العقوبة

لقد جاء النص عليه في المادة 13 من دستور 1996، وهذا المبدأ من أهم ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي. ويعد كفاءة حقيقية لحقوق الدفاع ، بما يرتبه من نتائج ، و لا يخل مبدأ شرعية العقوبات الذي يقتضي نوعاً من تحديد العقاب المقرر للجريمة بمبدأ شرعية العقوبة.⁽¹⁾

1- عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الأسكندرية، مصر، بدون سنة، ص 211، 212

ثانيا - مبدأ قضائية العقوبة

فلا عقوبة إلا بموجب حكم قضائي نهائي صادر عن السلطة القضائية المختصة طبقاً للمادة 137 من دستور 1996

ثالثا - مبدأ شخصية العقوبة

وهذا المبدأ يقتضي تفريد العقوبة، وتنويعها ، فيجب مراعاة ، مبدأ المساواة في العقوبة : وقد جاء النص عليه في المادة 131 من دستور 1996 ، وان يتم تحديد العقوبة بمراعاة الملائمة بالنظر للشخص العادي الظروف¹ ، و مراعاة المشرع جانب الردع العام في تحديد العقوبة.

1- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 849

الفقرة الثانية

حدود السلطة التقديرية للعقوبة

يجب ان يتم تقدير العقوبة في اطار " قاعدة الشرعية" حيث يتوقف الحدين الأقصى و الأدنى لها ، على جسامه الجريمة، فهذه الجسامه هي الإطار العام الذي يباشر القاضي الجزائي داخله سلطته التقديرية.¹

هذه لمحمة وجيزة عن الضوابط المتعلقة بسلطة القاضي الجزائي التقديرية في إطار تقديره للأدلة كمرحلة اولى ، ووصفه او تكييفه للجريمة كمرحلة ثانية ، ثم تقديره العقوبة كمرحلة اخيرة ، وهو ما سنفصله فيما بعد، عند التعرض لنطاق السلطة التقديرية للقاضي الجنائي. في الفصل الثاني. من هذا البحث.

1- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية، تطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية طبعة سنة: 2002، ص: 61.

المطلب الثاني كفالة حقوق الدفاع

إن الغاية المتوخاة من تقرير قيود وضوابط على سلطة القاضي التقديرية في القانون الجنائي هو حماية حق المتهم وتمكينه من محاكمة عادلة، كما أن الكم الهائل من التعديلات التي طرأت على قطاع العدالة¹، كان الهدف الأساسي منه هو حماية حق المتهم.

هذا وإنه لا يكفي لتقرير حق المتهم في محاكمة عادلة أن نعتزف بوجود هذا الحق، ونقرر له الضمانات الكفيلة بتحقيقه فقد يحصل أن يكون هناك إخلال بحق الدفاع. ومن هنا نتساءل: عن ماهية أوجه الحماية المقررة قانوناً عند حصول الإخلال بالحق المذكور أو بانتهاكه؟²

مبدئياً فإن أي إخلال بحق الدفاع هذا، يمنح المتهم حق الطعن، بالتالي بطلان الإجراءات المتخذة تجاه المتهم³. ومن هذه العبارة نتبين بأن حق الطعن المنصب على الأحكام هو أول هذه الوسائل الكفيلة بحماية حقوق الدفاع، ولمعرفة الوسائل الأخرى المقررة لحماية حق الدفاع، وتماشياً مع القاعدة الفلسفية القائلة: وبضدها تنمايز وتعرف الأشياء، كان علينا لزاماً التعرّيج على مفهوم الإخلال بحق الدفاع وهو موضوع (الفرع الأول)، ثم دور الطلبات و الدفع في ضمان حق الدفاع (الفرع الثاني)، ثم نتطرق إلى الطعن في الأحكام كضمان لحق الدفاع (الفرع الثالث).

- 1- مشروع اصلاح العدالة، توصيات اللجنة الرئاسية، سنة 2001
 2- محمد فخري محمد الرزاق الحديدي، حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص 169.
 3- نفس المرجع، ص 166

الفرع الأول الإخلال بحق الدفاع

قبل معرفة ماهية حقوق الدفاع و وسائل حمايتها و المقررة للمتهم و الدفاع في مواجهة مامنح للقاضي الجزائي من سلطة تقديرية واسعة يجدر بنا دراسة مفهوم الإخلال بحق الدفاع باعتباره حق مكفول دستوريا تماشيا مع التطور الحاصل في التشريعات المقارنة و منها العربية بعد إدخال أحكام الاتفاقيات الدولية على قوانينها .

من خلال ما سبق سوف نتعرض إلى صور الإخلال بحق الدفاع (الفقرة الأولى)

حيث يعتبر تقرير الإخلال بحق الدفاع ضمانا جوهريا في كافة الإجراءات ومن حق الدفاع. 1

ثم نتعرض إلى المقصود بوسائل حماية حقوق الدفاع من خلال الدفوع و الطلبات (الفقرة الثانية)

فيعرف مصطلح الإخلال بحق الدفاع بأنه : (هو حرمان المتهم من إبداء أقواله بكامل الحرية، وإهمال الفصل في طلب صريح من طلبات التحقيق، أو في الدفوع الفرعية التي يبديها، أو في دفاع صريح خلص بعذر قانوني من الأعذار المبيحة، أو المانعة من العقاب) .²

- 1- أحمد فتحي سرور، النقص في المواد الجنائية، مرجع سابق، بند رقم: 92، ص: 124. - [ومن هنا نتساءل: * حول المقصود بحقوق الدفاع؟؟ فنشير بأنه يعرفها الدكتور نبيل صقر، ومحمد مروان، الدفوع الجوهريّة، ص: 10.، بأنما عموما هي (تمكين كل خصم من ابداء وجهة نظره امام القضاء فيما قدمه هو او قدمه خصمه من ادعاء ويجب ضمان هذا الحق للخصم في أي حالة كانت عليها الدعوى). ونتيجة لذلك يكون على المحكمة افساح المجال للخصم لاستعمال حقهم في الدفاع وليس لما ان تقوم باي اجراء من شأنه انتهاك هذا الحق، ومن ضمن حقوق الدفاع نذكر: - حق المتهم في الاستعانة بمحام - حقه في ان يكون اخر من يتكلم - الحق في الامتناع عن الاجابة عن اسئلة القاضي دون ان يتخذ هذا الامتناع قرينة ضده - حقه في ابداء الدفاع شهاة].
- 2- . نبيل صقر ، و . مروان محمد، الموسوعة القضائية الجزائرية، الدفوع الجوهريّة في المواد الجنائية، دار الملال للخدمات الإعلامية، طبعة (بدون تاريخ)، ص: 205

الفقرة الأولى

صور الإخلال بحق الدفاع

إن قواعد الإخلال بحق الدفاع تجتمع في الأتي:¹

إدانة المتهم دون تحقيق أورد على دفاعه : فيعتبر الإخلال بقواعد الرد على الدفوع الجوهريّة المبداء في الدعوى سواء كانت المحكمة اغفلت الرد على الدفوع تماما، أو كان ردها عليها بصورة تعيب الحكم (غامضة)، وهذا ما قد يترتب على ثبوته لو صحّ تغيير وجه الرأي في الدعوى.

ومن صور الاخلال بحق الدفاع ، التزام المحكمة بإجابة طلب المتهم أو الرد عليه إذا كان جازما: فعدم الرد على الطلب أو عدم تحقيقه يعيب الحكم ويعرضه للطعن . ولا يعتبر اخلالا بحق الدفاع ما يبديه المتهم دفاعا عاديا حول نفي ما اسند اليه ، ومستنتجا مما تم في القضية من تحقيقات فلم تفره المحكمة عليه فليس فيه ادنى اخلاال بحق الدفاع.

الفقرة الثالثة

المقصود بوسائل حماية حقوق الدفاع

كما أوضحنا خلال التمهيد فيما مضى من عناصر الفرع الأول بأن حماية حقوق الدفاع تتم بواسطة عدة وسائل هي: الدفوع عموماً (أولاً) ، ثم شروط إبداء الدفوع عموماً (ثانياً) .

أولاً- الدفوع عموماً

يقصد بالدفوع بصفة عامة ، ما يتوجه به المدعي إلى المدعي عليه طالباً من القضاء الحكم به أو هي- بصفة عامة- العمل القضائي الذي يضع الخصوم بمقتضاه إدعاءاتهم أمام المحكمة، أي يعرض

1- .نبيل صقر، و . مروان محمد، نفس المرجع، ص 207,205

كل منهم من خلاله الحجج التي تؤيد إدعاءاته فيعرض المدعي عناصر ادعائه، ويعرض المدعي عليه وسائل دفاعه.¹

فيظهر من هذا المعنى أن الدفوع بصفة عامة تشمل الطلبات والدفوع ، في المجال القانوني عموماً. ولو خصصنا هذا المعنى نلاحظ أن هناك تمييزاً بين الطلب والدفوع.

ويمكن التمييز بين الطلب والدفوع ، من حيث أن الطلب في المجال الجزائي يُعرف بأنه ، هو ما انصب على موضوع الدعوى مباشرة ، أما الدفوع فهو ، ما انصب على أوجه الدفاع القانونية التي يبديها أحد الخصوم .

ثانياً- شروط إبداء الدفوع عموماً

استلزم القانون توفر عدد من الشروط عند إبداء هذا الدفوع حتى يقع على المحكمة التي تم إبداء هذا الدفوع أمامها، التزاماً بالنظر في هذا الدفوع والرد عليه سواء بالقبول أو الرفض. وهذه الشروط قسمين:²

ولصحة ابداء الدفع ، شروط الشكائية ، فإن مقصود صاحب الشأن من إثارة دفع من الدفع هو تمكينه من تقديم وسائل دفاعه قبل صدور حكم في الدعوى، ولا يكون للدفع أو طلب التحقيق جدواه إلا إذا قدم في وقت معين شأنه في ذلك شأن غيره من الطلبات التي تقدم في الدعوى.

فمن خلال ما تقدم فإن هذه الشروط هي الأربعة التالية : إثارة الدفع قبل قفل باب المرافعة ، كون الدفع صريحا ، كون الدفع له أصل ثابت في أوراق³ الدعوى بمعنى أن يكون كتابي ، أن يظل صاحب الدفع متمسكا بدفعه.

1- 239 :Page .T :2em .PARIS :1957-1976 .Perrot .Roger : cours de droit judiciaire

2- أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 184، 1090

3- أنظر بتفصيل : نبيل صقر، و. مروان محمد، الدفع الجوهري في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص 24 وهذا الشرط يثير المسائل التالية: -الطلب المجهول .- مدى اتصال الطلب بموضوع الدعوى.-الدفع القانوني الظاهر بطلانه اجرائيا. -الدفع او الطلب الغير منتج في الدعوى.-وهل تنتج هذه الدفع اثارها ام لا؟.انظر : نبيل صقر، مروان محمد، الدفع، مرجع سابق، ص:24.

أما الشروط الموضوعية له ، فقررت لان المصلحة من إثارة الدفع هو تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه، ومحاولة تغيير وجه الرأي في الدعوى ، فلكي يلفت نظر المحكمة الجزائية إلى ذلك يجب عليه أن يقرع سمعها بدفعه، وعلى ذلك تكون الشروط الموضوعية للدفع هي ثلاث شروط¹ :

أن يكون الدفع صريحا جازما يقرع سمع المحكمة بأن يصر عليه الدفاع في طلباته الختامية ، وأن يكون منتجا أي ظاهر التعلق بموضوع الدعوى ، وأن يؤسس الحكم على هذا الدفع وذلك في عنصر تسبيب الحكم .

1- نبيل صقر ، و مروان محمد، الدفوع الجوهرية في المواد اجزائية، مرجع سابق، ص 26

الفرع الثاني دور الطلبات و الدفوع في ضمان حق الدفاع

بعد أ، تناولنا مفهوم الإخلال بحق الدفاع و الذي يعتبر تقريره من القاضي ضمانا جوهريا في كافة الإجراءات و من حق الدفاع فعرفناه ثم تناولنا أهم الصور التي تعتبر إخلال بحق الدفاع ثم تعرضنا إلى وسائل حماية حقوق الدفاع و هي الطلبات و الدفوع و الطعن في الأحكام و ذلك من خلال سرد عموميات حولها ، ثم شروط إبدائها .

ففي هذا الفرع الثاني سندرس مفهوم الطلبات كوسيلة لحق الدفاع (الفقرة الأولى)
ثم ندرس مفهوم الدفوع كوسيلة ثانية لحماية حق الدفاع (الفقرة الثانية)
ثم نبين متى تبدى الدفوع عموما (الفقرة الثالثة)
ثم نتطرق تدخل القاضي الجزائي لإصلاح البطلان الإجرائي (الفقرة الرابعة)
و من ثم نعرض على الآثار المترتبة على إغفال الرد عن الطلبات و الدفوع (الفقرة الخامسة)

الفقرة الاولى مفهوم الطلبات

الطلبات ، هي ما يطلق على طلبات التحقيق المعينة التي يقدمها الخصم والتي تتفق مع وجهة نظره في الدعوى الجزائية، وفي عبارة أخرى الطلب هو ما يتوجه به الخصم إلى المحكمة إثباتا لإدعائه أو نفيها لإدعاء خصمه .¹

وللطلبات أنواع عدة ، اذ تختلف طلبات الدفاع حسب طبيعة القضية المتداولة، لكنها تدور في عدد من الطلبات الرئيسية نذكر منها ² : طلب نذب خبير والدفع ببطلان عمله ، طلب سماع الشهود والدفع ببطلان أقوالهم ، طلب إجراء معاينة والدفع ببطلانها ، طلب فتح باب المرافعة وتقديم المذكرات ، و طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق والدفع ببطلان التحقيق ، و طلب ضم أوراق.الى ملف الدعوى ، او طلب التأجيل متى كان سبب التأجيل يرجع لعيب يشوب التكاليف بالحضور مثلاً.

وفي ما يلي نتعرض للدفع كفقرة ثانية .

- 1- رؤوفه محييد، ضوابط تسيبب الأحكام الجنائية، طبعة ثانية في 1977، بدون ناشر. ص: 163
- 2- نبيل حقر ، و مروان محمد، مرجع سابق، الدفع الجوهري في المواد الجنائية، ص: 223.

الفقرة الثانية

مفهوم الدفع

هي الوسائل التي يستعين بها الخصم للطن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون التعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه فيتفادى مؤقتا الحكم بما يطلبه خصمه ¹ ، و نأتي لتفصيل ذلك من خلال تقسيم الدفع (أولا) .

اولا- تقسيم الدفع :

تقسم الدفع عدة تقسيمات سواء من حيث:

البند الاول- من حيث القانون الذي يحكمها:

وتنقسم بدورها إلى :

دفع متعلقة بقانون العقوبات : كأن ينصب الدفع على تطبيق القانون من حيث وجود الجريمة أو انتفاء أحد أركانها، أو مدى توافر عذر قانوني، أو مانع للمسؤولية، أو عذر معفي من العقاب .

ودفوع أخرى متعلقة بقانون الإجراءات الجزائية: وهي التي تنصب على تطبيق قانون الإجراءات الجزائية، وتتنوع من حيث المرحلة التي تمر بها الخصومة الجزائية فينتج عن ذلك ما يلي: فالدفع الموضوعي ، هو الذي يثار أمام محكمة الموضوع ويتعلق بوقائع الدعوى، ويترتب عليه إذا صح إما امتناع العقاب ، أو المسؤولية، أو عدم الأخذ بدليل معين ، أما الدفع الإجرائي أو الشكلي ، فهو الذي ينصب على الطعن في إجراءات الخصومة ، في حين ان الدفع القانوني ، هو الذي يستند إلى نصوص خاصة في قانون العقوبات أو في قانون الإجراءات² ، وهي تتفق مع الدفع الموضوعي فهي تنصب على مراقبة الحكم الصادر في الموضوع إزائها بما يتفق مع القانون ، وتختلف عنه -الدفع الموضوعي- من حيث أن الدفع القانوني يتعلق بنفي الجريمة من خلال وقائع الدعوى، أما الدفع بعدم

1- نبيل صقر، و. مروان محمد، الدفوع الجوهرية في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص: 9.

2- رؤوف محبيد، ضوابط تسبب الأخطاء الجنائية، مرجع سابق، ص: 165.

ثبوت أي من أركان الجريمة فهو دفع موضوعي بحت ، أما الدفع الواقعي : فهو الذي يستند إلى وقائع الدعوى، وهي المتعلقة بسلطة القاضي الجزائي في التحقق من الوجود المادي للوقائع ، في حين ان الدفع الفرعي ، هو ذلك الذي يثار عرضياً أثناء نظر الدعوى الجزائية، والذي يتعين الفصل فيه أولاً، لكي يمكن الحكم في الدعوى الجزائية، وهو يتعلق بالمسائل التي يتوقف عليها قيام الجريمة من عدمه¹ ، أما الدفع الجوهري ، فهو ذلك الدفع الذي يرتب عليه - لو صح - القانون أثراً قانونياً لصالح المتهم سواء تعلق بنفي الجريمة، أو إمتناع المسؤولية، أو إمتناع العقاب أو تخفيفه، أو عدم نشوء الحق في الدعوى، أو ولاية المحكمة بنظرها² ، ومثاله الدفع ببطلان التفتيش، الدفع بعدم قيام حالة التلبس وهو دفع واقعي-موضوعي- ويترتب على الدفع الجوهري، أنه إذا لم ترد عليه المحكمة بأسباب سائغة كان حكمها معيباً بقصور التسبب ، أما الدفع الغير جوهري ، فهو الذي يكون الهدف منه مجرد التشكيك في قناعة المحكمة حول أدلة الإثبات ، وقد استقر رأي محكمة النقض المصري : " على أن الدفع يكون غير جوهري في الحالات الآتية : تعذر الرؤية ، أما مجرد شبهة أي مجرد دفاع موضوعي ، المنازعة في القوة التدلالية - لمحاضر الضبطية - ، أما مجرد التشكيك في اطمئنان المحكمة من أدلة الإثبات³ .

وهناك تقسيمات أخرى ، نذكر التقسيم من حيث الهدف من الدفع.

البند الثاني- من حيث الهدف منها:

تنقسم الدفوع من حيث أهداف منها الى ما يلي: دفوع متعلقة بالنظام العام ، فيعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام المسائل والحالات الآتية ، المسائل المتعلقة بقيود رفع الدعوى ، وكذا أسباب انقضاء الدعوى العمومية⁴ ، وقواعد الاختصاص في القانون الجنائي ، كلها تتعلق بالنظام العام فهي قواعد أمره ، وكذا قواعد علانية الجلسة، شفاهية المرافعة ، و تشكيل المحاكم ، والقواعد المتعلقة بأصل من أصول المحاكمات ، كتقيد المحكمة بالحدود المرفوعة بها الدعوى

- 1- . نبيل صقر ، و مروان محمد، الدفوع الجهورية ، مرجع سابق، ص: 14.
- 2- . نبيل صقر، و د. مروان محمد، الدفوع الجهورية ، مرجع سابق، ص: 15.
- 3- قرار رقم 27. 404 في 27/12/1983 و 093 في 29/11/1984، للمحكمة العليا ، الإصدار الثالث، رقم الإيداع القانوني 314، 2004) من 1968 إلى CD/ROM2005 قرص
- 4- قرار 25. 212 في 08/07/1982، نفس المصدر.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا عندنا،بالتي: " غير أنها-المحكمة- مقيدة بالوقائع المحالة إليها بحيث أنه لا يسوغ لها في أية حالة .. أن تختص بنظر أي اتهام آخر كما تنص على ذلك صراحة المادة 250 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية "¹.

ودفوع متعلقة بمصلحة الخصوم² ، وهي المنصبة حول كل ما يتعلق بالإجراءات، مثل : جمع الإستدلالات ، والتحقيق الابتدائي ، و التحقيق في الجلسة -النهائي - ، من اجتهاد امحكمة العليا:" و كل ما يتعلق بضمانات الدفاع (كبطلان القبض)³ .

اخيرا وفي ختام هذا العنصر نود الاشارة- لموقف المشرع الجزائري من مسألة تقسيم الدفوع ؟ . لنقول انه من خلال القرارات السابقة للمحكمة العليا واللاحقة التي سنسردها في موضوع "وقت ابداء الدفوع"، والمواد المتعلقة بالاختصاص في قانون الإجراءات الجزائية ، نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد في تقسيمه للدفوع على اساس ، الدفوع الجهورية المتعلقة بالنظام العام ، والدفوع النسبية المتعلقة بمصلحة الخصوم، والدفوع الفرعية الأولية ، والدفوع القانونية ، والإجرائية الشكلية .

الفقرة الثالثة

وقت ابداء الدفوع عموما

فبخصوص الطلبات ، فواضح انه لا التشريع الجزائي الجزائري ، ولا الاجتهاد القضائي استطاع التمييز بين الطلبات والدفوع عدا أنه عدد بعض الطلبات والدفوع اذ رتب المشرع على إغفال هذه الدفوع

بصفة عامة- البطلان . وهو ما يوضحه موقف المحكمة العليا والذي سنأتي إليه فيما بعد بالتفصيل اذ قررت أن: " الرد-على الطلبات والدفع- قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا في سياق مناقشة القرار للوقائع، كما أن الرد مطلوب عن الدفع والطلبات الجوهرية ، التي من شأنها أن تؤثر في مجرى القرار ومساره، أما التي حتى في حالة الرد عليها لا تغير من الأمر شيئا فإن إغفال الرد عليها لا يشكل سببا للبطلان ، مما يدعونا للقول بان الاصل في هذا كله هو الرجوع لمفهوم

1 - قرار 37. 202 في 15/يناير/1985، نفس المصدر.

2- قرارين للمحكمة العليا: أ - قرار رقم : 39. 440 المؤرخ في : 1985/11/26 ، ب- قرار رقم: 26. 166 المؤرخ في: 19 يناير 1982 ، نفس المصدر.غلا. غير انه هناك من الدفع ما يتعلق بمصلحة الخصوم ومع ذلك يترتب عليه بطلانا جوهريا..

3 - قرار رقم: 33. 973 المؤرخ في: 1984/05/02 ، نفس المصدر. الدفع عموما، لاستنباط مسألة وقت ابداء الطلب، اذ باستقراء الشرط الاول من الشروط الشكلية والذي يقضي بانه: لابد ان تكون- إثارة الدفع-عموما- قبل قفل باب المرافعة.

وحيث ان الدفع بمفهومها الضيق وفي شقها المتعلق بالنظام العام تبدى ولو لأول مرة امام المحكمة العليا ، فيكون المقصود بهذا الشرط لو اطلقنا عمومه الدفع غير المتعلقة بالنظام العام، ولو خصصنا عمومه كان تحديدا يشمل الطلب وحده ، بالتالي ومما سبق نقول ان وقت ابداء الطلب هو قبل اقفال باب المرافعة.

اما بخصوص الدفع ، حسب نص المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية ، فانه يجب ابداء الدفع الفرعي (الأولي) قبل التعرض للموضوع، ولا يقبل إلا إذا كان من طبيعته نفي وصف الجريمة¹ ، أما الدفع المتعلق بالنظام العام فيمكن الدفع به ، وفي أية حالة كانت عليها الدعوى². ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا³ ، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها⁴ ، ولا يجوز التنازل عنه. وإذا لم يتمسك أحد الخصوم به تثيره النيابة العامة تلقائيا.

ومما لا شك فيه أن الدفع الجوهري هو فقط الذي يتعلق بالنظام العام، وأن ما عداه من الدفع غير الجوهرية- فلا تتعلق بالنظام العام بل بمصلحة الخصوم⁵.

- 1- قرار رقم: 21. 643 المؤرخ في: 27 يناير 1981 ، نفس المصدر ، حول بطلان التخلي عن الحضور .
- 2- قرار رقم: 38. 763 المؤرخ في: 27/05/1985 ، نفس المصدر .
- 3- قرار رقم: 47. 507 المؤرخ في: 01/03/1988 ، نفس المصدر .
- 4- قرار رقم : 12. 303 المؤرخ في: 17/06/1975 ، نفس المصدر .
- 5- . نبيل صقر، و . مروان محمد، الدفع الجوسرية في المواد الجزائية، مرجع سابق، ص 32.

الفقرة الرابعة

تدخل القاضي الجزائي لإصلاح البطلان

يترتب على اجابة المحكمة للدفع المتعلقة بالنظام العام البطلان المطلق في حين يترتب على اجابتها الدفع المتعلقة بمصلحة الخصوم بطلان نسبي¹ ، فاذا كان الدفع المتعلق بالنظام العام يثيره القاضي تلقائيا اذا لم يثره الخصم ، فهل يتعامل القاضي الجزائي مع البطلان الوارد عليه الدفع ؟.

و لقد أباح القانون للقاضي الجزائي أن يصحح البطلان تلقائيا كلما تبين له بطلانا سواء كان مطلقا أم نسبيا ، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا انه: " على قضاة الإستئناف أن يستعملوا حق التصدي وأن يفصلوا في الموضوع طبقا لنص المادة 438 من قانون الإجراءات الجزائية ، وألا يكتفوا بالحكم بالبطلان " .²

الفقرة الخامسة

الآثار المترتبة على إغفال الرد عن الطلبات اوالدفع

متى استوفى الطلب أو الدفع شروطه الشكلية، والموضوعية كان منتجا لآثاره وبالتالي ترتب عليه القبول أو الرفض.

وتطبيقا ذلك قضت المحكمة اعليا انه: " كما ان طلب الخبرة او سماع شاهد او تاجيل القضية ، من

الامور التي لا تقبل ضمها الى الموضوع ، بل يتعين الفصل فيها حيناً بالقبول او بالرفض³ ، " كما ان المحكمة العليا ملزمة بالرد عن الدفوع⁴ ، ففي حالة عدم الرد عن الطلب أو الدفع وإغفاله نهائياً بعد استثناء شروطه-فهل يعيب هذا الاغفال الحكم الصادر في الدعوى العمومية أم لا ؟. إذا نتعرض لمسألة إغفال الرد عن الطلبات و الدفوع (أولا) ، ثم مسألة الأحكام المتعلقة بالرد عن الطلبات

1- لتفصيل أكثر: أنظر: د. بوسفيحة، التحقيق القضائي الابتدائي ، مرجع سابق، ص: 180؟

2- قرار رقم: 839. 22. المؤرخ في: 1981/04/07 ، نفس المصدر.

3- الاجتهاد القضائي للعرقة الجنائية بالمحكمة العليا، عدد خاص ، قسم الوثائق ، طبعة 2003، دار القصبة للنشر والتوزيع ، ص:101.

4- انظر في ذلك قرار المحكمة العليا رقم: 26.5955 المؤرخ في: 2001/04/24 ، نفس المرجع ، ص:263 .
و الدفوع (ثانيا)

أولاً- مسألة إغفال الرد عن الطلبات والدفوع :

جاء قضاء المحكمة العليا ليوضح بأن : الرد –عن الطلبات والدفوع- قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا في سياق مناقشة القرار للوقائع، كما أن الرد مطلوب عن الدفوع والطلبات الجوهرية ، التي من شأنها أن تؤثر في مجرى القرار ومساره، أما التي حتى في حالة الرد عليها لا تغير من الأمر شيئا فإن إغفال الرد عليها لا يشكل سببا للبطلان¹ .

بالتالي فالطلب المستوفي لشروطه يترتب على إغفاله بطلان الحكم الصادر في الدعوى العمومية ، اما بخصوص اغفال طلبات النيابة العامة التي توردها أثناء المرافعة –كأحد أطراف الخصومة الجزائية- . فقد قضاء المحكمة العليا ليقرر انه: " فإن عدم الرد عليها يعرض الحكم الجزائي للنقض² .

وهذه الدفوع –عموما- قد تتعلق هذه الدفوع بمسائل قانونية بحتة مثل : سبق الفصل في الدعوى والعفو شامل ، عدم وجود شكوى مسبقة يفرضها القانون مثل ، وجود شكوى من الدولة المعنية او تحويل رؤوس الأموال من إلى الخارج ، فما هو نوع هذا الدفع لو ابدى حول مسألة من المسائل التي تدخل في اطار قانون الفساد 06/01 ؟ ، أو الدفع بعدم وجود علاقة الأبوة بين المتهم والضحية في جريمة قتل الأصول ، كما قد تتعلق هذه الدفوع والطلبات بمسائل عارضة: كطلب الخبرة

نلاحظ من خلال هذه القرارات للمحكمة العليا، وكذا من خلال الإجتهد القضائي، بأن المشرع الجزائري لم يميز بين الطلبات والدفع، عدا أنه عدد بعض الطلبات والدفع وقد رتب المشرع على إغفال هذه الدفع - بصفة عامة - البطان إذا استوفت شروطها وكانت مؤثرة في إسناد التهمة أو نفيها.

- 1- قرار المحكمة العليا رقم: 26.5955 المؤرخ في 2001/04/24، القرص المضغوط، الإصدار الثالث، نفس المصدر. -
وكذا القرار رقم: 26.9995 المؤرخ في: 2001/06/26، قرص مضغوط، الإصدار
الثالث، نفس المصدر. CD.ROM.
2 - القرار رقم: 25.2130 المؤرخ في: 2000/10/10، قرص مضغوط، المصدر نفسه.

ثانيا- مسألة الأحكام المتعلقة بالرد عن الطلبات والدفع

تفصل المحكمة في الطلبات أو الدفع بحكم مستقل: ودون مشاركة المحلفين - محكمة الجنايات- وحيناً، ولا تستطيع إشراكهم ومواصلة الجلسة إلا إذا رأت المحكمة ضم الدفع أو الطلب للموضوع. لكن يرد على هذا الأصل استثناء اذ من المسائل مالا يقبل الضم للموضوع، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بانه: " فالدفع بانقضاء الدعوى العمومية إما لسبق الفصل فيها أو لصدور قانون العفو الشامل يتعين الفصل فيه حيناً، فإذا تبين للمحكمة أن الدعوى إنقضت فعلا يكون من اللغو مواصلة الجلسة".¹

يجب أن لا يمس الرد عن الطلبات والدفع بالموضوع: وإلا أعتبر حكماً مسبقاً، إلا إذا ضم للموضوع من أجل الفصل فيهما معا، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بانه: " ففي حالة الدفع بعدم وجود علاقة الأبوة ... في جريمة قتل الأصول، تجوز مواصلة المناقشة، وأثناء المداولة تفصل المحكمة أولاً في الدفع وفقاً لقاعدة، قاضي الأصل هو قاضي الفرع، ولأن مسألة النسب هي قضية واقع ولا تدخل في إطار حالة الأشخاص، التي تبقى المحاكم المدنية وحدها مختصة بنظرها، ثم بعد ذلك تفصل في الموضوع".²

إن استحالة تحقيق بعض أوجه الدفاع لا يمنع القضاء من الحكم بالإدانة مادامت الأدلة كافية وتطبيقاً لذلك جاء قضاء محكمة النقض المصرية ليقرر انه: " لما كانت محكمة الموضوع قد إستجابت لطلب الطاعن وأمرت بضم دفتر الأحوال تحقيقاً لدفاعه فتعذر تنفيذ ذلك (لإعدام الدفتر)، فإنه لا تثير على المحكمة إذا هي فصلت في الدعوى دون أن يُضمّ الدفتر المعني، ولا تكون قد أخلت بحق الدفاع، لما هو مقرر، من أن إستحالة تحقيق بعض أوجه الدفاع لا يمنع من القضاء بالإدانة مادامت الأدلة في الدعوى كافية للثبوت".³

- 1- قرار رقم: 22.6101 المؤرخ في: 29/02/2000 ، قرص مضغوط ، الأصدار الثالث، المصدر نفسه.
- كما نجد تكريسا لهذا المعنى ما جاء به المادة 150 من قانون الإجراءات الجزائية بنصها على أن (ويختص قضاء الحكم بتقدير المذالم والشكليات التي كانت نتيجتها الحيلولة دون اظهار الحقيقة او الاضرار جوهريا بحقوق الدفاع وتنظر المحكمة في الدفوع المدلى بها في الجلسة من طريق المذكرات قبل باب المرافعات او تقرر خلال المرافعات بان يضم الطلب العارض للموضوع للبت فيه بحكم واحد اذا رأت ذلك مناسبا) ...لمزيد تفصيل انظر: احمد لعور ونبيل صقر: الدليل العملي في الإجراءات الجزائية ، الإجراءات الجزائية المكتملة في قانون العقوبات والقوانين الخاصة ج2، دار الهلال للخدمات الاعلامية، ط2004، ص 572
- 2- الاجتهاد القضائي للفرقة الجنائية ، قسم الوثائق للمحكمة العليا، مرجع سابق، ص: 101.
- 3- عمر فاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، طبعة سنة: 1986 ص: 265، 264

الفرع الثالث الطعن في الأحكام القضائية كضمان لحق الدفاع

نتيجة لما يتمتع به القاضي الجزائي من حرية في الإقتناع طبقا للمادة: 212 من ق.إ.ج شرع المشرع للمتهم حق الطعن في الأحكام الجزائية موازاتا مع هذه الحرية، وايضا كوسيلة لإستظهار ما قد يكون علق بالحكم من شوائب ، ومن ثم المطالبة بإلغائه أو تعديله دنوا -قربا- به إلى الحقيقة الواقعية و القانونية ، وعليه فهو يعد وسيلة من شأن مباشرة المتهم لها دعم حقه في المحاكمة العادلة .¹

يمكن تعريف حق الطعن في الأحكام بأنه : مجموعة من الاجراءات تستهدف إعادة طرح موضوع الدعوى على القضاء أو تستهدف تقدير قيمة الحكم في ذاته بغية إلغائه أو تعديله² ، و عليه نتطرق لعلاقة حق الطعن في الأحكام بحق الدفاع (الفقرة الأولى) ، ثم نتطرق إلى تقسيم طرق الطعن في الأحكام (الفقرة الثانية) .

الفقرة الاولى علاقة حق الطعن في الأحكام بحقوق الدفاع

يعد الطعن في الأحكام ضمانا أساسية من ضمانات تحقيق العدالة ، لذلك فإننا نجد أن جميع التشريعات الإجرائية العربية منها و الغربية ، وضعت قواعد خاصة بالطعن في الأحكام الجزائية والإجراءات المتبعة في ذلك .³

هذا وإن أهم دعائم حق الطعن في الأحكام هو: تسببها⁴ ، بحيث يجب إثارة عيب التسبب تلقائيا من المحكمة العليا طبقا للمادة 231 من ق الإجراءات الجزائية⁵ ، فتبرز أهمية التسبب كأداة رقابة على الاحكام ذلك أن الحكم الجنائي قد ينطوي إدانة خاطئة ، أو أن المتهم قد حوكم دون مراعاة ما يتطلبه القانون من ضمانات، فلم تسمع طلباته، ولم تحقق له دفعا ولم تتح له فرص الدفاع عن نفسه .⁶

- 1- . حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف بالأسكندرية، طبعة سنة: 1997، ص: 283.
 - 2- . محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة رقم: 1982، ص: 984.
 - 3- . عمر فخري عبد الرزاق الحديدي ، حق المتهم في محاكمة عادلة، مرجع سابق، ص: 172 .
 - 4- انظر في ذلك :- قرار للمحكمة العليا رقم: 195142 المؤرخ في: 1999/10/26 . قرص مضغوط، الاصدار الثالث، المصدر الغلام. والفاصل في مدى كفاية التسيبب .- الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، قسم الوثائق ، مرجع سابق، ص: 202
 - 5- تتم إثارة القصور في التسيبب تلقائيا، أنظر : قرار المحكمة العليا في هذا الصدد، رقم: 148. 27. المؤرخ في: 1984/05/29. وفي قرار آخر فقد أثارته المحكمة العليا بحسب التسيبب لوحدها، وكان الطعن مرفوعا إليهما بشأن عدم قانونية (شرعية عقد الأمانة)، فيبدو أن القصور في التسيبب يتداخل مع بحسب مخالفة القانون. هذا القرار الثاني: برقم : 105. 27. المؤرخ في: 11 يناير 1983، قرص مضغوط، نفس المصدر.
 - 6- . حاتم بكار، مرجع سابق، ص 301. وأنظر كذلك: . عمر فخري عبد الرزاق الحديدي، مرجع سابق، ص 183.
- ولأهمية حق الطعن في الأحكام كوسيلة لحماية حقوق الدفاع جاء النص عليه في كل القوانين والاتفاقيات، ومنها المادة: 14 فقرة 5، من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. هذا وإن تسيبب الأحكام، يقتصر على محكمة المخالفات والجنح، ولا يشمل محكمة الجنايات، وذلك نتيجة لطبيعة إبداء رأي أعضاء المحكمة و الذي يتم عن طريق التصويت بالإجابة بنعم أو لا على الأسئلة المطروحة بدون أن يسبب كل واحد رأيه¹.

ولتأكيد أهمية الطعن في الأحكام كدعامة لحقوق الدفاع، لا بد من ملاحظة العلاقة بين كل طريق من طرق الطعن، بينه وبين المحاكمة العادلة - حقوق الدفاع - .

الفقرة الثانية تقسيم طرق الطعن

تقسم طرق الطعن عدة تقسيمات، كتقسيمها الى طرق طعن قانونية واخرى واقعية، وذات حجية مطلقة واخرى نسبية....، لكن نعالج في هذا البحث التقسيم المعتمد أي تقسيم طرق الطعن الى عادية واخرى غير عادية، كون ليس ذلك هو صلب البحث. اضافة لانه لن يتم التعرض لها الا بالقدر الذي ترتبط فيه بحق الدفاع، و عليه سوف نفصل طرق الطعن العادية و علاقتها بحقوق الدفاع (أولا) ثم نأتي لتفصيل طرق الطعن الغير عادية و علاقتها بحقوق الدفاع (ثانيا) .

اولا - طرق الطعن العادية وعلاقتها بحقوق الدفاع

إن لطرق الطعن العادية أثرا ناقلا للطعن، إذ تعيد محكمة درجة ثانية، بحث القضية من جديد، وهذا خلافا لما هو الحال عليه في طرق الطعن غير العادية، حيث لا تعرض على المحكمة غير أسباب الطعن³، و تشتمل طرق الطعن العادية على: المعارضة والتي تعتبر المعارضة اداة لحماية حق الدفاع في الأحكام الغيابية التي تقوم على أساس مبدأ حضور الخصوم لإجراءات التحقيق النهائي ومبدأ شفوية المرافعة حتى يتمكن كل متهم من إبداء أوجه دفاعه.

وكذا الاستئناف فهو اداة لحماية حق الدفاع، ففيه تصلح الأخطاء التي وقع فيها قضاة محاكم الدرجة الأولى المتمثلة في قسم الجنح والمخالفات، أما أحكام محكمة الجنايات فيجوز استئنافها سواء كانت جنائية، أو بالنسبة للجنحة و مخالفة المرتبطة بتلك الجناية التي نظرتها هذه المحكمة.⁴

وهذا عكس أحكام قسم محكمة الجنج و المخالفات إذ تنص المادة 427 من ق أج على انه ، يجوز استئناف الأحكام الصادرة في مواد الجنج و مهما كانت العقوبة المحكوم بها أو الغرامة المالية أو التعويضات المدنية باستثناء الأحكام التحضيرية أو التمهيدية التي فصلت في مسائل عارضة أو دفع لإلا مع الحكم الصادر بصفة قطعية في موضوع الدعوى⁵ ، أما الأحكام الصادرة في موضوع

1- مسعود زيدة، الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر سنة 1989، ص 85، 86.

3- مسعود زيدة، الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، مرجع سابق، ص 87.

4- مسعود زيدة، القرائن القضائية، موهف للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة سنة: 2001 ص.161

5- ملياني بغداددي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون تاريخ،

ص 496

المخالفات فيعلق استئنافها بشروط معينة*

و هناك ملاحظة نود الإشارة إليها في هذا الشأن ، و يتعلق الأمر بمدى جواز استئناف أحكام محكمة الأحداث ، فبالنظر الى أحكام المادة 416 من ق أج نلاحظ ان المشرع الجزائري قد ساير التشريع المصري ، اذ نص قانون الأحداث المصري في مادته 40 على ان الاستئناف جائز فقط في الاحكام التي تصدرها المحاكم الجزائية اما الأحكام الصادرة من محكمة الجنايات و المتعلقة بجناية جنحة ، مخالفة فلا سبيل لاستئنافها و لما كانت محكمة الأحداث ، محكمة جزائية فان القانون يجيز استئناف أحكامها الصادرة في مواد الجنايات و الجنج و المخالفات أمام المحكمة الابتدائية المختصة بذلك ، هذا عن طرق الطعن العادية أما طرق الطعن الغير عادية و علاقتها بحقوق الدفاع فتكون عنوان العنصر الموالي.

ثانيا - طرق الطعن غير العادية وعلاقتها بحقوق الدفاع

فيعتبر الطعن بالنقض وسيبة لحماية حقوق الدفاع ، اذ ان المحكمة العليا هي التي تختص بالفصل في الطعن بالنقض ، باعتبار انها محكمة قانون ،والطعن بالنقض ينصب على القانون لا على الوقائع ، فان المجلس الاعلى باعتباره محكمة للنقض ، لا ينظر الا في الحكم ولا يجري محاكمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجنائية¹ ، انما هو يحاكم الحكم المطعون فيه لتحديد مدى مطابقته للقانون².

وينبني الطعن بالنقض على شروط موضوعية واخرى شكلية ، فمن الشروط الموضوعية التي يجري القاضي بحثه فيها حول ، هي الاحكام الجائز الطعن فيها :،حسب المادة 495 من ق أج .

ثم يركز بحثه حول الاشخاص الذين يجوز لهم الطعن ، فهم حسب امادة 496 من ق أج فقرة 3 ،والفقرة الاخيرة ، ثم وبخصوص اوجه الطعن بالنقض ، فهي حسب المادة 500 من ق أج ثمانية اوجه : عدم الاختصاص ، وتجاوز السلطة ، ومخالفة قواعد جوهرية في الاجراءات ، وانعدام او قصور الاسباب ، واغفال الفصل في وجه الطلب او احد طلبات النيابة العامة ، وتناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في اخر درجة ، او التناقض فيما قضى به الحكم نفسه او القرار ومخالفة القانون او الخطا في تطبيقه ، ثم انعدام الاساس القانوني للحكم .

وتطبيقا لذلك قضي انه: " فلا يصلح ان يبنى الطعن بالنقض على جدل موضوعي أي متعلق بوقائع الدعوى، أو بتقدير الأدلة، أو بتصوير الواقعة، فتقدير ذلك كله من إطلاقات محكمة الموضوع³ ، كما قضي انه : وتعد أوجه الطعن موضوعية كلما تعلقت بحصول الواقعة، إثباتا أو نفيها دون تكييفها القانوني أي تقدير الآثار القانونية المترتبة عليها - فهو خاضع لرعاية المجلس الأعلى⁴ .

* - لمزيد من التفصيل حول هذه النقطة أنظر إلى : احمد محمد الشلقاني ج 3 ، شرع ق ا ج ، مرجع سابق ، ص 100

1- مسعود زيدة، الإقتناع الشخصي للقاضي، مرجع سابق، ص 88.

2- مسعود زيدة، الإقتناع الشخصي للقاضي، مرجع سابق، ص 89.

3- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الثالث طبعة: 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 553.

4- احمد شوقي الشلقاني، مرجع سابق، ص 554

اما بخصوص الشروط الشكلية للنقض ، فتتعلق هذه الشروط سواء ، بميعاد الطعن ، حسب المادة 498 فقرة 1 من ق . إ.ج فهي تحدد بثمانية ايام تالية ليوم صدور الحكم - القرار - اما بخصوص إجراءات الطعن بالنقض: حددتها المادة 504 من ق ا ج وتتخلص في نقطتين هما اولاً ، التقرير بالطعن ، وثانياً سداد الرسم القضائي ، وثالثاً إيداع مذكرة بأوجه الدفاع.

هذا وان للطعن بالنقض أثر موقف، وآخر ناقل¹ :

فبالنسبة للأثر الموقف ، فحسب نص المادة 499 فقرة 1 من ق . إ.ج ، يوقف تنفيذ الحكم خلال ميعاد الطعن بالنقض، وإذا رفع الطعن فإلى أن يصدر الحكم فيه .. ويستثنى من ذلك الأوامر الصادرة من محكمة الجناح بإيداع المتهم في السجن، أو بالقبض عليه بشأن جنح القانون العام المقضي فيها بالحبس مدة لا تقل عن سنة، حتى لو قضت المحكمة في المعارضة أو.. المجلس في الاستئناف بتخفيض عقوبة الحبس إلى أقل من سنة .

اما بالنسبة للأثر الناقل ، فلا يعني الأثر الناقل أن الدعوى تنتقل إلى المحكمة العليا، لتفصل فيها برمتها كما هو الشأن في الاستئناف، فقضاء النقض ليس قضاء موضوع .

وتطبيقاً لذلك قضي انه: " وإنما يقتصر - الأثر الناقل - على القضاء في صحة الأحكام، من قبيل أخذها أو عدم أخذها بحكم القانون فيما يكون قد عرض عليها-المحكمة- من طلبات وأوجه الدفاع، ولا ينظر قضاء النقض القضية إلا بالحالة التي كانت عليها أمام محكمة الموضوع² ، وحتى وإذا ألغت المحكمة العليا الحكم المنقوض أو أبطلته، فإنها لا تحكم في الموضوع وإنما تحيله للجهة مصدرته، أو الى جهة أخرى ، وفي حدود هذا النطاق، فإن المجلس يتقيد بصفة الطاعن، وبموضوع الطعن -أوجهه-³ ، ينتج من هذا كله ان الاثر الناقل للطعن بالنقض يتمحور حول الاتي : التقيد بصفة الطاعن اذ يتم تقيد المحكمة العليا بصفة الطاعن وذلك ، بأن يكون رافع الطعن خصماً في الدعوى ، ومراعاة عدم الأضرار بالطاعن وحده ، فقد إستقر القضاء على تطبيق هذه القاعدة على الطعن بالنقض رغم عدم النص عليها، وذلك قياساً على الطعن بالاستئناف⁴ ، ويستثنى من تطبيق هذه القاعدة كون رافع الطعن هي النيابة العامة التي يجوز لها الطعن في حكم البراءة، لكن التطبيق القضائي ، يقيد هذا الاستثناء بشروط ، منها ما جاء في قرار محكمة النقض المصرية بانه : لكن ذلك لا يحول دون تقدير الوقائع، وإعطاءها الوصف القانوني الصحيح⁵ .

كما يجب التقيد بأوجه الطعن ، فلا تنقض المحكمة الحكم لوجه لم يتمسك به الطاعن ، وتطبيقاً لذلك قضي انه : ولا ينقض من الحكم إلا الجزء المطعون فيه، إلا إذا تبين للمحكمة العليا، وجود مخالفة تمس النظام العام -كأن تتعلق بتشكيل المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، -أو باختصاصها فإن المجلس يثيرها من تلقاء نفسه⁶ .

1-- أنظر: احمد شوقي الشلقاني، مرجع سابق، ج 3 ، ص: 560 إلى 562 لمراجعة هذه النقطة.

- 2- أحمد شوقي الشلقاني، ج3 ، مرجع سابق، ص: 561.
- 3- أحمد شوقي الشلقاني ، ج3 ، مرجع سابق، ص. 561.
- 4- أحمد شوقي الشلقاني ، ج3 ، مرجع سابق، ص. 561.
- 5- نقض مصري قراررقم : 1948/05/08 رقم: 347. قراررقم : 1957/06/04 رقم: 165. مشار لهذه القرارات، في كتابه: أحمد شوقي الشلقاني، ج3 ، مرجع سابق، ص 562.
- 6- الشلقاني ، ج3 ، مرجع سابق، ص: 562.

وبمجرد إستيفاء الطعن بالنقض الشروط الشكلية والموضوعية، تصدر المحكمة العليا حكمها في الشكل بالقبول أو الرفض للطعن، فإذا قبلت المحكمة الدعوى شكلا تنتقل للنظر في موضوعها ، بأن تلغي حكم الطعن وتثبت الحكم المطعون فيه ، أو تقبل الطعن وتحيل الدعوى على الجهة القضائية مصدرته مشكلة تشكيلا آخر، أو تحيله لجهة قضائية أخرى من نفس الدرجة ، غير أن المحكمة العليا قد تنقض الحكم دون إحالة ، إذا تبين لها أن الوقائع المثبتة في الحكم المطعون فيه لا تشكل جريمة فتقضي ببراءة المتهم ، أو كان الحكم أخطأ في الوصف القانوني للواقعة ، وطبق عليها نصا غير ذلك الواجب التطبيق، فتسبغ المحكمة العليا الوصف الصحيح وتقضي بالعقوبة الناص عليها القانوني. - وفي هذه الحالة تمارس المحكمة العليا السلطة التقديرية المقررة لقاضي الموضوع فيما يتعلق بتقدير العقوبة فقط¹.

هذا ويعتبر إلتماس إعادة النظر ، هو الطريق الثاني من طرق الطعن الغير عادية، وينصب على الحكم البات بالإدانة ، والمشوب بخطأ في الوقائع لإثبات البراءة للمحكوم عليه ، فيما أن الأصل أن الحكم البات ، يحوز حجية وقوة الشيء المحكوم به ، غير أن بعض الأخطاء في تقدير الوقائع تصل من الجسامة، بحيث تُهدر معها حجية الحكم مقابل حماية المصالح الإجتماعية².

ولقد حرص المشرع على إحاطة هذا الطعن بشروط معينة لحصر الإهدار بحجية الأحكام الباتة نتيجة إجراء هذا الطعن :

فالشروط الشكلية ، هي نفسها المقررة للطعن بالنقض ، على ان هناك شروط اخرى.موضوعية اما الشروط الموضوعية ، فقد تناولتها المادة 531فقرة 1 من ق .إ.ج ، وهي : المتعلقة بالحكم الجائر الطعن فيه ، فلا بد ان يكون الحكم باتا وقاضيا بالإدانة، ومتعلق بجناية أو جنحة .

ولهذا الطعن أوجه يتم بها ، فقد تناولتها المادة 531 من قانون . إ.ج ، ومنها : تقديم مستندات بعد الحكم بالإدانة في جناية قتل يترتب عليها قيام دلائل كافية على وجود المجني عليه المزعوم قتله حيا إذا أدين بشهادة الزور ضد المحكوم عليه شاهد سبق أن ساهم بشهادته في إثبات إدانة المحكوم عليه أو إدانة متهم آخر من أجل إرتكاب الجنحة أو الجناية نفسها بحيث لا يمكن التوفيق بين الحكمين او كشف واقعة جديدة ، أو تقديم مستندات كانت مجهولة من القضاة الذين حكموا بالإدانة مع أنه يبدو من شأنها التلليل على براءة المحكوم عليه.

هذا ويظهر طريق الطعن بالاتماس كاداة لحماية حقوق الدفاع من حيث : ان أساس إعادة طلب النظر هو إبراز الحقيقة الموضوعية وتغليبها على الحقيقة الشكلية المستفادة من قوة الأمر المقضي فيه حيث توجب العدالة هذا التغليب.³

- 1- أحمد شوقي الشلقاني، ج 3 ، مرجع سابق، ص: 567 ببعض التصرف.
- 2- أحمد شوقي الشلقاني، ج 3 ، مرجع سابق، ص: 575.
- 3- مسعود زيدة، الإقتناع الشخصي للقاضي ، مرجع سابق، ص 89.

كما ان للطعن لصالح القانون ، علاقته بكفالة حق الدفاع : يحرك هذا الطعن النائب العام لدى المحكمة العليا من تلقاء نفسه او بناء على تعليمات وزير العدل ، وذلك أن هناك حالات وبرغم كون الحكم مشوب بخطأ قانوني ، فلا يلجأ الخصوم لطريق الطعن بالنقض، فيكتسب الحكم الحجية لذلك شرع هذا الطعن المبني على أسس قانونية وفقا لأحكام المادة 530 من قانون .إ.ج ، كفالة لضمان حسن تطبيق القانون.

وله شكلين يتم بهما ، طعن النائب العام لدى المحكمة العليا، يكون على اساس خرق أحد أوجه المادة 500 من قانون .إ.ج ، وينصب على الأحكام النهائية للمحاكم والمجالس، - شرط أن يكون الحكم غير مطعون فيه بالنقض ، أما طعن وزير العدل فينصب حتى على الأحكام القابلة للإستئناف والمعارضة ، وحتى قرارات قاضي التحقيق، أو حكم محكمة الجنج بإدانة حدث ... بل حتى مجرد الأعمال القضائية الموصوفة بالبطلان كالإقتراع على المحلفين ¹.

وفي ختام هذا الفصل وبعد ان بينا مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي وأساسها ومجالاتها وضوابطها وكفالة حقوق الدفاع تجاهها.كقيود ترد عليها ، ننتقل الآن للفصل الموالي بعنوان نطاق هذه السلطة التقديرية ، في مجال تقدير الأدلة ووصف الجريمة، ثم أخيرا تقدير العقوبة

1.- احمد شوقي الغلثاني، ج 3 ، مرجع سابق، ص: 573.

خاتمة

وفي ختام هاتين الدراستين النظرية والعلمية للسلطة التقديرية للقاضي الجزائري ، استطعنا الوصول إلى العديد من النتائج والمقترحات ، كما وضعنا بانه ترد عليها عدة استثناءات ، والتي ساوردها في الاتي:

اولا -الاستثناءات الواردة على السلطة

التقديرية للقاضي الجزائري

توصلت في مجال القرائن القانونية الى أن هذه السلطة تتلاشى أمام القرائن القانونية القاطعة، ومع ذلك فهي تمثل تسهلا لمهمة القاضي، فما يبذله من جهد استنباطي للوصول إلى قيمتها، فإنه سيصل حتى إلى ما حدده لها القانون من قيمة، ثبوتية، وهي بذلك لا تمس هذه السلطة التقديرية بقدر ما تعينه عليها.

أما بشأن الحجية القانونية لمحاضر المخالفات وبعض الجرح، وجدت أن مشرنا استثنى بعض المحاضر ومنحها حجية معينة في الإثبات، بحيث تعتبر حجة على صحة ما ورد فيها.

ومن هذه الاستثناءات ان القاضي الجزائري يعتمد على المعاينة فيما يخص مسائل الملاحظات المادية دون الشخصية.

كما ان القرائن القانونية القاطعة تلغي اعتماد القرائن القضائية، ومن هذه القرائن افتراض العلم بالقانون طبقا للمادة 60 من دستور 1996، وقرينة صحة الاحكام القضائية لحين ثبوت التزوير لها .

وتوصلنا من خلال التعرض لطبيعة الإستثناء وفي مجال الضوابط التي ترد على سلطة القاضي

الجنائي في تقدير الأدلة، وجدنا أن الفقه السائد يطلق عليها (بالقيود) ،في حين أنها ليست كذلك، لأن وضع القيود على هذه السلطة يتنافى مع المبدأ المستقر تشريعا، والذي يحكم سلطة القاضي في تقدير الأدلة ألا وهو مبدأ الاقتناع الشخصي.

كما نلاحظ ان هذه الاستثناءات تبقى قليلة جدا ويبقى المبدأ السائد هو الاقتناع الشخصي وباعتبار القاضي الجنائي - هو طبيب الدعوى- يقوم بتشخيصها أي تكييفها مستخدماً في ذلك قواعد التكييف، فإذا ما إنتهى القاضي إلى التحديد الدقيق للواقعة أو الدعوى فكيفها، أنزل عليها حكم القانون وبخصوص هذه المسألة وهي مسألة تكييف الجريمة فقد واجهنا عدة صعوبات منها : ندرة الأبحاث والمراجع المتخصصة في موضوع الدراسة سواء في الفقه الجزائري أو العربي ، وإن كانت محكمة النقض المصرية قد قامت بجهد مشكور بتغطية هذا الموضوع.

وفي الواقع يُبرر الفقه إجماعه بوجه عام عن خوض مشكلة التكييف ومن ثم العناية به وتناوله إلى سببين:

فالأول: يكمن في أن مرحلة التكييف مرحلة غير مرئية وغير متجسدة، وأنها داخله في تكوين القاضي المكيف، وأنها مسألة تبحث المناسبة لدراسة الوقائع أو بالنسبة لدراسة القانون، بالإضافة إلى أنها مسألة جوهرها عملية بحثية، وليست مسألة نظرية قابلة للجدال.

أما السبب الثاني ، فيتمثل في أن القانون الجنائي لم يتضمن نصاً واحداً ليوافق به مشكلة التكييف وهذا ما دعا جانب من الفقه الجنائي إلى التدخل في تكييف الواقعة بقدر اتصالها بالتقسيم الثلاثي للجرائم بوضع الشارع نصوص مطلوبة بالتالي.

ثانياً - الاستنتاجات

-التفريد القضائي هو جوهر السلطة التقديرية للقاضي ، إضافة للتفريد التشريعي
-ينحصر ظرف التشديد العام في قانون العقوبات على العود فقط دون غيره
-ان نظام المصالحة في بعض القوانين الخاصة لا يخل بمبدأ المساواة في العقوبة بل هو مكمل له ،لذا نطالب بتطبيقه في كافة الجرائم ذات الطابع المالي في قانون العقوبات.
-الاطار العام الذي يحكم مقدار العقوبة هو مبدأ الشخصية والقضائية والمساواة ، وانا ارى ان تقرير مسؤولية الشخص المعنوي بموجب المواد 19 و51 من قانون العقوبات. هي استثناء على مبدأ شخصية العقوبة.

-ان الوظيفة الحديثة للعقوبة هي اعادة التاهيل والتي تتجسد من خلال سلطة القاضي في التفريد القضائي.

- الاعذار المعفية من العقاب او ما يسمى بموانع العقاب تخرج عن مجال السلطة التقديرية الجزائي.

-الغرامة ليست الوحيدة التي تقبل التجزئة فقد زود المشرع القاضي في التشريعات المقارنة - باستثناء المشرع الجزائري،- بالية تجزئة العقوبة في الحبس تطبيق الظروف المخففة هي امر جوازي للقاضي وليست امرا مفروضا عليه
-تطبيق الظروف المشددة امرا جوازي للقاضي وليست امرا وجوبي عليه.
-العبرة في تصنيف الجريمة بما قرره المشرع لها من عقوبة لا بما ينطق به القاضي من عقوبة.
-السلطة المقيدة للقاضي في مجال العقوبة هي حالات تشديد وجوبية لا سلطة للقاضي الجزائري فيه ومثال ذلك: 351 من قانون العقوبات.

ومن خلال ما اسردنا من الاستنتاجات ، نقترح ما يلي :

ثالثا - المقترحات

فهي بالنسبة لمجال تقدير الادلة ، فركزها اساسا على ، عدم تقيد قضاة الموضوع بالقاعدة العملية ان محكمة الجناح هي محكمة دليل وان محكمة الجنايات هي محكمة اقتناع ، فهي مجرد راي للمحكمة العليا ، كما انه يخص قضايا التامين فقط ولا يمكن تعميمه ، كما لا يمكن اعتباره على الاطلاق اجتهادا قضائيا ، كون انه لم يصدر عن الغرف مجتمعة ، وعليه وجب التقيد بالمبدأ العام المكرس في نص المادة 212 من قانون الاجراءات الجزائية ، من ان مبدأ الاقتناع الشخصي هو الاصل العام في بناء قناعة القاضي الجزائري، بالتالي دحض القاعدة اعلاه .

استخدام وزارة العدل الوسائل العلمية المستحدثة في مجال القضاء، باستحداث قسم علمي متخصص في محكمة القانون، يعتمد الأجهزة الإلكترونية في مراقبة صحة الأدلة العلمية وليكون هذا القسم خطوة أولى نحو الإستخدام الأشمل لهذه الوسائل المتطورة لتدرج على مستوى كل الجهات القضائية الاخرى .

جعل القضاء هو الجهة الوحيدة لفض النزاعات وعدم منح هذه السلطة الى أي جهة اخرى من موظفي الدولة، حيث أن مكنا تهم القضائية من الناحية الفعلية، لا ترقى إلى مكناات وقدرات القاضي الجنائي من حيث التأهيل والإعدادات. وذلك لأن تقدير الأدلة، هي مسألة فنية بحتة، تستلزم الدراية والإلمام ، وإنها ليست بالعملية السهلة الميسورة والتي يستطيع أي من يشاء ممارستها.

جعل راي الخبير الزامي للقاضي وليس استشاري فقط.

تدريس مادة الإثبات في معاهد الحقوق

خلق قاعدة التخصص في الفروع القضائية.

اعطاء القرائن القضائية افضلية في مجال تقدير ادلة الاثبات .

اما بالنسبة لمجال تكيف الجريمة ، نجدها كالآتي :

المطالبة بنظام القاضي المتخصص ، لكون التكيف أخطر المراحل التي تمر بها الدعوى لذا نطالب باستقلال قاضي من قضاة الحكم به.

التأكيد على شخصية وعينية الدعوى الجنائية.

أن ينص المشرع على تغيير التكيف تشديدا أو جواز في صلب النص القانوني للجريمة.

وفي مجال تقدير القاضي للعقوبة، فإنني ارى :

أن نظام الشدید والتخفيف لها عند تقديرها محل نظر فإن كان التشديد أمر وجيه لمواجهة بعض المجرمين الخطرين فإننا نرى أن التخفيف و وقف العقوبة يخل بمبدأ المساواة في العقوبة ، جعل الظروف المخففة امر وجوبي للقاضي بخلاف الظروف المشددة ، و ادخال نظام المصالحة على كل جرائم الاموال ، وادخال عذر الاستفزاز ومفاجأة احد الزوجين بالزنا والعتداء عليه بالعنف ضمن الاعذار المعفية من العقاب وليست من الاعذار المخففة فقط ، والغاء الية التجنيح التشريعي نهائيا من قانون العقوبات و ابداله بنظام التجنيح القضائي مع اخضاعه لسلطة القاضي الجزائي التقديرية.

قائمة المصادر والمراجع

اولا- الكتب:

أ- باللغة العربية :

أحمد فتحي سرور -الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط: 1977

- الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار الفقه العربية ، ط/7 ، سنة 1993

إبراهيم أكرم نشأت - الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن (بدون تاريخ).

أحمد شوقي عمر - المساواة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة دار النهضة أبو خنوة العربية، ط 2002، 2003

إدوار غالي الذهبي - حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني مكتبة غريب ط-1980

أحمد شوقي شلقاني - مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، ج/2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة سنة 1998

-مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج3، ط 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر

أحمد الشافعي - البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، دار هومة، ط 2006،

أحسن بوسقيعة -الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع طبعة سنة 2003.

- المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام، وفي المواد الجرمية بوجه خاص، الديوان الوطنية للأشغال التربوية، 2001.

- شرح قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية منشور ببيرتي، ط رقم 07/06 ، سنة 2007

الشريف حامد - فن المرافعة امام المحاكم الجنائية، دار الفكر

الجامعي، الاسكندرية، طبعة رقم 2003

العايش نواصر - تقنين العقوبات، طبعة سنة: 1991 ، بدون دار النشر

- تقنين الإجراءات، طبعة سنة 1992 ، (بدون ناشر)،

أحمد مجدودة - رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون، مجلة قضائية جزائرية، عدد رقم 01، سنة 1989

الغوثي بن ملحمة - قواعد وطرق الاثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، طبعة 01، سنة 2001، الديوان الوطني للخدمات التربوية

ابراهيم الغماز - الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، دار عالم الكتاب ، القاهرة، سنة 1980

بكار حاتم حسن - سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير والاحترافية، موسى دار الجماهيرية، ط1 بدون تاريخ.

جلال ثروت - الإجراءات الجنائية الخصومة الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 2002 .

- دروس في قانون العقوبات المصري، القسم العام، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة 1980

جيلالي بغداداي- الإجهاد القضائي في المواد الجنائية، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للإتصال والنشر والإشهار، وحدة الطباعة بالروبية، الجزائر ط1986.

- التحقيق، دراسة مقارنة نظرية، و تطبيقية، طبعة: 01 ، الديوان الوطني للإشغال التربوية، الجزائر، سنة:1999

حسن الفكهاني - مؤسسة القضاء و الفقه للدول العربية، الجزء الاول، الدار العربية للموسوعات القانونية ، القاهرة، 1976 .

حسني الجندي- وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائي، ط 1988.

حسن بن الشيخ - مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة النشر اث ملويا والتوزيع، الجزائر، 2001 .

حاتم بكار - حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف بالاسكندرية، طبعة سنة:1997

رؤوف عبيد- المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية، ج1، دار الفكر العربي ط3، سنة 1980

- ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، وأوامر التصرف في التحقيق، مرجع سابق، طبعة 02، طبعة سنة 1977 .

رضا فرج - شرح قانون العقوبات الجزائري (الأحكام العامة للجريمة) الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر ط/2 ، طبعة سنة 1976 .

رمزي رياض- سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار
عوض النهضة العربية، طبعة 2004، القاهرة .

سالم بوفليح - مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة سنة أولى ماجستير
تخصص قانون جنائي دفعة 2004/2005، المركز الجامعي بام
البواقي، مقياس القانون الجنائي نظرية الجزاء الجنائي.

سليمان بارش- شرح قانون العقوبات الجزائرية (شرعية التجريم) ج 1
مطبعة عمار قرفي باتنة 1992.

- مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، عين مليلة
الجزائر، ط 2006

سليمان عبد - النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر،
المنعم الأسكندرية، طبعة سنة 2000

- النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر،
الأسكندرية ، طبعة سنة 2000 .

سامي صادق - اعتراف المتهم ، دار النهضة العربية ، القاهرة
الملا طبعة : 1969 ،

شريف سيد - التعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد، القسم العام ، طبعة سنة 1998
كامل دار النهضة العربية

طه زاكي - الإتجاهات الحديثة للمحاكمات الجزائرية بين القديم والجديد، المؤسسة
صافي الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، طبعة سنة 2003

عبد الحميد - التعليق الموضوعي على قانون العقوبات (الأحكام العامة
الشواربي لقانون العقوبات في ضوء الفقه و القضاء) ، الكتاب الأول
دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2003.

- سلطة المحكمة الجنائية في تكيف وتعديل وتغيير وصف الإتهام في
الفقه والقضاء، منشأة المعارف الأسكندرية 1989.

-حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقه، (الدفع بعدم
جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها، منشأة المعارف بالأسكندرية
ط، 1996،

- المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة
المعارف الأسكندرية، بدون تاريخ.

عباس العبودي- الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الاثبات المدني ، الدار العلمية
الدولية للنشر والتوزيع، طبعة سنة 2002

- عبد المجيد زعلاني - قانون العقوبات الخاص، مطبعة الكاهنة الجزائر، طبعة سنة 2000.
- عبد الحميد زروال - المسائل الفرعية، امام المحاكم الجزائرية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة سنة 1994
- عبد الله الهلالي - التطرية العامة للإثبات في المواد الجنائية (دراسة مقارنة)، دار أحمد النهضة العربية، طبعة سنة 1987.
- عبد الله أوهايبة - شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، مطبعة الكاهنة - الجزائر - ط 2003 .
- شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، مرحلة التحري والتحقيق، مطبعة الكاهنة ، طبعة سنة 1988 .
- عبد المالك جندي - الموسوعة الجنائية، دار العلم للجميع ، طبعة 2 ، بيروت ، لبنان، ج 2 بدون سنة طبع.
- عبد الحفيظ طاشور- دور قاضي تطبيق الاحكام القضائية الجزائرية، في سياسة اعادة التاهيل الاجتماعي في التشريع الجزائري، ديوان امطبوعات الجامعية ، طبعة رقم: 04 ، سنة طبع 2001 .
- عباس هاشم السعدي - مسؤولية الفرد الجنائية عن الجريمة الدولية ، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية .
- عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار التراث العربي، بيروت لبنان ، طبعة رقم 4 ، سنة 1985 .
- علي عبد القادر - أصول المحاكمة الجزائية (الدعوى، العمومية ، الدعوى القهوجي المدنية) .
- عبد العزيز سعد - إجراءات ممارسة الدعوى الجزائية ذات العقوبة الجنحية ، دار هومة طبعة رقم 01 ، سنة 2006
- عادل قورة - محاضرات في قانون العقوبات الجزائري (القسم العام). ديوان المطبوعات الجامعية . الساحة المركزية بن عكنون الجزائر ط/4 سنة 1994
- عبد البصير عصام- تجزئة العقوبة نحو سياسة جنائية جديدة ، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية طبعة سنة 2004.
- عبد العظيم - الشروط المفترضة في الجريمة، دراسة تحليلية

مرسي وزير تأصيلية، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1983

عبد المنعم العوضي - قاعدة تقيد المحكمة الجنائية بالإتهام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية: طبعة سنة 1973

عبد الله سليمان - شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الأول، نظرية الجريمة، دار الهدى بعين مليلة، بدون سنة طبع.

- شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، نظرية الجرائم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1996،

فوزية عبد الستار- شرح قانون الإجراءات الجنائية دار النهضة العربية، طبعة سنة 1992

فتوح عبد الله - أساسيات علم الإجرام والعقاب، دار الهدى للمطبوعات، الاسكندرية، طبعة الشاذلي سنة 2000 .

فاضل زيدان - سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة،(دراسة مقارنة)، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان بالأردن، طبعة سنة: 1999

فؤاد رزق - الأحكام الجزائية العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان طبعة سنة 1998.

قرري عبد الفتاح - أدلة مسرح الجريمة، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال الشهاوي حزي و شركاؤه، بدون سنة طبع.

مصطفى العوجي- القانون الجنائي، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، دار الخلود

مصطفى محمد - التحريات و الإثبات الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، الدغيلي المحلة الكبرى، السبع بنات، 24 شارع عدلي يكن، بدون سنة طبع.

محمد احمد - الوجيز في أدلة الإثبات الجنائي، القرائن - المحررات -المعاينة محمود دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة سنة 2002

محمد عوض - قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر الأسكندرية طبعة سنة 2000 .

محمود عبد ربه - التكييف في المواد الجنائية، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي القبلاوي طبعة سنة 2003

محمد شتا ابوا - البراءة في الاحكام الجزائية واثرها في رفض الدعوى سعد المدنية ومنشأة المعارف بالإسكندرية، بلا تاريخ

محمد محده - (محاضرات في القانون الجزائري العام)، القسم الاول، نظرية

الجريمة ، القيت على طلبة السنة الثانية حقوق،معهد الحقوق ببسكرة.

- السلطة التقديرية للقاضي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، عدد أول، طبعة بتاريخ أبريل 2004، مطبعة الوليد للنشر

محمد أبو العلا- الإتجاهات الحديثة وقانون العقوبات الفرنسي الجديد، عقيدة طبعة سنة 1997، دار الفكر العربي

مأمون سلامة - الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية ، طبعة سنة 1992 ، ج2.

محمود نجيب - قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، طبعة رقم 02 ، سنة 1977. حسني

- شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية بالقاهرة ، طبعة سنة 1982.

- الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، المحكمة وطرق الطعن في الأحكام، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1992

- شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة، والتدبير الإحترازي، ط1: 1997، دار النهضة

محمود مصطفى- شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة ، طبعة رقم 10 سنة 1983

محمد زكي أبو عامر- القسم العام من قانون العقوبات ، طبعة سنة 2002 و سليمان عبد المنعم

محمد علي سويلم - التكييف في المواد الجنائية (دراسات تحليلية، تأصيلية وتطبيقية مقارنة بآراء الفقه، وأحدث أحكام محكمة النقض)، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية طبعة سنة 2005.

محمد أبو زهرة - الجريمة في الفقه الإسلامي (الجريمة) ، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.

- أصول الفقه، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1958.

محمود سمير - النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة عبد الفتاح الدار الجامعية ، طبعة سنة 1991

محمد احمد - الادلة الفنية للبراءة والادانة في المواد الجنائية، دار الفكر الجامعي
مصر ، بدون سنة طبع.

- عابدين

محمد فهيم - الجريمة في عصر العولمة ،النسر الذهبي للطباعة بمصر
درويش طبعة سنة 2000.

محمد حسين - قانون الإثبات مبادئ الأحباب و طرقه ، دار الجامعة الجديدة
منصور للنشر ، طبعة سنة 2002 .

محمود محمود- شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة سنة 1983
مصطفى

-الإثبات في المواد الجنائية ، طبعة سنة 1977 ، ج 2

مدحت رمضان - الحماية الجنائية لشرف وإعتبار الشخصيات العامة. دار النهضة
العربية، مصر ، بدون سنة طبع.

محمد محمود- النظرية العامة للتكليف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار إبراهيم
الفكر العربي، طبعة سنة 1982

محمد مروان - نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري، الجزء
الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة طبع 1999

ملياني بغدادي-الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب
الجزائر، بدون سنة طبع.

مسعود زبدة -الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب طبعة
سنة 1989، الجزائر.

- القرائن القضائية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائري، طبعة، طبعة سنة 2001.

معراج جديدي - الوجيز في الإجراءات الجزائية، الجزائر، طبعة سنة: 2002 ، بدون ناشر.

- الوجيز في الإجراءات الجزائية مع التعديلات الجديدة ، الجزائر
طبعة سنة 2004 .

محمد شريف - (محاضرات في أدلة الإثبات الجنائي)،دروس لطلبة الماجستير
صالح باي فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، دفعة 1998، 1999

محمد الأخضر - محاضرات ألقيت على طلبة سنة أولى ماجستير تخصص قانون
مالي جنائي ، مقياس الإثبات الجنائي ، المركز الجامعي " ام البواقي

عمر

نبيل اسماعيل - سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية
وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر الأسكندرية، طبعة سنة 2002

- سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية (دراسة تحليلية
و تطبيقية) دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، طبعة سنة 2002 .

نبيل صقر - البطلان في المواد الجزائية، الموسوعة القضائية الجزائرية، دار الهلال
للخدمات الإعلامية، الجزائر، طبعة سنة 2004/2003

مروان

نبيل صقر، محمد- الموسوعة القضائية الجزائرية، الدفوع الجوهرية في المواد
الجزائية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، طبعة (بدون تاريخ)

نبيل صقر، العربي - الإثبات في المواد الجزائية، في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دار الهدى عين شحط
عبد القادر مليلة ، موسوعة الفكر القانوني، الجزائر ، طبعة سنة 2006 ، رقم1

ناصر علي ناصر- الظروف المشددة والمخفية في عقوبة التعزير في الفقه
الإسلامي، مطبعة المدني المؤسسة السعودية، مصر ط/1، بدون تاريخ

نصر الدين مروك- محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الاول، النظرية العامة للإثبات
الجنائي، دار هومة، طبعة سنة : 2000/2003

- موسوعة الفكر القانوني، عدد: 05، المجلة الموسوعة القضائية
الجزائرية، دار الهلال للخدمات الاعلامية ، طبعة سنة:2004

- محاضرات في الإثبات الجنائي، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار
هومة، جزء ثاني، الإعراف، والمحركات، طبعة سنة: 2003

يحيى بكوش - أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دراسة نظرية
و تطبيقية مقرنة ، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر، بدون تاريخ.

يوسف دلاندة - قانون الإجراءات الجزائية، منقح بالقانون رقم: 14/04 المؤرخ
في 2004/11/10، دار هومة للنشر والتوزيع، طبعة سنة: 2005

- الوجيز في ضمانات المحاكمة العادلة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع
طبعة سنة: 2005

موقع انترنت بعنوان:

www.daralthaqafa.com.

ب-باللغة الاجنبية:

-Jacques .bauni cand :.droit penal masson et cie editions ;1973.

-ESSAID, MOHHAMED jalal : *la présomption D'innocence, Edition laporteANNE.*
(S.D)

-WYFFELS(A) : LEGALITE ET LE SYSTEME DES JOURS
AMENDES.REV ;DR .PEM.COMP1984 ;P :297.

-.Perrot .Roger : cours de droit juduciaireprive
.PARIS :1957-1976 .T :2em .

ثانيا-الرسائل والاطروحات التي تم الاعتماد عليها

إبراهيم بن حريير - السلطة التقديرية للقاضي المدني، (دراسة تحليلية نقدية)، رسالة ماجستير
سنة 95/94 ، بن عكنون، رقم الايداع القانوني: 1995/06

شريفة طاهري - {تأثير أدلة الإثبات على الإقتناع الشخصي للقاضي الجنائي ، بحث لنيل شهادة
الماجستير، فرع القانون الجنائي، طبعة سنة 2004/2003
رقم الايداع : M 05/74 ; بن عكنون

فاطمة روابحية - الحماية القانونية لحامل شيك بدون رصيد " بحث لنيل شهادة ماجستير
حسنوي
" القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون
تحت رقم: 03/88 م..

محمد شنوفي - التجنيح القضائي في القضاء الجزائي المقارن، بحث ماجستير
في القانون الجنائي، والعلوم الجنائية بن عكنون، طبعة سنة 2001/2000

محمد شنوفي - مذكرة ماجستير " مساوئ التجنيح لقضائي " ، جامعة بن
عكنون، سنة دراسية 2003/2002، رقم 02/83 م.

ناصر زورور - قرينة البراءة، "رسالة لنيل شهادة الماجستير" في القانون
الجنائي، العلوم الجنائية، بن عكنون في 2001/2000، رقم: M.04/71

نصر الدين مروك - الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن، والشريعة الإسلامية، ودراسة مقارنة "مذكرة دكتوراه دولة في القانون الجنائي، والعلوم الجنائية" كلية الحقوق بن عكنون سنة 1996، 1997 برقم: 99232/01 م

وردة بن موسى - "التفسير في المواد الجنائية" بحث لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائي دفعة 02/01 رقم: 06/36 م

-WYFFELS(A):LEGALITE ET LE SYSTEME DES
JOURSAMENDES.REV ;DR .PEM.COMP1984

ثالثا- الاوامر والقوانين

- القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وزارة العدل، طبعة أولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2006 المادة 49 ص 17.

- أمر 06/05 المؤرخ في 18 رجب عام 1426 الموافق لـ 23 أوت (غشت) ، سنة 2005 المتعلق بمكافحة التهريب المادة 22 منه.

- الأمر الرئاسي : رقم: 04/03، المؤرخ في: اوت 2003، المعدل للامر 05/96 المتعلق بالمنافسة والاسعار.

- تعديل دستور: 1996.

- أمر 06/05 المؤرخ في 18 رجب عام 1426 الموافق لـ 23 أوت (غشت) سنة 2005 المتعلق بمكافحة التهريب المادة 22 منه.

- القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وزارة العدل، طبعة أولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2006.

- أمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب

- القانون المدني الصادر بموجب الأمر 75/158 في 1975/09/26

- الأمر الرئاسي : رقم: 04/03، المؤرخ في: اوت 2003، المعدل للامر 05/96 المتعلق بالمنافسة والاسعار.

- تعديل دستور: 1996.

- الأمر رقم: 75 - 58 مؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني.

- مشروع اصلاح العدالة، توصيات اللجنة الرئاسية، سنة 2001

- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

رابعا - الاجتهاد القضائي

- قرار رقم 27. 404 في 1983/12/27 و 29. 093 في 1984/11/27، للمحكمة العليا ، الإصدار قرص CD/ROM الثالث، رقم الإيداع القانوني 314، 2004) من 1968 إلى 2005

- قرار 25. 212 في 1982/07/08، نفس المصدر.

- قرار 37. 202 في 15/يناير/1985، نفس المصدر.

- قرارين للمحكمة العليا: أ - قرار رقم : 39. 440 المؤرخ في : 1985/11/26
ب- قرار رقم: 26. 166 المؤرخ في: 19 يناير 1982 ، نفس المصدر اعلاه.

- قرار رقم: 33. 973 المؤرخ في: 1984/05/02 ، نفس المصدر

قرار رقم: 21. 643 المؤرخ في: 27 يناير 1981 ، نفس المصدر، حول بطلان التكاليف الحضور

- قرار رقم: 38. 763 المؤرخ في: 1985/05/27 ، نفس المصدر.

- قرار رقم: 47. 507 المؤرخ في: 1988/03/01 ، نفس المصدر. -

- قرار رقم : 12. 303 المؤرخ في: 1975/06/17 ، نفس المصدر.

- قرار رقم: 22. 839 المؤرخ في: 1981/04/07 ، نفس المصدر.

- قرار المحكمة العليا رقم: 26.5955 المؤرخ في : 2001/04/24 ، نصر الدين مروك ،
محاضرات في الاثبات الجنائي ، جزء اول،، النظرية العامة للإثبات الجنائي،
دار هومة، طبعة سنة : 2000/2003 ، ص: 263 .

- قرار للمحكمة العليا رقم: 26.5955 المؤرخ في 24/04/2001 ، القرص المضغوط CD.ROM ، الاصدار الثالث،نفس المصدر.
- القرار رقم:26.9995 المؤرخ في:26/06/2001 ،قرص مضغوط،الاصدار الثالث،نفس المصدر.
- القرار رقم :25.2130 المؤرخ في :10/10/2000 ،قرص مضغوط ،المصدر نفسه.
- قرار رقم:22.6101 المؤرخ في :29/02/2000 ، قرص مضغوط ،الاصدار الثالث،المصدر نفسه.
- قرار للمحكمة العليا رقم:195142 المؤرخ في:26/10/1999. قرص مضغوط،الاصدار الثالث، قرص مضغوط ، مصدر اعلاه .
- تتم إثارة القصور في التسبيب تلقائيا، أنظر :
أ- قرار المحكمة العليا في هذا الصدد، رقم: 148. 27. المؤرخ في: 1984/05/29.
ب- وفي قرار آخر فقد أثارت المحكمة العليا عيب التسبيب لوحدها، وكان الطعن مرفوعا إليها بشأن عدم قانونية (شرعية عقد الأمانة)، فيبدو أن القصور في التسبيب يتداخل مع عيب مخالفة القانون ، هذا القرار الثاني: برقم : 105. 27. المؤرخ في :11 يناير 1983 ، قرص مضغوط، نفس المصدر.
- نقض مصري قرار رقم : 1948/05/08 رقم: 347.
قرار رقم : 1957/06/04 رقم: 165.
مشار لهذه القرارات، في كتاب:احمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، ج3 ، ط 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص 562.
- قرار المحكمة العليا رقم 1981/11/26 .. القرص المضغوط، نفس المصدر.
- قرار رقم: 112664 في 21/05/1995 ، القرص المضغوط ، نفس المصدر.
- قرار رقم: 12.2110 في 04/12/1994 ، القرص المضغوط ، نفس المصدر.
- قرار رقم: 25.5782 في 13/02/2001، مشار إليه في الإجتهد القضائي للغرفة الجنائية بالمحكمة العليا ، عدد خاص قسم وثائق، مرجع سابق، ص من 498-500.
- قرار في 26/03/1968، واخر في :13/05/1982، نشرة القضاة 1983، ص 111، مشار لهذا في كتاب : أحسن بوسقيعة ، شرح قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية منشور ببيرتي، طبعة رقم 07/06 ، سنة 2007 ، ص 28.
- قرار رقم: 112.664 في: 21/05/1995، غير مشور، مشار لهذا في مرجع سابق أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية،مرجع سابق، ص 29.
- قرار للمحكمة العليا رقم 35.802 مؤرخ في 04/12/1984 ، مشار اليه في: المجلة القضائية، للمحكمة العليا، عدد:02، سنة 1989، ص241.

- قرار رقم: 665، 36 في 1984/12/25، القسم الأول، غرفة جنائية ثانية، مجلة قضائية للمحكمة العليا، عدد (02) سنة 1989، ص 312.
- قرار في: 1988/01/05، القسم الأول، غرفة جنائية (02)، طعن رقم 591، 44، مجلة قضائية للمحكمة العليا عدد (03) سنة 1990، ص 284.
- قرار صادر في: 1981/06/11، للغرفة الجنائية الثانية، القرص المضغوط، مصدر سابق.
- قرار مؤرخ في 1986/12/16 رقم: 352، CD، القرص المضغوط، مصدر سابق
- انظر القرارات التالية التي تشير الى موضوع واحد :
- 1-قرار 787، 40 في: 1986/12/30،
 - 2- قرار رقم: 741، 35 في: 17/يناير 1986.
 - 3- قرار رقم 303، 12 في: 1975/06/17
 - 4- قرار رقم: 863، 17 في 1978/12/16.
 - 5- قرار رقم 317، 18 في 06/فبراير 1979.
 - 6 - قرار رقم: 903، 34 في 1983/10/04.
 - 7- رقم: 303، 12 مؤرخ في 1975/06/17،
 - 8- وقرار رقم 636، 24 مؤرخ في 19/فبراير/1981،
 - 9- قرار: رقم 591، 44 مؤرخ في 05 يناير 1988
 - 10-قرار للمحكمة العليا رقم: 994، 14 مؤرخ في 1977/05/10
 - 11- وقرار رقم: 186، 22 مؤرخ في 1989/05/19
 - 12- قرار: 693، 9 في 1974/04/16
 - 13- وقرار: 085، 25 في 1982/04/29 .
- مشار إليها في : القرص المضغوط، المصدر السابق، CD rom.
- قرار: 1984، قسم أول الغرفة الجنائية الثانية، طعن رقم: 460، 24، مجلة قضائية محكمة عليا العدد الثاني، سنة 1989، صفحة 289]
- قرار: 213، 35 في 1986/01/21، القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية، المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد: 03 سنة 1989، صفحة 266.
- قرار: 293 - 27 في 02 فبراير 1982، مشار إليه في كتاب: جيلالي بغدادي، الإجتهد القضائي، ج1، مرجع سابق، ص 249.
- قرار: 9.693 في 1974/04/16 وقرار: 25.085 في 1982/04/29 أنظر:
 جيلالي بغدادي، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، ج1، ص 242 .
 و القرص مضغوط، إصدار ثالث، لإجتهد الغرفة الجنائية، المصدر السابق .
- قرار رقم: سابق مشار إليه لمزيد تفصيل أنظر: جيلالي بغدادي، مرجع اعلاه، ج1 ص 242، 243.
- قرار 1984، قسم أول الغرفة الجنائية الثانية، طعن رقم: 28.460 مجلة قضائية، محكمة عليا العدد الثاني، سنة 1989، ص 289.

- قرار: 35.213 في 1986/01/21 القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 03 سنة 1989 ص 266.

- قرار: 27.293 في 1982/02/02 مشار إليه في كتاب الاجتهاد القضائي، جيلالي بغدادي، ج 1 مرجع اعلاه ، ص 249.

- قرار للمحكمة العليا رقم: 70.290 في 1990/07/24 مشار إليه في: د. يوسف دلاندة، قانون الإجراءات الجزائية، منقح بالقانون رقم: 14/04 المؤرخ في 2004/11/10، دار هومة للنشر والتوزيع ، ط: 2005/ ص 110.

- قرار صادر في 1981/06/11 للغرفة الجنائية الثانية، مشار إليه في كتاب : جيلالي بغدادي الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية ، مرجع اعلاه ، جزء 01 ، ص 237.

- قرار صادر يوم 1984/12/25 من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية في الطعن رقم: 36.665 مشار إليه في كتاب: جيلالي بغدادي ، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية ، مرجع اعلاه ، جزء 01 ص 236.

- قرار صادر يوم: 1985/07/16، غرفة جنائية الأولى في الطعن رقم: 41.285 جيلالي بغدادي، مرجع اعلاه، جزء 01 ص 249.

- قرار رقم 352 في 1986/12/16 للغرفة الجنائية الثانية، مشار إليه في كتاب: جيلالي بغدادي ، الاجتهاد القضائي، مرجع اعلاه ، جزء 01، ص 238.

- قرار رقم: 358802، مشار إليه في كتاب: يوسف دلاندة، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 132.

- قرار رقم: 29.526 في 1984/04/03 ... إصدار ثالث عن القسم الأول للغرف الجنائية الثانية ، القرص المضغوط ، مصدر سابق. وأنظر كذلك: قرار رقم: 58.739 في 1990/01/09 مشار إليه في: جيلالي بغدادي ، الاجتهاد القضائي، مرجع اعلاه ، جزء 01 ، ص 146، 251.

- قرار رقم: 55.206 مشار إليه في: يوسف دلاندة، قانون العقوبات، مرجع اعلاه ، ص 352.

-انظر القرارات التالية :

- 1-قرار رقم: 58.444 في 1988/04/26.
- 2-قرار رقم: 25.085 في 1982/04/29 .
- 3-ورقم: 9.693 في 1974/04/16.
- 4- قرار للمحكمة العليا :مؤرخ في: 1986/02/27
- 5- قرار رقم : 625 ، 28 مؤرخ في: 1982/05/27.
- 6- قرار رقم: 14 ، 25 مؤرخ في: 1982/01/05

- مشار لهذه القرارات في القرص المضغوط، الاصدار الثالث ، المصدر السابق ، cd . rom .
- قرار صادر مؤرخ في: 1967/02/07 مشار إليه في: مؤلف.
د. نواصر العايش، تقنين الإجراءات، طبعة سنة 1992 ، (بدون ناشر)، ص: 149
- قرار صادر في: 1983/07/04، مشار إليه: بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 1 ،
سنة 1989، ص: 362.
- قرار رقم: 8 / 198 ، مؤرخ في: 1974/07/09، مشار إليه فيمؤلف:
د. جيلالي بغدادي، مرجع سابق، جزء أول، ص: 19
- قرار للمحكمة العليا مؤرخ في: 1983/01/11، مشار إليه في:
المجلة القضائية لسنة 1990، عدد رقم: 01، ص: 327
- انظر القرارات التالية في نفس السياق :
- 1- قرار للمحكمة العليا:رقم: 26 / 248 مؤرخ في: 1983/07/04
2-وقرار اخر رقم: 47 / 998، مؤرخ في: 1986/06/24
- مشار لهذه القرارات في : القرص مضغوط ، المصدر السابق ، cd rom .
- قرار للمحكمة العليا رقم: 131 - 35 مؤرخ في: 1985/10/25 ،مشار إليه في كتاب: .
جيلالي بغدادي ، مرجع اعلاه ، ج1، ص: 17
- انظر حول عدم ذكر النصوص القانونية :
- 1- قرار للمحكمة العليا، مؤرخ في: 1989/12/13، مشار إليه في:
المجلة القضائية سنة 1989 عدد 04، ص: 303
و أنظر في نفس النقطة:-قرار اخر لها ، رقم: 29.526 مؤرخ في: 1984/04/03
مشار اليه في مؤلف : جيلالي بغدادي ، مرجع اعلاه ، ج1، ص: 187.
- وقرار اخر رقم: 36 / 724 ، مؤرخ في: 1985/11/12.
مشار إليه في كتاب: جيلالي بغدادي ، مرجع اعلاه ، ج1، ص: 190 (حول حق الرقابة
للمحكمة العليا)
- قرار اخر رقم: 202 - 37 مؤرخ في: 1985/01/15، مشار إليه في مؤلف:
بغدادي جيلالي، مرجع سابق، ج2، ص: 113.
- نفس القرار رقم: 37 / 202 ، مؤرخ في: 1985/01/15، مشار إليه في مؤلف:
جيلالي بغدادي ، مرجع سابق، ج2، ص: 113
- قرار رقم: 36 / 665 ، مؤرخ في: 1984/12/25 ، مشار إليه في:
المجلة قضائية ، عدد 02، سنة 1989، للغرفة الجنائية الثانية للمحكمة العليا، ص: 312.
- قرار رقم: 40 / 787 مؤرخ في 1986/12/30، مشار اليه:
المجلة القضائية، القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية للمحكمة العليا، عدد 03، سنة 1989
ص: 276.

- قرار رقم: 526 / ، 29 مؤرخ في 1984/04/03، مشار إليه في: المجلة قضائية للمحكمة العليا، الغرفة الجنائية الثانية، عدد 02 سنة 1989، ص: 292.
- قرار للمحكمة العليا رقم: 540 / 21 مؤرخ في: 1980/07/15 .
و قرار آخر رقم: 831 / 47 ، مؤرخ في 1986/12/16، مشار إليهما في مؤلف: جيلالي بغدادي ، مرجع سابق، ج1، ص: 253 - 254.
- قرار جنائي للمحكمة العليا مؤرخ في: 1985/01/02. قرار للمحكمة العليا رقم : 45 / 226 مؤرخ في 1980/11/25 للغرفة الجنائية أولى، مشار إليه في مؤلف: جيلالي بغدادي، مرجع اعلاه ، ج1، ص: 299.
- قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة الجنائية الأولى: رقم 641، 6 مؤرخ في 1971/10/ 19 ، مشار إليه في مؤلف : جيلالي بغدادي ، مرجع اعلاه ، ج1، ص 419 .
- قرار للمحكمة العليا رقم: 395 مؤرخ في: 1986/06/24 مشار إليه في مؤلف: جيلالي بغدادي ، مرجع اعلاه ، ج2، ص 17.
- قرار للمحكمة العليا مؤرخ في: 1984/07/03، المجلة القضائية للمحكمة العليا سنة 1989 ، عدد رقم 04، ص 346.
- قرار للمحكمة العليا رقم: 440، 39 ، مؤرخ في: 1985/11/26، الغرفة الجنائية الأولى المجلة قضائية، عدد 01 ، سنة 1990، ص: 242
- قرار للمحكمة العليا مؤرخ في: 1968/12/03، مشار إليه في مؤلف: نصر الدين مروك، مرجع اعلاه ، ج1، ص: 295
- قرار المحكمة العليا، رقم: 781 - 18، مؤرخ في: 1978/07/04 مشار إليه في مؤلف: نصر الدين مروك ، مرجع اعلاه ، ج1، ص: 305
- قرار رقم: 19785 مؤرخ في: 1981/11/26، مشار إليه في مؤلف: جيلالي بغدادي، مرجع اعلاه ، ص: 81
- قرار للمحكمة العليا رقم: 47019 مؤرخ في 1986/04/15، الغرفة الجنائية الثانية منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 02 سنة 1992، ص: 173.
- قرار للمحكمة العليا، غرفة جنائية، مؤرخ في 1984/01/06، المجلة قضائية سنة 1989 ، عدد 01، ص: 311.
- قرار للمحكمة العليا مؤرخ: في 1985/11/06 غير منشور، مشار اليه في مؤلف: العايش نواصر ، تقنين العقوبات، مرجع اعلاه ، ص: 127
- قراران للمحكمة العليا: ¹ - رقم: 458 - 30 مؤرخ في: 1982/11/23
- ² - رقم: 693 - 9 مؤرخ في: 1974/04/16 . مشارا إليهما في:

مؤلف: جيلالي بغدادي ، مرجع اعلاه، ج1، ص: 123 - 124

-انظر قراران لمحكمة النقض المصرية:

- 1- قرار صادر في: 1923/04/30 ، المعجم الجنائي قاعدة رقم : 11735 ص338 .
 - 2- و قرارها الصادر في : 1938/10/07 – المعجم الجنائي ، قاعدة رقم: 11736 ص338 "
- مشار اليهما في مؤلف : نبيل صقر: و د.العربي شحط عبد القادر، الإثبات في المواد الجزائية، مرجع سابق ص50 ، هامش 113، 114 على التوالي".

- قرار للمحكمة العليا رقم 60403 مؤرخ في : 1988/12/20 مشار إليه في: CD ROM الاصدار الثالث، مصدر سابق، 2005
و انظر القرار نفسه رقم : 403 . 60 في: 1988/12/20 مشار إليه في كتاب:
جيلالي بغدادي، مرجع اعلاه، ج1، ص25 ، نشرة القضاة، غرفة القانون الخاص بتاريخ 1967/12/13 ، عدد04.

- طعن بالنقض للمحكمة العليا ، رقم: 1517 ، جلسة : 1983 ، مشار إليه في:
نبيل صقر ، والعربي شحط عبد القادر ، مرجع اعلاه ، ص 114

- ثلاث قرارات للمحكمة العليا: ¹ - قرار رقم 1303 مؤرخ : 1981/11/14
² - رقم: 240880 في : 1981/12/24
³ - و آخر رقم : 30.093 في : 1988/01/04
مشار إليهم: في : جيلالي بغدادي ، ج1 ، الاجتهاد القضائي ، مرجع اعلاه ، ص 410

- قرار للمحكمة العليا ، مؤرخ في : 1981/02/19 ، للغرفة الجزائية ، نشرة القضاة
عدد : 04 سنة 1989 ، ص 90

- ارجع الى اجتهاد المحكمة المصرية للنقض: قرارها المؤرخ في 11/ جانفي/ 1979
مجموعة أحكام النقض ، سنة 30 ق مشار إليه في :
محمد احمد محمود ، الوجيز في أدلة الإثبات ، القرائن – المحررات -المعاينة
دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ، طبعة سنة 2002 ، ص41

- انظر : 1- نقض جزائي مصري بتاريخ: 11/ 01 / 1979 .
2- قرار مؤرخ في : 1956/05/01 .
مجموعة أحكام النقض ، سنة 30 ق ، مشار إليه في : محمد احمد محمود ، الوجيز في أدلة
الإثبات ، المرجع نفسه ، ص41

- قرار للمحكمة العليا رقم: 179 مؤرخ في: 1985/03/05. مشار اليه في ، قرص مضغوط ، مصدر سابق ، اصدار ثالث.

- قرار جزائي (نقض) للمحكمة العليا، رقم : 115 في : 1984/04/16 ، المشار إليه
في مؤلف : العايش نواصر ، تقنين الإجراءات الجزائية، طبعة 1992 ، ص94 .

- قرار للمحكمة العليا مؤرخ في : 1969/01/29 ، مشار إليه في مؤلف :
جيلالي بغدادي ، مرجع اعلاه ، ج 1 ، ص 350

- قرار للمحكمة العليا رقم: 15.170، مؤرخ في 12/04/1977. القرص المضغوط، الاصدار الثالث، مصدر سابق.

- قرار للمحكمة العليا مؤرخ في : 22/04/1975 ، رقم : 116 . 10 ، مشار إليه في مؤلف . جيلالي بغدادي ، ، مرجع اعلاه ، ج 1 ، ص 350

-قرار للمحكمة العليا مؤرخ في : 06/11/1984 ، مشار إليه في: المجلة القضائية ، عدد 04 سنة : 1989 ، ص 284

- قرار جزائي للمحكمة العليا ، رقم : 463 مؤرخ في : 14/03/1981 ، غرفة جزائية قرص مضغوط، الاصدار الثالث : C.D ROM ، مصدر سابق.

-انظر قرارن لمحكمة النقض المغربية :

- 1-قرار جزائي للنقض رقم : 155 مؤرخ في : 05/02/1976 ، الغرفة الجنائية المغربية ، مجلة القضاء و القانون في المملكة المغربية: يوليو 1978 ، ص174
- 2- غرفة جنائية مغربية ،قرارها رقم: 840 ، الصادر في : 14/02/1984 ، ملف جزائي رقم: 38496 ، مجلة القضاء و القانون المغربية ، عدد 26 ، السنة السادسة عشر 1977/07/07 ، ص190

فهرس

مقدمة.....أ

- 6..... الفصل التمهيدي: مدلول أ شرعية الجرائم والعقوبات
- 7..... المبحث الأول : مفهوم مبدأ الشرعية
- 8..... المطلب الأول : تعريف مبدأ الشرعية
- 8..... الفرع الاول : الدعامة الدستورية لمبدأ الشرعية الجزائية
- 10..... الفرع الثاني : الدعامة السياسية لمبدأ الشرعية الجزائية
- 12..... المطلب الثاني : نشأة مبدأ الشرعية وتطوره
- 13..... الفرع الأول : مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية
- 16..... الفرع الثاني : مبدأ الشرعية في أوروبا
- 17..... الفرع الثالث : مبدأ الشرعية في الدستور وقانون العقوبات الجزائريين
- 22..... المبحث الثاني : أهمية مبدأ الشرعية ونتائجه
- 23..... المطلب الأول : أهمية مبدأ الشرعية الجزائية
- 23..... الفرع الاول : ضمان الحقوق و الحريات الفردية في إطار النظام الإجتماعي
- 24..... الفرع الثاني : وضع حدود التجريم
- 24..... الفرع الثالث : وضع حدي العقوبة
- 25..... الفرع الرابع : إحترام القاضي لمبدأ الفصل بين السلطات
- 25..... الفرع الخامس : تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة
- 28..... المطلب الثاني : نتائج مبدأ الشرعية
- 28..... الفرع الاول : إعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للتجريم و العقاب
- 30..... الفرع الثاني : التفسير الضيق للنص الجزائي
- 33..... الفرع الثالث : حظر القياس
- 34..... الفرع الرابع : حظر تطبيق نصوص التجريم و العقاب بأثر رجعي
- 41..... الفصل الأول : مدلول السلطة التقديرية للقاضي الجزائي
- 42..... المبحث الأول : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي
- 43..... المطلب الأول : تعريف السلطة التقديرية
- 43..... الفرع الأول : التعاريف المركزة على جزء دون الاخر
- 46..... الفرع الثاني: التعريف المعتمد على السلطة الموسعة للقاضي الجزائي
- 48..... المطلب الثاني: خصائص السلطة التقديرية

- الفرع الأول: حرية القاضي الجزائي في التكيف الجزائي للجريمة48
- الفرع الثاني: إختيار القاضي الجزائي للعقوبة الملائمة49
- الفرع الثالث: الدور الإيجابي للقاضي الجزائي في تسيير الدعوى العمومية50
- الفرع الرابع: حرية القاضي الجزائي في الاستعانة بكافة أدلة الإثبات50
- الفرع الخامس: حرية القاضي الجزائي في تقدير قيمة حجية أدلة الإثبات51

المبحث الثاني :الاتجاهات الفقهية في تقدي

- السلطة التقديرية للقاضي الجزائي53
- المطلب الاول : النظرية الموضوعية
- في تقدير السلطة التقديرية للقاضي الجزائي53
- الفرع الاول: ركائز السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.....54
- الفرع الثاني: نشأة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي54
- المطلب الثاني:النظرية الشخصية للسلطة
- التقديرية للقاضي الجزائي.....56
- المطلب الثالث:النظرية المختلطة في تقدير
- السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.....57
- الفرع الأول: حجية محاضر المخالفات57
- الفرع الثاني: حجية محاضر الجرح.....58
- الفرع الثالث : إثبات جريمة الزنا.....58

المبحث الثالث: ضوابط السلطة التقديرية وكفالة حقوق الدفاع61

- المطلب الأول: حدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.....61
- الفرع الأول: الحدود الواردة على سلطة القاضي في تقدير الأدلة62
- الفرع الثاني: الحدود الواردة على
- سلطة القاضي في وصف الجريمة65
- الفرع الثالث:الحدود الواردة على سلطة القاضي في تقدير العقوبة.....66
- المطلب الثاني : كفالة حقوق الدفاع.....69
- الفرع الأول: الإخلال بحق الدفاع70
- الفرع الثاني: دور الطلبات و الدفع في ضمان حق الدفاع74
- الفرع الثالث: الطعن في الأحكام القضائية كضمان لحق الدفاع82

الفصل الثاني: نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.....88

89.....	المبحث الاول: سلطة القاضي الجزائي في تقدير ادلة الاثبات
90.....	المطلب الاول: تبيان نظم الاثبات ومفهومها
	الفرع الأول: مفهوم طرق الإثبات
91.....	من خلال الأنظمة الإجرائية المختلفة
94.....	الفرع الثاني: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في الاثبات
99.....	الفرع الثالث: تقسيم أدلة الإثبات
101.....	المطلب الثاني: القواعد العامة في الإثبات الجزائي
102.....	الفرع الاول: ما يتعلق بالإثبات ذاته
136.....	الفرع الثاني: ما يتعلق بالدليل المقدم للإثبات
159.....	الفرع الثالث: ما يتعلق بالقاضي الفاصل في الدعوى
	المطلب الثالث: ضوابط سلطة القاضي
173.....	الجزائي في الإثبات والرقابة عليها
173.....	الفرع الاول: ضوابط الإقناع الشخصي للقاضي الجزائي
	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على
208.....	سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة
216.....	المبحث الثاني: سلطة القاضي الجزائي وصف الجريمة
217.....	المطلب الاول: مدخل لدراسة مفهوم تكيف الجرائم
217.....	الفرع الاول : مفهوم التكيف الجزائي
223.....	الفرع الثاني: أهمية التكيف وضوابطه
231.....	الفرع الثالث: أنواع التكيف
237.....	المطلب الثاني: قواعد التكيف الجزائي
	الفرع الأول: الإلتزام بتكييف واقعة
237.....	الدعوى وحرية المحكمة حياله
249.....	الفرع الثاني: حقوق الدفاع في التكيف
253.....	الفرع الثالث: الإعتراضات التي تواجه عملية التكيف الجزائي
258.....	المطلب الثالث: الرقابة على التكيف الجزائي
258.....	الفرع الأول : قنوات الرقابة
264.....	الفرع الثاني: حالات الرقابة على التكيف الجزائي
266.....	الفرع الثالث: نطاق الرقابة على التكيف الجزائي

269.....	الفرع الرابع : آثار الرقابة
272.....	المبحث الثالث: سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة
273.....	المطلب الاول: مفهوم العقوبة
273.....	الفرع الاول: اغراض العقوبة
276.....	الفرع الثاني: الضوابط القانونية لتحديد مقدار العقوبة
281.....	الفرع الثالث: آليات سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة
283.....	المطلب الثاني: التفريد القضائي كاحد اهم اليات التفريد العقابي
283.....	الفرع الاول: الاختيار النوعي للعقوبة
291.....	الفرع الثاني : الإختيار الكمي للعقوبة
296.....	الفرع الثالث: وقف تنفيذ العقوبة
298.....	المطلب الثالث: التفريد التشريعي كأحد اليات التفريد العقابي
299.....	الفرع الاول :اليات التخفيف
	الفرع الثاني: آليات التشديد
309.....	العقابي

الفرع الثالث: ضوابط السلطة التقديرية

315.....	للقاضي في الاخذ بالظروف
----------	-------------------------

خاتمة..... 317

قائمة المصادر والمراجع..... 321

فهرس..... 340

ملخص

ان مبدأ الشرعية يقتضي بأن المشرع وحده المخول بوضع القواعد القانونية التي تقوم بتنظيم روابط الحياة الإجتماعية بكافة صورها وتحدد للأفراد قواعد السلوك الإجتماعي، وترسم حدوده وآثاره وما يترتب على مخالفة كل ذلك من آثار وجزاءات بحيث يتدخل القاضي لتطبيق القانون الذي وقعت مخالفته، وذلك بمناسبة ممارسته لأحد أهم سلطاته المخولة له بموجب ولاية القضاء وهي سلطة التقدير.

ولقد بدأت في طرحي للموضوع بإدراج فصل تمهيدي خصصته للحديث عن مبدأ الشرعية الذي أقره المشرع الجزائري من خلال النص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات فبينت بأن هذا المبدأ قد نشأ في ظل الشريعة الإسلامية السحاء، وهو المبدأ الذي لم تأخذ به التشريعات الوضعية الغربية إلا في أواخر القرن الثامن عشر.

ولقد وضحت بأن المبدأ يعمل على صيانة الحريات الفردية من تعسف السلطات الثلاث في الدولة ، ثم بينت النتائج المترتبة على تطبيق المبدأ والمتمثلة في:

أن المشرع وحده المخول بتحديد الجرائم والعقوبات المناسبة لها وكذا أسلوب تنفيذها .
وعدم امكان القاضي التوسع في تفسير النصوص القانونية.
وحضر القياس المؤدي إلى خلق الجرائم.
وعدم رجعية المبدأ إلى وقائع ماضية على نشوء أو امره ونواهيته هذا عن الفصل التمهيدي .

أما بالنسبة للفصل الأول فقد تناولت فيه مفهوم السلطة التقديرية، وذكرت التعاريف المختلفة للفقهاء . وبينت ان كل منها لم يوفق في صياغة تعريف جامع لكل اصول السلطة التقديرية.

ثم خلصت الى أن السلطة التقديرية تقام على ثلاث خيارات وهي:
اختيار الدليل وتقديره ، وكذا اختيار النص القانوني الواجب التطبيق، واختيار العقوبة أو التدبير المناسب وتقديره.
كما وضحت خصائص السلطة التقديرية، وبينت أن القاضي دائما يتمتع بسلطة تقديرية مبنية على ثلاث نظريات:

واحدة موضوعية: تفيد القاضي بصفة مطلقة .

وأخرى شخصية : أعطته الحرية لاثباته تبعا لاعتناعه .

واخرى مختلطة : توسطت النظريتين السابقتين .

وبهذا تكتمل لدينا نظرية علمية، بشأن سلطة القاضي الجنائي التقديرية عموما والتي حوّلنا استخلاصها من خلال هذه الدراسة.

ولإرساء أسسها على قواعد علمية موضوعية فقد اقتضانا تلمس حقيقتها، بأن لا نفتصر على الجانب النظري وفقا على القواعد القانونية التي تحكمها، أو الآراء الفقهية قبلها ، وإنما تلمس هذه الحقيقة لا يتم إلا باستقرار ميدانها الحقيقي ألا وهو القضاء. من خلال قرارات المحكمة العليا، وهذا ما دعانا الى ادراج فصل ثاني يتضمن دراسة نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

، ففيمما يتعلق بأنظمة الأدلة المختلفة للإثبات، وجدنا أن نظام الأدلة المعنوية يمثل النظام الطبيعي والذي يتماشى مع المفهوم السليم للسلطة التقديرية ، إلا أننا لا نضمن فيه عدم الانحراف من خلال تحكم القاضي الجزائي فيه.

وعليه فلا بد من وضع ضوابط على هذا النظام ، وان هذه الضوابط تكون بمثابة قواعد إرشادية، تعين القاضي في ممارسته لهذه السلطة دون أن تشكل قيوداً عليها، ذلك ان عملية تقدير الأدلة، هي عملية عقلية منطقية، تقوم على تلمس الحقيقة وإدراكها من خلال موضوعية القاضي في مجال هذا التقدير.

وبشأن موقف مشرعنا من نظام الإثبات، فيتضح جلياً انه قد عالج سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، ضمن نصوص متفرقة وليس ضمن نظرية الإثبات التي أَدْعُو إليها وما خلصت إليه من مشروع مقترح لهذه السلطة والذي أدرجته في خاتمة هذه الرسالة.

وقد لاحظت في مجال الاخذ بالدليل القانوني عدة نقائص كانت محل نقد من الفقهاء حيث أن المشرع حدد الأدلة المقبولة والتي تخضع لتقدير القاضي حصراً بالأدلة المتحصلة في دوري التحقيق والمحاكمة ، لكن فالأدلة قد تتحصل في مرحلة التحري وجمع الأدلة، كما أن القاضي قد يستقي هذه الأدلة من مصادر أخرى، غير الدعوى محل نظره ، حيث انه للقاضي الحرية في تقدير الأدلة طبقاً لقناعاته القضائية، من الأدلة المطروحة أمامه بالجلسة، ولا يجوز أن يبني حكمه على أدلة مستمدة من علمه الشخصي، الذي حصل عليه خارجها ، ومع ذلك فله أن يعتد بالدليل مما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة، والتي يفترض إلمام الكافة بها ، ما دام صالحاً لتكوين ادلة اثبات ، حيث تبقى هذه القناعة الشخصية للقاضي الجزائي في تقديري، هي الأسلوب الأمثل في مجال تقدير الأدلة ، متى ما أحيطت بالضمانات الكافية التي تؤمن سلامتها، وذلك اذا توفرت رقابة فعالة على معقوليتها ، حيث انه على النيابة العامة اثبات ما زاد عن الاركان العادية للجريمة وعلى المتهم اثبات أي دفع لصالحه.

وفي مجال الرقابة على تقدير الادلة توصلت الى دحض القاعدة القضائية القائلة بان لا رقابة على سلطة القاضي في تقدير الادلة.

كما توصلت الى دحض المبدأ القضائي القائل بان محكمة الجناح هي محكمة دليل بعكس محكمة الجنائيات فهي محكمة اقتناع ، لكن حيث ان القاعدة العامة المقررة بموجب المادة 212 من

قانون الاجراءات الجزائية الجزائري ، تجعل الدليل عموما يخضع لاقتناع القاضي ، فصياغة المادة جاءت عامة ولم تقتصر على محكمة الجنايات فقط بالتالي تصلح لان تطبق على محكمة الجناح ايضا.

اما فيما يخص مسالة تكييف الجريمة فلا حظنا بانها اخطر المراحل التي تمر بها الدعوى الجزائية لذا لا بد من استقلال قاضي من قضاة المحكمة به ، كما يجب النص على تعديل التكييف في ظل نص قانوني ، وتوصلنا الى ان مسالة التكييف لا بد من اخضاعها الى دراسة مستقلة ومعقدة كون انه يترتب عليها العديد من النتائج العملية ، وتعرضها عدة مشاكل منه ، مسالة التعدد المتعارض للاوصاف الجنائية ثم مسالة تفسير النص الجزائي ، وعليه فهي اكثر من ان تستوعبها رسالة ماجستير. اما فيما يتعلق بمسالة السلطة التقديرية للقاضي في مجال العقوبة فقد رايت بانها تقام على ثلاث خيارات هي اليات التخفيف ، كما تنحصر في مسالة الاختيار النوعي والكمي للعقوبة ، ثم اليات التشديد ، والتي نحصرها في ظرف العود فقط ، كما نستبعد مسالة موانع العقاب من اخضاعها الى سلطة القاضي التقديرية كونها محددة بموجب نص قانوني مستقل عن تقدير القاضي ن ثم وبعد هذه الدراسة ناقشنا مسالة بعض الانظمة الخاصة ومدى خضوعها للاطار العام للعقوبة .

Résumé

Le principe de légalité exige que le législateur est autorisé de mettre des règles juridiques qui organisent la vie sociale sous ces formes et de déterminer les règles de conduite sociale, les effets et les implications de tout cela la peur des effets des sanctions et interfère avec le juge d'appliquer la loi.

J'ai commencé mon travail par un chapitre consacré pour parler du principe de la légalité fait le législateur Algérien cité dans le premier article de la loi pénale, j'ai montre que ce principe est inspiré de l'islam, ce dernier qu'était négligé dans les législations occidentales jusqu'à la fin du XVIII siècle.

J'ai expliqué que ce principe sert à respecter les libertés individuelles de toutes injustices des trois pouvoirs de l'état, et j'ai démontré les conséquences de l'application de ces principes qui sont :

- ✧ Le législateur seul responsable de délimiter les crimes et les sanctions qui leur conviennent et la manière de les appliquer sans laisser au juge la possibilité d'expliquer les textes juridiques.
- ✧ Dans le premier j'ai étudié le principe du pouvoir discrétionnaire, et j'ai cité les différentes définitions, et j'ai montré que chacune n'a pas pu aboutir à une signification générale pour toutes les ressources du pouvoir discrétionnaire.

J'ai conclu que le pouvoir discrétionnaire se base sur 3 choix :

- Choisir la preuve et l'estimer et encore le choix du texte juridique à appliquer et la sanction commuable.
- Ensuite j'ai expliqué les caractéristiques du pouvoir discrétionnaire un démontrant que le juge a toujours un pouvoir basé sur 3 théories :
 - Une première objective qui entrave complètement le juge.
 - Une deuxième personnelle, qui lui a laissé le libre cours selon sa conviction.
 - Une troisième mixte et intermédiaire.

Par la suite on a pu avoir une théorie scientifique concernant le pouvoir du juge.

Le concernant la position de l'hôte législateur envers le système de conviction, on peut dire qu'il a étudié le pouvoir du juge pénal dans l'estimation des preuves d'après des différents textes et non pas selon la théorie de conviction à laquelle je fais appel et le projet suggéré pour ce pouvoir introduit dans la fin de mon mémoire .

Dans le domaine de la prise de la preuve juridique, j'ai constaté quelques insuffisances et lacunes critiquées par les Faqihis, où le législateur a identifié les preuves acceptables soumises à l'estimation du juge par des preuves accumulées après l'enquête et le procès, mais ces preuves peuvent être amassées dans la phase de l'enquête et du rassemblement des éléments de preuves ; mais le juge peut aussi puiser des preuves dans d'autres ressources hors le procès concerné, et a aussi la liberté d'estimer les preuves selon sa conviction, mais il ne peut pas se baser sur des preuves inspirées de son propre connaissance .

Restant dire que la conviction personnelle du juge pénal selon mon point de vue est la manière idéale dans le domaine de l'estimation des preuves, si elle est préservée par des garanties suffisantes assurant sérénité.

Dans le domaine de la censure de l'estimation des preuves j'ai réfuté la régle judiciaire disant que : pas de censure sur le pouvoir du juge dans l'estimation des preuves et j'ai réfuté aussi le principe judiciaire qui dit que la cour de misdemeanors est une cour de preuve contrairement à la cour de preuve contrairement à la cour d'assise qui est un tribunal conviction. La règle générale rapportée d'après l'article 212 du code de procédures pénales Algérien fait que la preuve est soumise à la déduction du juge.

Concernant l'adaptation du crime, on a constaté qu'elle est la phase décisive du procès pénal où il est obligatoire de consacrer un juge spécial pour s'en charger.

On a déduit que le problème d'adaptation devait être soumis à une étude indépendante et approfondie.

Le législateur Algérien si est contenté d'étudier le problème d'adoption pénal dans très peu et divers textes comme : L'article 05, 27,28 du code pénal et l'article : 361, 362,363 du code de procédures pénales .

En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire du juge dans le domaine de la sanction, j'ai vu qu'il se base sur trois choix :

Considérés comme mécanismes d'allégement, et il se réduit dans le choix qualitatif et quantitatif de la sanction, puis les mécanismes de rendre la sanction plus severe.

Abstract

The principle of legality demands that the legislature is authorized to make legal rules that organize social life in these forms and determine the rules of social conduct, effects and implications of all this fear of the effects of sanctions and interferes with the judge to apply the law.

I started my job with a chapter devoted to talk about the principle of legality makes the Algerian legislator cited in the first article of the penal law, I have shows that this principle is inspired by Islam, the latter qu'était neglected in the Western laws until the late eighteenth century.

I explained that this principle is to respect individual freedoms of all injustices of the three powers of the state, and have demonstrated the consequences of applying these principles are:

The legislature solely responsible for demarcating the crimes and the penalties that suit them and how to implement them without leaving the judge the opportunity to explain the legal texts.

In the first I studied the principle of discretion, and I quoted the various definitions, and I showed that each was unable to reach a general meaning for all the resources of discretion.

I have concluded that the discretion is based on 3 choices:

Choose proof and the estimate and still have the choice of the legal text

♣ to apply and the penalty commensurable.

Then I explained the characteristics of

♣ a discretion demonstrating that the judge always has a power based on 3 theories:

-- A first objective which hinders completely the judge.

-- A second personal, which left him free rein according to his conviction.

-- A third mixed and intermediate.

Thereafter, or may have a scientific theory regarding the power of the judge.

The concern is not the position of the legislator belief system, one can say he has studied the power of the criminal judge in the estimation of evidence based on different texts and not according to the theory of belief to which I appeal and the draft suggested for this power into the end of my memory.

In the area of taking the legal proof, I have seen some shortcomings and deficiencies criticized by the Faqih, where the legislature has identified evidence acceptable subject to the estimation of the judge by evidence accumulated after the investigation and trial. But this evidence can be gathered in the phase of the investigation and gathering evidence, but the judge may also tap evidence in other resources outside the trial concerned, and also the freedom to assess the evidence according to his conviction, but it can not base its evidence based on his own knowledge.

Remaining say that the personal conviction of the criminal judge in my view is the ideal way in the estimation of evidence, if it is preserved by providing sufficient guarantees serenity.

In the area of censorship of the estimate of evidence I have refuted the saying that judicial review: no censorship on the power of the judge in the estimation of evidence and I have also refuted the legal principle that says the court of misdemeanors is a court of contrary evidence in court of evidence contrary to the court seat, which is a court conviction. The general rule reported according to Article 212 of the code of criminal procedures Algerian fact that the evidence is subject to the deduction of the judge.

On the adaptation of crime, it was found that it is the decisive phase of criminal proceedings where it is required to devote a special judge to take charge.

It was deduced that the problem of adaptation should be subjected to a thorough and independent study.

The Algerian legislator is merely whether to study the problem of adoption in very few criminal and various texts as: Article 05, 27.28 Penal Code and Article: 361, 362, 363 of the code of criminal procedures.

Regarding the discretion of the judge in the field of sanction, I saw it was based on three choices:

Taken as relief mechanisms, and it is reduced in the choice of quality and quantity of sanction, then mechanisms make the penalty more severe.

