

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد

قسم الشريعة والقانون

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قسنطينة

رقم التسجيل:

الرقم التسلسلي:

سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية

تخصص الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

كمال لدراع

إعداد الطالب:

عبد القادر طهراوي

لجنة المناقشة

المؤسسة	الرتبة	الصفة	الاسم واللقب
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة	أستاذ	رئيسا	أ.د. زهرة بن عبد القادر
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة	أستاذ	مشرفا ومقررا	أ.د. كمال لدراع
جامعة الحاج لخضر - باتنة 1	أستاذ	عضوا	أ.د. عبد المجيد بوكركب
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة	أستاذ محاضر أ	عضوا	د. سعاد قصعة
جامعة باجي مختار - عنابة	أستاذ محاضر أ	عضوا	د. عابد سميرة
جامعة باجي مختار - عنابة	أستاذ محاضر أ	عضوا	د. محمد خليفة

السنة الجامعية: 1441 / 1442 هـ - 2020 / 2019 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ

النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ۝ ﴾

النساء/58

إهداء

أهدي ثواب هذا العمل العلمي إلى مَنْ قِيَضَهُ اللهُ تعالى لتنشئتي، فكان بحقٍّ وصدقٍ نِعَمَ المُرَبِّيِّ،
ونِعَمَ البَاذِلِ، ونِعَمَ الصَّاحِبِ، وقبل هذا كُلُّه وَبَعْدَهُ نِعَمَ الجَدِّ...

إلى جَدِّي الحبيبِ الطَّاهِرِ... جَدَّدَ اللهُ تعالى عليه الرِّحْمَاتِ، وأَسْكَنَهُ فسيحَ الجَنَّاتِ، وأورثه
جَنَّانَ الخُلْدِ مع الصَّالِحِينَ والصَّالِحَاتِ.

كما أهدي هذا العمل إلى والديَّ الكَرِيمِينَ وإخوتي الذين فَرَّغُونِي لطلب العلم، وشجَّعُونِي على
المُضِيِّ فِيهِ إلى الغاية؛ سَائِلًا رَبِّي جَلَّ فِي عِلْيَائِهِ أَنْ يَكْرِمَهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَى.

ولا أنسى ولن أنسى ما حييت تضحيات أمِّ أولادي، وفَلَدَاتِ كِبْدِي: أروى، ياسين، ضياء،
زين العابدين.

لقد صبرتم، و تنازلتم -مؤقتا- وَعَظَّضْتُمْ الطَّرْفَ عن كثير من حقوقكم عَلَيَّ، فلکم مَنِّي
خالص التَّحِيَّةِ والتقدير.

إلى كل من نَصَحَ، ساهم بإعارة كتابٍ، دَلَّنِي على مصدرٍ أو ملتقى، شجَّعني بكلمةٍ أو
ابتسامَةٍ، أبدى اهتماماً، دعا لي بظهر الغيب، لكم مني جميعاً خالصَ المحبَّةِ، وَعَظِيمِ
الامتنانِ، وأرجو من الله تعالى أن يُسْعِدَكُم في الدارين.

مُحِبُّكُمْ عبد القادر

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الموصول بالمحبة والتقدير لمن له عضليّ أفضل لا تُعدُّ، فأما أولها فتتلمذني عليه بجامعة الأمير عبد القادر في مرحلة الليسانس، وثانيها اختياري له بكل فخر واعتزاز مشرفاً وراعياً لهذا الجهد العلمي، أستاذي الذي لا تفارقه الابتسامة، الأستاذ الدكتور كمال لدرع. وقد كان -والله يشهد- دائم السؤال عن أحوالي، والمتابعة لسير البحث، فيإلى الله التقدير الكريم أرفع يدي راجياً منه جلّ جلاله أن يجلبه وأهله وأحبته بالعافية، وينفع به حيثما حلّ. كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم عضوية هذه اللجنة، وعلى بذلهم من وقتهم لقراءة هذا العمل، رغم كثرة الالتزامات، وضيق الأوقات، فأرجو من الله تعالى أن يوضع ذلك في كفة حسناتهم، ويجعله ذخراً لهم يوم لا ينفع مال ولا بنون. كما أتقدم بالشكر إلى كل المنتسبين إلى جامعة الأمير عبد القادر من أساتذة وإداريين وطلبة، وكل من أكرمه الله تعالى بالعمل أو الدراسة في هذا الصرح العلمي الشامخ الذي تعزز به الجزائر وتفخر.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه، ونستهديه ونسترشد به، نعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهدي الله فهو المهتدي، ومن يضل فلن تجد له وليا مرشدا، ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، ونشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وسلم، بلغ الرسالة وأدى الأمانة، وجاهد في الله حق جهاده حتى أتاه اليقين، علم الناس من جهالة، وهداهم من ضلالة، وبصرهم من عمى، فاللهم صل وسلم وبارك عليه، وعلى آله الأطهار وأصحابه الأبرار، صلاة وسلاما دائمين ومتلازمين ما دام الليل والنهار، ثم أما بعد؛ فإن الله تعالى جلت قدرته وحكمته قد خلق الإنسان في أحسن تقويم، وفضله على كثير ممن خلق وكرمه أيما تكريم؛ ومن أعظم التكريم بعثة الرسل، وتنزيل الكتب، وتفصيل الشرائع، كما أكرمه بنعمة العقل لينظر في هذه النعم، ويتنفع بها، فتحصل له سعادة الدارين.

أتم الله تعالى النعمة على خلقه ببعثة محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم بالشرعية الخاتمة، التي عم خطابها العالمين، واقتضت عالمية الرسالة وخاتميتها أن تبني على الفطرة باعتبارها المشترك الإنساني، حتى تناسب الإنسان فردا وجماعة في كل عصر ومصر؛ ولذا وجدنا الكثير ممن أسلموا إذا تحدثوا عن سبب إسلامهم وصفوا ذلك كأن عنصرا تكوينيا كانوا يعيدون عنه ثم عادوا إليه؛ وليس ذلك العنصر في الحقيقة إلا الدين الصحيح، قال تعالى: ﴿طَبَّهُ ۗ مَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْقُرْآنَ لِتَشْفِيَ﴾ (طه/ 01-02).

وظلت هذه الشريعة المباركة تمد المسلمين -من خلال جهود أعلامها- بالأحكام للوقائع، و الأشفية للعلل، والحلول للأزمات طيلة قرون التحضر الإسلامي، فكانت مواكبة للأمة في تطورها؛ بل إن خير هذه الشريعة امتد إلى غير المسلمين هداية وعدلا وسلاما.

وقد نجحت الأمة الإسلامية خلال قرون الازدهار العلمي في تأسيس العلوم وصياغة مناهج البحث، كما حققت فتحا عظيما في بناء النظم التي تقوم عليها الحضارة، ومن أهم تلك النظم النظام القضائي الذي تكفل التشريع الإسلامي من خلال النصوص ببيان أحكامه

وقواعده ومبادئه ومقاصده، وترك للعقل المسلم المجتهد مساحة هامة للنظر في المستجدات وإيجاد الحلول والأحكام التي تنسجم معه نصا وروحا.

لكن سنة الله تعالى التي لا تتبدل ولا تتحول قضت بأن البشر مهما بلغوا من الرشد فإنهم لا محالة آيلون إلى التغيير، من الهدى إلى الضلال، ومن التحضر إلى التخلف، ومن القوة والمنعة إلى الضعف وذهاب الريح، وليست الأمة الإسلامية استثناء من هذه السنة الكونية، حيث غيرنا ما بأنفسنا فغير الله تعالى ما بنا، فإذا بنا بعد أن كنا في المقدمة نقود الإنسانية إلى الخير نجد أنفسنا في مؤخرة الركب نقاد إلى الشر، ونساق إلى التقليد رغبا ورهبا، إلى درجة أن البعض منا دعانا صراحة إلى إعلان القطيعة مع ميراثنا كما فعل الغرب، إن كنا نريد العودة إلى الحضارة من جديد.

فإذا انتقلنا إلى مسار المجتمعات الغربية في تاريخها القضائي قبل عصر الأنوار وجدنا أنها عاشت قرونا من المظالم القضائية، بما كان يملكه القضاة من سلطة مطلقة في التجريم والعقاب من جهة، يشد من عضدهم رجال الكنيسة من جهة أخرى؛ وقد بما قيل "إن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة"؛ ولم تتحرر تلك المجتمعات من أولئك القضاة الظلمة إلا بعد أن جاء رواد المدرسة التقليدية وعلى رأسهم الماركيز سيزاري بيكاريا، حيث نبه لأول مرة إلى مبدأ الشرعية في مصنفه الشهير "في الجرائم والعقوبات"، وبمقتضى هذا المبدأ ينبغي أن ينص التشريع بشكل واضح على الأفعال المجرمة وعقوباتها؛ حتى يكون الشخص على علم مسبق بأن ما أقدم عليه جريمة يعاقب عليها القانون، فإذا ما أقدم على ذلك كان مسؤولا جنائيا، ويتحمل ما يترتب على فعله من جزاء مهما كان شديدا.

غير أن المدرسة التقليدية بالغت في الاعتداد بهذا المبدأ إلى درجة الإهمال التام لشخصية المجرم والظروف المحيطة بجريمته، وما يبني على ذلك كله من اختلاف في خطورتهم الإجرامية، فالمساواة في العقوبة مع اختلاف الظروف يتنافى مع مبدأ العدل الذي جاء القانون

لإقامته، وهذا من أهم الانتقادات التي وجهت إلى هذه المدرسة، فكان ذلك إيذانا بظهور مدرسة تالية تبقي على مبدأ الشرعية مع التخفيف من غلوائه؛ وفعلا ظهرت إلى الوجود المدرسة التقليدية الجديدة ومن أهم ما جاءت به نظام الظروف المخففة ووقف التنفيذ استدراكا للخلل الذي وقعت فيه سابقتها.

وبهذين النظامين يكون الفكر الجزائي قد فتح مجالاً لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة المناسبة بعيداً عن الإفراط في شرعية التجريم والعقاب اللذين أديا إلى تساوي الناس في العقاب بالرغم من اختلاف الظروف، وبعيداً عن التفريط في مبدأ الشرعية الذي أدى إلى تحكم القضاة وتسلطهم. ولكن هل فض الإشكال واستطاع الفكر القانوني أن يصل إلى صيغة مناسبة تضمن توازناً مقبولاً بين مبدأ الشرعية القاضي بضرورة التقيد بالنص تجرماً ومعاقبة، وبين السلطة التقديرية للقاضي والتي تتطلب مرونة تشريعية بحيث يترك المشرع الجنائي مجالاً لنشاط القاضي في تقدير العقوبة المناسبة تحقيقاً لمبدأ التفريد العقابي؟! .!

فالتشريعات الحديثة وإن كانت في أغلبها تأخذ بنظام السلطة التقديرية النسبية للقاضي الجنائي، إلا أننا نجد هذه التشريعات تختلف في هذه النسبية، بحيث يمكن تصنيف هذه التشريعات إلى أربع مجموعات: نسبية واسعة، نسبية معتدلة، نسبية متراوحة بين الضيق والاعتدال، نسبية تتأرجح بين الضيق والاعتدال والاتساع.

فلما وقفت على هذا الاختلاف التشريعي في ضبط حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، وكان التشريع الجزائي الجزائري من جملتها، ورأيت الشريعة الإسلامية لها خطتها الخاصة، ونظامها المتفرد في رسم حدود سلطة القاضي في تقدير العقوبة، وألفيت خصوم الإسلام ركبوا كل صعب وذلول لتشويه الإسلام والصّدِّ عنه، وذلك بتصوير شريعته قاصرة عن استيعاب مقتضيات الحياة المعاصرة، بل لا تصلح لحكم إنسان النهضة الحديثة؛ عقدت العزم على إجراء دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؛ على أن يكون

ميدان المقارنة في الأصول والكلديات؛ كالمصادر والقواعد العامة والمقاصد والنظريات، لا في الأحكام والتفصيليات؛ لعلمي بأن الاختلاف أو الاتفاق في هذه الأخيرة إن هو إلا صدى لما هو كائن في الأصول والكلديات.

ويعد المجال الجزائري ميدانا فسيحا لهذا الضرب من البحوث، لأنه المجال الذي تظهر فيه بشكل أوضح فريدة التشريع الإسلامي وكفاءته العجيبة في تحقيق ما تصبو إليه البشرية من الأمن على المصالح الضرورية، وإن من أهم القضايا التي احتدم فيها الخلاف بين التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية مسألتنا التجريم والعقاب وما يتعلق بهما، وهو خلاف لا يمكن الإحاطة به من خلال بحث أو حتى بضعة بحوث، نظرا لتشعب الخلاف وامتداداته في قضايا كثيرة، كل واحدة منها تصلح أن تكون موضوعا مستقلا للبحث والمقارنة.

وقد لفت انتباهي اعتناء العديد من الباحثين من رجال القانون وكذا من الباحثين في الفقه الإسلامي بمسألة سلطة القاضي في تقدير العقوبة، واختلاف التشريعات في ذلك حتى داخل المدرسة القانونية الواحدة، فرغبت أن يكون هذا الموضوع مجال بحثي لنيل درجة الدكتوراه في تخصص الشريعة والقانون، وجعلت عنوانه:

"سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري".

أولا/ إشكالية البحث:

يعد موضوع السلطة التقديرية من المواضيع الشائكة والواسعة، ومن ثم فهو يثير عدة إشكالات، وهذا البحث يعمل على الإجابة عن بعض من هذه الإشكالات وهي تلك المتعلقة بحدود السلطة التقديرية للقاضي الجزائري، والتي يمكن تلخيص إشكالاتها العام في التساؤل

التالي: ما مدى تمتع القاضي في التشريعين الإسلامي والجزائري بسلطة تقدير العقوبة؟ و يتفرع عن هذا السؤال جملة من التساؤلات الفرعية أجملها في ما يلي:

أ/ هل يملك القاضي في التشريعين الإسلامي والجزائري سلطة اختيار العقوبة نوعا وقدرا؟.

ب/ ما مدى سلطة القاضي في تخفيف العقوبة و تشديدها في التشريعين الإسلامي والجزائري؟

ج/ هل يتمتع القاضي في التشريعين الإسلامي والجزائري بسلطة العفو عن العقوبة؟

د/ ما طبيعة ومساحة الالتقاء والاختلاف بين التشريعين الإسلامي والجزائري في سلطة القاضي في اختيار العقوبة وتخفيفها وتشديدها والعفو عنها؟.

هـ/ ما هي الأغراض التشريعية الكامنة وراء بسط التشريع لسلطة القاضي وقبضها؟.

ثانيا/ أسباب اختيار الموضوع:

أ/ إن الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية بشكل عام لن تكون ذات جدوى إن هي اتجهت إلى بحث الفروع والأحكام، لأن الاختلاف الجوهرى بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية يكمن في المنطلقات والأسس والمقاصد والقواعد العامة، وبالتالي يعتبر الاختلاف في الأحكام غالبا صدى للاختلاف في تلك الكليات العامة التي تعتبر العمود الفقري لكلا التشريعين؛ فرغبت أن يكون بحثي في واحدة من هذه الكليات وهي السلطة التقديرية، حتى أبرز هدي التشريع الإسلامي وخطة المشرع الوضعي الجزائري في هذه المسألة الهامة والمعقدة.

ب/ لقد ظل الفكر الجزائري الذي صاحب النهضة الغربية المعاصرة يبالغ في الاعتداد بحقوق الإنسان وحرياته العامة والخاصة وضرورة مراعاتها في التشريعات، بدء بالتشريع الأساسي (الدستور) وانتهاء بمختلف فروع القانون؛ وقد زعم هذا الفكر أن ما قدمه من أفكار لبناء منظومات تشريعية جزائية كفيلة بإسعاد الإنسان وحفظ مصالحه، يضاف إلى هذا المشهد البئيس انبهار عدد غير قليل من البحّثة المسلمين بهذا الفكر، بحيث تنكر بعضهم لشريعتنا الخاتمة، واكتفى بعضهم الآخر بمحاولة إظهار أن ما وصل إليه هذا الفكر موجود في شريعتنا، ولو بضروب من التكلف؛ وقلة هم من نجحوا في التخلص من عقدة تبعية المغلوب للغالب؛ فدفعني هذا كله إلى بحث موضوع السلطة التقديرية بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي الجزائري، بحيث يكون المنطلق فرادة التشريع الإسلامي وتكامل أحكامه ومقاصده مع الفطرة الإنسانية، وإن الاتفاق إن وجد لا يزيدني إلا اعتزازا وفخرا بشريعتي وأنها رحمة كلها، ومصالحة كلها، وعدل كلها، وحكمة كلها، وإن وجد الاختلاف -وهو كائن لا محالة- فلا ضير في ذلك، ولن أتكلف في التوفيق بين التشريعين، لأن هدي الشريعة هو الحق الذي لا شك فيه، والفكر الجزائري اجتهاد بشري يصيب ويخطئ، وما يصل إليه اليوم ربما رجع عنه غدا.

ج/ إن المتتبع للأحداث الجارية في بلاد العرب والمسلمين وما آلت إليه أحوالهم، وتنامي الوعي بأن نهضتنا لن تبنى على غير ميراثنا الصحيح، فوجدتني مدفوعا للمساهمة في بث الوعي والعلم بضرورة العودة الجادة إلى ديننا، وتحكيم شريعتنا في حياتنا العامة، وأن ذلك كله ضرورة إيمانية وحضارية.

ثالثا/ أهمية الموضوع:

أ/ إن معرفة القاضي للحالات التي يستخدم فيها سلطته التقديرية وحدودها، يساهم أبما مساهمة في تقدير العقوبة المناسبة في التشريعين الإسلامي والجزائري، بما يجعل العقوبة تحقق أغراضها، ومن هنا تبرز أهمية الحديث عن السلطة التقديرية وحدودها.

ب/ إن موضوع السلطة التقديرية من المسائل التي تتسم بقدر كبير من المرونة وذلك تبعا لطبيعة الظاهرة الإنسانية المعقدة، ولذا نجد أن التشريعات لا تستقر على نمط واحد في طبيعة العلاقة بين المشرع والقاضي في تقدير العقوبة، بل لاحظنا أن هذه المرونة مست أيضا النظام القضائي الإسلامي في العصر الحديث، وطرحت عدة مستجدات، وهذا كله يجعل مواكبة التعديلات التشريعية في موضوع السلطة التقديرية شرحا وتعليلا ونقدا أمرا لا تخفى أهميته.

ج/ تعلق موضوع السلطة التقديرية بمصالح أساسية للأشخاص تواضعت الشرائع السماوية والوضعية على حمايتها وحفظها، وهذه المصالح هي أرواح الأشخاص وأبدانهم وحررياتهم وأعراضهم وأموالهم؛ ولا شك أن استعمال القاضي لسلطته التقديرية يمس واحدا من هذه المصالح وربما أكثر على المستوى الفردي والجماعي.

رابعا/ أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف تتمثل فيما يلي:

أ/ بناء تصور عام حول سلطة القاضي في تقدير العقوبة في التشريع الإسلامي والجزائري، وذلك بالكشف عن المساحة التي سلب فيها التشريع من القاضي سلطة التقدير، وبالمقابل طبيعة وحجم المساحة التي منحه فيها سلطة التقدير، مع ضبط القيود الواردة على هذه السلطة الممنوحة.

ب/ إن التشريع بشكل عام ومنه التشريع الجزائري من أهم المجالات التي غزانا بها الاستعمار، و الأنكى من ذلك أننا نجحنا في إجلاء المستعمر الأجنبي عسكريا، لكننا لم ننجح بعد في إجلائه ثقافيا، مما شاب استقلالنا بالنقص، ويعد هذا البحث لبنة في صرح مشروع العودة إلى تحكيم شريعتنا، وذلك ببيان هدي الشريعة في ضبط تصرف القاضي في تقدير

العقوبة، ومقارنة ذلك بالتشريع الجزائري حتى نبين لكل باحث منصف بالدليل البون الشاسع بين التشريعين.

ج/ بيان نطاقات الالتقاء أو الاتفاق والاختلاف بين التشريع الإسلامي و قانون العقوبات الجزائري، ومدى شكلية أو جوهرية هذا الاتفاق والاختلاف.

د/ محاولة الكشف عن الرؤية الكامنة وراء منح و سلب و تقييد القاضي في استعمال سلطته التقديرية، وأن تصرف المشرع في ذلك كله لا يخلو من أغراض تشريعية.

هـ/ الكشف عن فرادة التشريع الإسلامي باعتباره تشريعا سماويا عالميا خاتما ومحفوظا، ومدى انسجامه مع الفطرة الإنسانية في موضوع السلطة التقديرية، ومن ثم فعالية التقدير القضائي للعقوبة في الحد من الإجرام.

خامسا/ الدراسات السابقة:

لما كان الموضوع بالأهمية التي سبق بيانها كان لزاما أن تكثر البحوث والدراسات حوله وصفا وتحليلا ونقدا ومقارنة، وغير ذلك من أشكال الدراسة، لكن هذه الدراسات على كثرتها لم تمنع وجود ما تسمى في علم المناهج بفجوة البحث، أي تلك المساحة التي لم يغطيها البحث العلمي بعد، فلا تزال بكرا وأرضا بورا، أو أن البحث العلمي أثارها لكن مر عليها مرور الكرام دون تعميق النظر وتأصيل الأحكام، واستيعاب المسائل، وهذا ما حصل بالضبط في موضوع سلطة للقاضي في تقدير العقوبة، حيث يمكن تصنيف الدراسات المنجزة على النحو الآتي:

أ/ دراسات قانونية مقارنة:

يصعب جدا حصر بحوث هذا القسم لكثرتها وتنوعها، لكنها تشترك جميعا في كونها تناولت التشريع الوضعي بشكل أساسي، وأشارت بعضها بشكل مقتضب جدا إلى موقف التشريع الإسلامي، وأجود البحوث التي تنتمي إلى هذا القسم بحثان:

"الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة -دراسة مقارنة- " لأكرم

نشأت إبراهيم، وهو بحث أتى على جوانب مهمة من سلطة القاضي في تقدير العقوبة كسلطة اختيار العقوبة نوعا وقدرًا، سلطة التخفيف والتشديد، سلطة العفو... كما أشار الباحث إلى زوايا وأبعاد يحسن بالباحثين طرقها منها ضوابط سلطة القاضي في تقدير العقوبة، الرقابة على سلطة القاضي في تقدير العقوبة، ويعد البحث إضافة نوعية في المكتبة القانونية الجزائرية لأنه بحث ينتمي إلى فرع القانون المقارن وقد أبدع صاحبه متسلحا بألسن متعددة في استعراض موقف التشريعات الغربية والعربية على حد سواء، لكن فيما يتعلق بالتشريع الإسلامي اكتفى بالإشارة إليه في صفحات معدودة جدا لا تزيد عن خمس صفحات من الصفحة إحدى وستين (61) إلى الصفحة خمس وستين(65)؛ وقد قاده هذا الاختصار المخل والاطلاع البسيط والسطحي إلى أحكام لا تصح ذكرنا نماذج منها خلال البحث.

"سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية" لحاتم حسن موسى

بكار، وهو بحث ركز صاحبه - كما نبه في مستهل الدراسة- على التشريع الليبي وقضائه، وقد بدا التوجه القانوني البحث في الدراسة واضحا من خلال المراجع المعتمد عليها؛ إضافة إلى أن هدفه الذي حدده هو محاولة رسم معالم النظرية العامة لسلطة القاضي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية.

ب/ دراسات حول القانون الجزائري:

وهي أبحاث (ماستر وماجستير ودكتوراه) اجتهدت في الكشف عن سلطة القاضي في تقدير العقوبة في القانون الجزائري الجزائي فقط، مع الإشارة بشكل عام أحيانا إلى بعض التشريعات الأخرى عربية كانت أم أجنبية وعلى رأسها التشريع الجزائري الفرنسي باعتباره أم القانون الجزائري الجزائري ومصدره في الكثير من الأحكام؛ وأهم تلك الدراسات:

"سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة" للباحثة قريمس سارة (رسالة ماجستير)

التخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية، تحت إشراف: درياس زيدومة، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، السنة الدراسية: 2012/2011.

ويلاحظ على هذه الدراسة أنها لم تستوعب كل نطاقات سلطة تقدير العقوبة، حيث لم تتعرض على سبيل المثال لسلطة القاضي ورئيس الدولة في العفو عن العقوبة، كما أنها أغفلت العديد من صور ممارسة السلطة التقديرية في اختيار العقوبة واستبدالها، وتخفيفها وتشديدها، يضاف إلى هذا كله غلبة الجانب الفروع في البحث مما يوحي للقارئ أنه بحث في الأحكام وليس بحثا تنظيريا يريد رسم معالم سلطة القاضي في تقدير العقوبة في القانون الجزائري الجزائري، وهو ما اجتهدت في تجنبه في هذه الدراسة.

"حدود سلطة القاضي الجزائي في تفريد العقوبة" لزيد أحمد (مذكرة ماستر)

التخصص: القانون الجنائي، تحت إشراف: بلحرف سامية، جامعة محمد خيضر (بسكرة) كلية الحقوق والعلوم السياسية - قسم الحقوق - السنة الدراسية: 2016/2015.

اكتمى الباحث في هذه الدراسة بسلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة ومقدارها، وسلطته تخفيفا وتشديدا، وأغفل الحديث عن سلطته في العفو ووقف التنفيذ، إضافة إلى استطراد الباحث في استعراض النظم الكفيلة بتحقيق سلطة القاضي فيما ذكر وضعف التركيز

على ما تظهر فيه هذه السلطة، يضاف إلى ذلك طغيان جانب الأحكام و تتبع التفاصيل بدل الاهتمام بجانب التنظير مع الاستعانة المقتضبة بالتفاصيل لتأكيد أو نفي أو ضبط الجانب التنظيري في موضوع سلطة التقدير، لأن البحث في السلطة بحث تنظيري خالص لا ينزل إلى النصوص أو الأحكام التفصيلية إلا بقدر.

كما يضاف إلى هذا المجال بعض الدراسات التي تناولت موضوع السلطة التقديرية للقاضي لكن في جوانب أخرى مثل: تقدير الخبرة، قاضي شؤون الأسرة، سلطة التقدير في القضاء الإداري، أو تناولت بعدا من سلطة التقدير مثل سلطة تخفيف العقوبة أو تشديدها، أو وقف تنفيذ العقوبة، أو تقدير الأدلة؛ وغير ذلك من الأبعاد.

ج/ الدراسات الشرعية الخالصة:

وهي دراسات اجتهدت في بناء صورة عامة للسلطة التقديرية في الفقه الجنائي الإسلامي بشكا عام أو في جانب محدد من السلطة التقديرية، ومن أبرزها:

"السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي" لمحمود محمد ناصر بركات، (رسالة دكتوراه طبعها دار النفائس/ الأردن، 1427هـ/2007) التخصص: الفقه وأصوله، تحت إشراف: وهبة الزحيلي، جامعة دمشق، كلية الشريعة، (سوريا)، وهو بحث ممتاز تتبع صاحبه السلطة التقديرية للقاضي في مختلف مراحلها من رفع الدعوى إلى الفصل فيها مرورا بمسائل الإثبات وتقدير العقوبة، إضافة إلى التقدير القضائي في الأحوال الشخصية، ثم آثار استخدام القاضي لسلطته التقديرية، وعلاقة النشاط التقديري باستقلال القضاء.

ورغم أن الباحث حاول أن يلم بسائر جوانب الموضوع إلا أنه لم يستطع، وما كان له أن يستطيع، نظرا لسعة الموضوع وتعدد جوانبه، فالسلطة التقديرية من حيث هي نشاط ذهني حاضرة في سائر مراحل التقاضي، من رفع الدعوى إلى الحكم والتنفيذ، كما أنها حاضرة في

أغلب أبواب الفقه؛ وهذا ما جعل الباحث لا يتعرض لبعض المجالات مثل النشاط التقديري في المعاملات المالية كتقدير الآجال، والتعويض في جبر الضرر، وتقدير الأدلة والخبرة، ونحو ذلك كثير؛ يضاف إلى ذلك أن الباحث تناول الفقه الإسلامي فقط دون التطرق للتشريعات الوضعية فهو بحث فقهي خالص.

كما يمكن أن يدرج ضمن هذا القسم بعض البحوث التي تناولت جانبا فقط من السلطة التقديرية في المجال الجزائري للفقه الإسلامي ومن تلك الدراسات: "ضوابط السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي لنذير أوهاب، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة" لناصر إبراهيم محمد زكي؛ وهذه أيضا بحوث فقهية خالصة، لكنها استفادت كثيرا من الناحية المنهجية من البحوث القانونية كما صرح بذلك محمد ناصر بركات.

د/ الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

من خلال بحثي وتنقيبي لم أعثر على دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري حول سلطة القاضي في تقدير العقوبة بشكل مستقل، لكن عثرت على دراسة علمية تبدو لأول وهلة وكأنها تتطابق مع بحثي وهي: "تفريد العقوبة الجزائية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري" لمحمد العايب (رسالة دكتوراه) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: عبد القادر عبد السلام، جامعة باتنة 01، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، السنة الدراسية: 1436-1437هـ / 2015-2016، إلا أن هذه الدراسة تتناول مسألة مختلفة عن السلطة التقديرية موضوع بحثنا، فإذا كانت فكرة التفريد تتجه إلى البحث عن مدى إمكانية معاقبة كل مجرم بما يتناسب مع شخصيته وظروفه وطبيعة جريمته، فإن دراسة السلطة التقديرية تبحث في المساحة التي يتركها التشريع للقاضي لتقدير العقوبة، وأحوال هذه السلطة سعة وضيقا، منحا وسلبا؛ ولأجل ذلك تطرق الباحث إلى نوعي التفريد التشريعي والقضائي؛

وهذا بخلاف بحثي الذي سيتناول التقدير القضائي للعقوبة حيث تظهر سلطة القاضي في الحكم بالعقوبة المناسبة.

أضف إلى ذلك أن الباحث على ما لاحظته أثناء اطلاعي على الدراسة اكتفى في الغالب ببيان موقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري كل على حدة، دون أن يتطرق للمقارنة ببيان مواطن الالتقاء والاختلاف، وهو ما جعله يبتعد على نحو ما عن حقيقة الدراسة المقارنة، بينما تجتهد هذه الدراسة في المقارنة بين التشريعين وتحديد مواطن الالتقاء ومواطن الاختلاف.

سادسا/ منهج البحث:

إن طبيعة تناول الموضوع تتحكم إلى حد كبير في تحديد منهج البحث، ولما كان هذا البحث يقوم على محاولة رسم صورة عامة وواضحة حول سلطة القاضي في تقدير العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وبناء هذه الصورة انطلاقا من النصوص وشروح الفقهاء، مع المقارنة بين التشريعين اتفقا واختلافا اقتضى ذلك أن أتوسل وأجمع بين المناهج التالية:

أ/ المنهج الاستقرائي: وقد استخدمته في تتبع المسائل الفقهية والنصوص القانونية، تمهيدا لتحليلها ومقارنتها.

ب/ المنهج التحليلي: وقد لجأت إليه في تحليل النصوص، للوصول إلى الأغراض التشريعية من وراء سلب تقييد سلطة القاضي، وأحيانا محاولة فهم الخلفية الكامنة وراء أقوال بعض الفقهاء.

ج/ المنهج المقارن: وقد استعملته في المقارنة بين أقوال الفقهاء تارة، وتارة أخرى وهو الغرض الأساس في المقارنة بين ما جاءت به الشريعة الإسلامية وما ذهب إليه المشرع الوضعي الجزائري، ببيان مواطن الاتفاق والاختلاف، وطبيعة وحجم ذلك.

ولا يفوتني في هذا السياق أن أنبه إلى أن بعض الباحثين المعاصرين في مجال مناهج البحث لديهم نظر جديد فيما يتعلق بإطلاق مصطلح "مناهج البحث" حيث يرون أن هذا المصطلح معناه بدقة: جملة العمليات العقلية ووسائلها التي استخدمت في الوصول إلى تلك المعارف العلمية والنتائج البحثية، وبناء على هذا التصور تتحول سائر المناهج المذكورة (الوصفي، التحليلي، المقارن) إلى مجرد عمليات، فيقول الباحث باختصار: يقوم المنهج الذي استخدمته في هذا البحث على العمليات التالية: الوصف، التحليل، المقارنة.

سابعاً/ منهجية البحث:

تلخص منهجيتي في معالجة المادة العلمية لهذا البحث في النقاط التالية:

- 1/ كتبت الآيات القرآنية الكريمة بالرسم العثماني، برواية ورش عن نافع، وبالخط المغربي، وأثبت اسم السورة ورقم الآية في المتن عقب الاستشهاد الآية مباشرة.
- 2/ فيما يتعلق بالأحاديث النبوية والآثار فإني خرَّجتها من مَظَاهِئها، وذلك بذكر المعلومات المتعلقة بالدار التي طبعت المصدر الذي وثقت منه الحديث أو الأثر، ثم الجزء إن وجد، فالصفحة، وأختم ذلك بذكر الكتاب والباب ورقم الحديث إن وجد.
- 3/ ترجمة الأعلام: اكتفيت بالترجمة للأعلام الذين غلب على ظني عدم شهرتهم، واعتمدت في الترجمة بشكل أساسي على سير أعلام النبلاء للإمام الذهبي، وهي في الغالب ترجمة وافية، فإذا كانت الترجمة غير مستوعبة استعنت ببعض كتب التراجم الأخرى التي وفيت بالمطلوب على ما قَدَّرْتُ؛ وقد حرصت في الترجمة على ذكر الإسم الكامل للعَلَم، وتاريخ ولادته ووفاته، والعلوم التي برع فيها، وأهم شيوخه وتلامذته ومصنفاته، وذلك حتى أعطي للقارئ صورة واضحة عن العلم المترجم له.

4/ اجتهدت في العودة إلى المصادر سواء في مباحث المعاني اللغوية أو المعاني الاصطلاحية، وكذا الأحكام الفقهية والقانونية، واضعا نصب عيني نصوص التشريعين الإسلامي والجزائري خصوصا، والاعتماد على شروحيهما في بناء التصور العام لسلطة القاضي في تقدير العقوبة في كلى التشريعين.

كما استعنت أيضا ببعض المراجع المعاصرة من رسائل علمية ومقالات في تدعيم ما ذهبت إليه من ترجيح أو اختيار، وأحيانا لبيان الاجتهاد المعاصر في المسألة إن كانت نازلة من النوازل، وأحيانا استفدت من بعض أفكارها ونتائجها.

5/ فيما يخص توثيق النصوص المستشهد بها فإني إذا نقلت النص حرفيا وضعته بين علامات التنصيص: "....." أما إذا تصرفت فيه، بحيث استشهدت بالمعنى فقط، أو غيرت في النص بحيث أدخلت عليه تغييرا قليلا كان أم كثيرا، فإني من باب الأمانة العلمية أكتفي بالإشارة إلى المصدر أو المرجع في الهامش، مع تصدير الكلام بعبارة: ينظر، حتى يعلم القارئ أنني تصرفت في النص؛ وفي كل الأحوال سواء كان النص منقولاً حرفياً أو مُتَصَرِّفاً فيه، فإني إذا ذكرت المصدر أو المرجع لأول مرة أوثقه على النحو التالي:

أ/ إذا كان المصدر كتابا مطبوعا فإني أذكر: الاسم الكامل المؤلف، أو أكتفي باسم الشهرة مثل (الشاطبي)، عنوان الكتاب تحته سطر، إسم المحقق أو المترجم إن وُجد، رقم الطبعة، ثم أفتح قوسا لكتابة: إسم المدينة والبلد الذي طبع فيه الكتاب، يليه إسم دار الطبع، ثم تاريخ الطبع، ثم أغلق القوس وأكتب الجزء والصفحة.

ب/ أما إن كان المصدر رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه) فإني أثبت الاسم الكامل للباحث، عنوان الرسالة، التخصص، فالاسم الكامل للأستاذ المشرف، ثم اسم الجامعة، فالبلد، وأخيرا السنة الجامعية والجزء إن وجد، وأخيرا الصفحة.

ج/ وإن كان المصدر مقالا في مجلة علمية، فإني أُثبِتُ الاسم الكامل للباحث، ثم عنوان المقال، ثم اسم المجلة، فإسم الهيئة التي تصدرها من جامعة أو نحوها، ثم البلد، فالمجلد والعدد، وأخيرا التاريخ والصفحة.

6/ فيما يخص منهجية المقارنة فإن عادة الباحثين جرت على سلوك إحدى طريقتين:

أ/ الاكتفاء ببناء تصور عام وواضح للموضوع في التشريع الإسلامي بشكل مستقل، ثم إتباع ذلك بالتشريع الوضعي دون بيان وجوه الاتفاق والاختلاف إن وجدت.

ب/ بناء الموضوع ككل على أساس المقارنة التزامنية، بحيث يذكر الباحث رؤية التشريع الإسلامي للمسألة، وفي الوقت نفسه يبين رؤية التشريع الوضعي، مع إبراز مواطن الاتفاق والاختلاف والتميز.

ولئن كانت الطريقة الأولى لا يَصُدَّقُ عليها اسم المقارنة، لكونها لا تزيد عن مجرد توصيف لرؤية التشريعين للموضوع فقط كما نبه الباحث فريد الدين الأنصاري، فإن الطريقة الثانية لا تخلو هي الأخرى من عيوب في بعض نواحي المقارنة، وأهم تلك العوائق أن الباحث يجد نفسه أمام نموذجين تشريعيين مختلفين تماما في الرؤية، بحيث يتحتم عليه أن يبرز كل رؤية تشريعية استقلالا، ثم يعقد المقارنة بعد ذلك للتعرف على نواحي الالتقاء والافتراق، وهذا بالضبط ما واجهته في الفصل الأول من هذا البحث.

7/ جريت في البحث على نسق واحد فيما يتعلق بترتيب تناول للفقه الإسلامي والقانون الجزائري، فالتزمت البدء ببيان رؤية التشريع الإسلامي، ثم أتبعه بموقف المشرع الوضعي الجزائري، باستثناء الفصل الثالث في مبحثه الأول المتعلق بسلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة، والداعي إلى هذا الاستثناء أن نظام وقف التنفيذ لم يعرفه النظام الجزائري الإسلامي في نصوصه، وخصوصا في عقوبات الحدود والقصاص، لكن تسمح به الشريعة في مجال التعزير من

خلال مقاصدها وقواعدها العامة، فلما كان البحث يقتضي التعريف بهذا النظام أولاً ثم بيان مشروعيته، وحدوده في كلا التشريعين، فرض ذلك على الباحث أن يبدأ بالقانون الوضعي ليعرف بهذا النظام، ثم يعقبه بموقف التشريع الإسلامي فالتشريع الجزائري.

ثامنا/ خطة البحث:

بعد النظر في الأبعاد التي تتجلى من خلالها سلطة القاضي في تقدير العقوبة، والاستفادة منه بعض البحوث التي سبقتني في الشق القانوني خصوصاً بنيت بحثي على الخطة التالية:

صدّرتُ البحث بمقدمة ضمّنتها العناصر المنهجية الضرورية التي تجلّي للقارئ موضوع البحث من حيث ضبط العنوان والإشكال، وبيان الأسباب التي دفعني لاختيار هذا الموضوع بالذات، والأهداف التي أسعى لتحقيقها، والدراسات السابقة في الموضوع، إضافة إلى تحديد المنهج الذي استخدمته في البحث، ومنهجيتي في التعامل مع المادة العلمية من حيث مصادرها وتوثيقها، وكل ما تعلق بالجانب الفني والشكلي؛ وانتهيت في الأخير إلى الكشف عن التصميم الذي أفرغت فيه هذه المادة العلمية، تلا ذلك فصل تمهيدي والذي تضمن مدخلا اصطلاحيا قمت فيه بضبط تعريفات للمصطلحات المشكلة لعنوان البحث وهي: السلطة والتقدير إفراداً وتركيباً، تحليلاً وتأصيلاً، إضافة إلى أدلة مشروعية السلطة التقديرية بشكل عام وفي المجال الجزائي بشكل خاص، مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف؛ كما تطرقت فيه إلى مراحل تطور السلطة التقديرية في الفكر الجزائي بشكل عام لأمهّد إلى التعرف على الاتجاه الذي تبناه المشرع الوضعي الجزائري فيما يتعلق بطبيعة السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجزائي من بين الاتجاهات الموجودة، ثم جاء الفصل الأول ليرسم أول بعد لسلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة ألا وهو سلطته في اختيار نوع العقوبة ومقدارها وسلطته في استبدالها نوعاً وكماً في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي الجزائري؛ أما الفصل الثاني

فحوى سلطة القاضي في تخفيف العقوبة وتشديدها وأساليب التشريع الإسلامي والجزائري في ذلك اتفاقا واختلافا مع الإشارة ما أمكن إلى الفلسفة الكامنة وراء المنح والتقييد والسلب؛ فيما تمحض الفصل الثالث لبيان سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة والعفو عنها في التشريع الإسلامي والجزائري، وذلك ببيان أن التشريع الإسلامي وإن لم توجد فيه نصوص تشريعية تبيح الحكم به لكن مرونة التشريع الإسلامي في مجال التعازير يسمح بذلك، إضافة إلى بيان أن المشرع الجزائري يأخذ بفكرة العفو القضائي عن العقوبة استثناء، مع المقارنة بين التشريعين وبيان نقاط الالتقاء والافتراق؛ وأخيرا توجت البحث بخاتمة ذكرت فيها أهم النتائج العامة والخاصة بكل بعد من أبعاد سلطة القاضي في تقدير العقوبة.

وفي الأخير أرجو من الله تعالى في عليائه أن يكون سعيي موفقا مشكورا، وعملي خالصا مبرورا، وأن تكون تلك الأوقات والجهود التي أنفقت ذخرا مدخرا لا هباء منثورا؛ ورجائي في كل من اطلع على هذا الجهد الذي بذل صاحبه أقصى ما يستطيع ليخرج في أسمى صورة -في حدود ظروفه وقدراته- أن يؤدي واجب النصح تسديدا وتصويبا، لأن الحديث في هذا الموضوع إما عن دين الله تعالى الذي يلزم فيه التناصح حتى يُحْفَظَ من التحريف، أو عن القانون الجزائري الذي وإن احتكنا إليه على كره، فإن ذلك لا يبيح لنا أن نتقول عليه وننسب إليه ما لم يَقُلْهُ أو يُرِدْهُ؛ والله من وراء القصد وهو يهدي سواء السبيل.

الفصل التمهيدي

تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

إنَّ المتبع للدراسات والأبحاث التي أُنجزت حول موضوع السلطة التقديرية للقاضي سواء في ذلك الدراسات القانونية أو الشرعية المحضة، أو الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، وسواء أكانت تلك الأبحاث والدراسات في المجال المدني أم الجنائي أم غيرها؛ يلاحظ أنَّها - من حيث الكشف عن معنى السلطة التقديرية - ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول:

فضل هذا الاتجاه عدم التطرق تماما لمعنى السلطة التقديرية لا تعريفا ولا مفهوما ولا ماهية، بل يرى أنَّ السلطة التقديرية أمر في غاية الوضوح، ومن ثم فهي لا تحتاج إلى تعريف؛ يقول نبيل إسماعيل عمر: "جمهور الفقه يترك هذا الموضوع (أي التقدير القضائي) جانبا ويعالجه كمسألة يفترض في الجميع العلم بها"⁽¹⁾؛ و ممن يمثل هذا الاتجاه الباحث أكرم نشأت إبراهيم، فعلى الرغم من نفاسة بحثه وعمقه، فإنه اتجه رأسا إلى استعراض نظم السلطة التقديرية، ثم بيان حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة في مختلف أبعادها؛ ولا يخفى على ذي لب أنه لا يمكن للقارئ فقه متعلقات السلطة التقديرية من مجالات وضوابط وغير ذلك، ما لم يضبط معنى السلطة التقديرية ابتداء.

الاتجاه الثاني:

لجأ هذا الاتجاه إلى استعمال المفهوم عوضا عن التعريف، ولعل هذا الفريق لم ينتبه إلى أن المفهوم أساسٌ يقوم عليه ما هو أجل وأهم أعني التعريف⁽²⁾ وممن نحا هذا المنحنى الباحث نبيل إسماعيل عمر فعلى الرغم من تعمّقه في فكرة السلطة التقديرية في المجال الإداري والجنائي والمدني، والأسس التي تقوم عليها، لكنه خرج في النهاية بمجموعة من التحديدات هي

¹-نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية - دراسة تحليلية تطبيقية - ط1، (الإسكندرية: مصر، منشأة المعارف، 1984)، ص: 08.

^(*) جاء في تعريف المفهوم من الناحية المنطقية: "مجموع الصفات أو الخصائص الموضحة لمعنى كَلِّي وعلى أساسه يقوم التعريف والتصنيف" المعجم الفلسفي العربي (القاهرة: مصر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1403-1983)، ص 189.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

أقرب إلى الوصف منها إلى التعريف؛ وأحيانا هي تعبير عن طبيعة هذه السلطة، يقول الباحث: "سلطة القاضي التقديرية في النهاية هي مجرد نشاط يرمي إلى التوصل إلى إيجاد حدث معيّن، هذا الحدث هو تطبيق القانون"⁽¹⁾.

ويقول في موضع آخر: "سلطة القاضي التقديرية هي إذن نشاط ذهني عقلائي"⁽²⁾، وعليه يمكن القول بأنّ تناول الموضوع بهذه الطريقة يزوّدنا بأفكار وأبعاد حول السلطة التقديرية ولكنها تبقى مشتتة إذا لم تجتمع وتنظم في إطار محدّد هو التعريف الجامع المانع بلغة المنطق إضافة إلى البحث في متعلقاتها بشكل منسق ومرتب.

الاتجاه الثالث:

أصحاب هذا الاتجاه مباشرة إلى تفكيك المصطلح المركّب (السلطة التقديرية للقاضي الجنائي) فيعرّف به أفرادا وتركيبا، لغة واصطلاحا، ثمّ يتناول متعلقات هذه السلطة من حيث: الخصائص، المشروعية...

ومن الباحثين الذين يمثلون هذا الاتجاه محمود محمد ناصر بركات^(*)، وإلى هذا الاتجاه أميل، لأنّه في تقديري الأقدر على تجلية حقيقة السلطة التقديرية عمقا ووضوحا في آن واحد، ولأجله سأقسّم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول/ تعريف السلطة التقديرية.

- المبحث الثاني/ مشروعية السلطة التقديرية.

- المبحث الثالث/ خصائص السلطة التقديرية ومراحل تطورها.

¹ - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ص 77.

² - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية - دراسة تحليلية تطبيقية - ص: 78.

^(*) في رسالته للدكتوراه بعنوان "السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي".

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

المبحث الأول/ تعريف السلطة التقديرية

يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب: أما الأول منها فمخصص لتعريف السلطة التقديرية باعتبار التركيب، ويتضمن الثاني تعريفها باعتبار اللقبية بشكل عام، ثم محضنا المطلب الثالث لتعريف سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة التي هي لب البحث.

المطلب الأول/ تعريف السلطة التقديرية باعتبار التركيب الإضافي

السلطة التقديرية مركب وصفية، و قد جرت عادة الباحثين في هذا النوع من المصطلحات العلمية أن يعرف كل فرد من أفراد المركب على حده، لغة واصطلاحاً، كخطوة أولى يتلوها بعد ذلك التعريف به لقباً، وكما هو واضح فإن مصطلح السلطة التقديرية يتكون من: السلطة والتقدير فلنعرف بكل واحد منهما لغة واصطلاحاً.

الفرع الأول/ تعريف السلطة لغة واصطلاحاً

البند الأول/ تعريف السلطة لغة:

السلطة في اللغة مأخوذة من مادة "سلط" التي لها عدة معان هي⁽¹⁾: القوة، القهر، الشدة، الحدة، البرهان، الحجّة، الإضاءة، السهم الطويل، إطلاق القوة والقدرة؛ فمادة الكلمة إذن تدور حول معان جلتها - كما يبدو - صالحة ولازمة للقاضي وخطة القضاء.

وفي حدود المصادر التي رجعت إليها تبين لي أن كثيراً منها أغفلت ذكر وشرح لفظ "سُلْطَة" ما عدا الجوهرى وابن منظور إلا أنهما اكتفيا بالقول: "السلطة: القهر وقد سلّطه الله فتسلّط عليهم والاسم "سُلْطَة" بالضم"⁽¹⁾.

¹ ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله الكبير و آخرون (القاهرة: مصر، دار المعارف)، م 03 ص: 2065.

- المرتضى الزبيدي، تاج العروس، تحقيق: عبد العليم الطحاوي، مراجعة: عبد الستار أحمد فراج، د.ط (الكويت: مطبعة حكومة الكويت، 1400-1980) ج 19، ص 371 وما بعدها، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ط 08 (بيروت: لبنان، 1426 هـ - 2005) ص: 671.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

البند الثاني/ تعريف السلطة اصطلاحاً:

السلطة من المصطلحات المستعملة في عدة حقول علمية منها القانون في مختلف فروعها، النظم السياسية، علم الاجتماع... وزعم بعض الباحثين(*) إلى أنّ مصطلح "السلطة" أنتجه الفقه الإداري المعاصر، ثم انتقل إلى التداول في حقول علمية كثيرة منها القانون، وفي هذا الزعم نظر؛ إذ معلوم أن زعماء نظرية العقد الاجتماعي هم أول من دعا إلى فكرة السلطات الثلاث والفصل بينها، وهذا يعني أن المصطلح أقدم في الاستعمال من الفقه الإداري؛ و أيّاً ما كان الأمر فإن مصطلح السلطة ذاع وتعدد استعماله في مجالات بحثية مختلفة، وسأقتصر في دلالته الاصطلاحية على مجالين فقط هما: الفقه الإسلامي والفقه الوضعي، لكونهما صلب البحث.

أولاً/ تعريف السلطة في الفقه الإسلامي:

لا وجود لمصطلح "السلطة" في تراثنا الفقهي الإسلامي القديم في حدود بحثي، وقد علل بعض الباحثين ذلك بأن الفقهاء المسلمين القدامى استعملوا مصطلحاً آخر هو: الولاية، وهو مصطلح يتفق مع مقاصد الإسلام و مبادئه وأحكامه التي تحث على العدل واللطف والرحمة لا الاستبداد والتسلط والقهر⁽²⁾ و يؤكد هذا التعليل أن الموسوعة الفقهية الكويتية عرفت الولاية بأنها سلطة، ونقلت عن بعض الأعلام القدامى استعمالهم للولاية بمعنى السلطة مثل الإمام الكاساني والجرجاني، والواقع أن الإمامين الجليلين بريثان من تعريف الولاية بالسلطة، وإنما وقعت الموسوعة في التديس متأولة كلام الإمامين، فالإمام الكاساني

¹ ابن منظور، لسان العرب، ص: 2065، الجوهري إسماعيل بن حماد، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط 04 (بيروت: لبنان، دار العلم للملايين، كانون الثاني/يناير 1990) ج 03 ص: 1133.

⁽¹⁾ منهم: عويد بن مهدي العنزي، السلطة التقديرية للمحقق في نظام الإجراءات الجزائية السعودي (رسالة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية) التخصص: العدالة الجنائية، تحت إشراف: د، محمد مؤنس محب الدين محمد سعد، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، الرياض، المملكة العربية السعودية، السنة الدراسية: 1430هـ - 2009، ص: 24.

² ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه والأصول، تحت إشراف: فواد عبد المعنم أحمد، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية، السنة الدراسية: 1418هـ، ص 71.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

يقول⁽¹⁾: "ومنها ولاية التأديب للزوج، إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته، بأن كانت ناشرة، أن يؤدبها لكن على الترتيب" والإمام الشريف الجرجاني يقول⁽²⁾: "الولاية هي قيام العبد بالحق عند الغناء عن نفسه، والولاية في الشرع تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبي" فأين الولاية بمعنى السلطة في كلام الكاساني أو الجرجاني؟! .

إن الذي قاد وأضعي الموسوعة إلى هذا الاستنتاج هو عبارة "شاء الغير أم أبي" والتي فهموا منها فكرة القهر والقوة؛ والواقع أن هذا التعبير الفقهي موجود في الكثير من المدونات الفقهية، لكن ذلك لا يعني أن الولاية هي السلطة، لأن الفقهاء أرادوا بذلك التعبير النص على نوع من الولاية، وهو المسمى ولاية الإيجاب، وهي التي لا يكون للمولى عليه فيها إرادة أو اختيار مثل: الولاية على الشخص غير الراشد سواء كان قاصرا، أو بالغا سفيها؛ لكن ولاية الإيجاب لا تستوعب كل أنواع الولاية.

إن مصطلح السلطة أنتجه الفكر السياسي الغربي في ظروف معينة، وهو يحمل دلالات لا تتفق مع مقاصد وأحكام ومبادئ التشريع الإسلامي، ولأجل ذلك لم يستعمله فقهاؤنا القدامى بتاتا، بل استعملوا مصطلح "الولاية"، ولم تنتبه إلا فئة قليلة جدا من الباحثين المعاصرين لهذا الخلل في الاستخدام الاصطلاحي، وأول من انتبه إلى هذا الانحراف في الاستعمال بعد البحث والتتبع هو إسحاق عبد الله عثمان في رسالته للماجستير بعنوان: "العمال والولاة والاحتساب عليهم" حيث يقول بعبارة واضحة: "ومن الملاحظ أن الفقهاء المسلمين يميلون إلى استخدام اصطلاح الولاية العامة، عوضا عن لفظ السلطة في مجال الوظيفة العامة؛ ولعل مرد ذلك نفورهم مما ينطوي عليه لفظ السلطة من إيجاء بالتسلط بكل معانيه، فالأشبه بروح الإسلام هو اصطلاح الولاية أو أولوا الأمر، لما فيها من معنى الرعاية

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط02 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986) ج 02 ص: 334.

² - الشريف الجرجاني، التعريفات، (بيروت: لبنان، مكتبة لبنان، 1985) ص: 275.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

والاهتمام والتوجيه"¹) ثم تبني هذا التحليل نمر بن محمد الحميداني و إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التميمي في رسالتهما للدكتوراه الأولى بعنوان: "ولاية الشرطة في الإسلام" والثانية: "ولاية التأديب الخاصة في الفقه الإسلامي - ولاية التأديب للزوجة والولد والتلميذ والعبد- وعقد كل منهما عنوانا ينبئ عن وعيهما بالعمق الدلالي لمصطلح السلطة، وقناعتهما العلمية في باستخدام مصطلح الولاية؛ وقد أبانا عن ذلك بوضعهما لهذه العناوين الدالة:

"لماذا كان العنوان ولاية الشرطة وليس سلطة الشرطة؟" "لماذا كان العنوان ولاية التأديب وليس سلطة التأديب؟".

لقد بحث الفقهاء قديما في مصنفاتهم أغلب أنواع تدبير الشأن العام المسماة بتعبيرنا المعاصر سلطات، وسموها ولايات: ولاية القضاء، ولاية الجهاد، ولاية الخراج، ولاية الصلاة، ولاية الحج، ولاية التأديب، ولاية الأذان الخ... فالواجب شرعا وعقلا الرجوع إلى المصطلح الأصل الذي نحتة فقهاؤنا عن علم وبصيرة، وتنقية كتاباتنا من هذا المصطلح الدخيل الذي يعود على مقاصد التشريع وأحكامه بالضرر.

لكن بما أن الاصطلاح السائد في الاستعمال لحد الآن هو السلطة، وبما أن الوعي بخطورة حلول مصطلح السلطة -بما يحمله من دلالات لا تتسجم مع أحكام الإسلام ومقاصده- بديلا عن مصطلح الولاية لم يستقر بعد في كتابات المشتغلين بالفقه الإسلامي المعاصر بمختلف شعبه؛ لا بأس من مسaire الواقع الموجود في الكشف عن محاولات التعريف بمصطلح السلطة، مع احتفاظي وتمسكي بوجود استعمال مصطلح الولاية في الفقه الإسلامي؛ وأنه المصطلح الأدق والأعمق في التعبير عن أحكام ومقاصد الفقه الإسلامي.

¹ - إسحاق عبد الله عثمان، العمال والولاية والاحتساب عليهم (رسالة ماجستير) التخصص: الدعوة الإسلامية، تحت إشراف: مصطفى محمد الجمال، المعهد العالي للدعوة الإسلامية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (السعودية) السنة الدراسية: 1404 هـ، ص: 23.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

في سياق الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه أو القانون الوضعي كان لا بد من استخراج وعرض التعريفات التي وضعها الفقهاء المسلمون أو الاجتهاد في ضبط ما لم يوجد منها، ولما كان مصطلح السلطة لا وجود له في تراثنا الفقهي القديم، وجد كثير من الفقهاء المعاصرين أنفسهم مضطرين لصياغة تعريف للسلطة، ومن هؤلاء الباحث محمود محمد ناصر بركات والذي عرف السلطة في الفقه الإسلامي بقوله:

"السلطة في الاصطلاح لا تخرج عن: القوة، والتمكن في تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام"⁽¹⁾.

ينطوي هذا التعريف على عدة إشكالات:

أولها: عدم تحديد مجال الاصطلاح: فلم يقيد الباحث أي اصطلاح يقصد في قوله "السلطة في الاصطلاح" وإن كان سياق التعريف يفيد بأنه يقصد الاصطلاح الشرعي، لكن الضبط في البحث العلمي واجب، خصوصا إذا كان المصطلح متداولاً في أكثر من حقل علمي.

ثانيها: اختزال مفهوم السلطة في فكرة القوة، وهو اختزال مفهوم في السياق الثقافي الغربي، أما في الفقه الإسلامي فلا يعرف هذا الاختزال من حيث اعتبار السلطة صلاحية ممنوحة من قبل الشارع لتحقيق مقاصد شرعية.

وسبب هذا الاختزال الخطير هو الوقوع في شَرَك التبعية الاصطلاحية للآخر، والاجتهاد لإثبات تميز وتفرد التشريع الإسلامي لكن تحت السقف الذي رسمه الغير، وإلا ما الداعي لتعريف مصطلح لا وجود له في تراثنا الفقهي؟ بل كيف نعرف المصطلح الأصيل

¹ - محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط 1 (الأردن، دار النفائس للنشر والتوزيع، 1427 - 2007 م) ص: 77؛ ينظر أيضا: شوكت عليان، السلطة القضائية في الإسلام، ص: 86؛ ناصر الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، ص 71.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

(الولاية) بالوافد (السلطة) أو العكس وكأتهما شيء واحد؛ بل والأُنكى من ذلك أن نُحجر المصطلح الأصيل ونجعل المصطلح الوافد بديلا عنه؛ وهما في الحقيقة مختلفان يتعذر الجمع بينهما.

وثالثها: قوله: "في تنفيذ أحكام الله تعالى... " فإن فيه حصرًا وتضييقًا لمجال السلطة، لأن تنفيذ الأحكام في الأنظمة القضائية الحديثة غدا أمرًا منفصلاً عن مسألة قضاء الأحكام، وهو نَحج جرى به العمل أيضًا في النظام القضائي الإسلامي أيضًا منذ القدم؛ يقول ابن فرحون^(*) المالكي تحت عنوان (في ولاية القضاء وما يستفاد بها من النظر في الأحكام وما ليس للقاضي النظر فيه ومراتب الولايات...) ما نصه: "... بل الحاكم من حيث هو حاكم ليس له إلا الإنشاء، وأما قوة التنفيذ فأمر زائد على كونه حاكمًا، فقد يفوض إليه التنفيذ وقد لا يندرج في ولايته"⁽¹⁾.

ورابعها: تعريف السلطة بدلالاتها اللغوية المجردة، وهو تأكيد للملاحظة الأولى بأن الفقه الإسلامي لم يعرف هذا المصطلح، لأن دلالاته اللغوية لا تنسجم مع المقاصد والمبادئ والأحكام الشرعية، وقد استشعر بعض الباحثين هذا الحرج فلفت النظر إليه قائلاً: "بالبحث في كتب الفقهاء نجد أن ورود كلمة سلطة كان ملازمًا لمعنى القوة والتمكين، والسطوة والقهر والخضوع فهي قريبة من معناها اللغوي"⁽²⁾، ولا بد من التنبيه إلى أن جل من عرّف السلطة في الفقه الإسلامي من الباحثين المعاصرين⁽³⁾ لم تتجاوز تعريفاتهم هذا الذي ذكره ناصر بركات.

^{*} ابن فرحون: برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم ابن الشيخ أبي الحسن علي بن فرحون المدني، أخذ عن والده وعمه والإمام ابن عرفة، وأخذ عنه ابنه أبو اليمن وغيره، له مصنفات عدة منها: شرح على مختصر ابن الحاجب الفرعي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، والديباج المذهب في أعيان المذهب، توفي رحمه الله تعالى في ذي الحجة سنة (799هـ). محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج 01 ص: 319 - 320.

¹ ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، خرج أحاديثه وكتب حواشيه وعلق عليه: جمال مرعشلي، (الرياض: دار عالم الكتب، 2003. 1423) ج 01 ص: 15.

² عويد بن مهدي العنزي، السلطة التقديرية للمحقق في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، ص: 09.

³ عويد بن مهدي العنزي، السلطة التقديرية للمحقق في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، ص: 09 و ينظر أيضًا: نذير محمد أوهاب، السلطة التقديرية مفهومها وتأسيسها - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الإداري-، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 13، العدد: 25، 1419 هـ - 1998، ص: 08. عبد الله بن صالح بن رشيد الربيش، سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

والرأي عندي أن القاضي له ولاية كما عبر فقهاؤنا القدامى، هذه الولاية التي تعتبر قوة التنفيذ أو الإلزام أو حسم النزاع جزءا من حقيقتها لا كل حقيقتها، فهي تتضمن أيضا: الرفق بالرعية، والعبودية لله تعالى الشاملة للقاضي والمحكوم له والمحكوم عليه.

ثانيا/ تعريف السلطة في الفقه الوضعي:

عرف الفقه الوضعي السلطة بعدة تعريفات وتفاديا للإطالة أذكر منها:

1/ ذكر عبد الواحد كرم تعريفين للسلطة:

- "صلاحيه قانونية في الأمر والنهي وإحداث آثار قانونية بالإرادة المنفردة في مواجهة الغير".

- "هيئة أو عضو إداري يزاول الأمر والنهي وإحداث آثار قانونية بالإرادة المنفردة في مواجهة الغير" (1).

يلاحظ على هذين التعريفين أنهما حصرا مضمون السلطة من حيث المجال في الجانب الإداري، ومن حيث الشكل في الأمر والنهي لا غير، ومعلوم أن السلطة أوسع نطاقا من ذلك، فهي حاضرة في المجالات المدنية والجنائية والسياسية الخ... كما أن لها عدة أشكال فالقاضي مثلا يصدر الحكم أو يقدر النفقة و الضرر، أو يكيف القول أو الفعل، وهذه جميعها سلطات وليست أمرا أو نهيا.

2/ وعرفها معجم القانون بأنها: "مجموعة الاختصاصات أو الصلاحيات الدستورية والقانونية لهيئة

ما" (1)

والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (رسالة ماجستير) تخصص: التشريع الجنائي الإسلامي، تحت إشراف: إبراهيم بن صالح الخضير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض-السعودية- السنة الدراسية: 1423هـ، ص: 14-15، محمود عبد الرحمان عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (القاهرة: مصر، دار الفضيلة) ج 02 ص: 287.

¹ - عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة و القانون، (عربي فرنسي إنجليزي)، ط 01 (بيروت: لبنان، مكتبة النهضة المصرية، عالم الكتب، 1407هـ- 1987) ص: 228.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

ورد هذا التعريف في باب القانون الدستوري، وهو تعريف مقبول إلى حد ما في بابه، غير أنه حصر السلطة في الهيئة، مع أنها قد توجد في الشخص الفرد، لأن الصلاحيات والاختصاصات لا تمنح للهيئات فقط، فرييس الدولة أو رئيس البرلمان يمارس عدة أعمال بحكم صلاحياته الدستورية، كما يبدو أن التعريف وضع نصب عينيه السلطات الثلاث فرأى أن السلطة منحصرة فيها؛ يضاف إلى ذلك تفسيره السلطة بالاختصاص وهو تفسير خاطئ، لأن السلطة أعم من الاختصاص، فقد توجد السلطة لكن لا يوجد الاختصاص للقاضي أو للجهة القضائية برمتها⁽²⁾.

ج/ عرفتها بن أحمد نادية بأنها: "القدرة أو القوة التي يمارسها شخص على آخر للحصول على أمر معين"⁽³⁾.

هذا تعريف غير دقيق تماما، فهو ينطبق على كل صور استعمال القوة ضد الغير، بل إنها لما أضافت مصطلح "الشخص" صار التعريف مستوعبا للقوة التي يستعملها الشخص المعنوي في مواجهة الغير، كما أن قاطع الطريق أيضا يستعمل القوة للحصول على ما يريده من الغير، والأكد أن الباحثة لا تسمي هذه الصور سلطة بالمعنى القضائي أو السياسي؛ كما أن الباحثة أغفلت قيذا في غاية الأهمية ألا وهو الشرعية، لأن القوة التي تستعمل ضد الغير قد تكون مشروعة، وقد تكون غير مشروعة، والفارق بين الاستعمالين للقوة هو إذن المشرع اوعدمه، كما يؤكد هذا التعريف انتشار الفكرة الخاطئة التي تجعل السلطة كفوًا ومعادلا للقوة.

¹ - معجم القانون، (مصر: القاهرة، جمع اللغة العربية، 1420هـ-1999) ص: 19.

² - عبد الرحمان بن محمد إبراهيم العنقري، تنازع الاختصاص القضائي دراسة تطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائي الإسلامي، تحت إشراف: محمد أرزقي نسيب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، السنة الدراسية: 1425هـ-2004، ص: 56.

³ - بن أحمد نادية، تنظيم السلطة السياسية في الجزائر منذ 1989 (رسالة ماجستير) تحت إشراف: بن عمار محمد تخصص: سياسات مقارنة، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، السنة الدراسية: 2012 - 2013، ص 43.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

ثم إن التركيز على فكرة القوة في مصطلح السلطة ناشئ في نظري من التأثير -عن وعي أو دون وعي- بنظرية القوة التي فسر بها البعض نشأة الدولة في الفكر السياسي، ومعلوم أن الدولة تقوم على ثلاث سلطات إحداها السلطة القضائية، ومن ثم ارتبط مفهوم السلطة بفكرة القوة، ثم سرى هذا المعنى في سائر أوصال العلوم التي تدرس ظاهرة السلطة، سواء على المستوى القانوني والسياسي أو كظاهرة اجتماعية.

وبناء عليه، يبدو التفسير الذي ذهب إليه بعض الباحثين⁽¹⁾ من أن الفقهاء المسلمين القدامى كانوا يستعملون مصطلح "الولاية" مثل: ولاية القضاء، ولاية المظالم... والذي يتضمن: معاني اللطف والرحمة لا الاستبداد والتسلط والقهر-، أقول يبدو تفسيرهم مقبولاً، ويزيدني هذا قناعة بخطورة توظيف المصطلحات دون تبصر وانتباه إلى خلفياتها الثقافية.

ومن خلال النظر في التعريفات التي ساقها الفقهاء المسلمون المعاصرون وفقهاء القانون الوضعي اتضح لي أن السلطة ليس لها دلالة اصطلاحية حال الأفراد، إلا أن تذكر في سياق يحدد المقصود منها، أو تركيب تركيباً وصفياً أو إضافياً، فيقال: السلطة السياسية، السلطة القضائية... أو سلطة التكييف، أو سلطة تقدير الأدلة، سلطة تقدير العقوبة، وبهذا التركيب تتحول إلى اصطلاح علمي؛ أما حال الأفراد فهي معان لغوية عامة لا غير؛ وهذا ما انتهى إليه عدد من الباحثين منهم: نذير محمد أو هاب و عبد الله بن صالح بن رشيد الريش و عويد بن مهدي العنزي و محمود عبد الرحمان عبد المنعم حيث عرفوا السلطة اصطلاحاً بأنها: القوة والقهر، بل صرح عويد بن مهدي العنزي بأن السلطة مفردة لا تخرج عن معناها اللغوي،

¹ ذياب عبد الكريم عقل، محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقها في المحاكم الشرعية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد: 35، العدد: 02، 2008، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، ص: 478، ناصر الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، ص 71.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

فقال⁽¹⁾: "بالبحث في كتب الفقهاء نجد أن ورود كلمة سلطة كان ملازماً لمعنى القوة والتمكين والسطوة والقهر والخضوع فهي قريبة من معناها اللغوي".

الفرع الثاني/ تعريف التقدير لغة واصطلاحاً:

البند الأول/ تعريف التقدير لغة:

التقدير من: قدر يقدِّر ويقدِّر وبابه نصر وضرب، وقدَرَ يقدِّرُ وقدَّره عليه تقديراً كل ذلك بمعنى واحد، وقد جاء في الحديث عن عائشة رضي الله عنها⁽²⁾: "فاقدروا قدر الجارية الحديثة السنَّ" أي: انظروه و أفكروا فيه⁽³⁾.

قال ابن منظور: "والتقدير على وجوه من المعاني:

- أحدها: التروية والتفكير في تسوية أمر وتحييته،
- الثاني: تقديره بعلامات يقطعه عليها.

- الثالث: أن تنوي أمراً بعقدك تقول: قدَّرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه⁽⁴⁾. وقال الزبيدي بعد أن نقل المعنى الأول: "زاد في البصائر: بحسب نظر العقل وبناء الأمر عليه وذلك محمود"⁽⁵⁾.

¹ - عويد بن مهدي العنزي، السلطة التقديرية للمحقق في نظام الإجراءات الجزائية السعودي (رسالة دكتوراه) تحت إشراف: محمد مؤنس محب الدين، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1430هـ - 2009، ص: 09، نذير محمد أوهاب، السلطة التقديرية مفهومها وتأصيلها - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الإداري-، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 13 العدد: 25، ص: 08، عبد الله بن صالح بن رشيد الريش، سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، (رسالة ماجستير، تخصص: التشريع الجنائي الإسلامي) تحت إشراف: إبراهيم بن صالح الخضيري، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية) الرياض: السعودية، العام الدراسي: 1423هـ، ص: 14-15، محمود عبد الرحمان عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج 02 ص: 287 .

² - البخاري، الجامع الصحيح، ط 01 (دمشق، بيروت، دار ابن كثير، 1423هـ/ 2002) ص: 1322 كتاب النكاح، باب حسن المعاشرة مع الأهل، الحديث رقم: 5190.

³ - ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: محمود محمد الطناحي (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي) ج 04 ص: 23 .

⁴ - ابن منظور، لسان العرب، م 05، ج 41، ص: 3545.

⁵ - المرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج 13، ص: 378.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

وقال الزبيدي مرّة أخرى: "وأما المصنف في البصائر فذكر بعد (المعنى) الأول ما نصّه:
والثاني أن يكون بحسب التهيؤ والشهوة قال: وذلك مذموم"⁽¹⁾، وهذا حق لا مرية فيه؛ فإنّ
التفرقة بين ما يمليه العقل وما يمليه الشهوة لهو أمر في غاية الأهمية، وخصوصا في هذا المقام، إذ
القاضي مؤتمن على الدماء والحريات والأبضاع والحقوق والأموال، ومن ثمّ وجب عليه أن يكون
ضابطا لزاما نفسه، محكما السيطرة على شهواته، حتى لا يزيغ في حكمه وتقديره.

البند الثاني / تعريف التقدير اصطلاحا:

تداول على مصطلح "التقدير" عدّة علوم، فهو يستعمل في: النحو، علم الكلام،
الهندسة، الفقه الإسلامي، القانون، وسنعرض تعريفا واحدا في العلوم المذكورة مع تركيز الحديث
حول المجالين الأخيرين لأنّهما جوهر البحث:

1- التقدير في علم النحو:

قال التهانوي: "وهو (أي التقدير) عند النحاة يستعمل في الحذف"⁽²⁾. كقولنا في
الإعراب: والفاعل ضمير مستتر تقديره كذا، قال ابن عقيل: إذا دلّ دليل على الفعل جاز
حذفه، وإبقاء فاعله، كما إذا قيل لك: من قرأ؟ فتقول: زيد، التقدير: قرأ زيد"⁽³⁾.

2- التقدير في علم الكلام: قال التهانوي: "وعند المتكلمين: هو تحديد كل مخلوق

بحدّه ويسمّى بالقدر أيضا"⁽⁴⁾، والمقصود تخصيص كل مخلوق بمقداره وصفته وزمانه ومكانه
ومصلحته وأجله وغير ذلك"⁽⁵⁾.

¹ - المرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج13، ص: 378 .

² - التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، ط1 (بيروت: لبنان، مكتبة لبنان ناشرون، 1996) ص: 497.

³ - ابن عقيل، شرح ألفية ابن مالك (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1424هـ- 2003م) ص: 01، ص: 371.

⁴ - التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج01، ص: 497.

⁵ - ابن جزري، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق: محمد سالم هاشم، ط1 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1415هـ- 1995) ج02، ص: 102،

وابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ط03 (بيروت، لبنان، المكتب الإسلامي، 1404هـ- 1984) ج06 ص: 72.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

وفي هذا المعنى بؤب ابن القيم رحمه الله تعالى الباب الثاني من كتابه "شفاء العليل" فجعل عنوانه: "في تقدير الرّب تبارك وتعالى شقاوة العباد وسعادتهم وأرزاقهم وآجالهم وأعمالهم قبل خلقهم وهو تقدير ثان بعد التقدير الأوّل" (1).

3- التقدير في علم الهندسة: يقول التهانوي: "وعند المهندسين: يستعمل بمعنى العدّ" (2).

4- التقدير في الفقه الإسلامي: لم يتعرّض التهانوي للتقدير في الفقه الإسلامي، ولعلّ تفسير ذلك أنّ الفقهاء المسلمين كانوا أكثر استعمالاً لألفاظ أخرى مثل (3): الاجتهاد، الحكم، النظر، رأي القاضي، على اعتبار أن اجتهاد القاضي كان يغطي مساحة واسعة من النشاط القضائي التقديري سواء في الفهم أو التنزيل، ومن خلال الانفتاح على المنظومات التشريعية، وخصوصاً الغريبة في العقود التي خلت؛ ظهرت الحاجة إلى ضبط العديد من المصطلحات ومن جملتها أعمال القاضي: كالتكييف، والتقدير وغيرها.

ومن التعبيرات التي تقترب من مصطلح التقدير مصطلح: (التقويم)، فقد جاء في تعريفه: "التقويم: مصدر قَوِّم، ومن معانيه التقدير، يقال: قَوِّم المتاع: إذا قدره بنقد وجعل له قيمة، والتقويم في الاصطلاح لا يخرج عن هذا المعنى اللغوي" (4)؛ بيد أنّ مصطلح "التقويم" وإن اشترك مع مصطلح "التقدير" في أنّ كليهما مبناه على النظر والتخمين والظنّ (5)، فإنّهما يفترقان من وجوه أبرزها:

¹ - ابن قيم الجوزية، شفاء العليل في مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل، تحقيق: سيد عمران، السيّد محمد سيّد (القاهرة: مصر، دار الحديث، 1425هـ - 2005) ص: 25.

² - التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ج 01 ص: 497.

³ - محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ص 95، عويد مهدي العنزي، السلطة التقديرية للمحقق في نظام الإجراءات السعودي، ص 24.

⁴ - الموسوعة الفقهية، ط 02 (الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1408هـ - 1988) ج 13 ص: 171.

⁵ - الموسوعة الفقهية، ج 13 ص: 175، حيث جاء فيها: "ولهذا لا يعتبر التقويم في الرويات لأنّ التقويم ظني وقائم على التخمين والتقدير".

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

1- إنَّ التقدير يغلب استعماله من قبل القضاة، أمَّا التقويم فيستعمله القضاة وغيرهم، فالمرْكبي يقوم عَرُوضَ تجارته ليخرج حقَّ الله تعالى، والحكَّمان العَدْلان يقومان جزاء الصَّيد، وغير ذلك⁽¹⁾،...

2- إنَّ مصطلح التقويم" يختصَّ بمجال الأموال من: زكاة، وضمان المتلفات، والجوائح،... واشتقاق مادة المصطلح دالٌّ على ذلك، فهو مأخوذ من القيمة، قال صاحب اللسان:"القيمة: ثمن الشيء بالتقويم"⁽²⁾. وعليه لا يمكن استعمال هذا المصطلح في المجال الجنائي مثلا، فلا يمكن ولا يصحَّ القول: إنَّ القاضي يقوم الجريمة أو العقوبة؟!.

وقال أبو البقاء الكفوي في كُليَّاته:"والقَدْرُ والتقدير كلاهما تَبْيِينُ كميَّة الشيء"⁽³⁾ وهذا تعريف لاحظ في التقدير الجانب الكمي، لكن يمكن الاعتذار لأبي البقاء رحمه الله بالقول إنَّ الكَمَّ لا معنى له دون تحديد جنس ونوع الشيء، وإلا كان أرقاما مجردة، فيقال في الزكاة: خمس أبقار، أو خمسة دنانير، كما يقال في العقوبات مثلا: خمسون جلدة، أو عام حبسا.

ومما ينبغي الإشارة إليه أيضا أن التقدير أعَمُّ من التقويم، فالتقدير يتخذ أشكالا مختلفة؛ فقد يكون بالتقويم أو بالعدد، أو بالكيل، أو بالوزن...⁽⁴⁾ فكلُّ تقويم تقدير، وليس كلُّ تقدير تقويماً.

وقال محمد الطاهر بن عاشور:"والتقدير: يطلق على جعل الأشياء بقدر ونظام محكم، ويطلق على تحديد المقدار من شيء تطلب معرفة مقداره مثل تقدير الأوقات، وتقدير الكميات من الموزونات والمعدودات"⁽⁵⁾.

¹ - الموسوعة الفقهية، ج 13 ص: 171-176.

² - ابن منظور، لسان العرب، م 05 ص: 3783.

³ - أبو البقاء الكفوي، الكليات، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، ط 02 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة ناشرون، 1419هـ-1998) ص: 707.

⁴ - هدييل سيبي، التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية، (رسالة دكتوراه) التخصص: أصول الفقه، تحت إشراف: علي عزوز، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01 (يوسف بن خدة) ص: 11.

⁵ - ابن عاشور، التحرير والتنوير، (تونس، الدار التونسية للنشر، 1984) ج 23 ص: 22.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

يلاحظ أن هذا التعريف مَيَّزَ بين ضربين من ضروب التقدير، أحدهما: جعل الأشياء على هيئة من النظام والانسجام والتوازن بحيث تؤدي الغرض منها على أكمل الوجوه، فهي بمعنى إتقان الصنعة⁽¹⁾ ومنه تقدير الله تعالى في خلق العالم؛ ولعله المشار إليه في قوله تعالى: ﴿وَخَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ بِفَدْرَةٍ تَفْدِيرًا﴾ (الفرقان / 02) يقول ابن عاشور: "ومعنى قدره: جعله على مقدار واحد معين لا مجرد مصادفة، أي خلقه مقدرًا، أي محكمًا مضبوطًا صالحًا لما خلق لأجله لا تفاوت فيه ولا خلل"⁽²⁾؛ وثانيهما: بيان الكميات من أعداد وأوزان، وهو الذي ذكره الكفوي في تعريفه السابق.

وقال ابن عطية: "وتقدير الأشياء هو حُدُّها بالأمكنة والأزمان والمقادير والمصلحة والإتقان"⁽³⁾، لقد جمع ابن عطية في تحديده هذا أشكال وصور التقدير، والتي يمكن إجمالها بالقول: هي تحديد الأشياء نوعًا وقدرًا؛ أو ضبطها وتهيئتها لتحقيق المقصد منها؛ وهو تعريف قريب جدا من تعريف ابن عاشور.

ولا يخفى على أحد أن تقدير الخالق مخالف لتقدير المخلوق مخالفة الخالق للمخلوق، فالخالق أحاط بكل شيء علما، وهو على كل شيء قدير، وهو الفعال لما يريد؛ إلى ما هنالك من الأسماء الحسنى والصفات العليا التي يكون بها تقدير الباري جل جلاله كاملا شاملا، مع الغاية في الإتقان والحكمة، بينما تقدير المخلوق فيه من النقص والخلل بقدر الضعف الإنساني؛

¹ - ابن جزى الغرناطي، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق: أبو بكر بن عبد الله سعداوي (الشارقة: الإمارات العربية المتحدة، المنتدى الإسلامي، 1433هـ - 2012) ص: 579.

² - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج 18 ص: 319، وينظر في المعنى نفسه أيضا: الرازي، مفاتيح الغيب، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1401هـ - 1981) ج 24 ص: 47، وذكر ابن الجوزي فيها (أي الآية) ثلاثة أقوال: "أحدها: سواه وهياً لما يصلح له، والثاني: قدر له ما يصلح ويقيمه، والثالث: قدر له تقديرا من الأجل والرزق " وهي معان لا تخرج جميعها كما ترى عن معنى التهيئة وتحديد الكميات، ينظر: ابن الجوزي، زاد المسير في علوم التفسير، ط 03 (بيروت: لبنان، المكتب الإسلامي، 1404 هـ - 1984) ج 06 ص: 72.

³ - ابن عطية، الحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: الرحالة الفاروق وآخرون، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الخيزر، 1428هـ - 2007) ج 06 ص: 417.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

بحيث لا يكون أبدا كاملا، مهما بلغ الإنسان من الاقتدار العلمي والخبرة سواء كان فرادا أو جماعة.

وبناء على التعريفات السابقة، يمكن أن أتبنى تعريف أبي البقاء الكفوي الذي كان أقرب إلى المعنى الذي أريده في المجال الجنائي فيعرف تقدير القاضي للجزاء الجنائي بأنه:

" تحديد القاضي جزاء الجنائي نوعا ومقدارا "

- فقولي: "تحديد" بدل كلمة "تبيين" لأن التحديد يفيد معنى الاجتهاد في بلوغ حد الشيء.

- وقولي "الجزاء" لأنه الجزاء في المجال الجنائي يشمل العقوبات و التدابير الاحترازية⁽¹⁾؛ فهذه الأخيرة ليست عقوبات عند الفقهاء الوضعيين على الأقل، ولذا يرون أن مصطلح الجزاء يتضمن العقوبات والتدابير، ومعلوم أن القاضي يقدر الجزاء بشكل عام، وأنا هنا بصدد بيان التقدير القضائي الجنائي بشكل عام، ثم أخصص هذا التقدير بمجال العقوبات فقط في حينه.

- قولي "نوعا وقدرًا" فيه تفصيل لتقدير القاضي، وأنه يتضمن نوع الجزاء وحجمه كما أسلفت، فلو قال القاضي: حكمنا على الجنائي فلانا بالحبس أو الجلد أو الغرامة أو المنع من الإقامة، لم يكن حكمه قابلا للتطبيق لعدم تقدير القاضي لحجم هذه العقوبات، وعليه فالقاضي ملزم بتحديد نوع الجزاء وحجمه، والجزاء الذي حدد نوعه ولم يحدد قدره جزاء غير مشروع لأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فالعقوبة غير محددة المقدار عقوبة غير شرعية.

فالجزاء لا بد من تحديده نوعا وقدرًا إما من قبل الشارع مباشرة، كعقوبات الحدود والقصاص في الفقه الإسلامي، فهي أصلا تسمى بالعقوبات المقدرة: ففي السرقة القطع من الرسغ، وفي الشرب الجلد على خلاف في المقدار، وفي القذف الجلد ثمانون جلدة، وفي الزنا الجلد مائة مع الخلاف في تغريب المرأة، أو الرجم حال الإحصان للرجل والمرأة، وفي القصاص

¹ - سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات (الإسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000) ص: 754.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

يقدر الجزءء بحسب الجريمة، فهو معاملة للجاني بمثل ما فعل بالجني عليه ما أمكنت المماثلة في ما دون النفس، فإن لم تمكن المماثلة صاروا إلى الدية وهي مقدرة، أو الأرش^(*) وهو تقدير اجتهادي.

وربما قال البعض: لكن هذا التعريف لا ينطبق على عقوبات التعازير لأنها غير محددة، وهذا اعتراض غير دقيق، ولا محلّ له، لأن عدم تحديد التعازير موجود في أصل تشريعها، لأنها عقوبة شرعت لمراعاة أحوال الجناة، وظروفهم، وطبيعة الجناية وحال الجني عليه، وهذه كلها اعتبارات تقتضي عدم التحديد؛ أما على مستوى تنزيل العقوبة على شخص معين، وجناية معينة، فهذا يلزم عنته التحديد ضرورة كما أسلفت، بمعنى أن القاضي أذن له الشارع في أن يختار ما يراه مناسباً لحال الجاني، وحال الجني عليه، وطبيعة الجناية بشكل مجرد، لكن عند تنزيل هذا النوع من العقوبة على جان بعينه، لا بد من تحديد نوع العقوبة وهي مجرد التوبيخ، وإذا كانت العقوبة الجلد أو الغرامة حدد مقدارهما، أو كانت العقوبة الحبس أو النفي حدد مكانه ومدته ولو بعلامة تمكن من ضبط المدة كالتحديد بالتوبة، أما أن يكون العقاب غير محدد لا بمدة أو بمقدار معين، فهذا ما لا نعرفه في الفقه الإسلامي؛ وهو أقرب إلى التحكم والانتقام منه إلى عقوبة يراد بها إصلاح الجاني، والله أعلم وأحكم.

ويلاحظ على التعريف المذكور أنه جمع كلا المعنيين للتقدير في اللغة وهما: تهيئة الشيء بضبطه وإحكامه ليؤدي المقصد منه، وتحديد الكميات والأماكن والأزمان، فالجزء الجنائي شيء محدد المقدار كما بيّنت، كما أنه يفترض في هذا الجزء أنه يؤدي مقاصد معينة منها:

* الأرش: يطلق في اللغة على عدة معان منها: الدية، والحدش، وطلب الأرش، والرشوة، وما نقص العيب من الثوب، لأنه سبب للأرش، والخصومة، بينهما أرش: أي اختلاف وخصومة، وما يدفع بين السلامة والعيب من السلعة، والإغراء والإعطاء؛ أما اصطلاحاً فهو: " اسم للمال الواجب على ما دون النفس، يعني دية الجراحات"؛ ينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ط 08 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1426هـ-2005) ص: 584، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ-2003) ص: 22، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط 01 (بريدة: السعودية، بيت الأفكار الدولية، 1430هـ-2009) ص: 83، وينظر أيضاً: مجموعة من المؤلفين، معجم مصطلحات العلوم الشرعية، ط 02 (الرياض: السعودية، 1439هـ-2017) ص: 122.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

الردع العام والخاص، والإصلاح، سواء بالنسبة للفقهاء الجزائريين الإسلاميين أو القانونيين الجزائريين الوضعيين، ومنه القانون الجزائري الجزائي.

وكذلك الشأن نفسه في الفقه الوضعي، ومنه القانون الجزائري الجزائي؛ حيث يظهر التقدير بشقيه: النوع والمقدار بشكل أوضح، لأنه يطبق مبدأ الشرعية بحرفية ظاهرة، فجدد المشرع ينص على نوع الجزاء وحديه الأدنى والأعلى - في الجزاء القابل بطبيعته للتبعيض - في أغلب الحالات، كالحبس والسجن والغرامة، وربما نص على الحد الأعلى للغرامة وترك الحد الأدنى لتقدير القاضي على ألا ينزل عن الحد الأدنى العام للغرامة، فلا وجود لجزاء اجتهادي من حيث نوعه أو قدره أو هما معا في الفقه الوضعي، وذلك حتى لا يفتح الباب على تقدير غير منضبط؛ لأنه سيؤدي إلى التحكم والتعسف لا محالة خصوصا إذا غاب الوازع الديني.

5/ التقدير في الفقه الوضعي: أما في التشريعات الوضعية - ومنها التشريع الجزائري

الجزائري - فلم تعرف مصطلح التقدير، بل تركت ذلك للفقه، وبالرجوع إلى المعاجم والقواميس القانونية المتخصصة عثرت على التعريفات التالية:

أ/ تعريف معجم القانون: "appraise" يثمن، يقدر (ثمن شيء أو قيمته) يخمن، يُقوِّم، appraisal تثمين، تقدير أو تقويم (عدل) لأثمان الأشياء أو قيمتها يجري بمعرفة السلطات القضائية أو التشريعية؛ appraiser مخمن، مقوم: من عينته الجهة المختصة لتقدير ثمن شيء أو قيمته" (1).

يلاحظ على ما ساقه معجم القانون أنه اكتفى بعرض الفعل والمصدر واسم الفاعل، كما أنه اكتفى في مفهوم التقدير ببعده الكمي فقط، إضافة إلى تفسيره للتقدير بالتقويم مع أنه بينهما من الاختلاف ما سبق بيانه.

¹ -حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني (إنجليزي عربي) ط 05 (بيروت: لبنان، مكتبة لبنان، 2008) ص: 48.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

ب/ تعريف جيرار كورنو: نبه جيرار كورنو كعادته إلى أصل اشتقاق المصطلح فقال⁽¹⁾: "أصل مصطلح التقدير هو Apretiatio اللاتينية من الفعل Apretiare: قَوْمٌ"، وقد نَبَّهت فيما سبق بأنّ التقويم يصلح في الشق المدني أو ما هو مالي عموماً لكنه لا يصلح في النطاق الجنائي، بل وحتى في بعض الجوانب من المجال الإداري؛ ثمّ أتبع المصنف الاشتقاق بتعريفات اصطلاحية بشكل تراثي من الدائرة الضيقة إلى الأوسع والأعم في الدلالة؛ وأقرب تلك التعريفات إلى بحثي قوله: "على وجه أكثر تقنية: مجموعة عمليات فكرية تركز بالنسبة إلى قضاة الأساس على ضبط الوقائع المتنازع فيها، من أجل التثبت من وجودها، ووزن مداها وخطورتها، وقيمتها وخاصياتها، تشمل التقديرات بهذا المعنى: إثبات الواقعة التي يفترق أحياناً بعضها عن بعضها الآخر"⁽²⁾.

هذا تعريف واسع يشمل التقدير الجنائي وغيره، ولذا ختم التعريف بقوله "تشمل التقديرات...". مما يوحي باتساع المعنى؛ لكن من إيجابيات هذا التعريف أنه نبه إلى بعض من أهم محددات التقدير القضائي، وهي: أنه عمليات فكرية، متعلق بعمل القضاة، يرافق الواقعة في سائر مراحلها؛ تَبَيَّنَ وَضُبُّ وَوَزْنُ المدى والقيمة، كما أنه نَبَّه بوضوح إلى أن التقدير ليس أمراً كميًا ينحصر في القيمة فقط، بل هو عمل ذهني نسبي يشتمل على ضبط الأشياء وغير ذلك من العمليات الفكرية، إضافة إلى هذا كله تنبيهه إلى استيعاب التقدير لسائر مراحل الدعوى.

وما قد يبدو في هذا التعريف من غموض يترجح لديّ أنه راجع إلى ضعف في الترجمة؛ ومما يؤخذ عليه الطول، إذ من خصائص التعريفات الإيجاز، وخصوصاً إذا كان المصنّف معجماً متخصصاً.

¹- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، ط01 (بيروت: لبنان، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، 1418هـ- 1998م 01 ص: 531، ينظر أيضاً: روجيه البعلبكي، مورييس نخلة، صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، ط01 (بيروت: لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002) ص: 959.

²- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ج01، ص: 351.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

ومن خلال ما سبق عرضه يمكن القول: إن التقدير باعتباره نشاطا فكريا، قائما على الظن الاجتهاد⁽¹⁾ وليس يقينا شيء واحد في التشريع الإسلامي وكذا القانون الجزائري الوضعي، ومنه القانون الجزائري؛ وسواء كان ذلك في المجال المدني أو الجنائي أو الإداري، فجوهر السلطة التقديرية واحد⁽²⁾، وما بين الفقهاء من الخلاف ليس في طبيعة هذا النشاط وأنه نسبي، بل في ضوابطه، وشروطه، ومقاصده، ومساحته واستثناءاته؛ وغير ذلك من العناصر التي توسع دائرة الاجتهاد القضائي أو تضيقه، وبعبارة أخرى يكمن الخلاف في النظام والرؤية التي بنى عليها التشريع أحكامه وقواعده ومقاصده، في منح هذه السلطة وتوسيعها أو تضييقها في مجال دون آخر، وفي بعض الجرائم دون بعض، وغير ذلك من الخلافات التي تعد مظهرا وتحلياً لتلك الفلسفة التشريعية.

المطلب الثاني/ تعريف السلطة التقديرية باعتبار اللقبية بشكل عام:

لا يخلو عمل القاضي في أي نوع من القضايا التي تطرح عليه من جهد فكري قائم على عدد من العمليات الذهنية المعقدة، والمنظمة والمتكاملة؛ في سبيل فهم صحيح للواقع والنص الحاكم له⁽³⁾؛ ومن ثم فحين نقول إن القاضي يمارس نشاطا تقديريا، هو في الواقع تقرير لواقع الحال، لأن ما هو مبني على الظن و غلبته في سائر مراحلها لا يمكن بأي حال أن ينتج يقينا خالصا؛ وهذا ما يفسر لنا وضع الأنظمة القضائية المعاصرة لدرجة تقاض تمارس عملا

¹ - يحيوي صليحة، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، (رسالة دكتوراه) التخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية، تحت إشراف: عبد الله سليمان، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، السنة الدراسية: 2015 - 2016، ص: 20، عويد بن مهدي العنزي، السلطة التقديرية للمحقق في نظام الإجراءات السعودي - دراسة تطبيقية مقارنة- (رسالة دكتوراه)، التخصص: العدالة الجنائية، تحت إشراف: محمد مؤنس محب الدين، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، الرياض، السنة الدراسية: 1430هـ - 2009، ص: 11.

² - فهد الكساسبة، وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في التفريد العقابي، مجلة: دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي، المجلد 42 العدد: 01، 2015، ص: 339.

³ - يحيوي صليحة، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، ص: 23، حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة و التدابير الاحترازية (الإسكندرية: مصر، منشأة المعارف، 2002) ص: 134.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

رعايا على أعمال القضاة في تفسير القانون و تطبيقه؛ وهي المسماة بمحكمة النقض أو المحكمة العليا.

بل إن السياسة الجنائية المعاصرة لتفريد العقاب انتهت إلى وجوب تمتع القاضي الجنائي بسلطة تقدير في مختلف مراحل سير الدعوى، وذلك في المؤتمرين الدوليين السابع والثامن لقانون العقوبات المنعقدين في أثينا ولشبونة⁽¹⁾؛ و بناء على ما سبق سأقوم بتعريف السلطة التقديرية بشكل عام في الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي، ثم أتبع ذلك بتعريف سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة على وجه الخصوص في الفقهين المذكورين.

الفرع الأول/ تعريف السلطة التقديرية بشكل عام في الفقه الإسلامي:

سبق التنبيه إلى أن الفقه الإسلامي القديم لم يعرف مصطلح سلطة التقدير، بل استعمل ألفاظا قريبة منها جدا مثل⁽²⁾: الاجتهاد، النظر، الرأي؛ و لا يمكن اعتماد هذه المصطلحات لأنها عند التحقيق أوسع مما نحن بصدد بحثه، والبحث العلمي يعيب الاستعمالات التي تحمل وجوها من المعاني، لأنها تنافي الدقة العلمية، والفقه الإسلامي له جهود مشكورة في التنظير الفقهي وفي مجال ضبط المصطلحات على وجه الخصوص، وكانت جهوده ستونع بفتوحات علمية قيّمة في مجال المصطلحات، لكن غلق باب الاجتهاد وما انجر عنه من جمود وتقليد، أوقف حركة التنظير والإبداع، وصار اللاحق يجتر ما قاله السابق، اعتصارا للألفاظ إما شرحا أو تعليقا، أو اختصارا بلغ حدا الإلغاز⁽³⁾.

¹ - محمد بجاد العتيبي، السلطة التقديرية للقاضي في الامتناع عن النطق بالعقاب (الكويت، معهد الدراسات القضائية، 2005 - 2006) ص: 12.

² - عويد بن مهدي العنزي، السلطة التقديرية للمحقق في نظام الإجراءات السعودي، ص24، محمد صدراتي، سلطة القاضي في تقييد تصرفات المكلفين - الأحوال الشخصية أمودجا- (رسالة ماجستير) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: غنية كيري، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، السنة الدراسية: 1435هـ - 1436هـ / 2014-2015، ص:

³ - ألغر بألف مهموزة ولام ساكنة وزاي مفتوحة معناه: عمى مراده بنظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ط 08 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1426 هـ - 2005) ص: 524.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

وفي العصر الحديث حيث ازدهرت الدراسات المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وفي خضم جهود ضبط المصطلحات لمعرفة جوانب الاتفاق والافتراق حاول بعض الباحثين في الفقه الإسلامي ضبط مدلول السلطة التقديرية وفيما يلي عرض لبعض من أهم تلك المحاولات:

1/ تعريف محمود ناصر بركات⁽¹⁾: "... صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله

بالتفكر والتدبر بحسب النظر و المقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، و اختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته و أثره في الحكم القضائي"؛ ثم قام الباحث بتوضيح هذا التعريف بتحليل عباراته و فك غوامضه؛ وهو تعريف جيّد، لكن يؤخذ عليه:

أ/ الطول: و من ميزات التعريفات الإيجاز، لأنها تعبير علمي مركز.

ب/ التكرار: لقد استعمل الباحث عدة مصطلحات متقاربة من حيث المعنى، مثل (التفكر، التدبر) و(النظر و المقايسة) ولذا اكتفى أثناء توضيح التعريف بشرح التفكير فقط.

ج / التفصيل: وهو من الأسباب التي أدّت إلى طول التعريف، فليس من شأن التعريفات أن تذكر التفاصيل و التفريعات، كقوله: " من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها " فقوله: "في جميع مراحلها" مغن عن تلك التفاصيل التي ذكرها بعد.

¹ - محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ص: 81.

2/ تعريف محمد علي العمري وذياب عبد الكريم عقل⁽¹⁾: "تمكين القاضي

للوصول إلى الحكم أو القرار أو الإجراء المناسب، بما يتفق مع مقصد الشارع، من خلال أعمال نظره فيما يعرض عليه مما لا نص فيه، أو كان النص محتملاً".

تضمن هذا التعريف أمرين اثنين في غاية الأهمية، وهما:

أ/ الشرعية: فلا معنى للسلطة التقديرية إذا لم تكن نشاطاً قضائياً مشروعاً، ودل عليها قوله "ما يتفق مع مقصد الشارع"؛ إضافة إلى أن التعبير بمقصد الشارع دون النص فيه إشارة مهمّة وهي وجوب تحقيق عمل المكلف في تصرفاته جميعاً - ومنه القاضي في عمله القضائي - مقاصد التشريع الإسلامي من عمله، فعلاً أو تركاً، وهذا الارتباط يكون في حالتي وجود النص أو عدمه، وبهذا القيد يندفع إشكال عظيم كثيراً ما أفضّ مَضْجَع فقهاء القانون وهو: تحكّم القضاة أي ظلمهم.

ب/ ربط الاجتهاد أو التقدير القضائي بمقاصد التشريع: ومعنى ذلك أن القاضي

سواء في حالة وجود نص ظني، أو عدمه، لا بد أن يراعي مقاصد التشريع، بل لا بد من مراعاة مقاصد التشريع حتى مع النص القطعي في الاجتهاد التنزيلي؛ ومع ذلك يمكن تعقب هذا التعريف بأنه قاصر في بعض الجوانب منها:

- استعمال الباحثين لمصطلح "التمكين" تعبيراً عن جوهر السلطة التقديرية، ولا نوافق على هذا الاستعمال، لأن التمكين إذن وإباحة ورخصة، وهذه كلها ليست هي السلطة التقديرية، فالمشرع أباح للقاضي أن يجتهد ويقدر، وهذا الاجتهاد أو التقدير محمي من قبل التشريع لأنه أذن فيه، ومن هذا الإذن استمد قوته في ساحة القضاء، فلا يطعن فيه ولا يعقب

¹ - ذياب عبد الكريم عقل ومحمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، المجلد: 35، العدد: 02، 2008، ص: 481.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

عليه أحد، إلا إذا صدر معييا، مخالفا لقواعد وأحكام الإذن والإباحة التشريعية، وعليه فالتمكين في النهاية هو مشروعية السلطة التقديرية لا غير.

- يضاف إلى ذلك غموض مصطلح "التمكين" من حيث مصدر التمكين من يكون؟ وهل هو تمكين موضوعي، أم إجرائي شكلي؟ كيفية حصول هذا التمكين؟.

- إضافة إلى ما سبق يحسن التعبير بكون النص "ظنيا" بدل قوله "محملا"؛ لأن الظن يقابله القطع، ولا اجتهاد في القطعيات، إلا إذا تعلق الاجتهاد بالتنزيل.

- اقتصر هذا التعريف على حالتين فقط للسلطة التقديرية للقاضي وهما: حالة عدم وجود نص، وحالة وجود نص ظني؛ لكن الواقع والحقيقة التي لا ريب فيها أن القاضي يستعمل سلطة التقدير حتى في حالة وجود نص قطعي؛ وهو المسمى بلغة الشاطبي "اجتهاد التنزيل".

من خلال ما سبق يمكن تعريف السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي بأنها:

"صلاحية شرعية للقاضي، توجب عليه إعمال نظره فيما يعرض عليه، مما فيه نص فهما وتنزيلا، أو ما لا نص فيه؛ للوصول إلى الحكم".

1/ قولي " صلاحية " آثرت هذا الاستعمال لأنه الأدق تعبيرا - في نظري - من مصطلح "تمكين" الذي استعمله البعض، على اعتبار أن الأصل حرمة أموال الناس ودمائهم وحررياتهم وأعراضهم، لكن رخص الشرع للقاضي بمنحه سلطة تقديرية استثناء حتى تقوم مصالح الناس.

2/ قولي " شرعية" قيد أخرجت به التعسف في استعمال سلطة التقدير، فالقاضي مطالب شرعا بأن يلتزم بضوابط وأحكام ومقاصد الشريعة في ممارسة هذه السلطة، كما أن فيه إشارة واضحة إلى مصدرها.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

3/ قولي "توجب عليه" أثرت النص على وجوب استعمال السلطة التقديرية، لأن البعض استعمل عبارة "تجيز له" مما قد يفهم منه أن أعمال السلطة التقديرية أمر جوازي، وليس هذا بصحيح، لأن أعمال القاضي لسلطته التقديرية واجب شرعا.

4/ قولي "إعمال نظره... أو ما لا نص فيه" بيان لأشكال وصور استعمال السلطة التقديرية؛ فالشرع لم يحسم بالنص كل المسائل، لأن النصوص محدودة والوقائع غير محدودة، كما أن ظروف الناس ووقائعهم مختلفة، إضافة إلى الوقائع المستجدة بحسب تغير أحوال الناس، ومن ثم ترك الشرع الحكيم للقاضي مساحات واسعة للاجتهاد والنظر فيما يعرض عليه؛ فتارة يرشد القاضي إلى طلب المعروف بين الناس كقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة/233) فثُقَدَّر النفقة بحسب حال الأب سعة وضيقة⁽¹⁾، وأضاف بعضهم حسب حال الزوجة في منصبها⁽²⁾ قال ابن الجوزي: "وفي الآية دليل على تسويغ اجتهاد الرأي في أحكام الحوادث، إذ لا يتوصل إلى تقدير النفقة بالمعروف إلا من جهة غالب الظن، إذ هو معتبر بالعادة"⁽³⁾.

وأحيانا يجد القاضي نفسه أمام نص قطعي لا إشكال في دلالة أو ثبوته، لكنه يحتاج إلى نظر لتحقيقه في الواقع؛ ومن أمثله كما ذكر الشاطبي "أن الشارع إذا قال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ (الطلاق/02) وثبت عندنا معنى العدالة شرعا، افتقرنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة؛ وليس الناس في وصف العدالة على حد

¹ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 01 ص: 274، الرازي، مفاتيح الغيب، ج 06 ص: 129.

² - ابن جزري، التسهيل لعلوم التنزيل، ص: 111، ابن عطية، المحرر الوجيز، ج 01 ص: 573، الجصاص، أحكام القرآن، ج 02 ص: 105 - 106.

³ - ابن الجوزي، زاد المسير، ج 01 ص: 272.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

سواء⁽¹⁾ فيجتهد القاضي في تحديد الشاهد العدل، كما يجتهد في تكييف الوقائع المعروضة عليه، لمعرفة ما يعتبر جريمة يعاقب عليها مما ليست كذلك.

قبل الانتقال إلى العنصر الموالي أنبه إلى صنيع غريب من الباحث عبد الله بن صالح بن رشيد الريش صاحب الدراسة الموسومة بـ "سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون" حيث عرّف كل المصطلحات المشكّلة لعنوان دراسته مفردة، لغة واصطلاحاً؛ ولكنه أحجم فلم يعرف: التقدير لغة ولا اصطلاحاً، كما لم يعرف السلطة التقديرية باعتبار العلمية؟! مع أن التعريف بالمصطلحات المركبة إفراداً، ليس إلا خطوة ضرورية لتعريفها باعتبار العلمية أو اللقبية؛ فهي من باب ما لا يتم التعريف إلا به.

الفرع الثاني/ تعريف السلطة التقديرية بشكل عام في الفقه الوضعي:

عرفت السلطة التقديرية في الفقه الوضعي بعدة تعريفات، وهو أمر منطقي و مفهوم، لأن المصطلح نشأ في الفقه الوضعي، و يذهب بعض فقهاء القانون إلى أنه استعير من فقه القانون الإداري و تطوّره⁽²⁾؛ ولن أستعرض كل التعريفات لكثرتها من جهة، ولأنها من جهة أخرى متفقة من حيث المعنى العام، و إنما الخلاف في الصياغة، أو في بعض الجزئيات التي لا تعيب التعريف بشكل كبير، و عليه سأستعرض بعض هذه التعريفات مع التعليق عليها متى ما رأيت ذلك مطلوباً.

1/ تعريف معجم القانون: "سلطة تقدير، السلطة التقديرية discrétionnaire le pouvoir

سلطة الحكم على أمر من الأمور بالنظر إلى ظروفه بما يجعله غير قابل للتعقيب عليه أو رقابته"⁽³⁾.

¹ - الشاطي، المواقف، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط 01 (الجزء: السعودية، دار ابن عفا، 1417هـ- 1997) ج 05 ص: 12- 13.

² - عويد بن مهدي العنزي، السلطة التقديرية للمحقق في قانون الإجراءات الجزائية السعودي، ص: 24.

³ - معجم القانون (القاهرة: مصر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1420هـ- 1999) ص: 61.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

يلاحظ على هذا التعريف أمران:

أ/ وقع صاحب التعريف في الدور، فمصطلح "سلطة" وهو المراد تعريفه استخدمه الباحث في التعريف.

ب/ إطلاق الحكم بعدم قابلية السلطة التقديرية للتعقيب أو الرقابة.

ج/ تعريف واسع بحيث ينطبق على سلطة القاضي والسلطة التقديرية للإدارة وغير ذلك.

2/ تعريف عبد الواحد كرم⁽¹⁾: "سلطة التقدير: قدرة الشخص أو جهة معينة على القيام بعمل معين بإرادة منفردة".

هذا تعريف يبدو غير جامع، لأن من يقوم بجهة، أو وقف جزء من ماله ينطبق عليه أيضا هذا التعريف، لأن السلطة هنا عُرِّفت بمعناها الواسع جدا، بحيث تشمل أيضا سلطة التصرف؛ وهذا يزيدني قناعة بضرورة عدم حصر السلطة في معنى القوة.

3/ تعريف نبيل إسماعيل عمر⁽²⁾: "النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل في هذا الواقع، في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه".

- عبر الباحث بعبارة جامعة حين سَمَّى التقدير القضائي نشاطا ذهنيا، بما يعني أنه مجموع عمليات يقوم بها العقل القضائي لفهم الواقعة، وتحديد القاعدة القانونية التي تحكمها، وهو من هذه الناحية لا يختلف من حيث طبيعته في فروع القانون المختلفة؛ بل لا يختلف أيضا بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي.

- مما قد يؤخذ على التعريف أنه ركز في تعريف التقدير القضائي على الواقعة المعروضة، مع أن التقدير القضائي باعتباره اجتهادا بشريا يشمل أيضا القاعدة القانونية فهما

¹ - عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، ص: 229.

² - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية - دراسة تحليلية تطبيقية - ص: 78.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

وتنزيلا، ولا يخفى على أحد أن النظم القضائية الوضعية المعاصرة قد جعلت درجة للتقاضي مهمتها مراقبة الفهم والتطبيق السليم للقانون، وهي المسماة عندنا بالمحكمة العليا، وعند المشاركة محكمة النقض.

— من المآخذ المهمة على هذا التعريف أنه جعل النشاط الذهني هو نفسه السلطة التقديرية، وهذا كلام غير دقيق، لأن النشاط الذهني نتيجة للسلطة الممنوحة قانونا، فالقاضي ما كان ليمارس هذا النشاط الذهني بعملياته المختلفة لولا هذه السلطة التي منحت له.

بعد هذا العرض لهذه التعريفات والتعقيب عليها بما رأيته مناسبا، أرى أن تُعرّف السلطة التقديرية بشكل عام في الفقه الوضعي، وفي أي فرع تشريعي تمارس فيه بأنها: "صلاحية منحها المشرع للقاضي توجب عليه الاجتهاد في فهم الوقائع المعروضة عليه وتحديد القاعدة القانونية التي تحكمها".

وفي الأخير أقول: إن السلطة التقديرية بشكل عام في جانبها الفكري كنشاط عقلي، هي شيء واحد في مختلف التشريعات، فما عناه فقهاء القانون الوضعي هو عينه ما قصده الفقهاء المسلمون، أي تلك الصلاحية الممنوحة للقاضي والتي بموجبها يجوز له الاجتهاد وإعمال النظر⁽¹⁾؛ فالقاضي في أي زمن كان ومن خلال أي تشريع، لا بد له من ممارسة النشاط التقديري، إلا أن هذه الممارسة قد تكون مضبوطة قانونيا بحيث تحقق العدالة برؤية ونسبية معينة، وقد لا تكون كذلك فتهدر الحقوق، ولا يتحقق العدل بين الناس، كما أنها تختلف من تشريع لآخر إما لاختلاف ضوابطها، أو مجالات إعمالها، أو معينة، وقد تكون تحكيمية استثناء بعض الصور، أو مصادرها، أو حتى مقاصدها؛ وبعبارة أخرى أقول إن الفقه

¹ - عويد بن مهدي العنزي، السلطة التقديرية للمحقق في قانون الإجراءات الجزائية السعودي، ص: 28، يحيوي صليحة، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي (رسالة دكتوراه) التخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية، تحت إشراف: عبد الله سليمان، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق - سعيد حمدين، العام الدراسي: 2015 - 2016، ص: 20.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

الإسلامي وكذا التشريعات الوضعية المعاصرة تتفق على أن عناصر السلطة التقديرية تتلخص في ما يأتي:

أ/ الإذن التشريعي للقاضي في التقدير.

ب/ جملة العمليات والصلاحيات التي يستخدمها القاضي لفهم الواقعة: لأن التقدير ليس عملية تتم على مستوى العقل المجرد فحسب، بل هو عبارة عن جملة من النشاطات والصلاحيات المتاحة للقاضي، والتي تسمح بالوصول إلى الفهم الصحيح لحقيقة ما جرى، ثم تطبيق ما يجب في الواقعة شرعا أو قانونا؛ فالقاضي قد يلجأ إلى طلب الخبرة، وينظر في البيّنات المقدمة من طرف الخصوم، حتى يكون فهمه للواقعة أعمق، وحكمه بعد ذلك أدق؛ وهذه الصلاحيات التي يمارسها القاضي، والنشاطات العقلية من تحليل وتركيب وقياس ونحو ذلك عناصر ضرورية في مفهوم السلطة التقديرية، حتى يكون التقدير صحيحا، والحكم صائبا.

ج/ القوة الإلزامية للتقدير القضائي، وهذا أحد مميزات عمل المفتي عن القاضي في الفقه الإسلامي، فالإخبار عن حكم الشرع أو القانون قد يتم من قبل شخص غير القاضي، لكن الفارق بينهما هو أن إخبار القاضي بصفته قاضيا ملزم، بينما إخبار غيره يفتقر إلى قوة الإلزام.

البند الثاني/ تعريف سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة:

قبل عرض تعريف سلطة القاضي في تقدير العقوبة، أرى ضرورة التنبيه إلى أمرين:

- 1- إن القاضي المقصود هو القاضي الجنائي دون غيره من القضاة.
- 2- يمارس القاضي سلطته التقديرية في عدة مراحل من سير الدعوى، وفي مسائل مختلفة مثل: سلطة تقدير الأدلة، الخبرة، العقوبة... والذي يعني من هذه جميعا هو: سلطته في تقدير العقوبة، مع قناعاتي الراسخة بأن هذه الأخيرة متكاملة مع بقية النشاطات الذهنية للقاضي.

أ - سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة في الفقه الإسلامي:

لم أعرش للفقهاء المسلمين المعاصرين على تعريف لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ومرّد ذلك في نظري أنهم رأوا أن التعريف العام للسلطة التقديرية شامل لها على الأقل في جوهرها، أي كونها نشاطا ذهنيا مبنيًا على الظنّ والتخمين، وهذا كلام صحيح إلى حدّ ما، لكنّ ضبط التعريفات للمصطلحات أصحّ منه، خصوصا في عصر بلغ فيه العلم مرحلة متقدمة جدا من الدقة والعمق، ولا يكون لنا نصيب في ذلك إلا بقدر ما نستقل بمصطلحاتنا، وما نضبط من تعريفات لها؛ وبناء على ذلك أقترح تعريف سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة على النحو التالي:

" صلاحية شرعية ممنوحة للقاضي توجب عليه الاجتهاد في الحكم على الجاني بما يراه مناسبا فيما خيره المشرع فيه، أو فوضه إليه".

لقد اعتمدت التعريف العام للسلطة التقديرية مع إدخال بعض التقييدات أو الاحترازات الضرورية حتى تنفصل سلطة تقدير العقوبة عن غيرها من صور السلطة التقديرية للقاضي عموما والقاضي الجنائي خصوصا ومن هذه القيود:

1/ قولي "الحكم على الجاني" بدل الحكم بالعقوبة، لأن سلطة القاضي الجنائي في التشريع العقابي الإسلامي تسمح للقاضي بالعتفو عن الجاني، إذا ما قدّر بأن ذلك يصلحه، وهذا مقصور على التعازير فقط، شريطة ألا يتعلق بالجناية حقّ لآدمي، لأن صاحب الحق هو وحده من يملك حق العفو.

2/ وقولي "بما يراه مناسبا" أردت به التنبيه إلى أن التقدير القضائي أمر اجتهادي، ولم يُكلّف الله تعالى القضاة والمفتين إلا بذل الوسع في ذلك، أما حكم الله حقيقة في الواقعة فلا

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

يعلمه إلا الله تعالى؛ فالمقصود إذن ما يراه القاضي أليق بمقصود الشارع؛ لأن القاضي لا يحكم بالتشهي، بل بما يراه محققا للمصلحة، ودافعا للمفسدة⁽¹⁾

3/ قولي "فيما خيّر الشّرّع فيه، أو فوّضه إليه" كان لا بد من ذكر هذين القيدتين - في نظري لبيان مجالي السلطة التقديرية في التشريع العقابي الإسلامي وهما: العقوبات التي نص عليها الشارع نوعا وقدرًا مع ترك الاختيار للقاضي، وذلك مثل عقوبة الحرابة عند القائلين بأنها تخيرية، فالقاضي يختار من العقوبات المذكورة في الآية الكريمة ما يراه مناسبًا للجاني وجنائته، أو نص الشارع على نوعها فقط، وترك للقاضي سلطة تحديد مقدارها، ومثالها: عقوبة النفي في جريمة الحرابة، ومسافة التغريب في جريمة الزنى بالنسبة للزاني البكر.

وأما ما فوضه فيه الشارع فالمراد به عقوبات التعازير، فإن الله تعالى بحكمته فوّض القضاة وولاة الأمور بالمعاقبة على كل معصية لا حدّ فيها ولا كفارة بما يروونه مناسبًا؛ أخذًا بعين الاعتبار حال الجاني والجني عليه، وطبيعة الجناية، وأحوال الناس في كثرة المعاصي وقتلتها، وهو أمر أجمع عليه الفقهاء وإن اختلفوا في بعض تفاصيله على ما سأليناه في الفصول اللاحقة إن شاء الله تعالى.

ب/ تعريف سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة في الفقه الوضعي:

1/ تعريف أحمد محمد بونة (2): "يقصد بالسلطة التقديرية للقاضي بخصوص تحديد العقوبة: تلك الرخصة الممنوحة له بحيث تخول اختيار العقوبة المناسبة، حسب اعتقاده بين حديها الأدنى و الأقصى، مراعيًا ظروف المتهم الشخصية، و ظروف ارتكاب الجريمة".
هذا تعريف جيد عمومًا، لكن يؤخذ عليه ما يلي:

¹ -- ابن أبي زيد القيرواني، النواذر والزيادات، ج 14 ص: 462، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1413هـ - 1992) ص: 583 .

2-- أحمد محمد بونه، دور القاضي في تخفيف العقوبة في قانون العقوبات الليبي و القانون الجنائي المغربي أ نموذجا (مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات، 2010) ص: 19.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

أ/ أنه غير جامع؛ فالقاضي حين يقدّر العقوبة لا يكتفي فقط بالنظر إلى الحدين الأدنى و الأعلى، أي العقوبات الأصلية فقط؛ بل إنه أحيانا يمارس سلطته التقديرية فيضيف أو لا يضيف عقوبات جوازية غير وجوبية كما سنرى لاحقا، فالتقدير لا ينصب على العقوبات الأصلية فحسب.

ب/ الخلط بين الإذن التشريعي في الاجتهاد والاجتهاد في حد ذاته كعملية ذهنية، وما يدل على ما أقول أن الباحث نفسه يقول "تلك الرخصة الممنوحة له بحيث تخول اختيار العقوبة المناسبة" فهذه الرخصة هي التي تخول للقاضي اختيار العقوبة، فالسلطة التقديرية هي الجهد الذهني الذي يبذله القاضي مع قوته الإلزامية التي لا تجعل لأحد عليه سلطانا أو معقبا، إلا إذا خرج عن حدود الصلاحية الممنوحة له، أي أن السلطة التقديرية المشروعة هي جماع العناصر التالية: الإذن التشريعي + الجهد الفكري + القوة الإلزامية لنتيجة هذا الجهد الفكري + عدم خضوع التقدير القضائي للنقض ما دام في الحدود التي رسمها القانون؛ إذ لا يستساغ عقلا منح الإذن في التقدير ثم نقض نتائجه، إلا إذا خرج هذا التقدير عما رسم له من حدود، أو تملص مما وضع له من قيود.

2/ تعريف عبد الله سليمان بقوله: "اختصاص القاضي في وجوب اختيار العقوبة الملائمة للتطبيق على المتهم بحسب النصوص القانونية"⁽¹⁾.

هذا تعريف مختصر ودقيق، وفيه تصريح بأن ممارسة السلطة التقديرية أمر واجب، وليس أمرا جوازيا، كما نص التعريف في قوله: "بحسب النصوص القانونية" على مبدأ الشرعية.

3/ تعريف محمود نجيب حسني⁽²⁾: "القدرة على الملاءمة بين الظروف الواقعية للحالة المعروضة عليه وظروف مرتكبها بصدد اختيار الجزاء الجنائي، عقوبة كان أم تدبيرا

¹ - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - الجزء الجنائي (الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002) ص: 492.

² - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط5 (القاهرة: مصر، دار النهضة العربية، 1982) ص: 782.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

وقائياً، نوعاً أو مقداراً، ضمن الحدود المقررة قانوناً بما يحقق الاتساق بين المصالح الفردية والاجتماعية على حد سواء".

يبدو هذا التعريف غير مضبوط من عدّة نواحٍ أهمها:

أ/ الطول و التفصيل في الجزئيات مثل ظروف الجريمة وظروف مرتكبها و من سمات التعريف الإيجاز.

ب/ جعل السلطة التقديرية هي "القدرة" أي القوة ذهنية، وهو تصوير غير صائب، لأن القدرة على الملاءمة باعتبارها قدرة عقلية خالصة قد تتوفر لدى غير القاضي، أما السلطة التقديرية فهي تلك الصلاحية الممنوحة للقاضي باعتباره قاضياً ليقوم بواجب الملاءمة المذكور ويضفي عليه الشرعية، مادام في حدود القانون، مع أنه يحتمل الخطأ لكونه اجتهاداً بشرياً.

ج/ في التعريف إضافات كان بالإمكان الاستغناء عنها دون أن يختل التعريف، كقوله: "بما يحقق الاتساق بين المصالح الفردية والاجتماعية..."

4/ قريمس سارة: اكتفت الباحثة بتعريف السلطة التقديرية للقاضي الجنائي عموماً بقولها¹): "فالسلطة التقديرية للقاضي هي رخصة منحها المشرع للقاضي تنازلاً منه عن جزء من سلطاته في سبيل التطبيق الواقعي للقاعدة الجنائية".

ينطبق هذا التعريف في جزء كبير منه على السلطة التقديرية بشكل عام، لولا قولها في الأخير "القاعدة الجنائية"؛ إضافة إلى بعض العبارات التي يمكن الاستغناء عنها لأنها تفصيل وزيادة بيان لا غير مثل قولها: "تنازلاً منه عن جزء من سلطاته".

من خلال ما عرضته من تعريفات أقترح التعريف التالي: "صلاحية ممنوحة للقاضي

الجنائي توجب عليه الحكم بالعقوبة المناسبة في حدود النص القانوني".

¹. قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة (رسالة ماجستير) التخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية، تحت إشراف: درياس زيدومة، السنة الدراسية: 2011. 2012، جامعة الجزائر (1) بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، ص: 29.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

1/ فقولي: "القاضي الجنائي إخراج لما سواه من القضاة.

2/ وقولي: "الحكم بالعقوبة المناسبة" فيه إشارة واضحة إلى ضرورة اعتبار ظروف الجاني وظروف جريمته، لأنه إذا لم يعتبر القاضي هذه الظروف فالعقوبة غير مناسبة للجاني، وإن ادعى القاضي أنه حَكَّم نص القانون، لأن المشرع لما جعل للعقوبة حدين أدنى وأعلى، إنما أراد الاستجابة لمشكلة اختلاف ظروف الجناة، وتَرَكَ للقاضي سلطة تدرج العقوبة بحسب تلك الظروف.

3/ وأما قولي: "في حدود النص القانوني" فبيان للحدود القانونية لهذه السلطة، فالقاضي يجب عليه أن يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها فقط، وأن يلتزم المقادير المنصوص عليها في الحد الأدنى والأعلى، فلو استفاد الجاني من ظروف التخفيف على القاضي ألا ينزل عن الحد الأدنى للتخفيف، وإذا شدد العقوبة لم يجز له أن يعتلي الحد الأعلى، ومن باب أولى لا يجوز له تجاوز الحد الأعلى المنصوص عليه في غير حالات التشديد العقاب، وهذا كله بناء على ما قرره المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون" والقانون هنا المراد به النص التشريعي المكتوب.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

المبحث الثاني/ مسالك إثبات مشروعية السلطة التقديرية:

لقد جاءت الشريعة الإسلامية مبينة للواجبات والحقوق، مفصحة عن الأسس التي تقيم الحق والعدل بين الناس؛ ومن ثم لن يُعَدَمَ الباحث في نصوصها أن يجد حديثاً عن القاضي والقضاء، باعتباره جهداً بشرياً ينصب على حسن التعرف على الوقائع الفعلية، وحسن النظر في أدلة الشرع، للوصول إلى حُكْمٍ يحقق لأحكام الشرع ومقاصده؛ لأن الشريعة الإسلامية التي هي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها⁽¹⁾ لا يمكن أن تترك فراغاً تشريعياً ينفذ من خلاله من استعبدتهم الشهوات والأهواء ليُفْرِطُوا أو يُفَرِّطُوا، ويلبسوا عملهم السيئ لبوس الشرع.

ومن ثم جَدَّتْ الشريعة في توضيح المبادئ الثابتة، والغايات الخالدة للعمل القضائي، وتركت في بعض المجالات هامشاً مقبولاً لاجتهاد القاضي مراعاة للمتغيرات؛ بيد أن هذا الهامش المتروك ليس هَمَلًا بحيث ينطلق القاضي ويؤدي عمله دون أن يستهدي بشيء، بل جعلت الشريعة له منارات يهتدي بها هي المبادئ التشريعية والمقاصد⁽²⁾، وقبل ذلك وأثناءه وبعده - وهذا من حسنات القانون الإسلامي - اطمأنت الشريعة إلى الوازع الإيماني لدى القاضي المسلم؛ ولكي تكتمل الصورة في الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في تقدير العقوبة لا بد من التعرض لأدلة مشروعيتها شرعاً وقانوناً.

والناظر في الأدلة التي تنهض بمشروعية السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في التشريعين الجزائريين الإسلامي والجزائري يلاحظ أنهما يلتقيان أو يتفقان في بعض المسالك في إثبات مشروعية السلطة التقديرية، ويختلفان في البعض؛ بحيث يتميز التشريع العقابي الإسلامي بشكل

¹ - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط 01 (الدمام: السعودية، دار ابن الجوزي، 1423هـ) ج 04 ص: 337.

² - إبراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء و نظامه في الكتاب و السنة (رسالة دكتوراه) ط 01 (مكة المكرمة: السعودية، طبعه جامعة أم القرى، 1409هـ - 1989) ص: 211 - 214.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

واضح بمسالك تدل على طبيعته الدينية، ويتجلى ذلك من خلال اندماج التشريع الجزائي مع العبادة، فيغدو الالتزام بأحكام القانون قربي من أشرف القربات؛ لا مجرد التزام على حرف دفع إليه الخوف من ملاحقة القضاء؛ والمسالك التي يلتقي فيها التشريعان هي: الإذن التشريعي، التخيير بين عقوبات مختلفة، تشريع عقوبات جوازية، ثم تفرد التشريع العقابي الإسلامي بالترغيب في الاجتهاد، ومما تفرد به التشريع العقابي الجزائري- كغيره من التشريعات العقابية-: وضع حدين أدنى وأعلى للعقوبات ومنح القاضي السلطة التقديرية لاختيار القدر المناسب منها.

المطلب الأول/ المسالك المشتركة بين التشريع الجزائي الإسلامي والجزائري

في مشروعية السلطة التقديرية للقاضي الجزائري

الفرع الأول/ الإذن التشريعي: والمراد به أن ينص التشريع على إباحة الاجتهاد عموماً، أو أعمال السلطة التقديرية خصوصاً بشكل عام، وهذا الأسلوب موجود في التشريع الإسلامي، ويمكن الاستدلال عليه بعدة أدلة، بل يمكن تقسيمه إلى قسمين:

أولاً: الإذن التشريعي الصريح: ومن أمثله:

1/ من القرآن الكريم :

أ/ قوله تعالى: ﴿بَاغْتَبِرُوا يٰٓأُولِي الْأَبْصَارِ ﴿٥٢﴾﴾ (الحشر/02) ذهب عامة الأصوليين إلى الاحتجاج بهذه الآية الكريمة لإثبات حجية القياس؛ القياس والمقايسة من أوجه الاجتهاد⁽¹⁾؛ غير أن بعض أهل التفسير ضعفوا هذا الاستدلال ومنهم ابن جزى الغرناطي المالكي⁽²⁾.

¹ - الرازي، مفاتيح الغيب، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1401هـ-1981) ج 29 ص: 282، أبو السعود، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الحكيم، تحقيق: عبد القادر أحمد عطا (الرياض: السعودية، مطبعة السعادة) ج 05 ص: 300، الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1412هـ-1992) ج 05 ص: 317، محمود محمد ناصربركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ص 84.

² - ابن جزى، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق: محمد سالم هاشم، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1415هـ-1995) ج 02 ص:

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

ب/ قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُمُ عَلَىٰ أَلْوَسِيعِ فَدْرَهُ ۖ وَعَلَىٰ أَلْمُفْتِرِ فَدْرَهُ ۖ

مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة/233). وجه الاستشهاد بهذه الآية الكريمة، أن الله تعالى لم يقدر النفقة بل أوكل ذلك إلى اجتهاد القضاة والفقهاء، مع مراعاة حال الزوج من غنى وفقر، وهو أمر يختلف باختلاف القضاة والأزمان والأعراف؛ يقول ابن العربي: "المسألة الرابعة: في تقدير الإنفاق: قد بينا أنه ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصوليني الله تعالى عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام"⁽¹⁾.

2/ من السنة النبوية:

أ/ حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه ومما جاء فيه قوله: "فإن لم يكن في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله صلى الله عليه وسلم"⁽²⁾.

دل هذا الحديث دلالة صريحة على تولية القضاة، والإذن التشريعي لهم في الاجتهاد، لأن إقرار رسول الله عليه السلام لكلام معاذ سنة تقريرية، بل فيه تصريح بأن صنيع معاذ رضي الله عنه مرضاة لرسول الله، ومن أَرْضَى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد أَرْضَى الله تعالى. والحديث وإن ضعفه كثير من أهل الحديث من جهة الإسناد، إلا أن الأمة تلقتة بالقبول لصحة معناه، ونقل أهل العلم له من غير نكير طبقة عن طبقة، فكيف إذا أضيف إلى ذلك تصحيح بعض أهل الحديث له كابن العربي وابن القيم، يقول أبو بكر بن العربي: "اختلف الناس في هذا الحديث، فمنهم من قال إنه لا يصح، ومنهم من قال هو صحيح، والدين القول بصحته، فإنه حديث مشهور يرويه شعبة بن الحجاج، رواه عنه جماعة

¹ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 04 ص: 290.

² - أبو داود، السنن، تحقيق: ناصر الدين الألباني، ط 02 (الرياض: السعودية، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1417هـ) ص: 644، كتاب الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم: 3592، حكم الشيخ على الحديث بالضعف؛ الترمذي، سنن الترمذي (المعروف بجامع الترمذي)، تحقيق: ناصر الدين الألباني، ط 01 (الرياض: السعودية، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1417هـ) ص: 313-314، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، حديث رقم: 1327، 1328، أحمد، المسند، تحقيق وتعليق: حمزة أحمد الزين، ط 01 (القاهرة: مصر، دار الحديث، 1416هـ - 1995) ج 16 ص: 164-165، الحديث رقم: 21906.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

من الرفقاء والأئمة، منهم... وغاية حظه في مرتبته أن يكون من الأفراد، ولا يقدر ذلك فيه ولا أحد من أصحاب معاذ مجهولا⁽¹⁾؛ ويقول ابن القيم: "هذا حديث وإن كان عن غير مسمين فهم أصحاب معاذ، فلا يضره ذلك لأنه يدل على شهرة الحديث، وأن الذي حدث به الحارث بن عمرو عن جماعة من أصحاب معاذ لا واحد منهم، وهذا أبلغ في الشهرة من أن يكون عن واحد منهم لو سمي، كيف وشهرة أصحاب معاذ بالعلم والدين والفضل والصدق بالحل الذي لا يخفى؟ ولا يعرف في أصحابه متهم ولا كذاب ولا مجروح"⁽²⁾.

وقال حمزة أحمد الزين في تعليقه على الحديث في مسند الإمام أحمد: "إسناده حسن، وأقول هذا رغم أم كثيرا من العلماء ضعفوه... وإنما ضعفوه لجهالة عمرو بن الحارث بن أخي المغيرة بن شعبة، ولم يسلم المحققون بأنه مجهول، لأنه ليس مجهول العين، فقد حددوا أنه ابن أخي المغيرة بن شعبة، ولم يجرحه أحد جرحا مفسرا، لأن كبار التابعين يكفي أن يعرف شخصهم وألا يكون أحدهم متهما على دينه وعدالته.

وأكثر المحدثين الذين ضعفوا هذا الحديث يأخذون بمثله ويعملون بمقتضاه، كما قال الترمذي في حديث "لا يرث القاتل"؛ وأما جهالة الرواة عن معاذ فغير مسلم أنهم مجهولون، وإنما الراوي لما وجد أصحاب معاذ كلهم يحدثون هذا الحديث لم يستطع أن يسمي واحدا منهم لاستفاضة الخبر بينهم فليس هذا منقطعا؛ والغريب أن البخاري وغيره ممن جعل هذا الحديث منقطعا يذهبون إلى أن الراوي إذا حدث عن جماعة قبل ذلك منه وإن لم يسمهم؛ وإنما استعملوا قواعدهم هنا بالذات لأن الحديث عمدة الأصوليين والفقهاء في إثبات القياس، وأكثر المحدثين لا يجوبون القياس ولا الرأي؛ وفوق كل ما تقدم فقد نقل الخطيب أنه روي من وجه متصل عن عبد الرحمان بن غنم عن معاذ؛ فيقوم دليل الأصوليين وتزول العلة"⁽³⁾.

وما قاله أحمد علي الزين من أن المحدثين ضعفوا الحديث لأنه عمدة الأصوليين والفقهاء في إثبات القياس اتهام خطير، لا نُسلّم به إلا بناء على أدلة قوية، إذ كيف يرد

¹ - ابن العربي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية) ج 06 ص: 72-73.

² - ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، ط 01 (الدمام: السعودية، دار ابن الجوزي، 1423هـ) ج 02 ص: 344-351، محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف (بيروت: لبنان، دار الفكر) ج 04 ص: 558.

³ - أحمد، المسند، ج 16 ص: 164 الحديث رقم: 21906، 201906، 21999.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا صحَّ بناءً على خلاف في مسألة مهما كانت طبيعتها؟! .

ب/ قوله عليه السلام: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"⁽¹⁾.

هذا من الأحاديث الصريحة ليس فقط في دعوة القاضي إلى الاجتهاد كما قال البعض⁽²⁾، بل فيه ترغيب وتشجيع⁽³⁾ في ذلك، ودفع للحرج والعُتْبِ عنه مادام قد بلغ أقصى المستطاع البشري في البحث.

أما في القانون الجزائري فنجد هذا الأسلوب صريحاً في المادة 01/ ف 03 حيث جاء فيها: "إذا لم يوجد (النص التشريعي ولا مبادئ الشريعة الإسلامية ولا العرف) فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"؛ وهذا النص وإن كان فيه إذنا تشريعياً لكنه معيب من ناحيتين:

- غموض صياغته، وكم تعبنا ونحن طلبة في فهم المراد بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، كونها أقل انضباطاً ودقة مقارنة مع مبادئ الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾.

- إن هذا النص مقصور تطبيقه على القانون المدني، فهو لا يسري على المادة الجزائية، لأن هذه الأخيرة محكومة بمبدأ الشرعية التي لا تسمح إطلاقاً للقاضي بإعمال سلطته التقديرية لاستحداث جريمة أو عقوبة لم ينص عليها المشرع، فالاجتهاد في المجال الجزائي في سائر القوانين الوضعية ومنها التشريع الجزائري يكون في المواد المدنية فحسب، أما في المادة الجزائية فيجتهد في حدود ما يسمح به النص الجزائي وبالتفسير الضيق له⁽⁵⁾.

¹ - البخاري، الجامع الصحيح، ص: 1814، كتاب الاعتصام بالسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، الحديث رقم: 7352.

² - محمود ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي فيالفقه الإسلامي، ص: 88.

³ - موسى شاهين لاشين، فتح المنعم شرح صحيح مسلم، ط 01 (القاهرة: مصر، دار الشروق، 1423هـ- 2001) ج 07 ص: 33.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي) ج 01 ص: 48.

⁵ - عثمانية لخميسي، التفسير في المادة الجزائية وأثره على حركة التشريع، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد: 07، فيفري

2005، ص: 12.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

فإذا كانت المادة الأولى من قانون العقوبات قد نصت على أنه لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن إلا بنص؛ وبالتالي ليس للقاضي الجنائي أن يجرم أو يعاقب إلا بناء على نص؛ فإن نظيرتها في القانون المدني نصت على خلاف ذلك تماما؛ حيث ورد فيها الإذن صريحا للقاضي بأن يجتهد في إيجاد حكم للواقعة المعروضة عليها؛ بل إن المشرع وضع بين يدي القاضي عددا من المصادر التي يرجع إليها ليجد الحكم المناسب؛ جاء في المادة الأولى من التقنين المدني: "يسري القانون على جميع المسائل التي تناوّلها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية؛ فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف؛ فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ولا يخفى على ذي لب أن القاضي إذا لم يجد نصا تشريعا يحكم النزاع فإنه في بقية المصادر مجتهد ولا بد؛ وأظهر ما يكون الاجتهاد و التقدير حين يحال على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؛ وكان الأخرى بالمشرع أن يقول اختصارا "فعليه أن يجتهد انطلاقا من القواعد والمبادئ العامة وروح القانون"؛ أقول هذا الكلام لأني مُدْ قَرأت هذه الإحالة الغامضة - أعني الإحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة - وفي النفس منها شيء؛ فكنت دائم التنبيه لطلبة الحقوق إلى هذا الخلل في الصياغة، إلى أن وجدت سندا فيما ذهبت إليه وهو الباحث عمار بوضياف حيث انتقد المشرع المدني الجزائري بطريقة لبقة فقال: "إن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعني إلزام القاضي أن يجتهد رأيه، حتى يصل إلى حسم النزاع المعروض عليه، وحتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء"⁽¹⁾.

وبناء عليه يبدو التشريع الجزائري الإسلامي أرحب في منح السلطة التقديرية لأنه أذن فيها ومنحها بنصوص واضحة، بل ورغب فيها حتى يتنافس القضاة في تحقيق مقصود الشرع من استعمال السلطة التقديرية وهو الفصل في الواقعة ومن جملتها الحكم بالجزاء المناسب.

ثانيا/ الإذن التشريعي غير الصريح:

ويدخل في هذا المسلك في التشريع الإسلامي أدلة كثيرة نكتفي بأقربها دلالة على

المراد:

¹ عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ط2 (الجزائر: دار ربحانة، 2000) ص153.

1/ من القرآن الكريم:

أ/ قال الله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَبَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٧﴾ فَجَهِمْنَا سُلَيْمَانَ وَكَلَّأْنَا - آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴿٧٨﴾ (الأنبياء/ 78-79). تعتبر هذه الآية الكريمة أصلاً في اختلاف المجتهدين، ذلك أنها رفعت الحرج عن القضاة والحكام المؤهلين للنظر في القضايا إلى درجة أن الحسن البصري رضي الله عنه قال فيها: "لولا هذه الآية لرأيت القضاة قد هلكوا، ولكنه تعالى أثنى على سليمان بصوابه وعذر داود باجتهاده"⁽¹⁾.

فعمل القاضي مؤلف من نظرين أو فهمين أولهما للواقع، وثانيهما لحكم الله تعالى في كتابه أو سنة نبيه عليه السلام؛ وكلا الفهمين فيه من الاجتهاد مافيه إن لم يكن في الفهم ففي التنزيل؛ يقول ابن القيم رحمه الله: "فالفهم نعمة من الله على عبده، ونور يقذفه الله في قلبه، يعرف به ويدرك ما لا يدرك غيره ولا يعرفه، فيفهم من النص ما لا يفهمه غيره مع استوائهما في حفظه وفهم أصل معناه"⁽²⁾.

ب/ قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ ﴿٦٩﴾ (العنكبوت/69).

ذهب أغلب المفسرين إلى أن المقصود بالجهاد في هذه الآية قتال المشركين والكافرين؛ غير أن بعضاً من أهل العلم انتزع منها أن القاضي الذي يبذل الجهد في القيام بالحق والعدل يوفقه الله تعالى⁽³⁾، وذلك على اعتبار أن الجهاد المذكور في الآية ليس خصوص القتال

¹ - ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط03(بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2003) ج 03 ص: 270.

² - يسري السيد محمد، صالح أحمد الشامي، بدائع التفسير الجامع لما فسره الإمام ابن قيم الجوزية، ط 01 (الدمام: السعودية، دار ابن الجوزي، 1427هـ) ج 02 ص: 199.

³ - السرخسي، المبسوط، ج 16 ص 76، ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام، ج 01 ص: 12، ناصر محمد محمود بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ص: 84.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

فحسب؛ "قال أبو سليمان الداراني: ليس الجهاد في هذه الآية قتال العدو فقط، بل هو نصر الدين والرد على المبطلين وقمع الظالمين، وعظمة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ومنه مجاهدة النفوس في طاعة الله عز وجل وهو الجهاد الأكبر"¹.

ولاشك أن القاضي حين يستفرغ طاقته في سبيل معرفة الوقائع على حقيقتها، ثم تطبيق حكم الله على ذلك فإنه ناصر للدين قانع للظالمين لأن العلماء والقضاة هم حفاظ الشريعة، يقول بدر الدين بن جماعة: "وأما العلماء القائمون بحملها المعنيون بحفظها ونقلها، فهم المرجع في حلالها وحرامها ومواقع أحكامها، فمنهم: الكافي للحكم والقضاء، وحمل ما فيه من الأعباء؛ ومنهم من هو أهل الفتاوى و الوقائع"⁽²⁾.

2/ من السنة النبوية:

1/ عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من نار"⁽³⁾.

مما يستفاد من الحديث أنه عليه السلام كان يقضي بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه شيء بوصفه قاضياً⁽⁴⁾.

الفرع الثاني/ من المعقول:

إن نصوص الوحي كتاباً وسنة متناهية، أما الوقائع فلا تنتهي؛ فكان لزاماً على المجتهدين أن يتعرفوا على ما استجد في واقع الناس حتى يواجهوه بالأحكام التي تحقق المصالح وتدرأ المفاسد، مستهدين في ذلك بقواعد الشرع ومبادئه ومقاصده؛ ذلك أن الشرع لم ينص

¹ التعاليم، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، تح: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، ط1 (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1418هـ - 1997م) ج4، ص304.

² بدر الدين بن جماعة، تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، ط01 (قطر، طبعة رئاسة المحاكم الشرعية، 1405هـ - 1985م) ص: 87-88.

³ البخاري، الجامع الصحيح، ص: 1771 كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم حديث رقم: 7169.

⁴ محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ص 66، الشوكاني، نيل الأوطار، ج 06 ص: 336.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

على حكم كل واقعة بعينها وإنما جاء كما يقول الشاطبي: "بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعدادا لا تنحصر"⁽¹⁾؛ وهذا هو سر صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، فهي تملك من المبادئ والمقاصد والقواعد "ما يجعلها مرنة تدور حول ثوابت وثابتة تحكم المتغيرات"⁽²⁾.

والقاضي باعتباره واحدا من المجتهدين مطالب بأن يدقق النظر فيما عرض عليه فإن لم يجدله نصا من الكتاب أو السنة أو قولاً معتبراً من السلف المتقدمين أو الأئمة المجتهدين - بحيث لا يزال محققاً لمقاصد الشرع - فإن الشرع الحنيف الذي جاء ليحقق العدل يعزم على القاضي أن يستنتق مقاصد الشرع وقواعده ويقرر حكماً لما عرض عليه فإن أصاب الحق فله أجران وإن أخطأه فله أجر واحد والله واسع عليم.

بينما يذهب بعض الباحثين إلى القول بأن ولاية القضاء هي في حد ذاتها الأساس في نشوء السلطة التقديرية ومشروعيتها، بغض النظر عن طبيعة النزاع الذي يتصدى القاضي لحسمه، وأياً ما كان الميدان الذي يباشر فيه نشاطه التقديري ومن هذا المنطلق تعتبر السلطة التقديرية عنصراً من عناصر الوظيفة القضائية؛ فتولية القاضي للفصل في الخصومات وتجرّيم عدم فصله في النزاع؛ واعتبار ذلك إنكاراً للعدالة، وعدم وجود نصوص في العديد من القضايا المعروضة عليه ثم منعه من الاجتهاد أمر يناقض حق الفرد في اللجوء إلى القضاء، يقول عمار بوضياف: "وإذا كان حق التقاضي مكفولاً للجميع ومبدءاً رسمته المواثيق الدولية، وأكدته القانون الأساسي في الدولة، فينبغي لتجسيده في أرض الواقع تمكين القاضي أولاً من اللجوء للاجتهاد ليتوج الدعوى بحكم، ومساءلته جزائياً ومدنياً إن هو رفض صراحة الفصل في قضية معروضة عليه رغم دخولها في عموم ولايته واختصاصه"⁽³⁾.

¹ - الشاطبي، الموافقات، ج 05 ص: 15-16.

² - نور الدين مختار الخادمي، أبحاث في مقاصد الشريعة، ط01 (بيروت: لبنان، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، 1429هـ- 2008) ص: 59-60.

³ - عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ص: 154-155.

الفرع الثالث/ تخيير المشرع القاضي في الحكم بعقوبة أو أكثر من عقوبات

مختلفة:

إذا وضع المشرع أكثر من عقوبة للجريمة وخير القاضي في الحكم بأيها شاء، أو الحكم بها جميعاً، فهذا إذن صريح للقاضي في استعمال سلطته التقديرية؛ والتشريعات المعاصرة جميعها تأخذ بهذا الأسلوب التشريعي في منح السلطة التقديرية.

والتشريع الإسلامي تضمن هذا الأسلوب في عقوبات الحدود بشكل استثنائي، وفي عقوبات التعازير يعتبر هو الأصل؛ وبيان ذلك أن عقوبات الحدود أريد بها الردع الشديد لخطورة المصالح المنتهكة، وجرائمها واحدة وثابتة في كل زمان ومكان، واستثنى من ذلك عقوبة الحراة فقط، على الرأي القائل بأنها عقوبات تخيرية وهو مشهور المذهب المالكي وابن حزم ومال إليه أبو زهرة ومحمد سليم العوا⁽¹⁾ من المعاصرين كما سنرى في الفصل الموالي، ففي عقوبة الحراة خير الله تبارك وتعالى الإمام بين: القتل، والصلب، وقطع الأيدي والأرجل من خلاف، والنفي من الأرض، وهذا التخيير بـ "أو" إذن صريح في وجوب أعمال السلطة التقديرية لتحديد العقاب المناسب نوعاً وقدراً إذا كان يقبل التدرج كالنفي؛ أما في عقوبات التعازير فاعتبر التخيير هو الأصل لأن الغالب على هذه الجرائم أنها غير منصوص عليها، كما أنه متفاوتة الخطورة ولذا وضع التشريع الإسلامي بين يدي القاضي كل ما يراه مناسباً لحال الجاني وجنائته وما يؤدي إلى إصلاحه وردعه وردع غيره، وبالتالي فتح أمام القاضي الباب على مصراعيه ليختار الجزء المناسب بدءاً بمجرد إعلام القاضي للجاني بأنه على علم بجنائته، وانتهاءً إلى القتل للجاني، بل أجاز الفقه الإسلامي للقاضي العفو عن الجاني إن لم يكن هنالك حق

¹ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، تحقيق: محمد حجي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1999) ج 14 ص: 462، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي ومحمد رضوان عرقسوسي، ط 01 (مؤسسة الرسالة، 1427هـ - 2006) ج 07 ص: 437، ابن حزم، المحلى، تحقيق: محمد منير الدمشقي، ط 01 (القاهرة: المطبعة المنيرية، 1352هـ) ج 11 ص: 319، أبو زهرة، الجرمة والعقوبة، ص: 138، 140، محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي - دراسة مقارنة - ط 01 (مصر: نخضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، 2006) ص: 239.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

لآدمي، ورأى القاضي أن الجاني وقع منه ذلك فلتة، وهو نادم على فعلته تائب منها، وربما وبخه بحسب الجناية والجاني والمخني عليه، وربما ارتفع القاضي بسقف الجزاء إلى الحبس أو الضرب بل أجاز عامة الفقهاء القتل تعزيرا وإن اختلفوا في حالاته أو موجباته، يقول صاحب منتهى الإرادات: "ويكون التعزير أيضا بالحبس، والصفع، والتوبيخ، والعزل عن الولاية، وإقامته من المجلس، حسبما يراه الحاكم، ويصلبه حيا"⁽¹⁾.

إن المنتبع للعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري يلاحظ بجلاء أن المشرع أحيانا يلجأ إلى تخيير القاضي بين الحكم بالحبس أو الغرامة تاركا الأمر لسلطته التقديرية، يقول عبد الله أوهابيه: "وتقتزن عقوبة الغرامة بالحبس بصفة إلزامية أو اختيارية بحسب ما يقرره القانون في هذا الشأن، حيث يقرر أحيانا القانون سلطة تقديرية للقاضي الجنائي في الاختيار بين عقوبتي الحبس أو الغرامة، وأحيانا أخرى لا يترك مثل هذا المجال - أي الاختيار بين الحبس و الغرامة للقاضي الجنائي فيقرر وجوب توقيع عقوبتي الحبس والغرامة معا وفي آن واحد"⁽²⁾؛ وحتى يتضح الأمر أكثر أسوق الأمثلة التالية:

- جاء في المادة 100: "كل تحريض مباشر على التجمهر غير المسلح سواء بخطب تلقى علنا أو بكتابات أو مطبوعات تعلق أو توزع يعاقب عليه بالحبس من شهرين إلى سنة إذا نتج عنه حدوث أثره، وتكون العقوبة من شهر واحد إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دجأو بإحدى هاتين العقوبتين في الحالة العكسية."

¹ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1421هـ - 2000) ج 06 ص: 227 - 228؛ وينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 219 وما بعدها.

² - عبد الله أوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - (الرعاية: الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2009) ص: 374 - 375.

المطلب الثاني/ المسالك التي تفرد بها التشريع الجزائي الإسلامي والتشريع

الجزائري:

الفرع الأول/ ما تفرد به التشريع الإسلامي:

وهو مسلك الترغيب في الاجتهاد وطمأنة القاضي بأنه مأجور في كل الأحوال، سواء أصاب أم أخطأ، وهذا المسلك نابع في الواقع من الطبيعة الدينية للتشريع الإسلامي، حيث تلتئم العقيدة مع الشريعة مع الأخلاق لتشكل هذه الثلاثية بناء قضائيا متماسكا وقويا بحيث تتحول فيه السلطة التقديرية للقاضي إلى عبادة جليلة يحرص القاضي على إتقانها كما يتقن شعيرة الصلاة ونحوها، لأنه سيقف بين يدي ربه يوما وسيحاسبه على التقصير، وقد سمى الشرع عملية استفراغ الوسع لمعرفة الحكم أو الجزء المناسب "اجتهادا" في إشارة واضحة إلى أنه عملية شاقة.

ومما يدخل في هذا المسلك ما روي عن بعض السلف من الترغيب في بذل أقصى الجهد والترهيب من التهاون في ذلك ما نقله الخفاف^(*) رحمه الله تعالى عن أبي موسى الأشعري أنه قال: "لا ينبغي للقاضي أن يقضي حتى يتبين له الحق كما يتبين الليل من النهار؛ فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فقال: صدق" وقد علق الشارح الصدر الشهيد الحنفي^(**) على هذا الخبر بقوله: "وهذا إنما يكون في موضع النص، فإن النص مقطوع به، فيتبين الحق كما يتبين الليل من النهار؛ وأما في غير موضع النص فلا، لأن في غير موضع النص يقضي بالاجتهاد، والاجتهاد ليس بدليل مقطوع به فلا يتبين له به الحق كما يتبين الليل من النهار"⁽¹⁾ وأقول معلقا على التعليق، إن هذا الكلام فيه نظر من نواح عدة؛ أولها إن نصوص

* - الخفاف: أبو بكر أحمد بن عمرو بن مَهْر الشيباني، الفقيه الحنفي، المحدث، حدث عن وهب بن جرير، وأبي عامر العقدي، وخلق كثير، له عدة مصنفات منها: كتاب الخراج صنفه للمهتدي، وله كتاب (الحيل)، الشروط الكبير، الرضاع، أدب القاضي، مات ببغداد سنة (261هـ) ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 13 ص: 123 - 124.

** - الصدر الشهيد: أبو حفص، عمر بن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري، تفقه بأبيه العلامة أبي المفاخر حتى برع، وحدث عن أبي سعد بن الطيوري، وأبي طالب بن يوسف، تفقه عليه خلق، منهم أبو علي بن الوزير الدمشقي، استشهد سنة (536هـ). ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 20 ص: 97.

¹ - الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي، ص: 172 - 173.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

الشرع أغلبها ظني الدلالة، ولذلك كثر الخلاف بين المجتهدين والفقهاء، وثانيها إن ما يقوم به القاضي في سبيل معرفة ما حدث واقعا أمر اجتهادي، فالظن متطرق في كل الأحوال، وكل ما يمكن أن يستفاد من النص في تقديري هو الترهيب من التقصير في بذل الوسع، والله تعالى أعلم وأحكم.

الفرع الثاني/ ما تفرد به التشريع الجزائري الجزائري:

1/ تشريع عقوبات جوازية:

كان المشرع إلى ما قبل تعديل 2006 يصنف العقوبات تصنيفا ثلاثيا وهي:

أ/ عقوبات أصلية: وهي المقررة للجريمة ويجب أن ينطق بها القاضي وقد نص عليها المشرع الجنائي في المادة 05 من ق.ع.ج، ورتبها ترتيبا تنازليا لأنها تختلف باختلاف الجريمة.

ب/ عقوبات تبعية: وهي المترتبة على عقوبة أصلية ولا يصدر الحكم بها وإنما تطبق بقوة القانون بمعنى أنها لا تحتاج أن يذكرها القاضي أو ينطق بها لأنها تابعة ولازمة للعقوبة الأصلية؛ وقد كان منصوصا عليها في المادة 06 من ق.ع.ج وهي: الحجر القانوني والحرمات من الحقوق الوطنية مثل: حق الانتخاب، الترشيح، حمل أي وسام...؛ كما نص المشرع على أنها لا تتعلق إلا بعقوبة الجناية.

ج/عقوبات تكميلية: هي عقوبات إضافية تضاف إلى العقوبة الأصلية، فيجوز للمحكمة أن تحكم بها في بعض الجرائم التي بينها القانون، فهي لا تلحق تلقائيا بالعقوبة الأصلية مثل العقوبات التبعية⁽¹⁾؛ ولذا وجب على القاضي إذا حكم بها، أن ينطق بها في حكمه؛ شأنها شأن العقوبة الأصلية؛ ومن أمثلتها: تحديد الإقامة (وهو إلزام المحكوم عليه بأن يقيم في منطقة يعينها الحكم ولا يجوز أن تجاوز مدته خمس سنوات ويبدأ تنفيذ تحديد الإقامة من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه؛ المنع من الإقامة (ويعني الحظر على المحكوم عليه أن يوجد في بعض الأماكن).

¹ - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - الجزء الجنائي، ص: 478.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

وهذا الصنف من العقوبات هو الذي يعيننا، إذ نلاحظ أن المشرع أذن للقاضي في بعض الحالات أن يستعمل سلطته التقديرية فيحكم بما متى ما رأى ذلك مناسباً؛ غير أن المشرع عدل عن هذا التصنيف منذ تعديل 2006 حيث صار التصنيف ثنائياً؛ فالعقوبات إما أصلية أو تكميلية؛ وتخلي بالتالي عن العقوبات التبعية؛ وألغيت بمقتضاه المواد: 06 و07 و08 وأدمجت أحكامها في المادة 09 وما يليها من المعدلة والمتممة.

فهذه العقوبات التكميلية بعضها إجباري وبعضها الآخر جوازي اختياري، وقد نص المشرع صراحة على ذلك في المادة 04 ف/03 "وهي إما إجبارية أو اختيارية"؛ والذي يحدد ذلك هو النص القانوني؛ ويرى بعض الباحثين أن الأصل في العقوبات التكميلية الجواز؛ يقول أحسن بوسقيعة: "والعقوبات التكميلية تكون إما إجبارية أو اختيارية والأصل أن تكون جوازية، ومع ذلك فقد نص المشرع على حالات تكون فيها بعض العقوبات التكميلية إلزامية"⁽¹⁾.

وهذا الصنف من العقوبات يدل دلالة واضحة على أن المشرع أباح للقاضي أن يستعمل سلطته التقديرية في الحكم بها؛ ومن العقوبات التكميلية الجوازية ما ورد في المواد التالية:

المادة 142: "كل قاض أو موظف أو ضابط عمومي فصل أو عزل أو أوقف أو حرم قانوناً من وظيفته يستمر في ممارسة أعمال وظيفته بعد استلامه التبليغ الرسمي بالقرار المتعلق به، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج ويجوز معاقبة الجاني علاوة على ذلك بالحرمان من مباشرة أية خدمة عمومية أو مهمة عمومية لمدة عشر سنوات على الأكثر."

المادة 220: "كل شخص ارتكب تزويراً بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 216 في محررات عرفية أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار. ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة من سنة إلى خمس سنوات على الأكثر."

يلجأ المشرع أحياناً إلى تشريع عقوبات مع عدم إلزام القاضي في الحكم بها، بل يصرح المشرع في النص بأن الحكم بها جوازي و متروك لسلطته التقديرية أي اجتهاده، وأقصد هنا

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط 08 (الجزائر، دار هومة، 2009) ص: 242.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

بالضبط العقوبات التكميلية و هي اثنا عشر عقوبة ورد النص عليها في المادة 09 من ق.ع.ج، و يصرِّحُ المشرع في عدة مواد على جواز الحكم بواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية، ومن أمثله ما ورد في المادة: 54 مكرر/02 ف 02 إذ جاء فيها: "... كما يجوز الحكم أيضا بواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون".

2/ إن الفكر الجنائي الحديث يدعو إلى تفريد العقاب والاكتفاء بأقل قدر من الألم إلا في حالات خاصة جدا، مما يعني ضرورة مراعاة ظروف الجريمة وشخصية المجرم؛ ولأجل تحقيق هذا المبتغى نجد أن التشريعات العقابية الحديثة تكثر فيها العقوبات ذات الحدين أعلى وأدنى، (سواء في ذلك العقوبات السالبة للحرية: السجن أو الحبس أو الغرامة المالية)؛ والمشرع بهذا الصنيع يريد من القاضي أن يجتهد ليقرر من العقاب ما يراه مناسبا للجريمة المعروضة عليه مراعيًا ما سبق التنبيه إليه؛ وقد سار التشريع الجزائري على هذا النحو ومن الأمثلة على ذلك:

أ/ جاء في المادة 406 مكرر (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006):
يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج كل من خرب عمدا أجزاء من عقار هو ملك للغير".

ب/ جاء في المادة 303 مكرر 10 (القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009): "كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأشخاص، ولو كان ملزما بالسفر المهني، ولم يبلغ فورًا السلطات المختصة بذلك، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج".

ج/ جاء في المادة 177 مكرر (القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006): "يعاقب على الاشتراك في جمعية الأشرار بالسجن المؤقت من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 إلى 2.000.000 دج إذا تم الإعداد لارتكاب جنایات " .

لا توجد نصوص تشريعية من الكتاب والسنة على هذا المسلك في التشريع العقابي الإسلامي، فعقوبات الحدود ذات حد واحد، أما جرائم القصاص فالعقوبة فيها كما هو معلوم

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

إما القصاص عند التَّشَاخِ (*) بين الجاني وأولياء الدم⁽¹⁾، أو الدية إن تصالحوا على ذلك، أو العفو فلا قصاص ولا دية؛ فلم تبق إلا عقوبات التعازير وهي عقوبات بطبيعتها غير محددة من الناحية التشريعية لا نوعاً ولا قدراً، وإنما تركت لاجتهاد القاضي كما أسلفت.

ومع ذلك لا يمكن القطع بأن هذا المسلك غير موجود في التشريع الإسلامي، نعم يمكن القول بعبارة أدق إنه ليس منصوصاً عليه كتاباً وسنة، لكن عدم النص عليه لا يعني بالضرورة عدم الجواز، وهذا من مواطن الاختلاف بين التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري الجزائري، فالتشريع الإسلامي قد لا ينص على الشيء ورغم ذلك يستوعبه بأصول أخرى غير النص؛ وبناء عليه، أجاز بعض الفقهاء الجنائيين المعاصرين أن تقن جرائم التعازير، وأن يوضع حد أدنى و أعلى لعقوباتها؛ وعلى القاضي التقيد بهذين الحدين؛ ومن هؤلاء الفقهاء: الإمام محمد أبو زهرة، مصطفى الزرقا، يوسف القرضاوي، أحمد محمود شاكر، أبو الأعلى المودودي، وهبة الزحيلي، عبد الكريم زيدان⁽²⁾.

إن ما تم عرضه حول مشروعية السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري يجعلني أسجل الملاحظات التالية:

1/ إن القاضي في الفقه الإسلامي مطالب بالاجتهاد والتقدير عند عدم النص؛ سواء في المجال المدني أو الجنائي؛ وقد وضعت الشريعة الإسلامية لذلك قواعد ومقاصد يهتدي بها القاضي؛ وعالجت التخوف من تعسف القاضي بجملة من التدابير التنظيمية فيما يمكن مراقبته والاطلاع عليه، وأما ما لا يمكن إخضاعه للرقابة فإن الشريعة اطمأنت إلى الوازع الديني والرقابة الذاتية، ذلك الوازع الذي يفترض أن الدولة الإسلامية بمحاضنها التربوية المختلفة تغرسه

* التَّشَاخِ: "تَشَاخًا عَلَى الْأَمْرِ لَا يَرِيدَانُ أَنْ يَفُوتَهُمَا". الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص: 226. وبالتالي يكون معنى التشاخ بين القاتل وأولياء الدم أن كل واحد من الطرفين مصمم على قوله، لا يريد أن يفوته، فالأولياء يريدون القصاص شفاءً لغيظهم، والقاتل وقومه يريدون الدية استبقاءً للجان، وفي هذه الحالة ليس أمام القاضي إلا تطبيق القصاص باتفاق الفقهاء.

¹ - النعالي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، ط 01 (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1418هـ-1997) ج 01 ص: 368.

² - يحيى محمد عوض الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة لتجربة باكستان ومشروع مصر في التعزير (رسالة دكتوراه) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: سيد عواد علي عواد، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية العالمية، باكستان، السنة الدراسية: 1422هـ-1423هـ/2001-2002، ص: 182.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

وتتعهد؛ ولذلك حين عرف الماوردي^(*) الخلافة جعل على رأس مهامها "حراسة الدين" ولا يجرس الدين بالسلاح والعسكر فقط، بل قبل ذلك يجرس بغرسه من جانب الوجود بتربية الناس عليه.

أما في القانون الجزائري فيلاحظ أن القاضي يجتهد ولكن ضمن العقوبات المنصوص عليها، فلا يمكنه استحداث عقوبات لم يرد بها نص، فهو مطالب بأن لا يجرم أو يعاقب إلا بما نص عليه القانون المكتوب، وهو أمر منطقي ومفهوم إذا نحن عرفنا ما الذي جرى في البلاد الغربية حين منحت السلطة التقديرية لقضاة لا وازع يردعهم عن ظلمهم من دين أو خلق.

2/ إن الأدلة التي تنهض للتدليل على سلطة القاضي التقديرية في التشريع الإسلامي تتسم بالعموم والتنوع، فهي ليست أدلة جزئية على عقوبات محددة، أو على مجال محدد؛ بل هي أدلة عامة تمكن القاضي من التقدير الذي يقيم العدل، ويحفظ المصالح للجماعة؛ بينما نلاحظ في القانون الجزائري الجزائري أن الأدلة تتعلق بقضايا بعينها وإن كثرت؛ وهذا الاختلاف بين التشريعين في مدى السلطة الممنوحة للقاضي من خلال التأصيل يدل دلالة واضحة على مدى المرونة التي يتميز بها التشريع الإسلامي والتي تسمح للقاضي في كل الأزمنة والأمكنة أن يجتهد للفصل في ما يعرض عليه، وملاحقة كل أنواع وأشكال الجرائم المستحقة وتقدير العقوبات المناسبة لها، وهذا بخلاف التشريع الوضعي عموماً ومنه التشريع الجزائري الجزائري الذي أخذ بمبدأ الشرعية في مستواه اللفظي الجامد.

^{*} الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، تفقه على أبي حامد الإسفراييني، من تلاميذه أبو بكر الخطيب، ولي القضاء ببلدان شتى، ألف مصنفات كثيرة منها: الحاوي الكبير وهو شرح لمختصر المزني، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، توفي سنة 450هـ. الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط و محمد نعيم العرقسوسي، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1405هـ/ 1984) ج 18 ص: 64-67.

المبحث الرابع/ مراحل تطور السلطة التقديرية في الفكر الجزائي الوضعي:

يتضمن هذا المبحث مطلبين يكمل أحدهما الآخر، فأما الأول فإنه بحث في خصائص السلطة التقديرية والعناصر المكونة لها، فيما يستقل بالثاني بتبع تطور السلطة التقديرية في الفكر الجزائي الوضعي بشكل عام، وسيلاحظ القارئ بشكل جلي كيف أن الإرث التاريخي للقانون الجزائي الوضعي كان له تأثير واضح في مسار تطوره.

المطلب الأول/ خصائص السلطة التقديرية:

ما من شك في أن تعريف السلطة التقديرية والتأصيل لمشروعيتها قد كشفنا جوانب مهمة منها، بيد أن ما يزيد هذه السلطة وضوحا وجلاء هو الحديث عن خصائصها وطبيعتها، فإن خاصية الشيء ما انفرد به و يميزه عن غيره، إضافة إلى أنه جزء مهم من ماهيته⁽¹⁾؛ فقد جاء في تعريف الطبيعة أنها: "بوجه خاص: ما يميز الشيء من غيره"⁽²⁾.

ومن خلال التمعن الدقيق فيما عرض حول تعريف السلطة التقديرية وأساس مشروعيتها في الفقه الإسلامي أو القانون الجزائي الجزائري يمكننا تحديد خصائص هذه السلطة بحيث نجملها في النقاط التالية:

أولا / السلطة التقديرية نشاط قضائي مشروع وملزم:

إن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي تسمح له بممارسة مجموعة متنوعة من الصلاحيات، إضافة إلى عدد من العمليات الفكرية الشديدة التركيب والتعقيد، وهي عمليات ترتكز على اللغة والمنطق وغيرها من العلوم التي تعين القاضي على الوصول إلى الحقيقة والجزاء القانوني المناسب، فالقاضي يحلل و يركب ويقارن ويستنتج؛ وذلك سعيا منه لفهم صحيح للوقائع، والتأكد منها، ومقارنة أقوال الشهود، والتعرف على شخصية المجرم وظروفه وسوابقه،

¹ - عويد بن مهدي العنزي، السلطة التقديرية للمحقق، ص: 23.

² - المعجم الفلسفي العربي، ص: 119.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

والبحث في الأدلة وتقديرها ومعرفة المعبر منها والملغى؛ والاستعانة بالخبراء أحيانا، فإذا فهم الواقعة فهما دقيقا اتجه جهده الفكري بعدها إلى إعطاء وصف قانوني لها وهو المعبر عنه بالتكييف، ثم ينصب نشاطه العقلي على البحث عن النص القانوني الذي ينطبق على الواقعة وما يتعلق بها من ظروف، ومن المعلوم أن المشرع قد وضع في الحسبان أن الجرائم وإن وصفت بوصف واحد كالسرقة مثلا، إلا أنها من حيث الظروف والملابسات وشخصية الجاني مختلفة، ولذلك وضع التشريع بين يدي القاضي مجموعة من الأجزاء الجنائية، وترك له المجال ليختار في إطارها ومن ضمنها ما يراه محققا للغرض من العقوبة، ومصلحا للجاني، وحافظا لأمن المجتمع؛ يقول نبيل إسماعيل عمر: "فالسلطة التقديرية باعتبارها نشاطا ذهنيا ينصب على معطيات النزاع من واقع وقانون توجد في جميع الفروض، حتى في الحالات التي يأتي فيها المشرع بتنظيم محكم لكافة الفروض والحالات"، فمن هذه الحيثية تعتبر السلطة التقديرية - كنشاط عقلي - واحدة، في الفقه الإسلامي وفي غيره من التشريعات اللهم إلا الاختلاف فيما يزوّد به عقل القاضي من نصوص ومقاصد، أو قواعد واستثناءات ضابطة لنشاطه التقديري، مما يجعل سلطة القاضي متنوع وتختلف سعة وضيقا، منحا وسلبا.

ثانيا/ السلطة التقديرية واجب قانوني وليست امتيازاً:

إن السلطة التقديرية ليست حقا شخصيا يرجع أمر إعماله أو إهماله إلى إرادة القاضي، أو يمارسه ويستعمله تبعا لأهوائه ومآربه، إن السلطة التقديرية واجب قانوني يقع على القاضي القيام به حين يتعين عليه، فهي صلاحية أو رخصة لها محدداتها وضوابطها ومواضعها؛ وليست امتيازاً ولا تشريفاً، وإنما هي تكليف ومسؤولية⁽¹⁾.

ولعل استعمال مصطلح سلطة في هذا المجال له دلالاته، فإن من دلالات كلمة سلطة:

القوة والقهر والسيطرة، والقاضي حين يستعمل نشاطه التقديري هو في الواقع يقوم بنشاط

¹-ميمون يشو، لا تعتبر السلطة التقديرية امتيازاً ولا تشريفاً ولكنها تعتبر تكليفاً ومسؤولية، مجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية، ع 39، ديسمبر 2005، ص 49 وما بعدها.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

قانوني، سواء في التجريم أو العقاب؛ وهذا النشاط التقديري له قوة قانونية ملزمة ما دام في حدود الشرعية القانونية؛ وقد أحسن أحد الباحثين صنعا، حين بين وجهي السلطة التقديرية الذين يكمل أحدهما الآخر فقال⁽¹⁾: "السلطة التقديرية ذات طبيعة مركبة، فهي من ناحية سلطة، وفي نفس الوقت واجب والتزام، وهذه الفكرة تقوم على اعتبارين:

- الأول: إن القاضي يلتزم ببيان الأسباب والدوافع التي قادته لممارسة هذه السلطة

فإن حاد عن هذا الواجب اتسم حكمه بالبطلان لعدم تسببيه ويكون قابلا للطعن عليه.

- الثاني: إن القاضي لا يستطيع ممارسة سلطته التقديرية لتحقيق هدف يخالف ذلك

الذي أرساه المشرع وحوله له والذي تسعى السلطة التقديرية لتحقيقه."

ثالثا/ نسبة نتائج ممارسة السلطة التقديرية:

إن القاضي مطالب بأن يجتهد، ولذلك كان مأجورا حتى في حال الخطأ إن كان من أهل الاجتهاد و استفرغ وسعه في سبيل إصابة الحق، ولما كان الأمر نسبيا لا يمكن أن يضبط بتحديد معين، لم يكن هنالك بد من إطلاق يده، وعدم التعقيب على قضائه وحكمه، ضمانا لاستقرار الأحكام القضائية، إلا إذا وُجد خطأ بيّن.

ولما كانت ممارسة السلطة التقديرية أمرا اجتهاديا، وليس هناك من دليل قطعي على أنه حكم الله تعالى في تلك الواقعة، لم يجز في الشرع نسبة ما نتج عنها إلى الله تعالى، وإنما تنسب إلى العبد، فنقول هذا ما قضى به فلان، ولا نقول هذا حكم الله تعالى، وإن قيل فعلى سبيل التجوُّز، وإلا فالنصوص متضاربة في عدم صحّة نسبة الأحكام الاجتهادية إلى الله تعالى، وقد

¹ - محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتشديدها ووقف تنفيذها (دار المطبوعات الجامعية، 2007) ص:

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

نقلت منذ قليل فقط قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لبريدة⁽¹⁾: "فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا".

رابعاً/ السلطة التقديرية اجتهاد وفق ضوابط:

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد تركت مجالاً لاجتهاد القاضي، بل ورغبته في ذلك، فلا يعني هذا أن الاجتهاد أو التقدير لا تحده حدود، ولا تحكمه ضوابط، إذ لو كان الأمر كذلك لعاد هذا الاجتهاد على أصله بالإبطال، لأن الاجتهاد إنما جاء ليوائم ظروفًا وأحوالاً لم يذكرها النص التشريعي باعتباره نصاً كلياً مؤطراً، قد لا ينحو إلى التفاصيل والجزئيات؛ فإذا صار هذا الاجتهاد أو التقدير لا ضوابط له، فمعنى ذلك أنه لم يعد يحقق مقصد التشريع من ضبط نظام الجماعة، ودفع المفساد عنها، وهو أمر لا ينسجم مع وضع الشرائع بشكل عام.

إن الاجتهاد بدون ضوابط هو فتح لباب عظيم من الفوضى والتعسف والتحكم وهي أشكال وألوان من الفساد جاء الاجتهاد والتقدير لحسم مادتها؛ والأمر نفسه ينطبق على القانون الوضعي عموماً، و من ضمنه قانون العقوبات الجزائري؛ فالمشرع حين فتح باب التقدير أمام القاضي الجنائي، وضع في الوقت ذاته حدوداً لهذا التقدير؛ فهو في العقوبات لم يترك الأمر هملاً بحيث يعاقب القاضي بما يشاء، وبالمقدار الذي يشاء من العقوبات، بل جعل للعقوبات حداً أعلى وأدنى، سواء في العقوبات السالبة للحرية، أو في الغرامات - اللهم إلا عقوبة الإعدام وهي عقوبة بطبيعتها لا تقبل التبويض، ويظهر من صنيع المشرع في التعديل الأخير أنه صائر إلى مزيد من تضيق نطاق تطبيقها.

هذا فيما يتعلق بالمقدار، أما ما يتعلق بنوع تلك العقوبات، فإن المشرع نص أيضاً على العقوبات التكميلية الجوازية، وحالات جواز الحكم بها؛ فهي في الواقع إذن عقوبات تقديرية

¹ - مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط 02 (الرياض: السعودية، دار السلام للنشر والتوزيع، 1421هـ - 2000) ص: 768 كتاب الجهاد، باب تأمير الأمراء على البعث ووصيته إياهم بأداب الغزو وغيرها، الحديث رقم: 4522.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

باعتبار، وعقوبات نصية باعتبار آخر؛ فكأن المشرع رسم للقاضي طريقاً، ووضع له حدوداً عن يمين هذا الطريق وعن يساره، فإن خرج القاضي عن هذه الحدود، فهو عملياً قد خرج عن مبدأ الشرعية الذي نص عليه المشرع في أول مادة من قانون العقوبات. والاجتهاد وفق ضوابط هو عين المصلحة، وغلقه أو فتحه بدون ضوابط أيضاً هو عين المفسدة، وقد أصاب كبد الحقيقة من قال: "السلطة المطلقة مفسدة مطلقة، مثلما أن السلطة المقيدة بالكامل فساد محض، لما تسببه من شلل تام في الحياة في جميع جوانبها؛ لذلك نجد أن المنظم يحرص دائماً على ضمان تحقيق التوازن بالسلطة متجنباً أن تكون سلطة مطلقة أو مقيدة، وهذا الأمر يتماشى مع السياسة العامة في الدولة، من خلال التوجه نحو الإقرار بحرية التقدير لهذه السلطات الثلاث"⁽¹⁾.

المطلب الثاني / مراحل تطور السلطة التقديرية:

إن تاريخ الأفكار والنظم شهد عبر التاريخ وفي الكثير من الأحيان الاختلاف إلى درجة التناقض؛ ومرد ذلك إلى وجود واقع قد يكون مختلفاً، فتظهر فكرة إلى الوجود تحاول الإصلاح لكن لشدة نقيمتها على الواقع تحاول أن تخالفه من كل الوجوه ولا تكاد تتبين أو تميز عناصر الصلاح فيه من العناصر الفاسدة، وبالتالي تتبلور الفكرة الجديدة وفيها شيء من التطرف فينهر الناس بها ويتحمسون لها لا لشيء سوى لأنها فكر جديد، وكأن الجديد دائماً يلازمه الصواب، وكأن القديم محكوم عليه دوماً بالخطأ.

لكن وبعد أمد قد يطول أو يقصر، يبدأ أهل الاجتهاد المختصون في ملاحظة عيوب ونقائص الفكر الجديد، فينتقلون من مرحلة الانبهار والتأييد إلى مرحلة التحفظ ثم النقد؛ وهذا ما وقع تماماً لفكرة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي من خلال المراحل التاريخية التي مرت بها، من تطرف بلغ حد تعسف القضاة وحكمهم بالتشهي تجرماً ومعاقبة، ثم انتقل الأمر إلى محاولة

¹ - مهدي بن عويد العنزي، السلطة التقديرية للمحقق، ص: 29 نقلاً عن: جمال الدين سامي، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، ص: 11.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

تضييق الخناق على عمل القاضي ونشاطه بحيث يتحول إلى ما يشبه الآلة فلا دور له سوى النطق بالنص التجريمي والنص العقابي، وإذا كان النهج الأول يعود إلى ما يعرف بالمجتمعات البدائية وإلى ما قبل عصور التنوير والأفكار التقدمية وبدايات قرون تحرير الإنسان - على حد زعم الكتاب الغربيين - فإن النهج الثاني كان عبارة عن رد فعل لذلك الواقع الذي أقل ما يقال عنه أنه كان واقعا همجيا وبالمصطلح القرآني كان حياة جاهلية، لا عدل فيها ولا تناسب بين الجرم والعقوبة؛ بل إن بعض المجتمعات كانت تأخذ بالتأثر فتقتل بالواحد دون حد حتى يصبح السيف راضيا كما قال شاعرهم⁽¹⁾، بل ربما قتلوا بقتيلهم غير القاتل كما كان يفعل عرب الجاهلية وغيرهم⁽²⁾.

وبعد هذه التجارب المريرة والتي لم تحقق - فيما يبدو - أغراض النظم العقابية من عدل ومساواة واستقرار اجتماعي، ومن خلال عمليات النقد والمراجعة والتمحيص، أمكن الاهتمام إلى نظام معتدل نسبيا بحسب الفكر الجزائري المعاصر يحكم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي.

هذا بشكل عام هو المسار الذي سلكه الفكر العقابي والقضاء الجنائي معا في سبيل وضع سلطة شرعية بيد القاضي تتيح له معاملة الجاني بما يستحق، كل حسب ظروفه، مع ضمان أن لا تتحول هذه المرونة التشريعية إلى ثغرة يتسلل منها التعسف والتحكم مرة أخرى.

ونبه ابتداء إلى أن هذا المبحث قانوني صرف؛ لأن التشريع الإسلامي باعتباره تشريعا سماويا خالدا؛ اكتمل في حياة الرسول الكريم عليه السلام، وفي ذلك يقول الباري جل شأنه:

¹ - هو الشميذر الحارثي والبيت المقصود قوله:

فلسنا كمن كنتم تصيرون سلة * فيقبل ضيما أو يحكم قاضيا
ولكن حكم السيف فينا مسلط * فنرضى إذا ما أصبح السيف راضيا

أبو تمام حبيب بن أوس الطائي، ديوان الحماسة، تحقيق: عبد المنعم أحمد صالح، ط 01 (بيروت، دار الجيل، 1422هـ - 2002) ص: 44-45.

² - نص قانون "هورابي" على أن من ضرب امرأة حرة حاملا فماتت فإن عقوبته قتل ابنته، ينظر: دليلة فركوس، تاريخ النظم (الجزائر: دار أطلس للنشر، ديسمبر 1993) ج 01 ص: 75-76.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَاتَّمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ (المائدة/04)؛ يقول ابن عاشور رحمه الله تعالى في تفسير هذه الآية الكريمة: "بجيت صار مجموع التشريع الحاصل بالقرآن والسنة، كافيا في هدي الأمة في عبادتها، ومعاملتها، وسياستها، في سائر عصورها، بحسب ما تدعو إليه حاجتها"⁽¹⁾، ومن جملة ما اكتمل سلطة القاضي في تقدير العقوبة، لأن سلطة التقدير من المسائل الكلية لا التفصيلية، ولذا تبحت في مجال التنظير الفقهي دون الأحكام التفصيلية، خصوصا وأن الفقهاء اتفقوا على القاعدة العامة في كل صنف من العقوبات، وإنما حصل الخلاف في بعض المسائل التفصيلية على ما سنبينه في الفصول اللاحقة إن شاء الله تعالى.

وليس في سلطة القاضي في تقدير العقوبة من جديد إلا قول عدد من الفقهاء المعاصرين أن ولي الأمر له أن يحدد نوع العقوبات التعزيرية، كما يمكنه أن يضبط مقاديرها، بأن يجعل لها حدا أدنى و أعلى، ويترك للقاضي سلطة التقدير بين ذينك الحدين، وبناء على هذا الاجتهاد المعاصر فإنه يلزم عنه المساس بسلطة القاضي التقديرية، حيث تصير مقيدة إلى حد بعيد، بعد أن كانت مطلقة لا يقيدتها إلا الضوابط التي وضعها الفقهاء للتعزير، مثل: مراعاة حال الجاني والمجني عليه، وطبيعة الجناية، وتفشي الجناية أو قتلها،...

وبعد هذا الإجمال أنتقل إلى التفصيل الذي نتابع من خلاله مسار السلطة التقديرية في القانون الجنائي الوضعي، لتتعرف على أشكال وأنواع نظم السلطة التقديرية في القضاء الجنائي بشكل عام؛ وعليه فإن هذا المبحث يتضمن أربعة مطالب مرتبة على النحو الآتي:

الفرع الأول/ مرحلة السلطة المطلقة

الفرع الثاني/ مرحلة السلطة المقيدة

¹-محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج 06 ص: 103، الشاطبي، الموافقات، تحقيق وتعليق: عبد الله دراز، ط 02 (1395هـ-1975)، ج 03 ص: 367.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

الفرع الثالث / مرحلة السلطة النسبية

الفرع الأول / مرحلة السلطة المطلقة

يسود اعتقاد لدى جمهرة الباحثين والمؤرخين لتاريخ الفكر الجزائري - الغربيين والعرب عموماً - بأن البشرية مرت بفترة تميزت فيها العقوبة بما يلي⁽¹⁾:

1/ كان الغرض من العقوبة هو الانتقام من الجاني سواء بشكل فردي أو جماعي، فاستمرت العقوبات بقسوة غير مبررة وجرائم تافهة أحياناً، ومن أمثلتها: الحرق بالنار، الغلي في الزيت كما يقلى السمك، تمزيق الجسم عن طريق ربط الجاني مع أربعة خيول أو أكثر يجري كل واحد منها في اتجاه معاكس للبقية.

2/ لم يكن هنالك تناسب بين الجريمة والعقوبة، لأن العقوبة لم تكتمر عبر جهاز قضائي عادل، بل كانت القبيلة أو الجماعة أو الفرد هم الذين يقدرون حجم الأذى، وهم الذين يقدرون العقوبة وكيفية تنفيذها، وتتحكم في تقدير العقوبة عدة حيثيات منها: قوة القبيلة أو الفرد، مكانة القتل أو المعتدى عليه عند قومه؛ وكانوا في الكثير من الأحيان ربما قتلوا وسبوا وأحرقوا.

3/ لقد كان العرف في المجتمعات القديمة ذريعة للسلطة المطلقة، فالأغلبية غير مدون كان يسهل التلاعب به، إيجاداً وعدمياً وتفسيراً، حسب الأهواء والمصالح.

¹ - ينظر المراجع التالية: دردوس مكي، الموجز في علم العقاب، ط 02 (قسنطينة: المطبعة الجهوية لديوان المطبوعات الجامعية، 2010) ص: 12-14، ميشيل فوكو، المراقبة والمعاقبة: ولادة السجن، ترجمة: علي مقلد، مراجعة وتقديم: مطاع صفدي (بيروت: لبنان، مركز الإنماء القومي، 1990) ص: 47 وما بعدها، عبد القادر طهراوي، مقاصد العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري - دراسة مقارنة - (رسالة ماجستير) كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الدراسية: 2003/2004) ص: 88 وما بعدها، أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، (عمان: الأردن، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1996) ص: 12-16، صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، ط01 (عمان: الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998) ص: 41-42، دليلة فركوس، تاريخ النظم، ص: 106.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

4/ عدم المساواة في العقاب حيث ساد في هذه المرحلة التمييز بين الأحرار والعبيد، وبين الأشراف والمتوسطين، يقول ويل ديورانت: "وقد تكون العقوبة ضرب العنق بدون ألم أو التعذيب نسبيا، وهذا امتياز اختص به عادة السيدات وأفاضل الرجال، أما من هم أقل مكانة فكانوا يشنقون"⁽¹⁾ وربما يحرقون أو يلقون أمام الوحوش إذا كانوا من الدهماء.

لقد كان للقضاة صلاحية واسعة جدا في التجريم والعقاب فكانوا يجرمون ما يشاءون ويعاقبون بما يشاءون دون حسيب أو رقيب؛ وقد قام بعض الفقهاء⁽²⁾ بذكر نماذج للسلطة المطلقة التي كان يتمتع بها القضاة أحيانا في فرنسا قبل الثورة، حيث كانت العقوبات ثلاثة أقسام: العقوبات المقررة بمقتضى الأوامر الملكية، العقوبات المؤسسة على عرف المحاكم، العقوبات التحكيمية (Les peines arbitraire)؛ وهذه الأخيرة هي التي تعيننا على وجه الخصوص وقد أطلق عليها هذا الإسم لأنها عقوبات لا تبت إلى العدالة والشرعية في شيء بل هي ظلم فظيع؛ ذلك أنها عقوبات على أفعال غير مجرمة في الأصل سواء في الأوامر الملكية أو في السوابق القضائية وهذا ما دفع أحد الباحثين إلى القول⁽³⁾: "وهكذا كان العقاب متروكا لسلطة المحاكم المطلقة، بحيث يمكن القول بحق، أنه لم يكن يوجد في فرنسا خلال النظام القديم قانون عقوبات حقيقي، ولم تكن الجرائم والعقوبات محددة في القانون نفسه تحديدا حاسما؛ وكذلك الحال في ألمانيا حيث ساد تحكم القضاة دون حدود وإنما يجرمها القضاة حين يرون ذلك فهي عقوبات... يوقعها القضاة على مرتكبي الأفعال التي يرون تجريمها، دون أن يسبق تجريم تلك

¹ - ول دابيل ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة: محمد علي أبو درة وعلي أدهم (بيروت/ تونس، دار الجليل للطباعة والنشر والتوزيع- المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم) م 26 ص: 192، وينظر أيضا: حتم موسى بكار، المرجع السابق، ص 28.

² - أكرم نشأت ابراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 14-17.

³ - أكرم نشأت ابراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 16-17 نقلا عن: Jousse, Traite de la justice criminelle de France, tome2, paris, 1771, p599. et Rene Garaud, Precis de droit criminel, paris, 1926, p 40.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

الأفعال بمقتضى الأوامر الملكية أو السوابق القضائية للمحكمة العليا، بشرط أن تكون هذه العقوبات من ضمن العقوبات المقررة في المملكة".

يذهب بعض الباحثين⁽¹⁾ إلى أن السلطة في العصور القديمة اتسمت بطابع ديني وكان الخضوع لها خضوعاً للدين وعليه فإن الجريمة صارت عصياناً دينياً وباتت العقوبة تكفيراً عن ذلك العصيان؛ ونحن من جهتنا نتحفظ تجاه هذا التفسير لسببين على الأقل:

1/ إن هذه المعارف والمعلومات المتعلقة بالعلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية - ومن ضمنها النظم الاجتماعية - مصدرها لحد الآن هو الغرب، ومعلوم لدى الجميع نظرة الغرب للدين؛ ومن ثم لا يمكن المجازفة بهذا الحكم والموقف دون تحقيق وتدقيق؛ خصوصاً إذا علمنا أن هذا المجال البحثي لا يزال حكراً على الباحثين الغربيين.

2/ إن بلاد الجزيرة العربية على وجه الخصوص لا ينطبق عليها هذا الربط وعلى وجه أخص المرحلة التي سبقت مبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلم يكن هنالك هذا الربط الغريب، فقد كانت الوثنية محصورة في بعض الجوانب الضيقة كاستشارتها للسفر والتجارة، وبعض الأحكام المتعلقة بما يجب للآلهة؛ أما الانتقام الذي كان يحصل فردياً أو جماعياً من قتل وسبي وسلب ونهب وحرق؛ فلم يقل أحد من المؤرخين أنها كانت إرضاء للآلهة أو الكهنة، فقد كان العرب يقتلون ويبالغون بل يتكاملون بالدم، ويسبون النساء، ويسبيون الجوار، وينهبون الأموال، ويأتون الفواحش؛ وما ثبت لدينا أنهم فعلوا ذلك إرضاء للآلهة ولا امتنع عن ذلك من امتنع إرضاء للآلهة، وإنما شنعوا إتيان بعض الأعمال كإراقة الدماء في الحرم؛ وهو شيء توارثوه من ملة إبراهيم بحق، لا مجرد تحايل صنعه الكهنة، كما أن ما كانوا يفعلونه من الانتقام الفردي أو الجماعي - وهو مباشرة معاقبة المعتدي دون قضاء - إنما هو حمية جاهلية، وغسل للعار كما

¹ - محمد عبد العليم عبد الوهاب، أثر الدين في النظم القانونية - دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية (رسالة دكتوراه) جامعة القاهرة، كلية الحقوق، السنة الدراسية: 1421هـ - 2001م، ص: 96-97، وينظر أيضاً: قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 11 وما بعدها.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

قال شاعرهم؛ ولا دخل للآلهة فيها؛ قال سعد بن ناشب لما أصاب دما (ثأرا) وهرب فعاقبه أمير البصرة بهدم داره⁽¹⁾:

سأغسل عني العار بالسيف جالبا * علي قضاء الله ما كان جالبا
وأذهل عن داري وأجعل هدمها * لعرضي من باقي المذمة حاجبا
وقال رجل من بلعبر يقال له قريط بن أنيف⁽²⁾:

لا يسألون أخاهم حين يندبهم * في النائبات على ما قال برهانا

نعم قد يتخذ الانتقام طابعا دينيا إذا كان الاعتداء له علاقة بالآلهة كإساءة شخص إليها فتنتمم القبيلة لأجل أن الاعتداء كان موجها إلى آلهتها المعظمة في نفوس أبنائها⁽³⁾.

كما أن القول بأن "سيد القبيلة أو زعيمها كان ممثلا للآلهة.." ⁽⁴⁾ ليس صحيحا دائما بل في كثير من المجتمعات كان هنالك فصل واضح بين الكهنة أو رجال الدين والسلطة السياسية الحاكمة، بل كان الكهنة أحيانا يزاحمون أصحاب السلطة السياسية، وقد حدث في تاريخ الحضارات شيء من هذا ومن غيره، ففي الحضارة الفرعونية كان الكهنة الممثلون الرسميون للدين في فترة من الفترات، مثلما هو الشأن في عهد يوسف عليه السلام، لكن في عهد موسى عليه السلام كان الفرعون يدعي الألوهية وليس ممثلا للآلهة فحسب.

ظل الحال على ما هو عليه إلى أن ظهر الرواد والمنظرون للثورات في أوروبا وكان طبيعيا أن يتركز الحديث حول الواقع الإنساني والاجتماعي أولا، ومن مضامين هذا الواقع المجال القانوني والقضائي، حيث اتجهت الكتابات إلى تحليله وإثبات عجزه وأسباب أزمته، فكثر الانتقادات الموجهة إليه وأنه قانون وقضاء لا يحترم الحقوق والحريات، تعسفي، خال من العدالة

¹-أبو تمام، ديوان الحماسة، ص: 34 - 35، محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج 02 ص: 145.

²-أبو تمام، ديوان الحماسة، ص: 29.

³-دردوس مكي، الموجز في علم العقاب، ص: 13.

⁴-قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 12.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

والمساواة، تحكمي؛ وأن العقد الاجتماعي لا يستقيم مع القضاء التحكمي تجرماً ومعاقبة؛ وقد ظهرت هذه الانتقادات واضحة جلية في كتابات أعلام مدرسة العقد الاجتماعي وغيرهم مثل: مونتسكيو، جان جاك روسو، فولتير...

أفضت تلك الانتقادات بشكل طبيعي إلى الانتقال من مجرد التحليل المفضي إلى إبراز أزمة القضاء الجنائي، إلى هجوم سافر ومركز على هذا القضاء، مع دعوة صريحة إلى وجوب تجريد من هذه السلطة التحكمية التي تسببت في تلك المفاصد بل المهازل، ومن أبرز من قاد هذا الهجوم واستمات في هذا السبيل، بل ووضع أسس نظام جزائي بديل الفقيه الإيطالي الشهير "سيزاري بيكاريا" والذي يرجع إليه فضل كبير في انتقال القضاء الجنائي من السلطة التحكمية إلى السلطة المقيدة وهو ما سنتناوله في المطلب الموالي.

الفرع الثاني / مرحلة السلطة المقيدة

لقد استطاع بيكاريا أن يحدث ثورة هائلة في الفكر الجنائي من خلال تأكيده على ضرورة أن تكون الجرائم والعقوبات منصوصا عليها بوضوح، وهدفه من وراء ذلك سد الثغرات أو المنافذ أمام القضاة، حتى لا يتحكموا في التحريم والعقاب؛ فالتشريع العقابي وفق رؤية بيكاريا ليس فيه أي مرونة تشريعية تسمح بتقدير العقوبة المناسبة، كما أن القاضي لا مجال أمامه للاختيار أو التدريج مهما اختلفت ظروف الجريمة وتباينت حالة المجرم وظروفه، لأن العقوبات محددة وثابتة نوعاً وقدرًا، وهو ما يعرف بالعقوبات ذات الحد الواحد.

يؤكد بيكاريا أن الألم الذي ينبغي إنزاله بالجاني يجب أن يفوق اللذة التي توقع تحقيقها من الجريمة؛ وقد تناقل الكثير من الباحثين هذا الكلام وأغرقتهم هذه الفكرة إلى حد أنستهم مجرد التساؤل: كيف نستطيع قياس فائدة الجريمة وأذى العقوبة؟ ولو فرضنا إمكان قياس كل منهما فهما حقيقتان مختلفتان (أعني اللذة والألم) فكيف يمكن معرفة تساويهما أو زيادة إحداها على الأخرى وهما شيئان مختلفان من حيث الطبيعة؟ بل كيف يتصور ذلك؟.

لقد كان قصد بيكاريا تحقيق المساواة وحماية حقوق الأفراد أمام القضاء لكنه غالى فيما تصوره ودعا إليه فوقع في ما أخذ به غيره؛ لأن الحقيقة الثابتة التي لا يختلف عليها، أن

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

المشرع حين يحدد الجريمة والعقوبة فبشكل مجرد، بمعنى أنه لا يأخذ بالاعتبار جريمة أو مجرماً محددين، وهذا أمر منطقي لأن القاعدة القانونية يراد لها أن تنطبق على كل ما تستغرقه من وقائع وأشخاص؛ لكن الوقائع الإجرامية والأشخاص مختلفون، ولأجل ذلك لا بد من إيجاد صيغة تحافظ على تجريدية و عمومية القاعدة القانونية من جهة، ومن جهة أخرى تحقق تفريد العقاب فينال كل مجرم جزاءه المناسب والعاقل.

بالغ بيكاريا في مبدأ الشرعية إلى حد يصير فيه القاضي مثل الآلة الصماء، ليس لها دور سوى توزيع الأحكام، دون اعتبار لاختلاف شخصيات الجناة، و الظروف التي ارتكبوا فيها هذه الجرائم؛ ولذلك كان طبيعياً أن هذه الطريقة في معالجة تحكم القضاة لن تعمر طويلاً، وهذا ما وقع فعلاً؛ يقول أكرم نشأت إبراهيم: "...ففي السنة نفسها التي صدر فيها قانون الجنايات الفرنسي المبني على هذه الرؤية الجديدة، وبالضبط بتاريخ: 22 يوليو 1791 صدر قانون خاص بالجنح والمخالفات يتضمن عقوبات الحبس والغرامة ذات حدين أدنى وأعلى"⁽¹⁾.

غير أن مادعا إليه بيكاريا من وجوب النص الواضح على الجرائم والعقوبات، وعدم جواز تجريم ما لم يجرمه المشرع، أو المعاقبة بما لم ينص عليه المشرع، أدى هذا كله إلى أزمة في القضاء الجنائي، حيث وجد القضاة أنفسهم أمام هاجس عدم جواز الخروج على مانص عليه المشرع، والنص محدد بدقة، ينص على الجريمة وعقوبتها، والجريمة من الناحية الواقعية تختلف من واقعة لأخرى، والمجرمون مختلفون في شخصياتهم وظروفهم، بما يعني: "اتساع الهوة بين الجاني الذي تصفه القاعدة الجنائية، وبين الجاني الواقعي المائل أمام المحكمة"⁽²⁾، فوجد القضاة أنفسهم أمام ترجيح لا يقل أحدهما سوءاً عن الآخر؛ فإما أن يضحوا بالعدالة الجنائية، فيطبقوا نفس النصوص على مجرمين مختلفين، وجرائم مختلفة الظروف؛ وإما أن يخرجوا عن تلك النصوص، ويلتمسوا العدالة باجتهادهم، وهم بذلك يكونون قد هدموا مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي كافحت وضحت من أجل إقراره شعوب أوروبا.

إضافة إلى أنهم قد جعلوا من أنفسهم قضاة ومشرعين في الوقت نفسه وهو شيء لا تسمح به القوانين الحديثة؛ لأن وظيفة القاضي تفسير و تطبيق القانون وليس وضعه؛ فالقاضي

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 24، قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص:

15 وما بعدها.

² - حاتم موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 35.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

يكون بذلك تدخل في صلاحية سلطة أخرى، وهو شيء لا تسمح به الدولة الحديثة المبنية على مبدأ الفصل بين السلطات.

والخلاصة أن المجتمعات كانت في الماضي ضحية غياب مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهي الآن إذا طبقت تصور بيكاريا ستصبح ضحية غياب التفريد العقابي، وهي حالة لا تقل سوءاً عن الأولى، ولم يجانب الحقيقة العلمية من قال إن السلطة المقيدة لم تكن في الواقع إلا رد فعل (عنيف) ضد السلطة المطلقة، ونظام العقوبات التحكومية⁽¹⁾؛ وإذا كان العقل والضمير الإنساني يقفان جنباً إلى جنب ضد تحكم القضاة وسلطتهم المطلقة التي أفرزت تلك الأحكام المجافية للحق والعدالة والمساواة، فإنهما أيضاً يقفان جنباً إلى جنب ضد تقييد سلطة القاضي إلى الحد الذي تلغى فيه المرونة التشريعية التي تسمح بتحقيق التفريد العقابي، والذي يعتبر مبدأ لا يقل أهمية عن مبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات".

الفرع الثالث/ مرحلة السلطة النسبية

لم يكن ممكناً ترك التعارض الصريح بين مبدأي شرعية الجرائم والعقوبات والتفريد العقابي دون صيغة وسطية تحافظ عليهما معاً، فلا تبغي إحداهما على الأخرى، لأنه لا خلاف في أن كلا المبدئين لا يمكن لسياسة عقابية رشيدة وعادلة أن تستغني عنهما.

كما أن تاريخ الفكر الإنساني كثيراً ما أسلم المختلفين إلى درجة التناقض الشديد إلى حلول وسط؛ ومن ناحية أخرى كان لا بد من التخلص من وضعيات مختلفة لكل من سلطة التشريع والقضاء، ففي مرحلة السلطة المطلقة كان القضاء جمعوا في أيديهم السلطتين (التشريع والقضاء) معاً، وفي مرحلة السلطة المقيدة حدث فصل عنيف بين السلطتين، بل صارت إحداهما (السلطة التشريعية) تتربص بالأخرى (السلطة القضائية) وتظن بها الظنونا، وكلا الوضعين كان الإنسان والعدالة والمساواة ضحية لهما.

بل يمكن القول دونما مبالغة، إن السبب الرئيس في اختلال السياسة الجنائية والعقابية الوضعية عبر العصور، كان مرده إما إلى اجتماع سلطتي التشريع والعقاب في يد واحدة، أو

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مرجع السابق، ص: 21-23.

الفصل التمهيدي: تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها

اختلال التوازن بين السلطتين، وطغيان إحدهما على الأخرى، وبعبارة أخرى عدم وجود توزيع عادل وموضوعي للمهام بين سلطتي التشريع والقضاء.

بلغ الفكر الجنائي قدرا معتبرا من الوعي بهذا الاختلال، كما وصل أيضا إلى قدر من النضج الذي سمح له بأن يخرج من دائرة الفعل ورد الفعل، وما كان ليتم له ذلك لولا تخلصه من ضغط الماضي المؤلم، والحاضر المتعثر، فانبثق عن هذا التطور نظام السلطة التقديرية النسبية. كشف إذن هذا السجال الفكري بين نظام السلطة المطلقة البائد، ونظام السلطة المقيدة الذي يحتضن عن نظام متوازن من عدة نواح:

- 1/ من ناحية علاقة المشرع بالقاضي: فهو نظام يقوم على التعاون بين المشرع والقاضي، فلا يسمح لأحدهما أن يتغول على حساب الآخر.
- 2/ طبيعة العلاقة بين مبدأي الشرعية والتفريد العقابي: ففي هذا النظام نجد المبدأين معا دون أن يقصي أحدهما الآخر.
- 3/ المنطقية في التجريم والعقاب: إذ لا يخفى على أحد أن التجريم والعقاب كان فيما سبق يتم بالتشهي والتحكم.

الفصل الأول

سلطة القاضي الجزائري في الاختيار النوعي والتدرج الكمي للعقوبة في الفقه
الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري

ختمت الفصل السابق بما خلص إليه الفقه الجنائي المعاصر من وجوب التعاون بين المشرع والقاضي، بمنح هذا الأخير سلطة للمساهمة في تحديد العقوبة المناسبة نوعا وقدرًا؛ وقد اجتهد الفقهاء الجزائريون المعاصرون فرادى وجماعات، من أجل تحويل مبدأ التعاون هذا إلى سياسة عقابية واقعية، فتم لهم ذلك من خلال إبداع نظم عملية ظهرت في النصوص التشريعية، ومنها التشريع الجزائري؛ وهذه النظم هي: نظام العقوبات التخيرية، ونظام العقوبات البديلة، ونظام التدرج الكمي.

وتعد هذه النظم أرقى ما وصل إليه الفكر الجزائري في عصرنا الحالي، بحيث يقاس تطور وعصرنة السياسات الجزائية بمدى حضور هذه الأنظمة في نصوصها التشريعية؛ فنظام العقوبات التخيرية، ونظام العقوبات البديلة يغطي مساحة التقدير القضائي لاختيار نوع العقوبة؛ فيما يستوعب نظام التدرج الكمي التقدير الكمي لها.

وفي هذا الفصل رصد وبيان للمسالك التي انتهجها الفقه الجزائري الإسلامي و القانون الجزائري - موضوع الدراسة - لضبط المساهمة القضائية في اختيار نوع العقوبة، وتحديد مقادراها؛ وهذا كله من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول/ سلطة القاضي الجزائري في اختيار نوع العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني/ سلطة القاضي الجزائري في استبدال العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثالث/ سلطة القاضي الجزائري في تدرج العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول/ سلطة القاضي الجزائري في اختيار نوع العقوبة في الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري:

يتكون هذا المبحث من ثلاثة مطالب؛ نخصص الأول منها لبيان سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في التشريع الإسلامي، والثاني لبيان هذه السلطة في التشريع الجزائري، بينما يستقل الثالث بالمقارنة بين التشريعين.

المطلب الأول/ سلطة القاضي الجزائري في اختيار نوع العقوبة في الفقه

الإسلامي:

إن النظر في نصوص الوحي المبارك المتعلقة بالجرائم وعقوباتها، وما استخرجه الاجتهاد الفقهي السني منها من أحكام ومقاصد، يمكّننا من أن نرسم - بكل اطمئنان - سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة على النحو الآتي:

الفرع الأول/ سلطة القاضي في الاختيار في عقوبات الحدود:

اتفق الفقهاء على أن جرائم الحدود إذا بلغت الإمام لا يدخلها شفاعة ولا إسقاط ولا عفو ولا صلح؛ ولا يجوز الإنقاص منها، ولا الزيادة عليها، ولا استبدالها بعقوبة أخرى باستثناء عقوبة القذف للخلاف في الحق الغالب فيها¹) فسلطة القاضي تنحصر في التثبت من وقوع الجرم ونسبته إلى الجاني؛ وعدم وجود ما يسقط العقاب شرعاً كالشبهة؛ فإذا توافرت شروط العقوبة حكم القاضي بالحد الواجب شرعاً، وليس له أي سلطة في اختيار نوع العقوبة

¹ - ابن عبد البر، الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، ط1 (بيروت، دمشق: دار قتيبة، حلب، القاهرة: دار الوعي، 1414هـ - 1993) ج 24 ص: 176-177، ابن الجلاب، التفرغ، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني، ط1 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ - 1987) ج 02 ص: 226، الماوردي، الأحكام السلطانية، تحقيق: أحمد مبارك البغدادي، ط1 (الكويت، مكتبة دار ابن قتيبة، 1409هـ - 1989) ص: 312، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 17 ص: 133 نقلاً عن: القوانين الفقهية ص: 346-354، محمد العايب، تفريد العقوبة الجزائية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، ص: 56.

وقدرها؛ ففي الزنى الجلد والتعريب لغير المحسن، والرجم للمحسن، وفي السرقة القطع؛ وفي القذف الجلد ثمانون جلدة؛ وهكذا الأمر في سائر العقوبات التي ورد بها النص.

ومقصد الشريعة من سلب القاضي سلطة اختيار نوع العقوبة و مقدارها في عقوبات الحدود الردع عن اقترافها، لكونها جرائم خطيرة، وفيها اعتداء مباشر على مصالح حيوية للفرد والجماعة؛ ولأجل ذلك لم تعر الشريعة أي اعتبار لظروف الجاني، أو حال المجني عليه؛ كما أن الذي شرع هذه العقوبات على هذا النحو هو خالق الإنسان الذي يعلم ما يصلحه جزائياً⁽¹⁾.

ولم يخرج عن هذه القاعدة العامة سوى عقوبة الحرابة الواردة في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا

جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنَبَّأُوا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (المائدة/ 33)؛ حيث اختلف الاجتهاد الفقهي في سلطة القاضي في اختيار العقوبة فيها إلى قولين:

1/ القول الأول/ العقوبات الواردة في الآية على سبيل التخيير

فيختار الإمام من العقوبات الواردة في الآية ما يراه مناسباً محققاً للمصلحة دافعا للمفسدة، وهو قول مالك، وأبي ثور، وأهل الظاهر، وهو مروى عن ابن عباس، و سعيد ابن

¹ - عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، ط 04 (مصر: دار الفكر العربي) ص: 72 - 74؛ عبد الرحيم صدقي، الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية - دراسة تحليلية لأحكام القصاص والحدود والتعزير - ط 01 (مصر: مكتبة النهضة المصرية، 1408هـ - 1987) ص: 113 - 114، عبد المجيد قاسم، محمد ليبيا، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، -عرض وموازنة- مجلة الإسلام في آسيا، الجامعة الإسلامية (ماليزيا) م 09، ع 01 يونيو 2012، ص: 76، فكري أحمد عكاز، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون (رسالة دكتوراه) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: عبد السميع أحمد إمام، مصر، جامعة الأزهر، السنة الدراسية: 1391هـ - 1971 ص: 26 وما بعدها.

المسيب، وعمر بن عبد العزيز، ومجاهد، والضحاك، وعطاء، والنخعي⁽¹⁾؛ ونقل عن مالك أن المحارب إذا أخاف السبيل وقتل فإنه يقتل ولا خيرة للإمام فيه⁽²⁾؛ وذهب القرافي إلى أن المحارب إذا أخاف السبيل ولم يأخذ مالا ولم يقتل فالإمام مخير بين القتل والقطع⁽³⁾، ويرى الكاساني الحنفي أن الإمام بالخيار فيمن أخذ المال وقتل بين قطع يده ورجله ثم قتله أو صلبه، وإن شاء لم يقطعه وقتله أو صلبه⁽⁴⁾.

واستدل مالك رحمه الله تعالى ومن وافقه على القول بالتخيير بأن العقوبات الواردة في الآية الكريمة عطفت بلفظ "أو" التي تفيد التخيير، قال القرطبي: "قال ابن عباس: " ما كان في القرآن: " أو " فصاحبه بالخيار"⁽⁵⁾، بل ذهب ابن العربي إلى أن الآية الكريمة نص في التخيير، وصرفها إلى التعقيب والتفصيل تحكم⁽⁶⁾.

والصواب من القول أن التخيير ظاهر الآية الكريمة؛ لكن الأصل التمسك بالظاهر؛ لأن الزيادة على القرآن بقيود تحتاج إلى نص من كتاب أو سنة، أو خبر مرفوع، ولم يرد في ذلك دليل صحيح يعتد به؛ إلا حديث رواه الطبري بإسناده وضعفه⁽⁷⁾.

2/ القول الثاني/ العقوبات الواردة في الآية على الترتيب والتفصيل أو التوزيع

أي أن العقوبات مرتبة أو موزعة حسب الجنائيات، وهو مذهب الشافعي وأصحابه في المشهور، وأبي حنيفة وصاحبيه- فيما عدا حالة اجتماع القتل وأخذ المال- بل اعتبره الكاساني

¹ - ابن حزم، المحلى، ج 11 ص: 319، ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، تحقيق: محمد حجي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1999) ج 14 ص: 462، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي ومحمد رضوان عرقسوسي، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1427هـ-2006) ج 07 ص: 437، ابن الجلاب، التفرغ، ج 02 ص: 232.

² - مالك، المدونة، ج 04 ص: 453، ابن جزى، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق: محمد سالم هاشم، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1415 هـ - 1995) ج 01 ص: 235.

³ - القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1994) ج 12 ص: 126.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الكتاب العربي، 1394هـ-1974) ج 07 ص: 93، العيني، البناية شرح الهداية، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1411هـ-1990) ج 06 ص: 477.

⁵ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 07 ص: 437.

⁶ - ابن جزى، التسهيل لعلوم التنزيل، ج 01 ص: 235، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 07 ص: 437، ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط 03 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ-2003) ج 02 ص: 97-98. ابن عاشور، التحرير والتنوير، (تونس، الدار التونسية للنشر، 1984) ج 06 ص: 185.

⁷ - الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، تحقيق: بكر بن عبد الله أبو زيد، ط 01 (مكة المكرمة: السعودية، دار عالم الفوائد، 1426هـ) ج 02 ص: 104-106 وينظر: الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد بن عبد المحسن التركي، ط 01 (دار هجر، 1422هـ - 2001) ج 08 ص: 383.

مقتضى العقل و السمع⁽¹⁾، وهو مذهب الحنابلة⁽²⁾، وقد لخص الإمام الماوردي أدلتهم فيما يلي⁽³⁾:

أ/ إن اختلاف العقوبات توجب اختلاف أسبابها.

ب/ إن التخيير مفض إلى عقاب من قل جرمه بأغلظ العقوبات، ومن كثر جرمه بأخف العقوبات، والترتيب يمنع هذا التناقض، لأنه يعاقب الأقل بالأخف، وكثرة الجرم بالأغلظ.

ج/ لما بُدئ بالأغلظ وجب أن يكون على ترتيب، مثل كفارة القتل والظهار، ولو كانت على التخيير لُبُدئ فيها بالأخف من كفارة اليمين.

بالتأمل في هذه الأدلة يمكن القول: إن الدليل الأول والثاني خارج محل النزاع، لأن القائلين بالتخيير -والمالكية منهم- لم يقولوا إن التخيير مطلق دون ضوابط، وإنما فوضوا اختيار العقوبة للإمام على اعتبار أنه الأقدر على تعرف خطورة الجاني وفساده، ولا يمكن أن نحدد عقوبة سلفاً وتطبيقها على كل محارب وفي سائر الأزمنة والأمكنة؛ وقد لخص مالك رحمه الله تعالى رؤيته للتخيير بقوله⁽⁴⁾: "وَرُبَّ مُحَارِبٍ لَا يَقْتُلُ وَهُوَ أَخْوَفُ وَأَعْظَمُ فَسَادًا فِي خَوْفِهِ مِمَّنْ قَتَلَ"؛ وعليه لا بد من ترك سلطة تقدير العقاب للإمام؛ فتخيير الإمام محكوم بطبيعة الجرم والمجرم، وما يحقق المصلحة ويدفع المفسدة وليس على إطلاقه كما قد يتوهم البعض، وربما استشعر القرافي فهما خاطئاً للتخيير عند مالك فينقل عن ابن رشد معنى التخيير عند مالك

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994) ج 13 ص: 353، الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 93.

² - ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط 03 (الرياض: السعودية، دار عالم الكتب، 1417هـ-1997) ج 12 ص: 475، المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997) ج 10 ص: 260 - 261.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 253 - 254، وينظر أيضاً: الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 93 - 94، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 476 - 477.

⁴ - مالك، المدونة، ج 04 ص: 452.

فيقول⁽¹⁾: "وفي المقدمات: معنى قول مالك في التخيير، إنه يفعل ما هو أقرب للصواب، فذو الرأي يقتله، لأن القطع لا يدفع ضرره، وإن لم يكن على هذه الوجوه وأخذ عند خروجه، فالضرب والنفي، ليس معناه أنه يتخير بهواه" ويذهب ابن أبي زيد القيرواني إلى توسيع دائرة سلطة اختيار عقوبة الحرابة فلا يقصرها على الإمام وحده؛ بل يشرك معه الفقهاء بالمشورة؛ يقول رحمه الله تعالى: "إن هذا التخيير الذي خير الله تعالى فيهم إنما هو على الاجتهاد من الإمام ومشورته الفقهاء، بما يراه أتم للمصلحة وأذب عن الفساد"⁽²⁾؛ وقد نصر هذا التوجه وتحمس له الإمام محمد رشيد رضا متأسيا بسيرة السلف وعلى رأسهم عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حيث كان يجمع للنازلة أهل مشورته للفصل في ما لا نص فيه، وتقدير العقوبة بحسب تأثير المفاسد وضررها⁽³⁾.

فاختيار العقوبة عند مالك مبني على مراعاة حال المحارب من الخطورة ولو لم يقتل؛ ولذا اعتبر مالك في تقديرها طول زمان المحارب، الوسائل المستخدمة في المحاربة، منزلة المحارب في الجماعة؛ فيفرق بين من عرف بالتدبير ومن لم يعرف⁽⁴⁾؛ لأن هذه الأمور أمارات على خطورة الجاني وعظم فساده.

وقد انتبه الإمام الماوردي إلى مراعاة مالك لحال المحارب فقط فقال: "فاعتبر (أي مالك) الحد بصفة الفاعل ولم يعتبره بصفة الفعل؛ وهو ضد ما وضعت له الحدود، لأنه يقتل

¹ - ابن رشد، المقدمات المههات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق: محمد حجي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ - 1988) ج 03 ص: 230-231، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 126، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 61، محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج 06 ص: 363.

² - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 14 ص: 462، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1413هـ - 1992) ص: 583، ابن تيمية، السياسة الشرعية (مطبوعات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، 1419 هـ) ص: 62، محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج 06 ص: 363.

³ - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج 06 ص: 363.

⁴ - مالك، المدونة، ج 04 ص: 553، القرافي، المرجع السابق، ج 12 ص: 126.

من لم يقتل، ولا يقتل من قتل"⁽¹⁾؛ وفي قول الماوردي رحمه الله تعالى نظر شديد؛ لأن مالكا - كما بينا - اعتبر الفاعل والفعل معا، ولذلك نراه تارة يخيّر بين عقوبتين، وتارة يخيّر مطلقا، وتارة يرى وجوب القتل، لأن المحاربين عنده ليسوا سواء⁽²⁾؛ قال محمد رشيد رضا: "أي أن مالكا يعتبر حال قاطع الطريق في العقاب لا عمله وحده"⁽³⁾؛

ثم إن القائلين بالترتيب اختلفوا في المذهب الواحد في عدة صور - كما هو الحال في المذهب الحنفي - وقد أحصى ابن العربي تلك الاجتهادات فبلغت سبعا⁽⁴⁾، وهذا يدل دلالة واضحة على أن الخلاف بين الفريقين أقرب إلى الوفاق⁽⁵⁾؛ بل ربما أمكن الجمع بين القولين⁽⁶⁾؛ كما أن هذا الاختلاف يدل على أنها اجتهادات في تحديد العقوبة المناسبة لكل جريمة⁽⁷⁾؛ وكأني بالفريق القائل بالتخيير ترك تقدير نوع العقوبة للإمام لما ذكرناه سلفا؛ بينما استبق الفريق الثاني اجتهاد الأئمة والقضاة، وقدروا عقوبات الجرائم المحتملة من المحاربين؛ والدليل على ذلك أمور:

أولا/ الاختلاف الحاصل بينهم في عدة صور داخل المذهب الواحد، وبين المذاهب أيضا.

ثانيا/ إن جرائم الحرابة لا يمكن حصرها ولا ضبطها، وهم قد عينوا عقوبات لبعض الجرائم فقط؛ فما عساهم يقولون في غير ما ذكروه من الجرائم مثل الزنى؟.

ثالثا/ إن التخيير وجد حتى عند القائلين بالترتيب، وقد نقلنا طرفا منه فيما سبق.

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 354.

² - مالك، المدونة، ج 04 ص: 553، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 126.

³ - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج 06 ص: 364.

⁴ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 02 ص: 97-98، الجصاص، أحكام القرآن، ج 04 ص: 55.

⁵ - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج 06 ص: 185.

⁶ - الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق: أنور الباز، ط 02 (المنصورة: مصر، دار الوفاء، 1423هـ -

2003) ج 05 ص: 347.

⁷ - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج 06 ص: 357.

والذي يترجح عندي أن قول مالك خصوصا أولى بالصواب؛ لأنه يتيح للإمام أو القاضي اختيار العقوبة الملائمة التي تحسم الفساد، أخذا بعين الاعتبار حال الجاني وجنائته، وقد لفت انتباهي في توجيه مذاهب الفقهاء في المسألة كلام في غاية الاستيعاب لأسرار النظم القرآني، ومقاصده التشريعية للإمام محمد رشيد رضا رحمه الله تعالى، حيث يرى أن الآية حددت أربعة أنواع من العقوبة لعقاب المحارفين؛ وتركت لأولي الأمر الاجتهاد في تقديرها بقدر جرائمهم، فلا هي خيرت الإمام بأن يحكم بما شاء منها على ما شاء بحسب هواه، ولا هي جعلت لكل مفسدة عقوبة معينة منها، والحكمة في عدم تعيين وتفصيل العقوبات، أن هذه الجرائم التي يرتكبها هؤلاء المفسدون كثيرة، وتختلف باختلاف الزمان والمكان، وضررها مختلف كذلك، لأجل ذلك اجتهد الفقهاء في بيان هذه العقوبات، ليسهلوا على الحكام من أولي الأمر فهم النصوص، ويمهدوا لهم طريق الاجتهاد، ولهذا اختلفت أقوالهم؛ فمن قال إن الإمام مخير، لا يعني أن له الحكم بالهوى والشهوة، بل بالاجتهاد ومراعاة ما تدرأ به المفسدة وتقوم به المصلحة، ولا ينافي ذلك المشاورة في الأمر؛ ومن وضع كل عقوبة بإزاء عمل من أعمال المفسدين فإنما بين رأيه واجتهاده في الحكم الذي يدرأ المفسدة وتقوم به المصلحة، فأثبتوا رأيهم واجتهادهم كما فعلوا في غير ذلك من المسائل، ولا يوجبون بل لا يجيزون لأحد من حاكم أو غيره أن يتخذ فهمهم أو رأيهم ديناً يتبع⁽¹⁾.

وقد رجح بعض الباحثين المعاصرين رأي مالك كعبد الرحيم صدقي⁽²⁾، ومحمد بن فهد الودعان⁽³⁾، والإمام أبي زهرة الذي ذكر توجيهها لطيفا لمذهب مالك، وهو أنه يرى عقوبة الحرابة لأجل قطع الطريق في حد ذاته، لا لأجل أفعال المحاربة؛ وعمل الإمام حسم مادة الفساد أو

¹ - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج 06 ص: 362-363.

² - عبد الرحيم صدقي، الجريمة والعقوبة - دراسة تحليلية لأحكام القصاص والحدود والتعازير- ط01 (القاهرة: مصر، مكتبة النهضة المصرية، 1408هـ - 1987) ص: 121.

³ - محمد بن فهد الودعان، زيادة العقوبة التعزيرية على المقدر في جرائم الحدود - دراسة مقارنة- (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائي الإسلامي، تحت إشراف: محمد فضل المراد، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، السنة الجامعية: 1423هـ - 2002، ص: 382.

الداء، وعليه فهو مخير فيما يراه حاسماً للفساد من هذه العقوبات⁽¹⁾؛ ويرى سليم العوا أن رأي المالكية والظاهرية أكثر قرباً من الآراء الحديثة في علمي الإجرام والعقاب التي تنادي بمراعاة ظروف المجرمين وليس نوع الجريمة فقط⁽²⁾؛ أي تطبيق مبدأ التفريد القضائي للعقاب.

وبناء على ما سبق فإن الاتجاه الفقهي القائل بالتخيير في عقوبة الحرابة يكون قد منح سلطة واسعة في اختيار نوع العقوبة؛ حيث تبلغ هذه السلطة مداها الأقصى عند الظاهرية القائلين بالتخيير المطلق⁽³⁾، وتضييق قليلاً في المذهب المالكي، وتضييق أكثر عند الحنفية والشافعية والحنابلة، حيث نجدهم يخيروا الإمام أو القاضي في بعض الصور فقط؛ ومن الأمثلة على ذلك: ما ذكره الكاساني من تخيير الإمام في من أخذ المال وقتل بين قطع يده ورجله ثم قتله أو صلبه، وإن شاء لم يقطعه وقتله أو صلبه⁽⁴⁾؛ كما نقل الماوردي أن من خرج في الحرابة ولم يقتل ولا أخذ مالا إن الإمام يعززه بما يراه من ضرب أو حبس أو نفي؛ وإن رأى ترك تعزيره والعفو عنه جاز؛ وهناك قول ثان وهو تعيين حبسه⁽⁵⁾.

وما نقله الماوردي يؤكد كلام ابن عاشور والشوكاني ورشيد رضا، وهو أن القائلين بالترتيب اجتهدوا لا غير، وإلا كيف نفسر تخيير الشافعية الإمام بين: الضرب أو الحبس أو النفي أو العفو، وتخيير الكاساني الحنفي الإمام فيمن أخذ المال وقتل بين قطع يده ورجله ثم

¹ - أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، (القاهرة: مصر، دار الفكر العربي) ص: 138 - 140.

² - محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي - دراسة مقارنة - ط 01 (مصر: نخضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، 2006) ص: 239.

³ - ابن حزم، المحلى، ج 11 ص: 319.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الكتاب العربي، 1394هـ - 1974) ج 07 ص: 93، السرخسي، المبسوط، ج 09 ص: 195، العيني، البناية شرح الهداية، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1411هـ - 1990) ج 06 ص: 477.

⁵ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 359.

قتله أو صلبه؟، وقتله أو صلبه دون قطعه⁽¹⁾؛ وهم القائلون بأن العقوبات على الترتيب؟ فهل في الآية الكريمة التخيير بين هذه العقوبات؟ وهل في الآية الكريمة جواز العفو عن المحارب؟!.

فالعقوبات التي وقع فيها التخيير في عقوبة الحرابة كثيرة ومتنوعة؛ ولا يعني هذا البتة أن الكثرة والتنوع مع التخيير أمر محمود دوماً؛ وإنما المراد أن مواجهة ما لا ينضبط يقتضي ذلك، حتى يكون الإمام أو القاضي في سعة لاختيار العقاب المناسب؛ وبعبارة أخرى إن هذا التنوع والكثرة يستوعب سائر ما يمكن أن يستجد من أشكال ووسائل وأحوال الحرابة؛ لأن الآية نصت على أخف العقوبات وهي النفي، وعلى أشدها وهي القتل، وبالتالي لا تخرج أي جنائية عن أن تكون بين هذين الحدين.

وقبل أن أترك هذا العنصر أنبه إلى أن سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في الحدود لا تتجلى في اختيار عقوبة واحدة أو أكثر من بين عقوبات الحرابة، بل توجد تطبيقات أخرى أيضاً أذكر منها:

أ/ اتفق الفقهاء مع اختلاف في الحالات على جواز إضافة عقوبة تعزيرية إلى الحد، مع ترك تحديدها نوعاً وقدرًا لاجتهاد القاضي⁽²⁾.

ب/ في حالة سقوط الحد لعدم استيفاء شروطه، كوجود شبهة، فإن القاضي يعزر الجاني بما يراه مناسباً، وهو أمر لم يختلف حوله الفقهاء⁽³⁾.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الكتاب العربي، 1394 هـ - 1974) ج 07 ص: 93، العيني، البناء شرح الهداية، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1411 هـ - 1990) ج 06 ص: 477.

² - ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ط 01 (بيروت: لبنان، دار المعرفة، 1418 هـ - 1997) ج 04 ص: 192، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 499، الحطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 433، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 204-205، الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 39، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج 01 ص: 131، محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 338.

³ - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 311-312.

ج/ اختلف الفقهاء في حقيقة النفي في آية الحرابة: اتفق الحنفية والمالكية على أنه الحبس والتعزير⁽¹⁾، بينما يرى الشافعية والحنابلة أنه التشريد والطلب فلا يقر لهم قرار⁽²⁾ وهو قول ابن الماجشون من المالكية⁽³⁾؛ ومع هذا الاختلاف في تحديد معنى النفي في الآية الكريمة يملك الإمام في الدولة الإسلامية سلطة اختار الرأي الذي يراه مناسباً ومحققاً للمصلحة الشرعية إذا كان بالإمكان تحقيقه عملياً دون مفسدة واضحة وراجحة؛ مع أننا لا نميل إلى رأي الشافعية والحنابلة لأنه في نظرنا لا يأمن معه على دين هؤلاء المحاربين إذا استطاعوا التسلل إلى بلاد غير إسلامية، فإذا أضيف إلى ذلك الحدود السياسية التي استحدثتها الدول الحديثة ومنها الدول الإسلامية بحيث تعتبر غير الحامل لجنسيتها شخصاً أجنبياً ولو كان مسلماً ازدادت قناعتنا ببعدها هذا القول عن الصواب بل عن الواقع خصوصاً في العصر الحاضر.

الفرع الثاني/ سلطة الاختيار في عقوبات القصاص:

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الحق الغالب في القصاص هو حق العبد، وأن أولياء الدم أو المجني عليه ليس لهم إلا القصاص أو الدية أو العفو على غير الدية⁽⁴⁾؛ وأصل تخيير أولياء الدم حديث وائل بن حجر^(*) رضي الله عنه، قال: "كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ جيء برجل قاتل في عنقه النسعة فدعا ولي المقتول، فقال: أتعفو، قال: لا، قال: فتأخذ

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 95، الجصاص، أحكام القرآن، ج 04 ص: 59، السرخسي، المبسوط، ج 09 ص: 199، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 05 ص: 113، مالك، المدونة، ج 04 ص: 552، ابن الجلاب، التفريع، ج 02 ص: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 14 ص: 463.

² - ابن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج 07 ص: 282، الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 204.

³ - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 14 ص: 466.

⁴ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 01 ص: 96، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 06 (بيروت: لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1402هـ-1982) ج 02 ص: 401، الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12 ص: 95، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 02 ص: 137-157.

^{*} وائل بن حجر: أبو هنيذة الحضرمي، وفد على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقطعته أرضاً، كما أن له وصحة ورواية، حدث عنه ابنه علقمة وعبد الجبار، ووائل بن علقمة، وكليب بن شهاب، وآخرون؛ روى له الجماعة سوى البخاري. الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 02 ص: 572-574.

الدية، قال: لا، قال: أفتقتل، قال: نعم"⁽¹⁾؛ فالحديث صريح في تحخير ولي الدم بين العفو والدية والقصاص؛ قال الإمام الخطابي البستي^(*)(2): "قلت: فيه (أي الحديث) من الفقه أن الولي مخير بين القصاص أو أخذ الدية"؛ وقال الإمام ابن بطلال^(**) بعد أن ساق اختلاف الفقهاء في مسألة الدية، وهل هي واجبة على القاتل أم أنها متوقفة على رضاه: "ووجب أن يعطف عليه حديث أبي هريرة (يريد قوله عليه السلام: من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يفندي وإما أن يقتل) ويجعل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما فهو بالخيار بين أن يعفو، أو يقتص، أو يأخذ الدية على الرضا من الجاني بغرم الدية حتى تتفق معاني الآثار"⁽³⁾؛ فالتحخير موجود في عقوبة القصاص لكنه يتميز بما يلي:

1/ سلطة الاختيار للمجني عليه وأولياء الدم فقط، وليست للقاضي ولا لولي الأمر.

2/ الاختيار بين أشياء ليست جميعها عقوبات، كالعفو على غير مال.

وعليه ليس للقاضي ولا للإمام سلطة في اختيار عقوبة القصاص، أو العفو عنها، أو استبدالها؛ لأنها محددة بضابط بين لا اجتهاد معه وهو المماثلة؛ كما أن حق العفو محصور في أولياء الدم في جريمة القتل، وفي المجني عليه في جرائم ما دون النفس أو الأطراف كما تسمى. وأخيراً لا بد من التنبيه إلى بعض المسائل التي لها تعلق بسلطة اختيار نوع العقوبة في جرائم

القصاص:

¹ - أبو داود، السنن، ص: 810، الحديث رقم: 4499؛ حكم الشيخ الألباني على الحديث بالصحة.

* **الخطابي البستي**: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي، الحافظ اللغوي، ولد سنة بضع عشر وثلاثمائة، سمع من أبي سعيد بن الأعرابي بمكة، ومن إسماعيل بن محمد الصنفار وطبقته ببغداد، وغيرهم؛ تفقه على مذهب الشافعي على أبي بكر القفال الشاشي، حدث عنه أبو عبد الله الحكم وأبو حامد الإسفرايني، وأبو عبيد أحمد بن محمد الهروي، وغيرهم كثير؛ صنف كتباً كثيرة منها: شرح السنن (وهو شرح لسنن أبي داود وطبع بعنوان: معالم السنن)، شرح أسماء الله الحسنى، وغير ذلك؛ توفي سنة (388هـ). **الذهبي**، سير أعلام النبلاء، ج 17 ص: 23 - 27.

² - **الخطابي البستي**، معالم السنن، تحقيق: محمد راغب الطباخ، ط 01 (حلب: سورية، المطبعة العلمية، 1352 هـ - 1934) ج 04 ص: 02.

** **ابن بطلال**: أبو الحسن علي بن خلف بن بطلال، البكري القرطبي ثم البنسي، ويعرف بابن اللجام، وهو من كبار المالكية؛ أخذ عن أبي عمر الطلمنكي، وابن عفيف، وأبي المطرف القنازعي، ويونس بن مغيث، عني بالحديث العناية التامة؛ استقضى (ولي القضاء) بمحضر لوزقة، له شرح لصحيح البخاري، توفي في صفر سنة (449هـ). **الذهبي**، سير أعلام النبلاء، ج 18 ص: 47.

³ - **ابن بطلال**، شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم (الرياض: السعودية، مكتبة الرشد) ج 08 ص: 508.

1/ إن القاضي وإن لم تكن له سلطة في اختيار نوع العقوبة كما ذكرنا: إلا أن التشريع الإسلامي منحه إذنا في التشفع إلى أولياء الدم للعفو عن القاتل، لحديث أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه: " ما رفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو"⁽¹⁾؛ قال الإمام البستي بعد أن ذكر حديث وائل بن حجر الذي خير فيه الرسول الكريم عليه السلام ولي الدم بين الثلاث: العفو أو الدية أو القصاص: "وفيه دليل على أن للإمام أن يتشفع إلى ولي الدم في العفو بعد وجوب القصاص"⁽²⁾؛ و مما يزيد الشفاعة ثبوتاً أن النبي عليه السلام بدأ بها في حديث وائل بن حجر الذي مر معنا.

2/ اختلف الفقهاء في حكم من سقط عنه القصاص في الجرائم العمدية هل يعززه السلطان أو القاضي أم لا شيء عليه؟ وللمسألة صورتان:

أ/ ذهب المالكية في مشهور المذهب إلى تعزير القاتل إذا عفى عنه أولياء الدم: وذلك بضربه مائة وحبسه سنة⁽³⁾، وذكر ابن قدامة أنه قول الأوزاعي والليث بن سعد أيضاً⁽⁴⁾، وهو قول الشافعي أيضاً في الاشتراك في القتل، كحر وعبد في قتل عبد أو مسلم ونصراني في قتل نصراني أو أب وأجنبي في قتل الابن؛ يقول الشافعي: "فعلى الذي عليه القصاص القصاص، وعلى الآخر نصف الدية في ماله وعقوبة إن كان الضرب عمدا"⁽⁵⁾؛ ويرى المالكية أيضاً التعزير في الجراح العمد⁽⁶⁾؛ وخالف بقية الفقهاء في هذه المسألة ورأوا بأن القاتل إذا عفا عنه أولياء الدم فلا يلزمه شيء؛ والذي نراه راجحاً هو وجوب التعزير حتى لا يشيع بين الناس

¹ - أحمد، المسند، تحقيق: الشيخ أحمد شاكر، مسند أنس بن مالك، ج 11 ص: 119 الحديث رقم: 12153؛ قال الشيخ أحمد شاكر في الهامش: "إسناده صحيح".

² - الخطابي البستي، معالم السنن، ج 04 ص: 02، القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، ج 05 ص: 54، النووي، شرح صحيح مسلم، ط01(القاهرة: مصر، المطبعة المصرية، 1349هـ-1930) ج 11 ص: 173، الوئشريسسي، المعيار المغرب، ج 02 ص: 306، الشوكاني، نيل الأوطار، ج 05 ص: 188.

³ - مالك، المدونة، ج 04 ص: 633-634، القاضي عبد الوهاب البغدادي، التلقين في المذهب المالكي، ج 02 ص: 490، ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 14 ص: 219، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 421، ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02 ص: 404.

⁴ - ابن قدامة، المغني، ج 11 ص: 584.

⁵ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12 ص: 127.

⁶ - مالك، المدونة، ج 04 ص: 570، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 218.

الاستهانة بالأنفس أو ما دونها، خصوصاً ممن عرف بذلك، لكن دون تحديد نوع العقوبة أو مقدارها، وهو ما رجحه بعض الباحثين المعاصرين⁽¹⁾؛ ثم وجدت ابن رشد الحفيد نسب هذا القول لأبي ثور، يقول رحمه الله تعالى: " وقال أبو ثور: إلا أن يكون يعرف بالشر فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى"⁽²⁾؛ والقول بالتعزير عند سقوط القصاص يمنح القاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة نوعاً وقدرًا.

ب/ اختلف الفقهاء في مسألة الاشتراك في القتل بين من يجب عليه القصاص ومن لا يجب:

فرق المذهب الشافعي والحنبلي بين: من سقط عنه القصاص لمعنى في نفسه: كالأب في قتل ابنه إذا شاركه أجنبي، وكاشترك مسلم وذمي في قتل ذمي، وحر وعبد في قتل عبد، فإن القتل لا يجب على الأب و المسلم والحر وعلى كل واحد منهم نصف الدية، ويجب القود على الأجنبي والذمي والعبد⁽³⁾؛ ومن سقط عنه القصاص لمعنى في فعله؛ ثم اختلفوا في صورة ذلك فذهب صاحب المغني في التمثيل لها بصورة الصبي والمجنون، بينما يراها الشافعي كما نقل الماوردي داخله في الحالة الأولى، أي من سقط عنه القصاص لمعنى في نفسه؛ ومثل لها الماوردي باشتراك العامد مع الخاطيء؛ فذهب الشافعية إلى أنه لا يقتل العامد شريك الخاطيء، و ذهب الحنابلة في صحيح المذهب كما يقول ابن قدامة أنه لا قصاص على من اشترك مع من سقط عنه القصاص لمعنى فيه، كالصبي والمجنون مع العاقل البالغ؛ فاتفقوا في الاسم واختلفوا في التطبيق والمثال، وذهب المالكية إلى وجوب القصاص على شريك الصبي إذا تعمدًا وتعاقداً وتعاونًا على القتل⁽⁴⁾؛ قال خليل في مختصره: " وعلى شريك الصبي القصاص، إن تمالًا على قتله"، لكن لو كانت رمية الصبي خطأ، ورمية الرجل عمدًا، فإن مالكا يرى أن عليهما الدية، معللاً قوله بأنه لا يدري بأيهما مات، والحكم نفسه إذا لم يتعاقدا ولا تعاونًا⁽⁵⁾؛ وكذا إذا

¹ - عبد الحميد إبراهيم المجالي، الحق العام بعد العفو عن الجاني في القتل العمد، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، م 19 العدد: 38، 1425هـ-2004، ص: 119.

² - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02 ص: 404.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12 ص: 127 وما بعدها، ابن قدامة، المغني، ج 11، ص: 497-499.

⁴ - القاضي عبد الوهاب البغدادي، التلقين في المذهب المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1415هـ-1995) ج 02 ص: 468.

⁵ - الحطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 308، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 274.

شارك المكلف المتعمد مجنوناً أو مخطئاً فإنه لا قصاص على المتعمد، وإنما عليه نصف الدية، ويضرب مائة ويحبس عاماً، وعلى المخطئ أو المجنون نصف الدية على عاقلته⁽¹⁾ وهذا يعني أن مالكا لا يرى القصاص بإطلاق كما نقل ابن رشد الحفيد والماوردي.

ويرى الحنفية أنه إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص، كالصبي مع البالغ، والمجنون مع العاقل، والمخاطئ مع العاقد، والأب مع الأجنبي، فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية⁽²⁾؛ وعمدة أبي حنيفة أن في القتل شبهة، وأن القصاص لا يتبعض، ويمكن أن يكون المقتول قد توفي من فعل الذي لا قصاص عليه، كما كان ذلك ممن عليه القصاص، وقد قال عليه الصلاة والسلام: "ادرءوا الحدود بالشبهات"⁽³⁾ وإذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية؛ ومستند الفريق الثاني نظر مصلحي وهو التغليظ احتياطاً للدماء؛ فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه، وقد ضعف ابن رشد هذا القياس⁽⁴⁾؛ والذي نراه راجحاً في المسألة، هو العدول عن القصاص إلى الدية لقوة الشبهة؛ ويقوي هذا القول أن الشرع ندب إلى العفو والجريمة ثابتة، فكيف يقتص والجناية مشكوك في نسبتها إلى الشخص؟! ولو أنهم قالوا بالقصاص إذا ثبت لدى القاضي أنه حصل تدريعٌ ممن يجب عليه القصاص بمن لا قصاص عليه، لكان لقولهم وجهها مستساغاً، والله أعلم بالصواب؛ فعلى القول بوجود الدية وسقوط القصاص، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى تكون الدية عقوبة بدلية عن القصاص لسقوطه بالشبهة.

¹ عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1997) ج 02 ص: 384.

² الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 235-236، ظفر أحمد العثماني التهانوي، إعلاء السنن، ج 17 ص: 8442.

³ - ضعف أهل الحديث هذا الخبر، وقد نقل الحافظ ابن حجر كلام أهل الحديث في إسناد الحديث، ثم قال: "...ورواه أبو محمد بن حزم في كتاب الإيصال من حديث عمر موقوفاً عليه بإسناد صحيح" ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ط 01 (مؤسسة قرطبة، 1416هـ - 1995) ص: 104-105. الحديث رقم: 2036، الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج 05 ص: 281؛ ورواه ابن أبي شيبة في المصنف عن الأعمش عن إبراهيم بلفظ "كانوا يقولون ادروءوا الحدود عن عباد الله ما استطعتم" ابن أبي شيبة، المصنف، تحقيق حمد بن عبد الله الجمعة ومحمد بن إبراهيم اللحيان، ط 01 (الرياض: السعودية، مكتبة الرشد ناشرون، 1425هـ - 2004) كتاب الحدود، في درء الحدود بالشبهات، ج 09 ص: 359.

⁴ - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02 ص: 396-397؛ الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12 ص: 127-129.

الفرع الثالث/ سلطة الاختيار في عقوبات التعازير:

اتفق الفقهاء على أن للإمام و القاضي أن يعاقب بما يراه ذابا عن الجنايات، يقول ابن المنذر: "وكل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن للإمام أن يعزر في بعض الأشياء"⁽¹⁾؛ بل ذهب ابن القيم إلى أن السياسة الشرعية - والتعزير من جملتها- لا يخلو من القول به إمام؛ ومن ظن أن السياسة الشرعية هي ما نطق به الشرع فحسب، فقد غلط الصحابة رضي الله تعالى عنهم في كثير من العقوبات التي أوقعوها على الجناة⁽²⁾.

ويعد باب التعزير أرحب الأبواب الفقهية في ممارسة القاضي سلطته في اختيار العقوبة نوعا وقدرًا كما نبه ابن القيم؛ وقد عبر حافظ المغرب الإمام ابن عبد البر عن جانب من هذه الرحابة بالتقعيد التالي: "كل من آذى مسلما بلفظ يعره به، ويقصد أذاه، فعليه في ذلك الأدب البالغ الرادع له ومثله؛ يجمع رأسه بالسوط، أو يضرب بالدرة ظهره أو رأسه؛ وذلك على قدر سفاهة القائل وحال المقول له"⁽³⁾؛ وقد اقتضت الحكمة الإلهية البالغة إطلاق يد القاضي في عقوبات التعازير، لأن طبيعة الجرائم في هذا الباب غير منضبطة، فهي عرضة للتغيير في طبيعتها، ووسائلها، وخطرها على الجماعة، فكان أن أوكل الله تعالى العقوبة عليها إلى القضاة والأئمة، لأنهم الأقدر على معرفة ما يصلح الجاني ويردعه ويردعه غيره⁽⁴⁾.

بيد أن القاضي ليس مطلق اليد تماما في عقوبات التعازير كما قد يتوهم البعض؛ ممن لم يمعنوا النظر في نصوص الكتاب والسنة ومدونات الفقه، واكتفوا بالتعويل على عبارات مطلقة أو عامة للفقهاء؛ فالفقه الإسلامي قد وضع للإمام والقاضي ضوابط في التعزير منها⁽⁵⁾: مناسبة العقوبة للجناية، توخي المقصد من تشريع العقوبة، مراعاة التدرج فلا يعاقب

¹ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، ط01 (رأس الخيمة: الإمارات العربية المتحدة، 1426هـ-2005) ج 07 ص: 278، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 218.

² ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: عرفات بن سليم العشا حسونة الدمشقي، ط01 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1425هـ-2005) ص: 17.

³ ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ص: 577.

⁴ محمد المدني بوساق، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة والشريعة الإسلامية، ط01 (الرياض: السعودية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1423هـ-202) ص: 228 وما بعدها.

⁵ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 222، العيني، البناية شرح الهداية، ج 06 ص: 363، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 78، 119، الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج 11 ص: 289، ابن تيمية، السياسة الشرعية، (الرياض: السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، 1419هـ) ص: 92، عبد الله بن محمد سعد آل خنين، ضوابط العقوبة التعزيرية، مجلة القضائية، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد: 01، محرم 1432هـ، ص: 96، أسامة الفقير الربابعة، ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية في الشريعة الإسلامية، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، الأردن، م 02 العدد: 03، 1427هـ-2006، ص: 77 وما بعدها.

بعقوبة أشد إذا كانت ما دونها تحقق الإصلاح والردع، مراعاة مآل العقوبة بحيث لا تؤدي إلى مفسدة أعظم منها، أن تأمن العاقبة، وغير ذلك من الضوابط؛ ويمكن استظهار سعة سلطة القاضي في تقدير عقوبة التعزير من خلال العناصر التالية:

1/ تواجد هذه السلطة التقديرية في كل أنواع العقوبات: فهي تدخل في الحدود: فأجاز أغلب الفقهاء الزيادة على الحد تعزيراً، وإن اختلفوا في قدره؛ مثل حد الخمر، وتدخل في عقوبات القصاص: فأوجب المالكية تعزير القاتل في حالة العفو عنه، و تعزير الجراح مطلقاً؛ وهي تدخل من باب أولى في مجالها الطبيعي، وهو كل معصية لا حد فيها ولا كفارة باتفاق الفقهاء؛ ودليل ذلك أنهم عرفوا التعزير بأنه: "عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، وهو كالحدود في أنه تأديب استصلاح وزجر"⁽¹⁾.

2/ الأنواع الكثيرة والمختلفة من العقوبات الموضوعة بين يدي القاضي ليمارس سلطته التقديرية في اختيار العقوبة المناسبة، والقدر المناسب لحال الجاني، وجنائته، والجني عليه؛ وقد بلغت هذه العقوبات من الكثرة والتنوع، بحيث عمد الباحثون المعاصرون إلى تصنيفها إلى مجموعات⁽²⁾؛ وفيما يلي عرض لأشهر العقوبات التعزيرية⁽³⁾:

أ/ عقوبات بدنية: كالقتل، وقد قال به الفقهاء جميعاً، وإن اختلفوا في الحالات التي يجوز فيها، يقول ابن تيمية: "وأما مالك وغيره، فحكي عنه أن من الجرائم ما يبلغ به القتل، ووافق بعض

¹ - ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق: جمال مرعشلي، (الرياض: السعودية، دار عالم الكتب، 1423هـ-2003) ج 02 ص: 217، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 523، عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية (رسالة دكتوراه) (دار الفكر العربي، 1955) ص: 52.

² - سليم إبراهيم النجار، سلطة القاضي في تقدير العقوبات التعزيرية (رسالة ماجستير) التخصص: القضاء الشرعي، تحت إشراف: زياد إبراهيم مقداد، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة: فلسطين، العام الجامعي: 1428هـ-2007، ص: 28.

³ - البدر العيني، البناية في شرح الهداية، ج 06 ص: الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 64، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 118، الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 424-425، المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 224، ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص: 91 وما بعدها، بدر بن عبد الله بن راشد الديداني، أثر ارتكاب الموجب للعقوبة التعزيرية وتطبيقاته القضائية (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه المقارن، تحت إشراف: عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، العام الجامعي: 1429هـ-1430، ص: 38 وما بعدها، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 01 ص: 633-634، عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، ص: 304 وما بعدها، محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 321 وما بعدها.

أصحاب أحمد، في مثل الجاسوس المسلم إذا تجسس للعدو على المسلمين، فإن أحمد توقف في قتله، وجوز مالك وبعض الحنابلة - كابن عقيل - قتله، ومنعه أبو حنيفة والشافعي، وبعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى؛ وجوز طائفة من أصحاب الشافعي وأحمد وغيرهما قتل الداعية إلى البدع المخالفة للكتاب والسنة، وكذلك كثير من أصحاب مالك، وقالوا: إنما جوز مالك وغيره قتل القدرية لأجل الفساد في الأرض لا لأجل الردة، وكذلك قد قيل في قتل الساحر؛ فإن أكثر العلماء على أنه يقتل، وقد روي عن جندب رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً: "إن حد الساحر ضربة بالسيف"، وعن عمر وعثمان وحفصة وعبد الله بن عمر وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم قتله؛ فقال بعض العلماء لأجل الكفر، وقال بعضهم لأجل الفساد في الأرض، لكن جمهور هؤلاء يرون قتله حداً؛ وكذلك أبو حنيفة يعزر بالقتل فيما تكرر من الجرائم، إذا كان جنسه يوجب القتل، كما يقتل من تكرر منه اللواط، أو اغتيال النفوس لأخذ المال ونحو ذلك⁽¹⁾؛ ومنها أيضاً: الجلد، وضرب القفا مجرداً عن ساتر بالأكف، إقامة المعز على قدميه، حلق الرأس.

ب/ عقوبات مقيدة للحرية: وهي الحبس والنفي.

ج/ عقوبات مالية: كالغرامة: وهي إلزام الجاني بدفع مقدار من المال إلى بيت مال المسلمين أو غيره، والمصادرة: وهي نقل ملكية أشياء أو أموال مملوكة للجاني أصلاً أو وجدت بحوزته إلى بيت المال عقاباً لملكها الأصلي على جريمة وقعت منه، والإتلاف: وهو إزالة أثر الجريمة أو العمل المحرم؛ قال الونشريسي^(*): "وقد أفتى ابن القطان^(*) في الملاحم الرديئة النسج بأن تحرق، وأفتى ابن

¹ - ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص: 93-94.

* الونشريسي: أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن علي الونشريسي، المالكي، أخذ العلم عن شيوخ بلده كالإمام أبي الفضل قاسم العقباني وولده القاضي أبي سالم وحفيد الإمام العلامة محمد بن أحمد بن قاسم العقباني، وغيرهم، ومن تلاميذه: أبو عباد بن مليح اللمطي، وأبو زكريا السوسي، والفقهاء المحدث محمد بن عبد عبد الجبار وغيرهم؛ ترك عدداً من المصنفات منها: المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب. أحمد بابا التبكي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهزامة، ط 02 (طرابلس: ليبيا، دار الكاتب، 2000) ص: 13-136.

* ابن القطان: أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك بن يحيى بن إبراهيم الحميري الكُتامي المغربي الفاسي المالكي المعروف بابن القطان، ولي قضاء الجماعة سماعاً أبا عبد الله بن زرقون، وأبا بكر بن الجدد وآخرين، وله تصانيف عدة، توفي في ربيع الأول سنة ثمان وعشرين وستمائة (628هـ). التبكي، نيل الابتهاج، ص: 317، الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 22 ص: 306-307.

عتاب^(**) بتقطيعها والتصدق بها خرقاً، وحكم القاضي أبو بكر بن العربي في زامير بثقب أشداقه⁽¹⁾.

د/ عقوبات نفسية: ومن أشهرها: الحجر، التوبيخ، التشهير...

3/ جواز الجمع بين أكثر من عقوبة عند عامة الفقهاء⁽²⁾.

4/ تنوع العقوبات وسع كثيراً من سلطة القاضي، سواء في اختيار نوع العقوبة، أو تحديد قدرها، بما يسمح بمعاملة كل جان بما يناسبه، فلا ينتقل القاضي أو الإمام إلى عقوبة أعلى إذا كان الأدنى منها يحقق المقصود الشرعي من الإصلاح والزجر⁽³⁾؛ وقد أبدع الفقه الإسلامي في موضوع التعزير ليس فقط على مستوى تحديد العقوبات نوعاً وقدرًا، بل أيضاً على مستوى المصطلحات نحتاً وضبطاً، فكثيراً ما نصادف في عبارات الفقهاء بعض المصطلحات التي قد تبدو مترادفة، لكن مع شيء من البحث والتحري يظهر بأنها متباينة، ولكل مصطلح دلالاته التي استقل بها، وإن كانت يجمعها مفهوم التعزير؛ وللأمانة العلمية أقول هذا ما لاحظته في كتب المالكية تحديداً، يقول الونشريسي: "نقل الزناقي في شرح التهذيب عن أبي عمران علي ابن حبيب أن مادون الحد أربع مراتب:

أعلاها: العقوبة ويتجاوز بها الحد على قدر المعاقب، ثم التعزيرات وهو من أربعة إلى خمسين، ثم النكال وهو من عشرة إلى إلى سبعة عشر، ثم الأدب وهو من سبعة عشر⁽⁴⁾،

^{**} ابن عتاب: أبو محمد عبد الرحمان بن المحدث محمد بن عتاب بن محسن القرطبي المالكي، سمع من أبيه فأكثر، وحاتم بن محمد الطرابلسي، وطائفة، من تلامذته المحافظ أبو بكر محمد بن عبد الله بن الحد، عبد الحق بن بُوْثُه، وأخوه محمد، وأحمد بن عبد الملك بن عَمِيْرَة، له كتاب في الزهد والرقائق سماه "شفاء الصدور"؛ مات سنة 520هـ. الدهبي، سير أعلام النبلاء، ج 19 ص: 514-515.

¹ - الونشريسي، المعيار العربي، ج 02 ص: 417، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 221.

² - ابن حزم، المحلى، ج 11 ص: 385.

³ - العيني، البناية شرح الهداية، ج 06 ص: 363، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 78-119، الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج 11 ص: 289، الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 424 وما بعدها، الروياني، بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: أحمد عزو عناية الدمشقي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1423هـ-2002) ج 13 ص: 158، ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص: 92، عبد الله بن

محمد سعد آل خنين، ضوابط العقوبة التعزيرية، مجلة القضائية، السعودية، العدد: 01 محرم 1432هـ، ص: 96.

⁴ - الونشريسي، المعيار العربي، ج 02 ص: 420.

ونقل

أبو القاسم بن عظم^(*) التصنيف نفسه مع بعض الاختلاف في التقدير⁽¹⁾.

يتضح مما نقلناه أن أوسع مجال لاختيار نوع العقوبة وتحديد مقدارها في الفقه الإسلامي هو العقوبات التعزيرية؛ لأن التشريع الإسلامي وضع بين يدي القاضي أنواعا مختلفة ومتدرجة من العقوبات؛ ومنحه هامشا كبيرا من الحرية ليقدر العقوبة الملائمة؛ مراعى حال الجاني والمجني عليه، وطبيعة الجناية، وظروفها الزمانية والمكانية، حتى تحقق العقوبة مقاصدها في الخلق؛ وقد ذهب بعض المعاصرين⁽²⁾ إلى تعزيز العقوبات التعزيرية مدفوعين بضغط المدنية المعاصرة وشعاراتها البراقة مثل: حقوق الإنسان، شرعية الجرائم والعقوبات؛ ومتعللين أحيانا أخرى بضعف القضاة وقلة خبرتهم في الحكم بالعقوبة المناسبة؛ ومن وجهة نظرنا لا نوافق على فكرة تقنين العقوبات التعزيرية لسببين نراهما وجيهين:

● إن الشريعة الإسلامية إنما فوضت تحديد العقوبة نوعا وقدرًا للقاضي أو الإمام في هذا الباب لأنهما الأقدر على تعرف حيشيات الجناية، والتي لها دخل واضح في تقدير نوع العقاب ومقداره كما أسلفنا.

● إن الشريعة الإسلامية التي هي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصلحة كلها، منحت القاضي في هذا المجال بالذات سلطة واسعة، والتقنين يتعارض مع هذه المرونة الممنوحة؛ وبالتالي يؤدي إلى تضيق ما أراد الشارع الحكيم له أن يكون واسعاً، وتقييد لما أراد أن يكون مطلقاً، وتكفي معارضة الحكمة الإلهية دليلاً على تهافت القول بالتقنين؛ ولعل هذا المعنى هو الذي حمل مالكا على منعه، أي رفض تحديد ما شأنه الاجتهاد أيا كان مصدره،

^{*} أبو القاسم بن عظم: أبو الفضل أبو القاسم بن محمد مرزوق بن عبد الجليل بن محمد بن أحمد بن عيسى بن أحمد بن عبد العظيم بن أبي بكر بن عياش بن فندار المرادي القيرواني المعروف بابن عظم، من مؤلفاته: برنامج الشوارد على الشامل اعتمده المفتون والقضاة، وأجوبة على نوازل في الفقه سئل عنها، (وهو هو المسمى كتاب الأجوبة)، الأدلة المحكمة المجازة في افتقار التبرعات إلى القبول مع الحيازة، رسالة في الجزية وأحكام أهل الذمة، كان حيا سنة 1009هـ/1600م، محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق: عبد المجيد خيالي، ط 01 بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2003) ج 01 ص: 423

¹ - أبو القاسم بن عظم، كتاب الأجوبة، ج 07 ص: 220.

² - أبو زهرة، العقوبة، ص: 69، محمد العايب، تفريد العقوبة الجزائية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، ص: 100.

سواء الحاكم أو العرف الاجتماعي؛ قال مالك رحمه الله تعالى: "ولو جرى أهل بلد على عقل مسمى فيما دون الموضحة، لرأيت أن يبطل ذلك الإمام ولا يحكم به"⁽¹⁾، على الرغم من أن العقل (الدية) حق للعبد يجوز فيه الصلح والإسقاط.

المطلب الثاني/ سلطة القاضي الجزائري في اختيار نوع العقوبة في القانون

الجزائري:

تمكن الفقه الجزائري الوضعي المعاصر بعد عدة مؤتمرات من التوصل إلى صياغة نظامين يحكمان سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة هما: نظام العقوبات التخيرية، ونظام العقوبات البديلة؛ ويعيد بعض الباحثين أصل النظامين إلى فكرة العقوبات المتوازية التي ابتكرها "فان هامل" وطورها "جارسون" إلى نظرية؛ وقدم تقريراً عنها إلى المؤتمر الدولي لجمعية السجون العامة سنة 1896؛ حيث قسم العقوبات إلى مجموعتين: عقوبات مشينة Des peines deshonorantes، وعقوبات غير مشينة des peines non deshonorantes؛ وتتحدد عقوبة الجاني على أساس الباعث عليها، فإن كان دينياً سلطت عليه العقوبة في سلم العقوبات المشينة، وإن كان غير ديني فرضت عليه عقوبة من سلم العقوبات غير المشينة، شريطة ألا يكون الجاني قد استعمل وسائل شنيعة تثير سخط الرأي العام؛ وبذلك أثرت لأول مرة ربط نوع العقوبة بمسألة الباعث⁽²⁾.

وكلا النظامين محاولة (فقهيّة/ تشريعية) لتحقيق التفريد العقابي بشقيه القانوني والقضائي؛ لأن منح المشرع القاضي فسحة لاختيار ما يراه مناسباً من العقوبات المقررة يصدر عن قناعة راسخة بأن القاضي أدرى من المشرع بظروف المجرم والجريمة، ومن ثم فهو الأجدر بمعرفة العقوبة المناسبة نوعاً وقدرًا، بيد أنه من ناحية أخرى، يخشى البعض من تغول سلطة القاضي، ومن الارتكاس إلى تلك الحقبة المظلمة في تاريخ القضاء العقابي،

¹ - ابن أبي زيد القيرواني، النواذر والزيادات، ج 13 ص: 399.

² . أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 106، محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتشديدها وتحقيق ووقف تنفيذها (الإسكندرية: مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2007) ص: 96-97.

وهي "تحكم القضاة" ويرد المدافعون عن هذين النظامين بأن القاضي ليس مطلق اليد تماما في الاختيار، بل هو مقيد بالعقوبات المقررة في القانون لا يتعدها؛ وقد أخذ المشرع الجزائري الجزائري بهذين النظامين مواكبة منه لتطور الفكر الجزائري، واستجابة لإلحاح المنظمات الدولية؛ وفي هذا المطلب بيان لمسلك المشرع الجزائري الجزائري في الأخذ بالنظامين المذكورين.

الفرع الأول/ سلطة القاضي الجزائي الجزائري في الاختيار في نظام العقوبات

التخييرية:

البند الأول/ تعريف عام بنظام العقوبات التخييرية:

يراد بنظام العقوبات التخييرية: منح المشرع القاضي الحرية في اختيار الحكم المناسب للجريمة والمجرم من بين عقوبتين أو أكثر، مختلفتين في النوع أو بكليهما؛ فإذا كان القاضي الجزائري مطلق الحرية في هذا الاختيار سمي بنظام العقوبات التخييرية الحرة، وإن كانت سلطة القاضي في الاختيار متوقفة على شرط معين فهو نظام العقوبات التخييرية المقيدة. والنظام الأول كان ولا يزال موجودا في "القوانين الأنجلو سكسونية(*)" مثل الولايات المتحدة الأمريكية؛ أما النظام الثاني فيرجع أول ظهور له في قانون العقوبات الإيطالي الذي

* الأنجلو سكسونية: مصطلح يطلق على القبائل الجرمانية (الأنجلز، السكسون، اليوت) التي غزت بريطانيا وأزاحت حكم الرومان، وقامت بإصدار بعض القوانين لتنظيم جانب من علاقاتهم الاجتماعية، لكن غالب حياة هؤلاء الغزاة كانت تحكمها الأعراف، ولغتهم هي اللغة الإنجليزية القديمة، ولعل هذا ما يفسر تجذر العرف في القانون الإنجليزي، كما يطلق المصطلح أيضا على شعب الحضارة البريطانية. حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة (محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة ل م د، التخصص: القانون العام)، جامعة 08 ماي 1945 قالة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الدراسية: 2017-2018، ص: 12-13.

وضعه مانشيني Mancini سنة 1876⁽¹⁾؛ والقيود التي تحد من سلطة القاضي في الاختيار في نظام العقوبات التخيرية المقيدة أربعة⁽²⁾:

أ/ الباعث: حيث يلزم القاضي بالحكم بالعقوبة الأشد، أو يمنع من الحكم بالعقوبة الأخف متى كان الباعث على الجريمة دنيئا.

ب/ الملائمة: يضع المشرع عقوبتين أو أكثر، لكنه يعطي الأولوية لواحدة منها ويجعلها أساسية، والباقي كأها استثناء، وينبه القاضي من خلال النص التشريعي بأن لا يعدل عن العقوبة الأساسية إلى غيرها إلا إذا كان الحكم بها غير ملائم للمجرم كظروفه الشخصية، أو ظروف جرمته الموضوعية.

ج/ شناعة الجريمة أو خطورة المجرم: حيث يضع المشرع أكثر من عقوبة مع منح القاضي سلطة الاختيار، لكنه يلزمه بالحكم بالعقوبة الأشد إذا ارتكبت الجريمة بطريقة بشعة، أو استعملت فيها وسائل شنيعة، أو كانت حيثيات الجريمة تظهر خطورة الجاني على الأمن العام، وهو المعبر عنه بالخطورة الإجرامية؛ كتخيير القاضي بين الحكم بالإعدام أو السجن المؤبد، مع إلزامه بالحكم بالإعدام حال توافر أحد الشروط المذكورة.

د/ توافر شروط معينة: خلاصة هذا القيد أن المشرع يضع بين يدي القاضي عقوبتين، ويسمح له باختيار ما يراه مناسباً منها، لكنه يشترط لتوقيع إحدى العقوبتين توافر شرط قانوني محدد، مثل اشتراط ممارسة الجاني للصناعة المحظورة على نطاق واسع، أو استعانته في سبيل ذلك بالأجراء.

يتفق الباحثون من حيث المبدأ على أن تنويع العقوبات مع منح القاضي سلطة الاختيار يعد من أهم وسائل التفريد القضائي للعقوبة⁽¹⁾، بل ذهب بعضهم كأكرم نشأت

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 112 نقلا عن: (Glanville) criminal law , london , 1961 , generalpart قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، رسالة ماجستير (غير مطبوعة) التخصص:

القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر (01) بن يوسف بن خدة/كلية الحقوق، السنة الدراسية: 2011-2012، ص: 103 وما بعدها.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 110 وما بعدها؛ حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 167 وما بعدها، يوسف جوادى، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة (الإسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة، 2011) ص: 33-34، قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 107-110.

إبراهيم إل اعتبار ذلك أسلم المواقف في التشريعات المعاصرة، مبررا موقفه بأن المشرع بتقييده لسلطة القاضي يكون قد سلب القاضي ما كان قد منحه؛ كما أن تلك القيود باستثناء قيد الملائمة يمكن ترك تقديرها للقاضي لأنه الأقدر على تعرفها وتحكيمها؛ لكن الباحث المذكور سرعان ما تراجع عن موقفه الصارم بقوله "الأجدر بالمشرع أن ينص على معايير كلية عامة للتقدير الأساسي للعقوبة ليستتير بها القاضي، بدل المعايير الجزئية الخاصة بكل عقوبة"⁽²⁾؛ وهذا الحماس لتنويع العقوبات مبني على فكرة مفادها أن الأشخاص يختلفون في وسائل الكفيلة بردعهم أو إصلاحهم، كما أن بعض العقوبات يتعذر تنفيذها على بعض الأشخاص مثل الغرامة بالنسبة لشخص عاطل عن العمل ولا مال لديه.

لكن آفة هذا الرأي أنه لا توجد ضمانات عملية لسلامة التقدير، إضافة إلى عدم وجود قضاء جنائي متخصص ينال فيه القاضي تكويننا علميا عميقا، وتدريبنا كافيا يؤهله لممارسة هذه السلطة، وبالتالي يمكن بسهولة أن تنحرف أحكام القضاء إلى طرفي الإفراط أو التفريط .

ويبدو الباحث أكرم نشأت في حيرة من أمر العقوبات التخيرية، فمن جهة يبيد ميلا إلى الإكثار منها لأنها - حسب رأيه - تتيح للقاضي على نحو أفضل تفريد العقاب - لكن سرعان ما يسكنه هاجس ارتباك القاضي، ووجوب المحافظة على الوظيفة الردعية للعقوبة، فيدعو إلى عدم الإكثار من العقوبات التخيرية، فإن كان ولا بد فينبغي الموازنة بين القوانين، وبالتالي يمكن أن نوسع نطاق العقوبات التخيرية في بعض القوانين دون بعض⁽³⁾؛ وهو موقف يبدو مقبولا في منطق العقل والتشريع، لأن الإطلاق التام أو التضييق التام لا يصلحان في

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 126، يوسف جوادى، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 35، محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتشديدها وتحقيق ووقف تنفيذها، ص: 103.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 127-128، وينظر أيضا: قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 109.

³ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 129-130.

معاملة الظاهرة الإنسانية المعقدة، وقد أثبت التطور التاريخي للأفكار العقابية وغيرها أن النصر العلمي كان حليف المدارس المعتدلة دوماً.

لكن من وجهة نظر أخرى، إذا كانت وظيفة الردع لا تزال من الأغراض الأساسية للعقوبة، و قاعدة الإكثار من العقوبات التخيرية تمثل خطراً على وظيفة الردع، فهذا يعني أنها قد تشكل خطر على كل القوانين، ولا فائدة من حصر التخير في بعض القوانين دون بعض !.

أما الباحث حاتم بكار فهو ابتداءً لا يسلم بتقسيم الاختيار النوعي إلى حر ومقيد، و يعتبر الثاني تفريدا تشريعياً، وعليه يكون الاختيار النوعي عنده إما مؤسّعا أو مُضيقاً، وهو تصنيف لا غبار عليه، لأن القاضي متى ما كان ملزماً بالحكم أو عدمه، تشديداً أو تخفيفاً، فمعنى ذلك أنه ليس مخيراً، لأن الإلزام يناقض سلطة الاختيار.

ومما يجب التنبيه إليه أن التشريعات لا تنص عادة على تبنيها لنظام أو مذهب جنائي محدد، وإنما يظهر ذلك من خلال النصوص التشريعية، والمستقرئ لنصوص التشريع الجزائري الجزائري يلاحظ بوضوح أنه أخذ بنظام العقوبات التخيرية المقيدة، ونذكر على سبيل التمثيل لا الحصر المواد: 53 مكرر 6 / ف2، 14 مكرر 1 ف02، 144 مكرر 2، 160 مكرر 7، 175 مكرر 1، 180 / ف1، 182 / ف1؛ وفي البند الثاني تفصيل لهذا الإجمال.

البند الثاني / نظام العقوبات التخيرية في القانون الجزائري الجزائي:

إن الأسلوب الشائع في التشريع الجزائري الجزائي هو النص على عقوبتي: الحبس والغرامة، مع تخير القاضي في جواز القضاء بالعقوبتين معاً، أو بإحدهما فقط، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة: 144 مكرر 02 حيث جاء فيها: " يعاقب بالحبس من (3) سنوات إلى (5) خمس سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج؛ أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أساء إلى الرسول (صلى الله عليه وسلم) أو بقية الأنبياء، أو استهزأ

بالمعلوم من الدين بالضرورة، أو بأية شعيرة من شعائر الإسلام سواء عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو أية وسيلة أخرى؛ وقد جازمت بذلك الباحثة قريمس سارة، وادعت أن الاستقراء قاد إلى ذلك، وفي استقراءها نظر؛ لأننا وجدنا المشرع الجزائي الجزائري قد خير القاضي في موضع واحد على الأقل بين الحكم بالتوبيخ أو الغرامة بالنسبة للقاصر، فجاء في المادة 49/ ف03: "ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة"؛ ثم جاءت المادة 51 لتخص المخالفات بحكم خاص، وهو خضوع القاصر إما للتوبيخ أو الغرامة فجاء فيها: "في مواد المخالفات يقضى على القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما بالتوبيخ وإما بعقوبة الغرامة"، فالأمر في كل الأحوال سواء الجنائيات والجنح أو المخالفات متروك لتقدير القاضي⁽¹⁾.

فتخيير المشرع الجزائي الجزائري للقاضي يكون بين الحبس والغرامة كقاعدة عامة؛ لكن في جرائم الأحداث استثناء، منح المشرع صورتين أخريتين لاختيار القاضي نوع العقوبة وهما:

- تدابير الحماية أو التربية أو عقوبات مخففة في الجنائيات والجنح.

- والتوبيخ أو الغرامة في المخالفات.

- وأضيف صورة ثالثة وهي الواردة في م 445 ق إ ج ج إلى حد تخيير القاضي الجنائي بين استبدال أو استكمال تدابير الحماية بعقوبة الحبس أو الغرامة إذا ما رأت ذلك ضروريا حيث جاء فيها: "يجوز لجهة الحكم بصفة استثنائية بالنسبة للأحداث البالغين من العمر أكثر من ثلاث عشر سنة أن تستبدل أو تستكمل التدابير المنصوص عليها في المادة 444 بعقوبة الغرامة، أو الحبس المنصوص عليها في المادة 50 من قانون العقوبات إذا ما رأت

¹-محمد توفيق قويدري، اتجاه المشرع الجزائري للحد من تسليط العقوبة على الحدث الجاني، مداخلة بالملتقى الوطني حول: "جنوح الأحداث قراءة في واقع وآفاق الظاهرة وعلاجها" المنعقد بجامعة باتنة 01 كلية الحقوق والعلوم السياسية يومي: 05 - 06 ماي 2016، ص: 08-09.

ذلك ضروريا؛ نظرا للظروف أو لشخصية المجرم الحدث على أن يكون ذلك بقرار توضح فيه أسبابه خصيصا بشأن هذه النقطة".

كما نلاحظ في المادة 445 ق إ ج ج ما يلي:

أولا/ إن المشرع قد أعطى مساحة جد هامة لسلطة القاضي، بحيث يمكنه أن يستبدل التدابير بالحبس أو الغرامة، كما يمكنه أن يضيف إلى التدبير الذي يحكم به عقوبة الحبس أو الغرامة، وقد نصت م 446 ق إ ج ج/ ف 02 بوضوح على هذه الحالة الأخيرة بقولها: "... فإذا كانت المخالفة ثابتة جاز للمحكمة أن تقضي بمجرد التوبيخ البسيط للحدث وتقضي بعقوبة الغرامة المنصوص عليها قانونا؛ لكنها تبقى حالة استثنائية.

ثانيا/ إعمال المشرع الجزائي الجزائري قيد الملائمة في تقييد سلطة القاضي في الاختيار، ويظهر ذلك في قول المشرع: " نظرا للظروف أو لشخصية المجرم الحدث".

وربما اعتذرت الباحثة قريمس سارة بأنها لم تذكر مسألة الحدث لأن التخيير فيها ليس بين عقوبتين، وإنما هو بين عقوبة وتديبير، ونقول إن التوبيخ ليس تدبيرا بل هو عقوبة، ولكنه عقوبة معنوية، وهذا ما ذهب إليه عدد من الباحثين كأكرم نشأت إبراهيم⁽¹⁾، و صرح بن شيخ حسين بأنه عقوبة بقوله: "أما في مواد المخالفات فلا يعاقب (الحدث) إلا بالتوبيخ أو الغرامة المالية فقط"⁽²⁾، كما صرحت المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي أيضا بأنه عقوبة شفوية⁽³⁾.

ويلاحظ على التشريع الجزائي الجزائري أنه لم يجعل للتخيير قواعد عامة منحها أو سلبها، ولا وضع ضوابط واضحة في ذلك؛ وعلى من يروم معرفة مواضع سلطة القاضي في اختيار

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 308.

² - بن شيخ لحسين، مبادئ القانون الجزائري العام، ط 2 (الجزائر: دار هومة، 2000) ص: 136.

³ - محمد الموسى، العقوبات البديلة في نظام عدالة الأحداث (دراسة حالة لكل من الأردن ومصر واليمن) نسخة إلكترونية، المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، مكتب الشرق الأوسط وشمال إفريقيا (عمان: الأردن) ص: 09.

العقوبة من عدمها أن يستقرئ النصوص التشريعية، وهذا يدل على ارتباك في سياسة التشريع لأن النصوص التشريعية جزئيات يفترض أن تحكمها كليات ضابطة لزام التشريع، بحيث يهرع إليها لتكون لها الكلمة الفصل عند التنازع بين النصوص الجزئية؛ ونتج عن تجزئة سلطة الاختيار للقاضي أنه لا إمكانية للحديث عن الاستثناءات الواردة على هذه السلطة في العقوبات الأصلية وإن كانت واردة على العقوبات التكميلية كما سنرى بعد حين.

لقد لاحظت وأنا أتبع الأبحاث المنجزة حول سلطة القاضي في اختيار العقوبة في نظام العقوبات التخيرية، أن أغلب من كتبوا فيها اكتفوا بإبراز قسم واحد فقط في الموضوع ألا وهو سلطة القاضي في الاختيار في العقوبات الأصلية، رغم أن سلطة الاختيار القضائي تمتد وتغطي مساحة أخرى لا تقل أهمية عن العقوبات الأصلية، ألا وهي العقوبات التكميلية، بل إنني سأكشف بأنها أوسع المجالات مدى في سلطة الاختيار وتحقيق التفريد القضائي للعقوبة.

عرف المشرع الجزائري الجزائي العقوبات التكميلية في المادة: 04 من ق.ع.ج بقوله: "العقوبات التكميلية هي تلك التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وهي إما إجبارية أو اختيارية"؛ فالعقوبات التكميلية قسمان: إلزامية واختيارية؛ ويعني منها القسم الثاني أي الاختيارية، فهي من وجهة نظري تندرج ضمن الاختيار القضائي النوعي للعقوبة للأسباب التالية:

- 1/ كونها عقوبة مقررة بنص القانون وفيها كل خصائص العقوبة.
- 2/ إن المشرع الجزائري الجزائي خير القاضي بين الحكم بها وعدمه؛ بل صرح المشرع في المادة 04 بأنها اختيارية.

3/ القاضي له كامل السلطة في اختيار الحكم بها أو عدمه.

وعليه لا فرق بين العقوبات الأصلية والتكميلية إلا في صورة التخيير، فهو في العقوبات التخييرية يكون بين عقوبتين أو أكثر، بينما في العقوبات التكميلية يكون التخيير من ناحيتين:

1/ التخيير بين الحكم وعدمه.

2/ التخيير في الحكم بعقوبة أو أكثر من بين عقوبات كثيرة حددتها م04 من

ق.ع.ج.

وليس في هذا الاختلاف أي ضير، بل بالعكس إنه يؤكد اعتناق المشرع الجزائري الجزائري لفكرة العقوبات التخييرية؛ بحيث وضع لها عدة صيغ، وصيغة العقوبات التكميلية أظهرت لنا مجالا تتسع فيه سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة بشكل جلي؛ حيث يخير القاضي بين الحكم وعدمه، ومن جهة أخرى إذا اختار الحكم بالعقوبة التكميلية، فإن المشرع وضع بين يديه عددا كبيرا ومتنوعا من العقوبات، بحيث يستطيع تحقيق التفريد القضائي للعقوبة.

غير أن البعض قد لا يستسيغ هذا التحليل والمقارنة، فيقول إن العقوبات التكميلية الاختيارية لا يمكن إدراجها ضمن الاختيار النوعي القضائي للعقوبة للأسباب التالية:

أ/ إن العقوبات التخييرية عقوبات أصلية يحكم بها مستقلة، والعقوبات التكميلية الاختيارية ليست كذلك، فهي لا يحكم بها مستقلة كما ورد في المادة 04 من ق.ع.ج وأقول هذه تفرقة تشريعية صحيحة، لكنها لا تنقض ما ذكرت، لأن جوهر تحليلي منصب على أن العقوبات التكميلية الاختيارية تلتقي مع العقوبات الأصلية التخييرية في مسألة سلطة القاضي في اختيار العقوبة.

ب/ قد يشكك البعض في مدى انطباق مفهوم التخيير في العقوبات التخييرية على طبيعة أو نوع التخيير في العقوبات التكميلية؛ معتمدين في ذلك على ما ذكره الفقهاء من تحديد وضبط لمفهوم التخيير فيقولون: إن إدراج العقوبات التكميلية الاختيارية ضمن العقوبات

التخيرية يحدث لبسا في مفهومها؛ وأقول بأنه لا خوف على مفهوم التخيير من أي لبس، لأن ما ذكرته يؤدي إلى زيادة وتنوع في صور التخيير وأشكاله لا غير، فالمبدأ وهو تخيير القاضي في الحكم بالعقوبة باق على أصله، وكل ما تغير أنه كانت له صورة واحدة هي تخيير القاضي في الحكم بعقوبة أو أكثر من بين عقوبتين أو أكثر، وجاء تحليلي لينبه إلى صورة أخرى وهي تخيير القاضي الجزائي في الحكم بالعقوبة أو عدم الحكم بها؛ إضافة إلى تخيير القاضي في الحكم بعقوبة أو أكثر من بين اثني عشر عقوبة منصوص عليها في م 09.

بل أضيف قائلا: إن التشريع الجزائي الجزائري - وغيره - يقوي دعواي، لأنه نص صراحة على مفهوم الاختيار بقوله "أو اختيارية"؛ ومقتضى ذلك أن القاضي يمارس سلطة الاختيار بإذن من المشرع؛ فهو إذن أسلوب تشريعي في التخيير؛ إضافة إلى اقتزان التخيير في الغالب بلفظة "يجوز" التي تفيد حرية حرية الاختيار أي سلطته؛ وأكد توجهه في توسيع سلطة الاختيار لدى القاضي أدمج العقوبات التكميلية الوجوبية مع العقوبات التكميلية الاختيارية، فصارت جميع العقوبات التكميلية اختيارية بتعديل 2006/12/20 بالقانون رقم: 23/06.

تجدر الملاحظة هنا أن المشرع الجزائي الجزائري وإن حافظ على مبدأ تخيير القاضي في العقوبات التكميلية كأصل عام؛ لكن سياسته زاوجت بين التوسعة والتضييق؛ فوجدناه يتدخل في العديد من الحالات وبأشكال مختلفة ليقيد هذا الاختيار أو يوسع منه، وسنكتفي بعرض بعض الحالات على النحو التالي:

1/ يكتفي المشرع أحيانا بتخيير القاضي في الحكم بعقوبة تكميلية واحدة من بين

عقوبتين: ومثاله ما ورد في م: 16/ف01: "يجوز الحكم على الشخص المدان لارتكابه جناية أو جنحة بالمنع من ممارسة مهنة أو نشاط...".

2/ وأحيانا يخيره بين ثلاث عقوبات: كما ورد في م: 16 مكرر 03: "... يجوز للجهة

القضائية الحكم بتعليق، أو سحب رخصة السياقة، أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة..."؛ فهو تخير بين ثلاثة أحكام (التعليق أو السحب أو الإلغاء) لرخصة السياقة.

3/ وأحيانا يبلغ التخيير مداه الأقصى فيخير المشرع القاضي في الحكم بعقوبة أو أكثر

من العقوبات التكميلية الإثني عشر: مثلما ورد في م: 54 مكرر 02/ ف 02 المتعلقة بجرمة العود حيث جاء فيها: "... كما يجوز الحكم أيضا بوحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من هذا القانون"؛ وكذا م: 302 ف 04 وغيرها.

هذا فيما يتعلق بالتوسعة أما التضييق فهو أولا مندرج في ما ذكرناه منذ قليل لأن تدخل المشرع وتحديد العقوبات المخير فيها مهما كان عددها يعد في الأصل تقييدا، ما عدا التخيير الأخير الذي أتاح فيه المشرع للقاضي سلطة الاختيار من بين سائر العقوبات التكميلية، لكن المشرع يستعمل أحيانا أسلوبا آخر لتقييد سلطة القاضي، وهو إلزامه بالحكم بعقوبة معينة وأمثله كثيرة: وجوب المعاقبة بالحرمان من كافة الوظائف والخدمات العمومية م 137، وجوب الحكم بالمنع من ممارسة أي مهنة أو نشاط أو أداء أي عمل بأي صفة كانت ... م 311، وجوب الحكم بالمصادرة: م 165/ف 03، م 204، 213، وجوب سحب رخصة المستغل م 346/ف 04، ...

ويبلغ المشرع أقصى الحزم في تقييد سلطة القاضي، حين يوجب الحكم بعقوبة محددة حتى لو استعمل القاضي ظروف التخفيف وهي حالة نادرة فيما نعلم، وقد وردت في الجرائم المتعلقة بالصناعة والتجارة والمزايدات العمومية في م 174/ف 02: "ويجب على القاضي حتى ولو طبق الظروف المخففة، أن يأمر بنشر حكمه وتعليقه طبقا لأحكام المادة 18".

4/ إلزام القاضي بالحكم ببعض العقوبات التكميلية: ففي المادة: 09 مكرر: " في حالة

الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه

من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية؛ ومقتضى ذلك أن الحجر يكون إلزامياً على القاضي إذا كانت العقوبة المحكوم بها جنائية، لكن يواجهنا إشكال مفاده: ماذا لو كانت الجريمة جنائية واستفاد الجاني من ظروف التخفيف وحكم عليه بعقوبة جنحية، هل يلزم القاضي في هذه الحالة بالحكم بالحجر على الجاني أم يكون الحكم بها اختيارياً؟ لم يتعرض المشرع لهذه الحالة؛ لكن إذا عملنا نص المادتين 09 و09 مكرر معاً؛ فالظاهر أن الحكم بالحجر في هذه الحالة يكون اختيارياً، لأن إلزام القاضي يحتاج إلى نص ولا نص، فيبقى الأمر على ما هو عليه في المادة 09 أي يرجع إلى اختيار القاضي⁽¹⁾.

ويثور الإشكال نفسه بالنسبة للحكم بالحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية الوارد في م 09 مكرر 01 حيث جاء في فقرتها 08: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه..."; فإذا حكم على شخص ارتكب جنائية بعقوبة جنحية بفعل استفادته من ظروف التخفيف، فليس القاضي ملزماً بالحكم بالحرمان من الحقوق المذكورة بل هو مخير في الحكم به⁽²⁾.

أما بالنسبة للجنح فالعقوبات التكميلية غالباً اختيارية، ما عدا بعض الحالات التي ألزم فيها المشرع القاضي بالحكم بعقوبة تكميلية معينة أو أكثر، مثلما ورد في المادة: 174 و التي جاء فيها: "في جميع الحالات المنصوص عليها في المادتين 172 و173، يعاقب الجاني بالمنع من الإقامة من سنتين إلى خمس سنوات وبالمنع من ممارسة حق أو أكثر من الحقوق المذكورة في المادة 14، وذلك بصرف النظر عن تطبيق المادة 23؛ ويجب على القاضي حتى ولو طبق الظروف المخففة، أن يأمر بنشر حكمه وتعليقه طبقاً لأحكام المادة 18".

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط 08 (الجزائر: دار هومه، 2009) ص: 259 - 260.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ص: 244.

وقد ينص المشرع على جواز الحكم بالحرمان من حق محدد، وقد يجيز الحرمان من حق أو أكثر؛ وكل تلك الأساليب الغرض منها الحرمان من حق يتناسب مع طبيعة الجريمة المرتكبة، سواء في حال اقتراح الحرمان من حق محدد، أو إجازة الحكم بالحرمان من حق أو أكثر.

المطلب الثالث / سلطة القاضي في اختيار العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري:

لقد تم في المطلبين السابقين بيان سلطة القاضي في اختيار العقوبة في التشريعين الإسلامي والجزائري؛ وفي هذا المطلب مقارنة بين التشريعين لبيان نقاط الالتقاء والتقارب إن وجدت، ونقاط الاختلاف، دون أن ننسى ما تميز به التشريع الإسلامي باعتباره تشريعا إلهيا مبنيًا على مصالح العباد أفرادًا وجماعات في المعاش والمعاد؛ وقد كان العزم في البداية على أن أعرض نقاط الاتفاق والاختلاف والتميز مستقلة عن بعضها حتى نبرز رؤية كلا التشريعين بشكل أوضح، لكن ما إن شرعت في ضبط المسائل والقضايا حتى تبين لي أن ذلك متعذر، لشدة التداخل بين الاتفاق والاختلاف، فما قد يظن أنه نقطة اتفاق من حيث المبدأ سرعان ما تظهر عناصر الاختلاف فيه من خلال أبعاد وزوايا متعددة؛ لأجل ذلك عدلنا منهجيا عن هذه الطريقة إلى طريقة أخرى تبدو في نظرنا أجدى، وهي الحديث عن الاتفاق والاختلاف والتميز وبهذا الترتيب في عنصر واحد؛ فيخرج القارئ بعد الفراغ من كل عنصر وقد استوعب مساحة الاتفاق وطبيعتها إن وجدت، ومجال الاختلاف ونوعه وحجمه، وأخيرا مزايا الشريعة في هذه النقطة أو العنصر؛ مع استصحاب القارئ الكريم لما سبق بيانه من أحكام ومسالك تشريعية في مسألة الاختيار القضائي لنوع العقوبة في كلا التشريعين استقلالا؛ وقد بذلت جهدي في أن تكون هذه المقارنة في غاية الإيجاز حتى يسهل على القارئ استيعابها؛ فإن كثرة الكلام وتشعبه ينسي بعضه بعضا، والله الموفق.

الفرع الأول/ سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري بين الأصل والاستثناء:

يتفق التشريعان من حيث المبدأ إجمالاً في وضع أكثر من عقوبة بين يدي القاضي و منحه سلطة اختيار ما يراه مناسباً منها لحال الجاني وجنائته في بعض الجرائم؛ لكن سرعان ما يتشعب الاختلاف بين التشريعين إلى درجة يكاد يعصف بهذا الاتفاق فلا يبقى له وجود؛ وسبب ذلك اختلاف التشريعين في الإجابة عن سؤال في غاية الأهمية هو: على أي أساس أو معيار تقوم عملية منح أو منع، إطلاق أو تقييد سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة؟.

ففي التشريع الإسلامي لا وجود لسلطة الاختيار القضائي للعقوبة في الحدود باستثناء جريمة الحاربة؛ وكذلك الشأن بالنسبة لجرائم القصاص، أما في التعازير فتعد سلطة الاختيار القضائي أصلاً عتيداً يقوم عليه تقدير العقوبة باتفاق، وتفسير هذا المنح والمنع ابتداءً تقسيم العقوبات في التشريع الإسلامي على أساس الحق الغالب¹، ففي جرائم الحدود غلبت الشريعة حق الله تعالى، ولذا منعت الشفاعة فيها والعفو، والإسقاط والصلح عليها، وكان القصد المقدم هو الردع عن هذه الجرائم، فاقتضى ذلك كله منع القاضي من استعمال سلطته التقديرية.

وفي جرائم القصاص غلبت الشريعة حق العبد ولذا منحت المجني عليه وأوليائه حق القصاص أو العفو مقابل الدية، أو العفو على غير مال؛ وفي التعازير يجتمع الحقان معا و قد ينفرد أحدهما، وبما أن هذه الجرائم الغالب عليها أنها جرائم بسيطة وكثيرة الوقوع، بحيث لا يكاد يسلم منها أحد في الغالب، ولو كان من أشرف الناس، كما أن المجني عليه تختلف أحواله فقد يكون شخصاً عادياً، وقد يكون شخصاً له مكانته الاجتماعية المرعية في عموم المجتمع؛ كما أن أحوال المجتمعات مختلفة، فبعض المجتمعات تكثر فيها الجرائم وبعضها تقل، بل

¹ - محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 103-104.

إن المجتمع الواحد يختلف حاله من زمن إلى زمن؛ بما أن الأمر على هذا القدر من التعقيد أخذ التشريع الإسلامي كل هذه العناصر بعين الاعتبار، وفوض القاضي أو الإمام في تحديد الجزاء المناسب بما يحافظ على التوازن بين هذه العناصر، فيدرج العقوبات في الجناة بحسب أحوالهم؛ بحيث يبقى الشريف موفور الكرامة إن كان مجنبا عليه، ويعزر بما يردعه حتى لا يعود لمثلها إن كان جانيا، و ينزجر بقية الناس حين يعلمون أنه لا تذهب معصية هدرا؛ وبذلك تنتظم أحوال الجماعة.

أما في التشريع الجزائي الجزائي فالتخيير ليس بذات الوضوح الموجود في التشريع الإسلامي، فهو ابتداء لم يجعله المشرع أصلا أو قاعدة عامة مع التنبيه إلى الحالات الاستثنائية، ولا هو حدده بضوابط معينة ولو عامة، ما عدا مواد الجنايات التي يظهر فيها بوضوح تام نية المشرع في استبعاد سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة، فلا تخيير للقاضي في عقوبات الجنايات، ولا يعني هذا أن المشرع نص على ذلك بل علمناه من خلال استقراء النصوص التشريعية؛ فالمشرع الجزائي يخير القاضي بين الحكم بالحبس أو الغرامة أو بهما معا فقط وفي مواضع محددة بالنص؛ ومعلوم أن الجنايات يعاقب عليها بالسجن المؤبد أو المؤقت لا الحبس، ومن ناحية أخرى حتى لو نزل القاضي بالعقوبة من السجن المؤقت وهو عقوبة جنائية إلى الحبس نتيجة إعمال ظروف التخفيف لا يجوز له أن يعمل سلطته التقديرية في الاختيار بين الحبس والغرامة أوهما معا، لأن إعمالها يحتاج إلى نص تشريعي يسمح له في هذه الحالة بالذات بإعمال سلطته التقديرية، وإلا خرق القاضي مبدأ الشرعية.

الفرع الثاني/ سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في الفقه الإسلامي و القانون

الجزائري بين الكلية والجزئية في المعايير:

لقد حدد التشريع الإسلامي سياسته بوضوح في سلطة القاضي في الاختيار النوعي للعقوبة منحا ومنعا، إطلاقا وتقييدا؛ فلما كانت القاعدة العامة في الحدود منع القاضي من استعمال سلطته التقديرية، ظهر جليا أن عقوبة الحراة استثناء من الأصل العام، وكذا الشأن

في القصاص والدية، والأمر موكل إلى اجتهاد القاضي والإمام في التعازير؛ وكان من أهم نتائج هذا الوضوح سهولة تعرف فلسفة التشريع، وتفسير تصرف الشارع الحكيم منحاً لسلطة التقدير أو منعاً، توسيعاً أو تضييقاً؛ كما أنها تفيّد القضاة في فهم النصوص وحسن تنزيلها، والحكم في مسائل مستجدة، لأن الشارع قد مهد لهم السبيل بوضع ما يمكن تسميته بالنقطة المرجعية التي بها يعرفون متى يجوز لهم ممارسة سلطة الاختيار ومتى لا يمكنهم ذلك.

بينما في التشريع الجزائري الجزائري لا يمكن ضبط الاستثناءات تحت قاعدة عامة جامعة ومطرودة، إلا بمقارنة الجريمة وعقوبتها بمثلاتها في الدرجة والمجال، ولا يتم ذلك إلا باستقراء النصوص التشريعية، فلا يمكن لأي فقيه في التشريع الجزائري مهما علا كعبه، ولا لأي قاض وإن طالت تجربته وعظمت خبرته، أن يضبط سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في التشريع الجزائري دون تتبع النصوص التشريعية التفصيلية الخاصة بكل جريمة وعقوبتها، وحتى لو فعل فإنه سيجد نفسه يتحدث عن أحكام جزئية تفصيلية لا ترتقي إلى التنظير لسياسة التشريع وفلسفته، والتي ينبغي أن تصاغ في قواعد أو ضوابط كلية؛ ثم إن هذه الجزئيات تتعارض في بعض الحالات بحيث يصعب إيجاد تعليل مقنع يفسرها ويدفع تعارضها، وقد خلص بعض الباحثين المعاصرين حين التفتوا إلى هذا الخلل إلى أنه يجدر بالمشرع النص على معايير عامة وكلية، ليستنير بها القاضي في اختيار العقوبة، بدل المعايير الجزئية الخاصة بكل عقوبة¹.

الفرع الثالث/ سلطة الاختيار القضائي لنوع العقوبة من حيث مساحة الاختيار

ونوع العقوبات التخيرية:

لا يحتاج الباحث المنصف من خلال ما عرضناه إلى مزيد بيان ليعرف أن التشريع الإسلامي وإن التقى مع التشريع الجزائري في منح القاضي سلطة اختيار نوع العقوبة، لكن التشريع الإسلامي يبدو بشكل واضح أوسع مدى في مساحة الاختيار؛ ففي جرائم الحدود

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، ص: 127-128، قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 109.

وعلى الرغم من أن سلطة الاختيار جاءت استثناء في عقوبة الحرابة - وهو الرأي الذي نرجحه - وحكمة ذلك والله أعلم؛ أن الحرابة جناية جماعية في الغالب، وصيغة الجمع في الآية الكريمة "إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله..." مشعرة بذلك؛ وحين يتعدد الجناة يتفاوتون عادة في الخطورة الإجرامية، وهذا ما يجعلهم يقومون بأدوار مختلفة، فمنهم المحرض، ومنهم الريئة^(*)، ومنهم المدير الداهية، ومنهم المقدم الذي يرتكب الأفعال المادية ويجري البقية؛ فافتضت حكمة الشريعة تنوع العقوبات لاختلاف أفعال وأحوال الجناة؛ ووضعت بين يدي القاضي والإمام عقوبات مختلفة النوع، متدرجة الشدة، حتى يجتمع في العقوبة العدل بمراعاة أحوال الجاني من جهة، والردع من جهة أخرى؛ ولذا منعت الشريعة العفو فيها، حتى ممن منحتهم هذا الحق فيما عدا الحرابة، وهم الجني عليه أو أولياؤه في القصاص؛ وهذا كله إمعانا في الردع؛ نقول حتى في هذه الحالة الاستثنائية نجد التشريع الإسلامي أرحب في الاختيار القضائي، فالقاضي مخير بين: القتل، الصلب، قطع الأيدي والأرجل، النفي؛ فالتخير بين أربع عقوبات مختلفة ومتدرجة في الشدة يسمح للقاضي بتفريد العقوبة على نحو أفضل، بما يمكنه من استيعاب مختلف الحالات الإجرامية.

وتتسع سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في التشريع الإسلامي لتبلغ ذروتها في مجال التعازير؛ إذ يملك القاضي سلطة واسعة جدا في اختيار نوع العقوبة، لأن الأصل في التعزير اجتهاد القاضي والإمام، بل لن نعدو الحقيقة إذا قلنا إن كثيرا من صور التعازير إنما هي اجتهادات لأئمة المسلمين من الخلفاء الراشدين أو القضاة؛ وقد نبه ابن فرحون إلى هذا بقوله: "والتعزير لا يختص بالسوط واليد والحبس، وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد

^{*} الريئة: قال الفيروزآبادي: "رَبَّاهُمْ وَرَبَّاهُمْ كَمَنْعَ، صار رَبَّيَّةً لَهُمْ، أي طليعة" الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص: 41. والمقصود أنه الشخص الذي يتقدم المحاربين يتحسس لهم الطريق، كطليعة الجيش.

الحاكم، قال الأستاذ أبو بكر الطرطوشي^(*) في أخبار الخلفاء المتقدمين: إنهم كانوا يعاملون الرجل على قدره وقدر جنائته، فمنهم من يضرب، ومنهم من يجبس...⁽¹⁾.

أما التشريع الجزائي الجزائري فإنه خير القاضي في العقوبات الأصلية بين صيغتين لا غير - بالنسبة للبالغين - وهما: الحكم بالحبس أو الغرامة، أو بهما معا؛ وكلتا الصيغتين ما عادتتا تحققان التفريد القضائي الفعال الذي يحقق الهدف الأعظم وهو الحد من الإجرام، فالعقوبات السالبة للحرية عموما تبين للقاضي والداني أنها لم تعد مجدية، ولذا ظهرت فكرة العقوبات البديلة؛ والغرامة تواجه عدة إشكالات أهمها أنها لا يمكن تنفيذها في بعض الأحوال، كحالة إعسار المحكوم عليه، أو كونه لا يعمل أصلا، مع تحفظنا الشديد على الغرامة كعقوبة تشريعية من ناحية أخرى، وهي أنها تمس بحقوق أفراد تجب نفقتهم على المحكوم عليه في الكثير من الأحيان، وليس من العدل في شيء تشريع عقوبة تتسبب في حرمان غير الجاني من حقوق واجبة على الجاني؛ إلا في حالات الضرورة القصوى، بحيث لم تجد مع الجاني العقوبات الأخرى كالجلد أو غيرها من العقوبات البدنية، و التي تحقق الغرض غالبا وتسمح بعودة الجاني للحياة الاجتماعية للعمل وإعادة من تجب نفقتهم عليه.

الفرع الرابع/ مبدأ الشرعية وأثره في سلطة الاختيار القضائي لنوع العقوبة:

لئن اتفق التشريعان الإسلامي والجزائري في وجوب التزام القاضي بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إجمالا؛ فإنهما اختلفا اختلافا بينا بعد ذلك في ضبط مضمونه وصوره؛

^{*} أبو بكر الطرطوشي: أبو بكر محمد بن الوليد بن خلف بن سليمان بن أيوب الفهري الأندلسي الطرطوشي الفقيه، وكان يعرف في وقته بابن زَنْدَقَة، لازم أبا الوليد الباجي بِسَرْتَسُنْطَة وأخذ عنه مسائل الخلاف، وسمع سنن من أبي علي التُّسْتَرِي بالبصرة، كما سمع من أبي عبد الله الدامغاني ببغداد، وورق الله التميمي، وغيرهم، ومن حَدَّثَ عنه: أبو طاهر السَّلْفِي، والفقيه سَلَّار بن المقدم، وجوهر بن لؤلؤ المقرئ، والفقيه صالح ابن بنت مُعَاذِي المالكِي، وعبد الله بن عطاء الأزدي، وآخرون. من مؤلفاته: سراج الملوك، مؤلف في تحريم الغناء، كتاب في الزهد، تعليقة في الخلاف، مؤلف في البدع والحوادث، الرد على اليهود، العمدة في الأصول، وغير ذلك؛ توفي بالإسكندرية في جمادى الأولى سنة (520هـ) رحمه الله. الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 19 ص: 490-496.

¹ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 219.

فالتشريع الجزائري الوضعي -ومنه الجزائري- وقف عند حدود الشرعية النصية أو اللفظية، والتي تمنع القاضي من التجريم والعقوبة خارج حدود ألفاظ النص الجنائي، على اعتبار " أن سياسة التجريم والعقاب من حق المجتمع، وليست حقا فرديا للمجني عليه أو لغيره من أفراد السلطة سواء كانت قضائية أو تنفيذية"⁽¹⁾؛ بل تعداها إلى ما أسماه بعض الباحثين بالشرعية الموضوعية، والتي توجب على القاضي الاجتهاد في حالة عدم وجود نص للمعاقبة على كل أذى يطل الفرد أو الجماعة، وهي المساحة التي تغطيها عقوبات التعازير؛ يقول عبد القادر عودة رحمه الله تعالى: " والقاعدة العامة في الشريعة أن كل عقوبة تؤدي إلى تأديب المجرم واستصلاحه، وزجر غيره، وحماية الجماعة من شر المجرم والجريمة، هي عقوبة مشروعة"⁽²⁾؛ وهذه المرونة التي تميز بها التشريع الإسلامي في عقوبات التعازير هي التي مكنته من أن يكون صالحا لكل زمان ومكان، ووقوف الأئمة والقضاة بالمرصاد لكل جديد في عالم الجريمة⁽³⁾، فإذا كانت عقوبة الشخص المعنوي في التشريع الجزائري مثلا تتطلب اجتماع النواب، وسن تشريع يجيز أو يوجب الحكم بحله أو تجميد نشاطه لمدة معينة؛ فإن القاضي في التشريع الإسلامي يمكنه المعاقبة بذلك دون حاجة لانتظار قانون، أو إذن من ولي الأمر أو غيره، بل يمكنه أيضا الاستفادة- في نطاق التعازير خصوصا- من الجزاءات التي استحدثها البشر في حدود وضوابط معينة؛ يقول أحد الباحثين: " والنظام القضائي في الإسلام يأخذ بكل وسائل العقاب التي تحقق المصالح أو تدرأ المفاسد، ولا يمنع الاستفادة من الجزاءات المستحدثة إذا حققت الغرض، ولم تتعارض مع مبادئ الشريعة، ويترك للقاضي أن يقدرها على النحو الذي سبق ذكره"⁽⁴⁾؛ والعجيب أن بعض الدول انتهت إلى جواز معاقبة المحاكم على كل ما فيه إضرار بالمجتمع، أو

¹ - محمد نعيم فرحات، شرعية التجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والنظم القانونية المعاصرة، المجلة العربية للدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، م 05 العدد: 11، فبراير 1991، ص: 47-48.

² - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 01 ص: 686، 701.

³ - محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 348.

⁴ - محمد العايب، تفريد العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (رسالة دكتوراه) التخصص: الشرعية والقانون، تحت إشراف: عبد القادر عبد السلام، جامعة باتنة 01، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، السنة الدراسية: 1436هـ/1437هـ - 2015/2016، ص: 53-54.

يؤدي إلى فساد الأخلاق؛ ثم ما لبث تغول السلطة التشريعية في الدولة المعاصرة أن أدى إلى انحسار هذا التوجه القضائي فيما يبدو¹.

الفرع الخامس/ الطبيعة الدينية للفقهاء الإسلامي و فرادته في سلطة الاختيار

القضائي للعقوبة:

تميز التشريع الإسلامي بابتناء أحكامه وقواعده ونظمه جميعا على الفطرة الإنسانية؛ وكان لهذا أثر واضح في سلطة اختيار العقوبة، حيث نجد التشريع الإسلامي أحيانا يسلب القاضي سلطة الاختيار، مثلما هو الحال - كقاعدة عامة - في الحدود؛ وعلّة ذلك أن الشريعة غلبت مقصد الردع لخطورة هذه الجرائم، حتى يعظم في النفوس عاقبة مقارفتها؛ و في جرائم القصاص لا وجود أيضا لسلطة الاختيار القضائي، وإنما هنالك ضرب آخر من سلطة الاختيار لم تعرفه التشريعات الوضعية لحد الآن، ألا وهو سلطة المجني عليه أو أولياؤه، وهم المسمون في الاصطلاح الحديث: ضحايا الجريمة؛ فميزة التشريع الإسلامي أنه أدخل شريكا مهما في جرائم القصاص؛ لأنه لا فائدة من إعطاء القاضي سلطة الاختيار مع بقاء الطرف الأساسي غائبا عن معادلة الحرب على الجريمة.

فسلطة القاضي والمشرع في اختيار نوع العقوبة ليست هي الغاية، إنما الغاية هي الحد من الإجرام؛ وفي جرائم الاعتداء على الأنفس، لا سبيل للحد من الإجرام إلا بتغليظ العقوبة من جهة، زجرا عن الإقدام، وترك توقيع الجزاء من عدمه لمن يحتمل منهم الشر وهو المجني عليه أو أولياؤه؛ مع ندب القاضي إلى طلب العفو، حفظا لنفس الجاني لعله يتوب ويصلح من حاله، وإن كانت الوساطة القضائية غير ملزمة لاختيار المجني عليه أو أولياؤه، كما منحت الشريعة على رأي عدد من الفقهاء - وهو الذي رجحناه - للقاضي سلطة تعزيز الجاني إذا عفي عنه بما يراه وازعا عن الإجرام؛ حتى لا يتحول العفو من وسيلة تشريعية تمنع الثأر، إلى منفذ يفلت منه الجاني من الجزاء الرادع.

¹ - محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 75.

وهذا التصميم الذي وضعته الشريعة لمكافحة جرائم الاعتداء على الأنفس هو عين ما انتهى إليه علم الإجرام وعلم العقاب في عصرنا الحالي؛ فقد انتهت لجنة مكافحة الجريمة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة إلى أن العدالة الجنائية التقليدية وهيتلكالتي تبت فيها الدولة بجهازها التشريعي و القضائي فقط، لم تحقق المبتغى في الحد من الإجرام؛ وبناء عليه لا بد من إشراك أطراف أخرى في هذا المضمرة؛ وخصوصا ضحايا الجريمة؛ ومن هنا ولدت فكرة العدالة التصالحية؛ والتي تقوم على: "تراضي كل الأطراف المعنية بالجريمة (الضحية، الجاني، المجتمع) والسعي إلى سبيل التفاوض لقبول الجاني تحمل المسؤولية وتعويض الضحية وتحقيق الانسجام الاجتماعي، بسد الطريق أمام تجدد الجريمة"⁽¹⁾؛ ومقتضى هذه النتيجة أن البشرية قطعت كل هذه المسيرة في محاربة الجريمة، لكنها خلصت في النهاية إلى ما شرعه الله تعالى منذ قرون، ذلك التشريع القائم على علم دقيق بالطبيعة البشرية ومداخل وأساليب إصلاحها.

وعلة ذلك أن الداعي للثأر في النفس البشرية يكاد يكون جبلة إنسانية، يقول ابن عاشور رحمه الله تعالى: "وأما إرضاء المجني عليه فلأن في طبيعة النفوس الحنق على من يعتدي عليها عمدا، والغضب ممن يعتدي خطأ، فتندفع إلى الانتقام، وهو انتقام لا يكون عادلا أبدا، لأنه صادر عن حنق وغضب تختل معهما الروية، وينحجب بهما نور العدل؛ فإن وجد المجني عليه أو أنصاره مقدرة على الانتقام لم يتأخروا عنه، وإن لم يجدوها طووا كشحا على غيظ حتى إذا وجدوا مكنة بادروا إلى الفتك، كما قال تعالى: "فلا يسرف في القتل" فلا تكاد تنتهي الثارات والجنايات ولا يستقر حال نظام الأمة... وقد كان مقصد إرضاء المجني عليه ناظرا إلى ما في نفوس الناس من حب الانتقام، فلذا أبقّت الشريعة حق تسلّم أولياء القتل قاتل صاحبهم بعد الحكم عليه من القاضي بالقتل، فيقودونه بجبل في يده إلى موضع القصاص تحت نظر القضاء، وهو المسمى بالقود، ترضية لهم بصورة منزهة كما كانوا يفعلونه من الحكم عليه بأنفسهم؛ وهذا المعنى الذي هو إرضاء المجني عليه أعظم في نظر الشريعة من معنى تربية الجاني، ولذلك رجح عليه حين لم يمكن الجمع بينهما وهي صورة القصاص، فإن معنى إصلاح

¹ - عبد الرحمان بن النصب، العدالة التصالحية البديل للعدالة الجنائية، مجلة الفكر - مجلة الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد: 11، ص: 364.

الجابني فأت فيها ترجيحاً لإرضاء المجني عليه"¹؛ وبلغ اعتداد الشريعة بترضية المجني عليه وأولياء الدم بأن جعلت نوع العقوبة غير محددة من قبل الله تعالى سلفاً، بل تتحدد بحسب طبيعة الاعتداء، فيفعل بالجابني مثلما فعل بالمجني عليه ما أمكن ذلك، و سمي ذلك قصاصاً.

وبناء على ذلك لم تمنح الشريعة الإسلامية القاضي أو الإمام سلطة اختيار العقوبة، بل تتحدد بحسب طبيعة الاعتداء، وجعلت العقاب وعدمه بيد المجني عليه أو أولياء الدم، وفي الوقت نفسه تركت فسحة لطلب العفو ورغبت فيه؛ والحكمة الشرعية في ذلك والله أعلم أن الشريعة تريد من خلال هذا المسلك أن تضمن حصول الردع الخاص والعام وذلك يجعل مصير الجابني بيد المجني عليه وأولياءه الحانقين، وفي الوقت نفسه اجتهدت الشريعة في المحافظة على نفس الجابني لعله يتوب ما أمكن، فإن تعارض الأمران رجحت الشريعة طرف أولياء الدم والمجني عليه، لأن الجابني معتد من جهة، ومن جهة أخرى منع الثأر الذي قد يؤدي إلى إزهاق أنفس كثيرة؛ خصوصاً وأن أحد أعمدة الفقه الجنائي الحديث وهو "بنتام" يقرر بشكل حاسم فيما يذكره أكرم نشأت إبراهيم² "ضرورة تنويع العقوبات لأن ذلك يكفل ترضية المصاب بأذى الجريمة، كما أنه يتماشى مع اختلاف الجناة بين الرجال والنساء، والأعمار والرتبة، والتربية والأخلاق الدينية، وأي قانون لا يراعي هذا فهو من أردأ القوانين".

وليس يعني في الواقع أن يتفق بنتام أو غيره مع الفقه الإسلامي أو لا يتفق، بل ليس الغرض من هذا النقل أصلاً أن أعرض أو أؤكد صحة وعدالة وفعالية التشريع العقابي الإسلامي، وهدية السنني في منح أو سلب، أو إطلاق أو تقييد سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة وقدرها، بل الغرض الأساس أن أبين لأولئك المفتونين بالمدينة الغربية عموماً وبقوانينها خصوصاً، أنهم مخدوعون لا غير، وأن الفكر الجزائري لا يزال يتطور ويتعلم من أخطائه، ويستفيد من تجاربه، لضعف الإنسان عن إدراك مصالحه من كل الوجوه، قال تعالى: "وخلق الإنسان ضعيفاً" (النساء/28)، إلا أن هذا الفكر الجزائري قد يتوافق أحياناً - إلى حد ما - مع

¹ - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية (قرطاج: تونس، الشركة التونسية للتوزيع، 1985) ص: 206.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، ص: 30.

ما جاءت به الشريعة الإسلامية، فهلا انتبه هؤلاء المنبهرون إلى هذا التوافق، و نظروا إلى الأمر بموضوعية وإنصاف؟.

المبحث الثاني / سلطة القاضي في استبدال العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري:

المطلب الأول / سلطة القاضي في استبدال العقوبة في الفقه الإسلامي:

نتناول بالبيان في هذا المطلب سلطة القاضي في استبدال العقوبة في التشريع الإسلامي وفق التقسيم الثلاثي المعهود: الحدود، القصاص، التعزير.

الفرع الأول / سلطة القاضي في استبدال العقوبة في جرائم الحدود والقصاص:

المراد باستبدال القاضي للعقوبة: أن يحدد التشريع عقوبة معينة للجريمة، ثم يجوز للقاضي استبدالها بعقوبة أخرى محددة أو غير محددة، فإذا ثبت الاستبدال بنص تشريعي خاص من الكتاب أو السنة سمي استبدالاً تشريعياً أو نصياً، وإن كان عن اجتهاد سمي استبدالاً فقهياً أو قضائياً أي أن مصدره المباشر هو الفقيه المجتهد أو القاضي إذا كان صدر عنه ذلك باعتباره قاضياً؛ ونقول المصدر المباشر لأن الأحكام الشرعية مردها جميعاً عند التحقيق إلى النص أو الحمل على النص بوجه من وجوه الحمل المعتمدة.

والاستبدال بصورتيه المذكورتين موجود في عقوبات الحدود، لكنه وجود استثنائي، بمعنى شرع الاستبدال لمواجهة ظروف عارضة تجعل القاضي بين أحد خيارين: معاقبة الجاني بالعقوبة المشروعة بالأصل رغم الظرف العارض، وعاقبة ذلك غير محمودة، إذ يحتمل أن تخرج العقوبة من مجرد الردع والإصلاح إلى إهلاك الجاني، وهذا ضد ما شرعت له الحدود التي لا يراد منها إزهاق روح الجاني؛ وإما أن يتغاضى عنه فتمر جريمته بغير عقوبة؛ فيتأدى ذلك به إلى استمراء المعصية، وجراءة غيره أيضاً؛ فكان من هدي التشريع الإسلامي الانتقال بالمكلف من العزيمة إلى الرخصة، ومن الحزم إلى التيسير،

فأذنت للقاضي والإمام في الاجتهاد في المعاقبة بما يحقق أقصى المستطاع من الزجر والإصلاح، وفي الوقت نفسه يحافظ على سلامة روح الجاني؛ ولذا وجدنا الحالات والصور الاجتهادية معدودة؛ لأنها استثناء من القاعدة العامة التي تلزم القضاة والأئمة بتطبيق العقوبة المشروعة بالأصل وعدم جواز استبدالها.

وأنبه بهذا الصدد إلى أن هذا الاستبدال الاجتهادي لم يقل به هؤلاء الأئمة دون دليل، بل هم في ذلك متبعون لهدي التشريع، صادرون عن نصوصه ومقاصده؛ فقد ثبت في السنة عن سهل بن حنيف عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى، فعاد جلدة على عظم فدخلت عليه جارية لهم فهش لها فوقع عليها، فلما دخل عليه رجال من قومه يعودونه أخبرهم بذلك، وقال استفتوا لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فإني قد وقعت على جارية دخلت علي، فذكروا ذلك لرسول الله وقالوا: ما رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذي هو به، لو حملناه إليك لتفسخت عظامه، ما هو إلا جلد على عظم؛ فأمر به رسول الله أن يأخذوا له مائة شمرأخ^(*) فيضربوه بها ضربة واحدة⁽¹⁾؛ قال الإمام الخطابي البستي رحمه الله: "وفيه من الفقه أن المريض إذا كان ميئوسا منه ومن معاودة الصحة والقوة إياه، وقد وجب عليه الحد فإنه يتناول بالضرب الخفيف الذي لا يهده"⁽²⁾؛ والظاهر أن الفقهاء الذين ذهبوا إلى استبدال العقوبة في بعض الأحوال استهدوا بهذه الحديث الصحيح.

وقد تناول الإمام صاحب بذل المجهود خلاف الفقهاء حول جواز هذا الاستبدال من عدمه؛ وذكر أن المانعين قالوا لو كان المرض سببا مبيحا للانتقال من الحد

* شمرأخ: قال الفيروزآبادي: "الشَّمْرُخُ بالكسر العثكال عليه بُسْرٌ أو عنب" الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص: 254.

¹ - أبو داود، السنن، ص: 803، حديث رقم: 4472، وحكم عليه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى بالصحة.

² - الخطابي البستي، معالم السنن، ج 03 ص: 336.

المقرر إلى الضرب بالشماريخ، لجاز ذلك في الحامل؛ فلما أجمعوا ألا يجزئ ذلك في الحامل كان المريض مثل ذلك⁽¹⁾، ولا يصح في نظرنا هذا القياس! لأن بين الحامل وهذا المريض الذي استبدلت عقوبته فرقا واضحا، وهو أن حالة الحامل وضع مؤقت لأنها إذا وضعت برئت في الغالب، ولذا أجاز التشريع الإسلامي إرجاء حدها حتى تضع حملها، بينما هذا المريض المذكور في الحديث لا يرجى برؤه، فكيف يستويان حكما ويقاس أحدهما على الآخر؟!.

والعجيب أن شراح السنن نبهوا إلى هذا ومنهم الإمام البستي الذي قال بصريح العبارة: " وفيه من الفقه أن المريض إذا كان ميئوسا منه ومن معاودة الصحة والقوة إياه، وقد وجب عليه الحد؛" و يقول الصنعاني^(*) في بيان خصوصية الحالة الواردة في الحديث النبوي، أن المريض إذا كان يرجى برؤه، أو خيف عليه شدة الحر أو البرد، أحر الحد عليه إلى زوال ما يخاف⁽²⁾؛ مما يعني أن المريض المذكور في الحديث لا يرجى برؤه.

وقد تتبعت مصادر الفقه المعروفة فعثرنا على بعض الاجتهادات على خلاف الأصل العام وهو عدم جواز استبدال عقوبة مقرر بأخرى في جرائم، والجامع بين هذه الآراء الاجتهادية جميعا وجود ظرف بالجاني يجعل تطبيق الحد عليه على غير الوجه المعتاد الغالب الذي شرعت له الحدود؛ وقد قمنا بتصنيفها على النحو التالي:

أ/ الاستبدال في نوع العقوبة: وقد وجدت له ثلاثة أمثلة:

¹- السهارنفوري، بذل المجهود في حل أبي داود (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية) ج 17 ص: 442.

²الصنعاني: محمد بن الإمام المتوكل على الله إسماعيل بن صلاح، الأمير الصنعاني البعني، قرأ على الشيخ عبد الخالق بن الزين الزجاجي، ومن شيوخه الشيخ عبد القادر بن علي البدري، والشيخ محمد طاهر بن إبراهيم الكردي، والشيخ سالم بن عبد الله البصري وغيرهم. ومن تلامذته الشيخ عبد الخالق المزجاجي الزبيدي وهو أستاذه أيضا، وولده عبد الله بن محمد الأمير وغيرهما؛ له كثير من المصنفات منها: سبل السلام شرح بلوغ المرام، منحة الغفار حاشية ضوء النهار، إسبال المطر على قصب السكر، توفي سنة (1182هـ).

صديق بن حسن القنوجي، أجد العلوم - الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم - (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية) ج 03 ص: 191 - 193. الزركلي، الأعلام، ط 15 (بيروت: لبنان، دار العلم للملايين، 2002) ج 03 ص: 210.

²- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق وتعليق: محمد ناصر الدين الألباني، ط 01 (الرياض: السعودية، دار المعارف للنشر والتوزيع، 1427هـ - 2006) ج 04 ص: 123.

● استبدال عقوبة القطع بالتعزير والسجن: ويكون ذلك في السارق الذي يخاف عليه الموت من القطع، حيث نقل القرافي عن اللخمي^(**) قوله: "وإن كان المحدود ضعيف الجسم يخاف عليه الموت، سقط حد السرقة، وعوقب وسجن"⁽¹⁾؛ وواضح أن القول بسجن من وجب في حقه القطع إنما هو تقدير فقهي، فالشارع ما أعطى القاضي سلطة الاستبدال، لكن ترك الجاني ينجو بفعلة قد يجرؤ غيره من أمثاله على الإجرام على أمل أن يعفى عنه بسبب مرضه أو ضعفه في جسمه؛ فكان لا بد من عقوبته بأقصى ما يتحمله؛ لأن العقوبات شرعت للزجر والاستصلاح لا للإتلاف.

● استبدال عقوبة القتل والقطع بالنفي: وذلك في عقوبة المرأة المحاربة، حيث نقل القرافي عن اللخمي أيضا في المرأة المرتكبة لجناية الحرابة أنها: "يسقط عنها النفي والصلب؛ وقال: وأرى إن وجدت وليا أو جماعة مرضيين وقالت: أخرج إلى بلد آخر فأسجن فيه، أن لها ذلك، لأنه أهون عليها من القطع والقتل"⁽²⁾؛ وهو أيضا استبدال اجتهادي، لأن الآية جاءت بلفظ العموم" إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا"، وما فرقت بين الرجل والمرأة.

● استبدال عقوبة الضرب بالسجن: حيث روى أشهب عن مالك من كتاب المحاربين أن اللص إذا لم يوجد له مضرب في ظهره يسجن، ولا يجوز تعذيبه، ولا ضربه على إيتيه⁽³⁾.

ب/ الاستبدال في صفة العقوبة: وقد يتخذ الاستبدال صورة أخرى في التشريع الإسلامي، وهو الاستبدال في صفة العقوبة لا في نوعها أو قدرها؛ يقول الماوردي: "وروى أبو سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بنعلين أربعين، فلما كان زمن عمر جلد بدل كل نعل سوطا، فدل على أن اجتهاد الصحابة كان في صفة الحد لا في

** اللخمي: أبو الحسن علي بن محمد الربيعي القيرواني المعروف باللخمي، تفقه بآب بن محرز، و السبيوري والتونسي، وابن بنت خلدون وجماعة، وتفقه عليه جماعة منهم: الإمام المازري، وأبو الفضل بن النحوي، وأبو علي الكلاعي، وعبد الحميد السفاسقي وغيرهم؛ له تعليق على المدونة سماه التبصرة مشهور معتمد في المذهب، توفي سنة 478هـ بسفاس. محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج 01 ص: 173.

¹ -القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 83، نضال مصطفى حسن الأسمر، صلاحيات الإمام في إسقاط وتخفيف العقوبات، ص: 108.

² -القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 131.

³ -ابن أبي زيد القيرواني، النوار والزيادات، ج 14 ص: 467، الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 435 - 436.

عدده"⁽¹⁾؛ كما نقل ابن فرحون عن عدد من المالكية أن تارك الصلاة وإن كان مستوجبا للقتل، لكنه لا يعالج بضرب عنقه مباشرة، وإنما: "يضرب حتى يموت تحت السوط، لعله إذا أوجعته السياط يتوب، وهو أعدل من القول بضرب عنقه"⁽²⁾؛ ويمكن أن يضاف إلى هذا تفريق الجلد على أيام وعدم تواليه، إذا خشى التلف على الجاني، يقول القرافي: "ولا يفرق (الجلد في الخمر) على الأيام حتى تحصل الحكمة بالنهاية، إلا أن يخشى من تواليه هلاكه"⁽³⁾.

ج/ الاستبدال في الصفة والمقدار معا: إذا كان الجاني ضعيف البنية لا يحتمل إقامة

الجلد (مثل حد الزنى) بحيث يخشى عليه من التلف، ذهب عدد من الفقهاء إلى أنه يجمع له مائة شمراخ فيضرب به دفعة واحدة، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁴⁾؛ والاستبدال هنا في وسيلة التنفيذ والمقدار معا، فاستبدل السوط بالشمراخ، والمائة جلدة بضربة واحدة؛ بل ذهب النووي إلى عدم تعين العتكال^(*) بل له الضرب بالنعال وأطراف الثياب⁽⁵⁾.

ولا يخفى أن هذا الاستبدال وإن وجد في التشريع الإسلامي لكنه يبقى دائما خلاف الأصل، لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، حين يغلب على الظن أن إقامة الحد تتلف الجاني؛ ودليل ذلك أن الفقهاء لم يلتفتوا إلى هذه الاعتبارات من: مرض الجاني، أو ضعفه

¹-الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 412.

²-ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 150، ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص: 94.

³-القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 205.

⁴-العيني، البناية شرح الهداية، ج 06 ص: 210 - 211، ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 04 ص: 202 وما بعدها، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 330، المرداوي، الإنصاف، ج 10 ص: 151-152.

* عتكال: العُنْكُولُ والعُنْكُولَةُ بضمهما (أي العين والكاف) وكفرطاس (أي العُنْكَال): العذق أو الشُّمْرَاخ وهو ما عليه البُسْتُرُ من عيدان الكِبَاسَةِ، وهو في النخيل بمنزلة العُنْثُود من الكَرْمِ، وقال ابن الأثير: "العتكال العذق من أعذاق النخل الذي يكون فيه الرُّطْبُ، يقال عتْكال و عُنْكُول وإتْكال وأُنْكُول" ابن الأثير، ج 03 ص: 183. الجوهري، تاج العروس، تحقيق: عبد الفتاح الحلو (الكويت)، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 1418هـ-1997) ج 29 ص: 430، ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، م 04 ص: 2808.

⁵- النووي، روضة الطالبين، إشراف: زهير الشاويش، ط 03 (بيروت: لبنان، المكتب الإسلامي، 1412هـ-1991) ج 10 ص: 100.

البدني، إذا كانت العقوبة هي القتل أي إزهاق روحه⁽¹⁾، كما ذهبوا إلى إرجاء الحد إن كان يرجى برؤه⁽²⁾؛ وفي كل الأحوال نسجل الملاحظات التالية:

• إن بعض صور الاستبدال المذكورة تدخل ضمن الاستبدال التشريعي أي الذي جاء به النص، وبحثنا حول الاستبدال القضائي، أي الذي يقوم به القاضي بإذن من التشريع، لكن مع ذلك حتى في الاستبدال التشريعي يكون للقاضي إسهام فيه، ففي حالة مرض الجاني أو عدم قدرته يكون للقاضي دور بارز في تحديد أهليته لإقامة الحد عليه، أم يستبدل بالعثكال، أو الحبس، أو الضرب؛ وبالتالي لا يخلو الاستبدال بنوعيه من التقدير القضائي.

• إن بعض صور الاستبدال المذكورة آراء فردية لآحاد الفقهاء، وليست رأيا مشهورا لمذهب فقهي حتى يصح القول بأن التشريع الإسلامي فيه القول بنظام استبدال العقوبات، أو العقوبات البديلة؛ إلا إذا استثنينا قول مالك في استبدال الضرب بالسجن باعتباره إماما مجتهدا، وأحد رجالات السلف رضي الله عنهم أجمعين؛ وفي كل الأحوال لا تخرج هذه الآراء والأقوال عن دائرة الاجتهاد الفقهي المعترف.

إن الناظر في العقوبات البديلة التي استبدلت بالحدود الواجبة يلاحظ أنها عقوبات اجتهادية، وسبب ذلك أنه لما سكت الشرع في هذا الموضوع وهو حالة عدم إطاعة الجاني للحد بحيث لو حد مات، لم يبق أمام القضاة والأئمة إلا الاجتهاد، لكن يعكس على هذا التعليل أن الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام استبدل الحد الواجب وهو الجلد في الزنى الضرب بعثكال؛ ولو قال مجتهد بطرد هذه العقوبة التشريعية الاستثنائية في كل حد جلد كالقذف لما بعد قوله عن الصواب.

لكن يبقى الإشكال في عقوبات أخرى كالقطع في السرقة الصغرى أو الكبرى، فإنه لم يرد بشأنها نص يرخص في الاستبدال، والذي يبدو لنا والله أعلم أن الأمر يرجع إلى تقدير القاضي، لأنه مادام الحد قد سقط فكل عقوبة تحل بدله إنما هي تعزير، والتعزير اجتهاد

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 215.

² - محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج 04 ص: 123.

القاضي أو الإمام؛ ومن يراعى فيه أقصى ما يمكن أن يتحملة الجاني لأن التعزير هنا حل بديلا لا عن حد سقط لشبهة، بل لحد سقط بسبب مرض الجاني مرضا لا يرجى برؤه، أو بسبب ضعف يخشى عليه فيه من الهلاك، ومن قبيل المعاقبة بأقصى ما يتحملة الجاني الاستبدال في طريقة التنفيذ، كأن يوزع الضرب على أيام متفرقة، ولا يوالى عليه، إن كان الجاني يتحمل ذلك؛ أو يستبدل نوع آلة الضرب، أو يخفف الضرب، وربما كانت حالة الجاني البدنية هي الحكم الذي يحدد صفة الاستبدال ونوعه، فليس كل ضعيف البنية أو مريض يطبق ما يطيقه أمثاله؛ والله أعلم.

ثالثا/ اعتراض وجوابه: ربما اعترض البعض بأن التمثيل لسلطة القاضي في اختيار

العقوبة في التشريع الإسلامي لا يصح؛ لأن هذه العقوبة يتولى الحكم فيها الإمام وليس القاضي وبحثنا في سلطة القاضي وليس سلطة الإمام أولي الأمر؟ وهذا اعتراض يبدو في ظاهره وجيها وصحيحا، خصوصا وأن النقول التي سقناها تتحدث عن تخيير الإمام وليس تخيير القاضي، إلا أني كنت دوما أعطف على لفظ الإمام" أو القاضي"؛ والحق أن عقوبة المحاربين قد يباشرها الإمام وقد يباشرها القاضي؛ والدليل على ذلك أن القاضي أبا بكر بن العربي ذكر في كتابه أحكام القرآن أنه كان في أيام حكمه إذا جيء بسارق: "دخل الدار بسكين يسحبه على قلب صاحب الدار وهو نائم، وأصحابه يأخذون مال الرجل حكمت فيهم بحكم المحاربين"⁽¹⁾؛ وما نظن أن ابن العربي يتجاوز صلاحياته ويحكم فيما يختص به الإمام؟!؛ و يضاف إلى هذا أن الأمراء كالقضاة في النظر في الجرائم، ولا فرق بينهم سوى أن للأمراء صلاحيات ليست للقضاة، أما بعد ثبوت الجرائم فيستوي في إقامة الحدود عليهم أحوال الأمراء و القضاة⁽²⁾.

¹ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 02 ص: 100.

² - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 288، دده أفندي (إبراهيم بن يحيى خليفة)، السياسة الشرعية، تحقيق: فؤاد عبد المنعم، (الإسكندرية: مصر، مؤسسة شباب الجامعة، 1411هـ) ص: 106/105.

الفرع الثاني/ سلطة القاضي في استبدال العقوبة في جرائم القصاص:

أما في جرائم القصاص فنجد أنفسنا أمام تكييف تشريعي مختلف للجريمة، بحيث يعتبر الحق الغالب في الجريمة هو حق العبد، ولذا مكنت الشريعة المجني عليه في جرائم مادون النفس و الأولياء في جريمة القتل من تحديد الجزاء الذي يرضيهم ضمن ما سمحت به الشريعة العادلة، فإن شاءوا اقتصوا، وإن شاءوا عفوا على مال(الدية)، وإن شاءوا عفوا على غير مال، كما أعطت أولياء القتيل حق اقتياد القاتل إلى ميدان تطبيق القصاص ترضية لهم وشفاء لما في صدورهم من غيظ، وكأن التشريع الإسلامي يطمئنهم بأن هذا الذي اعتدى وقتل قتيلكم هو الآن ذليل بين أيديكم، وتحت رحمتكم؛ فاستوفوا حقكم لكن في حدود العدل، إذ هو المطلوب في هذا الباب⁽¹⁾؛ فالتشريع الإسلامي سمح بالعدول عن العقوبة الواجبة في الأصل وهي القصاص إلى الدية؛ لكنه عدول مُمْنوح للمجني عليه وأوليائه فقط، ثم هو عدول تشريعي ثانياً؛ فليس للقاضي أو الإمام فيه أي دخل؛ اللهم إلا أن يتشفعا للجاني؛ وهي شفاعة جائزة بل مندوب إليها، لكنها غير ملزمة مهما كانت منزلة من صدرت عنه.

إذن هل يعني هذا أنه لا وجود لنظام استبدال العقوبة في التشريع الإسلامي؛ و خصوصاً ما كان لسلطة القاضي فيه مجال؟ الواقع أنه توجد حالتان: أولاهما: إذا كان تطبيق القصاص يؤدي إلى مجاوزة المماثلة ولو لم يمّت الجاني، وثانيهما وهي أولى من السابقة: إذا كان تطبيق القصاص يؤدي إلى موت الجاني في العادة في جرائم مادون النفس؛ وذلك مثل: كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك⁽²⁾.

ويجمع الصورتين معاً أنهما تجاوز للقصاص المشروع الذي يعني المساواة في المجازاة؛ فذهب الفقهاء إلى عدم القصاص في هذه الحالة، وأنه يصار إلى الدية؛ بل نقل صاحب المغني

¹ - ابن رشد؛ بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ ج 02 ص: 395.

² - ابن رشد؛ بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ ج 02 ص: 407.

إجماع أهل العلم على ذلك⁽¹⁾؛ ولم يقع الخلاف بين الفقهاء إلا في بعض الصور، هل يجري فيها القصاص، أم تلحق بما لا يمكن فيه القصاص، وبالتالي يصار فيها إلى الدية؟؛ و حتى هذه الصور رجح بعض الباحثين المعاصرين إلحاقها بما لا يمكن فيه القصاص خوف الحيف⁽²⁾؛ ولا يخفى على القارئ أنه في حال جواز استبدال القصاص بالدية لما ذكر فإن للقاضي سلطة واضحة في تقدير الاستبدال من عدمه؛ لأن تقرير الاستبدال من عدمه يرجع إلى تقدير القاضي وليس إلى الجاني، ومن هنا تظهر أهمية الحديث عن هذه الحالة وعلاقتها بسلطة القاضي في استبدال عقوبة القصاص بالدية.

لكن حتى مع ثبوت هذه الحالة قد لا يسلم القول بوجود نظام استبدال العقوبة في جرائم القصاص من النقد من عدة نواح:

أولها: إن هذا الاستبدال ليس أصلاً جرت عليه أحكام الشريعة في الأحوال الاعتيادية للجنة، وإنما هو استثناء أُلجأت إليه عوارض، وهي بعض الظروف التي تجعل القصاص غير عادل؛ ومن ثم فهو استبدال يجري على خلاف الأصل في جرائم القصاص، والتي تتحدد فيها العقوبة بحسب طبيعة الاعتداء.

وثانيها: إن ثمة جدلاً محتدماً في طبيعة البدل في هذه الحالة (أي الدية) هل هو عقوبة أم تعويض لجبر الضرر، أم هو ذو طبيعة مزدوجة⁽³⁾؟؛ والذي نراه والله أعلم أن الدية في جرائم القتل العمد خصوصاً تعد عقوبة، ومستندنا في هذا التكييف ما يلي:

أولاً/وجوبها في مال الجاني.

¹ - ابن قدامة، المغني، ج 11 ص: 530 - 531، وينظر أيضاً: القاضي عبد الوهاب البغدادي، التلقين في المذهب المالكي، ج 02 ص: 470 - 471.

² - محمد سمير محمد حسين، القواعد الفقهية الواردة في القصاص (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه والتشريع، تحت إشراف: جمال أحمد زيد الكيلاني، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، السنة الدراسية: 2014، ص: 118-119.

³ - ينظر هذه المسألة بتفصيل: عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، ص: 548 وما بعدها.

ثانيا/ أنها تخفف وتشدد، والتخفيف والتشديد من خصائص العقوبات.

ثالثا/ أنها تتضمن أهم عنصر وخاصية في العقوبة وهو الألم؛ إذ الألم في العقوبة أنواع: فقد يكون ماديا يصيب الجاني في بدنه كالقتل والضرب ونحوه؛ وقد يكون نفسيا كالتوبيخ والتشهير؛ وقد يكون ماليا يصيب الجاني في ماله كالغرامة والدية، والمصادرة، ونحو ذلك.

رابعا/ القاعدة المتفق عليها في التعويض أنه يكون بقدر الضرر، والضرر يتفاوت بين الأشخاص المجني عليهم، لكننا وجدنا الشريعة الإسلامية حددت قدرا واحدا للدية دون مراعاة اختلاف المتضررين المجني عليهم.

يضاف إلى هذا كله أن عددا لا بأس به من كبار الفقهاء الجنائيين المعاصرين يرون بأن الدية عقوبة وليست تعويضا، وعلى رأس هؤلاء الشيخ عبد القادر عودة⁽¹⁾، عبد الرحيم صدقي⁽²⁾، وأبو زهرة حيث يقول⁽³⁾: "فالدية في ذاتها عقوبة للجاني، وتعويض لأولياء المجني عليه، أو له هو ذاته إذا كان ذلك في الأطراف، وعلى ذلك ينبغي أن تكون دية المرأة كدية الرجل على سواء، إذ هي عقوبة الدماء".

لكن رغم هذا الاختلاف الفقهي الذي برز محتدا في العصر الحديث حول طبيعة الدية، فإن القاضي في كل الأحوال له دور واضح في عملية الاستبدال، لأنه هو الذي يحدد ما إذا كان بالإمكان القصاص أو اللجوء إلى البدل وجوبا أي الدية؛ كل ما في الأمر أن البدل تتغير طبيعته من عقوبة إلى تعويض مالي؛ وقبل مغادرة هذا العنصر يمكن تلخيص فكرة استبدال العقوبة في جرائم القصاص على النحو الآتي:

¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط 14 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1419هـ - 1998) ج 01 ص: 633.

² - عبد الرحيم صدقي، الجرمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية - دراسة تحليلية لأحكام القصاص والحدود والتعازير - ط 01 (القاهرة: مصر، مكتبة النهضة المصرية، 1408هـ - 1987) ص: 188.

³ - أبو زهرة، العقوبة (القاهرة: مصر، دار الكتاب العربي) ص: 506.

استبدال تشريعي: وهو المراد في قوله تعالى: ﴿بِمَنْ عَظِي لَهُ مِنْ آخِيهِ

شَعْنٌ قَاتِبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة/ 177)؛ فقد

أذن الشرع بل رغب أولياء الدم في العفو والانتقال من القصاص إلى الدية، ولا شك أن هذا الانتقال استبدال، لأن القصاص جزاء، وكل ما حل محله يأخذ صفته، بصرف النظر عن كونه عقوبة مثل الأصل أو كان تعويضا ماليا صرفا على ما سبق ذكره؛ وهذا النوع الاستبدال اختياري لا سلطة للقاضي أو الإمام فيه؛ بل هو موكول إلى أصحاب الحق في القصاص، فهم وحدهم من يملكون الحق في استيفاء القصاص أو استبداله بالدية، أو العفو على غير الدية.

- استبدال قضائي: وهو الذي ينتقل فيه القاضي من القصاص الواجب إلى الدية لوجود ظرف يمنع توقيع القصاص كعدم أمن العاقبة على الجاني، أو الخوف من تجاوز المماثلة، وهذا النوع من الاستبدال وجوبي، ويرجع الحكم فيه بالانتقال من القصاص إلى الدية إلى سلطة القاضي التقديرية، سواء قضى فيه القاضي بعلمه أو رجع إلى أهل الخبرة.

إن الأصل العام في جرائم القصاص أن يفعل بالجاني مثلما فعل بالجاني عليه ما أمكن ذلك: وهو المسمى المماثلة في القصاص؛ لكن المماثلة أحيانا لا تتحقق، بل يؤدي القصاص إلى الحيف، فذهب الفقهاء إلى عدم القصاص وأنه يصار إلى الدية؛ بل نقل صاحب المغني إجماع أهل العلم على ذلك⁽¹⁾؛ ولم يقع الخلاف بين الفقهاء إلا في بعض الصور، هل يجري فيها القصاص أم تلحق بما لا يمكن فيه القصاص وبالتالي يصار إلى الدية؟؛ وحتى هذه الصور رجع بعض الباحثين المعاصرين إلحاقها بما لا يمكن فيه القصاص خوف الحيف⁽²⁾؛ وهذا عدول

¹ - ابن قدامة، المغني، ج 11 ص: 530-531، وينظر أيضا: القاضي عبد الوهاب البغدادي، التلقين في المذهب المالكي، ج 02 ص: 470-471.

² - محمد سمير محمد حسين، القواعد الفقهية الواردة في القصاص (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه والتشريع، تحت إشراف: جمال أحمد زيد الكيلاني، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، السنة الدراسية: 2014، ص: 118-119.

عن الأصل الواجب أي القصاص، إلى تعويض مالي جبراً للضرر⁽¹⁾. وبما أنه في جرائم القصاص ليس أمام المجني عليه أو أولياؤه إلا أحد أمرين: القصاص أو الدية؛ فليس هناك من عقوبة بدلية سوى الدية، مع العلم أن هذا الاستبدال تشريعي أولاً، ويبدأ أولياء الدم ثانياً؛ والذي يترجح لدي أن الدية عقوبة بدلية وليست تعويضاً مالياً؛ على الأقل في الجرائم العمد وعلى رأسها القتل؛ ومستندي في ذلك أمور:

أولاً/ وجوبها في مال الجاني، ولو لم تكن عقوبة لحملتها العاقلة كما في القتل الخطأ.

ثانياً/ أنها تخفف وتشدد، والتخفيف والتشديد من خصائص العقوبات.

ثالثاً/ إن من أنواع العقوبات العقوبة المالية، على اعتبار أن العقوبة ألم يصيب الجاني في بدنه كالقصاص أو حرته وهو الحبس أو ماله ومنه التعزير بالمال والدية في الجرائم العمد.

رابعاً/ إن عدداً من الفقهاء يعتبرونها عقوبة بدلية منهم الإمام السرخسي حيث يقول⁽²⁾: "فشرع الله القصاص والدية لتحقق معنى الزجر" وإنما يتحقق الزجر بالعقوبة، ويقول عبد القادر عودة عنها: "الدية هي العقوبة البدلية الأولى لعقوبة القصاص، فإذا امتنع القصاص لسبب من أسباب السقوط وجبت الدية ما لم يعف الجاني عنها أيضاً"⁽³⁾.

وعليه فحتى مع القول بأن الدية عقوبة بدلية إلا أن الاستبدال ليس بيد القاضي، اللهم إلا في حالة واحدة وهي ما إذا خيف من تطبيق القصاص أن يؤدي إلى تجاوز القصاص؛ ففي هذه الحالة يرجع تقدير استبدال القصاص بالدية إلى التقدير القضائي، فهو الذي يقدر هل يقتص من الجاني أم يصر إلى الدية؛ لكنه في كل الأحوال استبدال يلجأ لضرورة قاهرة وليس استبدالاً للقاضي مطلق الحرية، كما أن هامش ضيق لأن الحالات التي يتعين على القاضي الاستبدال فيها محدودة بمعيار واحد، بمعنى لا توجد صور أو حالات مختلفة تسمح

¹- عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، ط01 (بيروت: لبنان، دار مكتبة الهلال، 1986) ص: 567 وما بعدها.

²- السرخسي، المبسوط، ج 26 ص: 59.

³- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج 02 ص: 261.

للقاضي بالاستبدال وإنما هي حالة واحدة فقط: الخوف على الجاني لا غير؛ قال عثمان التهانوي "ما لا يمكن فيه المماثلة لا يجري فيه القصاص"⁽¹⁾.

الفرع الثالث/ سلطة القاضي في استبدال العقوبة في التعازير:

لما كان القاضي مطلق اليد في اختيار العقوبة المناسبة، لم يكن بحاجة لعقوبة بديلة، لأن العقوبات البديلة تكون حين يحدد التشريع عقوبة أو أكثر، ويقدر أنها قد لا تصلح لكل أحوال الجناة، فيقوم بوضع عقوبة أو أكثر بديلة لإسعاف القاضي بها عند الحاجة؛ لكن الباحث إبراهيم قاسم محمد أمين أثار إشكالا يتطلب منا التوقف عنده ومعالجته وهو: هل عقوبات التعازير محددة بالأدلة وبالتالي لا يجوز للقاضي في أي عصر أو مصر الخروج عنها، أم أنها غير محصورة وإنما تلك العقوبات على سبيل التمثيل؟.

أصل هذا الإشكال ما قاله شيخ الفقهاء الجنائين المسلمين المعاصرين عبد القادر عودة رحمه الله⁽²⁾: "... وظاهر ما سبق أن الشريعة الإسلامية نصت على جرائم التعازير وعقوباتها، وعينت الجرائم وحددت العقوبات تحديدا دقيقا؛ بحيث لا يستطيع القاضي أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة، ولا يستطيع القاضي أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعازير، ولا يخرج على حدودها... وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة، وأن سلطة القاضي منحصرة في تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه...؛" ويقول في موضع آخر: "ومن أجل هذا وضعت الشريعة لجرائم التعازير عقوبات متعددة مختلفة هي مجموعة كاملة من العقوبات تتسلسل من أتفه العقوبات إلى أشدها، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة التي يراها كفيلة بتأديب الجاني واستصلاحه وحماية الجماعة من الإجرام"⁽³⁾.

وجه الإشكال في كلام الشيخ هو نسبه هذه العقوبات إلى الشريعة، فإن كان يقصد بالشريعة الوحي المعصوم من الكتاب والسنة، فلا يحتاج قوله إلى عناء كبير لإثبات أنه غير دقيق؛ لأن كثيرا من أنواع التعازير لا دليل عليها من الكتاب والسنة؛ ونعني بالدليل هنا النص؛ والأمثلة على ذلك لا تعد كإقامة الجاني في المجالس، نزع العمامة، إركاب الجاني على الدابة بالمقلوب، حل

¹ - ظفر أحمد العثماني التهانوي، إعلاء السنن، ج 17 ص: 8440.

² - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 01 ص: 148.

³ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 01 ص: 686.

الإزار،... أما إن كان يقصد بالشرعية سائر أصولها ومنه اجتهادات الصحابة فكلامه صحيح، ولعله أراد هذا المعنى الأخير، ويشاء ربك أن أعثر على كلام نفيس لابن القيم يدحض به الزعم بأن التعزير يلتزم فيه بما ورد في الوحي المبارك فقط، يقول رحمه الله تعالى: "ومن ظن أن السياسة الشرعية (ومن جملته التعزير) هي ما نطق به الشرع فحسب، فقد غلط الصحابة رضي الله تعالى عنهم في كثير من العقوبات التي أوقعوها على الجناة"⁽¹⁾؛ أي أن الصحابة وعلى رأسهم الخلفاء والقضاة اجتهدوا في توقيع ما رأوه مناسباً من العقوبات مراعين في ذلك الاعتبارات التي سبق التنبيه إليها، ولو لم يرد في ذلك نص خاص في الكتاب والسنة؛ كما نبه الطرطوشي المالكي إلى أن الخلفاء كانوا يجتهدون في المعاقبة مراعين في ذلك ما يجب اعتباره في التعزير من قدر الجاني، والمجني عليه.

لكن حتى لو كان الشيخ رحمه الله يقصد بالشرعية ما نطق به الوحي، إضافة إلى اجتهادات الصحابة، يبقى في النفس من كلامه شيء؛ لأن القاضي إذا كان ملزماً بالمعاقبة بما ورد به الشرع فقط، لزم عن ذلك أن تتحول التعازير إلى عقوبات حدية مقدرة، وهذا لا يقول به أحد، بل لا يقول به حتى الشهيد عبد القادر عودة نفسه رحمه الله تعالى.

كما يلزم عن ذلك أيضاً قصور التعزير عن استيعاب الجرائم المعاصرة، والتي لا نجد لها في نصوص الوحي، ولا في اجتهادات الصحابة عقوبات تناسبها، ردعا وإصلاحاً؛ وعلى سبيل المثال لا الحصر بعض العقوبات التي استحدثتها النظم الوضعية المعاصرة، وهي عقوبات ملائمة لطبيعة الجريمة، مثل سحب رخصة السياقة نهائياً أو لمدة في مخالفات المرور، المنع من ممارسة نشاط تجاري، حل الشخص المعنوي أو تجميد نشاطه لمدة معينة؛ الحرمان من خدمة معينة... وغير ذلك من صور العقوبات التي تلائم ما استحدثته الناس من فجور.

فإذا قلنا بوجوب الاستمسك بما نطق به الوحي، أو أوقعه الصحابة باجتهادهم من العقوبات التعزيرية، فمعنى ذلك أنه لا يمكن الاستفادة من هذه الجزاءات التي رأيناها فعالة في الحد من هذه الجرائم، كما يلزم عن ذلك أيضاً أن الفقهاء المسلمين والقضاة وولاة الأمور في سائر العصور لا سلطة لهم في المعاقبة على كل فجور جديد أحدثه الناس؛ وهذا فهم لا أعلم

¹ ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: عرفات بن سليم العشا حسونة الدمشقي، ط01 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1425هـ-2005م) ص: 17.

— في حدود ما اطلعت عليه— أحدا من أهل العلم قال به؛ بل إن طبيعة نظام التعازير تآباه؛ لأنها عقوبات أريد من خلالها مجابهة كل أشكال الإجرام، والإجرام ليس له حد ينتهي إليه، والفقهاء متفقون على أن التعزير ينبغي أن تراعى فيه عدة اعتبارات؛ وبعض هذه الجرائم متغيرة وليست قارة، ومن ثم وجب أن تكون عقوبتها أيضا مرنة ومتغيرة، حتى تنجح السياسة الجنائية في مواجهتها؛ واتفق الفقهاء أيضا على أن حقيقة التعزير الزجر والاستصلاح وهذا قد يحدث بجزئات يستحدثها القضاة وولادة الأمور؛ وهذا ما رجحه بعض الفقهاء المعاصرين⁽¹⁾؛ ولو أن شيخنا قيد كلامه بالجرائم التي وردت بشأنها تعازير لكان كلامه مقبولا إلى حد ما، والله أعلم بالصواب.

المطلب الثاني / سلطة القاضي الجزائي في الاختيار في نظام العقوبات البديلة:

الفرع الأول / تعريف عام بنظام العقوبات البديلة:

تعرضت العقوبات قصيرة المدة لعدة انتقادات، أهمها أنها لا تحقق أغراض العقوبة من الردع العام والخاص والإصلاح، إضافة إلى الإرهاق الاقتصادي، ومن أخطر نتائج العقوبة السالبة للحرية أن المحكوم عليه يخالط عتاة المجرمين فيكون ذلك أدعى إلى إفساده؛ يقول الفقيه " كيش: " إذا كان للمجتمع الحق في أن يدافع عن نفسه، فليس له الحق على الإطلاق في إفساد الآخرين"⁽²⁾؛ ومن هنا يبدو أن العقوبات البديلة في حقيقتها ماهي إلا تعبير صادق عن فشل العقوبات السالبة للحرية في إصلاح الجاني، والحد من الإجرام.

وبموجب نظام العقوبات البديلة يميز المشرع للقاضي استبدال العقوبة المقررة للجريمة بعقوبة من نوع آخر، سواء قبل الحكم بالعقوبة الأصلية أم بعده؛ ويكون ذلك عادة عند تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية، أو احتمال تعذر تنفيذها، أو لأن العقوبة البديلة أكثر ملائمة لظروف

¹ - إبراهيم قاسم محمد أمين، العقوبات البديلة في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لدعوة: "بدائل العقوبات السالبة للحرية" المنعقد في الفترة: من 26-28 / 01 / 1434 هـ الموافق 10-12 / 2012 بالتعاون بين مركز الدراسات والبحوث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية وإدارة السجون الجزائرية بوزارة العدل في الجمهورية الجزائرية، ص: 29.

² - حاتم بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 185 نقلا عن: سمير الجنزوري، الغرامة الجنائية، ص: 516.

المجرم بصرف النظر عن نوع الجريمة المرتكبة⁽¹⁾؛ ولا بد من التنبيه في هذا المقام إلى أن استبدال العقوبات أنواع⁽²⁾:

تشريعية: ويكون الاستبدال فيها وجوبيا؛ بحيث يلزم المشرع القاضي بالاستبدال؛ وذلك بناء على طبيعة الجريمة: مثل التفرقة بين الجريمة السياسية والجريمة العادية، أو بناء على طبيعة المجرم كالشخص المعنوي، فالاستبدال هنا لا خيرة للقاضي فيه، ومن ثم فهو استبدال قانوني، أو تشريعي، وليس استبدالاً قضائياً.

تنفيذية: ويتمثل هذا النوع من الاستبدال فيما يخوله المشرع لهيئة تنفيذ العقوبات من سلطة استبدال عقوبة بأخرى حين يتعذر تنفيذ العقوبة الأصلية.

قضائية: وتتمثل في وضع المشرع عقوبة لجريمة معينة، وفي الوقت نفسه الإذن للقاضي في أن يستبدالها بعقوبة يحددها، دون أي يلزمه بالاستبدال⁽³⁾.

والذي يعني في هذه الدراسة هو النوع الثالث، لتعلقه بسلطة القاضي في اختيار العقوبة جوهر بحثنا؛ أما النوع الأول فلا سلطة للقاضي في الاختيار، لأن الاستبدال فيه وجوبي؛ وأما النوع الثاني فهو أصلاً غير داخل في نطاق سلطة قضاة الموضوع، بل هو متعلق بقضاة تنفيذ العقوبات؛ ولنظام العقوبات القضائية البديلة عدة صور أهمها⁽⁴⁾:

أ/ استبدال العقوبة السالبة للحرية بعقوبة الغرامة

ب/ استبدال عقوبة الغرامة بالعقوبة السالبة للحرية

ج/ استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة العمل

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، ص: 133، قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 110، حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 180، يوسف جواد، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 39.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، ص: 133-136؛ قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 110-111، يوسف جواد، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 40.

³ - محمد موسى، بدائل التدابير الاحترازية، ص: 28.

⁴ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 181، أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، ص: 136 وما بعدها.

د/ استبدال العقوبة السالبة للحرية بعقوبة العمل

الفرع الثاني / نظام العقوبات البديلة في القانون الجزائري:

إن التشريع الجزائري الجزائي كغيره من التشريعات ليس بمنأى عن الأفكار الجديدة التي وصل إليها الفكر الجزائي الدولي في أبحاثه وتطوراته؛ إضافة إلى كون الجزائر عضوا في منظمة الأمم المتحدة ومن ثم فهي معنية بكل ما تصدره الهيئة من توصيات، بل هي مطالبة بتقديم تقارير دورية عن عدة مواضيع منها: سياسة التجريم والعقاب وعلاقته بأوضاع حقوق الإنسان والحريات العامة؛ وقد جاء في مذكرة ترشح الجزائر لمجلس حقوق الإنسان للفترة 2014 – 2016⁽¹⁾ في البند الرابع: "إن الجزائر احتراماً منها لالتزاماتها، تقدم بانتظام تقارير دورية أمام لجان الخبراء المختصة، وتقدم إجابات موثقة على التبليغات الواردة من مختلف آليات حقوق الإنسان"؛ كما ورد أيضاً في البند العاشر ما يلي: "وردت الجزائر ضمن الدول الأولى التي خضعت للتقييم الدوري الشامل" وتقوم المنظمة بتقييم هذا الوضع وتسجل ما تسميه: دواعي القلق، وهي جملة الانتقادات التي يتعين على الدولة العضو إصلاحها لتطابق توجهات وتطلعات هذه الهيئة.

ومن جملة تطلعات منظمة الأمم المتحدة في سعيها للحد من الجريمة تفعيل فكرة العقوبات البديلة، والتقليل من إصدار وتنفيذ العقوبات الاحتجازية أو السالبة للحرية، وبناء على هذه المرجعية الدولية، إضافة إلى السياق الوطني الذي يؤكد بأن العقوبات السالبة للحرية وكذا الغرامة لم تعد تجدي نفعاً، أخذ المشرع الجزائري الجزائي بنظام العقوبات البديلة في المادة: 5 مكرر 01 ق.ع.ج؛ كما نص عليه في المادة: 145 من قانون تنظيم السجون؛ وورد صريحاً في منشور وزارة العدل الموجه إلى الرؤساء والنواب العامين لدى المجالس القضائية بخصوص كفاءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام؛ فجاء فيه: "التعزيز المبادئ الأساسية للسياسة الجنائية والعقابية التي تركز بالأساس على احترام حقوق الإنسان وتحقيق إعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم

¹ - الدورة الثامنة والستون للجمعية العامة للأمم المتحدة، الوثيقة رقم: A/68/153.

عليهم، وهو المبتغى الذي لم يعد يركز على حبس الأشخاص فقط، لا أضحي تحقيقه يتوقف من جهة على مدى احترام مبدأ تشخيص العقوبة عند النطق بها، و من جهة أخرى، على إمكانية مساهمة العقوبة في إصلاح المحكوم عليهم نهائيا دون اللجوء المفرط لوسائل الإكراه التي قد تنجر عنها آثار سلبية على مختلف جوانب حياتهم، فضلا على أن هذه العقوبة البديلة تحقق هذه الغاية كما تسمح بإشراك الهيئات والمؤسسات العمومية في عملية إعادة الإدماج"⁽¹⁾.

لقد نص المشرع الجزائري الجزائي صراحة على استبدال عقوبة الحبس وفق شروط معينة في المادة 05 مكرر 01 من ق.ع.ج حيث جاء فيها: "يمكن للجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر، لمدة تتراوح بين أربعين (40) ساعة وستمائة ساعة (600)، بحساب ساعتين عن كل يوم حبس..."

وفي إقرار المشرع الجزائري الجزائي لنظام العقوبة البديلة من خلال عقوبة العمل للنفع العام، يكون قد استحدث مجالا جديدا للتعاون بينه وبين القاضي في اختيار نوع العقوبة الملائمة لحال المحكوم عليه، لأن المشرع لم يلزم القاضي في الحكم بها، فلا يكون الحكم بعقوبة العمل للنفع العام حقا للمتهم، وإنما هو تقدير قضائي محض، يمارسه القاضي في حدود سلطته التقديرية المقيدة بالشروط المنصوص عليها⁽²⁾.

¹ - وزارة العدل، منشور رقم: 02 المؤرخ في: 21 / 04 / 2009 الموجه إلى الرؤساء والنواب العامين لدى المجالس القضائية، ص: 01 ؛ مبروك مقدم، أحكام تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على ضوء التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد: 36، جامعة منتوري- قسنطينة - الجزائر، ديسمبر 2011، ص: 211.

² - مبروك مقدم، أحكام تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على ضوء التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد: 36، جامعة منتوري- قسنطينة - الجزائر، ديسمبر 2011، ص: 205، أمحمدي بوزينة آمنة، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري- عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً- ص: 139.

وقد بدأ تطبيق العقوبات البديلة سنة 2010، واستبشرت وزارة العدل خيرا بهذا النظام الجديد الذي ساهم - حسب زعمها - في تقليص فرص العودة إلى الإجرام⁽¹⁾؛ وفيما يلي بيان لصور العقوبات البديلة، وسلطة القاضي في هذا النظام من حيث المجال الذي تغطيه، وأخيرا سلطة القاضي في الاستبدال من حيث عدد العقوبات البديلة.

أولا/ صور العقوبات البديلة في التشريع الجزائي الجزائري:

بناء على نصوص قانون العقوبات يمكن القول بأن التشريع الجزائي الجزائري يعرف لحد الآن ثلاث صور لاستبدال العقوبات قضائيا وهي على النحو التالي:

1/ استبدال الحبس بعقوبة العمل للنفع العام: وقد نظمت هذا النوع من الاستبدال المادة: 05 مكرر 01 من ق ع ج، حيث جاء فيها: " يمكن للجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر، لمدة تتراوح بين (40) ساعة وستمائة (600) ساعة، بحساب ساعتين (02) عن كل يوم حبس، في أجل أقصاه ثمانية عشر (18) شهرا، لدى شخص معنوي من القانون العام..." والاستبدال هنا كما هو واضح اختياري، مرجعه السلطة التقديرية للقاضي.

2/ استبدال عقوبة الحبس بالغرامة: جاء في المادة: 53 مكرر 4 ف 02 " وإذا كانت عقوبة الحبس هي وحدها المقررة، يجوز استبدالها بغرامة على أن لا تقل عن 20.000 دج وأن لا تتجاوز 500.000 دج؛ لكن المشرع ألزم القاضي ألا يقل مقدارها عن 20.000 دج وألا تتجاوز 500.000 دج.

3 / سلطة القاضي في استبدال التدابير بعقوبة الغرامة أو الحبس بالنسبة للأحداث: وقد نصت عليها المادة: 445 من ق إ ج ج حيث جاء فيها: " يجوز لجهة الحكم بصفة

¹ - أمحمدي بوزينة آمنة، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري - عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً - مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث عشر، ص: 13- 14 نقلا عن: باسم شهاب، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والقانون، العدد: 56، الجزائر 2013، ص: 93.

استثنائية بالنسبة للأحداث البالغين من العمر أكثر من ثلاث عشر سنة أن تستبدل أو تستكمل التدابير المنصوص عليها في المادة 444 بعقوبة الغرامة، أو الحبس المنصوص عليها في المادة 50 من قانون العقوبات إذا رأت ذلك ضروريا، نظرا للظروف أو لشخصية المجرم الحدث؛ على أن يكون ذلك بقرار توضح فيه أسبابه خصيصا بشأن هذه النقطة".

4/ استبدال عقوبة الحبس المقررة لأية جنحة من جنح القانون العام بمصادرة مركبة تعود ملكيتها للجاني أو سلاح أو أكثر⁽¹⁾.

4/ استبدال تشريعي وجوبي أم جوازي؟ المصادرة موضوع النصيب بالغرامة: م 166 ف 02.

5/ استبدال تشريعي وجوبي للإعدام بالمؤبد م: 388 ف 02 يوق عبد العزيز سعد: "وقرر عقوبة تشديدية تساوي عقوبة الجناية كلما كانت العقوبة المطبقة على الوقائع الجرمية التي تحصلت أو نتجت عنها الأشياء المخفأة هي عقوبة جنائية بحيث يعاقب المخفي بنفس العقوبة التي يقررها القانون للجناية وللظروف التي كان يعلم بها وقت الإخفاء، لكن إذا كانت العقوبة المقررة قانونا للفاعل الأصلي هي الإعدام فإن عقوبة المخفي للأشياء المحصلة من هذه الجناية تستبدل بعقوبة السجن المؤبد"⁽²⁾.

ثانيا/ سلطة القاضي الجزائري الجزائي في استبدال العقوبة من حيث مجال

الاستبدال:

لقد حددت المادة 05 مكرر 01 المنظمة للعقوبة البديلة (وهي العمل للنفع العام)، فحصرته في الجنح والمخالفات كقاعدة عامة، وذلك من خلال اشتراطها أن تكون العقوبة

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط 08 (الجزائر، دار هومه، 2009) ص: 237.

² - عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، ص: 86-87، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 01 ص:

الأصلية للجريمة لا تتجاوز ثلاث (03) سنوات حبسا، كما ينبغي ألا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنة حبسا، ومعلوم أن الجنايات يعاقب عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت وليس الحبس. والمتأمل في نص المادة السابقة، يدرك بوضوح أن المشرع أراد حرمان مرتكبي الجنايات من نظام العقوبة البديلة، ذلك أنه رغم اشتراط المشرع أن لا تكون العقوبة المنطوق بها تتجاوز سنة حبسا، إذ يمكن لجهة الحكم وإعمالا لظروف التخفيف أن تنزل بعقوبة الجناية إلى عام حبسا، حسب منطوق المادة: 53 مكرر/ ف 05، والتي جاء فيها: "يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي قضى بإدائته وتقررت إفادته بظروف مخففة وذلك إلى حد: "... سنة واحدة حبسا إذا كانت العقوبة المقررة هي السجن المؤقت من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات؛" نقول- رغم ذلك- لكن المشرع باشتراطه أن تكون عقوبة الجريمة المرتكبة لا تتجاوز ثلاث سنوات حبسا، يكون قد سد كل المنافذ أمام إفادة مرتكبي الجنايات من نظام العقوبات البديلة، وهو أمر معقول، لأن الجنايات جرائم في غاية الخطورة، وعقوباتها يغلب عليها طابع الردع؛ بخلاف بقية الجرائم، كما أن عقوبة العمل للنفع العام قصد منها أصلا تجنيب القضاة ما أمكن الحكم بعقوبات قصيرة المدّة، وعقوبات الجنايات عقوبات سالبة للحرية طويلة المدّة.

الملاحظ على المشرع الجزائري أنه ذكر عددا معتبرا من الشروط والقيود التي قلصت من مساحة السلطة التقديرية للقاضي؛ فالمشرع حدد نوع ومقدار العقوبة التي يجوز استبدالها، وذكر شروطا متعلقة بالمحكوم عليه، وشروطا متعلقة بالحكم، مما يجعل سلطة القاضي في الاختيار مغلوطة إلى حد بعيد، كما أن لائحة الشروط المذكورة قلصت أيضا من دائرة المستفيدين من نظام العقوبات البديلة، وهذا ما دفع بالمنظمة الدولية للإصلاح الجنائي إلى توجيه سهام النقد للتشريع الجنائي الجزائري بهذا الخصوص، فقد ورد في دراسة للمنظمة شملت ست دول عربية منها الجزائر: "أما بقية الدول وهي الجزائر وتونس فقد تضمنت قوانينها وتشريعاتها الجزائية عددا من بدائل العقوبات السالبة للحرية، إلا أن العمل بها يقتصر على

عدد محدود من الجرائم، وما زالت العقوبات السالبة للحرية هي العقوبات الأساسية كذلك في التشريع والممارسة؛ فالعقوبات السالبة للحرية ما زالت مركزية ومحورية في قوانين العقوبات في الدول الست، والهامش الممنوح لبدائلها ما زال محدودا جدا⁽¹⁾.

والتبرير الوحيد من وجهة نظري في تضيق المشرع الجزائري لنطاق تطبيق عقوبة العمل للنفع العام أو العقوبات البديلة بشكل عام، هو حداثة التجربة، وعدم وجود قضاء جزائي متخصص يملك كفاءة مقبولة للتنزيل الصحيح لهذا النوع من العقوبات، إضافة إلى غياب الأطر والفضاءات التي يمكنها استيعاب الأعداد الكبيرة المستفيدة من هذا النظام في حالة ما إذا وسع المشرع من نطاق تطبيقه، لأن الواقع الجزائري مختلف، تقول أمحمدي بوزينة آمنة: " فأغلب المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام يتم توظيفهم لدى الهيئات التابعة لوزارة العدل، من (محاكم، مجالس قضائية، مؤسسة إعادة التربية وغيرها) وهذا بسبب رفض المؤسسات العمومية استقبالهم لأنهم محكوم عليهم لارتكاب جريمة، وهذا ما يشكل عائقا لدى قضاة تطبيق العقوبات، باعتبار أن الهيئات التابعة لوزارة العدل لديها فائض بشري من هذا النوع من العمال"⁽²⁾.

غير أن هذا التبرير لا نسلم به إذا أخذنا بعين الاعتبار قدم فكرة العقوبات البديلة، إذ يرجع تاريخ القول بها إلى العشرية الأخيرة من القرن التاسع عشر، وبالضبط في المؤتمر العقابي الثالث المنعقد في روما سنة 1885؛ حيث طرحت الفكرة لأول مرة⁽³⁾؛ إضافة إلى أن النظام القضائي الجزائري كان له من الوقت ما يكفي كي يقنع الهيئات العمومية و الخاصة

¹ - محمد الموسى، بدائل التدابير الاحتجاجية (دراسة حالة لعدد من الدول العربية: الأردن الجزائر المغرب اليمن تونس مصر) نسخة إلكترونية، المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، مكتب الشرق الأوسط وشمال إفريقيا (عمان: الأردن، آيار/ مايو 2014) ص: 26-27.

² - أمحمدي بوزينة آمنة، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري- عقوبة العمل للنفع العام نموذجًا- ص: 150 نقلا عن: دراس زيدومة، عقوبة العمل للنفع العام بين اعتبارات السياسة العقابية المعاصرة والواقع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد: 04، الجزائر، 2011، ص: 167.

³ - أمحمدي بوزينة آمنة، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري، ص: 129.

بضرورة استقبال هؤلاء المحكوم عليهم، وتقديم الضمانات الضرورية الممكنة لإزالة مخاوفهم، وبعبارة أخرى، ينبغي وضع نظام قانوني وإداري متكامل لإنجاح العقوبات البديلة، جاء في تقرير المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي: "وهناك طائفة أخرى تأخذ في قوانينها بهذه البدائل وهي: الجزائر وتونس، ولكن حتى هذه الأخيرة والتي أخذت بالاتجاهات المعاصرة في مجال بدائل العقوبة، فإن تنظيمها القانوني، ذي الصلة بهذه البدائل لا يتصف بالشمول ولا بالتكامل وهو تنظيم جزئي ومحدود"⁽¹⁾.

ثالثا/ سلطة القاضي الجزائي في استبدال العقوبة من حيث عدد العقوبات البديلة:

اكفى المشرع الجزائري إذن بالنسبة للبالغين بثلاث صور للاستبدال هي: استبدال الحبس بالعمل للنفع العام، واستبدال الحبس بالغرامة؛ استبدال عقوبة الحبس المقررة لأية جنحة من جنح القانون العام بمصادرة مركبة تعود ملكيتها للجاني أو سلاح أو أكثر؛ والفكر الجنائي المعاصر يقوم على فكرة التنوع في الجزاء الجنائي ليتمكن القاضي من تحقيق التفريد القضائي للعقوبة، فيختار العقوبة التي يقدر أنها ملائمة للمجرم وجريمته ويتحقق من خلالها الردع والإصلاح.

إن الاكتفاء بعقوبة بديلة واحدة وهي العمل للنفع العام، فيه تضيق لسلطة القاضي في الاختيار؛ بل إن فيه دفعا بطريقة غير مباشرة لاختيارها، على اعتبار أن القاضي يعلم أن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة لا تحقق إصلاحا ولا ردها⁽²⁾؛ ومن ثم يجد نفسه يميل إلى الحكم بعقوبة العمل للنفع العام تجنبا للمحكوم عليه مساوئ الاختلاط بالمجرمين، إضافة إلى أن العمل للنفع العام يجعل المحكوم عليه يشعر بقدر مهم من الحرية فلعل ذلك يحدث فيه إصلاحا.

¹-محمد موسى، بدائل التدابير الاحتجازية، ص: 27.

²- الطيب بلعيز، إصلاح العدالة في الجزائر (الجزائر، دار القصة للنشر، 2008) ص: 100-101.

أما استبدال الحبس بالغرامة فهو ابتداء محصور في الجرح، كما يفيد ظاهر النص التشريعي، إضافة إلى أنه ليس فيه تنوع للجزاء البديل، كما أن المشرع كبل يد القاضي بعد إطلاقها بعدد من القيود؛ منها: تحديد قدر العقوبة البديلة في حديها الأدنى والأعلى، منع الاستبدال إذا كان المتهم مسبقا قضائيا.

لأجل ذلك كانت التشريع الجزائري الجزائري محل نقد من قبل المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي والتي ترى أن دول الدراسة لم توفر البنى والهياكل المؤسسية اللازمة لوضعها (بدائل التدابير الاحتجازية) موضع التطبيق بشكل فعال، مما يعني أن التنظيم القانوني لهذه الدول حيال هذه التدابير لا يزال يشوبه القلق والتردد⁽¹⁾.

لكن فيما يتعلق بالأحداث نلاحظ أن المشرع الجزائري وسع من سلطة القاضي في اختيار العقوبة المناسبة للحدث وجريمته، حيث جاء في المادة: 445 ق إ ج ج: "يجوز لجهة الحكم بصفة استثنائية بالنسبة للأحداث البالغين من العمر أكثر من ثلاث عشر سنة، أن تستبدل أو تستكمل التدابير المنصوص عليها في المادة 444 بعقوبة الغرامة، أو الحبس المنصوص عليها في المادة 50 من قانون العقوبات إذا رأت ذلك ضروريا نظرا للظروف، أو لشخصية المجرم الحدث؛ على أن يكون ذلك بقرار توضح فيه أسبابه خصيصا بشأن هذه النقطة"؛ فالقاضي في مجال قضاء الأحداث وبموجب منطوق المادة 445 ق إ ج ج لديه سلطة اختيار واسعة جدا، حيث يمكنه:

أ/ استبدال تدابير الحماية والتهديب بعقوبة الغرامة

ب/ استبدال تدابير الحماية والتهديب بعقوبة الحبس

ج/ استكمال تدابير الحماية والتهديب بعقوبة الغرامة

د/ استكمال تدابير الحماية والتهديب بعقوبة الحبس

¹ - محمد موسى، بدائل التدابير الاحتجازية، ص: 27.

فأمام القاضي عدة خيارات؛ فهو ابتداءً يحدد هل سيستبدل أم يستكمل بناءً على شخصية الحدث وطبيعة جرمه؟ فإذا اختار أحدهما، كان عليه ثانياً أن يختار بين عقوبة الغرامة وعقوبة الحبس؛ ولا شك أن دائرة الاختيار كلما اتسعت فإنها تمكن من الاختيار الأنسب، كما أن التصور الجنائي المعاصر لإصلاح الجناة وردعهم قائم على كون العقوبة السالبة للحرية على وجه الخصوص سواء كانت طويلة أو قصيرة المدة ينبغي أن تكون فقط: "في الحالات التي لا يمكن فيها بلوغ غايات وأهداف نظام العدالة الجنائية إلا من خلال الحبس وتقييد الحرية"⁽¹⁾.

وفي الأخير لا بد من الإشارة إلى أن بعض الباحثين يعتبر العقوبات البديلة أبعد مدى من نظام التدرج الكمي في تحقيق التفريد القضائي للعقوبة⁽²⁾، وهو كلام وجيه إلى حد بعيد؛ ذلك أن السياسة الجنائية المعاصرة تصر على ضرورة ملائمة العقوبة لشخصية الجاني وظروف جريمته، حتى تحقق العقوبة أهدافها من الردع والإصلاح؛ و من أساليب تحقيق ذلك تنوع العقوبات، ومنح القاضي سلطة الاختيار، مع التأكيد على أن العقوبة تؤتي أكلها بتكامل حسن اختيارها نوعاً و تقديرها كما.

رابعاً/ الاستثناءات الواردة على نظام العقوبات البديلة في القانون الجزائي

الجزائري:

استثنى المشرع حالة المسبوق قضائياً من استبدال الحبس بالغرامة، بل ألزم المشرع القاضي الحكم بالحبس والغرامة معا في حالة النص عليهما؛ وهذا ما ورد صريحاً في المادة: 53 مكرر 04 حيث جاء فيها: "إذا كانت العقوبة المقررة قانوناً في مادة الجرح هي الحبس و/أو الغرامة وتقرر إفادة الشخص الطبيعي غير المسبوق قضائياً بالظروف المخففة، يجوز تخفيض عقوبة الحبس إلى شهرين والغرامة إلى 20.000 دج... كما يمكن الحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط على ألا تقل عن الحد الأدنى المقرر قانوناً للجريمة المرتكبة، وإذا كانت عقوبة الحبس هي وحدها المقررة يجوز استبدالها بغرامة على ألا تقل عن 20.000 دج وأن لا تتجاوز 500.000 دج.

¹ - محمد الموسى، بدائل التدابير الاحتجازية، ص: 26.

² - فهد هادي حبتور، ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة - دراسة مقارنة - (مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010) ص: 235.

إذا كان المتهم مسبقاً قضائياً بمفهوم المادة 53 مكرر 05 أدناه، فإنه لا يجوز تخفيض عقوبات الحبس والغرامة عن الحد الأدنى المقرر قانوناً للجنة المرتكبة عمداً، ويتعين الحكم بهما في حالة النص عليهما معاً، ولا يجوز في أي حال استبدال الحبس بالغرامة؛ وتقييد سلطة القاضي هنا مبرر بكونه مسبقاً قضائياً، فلا يصح أخذه بالرأفة، لأن العدول عن الحبس إلى الغرامة في حقيقته تخفيف ورأفة.

يتعين على التشريعات الانتباه إلى أبعاد مشروع التدابير غير الاحتجازية، حيث ورد في قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية: "ينبغي أن يشكل استخدام التدابير غير الاحتجازية جزءاً من الاتجاه إلى إلغاء العقاب و إلغاء التحريم، بدلاً من أن يتداخل مع الجهود المبذولة في هذا الاتجاه أو يعطلها"⁽¹⁾.

المطلب الثالث/ سلطة القاضي في استبدال العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري:

بعد هذا العرض لسلطة القاضي في استبدال العقوبة في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري كلا على حدة، أنتقل إلى المقارنة بينهما من خلال النقاط التي أراها تغطي أبعاد السلطة التقديرية، وتحيط بمساحة الاتفاق والاختلاف، وهي عبارة عن النظر إلى سلطة الاستبدال من خلال الحثيات التالية:

الفرع الأول/ سلطة القاضي في الاستبدال من حيث السعة والضيق: يبدو الفقه

الإسلامي ميالاً بشكل واضح إلى استبعاد فكرة الاستبدال القضائي للعقوبة، ويظهر ذلك خصوصاً في الحدود، ما عدا حالة عدم إمكانية تطبيق الحد على الجاني بسبب ضعف في بنيته، أو مرض لا يرجى برؤه؛ وفي جرائم القصاص اقتصر التشريع على استبدال القصاص بالدية، وتنحصر سلطة القاضي في تقدير تطبيق القصاص أو الانتقال إلى الدية فقط، فهو تقدير لعاقبة القصاص ينتج عنه بالضرورة تقدير للاستبدال من عدمه؛ وفي التعازير ننصر الرأي القائل بأن يد القاضي مطلقة، فيعزز بما يجد من الإجماع. فالقاضي إذن كأصل عام لا سلطة

¹ - قواعد طوكيو - قرار الجمعية العامة: 110/45 (المادة: 2-7).

له في الاستبدال في الحدود، ولا سلطة له في القصاص لأن جوهر فكرة الاستبدال أن تكون عن اختيار قضائي حر، والقاضي في الحدود كما في القصاص لا يستبدل عن اختيار بل عن ضرورة ملجئة، فهي في الحدود والقصاص ظرف عارض في الجاني يجعل تطبيق العقوبة الأصلية مخرجاً لها عن العدل والإصلاح إلى النكاية والإتلاف؛ وفي التعازير ولأن سلطة القاضي واسعة في اختيار العقوبة، فلا حاجة تدعو إلى الاستبدال، لأن كل العقوبات المنضبطة بالشرع نصوصاً ومقاصد جائزة وبإمكان القاضي الحكم بها.

فسلطة القاضي إذن في استبدال العقوبة في الفقه الإسلامي ضيقة جداً في الحدود والقصاص مقصورة بحالة الضرورة التي لا محيد عنها، والعلاج الكريه الذي لا مفر منه؛ وتندم هذه السلطة في التعازير لأن إطلاق يد القاضي في العقاب أكثر ردعاً من تشريع نظام الاستبدال.

وفي القانون الجزائي الجزائري وبناء على التقسيم الثلاثي التقليدي للجرائم نلاحظ أن سلطة القاضي في الاستبدال منعدمة في الجنايات، بينما هي واسعة إلى حد ما في الجنح والمخالفات، وانعدام سلطة الاستبدال في الجنايات مرده إلى أن المشرع وضع قائمة من الشروط التي يجب توفرها للسماح للقاضي باستبدال العقوبة؛ ومن بين هذه الشروط أن تكون العقوبة المحكوم بها لا تتجاوز السنة حبساً، وكان بالإمكان تمدد سلطة القاضي في الاستبدال إلى ميدان الجنايات متجاوزة عائق الحد الأقصى للعقوبة المحكوم بها، وذلك من خلال إفادة المتهم بظروف التخفيف حيث تجيز م 53 ق.ع وفي فقرتها الرابعة النزول إلى سنة حبساً.

لكن المشرع أضاف شرطاً آخر سد به كل منفذ لامتداد سلطة القاضي إلى الجنايات، هذا الشرط هو المنصوص عليه في م 05 مكرر 01 والمتعلقة باستبدال عقوبة الحبس بالعمل للنفع العام حيث جعل المشرع الشرط الثالث: "إذا كانت عقوبة الجريمة المرتكبة لا تتجاوز ثلاث (03) سنوات حبساً؛ ومعلوم أن الجنايات لا يعاقب عليها بالحبس بل بالسجن بشقيه المؤبد والمؤقت.

وبهذا الشرط الأخير تكون سلطة الاستبدال القضائي قد انحصرت في الجنح والمخالفات فقط، وباستبعاد المشرع الجزائري للاستبدال القضائي من مجال الجنايات يكون قد

تقارب مع الفقه الإسلامي في استبعاد بعض المجالات من الاستبدال القضائي للعقوبة مع الاختلاف في طبيعة الجرائم التي استبعدت عقوباتها من الاستبدال.

ولم يكتف المشرع الجزائري باستبعاد الاستبدال في مجال الجنائيات فحسب، بل عمد إلى منع القاضي من الاستبدال في بعض الحالات في الجرح أيضا ومثاله ما ورد في م 53 مكرر/ف04 حيث منع استبدال القاضي لعقوبة الحبس إذا كان المتهم مسبقا قضائيا؛ وكان المشرع قبل ذلك في م 05 مكرر 01 قد جعل على رأس قائمة شروط الاستفادة من استبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام: "إذا كان المتهم غير مسبق قضائيا".

وإمعانا من المشرع في الحد من سلطة القاضي في حالة المسبوق قضائيا في الجرح، أوجب عليه أيضا الحكم بالعقوبتين الحبس والغرامة إن كان منصوبا عليهما معا؛ وعدم تخفيض عقوبة الحبس والغرامة عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجريمة للجنة المرتكبة عمدا؛ وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ضيق فعليا مساحة معتبرة من سلطة القاضي في الاستبدال خصوصا إذا أخذنا في استحضارنا جانبا مهما في المجال الكمي وهو كثرة الإجمام والعود إليه في هذه المساحة، لكن هذا الذي يبدو في نظرنا تضييقا وبالتالي قد لا يحقق التفريد القضائي للعقوبة هو من وجهة نظر المشرع خطة تشريعية لمكافحة الإجمام، وفي هذه النقطة بالذات نلاحظ مرة أخرى التقاء التشريعين في الحد من سلطة القاضي في الاستبدال لتحقيق الحد من الإجمام والله أعلم.

الفرع الثاني / سلطة القاضي في الاستبدال من حيث نوع العقوبات البديلة:

يؤكد الفقه الإسلامي نهجه في استبعاد فكرة الاستبدال القضائي للعقوبة من خلال تضييق سلطة القاضي في تحديد العقوبة البديلة، ودليل ذلك أنه في الحدود وحالة المرض الذي لا يرجى برؤه عالج التشريع هذه الحالة الاستثنائية بتشريع العقوبة البديلة، ولم يترك للقاضي تحديدها بناء على اجتهاده، وهذا يتسق تماما مع هدي التشريع الإسلامي العام في مسائل الحدود؛ لكن يعكس صفو هذا التعليل أن التشريع الإسلامي لم يحدد العقوبة البديلة في ما إذا كانت العقوبة القطع في السرقة الصغرى والكبرى؛ ولا يمكن طرد الضرب بالعتكال في هذه الحالة لاختلاف القطع عن الجلد، ولذا رأينا بعض الفقهاء يجتهدون في العقوبة البديلة.

وتزداد السياسة الجنائية الشرعية وضوحا في جرائم القصاص، حيث حددت العقوبة البديلة عن القصاص رغم مراعاتها لجانب المجني عليه وأوليائه باعتبار حقهم الغالب في العقاب، فلم تترك لهم تحديد العقوبة الأصلية ولا البديلة؛ ولا دور للقاضي في هذا كله، بل تنحصر سلطته في تقدير تطبيق القصاص أو الانتقال إلى البديلة.

أما التشريع الجزائري فلم يمنح كعادته القاضي سلطة تحديد نوع العقوبة حتى في الحالات العادية، فضلا عن الحالة الاستثنائية وهي عدم وجود النص، أو عدم إمكان تطبيق العقوبة على الجاني؛ وذلك بناء على مبدأ الشرعية النصية؛ ومن هذه الناحية رغم تقارب التشريعين في عدم منح القاضي سلطة تحديد العقوبة البديلة بالنص عادة على العقوبتين الأصلية والبديلة، يبدو أن التشريع الإسلامي أرحب بقليل من التشريع الجزائري وعلى وجه الخصوص في حالة عدم تحديد التشريع لعقوبة بديلة معينة كحالة عقوبة القطع في السرقة الصغرى والكبرى أي أخذ المال في جريمة الحراية؛ فقد ترك الأمر للاجتهاد القضائي بما يبقي على سلامة الجاني، ويحفظ مقصد الردع من الهوان.

بيد أن التشريع الجزائري يبدو أيضا على قدر مقبول من سعة سلطة القاضي في تحديد نوع العقوبة البديلة فيما يتعلق بجرائم الأحداث؛ حيث يملك القاضي سلطة واسعة في الاستبدال جاء في م 445 ق إ ج ج: "يجوز لجهة الحكم بصفة استثنائية بالنسبة للأحداث البالغين من العمر أكثر من ثلاث عشر سنة أن تستبدل، أو تستكمل التدابير المنصوص عليها في المادة 444 بعقوبة الغرامة، أو الحبس المنصوص عليها في المادة 50 من قانون العقوبات إذا ما رأت ذلك ضروريا؛ فالمرجع منح القاضي سلطة واسعة في عقوبات الحدث بحيث يمكنه ممارسة سلطته في الاستبدال بشكل واسع؛ وبالموازاة مع ذلك نجد التشريع الإسلامي لا يوجب على الحدث غير البالغ العقوبة، يزجره القاضي بما يراه من اللوم والتوبيخ .

الفرع الثالث/ سلطة القاضي في الاستبدال من حيث مجال منح أو سلب سلطة

التقدير:

من مزايا الفقه الإسلامي وضوح وتكامل أحكامه وقواعده ومقاصده، ونتج عن هذا الوضوح في هذه الأبعاد وضوح التصنيف، فالتشريع الإسلامي في سلطة القاضي لا يمكن

فهمها بعيدا عن تقسيم العقوبات على أساس الحق الغالب في العقوبة، ومن ثم سهل على الفقهاء قديما وحديثا أن يقعدوا القواعد العامة الضابطة لنظام الشريعة في العقاب، الكاشفة عن فلسفته، ومن جملة ذلك أن التشريع الإسلامي يسلب القاضي أو الإمام سلطة التقدير في الجرائم الخطيرة، والتي فيها اعتداء مباشر على المصالح الضرورية، باستثناء عقوبة الحرابة على النحو الذي بيناه آنفا، بينما يمنح القاضي سلطة واسعة في الجرائم البسيطة غالبا وهي التي يستوعبها نظام التعزير؛ لكن هل التشريع الجزائري الجزائري على هذا المستوى من الوضوح؟.

إن المتتبع للنصوص التشريعية الجزائرية يلاحظ أنه تشريع يتسم بالدقة في ضبط سلطة القاضي في الاستبدال منحا وسلبا، بحيث نستطيع أن نقر بوضوح تام أن التشريع الجزائري سلب القاضي سلطة استبدال العقوبة في الجنايات لأن النصوص موجودة معلومة وصریحة أيضا، كما نستطيع أن نقرر أيضا أن التشريع الجزائري منح القاضي سلطة الاستبدال في الجنح والمخالفات، ماعدا حالة المسبوق قضائيا، كما قرر سلطة واضحة للقاضي في الاستبدال في جرائم الأحداث، لكن مشكلة التشريعات الوضعية عامة ومنها التشريع الجزائري أنها تشريعات ظرفية، تحكم اللحظة الراهنة، وهذا سر التعديلات المتلاحقة، والتي لا تتوقف؛ بينما التشريع الإسلامي وبمحكم ربانية مصدره نلاحظ أنه ضبط سلطة القاضي في جرائم الحدود والقصاص، لكن في جرائم التعازير ولأنها جرائم متطورة ومتغيرة، لم يضبطها بأحكام تفصيلية بل ضبطها بأسلوب في غاية المرونة يمكنه مجاراتها، فمنح القاضي سلطة تجعله في غنى عن الاستبدال إنها سلطة تقدير نوع العقوبة، وتحديد مقدارها، بل وإمكانية الجمع بين أكثر من عقوبة؛ وهذا أحد أسرار صلاحية التشريع الإسلامي لكل زمان ومكان.

الفرع الرابع/ مقاصد منح ومنع سلطة الاستبدال القضائي للعقوبة:

يلتقي الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في هذا المستوى في عدة مسائل جوهرية

أهمها:

أ/ إن منح القاضي سلطة ما أو سلبه إياها في كلا التشريعين لا يخلو من أغراض ومقاصد يراد تحقيقها، فلا مجال للعشوائية، مع التنبيه إلى التفاوت البين في هذه المقاصد تحديدا وضبطا من جهة، وتشريعا لما به تتحقق واقعا من جهة أخرى.

ب/ إن سلب القاضي سلطة الاستبدال يراد منه غالبا في كلا التشريعين تغليب مقصد الردع عن الجريمة، وإن كان التشريع الإسلامي يبدو أكثر حزما، لكونه لم يقر نظام الاستبدال إلا في بعض الحالات، هي في الواقع أقرب إلى تشريع عقوبات لأحوال طارئة منها إلى عقوبات بديلة، وقصد التشريع الإسلامي من هذا السلب هو أن الاستبدال يضعف الأثر الردعي للعقوبة، بينما نلاحظ أن التشريعات الجزائية الوضعية جعلته خيارا لمواجهة مشكلة الحبس قصير المدة من جهة لأنه لا يتيح تحقيق الإصلاح، ومن جهة أخرى مواجهة حالة عدم ملائمة العقوبة لظروف الجاني؛ وعلّة ذلك كله أن الشريعة الإسلامية بنيت أحكامها على مقتضى حقائق النفس البشرية، والأحوال النفسية للإنسان في مختلف تقلباتها، فخالق الإنسان أعلم بالإنسان وما يصلحه ويردعه، فكانت العقوبات الشرعية أذى في الأبدان غالبا.

ونظام العقوبة البديلة يلزم عنه بالضرورة أن تكون إحدى العقوبتين أخف، وهذا يضعف أثر الردع في النفوس، ومعلوم أن القاضي في النهاية بشر والإنسان بطبعه يتهرب من تحمل التبعات، وينفر من المسؤولية فإذا وجد القاضي عقوبتين إحداها مخففة، والأخرى غليظة فإنه بطبعه ينجح إلى الخفيفة، وبنقل إلى القارئ الكريم كلاما نفيسا لأحد خبراء الفقه الجنائي الإسلامي والوضعي إضافة إلى أنه مارس القضاء، فجمع بين العلم النظري والتطبيق العملي، يقول عبد القادر عودة رحمه الله تعالى: "ولقد نسي من وضع هذا السلطان العظيم في يد القضاة أنهم بشر، وأن في طبيعة البشر التهرب من حمل المسؤولية، وأن الإنسان إذا خير بين مسؤوليات سارع إلى حمل أخفها كما يسارع إلى الابتعاد عن أثقلها... فالقاضي يشعر عادة بثقل مسؤوليته حين يفكر في الحكم بالإعدام وتنفر نفسه غالبا من مثل هذا الحكم ولا يقدم عليه ما دام يستطيع أن يستبدل بالإعدام الأشغال الشاقة، وكذلك ينفر من الحكم بالأشغال الشاقة ويشعر بثقله على نفسه طالما كان في استطاعته أن يحكم بالسجن أو بالحبس... كذلك لا ينفر القاضي ولا يتردد أن يحكم بعقوبة ما أيا كان نوعها إذا لم يكن يستطيع أن يختار غيرها أو يستبدل بها أخف منها، وليس القاضي بدعا في هذا، وإنما هي طبيعة الإنسان لا تتغير حتى يتغير تكوينه، فمن طلب منه أن يأتي بما ليس في طبيعته فقد طلب المحال وباء بالخسران والوبال".

وزاد التشريع الجزائي الردع إضعافا، حين جعل تطبيق العقوبة البديلة (العمل للنفع العام) متوقفا على رضا المحكوم عليه، فهل ضعفت الثقة في العقوبة، وهان أمرها في السياسة

الجزائية المعاصرة إلى هذا الحد، ماذا بقي من معنى العقوبة إذا صار الحكم بها متوقفا على رغبة المحكوم عليه ورضاه؟؛ فكيف يجيز الجاني في العقوبة ولا يسمح لأولياء الدم في الاختيار بين القصاص العادل أو الدية؟؛ إن بنتام يأخذ المصابين بأذى الجريمة بعين الاعتبار ويطلب بتنويع العقوبات ترضية لهم⁽¹⁾.

بينما التشريعات الوضعية اجتهدت في تشريع عقوبات تبين لاحقا أنها لا تحقق إصلاحا ولا ردعا، فلما عجزت عن إيجاد البديل لم يكن هنالك بد من استحداث نظام العقوبة البديلة رجاء أن يجدي ذلك نفعا في الحد من الإجرام، بترك تقدير العقوبة للقاضي؛ وعبثا يحاولون، لئن لم ترجع البشرية إلى تشريع خالق الإنسان الذي يقول جل جلاله: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ

وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴿١٥﴾ (المالك/ 15) والذي يقول عقب عقوبة السرقة:

﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا

نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٤٠﴾ (المائدة/ 40)؛ فمنح القاضي

سلطة الاستبدال لو كان نوحا يصلح ويردع لكانت الشريعة سباقة إلى تشريعه وإحكام قواعده ومواضعه.

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، ص: 30.

المبحث الثالث / سلطة القاضي الجزائري في التدريج الكمي للعقوبة في الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري:

نتناول في هذا المبحث التعريف بمبدأ التدريج الكمي للعقوبة، ثم سلطة القاضي في تدريج العقوبة في التشريع الإسلامي، ويليه سلطة القاضي في تدريج العقوبة في التشريع الجزائري الجزائري، ثم نخصص في الأخير مطلباً نعقد فيه مقارنة بين التشريعين الإسلامي والجزائري.

المطلب الأول / تعريف التدريج لغة واصطلاحاً:

الفرع الأول / تعريف التدريج لغة:

التدريج من مادة "درج" وله في اللسان العربي عدة معان منها⁽¹⁾:

1/ المشي والمضي في السبيل: درج الرجل والضب يدرج دروجاً ودرجاناً أي مشى، ومضى لسبيله.

2/ الانقراض: درج القوم إذا انقرضوا والاندرج مثله، ودرج الرجل: مات، وفي المثل "أكذب من دب ودرج" أي: أكذب الأحياء والأموات.

3/ انقطاع النسل: يدرج الرجل إذا لم يخلف نسلاً، وهذا المعنى قريب جداً من المعنى الثاني لأن انقطاع النسل معناه الانقراض، كما أن الانقراض قد يحدث بأسباب مختلفة منها انقطاع النسل.

4/ عدم إنتاج الناقة: درجت الناقة وأدرجت إذا جازت السنة ولم تنتج فهي مدرجة، إذا كانت تلك عادتاً، وهذا المعنى أيضاً لا يخرج عن المعنى الثاني، لأن عدم الإنتاج معناه انقطاع النسل.

5/ طي الكتاب: أدرجت الكتاب طويته.

¹ - ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ص: 1351-1354، الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، ج 01 ص: 313-314.

6/ الإدناء شيئاً فشيئاً: درجه إلى كذا واستدرجه بمعنى أدناه منه على التدرج.

7/ جعل الشيء درجات: درج البناء جعل له درجا، مراتب بعضها فوق بعض.

8/ إطعام العليل شيئاً فشيئاً: درجت العليل تدريجاً إذا أطعمته شيئاً قليلاً، وذلك إذا نقه، حتى يتدرج إلى غاية أكله كما كان قبل العلة، درجة درجة.

فالمعاني التي تدور عليها كلمة "التدرج" هي: انقطاع الشيء، جعل الشيء على مراحل شيئاً فشيئاً، طي الشيء؛ والمعنى الثاني هو الذي بني عليه المعنى الاصطلاحي؛ أي جعل الشيء على درجات بحيث ينتقل من بدايته إلى نهايته، بقطعه درجة درجة، أو مرحلة مرحلة، تيسيراً على الشخص؛ وقد تكون هذه الدرجات حسية كما هو الحال في درج السلم أو البناء، وقد تكون معنوية كما هو الحال في التعليم، حيث يقسم إلى مراحل، ولكل مرحلة ما يناسب حال المتعلم من حيث نوع المعارف وحجمها، وليس يشترط في هذه الدرجات أو المراحل أن تكون متساوية دائماً، ويسمى أيضاً إعطاء الطعام للمريض شيئاً فشيئاً تدريجاً، فلا يعطى له الطعام دفعة واحدة كما كان حال صحته، بل يزداد له الطعام في كل مرحلة نوعاً وقدرًا إلى أن يستطيع تناول كل ما كان ممنوعاً عنه.

الفرع الثاني/ تعريف التدرج في الاصطلاح الشرعي بشكل عام:

يرى محمد الزحيلي أن التدرج نوعان⁽¹⁾:

أ/ التدرج في تنزيل الشريعة: وهو عبارة عن: "نزول الأحكام الشرعية على المسلمين شيئاً فشيئاً، طوال فترة البعثة النبوية، حتى انتهى بتمام الشريعة وكمال الإسلام".

ب/ التدرج في التطبيق: ويراد به:

¹ - محمد مصطفى الزحيلي، التدرج في التشريع والتطبيق في الشريعة الإسلامية، (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 2002) ص:

1/ "بيان الأحكام الشرعية للناس شيئاً فشيئاً، لتتم معرفتهم واستيعابهم لها، وإدراكهم لحقيقتها، التدرج فيها من الأيسر إلى ما يليه، ومن السهل إلى الأشد".

2/ "وضع الأحكام الشرعية في أنظمة وقوانين للانتقال بالأمة والمجتمع والدولة من الأنظمة الوضعية المطبقة عملياً إلى الأنظمة والقوانين المستمدة من الشريعة السمحة".

ويقول سامي بن إبراهيم سويلم: "فحقيقة التدرج هي تقدم الأهم على المهم، والأوجب على الواجب، إذ الأهم بالنسبة لما دونه بمنزلة الأساس للبناء؛ ولهذا كان تقديمه تمهيداً وتهيئة لإيقاع المهم والواجب"⁽¹⁾.

لقد جاءت الشريعة في أحكامها على التدرج، فنزل القرآن الكريم منجماً حسب الوقائع، فاقتضى ذلك التدرج بالمكلفين في الأمر والنهي، لصعوبة فطهم عما كانوا عليه فجأة؛ ومن أظهر الأمثلة على ذلك تحريم الخمر؛ يقول ابن عاشور: "ثم إن الله لم يهمل رحمته بالناس حتى في حملهم على مصالحهم فجاءهم في ذلك بالتدرج"⁽²⁾.

وبناء عليه يكون المقصود بالتدرج بشكل عام: تجرّع المكلفين الأحكام الشرعية شيئاً فشيئاً، بحسب ما تقتضيه حكمة التشريع من عدم مصادمة الفطرة البشرية، بحملها على الأمر والنهي جملة؛ فتركه جملة؛ وهذا بالضبط ما قصده عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه حين قال لولده: "لا تعجل يا بني؛ فإن الله ذم الخمر في القرآن مرتين، وحرمها في الثالثة، وأنا أخاف أن أحمل الحق على الناس جملة، فيدفعونه جملة، ويكون من ذلك فتنة"⁽³⁾.

الفرع الثالث/ تعريف التدرج الكمي للعقوبة:

لم يضع الفقهاء المسلمون تعريفاً لمصطلح التدرج الكمي للعقوبة، لكنهم تحدثوا عن التناسب بين العقوبة والجريمة في عقوبات التعازير، وأن العقاب ينبغي أن يكون مناسباً للجاني

¹ - سامي بن إبراهيم سويلم، فقه التدرج في تطبيق الاقتصاد الإسلامي (1428هـ - 2007) ص: 06.

² - محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج2 ص: 340، ينظر أيضاً: مجموعة مؤلفين، معجم مصطلحات العلوم الشرعية، ط 02 (الرياض: السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، 1439هـ - 2017) م 01 ص: 419-420.

³ - أحمد بن محمد بن عبد ربه الأندلسي، العقد الفريد، تحقيق: عبد المجيد الترحيني، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1404هـ - 1983) ج 05 ص: 185.

وجنابته، ومنزلة المجني عليه، بحيث لا يقل عن القدر الرادع، ولا يزيد عن الحد فيصير نكايه؛ قال القراني: "قال إمام الحرمين: متى كان الجاني ينزجر بالكلمة أو بالضربة الواحدة لم تجز الزيادة، لأن الأذية مفسدة يقتصر منها على ما يدرأ المفسد؛" كما نبه البعض أيضا إلى مبدأ التناسب في العقوبات بشكل عام، يقول ابن عاشور: "ولذلك لم يجز أن تكون الزواجر والعقوبات والحدود إلا إصلاحا لحال الناس بما هو اللازم في نفعهم، دون ما دونه، ودون ما فوقه، لأنه لو أصلحهم ما دونه لما تجاوزته الشريعة إلى ما فوقه، ولأنه لو كان العقاب فوق اللازم للنفع لكان قد خرج إلى النكايه دون مجرد الإصلاح"⁽¹⁾؛ بل وجدنا عند فقهاءنا القدامى من استعمل مصطلح التدرج وبالمعنى نفسه المتعارف عليه اليوم، إضافة إلى أنهم عرفوا التدرج في نوع العقوبة أيضا، وليس في القدر فقط؛ يقول الماوردي الشافعي: "فتدرج (أي عقوبة التعزير) في الناس على قدر منازلهم: فإن تساوا في الحدود المقدره فيكون تعزير من جل قدره بالإعراض عنه، وتعزير من دونه بالتعنيف، وتعزير من دونه بزواجر الكلام وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس، الذي يحبسون فيه على حسب ذنبهم، وبحسب هفواتهم، فمنهم من يحبس يوما، ومنهم من يحبس أكثر منه إلى غاية مقدره، وقال أبو عبد الله الزيري من أصحاب الشافعي: تقدر غايته بشهر للاستبراء والكشف، وبسته أشهر للتأديب والتقويم، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى النفي والإبعاد إذا تعدت ذنوبه إلى اجتذاب غيره إليها، واستضرار غيره بها"⁽²⁾؛ وبناء على هذه النصوص الفقهية يمكن القول إن المراد بالتدرج الكمي للعقوبة في الفقه الإسلامي في التعازير:

" تحديد القاضي لمقدار العقوبة التعزيرية بما يناسب حال الجاني، والمجني عليه، وظروف الجنائية وغير ذلك من الاعتبارات الشرعية".

وهذا التعريف ينطبق على التحديد القضائي الذي ليس له حد معلوم منصوص عليه، وعلى القول بأنه لا يبلغ الحد، يلزم إضافة قيد "على ألا يبلغ به الحد"؛ والملاحظ على كلا القولين أن التشريع الإسلامي لم يضع حدا أدنى للعقوبة، وهو قول عامة الفقهاء - فيما نعلم - باستثناء صاحب كنز الدقائق من الحنفية في عقوبة الجلد، حيث جعل حدا أدنى

¹ - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 100.

² - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 310، الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج 11 ص: 289.

ثلاثة أسواط⁽¹⁾، وهو قول يردده اتفاق الفقهاء على إطلاق يد القاضي من جهة، ومن جهة أخرى اتفاقهم على التعزير بما هو أدنى من ذلك، كاللوم والتوبيخ ونحوهما، فصارت الأسواط الثلاثة محصورة بين حدين، كلاهما يصح التعزير به؛ فلم يعد للتحديد معنى.

أما في الفقه الوضعي فقد وضع له الفقهاء عدة تعريفات أذكر منها:

1/ أكرم نشأت إبراهيم: عرف أكرم نشأت إبراهيم التدرج الكمي القضائي للعقوبة

بقوله: "نظام التدرج الكمي القضائي للعقوبة يتمثل في تحديد المشرع حدا أدنى وحدا أعلى للعقوبات التي تقبل طبيعتها التبعية، وتركه للقاضي سلطة تقدير العقوبة بين هذين الحدين"⁽²⁾.

يريد الباحث أكرم نشأت من قيد الكمي مقدار العقوبة؛ لأن العقوبة قد تدرج نوعا أيضا، ويريد بقيد القضائي الاحتراز من التدرج التشريعي، لأن المشرع الجزائي في الأصل هو الذي يحدد مقدار العقوبة على درجات متفاوتة، بحيث يجعل لكل عقوبة قابلة للتبعية حدين أدنى وأعلى، ويمنح القاضي سلطة تحديد المقدار المناسب.

2/ وعرفها حاتم بكار بأنها: "سلطة تقدير العقوبة بين حديها ضمن النص العقابي،

فالمشرع يضع العقوبات التي تقبل التبعية بطبيعتها بين حدين أحدهما أدنى والآخر أعلى، ويخول القاضي سلطة تقدير العقوبة الملائمة بين هذين الحدين"⁽³⁾.

3/ وعرفتها الباحثة قريمس سارة بقولها: "يقوم نظام التدرج الكمي للعقوبة على تحديد

المشرع حدا أدنى وحدا أعلى للعقوبات التي تقبل طبيعتها التبعية، وترك سلطة تقديرية للقاضي في تقدير العقوبة بين هذين الحدين"⁽⁴⁾.

¹ - ابن نجيم، البحر الرائق، ج 05 ص: 79-80.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 67.

³ - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 191.

⁴ - قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 87.

4/ أما محمد علي الكيك فيقول: "ما يتمتع به القاضي الجنائي في تدرج العقوبات المطروحة عليه، واختيار القدر المناسب منها في حدودها العليا والدنيا، في ضوء الواقعة وملاساتها وظروف المتهم"⁽¹⁾.

5/ وعرفها يوسف جوادي بقوله: "يمكن أن يعرف التقدير الكمي للعقوبة بأنه سلطة تقدير العقوبة بين حديها ضمن النص العقابي، فالمشرع يضع العقوبات، التي تقبل التبعض بطبيعتها بين حدين أحدهما أدنى والآخر أعلى، ويجول القاضي سلطة تقدير العقوبة الملائمة بين هذين الحدين"⁽²⁾.

فالقاضي يجرع الجاني العقوبة وفق تلك الدرجات التي وضعها المشرع؛ وكل مجرم ودرجة العقوبة التي ينالها بحسب شخصيته وظروف جرمته، فهناك مجرم ينزل القاضي بعقوبته إلى حدودها الدنيا، وهناك مجرم يرفع القاضي عقوبته إلى حدها الأعلى، وهناك مجرم يتوسط القاضي في عقابه، فيقدر درجة وسطا في عقوبته وهكذا، و في كل الأحوال لا يكون اختيار مقدار العقوبة عشوائيا، بل هو مبني على معطيات موضوعية، يرجع بعضها إلى شخصية الجاني، وبعضها إلى ظروف الجريمة ووسائلها، وحال المجني عليه.

إذا كانت سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة ذات أهمية بالغة في تفريد العقاب، فإن منح القاضي سلطة تحديد مقدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى لا يقل عنها أهمية أيضا؛ بل ذهب بعض الباحثين إلى اعتباره حجر الزاوية لسلطة القاضي في تحديد العقوبة؛ والصحيح في نظرنا أن الأمر سيان في الجانبين؛ فسلطة اختيار نوع العقوبة وسلطة تحديد مقدارها كلاهما بنفس الدرجة؛ لأن الغاية هي تحديد العقوبة المناسبة؛ ومعلوم أن ذلك لا يتم بالنجاح في تحديد نوع العقوبة فقط، أو تحديد مقدارها فقط، بل لا بد من الأمرين معا، وهذا يجعل عملية التقدير القضائي متكاملة، لا تغني إحداها عن الأخرى.

¹ - محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتشديدها ووقف تنفيذها، ص: 105.

² - يوسف جوادي، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 19-20.

وقد برز نظام التدرج الكمي القضائي للعقوبة لأول مرة في قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810، وكان في بدايته يشكل مساحة ضيقة لسلطة القاضي في التقدير، ثم بدأ يتسع وتتطور أنماطه، ليتحول إلى عدة أشكال أكثر مرونة في التشريعات الحديثة؛ وذلك بتأثير التيارات الفقهية الوسطية المتجهة نحو تفريد العقاب، وساعدها في ذلك أيضا انحسار مساحة عقوبة الإعدام والسجن المؤبد⁽¹⁾.

والأساس القانوني لهذا النظام هو النصوص التشريعية؛ حيث يضع المشرع للعقوبة حدين أعلى وأدنى، ويترك للقاضي سلطة تحديد المقدار المناسب، بحسب شخصية المجرم وظروف جرمته⁽²⁾.

المطلب الثاني/ سلطة القاضي في تدرج العقوبة في الفقه الإسلامي:

يتوزع الحديث عن سلطة القاضي في التدرج الكمي للعقوبة على بندين اثنين، الأول منهما لعقوبات الحدود والقصاص، وأما الثاني فأخصصه لعقوبات التعازير.

الفرع الأول/ سلطة التدرج القضائي في الحدود والقصاص:

بينت في بداية هذا الفصل أن القاضي في عقوبات الحدود ليس له أي سلطة في اختيار العقوبة، أو تحديد مقدارها، لأن العقوبات الحدية محددة سلفا نوعا وقدرًا، ولم تضع الشريعة للعقوبات التي تقبل التبعض أي التجزئة حدين أدنى وأعلى، بحيث يختار القاضي بينهما ما يراه ملائما للجاني وجنائته؛ بل وضعت حدا واحدا، وعلى القاضي أو الإمام أن يوقعه على الجاني بغض النظر عن ظروفه، أو ظروف جرمته؛ ومقصد الشريعة من وراء ذلك، تغليب مقصد الردع بشقيه العام والخاص؛ حتى ينزجر الناس، لأن جرائم الحدود اعتداء مباشر

¹- أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 67، حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 191.

²- محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتشديدها ووقف تنفيذها، ص: 106.

على مصالح حيوية للفرد والجماعة؛ ولذا لم تعر الشريعة حال الجاني، ولا ظروف جنايته أي اعتبار.

والعقوبات التي تقبل التبعض بطبيعتها، ووضعت لها الشريعة حدا واحدا: الجلد مائة جلدة في جريمة الزنا، والتغريب مدة عام، وثمانون في جريمة القذف، فإذا ثبتت هذه الجرائم فليس هناك بد من تطبيقها كاملة غير منقوصة.

كما توجد عقوبات تقبل التبعض أيضا في الحدود، لكن الشريعة لم تضع لها حدا معيناً، مثل النفي في عقوبة الحرابة، سواء كان المراد به الحبس، أو الملاحقة المستمرة فلا يتزكون يأوون إلى بلد، فذهب عامة الفقهاء إلى أنه يجب إلى أن تظهر توبته وهو قول المالكية⁽¹⁾ والحنفية⁽²⁾ وهو قول عند الشافعية، وذكر ابن قدامة أن الأصحاب لم يذكروا قدر مدته، فيحتمل أن يكون حتى ظهور التوبة، ويحتمل سنة، لكن صاحب منتهى الإرادات حسم القول بأنه مرتبط بظهور التوبة⁽³⁾ وللشافعية قول ثان وهو أن يحبس ستة أشهر، وقيل سنة ينقص منها ولا يزداد عليها⁽⁴⁾؛ وذهب القرافي إلى إطالة حبسه، بحيث لو علمت توبته قبل طول السجن لم يخرج؛ لأن طول السجن حد⁽⁵⁾؛ كما أضاف المالكية إلى الحبس الضرب، لكن تركوا تحديد قدره للإمام، على حسب الجرم، وكثرة مقام المحارب في فساد⁽⁶⁾.

تشارك عقوبات القصاص مع الحدود في حرمان القاضي من ممارسة سلطته التقديرية في اختيار العقوبة نوعاً وقدرًا؛ وتنفرد عقوبات القصاص بكونها تتحدد بنوع الاعتداء الحاصل من الجاني ومداه؛ فإن قتل قتل وهكذا، فمعيار تحديد العقوبة هو المماثلة مع جناية الجاني بشكل عام؛

¹ - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02 ص: 456، ابن الجلاب، التفرغ، ج 02 ص: 233، الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 430.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 95، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997) ج 05 ص: 113.

³ - ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 483، اليهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 266.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 360.

⁵ - القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 132.

⁶ - الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 430.

إلا أن الفقهاء استثنوا جرائم ما دون النفس إذا كان يغلب على الظن تجاوز مبدأ القصاص إلى تلف الجاني كما مر؛ وبناء على ما سبق، ليس للقاضي في عقوبات القصاص أي سلطة في تحديد مقدار العقوبة.

ومع ذلك وجدت بعض الحالات الاستثنائية التي خرجت عن هذا الأصل أو القاعدة العامة، ومن ذلك ما قال به المالكية من وجوب تعزير الجاني إذا عفي عنه في جرائم القتل، والجراح العمد⁽¹⁾، وذلك بضربه مائة وحبسه سنة؛ وذكر ابن قدامة أنه قول الأوزاعي والليث بن سعد أيضا⁽²⁾، وذهب الشافعي أيضا إلى تعزير من سقط عنه القصاص في حال الاشتراك، كحر وعبد في قتل عبد، أو مسلم ونصراني في قتل نصراني، أو أب وأجنبي في قتل الابن، يقول الشافعي: "فعلى الذي عليه القصاص القصاص، وعلى الآخر نصف الدية في ماله وعقوبة إن كان الضرب عمدا"⁽³⁾، وإطلاق القول بالعقوبة يفيد أنها ترجع إلى تقدير الإمام، فله سلطة تقديرها.

وقد رجحت من قبل وجوب التعزير عموما، ولمن عرف بالشخص خصوصا، لكن دون تحديد نوع العقوبة أو قدرها، وهو قول أبي ثور كما نقل ابن رشد⁽⁴⁾ وهو ما رجحه بعض الباحثين المعاصرين؛ والقول بالتعزير عند سقوط القصاص دون إلزامه بنوع العقوبة أو قدرها يمنح القاضي سلطة واسعة في التقدير الكمي للعقوبة، بحيث يراعي في التقدير درجة الخطورة الإجرامية، وظروف الجناية، وحال المجني عليه، وغير ذلك من الاعتبارات التي تقوده إلى التقدير السليم؛ والله أعلم.

الفرع الثاني/ سلطة القاضي في تدرج العقوبة التعزيرية:

سبق القول أن أوسع مجال لسلطة التقدير القضائي في التشريع الإسلامي هو التعازير، وذلك باتفاق الفقهاء، وهذه السعة منحت تنوعا واضحا في كيفية تدرج العقوبة، والتي يمكن تقسيمها إلى أربع كفاءات:

¹ - مالك، المدونة، ج 04 ص: 570، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 218.

² - مالك، المدونة، ج 04 ص: 633-634، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 421، ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02 ص: 404، ابن قدامة، المغني، ج 11 ص: 584.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12 ص: 127.

⁴ - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02 ص: 404.

1/ التدريج في النوع: وهو تدرج لا وجود له البتة في التشريعات الجزائرية الوضعية، ومعناه أن القاضي يتدرج بالجاني من حيث نوع العقوبة التي تصلحه و تردعه، فبعض الناس يكفيه مجرد الإعلام، و بعضهم لا بد من أن يقف بين يدي القاضي للتوبيخ والتعنيف، وآخر يتطلب الأمر الجلد بحسب ذنبه وخسته، وآخر استمرراً المعصية فليس أمام القاضي من خيار إلا حبسه حتى تظهر توبته، وصنف لا يكفي فيه الحبس بل يضاف إليه التثقيب بالحديد ونحوه لعله ينزجر، وصنف آخر لا يندفع شره وأذاه إلا بالقتل؛ قال ابن فرحون: "والتعزير لا يختص بالسوط واليد والحبس، وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الإمام، قال الأستاذ أبو بكر الطرطوشي في أخبار الخلفاء المتقدمين: إنهم كانوا يعاملون الرجل على قدره وقدر جنائته، فمنهم من يضرب، ومنهم من يجبس، ومنهم من يقام واقفا على قدميه في المحافل، ومنهم من تنزع عمامته، ومنهم من يحل إزاره،..."⁽¹⁾، ثم نقل ابن فرحون عن القرافي رحمه الله تعالى معنى مهما في التعزير وهو أنه يختلف أحيانا من بيئة إلى أخرى، فبعض التعزيرات تكون إيلا ما نفسيا للجانبي في بلد، و في بلد آخر تعد إكراما للشخص، ومن أمثله كشف الرأس، فإنه في بلاد الأندلس في ذلك الزمن لا يعد هوانا، بينما في العراق ومصر يعد هوانا⁽²⁾.

2/ التدرج في العدد: يقول ابن المنذر رحمه الله تعالى: "لم نجد في عدد الضرب في التعزير خبرا ثابتا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن للإمام أن يعزر في بعض الأشياء؛ وقد اختلفوا في المقدار، فمن قائل لا يزيد على عشرة أسواط، وقيل عشرين، وقيل ثلاثين، وقيل لا يزيد على أربعين، وهناك قول أن التعزير على قدر الجرم، وهذا قول مالك، وقد روي عنه أنه أمر بضرب مائة وحبس سنة، وهو مذهب أبي ثور أن يضرب أكثر من الحد إذا كان الجرم عظيما"⁽³⁾؛ وهذا القول يعني أن سائر التحديدات

¹ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 219، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 118، وينظر أيضا: العيني، البناية شرح الهداية، ج 06 ص: 323.

² - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 219.

³ - ابن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج 07 ص: 278 - 279.

التي ذكرها الفقهاء إنما هي اجتهادات، ويؤكد ذلك الاختلاف العظيم بين المذاهب، بل حتى داخل المذهب الواحد في الحد الأقصى للضرب، أي الجلد، وإليك تفصيل ذلك:

1/ الحنفية: ذهب الحنفية إلى أنه إذا كانت الجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد فالإمام بالخيار في العقوبة وقدرها، فيعززه بالضرب أو الحبس أو الاستخفاف بالكلام، وإن كان لجناية من جنسها ما يوجب الحد، لكنه لم يجب لفقد شرطه، كما لو قال لصبي أو مجنون: يا زاني، فيعززه بالضرب وأقصاه تسعة وثلاثون عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف خمسة وسبعون، وفي رواية تسعة وسبعون، واضطرب قول محمد بن الحسن، وذهب صاحب كنز الدقائق إلى أن أقله ثلاثة أسواط، لكن الصحيح عندهم أنه راجع لتقدير الإمام أو القاضي وذلك لاختلاف أحوال الجناة⁽¹⁾، ودليلهم قوله عليه السلام⁽²⁾: "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين".

2/ المالكية: ومشهور مذهب المالكية أن التعزيز إلى الإمام في نوعه، ولا حد لأكثره، فيعززه بما يراه مناسبا، ولو جاوز الحد، يقول خليل بن إسحاق: "وعزر الإمام لمعصية الله، أو لحق آدمي حبسا، ولوما، وبالإقامة، ونزع العمامة، و ضرب بسوط، أو غيره، وإن زاد على الحد؛ ونقل المالكية أن مالكا - وهو من جلة السلف - أمر بضرب شخص وجد مع صبي أربعمئة سوط مجردا، فانتفخ ومات، ولم يستعظم ذلك مالك رحمه الله⁽³⁾؛ ويرى بعضهم أنه ليس له أن ينتهي به إلى

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 64، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 05 ص: 79-80، العيني، البناء شرح الهداية، ج 06 ص: 366، ظفر العثماني، إعلاء السنن، ج 09 ص: 4517.

² - الزيلعي الحنفي، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة وحسن عبجي، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة الريان، 1418هـ - 1997) ج 03 ص: 354 كتاب الحدود، باب القذف، فصل في التعزير، الحديث رقم: 5621، محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، ص: 793، حديث رقم: 5503، وحكم عليه بالضعف، كما ضعفه أيضا في سلسلة الأحاديث الضعيفة تحت رقم: 4568.

³ - الوائلي، المعيار العربي، ج 02 ص: 417-418، الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 438.

القتل، قال ابن شاس^(*): "لا يلزمه في التعزير الاقتصار على مادون الحد، ولا له انتهاء به إلى القتل"⁽¹⁾.

3/ الشافعية: وذهب الشافعية إلى أن الإمام يجتهد في جنسه وقدره، لكن إذا جلد وجب أن ينقص عن أربعين جلدة، لأنه أدنى الحد بالنسبة للحر، وعن عشرين بالنسبة للعبد؛ وقيل ينقص عن عشرين بإطلاق، لأنها حد العبد، وهو داخل في المنع الوارد في قوله عليه السلام⁽²⁾: "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين"⁽³⁾.

4/ الحنابلة والظاهرية: اختلف عن أحمد رضي الله عنه في قدره، فقليل لا يزداد على عشر جلدات، لقوله عليه الصلاة والسلام⁽⁴⁾: "لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط، إلا في حد من حدود الله تعالى"؛ وهي الرواية التي ذكرها الخرقى^(*)؛ والرواية الثانية لا يبلغ به الحد، وهي محتملة أنه أراد لا يبلغ أدنى حد مشروع، فلا يبلغ أربعين سوطا لأنه حد العبد في الخمر والقذف؛ وإذا قلنا إن حد الخمر أربعون سوطا لم يبلغ أربعين سوطا في حق الحر، و عشرين سوطا في حق العبد، فلا يزداد في الحر على تسعة وثلاثين سوطا في الحر، ولا يزداد على تسعة عشر سوطا في العبد؛ واستحسن ابن قدامة القول بأن هذا في غير ما ورد به الأثر، فقد روي عن عمر وسعيد بن المسيب في رجلين بينهما امرأة فوطئها أحدهما، يجلد مائة سوط

* ابن شاس: أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار بن عشائر بن شاس الجذامي السغدئي المصري المالكي، سمع من عبد الله بن بركي النحوي، وحدث عنه الحافظ المنذري، مات غازيا بشعر دمياط سنة (616هـ). الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 22 ص: 98 - 99.

¹ - القاضي عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، ط 01 (بيروت: لبنان، دار ابن حزم، 1420هـ - 1999) ج 02 ص: 928، الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 437 - 438، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 118، عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل، ج 02 ص: 442.

² - الزيلعي، نصب الراية محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، حديث رقم: 5503، وحكم عليه بالضعف، كما وضعفه أيضا في السلسلة الضعيفة تحت رقم: 4568.

³ - ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ط 01 (بيروت: لبنان، دار المعرفة، 1418هـ - 1997) ج 04 ص: 254، الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج 11 ص: 289 - 291.

⁴ - البخاري، الجامع الصحيح، ط 01 (دمشق، بيروت، دار ابن كثير، 1423هـ / 2002) ص: 1694 كتاب الحدود، باب كم التعزير والأدب، الحديث رقم: 6848.

* الخرقى: أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الغدادي الحرقى الحنبلي، تفقه بوالده الحسين، من تصانيفه المختصر المشهور في مذهب الإمام أحمد؛ توفي سنة (334هـ). الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 15 ص: 363 - 364.

إلا سوط واحد⁽¹⁾؛ وليس لأقل التعزير عند أحمد حد⁽²⁾؛ وذهب ابن حزم الأندلسي رحمه الله إلى أنه لا يزداد في التعزير على عشر جلدات مطلقاً، للحديث السابق " لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط، إلا في حد من حدود الله تعالى"⁽³⁾؛ وقد تعقب ابن تيمية رحمه الله تعالى عدم الزيادة على عشر جلدات بناء على الحديث بقوله⁽⁴⁾: "ومراد الحديث أن من ضرب لحق نفسه، كضرب الرجل امرأته في النشوز، لا يزيد على عشر جلدات".

وقد رجح بعض الباحثين المعاصرين عدم تحديد التعزير مطلقاً، في جنسه و قدره و صفته⁽⁵⁾؛ وهو الرأي الذي نميل إليه، ونراه يستقيم مع طبيعة جرائم التعازير؛ لأن هذا النطاق من الجرائم لا يمكن ضبطه بعقاب محدد، أو مقدار معين؛ فالجناة قد يرتكبون الجرم نفسه، ومع ذلك لا يكونون سواء في العقوبة؛ ومن أطرف ما نقلته لنا بعض كتب الفتاوى أن رجلين ارتكبا ما يوجب التعزير، أحدهما من الأشراف، والآخر من أراذل الناس وأخسائهم، فأحضرهما الوالي واحداً واحداً، فقال للشريف: "... ماذا فعلت؟! أيليق ذلك بشرفك ومقامك؟!؛ وأمر الوالي بأن يضرب الثاني خمسمائة جلدة؛ فقال بعض الحاضرين للوالي: كيف هذا وقبحتهما (جرمتهما) واحدة؟!، فأجاب: إن ذلك الشريف سيتأثر مما قلت له، وربما هلك بذلك؛ أما ذلك الخسيس فسيعود لما هو أقبح؛ فما مضت إلا مدة يسيرة حتى مرض الشريف ومات، وعاد الخسيس لما هو أشنع"⁽⁶⁾.

والملاحظ أن الحنفية يتقاطعون مع المالكية في القول بعدم التحديد في الجرائم التي فيها حد من جنسها؛ ولعل هذه الواقعة من هذا القبيل؛ وبالمقابل نجد بعض التحديدات التي لا تتفق - فيما نرى - مع المرونة التي أرادها الشارع في تحديد جنس العقوبة التعزيرية:

¹ ابن أبي شيبة، المصنف، ج 09 ص: 364-365 كتاب الحدود، في الحارية تكون بين الرجلين فوق عليها أحدهما، الحديث رقم: 28991.

² ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 525، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 227، المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 220-221.

³ ابن حزم، المحلى، ج 11 ص: 404.

⁴ ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص: 95.

⁵ الرافي بدر بن عبد الله بن راشد الديداني، أثر تكرار ارتكاب الموجب للعقوبة التعزيرية وتطبيقاته القضائية، ص: 34، عبد الرحيم صدقي، الجريمة والعقوبة، ص: 208.

⁶ محمد كامل ابن مصطفى بن محمود الطرابلسي، الفتاوى الكاملة في الحوادث الطرابلسية على مذهب أبي حنيفة، ص: 46، عبد الرحيم صدقي، الجريمة والعقوبة، ص: 209.

أ/ فعند المالكية وعلى خلاف مشهور المذهب، وهو عدم تحديد التعزير لا جنسا ولا قدرا، يقول الونشريسي: "نقل الزناتي في شرح التهذيب عن أبي عمران على ابن حبيب أن مادون الحد أربع مراتب:

أعلاها: العقوبة ويتجاوز بها الحد على قدر المعاقب، ثم التعزيرات وهو من أربعة إلى خمسين، ثم النكال، وهو من عشرة إلى سبعة عشر، ثم الأدب وهو من سبعة عشر⁽¹⁾، ونقل أبو القاسم بن عظوم النص نفسه مع بعض الاختلاف في التقدير⁽²⁾؛ فالتعزير إذن مراتب؛ وهذا لا إشكال فيه، إنما الإشكال حين نقوم بتحديد الحد الأدنى والأعلى للعقوبة، ويتحول هذا التحديد إلى قاعدة عامة؛ فنقول مثلا: إذا فعل كذا فعليه نكال، أي من عشرة أسواط إلى سبعة عشر، أو العقوبة أي تجاوز الحد؛ فهنا نصبح أمام تحديد واضح يخالف مذهب مالك رحمه الله تعالى، كيف لا وهو الذي منع التحديد عن طريق العرف، في مسائل يغلب فيها حق العبد باتفاق، وهي الدية، يقول الإمام مالك رحمه الله: "ولو جرى أهل بلد على عقل مسمى فيما دون الموضحة، لرأيت أن يبطل ذلك الإمام ولا يحكم به"⁽³⁾.

ب/ ونقل الماوردي من الشافعية عن أبي عبد الله الزبيري^(*): "... فإن كان الذنب في التعزير بالزنا روعي منه ما كان، فإن أصابوهما بأن نال منها ما دون الفرج، ضربوهما على التعزير وهو خمس وسبعون سوطا، وإن وجدوهما في إزار لا حائل بينهما متباشرين غير متعاملين للجماع ضربوهما ستين سوطا، وإن وجدوهما غير متباشرين ضربوهما خمسين، وإن وجدوهما في

¹ - الونشريسي، المعيار المغرب، ج 02 ص: 420.

² - أبو القاسم بن عظوم، كتاب الأجوبة، ج 07 ص: 220.

³ - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 13 ص: 399.

* أبو عبد الله الزبيري: أبو عبد الله الزبير بن أحمد بن سليمان بن عبد الله بن عاصم بن المنذر بن حواري رسول الله صلى الله عليه وسلم الزبير بن العوام القرشي الأسدي، الزبيري البصري الشافعي الضرير، حدث عن محمد بن سنان القزاز، وأبي داود وطائفة؛ روى عنه أبو بكر التقي، وعمر بن بشران، وعلي بن لؤلؤ الوراق، وابن مجتهد الدقاق، وله مصنفات منها: الكافي، كتاب (النية)، كتاب (ستر العورة)، كتاب (الهدية)، رياضة المتعلم، مات (317هـ)، وقيل سنة (320هـ) الدهي، سير أعلام النبلاء، ج 15 ص: 57 - 58، أبو إسحاق الشيرازي الشافعي، طبقات الفقهاء، تحقيق: إحسان عباس، (بيروت: لبنان دار الرائد العربي) ص: 108.

بيت متبدلين عريانين غير متباشرين ضربوهما أربعين سوطاً، وإن وجدوهما خالين في بيت عليهما ثيابهما ضربوهما ثلاثين سوطاً، وإن وجدوهما في طريق يكلمها وتكلمه ضربوهما عشرين سوطاً، وإن وجدوه يتبعها ولم يقفوا على غير ذلك يحققوا، وإن وجدوهما يشير إليها وتشير إليه بغير كلام ضربوهما عشرة أسواط"⁽¹⁾؛ ونحاً المنحى نفسه في التدرج في عقوبة ما دون السرقة، وكذلك نقل بعض الحنفية بعض مراتب التعزير وإن لم يذكروا المقادير⁽²⁾ وهذا كله في اعتقادنا محل نظر، لأن التعازير كما هو متفق عليه، يراعى فيها حال الجاني، وطبيعة الجناية وظروفها، وزمانها ومكانها، بينما هذه التحديدات لا تراعى في الجريمة أفعال الجاني من حيث قربها أو بعدها عن الحد، فأين مراعاة الأحوال المذكورة؟!.

نعم، يمكن استئناس القضاة وخصوصاً المبتدئين منهم بهذه التحديدات، وخاصة في بعض الحالات العامة التي ليس فيها خصوصية في الجاني، أو الجني عليه، أو الجناية، تقتضي أخذه بالشدّة، أو النزول بالجزاء إلى أدنى حد له؛ وتفسيرنا لهذا التقديرات هو أن هؤلاء الفقهاء فعلوا ذلك لتيسير الاجتهاد على القضاة وولاة الأمور، كما فعل الأئمة المجتهدون في تحديد عقوبة لكل جناية في جريمة الحراة على ما ذكر الإمام محمد رشيد رضا⁽³⁾.

3/ التدرج في الصفة: أي التدرج في شدة الألم؛ وهو تدرج تفردت به شريعتنا الغراء، إذ لا وجود لهذا النوع من التدرج في التشريعات الجزائية الوضعية أيضاً، وسبب ذلك طبيعة العقوبات الشرعية التي تعتمد على الإيلام البدني باعتباره مشتركاً فطرياً في الناس كافة؛ فيرى الحنفية أن أشد الضرب التعزير؛ ثم الزنا، ثم الشرب، ثم القذف؛ وعلّة كون التعزير أشدها إيلاماً أنه نقص عن الحد من حيث العدد، فلا يحصل الانزجار به إلا بزيادة الإيلام في الصفة⁽⁴⁾؛ ويرى المالكية أن عقوبات الحدود جميعاً سواء من حيث الإيلام والصفة، يقول

¹ - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 311.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 64، العيني، البناية شرح الهداية، ج 06 ص: 363.

³ - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج 06 ص: 362 وما بعدها.

⁴ - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1421هـ - 2000)، ج

02 ص: 186.

القاضي عبد الوهاب: "والحدود كلها سواء في الإجماع، والصفة"⁽¹⁾، وظاهر مذهب الشافعية أنه لا فرق بين العقوبات الشرعية سواء أكانت حدوداً أم تعازير فالعقوبة من حيث الشدة واحدة⁽²⁾، ويرى الحنابلة أن أشد الضرب في الحد ضرب الزاني، ثم حد القذف، ثم حد الشرب، ثم التعزير⁽³⁾.

4/ التدرج في المدة: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁽⁴⁾ والمالكية⁽⁵⁾ وهو قول عند الشافعية في المحارب⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ إلى عدم تحديد الحد الأقصى لعقوبة الحبس، وأنها موكولة إلى اجتهاد الإمام؛ وترتبط مدته بحصول التوبة للكف عن الأذية، وللشافعية قول آخر، وهو أن الحبس في كل الأحوال، سواء كان في حد الحرابة أو التعزير، ينبغي ألا يبلغ أدنى الحدود، ثم اختلفوا، فقيل لا يزيد على ستة أشهر، لأنه أقصى مدة التغريب في العبد الزاني، وقيل لا يزيد على سنة، لأنه حد تغريب الحر في الزنا، وينقص عنها ولو بيوم؛ ثم علل الماوردي ذلك بقوله⁽⁸⁾: "لئلا يبلغ بما ليس بحد حداً، كما لا يبلغ بالضرب في التعزير أدنى الحدود".

تؤكد هذه النقول من مختلف المذاهب الفقهية ما سبق تقريره من أن سلطة القاضي في تدرج العقوبة تبلغ ذروتها في مجال التعزير، بل ثبت لدينا بما لا يدع مجالاً للشك أن التشريع الجزائي الإسلامي لم يدرج العقوبة بما يناسب كل جان وجنائته فحسب، بل تجاوز ذلك إلى التفنن في وضع أساليب وأشكال متنوعة لتحقيق التدرج.

¹ - القاضي عبد الوهاب البغدادي، التلقين، ص: 505، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ص: 575-576.

² - ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 04 ص: 250، سليمان بن محمد البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1417هـ-1997) ج 05 ص: 41.

³ - ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 511، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 171، المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 150.

⁴ - ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، ج 05 ص: 71، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 02 ص: 185-186.

⁵ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 240-241.

⁶ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 360.

⁷ - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 228، 266، المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 223.

⁸ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 360.

المطلب الثالث/ سلطة القاضي في تدرج العقوبة في القانون الجزائي الجزائري:

يمكن التمييز في نظام التدرج أو التقدير الكمي في القانون الجزائي الوضعي -ومنه القانون الجزائري- بين نوعين من التدرج: التدرج الكمي الثابت، و التدرج الكمي النسبي، وستتناول كل نوع في بند مستقل.

الفرع الأول/ التدرج الكمي الثابت:

تعتمد التشريعات العقابية المعاصرة في أغلبها التقسيم الثلاثي للجرائم وهو: الجنايات، الجنح، والمخالفات، كما تنص هذه التشريعات على أنواع العقوبات ومقاديرها بالنسبة لكل درجة من الجرائم بشكل عام، وقد سار المشرع الجزائري الجزائي على هذا النهج، فحدد عقوبات الجرائم على النحو التالي:

1/ العقوبات الأصلية للجنايات: الإعدام، السجن المؤبد، السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشرين سنة.

2/ العقوبات الأصلية للجنح: الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات، ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى، الغرامة التي تتجاوز 20.000 دج.

3/ العقوبات الأصلية للمخالفات : الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر، الغرامة من 2.000 دج إلى 20.000 دج.

فهذان الحدان الأدنى والأعلى يسميان حدين عامين، أي أنهما القاعدة العامة؛ دون أن يعني ذلك أن المشرع سيتقيد بها حرفيا؛ ففي الجنايات جعل الحد الأدنى للسجن المؤقت خمس سنوات، لكنه قد يعاقب عليها بحد أدنى هو عشر سنوات سجنا؛ مثلما ورد في م:85 / ف02 جعل عقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وقد جعل الحد الأعلى في الجنايات عشرين سنة، لكنه قد لا يتقيد به، فيجعل الحد الأعلى عشر سنوات، كما جاء في م 66/ ف 04 من ق.ع.ج؛ فعلى الرغم من أن عقوبة السجن المؤقت في الجنايات تمتد من خمس سنوات إلى عشرين سنة، لكن المشرع قد يغير في الحد الأدنى دون أن ينزل تحته، وفي الحد الأعلى فلا يعتليه؛ فالحد الأول الذي يعتبر

قاعدة عامة يسمى الحد العام، سواء كان أعلى أم أدنى، والحد الثاني الذي خرج عن القاعدة العامة يسمى حدا خاصا سواء كان أعلى أم أدنى.

فالتدرج الكمي القضائي الثابت هو: وضع المشرع حدا أعلى وحدا أدنى ثابتين، سواء أكانا خاصين أو عامين، أو الأدنى خاص والأعلى عام أو العكس، وعليه فصور هذا النظام أربعة:

1/ العقوبات ذات الحدين الأدنى والأعلى العامين الثابتين: يعمد المشرع في هذه

الصورة من التدرج إلى التمسك بالقاعدة العامة التي قررها في كلا الحدين للعقوبة الأدنى والأعلى وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الصورة من التدرج لكن في موضعين فقط - بحسب تتبعنا- وهما المادة: 160 مكرر 04 حيث جاء فيها: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة..." والمادة 414 حيث جاء فيها: "كل من أتلف أو كسر أية أداة من أدوات الزراعة... يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة" فالمشرع هنا التزم في عقوبة الحبس بما قرره كقاعدة عامة في عقوبة مواد الجنح وهي من: "شهرين إلى خمس سنوات"؛ والقاضي هنا يتمتع بسلطة تحديد قدر العقوبة بين الحدين المذكورين، والمتبع للمشرع الجزائري يلاحظ أنه ترك للقاضي مساحة معتبرة جدا لتحديد المقدار المناسب من العقوبة، لأن المشرع في تحديد القاعدة العامة في عقوبة أي درجة من الجرائم، إنما يبينه على أقصى وأدنى ما يمكن المعاقبة به في ذلك الصنف من الجرائم؛ بما يعني انضواء كل الجرائم تحته من أدناها إلى أعلاها، وبالتالي فالقاضي يملك سلطة واسعة في هذه الصورة من التدرج؛ كما أن هذا النمط يحقق قدرا هاما من التفريد القضائي للعقوبة.

2/ العقوبات ذات الحدين الأدنى والأعلى الخاصين: لا يستمسك المشرع في

هذه الصورة بما حدده كقاعدة عامة، بل يخرج عنه في كلا الحدين، لكنه يظل في إطار الحدين العامين؛ ومثال ذلك ما ورد في المادة: 185 "يعاقب على العصيان الذي يقع باجتماع أكثر من شخصين بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات..." فجريمة العصيان الذي يقع باجتماع اثنين

فأكثر تعتبر حسب العقوبة المرصودة لها جنحة، والجنحة في القاعدة العامة يعاقب عليها بالحبس بما يتجاوز الشهرين إلى خمس سنوات، إلا أن المشرع هنا لم يلتزم ذينك الحدين، بل وضع حدين خاصين بهذه الجريمة، دون أن يخرج عن طرفي الحدين الأدنى و الأعلى العامين، بمعنى لم ينزل تحت الشهرين، ولا ارتفع فوق خمس سنوات؛ وكذلك فعل المشرع في المواد: 142، 184، 264... وغيرها من المواد وهي كثيرة.

تجدر الإشارة هنا إلى أن الباحثة قريمس سارة ترى بأن قانون العقوبات الجزائي تضمن هذه الصورة من التدرج، لكن بنسبة غير كبيرة، ونحن من خلال تتبع المشرع وجدنا بأنه أخذ بهذه الصورة في مواضع كثيرة، ويخشى البعض من أن المباعدة بين الحدين وإن كانت توسع من سلطة القاضي التقديرية بما يحقق التفريد القضائي للعقوبة، لكنها تنطوي على خطر المفارقة بين المجرمين لدى تقدير العقوبة وبالتالي: "العصف بموازين العدالة ما لم يحسن استخدامه؛" ونحن نقول إن المشكلة ليست في صورة التدرج في حد ذاتها، بل فيمن يستخدمها، وهذا أمر يمكن تلافيه بالانتقاء المدروس، والتكوين الجيد والمتوازن للقاضي، بما يبقى على هذه الصورة من التدرج ويحقق العدالة؛ لأن العدالة كما قد تفقد بسوء استخدام المدى الواضح بين الحدين، تفقد أيضا في المقارنة مع اختلاف المجرمين وظروفهم.

3/العقوبات ذات الحدين الأدنى العام والأعلى الخاصين: يذهب أكرم نشأت

إبراهيم إلى أنه يحسن تسمية نظام العقوبات ذات الحد الأدنى العام والحد الأعلى الخاص بنظام التدرج الأنجلوسكسوني لنشوئه في رحاب القانون الإنجليزي، وفي هذه الصورة من التدرج يضع المشرع حدا أعلى خاصا بتلك الجريمة، بينما الحد الأدنى هو الحد العام لذلك الصنف أو النوع من الجرائم، وقد تضمن قانون العقوبات الجزائي هذه الصورة أيضا وبكثرة مثلما ورد في المادة: 74 ق ج حيث جاء فيها: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من يعرقل مرور العتاد الحربي، أو يقوم بأية وسيلة كانت بالتحريض على عمل من أعمال العنف..." وهذه الصورة من التدرج منتشرة في مواد الجنايات والجنح ومثلها المواد: 67، 74، 75، 87، مكرر 103، 04...

في ظل هذا النمط من التدريج تتسع سلطة القاضي كلما كان الحد الأدنى منخفضا والحد الأعلى مرتفعا، مثلما هو الحال في م303 مكرر04 المتعلقة بجريمة الاتجار بالأشخاص: " يعاقب على الاتجار بالأشخاص من خمس(05) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة... " وكذا المادة: 303 مكرر 20؛ وقد جعل المشرع المدى واسعا بين الحدين الأدنى والأعلى، حتى يردع عن هذه الجريمة الخطيرة التي تحرمها شريعة السماء، كما تحظرها القوانين المحلية والمواثيق الدولية؛ ومن جهة أخرى يمكن القاضي من إعمال سلطته التقديرية ليحكم بالمقدار المناسب.

وقد كان الحد الأعلى الخاص في قانون العقوبات الجزائري عشر(10) سنوات كما ذكرت الباحثة قريمس سارة⁽¹⁾؛ إلى أن جاء التعديل الأخير بالقانون رقم 09 - 01 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 حيث ارتفع الحد الأعلى الخاص إلى خمسة عشر(15) سنة مثل المادة 303 مكرر 04 والمادة : 303 مكرر20.

ورغم أن هذا النمط أو الصورة من التدريج قد توفر قدرا هاما من الحرية للقاضي، ليمارس سلطته في تحديد مقدار العقوبة، خصوصا إذا كان المدى واسعا بين الحدين الأدنى والأعلى، إلا أن البعض يرى بأنه على عكس ذلك يؤدي إلى كثرة الأحكام السالبة للحرية قصيرة المدة⁽²⁾ وبالتالي فإن النقد الذي أبديناه في الصورة الثانية على سوء استخدام السلطة التقديرية هو نفسه الذي نعلق به على هذه التخوف.

4/ العقوبات ذات الحد الأدنى الخاص والأعلى العام: يضع المشرع في هذه

الصورة حدا أدنى خاصا للعقوبة، ويجعل الحد الأعلى هو الحد العام المقرر قانونا، وبالتالي كلما كان الحد الأدنى منخفضا اتسعت سلطة القاضي، ويتضمن قانون العقوبات الجزائري عدة مواد من هذا النمط من التدريج ومثال ذلك المادة: 87 مكرر07 والتي جاء فيها " يعاقب بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة ... " وكذا المواد: 66، 68، 137مكرر، 138، 148...

¹ - قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 91.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 196.

لقد ذكرت الباحثة قريمس سارة أن هذا النظام أو النمط من التدرج: " نجده خاصة في الجرائم ذات الصبغة الاقتصادية، حيث يضع المشرع حدا أدنى خاصا يتسم بالشدة، وحدا أعلى عاما مقررنا قانونا، وهي نتيجة طبيعية لجسامة مثل هذه الجرائم" وفي نظري الأمر غير مطرد؛ فقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النمط في عدة مواد⁽¹⁾ ففي م: 414 على سبيل المثال نجد الحد الأدنى الخاص منخفضا جدا بحيث يكاد يعصف بالغاية الإصلاحية للعقوبة؛ إذ تنص المادة المذكورة على أن: "كل من أتلف أو كسر أية أداة من أدوات الزراعة، أو حظائر المواشي، أو أكشاك ثابتة أو متنقلة للحراس، أو جعلها غير صالحة للاستعمال؛ يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات..." والذي يبدو لي أن الباحثة نقلت حرفيا كلام الباحث حاتم حسن موسى بكار، دون أن تنتبه إلى أن الباحث يتحدث عن التشريع العقابي الليبي لا الجزائري، فالتشريعات تختلف فيما بينها في استعمال هذه الأنماط من التدرج حسب السياسة العقابية المنتهجة؛ لأن المشرع الجنائي الجزائري لم يستعمل هذا النمط في الجرائم الاقتصادية فحسب، بل استعمله في مجالات مختلفة منها: جرائم الاعتداء على الدفاع الوطني مثل المادة: 70" يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة كل من: دخل متخفيا، أو منتحلا اسما كاذبا، أو مخفيا صفته أو جنسيته إلى حصن، أو منشأة، أو مركز، أو مستودع، أو إلى أماكن عمل، أو ثكنات أو مخيمات، أو معسكرات للجيش " و وكذا المواد: 69، 71، 72، والمتعلقة بنفس النوع من الجرائم؛ وكذا جرائم الاعتداءات والمؤامرات، والجرائم الأخرى ضد سلطة الدولة، وسلامة أرض الوطن، مثل المادة: 78 / ف 01 " المؤامرة التي يكون الغرض منها ارتكاب الجنايات المنصوص عليها في المادة 77(القضاء على نظام الحكم أو تغييره) يعاقب عليها بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، إذا تلاها فعل ارتكب أو بدئ في ارتكابه للإعداد لتنفيذها".

¹ - كريم هاشم، دور القاضي في تقدير العقوبة (مذكرة ماستر) تخصص: القانون الجنائي، إشراف: فتحي محدة، جامعة: محمد خيضر بسكرة، السنة الدراسية: 2014-2015 ص: 42.

وبالمقابل توجد جرائم اقتصادية واضحة ورغم ذلك لم ينتهج المشرع الجنائي الجزائري هذا النمط من التدريج؛ ففي م 200 المتعلقة بجريمة تزوير النقود: " يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من قام بتلوين النقود ذات السعر القانوني في الإقليم الوطني، أو في الخارج، بغرض التضليل في نوع معدنها، أو أصدر مثل هذه النقود الملونة أو أدخلها إليه " وكذا المادة: 389 مكرر 01، م26 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

الفرع الثاني/ التدريج الكمي النسبي: تأخذ عقوبة الغرامة شكلين:

1/ الغرامة المحددة: وهي التي يضع لها المشرع حدا أعلى و أدنى، ويقع على عاتق القاضي تجريم الجاني مقدار الغرامة مراعيًا حاله، وظروف جريمته؛ وهذا المسلك هو الغالب في عقوبات الشخص الطبيعي؛ وهو مسلك يتيح للقاضي تفريد الغرامة على نحو أفضل؛ ومن أمثلة هذا النوع ما ورد في م73 " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات؛ وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج كل من يرتكب عمدا أي عمل من شأنه الإضرار بالدفاع الوطني غير منصوص عليه، وغير معاقب عليه بأي نص آخر وذلك في وقت الحرب".

وفي هذا النوع من الغرامة تتسع سلطة القاضي أو تضيق في تحديد مبلغ الغرامة تبعا للمدى الفاصل بين الحد الأدنى والأقصى للغرامة؛ فإذا كان المشرع يريد الردع عن الجريمة لخطورتها، أو خطورة مرتكبيها، فإنه يرفع الحد الأدنى للغرامة مع المقارنة بينه وبين الحد الأعلى من حيث النسبة؛ ومثال ذلك ما ورد في م 114؛ حيث جعل الحد الأدنى 1.000.000 دج والحد الأقصى 2.000.000 دج، فالحد الأقصى هو ضعف الحد الأدنى فحسب، وهي نسبة نادرة مقارنة مع غيرها من نسب المدى بين الحد الأدنى والأعلى، والتي تكون في الغالب أكثر من ذلك، لكن لما كان الحد الأدنى مرتفعا كانت هذه الغرامة موجعة،

حتى لو حكم القاضي بالحد الأدنى وهو مليون دينار جزائري؛ والقصد من استعمال هذا النمط الحيلولة دون نزول القاضي عن هذا المقدار بأسلوب تشريعي في غاية اللباقة.

وتزداد إرادة المشرع وضوحا في استعمال هذا المسلك في تشريع الغرامة في م389 مكرر2 والمتعلقة بجرائم تبييض الأموال إذ جعل المشرع الحد الأدنى للغرامة 04.000.000 دج وحدها الأعلى 08.000.000 دج؛ بمعنى يجب أن يشعر الجرم بألم الغرامة حتى لو حكم عليه بحدّها الأدنى؛ ولا يمنع ذلك من أن المشرع ينص في بعض الأحيان، وبشكل صريح على أن الغرامة ينبغي ألا تنزل عن حد معين؛ كما ورد فيم 118: "... بغرامة لا تقل عن 20.000 دج ولا تتجاوز 100.000 دج"، وكذا المواد : 161، 162، 163، 187؛ وتتأكد نية المشرع بشكل أوضح حين يمنع القاضي من إفادة المتهم بظروف التخفيف كما في جرائم الاتجار بالأشخاص المواد: 303 مكرر04، 303 مكرر05، جرائم الاتجار بالأعضاء المواد: 303 مكرر 16، 303 مكرر 17303 مكرر 20 وغيرها.

إن التقريب بين حدي الغرامة وإن كان قد يحقق الغرض الذي يريده المشرع، لكنه يوقع القضاة غالبا في حرج شديد، وهو تقارب مقادير الغرامات رغم اختلاف أحوال الجناة؛ وهذا يؤدي إلى شعور القاضي بعدم عدالة الحكم الجنائي، وبعبارة أدق شعور القاضي بعودة التحكم القضائي من جديد، لكنه تحكم أسوأ من السابق؛ لأنه يتم هذه المرة تحت مظلة النص الجنائي، أي تحت مبدأ الشرعية؛ فالقاضي مع هذا التقارب وإن كان يملك سلطة التقدير لكن هامشها ضيق؛ بحيث لا يسمح بسلاسة التفريد.

وأحيانا يباعد المشرع بين حدي الغرامة حتى يسمح للقاضي بممارسة سلطته التقديرية، ويختار المقدار المناسب لكل مجرم وفقا لما ذكر؛ وفي هذا المسلك وهو الغالب نجد المشرع يجعل الحد الأقصى أضعاف الحد الأدنى، كثلث إلى عشر مرات أو أكثر أحيانا؛ وفي هذا القسم من الغرامات يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة تسمح له بتفريد الغرامة على

نحو أفضل؛ بحيث يستطيع القاضي أن يجرع نسب الغرامة بشكل متوازن وعادل على المجرمين، وإن اختلفت أحوالهم وظروف جرائمهم.

2/ الغرامة النسبية: يعد مونتسكيو من الكتاب الأوائل الذين تحدثوا عن الغرامة النسبية، فقد تساءل في كتابه روح الشرائع: "ولكن ألا يخاف الأغنياء أن يخسروا أموالهم؟!؛ أولا يمكن أن تكون العقوبات النقدية على نسبة الثروات؟"⁽¹⁾؛ فالمقصود بالغرامة النسبية تلك الغرامة التي يربط المشرع مقدارها بما يتناسب مع أمر معين، كمقدار الكسب الذي أراد الجاني تحقيقه، أو حقيقه فعلا من جريمته⁽²⁾ أو قيمة التعويضات المدنية⁽³⁾ كما في بعض جنح متعهدي تموين الجيش (المواد 161-162-163) وفي جنحة الاعتراض على تنفيذ أعمال أمرت بها السلطة العمومية (187)؛ لكن ليست هذه هي كل أنواع التناسب؛ بل هنالك أنواع أخرى ومن أهمها:

1/ يضع المشرع الجزائري أحيانا حدي الغرامة الأدنى والأقصى، ويجيز للقاضي زيادتها إلى مقدار ربع الفائدة غير المشروعة، كما في جنح تزوير واستعمال النقود، أو الأوراق، أو الأختام، أو الطوابع، أو الدمغات المزورة (م231)؛ وفي بعض الحالات تستبدل مصادرة العقار بالغرامة، ويتحدد مقدارها بقيمة العقار محل المصادرة، كما في جريمة فتح دار للقمار بغير ترخيص م 166/ ف02: "وتستبدل مصادرة العقار موضوع النصيب بالغرامة التي يجوز أن تصل إلى القيمة التقديرية لهذا العقار" وفي هاتين الحالتين يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة، لأن الحد الأقصى الذي وضعه المشرع جوازي، وليس وجوبيا، ومن ثم يمكن للقاضي تفريد العقوبة، بمراعاة حال الجاني، وظروف الجريمة.

¹ - مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة: عادل زعيتر (القاهرة: مصر، دار المعارف، 1953) ج 01 ص: 139.

² - حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 205-206.

³ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ص: 234.

بينما نجد المشرع أحيانا يربط مقدار الغرامة بقيمة المال محل الجريمة؛ بحيث تساوي قيمته، كما في جنح الشيكات في المادتين: 374، 375 "غرامة لا تقل عن قيمة الشيك، أو عن قيمة النقص في الرصيد"؛ وفي جريمة تبييض الأموال وحسب م389 مكرر04: "تقضي الجهة القضائية المختصة بعقوبة مالية تساوي قيمة هذه الممتلكات"؛ وأحيانا يجعلها أضعاف البضاعة محل الجريمة ووسيلة النقل المستخدمة في الجريمة، مثل جريمة تهريب البضائع المواد:10، 11، 12، 13 من قانون مكافحة التهريب؛ حيث رفع الغرامة إلى عشر مرات مجموع قيمتي البضاعة المصادرة ووسيلة النقل؛ وفي كل الحالات المذكورة لا يملك القاضي سلطة لتقدير الغرامة لأنها محددة بقيمة شيء معين، أي أن تقديرها متعلق بأمر موضوعي ألا وهو مقدار محل الجريمة أو ما كان سيجنه الجاني من جرمته أو غير ذلك من الأشياء التي تقدر الغرامة بناء عليها⁽¹⁾؛ ومن ثم لا يمكن تدرجها لتلاءم أحوال الجرمين وجرائمهم؛ ولا يخفى على القارئ أن المشرع في كل الصور المذكورة يحاول الردع عن هذه الجرائم.

غير أن المشرع الجزائري أحيانا ينتهج نهجا غريبا، فلا يلتفت إلى مقدار المال محل الجريمة، ويقرر حدا ثابتا للغرامة، ومثال ذلك ما ورد في م29 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث عاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات؛ وبغرامة من 200.000 دج إلى 01.000.000 دج، كل موظف عمومي يختلس، أو يتلف، أو يبدد، أو يحتجز عمدا وبدون وجه حق، أو يستعمل على نحو غير شرعي لصالحه أو لصالح شخص أو كيان آخر، أية ممتلكات، أو أموال، أو أوراق مالية عمومية، أو خاصة، أو أي أشياء أخرى ذات قيمة، عهد بها إليه بحكم وظائفه أو بسببها" فمقدار العقوبة في هذه الجريمة ثابت مهما كان مقدار المال المختلس!؛ ومما زاد الأمر غرابة! أن المشرع شدد العقوبة إذا كان مرتكب الجريمة قاضيا، أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة؛ بحيث رفع العقوبة من عشر سنوات إلى عشرين سنة؛ لكنه أغفل مرة أخرى اعتبار المال محل الجريمة، فجاء في المادة 48 من القانون نفسه: "إذا كان

¹ - حاتم بكار، سلطة القاضي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 210.

مرتكب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون قاضيا، أو موظفا يمارس وظيفة عليا في الدولة... يعاقب بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وبنفس الغرامة المقررة للجريمة المرتكبة"، وهاتان الصورتان تمكنان القاضي من ممارسة سلطته التقديرية، وتدرج الغرامة فيهما واضح، وخصوصا تلك الواردة في م 29 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

وقد حاول البعض الباحثين تعليل صنيع المشرع بالقول إنه شدد العقوبة على فئات معينة نظرا لما لهم من سلطة مؤثرة وحاسمة في الحفاظ على أموال الدولة⁽¹⁾، وهذا القول كان سيكون وجيها لو أنه شدد عقوبة الغرامة أيضا، هذا إذا نحن غضضنا الطرف عن سر إهماله لمقدار المال محل الجريمة، الذي كان ينبغي أن يكون مقياسا لتحديد قيمة الغرامة.

وفعل المشرع الأمر نفسه في جريمة الإهمال التي نصت عليها م 119 مكرر: "يعاقب بالحبس من ستة(06) أشهر إلى ثلاث(03) سنوات؛ وبغرامة من 50.000 دج إلى 400.000 دج، كل قاض...، أو كل شخص ممن أشارت إليهم م 29 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، تسبب بإهماله الواضح في سرقة، أو اختلاس...؛ وهذه الصور للغرامة تمكن القاضي من استعمال سلطته في تقدير الغرامة، ومراعاة أحوال المجرمين وظروف الجريمة؛ رغم عدم تباعد الحدين بالمدى الذي يتيح للقاضي تدرج الغرامة بالقدر المناسب.

وقد كان المشرع في تعديل سابق بموجب القانون رقم: 88-28 متمشيا مع السياسة العامة في حماية الاقتصاد الوطني يعاقب بعقوبة بدنية متدرجة حسب قيمة المبلغ المحول، أو المختلس، أو المبدد، مع إغفال العقوبة المالية دون أي مبرر، ودون بيان ما إذا كان الدافع إلى هذا الإغفال سياسيا أو اقتصاديا، كما كانت العقوبة متراوحة بين الجنائية والجنحة

¹ - عبد الغني حسونة، لكاهنة زواوي، الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة: الجزائر، العدد: 05، ص: 213.

حسب قيمة المال محل الجريمة⁽¹⁾، فهل تغيرت سياسة الحكومة بهذا التعديل الأخير، فسوت بين سائر الجناة، بصرف النظر عن المبلغ الذي أتلّفوه أو بددوه، وبصرف النظر أيضا عن رتبهم؟ وكيف يمكن القول بأن هذه العقوبة عادلة ومحقة للمساواة؟!.

وفي جرائم الشيك شدّ المشرع عن القاعدة العامة، فاكتفى بذكر الحد الأدنى للغرامة فقط، وهو ضعف قيمة البضاعة محل المخالفة؛ وبناء على ظاهر النص يجوز الحكم بما يفوق الحد الأدنى المذكور!؛ وبالتالي تتسع سلطة القاضي إلى حد بعيد لتحقيق التفريد العقابي؛ لكن هذا الحكم غير سائغ، لأنه يخالف مبدأ الشرعية الذي يفرض أن يكون الحد الأقصى للعقوبة محددًا بنص القانون⁽²⁾، فالمشرع وقع وأوقع في اضطراب شديد يحتم ضرورة مراجعة هذه المادة.

ومع ذلك فإن الغرامة حين تحدد بقيمة المال محل الجريمة تثير عدة إشكالات؛ فهي لا تمنح سلطة تقديرية للقاضي في تدريج العقوبة، كما أنها قد لا تتناسب مع قدرة الجاني على الوفاء بها⁽³⁾ إذا كانت القيمة مرتفعة، والحالة المادية للجاني ضعيفة كما لو كان معسرا.

والمدى الفاصل بين حدي عقوبة الغرامة الأدنى والأعلى يتسع ويضيق، فالحد الأدنى للغرامة هو عشرون ألف (20.000) في الجنائيات و الجنح، و ألفي (2000) دج في المخالفات.

أما الحد الأقصى للغرامة -وبحسب استقراء قانون العقوبات الجزائري- فهو: 10.000.000 دج في الجنائيات، حيث جاء في المادة 177/ف03: "ويعاقب منظم جمعية الأشرار أو من يباشر فيها أية قيادة كانت بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة؛ وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 10.000.000 دج"؛ وهو أقصى

¹ - عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، ط 06 (الجزائر، دار هوم، 2012) ص: 143، 158.

² - أحسن بو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ط 12 (الجزائر، دار هوم، 2012) ج 02 ص: 343.

³ - كريم هاشم، دور القاضي في تقدير العقوبة، ص: 40.

حد لها في الجرح أيضا، ومثاله جرائم المساس بأنظمة المعالج الآلية للمعطيات في م 394 مكرر02؛ وهذا على خلاف ما ذهب إليه الأستاذ أحسن بوسقيعة⁽¹⁾ حيث جعل حدها الأقصى في الجرح ثمانية ملايين (8.000.000) دج؛ وفي عقوبات المخالفات أقصى حد هو عشرون (20) ألف دج بنص القانون المادة: 05 باستثناء حالتين:

1/ حالة العود في المخالفات من الدرجة الأولى، وهو ما جاء في م 445 والتي تجيز رفع الغرامة إلى 40.000 دج.

2/ حالة العود في المخالفات من الفئة الثانية في م 465 والتي تسمح للقاضي الوصول بالغرامة إلى 24.000 دج.

وكما هو معلوم كلما ابتعد الحد عن بعضها اتسعت سلطة القاضي في التقدير، وكلما تقارب الحدان ضاقت هذه السلطة؛ وباستقراء القانون الجزائي الجزائري لاحظنا ما يلي:

- يبلغ الحد الأقصى للغرامة أحيانا ثمانية أضعاف الحد الأدنى: من 50.000 دج إلى 400.000 دج كما في المادة: 87 مكرر10/ ف 02.

- ويبلغ في بعض الحالات عشرة أضعاف أو تزيد بقليل: من 20.000 دج إلى 200.000 دج مثل ما ورد في المواد: 87 مكرر10/ ف 01، 228 مكرر؛ ومن 150.000 دج إلى 01.600.000 دج كما جاء في م: 263 مكرر01/ ف 02، و م 263 مكرر02 المتعلقين بجريمة التعذيب.

- ويبلغ المدى الفاصل بين الحدين أقصى حد له وهو عشرون ضعفا: في بعض المواد كما هو الشأن في م 175 حيث تتراوح الغرامة بين: 20.000 دج إلى 400.000 دج.

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ص: 233.

فكل هذه المدد بين الغرامات، نلاحظ فيها المدى الواسع الذي تركه المشرع للقاضي الجزائي ليقدر كم الغرامة المناسب لكل مجرم وجريمته، مما يجعل سلطة القاضي واسعة في التقدير أو التدريج الكمي؛ بخلاف المواد التي يضيق فيها المدى بين الحدين؛ وعلّة ذلك أن المدى كلما اتسع أمكنه استيعاب عدد كبير من الحالات الإجرامية؛ مما يسهل على القاضي عملية التقدير؛ ومع ذلك يمكن أن يفسر التضيق بأن المشرع أراد تغيب قصد الردع من خلال تضيق هامش التقدير القضائي.

الفرع الثالث/ سلطة القاضي الجزائي في التدريج الكمي للعقوبة بالنسبة

للشخص المعنوي:

بما أن الشخص المعنوي يحكم بطبيعته لا يمكن إعدامه، أو تطبيق عقوبة سالبة للحرية عليه، لم يعد أمام المشرع إلا المساس بدمته المالية على مستوى العقوبات الأصلية؛ ويرى بعض الباحثين أن عقوبة الغرامة هي العقوبة الملائمة للشخص المعنوي لعدة مبررات: فهي لا تفسد ولا تشهر بمن توقع عليه، كما أنها أكثر ردها باعتبارها تمس ذمته المالية، والذي يبدو لي أن هذا التعليل هو الذي جرأ على استشرء الفساد في المجتمعات، لأن التشهير الذي جعل كعقوبة تكميلية كان الأولى أن يجعل ضمن العقوبات الأصلية، لأنه منة أكثر العقوبات ردها للأشخاص المعنوية والطبيعية أيضا، فالشخص المعنوي يخشى الإطاحة بسمعته؛ فيدفعه ذلك إلى الحذر واحترام القانون، لأن سمعته إذا مست لا تعيدها الملايين ولا الملايير؛ والواقع أثبت أن الأشخاص المعنوية مستعدة لدفع مبالغ خيالية لحزينة الدولة في سبيل أن تبقى سمعتها محترمة.

لقد حددت المادة 18 مكرر عقوبات الشخص المعنوي، فجعلت العقوبة الأصلية الغرامة، وحددتها في الجنايات والجنح من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة؛ وهذا بالنسبة للجرائم

التي ينص فيها المشرع على الغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي، وباقي العقوبات وهي سبعة عقوبات تكميلية، أما في المخالفات فأبقى المشرع على نفس النسبة؛ أما في حالة عدم نص القانون على عقوبة الغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي، فإن المشرع حدد الغرامة بمبالغ ثابتة لا يمكن تدريج مقدارها، وهي على النحو التالي كما وردت فيم 18 مكرر 02: 02.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقبا عليها بالإعدام أو السجن المؤبد؛ 01.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقبا عليها بالسجن المؤقت؛ 500.000 دج بالنسبة للجنح.

تظهر هذه المواد القاضي وهو مغلول اليد أمام غرامات مقدرة بقيمة ثابتة؛ لا يستطيع تحقيق التفريد القضائي للعقوبة المالية من خلالها؛ ويبدو أن المشرع رام تغليب الردع كما جرت عادته، وذلك بتثبيت قيمة الغرامة؛ وكان قادرا على الجمع بين الأمرين؛ بحيث يرفع قيمة الغرامة، ويجعل لها حدين أدنى وأعلى؛ مفسحا المجال أمام القاضي لتفريدها؛ ويكون بذلك قد حقق الردع كغرض للعقوبة المالية من جهة، وسمح بإمكانية التفريد القضائي لها من جهة أخرى.

المطلب الثالث/ سلطة القاضي في تدرج العقوبة بين الفقه الإسلامي و القانون

الجزائري الجزائري:

الفرع الأول/ سلطة القاضي من حيث العقوبات القابلة للتدرج وعدمها:

يعرف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري نوعين من العقوبات: عقوبات غير قابلة للتبعض وبالتالي غير قابلة للتدرج، لأن ما لا يتبعض لا يمكن تدرجه، ويلتقي التشريعان في عقوبة بدنية غير قابلة للتدرج وهي القتل، وعقوبة معنوية هي التوبيخ، مع ملاحظة أنها عقوبة للبالغين والأحداث في الفقه الإسلامي، وهي مقصورة على الأحداث فقط في القانون الجزائري.

ويتفرد الفقه الإسلامي بعقوبة أخرى غير قابلة للتدرج وهي القطع في السرقة بنوعها الصغرى والكبرى؛ كما يتفرد التشريع الجزائري بكيفية التشريعات الجزائية الوضعية بعقوبة أخرى غير قابلة للتدرج أيضا وهي عقوبة السجن المؤبد.

ولئن كان الفقه الإسلامي يلتقي مع التشريع الوضعي عموما في العقوبة المقيدة للحرية، لكنه يختلف عنها في أسلوب التدرج، بحيث لا يعرف التشريع الإسلامي عقوبة مقيدة للحرية محددة المدة بالأيام، أو الشهور، أو السنوات غالبا، وإنما ترتبط مدتها بصلاح الجاني، أو موته، باستثناء حالة واحدة وردت محددة بنص شرعي، وهي عقوبة التغريب في جريمة الزنا لغير المحسن، أو في بعض الجرائم البسيطة التي يرى القاضي الحكم بالحبس لمدة معينة تعزيرا؛ لكن لا يوجد حد أعلى أو أدنى معينين بالنص التشريعي، وإنما هو اجتهاد قضائي فحسب.

أما بخصوص العقوبات القابلة للتدرج فنجد التشريعين يلتقيان في عقوبتي: الحبس، الغرامة، ويضيف التشريع الإسلامي عقوبة ثالثة هي الجلد أو الضرب بمختلف أشكاله وصوره؛ وهو عقوبة قد تكون محددة المقدار بصورة ثابتة لا تقبل الزيادة ولا النقصان، مثل الجلد في الحدود في عقوبتي الزنا والقذف؛ وقد تكون غير محددة المقدار وذلك في التعزير.

والملاحظ أن التشريعين يختلفان بشكل جلي في المساحة الممنوحة للتدرج، ففي التشريع الإسلامي نلاحظ خلو جرائم الحدود وكذا القصاص من عقوبات يدرجها القاضي أو الإمام، رغم أن نطاق الحدود والقصاص يحتوي على عقوبات قابلة للتدرج القضائي كالجلد والدية، والتغريب، بينما يظهر التدرج بوضوح في التعزير حيث يستطيع القاضي ممارسة التدرج في نوع العقوبة، فيحكم بالعقوبة المناسبة من بين عقوبات مختلفة النوع ومتدرجة الشدة، كالحبس والضرب والغرامة على القول بجوازها وهو ما نرجحه؛ كما يستطيع تدرجها من حيث المقدار.

بينما في التشريع الجزائري نجد أن مساحة التدرج الكمي واسعة وخصوصا التدرج الموضوعي، فأغلب عقوبات السجن وكذا الغرامات متدرجة لها حد أدنى وأعلى؛ وواجب القاضي الاجتهاد في تحديد المقدار الكفيل بإصلاح الجاني وردعه؛ والتدرج في التشريع الجزائري يغطي مجال الجنايات والجناح والمخالفات، على خلاف الاستبدال الذي رأينا المشرع حصره في الجناح والمخالفات فقط.

الفرع الثاني/ سلطة القاضي في التدرج منحا وسلبا وتقييدا:

نستطيع القول بكل وضوح إن التشريع الإسلامي شديد الميل إلى سلب القاضي سلطة تدرج العقوبة، ففي الحدود والقصاص إما أن يجد القاضي نفسه أمام عقوبة محددة النوع والمقدار تحديدا ثابتا لا يجوز الزيادة عليه ولا النزول عنه كالحدود، أو يحددها القاضي في بعض الأحوال بصورة تقريبية بمعايير تضيق إلى حد بعيد من سلطة التدرج، ونقصد هنا الدية في القصاص حين لا يضع لها الشرع حدا معلوما، مع العلم أن الدية في القصاص تتم غالبا على أساس الصلح والتفاوض بين الطرفين ولا يتدخل فيها القاضي؛ أما في التعزير فنجد التشريع الإسلامي يمنح سلطة واسعة إلى أبعد الحدود الممكنة في ممارسة التدرج، والدليل على

ذلك أن القاضي لا يملك سلطة التدريج الكمي فحسب، بل يملك أيضا سلطة تدريج نوع العقوبة؛ ولا أظن أن تشريعا فوق الأرض فوض القاضي بمثل هذه السلطة.

لكن ربما خيل إلى الأوصياء على مبدأ الشرعية أن هذا المنح مبالغ فيه، وأنه مفض لا محالة إلى التحكم القضائي، وخرق مبدأ الشرعية، لأن القاضي يصير بإمكانه المعاقبة بما يشاء! ونقول إن التشريع الإسلامي إنما منح هذه السلطة الواسعة للقاضي حتى يستطيع محاصرة الجريمة بكل أشكالها، ومختلف وسائلها، ومحاصرة المجرمين على اختلاف ظروفهم وأحوالهم؛ هذا فضلا عن أن تحديد العقوبة سلفا في جميع أنواع الجرائم يناهز مبدأ تفريد العقوبة الذي صار شعارا للفكر الجنائي المعاصر⁽¹⁾، ذلك أم السياسة الراشدة هي تلك التي تستطيع بقواعدها وأحكامها ومقاصدها مواجهة الجريمة وهي في بدايتها، لا أن تتركها حتى تشب وتستوي على سوقها ثم بعد ذلك تنتظر صدور قواعد تجرم الفعل وتعاقب عليه، بعد ماذا؟ بعد أن عبث المجرم بمصالح الناس؟! لذلك أباحت الشريعة للقاضي أن يعاقب على كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، وبالتالي فيظل هذه السياسة الجنائية لا يستطيع الجاني أن يجد ثغرة أو فراغا تشريعا يستغله لتحقيق بغيته الآثمة، لأن يد التعزير له بالمرصاد؛ أما مسألة التحكم فالتشريع الإسلامي وضع جملة من الضمانات التي تكفل إلى حد بعيد تضيق فرص حصوله، وهي مضمون الفصل الأخير من هذه الدراسة.

وفي القانون الجزائري نجد المشرع عول كثيرا على منح القاضي سلطة التدريج، سواء في ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي؛ وذلك حتى يمكن تحقيق التفريد القضائي للعقوبة على النحو الأمثل في نظر المشرع؛ وحتى يحافظ على مبدأ الشرعية من جهة أخرى⁽²⁾، فكان من نتائج ذلك أن التشريع الجزائري لا يعرف عقوبات لا تدريج فيها إلا لماما، فإذا أضفنا إلى ذلك أن التشريعات الوضعية عموما -ومنها التشريع الجزائري- صائرة طائفة أو مكرهة إلى إلغاء عقوبة الإعدام، فمقتضى ذلك أن التدريج سيكتسح مساحات جديدة في نصوص التشريع،

¹ - محمد بن المدني بوساق، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصر والشريعة الإسلامية، ص: 228.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 220.

بحيث يصبح قاعدة غالبية، وتصير العقوبة غير القابلة للتدرج استثناء، بل هي الآن كذلك فعلا.

وقد عزز سلطة التدرج الكمي في التشريع الجزائري كحال جل التشريعات الوضعية الركون إلى مبدأ الشرعية النصية الجامدة، التي لا تسمح بأدنى اجتهاد خارج ألفاظ النص التشريعي ولو على سبيل التوسع في المعنى.

والعجيب أنه رغم تناول العهد على فكرة التدرج وظهور عيوبها، لا يزال الباحثون ولا تزال التشريعات تعطي للتدرج الكمي النصي أكبر مساحة في العقاب، فعقوبة الغرامة مثلا وهي عقوبة مقررة لكثير من الجرائم في الجنايات والجرح والمخالفات، ويدرجها القاضي غالبا، لا تستجيب -بحكم تثبيت حديها الأدنى والأعلى- لمتغيرات الحياة الاجتماعية إلا بعد مرور مدة فاحشة، قد تكون فيها الغرامة فقدت أثرها الردعي، أو صارت مجحفة؛ بينما في التشريع الإسلامي نجد الغرامة عقوبة متروكة للتدرج القضائي المطلق بحيث يستطيع المعاقبة بما محدد قدرها مراعيًا في ذلك حالة الجاني، وطبيعة الجريمة وخطورها، وغير ذلك من الاعتبارات الشرعية، فالقاضي لا ينتظر صدور نص تشريعي ليعيد للغرامة أثرها الردعي، بل هو قادر على إحداث الملاءمة في كل حين لأنه مفوض في تحديد قدرها وتدرجها.

وبما أن التشريع الإسلامي لم يسمح بالتدرج في الحدود والقصاص، ومنح القاضي سلطة واسعة في التدرج نوعا وقدرًا في التعزير، لم تكن هنالك حاجة إلى تقييد سلطته في التدرج، إلا ما ورد من خلاف في الحد الأعلى للجلد، وأقصى مدة الحبس؛ مع إصرارنا على أن التعزير موكول إلى القاضي والإمام قدرًا ونوعًا، ويقوي ترجيحنا أن سائر المذاهب قالت بالقتل تعزيرًا وإن اختلفت في صورته يقول ابن تيمية: "وأما مالك وغيره، فحكى عنه: أن من الجرائم ما يبلغ به القتل، ووافقه بعض أصحاب أحمد، في مثل الجاسوس المسلم إذا تجسس للعدو على المسلمين، فإن أحمد توقف في قتله، وجوز مالك وبعض الحنابلة كابن عقيل قتله، ومنعه أبو حنيفة والشافعي، وبعض الحنابلة كالقاضي أبي يعلى^(*)؛ وجوز طائفة من أصحاب

* أبو يعلى الفراء: أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد البغدادي ابن الفراء، ولد في أول سنة (380هـ)، سمع علي بن عمر الحريري، وإسماعيل بن سويد، وأبا القاسم بن حنابلة، وعيسى بن الوزير وغيرهم؛ حدث عنه الخطيب، وأبو الخطاب الكلؤذاني، وأبو الوفاء بن عقيل، وغيرهم؛ صنف عدة مؤلفات منها: أحكام القرآن، مسائل الإيمان، المعتمد ومختصره، المقتبس، عيون المسائل، الرد على الكرامية، العدة في أصول الفقه، توفي سنة (458هـ). الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 18 ص: 89-91.

الشافعي وأحمد وغيرهما: قتل الداعية إلى البدع المخالفة للكتاب والسنة، وكذلك كثير من أصحاب مالك، وقالوا إنما جوز مالك وغيره قتل القدرية لأجل الفساد في الأرض لا لأجل الردة،... وكذلك أبو حنيفة يعزر بالقتل فيما تكرر من الجرائم، إذا كان جنسه يوجب القتل، كما يقتل من تكرر منه اللواط، أو اغتيال النفوس لأخذ المال ونحو ذلك⁽¹⁾.

ففي مسألة أقصى حد للجلد يرى جمهور الفقهاء عدم بلوغ مقدار الحد في التعزير، على الرغم من اختلافهم بعد ذلك في المراد بالحد، هل هو حد الحر أم العبد؟ وهل هو مطلق الحد أم ينظر إلى الحد الذي في جنس تلك الجناية؟ فعلى القول بإطلاق يد القاضي في التعزير نوعا ومقدارا، لا قيد يرد على سلطة القاضي في التدريج إلا ضوابط العقوبة التعزيرية المعروفة، وذلك حتى لا يؤدي إطلاق سلطته إلى التعسف والتحكم؛ وعلى القول بتسقيف أقصى حد للجلد، نكون أمام صورة موجودة في التشريعات الجزائية الوضعية، وهي نص المشرع على الحد الأعلى للعقوبة فقط دون الحد الأدنى، وقد وردت هذه الصورة بنسبة قليلة جدا يمكن عدها في التشريع الجزائري الجزائري ومن أمثلتها المواد: 445، 449، م 450، 451، 453، 455، 456، 457... والتشريعات كما التقيا في تسقيف مقدار العقوبة في بعض الصور على الأقل، يلتقيان أيضا في الحد الأدنى ففي عقوبة الحبس مثلا أدنى حد لها هو يوم واحد في المخالفات، ولم ينص التشريع الإسلامي على أدنى مدة للحبس، لكن لا يتصور أن يكون الحبس أقل من يوم، وإلا فقد أثره الردعي؛ لكن نص صاحب كنز الدقائق بالنسبة لعقوبة الجلد على أن أقله ثلاثة أسواط، و الصحيح في المذهب أنه راجع لتقدير الإمام أو القاضي، وذلك لاختلاف أحوال الجناة⁽²⁾؛ وربما كان تحديد صاحب كنز الدقائق مبني على أن الجلد إذا نزل عن هذا الحد لا يكون رادعا في الغالب ولا مصلحا.

¹ - ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص: 93-94.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 64، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 05 ص: 79-80، العيني، البنية شرح الهداية، ج 06 ص: 366، ظفر العثماني، إعلاء السنن، ج 09 ص: 4517.

أما في القانون الجزائي الجزائري فلجأ المشرع في العديد من الحالات إلى تقييد سلطة القاضي، فيقوم أحيانا بتحديد قيمة الغرامة تحديدا نسبيا مثل: ضعف قيمة الأشياء م 387/ف02، أو حسب المبلغ المقبوض، أو الموعود به م: 106 ف02، وغيرها من الأمثلة التي سقنا طرفا منها ونحن بصدد بيان مسلك المشرع الجزائي الجزائري في التدريج؛ وتحديد العقوبة المالية بشكل نسبي موجود أيضا في التشريع الإسلامي ومن صوره التشريعية في التشريع الإسلامي: إضعاف الغرم على كاتم الضالة، إضعاف الغرم على سارق ما لا قطع فيه⁽¹⁾، و ذكر الفقهاء عقوبات تعزيرية مالية أخرى منها: تحريق عمر للمكان الذي يباع فيه الخمر، تحريق عمر رضي الله عنه لقصر سعد بن أبي وقاص لما احتجب عن الناس، إراقة اللبن المغشوش⁽²⁾.

و يعتمد أحيانا يحدد الغرامة بقيمة ثابتة جامدة، لا يملك القاضي إلا الحكم بها، مثل عقوبة الشخص المعنوي في حالة عدم النص على الغرامة في عقوبة الشخص الطبيعي م 18 مكرر02: 02.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقبا عليها بالإعدام أو السجن المؤبد؛ 01.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقبا عليها بالسجن المؤقت؛ 500.000 دج بالنسبة للجنح.

وقد فعل المشرع الجزائري الشيء نفسه في عقوبات الحبس فيوجب على القاضي الحكم بمقادير معينة، ولا يسمح للقاضي باستعمال سلطته التقديرية كما هو الشأن في المادة: 337 مكرر/ف09: "وفي جميع الأحوال إذا ارتكبت الفاحشة من شخص راشد على شخص قاصر يبلغ من العمر 18 عاما فإن العقوبة المفروضة على الراشد تفوق وجوبا العقوبة المفروضة على الشخص القاصر"؛ والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة: ماذا لو حكم القاضي بالحد الأقصى للعقوبة على القاصر؟ فإذا قيل إن القاضي لا بد أن يأخذ ذلك في الحسبان، فمقتضى ذلك زعزعة فكرة التفريد القضائي للعقوبة، إذ كيف يربط المشرع مقدار العقوبة التي سيحكم بها القاضي بمقدار عقوبة شخص آخر؟ هل يروم المشرع تطبيق فكرة

¹- ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 220.

²- ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 220.

العقوبة النسبية على عقوبة الحبس؟ ألا يمكن افتراض أن يكون القاصر تستدعي ظروفه التشديد وظروف البالغ تستدعي التخفيف؟! .

الفرع الثالث/ سلطة القاضي الجزائي من حيث أنواع التدرج:

أشرت سابقا إلى أن الفقه الإسلامي يعرف نوعين من التدرج: التدرج النوعي وهو ترك تقدير نوع العقوبة من حيث شدتها للقاضي، ويوجد هذا النوع من التدرج في عقوبات التعازير بشكل واضح وواسع، حيث يملك القاضي وكذا الإمام سلطة تقدير نوع العقوبة ومقدارها، وقد ضبطها الفقهاء بأن العقوبة يجب أن تكون محققة لمقاصد العقاب؛ يقول ابن عاشور: "ولذلك لم يجوز أن تكون الزواجر والعقوبات والحدود إلا إصلاحا لحال الناس بما هو اللازم في نفعهم، دون ما دونه، ودون ما فوقه، لأنه لو أصلحهم ما دونه لما تجاوزته الشريعة إلى ما فوقه، ولأنه لو كان العقاب فوق اللازم للنفع لكان قد خرج إلى النكايه دون مجرد الإصلاح"⁽¹⁾؛ فيدرج التعزير في الناس على قدر منازلهم، فيعزر من جل قدره بالإعراض عنه، و من دونه بالتعنيف، و من دونه بزواجر الكلام، وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس، ومنهم من ينفي ويبعد⁽²⁾؛ وهذا النوع من التعزير قد يعاقب به القاضي استقلالاً في الجرائم التي لا حد فيها ولا كفارة، وقد يعاقب به مضافاً إلى عقوبة حدية، أو في حالة سقوط القصاص عند المالكية على النحو الذي بيناه فيما سبق؛ كما أن هذا النوع يجوز فيه للقاضي وكذا الإمام أنه يجمع فيه أكثر من عقوبة، كالضرب مع الحبس، أو الضرب والنفي، أو الضرب والمهجر، وغير ذلك من الأشكال.

وهذا النوع من التدرج لا يعرفه التشريع الجزائي الجزائري، بل ولا التشريع الوضعي، وسبب ذلك هو التمسك بمبدأ الشرعية بحرفية بالغة، لا تسمح للقاضي أن يعاقب على ما لم يعاقب عليه القانون حرفياً، حتى ولو كان القاضي مقتنعا من أعماق قلبه بأن هذا الجاني وهذه الجناية يلزم عنها العقاب الرادع؛ ونحن نتفهم هذه الحرفية كرد فعل على حقبة تاريخية مر بها القضاء الجزائري الوضعي والغربي منه تحديداً، حيث لم تكن الجرائم ولا العقوبات محددة، فكان ذلك ذريعة

¹ - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 100.

² - الماوردى، الأحكام السلطانية، ص: 310، الرافي، العزيز شرح الوجيز، ج 11 ص: 289، الفراء، الأحكام السلطانية، تحقيق: محمد حامد الفقي (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1421هـ-2000) ص: 279.

لانتهاك حقوق الإنسان، وعدم المساواة أمام القانون!؛ ولكن ألم يكن الوقت بعد لتجاوز ردة الفعل هذه، ومراجعة الفكر الجزائري لموقفه مستفيدا من منظومات تشريعية أخرى لم تعش تلك المحنة؟.

لماذا لا يفكر الباحثون في القانون الجزائري في نظام مرن يحقق تفريد العقوبة من خلال منح القاضي سلطة لتجريم بعض الأعمال، والمعاقبة عليها، وفي الوقت نفسه يمنع التعسف وإساءة استعمال هذه السلطة؟، فلم يعد يخفى على أحد أن مبدأ الشرعية بهذه الحرفية النصية سيظل عائقا عن مواكبة القضاء للإجرام، سيجد القضاء نفسه دوما متأخرا عن التجريم، ومعاقبة المجرمين بخطوة بل ربما بخطوات؛ يقول أحد الباحثين: "فالباحث الجنائي ينكشف له أن التطور الحديث للنظم الجنائية يبرز مزايا نظام التعزير إذا أحسن تنفيذه قضائيا وتنفيذيا، بحيث توضع لسلطة القاضي حدود معينة، تضمن عدم استبداده بالمتهم أو بالمحكوم عليه"⁽¹⁾.

وأما النوع الثاني فهو التدرج الكمي وهو الذي يكون في العقوبات التي تقبل التبعض فيسمح المشرع للقاضي أن يرجع المحكوم عليه المقدار المناسب لحاله، ولقدر جنايته وظروفها؛ وهذا النوع وإن وجد في التشريعين، لكنهما يختلفان في عدة أمور من أهمها:

أولا/ إن الفقه الإسلامي منح القاضي والإمام سلطة التدرج في التعازير وجعلها أصلا، أما في الحدود والقصاص فلا سلطة للقاضي في التدرج لأن الشارع حدد نوع العقوبة، وجعل لها مقدارا ثابتا لا يجوز الزيادة عليه ولا الإنقاص منه، كما لا يضع التشريع الإسلامي حدين للعقوبة أدنى وأعلى ويسمح للقاضي بتحديد المقدار الملائم بحسب الاعتبارات المتعلقة بالجاني والجناية، بل التشريع الإسلامي فوض القاضي والإمام مباشرة في تحديد المقدار المناسب على اعتبار أنهما أدري بأحوال الجاني وظروف الجناية؛ وهذا بخلاف التشريع الجزائري الذي يجعل القاضي يتمسك بألفاظ النص ويعتصرها ليحدد العقوبة، ملتزما حدي العقوبة المقررة

¹ - محمد نعيم فرحات، شرعية التجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والنظم القانونية المعاصرة، المحلة العربية للدراسات الأمنية، ص: 47-48.

قانونا لا يعدوهما، أما القاضي في التشريع الإسلامي فيمكن للقاضي حتى في حالة وجود عقوبة محددة بمقدار ثابت كالجلد مائة في جريمة الزنى، أو ثمانين في حد الخمر أن يزيد الجلد على الحد تعزيرا بما يراه رادعا، وهذا ملا يسمح به التشريع الجزائي الجزائري والوضعي بصفة عامة.

ثانيا/ إن التشريع الإسلامي تميز بخاصية أخرى لا وجود لها في التشريع الجزائري، وهي التفنن في التدرج الكمي، وهو نتيجة طبيعية لثرائه في أنواع العقوبات، فإذا كان التشريع الجزائري لا يعرف من العقوبات القابلة للتدرج الكمي في العقوبات الأصلية سوى الحبس والغرامة، فإن التشريع الإسلامي إضافة إلى هاتين العقوبتين يعاقب بالجلد، والنفي، مما يتيح للقاضي في ظل هذا التشريع مساحة أكبر للتدرج تحقيقا للتفريد القضائي في أكمل صورها؛ بل إن التشريع الإسلامي عرف شكلا ثالثا من التدرج لا تعرفه التشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري وهو التدرج في الشدة، وهو نوع من التدرج يحصل في صفة العقوبة البدنية كالجلد.

خصوصا وأن أحد أعمدة الفقه الجنائي وهو "بنتام" يقرر بشكل حاسم¹ "ضرورة تنوع العقوبات لأن ذلك يكفل ترضية المصاب بأذى الجريمة كما أنه يتماشى مع اختلاف الجناة بين الرجال والنساء والأعمار والرتبة والتربية والأخلاق الدينية وأي قانون لا يراعي هذا فهو من أردأ القوانين".

¹ - أكرم نشأت، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، ص: 30.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في تخفيف العقوبة وتشديدها في الفقه الإسلامي والقانون
الجزائي الجزائري

تعمل التشريعات على ضبط صورة مجردة للجريمة والمعاقبة عليها، ويسمى فقهاء القانون الجزائي هذه الصورة "النموذج الإجرامي"؛ بيد أن الواقع الإنساني لا ينضبط غالبا بتلك الصورة، لأن المجرمين ابتداءً يختلفون من حيث الخطورة الإجرامية، و يختلفون أيضا من حيث الظروف التي تكتنف ارتكابهم للجريمة، وهذا ما يجعل الجرائم متحدة في الإسم مختلفة في الظروف والوقائع، ويجعل القاضي أمام أحد خيارين: إما أن يعاقب الجميع بالعقوبة نفسها ولا يلقي بالا لتلك الظروف المختلفة، وإذا فعل القاضي ذلك يكون قد ضحى بالعدالة الجنائية لصالح مساواة شكلية، وإما أن يأخذ تلك الظروف بعين الاعتبار ويعاقب كل مجرم بما يناسب ظروفه وظروف جرمته تخفيفا وتشديدا؛ والخيار الثاني هو الذي استقر عليه الفكر الجنائي بعد مسيرة طويلة من البحث والنظر، بل صار الأخذ بهذه الظروف مبدأ ثابتا في سائر التشريعات الجزائية.

وإذا كانت التشريعات الجزائية الوضعية لم تصل إلى هذه الحقيقة إلا بعد تجارب مريرة من التعسف القضائي، ثم حصر الجرائم والعقوبات بطريقة تنم عن حرفية ظاهرة في تفسير مبدأ الشرعية من قبل بيكاريا، فإن التشريع الإسلامي سلم من هذا التعارض والتجاذب، بحيث راعى ظروف الجاني تخفيفا وتشديدا في مظانها الصحيحة، حتى لا تعود هذه المراعاة على السياسة الجنائية بالنقض.

لقد أثبتت أبحاث علم الإجرام والعلوم الداعمة له أن المجرمين ليسوا سواء في الإجرام، فأحدثت هذه النتيجة ثورة في الفكر الجزائي، و كان لها آثار واضحة على التشريعات الجزائية، وأهم هذه الآثار ظهور مبدأ "تفريد العقوبة" تحقيقا للعدالة؛ هذا المبدأ الذي يقضي بمراعاة أحوال المجرمين، وظروف ارتكابهم للجريمة من حيث تخفيف العقوبة وتشديدها؛ غير أن التشريعات الجزائية جعلت الظروف المعتبرة نوعين: نوع نص عليه المشرع و ألزم القاضي بمراعاته في الحكم ويسمى الأعدار القانونية؛ ونوع جعله المشرع من إطلاقات قاضي الحكم و يسمى بالظروف القضائية؛ وهذا النوع الأخير هو الذي يعيننا

لتعلقه الواضح بسلطة القاضي في تقدير العقوبة جوهر بحثنا؛ وبناء عليه يتفرع هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول/ تعريف تخفيف العقوبة وتشديدها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الثاني/ سلطة القاضي في تخفيف العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري

المبحث الثالث/ سلطة القاضي في تشديد العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري

المبحث الأول/ تعريف تخفيف العقوبة وتشديدها في الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري:

يتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب: نخصص الأول للتعريف بنظام التخفيف بشكل عام في الفقه الإسلامي، و نفرّد الثاني لتخفيف العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فيما نخصص الثالث لنظام تشديد العقوبة.

المطلب الأول/ تعريف بنظام التخفيف بشكل عام في الفقه الإسلامي:

الفرع الأول/ المعنى اللغوي والاصطلاحي للتخفيف:

البند الأول/ المعنى اللغوي للتخفيف:

التخفيف لغة ضد التثقيل⁽¹⁾ وهو مصدر خفف من الخفة التي هي ضد الثقل، ويكون في الحسيات والمعنويات؛ ويكون في الأقوال والأفعال؛ ففي الأقوال كقوله تعالى: ﴿إِنَّا سَنُلْفِي عَلَيْكَ فَأَوْلًا تَفِيلاً﴾ (المزمل / 05)؛ وفي الأفعال كقوله تعالى: ﴿وَأَمَّا مَنْ خَبَّتْ مَوَازِينُهُ﴾ (٧) ﴿فَاءْتُهُ هَاوِيَةً﴾ (٨) (القارعة/08 - 09)؛ فالتخفيف معناه جعل الشيء خفيفاً بعد أن كان ثقيلاً؛ سواء بإزالة الثقل كله أو بعضه.

البند الثاني/ المعنى الاصطلاحي للتخفيف في الفقه الإسلامي:

1/ يقول ابن العربي: "أما التخفيف فهو حط الثقل"⁽²⁾، والحط قد يكون لكل

الثقل، أو لبعضه مع بقاء البعض الآخر، فقوله تعالى: ﴿أَلَسَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ

¹ - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص: 806، الجوهرى، الصحاح، ج 04 ص: 1353.

² - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 02 ص: 429.

وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضُعْبًا ﴿٦٦﴾ (الأنفال/66) حطت وجوب مواجهة المسلم

الواحد للعشرة تخفيفا، لكنها أبقت مواجهة المسلم للاثنين؛ قال صاحب المحرر الوجيز: "... وفي ضمنه (أي من ضمن النسخ) التخفيف، إذ هذا من نسخ الأثقل بالأخف"^(١).

2/ ويرى الفخر الرازي أن التخفيف لا يدل على حصول التثقيل قبله، وأن عادة العرب الترخص بمثل هذا الكلام، و دلت على رأيه بالقول: "كقوله تعالى عند الرخصة للحر في نكاح الأمة ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾ (النساء/28) الآية" وليس

هناك نسخ وإنما هو إطلاق نكاح الأمة لمن لا يستطيع نكاح الحرائر"^(٢) فعلى قول الرازي لا يلزم عن التخفيف حصول النسخ؛ وعلى قول ابن عطية يكون التخفيف صورة من صور النسخ؛ ويمكن القول إن الثقل نوعان: حاصل بالفعل كوجوب مواجهة المسلم للعشرة ثم حصول التخفيف بمواجهة الاثنين، وثقل لم يحصل في الواقع وكان بالإمكان حدوثه، وهو منع نكاح الأمة لمن لا يستطيع نكاح الحرائر، فالله تعالى كان قادرا على تحريم نكاحهن لكنه أباح ذلك رحمة منه وتخفيفا.

3/ وعرفه ابن الجوزي بأنه^(٣): "تسهيل التكليف أو إزالة بعضه" وهو تعريف تضمن صورتي التخفيف: تخفيف من حيث الأداء مثل إباحة الصلاة من قعود لمن لا يستطيع القيام (التسهيل) وتخفيف من حيث المضمون كإسقاط وجوب مواجهة المسلم للعشرة مع الإبقاء على الاثنين (إزالة بعض التكليف).

¹ - ابن عطية، المحرر الوجيز، ج 04 ص: 236، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 10 ص: 70.

² - الرازي، مفاتيح الغيب، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الفكر 1401هـ - 1981) ج 15 ص: 202.

³ - ابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ط 03 (بيروت: لبنان، المكتب الإسلامي، 1404هـ - 1984) ج 02 ص: 60 وينظر أيضا: صالح بن محمد بن إبراهيم اللحيان، تخفيف العقوبة التعزيرية في الشريعة والنظام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائي الإسلامي، تحت إشراف: محمد فضل المراد، السنة الدراسية: 1423هـ - 1424هـ، ص: 94.

4/ وجاء في معجم مصطلحات العلوم الشرعية: "التخفيف: رفع مشقة الحكم الشرعي بنسخ، أو تسهيل، أو إزالة بعضه، أو نحو ذلك"⁽¹⁾؛ وهو تعريف مأخوذ حرفياً من الموسوعة الفقهية الكويتية⁽²⁾؛ وقد تبنته الباحثة إيمان حسن علي شريتح وأحالت في الهامش على تفسير ابن الجوزي⁽³⁾ مغترة بإحالة الموسوعة الكويتية ودون الرجوع إلى تفسير ابن الجوزي، وبالتالي لم تنتبه إلى تصرف الموسوعة في كلام ابن الجوزي حذفاً وإثباتاً كما هو ظاهر!

الفرع الثاني/ نطاقات التخفيف في الفقه الإسلامي:

إن صفة الرحمة التي وصف الله تعالى بها ذاته العلية ليست كائنة في مجال دون مجال، أو نطاق دون غيره، بل هي رحمة عامة، عمت الإنس والجن، والحيوان والطيور والنبات، وغيرها من موجودات العالم، ما علمنا منه وما لم نعلم؛ و في مجال التشريع تظهر تجليات الرحمة الإلهية بخلقه في شتى فروع التشريع الإسلامي من العبادات إلى المعاملات المالية، إلى أحكام الأسرة والسياسة الشرعية؛ كما تظهر بشكل واضح أيضاً في العقوبات الشرعية، ولو لم يكن من مظاهر هذه الرحمة إلا تفرد الله تعالى بالتشريع لعباده بما يعود عليهم بالخير والنفع في المعاش والمعاد لكفى بذلك رحمة ورأفة.

وتزيد الرحمة الإلهية وضوحاً ورسوخاً إذا علمنا أنها مقصد عظيم من مقاصد العقوبات في الإسلام، فديننا الخاتم دين الرحمة، وشريعتنا التي هي جزء من ديننا شريعة الرحمة أيضاً بالضرورة؛ يقول ابن عاشور رحمه الله تعالى في تفسير قوله عز وجل: ﴿وَمَا

¹ - مجموعة مؤلفين، معجم مصطلحات العلوم الشرعية، ط 02 (الرياض: السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية و الدعوة والإرشاد، 1439هـ- 2017م) ص: 414.

² - الموسوعة الفقهية الكويتية، ط 02 (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1408هـ- 1988م) ج 14 ص: 211.

³ - إيمان حسن علي شريتح، تقدير الدية تغليظاً وتخفيفاً في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه المقارن، تحت إشراف: زياد إبراهيم مقداد، الجامعة الإسلامية - غزة- السنة الدراسية: 1432هـ- 2011م ص: 94.

أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴿١٠٦﴾ (الأنبياء/106): "وتفصيل ذلك

يظهر في مظهرين: تخلق نفسه الزكية بخلق الرحمة، والثاني: إحاطة الرحمة بتصاريف شريعته... وما يتخيل من شدة في نحو القصاص والحدود فإنما هو لمراعاة تعارض الرحمة والمشقة كما أشار إليه قوله تعالى: "ولكم في القصاص حياة"؛ فالقصاص والحدود شدة على الجناة ورحمة ببقية الناس"⁽¹⁾ فكيف يكابر البعض ممن لا فقه له في الدين، أو أعماه الحقد الدفين، فيتهم هذه الشريعة بالقسوة وإهانة كرامة الإنسان بغير علم ولا سلطان مبين!

المطلب الثاني/ تعريف تخفيف العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي

الوضعي بشكل عام:

الفرع الأول/ تعريف تخفيف العقوبة في الفقه الإسلامي:

لم أعتز في حدود بحثي على تعريف خاص بتخفيف العقوبة في الفقه الإسلامي، ولعل هذا ما دفع الباحثين المعاصرين إلى صياغة تعريف له؛ ولعل سبب ذلك أنهم قدروا أن تعريف التخفيف بشكل عام كاف في الدلالة على المقصود؛ وعلى خلاف ذلك نجد فقهاء القانون الوضعي قد وضعوا تعريفات لا تعد لتخفيف العقوبة، كما أُنجزت دراسات وأبحاث كثيرة حول نظام تخفيف العقوبة سواء في التشريع الواحد أو بالمقارنة مع تشريعات أخرى داخل العائلة القانونية الواحدة أو بين عائلات مختلفة.

وفي ما يلي عرض لبعض التعريفات لتخفيف العقوبة عند الفقهاء المسلمين المعاصرين وفقهاء القانون الوضعي لنتبين مدى الاتفاق و الاختلاف في ماهية التخفيف، وسنكتفي بتعريفين فقط في كل منهما حتى لا نطيل:

¹- ابن عاشور، التحرير والنوير، ج 17 ص: 166-169.

1/ يقول عبد الرحمان بن نافع المحامدي: "فالمراد بتخفيف العقوبة نقصها، وتقليلها، واللفظ واللين فيها"⁽¹⁾؛ تضمن هذا التعريف:

أ/ مجالى التخفيف (المقدار والنوع): فالتخفيف قد يكون في قدر العقوبة مع بقاء أصلها ونوعها، وقد يكون بإحلال نوع آخر بدلها أخف منها، فعبر الباحث عن المجال الأول بقوله: "نقصها وتقليلها" وعبر عن المجال الثاني بقوله: "واللفظ واللين فيها".

ب/ شمولية التعريف للتخفيف التشريعي و القضائي: وبحثنا إنما ينصب على التخفيف القضائي لا غير.

لكن يؤخذ على هذا التعريف التكرار، وهو أحد آفات التعريفات، فالتعبير بالنقص أو التقليل، وكذا اللفظ أو اللين تكرر لألفاظ إن لم تكن متطابقة المعاني فهي جد متقاربة؛ والغرض من التعريف تقريب المعنى وتوضيحه.

2/ ويقول نضال مصطفى حسن الأسمر: "إنقاص وتقليل الجزاء مقدارا أو قوة، المترتب على الجاني لسبب من الأسباب"⁽²⁾ يعتبر هذا التعريف كالشرح للتعريف السابق فيما يخص مجالى التخفيف المعبر عنهما بقوله "مقدارا أو قوة"؛ لكنه تضمن عنصرا مهما أغفله التعريف السابق وهو:

- إن التخفيف استثناء وليس أصلا: وذلك في قوله "السبب من الأسباب" كما يلاحظ استيعاب التعريف للتخفيف التشريعي والقضائي؛ لكن يؤخذ عليه الخلل الواضح في

¹ عبد الرحمان بن نافع المحامدي السلمي، سلطة القاضي في تشديد وتخفيف العقوبة في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة تطبيقية على بعض المحاكم بالمملكة العربية السعودية - (رسالة دكتوراه) التخصص: الفقه الإسلامي، تحت إشراف: أحمد بن عبد العزيز عرابي، جامعة أم القرى، السنة الدراسية: 1425هـ - 1426هـ، ج 01 ص: 44.

² نضال مصطفى حسن الأسمر، صلاحيات الإمام في إسقاط وتخفيف العقوبات (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه والتشريع، تحت إشراف: عبد المنعم أبو قاهوق، جامعة النجاح (نابلس / فلسطين) السنة الدراسية: 1426هـ - 2005، ص: 80.

الصياغة تقديمًا وتأخيرًا؛ وعليه يمكن استثمار هذا التعريف واختياره مع تحاشي الخلل المذكور فنقول إن تخفيف العقوبة هو:

"إنقاص القاضي للعقوبة لسبب معتبر شرعا"

أ/ فقولي "إنقاص" تتضمن الإنقاص في النوع أي المعاقبة بعقوبة أخف من العقوبة الأصلية ومختلفة عنها من حيث النوع، كما تتضمن الإنقاص في المقدار أي العدد، وتتضمن أخيرا الإنقاص في الألم ويكون بتغيير الآلة أو الصفة.

ب/ وأما قولي "لسبب معتبر شرعا" فهو قيد يشير إلى أن الظروف ليست كلها محل اعتبار في نظر التشريع الإسلامي، وهذا أحد مجالات الاختلاف الجوهرية بين التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي بشكل عام ومنه قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الثاني/ تعريف تخفيف العقوبة في الفقه الوضعي بشكل عام:

ذكر فقهاء القانون الجزائري عدة تعريفات لتخفيف العقوبة لكنها إجمالا لم تخرج عن التعريف التالي:

1/ يقول حاتم بكار: " يقصد بتخفيف العقاب أن يحكم القاضي من أجل الجريمة بعقوبة أخف من حيث نوعها المقرر لها في القانون، أو أدنى في مقدارها إلى الحد الأدنى الذي يضعه المشرع"⁽¹⁾.

هذا تعريف استوعب عناصر مهمة تشكل ماهية تخفيف العقوبة وهي:

أ- التخفيف يكون في نوع العقوبة (من حيث نوعها)؛ كما قد يكون في مقدار العقوبة فقط (أو أدنى في مقدارها إلى الحد الأدنى).

¹ - حاتم بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 238.

ب- وجوب الالتزام بالحد الأدنى الذي وضعه المشرع: إن التخفيف لا يعني أن القاضي مطلق اليد في مقدار العقوبة، على الأقل بالنسبة للتشريعات التي تضع حدا أدنى للعقوبات ومنها قانون العقوبات الجزائري، حيث نصت المادة 53 من ق ع ج المتعلقة بجواز تخفيض العقوبات على الحدود الدنيا للتخفيف؛ كما أكدت المحكمة العليا ذلك بنقضها للأحكام التي تجاوز فيها القضاة الحدود الدنيا للتخفيف بقولها⁽¹⁾: "إذا كانت العقوبة المقررة قانونا للجناية هي الإعدام، يجوز تخفيضها عند تطبيق الظروف المخففة إلى عشر سنوات سجنا، ومن ثم يتعرض للنقض الحكم الذي أدان المتهم بجناية القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد المعاقب عليها بالإعدام، وقضى عليه بالسجن لمدة خمس (05) سنوات".

ج/ قضائية التخفيف: وذلك في قوله: "أن يحكم القاضي" أخرج هذا القيد التخفيف التشريعي الوجوبي.

ومع ذلك يعاب على التعريف في نظري شيء واحد هو الدور في قوله "بعقوبة أخف".

الفرع الثالث/ تعقيبات على التعريفات:

من خلال التعريفات المعروضة يمكن ملاحظة ما يلي:

1/ تؤكد تعريفات فقهاء القانون للتخفيف على عدم جواز النزول عن الحدود التي سمح بها القانون أي التشريع الجزائري، ومرد ذلك في نظري إلى الحساسية المفرطة تجاه إطلاق يد القاضي التي يخشى رجال القانون أن تفرخ لهم مرة أخرى التحكم القضائي، بينما في الفقه الإسلامي لا نلاحظ هذا التخوف بسبب عدم وجود هذه الحساسية بين التشريع والقضاء. (موقف المشرع الجزائري يؤكد على أن الظروف ينص عليها المشرع).

¹ - الغرفة الجزائرية: 16 / 02 / 1988 ملف رقم: 54120 المجلة القضائية: 1993، العدد: 03، ص: 256 وكذا الغرفة الجزائرية: 16 / 05 / 2000 ملف رقم: 24048، المجلة القضائية: 2001 العدد: 01 ص: 314.

2/ تعريف الفقهاء المسلمين للتخفيف أوسع من تعريف فقهاء القانون لأنه يشمل التخفيف القانوني بنوعيه (التخفيف في نوع العقوبة ومقدارها) كما يشمل التخفيف فيالصفة والتنفيذ، وترجع هذه السعة في نظري لاختلاف التشريع الإسلامي عن القانون الوضعي في طبيعة بعض العقوبات، حيث نجد التشريع الإسلامي يعتمد بوضوح على العقوبات البدنية ومنها الجلد، وهذه العقوبة يمكن تخفيفها من خلال تغيير وسيلة الجلد، أو التخفيف في صفة الضرب أي قوته؛ أما التشريعات الوضعية عموما ومنها التشريع الجزائري فلا تعرف هذا النوع من العقوبات، بل هناك حملة دولية لمناهضتها والدعوة إلى إلغائها⁽¹⁾.

3/ تشير تعريفات رجال القانون إلى هيمنة المشرع على عمل القاضي، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال تحديد المشرع لحدي العقوبة الأصلية الأدنى والأعلى من ناحية، ثم تحديد الحد الأدنى الذي يجب ألا تنزل عنه العقوبة عند التخفيف من ناحية أخرى، وقد أشار التعريف إلى التحديدين بالقول: "بعقوبة أخف من حيث نوعها المقرر لها في القانون" وقوله: "إلى الحد الأدنى الذي يضعه المشرع"، بينما لا نلاحظ هذه الهيمنة التشريعية في الفقه الإسلامي وسبب ذلك في اعتقادنا انتفاء الحساسية التشريعية/القضائية من جهة، ومن جهة أخرى منح التشريع الجزائري الإسلامي القاضي مساحة معتبرة لتقدير العقوبة في كمها ونوعها في مجال التعزير، بحيث يستطيع القاضي أن يعاقب بما يراه مناسباً للجاني وجنائته وسائر العناصر التي ينبغي مراعاته في هذا النوع من الجزاء.

4/ يتفق الفقه الإسلامي مع التشريعات الجزائية الوضعية عامة في أن تخفيف العقوبة استثناء وليس هو الأصل، فالأصل أن تطبق العقوبات المقررة للجريمة كما وضعت نوعاً وقدرها، ولا يعدل القاضي عن العقاب المقرر إلا إذا وجدت ظروف معتبرة شرعاً أو قانوناً تقتضي هذا العدول.

¹ - تقرير منظمة الأمم المتحدة في دورتها الحادية والسبعين: A71/374 بتاريخ: 2016/09/06.

المبحث الثاني/ سلطة القاضي في تخفيف العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري:

نحاول من خلال هذا المبحث بيان سلطة القاضي الجزائري في تخفيف العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري مع المقارنة بينهما، ويمكن تجلية السلطة التقديرية في كلا التشريعين من خلال ثلاثة أبعاد هي: سلطة القاضي في تخفيف نوع العقوبة، سلطة القاضي في تخفيف مقدار العقوبة، سلطة القاضي في تخفيف صفة العقوبة، الاستثناءات والقيود الواردة على سلطة القاضي في التخفيف؛ وبهذا تكون عدة المطالب المكونة لمطالب هذا المبحث أربعة مرتبة وفق الأبعاد المذكورة.

المطلب الأول/ سلطة القاضي في تخفيف نوع العقوبة:

يمكن تحديد سلطة القاضي في تخفيف نوع العقوبة من خلال فرعين، أولهما: سلطة القاضي في تخفيف نوع العقوبة من خلال نظام التخيير، وثانيهما: سلطة القاضي في تخفيف نوع العقوبة من خلال نظام الاستبدال.

الفرع الأول/ سلطة القاضي في تخفيف نوع العقوبة من خلال نظام التخيير

في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

لقد استعرضت في الفصل الأول نظام العقوبات التخيرية وبيننا فيه بوضوح اتفاق التشريع الإسلامي والتشريعات الجزائية الوضعية ومنها القانون الجزائري في الأخذ بهذا النظام؛ كما نبهنا أيضا إلى أن هذا النظام يعتبر أسلوبا تشريعا هاما في تحقيق التفريد القضائي للعقوبة إن شرع في موضعه المناسب، بل يعد مؤشرا على مساندة التشريع للأفكار الجنائية المعاصرة.

وبناء عليه يعتبر نظام تخيير القاضي في الحكم بالعقوبة المناسبة من بين عدة عقوبات أسلوبا تشريعا يسمح للقاضي بممارسة سلطته في تخفيف العقوبة بشكل معتبر

كلما كانت العقوبات المخير فيها متدرجة ومتنوعة؛ وربما قيل: كيف يكون التخخير تخفيفاً؟! ونقول: إن القاضي متى ما حدد له المشرع أكثر من عقوبة فمقتضى هذا التخخير التخفيف، لأن العقوبات إذا تنوعت كانت بالضرورة مختلفة في الشدة فبعضها أخف من بعض، يقول أحسن بوسقية: "والواقع أن الأمر سيان إذا طبق القاضي الظروف المخففة إذ بإمكانه في هذه الحالة (التخخير بين عقوبتين أصليتين الحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين) أن يقضي بعقوبة واحدة حتى في الحالات التي نص فيها المشرع على عقوبتي الحبس والغرامة"⁽¹⁾.

ومن ناحية ثانية حين يخير المشرع القاضي في العقوبة فإنه يفتح باباً للأمل في العقوبة الأخف بالنسبة للجاني، ومن ناحية ثالثة وهي كالنتيجة الطبيعية لما سبقها فإن القاضي كإنسان له ضمير وله عاطفة تجنح بالفطرة إلى أخف العقوبات؛ ولا يحكم بالعقوبة الشديدة إلا إذا سد أمامه باب التخفيف⁽²⁾، ولا يسد باب التخفيف و بين يديه عقوبات متدرجة الشدة نوعاً وقدرًا؟! يقول الشهيد عبد القادر عودة رحمه الله تعالى: "وأعطى القانون للقاضي سلطة واسعة في تطبيق العقوبات التي قررت للجرائم، فترك للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة إذا كان هناك أكثر من عقوبة، وأن يختار من بين حديها الكمية التي يراها كافية لتأديب المجرم... وقد نسي من وضع هذا السلطان العظيم (سلطة تقدير واختيار العقوبة) في يد القضاة أنهم بشر، وأن في طبيعة البشر التهرب من المسؤولية، وأن الإنسان إذا خير بين مسؤوليات سارع إلى حمل أخفها إلى الابتعاد عن أثقلها، ولا يتعرض لحمل المسؤوليات الثقيلة إلا كارهاً أو مضطراً حين لا يجد بداً من حملها أو لا يجد مخرجاً لتركها"⁽³⁾.

¹ - أحسن بوسقية، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 241.

² - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 01 ص: 718-722.

³ - عبد القادر عودة، المرجع نفسه، ج 01 ص: 722.

ولأجل هذا لاحظنا أن التشريع الإسلامي اكتفى بتشريعيها في جريمة واحدة فقط في جرائم الحدود وهي جريمة الحراة لخصوصيتها وهي كونها جريمة ترتكب عادة بشكل جماعي، ويكون الجناة فيها مختلفوا الأدوار، ومن ثم اختلاف خطورتهم الإجرامية؛ إضافة إلى كونها عقوبات بالغة الشدة القتل، الصلب، تقطيع الأيدي والأرجل من خلاف، ما عدا العقوبة الأخيرة وهي النفي والتي تطبق على أخف وأدنى مساهمة في هذه الجريمة؛ كما ينبغي التنبيه إلى أن المذاهب الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة يرون بأن عقوبات الحراة على الترتيب لا التخخير.

فالتشريع الإسلامي كقاعدة عامة لا يشرع أكثر من عقوبة على جرائم الحدود، لأنها جرائم تمس بصفة مباشرة مصالح ضرورية للمجتمع، والتخخير في العقوبة يضعف جانب الردع فيها؛ ولما كانت جريمة الحراة على النحو الذي بيناه خصها الشارع الحكيم بنظام التخخير، وهو تخيير من نوع خاص، لأنه تخيير لا يضعف جانب الردع بسبب أن العقوبات المخير فيها تتميز بميزات: فهي عقوبات بالغة الشدة من جهة، ومتدرجة في الشدة حتى تكون رادعة لجميع أصناف الجناة؛ ومتنوعة في الطبيعة، وهي أخيرا عقوبات بدنية والناس جميعا يشتركون في الإحساس بالألم، فكانت هذه العقوبات مبنية على علم دقيق ومحيط بالإنسان وما يصلحه بحيث تسمح بتفريد العقوبة وتحقيق مقاصدها في الخلق.

فسلطة القاضي في تدرج التخفيف تبلغ ذروتها عند الظاهرية لأن التخخير عندهم مطلق، وتضييق قليلا عند المالكية، وتضييق أكثر عند الحنفية والشافعية والحنابلة؛ وقد رجحنا من قبل مذهب المالكية لأنه أعدل الأقوال وأوسطها⁽¹⁾ بين إفراط الظاهرية في إطلاق سلطة

¹ - وقد رجح قول المالكية كثير من المعاصرين منهم: عبد الرحيم صدقي، أبو زهرة، محمد بن فهد الودعان، زيادة العقوبة التعزيرية على المقدر في جرائم الحدود، ص: 382.

القاضي في الاختيار، وتفريط غيرهم الذين منعوا القاضي من الاختيار وإن اضطروا إليه في بعض الصور.

إن القاضي في الفقه الإسلامي يملك سلطة تخفيف العقوبة باعتبار حال الجاني وجنائته ومدة مكثه في الحراة بحيث يمكن للقاضي أن يخفف العقوبة إلى مجرد الضرب مع الحبس أو المطاردة كما قال بذلك بعض الفقهاء، مع تحفظنا الشديد على هذا التفسير للفظ "النفي" الوارد في الآية الكريمة، لأن المطاردة المستمرة تفضي بالجناة إلى عبور حدود الدولة الإسلامية واللجوء إلى دولة غير إسلامية، مما قد يكون مدعاة إلى ارتدادهم، أو ضعف تدينهم لبعدهم عن الظروف الباعثة على الاستقامة؛ وما عدا جريمة الحراة في الحدود يتفق الفقهاء على أن ما شرع من العقوبات وجب تطبيقه كما شرع دون تخفيف كأصل عام؛ فلا سلطة للقاضي لاختيار أخف العقوبات لأن الشرع إنما وضع بين يدي القاضي عقوبة واحدة محددة بدقة نوعاً وقدرًا؛ ففي الزنا لغير المحصن الجلد مائة جلدة، وفي المحصن الرجم، وفي السرقة القطع، وفي القذف الجلد ثمانين جلدة.

وفي عقوبات القصاص غلب الشارع الحكيم حق العبد، فجعل تخفيف العقوبة بالانتقال من القصاص إلى الدية بيد المجني عليه أو أوليائه وليس بيد القاضي أو الإمام، لكنه ندب القاضي إلى المساهمة في تخفيف العقوبة على الجاني وذلك بترغيب أولياء الدم في العفو على الدية، إلا أن القاضي شافع وليس آمراً، فإن قبل أولياء الدم العفو على الدية فذاك، وإلا فليس للقاضي من سلطان عليهم، وليس من القصاص بد، يقول الونشريسي: "ألا ترى أن أهل العلم قد قالوا: إنه ينبغي للإمام أن يرغب الأولياء في العفو قبل القسامة، فإن أبوا إلا القسامة والقود أمكنهم من ذلك"⁽¹⁾.

¹ - الونشريسي، المعيار المغربي، ج 02 ص: 306.

فإذا انتقلنا إلى عقوبات التعازير وجدنا المجال أرحب لتخفيف العقوبة، لأن القاضي يملك سلطة واسعة في اختيار العقوبة نوعا وقدرًا، فالعقوبات غير محدودة بحيث يستطيع القاضي أن يستفيد حتى من السياسات الجزائية الوضعية الحديثة في بعض العقوبات الملائمة لبعض الجرائم المعاصرة والمستحدثة، وشعاره في ذلك قول عمر بن عبد العزيز: "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من فجور".

أما المشرع الجزائري الجزائري فكان قبل تعديل 2006 من أكثر التشريعات رحابة في مجال التخفيف القضائي للعقوبة⁽¹⁾ حيث جعل تقدير الظروف المخففة من إطلاقات الجهات القضائية وقاضي الحكم وحده، كما لم يحدد مضمونها، ولم يجعل التخفيف حقا للمتهم، ولم يجعل للمحكمة العليا سلطانا علة التخفيف القضائي ولم يلزم قاضي الحكم بتسبيب التخفيف؛ ولعل هذا السلطان الواسع للقاضي في التخفيف هو الذي جعل البعض يدعو إلى تقييده من خلال الدعوة إلى إلزام القاضي بتسبيب التخفيف، وضرورة النص على بعض الظروف، وضرورة وضع ضوابط للظروف القضائية المخففة؛ وقد آتت هذه الدعوات أكلها من خلال تعديل 2006 حيث تدخل المشرع في عدة مسائل ليحد من سلطة القاضي في تخفيف العقوبة نوعا وقدرًا وهو ما سنخصه بمطلب مستقل.

لقد جعل المشرع الجزائري التخيير مبدأ وأصلاً تقوم عليه سلطة القاضي في تقدير العقوبة في الكثير من الجرائم، وغالبا ما يخير المشرع القاضي في الحكم بين عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة⁽²⁾ أو هما معا؛ لكن في جرائم الأحداث استثناء منح المشرع صورتين أخريتين لاختيار القاضي نوع العقوبة وهما:

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 291.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 233.

- تدابير الحماية أو التربية أو عقوبات مخففة في الجنايات والجنح (م49/ف03 من ق.ع.ج).

- التوبيخ أو الغرامة في المخالفات (م51 من ق.ع.ج).

وبذلك يكون المشرع الجزائري حصر سلطة القاضي في تخفيف العقوبة من خلال الاختيار النوعي في: الحبس أو الغرامة أو هما معا فقط؛ فالقاضي يملك سلطة التخفيف بحيث إذا راعى حال الجاني أمكنه الحكم بالغرامة فقط فإنها أخف من الحبس بيقين، ودليل ذلك أن كل واحد من المحبوسين لو قيل له افتد حريتك بالمال لفعل؛ كما أن الحكم بالحبس فقط أو الغرامة فقط أخف أيضا من الجمع بينهما.

فسلطة القاضي في التخفيف من خلال هذا التخيير واضحة، لكنها سلطة تخفيف عامة أي يمكن أن تطبقها على مختلف الوقائع الإجرامية بشكل عام؛ غير أن المشرع الجزائري قدر بأن تخيير القاضي بين أنموذجين عقابيين (الحبس أو الغرامة أو هما معا) لا يكفي لاستيعاب كل ظروف الجريمة والمجرم، لذا لجأ إلى أسلوب آخر وهو منح القاضي مزيدا من سلطة التخفيف في نوع العقوبة وهو ما وردت به م53 من ق.ع.ج حيث يمكن للقاضي تخفيف العقوبة في مواد الجنايات على النحو التالي:

- 1/ عشر سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي الإعدام .
- 2/ خمس سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤبد.
- 3/ ثلاث سنوات حبسا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.
- 4/ سنة واحدة حبسا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات.

إن الملاحظ على هذه الصور من التخفيف أنها في أغلبها تخفيف كمي بمعنى أن العقوبة من حيث الطبيعة بقيت نفسها واتجه التخفيف إلى حجمها أي مدتها، فالسجن المؤبد يخفف إلى خمس سنوات، والسجن المؤقت يخففه القاضي إلى ثلاث سنوات أو سنة واحدة حسباً في الحالتين الثالثة والرابعة؛ وبالتالي فما ينطبق عليه أنه تخفيف نوعي للعقوبة هو الحالة أو الصورة الأولى فحسب، أي تخفيف عقوبة الإعدام إلى عقوبة سالبة للحرية مقدارها عشر سنوات، هذا في مواد الجنايات وهناك صورة أخرى في مواد الجنح سنذكرها في العنصر الموالي وهو التخفيف من خلال نظام الاستبدال.

وعلى خلاف هذا المسلك نجد التخفيف النوعي حاضراً حضوراً ملفتاً في التشريع الإسلامي في عقوبة الحرابة، حيث وضع الشارع أربع عقوبات مختلفة الطبيعة ومرتجة في الشدة من أشد العقوبات (القتل) إلى أدناها (الحبس) بحيث تمكن القاضي من استيعاب مختلف الصور الإجرامية وأحوال المجرمين؛ ويظهر التخفيف في نوع العقوبة بشكل أوضح في عقوبات التعازير⁽¹⁾ حيث وضع التشريع الإسلامي بين يدي القاضي عقوبات كثيرة ومتنوعة: بدنية، مالية، سالبة للحرية ونفسية... وهذا التنوع مع التدرج يجعل القاضي في وضع قضائي مثالي يسمح له باستعمال سلطته في تخفيف العقوبة بما يتناسب طردياً مع طبيعة الجناية المرتكبة وحال الجاني وحال المجني عليه وغيرها من الاعتبارات التي ينبغي على القاضي مراعاتها في عقوبات التعازير تخفيفاً وتشديداً؛ وعليه يبدو مسلك الشريعة في تخفيف العقوبات من حيث النوع أهدى، وسيلها في التخفيف خلال الاختيار النوعي أثرى، والله أعلم.

¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 01 ص: 82، حاتم موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 212.

الفرع الثاني/ سلطة القاضي في تخفيف نوع العقوبة من خلال نظام الاستبدال

في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

من مزايا التشريع الإسلامي التكامل والتناسق، فلا تعارض ولا تناقض في أحكامه أو مقاصده ومن باب أولى في هديه التشريعي، وقد قلنا فيما سبق أن التخيير سبيل للتخفيف، وكذلك إباحة استبدال عقوبة بأخرى ضرب من التخفيف⁽¹⁾، ولذا لاحظنا أن التشريع الجزائري الإسلامي لم ييح للقاضي استبدال عقوبة بأخرى في الحدود إلا في حالات الضرورة القصوى وفي غير العقوبات الاستثنائية، وذلك حين يتعذر استيفاء العقوبة على الوجه المقصود شرعا، إما بسبب ضعف واضح في البنية الجسمية، أو لعارض المرض الذي لا يرجى برؤه عادة؛ فذهب بعض الفقهاء إلى الاجتهاد باستبدال العقوبة الواجبة شرعا بعقوبة يطبقها الجاني وتحقق المقصد الشرعي، ومن أمثلة الاستبدال في عقوبات الحدود:

1/ استبدال عقوبة القطع في السرقة بالسجن والضرب: يقول الإمام القراني نقلا

عن الإمام اللخمي: "وإن كان المحدود ضعيف الجسم يخاف عليه الموت، سقط حد السرقة، وعوقب وسجن"⁽²⁾؛ ووضح أن القول بسجن من وجب في حقه القطع إنما هو تقدير فقهي، فالشارع ما أعطى القاضي سلطة الاستبدال، لكن ترك الجاني ينحو بفعلته قد يجزؤ غيره من أمثاله على الإجماع على أمل أن يعفى عنه بسبب مرضه، أو ضعف في جسمه؛ فكان لا بد من العقوبة بأقصى ما يتحمله؛ لأن العقوبات شرعت للزجر والاستصلاح لا للإتلاف؛ ولا يخفى أن الضرب والسجن أخف من القطع؛ وفي كل الأحوال يعتبر قول اللخمي رحمه الله تعالى اجتهادا فقهيًا لكنه لا يمثل التوجه العام للفقه الإسلامي.

2/ عقوبة المرأة المحاربة: حيث نصت الآية الكريمة على القتل أو الصلب أو القطع أو

النفي، ومع ذلك نقل القراني عن الإمام اللخمي أيضا أن المرأة المرتكبة لجناية الحرابية: "يسقط عنها النفي والصلب؛ وقال: وأرى إن وجدت وليا أو جماعة مرضيين وقالت: أخرج إلى بلد آخر

¹ - نضال مصطفى حسن الأسمر، صلاحيات الإمام في إسقاط وتخفيف العقوبات (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه والتشريع، تحت إشراف: عبد المنعم أبو قاهوق، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، السنة الجامعية: 1426هـ - 2005، ص: 100.

² - القراني، الذخيرة، ج 12، ص: 83، نضال مصطفى حسن الأسمر، صلاحيات الإمام في إسقاط وتخفيف العقوبات، ص: 108.

فأسجن فيه، أن لها ذلك، لأنه أهون عليها من القطع والقتل⁽¹⁾؛ ولعل اجتهاد اللخمي رحمه الله تعالى مبني على علة النهي عن قتل النساء والصبيان في الحرب وهو أنهم في الغالب لا رأي لهم ولا قتال فيهم⁽²⁾، وهو قول الكرخي⁽³⁾ من الحنفية أيضا، يقول السرخسي: "وذكر الكرخي رحمه الله تعالى أن حد قطع الطريق لا يجب على النساء لأن السبب هو المحاربة وانقطاع الطريق بهم والمرأة بأصل الخلقة ليست بمحاربة كالصبي"⁽³⁾ بيد أن هذه الصور التي نقلها تراثنا الفقهي تظل استثناء من الأصل والقاعدة العامة وهي أن القاضي لا يملك سلطة استبدال ما وجب من العقوبات الشرعية في الحدود، وتظل هذه الصور اجتهادات فقهية فردية لا ترقى لأن تكون مذهباً فقهياً فضلاً عن أن تكون اتجاهات، لكنها لا تخرج عن حدود الاجتهاد الفقهي الوجيه والله أعلم.

وبناء على اجتهاد الإمام اللخمي في المسألتين السابقتين يمكن القول إن الفقه الجزائري الإسلامي يلتقي مع التشريع الجزائري الوضعي عموماً والجزائري خصوصاً في الإذن في الحكم بعقوبة بديلة متى ما تعذر استيفاء العقوبة الأصلية، ويزيد التشريع الوضعي احتمال تعذر تنفيذها، أو لأن العقوبة البديلة أكثر ملائمة لظروف المجرم بصرف النظر عن نوع الجريمة المرتكبة⁽⁴⁾.

ونجد التشريع الإسلامي يمنع استبدال العقوبة المقررة بأخرى في جرائم القصاص للغاية نفسها وهي أن الاستبدال تخفيف يضعف جانب الردع في العقوبة المقررة للجريمة، بل

¹ - القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 131 .

² - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، ط 01 (الرياض: السعودية، دار طيبة للنشر والتوزيع، 1417هـ-1997) ج 01، ص: 524، صلاح عبد الغني الشرح، حد الحرابة والجرائم التي يشملها كعقوبة، المجلة العربية للدراسات الأمنية، م05، العدد: 10، 1990، ص: 129.

³ الكرخي: أبو الحسن عميد الله بن الحسين بن دلال، البغدادي الكرخي الفقيه، سمع إسماعيل بن إسحاق القاضي، ومحمد بن عبد الله الحضرمي، وطائفة؛ حدث عنه أبو عمر بن حنوبه، وأبو حفص بن شاهين، والقاضي عبد الله بن الأكتفاني وآخرون؛ توفي رحمه الله في سنة أربعين وثلاث مائة(340هـ). الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 15، ص: 426 - 427.

³ - السرخسي، المبسوط، ج 09 ص: 197.

⁴ - أكرم نشأت إبراهيم، المرجع نفسه، ص: 133، قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 110، حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 180، يوسف جواوي، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 39.

إن القرآن الكريم صرح بأن العدول عن القصاص إلى الدية تخفيف، قال تعالى: ﴿بِمَنْ

عُوبِيَ لَهُ مِنْ آخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ

بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ (البقرة/177) قال

الثعالبي^(*) رحمه الله تعالى: "وقوله سبحانه "ذلك تخفيف" إشارة إلى ما شرعه لهذه الأمة من

أخذ الدية، وكانت بنو إسرائيل لا دية عندهم، إنما هو القصاص فقط"⁽¹⁾ كما أن الشارع في

هذا المجال من الجرائم غلب حق العبد وهو المجني عليه أو أولياؤه حتى لا يتأدى بهم الحقن إلى

طلب الثأر، لذا لم يبح التشريع الإسلامي استبدال العقوبة إلا في حالتين:

1/ تنازل المجني عليه أو أولياؤه عن القصاص وطلب الدية.

2/ وجوب الانتقال إلى العقوبة البدلية لتعذر استيفاء القصاص فيما دون النفس

لسبب من الأسباب المشروعة، كخشية الحيف ومن باب أولى الهلاك في غير القتل⁽²⁾.

و الملاحظ في كلتا الصورتين أنه لا سلطة للقاضي في هذا الاستبدال، لأن

استبدال القصاص بالدية في الصورة الأولى راجع إلى تنازل المجني عليه أو أولياؤه، فهم وحدهم

من يملكون حق الاستيفاء أو الإسقاط؛ وفي الصورة الثانية يكون الاستبدال وجوبيا لا سلطة

للقاضي فيه أيضا؛ وقد يقول قائل: ألا يكون الاستبدال في هاتين الحالتين مضعفا للأثر

* الثعالبي: أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن مخلوف الثعالبي الجزائري، ولد عام 786هـ؛ أخذ عن الأبي، والولي العراقي، والحفيد ابن مرزوق وأجازوه، وأبي الحسن المنكلاقي، والغبريني، والزعيبي، والبرزلي، وأبي حفص القلشاني، والقيلاي، والبساطي، وغيرهم، وأخذ عنه أئمة: منهم ابن مرزوق الكفيف، والشيخ السنوسي، وأخوه لأمه علي التالوتي، وابن سلامة البسكري، ومحمد بن عبد الكريم القبلي، من مصنفاته: تفسير اختصر فيه تفسير ابن عطية (وهو المسمى تفسير الجواهر الحسان)، روضة الأنوار في الفقه، الأنوار المضئفة في الجمع بين الشريعة والحقيقة، شرح ابن الحاجب الفرعي، جامع الأمهات في أحكام العبادات، تحفة الأقران في إعراب بعض آي القرآن، الذهب الإبريز في غرائب القرآن العزيز، شرح منظومة ابن بري في قراءة نافع، الإرشاد في مصالح العباد، وغيرها من المصنفات، توفي سنة (875هـ أو 876هـ). محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج 01 ص: 382.

¹ - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج 02 ص: 143، الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط 01 (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1418هـ - 1997) ج 01 ص: 369.

² - ابن قدامة، المغني، ج 11 ص: 531، نضال مصطفى الأسمر، صلاحيات الإمام في إسقاط وتخفيف العقوبات، ص: 109.

الردعي للعقوبة كما زعمتم من قبل؟ فنقول: كلا، لأن الاستبدال ليس بيد القاضي، بل بيد المجني عليه أو أوليائه، وفي كليهما من الحق والغضب على الجاني ما يكون معه العفو عن القصاص مستبعدا عادة، ولذا ندب الشرع القاضي إلى ترغيب أولياء الدم في العفو، كما أن مشروعية القصاص وجعله بيد أولياء كاف في تحقيق مقصد الردع في نظر الشريعة⁽¹⁾.

ومنع التشريع الإسلامي المجني عليه أو أوليائه سلطة التنازل عن القصاص وطلب الدية نهج تشريعي لا نجد له نظيرا في التشريعات الجزائية الوضعية؛ فقد ظل الفكر الجزائي الوضعي في كفاحه ضد الجريمة مركزا على الجاني وظروفه تخفيفا أو تشديدا للعقوبة، لكنه وصل إلى مرحلة التأزم وعدم القدرة على تحقيق العدالة الجنائية، وصرحت بذلك مؤتمرات عديدة لمنظمة الأمم المتحدة ومؤتمرات مكافحة الجريمة، وخلال ذلك ظهرت فكرة العدالة التصالحية والتي " تركز بالأساس على الضحية والاهتمام به والالتفات إلى حاجياته المنصبة أساسا على جبر الأضرار اللاحقة به من جراء الجريمة..."⁽²⁾، أي أن الفكر الجزائي انتهى به المطاف إلى ما جاء به التشريع الإسلامي منذ قرون.

وفي جرائم التعازير لا حاجة أصلا للعقوبات البديلة من أجل التخفيف لأن العقوبة غير محددة بالنص، بل ترجع إلى اجتهاد القاضي أو الإمام بحسب ما يراه مناسبا لحال الجاني وطبيعة الجناية، وحال المجني عليه، وبحسب كثرة الجناية وقتلتها في المجتمع؛ وبحسب الزمان والمكان؛ والفقهاء الإسلامي من خلال تراثه الضخم يملك خزانة من العقوبات التي تصل إلى القتل وتخفف إلى مجرد الإعلام بالذنب.

بل إن القاضي في الفقه الإسلامي ليس ملزما بالحكم بالعقوبات التي نقلتها مصادر الفقه الإسلامي فقط، لأن الناس قد يستحدثون ألوانا من الإجرام تتطلب عقوبات تلائم طبيعتها، وبالتالي قد يستحدث القضاء الإسلامي المعاصر أشكالا من التخفيف تلائم طبيعة

¹ - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج2 ص: 143.

² - عبد الرحمن بن النسيب، العدالة التصالحية بديل للعدالة الجنائية، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد: 11، ص: 359، مجلس حقوق الإنسان التابع لمنظمة الأمم المتحدة، الدورة السابعة 07-11 جويلية 2014 الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية: العدالة التصالحية والأنظمة القضائية للشعوب الأصلية ووصول نساء الشعوب الأصلية وأطفالها وشبابها والأشخاص ذوي الإعاقة فيها إلى العدالة، ص: 23 الوثيقة رقم: A/HRC/EMRIP/2014/3.

العقوبات المستحدثة، وفي هذا السياق ربما أمكن الاستفادة من تجارب القضاء الأجنبي الناجحة متى كانت تلك العقوبات منسجمة مع نصوص الشرع ومقاصده من العقاب؛ وقد قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من فجور"⁽¹⁾.

أما التشريع الجزائري الجزائري فقد تهاهى مع الأفكار الجزائية المعاصرة التي خلصت إلى أن العقوبات السالبة للحرية أو التدابير الاحتجازية بشكل عام لم تجد نفعاً في سياسة الدفاع الاجتماعي والحد من الجريمة؛ وبالتالي يقع على عاتق السياسات الجزائية للدول البحث عن بدائل غير احتجازية، وقد بدأ تأثر المشرع الجزائري بهذا التوجه واضحاً في عدة نواح من أبرزها إدخال نظام استبدال العقوبة السالبة للحرية بالعمل للنفع العام في م 05 مكرر 01؛ وقد ترك المشرع الأخذ بهذا النظام لسلطة القاضي التقديرية كما أوضحنا سابقاً.

ونظام عقوبة العمل للنفع العام يقتضي إخراج المحكوم عليه من بيئة الحبس المغلقة إلى البيئة المفتوحة، والإذن له بالانفتاح على العالم الخارجي، وممارسة مهنة أو نشاط معين بشروط وإجراءات محددة؛ ولا شك أن إفادة المحكوم عليه بعقوبة الحبس التقليدية بهذا النظام ضرب من تخفيف العقوبة؛ لأن الاستبدال متى كان من الشديد إلى الخفيف، أو من الخفيف إلى الأضعف كان تخفيفاً.

ويؤكد كون نظام عقوبة العمل للنفع العام تخفيفاً أن نظام استبدال العقوبة إنما شرع للتخفيف من الآثار النفسية الضارة التي يسببها الحبس في شكله التقليدي للمحكوم عليه⁽²⁾؛ وعليه لا نظن أن عاقلاً يحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية في شكلها التقليدي، ثم يعرض عليه العمل للنفع العام بما يتيح له الاتصال بالعالم الخارجي فيرفض هذا النمط من العقاب.

¹ - نقل هذه القاعدة كثير من الفقهاء أغلبهم من المالكية ونسبها إلى عمر بن عبد العزيز، ينظر: ابن رشد، المقدمات الممهدة، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ-1988) ج 02 ص: 309، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 122.

² - حدة بوسنة وسوهيلة حمادو، العقوبات البديلة في التشريع الجزائري (مذكرة ماستر) التخصص: القانون العام، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، السنة الدراسية: 2015-2016، ص: 76، غيداء عبد الرحمان محمد الحربي، العقوبات البديلة لعقوبة السجن -دراسة مقارنة- التخصص: الأنظمة الجنائية، تحت إشراف: أمال زيدان، 1439هـ-2017، جامعة القصيم، السعودية، ص: 15.

وموجب م 05 مكرر 01 أجاز المشرع الجزائري للجهات القضائية استبدال عقوبة الحبس بالعمل للنفع العام بشروط محددة، وسماه عقوبة في م 53 مكرر 01/ ف 07 بقوله: "يتم النطق بعقوبة العمل للنفع العام في حضور المحكوم عليه..." فحسم بذلك موقفه من الجدل الدائر حول طبيعة العمل للنفع العام حيث يعتبره البعض تدييرا لا عقوبة⁽¹⁾؛ وقد أحاط المشرع هذا الاستبدال القضائي بجملة من الشروط جعلت سلطة القاضي في تقديره والحكم به مغلوطة إلى حد بعيد وهذه الشروط هي:

- 1/ إذا كان المتهم غير مسبوق قضائيا.
 - 2/ إذا كان المتهم يبلغ من العمر 16 سنة على الأقل وقت ارتكاب الوقائع المجرمة.
 - 3/ إذا كانت عقوبة الجريمة المرتكبة لا تتجاوز 03 سنوات حبسا.
 - 4/ إذا كانت العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة حبسا.
- ثم أضافت المادة المذكورة أعلاه قيدين آخرين زادا من تقييد سلطة القاضي في الحكم بهذه العقوبة وهما:
- يجب ألا تقل مدة العمل للنفع العام المنطوق بها في حق القاصر عن 20 ساعة وأن لا تزيد عن 300 ساعة.

يتم النطق بعقوبة العمل للنفع العام في حضور المحكوم عليه، ويتعين على الجهة القضائية قبل النطق بهذه العقوبة إعلامه بحقه في قبولها أو رفضها والتنويه بذلك في الحكم.

إن الناظر في هذه الشروط والقيود يستنتج بأن التشريع الجزائري كأنه أخذ بهذه العقوبة على مضض، لأن هذه القيود جعلت سلطة القاضي في الحكم بها تضيق إلى حد

¹ - يعقوب بن أحمد، العقوبات البديلة لعقوبة الحبس قصير المدة - العمل للنفع العام نموذجا - (مذكرة ماستر) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: أمانة سلطاني، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، قسم العلوم الإنسانية، شعبة العلوم الإسلامية، السنة الجامعية: 1435هـ - 1436هـ/ 2014 - 2015.

بعيد، فالمرشح حد من سلطة القاضي من خلال جعل أقصى حد لعقوبة الجريمة المرتكبة 03 سنوات حبسا وبالتالي يفهم ضمنا أن المرشح استهدف سلب القاضي سلطة الحكم بعقوبة العمل للنفع العام في الجنايات لأنها يحكم فيها بالسجن لا الحبس؛ وكان بالإمكان شمول نظام الاستبدال جرائم الجنايات بمقتضى الشرط الرابع وهو كون العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة حبسا، لأن أعمال الظروف المخففة بمقتضى م 53 مكرر وفي فقرتها الخامسة تسمح بتخفيض عقوبة السجن المؤقت إلى سنة حبسا، لكن المرشح سد هذا المنفذ من خلال اشتراط أن تكون عقوبة الجريمة المرتكبة لا تتجاوز ثلاث سنوات حبسا، وبالتالي يكون المرشح قد سلب القاضي عمليا سلطة الاستبدال في جرائم الجنايات وعدد لا يستهان به من جرائم الجنح، وهي الجرائم التي تفوق عقوبتها ثلاث سنوات حبسا وما أكثرها.

وبناء عليه يكون القاضي قادرا على إجراء الاستبدال في بعض جرائم الجنح وهي التي لا تتجاوز عقوبتها ثلاث سنوات حبسا فقط؛ وليت المرشح وقف عند هذا الحد، بل زاد من تضيق سلطة القاضي حين جعل الاستبدال تكافأ فيه سلطة القاضي مع سلطة المتهم، بحيث يحق للمتهم القبول أو الرفض، بل لن نعدو الحقيقة إذا قلنا إنه لا سلطة للقاضي في تخفيف العقوبة من خلال نظام الاستبدال بل السلطة الحقيقية بيد المتهم، فلو أن القاضي قدر إفادة المتهم بالاستبدال ولم يوافق هذا الأخير فإن القاضي ليست له السلطة بمقتضى المادة المذكورة في فقرتها الرابعة أن يلزم المتهم بالعمل للنفع العام؛ وبالتالي يمكننا القول إن المرشح الجزائري يكون تقريبا قد سلب القاضي - بهذه التقييدات - ما منحه إياه في صدر المادة المذكورة؛ وصارت عقوبة العمل للنفع العام تحت رحمة سلطتين: سلطة المتهم في القبول أو الرفض وسلطة القاضي في الحكم بها من عدمه؛ وفي الأخير ما الذي تبقى من أثر ردعي لعقوبة يتوقف الحكم بها على موافقة المتهم؟! .

غير أن المشرع لم يكتف في تخفيف العقوبة عن طريق نظام الاستبدال باستبدال عقوبة الحبس بالعمل للنفع العام بل لجأ إلى تخفيف العقوبة أيضا من خلال إباحة استبدال عقوبة الحبس بالغرامة وهو ما ورد صريحا في نص مكرر 53 / 04 / 02 حيث جاء فيها: "...وإذا كانت عقوبة الحبس وحدها المقررة يجوز استبدالها بغرامة على ألا تقل عن 20.000 دج وأن لا تتجاوز 500.000 دج؛" ومما يؤكد أن الاستبدال صورة ضمنية من صور التخفيف أن هذا الاستبدال ورد في القسم الثاني والذي خصص للظروف المخففة؛ ويمكن القول بأن القاضي في هذه الصورة يقوم باستبدال نوعي للعقوبة، وبالتالي يكون الاستبدال تخفيفا نوعيا يضاف إلى استبدال عقوبة الإعدام بالسجن 10 سنوات تخفيفا.

ويختلف التشريعان في طبيعة الاستبدال فهو في الاجتهاد الفقهي الإسلامي سواء في الحدود أو القصاص استبدال تخفيفي نوعي للعقوبة (استبدال القطع بالضرب والحبس في السرقة، استبدال القتل أو الصلب بالحبس بالنسبة للمرأة في الحراة، استبدال القتل بالضرب رجاء التوبة لتارك الصلاة⁽¹⁾)، استبدال القتل بالدية في القصاص) فالعقوبات البديلة خفيفة ومختلفة من حيث النوع عن العقوبة الأصلية الشديدة؛ بينما في التشريع الجزائري نلاحظ أن الاستبدال لا يعدو أن يكون استبدالاً شكلياً بحيث بقي لب العقوبة الأصلية وهو تقييد حرية المتهم بحيث يلزم بالعمل في مكان محدد وبدون أجر؛ وعليه يكون الاستبدال في التشريع الإسلامي أقرب إلى تحقيق مبدأ تفريد العقوبة من التشريع الجزائري الذي يقتصر على الاستبدال الصوري.

بل نضيف أمراً آخر وهو أن التخفيف عن طريق الاستبدال في التشريع الإسلامي فعال من حيث التطبيق لأنه يمكن تطبيقه بشكل سلس في معظم صورته، بينما نظام الاستبدال بالشروط والإجراءات التي حددها هذا النظام تجعل تطبيقه يقع في حرج شديد،

¹ - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 289.

تقول أمحمدي بوزينة آمنة: " فأغلب المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام يتم توظيفهم لدى الهيئات التابعة لوزارة العدل، من (محاكم، مجالس قضائية، مؤسسة إعادة التربية وغيرها) وهذا بسبب رفض المؤسسات العمومية استقبالهم، لأنهم محكوم عليهم لارتكاب جريمة، وهذا ما يشكل عائقا لدى قضاة تطبيق العقوبات، باعتبار أن الهيئات التابعة لوزارة العدل لديها فائض بشري من هذا النوع من العمال"⁽¹⁾.

وأخيرا يمكن تصنيف التشريع الإسلامي على أنه بكل وضوح تشريع جزائي لا يميل كأصل عام إلى فكرة تخفيف العقوبة من خلال تشريع عقوبة بديلة للعقوبة المقررة ومنح القاضي سلطة الاستبدال، وهذا ما نلاحظه في الحدود وكذا القصاص، ولا وجود له أيضا في التعازير على اعتبار أن القاضي ليس ملزما بعقوبة محددة بل له سلطة واسعة في الحكم بالعقوبة المناسبة والمحققة لمقاصدها بالنسبة للجريمة والمجرم؛ بينما يصنف التشريع الجزائري على أنه من التشريعات التي أخذت بالتخفيف الضمني للعقوبة من خلال نظام الاستبدال، لكن يظهر من خلال فقرات المادة 53 مكرر التي استوعبت حدود وشروط ومضمون هذا النظام أن المشرع الجزائري لا يجذب توسيع نطاق الأخذ به، وكأنه أخذ به على مضض، ودليلنا على ذلك أنه أحاطه بعدد من القيود جعلت مساحة الأخذ به تضيق إلى حد بعيد كما أوضحنا.

المطلب الثاني/ سلطة القاضي في تخفيف مقدار العقوبة:

لجأت التشريعات الجزائرية المعاصرة - ومنها التشريع الجزائري- إلى حصر مقدار العقوبة في أغلب العقوبات القابلة للتبعيض بين حدين أدنى وأعلى، تحقيقا للعدالة

¹ - حمر العين لمقدم، الدور الإصلاحي للجزاء الجنائي (رسالة دكتوراه) التخصص: القانون الخاص، تحت إشراف: ريس محمد، جامعة أبي بكر بلقايد (تلمسان) كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية: 2014-2015، ص: 239، أمحمدي بوزينة آمنة، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري- عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً- ص: 150 نقلا عن: درياس زيدومة، عقوبة العمل للنفع العام بين اعتبارات السياسة العقابية المعاصرة والواقع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد: 04، الجزائر، 2011، ص: 167.

الجنائية⁽¹⁾، ومن ثم يتوجب على القاضي في المعتاد من الأحوال ألا ينزل عن الحد الأدنى، وألا يزيد على الحد الأعلى للعقوبة، وإلا كان حكمه معرضاً للنقض لافتقاره للشرعية الذي ورد النص عليه في م 01 من ق.ع.ج: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بقانون"، لكن في بعض الأحوال يقرر المشرع حداً أدنى آخر يمكن للقاضي وإعمالاً لسلطته التقديرية النزول إليه إذا قدر أن الجاني جدير بأن يُؤخَذَ بالرأفة؛ وهنا يثور تساؤل في غاية الأهمية مفاده: هل تخفيف العقوبة هو نزول القاضي بالعقوبة إلى حدها الأدنى الأصلي المقرر للعقوبة؟ أم هو نزول القاضي إلى الحد الأدنى الجديد المقرر عند إفادة الجاني بظروف التخفيف؟ أم أنه يشمل كلتا الصورتين؟.

الواقع أن الفقهاء يقصدون بتخفيف العقوبة عند الإطلاق نزول القاضي إلى الحد الأدنى الجديد الذي وضعه المشرع عند إفادة المتهم بظروف التخفيف، سواء كانت هذه الظروف تشريعية وجوبية وهي المسماة أعداءاً، أو قضائية وهي المسماة ظروفًا على الحقيقة؛ لكن مع ذلك يعتبر تدرج القاضي في النزول إلى الحد الأدنى الأصلي المقرر للعقوبة أو مقارنته تخفيفاً، وبعبارة أخرى يكون القاضي وهو ينزل عن الحد الأعلى المقرر للعقوبة بصدد تخفيف العقوبة لأن النزول عن العقاب الأشد تخفيف سواء كان تخفيفاً نوعياً أو كمياً؛ لأنه نزول من الشدة إلى الخفة؛ ولأنه نزول جوازي يرجع إلى سلطة القاضي التقديرية؛ وخلاصة الفرق بينهما أن المشرع يرى أن المساحة الفاصلة بين الحدين في العقوبة المقررة أصلاً للجريمة بإمكانها أن تستوعب بعض حالات اختلاف المجرمين وظروف جرائمهم، بينما توجد حالات أخرى تحتاج إلى قدر أكبر من التخفيف لا يستوعبها مجرد النزول إلى الحد الأدنى الأصلي للعقوبة؛ وهذا المنطق نفسه يحكم ظروف تشديد العقوبة⁽²⁾.

ومما يؤكد صحة اعتبار النزول إلى الحد الأدنى للعقوبة تخفيفاً ما جاء في م 53 مكرر 06 ق.ع.ج: "في حالة منح الظروف المخففة في مواد المخالفات، فإن العقوبات المقررة قانوناً بالنسبة للشخص الطبيعي لا يجوز تخفيفها عن حدها الأدنى" مما يعني صراحة

¹ - جواهر الجبور، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى - دراسة مقارنة - التخصص: القانون العام، تحت إشراف:

محمد الجبور، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط Mei 2013، ص: 37.

² - حاتم موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 21.

اعتبار النزول إلى الحد الأدنى تخفيفاً؛ وقد انتقد أحد الباحثين هذا الصنيع من المشرع واعتبره ابتعاداً عن مبدأ تفريد العقوبة، وأن المشرع الجزائري خالف المشرع الفرنسي الذي سمح للقاضي بتطبيق الإعفاء من العقوبة في الجرح والمخالفات أي عدم النطق بأي عقوبة عند وجود ظروف التخفيف، وكذا تنزيل عقوبة السجن المؤبد إلى سنة حسباً موقوف التنفيذ، ويظهر المشرع الجنائي الفرنسي قد وضع بين يدي القاضي فسحة هامة لتحقيق التفريد القضائي للعقوبة⁽¹⁾.

وسلطة القاضي في تخفيف العقوبة من حيث المقدار في التشريع الجزائري الجزائري تتسع وتضيق بحسب ما يتركه المشرع من مساحة بين الحد الأدنى والأعلى، سواء في العقوبات السالبة للحرية (السجن أو الحبس) أو في عقوبة الغرامة؛ فكلما باعد المشرع بين حدي العقوبة اتسعت سلطة التقدير لدى القاضي، وأمكنه بحسب الفكر الجزائري المعاصر تحقيق التفريد القضائي الكمي للعقوبة، وكلما تقارب الحدان ضاقت سلطة التقدير القضائي، ولا يخفى أن المقاربة والمباعدة بين الحدين لا تخلو من غايات تشريعية أبرزنا جوانب منها خلال الحديث عن سلطة القاضي في التدرج الكمي للعقوبة.

وبما أن العقوبات السالبة للحرية والغرامة تشكلان معا عصب السياسة الجزائية الوضعية ومن جملتها السياسة الجزائية فليس للقاضي من سلطة في تخفيف العقوبة من حيث المقدار سوى الإنقاص من مدة الحبس أو قيمة الغرامة، سواء بالنزول إلى الحد الأدنى الأصلي للعقوبة، أو النزول إلى الحد الجديد الذي قرره المشرع في حالة الإفادة بظروف التخفيف؛ وعلة ذلك أن طبيعة العقوبة تتحكم إلى حد بعيد في ثراء صور التخفيف والتشديد أو فقرها، وهو مكن خلاف واضح بين التشريع الجزائري الإسلامي والوضعي بشكل عام على ما سنوضحه.

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن تخفيض الغرامة في م 53 من ق.ع. ع وعذره في ذلك أن الغرامة ليست عقوبة أصلية في الجنايات بمقتضى م 05 من ق.ع.ج؛ لكن في م 53 مكرر 04 أجاز تخفيض الغرامة في مواد الجرح إلى 20.000 دج.

¹ - لحسين بن شيخ آث ملوياً، المنتقى في القضاء العقابي، ط 01 (الجزائر، دار الخلدونية، 1429 هـ - 2008) ص: 232 - 235.

وهناك ملاحظة على صياغة م 53 وهي أن المشرع جعل عنوان المادة: الظروف المخففة، لكنه صدها بقوله: "يجوز تخفيض العقوبة..." والذي نراه أن التخفيض معناه التنزيل أو الإنقاص من الجانب الكمي للشيء، مما يشير إلى غالب طبيعة التخفيف في التشريع الجزائري، بينما في التشريع الإسلامي يستعمل مصطلح "التخفيف" الذي يستوعب كل صور التخفيف سواء كان نوعياً أو كمياً أو تنفيذياً.

وفي التشريع الإسلامي لا وجود لنظام الحدين الأدنى والأعلى لمقدار العقوبة، سواء في ذلك عقوبة الحبس أو الغرامة أو غيرها من العقوبات البدنية القابلة للتبويض مثل الجلد، فإما أن يكون للعقوبة مقدار ثابت بحد واحد لا يجوز الزيادة عليه أو النقصان منه في الأصل، لأنها عقوبات حددت بألفاظ خاصة تدل على معناها دلالة قطعية بلغة الأصول، وهذا هو الشائع المطرد في عقوبات الحدود، فعقوبة الزنا لغير المحصن مائة جلدة، والقذف ثمانون جلدة، وفي عقوبة الشرب خلاف بين الفقهاء، فقليل أربعون وقليل ثمانون، وقليل إنها تعزير وليست بعقوبة حدية، وفي السرقة القطع؛ وفي عقوبات القصاص يتحدد مقدار العقوبة بحسب قدر الاعتداء الحاصل من الجاني، لكن لو طلب الولي الاقتصاص بالأخف جاز، يقول القرافي: "قال اللخمي: أصل القصاص التسوية... ومتى طلب الولي القود بأخف مما له لم يمنع لأنه ترك بعض حقه"⁽¹⁾؛ وإذا سقط القصاص أو أسقط من قبل المجني عليه أو أوليائه ورغبوا في الدية فإن الشرع أجاز ذلك لأن القصاص هو الغاية عند التَّشَاخُّ⁽²⁾ أي التنازع، ولو تصالح الأولياء مع الجاني على مقدار الدية جاز، لأنه حق مالي خالص لهم؛ بدليل جواز العفو عن القصاص والدية معا.

أما عقوبات التعازير فإن سلطة القاضي في تخفيف مقدار العقوبة تتسم بقدر كبير من المرونة، و تختلف بحسب العقوبة القابلة للتبويض على النحو التالي:

1/ التخفيف القضائي لمقدار الضرب: يرى الحنفية في الصحيح عندهم والشافعية

والحنابلة أن التعزير بالجلد راجع لتقدير الإمام أو القاضي، وذلك لاختلاف أحوال الجناة،

¹ - القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 347.

² - الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، ط 01 (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1418هـ - 1997) ج 01 ص: 368.

لكن لا يبلغ به الحد ثم اختلفوا في الحد المعتبر⁽¹⁾ فيما ذهب الظاهرية⁽²⁾ وهي الرواية التي ذكرها الخرقى عن أحمد⁽³⁾ إلى أنه لا يزداد على عشر جلدات، لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط، إلا في حد من حدود الله تعالى"، ويرى المالكية بأنه لا حد لأعلاه، فيجوز عندهم مجاوزة الحد ولو أفضى بالجاني إلى الموت، و نقلوا عن مالك رحمه الله تعالى أنه أمر بضرب شخص وجد مع صبي أربعمئة سوط مجردا حتى انتفخ ومات فلم يستعظم ذلك مالك رحمه الله تعالى؛ ويرى بعض المالكية أنه ليس له أن ينتهي به إلى القتل، قال ابن شاس⁽⁴⁾: "لا يلزمه في التعزير الاقتصار على مادون الحد، ولا له انتهاء به إلى القتل"، أما حده الأدنى فذهب صاحب كنز الدقائق إلى أن أقله ثلاثة أسواط⁽⁵⁾ وجمهور الفقهاء -وهو الصحيح عند الحنفية- أنه لا حد لأقله لأنه لما جاز للقاضي في التعزير مجرد الإعلام بالذنب والتوبيخ فإنه يجوز من باب أولى ضربه السوط أو السوطين، والظاهر عندي أن من وضع لأقله حدا فعلى اعتبار أن مادون ذلك لا يحقق المقصد الشرعي غالبا لحفته؛ وبناء عليه يمكن القول بأن التشريع الإسلامي فيه اتجاهان:

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 64، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 05 ص: 79-80، العيني، البناء شرح الهداية، ج 06 ص: 366، ظفر العثماني، إعلاء السنن، ج 09 ص: 4517، ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ط 01 (بيروت: لبنان، دار المعرفة، 1418هـ-1997) ج 04 ص: 254، الرفاعي، العزيز شرح الوجيز، ج 11 ص: 289-291، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 525، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 227، المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 220.

² - ابن حزم، المحلى، ج 11 ص: 404.

³ - ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 525، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 227، المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 220.

⁴ - القاضي عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، ط 01 (بيروت: لبنان، دار ابن حزم، 1420هـ-1999) م 02 ص: 928، الحطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 437-438، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 118، عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل، ج 02 ص: 442، ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 14 ص: 462.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 64، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 05 ص: 79-80، العيني، البناء شرح الهداية، ج 06 ص: 366، ظفر العثماني، إعلاء السنن، ج 09 ص: 4517.

أ/ اتجاه يرى تحديد الحد الأقصى للجلد في التعزير بما دون الحد دون وضع حد أدنى له، وهذا الاتجاه يتقاطع مع بعض التشريعات التي تستعوض عن ظروف التخفيف بعدم وضع حد أدنى لمقدار العقوبة⁽¹⁾.

ب/ واتجاه يرى أن عقوبة الجلد ليس لها حد أعلى مقدر، وبالتالي تكون سلطة القاضي أعظم سعة تخفيفا وتشديدا، وربما كانت هذه السلطة الواسعة إن أحسن استعمالها أكثر فعالية في ملاحقة الجريمة والحد من الإجرام، لأن سلطة القاضي مرنة فيمكنه التعامل مع مختلف الظروف والأحوال.

ومما يدل على ثراء الفقه الإسلامي أننا عثرنا على رأي فقهي يلتقي مع القانون الجزائري الجزائري في جعل حدين أدنى وأعلى للعقوبة، وهو رأي حافظ الدين النسفي الحنفي^(*) الذي يرى أن أقل الجلد ثلاثة أسواط، وأكثره أن لا يبلغ الحد المقدر على خلاف بين علماء مذهبه من الحنفية في الحد⁽²⁾؛ وبذلك يكون الفقه الجنائي الإسلامي مستوعبا لمختلف الاتجاهات الجنائية، مع الإشارة إلى أن هذا الرأي الأخير رأي فقهي فردي، فليس مذهبا فقهيا، فضلا عن أن يكون اتجاهها فقهيا.

2/ مقدار الحبس: لم يرد في نصوص التشريع الإسلامي كتابا وسنة مقدار محدد للحبس سواء في ذلك الحدود (ما عدى التعزير في الزنا فإن السنة حدّته بعام) أم التعازير، فذهب عامة الفقهاء إلى أن مدة الحبس في عقوبة الحرابة (على القول بأنه النفي الوارد في آية الحرابة) مرتبطة بظهور التوبة، وهو قول المالكية⁽³⁾ والحنفية⁽⁴⁾ والحنابلة على ما جزم به

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص:..

* **حافظ الدين النسفي الحنفي**: أبو حفص، عمر بن محمد بن أحمد بن لقمان، النسفي الحنفي، من أهل سمرقند، سمع ببغداد من أبي القاسم بن بيان في الكهولة، وحدث عن إسماعيل النوحى، والحسن بن عبد الملك القاضي وغيرهم؛ وروى عنه: ولده أبو الليث أحمد بن عمر، ومحمد بن إبراهيم الرُّبَيْشِي، وغير واحد؛ من مصنفاته، تاريخ سمرقند الملقب بالقند (معناه العسل حسب ما ذكره محقق كتاب سير أعلام النبلاء)، نظم الجامع الصغير (في الفروع للإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة)؛ توفي سنة (537هـ). **الذهبي**، سير أعلام النبلاء، ج 20 ص: 126-127.

² - ابن نجيم، البحر الرائق، ج 05 ص: 79-80.

³ - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02 ص: 456، ابن الجلاب، التفریح، ج 02 ص: 233، الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 430.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 95، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997) ج 05 ص: 113.

البهوتي^(*) و تردد فيه ابن قدامة⁽¹⁾ وهو قول عند الشافعية، وللشافعية قول ثان وهو أن يجبس ستة أشهر، وقيل سنة ينقص منها ولا يزداد عليها⁽²⁾؛ وذهب القرافي إلى إطالة حبسه، بحيث لو علمت توبته قبل طول السجن لم يخرج؛ لأن طول السجن حد⁽³⁾؛ فالتوجه الغالب في عقوبة الحبس المحارب وهي عقوبة حدية أنها غير محددة فيملك القاضي سلطة واسعة في الحبس دون تحديد لمدته.

أما الحبس تعزيراً فجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة لم يقدروا له حدًا أعلى، وفوضوا ذلك إلى القاضي، فيحكم بما يراه مناسباً لحال الجاني والجنابة وغيرها من الاعتبارات في التعزير⁽⁴⁾ و مشهور مذهب الشافعية تقديره بأقل من سنة، وقيل ستة أشهر وهو قول الزبيري⁽⁵⁾؛ والراجح قول الحنفية والمالكية والحنابلة لأن التعزير اجتهاد الإمام باتفاق؛ أما حده الأدنى فعامه الفقهاء على أنه ليس لأقله حد معلوم، فمنهم من يجبس يوماً، ومنهم من يجبس أكثر من ذلك⁽⁶⁾؛ والذي نميل إليه، وتطمئن إليه النفس، ونراه يستقيم مع طبيعة هذا النطاق من الجرائم، أن التعزير اجتهاد الإمام، فلا يمكن ضبطه بعقاب محدد، ولا مقدار معين؛ وهو ما رجحه بعض الباحثين المعاصرين⁽⁷⁾ وما نقلته مصادر

* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي بن إدريس الشهير بالبُهوتي، المصري الحنبلي، أخذ عن يحيى بن الشرف موسى الحجاوي الدمشقي، عبد الله الدنوشري الشافعي، والجمال عبد القادر الدنوشري الحنبلي، وغيرهم، ومن تلامذته: محمد البهوتي، محمد بن أبي السرور البهوتي، وإبراهيم بن أبي بكر الصالحي، وغيرهم؛ من مؤلفاته: كشاف القناع شرح الإقناع، ذائق أولى النهى شرح المنتهى، الروض المربع، منح الشفاء الشافيات في شرح المفردات؛ توفي عام (1051هـ).

صلاح بن عبد العزيز بن علي آل عثيمين، تسهيل السابلة لمعرفة الحنابلة، تحقيق: بكر بن عبد الله أبو زيد، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1421هـ - 200م) ج 01 ص: 1556-1557.

¹ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 266، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 483.

² الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 360.

³ القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 132.

⁴ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 240، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 05 ص: 69-80؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 228.

⁵ الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 310، ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ط 01 (بيروت: لبنان، دار المعرفة، 1418هـ - 1997) ج 04 ص: 253.

⁶ الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 310، الفراء، الأحكام السلطانية، ص: 279، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 241/240.

⁷ الرافعي بدر بن عبد الله بن راشد الديداني، أثر تكرار ارتكاب الموجب للعقوبة التعزيرية وتطبيقاته القضائية، ص: 34، عبد الرحيم صدقي، الجريمة والعقوبة، ص: 208، محمد بن فهد الودعان، زيادة العقوبة التعزيرية على المقدر في جرائم الحدود ص: 379.

الفقه في مختلف المذاهب⁽¹⁾ من تحديد لبعض المقادير في الضرب أو الحبس إنما هو اجتهاد لا غير.

3/ مقدار النفي: وردت عقوبة النفي منصوصا عليها في جريمة حدية واحدة هي

الحرابة قال تعالى: ﴿أَوْ يُنَبِّهُوا مِنَ الْأَرْضِ﴾ (المائدة/ 33) وقد اختلف

الفقهاء في حقيقة النفي، فقليل الحبس، وقيل الملاحقة المستمرة فلا يتركون يأوون إلى بلد، فذهب عامة الفقهاء إلى أنه يجبس إلى أن تظهر توبته وهو قول المالكية⁽²⁾ والحنفية⁽³⁾ وهو قول عند الشافعية، وللشافعية قولان آخران وهو أن يجبس ستة أشهر، وقيل سنة ينقص منها ولا يزداد عليها⁽⁴⁾، وبه جزم البهوتي من الحنابلة، وتردد فيه ابن قدامة بين السنة وظهور التوبة⁽⁵⁾؛ وذهب القرافي إلى إطالة حبسه، بحيث لو علمت توبته قبل طول السجن لم يخرج؛ لأن طول السجن حد⁽⁶⁾؛ كما أضاف المالكية إلى الحبس الضرب، لكن تركوا تحديد قدره للإمام، على حسب الجرم، وكثرة مقام المحارب في فساد⁽⁷⁾.

إن عدم تحديد التشريع الإسلامي لعقوبات التعازير إنما هو ميزة تدل على مرونته وقدرته على الوصول إلى كل أشكال الاعتداء المستحدثة على الأفراد والمجتمع، بخلاف التشريع الجزائري الوضعي ومنه الجزائري الذي يعترف رجال القانون أنفسهم بأنه يعاني من

¹-الونشريسي، المعيار العربي، ج 02 ص: 420، أبو القاسم بن عظيم، كتاب الأجوبة، ج 07 ص: 220، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 311.

²- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 02 ص: 456، ابن الجلاب، التفرغ، ج 02 ص: 233، الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 430.

³- الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 95، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1997) ج 05 ص: 113.

⁴- الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 360.

⁵- ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 483، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 266.

⁶- القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 132.

⁷- الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 430.

عيب واضح ألا وهو عدم قدرته على مواكبة المستجدات الإجرامية⁽¹⁾ فلا تصبح تحت سلطانه إلا بعد أن يقضي المجرمون منها وطرا؛ وقد حاول البعض الدفاع عن مسلك التشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري بأنه يمكن تدارك هذا الخلل من خلال فطنة المشرع وسرعة استجابته! وليت شعري كيف يستجيب المشرع وإصدار قانون قد يتطلب أشهرا وربما سنوات؟! .

وبناء على القول بعدم تحديد التعزير من حيث المقدار فإن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في تجريم الجاني مقدار الحبس تبعا للاعتبارات التي ينبغي مراعاتها، من حال الجاني، وطبيعة الجناية، وحال المجني عليه، وحسب انتشار الذنب أو قلته بين الناس، كما يتمتع بمرونة عالية تسمح له بتحقيق التفريد القضائي الكمي للعقوبة؛ بخلاف نظيره في التشريع الجزائري الذي كبله المشرع بحدي العقوبة بحيث لا يجوز تجاوزهما حتى ولو خفف العقوبة.

لقد اعتنق المشرع الجزائري مثل كثير من المشترعين الوضعيين مبدأ الشرعية في مدلوله الضيق، فأدى ذلك إلى تضيق سلطة القاضي في تخفيف بحيث يتقيد في تقديره لمقدار العقوبة بأن يكون بين حديها الأدنى والأعلى، بينما أعطى التشريع الإسلامي مفهوما متوازنا لمبدأ الشرعية يجمع بين المرونة و الثبات، وكان لهذا المفهوم أثر واضح على مسألة تخفيف العقوبة، فالتشريع الإسلامي في جرائم الحدود شرع مقدارا ثابتا لا يجوز للقاضي تخفيفه بالنزول دونه بحال، وقد لا حظنا هذه الصرامة في حديث الشيخ الذي أمر عليه السلام بضربه بعثكال فيه مائة شمراخ، وذهبت بعض الاجتهادات الفقهية الفردية إلى جواز استبدال نوع العقوبة في مثل هذه الحالات لكنه استبدال استثنائي.

وفي نطاق التعازير أعطى التشريع الإسلامي مفهوما مرنا لمبدأ الشرعية، فهو من جهة لم يحدد للقاضي عقوبة محددة بل اكتفى بإعطاء نماذج عقابية لجرائم مختلفة الخطورة، ولجنة مختلفين في أحوالهم؛ ومن جهة أخرى وضع ضوابط عامة للعقاب بأن يكون زاجرا

¹-جواهر الجور، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى، ص:37.

مصلحا لا متلفا أو مهينا⁽¹⁾ ثم أذن للقاضي في تقدير حجم العقاب مراعيًا هذه الضوابط، إضافة إلى الاعتبارات المتعلقة بالجاني وجنائته والمجني و التي بدورها تتحكم في تحديد العقوبة نوعا وقدرا، وبهذا التفسير المتنوع والمتوازن والمضبوط، ومع الثقة في ضمير القاضي لا خوف على حقوق الأفراد وكرامتهم، وبهذا استطاع التشريع الإسلامي من خلال نظامه القضائي النجاح إلى حد بعيد في إقامة العدالة الجنائية، والحد من الإجرام.

إن التشريع الجزائري المبني على فكرة الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة لا يقوم على أساس متين من المنطق والعدل، لأن وضع حد أدنى لا يجوز للقاضي النزول عنه يستدعي سؤالاً جوهرياً مفاده: ألا يوجد احتمال أن يكون الجاني بحاجة إلى مزيد من الرأفة، فنكون قد عاقبناه بما يزيد على المقدار اللازم، وبالتالي ضحينا بالعدالة الجنائية؟ أما التشريع الإسلامي وفي غير الجرائم الخطيرة (غالباً) وهي التعازير فإنه يسمح بالنزول إلى المستويات الدنيا من مقادير العقوبات إلى درجة أنه يجيز للقاضي العفو إذا رأى الجاني جديراً بذلك.

يبدو التشريع الإسلامي واقعياً وموضوعياً في مسألة التخفيف، فلم يجعله مبدأ عاماً في الحدود أو القصاص كي يُتيح للقاضي إمكانية اللجوء إليه عند الضرورة فقط، لأن الشارع الحكيم أثر تغليب مقصد الردع، حتى إذا توفرت دواعي التخفيف أذن فيه أو أوجهه، وفي جرائم التعازير التي تتميز بالمرونة وعدم الثبات نجد التشريع الإسلامي أقام توازناً دقيقاً في سلطة التخفيف القضائية، فرغم أنه جعل العقوبة نوعاً وقدراً إلى اجتهاد الإمام، لكنه لم يمنحه سلطة التخفيف فقط بل منحه أيضاً سلطة التشديد، وبالتالي تتحول سلطة القاضي التقديرية إلى سلطة متوازنة، يخفف حين توجد أسباب التخفيف، ويشدد حين تتوفر دواعي التشديد.

¹-الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 310، الفراء، الأحكام السلطانية، ص: 279.

المطلب الثالث/ سلطة القاضي في تخفيف صفة العقوبة:

إذا كان الطابع الغالب في القانون الجزائري الجزائري في تخفيف العقوبة هو جانب الكم، بحيث يكتفي القاضي في عقوبة الحبس أو الغرامة بالنقص من مقدارها، وبشكل عرضي يتم التخفيف القضائي أحيانا في نوع العقوبة مثل صور التخيير أو الاستبدال؛ فإن التشريع الإسلامي عرفا صورة أخرى للتخفيف القضائي وهي: التخفيف في صفة العقوبة أو التخفيف القضائي في تنفيذ العقوبة؛ ونقول دونما مبالغة إن التشريع الإسلامي تفرد بهذا النوع من التخفيف، وتفرد به راجع إلى طبيعة بعض العقوبات الشرعية وهي كونها بدنية يصيب الإيلام فيها بدن الجاني مثل: الجلد، فلا يجلد في حر شديد ولا برد شديد، ولا يقطع ويؤخر إلى اعتدال الهواء خوفا عليه من التلف، فإن لم يمكن جاز في الضرب التخفيف من حيث الآلة وقوة الضرب في حدود طاقة الجاني⁽¹⁾، وهو أمر تقديري مرجعه إلى اجتهاد الإمام أو القاضي؛ فإن كان الجاني لا يطيق شيئا من ذلك جاز للقاضي تخفيف الجلد بضربه بعثكال فيه مائة شمراخ كما ورد في الحديث⁽²⁾، وتفسير هذا الأمر النبوي عندنا أنه أراد الإبقاء على أثر العقوبة ولو في شكلها الصوري والرمزي، ولهذا نظائر في الفقه الإسلامي نبه إلى بعضها العلامة ابن عاشور حيث يقول في تعليل تشريع التيمم: "وأحسب أن حكمة تشريعه (أي التيمم) تقرير لزوم الطهارة في نفوس المؤمنين، وتقرير حرمة الصلاة، وترفيف شأنها في نفوسهم، فلم تترك لهم حالة يعدون فيها أنفسهم مصليين بدون طهارة تعظيما لمناجاة الله تعالى، فلذلك شرع لهم عملا يشبه الإيماء إلى الطهارة ليستشعروا

¹ - الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 325، عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج 02 ص: 426، الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 214، أبو زهرة، العقوبة (القاهرة: مصر، دار الفكر العربي) ص: 250، ناصر محمود بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ص: 422-423.

² - العيني، البناية شرح الهداية، ج 06 ص: 210-211، ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 04 ص: 202، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 330، المرادوي، الإنصاف، ج 10: 151-152، محمد محمود دوجان العموش، تأجيل العقوبة في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة- المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، الأردن، م 05 العدد: 04، ص: 08.

أنفسهم متطهرين، وجعل ذلك بمباشرة اليدين صعيد الأرض التي هي منبع الماء، ولأن التراب مستعمل في تطهير الآنية ونحوها... وإذ قد كان التيمم طهارة رمزية اقتنعت الشريعة فيه بالوجه والكفين في الطهارتين الصغرى والكبرى...⁽¹⁾

وجاز عند اللخمي من المالكية الحبس والضرب إن أمكن في القطع، والقدر المتفق عليه أنه لا بد من العقوبة ولو خفت كثيرا وألا تسقط بحال؛ وليس يعني هذا أن التشريع الإسلامي متشوف إلى إيلام الجاني، بل بالعكس إن التشريع الإسلامي عامة والجزائي منه خاصة أعدل وأرحم تشريع بالإنسان، فقد أمر بإسقاط العقوبة لمجرد الشبهة، ورغب في الدية استبقاء للجاني رجاء التوبة، وتشدد في الإثبات، وأجاز للقاضي العفو عن الجاني متى لاحت عليه بوادر الصلاح؛ لتفضي هذه الرؤية في النهاية إلى التضييق من نطاق تطبيق العقوبة؛ ويكمن وراء هذه السياسة الجزائية علم دقيق وعميق ومحيط بحقيقة الإنسان، وهي أنه لا يمكن حمله على الالتزام بقواعد التشريع من خلال وسيلة العقاب وحدها؛ بل لا بد من البحث عن وسيلة أخرى تجعل الإنسان ينضبط بإرادته ورغبته، هذه الوسيلة هي الدين، وتلك لعمري الوسيلة المفقودة في التشريعات الوضعية، فالدين وحده الذي يستطيع حمل الإنسان على السلوك السوي، طلبا للأجر من الله تعالى، ورغبة عن الوزر؛ أي أن التشريع الإسلامي حريص على تربية الإنسان أكثر من حرصه على معاقبته⁽²⁾ ويشاء القدر الإلهي أن أعثر على هذه العبارات من ذهب لأحد أعمدة النهضة القانونية الأوروبية وهو مونتسكيو، حيث يقول⁽³⁾: "وفي الدول المعتدلة يكون حب الوطن والحياء والخوف من اللوم رادعة يمكن أن تحول دون وقوع كثير من الجرائم... وفي هذه الدول تكون عناية المشرع الصالح بالعقاب على الجرائم أقل من عنايته بمنع وقوعها، فهو يجتهد في منح أخلاق أكثر من فرض عقوبات".

¹ - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج 05 ص: 69.

² - عزوز علي، مقاصد العقوبة في الشريعة الإسلامية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، العدد: 07، السنة: 2011، ص: 42.

³ - مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة: عادل زعيتر (القاهرة: مصر، دار المعارف، 1935) ج 01 ص: 124.

والتشريع الإسلامي بتركيزه على العقوبات البدنية يقوم على أساس الفطرة الإنسانية الحقة وهو خوف الإنسان المتأصل من الألم وإحساسه به⁽¹⁾، بخلاف العقوبات غير البدنية التي أجازها التشريع الإسلامي وجعل تقدير نوحها وقدرها للقاضي لأنها عقوبات قد تناسب البعض ولا تناسب البعض الآخر من الجناة؛ بل أحيانا قد لا تكون واقعية تماما مثل نص المشرع الجزائي على الغرامة والجاني لا يملك قوت يومه! وقد ناقش الفكر الجزائي الوضعي عدم فاعلية الغرامة حال عدم قدرة الجاني على الوفاء بها.

ومن هنا تبرز ميزة التشريع الإسلامي في تركيزه على العقوبات البدنية التي يمكن عمليا توقيعهما على مختلف فئات المجرمين باستثناء المرضى وضعاف الأبدان ضعفا شديدا، وبالتالي يمكن للقاضي تخفيف صفة العقوبة مع الإبقاء على أصلها من خلال تخفيف قوة الضرب أو آله، في تحقيق غرض العقوبة وجوهرها وهو الألم وفي الوقت نفسه يخفف بحسب طاقة الجاني؛ وقد نقل لنا الفقهاء صورا عديدة للتخفيف ودواعيه ننقل طرفا منها حتى نشفع التحليل بالدليل :

أ/ التخفيف بسبب جنس المحدود: يقول ابن فرحون: "وحدثني ابن المغيرة عن الثوري عن جابر الجعفي قال: النساء يضربن ضربا دون ضرب الرجال، بسوط دون سوط الرجال، ولا يجردن ولا يمددن، وتتقى وجوههن"⁽²⁾.

وذكر ابن أبي زيد القيرواني أن بعض أهل العم استحسنت تخفيف العقوبة على الكبير الضعيف والعجوز وحدثه السن، ثم قال معلقا⁽³⁾: "ونحن نستحسنه ما لم يكن نقصا بينا".

ب/ التخفيف بتفريق الضرب وعدم تواليه: قال القرافي: "ولا يفرق (الجلد في الخمر) على الأيام حتى تحصل الحكمة بالنهاية إلا أن يخشى من تواليه هلاكه"⁽⁴⁾.

ج/ التخفيف للخلاف في الحد: يقول القرافي: "...وعن مالك: يخفف (الجلد) في حد الخمر للخلاف فيه"⁽⁵⁾، ويرى ابن حبيب^(*) خلاف هذا القول، يقول رحمه

¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج 01 ص: 644.

² - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 203.

³ - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 14 ص: 311.

⁴ - القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 205.

⁵ - القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 87، ابن عطية، المحرر الوجيز، ج 06 ص: 334.

الله تعالى: "وينبغي أن تقام الحدود كلها علانية بلا ستر للتناهي، والضرب فيها كلها سواء في الإجماع، ولكن في الخمر أشد ذلك"⁽¹⁾، ووفقاً لأصول المالكية القائلين بمراعاة الخلاف يكون قول مالك أكثر انسجاماً مع أصول مذهبه والله أعلم.

د/ التخفيف لأجل الصغر: يقول المرداوي^(*): "فائدة: جزم في الروضة أنه إذا زنى

ابن عشر أو بنت تسع لا بأس بالتعزير"⁽²⁾.

المطلب الرابع/ الاستثناءات والقيود الواردة على سلطة القاضي في التخفيف:

لا نظن أنه يوجد تشريع على وجه الأرض في عصرنا الحالي يمنح القاضي سلطة مطلقة، بحيث يخفف أو يشدد أو يعفو عن العقوبة متى شاء، وكيفما شاء، بل نجد التشريعات الوضعية تلجأ إلى تقييد سلطة القاضي التقديرية أحياناً، وسلبه إياها أحياناً أخرى، وذلك لاعتبارات مختلفة، منها: السياسة الجنائية المعتمدة، الأفكار الجزائية التي يعتنقها المشرع الجزائري، طبيعة الأوضاع الاجتماعية السائدة وقت تشريع القواعد الجزائية.

وفي هذا السياق نشير أيضاً إلى التقاء التشريع الإسلامي مع التشريعات الوضعية عموماً ومنها التشريع الجزائري في تغليب الردع العام⁽³⁾ في بعض الجرائم نظراً لتقدير خطورتها فيحرم التشريع القاضي من استعمال سلطته في التخفيف، لكن يختلف التشريعات في أسلوب التعامل فبينما جعل التشريع الإسلامي تطبيق العقوبة كما وجبت أصلاً والتخفيف

* ابن حبيب: أبو مروان، عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون بن جاهمة بن الصحابي عباس بن مرداس، السُّلَمِيُّ العباسي الأندلسي القرطبي المالكي، أحد الأعلام، ولد في حياة الإمام مالك، أخذ عن الغاز بن قيس، وزيد شَبَطُون، وضعصعة بن سَلَام، وممن حدث عنه: بقي بن مخلد، محمد بن وضاح، يوسف بن يحيى المَعَامِي، ومطرف بن قيس، وخلق؛ استقدمه الأمير عبد الرحمان ورثه للفتوى في قرطبة وقرر معه يحيى بن يحيى، فيما توفي يحيى بن يحيى انفراد ابن حبيب برئاسة العلم؛ توفي سنة (238هـ)، الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 12 ص: 102 - 107.

¹- ابن أبي زيد القيرواني، النوار والزيادات، ج 14 ص: 305.

* المرداوي: علي بن سليمان بن أحمد بن محمد العلاء، الدمشقي الصالحي، الحنبلي، المعروف بالمرداوي، ولد تقريباً سنة (820هـ) قرأ الفقه على أحمد بن يوسف، وأخذ عن تقي الدين بن قنطس البجلي شيخ الحنابلة في وقته، ومن تلامذته: بدر الدين السُّعَدِي، من مصنفاته الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحرير المنقول في تمهيد علم الأصول، وشرحه ومجاهد (التحجير في شرح التحريم)، التنقيح المشبع في تحرير أحكام المنع، مات (885هـ). صلاح بن عبد العزيز بن علي آل عثيمين، تسهيل السابلة لمعرفة الحنابلة، ص: 1413 - 1415.

²- المرداوي، الإنصاف، ج 10 ص: 162.

³- فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ص: 246.

استثناء نجد التشريع الجزائري يفتح للقاضي مجال التخفيف من حيث المبدأ مما دفعه بعد ذلك إلى النص بشكل مفصل على حالات تقييد أو سلب القاضي سلطة التخفيف.

ويتفق التشريع الإسلامي مع التشريعات الوضعية من حيث المبدأ في أن السلطة التقديرية للقاضي التخفيف ليست مطلقة تماما، بل ترد عليها استثناءات، وتخللها قيود، ذلك أن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة كما قيل؛ بيد أن التشريع الإسلامي يختلف عن التشريع الجزائري في أسلوب التقييد والاستثناء؛ وسبب ذلك في نظرنا اختلاف بنية التشريعين من حيث الطبيعة والغاية:

1/ إن التشريع الإسلامي تشريع إلهي أنزله تعالى العليم بحقيقة الإنسان والمجتمعات، تشريع الحكيم الرحيم الذي يريد للإنسان والمجتمع السعادة في الدارين، بينما التشريع الجزائري هو تشريع الإنسان بعقله القاصر الذي يعلم أشياء وتغيب عنه أشياء كثيرة، الإنسان الذي يستبد به الهوى وتختلف عليه المصالح والمفاسد، وبالتالي من الطبيعي أن يختلف التشريعان في حدود سلطة التخفيف وحالات سلبها أو تقييدها.

2/ إذا كان التشريع الجزائري ينظم مجتمعا معينا، وفي فترة زمنية محددة، فإن التشريع الإسلامي وضع ليحكم البشرية كافة إلى قيام الساعة، قال تعالى: ﴿فَلْيَأْتِيَهَا

النَّاسُ إِنَّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعاً الَّذِي لَهُ مُلْكُ

السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ (الأعراف/ 158) إنه تشريع يراد له أن ينظم حياة

الأيض والأصفر، العربي والأعجمي، وفي سائر الأزمنة والعصور، فأمر طبيعي إذن حدوث الاختلاف في سلطة القاضي في التخفيف تقييدا أو سلبا، لأن التشريع الجزائري يخاطب مجتمعا معينا بأوضاع اجتماعية محددة، فهو تشريع ينظم جزء من كل، فكان طبيعيا أن

يصطبغ بأوضاع ومتطلبات ذلك الجزء؛ فما كان جريمة في مرحلة الخيار الاشتراكي لم يعد كذلك في ظل الخيار الليبرالي؛ بينما التشريع الإسلامي أخذ بعين الاعتبار أوضاع كل المجتمعات وتقلباتها، وفي شتى الأزمنة، ومن ثم وجدنا أسلوبه مبنيًا على ثنائية الثابت والمتغير في الظاهرة الإنسانية والاجتماعية، فما كان منها ثابتًا ضبطه التشريع الإسلامي بأحكام ثابتة وقطعية، وما كان منها متغيرًا ضبطه الشرع بسياسة مرنة حتى تسمح بالتكيف مع مختلف الأوضاع والتغيرات؛ وعلى هذا الأساس يفسر تقسيمه للجرائم والعقوبات التقسيم الثلاثي المعروف: الحدود وهي جرائم حدد لها الشرع عقوبات قطعية وثابتة لا يجوز الزيادة عليها ولا النقصان منها ومن باب أولى استبدالها وغلب فيها حق الله تعالى، وجرائم القصاص وقد ربط الشرع العقوبة بنوع الاعتداء وحجمه وغلب فيها حق المجني عليه أو أوليائه، وجرائم التعازير لم يضع لها عقوبات محددة بل جعل تقدير العقوبة فيها إلى اجتهاد الإمام نوعًا وقدرًا وهي منطقة المرونة تجريمًا ومعاقبة.

وعلى خلاف ذلك نجد التشريع الجزائري باعتباره تشريعًا يستجيب لحاجات المجتمع وظروفه، نزاعًا نحو التفاصيل والجزئيات ووضع نموذج إجرامي وعقوبات محددة، لكنه سرعان ما يكتشف عدم صلوحية هذه العقوبات للتعميم لاختلاف ظروف المجرمين وظروف جرائمهم فيلجأ إلى تقييد سلطة القاضي بالشروط والقيود، أو توسعتها بتشريع أكثر من عقوبة، أو تشريع استبدال عقوبة بأخرى، وكأني بالمشرع يريد للقاضي أن ينجح فيما أخفق فيه هو، وهو محاولة الجمع بين متناقضين هما: خطورة الجريمة التي تستدعي الصرامة، وظروف المجرم التي تتطلب أخذه بالرأفة؛ يقول عبد القادر عودة رحمه الله تعالى: "وإذا كان واضعو القانون قد غلب على ظنهم نجاح القضاة لأنهم سيعالجون حالات فردية فذلك هو الظن الجرد، وإن الظن لا يغني من الحق شيئًا، فالقاضي يعالج حقيقة الحالات فرادى، ولكنه يعالجها على نفس الأساس الذي كان يعالج به العلماء نظرية العقوبة، فالعلماء ينظرون إلى

الجريمة وإلى المجرم معاً، والقاضي ينظر إلى الجريمة والمجرم معاً، والعلماء لا يريدون أن يضحوا بأحد هذين الاعتبارين أحياناً في سبيل الاحتفاظ بالآخر، والقاضي يفعل مثلهم ولا يستطيع أن يضحى بأحد الاعتبارين ويستبقي الآخر، فيؤدي به موقفه إلى أن يضحى بهما معاً وبمصلحة الجماعة وأمنها في أغلب الأحوال⁽¹⁾.

3/ اختلاف التشريعين في مسألة التخفيف من حيث المبدأ فالتشريع الإسلامي جعله استثناء في حالات تعذر استيفاء العقوبة على الوجه المراد شرعاً، بينما التشريع الجزائري جعله مبدأ عاماً يجوز للقاضي اللجوء إليه متى قدر ذلك، فكان طبيعياً أن يختلف التشريعان حول أسلوب وحالات التقييد والسلب، فالتشريع الإسلامي لأنه لم يجعل التخفيف مبدأ ولم ينص عليه كقاعدة عامة، فلم ينص على الحالات التفصيلية التي تخفف فيها العقوبة، بينما التشريع الجزائري ولأنه جعل التخفيف على النحو الذي ذكرنا وجد نفسه مضطراً للإشارة إلى حالات كثيرة تقييداً أو سلباً، وفيما يلي عرض لأهم الحالات التي لجأ فيها المشرع الجزائري إلى تقييد أو سلب القاضي سلطة التخفيف.

لقد كان القاضي الجزائري قبل تعديل 2006 في سعة من الأمر بشأن ظروف تخفيف العقوبة، إلا أنه بعد التعديل المذكور أدخل المشرع عدة تقييدات ضيقت سلطة القاضي في التخفيف بشكل واضح، وسنكتفي هنا بذكر أهم حالات تقييد أو سلب القاضي سلطة التخفيف التي أمكن رصدها باستقراء قانون العقوبات، قانون مكافحة التهريب، قانون المؤثرات العقلية، قانون مكافحة الفساد.

أ/ حالات تقييد سلطة القاضي في التخفيف: المقصود بتقييد المشرع لسلطة القاضي أن يأذن المشرع في التخفيف لكن بخصوص حالات معينة يضع شرطاً أو أكثر لإفادة المتهم بظروف التخفيف، ومن أمثلته:

¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 01 ص: 721.

1/ تقييد سلطة القاضي في حالة اجتماع العقوبات المشددة و ظروف التخفيف: إن تخفيف العقوبة مع تطبيق العقوبات المشددة بفعل حالة العود فإن التخفيف ينصب على الحدود القصوى الجديدة المقررة قانونا، وإذا كانت العقوبة الجديدة السالبة للحرية المقررة هي السجن الوقت من 05 سنوات إلى 20 سنة، فإن الحد الأدنى للعقوبة المخففة لا يجوز أن يقل عن 03 سنوات حبسا(م53 مكرر/ف 02).

2/ تقييد سلطة تخفيف الحبس والغرامة حال الحكم بإحدهما فقط وحال استبدال الحبس بالغرامة⁽¹⁾: جاء في م 53 مكرر 04/ ف 02: " كما يمكن الحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط، على ألا تقل عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجريمة المرتكبة؛ وإذا كانت عقوبة الحبس هي وحدها المقررة يجوز استبدالها بغرامة على أن لا تقل عن 20.000 دج وأن لا تتجاوز 500.000 دج".

حالة كون المتهم مسبوقا قضائيا: لا يجوز للقاضي تخفيض عقوبات الحبس والغرامة عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجنحة المرتكبة عمدا، ووجوب الحكم بالحبس والغرامة في حالة النص عليهما(م 53 مكرر 04/ ف 03).

3/ التخفيف في المخالفات: لا يجوز تخفيض العقوبة المقررة قانونا للشخص الطبيعي عن حدها الأدنى، أي أن التخفيف في مواد المخالفات في حقيقته مجرد حكم بالحد الأدنى وهو ما يؤكد قولنا من قبل إن الحكم بالحد الأدنى أو ما يقاربه تخفيف(م 53 مكرر 06)؛ "ويكون المشرع قد ابتعد كثيرا عن مبدأ التفريد، وغالبا ما يجد القاضي نفسه مكتوف الأيدي ولا مجال أمامه لإعمال سلطته التقديرية اللهم إلا اللجوء إلى وقف التنفيذ"⁽²⁾، لأن النزول إلى الحد الأدنى ليس تخفيفا إعمالا لظروف التخفيف باتفاق، كما أنه خالف المشرع الفرنسي الذي سمح للقاضي بتطبيق الإعفاء من العقوبة في الجرح والمخالفات أي عدم النطق بأي عقوبة عند وجود

¹ - قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 144.

² - لحسين بن شيخ آت ملويا، المنتقى في القضاء العقابي، ص: 232.

ظروف التخفيف، وكذا تنزيل عقوبة السجن المؤبد إلى سنة حبسا موقوف التنفيذ، ويظهر المشرع الجنائي الفرنسي قد وضع بين يدي القاضي فسحة هامة لتحقيق التفريد القضائي للعقوبة⁽¹⁾.

4/ تخفيف عقوبة الشخص المعنوي المسبوق: لا يجوز تخفيض الغرامة بالنسبة للشخص المعنوي المسبوق قضائيا عن الحد الأقصى للغرامة المقررة قانونا للجريمة بالنسبة للشخص الطبيعي (م53 مكرر07).

5/ اكتفاء المشرع في تخفيف الغرامة في مواد الجرح بإجازة تخفيضها إلى 20.000 دج كقاعدة عامة، وهو الحد الأدنى للغرامة في مواد الجرح، وهو ما يؤكد مرة أخرى أن النزول إلى الحد الأدنى للعقوبة المقررة يعد تخفيفا في نظر التشريع الجزائري على الأقل.

6/ تقييد سلطة القاضي في التخفيف بالنسبة لبعض الجرائم الموصوفة بأنها أفعال إرهابية: وذلك بموجب الأمر 95 - 11 المؤرخ في 1995/02/25 في نص المادة 87 مكرر 08 التي تنص على أنه: " لا يمكن في كل الحالات أن تكون عقوبات السجن المؤقتة الصادرة تطبيقا لأحكام هذا الأمر أقل من: 20 سنة عندما تكون العقوبة الصادرة السجن المؤبد، النصف عندما تكون العقوبة الصادرة عقوبة السجن المؤقت؛ فالمشرع حد من سلطة القاضي التقديرية في تخفيف العقوبة؛ على اعتبار أنه يرى جرائم الإرهاب هي أخطر الجرائم (2)

ب/ سلب المشرع القاضي سلطة تخفيف العقوبة: إن سلب المشرع القاضي سلطته التقديرية معناه أن يمنعه من استعمال سلطته في تخفيف العقوبة، وقد لاحظت أن المشرع استعمل أسلوبين في هذا المنع، فتارة يمنعه بنص صريح، وتارة يمنعه بشكل ضمني، وفيما يلي عرض لأهم الحالات التي وقفت عليها من خلال بحثي:

¹ - لحسين بن شيخ آث ملويا، المتتقى في القضاء العقابي، ص: 235.

² - قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 136.

1/ حالات المنع الصريح:

- استبعاد ظروف التخفيف في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية⁽¹⁾: حيث نصت م 26 منه على الحالات التالية: إذا استخدم الجاني العنف والأسلحة، إذا ارتكب الجريمة ممتهن الصحة، أو شخص مكلف بمكافحة المخدرات أو استعمالها..".

- استبعاد ظروف التخفيف في جرائم التهريب⁽²⁾: حيث نصت م 22 منه: " لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا الأمر من ظروف التخفيف المنصوص عليها في م 53 من ق.ع.ج إذا كان محرضاً على ارتكاب الجريمة، إذا كان يمارس وظيفة عمومية أو مهنة ذات صلة بالنشاط المحرم وارتكب الجريمة أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبة، إذا استخدم العنف أو السلاح في ارتكاب الجريمة".

- استبعاد ظروف التخفيف في جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية: استبعد المشرع الج الج أيضا الشخص المدان في جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في م 303 مكرر 21 من ق ع ج من الاستفادة من ظروف التخفيف فجاء فيها " لا يستفيد المدان لارتكاب أحد الأفعال المجرمة في هذا القسم من الظروف المخففة المنصوص عليها في م 53 من هذا القانون⁽³⁾.

- استبعاد ظروف التخفيف في الغرامة الجمركية أو المالية: وقد أكدت المحكمة العليا ذلك بقولها⁽⁴⁾: "إذا كان القانون يميز التخفيض من الغرامة الجزائية طبقاً للمادة 53 من ق.ع.ج إلا أنه لا يسمح بذلك بالنسبة للغرامة الجمركية أو المالية التي هي بمثابة تعويض طبقاً للمادة 259 الفقرة الأخيرة من قانون الجمارك".

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ط 12 (الجزائر، دار هومة، 2010) ج 01 ص: 476، قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 134.

² - قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 135.

³ - فرقاق معمر، جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسين بن بوعلوي (الشلف: الجزائر، 2013) ص: 135.

⁴ - غرفة الجناح والمخالفات: 1990/03/13 قرار رقم: 60.935، مجلة القضاء، العدد: 01 ص: 187، وينظر أيضا: جيلالي بغداداي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 01 ص: 235.

- استبعاد ظروف التخفيف بالنسبة للتخلف عن الحضور: وهو شرط عام يمنع قضاة المحكمة من إفادة المتهم بظروف التخفيف إذا تخلف المتهم عن الحضور أمام المحكمة، وهو شرط نصت عليه م 319/ ف 04 ق.إ.ج حيث جاء فيها: "... دون أن يكون في استطاعتها (المحكمة) في حال الحكم بالإدانة منح المتهم المتخلف عن الحضور الاستفادة من ظروف التخفيف" وأكدت المحكمة العليا هذا الاستبعاد بقولها⁽¹⁾: "إن إفادة المتهم المتخلف عن الحضور أمام الفرع العادي لمحكمة الجنايات بظروف التخفيف يعد خرقا بينا لأحكام المادة 319/ف04 من قانون الإجراءات الجزائية وبالتالي يترتب عليه النقض".

2/ حالات المنع غير الصريح: ونكتفي بذكر أهم الحالات التي وقفنا عليها وهي:

- استبعاد تطبيق ظروف التخفيف في العديد من الجنح التي يكون الحد الأدنى لعقوبة الحبس شهران مثل: جنح القذف مثل المواد: 298، 298 مكرر، 299، 301،...؛ جنح ترك الأسرة مثل م: 330، بعض جرائم الإجهاض مثل م 310، الفعل العلني المخل بالحياء مثل م 333، 333 مكرر، بعض الجرائم ضد الأطفال مثل م 320، بعض جرائم الحضانة مثل م 328.

- استبعاد تخفيف الغرامة في جرائم الصرف: حيث شدد المشرع الغرامة بآلا تقل عن ضعف قيمة البضاعة محل المخالفة مما يشير إلى نية المشرع في استبعاد الإفادة من ظروف التخفيف، وقد أكدت ذلك أسباب الأمر رقم "03-01 المعدل والمتمم للأمر رقم 96-22 حيث جاء فيه: "إن من أسباب تعديل هذا النص تبني نظام عقابي رادع يستبعد فيه تطبيق الظروف المخففة على العقوبات المالية"⁽²⁾.

¹ - الغرفة الجزائرية: 1990/03/27 قرار صادر في الطعن رقم: 69473، وينظر أيضا: جيلالي بغداداي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية (الروبية: الجزائر، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، 1996) ج 01 ص: 235.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 02 ص: 344.

إن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين يلجأ إلى تقييد سلطة القاضي في التخفيف أو سلبه إياها كلما أراد تغليب الردع العام، وقدر أن هذه الجريمة خطيرة، أو لاحت له معالم الخطورة الإجرامية لدى من يقدم على مثل هذه الجريمة.

كما يلاحظ على المشرع الجزائري إكثاره من التقييدات وهو من وجهة نظرنا منحى معيب لمناقضته مبدأ التفريد القضائي للعقوبة، لأن إقدام المشرع على سلب القاضي سلطة التخفيف أو تقييده في بعض الجرائم يكون ضمناً جعل المجرمين وجرائمهم سواء، وهذا لا ينسجم مع التفريد الذي يقوم على فكرة اختلاف المجرمين واختلاف ظروف إجرامهم.

إن الآفة التي وقع فيها المشرع الجزائري هي جعله التخفيف القضائي مبدأ عاماً يجوز للقاضي اللجوء إليه متى قدر ذلك، وفي كل مراتب الجريمة (الجنايات، الجنح، المخالفات) بينما التشريع الإسلامي عالج الموضوع بطريقة مختلفة تماماً، وهي التضييق من نطاق تطبيق العقوبة من خلال التشدد في الإثبات، درء الحد بالشبهة، فإذا تجاوز الجاني كل الحواجز حقت عليه العقوبة وصار أهلاً لأن تطبق عليه العقوبة كما هي لا أن تخفف؛ بل هو إلى أخذه بالتشديد أقرب منه إلى التخفيف، وإن خففت فلظرف موضوعي لا علاقة له بالجانب الشخصي للجاني.

إن التشريع الإسلامي وإن جعل التخفيف استثناءً، إذ الأصل تطبيق العقوبة كما هي، لكن رغم ذلك لم يعدم الفقه الإسلامي من وجود حالات تخفف فيها العقوبة، بل الأكثر من ذلك وهو ثراء هذا الفقه في صور تخفيف العقوبة، فإذا كان التشريع الجزائري لا يعرف من صور التخفيف سوى: التخيير بين الحبس والغرامة، استبدال الحبس بالغرامة، العمل للنفع العام، الحكم بالغرامة فقط مع جعلها جوازية، التخفيض الكمي للحبس والغرامة؛ فإن التشريع الإسلامي تميز بالتخفيف النوعي للعقوبة الذي يحقق بشكل أفضل فكرة التفريد القضائي، وكذلك الأمر حال الاستبدال، إضافة إلى أنه عرف صورة أخرى للتخفيف لا تعرفها التشريعات الوضعية

عموما وهي تخفيف صفة العقوبة؛ مما يزيدنا إيمانا إلى إيماننا بأن التشريع الإسلامي أعدل وأرحم وأصلح تشريع للإنسان والمجتمع.

- إن التشريع الإسلامي يجعله التخفيف استثناء يكون قد سبق إلى خلاصة الفكر الجزائري المعاصر، يقول أكرم نشأت: "وطريقتا التخفيف والتشديد بالكيفية المتقدمة (أي تجاوز النطاق المحدد أساسا نحو التخفيف أو التشديد، أو الحكم بعقوبة أخف نوعا منها في حال التخفيف) هما وسيلتان استثنائيتان هامتان لتفريد العقاب القضائي"⁽¹⁾.

- إن التخفيف الكمي في التشريع الجزائري الإسلامي ليس له حد معين، وبالتالي يسمح للقاضي بالتكيف مع كل مستجدات عالم الإجرام تخفيفا وتشديدا؛ وبالمقابل نجد التشريع الجزائري جامدا، لأنه لا يمكن تجاوز حدود النص تخفيفا أو تشديدا، وهذا من عيوب التشريع يقول أحد رجال القانون: "فالتقنين هو بمثابة صب القانون في قالب يؤدي إلى تشويبه وضياع مرونته وقدرته على التلاؤم والتطور"⁽²⁾؛ حيث يعتمد إلى تحديد ما طبيعته التغيير، وكمثال تطبيقي على ذلك اضطر المشرع الجزائري وفي تعديل ق.ع 2009 إلى رفع الحدود الدنيا للغرامات في الجرح والمخالفات وهو ما نصت عليه المواد: 467 مكرر، 467 مكرر 01، وقد نبهنا من قبل إلى أن التشريع الإسلامي حل هذه المعادلة بوضع نظام مرن يمكن القاضي من التكيف مع مختلف المستجدات وهو المسمى: نظام التعزير.

كما يختلف التشريع الإسلامي عن التشريعات الجزائية الوضعية عامة ومنها التشريع الجزائري في أصل القول بظروف التخفيف، حيث يراها التشريع الوضعي تصحيحا لأخطاء القانون، وسدا لما به من نقص، وعلاج لما به من خلل⁽³⁾، أو هو محاولة لاستدراك قسوة العقوبات، فإن التشريع الإسلامي على عكس ذلك تماما لأن

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، ص: 154.

² - سمير عبد السيد تناغوا، النظرية العامة للقانون (الإسكندرية: مصر، منشأة المعارف، 1974) ص: 369، وينظر أيضا: عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ط02 (الجزائر، دار رحمة، 2000) ص: 112.

³ - حاتم موسى بكار، سلطة القاضي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 214-215.

الشارع الحكيم سبحانه منزّه عن هذه تلك النقائص، فهو تشريع العليم الحكيم الرحيم الخبير؛ فتشريعه أكمل تشريع، وقوله أصدق القول، وعليه فتخفيف العقوبات في التشريع إنما هو مراعاة لأحوال إنسانية استثنائية اقتضاها ابتناء التشريع على الرحمة والتيسير.

الرحمة الأمير عبد القادر للعطوم الإسلامية

المبحث الثالث/ سلطة القاضي في تشديد العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري:

نقوم في هذا المبحث بتحليل سلطة القاضي في تشديد العقوبة في التشريعين الإسلامي والجزائري من خلال مطالب خمسة مرتبة على النحو الآتي: تعريف التشديد لغة واصطلاحاً في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الوضعي بشكل عام، سلطة القاضي في التشديد النوعي للعقوبة، سلطة القاضي في التشديد الكمي للعقوبة، سلطة القاضي في التشديد الكيفي أو التنفيذي للعقوبة؛ وأخيراً الاستثناءات والقيود الواردة على هذه السلطة.

المطلب الأول/ تعريف التشديد لغة واصطلاحاً في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الوضعي بشكل عام:

الفرع الأول/ تعريف التشديد لغة واصطلاحاً:

البند الأول/ المعنى اللغوي للتشديد: التشديد لغة: من الشدّة التي هي الصلابة والقوة، وهي ضد اللين؛ قال تعالى ﴿وَشَدَدْنَا مُلْكَهُ وَأَتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابِ﴾ (ص/20) أي: قَوَّيْنَاهُ⁽¹⁾ ورجل شديد: قوي، وجمعه أشداء؛ والتشديد خلاف التخفيف، وشدد الضرب وكلّ شيء: بالغ فيه⁽²⁾.

¹ - الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، فتحي عبد الرحمان أحمد حجازي، ط 01 (الرياض: السعودية، العبيكان، 1418هـ - 1998)، ج 05 ص: 251، ابن عاشور، التحرير والتنوير (تونس: الدار التونسية للنشر، 1984)، ج 23 ص: 229.

² - ابن منظور، لسان العرب، م 04 ج 26 ص: 2214، 2215.

البند الثاني/ المعنى الاصطلاحي لتشديد العقوبة: إن الغالب في استعمال

الفقهاء المسلمين القدامى مصطلح "التغليظ" ولعل هذا ما دفع مصنفي (الموسوعة الفقهية الكويتية) وصاحب معجم لغة الفقهاء إلى تعريف "التغليظ"⁽¹⁾ دون التشديد، يضاف إلى ذلك أنهم استعملوا التغليظ في أبواب فقهية مختلفة منها: تغليظ الأيمان، تغليظ الدية، وتغليظ التعزير وغيره كما سنرى لاحقاً.

أ/ عرف عبد الرحمان بن نافع المحامدي تشديد العقوبة بقوله⁽²⁾ "مراعاة القوة والغلظة والمبالغة فيها"، هذا تعريف عام من جهة لأن العقوبات الشرعية بشكل عام غليظة، ومن جهة أخرى أسند التشديد إلى غير معلوم، مع أن التشديد إما أن يكون من قبل القاضي أو الإمام.

ب جاء في معجم مصطلحات العلوم الشرعية⁽³⁾: "التغليظ (في الفقه) تقوية الشيء بالتشديد، والتوكيد عليه، ومن أمثله تغليظ دية القتل العمد عن القتل الخطأ، وتغليظ الأيمان بأن تحلف في المسجد عند المنبر بعد صلاة عصر يوم الجمعة، ويطلق على المغلظ من النجاسات والعورات".

ج/ وعرفته الباحثة إيمان حسن علي شريتح تشديد الدية - وهو أحد مجالات تشديد العقوبة - بقولها⁽⁴⁾: "هو التشديد في أمر الدية وزيادتها، بسبب أمر يقتضي ذلك

¹ -مجموعة مؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط 02 (الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1408هـ-1988) ج 13 ص: 65-70، محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ط 02 (بيروت: لبنان، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408هـ - 1988) ص: 138.

² - عبد الرحمان بن نافع المحامدي السلمي، سلطة القاضي في تشديد وتخفيف العقوبة في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة تطبيقية على بعض المحاكم بالملكة العربية السعودية - (رسالة دكتوراه) تخصص: الفقه الإسلامي، تحت إشراف: أ. د. أحمد بن عبد العزيز عرابي، جامعة أم القرى، السنة الدراسية: 1425هـ - 1426هـ) ج 01 ص: 43.

³ - مجموعة مؤلفين، معجم مصطلحات العلوم الشرعية، ط 02 (الرياض: السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، 1439هـ-2017) م 01 ص: 498 - 499.

⁴ - إيمان حسن علي شريتح، تقدير الدية تغليظاً وتخفيفاً في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 71.

من نوع القتل وزمانه ومكانه، وتكون الزيادة في الكمية أو الكيفية من نوع الأسنان، وعدم التأجيل أو التنجيم، والتفرد بتحمل المسؤولية" وهو تعريف شائته بعض العيوب كالدور في استعمالها لفظ "التشديد" الذي هي محل التعريف، التفصيل بذكر موجبات التشديد وأشكاله.

يمكن تعريف تشديد أو تغيظ العقوبة بأنه: "حكم القاضي أو الإمام بما يراه أكثر ردها للجاني".

- حكم القاضي أو الإمام: لأن التشديد في حقيقته حكم يصدره القاضي أو الإمام.

- بما يراه أكثر ردها: إن التشديد الذي نريد دراسته هو التشديد القضائي أي الذي يدخل ضمن نطاق سلطة القاضي التقديرية، وليس التشديد التشريعي الذي جاء به النص، مثل تشديد عقوبة الزاني المحسن ونحوها.

كما يتضمن هذا القيد أنواع التشديد وصوره، فقد يكون التشديد نوعيا، بالحكم بعقوبة تختلف من حيث النوع عن العقوبة المقررة أصلا للجريمة إما مستقلة أو إضافة إلى العقوبة الأصلية؛ وقد يكون كميًا بأن يكتفي بالزيادة في مقدار العقوبة المقررة أصلا للجريمة، وقد يكون كميًا أو تطبيقيا أي التشديد في صفة أو كيفية تطبيق العقوبة المقررة، كما أن العبارة المذكورة تؤكد أيضا أن التشديد المقصود الاجتهادي القضائي لا التشريعي.

بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أن المشرع لم يخصص لتشديد العقوبة فصلا خاصا بها في القسم العام - باستثناء ظرف العود - بحيث يكون التشديد مبدأ عاما يسري على مختلف الجرائم كما صنع مع ظروف التخفيف، بل جعل الظروف المشددة في القسم الخاص بحيث نص عليها مع كل جريمة ترتبط بها⁽¹⁾؛ كما أنه لم يعرف المشرع تشديد

¹ يحيوي صليحة، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، التخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية، تحت إشراف: عبد الله سليمان، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق سعيد حمدين، السنة الجامعية: 2015-2016، ص: 205، قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 148.

العقوبة تاركا ذلك للفقهاء، بيد أن الفقهاء لم يعرفوا هم أيضا واكتفوا في الغالب الأعم بتعريف ظروف التشديد، وفرق واضح بين التشديد كحكم واجتهاد قضائي وبين الظروف التي تستدعيه.

وبناء عليه يمكن استخلاص تعريف للتشديد من خلال نصوص التشريع الجزائري و شراحه فنقول: "هو حكم القاضي بالعقوبة أو المقدار الأشد الذي وضعه المشرع تحقيقا للردع" وفيما يلي شرح لقيود التعريف:

- (حكم القاضي) لأن أخذ المتهم بالشدة أمر جوازي داخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي.

- (بالعقوبة أو المقدار الأشد) هذا القيد بيان لنوعي التشديد فقد يكون نوعيا بحيث يضع المشرع عقوبة تختلف نوعيا عن العقوبة الأصلية كأن تكون العقوبة السجن فيرفعها المشرع إلى الإعدام، وقد يكون كميا بحيث يزيد المشرع في مقدار العقوبة، وربما بلغ بها حدا لا يمكن معه تدرجها مثل السجن المؤبد.

- (الذي وضعه المشرع) لأن المشرع يختص وحده حصرا بوضع العقوبة، و تحديد نوع العقوبة ومقدارها، لكن وتطبيقا لمبدأ التفريد إذا كانت العقوبة بطبيعتها قابلة للتبعيض يقوم المشرع بوضع حدين أدنى وأعلى ليتيح للقاضي إمكانية التفريد؛ لأن القاضي في القانون الجزائري لا يملك سلطة استحداث عقوبة غير منصوص عليها، كما لا يملك سلطة تجاوز الحد الذي وضعه المشرع لئلا يخرق مبدأ الشرعية.

- (تحقيقا للردع) لأن الهدف من تشديد العقوبة هو أن المشرع يقدر بأن العقوبة الأصلية أو قدرها ولو الأقصى منه لا يكفي في ردع مثل هذا المجرم أو في مثل هذه الجريمة، لذا وضع المشرع عقوبة أو مقدارا أشد لمواجهة هذه الحالات.

- من خلال النظر في التعريفين يظهر بوضوح اختلاف التشريعين في مسألة جد هامة وهي فحوى وحدود مبدأ الشرعية، فالتشريع الإسلامي يستند إلى مضمون مرن يسمح

باتساع سلطة القاضي في تشديد العقوبة نوعا وقدرا كما سنرى في المطالب القادمة في هذا المبحث.

- يتفق التشريعان في أن الداعي إلى أخذ الجاني بالشدّة هو أن الجاني إما أنه لم يرتدع بالعقوبة التي طبقت عليه من قبل، أو أتى جرما يدل على خطورتها الإجرامية واستخفافه بالعقاب.

- يتفق التشريعان على أن لبدن الإنسان وحرته وماله وكرامته حرمة لا تستباح إلا بإذن من المشرع الذي هو الله سبحانه وتعالى في التشريع الإسلامي، والسلطة التشريعية التي تنوب عن الجماعة في التشريعات الوضعية ومنه التشريع الجزائري⁽¹⁾؛ يؤكد ذلك قوله عليه السلام بشكل قطعي⁽²⁾: "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه" وقال عمر رضي الله عنه⁽³⁾: "إني لم أبعث عمالي عليكم ليصيبوا من أبتشاركم ولا من أموالكم..". وبناء على ذلك يتفق التشريعان على أن التشديد استثناء وليس أصلا.

- يتفق التشريعان أيضا في أن المقصد من تشديد العقوبة هو ردع الجاني.

- يتفق التشريعان في فكرة التشديد من حيث المبدأ وإن اختلفا بعد ذلك في صور التشديد.

المطلب الأول/ سلطة القاضي في التشديد النوعي للعقوبة:

يتخذ تشديد العقوبة صورا مختلفة، ومع اختلاف الصور تختلف سلطة القاضي في التشديد سعة وضيقا، وفيما يلي عرض لأهم صور التشديد في التشريعين الإسلامي و الجزائري مع بيان وجوه الالتقاء والافتراق، وقبل ذلك كله يمكن حصر صور التشديد إجمالا في ما يلي:

¹ - باضياف خزاني، مبدأ الشرعية الجزائرية وأثره على السلطة التقديرية للقاضي الجزائري، رسالة ماجستير، التخصص: القانون الجنائي، تحت إشراف: أ. د. عبد الحفيظ طاشور، المركز الجامعي العربي بن مهدي، معهد العلوم القانونية والإدارية، أم البواقي، السنة الجامعية: 2007-2008، ص: 22.

² - مسلم، صحيح مسلم، ص: 1124 كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، الحديث رقم: 6541.

³ - أبو داوود، السنن، ص: 819، كتاب الديات، باب القود من الضربة وقص الأمير من نفسه، الحديث رقم: 4537، البلاذري، جمل من أنساب الأشراف، تحقيق: سهيل زكار و رياض زركلي، ط01 (بيروت: لبنان، 1417هـ - 1996) ج 10 ص: 347.

1/ أن يضع المشرع بين يدي القاضي أكثر من عقوبة ويجيز له الحكم بأي منها أو بها جميعا، إذا رأى أن الجاني يحتاج إلى مزيد من قوة الردع.

2/ أن يضع المشرع عقوبة أشد ويجيز للقاضي الحكم بها إذا توافرت ظروف التشديد.

3/ أن ينص المشرع على عقوبة محددة نوعا وقدرًا ويسمح للقاضي بأن يضيف إليها عقوبة أو أكثر بحسب ما يراه مناسبًا لحال الجاني وجنائته.

4/ أن يطلق المشرع يد القاضي في المعاقبة بما يراه رادعة دون النص على عقوبة بعينها.

وفيما يلي عرض لموقف التشريعين الإسلامي والجزائري من هذه الأساليب التشريعية في التشديد، مع التنبيه إلى أن هذه الأساليب ليست على سبيل الحصر، وإنما هي بحسب استقراء أساليب التشريعين في التشديد:

الفرع الأول/ وضع المشرع أكثر من عقوبة مع إباحة الحكم بأي منها أو بها

جميعا:

تجسد هذه الصورة نظام العقوبات التخيرية الذي تناولناه في الفصل الأول، وعدنا إليه باقتضاب شديد بما يسمح به المقام في المبحث الأول من هذا الفصل؛ وبمقتضى هذا النظام يلزم عن التخير ضرورة أن تكون إحدى العقوبات أشد من الأخرى، ومن باب أولى الحكم بالعقوبتين معا؛ فإذا كان حكم القاضي بالعقوبة الأخف يعتبر تخفيفا فإن الحكم بالعقوبة الأشد يعد تشديدا.

لقد استخدم التشريع الجنائي الإسلامي هذا الأسلوب في عقوبة واحدة فقط هي عقوبة الحرابة حيث خير الشارع الحكيم الإمام أو القاضي بين أربع عقوبات مختلفة من حيث النوع وهي: القتل، الصلب، تقطيع الأيدي والأرجل، النفي؛ وهي عقوبات في أغلبها شديدة، ومع ذلك فبعضها أشد من بعض كما هو ظاهر؛ فأشدها القتل، وأخفها النفي؛ مع التذكير دائما بأن القول بالتخير هو قول الظاهرية والمالكية والرأي الراجح لدى كثير من

الجنايين المعاصرين؛ والقاضي بخصوص هذه العقوبات يملك سلطة واسعة في الاختيار خصوصاً عند الظاهرية، حيث يملك سلطة اختيار العقوبة التي يراها مناسبة دون ورود أي قيد على سلطته؛ ومن ثم يستطيع التشديد دون أن يتقيد بشرط أو حالة معينة؛ وتضيق سلطة القاضي قليلاً عند المالكية حيث يرون مثل بقية الفقهاء وجوب قتل المحارب إذا ارتكب جريمة القتل وعدم قبول عفو أولياء الدم على خلاف المقرر في جريمة القصاص العادية.

كما لا يفوتنا أن ننبه إلى أن المذاهب الفقهية التي قالت بأن العقوبات على سبيل الترتيب لا التخخير لم تخل مصنفاتها الفقهية من القول بالتخخير في بعض الصور، ولا شك أن التخخير مبني حتماً وضرورة على فكري التخفيف والتشديد؛ لأن التخخير لا بد فيه من تحديد معيار للاختيار، فعلى أي أساس يختار القاضي مثلاً القتل دون النفي أو العكس، أو الصلب دون القتل، أو الصلب ثم القتل أو العكس... وغير ذلك من الصور التي ذكرها الفقهاء، لا شك أن المعيار الكامن هو إما اختيار العقوبة الأخف إذا رأى الإمام أو القاضي أنها رادعة، بالنظر إلى شخصه وإلى ظروف جنايته، أو اختيار العقوبة الأشد إذا قدر الإمام أو القاضي أن الجاني جدير بالتشديد.

وكذلك فعل المشرع الجزائري حيث خير القاضي بين أكثر من عقوبة في مواد الجرح والمخالفات، وهو تخيير بين الحبس والغرامة أو الحكم بهما معاً؛ والمشرع الجزائري بإدخاله هذا النظام ساير الفكر الجزائري الحديث الذي يرى أن نظام العقوبات التخيرية أفضل الوسائل التشريعية لتحقيق مبدأ التفريد؛ كما أن السياسة الجنائية المعاصرة بشكل عام تقيد سلطة القاضي في اختيار العقوبة، بحيث توجهه إلى اختيار العقوبة الأشد بناء على معايير محددة كدناءة الباعث، وخطورة المتهم، وجمامة الجرم المرتكب⁽¹⁾؛ أي أن سلطة الاختيار القضائي في كل الأحوال ولو في نظام الاختيار الحر لا تخرج عن ثنائية التخفيف أو

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 111، فهد الكساسبة، وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في التفريد العقابي، مجلة دراسات (علوم الشريعة والقانون) الجامعة الأردنية، المجلد: 42، العدد: 01، 2015، ص: 342، كريم هاشم، دور القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 42.

التشديد بناء على اعتبارات معينة سواء نص المشرع على هذه المعايير أو لم ينص؛ لأن التشديد القضائي ينبغي أن يبنى في كل الأحوال على منطق قانوني وقضائي وجيه.

فالحكم بالعقوبة الأشد من بين العقوبات التخيرية يعد تشديدا، ولا يتنافى ذلك تماما مع تشريع عقوبة أشد أو زيادة مقدار العقوبة في حالة التشديد؛ ومثال ذلك ما ورد في م 144 مكرر: "يعاقب بالحبس من 03 أشهر إلى 12 شهرا وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أساء إلى رئيس الجمهورية بعبارات تتضمن إهانة أو سبا أو قذفا سواء كان ذلك عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو بأية آلية لبث الصورة أو بأية وسيلة إلكترونية أو معلوماتية أو إعلامية أخرى... في حالة العود تضاعف عقوبات الحبس والغرامة المنصوص عليهما في هذه المادة؛ فإذا اكتفى القاضي بالحكم بالحد الأدنى للغرامة فهو تخفيف، وبالمقابل إذا حكم بالحد الأقصى للحبس فقد شدد العقوبة، فمن وجهة نظرنا يعد الحكم بالحد الأقصى للعقوبة الأصلية تشديدا كما أن الحكم بالحد الأدنى يعد تخفيفا؛ ولا يعكس على هذا القول أن المشرع نص على مضاعفة عقوبات الحبس والغرامة في حالة العود، لأن التشديد المنصوص عليه في حالة العود يعالج حالات لا يكفيها التشديد الذي تسمح به العقوبة في صدر المادة المذكورة؛ والتشديد في نظام العقوبات التخيرية هو الحالة المعاكسة للتخفيف في النظام نفسه؛ أي أن نظام العقوبات التخيرية يسمح بالتخفيف والتشديد في الوقت نفسه؛ وهذه من مزايا هذا النظام، ولذا عد من الأنظمة الأكثر فعالية في تحقيق التفريد العقابي - بحسب الفكر الجزائي المعاصر؛ والنتيجة التي نخلص إليها أن التشديد ليس محصورا في وضع عقوبة أشد، أو رفع مقدار العقوبة فحسب، بل التشديد يشمل الأمرين معا؛ ودليلنا في هذا التحليل أن المشرع نفسه شدد العقوبة في بعض الجرائم، و قيد القاضي برفع العقوبة الأصلية إلى الحد الأقصى فقط.

وقد سبق القول أن التخير يضعف جانب الردع في العقوبة، لأن القضاة عادة ما يلجئون إلى العقوبة الأخف ولذا لم تقره الشريعة الإسلامية إلا في عقوبة الحرابة لخصوصيتها كما بينا؛ لكن مع ذلك نقول إذا وضع هذا النظام في موضعه الصحيح ولم يجعل مبدأ أو

قاعدة عامة أو غالبية في التشريع، وكان القضاة على قدر من المسؤولية ورقابة الضمير فإنه يتيح قدرا بينا من سلطة القاضي في التقدير، ومن جملتها التخفيف إذا كان الجاني جديرا بالتخفيف، والتشديد إذا كان على عكس ذلك.

أما الصورة الثانية فلا وجود لها في التشريع الإسلامي في عقوبات الحدود وكذا عقوبات القصاص، وهو ما يؤكد مرة أخرى رغبته عن فكرة التخيير، يؤكد ذلك ما نلاحظه في مسلك الشريعة في تشديد بعض العقوبات لصفة في الجاني حيث تشرع عقوبة أشد وخاصة بظرف التشديد وتجعل الحكم بها وجوبيا، ومن أمثله عقوبة الزاني المحصن فقد جعلت عقوبته الرجم بدل الجلد الذي هو عقوبة غير المحصن؛ وبالتالي لا سلطة للقاضي في تقدير العقوبة إذا ثبت أن الزاني محصن بل يتوجب عليه رجمه.

وعلى خلاف هذا المسلك سار المشرع الجزائري إذ جعل حالة العود ظرفا مشددا عاما في مختلف الجرائم، أما الظروف المشددة الخاصة فقد نص عليها في مواضعها حصرا، لكن الملاحظ أن خيارات المشرع في التشديد النوعي للعقوبة محدودة، فسواء في حالة العود أو حالات الظروف المشددة الخاصة لا يملك القاضي سلطة واسعة في الحكم بعقوبة مختلفة نوعا عن العقوبة الأصلية، والعقوبة الوحيدة التي تعتبر تشديدا نوعيا هي الإعدام، أما بقية العقوبات فهي مجرد زيادة ملموسة لمقادير العقوبة السالبة للحرية أو الغرامة؛ أي أنها تشديد كمي لا غير؛ ومن هنا تبرز سعة السلطة التقديرية للقاضي في التشريع الإسلامي من حيث التشديد النوعي والذي يعتبر بحق من أهم صور تفريد العقوبة كما أوضحنا من قبل.

الفرع الثاني/ وضع المشرع عقوبة أشد بجنب العقوبة الأصلية مع إباحة

الحكم بها إذا توافرت ظروف التشديد:

يختلف هذا الأسلوب عن نظام التخيير في أن القاضي ليس مخيرا في الحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة، بل هو يحكم بالعقوبة المقررة أصلا للجريمة لكن إن توافرت

ظروف التشديد وقدر القاضي بأن الحد الأقصى للعقوبة المقررة لا يكفي في ردع الجاني جاز له الحكم بهذه العقوبة الاحتياطية إن جاز هذا التعبير.

لا وجود لهذا النوع من التشديد في التشريع الإسلامي سواء في الحدود أو القصاص أو التعازير، وتفسير ذلك أن التشريع الإسلامي- ما عدا عقوبة الحرابة- لا يميل إلى أسلوب العقوبة الجوازية، وبعبارة أدق لا يحدد التشريع الإسلامي عقوبة أصلية وجوبية للجريمة و عقوبة أخرى جوازية ثم يمنح القاضي سلطة الحكم بالعقوبة الجوازية؛ وتفسير ذلك أن شريعة الله تعالى المبنية على مقتضيات الفطرة الإنسانية ترى أن العقوبة بشكل عام تفقد قوتها الردعية حين تكون جوازية، وحتى تحتفظ بقوتها الردعية ينبغي أن توضع لها عدة احتياطات تشريعية، وهذا ما تفتقر إليه التشريعات الوضعية.

لقد وضع المشرع الجزائري سلما للعقوبات المشددة لحالة العود فنصت م 54 مكرر على جواز تشديد العقوبة السالبة للحرية للسجن المؤبد إذا كانت العقوبة المقررة لهذه الجناية عشرون سنة سجنا، وتصبح العقوبة الإعدام إذا أدت الجناية إلى إزهاق روح إنسان، واكتفى برفع العقوبة السالبة للحرية أو الغرامة إلى ضعف ما كان مقررا إذا كانت العقوبة المقررة لهذه الجناية يساوي أو يقل عن عشر سنوات، وهذا بحسب نوع وقدر العقوبة التي كانت مقررة والتي لا يمكنها استيعاب جسامة الجريمة أو خطورة المجرم في هذه الجرائم؛ والتشديد القضائي للعقوبة جوازي في حالة العود، فالقانون لا يلزم القاضي بتطبيق أحكام العود إذا توفرت شروطه، بل ترك ذلك لتقديره⁽¹⁾ لأن القضاء أصلح سلطة لوصف شخص بأنه معتاد الإجرام كما تقرر مبادئ الفقه الجنائي المعاصر⁽²⁾.

كما نجد المشرع نص على حالات التشديد بشكل مفصل في مواضعها من القسم الخاص في قانون العقوبات وغيره؛ والملاحظ أن المشرع لا يكفي بدرجة واحد للتشديد كما هو الحال في أغلب الأحوال، بل يلجأ أحيانا إلى وضع عدة درجات للتشديد كما هو الحال في جريمة السرقة حيث جعل العقوبة على الحالة العادية الحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج؛ لترتفع في سرقة ممتلك

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 315.

² - حاتم موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي، ص: 276.

ثقافي منقول محمي أو معرف إلى الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، وإلى الحبس من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة وغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج في حالة توفر ظروف معينة، كما تصل إلى السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة وغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، وفي ظروف أخرى منها السرقة في أثناء الحريق تصبح العقوبة السجن المؤبد؛ ففي هذه الأحوال ونظائرها في قانون العقوبات وغيره من القوانين الجزائية يملك القاضي سلطة التشديد إذا توفرت ظروفه⁽¹⁾، والأمر سيان بالنسبة للشخص الطبيعي والشخص المعنوي.

ولا يخفى على القارئ الكريم أن التحديدات التي يضعها المشرع الجزائري في أغلبها تشديدات كمية، باستثناء عقوبة الإعدام؛ ولو أنه وضع عدة عقوبات مختلفة نوعا ومتدرجة شدة لربما مكن القاضي من تشديد العقوبة وتفريدها على نحو أفضل؛ فبعض التشريعات الجزائية تعاقب مثلا بعقوبة الأشغال الشاقة إضافة إلى عقوبة الإعدام، وتمنح القاضي سلطة التشديد؛ وهي بذلك تجعل سلطة القاضي في وضعية مريحة إلى حد ما بحيث يمكنه التشديد عن طريق السجن المؤبد أو السجن مع الأشغال الشاقة، أو الإعدام؛ وعليه يمكن القول إن القاضي في التشريع الجزائري لا يملك سلطة واسعة في التشديد النوعي للعقوبة بسبب حصره للتشديد النوعي في الإعدام فقط.

الفرع الثالث/ نص المشرع على عقوبة محددة والسماح للقاضي بإضافة

عقوبة أو أكثر بحسب ما يراه مناسبا:

قد يبدو لأول وهلة أن عقوبات الحدود تضيق فيها سلطة القاضي في تقدير العقوبة إلى حد بعيد، إلا أن هذا الحكم يصح إذا نظرنا إلى هذه العقوبات من حيث تحديدها نوعا وقدرًا وعدم جواز النقصان منها أو الزيادة عليها في حد ذاتها أو العفو عنها أو الشفاعة فيها؛ لكن ما عدا ما ذكر فإن القاضي يتمتع بسلطة واسعة حيث اتفق الفقهاء

¹ - قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 171.

على جواز إضافة التعزير إلى عقوبات الحدود؛ ومعلوم أن التعزير يتضمن كما هائلا من العقوبات بدء بمجرد الإعلام وقد يصل إلى القتل عند عامة الفقهاء؛ وليس يلزم في التشديد أن تكون العقوبة المضافة إلى أشد من العقوبة الأصلية⁽¹⁾، لأن الإضافة في حد ذاتها تشديد، فيكفي أن تكون عقوبة فقط؛ ومن أمثلة الجمع بين الحد والتعزير:

1/ الجمع بين عقوبتين حديثين: أجاز بعض الفقهاء الجمع بين عقوبتين حديثين ولو كانت إحداهما القتل، كالجمع بين الصلب والطعن حتى الموت عند الحنفية⁽²⁾، والجمع بين القطع والقتل عند الحنابلة⁽³⁾.

2/ الجمع بين الجلد و الحبس: نقل القاضي عياض عن بقي بن مخلد^(*) قوله - في نصراني يغري المسلمات بالفساد-⁽⁴⁾: "... والذي ثبت على هذا اللعين عظيم، والذي أرى بعد الأدب السجن الطويل الذي يشبه التخليد"، وأجاب سعيد بن أحمد بن عبد ربه بأن يؤدب ويجبس لكن لا يبلغ به المبلغ الذي ذكره عبد الرحمان بن بقي بن مخلد؛ ونقل سعيد بن أحمد سماعا عن محمد بن عمر بن لبابة أنه استفزع قول خالد بن وهب في رجل تشبه حاله حال هذا النصراني بأن يضرب أربعمائة سوط، فقال سعيد لخالد: لقد قف شعري مما ذكرت، قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: إن الله غضب غضبا فحد حدودا فلا تغضبوا

¹ - أكرم نشات إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 204.

² - السرخسي، المبسوط، ج 09 ص: 199، البدر العيني، البناء شرح الهداية، ج 06 ص: 370، الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 95.

³ - المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 256-257.

^{*} بقي بن مخلد: بقي بن مخلد بن يزيد، الإمام القادوة، شيخ الإسلام، أبو عبد الرحمان الأندلسي القرطبي، الحافظ، ولد في حدود سنة مئتين أو قبلها بقليل، سمع من يحيى بن يحيى الليثي، ويحيى بن عبد الله بن بكير، ومحمد بن عيسى الأعشى، وأبي مصعب الزهري، وصفوان بن صالح، وإبراهيم بن المنذر الحزامي، وهشام بن عمار، وأبي بكر بن أبي شيبة فأكثر، ومن جبارة بن المغلس، وعثمان بن أبي شيبة، وغيرهم كثير، وتفقه بإفريقية على سحنون بن سعيد؛ وحدث عنه ابنه أحمد، وأيوب بن سليمان المرِّي، وأحمد بن عبد الله الأموي، وأسلم بن عبد العزيز، ومحمد بن عمر بن لبابة، وعبد الله بن يونس المرادي القبري، وآخرون؛ كان إماما مجتهدا صالحا، رابيا صادقا مخلصا، رأسا في العلم والعمل، علم المثل منقطع النظير، وكان من كبار المجاهدين في سبيل الله تعالى، يقال شهد سبعين غزوة، كان يفتي بالأثر ولا يقلد أحدا، انفرد بإدخال مصنف بن أبي شيبة إلى الأندلس، وكتب الأم للشافعي، وغير ذلك؛ توفي لليلتين بقيتا من جمادى الآخرة سنة ست وسبعين ومائتين (276هـ) الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 285 - 296.

⁴ - القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق: محمد بن شريفة، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1997)، ص: 83.

فوق غضب الله فتحدوا فوق حدوده، وإن الله قال: ﴿بِأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ

مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ (النور/ 02) فمن أين قلت أنت مجازفة أربعمئة جلدة

؟⁽¹⁾، وقال محمد ابن راشد^(**): وجه قول ابن القاسم أنه يجزئ في جريمة اغتصاب النصراني للحرمة المسلمة شاهدان فقط أنه كان يرى الاغتصاب لها وغيبته عليها نقضا لعهد⁽²⁾؛ ونقل عن علي رضي الله عنه أنه حد شارب الخمر في نهار رمضان ثم سجنه ثم أخرجه من الغد فضربه عشرين وقال: هذه العشرون لجراءتك على الله تعالى وفطرك في رمضان⁽³⁾؛ وذكر القرافي أيضا من رواية أشهب أن مدمن الخمر يحد ويلزم السجن إن كان خليعا⁽⁴⁾، وأجاز الحنفية أيضا اجتماع الضرب مع الحبس⁽⁵⁾.

3/ الجمع بين الجلد والتشهير: أجاز مالك رحمه الله تعالى في الفاسق المدمن للخمر الذي يؤذي الناس أن يشتد القاضي ضربه بحيث يوصل في ضربه المائتين، مع التشهير به وفضحه⁽⁶⁾، و أجاز الشافعية ذلك في سائر الحدود، فمن كان متهافتا في ارتكاب المعاصي

¹-الونشريسي، المعيار المغرب، ج2 ص: 346، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 145 - 146.

** محمد ابن راشد القفصي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد القفصي، أخذ عن ابن الغماز، وحازم، والكمال بن التنسي، وضياء الدين بن العلاف، والقاضي ناصر الدين الأبياري المعروف بابن المنير، وغيرهم، ومن أخذ عنه: ابن مرزوق الجدي، والشيخ عفيف الدين المصري، له تأليف مفيدة منها: الشهاب الثاقب في شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي، توفي في تونس سنة (736هـ) محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج 01 ص: 297 - 298.

²- ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 16 ص: 330 - 331.

³- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنّف، تحقيق: مركز البحوث وتقنية المعلومات، ط 01 (بيروت: لبنان، دار التأصيل، 1436هـ - 2015) م 06 ص: 276-277 كتاب الطلاق، باب من شرب الخمر في رمضان، الأثر رقم: 14356، أبو جعفر الطحاوي الحنفي، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، ط 01 (عالم الكتب، 1414هـ- 1994) ج 03 ص: 153 كتاب الحدود، باب حد الخمر، الحديث رقم: 4895، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 145، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 526، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 226.

⁴- القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 205.

⁵- البدر العيني، البناية شرح الهداية، ج 06 ص: 370.

⁶- ابن أبي زيد القيرواني، النواذر والزيادات، ج 14 ص: 307، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 205.

يظهر حده في مجامع الناس ليزاد نكالا⁽¹⁾، وقد اختلف الفقهاء في المقصد من حضور الطائفة المأمور به في عقوبة الزنا، فقبل الإغلاظ على الزناة والتوبيخ، وقيل الدعاء لهما بالتوبة والرحمة⁽²⁾، والذي نراه أن الشارع أراد المقصدين معا، إذ لا تعارض بينهما، والله أعلم.

4/ الجمع بين الجلد والتغريب: وهو رأي شذ به الحنفية عن الجمهور بناء على أن التغريب عندهم تعزير وليس حدا، يقول صاحب بدائع الصنائع: "قال أصحابنا لا يجمع (أي بين الجلد والتغريب) إلا إذا رأى الإمام المصلحة في الجمع بينهما فيجمع"⁽³⁾؛ والراجح قول الجمهور لورود التغريب لعقوبة للزاني الذكر غير المحصن في السنة الصحيحة؛ واختلفوا في تغريب المرأة والراجح أنها لا تغرب، وهو قول مالك وأصحابه ورجحه صاحب المغني من الحنابلة يقول رحمه الله تعالى: "وقول مالك فيما يقع لي أصح الأقوال وأعدلها"⁽⁴⁾ والله أعلم.

5/ الجمع بين القطع في السرقة وتعليق اليد المقطوعة: وهو مشهور مذهب الحنابلة؛ قال صاحب الإنصاف: "يستحب تعليق يده في عنقه، زاد في البلغة والرعايتين والحاوي: ثلاثة أيام إن رآه الإمام"⁽⁵⁾.

وكذلك الشأن في جرائم القصاص فرغم أن الأصل الاقتصاص من الجاني أو العفو عنه، إلا أن بعض الاجتهادات الفقهية ذهبت إلى تعزير من عفى عنه ولي الدم، وهو قول المالكية في مشهور المذهب والليث بن سعد، فمالك وأصحابه يرون ضربه مائة وحبسه سنة، فيما أطلق الليث مقدار الضرب، وقيد أبو ثور التعزير بكون القتال معروفا بالشر،

¹ - الروياني، بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، ج 13 ص: 168.

² - الجصاص، أحكام القرآن، ج 05 ص: 106، ابن العربي، أحكام القرآن، ج 03 ص: 335، ابن عطية، المحرر الوجيز، ج 06 ص: 335، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 15 ص: 11-115، الحطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 396.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 39 و ينظر أيضا: السرخسي، المسبوط، ج 09 ص: 36.

⁴ - ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 324.

⁵ - المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 251، الهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 256، وذكر ابن قدامة أن التعليق سنة دون إشارة إلى أن ذلك إلى رأي الإمام ينظر: ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 442.

دون أن يحدد هو الآخر مقدار الضرب⁽¹⁾، وسبب ذلك أن الشريعة أعطت أولياء الدم سلطة العفو عن حقهم في القصاص، لا العفو عن الجريمة⁽²⁾؛ وبالنسبة لمجال التعزير فالأمر أوضح ما يكون إذ يجوز باتفاق الفقهاء الجمع بين أكثر من عقوبة، خصوصاً وأن العقوبة التعزيرية غير محددة مسبقاً.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلا وجود لهذا الأسلوب في العقوبات الأصلية، وإنما نجده في العقوبات التكميلية والتي أجاز المشرع للقاضي الحكم بها، وهي عقوبات كثيرة ومتنوعة بحيث يمكنها تغطية أنواع كثيرة من الجرائم، لأنها عقوبات شرعت لملاءمة صور مختلفة من الجرائم؛ ومن أمثلة الجمع بين أكثر من عقوبة ما نصت عليه م 144 المتعلقة بالإهانة والتعدي على الموظفين ومؤسسات الدولة، والتي يمكن فيها الجمع بين ثلاث عقوبات وهي: الحبس والغرامة والنشر الحكم وتعليقه؛ جاء في المادة المذكورة: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين، وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أهان قاضياً أو موظفاً أو ضابطاً عمومياً أو قائداً أو أحد رجال القوة العمومية... ويجوز للقضاء في جميع الحالات أن يأمر بنشر الحكم ويعلق بالشروط التي حددت فيه...".

وقد قلنا من قبل إن القاضي في التشريع الإسلامي يملك سلطة الحكم بكثير من هذه العقوبات، إذا قدر أن ذلك مجد في كف الجاني عن الفساد، لأنها عقوبات مناسبة لجرائم مستجدة لم تكن معروفة فيما خلا من العصور؛ كما أن الفقه الإسلامي نص على أدنى العقوبات التعزيرية وعلى أشدها وترك للقضاة اختيار ما يقدرون نجاعته وفاعليته في

¹ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج 07 ص: 384، ابن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل فيفهكذا يجب مسائل المستخرجة، تحقيق: أحمد الحبابي، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ - 1988) ج 16 ص: 94، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 412.

² الحسيني سليمان جاد، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامية دستورتها وعلاقتها بالدفاع الشرعي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الشروق، 1411هـ - 1991) ص: 106 - 107.

تنظيم مصالح الجماعة⁽¹⁾؛ والعقوبات التكميلية في الغالب لا تخرج عن أن تكون بين الحدين الأدنى والأقصى المنصوص عليهما.

لكن يختلف التشريعان في مسألة هامة وهي تحديد العقوبات أو الحصر نوعا وقدرا وعددا، فالتشريع الجزائري بناء على مبدأ الشرعية ملزم بأن يحدد هذه العقوبات نوعا وقدرا، وهو ملزم أيضا ببيان الحالات التي يحكم فيها بوحدة فقط أو أكثر من هذه العقوبات، فهو تشريع يغل يد القاضي في الحكم، بينما يطلق التشريع الإسلامي يد القاضي بحيث يستطيع الحكم بالعقوبة المناسبة لأنها في كل الأحوال عقوبات تعزيرية، فيستطيع الحكم بها مضافة إلى عقوبات الحدود أو القصاص، أو يحكم بها مستقلة، كما يجوز أن يحكم بأكثر من واحدة من تلك العقوبات وهذه نقطة اتفاق بين التشريعين، حيث نجد المشرع الجزائري ينص أحيانا على جواز الحكم بوحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية البالغ عددها اثنا عشر عقوبة، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في م: 54 مكرر/02 ف02 المتعلقة بجريمة العود حيث جاء فيها: "...كما يجوز الحكم أيضا بوحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من هذا القانون"؛ وكذا م: 302 ف04؛ وبالتالي يسمح هذا الإذن التشريعي أن يمارس القاضي سلطته في تقدير العقوبة التكميلية على نحو أوسع، فإذا علمنا أن بعض هذه العقوبات التكميلية تنفرع هي الأخرى إلى عدد من العقوبات تبين فعلا اتساع سلطة القاضي في هذا النوع من العقوبات.

وتتسع سلطة القاضي في التعزير إلى جواز الحكم بكل عقوبة يراها القاضي فعالة في ردع الجاني وإصلاحه، فليس القاضي عندنا مغلول اليد بعقوبات محددة، وسبب هذه المرونة يستطيع التشريع الجزائري الإسلامي استيعاب كثير من العقوبات في التشريع الجزائري

¹ - رأفت الحسين خالد، الجريمة التعزيرية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، التخصص: الدعوة الإسلامية، تحت إشراف: عبد الفتاح مصطفى الصبفي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، قسم الحسبة، السنة الجامعية: 1402هـ-1403هـ، ص: 57.

الوضعي، بينما لا تستطيع هذه التشريعات تبني عقوباته لأن تصور مبدأ الشرعية الذي تبناه هذه التشريعات لا يسمح لها بذلك.

الفرع الرابع/ إطلاق المشرع يد القاضي في المعاقبة بكل ما يراه رادعا

ومصلحا:

أجمع الفقهاء على أن التعزير إلى اجتهاد القاضي والإمام، ومن ثم جاز في الفقه الإسلامي أن يعاقب القاضي بما يراه رادعا، وإذا كانت الحدود من حيث أصل تشريعها تجليا لخاصية الثبات في التشريع الجزائي الإسلامي، فإن التعزير مظهر المرونة، وإذا كان القاضي في عقوبات الحدود يلتزم بما ورد به الشرع من عقوبات نوعا وقدرا في الأحوال العادية، فإنه في التعزير يملك سلطة واسعة في المعاقبة؛ وسر ذلك أن الحكمة الإلهية البالغة قضت بمعاملة مرنة لطائفة من الجرائم تخفيفا وتشديدا بما يسمح بملاحقتها والحد منها⁽¹⁾؛ وفي مجال التعزير لا توجد عقوبة شرعية محددة مسبقا للجريمة المرتكبة، فكل ما وضعته الشريعة أنها جاءت ببعض العقوبات على سبيل التمثيل، ووجهت القضاة والأئمة إلى ضرورة مراعاة بعض الاعتبارات، وهي حال الجاني وحال المجني عليه وطبيعة الجناية وزمان ومكان الجريمة، وقلة الجناية أو تفشيها بين الناس وأذنت بعد هذا للقاضي في أعمال سلطته التقديرية لتحديد العقوبة المناسبة، وقد قام الفقهاء المسلمون—وخصوصا من مارسوا القضاء منهم— عبر العصور بإمداد القضاة والأئمة بتدرج لبعض العقوبات ومقاديرها في بعض الجرائم، دون أن يكون لتلك الاجتهادات طابع الإلزام، كل ما هنالك أن القاضي بإمكانه الإفادة من تلك الاجتهادات إذا وجدها محققة لمقاصد التعزير في الجرائم التي تعرض عليه.

وبلغ التوسع في أنواع التعازير أن ذكر الفقهاء صورا قد لا يخطر على بال أحد وجودها في الفقه الإسلامي، ومن أمثلة ذلك التعزير بالتجويع، يقول الحافظ ابن حجر

¹ - رأفت الحسين خالد، الجريمة التعزيرية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، ص: 57.

العسقلاني بعدما ساق حديث مواصلة النبي عليه الصلاة والسلام الصيام بأصحابه: "يستفاد منه جواز التعزير بالتجويع ونحوه من الأمور المعنوية"⁽¹⁾، ونقل بعض المالكية التعزير بقطع اليد في شهادة الزور، يقول الونشريسي: "وحكى ابن حيان في كتاب الاحتفال أن قاضي الجماعة بقرطبة محمد ابن بشير صح عنده تدليس رجل في الوثائق فأمر بقطع يده، وبذلك أفتى ابن أبي جعفر فقيه مرسية على أبي الغرابلي المديسي وجدت عنده عقود مدلسة أخذ بها أموالا، فلما افتضح بها فأقر بذلك قطعت يده"⁽²⁾؛ ويمكن أن يصل التعزير إلى حد القتل عند جميع الفقهاء وإن اختلفوا في الحالات التي يقتل فيها الشخص تعزيرا⁽³⁾.

أما في التشريع الجزائري فلا وجود البتة لهذا النوع من السلطة التقديرية، لأن القاضي محكوم بنص م 01 من قانون العقوبات والتي تنص على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بقانون"؛ فلا يستطيع القاضي بموجب النص المذكور أن يعاقب على شيء لم يجرمه المشرع بنص صريح، أو يعاقب بعقوبة لم ينص عليها المشرع، والغريب أن هذا الاستمساك بحرفية مبدأ الشرعية بدأ الفكر الجزائري المعاصر يتراجع عن الأخذ به، بعدما كان يعده لقرون من مفاخر السياسة الجزائرية الحديثة والمعاصرة المنتصرة لحقوق الإنسان، يقول مأمون سلامة: "أما النوع الثاني من القياس فهو المتعلق بالتجريم والعقاب، والتمسكون بمبدأ الشرعية في مفهومها التقليدي يعارضون فيه بشدة، ويرون في ذلك خرقا للمبدأ وانتهاكا للحرية الفردية؛ غير أن أنصار المنهج الواقعي يرون أن هذا القول سيطر على أذهان الغالبية العظمى من رجال القانون التقليديين والمعاصرين يحتاج إلى إعادة نظر على ضوء التغيرات

¹ - التهانوي، إعلاء السنن، ج 09 ص: 4520.

² - الونشريسي، المعيار العربي، ج 02 ص: 414.

³ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: عرفات بن سليم العشا حسونة الدمشقي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1426/1425 هـ - 2005) ص: 209-210، المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 217، 302، عبد الله بن الإمام أحمد، مسائل الإمام أحمد، تحقيق: زهير الشاويش، ط 01 (بيروت: لبنان، المكتب الإسلامي، 1401 هـ - 1981) ص: 423، ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص: 93-94.

الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للمجتمعات المعاصرة... وما دام الأمر كذلك فإن الشرعية الشكلية التي أرادها الفكر المحافظ وتبعه فيها الفكر التقليدي قد فقدت مقومات وجودها، وأصبحت تشكل عبئا على العدالة الاجتماعية التي يجب أن تؤسس على شرعية موضوعية مناطها الضرورات الاجتماعية، حتى يكون القانون تعبيراً عن عدالة حقيقية وليست مجرد عدالة شكلية... وبذلك يتم التوفيق بين الشرعية القانونية وبين العدالة الحقيقية ليتمكن بذلك قانون العقوبات من أداء وظيفته في تطوير المجتمع وحماية مصالحه الجوهرية المتجددة"⁽¹⁾.

هذا ما استطعت عرضه فيما يتعلق بالتشديد النوعي للعقوبة وكذا وجوه الاتفاق والاختلاف بين التشريعين الإسلامي والجزائري، ولا بد من التنبيه إلى أنه بخصوص التشريع الإسلامي اكتفيت بعرض أكبر قدر ممكن من صور التشديد، وهذا يعني أنني لم أقم بعملية استقراء للجزئيات الفقهية لكثرتها، خصوصاً الاجتهادات الفردية للفقهاء، ولو أنني فعلت ذلك لخرج البحث عن طبيعته النظرية إلى بحث في الأحكام الفقهية، وليس هذا هو الغرض الأصل من الدراسة كما هو معلوم.

المطلب الثاني / سلطة القاضي في التشديد الكمي للعقوبة:

المقصود بالتشديد الكمي للعقوبة أن يزيد المشرع مقدار العقوبة، أو يأذن بالزيادة في مقدارها المقرر أصلاً للجريمة في الحالة العادية، وبالنظر إلى الفقه الإسلامي والجزائري لاحظنا أنهما يلتقيان في هذا الأسلوب من حيث الجملة، وإن اختلفا بعد ذلك من حيث أسلوب هذه الزيادة؛ وفيما يلي عرض لمسلك الفقه الإسلامي في التشديد الكمي ثب منتبه بمسلك التشريع الجزائري الجزائري مع المقارنة بينهما وبيان أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف وما تفرد به كل واحد منهما إن وجد.

¹ - مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، (دار الفكر العربي، 1975) ص: 38-41.

لقد تبين لنا من خلال ما عرضناه أن التشريع الإسلامي يميز في سياسته الجزائية بين الحدود والقصاص والتعازير؛ وبناء على ذلك نقسم الحديث عن التشديد الكمي للعقوبة في التشريع الإسلامي على النحو المذكور:

الفرع الأول/ الحدود: إن المذاهب الفقهية وإن اتفقت على مشروعية التعزير

وتنوعه عقوباته، لكنها اختلفت من حيث سلطة القاضي في تقديره نوعا وقدرًا، ويعد المذهب المالكي أوسعها في سلطة القاضي في تقدير التعزير، وذلك أنهم جعلوه إلى الإمام في نوعه وقدره دون أن يضعوا له قيودًا؛ وبناء على ذلك أجاز المالكية الزيادة على مقدار الحد تعزيرًا دون تقييده يقدر معين، فأجازوا الزيادة على مقدار الجلد في الخمر ونقلوا عن مالك في الفاسق المدمن للخمر الذي يؤذي الناس أن يشتد القاضي في ضربه بحيث يوصل في ضربه المائتين⁽¹⁾.

ويرى ابن العربي التشديد أيضًا إذا استهان الناس بالزنى وانهمكوا فيها، يقول رحمه الله تعالى: "وهذا ما لم يتتابع الناس في الشر، ولا احلولت لهم المعاصي، حتى يتخذوها ضراوة، ويعطفون عليها بالهوادة، فلا يتناهوا عن منكر فعلوه، فحينئذ تتعين الشدة، ويزاد الحد لأجل زيادة الذنب، وقد أتى عمر بسكران في رمضان فضربه مائة، ثمانيين حد الخمر، وعشرين لهتك حرمة الشهر، فهكذا يجب أن تركب العقوبات على تغليظ الجنايات وهتك الحرمات، وقد لعب رجل بصبي فضربه الوالي ثلاث مئة سوط فلم يغر (ذلك) مالك حين بلغه"⁽²⁾، ونقل ابن أبي زيد القيرواني عن ابن حبيب عن ابن الماجشون^(*) في من زنى بذات

¹ - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 14، ص: 303، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 205.

² - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 03 ص: 335.

* ابن الماجشون: هو العلامة الفقيه، مفتي المدينة، أبو مروان عبد الملك بن الإمام عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة بن الماجشون التيمي مولاهم المدني المالكي؛ تلميذ الإمام مالك، حدث عن أبيه وخاله يوسف بن يعقوب، ومسلم الزنجي، ومالك، وإبراهيم بن سعد، وطائفة؛ وحدث عنه: أبو حفص الفلاس، محمد بن يحيى الدُّهلي، وعبد الملك بن حبيب الفقيه، والزيير بن بكار وآخرون؛ قال ابن عبد البر: كان فقيهاً فصيحاً، دارت عليه

محرم قوله⁽¹⁾: "إن كان بكرا فالحد مع الأدب الشديد لما انتهك من المحرم"؛ وكذلك قال أصبغ في من نكح نكاح متعة أو امرأة على أختها أو على عمتها أو خالتها أو امرأة في عدتها عالما بالتحريم"، كما نقلوا عن مالك مضاعفة العقوبة على المسلمة والنصراني إذا زنيا⁽²⁾.

ويرى الشافعية أن الأسواط الزائدة على الأربعين في حد الخمر تعزير، وهو رواية عن أحمد⁽³⁾، لكن الشافعية قيدوا الزيادة ألا تربو على ثمانين جلدة لا يزداد عليها ويجوز النقصان منها؛ يقول الماوردي: "فإذا ثبت ما وصفنا من أن الثمانين في الخمر حد وتعزير، فلا يجوز أن ينقص من الأربعين ولا يجوز أن يزيد على الثمانين، ويجوز أن يقتصر على الأربعين، وهو بما زاد عليها إلى الثمانين على اجتهاد الإمام، فإن رآه عمل به وإن لم يره كف عنه"⁽⁴⁾.

ويرى الماوردي رحمه الله تعالى أن عقوبة المحارب غلظت بزيادة قطع الأرجل على أخذ المال، يقول رحمه الله تعالى: "وأخذ المال حين يغلظ بزيادة قطع الأرجل"⁽⁵⁾، ويفهم من هذا القول أنهم قارنوا هذه عقوبة المحارب بعقوبة السرقة والتي حكمها قطع اليد فقط.

وعليه فالزيادة على الحد المقرر شرعا جائزة مبدئيا على الأقل في بعض العقوبات، وتبلغ الزيادة أقصاها عند الملكية تبعا لقولهم في التعزير أي إطلاق يد القاضي أو الإمام في ذلك، ولذا نقلوا في واقعة الرجل الذي وجدوه قد لصق بصبي فجلد أربعمئة سوط حتى انتفخ ومات فلم يكثر مالكا له، كما نقلوا جلد عمر لمعن بن زائدة ثلاثمئة سوط، بينما

الفتوى في زمانه، وعلى أبيه قبله؛ وكان ضريرا. قيل: أنه عمي في آخر عمره؛ قال يحيى بن أكثم: كان عبد الملك مجرا لا تكدره الدلاء. توفي سنة 213هـ وقيل سنة (214هـ).

الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 10، ص: 359.

¹ - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 14، ص: 271.

² - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 145.

³ - ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 499.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 414، ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 04 ص: 238-239.

⁵ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 360.

تضييق سلطة القاضي عند بقية المذاهب وهم الشافعية والحنابلة لربطهم أقصى التعزير بمقدار الحد على النحو الذي بيناه في سلطة القاضي في التقدير الكمي في الفصل الأول من هذا البحث.

وأجاز الشافعية الزيادة في مسافة التغريب، يقول الماوردي: "فإذا رأى الإمام أن يزيد في مسافة التغريب على ما قدمناه جاز"⁽¹⁾.

الفرع الثاني/ القصاص: اتفق الفقهاء على عدم جواز اقتصاص المجني عليه أو أولياؤه بأشد مما لهم، بناء على أن مبدأ القصاص مبني على المساواة في المجازاة، ولأجل ذلك منعوا القصاص ونقلوا المجني عليه إلى الدية إذا كان القصاص يؤدي إلى تجاوز الحق، يقول ابن قدامة⁽²⁾: "... الثالث (أي الشرط الثالث لوجوب القصاص): إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة، لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ عَافَيْتُمْ بِعَافِيَتِكُمْ بِمِثْلِ مَا عُوْفِيْتُمْ بِهِ﴾ (النحل/126).

وإذا انتقل الحكم من القصاص إلى الدية فإن الفقهاء اتفقوا على أن الدية تغلظ، لكنهم اختلفوا في أسباب التغليظ؛ واستعراض أسباب التغليظ استطراد ينبو بنا عن لب الموضوع، لذا سنكتفي في هذا السياق بما له تعلق مباشر بالتشديد الكمي وهو قتل الوالد ولده، وهو ما يسميه مالك بـ "مثل ما صنع المدلجي"، وقد نقل سحنون عن ابن القاسم شرحاً وافياً ودقيقاً لتغليظ الدية عند مالك يحسن نقله، يقول سحنون رحمه الله تعالى: "قلت: ففي أي شيء يرى مالك الدية مغلظة؟ قال: قال مالك: في مثل ما صنع المدلجي بابنه فقط، لا يراه إلا في الوالد في ولده إذا قتله فحذفه بحديدة أو بغير ذلك مما لو كان غير

¹ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 204.

² - ابن قدامة، المغني، ج 11 ص: 531، القرافي، الذخيرة، ج 12، ص: 347.

الوالد فعل ذلك به قتل به، فإن الوالد يدراً عنه في ذلك القود، وتغلظ عليه الدية⁽¹⁾، ونقل ابن القاسم أن مالكا يرى الجد مثل الأب تغلظ عليه الدية، وأن ولد الولد مثل الولد تغلظ فيه الدية، ويرى ابن القاسم أن الأم أيضا مثل الأب أي تغلظ عليها الدية⁽²⁾.

ثم تولى ابن القاسم شرح هذا التشديد في مقدار الدية على أهل (الورق الذهب والفضة) فقال: "ننظر كم قيمة الثلاثين جذعة والثلاثين حقة والأربعين خلفة، فنعرف كم قيمتهن، ثم ننظر إلى دية الخطأ أخماسا من الأسنان، عشرين بنات مخاض وعشرين ابن لبون وعشرين بنات لبون وعشرين حقة وعشرين جذعة، فننظر كم قيمة هذه، ثم ننظر كم فضل ما بين القيمتين ما بين قيمة دية التغليظ ودية الخطأ، فيزداد في الدية على قدر ذلك إن كان خمسا أو سدسا أو ربعا"⁽³⁾؛ وقد سأل سحنون ابن القاسم سؤالا مهما يتعلق بمقدار الدية المغلظة عند مالك، وهل هو مقدار ثابت أم يمكن الزيادة فيه باختلاف الزمان؟ قال سحنون: "قلت: ولم يذكر لكم مالك أن هذا شيء قد وقت فيما مضى، ولا يكون لأهل زماننا أن ينظروا في زيادته اليوم؟ قال: لا، لم يذكر لنا مالك ذلك، قال (أي ابن القاسم): وأرى أن ينظر إلى ذلك في كل زمان، فيزداد في الدية ما بين القيمتين على ما وصفت لك"⁽⁴⁾، وهذا القول من ابن القاسم يدل على أن قدر الزيادة في الدية تغليظا قد يختلف من زمن إلى زمن.

ويرى مالك تغليظ مقدار الدية في الجراح العمد أيضا على نحو ما ذكر ابن القاسم، وينبغي أن يعلم أن هذا التغليظ يحكم به القاضي إن ترفعا إليه إلا إذا تصالحوا بينهم، جاء في النوادر والزيادات: "وكذلك روى يحيى بن يحيى عن أشهب أن دية العمد

¹ - مالك، المدونة، ج 04 ص: 558، ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 15 ص: 433، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 397.

² - مالك، المدونة، ج 04 ص: 558، ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 13 ص: 474.

³ - مالك، المدونة، ج 04 ص: 559، ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 13 ص: 475-476.

⁴ - مالك، المدونة، ج 04 ص: 559.

تغلظ في الذهب والورق، على ما زادت قيمتها في الخطأ، إلا أن يصطلحوا على أمر جائز⁽¹⁾. ويرى الشافعية تغليظها في ثلاثة أحوال⁽²⁾: في العمد المحض، وفي العمد الخطأ، وفي الخطأ المحض، إذا كان الاعتداء في الحرم، وفي الأشهر الحرم، وعلى ذي الرحم المحرم، ونقل الماوردي صفة التغليظ فقال⁽³⁾: "قال الشافعي رضي الله عنه: وكذلك التغليظ في النفس والجراح في الشهر الحرام والبلد الحرام وذي الرحم، وروي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قضى في دية امرأة وطئت بمكة بدية وثلاث"⁽⁴⁾.

وذكر الحنابلة أيضاً أن تغليظ الدية يكون بثلاثة أشياء: القتل في الحرم، القتل في الشهر الحرم، قتل المحرم؛ وأما صفة التغليظ عندهم فيقول ابن قدامة رحمه الله تعالى: "واختلف القائلون بالتغليظ في صفته، فقال أصحابنا: تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية، فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت ديتان، قال أحمد في رواية ابن منصور في من قتل محرماً في الحرم وفي الشهر الحرام فعليه أربعة وعشرون ألفاً، وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ؛..."⁽⁵⁾.

وقد نقل ابن قدامة التغليظ عن ابن عمر أنه قال: من قتل في الحرم أو ذا رحم أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلاث وهو المنقول عن عثمان كما ذكر الشافعي، وعن ابن عباس أن رجلاً قتل رجلاً في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال: ديته اثنا عشر ألفاً وللشهر الحرام

¹ - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 13 ص: 477.

² - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12 ص: 217، البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج 04 ص: 518.

³ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12 ص: 216.

⁴ - البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط 03 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2003) ج 08 ص: 124 كتاب الديات، باب ما جاء في تغليظ الدية في قتل الخطأ في الشهر الحرام والبلد الحرام وقتل ذي الرحم، الحديث رقم: 16133، 16134، قلت: و قد صحَّح الشيخ ناصر الدين الألباني رواية البيهقي في كتابه: إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، ط 01 (بيروت: لبنان، المكتب الإسلامي، 1399هـ - 1979) ج 07 ص: 310.

⁵ - ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 23.

أربعة آلاف، وللبلد الحرام أربعة آلاف؛ فالتعليظ إذن يقول به المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة لكنهم يختلفون في مقدار الزيادة فبينما يرى الشافعية والحنابلة أنه مقدار ثابت هو ثلث الدية يرى المالكية انه مقدار مرن لأنه عبارة عن الفارق بين مقدار قيمة الدية المغلظة في الإبل ومقدار قيمة دية الخطأ وهو أمر يبدو قابلاً للتغيير، بل صرح ابن القاسم بأنه مقدار قابل لإعادة النظر فيه بحسب تغير الأحوال؛ ومن هنا يبدو مذهب المالكية أكثر المذاهب سعة لأنه يسمح للإمام أو القاضي أن يقدر التعليظ بحسب زمانه لاختلاف قيمة الإبل من زمن إلى زمن، بل من بلد إلى بلد في الزمن الواحد؛ والله أعلم.

الفرع الثالث/ التعزير: تتسع سلطة القاضي في مقدار العقوبة بشكل واضح في

مجال التعزير عند سائر الفقهاء، لكنه اتساع إلى حد معين عند الحنفية والشافعية والحنابلة، وتتسع بشكل أوضح في المذهب المالكي، فأجازوا الزيادة على الحدود دون التقيد بسقف معين، بل أجازوا بلوغ الجلد إلى الثلاثمائة والأربعمائة، فنقلوا أن عمر جلد معن بن زائدة وقيل معز بن زياد⁽¹⁾ مئتا الأسواط⁽²⁾ وجلد عمر صبيغا الذي كان يسأل عن معاني الذاريات والنازعات والفارقات مرات عدة، يقول القرابي: "فضربه عمر بجريد النخل حتى أدمى جسده كله، ثم حبسه حتى كاد يبرأ، فضربه وسجنه، فعل ذلك مرارا به، فقال يا أمير المؤمنين: إن كنت تريد قتلي فأوجز، وإن كنت تريد الدواء فقد بلغ الدواء مني،⁽³⁾..."⁽⁴⁾، وأمر مالك بضرب رجل وجد مع صبي مجردا وقد ضمه إلى صدره أربعمائة

¹ - القاضي عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج 02 ص: 928، الونشريسي، المعيار العربي، ج 02 ص: 417-418.

² - القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 120، البلاذري، جمل من أنساب الأشراف، ج 10 ص: 365 - 366.

³ - الدارمي، السنن الجامع، تحقيق: نبيل بن هاشم بن عبد الله العنقري الباعلوي، ط01 (بيروت: لبنان، شركة البشائر الإسلامية، 1434هـ/2013) ص: 131، كتاب العلم، باب من هاب الثُّنيا وكره التنطع والتبذع، الحديث رقم: 154.

⁴ - القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 120 - 121.

سوط، حتى انتفخ ومات، فلم يكثر له مالك رحمه الله تعالى⁽¹⁾، ونقل ابن فرحون عن مطرف^(*) أن مالكا كان يرى فيمن أسر الجارية أو الغلام من الدار ثم يغيب عليها أو عليه والناس ينظرون، ولا يدري ما فعل أن يضرب الثلاثمائة والأربعمائة بكرا كانت أم ثيبا⁽²⁾.

هذا فيما يتعلق بعقوبة الجلد، أما العقوبات المالية فيملك القاضي في الفقه الإسلامي سلطة واسعة في تشديدها، والراجح جواز التعزير بالمال إذا قدر القاضي أن ذلك مجد في تحقيق الردع والإصلاح، وقد نقل ابن فرحون المالكي وابن القيم أكثر من عشر صور للتعزير بالمال منها⁽³⁾: تحريق عمر للمكان الذي يباع فيه الخمر، تغريم عمر لحاطب بن أبي بلتعة ضعفي ثمن الناقة التي انتحرها غلمان حاطب بسبب أنه كان يجيعهم، فقال عمر⁽⁴⁾: "إني أراك تجيعهم، والله لأغرمنك غرما يشق عليك، ثم قال للمزني: كم ثمن ناقتك؟ قال: أربعمائة درهم، قال عمر: فأعطه ثمانمائة درهم"، تحريق عمر قصر سعد بن أبي وقاص لما احتجب عن الرعية وصار يحكم في داره، إراقة اللبن المغشوش، وغير ذلك مما نقلته مصادر الفقه، بعض هذه التعزيرات من فعل النبي عليه الصلاة والسلام، وبعضها اجتهادات من الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم؛ وقد ذهب إلى جواز التعزير بالمال كثير من المتقدمين كابن تيمية وابن القيم وعامة المعاصرين بما في ذلك الغرامة والمصادرة

¹ - الحطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 438.

* مطرف: هو مُطَرَف بن عبد الله الشَّخِير، الإمام القدوة، الحجة، أبو عبد الله الحرشي العامري، البصري، أخو يزيد بن عبد الله، حدث عن أبيه، وجملة من الصحابة كعلي وعمار وأبي ذر، وعثمان وعائشة، وعثمان بن أبي العاص، وغيرهم رضي الله تعالى عنهم أجمعين، حدث عنه: الحسن البصري، وأخوه يزيد بن عبد الله، وأبو التَّيَّاح يزيد بن مُحَمَّد، وثابت الثَّانِي، وسعيد بن أبي هند، وقتادة، وغيرهم كثير؛ اختلف في تاريخ وفاته، قال الذهبي: قال ابن سعد: توفي في أول ولاية الحَجَّاج، قلت (أي الذهبي): بل بقي إلى أن خرج عبد الرحمان بن محمد بن الأشعث بعد الثمانين، وأما عمرو بن علي والترمذي فَأَرْتَحًا موته في سنة خمس وتسعين (95هـ)، وهذا أشبهه. الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 04 ص: 187 - 190.

² - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 146، 183.

³ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 210، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 220، البدر العيني، البناية شرح الهداية، ج 06 ص: 363، النهانوي، إعلاء السنن، ج 09 ص: 4584.

⁴ - مالك، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1406هـ - 1985) ص: 748 كتاب الأفضية، باب القضاء في الضواري والحريسة، الحديث رقم: 38.

وليست مقيدة إلا بضابط ملاءمتها للجريمة وقيدها ناصر الخليلي بشرطين: ألا يمكن معاقبة الجاني بوسيلة أخرى غير الغرامة، ألا تكون الغرامة ذريعة لمصادرة أموال الناس، لأن أموال الناس محترمة كدمائهم وأعراضهم⁽¹⁾، ورحم الله علامة تونس ابن عاشور حيث شق طريقاً للاجتهاد المقاصدي بخصوص العقوبة بالمال فقال: "فلو نزلت الجنايات التي لم يثبت لها عقاب في الشريعة، وكان الباعث عليها حب الاستكثار من المال، لم يكن بعيداً في نظر المجتهد أن يعاقب عليها بمصادرة مالية"⁽²⁾.

ويجدر بي في هذا المقام أن أنبه إلى أن العقوبة التعزيرية المالية في الفقه الإسلامي ليست محددة بمقدار معين، فيملك القاضي سلطة واسعة في تقديرها وتشديدها، وبالتالي يستطيع مراعاة صلوحيتها للجناية المرتكبة، وظروف الجاني، ومدى إمكانية الوفاء بها، ومن هنا ندرك الحكمة في أن معظم العقوبات الشرعية أذى في الأبدان⁽³⁾، وأن العقوبة المالية استثناء وليست أصلاً.

كما يجوز تشديد التوبيخ إلى الحد الذي يعتقد حصول الانزجار به، لكن ينبغي ألا يصل إلى القذف، أو إهانة الكرامة الإنسانية، أو إضاعة معاني الآدمية⁽⁴⁾، وألا يحمل الموبخ

¹ - البدر العيني، البنية شرح الهداية، ج 06 ص: 363، التهانوي، إعلاء السنن، ج 09 ص: 4584، محمد المدني بوساق، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة والشريعة الإسلامية (الرياض: السعودية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1423هـ - 2002) ص: 219 - 220، سالم بن مبارك بن سالم المحارفي، العقوبة بإتلاف المال - دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية - (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائي الإسلامي تحت إشراف: مصلح بن عبد الحي النجار، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1427هـ - 2007، ص: 181، ناصر علي ناصر الخليلي، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، ط 01 (القاهرة: مصر، مطبعة المدني، 1412هـ - 1992)، ص: 284، عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، ص: 369، 373، 381، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج 01 ص: 705، 706، صباح بنت حسن فلمبان، التعزير بأخذ المال، مجلة العدل، العدد: 61، محرم 1435هـ، ص: 102، الحسيني سليمان جاد، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي دستورها وعلاقتها بالدفاع الشرعي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الشروق، 1411هـ - 1991) ص: 198.

² - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية (تونس، الشركة التونسية للنشر والتوزيع، 1985) ص: 100.

³ - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 100.

⁴ - محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي (رسالة ماجستير) ط 01 (الرياض: السعودية، العبيكان، 1425هـ - 2004) ص: 319.

على العزة بالإثم⁽¹⁾؛ لقوله عليه السلام⁽²⁾: "لا تعينوا عليه الشيطان"، ومن باب أولى لا يجوز التعزير بما فيه تعذيب أو تمثيل أو حط للكرامة الإنسانية، كالصفع، أو جدد الأنف أو الأذن، أو قطع الشفة، فقد سئل مالك عن عذاب اللصوص بالدهن والحنافس التي تحمل على بطونهم فقال: "لا يجل هذا، إنما هو السوط أو السجن"⁽³⁾.

وفي التشريع الجزائري لا يملك القاضي سوى نمطين من التشديد الكمي هما:

تشديد العقوبة السالبة للحرية أو الغرامة بالزيادة في مقدارها ورفعها إلى الحد الأعلى المقرر للجريمة، أو الحد الأعلى الجديد بفعل أعمال ظروف التشديد، والتشديد الكمي في كلا النمطين مرتبط بالحد الأعلى الذي وضعه المشرع، فلا القاضي يستطيع الزيادة عليه ولو كان يعلم من ظروف الحال أن هذا القدر لا يفي بالغرض من العقوبة، كما لو كان المقدار تافها بالنسبة للجاني، أو كان يعلم أن هذا المقدار شديد ولكن الجاني لا يستطيع الوفاء به لفقره في حالة الحكم بالغرامة، ومن ثم يثور التساؤل حول جدوى هذه الصرامة التشريعية إذا كانت نيتها التضحية بالتفريد العقابي حجر الزاوية في العدالة الجنائية؟! ولعل الشعور بهذا الخلل هو ما دفع التشريعات الوضعية -ومنها التشريع الجزائري- إلى إباحة استبدال للعقوبة.

فالمشرع الجزائري بتحديد الحد الأقصى للعقوبة السالبة للحرية أو الغرامة المشددة، ومنع القاضي من تجاوزه، يكون في الواقع قد ضيق من سلطة القاضي في التشديد، وهو هنا يلتقي مع الفقه الإسلامي في الرأي القائل بتثبيت تشديد مقدار الدية في الثلث كما سبق بيانه، كما يلتقيان في إمكانية أن تكون الزيادة أقل من المقرر بحيث يحكم

¹ - عبد الله بن سليمان العجلان، العقوبات النفسية وتطبيقها في المملكة العربية السعودية، مجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، م 26 العدد: 51، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض: السعودية، رجب 1431هـ، ص: 57.

² - البخاري، الجامع الصحيح، ص: 1678 كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، حديث رقم: 6777.

³ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 151، ناصر الخليلي، الظروف المشددة والمخففة، ص: 273 - 374.

القاضي بأقل من الحد الأقصى، كما يمكن في الدية أن يتصالح القوم على أقل من ذلك، فمن جاز له العفو على الكل جاز له التنازل عن الجزء من باب أولى.

كما يلتقي التشريع الجزائري مع التشريع الإسلامي أيضا في الغرامة النسبية، ويمثله في التشريع الإسلامي اجتهاد الخليفة عمر رضي الله عنه وأرضاه في إضعاف الغرم على حاطب رضي الله عنه إن صحت الرواية في ذلك.

ويلتقي أيضا الفقه الإسلامي مع التشريع الجزائري في العقوبة السالبة للحرية مع اختلافهما في تحديد مدة سلب الحرية فالتشريع الإسلامي لا يحدد مدة معينة لهذه العقوبة، وإنما يتركها لاجتهاد القاضي والإمام، لأنها تختلف بحسب الأحوال المعتبرة في التعزير لأن الحبس عقوبة تعزيرية، وهي غالبا ترتبط بتوبة الجاني، ومن هنا أجاز المالكية الحبس الذي يشبه التخليد من حيث طوله، بل نقلت بعض كتب المالكية أن بعض الجناة خُلدوا فعلا حتى ماتوا في السجن، وبهذا عنون الونشريسي "المدلس في ضرب النقود يخلد في السجن حتى يموت فيه" وقال رحمه الله تعالى: "كان الشيخ الإمام ابن عرفة يتشدد أقوى التشديد فيمن يتهم بضرها (أي النقود)، وأفتى فيمن يتهم بذلك أن يخلد في السجن حتى يموت، وقد وقع أحد الجناة في هذا الفعل الشنيع في زمان ابن عرفة فأودعه السجن، حتى فيه وخرجت منه جنازته، وأبى أن يقبل الشفاعة فيه؛ وكان ابن عرفة يقول: هذا أشد من قطع الدنانير والدراهم التي ورد فيها النص عن ابن المسيب أنها من الفساد في الأرض"⁽¹⁾؛ ونقل مطرف عن مالك أن المشهورين بالفساد يجسسون ويثقلون بالحديد ولا يخرجون منه أبدا حتى تظهر توبتهم وتثبت عند السلطان فيطلقهم⁽²⁾.

¹ - الونشريسي، المعيار العربي، ج 02 ص: 414.

² - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 146.

بينما التشريع الوضعي عموما ومنه التشريع الجزائري يجعل هذه العقوبة مؤقتة غالبا، وحتى وإن كانت مؤقتة فإن التشريعات وضعت عدة حلول تشريعية تخيلها مؤقتة كالعفو الرئاسي، الإفراج المشروط، وإذا لم يستفد الجاني من هذه الحلول فإنه غالبا ما يفرج عنه بعد مرور عشرين سنة، و حين يعلم الجاني بأن القاضي أو الإمام يملك سلطة تخليده في السجن يرتدع، بخلاف ما إذا علم بأن التأيد لا ولن يكون فعليا حتى ولو حكم به القاضي.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري صنع الشيء نفسه بالنسبة للعقوبات التكميلية، حيث يقيد سلطة القاضي في الحكم بها أحيانا، ومثاله ما ورد في م 09 مكرر 01/ ف 08: " في حالة الحكم بعقوبة جنائية يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه..."، كما يقيد المشرع سلطة القاضي في تقدير مدتها في كثير من الأحيان، ومن أمثله ما ورد في م 14 كقاعدة عامة في الجرح: " يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة وفي الحالات التي يحددها القانون أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في م 09 مكرر 01 وذلك لمدة لا تزيد عن خمس سنوات".

المطلب الثالث/ سلطة القاضي في التشديد التنفيذي للعقوبة:

والمراد به أن تشدد العقوبة من حيث صفة التنفيذ، وفي هذا الأسلوب يلتقي التشريع الجزائري الجزائري من حيث المبدأ في فكرة التشديد، لكنهما يختلفان بشكل واضح في صوره وكيفية؛ فالتشريع الإسلامي يمتلك عددا معتبرا من أساليب التشديد التنفيذي، ومرد هذا الثراء في الأساليب إلى سببين في نظرنا:

أولهما سعة السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي والإمام في التشديد، وثانيهما تنوع العقوبات في الفقه الإسلامي (بدنية، معنوية، مالية...)، وسنذكر كعادتنا أنواع التشديد من خلال التقسيم الثلاثي للجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي:

- عقوبات الحدود: يرى بعض الفقهاء أن التشديد يكون في قوة الضرب، كالضرب بسوط عنيف الوقع إن تكررت الجريمة من الجاني، والقاضي له أن يخفف أو يغلظ في أداة الضرب على حسب ما يرى من المصلحة في العقاب، على أن يكون ذلك في حدود طاقة الجاني⁽¹⁾، كما أجاز البعض تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها إن رأى الإمام ذلك⁽²⁾، فعلى هذا القول يكون ذلك راجعا إلى السلطة التقديرية للقاضي أو الإمام إن رأى أنه أشد زجرا فعلا، وربما اختلف ذلك بحسب تكرار السرقة من الجاني، وبحسب كثرة السرقة وقتلتها في المجتمع، ويرى الشافعية والحنابلة ذلك سنة⁽³⁾.

- عقوبات القصاص: كون الدية تجب في مال الجاني، يقول ابن المنذر: "أجمع أهل العم على أن العاقلة لا تحمل دية العمد..."⁽⁴⁾ إضافة إلى كونها تجب حالة غير مؤجلة، كما تشدد في السن والصفة⁽⁵⁾.

- عقوبات التعازير: ومنها تشديد عقوبة الحبس من خلال تثقيف المحبوس في الحديد⁽⁶⁾؛ ويرى الحنفية أن ضرب التعزير يشدد فلا يفرق ضرب الجاني على أعضائه، بل

¹ أبو زهرة، العقوبة، (القاهرة: مصر، دار الفكر العربي، د.ت) ص: 250، ناصر محمود بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ص: 323، محمود عبد المنعم عطية دراغمة، أثر الظروف في تخفيف العقوبة - دراسة مقارنة - (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه والتشريع، تحت إشراف: حسن سعد عوض خضر، جامعة النجاح الوطنية، نابس، فلسطين، 2005، ص: 61.

² ابن نجيم، البحر الرائق، ج 05 ص: 10..

³ ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 442، ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 04 ص: 234.

⁴ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج 08 ص: 10.

⁵ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 13 ص: 472 - 473، الحطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 332، الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12 ص: 215، الرافعي، العزير شرح الوجيز، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1417هـ-1997) ج 10 ص: 318، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 13، إيمان حسن علي شريته، تقدير الدية تغليظا وتخفيفا في ضوء مقاصد الشريعة، ص: 72.

⁶ القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق: محمد بن شريفة، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1997) ص: 83، الونشريسي، المعيار المغربي، ج 02 ص: 414.

يكون الضرب في موضع واحد فقط، لأن ضرب التعزير خفف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الشدة حتى يحصل المقصد وهو الانزجار⁽¹⁾.

وفي التشريع الجزائري الجزائري لاحظنا صورة جديدة لتشديد العقوبة السالبة للحرية وهي ما استحدثه المشرع الجزائري في تعديل قانون العقوبات 2006 واصطلح عليه بالفترة الأمنية، وقد عرفنا المشرع في م 60 مكرر بقوله: "يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة، وإجازات الخروج، والحرية النصفية والإفراج المشروط".

لا شك أن المشرع أراد من وراء تشريع الفترة الأمنية -سواء في ذلك الحالات الوجودية أو الاختيارية للقاضي- تشديد العقوبة، إذ الأصل جواز استفادة المحكوم عليه من هذه التدابير، وإن لم تكن حقا له، فلما أوجب المشرع أو أجاز للقاضي حرمان المحكوم عليه من هذه التدابير، فمقتضى ذلك أنه قصد التشديد على الجاني، لأن هذه التدابير كأنها امتيازات للمحكوم عليه على حسن السيرة والسلوك، و قد وصفت بعض هذه التدابير (إجازة الخروج م 129) بأنها مكافأة؛ وبالتأمل في المادة المذكورة، يتبين لنا أن التدابير التي يحرم منها المحكوم عليه بفعل تطبيق الفترة الأمنية هي:

1/ تدابير إعادة التربية: وقد ورد الحديث عنها في الفصل الثاني من الباب الرابع من

قانون تنظيم السجون، وتشمل هذه التدابير مايلي:

أ/ الورشات الخارجية: عرفتها م/ف01100 من القانون المذكور بقولها: " يقصد

بالورشات الخارجية، قيام المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعمل ضمن فرق خارج المؤسسة العقابية، تحت مراقبة إدارة السجون، لحساب الهيئات والمؤسسات العمومية".

¹ - البدر العيني، البنية شرح الهداية، ج 06 ص: 370 - 371، أبو زهرة، العقوبة، (القاهرة: مصر، دار الفكر العربي، د.ت) ص: 250، ناصر الخلفي، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، ص: 250، ص: 247 - 248،

ب/ الحرية النصفية: عرفتھا م 104 بالقول: "يقصد بنظام الحرية النصفية وضع المحبوس المحكوم عليه نهائيا خارج المؤسسة العقابية خلال النهار، منفردا ودون حراسة أو رقابة الإدارة ليعود إليها مساء كل يوم".

ج/ الوضع في بيئة المؤسسات المفتوحة: جاء تعريفها في م 109 بأنها: "تتخذ مؤسسات البيئة المفتوحة شكل مراكز ذات طابع فلاحى أو صناعى أو حرفى أو خدمائى، أو ذات منفعة عامة، وتتميز بتشغيل وإيواء المحبوسين بعين المكان".

2/ تدابير تكييف العقوبة: وتتضمن التدابير التالية:

أ/ إجازة الخروج: جاء في م 129 من قانون تنظيم السجون: "يجوز لقاضى تطبيق العقوبات، بعد أخذ رأى لجنة تطبيق العقوبات، مكافأة المحبوس حسن السيرة والسلوك المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية تساوي ثلاث سنوات أو تقل عنها، بمنحه إجازة خروج من دون حراسة لمدة أقصاها عشرة أيام".

ب/ التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة: ورد في م 130 من القانون المذكور: "يجوز لقاضى تطبيق العقوبات، بعد أخذ رأى لجنة تطبيق العقوبات، إصدار مقرر مسبب بتوقيف تطبيق العقوبة السالبة للحرية لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، إذا كان باقى العقوبة المحكوم بها على المحبوس يقل عن سنة واحدة أو يساويها، وتوفر أحد الأسباب التالية...".

ج/ الإفراج المشروط: وجاء التعريف به في م 134 بالقول: "يمكن للمحبوس الذى قضى فترة اختبار من مدة العقوبة المحكوم بها عليه أن يستفيد من الإفراج المشروط، إذا كان حسن السيرة والسلوك وأظهر ضمانات جدية لاستقامته".

نود أن ننبه في هذا السياق إلى أمرين:

أولهما: يبدو أن المشرع في قانون تنظيم السجون قد اضطرب في الترتيب والعرض المنطقي لبعض المواد، ذلك أنه جعل تدابير إعادة التربية في الباب الرابع، وتدابير تكييف العقوبة في الباب السادس مفصولا بينهما بإعادة تربية وإدماج الأحداث في الباب الخامس،

رغم أنه كان قادرا على جعلهما (إعادة التربية وتكييف العقوبة) متتابعين في الباب الرابع والخامس لاشتراكهما في الغاية، وجعل موضوع الأحداث بعدهما مباشرة في الباب السادس دون أن يخل ذلك بالترتيب، لأن موضوع الأحداث له خصوصيته وبالتالي يمكن فصله عنهما.

ثانيهما: إن الفترة الأمنية قد تطبق بقوة القانون فتكون وجوبية؛ وقد تترك للسلطة التقديرية لقاضي تطبيق العقوبات فتكون جوازية، وهذه الأخيرة لها تعلق شديد بمجال الدراسة، لأنها خاضعة لسلطة القاضي التقديرية، بحيث هو الذي يقدر حرمان المحكوم عليه من امتيازات أو مكافآت كان بإمكانه الظفر بها.

باعتبار حداثة هذه التدابير يمكن القول بكل يقين إن هذه الأساليب في التشديد تفردت بها التشريعات الجزائية الوضعية، ولم يعرف الفقه الإسلامي إلا بعض الأساليب التي تقترب في جوهرها منها، مثل تسريح المحبوس إذا ظهرت عليه علامات الصلاح؛ وسبب ثراء التشريع الجزائي الوضعي بهذه الأساليب واضح، وهو أن الفكر الجزائي الوضعي لما جعل العقوبة السالبة للحرية أقل الشر الذي يسمح بإصلاح الجاني وتأهيله، أبدع في النظم التي يظن أنها ستساعد على عملية التأهيل، ومن ضمنها هذه التدابير التي تعتبر امتيازات ومكافآت لمن يثبت عزمه وجدديته في الإقلاع عن الجريمة⁽¹⁾؛ لكن من ناحية أخرى يمكن القول أيضا إن الفقه الإسلامي وإن لم يعرف هذه التدابير في تجربته القضائية وتراثه الفقهي، لكنه قادر على استيعابها بمرونته التشريعية التي تسمح بالإفادة من كل ما هو نافع ومحقق لمقاصده، ولا يعارض نصوصه.

تعتبر هذه التدابير صورة من صور تفريد العقوبة، وقد اصطلاحنا منذ البداية عليها بأنها "تشديد تنفيذي أو تطبيقي للعقوبة" أي أنها تشديد في صفة وصورة تطبيق العقوبة على المحكوم عليه، ومن خلال البحث والتنقيب فيمن كتب حول هذه التدابير، وجدت بعض

¹ - عملياً مختاراً، نظام الإفراج المشروط في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة - (رسالة ماجستير) التخصص: المؤسسات والنظم العقابية، تحت إشراف: لريد أحمد محمد، جامعة الطاهر مولاي (سعيدة) السنة الجامعية: 2014 - 2015، ص: 157، إنال أمال، أنظمة تكييف العقوبة وآليات تجسيدها في التشريع الجزائري، (رسالة ماجستير) التخصص: علم الإجرام وعلم العقاب، تحت إشراف: رحاب شادية، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية: 2010-2011، ص: 13.

الباحثين يدرج مجموعة التدابير المتعلقة بتكليف العقوبة خصوصا ضمن مسمى " التفريد التنفيذي للعقوبة"⁽¹⁾.

لقد بين المشرع الجزائري في قانون تنظيم السجون بوضوح من له سلطة إفادة المحكوم عليه بهذه التدابير على النحو التالي:

أ/ تدابير إعادة التربية: يكون بمقرر يصدره قاضي تطبيق العقوبات مكتفيا بإشعار المصالح المختصة بوزارة العدل(الورشات الخارجية م 101/ف 04)، بمقرر يصدره قاضي تطبيق العقوبات بعد استشارة لجنة تطبيق العقوبات وتشعر بذلك المصالح المختصة بوزارة العدل (الحرية النصفية م 106/ف 04)، مقرر قاضي تطبيق العقوبات بعد استشارة لجنة تطبيق العقوبات وتشعر بذلك المصالح المختصة بوزارة العدل(مؤسسات البيئة المفتوحة م 111/ف 01).

ب/ تدابير تكليف العقوبة: بمقرر يصدره قاضي تطبيق العقوبات بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات(إجازة الخروج م 129/ف 01)، بمقرر مسبب يصدره قاضي تطبيق العقوبات بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات(التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة م 130/ف 01)، يكون بطلب من المحبوس شخصا أو ممثله القانوني أو في شكل اقتراح من قاضي تطبيق العقوبات أو مدير المؤسسة العقابية ويحال الطلب على لجنة تطبيق العقوبات للبت فيه وفقا لأحكام قانون تنظيم السجون(الإفراج المشروط م 137-138).

يتضح من خلال هذه المواد أن قاضي تطبيق العقوبات له سلطة واضحة في إفادة المحكوم عليه بهذه التدابير، باستثناء الإفراج المشروط الذي أجاز المشرع للنائب العام الطعن في مقرر الإفراج، بل جعل لهذا الطعن أثرا موقفا(م 141/ف 03-04).

¹ - إنال أعمال، أنظمة تكليف العقوبة وآليات تجسيدها في التشريع الجزائري، ص: 21.

أما بخصوص الغرامة فلم نعثر على أسلوب لتشديدها من حيث الصفة، وهذا على خلاف الدية كعقوبة مالية فإنها تشدد على النحو الذي بينه الفقهاء، بأن تجب في مال الجاني بخلاف دية الخطأ، وأن تكون حالة غير مؤجلة، إضافة إلى تشديدها من حيث السن والصفة⁽¹⁾.

المطلب الرابع/ القيود الواردة على سلطة القاضي في تشديد العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

يلتقي التشريع الإسلامي مع التشريع الجزائري في اعتبار التشديد حالة استثنائية، إذ الأمل أن تنفذ العقوبة المقررة كما هي دون زيادة في قدرها، أو تغيير في صفتها، ومن باب أولى الحكم بسواها، مع اختلاف التشريعين الواضح في هذا النوع الأخير من التشديد؛ لكن الملاحظ أن التشريع الإسلامي لما كان تشريعا سماويا محيطا بمصالح الإنسان وظروفه المختلفة ثباتا ومرونة، ألفيناه تشريعا يميل إلى النص على الضوابط والقواعد والمقاصد والأحكام العامة، وقل أن يخوض في التفاصيل إلا فيما ندر، ولذا كانت النصوص المتعلقة بالعقوبات قليلة إذا ما قورنت بنظيرتها في التشريعات الوضعية ومن ضمنها التشريع الجزائري، والسبب في نظرنا أن التشريع الجزائري لما تمسك بحرفية مبدأ الشرعية وجد نفسه مكرها لا بطلا في النص على حالات التشديد وصفته، ومقداره ونوعه، والقيود الواردة على سلطة القاضي في التشديد، فالأصل أن العقوبة في التشريع الجزائري لا تشدد إلا بقانون، ولا استثناء من هذا الأصل البتة؛ بينما التشريع الإسلامي لم ينظر إلى الشرعية بهذه الحرفية، ومن ثم يشدد القاضي العقوبة كلما رأى للتشديد مناسبة، إضافة إلى أن التشريع الإسلامي باعتباره عقيدة وشريعة ينظر إلى عمل

¹ - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 13 ص: 472 - 473، الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 332، الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12 ص: 215، الرافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1417هـ - 1997) ج 10 ص: 318، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 13، إيمان حسن علي شريتح، تقدير الدية تغليظا وتخفيفا في ضوء مقاصد الشريعة، ص: 72.

¹ - القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، ص: 83، الوئشيسي، المعيار المغربي، ج 02 ص: 414.

القاضي وسلطة التقدير من جملته على انه من أجل ضروب العبادة لله تعالى، ومن ثم يفترض فيه أنه أمين على أرواح الأشخاص وحررياتهم وأعراضهم وأموالهم، بينما التشريع الجزائري كغيره من التشريعات الوضعية لا يزال أسير تلك الحقبة التي تفنن فيها القضاة في التحكم والعسف تجرماً وعقاباً.

إن من أهم الأخطاء الجسيمة في الفكر الجزائري بعد النهضة الأوروبية تصوره ارتباط شدة العقوبة بالتحكم القضائي، وبالتالي كان من نتائجه محاولة أنسنة العقاب الذي يقتضي عندهم وجوب التخلي عن العقاب البدني والاستعاضة عنه بالعقوبات السالبة للحرية⁽¹⁾، ليعودوا بعد تجارب مضيئة، وأموال أنفقت، وشباب ضيعت فترة شبابه ليقولوا إن العقوبات السالبة للحرية غير مجدية.

ولأجل ذلك تبالغ التشريعات في الاحتياط بمبدأ الشرعية، فلا تمنح القاضي أي سلطة لتشديد العقوبة خارج النص القانوني المكتوب، بحيث ينص المشرع على العقوبة غالباً بين حدين أدنى وأعلى، وإعمالاً للمبدأ نفسه تنص التشريعات أيضاً على الحالات التي يقيد فيها التشريع سلطة القاضي في التشديد.

ويلاحظ كأصل عام مطرد أن التشريع الجزائري يقيد سلطة القاضي في التشديد لأنه ينص بوضوح على نوع التشديد وصفته ومقداره، لكن المشرع الجزائري في بعض الحالات يتدخل ليحد من سلطة القاضي في التشديد ومن أمثلته ما ورد في تقييد سلطة القاضي في التشديد الكمي للعقوبات السالبة للحرية: م 163" ويقضى دائماً بالحد الأقصى لعقوبة السجن المقررة في الفقرة السابقة على الموظفين الذين ساهموا في الغش، ويجوز علاوة على ذلك الحكم على هؤلاء الموظفين بالحرمان من ممارسة جميع الوظائف أو الخدمات العمومية لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر"، ومن أمثلته أيضاً

¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 01 ص: 637.

إن التشريع الجزائري كأغلب التشريعات الوضعية أخفق في الموازنة بين المصلحة العامة التي تقتضي أخذ المجرم بالشدة، واعتبار ظروف الجاني التي تقتضي الرأفة به ما أمكن، فلما عجز الفكر الجزائري عن صياغة نظرية محكمة وممكنة التطبيق في الملائمة بين هذين الاعتبارين، زودوا القضاة بمهدين الضابطين وطلبوا منهم التوفيق بين ما عجزوا عنه؛ وكانت النتيجة عجز القضاة أيضا عن التوفيق وعدم الترجيح؛ ووجدوا أنفسهم أمام حل واحد ووحيد ألا وهو التضحية بأحدهما الاعتبارين وإحدى المصلحتين، إما مصلحة الجماعة أو مصلحة الفرد.

ونسي هؤلاء المنظرون أن القاضي في النهاية إنسان له وجدان، ويتأثر بما حاضر محسوس أكثر مما هو معنوي وغائب، فكان أقرب الأمرين إلى التضحية به هو مصلحة الجماعة لكونها أمرا معنويا ليس حاضرا أمام القاضي يدافع عن نفسه⁽¹⁾ إلى هنا ملخص من كلام الشهيد عبد القادر عودة التشريع الجنائي؛ ولعل هذا هو سر جعل النائب العام عضوا في جلسة الحكم حتى يتحول الأمر المعنوي إلى شخص يتكلم و يرافع ويطلب بتسليط أقصى العقوبات، كما أن له طلب الطعن في الحكم لدى المحكمة العليا.

أما التشريع الإسلامي فراعى ظروف الجاني في بعض الجرائم، بل بذل أقصى الممكن لحفظ حياته في القصاص بنذب القاضي إلى طلب العفو من أولياء الدم، لكنه وقف موقفا صارما حاسما في جرائم الحدود ولم يبال بظروف الجاني وإن فتح المجال أمام عدة أساليب تشريعية للتضييق من نطاق تطبيق العقوبة، وهي أساليب رحيمة بالجاني لكنها لا تذهب بالردع، وصدق الله العليم الخبير بالإنسان فقد أنزل منذ أكثر من أربعة عشر قرنا قوله

تعالى: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ

¹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 01 ص: 719 - 722.

تُومِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴿النور/ 02﴾ أي لا تأخذكم بهم رافة فتخففوا

الحد أو تسقطوه⁽¹⁾ وقيل أن يجلد الجاني الجلد الشديد⁽²⁾؛ فلعمري كأن الآية الكريمة رد على أولئك الذين بالغوا في رد التشديد، وأمعنوا في أخذ الجاني بالرأفة فأفسدوا من حيث أرادوا الإصلاح، وعرضوا مصالح الجماعة لمزيد من الانتهاك والإتلاف، فما استقر للمجتمع وضع، ولا هنى له عيش.

عبد القادر للعطوم الإسلامية

¹ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 03 ص: 334.

² - ابن أبي زمنين القرطبي، تفسير القرآن العزيز، تحقيق: حسين بن عكاشة و محمد بن مصطفى الكنز، ط 01 (القاهرة: مصر، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 1423هـ/ 2002) ج 03 ص: 220.

الفصل الثالث

سلطة القاضي الجزائري في وقف تنفيذ العقوبة والعفو عنها

كان تصميم البحث في البداية مبنيًا على تخصيص فصل لسلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، وفصل آخر لسلطة القاضي في العفو عنها؛ لكن بعد جمع المادة العلمية وفحصها، تبين أن هذين الفصلين أحدهما أن يجعلها في فصل واحد، وذلك للاعتبارات التالية:

1/ اشتراك الفصلين في العنصر الجوهرى لوقف التنفيذ والعفو ألا وهو عدم معاقبة الجاني، ففي وقف التنفيذ يتوقف عدم المعاقبة على وفاء الجاني بالشرط الذي وضعه المشرع، على النحو الذي سنبينه لاحقاً، وفي العفو عن العقوبة تنعدم المعاقبة بشكل مطلق.

2/ ويزداد هذا الاشتراك تأكيداً أنهما ظهرا في فترة واحدة-وهي أواخر القرن التاسع عشر- كسياسة تغلب فكرة التأهيل، وتقلل من ألم سلب الحرية⁽¹⁾.

ثم وجدنا الفقيه أحسن بوسقيعة وغيره سبقونا إلى ذلك، فزددنا يقينا واطمئنانا إلى هذا المسلك في التقسيم؛ وبناء على ذلك يتكون هذا الفصل من مبحثين:

المبحث الأول/ سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

المبحث الثاني/ سلطة القاضي في العفو عن العقوبة في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي في تقدير العقوبة، ص: 213-214.

المبحث الأول/ سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائي:

بعدما ثبت فشل العقوبات السالبة للحرية في الحد من الجريمة وإصلاح المجرمين، وخصوصا إذا كان الاحتجاز لمدة قصيرة، اتجه الفكر الجنائي إلى إبداع نظم تقلل من اللجوء إلى نظام الاحتجاز، فكان من نتائج ذلك ميلاد أربعة نظم تشترك جميعها في استبعاد العنصر المادي للعقوبة بشكل ما، وهذه النظم هي: وقف تنفيذ العقوبة، ووقف النطق بالعقوبة، والتويخ القضائي، والعفو القضائي.

ويرى بعض الباحثين⁽¹⁾ أن وقف تنفيذ العقوبة سبقتة أربعة نظم لها شبه به، وأثر في ظهوره وهي:

أولها/ نظام امتيازات رجال الدين: وكان يطبق على طائفة معينة من مرتكبي الجرائم المنتمين للكنيسة، فبعد إعلان إدانتهم وقبل النطق بالعقوبة يسمح لهم وفق هذا النظام بتقديم طلب الإعفاء أو التخفيف.

ثانيها/ الإرجاء القضائي: وهو وقف تنفيذ العقوبة مؤقتا إما بالامتناع عن النطق بها، أو وقف تنفيذها لتمكين المدان من طلب العفو عنه أو مساورة الشكوك للقاضي حول أدلة الجريمة.

¹ - أمين مصطفى محمد، نظام الامتناع عن النطق بالعقاب - دراسة مقارنة بنظام الاختبار القضائي في القانون المصري والفرنسي والكويتي، (الإسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010) ص: 11 - 15.

ثالثها/ العقد: وقد نشأ في إنجلترا في مواجهة المجرمين الذين يخشى منهم ارتكاب جرائم في المستقبل، ويكون ذلك بإلزامهم بالتعهد بمراعاة شروط معينة، من خلال تكليفهم بمراعاة التزامات محددة خلال مدة معينة، فهو عقد بين القاضي والمتهم، بحيث يخلي سبيله دون رقابة مقابل الالتزام بالمحافظة على حسن السلوك واحترام النظام، وهذا أشبه هذه الأنظمة بوقف التنفيذ خصوصا وقف التنفيذ البسيط أو السليبي.

رابعها/ الحفظ المؤقت للقضايا: وقد ظهر في أمريكا، واقتصر في البداية على ولاية ماساشويتس، ويتمثل في الامتناع عن النطق بالعقاب إذا ما قدرت المحكمة توافر ظروف يقتضي الأمر فيها إرجاء النطق بالعقاب، وخاصة إذا تعلق بمسألة قانونية منظورة بالفعل أمام محكمة أعلى درجة... ويلاحظ أن المحكمة لا تلجأ إلى هذه الوسيلة إلا إذا توافر رضا كل من المتهم والإدعاء العام.

لكن أول ظهور لفكرة وقف التنفيذ بشكلها الأولي كان في المشروع الذي تقدم به السيناتور الفرنسي برنجير (Beranger) إلى مجلس الشيوخ الفرنسي سنة 1884، ليكون موضوع النقاش في المؤتمر العقابي في روما 1985، ثم ظهر لأول مرة في التشريع الجزائري في ولاية كونيستاند الأسترالية عام 1986؛ والغريب أن الفكرة وإن كان أول ظهور لها في فرنسا، إلا أن المشرع الجزائري الفرنسي لم يأخذ بهذا النظام إلا في حدود سنة 1891/03/26⁽¹⁾.

ويمكن القول إن نظام وقف التنفيذ كان نتيجة منطقية لتغير نظرة الفكر الجزائري إلى الجاني، فبعد أن كان مجرما وخطرا على أمن الجماعة ومصالحها، وبالتالي عليها محاسبته على جرمته بالإيلام، صار الجاني وفق الرؤية الجديدة إنسانا ضل الطريق، وحقه على الجماعة أن تصلحه متى ما كان ذلك ممكنا⁽²⁾، وألا تركز على فكرة الأمل لوحدها، فإن ذلك ربما ارتد بها مجددا

¹ - أكرم نشأت ابراهيم، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 213 - 214، رضا معيرة، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، (رسالة ماجستير) التخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائي، تحت إشراف: زيدومة درياس، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2006-2007، ص: 18.

² - رضا معيرة، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، ص: 16، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء العقابي، ص: 309.

إلى الحقبة التي كان فيها الغرض الأول من العقاب هو الانتقام من الجاني؛ ويعد الوضعيون^(*) أبرز من دعا إلى استبعاد العقوبة عن المجرمين غير الخطرين⁽¹⁾.

ولما كان الفقه الإسلامي لا يعول كثيرا على عقوبة سلب الحرية، ولا على عقوبة الغرامة، لم يظهر فيه نظام وقف التنفيذ بالشكل الذي ظهر عليه في القانون الجزائري الوضعي؛ ولأجل ذلك سنخالف عادتنا التي سرنا عليها في الفصول السابقة والمتمثلة في البداءة بالفقه الإسلامي، والتنشئة بالقانون الجزائري الجزائري، وبالتالي سنبدأ بتعريف نظام وقف التنفيذ في القانون الجزائري الوضعي؛ ثم نقوم بتحليل سلطة القاضي في وقف التنفيذ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من خلال الحيثيات التالية: نوع العقوبات التي يشملها وقف التنفيذ، الأشخاص المستفيدون من وقف التنفيذ، الجرائم المشمولة بوقف التنفيذ، وهذه ضبطها التشريع الجزائري الجزائري - كغيره من التشريعات الوضعية من الشروط-؛ ونختتم بياه هذه السلطة سعة وضيقا بالاستثناءات الواردة عليها في القانون الجزائري الجزائري والفقه الإسلامي.

وانطلاقا من ذلك هندسنا هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول/ تعريف وقف التنفيذ ومشروعيته في القانون الجزائري الجزائري و الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني/ الشروط المقيدة لسلطة القاضي في وقف التنفيذ في القانون الجزائري الجزائري والفقه الإسلامي.

^{*} الوضعيون: نسبة إلى المذهب الوضعي الذي أسسه أوغست كونت، يقول جميل صليبا: "كما يطلق المذهب الوضعي على النظريات المتصلة بآراء كونت، كتلك التي تتضمن القول إن المعرفة الصحيحة هي المبنية على الواقع والتجربة، وأن الفكر البشري لا يستطيع أن يجتنب اللفظية والخطأ في العلم والفلسفة، إلا إذا اتصل بالتجربة، وأعرض عن كل قبلية" (أي الأحكام والمواقف القبلية)؛ وقد كان لهذا المذهب امتدادات وتأثير في مختلف العلوم الإنسانية والاجتماعية ومنها العلوم القانونية، مثل علم الإحرام والعقاب، فمعرفة السلوك الإجرامي والخطورة الإجرامية والعقوبة المناسبة وغير ذلك لا يمكن أن يبت فيه الفكر البشري من خلال تأملاته وتحليلاته النظرية، بل عليه أن يستند إلى الواقع العملي كما هو بالفعل. جميل صليبا، المعجم الفلسفي (بيروت: لبنان، دار الكتاب اللبناني، 1982) ج 02 ص: 579.

¹ - أكرم نشأت ابراهيم، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 213، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 345، قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 114.

المطلب الثالث/ سلب المشرع القاضي سلطة وقف تنفيذ العقوبة في القانون الجزائي الجزائري والفتحه الإسلامي.

المطلب الأول/ تعريف وقف التنفيذ ومشروعيته في الفتحه الإسلامي والقانون الجزائي الجزائري:
الفرع الأول/ تعريف وقف تنفيذ العقوبة:

لم يضع المشرع الجزائري الجزائي تعريفا لنظام وقف تنفيذ العقوبة، بل اكتفى بالنص على جوازه، وذكر شروط الاستفادة منه، وكذلك فعلت كثير من التشريعات الجزائرية العربية والأجنبية، أي أنها لم تعط تعريفا لنظام وقف التنفيذ بالمعنى الاصطلاحي الدقيق والشامل⁽¹⁾، ولأجل ذلك لجأنا إلى الفقهاء الذين يتعقبون التشريع الصادرة، يبينون عيوبه، ويشرحون غوامضه، و يضبطون مصطلحاته، نلتمس عندهم ما سكتت عنه التشريعات، وفيما يلي عرض وتعقيب على بعض تعريفات وقف تنفيذ العقوبة التي حاولت ضبط حقيقته:

1/ "السلطة التي تملكها الجهة القضائية في الحكم بالعتفو عن تنفيذ العقوبة بشرط عدم ارتكاب المحكوم عليه خلال مدة معينة جريمة ثانية، أما إذا عاود ارتكاب جريمة أخرى خلال مدة الاختبار فإن العقوبة الأولى تنفذ بالإضافة إلى العقوبة الثانية التي تشدد عادة بسبب حالة العود"⁽²⁾.

أ/ أهم عيب في هذا التعريف هو اعتباره وقف تنفيذ العقوبة سلطة، ومعلوم أن وقف تنفيذ العقوبة إنما يتم بمقتضى سلطة القاضي، أي أن وقف تنفيذ العقوبة هو مجرد تجل لهذه السلطة، أو هو أثر من آثارها، وليس هو السلطة نفسها، لأن سلطة القاضي تتجلى من خلال عدة

¹ - رضا معيزة، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، ص: 22.

² - رضا معيزة، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، ص: 22 نقلا عن:

أعمال منها تكييف الجريمة، تقدير الأدلة، تقدير العقوبة تخفيفا وتشديدا، ومنها وقف تنفيذها.

ب/ إن ظاهر التعريف يفيد بأن المقصود الوقف الكلي لتنفيذ العقوبة فحسب، مع العلم أن وقف التنفيذ قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً، كما نص عليه المشرع الجزائري.

ج/ نص التعريف على شرط واحد لتطبيق وقف التنفيذ وهو عدم ارتكاب المحكوم عليه جريمة أخرى خلال مدة الاختبار، رغم أن بعض التشريعات تنص على أكثر من شرط ومنها التشريع الجزائري؛ وكان الأولى بالمؤلف تجنب ذكر الشروط خصوصاً وأن التشريعات قد تختلف فيها نوعاً وعدداً، فإن كان ولا بد، فالأصوب أن يقال " بشرط أو أكثر".

2/ "نظام قانوني يستهدف تعليق تنفيذ العقوبة على شرط خلال فترة معينة يحددها القانون يوضع المتهم خلالها موضوع الاختبار من حيث سلوكه وانغماسه في الجريمة؛ ويعني وقف التنفيذ قيام مسؤولية المتهم الجنائية واستحقاقه العقوبة التي نطق بها القاضي الذي رأى أن ماضي المتهم وظروف الدعوى وملاساتها ما يكشف عن كون الجاني جدير بمنحه الفرصة المناسبة لإصلاح ما اعوجج من سلوكه وإثبات أن إجراءات التحقيق والمحاكمة كانت كافية للقضاء على احتمال عودته للجريمة من جديد"؛ يلاحظ على هذا التعريف عدة عيوب أهمها:

أ/ الطول الفاحش، ومن خصائص التعريفات الإيجاز.

ب/ نص هذا التعريف كسابقه على أن وقف التنفيذ موقوف على شرط واحد هو عدم ارتكاب المحكوم عليه جريمة أخرى خلال فترة الاختبار، والواقع أن بعض التشريعات على

الأقل ومنها التشريع الجزائري وضع شروطاً أخرى وهي: ألا يكون المحكوم عليه مسبقاً قضائياً، وأن تكون العقوبة الصادرة في حق المحكوم عليه الحبس أو الغرامة فقط⁽¹⁾.

ج/ الخلط بين طبيعة نظام وقف تنفيذ العقوبة والغاية منه، حيث جعل الغاية منه وقف تنفيذ العقوبة، وهذا كلام في غاية البعد عن الصواب، لأن نظام وقف التنفيذ هو في حد ذاته تعليق لتنفيذ العقوبة، أما غايات هذا النظام فشأن آخر تماماً.

3/ "هو أن إدانة المتهم مشروطة بوقف تنفيذ الحكم على المحكوم عليه فترة من الزمن، تكون بمثابة فترة للاختبار والتجربة، الغرض منه إصلاح المحكوم عليه، فإذا ما ارتكب جريمة خلال مدة التوقيف المحددة قانوناً اعتبر وقف التنفيذ كأن لم يكن، وبعبارة أخرى فإن وقف التنفيذ هو تعليق تنفيذ العقوبة المقضي بها على المتهم على شرط موقف يتمثل في مدة يحددها القانون، وبالتالي إذا مضت الفترة المقررة لوقف التنفيذ دون أن يثبت ارتكاب المحكوم عليه لجريمة أخرى اعتبر الحكم كأن لم يكن"⁽²⁾، لم يسلم هذا التعريف أيضاً من وجوه النقد وأبرزها:

أ/ تصوير وقف التنفيذ بأنه إدانة للمتهم مشروطة...، وهذا خطأ بين، لأن وقف التنفيذ وصف متعلق بالعقوبة لا بالإدانة، ومن ثم فإن وقف التنفيذ ليس إدانة مشروطة، بل هو عدم تنفيذ للعقوبة بناء على وفاء المحكوم عليه بشرط -أو أكثر- وضعه المشرع، وهو عدم صدور حكم بالحبس أو عقوبة أشد منها خلال المدة المحددة للاختبار، وهي خمس سنوات في التشريع الجزائري؛ وبعبارة أخرى إن وقف التنفيذ يلزم عنه بالضرورة أن المحكوم عليه مدان، لأن الحكم بالعقوبة مقتضاه أن الشخص مدان، إذ لا يجوز معاقبة شخص غير

¹ - رضا معيزة، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، ص: 22.

² - عبد الله أوهابيه، شرح قانون العقوبات - القسم العام - ص: 422.

مدان، فالعقوبة والإدانة متلازمتان، بيد أن الإدانة لا يلزم عنها العقوبة، ومن باب أولى لا يلزم عنها تنفيذها.

ب/ كل من كتب في وقف التنفيذ، وكذا التشريعات التي أخذت به أسمته (وقف تنفيذ العقوبة)، بل اختصرها البعض في: وقف العقوبة أو حجب العقوبة، ولم نجد - في حدود ما نعلم - تشريعا أو فقيها أسماه وقف تنفيذ الحكم، لأن الحكم أعم من العقوبة، إذ قد يكون تدبيرا، بل قد يكون إعفاء من العقوبة؛ مثل حالات العفو التي نص عليها المشرع.

ج/ إدراج الغرض من هذا النظام في ثنايا التعريف مما أدخل بترتيب الجمل المفصحة عن حقيقته.

د/ الطول الفاحش، وشأن التعريفات أن تكون موجزة.

4/ "هو نظام يتم بمقتضاه تعليق تنفيذ العقوبة على شرط يلتزم المحكوم عليه بتحقيقه خلال فترة معينة"⁽¹⁾.

يبدو لنا هذا التعريف أوجزا وأدقها، حيث تضمن العناصر الجوهرية لنظام وقف التنفيذ وهي: تعليق تنفيذ العقوبة، الشرط الذي علق عليه، التزام المحكوم عليه بالوفاء بالشرط، تحديد المشرع لفترة الاختبار؛ وينطبق هذا التعريف ينطبق بدقة على نظام وقف التنفيذ التقليدي والذي أخذ به المشرع الجزائي الجزائري.

أما الفقه الإسلامي فلم يعرف وقف التنفيذ كنظام متكامل من الأحكام والقواعد والشروط والإجراءات، لكن السياسة الشرعية الإسلامية المرنة، و السلطة التقديرية الواسعة للقاضي في مجال التعازير تسمح بتطبيق الأساليب الإصلاحية التي يراها ولاة الأمور والقضاة محققة لمقاصد التشريع الجزائي الإسلامي؛ يقول ابن القيم رحمه الله تعالى: "قال ابن عقيل في

¹ - أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، طبعة خاصة لطلاب التعليم المفتوح، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2009، ص:

الفنون: جرى في جواز العمل في السلطنة بالسياسة الشرعية أنه هو الحزم؛ ولا يخلو من القول به إمام، فقال شافعي: لا سياسة إلا ما وافق الشرع؛ فقال ابن عقيل: السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نزل به وحي؛ فإن أردت بقولك ((إلا ما وافق الشرع)) أي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح، وإن أردت لا سياسة إلا ما نطق به الشرع فغلط، وتغليط للصحابة، فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل ما لا يجحده عالم بالسنن، ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف، فإنه كان رأيا اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة، وتحريق علي رضي الله عنه الزنادقة في الأحاديث...⁽¹⁾.

ويقول ابن فرحون المالكي: "قال القرافي: واعلم أن التوسعة على الحكام في السياسة ليس مخالفا للشرع"⁽²⁾.

وليس يخفى أن التعزير من أهم أبواب السياسة الشرعية، وأن السياسة الشرعية في جوهرها تدبير شؤون الدولة الإسلامية في قطاعاتها المختلفة فيما من شأنه التغيير ولم يرد فيه نص صريح، وذلك بما يحقق المصلحة الشرعية⁽³⁾، ووقف التنفيذ نظام جزائي في مكافحة الجريمة وإصلاح الجناة لم يرد بشأنه نصوص تشريعية خاصة تبيحه، كما أنه لا توجد نصوص

¹ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق: عرفات بن سليم العشاء، ط01 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1425هـ - 1426هـ/2005) ص: 17.

² - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 115، 126، وينظر أيضا: إبراهيم بن يحيى خليفة (المشهور ب: دده أفندي)، السياسة الشرعية، ص: 82-87.

³ - فتحي بهنسي، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الشروق، 1409هـ / 1988) ص: 25، عبد الرحمان بن صالح يحيى، السياسة الشرعية وصلتها بالتخطيط الجنائي الإسلامي - دراسة تأصيلية - (رسالة ماجستير) التخصص: السياسة الجنائية، تحت إشراف: د. محمد المدني بوساق، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، قسم العدالة الجنائية، السنة الدراسية: 1428هـ/2007، ص: 08-09، أحمد بوعشرين الأنصاري، مفهوم الدولة المدنية في الفكر الغربي والإسلامي - دراسة مقارنة لبعض النصوص التأسيسية - (الدوحة: قطر، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، أبريل 2014) ص: 29.

تشريعية تمنع الأخذ به، لكن هدي التشريع الإسلامي بمبادئه وقواعده ومقاصده العامة يسمح به.

ختاما لهذا الفرع ننبه إلى التفرقة بين نظام وقف تنفيذ العقوبة وبعض الإجراءات القضائية المشابهة، وأهمها اثنان:

أ/ وقف التنفيذ وتأجيل التنفيذ: تأجيل التنفيذ هو مجرد تأجيل التنفيذ لمدة محددة وردت في القانون على سبيل الحصر مثل تأجيل عقوبة الإعدام في المرأة الحامل⁽¹⁾.

ب/ وقف التنفيذ وتأجيل النطق بالعقوبة: في تأجيل النطق لم ينطق القاضي بالعقوبة، لا اتخذ قرارا بتأجيلها إلى فترة معينة وذلك إذا تبين للقاضي أن المتهم عاد إلى الطريق القويم وأنه اندمج في المجتمع وأن الضرر الناتج عن الجريمة في طريقه إلى التقويم؛ بينما وقف التنفيذ ينطق القاضي بالعقوبة لكنه يأمر بوقف تنفيذها نظرا لظروف يستخلصها⁽²⁾.

الفرع الثاني/ مشروعية وقف تنفيذ العقوبة في القانون الجزائي والفقهاء الإسلامي:

نصت المواد: 592، 593، 595 من ق.إ.ج.ج.ج. على نظام وقف التنفيذ بقولها: "يجوز للمجالس القضائية وللمحاكم في حالة الحكم بالحبس أو الغرامة إذا لم يكن المحكوم عليه قد سبق الحكم عليه بالحبس لجنابة أو جنحة من جرائم القانون العام، أن تأمر بحكم مسبب بالإيقاف الكلي أو الجزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية(م592).

إذا لم يصدر ضد المحكوم عليه بعد ذلك خلال مهلة خمس سنوات من تاريخ الحكم الصادر عن المحكمة أو المجلس حكم بعقوبة الحبس أو عقوبة أشد منها لارتكاب جنابة أو جنحة اعتبر الحكم بإدانته غير ذي أثر؛ وفي الحالة العكسية تنفذ أولا العقوبة الصادر بها

¹ - يوسف جوادى، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة (الإسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة، 2011) ص: 98.

² - يوسف جوادى، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ص: 98.

الحكم الأول دون أن يلتبس بالعقوبة الثانية(م593)؛ كما لا يمتد (أي إيقاف التنفيذ) أيضا إلى العقوبات التبعية أو عدم الأهلية الناتجة عن حكم الإدانة؛ ومع ذلك فإن العقوبات التبعية وعدم الأهلية يوقف أثرهما من اليوم الذي يصير فيه حكم الإدانة كأن لم يكن تطبيقا لأحكام المادة 602" (م595).

لقد صدرّ المشرع الجزائري نص المادة بقوله: "يجوز" وهذا يفيد بأن قاضي الحكم في المجالس القضائية أو المحاكم له كامل السلطة التقديرية في إفادة المحكوم عليه بنظام وقف التنفيذ من عدمه، ولا معقب عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا، لأن ذلك من صميم إطلاقاته، كما أن وقف التنفيذ ليس حقا للمتهم حتى يطالب به، والقاضي ليس ملزما بإجابته إلى هذا الطلب، وبهذا قضت المحكمة العليا في عدة قرارات منها قولها⁽¹⁾: "إن الاستفادة من إجراء وقف التنفيذ المنصوص عليه في م 592 ليست حقا مكتسبا للمتهم الذي تتوافر فيه الشروط القانونية، وإنما هي مكنة جعلها المشرع في متناول القضاة، وترك تطبيقها لسلطتهم التقديرية؛ وعليه فإن القضاة الذين لم يسعفوا المتهم من هذا الإجراء لم يخطئوا في تطبيق القانون".

ويرى بعض الباحثين أن الأساس القانوني لمشروعية نظام وقف التنفيذ لا يتوقف عند حدود القواعد القانونية العادية، أي النصوص الجنائية التفصيلية التي تنظم أحكامه وشروطه وما إلى ذلك، بل يتعداها إلى اعتباره نظاما دستوريا، يستند في شرعيته إلى الأفكار والمبادئ الدستورية التي عرفت في النظام الفرنسي، باعتبار هذا النظام وليد النظام القانوني الفرنسي⁽²⁾؛ ونرى أن الارتقاء بهذا النظام إلى مصاف النظم الدستورية ضرب من المبالغة، لأن الدستور يتضمن عادة المبادئ والنظم التي تتسم بقدر كبير من الشمولية مثل مبدأ

¹ - ج م ق 118111 قرار بتاريخ: 1994/07/24 ملف رقم: 172071، وينظر أيضا: القرار بتاريخ: 1981/05/14 من القسم الثالث من الغرفة الجنائية في الطعن رقم: 21.678، وينظر أيضا: قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 118 - 119.

² - يوسف جواد، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 101.

الشرعية، وهو أمر يفتقر إليه هذا النظام؛ ولولا خشية الإطالة والخروج عن صلب البحث الذي هو سلطة القاضي في وقف التنفيذ لأثبتنا قصور هذا النظام عن أن يكون من بين النظم والمبادئ الدستورية.

أما بخصوص الفقه الإسلامي فإنه لم يعرف نظاما متكاملا لوقف تنفيذ العقوبة بالشكل الذي هو عليه في التشريعات المعاصرة، سواء في صورته التقليدية أم في بقية الصور، إلا أن الفقه الجزائي الإسلامي يسمح بطبيعته باستيعاب هذا النظام في حدود معينة، ويرجع ذلك إلى سببين:

1/ خاصية المرونة في التشريع الإسلامي: إن التشريع الإسلامي في مجال التعزير يتميز بمرونة عالية، حيث لم يحدد للقاضي عقوبة معينة، بل أجاز للقاضي أن يعاقب بكل ما يراه زاجرا، وبالضوابط التي ذكرناها؛ يقول أحد الباحثين⁽¹⁾: "أما مجال العقوبات التعزيرية في النظام الجنائي الإسلامي فواسع ورحب ترك فيه تقدير العقوبة التعزيرية لولي الأمر أو القاضي على أساس من العدل وبالقدر الذي يمكن من خلاله منع الجريمة وإصلاح الجاني، فأعطي القاضي في هذا المجال سلطة واسعة لاختيار العقوبة التي يراها ملائمة حسب شخصية المتهم وسوابقه ومدى تأثره بالعقوبة كما جعل للقاضي في مجال العقوبات التعزيرية الحق في الصعود بالعقوبة إلى الحد الأعلى أو النزول بها إلى حدها الأدنى، فله أن يعاقب المتهم

¹ عبد السلام بن عبد العزيز التويجري، وقف تنفيذ العقوبة التعزيرية-دراسة تطبيقية لنظام وقف التنفيذ في الجرائم التي ينظرها ديوان المظالم بالملكة العربية السعودية - (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائي الإسلامي، تحت إشراف: محمد محيي الدين عوض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، السنة الجامعية: 1419هـ - 1998، ص: 76، وينظر أيضا: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 01 ص: 82، 148، رأفت الحسين خالد، الجريمة التعزيرية في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجزائي، تحت إشراف: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للدعوة الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، السنة الدراسية: 1402هـ - 1403هـ، ص: 57، محمد العايب، تفريد العقوبة الجزائية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (رسالة دكتوراه) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: عبد القادر عبد السلام، جامعة باتنة (01)، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، السنة الدراسية: 1436هـ / 1437هـ - 2015 / 2016، ص: 53-54.

بوعظ أو توبيخ أو تهديد أو حبس أو غرامة مع سلطة تقديرية بما يستطيع إمضاء العقوبة أو إيقاف تنفيذها".

وذلك لأن مجال التعازير تستجد فيه الجرائم بحيث لا يمكن ضبط نوعها و مقدار ضررها، وقد عبر أحد القضاة الإنجليز عن هذه الحقيقة الاجتماعية قائلاً: "إن أحدا لا يمكنه أن يعلم مسبقا كل الوسائل التي سوف يبتكرها الشر المغروس في الإنسان للإخلال بنظام المجتمع"⁽¹⁾.

وهذا يقتضي أن يكون التشريع الذي يروم ملاحقة الجرائم، وردع وإصلاح مرتكبيها على قدر كبير من المرونة، وكذلك كان الفقه الإسلامي، فقد اجتهد فقهاؤنا وقضاتنا في ضبط العقوبات الملائمة للجرائم المستحدثة عبر العصور التي خلت، وفي الوقت نفسه لا ضير عليهم في العصر الحاضر أن يستفيدوا من تجارب السياسات العقابية للأمم المعاصرة، طالما أن الشارع الحكيم إنما ألزمهم بالاجتهاد فقط، حتى قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من فجور"؛ وبناء عليه يجوز - في نظرنا - في السياسة الشرعية أن يعزر الإمام وكذا القاضي على بعض الجرائم المعاصرة بما أخذت به السياسة العقابية المعاصرة، خصوصا وأن هذه الأمم كانت سباقة في معرفة هذه الجرائم من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذه الأمم تملك من الوسائل والإمكانات المادية والمعنوية ما تستطيع به أن تقف على الجزء المناسب لطبيعة تلك الجرائم؛ وذلك لأن عددا لا يستهان به من الجرائم المعاصرة هو وليد المدنية المعاصرة، أي لم تكن هذه الجرائم معروفة في المدنيات السابقة؛ مثل: سحب رخصة السياقة، حظر التزويد بخدمة معينة... وغير ذلك من العقوبات الملائمة لبعض الجرائم المعاصرة.

¹ - محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 348، وينظر أيضا: محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص: 312.

فالنظام القضائي في الإسلام يأخذ بكل وسائل العقاب التي تحقق المصالح أو تدرأ المفاسد، ولا يمنع الاستفادة من الجزاءات المستحدثة إذا حققت الغرض، ولم تتعارض مع نصوص الشريعة ومقاصدها، ويترك للقاضي سلطة التقدير، ما لم يقيد سلطته في ذلك ولي الأمر⁽¹⁾ في حدود ما يسمح به الشرع.

فنظام وقف التنفيذ لا يمكن تطبيقه في مجال الحدود لأنها عقوبات واجبة التنفيذ حقا لله تعالى، وأما عقوبات القصاص فلا يمكن وقف تنفيذها لأنها عقوبات وجبت حقا للمجني عليه أو أوليائه، أي حقا للعبد، فلا يمكن للقاضي ولا لولي الأمر وقف تنفيذها، وإنما يملك المجني عليه أو أوليائه حق الاستيفاء أو العفو، بينما عقوبات التعازير يجوز وقف تنفيذها لأن تحديدها نوعا وقدرًا موكول إلى اجتهاد القاضي أو الإمام.

كما التمس بعض الفقهاء المعاصرين دليلا آخر يميز الأخذ بنظام وقف التنفيذ ألا وهو عدم معارضته لأحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾؛ فلا يوجد في أدلة الشريعة ما يعارض الأخذ بهذا النظام، بل بالعكس يوجد في التشريع الإسلامي ما يبيح الأخذ به وتحديدا في نطاق التعازير على النحو الذي بيناه منذ حين.

كما عثرنا في تراثنا الفقهي على بعض العبارات التي تفيد جواز الأخذ بفكرة وقف تنفيذ العقوبة، يقول الماوردي رحمه الله تعالى⁽³⁾: "للأمير أن يأخذ أهل الجرائم بالتوبة إجبارا، ويظهر في الوعيد عليهم ما يقودهم إليها طوعا، ولا يضيق عليهم الوعيد بالقتل فيما لا يجب فيه القتل، لأنه وعيد إرهاب يخرج عن حد الكذب إلى حيز التعزير والأدب، ولا يجوز أن يحقق

¹ - محمد العايب، تفريد العقوبة الجزائية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (رسالة دكتوراه) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: د. عبد القادر عبد السلام، جامعة باتنة 01، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، السنة الدراسية: 1436هـ / 1437هـ - 2015 / 2016، ص: 53-54.

² - عبد السلام بن عبد العزيز التويجري، وقف تنفيذ العقوبة التعزيرية، ص: 74.

³ - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 287، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 126.

وعيده بالقتل فيما لا يجب فيه القتل"، ويقول ابن فرحون⁽¹⁾: "وفائدة قوله "ولقد هممت" تقديم الوعيد بالتهديد على العقوبة، لأن المفسدة إذا ارتفعت واندفعت بالأخف من الزواجر لم يعدل إلى الأعلى".

إن المتأمل في كلا النصين يلاحظ بوضوح أن الماوردي وابن فرحون يتحدثان عن فكرة التهديد والوعيد بتوقيع العقوبة الذي هو جوهر نظام وقف التنفيذ، وأن المجرم إذا اندفع شره بالعقوبة الأدنى لم يجز العدول عنها إلى العقوبة الأعلى؛ مما يعني أن وقف الفقهاء المسلمين كانوا يتصورون بشكل عام هذا النظام ويطبقونه وإن لم يتشكل في صورة وإجراءات محددة، بل إن كلامهم إذا أضيف إليه مبدأ المرونة في باب التعزير يجعل فكرة التهديد تأخذ صوراً مختلفة مما يجعل فكرة وقف التنفيذ التي عرفها الفكر الجزائي الوضعي مجرد صورة من صورته؛ ويؤكد صحة هذا التأصيل أن الفقه الجزائي الإسلامي عرف على مبدأ الاكتفاء بالتهديد في عدة صور، ومن أمثلته تهديد رسول الله صلى الله عليه وسلم من لا يحضرون صلاة الجماعة بتحريق بيوتهم⁽²⁾، يقول العلامة ابن عاشور - بعد أن ساق الحديث -⁽³⁾: "فلا يشتهه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان ليحرق بيوت المسلمين لأجل شهود صلاة العشاء في الجماعة، ولكن الكلام سيق مساق التهويل في التأديب، أو أن الله أطلع على أن أولئك من المنافقين وأذن له بإتلافهم إن شاء"، ويقول القاضي عياض⁽⁴⁾: "وفيه (أي الحديث) الإعذار قبل العقوبة بالتهديد بالقول والوعيد".

¹ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 119، عبد الله بن محمد بن سعد آل حنين، ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية، مجلة القضائية، العدد: 01 محرم 1432هـ، ص: 67 - 68.

² عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن أثقل صلاة على المنافقين صلاة العشاء وصلاة الفجر، ولو يعلمون ما فيهما لأتوهما ولو حبوا، ولقد هممت أن أمر بالصلاة فتقام، ثم أمر رجلاً فيصلي بالناس، ثم أطلق معي برجال، معهم حزم من حطب إلى قوم لا يشهدون الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم بالنار" مسلم، صحيح مسلم، ص: 263 كتاب الصلاة، باب التغليظ في التحلف عن الجماعة والجمعة، الحديث رقم: 1482.

³ ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، د. ط (تونس: الشركة التونسية للتوزيع، 1985) ص: 37، أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تحقيق: محيي الدين ديب مستو وآخرون، ط 01 (دمشق: سوريا، دار ابن كثير/ دار الكلم الطيب، 1417هـ - 1996) ج 02 ص: 276.

⁴ القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: محيي إسماعيل، ط 01 (المنصورة: مصر، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 1419هـ - 1998) ج 02 ص: 623.

وأشير في الأخير إلى أن بعض الباحثين المعاصرين اضطربوا كثيرا في مسألة التأصيل لوقف تنفيذ العقوبة في الفقه الجزائري الإسلامي، فوقعوا في خلط بين بَيْنَ وقف تنفيذ العقوبة وعدم معاقبة المتهم لوجود شبهة دائرة للحد كالجوع في السرقة؛ ومن هؤلاء الباحثين فتحي بهنسي والذي مثل لذلك بعدم تطبيق الفاروق عمر رضي الله عنه حد السرقة عام السنة، وامتناعه عن القطع في سرقة غلمان حاطب بن أبي بلتعة، والغريب أن أستاذنا فتحي بهنسي -وهو من هو في الفقه الجنائي الإسلامي - نقل في سياق حديثه ما يدل على أن امتناع الفاروق عن القطع لم يكن وقفا للتنفيذ، فيقول في قضية غلمان حاطب رضي الله عنه: "وحيث تبين له (أي عمر) أن هؤلاء الغلظة اضطروا لما اجترحوا بسبب ما نالهم من الجوع والحرمان، لم ير أن يمضى عليهم حد السرقة⁽¹⁾؛ وعقب على الأثر الوارد في عدم القطع عام السنة بقوله: "ومعنى ذلك لا قطع في عام السنة للضرورة والمخمصة، وقد كان عمر في عام السنة يضم إلى أهل كل بيت بيتا آخر ويقول^(*): لن يهلك الناس على أنصاف بطونهم فكيف نأمر بالقطع فيه⁽²⁾".

فالفرق واضح بين وقف التنفيذ ودرء الحد بالشبهة العارضة، فوقف التنفيذ مؤقت بحيث لو أخل المحكوم عليه بالشرط الواقف في القانون الجزائري الوضعي بشكل عام ومنه القانون الجزائري طبقت على المحكوم عليه العقوبتان القديمة الموقوفة والجديدة، وفي الفقه الإسلامي يطبق القاضي أو الإمام العقوبة التي توعد بها، أو التي حكم بها ولم ينفذها، بل ربما نفذ عقوبة أشد منها لطلاقة يده في التعزير.

¹ - أحمد فتحي بهنسي، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة - ط 05 (بيروت: لبنان، دار الشروق، 1409هـ - 1988) ص: 170-171.

* قول عمر نقله فتحي بهنسي من: السرخسي، المسوط، ج 09 ص: 140.

² - أحمد فتحي بهنسي، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة - ص: 171.

وكذلك فعل الباحث نضال مصطفى الأسمر والذي جاء بتعريف غريب لوقف التنفيذ مخالفاً بذلك ما استقر عليه الفقه الجنائي الوضعي، فعرف وقف التنفيذ بقوله: "فإيقاف العقوبة منع تطبيق الجزاء المقرر على الجاني لمانع حتى زوال ذلك المانع"⁽¹⁾.

ومن خلال التعريف والتطبيقات التي أوردها الباحث وهي: المرض الذي يرجى برؤه، المرأة الحامل سواء كان حداً أو رجماً أو قطعاً، والنفاس إذا كانت العقوبة جلداً، وغير ذلك من الحالات التي ذكرها الباحث⁽²⁾؛ والصحيح أن هذا إرجاء لتنفيذ العقوبة وليس وقفاً لتنفيذها، وإرجاء التنفيذ غير وقف التنفيذ، وهو موجود في الفقه الجزائي الإسلامي كما هو موجود أيضاً في التشريع الجزائي الوضعي، وجوهر الفرق بينهما أنه وقف التنفيذ قد تكون نتيجته عدم العقاب إذا وفي الجاني بالشرط، بينما في إرجاء التنفيذ لا تسقط العقوبة عن الجاني بحال، وإنما ترجى لأجل معلوم.

وأضيف أمراً آخر في غاية الأهمية وهو أن عقوبات الحدود لا تكون البتة موقوفة النفاذ وإلا فقدت أثرها الرادع لأنها عقوبات شديدة شرعت للزجر عن جرائم تمس كيان المجتمع ومصالحه الجوهرية ولذلك لا يقبل فيها عفو ولا شفاعة ولا تخفيف ولا صلح ولا وقف التنفيذ، وذلك حتى لا يكون للمجرم فيها خيط أمل يتمسك فيه للنجاة من العقاب، يقول الشهيد عبد القادر عودة: "

2/ سعة السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الفقه الإسلامي تستوعب نظام وقف التنفيذ:

إن سلطة القاضي في مجال التعازير واسعة جداً، فأدناها أن يبعث القاضي مساعده أو أمينه إلى الجاني يعلمه أن القاضي على علم بما بدر منه، وأقصاها القتل، وهذه السعة تجعل نظام وقف التنفيذ مندرجا بين هذين الحدين المذكورين، وما دام القاضي مطلق اليد في التعزير نوعاً وقدراً في إمكانه أن يكتفي في العقوبة التعزيرية بمجرد تهديد الجاني بها، لأن المدى الفاصل بين

¹ - نضال مصطفى حسن الأسمر، صلاحيات الإمام في إسقاط وتخفيف العقوبات (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه والتشريع، تحت إشراف: د. عبد المنعم أبو قاهوق، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، السنة الدراسية: 1426هـ / 2005، ص: 80.

² - نضال الأسمر، صلاحيات الامام في اسقاط وتخفيف العقوبات، ص: 92-99.

أدنى العقوبة التعزيرية وأقصاها يسمح بذلك بلا ريب؛ وعليه تكون السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي في السياسة العقابية الإسلامية قادرة على استيعاب نظام وقف التنفيذ⁽¹⁾. ويزيد هذا التحليل صحة انسجامه مع هدي الشريعة في العقاب في بعض الصور، حيث لاحظنا اكتفاءها في بعض الحالات بمجرد الأثر التهديدي؛ ومنها تشريع القصاص كما رأينا من قبل، فهو عقوبة اجتمع فيها حق الله تعالى المتمثل في الزجر عن جناية القتل، وحق العبد المتمثل في شفاء غيظ المجني عليه أو أوليائه؛ فجمعت الشريعة بطريقة معجبة بين الحقين؛ فشرعت القصاص للزجر وجعلته بيد المجني عليه أو أوليائه، واعتبرت مجرد التشريع كافيا في تحقيق الزجر، وإن رغب المجني عليه أو أوليائه في استيفاء القصاص تحقق لهم شفاء الغيظ المانع في نظر الشريعة من أخذ الثأر الذي يتجاوز العدل عادة، لأنه قتل ممزوج بالرغبة في الانتقام، وهي شهوة يستبيح بها صاحبها أكثر من سبيل؛ يقول ابن عاشور رحمه الله تعالى⁽²⁾: "ولما كانت مشروعية القصاص كافية في تحقيق مقصد الشريعة في شرع القصاص من ازدجار الناس عن قتل النفوس، وتحقيق حفظ حق المقتول بكون الخيرة للولي، كان الإذن في العفو إن تراضيا عليه رحمة من الله بالجانبين، فالعدل مقدم والرحمة تأتي بعده".

ويتفق فقهاء القانون الجزائري الوضعي على أن هذا النظام يسعى لتحقيق عدة أغراض أهمها⁽³⁾:

¹ - عبد الفتاح خضر، وقف تنفيذ العقوبة في المملكة العربية السعودية، (كتاب إلكتروني) طبعه موقع مكتب عربية: www.kotobarabia.com ص: 32.

² - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج 02 ص: 143، ينظر أيضا في المعنى نفسه: أبو زهرة، العقوبة، ص: 474.

³ - سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات (الإسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة، 2000) ص: 778. قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 114، عبد الله سليمان شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام) ج 02 ص: 496، أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، طبعة خاصة لطلاب التعليم المفتوح، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2009، ص: 326، حاتم موسى بكار، سلطة اتلقاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 294.

أ/ تجنّب المحكوم عليه مساوئ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، والتي قد تقود إلى آثار سلبية على المحكوم عليه وأسرته؛ وعلى رأس هذه المساوئ الكثيرة اختلاط المحكوم عليه بالمجرمين الخطيرين، كما أن الحبس قصير المدة لا يتيح إمكانية إصلاح المحكوم عليه على النحو المطلوب.

ب/ تطبيق أفكار السياسة الجنائية الحديثة على نحو يكفل تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه، فتعليق تنفيذ العقوبة يعود إلى تقدير القاضي بأنه ليس خطرا على المجتمع، مستندا في ذلك إلى ماضيه الحسن، وظروفه العامة التي تبعث على الاطمئنان؛ فينبغي إذن أن يكون للعقاب صفة تهديدية فقط، لأن الرغبة في الخلاص من السجن المتوازي مع الخوف من العقاب يمكن أن تكون آثاره أكثر فاعلية من العقوبة، وكم من يأس وتمرد على المجتمع كان نتيجة عقاب عقيم⁽¹⁾.

لقد كان التشريع الجزائي الإسلامي -باعتباره تشريعا إلهيا- سباقا إلى هذه الحقائق، فنجد أنه يعتمد كثيرا على العقوبات البدنية فهي العقوبة الأساس، ويجوز عقوبة سلب الحرية لكن في حدود ضيقة لمعالجة حالات خاصة⁽²⁾؛ كما أنه وضع نظاما فريدا وهو التعازير، وأعطى ولي الأمر وكذا القاضي سلطة تقديرية واسعة لمعالجة الحالات التي تتطلب مراعاة أحوال الجاني والجنانية والمجني عليه؛ وبذلك نجحت الشريعة نجاحا باهرا في محاصرة الإجرام والحد منه.

بل إن التشريع الجنائي الإسلامي كان سباقا أيضا إلى الاعتماد على مجرد احتمال تنفيذ العقوبة تحقيقا لمقصد الردع، ويظهر ذلك من خلال تشريع عقوبة القصاص مع الترغيب في العفو، وقد بسطنا القول فيها في الفصلين السابقين؛ وظل الفكر الجنائي الوضعي يتابع

¹ - أكرم منشآت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 215 نقلا عن:

Mormet André, De la suspension des peines en cas de première condamnation et de leur aggravation à raison de la récidive en matière de crimes et delits , Thèse, Paris 1895 ppM 25 – 26.

² - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، ج 01 ص: 742.

مسيرته في التطور مستفيدا من فتوح العلوم الإنسانية إلى أن بلغ هذه الحقيقة الفطرية وهي أن احتمال تنفيذ العقوبة يحقق الردع ولا يخل به، بشرط أن يستخدم استخداما صحيحا.

فالتهديد الذي يشتمل عليه وقف التنفيذ يؤثر في الإرادة ويقود صاحبها إلى الصلاح والاستقامة، ومن ثم فهو يتضمن مكنة من شأنها تأهيل الجاني، كما أنه يحقق العدالة والردع من خلال ما يتضمنه من تهديد باحتمالية التنفيذ عند مخالفة شروطه؛ وليس صحيحا بأن وقف التنفيذ يهدر العدالة أو الردع العام لأن الحكم به يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وليس حقا للمتهم⁽¹⁾.

وقد كنا إلى ما قبل كتابة هذه الأسطر نستغرب من عميد الفقهاء الجنائيين الإسلاميين عبد القادر عودة رحمه الله تعالى قوله: "إن الإنسانية تسير نحو الشريعة"، لكن بعد الاطلاع على النتائج الباهرة التي توصل إليها الفكر الجزائي الوضعي عبر البحث والتجربة، تبين لنا أن الفقيه الفقيد كان على قدر عظيم من العلم والحكمة، فها نحن أولاء اليوم نذكر فضله وسبقه، ونقرأ ما استشرفه وبشر به.

المطلب الثاني/ الشروط المقيدة لسلطة القاضي في وقف التنفيذ في القانون الجزائي الجزائري والفقهاء الإسلامي:

تتفق جميع القوانين التي تأخذ بنظام وقف تنفيذ العقوبة على منح القاضي حرية تامة في الحكم به، ولذا صدرت بالعبارات التالية أو ما يرادفها "القاضي يمكنه وقف النطق"⁽²⁾ واستعمل المشرع الجزائري مصطلحا أدق وهو الجواز، فجاء في م 592 ق إ ج ج ج: "يجوز للمجالس القضائية وللمحاكم في حالة... أن تأمر بحكم مسبب بالإيقاف الكلي أو الجزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية".

لم تترك التشريعات الجزائية الوضعية وقف تنفيذ العقوبة تحت السلطة المطلقة للقاضي، بل قيدته بشروط لا بد من توافرها حتى يستطيع إفادة المحكوم عليه بوقف التنفيذ؛ وهي

¹ - حاتم موسى بكار، سلطة اتقاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 295.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 297.

شروط قصد المشرع من خلالها تجنب الإسراف في منح وقف التنفيذ، خصوصا وأن الحكم بوقف تنفيذ العقوبة يعد خروجاً عن الأصل الذي هو وجوب تنفيذ العقوبة المحكوم بها؛ ولما كان هذا النظام محل جدل حول فاعليته في مكافحة الجريمة، لم يكن أمام المتحمسين له سوى الاجتهاد في إثبات نجاعته، ومن وسائل ذلك قصره على بعض المحكوم عليهم، لأن تعميم الاستفادة منه على مختلف أنواع المجرمين والجرائم يؤدي حتماً إلى النتيجة التي تخوف منها بعض الفقهاء وهي إضعاف فكرة العقوبة لدى المجرمين؛ وفي هذا السياق يرى الفقيه ستوس¹ بأن هذه الشروط تقررت لطمأنة الذين يرون في إيقاف التنفيذ وسيلة لإضعاف العقاب⁽¹⁾؛ وقد نص المشرع الجزائري الجزائري على هذه الشروط في قانون الإجراءات الجزائية في المادتين: 592، 593 مقتنياً بذلك أثر الفكر الجزائري من جهة، ووفاء بالتزامات الجمهورية الجزائرية وما وقعت عليه من اتفاقيات في نطاق منظمة الأمم المتحدة للحد من الإجرام من جهة أخرى؛ إضافة إلى الضغوط الدولية لبعض المنظمات التي يبدو أنها اقتنعت بفعالية العقوبات البديلة ومنها وقف التنفيذ، بعدما خلص الجميع إلى عجز عقوبة الاحتجاز عن تحقيق الإصلاح المنشود.

وبما أن الفقه الإسلامي لم يعرف هذا النظام في نصوصه التشريعية، وكذا في تجربته الحضارية من حيث هو نظام جزائي فلا بأس أن نعرض بعض النماذج لبعض الدول الإسلامية التي تجعل الفقه الإسلامي بأحكامه ومقاصده مصدرها الأساس في السياسة الجزائية، والتي أخذت بنظام وقف التنفيذ؛ ومن هذه الدول جمهورية السودان والمملكة العربية السعودية؛ وفيما يلي عرض لشروط وقف التنفيذ في التشريع الجزائري الجزائري باعتبار هذا النظام في مختلف صورته إنما هو نظام جزائي وضعي، وبموازاة ذلك نعرض موقف التشريع

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 240 نقلاً عن:

François Clerc, Du pouvoir d'appréciation du juge en matière de sursis à l'exécution de la peine, Journal des tribunaux, Lausanne, 1941 p 134.

السوداني والسعودي كمثالين تطبيقيين لأخذ النظام الجزائري الإسلامي بوقف التنفيذ، وأنه لا يخل بنظامها الجزائري إن هي أحسنت الأخذ به، فلم تأخذ به كما هو في التشريعات الجزائرية الوضعية.

الفرع الأول/الشرط المتعلق بالعقوبة المحكوم بها:

اختلفت التشريعات في أسلوب تحديد العقوبة السالبة للحرية المشمولة بوقف التنفيذ، فذهبت بعضها إلى عدم تحديد الحد الأعلى للعقوبة السالبة للحرية مثل القانون النرويجي والدانماركي، فيما سمحت بعضها بوقف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية (الحبس) المقررة للجنح دون تحديد مدتها كالقانون الفرنسي، و حددت بعضها حداً أعلى لمدة العقوبة السالبة للحرية التي تجيز للقاضي وقف تنفيذها⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فلجأ إلى أسلوب مختلف وهو تحديد العقوبة السالبة للحرية التي يمكن وقف تنفيذها بالنوع (الحبس) لكن دون حصرها في درجة معينة من الجرائم، أو تحديد حدها الأدنى أو الأقصى، وذلك من خلال اعتبار العقوبة المحكوم بها وليس المقررة للجريمة المرتكبة؛ وكذلك فعل بالنسبة للغرامة حيث لم يحدد لها حداً معيناً لا أدنى ولا أعلى، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حصر تلقائياً العقوبة المسموح بوقف تنفيذها في الحبس والغرامة فقط⁽²⁾، وهما عقوبتان أصليتان في الجنح والمخالفات، فجاء في م 592 من قا ج: "يجوز للمجالس القضائية وللمحاكم في حالة الحكم بالحبس أو الغرامة..".

وظاهر هذا النص يقضي بأنه في حالة الحكم بعقوبة الإعدام، وكذا عقوبة السجن بنوعيه المؤبد أو المؤقت، لا يجوز إيقاف تنفيذ العقوبة؛ وهذا صحيح؛ وعلّة استثنائها من

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 217-218.

² - نبيلة صدراتي، السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إيقاف تنفيذ العقوبة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة (الجزائر)، المجلد (ب) العدد: 48، السنة: 2017، ص: 284.

وقف التنفيذ أنها جرائم جسيمة تدل على خطورة مرتكبيها، فلا يستحقون الانتفاع من وقف التنفيذ لرجحان احتمال إساءة استغلال المزايا التي يمنحها لهم هذا النظام، لكن هذا التعليل بحسب أحد الباحثين وإن صح أحيانا فإنه لا يصح دائما، لأن جسامته الجريمة ليست قرينة قاطعة على خطورة مرتكبها، فقد تدل الظروف المحيطة بالجريمة على عدم خطورة الفاعل⁽¹⁾.

والذي نراه في المسألة أن المشرع الجزائري تناقض في تعامله مع جرائم الجنايات وفي عقوبتي الإعدام والسجن المؤبد تحديدا؛ حيث أجاز للقاضي تخفيف العقوبة بمقتضى م 53 من ق.ع، فتصبح العقوبة عشر(10) سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي الإعدام، وخمس(05) سنوات سجنا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤبد، فكيف يمنح المشرع القاضي سلطة التخفيف ويمنعه من وقف التنفيذ !.

لكن لو كانت العقوبة المقررة هي السجن المؤقت وأفاد القاضي بسلطته التقديرية المحكوم عليه بظروف التخفيف التي تسمح بالنزول من عقوبة السجن إلى عقوبة الحبس، كما هو مقرر في م 53 من ق.ع.ج: " يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي قضى بإدانته وتقررت إفادته بظروف مخففة وذلك إلى حد: ... ثلاث (3) سنوات حبسا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من عشر(10) سنوات إلى عشرين(20) سنة؛ سنة واحدة حبسا إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من خمس(5) سنوات إلى عشر سنوات" فإنه يمكن في هذه الحالة وقف تنفيذ العقوبة المخففة⁽²⁾.

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 242.

² - لحسين شيخ آث ملوي، المتقى في القضاء العقابي، ص: 310، وكذا: مبادئ القانون الجزائري العام، ص: 207، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 346، عبد الله أوهائية، شرح قانون العقوبات - القسم العام - ص: 424.

غير أن القاضي إذا عمل الظروف المخففة، وحكم بوقف التنفيذ في نفس القضية لا بد أن يسبب ذلك تسبباً واضحاً لكل من التخفيف ووقف التنفيذ؛ وليس يلزمه أن يضع تسبباً مستقلاً لكل منهما⁽¹⁾.

كما يقضي ظاهر هذا الشرط أيضاً بأنه يمكن للقاضي باستخدام سلطته التقديرية أن يوقف تنفيذ العقوبة في مواد الجرح والمخالفات كمبدأ عام، واستثناء في مواد الجنايات إذا سمح إعمال ظروف التخفيف بالنزول إلى عقوبة الحبس، ويكون ذلك عندما تكون العقوبة المقررة هي السجن المؤقت.

وتجدر الإشارة إلى قضاة الموضوع يجوز لهم الحكم بوقف تنفيذ العقوبة ولو كانت المحكمة التي صدر عنها الحكم هي محكمة الجنايات مادام الحكم المنطوق به هو عقوبة جنحة، جاء في م 309/ ف 04 من ق إ ج ج: "وإذا ما أصدرت محكمة الجنايات الحكم بعقوبة جنحة فلها أن تأمر بأن يوقف تنفيذ هذه العقوبة".

ساير المشرع الجزائي الجزائري اتجاه أغلب التشريعات الجزائية في إباحتها وقف تنفيذ عقوبة الغرامة⁽²⁾، ومعلوم أن عقوبة الغرامة لا تكون عقوبة مستقلة في مواد الجنايات ومن ثم لا يمكن للقاضي وقف تنفيذها إلا تبعا لعقوبة سالبة للحرية مخففة، أما في الجرح والمخالفات فتتخذ صوراً ثلاث:

أ/ أن تكون الغرامة العقوبة الوحيدة المقررة: وفي هذه الحالة يفيد منطوق م 592 من ق إ ج ج جواز وقف تنفيذها.

ب/ أن تكون الغرامة عقوبة تختيارية مع العقوبة السالبة للحرية: وفي هذه الحالة يمكن للقاضي وقف تنفيذ العقوبتين معاً، كما يجوز له وقف تنفيذ إحدهما دون الأخرى، لكن

¹ - لحسين شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء العقابي، ص: 316.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 220-223.

يجدر بالقاضي أن يحسن التمييز بين الظروف التي تقتضي وقف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، والظروف التي تستوجب وقف تنفيذ عقوبة الغرامة، وهذا أمر يعتمد على نباهة القاضي وفطنته⁽¹⁾.

ج/ أن تكون الغرامة عقوبة وجوبية مع العقوبة السالبة للحرية: وفي هذه الحالة أيضا يقوم نظام وقف التنفيذ في التشريع الجزائي الجزائري على أساس الفصل بين العقوبتين نوعا وقدر، فيجوز وقف تنفيذ إحداهما دون الأخرى، كما يجوز وقف تنفيذ العقوبة كلياً أو جزئياً، وعليه يجوز أن يوقف القاضي تنفيذ الحبس دون الغرامة أو العكس، كما يجوز أن يحكم القاضي بوقف تنفيذ بعض العقوبتين (الحبس أو الغرامة أو كليهما) فقط.

ومن هنا يظهر أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة للحكم بوقف التنفيذ، حيث تتسع لتشمل الجنايات والجنح والمخالفات⁽²⁾، ففي الجنايات يمكن للقاضي الجمع بين نظامين تخفيفيين إزاء العقوبة المحكوم بها، بحيث يفيد المحكوم عليه بظروف التخفيف لينزل بالعقوبة من السجن إلى الحبس، ثم يحكم بوقف تنفيذها؛ وهذا تخفيف مزدوج يدل على المساحة الواسعة التي أخلاها المشرع للقاضي حتى يحقق التفريد العقابي بأقصى ما يمكن.

يبدو النص واضحاً في تحديد العقوبة التي يجوز أن تكون مشمولة بوقف التنفيذ فهي أولاً عقوبة تعزيرية، حيث استبعد النص الجزائي صراحة عقوبات الحدود والقصاص، ولم يكتب بذلك بل زاد من تقييد سلطة القاضي حتى في مجال التعازير حيث نص بصراحة أيضاً أن عقوبات التعازير ليست جميعها يمكن وقف تنفيذها بل يستثنى من ذلك الجرائم المعاقب عليها بالإعدام؛ لأن المشرع السوداني تبني الرأي الذي عليه جمهور فقهاء المذاهب الأربعة

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 224، يوسف جوادى، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 109.

² - صدراتي نبيلة، السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقدير العقوبة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة - ديسمبر 2017، المجلد (ب) العدد: 48 ص: 283 - 284 .

وهو جواز التعزير بالقتل، جاء في م 27/ ف01: "يكون الإعدام إما شنقا أو رجما، أو بمثل ما قتل به الجاني، وقد يكون حدا أو قصاصا أو تعزيرا وقد يكون معه الصلب"، وبناء على هذه المادة لا تكون العقوبة الاستثنائية موقوفة النفاذ في الحدود والقصاص والتعزير.

كما صرح النص أيضا بأن الجرائم المعاقب عليها بالسجن لأكثر من خمس سنوات لا يجوز وقف تنفيذها؛ لكن هل يجوز تخفيفها فيمكن وقف تنفيذها؟؛ وبالتالي يكون المشرع الجزائي السوداني قد ضيق كثيرا من سلطة القاضي في وقف التنفيذ فيما يخص العقوبة التي يجوز وقف تنفيذها.

ويفهم من سكوت المشرع السوداني وأخذا بظاهر النص أن عقوبة الغرامة مشمولة بوقف التنفيذ، لأنها عقوبة تعزيرية نص المشرع السوداني عليها وعلى أحكامها في م 34/ وفقراتها الأربع؛ ومن ثم فهي عقوبة تتوفر فيها شروط العقوبة القابلة لوقف التنفيذ.

بينما نجد النظام الجزائي السعودي أكثر رحابة في يتعلق بالعقوبة التي يجوز وقف تنفيذها مقارنة مع نظيره السوداني؛ يقول الباحث عبد السلام التويجري⁽¹⁾: "والخلاصة أن عدم تحديد المادة(32) من قواعد الإجراءات والمرافعات أمام ديوان المظالم لسنة 1409هـ حدا لا يجوز معه للدوائر الجزائية التي تقتنع بوقف تنفيذ العقوبة تجاوزه عند الحكم بالعقوبة سواء كانت هذه العقوبة سجنا أو غرامة منح هذه الدوائر سلطة لإعمال تقديرها فيما تنظره من قضايا معتمدة على ما منحت هذه المادة للدوائر من الحق في إيقاف التنفيذ للعقوبة المحكوم بها متى رأت أن أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو ظروفه الشخصية أو ظروف ارتكاب الجريمة أو غير ذلك مما يبعث على القناعة بوقف التنفيذ".

فالمشرع السعودي يعتبر العقوبة السالبة للحرية والغرامة مهما كان حدهما يجوز وقف تنفيذهما، بحيث لم يحدد لهما حدا أعلى متى بلغاه لم يجز فيهما وقف التنفيذ؛ وعلى هذا

¹ - عبد السلام بن عبد العزيز التويجري، وقف تنفيذ العقوبة التعزيرية، ص: 111.

الاجتهاد يملك القاضي سلطة واسعة في وقف التنفيذ لا تتجاوز سلطة القاضي في النظام الجزائي السوداني فحسب بل تتجاوز أيضا سلطة القاضي الجزائي في النظام الجزائي الجزائي أيضا؛ وهذه السعة في سلطة التقدير تعتبر - في نظرنا - الصورة الأمثل لوقف التنفيذ في النظام الجزائي الإسلامي بناء على أن الأصل في التعازير طلاقة يد القاضي وولي الأمر؛ كما نسجل بوضوح أن كلا التشريعين (السوداني والسعودي) ينفقان على استبعاد عقوبات الحدود والقصاص من نظام وقف التنفيذ، وقصره على عقوبات التعازير فقط.

ونلاحظ أيضا اتفاق القانون الجزائي الجزائي مع الفقه الإسلامي إجمالا في استبعاد الجرائم الخطيرة من وقف التنفيذ، وإن وقع الاختلاف في طبيعة هذه الجرائم ونوع ومقدار عقوباتها، حيث حصرها القانون الجزائي في عقوبات السجن والإعدام، بينما حصرها الفقه الإسلامي في عقوبات الحدود والقصاص، وأما ما ذهب إليه التشريع الجزائي السعودي فهو ضرب من السياسة الشرعية التي قد تختلف من بيئة إلى أخرى، والدليل على ذلك أن التشريع الجزائي السوداني منع وقف تنفيذ عقوبة الإعدام ولو كانت عقوبة تعزيرية.

الفرع الثاني/ الشرط المتعلق بالمحكوم عليه:

اشترط التشريع الجزائي الجزائي مثل أغلب التشريعات ألا يكون المحكوم عليه قد سبقا للحكم عليه بالحبس لجنائية أو جنحة من جرائم القانون العام، وبموجب هذا الشرط يجوز أن يستفيد من نظام وقف التنفيذ من سبق الحكم عليه بعقوبة مخالفة، وكذا من ارتكب جرائم عسكرية أو سياسية، لأنهما لا يعتبران سابقة⁽¹⁾، وقد أكدت المحكمة العليا هذا الفهم، فجاء في قرارها الصادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ: 1995/12/17/ ملف رقم: 123415 ما يلي: "إذا كانت المادة 592 تحرم من سبق الحكم عليهم بعقوبة الحبس لجنائية أو جنحة من الاستفادة من وقف التنفيذ فإنها تشترط لذلك أن تكون هذه العقوبة

¹ - عبد الله أوهابيه، شرح قانون العقوبات - القسم العام - ص: 424، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ص: 347، 350.

قد صدرت لارتكاب جنائية أو جنحة من جرائم القانون العام، وهذا ليس حال من سبق الحكم عليه من طرف محكمة عسكرية لارتكابه جنحة الفرار المنصوص عليها والمعاقب عليها في م 255 من قانون القضاء العسكري"، وجاء أيضا في القرار الصادر بتاريخ: 2005/06/01/ ملف رقم: 301132: "إن سبق الحكم على متهم من أجل جنحة الفرار العسكرية لا يحول دون استفادته من وقف التنفيذ".

يضاف إلى هذا الشرط شرط آخر يعتبر مقوما من مقومات حقيقة نظام وقف التنفيذ، بل يعد الشرط الجوهرى و عليه مدار هذا النظام؛ جاء في م 593: "إذا لم يصدر ضد المحكوم عليه بعد ذلك خلال مهلة خمس سنوات من تاريخ الحكم الصادر عن المحكمة أو المجلس حكم بعقوبة الحبس أو عقوبة أشد منها لارتكاب جنائية أو جنحة اعتبر الحكم بإدائته غير ذي أثر وفي الحالة العكسية تنفذ أولا العقوبة الصادر بها الحكم الأول دون أن يلتبس بالعقوبة الثانية".

يعد هذا الشرط في الواقع ضمانا فعلية من قبل المحكوم عليه على إرادته الجادة في سلوك السبيل الأقوم، وآية ذلك أن يلتزم خلال فترة الاختبار بضبط نفسه، فلا يرتكب ما يؤدي إلى إيقاف نظام وقف التنفيذ الذي استفاد منه؛ مما يعني أن هذا الشرط من الناحية الواقعية والزمنية يكون تحققه من عدمه بعد الحكم بوقف تنفيذ العقوبة، فالقاضي حين تتوفر بقية الشروط يحكم بوقف التنفيذ، و يعلم المحكوم عليه بأن هذا الامتياز الذي حصل عليه وهو عدم تنفيذ العقوبة لا يبلغ منتهاه إلا إذا وفى بالشرط المذكور؛ فكأن هذا الشرط في حقيقته ضمان لتحقيق وقف التنفيذ واقعا لا للحكم به.

وإذا كان وقف تنفيذ العقوبة أمرا جوازيا متروكا لسلطة القاضي التقديرية فهذا يعني أن القاضي له مطلق الحرية في ذلك، فيجوز أن يوقف تنفيذ عقوبة بعض الجناة دون البعض، كما يجوز للقاضي بنص المادة 592 أن يوقف تنفيذ العقوبة بشكل كلي أو جزئي، بل إن

نص المادة يفيد جواز وقف بعض العقوبات دون بعض بالنسبة للمحكوم عليه الواحد في القضية نفسها؛ كما لو حكم عليه بالحبس والغرامة، فيجوز للقاضي أن يوقف تنفيذ الحبس، ويحكم بتنفيذ الغرامة، والعكس صحيح على الأقل بما يفيد ظاهر نص المادة المذكورة.

كما أن نص المادة 592 يفيد أيضا بأن إفادة القاضي المحكوم عليه بوقف التنفيذ لا يتوقف على حضوره، بخلاف الحكم بتخفيف العقوبة الذي منع المشرع الجزائري القاضي من إفادة المتهم به إذا تخلف عن الحضور، وهو ما نصت عليه المادة 319/ ف 04 بشكل صريح.

فالقاضي يجوز له الحكم بوقف التنفيذ ولو كان المحكوم عليه غائبا، وقد طعنت المحكمة العليا في حرمان المتهم من وقف التنفيذ على أساس غيابه عن جلسة المحاكمة، واعتبرت ذلك تطبيقا سيئا للقانون من قبل قضاة المجلس، فجاء في نص قرارها: "إن حرمان المتهم من وقف التنفيذ على أساس عدم حضوره أمام المجلس يعد تطبيقا سيئا للقانون، ذلك أن تطبيق المادة 592 ق إ ج غير متوقف على حضور أو تغيب المتهم"⁽¹⁾.

ولا نشك في أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا هو عين الصواب، لأن النصوص المنظمة لأحكام وقف التنفيذ لم تجعل حضور المتهم شرطا لإفادته بوقف التنفيذ، ويعد ما قام به قضاة المجلس من جملة أخطاء قضاة الموضوع التي تعرض أحكامهم للنقض⁽²⁾.

وأسجل في الأخير سكوت المشرع عن وقف تنفيذ العقوبة بالنسبة للشخص المعنوي، أو بعبارة أدق عدم تصريح المشرع الجزائري الجزائري بإمكانية وقف تنفيذ عقوبة الشخص

¹ - قرار صادر بتاريخ: 14 جويلية 1982، نشرة القضاة، ص: 222، رضا معيزة، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، ص: 108.

² - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 265 - 266.

المعنوي، وبما أن العقوبة السالبة للحرية لا يمكن تطبيقها عليه، فلم يبق في حقه من العقوبات الأصلية إلا الغرامة، ولما لم يحدد المشرع حداً معيناً للغرامة التي يجوز وقف تنفيذها، فمقتضى ذلك جواز وقف تنفيذها⁽¹⁾، خصوصاً وأن وقف التنفيذ لا ترتبط فيه العقوبات ببعضها، فتعامل كل عقوبة أصلية بشكل منفرد، فيمكن وقف تنفيذ إحداها دون الأخرى، كما يمكن وقف تنفيذهما معاً، كما يجوز وقف تنفيذ جزء من العقوبة، وتنفيذ الجزء الآخر⁽²⁾؛ وقد عللت الباحثة قريمس سارة صنيع المشرع الجزائري بحداثة العهد بفكرة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون الجزائي الجزائري⁽³⁾.

ثم إن التشريعات الجزائية جميعاً تتفق على ضرورة تأكد القاضي وتثبته من عدم خطورة الجاني بحيث يترجح عدم عودته للإجرام قبل إصداره حكم وقف التنفيذ، وفي هذا السياق يمكن للقاضي الاستعانة بالخبراء النفسيين والاجتماعيين⁽⁴⁾؛ ولا يختلف الفقه الجزائي الإسلامي في هذه المسألة عن التشريعات الجزائية الوضعية، فالقاضي مطالب بأن يتأكد أن وقف التنفيذ هو الحكم المناسب للمحكوم عليه؛ لأن القاعدة في مجال التعازير أنه لا تجوز المعاقبة بما هو أشد إذا كان ما هو أدنى يفي بالغرض؛ لكن ينبغي أيضاً على القاضي في النظام الجزائي الإسلامي أن يتأكد من أن وقف التنفيذ يفي بالغرض ولو بغالب الظن لتعذر اليقين، ولا يتأتى له معرفة ذلك إلا بالاستئناس بماضي المحكوم عليه، وحاله بعد الجريمة.

فأما الماضي فيمكن معرفته من خلال صحيفة السوابق، ويمكن للقاضي المسلم المعاصر في ظل القضاء الإسلامي أن يستفيد في هذا السبيل من الإجراءات الجزائية المعاصرة في هذا

¹ - لحسين شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء العقابي، ص: 311.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ص: 349.

³ - قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 123-124 نقلاً عن: معيزة رضا، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة

العقابية الحديثة، (رسالة ماجستير) التخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، السنة الدراسية، 2009 ص: 107.

⁴ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 294 - 296.

المجال بما لا يخل بأحكام الشريعة ومقاصدها؛، أو سؤال الثقات العدول ممن يعرفونه؛ وأما حال الشخص بعد الجريمة فيرجع في ذلك إلى خبرته في معرفة أحوال النفوس، مع جواز الاستعانة بالخبراء في هذا المجال كما سبق ذكره قبل قليل.

وعلى هذا السنن سار التشريع الجزائي السوداني، حيث جاء في م 170 من ق.إ.ج.ج.⁽¹⁾ "...وذلك مراعاة لسن المحكوم عليه، وخلقه، وسوابقه، وطبيعة الجريمة وظروفها"؛ وكذلك الشأن في قواعد المرافعات والإجراءات السعودي حيث ورد في م 32⁽²⁾: "للدائرة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو ظروفه الشخصية أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة أو غير ذلك مما يبعث على القناعة بوقف التنفيذ، أن تنص في حكمها على وقف التنفيذ".

والنص وإن لم يصرح بحال الجاني بعد الجريمة وعلاقة ذلك بالحكم بوقف التنفيذ، إلا أن استعمال مصطلح "أو ظروفه الشخصية أو غير ذلك مما يبعث على القناعة بوقف التنفيذ" سيتوعب مختلف الأحوال التي تلقي في روع القاضي القناعة بوقف التنفيذ، لأن المادة لم تذكر الدواعي أو الأسباب على سبيل الحصر، يقول أحد الباحثين معقبا على نص المادة المذكورة⁽³⁾: "إنه لم يغط كل الظروف المتعلقة بالجاني، فقط غطى فقط الظروف المتعلقة بشخصه، دون الظروف الاجتماعية المتعلقة بأسرته، أو بحياته العملية، وبالنص بذلك سيقصر عن تغطية أحوال قد تظهر أمام جهة الحكم وترى فيها مبررا للوقف، مثل مسؤوليته عن أسرة كبيرة، أو ندمه، أو المبادرة إلى اعترافه".

¹ - يوسف عيسى حامد مخير، سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة، مجلة الدراسات العليا، جامعة النيلين، جمهورية السودان، مج 04، ج 01 العدد: 14 ص: 09.

² - ينظر أيضا: عبد السلام بن عبد العزيز التويجري، وقف تنفيذ العقوبة، ص: 102.

³ - عبد الفتاح خضر، وقف تنفيذ العقوبة في المملكة العربية السعودية، ص: 35.

ومما يدل على عظمة هذه الشريعة، ويزيدنا إيماناً إلى إيماننا أنها سماوية النسب أنها منحت للقاضي وولي الأمر سلطة واضحة في مجال التعزير ليعاقب أو يعفو أو يوقف التنفيذ، بل حتى العقوبة وضعت نماذج فقط، وتركت الأمر واسعاً للقاضي فيعاقب بكل ما يقدر أنه مصلح للجاني، وذاب عن الفساد، ورغم أن العلوم الإنسانية والاجتماعية لم تكن قد نشأت بعد، فإننا الفقهاء المسلمين بينوا بوضوح أن المجرمين ليسوا صنفاً واحداً، بل أصناف متعددة، وينبغي مراعاة هذا الاختلاف في مجال التعزير، فمنهم من يردده مجرد الإعلام بالذنب، ومنهم من يردعه ويصلحه التوبيخ، ومنهم من يخاف من الجر إلى المحاكم، ومنهم من يوقظه الحبس من غفلته، ومنهم من لا يفيق إلا على وقع السياط تلهب ظهره؛ وتشاء حكمة الله تعالى البالغة وإرادة النافذة أن تتطور المعرفة الإنسانية وتزدهر، ليعلن البحث العلمي الميداني القائم على التجارب والإحصائيات أن الجناة ليسوا صنفاً واحداً، وبناء عليه فإن السياسة العقابية العادلة هي تلك التي تسمح بالتفريد العقابي⁽¹⁾، ولا يتم ذلك إلا بمنح القاضي سلطة واضحة للحكم بالعقوبة المناسبة فجاءت فكرة العقوبات التخيرية ونحوها، أو الاكتفاء بالتهديد بالعقوبة وأظهر صورته نظام وقف التنفيذ، فصَدَّقَت العلوم الإنسانية ببحوثها الميدانية ما جاءت به الشريعة الإسلامية في نصوصها وأحكامها ومقاصدها، فله الحمد والمنة على نعمة الإسلام والإيمان.

الفرع الثالث/ الشرط المتعلق بحكم وقف التنفيذ: اشترط المشرع في الحكم بوقف تنفيذ العقوبة أن يكون مسبباً، فجاء في م592: "...أن تأمر (المجالس القضائية والمحاكم) بحكم مسبب"، وهو شرط منطقي، لأن الأصل تنفيذ العقوبة المحكوم بها⁽²⁾، فإذا صدر الحكم بوقف التنفيذ توجب على القاضي أن يبين دواعي مخالفة الأصل؛ بيد أن المشرع الجنائي

¹ - حاتم موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 291.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ص: 345.

الفرنسي شذ عن هذا الأصل والمبدأ الجنائي العتيد وألزم القاضي بتسبب حكمه إذا قضى بعقوبة الحبس في جنحة دون وقف التنفيذ⁽¹⁾، وحسنا فعل المشرع الجزائري الجزائري حين لم يتابعه في ذلك؛ لأن عدم الحكم بوقف التنفيذ هو الأصل، فكيف يتطلب الأصل تسبباً؟! وهلا طرد المشرع الفرنسي ذلك في سائر الأصول؟!.

إن الغرض من وضع المشرع لهذه الشروط هو ضبط الاستفادة من وقف تنفيذ العقوبة، حتى لا يستفيد من هذا النظام من لا يستحقه من جهة، ويطمئن إلى سلامة التقدير القضائي في إفادة المحكوم عليه بهذا النظام من جهة أخرى.

وبما أن هذا النظام لم ينشأ في رحاب السياسة العقابية الإسلامية، فإن موقف الفقه الإسلامي المعاصر من هذه الشروط يتنازع تياران فقهيان غلبا على الاجتهاد الفقهي الإسلامي المعاصر في المجال الجزائري، أحدهما نَزَّاعٌ نحو إطلاق يد ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، بناء على أصل متفق عليه في الفقه الإسلامي وهو جواز تدخل ولي الأمر لتقييد بعض المباحات أو تقييدها من باب السياسة الشرعية؛ بحيث يستطيع مثلاً تقنين العقوبات التعزيرية وضبطها نوعاً وقدرًا ولو بشكل تدريجي، كما هو الحال في العقوبات الجزائية الوضعية، يقول أحد الباحثين⁽²⁾: "فإن له (أي ولي الأمر) أن يضع من الأنظمة ما يكون فيه حماية لمقاصد الشريعة، فإذا رأى أن المصلحة تتحقق في قدر أو نوع من العقوبات التعزيرية يحكم به القاضي على ما يقع من جرائم قد حددها مقدماً، وأن الزجر لا يحصل إلا بما حدده وعينه، أو أن هذه الجريمة من الخطورة والتفشي بما لا يصلح معها إلا هذا النوع أو القدر من العقوبة فإن ذلك موكول إليه، وعلى القضاة أن يلتزموا بما حدده أو عينه لهم من عقوبات لم يرد بها نص من الشارع لتحديدتها أو تعيينها".

¹ - رضا معيزة، نظام وقف تنفيذ العقوبة في ضوء السياسة العقابية الحديثة، ص: 09.

² - محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص: 313.

وبما أن ولي الأمر يملك سلطة تحديد الجرائم التعزيرية، ويملك سلطة تحديد نوع العقوبة والقدر الملائم منها، وإلزام القضاة بالحكم وفق ذلك، بناء على ما يراه من المصلحة الشرعية، فإنه يملك حتما سلطة الاكتفاء بالتهديد بالعقوبة وهو المسمى بنظام وقف التنفيذ؛ لأن التهديد بالعقوبة قد يكون هو القدر الملائم لبعض الجناة، وتأسيسا على هذا الرأي يمكن لولي الأمر أن يلزم القضاة بشروط معينة لوقف تنفيذ العقوبة، حتى لا يبقى تطبيق هذا النظام هملا دون ضبط؛ وقد نحت هذا المنحى بعض الدول الإسلامية التي تطبق التشريع الجزائي الإسلامي ومنها المملكة العربية السعودية،

وهناك تيار آخر يرى أن الأصل في العقوبات التعزيرية أن تبقى يد القاضي مطلقة لا يقيدتها شيء إلا الضوابط الشرعية العامة في التعازير، فلا يستطيع ولي الأمر تقييد سلطة القاضي سواء في نوع العقوبة أو قدرها، بل القاضي حر يعاقب في الحدود العامة المرسومة لسلطته التقديرية بالعقوبة التي يراها مناسبة، وبالقدر الذي يراه مناسبا، وبناء على هذا الرأي فإن القاضي له كامل السلطة التقديرية في تقرير من يستفيد من وقف التنفيذ ومن لا يستفيد، دون أن تكون هنالك شروط مسبقة، اللهم إلا ما يهديه إليه اجتهاده وفق الأدلة والقواعد والمقاصد الشرعية؛ وبناء على ذلك يكون حكم القاضي بوقف تنفيذ العقوبة بحسب ظروف الواقعة المعروضة عليه، وحال الجاني وحال المجني عليه، دون أن يكون هناك قانون عام صارم يهيمن على جميع الوقائع المعروضة ويمتد إلى سائر القضاة في أحكامهم.

وإلى هذا التيار الأخير أميل بقوة، مستمسكا بأصل تشريع التعزير وهو طلاقة يد القاضي⁽¹⁾ تحقيقا لمبدأ المرونة في هذا المجال، والتي تسمح بمتابعة مختلف أنواع الإجرام، والجاني وظروفه، والمجني عليه وأحواله، ولا أرى داعيا مقبولا لتقييد ما أطلقه الشارع، فلم يأت القائلون بتقييد ولي الأمر لسلطة القاضي بما فيه مقنع، وكل ما أثاروه من حجج يغلب

¹ - عبد السلام بن عبد العزيز التويجري، وقف تنفيذ العقوبة التعزيرية، ص: 222.

عليها الاستكانة إلى الواقع البئس للقضاء مؤسسة ورجالا، بل إن أقوى حججهم وهي القول بأن ولي الأمر قد يرى المصلحة في تقييد سلطة القاضي تنقلب إلى حجة لإثبات العكس، وهي أن القاضي بحكم معالجته للوقائع هو الأدرى بوجه المصلحة الشرعية؛ وهذا الذي أميل إليه هو الذي انتهى إليه الفكر الجزائي المعاصر بعد أن تمسك طويلا، ودعا كثيرا إلى ضرورة غل يد القاضي في الحكم بالعقوبة من خلال مبدأ الشرعية النصي والحرفي⁽¹⁾.

فالحجج التي بنوا عليها دعوتهم إلى تقييد سلطة القاضي كإعدام القاضي المجتهد، وقلة الخبرة لدى قضاة العصر، وكثرة الوقائع التي تستدعي الفصل السريع مع قلة المرافق، كلها تَعَلَّاتٌ يمكن تجاوزها بالاجتهاد في توفير ما ذكر؛ ولا يفوتني أن أنبه إلى أن رفضي لتقنين العقوبات التعزيرية لا ينبغي أن يلتبس به إلزام ولي الأمر القضاء بمذهب معين، لأن اعتراضنا هو إلزام القاضي لعقوبة معينة وقدر معين، ولو كان هذا المقدار محددًا بحددين أدنى وأعلى، لأننا نرى أن الشارع إنما ترك التعازير خلوا من التقدير لعلمه جل وجلاله أن القاضي أقدر على الإحاطة بالظروف المختلفة للجناية والجاني وحال الجاني عليه، ومن ثم جعل تقدير العقوبة أو الاكتفاء بتهديد الجاني بها بيده، فهو وحده من يستطيع أخذ القرار المناسب وفقا لما تتجمع لديه من معطيات الواقعة الجنائية؛ ولقد وجدنا الداعين إلى تدخل ولي الأمر في سلطة القاضي تقييدا لها يعترفون بهذه الحقيقة الواقعية الموضوعية ألا وهي كون القاضي أقدر على الإحاطة بظروف الجريمة وحال الجاني والجاني عليه، ومن ثم فهو الأقدر على تحديد العقوبة نوعا وقدرًا، وكنتيجة لازمة لذلك يكون القاضي هو الأقدر على تحديد من يستفيد من وقف التنفيذ ومن لا يستفيد على القول بجواز الأخذ به؛ يقول محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي: "... ولكن بما أن كل جريمة تختلف عن الأخرى من حيث ظروفها

¹ - دليمة مباركي، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، م 01، العدد: 01، 2004، ص:

وملابساتها، وحال فاعلها، والذي يكون أقرب لإدراك ذلك كله هو القاضي الذي يباشر نظر القضية فإنه ينبغي لولي الأمر - إذا رأى تحديد العقوبة - أن يضع لها حدين أعلى وأدنى تتراوح سلطة القاضي بينهما، حتى يتمكن من تقدير ظروف كل جريمة وحال فاعلها، فيطبق ما يراه مناسباً بما لا يخرج عن الحدين، ويمكن الاكتفاء بوضع حد أعلى لتتسع سلطة القاضي التقديرية فيكون أبلغ في مراعاة الحال⁽¹⁾.

إن الذي يتأمل في هذا الكلام يجد نفسه مدفوعاً للتساؤل بشدة: لم كل هذا الإصرار على تدخل ولي الأمر في سلطة القاضي، رغم التسليم القاطع بأن القاضي هو الأقدر على معرفة الواقعة الجنائية بكل ملابساتها، وبالتالي هو وحده من يملك القدرة على تحديد العقوبة الملائمة والقدر الملائم منها، أو إيقاف تنفيذها، بل العفو عنها إن توفرت دواعيه؟ ! إن أحشى ما أحشاه أن يكون ضغط المدنية المعاصرة بتشريعاتها وهيئاتها الدولية هو من يقف وراء هذا كله، وأنا انسقنا وراء هذا القول مسايرة لما عليه القوم حتى لا نتهم بأننا ضد مبدأ الشرعية.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أنه أيضاً إلى أن الفقه الإسلامي يضيف شرطاً آخر لتقييد سلطة القاضي في وقف التنفيذ يتعلق بالعقوبة وهو ألا تكون العقوبة المشمولة بوقف التنفيذ من عقوبات الحدود أو القصاص؛ لأن العقوبة الحدية تجب حقاً لله تعالى، فلا يجوز وقف تنفيذها باتفاق، وإن جاز تخفيفها استثناء على النحو الذي بيناه في الفصل السابق، ولا يهم من صدر عنه وقف التنفيذ، وأما عقوبات القصاص فإنها حق للعبد وبالتالي فإجني عليه أو أولياؤه هم وحدهم من يملكون حق العفو عن القصاص أو أخذ الدية، وبالتالي لا يملك القاضي سلطة في استيفاء العقوبة أو العفو عنها أو وقف تنفيذها.

¹ - محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص: 321.

وفي هذا السياق لا بد من التنبيه إلى أن عقوبات التعازير ليست جميعها قابلة لوقف التنفيذ، لأن بعضها يتعلق به حق الآدمي، والقاعدة العامة أن الحق إذا غلب فيه حق العبد لم يجوز لغير صاحب الحق إسقاطه، أو العفو عنه أو الصلح عليه؛ سواء كان هذا الغير قاضيا أو ولي الأمر؛ وإلى هذا مال جمهور الفقهاء، يقول عبد العزيز عامر: "وأما إذا كان التعزير لحق آدمي فقد قيل أيضا: إن لولي الأمر تركه والعفو عنه حتى ولو طلبه صاحب الحق فيه، كما هو الشأن في التعزير لحق الله تعالى؛ وقيل: لا يجوز تركه عند طلبه كالتقصاص، وعلى ذلك إذا كان التعزير لحق آدمي فليس لولي الأمر أن يسقطه بعفو أو نحوه؛ وهذا الرأي الأخير هو الصحيح، وعليه أغلب الفقهاء"⁽¹⁾.

بل ذهب بعض الفقهاء -ومنهم الحنابلة- إلى القول بوجوب التعزير وعدم جواز العفو عنه، (وعلى هذا القول لا يجوز أيضا وقف تنفيذها) على الأقل في بعض المعاصي؛ مثل سب الصحابة على ما نقله أبو يعلى الفراء من الحنابلة واستظهره⁽²⁾.

ولا بد من التنبيه هنا إلى أمر في غاية الأهمية، ألا وهو تحافت البعض على إبداعات الفكر الإنساني عموما والفكر الجزائري المعاصر خصوصا، دون تأن ولا تبصر، وليس لهم من حجة سوى كونه أحدث وآخر ما انتهى إليه هذه الفكر، وكأن هذا الفكر صار هو في حد ذاته جوهر الحقيقة في السياسة العقابية وعنوانها.

إنني إذا قلت إن الفقه الجزائري الإسلامي بمرونته يستطيع استيعاب بعض النظم التي أبدعتها التجربة الإنسانية المعاصرة، لا يلزم عن ذلك أن تكون السياسة العقابية الإسلامية نسخة طبق الأصل لنظيرتها في الغرب أو الشرق، فهذا لعمري غاية الاستلاب التشريعي؛ إنما نقصد بالمرونة خضوع هذا النظام للدراسة والفحص، وربما نعثر فيه على أجزاء صالحة

¹ - عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، 512-513.

² - أبو يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، ص: 282، عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، ص: 511.

تناسب مع منظومتنا التشريعية نصوصا وقيما ومقاصدا؛ وبهذا الفقه لمرونة التشريع الإسلامي نقول إن الشروط التي وضعها التشريع الجزائري قد لا تأخذ ببعضها السياسة العقابية الإسلامية؛ ومن ذلك مثلا الشرط المتعلق بتحديد العقوبة التي يوقف تنفيذها نوعا وقدرًا، وكذا تحديد فترة الاختبار بالنسبة للجاني، فإن هذه التحديدات التشريعية التي تصبح ملزمة للقاضي تتعارض مع المرونة التي على أساسها استوعبت السياسة العقابية الإسلامية نظام وقف التنفيذ.

وبناء على ذلك كله، فإن وقف تنفيذ العقوبة حين يأخذ به القضاء الإسلامي يحسن به أن يترك للقاضي سلطة تقدير العقوبة التعزيرية الموقوفة النفاذ، وكذا مدة اختبار الجاني، لأن العقوبات التعزيرية كثيرة ومتنوعة، ولا معنى لقصر وقف التنفيذ على عقوبة أو عقوبتين فقط، وإذا كان ذلك مستساغًا في السياسة العقابية الوضعية نظرًا لأن العقوبة السالبة للحرية والغرامة عليهما مدار العقوبة، فلا معنى لذلك في النظام العقابي الإسلامي مع وفرة العقوبات القابلة بطبيعتها لوقف التنفيذ؛ يضاف إلى ذلك أيضا مدة الاختبار فإنها بطبيعتها تقديرية فلتترك إذن لسلطة القاضي وحده، فهو الأقدر على تحديد المدة بناء على اعتبارات موضوعية أوحى شخصية يراها.

يضاف إلى ما سبق أن القاضي الجزائري له مطلق الحرية في الحكم بوقف التنفيذ، ولا معقب على حكمه إن هو تقيّد بنصوص القانون المنظمة لذلك، وبناء على ذلك يجوز أن يحكم قضاة المحكمة أول درجة بوقف تنفيذ العقوبة، بينما يقضي قضاة المجلس بإلغاء وقف التنفيذ، وبهذا جاءت قرارات المحكمة العليا، ومن أمثلته القرار الصادر بتاريخ: 1983/03/08، حيث جاء فيه: "إن قضاء المجلس بإلغاء وقف التنفيذ الذي أمر

به قاضي محكمة أول درجة لا يعتبر خطأ في تطبيق القانون"⁽¹⁾ ومنه أيضا القرار الصادر بتاريخ: 1981/05/14 في الطعن رقم: 21.678 الذي ورد فيه: "لما كان إيقاف التنفيذ أمرا اختياريا، كان لقضاة الاستئناف الحق في إلغاء ما أمر به القاضي الأول، دون إعطاء أسباب خاصة"⁽²⁾.

ومن الإجراءات المتعلقة بحكم وقف التنفيذ إنذار المحكوم عليه بما يترتب على إخلاله بشرط وقف التنفيذ من آثار، وهذا الإجراء من وجهة نظرنا إمعان من التشريع والقضاء في إعلام وتهديد المحكوم عليه، حتى يؤدي وقف تنفيذ العقوبة ثماره المرجوة؛ وقد نصت م 594 من ق إ ج ج على هذا الإجراء بالقول: "يتعين على رئيس المجلس أو المحكمة بعد النطق بحكم الإدانة طبقا للمادة 592 أن ينذر المحكوم عليه بأنه في حالة صدور حكم جديد عليه بالإدانة فإن العقوبة الأولى ستنفذ عليه دون أن يكون من الممكن أن تلتبس بالعقوبة الثانية، كما يستحق عقوبات العود بنصوص المواد 57 و58 من قانون العقوبات؛" بيد أن المحكمة العليا تناقضت قراراتها بهذا الشأن فتارة تعتبر هذا الإجراء جوهريا يترتب على إغفال القضاة له النقض، ومن أمثله: القرار الصادر بتاريخ: 1989/06/13 ملف رقم: 57.427 حيث جاء فيه: "يتعرض للنقض القرار الذي لم يشر صراحة إلى إنذار المتهم من طرف رئيس الجلسة كما تقتضيه المادة 594 ق.إ.ج.ج"⁽³⁾، وكذا القرار الصادر بتاريخ:

¹ - المجلة القضائية، العدد (01)، 1989، القرار الصادر بتاريخ: 1983/03/08، الغرفة الجنائية الثانية، الطعن رقم: 27.147، ص: 337،

جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية ج 01 ص: 117.

² - جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 01 ص: 118.

³ - أحسن بوسقيعة، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، ص: 237، المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد: 02، سنة: 1991، ملف رقم: 57.427، ص: 211.

1990/05/02 والذي جاء فيه: " إن خلو القرار المطعون فيه من ذكر هذا الإنذار الذي يعتبر من النظام العام يعرضه للنقض"⁽¹⁾.

ونشير في هذا السياق إلى أن الفقيه جيلالي بغدادي جعل هذا إنذار المحكوم عليه ضمن قواعد النظام العام التي نص عليها المشرع تحقيقا للمصلحتين العامة والخاصة ويترتب على مخالفتها البطلان⁽²⁾.

بينما نجد المحكمة العليا في قرارات أخرى تقرر خلاف هذا تماما، ومن أمثلة ذلك القرار الصادر بتاريخ: 1996/03/24 والذي جاء فيه: " إن الإنذار المنصوص عليه في م 594 لا يعد قاعدة جوهرية في الإجراءات لأنه لا يترتب على مخالفته إخلال بحقوق الدفاع أو أي خصم في الدعوى، ومتى كان ذلك فإن عدم الإشارة إليه في القرار لا يؤدي إلى البطلان"⁽³⁾، و في الاتجاه نفسه نجد القرار الصادر بتاريخ: 1999/01/25: "إن عدم احترام مقتضيات المادة 594 لا يؤدي إلى النقض طالما أن هذه المادة لا تنص على الإنذار تحت طائلة البطلان"⁽⁴⁾.

فما الذي تغير في نص المادة 594 حتى ينقلب إنذار المحكوم عليه من إجراء جوهري متعلق بالنظام، ويترتب على إغفاله البطلان، إلى قاعدة غير جوهرية، ولا يؤدي عدم مراعاتها إلى البطلان؟! .!

¹ - أحسن بوسقيعة، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، ص: 237، المجلة القضائية العدد: 01، سنة: 1993، ملف رقم: 59.818، ص: 202.

² - جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 01 ص: 142.

³ - أحسن بوسقيعة، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، ص: 237.

⁴ - أحسن بوسقيعة، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، ص: 237.

المطلب الثالث/ سلب القاضي سلطة وقف تنفيذ العقوبة في القانون الجزائي الجزائري والفتق الإسلامي:

يمكن تصنيف التشريعات الجزائية الوضعية في موقفها من وقف تنفيذ العقوبات الفرعية (العقوبات الفرعية مصطلح يضم العقوبات التبعية والتكميلية، الوجوبية والجوازية) إلى خمس مجموعات⁽¹⁾:

1/ استبعاد وقف تنفيذ العقوبات الفرعية ولو أوقف تنفيذ العقوبة الأصلية ويقوم هذا الاتجاه على خلفية أن أغلب العقوبات الفرعية هي تدابير احترازية، ومع ذلك فالعقوبات التكميلية جوازية وخاضعة لتقدير القاضي فيستطيع عدم الحكم بها أصلا، لكن إن حكم بها فليس له وقف تنفيذها.

2/ وقف تنفيذ العقوبات الفرعية تلقائيا تبعا للأصلية، ويقوم هذا الاتجاه على خلفية أن ظروف وقف تنفيذ العقوبة الأصلية في حالة معينة واحدة لا بد أن تستوجب وقف تنفيذ العقوبة الفرعية، وكما لا يجوز وقف تنفيذ بعض العقوبة دون بعضها الآخر⁽²⁾، كذلك لا يصح وقف تنفيذ العقوبة الأصلية مع تنفيذ العقوبات الفرعية.

3/ منح القاضي سلطة استثناء العقوبات الفرعية من وقف التنفيذ، فالأصل خضوع العقوبات الفرعية لأمر القاضي بوقف التنفيذ، ما لم يصرح القاضي في حكمه بعدم وقف تنفيذها.

4/ منح القاضي سلطة إخضاع العقوبات الفرعية لوقف التنفيذ مع إلزام القاضي بأن يصرح بذلك في منطوق الحكم وإلا عرض حكمه للنقض.

5/ عدم جواز الحكم بعقوبة فرعية عند وقف تنفيذ العقوبة الأصلية.

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 224 - 229.

* القول بعدم صحة وقف تنفيذ جزء من العقوبة وتنفيذ جزئها الآخر محل نظر، فالمرشع الجزائري على سبيل المثال منح القاضي سلطة وقف التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقوبة، جاء في م 592 ق إ ج ج: "... أن تأمر (الجلسات القضائية والمحاكم) بحكم مسبب بالإيقاف الكلي أو الجزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية"، ولا شك أن المرشع الجزائري لم يتدع هذا الأسلوب في تطبيق وقف التنفيذ.

يتضح من خلال ما تم عرضه أن المشرع الجزائي الجزائري ينتمي إلى المجموعة الأولى، أي طائفة التشريعات التي تستبعد العقوبات الفرعية (التبعية) من وقف التنفيذ؛ والذي يظهر لنا أن المشرع أراد من وراء استبعاد وقف تنفيذ العقوبات التبعية الإبقاء على قدر -ولو كان ضئيلا- من الردع، كما أنه ربما قدر بأن وقف تنفيذ العقوبة الأصلية لا يخل به تنفيذ العقوبة التبعية، بحيث يؤدي كل من الحكّمين أغراضه في إصلاح المحكوم عليه والحد من الإجرام.

بيد أنني أميل إلى جعل وقف التنفيذ في العقوبات الفرعية إجمالا بيد السلطة التقديرية للقاضي لعدة مبررات؛ أولها أن جزء من العقوبات الفرعية جعلته أغلب التشريعات بيد القاضي، وهي المسماة العقوبات التكميلية الجوازية، وثاني المبررات أن بعض العقوبات الفرعية عبارة عن تدابير احترازية، والحكم بالتدبير من عدمه يرجع إلى تقدير القاضي إلا في حالات ضيقة يوجب فيها المشرع الحكم بالتدبير تحقيقا لأغراض معلومة ليس هذا محل الخوض فيها.

وقد مال الباحث أكرم نشأت إبراهيم وهو أحد القامات العربية في القانون الجزائري إلى تقرير شمول وقف التنفيذ للعقوبة الأصلية والعقوبات الفرعية كقاعدة عامة، مع منح القاضي سلطة تقديرية في استثناء العقوبات الفرعية من وقف التنفيذ في حالات تستوجب هذا الاستثناء⁽¹⁾، وهو رأي لم نبتعد عنه كثيرا فيما قرّرناه، إذ جوهر الفرق بينهما أننا جعلنا وقف التنفيذ منحا ومنعا بيد السلطة التقديرية للقاضي، بينما اكتفى الفقيه أكرم نشأت بجعل المنع فقط في العقوبات الفرعية بيد القاضي، فالأصل عنده أن تتبع العقوبات التكميلية العقوبات الأصلية تنفيذا أو وقفا؛ وهو بناء نشكك كثيرا في قدرته على الصمود أمام مقتضيات مبدأ التفريد العقابي.

وضمنا لبقاء جانب الردع للعقوبة نجد المشرع يمنع القاضي في بعض الحالات من استخدام سلطته التقديرية لوقف تنفيذ العقوبة، وقد وجدنا ذلك في القانون الجزائري الجزائري وكذا الفقه

¹ - أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 229 - 230.

الجزائري الإسلامي، بيد أنه سلب تجزيئي تفصيلي في القانون الجزائري، وسلب إجمالي كلي في الفقه الإسلامي؛ وهو في كلا النظامين سلب لسلطة القاضي في وقف التنفيذ لنوع العقوبة.

ففي القانون الجزائري الجزائري نص المشرع على حالة واحدة فقط فيا نعلم وهي العقوبات التبعية، حيث جاء في م 595 ق إ ج ج ج: "...كما لا يمتد (إيقاف العقوبة) أيضا إلى العقوبات التبعية...". ومعلوم أن العقوبات التبعية هي عقوبات تطبق بقوة القانون حين الحكم بعقوبة أصلية، فهي عقوبات وجوبية لا سلطة للقاضي في الحكم بها، لكن المشرع الجزائري في تعديل 2006/12/20 ألغى بعض هذه العقوبات التبعية، وأدمج بعضها ضمن العقوبات التكميلية⁽¹⁾.

فيتعين على المشرع إذن حذف عبارة (العقوبات التبعية) من المادة 595، وتعديلها بما يتناسب مع إلغاء بعض العقوبات التبعية، وضرورة بعضها عقوبات تكميلية والتي هي جوازية في الأصل⁽²⁾، ووجوبية في بعض الحالات التي ينص عليها القانون، ولو أن المشرع عبر بالعقوبات الفرعية لكان أدق، لأنه يشمل العقوبات غير الأصلية بشكل عام، سواء كانت وجوبية أم جوازية، خصوصا وأن المشرع منع وقف التنفيذ في القسمين معا، أي العقوبات الوجوبية والجوازية.

والغريب أن الباحث أحسن بوسقيعة، وكذا بن شيخ لحسين⁽³⁾ أشارا باقتضاب إلى استبعاد المشرع للعقوبات التكميلية من نظام وقف التنفيذ، بحيث لا يجوز للقاضي الحكم بوقف التنفيذ فيها، مع أن المشرع عبر بالعقوبات التبعية في م 595 ق إ ج ج، بحسب

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 240.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 242.

³ - لحسين بن الشيخ، المنتقى في القضاء العقابي، ص: 311.

طبعة منشورات بيرتي التي أشرف عليها أحسن بوسقيعة ودعمها مشكورا باجتهادات المحكمة العليا؟! .

وبالرجوع إلى نص المادة 595 باللغة الفرنسية نجد أن المشرع عبر بما يلي:

La suspension de la peine ne s'étend pas...elle ne s'étend pas non plus aux peines accessoires...

مع الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري خالف اتجاهه الرامي إلى الردع عن بعض الجرائم من خلال منع تخفيف عقوباتها، ففي جرائم التهريب وفي م 22 وتحت عنوان: استبعاد ظروف التخفيف: "لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا الأمر من ظروف التخفيف المنصوص عليها في م 53 من قانون العقوبات: إذا كان محرضا على ارتكاب الجريمة، إذا كان يمارس وظيفة عمومية أو مهنة ذات صلة بالنشاط المجرم وارتكب الجريمة أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبةها، إذا استخدم العنف أو السلاح في ارتكاب الجريمة"، ولم نجد مثيلا لذلك في وقف التنفيذ، فالمشرع الجزائري لم يستبعد وقف التنفيذ في جرائم التهريب أسوة بظروف التخفيف ولو لبعض الجناة على الأقل.

ومما استبعده المشرع الجزائري من وقف التنفيذ وإن لم يصرح به عقوبتي الإعدام والسجن بنوعيه المؤبد والمؤقت إذا لم يخففا إلى الحبس، ويمكن إن يقابل ذلك في الفقه الإسلامي عقوبات الحدود والقصاص، حيث لا يجوز وقف تنفيذها وإن جاز إرجاء تنفيذها متى ما وجدت الاعتبارات المقبولة شرعا كما مر البيان؛ وبذلك يلتقي التشريعان في استبعاد بعض العقوبات من وقف التنفيذ تغليباً لجانب الردع.

كما أن المشرع الجزائري سلب القاضي سلطة إلغاء وقف التنفيذ*، فلم يجعله بيده، بل جعله يتم بشكل تلقائي دون حاجة إلى تدخل القضاء، وهذا ما صرحت به المحكمة العليا في عدد من قراراتها، منها القرار الصادر بتاريخ: 22 فيفري 1983: "إن إلغاء وقف التنفيذ يؤدي إلى التنفيذ المتوالي للعقوبة الأولى والثانية، مع الملاحظة إن سقوط الحق في وقف التنفيذ يتم بقوة القانون، دون حاجة لصدور أمر لهذا الغرض من طرف القاضي الذي رفعت له الملاحقة الثانية، علما أنه ليس ملزما بإصدار مثل هذا الأمر"⁽¹⁾؛ وفي قرار آخر للمحكمة العليا⁽²⁾: "ومع ذلك فإن القضاء بإلغاء وقف تنفيذ العقوبة الأولى بموجب حكم ليس خطأ في تطبيق القانون".

والذي نراه أن يتمتع القاضي بسلطة تقدير إلغاء وقف التنفيذ من عدمه، فيكون الإلغاء قضائيا لا قانونيا، جوازيا لا وجوبيا، لأننا نتعامل مع ظاهرة إنسانية واجتماعية في غاية التعقيد، يصعب معها وضع نظام أو إجراءات تطبق آليا وكأن الأشخاص متماثلون في كل شيء ومن كل الوجوه، وهذا ما انتهى إلى تحييده بعض الباحثين الجنائيين مثل حاتم موسى بكار⁽³⁾، ولعل الباحث إنما اهتدى إلى هذا الرأي بتوجيه خفي من هدي الشريعة الإسلامية

* إلغاء وقف التنفيذ نوعان: قانوني وقضائي، فأما القانوني فيتم بشكل تلقائي حين يحل المحكوم عليه بأحد شروط الاستفادة من وقف التنفيذ، فتطبق العقوبة الموقوفة دون حاجة لتدخل القضاء؛ وأما القضائي فنوعان:

أ/ وجوبي: ويكون القاضي ملزما به في الأحوال التي تقتضيه، ولا يكون إلا بحكم قضائي.

ب/ جوازي: يتمتع فيه القاضي بحرية الاختيار بين الإبقاء على وقف التنفيذ أو إلغائه، لكن الإلغاء الجوازي المطلق يضعف الأثر التهديدي لوقف التنفيذ، حيث يفتح باب الأمل في رافة القاضي إذا عزم على ارتكاب جريمة جديدة. ينظر: أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 275 - 282، حاتم موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 321 - 323.

¹ - المجلة القضائية ع 01/ 1989، القرار الصادر بتاريخ: 22 فيفري 1983، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم: 27826، ص: 332، وينظر أيضا: فريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 122.

² - أحسن بوسقيعة، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، (الجزائر، منشورات بيري، 2009-2010) ص: 236.

³ - حاتم موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 540.

في مجال التعازير، خصوصا وأن الباحث جعل القانون الجزائي الليبي المستمد في كليته من التشريع الإسلامي مجالا لدراسته الماتعة.

وهذا الرأي عندي مبني على مبدأ هام هو أن القاضي أعلم بالحال من المشرع، اللهم إلا في بعض الحالات التي يريد فيها المشرع الزجر عن بعض الجرائم، أما أن يترك المشرع مساحته التجريدية النموذجية، ويسرح في الوقائع والتفاصيل فإنه يرمي في غير ما غرض، إذ كيف يبت فيما هو بحسب الأصل من عمل القضاء؟.

وأضيف في الأخير أمرا ثالثا سلب فيه المشرع الجزائي القاضي سلطة التقدير، ألا وهو مدة اختبار الجاني⁽¹⁾، وهو سلب لسلطة التقدير الكمي، فقد حسم المشرع في المادة 593 مدة الاختبار بقوله: "إذا لم يصدر ضد المحكوم عليه بعد ذلك خلال مهلة خمس سنوات من تاريخ الحكم الصادر عن المحكمة أو المجلس حكم بعقوبة الحبس أو عقوبة أشد منها لارتكاب جناية أو جنحة اعتبر الحكم بإدائته غير ذي أثر".

ومقتضى المادة المذكورة أن مدة الاختبار واحدة بغض النظر عن شخصية المحكوم عليه، والجريمة التي ارتكبتها، والعقوبة المحكوم بها، وهذا في نظرنا قصور واضح، لا يتماشى مع روح القانون، ولا مع السياسة العقابية الحديثة التي تسعى لإعطاء هامش مقبول لسلطة التقدير القضائي، كما لا يتماشى أيضا مع مبدأ التفريد العقابي المبني على حقيقة اختلاف شخصيات المجرمين وظروفهم.

كما استبعدت م592 المحكوم عليه العائد من الاستفادة من وقف تنفيذ العقوبة، وبالتالي لا يملك القاضي أية سلطة تقديرية تجاه المحكوم عليه العائد، فجاء فيها: "يجوز للمجالس القضائية وللمحاكم في حالة الحكم بالحبس أو الغرامة إذا لم يكن المحكوم عليه قد سبق

¹ - قريمس سارة، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 120، عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام) ج 02 ص: 500.

الحكم عليه بالحبس لجناية أو جنحة من جرائم القانون العام، أن تأمر بالإيقاف الكلي أو الجزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية"، وأكد اجتهاد المحكمة العليا فحوى المادة المذكورة بالقول(1): "يتعرض للنقض لمخالفته مقتضيات م 592 ق إ ج ج قرار غرفة الاستئناف الجزائية القاضي على متهم عائد بالحبس مع إيقاف التنفيذ".

ومع ذلك فإن المشرع الجزائري في م 592 منح سلطة واضحة فيما يتعلق بالعقوبة الموقوفة النفاذ إذا كان القانون قد وضع عقوبتي الحبس والغرامة معا، فيملك القاضي سلطة الحكم بتنفيذ إحداها دون الأخرى، بل يملك سلطة الحكم بتوقيع بعض العقوبة ووقف تنفيذ بعضها الآخر، وهو ما عبرت عنه المادة بالقول: "أن تأمر(المجالس القضائية والمحاكم) بالإيقاف الكلي أو الجزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية".

¹ -جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 01 ص: 234.

المبحث الثاني/ سلطة القاضي في العفو عن العقوبة في القانون الجزائري الجزائي والفقه الإسلامي:

يتضمن هذا المبحث كسابقه ثلاثة مطالب، نتناول في الأول منها معنى العفو ومشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائي، وينصب الثاني حول سلطة القاضي في العفو منحا وتقييدا أو سلبا.

المطلب الأول/ معنى العفو ومشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائي الفرع الأول/ معنى العفو في اللغة واصطلاح الفقه الجزائري الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري:

البند الأول/ معنى العفو في اللغة:

أ/ العفو لغة: العفو أصله الحو والطمس، ومنه عفت الرياح الآثار أي درستها ومحتها⁽¹⁾؛ ويأتي بمعان أخرى كثيرة منها: الصفح و التجاوز ومنه العفو عن المذنب، والكثرة ومنه عفا القوم أي كثروا؛ والفضل ومنه قول العرب: خذ من ماله ما عفا و صفا، أي ما فضل ولم يشق عليه⁽²⁾.

البند الثاني/ معنى العفو في اصطلاح الفقه الجزائري الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري:

يدور مصطلح العفو في الفقه الجزائري الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري حول معنى إسقاط الحق في العقاب ممن منحه الشرع أو القانون هذا الحق، ويتخذ هذا الإسقاط صورا عدة، بعضها يلتقي فيه الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري، وبعضها محل خلاف بينهما، وفي ما يلي عرض لهذه الصور وبيان نقاط الاتفاق والاختلاف.

* عفو الضحية أو أولياؤه عن الجاني:

¹ - ابن منظور، لسان العرب، م 04 ج 34 ص: 3018، الرازي، مختار الصحاح، ط 01 (بيروت: لبنان، دار ومكتبة الهلال، 1983) ص: 443.

² - ابن منظور، لسان العرب، م 04 ج 34 ص: 3019-3020.

إن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي التي يقوم عليها تقسيم الحقوق أن صاحب الحق هو وحده من يملك حق إسقاطه، وبناء على ذلك إذا كان الحق يتنازعه جانبان حق الله وحق العبد، فإن كان الغالب حق العبد جاز له إسقاطه، ووفقا لذلك ذكر الفقهاء أن المحني عليه يجوز له إسقاط حقه في المطالبة بالعقوبة في مجالين:

الأول/ في جرائم الحدود: وإسقاط الحق في العقاب في هذا المجال استثناء، لأن الحق الغالب في هذا النطاق أو المجال إنما هو حق الله تعالى، لذلك لا تقبل الحدود عفو ولا شفاعة ولا استبدالاً ولا تخفيفاً ولا وقف التنفيذ، وإن جاز عند غالبية الفقهاء إرجاء التنفيذ كما في المرأة الحامل والمريض الذي يرجى برؤه؛ لكن ورد استثناء من هذا الأصل العام غلبة حق العبد في جريمة واحدة وهي القذف، حيث اختلف الفقهاء فيها فذهب فريق منهم - وهم الشافعية والحنابلة⁽¹⁾ - إلى تغليب حق العبد، ومن ثم جاز للمقذوف عندهم أن يعفو عن الجاني فتسقط عنه عقوبة القذف، يقول صاحب مغني المحتاج وهو بصدد تعداد الأسباب المسقطه لحد القذف⁽²⁾: "... ويسقط أيضا حد القاذف بإقامة البينة بزنا المقذوف وإقراره وبعفوه وباللعان في حق الزوجة"، لكن العفو هنا يسقط العقوبة الحدية المقررة والواجبة شرعا، ولا يسقط عقوبة التعزير لأنها شرع للزجر والتأديب⁽³⁾.

كما توجد حالة أخرى استثنائية في جرائم الحدود وهي عقوبة جريمة الحراة، حيث نقل الماوردي أن المحارب إذا لم يقتل ولم يأخذ مالا فإن الإمام يعززه بما يراه من ضرب، أو حبس، أو نفي؛ وإن رأى ترك تعزيره والعفو عنه جاز؛ وهناك قول ثان وهو تعين حبسه⁽⁴⁾، على الرغم من أن الشافعية والماوردي منهم يرون بأن العقوبات ليست على التخيير، وحتى ولو قلنا إن العقوبات الواردة في الآية الكريمة للتخيير، فليس فيها جواز العفو عن المحارب، لأن الآية إنما ذكرت القتل والصلب والقطع والنفي لا غير.

¹ - ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 386.

² - ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 04 ص: 204.

³ - ابن الخطيب الشربيني، المرجع نفسه ص: 204.

⁴ - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 359.

ويعرف قانون العقوبات الجزائري - مثل كثير من التشريعات الجزائية الوضعية - هذا النوع من العفو، ويسمى عفو الضحية، وهو منصوص عليه في حالات جزئية معدودة في قانون العقوبات الجزائري إثر تعديل 2006، لكن بين عفو الضحية في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري اختلاف من وجوه، أهمها أن العفو في الفقه الإسلامي يسقط العقوبة المقررة أصلاً للجريمة، لكنه لا يعفي الجاني من العقوبة التعزيرية التي يقدرها القاضي أو ولي الأمر، أما في قانون العقوبات الجزائري فالعفو معناه سقوط المتابعة الجزائية برمتها في أي مرحلة كانت، مما يعني إعفاء الجاني من العقاب أياً كان شكله، كما أن رفع الدعوى في الفقه الإسلامي حق للمقذوف حصراً، بينما هو من حق الضحية وكذا النيابة العامة في قانون العقوبات الجزائري، وعدم اشتراط المشرع الجزائري شكوى المجني لتحريك الدعوى العمومية خروج عما هو سائد في القانون المقارن حيث تجعل أغلب التشريعات شكوى المجني عليه شرطاً لتحريك الدعوى العمومية والمتابعة الجزائية، وذلك لأن المساس بالاعتبار والشرف مسألة ذاتية وخاصة بمن وجه إليه القذف، فلا يصح منطقياً أن تحل النيابة العامة بديلاً عنه لتحديد العبارات المسيء لشرف المعني واعتباره⁽¹⁾.

وفي حدود علمي يوجد هذا النوع من العفو في جرائم الاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة وإفشاء الأسرار، ومثاله ما ورد في م 298: "يعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من شهرين (02) إلى ستة (02) أشهر وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ ويضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية" وكذا المواد: 299، 303 مكرر، 303 مكرر 01.

الثاني/ في جرائم القصاص: وهو إسقاط المجني عليه أو أولياء الدم حقهم في القصاص أو القصاص والدية معا عن الجاني، لأن القصاص وكذا الدية حق غالب للعبد، لذا جاز منه

التنازل والإسقاط بمقابل وهو المسمى دية، أو بغير مقابل، قال تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 01 ص: 218-219، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء العقابي، ص:

أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَنْبَأَ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءِ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ مِّنَ رَبِّكَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهِيَ عَذَابٌ أَلِيمٌ (البقرة/ 177) حيث اتفقت كلمة المفسرين على أن المقصد من الآية المصالحة على الدماء⁽¹⁾، والناظر في المصنفات الفقهية يجد العفو بهذا المعنى حاضرا أيضا، يقول السرخسي الحنفي رحمه الله تعالى⁽²⁾: "... ولهذا لم يكن استيفاء الطرف (أي في قصاص الأطراف) موجبا للضمان قبل العفو فكذلك بعد العفو، ولأن العفو إسقاط"، ويقول ابن الجلاب المالكي⁽³⁾: "وإذا أقسموا كلهم فوجب القود^(**) لهم، فعفى عنه بعضهم، سقط الدم، ووجب لمن بقي أنصبأؤهم من الدية".

ويفرق بعض الفقهاء -ومنهم الحنفية- بين العفو عن القصاص والعفو عن الدية من حيث التسمية، فيسمون العفو عن القصاص في مقابل الدية صلحا، وعلى غير مقابل عفو⁽⁴⁾؛ وأساس التفرقة بين العفو على الدية أو على غير الدية من حيث التسمية هو خلاف الفقهاء في الواجب في جريمة القصاص، فمن رأى أن الواجب هو القصاص عينا، وهم الحنفية والمالكية يسمون العفو مقابل الدية صلحا، لأن التنازل عن القصاص في مقابل دفع الجاني للدية إنما يكون برضا الجاني، فإذا رضي فمقتضاه أنه تصالح مع أولياء الدم؛ ومن رأى بأن الواجب أحد أمرين، القصاص أو الدية، يسمي العفو عن القصاص مقابل الدية

¹ - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج 02 ص: 141.

² - السرخسي، المبسوط، ج 26 ص: 150.

* ابن الجلاب: أبو القاسم بن الجلاب، قيل اسمه عبيد بن الحسين بن الحسن، وسماه القاضي عياض محمد بن الحسين، ثم قال (أي عياض) ويقال اسمه الحسين بن الحسن، وسماه الشيخ أبو إسحاق في طبقات الفقهاء عبد الرحمان بن عبيد الله؛ تفقه بالقاضي أبي بكر الأبهري، تتلمذ على يديه القاضي عبد الوهاب البغدادي، وله مصنف كبير في مسائل الخلاف، وله كتاب التفرع، مات (378هـ). النهي، سير أعلام النبلاء، ج 16 ص: 383 - 384، محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، شجرة النور الزكية، ج 01 ص: 137

³ - ابن الجلاب، التفرع، ج 02 ص: 208.

** القود معناه القصاص، يقول القرطبي: "إنما سمي القصاص قودا لأن العرب كانت تقود الجاني بجبل في رقبته فتسلمه، فسمي القصاص قودا لأنه كان يلزمه" الذخيرة، ج 12 ص: 351.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 247.

عفوا⁽¹⁾، مع الإشارة إلى أن الفقهاء القائلين بوجوب القصاص عينا وهم الفريق الأول يستخدمون أيضا مصطلح العفو ويقصدون به الصلح، أي العفو في مقابل الدية، يقول الحطاب وهو من المالكية⁽²⁾: "... يعني إذا وقعت الجناية بالشروط المذكورة على النفس أو المال فالواجب في ذلك عند ابن القاسم إنما هو القود، أي القصاص، وليس لورثة المقتول أن يعفو على الدية، وكذلك ليس للمجني عليه في الجراح أن يعفو على الدية..".

وقد تفرد الفقه الجزائري الإسلامي بهذا النوع من العفو، فلا نظير له في التشريعات الجزائرية الوضعية، لأنها لا تأخذ بعقوبة القصاص على أنها حق غالب للعبد، بل تراها عقوبة واجبة للحق العام، فحتى لو عفا ولي الدم أو المجني بيقى حق الدولة في العقاب فلا يسقط بحال، إلا في الحالات التي يجيزها القانون، مثل حالات انتفاء المسؤولية الجزائية، ثم تطور الأمر شيئا فشيئا وصارت هذه الأنظمة والتشريعات الجزائرية ترى فيها عقوبة غير إنسانية، وأثرا ممقوتا من الحقبة التي كان فيها الغرض من العقاب هو الانتقام والتشفي من الجاني، والبشرية اليوم بحسب زعمهم بلغت حدا من التمدن لا يتناسب معه بقاء عقوبة القصاص، ولذا لا بد من إلغاء عقوبة الإعدام عموما والقصاص على وجه الخصوص.

** عفو القاضي أو ولي الأمر:

يقصد بالعفو في هذا الاستعمال صفح وتجاوز القاضي أو ولي الأمر عن عقوبة المجرم رغم ثبوت الجريمة ونسبتها إليه، أما عفو القاضي فواضح لكونه يملك سلطة العفو عن الجاني في العقوبات التعزيرية حصرا، وبقيود سنذكرها لاحقا أثناء رسم حدود سلطة القاضي في العفو. أما بالنسبة لولي الأمر فباعتباره قاضيا أيضا، لا باعتبار منصبه السياسي في تدبير الشأن العام، ومن ثم لا يملك ولي الأمر في الفقه الإسلامي العفو عن المجرمين إلا فيما حوله الشرع العفو فيه، وهي العقوبات التعزيرية حصرا وفي حدود معينة، فعقوبات الحدود تجب حقا لله تعالى كأصل عام، فلا يملك فيها ولي الأمر ولو كان خليفة المسلمين حق العفو عنها،

¹ - حسين بن عبد الله العبيدي، الصلح في القتل العمد أو الخطأ، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض:

السعودية، العدد: 13، 1433هـ/2012، ص: 90.

² - الحطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 295.

وعقوبات القصاص يحتكر المجني عليه أو أولياؤه فقط حق العفو، كما أن عفو ولي الأمر في الفقه الإسلامي ليس عفوا مرتبطا بمناسبة سياسية أو عيد وطني أو ديني ونحو ذلك، كما هو الشأن في القوانين الوضعية ومنها القانون الجزائري، وإنما هو عفو وفق قواعد وشروط نبه إليها الفقهاء في مصنفاتهم.

بينما في التشريع الجزائري نجد أنماطا من العفو تتعد كثيرا عن هدي الفقه الإسلامي في العفو، كما ناهضها بعض الفقهاء الوضعيين الكبار ووقف لها بالمرصاد، ومن هذه الأنماط أو الصور:

أ/ **العفو الرئاسي**: La grace ويسمى أيضا العفو الخاص⁽¹⁾، وقد جعله المشرع الجزائري من صلاحيات رئيس الجمهورية مثلما تقرره أغلب التشريعات الوضعية⁽²⁾، ونص على ذلك في أعلى وثيقة تشريعية، وهي التشريع الأساسي (الدستور)؛ فجاء في الدستور الجزائري المعدل بالقانون رقم: 01/16 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437 هـ الموافق ل 03/06/2016م والصادر بالجريدة الرسمية في عددها الرابع عشر (14) بتاريخ 2016/03/07 وفي م 91 منه ما نصه: "يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور بالسلطات والصلاحيات الآتية: 7.../ حق إصدار العفو، وحق تخفيض العقوبات أو استبدالها"؛ وقد دافع ليف من الجزائريين عن فكرة منح رئيس الجمهورية سلطة العفو عن العقوبة، وقدموا مجموعة من الحجج أهمها قولهم:

1/ إن العفو الرئاسي الفرصة الأخيرة للتفريد العقابي، حيث يأخذ بعين الاعتبار التحسن الذي يطرأ على سلوك المحكوم عليه، والظروف المخففة التي تستجد بعد الحكم، والتي لم

¹ - غسان رباح، نظرية العفو في التشريعات العربية - دراسة مقارنة بين القوانين والاحتمادات العربية والأوروبية - ط 01 (بيروت: لبنان، منشورات عويدات، 1985) ص: 33، الوافي محمد لحضر، نظام العفو عن العقوبة وتأثيره على فعالية السياسة العقابية، مذكرة ماستر، التخصص: السياسة الجنائية والعقابية، تحت إشراف: جديدي طلال، جامعة العربي التبسي، تبسة، السنة الجامعية: 2015-2016، ص: 03.

² - أكرم نشأت إبراهيم، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص: 324 نقلا عن: محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ط 06 (القاهرة: مصر، 1690) ص: 597 - 600، حاتم موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ص: 328، يوسف جواد، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص 119.

يكن في وسع القاضي الإحاطة بما عندالحكم؛ ومن ثم يسمح العفو بإقامة توازن بين اعتبارات العدالة والاعتبارات الإنسانية .

2/ التخفيف من قسوة القانون في بعض الحالات.

3/ إصلاح الأخطاء القضائية دون حاجة للانتظار حتى يفصل في الطعن بإعادة النظر مع ما يصحبه من إجراءات طويلة، 4/ توظيف العفو الرئاسي خصوصا إذا كان معلقا على شرط في إصلاح المحكوم عليه.

لكن بالمقابل وجد من ناهض فكرة العفو الرئاسي من وجهة المشروعية، فيأخذون عليه أنه خرق فاضح لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يعد من خصائص الدولة الحديثة، ويفصلا بين الدولة الديمقراطية وغير الديمقراطية⁽¹⁾ وذلك بإعطاء الرئيس فرصة هدم عمل قامت به السلطة القضائية وفقا لما يخوله إياها القانون⁽²⁾.

فالقول بأن العفو الرئاسي الفرصة الأخيرة للتفريد العقابي، وأنه يخفف من قسوة القانون، ويسرع إصلاح الأخطاء القضائية، قول يمكن دحضه من جهة، وتقديم بدائل تحقق تلك الغايات وتحافظ على مبدأ الفصل بين السلطات من جهة أخرى؛ فالتفريد العقابي يتحقق من خلال التفريد التشريعي أولا، والسلطة الواسعة للمنوحة للقاضي لتفريد العقوبة نوعا وقدرا ثانيا، والتخفيف من قسوة القانون وإن كان كلاما غريبا (إذ كيف يضع التشريع عقوبات قاسية؟) لكن رغم ذلك فقد خفف المشرع العقوبات بعدة أساليب منها: التخيير، الاستبدال، وقف التنفيذ... ومنح القاضي سلطة واضحة في تخفيف العقوبات، وأما إصلاح الأخطاء القضائية فهو أغرب الحجج وأبعدها لأن لنا أن نتساءل: ما طبيعة الخطأ القضائي الذي تغفل عنه مختلف درجات التقاضي وينتبه إليه رئيس الجمهورية؟ وأخيرا ألا يمكن وضع حلول تعالج هذه الاختلالات إن وجدت دون أن تبغي السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية؟! .

¹ - وائل حلاق، الدولة المستحيلة-الإسلام والسياسة ومأزق الحداثة الأخلاقية - ترجمة: عمرو عثمان، ط01 (بيروت: لبنان، 2014) صك 90.

² - غسان رياح، نظرية العفو في التشريعات العربية، ص: 33 نقلا عن: (garçon , picot , revue , penit , (1899) p.954).

يمكن القول إجمالاً أنه مهما قدم المتحمسون لسلطة رئيس الجمهورية في العفو عن العقوبة من أدلة للمحاجة على مشروعيتها فإنها لم تصمد أمام أدلة المدافعين عن مبدأ الفصل بين السلطات؛ فقد ذهب بعض الفقهاء الجزائريين الغربيين إلى أن العفو الرئاسي يشجع على الإجرام⁽¹⁾، ومن هؤلاء الفقهاء بنتام، بيكاريا، فيلانجيري⁽²⁾، يقول بنتام في حجاج مبهت للمدافعين عن مشروعية العفو الرئاسي، والمحتجين بأن العفو من الملك فضيلة: "نحن نوافقهم على ذلك (أي على أن العفو فضيلة في الملك) إن كانت الجريمة موجهة نحو شخصه (الملك) أو حاشيته، إذ في هذه الحالة يكون عفوهم عظيم القدر، لأن فيه نصرة له على شهواته، لكن إذا كانت الجريمة موجهة ضد الهيئة الاجتماعية، فالعفو ليس من الشفقة في شيء، بلا هو من وسائل الخلل".

فالعجب كل العجب أن يبحث الفكر الجزائي المعاصر التشريعات الوضعية على ضرورة إعطاء القاضي مساحة أكبر لتفريد العقوبة، و تتغنى التشريعات الوضعية بمبدأ التفريد، ثم تُمنح السلطان التشريعية والتنفيذية حق العفو عن المحكوم عليه، بينما السلطة التي تنظر في الواقعة الجرمية وظروفها، وظروف المتهم لا يحق لها إصدار العفو، فهل هنالك خلل أوضح من هذا وأفدح؟! فإين هي سلطة الحكم القضائي وحججته؟، إذا كانت محلاً للنقض لا من قبل المحكمة العليا، بل من قبل شخص ليس له نصيب في الأصل في الحكم القضائي.

ب/ العفو الشامل:

ويسمى L'annistie وهو العفو عن الجريمة بإزالة الصفة الجرمية عن الفعل، وتعطيل النص القانوني المقرر لها، ويترتب عليه امتناع السير في الإجراءات الجزائية بالنسبة للجريمة المعفى عنها، أو زوال كل أثر للحكم الصادر بالعقوبة بشأن نفس الجريمة؛ وهو إجراء تشريعي يصدر بناء على قانون يصدر عن السلطة التشريعية أو البرلمان، فنص م 122 من الدستور الجزائري: "يُشرع البرلمان في الميادين... والعفو الشامل".

¹ - غسان رباح، نظرية العفو في التشريعات العربية، ص: 40، محمد رباح، العفو الرئاسي...باب العودة إلى الإحرام في الجزائر، موقع قناة الجزائر،

channel.net www.algerie.net بتاريخ: 2016/04/19.

² - نبيل عبد الصبور البراوي، سقوط الحق في العقاب (القاهرة: مصر، دار الفكر العربي، 1416 هـ / 1996) ص: 63.

والعفو الشامل لا يكون عادة في الجرائم التقليدية التي تكون عادة محلا للعفو الرئاسي، وإنما يتعلق بالجرائم ذات الطبيعة السياسية التي تقع عقب الانقلابات السياسية، أو الاضطرابات الشعبية، ويمكن أن يتعلق بالجرائم الاقتصادية والجرائم الجرمية التي لها وضعية خاصة عقب تغيير الأنظمة السياسية والاقتصادية⁽¹⁾، وهو مثار نقد لإغفاله اعتبارات التفريد العقابي، حيث يمنح للمحكوم عليهم به بصرف النظر عن جدارتهم بهأم لا، ويعكس صفو النظام العام بالإفراج المفاجئ عن عدد كبير من الجناة الذين يعانون هم أنفسهم من القذف بهم - بغتة - على جسر الحرية⁽²⁾؛ وتجدد الإشارة هنا أن الفقه الجزائري الإسلامي منح سلطة للعفو للقاضي وولي الأمر في حدود معينة، وهذا المنح باعتبارهما يباشران النظر في الواقعة، وهما أدري بالظروف وما يصلح الجاني، وما يحقق مصالح الجماعة، بخلاف ما عليه التشريعات الوضعية ومن بينها قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الثاني/ مشروعية العفو في الفقه الجزائري الإسلامي والقانون الجزائري:

إذا كان المجتمع قد وضع جزاءات لكل من يعتدي على المصالح الفردية والاجتماعية، ويعرض نظامه للاختلال، فإن المنطق والفعالية القانونية تقتضي أن تطبق هذه الجزاءات على كل من ثبتت في حقه، لأجل ذلك كان الأصل أن تطبق العقوبة على مستحقيها، ذلك أن الجزاءات التي أقرها المجتمع إذا لم تطبق، وفتح باب العفو أمام المذنب على مصراعيه، فإن الذي يفكر في الجريمة سيقدم عليها بكل جرأة يحدوه الأمل في الاستفادة من العفو، ومؤدى ذلك تقويض سياسة الدفاع الاجتماعي، وانحيار النظام الجزائري لتهافت تأثير فكرة الردع على النفس الإنسانية.

لكن بالمقابل أيضا فإن معاقبة كل من ارتكب جرما قد لا يحقق أغراض سياسة الدفاع الاجتماعي وأهمها إصلاح الجاني، فقد أثبتت البحوث والدراسات اختلاف شخصيات المجرمين، فمنهم من قد يصلحه سلب الحرية مع إخضاعه لبرنامج تأهيلي متكامل، ومنهم من يصلحه مجرد التهديد بالعقاب (وقف تنفيذ العقوبة)، وبالتالي فإن تطبيق العقوبة على كل

¹ - عبد الله أوهابيه، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، ص: 432-433.

² - نبيل عبد الصبور البراوي، سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، ص: 88 - 89.

مذنب سيصطدم لا محالة مع أهم غرض للسياسة الجنائية المعاصرة، كما أنه قد يضر بفكرة التفريد العقابي التي تقتضي أن كل مجرم معادلة خاصة، وتحتاج إلى حل خاص يتناسب مع شخصية المجرم وظروفه وجريمته التي ارتكبها.

وقد نصت مختلف التشريعات على العفو عن العقوبة وإن اختلفت بعد ذلك في الأحكام التي تتوارد عليه بحسب اختلاف حالات العفو، وفي ما يلي عرض لأصل مشروعية العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائي الجزائري؛ مع التذكير بأن حكم العفو هنا سيتضمن نوعي العفو: التشريعي والقضائي، أي العفو الذي يملك القاضي أو ول الأمر سلطة تقديره، والعفو الواجب الذي متى توفرت أسبابه تعين على القاضي الحكم به.

انتزع الفقهاء جواز العفو بشكل عام من عدة نصوص منها:

1/ قوله سبحانه وتعالى: ﴿الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَبِيرِ وَالضَّعِيفِ وَالْعَافِينَ

عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ (آل عمران/ 134) قال القرطبي: "وقال زيد بن أسلم: (والعافين عن الناس) عمن ظلمهم وأساء إليهم؛ وهذا (يقول القرطبي) عام، وهو ظاهر الآية"⁽¹⁾، تدل الآية الكريمة على أن العفو عن المذنب بشكل عام من محاسن الأخلاق، وأنه أمر محمود، يقول محمد رشيد رضا: "العفو عن الناس هو التجاني عن ذنب المذنب منهم وترك مؤاخذته مع القدرة عليها، وتلك مرتبة في ضبط النفس والحكم عليها وكرم المعاملة قل من يتبوأها، ومرتبة فوق مرتبة كظم الغيظ، إذ ربما يكظم غيظه على حقد وضغينة"⁽²⁾.

وتذييل الآية بقوله تعالى (والله يحب المحسنين) يدل بشكل صريح على أن العفو موعود

صاحبه بالأجر الجزيل متى وقع في موقعه، يقول صاحب المحرر الوجيز⁽³⁾: "والعفو عن الناس من

أجل ضروب فعل الخير، وهذا حيث يجوز للإنسان ألا يعفو، وحيث يتجه حقه، وقال أبو

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 05 ص: 319.

² - محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج 04 ص: 135.

³ - ابن عطية، المحرر الوجيز، ج 04 ص: 358 - 359.

العالية: والعافين الناس يريد المماليك؛ قال القاضي أبو محمد (ابن عطية) رحمه الله: وهذا (أي قول أبي العالية) حسن على جهة المثال، إذ هم (أي المماليك) الخدّمة، فهم المذنبون كثيرا، والقدرة عليهم متيسرة، وإنفاذ العقوبة سهل، فلذلك مثّل هذا المفسر به، وكيف لا يكون العفو من أجل الأعمال الصالحات وقد اتصف به الباري جل جلاله وتحمّل به رسوله الكريم عليه السلام فيعفو عن كثير من أهل الكتاب ولا يؤاخذهم⁽¹⁾ قال سبحانه وتعالى: ﴿يَتَّاهَلُ الْكِتَابِ قَدْ جَاءَكُمْ رَسُولُنَا يُبَيِّنُ لَكُمْ كَثِيرًا مِمَّا كُنْتُمْ تُخْفُونَ مِنَ الْكِتَابِ وَيَعْفُو عَنْ كَثِيرٍ قَدْ جَاءَكُمْ مِنَ اللَّهِ نُورٌ وَكِتَابٌ مُبِينٌ﴾ (المائدة/ 15)، كما مدح الله جل جلاله العافين عن الناس⁽²⁾.

2/ قوله عز وجل: ﴿فِيمَا رَحِمَهُ مِنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾ (آل عمران/ 159)، يقول الإمام الرازي⁽³⁾: "واعلم أن قوله (فاعف عنهم) إيجاب للعفو على الرسول عليه السلام، ولما آل الأمر إلى الأمة لم يوجب عليه، بل ندبهم إليه فقال تعالى (والعافين عن الناس) ليعلم أن حسنات الأبرار سيئات المقربين"، فأدنى درجات حكم العفو الندب، وذلك فيما يصح فيه العفو.

تدل هذه النصوص القرآنية على مشروعية العفو بشكل عام، وأنه من الأخلاق الفاضلة التي تدل على تسامي النفس وترفعها عن النزول إلى حضيض شهوة الانتقام والتشفي، كما

¹ - الزمخشري، الكشاف، ج 02 ص: 218.

² - ابن عادل، اللباب في علوم الكتاب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1419 هـ / 1998) ج 05 ص: 542.

³ - الرازي، مفاتيح الغيب، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1401 هـ / 1981) ج 09 ص: 67، ينظر أيضا: إبراهيم بن فهد بن إبراهيم الودعان، العفو عن العقوبة وأثره بين الشريعة والقانون - دراسة مقارنة - (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائي الإسلامي، تحت إشراف: محمد فضل المراد، الرياض: السعودية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، السنة الجامعية: 1423 هـ / 2002، ص: 32.

تدل على الصلة الوثيقة بين القانون الجزائي الإسلامي والأخلاق، كما تزيد العقيدة الإسلامية هذه الصلة قوة ومتانة حيث بنت مبدأ العفو على حقيقة إيمانية ثابتة وهي أن العفو صفة من صفات الله تعالى فهو العَفْوُ، وأنه يجب العافين المحسنين، بيد أنه في القانون الجزائي الجزائري- كغيره من التشريعات الجزائية الوضعية- لا توجد مثل هذه النصوص التي تجعل من العفو خلقا ساميا في الفرد، وثقافة راسخة في المجتمع، وذلك لانفصال القانون عن الدين الذي هو المصدر الأوحد للأخلاق؛ والارتباط الوثيق بين القانون الإسلامي والأخلاق والعقيدة من أهم ما يميز التشريع الإسلامي عن القوانين الوضعية، فكأن الشريعة مهدت للعفو عن العقوبة بنشر ثقافة العفو أولا بشكل عام، ولذا وجدت فكرة العدالة التصالحية التي ينادي بها الفكر الجزائري المعاصر إشكالا كبيرا في تحقيقها لافتقارها إلى السند الذي يدفع ضحايا الجريمة إلى العفو، أي خلو البيئة الاجتماعية من ثقافة العفو والصفح.

وجاءت السنة النبوية بمثل ما جاء به القرآن الكريم وهو الترغيب في العفو، فقد عقد الإمام مسلم في صحيحه بابا بعنوان: "باب صحة الإقرار بالقتل وتمكين ولي القتل من القصاص، واستحباب طلب العفو"، وكذلك فعل كثير من مصنفي السنن، ومن الأحاديث المروية في هذا الباب قوله عليه السلام⁽¹⁾: "... ومن قتل له قتيلا فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما أن يقاد..." أي إما أن يأخذ الدية أو القود أي القصاص⁽²⁾، وقال أنس رضي الله تعالى عنه⁽³⁾: "ما رأيت النبي صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو"، وليس معنى الأمر في الحديث أنه أمر بإيجاب، بل هو للترغيب في العفو، والأمر به على سبيل المشورة والنصح⁽⁴⁾ وذلك لأن القصاص حق لأولياء الدم باتفاق؛ وقد وردت أحاديث صحيحة كثيرة تدل صراحة على أنهم بالخيار إن شاءوا اقتصوا، وإن شاءوا أخذوا الدية، وإن شاءوا عفوا على غير دية؛ فالترغيب في العفو إذن ثابت بالكتاب والسنة، ولا

¹ - البخاري، الجامع الصحيح، ص: 1701، كتاب الديات، باب من قتل له قتيلا فهو بخير النظرين، الحديث رقم: 6880.

² - ابن حجر، فتح الباري، ج 12 ص: 207.

³ - أبو داود، السنن، ص: 809، الحديث رقم: 4497 وقد صححه الشيخ رحمه الله تعالى.

⁴ - الخطابي البستي، معالم السنن، ج 03 ص: 08.

خلاف في مشروعيته⁽¹⁾، بل الصحيح أنه مندوب إليه⁽²⁾، خصوصا في حق من لم يشتهر بالفساد وإنما وقع منه الذنب فلتة⁽³⁾. وحكى ابن قدامة الإجماع على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل⁽⁴⁾.

كما نص الفقهاء على مشروعية العفو عن العقوبة في مدوناتهم، فيرى الحنفية والحنابلة في المشهور أن التعزير واجب كمبدأ عام، يقول الكاساني الحنفي⁽⁵⁾: "أما سبب وجوبه (أي التعزير) فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع، سواء كانت الجناية على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك، أو على حق العبد بأن أذى مسلما بغير حق بفعل أو بقول يحتتمل الصدق والكذب بأن قال له: يا خبيث يا فاسق يا سارق..."; ويقول المرادوي الحنبلي معلقا على قول صاحب المقنع⁽⁶⁾: "وهو (أي التعزير) واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، كالاتمتاع الذي لا يوجب الحد) هذا المذهب مطلقا، وعليه الأصحاب، ونص عليه في سب الصحابي، وكحد آدمي طلبه، وهو من مفردات المذهب"، لكن يبدو أن المذهبين وإن قالوا بالوجوب كمبدأ عام، لكنهما يقولان أيضا بجواز العفو، فيملك القاضي أو الإمام سلطة إمضاء العقوبة أو العفو عن الجاني، يقول ابن نجيم⁽⁷⁾: "فصار حاصل القول بالتفويض إلى رأي الإمام أن ينظر إلى الجناية وإلى حال الجاني، فإذا كانت الجناية صغيرة والجاني ذا مروءة ممن ينزجر بمجرد الإعلام لا يزداد عليه، بخلاف ما إذا كانت جنايته كبيرة كاللواط أو شرب الخمر، فإن هذا لا يصدر من ذي مروءة... ولا يخفى أن الإعلام بالذنب ليس فيه لوم أو عتب أو توبيخ، بل مجرد إخبار بأن ولي الأمر والقاضي قد بلغه فعل الجاني؛ وبالتالي يخلو الإعلام من جوهر العقوبة وهو الإيلاء

¹ - محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، ط 02 (المدينة المنورة: السعودية، المكتبة السلفية، 1389هـ/1969)، ج 12 ص: 209.

² - ص:

³ - الجصاص، أحكام القرآن، ج 05 ص: 263، ابن العربي، أحكام القرآن، ج 04 ص: 93، أبو زهرة، العقوبة، ص: 474.

⁴ - ابن قدامة، المغني، ج 11 ص: 580.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 63.

⁶ - المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 217.

⁷ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 05 ص: 69.

الذي قد يكون بدنيا أو ماليا أو نفسيا معنويا، وليس في الإعلام شيء من ذلك، وإن وجد فلا يرتقي في نظرنا لأن يسمى عقوبة؛ ويقول إبراهيم بن يحيى خليفة الحنفي⁽¹⁾ بعبارة أصرح وأوضح: "اعلم أن التعزير يجوز فيه العفو والشفاعة، فإن انفرد التعزير بحق السلطنة وحكم التقويم، ولم يتعلق به حق لآدمي، جاز لولي الأمر أن يراعي الأصلح في العفو والتعزير، وجاز أن يشفع فيه من يسأل العفو عن المذنب".

وكذلك يرى الحنابلة، فيقول المرادوي مستدركا⁽²⁾: "إن كان التعزير منصوبا عليه - كوطء جارية امرأته أو المشتركة - وجب، وإن كان غير منصوب عليه وجب إذا رأى المصلحة فيه، أو علم أنه لا ينزجر إلا به، وإن رأى العفو جاز، ويجب إذا طالب الآدمي بحقه".

وإلى جواز العفو عن العقوبة التعزيرية ذهب المالكية والشافعية أيضا، يقول القراني⁽³⁾: "وإن صدر موجب التعزير من عفيف ذي مروءة، وهي طائفة منه تجافى الإمام عنه،...، ويقول الروياني⁽⁴⁾": "ثم اعلم إذا كان التعزير لحق الله تعالى فللإمام أن ينفرد بالعفو عنه إذا رأى ذلك صلاحا خلافا لأبي حنيفة حيث قال: إنه واجب إن علم أنه لا يرتدع إلا به؛ وليس بين القول بالوجوب عند الحنفية والحنابلة والقول بالجواز عند المالكية والشافعية تعارض رغم التباعد الواضح بين الوجوب والإباحة، لأن تصريح القراني المالكي والروياني الشافعي بجواز العفو محله حكم العفو بشكل عام، أما قول الحنفية والحنابلة بالوجوب فحكم مشخص في حالات معينة ومحددة بظروف نص على بعض منها، مثل أن لا ينزجر الجاني إلا بالتعزير،

¹ - إبراهيم بن يحيى خليفة، السياسة الشرعية، ص: 136.

² - المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 218.

³ - القراني، الذخيرة، ج 12 ص: 109.

* **الروياني الشافعي**: أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد الروياني، الطبري، الشافعي، ولد (415هـ)، تفقه ببخارى مدة، سمع أبا منصور محمد بن عبد الرحمن الطبري، وأبا غانم أحمد بن علي الكراعبي المروزي، وعبد الصمد بن أبي نصر العاصمي البخاري، وغيرهم، حدث عنه: زاهر الشحام، وإسماعيل بن محمد التيمي، وأبو طاهر السلفي، وأبو الفتوح الطائي، وعدة؛ برع في الفقه، من مؤلفاته: البحر (وهو المسمى بحر المذهب)، مناصب الشافعي، حلية المؤمن، كتاب الكافي. قتل على أيدي الإسماعيلية سنة (501هـ). **الذهبي**، سير أعلام النبلاء، ج 19 ص: 260 - 262.

⁴ - الروياني، بحر المذهب، ج 13 ص: 159، وينظر أيضا: **الماوردي**، الأحكام السلطانية، ص: 312، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 02 ص: 224.

أو تعلق التعزير بحق آدمي وغير ذلك، أو شناعة الجريمة، وغير ذلك على ما سنذكره في المطلب الموالي.

وهناك دليل آخر على أن العفو في التعزير جائز، وهو انعقاد الإجماع على أن العقوبة التعزيرية يتوجب أن تكون مناسبة لحال الجاني، والجنائية والمجني عليه؛ فلا يجوز أن يعاقب بما هو أشد إذا كان يصلحه ويردعه ما هو أخف، والعكس صحيح؛ ومقتضى هذا الإجماع أن العقوبة تتناسب طرديا مع حال الجاني، فإذا كان ينصلح بالعفو لم تجز معاقبته، لأنها تؤدي إلى خلاف المقصود؛ وقد لا حظنا اتفاق الفقه الجزائي الإسلامي مع القانون الجزائي الوضعي في هذه الحثية؛ يقول فتحي سرور⁽¹⁾: "وبناء على ذلك، فإن تفريد العقاب من أجل إصلاح المجرم يجب ألا يبنى على وسائل غير عادلة، ولذلك قيل بأنه لا يجوز أن يبلغ حد الجسامة إلا بالقدر الضروري لتحقيق أهداف العقاب".

فالعفو إذن جائز في الفقه الجزائي الإسلامي من القاضي أو الإمام في العقوبة التعزيرية، مع بعض التقييدات للحد من سلطتهما في العفو سنذكرها ونحن نرسم سلطة القاضي والإمام في العفو عن العقوبة في المطلب الموالي.

كما نص قانون العقوبات الجزائي على حالات يتعين فيها العفو رغم ثبوت الجريمة ونسبتها إلى الشخص، جاء في م 52 من ق ع ج: "الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعدارا معفية وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة؛ ومع ذلك يجوز للقاضي في حالة الإعفاء أن يطبق تدابير الأمن على المعفى عنه؛ ويمكن حصر حالات العفو هذه في أربعة أعدار⁽²⁾:"

1/ عذر التبليغ عن الجريمة والمجرمين: وهو عذر يستفيد منه كل من يبلغ العدالة عن جريمة سترتكب، أو عن هوية مرتكبيها قبل تنفيذها أو الشروع فيها، ومن أمثلته ما ورد في م 92/

¹ - فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ص: 247.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، ص: 278 - 281.

ف 01 من ق ع ج: "يعنى من العقوبة المقررة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها".

2/ عذر القرابة العائلية: ومن هذا القبيل ما ورد في م 91/ ف 08 من ق ع ج فيما يخص جرائم الخيانة أو التجسس أو النشاطات التي يكون من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني: "... ويجوز للمحكمة في الحالات المنصوص عليها في هذه المادة أن تعفي أقارب أو أصحاب الفاعل لغاية الدرجة الثالثة من العقوبة المقررة".

3/ عذر التوبة ودفء العقاب غير المستحق عن الغير: ويتعلق الأمر بمن صحا ضميره، ورأى العقوبة ستنزل بشخص بريء، فتقدم من تلقاء نفسه لإحقاق الحق؛ ومن أمثلته ما نصت عليه م 182/ ف 03: "... ويعاقب بالعقوبات نفسها (الحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج) كل من يعلم الدليل على براءة شخص محبوس احتياطيا أو محكوم عليه في جناية أو جنحة ويمتنع عمدا عن أن يشهد بهذا الدليل فورا أمام سلطات القضاء أو الشرطة، ومع ذلك فلا يقضى بالعقوبة على من تقدم من تلقاء نفسه بشهادته وإن تأخر في الإدلاء بها".

4/ عذر الحالة الصحية في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية: نص القانون رقم: 18/04 المؤرخ في 13 ذي القعدة 1425 هـ الموافق لـ 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما في مادتيه 07 و 08 على مايلي:

م 07: " يمكن أن يأمر قاضي التحقيق أو قاضي الأحداث بإخضاع الأشخاص المتهمين بارتكاب الجنحة المنصوص عليها في م 12 أدناه (الاستهلاك أو الحيازة لأجل الاستهلاك الشخصي لمخدرات أو مؤثرات عقلية بصفة غير مشروعة) لعلاج مزيل للتسمم تصاحبه جميع تدابير المراقبة الطبية وإعادة التكييف الملائم لحالتهم، إذا ثبت بواسطة خبرة طبية متخصصة أن حالتهم الصحية تستوجب علاجا طبيا..."

م 08: "يجوز للجهة القضائية المختصة أن تلزم الأشخاص المذكورين في م 07 أعلاه، بالخضوع لعلاج إزالة التسمم وذلك بتأكيد الأمر المنصوص عليه في ذات المادة أعلاه... و في حالة تطبيق أحكام الفقرة الأولى من م 07 أعلاه والفقرة الأولى من هذه المادة يمكن للجهة القضائية المختصة أن تعفي الشخص من العقوبات المنصوص عليها في م 12 من هذا القانون (الحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من 5000 دج إلى 50.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين)".

فهذه الحالات الأربع جميعها يستفيد فيها المرتكب للفعل المجرم من الإعفاء، وإن اختلفت الحالات في حكم العفو من الوجوب إلى الإباحة كما سنين ذلك في المطلب الموالي الخاص بسلطة القاضي والإمام في العفو.

من خلال ما تم عرضه يتبين أن العفو عن العقوبة مشروع في الفقه الجزائري الإسلامي وكذا قانون العقوبات الجزائري وإن اختلفا في حالات العفو و حكمه بين الوجوب والجواز، وهو نتيجة طبيعية لاختلاف التشريعين في طبيعة الجريمة والمصلحة المنتهكة والجزاء المناسب لذلك.

المطلب الثاني/ حدود سلطة القاضي في العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

يتفق قانون العقوبات الجزائري مع الفقه الإسلامي في أن جسم الإنسان وحرية وماله حرام، لا يستباح واحد منها إلا بقانون وضمن حدوده، كما يتفقان أيضا على أن الأصل معاقبة من اقترف ما جرمه التشريع، وتنفيذ العقوبة المحكوم بها، ومن ثم كان العفو عن العقوبة في كلا التشريعين استثناء، والاستثناء يقدر بقدره، فيقتضي بالضرورة أن يكون محصورا محدودا، وحتى لا يسرف القضاة في منح العفو فإن كلا التشريعين بينا حالات العفو وأحكامها المختلفة، بما يرسم صورة جلية لسلطة القاضي في العفو سعة وضيقا، تقييدا وسلبا.

وباستقراء أحكام العفو وحالاته في كلا التشريعين الإسلامي والجزائري يمكننا القول إن سلطة القاضي في العفو ليست مطلقة بل هي إما مقيدة، وإما معدومة، وعليه فإنها تنظم في نطاقين اثنين: نطاق انعدام السلطة التقديرية، نطاق سلب السلطة التقديرية.

الفرع الأول/ نطاق انعدام السلطة التقديرية:

يتفق الفقه الإسلامي و القانون الجزائري من حيث المبدأ في أن الأصل هو تنفيذ العقوبة المحكوم بها وعدم العفو عن صاحبها، ولما ثبت هذا أصلاً في كلا التشريعين اقتضى ذلك أن يكون الغالب تنفيذ العقوبة المحكوم بها، وزاد التشريع الجزائري مساحة هذا المبدأ سعة من خلال مبدأ الشرعية الذي يقضي بأن يلتزم القاضي بنصوص القانون تجزئاً وعقاباً، فالجريمة التي لم ينص المشرع على العفو علعقوبتها لا يجوز للقاضي أن يصدر بخصوصها عفواً قضائياً بناء على اجتهاده وتقديره، فإن فعل ذلك فقد خالف مبدأ الشرعية.

وبناء على أن العفو استثناء فإن المشرع الجزائري لم يجعل العفو قاعدة عامة يمكن للقاضي اللجوء إليها إن رأى في الجاني وظروفه ما يدعو إلى بذل العفو له، ولأجل ذلك لم كن بحاجة إلى النص على الاستثناءات، وهذا على خلاف صنيعه في مسألة التخفيف حيث نص في م 53 وما يليها على جواز تخفيض العقوبات، مما جعله يتدخل في عدة مواد ليسد الطريق أمام القاضي حتى لا يفيد الجاني بالتخفيف؛ لأن اعتبار العفو استثناء معناه وجوب النص عليه حالة بحالة، وهذا ما يفسر العدد المحدود جداً للحالات التي يجوز فيها للقاضي أن يستخدم سلطته التقديرية ليمنح العفو للجاني.

أما في الفقه الإسلامي فيغطي هذا النطاق على وجه الخصوص جرائم الحدود والقصاص؛ فالأصل في جرائم الحدود أنها تجب حقاً لله تعالى، حماية للمصالح الضرورية، والتي لو فقدت لم تخر مصالح الخلق على استقامة، بل على فساد و تهاجر وفوت حياة، كما صور ذلك الشاطبي رحمه الله تعالى⁽¹⁾، لأجل ذلك لم تمنح الشريعة الإسلامية الغراء القاضي سلطة العفو عن العقوبة كأصل عام مطرد في جرائم الحدود، يقول الإمام الكاساني رحمه الله

¹ - الشاطبي، الموافقات، ج 02 ص: 08.

تعالى⁽¹⁾: "وأما صفات الحدود فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في حد الزنا والشرب والسكر والسرقه أنه لا يحتمل العفو والصلح والإبراء بعدما ثبت بالحجة لأنه حق الله تعالى خالصا لا حق للعبد فيه فلا يملك إسقاطه".

بل جاء النهي صريحا في عدم العفو بخصوص بعض الحدود كالزنا، قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَدَاِبُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ (النور/02) أي لا تأخذكم بهما رأفة فتعطلوا الحد أو تخففوه، وكلا القولين منقولان عن السلف⁽²⁾، قال ابن العربي: "وهو عندي محمول عليهما جميعا، فلا يجوز أن تحمل أحدا رأفة على زان بأن يسقط الحد أو يخففه عنه"⁽³⁾، ومال إلى هذا القول إلكيا الهراسي الشافعي^(*) أيضا⁽⁴⁾.

ويستثنى من طرد القاعدة العامة وهي امتناع العفو في الحدود حد الحرابة، وذلك إن تاب المحارب قبل القدرة عليه، قال تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (المائدة/ 34) وهو عفو واجب على الإمام ولا سلطة له فيه، متى تحقق شرطه وهو التوبة قبل القدرة، والعفو يشمل حد الحرابة وهو العقوبات الأربع الواردة في الآية الكريمة (القتل والصلب والقطع والنفي) وهذا ما ذهب إليه عامة فقهاء

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 55، ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 14 ص: 315.

² - الجصاص، أحكام القرآن، ج 05 ص: 100، ابن العربي، أحكام القرآن، ج 03 ص: 234، إلكيا الهراسي، أحكام القرآن، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1403هـ / 1983 م) ص: 02 ص: 294-295، ابن عادل الحنبلي، اللباب في علوم الكتاب، تحقيق: أحمد عبد الموجود وآخرون، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1419هـ / 1998) ج 14 ص: 284.

³ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 03 ص: 234،

^{*} إلكيا الهراسي الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد بن علي الطبري الهراسي، حدث عن زيد بن صالح الأحملي وغيره، روى عنه سعد الخير، وعبد الله بن محمد بن غالب، وأبو طاهر السلفي، له تصانيف منها تفسير أحكام القرآن، مات سنة مائة (504هـ). الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 19 ص: 350 - 351.

⁴ - إلكيا الهراسي، أحكام القرآن، ج 02 ص: 294 - 095.

المذاهب الأربعة، يقول الكاساني الحنفي⁽¹⁾: "إذا سقط الحد بعد التوبة قبل أن يقدر عليهم فإن كانوا أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه إن كان قائما، وإن كان هالكا أو مستهلكا فعليهم الضمان، وإن كانوا قتلوا لا غير يدفع من قتل منهم بسلاح إلى الأولياء ليقتلوه أو يعفوا عنه" ويقول الخطاب من المالكية⁽²⁾: "(ولو جاء تائبا وليس للولي العفو) ش: ظاهره أنه إذا جاء تائبا يتعين قتله وليس لوليه العفو وليس كذلك، قال في المدونة: وإذا أتى المحارب تائبا قبل أن يقدر سقط عنه ما يجب عليه من حدود الحراية، وثبت للناس ما عليه من نفس أو جرح أو مال"، ويقول صاحب مغني المحتاج من الشافعية⁽³⁾: "أما غير هذه العقوبات (أي عقوبات الحراية الأربع المذكورة في الآية الكريمة) مما ذكر هنا من قصاص وضمان وغيرهما فلا يسقط بالتوبة مطلقا كما في غير هذا الباب"، ويقول ابن قدامة الحنبلي⁽⁴⁾: "لا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور، والأصل في هذا قول الله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقَدِّرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَلَّا اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (المائدة/ 34) فعلى هذا يسقط عنهم تحتم القتل والصلب والقطع والنفي، ويبقى عليهم القصاص في النفس والجراح، وغرامة المال والدية لما لا قصاص فيه".

لكن من باب الدقة والأمانة العلمية نقول إن فقيهين جليلين نقلوا الخلاف في ما يدخله العفو في حال التوبة قبل القدرة، يقول ابن رشد⁽⁵⁾: "... وأما ما تُسقط عنه التوبة، فاختلّفوا في ذلك على أربعة أقوال: أحدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحراية فقط، ويؤخذ بما سوى

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07 ص: 96، الجصاص، أحكام القرآن، ج 04 ص: 59.

² - الخطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 431.

³ - ابن الخطيب الشريفي، مغني المحتاج، ج 04 ص: 240.

⁴ - ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 483، عبد الله بن سعد بن عبد العزيز المحارب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ط1 (الرياض: السعودية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، 1435هـ/2014) ج 10، ص: 335، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية (الكويت)، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 14 ص: 130.

⁵ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 06 (بيروت: لبنان، دار المعرفة، 1402هـ-1982) ج 02 ص: 457-458.

ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين، وهو قول مالك، والقول الثاني إن التوبة تسقط عنه عقوبة الحرابة وجميع حقوق الله من الزنى والشراب والقطع في السرقة، ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يعفو أولياء المقتول، والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله، ويؤخذ بالدماء وفي الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا تتبع ذمهم، والقول الرابع إن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده؛ ويقول ابن حزم الأندلسي رحمه الله تعالى⁽¹⁾: "واختلفوا فيمن تاب قبل أن يظفر به أيسقط عنه الحد أم لا؟" أما قول ابن رشد فلا إشكال فيه، لأن سائر الأقوال التي ساقها متضمنة سقوط حد الحرابة عند التأمل؛ إلا أن قول ابن حزم فيه إشكال عظيم، لتصريحه بالخلاف في سقوط الحد، كما أن ابن تيمية لم يتعقبه بالنقد في تعليقه على مراتب الإجماع؛ ولم نجد لهذا الإشكال حلا إلا أن يقال إن مراد ابن حزم بالحد سائر الحدود، وهو الخلاف الذي أشار إليه أبو الوليد قبله، فإذا كان هذا مراده فلا إشكال في كلامه هذا العلم الهمام رحمه الله تعالى رحمة واسعة.

وللشافعية قول بجواز العفو عن المحارب إذا لم يقتل ولم يسرق ولم يخف السبيل، نقل ذلك الماوردي الشافعي⁽²⁾؛ لكن يبدو أنه ليس بالقول القوي في المذهب، فلم يشر إليه الرافعي^(*) وكذا ابن الخطيب^(**)، بل اكتفيا بنقل الخلاف في طبيعة العقوبة التعزيرية هل هي الحبس أو التغريب أم التغريب مع النفي؟، وصحح الرافعي القول الأول⁽³⁾ وهو الذي نراه،

¹ - ابن حزم، مراتب الإجماع، تحقيق: حسن أحمد إسبر، ط 01 (بيروت: لبنان، دار ابن حزم، 1419هـ/ 1998) ص: 212

² - الماوردي، الحاوي الكبير، ج 13 ص: 359.

* **الرافعي**: إمام الدين أبو القاسم عبد الكريم بن العلامة أبي الفضل محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين الرافعي القزويني، ولد سنة خمس وخمسين، قرأ على أبيه في سنة تسع وستين، وروى عنه وعن عبد الله بن أبي الفتوح بن عمران الفقيه، وغيرهم؛ سمع منه الحافظ عبد العظيم بالموسم، وأجاز لأبي الشاء محمود بن أبي سعيد الطاووسي، وغيرهم من مصنفاته: الفتح العزيز في شرح الوجيز، شرح مسند الشافعي، كتاب (التذنيب) فوائد على الوجيز؛ قال ابن خلكان: توفي في ذي القعدة سنة ثلاث وعشرين وست مائة (623هـ). **الذهبي**، سير أعلام النبلاء، ج 22 ص: 252 - 254.

** **ابن الخطيب**: شمس الدين، الشريفي القاهري الشافعي، أخذ عن الشيخ أحمد البرلسي، الملقب عميرة، والشيخ نور الدين الحلبي، والشيخ نور الدين الطهواني، والشمس محمد بن عبد الرحمان بن خليل النشلي الكردي، له شرح كتاب المنهاج (وهو المعروف بمغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج)، توفي سنة (977هـ). **نجم الدين محمد بن محمد العزّي**، الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة، تحقيق: خليل المنصور، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ- 1997) ج 03 ص: 72 - 73.

³ - **الرافعي**، العزيز شرح الوجيز، ج 11 ص: 256-257، ابن الخطيب الشريفي، مغني المحتاج، ج 04 ص: 237.

لأن المحارب حتى ولو لم يقتل ولم يأخذ المال ولا انتهك الأعراس، فإنه يكفي لعقوبته تكثيره السواد، والله در الإمام البخاري فقد عقد في كتاب الفتن من جامعه الصحيح بابا بعنوان "باب من كره أن يكثر سواد الفتن والظلم" فروى فيه عن أبي الأسود أنه قال⁽¹⁾: "قطع على أهل المدينة بعث فاكتتبت فيه، فلقيت عكرمة فأخبرته، فنهاني أشد النهي، ثم قال: أخبرني ابن عباس أن أناسا من المسلمين كانوا مع المشركين يكثر سواد المشركين على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيأتي السهم فيرمى فيصيب أحدهم، فيقتله أو يضره فيقتله، فأنزل الله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّيْتُمُ الْمَلَائِكَةَ ظَالِمِينَ أَنفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَسِعَةً فَهَاجِرُوا فِيهَا فَأُولَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ (النساء/97) يقول ابن الملقن⁽²⁾ في شرحه لهذا الحديث: "قال ابن بطال: وثبت عن رسول الله أنه من كان مع قوم راضيا بحالهم فهو منهم، صالحين كانوا أو فاسقين، هم شركاء في الأجر أو الوزر"⁽²⁾.

والأمر نفسه بالنسبة لعقوبات القصاص حيث لا يملك القاضي وكذا الإمام سلطة العفو، لأن حق العبد هو الغالب في عقوبات القصاص، أي حق المجني عليه في جرائم ما دون النفس أو الأطراف، وحق أولياء الدم في جرائم القتل، فهم وحدهم من يملكون حق العفو عن الجاني، وقد بينا في الفصلين أن قصارى ما يملكه القاضي أو الإمام في هذا القسم من العقوبات هو التماس العفو ممن يملكونه لصالح الجاني.

¹ - البخاري، الجامع الصحيح، ط 01 (دمشق: سوريا، دار ابن كثير، 1423هـ / 2002) ص: 1753 كتاب الفتن، باب من كره أن يكثر سواد الفتن والظلم، الحديث رقم: 7085.

² ابن الملقن: هو عمر بن علي بن أحمد بن محمد بن عبد الله، سراج الدين أبو حفص الأنصاري، الأندلسي الأصل، المصري المعروف بابن الملقن، أخذ عن الإسنوي، وزين الدين الرحبي، وعلاء الدين مغلطي، له تصانيف كثيرة منها شرح البخاري (وهو المسمى التوضيح لشرح الجامع الصحيح)، وشرح زوائد مسلم، الإعلام بفوائد عمدة الأحكام، البدر المنير، وغير ذلك المصنفات؛ توفي سنة (804هـ). أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن محمد نقي الدين ابن قاضي شهبة الدمشقي، طبقات الشافعية، تحقيق: عبد العليم خان، ط 01 (حيدرآباد: الهند، دائرة المعارف العثمانية، 1400هـ - 1980) ج 04 ص: 53 - 58.

² - ابن الملقن، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، ج 32 ص: 342.

ومع ذلك أجمع الفقهاء على أن المحارب إذا قتل ولم يتب قبل القدرة عليه فإنه لا يقبل فيه عفو أولياء الدم، ويتحتم قتله، يقول ابن قدامة الحنبلي⁽¹⁾: "...إذا قتل وأخذ المال، فإنه يقتل ويصلب، في ظاهر المذهب، وقتله متحتم لا يدخله عفو، أجمع على هذا كل أهل العلم".

الفرع الثاني/ نطاق السلطة التقديرية المقيدة:

1. يتفق التشريعان الجزائريان الإسلامي والجزائري في هذه الحالة من حيث منح المشرع القاضي سلطة تقديرية للقاضي نسيباً في تقدير العفو والحكم به، مع ملاحظة أن جواز العفو لا يعني أنه لا يخضع لضوابط، أو أن الجريمة تذهب هدراً دون جزاء، كلا! وإنما المقصود أن القاضي وكذا الإمام له السلطة التقديرية الكاملة، وواسع النظر في إفادة الجاني بالعفو أو عدمه؛ لكن يبدو أن التشريع الإسلامي أكثر سعة ومرونة في سلطة الحكم بالعفو؛ فمن ناحية نجد العفو مباحاً بشكل عام في التعازير، بما يعني وجود حالات كثيرة ومتنوعة يجوز فيها الحكم بالعفو، إذ لم يحدد التشريع الإسلامي حالة محددة بعينها يجوز فيها العفو؛ بل اكتفى بوضع ضوابط عامة يستهدي بها القضاة، منها: أن تكون العقوبة تعزيرية، وألا يتعلق بها حق العبد وخصوصاً إذا طالب بها، واشترط بعض الفقهاء وهم الحنابلة ألا تكون العقوبة التعزيرية منصوصاً عليها⁽²⁾؛ إضافة إلى الضوابط العامة للتعزير وهي: مراعاة حال الجاني والمخني عليه، وطبيعة الجناية؛ فإذا توفرت الضوابط المذكورة، وقدر القاضي أن الذنب وقع من الجاني فلتة، وأنه بيض الصحائف، وأن العفو أدرى لإصلاحه جاز للقاضي أن يعفو عنه⁽³⁾.

تتسع سلطة القاضي في العفو بشكل واضح في هذه الحالة، حيث يكون للقاضي كامل السلطة التقديرية في العفو عن الجاني، وإذا كان القاضي مغلول اليد في الحدود فلا يجوز له

¹ ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 477، وينظر أيضاً: السرخسي، المبسوط، ج 09 ص: 196-197، ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج 14 ص: 469، الحطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 431، الشربيني، مغني المحتاج، ج 04 ص: 238، المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 257، ابن حزم، المحلى، ج 11 ص: 312.

² المرادوي، الإنصاف، ج 10 ص: 218، ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 527، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 06 ص: 225.

³ الحطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 438.

العفو عنها لوجوبها حقا لله تعالى⁽¹⁾، و لا يجوز له العفو عن القصاص لأنه حق للمجني عليه أو أوليائه، فإنه في عقوبات التعازير يملك سلطة واضحة في العفو، لأن الفقهاء وإن اختلفوا في الحكم الأصلي للتعزير هل هو واجب على الإمام أم لا؟ إلا أنهم متفقون على جواز العفو على الأقل حين يخلو التعزير من حق العبد ويقدر القاضي أو الإمام أن العفو يصلح الجاني، وخصوصا إذا تعزز هذا التقدير بظهور علامات التوبة على الجاني؛ فقد ثبت عن النبي الكريم عليه الصلاة والسلام أنه قال⁽²⁾: "أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم"، قال الإمام الخطابي البستي⁽³⁾: "وفيه دليل على أن الإمام مخير في التعزير إن شاء عزر وإن شاء ترك، ولو كان التعزير واجبا كالحل لكان ذو الهيئة وغيره في ذلك سواء"، ويقول الماوردي رحمه الله تعالى⁽⁴⁾: "والوجه الثاني (في اختلاف التعزير عن الحد) أن الحد وإن لم يجز العفو عنه ولا الشفاعة فيه فيجوز في التعزير العفو عنه، وتسوغ الشفاعة فيه".

كما ثبت عفو عليه الصلاة والسلام عمن يستحق التعزير، ومن أمثله واقعة الأنصاري مع الزبير بن العوام رضي الله تعالى عنهما وأرضاهما حين اختصما في السقي، فأمر عليه السلام الزبير أن يسقي أولا ويرسل الماء إلى جاره، فقال الأنصاري لرسول الله عليه الصلاة والسلام⁽⁵⁾: "أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ؟"، فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم...؛ قال ابن العربي رحمه الله تعالى⁽⁶⁾: "...لكن الأنصاري زَلَّ زَلَّةً فَأَعْرَضَ عَنْهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَأَقَالَ عَثْرَتَهُ، لَعَلَّمَهُ بِصِحَّةِ يَقِينِهِ وَأَنَّهَا كَانَتْ فِلْتَةً، وَلَيْسَ ذَلِكَ لِأَحَدٍ بَعْدَ النَّبِيِّ صَلَّى

¹ - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج14 ص: 317، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 82 - 83، ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص: 51-52.

² - أبو داود، السنن، ص: 784-785، كتاب الحدود، باب الحد يشفع فيه، الحديث رقم: 4375، وقد صححه الشيخ الألباني، وذكر أنه في السلسلة الصحيحة له تحت رقم: 638؛ خليل أحمد السهارنفوري، بذل المجهود في حل أبي داود، د.ط (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، د.ت) ج 17 ص: 316، وقد حسنه الإمام السهارنفوري رحمه الله تعالى.

³ - الخطابي البستي، معالم السنن، تحقيق: محمد راغب الطباخ، ط 01 (حلب: سوريا، 1352هـ / 1933) ج 03 ص: 300.

⁴ - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص: 312، القرافي، الذخيرة، ج 12 ص: 119، محمد العايب، تفريد العقوبة الجزائية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، ص: 53.

⁵ - ابن حجر، فتح الباري، ج 08 ص: 254.

⁶ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج 01 ص: 578، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 06 ص: 442.

الله عليه وسلم؛ وكل من لم يرض بحكم الحاكم بعد فهو عاص آثم؛ قال القرطبي⁽¹⁾: "وأما إن طعن في الحاكم نفسه لا في الحكم، فله تعزيره، وله أن يصفح عنه"، ومن فقه الحديث أن يملك المرء زمام نفسه عند الغضب، فلا يتعدى ولا يجور، بل يعفو ويصفح، بل استحباب الفقهاء للأئمة والقضاة وولاة الأمور أن يتخلقوا بهذا الخلق الكريم فلا ينتقموا لأنفسهم ولا يهملوا حق الله تعالى⁽²⁾ فالنبي عليه السلام كان له أن يعزر الأنصاري لما صدر منه لكنه عفا عنه⁽³⁾ لما ذكره ابن العربي وهو علمه صلى الله عليه وسلم بصحة يقين الأنصاري، وهذا من شمائله الخلقية وكمالاته النفسية عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم.

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن للقاضي أن يعاقب على الجفاء وسوء الأدب، لكن يجوز العفو إن كان القائل أو الفاعل من أهل المروءة والفضل ووقع ذلك منه فلتة⁽⁴⁾ و قد نقل بعض المالكية⁽⁵⁾ أن مالكا أفتى بعقوبة فتى فقال أبوه مُعْرَضًا بمالك: اتق الله يا مالك! فو الله ما خلقت النار باطلا، فقال مالك رحمه الله تعالى: من الباطل ما فعله ابنك، فلم يعاقبه مالك رغم أن فيه زيادة التعريض، وأنه قاله بعد الحكم⁽⁶⁾، وقال ابن رشد الجدل: "إن للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه في العقوبة على من تناوله بالقول وآذاه، بأن نسب إليه الظلم والفجور"⁽⁷⁾، وقال صاحب الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام:

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 06 ص: 442.

² - ابن الملقن، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، تحقيق: خالد الرباط، جمعة فتحي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار النوادر، 1429هـ/ 2008) ج 17 ص: 89، النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط 01 (القاهرة: مصر، المطبعة المصرية، 1349هـ- 1929) ج 15 ص: 84، وينظر أيضا: القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، ج 06 ص: 120.

³ - ابن قدامة، المغني، ج 12 ص: 527.

⁴ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض (الرياض: السعودية، دار عالم الكتب، 1423هـ/ 2003) ج 06 ص: 125، 126، ابن نجيم: سراج الدين عمر بن إبراهيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1422هـ/ 2002) ج 03 ص: 161. الحطاب، مواهب الجليل، ج 08 ص: 88-89، ابن الخطيب الشرييني، مغني المحتاج، ج 04 ص: 521، ابن قدامة، المغني، ج 14 ص: 18.

⁵ - زروق، شرح الرسالة، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1427هـ/ 2006) ص: 884.

⁶ - ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج 23 ص: 234.

⁷ - ابن رشد، البيان والتحصيل، ج 09 ص: 166، ميارة الفاسي: أبو عبد الله محمد الفاسي، الإتيقان والإحكام شرح تحفة الحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد سالم (القاهرة: مصر، دار الحديث، 1432هـ/ 2011) ص: 84، 85.

ومن سماع ابن القاسم: قيل له: رأيت الذي يتناول القاضي بالكلام فيقول: لقد ظلمتني، قال: إن ذلك يختلف فيه، ولم يجد فيه تفسيراً، إلا أن وجه ما قال إذا أراد بذلك أذاه وكان القاضي من أهل الفضل، فله أن يعاقبه، وما ترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد^(*).

ولما كان العقاب شرع تحقيقاً للمصلحة وكذا العفو⁽¹⁾، ينبغي على القاضي أو السلطان أن يراعي مصلحة عموم المسلمين و ما يصلح الجاني في العفو، لأن عفوهما إنما كان باعتبار ولايتهما على المسلمين، وبالتالي تحكمه القاعدة الفقهية الشهيرة "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"⁽²⁾؛ فليست سلطة القاضي أو السلطان مطلقة في العفو، بل هي مقيدة بقيود الشريعة، والشرع إنما منح هذه السلطة تحقيقاً لمقاصد معلومة، وعليه يتعين على من منح هذه السلطة أن يكون تصرفه بمقتضاها محققاً لمقاصد الشارع من تشريعها، إذ من مقاصد التشريع الإسلامي أن يكون تصرف المكلف موافقاً لقصد الشارع من التشريع؛ يقول الشاطبي رحمه الله تعالى: "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده من التشريع"⁽³⁾، ويقول في موضع آخر بعبارة أوضح وأدل على⁽⁴⁾: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل".

ولما كان العفو جائزاً في العقوبات التعزيرية بشكل عام، فإن الحالات التي يدخلها العفو لا يمكن حصرها، خصوصاً إذا علمنا أن العقوبات التعزيرية تغطي مجال الحدود والقصاص كما سبق بيانه في الفصلين السابقين، فضلاً عن الجرائم التي ليس فيها حد ولا كفارة وهو

* الإلداد: مصدر ألدّ، والألدُّ: الحَصْمُ الجِدْلُ الشَّجِيحُ الذي لا يزيغ إلى الحقِّ، واللَّدُّ: الخصومة الشديدة. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص: 317، ابن منظور، لسان العرب، ص: 4020.

¹ - العشي قويدر، الموازنة بين العقوبة والعفو، ص: 303.

² - محمد صدقي بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ط01 (الرياض: السعودية، مكتبة التوبة، 1418هـ-1997) القسم الثاني/ المجلد الأول، ص: 307، نبيل عبد الصبور النراوي، سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، ص: 103-104، ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص: 07-12.

³ - الشاطبي، الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، (القاهرة: مصر، المكتبة التجارية الكبرى، د.ت) ج 02 ص: 331.

⁴ - الشاطبي، الموافقات، ج 02 ص: 333.

مجالها الأصلي، ففي مجال الحدود يعزر القاضي أو ولي الأمر كمبدأ عام على كل جريمة سقط فيها الحد، وكان الجاني مسؤولاً جنائياً، كما يعزر القاضي أو ولي الأمر على جرائم القصاص العمد إذا عفا المجني عليه أو أولياء الدم؛ ويرجع اتساع سلطة القاضي والإمام في العقوبة أو العفو في هذا المجال إلى عدة أمور:

أولاً: إن التعزير مفوض إلى اجتهاد القاضي نوعاً وقدرًا.

ثانياً: إن التعزير ينبغي أن تكون بقدر ما يصلح الجاني ويردعه ويردع غيره، فلا يكون أقل مما يجب، ولا أشد مما ينبغي. ثالثاً: إن التعزير يجب أن تراعى فيه جملة اعتبارات منها: الجاني والمجني عليه والجناية، فشو الذنب أو قلته...

رابعاً: يملك القاضي في جعبته مخزوناً هائلاً ومتدرجاً من العقوبات التي تسمح له بمواجهة مختلف الأعمال الإجرامية.

خامساً: إن مرونة مجال التعزير تجرماً وعقوبة تمكن القاضي من التكيف مع مختلف الظروف، فكل ما يستجد من التصرفات مما يضر بالمصالح الحيوية للجماعة يمكن تجريمه ومن ثم المعاقبة عليه، وبناء على هذه المرونة -التي تفتقر إليها التشريعات الجزائية الوضعية- يمكن للقاضي وولي الأمر الاستفادة من فتوحات علم العقاب الحديث ومقترحاته الجزائية التي تؤكد فعاليتها التجارب في حدود الشريعة الإسلامية نصوصاً ومقاصد.

و في المقابل نجد قانون العقوبات الجزائري ضيق إلى حد بعيد سلطة القاضي في العفو، حيث نص على حالتين فقط:

1/ أما الأولى فهي الحالة الخاصة بعذر القرابة في جرائم الخيانة أو التجسس أو النشاطات التي يكون من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني، وقد نص عليها المشرع في م 91/ ف 08 من ق ع ج فجاء فيها: "... ويجوز للمحكمة في الحالات المنصوص عليها في هذه المادة أن تعفي أقارب أو أصحاب الفاعل لغاية الدرجة الثالثة من العقوبة المقررة"، فالمشرع قيد حالة العفو هنا من وجوه عدة: حصر العفو في الحالات المنصوص عليها في م 91 فلا يتعداها إلى غيرها، إضافة إلى تحديد الأشخاص الذين يمكن للقاضي إفادتهم بالعفو، حيث حصرهم في

رابطة القرابة والمصاهرة فقط، كما حدد نطاق هذه الرابطة في حدود الدرجة الثالثة فلا يتعداها، ومقتضى ذلك أن العفو لا يشمل بقية الأشخاص الذين لهم صلة ما بالمحكوم عليه، إذا لم يكونوا من قرابته أو أصهاره، وفي حدود الدرجة الثالثة.

2/ وأما الثانية فهي الحالة الواردة في قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين والتي تنص في م 08 على مايلي: "... و في حالة تطبيق أحكام الفقرة الأولى من م 07 أعلاه والفقرة الأولى من هذه المادة يمكن للجهة القضائية المختصة أن تعفي الشخص من العقوبات المنصوص عليها في م 12 من هذا القانون(الحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من 5000 دج إلى 50.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين)".

وقد نص المشرع الجزائري في ق.ع.ج على حالات أخرى للعفو لكنه عفو وجوبي يتعين على القاضي الحكم به متى وجدت أسبابه، بينما العفو في الحالتين اللتين نحن بصدد الحديث عنهما (أي م 91/ ف 08 من ق.ع.ج و م 08 قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين) جوازي وهو استثناء⁽¹⁾.

فالتشريعان الإسلامي والجزائري وإن اتفقا من حيث المبدأ في الحد من نطاق العفو، على اعتبار أن الأصل فيمن ارتكب جريمة أن ينال جزاءه، وإلا فقدت العقوبة مقصدا من أهم مقاصدها وهو الردع الخاص والعام، لكن التشريع الجزائري يبدو أكثر تضييقا لنطاق العفو عن العقوبة من خلال حصر الحالات التي يجوز فيها للقاضي استخدام سلطته التقديرية في منح العفو، وهو اتجاه يبدو مخالفا لما يدعو إليه الفكر الجنائي المعاصر من توسيع سلطة القاضي في تقدير العقوبة.

كما أن بعض التشريعات الوضعية تمنح القاضي سلطة واسعة في المعاقبة أو العفو، لأن المشكلة ليست في نظام العفو في حد ذاته، وإنما في كيفية تنزيله على الوقائع، يقول مونتسكيو⁽²⁾: "فلسطة الأمير في العفو إذا ما نفذت بحكمة أتت بأروع النتائج، وتحرم الحكومة المستبدة هذه الفوائد بمبدئها الذي لا يعفو ولا يعفى عنه مطلقا".

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 282.

² - مونتسكيو، روح الشرائع، ج 01 ص: 137.

لكن إذا كان المشرع الجزائري في قانون العقوبات قد ضيق من سلطة القاضي في العفو عن العقوبة، فإنه قد وسع من سلطة رئيس الجمهورية في العفو عن العقوبة واستبدالها وتخفيفها، فقد جاء النص عاما بحيث لم يحدد له أشخاصا محددين، ولا جرائم معينة، ونص المادة في الدستور جاء مطلقا من كل قيد، فجاء في م 91 من دستور 2016 ما نصه: " يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور بالسلطات والصلاحيات الآتية:.... /7 حق إصدار العفو، وحق تخفيض العقوبات أو استبدالها".

ففي هاتين الحالتين فقط- في حدود بحثنا- يجوز للقاضي استثناء استعمال سلطته التقديرية للعفو عن الجاني في القانون الجزائري⁽¹⁾، ومقتضى الجواز تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في الحكم بالعفو أو عدمه، ولا يحد من سلطته إلا ما يضعه المشرع من قيود على ممارسة هذه السلطة، والمتبع لقانون العقوبات الجزائري يلاحظ بوضوح أن المشرع لم يضع أي قيد على سلطة القاضي في الحالتين المذكورتين سلفا، مما يعني أن القاضي له السلطة التقديرية الكاملة في تقدير العفو أو العقوبة، ولا معقب على حكمه من قبل المحكمة العليا.

إضافة إلى الحالتين المذكورتين سلفا أجاز المشرع أيضا لرئيس الجمهورية العفو عن العقوبة، ونص على ذلك في أعلى وثيقة تشريعية وهي التشريع الأساسي (الدستور)، وجعلها من ضمن صلاحيات رأس الجهاز التنفيذي، مما يجعل من العفو مبدأ دستوريا⁽²⁾، فجاء في دستور 2016 في مادته 91/ف 08 والصادر بالجريدة الرسمية في عددها: 14/ قانون رقم: 01-16 والمؤرخ في: 26 جمادى الأولى 1437هـ / 2016 ما يلي: " يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور بالسلطات والصلاحيات الآتية:... له حق إصدار العفو وحق تخفيض العقوبات أو استبدالها".

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 281-282.

² - سلوى حسين حسن رزق، الدستور ومبدأ العفو عن العقوبة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق (مصر)، العدد:

49، أبريل 2011 ص: 257.

ويلاحظ أن نص المادة جاء عاماً، حيث استخدم المشرع "أل" التعريف التي تعد من صيغ العموم، لكن هذا الظاهر غير مقصود، لأن تخفيف العقوبة واستبدالها هو في الأصل من صميم السلطة التقديرية للقاضي الجزائي حصراً، وبالتالي فالمقصود بالعقوبات هنا الإعدام فقط، فقد جاء في م 155 من قانون تنظيم السجون الجزائري: "لا تنفذ عقوبة الإعدام إلا بعد رفض طلب العفو"، ولا يتصور أن يطلب المحكوم عليه العفو إلا من رئيس الجمهورية فهو من اختصاصاته⁽¹⁾، وفي عقوبة الإعدام فقط، ويسمى هذا النوع من العفو بالعفو الرئاسي (Grâce) نسبة إلى من له صلاحية إصداره.

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ص: 365.

خاتمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الحمد لله تعالى الذي بنعمته تتم الصالحات، أحمدده جلّ جلاله على ما غمّرني به من نعم سابغة، وما أمدني به من أسباب حتى بلغ هذا الجهد نهايته، بعد مسيرة طويلة بين المصنفات الفقهية والقانونية قديمها وحديثها، إضافة إلى النصوص التشريعية، وقد خلصت الدراسة إلى النتائج التالية:

أ/ النتائج العامة للبحث: يمكن تلخيص النتائج العامة للدراسة في النقاط التالية:

1/ إن الفقه الإسلامي يتضمن رؤية شاملة متكاملة ومتفردة في كل المجالات التي نظمها، ومن ثم لا يمكن البتة اعتباره اتجاها تشريعيًا ضمن أحد الاتجاهات التي أفرزها الفكر الجزائي الوضعي، بل هو منظومة تشريعية سماوية مستقلة، مبنية على علم دقيق محيط بالإنسان والمجتمع بما يضمن تحقيق سياسته الجنائية لأهدافها.

2/ إن موضوع السلطة التقديرية كغيره من المسائل الكلية في التشريع الإسلامي لا يمكن دراسته كأنه نصوص قانونية بحتة بمعزل عن شمولية الدين الإسلامي، وارتباط قضايا العملية بالعقيدة والأخلاق، ومن ثم يعتبر الوازع الإيماني الضمانة الأساسية لنجاح القاضي في تقدير الجزاء الجنائي.

3/ إن الدراسات المقارنة بين التشريع/ أو الفقه الإسلامي وأي تشريع وضعي آخر إذا اكتفت بالبحث في القضايا الجزئية والمسائل الفرعية فإنها ستبقى ضعيفة الأثر، رغم ما قد تحرزه من فوائد في بيانها لمحاسن التشريع الإسلامي في تلك الجزئيات، ولذا ينبغي الدفع بالدراسات المقارنة إلى القضايا الجوهرية التي تمس الأسس والمنطلقات والكليات والمقاصد حتى يتبين للقاصي والداني وبكل وضوح وإنصاف أن هذا التشريع عدل كله، ومصلحة كله، وأن الأخذ به جملة وتفصيلاً هو وحده الذي يعيد للإنسان إنسانيته، وللمجتمع أمنه واستقراره.

4/ لقد بينت الدراسة أن كثيرا من الأفكار التي توصل إليها الفكر الجزائري المعاصر فيما يخص موضوع السلطة التقديرية وإن بدت لأول وهلة أنها من حسنات هذه الفكر إلا أن البحث بين أنمال لم تخرج عما رسمته الشريعة الإسلامية، وأن الخلاف إجمالا يكمن في الطبيعة الدينية للشريعة الإسلامية من حيث هي عقيدة وشريعة (قانون)، إضافة إلى فشل التشريع الجزائري الوضعي ومنه التشريع الجزائري في المجالات التي نأخذ فيها بتلك الأفكار ومداه شروطا وضوابط.

5/ إن الاستقلال التشريعي ضرورة إيمانية وحضارية، وبلدنا الجزائر رغم مرور ما يقارب نصف قرن على إجلاء المستعمر لكننا لا نزال أسارى للمنظومة التشريعية الفرنسية، رغم أن الفكر الجزائري الوضعي انتهى إلى أفكار جريئة في المجال الجزائري يمكن توظيفها في سياق الدراسات المقارنة، منها على سبيل المثال لا الحصر: إطلاق يد القاضي في العقاب والعفو في بعض التشريعات، إشراك ضحايا الجريمة في تحقيق العدالة التصالحية؛ إلا أن انغلاق المشرع الجزائري وتبعيته في الغالب للمشرع الفرنسي يجعل الباحث -خصوصا غير المطلعين على العائلات القانونية الأخرى- لا يتصور للمسألة وجها آخر غير ما ورد عن المشرع الفرنسي.

6/ لاحظنا بجلاء تقاطع التشريع الإسلامي مع التشريع الجزائري وغيره من التشريعات الوضعية في الأخذ بمبدأ الشرعية وعلاقة ذلك بالسلطة التقديرية سعة وضيقة، لكن تبين لنا أن التشريع الإسلامي يأخذ بهذا المبدأ في صيغته الموضوعية، بما يسمح للقاضي بملاحقة كافة أنواع وصور الإجرام والأخذ على أيدي المجرمين بالعقاب المناسب، بينما تمسك المشرع الجزائري بالمعنى الحرفي للمبدأ والذي عبر عنه بقوله في م 01 من ق.ع.ج: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بقانون"، ومن ثم صارت يد القاضي مغلولة أمام نماذج مختلفة من

الإجرام لا يستطيع القاضي بسط سلطته ليطالها بالعقاب، رغم قناعته بأنها جديرة بذلك، بل لا تمتد سلطته إلى تغليظ العقوبة المنصوص عليها رغم قناعته بأنها غير رادعة.

7/ كشف البحث أيضا بعض الثغرات التي وقع فيها المشرع الوضعي الجزائري التي تدل إما على ارتباك في الرؤية الحاكمة للسياسة الجنائية، (تحويل بعض الجنايات إلى جنح، التسوية بين المجرمين بغض النظر عن صفتهم، الاستفادة من التخفيف...)

8/ إن السلطة التقديرية في طبيعتها نشاط ذهني نسبي لا يختلف بهذه الاعتبارات بين التشريع الإسلامي والتشريع الجزائري والوضعي عموما، وإنما جوهر الاختلاف يكمن في ضوابط هذا النشاط، وحدوده، ومجالاته.

9/ من القضايا التي ينبغي أن ينتبه إليها الباحثون في الدراسات المقارنة بين التشريع الإسلامي والتشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري ضرورة الانتباه إلى طبيعة التشريعين، ولست أعني هنا أن التشريع الإسلامي قانون مرتبط بعري العقيدة والأخلاق الإسلامية فحسب، وإنما المقصود بالطبيعة هنا طبيعة المخاطب بالتشريع، فإذا كان التشريع الوضعي وضع لمخاطبة مجتمع محدد في فترة زمنية محددة وفي مساحة جغرافية معلومة فإن التشريع الإسلامي تشريع نُزِّلَ لا لمخاطبة مجتمع معين أو زمن معين، بل هو شرع الله تعالى الأخير إلى الإنسانية جمعاء، وتشريع هذه خاصيته وطبيعته سيختلف حتما عن أي تشريع وضعي آخر، بل حتى عن التشريعات السماوية التي سبقته ولم تكن خاتمة وعلمية؛ ومن لوازم هذا كله الاختلاف في حدود السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالعقوبات التي قررها.

فالتشريع المتوجه بمخاطبه لزمن معين ومجتمع معين يتسم بالإغراق في التفاصيل وما هو موجود الآن من جرائم، أما التشريع الخاتم فيتميز بمراعاته للشواهد والمتغيرات، ومن هنا جاءت مرونة التشريع الإسلامي في التعازير فيما يتعلق بالسلطة التقديرية حتى تستجيب

لتلك المتغيرات التي قعدت التشريعات الوضعية عن ضبطها وأجهدت نفسها في محاولة متابعتها من خلال التعديلات المتلاحقة.

10/ إن السلطة التقديرية للقاضي تختلف سعة ضيقا، منحا وسلبا، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري بحسب عدة اعتبارات؛ ففي الفقه الإسلامي تضيق إلى حدٍّ يقربها من العدم، وفي جرائم القصاص نجد التشريع الإسلامي يمنح سلطة تقدير الجزاء للضحية أو أوليائه، لكن في مجال التعازير يتمتع القاضي بسلطة واسعة تبسط سلطانها تجريما ومعاقبة؛ وإذا انتقلنا إلى القانون الجزائري نجد سلطة القاضي تضيق أحيانا إلى حدٍّ بعيد، تقترب أيضا من العدم مثل سلب القاضي سلطة العفو إلا فيما ندر؛ وتقترب منها أيضا الحالات التي يقرر فيها المشرع عقوبة الإعدام، وهي عقوبة لا تقبل التبويض، وأحيانا أخرى نجد هذه السلطة تتسع إلى حدٍّ مقبول، وذلك مثل الحالات التي يخير فيها المشرع القاضي في الحكم من بين عدة عقوبات، إضافة إلى إمكانية تدرجها.

11/ من القضايا التي ينبغي الالتفات إليها أثناء الحديث عن الفقه الإسلامي هو مسألة الاختلاف المذهبي التي تبدو أنها تحول دون إعطاء صورة عامة عن المسألة أو الموضوع إلا أنها تشكل من ناحية أخرى جانبا مشرقا يعبر عن ثراء وتنوع الفقه الإسلامي والذي يتيح للقاضي أن يحقق مقاصد السياسة الجزائية على نحو أفضل؛ وقد رأينا بعض الصور من ذلك منها سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة بالنسبة لعقوبة الحراية؛ لكن هذا الاختلاف له شق آخر إيجابي بلا شك وهو.

ب/ النتائج التفصيلية: إن النتائج الخاصة أو الجزئية لهذا البحث كثيرة ولذا سأكتفي بأهمها منتزعا إياها من الأبعاد التي تتجلى فيها السلطة التقديرية:

أولاً/ سلطة القاضي في الاختيار النوعي والتقدير الكمي للعقوبة:

1/ سلطة القاضي في الاختيار النوعي للعقوبة:

توصل البحث إلى أن الفقه الإسلامي يلتقي مع التشريع الجزائري في فكرة العقوبات التخيرية بحيث يملك القاضي سلطة اختيار نوع العقوبة في بعض الحالات؛ لكن التشريعين يختلفان في أمور من أهمها:

- إن التشريع الإسلامي لم يمنح للقاضي سلطة اختيار نوع العقوبة أو قدرها في جرائم الحدود كقاعدة عامة وذلك لتعليبه جانب الردع، لكنه أذن استثناء للقاضي في استعمال سلطته التقديرية في عقوبات الحرابة على ما ذهب إليه المالكية والظاهرية، وهو الرأي الذي رجحناه ورجحه كثير من الباحثين الجنائيين المعاصرين مثل الإمام أبي زهرة وغيره، وبمقتضى هذا الرأي الفقهي يملك القاضي سلطة واسعة خصوصاً عند الظاهريين القائلين بالتخيير المطلق للإمام؛ ومقصد الشريعة من التخيير هو التفريد العقابي لأن جريمة الحرابة من الجرائم التي ترتكب بشكل جماعي، وبالتالي تختلف أدوار المشاركين فيها، فاقتضت حكمة الشريعة أن تنوع العقوبات ليختار القاضي والإمام منها ما يناسب حالة كل مجرم منهم.

- أثبت البحث أيضاً أن سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة ثابتة أيضاً استثناء في حالات الضرورة القصوى التي يتعذر معها استيفاء العقوبة الحدية في بعض الاجتهادات الفقهية، ومن أمثلته: ما ذهب إليه الإمام اللخمي من المالكية في مرض الجاني الذي لا يرجى برؤه، حيث أجاز أن يختار القاضي أو الإمام عقوبة أخرى مناسبة كالجس، كما ذهب إلى حبس المرأة المحاربة بدل قتلها وصلبها معللاً قوله بأنه أهون لها من القتل والصلب؛ إضافة إلى منح القاضي سلطة إضافة عقوبة تعزيرية إلى الحد أو في حال سقوطه يحدد القاضي أو الإمام نوعها وقدرها.

وقد نحت الشريعة المنحى نفسه في جرائم القصاص حيث لا يملك القاضي سلطة اختيار نوع العقوبة، لكون العقوبة في هذا المجال يحدد نوعها وقدرها طبيعة الاعتداء الحاصل مع إمكان تحقيق المماثلة مع أمن العقبة ودونما حيف؛ كما أن تحديد عقوبة الجاني من عدمها موكول في النظر الشرعي إلى أولياء الدم أو المجني عليه في جرائم ما دون النفس؛ وهنا تظهر عظمة الشريعة حيث جمعت بطريقة معجبة ما تناقض في التشريعات الوضعية ومنها التشريع العقابي الجزائري، حيث يتحقق الردع بمجرد وضع مصير الجاني بيد الأولياء أو المجني عليه، ثم منحت هؤلاء سلطة القصاص أو العفو ورغبتهم في العفو، وبالتالي صار ضحايا الجريمة شركاء فاعلين ولهم سلطة واضحة في الحكم بالعقاب أو عدمه؛ وهذا بالذات ما انتهى إليه الفكر الجزائري المعاصر في قوله بفكرة العدالة التصالحية.

كما أوضحت الدراسة أيضا أن ثمة رأيا فقهيا للمالكية والفقهاء أبي ثور يقضي بعقوبة تعزيرية لمن سقط عنه القصاص في الجرائم العمد، فذهب المالكية إلى جله مائة وحبسه سنة، وقيد أبو ثور العقوبة بمن يعرف بالشر مع تفويض العقوبة إلى القاضي، وقد انحزنا إلى ضرورة التعزير مع تفويض العقوبة نوعا وقدرًا للقاضي إذ هو الأصل في التعزير.

وتتسع سلطة القاضي في اختيار العقوبة في التشريع الإسلامي بشكل لا نظير له في مجال التعازير حيث أثبتت الدراسة أن القاضي والإمام فقي هذا المجال يملكان عددا هائلا من العقوبات المتنوعة والمتدرجة لمواجهة مختلف أنواع الإجرام والمجرمين.

أما المشرع الجزائري فوافق التشريع الإسلامي من حيث عدم اعتبار سلطة القاضي في الاختيار أصلا يركز إليه القاضي، لكنه أكثر منه بحيث يمكن القول إنه عاد على قصد الردع بالإبطال، وهذا بالذات ما تحاشته الشريعة حين منعت سلطة الاختيار في الحدود كأصل عام.

- نبح التشريع الإسلامي في تحديد موضع منح سلطة الاختيار، كما نبح في تحديد العقوبات الكفيلة بتحقيق الردع واستيعاب صور الإجرام شدة وخفة(القتل، الصلب، قطع الأيدي والأرجل، النفي)؛ بينما التشريع الجزائري أحقق في تحديد مجال المنح فمنحه بشكل تفصيلي في مواضع متفرقة ليس لها ضابط محدد، وعلّة هذا المنح المتفرق أنه المشرع يعلم مسبقاً أن الحبس قد لا يكون عقوبة مناسبة لمختلف المجرمين دائماً، وكذلك الغرامة، ومن ثمّ سمح للقاضي باستعمال سلطته التقديرية لتفريد العقوبة؛ كما أن المشرع الجزائري فشل أيضاً في تحديد العقوبات التخيرية التي تتيح للقاضي تحقيق التفريد العقابي، بحيث حصرها غالباً في التخير بين الحبس أو الغرامة أو هما معاً؛ كما أنه لم يضع لها قواعد عامة أو ضوابط واضحة يسترشد بها القاضي، ولا يخفى على المواكب لتطورات الفكر الجزائري أن التجارب القضائية أثبتت ضآلة فعالية عقوبتي الحبس والغرامة محل التخير في الحد من الجريمة.

2/ سلطة القاضي في استبدال للعقوبة:

لا يملك القاضي سلطة استبدال العقوبة في جرائم الحدود في الفقه الإسلامي لأن الاستبدال مثل التخير يضعف الأثر الردعي للعقوبة، لأن القاضي باعتباره إنساناً يميل في الغالب إلى العقوبة الأخفض، ولذا سلبت الشريعة الإسلامية القاضي سلطة الاستبدال في جرائم الحدود لأنها فيها اعتداء على مصالح جوهرية ومن ثم غلبت الشريعة جانب الردع ولم تراع ظروف الجاني، ولم تجز الشريعة الإسلامية الاستبدال إلا في حالات استثنائية حين لا يمكن تطبيق الحد، و له صور منها: الاستبدال في نوع العقوبة كاستبدال القطع في السرقة بالتعزير والسجن، والاستبدال في الصفة كاستبدال توالي الضرب بالتفريق، وغير ذلك من الصور.

وفي جرائم القصاص غلبت الشريعة حق العبد فكان القصاص أو الدية حقاً له، فلا يملك القاضي ولا الإمام سلطة في العقوبة، لكن إذا لم يمكن القصاص لخوف الحيف أو عدم تحقق المماثلة فإن القاضي يعدل عن القصاص إلى الدية، وفي كلتا الحالتين يملك القاضي

سلطة التقدير في العدول عن القصاص إلى الدية؛ وما عدا ما ذكر فإن الأصل في جرائم القصاص أنها كالحودود لا يجوز فيها الاستبدال محافظة على مقصد الردع من جهة، وتفاء لغيظ المجني عليه من جهة أخرى؛ وفي التعازير استغنت الشريعة الإسلامية بطلاقة يد القاضي في العقوبة عن الاستبدال؛ فمن يملك السلطة في المعاقبة بكل ما يراه مناسبا ليس بحاجة إلى سلطة الاستبدال.

أما المشرع الجزائري فجعل الاستبدال أصلا عاما جوازيا بشروط حددها، وهو استبدال خاص باستبدال عقوبة الحبس بالعمل للنفع العام، إضافة إلى صور أخرى للاستبدال منها: استبدال عقوبة الحبس بالغرامة، استبدال التدابير بعقوبة الغرامة أو الحبس بالنسبة للأحداث، استبدال عقوبة الحبس المقررة لأية جنحة من جنح القانون العام بمصادرة مركبة تعود ملكيتها للجاني أو سلاح أو أكثر؛ لكن المشرع احتار وارتبك في مساحة الاستبدال فهو من جهة أراد بحارة الأفكار والسياسات الجزائية المعاصرة، ومن جهة أخرى يخشى من توزيع فرص الاستبدال ضياع مقصد الردع واستهانة المجرمين بالعقوبة، وأمام هذه الحيرة وجدناه أجاز الاستبدال لكنه حاصره بمجموعة كبيرة من القيود، جعلت المشرع عرضة لانتقاد المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي؛ يضاف إلى ذلك أن المشرع الجزائري حصر العقوبات البديلة في الغرامة والمصادرة وهما عقوبتان ماليتان، والعمل للنفع العام فقط، مما عرضه للنقد أيضا على اعتبار أن السياسة الجنائية المعاصرة تدفع نحو إيجاد بدائل للعقوبات الاحتجازية، وفي الوقت نفسه تدعو إلى التنوع في العقوبات البديلة لتحقيق التفريد العقابي على نحو أفضل، لكن فيما يتعلق بالأحداث خرج المشرع الجزائري عن هذا النهج فمنح القاضي صورا متنوعة للاستبدال، إضافة إلى تخيير القاضي بين الاستكمال والاستبدال.

كما بينت الدراسة أيضا أن التشريع الجزائري من جملة تشريعات كثيرة لا تدري إلى أين تساق، فلجان الأمم المتحدة التي تضغط على الأعضاء لتغيير تشريعاتها بما يتناسب مع

القواعد التي تقرها لجانها لا تريد فقط بعض التعديلات البسيطة والشكلية، بل تروم تعديلات جوهرية تنتهي إلى إلغاء التجريم والعقاب كما تصرح بذلك المادة (2-7) من قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية - قواعد طوكيو- قرار الجمعية العامة: 110/45.

ومن الملاحظ أن التشريع الإسلامي يلتقي مع التشريع الجزائري في سلب القاضي سلطة الاستبدال في الجرائم الخطيرة الماسة بالمصالح الجوهرية بشكل عام، وذلك تغليبا لقصد الردع عنها؛ فالتشريع الإسلامي منع الاستبدال كقاعدة عامة في الحدود والمشرع الجزائري منع الاستبدال في الجنايات، وكان من الممكن أن يستفيد المحكوم عليه من الاستبدال إذا استفاد من نظام التخفيف لكن المشرع حرّمه من ذلك باشتراط أن تكون عقوبة الجريمة لا العقوبة المحكوم بها لا تتجاوز ثلاث سنوات حبسا، ومن المعلوم أن الجنايات يعاقب عليها بالسجن وليس الحبس.

3/ سلطة القاضي في التقدير الكمي للعقوبة:

يلتقي التشريع الإسلامي مع التشريع الجزائري الجزائي في أن العقوبة ينبغي أن تدرج في الجرمين بحسب الاعتبارات التي حددها كل تشريع، لكنهما سرعان ما يختلفان في مجال وضوابط ومقادير هذا التدرج، فالتشريع الإسلامي ضبط مقادير العقوبات الحدود بحد ثابت لا تجوز النقصان منه ولا الزيادة عليه في الأصل، وجعل مقدار العقوبة في جرائم القصاص مقدرة بحسب نوع الاعتداء، وترك للقاضي في ميدان التعازير سلطة كبيرة ليعاقب بالمقدار الذي يراه مناسبا شرط أن يراعي الاعتبارات المقررة شرعا؛ بينما المشرع الجزائري درج العقوبات التي تقبل التبعض، وجعل لها في الغالب حدين أدنى وأعلى، لا يجوز للقاضي مجاوزتهما، و في حالات التخفيف أو التشديد نجد المشرع قد وضع حدودا جديدة لا يجوز النزول دونها أو الاعتلاء فوقها.

وقد بينت الدراسة أن التشريع الإسلامي تفنن في التدرّج بما لا تعرفه التشريعات الوضعية بشكل عام، ومنها التشريع الجزائري، فإذا كان التشريع الجزائري عرف التدرّج الكمي فقط للعقوبات القابلة للتبعيض مثل العقوبة السالبة للحرية، والغرامة، فإن التشريع الإسلامي عرف التدرّج في النوع والعدد، والصفة والمدة.

كما نبهت الدراسة إلى أن التشريع الإسلامي ليس ميالا إلى العقوبات المالية وإن أجازها كثير من الفقهاء المتقدمين والمتأخرين ومن مختلف المذاهب، لأن التشريع الإسلامي مبناه على العقوبات البدنية في الغالب وهو بناء محكم مجاز للفطرة الإنسانية والمقتضيات الصحيحة في إصلاحها وردعها؛ ولأن المشرع الجزائري جعل الغرامة من العقوبات الغالبة فإنه ظهر ارتبائه بحسب ما قدرنا في بعض المواضع، منها أنه اعتمد أحيانا الغرامة النسبية في تقدير قيمتها، وأحيانا أخرى لا يلتفت إلى قيمة المال محل الجريمة ويقرر حدا ثابتا للغرامة، والأشد غرابة في صنيعه أنه أحيانا يشدد العقوبة السالبة للحرية ويقي على مقدار الغرامة ثابتا.

كما اضطرب المشرع أيضا حين حدد الحد الأدنى للغرامة في بعض الحالات دون الحد الأعلى، مما قد يفهم منه أن المشرع يأخذ بفكرة إطلاق يد القاضي، لكن هذا الفهم سرعان ما يصبدم بمبدأ الشرعية الذي يحتم كون الحد الأعلى محددًا بنص القانون.

وبالمقابل يلاحظ أن المشرع ترك سلطة بينة للقاضي في تدرّج العقوبة خصوصا في الغرامة، وتظهر سعة هذه السلطة حين يباعد المشرع بين الحد الأدنى والأعلى.

وفيما يتعلق بالشخص المعنوي نجد المشرع فإن المشرع حصر التدرّج في الجنايات والجناح من مرة (01) إلى خمس (05) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة؛ وفي حالة عدم نص القانون على عقوبة الغرامة بالنسبة للشخص

الطبيعي، فإن المشرع حدد الغرامة بمبالغ ثابتة لا يمكن تدرج مقدارها كما سبق بيانه، وإذا كان القاضي يملك سلطة التدرج في حالة وجود النص على غرامة الشخص الطبيعي، فإن يبقى القاضي مغلول اليد أمام غرامات مقدرة بقيمة ثابتة؛ لا يستطيع معها تحقيق التفريد القضائي؛ ويبدو أن المشرع من خلال تثبيت الغرامة أراد تغليب غرض الردع، والذي نراه أنه بالإمكان الجمع بين الأمرين؛ بحيث يرفع قيمة الغرامة، ويجعل لها حدين أدنى وأعلى؛ مفسحا المجال أمام القاضي لتفريدها.

كما انتهت الدراسة أيضا إلى كلا التشريعين يعرفان عقوبات قابلة للتبعيض وعقوبات غير قابلة للتبعيض؛ وليس يلزم في نظر الشريعة تدرج العقوبة لأنها قابلة للتبعيض فعقوبات الحدود من جلد وتعريب قابلة للتبعيض ومع ذلك حددتها الشريعة بمقدار ثابت يردع الناس في الغالب؛ وهذا بخلاف التشريع الجزائري الوضعي الذي يدرج كل عقوبة قابلة للتبعيض في الغالب جريا وراء تحقيق فكرة التفريد.

وبما أن التدرج ليس أصلا ولا مبدأ في التشريع الإسلامي كانت يد القاضي فيما عدا العقوبات المقدرة وعقوبات القصاص حلوا من أي قيد في التدرج، فيملك القاضي سلطة واسعة لممارسة التدرج بمختلف صورته وبما يحقق التفريد على الوجه الأمثل.

ثانيا/ سلطة القاضي في تخفيف العقوبة وتشديدها:

1/ سلطة القاضي في تخفيف العقوبة في التشريع الإسلامي والقانون الجزائري:

- توصلت الدراسة إلى أن كلا التشريعين يتضمن تخفيف العقوبة وتشديدها، لكن ذلك لا يعني الاتفاق التام حول مجال التخفيف وأساليبه وسلطة القاضي فيه؛ فإذا كان التشريعان قد عرفا العقوبات التخيرية فإنهما ولا بد يلتقيان في أن التخير تخفيف، لأن تشريع أكثر من عقوبة ومنح القاضي سلطة الاختيار يقتضي حتما أن تكون إحدى العقوبتين أخف من الأخرى؛ لكن التشريع الإسلامي جعل الأصل توقيع العقوبة كما

شرعت لأن الإيلام مقصود وضروري حين تتوفر أسبابه، والردع بالألم البدني يتناغم تماما مع فطرة الإنسان؛ بينما انتهج المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الوضعية فكرة التخفيف يجعلها مبدأ يستطيع القاضي اللجوء إليه متى قدر ذلك بغض النظر عن طبيعة الجريمة المرتكبة، فجميع العقوبات قابلة للتخفيف.

- وإذا كان التشريعان قد عرفا استبدال العقوبة فإثما أيضا يلتقيان حتما في كون الاستبدال تخفيفا، لأن القاعدة التي لا اختلاف حولها أن تعدد العقوبة مفض قطعاً إلى أن تكون إحدى العقوبتين أخف من الأخرى، وبالتالي يكون منح القاضي سلطة الاستبدال هو في جوهره منحه سلطة التخفيف؛ وما قلناه عن ثراء الفقه الإسلامي في صور الاستبدال هو نفسه يقال عن ثرائه في التخفيف من خلال الاستبدال.

- كما لا يفوتنا في هذا المقام إلى أن التخيير وكذا الاستبدال نشأ كفكرتين بسيطتين في محاولة لتنوع العقوبة سعياً لتفريدها، لكن يبدو أن الفكر الجزائري اقتنع إلى حد ما بفعاليتها وانسجامها مع النزعة المفرطة لحقوق الإنسان، وهذا ما جعل هاتين الفكرتين البسيطتين تتطوران إلى نظامين تحاكم إليهما التشريعات في مدى عصرنتها وإنسانيتهما؛ وعلى خلاف ذلك نجد التشريع الإسلامي نزاعاً نحو تغليب الردع الذي يقتضي أن تكون سلطة القاضي في الاختيار والاستبدال استثناء اقتضته الضرورة لا أصلاً فضلاً عن أن يكون نظاماً.

- لما كانت العقوبات الشرعية في الحدود محددة بمقدار واحد ثابت لا يجوز النزول عنه، وعقوبات القصاص محددة بحسب طبيعة الاعتداء ومقداره، إضافة إلى أن القاضي مسلوب السلطة في العقوبة أو عدمها، لم يبق من مجال للقاضي في ممارسة سلطته في التخفيف إلا مجال التعازير، مع أن التعازير في حقيقتها لا يمكن القول فيها بالتخفيف، لأن التخفيف معناه وجود عقوبة محددة إلا أن القاضي سيستخدم سلطته فيعاقب إما بعقوبة أخرى أخف منها كما هو الحال في الاختيار أو الاستبدال، أو يقوم بالإبقاء على نوع العقوبة لكن ينقص من مقدارها، وهو تخفيف خاص بالعقوبات القابلة بحسب طبيعتها للتبويض، وبناء عليه فإن التعزير لا يعد تخفيفاً لعدم وجود عقوبة محددة قبلاً؛ فالقاضي حين يعاقب ويراعي

حال الجاني والمجني وطبيعة الجريمة وغير ذلك من الاعتبارات إنما هي موجّهات لتحديد العقوبة وليس مخففات لها.

- انتهت الدراسة مرة أخرى إلى أن التشريع الجزائري قاصر عن ضبط السلطة التقديرية للقاضي بما يجعلها فعالة في تحقيق أغراض السياسة العقابية، فالمشروع الجزائري من خلال اعتناقه لحرفية مبدأ الشرعية لا يسمح للقاضي بالنزول إلى ما دون الحد الأدنى للعقوبة، ولو كان القاضي في قرارة نفسه مقتنعا بجدارة المحكوم عليه بعقاب أخف، ومن هنا يتضح أيضا تفرد التشريع الإسلامي وحكمته البالغة، فهو تشريع يغلب الردع في الحدود لمساس تلك الجرائم بالمصالح الحيوية للجماعة، وبالتالي يسلب القاضي سلطة التقدير، لكن في الجرائم البسيطة التي يكثر وقوعها، وتختلف آثارها قوة وضعفا بحسب الأحوال والأشخاص، وهي عرضة للتغير في صورها ووسائلها، وبساطتها غالبا نجد التشريع الإسلامي يمنح القاضي سلطة واسعة حتى يواجه كل هذه المعطيات والمتغيرات بالعقاب المناسب تخفيفا وتشديدا؛ وهذا أعلى مراتب الحكمة في منح سلطة التقدير وسلبها.

- لما جعل المشروع الجزائري سلطة القاضي في التخفيف مبدأ في بعض اضطر معه إلى التدخل في كل مرة لإعلان سلب سلطة التخفيف من القاضي، بل تفنن في أساليب هذا السلب، وهذا ما لم نجده في الشريعة الإسلامية، لكونها جعلت التخفيف استثناء لا أصلا.

- منع المشروع الجزائري القاضي من إفادة المتهم بالتخفيف إذا تخلف عن الحضور، وهو ما نصت عليه المادة 319/ ف 04 بشكل صريح.

- إذا كان التخفيف في التشريع الإسلامي في حقيقته مراعاة لأحوال إنسانية استثنائية اقتضاها ابتناء التشريع على الرحمة والتيسير، فإن التخفيف في التشريع الجزائري - كغيره من التشريعات الوضعية - إنما هو تصحيح لأخطاء القانون، وسد للنقص فيه، وعلاج لما به خلل.

2/ سلطة القاضي في تشديد العقوبة في التشريع الإسلامي والقانون الجزائري:

- يتفق التشريعان الإسلامي والجزائري في أن حياة الإنسان وبدنه وحرية وماله لها حرمة لا تمس إلا بإذن من التشريع، كما يتفق التشريعان على أن تشديد العقوبة دعا إليه أحد أمرين: إما أن الجاني لم يرتدع بالعقوبة التي طبقت عليه من قبل، أو أنه أتى جرماً يدل على خطورتها الإجرامية واستخفافه بالعقاب.

- يتفق التشريعان الإسلامي مع التشريعات الوضعية بشكل عام ومن ضمنها التشريع الجزائري على أن المقصد من تشديد العقوبة على الجاني هو الردع.

- يلتقي التشريع الإسلامي مع التشريع الجزائري في بعض أساليب التشديد مثل: تشريع أكثر من عقوبة ومنح القاضي سلطة الاختيار، ونلاحظ هنا أن كلا التشريعين الإسلامي والجزائري جعلاً من أسلوب العقوبات التخيرية سبيلين للتخفيف والتشديد.

- تفرد التشريع الجزائري ببعض الأساليب منها: وضع المشرع عقوبة أشد يجنب العقوبة الأصلية مع إباحة الحكم بها إذا توافرت ظروف التشديد، ومن أمثلتها حالات التشديد الجوازية في الجنايات التي نصت عليها م 54 مكرر حيث تشدد العقوبة السالبة للحرية لتصبح السجن المؤبد، إذا كانت العقوبة المقررة لهذه الجناية عشرون سنة سجناً، وتصبح العقوبة الإعدام إذا أدت الجناية إلى إزهاق روح إنسان، واكتفى برفع العقوبة السالبة للحرية أو الغرامة إلى ضعف ما كان مقرراً إذا كانت العقوبة المقررة لهذه الجناية يساوي أو يقل عن عشر سنوات؛ لكن يلاحظ أن المشرع منح القاضي سلطة الزيادة في مقدار العقوبة بحدود جديدة فحسب، باستثناء عقوبة الإعدام، بينما تميز التشريع الإسلامي بمنح القاضي سلطة التشديد النوعي للعقوبة، سواء بإضافة عقوبة تعزيرية للحد، أو في حالة العفو عن القصاص، أو في حالة العود أو خطورة الجريمة في التعازير، بل أجاز الفقهاء للقاضي مع خلاف في ذلك الجمع بين أكثر من عقوبة، كالجمع بين الجلد والتشهير، الجلد و الحبس، القطع والقتل؛ وبناء على هذا يكون التشريع الإسلامي أقرب إلى تحقيق التفريد القضائي للعقوبة لأنه منح القاضي سلطة التشديد النوعي، وتنوع العقوبات في الغالب أشد فعالية في تحقيق التفريد من التشديد الكمي، وهذا سر طلاقة يد القاضي في التعازير.

- تفرد التشريع الإسلامي ببسط يد القاضي في الحكم بالعقوبة المناسبة في باب التعازير مع مراعاة الضوابط المقررة شرعا، وقد رأينا كيف خلص أحد أعمدة الفكر الجزائري إلى هذه الحقيقة وأن القانون الجزائري الذي يسوي بين الناس في كل الأحوال هو من أردأ القوانين؛ وكفى بهذا الذم دليلا على فشل التشريعات الوضعية واضطرابها ومنها التشريع الجزائري.

- أجاز الفقهاء الزيادة على الحد تعزيرا، لكنهم اختلفوا في الحد الذي تنتهي إليه الزيادة؛ ويعد المذهب المالكي أرحب المذاهب حيث لم يقيد القاضي والإمام بحد معين، فأجاز التعزير بكل ما يراه الإمام أو القاضي ذابا عن الفساد؛ كما اتفق الفقهاء على تغليظ الدية في جرائم القصاص مع اختلافهم في أسباب التغليظ، وهو عند التحقيق تغليظ تشريعي؛ ويعد باب التعزير دائما أرحب المجالات في ممارسة القاضي لسلطته التقديرية، حيث يملك سلطة واسعة كما بينا في تحديد العقوبة نوا ومقدارا، وقد كشفت الدراسة أن الفقه الإسلامي يميز القتل تعزيرا و إن اختلف الفقهاء في حالاته.

- تميز التشريع الإسلامي باعتماده على العقوبات البدنية وهو اعتماد مبني على علم دقيق بالإنسان، ومنه لم تعول الشريعة كثيرا على العقوبة السالبة للحرية وإن أجازت الشريعة الحكم بها تعزيرا، ومع ذلك فإن الفقهاء اتفقت كلمتهم بأنها لا تقدر بمدة محددة، بل ترجع إلى تقدير القاضي؛ ووجدنا القضاة والأئمة غالبا ما يربطون مدتها بحصول التوبة، وهو في نظرنا أفضل مما ذهبت إليه أغلب التشريعات الوضعية -ومنها التشريع الجزائري- من تحديد حد أدنى وأعلى للسجن أو الحبس إفراطا منها في مضمون مبدأ الشرعية.

- توصلت الدراسة أيضا إلى أن التشريع الإسلامي وإن التقى مع التشريع الجزائري في التشديد التنفيذي للعقوبة إلا أن التشريع الإسلامي كان أوسع في هذا الضرب من التشديد، نظرا لسعة السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي من جهة، وتنوع العقوبات من جهة أخرى؛ فتشدد صفة العقوبة في التشريع الإسلامي من حيث قوة الضرب، وآلته، ووجوب الدية في مال الجاني في جرائم العمد، ووجوبها حالة غير مؤجلة، إضافة إلى تشديدها في السن والصفة.

- تميز التشريع الجزائري بصورة لتشديد العقوبة هو ما اصطلاح عليه بالفترة الأمنية، وهي عبارة عن حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة، وإجازات الخروج، والحرية النصفية والإفراج المشروط؛ وكما هو ملاحظ لم يخرج التشديد عن تعديل بسيط في نظام العقوبة السالبة للحرية.

ثالثا/ سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة والعفو عنها:

1/ سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة:

- لم يعرف التشريع الإسلامي وقف تنفيذ العقوبة كنظام متكامل من الأحكام والقواعد والشروط والإجراءات، لكن السياسة الشرعية الإسلامية المرنة، والسلطة التقديرية الواسعة للقاضي في مجال التعازير تسمح بتطبيق الأساليب الإصلاحية التي يراها ولاة الأمور والقضاة محققة لمقاصد التشريع الجزائري الإسلامي، إضافة إلى عدم وجود نصوص تمنع الأخذ به خصوصا في مجال التعازير؛ ومن هنا يمكن القول بكل اطمئنان بأن نظام وقف التنفيذ تستوعبه السياسة الشرعية بكل يسر، فالتشريع الذي يملك فيه القاضي سلطة تمتد من مجرد الإعلام بالذنب إلى القتل يستوعب نظام وقف التنفيذ ولا بد؛ بل أثبتت الدراسة إشارة بعض الفقهاء القدامى لفكرة وقف التنفيذ منهم الإمام الماوردي الشافعي.

- أثبتت الدراسة أيضا أن بعض الباحثين المعاصرين التبس عليهم الأمر في فكرة وقف التنفيذ فخلطوا بينها وبين إرجاء التنفيذ، فبينت الدراسة أن وقف التنفيذ يتحول إلى سقوط العقوبة إذا ما وفي المحكوم عليه بالشرط، بينما إرجاء التنفيذ أو تأجيله لا يسقط العقوبة.

- إن التشريع الإسلامي يأخذ بنظام وقف التنفيذ في مجال التعازير فقط نظرا لطبيعة الجرائم على ما بيناه، أما في الحدود والقصاص فلا يجوز بحال وقف تنفيذ، وإن جاز تأجيل تنفيذها، وقد بينت الدراسة أن بعض الدول التي تجعل التشريع الإسلامي مصدرا لموادها الجزائية أخذت به تعزيرا.

- خلصت الدراسة أيضا إلى ان التشريع الجزائري أخذ بنظام وقف التنفيذ ونظمه في المواد: 593، 592، 595 من ق.إ.ج.ج بشروط حددها المشرع؛ وبينت تلك النصوص

مدعومة بقرارات المحكمة العليا أن وقف التنفيذ داخل في السلطة التقديرية للقاضي وليس إلزاميا، ولا معقب عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا، كما أنه ليس حقا للمتهم، والقاضي ليس ملزما بإجابة المتهم إلى هذا الطلب.

- بينت الدراسة أيضا أن نظام وقف التنفيذ لا يرتقي إلى مصاف النظم والمبادئ الدستورية، ولو كان الأمر كما زعموا إذا لنص عليه المشرع الجزائري مثلما نصت الكثير من الدساتير ومنها الدستور الجزائري على مبدأ الشرعية.

- بينت الدراسة أن وقف التنفيذ وإن كان جوازيا للقاضي وله مطلق الحرية في الحكم به من عدمه، إلا أن المشرع الجزائري تدخل لتقييد سلطة القاضي من خلال عدد من الشروط، والقصد من التقييد تجنب الإسراف في الحكم به، لأن هذا النظام إذا كان فعالا في رد بعض المذنبين إلى رشدهم فإن الإسراف لغير مستحقه يحوله إلى نظام يعزز الجراة على الإجرام والعود إليه.

- تفرد التشريع الجزائري بإباحة التوقيف الجزئي للعقوبة، حيث يملك القاضي سلطة الحكم بتنفيذ بعض العقوبة، ووقف تنفيذ بعضها الآخر، يستوي في ذلك أن تكون العقوبة سالبة للحرية أو غرامة، بل إن العقوبات منفصلة عن بعضها فيمكن وقف تنفيذ إحدهما دون الأخرى، كما يمكن وقف تنفيذهما معا.

- إذا كان المشرع قد منع القاضي من إفادة المتهم بالتخفيف إذا تخلف عن الحضور، فإنه فيما يتعلق بنظام وقف التنفيذ لا يشترط حضور المتهم حتى يستفيد منه، وقد صرحت المحكمة في أحد قراراتها بأن حرمان المتهم من وقف التنفيذ على أساس عدم حضوره أمام المجلس يعد تطبيقا سيئا للقانون، ذلك أن تطبيق المادة 592 ق إ ج غير متوقف على حضور أو تغيب المتهم.

- أثبتت الدراسة اتفاق التشريع الإسلامي والتشريع الجزائري في ضرورة تأكيد القاضي من أن وقف التنفيذ هو الحكم المناسب للمحكوم عليه؛ وأنه يفني بالعرض ولو بغالب الظن لتعذر اليقين، ولا يتأتى له معرفة ذلك إلا بالاستئناس بماضي المحكوم عليه، وحاله بعد

الجريمة، وبناء عليه يمكن للقاضي في الدولة الإسلامية الحديثة أن يتأكد من حسن السيرة من خلال عدة وسائل لعل من أهمها صحيفة السوابق القضائية التي تحتفظ بها دور القضاء.

- انتهت الدراسة أيضا إلى اتفاق الفقه الإسلامي مع التشريع الجزائري في بعض الشروط المتعلقة بالاستفادة من نظام وقف التنفيذ منها على سبيل المثال جدارة المحكوم عليه بهذا الامتياز، بحيث يقدر القاضي وقف التنفيذ يحقق الغرض الإصلاحية أكثر من العقوبة، ولذا وجدنا بعض الدول الإسلامية ذات المرجعية الإسلامية في التشريع الجزائري تنص على هذا الشرط.

- خلصت الدراسة أيضا إلى أن القول بأن نظام وقف التنفيذ يجد تطبيقا واسعا له في مجال التعازير ليس على إطلاقه، فإذا كانت العقوبة التعزيرية لحق آدمي لم يجز لإيقاف تنفيذها، لأن القاعدة العامة أن ما وجب من الحقوق للعبد لم يجز لغير صاحب الحق إسقاطه، أو العفو عنه أو الصلح عليه؛ سواء كان هذا الغير قاضيا أو ولي الأمر؛ وعلى هذا الرأي جمهور الفقهاء.

- نبهت الدراسة إلى أن القول باستيعاب السياسة الشرعية الإسلامية لنظام وقف التنفيذ لا يعني أن تأخذ به الدولة الإسلامية كما هو بخلافه، وإنما يمكنها أن تأخذ منه بالقدر والشكل الذي يتناسب مع أحكام الشريعة ومقاصدها وهداها في التقاضي.

- خلصت الدراسة باستقراء النصوص التشريعية الجزائرية إلى أن المشرع الجزائري ينتمي إلى طائفة التشريعات التي تستبعد العقوبات الفرعية (التبعية) من وقف التنفيذ؛ وقد بدا لنا -والله أعلم- أن المشرع أراد من وراء استبعاد وقف تنفيذ العقوبات التبعية الإبقاء على قدر -ولو كان ضئيلا- من الردع؛ كما أنه ربما قدر بأن وقف تنفيذ العقوبة الأصلية لا يخل به تنفيذ العقوبة التبعية، بحيث يؤدي كل من الحكمين أغراضه في إصلاح المحكوم عليه والحد من الإجرام.

- كما انتهت الدراسة إلى ترجيح القول بترك وقف تنفيذ العقوبات الفرعية بيد سلطة القاضي التقديرية.

- خلصت الدراسة إلى اضطراب المشرع الجزائري أيضا فيما يتعلق بتحقيق مقصد الردع، حيث لاحظنا أنه منع استفادة بعض الأشخاص من نظام تخفيف العقوبة، كما هو الشأن مثلا في جرائم التهريب في م 22 حيث جاء تحت عنوان: "استبعاد ظروف التخفيف: لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا الأمر من ظروف التخفيف المنصوص عليها في م 53 من قانون العقوبات: إذا كان محرضا على ارتكاب الجريمة،.... وهو مسلك نشد على يديه فيه، لكننا وجدناه تنكر لهذا المسلك في نظام وقف التنفيذ فلم ينص عليه.

- كشفت الدراسة أيضا عن اعتماد المشرع الجزائري نظام إلغاء وقف التنفيذ القانوني، وبالتالي لا يملك القاضي سلطة الإلغاء، وقد رجحنا أن يكون الإلغاء مشمولاً بالسلطة التقديرية للقاضي، وأن يكون جوازيًا لا وجوبيًا؛ لأن القاضي أعلم بالحال.

2/ سلطة القاضي في العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

- يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الجزائري في أن العفو عن العقوبة إنما هو استثناء، لاتفاقهم على أن الأصل هو تنفيذ العقوبة المحكوم بها.

ينعدم العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي في جرائم الحدود لوجوبها حقا لله تعالى إذا رفعت للإمام كما قرر الفقهاء، باستثناء عقوبة القذف للخلاف في طبيعة الحق الغالب فيها، كما استثنى التشريع الإسلامي عقوبة حدية بنص صريح وهي عقوبة المحارب إن تاب قبل القدرة عليه، وهي المنصوص عليها في قوله تعالى: "إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم" (المائدة/).

كما أن الفقهاء أجمعوا على ما نقله ابن قدامة الحنبلي على عدم جواز العفو عن المحارب القاتل ولو من قبل أولياء الدم، وهذا على خلاف الأصل الذي جرى عليه التشريع الإسلامي في عقوبات القصاص من حق الأولياء حصرا في العفو، وقد رام البعض تعليل ذلك فذهبوا إلى أن الأمر رفع إلى الإمام فلا عفو، وهو توجيه ليس بالقوي، والرأي عندنا

أنه لا يقبل عفو الأولياء لأن الجريمة خرجت عن القتل المعتاد إلى المجاهرة والترويع وتنظيم الإجرام، فحق فيها سقوط الحق لأولياء تغليبا للردع العام.

فإذا ثبتت الجريمة الحدية وجبت العقوبة إلا إذا وجد ما يسقطها شرعا كالمشبهة، كما تنعدم سلطة القاضي في العفو عن العقوبة في القصاص لأن من له حق الإسقاط هو صاحب الحق، والمتمثل في أولياء الدم أو المجني عليه.

- تتسع سلطة القاضي في العفو كما هو معلوم في عقوبات التعازير، وذلك إذا لم يتعلق بالعقوبة حق لآدمي، وقوي في نفس القاضي أن الجاني يصلح حاله بالعفو بدل العقوبة، وخصوصا إذا تأكدت هذه القناعة بظهور أماراتها من الندم والفرع إلى التوبة.

- بينت الدراسة أيضا أن القاضي والإمام وإن تمتعا بسلطة واضحة في العفو في التعازير، إلا أن عفوهم لا يبذل لهوى أو مصلحة شخصية، بل ينبغي أن يكون الداعي إليه هو المصلحة الشرعية العامة، لأن تصرفها إنما يكون بمقتضى ولايتهما على المسلمين، والقاعدة العامة أن كل تصرف بمقتضى الولاية تحكمه القاعدة الفقهية "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة".

- أوضحت الدراسة أن اتساع سلطة القاضي في العفو في ميدان التعازير مرده إلى عدة أسباب: تفويض التعزير إلى اجتهاد القاضي، انبناء التعزير على مقصدي الردع والإصلاح بحيث لا يكون أكثر مما يجب، ولا أقل مما ينبغي، مراعاة الاعتبارات المقررة شرعا كحال الجاني والمجني عليه، وقلة الذنب أو كثرته...، امتلاك القاضي لعدد كبير ومتنوع ومتدرج من العقوبات، مرونة التعزير وقابليته للتكيف مع المستجدات في الإجرام.

- انتهت الدراسة بناء على التتبع والاستقراء إلى أن سلطة القاضي في العفو في القانون الجزائي محصورة في حالتين فقط، وهما: الحالة الخاصة بعذر القرابة في جرائم الخيانة أو التحسس أو النشاطات التي يكون من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني، وقد نص عليها المشرع في م 91/ ف 08 من ق ع ج فجاء فيها: "... و يجوز للمحكمة في الحالات المنصوص عليها في هذه المادة أن تعفي أقارب أو أصحاب الفاعل لغاية الدرجة الثالثة من

العقوبة المقررة"؛ ومقتضى ذلك أن العفو لا يشمل بقية الأشخاص الذين لهم صلة ما بالمحكوم عليه، فسلطة القاضي في العفو محصورة في قرابة الجاني أو أصهاره، وفي حدود الدرجة الثالثة فحسب؛ الثانية فهي الحالة الواردة في قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين والتي تنص في م 08 على مايلي: "... و في حالة تطبيق أحكام الفقرة الأولى من م 07 أعلاه والفقرة الأولى من هذه المادة يمكن للجهة القضائية المختصة أن تعفي الشخص من العقوبات المنصوص عليها في م 12 من هذا القانون(الحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من 5000 دج إلى 50.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين)".

- نص المشرع على حالات أخرى أيضا للعفو لكنه عفو وجوبي/ تشريعي، وسماه بالأعذار المعفية من العقاب، وهذا القسم من العفو لا سلطة للقاضي فيه، بحيث يتعين على القاضي العفو عن الشخص إذا ما توفرت أسبابه.

- يتفق التشريعان الإسلامي والجزائري في الحد من نطاق العفو عن العقوبة، على اعتبار أن توسيع مساحة سلطة القاضي في العفو قد يذهب بمقصد الردع والإصلاح؛ إلا أن التشريع الجزائري يبدو أكثر تضييقا لنطاق العفو القضائي، والسبب في ذلك من وجهة نظرنا هو تمسك المشرع بمبدأ الشرعية، وقد أبانت الدراسة أن المشكلة ليست في العفو القضائي في حد ذاته بل في مواطن وكيفيات تنزيله، والعجيب أن الفقيه مونتسكيو صاحب كتاب "روح الشرائع" نص على هذه الفكرة بوضوح تام، أي أنه يؤيد فكرة العفو لكن بضوابط.

- خلصت الدراسة أيضا إلى أن المشرع الجزائري وفي أعلى وثيقة قانونية منح رئيس الجمهورية سلطة واسعة في العفو عن العقوبة في العفو عن العقوبة وتخفيضها واستبدالها، وقد انتقدنا كثيرا هذا المسلك لعدة أسباب نراها وجيهة أهمها: إن القاضي أولى الأشخاص بأن يمنح حق العفو باعتباره أدرى بالجريمة والجرم، إن منح رئيس الجمهورية سلطة العفو يناقض مبدأ الفصل بين السلطات الذي تقوم عليه الدولة الديمقراطية الحديثة، إن منح رئيس الدولة سلطة العفو قد جعل العفو في أحيان كثيرة وسيلة تضعف الأثر الردعي للعقاب، حيث نجد

معظم الرؤساء حين يستهلون ولايتهم يصدرن عفوا عن كثير من المحكوم عليهم، فكانت النتيجة أن كل محكوم عليه إذا اقتربت الانتخابات الرئاسية يأمل هو وأهله في استفادته من العفو الرئاسي، يضاف إلى ذلك أن هذا العفو ليس الغرض منه الإصلاح، لأن غرض الإصلاح إنما يتحقق بدراسة أحوال المحكوم عليهم وتقدير جدارتهم بالعفو لا بإصدار عفو جماعي؛ وكل ما تمسك به المدافعون والمتحمسون للسلطة رئيس الدولة في العفو يمكن إيجاد حلول له.

ج/التوصيات :

1- رغم أن أغلب التشريعات الجزائية الوضعية تمنح رئيس الجمهورية حق العفو عن العقوبة وتخفيفها، إلا أنني أوصي بضرورة إعادة النظر في فكرة العفو الرئاسي من حيث أساسها النظري وأثرها على الحد من الإجرام من جهة، ومن جهة ثانية الاعتداء على سلطة القاضي.

2- ضرورة مراجعة قانون العقوبات الجزائري من حيث أساس منح المشرع القاضي سلطة التخفيف والتشديد إضافة إلى تبيان ديانسجام ذلك مع أغراض السياسة الجزائرية.

3- الانفتاح على المدارس القانونية المختلفة للاستفادة من فلسفتها في الحد من الإجرام عموماً، ومجال سلطة التقدير القضائي بوجه خاص؛ خصوصاً وقد انكشف لنا بوضوح أن كثيراً من الأفكار الجزائية موجودة في فقهننا الإسلامي، مع العلم بأن أثر هذه الاستفادة قد يكون محدوداً، ولو أردنا فعالية النظام الجزائري فما علينا إلا الرجوع الشامل إلى الإسلام عقيدة وشرية؛ لكن ذلك الانفتاح يتيح على الأقل مزيداً من القناعة لدى رجال القانون بسعة فقهننا الجزائري ومرونته وكفائته العالية في الحد من الإجرام.

هذا ما أمكنني تسجيله من نتائج انتهت إليها الدراسة، وخلص إليها البحث، فما في ذلك من توفيق وصواب فمن الله تعالى وحده، وما عسى أن يكون فيها من خلل أو خطأ فمن نفسي ضعفاً أو تقصيراً أسأل الله تعالى السلامة.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس الأعلام المترجم لهم

فهرس الكلمات المشروحة

فهرس المصادر والمراجع

فهرس المحتويات

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	اسم السورة	الآية
	23	البقرة	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾
	177	البقرة	﴿بِمَنْ عَيْبَى لَهُ مِنْ آخِيهِ شَيْءٌ فَبَتِّبَاعٍ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾
	233	البقرة	﴿وَمَتَّعُوهُ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُفْتِرِ قَدْرَهُ مَتَلَعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾
	134	آل عمران	﴿الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالصَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾
	159	آل عمران	﴿بِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾
	28	النساء	﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾
	97	النساء	﴿إِنَّ الَّذِينَ تَوَجَّهْتُمْ الْمَلَائِكَةَ ظَالِمًا أَنفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعِفِينَ فِي الْأَرْضِ﴾
	04	المائدة	﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾
	15	المائدة	﴿يَتَأَهَّلَ الْكِتَابُ قَدْ جَاءَكُمْ رَسُولُنَا يُبَيِّنُ﴾

			لَكُمْ كَثِيرًا مِّمَّا كُنْتُمْ تُخْفُونَ مِنَ الْكِتَابِ وَيَعْبُؤُوا عَن كَثِيرٍ ﴿١٠٠﴾
33	المائدة		﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْبَعُوا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾
40	المائدة		﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٤٠﴾﴾
158	الأعراف		﴿قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا ﴿١٥٨﴾﴾
06	الأنفال		﴿أَلَمْ حَقَّبَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضُغْبًا ﴿٥﴾﴾
126	النحل		﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَافِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِفْتُمْ بِهِءَ ﴿١٢٦﴾﴾
02-01	طه		﴿طه ﴿١﴾ مَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْقُرْآنَ لِتَشْفَى ﴿٢﴾﴾
106	الأنبياء		﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴿١٠٦﴾﴾
78	الأنبياء		﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمُونَ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَبَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾﴾
02	النور		﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴿٢٠٢﴾﴾
02	الفرقان		﴿وَخَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ بِقَدَرِهِ تَفْدِيرًا ﴿٢٥٢﴾﴾
69	العنكبوت		﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ ﴿٦٩﴾﴾

	20	ص	﴿وَشَدَدْنَا مُلْكَهُ، وَءَاتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَبَصَلَ الْخَطَابِ﴾
	02	الحشر	﴿بَاغْتَبِرُوا يَأْتُوا لِيَ الْأَبْصِرِ ﴿٢﴾﴾
	02	الطلاق	﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَّيْ عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾
	15	الملك	﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴿١٥﴾﴾
	05	المزمل	﴿إِنَّا سَنُلْفِي عَلَيْكَ قَوْلًا تَنفِيلاً ﴿٥﴾﴾
	08-07	القارعة	﴿وَأَمَّا مَنْ حَقَّبَ مَوَازِينَهُ، ﴿٧﴾ بَاءً مَّهُ، هَاوِيَةً ﴿٨﴾﴾

فهرس الأحاديث والآثار

16	البخاري/ الجامع الصحيح	"فاقدروا قدر الجارية الحديثة السنّ"
55	مسلم/ الصحيح	"...فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا"
38	الترمذي/ السنن	"فإن لم يكن في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم
40	البخاري/ الجامع الصحيح	"إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران..."
43	البخاري/ الجامع الصحيح	"إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي..."
78	أبو داود/ السنن	"أتعفو، قال: لا، قال: فتأخذ الدية،..."
79	المسند/ أحمد	"ما رفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو"
82	المصنف/ ابن أبي شيبه	"ادرعوا الحدود بالشبهات"
108	أبو داود/ السنن	"فأمر به رسول الله أن يأخذوا له مائة شمرخ فيضربوه بها ضربة واحدة"
-146	الزيلعي/ نصب الراية	"من بلغ حدا في غير حد فهو المعتدين"
147	المصنف/ عبد الرزاق الصنعاني	"...، يجلد مائة سوط إلا سوط واحد؛"
-147	البخاري/ الجامع	"لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط، إلا في حد من حدود الله
-148	الصحيح	تعالى"

198		
220	أبو داوود/ السنن	"إني لم أبعث عمالي عليكم ليصيبوا من أبشاركم ولا من أموالكم.."
219	مسلم/ الصحيح	"دمه وماله وعرضه"
227	المصنف/عبد الرزاق الطحاوي/ شرح معاني الآثار	"حد شارب الخمر في نهار رمضان ثم سجنه..."
237	البيهقي	"أنه قضى في دية امرأة وطئت بمكة بدية وثلاث"
238	مسند الدارمي	"فضربه عمر بجريد النخل حتى أدمى جسده كله..."
239	الموطأ	"إني أراك تجيعهم...."
240	البخاري	"... لا تعينوا عليه الشيطان"
301	البخاري	"... ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين..."
302	سنن أبي داوود	"ما رأيت النبي صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو"
313	سنن أبي داوود	"أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم"

فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة التي ورد فيها	اسم العلم
12	ابن فرحون
47	الصدر الشهيد
47	الخصاف
51	الماوردي
78	وائل بن حجر
78	ابن بَطَّال
78	الخطابي البستي
85	ابن عتاب
85	ابن القطان
85	الونشريسي
87	أبوالقاسم بن عظوم
102	أبوبكر الطرطوشي
109	الصنعاني
110	اللخمي
146	ابنشاس
147	الخرقي
149	أبو عبد الله الزيري

187	الكرخي
188	الثعالي
199	البهوتي
199	حافظالدين النسفي
206	ابنحبيب
206	المرداوي
226	بقيين مخلد
227	محمدابن راشد القفصي
234	ابنالمجاهشون
238	مطرف
294	ابنالجلاب
303	الرويانى
308	إلكياالهراسي الشافعي
310	ابنالخطيب
310	الرافعي
311	ابنالمقن

فهرس الكلمات المشروحة

الصفحة التي ورد فيها	الكلمة
21	الأرش
50	التشاح
102	الريئة
108	الشمراخ
111	العثكال
253	الوضعيون
315	الإلداد
	الأرش

فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع بالخط المغربي.

أولا/ تفاسير القرآن الكريم:

- 1- ابن أبي زمنين القرطبي، تفسير القرآن العزيز، تحقيق: حسين بنعكاشة ومحمد بن مصطفى الكنز، ط01(القاهرة: مصر، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، 1423هـ/ 2002).
- 2- ابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ط03) بيروت، لبنان، المكتب الإسلامي، 1404هـ- (1984).
- 3- ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط 03 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ- 2003).
- 4- ابن جزري، التسهيل لعلوم التنزيل، ضبط وتحقيق: محمد سالم هاشم، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1415هـ- 1995).
- 5- ابن عادل، اللباب في علوم الكتاب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1419هـ- 1998).
- 6- ابن عاشور، التحرير والتنوير، (تونس: الدار التونسية للنشر، 1984).
- 7- ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: الرحالة الفاروق وآخرون، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الخیر، 1428هـ- 2007).
- 8- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، ط01(الرياض: السعودية، دار طيبة للنشر والتوزيع، 1417هـ- 1997).
- 9- أبو السعود، إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الحكيم، تحقيق: عبد القادر أحمد عطا (الرياض: السعودية، مطبعة السعادة).
- 10- الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، ط 01 (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1418هـ- 1997).
- 11- الجصاص أبوبكر، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث

- العربي، 1412 هـ - 1992).
- 12- الرازي، مفاتيح الغيب، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1401 هـ - 1981).
- 13- الرنخشي، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، فتحي عبد الرحمان أحمد حجازي، ط 01 (الرياض: السعودية، العبيكان، 1418 هـ - 1998).
- 14- الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، تحقيق: بكر بن عبد الله أبو زيد، ط 01 (مكة المكرمة: السعودية، دار عالم الفوائد، 1426 هـ).
- 15- الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 01 (دار هجر، 1422 هـ - 2001).
- 16- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي محمد رضوان عرقسوسي، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1427 هـ - 2006).
- 17- الكيا الهراسي، أحكام القرآن، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1403 هـ / 1983).
- 18- محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ط 02 (دار المنار، 1367 هـ).
- 19- يسري السيد محمد، صالح أحمد الشامي، بدائع التفسير الجامع لفسره الإمام ابن قيم الجوزية، ط 01 (الدمام: السعودية، دار ابن الجوزي، 1427 هـ).

ثانيا/ كتب السنة والآثار:

- 1- ابن أبي شيبه، المصنف، تحقيق حمد بن عبد الله الجمعة ومحمد بن إبراهيم اللحيان، ط 01 (الرياض: السعودية، مكتبة الرشد ناشرون، 1425 هـ - 2004).
- 2- ابن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ط 01 (مؤسسة قرطبة، 1416 هـ - 1995).
- 3- أبو داود، السنن، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني؛ ط 02 (الرياض: السعودية، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1417 هـ).
- 4- أحمد، المسند، تحقيق وتعليق: حمزة أحمد الزين، ط 01 (القاهرة: مصر، دار الحديث، 1416 هـ - 1995).
- 5- البخاري، الجامع الصحيح، ط 01 (دمشق: سوريا، دار ابن كثير، 1423 هـ / 2002).

- 6- البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط 03 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2003).
- 7- الترمذي، سنن الترمذي (المعروف بجامع الترمذي)، تحقيق: ناصر الدين الألباني، ط 01 (الرياض: السعودية، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1417هـ).
- 8- الدارمي، السنن الجامع، تحقيق: نبيل بن هاشم بن عبد الله العمري الباعلوي، ط 01 (بيروت: لبنان، شركة البشائر الإسلامية، 1434هـ - 2013).
- 9- الزيلعي الحنفي، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة وحسن عبحي، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة الريان، 1418هـ - 1997).
- 10- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنّف، تحقيق: مركز البحوث وتقنية المعلومات، ط 01 (بيروت: لبنان، دار التأصيل، 1436هـ - 2015).
- 11- مالك، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1406هـ - 1985).
- 12- محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)، المكتب الإسلامي،
- 13- ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخرّج أحاديث منار السبيل، ط 01 (بيروت: لبنان، المكتب الإسلامي، 1399هـ - 1979).
- ثالثاً/ شروح السنة النبوية المطهرة والآثار:
- 1- النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط 01 (القاهرة: مصر، المطبعة المصرية، 1349هـ - 1929).
- 2- ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: محمود محمد الطناحي (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي).
- 3- ابن العربي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية).
- 4- ابن الملقن، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، تحقيق: خالد الرباط، جمعة فتحي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار النوادر، 1429هـ - 2008).
- 5- ابن بطال، شرح صحيح البخاري، تحقيق: أبو تميمياسر بن إبراهيم (الرياض: السعودية، مكتبة الرشد).
- 6- ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز و محب الدين

- الخطيب و محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت: لبنان، دار المعرفة، 1379هـ).
- 7- ابن عبد البر، الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنها لموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلججي، ط01 (دمشق: دار قتيبة، حلب: دار الوعي، 1414هـ-1993).
- 8- أبو جعفر الطحاوي الحنفي، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهرى النجار ومحمد سيد جاد الحق، ط01 (الرياض: السعودية، عالم الكتب، 1414هـ-1994).
- 9- أحمد بن عمر بن إبراهيم القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تحقيق: محيي الدين ديمستو وآخرون، ط01 (دمشق: سوريا، دار ابن كثير/ دار الكلم الطيب، 1417هـ-1996).
- 10- الخطابي البستي، معالم السنن، تحقيق: محمد راغب الطباخ، ط01 (حلب: سوريا، 1352هـ-1933).
- 11- السهارنفوري، بذل المجهود في حل أبي داود (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية).
- 12- الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق: أنور الباز، ط02 (المنصورة: مصر، دار الوفاء، 1423هـ-2003).
- 13- القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: يحيى إسماعيل، ط01 (المنصورة: مصر، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 1419هـ-1998).
- 14- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، ط01 (الرياض: السعودية، دار المعارف للنشر والتوزيع، 1427هـ-2006).
- 15- محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق: عبد الرحمان محمد عثمان، ط02 (المدينة المنورة: السعودية، المكتبة السلفية، 1389هـ-1969).
- 16- محمد عبد الرحمان بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف (بيروت: لبنان، دار الفكر).
- 17- موسى شاهين لاشين، فتح المنعم شرح صحيح مسلم، ط01 (القاهرة: مصر، دار الشروق، 1423هـ-2001).

رابعاً/ كتب الفقه:

1/ المذهب الحنفي:

- 1- ابن عابدين، ردالمحتار على الدر المختار، تحقيق: عادل أحمد عبدالموجود، علي محمد معوض (الرياض: السعودية، دار عالم الكتب، 1423هـ- 2003).
- 2- ابن نجيم سراج الدين عمر بن إبراهيم، النهرالفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1422هـ- 2002).
- 3- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنزالدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ- 1997).
- 4- السرخسي، المبسوط (بيروت: لبنان، دار المعرفة، 1409هـ- 1989).
- 5- الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، تحقيق: عبد اللطيفحسن عبد الرحمان، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1421هـ- 2000).
- 6- العيني، البناية شرح الهداية، ط02 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1411هـ- 1990).
- 7- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط02 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1406هـ- 1986).
- 8- ظفر أحمد العثماني التهانوي، إعلاء السنن، ط01 (بيروت: لبنان، دارالفكر، 1421هـ- 2001).

2/ المذهب المالكي

- 1- ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، تحقيق: محمد حجي، ط01 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1999).
- 2- ابن الجلاب، التفريع، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني، ط01 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ- 1987).
- 3- ابن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: أحمد الحبابي، ط02 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ- 1988).
- 4- ابن رشد، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، تحقيق: محمد حجي، ط01 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ- 1988).

- 5- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط02 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1413هـ - 1992).
- 6- أبو القاسم بن محمد مرزوق بن عظوم المرادي، كتاب الأجوبة، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، ط01 (قرطاج: تونس، المجمع التونسي للعلوم والآداب والفنون - بيت الحكمة - 2004).
- 7- الحطاب، مواهب الجليل، تحقيق: زكريا عميرات، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1416هـ - 1995).
- 8- القاضي عبد الوهاب البغدادي، التلقين في المذهب المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، بيروت: لبنان، دار الفكر، 1415هـ - 1995).
- 9- القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخيزة، ط01 (بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1994).
- 10- الونشريسي، المعيار المعرب، تحقيق: محمد حجي، ط01 (الرباط: المغرب، وزارة الأوقاف، بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1401هـ - 1981).
- 11- زروق: أحمد بن محمد البرنسي الفاسي، شرح الرسالة، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1427هـ - 2006).
- 12- عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، تحقيق: محمد عبدالعزيز الخالدي، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1997).
- 13- مالك، المدونة، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994).
- 3/ المذهب الشافعي:**
- 1- النووي، روضة الطالبين، إشراف: زهير الشاويش، ط03 (بيروت: لبنان، المكتب الإسلامي، 1412 هـ - 1991).
- 2- ابن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، ط01 (بيروت: لبنان، دار المعرفة، 1418هـ - 1997).
- 3- الرافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1417هـ - 1997).
- 4- الروباني، بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: أحمد عزو عناية الدمشقي، ط01 (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1423هـ - 2002).

5- الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994).

6- سليمان بن محمد البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1417هـ - 1997).

4/ المذهب الحنبلي

1- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1421هـ - 2000).

2- عبد الله بن الإمام أحمد، مسائل الإمام أحمد، تحقيق: زهير الشاويش، ط 01 (بيروت: لبنان، المكتب الإسلامي، 1401هـ - 1981).

3- ابن قدامة، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلوة، ط 03 (الرياض: السعودية، دار عالم الكتب، 1417هـ - 1997).

4- المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1997).

5/ المذهب الظاهري

1- ابن حزم، المحلى، تحقيق: محمد منير الدمشقي، ط 01 (القاهرة: مصر، المطبعة المنيرية، 1352هـ).

الفقه المقارن

1- ابن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، ط 01 (رأس الخيمة: الإمارات العربية المتحدة، 1426هـ - 2005).

2- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 06 (بيروت: لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1402هـ - 1982).

3- القاضي عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، ط 01 (بيروت: لبنان، دار ابن حزم، 1420هـ - 1999).

خامسا/ كتب القضاء والسياسة الشرعية والنوازل:

1- ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، (مطبوعات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، 1419 هـ).

- 2- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، خرج أحاديثه وكتب حواشيه وعلق عليه: جمال مرعشلي (الرياض: دار عالم الكتب، 1423هـ 2003 .
- 3- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: عرفات بن سليم العشا حسونة الدمشقي، ط01 (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1425هـ. 2005 -
- 4- الصدر الشهيد: حسام الدين أبو محمد، عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري، شرح أدب القاضي، تحقيق: محيي هلال السرحان، ط 01 (بغداد: العراق، مطبعة الإرشاد، 1397هـ - 1977).
- 5- الفراء: أبو يعلى محمد بن الحسين، الأحكام السلطانية، تحقيق: محمد حامد الفقي (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1421هـ - 2000).
- 6- القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق: محمد بن شريفة، ط (02بيروت: لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1997).
- 7- الماوردي، الأحكام السلطانية، تحقيق: أحمد مبارك البغدادي، ط01 (الكويت، مكتبة دار ابن قتيبة، 1409هـ - 1989).
- 8- بدر الدين بن جماعة، تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، ط 01 ، قطر، طبعة رئاسة المحاكم الشرعية، 1405هـ 1985 - .
- 9- دده أفندي: إبراهيم بن يحيى خليفة، السياسة الشرعية، تحقيق: فؤاد عبد المنعم (الإسكندرية: مصر، مؤسسة شباب الجامعة، 1411هـ).
- 10- ميارة الفاسي: أبو عبد الله محمد الفاسي، الإلتقان والإحكام شرح تحفة الحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد سالم، (القاهرة: مصر، دار الحديث، 1432هـ / 2011).
- سادسا/ القواميس والمعاجم:
- 1- ابن حزم، مراتب الإجماع، تحقيق: حسن أحمد إسبر، ط 01 (بيروت: لبنان، دار ابن حزم، 1419هـ / 1998).
- 2- ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم الشاذلي (القاهرة: مصر، دار المعارف).
- 3- أبو البقاء الكفوي، الكليات) معجم في المصطلحات والفروق اللغوية) تحقيق: عدنان درويش ومحمد

- المصري، ط 02 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة ناشرون، 1419هـ - 1998).
- 4- أحمد بن محمد بن عبد ربه الأندلسي، العقد الفريد، تحقيق: عبد الحميد الترحيني، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1404هـ-1983).
- 5- التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، ط 01 (بيروت: لبنان، مكتبة لبنان ناشرون، 1996).
- 6- الجوهرى، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط 04 (بيروت: لبنان، دار العلم للملايين، يناير 1990).
- 7- الرازي، مختار الصحاح، ط 01 (بيروت: لبنان، دار ومكتبة الهلال، 1983).
- 8- الشريف الجرجاني، التعريفات (بيروت: لبنان، مكتبة لبنان، 1985).
- 9- الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ط 08 (بيروت: لبنان، 1426هـ - 2005).
- 10- المرتضى الزبيدي، تاج العروس، تحقيق: عبد العليم الطحاوي، مراجعة: عبد الستار أحمد فراج، (الكويت: مطبعة حكومة الكويت، 1400-1980).
- 11- المعجم الفلسفي العربي، (القاهرة: مصر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1403هـ - 1983).
- 12- الموسوعة الفقهية، ط 02 (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1408هـ - 1988).
- 13- جبار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، ط 01 (بيروت: لبنان، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، 1418هـ-1998).
- 14- حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني (إنجليزي عربي)، ط 05 (بيروت: لبنان، مكتبة لبنان، 2008).
- 15- روجيه البعلبكي، موريس نخلة، صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، ط 01 (بيروت: لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002).
- 16- عبد الله بن سعد بن عبد العزيز المحارب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ط 1 (الرياض: السعودية، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، 1435هـ/2014).
- 17- عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة و القانون، عربي فرنسي إنجليزي، ط 01 (بيروت: لبنان، مكتبة النهضة المصرية، عالم الكتب، 1407هـ . 1987).

- 18- مجمع اللغة العربية، معجم القانون، (القاهرة: مصر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1420هـ - 1999).
- 19- مجموعة مؤلفين، معجم مصطلحات العلوم الشرعية، ط 02 (الرياض: السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، 1439هـ-2017).
- 20- محمدرؤاس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ط 02 (بيروت: لبنان، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408هـ-1988).
- 21- محمد صدقي بن أحمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ط 01 (الرياض: السعودية، مكتبة التوبة، 1418هـ-1997).
- 22- محمود عبد الرحمان عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، (القاهرة: مصر، دار الفضيلة، د.ت).
- سابعاً/ الرسائل العلمية المطبوعة وغير المطبوعة:
- 1- إبراهيم بن فهد بن إبراهيم الودعان، العفو عن العقوبة وأثره بين الشريعة والقانون -دراسة مقارنة - (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائي الإسلامي، تحت إشراف: د. محمد فضالمراد، الرياض: السعودية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، السنة الجامعية: 1423هـ / 2002).
- 2- إبراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء و نظامه في الكتاب و السنة (رسالة دكتوراه) تحت إشراف: السيد سابق، ط 01 (مكة المكرمة: السعودية، طبعة جامعة أم القرى، 1409-1989).
- 3- إسحاق عبد الله عثمان، العمال والولاية والاحتساب عليهم (رسالة ماجستير) التخصص: الدعوة الإسلامية، تحت إشراف: مصطفى محمد الجمال، المعهد العالي للدعوة الإسلامية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السنة الدراسية: 1404هـ).
- 4- العشي قويدر، الموازنة بين العقوبة والعفو (رسالة دكتوراه) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: أ.د. لخضر لخضاري، قسم العلوم الإسلامية، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية، جامعة وهران، السنة الدراسية: 2012-2013.
- 5- الوافي محمد لخضر، نظام العفو عن العقوبة وتأثيره على فعالية السياسة العقابية (مذكرة ماستر) التخصص: السياسة الجنائية والعقابية، تحت إشراف: جديدي طلال، جامعة العربي التبسي، تبسة، السنة الجامعية: 2015-2016.
- 6- إنال أمال، أنظمة تكييف العقوبة وآليات تجسيدها في التشريع الجزائري (رسالة ماجستير) التخصص:

- علم الإجرام وعلم العقاب، تحت إشراف: د. رحاب شادية، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، باتنة: السنة الجامعية: 2010-2011).
- 7- إيمان حسن علي شريتح، تقدير الدية تغليظا وتخفيفا في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية (رسالة ماجستير) تخصص: الفقه المقارن، تحت إشراف: د. زياد إبراهيم مقداد، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، السنة الدراسية: 1432هـ - 2011).
- 8- نضال مصطفى حسن الأسمر، صلاحيات الإمام في إسقاط وتخفيف العقوبات (رسالة ماجستير) تخصص: الفقه والتشريع، تحت إشراف: د. عبد المنعم أبو قاهوق، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، السنة الدراسية: 1426هـ - 2005.
- 9- باضيف خزاني، مبدأ الشرعية الجزائية وأثره على السلطة التقديرية للقاضي الجزائري (رسالة ماجستير) التخصص: القانون الجنائي، تحت إشراف: أ. د. عبد الحفيظ طاشور، المركز الجامعي العربي بن مهدي، معهد العلوم القانونية والإدارية، أم البواقي، السنة الجامعية: 2007-2008.
- 9- بدر بن عبد الله بن راشد الديداني، أثر ارتكاب الموجب للعقوبة التعزيرية وتطبيقاته القضائية (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه المقارن، تحت إشراف: د. عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، العام الجامعي: 1429 هـ - 1430 هـ.
- 10- بن أحمد نادية، تنظيم السلطة السياسية في الجزائر (رسالة ماجستير) التخصص: سياسات مقارنة، تحت إشراف: بن عمار محمد، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، العام الدراسي: 2012-2013.
- 11- جواهر الجبور، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى - دراسة مقارنة (رسالة ماجستير) التخصص: القانون العام، تحت إشراف: أ. د. محمد الجبور، جامعة الشرق الأوسط. 2013. Meu
- 12- حاتم موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية (رسالة دكتوراه)، (الإسكندرية: مصر، منشأة المعارف، 2002).
- 13- حدة بوسته و سوهيلة حمادو، العقوبات البديلة في التشريع الجزائري الجزائري، مذكرة ماستر، التخصص: القانون العام، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، السنة الدراسية: 2015-2016.

- 14- حمر العين لمقدم، الدور الإصلاحى للجزء الجنائى (رسالة دكتوراه) التخصص: القانون الخاص، تحت إشراف: أ.د رايى محمد، جامعة أبى بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية: 2014-2015.
- 15- رأفت الحسين خالد، الجريمة التعزيرية فى الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها فى المملكة العربية السعودية (رسالة ماجستير) التخصص: الدعوة الإسلامية، تحت إشراف: أ.د عبد الفتاح مصطفى الصيفى، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، قسم الحسبة، السعودية، السنة الجامعية: 1402هـ-1403هـ.
- 16- رضا معيزة، نظام وقف تنفيذ العقوبة فى ضوء السياسة العقابية الحديثة (رسالة ماجستير) التخصص: القانون الجنائى والعلوم الجنائى، تحت إشراف: زيدومة درياس، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2006-2007.
- 17- سالم بن مبارك بن سالم المحارفى، العقوبة بإتلاف المال - دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائى الإسلامى، تحت إشراف: مصلح بن عبد الحى النجار، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 1427هـ - 2007.
- 18- سليم إبراهيم النجار، سلطة القاضى فى تقدير العقوبات التعزيرية (رسالة ماجستير) التخصص: القضاء الشرعى إشراف د. زياد إبراهيم مقداد، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة: فلسطين، السنة الدراسية، 1428هـ - 2007.
- 19- صالح بن محمد بن إبراهيم اللحيان، تخفيف العقوبة التعزيرية فى الشريعة والنظام وتطبيقاتها فى المملكة العربية السعودية (رسالة ماجستير) تخصص: التشريع الجنائى الإسلامى، تحت إشراف: محمد فضل المراد، السنة الدراسية: 1423هـ - 1424هـ.
- 20- عبدالرحمان بن محمد إبراهيم العنقرى، تنازع الاختصاص القضائى دراسة تطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائى الإسلامى، تحت إشراف: محمد أرزقى نسيب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، السنة الدراسية: 1425هـ - 2004.
- 21- عبدالرحمان بن نافع المحامدى السلمى، سلطة القاضى فى تشديد وتخفيف العقوبة فى الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة تطبيقية على بعض المحاكم بالمملكة العربية السعودية (رسالة دكتوراه) تخصص: الفقه الإسلامى، تحت إشراف: أ. د. أحمد بن عبد العزيز عرابى، جامعة أم القرى، السنة الدراسية: 1425هـ - 1426هـ.

- 22- عبد السلام بن عبد العزيز التويجري، وقف تنفيذ العقوبة التعزيرية-دراسة تطبيقية لنظام وقف التنفيذ في الجرائم التي ينظرها ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية-(رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائي الإسلامي، تحت إشراف: محمد محيي الدين عوض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، السنة الجامعية: 1419هـ - 1998.
- 23- عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية (رسالة دكتوراه) ط 04 (مصر: دار الفكر العربي، 1955).
- 24- عبد القادر طهراوي، مقاصد العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري - دراسة مقارنة - (رسالة ماجستير) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: د. حسن رمضان فحلة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الدراسية: 2003 - 2004.
- 25- عبد الله بن سليمان العجلان، العقوبات النفسية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، م 26 العدد: 51، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض: السعودية، رجب 1431هـ.
- 26- عبد الله بن صالح بن رشيد الريش، سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائي الإسلامي، تحت إشراف: د. إبراهيم بن صالح الخضير، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، السنة الدراسية: 1423هـ.
- 27- عمايديدة مختارية، نظام الإفراج المشروط في التشريع الجزائري- دراسة مقارنة-(رسالة ماجستير) التخصص: المؤسسات والنظم العقابية، تحت إشراف: أ. د لريد أحمد محمد، جامعة الطاهر مولاي (سعيدة) السنة الجامعية: 2014 - 2015.
- 28- عويد بن مهدي العنزلي، السلطة التقديرية للمحقق في نظام الإجراءات الجزائية السعودي (رسالة دكتوراه) إشراف: أ. د. محمد مؤنس محب الدين، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1430 هـ 2009.
- 29- غيداء عبد الرحمان محمد الحربي، العقوبات البديلة لعقوبة السجن- دراسة مقارنة-التخصص: الأنظمة الجنائية، تحت إشراف: د. أمال زيدان، جامعة القصيم، السعودية، السنة الدراسية: 1439 هـ - 2017.
- 30- فاطمة محمد عبد العليم عبد الوهاب، أثر الدين في النظم القانونية - دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية، (رسالة دكتوراه) تحت إشراف: أ. د صوفي حسن أبو طالب، جامعة القاهرة، كلية الحقوق،

- السنة الدراسية: 1421هـ - 2001.
- 31- **فكرى أحمد عكاز**، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون (رسالة دكتوراه) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: د. عبد السميع أحمد إمام، جامعة الأزهر، -السنة الدراسية: 1391هـ - 1971.
- 32- **قريمس سارة**، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة (رسالة ماجستير) التخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية، تحت إشراف: أ. د. درياس زيدومة، جامعة الجزائر (01) بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011-2012.
- 33- **كريم هاشم**، دور القاضي في تقدير العقوبة (مذكرة ماستر) التخصص: القانون الجنائي، إشراف: أ. فتحي محدة، جامعة: محمد خيضر بسكرة، السنة الدراسية: 2014 - 2015.
- 34- **محمد العايب**، تفريد العقوبة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري (رسالة دكتوراه) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: عبد القادر عبد السلام، جامعة باتنة 01، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، السنة الدراسية: 1436هـ/1437هـ - 2015/2016.
- 35- **محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي**، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي (رسالة ماجستير)، ط01 (الرياض: السعودية، العبيكان، 1425هـ-2004).
- 36- **محمد بن فهد الودعان**، زيادة العقوبة التعزيرية على المقدر في جرائم الحدود - دراسة مقارنة - (رسالة ماجستير) التخصص: التشريع الجنائي الإسلامي، تحت إشراف: د. محمد فضل المراد، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، السنة الجامعية: 1423هـ - 2002.
- 37- **محمد سمير محمد حسين**، القواعد الفقهية الواردة في القصاص (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه والتشريع، تحت إشراف: جمال أحمد زيد الكيلاني، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، السنة الدراسية: 2014.
- 38- **محمد صدراتي**، سلطة القاضي في تقييد تصرفات المكلفين - الأحوال الشخصية أمودجا - (رسالة ماجستير) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: غنية كيري، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، السنة الدراسية: 1435-1436هـ. 2014-2015 /
- 39- **محمود عبد المنعم عطية دراغمة**، أثر الظروف في تخفيف العقوبة - دراسة مقارنة - (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه والتشريع، تحت إشراف: د. حسن سعد عوض خضر، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2005.

- 40- ناصر بن محمد مشري الغامدي، الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية (رسالة ماجستير) التخصص: الفقه وأصوله، تحت إشراف: د. أحمد فؤاد عبد المنعم، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، 1419هـ
- 41- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية -دراسة تحليلية تطبيقية- (رسالة دكتوراه) ط1، (الإسكندرية: مصر، منشأة المعارف، 1984).
- 42- هديل ستي، التقديرات الشرعية وتطبيقاتها الفقهية (رسالة دكتوراه) التخصص: أصول الفقه، تحت إشراف: د. علي عزوز، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01 (يوسف بن خدة) السنة الدراسية: 1431-1432هـ / 2010-2011.
- 43- يحيوي صليحة، السلطة التقديرية للقضايا الجنائية (رسالة دكتوراه) تخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية، تحت إشراف: أ. د: عبد الله سليمان، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق -سعيد حمدين- العام الدراسي: 2015 - 2016.
- 44- يحيى محمد عوض الخلايلة، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة لتجربة باكستان ومشروع مصر في التعزيز (رسالة دكتوراه) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: سيد عواد علي عواد، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية العالمية، باكستان، السنة الدراسية: 1422هـ-2001-2002 / 1423
- 45- يعقوب بن أحمد، العقوبات البديلة لعقوبة الحبس قصير المدة - العمل للنفع العام نموذجاً (مذكرة ماستر) التخصص: الشريعة والقانون، تحت إشراف: د. آمنة سلطاني، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، قسم العلوم الإنسانية، شعبة العلوم الإسلامية، السنة الجامعية: 1435هـ-1436هـ / 2014-2015.

ثامنا/ المقالات والتقارير العلمية:

- 1- إبراهيم قاسم محمد أمين، العقوبات البديلة في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لندوة "بدائل العقوبات السالبة للحرية" المنعقد في الفترة: من 26-28 / 01 / 1434هـ الموافق 10-12 / 12 / 2012 بالتعاون بين مركز الدراسات والبحوث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية وإدارة السجون الجزائرية بوزارة العدل في الجمهورية الجزائرية.
- 2- أحمد بوعشرين الأنصاري، مفهوم الدولة المدنية في الفكر الغربي والإسلامي -دراسة مقارنة لبعض

- النصوص التأسيسية- (الدوحة: قطر، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، أبريل 2014).
- 3- أسامة الفقير الربابعة، ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية في الشريعة الإسلامية، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، الأردن، م 02 العدد: 03، 1427هـ-2006.
- 4- أمحمدي بوزينة آمنة، بدائل العقوبات السالبة للحرية في التشريع الجزائري -عقوبة العمل للنفع العام نموذجاً - مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد: 13 .
- 5- حسين بن عبد الله العبيدي، الصلح في القتل العمد أو الخطأ، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض: السعودية، العدد: 13، 1433هـ/ 2012.
- 6- دليلة مباركي، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، م 01، العدد: 01، 2004.
- 7- ذياب عبد الكريم عقل و محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في التشريعات القضائية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، المجلد: 35، العدد: 02، 2008.
- 8- سلوى حسين حسن رزق، الدستور ومبدأ العفو عن العقوبة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق (مصر)، العدد: 49، أبريل 2011.
- 9- صباح بنت حسن فلمبان، التعزير بأخذ المال، مجلة العدل، الرياض: السعودية، وزارة العدل، العدد: 61، محرم 1435هـ.
- 10- صلاح عبد الغني الشرع، حد الحراة والجرائم التي يشملها كعقوبة، المجلة العربية للدراسات الأمنية، م 05، العدد: 10، 1990.
- 11- عبد الحميد إبراهيم المجالي، الحق العام بعد العفو عن الجاني في القتل العمد، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، م 19 العدد: 38، 1425هـ - 2004.
- 12- عبد الرحمان بن النصيب، العدالة التصالحية البديل للعدالة الجنائية، مجلة الفكر - مجلة الحقوق والعلوم السياسية- جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد: 11 .
- 13- عبد الغني حسونة و لكاهنة زواوي، الأحكام القانونية الجزائية لجريمة اختلاس المال العام، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة: الجزائر، العدد: 05.

- 14- عبد الله بن محمد سعد آل خنين، ضوابط العقوبة التعزيرية، مجلة القضائية، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد: 01، محرم 1432هـ.
- 15- عبد المجيد قاسم ومحمد ليبيا، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - عرض وموازنة - مجلة الإسلام في آسيا، الجامعة الإسلامية (ماليزيا) م09، ع 01 يونيو 2012.
- 16- عثمانية لخميسي، التفسير في المادة الجزائية وأثره على حركة التشريع، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد: 07، فيفري 2005.
- 17- عزوز علي، مقاصد العقوبة في الشريعة الإسلامية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلي، الشلف، العدد: 07، السنة 2011.
- 18- فراق معمر، جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلي، الشلف، 2013.
- 19- فهد الكساسبة، وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في التفريد العقابي، مجلة: دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي، م 42 العدد: 01، 2015.
- 20- مبروك مقدم، أحكام تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على ضوء التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد: 36، جامعة منتوري - قسنطينة - الجزائر، ديسمبر 2011.
- 21- محمد الموسى، العقوبات البديلة في نظام عدالة الأحداث (دراسة حالة لكل من الأردن ومصر واليمن) نسخة إلكترونية، المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، مكتب الشرق الأوسط وشمال إفريقيا (عمان: الأردن).
- 22- محمد الموسى، بدائل التدابير الاحتجازية (دراسة حالة لعدد من الدول العربية: الأردن الجزائر المغرب اليمن تونس مصر) نسخة إلكترونية، المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، مكتب الشرق الأوسط وشمال إفريقيا (عمان: الأردن، آيار/ مايو 2014).
- 23- محمد توفيق قويدري، اتجاه المشرع الجزائري للحد من تسليط العقوبة على الحدث الجنائي، مداخلة بالملتقى الوطني حول: "جنوح الأحداث قراءة في واقع وآفاق الظاهرة وعلاجها" المنعقد بجامعة باتنة 01 كلية الحقوق والعلوم السياسية يومي: 05 - 06 ماي 2016.
- 24- محمد محمود دوجان العموش، تأجيل العقوبة في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة- المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، الأردن، م 05 العدد: 04.

- 25- محمد نعيم فرحات، شرعية التجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والنظم القانونية المعاصرة، المجلة العربية للدراسات الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، م 05 العدد: 11، فبراير 1991.
- 26- ميمون يشو، لا تعتبر السلطة التقديرية امتيازاً ولا تشريفاً ولكنها تعتبر تكليفاً ومسؤولية، مجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية، المملكة المغربية، ع 39، ديسمبر 2005.
- 27- نذير محمد أوهاب، السلطة التقديرية مفهومها وتأصيلها - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الإداري، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 13، العدد: 25، 1419هـ - 1998.
- 28- يوسف عيسى حامد مخير، سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة، مجلة الدراسات العليا، جامعة النيلين، جمهورية السودان، مج 04، ج 01 العدد: 14.
- تاسعا/ شروح قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية:
- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ط 12 (الجزائر، دار هومة، 2010).
- 2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط 08 (الجزائر، دار هومة، 2009).
- 3- أحسن بوسقيعة، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية (الجزائر، منشورات بيرتي، 2009-2010).
- 4- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات الجزائري في ضوء الممارسة القضائية (الجزائر، منشورات بيرتي، 2011-2012).
- 5- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط 02 (القاهرة: مصر، دار الشروق، 1422 هـ - 2002).
- 6- أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، طبعة خاصة لطلاب التعليم المفتوح، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2009.
- 7- جيلالي بغداددي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية (الروبية: الجزائر، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، 1996).
- 8- سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات (الإسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000).
- 9- عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، ط 06 (الجزائر، دار هومه، 2012).

- .(
- 10- عبد الله أوهائية، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - (الرغاية: الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2009).
- 11- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم العام - الجزء الجنائي (الجزائر، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2002).
- 12- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى فيالقضاء العقابي، ط 01 (الجزائر، دار الخلدونية، 1429 هـ - 2008).
- 13- لحسين بن شيخ لحسين، مبادئ القانون الجزائري العام، ط 2 (الجزائر: دار هومة، 2000).
- 14- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام - (ط 06 (القاهرة: مصر، 1960).
- 15- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط 05 (القاهرة: مصر، دار النهضة العربية، 1982).

عاشرا/ المؤلفات العامة:

- 1- ابن عقيل، شرح ألفية ابن مالك (بيروت: لبنان، دار الفكر، 1424 هـ - 2003).
- 2- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط 01 (الدمام: السعودية، دار ابن الجوزي، 1423 هـ).
- 3- ابن قيم الجوزية، شفاء العليل في مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل، تحقيق: سيد عمران، السيّد محمد سيّد، د.ط (القاهرة: مصر، دارالحديث، 1425 هـ - 2005 م)
- 4- أبو إسحاق الشيرازي الشافعي، طبقات الفقهاء، تحقيق: إحسان عباس (بيروت: لبنان دار الرائد العربي).
- 5- أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن محمد تقي الدين ابن قاضي شهبة الدمشقي، طبقات الشافعية، تحقيق: عبد العليم خان، ط 01 (حيدرآباد: الهند، دائرة المعارف العثمانية، 1400 هـ - 1980).
- 6- أبو تمام حبيب بن أوس الطائي، ديوان الحماسة، تحقيق: عبد المنعم أحمد صالح، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الجيل، 1422 هـ - 2002).

- 7- أبو زهرة، العقوبة (القاهرة: مصر، دار الفكر العربي).
- 8- أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديداج، تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهزامة، ط 02 (طرابلس: ليبيا، دار الكاتب، 2000).
- 9- أحمد فتحي بهنسي، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ط 02 (بيروت: لبنان، دار الشروق، 1409هـ / 1988).
- 10- أحمد فتحي بهنسي، نظريات في الفقه الجنائي الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة - ط 05 (بيروت: لبنان، دار الشروق، 1409هـ - 1988).
- 11- أحمد محمد بونه، دور القاضي في تخفيف العقوبة في قانون العقوبات الليبي و القانون الجنائي المغربي (أمودجا) مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2010).
- 12- أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة (عمان: الأردن، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1996).
- 13- البلاذري، جمل من أنساب الأشراف، تحقيق: سهيل زكار و رياض زركلي، ط 01 (بيروت: لبنان، 1417هـ - 1996).
- 14- الجوهري، تاج العروس، تحقيق: عبد الفتاح الحلو (الكويت)، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 1418هـ - 1997).
- 15- الحسيني سليمان جاد، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامية دستوريته وعلاقتها بالدفاع الشرعي، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الشروق، 1411هـ - 1991).
- 16- الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط و محمد نعيم العرقسوسي، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1405هـ - 1984).
- 17- الزركلي، الأعلام، ط 15 (بيروت: لبنان، دار العلم للملايين، 2002).
- 18- الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط 01 (الخبر: السعودية، دار ابن عفان، 1417هـ - 1997).
- 19- الشاطبي، الموافقات، تحقيق وتعليق: عبد الله دراز، ط 02 (1395هـ - 1975).
- 21- الطيب بلعيز، إصلاح العدالة في الجزائر (الجزائر، دار القصبه للنشر، 2008).
- 22- أمين مصطفى محمد، نظام الامتناع عن النطق بالعقاب - دراسة مقارنة بنظام الاختبار القضائي في

- القانون المصري والفرنسي والكويتي (الإسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010).
- 23- جمال الدين سامي، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة) مصر: دار النهضة العربية، 1992).
- 24- جميل صليبا، المعجم الفلسفي) بيروت: لبنان، دار الكتاب اللبناني، 1982).
- 25- حميد شاوش، الأنظمة القانونية المقارنة) محاضرات أقيمت على طلبه السنة الثالثة ل م د، التخصص: القانون العام)، جامعة 08 ماي 1945 قلمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الدراسية: 2017 - 2018.
- 26- دردوس مكّي، الموجز في علم العقاب، ط 02 (قسنطينة: المطبعة الجهوية لديوان المطبوعات الجامعية، 2010).
- 27- دليلة فركوس، تاريخ النظم (الجزائر: دار أطلس للنشر، ديسمبر 1993).
- 28- سامي بن إبراهيم سويلم، فقه التدرج في تطبيق الاقتصاد الإسلامي، 1428 هـ - 2007.
- 29- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون (الإسكندرية: مصر، منشأة المعارف، 1974).
- 30- صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، ط 01 (عمان: الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998).
- 31- صديق بن حسن القنوجي، أبجد العلوم- الوشي المرقوم في بيان أحوال العلوم (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية) ج 03 ص: 191 - 193.
- 32- صلاح بن عبد العزيز بن علي آل عثيمين، تسهيل السابلية لمعرفة الحنابلة، تحقيق: بكر بن عبد اللهباب زيد، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1421 هـ - 200).
- 33- عبد الرحيم صدقي، الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية - دراسة تحليلية لأحكام القصاص والحدود والتعازير - ط 01 (مصر: مكتبة النهضة المصرية، 1408 هـ - 1987).
- 34- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (بيروت: لبنان، دار إحياء التراث العربي).
- 35- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط 14 (بيروت: لبنان، مؤسسة الرسالة، 1419 هـ - 1998).
- 36- عبد الفتاح خضر، وقف تنفيذ العقوبة في المملكة العربية السعودية (كتاب إلكتروني) طبعه موقع كتب عربية. www.kotobarabia.com

- 37- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ط02 (الجزائر، دار ربحانة، 2000)
- 38- عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، ط01 (بيروت: لبنان، دار مكتبة الهلال، 1986).
- 39- غسان رباح، نظرية العفو في التشريعات العربية - دراسة مقارنة بين القوانين والاجتهادات العربية والأوروبية - ط01 (بيروت: لبنان، منشورات عويدات، 1985).
- 40- فهد هادي حبتور، ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة - دراسة مقارنة (الإسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة، 2010).
- 41- مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون (دار الفكر العربي، 1975).
- 42- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، (قرطاج: تونس، الشركة التونسية للتوزيع، 1985).
- 43- محمد بجاد العتيبي، السلطة التقديرية للقاضي في الامتناع عن النطق بالعقاب (الكويت: معهد الدراسات القضائية، 2005 - 2006).
- 44- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط01 (بريدة: السعودية، بيت الأفكار الدولية، 1430هـ - 2009).
- 45- محمد بن المدني بوساق، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة والشريعة الإسلامية، ط01 (الرياض: السعودية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1423هـ - 202).
- 46- محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق: عبد المجيد خيالي، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2003).
- 47- محمد رابح، العفو الرئاسي، باب العودة إلى الإجماع في الجزائر، موقع قناة الجزائر، www.algerie-channel.net بتاريخ: 2016/04/19.
- 48- محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي - دراسة مقارنة - ط01 (مصر: نخضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، 2006).
- 49- محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة وتشديدها ووقف تنفيذها (الإسكندرية: مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2007).
- 50- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، ط01 (بيروت: لبنان، دار الكتب

العلمية، 1424هـ - 2003).

- 51- محمد مصطفى الزحيلي، التدرج في التشريع والتطبيق في الشريعة الإسلامية (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 2002).
- 52- مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة: عادل زعيتز (القاهرة: مصر، دارالمعارف، 1935).
- 53- ميشيل فوكو، المراقبة والمعاقبة: ولادة السجن، ترجمة: علي مقلد، مراجعة وتقديم: مطاع صفدي (بيروت: لبنان، مركز الإنماء القومي، 1990).
- 54- ناصر علي ناصر الخليلي، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، ط 01 (القاهرة: مصر، مطبعة المدني، 1412هـ-1992).
- 55- نبيل عبد الصبور النبراوي، سقوط الحق في العقاب (القاهرة: مصر، دار الفكر العربي، 1416هـ / 1996).
- 56- نجم الدين محمد بن محمد الغزي، الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة، تحقيق: خليل المنصور، ط 01 (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997).
- 57- نور الدين مختار الخادمي، أبحاث في مقاصد الشريعة، ط 01 (بيروت: لبنان، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، 1429هـ-2008).
- 58- وائل حلاق، الدولة المستحيلة-الإسلام والسياسة ومأزق الحداثة الأخلاقي-ترجمة: عمرو عثمان، ط 01 (بيروت: لبنان، 2014).
- 59- ول دايرل ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة: محمد علي أبو درة وعلي أدهم (بيروت/ تونس، دار الجليل للطباعة والنشر والتوزيع- المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم).
- 60- يوسف جواد، حدود سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة (الإسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة، 2011).

النصوص والوثائق القانونية والمنشورات الوزارية والأحكام القضائية:

- 1- المجلة القضائية، الأعداد: 1989، 1991، 1993، 2001.
- 2- المجلس الوطني لحقوق الإنسان (المغرب) - العقوبات البديلة - سلسلة المساهمة في النقاش العمومي، الوثيقة رقم: 5.
- 3- قانون الإجراءات الجزائية الجزائري 2012.

- 4- قانون العقوبات الجزائري وفق تعديل 2006.
- 5- قانون تنظيم السجون.
- 6- مجلس حقوق الإنسان التابع لمنظمة الأمم المتحدة، الدورة السابعة 07-11 جويلية 2014 الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية: العدالة التصالحية والأنظمة القضائية للشعوب الأصلية ووصول نساء الشعوب الأصلية وأطفالها وشبابها والأشخاص ذوي الإعاقة فيها إلى العدالة، الوثيقة رقم. A/HRC/EMRIP/2014/3 :
- 7- منظمة الأمم المتحدة، قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية - قواعد طوكيو - قرار الجمعية العامة: 110/45.

فهرس المحتويات

أ	مقدمة
1	الفصل التمهيدي
1	تعريف السلطة التقديرية ومشروعيتها وتطورها
4	المبحث الأول: تعريف السلطة التقديرية
4	المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية باعتبار التركيب
4	الفرع الأول: تعريف السلطة لغة واصطلاحا
13	الفرع الثاني/ تعريف التقدير لغة واصطلاحا:
22	المطلب الثاني/ تعريف السلطة التقديرية باعتبار اللقبية بشكل عام:
23	الفرع الأول/ تعريف السلطة التقديرية بشكل عام في الفقه الإسلامي:
28	الفرع الثاني/ تعريف السلطة التقديرية بشكل عام في الفقه الوضعي:
37	المبحث الثاني/ مسالك إثبات مشروعية السلطة التقديرية:
54	المبحث الرابع/ مراحل تطور السلطة التقديرية في الفكر الجزائري الوضعي:
61	المطلب الأول: مرحلة السلطة المطلقة
65	المطلب الثاني: مرحلة السلطة المفيدة
67	المطلب الثالث: مرحلة السلطة النسبية
69	الفصل الأول
69	سلطة القاضي الجزائري في الاختيار النوعي والتدرج الكمي للعقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري .
71	المبحث الأول/ سلطة القاضي الجزائري في اختيار نوع العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:
71	المطلب الأول/ سلطة القاضي الجزائري في اختيار نوع العقوبة في الفقه الإسلامي:
71	الفرع الأول/ سلطة القاضي في الاختيار في عقوبات الحدود:
80	الفرع الثاني/ سلطة الاختيار في عقوبات القصاص:
85	الفرع الثالث/ سلطة الاختيار في عقوبات التعازير:
90	المطلب الثاني/ سلطة القاضي الجزائري في اختيار نوع العقوبة في القانون الجزائري:
91	الفرع الأول: سلطة القاضي الجزائري في الاختيار في نظام العقوبات التخيرية:
102	المطلب الثالث/ سلطة القاضي في اختيار العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:
103	الفرع الأول/ سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بين الأصل والاستثناء:
104	الفرع الثاني/ سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري بين الكلية والجزئية في المعايير:
105	الفرع الثالث/ سلطة الاختيار القضائي لنوع العقوبة في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري من حيث مساحة الاختيار ونوع العقوبات التخيرية:

107	الفرع الرابع/ مبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وأثره في سلطة الاختيار القضائي لنوع العقوبة:
109	الفرع الخامس/ علاقة الطبيعة الدينية للفقه الإسلامي بفرادة نظامه في سلطة الاختيار القضائي للعقوبة:.....
112	المبحث الثاني/ سلطة القاضي في استبدال العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:.....
112	المطلب الأول/ سلطة القاضي في استبدال العقوبة في الفقه الإسلامي:.....
112	الفرع الأول/ سلطة القاضي في استبدال العقوبة في جرائم الحدود والقصاص:.....
119	الفرع الثاني/ سلطة القاضي في استبدال العقوبة في جرائم القصاص:.....
124	الفرع الثالث/ سلطة القاضي في استبدال العقوبة في التعازير:.....
126	المطلب الثاني/ سلطة القاضي الجزائري في الاختيار في نظام العقوبات البديلة:.....
137	المطلب الثالث/ سلطة القاضي في استبدال العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:.....
144	المبحث الثالث/ سلطة القاضي الجزائري في التدرج الكمي للعقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:.....
144	المطلب الأول/ تعريف التدرج لغة واصطلاحاً:.....
150	المطلب الثاني/ سلطة القاضي في تدرج العقوبة في الفقه الإسلامي:.....
160	المطلب الثالث/ سلطة القاضي في تدرج العقوبة في القانون الجزائري:.....
174	المطلب الثالث/ سلطة القاضي في تدرج العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:.....
183	الفصل الثاني.....
183	سلطة القاضي في تخفيف العقوبة وتشديدها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:.....
186	المبحث الأول/ تعريف تخفيف العقوبة وتشديدها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:.....
186	المطلب الأول/ تعريف بنظام التخفيف بشكل عام في الفقه الإسلامي:.....
186	الفرع الأول/ المعنى اللغوي والاصطلاحي للتخفيف:.....
188	الفرع الثاني/ نطاقات التخفيف في الفقه الإسلامي:.....
189	المطلب الثاني/ تعريف تخفيف العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الوضعي بشكل عام:.....
189	الفرع الأول/ تعريف تخفيف العقوبة في الفقه الإسلامي:.....
191	الفرع الثاني/ تعريف تخفيف العقوبة في الفقه الوضعي بشكل عام:.....
192	الفرع الثالث/ تعقيبات على التعريفات:.....
194	المبحث الثاني/ سلطة القاضي في تخفيف العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:.....
194	المطلب الأول/ سلطة القاضي في تخفيف نوع العقوبة:.....
194	الفرع الأول/ سلطة القاضي في تخفيف نوع العقوبة من خلال نظام التخيير في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:.....
	الفرع الثاني/ سلطة القاضي في تخفيف نوع العقوبة من خلال نظام الاستبدال في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:
201
210	المطلب الثاني/ سلطة القاضي في تخفيف مقدار العقوبة:.....
219	المطلب الثالث/ سلطة القاضي في تخفيف صفة العقوبة:.....
222	المطلب الرابع/ الاستثناءات والقيود الواردة على سلطة القاضي في التخفيف:.....

المبحث الثالث/ سلطة القاضي في تشديد العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري:.....	233
المطلب الأول/ تعريف التشديد لغة واصطلاحا في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الوضعي بشكل عام:	233
الفرع الأول/ تعريف التشديد لغة واصطلاحا:	233
المطلب الأول/ سلطة القاضي في التشديد النوعي للعقوبة:.....	237
الفرع الأول/ وضع المشرع أكثر من عقوبة مع إباحة الحكم بأي منها أو بها جميعا:	238
الفرع الثاني/ وضع المشرع عقوبة أشد بجنب العقوبة الأصلية مع إباحة الحكم بها إذا توافرت ظروف التشديد:	241
الفرع الثالث/ نص المشرع على عقوبة محددة والسماح للقاضي بإضافة عقوبة أو أكثر بحسب ما يراه مناسبا:	243
الفرع الرابع/ إطلاق المشرع يد القاضي في المعاقبة بكل ما يراه رادعا ومصالحا:.....	249
المطلب الثاني/ سلطة القاضي في التشديد الكمي للعقوبة:.....	251
المطلب الثالث/ سلطة القاضي في التشديد التنفيذي للعقوبة:.....	262
المطلب الرابع/ القيود الواردة على سلطة القاضي في تشديد العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:.....	268
الفصل الثالث.....	272
سلطة القاضي الجزائري في وقف تنفيذ العقوبة والعفو عنها.....	272
المبحث الأول/ سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري:.....	274
المطلب الأول/ تعريف وقف التنفيذ ومشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري:.....	277
الفرع الأول/ تعريف وقف تنفيذ العقوبة:.....	277
المطلب الثاني/ الشروط المقيدة لسلطة القاضي في وقف التنفيذ في القانون الجزائري الجزائري والفقه الإسلامي:.....	292
المطلب الثالث/ سلب القاضي سلطة وقف تنفيذ العقوبة في القانون الجزائري الجزائري والفقه الإسلامي:.....	313
المبحث الثاني/ سلطة القاضي في العفو عن العقوبة في القانون الجزائري الجزائري والفقه الإسلامي:	320
المطلب الأول/ معنى العفو ومشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري.....	320
الفرع الأول/ معنى العفو في اللغة واصطلاح الفقه الجزائري الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري:.....	320
الفرع الثاني: مشروعية العفو في الفقه الجزائري الإسلامي والقانون الجزائري الجزائري:	328
المطلب الثاني/ حدود سلطة القاضي في العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:.....	336
الفرع الأول/ نطاق انعدام السلطة التقديرية:.....	337
الفرع الثاني/ نطاق السلطة التقديرية المقيدة:.....	342
خاتمة النتائج.....	350
الفهارس.....	373
فهرس الآيات القرآنية.....	374
فهرس الأحاديث والآثار.....	377

الملخص

الكلمات المفتاحية: سلطة، تقدير، العقوبة، القاضي الجزائري، الفقه الإسلامي.

تعالج هذه الدراسة جانبا في غاية الأهمية من عمل القاضي وهو السلطة التقديرية، علما بأن هذا الموضوع على قدر كبير من السعة بحيث لا يمكن الإحاطة به في بحث واحد، ذلك أن الأبعاد التي تشكله بشكل عام ثلاثة: حدود السلطة التقديرية، ضوابط السلطة التقديرية، الرقابة القضائية للمحكمة العليا (أو محكمة النقض) على التقدير القضائي.

وبناء فإن هذه الدراسة تعالج البعد الأول فحسب وهو محاولة رسم حدود سلطة القاضي في تقدير العقوبة في الفقه الجزائري الإسلامي والقانون الجزائري.

ثم إن حدود هذه السلطة التقديرية تتجلى من خلال المجالات التالية:

أولا/ سلطة القاضي في اختيار العقوبة: حيث نسعى من خلال بحث هذا المجال الوقوف على مدى الهامش المتروك للقاضي في اختيار نوع العقوبة وتقدير كمها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بضبط مساحة الاتفاق وطبيعتها ومداهما ووجوه الاختلاف والتباين وتفسير بالرجوع إلى طبيعة التشريعين محل المقارنة.

ثانيا/ سلطة القاضي في تخفيف وتشديد العقوبة: يعد هذا المجال من الميادين التي يظهر فيها بوضوح أيضا مدى السلطة التي منحها التشريع الإسلامي وكذا الجزائري للقاضي في تخفيف العقوبة وتشديدها، فقد سلطت الدراسة الضوء على أشكال التخفيف والتشديد القضائي للعقوبة في التشريعين المذكورين، ولم نكتف بمجرد عرض حالات سعة هذه السلطة التقديرية وحالات التضييق التشريعي لها فحسب بل دعمنا ذلك أيضا بتعليقات هذه السعة أو الضيق في العديد من الأحيان، إضافة إلى المقارنة بين التشريعين اتفاقا واختلافا.

ثالثا/ سلطة القاضي في وقف تنفيذ العقوبة والعتو عنها: وهو مجال نحاول من خلاله رصد أقصى ما يمكن أن يصل إليه التشريعان الإسلامي والجزائري في إطلاق يد القاضي في تقدير العقوبة، حيث أظهرت الدراسة إمكانية حكم القاضي بالعقوبة دون تنفيذها أي مجرد التلويع والتهديد بها، وإن اختلف التشريعان محل الدراسة في نوع الجرائم والعقوبات التي يمكن أن تكون محلا لوقف التنفيذ. ومن ناحية أخرى تناولت الدراسة أيضا مسألة أبعد من وقف التنفيذ ألا وهي سلطة القاضي في العفو عن العقوبة رغم ثبوت الإدانة وتوفر عنصر المسؤولية الجزائية.

وقد قامت الدراسة في سائر أجزائها على منهجية المقارنة بين التشريعين، وذلك بعرض الأدلة واستنتاج النصوص التشريعية، إضافة إلى تعضيد الجانب القانوني خصوصا باجتهادات المحكمة العليا وما تقرره من مبادئ وقواعد، وما تنبه إليه من أخطاء تحصل للقضاة وهم يباشرون عملية التقدير في المجالات الثلاثة المذكورة أي: اختيار العقوبة وتخفيفها وتشديدها وأخيرا وقف تنفيذها والعفو عنها.

RESUME

Cette étude traite d'un aspect très important du travail du juge, qui est le pouvoir discrétionnaire, sachant que ce sujet est si vaste qu'il ne peut être englobé dans une seule recherche, car les dimensions qui le composent généralement sont de trois: les limites de la discrétion, les contrôles de la discrétion, le contrôle Cour suprême judiciaire (ou Cour de cassation) fondée sur la discrétion judiciaire.

Par conséquent, cette étude ne traite que de la première dimension, qui est une tentative de déterminer les limites de l'autorité d'un juge dans l'évaluation de la peine dans la jurisprudence pénale islamique et le droit pénal algérien.

De plus, les limites de ce pouvoir discrétionnaire sont évidentes dans les domaines suivants:

- Premièrement : L'autorité du juge dans le choix de la peine: Nous cherchons, à travers la recherche de ce champ, à déterminer l'étendue de la marge laissée au juge dans le choix du type de la peine et d'estimer sa quantité dans la jurisprudence islamique et le droit pénal algérien en contrôlant le domaine de l'accord, sa nature, son étendue, ses différences et ses disparités, et une interprétation en référence à la nature des deux législations en question.
- Deuxièmement: le pouvoir du juge de réduire et/ou d'aggraver la peine: c'est l'un des domaines dans lesquels il est également clairement expliqué l'étendue de l'autorité accordée par la législation islamique, ainsi que par le juge algérien, pour réduire et/ou aggraver la peine. Non seulement en présentant des cas de ce pouvoir discrétionnaire et des cas de restrictions législatives sur celui-ci, mais nous avons également argumenté cela par des explications de cette capacité ou restriction dans de nombreux cas, en plus de la comparaison entre les deux législations en accord et en désaccord.
- Troisièmement : le pouvoir du juge de suspendre l'exécution d'une peine et de la pardonner: c'est un domaine dans lequel nous essayons de contrôler le maximum que la législation islamique et algérienne permet d'atteindre en donnant la main au juge pour estimer la peine, car l'étude a montré la possibilité qu'un juge prononce la peine sans l'exécuter. Les deux législations étudiées différaient quant au type de délits et de peines pouvant faire l'objet d'une suspension d'application. D'autre part, l'étude a également abordé une question qui va au-delà de la suspension de l'exécution, qui est le pouvoir du juge de gracier la peine malgré les preuves de culpabilité et la disponibilité de l'élément de la responsabilité pénale.

Dans toutes ses parties, l'étude s'est basée sur la méthodologie de comparaison des deux législations, en présentant des preuves et en interrogeant les textes législatifs, en plus de consolider l'aspect juridique, notamment avec la

jurisprudence de la cour suprême et les principes et règles qu'elle décide et ce qu'elle alerte sur les erreurs qui se produisent aux juges au moment où ils entament le processus d'évaluation dans les trois domaines précités, à savoir le choix de la peine, sa réduction, sa sévérité et enfin la suspension de son exécution et de sa grâce.

Mots clés: Autorité, Discrétion, Sanction, Juge Pénal, Jurisprudence Islamique.

ABSTRACT

This study deals with a very important aspect of the work of the judge, which is the discretionary power, knowing that this subject is so vast that it cannot be encompassed in a single research, because the dimensions which generally compose it are of three: limits of discretion, controls of discretion, control Supreme Judicial Court (or Court of Cassation) based on judicial discretion.

Therefore, this study deals only with the first dimension, which is an attempt to determine the limits of the authority of a judge in the assessment of the sentence in Islamic criminal jurisprudence and Algerian criminal law.

Moreover, the limits of this discretion are evident in the following areas:

- *First:* The authority of the judge in the choice of the sentence: We seek, through the research of this field, to determine the extent of the margin left to the judge in the choice of the type of the sentence and to estimate its quantity in Islamic jurisprudence and Algerian criminal law by controlling the field of the agreement, its nature, its extent, its differences and its disparities, and an interpretation with reference to the nature of the two legislations in question.
- *Second:* the power of the judge to reduce and / or aggravate the sentence: this is one of the areas in which it is also clearly explained the extent of the authority granted by Islamic law, as well as by the Algerian judge, to reduce and / or increase the sentence. Not only by presenting cases of this discretionary power and cases of legislative restrictions on it, but we have also argued this by explanations of this capacity or restriction in many cases, in addition to the comparison between the two legislations in agree and disagree.
- *Third:* the power of the judge to suspend the execution of a sentence and to forgive it: this is an area in which we try to control the maximum that Islamic and Algerian legislation allows to reach by giving the hand to the judge to estimate the sentence, because the study showed the possibility of a judge pronouncing the sentence without carrying it out. The two legislations studied differed in the type of offenses and penalties that

could be suspended. On the other hand, the study also addressed an issue that goes beyond the stay of execution, which is the power of the judge to pardon the sentence despite the evidence of guilt and the availability of the element of the criminal sentence liability.

In all its parts, the study was based on the methodology of comparison of the two legislations, presenting evidence and questioning the legislative texts, in addition to consolidating the legal aspect, in particular with the jurisprudence of the Supreme Court and the principles and rules that it decides and what it alerts to the errors that occur to judges when they start the evaluation process in the three aforementioned areas, namely the choice of sentence, its reduction, its severity and finally the suspension of his execution and his pardon.

Key-Words: Authority, Discretion, Sanction, Criminal Judge, Islamic Jurisprudence.