

الجمهورية الجزائرية للديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية أصول الدين والشريعة
والحضارة الإسلامية
قسم: الشريعة والقانون

جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية
-قسنطينة-

الرقم التسلسلي: / 2002

رقم التسجيل:

ضوابط تفسير القاضي للجزاء الجنائي
في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

بحث مقدم لتيل شهادة الماجستير
شعبة: للشريعة والقانون

إعداد الطالبة: نلاية رواجنة

<u>الجامعة الأصلية</u>	<u>الرتبة</u>	<u>الاسم واللقب</u>	<u>أمام اللجنة</u>
الإخوة منتوري	أستاذ التعليم العالي	أ.د. محمد الأخضر مالكي	الرئيس:
الإخوة منتوري	أستاذ التعليم العالي	أ.د. عبد الحفيظ طاشور	المقرر:
الأمير عبد القادر	أ.م.م بالدروس	أ.د. نذير أوهاب	العضو:
الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر	أ.د. بيقاسم شتوان	العضو:

نوقشت يوم: 12-07-2003 / 13 جمادي الأول 1424

السنة الجامعية: 2002-2003 / 1423-1424 هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾

(النساء، 58)

الإهداء

◀ إلى روح والدتي العزيزة التي فارقتني وأنا في أمس الحاجة إلى حنانها وعطفها -رحمها الله-.

◀ إلى نك السيل الذي أغرقتني في حبه، وذلك العطف الذي ضاق الكون باحتوائه أبي العزيز -حفظه الله-.

◀ إلى جميع الأهل والأقارب وأخص بالذكر جدتي وعمتي وإخوتي: زين النين، نصر الدين وسفيان، وأخواتي: جمعة، ليلى، زوليخة، عقيلة وأمال.

◀ إلى كل من جمعني بهم لحظة صدق وفرقتني عنهم لحظة صدق، خاصة صليحة، لبنى، أمال، سهام...

◀ إلى قطائع المؤمنة الواعية المجاهدة للعودة بالأمة إلى قيادة ركب الحضارة الإنسانية من جديد.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين الذي وفقني إلى إنجاز هذا البحث ثم الشكر الجزيل والتقدير الكبير لأستاذي المشرف الدكتور "عبد الحفيظ طاشور" الذي قبل الإشراف على هذا البحث، وأسدى إلي التوجيهات النافعة والملاحظات القيمة، من خلال تتبعه الرسالة من بدايتها إلى نهايتها.

كما لا أنسى أن أشكر الأساتذة الكرام الذين شجعوني لإعداد هذا البحث ومن بينهم الأساتذة: يونس بدر الدين، مالكي محمد الأخضر، السبتى بن ستيرة، مولود سعادة، يوسف بوغلبة... وغيرهم.

كما أشكر كل من مد لي يد العون من قريب أو من بعيد ولو بالدعاء في ظهر الغيب.

الحمد لله، الأمر بالعدل والإحسان والصلاة والسلام على نبيه الكريم، الهادي إلى الحق وإلى صراط الله المستقيم.

وبعد:

أولاً: التعريف بموضوع البحث وإشكاليته.

يعتبر موضوع سلطة القاضي الجنائي في تقدير الجزاء من المواضيع المهمة في القانون الجنائي، لما له من علاقة بحرية الأفراد التي كرستها الدساتير، وتنادي بها وتتاضل من أجلها الجمعيات ومنظمات حقوق الإنسان. ومن أهم ضمانات هذه الحرية احترام مبدأ الشرعية الذي يقضي بتحديد العقوبات من حيث المقدار على وجه الدقة. وهذا التحديد غير ممكن في التشريعات الوضعية، ذلك لأن المشرع مهما أوتي من بعد نظر لا يستطيع أن يحيط بكل الأشكال التي يمكن أن يظهر عليها السلوك الضار بالمصالح محل الحماية الجنائية، كما لا يمكنه الإحاطة بكل فروض الخطورة الإجرامية في الجاني، وهذا الواقع هو الذي فرض الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التشريعات المعاصرة، بخلاف التشريع الإسلامي، فمنذ نزوله كانت للقاضي سلطة تقديرية في مجالات العقوبات التي لم تقدر مسبقاً من طرف الشارع الحكيم.

فالعقوبات في الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين، قسم مقدر سلفاً من طرف الشارع ولا سلطة للقاضي في تقدير العقوبة، وهي الحدود والقصاص المقررة للجرائم الخطيرة على أمن المجتمع والمهددة لكيانه، أما القسم الثاني وهو عقوبات التعزير، والتي للقاضي سلطة في تقديرها من خلال ما يتمتع به من ملكة اجتهادية، وذلك باختيار نوع العقوبة وتقديرها كما من بين العقوبات الموضوعية أساساً لجرائم التعزير.

ومن هنا، يعني القاضي الجنائي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية بتكملة عمل المشرع حينما يعمل على التطبيق الواقعي للتحديد التشريعي المجرد، ابتغاء إحداث الموازنة بين تجريدية التحديد وواقعيته، وهو ما يدعى بالتفريد القضائي، والقاضي الجنائي وهو يباشر السلطة التقديرية لا بد من وجود ضوابط إرشادية يقاس من خلالها مدى سلامة تقديره. وتكمن أهميتها في مواجهة عدم الاستقرار القانوني الذي يعتبر كواحد من عيوب

السلطة التقديرية المتاحة للقاضي الجنائي، ورغبته في تضيق دائرة الاختلاف في العقوبة بين المحكوم عليهم. ضمانا تقدر أوفى من المساواة، حتى لا تضحي هذه السلطة مجرد تحكم واعتساف.

إن تقدير الجزاء الجنائي ضمن الضوابط محل البحث، يفضي إلى تحقيق الأغراض المتوخاة منه حيال كل مجرم حسب ظروفه الشخصية وحسب جسامة جريمته، ومدى ما حاق من ضرر بالحق محل الحماية من جراء هذه الجريمة.

فالضوابط إذن تثير للقاضي الجنائي طريقه في تقدير الجزاء الملائم، حيث يستعين بها في اختيار العقوبة بين حديها الأعلى والأدنى، أو باختيار إحدى العقوبات التي يراها تفي بالغرض من بين العقوبات المنصوص عليها.

وإذا كان موضوع الضوابط موضوع جديد ومتجدد يستمرار في التشريعات الوضعية، فإن في التراث الفقهي الإسلامي مادة خصبة تحتاج إلى استخراج كنوزها، وأحكامها تحوي حلولاً للعديد من المسائل العالقة، لكن ينبغي بيانها بأسلوب سلس ومبوب ومقعد وبسيط، من خلال تتبع أحكام الفقهاء والأمثلة الواردة في ذلك، واستنباط الضوابط المبتوثة هنا وهناك حتى يسهل على الدارس الحصول عليها.

ونظراً لأهمية هذا الجانب في التشريع الجنائي خاصة من الناحية العملية، اخترناه كموضوع لهذه الدراسة المقارنة والموسومة بـ:

"ضوابط تقدير القاضي للجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"

وهذا التصور لأهمية ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، يدعونا إلى طرح الإشكال الآتي:

هل عدم النص على ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التشريع الجنائيين الإسلامي والوضعي، خاصة الجزائري، يعني عدم الامتناع إليها؟ أو بعبارة أخرى هل يستعين القضاة عند تطبيقهم لأحكام الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي، في تقديرهم للجزاء الجنائي بضوابط إرشادية، أم أن سلطتهم مطلقة في ذلك؟

ويندرج تحت هذا الإشكال العام، إشكالات جزئية عديدة أهمها:

- ماهو نطاق سلطة القاضي الجنائي في تقدير الجزاء؟
- كيف يراعي القاضي الجنائي ظروف المجرم عند تقديره للجزاء؟
- هل يمكن صياغة الضوابط الإرشادية على شكل قواعد يستعين بها القضاة؟

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع.

ترجع دواعي اختيارنا للبحث في موضوع ضوابط تقدير القاضي الجنائي للجزاء إلى:

أ- رغبتنا الملحة في البحث في المجال الجنائي سواء الإسلامي أو القانوني، ووجدنا موضوع ضوابط السلطة التقديرية أفضل موضوع يلبي هذه الرغبة، خاصة وأنه يجمع بين علم العقاب وعلم الإجرام في الشريعة وفي القانون.

ب- حداثة الموضوع في السياسة الجنائية وأهميته العملية في المجال القضائي، نلتم أن الضوابط لم ينص عليها في التشريعات المعاصرة، ما عدا في التشريعات الليبية والإيطالية، هذا الأمر الذي دعانا إلى الاهتمام بها وتبيين ضرورة إدراجها نصاً في التشريع.

ج- إن المكتبة الإسلامية والقانونية حافلة بالمصادر المعتمدة في التشريع الجنائي، إلا أن واقع الكتب والدراسات التي طرقتها في موضوع البحث في حدود إطلاعنا لا تعدو أن تكون مجرد فصل أو مبحث، ولم يفرد له مؤلف مستقل سواء في الشريعة أو في القانون، ناهيك عن الدراسات للمقارنة، لذلك سعينا إلى إضافة عمل جديد في هذا الإطار بما يتصف به من تواضع.

ثالثا: أهداف البحث.

يمكن إيجاز أهداف هذه الدراسة في محاولة تحقيق الأغراض التالية:
 أ- محاولة استثمار الموروث الفقهي الإسلامي والكشف عنه، إذ أن ما ينقصنا هو التّظير والتّأصيل، وبذلك يتأكد أن الشريعة الإسلامية كانت وما زالت قادرة على إمداد الإنسانية في ميدان التشريع بصفة عامة، وبصفة خاصة في المجال الجنائي.

ب- محاولة تأصيل الضوابط الموجودة في الأحكام الفقهية ونصوص التشريع، وإيجاد معالم عامة لهذه الضوابط، ثم مقارنتها بأرقي ما وصل إليه الفكر القانوني خاصة في موضوع البحث.

ج- تسهيل الحصول على الحكم الفقهي بالنسبة للمشرع الجزائري إذا ما أراد الاستئناس بأحكام شريعتنا فيما يخالفها فيه، ومن ثم مساعدة القاضي الجنائي، وذلك بالاستعانة على هذه الضوابط واستخراج الظروف وبالتالي تقدير الجزاء الجنائي الملائم أحسن تقدير.

د- محاولة تحديد إطار إدراج هذه الضوابط ودراستها، كأن يكون ذلك مثلا في القسم العام من قانون العقوبات الجزائري.

رابعا: المنهجية المتبعة في هذا البحث.

اعتمدنا في بحثنا هذا على ثلاثة مناهج: المنهج الاستقرائي، والمنهج الاستنباطي والمنهج المقارن. حيث قمنا بتتبع أحكام الشريعة الإسلامية، والأمثلة الواردة في مجال البحث، ونصوص القانون، وآراء الفقهاء والشراح، واجتهادات المتأخرين على مستوى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وذلك بعرض مختلف الآراء والأدلة المعززة لها، ثم ترجيح الرأي للمختار وفق معطيات الحجة والدليل، ثم بعد ذلك قمنا باستنباط الضوابط في كل من التشريعين، وفي الأخير وصلنا إلى المقارنة بين الضوابط الموجودة على مستوى الشريعة وعلى مستوى القانون، لنخلص في النهاية إلى الكشف عن مدى الاتفاق أو الاختلاف بينهما.

خامسا: الكتابات السابقة في الموضوع.

لم يتناول موضوع ضوابط تقدير القاضي للجزاء الجنائي كدراسة علمية أكاديمية ولا حتى في مؤلف عادي سواء في القانون أو في الشريعة، ناهيك عن الدراسة المقارنة، باستثناء ما ذكر في بعض الرسائل كجزئيات، ومن بينها:

- سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية للدكتور "حاتم حسن موسى بكار"، وهي رسالة دكتوراه، حيث تناول موضوع الضوابط في فصل من بين أربعة فصول، معتمداً في دراستها على التشريع والقضاء الليبي، وهي دراسة قانونية بحثية.

- النظرية العامة للظروف القضائية المخففة للدكتور "حسنين إبراهيم صالح عبيد"، وهي رسالة دكتوراه، حيث خصص هذه الضوابط في تخفيف الجزاء، وذلك بمناسبة الكلام عن ضوابط الظروف المخففة، ونطاق تطبيقها.

وهذه البحوث اهتمت بالناحية للقانونية المجردة مما سهل علينا الوصول إلى المادة العلمية للقانونية مرتبة ومبوبة، وقد استفدنا كثيرا من الإحالات التي ضبطها أصحابها، فكانت لنا عوناً على تحديد المصادر القانونية لهذا البحث، ومن ثم فإن جديد دراستنا هو البحث عن مادة الدراسة في التشريع الجزائري، وإعطاء الجانب الشرعي الذي أغفلته معظم الدراسات، ثم بعد ذلك المقارنة التي نجريها مع كل مسائل البحث للخروج بخلاصة جزئية لهذه المقارنة.

سادسا: مصادر ومراجع البحث وكيفية الاستفادة منها.

إن طبيعة الدراسة تتطلب مصادر متنوعة، شرعية، وقانونية ومقارنة، بداية من مصادر الشريعة المتخصصة ككتب التفسير والحديث والفقهاء وأصوله، ومن مختلف المذاهب، والمراجع الحديثة وخاصة المقارنة بين الشريعة والقانون التي تبرز دقائق المسألة، أما التشريعات فقد رجعنا إلى التقنين الجزائري بصفة خاصة، هذا فضلا عن شروح القوانين، والمراجع الأخرى التي استفدنا منها في كثير من المسائل.

-وللاستفادة من هذه المراجع على أحسن صورة، عملنا على بحث كل مسألة في مرحلة أولى في الشريعة، ثم في مرحلة ثانية في القانون، مركزين على القانون

الجزائري وذلك بإعطاء آراء الفقهاء في كل مسألة بصورة موجزة، ثم الوصول إلى خلاصة لنبيرز فيها أوجه الخلاف والوفاق، وقد سرتنا على هذا النسق مع كل مسألة من هذه الدراسة، فطبيعة الموضوع هي التي تفرض صورة المقابلة، علما أننا قصرنا لفظ الفقه والفقهاء على الشريعة وعلمائها، أما إذا تحدثنا عن القاتون فنذكر الشراح والفقه القانوني وفقهائه.

- وقد اعتمدنا الإحالة في الهامش إلى الكتب التي اعتمدناها مع إعطاء كل معلومات النشر، عندما نذكر المرجع لأول مرة، أما ما لم نجده من معلومات فإننا نشير إلى ذلك، والتزمنا كتابة اسم المؤلف الكامل عند ذكره لأول مرة، وإذا تكرر فإننا نذكر اسم الشهرة بالنسبة للمتقدمين أو لقبه، أما المتأخرين فإننا نذكر الاسم كاملا، وذلك بذكر لقبه ثم اسمه بين قوسين.

- استعملنا عبارة (المرجع السابق)، إذا تكرر ذكره، وإذا كان آخر ما رجعنا إليه في الصفحة السابقة، وعبارة (المرجع نفسه)، إذا تكرر في الصفحة نفسها ولم يفصل بهوامش أخرى، وإذا كان للمؤلف أكثر من كتاب فإننا التزمنا كتابة كلمتين من عنوان الكتاب وثلاث نقاط، أو ثلاث كلمات إذا كان هناك تماثل في العنوانين، وهي الطريقة المعتمدة من قبل الباحثين.

- عزونا الآيات القرآنية إلى سورها، ورقم الآية في الهامش وذلك على رواية الإمام ورش. وقمنا بتخريج الأحاديث النبوية في الهامش من البخاري أو مسلم إن وجد، أو من كتب الحديث الأخرى، وذلك بتخريجه من كتابين، وبالنسبة لمراجع التخريج لم نذكر جميع معلومات النشر، وتركنا ذكرها في التفهرس.

بالنسبة للقرارات والأحكام، استعملنا في الهامش عبارة (قرار المحكمة العليا بتاريخ...)، إذا كانت جزائية، أما إذا كانت أجنبية، فإننا نشير إلى ذلك بذكر البلد، وجعلنا لها فهرسا في نهاية البحث.

- شرحنا المصطلحات والألفاظ التي قد يصعب فهمها ما أمكن بالرجوع إلى الكتب المتخصصة.

-عملنا على ترجمة معظم الأعلام الواردة في البحث، والذين لهم دور في جزئيات الرسالة، إلا من تعذر علينا تعريفهم من القانونيين، أو من ذاعت شهرتهم كأصحاب المذاهب الأربعة والخلفاء الراشدين.

-ذيلنا البحث بفهارس متنوعة للآيات، والأحاديث، والأثر، والأعلام، والمصادر والموضوعات التي احتواها، وربّناها حسب ما هو معهود في مثل هذه الدراسات.

سابعاً: خطة البحث.

قمنا بتقسيم موضوع ضوابط تقدير القاضي للجزاء الجنائي على النحو التالي: مقدمة.

الفصل التمهيدي: التأصيل التاريخي لسلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ونطاقها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفصل الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الخاتمة.

حيث جعلنا الفصل التمهيدي مجالاً لدراسة أساس العقاب في الشريعة الإسلامية، وذلك بإيراد العقوبات المعروفة وتبيين مدى سلطة القاضي في تقدير العقوبة من خلال تقسيم العقوبات في الشريعة الإسلامية، وذلك في المبحث الأول، ثم تطرقنا في المبحث الثاني إلى التأصيل التاريخي للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي وتطورها خلال مختلف العصور.

وقد خصصنا الفصل الأول لبيان ماهية السلطة التقديرية وبيان موضوعها وأساسها وطبيعتها، والعلاقة بينها وبين أغراض العقوبة وذلك في المبحث الأول، ثم نطاقها مركزين بصفة أساسية على التشريع الجزائري وذلك في المبحث الثاني.

ورصدنا الفصل الثاني لتحديد أنواع الضوابط الإرشادية للقاضي الجنائي، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى الضوابط المتعلقة بالجريمة، وفي المبحث الثاني إلى الضوابط المتعلقة بالجنائي.

وفي الخاتمة استجمعنا خلاصة ما توصلنا إليه من نتائج من خلال هذه الدراسة.

وأخيرا فإنه رغم الجهد الذي بذلناه فإننا لا نزعم أننا أشرفنا للغاية، ولسنا ندعي الإحاطة بدراسة وتمحيصا، فقد وقفنا دون حد الكمال الذي نشدناه، وحسبنا السعي إليه، وهو وقف على الخالق وجميعنا أمامه نتهالك، وليس لنا إلا أن نلتمس العذر من القارئ على ما يجده من أوجه قصور، وما يعن له من عيب هو في البشر صفة ليس له إلا العجز علة، وحسبنا أن يكون هذا البحث بداية على درب شاق لكل من يطمح البحث في المجال الجنائي.

وبالله التوفيق

الفصل التمهيدي

التأصيل التاريخي لسلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المبحث الأول: أسس العقاب في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: الأساس الفكري للعقاب في القانون الوضعي وتطور السلطة التقديرية للقاضي

تعتبر الجريمة ظاهرة محسوسة في كل مجتمع، وإن تغيرت صورها وأشكالها، وطرائق مواجهتها، وأساليب الرد عليها من مجتمع إلى آخر، ومن عصر إلى آخر⁽¹⁾. فلم يخل أي مجتمع منها سواء الإسلامي أو غير الإسلامي، فهي أمر طبيعي لكل تطور اجتماعي، إذ تعبر عن وجود قدر من الحرية لدى الأفراد.

ويثور التساؤل عن موقف الجماعات البشرية من الظاهرة الإجرامية عبر مراحل التاريخ وعن الأسس الفكرية للعقاب وعن الوسائل التي تدرعت بها في مواجهتها والمبررات الفلسفية لتلك الوسائل، والمسؤول عن اتخاذها وصاحب المصلحة في ذلك، ومدى سلطته في تقدير الجزاء الجنائي؟ ومن المعلوم أن كل جماعة بشرية وضعت لنفسها قواعد تسير على هديها، وهذه القواعد تعتبر ذات صبغة جنائية لكونها أقوى على حفظ كيان المجتمع، ومن هنا برز دور العقاب كرد فعل على مروق عضو من الجماعة على قواعد العيش المشترك.

وللإجابة عن الإشكال المطروح آنفاً، نتطرق إلى التأصيل التاريخي لموضوع البحث، ذلك لأن إدراك حاضر البحث وتصور مستقبله، لا يتمان إلا بمعرفة الأصول التاريخية لفكرة البحث وجذوره، وكيف أضحي بالشكل الذي وقف عنده لدراسته وتحليله وإعطاء الحلول له⁽²⁾.

والتأصيل التاريخي في موضوع بحثنا حول نوعية رد الفعل الاجتماعي ضد الظاهرة الإجرامية والأساس العقائدي والفلسفي للجزاء الجنائي، وتطور السلطة التقديرية للقاضي الجنائي من خلالها، وهذه النقاط نقوم بتراستها وتفصيلها في مرحلة أولى في الشريعة الإسلامية (المبحث الأول)، باعتبار أنها شريعة سماوية منزلة من عند الله لا تبدل فيها، وفي مرحلة ثانية نتعرض إلى أساس الجزاء الجنائي في القانون الوضعي وتطور السلطة التقديرية للقاضي الجنائي من خلاله (المبحث الثاني)، باعتبار أن القانون من وضع السلطة التشريعية، يتطور بتطور المجتمع وتغيره.

(1) -انظر: بين (السيد)، السياسة الجنائية المعاصرة: دراسة تحليلية لنظرية الدفاع الاجتماعي، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1973، ص4 وما بعدها.

(2) -انظر: محمد (فاضل زيدان)، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة: دراسة مقارنة، ط1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص9. فيكيو (جورجيو ديلي)، تاريخ فلسفة القانون: منذ قدماء الإغريق إلى عصر النهضة، ت: ثروت أنيس الأسيرطي، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، ع1، سنة 38، 1968، ص115.

المبحث الأول

أساس العقاب في الشريعة الإسلامية.

إن الشريعة الإسلامية باعتبارها تشريع سموي نزل في مرحلة واحدة من خالق البشر والعالم بأحواله، لذلك لا يعترىها التغيير والتبديل الذي يعترى القوانين الوضعية بحسب الزمان والمكان، فهي ثابتة في نواحي ومتغيرة في نواحي أخرى.

وتكاليف تشريعة الإسلامية ترجع إلى حفظ مقاصدها وهي لا تعدو ثلاثة إحداها ضرورة والثانية حاجة والثالثة تحسينية⁽¹⁾، والسياسة الجنائية الإسلامية تستهدف حماية مصالح الأفراد والمجتمع، ومن المعلوم أن الحماية الجنائية للحقوق تستلزم تجريم الأفعال الماسة بها وتقرير العقاب على من يرتكبها⁽²⁾.

ولتوضيح موقف السياسة الجنائية الإسلامية واستظهار أساس رد الفعل الإسلامي حيال الظاهرة الإجرامية وطبيعته من حيث التحديد والإطلاق نقوم باستعراض العقوبات في الشريعة الإسلامية، وهي العقوبات المقررة في مرحلة أولى (المطلب الأول)، وفي مرحلة ثانية نتطرق للعقوبات غير المقررة (المطلب الثاني).

(1) هذا التقسيم هو المعتمد لدى الفقهاء فيما يخص أنواع مقاصد الشريعة الإسلامية.

(2) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ط1، ليبيا، الدار الجماهيرية

لتنشر والتوزيع، د.ت، ص72.

المطلب الأول

العقوبات المقدرّة.

إنّ للشريعة الإسلامية في تقسيم الجرائم والعقوبات مسلكاً قريداً، فقد نصّ فيها على عدد قليل من الجرائم فرضت لها عقوبات محددة، أي أن عقوبتها مقدرة سلفاً من قبل الشارع الحكيم، وسميت هذه العقوبات في بعض منها بالحدود (الفرع الأول)، وسميت في البعض الآخر منها بالقصاص والديات (الفرع الثاني). وهذا التقسيم هو المعتمد لدى الفقهاء على أساس الفرق الموجود بين الحدود والقصاص، وهو جواز العفو في القصاص دون الحدود.

الفرع الأول: الحدود.

الحدود في اللغة جمع حد، ومعناه الفصل بين شيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر، ومنتهى كل شيء حده، والحد أيضاً هو المنع، سميت الحدود بذلك لأنها تمنع من إتيان ما جعلت عقوبات فيها⁽¹⁾.

والمراد بالحد شرعاً، كل عقوبة مقدرة حقا لله تعالى⁽²⁾. وهي حق لله تعالى لا يسقط بالعفو عنها، قال ﷺ: «يا أسامة لا أراك تشفع في حد من حدود الله عز وجل»⁽³⁾. فلا يجوز تعطيل الحد لا بعفو ولا بشفاعة ولا هبة⁽⁴⁾. وقد يطلق الحد على الجريمة الموجبة للحد مجازاً، ومن الفقهاء من أطلق الحد على كل عقوبة مقدرة شرعاً⁽⁵⁾. والحكمة من هذه

(1) - ابن منظور (محمد بن مكرم)، لسان العرب، ج2، القاهرة، دار المعارف، دت، مادة حده، ص799.

(2) - الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي)، تبين الخفايا: شرح كثر الدقائق، ط2، ج3، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، دت، ص163.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه عن عائشة - رضي الله عنها - بلفظ «... أتشفع في حد من حدود الله» في كتاب الحدود، بلب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان، رقم 17، ج8، ص286-287.

(4) - انظر: ابن تيمية (تقي الدين عبد السلام)، السياسة الشرعية، ط1، دم، انضعة الخيرية، 1322هـ، ص30.

(5) - انظر: ابن الممام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواصي) شرح فتح بمقديس، ط2، ج4، بيروت، دار الفكر، دت، ص113.

الحدود أو العقوبات هو زجر الناس وردعهم عن اقتراف تلك الجرائم وصيانة المجتمع من الفساد وتطهيره من الذنوب⁽¹⁾.

وقد تنوعت الحدود بتنوع الجرائم الموجبة لها، واختلقت باختلاف أثر الجريمة، ويمكن تقسيمها إلى حدود متعلقة بحماية العرض (الفقرة الأولى)، وحدود متعلقة بحماية الممل (الفقرة الثانية)، وحدود متعلقة بحماية الدين (الفقرة الثالثة)، وحد متعلق بحماية العقل وهو حد الخمر (الفقرة الرابعة). وهي جميعها تتعلق بقوام سلوك الأفراد داخل المجتمع وحثهم على انتهاج السلوك الإسلامي السوي. وهذه الحدود سنتناولها بشيء من التفصيل فيما يلي:

الفقرة الأولى: الحدود المتعلقة بحماية العرض.

اهتم الشارع الحكيم بحماية الأعراس وصيبتها من كل ما يندسها لذلك شرع من الحدود ما يكفل هذه الحماية. وهذه الحدود هي حد الزنا وستتاوله في مرحلة أولى (أولاً)، وحد القذف وتتاوله في مرحلة ثانية (ثانياً).

أولاً: حد الزنا.

الزنا كما يعرفه "ابن رشد": «هو وطء الرجل المرأة في القبل في غير ملك ولا شبهة ملك»⁽²⁾. وجريمة الزنا تعتبر من الجرائم النكراء التي تستكرها النفوس، والتي تعود مضارها على الفرد والمجتمع بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب وإشاعة الفساد في المجتمع، لذلك نجد أن النصوص الشرعية تلحق بالجاني عقوبة قانية ولكنها لم تهمل شخصيته، فإن كان غير محصن فقد حصل الاتفاق على أنه يجلد للزنا مائة جلدة، لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ

(1) - انظر: الزحيلي (رهبة)، الفقه الإسلامي وأصله، ط 1، ج 6، القاهرة، دار الفكر، (1404هـ-1984م)، ص 14.

" هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد أبو الوليد الشهير بابن رشد الحفيد، مالكي المذهب، أصولي، فيلسوف، أديب وطبيب، ولي قضاء قرطبة، من آثاره "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، "مختصر المستصفي"، "مقامات انتهت" - توفي بمراكش عام (595هـ). (انظر: ابن فرحون (علي بن محمد)، الذبيح المذهب معرفة أعيان المذهب، ط 1، مصر، مطبعة السعيدة، 1929، ص 284-285. مخلوف (محمد بن محمد)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، بيروت، دار الفكر، دت، ص 146).

(2) - ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد). بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 1، ج 2، مصر، مطبعة الجمالية، 1329هـ، ص 423.

وَالزَّانِي فَاجْتَنُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ⁽¹⁾. ولكن اختلف في حد غير المحصن على التغريب مع الجلد.

فالجَمُور على أن البكر يجمع له بين الجلد والنفي سنة، رجلا كان أو امرأة، غير أنه إن كان امرأةً غرب معها محرم حتى يسكنها في منفاها، فإن لم يكن ليا محرم أو لها وأبى غربت وحدها مع حصول الأمن⁽²⁾. واستدل الجميّر بقول النبي ﷺ: «خَنُوا عَنِي خَنُوا عَنِي، فَقَدْ جَعَلَ اللهُ لَهَن سِيْلًا، الْبِكر بِالْبِكر جِلْد مِائَةَ وَنَفْسِي سِنَةٌ»⁽³⁾. وقوله ﷺ: «... وَعَلَى ابْنِكَ جِلْد مِائَةَ وَتَغْرِيْب عَامٌ»⁽⁴⁾.

وقال أبو حنيفة رحمه الله - إن النفي مشروع، لكن لا على أنه حد بل هو تعزير، وحد البكر إنما هو الجلد، لأنه هو المذكور في قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾. فمن أوجب التغريب جعل الجلد بعزوتحد، وذلك زيادة على النص، والزيادة على النص تعدل النسخ⁽⁵⁾، فإذا رأى الإمام المصلحة في النفي نفى تعزيرا وليس حدا⁽⁶⁾. ووافق "مالك" "أبا حنيفة" في المرأة فلا تغريب، وإنما تجلد لأن تغريبها بلا محرم لا يجوز، وقد يكون تغريبها إغراء لها بالزنا، وهي لم تغرب إلا بفعله، وإن غربت مع محرم كان ذلك تكليف له ومشقة عليه بلا ذنب اقترفه⁽⁷⁾. مما تقدم فإن عقوبة الزاني غير المحصن هي الجلد مائة حدا وإن رأى الإمام المصلحة في النفي نفى تعزيرا تحقيقا للمصلحة المتوخاة من العقوبة.

(1) -سورة النور، الآية 2.

(2) -انظر: النووي (أبو زكرياء يحيى بن شرقق)، روضة الطالبين، ج 7، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ص 378. والبيهقي

(منصور بن يونس بن إدريس)، كشاف القناع على من الإقناع، ج 6، بيروت، دار الفكر، (1402هـ-1982م)، ص 91-92.

(3) -أخرجه مسلم في صحيحه، عن عبادة بن الصامت، في كتاب الحدود، باب حد الزنا، رقم 1690، ص 928.

(4) -أخرجه البخاري في صحيحه، عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، في كتب الحدود، باب هل يأمر الإمام رجل فيضرب الحد غائب عنه وقد فمته عمر، رقم 49، ج 8، ص 313.

(5) -انظر: السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج 9، بيروت، دار المعرفة، (1406هـ-1986م)، ص 44.

(6) -انظر: المرجع نفسه، ص 45. ابن الهمام، المرجع السابق، ج 5، ص 245.

(7) -انظر: الدردير (أبو العرکات سيدي أحمد)، الشرح الكبير، ج 4، بيروت، دار الفكر، د.ت، ص 324.

أما عقوبة الزاني المحصن، فهي رمي بالحجارة رجلا كان أو امرأة، وقد ثبت أن النبي ﷺ رجم ماعزا والغامدية⁽¹⁾. فالقاضي إن ثبت له بالبيننة المطلوبة شرعا أو بالإقرار على الزنا يطبق الحد وهو الرجم ولا سلطة له في تقدير الجزاء.

وخلاصة القول نجد أن الشريعة الإسلامية مع رغبتها الأكيدة في تحريم الزنا، إذ أن فيه ضياع للأنساب والحرمان وهتكا للأعراض لم تهمل شخصية الجاني، بل تدرجت معه في العقاب بحسب حاله في نفسه⁽²⁾. فالمحصن يرمم حتى الموت، وغير المحصن يجلد مائة وإن رأى الإمام المصلحة في زيادة التغريب حكم به تعزيرا وليس حدا.

ثانيا: حد القذف.

يعرف "المالكية" القذف بأنه «نسبة آدمي غيره حرا عفيفا مسلما بالغيا، أو صغيرة تطبق الوطأة بزنا، أو قطع نسب مسلم»⁽³⁾.

والقذف الموجب للحد لا يتحقق إلا بأمور ثلاثة هي الرمي بالزنا أو نفي النسب وإحصان المقدوف والعجز عن إثبات ما رماه به⁽⁴⁾. ويشترط لقيام جريمة القذف أن يكون القاذف مكلفا مختارا، وأن يكون المقدوف مكلفا حرا مسلما عفيفا، وأن يطالب المقدوف بإقامة الحد على القاذف، وأن لا يأتي القاذف بالبيننة الكاملة، وأن لا يصدقه المقدوف⁽⁵⁾.

وعقوبة القذف هي الجلد ثمانين جلدة، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ . إِلَّا

(1) - أخرجه مسلم في صحيحه عن سليمان بن بريدة عن أبيه في كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنا، رقم 1695، ص 932.

(2) - انظر: جنسي (أحمد فحجي)، العقوبة في الفقه الإسلامي، ط 6، د. م، دار الشروق، (1409هـ - 1989م)، ص 24.

(3) - الخطاب (أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي)، مواهب الجليل: شرح مختصر خليل، ط 3، ج 6، د. م، دار الفكر، (1412هـ - 1992م)، ص 298.

(4) - انظر: شرف الدين (عبد العظيم)، العقوبة المقدره لمصلحة المجتمع الإسلامي، ط 1، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، (1393هـ - 1973م)، ص 151.

(5) - انظر: ابن الممام، المرجع السابق، ج 6، ص 316-317. الشريني (عبد الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مج 4، د. م، دار الفكر، د. ت، ص 435-436.

الفصل التمهيدي: التأسيس التاريخي لمنطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة والقانون

الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَبِإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ⁽¹⁾. ويعاقب القاذف بعدم قبول شهادته أيضا إذا لم يتب، باتفاق لقونه تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾. وقد اختلف فسي قبول شهادته وردها إذا تاب فقال "الجمهور" إنها تقبل إذا تاب توبة صادقة، استدللا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾. إلا الذين تابوا⁽²⁾. فالاستثناء راجع إلى عدم قبول الشهادة وإلى الفسق معا، فإذا تاب زال عنه الفسق، وقبيلت شهادته⁽²⁾.

وقال "الحنفية" إن القاذف لا يقبل شهادته أبدا ولو تاب، لأن توبته بينه وبين الله تعالى. والاستثناء في الآية عنده عائد إلى الفسق وحده، ويبقى عدم قبول الشهادة غير داخل في الاستثناء⁽³⁾.

إن المصلحة العامة تقتضي معاقبة القاذف بالزنا ولا داعي لاعتبار شخصه في هذه الجريمة فإنه لا يستحق المراعاة، لأن القاذف بالزنا لا سيئر للناس إلى العلم بكذبه، فجعل حده تكميلا له وتبرئة لعرض المقنوف متعا لهذه الفاحشة⁽⁴⁾.

فالملاحظ في عقوبة القذف ثانيا ثمانين جلدة محددة من الشارع الحكيم، فملا سلطة للقاضي حيالها ولا يراعي ظروف شخصية المجرم، احتكاما لصراحة النص ولأنها جريمة خطيرة ونكراء وتدعوا إلى إشاعة الفساد في المجتمع.

الفقرة الثانية: الحدود المتعلقة بحماية المال.

إن للمال مكانة عظيمة في الشريعة الإسلامية، لذلك شرع لتنظيمه وتسييره أحكاما تجعل مكسبه حلالا وإنفاقه في الحلال، كما شرع لحماية أموال الأفراد والجماعات حدودا كبها لجماح نفوس المجرمين، وهذه الحدود هي حد السرقة وتناولها في مرحلة أولى (أولا)، وحد الحرابة وتناولها في مرحلة ثانية (ثانيا).

(1) -سورة النور، الآيات 4-5.

(2) -انظر: عيش (محمد)، شرح منح الجليل: على محصر العلامة خليل، ج4، دم، دار صادر، د.ت، ص247. الماوردي (علاء الدين أبي الحسن محمد بن حبيب)، الحاوي الكبير، ج21، بيروت، دار الفكر، (1414هـ-1994م)، ص228. المرادوي (علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان)، الإنصاف، ج12، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (1378هـ-1958م)، ص59.

(3) -انظر: السرخسي، المرجع السابق، ج16، ص125.

(4) -انظر: هسي (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص25.

أولاً: حد السرقة.

حد السرقة هي أخذ المال خفية بنية تملكه⁽¹⁾. وحدها هو قطع اليد، وهي عقوبة شديدة ولكنها فرضت لمصلحة المجموع، وقد شرط الشارع شروطاً مختلفة لاكتمال أركان السرقة، فلا قطع في أيام المجاعة والفقر، ولا قطع لسارق القليل، ولا قطع فيمن يسرق الثمار من على الشجرة، ولا قطع لمن يسرق ليقنات ويسد رمقه⁽²⁾.

وعقوبة السرقة ثابتة بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽³⁾، وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن المقصود بقطع اليد الواردة في الآية هو قطع اليد اليمنى من الرسغ⁽⁴⁾، وهذا ميبين بفعل الرسول ﷺ إذ أمر بقطع يد السارق من الرسغ⁽⁵⁾. فإذا ما توافرت أركان جريمة السرقة وشروط تطبيق الحد فما على القاضي إلا تطبيق الحد دون زيادة أو نقصان عملاً بنص الآية الكريمة.

ثانياً: الحرابة.

يعرف "ابن عرفة" - رحمه الله - الحرابة بأنها: «الخروج لإخافة سبيل لأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوف أو إذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق لا لامرأة ولا نائرة ولا عداوة»⁽⁶⁾.

(1) - ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 445.

(2) - انظر: مجنسي (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 26.

(3) - سورة المائدة، الآية 38.

(4) - انظر: عامر (عبد العزيز)، التعزير في الشريعة الإسلامية، ط 4، دار الفكر العربي، د.ت، ص 14.

(5) - أخرجه ابن ماجه في سننه عن ابن محبريز بلفظ «قطع رسول الله ﷺ يد رجل» في كتاب الحدود، باب تعليق اليد في العنق، رقم 2587، ج 2، ص 368. والبيهقي في سننه الكبرى عن جابر بلفظ «أن النبي ﷺ قطع يد سارق من المفصل» في كتاب السرقة، باب السارق يسرق أولاً فقطع يده...، ج 8، ص 271.

* هو شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، نسبة إلى دسوق بمصر، محقق حصره، جامع شتات العلوم، تصدى للتدريس بالأزهر من مؤلفاته: "حاشيته على الشرح الكبير على مختصر خليل"، و"حاشيته على مغني"، توفي سنة 1230 هـ. (انظر: مخلوف، المرجع السابق، ص 361. الزركلي (خير الدين)، الأعلام، ط 7، ج 6، بيروت، دار العلم للملايين، د.ت، ص 17).

(6) - الحرشي (أبو عبد الله محمد)، شرح الحرشي على مختصر خليل، ط 2، ج 8، بولاق (مصر)، دار الفكر، 1317 هـ ص 103-104.

ويطلق على الحرابة السرقة الكبرى وقطع الطريق، والأصل في عقوبة الحرابة قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي النَّارِ وَلَهُمْ فِي الْأَخْزَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (1). فقد ذكرت الآية أربعة أنواع من العقوبات وهي القتل والصلب والقطع من خلف والنفي.

وحرف "أو" في الآية إما أن يكون للتخيير فيكون الإمام مخيرا في إيقاع إحدى هذه العقوبات حسب ما يراه في ذلك من المصلحة، وهذا مذهب المالكية، لكنهم حصروا التخيير فيما إذا لم يصدر من المحارب قتل وإلا قتل وجوبا، كما خصوا الصلب والنفي بالرجال دون نساء (2).

وبما أن تكون للتبوع، أي توزيع العقوبات على الأحوال الأربعة، وبهذا قال الجمهور من تحنيفة (3)، والشافعية (4)، والحنابلة (5)، استدلالا بما رواه "البيهقي" عن "ابن عباس" -رضي الله عنهما- أنه قال في قطاع الطريق «إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا، وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا، وإذا أخذوا المال ولم يقطعوا أيديهم وأرجلهم من خلف، وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا نفوا من الأرض» (6).

فعقوبة الحرابة شديدة مقصود بها حماية الناس وحماية المجتمع من قطاع الطرق ومع ذلك فإن المشرع أخذ بيد المجرم وتشجيعا له على الاستقامة والتوبة وتيسيرا

(1) -سورة المائدة، آية 33.

(2) -انظر: الخرشبي -مرجع السابق، ص 105-106.

(3) - انظر: السرخسي، المرجع السابق، ج 9، ص 195. ابن الإمام، المرجع السابق، ج 5، ص 423.

(4) - انظر: الشافعي (أحمد بن إدريس)، الأم، ج 6، دم، كتاب الشعب، (1388هـ-1968م)، ص 139.

(5) -انظر: البهوتي، مرجع السابق، ج 6، ص 150.

* -هو عبد الله بن عيسى بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي، ابن عم رسول الله ﷺ، يكنى "أبا العباس"، لازم كبار الصحابة فأخذ عنهم يسمى "بمير الأمة"، إليه انتهت الرياسة في الفتوى والتفسير، توفي بالطائف سنة (68هـ). (انظر: الإصهاني (أحمد بن عبد الله)، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ج 1، مصر، مطبعة الخانجي ومطبعة السعادي، 1351هـ-1932م)، ص 314. الشوزلي (أبي إسحاق)، طبقات الفقهاء، ط 2، بيروت، دار الرائد العربي، (1401هـ-1981م)، ص 48-49.

(6) - أخرجه البيهقي في سننه، كتاب السرقه، باب قطاع الطريق، ج 8، ص 283. والشافعي في مسنده في كتاب تقطع في السرقة، ص 336.

عليه طمأنه على نفسه وعفا عنه إن حضر تائبا قبل القبض عليه، ولن يتوب إلا من هو قابل للإصلاح وبقي عنده بعض من ضمير⁽¹⁾. فللقاضي سلطة في قبول توبته إن رأى فيها الصدق.

الفقرة الثالثة: الحدود المتعلقة بحماية الدين.

لقد جعل الله الإسلام هو آخر الأديان السماوية، وارتضاه لعباده، قال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾⁽²⁾. وقد تكفل الله لحمايته منذ نزوله حتى يتم التمكين لهذا الدين في الأرض، ومن ثم شرع له من الحدود ما يحقق هذا الغرض، وهي حد الردة، وتتأوله في مرحلة أولى (أولا)، وحد البغي وتتأوله في مرحلة ثانية (ثانياً).

أولاً: حد الردة.

الردة هي الخروج عن ملة الإسلام -والعياذ بالله- قولاً أو فعلاً بلا إكراه، أو اعتقاداً أو شكاً⁽³⁾، فمن كفر بعد إسلامه أو ادعى النبوة أو صدق من ادعاهها أو جحد نبياً مقطوعاً بنبوته أو كتاباً من كتب الله تعالى، أو جحد البعث أو استهزأ بالله أو بكتبه أو برسله، أو يقول هو يهودي أو نصراني أو سجد لصنم، أو ألقى المصحف في القاذورات أو أحل حراماً أو حرم حلالاً مجعاً عليهما، أو شك في قنم العالم أو بقائه فهو مرتد⁽⁴⁾. وعقوبة الردة هي القتل رجلاً كان المرتد أو امرأة⁽⁵⁾. عملاً بقول النبي ﷺ: «من بدل دينه فأقتلوه»⁽⁶⁾، وقوله أيضاً: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس

(1) - انظر: هنجي (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 27.

(2) - سورة المائدة، الآية 4.

(3) - انظر: الخطاب، المرجع السابق، ص 279. النووي، المرجع السابق، ص 277 وما بعدها. الرملي (شهاب الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين)، نهاية المحتاج، ط الأخيرة، ج 7، بيروت، دار الفكر، (1404هـ - 1984م)، ص 413. البهوتي، المرجع السابق، ص 168.

(4) - انظر: الخطاب، المرجع السابق، ج 6، ص 279.

(5) - وقال الحنفية إن المرتدة لا تقتل وإنما تحبس وتجر على الإسلام (انظر: السرخسي، المرجع السابق، ج 10، ص 108).

(6) - أخرجه البخاري في صحيحه، عن علي بن عبد الله في كتاب الجهاد والسير، باب لا يعذب بعذاب الله رقم 219، ج 4، ص 147.

بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»⁽¹⁾. ويشهد لهذا صنيع "أبي بكر" حين ارتد من ارتد من المسلمين بعد وفاة الرسول ﷺ. فقد نذب المسلمين إلى قتالهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة⁽²⁾.

ثانياً: حد البغي.

البغاة جمع باغ والبغي هو الظلم ومجاوزة الحد، سموا بذلك لظلمهم وعدوانهم عن الحق⁽³⁾. والبغاة هم قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل، ولم يستبيحوا ما استباح الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم⁽⁴⁾. ولذلك فعقوبتهم لا تكون قتلاً إلا إذا لم تنفع معهم وسيلة أخرى تعيدهم إلى صفوف المسلمين، ومن ثم قال الفقهاء: إن كيفية قتالهم مثل كيفية دفع الصائل، فإذا أمكن أسرهم فلا يقتلون ومتى كان بإمكان الإمام دفع ضررهم دون اللجوء إلى قتالهم فلا يجوز له قتلهم⁽⁵⁾، وقبل قتالهم يجب أن يرأسهم لينذرهم ويعلم ما ينعمون منه⁽⁶⁾. ويحاول التوصل إلى المصالحة لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَت إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾⁽⁷⁾. ودعوتهم قبل قتالهم فإندتها دفع شرهم دون إراقة دماء⁽⁸⁾.

الفقرة الرابعة: الحد المتعلق بحماية العقل (حد الخمر).

إن الخمر الذي يوجب الحد هو شرب القطرة مما يسكر كثيره اختياراً من مسلم. والنصوص متضاربة بأن ما أسكر كثيره فقليله حرام⁽⁹⁾.

- (1) - أخرجه البخاري في صحيحه عن عبد الله بن مسعود في كتاب الديات، باب قوله تعالى: ﴿إِن النّفس بالنّفس والعين بالعين﴾، رقم 17، ج 9، ص 7.
- (2) - انظر: شرف الدين (عبد العظيم)، المرجع السابق، ص 367.
- (3) - انظر: الشريبي، المرجع السابق، ج 4، ص 123.
- (4) - انظر: شرف الدين (عبد العظيم)، المرجع السابق، ص 389.
- (5) - انظر: السرخسي، المرجع السابق، ج 9، ص 128. الدردير، المرجع السابق، ج 4، ص 299. النووي، المرجع السابق، ص 283. ابن قدامة (أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد مرفق الدين)، المعني، ط 3، ج 8، د. م، دار المنار، 1367 هـ، ص 108.
- (6) - وهذا عند الحنفية مستحب وليس بواجب. (انظر: ابن الهمام، المرجع السابق، ج 6، ص 101).
- (7) - سورة المحررات، الآية 9.
- (8) - انظر: شرف الدين (عبد العظيم)، المرجع السابق، ص 389.
- (9) - انظر: القرابي (شهاب الدين أحمد بن أدريس)، الذخيرة، ط 1، ج 12، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994، ص 200.

وعن أنواع الأشرطة قال عمر رضي الله عنه: «قد نزل تحريم الخمر وهي من خمسة من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير والخمر ما خامر العقل»⁽¹⁾.

ومقدار الحد لشارب الخمر هو ثمانون جلد، وإليه ذهب "الحنفية"⁽²⁾ و"المالكية"⁽³⁾ وهو قول "ابن المنذر" من "الشافعية"⁽⁴⁾، ورواية عن "أحمد"⁽⁵⁾ ودليله ما روي عن "أنس بن مالك" رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين، قال: وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال "عبد الرحمن" رضي الله عنه "أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر"⁽⁶⁾.

وذهب "الشافعي"⁽⁷⁾ و"أحمد" في رواية عنه⁽⁸⁾ و"الظاهرية"⁽⁹⁾ إلى أن عقوبة السكر أربعون جلد، ودليلهم أن عثمان رضي الله عنه أمر "عليا" بجلد "الوليد بن عتبة" في الخمر فقال

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه، عن ابن عمر. في كتاب الأشرطة، باب ما جاء في أن الخمر ما خامر أغمض من الشراب، رقم 13، ج 7، ص 132 - الصنعاني (محمد بن إسماعيل)، سبل السلام، ج 4، بيروت، المكتبة العصرية، (1412هـ - 1992م)، ص 26. وخامر أغمض غطاه وستره، وهو يفيد أن كل ما ستر لعقل فهو حرم، وإن لم يكن من هذه الأصناف المذكورة (انظر: شرف الدينين (عبد الغني)، المرجع السابق، ص 337).

(2) - انظر: ابن اضمام، المرجع السابق، ج 5، ص 310.

(3) - انظر: الخطاب: المرجع السابق، ص 117.

هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النسابوري أبو بكر، فقيه بجمعة كان شيخ الحرم بمكة، ولد سنة (242هـ - 856م)، قال الذهبي: ابن المنذر صاحب الكتب التي لم يصنف منها، توفي بمكة سنة (319هـ - 931م). (انظر: الذهبي (أبو عبد الله شمس الدين)، تذكرة الحفاظ، ج 3، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ص 782. إسماعيل (شعبان محمد)، أصول الفقه: تاريخه ورجاله، ط 1، الرياض، دار المريخ، (1401هـ - 1981م)، ص 3).

(4) - انظر: الثنوي، المرجع السابق، ص 379.

(5) - انظر: النهوي، المرجع السابق، ص 117.

هو أنس بن مالك (10ق.هـ - 93هـ / 612-712م)، صحابي جليل خدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحد شكريين من الرواية عنه، ولد بالندبة ومات بالبصرة، شهد الفتح، وغزاه مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات كثيرة. (انظر: ابن حجر (شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي)، الإصابة في تمييز الصحابة، ط 1، ج 1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية (1397هـ - 1977م)، ص 112. ابن عبد البر (يوسف بن عبد الله بن محمد)، الاستيعاب في معرفة أصحاب، ط 1، ج 1، بيروت، دار الجيل، (1412هـ - 1992م)، ص 109).

هو عبد الرحمن بن عرف بن عبد عرف أبو محمد القرشي، (44ق.هـ - 32هـ / 580-652م)، صحابي جليل أحد العشرة المبشرين بالجنة وأحد الستة أصحاب الثور بعد عمر، له في الصحيحين 65 حديثا. (انظر: الأصبهاني، المرجع السابق، ج 1، ص 98. ابن منظور (محمد بن مكرم)، مختصر تاريخ دمشق، ط 1، ج 14، دمشق، دار الفكر، (1408-1988)، ص 342).

(6) - أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الخلود، باب حد الخمر، رقم 1706، ص 938.

(7) - انظر: الثنوي، المرجع السابق، ص 379.

(8) - انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 307.

(9) - انظر: ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد)، المحلى بالآثار، ج 5، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ص 365.

"لعبد الله بن جعفر" * قم فاجلده، فجلده، فلما بلغ أربعين قال أمسك. جلد رسول الله ﷺ و"أبو بكر" أربعين وجلد عمر ثمانين، وكل سنة، وهذا أحب إلي⁽¹⁾.

وأجاب عن قول "الجمهور" بأن عمر إنما زاد أربعين تعزيراً⁽²⁾، حين هاله نفسي شرب الخمر وعدم الارتداع بالأربعين التي هي حد، ومما يؤيد ذلك أن "عمر" ﷺ حلق في الشرب وغرب، وهذا أيضاً تعزير⁽³⁾. كما روي عنه أنه إذا أتى بالرجل الضعيف الذي كانت منه الزلة ضربه أربعين⁽⁴⁾. وذلك دليل على أن الثمانين ليست حداً، وإلا لم ينقص منها "عمر" ﷺ. قال "ابن القيم" -رحمه الله-: «ومن تأمل الأحاديث رآها تدل على أن الأربعين حد والأربعون الزائدة تعزير، اتفق عليه الصحابة»⁽⁵⁾.

ومرد العقوبة هنا هو حفظ عقول الأفراد، إذ أن في حفظها حفظاً لكيان المجموع، ولم تهمل الشريعة شخص الجاني، فمن كان مضطراً أو مكرهاً أو جاهلاً فلا إثم عليه، وإن تحيد العقاب في هذه الجريمة متروكاً لما يحقق المصلحة العامة⁽⁶⁾. فللقاضي أن يطبق الحد وهو الأربعين وإن رأى الزيادة ضرورية زاد بالقدر الذي يحقق الغرض من العقاب.

من خلال ما ذكر نجد أن العقوبة في الحدود الشرعية يتحقق فيها الشقان العدل والتكفير ومصلحة المجتمع، وسلطة القاضي في الحدود منعدمة فعمله يتجلى في الثبوت من وقوع الجريمة بجميع أركانها وعدم وجود شبهة، وعندها يقوم بتنفيذ الحد، فدوره يتمثل في

* هو عبد الله بن جعفر بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي (1-80هـ/622-700م) أول من ولد بالحبشة من

المسلمين، وكان كرمياً يسمى "بهر الجرد". (أنظر: الزركلي، المرجع السابق، ج4، ص76. ابن العماد (أبو الفلاح عبد الحي الحنبلي)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ط1، ج1، بيروت، دار الآفاق الجديدة، د.ت، ص87).

(1) -أخرجه مسلم في صحيحه عن حسين بن المنذر في كتاب الحدود، باب حد الخمر، رقم1707، ص938-939.

(2) -أنظر: النووي، المرجع السابق، ص379.

(3) -أنظر: ابن القيم (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن بكر بن أيوب بن سعد الزرعي)، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج3،

بيروت، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، د.ت، ص211.

(4) -أخرجه الدارقطني في سننه عن عبد الرحمن بن الأزهر. في كتاب الحدود والديات، ج3، ص157.

(5) - ابن القيم، المرجع السابق، ص211.

(6) -أنظر: محسن (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص24.

التطبيق لا في التقدير، ولا يجوز له تعطيل الحد بأي صفة كتبت لقوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾⁽¹⁾.

الفرع الثاني: القصاص والديات.

يعتبر القصاص والدية من العقوبات المقررة لجرائم القتل والجروح العمدية والخطأ على التوالي، وهي من العقوبات المقررة في الشريعة الإسلامية لشدة خطورتها على المجتمع وعلى مصالح أفرادها، وللتفصيل أكثر نتناول القصاص في مرحلة أولى (الفقرة الأولى)، ثم الديات في مرحلة ثانية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القصاص.

القصاص في اللغة مأخوذ من القص وهو القطع، يقال قصصت ما بينهما أي قطعت. ونقل "ابن منظور" أن القصاص في الجراح مأخوذ من هذا إذا اقتص له منه بجرحه مثل جرحه أو قتله به⁽²⁾.

فالقصاص فيه معنى تقابل شئ بشئ، ولذلك قال "الجرجاني" "هو أن يفعل بالفاعل مثلما فعل"⁽³⁾. ويطلق على القصاص أيضا القود، قال "ابن قدامة" رحمه الله - «لوعله إنما سمي بذلك لأن المقتص منه في الغالب يقاد بشئ يربط فيه أو بيده إلى القتل، فسمي القتل قودا لذلك»⁽⁴⁾.

(1) - سورة البقرة، الآية 229.

* هو محمد بن مكرم الأنصاري (630-711هـ/1232-1311م) لغوي ومحدث عربي ذكروا بأنه ترك خمسمائة مجلد مكتوبة بخط يده، وأنه لم يدع كتابا من كتب الأدب إلا اختصره، أشهر آثاره "لسان العرب". (انظر: ابن العماد، المرجع السابق، ج6، ص26. الكتي (محمد بن شاكر)، فوات الوفيات، ج4، بيروت، دار الثقافة، دبت، ص39).

(2) - انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج5، مادة قصص، ص3650.

** هو علي بن محمد بن علي (740-816هـ/1339-1413م)، عالم مسلم مهض عبء التدريس في شيراز، أهم آثاره "التعريفات". (انظر: الزركلي، المرجع السابق، ج5، ص7. الشوكاني (محمد بن علي)، البدر الطالع محاسن من بعد القرن السابع، ط1، ج1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1418هـ/1998م)، ص333).

(3) - الجرجاني (علي بن محمد السيد الشريف)، التعريفات، القاهرة، دار الرشد، 1991، ص200.

(4) - انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص683.

أما القصاص في اصطلاح الفقهاء فهو عبارة عن عقوبة مقدرة تجب حقا للفرد، وبهذا يتميز القصاص عن الحدود، فعقوبات الحدود تجب حقا لله، وعقوبة القصاص تجب حقا للفرد، وإن كان هذا الحق مشوبا بحق الله، وينتج عن ذلك أن للمجني عليه أن يعفو عنه⁽¹⁾. ويكون القصاص من الجناية على النفس عمدا، والجناية على النفس قسما، الأول القتل العمد والثاني الجراح وقطع الأطراف⁽²⁾.

والعقوبة في القتل هي القصاص أو الدية مقننة، فالقاضي لا يستطيع أن يزيد أو ينقص منها ولا أن يعفو عن مرتكب الجريمة فيها، ومع ذلك فقط فرض جميع هذا للمصلحة العامة⁽³⁾، لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾⁽⁴⁾، وقد جاء في تفسير المنار بأن الآية الحكيمة قررت أن الحياة هي المطلوبة بقذات، وأن القصاص هي وسيلة من وسائلها، لأنه من علم أنه يقتل إذا قتل نفسا يرتدع عن لئيل فيحفظ الحياة على من أراد قتله وعلى نفسه، والاكتفاء بالدية لا يردع كل أحد عن سفك دم خصمه إن استطاع، فإن من الناس من يبتذل الماتن الكثير لأجل الإيقاع بعدوه، وفي الآية من براعة العبارة وبلاغة القول ما يذهب باستنشاع إزهاق الروح في العقوبة، ويوطن للنفس على قبول حكم المساواة، إذ لم يسم العقوبة قتلا أو إعداما، بل سماها مساواة بين الناس، وتتطوي على حياة سعيدة لهم⁽⁵⁾. فالقصاص شرع حماية لكلية من الكليات الخمس وهي للنفس من جانب العدم.

كما أن الشرع بجانب مراعاته للمصلحة العامة راعي حال الجاني، فقد استقر الرأي على التفريق بين العمد والخطأ والقضاء والقدر، فتدرج العقوبة إذا استوفت الجريمة أركانها من القصاص إلى الدية إلى الأرش إلى حكومة تعدل⁽⁶⁾ فيما لا تمكن فيه المماثلة في المحليين بين المنافع والفعلين وهي تعدل التعزير، فإن كثر الجاني مجنونا أو صيما لا يجب

(1) - انظر: الخيني (ناصر علي ناصر)، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، ط1، القاهرة، مطبعة المدني، (1412هـ-1992م)، ص48.

(2) - انظر: ابن فرحون (برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد)، تصرة الحكام، ط1، ج2، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، (1406هـ-1986م)، ص227.

(3) - انظر: هني (أحمد فحجي)، المرجع السابق، ص28.

(4) - سورة البقرة، الآية 179.

(5) - انظر: عبده (محمد)، تفسير المنار، ط3، ج2، دم، دار المنار، 1367هـ ص133.

(6) - الأرش هو نال الواجب في الجناية على ما دون النفس، وقد يطلق على بند النفس وهو الدية. أما حكومة لتعدل فهي ما يجب في جنابة ليس فيها مقدار معين من المال، وهي نوع من الأرش. (وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الموسوعة الفقهية، ط1، ج3، الكويت، مطبعة للوسوعة الفقهية، (1403هـ-1992م)، ص104).

القصاص عليه كما لا يجب إلا في القتل العمد المحض، كما يلزم أن يكون القاتل مختاراً، فإن كان مكرهاً فلا قصاص عليه⁽¹⁾. فالقاضي هنا يقدر العقوبة الملائمة لحالة الجاني، فقد تكون دية أو أرشاً أو حكومة عدل.

الفقرة الثانية: الدية.

الدية⁽²⁾ هي المال الذي يدفع للمجني عليه أو لورثته من بعده سواء كانت الجناية في النفس أو فيما دون النفس، وسواء كانت الجناية عمداً أو خطأ⁽³⁾، والدية بدل عن القصاص على الصحيح، وهي المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو فيما دونهما، وأصلها ودية بوزن فعلة⁽⁴⁾.

وجرائم الدية تشمل القتل والإصابات الخطأ، فإذا وقع الاعتداء الماس بحياة العرد أو بجسمه وحقه في السلامة خطأ، كان للمجني عليه الحق في الدية وحدها دون القصاص. والدية بمثابة عقوبة رغم انطوائها على معنى التعويض. والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لا تعرف جرائم الدم غير العمدية لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾⁽⁵⁾. بيد أن ذلك ينصرف إلى الجزاء الأخروي المترتب على الجريمة، أي ما يتعلق بحق الله تعالى، ويلاحظ أن الدية في جرائم القتل الخطأ لا تقع على الجاني المخطئ فقط، وإنما تتحملة معه عاقلته⁽⁶⁾. ومقدار دية النفس مائة من الإبل وهي الأصل في الدية، إلا أنه ينظر إلى غالب أموال الناس في البلد، فأبي بلد غالب على أموال الناس فيها الذهب فيم أهل

(1) - انظر: الكاساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب فوائده، ط2، ج7، بيروت، دار الكتاب العربي، (1402هـ-1982م)، ص241.

(2) - وتطلق الدية على دية النفس في حالة القتل، وقد يطلق عليها العقل، لأنهم كانوا يأتون بالإبل ليلاً إلى فناء أو نساء المتحور فيعقلونها فسميت الدية عقلاً. (انظر: الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي)، تبيين إحقاق شرح كبر الدقائق، ط2، ج6، القاهرة دار الكتاب الإسلامي، د.ت، ص176. ابن عابدين (محمد أمين)، حاشية بن عابدين، ط2، ج7، دار الفكر، (1399هـ-1979م)، ص784. وقيل سميت عقلاً لأنها تحقل لسان ولي المقتول. (انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص784).

(3) - انظر: زايد (محمد طلبة)، ديوان القصاص، ط1، القاهرة، د.د، (1403هـ-1983م)، ص313.

(4) - انظر: الشريبي، لمرجع السابق، مج4، ص53.

(5) - سورة الأحزاب، الآية5.

(6) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص75.

الفصل التمهيدي: التأصيل التاريخي لسلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة والقانون

ذهب، وإن غلب على أموالها الورق فهم أهل ورق وهكذا⁽¹⁾. وتغلظ الدية في القتل العمد إذا قبِلت بأن حصل عفو عن الجريمة أو تعذر القصاص لفقد المماثلة⁽²⁾. وهذا العدد لا فرق فيه بين دية القتل العمد، وشبه العمد والخطأ، ولكن الفرق بين الثلاثة في تغليظ الدية وتخفيفها في نوع الإبل لا في عددها⁽³⁾.

أما الأطراف، فالأصل أن يؤخذ فيها بالقصاص كما سبق، لكن قد يعفو المجني عليه في أطرافه عن القصاص في حالة العمد، فيصالح على الدية، وقد تكون الدية هي العقوبة الأصلية لما دون النفس، إذا كانت الجنائية شبه عمد أو خطأ⁽⁴⁾.

فالقاضي هنا يقتصر دوره على تطبيق العقوبة، أي أنه إذا عفا المجني عليه مما أصيب في أطرافه من طرف الجاني، فيطلب القاضي منه دفع الدية إلى المجني عليه هذا في حالة العمد، أما في حالة الخطأ فالعقوبة الأصلية هي الدية ودور القاضي أيضا يقتصر على التطبيق ولا سلطة له في التقدير.

المطلب الثاني

العقوبات غير المقدرة (التعزير).

أصل التعزير في اللغة من العزر، والعزر له معان منها: اللوم، والرد والمنع، يقال عزره يعزره عزرا، والتعزير تضرب دون الحد⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ - انظر: الباجي (أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وأزنت)، المنتقى شرح المنوطأ، ط1، ج7، مصر، مطبعة السعادة، 1332هـ، ص68-69.

⁽²⁾ - انظر: بهسي (أحمد فتحي)، الدية في الشريعة الإسلامية، ط4، القاهرة، دار الشروق، (1402هـ-1988م)، ص111-112.

⁽³⁾ - انظر: الخلفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص59.

⁽⁴⁾ - انظر: المرجع نفسه، ص60.

⁽⁵⁾ - انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج4، مادة عزر، ص2924. ابن زكريا (أبو الحسن بن فارس)، معجم مقاييس اللغة، ط3، ج4، مصر، مكتبة الخاني، (1402هـ-1981م)، مادة عزر، ص311.

ويعرفه فقهاء الحنفية بأنه «تأديب دون الحد»⁽¹⁾، كما يعرفه المالكية بأنه: «تأديب واستصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حنود ولا كفارات»⁽²⁾. وعند الشافعية «التعزير هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود»⁽³⁾، وعند الحنابلة «التعزير هو العقوبة المشروعة على جنابة لا حد فيها»⁽⁴⁾. والملاحظ في هذه التعريفات أنها جميعا تتفق قبي أن التعزير هو التأديب ما عدا الحنابلة الذين عبروا عنه بالعقوبة مكان التأديب.

والتعريف المختار والجامع لهذه التعريفات هو الذي ذكره الأستاذ ناصر علي ناصر الخليلي⁽⁵⁾ في مؤلفه وهو أن التعزير «تأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة»⁽⁵⁾. فإذا علمنا أن التعزير هو التأديب أدركتنا أن السياسة الجنائية الإسلامية هدفها الأساسي متي على تقويم وإصلاح الجنائي وتأهيله اجتماعيا.

والتعزير مشروع بالكتاب لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾⁽⁶⁾.

ومن السنة قوله ﷺ في سرقة الثمر إذا كان دون النصاب: «غرامة مثليه وجلدات نكال»⁽⁷⁾. أي أنه إذا لم يتوفر شرط النصاب فلا يطبق عليه حد السرقة، وإنما يعزر فقط.

والنظام الجنائي الإسلامي يعرف العقوبات البدنية وهي مقررة في جرائم الحدود والقصاص، غير أنها من حيث الواقع محدودة جدا، ولو تتبعنا أحكام الشريعة الإسلامية بدقة لما وجدنا التطبيق الفعلي نظرا لما يحيط بتوقيعها من شروط صارمة وقبود ضابطة نادرًا ما

(1) - ابن الصمام، المرجع السابق، ص 345.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ص 288.

(3) - الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب)، الأحكام السلطانية، ط 2، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، (1386هـ - 1966م)، ص 236.

(4) - ابن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 324.

(5) - الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 79.

(6) - سورة النساء، الآية 34.

(7) - أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، عن عبد الله بن عمر بن العاص في كتاب السرقة، باب ما جاء في تضييف الغرامة، ج 8، ص 278، وأبو داود في سننه عن عبد الله بن عمرو بن العاص، بلفظ «فعليه غرامة مثليه والعقوبة»، في كتاب الحدود باب ما لا تقطع فيه، رقم 4390، ج 4، ص 137.

تجتمع مما يحول دون تطبيق ذلك الحد، ويترتب على ذلك أن كافة الجرائم المعروفة في قانون العقوبات تندرج تحت نظام التعزير⁽¹⁾.

والوظيفة الحقيقية للتعزير هي التأديب وليس الإيلاء، ولذلك يتخذ ضد الجاني ما يلائمه من تدبير بما يتفق وحالته الشخصية، ومن هنا تظهر الصورة الأخلاقية لهذا النظام الفريد الذي يمثل أسلوبا عاليا في الدفاع عن المجتمع ضد الجرائم، كما يصلح للتطبيق على كافة الأشخاص الذين لهم خطورة إجرامية وهو يتيح للقاضي المكلف بتطبيق الشريعة الإسلامية سلطة تقديرية واسعة في اختيار ما يراه مناسباً لكل منحرف من التدابير التعزيرية الملائمة في إرشاده وتقويمه وهو بهذه المثابة يمثل أحسن صور الدفاع الاجتماعي ذات النزعة الإنسانية⁽²⁾.

فالتعزير مجال واسع لأعمال السلطة التقديرية للقاضي، فيقدر العقوبة بحسب حذر الجاني وظروف ارتكابه للجريمة، كما يراعي في ذلك مصلحة المجتمع التي لها اعتبار في تشريع العقوبات.

يقول "ابن تيمية": «فأما المعاصي التي ليس فيها حد مقدر ولا كفارة فعقوبتها التعزير والتأديب بقدر ما يراه الوالي على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقتله، فإذا كان كثير زاد في العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلا وعلى حسب حال المذنب؛ فإذا كان من المدمنين على الفجور زيد في عقوبته، بخلاف المقل من ذلك وعلى حسب كبر تئيب وصغره»⁽³⁾.

وخلاصة القول أن تعدد الجرائم في الشريعة الإسلامية اقتضى تعدد الحلول الشرعية لمواجهتها، فمنها ما هو ثابت ودور القاضي فيه هو التطبيق فقط، حيث تنعدم سلطته التقديرية وهي جرائم الحدود والقصاص، ومنها ما هو غير ثابت ودور القاضي فيه إيجابي، حيث يتدخل لإيجاد الحلول المناسبة لكل جريمة غير مقدر عقوبتها وهي الجرائم التعزيرية. هذا عن الشريعة الإسلامية، أما في التشريع الجنائي الوضعي فالأمر يختلف وهذا ما سنحاول التطرق إليه في المبحث الموالي.

(1) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 76.

(2) - انظر: المرجع نفسه، ص 77.

(3) - ابن تيمية، المرجع السابق، ص 53.

المبحث الثاني

الأساس الفكري للعقاب في القانون الوضعي وتطور السلطة

التقديرية للقاضي من خلاله.

تطرقنا في المبحث الأول إلى أنواع العقوبات في الشريعة الإسلامية، وأساس العقاب فيها، ومدى سلطة القاضي في التقدير، وحتى تتم المقارنة نتطرق إلى التأصيل التاريخي للسلطة التقديرية في القانون الجنائي، حتى نقف على تطورها وما استقرت عليه في الفكر الحديث.

وهذا التأصيل يمكننا من معرفة أو تحديد مقدار الأثر الذي تركته الشرائع القديمة في تكوين الشرائع المعاصرة، ومبلغ الصلة بين الماضي والحاضر⁽¹⁾. ويمكن تقسيم المراحل التي مر بها العقاب إلى ثلاث هي: مرحلة الانتقام (المطلب الأول)، مرحلة الأنسنة (المطلب الثاني) والمرحلة الحديثة (المطلب الثالث)، فمن خلال هذه المراحل نبين من له سلطة الجزاء الجنائي ومداهما والأساس الفكري الذي تبنى عليه، على أن كل مرحلة ترتبط بتطور المجتمع الإنساني عبر الأزمنة.

المطلب الأول

مرحلة الانتقام.

هذه المرحلة كانت في العصور البدائية، وأهم ما تميزت به هو عنصر الانتقام الذي كان سائدا سواء كأفراد أو كجماعات، لذلك سنتناوله بالتفصيل في فرعين، حيث نبدأ بالانتقام الفردي (الفرع الأول)، ثم الانتقام الإلهي والردع (الفرع الثاني)، حتى نعطي الصورة الكاملة لهذه المرحلة.

(1) - انظر: أبو الرفا (أحمد)، تاريخ النظم القانونية وتطورها، بيروت، ائثار الجامعة، 1984، ص11.

الفرع الأول: مرحلة الانتقام الفردي.⁽¹⁾

في القرون الأولى من هذا العصر كان الفرد ينتقم لنفسه ويأخذ حقه وتعينه على ذلك قبيلته، وقد كانت القوة هي الغالبة في تلك الفترة، إذ كانت تقوم الجرائم بين القبائل لأنفسه الأسباب⁽²⁾. وظهر هذا الطور واضحا في الحقبة التي كان يعيش فيها الإنسان على قنص الحيوانات وصيد الأسماك، ومما لا شك فيه أن العقوبة آنذاك لا تعدو أن تكون رد فعل غريزي يصدر عن الإنسان⁽³⁾.

وفي داخل القبيلة كان رئيسها يباشر سلطة القضاء بين أفرادها ويطبق عليهم العقوبات المعروفة في زمنهم من ضربه إلى قتل أو طرد من العشيرة، وقد كانت هذه العقوبة من أشد العقوبات أثرا⁽⁴⁾. ولما ازداد نكاء الإنسان عن ذي قبل، ونظمت الحياة الاجتماعية قليلا، ونشأت سلطة عليا وقويت شوكة هذه السلطة ساد في النظام العقابي آنذاك فكرة القصاص الذي يعني اقتصاص المجني عليه أو أهله من الجاني بصورة اتسمت بالتعادل التام، فالتأثر على قدر الاعتداء، العين بالعين والسن بالسن⁽⁵⁾.

ويلاحظ أن الأعراف العشائرية قيدت هذا القصاص بعدم إيقاعه في أماكن محددة أو في مواسم معينة، كالأشهر الحرم، وكان ذلك بدوافع اقتصادية ورغبة في تجنب الحروب التي كانت كثيرا ما تقع بين القبائل كثمرة لفكرة التآمر، وكان المتنازعون يلجؤون إلى الصلح، حيث تجري التسوية بينهم بدفع مبلغ مالي كتعويض مقابل التنازل عن الأخذ بالتآمر، وكان هذا التعويض في البداية أمرا اختياريا، ثم أصبح فيما بعد إلزاميا⁽⁶⁾.

بعد العرض الموجز لهذه المرحلة والأساس الفكري للعقاب، يلاحظ عدم وجود أثر للسلطة القضائية، ومن ثم لا وجود للسلطة التقديرية للقاضي، فالمجني عليه يتولى الانتقام

(1) - انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ القسم أتعام من التشريع العقابي، دار انكفر العربي، 1979، ص 58-59. الفهري (علي عبيد القادر)، علم الإحرام وعلم العقاب، الإسكندرية، الدار الجامعية، 1995، ص 201.

(2) - انظر: هنجي (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 19. الصيفي (عبد الفتاح مصطفى)، حق الدولة في العقاب، ط 2، الإسكندرية، دار الهدى للطبعات، 1985، ص 21.

(3) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 23.

(4) - انظر: المرجع نفسه، الموضوع نفسه. هنجي (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 19.

(5) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 24. انظر: هنجي (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 19.

(6) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 24.

وأخذ الثأر من الجاني بنفسه أو من طرف قبيلته، فالأساس الفكرى للجزاء الجنائى كان بدائيا وعشوائيا وبسيطا، حيث إن الغريزة هي التي تتحكم في العقاب وهي أساسه.

الفرع الثانى: مرحلة الانتقام الإلهى والردعى.

إن الانتقام فى هذا العصر اتخذ طابعا دينيا، لأن السلطة كانت قد اتسمت خلال تلك الفترة بطابع دينى، وصار خضوع الأفراد لها نوعا من الخضوع للدين، فأصبحت الجريمة عصيانا دينيا، وباتت العقوبة تكفيرا عن ذلك العصيان⁽¹⁾.

وقد لعب الدين دورا كبيرا فى تنظيم الحياة السياسية فى المجتمعات القديمة، وكان لوحدة الاعتقاد الدينى الأثر البالغ فى توحيد العشائر واندماجها، واصطبغت سلطة الحاكم بصيغة دينية حرص الحكام على تعزيزها لتقوية نفوذهم، وسادت الأعراف القائمة على تبجيل الآلهة والمبالغة فى إرضائها، ولقد تأثرت القوانين القديمة بهذه النظرة الدينية العامة، وساد الاعتقاد لدى تلك المجتمعات أن الجريمة تثير غضب الآلهة، ولهذا وجب إنزال أقصى العقوبات بالجاني إرضاء للآلهة وتطهيراً للجاني، وتوقيا لغضب الآلهة وانتقامها من أن ينزل بالجماعة كلها، وهكذا تحولت العقوبة من انتقام اجتماعى إلى انتقام إلهى⁽²⁾.

وبذلك اتسمت هذه الفترة من تاريخ المجتمعات القديمة بسيطرة الكهنة ورجال الدين واحتكارهم لتفسير الأعراف الخاصة بالجزاء التي أصبح لها طابعا دينيا مقدسا⁽³⁾. وقد كثر الغرض من العقاب فى هذه الحقبة من التاريخ التي استمرت حتى القرن الثامن عشر هو إحداث الخوف والفرع وضرب المثل للجميع، ولذلك كانت محاكمة الحيوانات وجثث الموتى، وكانت عقوبة الإعدام لمائة جريمة، وكان تعذيب المتهمين والمحكوم عليهم يتم علانية فى الميادين العامة⁽⁴⁾.

وكان سيد القبيلة أو زعيمها ممثلا للآلهة وله سلطة الحياة والموت، وعلى الأفراد قبول الجزاء الذي يقرره مهما بلغت قسوته مرضاة للآلهة، ولذلك اختل التناسب بين

⁽¹⁾ - انظر: أبو عامر (محمد زكي)، دراسة فى علم الإحرام والعقاب، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1985، ص 228.

⁽²⁾ - انظر: سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات: القسم العام، ج 1، عين مليلة، دار الهدى، ص 20.

⁽³⁾ - انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ص 20.

⁽⁴⁾ - انظر: عيسى (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 20.

الجريمة والعقوبة واتسمت هذه الأخيرة بالقسوة والإفراط⁽¹⁾. وكان تحديد العقوبة يخضع لمطلق تقدير القاضي الذي كان له سلطة جمعها وتشييدها، وأهم المجتمعات البارزة في هذه الفترة هي المجتمعات الشرقية القديمة (الفقرة الأولى)، المجتمع الإغريقي (الفقرة الثانية)، المجتمع الروماني (الفقرة الثالثة). وسنتناول هذه المجتمعات فيما يلي:

الفقرة الأولى: المجتمعات الشرقية القديمة.

ظل للعقوبة في هذه المجتمعات طابعها الديني باعتبارها خطيئة دينية تغضب الآلهة وتستتبع الانتقام تكفيرا عنها، فكان للمعتدي عليه أن ينتقم من المعتدي على الوجه الذي يحقق التعادل بين الاعتداء والانتقام، وبعبارة أخرى كان له حق القصاص⁽²⁾. وقد حظيت جرائم الأموال في هذا المجتمع بالاهتمام الأكبر وخاصة تلك التي كانت ملكيتها تعود إلى الآلهة أو القصر⁽³⁾.

ومن أبرز شرائع تلك الحقبة قانون "حمورابي" في بابل، وبمقتضى نصوصه كانت سرقة ثروة الآلهة أو القصر من شأنها أن تعرض السارق للقتل، ولم يحصل مال الشخص العادي بنفس الحماية، إذ أن سرقة لا تتجاوز عقوبته دفع عشرة أمثال قيمة ما سرق منه وإلا تعرض للإعدام، أما قانون "مانو" الهندي فكان يقضي بقطع يد السارق أو إعدامه إذا وقعت السرقة على الأموال الثمينة والتي تعود ملكيتها للأغنياء فقط⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية: المجتمع الإغريقي.

في هذا المجتمع انظم إلى الطابع الديني للعقوبة طابعا سياسيا جديدا، فلم تصبح الجريمة فقط عصيانا للآلهة وإنما صارت كذلك خرقا للنظام الاجتماعي من شأنه أن يخلق الاضطراب فيه، فصار للعقوبة وظيفة جديدة للمحافظة على النظام الاجتماعي. ويرجع السبب في ظهور تلك الوظيفة الجديدة إلى ازدهار الفلسفة الإغريقية ومبادئها بخصوية

(1) - انظر: أبو عامر (محمد زكي)، المرجع السابق، ص 228.

(2) - انظر: القهوجي (علي عبد القادر)، المرجع السابق، ص 203.

(3) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 25.

(4) - انظر: المرجع نفسه، ص 25.

العقوبة وأبرزها أن الغاية من العقاب إنما هي في منع وقوع الجريمة مستقبلاً⁽¹⁾، وفي هذا المجتمع بدأت فكرة الدفاع الاجتماعي تظهر كأساس لنظام العقاب، إذ نجد لها إشارات في كتابات "أرسطو" غير أن مفهومها كان مقصوراً على حماية المجتمع من المجرمين، فكان موجهاً ضد المجرم وليس لمصلحته⁽²⁾.

الفقرة الثالثة: المجتمع الروماني.

كان أساس العقاب في روما القديمة القصاص من جهة، والمحافظة على النظام الاجتماعي من جهة أخرى، وظهر إلى جانب القصاص كعقوبة نظام الدية أو التصالح وهو عبارة عن اتفاق بين المعتدي والمعتدى عليه يتنازل فيه الأخير عن حقه في الثأر مقابل مال يدفعه الجاني. لكن الطابع الديني بدأ يختفي تدريجياً ليظهر على العقوبة الطابع السياسي، باعتبارها خرقاً للنظام الاجتماعي، حتى سادت المسيحية وتركت بصماتها على السياسة العقابية فنأدى بعض الفقهاء الرومان بأن يكون للعقوبة هدفاً ثانياً هو تقويم الجاني وإصلاحه إلى جانب الردع كوظيفة أساسية وتحقيق المساواة في العقاب⁽³⁾.

وقد جاء في مدونة "جوستينيان" في التقارير الخاصة بالجرائم في الملحق الثاني: إنما شرع العقاب لإصلاح البشر وأنه لا عقاب بلا نص، وينبغي أن تكون العقوبة زجراً للجاني وعبرة لغيره⁽⁴⁾.

(1) - انظر: أبو عامر (محمد زكي)، المرجع السابق، ص 238.

(2) - هو أرسطو (384-322 ق.م)، فيلسوف وعالم موسوعي ومؤسس علم المنطق وعدد من الفروع الأخرى للمعرفة الخاصة، اعتبره "ماركس" أعظم مفكري العصور القديمة. (انظر: بدوي (عبد الرحمن)، موسوعة الفلسفة، ط 1، ج 1، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1984، ص 98. لجنة من العلماء السوفياتيين، الموسوعة الفلسفية، دم، دار الطليعة للطباعة والنشر، 1987، ص 19).

(3) - انظر: الذهبي (إدوار غالي)، مبادئ علم العقاب، ط 1، بنغازي، دار غريب للطباعة، 1975، ص 35.

(4) - انظر: أبو عامر (محمد زكي)، المرجع السابق، ص 339.

(5) - انظر: فهمي (عبد العزيز)، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، الملحق الثاني، التقارير الخاصة بالجرائم، دم، د.د، د.ت.

المطلب الثاني

مرحلة الأسنة.

وهو العصر الذي ظهرت فيه المدرسة التقليدية، حيث كان النظام الجنائي مختلا في هيكله ووظيفته ولا يحقق عدلا ولا يوفر استقرارا، كما كان القضاة يتمتعون بسلطات مطلقة. ونتيجة هذا الوضع ظهر فلاسفة ومفكرين أمثال "مونتسكيو" و"روسو" والإيطالي "بيكاريا"⁽¹⁾.

ويقسم الفقهاء هذه المرحلة إلى ثلاثة مراحل هي: مرحلة تشريع الكنيسة (الفرع الأول)، مرحلة تشريع الثورة (الفرع الثاني)، وأخيرا مرحلة التقنين (الفرع الثالث)، وفي هذا العصر اتخذ المفكرون من فلاسفة وفقهاء في وضع النظريات القانونية.

الفرع الأول: مرحلة تشريع الكنيسة.

تسربت إلى العقاب مبادئ الاعتدال على أساس من المبادئ الدينية السامية فكانت العقوبات هي الحبس المؤبد أو المؤقت في الدير، والكفارات الدينية كالحج والصدقات، والنبيذ من الخبيثة⁽²⁾. أما عقوبة الإعدام فلم يعمل بها في هذا العصر، وقد قام "بيكاريا" عام (1764م) مؤسس المدرسة التقليدية يقول بتطريته في أن العقاب يجب أن يكون محدودا بحدي العدل والمصلحة الاجتماعية، وأنه من الظلم أن يتعدى العقاب في شدته القدر

¹ - هو البارون فولفريد أي دو (1689-1756م) كاتب وفيلسوف فرنسي، يعد من أبرز الفلاسفة السياسيين في القرن 18، أهم آثاره "رسائل فلسفية"، "روح القوانين"، وكان له أثر كبير في تطور الفكر السياسي. (انظر: البعلبكي (منير)، معجم أعلام المورد، ط1، بيروت، دار العلم للملايين، 1992، ص 443).

² - هو جان جاك روسو (1712-1778م)، كاتب وفيلسوف فرنسي، مهدت رواياته ومفالاته السيل لاندلاع الثورة الفرنسية وانبثاق الحركة الرومانتيكية في آن معاً، أشهر آثاره في "العقد الاجتماعي" سنة 1762م، و"إميل" سنة 1762م أيضاً، (انظر: لجنة من العلماء السوفياتيين، لمرجع السابق، ص 238. مجموعة من العلماء الموسوعة الفلسفية المختصرة، بيروت، دار انقلب، ص 227).

³ - هو الماركيز سيزاري دي بيكاريا، مشرع واقتصادي ومفكر في فلسفة القانون (1738-1794م)، إيطالي أشهر كنه في "الجرائم والعقوبات". (انظر: بلوي (عبد الرحمن)، المرجع السابق، ج1، ص 357).

(1) - انظر: حسني (محمد نجيب)، المرجع السابق، ص 66. وانظر: عبيد (رؤوف)، المرجع السابق، ص 31.

(2) - انظر: حسني (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 20. أبو عاشر (محمد زكي)، المرجع السابق، ص 346. القهوجي (علي عبيد

القادر)، المرجع السابق، ص 205 وما بعدها.

الضروري لحماية المجتمع، وأن غاية العقاب ليست التعذيب أو التكفير بل منع المجرم من الإجرام، ومنع الغير من تقليده، فلا محل لقسوة العقاب ولا لتعذيب المجرم ولا لعقوبة الإعدام. فلا إسراف في تقدير العقوبة بحيث يجب أن يتناسب مقدارها مع ما تحدثه الجريمة من ضرر للجماعة بما يتوافق مع معضيات الضرورة المبنية على فكرة المنفعة العامة، فقد جمع "بيكاريا" بين المنفعة العامة والمبادئ الأخلاقية، وكلها تترجم بصدق مبادئ الرحمة التي تأججت في الفكر قبل الثورة الفرنسية⁽¹⁾.

ومجمل القول الحد من سلطة القضاة في التجريم والعقاب وتقرير مبدأ الشرعية، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

الفرع الثاني: مرحلة تشريع الثورة.

وهذه المرحلة كانت تحاربا لفكر "بيكاريا" وتجسيدها له، فبعد قيام الثورة الفرنسية⁽²⁾ صدر إعلان حقوق الإنسان في 26 أغسطس 1789م، وقررت بعض المبادئ للقانونية منها "لا جريمة ولا عقوبة يغير نص"، ونادت بشخصية للعقوبة ومساواتها بالنسبة لجميع المواطنين، كما ألغت عقوبات التعذيب وبتر الأعضاء، وعقوبة الجلد والمصادرة العامة، كما تطرقت إلى مبدأ شرعية العقوبة فجعلتها ذات حد واحد بلا تخيير للقاضي⁽³⁾. فلا يملك القاضي في ظلها سلطة التخفيف والتشديد، وإنما يطبق العقوبة ذات الحد الواحد مباشرة على مرتكب الجريمة التي ثبتت الأثلة بإدانتها.

على أنه سرعان ما حدث رد فعل جزئي لهذه الاتجاهات الإنسانية في تشريع "تابليون" الذي صدر في سنة 1810⁽⁴⁾. والذي سنتطرق له في الفرع الموالي.

(1) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 31-32. الذهبي (إدوار غالي)، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها.

(2) - الصيفي (عبد الفتاح مصطفى)، المرجع السابق، ص 46.

(3) - ذكرنا هذه المرحلة في فرنسا بالضبط لأن أهم تحول في القانون الجنائي وحقوق الإنسان في العالم كان بقيام الثورة الفرنسية.

(4) - انظر: عبيد (رؤوف)، المرجع السابق، ص 59.

(5) - انظر: المرجع نفسه، ص 60.

الفرع الثالث: مرحلة التقنين.

لما كانت القوانين التي أصدرت لم تسفر عن نتائج مرضية لأنه لم يكن يسمح للقاضي بالنزول عن الحد الأدنى، كما أدى تخفيف العقوبات إلى اضطراب الأمن العام، ولذلك صدر في فرنسا قانون سنة 1810 مشعباً بفكرة المنفعة أو المصلحة الاجتماعية وهي التي كثر ينادي بها الفيلسوف الإنجليزي "بنثام" وجعل للعقوبات حدين، حد أقصى وحد أدنى وأدخل نظام الظروف المخففة، كما أنه من ناحية أخرى استعاد بعض العقوبات الشديدة وزاد عدد حالات الحكم بالإعدام⁽¹⁾. وبهذا القانون أصبح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال تحديد الجزاء الجنائي خاصة بإدخال نظام الظروف المخففة.

فأساس العقاب لدى المدرسة التقليدية هو المنفعة، كما أن المسؤولية تقوم على أساس خلقي، وهو تقويم إرادة الجاني وكانت وظيفة العقوبة هي الردع المحقق لهذه الغاية، والعقوبة في تقديرها مرتبطة بجسامة الفعل وبالمنفعة التي كان ينشدها الجاني وبتبنيها من جريمته، أو الضرر الذي حاق بالمجني عليه من غير إفراط ومن غير اعتداد بخطورة الفاعل⁽²⁾.

وفي ظل المدرسة التقليدية تم التخفيف من قسوة العقوبات وتم التحكم في تعسف القضاء⁽³⁾، وذلك بإرساء قواعد تنظيمية للسلطة القضائية خاصة مبدأ شرعية العقوبات الذي من أهم مبرراته حماية الحريات الفردية والحيلولة دون تعسف القضاء.

هو بتام حوربي (1748-1831م)، مشرع وفيلسوف وعالم اقتصاد إنجليزي، كان يحاول حل لمشكلات الاجتماعية بطريقة لمبية، أثر كبير في الفكر الإصلاحية في القرن 19، تعرف فلسفته بالبنثامية، وخلاصتها أن المنفعة هي غاية الحياة الأساسية، وأن هدف المجتمع هو تحقيق أكبر قدر من السعادة لأكثر عدد من الناس، أشهر مؤلفاته "مقدمة في الأخلاق والتشريع" سنة 1789م.

(انظر: البعلبكي (منير)، المرجع السابق، ص 112. بدوي (عبد الرحمن)، المرجع السابق، ج 1، ص 362).

(1) ساطرة: بنسي (أحمد فتحي): المرجع السابق، ص 21. أبو عمر (محمد زكي)، المرجع السابق، ص 348. القهوجي (علي عبد

القادر): المرجع السابق، ص 208.

(2) ساطرة: أبو عمر (محمد زكي)، المرجع السابق، ص 349.

(3) ساطرة: القهوجي (علي عبد القادر)، المرجع السابق، ص 210.

وفي أوائل القرن التاسع عشر، ظهر مذهب الفيلسوف الألماني "كانت" في العدالة فعارض مذهب المنفعة، فالعقوبة حسبه هو إجراء تقتضيه العدالة، وتكليف بحسب الأشخاص ودرجة مسؤوليتهم⁽¹⁾، وهذا الاتجاه الجديد هو ما يعرف بالمدرسة النيوكلاسيكية أو المدرسة التقليدية الحديثة التي من أهم إيجابياتها تبني فكرة تدرج حرية الاختيار والتوفيق بين فكرتي العدالة والمنفعة الاجتماعية، كما أنها أرست دعائم نظام الأعذار القانونية والظروف المخففة ونظام وقف تنفيذ العقوبة⁽²⁾.

وتظهر ميزة هذه المرحلة في الأخذ بعين الاعتبار حرية اختيار الجاني لأفعاله إلا إذا قامت تجاهه عوارض الأهلية، كما أن القاضي يضع اعتبارا للفعل الجرمي ومدى جسامة.

المطلب الثالث

المرحلة الحديثة.

إن عجز المدونات العقابية التي أسست على أصول ومبادئ المدرسة الكلاسيكية القديمة والحديثة عن مواجهة استفحال الظاهرة الإجرامية والوقاية منها كان وراء قيام المدرسة الوضعية في إيطاليا، وكان ذلك على يد مفكرين أمثال الطبيب "لومبروزو" و"جاروفالو" و"فيرري" ، وترى هذه المدرسة أن مكافحة الجريمة يتم عن طريق دراسة

¹ - هو إمانويل كانت، (1724-1804م)، فيلسوف ألماني، يعتبر أعظم الفلاسفة في جمع العصور، أشهر كنه "نقد العقل الخالص" سنة 1781م، و"نقد العقل العملي" سنة 1788م، (انظر: البعلبكي (منير)، المرجع السابق، ص 369. بدوي (عبد الرحمن)، المرجع السابق، ج2، ص 269).

⁽¹⁾ - انظر: هنسي (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 21. أبو عامر (محمد زكي)، المرجع السابق، ص 352. القهوجي (علي عبد القادر)، المرجع السابق، ص 212. النجفي (إدوار غالي)، المرجع السابق، ص 20.

⁽²⁾ - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 38-39.

^{***} - هو لومبروزو-تشيزاريه (1835-1909م)، طبيب إيطالي، يعتبر مؤسس علم الجريمة، ودعا إلى معاملة المجرمين معاملة أكثر إنسانية، وذلك في كتابه "الرجل المجرم" سنة 1876م، (انظر: البعلبكي (منير)، المرجع السابق، ص 392).

^{***} - هو رافائيل جاروفالو (1852-1934م)، يمثل الجناح القانوني في المدرسة الوضعية الإيطالية، اهتم في نموه بالجوانب الفقهية القانونية، نشر مؤلفه في علم الإحرام سنة 1885م. (انظر: جعفر (علي محمد)، الإحرام وسياسة مكافحته: عوامل الجريمة والسياسة العقابية في التشريع الليبي و المقارن، بيروت، دار النهضة العربية، 1993، ص 116. أبو توتة (عبد الرحمن محمد)، علم الإحرام، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2001، ص 89).

^{***} - هو أفريكو فيري حول (1832-1893م)، سياسي فرنسي ورئيس الوزراء (1880-1881م) و (1883-1885م)، عرف بسياسته الاستعمارية، فرض التعليم الإلزامي واتخذ إجراءات قاسية ضد اليسوعيين، (انظر: البعلبكي (منير)، المرجع السابق، ص 338).

شخصية المجرم وأسباب إجرامه⁽¹⁾. وقد انقسمت هذه المدرسة إلى تيارات ثلاثة، نتناول التيار الأول في (الفرع الأول)، والتيار الثاني في (تفرع الثاني)، والتيار الثالث في (الفرع الثالث) حتى نعطي صورة متكاملة لهذه الاتجاهات الثلاثة.

الفرع الأول: التيار الأول.

وهذا الاتجاه عضوي لصاحبه الطبيب "تومبروزو"، حيث عرض أفكاره في علم الإجرام.

ويدرس هذا التيار طبيعة الجاني فيبحث عن أسباب إجرامه وعليه يقسم المجرمين إلى خمسة أقسام:

أولاً: مجرم بطبعه أو بفطرته وهو الذي يولد مجرماً ويتميز بمميزات خلقية معينة.

ثانياً: مجرم مجنون وهو مصاب بمرض عقلي.

ثالثاً: مجرم بالعادة، حيث يرتكب الجريمة في بادئ الأمر عن ضعف عقلي ثم يستهويه الإجرام.

رابعاً: مجرم بالمصادفة، وهو من أجرم لسبب بعينه.

خامساً: مجرم بالعاطفة، وهو نوع من مجرمي المصادفة سريع الحساسية سهل الخضوع للعاطفة.

وتنوع العقوبة بحسب حالة كل مجرم، فالمستشفى مكان للمجرم المجنون، والإستئصال للمجرم بالفطرة، ويعاقب المجرم بالعنة والمجرم بالعاطفة بعقوبة لا ترديد في إفساده ولا إتلاف خلقه. فالقاضي عليه أن يقرر أي جزاء أصلح للمجرم، فإن كان عقوبة سالبة للحرية عليه أن لا يترك المجرمين بالعاطفة الاختلاط بغيرهم لأن ذلك قد يزيد من إجرامهم بل من احترافهم، كما أنه بإمكان القاضي تسليم هذا المجرم إلى عائلة شريفة تتعهده بالتربية والإصلاح إذا كان حدثاً⁽²⁾.

⁽¹⁾ - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 39-40. أتيجي (محمد علي)، المرجع السابق، ص 214. الذهبي (إدوار غالي)، المرجع السابق، ص 23.

⁽²⁾ - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 40 وما بعده. هني (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 21. الذهبي (إدوار غالي)، المرجع السابق، ص 26. مصطفى (عمود محمود)، توجيه سياسة الخنايا نحو فردية العقاب، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، مصر، العدد 1، السنة 9، ص 162.

الفرع الثاني: التيار الثاني.

وهذا التيار يتزعمه "جاروفالو" الذي كان مهتما في مؤلفاته بالعقوبة وبيان أغراضها في المنع العام والخاص، وأهم ما كتب كان في علم الإجرام، وفيه فرق بين الجرائم الطبيعية، والتي تقع على الأشخاص والأعراض والأموال، وجرائم اصطناعية، وهي سياسية واقتصادية. ومن آرائه أنه لا يسلم أن المجرم قد يكون بالفطرة إلا بقدر النقص الذي يعترى تكامل مشاعر الإنسانية أو البشرية لديه، والذي يشكل شذوذا ينتقل بالوراثة، ومع ذلك فلكي يوصم الشخص بأنه مجرم يجب أن يعترف جريمة، غير أنه يؤكد على أن هناك عوامل داخلية أكثر فاعلية من العوامل الاجتماعية دفعا للشخص نحو الجريمة. ويعود إلى زعيم هذا التيار الفضل في وضع نظرية الحتمية التي أسس عليها المذهب الواقعي فيما بعد⁽¹⁾.

وهذا التيار يرى أيضا بأن تتنوع العقوبات بحسب حالة المجرم تشخيصية، فمن المجرمين من يرسل إلى المستشفى لمعالجته ومنهم من يعاقب بشدة، ومنهم من تتخذ قبله إجراءات الأمن أو وسائل الحماية والوقاية، ومنه من يستبعد من المجتمع كنية للوقاية من شره⁽²⁾.

الفرع الثالث: التيار الثالث.

يتزعم هذا التيار الفقيه "أفريكو فيري"، ويرى أن الجريمة قضية حتمية تخضع في عمومها إلى عوامل اقتصادية، واجتماعية، وطبيعية، ونفسية، متعلقة بتكوين الفرد وتؤدي به إلى الانزلاق في هوة الإجرام، وتعد خطورته مقياسا لما يجب اتخاذه من حماية اجتماعية، كما أن التدابير الوقائية يجب أن تختلف باختلاف الأشخاص⁽³⁾.

فهذا التيار يرى بأن يقوم المجتمع بدراسة أسباب وعوامل الإجرام لحماية المجرم منها والقضاء على ما يدفعه إليها كمحاربة الرذيلة، ومنع المخدرات والمسكرات،

(1) - أنظر: عقيدة (محمد أبو العلا)، أصول علم الإجرام، ط2، د.م، دار الفكر العربي، 1994م، ص 36.

(2) - أنظر: انذهي (إدوار غالي)، الرجوع السابق، ص 26، عقيدة (محمد أبو العلا)، المرجع السابق، ص 35.

(3) - أنظر: بكار (حام حسن موسى)، المرجع السابق، ص 45-46.

وحماية الأحداث⁽¹⁾. وبالتالي فهو يدعو إلى الوقاية من الجريمة قبل وقوعها وذلك بدراسة عوامل وأسباب الإجرام، واعتبر المجرم ضحية لجرمه، لذلك على المؤسسات العقابية أن تتعهد بالحماية قبل الوقوع في مخالفات الإجرام ويصعب عندها معالجته.

ولما ترتب على الأخذ بهذه الأفكار إسراف في العقاب وقضاء على الحرية الفردية، وضياح فكرة الردع العام، والشعور بالعدالة الذي يقتضي مجازاة من ارتكب جرماً ولو كان صالح النفس، فقد انتهى الرأي إلى التوفيق بين النظريات القديمة والحديثة، وجعل للعقاب وظيفة مزدوجة هي فكرة العدل بأن يجازى كل مجرم على جريمته بعقوبة لا تتجاوز في شدتها جسامة الجريمة وخطورة فاعلها، والدفاع الاجتماعي الذي يتحقق بجعل العقاب مبنياً على الميل الإجرامي للمجرم وعلى حالته الخطيرة، أي أن القاضي يضع في حساباته عند تقديره للجزاء الجنائي جسامة الجريمة وظروف ارتكابها، وحالة المجرم ومدى خطورته. وهذه الاتجاهات التوفيقية بين المدرستين التقليدية والواقعية تتمثل في المدرسة الثالثة، والمدرسة الفنية القانونية، والاتحاد الدولي للقانون الجنائي، والاتحاد الفني العلمي⁽²⁾.

وقد أنت آراء هذه المدارس التوفيقية إلى ظهور حركة الدفاع الاجتماعي، حيث أصبح الهدف المباشر من العقاب هو حماية المجرمين أنفسهم من المجتمع الذي يلقظهم ويطردهم من حظيرته. وتتحقق هذه الحماية عن طريق إعادة تأهيلهم اجتماعياً، وهو ما يعود في النهاية بالنفع على المجتمع، وهذا ما دعا البعض إلى تفضيل تعبير حركة "التأهيل الاجتماعي"، بدلاً من "الدفاع الاجتماعي"، ويتزعم هذه الحركة "فيلبوغرامتيكا" الذي وضع مبادئ الدفاع الاجتماعي، وقد أقامها على عنصرين هما إنكار حق الدولة في العقاب وواجب

(1) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 45-46. الذهبي (إدوار غالي)، المرجع السابق، ص 26.

(2) - انظر: هني (أحمد فحجي)، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها. السلاطوني (نبيل)، علم اجتماع العقاب، ط 1، ج 2، حدة، دار الشروق، (1403هـ-1983م)، ص 66، (المدرسة الثالثة أرسى دعائمها الفقهان الإيطاليان "ألبينا" و"كرنفالي"، والمدرسة الفنية القانونية أرسى دعائمها "ساباتي" و"ماساري" و"روكر"، والاتحاد الدولي للقانون الجنائي أرسى قواعده "أودولف برنز" البلجيكي و"فان هامل" الهولندي، و"فون نيست" الألماني، والاتجاه الفني العملي، أرسى دعائمها الفقيه الإيطالي "جرسيبي". (انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 53 وما بعدها).

- هو فيليبو غراماتيكا إيطالي، عرض آراءه في مؤلفه الصادر بالإيطالية والمتعلق بمبادئ الدفاع الاجتماعي سنة 1960م. (انظر: جعفر (علي محمد)، المرجع السابق، ص 117).

الدولة في التأهيل الاجتماعي، ودعا إلى إلغاء قانون العقوبات واتخاذ تدابير الدفاع الاجتماعي⁽¹⁾.

وهذا الاتجاه المتطرف أدى إلى ظهور الاتجاه المعتدل ويمثله "مارك أنسل" **، وقد أطلق على هذا الاتجاه الجديد حركة الدفاع الاجتماعي الجديد الذي يسلم بحق الدولة في العقاب والأخذ بمبدأ المسؤولية الجنائية وفقا للمنهج العلمي. أما فيما يتعلق بسياسة العقاب، فيجب الاعتداد بشخصية المجرم ودمج العقوبة مع التدابير، وهذه الأخير يؤخذ بها لمواجهة الخطورة الاجتماعية⁽²⁾.

من كل ما سبق، تستخلص أن الفكر العقابي الحديث يركز على أفكار أربعة هي على التوالي:

أولاً: فكرة العدل والتكفير، فالمجرم يجب أن يكفر عن خطيئته بجزاء رادع يتناسب مع درجة اختياره وقت الجريمة، بصرف النظر عن ظروفه الشخصية.

ثانياً: فكرة مصلحة المجتمع، ومقتضاها أن المجتمع يجب أن يحمي كيانه ونظامه بمنع الإجرام كنية إما بمعالجة المجرمين أو استئصالهم طيقاً لكل حالة بصرف النظر عن جسامة الجريمة.

ثالثاً: فكرة التوفيق بين العدل ومصلحة المجتمع دون أن تطغى فكرة على أخرى، وهذا الأساس هو الذي بنت عليه التشريعات الحديثة سياستها العقابية، فالجزاء الجنائي في العصر الحديث مفروض فيه أن يؤدي وظيفتين، وظيفة خلقية، وهي أن المجرم يجب أن يكفر عن خطئه بعقوبة أو بتدبير يتناسب مع درجة اختياره وأهليته، ومسؤوليته. ووظيفة اجتماعية، وهي حماية للمجتمع من هذا المجرم الذي أصبح يهدد كيانه، وذلك بالجزاء الذي يتناسب مع خطورته⁽³⁾.

(1) - انظر: غراماتيكا (فيلس)، مبادئ الدفاع الاجتماعي، ترجمة: محمد الفاضل، دمشق، مطبعة جامعة دمشق، (1968-1969م)، ص 19. عبد المنعم (سليمان)، أصول علم الإحرام والجزاء، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، (1416هـ - 1996م)، ص 579 وما بعدها. السالموني (تيل)، المرجع السابق، ص 69.

** هو المستشار مارك أنسل فرنسي، عرض قراءه في كتابه "الدفاع الاجتماعي الجديد" سنة 1954م. (انظر: جعفر (علي محمد)، المرجع السابق، ص 118).

(2) - انظر: الذهبي (إدوار غالي)، فترجع السابق، ص 42 وما بعدها. عبد المنعم (سليمان)، المرجع السابق، ص 582. السالموني (تيل)، المرجع السابق، ص 72.

(3) - انظر: هنسي (أحمد فحجي)، فترجع السابق، ص 23.

رابعاً: فكرة توظيف الإصلاحية، وذلك بتأهيل الجانحين وإصلاحهم لإعادة دمجهم في المجتمع، وذلك يتبع التدابير اللازمة، إضافة إلى غرس التعاليم الدينية والأخلاقية في نفوسهم. وتظهر إيجابية هذا العنصر في تحديد السياسة العقابية في العصر الحديث!!

وبعد عرض تأصيل التاريخي للأساس الفكري للعقاب في القانون، نجد أن الواقع العملي يشهد بأن كل التشريعات أنت متأثرة بخبرة الاتجاهات الفقهية، هذا التأثير يتفاوت من بلد إلى آخر تبعاً لتطور المجتمع، وتبعاً لمدى سعة الحريات الفردية، فالنظام العقابي مرآة للحرية الفردية، ويوضح علاقة الفرد بالدولة.

والذي استقر عليه الأمر من مراعاة شخصية الجاني وجسامة جريمته، ومن ثم تقدير الجزاء الملائم الذي يخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي، لم يكن إلا نتيجة لمخاض عسير كان وراءه فلاسفة ومفكرون قانونيون انطلاقاً من واقعهم الاجتماعي، ومحاولتهم لإيجاد السبل الكفيلة لمكافحة الجريمة. فالأمر لا يتعلق بنصوص قانونية جامدة، حيث تحمل في طياتها العديد من العوامل والمقومات التي تجعل المجتمع كيانه قائماً بذاته ومستقراً.

وبعد العرض الموجز لأنواع العقوبات وأساس توقيع العقاب وأشكاله وخلفياته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وجدنا أن الشريعة الإسلامية قد سبقت هذه التشريعات منذ أمد بعيد في استبعاد الانتقام كغرض من أغراض العقوبة، إذ منعت القسوة في العقاب والتشنيع بالجاني. وتتنوع الأغراض المتوخاة من عقوبات التعزير لا تخرج في عمومها عن الأغراض التي تمخض عنها التطور في علم العقاب من قديم العصور إلى ظهور المدارس الفقهية الجنائية التقليدية متياً والوضعية الإيطالية، ثم انتهاء بالأفكار التوفيقية. كما أن الشريعة الإسلامية أنتجت في علاج بعض الحالات المستعصية أسلوب الاستئصال، إذا تعين أنه الوسيلة الوحيدة لمنع وحماية المجتمع منه، فضلاً عن أنها تنهت في إصلاح

(1) - انظر: طاشور (عبد الحفيظ)، دور قاضي تطيح الأحكام القضائية الجزائية: في سياسة إعادة التأهيل الاجتماعي في التشريع الجزائري، بن عكرون، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001م، ص 16-17. طاشور (عبد الحفيظ)، مفاهيم ومكونات العلاج العقلي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، ع 7، 1996، ص 13.

الجانبي وتنمية الوازع الديني فيه والحس الاجتماعي إلى حد بعيد، بقصد تطهير المجتمع من الفساد.

فالدور الذي لا بد للعقوبة من أدائه يتمثل في وظيفتين هما الوظيفة الخلقية، والتي أساسها العدل والتكفير، والوظيفة الاجتماعية والتي أساسها مصلحة المجتمع وحماية أفراد وإصلاحهم وتأهيلهم اجتماعيا، هذه الوظائف التي وصلت إليها النظريات الحديثة في القانون نجد أن الشريعة الإسلامية قد سبقتها منذ أربعة عشر قرنا في تقريرها لهذه الوظائف على اختلاف بينهما.

فإذا كانت العقوبة في كل جريمة يجب أن تقوم على فكرتين هما: فكرة الردع العام، وهي للتأديب والزجر، وفكرة الردع الخاص بمراعاة شخصية الجاني وإصلاحه، فهذا التوفيق بين الفكرتين يؤدي في الواقع العملي إلى تناقض. فالنظر في كل عقوبة إلى شخصية المجرم لا يحقق دائما فكرة التأديب والزجر، أي حماية المجتمع وخاصة من الجرائم الخطيرة التي تمس أمن المجتمع ونظامه العام من آداب وأخلاق، والأخذ بفكرة حماية المجتمع في كل عقوبة، يمنع من النظر إلى شخصية المجرم في الجرائم الخطيرة والبسيطة على السواء⁽¹⁾.

أما الشريعة الإسلامية فقد استطاعت أن تخرج من هذا المأزق ومن هذا التناقض بنظام فريد وعادل، وذلك من خلال تقسيمها للجرائم إلى حنود وقصاص وتعازير، فالحدود والقصاص بما أنها جرائم خطيرة وتهدد كيان المجتمع، فقد حدد لها الشارع الحكيم عقوبات صارمة لا يمكن التغاضي أو العفو عنها إلا إذا كان صاحب الحق هو العبد قد عفا عنها، فيعاقب الجاني حينها بعقوبة أخرى تعزيرا له. وأما العقوبات التفويضية والمتروك أمر تقديرها للقاضي، فهو يراعي فيها الفرد وظروفه الشخصية ومقدار تضرر المجتمع من الجريمة. والقوانين الوضعية التي حاولت الجمع بين كل هذه المبادئ، والتسوية بينها في كل الجرائم والعقوبات مرد ذلك إلى حق العقاب وصاحبه الذي أخذت به وهو المجتمع، فكانت النتيجة أن أخفق واضعو هذه القوانين في مكافحة الجريمة، فلم يأخذوا بالتقسيم المعمول به في الشريعة، بل صنفوا الجرائم إلى مخالفات وجنح وجنايات وكل صنف يختلف منهج التقدير فيه عن الآخر، ففي الجنایات التي تعتبر أخطرها يخضع فيها القاضي لتقديره واقتناعه

(1) -سلكار (عمرد)، العفو عن العقوبة في جريمة القتل بين الشريعة والقانون، -رسالة ماجستير-، جامعة باتنة، 1999-2000،

الشخصي بالدليل، ومن ثم تقدير العقوبة المناسبة من بين العقوبات التي رصدها المشرع. وبناء عليه سوى بين جميع الأسس التي يقوم عليها حق العقاب في جميع الجرائم. فرقع في التناقض الذي استطاعت الشريعة الإسلامية بمطبقها الناضج أن تحله من خلال تقسيمها الجرائم إلى أقسام مختلفة، وجعلت لكل قسم صاحب حق في العقوبة، وبالتالي أساساً معيناً يقوم عليه حق العقاب.

وقد لاحظنا من خلال التطور الفكري للعقاب وما انتهى إليه الأمر من منح سلطة تقدير الجزاء الجنائي للقاضي بعد أن كان الأمر موكولاً إلى الفرد، وانتهى الأمر بمراعاة شخصية المجرم وأسباب إجرامه مع جسامه النتيجة. هذا التطور الذي تمخض عنه إعطاء نوع من الحرية للقاضي في تقدير الجزاء الجنائي، قد كان للشريعة الإسلامية السابق في هذا المضمار حيث منحت الحرية للقاضي في تقديره للجزاء الجنائي في العقوبات التفويضية، مع مراعاة الضوابط واستناداً إلى مقومات العمل الاجتهادي، ومع ذلك لا تنكر جهد المفكرين الذين توصلوا إلى تلك النظريات الذي ساعدت إلى حد ما على قمع انطـاهرة الإجرامية وكيفية التصدي لها قانوناً. ويبقى أن نتعرف إلى ماهية السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ونطاقها في التشريعين الجنائيين الإسلامي والوضعي، وهذا ما سنبحثه من خلال الفصل الموالي.

الفصل الأول

ماهية سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي ونطاقها
في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المبحث الأول: ماهية سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي.

المبحث الثاني: نطاق سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي.

يعتبر موضوع سلطة القاضي الجنائي من المواضيع المهمة والتي لم يضع الفقه نظرية عامة لها، هذه الأهمية اكتسبها من اتصاله المباشر بتطبيق القانون الجنائي وما لذلك من علاقة بمبدأ الشرعية، والتي قد يترتب عنها المساس بحرية الأفراد ومصالحهم.

وقد عمل المشرع على سن الجزاء الجنائي الذي يناسب مجرماً ذي ظروف عادية مسلماً في ذات الحين يُحتمل عدم ملامته لمجرم آخر له من الظروف مالم تكن بيانه حين سن قاعدة التجريم والعقاب، ومن ثم فعمل القاضي مكمل لعمل المشرع حين يعمل على التطبيق الواقعي للتحديد التشريعي المجرد مراعيًا في ذلك للموازنة بين تجريدية التحديد المسبق وواقعيته.

فتحديد الجزاء الجنائي مهمة خطيرة ومسؤولية كبيرة تتطلب جهداً وفتنة واجتهاد كبيراً من طرف القاضي، الذي قد يصيب في تقديره فيساهم في التصدي لمظاهر الإجرام المختلفة، وقد يخطئ فيؤدي إلى نتائج وخيمة وغير متوقعة أثناء وضع القاعدة القانونية محل التطبيق، ولذلك يكون قد ساهم في ظلم المتهم، هذا الاجتهاد هو مناط السلطة التقديرية للقاضي سواء في التشريع الجنائي الإسلامي أو في التشريعات الوضعية على اختلاف بينهما في شروط الاجتهاد ونطاق التطبيق، وللتفصيل أكثر في هذا الموضوع نتطرق إلى ماهية السلطة التقديرية للقاضي (المبحث الأول)، ثم نطاق تطبيقها (المبحث الثاني)، وذلك في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المبحث الأول

ماهية سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي.

إن من أغراض العقوبة⁽¹⁾ سواء في التشريع الإسلامي أو في القوانين الوضعيّة، هي زجر الجاني وردع بقي أفراد المجتمع، ولا يمكن للعقوبة أن تؤدي دورها أداء إيجابياً وفعالاً والذي يتمثل في مكحة الظاهرة الإجرامية، إلا إذا كان الجزاء يتناسب مع ظروف ارتكاب الجريمة وشخصية المجرم، وهذه المناسبة هي ما يسمى في القانون بالتمييز القضائي⁽²⁾، ولتكريسها عنياً فوض شق منها للقاضي حتى يستطيع تقدير العقوبة الملائمة لكل حالة تعرض عليه وفق منهج علمي، وعليه فإن التقدير المنوط بالقاضي في تطبيق القانون والعقوبة أصبح من تمسلمات في التشريعات المعاصرة، وإن كانت المدارس الفقهيّة تتفاوت في مدى نطاق السلطة التقديرية تبعاً للسياسة الجنائية والعقابية التي ينتهجها المشرع⁽³⁾. وقد سبق في نتج التشريع الجنائي الإسلامي الذي فوض للقاضي تقدير الجزاء في جرائم التعزير.

وسبب الخلاف في التوسيع والتضييق في التشريعات يعود إلى تفاوت بين واقع المظاهر الإجرامية والقواعد التجريبية، ذلك أن المشرع مما أوتى من بعد نظر لا يستطيع أن يحصر جميع الأشكال وقصور التي يظهر عليها السلوك الإجرامي كما لا يمكنه الإحاطة بكل فروض الخطورة الإجرامية للجاني، وصور إنتابه، وهذا الواقع هو الذي فرض على المشرع الاعتراف بالسلطة التقديرية، أضف إلى ذلك أن النص على مبدأ حرية القاضي في

(1) -يقول سالي ريمون في ما معناه إن لعقاب الذي لا يهتم بتأهيل المجرمين وإصلاحهم وتدريبهم هو عمل لا طائل منه وغير إنساني. (انظر: (Saleilles (R), L'individualisation de la peine, 3^{ème} ed, Paris, Cujas, 1927, P11.

(2) -التمييز القضائي يعني أن المشرع مما يحدد للعقوبة حداً أدنى وحداً أقصى يترك للقاضي إعمال سلطته في تقدير العقوبة بين هذين الحدين أخذاً في الاعتبار الظروف الخاصة بارتكاب الجريمة من حيث جسمتها ومدى خطورة الجاني الإجرامية. (أبو حظوة (أحمد شوقي عمر)، المساواة في القانون الجنائي: دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991، ص131).

و"تفريد الجزاء" هو مصطلح لم يذع إلا بصور مؤلف "ريمون سالي" بهذا العنوان قرب نهاية القرن التاسع عشر، وتلخص فكرة التفريد عنده في أنه يطبق على العقوبة لئلا للحرية خطة ومنهج المدرسة الرضعية الإيطالية من حيث تصنيف المجرمين لمعاملة كل طائفة منها بعقوبة تلائمها، (انظر: سالي (ريمون)، المرجع السابق، ص201).

(3) -انظر: سلامة (مأمون محمد)، حدود سلطة القاضي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، دت، ص84.

الاقتناع هو نتيجة منطقية لإعتراف بالسلطة التقديرية سواء في تطبيق القانون على الوقائع المكونة للجريمة أو في تطبيق العقوبة على مرتكبها⁽¹⁾.

والتصدي لتحديد ماهية سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي يستلزم منا تحديد جملة من المحاور تتصل بمفهوم السلطة التقديرية في مجال توقيع الجزاء الجنائي وأساسها (المطلب الأول)، وتحديد موضوعها وعلاقتها بوظيفة العقوبة (المطلب الثاني)، لنتطرق في الأخير إلى ماهية الضوابط المحددة لهذه السلطة أو المعايير التي يسترشد بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي (المطلب الثالث)، وسوف نتناول هذه المحاور في كل من الشريعة الإسلامية والقانون والوضعي.

المطلب الأول

مفهوم سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي وأساسها.

إن الوقوف على مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وأساسها يستوجب منا الوقوف على كل واحد منها على حدى، حيث نتناول في مرحلة أولى مفهومها في مجال الجزاء الجنائي (الفرع الأول)، وفي مرحلة ثانية تحديد أسس هذه السلطة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي.

إن البحث في مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي يقتضي منا تعريفها وبيان طبيعتها وحدودها في كل من التشريعين الجنائيين الإسلامي (الفقرة الأولى)، والوضعي (الفقرة الثانية)، حتى نتوقف على الاختلافات بينهما.

(1) سائطر: سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص 85.

الفقرة الأولى: مفهوم سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية.

يعتبر مصطلح السلطة التقديرية مصطلحا قانونيا حديثا، لذلك لم يرد مبناه في الشريعة الإسلامية، إلا أن معناه متضمن في شروحات الفقهاء، وخاصة عند تطرقهم لجرائم التعزير التي تعتبر من العقوبات غير المحددة، والمتروك أمر تقديرها إلى الإمام أو القاضي، أو من له سلطة الحكم على اعتبار أنه الخيار بمصلحة المجتمع، والقادر على تحديد نوع ومقدار العقوبة اللذان يحققان الغاية من الجزاء، أضف إلى ذلك أنه الشخص الذي يحتك بالواقع، ويتبين من خلال الوقائع المتكررة الجزاء الرادع للمذنبين، فالمشرع الحكيم لم يحدد الآثار الشرعية لكل واقعة إجرامية، لأنه من غير المتصور التصييص على كل الحالات التي يمكن أن تحدث خاصة مع التطور السريع، فالنصوص محدودة مضبوطة لكن الوقائع متنوعة، كما أنه من غير الممكن إشماع النص على كل الحوادث وجزئياتها، من أجل ذلك خول الأمر للقاضي ليكمل عمل المشرع في جرائم التعزير، وليس هذا قصورا من الشارع الحكيم، بقدر ما هو ثقة وضعها في شخص القاضي الذي يجب أن تتوفر فيه شروط ولاية القضاء والتي منها الاجتهاد، وهذا التفويض ليس معناه خروجا عن مبدأ الشرعية، ذلك لأن التطبيق يعتمد على أسلوبين هما:

الأسلوب الأول: وهو الذي يصطلح عليه بالجامد، وفيه يستغل الشارع بتحديد العقوبة لجرائم معينة، وليس للقاضي الانتفلات منها أو تجاهلها، بل عليه تطبيق النص الشرعي إذا توافرت جميع أركان الجريمة، وشروط تطبيق العقوبة، وهذا الأسلوب يلاحظ في جرائم الحدود والقصاص حيث تشدد المشرع في تحديد فروض الواقعة وأثرها الشرعي.

الأسلوب الثاني: وهو الذي ينعت بالمرن حيث يترك أمر تقدير العقوبة للقاضي أو من له سلطة القضاء والفصل في المواد الجنائية، ويلاحظ ذلك في جرائم التعزير، أو الجرائم الحدية التي لم تستوف شروطها، أو لوجود شبهة تدرأ الحد عنها⁽¹⁾.

(1) - انظر: بن طاهر (أمنية)، الأنظمة العقابية ومدى فعاليتها في مكافحة الجريمة، رسالة ماجستير، جامعة الأمر عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسنطينة، 2001، ص 449.

ويوجد من الفقهاء من جعل للعقوبة التي تقبل طبيعتها التبعية حدًا أقصى وحدًا أدنى كالجلد والسجن، حيث يستطيع القاضي أن يحكم بالعقوبة الموجودة بين الحدين، أو يختار إحدى العقوبات والتي تحقق المصلحة أو الغرض من العقاب، وتكون ملائمة لشخصية المجرم وظروف ارتكابه الجريمة وجسامة الضرر الناتج عنها.

وعلى ذلك يمكن تعريف سلطة القاضي الجنائي من الناحية الشرعية أنها «ملكة اجتهادية يستعملها القاضي لفهم الواقعة محل النظر وإيجاد تكيف لها، ثم استنباط حكمها شرعي»⁽¹⁾.

وهذا التعريف يعتبر السلطة التقديرية وكأنها صفة لصيقة بشخص القاضي، ففي حين نجد أن السلطة التقديرية هي منحة أعطاها المشرع للقاضي وليست بملكة.

غير أنه باستقراء المضامين الفقهية نجد أن السلطة التقديرية يقابلها في الشريعة الإسلامية معنى التفويض الذي هو ترك الحرية للقاضي لفرض العقاب المناسب للمجرم على ما يرى⁽²⁾. وذلك في الجرائم التي لم يقدر لها الشارع العقوبة سلفاً، أو لتخلف شرط من شروط تطبيقها في الجرائم الحديثة.

وإذا كانت السلطة التقديرية هي الحرية في تقدير العقوبة الملائمة للجاني، فإن طبيعتها في التشريع الجنائي الإسلامي تركز على أربع مقومات هي: مقومات أي عمل اجتهادي ونذكرها في الآتي:

1- الواقعة: فعلى القاضي أن يحيط بفروض المسألة أو الحادثة المعروضة عليه بجميع ظروفها وملابساتها، سواء أكان المشرع قد نص عليها أو لم ينص، حتى يستطيع تقدير الحكم الشرعي فيها إذا كانت تحتل الوصف الجرمي.

2- الدليل: ويجب على القاضي أن يبحث على دليل يستند إليه لاستنباط حكم تلك الواقعة، وهذا الدليل قد يكون نصاً تجريمياً وعقابياً يصدق على الواقعة محل النظر، وقد يكون استدلالاً بروح النص.

(1) - انظر: بن طاهر (أمانة)، المرجع السابق، ص 449.

(2) - انظر: عامر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 479.

3- الملكة الاجتهادية: وهي القدرة على فهم النصوص الشرعية ومقاصدها ومن ثم استنباط الحكم الشرعي، وبقدر ما تكون هذه الملكة تابعة عن إحاطة القاضي بعلوم الدين والدنيا بقدر ما يكون الاجتهاد سديدا.

4- التطبيق السديد للحكم الاجتهادي: يفترض في القاضي الجنائي أثناء إصداره للحكم الجنائي، أن يتولى تكييف آثار الوقائع بحسب عناصرها حتى لا يخرج اجتهاده عن مقتضيات العدالة الجزائية، وحتى يضمن تحقيق الأهداف المتوخاة من تطبيق العقوبات المخول له أمر اختيارها وتقديرها وتنفيذها عند الاقتضاء، لأن الإحاطة بالجانب المادي والشخصي للوقائع المطروحة وإيجاد الدليل الشرعي الذي يستنبط منه الحكم وبذل الجهد في سبيل ذلك غير كاف للوصول إلى حكم سديد يحقق أغراض العقوبة.

ومن خلال عرض مقومات العمل الاجتهادي يتضح لنا أن طبيعة السطة التقديرية في الشريعة الإسلامية ليست مجرد نشاط عقلي يبحث في القانون الجنائي ليجد فيها حلا للواقعة المطروحة عنه، وهذا الحل هو الأكثر المناسبا لتلك الواقعة بظروفها المختلفة، بل إنها تتعدى ذلك إلى ما يسمى بالاجتهاد بكل ما يحمله من شروط ومقومات، ويكفل ما يتضمن من ضوابط⁽¹⁾.

الفقرة الثانية: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في القانون الوضعي.

إن الفقهاء لم يتفقوا على وضع مفهوم موحد للسلطة⁽²⁾ التقديرية للقاضي الجنائي، فقد ذهب المنكرون لهذه السلطة إلى أنها تعني حرية تطبيق القاعدة الجنائية، والقاضي حر في اختيار القرار الذي يرى أنه مناسب، وتطبيقا لذلك فلا مجال لوجودها إلا في غيبة القاعدة القانونية التي يصدر القرار بناء عليها، وهذا لا يكون إلا في مجال الإدارة العامة، وليس في مجال العمل القضائي الذي ينحصر في تطبيق القانون وتفسير ذلك أن

(1) انظر: بن طاهر (أمنية)، المرجع السابق، ص450. (هذه الضوابط هي عدم مخالفة نصوص الشريعة وقواعدها ومبادئها العامة، ومراعاة مقاصد الشرع ومصالح الأمة، ومراعاة مبدأ التناسب، والتوزيع في العقاب، وضمان تحقيق أهداف العقوبة التوعيبية، (انظر: الخلفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص261 وما بعدها. أبو زهرة (محمد)، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي: انعقوبة، ج2، القاهرة، دار العربي، 1976، ص77).

(2) تعني السلطة الملك والقدرة فيقتل سلطة عليه أي غلبه عليه، (مصور (إسحاق إبراهيم)، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، د.م، دار الرائد للطباعة، 1974، ص128).

الجهاز الإداري لا يمارس وظائفه وفقا لقاعدة قانونية ملزمة، وإنما يعمل ضمن اعتبارات الصالح العام والنفع⁽¹⁾.

وبما أن قانون العقوبات يحكمه مبدأ الشرعية فلا مجال للقول في ظلّه بالسلطة التقديرية، وهذا الرأي مردود، إذ أنه تأسس على أن السلطة التقديرية تعني الحرية في تطبيق القاعدة القانونية، وهو قول يتنّ الخطأ حتى في نطاق الإدارة العامة، حيث تقوم الجهة الإدارية بمباشرة عملها ضمن القواعد القانونية التي تسود نظام الدولة بصفة عامة، وعليه فإن السلطة التقديرية تختلف عما يسمى بالحرية في إصدار القرار في الحالات التي لا يوجد فيها نص تشريعي، فهي مفهوم قانوني يتحدد في إطار النصوص التي تبيّن قواعد وضوابط استخدامها دون أن يؤثر وجود تلك القواعد القانونية على وجود السلطة التقديرية ذاتها⁽²⁾. هذه الأخيرة تباشر بلوغاً نوعياً معينة تكمن أساساً في ضمان حسن تفريد الجزاء الجنائي والحيلولة دون التحكّم⁽³⁾، حذية لحق المتهم في محاكمة عادلة⁽⁴⁾.

والسلطة التقديرية تتوافر في جميع الفروض التي يترك فيها المشرع لتقدير القاضي التثبت من عناصر الواقعة الإجرامية والعناصر التي يقوم عليها الأثر القانوني لها والمتممّن في العقاب⁽⁵⁾.

وتعرف السلطة التقديرية على أنها مجرد نشاط يرمي إلى التوصل إلى إيجاد حدث معين، هذا الحدث هو تطبيق القانون⁽⁶⁾، هذا التعريف يشمل السلطة التقديرية بصفة عامة، وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليه.

(1) -انظر: منصور (إسحاق إبراهيم)، شرح السابق، ص 148. سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص 87.

(2) -انظر: منصور (إسحاق إبراهيم)، شرح السابق، ص 140. سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص 89.

(3) -التحكّم هو إطلاق السلطة التقديرية من أي قيد قانوني الذي يفيد أن أي قرار يصدر بناء عليها يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره حتى ولو كان القرار هو خاص بحالة فردية وليس مجرداً، (سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص 89).

(4) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى): حماية حق المتهم في محاكمة عادلة: دراسة تحليلية تأصيلية انتقادية مقارنة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997، ص 464.

(5) -انظر: سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص 51.

(6) -عمر (نبيل إسماعيل)، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط 1، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1984، ص 7.

ويرى معظم شراح القانون أن سلطة القاضي التقديرية في مجال تطبيق قاعدة التجريم تعني قدرته على الملاءمة بين الظروف الواقعية للحالة المعروضة عليه وظروف مرتكبها بصدد اختيار الجزاء الجنائي عقوبة كان أو تدييرا وقائيا نوعا أو مقدارا ضمن الحدود المقررة قانونا بما يحقق الاتساق بين المصالح الفردية والاجتماعية على حد سواء⁽¹⁾.

فالسلطة التقديرية إذن هي رخصة منحها المشرع للقاضي تتازل منه عن جزء من سلطاته في سبيل التطبيق الواقعي للقاعدة الجنائية، ذلك أن المشرع هو الوحيد الذي يملك سلطة سن القواعد القانونية، إلا أنه لا يمكنه الإحاطة بجميع فروض القاعدة الجنائية فيترك ذلك للقاضي باعتباره الأكثر احتكاكا بالواقع، ومن ثم تحديد الأثر السديد للقاعدة القانونية بناء على آثار الجريمة وظروف مرتكبيها.

وهذه السلطة تتسع وتضيق طبقا لإرادة المشرع، وحسب اتساع الجناية التي ينتجها، ففي عقوبتي الإعدام والسجن المؤبد تضيق السلطة التقديرية إلى حد أنها شبه معنومة، فعمل القاضي يقتصر على مجرد تقدير أن الجريمة بظروفها ووقائعها تستحق هذه العقوبة طبقا للقانون، فالقاضي حر فقط في اقتناعه بالأدلة التي تدين المتهم، فإذا توصل إلى هذه القناعة كان له أن يطبق العقوبة المقررة قانونا لتلك الجريمة، وتظهر هذه السلطة بشكل واضح في العقوبات التي يحدد لها القانون حدين، حيث تتسع كلما أبعد المشرع بين هذين الحدين وتضيق كلما قارب بينهما، وقد تتسع إلى أكثر من ذلك، حيث يسمح القانون للقاضي بالنزول إلى مادون الحد الأدنى عند توافر الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري، كما أن للقاضي أن يختار نوع العقوبة المناسبة للجريمة كما في جريمة التجمهر (المادة 100 من قانون العقوبات الجزائري)، التي تسمح للقاضي بالاختيار بين عقوبتي الحبس أو الغرامة، كما أن له أن يأمر بوقف تنفيذ العقوبة، وهو في

(1) - انظر: حسني (محمد نجيب)، شرح قانون العقوبات: القسم العام، ط5، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982، ص782. أبو عامر (محمد زكي)، قانون العقوبات، القسم العام، د.م، دار المطبوعات الجامعية، 1990، ص558. التبروي (محمد سامي)، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، د.م، د.د، 1972، ص532. الجتروي (محمد)، السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة بين القانون الإيطالي والقانون المصري، المجلة الجنائية القومية، الجمهورية العربية المتحدة، مج1، عدد خاص، مارس 1968، ص170.

ذلك لا يخضع لرقابة المحكمة العليا إلا من خلال التزامه بتطبيق القانون، فلا يلزم بتسبب اختياره⁽¹⁾. وإنما هو ملزم بتسبب الإدانة.

وقد رفض المجلس الأعلى (المحكمة العليا) نقضا تمسك بضرورة تسبب اختلاف العقوبات باختلاف المتهمين في نفس الجريمة، لكون الصلاحيات الممنوحة للقاضي في تطبيق العقوبات ترجع لتقديراته ولا يسأل عن ذلك⁽²⁾.

والقاضي في مباشرته لهذه السلطة يتبع منهجية التقدير القضائي التي قوامها نشاط ذهني صادر عنه ينصب على الواقع والقانون من خلال قياس مقدمته الكبرى، تتمثل في قاعدة قانونية ومقدمته الصغرى تتمثل في الواقع، وهذا القياس يفضي إلى نتيجة وهي الجزاء الجنائي، وتكشف مبررات هذه النتيجة عن عدالتها وسلامة استخلاصها⁽³⁾.

والطبيعة القانونية للسلطة التقديرية في القانون الإيطالي تتمثل في اعتبار أنها واجب والتزام، على اعتبار أن القاضي يسبب حكمه ويراعي الضوابط التي وضعها له المشرع (المادة 133 من قانون العقوبات الإيطالي)، ولأنه لا يمارس هذه السلطة لهدف آخر غير الهدف الذي من أجله منح القانون القاضي هذه السلطة. في حين نجد أن هذه السلطة في القانون المصري هي نشاط تقديري محض، حيث لا يلزم القاضي بتسبب حكمه ولا يقيد بها المشرع بأي نص⁽⁴⁾.

فالأصل أن القاضي حر في تكوين عقيدته في الدعوى، فقد أطلق له المشرع حرية الاقتناع بما يراه، إلا أن هذه الحرية لا تعني السلطة المطلقة غير المحدودة، بل هي مقيدة بضوابط⁽⁵⁾. فقد نصت محكمة النقض الفرنسية وتابعتها المحكمة المصرية على كثير من

(1) انظر: سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج2، بن عكون، ديوان نضوعات الجامعية، 1988، ص494. بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص142. سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص91.

(2) سقورلر المحكمة العليا بتاريخ 26 / 11 / 1989، مجموعة قرارات الغرفة الجزائرية، ص06، (أشار إليه: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج2، ص494).

(3) انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق...، ص470.

(4) انظر: الجنزوري (مهم)، المرجع السابق، ص171 وما بعدها.

(5) انظر: الكيك (محمد علي)، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، الإسكندرية، مطبعة الإشعاع الفنية، د.ت،

جوانب الموضوع في الدعوى، حيث لم يعد لمحكمة الموضوع سلطان مطلق بمعنى الكلمة في المسائل الموضوعية⁽¹⁾.

ومن الناحية التطبيقية فقد حققت رقابة النقض المصرية على الموضوع أعلى درجات العدالة وأدت إلى تطبيق قاعدة حرية القاضي في تكوين عقيدته على نحو سليم وصحيح⁽²⁾.

من خلال ما تقدم يتضح أن طبيعة السلطة التقديرية في القوانين الوضعية تتمثل في نشاط عقلي يجد مجال إعماله في نطاق عناصر مادية، هذه العناصر المادية إما مجردة ومنظمة في نص تشريعي، وإما في مرحلة أولى مادية وغير منظمة تطرح على القاضي نسج النزاع الناشئ بصورها⁽³⁾.

وبعد التطرق إلى مفهوم السلطة التقديرية في التشريع وجدنا أنها تعني التفويض في الشريعة الإسلامية، فالمفهوم واحد، وهو ترك الحرية تقضي لفرض العقاب المناسب للمجرم على ما يرى في ذلك من تحقيق المصلحة الفردية والجماعية، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة بل هناك ضوابط تحددها.

ويعتبر التعزير المجال الواسع في الشريعة الإسلامية لإعمال القاضي حريته في التقدير، أما في القانون فمجالها معظم الجرائم، وتظهر أكثر في العقوبات التي تقبل طبيعتها التبعيض والتي وضع لها المشرع حدين، حد أدنى وحد أقصى كالسجن المؤقت، والحبس والغرامة، فللقاضي أن يختار العقوبة بين الحدين صعوداً أو نزولاً. كما أن في الشريعة الإسلامية عقوبات وضع لها الفقهاء حدوداً، وللقاضي أن يراعي هذه الحدود، ويتحرك بالعقوبة في إطارها، وإن رأى المصلحة في تجاوزها فعل ذلك، كأن يعزّر الإمام بالجلد حيث يختار القدر المناسب من عدد الجلدات وإن استدعى الأمر تجاوز القدر الذي حدده بعض الفقهاء.

⁽¹⁾ -انظر: عبيد (رؤوف)، ضوابط تسيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق: تحليل مرقبها من الإجراءات والدفع ومن رقابة محكمة النقض عليها، ط3، مصر، دار الفكر العربي، 1986، ص432.

⁽²⁾ -انظر: المرجع نفسه، ص42 وما بعدها.

⁽³⁾ -انظر: عمر (نبيل إسماعيل)، المرجع السابق، ص79.

والسلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية هي عمل اجتهادي يقوم على مقومات وضوابط إذا استعان بها القاضي كان حكمه سديداً، ذلك لأن القاضي في ظلها لا يتولى القضاء إلا بعد إمامه بشروط الاجتهاد، في حين نجد أن القاضي في القوانين الوضعية لا يشترط أن تتوفر فيه هذه الصفة، فكان لا بد من وضع قواعد يسير على هديها، وضوابط يسترشد بها، ومن ثم فطبيعة هذه السلطة في التشريعات التي تنص على الضوابط هي واجب والتزام، وعلى القاضي أن يسبب حكمه ويراعي الضوابط، أما التشريعات التي لا تنص على الضوابط كالتشريع الجزائي فطبيعة السلطة هي أنها نشاط تقديري محض، حيث لا يلزم القاضي بتسبب حكمه إلا ما يتعلق بالقانون.

ومجمل القول أن القاضي حر في تقدير الجزاء الجنائي بين الحدود التي وضعها المشرع له، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما أساس هذه السلطة؟ وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع التالي:

الفرع الثاني: أساس السلطة التقديرية للقاضي الجنائي.

يرجع أساس السلطة التقديرية للقاضي الجنائي إلى الوظيفة التي أنيطت به، فلم تعد وظيفته مجرد التطبيق الآلي للنصوص على الوقائع، ومن ثم تخرج الأثر مغلفاً بصيغة قانونية، كما كان ذلك في الفكر القانوني القديم، بل تعدت إلى فهم النصوص فهماً دقيقاً وتفسيرها ثم تحليل الوقائع والبحث عن كل حيثياتها، ومن ثم تحديد الآثار تبعاً لذلك، وللتفصيل أكثر في هذه النقطة نتناولها من الناحية الشرعية (الفقرة الأولى)، ثم من الناحية القانونية (الفقرة الثالثة)، لننتهي بعد ذلك إلى المقارنة بين التشريعيين في أساس هذه السلطة حتى نقف على مدى الاتفاق أو الاختلاف بينهما.

الفقرة الأولى: أساس السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية.

إن الدور الحقيقي والفعال الذي أنيط بالقاضي والمتمثل في الفهم الدقيق للنصوص وتحليل الوقائع وترتيب آثارها، مقرر في التشريع الجنائي الإسلامي، منذ عهد بعيد وقرون عدة وبضوابط محكمة، والدليل على ذلك هو اشتراط فقهاء الشريعة الإسلامية ضرورة إمام القاضي أو صاحب السلطة التفويضية بنصوص الشريعة ومبادئها العامة،

ومقاصدها الواضحة، ذلك أن إدراك القاضي الجنائي لروح الشريعة الإسلامية وفحواها ومقاصدها وآثارها وكيفية تطبيقها، هو عين الاجتهاد الذي به تتجلى السلطة التقديرية، لأن العمل القضائي يتطلب الجهد في الإحاطة بالوقائع والاستنباط والتأسيس وفقاً لذلك.

وعليه فإن المهمة والمسؤولية المخولة للقاضي في اختيار وتحديد الجزاء نابعة عن ثقة المشرع في شخص القاضي، لأنه يتمتع بصفات تؤهله لأن يتولى الحكم بين الناس، وأهم هذه الصفات الاجتهاد السديد الذي تقتضيه المصالح العامة، وهي سمات تتعدى الإحاطة بالأحكام الشرعية القطعية إلى الالتزام الصارم بالتطبيق الفعلي والصحيح لتلك الأحكام، وإلى تكييف الوقائع وترتيب الآثار المقابلة لها⁽¹⁾.

وتخلى المشرع عن جزء من سلطاته لا يعني قصوراً منه، لأنه الحكيم العليم بأحوال الناس وتغير ظروفهم الزمانية، لذلك حدد لبعض الجرائم الخطيرة على أمن المجتمع وكيانها وحرية أفرادها ومصالحهم جزاءات لا يمكن أن تتغير فهي ثابتة، إلى جانب تركه للقاضي سلطة تقدير العقوبة لجرائم التعزير بحسب ما تقتضيه المصلحة.

والدليل على أن للقاضي سلطة تقديرية، وأن أساس هذه السلطة هو ثقة المشرع هو الحديث الذي دار بين الرسول ﷺ ومعاذ بن جبل* حينما بعثه قاضياً على اليمن فسأله رسول الله ﷺ، كيف تقضي إن عرض لك للقضاء؟

قال معاذ: أقضي بما في كتاب اله

قال الرسول ﷺ: فإن لم يكن ذلك في كتاب الله؟

قال معاذ: أقضي بسنة رسول الله.

قال الرسول ﷺ: فإن لم يكن ذلك في سنة رسول الله؟

قال معاذ: أجتهد رأيي ولا آلو.

⁽¹⁾ -انظر: بن طاهر (أمنية)، المرجع السابق، ص451.

* هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الحُزرجي الأنصاري، كنيته أبو عبد الله، وهو من نجباء الصحابة، قال أنس: جمع معاذ للقرآن في حياة رسول الله ﷺ، توفي سنة 18هـ بالأردن وعمره 38 سنة. (انظر: ابن عبد البر، المرجع السابق، ج3، ص1405-1402). ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي)، تقريب التهذيب، ط1، ج2، بيروت، دار الكتب العلمية، (1413هـ-1993م)، ص191.

فضرب رسول الله ﷺ صدره بيده وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله⁽¹⁾.

فلولا ثقة رسول الله ﷺ -الذي لا ينطق عن الهوى لأنه وحي يوحى إليه- بشخص القاضي لما أقره على قوله ولما أجازته، ومن هنا ننتبين أن أساس السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية هي ثقة الشارع الحكيم في شخص القاضي.

وحتى يحسن القاضي اجتهاده، ويلتزم التحري ويتجنب الهوى شدد المسؤولية إزاءه⁽²⁾. وقد أحاط الإسلام ممارسة الحكم بين الناس بإعداد القاضي إعداداً نفسياً وعلمياً ليبتعد كلياً عن التصيير والجهالة⁽³⁾.

وهذا كله حتى يحسن القاضي اجتهاده، وبمعنى آخر حتى يستعمل السلطة الممنوحة له استعمالاً صائباً في تقدير العقوبة الملائمة للمجرم والجريمة.

الفقرة الثانية: أساس السلطة التقديرية في القانون الوضعي.

يعتبر الدور الذي أحيط بالقاضي الجنائي حديث التطبيق في القوانين الوضعية، وذلك من خلال التطور الذي تطرقنا إليه في الفصل التمهيدي، فقد كان في العصور القديمة مجرد آلة تدخل فيها الوقائع لتخرج مغلفة بصيغة القانون، وفي العصر الحديث تنازل المشرع عن جزء من سلطاته ليتصرف فيها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي حسب ظروف المجرم وأحواله وظروف ارتكابه للجريمة ومقدار الضرر الناتج عنها.

والعلة الحقيقية لهذه السلطة هي التوزيع المنطقي المتوازن للاختصاص بين المشرع والقاضي على وجه يتحقق فيه التنسيق بين المصالح الاجتماعية والفردية، وتعلل هذه السلطة كذلك بالحاجة إلى مراعاة الظروف الشخصية للمجرم، ومن ثم تحديد الأثر المناسب

(1) أخرجه أبو داود في سننه، عن ابن مخرث بن عمرو في كتاب الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، رقم 3119، ج 3، ص 303.

والترمذي في سننه، عن الحارث بن عمرو في كتاب الأحكام، باب في تقاضي كيف يقضي، رقم 1249، مج 2، ص 394.

(2) انظر: الباجي (عمود)، مثل علياً من قضاء الإسلام، ط 2، ليبيا، فنار المعربة للكتاب، 1980، ص 10.

(3) انظر: المرجع نفسه، ص 11.

للقاعدة القانونية على تلك الحالة المعروضة عليه، وتلك العقوبة تكون أساسا كعامله تواجهه العوامل التي قادت إلى الجريمة، ويكون من شأنها تمييزا وإعدادها لحياة مطابقة للقانون الذي أصبح مارقا عنها بإتيانه الأفعال التي يجرمها⁽¹⁾.

وأساس هذه السلطة في القانون الوضعي نلاحظها من جهتين، فمن ناحية أساسها الثقة التي يفترضها المشرع في القاضي وهي ثقة يستحقها القاضي في العصر الحديث لعماله وخيرته، ثم لاستقلاله ونزاهته، ويقتضي الاستعمال السليم لهذه السلطة أن تتعاون أجهزة الدولة المختلفة مع القاضي في توفير جميع الإمكانيات للفحص الفني لشخصية المتهم، حتى يتعرف عليها تماما فيحدد ما يراه مناسبا لتلك الحالة⁽²⁾.

ومن الناحية الثانية، فأساسها نابع عن شعور المشرع بالقصور والعجز عن وضع جميع مفترضات القاعدة التجريبية حتى يتم ترتيب أثارها مباشرة، هذا القصور جعله يتنازل عن جزء من سلطانه إلى القاضي الذي يلتزم بتطبيق القاعدة القانونية وفق مقتضيات الواقع المتطور⁽³⁾.

فالمشرع يقدر أن هناك نوعيات مختلفة ومتعددة من صور ارتكاب الجريمة يمكن أن تنتوع معها العقوبة المطبقة فعلا، ولا يستطيع المشرع تنظيمها سلفا ومن أجل ذلك يترك تقديرها للقاضي⁽⁴⁾.

فالسلطة المخولة للقاضي رآها المشرع الوضعي ضرورة لا بد منها، ذلك لأن الدولة الحديثة مقسمة من ناحية أداء وظيفتها إلى سلطات ثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية، وكل هيئة مكلفة بأداء مهمة معينة هي في الوقت نفسه مكلفة لعمل الأخرى، وكنيجة لذلك فإن القاضي يعمل على تطبيق النصوص القانونية التي وضعها المشرع على الوقائع المعروضة عليه، وذلك باختياره العقوبة المناسبة للمجرم والتي تحقق الغرض من العقاب.

(1) - انظر: حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات...، ص 782.

(2) - انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه. سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج 2، ص 492.

(3) - انظر: عمر (نبيل إسماعيل)، المرجع السابق، ص 79-80. سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص 84-89.

(4) - انظر: المرجع نفسه، ص 92.

وفي الأخير وبعد العرض الموجز لأساس السلطة التقديرية في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وجدنا أنها في الأولى نابعة عن ثقة الشارع الحكيم في شخص القاضي الذي مكّنه من أن يتولى تقدير العقوبة التفويضية، أما العقوبات الخطيرة على أمن المجتمع وأفراده، فقد حدد لها عقوبات لا يمكن لأي قاضٍ مهما أوتي من القدرة على الاجتهاد أن يتوانى عن تنفيذها.

أما في القانون الوضعي فإن أساس السلطة التقديرية ترجع إلى قصور المشرع في تحديد جميع الأشكال التي يظهر عليها السلوك الإجرامي الضار بالمجتمع، لذلك منح هذه الرخصة للقاضي حتى يكمل عمل المشرع من خلال التطبيق الواقعي للتحديد التجريبي، وهذا لا يتعارض البتة مع مبدأ الشرعية لأن عمله ينحصر في تقدير الجزاء الجنائي الملائم من بين الجزاءات التي رصدها المشرع لتلك الجريمة.

وتأسيساً على ذلك فإن سلطة القاضي الجنائي التقديرية تتسع وتضيق تبعاً لسياسة المشرع في التجريم والعقاب، ففي التشريع الجنائي الإسلامي تبقى سلطة واسعة في جانب التفويض مهما تطور المجتمع، ومهما يظهر من صور الإذنب، أما في القانون الوضعي فإن هذه السلطة تتسع وتضيق بتغير المجتمع وتغير الزمان، فهذه السلطة تعكس تطور القانون الجنائي، وهي من النظريات التي أساسها دراسات علمية ميدانية، فضلاً عن الاجتهادات الفقهية المرتبطة بتطور المجتمع وتطور الفكر القانوني.

وخلاصة القول أن مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في المجال الجنائي واحد في التشريعين الإسلامي والوضعي، وهو يعني حرية تقدير العقوبة الملائمة من بين العقوبات المنصوص عليها، غير أن الاختلاف يتمثل في أساس هذه السلطة، فهي التشريع الإسلامي أساسها ثقة المشرع في القاضي، أما في القانون فأساسها قصور المشرع عن الإحاطة بجميع صور الإذنب، وحتى تكتمل صورة ماهية السلطة التقديرية يستوجب منا أن نتعرض إلى موضوعها وعلاقتها بوظيفة العقوبة، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وعلاقتها بوظيفة العقوبة.

ذكرنا فيما سبق أن السلطة التقديرية هي عبارة عن رخصة منحت للقاضي حتى يتمكن من المطابقة بين النصوص التشريعية والوقائع الإجرامية، غير أن السؤال الذي يبقى مطروحاً هو: على ماذا تنصب السلطة التقديرية، وما علاقتها بوظيفة العقوبة؟ وللإجابة عن هذا السؤال نتناول في مرحلة أولى موضوع سلطة التقديرية (الفرع الأول)، وفي مرحلة ثانية علاقة هذه السلطة بوظيفة العقوبة (الفرع الثاني) حتى نقف على حقيقة هذه السلطة.

الفرع الأول: موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي.

إن دراسة موضوع السلطة التقديرية يعني دراسة مطيئة وعلى أي شيء تنصب؟ هل أنها تنصب على العقوبة كأثر للقاعدة التجزئية، أم على الواقعة المادية المرتكبة؟ وهذا ما يؤدي إلى إبراز العلاقة بين هذه السلطة والأعراض التي يراد تحقيقها من ورائها والكشف عن هذه العلاقة يمهّد لنا معرفة نطاق السلطة فيما بعد، وفيما يلي نتعرض لموضوع السلطة التقديرية في كل من الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، ثم في القانون الوضعي (الفقرة الثانية) حتى يتسنى لنا المقارنة بين المسلكين.

الفقرة الأولى: موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في الشريعة

الإسلامية.

يتجه عمل القاضي في الشريعة الإسلامية بداية إلى فحص الجريمة حتى يتمكن من قياسها بالنموذج التشريعي ليتبين مدى مطابقتها مع الجرائم التي قدر الشارع الحكيم عقوبتها وهي لا تخرج عن كونها حداً أو قصاصاً، وفي هذه الحالة ما على القاضي إلا أن يرتب الحكم المقرر سلفاً، فمثلاً إن كانت الجريمة سرقة وتوفرت جميع أركانها وشروط تطبيق الحد بشأنها، فما على القاضي إلا أن يرتب الأثر المقابل لها وهي قطع اليد، هذا إن كانت الجريمة مكتملة الأركان ومستوفية الشروط، ويجد القاضي نفسه ملزماً بالاجتهاد أكثر عند وجود شبهة، سواء في الوقائع المادية المطروحة أمامه كأن تكون هناك شبهة في الركن

الشرعي، أو في الإثبات، كأن يكون الدليل الموجود أمامه شهادة سماعية، والمعمول به شهادة الرؤية، أو في وجود شبهة في الركن المعنوي، فموضوع السلطة في هذه الحالة تتطوي على التحقق من وجود تلك الشبهة، ومدى قوتها، ومن ثم إعطاء التكيف الحقيقي للواقعة الإجرامية، ثم ترتيب الأثر المناسب لها مع مراعاة الظروف الشخصية لمرتكب الجريمة تيسيراً لتحديد نوع ومقدار العقوبة بما تقتضيه العدالة، كأن تطرح مثلاً دعوى بجريمة الزنا، ولكن بعد الإحاطة بجميع الواقعة وجد شبهة في المحل، حيث يدرأ عنها الحد، ومن ثم يكون الأثر الذي يقدره القاضي كجزاء لمرتكب تلك الجريمة هو التعزير، ويتمثل في عقوبة تجلد، بحيث يكون أقل من الحد، على رأي من يقول بذلك من الفقهاء. ذلك لأن بلوغ الحد في غير حد ظلم وجور، لقوله ﷺ: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»⁽¹⁾.

وقد لا تتطابق الوقائع المادية والأوضاع الشخصية مع النموذج النصي للجريمة، أي أنها تدخل ضمن جرائم التعزير المفوض أمر تقديرها إلى القاضي الذي ينصب عمله على مايلي:

- 1- إيجاد نموذج للواقعة المرتكبة، إما بالاستهداء بالنموذج النصي أو بتحكيم المبادئ والقواعد العنمة للشريعة الإسلامية في سياسة التجريم والعقاب.
- 2- تحديد الأثر اللازم لهذه الواقعة بحسب ما تقتضيه حماية المجتمع وما تستوجبه المصلحة العامة⁽²⁾.

وفي تحديد القاضي للأثر المناسب يلجأ إلى اختيار إحدى العقوبات المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية، وهذا لا يتطلب منه جهداً كبيراً، غير أنه إذا لم يجد العقوبة المناسبة في تلك المنصوص عليها، فعليه أن يجتهد ويبحث عن العقوبة التي يقدر أنها الأنسب على تحقيق الهدف المرجو من العقاب، فيرتكز موضوع السلطة هنا على إيجاد الأثر المناسب والفعال للواقعة المرتكبة، وهذا يتطلب منه سعياً حثيثاً وجهداً مضميناً حتى يتوصل إلى حكم سليم.

(1) - أخرجه البيهقي في سننه عن النعمان بن بشير، في كتابه الأشربة وأخذ فيها، باب ما جاء في التعزير وأنه لا يبلغ يد الأربعين، ج8، وقال أن هذا الحديث مرسل - ص327. وأخذه في سنن العمال في سنن الأقوال والأفعال، فصل في محضرات الحدود وأدائها ولواحقها، رقم 13374، ج5، ص391.

(2) - انظر: بن طاهر (أمنية)، المراجع السابق، ص453.

ومن خلال ما ذكر سابقا يمكن القول بأن موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التشريع الإسلامي يتمثل في مايلي:

- 1- مطابقة الوقائع المادية والأوضاع والسلوكات الإجرامية مع النموذج التجريمي النصي، ومن ثم ترتيب الجزاء المقابل لها، وذلك في مجاز الحدود والقصاص.
- 2- إعادة تكييف الوقائع التي لها في الأصل نموذج تجريمي نصي، لكن اعترفتها بعض الشبهات التي حالت دون اكتمال المطابقة بين النموذج الأصلي والواقعة المعروضة، فما على القاضي حينها إلا أن يكيف الواقعة التكييف الذي يراه صحيحا ويوافق الضوابط الشرعية، ثم يختار الأثر المناسب والفعال.
- 3- الاجتهاد في إيجاد نموذج تجريمي وعقابي للوقائع المطروحة عليه والتي ليس لها نموذج نصي أساسا، بحيث تتوسع سلطة القاضي حين يعجز عن تحديد الجريمة بظروفها وملابساتها، والظروف الشخصية المحيطة بالجنائي، ومن ثم يجتهد في تقدير العقوبة⁽¹⁾.

وهكذا فإن موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي تتم في البحث عن النموذج التجريمي النصي وتطبيقه على الوقائع المطروحة أمامه، ومن ثم تحديد الجزاء المناسب على المجرم أو تقدير الإعفاء عنه.

الفقرة الثانية: موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في القانون الوضعي.

لقد ثارت المشكلة في الفقه الجنائي حول ما إذا كانت السلطة التقديرية للقاضي تتعلق بالأهداف التي يرمي القانون إلى تحقيقها عن طريق العقوبة أم أنها تتعلق بالوسائل، فمن يرى أن العقوبة هي وسيلة لتحقيق الدفاع الاجتماعي يعتقد أن السلطة التقديرية تتعلق بالوسيلة، ومن يرى أن العقوبة هي غاية في حد ذاتها يعتقد أن السلطة التقديرية تتعلق بالغاية⁽²⁾.

(1) -انظر: بن طاهر (أمينة)، المرجع السابق، ص 454.

(2) -انظر: سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص 95.

غير أن هذه الآراء والأفكار كلها متصلة بفلسفة العقوبة التي يراها فقهاء الفكر التقليدي والفكر التقدمي، وليس بالعقوبة كتنظيم قانوني يجد مكانه في قانون العقوبات، ومعنى ذلك أن تطبيق العقوبة ماهو إلا تعبير للعلاقة بين الظاهرة الإجرامية والعقوبة المرتبطة بها كأثر قانوني لها. لهذا فإن السلطة التقديرية تتعلق بالواقعة الإجرامية بالأثر القانوني⁽¹⁾.

فأهداف العقوبة وأغراضها لا تكون محل اعتبار من قبل القاضي إلا إذا تمثلت وتخصت في عناصر داخل قاعدة التجريم، أما إذا كانت خارج هذا الإطار فإنها لا تكون ذات قيمة قانونية في تقديره⁽²⁾.

فموضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ينصب على المفترضات التي يحددها المشرع في القاعدة القانونية، ويرتب لها الأثر المناسب من عقوبة أو تدبير احترازي، ومتى حدّد القاضي جسامة العناصر المائتة أمانه في الدعوى، فإن الجزاء الجنائي الذي يطبقه لا بد أن يكون متناسبا معها⁽³⁾.

كما أن التقدير يتعلق أيضا- بظروف مرتكب الجريمة، ذلك لأن الأثر القانوني لقاعدة التجريم يرتبط بشكل أساسي بالظروف الخاصة بالمجرم وأحواله، وهذا يعني أن القاضي عند تطبيقه للعقوبة يراعي الجريمة كواقعة مادية وظروف مرتكبيها الشخصية⁽⁴⁾.

وهذا التقدير ينصب أيضا على القانون باعتبار أن تطبيقه يدخل في صميم عمل القاضي، ذلك لأن القانون وإن عبّر عن إرادة المشرع حين سن قاعدة التجريم والعقاب، فإن عناصره المادية تشمل على مجموع وقائع نموذجية يفترضها القاضي ويرتب عليها حكما معيناً⁽⁵⁾.

وخلاصة القول فإن موضوع السلطة التقديرية في القانون الوضعي يكمن في:

(1) -انظر: سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص96. بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق ...، ص472.

(2) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص148.

(3) -انظر: المرجع نفسه، الموضوع نفسه. بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق ...، ص472.

(4) -انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ التشريع...، ص770.

(5) -انظر: سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص98. بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق ...، ص473.

- 1- مفترضات القاعدة التجريبية، وهي العناصر المادية المكونة للواقعة الجرمية كما ينصب اهتمامه أيضا على الظروف الشخصية لمرتكب الجريمة.
- 2- القانون وذلك بأن يقوم القاضي بتكييف الأثر القانوني للواقعة المرتكبة في الحدود المقررة قانونا، إذا كانت من العقوبات التي حدد لها المشرع حدا أعلى وحدا أدنى، أو اختيار إحدى العقوبات إذا كان المشرع قد ترك لتقاضي اختيار أحدها.

من خلال ما تقدم، وجدنا أن موضوع السلطة التقديرية في الشريعة الإسلامية ينصب على الوقائع ومدى مطابقتها مع النموذج التجريمي النصي، فإن كان من جرائم الحدود والقصاص نفذ مباشرة أما إن لم يتطابق مع النموذج التجريمي النصي، فللقاضي بعد فحص الوقائع أن يحدد العقوبة التي يراها مناسبة تجرime وظروف مرتكبها، في حين نجد أن موضوع السلطة التقديرية في القانون الوضعي ينصب على مفترضات الجريمة أي العناصر المادية المكونة لها من خلال الواقعة محر النظر والظروف الشخصية لمرتكبها، وينصب أيضا على القانون فيعمل القاضي على ترتيب الأثر القانوني للواقعة في الحدود المقررة قانونا. فموضوعها لا يمكن أن يخرج بأي حال عن النص القانوني، وعليه فإن موضوع السلطة التقديرية للقاضي تجده في التشريع الجنائي الإسلامي أكثر شمولاً منه في القوانين الوضعية، والسبب يعود إلى أساس تلك السلطة في كل من التشريعين. فهي كما قلنا في الشريعة الإسلامية ثقة الشارع في شخص التقاضي أما في القانون الوضعي فيرجع إلى قصور المشرع عن الإحاطة بجميع صور الإلتاب.

الفرع الثاني: مدى تأثير السلطة التقديرية بوظيفة العقوبة.

ذكرنا سابقاً أن عمل القاضي ينصب على العناصر المادية المكونة للواقعة الإجرامية وعلى الظروف الشخصية للمجرم، ويقترب استيعاب تلك الظروف من طرف القاضي يكون التقدير السليم للعقوبة الجزائية نوعاً وكماً بحسب ما تقتضيه كل حالة، وما يحقق الغرض المرجو من العقاب، وردع من تنفعه نفسه إلى مهالك الإجراء، ومن ثم فإن القاضي عند ممارسته لعمله القضائي يجب أن يضع في اعتباره الهدف الذي يجب إدراكه وتحقيقه قبل النطق بالجزاء الجنائي، خاصة في المجالات التي تتسع فيها، وهي العقوبات التفويضية في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، وللعقوبات المحصورة بين حدين في القانون الوضعي (الفقرة الثانية)، لنخلص بعد ذلك إلى المقترنة بين التشريعين.

الفقرة الأولى: مدى تأثر السلطة التقديرية بوظيفة العقوبة في الشريعة الإسلامية.

تعتبر العقوبات التفويضية المجال الخصب لأعمال السلطة التقديرية للقاضي ذلك لأنها غير مقدرة سلفاً من طرف الشارع الحكيم، وهذا ما يؤكد ضرورة تأثر هذه السلطة بوظيفة العقوبة، فترك الحرية للقاضي في تقدير الجزاء المناسب يعني في الحقيقة تكريس فكرة التفريد القضائي، الذي يقصد به تقدير الجزاء الملائم للواقعة الإجرامية بحسب ظروف الجريمة وما يحيط بها، والظروف الشخصية لمركبها. وهذا الجزاء يفضي إلى رده وإصلاحه ليكون عنصراً مهماً صالحاً في المجتمع من خلال إعادة تأهيله، لأن التعزير كما يقول الماوردي هو «تأديب واستصلاح وزجر»⁽¹⁾. فإن كان لا يؤدي هذه الوظيفة فليس للقاضي تقديره أساساً، ومن ثم فإن القاضي عند تقديره للعقوبة التفويضية مطالب بسبب منه أن يأخذ بعين الاعتبار مآل تطبيقها، فإن كانت محققة للمقصد الشرعي حكم بها، وإلا اختار غيرها مما يحقق المصلحة الشرعية ويحافظ عليها⁽²⁾.

وقد أكد فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة مراعاة وظيفة العقوبة عند أعمال السلطة التقديرية، هذه الوظيفة تتمثل في الردع العام والردع الخاص وهذا فيما يتعلق بالعقوبة نصاً، أما عند تطبيق العقوبة في مجال التعزير فقد تكون هناك أهداف أخرى يجب مراعاتها، وذلك من خلال الاسترشاد بالضوابط في تقدير التعزير الملائم، وهذه الضوابط هي:

1- المناسبة: أي أن تكون العقوبة مناسبة للجريمة وللمجرم على حد سواء،

وهذا الضابط يؤدي إلى تحقيق العدالة الجزائية وهي إحدى وظائف العقوبة.

2- ضمان تحقق أهداف العقوبة التعزيرية: فالقاضي في تقديره للجزاء الجنائي

يضع في حسابه الهدف من هاته العقوبة كي يحاول تحقيقه، وهذا الهدف يتجاوز الردع والإصلاح إلى درجة حسم مادة الفساد، كما في التعزير بالقتل⁽³⁾، إذا رأى الإمام أن المجرم

(1) - انظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 386.

(2) - انظر: ابن طاهر (أمين)، المرجع السابق، ص 458.

(3) - سطر في التحرير بالقتل في الفصل الأول المبحث ثان.

خطير إلى درجة أنه لا ينفع معه الإصلاح. فتحقيق هذه الأهداف مهمة شاقة، لكن القاضي يأخذها في الحسبان ليتمكن من التصدي لمظاهر الإجرام المختلفة⁽¹⁾.

فالسطة التقديرية للقاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية تتأثر بوظيفة العقوبة التي تتعدى إلى أكثر من الردع والإصلاح إلى درجة حسم مادة الفساد، فهذه السلطة بحكم اتساع مجالها تجد نفسها منساقه جبرا إلى استيعاب كل أهداف العقوبة الجزائية سعيا من القاضي لتجسيدها على أرض الواقع.

الفقرة الثانية: مدى تأثير السلطة التقديرية بوظيفة العقوبة في القانون الوضعي.

إن اختلاف السياسة العقابية التي تنتهجها التشريعات المعاصرة جعل المدارس الفقهية الجنائية تختلف حول مدى تأثير السلطة التقديرية للقاضي الجنائي بوظيفة العقوبة في القانون الوضعي، فقد أنكرت المدرسة التقليدية هذا التأثير نهائيا على اعتبار أن الهدف توحيد من تقرير العقاب هو الردع الذي لا يمكن تحققه إلا من خلال تحديد العقوبة في النصوص والقواعد القانونية من الناحيتين الكمية والنوعية، وهذا من اختصاص المشرع فقط، الذي عليه أن يحدد الجرائم وما يلائمها من عقوبات، ولا سلطان للقاضي في اختيار العقوبة ولا في تكيفها حسب الحالات التي تعرض عليه، ولا بحسب الظروف الشخصية للجاني، وإن كلن لا بد من النظر إلى هذه الأخيرة، فلا يحصل ذلك إلا في مرحلة التنفيذ حيث يتم تفريد المعاملة العقابية، وهذا ما يطلق عليه بالتفريد التنفيذي، كل ذلك من أجل تحقيق الهدف الذي شرع من أجله العقاب وهو الردع⁽²⁾.

وعلى العكس من هذا الرأي نجد المدرسة الوضعية الإيطالية أثبتت تأثير السلطة التقديرية للقاضي بوظيفة العقوبة، حيث رأت ضرورة إطلاق سلطة القاضي في اختيار

(1) -انظر: الخلفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 261. أبو زهرة (محمد)، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامية الجزئية، ج1، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص 422.

(2) -انظر: الشاذلي (عبد الله فرج)، علم العقاب، الإسكندرية، دار احسنى، 1993، ص 46-51. عبيد (رؤوف)، أصول علمي الإجرام والعقاب، ط8، القاهرة، دار الجيل، 1989، ص 64-69. محمد (أمين مصطفى)، علم الجزاء الجنائي: الجزاء الجنائي بين النظرية والتطبيق، القاهرة، ائدار الجامعية الجديدة، 1995، ص 106.

الجزاء تناسب وفق ما يراه ملائماً لإصلاح الجاني، وتأهيله وهذا بعد التكييف الصحيح والسليم لتواقعة الإجرامية المعروضة عليه، وللقاضي بحكم السلطة الممنوحة له تغيير العقوبة تبعاً للتغيرات التي تطرأ على شخصية المحكوم عليه⁽¹⁾.

هذا ويرى بعض شراح القانون الجنائي ومن بينهم "مأمون سلامة" ضرورة الفصل بين السلطة التقديرية للقاضي والأغراض التي تهدف إليها العقوبة، لأن وظيفة العقوبة هي مشكلة فلسفية، أما السلطة التقديرية فهي ذات مفهوم قانوني، ومن ثم فلا يجوز للقاضي التعرض لأهداف العقوبة عند تطبيقها على الواقعة المعروضة، لأن الغرض من العقوبة بحث غير متعلق بوظيفة القاضي، وإنما يتعلق بالسياسة الجنائية للمشرع، فالغاية والأهداف المختلفة لا تأخذ في الاعتبار إلا إذا تبلورت إلى عناصر في القاعدة التجريبية، هذا بالإضافة إلى أن ربط العقوبة بالأهداف التي يحددها لها القاضي يؤدي إلى تغيير في الأثر القانوني بالنسبة لثبات الواقعة من قاضي إلى آخر، مع ما في ذلك من إخلال بموازين العدالة ومدعاة إلى عند المساواة أمام القانون⁽²⁾.

ونرى - والله أعلم - أن السلطة التقديرية للقاضي تتأثر بوظيفة العقوبة، فالقاضي حين تصديه للعمل القضائي يجب أن يضع في اعتباره الغرض من الجزاء الذي سينزله بالمجرم. بعد أن يدرس جميع جوانب الواقعة والظروف الشخصية لمرتكبيها حتى يكون حكمه استنبري سديدا خاصة وأن السلطة التقديرية في القانون الوضعي واردة على كل العقوبات وذلك بعد ظهور المدرسة الوضعية التي تأخذ في الحسبان شخصية المجرم، أما القول بتفصل بين السلطة التقديرية والغرض من العقوبة فذلك يكون من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية، أي في تطبيق القاضي لهذه السلطة فهناك ترابط.

من كل ما سبق يتبين أن الأغراض المتوخاة من العقاب من زجر وإصلاح الجاني وتأهيله اجتماعيا وردع باقي أفراد المجتمع، هي أساس أي تشريع جنائي سواء الإسلامي أو الوضعي، كما أنها تأخذ بعين الاعتبار من طرف القاضي على اختلاف بين التشريعات في مدى تأثير السلطة التقديرية للقاضي بوظيفة العقوبة، فنجد هذا التأثير واسع المدى في نطاق العقوبات التفويضية بالتصبة للتشريع الجنائي الإسلامي، وفي العقوبات

(1) - انظر: حمد (أمين مصطفى)، المرجع السابق، ص 106. سلامة (مأمون محمد)، المرجع السابق، ص 96.

(2) - انظر: شرح نفسه، ص 100-101.

المحصورة بين حدين كالسجن المؤقت والغرامات في القوانين الوضعية، مع الاستعانة بالضوابط الإرشادية والتي سنتناول ماهيتها في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

ماهية ضوابط تقدير الجزاء الجنائي.

لقد ذكرنا في السابق أن السلطة التقديرية للقاضي الجنائي حقيقة في التشريع الإسلامي، وأصبحت من مسلمات التشريع الجنائي المعاصر، غير أن هذه السلطة غير مطلقة حتى لا تضحى مجرد تحكم وتعسف، وبالتالي لا تؤدي الدور الذي من أجله وجدت، وعليه كان لا بد من تحديدها، بحيث يجعل لها ضوابط ومعايير يستعين ويسترشد بها القاضي في تقديره للجزاء الجنائي سواء أكان عقوبة أو تديباً احترازياً، وفيما يأتي نتعرف على ماهية هذه الضوابط في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، وفي القانون الوضعي (الفرع الثاني)، أما عن أنواع الضوابط فنتركها للفصل الثاني لنتناولها بشيء من التفصيل لأهميتها في موضوع الدراسة.

الفرع الأول: ماهية ضوابط تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية.

يقوم القاضي في الشريعة الإسلامية بالدور الرئيسي في تقدير العقوبة التعزيرية، أي مواضعها وفقاً لظروف الجريمة ومرتكبها، وذلك بما له من سلطة تقديرية تخول له بحث ظروف كل مذنب على حدى، وتبين درجة خطئه وظروفه الاجتماعية وتمكنه من الحكم بالعقوبة التي تتناسب مع ظروف كل مذنب.

وفقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن للقاضي سلطة مطلقة في تشديد العقوبة التعزيرية وتخفيفها، وهذه السلطة مقيدة نوعاً ما بضوابط مستنبطة من القواعد العامة للشريعة الإسلامية، بحيث يجب على القاضي أن يخضع لها في التشديد والتخفيف، معنى هذا أن هذه السلطة ليست تحكيمياً، بل لا بد فيها من مراعاة أمور شرعية تتناسب مع أهداف الشرع

الحنيف في التجريم والعقاب، فعلى القاضي أن ينظر إلى الهدف من العقاب، وهل التشديد هو الذي يحقق هذا الهدف أم التخفيف⁽¹⁾.

وقد نبه الفقهاء على أن سلطة القاضي ليست تحكيمية غير مبنية على أساس، قلل "الجويني" - رحمه الله - : «والتعزيرات مفوضة إلى رأي الإمام، فإن رأى التجاوز والصفح تكراً ففعل، ولا معترض عليه فيما فعل، وإن رأى إقامة التعزير تأديباً وتهذيباً فرأيه المتبع وفي العفو والإقالة متسع»، ويتبع ويقول: «والذي ذكرناه ليس تخيراً مستتداً إلى التمتي، ولكن الإمام يرى ما هو الأولى والأليق والأحرى، فرب عفو أوزع لكريم من تعزير، وقد يرى ما صدر عنه عثرة هي بالإقالة حرية والتجاوز عنها يستحث على استقبال التميم المرضية، ولو يؤاخذ الإمام الناس بهفواتهم لم يزل دائماً في عقوباتهم ولو تجاوز عن عزم⁽²⁾ خبيث لا يزداد بالتجاوز عنه إلا تمادياً واستجراً وتهجماً واعتداءً، فليس له الصفح والحائلة هذه»⁽³⁾.

فيذا النص يفيد أن للقاضي سلطة واسعة في مجال التعزير، إن شاء نفذه، وإن شاء عفا عنه، وإن شاء شدد عليه، وإن شاء خفف، ولكن هذه الحرية في السلطة ليست مطلقة، ولا يكون اختياره مبنياً على التمني والتشهي⁽⁴⁾، بل لا بد أن يكون بضوابط ومعايير تحدد الأهداف التي من أجلها شرع العقاب.

(1) - انظر: الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 259.

(2) - هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني النيسابوري الشافعي الأشعري، المعروف بتمام الحرمين (ضياء الدين، أبو المعالي)، (419-478هـ/1028-1085م)، فقيه أصولي متكلم مفسر أديب، من تصانيفه: "تهذيب المنطق في دراية المنهج"، "انضمام في أصول الدين"، "الرهان في أصول الفقه". (انظر: الأسنوي (جمال الدين عبد الرحيم بن إبراهيم)، طبقات الشافعية، ط1، ج2، بيروت، دار الكتب العلمية، (1401هـ-1987م)، ص70-71. الذهبي (شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان)، سير أعلام النبلاء، ط1، ج18، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1405هـ-1984م)، ص468.

(3) - العزم والقارم: الخبيث الشرير. (انظر: الفيروزي أبادي (محمد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، مج4، بيروت، دار الفكر، (1403هـ-1983م)، مادة عزم، ص148-149. ابن منظور، لسان العرب المحيط، مج4، مادة عزم، ص756.

(4) - الجويني (أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله)، الغياني غياث الأمم في التياث الظلم، ط1، الدوحة، مكتبة الخرمين، 1400هـ-ص218-219. (أشار إليه الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص260).

(4) - انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه.

والدليل على أن القاضي لا يتصرف في التعزير بالتمني والتشهبي هو ما قاله الإمام "القرافي" ⁽¹⁾ - رحمه الله - وهو يتكلم عن التعزير: «والإمام يتحتم في حقه ما دامت المصلحة إليه لا أن هاهنا إباحة البتة، ولا أنه يحكم في التعازير بهواه وإرادته كيف خطر له، وله أن يعرض عما شاء ويقبل منها ما شاء، هذا فسوق وخلاف الإجماع، بل الصواب ما تقدم ذكره»⁽¹⁾.

فإذا ثبت أن القاضي تُدد في موضع لا يستوجب التشديد، أو خفف في غير التخفيف، أو أقام التعزير في حالة تستدعي الإقالة، أو عفا عن شخص يجب في حقه المؤاخظة، فإن حكمه يستوجب النقض والبطالان⁽²⁾. و الضوابط التي يخضع لها القاضي مستنبطة من النصوص الشرعية، ومن كلام أئمة الفقه الإسلامي.

ومن أمثلة الضوابط نذكر ما ذكره الأسلاف وهي:

- الملاءمة بين العقوبة والجاني.
- الملاءمة بين الجريمة والعقوبة
- عدم المخالفة لنصوص الشريعة وقواعدها العامة
- مراعاة مصلحة الجماعة ونظامها العام المؤسس على الشرع
- التدرج في العقوبة⁽³⁾.

وهكذا فالقاضي له سطة تقديرية في مجال التعزير، لكنها محاطة بالضوابط الشرعية، التي لا يجب الحياد عنها؛ والتي تمنع القاضي في الشريعة الإسلامية من التحكم والاعتساف والجور في القضاء. هذا عن ماهية الضوابط في الشريعة الإسلامية، ويبقى البحث عن ماهيتها في القانون الوضعي حتى نتوصل إلى حقيقتها بصورة متكاملة وهذا ما سنتناوله في الفقرة الموالية.

⁽¹⁾ - هو أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، من مشاهير علماء المالكية في وقته، كان إماما بارعا في الفقه والأصول، وله معرفة بالتفسير، من أهم آثاره "الفروق"، "الأخيرة"، توفي عام 684هـ. (انظر: مخلوف، المرجع السابق، ص188-189. الزركلي، المرجع السابق، ج1، ص94).

⁽²⁾ - شقراني (شهاب الدين أحمد بن إدريس)، الفروق، ج4، بيروت، عالم الكتب، د.ت، ص182.

⁽³⁾ - انظر: الخليفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص260.

⁽⁴⁾ - انظر: المرجع نفسه، ص261 وما بعدها. أبو زهرة (عمد)، المرجع السابق، ج2، ص77. وستناول الضوابط بشيء من التفصيل والتحليل في الفصل الثاني.

الفرع الثاني: ماهية ضوابط تقدير الجزاء الجنائي في القانونالوضعي:

إن ضوابط تقدير القاضي للجزاء الجنائي، ترد على السلطة التقديرية حتى لا تضحي هذه الأخيرة مجرد تحكم واعتساف، وحتى لا يبقى الشق الثاني من مبدأ الشرعية "لا عقوبة إلا بنص" شبه معطل بالنصوص التي توسع من دائرة سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي، وتعتبر هذه الضوابط من ضمانات حماية المتهم من سوء استعمال القاضي في تقدير الجزاء الجنائي، والسؤال المطروح هنا هو: ما مفهوم هذه الضوابط (الفقرة الأولى)، وما الحكمة منها (الفقرة الثانية)، وما طبيعتها القانونية بالنسبة للتشريعات التي تنص عليها؟ (الفقرة الثالثة) والإجابة عن هذه التساؤلات يعطي لنا الصورة الكاملة عن ماهية هذه الضوابط في القانون.

الفقرة الأولى: مفهوم الضوابط الإرشادية .

إن الفقهاء لم يتفقوا على القدر المتاح للقاضي من حرية التقدير، حيث يرى البعض منهم أن التفريد القضائي يلزم منه ترك الحرية المطلقة للقاضي ليطباق النصوص القانونية بحياة المجتمع المتطور، ومن ثم لا يطالب بتسيب حكمه وبالتالي لا مجال لضوابط التبرير⁽¹⁾.

بينما يرى البعض الآخر منهم ضرورة وضع الضوابط التي يسير على هديها القاضي تأسيساً على أن مهمته ذات صيغة قانونية فنية، حيث لا مجال للاقتناع الشخصي ولا للتقدير. وهذا الرأي يتوافق مع رأي أنصار الشرعية الصارمة⁽²⁾.

أما الاتجاه المعتدل، وإليه تنتمي معظم التشريعات المعاصرة فيسلم بقانونية التنظيم الذي يبني القاضي تقديره لوقائع الدعوى وأدلتها من خلاله بما لا مجال فيه لتحكم، مع إمكانية تقدير ملاسبات كل حالة على حدى، وظروف مرتكبيها التي يستعصي على

(1) -انظر: عبيد (حسين إبراهيم صالح)، النظرية العامة للظروف المخففة، د.م، دار النهضة العربية، 1970، ص199. عازر (عدل)،

النظرية العامة في ظروف الجريمة، د.م، المطبعة الثعلبية، 1967، ص443.

(2) -انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه.

المشرع تحديدها سلفاً، وهنا يرد قيد التسيب لإبراز عناصر تقدير العقاب ومبرراته⁽¹⁾. ولقد كان هذا الاتجاه مثار اهتمام رجالات الفقه لثقونى الذين نبهوا إلى مسألة مدى ملاءمة النص على المعايير المنظمة لسلطة تقدير العقاب قضائياً، وتبنى المؤتمر التاسع لقانون العقوبات⁽²⁾. هذا الإتجاه فى توصيته التى جاء فيها: «فى الحالات التى يسمح فيها بتجاوز الحد الأقصى المحدد قانوناً للعقاب عند توافر الظروف المشددة، تعد قائمة على سبيل المثال لا الحصر بحالات الظروف المشددة التى تكون تحت نظر القضاء على أن يكون لهذا الأخير سلطة استتباط غيرها عند الاقتضاء، وتحدد هذه القائمة العناصر الموضوعية لتغليظ العقاب على الجريمة، وكذلك الخصائص اللصيقة بشخصية المجرم، والبيوات على مسلكه الإجرامى، وذلك بقصد تحقيق الحماية للمجتمع واستعادة المجرم إليه»⁽³⁾.

وقد انحاز إلى هذه التوصية العنيد من الفقهاء العرب الذين حبذوا النص على هذه الضوابط فى القسم العام من قانون العقوبات، وقد جسد هذا تمسك التشريع الليبى مسيراً فى ذلك التشريع الإيطالى⁽⁴⁾.

والمقصود بهذه الضوابط المعايير التى يتوسل بها القاضى فى تقدير طبيعة وقدر الجزاء الجنائى الذى ينزله بالمتهم الذى ثبت إدانته عن الجريمة التى يحاكمه بشأنها. وهى معايير متصلة بالواقعة المرتكبة وبالجنائى مرتكبها، وتهدف إلى الوصول إلى قياس سليم متكامل لجسامة ومسؤولية مقترفها وقد ما يتحقق من عقاب⁽⁵⁾.

ففى تراعى وتؤخذ بعين الاعتبار بعد اكتمال عناصر الجريمة وبعد أن يكون القضاء قد اعتد بجميع الظروف، وذلك من أجل تحديد العقوبة تحديداً دقيقاً فى نطاق الحدود القانونية المقررة للجريمة⁽⁶⁾.

(1) - انظر: عازر (عادل)، المرجع السابق، ص 453.

(2) - انعقد هذا المؤتمر فى روما بين سبتمبر وأكتوبر سنة 1969.

(3) - أشار إلى هذه التوصية بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة لثقضى ...، ص 397.

(4) - انظر: عازر (عادل)، المرجع السابق، ص 453 وما بعدها.

(5) - انظر: المرجع نفسه، ص 474.

(6) - انظر: عازر (عادل)، أحكام تكيف طبيعة أسباب تخفيف العقاب، الملة الجنائية القومية، المركز القومى للبحوث الاجتماعىة والجنائىة، جمهورية مصر العربية، ص 99.

الفقرة الثانية: الحكمة من ضوابط التقدير .

الحكمة من الضوابط هي تحقيق العدالة والمساواة من خلال الملاءمة في كل جريمة بين خطورة الفعل وطبيعة المجرم من ناحية وبين القدر اللازم من العقاب من ناحية أخرى، وذلك حتى لا تصبح هذه الحرية في تقدير نوع من التحكم والتعسف، وبالتالي يخرج بالعقوبة عن الغاية التي شرعت من أجلها، وتمشع قد حتم على القاضي بعد ذلك أن يبين الأسباب التي استند إليها في تقديره، حتى يضمن التزامه بالحدود والأسس التي رسمها له⁽¹⁾. وفي القانون الجزائري فإن القاضي ملزم بالتسبب في التشديد دون التخفيف بشرط أن يكون في إطار الحدود القانونية.

فالمشرع استهدف حماية المجتمع من الجريمة ومعاملة الجاني بما يناسب جرمه بغير يردعه ويصلحه في إطار لا تعسف فيه ولا جور⁽²⁾. كما أن الارتكاز على هذه ضوابط يعطي الدلالة المحسوسة للمساواة المتقرضة بين الأفراد أمام القانون، ويحول دون تبيين الحلول القضائية، كما أنها تستجيب للمرعي النهائية للعقوبة، والتي تتحصل في حماية المجتمع من الجريمة من ناحية وتمكين الجاني من الدفاع عن نفسه ضد الإجراء من ناحية أخرى، فلا تزيد العقوبة ولا تقل عن حاجة لجماعة وحماية الجاني، بحيث تؤدي العقوبة إلى استصلاحه والرحمة به⁽³⁾.

وحتى تؤدي الضوابط دورها وتحقق الحكمة التي من أجلها وجدت، ينبغي ألا تتصادم المبررات التي يوردها في الحكم بعضها ببعض، ويتعين على القاضي أن يفصح في تحكم عن حقيقة وماهية الظرف الذي قدر توافره، وكذلك أن يبين بجلاء العناصر التي يرى الاستعداد بها والمتعلقة بخطورة الجريمة ونزعة المجرم، حتى يمكن للمحكمة العليا أن تراقب المحكمة الأدنى منها⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ - قرار المحكمة العليا الليبية بتاريخ 1963/6/2، رقم 12/45، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة العليا، ص 237. أشار إليه: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص 398.

⁽²⁾ - انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه.

⁽³⁾ - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق ...، ص 507-519.

⁽⁴⁾ - قرار المحكمة العليا الليبية، بتاريخ 1971/1/24، رقم 17/83 و 1971/11/16، رقم 18/88. أشار إليه: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص 402.

وفي المقابل لا يجب على القاضي أن يذكر جميع الضوابط، وأن يقيم قضاءه على تسيب مفصل يستعرض فيه جميع العناصر التي أوردتها القانون، فيكفيه أن يشير إلى العناصر البارزة التي تكشف عنيا الوقائع⁽¹⁾. كما لا يجب عليه أن يفرد لها مكانا مستقلا وخاصة في الحكم طالما أنها تبيّن في ثايا الحكم بجلاء من خلال سرد وقائع الدعوى وملاساتها ومدى انطباق القانون عليها⁽²⁾.

الفقرة الثالثة: الطبيعة القانونية لضوابط التقدير .

لقد ثار الخلاف بين رجالات الفقه الجنائي حول الطبيعة القانونية لضوابط التقدير، وفي هذا المجال ذهب الفقيه الإيطالي "سانتورو" إلى القول بأن الضوابط من قبيل الظروف، استنادا إلى أن التسليم بوجود نموذج شرعي لكن فعل ينص القانون على تجريمه، ولكل ظرف يؤثر في مكوناته وما يترتب عليه من آثار ينفي بالضرورة إلى التسليم بوجود نموذج قانوني لقدر العقاب الواجب توقيعه.

أما الفقيه الفرنسي "فروزالي" فيرى أن ضوابط تقدير العقوبة ليست من قبيل الظروف، فهي عناصر غير ضرورية لتكوين الأفعال الإجرامية، وإن كان لها تأثير مباشر فيها إذا تعلق الأمر بالعناصر الداخلة في تكوين الجريمة، أو غير مباشر إذا ارتبط الأمر بشخص مقترفها⁽³⁾.

وذهب الأستاذ "أكرم نشأت" إلى القول بأن الضوابط هي ظروف عادية، ولكن ليس من شأنها تجاوز الحد الأقصى المقرر للعقوبة⁽⁴⁾.

أما الأستاذ "إبراهيم عبيد" فقد قال بشأن هذه المسألة: «إننا لسنا بصدد ظروف الجريمة، وإنما تجاه معايير يتوسل بها القاضي لتقدير الجزاء الجنائي عقوبة كان أم تدبيرا

(1) - قرار المحكمة العليا الليبية بتاريخ 1973/06/6، رقم 20/58، (أشار إليه بكر (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص399).

(2) - قرار المحكمة العليا الليبية بتاريخ 1972/5/30، رقم 18/113، (أشار إليه المؤلف نفسه، المرجع نفسه، ص400).

(3) - انظر: المرجع نفسه، ص402.

(4) - انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، القاهرة، دار مطابع الشعب، 1965، ص188.

احترافياً، إذ أن من بين هذه المعايير ما لا علاقة له بظروف الجريمة، كالدافع الذي حدا بالجنائي إلى اقترافها وحالته الشخصية والعائلية والاجتماعية الأمر الذي يجعلها من قبيل الضوابط الإرشادية التي يستعين بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي بين حديه، ولا بأس من الاسترشاد بها في مجاوزتها صعوداً أو هبوطاً»⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ "عادل عازر" أن ظروف الجريمة هي عناصر إضافية عارضة تلحق بأحد عناصر الجريمة وتؤثر في جسامتها وعقوبتها، ومن ثم لا يمكن إضفاء صفة الظروف على الضوابط، لأن أغلبها متعلق بالجريمة إضافة إلى تعلق بعضها بشخص المجرم كسوابقه وحياته العائلية والاجتماعية، وما إلى ذلك من العناصر التي تدخل في حسابان القاضي بصدد تقدير العقاب، ومن جهة أخرى فإن هذه الضوابط ليس من شأنها تشديد أو تخفيف العقاب، وإنما هي نتيج للقاضي تحديدها بما يتناسب مع جسامه الفعل الجرمي من خلا مراعاة ظروف مقترفه الشخصية بلا تجاوز لما قرره المشرع من حدود العقاب، فيند الضوابط تعتبر تنظيمًا منفصلاً عن الظروف غاية تحقيق الضمان والاستقرار وعدم إسائة استعمال السلطة التقديرية⁽²⁾.

أما القائلون بأن الضوابط هي من قبيل الظروف يقرون بأنها غير حقيقة إضافة إلى افتقاره إلى النص التشريعي أو المنطقي⁽³⁾.

ويرى الأستاذ "حاتم حسن موسى بكار" أن الضوابط ليست من قبيل الظروف، إذ أنها تعد تنظيمًا مهينًا هدفه تحقيق الاستقرار والعدالة وتوقي خطر استعمال السلطة التقديرية، وهي ليست من خلق المشرع ولا تنتمي إلى النموذج الشرعي للجريمة وإن كانت تدخل في تقديره، إذ تؤثر في وجدانه، وتبين من خلال أسباب حكمه، والقاضي ملزم بالإفصاح عنها⁽⁴⁾. والدليل على ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الإيطالية إذ فرقت بين الضوابط والظروف، إذ أن هذه الأخيرة تعتبر عناصر عارضة وتبعية نص عليها المشرع لما يترتب عليها من تغيير في جسامه الجريمة، أما العناصر التي تنص عليها (المادة 133 عقوبات إيطالي)⁽⁵⁾، فهي تراعى وتؤخذ بعين الاعتبار بعد اكتمال عناصر الجريمة.

(1) - انظر: عيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 202.

(2) - انظر: عازر (عادل)، النظرية العامة...، ص 449 وما بعدها.

(3) - انظر: عيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 202.

(4) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 404.

(5) - هذه العناصر التي أشارت إليها المادة 133 عقوبات إيطالي هي، أولاً: جسامه الجريمة، ثانياً: شخصية المذنب وأهليه للانحراف.

ويعد أن يكون القضاء قد اعتد بجميع الظروف، وذلك من أجل تحديد العقوبة تحديدا دقيقا في نطاق الحدود القانونية المقدرة للجريمة⁽¹⁾.

وعليه فإنه لا يوجد هناك تداخل بينهما، فالظروف تدخل في تكوين الجريمة أما الضوابط فيستعين بها القاضي بعد اكتمال عناصر الجريمة بقصد النطق بعقوبة عادلة، ومن ثم فإنها ليست قيودا على السلطة التقديرية، وإنما هي للاسترشاد لحماية حق المتهم في المحاكمة العادلة⁽²⁾.

ومما سبق نخلص إلى أن الضوابط هي المعايير التي يسترشد بها القاضي عند تقديره للجزاء الجنائي وهي ضرورية للحد من الحرية المطلقة للسلطة التقديرية التي قد تتحول إلى نوع من التحكم والاعتسف، والاعتماد عليها يحقق الاستقرار والمساواة بين المتهمين في قدر الجزاء على حسب ظروفهم، ورعاية لحق المتهم في محاكمة عادلة، وهي تختلف عن الظروف، ذلك لأن القاضي يستعين بها بعد اكتمال النموذج التجريمي، في حين نجد أن الظروف عناصر داخلة في تكوين الجريمة.

وهذه الضوابط استنبطها فقهاء الشريعة الإسلامية من النصوص الشرعية، فلا يمكن للقاضي أن يبني حكمه على التمني والتشهي، بل لا بد أن يراعي في حكمه مقاصد الشريعة، وتحكمه في ذلك ضوابط من مراعاة لحال الجاني والجريمة، هذه الضوابط التي كثر لها ظهور في المؤتمر التاسع لتقنين العقوبات، وقد كانت مثار اهتمام رجالات الفقه الذين نبهوا إلى ضرورة النص عليها في القسم العام من قانون العقوبات، وأدرجها مكتب المؤتمر في توصيته التي أخذ بها المشرع الليبي مجاريا في ذلك المشرع الإيطالي، وبعد استقرارنا للتشريع الجنائي الجزائري، وجدنا أنه لم ينص على هذه الضوابط، وترك الحرية للقاضي مراعيًا في ذلك الحدود القانونية.

والضوابط في القانون الوضعي مسألة تختلف بشأنها الفقهاء، فهناك من اعتبرها من الظروف غير أن الراجح أنها تختلف عنها، ونجد في التشريعات الوضعية مواقف متباينة

(1) - انظر: عازر (عادل)، أحكام تكيف...، ص 99.

(2) - انظر: بكار (حاتم حسن مرسى)، سلطة القاضي...، ص 405.

من حيث النص على هذه الضوابط من عدمه. ورأينا أن النص عليها يساعد القاضي الجنائي على العمل، ويخدم فكرة المحاكمة العادلة التي أصبحت أساس عمل القاضي الجنائي.

ويعد تطرقنا إلى ماهية السلطة التقديرية بصورة متكاملة بما يتضمنه من مفهوم لها، وأساسها وموضوعها وعلاقتها بوظيفة العقوبة، خلصنا إلى أن هذه السلطة ليست مطلقة بل لها ضوابط، وتعرضنا إلى ماهيتها في التشريعين الجنائيين الإسلامي والوضعي، يبقى لنا أن نتعرض إلى نطاق هذه السلطة، وهذا ما سنتعرض له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

نطاق سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي.

إذا ما اقتترف إنسان فعلا جرميا وكان أهلا لإسناد الفعل إليه، قامت مسؤوليته الجنائية، ومن ثم حق عقابه، إلا إذا وجد له سبب من الأسباب المعفية من العقاب، أو مانعا من موانع المسؤولية الجنائية.

و وفقا لمبدأ الشرعية فإن المشرع يضع لكل جريمة عقوبتها على أساس ما يكشف عنه من خطر على مصلحة المجتمع أو ما يلحقه من ضرر به، مع التسليم في ذات الحين أنه ليس بإمكانه تحديد العقوبة المناسبة تلقا لكل مجرم، لعدم درايته بشخصيته وظروفه، ومن ثم ترك تطبيق العقوبة الملائمة للقاضي بحيث يعمل على التطبيق الواقعي للتحديد التشريعي المجرد الوارد في القانون. فتمسرح لا يضع لكل جريمة عقوبة ثابتة، وإنما يضعها بين حدين أحدهما أدنى لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه، والآخر أقصى لا يجوز له تجاوزه إلا بنص القانون، وبين هذين الحدين متسع من المجال يتحرك القاضي فيه، ومن خلال الوقوف على ظروف المجرم الشخصية وملابسات جريمة يحدد العقوبة التي تناسبه.

و قد بات من مسلمات العصر الأخذ بنظام التفريد العقابي من طرف السلطة القضائية من خلال مراعاة ظروف المجرم وملابسات جريمته على نحو يؤمن قدرا كافيا من العدالة بما يوائم بينها وبين القانون، و ما يستتبع حمايته من مصالح⁽¹⁾ و تلجأ التشريعات إلى وسائل متعددة لتهيئة السبيل أمام القاضي لضمان تطبيق أمثل لقانون العقوبات، و هذه الوسائل هي: الاختيار النوعي للعقوبة وتقديرها كمي (المطلب الأول)، والتخفيف والتشديد القضائيان (المطلب الثاني)، ونظامي وقف تنفيذ عقوبة والعفو القضائي (المطلب الثالث)، وستتناول هذه الأنظمة بالشرح و المقارنة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وذلك بتحديد معناها وكيفية تطبيقها.

(1) انظر: بكر (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 160.

المطلب الأول

الاختيار النوعي للعقوبة وتقديرها الكمي.

إن نظامي الاختيار النوعي للعقوبة وتقديرها الكمي يتيح للقاضي التقدير الأمثل للجزاء الجنائي، وذلك عند اختلاف ظروف الجناة، والجرائم التي ارتكبوها، ولتحديد مفهومهما أكثر وكيفية تطبيقهما. نتناول نظام الاختيار النوعي للعقوبة في مرحلة أولى (الفروع الأولى)، ثم التقدير الكمي لها في مرحلة ثانية (الفرع الثاني)، حتى نتمكن من تحديد مفهوم كلي نظام على حدى وكيفية تطبيقه في التشريعين الإسلامي والوضعي.

الفرع الأول: نظام الاختيار النوعي للعقوبة.

طبقا لهذا نظام يتسنى للقاضي حرية كاملة في الحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة من نيز العقوبات التي رصدها المشرع للجريمة مراعيًا في ذلك شخصية المجرم و ظروفه و ملائمت جريمته ضمن موجبات السياسة الجنائية التي اعتمدها المشرع، و للتفصيل أكثر في الموضوع نتناوله من الجانب الشرعي (الفقرة الأولى) ثم في إطار القانون للوضعي (الفقرة الثاني). حتى نتوصل إلى المقارنة بينهما.

الفقرة الأولى: الاختيار النوعي للعقوبة في الشريعة الإسلامية.

إن العقوبات في الشريعة الإسلامية مقسمة إلى قسمين كبيرين كما هو معروف: قسم محدد من طرف الشارع الحكيم، و هو الحدود و القصاص، و قسم غير محدد متروك تقديره إلى القاضي أو ولي الأمر حيث يراعي في ذلك إلى شخصية المجرم و ملائمت جريمته ومصالحة المجتمع، وهذا النوع من العقوبات هو التعزير، ونظام التخيير النوعي للعقوبة في الشريعة الإسلامية وارد في حد الحرابة (أولاً)، وفي التعزير (ثانياً).

أولاً: الاختيار النوعي للعقوبة في حد الحرابة.

إن الأصل في عقوبة هذه الجريمة هو قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾⁽¹⁾. فالآية الكريمة تضمنت أربعة أنواع من العقوبات هي: القتل، والصلب، والقطع والنفي من الأرض، ولقد اختلف الفقهاء في هذه العقوبات وأي الجرائم تطبق عليها، ومرجع الخلاف تفسيرهم لحرف "أو" المذكور في الآية، فمنهم من حملها على إفادة التوزيع والترتيب، وانتهوا إلى أنه لا يقتل من المحاربين إلا من قتل ولا يقطع إلا من أخذ المال، والنفي لمن أخاف السبيل دون قتل ولم يأخذ مالا، في حين حمل البعض الآخر حرف "أو" على وجه التخيير، ومن ثم يكون للإمام أن يوقع من العقوبات الواردة في الآية ما يراه ملائماً للحالة المعروضة عليه⁽²⁾.

إن العقوبات الواردة في حد الحرابة لا يتجرأ عاقل أن يستكثرها نظراً لما يترتب على هذه الجريمة من الضرر العام، والاعتداء على حرمة النفوس والأموال، وانتشار الفرع والرعب في أوساط المواطنين، والتأثير الضار على الاقتصاد الوطني، ورغم كل هذه الأضرار فإن الأخذ برأي من يقول من الفقهاء بالتخيير فيه توسعة للقاضي لإعطاء كل حالة لبوسها المناسب، وقد يوجد من المجرمين من لا يردعهم القتل ويردعهم القطع، فالقتل قد ينسى والقطع يبقى دائماً علامة على جسد المحارب فيتذكره دائماً ولا يتجرأ على العودة إلى الإجرام، كما أن ذلك يعتبر ردعا لغيره من المحاربين، وقد تفضل بعض النفوس الأبية القتل على قطع الأطراف فلا يتهيبون القتل، ويخشون القطع غاية الخشية، والعقوبة الصالحة هي التي تمنع من ارتكاب الجريمة، وتحقق أغراض العقاب⁽³⁾.

فالشارع الحكيم قد حدد لجريمة الحرابة عقوبات أربع، وللقاضي أن يختار نوع العقوبة التي تناسب المجرم وتكافئ الجريمة، وتحقق أغراض العقوبة، فالاختلاف في تفسير "أو" يستفاد منه في تحقيق المصلحة أو الغاية التي من أجلها شرع الحد، ويأخذ على أنه يفيد

(1) سورة المائدة، الآية 33.

(2) سأنظر: عرض أحوال الفقهاء في الفصل التمهيدي، المبحث الأول، ص 10.

(3) سأنظر: عامر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 18.

التخيير النوعي للعقوبة، وهذا طبعا في حالة ما إذا استوفى القاضي جميع الشروط وكان عالما بأمور الشرع، وإن لم يكن كذلك، فعليه أن يتبع الرأي الأول من كلام الفقهاء وهو التوزيع والتتويج.

ثانيا: الاختيار النوعي للعقوبة في التعزير

يظهر نطاق سلطة القاضي في اختيار نوع العقوبة في الشريعة الإسلامية في جرائم التعزير، لأن عقوبتها غير محددة وأمرها موكول إلى القاضي وله أن يختار ما يناسب المجرم والجرم، فللقاضي أن يشدد العقوبة وبأوجه متعددة، ومقياس التشديد هو إيصال الألم إلى المعزّر في جسمه أو في نفسه أو فيهما معا. وأوجه التشديد التي جاءت في كلام الفقهاء عند بحثهم موضوع التعزير هي، الضرب (البند الأول)، والتشهير بالجنائي (البند الثاني)، والحبس (البند الثالث)، واستئصال أداة الجريمة أو مكانها (البند الرابع)، والغرامة المالية (البند الخامس)، والجمع بين أكثر من تعزير (البند السادس)، والقتل (البند السابع).

البند الأول: التشديد بالضرب.

ويكون ذلك بالزيادة في قوة الضرب، وذلك إما بجمع الضربات على عضو واحد حتى يزداد ألم الضرب، أو الشدة في الضرب نفسه⁽¹⁾.

كما يكون التشديد بالضرب بالزيادة في عدد الضربات فعشرون ضربة أشد من عشر، وقد يكون وجه التشديد في ضرب التعزير يتجاوز عدد الضربات المقررة في الحدود كما قال به المالكية⁽²⁾. وقد حكى "مطرف" عن "مالك" -رحمه الله- أنه كان «يرى فيمن أسر الجارية أو الغلام من الدار والناس ينظرون حتى يغيب عليها أو عليه فلا يدري ما فعل، أن

(1) -انظر: ابن احمم. المرجع السابق، ج5، ص 351.

(2) -انظر: بن قرحون، نبصرة الحكام، ج2، ص 204.

* هو أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسر الخليلي المدني الفقيه، روى عن جماعة منهم "مالك"، وعليه تفقه وخرج له في الصحيح، قال "ابن حنبل" كانوا يقدمونه على أصحاب مالك، توفي سنة 220هـ. (انظر: مخلوف، المرجع السابق، ص57. الموسوعة الفقهية، ج2، ص422).

يضرب الثلاثمائة والأربعمئة، بكرا كانت أو ثيبا قال: وكان الحكام يحكمون بذلك عندنا بمشورة الإمام "مالك" - رحمه الله تعالى - (1).

وقد احتج المالكية على رأيهم بفعل "عمر بن الخطاب" رضي الله عنه، فإن "معن بن زائدة" زور كتابا على عمر وذهب به إلى صاحب بيت المال، فأخذ منه مالا، فجلده "عمر" مائة، فتشفع فيه قوم فضربه مائة أخرى، ثم جلده بعد ذلك مائة ثالثة ولم يخالفه أحد من الصحابة فكان ذلك إجماعا منهم (2).

والذي ينبغي القول به هو تفويض صفة الضرب للقاضي فيخفف إذا كان التخفيف هو المناسب ويشدد إذا كان التشديد هو المناسب، ويكون التشديد سواء بالزيادة في قوة الضرب أو بزيادة عدد الضربات.

البند الثاني: التشديد بالتشهير بالحقي.

يوجد من الجناة من لا ينزجر بالضرب والآلام الجسدية، إلا أنه يتأثر وينزجر بالآلام النفسية، فيكون تعزيرهم بإعلان جرائمهم وتشهيرهم بين الناس حتى يفضحوا، وفي ذلك إيلاء لهم، ففي الإنبصاق: «ويجوز أن ينادى عليه بذنبه إذا تكرر منه ولم يقلع» (3).

والإهانة التي تلحق المجرم بالتشهير به وإعلان جريمته فيها ردع خاص له وفيها ردع عام لكل الناس حتى لا تنتشر تلك الجريمة، لا سيما إذا كان أثرها خطيرا، فالقاضي الذي يحكم بالجور ويقر بذلك، يعزل ويشهر ويفضح ويكتب أمره وينشر بين الناس (4).

(1) - انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 183.

(2) - انظر: المرجع نفسه، الموضوع نفسه. ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 348. ابن الهمام، المرجع السابق، ج 5، ص 342.

(3) - المرادوي، المرجع السابق، ج 10، ص 248.

(4) - انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 1، ص 88.

البند الثالث: التشديد بالحبس.

عرفت تشريعة الإسلامية العقوبات المقيدة للحريّة، وجعلتها من عقوبات التعزير، وأهم هذه العقوبات: الحبس المحدد المدة، والحبس غير المحدد المدة، وفي كليهما تقييد لحرية الشخص وإيلاء لنفسه.

والحبس هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه، سواء أكان ذلك في بيت أم في مسجد أم في غيرهما. وإن كان هذا هو الحبس على عهد النبي ﷺ و"أبي بكر"، فلم يكن هناك محبس معد لحبس الخصوم، ولكن لما انتشرت الرعيّة واتسعت رقعة بلاد المسلمين، في أيام "عمر"، استرى دارا "لصفوان بن أمية" بأربعة آلاف درهم، وجعلها حبسا⁽¹⁾.

فالقاضي في الشريعة الإسلامية له أن يتخذ الحبس كعقوبة للمجرم إذا رأى أن ذلك يحقق الغرض من العقاب، وهو زجر الجاني وردع باقي المجرمين.

البند الرابع: التشديد باستئصال أداة الجريمة أو مكانها.

إن القاضي إذا رأى أن دابر الجريمة لا ينقطع إلا باستئصال أدايتها أو مكانها كلن له فعل ذلك، فقد أمر رسول الله ﷺ بكسر دكان الخمر وشق ظروفها، وأمر ﷺ "عبد الله بن عمر" بتحريق الثوبين المعصفرين وهدمه لمسجد الضرار⁽²⁾، كما روى عن "عمر بن الخطاب" ﷺ أنه حرق حانوت الخمار وحرق قرية تباع فيها الخمر، وحرق قصر "سعد بن أبي وقاص" بالكوفة لما احتجبت عن الرعيّة⁽³⁾. فاستئصال أداة الجريمة أو مكانها قد يكون عاملا مساعدا على مكفحة الجريمة.

⁽¹⁾ -انظر: ابن القيم، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، بيروت، دار الكتب العلمية، دت، ص102-103. ابن فرحون، تبصرة الأحكام، ج2، ص273-274.

⁽²⁾ -الونشريسي (أبو العباس أحمد بن يحيى) المعيار المغرب والجامع المغرب، ج2، بيروت، طر الغرب الإسلامي، (1401هـ-1981م)، ص416.

⁽³⁾ -انظر: ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص15-16.

البند الخامس: التشديد بغرامة مالية.

وهذا الوجه إنما يؤخذ به على القول بجواز التعزير بالعقوبات المالية، وأخذ المال يكون إما بتفويت المال الذي تعلقت المعصية به على صاحبه تعزيراً له كما في الإلتلاف⁽¹⁾. وإما بتعزيم الشخص بغرامة مالية في أي معصية لا حد فيها ولا كفارة كأخذ مبلغ من شخص عقوبة له على عدم أدائه للصلاة مع الجماعة في المسجد، وهو قول "ابن تيمية" و"ابن القيم"^{**} -رحمهما الله- لتتصرا للقول بجواز التعزير بالمسأل بجميع صورته وتبعهما في ذلك كثير من الفقهاء المعاصرين⁽²⁾.

البند السادس: التشديد بتجمع بين أكثر من تعزير.

يجوز للقاضي التعزير بتجمع بين نوعين أو أكثر من التعزير، إذا رأى تمصلحة في ذلك فله أن يجمع بين الضرب والحبس، وبين التشهير والضرب، إلى غاية تحقيق الغرض من العقاب⁽³⁾. ذلك لأن الأمر موكول في التعزير إلى القاضي، وهو يقدر ما يراه مناسباً ويحقق المصلحة.

¹ -انظر: الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 171.

² -هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله الحضر بن محمد بن الحضر بن علي بن عبد الله بن تيمية الحراني ثم الدمشقي الحنبلي، شيخ الإسلام (توفي الدين، أبو العباس) (661-728هـ/1263-1328م)، محدث حافظ مفسر فقيه، من تلاميذته "ابن قيم الحوزية"، أهم آثاره: "السياسة الشرعية"، "أخبة". (انظر: ابن رجب، ذيل طبقات أختابله، ج 1، بيروت، دار المعرفة، د.ت، ص 337. الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج 4، ص 1496-1497).

³ -هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز ثورعي ثم الدمشقي الحنبلي المعروف "بأبي قيم الحوزية" (شمس الدين، أبو عبد الله) فقيه أصولي، مجتهد مفسر، متكلم شوقي محدث، ارتقى منصب الإفتاء والإمامة، له تصانيف كثيرة منها: "التفسير القيم"، "منارج السالكين"، "الطرق الحكيمة".... (انظر: ابن رجب، المرجع السابق، ج 1، ص 350. الأتابكي (جمال الدين يوسف بن تعري)، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، ج 10، مصر، المؤسسة المصرية العامة لتأليف والطباعة والنشر، د.ت، ص 249.

⁴ -انظر: عودة (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ط 6، ج 1، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1405هـ-1985م)، ص 705. عامر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 433. عكاز (فكري أحمد)، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، عكاظ، شركة مكتبة عكاظ، 1982، ص 370. أبو المعاطي (أبو الفتوح)، فنظام العقابي الإسلامي: دراسة مقارنة، مصر، مؤسسة دار التعاون، 1986، ص 486.

⁵ -انظر: الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 251.

وقد روى أن 'عمر بن الخطاب' رضي الله عنه جلد معن بن زائدة مائة سوط وحبسه

ونفاه⁽¹⁾.

البند السابع: التشديد بالقتل.

إن التشديد بالقتل هو أشد أوجه التشديد، فإذا لم يندفع شر المجرم إلا بقتله قتل، وقد أجاز المالكية القتل تعزيراً في بعض الجرائم، كالجاسوس المسلم والداعية إلى البدعة، وقيل إن مالكا يجوز قتل القدرية لأجل الفساد في الأرض لا لأجل الردة⁽²⁾.

وجاء في حاشية 'ابن عابدين' أن من أصول الحنفية أن ما لا قتل فيه عندهم كالقتل بالمتقل، والجماع في غير موضعه، إذا تكرر من الجنائي فيجوز للإمام أن يقتله إذا رأى المصلحة في ذلك، ويسى القتل سياسة⁽³⁾.

الفقرة الثانية: الاختيار النوعي للعقوبة في القانون الوضعي.

يمكن للقاضي في ظل القانون الوضعي أن يحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة للمجرم، وتؤدي الغرض من العملية العقابية، والاختيار النوعي للعقوبة في القانون الوضعي يحكمه نظامان هما، النظام تخييري (أولاً)، والنظام الإبدالي (ثانياً).

(1) أخرج البيهقي في سننه عن عبد الله بن عامر في كتاب آداب القاضي، باب ما يفعل بشاهد الزور، ج10، ص141-142. إلا

أنه ضعيف. وعبد الرزاق في المصنف عن مكحول في كتاب الشهادات في باب عقوبة شاهد الزور، ج8، ص326-327.

(2) -انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص106. ابن القيم، الطرق الحكيمة...، ص107. ابن تيمية، المرجع السابق، ص54.

ابن تيمية (تقي الدين بن عبد السلام)، نخبة: مسؤولية الحكومات الإسلامية، الجزائر العاصمة، الطريق للنشر والتوزيع، د.ت، ص58.

* -هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، (1198-1252هـ) دمشقي، كان فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، من

آثاره: "رد المحتار على الدر المختار"، "مجموعة رسائل" ... (انظر: الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص42. الموسوعة الفقهية، ج1، ص330).

(3) -انظر: ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص62. ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص54.

أولاً: النظام التخيري-

يقضي هذا النظام بترك القانون للقاضي حرية الاختيار في الحكم على المجرم بإحدى عقوبتين مختلفتين في النوع، أو بكليهما أو بعقوبة واحدة أو عقوبتين من ثلاث عقوبات أو أكثر مختلفة النوع المقررة للجريمة التي ارتكبها ذلك المجرم⁽¹⁾. والقانون لا يلزم القاضي باتباع أية قاعدة معينة في الاختيار وإن كان عليه مراعاة المعيار المزدوج الموضوعي والشخصي للتفريد القضائي⁽²⁾.

وباستقراء التشريعات تجد منها التي توسع من سلطة القاضي الجنائي حيال الاختيار النوعي للعقوبة من القانون العراقي⁽³⁾. ونجد أن القانون الإنجليزي يبرز في مقدمة القوانين التي تأخذ بأوسع نطاق بنظم العقوبات التخيرية⁽⁴⁾، وأجاز المشرع المصري للقاضي أن يحكم بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة في المواد (2/82، 2/92، 2/234) وغيرها⁽⁵⁾. وتقل العقوبات التخيرية في القوانين الصادرة خلال القرن الماضي كالقانون الفرنسي، الألماني والإيطالي لسنة 1930، كما يلتزم بذات النهج كلا من قانون العقوبات المغربي، التونسي، السوري، اللبناني، الأردني، والليبي⁽⁶⁾.

وباستقراء قانون العقوبات الجزائري، نجد أن العقوبات التخيرية قليلة مجارياً في ذلك قانون العقوبات الفرنسي، فيجيز المشرع للقاضي أن يحكم بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كما في عقوبة التحريض على التجمهر في المادة 100 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على أن «كل تحريض مباشر على التجمهر غير المسلح سواء بخطب تلقى علناً أو بكتابات أو مطبوعات تعلق أو توزع يعاقب عليه بالحبس من شهرين إلى سنة إذا نتج عنه حدوث أثره وتكون العقوبة الحبس من شهر واحد إلى ستة أشهر وبغرامة من 2.000 إلى 5.000 دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين في الحالة العكسية»، ونجد الاختيار النوعي للعقوبة في المواد (144، 170 مكرر 7، 180، 181، 182...).

(1) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، د.م، الدار الجامعية، دت، ص358.

(2) -انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(3) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص166.

(4) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص359.

(5) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص166.

(6) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص360.

ثانيا: النظام الإبدالي.

يجيز نظام العقوبات البديلة للقاضي إحلال عقوبة من نوع معين محل عقوبة من نوع آخر مقررة أصلا لجريمة ما، سواء أكان قبل الحكم بالعقوبة المقررة أصلا أم بعد الحكم بها، طبقا لما هو منصوص عليه في القانون⁽¹⁾. وذلك عند تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية أو احتمال تعذر تنفيذها، أو لملاءمة تنفيذ العقوبة البديلة أكثر من تنفيذ العقوبة الأصلية لحالة المجرم الشخصية⁽²⁾.

ويعد هذا النظام من وسائل تفريد العقاب، وفي كنفه يتمتع القاضي بحرية تتفاوت من تشريع لآخر في عملية الإحلال العقابي⁽³⁾. وباستقراء التشريعات المقارنة نجد أن استبدال العقوبة قضائيا يظهر في الصور التالية⁽⁴⁾:

الصورة الأولى: استبدال عقوبة سالية للحرية بعقوبة الغرامة.

الصورة الثانية: استبدال عقوبة بدنية بعقوبة الغرامة.

الصورة الثالثة: استبدال عقوبات العمل والغرامة كبداية للحبس قصير المدى.

الصورة الرابعة: استبدال الإنذار بتغيير الأحوال المعيشية بعقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة.

وباستقراء قانون العقوبات الجزائري نجد أنه يعمل بالنظام الإبدالي في بعض العقوبات، كأن يستبدل الحبس بالغرامة على أن لا تقل عن 20 دج⁽⁵⁾. فإذا ما أفادت محكمة الجنايات المتهم بالظروف المخففة، وجب عليها أن تنزل بالعقوبة إلى ما دون الحد الأدنى المقرر قانونا، والذي هو شهران إلى يوم واحد، كما يجوز لها أن تستبدل الحبس بالغرامة على أن لا تقل هذه الأخيرة عن 5 دنانير، وحيث أنه سبق للمجلس الأعلى أن قرر هذا المبدأ

(1) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص360.

(2) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص181.

(3) -انظر: المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

(4) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص360. واخذود القانونية...، ص142. بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة

القاضي...، ص360. وحماية حق...، ص478.

(5) -انظر: المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري.

في قراره الصادر بتاريخ 6 نوفمبر 1976 وعدم اتباعه يعد خرقاً بيننا لأحكام المادة 594 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري⁽¹⁾.

من خلال عرض نظام الاختيار النوعي للعقوبة في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي، نجد أن في كل من النظامين الشرعي والوضعي يتمتع القاضي بسلطة نسبية في اختيار نوع العقوبة التي تلائم المجرم وظروفه الشخصية وتؤدي إلى حماية مصالح المجتمع ونظامه العام.

غير أن الشريعة الإسلامية في مجال الحدود لا تعطي أية سلطة للقاضي في اختيار نوع العقوبة، إلا فيما يخص عقوبة الحرابة التي أعطي التقدير والاختيار من بين العقوبات المنصوص عليها للقاضي، أو ولي الأمر، على رأي من قال من الفقهاء بتفسير "أو" على أساس الاختيار، ويعود السبب في ذلك إلى خطورة هذه الجريمة على المجتمع من جهة، وإلى تنوع وتعدد الأفعال المكونة لها وبالتالي الآثار الناتجة عنها من جهة أخرى.

أما عقوبات التعزير، -فكما هو معروف- أمرها موكول إلى القاضي الذي له سلطة مطلقة في اختيار نوع العقوبة الموضوعة أساساً للعقوبات التعزيرية، مراعيًا في ذلك الضوابط العامة من الظروف الشخصية والموضوعية. وجليد بالذكر أن القاضي ليس له سلطة في التجريم والعقاب، وإنما تكمن سلطته في تقدير العقوبة من بين العقوبات المنصوص عليها على الأفعال الماسة بمصالح المجتمع ونظامه العام، وهذا بعد أن يكون قد اقتنع بالإدانة.

والتوانين الوضعية التي تأخذ بأوسع نطاق في النظام التخييري للعقوبة والتي من بينها القانون الإنجليزي والسويسري والعراقي، وهي قوانين قديمة وفي ظلها يكون القاضي متخصصاً مما قد يحول دون جورهم في التقدير واختيار النوع الملائم. وهذه القوانين توافقت الشريعة الإسلامية في عقوبات التعزير التي تفسح المجال واسعاً أمام القاضي.

(1) قرار المحكمة العليا بتاريخ 1981/04/21، رقم 129. (أشار إليه نواصر (العائش)، تقنين العقوبات، باتباعه، د.د، 1991،

غير أنه يجب التنبه إلى أن القاضي في الشريعة الإسلامية يختلف عن القاضي في القانون الوضعي، فالأول يتمتع بملكة اجتهادية، ومتعمقا في فهم مقاصد الشريعة الإسلامية والأسس التي تبنى عليها، مما يؤدي إلى معرفة كيفية الموازنة بين مصالح المجتمع وظروف المجرم الشخصية، أما الثاني فإنه يعمل على تطبيق القانون التي وضعتها السلطة التشريعية وإن كان جائرا، ذلك لأن الرقابة تقع عليه في حال مخالفته للقانون دون المسائل الموضوعية.

وبالنسبة للقوانين الحديثة العهد بالقضاء والتي من بينها القضاء الجزائي يقل فيه النظام التخييري لعدم تخصص القاضي، وضمانا لحماية المتهم من المحاكمة غير العادلة.

وهذا يبرز تفوق الشريعة الإسلامية على القوانين البشرية، فهي صالحة لكل زمان ومكان، وليست قاصرة على زمن دون زمن أو مجتمع دون مجتمع، ولا تطرح في كنفها مسألة عدم تخصص القاضي، فلا يتولى القضاء أو ولاية الأمر إلا من كان عالما بأهم أمور الشريعة حتى يستطيع تطبيق حدود الله في إطار عادل، دون ترجيح كفة على كفة، فحماية المجتمع مقصده وردع الجاني وإصلاحه مقصده أيضا.

وخلاصة القول أن الاختيار النوعي للعقوبة نظام قامت عليه الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرنا في الحدود المتصوص عليها، كما قامت عليه معظم التشريعات الوضعية، ولكن بنسب متفاوتة بحسب تخصص القاضي.

الفرع الثاني: التدرج الكمي للعقوبة.

إن نظام التدرج الكمي للعقوبة يتمثل في تحديد المشرع حدين أدنى وأعلى للعقوبات التي تقبل طبيعتها التبعية، فللقاضي أن يقدر العقوبة بين الحدين مراعيًا في ذلك ظروف المجرم الشخصية وملابسات جريمته، ونظام التدرج الكمي للعقوبة معتمد في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، كما أن التشريعات الوضعية المعاصرة تبنته إلى حد ما (الفقرة الثانية). وفيما يلي سنتناوله بشيء من التفصيل في كل من التشريعين حتى نتوصل إلى المقارنة بينهما.

الفقرة الأولى: التدرج الكمي للعقوبة في الشريعة الإسلامية.

معنى التدرج في العقوبة أنه على القاضي أن يتدرج في أساليب التعزير فيختار الدرجة المناسبة للمجرم، من الناحية الكمية، والكلام عن التدرج الكمي للعقوبة في الشريعة الإسلامية يقتضي التطرق إلى العقوبات التي تقبل طبيعتها التبعية، وتحديد مقدار حدتها الأدنى والأعلى، ويستقرأ الشريعة الإسلامية نجد أن العقوبات التي حدد لها بعض الفقهاء حدين هي: عقوبة الجلد (أولاً)، وعقوبة الحبس المحدد المدة (ثانياً)، فكيف يتم ذلك من الناحية العملية؟

أولاً: مقدار عقوبة الجلد.

لمعرفة مقدار عقوبة الجلد أو عدد الضربات نتناول الحد الأعلى لهذه العقوبة (البند الأول) ثم الحد الأدنى لها (البند الثاني).

البند الأول: الحد الأعلى للحد.

اختلف الفقهاء في المدى الذي يمكن أن تنتهي إليه العقوبات التعزيرية في الجلد، وأساس هذا الاختلاف هو تعدد أحاديث الرسول ﷺ وأفعال الصحابة في هذا المجال.

وممن أخذ بفعل الصحابة "مالك" رضي الله عنه حيث جاز عنده أن يبلغ بالتعزير إلى الحد وله تجاوزه بحيث يراعي الإمام في ذلك المصلحة، وقد روي عنه أنه أمر بضرب رجل وجد مع صبي قد جرد من ثيابه وضمه إلى صدره، فضربه أربعاً فانتفخ ومات ولم يستعظمها "مالك" (1).

وروي عن "أحمد" أنه لا يزداد على عشر جلادات في التعزير، وذلك لقول الرسول ﷺ: «لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله» (2). وفي رواية

(1) - انظر: ابن فرحون، بحرة الحكام، ج 2، ص 215.

(2) - أخرجه البخاري في صحيحه عن عائشة. في كتاب الحدود، باب كم يخزف والأدب، رقم 41، ج 8، ص 310.

أخرى عنه «أنه لا يبلغ بالتعزير الحد»، ويحتمل أنه أراد أن لا يبلغ به أدنى حد مشروع، وهو قول "الشافعي"، فعلى ذلك لا يبلغ به أربعين سوطاً لأنها حد العبد في الخمر والقذف، وهذا أيضاً قول "أبي حنيفة"، وعليه فيبلغ بالتعزير عنده تسعة وثلاثون سوطاً، باعتبار أن حد العبد هو القاعدة لأنه أدنى الحدود ففاس عليه، واختلف أصحابه في ذلك، ففي رواية عن "أبي يوسف" أنه يبلغ به خمسة وسبعون سوطاً وقيل تسعة وسبعون. وهذه الرواية قائمة على أساس اعتبار حد الحر هو القاعدة وهو ثمانون بالنسبة للقذف والشرب، وفي رواية أخرى له أنه يقرب كل جنس إلى جنسه فيقرب للمس والقبلة من حد الزنا، والقذف لغير المحصن أو للمحصن بغير الزنا من حد القذف صرفاً لكل نوع إلى نوعه، أما صاحبه "محمد بن الحسن الشيباني" فرأيه في هذه المسألة مضطرب فهو في بعض النسخ مع "أبي حنيفة" وفي بعضها الآخر مع "أبي يوسف" (1). والرأي الراجح عند "الحنفية" هو رأي "أبي حنيفة" لوجوب المصير إلى ما فيه الاحتياط وهو تسعة وثلاثون (2).

والراجح عند "الشافعية" أن لا يبلغ أكثر التعزير جداً في الحر أربعين جلدة، وعلى هذا فينقص عن أقل الحدود في الخمر، فيكون تسعة وثلاثون جلدة، وفي العبد لا يبلغ به عشرون جلدة، وعليه فينقص عن أقل الحدود في الخمر، فيكون تسعة عشرة جلدة (3).

* هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، اشتغل برواية الحديث، تفقه على أبي حنيفة حتى صار من أكبر تلاميذه، وهو صاحب له، من مؤلفاته كتاب "الحراج"، توفي سنة 183 هـ. (انظر: ابن خلكان (شمس الدين أحمد بن أبي بكر)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، ج6، بيروت، دار صادر، د.ت، ص378. القرشي (عبي الدين عبد القادر بن نصر الله)، اجواهر المضبية في طبقات الحنفية، ج3، الرياض، حجر للطباعة والنشر، (1413هـ-1993م)، ص611).

* هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني نسبة إلى بني شيبان بالولاء، (131-189هـ)، إمام في الفقه والأصول، يثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف، ولي القضاء للرشيد ثم عزله، من تصانيفه: "الجامع الكبير"، "الجامع الصغير" ... (انظر: الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص80. الموسوعة الفقهية، ج1، ص350).

(1) -انظر: الزيلعي، المرجع السابق، ج3، ص210. ابن الممام، المرجع السابق، ج5، ص348. ابن قدامة، المرجع السابق، ج10، ص347. المرداوي، المرجع السابق، ج10، ص247.

(2) -انظر: الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص64. ابن الممام، المرجع السابق، ج5، ص349. الزيلعي، المرجع السابق، ج3، ص210.

(3) -انظر: الشيرازي (أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، بيروت، دار الفكر، د.ت، ص288.

وبعد استعراض آراء الفقهاء في أقصى حد يمكن أن يبلغه التعزير، نختار ونميل إلى الرأي القائل بعدم التحديد⁽¹⁾. لأن ذلك يتفق مع المبدأ العام في التعزير وهو أنه ليس فيه شيء مقدر، وأنه مفوض إلى رأي الإمام، ولأن التعزير يختلف باختلاف الظروف والجرائم والأشخاص، ومن المجرمين من لا يردعه جلد الحد كما أن من الجرائم ما هي أخطر من الجرائم التي وضع الشارع لها حدوداً، فينالك جرائم ذات أثر خطير على المجتمع، ولو منعنا من إيصال الجلد إلى مقدار الحد أو أكثر منه، لكان ذلك منافياً لروح التشريع الذي يحرص على تنقية المجتمع من الرذائل.

البند الثاني: الحد الأدنى للحد.

إذا ما حاولنا الوقوف عند الحد الأدنى للجلد، نقف على رأيين:

أولهما: أن أقل الجلد تعزيراً ثلاث جلدات، وهو رأي العلامة "تقدوري" الحنفي رحمه الله - ذلك لأن ما دونها لا يكفي لتحقيق الزجر والتردع المقصود من التعزير⁽²⁾.

ثانيهما: أن أقل الجلد تعزيراً يرجع إلى ما يراه القاضي أنه يكفي للزجر والتردع لأن التعزير يختلف باختلاف الجرائم والأشخاص، فإذا حصل الردع بسوط أو سوطين فلا داعي لتحديده حينئذ بثلاثة أسواط. وإلى هذا ذهب الجمهور⁽³⁾ ومما يؤيد رأيهم أنه لا نص يفيد أقل التعزير، وتقدير أقل التعزير بثلاث جلدات، كما يروي "تقدوري" يدخله في

(1) رواه ذهب ائمتين: انظر: أبو الفتح - (أبو المعاطي)، المرجع السابق، ص 488. عامر (عبد العزيز) المرجع السابق، ص 343. الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 125. أبو زيد (بكر بن عبد الله)، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم: دراسة وموازنة، ط2، رسالة ماجستير، الرياض، دار العاصمة، 1415هـ، ص 483.

عمر أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان البغدادي، المشهور بالتقدوري نسبة إلى بيع القدور، اخفى (أبو الحسن)، (362-428هـ/973-1037م)، فقيه انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بالعراق، من تصانيفه: "مختصر لتقدوري"، شرح مختصر الكرخي. (نظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج7، ص574. كحالة (عمر رضا)، معجم المؤلفين، ج1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دت، ص242).

(2) انظر: تزييلي، المرجع السابق، ج3، ص210. ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم)، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ط1، ج5، بيروت، دار الكتب العلمية، (1418هـ-1997م)، ص79. ابن الهمام، المرجع السابق، ج5، ص349.

(3) انظر: انقراي (شهاب الدين أحمد بن ادريس)، الفروق، ط1، ج4، دار إحياء الكتب العربية، 1346هـ، ص177. الغزالي (محمد بن محمد أبو حامد)، الوحي في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج2، بيروت، دار الفكر، (1414هـ-1994م)، ص182. ابن قدامة، المرجع السابق، ج10، ص348. ابن تيمية (تقي الدين عبد السلام)، مجموع فتاوى ابن تيمية، ط1، ج28، الرياض، مطابع الرياض، 1383هـ، ص344.

باب الحدود، لأنها هي المقدرّة، ويؤيد رأيهم أيضا أن الهدف من التعزير هو المنع من معاودة الجريمة، فينظر إلى ما يحقق هذا الهدف وهو أمر يختلف باختلاف الأشخاص، فمنهم من ينزجر بسوط واحد، ومنهم من لا ينزجر إلا بعدة أسواط⁽¹⁾.

والصواب ما ذهب إليه الجمهور من عدم التحديد، وترك ذلك للقاضي أو الإمام⁽²⁾، وإذا كانت هناك ضرورة لتحديد الحد الأدنى فيكون سوطا واحدا، إذ لا حد أنفى منه. ومن المعروف أن معنى الضرب يصدق على السوط الواحد وعلى الأكثر منه فالقول بأن ما دون الثلاثة لا يقع به الزجر قول غير منطقي.

وباستعراضنا لمقدار عقوبة الجلد بحديه الأعلى والأدنى، وجدنا أن الرأي الراجح وعليه معظم الفقهاء المتقدمين والمتأخرين هو عدم تحديد المقدار لأن ذلك متروك إلى ولي الأمر أو القاضي الذي له أن يتجاوز الحد أو أن يجلد بضربة واحدة. إذا رأى في ذلك مصلحة المجتمع وظروف المجرم الشخصية ومدى خطورته. وعلى رأي من يجعلون لعقوبة الجلد حدا أدنى وحدا أعلى فإنه على القاضي أن يلتزم الحدين ويقدر للدرجة المناسبة مراعيًا في ذلك الجنائي والجريمة وضررها على المجتمع.

ثانيا: مقدار عقوبة الحبس محدد المدة.

المقصود بالحبس الشرعي هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان ذلك في بيت أم في مسجد، أم في غيرهما⁽³⁾. والحبس نوعان، نوع محدد المدة، ونوع غير محدد المدة، قد يتوقف على التوبة أو الموت، أما المحدد فمدة، والذي يكون في الجرائم العادية والتي لا تتم عن خطورة إجرامية لدى المجرم. ومقدار هذا النوع يتحدد بالحد الأعلى (البند الأول) والحد الأدنى (البند الثاني)، وفيما يلي نقف على أقوال الفقهاء في هذين الحدين.

(1) -انظر: الخلفي (ناصر على ناصر)، المرجع السابق، ص112.

(2) - هو اختيار د. عبد العزيز عامر في رسالته، ص344.

(3) - ابن القيم، الطرق الحكيمة، ص101-102.

البند الأول: الحد الأعلى للحبس محدد المدة.

لم يعين جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة حداً أعلى للحبس تعزيراً بل المرجع عندهم إلى اجتهاد الحاكم بما يراه كافياً للزجر والردع، وذلك يختلف باختلاف الجريمة والفاعل والظروف التي ارتكبت فيها.

قال "ابن نجيم" الحنفي: «وتقدير مدة الحبس راجعة إلى الحاكم»⁽¹⁾.
وقال "ابن فرحون" المالكي «وأما قدر مدة الحبس فيختلف باختلاف أسبابه وموجباته فحبس التعزير راجع إلى اجتهاد الحاكم بقدر ما يرى أنه ينزجر به ... ومقتضى مذهبنا أنه موكول إلى اجتهاد الإمام»⁽²⁾.
وقال "أبو يعلى" الحنبلي: «فمنهم من يحبس يوماً ومنهم من يحبس أكثر من ذلك إلى غير غاية مقدرة»⁽³⁾.

وقد حدده بعض فقهاء الشافعية بألا يصل إلى سنة، وقد قاسوا حدة الحبس على النفي والتعزيب، فعندهم أن التعزيب لا يصل إلى سنة، لأن التعزيب في حد الزنا سنة فينبغي ألا يصل الحبس إلى سنة، حتى لا يعاقب بعقوبة الحد في غير حد⁽⁴⁾، غير أن هناك

¹ - هو زين الدين ابن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم من أهل مصر، فقيه وأصولي حنفي، كان عالماً محققاً ومكثراً من التصنيف، أجز بالإنشاء والتفسير، من تصانيفه: "البحر الرائق في شرح كثر اندقائق"، "الأشباه والنظائر". (انظر: ابن العماد، المرجع السابق، ج8، ص358. لزركلي: المرجع السابق، ج4، ص64).

⁽¹⁾ - ابن نجيم، المرجع السابق، ج5، ص46.

² - هو إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون اليعمرى المدني المالكي (أبو الوفاء، برهان قدين)، (719-799هـ / 1319-1397م)، تفرغ وجمع وولي قضاء للدين، من تآليفه: "شرح مختصر ابن الحاجب"، "تبصرة الحكام".... (انظر: ابن العماد، المرجع السابق، ج6، ص357. لزركلي، المرجع السابق، ج5، ص6).

⁽²⁾ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص322.

³ - هو محمد بن محمد بن محمد بن الحسين بن خلف بن أحمد بن ثقفاء (أبو يلعى الصغير، عماد الدين)، (494-560هـ / 1101-1165م)، فقيه أصولي محدث، سمع الحديث وأفق ودرس وناظر، وولي القضاء، من تصانيفه الكثيرة: "التعليمة فكيرة في مسائل الخلاف"، "شرح للذهب".... (انظر: ابن رجب، المرجع السابق، ج1، ص206-207. ابن العماد، المرجع السابق، ج4، ص19).

⁽³⁾ - أبو يعلى، الأحكام السلطانية، ص279.

⁽⁴⁾ - انظر: الرلمي، المرجع السابق، ج8، ص22.

من الشافعية من يرى غير ذلك، فقد قال "الماوردي" * «فمنهم من يحبس يوماً ومنهم من يحبس أكثر من ذلك إلى غير غاية مقدرة»⁽¹⁾.

وقال "الرملي" ** في كتابه "نهاية المحتاج": «إنه لم ير القول بعدم بلوغ التعزير بالحبس إلى سنة منقولاً»، وقد قيل عن حديث: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين» إنه مرسل⁽²⁾.

أما المنقول عن "عبد الله الزبيري" *** من تقديره لمدة الحبس بشهر أو بستة أشهر، وكذلك ما ورد في "شرح الكنز" من تقديره لمدة الحبس بشهرين أو أقل أو أكثر، وكذلك ما روي عن "ابن الماجشون" **** المالكي من تقديره له بنصف شهر أو بشهرين أو بأربعة، فقد أوله الدكتور "عبد العزيز عامر" إلى أنه ليس بتقدير حتمي، وإنما هو اجتهاد حصل في ظروف معينة، لا يصح معها أن يؤخذ كقاعدة مجردة، ولا أن ينسحب على وقائع أخرى حتماً⁽³⁾.

والخلاصة أن الحبس الذي تقدر منته لم يرد في حده الأقصى تقدير يعتبر كقاعدة عامة، بل الأمر فيه مفوض إلى رأي الحاكم، ويختلف باختلاف الظروف، والشرط فيه أن يكون كافياً لجزر الجاني، ووافياً بالغرض من شريعة العقاب.

- هو علي بن محمد بن حبيب البصري المعروف بالماوردي أبو الحسن، (364-450هـ/975-1058م)، فقيه أصربي مفسر، أديب سياسي، درس بالبصرة وبغداد، وولي القضاء ببلدان كثيرة، من تصانيفه: "أخاوي الكبير"، "الأحكام السلطانية". (انظر: الأسنوي المرجع السابق، ج2، ص206. الزركلي، المرجع السابق، ج4، ص327).

⁽¹⁾ - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص236.

** - هو محمد بن أحمد بن حمزة الرملي المصري الأنصاري الشافعي شمس الدين، (919-1004هـ-1513-1596م)، فقيه ولي افتاء الشافعية، من تصانيفه: "نهاية المحتاج"، "الفتاوى". (انظر: الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص7. كحالة (عمر رضا)، المرجع السابق، ج3، ص61).

⁽²⁾ - الرملي، المرجع السابق، ج8، ص22.

*** - هو عبد الله بن نافع الأصغر الزبيدي أبو بكر من ذرية الزبير بن العوام، ويعرف بالأصغر، وهو الفقيه صاحب مالك سمع منه وروى عنه جماعة منهم: عباس الدوري والزبير بن بكار، توفي سنة 216هـ. (انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص131).

ابن العماد، المرجع السابق، ج2، ص36.

**** - هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون، كان فقيهاً مالكيًا فصيحا، دارت عليه الفتيا في أيامه بالمدينة، توفي سنة (212هـ). (انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص153. الزركلي، المرجع السابق، ج4، ص160).

⁽³⁾ - انظر: عامر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص371.

البند الثاني: الحد الأدنى للحبس محدد المدة.

اتفق الفقهاء على أنه لا تحديد لأقل مدة الحبس تعزيراً، بل الأمر في ذلك مفوض إلى اجتهاد القاضي فيحكم بالقدر الذي يراه كافياً لزرع الجنائي، فقد يكفي سجن يوم أو ساعة بالنسبة لبعض الناس⁽¹⁾. جاء في كتاب "المغني" «أن أقل التعزير ليس مقدراً لأنه لو تقدّر لكان حداً فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام فيما يراه، وما يقتضيه حال الشخص نفسه»⁽²⁾.

ويرى د. "عبد العزيز عامر" أن أقل الحبس في التعزير يوم واحد، لأن اليوم أقل مدة للحبس تكفي للزرع⁽³⁾. وبهذا التحديد قال "الماوردي" في الأحكام السلطانية⁽⁴⁾. أما فيما يخص عبارة "المغني"، فإن تحديد حد أدنى للتعزير لا يعتبر حداً لأن الحكم على مقتضى الحد الأدنى ليس إلزامياً، بل تجوز الزيادة بحسب الأحوال، وليس هذا شأن الحدود المقدرة من الشارع⁽⁵⁾.

وأما ما استند إليه البعض من أن النبي ﷺ قدّر أكثر التعزير ولم يقدر أقله، فلين الحديث: «لا يجلد فوق عشرة أمواط إلا في حد...» الذي احتجوا به، وارد في الجلد وليس في الحبس تعزيراً⁽⁶⁾.

وخلاصة القول أن مدة الحبس المحدد المدة غير محددة سلفاً من الناحية الشرعية، بل للقاضي أن يقدر المدة التي يراها مناسبة للمجرم وللجريمة، فيمكنه أن يحكم بشهر أو ستة أشهر أو سنة أو أكثر، المهم في ذلك القدر الذي يحقق الغاية من تشريع العقاب، وإن كان فيه صورة لتحديد الحد الأدنى، فهو يوم واحد لأنها أقل مدة تكفي للزرع.

(1) -انظر: الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 133.

(2) -ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 348.

(3) -انظر: عامر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 371.

(4) -انظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 236.

(5) -انظر: عامر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 371.

(6) -انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه، ص 371.

الفقرة الثانية: التدرج الكمي للعقوبة في القانون الوضعي.

كان للتيارات الفكرية الوسطية المتجهة نحو تفريد العقاب الأثر البالغ في اتجاه التشريعات في العصر الحاضر نحو التقليل من العقوبة السالبة للحرية المؤبدة، كما حصرُوا عقوبة الإعدام بعدد قليل من الجرائم، وفسح المجال أمام سيادة نظام التدرج الكمي القضائي للعقوبات على خلاف بين التشريعات في طريقة ومدى هذا التدرج حسب السياسة الجنائية المنتهجة في ذلك المجتمع، وللتدرج الكمي طريقتان هما التدرج الكمي الثابت (أولاً)، وتدرج الكمي النسبي (ثانياً).

أولاً: التدرج الكمي الثابت.

يكون التدرج الكمي ثابتاً عندما يحدد المشرع للعقوبة حينئذٍ حد أدنى وحد أعلى ثابتين، سواء أكانا حدين عامين. (البند الأول) أم حدين خاصين (البند الثاني)، أم حد أدنى عام وحد أعلى خاص (البند الثالث) أم حد أدنى خاص وحد أعلى عام (البند الرابع)، ولتقاضي يختار القدر المناسب بين هذين الحدين.

البند الأول: حالة الحدان الأدنى والأعلى عامان.⁽¹⁾

يثبت المشرع في ظل هذا النمط نوع العقوبة دون أن يحدد مقدارها ضمن المسمى الوارد بالنص تاركاً المجال التقديري للقاضي، الذي يتاح له أن يقدر العقوبة داخل إطار الحدين الأدنى والأعلى المنصوص عليهما قانوناً، وهذا النوع يكفي قدراً معقولاً للتفريد القضائي، إلا أنه يفتح مجال الحبس قصير المدى⁽²⁾.

(1) سياسة للحد العام سواء أدنى أو أعلى، فإن التشريع الجزائري يذكر جنس العقوبة السجن المؤقت أو الحبس مع ذكر حده العام، وهذا فيه تكرار، ونادراً ما يذكر جنس العقوبة دون ذكر حدها العام.

(2) - تنظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص 202. وحماية حق ...، ص 483.

وقد حوت معظم التشريعات العربية على عدد من العقوبات نسجت على منوال هذا النمط منها القانون المصري في المواد (14، 272، 357)، واللبناني في المواد (290، 315، 367)⁽¹⁾.

ويستقرأ قانون العقوبات الجزائري وجدناه يشتمل على هذا النمط من التدرج الكمي، فيما يخص عقوبتي السجن المؤقت والحبس في مواد قليلة، منها على سبيل المثال المادة 206 المتعلقة بالتزوير، والتي تنص على أنه «يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشرين سنة كل من قلد أو زور، إما طابعا وطنيا أو أكثر...»، وتنص المادة 414 الخاصة بإتلاف المحاصيل الزراعية بأن: «كل من أتلّف 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 وبغرامة من 500 إلى 1.000 دينار». وغيرها من المواد: 207، 264، 266، 430... فالمشرع قد وضع للجرائم المذكورة في المواد السابقة عقوبات السجن المؤقت والحبس المحدود بحدين نفي أو أعلى عامين، فالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى 20 سنة، والحبس من شهرين إلى 5 سنوات. والقاضي يقدر العقوبة الموجودة بين الحدين. ويتبع هذا النمط في قانون العقوبات تجزئتي وجدناه ضئيلا، والسبب يعود - ربما - إلى السياسة الجنائية التي يتبناها المشرع للتقليل من الحبس قصير المدى.

البند الثاني: حالة الحدان الأدنى والأعلى خاصان.

إن المياعة بين الحدين الأدنى والأعلى في العقوبة من شأنها التغلب على قيود سلطة القاضي التقديرية، وتضمن تشريعا للعقاب بشكل ينسجم مع موجهات السياسة الجنائية المعاصرة في تفريده للعقوبة، ولكنه ينطوي على خطر المغالاة والمفارقة بين المجرمين لدى تقدير العقوبة خاصة في الدول حديثة العهد بالقضاء، ومن ثم يعصف بموازين العدالة ما لم يحسن استخدامه⁽²⁾.

ويعرف التشريع الجزائري، هذا النوع من العقوبات بنسبة غير كبيرة، نظرا لأنها نولة حديثة العهد بالقضاء، وقد لا يحسن اقتضاء استخدام السلطة الممنوحة لهم في تقدير

(1) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 202.

(2) - انظر: المرجع نفسه، ص 198. بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق...، ص 482.

العقوبة ومن ثم تقع المفارقة بين الجناة. ومن مواد هذا النمط من العقوبات نجد المادة 102 التي تنص على أنه «إذا منع مواطن أو أكثر من ممارسة حق الانتخاب بوسائل التجمهر أو التعدي أو التهديد، فيعاقب كل واحد من الجناة بالحبس من ستة أشهر على الأقل إلى سنتين على الأكثر...»⁽¹⁾.

فالقاضي هنا يختار العقوبة الموجودة بين الحدين الخاصين أي بين ستة أشهر على الأقل وسنتين على الأكثر، والاختيار لا يكون ناتجا عن هوى وإنما مراعاة لظروف المجرم وضرر جريمته على المجتمع، كما تنص على هذا النمط كل من المواد 76، 79، 10/87، 96، 99 وغيرها. وهي متعلقة بالجنايات والجنح ضد الشيء العمومي.

البند الثالث: حالة الحد الأدنى عام والحد الأعلى خاص.

ترد هذه الحالة عندما يكون الحد الأدنى لعقوبة تلك جريمة هو الحد الأدنى المقرر لعقوبة السجن المؤقت أو الحبس، أما الحد الأعلى فيكون خصا بتلك الجريمة. وتتسع رقعة هذا النظام في العديد من التشريعات العربية⁽²⁾. والتشريع الجزائي في عدة مواد منها: المادة 74 المتعلقة بجرائم التعدي على الدفاع الوطني أو الاقتصاد الوطني، التي تنص على أنه: «يعاقب بالحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات من يعرقل مرور العتاد الحربي...»، والمتأمل في مجال هذه العقوبة، أو المدة المحددة يجد أنها تضيق من سلطة القاضي الجنائي في تقدير الجزاء، حيث لا يكون هناك فرق كبير بين المجرمين في العقوبات المقدرة عليهم، فلا تحكم ولا اعتساف في التطبيق في الدول التي لا يوجد فيها قضاء متخصص، وهذا النمط من العقوبات منتشر في كثير من المواد، من ذلك على سبيل المثال المواد المتعلقة بالجنايات والجنح ضد أمن الدولة: (67، 75، 78، 98)، والمواد المتعلقة بعقوبة المخالفات، (442، 445).

⁽¹⁾ انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 198.

⁽²⁾ وهذه التشريعات هي التشريع العراقي، والليبي، والتونسي، والسوداني، والكويتي، والبحريني، والسوري، واللبناني، والأردني ولتشروع الموحد. (انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 125. وحماية حق...، ص 482).

ويسمى هذا النوع من التدرج بالأنجلو سكسوني لنشونه في كنف القانون الجنائي لإنجليزي⁽¹⁾.

البند الرابع: حالة الحد الأدنى خاص والحد الأعلى عام.

حيث يضع المشرع حدا خاصا لحد العقوبة الأدنى ويترك حدها الأعلى للحد الأعلى العام لجنس العقوبة، وفي كنف هذا النظام يجوز للقاضي أن يرتفع بما يحكم به من عقوبة إلى الحد الأعلى العام المقرر للجرائم المشمولة به في النصوص العقابية، ونلاحظ أن سلطة القاضي تزداد ارتفاعا كلما كان الحد الأدنى الخاص منخفضا والحد الأعلى العام مرتفعا، إذ يكون بين حدي العقوبة شاسعا وتضييقا بارتفاع الحد الأدنى الخاص وانخفاض الحد الأعلى العام⁽²⁾.

ويهدف المشرع من هذه العقوبة إلى التضييق من سلطة القاضي التقديرية، إما لمواجهة نوع معين من الجرائم، كالجرائم الاقتصادية نظرا لخطرها على الاقتصاد الوطني أو لمحاولة التقليل من العقوبات قصيرة المدى، كنوع من الترشيح التشريعي لضمان التطبيق الجيد لسياسة التجريم والعقاب⁽³⁾.

وتعرف معظم التشريعات العربية هذا النوع من العقوبة مثل: التشريع اللبناني والأردني ويندر وجود هذا النمط في التشريع المصري، والسوداني⁽⁴⁾، وباستقراء نصوص قانون العقوبات الجزائري، وجدناه يشمل على هذا النمط من العقوبات حيث تنص المادة 68 متعلقة بجرائم التعدي على الدفاع الوطني على أنه «يعتق بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة كل من يسلم بغير إذن سابق من السلطة المختصة إلى شخص يعمل لحساب دولة أو مؤسسة أجنبية اختراعا يهدد الدفاع الوطني» فعشر سنوات حد خاص، بعقوبة الجريمة المذكورة، أما عشرون سنة فهي حد أعلى عام لعقوبة السجن المؤقت. وللقاضي سلطة تقدير العقوبة بين هذين الحدين. وتتسع رقعة هذا النمط في التشريع الجزائري، حيث نجد على

⁽¹⁾ -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، الخلود القانونية...، ص75.

⁽²⁾ -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي... ص128. وحماية حق...، ص482.

⁽³⁾ -انظر: المرجع نفسه، ص482.

⁽⁴⁾ -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص198.

سييل المثار في المواد المتعلقة بجرائم التعدي على الدفاع الوطني والاقتصاد الوطني (66)،
70، 71، 72، 73، 83، 85 ...).

والجدير بالذكر أن المحكمة إذا قررت منح الظروف المخففة في الجناية التي يتراوح مقدار عقوبتها ما بين 10 إلى 5 سنوات كحد أدنى فليس من حقها أن تنزل إلى ما دون هذا الحد، وأنها إذا فعلت ذلك وقررت تخفيض العقوبة إلى 3 سنوات حيسا مع إيقاف التنفيذ فإنها قد خالفت المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري⁽¹⁾. فما عليها إلا الالتزام بالتدرج فيما بين الحدين دون النزول عن الحد الأدنى أو تجاوز الحد الأعلى.

ثانياً: التدرج الكمي النسبي:

تغرامة هي جزاء توقعه الدولة بما لها من سلطة العقاب على أفرادها⁽²⁾. وهي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة المبلغ المقرر في الحكم. ومعلوم أن الغرامة النسبية يحتملها المشرع بطريقة تتناسب مع مقدار الكسب الذي أراد الجنائي تحقيقه أو حقه فعلا من جريمته⁽³⁾.

وتختلف الغرامة النسبية عن الغرامة العادية التي هي التعويض، في أن الغرامة النسبية هي عقوبة جنائية خالصة تضاف إلى العقوبة الأصلية التي غالبا ما تكون عقوبة سالبة للحرية⁽⁴⁾. والغرامة هي العقوبة الوحيدة التي يحدد لها المشرع أحيانا نطقا نسبيا، يلزم القاضي بالتدرج في مقدارها بالنسبة لقيمة المال محل الجريمة، وهو تدرج موضوعي (البند الأول) أو يتنسب للدخل اليومي للمجرم وهو تدرج شخصي (البند الثاني)⁽⁵⁾.

(1) قرار المحكمة العليا تاريخ 1981/04/21، نشرة الفضاة، 1981، ص 119، (أشار إليه: نواصر (العابش)، المرجع السابق، ص 30).

(2) -انظر: اجتووي (سحر)، المرجع السابق، ص 93. عبد المنعم (سليمان)، المرجع السابق، ص 464.

(3) -انظر: المرجع نفسه، الموضوع نفسه. سرور (أحمد فتحي)، الجرائم الضريبية والنقدية، القاهرة، دد، 1960، ص 221.

(4) -انظر: اجتووي (سحر)، المرجع السابق، ص 162. بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص 206.

(5) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة ...، ص 356.

البند الأول: التدرج الكمي النسبي الموضوعي.

يتجه المشرع في بعض الجرائم التي يكون محلها مالا؛ كالجرائم الاقتصادية، وجرائم الرشوة والاختلاس وجرائم الأموال بصفة عامة، إلى تحديد مقدار الغرامة بالقياس مع قيمة ائمال محل الجريمة، أو بعبارة أخرى بالقياس مع قيمة الضرر المترتب عن الجريمة، أو قيمة الفائدة التي حصل عليها الجاني منها، ويسمى هذا النوع من الغرامة بوجه عام بالغرامة النسبية، غير أن الغرامات النسبية لا تخضع كلها إلى قاعدة التدرج الكمي الموضوعي، وإنما هذه القاعدة تشمل فقط الغرامات النسبية التي جرى تحديد حديها الأدنى والأعلى على نحو متفاوت بالقياس إلى قيمة تضرر أو الفائدة، أو تم تحديد أحد حديها بهذه الطريقة، وجرى تحديد الحد الآخر بمبلغ معين ثابت كحد خاص للغرامة المقررة بالذات، أو كحد عام لجميع الغرامات. أما الغرامات النسبية الأخرى التي حددها المشرع جملة بالقياس إلى قيمة ائمال محل الجريمة أو ما يدل على تلك القيمة أو قيمة الضرر أو الفائدة، فإنها تعتبر من العقوبات ذات الحد الواحد التي تحرد القاضي من أية سلطة تقديرية في تحديدها⁽¹⁾.

والممتنع لمواد قانون العقوبات الجزائري، يجد أنه يعتمد كثيرا على النوع الأول من التدرج الكمي النسبي الموضوعي، فيذكر الغرامة النسبية المحدودة بحد أدنى وحد أعلى إلى جانب عقوبتي السجن المؤقت والحبس، وللقاضي سلطة مطلقة في تقدير ما يلائم الجنائي من الغرامة التي تتصوي بين الحدين.

وإذا كانت الغرامة مصدر دخل لخزينة الدولة نظير ما تتفقه لفظ النظام العام والمحافظة على أمن المجتمع من الجريمة، غير أنه لا بد من إعادة النظر في مبالغ الغرامة في القانون، لأنها أصبحت لا تتناسب والمستوى الاقتصادي للفرد، ولا تؤدي دورها العقابي⁽²⁾.

(1) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة ...، ص356-357.

(2) -انظر: بوحماغ (باية)، الغرامة الجرايمية: دراسة مقارنة، رسالة منحة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول

الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، قسنطينة، 2000-2001، ص247-248.

البند الثاني: التدرج الكمي النسبي الشخصي.

يتمثل التدرج الكمي النسبي الشخصي للعقوبة في الغرامة النسبية تبعاً للدخل اليومي لمرتكب الجريمة المقررة في بعض القوانين كقانون العقوبات السويدي والدايمساركي والفنلندي التي تحدد الغرامات بوحدات نسبية (أيام غرامات) ويعتبر المبلغ الذي يستطيع المحكوم عليه توقيره يومياً هو القيمة النقدية لكل وحدة أي لكل (يوم غرامة)⁽¹⁾ و هذا النوع من العقوبة غير واردة في قانون العقوبات الجزائري، بالرغم من أنه يعبر عن أحدث الاتجاهات العقابية الرامية إلى تقليل اللجوء إلى العقوبات السالبة للحرية.

ويرى د. "حاتم حسن" أن الأولى بالإتيان أن تحدد الغرامة تبعاً لحالة المحكوم عليه بشكل يجعل الخسارة التي تلحقه من جراء العقوبة تتكافأ مع جريمته، وعلى القاضي أن يضع في اعتباره موارده و ثروته وحالته الاجتماعية وعمره وحالته الصحية، ويراعي ذات العناصر بالنسبة لشمولين بإعالتهم ممن يجنون ثمرة جرمه ومساوئ عقوبته، لأن ذلك من شأنه إحداث التناسب بين الغرامة وخطأ المجرم ومقدرته على الوفاء بها وهو ما يؤدي إلى تحقيق قدر أوفر من العدالة، ولعل في تخصص القاضي الجنائي ما يعين على التغلب على التعقيدات الحسابية المصاحبة لهذه الطريقة، ويضمن من ثم الوفاء بأغراضها بما ينسجم مع موجبات السياسة الجنائية المعاصرة⁽²⁾.

من خلال ما سبق يتبين الاختلاف بين التشريع الجنائي الإسلامي والتشريع الجنائي الوضعي يكمن في اختلاف العقوبات التي تقبل طبيعتها التبعية. فنجدها في الشريعة الإسلامية تتضمن عقوبة الجلد وعقوبة الحبس المحدد المدة، هذا على رأي من يقول من الفقهاء بتحديد الحدين الأعلى والأدنى، فيكون القاضي وفق هذا الاتجاه، ملزماً بتقدير العقوبة بين هذين الحدين، فيتدرج في الحكم بحسب ما يراه ملائماً للمجرم والجريمة، وبحسب ما يحقق أغراض العقوبة، مع العلم أن التدرج الكمي للعقوبة لا يطبق إلا في العقوبات التعزيرية التي يعود أمر تقديرها إلى القاضي.

(1) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص 357

(2) -انظر: بكر (حاتم حسن مرسى)، سلطة القاضي ...، ص 211.

ويبدو التدرج الكمي واضحا في القانون الوضعي في عقوبتي السجن والحبس، فعادة يحدد المشرع عقوبتها بين حدين، فتتسع سلطة القاضي وتضيق تبعا لتحديد الحد الأدنى أو الأعلى أو كليهما وحسب السياسة الجنائية المتبعة لذلك التشريع.

ونلاحظ هنا الفرق بين الشريعة والقانون في أن الشريعة قد تركت النطاق واسعا في تحديد قدر الضرب وقدر الحبس حسبما يراه القاضي المتخصص والسبب في ذلك يعود إلى الثقة الكبيرة الموضوعة في شخص القاضي في الشريعة الإسلامية.

أما في القانون الوضعي فالوضع يختلف، فتحديد الحد الأدنى والأعلى للعقوبة يجعل القاضي مقيدا نوعا ما بهذين الحدين حتى لا يتعسف في استعمال السلطة الممنوحة له سيما في غياب تخصص القضاء في معظم التشريعات المعاصرة.

أما التعزير بأخذ المال أو الغرامة - كما هو معروف حديثا - فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا أصلا في الحكم بها على الجاني، ومن ثم فإنه لم يوضع لها حدين، بل تخضع لسلطة القاضي الذي يحكم بحسب الحالة المعروضة عليه وبحسب الضرر المترتب عن الجريمة - وهذا على رأي من قال بالتعزير بأخذ المال -.

في حين نجد أن القانون الوضعي خاصة والذي يهمننا الجزائي قد جعل الغرامة عقوبة تكميلية إلى جانب عقوبتي الحبس والسجن، فوضع لها حدين حتى لا يتمادي القضاء في أخذ أموال الناس دون وجه حق. ولعل في جعل بعض التشريعات الغرامة تقدر بالأيام أي حسب الدخل اليومي للمجرم السبيل إلى مكافحة ظاهرة الإجرام في المجتمع، مع الأخذ بعين الاعتبار موارده وثرواته، ومن يعولهم، حتى لا يتأثروا بها.

المطلب الثاني

التخفيف والتشديد القضائيان.

تعرضنا في المطلب السابق إلى أن للقاضي أن يختار نوع العقوبة من بين العقوبات التي رصدها المشرع للجريمة، كما له أن يختار قدرها ضمن الحدود القانونية المرسومة له، وهذا الاختيار يدخل في نطاق سلطته التقديرية، ومما يدخل في هذا النطاق أيضاً تخفيف العقوبة وتشديدها مراعيًا في ذلك ظروف المجرم وملابسات جريمته، وذلك وفقاً للقانون، فله أن ينزل دون الحد الأدنى، كما بإمكانه أن يتجاوز الحد الأقصى، وفيما يلي نتناول التخفيف القضائي في مرحلة أولى (الفرع الأول)، ثم التشديد القضائي في مرحلة ثانية (الفرع الثاني)، حتى نتمكن من تحديد مفهومهما وكيفية تطبيقهما.

الفرع الأول: التخفيف القضائي للعقوبة.

التخفيف القضائي هو النزول عن الحد الأدنى للعقوبة، إذا ما توافرت الظروف المخففة التي تدخل في إطار سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي، ولتحديد مفهوم التخفيف ومجته أكثر نتوقف عند مفهومه في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، ثم في القانون الوضعي (الفقرة الثانية)، حتى نتوصل إلى أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

الفقرة الأولى: التخفيف القضائي في الشريعة الإسلامية.

باستقراء الشريعة الإسلامية نجد أن التخفيف القضائي للعقوبات يرد على العقوبات المقدرة، أي الحدود والقصاص (أولاً)، كما يرد على العقوبات غير المقدرة وهي التعزير (ثانياً).

أولاً: التخفيف القضائي في الحدود والقصاص.

لقد راعى الشارع الحكيم ظروف الجاني فوضع شروطاً لتطبيق عقوبة الحد، فإذا لم تتوفر أسقط الحد واستبدلت بعقوبة أخف، فالسارق إذا كان فقيراً أو سرق ليأكل لا تقطع يده، لعدم توفر شرط تطبيق الحدود وهو عدم الحاجة، فيعاقب حينئذ بعقوبات أخرى

أخف يقدرها القاضي ويجتهد قدر المستطاع أن تكون ملائمة لحالة الجاني، كما أن الآثار ورويت عن النبي ﷺ أنه لا ينقطع إلا فيما زاد ثمنه على حد معين⁽¹⁾ وهو ربع دينار. فقد روى "الترمذي" و"أبو داود" و"النسائي" عن "عبد الله بن عمرو بن العاص" أن رسول الله ﷺ سئل عن الثمر المعلق؟ فقال: «من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبئه⁽²⁾ فلا شيء عليه»⁽³⁾.

كما روى "البخاري" و"مسلم" و"الترمذي" و"أبي داود" و"النسائي"، وفي الموطأ عن عائشة قالت: «لم تقطع يد سارق على عهد النبي ﷺ في أدنى من ثمن المجن ترس أو حقة»⁽⁴⁾، وكان كل واحد منهما ذا ثمن»⁽⁵⁾. فالفقهاء لم يتفقوا على رأي بخصوص الحد الأدنى الذي يقطع به وعليه فإن المشرع الوضعي تحالي لو حدّد نصاباً معيناً للقطع بالنسبة لجريمة السرقة بحسب ظروف البيئة، وقيمة العملة في العيد الحاضر، فإن هذا التحديد شرعي⁽⁶⁾. وهذه الوقائع تدل على أنه إذا لم تتوفر شروط إقامة حد السرقة كاملة، فإنه لا تقطع يد السارق، وإنما يعاقب بعقوبة أخرى أخف منها، وهذا الأمر ساري على جميع جرائم الحدود والقصاص؛ فإذا لم تتوفر شروط إقامتها يتخذ القاضي بسلطته في تقدير الجزاء الملائم للجاني، سواء أكانت العقوبة من جنس الحد أو من غير جنسه.

(1) - انظر: بهنسي (أحمد فتحي)، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ط2، القاهرة، دار الشروق، 1988، ص326.

- هو عبد الله بن عمرو بن العاص (7ق. هـ - 65هـ/616-684م) من قريش، صحابي، كان كثير العباداة، شتمد الحروب والغزوات، ويضرب سيفين، وشهد صفين مع معاوية، وولاه هذا الأخير الكوفة مدة قصيرة، له 700 حديث. (انظر: الأصبهاني، المرجع السابق، ج1، ص283. ابن العماد، لمرجع السابق، ج1، ص62).

(2) - ساخنة هو ما تحمله في حضنتك أو تحت بطنك، أو ما يحمل في ذيل الثوب وهو أسقفه. (انظر: ابن منظور (محمد بن مكرم)، لسان العرب المحيظ، ج2، بيروت، دار لسان العرب، (1408هـ - 1988م)، مادة حجن، ص788).

(3) - انظر: الجوزي (ابن الأثير)، جامع الأصول، ج4، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (1404هـ - 1984م)، ص319.

(4) - ساخن، هو ما يستريحه في الحرب، فإن كان من جلد وحش وبغد فهو الترس، وإن كان من جلد فقط فهو الحففة. (انظر: ابن منظور، لسان العرب المحيظ، ج5، مادة حجن، ص442).

(5) - أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا...﴾، رقم 24،

ج8، ص288.

(6) - انظر: بهنسي (أحمد فتحي)، الجرائم في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة، ط6، مصر، دار الشروق، (1409هـ - 1988م)،

ص45.

ثانياً: التخفيف القضائي في التعزير .

إن الجرائم التعزيرية في الشريعة الإسلامية متعددة ومتنوعة، والقاضي ينظر في تطبيق عقوباتها إلى وقائع كل دعوى على حدة، وإلى كل ما يتعلق بمادية الفعل الإجرامي من حيث هو، وإلى شخص الجاني وظروف ارتكابه، وإلى من وقعت عليه الجريمة، وإلى كل ما أحاط بالعمل الإجرامي من ظروف وملابسات، فيقدر العقوبة التي يراها ملائمة لتلك الحالة، بل إن هذا المسلك متعين على القاضي حتى تأتي العقوبة التي يحكم بها مناسبة للجرم الذي حدث، لا هي دون اللازم، ولا هي أزيد منه، ليتحقق التساوي والتناسب مع المجرم والجريمة وظروفهما، وبين العقوبة التي يحكم بها، فتأتي الفائدة المرجوة، ويتحقق الغرض المقصود من تشريع العقاب، وبهذا المسلك من الشريعة الإسلامية لا تقتصر سلطة القاضي على نوع دون الآخر من جرائم التعزير⁽¹⁾.

ويتجلى التخفيف عند الكلام على تعزير نوي المروءة، قال "ابن فرحون": «فإن كان رفيع القدر فإنه يخفف أبه ويتجافى عنه، وكذلك من صدر منه على وجه الفتنة، لأن القصد بالتعزير الزجر عن العودة، ومن صدر ذلك منه فلتة يظن به أن لا يعود إلى مثلها وكذلك الرفيع»⁽²⁾. وأهل المروءة هم أهل العلم والقرآن والآداب الإسلامية، فالقاضي في الشريعة الإسلامية ينظر إلى ظروف الرأفة في ذاتها، وتعطى السلطة مطلقة له، حيث يقدر هذه الظروف بما يشاء فيما يفرضه في حكمه من عقاب.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد منّبت للتخفيف بنوي المروءة فهذا ليس على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال، فإذا تبين للقاضي أن الجاني يستحق التخفيف من خلال ظروفه، فليس هناك ما يمنعه.

الفقرة الثانية: التخفيف القضائي في القانون الوضعي.

الظروف المخففة القضائية هي الحالات والأفعال الموضوعية والشخصية التي تؤثر أو يمكن أن تؤثر على تخفيف العقوبة للجريمة المرتكبة يحددها المشرع أو يترك

(1) -انظر: عامر (عبد فعزيز)، المرجع السابق، ص498.

(2) -ابن فرحون، تبصرة الحكام، ص299-300.

استخراجها للقاضي، ويجيز له عند توافرها النزول بالعقوبة إلى ما دون الحد الأدنى المقرر للجريمة، أو إبدال عقوبة أخرى من نوع أخف محلها⁽¹⁾، وهي في مجملها توهن من جسامه الجريمة وتكشف عن ضآلة خطورة فاعلها⁽²⁾.

ومما يبرر هذا النظام هو ميل المشرع للأخذ بالأفكار الحديثة حول ضرورة تفريد العقوبة والملاءمة بين العقوبة والجريمة المقررة على ضوء ظروف الجاني هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن نظام الظروف المخففة يساعد على تخفيف قسوة العقوبات ذات الحد الواحد حين تتضح قسوتها كالإعدام والسجن المؤبد إذ لا سبيل لتخفيفها دون اتباع هذا النظام وقيل أيضا، أن هذا النظام يفسح المجال أمام القاضي لتطير قانون العقوبات بتخفيف قسوة بعض العقوبات، وتبين أن المشرع بإعطائه سلطة تقديرية واسعة للقاضي يكون قد منح ثقته له، واعتد بخبرته وحكمته في تحقيق العدالة⁽³⁾.

ونظام الظروف المخففة لا يتصور إلا مع قاعدة شرعية العقوبة، أما حيث تكون العقوبة متروك تقديرها للقاضي، فلا مجال لهذا النظام⁽⁴⁾.

ولقد أخذت غثية التشريعات المعاصرة بنظام الظروف المخففة مع تفاوت في درجة إقرارها⁽⁵⁾، ومن التشريعات التي تأخذ بها التشريع الجزائري الذي يعتبر أن الظروف المخففة هي من قبيل السلطة التقديرية للقاضي، الذي يجوز له الأخذ بها عند اقتناعه، ولا معقب عليه من قبل المجلس الأعلى، فليست الظروف المخففة حقا وواجبا يجب على القاضي الأخذ بها⁽⁶⁾.

(1) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة ...، ص362.

(2) -انظر: حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات...، ص797.

(3) -انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج2، ص360. حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات ...، ص717.

(4) -انظر: السعيد (السعيد مصطفى)، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط4، حصر، دار المعارف، 1962، ص668 وما بعده مصطفى (عمود محمود)، شرح قانون العقوبات: القسم العام، د.م، دمد، 1964، ص525-527.

(5) -انظر: عبيد (حسني إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص149 وما بعدها. إن كانت بعض القوانين كالقانون الإنجليزي لم يأخذ بنظام الظروف المخففة، فإنه لم يعين هنا أدنى خاص للجزاء، مما يمكن قضاي من النزول بالعقوبة إلى حدتها الأدنى عند الانتضاء (انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة ...، ص362).

(6) -قرار المحكمة العليا بتاريخ 1968/12/17، مجموعة الأحكام، ص363. (إشار إليه: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج2، ص360).

فجهة الحكم ليست ملزمة بأي حال بالنزول إلى درجة في سلم العقوبات، وأن القانون الجزائري ينص على أنه يجوز للقاضي ولا يفرض عليه تطبيق عقوبة مخفضة⁽¹⁾. قبول الظروف المخففة وتقديرها من الأمور الموضوعية التي يستدل عليها القاضي من ظروف ارتكاب الجريمة والظروف الشخصية للمجرم، والظروف التي تؤثر على قرار القاضي وتحمله على استعمال الرأفة بالجنائي هي من الأمور الخاصة به. فلا يطلب القانون منه أن يقيم الدليل⁽²⁾، أي أنه ليس ملزماً بتسبب حكمه في هذا المجال. ثم أن المدعى لا يتمتع بصفة تمكنه من التمسك بتسبب اختلاف العقوبات باختلاف المتهمين في نفس الجريمة، لكون الصلاحيات الممنوحة للقاضي في تطبيق العقوبة ترجع لتقديراته ولا يسأل عن ذلك.

والمشرع الجزائري لم ينص على حالات معينة، ولا أورد أمثلة لهذه الظروف المخففة ولكن رسم للقاضي الحدود التي يمكن له أن ينزل إليها⁽³⁾. فنص في المادة 53 عقوبات جزائري على ذلك بما يلي: «يجوز تخفيض العقوبات المقررة قانوناً ضد المتهم الذي قضى بإدانته وثبت وجود ظروف مخففة لصالحه بالسجن مدة 10 سنوات إذا كانت عقوبة الجناية هي الإعدام⁽⁴⁾، أو السجن مدة 5 سنوات إذا كانت الجناية مما يعاقب عليها بالسجن المؤبد، ومدة 3 ثلاث سنوات إذا كانت الجناية مما يعاقب عليها بالحس المؤقت ومدة سنة واحدة في الحالات المنصوص عليها في المادة 119 الفقرة 1 من هذا القانون، وإذا طبقت العقوبة المخففة هكذا فإنه يجوز للحكم بغرامة 100.000 دج⁽⁵⁾. وعلاوة على ذلك يجوز الحكم على الجناة بالحرمان من الحقوق الوطنية ويجوز فضلاً عن ذلك الحكم عليهم بالمنع من الإقامة.

(1) - قرار المحكمة العليا بتاريخ 16/01/1968، مجموعة الأحكام، ص 301. (أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 3).

قرار المحكمة العليا بتاريخ 26/03/1968، مجموعة الأحكام، ص 314، (أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 314).

قرار المحكمة العليا بتاريخ 02/07/1968. (أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 32).

(2) - انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج 2، ص 343.

(3) - قرار المحكمة العليا بتاريخ 19/12/1989، رقم 549. (أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 33). قرار المحكمة

العليا بتاريخ 10/07/1984، المحلة القضائية، ع 1، 1989، ص 301.

(4) - ومعنى كان من المقرر قانوناً أنه يجوز تخفيض العقوبات المقررة قانوناً ضد المتهم الذي قضى بإدانته وثبت وجود ظروف مخففة

لصالحه بالسجن مدة 10 سنوات، إذا كانت عقوبة الجناية هي الإعدام، ومن ثم فإن الحكم المطعون الذي أدان المتهم بتهمة بعبارة عقوبتها

الإعدام، وعاقبه بخمس سنوات سحاً لوجود الظروف المخففة أخطأ في تطبيق القانون، ومعنى كان كذلك استوجب نفس الحكم

المطعون فيه. (قرار المحكمة العليا بتاريخ 16/02/1988، المحلة القضائية، ع 3، 1993، ص 256).

(5) - والصيغة الأفضل: فإنه يجوز الحكم بغرامة قد تصل إلى 100,000 دج كحد أقصى. (سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج 2،

ص 360).

وإذا كانت العقوبة المقررة قانوناً هي الحبس المؤقت أو الغرامة تعين في جميع الحالات تخفيض مدة الحبس إلى يوم واحد والغرامة إلى 5 دنانير في حالة الظروف المخففة، ويجوز الحكم بإحدى هاتين العنبرتين كما يجوز أن تستبدل بالحبس الغرامة على أن لا تقل عن 20 دج.

وفي جميع الحالات التي يستبدل فيها الحبس بالغرامة وكانت عقوبة الحبس هي وحدها المقررة، فإن الغرامة لا تتجاوز 30.000 دج في مادة الجح.

فالتشريع الجزائري يسمح للمحكمة بإعمال الظروف المخففة على جميع الجرائم من جنائيات وجنح ومخالفات، ورسم للقاضي حدود سلطته كما هو مبين في المادة 53. والأمر نفسه بالنسبة للقانون السوري واللبناني والمغربي⁽¹⁾. وقصر نظام الظروف المخففة على عقوبة الجنائيات فقط بمجه تنفقه لما فيه من تقييد لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ومن ثم يخل بمبدأ تقييد العقاب⁽²⁾.

يتضح مما سبق عرضه، أن الظروف القضائية المخففة رغم عدم تحديدها سلفاً من طرف المشرع، إلا أنه قد ترك مهمة استخراجها للقاضي فيخض العقوبة إلى ما دون حدّها الأدنى جوازا، وبملاحظة اشرعية الإسلامية نجد أن القاضي له أن ينظر في تطبيق العقوبات التعزيرية إلى وقائع كدعوى على حدى، وإلى كل ما يتعلق بمادية الفعل الإجرامي من حيث هو، وإلى كل ما يتعلق بشخص المجرم الذي ارتكب هذا الفعل، وإلى شخص من وقعت عليه الجريمة، وإلى كل ما أحاط بالعمل الإجرامي والجاني والمجني من ظروف وملابسات، وهو في تلك يقضي بالعقوبة أو العقوبات التي يراها مناسبة، بل إن هذا المسلك متعين على القاضي حتى تأتي العقوبة التي يحكم بها مناسبة للجرم الذي حدث لا هي دون اللازم ولا هي أزيد منه، فتأتي الفائدة المرجوة من تشريع العقاب، وتحقق الأغراض المقصودة.

وبهذا المسلك من التشريعية الإسلامية لا تقتصر سلطة القاضي على نوع دون الآخر من جرائم التعزير، فمتى رأى القاضي وجود الظروف المخففة قضى بتخفيف العقوبة

(1) -انظر: حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دم، د.د، 1986، ص 770-771.

(2) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، الحدود فتوائية ... ، ص 171.

دون تمييز بينها. وهذا اتوضع يشبه الوضع القائم في التشريع الجزائري، حيث يجوز للقاضي تخفيف العقوبة في جميع الجرائم دون تمييز بين الجنایات والجنح والمخالفات، بشروط أن يلتزم الحد المقرر فتتونا ولا يتعداه إلى ما نونه، وفي هذا يختلف مع الشريعة التي لم تضع حدا أدنى في حالة التخفيف، فسلطة القاضي في التخفيف متسعة بما يحقق أغراض العقوبة، ويختلف الحال في التشريع الجنائي المصري، إذ أنه لم يجعل الجنح مشمولة بالظروف القضائية المخففة، في حين نجد أن بعض الجرائم ينص القانون في عقوباتها على حد أدنى يزيد على الحد الأدنى العام المقرر في القانون، فلا يستطيع القاضي مهما كانت ظروف الرأفة متوافرة لديه أن ينزل بالعقوبة عن الحد الأدنى المقرر لتلك الجرائم، إذ لا مجال لظروف الرأفة بالمعنى الذي عناه القانون في نطاق الجنح⁽¹⁾.

وهذا الوضع المعيب معالج علاجاً مناسباً في الشريعة الإسلامية التي تنظر إلى ظروف الرأفة في ذاتها، وتعطي السلطة مطلقة تقاضي يقدّر هذه الظروف بما يشاء، فيما يفرضه في حكمه من جزاء.

الفرع الثاني: التشديد القضائي للعقوبة .

التشديد القضائي للعقوبة هو جواز تجاوز القاضي للحد الأقصى المقرر للعقوبة إذا ما توافرت ظروف التشديد التي ينص عليها المشرع، والتشديد القضائي يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي الجنائي سواء في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى) أو في القانون الوضعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التشديد القضائي في الشريعة الإسلامية.

إن السياسة الشرعية الرشيدة والحكيمة هي التي ترعى دوماً مصلحة المجتمع وتحافظ على كيانه ومقوماته، وأهمها الأمن والسكينة، فلا فائدة من مجتمع تعمه الفوضى ويسوده الفساد والإخلال بالسكينة⁽²⁾.

(1) -انظر: السعيد (السعيد مصطفى)، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها. مصطفى (عمود محمود)، المرجع السابق، ص 525.

(2) -انظر: هنسي (أحمد فحفي)، سياسة الجنائية، ص 89.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية التشديد في جرائم العود، حيث نجد أن الفقهاء يؤكدون دوماً بأن المعتاد المنفذ يجوز للقاضي أن يأخذه بالشدّة بما يراه رادعاً وزاجراً له. فذو المروءة يكتفي القاضي في تعزيره بالإعلام أو الوعظ في الفعل الأول، أما إذا تكررت منه الجريمة، فقد ثبت بذلك بأن التعزير الأول لم يكن رادعاً له أو زاجراً فيضرب أو يعاقب بما يراه القاضي زاجراً له⁽¹⁾.

والتعزير على اتّسم إذا تكرر من الجاني يكون بحبسه حتى يتوب، فقد جاء في فصول الاستروشي في رجز يشتم الناس وهو محترم وله مروءة أنه يوعظ ولا يحبس، فإن تكرر ذلك منه فإنه يؤدب، وإن كان شتاما يضرب ويحبس حتى يترك هذا الفعل⁽²⁾. فشتاماً دليل على التكرار والعودة.

وقال "ابن فرحون" في تبصرة الحكام إن الجاني إذا ارتد ثم تاب ثم ارتد ثم تاب لم يعزر في المرة الأولى، ويجوز أن يعزر في المرة الثانية والثالثة والرابعة، إذا رجع إلى الإسلام⁽³⁾.

وفي التعزير بالقتل يكون للإمام سياسة أن يعاقب بالقتل تعزيراً من اعتادوا ارتكاب بعض الجرائم الخطيرة، كمن اعتاد القتل بالمتل والعتل بالخنق، ومن اعتاد اللواط، ومن اعتاد السرقة وشارب الخمر في الرابعة⁽⁴⁾، فهذه الجرائم حدية إلا أن بتكرارها يجوز للقاضي التشديد بالقتل تعزيراً، إذا تعين أنه الوسيلة الناجعة لرفع شر مثل هؤلاء المجرمين، وحماية المجتمع وحرية الأفراد منهم.

والتعزير كما قال "ابن تيمية" يكون على حسب ما يراه الوالي مع النظر إلى أشياء منها حال الجاني، فإذا كن من المذممين على الفجور زيد في عقوبته بخلاف المقل في ذلك لأن عقوبة التعزير تكون للتكيد والتأديب⁽⁵⁾.

(1) - انظر: ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص 62. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 370. الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 236. الشريفي، المرجع السابق، ج 8، ص 22.

(2) - انظر: عامر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 501.

(3) - انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 373.

(4) - انظر: ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص 962. ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص 49-55. والحسبة، ص 58.

(5) - انظر: ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص 53.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية أحوالا خاصة للعود من تكرار ارتكاب جرائم ضد النفس وضد المال، وضد العرض وما شابه ذلك من الجرائم التي يتكرر ارتكابها دون أن تردع الجناة العقوبة الأولى، وهذا النوع من المجرمين قد اعتادوا الإجماع ويهددون كيان المجتمع باحترافهم لهذا السلوك، لذلك قال الفقهاء بحبسهم حتى الموت أو التوبة، لأن شرهم موجه إلى الناس، وفي تأييدهم في غياهب السجون دفع لهذا الشر، وإخلاء للمجتمع من مفاسدهم، فضلا عما فيه من زيادة الزجر لهم⁽¹⁾. فالقاضي في الشريعة الإسلامية يجوز له أن يشدد العقوبة في الجرائم الحدية إذا تكررت من الجاني ولم ترجره العقوبة الأولى، وله أيضا سلطة مطلقة في التشديد في العقوبات التعزيرية، مع مراعاة الضوابط الإرشادية.

الفقرة الثانية: التشديد القضائي في القانون الوضع

الظروف المشددة القضائية هي الحالات والأفعال الموضوعية أو الشخصية التي تؤثر أو يمكن أن تؤثر على تشديد العقوبة للجريمة المرتكبة بحدها المشرع، وعند اقترانها بالجريمة يجيز للقاضي تجاوز الحد الأقصى لعقوبة الجريمة أو إحلال عقوبة أخرى من نوع أشد محلها⁽²⁾. وتطبيقا لذلك فإنه إذا أبقى القاضي في نطاق الحدود الأصلية لسلطته التقديرية، فلا يعني ذلك توافر سبب للتشديد ولو قضى بالحد الأقصى للعقوبة مقدرًا جدارة المتهم بالقسوة، وإنما يعتبر استعمالا عاديا للسلطة التقديرية⁽³⁾.

والظروف القضائية المشددة تنقسم إلى ظروف قضائية مشددة عامة وظروف قضائية مشددة خاصة، فالأولى ترد في القسم العام من قانون العقوبات ويجوز تطبيقها على كل الجرائم، والثانية ترد في القسم الخاص، ويقتصر جواز تطبيقها على جريمة معينة، وسنكتفي في دراستنا هذه بتناول الظروف المشددة القضائية العامة التي تنقسم إلى ظروف قضائية مشددة عامة متعلقة بالجريمة (أولا)، وظروف قضائية مشددة عامة متعلقة بسوايق الجنائي وهو ظرف العود (ثانيا).

(1) -انظر: عامر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 502.

(2) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة ...، ص 804.

(3) -انظر: محمرد (محمد مصطفى)، المرجع السابق، ص 639. السعيد (السعيد مصطفى)، المرجع السابق، ص 741.

أولاً: الظروف المشددة القضائية المتعلقة بالحرمة.

تنص بعض قوانين العقوبات في القسم العام على ظروف مشددة عامة يجوز للقاضي تطبيقها على كل الجرائم، منها ظروف موضوعية متعلقة بموضوع الجريمة من حيث اتصالها بالمجني عليه أو بالفعل الجرمي ونتيجته، وظروف شخصية متعلقة بشخص المجرم كدناءة الباعث الذي دفعه إلى ارتكاب الجريمة أو استغلال صفته أو نفوذه في ارتكابها⁽¹⁾. وقد انفرد قانون العقوبات العراقي من بين قوانين الدول العربية في إقرار وإيواز هذه الظروف الموضوعية والشخصية المشددة العامة وحددها في المادة 135 منه⁽²⁾. ويتبع قانون العقوبات الجزائري لا نجد مثل هذا النوع من الظروف المشددة، فقد نص في القسم العام على نوع واحد وهو العود والذي سنتعرض له في العنصر الموالي.

ثانياً: الظروف المشددة القضائية المتعلقة بسوابق الحياتي (ظرف العود).

العود هو أن يرتكب شخص جريمة بعد الحكم عليه نهائياً في جريمة أخرى سابقة⁽³⁾. وتتجه أغلب القوانين الحديثة إلى جعل تشديد عقوبة العائد جوازياً لتمكين القاضي من ملائمة العقوبة تبعاً لحالة كل مجرم عائد على انفراد، كقانون العقوبات العراقي والمصري والسويسري واليوناني والبولندي والدانماركي⁽⁴⁾. وهو نفس النهج الذي سار عليه قانون العقوبات الجزائري، حيث نص على حالات العود وذلك تبعاً لاعتبارات متعددة رأى المشرع فيها خطورة الجاني، فالعود ليس ظرفاً أو عنصراً إضافياً يلتصق بعناصر الجريمة فيزيد من خطورتها، وإنما هو حالة يكون عليها الجاني ويقدرها المشرع مستنداً إلى نوع الحكم السابق أي نوع الجرائم المقترفة، أو طول المدة التي تفصل بين جريمة وأخرى، ويمكننا حصر هذه الحالات في أربع هي:

(1) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص369. حسي (محمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص806.

(2) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص370. **Gassin (R)**, La liberté individuelles devant le droit pénal, Paris, Cujas, 1980, P120.

(3) -انظر: حسي (محمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص808. الشواربي (عبد الحميد)، ظروف الجريمة المشددة والمخففة

للعقاب، الإسكندرية، منشأة المعارف، د.ت، ص102.

(4) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص371.

الحالة الأولى: وهي الحالة التي نصت عليها المادة 54 عقوبات جزائري، وتتعلق بجائني قد حكم عليه نهائياً بعقوبة جنائية⁽¹⁾، وهي على الغالب السجن المؤقت، وتفترض هذه الحالة بعد ذلك ارتكاب الجائني لجناية معاقب عليها بالسجن المؤبد أو المؤقت، فيجوز للقاضي ضمن سلطته التقديرية أن يرفع العقوبة درجة واحدة من السجن المؤقت إلى السجن المؤبد أو من المؤبد إلى الإعدام، ويشترط عند رفع العقوبة إلى الإعدام أن تؤدي الجناية الثانية إلى موت إنسان⁽²⁾.

الحالة الثانية: وهي ما نصت عليه المادة 55 عقوبات جزائري، وتفيد هذه الحالة بأن الجائني قد حكم عليه سابقاً لمدة سنة أو أكثر لجناية ارتكبها بوجود ظروف مخففة، وتفترض بعد ذلك ارتكاب الجائني لجناية أو جنحة عقوبتها الحبس في خلال خمس سنوات التالية، بعد انقضاء العقوبة الأولى أو سقوطها بالتقادم، وحالة العود هنا حالة مؤقتة، ولم يشترط المشرع أن تكون الجنحة أو الجناية مماثلة للجريمة السابقة، مما يفيد أن العود عام، فإنما توافرت هذه الشروط فإن عقوبة العائد هي الحد الأقصى المقرر قانوناً للعقوبة، كما يجوز رفع هذه العقوبة إلى الضعف⁽³⁾. ويجوز الحكم عليه أيضاً بالمنع من الإقامة من خمس إلى عشر سنوات⁽⁴⁾.

الحالة الثالثة: وهي الحالة التي جاءت بها المادة 56 عقوبات جزائري، ومسئ الشروط المقررة في هذه المادة يتبين أن العود خاص لاشتراطها أن ترتكب نفس الجنحة، وهو عود مؤقت لاشتراطه أن ترتكب الجريمة التالية في خلال المدة المحددة للعقوبة، والمادة 56 عقوبات جزائري مقسمة إلى فقرتين أو إلى وجهين، الوجه الأول آثار العود فيه هي نفسها المذكورة في المادة 55 عقوبات جزائري، أما الوجه الثاني فإن حالة العود تؤدي إلى مضاعفة عقوبة الحكم السابق على الأقل، وللقاضي أن يزيد هذه العقوبة بشرط ألا تتجاوز ضعف الحد الأقصى للعقوبة المقضي بها⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ - سمر شرط ايضاً في التشريع المصري، (انظر: عبيد (رؤوف)، مبادئ القسم ...، ص 718)

⁽²⁾ - انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج 1، ص 331.

⁽³⁾ - انظر: المرجع نفسه، ص 332.

⁽⁴⁾ - انظر: الشبامي (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 282.

⁽⁵⁾ - انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج 1، ص 333.

الحالة الرابعة: وهي تتعلق بالمخالفات وقد نصت عليها المادة 58 عقوبات

جزائري، والعود هنا يأتي على وجهين:

الوجه الأول: وهو العود في المخالفات من الفئة الثانية المنصوص عليه بالفقرة

الأولى من المادة 58 عقوبات جزائري وهو عود خاص مؤقت، ففي هذه الحالة تغلظ العقوبة على النحو الذي بينته المادة 465 عقوبات والتي تناولت عقوبة العود في المخالفات من الفئة الثانية على نحو تفصيلي.

الوجه الثاني: من شروط العود في المادة 58 عقوبات جزائري يتبين أنه عود

خاص ومؤقت، ولأول مرة يشير المشرع إلى اعتبار عقوبة الغرامة صالحة للقول بالعود، وعقوبة العائد في هذا النوع من المخالفات تغلظ بموجب المادة 445 عقوبات جزائري، بعقوبة حدتها الأقصى 4 أشهر وبغرامة قد تصل إلى 2000 دج⁽¹⁾.

من خلال نكر حالات العود في قانون العقوبات الجزائري يتبين أن من شروط

تطبيقه أن تكون الجريمة الأولى صدر في شأنها حكم نهائي ثم ارتكب المتهم على إثرها وقتع جديدة، وبناء على ذلك جعلت المحكمة العليا القرار المطعون فيه غير مبرر لأن التوقيت المؤخذ عليها والمشد عليها للاحتفاظ بالعود كانت سابقة على العقوبات المشار إليها في القرار المطعون فيه⁽²⁾. فضلا عن ذلك فإن القرار المطبق لأحكام العود يجب أن يعاين النصاب النهائي للعقوبة السابقة⁽³⁾.

ولا بد من نكر جميع عناصر العود من طرف المجلس، والإغفال عنها ينجر

عنه النقض وقد جاء في الاجتهاد القضائي أن القرار المنتقد جاء غامضا في تعليقه لشروط العود مخالفا بذلك متطلبات المادة 56 من قانون العقوبات الجزائري والعمل الجاري عند القضاء فيما يتعلق بالعود فلا يكفي للمجلس أن يقتصر في تعليقه على أن المتهم من نوي السوابق القضائية، ولا يوضح أن الحكم الذي صدر ضده أصبح نهائيا ويكتسي قوة الشيء المقضي فيه قبل أن ترتكب الجريمة الثانية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ -انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج1، ص333.

⁽²⁾ -قرار المحكمة العليا بتاريخ 1981/03/5 بجموعة قرارات الغرفة الجزائية، ص182.

⁽³⁾ -قرار المحكمة العليا بتاريخ 1981/09/24 بجموعة قرارات الغرفة الجزائية، ص226.

⁽⁴⁾ -قرار المحكمة العليا بتاريخ 1983/06/7، الاجتهاد القضائي ص71، نشرة القضاة 1985، ص99. (أشار إليه: نواصر (المليش)،

المرجع السابق، ص35).

فإذا توفرت الظروف المشددة جاز للقاضي أن يشدد العقوبة على الجنائي في الحدود المقررة للمادة القانونية المطبقة، دون أن يكون ملزماً بتسبيب خاص⁽¹⁾.

مما سبق عرضه نجد أن العود كظرف مشدد معروف من حيث المبدأ في الشريعة الإسلامية، والملاحظ أن هناك في بعض الأمثلة تماثلاً وتشابهاً بين الجريمة الجديدة والجريمة السابقة التي حكم فيها، وفي بعضها لم يرد ما يدل على ذلك، أي أنه لا يشترط لتسديد العقاب في الجريمة الجديدة أن تكون مماثلة للجريمة التي حكم فيها، بل الأمر متروك لتقدير القاضي.

وعلى ذلك فالشريعة الإسلامية عرفت العود العام، إلى جانب العود الخاص فيجوز في التعزير بناء على ما تقدم أن يكون العود عاماً ويجوز أن يكون خاصاً، والأمر كذلك بالنسبة للقانون الوضعي فقد عرف العود العام والعود الخاص.

أما عن الزمن، فإن الفقهاء لم يحددوا زمناً لوقوع الجريمة الجديدة حتى يعتبر المجرم عائداً، بل قد يشدد على الجريمة الجديدة مهما طال الزمن بين الجريمتين، والأمر كله متروك إلى القاضي، وعليه فقد يكون العود في التعزير عوداً مؤقتاً، وقد يكون مؤبداً، ويلاحظ أن بعض القوانين الوضعية حددت زمناً بين الجريمة الأولى والثانية، يكون المجرم فيه عائداً يستحق التشديد، وبمضي هذا الزمن لا يعتبر المجرم بعده عائداً، إذا ارتكب جريمة أخرى، وعلى هذا نص المشرع الجزائري.

ومسلك الشريعة الإسلامية في معالجة ظاهرة العود، يتفق مع النظريات الحديثة في العقاب التي تتطلب مرونة العقوبة ليكون في استطاعة القاضي أن يلائمها مع مختلف الظروف الخاصة بالجناة والجرائم، مما يؤدي إلى تحقق الغرض من العقاب، وهذا يتطلب أن يكون لتسديد في العود جوازيًا للقاضي.

أما القوانين الوضعية فقد حددت الحد الذي يمكن أن يصل إليه التشديد حتى لا يتم خرق مبدأ الشرعية، فيجوز للقاضي أن يشدد في حالة العود وله سلطة تقديرية في ذلك،

(1) - قرار المحكمة العليا بتاريخ 25 / 12 / 1984، رقم 721. (أشار إليه: نواصر «العائش»، المرجع السابق، ص 36).

لكن دون مجاوزة الحد الأعلى المنصوص عليه في القانون، وهذا ما نلاحظه في المواد التي نصت على حالات العود في قانون العقوبات الجزائري.

والمجرم لا يعتبر عائدا في الفقه الإسلامي إلا إذا نفذ عليه الحكم، ذلك لأن العقوبة هي التي شرعت للردع، وما لم يتم هذا الردع فلا ينبغي مواخذة المجرم بعدة جرائم قيل تعرضه لأي عقوبة، فإذا أصاب المجرم العقاب ولم يرتدع فحينئذ يثدد عليه الجزاء باعتباره عائدا⁽¹⁾. أما القوانين الوضعية فقد اختلفت في هذا الأمر، فبعضها ذهب إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي فاشتراط لاعتبار المجرم عائدا أن يتم تنفيذ العقوبة، وبه أخذ القانون الإنجليزي، وبعضها لا يشترط لتنفيذ الحكم بل يكفي بصدور الحكم النهائي على المجرم، وهو ما عليه القانون المصري والفرنسي⁽²⁾، أما قانون العقوبات الجزائري فقد نص على صدور الحكم النهائي ولم يورد تنفيذ الحكم مما يعني أنه يعتبر المجرم عائدا بعد صدور الحكم النهائي عليه ولو لم ينفذ عليه.

المطلب الثالث

نظاما وقف تنفيذ العقوبة والعفو القضائي.

اعتمد المشرع عدة وسائل لإتاحة السبيل أمام القاضي لإصلاح المحكوم عليه، وذلك إما بتعليق تنفيذ الحكم على شرط، وهو ما يعرف بوقف تنفيذ العقوبة (الفرع الأول)، وإما بالعفو عنه (الفرع الثاني)، وذلك عند ضالة خطورة المجرم، وتفاهة ضرر الجريمة، وفيما يلي نتناول كل نظام على حدة .

الفرع الأول: نظام وقف تنفيذ العقوبة قضائيا .

تتجه الأفكار الحديثة إلى محاولة إصلاح المحكوم عليه بشتى الطرق التي يؤمل منها تحقيق هذه الغاية، ومن الطرق التي سمح بها القانون وأخضعها للسلطة التقديرية

(1) -انظر: الخلفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص375.

(2) -انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه.

للقاضي نظام وقف التنفيذ، غير أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في هذا المجال بالنظر للقانون الوضعي في الاعتماد على هذا النظام والأخذ به في كثير من القضايا لذلك سنتعرض لهذا النظام في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، ثم في القانون الوضعي (الفقرة الثانية). حتى نقف على أهم نقاط التشابه والاختلاف بينها، وفي أي التشريعين تحقق الغرض من هذا النظام.

الفقرة الأولى: الوقف القضائي لتنفيذ العقوبة في الشريعة الإسلامية.

إن الشريعة الإسلامية شرعت العقوبات لتهديب المجتمع وحمايته من المجرمين إلى جانب إصلاح الجنائي، وراعت في ذلك مدى خطورة الجاني وقابليته للإصلاح، فأتخذت لذلك أساليب عدة منها وقف تنفيذ العقوبة أو تعطيل الحكم سواء إلى الأبد أو إلى مدة معينة، وهذا النظام يطبق على الحدود (أولاً) كما يطبق على التعزير (ثانياً).

أولاً: وقف تنفيذ العقوبة في الحدود.

روي عن الإمام "مالك" أن رفيقاً لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك إلى "عمر بن الخطاب" فأمر "كثير بن الصلت" أن يقطع أيديهم، ثم قال "عمر": أراك تجيعهم ثم قال: والله لأغرمنك غرماً يشق عليك. ثم قال للمزني: كم ثمن نافتك؟ فقال المزني: قد كنت والله أمنعها من أربع مائة درهم، فقال "عمر": أعطه ثمانمائة درهم، وفي رواية قال "عمر" لعبد الرحمن بن حاطب: "أما لولا أنني أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتمهم ولكن والله إذ تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك⁽¹⁾.

فالفاروق "عمر بن الخطاب" رضي الله عنه لم ير أن يمضي على الجناة حد السرقة لأنه فهم من تشريع قطع اليد أنها عقوبة رادعة لمن لا حاجة له يضطر إلى الاعتداء على مال

هو كثير بن الصلت بن معدي كرب السكندري، يكنى أبا عبد الله، ولد على عهد النبي صلى الله عليه وسلم، كان اسمه قليل فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم كثير، روى عن أبي بكر وعمر وعثمان وزيد بن ثابت. (انظر: ابن الأثير (عز الدين أبي الحسن علي بن أبي الكرم الشيباني)، أسد الغابة في معرفة الصحابة، ج4، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت، ص412).

(1) أخرجه مالك في الموطأ عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب، باب القضاء في الضواري والحربية، رقم 1432، ج2، ص530-

الغير، وبعد إطلاعه على حيثيات الواقعة تبين له أن سبب اعتراف القلعة لجرمهم هو ما نالهم من الجوع والحرمان. لذلك وقف تنفيذ العقوبة التي تدخل في نطاق سلطته التقديرية.

ولا قطع في زمان القحط لأن الضرورة تبيح تناول من مال الغير بقدرها، فيمنع ذلك وجوب القطع لما روي عن "مكحول" رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا قطع في مجاعة مضطر»⁽¹⁾. وذكر عن "الحسن" رضي الله عنه عن رجل قال: رأيت رجلاً من مكثوفين ولحماً فذهبت معهم إلى عمر رضي الله عنه، فقال صاحب اللحم، كانت لي ناقة عشراء تنتظرها كما ينتظر الربيع فوجدت هذين اجتزراها، فقال عمر رضي الله عنه: هل يرضيك من نقتك ناقان عشراوان مريعتان، فإننا لا نقطع في العذق ولا في عام السنة، وكان ذلك في عام السنة، ومعنى ذلك أنه لا قطع في عام السنة للضرورة والمخضمة، وقد كان عمر رضي الله عنه في عام السنة يضم إلى أهل كل بيت أهل بيت آخر ويقول، لن يهلك الناس على أنصاف بطونهم فكيف تأمر بالقطع فيه⁽²⁾.

فالفاروق رضي الله عنه، وقف تنفيذ حد السرقة في الوقائع السابقة تقديراً منه على عدم خطورة الجاني على المجتمع، إذ لو لم تكن حاجة الجوع هي التي دفعتهم إلى السرقة لما فعلوا ذلك، ولو لم يكن ذلك الظرف لما عطل "عمر بن الخطاب" رضي الله عنه حدود الله وهو الشديد عند الحق، ومن ثم على القضاة عند إعمالهم لسلطتهم التقديرية مراعاة ظروف المجرم، وظروف ارتكابه للجريمة.

¹ - هو مولى رسول الله (انظر: ابن الأثير، المرجع السابق، ج 4، ص 412. ابن حجر، الإصابة، ج 9، ص 276).

⁽¹⁾ - انظر: بهنسي (أحمد فتحي)، السياسة الجنائية، ص 327. والحديث لم يعبه في كتب تخريج هذا اللفظ، غير أنه يوجد ما يقاربه في المعنى، إذ أخرجه الخطيب البغدادي في تاريخ بغداد عن أبي أمامة بلفظ (لا قطع في زمن المجاع)، ج 6، ص 261.

² - هو الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي أبو محمد (3-50هـ/624-670م)، خامس الخلفاء الراشدين وآخرهم، وثاني الأئمة الإثني عشر عند الإمامية، أمه فاطمة الزهراء بنت الرسول صلى الله عليه وسلم. (انظر: ابن حجر، الإصابة، ج 1، ص 242. ابن منظور (محمد بن مكرم)، مختصر تاريخ دمشق لابن عساکر، ط 1، ج 7، دمشق، دار الفكر، (1405هـ-1985م)، ص 5-47).

⁽²⁾ - انظر: السرخسي، المرجع السابق، ج 9، ص 140. والمعنى بكسر العين الكفاية إذا أُنعت أي بساطة البلع، ويقال للمرجون بما فيه من الشماريح. (انظر: ابن منظور، لسان العرب المحيط، ج 4، مادة عدو، ص 721).

ثانيا: وقف تنفيذ عقوبة في التعزير .

ذكرنا سابقا أن ذوي الهيئات والمروءة تخفف عقوبتهم، ولا يكون تعزيرهم كتعزير المجرمين العاديين، لقوله ﷺ: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود»، وحديث «تجافوا عن عقوبة ذوي المروءة إلا في الحد». وقد استند "الشافعي" وبعض الفقهاء على حديثين الحديثين وقالوا بعدم تعزير هؤلاء، وذلك صريح قول "ابن عبد السلام". وعند "الأذري": "بأن ظاهر كلام "شافعي" ندب العفو عن هؤلاء، وقال البعض بأن المقصود بعدم تعزيرهم عدم التعزير بالضرب في أول مرة والاكتفاء بالوعظ والإعلام، وهذا من التعزير المناسب لهم⁽¹⁾.

والذي يستخلص في هذا المجال، بيان أن الشريعة الإسلامية قد راعت ذوي اتصال والمروءة، الذين صرت منهم الجريمة لأول مرة وعلى سبيل الزلة والخطأ، ممن يكفي فيهم مجرد الإعلام أو الوعظ، ويكون من المصلحة عدم توقيع عقوبات الضرب أو عقوبات أخرى عليهم، فتوقف هذه العقوبات التعزيرية في حقهم. لأن ذلك يشينهم ويقف حجرة عثرة في سبيل استعادتهم لمكانتهم الاجتماعية، والراجح هو اقتصاص ذلك على المجرم تمبندئ وعلى الجرائم البسيطة التي لا تهدد كيان المجتمع⁽²⁾.

فإذا كانت الجرائم التعزيرية أمرها مفوض إلى القاضي الذي يقدر ما يناسب المجرم، وظروفه فوقف تنفيذ العقوبة يدخل في نطاق سلطته التعزيرية، فإذا رأى أن مرتكب جريمة من أهل الصلاح وصنر منه الجرم على سبيل الخطأ، فإلقاضي أن يوقف تنفيذ العقوبة وقد يعفو عنه نهائيا إلا إذا عاود الكرة.

1- هو عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام المغربي الأصل الدمشقي المولد، الملقب بلطان العلماء، (577-660هـ/.... - 1181م)، شافعي المذهب، من آثاره: "قواعد الشريعة"، "قواعد الأحكام في مصابح الأنام". (انظر: الأسنوي، المرجع السابق، ج2، ص84-85. ابن العماد، المرجع السابق، ج5، ص301-302).

2- هو أحمد بن حمدان بن عبد الواحد بن عبد الغني الأذري، (708-783هـ)، شافعي من تلاميذ الذهبي، تولى القضاء بحلب، من مؤلفاته: "قوت المحتاج"، "جمع التوسط وفتح بين الروضة والشرح". (انظر: ابن العماد، المرجع السابق، ج6، ص278. كحانة (عمر رضا)، المرجع السابق، ج1، ص151).

(1) - انظر: علم (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص500.

(2) - انظر: المرجع نفسه، ص501.

الفقرة الثانية: الوقف القضائي لتنفيذ العقوبة في القاتون الوضعي.

الوقف القضائي لتنفيذ العقوبة يعني تعليق تنفيذ العقوبة المحكوم بها على شرط موقف خلال مدة يعينها القانون⁽¹⁾، فيذا النظام لا يلغي فكرة الإدانة، بل هو يفترض صدور حكم يقضي بها، إلا أن هذا الحكم يحجب عن التنفيذ قضائياً ما لم يتحقق الشرط الموقوف خلال ميقات الوقف، أما إذا لم يتحقق خلاله أو تحقق بعد فواته فإن هذا الحكم ينأى عن التنفيذ⁽²⁾.

فحجب تنفيذ العقوبة بهذا المفهوم هو في مؤداه إعفاء من الجزاء الجنائي قضائياً، معلقاً على شرط اقتراف المحكوم عليه الجريمة خلال ميقات حدده القانون⁽³⁾.

ويقوم هذا النظام على مجرد تهديد المحكوم عليه بتنفيذ الحكم الصادر عليه بالحبس أو الغرامة إذا اقترف جريمة جديدة خلال مدة محددة تكون بمثابة فترة للتجربة، فإذا ما اجتاز المحكوم عليه هذه الفترة بنجاح، سقط الحكم الصادر ضده، واعتبر كأن لم يكن⁽⁴⁾. ومدة التجربة كما نصت عليه المادة 593 من قانون العقوبات الجزائري هي 5 سنوات.

والحكمة من تعليق تنفيذ الحكم تعود إلى تقدير القاضي واقتناعه بأن المحكوم عليه ليس خطراً على المجتمع، وأنه قادر على اجتياز فترة التجربة دون الوقوع في الإجرام ثانية، وقد يستند في ذلك إلى ماضيه الحسن والظروف العامة التي تحيط به وتدعو إلى الاطمئنان إليه والثقة به، وهو يرى أن المصلحة تقتضي إبعاد المحكوم عليه عن جو السجون والاختلاط بالمجرمين، ولذلك فإن النطق بالعقوبة والتهديد بإنزالها به هو وحده كاف لإحداث التأثير النفسي القادر على منع المحكوم عليه من العودة للإجرام⁽⁵⁾.

(1) -انظر: حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات...، ص831. إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص342.

(2) -انظر: حسني (عمود نجيب)، علم العقاب، ص368.

(3) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص292.

(4) -انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج2، ص495.

(5) -انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه. إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص342.

كما أن التعرض من هذا النظام هو تجنب بعض الفئات من المجرمين مساوئ إيداعهم في المؤسسات العقابية خصوصا إذا كانت مدة العقوبة قصيرة، بحيث لا تكفي لإصلاحهم⁽¹⁾.

والغاية التي توختها التشريعات الوضعية -أيضا- هي منع التكرار، فالمجرم الذي يوقف تنفيذ الحكم الصادر بحقه بشرط عدم اقترافه جريمة ثانية يجد نفسه مهددا إذا ما اقترف تلك الجريمة الثانية بتنفيذ عقوبتين بحقه، العقوبة المعلق تنفيذها، وعقوبة الجريمة الجديدة، ويعتبر وقف التنفيذ من أجدى وأنجع وسائل السياسة الجنائية فضلا عن أنها من أهم وسائل التفريد العقابي⁽²⁾.

وقوانين العقوبات تأخذ بنظام إيقاف التنفيذ على نحو متباين⁽³⁾ منها القانون الجزائري، فقد نصت المادة 592 إجراءات جزائية جزائري على هذا النظام على النحو التالي: «يجوز للمجالس القضائية وللمحاكم في حالة الحكم بالحبس أو الغرامة إذا لم يكن المحكوم عليه قد سبق للحكم عليه بالحبس لجناية أو جنحة من جرائم القانون العام، أن تأمر في حكمها نفسه بقرار مسبب بإيقاف تنفيذ العقوبة الأصلية».

فالمادة 592 تشترط فيمن يستفيد من هذا النظام أن لا يكون قد سبق الحكم عليه بالحبس في جنابة أو جنحة من جرائم القانون العام، أي من له سوابق قضائية تتم عن خطورته. وعليه لا يجوز للمحاكم ومجالس القضاء أن تأمر في حكمها أو قرارها اتخاذ إجراء مسبب بوقف تنفيذ العقوبة الأصلية إذا لم يتوفر هذا الشرط⁽⁴⁾.

(1) -انظر: الذهبي (إدوار غالي)، الشرح السابق، ص161.

(2) -انظر: رزق (فؤاد)، الأحكام الجزائية العامة، ط جديدة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1995، ص356.

(3) -انظر: إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة...، ص342.

(4) - قرار المحكمة العليا بتاريخ 17/05/1983، الاجتهاد القضائي، 1986، ص85. (أشار إليه: نواصر (العائش)، المرجع السابق،

ويشترط في العقوبة المراد توقيف تنفيذها أن تكون غرامة أو حبس، وعليه يعد غير شرعي كما تقول تغرفة الجنائية بالمحكمة العليا، منح وقف التنفيذ من أجل عقوبة السجن (1).

وإلغاء وقف التنفيذ يتم بقوة القانون دون حاجة إلى صدور أمر من طرف القاضي لذلك جاء في المجلة القضائية أنه متى كان من المقرر قانوناً أنه إذا لم يصدر ضد المحكوم عليه الذي استفاد بإيقاف تنفيذ عقوبة أصلية، خلال مهلة خمس سنوات من تاريخ الحكم الصادر من المحكمة أو المجلس، حكم بعقوبة حبس أو عقوبة أشد منها لارتكاب جريمة أو جنحة اعتبر الحكم بإدنته غير ذي أثر، أما في الحالة العكسية تنفذ أولاً العقوبة الصادرة بها الحكم الأول دون أن ينتسب بالعقوبة الثانية. فإن إلغاء وقف التنفيذ للعقوبة الأولى يتم بقوة القانون في حالة ما إذا صدر ضد المحكوم عليه خلال المهلة المذكورة من تاريخ الإدانة المقترنة بوقف التنفيذ، حكماً بعقوبة الحبس أو عقوبة أشد منها، وإلغاء وقف التنفيذ في مثل هذه الحالة يؤدي إلى التنبذ الموالى للعقوبة الأولى والثانية مع الملاحظة أن سقوط الحق في وقف التنفيذ يتم بقوة القانون دون حاجة لصدور أمر لهذا الغرض من طرف القاضي الذي وقعت أمامه المتابعة الثانية، وليس ملزماً بإصدار أمر بذلك (2).

وقد أخذ على هذا النظام في السياسة الجنائية المعاصرة أنه لا يحقق المساواة بين مرتكبي الجريمة الواحدة، وأنه يتضمن الإهتار باعتبارات العدالة والردع العام، وقد رد على هذا الانتقاد بأنه خاضع على أساس أنه ينظر إلى المساواة بمفهومها المجرد دون النظر إلى الظروف الواقعية للجريمة والمجرم، أما الانتقاد الثبتي فرد عليه أيضاً بأن هذا النظام يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وهو لا يأمر به إذا رأى المساس بهما، إضافة إلى أنه يحقق العدالة والردع من تبييد المحكوم عليه بتنفيذ العقوبة لدى مخالفة شروطه (3).

بيد أن النقد الذي يجب أن يوجهه هو ترك المتهم دون إخضاعه لرقابة أو تقدير المساعدة أو الإشراف على سلوكه لمعاونته على قهر ما لديه من عوامل الإجرام (4)، وتحت

(1) قرار المحكمة العليا بتاريخ 9/12/1969، نشره القضاء، ع 1، 1970، ص 45. (أشار إليه: سليمان (عبد الله)، المراجع السابق، ج 2، ص 497).

(2) قرار المحكمة العليا بتاريخ 22/02/1983، المجلة القضائية، ع 1، 1989، ص 332.

(3) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى) سلطة القاضي...، ص 297.

(4) -انظر: سرور (أحمد فتحي)، الاختيار القضائي، القاهرة، المطبعة العلمية، 1969، ص 84.

تأثير هذا نتقد حاولت بعض التشريعات الاستفادة من نظام الاختبار القضائي المتمثل في فرض تدابير الرقابة والتوجيه الذي يعتبر صورة متطورة لوقف التنفيذ⁽¹⁾.

وبعد العرض الموجز لنظام وقف تنفيذ العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وجدنا أنه رغم ما وصلت إليه النظريات الحديثة في التفريد العقابي وتسهيل السبل لإصلاح المجرم والتي من بينها وقف تنفيذ العقوبة، فإن ذلك لا يزال محل نقد من قبل شراح القانون الوضعي. فإرجاء المحاكمة قد يؤدي إلى زوال معالم الجريمة واختفاء آثارها، مما يصعب فيما بعد البحث عن الدليل، كما أن إرجاء تنفيذ الحكم بعد صدوره إلى غاية معينة قد يكون في تلك وحده بالنسبة لبعض الجناة ما يلحق الشين بهم، ويقف حجر عثرة في سبيل استعادتهم لمكانتهم في المجتمع، إذ يلحقهم الضرر من مجرد صدور الحكم عليهم بالإدانة، وبقاء آثاره.

في حين نجد أن الفقه الإسلامي قد عرف نظام وقف تنفيذ العقوبة منذ أربعة عشر قرناً، وقد أعطى العلاج لهذه المسألة عند تفويضه لعقوبة التعزير، فالقاضي يستطيع أن ينزل بالتعزير إلى حد مجرد الإعلام لنوي المروءة الذين صدرت منهم الصغيرة على سبيل الزلة والنور، فهؤلاء يوعظون ليتذكروا إن كانوا ساهين، وليتعلموا إن كانوا جاهلين، فإذا ارتكب أحد هؤلاء جريمة ليست من الصغائر أو تكرر منه الفعل لم يبق من نوي المروءة بلى يعزره القاضي بما يراه مناسباً دون نظر إلى شيء مما تقدم.

فارتكاب نوي المروءة الجريمة التعزيرية لأول مرة لا يوجب معاقبتهم بل يكفي مجرد وعظهم وإعلامهم، ويكون من المصلحة عدم توقيع عقوبات الضرب أو عقوبات أخرى عليهم ويكون ذلك على المجرم المبتدئ وعلى الجرائم الخطيرة مع استبعاد الحدود بالاتفاق، لأننا تطبق إذا استوفت شروطها، أما إن امتنع أحدها فللقاضي إن رأى وقف تنفيذ العقوبة أصلح للمتهم حجبها عنه إلى أن تظهر توبته نهائياً أو يقوم بفعل إجرامي آخر.

(1) -انظر: سرور (أحمد فحجي)، المرجع السابق، ص 88. جعفر (علي محمد)، المرجع السابق، ص 217.

(2) -انظر: السيد (السعيد مصطفى)، المرجع السابق، ص 704-706.

والقانون الوضعي يشترط فيمن يستفيد من هذا النظام أن لا يكون قد سبق الحكم عليه بالحبس في جنابة أو جنحة من جرائم القانون العام⁽¹⁾، أما في الشريعة الإسلامية فإن الأمر موكل إلى القاضي ، فله أن يوقف تنفيذ عقوبة من يرى أنه يستحقه غير أن الفقهاء قد مثلوا لذلك بنوي المروءة والصلاح.

وإذا كان قانون الإجراءات الجزائية الجزائري قد اشترط في العقوبة المراد توقيفها أن تكون غرامة أو حبسا، فإن الشريعة الإسلامية لا تشترط مثل ذلك، بل الحجب يشمل جميع العقوبات التي يمكن للقاضي تطبيقها في مثل ما يقع من هؤلاء من جرائم، وهذا المسلك من الشريعة يحقق المقاصد المتوخاة من نظام وقف التنفيذ على أكمل وجه.

الفرع الثاني: نظام العفو القضائي .

ذكرنا سابقا الوسائل التي تهين السبيل أمام القاضي لضمان تطبيق أمثل لقانون العقوبات، سواء بالاختيار النوعي أو التدرج الكمي أو التخفيف أو التشديد أو وقف تنفيذ العقوبة، وهي في مجملها تشترك في نطق القاضي بالعقوبة، غير أن الوسيلة الأخيرة للتفريد القضائي، وهو نظام العفو القضائي يتمتع فيه القاضي عن النطق بالحكم إذا قدر أن المجرم سوف يمتنع عن اقتراف جرائم جديدة مستقبلا، وسنتناول فيما يلي العفو القضائي في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى) وبعدها في القانون الوضعي (الفقرة الثانية). حتى ننف على أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

الفقرة الأولى: العفو القضائي في الشريعة الإسلامية.

العفو معناه تنازل المجتمع عن حقوقه المترتبة على الجريمة كلها أو بعضها، وفي الشريعة الإسلامية يعتبر سببا من الأسباب التي تسقط العقوبة، وهو ليس سببا عاما يشمل جميع الجرائم، بل هو قاصر على بعضها دون البعض الآخر، فالحدود ليس للعفو فيها مجال لأنها متعلقة بحق الله، أما إن كانت متعلقة بحق العباد كالنكاح والقصاص فإنها تسقط بعفو المقدوف أو أهل المجني عليه.

(1) -انظر: المادة 592 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

أما التعزير فباعتبار أنه ليس معيناً مقدماً لكل جريمة، وأمر تعيينه متروك للقاضي، وهو إن رأى المصلحة في التعزير حتى في الحالات التي قيل فيها بعدم العقاب، فإن له ذلك وسلطته تسع جميع الظروف والأحوال، وعدم العقاب في الحالات التي قيل فيها بعدمه ليس وجوباً على القاضي، فالإعفاء في التعزير جوازي وليس وجوباً، والمرونة التي انفردت بها الشريعة الإسلامية في تطبيق العقاب والسلطة التي منحها للقضاة في ذلك مع القيود، كل ذلك يعتبر بحق من مفاخر هذه الشريعة الحية التي تلائم كل عصر وجيل وتسع كل نظام ولا تضيق بمصلحة⁽¹⁾.

واستدل الفقهاء على جواز العفو في التعزير بقول الرسول ﷺ: «أقبلوا نوي الهيئات عثراتهم»⁽²⁾. ويقول في الأنصار: «أقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئتهم»⁽³⁾. فإذا رأى ولي الأمر المصلحة في العفو عن التعزير كان له العفو، وإن رأى عدم العفو كان عليه إقامة التعزير⁽⁴⁾. إلا على قول الشافعي: «إن التعزير يجوز للإمام وليس واجباً عليه»⁽⁵⁾.

وقد سأل رجل رسول الله ﷺ فقال: «أصبت من امرأة قبله، فنزلت: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفِي النَّهَارِ وَزُلْفًا مِنَ اللَّيْلِ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ذَلِكَ ذَكَرَى لِلذَّاكِرِينَ﴾»⁽⁶⁾. فقال الرجل إلى هذه؟ فقال: «بل لمن عمل بها من أمتي»⁽⁷⁾. وقد استدل به من يرى أن التعزير ليس بواجب، وأن للإمام إسقاطه⁽⁸⁾.

(1) - انظر: عمر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 496.

(2) - أخرجه أبو داود في سننه، عن عائشة - رضي الله عنها - في كتاب الحدود، باب الحد يشفع فيه، رقم 4375، ج 4، ص 133. والبيهقي في سنن الكبرى عن عائشة - رضي الله عنها - بلفظ (زلاهم): في كتاب الأشربة والحد فيها، باب الإمام يعفو عن نوي الضياع زلاهم ما لم تكن حداً، رقم 18191، ج 13، ص 161.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه عن البراء. في كتاب منقب الأنصار، باب قول النبي ﷺ: «أقبلوا عن محسنهم وتجاوزوا عن مسيئتهم»، رقم 287، ج 6، ص 115.

(4) - انظر: عمر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 510.

(5) - انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 348.

(6) - سورة هود، الآية 114.

(7) - أخرجه مسلم في صحيحه عن عبد الله بن مسعود، في كتاب التوبة، باب قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ﴾، رقم 2763، ص 1477.

(8) - انظر: ابن القيم (شمس الدين أبو عبد الله)، إعلام المتوقفين عن رب العالمين، ج 4، مصر، مكتبة النكبات الأزهرية، د.ت، ص 370، وفي رواية أخرى أن النبي ﷺ عزره.

وعن نطاق العفو في التعزير، فقد قال بعض الفقهاء أن العفو لا يجوز في الجرائم التي فيها حد امتنع تطبيقه مع النص على التعزير، كوطء جارية امرأته أو جارية مشتركة⁽¹⁾.

وقال البعض، إن العفو يجوز لمن كانت منه الفاتنة والزلة، وفي أهل الستر والعقبات أو مع طمع بوقوعه عند الإمام والعفو عنه من العقوبة أن تكون له توبة، وأما إن كان الجنائي مصرا على الفساد، مشتهرا في الباطل، فلا يجوز للإمام العفو عنه، بل يمضي التعزير لينزجر عن ارتكاب الجريمة، ويرتدع غيره بما يفعل له⁽²⁾. وهذا يعني أن شخص الجنائي له اعتبار في العفو في الجرائم التي يجوز القول به فيها، ولولي الأمر مراعاة حكم الأصلح العفو أم التعزير.

ويرى د. "عبد العزيز عامر"، أن يكتفي القاضي بقيد المصلحة، فإذا رأى ولي الأمر تمصلحة في العفو عن التعزير كان نه ذلك دون مراعاة لهوى نفسه⁽³⁾.

الفقرة الثانية: العفو القضائي في القانون الوضعي.

العفو القضائي في القانون الوضعي هو امتناع المحكمة عن الحكم بتوقيع الجزاء الجنائي على المتهم إذا ما قدرت أنه سوف يتمتع في المستقبل عن اعتراف جرائم جديدة⁽⁴⁾. وهو يختلف عن العفو الشامل والعفو الذي يباشره رئيس الدولة⁽⁵⁾، ويلتقي بالاختيار القضائي في امتناع المحكمة عن النطق بالعقوبة، ويختلف معه في سلبية دوره تجاه المجرم، حيث يقتصر على محض البعد به عن الزج في السجن وقاية له⁽⁶⁾.

والعفو القضائي يتضمن إنذار المجرم بعدم العودة إلى الإجرام، وقد يصلح هذا الإنذار فنوع معين من المجرمين، وقد شرع هذا النظام أصلا لتجنب الحدث الجائح مضار دخول السجن، وبالتالي فهو لا يصلح إلا بالنسبة لنوع من المجرمين يكفي لإصلاحهم مجرد

⁽¹⁾ - انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 349. انبيري، المرجع السابق، ج 6، ص 124.

⁽²⁾ - انظر: «الخطاب»، المرجع السابق، ج 6، ص 320. الوائلي (أبو العباس أحمد بن يحيى)، المرجع السابق، ج 2، ص 417.

⁽³⁾ - انظر: عامر (عبد العزيز)، المرجع السابق، ص 496.

⁽⁴⁾ - انظر: سرور (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 89.

⁽⁵⁾ - انظر: محمود (عمود مصطفى)، المرجع السابق، ص 597-600.

⁽⁶⁾ - انظر: سرور (أحمد فتحي)، المرجع السابق، ص 102.

الإنتذار، وجدير بالذكر أنه ليس للمتهم أن يتمسك بوجود منح العفو، لأن تقدير ذلك من إطلاقات السلطة التقديرية لقاضي الموضوع⁽¹⁾. فهو حر في أن يمضيه إذا رأى المصلحة في عدم النطق بالعقوبة، وإن رأى العكس كان له ذلك.

وتتص على هذا النوع من العفو معظم التشريعات العربية كالتشريع المصري، والليبي، والعراقي، والبحريني وكذا المشروع الموحد⁽²⁾. غير أن التشريع الجزائري لا يأخذ بهذا النوع من العفو، ربما ذلك يعود إلى أن القضاء الجزائري حديث العهد، وعدم تخصص القاضي يؤدي إلى سوء استخدام هذا النظام، وما ينجر عنه من إهدار اعتبارات العدالة بعدم المساواة بين مرتكبي الجريمة الواحدة.

فإذا كانت هناك ظروف مخففة لصالح المتهم فإنه تخفض عقوبته ولا يسمح للقاضي بالحكم ببراءته، حيث جاء في النقض الجنائي لتحكمة العليا أن قبول الظروف المخففة لصالح متهم يسمح بخفض العقوبات طبقاً لأحكام المادة 53 من قانون العقوبات الجزائري، ولكنه لا يسمح للقاضي أن ينطق بالبراءة لصالح أي متهم يمنح له الظروف المخففة، إذ من شأن هذه الأخيرة خفض العقوبات لا البراءة⁽³⁾. فهذا دليل على أن القاضي لا يملك حق العفو على المتهم.

والعفو القضائي قد يكون مطلقاً أي لا يجوز التراجع عنه ولا إبطاله بأية صورة من الصور إذا فقدت الجريمة خطورتها الاجتماعية، وقد يكون مقيداً بطبيعة الجريمة خاصة التي تمس أمن البلاد والحكمة في ذلك هو الكشف عن باقي المجرمين، وقد يكون العفو خاصاً لفئة صغار المجرمين، كما قد يقيد بشرط أداء شئادة مقابل العفو أو فرض كفالة احتياطية عليه⁽⁴⁾. والعفو بصفة عامة يفرض على المحكوم عليه ولا يمكن له رفض فوائده، ولو لم يطلب ذلك⁽⁵⁾. والعفو لا يمس الغير إلا إذا كان مصحوباً بعفو شامل⁽⁶⁾.

(1) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص 329.

(2) - انظر: المرجع نفسه، ص 329 وما بعدها.

(3) - قرار المحكمة العليا بتاريخ 1969/02/25، مجموعة الأحكام، ص 441. «أشار إليه: نواصر (العياشي)، المرجع السابق، ص 30.

(4) - انظر بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص 329.

(5) - Levasseur. (G), Chauanne (A), Montreuil (J), Droit Pénale et procédure pénale, 7^e Ed, Paris, Dallas, 1983, P238

(6) - انظر: المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

يتضح مما سبق عرضه، أن المبدأ العام في التشريعة الإسلامية أن التعزير مفوض للإمام، فإن رأى أمصلحة في إنفاذه أقامه، وإن رأى أن العفو هو الأصلح عفا عن الجاني، وهذا يتفق مع التشريعات التي تجعل العفو القضائي مطلقاً، بحيث يجوز للقاضي أن يعفو عن المجرم دون مراعاة نوع الجريمة، فلا يجوز التراجع عنه ولا إبطاله بأي صورة من الصور، إذا فقدت الجريمة خطورتها الاجتماعية.

وإن كان فقهاء الشريعة قد أعطوا مثالا في العفو عن ذوي الهينات والمسروعة، لأن العفو عنهم أفضل من إقامة التعزير في حقهم.

والخلاصة أن العفو القضائي سواء في الشريعة الإسلامية أو في التشريعات الوضعية التي تنص عليه يخضع لسلطة القاضي التقديرية، وليس من حق المتهم والأصل في الشريعة الإسلامية أنه كما اتصل الأمر بحق الله تعالى لا يجوز إسقاط العقوبة بالعفو، وإنما يجوز ذلك بالتوبة، ولقد قرأ علماء العقاب في نظام الاختيار القضائي، أن أثره في إصلاح المجرمين يحقق مبادئ تنفع الاجتماعي التي أخذت تغزو الأذهان في الآونة الأخيرة، وأنه إن أحسن استعماله فإنه يحقق الزجر الفردي لأن من خصائصه التلويح للموضوع تحت الاختبار بتوقيع العقاب عليه إذا لم يتجاوب معه⁽¹⁾.

فالعفو -إنز- يساعد الجاني من حيث إتاحة الفرص المعقولة أمامه لتخطي ما قد يكون للظروف التي مرت به من تأثير فيما أقدم عليه من سوء تصرف هو إلى فسقط نحو الرذيلة أو حتى الجريمة وما أراد الاستمرار في هذه الطريق الخطرة مبدئياً استعداداً خلقياً كريماً يتيح له العفو لعودة إلى مجتمعه فرداً تائباً صالحاً. وعاملاً في سبيل خيرته ومجتمعه، وهذا ما لا يمكن بلوغه إذا لم يكن لدى المجتمع الاستعداد المقابل للصفح والعفو والمغفرة الواجبة عند المعنرة⁽²⁾.

(1) -انظر: رباح (غان)، الاجتماعات الحديثة في قانون العفو العام: دراسة مقارنة في التشريعات العربية والأوروبية، 2، بيروت، دار الخلد، 1992، ص 157.

(2) -انظر: المرجع نفسه. الموضوع نفسه.

الفصل الثاني

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجنائي
في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المبحث الأول: الضوابط المتعلقة بالجريمة.

المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بالجاني.

بعد ما تطرقنا في الفصل الأول إلى ماهية السلطة التقديرية ونطاقها وتوصلنا إلى أن للقاضي سلطة تقديرية في اختيار نوع العقوبة وتقديرها كما، ويجوز له تخفيف الجزاء الجنائي وتثديده، وقد يوقف تنفيذ العقوبة كما له أن يعفو عن الجنائي، إلا أن ذلك مرتبط بعناصر يستعين ببناء، فسلطته ليست مطلقة تحكيمية، بل هي محدودة بعناصر وضوابط يسترشد بها في تقدير الجزاء الجنائي.

فالسطة التقديرية تخرج القاضي من كونه آلة إلى قاض عدل يوائم بين الجريمة والمجرم والجزاء، والضوابط تعمل على الحد من هذه السلطة وتنظيمها حتى لا تعدو محض تحكّم واعتساف.

وإذا كانت هذه الضوابط منصوص عليها في القانون الليبي والإيطالي فهل هذا يعني عدم النص عليها في نصوص متفرقة وفي مناسبات خاصة في القوانين الأخرى كالقانون الجزائري مثلاً؟ وهل نكرها فقهاء الشريعة الإسلامية في مؤلفاتهم وإن لم يكن بهذا المصطلح؟

والإجابة عن هذه التساؤلات تستوجب تقسيم الفصل إلى مبحثين نتناول فيهما الضوابط المتعلقة بالجريمة (المبحث الأول)، ثم الضوابط المتعلقة بالجنائي (المبحث الثاني)، لنحدد في النهاية مجموع وأنواع الضوابط التي يستعين بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي.

المبحث الأول

الضوابط المتعلقة بالجريمة.

من المعروف أن الجريمة تقوم بصفة أساسية - على ركنين، ركن مادي وركن معنوي، والجانب الموضوعي للأفعال الإجرامية هو ما يتعلق بمادياتها وما يسبغها عليها المشرع من أوصاف في النصوص التجريبية، وتأتي الأفعال الإجرامية متفاوتة الدرجات من حيث خطورتها على الفرد والمجتمع، وما يترتب عنها من آثار سلبية، إضافة إلى أن التشريعات تعول على درجة جسامة الركن المعنوي من القصد أو الخطأ غير العمدي في توقيع الجزاء الجنائي.

ولما كان كذلك فإن الضوابط الإرشادية لتقدير العقوبة الواجبة التطبيق تأتي انعكاساً لهذه المكونات نوعاً أو كمّاً أو تخفيفاً أو تشديداً أو حجباً لتنفيذ العقوبة أو عفواً. لذلك فإن دراسة الضوابط المتعلقة بالجريمة يمكن تقسيمها إلى ضوابط متعلقة بالركن المادي (المطلب الأول) وضوابط متعلقة بالركن المعنوي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الضوابط المتعلقة بالركن المادي.

يتمثل الركن المادي للجريمة في سلوك مخالف لأحكام الشرع والقانون ترتب عليه نتيجة ضارة مؤثمة شرعاً وقانوناً نظراً لانطوائها على إحدى المصالح التي تحميها تشرائع على اختلافها.

وقدر العنوان لا يتأتى على شق واحد، ولا بحجم واحد، وإنما يتفاوت في قدره ويختلف في حجمه باختلاف الأحوال، ويأتي تبعاً لهذا التباين الاختلاف في النتائج الضارة وجسامتها، وعلى قدر جسامة هذا السلوك، وجسامة النتيجة الإجرامية يأتي الجزاء الجنائي مختلفاً بحسب الأحوال قدرها وكما، ومن ثم يلزم تبيين ضابط السلوك الإجرامي ومدى ملاءمته للجزاء الجنائي (الفرع الأول) ثم ضابط النتيجة الإجرامية (الفرع الثاني). لنعطي صورة متكاملة عن الضوابط المتعلقة بالركن المادي للجريمة.

الفرع الأول: ملائمة الجزاء الجنائي لجسامة السلوك .

تعتبر نتيجة الفعل أول ما يثير القضية أمام القاضي، ذلك لأن هذا الأخير لا يهتم بالنوايا الداخلية للشخص، بل بما يصدره في العالم الخارجي من سلوك ضار على المجتمع، والسلوك الإجرامي تحيط به ظروف ويتم في أحوال متباينة بما يستلزم الاعتداد به عند تقدير الجزاء الجنائي من طرف القاضي، حتى يتوصل هذا الأخير إلى ملائمة الجزاء الجنائي للسلوك الإجرامي، وللتفصيل أكثر في هذه النقطة نتناولها بدءاً في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، ثم في القانون الوضعي (الفقرة الثانية) حتى نتوصل إلى المقارنة بينهما.

الفقرة الأولى: ملائمة الجزاء الجنائي لجسامة السلوك في الشريعة الإسلامية.

إن الإنسان في الإسلام يحيا حياتين، حياة دنيوية وحياة أخروية، ولذلك سن من الأحكام والقوانين ما يكفل للإنسان السعادة والطمأنينة في هاتين الحياتين، وهو معنى قول فقهاء الشريعة، الحكم الشرعي لأي عمل من أعمال الإنسان له معنيان أحدهما ما يترتب عنه من آثار دنيوية، وثانيهما وصفه الشرعي الذي يترتب عليه المثوبة أو الجزاء في الآخرة⁽¹⁾.

والأحكام بالنسبة للحياة الدنيوية تترتب على التصرفات والأفعال المادية ذات الآثار والنتائج في العالم اتملموس، أما بالنسبة للحياة الأخروية فالعبرة بالنيات وحدها؛ فالإنسان عليه بالظواهر والله يتولى السرائر، والفعل الدنيوي الذي يجازى عليه الإنسان قد يكون عملاً إيجابياً أو امتناعاً سلبياً، لأن الشريعة الإسلامية قوامها التكليف من أمر ونهي، ومن العقاب على مخالفتها⁽²⁾. وقد عرف "الماوردي" الجرائم «بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير»⁽³⁾.

(1) - انظر: عوض (محمد محي الدين)، نحو توحيد للقوانين الجنائية في البلاد العربية، مجلة جامعة القاهرة، الخرطوم، ع5، 1974، ص206.

(2) - انظر: المرجع نفسه، ص206-207.

(3) - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص192.

وبالبناء على هذا السلوك سواء الإيجابي أو السلبي يتحدد الجزاء الجنائي من طرف القاضي، فيجب عليه أن يفحص جميع الظروف الزمانية والمكانية المحيطة بالجريمة، والوسيلة المستعملة في ذلك، وهذا ما كان عليه الرسول ﷺ وسلفه الصالح من بعده.

فالمكان والزمان طرفان مشددان في الحدود وفي التعازير، وحرمة المكان والزمان الذين ترتكب فيهما الجناية تقتضي تشديد العقوبة على من انتهكهما، فمن ارتكب جريمة في الحرم أو في المساجد تشدد عقوبته مراعاة لحرمة المكان، فمن قتل أحدا خطأ في الحرم المكي غلظت الدية عليه بخلاف من ارتكبها خارجه⁽¹⁾.

قال "ابن نجى" رحمه الله: «الأدب يتغلظ بالزمان والمكان فمن عصى الله في الكعبة أخص ممن عصاه في الحرم، ومن عصاه في الحرم أخص ممن عصاه في مكة، ومن عصاه في مكة أخص ممن عصاه خارجها»⁽²⁾. ومعنى هذا أن الأماكن المحترمة نفسها تتفاوت عقوبة منتهك حرمتها بتفاوت فضلها، فالاعتبار بتفضية المكان وقداسته.

وفي هذا التصدد سئل "ابن تيمية" رحمه الله عن إثم المعصية وحد الزنا في هل تتراد في الأيام المباركة أم لا، فأجاب: نعم المعاصي في الأيام المفضلة والأمكنة المفضلة تغلظ وعقابها بقدر فضيلة الزمان والمكان⁽³⁾. فقد يكون ارتكاب الجريمة في زمن معين ظرفا مشددا للعقوبة، إذا كان لهذا الزمن قدسية واحترام، فمن قتل أحدا خطأ في الأشهر الحرم غلظت دية بالتلث عند المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁴⁾.

(1) - انظر: النووي، المرجع السابق، ج7، ص199. الشريبي، المرجع السابق، ج4، ص54. ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص499.

* هو قاسم بن عيسى بن ناجي (أبو الفضل، أبو القاسم)، فقيه حافظ، تعلم بالقرآن، ولي القضاء في عدة أماكن، توفي سنة (837هـ - 1434م)، من آثاره "شرح المدونة"، "الشافعي في الفقه" ... (انظر: الزركلي، المرجع السابق، ج5، ص179. كحالة (عمر رضا)، المرجع السابق، ج6، ص646).

(2) - الخطاب، المرجع السابق، ج6، ص320.

(3) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج24، ص180.

(4) - انظر: النووي، المرجع السابق، ج7، ص199. ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص499. الخطاب، المرجع السابق، ج7، ص772. الحنفية ذهبوا إلى أن التوبة واحدة لا تغلظ بزمان ولا مكان. (انظر: الشرخسي، المرجع السابق، ج26، ص68).

ومن اعتبار الزمن ظرفا مشددا للعقوبة، شرب الخمر في نهار رمضان، وقد روى أن علياً عليه السلام أتى بالنجاشي الشاعر وقد شرب في رمضان فضربه الحد، ثم ضربه عشرين أو بضع عشرة وقال: «وهذا لاجترائك على الله عز وجل في شهر رمضان، وروي أنه ضربه الحد ثم سجنه من الغد فضربه عشرين وقال: هذه العشرون لجراعتك على الله تعالى وفطرك في رمضان»⁽¹⁾.

والتشديد بالزمان والمكان يكون أكثر وأوضح في جرائم التعزير منه في جرائم الحدود، على اعتبار السلطة الواسعة المخولة للقاضي في العقوبات التعزيرية. وبالإضافة إلى ظرفي الزمان والمكان وأثرهما في تشديد العقوبة هناك أيضا الوسيلة المستعملة في الجريمة ومدى وحشيتها، وتظهر كظرف مشدد في التعزير أكثر منه في الحدود والقصاص، فإذا استعمل مجرم وسيلة وحشية في الجريمة التعزيرية فإن عقوبته تشدد، وقد تصل إلى القتل⁽²⁾.

ويمكن أن يعد من الظروف الموضوعية المشددة المتمثلة في وحشية الوسيلة، ما ذكره الفقهاء المالكية والشافعية، وهي إحدى الروايتين عن الحنابلة. في أن القاتل يقتل بما قتل به⁽³⁾. فإن قتل بوسيلة وحشية قتل بها، مع وجود استثناءات لهذه القاعدة، فمن قتل أحدا بتجريبه الخمر حتى قتله لا يقتل بما قتل به، وكذا من قتل أحدا بفعلة قوم لوط لا يقتل بذلك إجماعا، إذ لا تشرع معصية في مواجهة معصية⁽⁴⁾.

واختلف في القتل بوسيلة السم والنار والسحر، فقيل: يقتل بها من قتل بها، وقيل لا يقتل بذلك، والأصح عند المالكية، أن القود في كل ذلك إنما هو بالسيف⁽⁵⁾. والظاهر كما ذكر د. ناصر الخليلي "أن الفقهاء لم ينظروا إلى وحشية الوسيلة على أنها ظرف مشدد، بل من باب الممثلة في القصاص، فمن قال منهم: إن من قتل أحدا

(1) انظر: بين فرعون، تبصرة الحكام، ج2، ص182.

(2) انظر: الحنفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص343.

(3) انظر: اختصاص، المرجع السابق، ج6، ص256. النووي، المرجع السابق، ج7، ص96. المرداوي، المرجع السابق، ج9، ص490.

(4) سقنا بعض الشافعية فيمن قتل غيره باللواط أو تجريب الخمر: إنه تدمر في دبره خشبة ويقتل بها، ويجزع ماؤها كخجل أو ماء أو شيء من. انظر: النووي، المرجع السابق، ج7، ص96.

(5) انظر: اختصاص، المرجع السابق، ج6، ص256. اللسوقي (محمد بن أحمد بن عرفة)، حاشية اللسوقي على الشرح الكبير، ط1، ج6، بيروت: نشر الكتب العلمية، 1996، ص222.

بتغريق أو تحريق أو ضرب قُتِلَ بما قُتِلَ به إنما نظر إلى أن المماثلة التامة الواجبة في القصاص لا تتم إلا بذلك، وقد قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ (1).

فهذه الآية تعتبر أصلاً من أصول النظام العقابي التعزيري في الإسلام، وهي مقررّة لضابط المماثلة بين الجريمة والعقوبة، وقد ذكر الدكتور "محمد العوا" فيما يخص قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ (2). إن هذه الآية قررت المبدأ العام الذي يؤسس في الفقه الجنائي الإسلامي نظام التعزير كله، وقال: «فهذه الآية الكريمة تقرر قاعدة عامة مجردة مفادها أن الشأن في السيئات أن يجازى عليها بسيئات مثلها، ... ومن فضل العقوبة على العفو فإن عليه أن لا يجاوز بها القدر الضروري منها، وأن لا يزيد فيها مثل الفعل المعاقب عليه وهو هنا النوع والقدر الذي يحقق الأهداف العقابية دون اشتراط المماثلة النوعية التي قد لا تكون ممكنة، ذلك كله لأن الخروج عن هذه الحدود يعد ظلماً والله لا يحب الظالمين» (3).

ومما يؤيد هذا المبدأ لعام هو ما رواه "أنس" رضي الله عنه أن يهودياً رضّ رأس جارية بين حجرين فقيل لها «من فعل هذا بك؟ أفلان أفلان؟ حتى سمي اليهودي فأومأت برأسها، فأخذ اليهودي فاعترف، فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فرضّ رأسه بين حجرين» (4).

وقال الإمام أحمد في قتل القاتل بما قتل به «إنه لأهل أن يفعل به كما فعل» (5). وعليه فالمماثلة واجب مراعاتها في القصاص بقدر الإمكان، حتى يكون القصاص قصاصاً شرعياً، قال "النووي" رحمه الله: «كما تراعى المماثلة في طريق القتل تراعى في الكيفية والمقدار، ففي التجويع يحبس من تلك المدة، ويمنع عنه الطعام، وفي الإلقاء في الماء والنار

(1) سورة النحل، الآية 126.

(2) سورة الشورى، الآية 40.

(3) انظر: العوا (محمد سليم)، أصول النظام الجنائي الإسلامي: دراسة مقارنة، ط2، القاهرة، دار المعارف، 1983، ص246-247.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه. في كتاب أخصومات، باب ما يذكر في الأشخاص، والخصومة بين المسلم واليهودي، رقم4، ج3، ص244.

(5) - المرداوي، المرجع السابق، ج9، ص490.

هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام النووي الدمشقي الشافعي (عمي الدين، أبو زكرياء)، (631-677هـ/1233م-1278م)، فقيه محدث حافظ لغوي من تصانيفه: "الأربعون النووية"، "روضة الطالبين" ... (انظر: الأستوي، المرجع السابق، ج2، ص266. كحثة (عمر رضا)، المرجع السابق، ج4، ص98).

يلقى في ماء ونار مثلهما ويترك تلك المدة ... وفي التخنيق يخنق بمثل ما خنق مثل تلك المدة، وفي الإلقاء من الشاهق يلقى من مثله، وتراعى صلاية الموضع وفي الضرب بالمتقل يراعى الحجم وعدد الضربات»⁽¹⁾.

وهؤلاء الفقهاء لم يتحدثوا عن الشديدي، وإنما قالوا بالمماثلة، وهي لا تتم إلا بقتل القاتل بنفس الوسيلة التي قتل بها⁽²⁾.

والذين قالوا: إن القاتل لا يقتل بما قتل به، كالسحر والنار والسم، وإنما يقتل بالسيف رأو أن المماثلة تحصل بالسيف، وأن قتله بما قتل به لا تؤمن معه الزيادة على ما ارتكبه الجنائي والزيادة مخالفة للمماثلة⁽³⁾. والغريب في الأمر هنا أن هؤلاء المتحججين بالمماثلة قد وقعوا في مخالفتها منذ البداية، وذلك بتغيير نوعية الوسيلة نهائياً، فالأولى القتل بالوسيلة التي قتل بها مع خوف الزيادة على أن يخالف بإرادته منذ البداية الوسيلة المستعملة، وبالتالي لا تحصل المماثلة في تفاصيل نهائياً.

فالظاهر من كلام الفقهاء أن المماثلة واجبة شرعاً في القصاص إذا كان ذلك ممكناً وإن لم يكن ممكناً، كعدم توفر الوسيلة المستعملة أو نوعية السم المستعمل مثلاً، أو متوفرة لكنها غير جائزة شرعاً، ففي هاته الحالات تشدد العقوبة، وتعتبر وحشية الوسيلة ظرفاً مشدداً، غير أن المماثلة في القصاص لا تنفي من اعتباره كضابط يستعين به القاضي في تقدير الجزاء الجنائي من الناحية المنطقية.

(1) -النروي، المرجع السابق، ج 7، ص 97.

(2) -انظر: الخلفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 345.

(3) -أما الحفية فالقصاص من القاتل إنما يكون في حالة ما إذا استعمل في القتل آلة محددة أو مديية، أي السلاح وما جرى مجراه، كماخذ من الحجر والنار، أما القتل بانقتل كحجر كبير أو خشبة كبيرة أو الإلقاء من شاهق أو التخنيق أو التفريق كل ذلك شبه عمد لا قصاص فيه، وإنما فيه دية مغلظة. (انظر: السرخسي، المرجع السابق، ج 26، ص 122 وما بعدها. الزيلعي، المرجع السابق، ج 6، ص 97. الشريبي (محمد الخطيب)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2، د.م. د.د. د.ت، ص 199).

الفقرة الثانية: ملائمة الجزاء الجنائي لجسامة السلوك في القانون الوضعي.

إن قانون العقوبات مثل الشريعة الإسلامية من الناحية القضائية لا شأن له بتنوايا والأفكار والمقاصد الداخلية ما لم تظهر بوجه ملموس على شكل أفعال إجرامية، فيؤخذ بعقب على السلوك الإجرامي الذي يترتب نتيجة ضارة على المجتمع.

وتختلف طبيعة السلوك الإجرامي من جريمة إلى أخرى بحسب نوعها، فالسلوك الإجرامي في السرقة عبارة عن فعل اختلاس المنقول، وهو في جريمة النصب يتمثل في اتخاذ الطرق الاحتيالية التي ينخدع بها المجني عليه، وفي جريمة الضرب يتمثل في فعل تعساف بسلامة جسم المجني عليه سيما في جريمة القتل يتمثل السلوك الإجرامي في فعل تهتك روح المجني عليه دون وجه حق⁽¹⁾.

وجسامة الفعل في القانون هي الناتجة من طبيعته ونوعه وموضعه وأسلوب تنفيذه والوسائل التي استخدمت في تنفيذه ومن كل الظروف الزمانية والمكانية المتعلقة وتمصاحبة لارتكابه⁽²⁾.

وقد اهتمت بعض التشريعات بالنص صراحة على ضرورة مراعاة القاضي لضابط جسامة السلوك الإجرامي الذي يستشفه من خلال طبيعة الفعل ومحل الجريمة، وكل ما يتعلق به من ظروف زمانية ومكانية والوسيلة المستعملة فيها ومدى وحشيتها، وذلك حينما يتصدى لتقدير الجزاء الجنائي على مقترف الجريمة. وأوضح مثال على ذلك ما نص عليه قانون العقوبات الليبي في المادة (1/28 بند 1) والتي جاء فيها «وتبين خطورة الجريمة من الأمور الآتية:

1- طبيعة الفعل ونوعه والوسائل التي استعملت لارتكابه، وغايته ومكان وقوعه ووقته وسائر الظروف المتعلقة به»

(1) - انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج 2، ص 65.

(2) - انظر: الجزوري (محمد)، المرجع السابق، ص 183.

وصياغة المشرع من خلال نص المادة جاءت مرنة بما يؤهلها لاستيعاب جميع العناصر التي يستظهرها القاضي من خلال الدعوى، لأنه من الصعوبة بمكان حصر جميع العناصر التي تفترن بالسلوك الإجرامي⁽¹⁾. فالقاضي يستعين بهذا الضابط في سبيل التقدير الأمثل للعقوبة من خلال العناصر التي تصاحب العمل الإجرامي.

ويندرج تحت مفهوم ضابط جسامة الفعل، مسرح الجريمة من حيث كونه مكانا مهجورا أو مطروقا، بمنزل المجني عليه أو الجاني أو في الطريق العام أو محل العمل، وكذلك ميقات حدوثها نهارا أم في ستر الظلام، ومناسبة حدوثها وما يحيط بها من ملابس والتى يكون من شأنها تخفيف العقاب على الجاني أو تشديده عليه، بالإضافة إلى أسلوب الجاني في إقرار جريمته، وما استعمل في ذلك من وسائل وحشية و الغاية التي توخاها من وراء ارتكابه لها⁽²⁾.

فمن حيث مكان حصول الجريمة، فيقصد به الحيز المكاني الذي تتم فيه كإتيان جريمة العرض المخل بالحياة في مكان غير أهل بالسكان فتخفف العقوبة بعكس ما إذا ارتكبت نفس الجريمة في مكان أهل بالسكان حيث تشدد العقوبة، لانحسار حجم الإخلال بالحياة العام في الحالة الأولى دون الثانية. والأمر نفسه بالنسبة لخطف الطفل وتركه في مكان خال من الأمنيين، حيث تشدد العقوبة على الجاني، والعكس إن ترك في مكان أهل بالسكان، حيث تخفف عقوبته لسهولة غوث الضحية⁽³⁾.

أما عن وقت الجريمة، فهو الزمن الذي ترتكب فيه، وهو عنصر محل اعتبار المشرع في تشديد العقاب أو تخفيفه، فتشدد العقوبة إذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب أو

(1) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص 409.

(2) -انظر: الترابوي (عمرد سامي)، المرجع السابق، ص 533 وما بعدها.

(3) -انظر: عيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 206. والمشرع الجزائري يعاقب على مجرد خطف الطفل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، وتثبت في المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري.

في جنح الظلام، وتخفف العقوبة إذا ارتكبت جريمة الفعل الفاضح العلني ليلًا⁽¹⁾، بحيث لا ينطوي السلوك على مساس كبير بالحياء العام⁽²⁾.

وينضوي تحت ضابط جسامّة الفعل، الوسيلة المستعملة في العمل الإجرامي، والأسلوب المتبع في تحقيق فعله، فقد يقتصر على مجرد ارتكاب الفعل المادي مجردا من كلى الظروف، وقد يفتقرن الفعل الإجرامي ببعض الظروف التي تضي عليه نوعا من الجسامّة، وتيرر تغليظ عقوبته، كمن يقتصر على مجرد إزهاق روح إنسان دون التكتيل بها، حيث يقتضي المنطق السليم تخفيض عقوبته على من يزهد روح الضحية ويتكل بها⁽³⁾. فيجب على القاضي أن يضع في اعتباره أسلوب تنفيذ الفعل الجرمي كدرجة الإحكام التي تميزت بها الطرق الاحتمالية في النصب، ومقدار العنف الذي تميز به تنفيذ السرقة بالإكراه، ومدى القسوة التي اتصف بها فعل الضرب أو تجرح، فالفعل الجرمي ينطوي بذاته على خطورة تهدد الحق محل الحماية تقاس بمدى ما ينطوي عليه من ميل نحو إحداث الاعتداء عليه⁽⁴⁾.

كما أن لطبيعة الجريمة ونوعيتها ومدى مساسها بنواميس المجتمع والأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع أبلغ الأثر في تقدير الجزاء الجنائي، وتطبيقا لذلك تقول المحكمة العليا الليبية «إن جرائم الاعتداء على العرض هي من الجرائم التي تشدد القانون والعرف والمجتمع في استنكارها لفحشها وبشاعتها، ولما تؤدي إليه من نتائج وخيمة على الأخلاق والأسرة بل والمجتمع كله، وهي تمس بسمعة المجني عليه مهما كان موقعه منها، ومن ثم يضحى تبرير العقوبة التي أوقعها الحكم على الطاعن في محله»⁽⁵⁾.

(1) - استقر الفقه والقضاء على قاعدة مؤداها «أن الفعل يعتبر علنيا إذا نسبه الغير خوامه، لو كان ذلك ممكنا». (انظر: منصور (إسحاق إبراهيم)، شرح قانون العقوبات الجزائري: جنائي خاص في الجرائم ضد الأشخاص والأخلاق والأمرال وأمن الدولة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ت، ص198).

(2) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص410-411. مهران (محمد عبد الملك)، ظسرف الليل في تشديد العقاب، مجلة الأمن العام، المجلة العربية لعلوم الشرطة، القاهرة، ع51، السنة 13، (1390م-1970م)، ص54 وما بعدها.

(3) - انظر: عبيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع لسابق، ص206

(4) - انظر: حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص786.

(5) - قولر المحكمة العليا الليبية بتاريخ 1973/12/2، رقم 20/85، مجلة المحكمة العليا، ع2، السنة 10، يناير، 1974. (أشار إليه:

بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص412.

وكان الحكم محل الطعن قد قضى على المحكوم عليه بالسجن لمدة ثلاث سنوات لمقارفته جريمة موقعة فتاة صغيرة⁽¹⁾.

ومن ناحية أخرى إذا كان القاضي يواجه حالة توافرت بشأنها شرائط الدفاع الشرعي عدا شرط لزومه مثلا، أو كان أمام حالة يمارس فيها الفاعل حقه في التأديب ولكنه تجاوزه قليلا، فللقاضي في هاتين الحالتين تخفيف العقاب عكس حالة تخلفت فيها شرائط الدفاع كلية وليس من حق في التأديب بتاتا⁽²⁾. والمسؤولية الجنائية في التشريع الجزائري لا تقوم إذا كان الشخص يستخدم حقه في التأديب أو مباشرة الأعمال الطبية أو ممارسة الأعمال الرياضية⁽³⁾.

وباستقراء قانون العقوبات الجزائري، نجد أن هناك من الظروف التي نص عليها المشرع في القسم الخاص، إذا صاحبت السلوك المادي أو الإجرامي شددت العقوبة أو خففتها بحسب الأحوال، من ذلك ظرف اللز في السرقات، فإنه يغير من وصف الجريمة وتشد العقوبة إلى السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات (المادة 354 فقرة 2)، أو ظرف قليل في جريمة إتلاف المزروعات (مادة 361).

أما عن الوسيلة المستعملة في الجريمة فإن حمل السلاح في جريمة السرقة يعتبر ظرفا تشدد به العقوبة إلى السجن المؤبد حسب نص المادة 351. فهذه الظروف وغيرها تشدد العقوبة، وقد تغير من وصف الجريمة من جنحة إلى جنائية إذا صاحبت السلوك الإجرامي للجثي⁽⁴⁾. وباعتبار أن هذه الظروف قد نص عليها المشرع صراحة فهي من قبيل التفريد التشريعي لا التفريد القضائي.

وعن نوع الفعل الإجرامي، فالأمر موكول إلى السلطة التقديرية للقاضي كتقدير العنف في الفعل المخل بالحياة، حيث استقر القضاء على اعتبار العنف المعنوي كظرف في جريمة الفعل المخل بالحياة ضد ضحية صغيرة السن وأن القضاة سبوا في قرارهم بأن

⁽¹⁾ -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 412.

⁽²⁾ -انظر: حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص 789.

⁽³⁾ -انظر: بارش (سليمان)، شرح قانون العقوبات الجزائري: شرعية التجريم، ج 1، باتنة، مطبعة عمار قربي، 1992، ص 101.

⁽⁴⁾ -انظر: الشاسي (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 69. حسني (أحمد)، ظرف حمل السلاح في جريمة السرقة، مجلة الأمن العام، المحلّة المغربية لعلوم الشرطة، القاهرة، ع 24، السنة 7، (1383هـ-1964م)، ص 54.

الضحية ذكرت أن التمثيم قادها إلى الغابة وارتكب ضدها الفعل بالعنف، وتقدير العنف في هذه الحالة من السلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁽¹⁾.

وبعد عرض السلوك الإجرامي ومدى تأثيره على تقدير القاضي للجزاء الجنائي سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي، نجد أن القاضي الجنائي يعتد بالسلوك عند تقديره للعقوبة ولكن بنسب متفاوتة.

وإن كان التشريع الليبي قد نص على ضابط جسامة السلوك مجاريا في ذلك التشريع الإيطالي، تلاحظ أن التشريع الجزائري يعطي أهمية للسلوك باعتباره عنصرا في الركن المادي، فلا يمكن للجريمة أن تقوم من غيرده، وعند صدوره يلاحظ القاضي جميع الظروف المحيطة به من ناحية الزمان والمكان والوسيلة المستعملة، وكل ما يتصل بالفعل الإجرامي فيخفف الجزاء أو يشدد حسب الجريمة المرتكبة، وإن كان ذلك من قبيل التفريد التشريعي، فإنه لا يتكرر أحد أن اختيار العقوبة المناسبة من بين العقوبات المحددة من طرف المشرع وتقديرها كما يدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي، فحتى وإن لم ينص التشريع على هذا الضابط، فإنه معمول به عند تقدير الجزاء الجنائي ومنصوص عليه في القسم الخاص.

وبمقارنة الأمثلة الواردة في الشريعة الإسلامية في التخفيف أو التشديد نجد أنها متعلقة بقدسية الزمان والمكان، بخلاف القانون الذي لا يعطي للقدسية اهتماما، بل الأمر مرتبط مثلا بالآداب والنظام العام، كما في جرائم المخلة بالحياء أو سهولة وصعوبة الغوث كما في خطف الأطفال، فالاعتبارات إذن مختلفة.

وفيما يخص وحشية الوسيلة فالقانون من لها بالقتل بواسطة السم، لذلك شدد العقوبة وجعلها الإعدام، لكن الفقه الإسلامي لم يمثل بهذا المثال، لأنه جعل عقوبة القتل العمد هي القتل قصاصا يأتي طريق تم ذلك . فالعقوبة المشددة التي وضعها القانون يصل بها إلى العقوبة العادية في الفقه الإسلامي، وذلك لأن عقوبة القتل العمد في الفقه الإسلامي واحدة

⁽¹⁾ قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/07/08، رقم 442. (أشار إليه: نواصر العايش)، المرجع السابق، ص157).

وهي الفصل، فإن الأصل في العقوبة فيه على القتل نجر هو القتل، ونص على ذلك
مسندة وصل بالعقوبة فيها إلى القتل ومنها التسمم⁽¹⁾.

الفرع الثاني: ملازمة الجزاء الجنائي لمصلحة النتيجة الإجرامية.

إن العلية من تجريم فعل ما لا تحقق إلا إذا ترتبت عنه نتيجة تطوي على
عولن على مصلحة بحسب القانون، فالشرع والقانون لا يحكمان على فعل أنه جريمة
ويحقق فاعليها العقوبة إلا إذا ترتبت عليه نتيجة ضارة بمصلحة الأفراد أو المجتمع.

والنتيجة عبثة عن العاقبة الضارة للفعل، أي المماس بالمصلحة التي تحميها
قاعدة التجريم مساسا يتكون إما عن الضرر الفعلي، وإما عن مجرد تعريض الماد أو
المصلحة محل الحماية تخطر⁽²⁾.

فالضرر أنس تقوم عليه كل جريمة وهو بالنسبة للسلوك الإجرامي النتيجة
اليامة والأثر المترتب عنه الذي يقصده المشرع بالمكافحة، وفكرة الضرر تتضمن المصالح
أو القيم التي أهدرت أو نمرت كليًا أو جزئيًا، أو كان من المحتمل إهدارها⁽³⁾.

ولتحديد هذا الضابط أكثر وبيان مدى تأثيره على تحديد الجزاء الجنائي، وهل
أن القاضي يستعين به في تقدير العقوبة؟ نتناول ذلك بالبحث في الشريعة الإسلامية (الفقرة
الأولى) ثم في القانون الوضعي (الفقرة الثانية)، لتتوصل في النهاية إلى المقارنة بين
التشريعين.

⁽¹⁾ - انظر: الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق ص 343.

⁽²⁾ - انظر: رمضان (عمر السعيد)، فكرة النتيجة في قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، ع 1، السنة 31، ص 106.

⁽³⁾ - انظر: عوهي (محمد محي الدين)، المرجع السابق، ص 214.

الفقرة الأولى: ملازمة الحزاء الجنائي لجسامة النتيجة الإجرامية في الشريعة الإسلامية.

إن العقوبة في التشريع الإسلامي تتناسب وجسامة الجريمة، وهذه الجسامة تستفاد من النتيجة الضارة الذي يحققه السلوك الإجرامي، والتي تلحق المصالح المحمية بنصوص التجريم المقررة لأمن المجتمع وسلامته وتطوره⁽¹⁾.

ونظراً لأن جرائم الحدود تتعلق بمصالح ثابتة لكل مجتمع وفي كل زمان، فإن أمر تقديرها تكفل به الله سبحانه وتعالى العليم بأحوال الناس وظروفهم، وبالتالي فليس فيها أدنى تقدير للقاضي بين حد أدنى وحد أعلى، وإنما هي محدودة بحد واحد⁽²⁾. وهاته العقوبة المقدرّة جاءت شديدة نظراً لجسامة النتائج التي تؤدي إليها، فالتشديد يبدو واضحاً في جرائم القصاص والحدود، فقطع يد السارق مثلاً عقوبة شديدة، وسبب تشديدها جسامة الضرر الناتج عن السرقة، فإن أحداً لا يأمن على ماله إذا لم يوضع هذا الجزاء الرادع لها، وعقوبة المحارب المنصوص عليها في القرآن تكريم عقوبة شديدة سببها جسامة الضرر الناجم عن الحراية، ولذلك سماها الحق سبحانه وتعالى بمحاربة الله ورسوله وسعيها في الأرض بالفساد، كما جاء في آية الحراية، فجسامة النتيجة المترتبة عن المحاربة وقطع الطريق هي إخافة الناس ونهب أموالهم وقتلهم وهي أضرار جسيمة لا بد أن تدرأ بعقوبة رادعة⁽³⁾.

وقد نظر بعض الفقهاء إلى جسامة الضرر حين رأوا أن عقوبات المحارب على سبيل التتويج على أساس نتيجة كل فعل يقابله العقوبة المناسبة، وعليه فالمحارب إذا قتل وأخذ المائ، قتل وصلب، وإذا قتل ولم يأخذ المائ، قتل ولم يصلب، وإذا أخذ المائ ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف، وإذا أخاف السبيل ولم يأخذ المائ نفي من الأرض⁽⁴⁾.

(1) -انظر: سلامة (مأمون محمد)، العقوبة وخصائصها في التشريع الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، ع21، السنة 48، ص60.

(2) -انظر: المرجع نفسه، ص61.

(3) -انظر: الخلفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص349.

(4) -انظر: ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص36. الشريفي، معنى المحتاج، ج4، ص181. ابن قدامة، المرجع السابق، ج10، ص305.

السرخسي، المرجع السابق، ج9، ص195 وما بعدها.

ومع ذلك هناك من الفقهاء من يرى خلاف ذلك إلى جسامته الضرر، في إلحاق عقوبة من هذه العقوبات المنصوص عليها في الآية بما تناسب حاله وضرره فقالوا إن المحارب الذي يخطط لأصحابه المحاربين يناسبه القتل، لأن القطع لا يدفع ضرره المتمثل في تدييره، والمحارب الشديد البطش يلائمه القطع من خلاف لأن ذلك يقطع دابر بطشه، أما غير هذين الصنفين كمن حارب فلانة بأن أخذ فور خروجه ولم يقتل ولم يأخذ مالا وإنما أخاف الطريق فعقوبته تكون بالنفي من الأرض، وهذا هو المناسب له⁽¹⁾.

إن عقوبة المحارب حددها الله سبحانه وتعالى، وذلك بوضع أربع عقوبات تاركها المجال الضيق للقاضي لتقدير العقوبة المناسبة حسب ما يراه من خلال تفسير الفقهاء لحرف العطف "أو" الوارد في الآية الكريمة.

وعقوبات الحدود والقصاص في الشريعة الإسلامية حددها الله سبحانه وتعالى باعتبار النتيجة التي تؤدي إليها، لذلك جاءت شديدة بما يتوافق وجسامته النتيجة الضارة بالفرد والمجتمع.

ويتجلى أثر جسامته النتيجة في تقدير القاضي أكثر عند تصديده للحكم في الجرائم التعزيرية، فقد تنتج آثار خطيرة على الجريمة، وإن كانت تبدو عادية في ذاتها، ولا يمحو هذه الآثار أو يقلل من شدتها إلا تشديد التعزير، فقد تؤدي جريمة ما إلى فقدان الثقة بين الناس أو فقدانهم الثقة فيمن يجب أن يوثق به⁽²⁾.

فالمسؤول عن مصلحة من مصالح الأمة إذا ارتكب جنائية فيما اسند إليه، فإن وقع هذه الجنائية على نفوس الناس يكون أشد، فيجب أن يكون التعزير عليها أبلغ وأشد، ومثال ذلك القاضي الذي يحكم بين الناس بالجور، وثبت ذلك بإقرار أو بيينة يعاقب عقوبة موجعة تناسب الجريمة التي ارتكبها وتلائم جسامته النتيجة المتمثلة في ظلم الناس وخيانة الأمانة أو المسؤولية التي اسندت إليه.

(1) -انظر: الدسوقي، المرجع السابق، ج6، ص361.

(2) -انظر: الخليفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص239.

قال "ابن فرحون" في عقوبته: «ويعزل ويثبهر ويفضح ولا تجوز ولايته أبداً، ولا شهادته وإن صلحت حاله وأحدث توبة لما أجرم في حكم الله تعالى، ويكتب أمره في كتاب لنلا يندرس الزمان فتقبل شهادته»⁽¹⁾.

وإذا كان أشرار قد شدد عقوبة من أخل بشفقة الناس به، فقد شدد أيضاً عقوبة من أساء إلى من يثق الناس به، فالذي يسيء إلى القاضي العدل يعزر أبلغ تعزير وتشدد عقوبته، وكذا كل من أساء إلى من أسندت إليه مصلحة من مصالح المسلمين، دون داع إلى ذلك، قال "ابن فرحون": «ومن تكلم بكلمة لغير موجب في أمير من أمراء المسلمين لزمته العقوبة الشديدة ويسجن شهراً، ومن خالف ما حكم به القاضي عوقب إذا لم يرض بالحكم إلا أن يتبين الجور في الحكم»⁽²⁾.

وتشديد العقوبة في كل هذا تشديد في محله أيضاً، لأن الاستخفاف بمن تولى تطبيق الشرع وحفظ العدالة استخفاف بالشرع نفسه واستخفاف بالعدالة، وإذا زالت هيئة الشرع والعدالة في نفوس الناس سادت الفوضى وانتشر الفساد، وتحطم النظام واستيعقت الفتنة، وتشديد العقوبة هنا لا ينظر فيه إلى شخص القاضي، وإنما إلى ما يمثله من رمز للعدالة والحكم بالحق، والدليل على ذلك أنه نفسه لو خلت أمانة القضاء لكانت عقوبته بالغة إذ لا احترام له حينئذ⁽³⁾.

والإسلام ينظر إلى الأشياء من خلال نتائجها فيربطها بها، ومما يدل على ذلك قول النبي ﷺ: «ستكون هنات وهنات، فمن أراد أن يخرق أمر هذه الأمة وهي جميع فاضربوه بالسيف كائناً من كان»⁽⁴⁾، فالرسول ﷺ حرص منذ بعثته على توحيد كيان الأمة وتماسك بنيانها، وأي شخص هدد هذا البنيان، فإنه يمنع ولو أدى ذلك إلى قتله.

والذي يتناول الخمر في الأماكن العامة ويؤذي الناس بعربدته، ويروعهم ويفزعهم، تشدد عقوبته بضرب الحد، ثم بضرب الخمسين وأكثر من ذلك على قدر جرمه،

(1) ابن فرحون، بصره الحكيم، ج1، ص88، وج2، ص308.

(2) سأنظر المرجع نفسه، ص302.

(3) سأنظر: الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص241.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه عن عرفة. في كتاب الإمارة، باب حكم من فرق أمر المسلمين وهم مجتمع، رقم 1852، ص1030.

كما روى ذلك عن الإمام مالك - رحمه الله -⁽¹⁾ فالسكر جريمة، فإذا كان في مكان عام عظم هذا الجرم لما يؤدي إليه من آثار جسيمة على أفراد المجتمع كتخويفهم وضربهم من جهة، وإظهارها للفاحشة من جهة أخرى بعدم احترامه للشرع والنظام العام.

ومن الجرائم المنكرة التي تستدعي التشديد جريمة اللواط، وهي من أشنع الجرائم التي استنكرها الإسلام، نظرا للأضرار الجسيمة التي تنتج عنها. لذلك لما بعث "خاند بن الوليد" إلى "أبي بكر الصديق": «أنه وجد في بعض توأحي العرب رجلا ينكح كما تنكح المرأة» استشار أصحابه فأشار عليه "علي بن أبي طالب" عليه السلام: «إن هذا الذنب لم تعص به أمة من الأمم إلا واحدة فصنع الله بهم ما صنع كما قد علمتم، أرى أن يحرقوا بالنار»، قال "ابن القيم" - رحمه الله -: «أجمع رأي صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن يحرقوا بالنار»⁽²⁾. فأجراه غاية في تشديد العقوبة تناسب جسامته النتيجة الإجرامية المترتبة عن هذا الفعل الشنيع.

وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الفاعل والمفعول به في هذه الفاحشة، حيث قال صلى الله عليه وسلم: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به»⁽³⁾.

فهذه الأمثلة التي ذكرها الفقهاء نتائجها وآثارها الضارة المترتبة عنها يستعين بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي الملانم لها، فيقدر عظم وجسامته النتيجة تشدد العقوبة، ويقدر تفاهتها وضآلتها تخفف.

فمن ارتكب جريمتين متصلتين من جرائم التعزير يعاقب أكثر من عقاب من ارتكب جريمة واحدة، ومن ارتكب جريمة كبيرة تشدد عقوبته أكثر من عقوبة من ارتكب جريمة دونها⁽⁴⁾. قال ابن تيمية - رحمه الله - «فإذا كان كثيرا زاد في العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلا ... وعلى حسب كبر الذنب وصغره، فيعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم ما

(1) - انظر: ابن فرحون، تبصرة احكام، ج 2، ص 301.

(2) - هو خالد بن الوليد بن المغيرة المخزومي، سيف الله المسلول، الصحابي الفاتح الكبير، أسلم سنة 7 هـ وشهد فتح مكة، توفي سنة 21 هـ. (انظر: ابن حجر، الإصابة، ج 1، ص 413-415).

(3) - ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 17.

(4) - أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عباس. في كتاب الحدود، باب فمن عمل عمل قوم لوط، رقم 4462، ج 4، ص 158.

وابن ماجه في سننه عن ابن عباس في كتاب الحدود، باب من عمل عمل قوم لوط، ج 2، ص 856.

(4) - انظر: الخليلي (ناصر علي نصر)، المرجع السابق، ص 237.

لا يعاقبه من لم يتعرض إلا لامرأة واحدة أو صبي واحد»⁽¹⁾. فاختلاف نتيجة الجريمة يؤدي إلى اختلاف في عقوبة المجرم.

إن مقصد الشريعة الإسلامية من الحدود والتعازير إنما هو المحافظة على مصالح العباد، لأن كل مأمور به شرعا أو منهي عنه إنما يتضمن مصلحة ودرء مفسدة⁽²⁾.

ولا شك في أن العقوبات من حدود وتعازير هدفها المحافظة على جميع امصالح من ضرورية وحاجية وتحسينية، وصيانتيا ضد أي عدوان عليها أو انتهاك لها سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، وسواء كان النشاط الإجرامي مصحوبا بضرر خاص أي ضررا شخصيا أو يتضمن ضررا عاما هو اتجاهه نحو هذه المصالح خروجا على مقصد الشارع الحكيم⁽³⁾.

الفقرة الثانية: ملازمة الجزاء الجنائي لحسامة النتيجة الإجمالية في التانون

الوضعي:

ليست كل نتيجة ضارة يعاقب عليها الشارع، وإنما تلك التي يحظرها ويبينها في قانون العقوبات ومن أمثلة النتائج الضارة التي يحظرها القانون لتدميرها قيم الحياة الإنسانية أو السلامة الجسمية أو الأموال، والملكية الخاصة والوفاة في القتل والعاهة في الأذى تجسيم، وإتلاف الأموال في الحريق العمد⁽⁴⁾. وعلى ذلك فالنتيجة الضارة عبارة عن حقيقة قانونية تتميز عن الضرر المادي وتتمثل في ضرر معنوي يعتدى به على حق يحميه قانون، وتكون النتيجة في جريمة امتناع الشاهد عن الحضور أمام سلطات التحقيق أو المحكمة هي ما يترتب على نشاط الفاعل من الاعتداء على حق المجتمع في الاستغاثة بأي فرد من أفرادها في استجلاء الحقيقة والحكم بناء عليها⁽⁵⁾.

(1) - ابن تيمية، السيامة فشرعية، ص 120.

(2) - انظر: ابن عبد السلام (أبو محمد عز الدين عبد العزيز)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، بيروت، دار المعرفة، ص 6 وما بعدها.

(3) - انظر: المرجع نفسه، ص 21.

(4) - انظر: عوض (محمد عي الدين)، المرجع السابق، ص 214.

(5) - انظر: الشباصي (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 70.

وقد اعتبر المشرع الليبي جسامة النتيجة من الضوابط التي يستعين بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي وقد أوردته في البند الثاني من السق الأول من المادة 28 عقوبات حيث جاء فيها: «وتبين خطورة الجريمة من الأمور الآتية:
2- جسامة الضرر والخطر الناتج عن الفعل...».

ويعتبر ذلك من مستلزمات العدالة، فليس من العدل تشديد عقاب جان لم ينجم من فعله الإجرامي إلا ضرر ضئيل أو تخفيف عقاب جان نجم عن فعله ضرر عظيم، وهذا ما يقتضيه المنطق القانوني⁽¹⁾. فحجم العدوان على المصلحة التي يحميها المشرع يختلف من حيث جسامة الضرر أو الخضر المترتب عنه، فالمال محل الحماية قد يكون ضئيل القيمة وقد يكون كبيرها، وقد يكون الخطر المهدد به بالغا كالشروع في الإصابة بسلاح ناري، وقد يكون تافها كما لو استعمل عصا صغيرة بصدد هذه الجريمة، فعلى قدر هذه الجسامة يتحدد قدر الجزاء⁽²⁾.

وفي هذا الصدد انتهت المحكمة العليا إلى أنه: «لما كان ذلك، وكان يبين من حكم أول درجة الذي تأسس عليه الحكم المطعون فيه أنه قد يرر تقديره العقوبة التي رفعها على الطاعن بقوله: «وحيث إنه نظرا لجسامة الضرر الناشئ عن إهمال المتهم وتهوره في قيادته لمركبته على الطريق العام، إذ لا وجود لخطر وضرر يصيبان شخصا أعظم من وفاته ومفارقته الحياة»، فترى المحكمة مناسبة العقوبة المنصوص عليها بالمنطوق والمقضي بسيا على المتهم بما أتاه من إهمات، وهذا الذي أوردته الحكم يحقق ما اشترطه القانون ويعد كافيا لتبرير العقوبة المقضي بها على الطاعن لتضمنه ما يفيد خطورة الجريمة التي ارتكبتها المتبم وجسامة ضررها، وإن المحكمة استهدت بالقانون عند تقديرها العقوبة المناسبة»⁽³⁾.

والملاحظ في جرائم الإهمال أن المأخوذ بالاعتبار هو النتائج الضارة وليس البحث عن الظروف التي قادت إلى وقوع الفعل الذي يشكل جريمة قانونا، وهنا يعني أن النتائج الضارة تخلق بذاتها روحا معادية تجاه كل من يحدث ضررا بالمجتمع بأفعاله

(1) -انظر: حسني (عمرد نجيب)، شرع قانون العقوبات اللبناني، ص 69. عيد (حسني إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 207.

(2) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى): سلطة القاضي ...، ص 412.

(3) - قرار المحكمة العليا الليبية بتاريخ 1982/11/24، رقم 21/8397. مجلة المحكمة العليا، ع 4، السنة 19، يوليو، 1983،

ص 22. (أشار إليه: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 414).

اللامشروعة. فلا يمكن أن يتساوى في العقوبة من يقتل شخصا مع من يقتل أكثر في حادثة تصادم، فالبون بينهما شاسع والنظر إليهما مختلف، فالأضرار المادية ليس لها نفس الأثر الذي تحدثه الإصابات البدنية، وهذه الأخيرة ليس لها نفس الأثر الذي يحدثه الوفاة⁽¹⁾.

إذن الجزاء في جرائم الإهمال يجب أن يتوقف على جسامته الأضرار وأثرها في المجتمع، فبني من أهم ما يثدد أو يخفف العقوبة، فضالة الضرر الناجم عن الجريمة تعبير ظرفا مخففا وجسامته تعبير ظرفا مشددا.

والنتيجة الضارة تلحق المجتمع بصفة عامة كما تلحق المضرور وهو من وقع عليه الاعتداء بصفة خاصة، والرابطة بين المجني عليه والعدوان تحدد النتيجة التي على هديها تحدد المسؤولية الجنائية ومن ثم العقوبة، في حين أن ارتباط المضرور بالضرر يترجم في نياية الأمر إلى تعويض مالي، وفي ذلك انتهت محكمة النقض المصرية إلى أنه لا محل لما يقوله الطاعن من أن الجرائم المنسوبة إلى المتهمين ذات طابع خاص، بحيث يلحق الضرر فيها بمجموع الشعب، ويجيز لكل فرد من أفرادها أن يطالب بتعويض عنه؛ لأن هذا القول لا يتفق مع طبيعة الدعوى المدنية التبعية، وذلك لأن أساس المطالبة بالتعويض أمام القضاء الجنائي يجب أن يكون عن فعل يعاقب عليه القانون، وأن يكون الضرر شخصيا مترتبا على الفعل الضار ومتصلا به اتصالا مباشرا. أما القلق والاضطراب الذي يتولد عن الجريمة فلا يجوز الإدعاء به مننيتا أمام المحكمة الجنائية، لأن تعويض هذا القلق إنما يتحقق بتوقيع العقوبة على من يثبت ارتكابه لتلك الجرائم⁽²⁾.

يبنو واضحا من هذه الفقرة أن ما تحدثه الجريمة من قلق واضطراب بالجماعة يعد ضررا عاما يجب على القاضي أن يستعين به وبرأيه حين تقديره للعقوبة.

وعليه فمن يطلق النار على دائته ويرديه قتيلا، ويتسبب في إفلاس تجارته، وتشرذ أولاده وانتحار زوجته، فإن عدوانه الذي يحقق النتيجة التي يعتد بها القانون الجنائي يتمثل في إزهاق الروح، أما الضرر الذي يجاوز هذا إلى النتائج المؤذية المترتبة عن الجريمة فإنه يدخل في حسابان القاضي عند تقديره للعقوبة، ذلك لأن النظام القانوني الذي

(1) -انظر: لثيت (أبر اليزيد علي)، جرائم الإهمال، ط4، الإسكندرية، د.د. د.ت، ص349 وما بعدها.

(2) -قرار المحكمة العليا المصرية بتاريخ 1955/2/24، رقم 179، مجرعة أحكام النقض، السنة 6، ص545.

يمنع تجرّيمة لما تتطوي عليه من افتئات على المصالح المشمولة قانونا بالحماية يَضَع في الاعتبار الأثر للضارة المادية والمعنوية الناتجة عنها، وهي تكون محل اعتبار فيما يقدر من جزاء جنائي⁽¹⁾.

ومن الأمثلة المتعلقة بجسامة النتيجة وأثرها في تقدير العقوبة، جريمة نشر الأوبئة عمدا المادة 438 من قانون العقوبات الإيطالي، أو خطأ (المادة 452 من نفس القانون)، فإن الحادث يعتبر شديد الجسامة إذا كان الوباء هو الكوليرا بينما يكون قليل الجسامة إذا كان هو الحصبة، ويراعي القاضي ذلك عند النطق بالحكم⁽²⁾.

إلا أن القانون لا يستلزم لتحقيق النتيجة الضارة وقوع أثر الفعل حقيقة، بل يكفي مجرد تخطر التي يهدد مصالح الأفراد أو المجتمع فيو النتيجة في مثل هذه الحالات كتجريم الاتفاق الجنائي (المادة 176 من قانون العقوبات جزائري)⁽³⁾، والشروع (المادة 30 من نفس القانون).

وفي بعض الجرائم القليلة يلزم تواتر الضرر كركن من أركان هذه الجرائم، فإذا لم يتحقق الضرر المطلوب فإن الجاني ينقل من العقاب كلية لانتفاء الإخلال بأي حق أو مصلحة يحميها القانون⁽⁴⁾. فمثلا في جريمة تزوير المحررات قد يقع التزوير في المحور ولا يعقب تلك استعمال المحرر فلا يقع الضرر ولا جريمة، فلما انتفى الضرر انتفى بدوره التزوير، كمن يعقد توقيع شخص لمجرد إظهار براعته في التقليد دون أي هدف آخر⁽⁵⁾.

وإذا كان القانون يعتد بالقصد الجنائي، فإن هذا لا ينفي كون النتيجة التي حدثت قد فاقت تصور الجاني لجسامتها، فالقانون يعاقب الجاني على جريمة وفاة الضحية إذا أفضى فعله في ضرب المجني عليه إليها سواء توقعها بهذه الجسامة أو لم يتوقعها، إذ لا تأثير لعلمه على الوقائع التي تحدد درجة جسامة النتيجة (المادة 264 عقوبات جزائري)⁽⁶⁾.

(1) -انظر: بكار (حقيق حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص 416.

(2) -انظر: الجزوري (حسن)، المرجع السابق، ص 183.

(3) -انظر: الشباصي (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 70.

(4) -انظر: عيد (رفوف)، مبادئ القسم ...، ص 192.

(5) -انظر: الشباصي (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 71.

(6) -انظر: الشباصي (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 71.

والنتيجة لا تعتبر ضارة ولا ينظر إليها القاضي إلا إذا وقعت في مجتمع بشري أو تجاهه، لأن النشاط الإجرامي لا يمكن أن يقع في فراغ، ولكل مجتمع مجموعة من القيم والمصالح يحافظ عليها ويحميها، وكلما أوغل المجتمع في تنظيم نفسه، وتعقدت سبل الحياة فيه كلما أضاف قيما ومصالح جديدة إلى القيم والمصالح الأساسية الموجودة⁽¹⁾.

وللضرر الجنائي صور ثلاث هي:

الصورة الأولى: صورة الخطر المحتمل الوقوع، فالعبث بقيم ومصالح المجتمع التي يحميها قانون العقوبات ينظر إليها الشارع على أنه عمل ضار وعلى ذلك فالضرر الجنائي هو أثر العدوان على القيم والمصالح التي يكفلها القانون بالحماية من خلال القواعد التجريبية، وهو بهذا الوصف معنى مجردا مستقلا عن أية خسارة مادية أو دموية حتى لو كان اقترار غير محسوس في العالم المادي الخارجي، مثال ذلك حمل السلاح مخبأ بدون ترخيص يتضمن انتهاكا لقيمة اجتماعية هي أمن الجمهور وصيانتته ضد أي عنف محتمل⁽²⁾. فالنتيجة هنا ليست محققة وإنما هي خطر محتمل الوقوع.

الصورة الثانية: هي انتهاك أوامر الشرع بخرق القواعد القانونية التي سنها باسم المجتمع لكفالة حد أدنى من السلوك فيه⁽³⁾. والنتيجة هنا غير واضحة إلا أنه من باب انتهاك حرمة القواعد القانونية التي من المفروض احترامها باعتبار أنها منظمة لسلوك الأفراد.

الصورة الثالثة: هي النتائج الضارة العادية الخاصة كالوفاة والاطلاق والعاهة. وأنه وإن كانت كل جريمة تتضمن ضررا عاما يتمثل في إهدار القيم والمصالح والخروج على إدارة الجماعة في الاستقرار والنظام، إلا أنه ليست كل جريمة تتضمن ضررا خاصا، والشارع يحيط كل قيمة من قيم المجتمع بعدة سياجات ضمانا لعدم إهدارها، فمثلا في سبيل صيانة الحياة الإنسانية كقيمة أساسية يعاقب الشارع على حمل السلاح بدون ترخيص وحرارة

(1) -أخضر: عرض (محمد عبي الدين)، المرجع السابق، ص 214.

(2) -أخضر: المرجع نفسه، ص 215.

(3) -أخضر: المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

أو صناعة أو استيراد مفرقات دون ترخيص والتبديد بالقتل والشروع في القتل وعلى القتل نفسه، وكلما كثرت النشاط الإجرامي بعيدا عن القيمة كلما كان العقاب أخف نسبياً⁽¹⁾.

بعد عرض نظرة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في جسامه النتيجة الإجرامية تبين أن لها أثراً كبيراً وأهمية كبرى في نظر القاضي وهو يحكم في الجرائم.

ومما سبق عرضه يتبين أن القانون يوافق الفقه الإسلامي في اعتبار جسامه الضرر الناشئ عن الجريمة ظرفاً مشدداً للعقوبة، فكلما زادت جسامه النتيجة ارتفع الجزاء الجنائي سواء من الناحية النوعية أو من الناحية الكمية حسب السلطة الممنوحة للقاضي، ولكنه يخالفه في نوع العقوبة وفي طريقة تشديدها، فالقاضي في الشريعة الإسلامية يختار نوع وقدر العقوبة في جرائم التعزير حسب ما يراه، أما في القانون الوضعي فإنه يختار نوع العقوبة من العقوبات المنصوص عليها وقدرها، دون خرق للحدين، أي أنه يلتزم بمبدأ الشرعية، والنتائج التي يعتمدها الشرع ضارة هي التي تهدد مصالح المجتمع، أما في القانون فهي التي يحظرها ويبينها في قانون العقوبات.

وبعد عرض ضابط جسامه النتيجة وضرورة مراعاته من طرف القاضي في تقدير الجزاء الجنائي، يبقى أن نتناول الضوابط المتعلقة بالركن المعنوي، حتى تكتمل الضوابط المتعلقة بالجريمة.

(1) - انظر: عرض (محمد محي الدين)، المرجع السابق، ص 215.

المطلب الثاني

الضوابط المتعلقة بالركن المعنوي.

يعتبر الركن المعنوي إلى جانب الركن المادي أساس كل مسؤولية جنائية، وبناء على ذلك لا يكفي لتقرير هذه الأخيرة أن يصدر عن الجاني سلوك إجرامي ذو مظهر مادي، بل لا بد من توافر ركن معنوي يمثل روح المسؤولية الجنائية حين يمثل ركنها المادي جسدها الظاهر.

ويلزم لقيام الركن المعنوي أن يقوم بين الجاني وبين الواقعة المرتكبة رابطة معنوية تأخذ شكل الفعل العمدي والخطأ غير العمدي، فيذه الرابطة النفسية هي تعبير عن موقف الإرادة المؤتمة قانوناً حيال الواقعة المرتكبة، وينبغي على القاضي حين تصديه للحكم في المسائل الجنائية أن يراعي توافر القصد للجاني ومدى جسامته (الفرع الأول)، أو الخطأ غير العمدي (الفرع الثاني)، حتى يستطيع التقدير الأمثل للجزاء الجنائي.

الفرع الأول: ملائمة الجزاء الجنائي لجسامته القصد.

تعد أخذت صورة الخطأ العمدي تبرز شيئاً فشيئاً منذ أيام الرومان، حتى أنها أصبحت شرطاً مطلوباً في الجرائم كافة، وهي أخطر صور الركن المعنوي، لأنها تنم عن إرادة إجرامية دفيئة تعمل في نفس المتهم وتدل عن سوء النية في الاعتداء والعنوان الأثم.

والقصد الجنائي هو الشكل العادي للإرادة المؤتمة شرعاً وقانوناً، فإذا كانت الجريمة هي مخالفة لأوامر الشرع ونواهيها، فإن إرادة تحقيق تلك المخالفة تشكل أقصى درجات الإثم، باعتبار أن الجاني قد عبر بذلك عن إرادته في عدم الطاعة والامتثال لأوامر الشرع، وعليه يجب أن تختلف درجة الجزاء الجنائي باختلاف درجات القصد وصوره، وهذا ما سنباحول بحثه من خلال الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، والقانون الوضعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ملازمة الجزاء الجنائي لحسامة القصد في الشريعة الإسلامية.

القصد الجنائي أو ما يعرف بقصد العصيان في الشريعة الإسلامية هو تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه، وينبغي أن نفرق بين العصيان وقصد العصيان، فالعصيان عنصر ضروري يجب توفره في كل جريمة سواء كانت بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو الخطأ، فإذا لم يتوفر عنصر العصيان في الفعل، فهو ليس جريمة، أما قصد العصيان فلا يجب توفره إلا في الجرائم العمدية دون غيرها، والعصيان هو فعل المعصية أي إتيان الفعل المحرم أو ترك الواجب مع وجود نية العصيان، كمن يلقي حجرا من نافذة ليتخلص منه فيصيب به ماراً في الشارع، فهو قد فعل معصية بإصابة غيره، ولكنه لم يقصد بأي حال أن يصيب غيره، ولم يقصد بالتالي فعل المعصية، أما قصد العصيان فهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو الترك مع علمه بأن الفعل أو الترك محرم، كمن يلقي حجرا من نافذة بقصد إصابة شخص مار في الشارع فيصيبه، فإنه يرتكب معصية لم يأتها إلا وهو قاصد فعلها، فالمثلان يتفقان في حصول المعصية ويختلفان في أن الجنائي الأول قصد إتيانها والجنائي الثاني لم يقصدها⁽¹⁾.

والقصد في الفقه الإسلامي هو الذي يفرق بين الفعل العمد وغيره، فهو وإن كلن أمرا باطنياً ونية كامنة في نفس الجنائي فيصعب إثباته محكوم بمعيار تثبت منضبط وهو كون الآلة المستعملة في جريمة القتل مثلا مما يحدث الموت غالباً، فإن كان يقصد الفعل فهو يختار الآلة المناسبة لذلك كالسيف والسكين والصخرة العظيمة، أي مما يقتل عادة في عرف المجتمع، وإن كان يقصد مجرد الضرب أو الجرح فهو يستخدم الآلة التي لا تقتل عادة كالسوط والعصا غير الغليظة⁽²⁾.

والعمد بمعناه العام هو أن يقصد الجنائي إتيان الفعل المحظور، فمن شرب الخمر وهو يقصد شربها فقد شربها متعمداً، ومن سرق وهو يقصد السرقة فقد تعمدها، والعمد هو أجسام أنواع العصيان، وترتب عليه الشريعة أجسام أنواع المسؤولية، وتفرض عليه أشد

(1) -انظر: عردة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج1، ص410.

(2) -قال الزيلعي رحمه الله: العمد هو القصد وهو فعل ثقل لا يوقف عليه إذ هو أمر مبطن، فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه تيسراً كما أقيم السفر مقام المشقة، والنوم مضطجعاً مقام الخرج من السيلين، والبلوغ مقام اعتدال العقل تيسيراً. (الزيلعي، المرجع السابق، ج6، ص198. الشريبي، مغني المحتاج، ج4، ص3).

العقوبات⁽¹⁾. فمن قتل شخصا قاصداً بذلك إزهاق روحه فإن عقوبته تشدد بقتله، أما من قتل شخصاً دون أن يقصد قتله فإنه لا يقتل وإنما عليه الدية، فالقصد الجنائي هو الذي يفرق بين القتل العمد والقتل الخطأ، والتشديد هنا محدد من قبل الشارع ولا دخل لاجتهاد القاضي فيه.

وللعمد في القتل معنا خاصاً عند جميع الفقهاء وهو أن يقصد الجنائي الفعل القاتل ويقصد نتيجته، ويفرق الفقهاء بين القتل الذي يتوفر فيه هذا المعنى الخاص وبين القتل الذي يتوفر فيه العمد بمعناه العام فقط، ويسمون الأول القتل العمد، ويسمون الثاني القتل شبه العمد.

والشريعة الإسلامية لا تعرف شبه العمد إلا في القتل والجنابة على ما دون النفس، وهو متفق عليه من طرف الأئمة، إلا الإمام "مالك" فهو لا يقر بهذا النوع من القتل ولا فيما دونه، ويرى أنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ، فمن زاد قسماً ثالثاً زاد على النص، ذلك أن القرآن نص عليهما فقط، قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ⁽²⁾﴾. وقال: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا بِلَا خَطَأٍ⁽³⁾﴾. وعلى أساس هذا الرأي يعرف مالك العمد في القتل بأنه إتيان الفعل بقصد العمد، فهو لا يشترط أن يقصد الجنائي الفعل ويقصد نتيجة⁽⁴⁾.

ويتفق الجمهور⁽⁵⁾ على وجود شبه العمد في القتل ولكنهم يختلفون في وجوده فيما دون النفس، فيرى الإمام "أبو حنيفة"⁽⁶⁾ أن شبه العمد لا يوجد فيما دون النفس ورأيه يتفق مع الرأي المرجوح في مذهب "أحمد"⁽⁷⁾، ويرى "الشافعي"⁽⁸⁾ أن العمد فيما دون النفس إما أن يكون عمداً محضاً وإما أن يكون شبه عمداً، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب "أحمد"⁽⁹⁾.

(1) -انظر: عودة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج1، ص405.

(2) -سورة النساء، الآية93.

(3) -سورة النساء، الآية92.

(4) -انظر: الخطاب، اشرح السابق، ج6، ص241.

(5) -انظر: الرملي، المرجع السابق، ج7، ص247. الزيلعي، المرجع السابق، ج6، ص97. ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص410.

(6) -انظر: ابن نجيم، اشرح السابق، ج8، ص287.

(7) -انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص410.

(8) -انظر: الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، ط2، ج6، بيروت، دار الفكر، (1403هـ-1983م)، ص8.

(9) -انظر: الشربيني، الإقناع، ج2، ص202.

وشبه العمد في القتل معناه إتيان الفعل القاتل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجاني إلى إحداث الفعل، ولكن الفعل يؤدي للقتل، وحجة القائلين به أن رسول الله ﷺ قال: «ألا إن في قتل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل»⁽¹⁾. وسمي شبه العمد بهذه التسمية لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل ولا يشبهه من حيث انعدام قصد النتيجة⁽²⁾.

وشبه العمد فيما دون النفس معناه إتيان الفعل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجاني إلى إحداث النتيجة التي انتهى إليها الفعل⁽³⁾.

وشبه العمد أقل جساماً من العمد، وينبغي على ذلك أن تكون عقوبتها متوافقة مع درجة جسامتها، وهي أخف من عقوبة العمد، وعقوبة العمد الأساسية هي القصاص، وعقوبة شبه العمد هي الدية والتعزير، إن رأى ولي الأمر ضرورة تعزيره⁽⁴⁾، فالشريعة الإسلامية تعتد بالقصد الجنائي في تقدير العقوبة، وإن كان وجود العمد يقتضي التشديد إذا ثبت ذلك وعند عدم وجوده يفرض الأمر للقاضي لتقدير العقوبة المناسبة إلى جانب الدية المفروضة شرعاً.

ويستوي في الشريعة الإسلامية أن يكون القصد سابقاً للجريمة أو معاصراً لها، فالعقوبة واحدة في الحالتين، لأن أساس تقدير العقوبة هو القصد المقارن للفعل وقد توفر ولا يصح تشديد العقاب مقابل القصد السابق على الفعل، لأن معنى ذلك العقاب على القصد وحده مستقلاً عن الفعل، والشريعة الإسلامية لا تعاقب على النيات قبل ارتكاب الأفعال لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم»⁽⁵⁾، وعلى أساس هذه القاعدة لا تفرق التشريعية في القتل والجرح بين العمد مع سبق

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه عن ابن عمر في كتاب الحدود، باب دية شبه العمد مغلظة، رقم 2627، ج 2، ص 877. والنسائي في سننه بشرح البيهقي عن عقبه بن أوس. في كتاب القسام، باب ذكر الاختلاف على خالد الخذاء، ج 2، ص 41-42.

(2) انظر: عودة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج 1، ص 406.

(3) انظر: المرجع نفسه، ص 407.

(4) انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة يرفعه. في كتاب الأيمان والنذور، باب إذا حث ناسياً في الأيمان، رقم 40، ج 8،

الإصرار والترصد وبين العمد الخالي منيما، بل تجعل العقوبة واحدة، فعقوبة القتل العمد هي القصاص سواء سبقه إصرار وترصد أو لم يسبقه والأمر نفسه بالنسبة لعقوبة الشجاج والجراح⁽¹⁾.

غير أن الفقه الإسلامي يفرق بين القصد العام والقصد الخاص⁽²⁾، فالشارع يوجب لمحاسبه الجاني على القتل العمد مثلا أن يتعمد بعد توفر القصد العام نتيجة معينة أو قصدا خاصا، فإذا توفر القصد العام فقط ومات المجني عليه كان الفعل قتلا شبه عمد لا قتلا عمدا⁽³⁾.

ويستوي عند الفقهاء المسلمين⁽⁴⁾ بصفة عامة أن يكون القصد معيناً أو غير معين⁽⁵⁾، فحكمها واحد من حيث مسؤولية الجاني وتكليف فعله، إلا أنهم اختلفوا في الحالة التي يكون فيها الفعل قتلا وكان القصد غير معين، فيرى بعض الشافعية أن الجاني إذا قصد قتل غير معين لا يسأل باعتباره قاتلا متعمدا، وإنما يعاقب على القتل شبه العمد⁽⁶⁾. والمالكية يفرقون بين القتل المباشر والقتل بالتسبب. ففي الحالة الأولى يسوون بين القصد المعين والقصد غير المعين، ويعاقبون الجاني عقوبة قتل العمد، وفي الحالة الثانية فإن قصد المتسبب قتل معين وهلك المعين يعتبر قاتلا عمدا، وإن قتل غير معين فإنه يسأل عن القتل الخطأ⁽⁷⁾.

(1) -انظر: عودة (عبد اثقاني)، المرجع السابق، ج1، ص410.

(2) -القصد العام هو تعمد الجاني ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظورا، والقصد الخاص هو تعمد الجاني نتيجة معينة أو ضرر خاص إلى جانب القصد العام. (انظر: عودة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج1، ص413).

(3) -انظر: المرجع نفسه. لوضع نفسه.

(4) -انظر: الكاساني، المرجع السابق، ج7، ص233-234. الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص184. ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص320.

(5) -القصد المعين هو قصد الجاني ارتكاب فعل معين على شخص أو أشخاص معينين (الرملي، المرجع السابق، ج7، ص235) والقصد غير المعين إذا قصد الجاني ارتكاب فعل معين على شخص غير معين (الخرشي (أبو عبد الله محمد)، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج8، د.م، دار الفكر، د.ت، ص8).

(6) -انظر: الهيثمي (شهاب الدين أحمد بن حجر)، تحفة المحتاج، ج8، د.م، دار إحياء التراث العربي، د.ت، ص378.

(7) -انظر: الخطاب، المرجع السابق، ج6، ص240. الدروري، المرجع السابق، ج4، ص226.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية من خلال نصوصها القصد المباشر والقصد غير المباشر⁽¹⁾، أو القصد الاحتمالي وخاصة عند كلام الفقهاء في جرائم الجرح والضرب، ويتبع كلامهم في هذه الجرائم نيتين سهولة رأي كل منهم فيما نسميه اليوم بالقصد الاحتمالي وحكم هذا القصد، ويمكن إجمال هذه الآراء في ثلاثة:

الرأي الأول: هذا الرأي للإمام مالك حيث يرى أن الجاني مسؤول بقدر ما تنهى إليه فعله أو النتيجة المترتبة عن الفعل المادي، ويكتفي في جرائم القتل والجرح والضرب بالقصد العام وهو قصد العدوان، ولا يشترط في جرائم القتل أن تكون الأداة قاتلة، ويعني ذلك أنه لا يؤخذ بقصده المعين المحدد، وإنما يؤخذ بما يحتمل أن يترتب على هذا القصد أو بالتعبير العصري بقصده المحتمل⁽²⁾. وذلك لأن الإمام مالك لا يعترف بالقتل شبه العمد.

الرأي الثاني: وهو رأي فقهاء مذهب "أبي حنيفة"⁽³⁾ والرأي المرجوح في مذهب أحمد⁽⁴⁾ وأصحاب هذا الرأي يتفقون مع مالك فيما دون القتل، حيث يأخثون الجاني بقصده المحتمل، ويجعلونه مسؤولاً عن نتائج فعله المتعمد، ولو لم يقصد هذه النتائج أو لم يتوقعها، ويخالفون مالكا في القتل العمد، حيث لا يرون أخذ الجاني بقصده المحتمل في القتل العمد، ويشترطون لاعتباره قاتلاً عمداً أن يقصد إزهاق روح القتيل، وعلة هذا الاختلاف أن من عدا مالك من الفقهاء يجعلون القتل ثلاثة عمداً وشبه عمد وخطأ، وقد اقتضى هذا التقسيم منهم أن يجعلوا لكل هذه الأنواع حداً يميزه عن غيره.

الرأي الثالث: هو رأي "الشافعي" والرأي الراجح في مذهب أحمد، ويفرقون بين جرائم المتعمدة وغير المتعمدة، ويجعلون الجاني مسؤولاً عن نتائج فعله، كما يجعلون أساساً لتفرقة قصد الجاني، فإن كان يقصد العصيان فهو متعمد وإلا فلا، ولا مجال عندهم للقصد المحتمل في دائرة القتل العمد، وفي هذا يتفق أصحاب هذا الرأي مع أصحاب الرأي السابق.

⁽¹⁾ -يعتبر القصد مباشراً كلما ارتكب الجاني الفعل وهو يعلم نتيجته ويقصدها، بغض النظر عما إذا كان يقصد شخصاً معيناً أولاً، ويعتبر القصد غير مباشر إذا قصد الجاني فعلاً معيناً فترتب على فعله نتائج لم يقصدها أصلاً أو لم يقدر وقوعها، ويسمى بالقصد الاحتمالي (انظر: عودة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج 1، ص 418).

⁽²⁾ -انظر: ابن أنس (مالك)، المدونة الكبرى، ج 4، د.م، دار الفكر، د.ت، ص 433. الخطاب، المرجع السابق، ج 6، ص 240.

⁽³⁾ -انظر: الكاساني، المرجع السابق، ج 7، ص 233.

⁽⁴⁾ -انظر: ابن قدامة، المرجع السابق، ج 9، ص 410.

أما في جرائم الاعتداء على ما دون النفس فيرى أصحاب هذا الرأي مسؤولية الجاني باعتباره متعمداً عن كل نتائج فعله التي قصدتها، ومسؤوليته عن كل النتائج التي يؤدي إليها فعله غالباً ولو لم يقصدتها أو يتوقعها، لأن تادية الفعل غالباً لهذه النتائج يجعلها في حكم النتائج المقصودة، وإذا كان الفعل لا يؤدي غالباً إلى النتائج فيسأل عن هذه النتيجة باعتباره شبه عامد⁽¹⁾.

من خلال هذه الآراء يتبين أن القصد الاحتمالي لا وجود له في جريمة القتل العمد عند "أبي حنيفة" و"الشافعي" و"أحمد"، بينما يسلم "مالك" بوجوده ويؤخذ الجاني في كل الأحوال بقصده المحتمل، وأصل في هذا الخلاف هو تقسيم القتل عند "مالك" والجمهور كما هو معروفه ويسلم الفقهاء جميعاً بوجود القصد الاحتمالي فيما دون النفس، أي في الجرح والضرب.

وبعد هذا العرض الموجز لصور القصد الجنائي أو قصد العصيان في الشريعة الإسلامية وكيفية مساعلة الجاني عن جرائم القتل والجرح والضرب خاصة، يتبين أن للإزادة دوراً حاسماً في تحديد قدر العقوبة، وهذا ما يفسر أن عقوبات الحدود والقصاص هي دائماً مرتبطة بجرائم عمدية تقوم على إرادة المخالفة والإضرار بالمصالح المحمية، أما الجرائم غير العمدية، فنجد أن الدية تلعب دوراً هاماً فيها، من ذلك تخلص إلى درجة التناسب بين المسؤولية الجنائية أو درجة جسامه قصد العصيان، وبين العقوبة في التشريع الإسلامي، وهذا يعتبر من خصائص العقوبة تماماً كما هو الشأن في الأنظمة المعاصرة⁽²⁾.

والأمر كذلك بالنسبة للعقوبات التعزيرية، فنجد أن الأفعال الإجرامية وتقدير عقوبتها هو منوط بولي الأمر الذي عليه أن يراعي مصالح الناس المتغيرة والمتطورة وتقدر العقوبة تبعاً لجسامه الضرر والإثم أو المسؤولية، والقاضي أو ولي الأمر القائم بالتشريع

(1) - انظر: الشافعي، المرجع السابق، ط2، ج6، ص8. ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص410. الدردير، المرجع السابق، ج9، ص428.

(2) - انظر: سلامة (مأمون محمد)، العقوبة وخصائصها، ص62.

والتطبيق هو الذي يتولى ضبط تلك المصالح والقيم⁽¹⁾. وتقدير العقوبة المناسبة للجاني والنسي تحمي القيم والنظم.

الفقرة الثانية: ملائمة الجزاء الجنائي لحسامة القصد في القانون الوضعي.

القصد الجنائي أو القصد الإجرامي هو أخطر صورتي الركن المعنوي للجريمة، ذلك أن إرادة الجاني تتصرف إلى ارتكاب الفعل الجرمي الذي يأتيه وإلى النتيجة المقصودة بالعقاب فتبدو الخطيئة في أشنع صورها، ولم تضع معظم التشريعات الجنائية تعريفا للقصد الجنائي، إذ أنها تشير إلى لزوم توافره في الجاني حتى تقوم المسؤولية الجنائية إزاءه، إلا ما كان من قانون العقوبات الإيطالي الذي عرفه في (المادة 48) على النحو التالي: «تكون الجريمة عمدية حينما يتصور الجاني النتائج الإجرامية الضارة أو الخطورة الناجمة عن فعله أو امتناعه ويريدها». كما عرفها قانون العقوبات اللبناني في (المادة 188) على النحو التالي: «النية إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها للقانون»⁽²⁾.

وإزاء سكوت التشريعات الجنائية قد حاول الفقهاء الجنائيين القيام بهذه المهمة، فقدمت تعريفات عديدة⁽³⁾، تتمحور جميعها حول نقطتين، الأولى وهي وجوب أن توجه الإرادة إلى ارتكاب الجريمة، والثانية هي ضرورة أن يكون الفاعل على علم بأركانها، فعناصر القصد إذن هما العلم والإرادة، وبناء عليه عرفه "الشباسي" بأنه: «العلم بعناصر الجريمة وإرادة ارتكابها»⁽⁴⁾.

فالقصد هو بمثابة الثوب القانوني الذي ترتديه إرادة الجاني لارتكاب الجرائم العمدية فهو بالتالي يبت القصيد للمسؤولية الجنائية في هذه الجرائم، بينما ينسلخ هذا الثوب في الجرائم غير العمدية⁽⁵⁾، فالقصد هو إرادة السلوك من أوله إلى نهايته⁽⁶⁾. فإذا قام الجاني

(1) -انظر: سلامة (مأمون محمد)، العقوبة وخصائصها، ص 62.

(2) -انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج 1، ص 211.

(3) - هذه التعريفات ذكرها الشباسي في مؤلفه، ص 87.

(4) -انظر: الشباسي (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 88.

(5) -انظر: المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

(6) - قرار المحكمة العليا اللبنانية بتاريخ 1970/1/20، رقم 16/55. (أشار إليه: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...،

بنشاط إرادي انتهى إلى وضع إجرامي معين، وكان يعلم بحقيقة هذا الوضع من حيث الواقع وبماهيته من حيث حكم القانون، نقول حينئذ بأن القصد الجنائي متوفر في حقه، وعليه تقوم مسؤوليته الجنائية.

ولما كان العلم بالقانون وهو أن فعلا ما يجرمه القانون مفترض في الكافة، حيث لا يفترض على أحد الجهل بالقانون، فإن القصد الجنائي يتحقق كقاعدة عامة بمجرد العلم بحقيقة الوضع الإجرامي من ناحية الواقع ولا حاجة يعد هذا لإثبات علم الجاني بأن هذا الوضع جريمة نص القانون على عقابها⁽¹⁾.

وباستقراء قانون العقوبات الجزائي، نجد أنه لا يتعرض لتعريف القصد الجنائي إلا أنه في كثير من النصوص اشترط توافره في بعض الجرائم حتى تقوم المسؤولية الجنائية قبل الجاني من ذلك أن المادة 254 والتي تعرف القتل، تقتص على أن «القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا» والمادة 264 تنص على «أن كل من أحدث عمدا جرحا بالغير...» والمادة 365 تنص على «أنه يعاقب بالحبس كل من أخفى عمدا الأشياء المبددة». حيث تتحدث هذه المواد عن العمد كشرط لازم لتوافر المسؤولية الجنائية في هذه الطائفة من الجرائم العمدية.

ونجد أن القانون الليبي قد جعل من جسامة القصد الجنائي ضابطا للقاضي في تقديره للجزاء الجنائي وذلك في (المادة 1/28 بند 3) حيث تنص على أنه «... وتبين خطورة الجريمة من الأمور الآتية:

3- مدى القصد الجنائي سواء أكان عمديا أو غير عمدي».

يعني أن القاضي ينبغي عليه أن يراعي درجة جسامة وشدة العمد في تحديده لجسامة الجريمة وبالتالي تقدير الجزاء الجنائي الملائم⁽²⁾.

وتتحدد درجة القصد بقدر ما يتوافر لدى الجاني من علم بموضع النتيجة وبقدر اتجاه إرادته إليها، والعمد درجات مختلفة من حيث كثافتها، وتطبيقا لذلك فإن درجة الميل

⁽¹⁾ -انظر: همام (رئيس)، نظرية التحريم في القانون الجنائي: معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، ط2، الإسكندرية، منشأة المعارف، د.ت، ص169.

⁽²⁾ -انظر: الجبروري (سمير)، المرجع السابق، ص183.

نحو إحداهن الاعتداء وما يصاحبه من قسوة، من الأمور التي تؤخذ في الاعتبار عند تقدير العقاب، فعلى قدر توافر الإذنب يتحقق ما يستحق من عقاب، ولا شك في أنه يجدر بالقاضي أن يجعل مقدار الخطيئة ضابطاً لتحديد العقوبة، فالقصد المباشر أشد جساماً من القصد الاحتمالي، وسبق الإصرار أشد جساماً من القصد الخالي منه. فيميل بالعقوبة بتوفره إلى التشديد في غير الجرائم التي اعتبره القانون فيها كذلك⁽¹⁾، ويعتبر القصد الخاص أشد جساماً من القصد العام والقصد غير المحدود أشد جساماً من القصد المحدود⁽²⁾.

ويجب على القاضي أن يناسب بين درجة القصد والعقوبة المنصوص عليها في القانون وأي تغيير في ذلك يؤدي إلى نقض الحكم، ومن أجل ذلك قضت المحكمة العليا بنقض وإبطال القرار المطعون فيه، لأن مؤدى الفقرة 3 من المادة 263 من قانون العقوبات تعاقب على القتل البسيط بالسجن المؤبد ومحكمة الجنايات في قضية الحال - قد استبعدت ظرف سبق الإصرار والترصد وأدانت المتهم بالقتل العمدى البسيط، ومع ذلك طبقت عليه المدة 261 من قانون العقوبات التي تعاقب بالإعدام تكون بقضائها هذا قد أخطأت في تطبيق القانون⁽³⁾.

وخلاصة القول، أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في التفرقة بين وجود القصد الجنائي وعدم وجوده، وهذه التفرقة ضرورية وبديهية، فليس من المنطقي التسوية بين من ارتكب جنائية قاصداً لها عالماً بها، عاقداً العزم على ارتكابها وبين من صرت منه من غير قصد وعزم، ولكن القانون يخالف الفقه الإسلامي في أمرين هما:

الأمر الأول: أن الفقه الإسلامي يجعل القصد الجنائي قصداً واحداً فالجنائي إما أن يقصد الجريمة وإما أن لا يقصدها، أما القانون فيجعل القصد الجنائي على نوعين أحدهما قصد بسيط والثاني قصد موصوف وهو المقترن بسبق الإصرار والترصد، بحيث تنجبه إرادة صاحبه إلى الفعل الإجرامي بترو وتخطيط، فيعد العدة لارتكاب جريمته.

(1) -انظر: حسي (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص 787. النراوي (عمود سامي)، المرجع السابق، ص 534.

(2) -انظر: عيّد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 209.

(3) -سفر المحكمة العليا بتاريخ 10/03/1990، المحلة القضائية، ج 4، 1992، ص 173.

الأمر الثاني: أن الفقه الإسلامي يعاقب من قتل عمداً بالقصاص منه، إلا إذا عفا ولي القتل فيعدل عن القصاص إلى الدية، لا يفرق في ذلك بين عمد وعمد، أما التشانون فيعاقب على القتل العمد الموصوف بسبق الإصرار بالإعدام، أما القتل العمد المجرى من أي وصف فيعاقب بعقوبة أخف منها.

والسبب في ذلك يعود إلى أن للدماء في الإسلام شأن عظيم، فما دام الجنائي يقصد إزهاق الروح، فإنه يلقي جزاءه العادل، وذلك أصون للدماء من التفرة المذكورة في القانون، وهذه التفرة يمكن أن يستفيد منها أي مجرم أراد أن يقضي على شخص، فسيرتكب جريمة القتل دون أن يفهم من حاله أنه متصف بسبق الإصرار أو التردد⁽¹⁾.

أما عن القصد الاحتمالي، فإن الأساس الأول الذي قامت عليه النظرية هو جرائم القتل والجرح والضرب، والأحكام التي وضعت لهذه الجرائم هي التي بعثت فكرة القصد الاحتمالي إلى الوجود، وجعلت منها نظرية خاصة، وغالبية القوانين لا تضع قواعد عامة للقصد الاحتمالي، وتكتفي بالنص عليه في جرائم معينة هي الضرب والجرح وجرائم الأخرى التي تؤدي إلى جرح وضرب، ونظرية القصد الاحتمالي لم تعرف في قوانين الوضعية إلا أخيراً، وهي من النظريات المسلم بها علمياً، والمختلف فيها عملياً إلا أن هذه الاختلافات لا تخرج في مجموعها عن النظريات الثلاث التي عرفها الفقه الإسلامي⁽²⁾.

الفرع الثاني: ملازمة الجزاء الجنائي لحسامة الخطأ غير العمدية.

إن الركن المعنوي للجريمة عبارة عن نية داخلية يضمها الجنائي في نفسه، وهي تعبر عن الإرادة الأتمة في أشع صورها في إرادة النتيجة، والركن المعنوي يتخذ صورتين في التشريعات، إما على شكل قصد جنائي، وهذا ما تم تناوله في الفرع الأول، وإما في صورة الخطأ غير العمدية أي الإهمال أو عدم التحرز أو عدم اتخاذ الحيطة اللازمة حتى لا يقع الضرر للغير فيتمثل الركن المعنوي في إحدى هذه الحالات بالنسبة للجرائم غير العمدية، والتي يتخلل فيها القصد الجنائي عن إرادة الجنائي ليحل محلها رداء آخر هو الخطأ

(1) -انظر: الخلفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 355.

(2) -انظر: عودة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج 1، ص 425.

غير العمدي، الذي يعبر عن خروج المتهم عن التزام خلقي وشرعي وقانوني، بأن يراعي الحيطة اللازمة حتى لا يقع الضرر الذي يمنعه الشرع على الغير.

والأصل أن الجنائي يسأل عن نتائج أفعاله الإرادية، فما أساس مساءلته عن أخطائه غير العمدية؟ وكيف يستعين القاضي الجنائي بضابط الخطأ غير العمدي في تقديره للجزاء الجنائي؟ هذا ما سنحاول البحث فيه من خلال أحكام الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى) ثم قواعد القانون الوضعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ملائمة الجزاء الجنائي لجسامة الخطأ غير العمدي في الشريعة الإسلامية.

إن الخطأ في الشريعة الإسلامية كركن معنوي للجريمة غير العمدية معروف لدى الفقهاء وهو أن يأتي الجنائي الفعل دون أن يقصد العصيان، ولكنه يخطئ إما قسي فعله وإما في قصد، فأما الخطأ في الفعل فمثله أن يرمي طائرا فيخطئه ويصيب شخصا، وأما الخطأ في القصد فمثله أن يرمي من يعتقد أنه جندي من جنود الأعداء، لأنه في صفوفهم أو عليه لباسهم فإذا به جندي من جنود الوطن معصوم الدم⁽¹⁾.

وهناك فعل يلحق بالخطأ ويعتبر جاريا مجراه وذلك في حالتين، الحالة الأولى، أن لا يقصد الجنائي إتيان الفعل، ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره، كالأم التي تتقلب على صغيرها وهي نائمة فتقتله، أما الحالة الثانية، وهي أن يتسبب الجنائي في وقوع الفعل المحرم دون أن يقصد إتيانه، كمن يحفر حفرة في الطريق لتصريف ماء مثلا، فيسقط فيها أحد المارة ليلا.

وواضح أن الخطأ أكثر جسامة مما جرى مجراه، ذلك إن الجنائي قسي الخطأ يقصد الفعل وتقع النتيجة عن تقصيره وعدم حيظته. أما في الثاني فالجنائي لا يقصد ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره أو تسببه⁽²⁾.

(1) -انظر: عودة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج 1، ص 407.

(2) -انظر: المرجع نفسه، المرجع نفسه.

وأول من قسم هذا التقسيم أبو بكر الرازي* فقد رأى أن الفعل في الخطأ مقصود، إلا أن الخطأ يقع تارة في الفعل وتارة في القصد ولا ينطبق هذا على الساهي والنائم والمتسبب وفعلهم غير مقصود أصلاً فليس إذن في حيز الخطأ، كما أنه ليس في حيز العمد أو شبه العمد ولما كان حكم فعل الساهي والنائم والمتسبب هو حكم الخطأ من حيث الجزاء فقد رأى إلحاقه بالخطأ باعتباره جارياً مجراه⁽¹⁾.

ويعتبر الإمام "مالك" من الخطأ الأفعال التي يأتيها الجاني بقصد التأديب واللعب إذا أدت إلى موت المجني عليه أو جرحه، وقد أخذ بهذا الرأي نتيجة لعدم اعترافه بالقتل شبه العمد. فمن يأت الفعل بقصد التأديب أو اللعب لا يتوفر لديه قصد العدوان بحسب رأي الإمام ومن ثم اعتبر فعله خطأ لا عمداً⁽²⁾.

ويرى الفقهاء عامة تطبيق قاعدتين عامتين لإظهار مسؤولية الفاعل في حالة الخطأ:

القاعدة الأولى: ومفادها أن كل ما يلحق ضرراً بالغير يسأل عنه فاعله أو المتسبب فيه إذا كان يمكن التحرز منه، ويعتبر أنه تحرز إذا لم يهمل أو يقصر في الاحتياط والتبصر، فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقاً فلا مسؤولية.

القاعدة الثانية: وفحواها أنه إذا كان الفعل غير مأذون فيه (غير مباح) شرعاً، وأتاه الفاعل دون ضرورة ملحة فهو تعد من غير ضرورة وما تولد منه يسأل عنه الفاعل سواء كان مما يمكن التحرز منه أو مما لا يمكن التحرز منه⁽³⁾.

والأصل في الشريعة الإسلامية أن المسؤولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل متعمد حرمة الشارع، ولا تكون على الخطأ لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ

* هو أحمد بن علي الرازي أبو بكر الحصاص (305-370هـ/915-980م)، فاضل من أهل الرأي، انتهت إليه رئاسة الحنفية، طلب منه أن يتولى القضاء فامتنع، ألف كتاب "أحكام القرآن" وكتاب في أصول الفقه. (انظر: الزركلي، المرجع السابق، ج1، ص171. القرشي، المرجع السابق، ج1، ص220).

⁽¹⁾ -انظر: الحصاص (أبو بكر أحمد الرازي)، أحكام القرآن، ج2، دم، دار الفكر، دت، ص223.

⁽²⁾ -انظر: القرابي، الذخيرة، ج12، ص283-284.

⁽³⁾ -انظر: عودة (عبد قنادر)، المرجع السابق، ج1، ص434. الكاسبي، المرجع السابق، ج7، ص271-272.

وَكُنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ»⁽¹⁾، وقوله ﷺ: «رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عنه»⁽²⁾، ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطأ استثناء من هذا الأصل، من ذلك قوله تعالى: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً وَنِيَّةٌ مُسَلِّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ»⁽³⁾. فالأصل هو العقاب على العمد، والاستثناء هو العقاب على الخطأ، ذلك أن انتفاء المسؤولية الجنائية لانعدام ركن من أركان الجريمة لا يمنع من مسؤولية الفعل مسؤولية مدنية، إذ القاعدة في الشريعة أن الدماء والأموال معصومة وأن الأعدار الشرعية لا تنقض عصمة المحل، فمن زفت إليه امرأة على أنها زوجته فوطئها لا يعاقب جنائياً وإنما عنه مهرها، لأن الوطء في الإسلام لا يخلو من حد أو مهر⁽⁴⁾.

والمخطئ كالعامد مسؤول جنائياً كلما وقع منه فعل يجرمه الشارع، ولكن سبب مسؤوليتهما تختلف، فمسؤولية العامد سببها أنه قصد العصيان وتعمد إتيان ما حرمه الشارع أو ترك ما أوجبه، ومسؤولية المخطئ سببها أنه عصى الشارع لكن نيس عن قصد، وإنما عن تقصير وإهمال وعدم تثبت واحتياط⁽⁵⁾.

والعقاب عن الخطأ يقتضيه الصالح العام، فهناك من جرائم الخطأ ما له خطورة ويكثر وقوعه كالقتل والجرح خطأ، ولما كان أساس الخطأ هو التقصير وعدم الاحتياط قد عيَّب الشارع على جرائم الخطأ التي يكثر وقوعها حتى يحمل الأفراد على التثبت والاحتياط، فيقل هذا النوع من الجرائم⁽⁶⁾. فهو نوع من الوسائل للكفاح ضد الإجرام.

وإذا كان العقاب على الجرائم العمدية هو الأصل والعقاب على الجرائم الخطئية استثناء فإنه لا يجوز لولي الأمر أن يعاقب من ارتكب خطأ جريمة عمدية، إلا إذا كان في ذلك تحقيق مصلحة عامة. وهذا يصدق على الجرائم متى حرمتها الشريعة، أما الجرائم

¹ - سورة الأحزاب، الآية 57.

² - أخرجه ابن ماجه في سننه عن ابن عباس في كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، رقم 2043، ج 1، ص 659. والبيهقي في سننه عن ابن عباس في كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، ج 7، ص 356.

³ - سورة النساء، الآية 92.

⁴ - تنظر: عروة (عبد القادر)، المرحع السابق، ج 1، ص 434.

⁵ - تنظر: الحضري (محمد)، أصول الفقه، ط 7، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1991، ص 105. ابن حزم (أبو محمد علي)، الأحكام في أصول الأحكام، ط 2، ج 5، بيروت، دار الجيل، (1407هـ-1987م)، ص 149 وما بعدها، ص 154 وما بعدها.

⁶ - تنظر: عروة (عبد القادر)، المرحع السابق، ج 1، ص 434.

التعزيرية التي يحرمها أولو الأمر فلهم فيها أن يعاقبوا على العمد والخطأ مراعاة قاعدة الشرعية الأصلية، وهي أن العقاب على العمد هو الأصل والعقاب على الخطأ استثناء، وهذا الأخير لا محل له ما لم يحقق مصلحة عامة⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء في حكم الخطأ في الشخص والشخصية، فرأى البعض أن الجاني يسأل عن الجريمة باعتباره متعمداً وهم أغلب الفقهاء في مذهب "مالك" وبعض فقهاء المذهب الحنبلي، وهؤلاء يفرقون بين ما إذا كان الفعل المقصود أصلاً محرماً أو غير محرم، فإن كان الفعل المقصود أصلاً محرماً، فإن الخطأ في الفعل أو في الظن لا يؤثر على مسؤولية الجاني شيئاً. لأنه قصد في الأصل فعلاً محرماً فهو جان متعمداً، فمن أراد قتل "زيد" فأخطأ وقتل "عمراً" يعتبر قاتلاً عمداً "لعمرو" ومن قتل "عمراً" حاسباً أنه "زيد" يعتبر قاتلاً عمداً "لعمرو". ففي الحالتين هو قاتل عمداً لأنه قصد العصيان وإزهاق الروح، أما إذا كان الفعل المقصود أصلاً غير محرم، فإن الخطأ في الفعل أو في الظن لا يكون له أثره على مسؤولية الجاني، لأنه قصد فعلاً مباحاً، فهذا خطأ في فعله أو في ظنه فهو جان مخطئ لا متعمد، فمن رمى صيداً فأخطأ وقتل أنمياً يعتبر قاتلاً خطأً، ومن رمى حريياً أو ميذر اللحم فأخطأ وقتل معصوماً يعتبر كذلك قاتلاً، ومن قتل "عمراً" وهو يحسبه "زيد" الميذر اللحم يعتبر أيضاً قاتلاً خطأً⁽²⁾.

وخلاصة هذا الرأي أنه إذا كان الفعل أصلاً غير مباح فما تولد عنه يسأل عنه الجاني على أنه معتمد، وإن كان الفعل في الأصل مباح فإن الجاني يسأل عن جريمة خطيئة.

(1) - لا يميز المعتزلة العقاب على الخطأ إلا ما نص عليه وحثهم أن المؤاخذة تكون بالجنابة، والجنابة لا تكون إلا بالقصد، والخطأ لا قصد فيه فلا جنابة فيه ولا مؤاخذة عليه، ولكن الجمهور يرى أن في الخطأ عدم التثبت والاحتياط الواجبين، فمن ثبت في خطأ أو باشره، فقد أتى بجنابة وحازت مؤاخذته. (انظر: الأنصاري (عبد العلي محمد بن نظام الدين)، فواتح الرحموت، ط2، ج1، بسوق، المطبعة الأميرية، 132هـ ص165).

(2) - انظر: الخطاب، المرجع السابق، ج6، ص240-243. إندردير، المرجع السابق، ج4، ص215. ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص339.

وأما القائلون بأن الجاني يعتبر مخطئا فهم فقهاء مذهبي "أبي حنيفة" و"الشافعي" وبعض "الحنابلة"، سواء كان الفعل الذي قصده أصلا مباحا أو محرما، لأن الجاني لم يقصد قتل من قتل ولا إصابة من أصيب ولو علم بأنه يخطئ ما أقدم على الفعل⁽¹⁾.

ويفرق بعض الفقهاء في مذهب "مالك" بين الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية ويرون أن الجاني يسأل باعتباره مخطئا في حالة الخطأ في الشخص سواء كان الفعل الذي قصده في الأصل مباحا أو غير مباح، أما في حالة الخطأ في الشخصية فيسأل الجاني باعتباره عامدا كلما كان الفعل الذي قصده في الأصل محرما⁽²⁾.

تفقرة الثانية: ملائمة الجزاء الجنائي لحسامة الخطأ غير العمدي في القانون

الوضعي:

تخطأ غير العمدي يتم في إخلال الجاني بواجبات الحيطة وتحذر التي تتطلبها الحياة الاجتماعية⁽³⁾، وعدم حيولته تبعا لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى إحداث النتيجة الإجرامية، في حين كان ذلك في استطاعته وكان واجبا عليه⁽⁴⁾، والجريمة غير العمدية يوجد فيها حدث غير مقصود لا تتحقق تلك الجريمة به إلا إذا كان سلوك المتهم بها هو الذي شكّل خطر وقوع هذا الحدث⁽⁵⁾. وعليه فمن يفضي سلوكه إلى نتيجة إجرامية يكون مسؤولا عنها إذا ثبت أن سلوكه لم يحتط فيه ولم يكن حذرا حتى وإن لم يتوقع النتيجة الإجرامية متى كان بوسعها أن يتوقعها.

وتوصف إرادة الجاني بأنها آثمة مع أنها لم تتجه لإحداث النتيجة الضارة لمجرد أنها لم تلتزم بتب الحيطة والتحذر، كي لا تقع في المحذور ولا يجدي القول بأن المتهم لم يكن يريد النتيجة الإجرامية حتى يتصل من المسؤولية، ذلك أن إرادة المتهم وإن لم ترد النتيجة ولم تتوقعها، فإنها ملومة لأنه كان عليها أن تحذر وتتخذ جميع الاحتياطات اللازمة

(1) - انظر: الكاسوي، المرجع السابق، ج7، ص234. الرملي، المرجع السابق، ج7، ص249. ابن قدامة، المرجع السابق، ج9، ص339.

(2) - انظر: الخطيب، المرجع السابق، ج6، ص240. النردوي، المرجع السابق، ج4، ص215.

(3) - انظر: عبيد (ريوف)، مبادئ القسم ...، ص271.

(4) - انظر: بكار (رحم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص420.

(5) - انظر: غنم (رمسيس)، المرجع السابق، ص167.

حتى لا تقع النتيجة الضارة، فلومها إذن على أساس أنها إرادة خاملة مهمة وغير محتاطة وليس على أساس نشاطها الخاطي⁽¹⁾.

وللخطأ في قانون العقوبات صور متعددة يعبر عن مضمونها وهي الرعونة وعدم الاحتياط وعدم التحرز والإهمال، وعدم الانتباه وعدم مراعاة إتباع اللوائح، وهي جميعها تستوعب الخطأ الذي يحدث في الحياة اليومية تقريبا، وعلى سبيل المثال نجد في قانون العقوبات الجزائري (المادة 288)، التي نصت على عقاب كل من قتل خطأ وتسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دينار. وكذلك (المادة 289) التي نصت بأنه «إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بتحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15.000 دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين». وتشدد (المادة 290) العقوبة وذلك بمضاعفة العقوبات المنصوص عليها في المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات الجزائري، إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر أو حاول التهرب من المسؤولية الجنائية أو المدنية التي يمكن أن تقع عليه، وذلك بالفرار أو بتغيير حالة الإقامة أو بأية طريقة أخرى. فالملاحظ من هذه المواد أن الجاني يقوم بالجرائم غير العمدية عن وعي وإرادة، لكن دون أن تكون له رغبة في إحداثها.

على أن أهم صور الخطأ غير العمدية في قانون العقوبات الجزائري، هي القتل الخطأ (المادة 288) والإصابة الخطأ (المادة 289)، إذا تسبب عنها عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر وكذلك الإصابة الخطأ وفقا للمادة 442 فقرة 2، والتي تنص على أن «كل من تسبب بغير قصد في إحداث جرح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل يجاوز ثلاثة أشهر وكان ذلك ناشئا عن رعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته النظم يعاقب بالحبس من عشر أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 50 إلى 500 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين». وقد نص على هذا الضابط كل من التشريع اليوناني، والإيطالي، والليبي (م/28 الشق الأول-3).

(1) انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج 1، ص 229.

وإضافة إلى ذلك، فإن فكرة الخطأ لم تحظ باهتمام فقهاء القانون الجنائي، فعادة ما يتم الاكتفاء بالرجوع إلى ما قام به شراح القانون المدني في هذا المجال، نظراً لوحدة الخطأ في المجالين⁽¹⁾.

ورغم ما يقال: بأن الرجل لا يستجزي جنائياً عن كل تصرفاته غير المشروعة أو المخالفة للقانون، وإنما عن عدد معين من التصرفات المنصوص عليها في قانون العقوبات، بينما يسأل الرجل في القانون المدني عن كل تصرفاته التي تكون نتيجتها اعتداء على حق الآخرين⁽²⁾. فإنه من المستقر عليه أن فكرة الخطأ واحدة في المجالين، وتأسيساً على ذلك فقد أقرت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية في قضية تتلخص في أن سائق أتوبيس اتهم بأنه في 1939/11/07 قد ارتكب خطأ أدى إلى إصابة ثلاثة أشخاص.

ولما كانت المحكمة الجنائية قد حكمت ببراءة المتهم لعدم وقوع أي خطأ منه، فانتقدت محكمة النقض إلى انتفاء مساعلته منياً عن الأضرار التي نتجت عن واقعة ثبتت براءته منياً. وأضافت قائلة: «إنه إذا كان الخطأ هو ذاته واحداً في الحالتين، فإن براءة المتهم في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المرفوعة به الدعوى عليه، تستلزم حتماً رفض الدعوى المدنية المؤسدة على هذا الخطأ المدني»⁽³⁾. فيما أن الخطأ واحد في المجالين، واستناداً إلى مبدأ أن الجنائي يعقل المدني فيعفى السائق من التعويض لبراءته وعدم ثبوت الخطأ في حقه.

ولمحكمة الموضوع سلطة في تمييز الخطأ واختلافه بحسب زمان ومكان وظروف الحادث مثال ذلك السرعة في جرمي الإصابة والقتل الخطأ، «فالسرعة التي تعتبر خطراً على حياة الجميور وتصلح أساساً للمساءلة الجنائية عن جريمة القتل الخطأ أو الإصابة الخطأ، إنما يختلف تقديرها بحسب الزمن والمكان والظروف المحيطة بالحادث، وهو أمر موضوعي بحيث تقدره محكمة الموضوع في حدود سلطتها دون معقب»⁽⁴⁾.

(1) انظر: حسي (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص 768. نصبت (أبو اليزيد علي)، المرجع السابق، ص 28. الميت (أبو اليزيد علي)، القصد الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، 28-58، ج 1-2، السنة 28، ص 95.

(2) انظر: الميت (أبو اليزيد علي)، جرائم الإهمال، ص 28.

(3) قرار المحكمة العليا المصرية بتاريخ 1943/3/8، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج 6، القاهرة، الهيئة العامة للشؤون المطابع الخرية، (1388هـ-1968م)، ص 113.

(4) قرار المحكمة العليا المصرية بتاريخ 1956/4/30، رقم 321، ج 7، ص 670. مجموعة القواعد، ج 3، ص 28.

وعني عن البيان أن الخطأ يختلف باختلاف من يصدر عنهم، فخطأ الرجل العادي ليس كخطأ الأطباء والمهندسين، ممن يحظون بثقة الجمهور لمؤهلاتهم العلمية وخبراتهم الفنية، فإن إهمال هؤلاء يولد ذعرا في أوساط المجتمع أكثر مما يولده خطأ الرجل العادي.

وإذا كان الهدف من العقوبة الخطئية أمام التقدم العلمي لا تستهدف إلا الدفاع عن المجتمع أو مراعاة المصلحة العامة، فإنها من الضروري أن تحقق ذلك، مع ضرورة التفرقة بين من يرتكبون هذه الجرائم من حيث قدراتهم، وحالتهم النفسية العامة عند تقييم ما يقع منهم من أخطاء لتقدير ما يناسبهم من عقاب، فبإمكان القاضي أن ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى أو يرتفع بها إلى حدها الأقصى بما يحقق الدفاع عن المجتمع ويلائم شخصية المجرم⁽¹⁾.

وتأسيسا على مبدأ تفريد العقاب فإن القاضي يهتم في حكمه بصدد الجريمة غير العمدية بإمكانيات الفرد وما يلحق إرادته من انحرافات خاطئة، ومن ثم فإنه يعتمد بالتقدير الواقعي للخطأ الجنائي، وتأسيسا على ذلك جاء في الطعن أنه «إذا كان الحكم قد أثبت بالأدلة السائغة التي أوردها أن المتهم هو الذي صدم المجني عليها بالسيارة التي يقودها، فتحسب في قتلها من غير قصد ولا تعمد بأن سار بسيارته في شارع مزدحم بالمارة والسيارات بسرعة كبيرة دون أن ينبه المارة فصدم المجني عليها رغم رؤيته لها على مسافة كان يمكنه الوقوف بها لو أنه كان يسير بسرعة عادية. فهذا يكفي لبيان الخطأ الذي وقع من المتهم وتسبب عنه وفاة المجني عليها والذي لولاه لما وقع الحادث، مما يبرر إدانته في جريمة القتل الخطأ»⁽²⁾.
فصورة الخطأ هنا مخالفة للقانون لسيره بسرعة فائقة وعدم حذره مما أدى إلى جريمة القتل الخطأ.

والخطأ غير العمدي يلعب دورا بارزا في الجرائم الاقتصادية، والتقدير الشخصي للخطأ الجنائي هو أساس تقدير للعقاب، وهذا التقدير يضعف في الجرائم الاقتصادية⁽³⁾.

(1) -انظر: بكتز (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي ...، ص422.

(2) - قرار المحكمة العليا المصرية بتاريخ 1958/6/10، رقم 580، السنة 9، ص655. مجموعة القواعد، ج3، ص30.

(3) -انظر: بكتز (حاتم موسى)، سلطة القاضي الجنائي، ص422.

والجريمة الاقتصادية هي مباشرة نشاط معين سواء تمثل في تصرف اقتصادي أو سلوك بالمخالفة للتنظيمات والأحكام القانونية الصادرة كوسيلة لتحقيق سيادة التولية الاقتصادية. ومشكلة تفريد العقاب ضئيلة جدا في هذا الصنف من الجرائم منعا لتشجيع المجرمين المحتملين مستقبلا، ومن هنا سادت قاعدة وجوب استغراق العقوبة الفائدة المكتسبة بالجريمة، فالذي يشغل القاضي في هذا المجال بصفة رئيسية هو إبعاد الجنائي عن دائرة الأضرار، لا لأنه أراد النشاط المحظور، ولكن لأنه كان يجب عليه ألا يريده. ويأخذ الخطأ في مجال الجرائم الاقتصادية صورتين:

الصورة الأولى: تنحصر في خطأ الجهل بالقانون، حيث يجهل الشخص ما يجب

عليه أن يعمل وما هو مفروض عليه قانونا، ومن ثم يرتكب خطأ الإخلال بالواجبات المفروضة عليه، فمن يزاول مهنة أو تجارة عليه أن يطلع على القوانين الإدارية والاقتصادية المشمولة بجزاء جنائي والتي تحكم مهنته.

أما الصورة الثانية: فهي صورة خطأ قبول المخاطرة، فالفاعل هنا لا يريد

النتيجة الضارة بالغير، لكن يتوقعها ويحتملها عند سلوكه سلوكا معينا، غير أن هذا الاحتمال لا يردعه عن اجتنابها فيقبل المخاطرة ولا يتخذ من جانبه الحيطة الواجبة. فهنا يتساوى قبول النتيجة والتقصير في تجنبها، مما يبرر التشديد الذي أيده القضاء حيال هذه الصورة من صورة الخطأ غير العمدى⁽¹⁾. ومن ثم يضحى صائبنا الرأي القائل، بأن الخطأ المقترن بسلتوقع يتضي عقابا أشد مما لو كان غير مقترن به، والخطأ الذي يصحبه طيش غير الذي يكون نتيجة إهمال من حيث العقوبة المترتبة عليه⁽²⁾، فللقاضي أن يراعي ضابط جسامه الخطأ غير العمدى في تقدير الجزاء الجنائي.

وخلاصة القول أن للقاضي سلطة في تقدير جسامه الخطأ غير العمدى، وذلك

يكون بقدر إخلال الجنائي بواجبات الحيطة والحذر، وبقدر حيلولة دون حدوث النتيجة الإجرامية، وبناء على ذلك يعتبر الخطأ اليسير أبسط من الخطأ الجسيم، والخطأ غير

(1) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، المرجع السابق، ص 423. مصطفى (عمود محمود)، اجرائم الاقتصادية: الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، ط 2، ج 1، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1979، ص 113 وما بعدها.

(2) - انظر: حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص 787. النيراوي (عمود سامي)، المرجع السابق، ص 534.

المصحوب بتوقع النتيجة الإجرامية أقر جسامته من الخطأ المصحوب بتوقعها، وعلى القاضي أن يستشف ذلك من وقائع الدعوى.

وبملاحظة قانون العقوبات الجزائري نجد أنه لم يفرق في نصوصه بين الخطأ الجسيم والخطأ غير الجسيم، كما لم يفرق بين الخطأ المدني والخطأ الجنائي، ولا بين الخطأ المادي والخطأ الفني، وترك أمر تقدير العقوبة بما يناسب درجة الخطأ وجسامته للقاضي في حدود سلطته التقديرية وفي حدود العقوبة المنصوص عليها أن يحكم بعقوبة أخف أو أشد تبعا لجسامته الخطأ تحقيقا للعدالة.

فجسامته الخطأ أمر يترك تقديره لقاضي الموضوع وهو يتحقق عادة إذا كان الخطأ قد وقع بالمخالفة لقاعدة أولية معترف عليها بين أصحاب الوظيفة أو المهنة أو الحرفة التي ينتمي إليها الجاني ولا يجهلها أو يتخطاها أقلهم خبرة بأصول الوظيفة أو المهنة أو الحرفة⁽¹⁾. والمسؤولية الجنائية تقوم ميبا كان الخطأ يسيرا⁽²⁾.

ويجب أن يشمل الحكم على أسباب مبررة لمنطوقها، وتكون تلك الأسباب هي أساس الحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التسيب. لذلك قضت المحكمة العليا بنقض القرار المطعون فيه، لما كان الثابت في قضية الحال، أن قضاة المجلس لما أدانوا المتهم "الطاعن" بجريمتي الحريق غير العمدي والإهمال البالغ والخطير في التسيير طبقا للمادتين 405 مكرر و421 من قانون العقوبات الجزائري، دون أن يبينوا ما هو التفريط أو الامتناع الذي قام به حتى يسأل عن ذلك ولم يكشفوا العناصر المكونة للجريمتين، وما إذا كان الجرم الذي ارتكبه الطاعن يدخل تحت طائلة المادتين المذكورتين أو تحت طائلة إحداهما فقط، يكونون قد شابوا قرارهم بالتقصير في التسيب⁽³⁾.

وخلاصة القول أن الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي يعتد بجسامته الخطأ في تقدير الجزاء الجنائي.

(1) -انظر: أبو عامر (محمد زكي)، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ط2، الإسكندرية، مكتبة الصحافة، 1989، ص582-

583.

(2) -انظر: المرجع نفسه، ص577.

(3) -قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/03/15، المجلة القضائية، ع3، 1991، ص223.

والخطأ غير العمدى على نوعين خطأ بإهمال وخطأ بسيط، ويدخل تحت الخطأ في قانون ما يدخل تحت الخطأ في الشريعة وما يجري مجراه.

والقوانين الوضعية لا تعترف بالقتل شبه العمد المعروف في الشريعة، إلا أنها تجعل فعل هذا النوع من القتل ضرباً مفضياً للموت وتخفف عقوبته، وبذلك يصل إلى الغرض الذي ترمي إليه الشريعة من التفرقة بين العمد وشبه العمد، فالتفرقة في التسمية لا غير.

ولا شك أن تعبير الشريعة شبه العمد أصوب، ذلك أنه يدخل تحته الضرب والجرح المفضي إلى الموت، وتناول المواد السامة والخنق والحرق والتغريق وما إلى ذلك بخلاف تسمية القانونيين، القاصرة على الجرح والضرب، ويعترف شراح القانون المصري بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذي يندرج تحته قانوناً⁽¹⁾.

جامعة الأزهر
القادر للعلوم الإسلامية

(1) -انظر: عردة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج1، ص408-409.

المبحث الثاني الضوابط المتعلقة بالجنائي.

بعد ما عرضنا في المبحث الأول الضوابط المتعلقة بالركنين المادي والمعنوي للجريمة أي العناصر الموضوعية التي يستهدي بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي، نستكمل ما بقي من العناصر في شقها الشخصي، أي التي تتعلق بالمجرم نفسه، فقد استقر التطور الفلسفي لأغراض العقوبة بظهور المدارس الفقهية والتي من بينها المدرسة الوضعية التي دعت إلى ضرورة الاهتمام بشخص المجرم، فليس الغرض من العقاب حماية المجتمع من المجرم فقط، بل يجب أن يحمى المجرم من نفسه أيضا، فأصبحت بذلك شخصية الجنائي محل اهتمام ودراسة من قبل علماء الإجرام.

فإذا كانت الأفعال الإجرامية تصدر عن إنسان ومن شأنها الإضرار بالخير وبالمجتمع، ومن المعلوم أن هذه الجريمة تولدها عوامل وأسباب تسيطر على شخص الجنائي وتضعف من سيطرته على قدرته، بحيث تسوقه إليها سوفا مما يبرر معاملته بالرأفة، وقد يصدر منه سلوك أثناء وبعد الجريمة ينم عن ضلالة خطورته أو اضمحلالها، وعلى العكس من ذلك قد يدل مسلكه في تنفيذ الأفعال الإجرامية أو إخفاء أثرها عن استفحال نزعه الإجرامية مما يستدعي معاملته بشدة، والمجرم وهو يقوم بجريمته تحيط به ظروف اجتماعية واقتصادية وثقافية تساهم في جرمه مما يستلزم معاملته بالرأفة.

وفيما يلي وبشيء من التفصيل نتناول في مرحلة أولى دوافع ارتكاب الجريمة وخلق المجرم (المطلب الأول) ثم في مرحلة ثانية سلوك الجنائي المعاصر واللاحق للجريمة (المطلب الثاني) وفي مرحلة أخيرة ظروف المجرم الموضوعية والشخصية (المطلب الثالث) (1)، حتى نتوصل إلى حصر الضوابط المتعلقة بشخص الجنائي.

(1) هذا التقسيم للضوابط مستج من تقسيم الضوابط المتعلقة بالجنائي في قانون العقوبات الليبي (المادة 28).

المطلب الأول

ضابط دوافع ارتكاب الجريمة وخلق المجرم.

إن لدوافع الجريمة دور فعال في توجيه الشخص نحو الأفعال الإجرامية سواء كانت هذه الدوافع دنيئة أو شريفة، كما أن لخلق المجرم دور في تقدير الجزاء الجنائي، ودوافع ارتكاب الجريمة وخلق المجرم تحسب في عداد العوامل الشخصية التي يعتد بها في حقل الأسباب التقديرية بصورة عامة، لذلك سنتطرق بالتفصيل إلى دوافع ارتكاب الجريمة (الفرع الأول)، ثم خلق المجرم (الفرع الثاني)، ونبين مدى استعانة القاضي بهما في تقدير الجزاء الجنائي.

الفرع الأول: دوافع ارتكاب الجريمة.

إن الجريمة قد تولدها عوامل وأسباب تسيطر على شخص الجنائي، فتضعف من قدرته وقد تسوقه إلى جريمته سوقاً، بحيث يبدو وكأنه يدفع إليها دفعا بفعل عوامل تتفاعل في نفسه لا يقوى على مغالبتها، وذلك لأن الجريمة تبدأ من مجرد فكرة تختلج في نفس الإنسان وقد تتصارع معها أفكار أخرى، فيبقى بين الإقدام والإحجام إلى أن ينتهي الأمر إلى الإقدام بفعل عوامل نفسية تدفعه إليها، ويصبح أسير جريمته، فهل للقاضي أن يعتد بدوافع ارتكاب الجريمة عند تصديده للحكم وما مدى هذا الاعتبار؟ أم أنه لا يقيم له اعتباراً لأنه لا يدخل في تكوين الجريمة، وهذا ما نحاول التفصيل فيه من خلال التطرق لأحكام الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى) وقواعد القانون الوضعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضابط دوافع ارتكاب الجريمة في الشريعة الإسلامية.

تعد فرقت الشريعة منذ وجودها بين القصد والباعث، أي بين قصد عصيان أوامر الشارع وبين الدوافع⁽¹⁾ التي دفعت الجنائي إلى العصيان، فالقصد الذي يتكون من العلم

(1) سواضح من كلام الدكتور عبد القادر عودة أنه لا فرق بين الدافع والباعث بخلاف فقهاء القانون الذين يفرقون بين المصطلحين وهنا ما سلاحظه في الفقرة الثانية. (انظر: عودة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج 1، ص 411).

والإرادة يدخل في تكوين الجريمة، بينما لا يعتبر الباعث أحد أركانها، ذلك لأنه شعور داخلي يسوق إلى الجريمة سوفاً.

ولم تجعل الشريعة للباعث على ارتكاب الجريمة، أي تأثير على تكوينها أو على العقوبة المقررة لها، فيستوي لدى الشريعة أن يكون الباعث على الجريمة شريفاً كالقتل للنشر، أو الانتقام للعرض، أو أن يكون الباعث على الجريمة دنياً كالقتل لأجر أو القتل للسرق، فالباعث على الجريمة ليس له علاقة بتعمد الجاني ارتكاب الجريمة، ولا يؤثر على تكوينها ولا على عقوبتها شيئاً ما⁽¹⁾.

والأصل في الشريعة الإسلامية أنها لا تقيم للباعث اعتباراً في جرائم الحدود والقصاص والدية، فسواء ارتكب الجاني الفعل الجرمي بدافع شريف أو دنيء فالأمر سواء، ذلك أن الباعث أياً كان لن يؤثر في طبيعة الفعل المكون للجريمة، ولأن الشارع ضيق سلطان القاضي في عقوبات الحدود والقصاص، بحيث لا يستطيع أن يجعل للبواعث أي اعتبار⁽²⁾، فلا فرق بين من يقتل بباعث الشفقة والرحمة على المريض مرضاً مزماً وبين من يقتل بباعث العدوان. ولا فرق بين من يسرق بباعث التصدق بالتمال المسروق، وبين من يسرق بباعث الرغبة في التملك، فعقوبتهم واحدة.

وعدم الاهتمام بالباعث إنما هو قضاء لا ديانة، فإن للباعث أثراً كبيراً في الثواب والعقاب في الآخرة، ذلك لأنه أمر داخلي لا يمكن للقاضي أن يطلع عليه ويتبين منه حقيقة.

على أن هناك بعض الجرائم يمكن أن يكون للباعث فيها دور كبير في العقوبة في مجال الحدود والقصاص، فمن ذلك ما قاله "عمر بن الخطاب" رضي الله عنه: «لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها»⁽³⁾، ومن ذلك أيضاً ما ذكره "السيوطي" - رحمه الله - فيمن وكل شخصاً في استيفاء القصاص عنه فقتله بشهوة نفسه، فإن عليه القصاص في هذه الحالة، وفي

(1) - انظر: عودة (عبد القادر)، المرجع السابق، ص 411.

(2) - انظر: أبو الفتح (محمد هشام)، النظرية العامة للظروف المشددة: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1980، ص 275.

(3) - ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 3، ص 185.

* هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الحضري السيوطي (جلال الدين، أبو الفضل) أصله من أسبوط، كان عالماً شافئياً مؤرخاً أديباً، كان أعلم أهل زمانه بعلم الحديث وفنونه والفقه واللغة، من مؤلفاته: "الأشباه والنظائر"، "الحاوي للفناوي" ... (انظر: ابن العماد، المرجع السابق، ج 8، ص 51. الزركلي، المرجع السابق، ج 3، ص 301).

من أخذ مالا من مدينه، فإن كان الباعث له على ذلك هو استيفاء حقه فلا شيء عليه وإن كان الباعث له مجرد السرقة فعليه القطع⁽¹⁾. غير أن الباعث في هذه الأمثلة ليس مجرد ظرف مشدد للعقوبة، بل هو الذي يعتبر به الفعل جريمة⁽²⁾، فالنكاح الذي يكون الدافع إليه التحليل هو عقد باطل وجريمة أيضا يستحق فاعلها العقاب.

فالباعث مهما كان شريفا لا يعتد به، ذلك أن الفقه الإسلامي لا يبيح لأحد أن يقدم على قتل شخص بباعث الشفقة والرحمة، فالإنسان معصوم الدم، ومادامت فيه الروح فلا يحل لأحد أن يزهقها، ولو كان صاحبها في حالة صحية سيئة⁽³⁾.

قال الإمام "النووي" - رحمه الله -: «المريض المشرف على الموت يجب القصاص على قاتله، قال القاضي وغيره، سواء انتهى إلى حالة النزاع أم لا، ولفظ الإمام: إن المريض لو انتهى إلى سكرات الموت وبدت أماراته وتعثرت الأنفاس في الشراسيف⁽⁴⁾ لا يحكم له بالموت بل يلزم قاتله القصاص»⁽⁵⁾.

كما لا يجوز في الفقه الإسلامي أن تقتل الأم وليدها الرضيع خشية العار، وهو باعث شريف بخلاف القوانين الوضعية التي تخفف من عقوبتها اعتبارا لهذا الباعث⁽⁶⁾.

وإذا كان لا يعتد بالباعث ولا أثر له على عقوبات جرائم الحدود والقصاص والدية سواء من الناحية النظرية أو من الناحية العملية، فإن هذا لا يمكن عملا في عقوبات

(1) -السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1411هـ-1990م)، ص9. وقد ذكر الدكتور محمد هشام أبو الفتوح من أنه لم يجد رأيا ولم يستطع استخلاص ظروف مشددة ترجع إلى الباعث في الشريعة الإسلامية. (انظر: أبو الفتوح (محمد هشام)، المرجع السابق، ص275).

(2) -انظر: الخلفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص366.

(3) -انظر: المرجع نفسه. الموضع نفسه.

(4) -الشراسيف جمع شرسوف، وهي رؤوس الأضلاع مما يلي البدن، ويعني بذلك حالة الترع (انظر: ابن منظور، لسان العرب الخيط، ج3، مادة شرس، ص296-297).

(5) -النووي، المرجع السابق، ج7، ص27.

(6) -انظر: الخلفي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص367.

التعازير ذلك لأن الشارع ترك للقاضي من تحرية في اختيار العقوبة وتقديرها بما يلائم شخصية المجرم ما يمكنه عملاً من أن يحل البواعث في تقدير العقوبة محل الاعتبار⁽¹⁾.

فللباعث أثر من الوجهة العملية على عقوبات التعازير دون غيرها من العقوبات، وعلّة ذلك أن عقوبات الجرائم التعزيرية غير مقدرة، وتقديرها يعود إلى سلطة القاضي، فهو الذي يختار الجزاء الجنائي نوعاً ويقدرها كما في الحدود الموضوعة شرعاً، أما إذا راعى القاضي البواعث فخفف العقوبة أو شددتها فإنه يفعل تلك في نطاق الشرع وفي نطاق حقه الممنوح له، ولا يخرج عن حدود سلطانه⁽²⁾.

فمن ارتكب جريمة تعزيرية قصد الحصول على أجر مثلاً، فإن عقوبته تشدد لثناء الباعث الذي نفعه إلى ارتكاب هذه الجريمة، وكذا من ارتكب جريمة تحت تأثير حسده للمعتدى عليه تشدد عقوبته لهذا الباعث الذي، ومن ارتكب جريمة تعزيرية لباعث شريف فإنه يعاقب معاقبة خفيفة، ويمكن التمثيل لهذا بمن يرى شخصاً ينظر إلى زوجته أو إحدى محرماته نظراً متواصلاً فيشتمه أو يضربه، فإن عقوبته في الفقه الإسلامي تخفف أو يعفا منها حسب اجتهاد القاضي اعتدالاً بالباعث الشريف وهو باعث الغيرة على زوجته⁽³⁾.

فخلاصة القول أن للباعث أثر في تقدير العقوبة التعزيرية، ذلك لأن القاضي يملك سلطة في تقدير الجزاء بما يلائم حالة المجرم الشخصية، والباعث أحد الظروف الشخصية، فإن كان شريفاً خفف العقوبة، وإن كان دنيئاً شددتها حسب اجتهاده، بخلاف الحدود والقصاص فإن عقوبتها مقدرة ولا اعتبار للباعث فيها، وأمره متروك إلى الله عز وجل سواء بالعقاب أو بالثواب في الآخرة.

(1) -انظر: عروة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج1، ص411. ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3، ص95. الشاطبي (أبو إسحاق)،

الموافقات في أصول الشريعة، ج2، ص411 وما بعدها.

(2) -انظر: عروة (عبد القادر)، المرجع السابق، ص411-412.

(3) -انظر: الحلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص368.

الفقرة الثانية: ضابط دوافع ارتكاب الجريمة في القانون الوضعي.

إن الدوافع إلى جريمة تحسب في عداد العوامل الشخصية التي يعتد بها في حقل الأسباب التقديرية بصفة عامة⁽¹⁾، مع اختلاف بين القوانين الوضعية التي تأخذ به سواء من الناحية النظرية، أو من الناحية العملية.

ومن المعروف أن الجريمة في البداية تتحصل من مجرد فكرة تجول بذهن الإنسان، قد تتأوتها أفكار أخرى تنثني من عزيمتها، وقد يحتد الصراع بين الفكرتين أي بين الإقدام والإحجام عنها؛ إلى أن يقرر في النهاية الإقدام عليها، وهذا الرأي القاطع هو الذي حرك إرادته ودفعها نحو الجريمة، وهو ما يقال له بالدافع أو الباعث⁽²⁾.

وللتعرف على حقيقة هذا الدافع نتساءل لماذا ارتكب زيد جريمته؟ لقد ارتكبها بدافع الطمع أو الانتقام؟ وهل يعني الدافع إلى الجريمة ما يعنيه الباعث إليها؟

لقد حاول البعض التفرقة بين المدلولين على أساس أن الباعث عامل نفسي نابع عن إحساس الجاني الذي يقدف به تلقائياً، ودون تدبر نحو الجريمة، على عكس الثاني الذي يتمثل في سبب التصرف الإجرامي الصادر عن العقل بعد تقدير لكافة الظروف التي تحبذ به وتلك التي ترغب عنه، ومن ثم يكون الإدراك جوهره، بينما يعتبر الإحساس جوهر الباعث، غير أن هذه التفرقة ما لبثت أن تلاشت ورجح القول باستعمالها كمرادفين⁽³⁾.

فالباعث يتمثل في الإحساس بالحاجة إلى شيء ما لإشباع رغبة معينة، ومن الطبيعي تلازم الإحساس بالحاجة إلى الإشباع مع تصورهما، والباعث باعتباره الإحساس بالحاجة يقوم بدور الدافع إلى النشاط، فهو بمثابة مولد القوة فيه بل إنه المحرك للإرادة الموجهة للقصد⁽⁴⁾.

(1) - قرار محكمة التمييز السورية، بتاريخ 15 تشرين الثاني 1965، رقم 418، المحامي سنة 1965، ص 84. (أشار إليه: بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق...، ص 514).

(2) - انظر: عبيد (حسن إبراهيم صالح)، الفرجع السابق، ص 211.

(3) - انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(4) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، ملحة القاضي...، ص 430.

ومن ثم يعرف الدافع إلى الجريمة على أنه السبب النفسي المتعلق بالحياة النفسية للفرد في جوانبها العاطفية والانفعالية، أو هو العنصر النفسي الذي يدعو إلى الجريمة⁽¹⁾. فالدافع هو القوة التي تحرك الإرادة وتحولها إلى عمل.

ويقوم الباعث على رغبة الجاني في الاعتداء على مصلحة يحميها القانون، كالحياة أو الملكية أو الشرف مثلا، فإذا ما وقع هذا الاعتداء تحقق الغرض من الإرادة، فالباعث يتمثل في تصور الشيء ذهنيا قبل تحققه في الواقع، والفاصل بينها وبين الغرض هو الفاصل بين تصور الشيء وتحقيقه في أرض الواقع⁽²⁾. وهذا هو الاختلاف بين الباعث والغرض.

ويختلف الباعث كذلك عن الغاية التي هي الغرض البعيد الذي يسعى إليه أفعال متوسلا بجريمته، وهي بذلك لاحقة على الغرض من الناحية الزمنية⁽³⁾، أي أن الفرق بينها وبين الغرض في زمن وقوعها.

كما أن الدافع يختلف من هذه الزاوية عن القصد الذي يتمثل في العلم والإرادة، فإذا كان القصد واحدا في كل جريمة فإن الدافع يتغير ويتعدد بشكل لا متناه، ففي جريمة القتل يتمثل القصد في إرادة الجاني إزهاق روح ضحيته، أما الباعث فقد يكون لمجرد الطمع في ماله، أو لإشباع شهوة الانتقام، كما قد يكون للاثنتين معا، ومن ناحية أخرى فإن القصد لا يقبل التجزئة أو التدرج كأن يكون شريفا أو دنيا، بينما يقبل الدافع هذه التجزئة، علاوة على أن المشرع لا يعول عليه في قيام الجريمة إلا نادرا، بينما لا تقوم الجريمة إلا بركنها المعنوي، الذي يعد القصد الجنائي إحدى صورتيه⁽⁴⁾.

ويبدو أن التفرقة بين هاتاه المصطلحات لا أهمية لها في الواقع العملي، فالفعل إذا أدى إلى نتيجة ضارة لا يراعى في تلك إلى غرضه أو إلى غايته، بل يقدر للجزاء الجنائي حسب ذلك السلوك والنتيجة الضارة، وقد يعتد بالباعث بالنسبة للقوانين التي تعتد به،

(1) -انظر: عيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص211. -اخجوري (سمير)، المرجع السابق، ص184.

(2) -انظر: عيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص211.

(3) -انظر: حسي (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص734.

(4) -انظر: عيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص313.

دون مراعاة للغرض أو الغاية كاصطلاحات، لأن الدافع إذا كان عبارة عن تصور الشيء والغرض هو تحقيقه على أرض الواقع، فإنه لا اعتبار للباعث ما لم يحسد في سلوكه ونتيجة، ذلك لأن القانون الجنائي لا يعتد بالنيات المجردة عن الفعل.

ومن المسلم به كقاعدة عامة أن ليس للدافع دخل في قيام الجريمة فهو شيء، والركن المعنوي شيء آخر، وقد نصت على ذلك صراحة المادة 54 من المشروع الموحد، إذ قضت بأن الباعث هو العلة الدافعة إلى الجريمة، ولا عبء به في تكوين ركنها المعنوي إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، ويكون أثره في تخفيف العقوبة أو تشديدها طبقاً للأحكام الواردة في القانون⁽¹⁾. ومن المسلم به كذلك أن دوافع ارتكاب الجريمة تحسب ضمن العوامل الشخصية التي يعتد بها في مجال ضوابط السلطة التقديرية، ويعتبر من أظهر المعايير التصاقاً بشخص المتهم وأكثرها تأثيراً عليه، والتي تقتضي من القاضي مراعاتها بلوغاً للتقييم العادل للجزاء الجنائي⁽²⁾، وعلى هدي فاعلية الباعث وقوته تحدد الخطورة الإجرامية للمتهم، وعلى قدر نوعيته ودرجته يتحدد الجزاء في غير قليل من الحالات⁽³⁾، وهذا ما ذهب إليه أنصار المدرسة الوضعية، ذلك لأن غاية القانون الجنائي هو الكفاح ضد الإجرام، وهذا لا يتأتى إلا بمعرفة ودراسة شخصية المجرم حال كونه مصدرها، ومعرفة الدوافع التي أدت به إلى مهاوي الإجرام وبالتالي استئصالها، وتقدير ما يلائمه من جزاء وتيذيب.

وتبعاً لذلك يجب التعرف على الدوافع والأغراض للوقوف على مدى توافقها مع الشريعة والمجتمع، ذلك لأن الدافع من حيث نوعيته قد يكون اجتماعياً، وقد يكون غير كذلك، تأسيساً على اتفاقه أو تعارضه مع المفاهيم الأخلاقية السائدة في المجتمع كحب الوالدين، أو الشعور بالكرامة، أو المحافظة على الشرف أو الرغبة في غسل العار. وبالمقابل من ذلك قد تكون الدوافع لا اجتماعية إذا كتبت شائنة ودينئة، ولا يماري أحد في أن تحديد طبيعة دافع المتهم إلى ارتكاب الفعل المسند إليه أمر تقتضيه العدالة. فمن يدفعه إلى الجريمة دافع شريف كمن يغسل عارا، يكون أقل خطورة ممن كان دافعه إليها دينياً، كمن يقتل رجلاً ليظفر

(1) -انظر: ثروت (جلال)، نظرية الجريمة لتعنية النقص، مصر، دار المعارف، 1965، ص 605.

(2) -قرار محكمة التمييز السورية بتاريخ 15 تشرين الثاني 1965، رقم 418، مجلة الخامي، 1967، ص 84. (أشار إليه: بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق...، ص 514).

(3) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق...، ص 514. هنام (رمسيس)، النظرية العامة للمجرم والجزاء، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1991، ص 40.

بزوجته وثروته⁽¹⁾. فمراعاة الدوافع تفرضه متطلبات المحاكمة العادلة ووقوف القاضي على مثل هذه العوامل أصبح أمر ضروري لتقدير الجزاء الملائم، فيقدر عدم منفاة الدافع للقيم الاجتماعية السائدة بقدر ما يكون تخفيف العقوبة أو تغليظها.

وتقسيم الدوافع يهدف إلى إلقاء الضوء على أبعاد كل نوع والظروف المحيطة به حتى تحدد خطورة السلوك ومقدار الضرر الناتج عنه، كما تلقي ضوءاً على الجنائي ومدى عرافته في الجريمة، ومقدار خطورته حتى يوصف له العلاج الأمثل⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى فإن الدافع قد يتناسب مع حجم العدوان وقد يكون تافهاً بالقياس إلى جسامة الفعل، كمن يقتل شخصاً لأنه أقرض عدوه مالا، فمثل هذا الدافع يواجهه بعقاب أشد غلظة وأكثر إيلافاً مما لو كان ثمة تعادل بين ما يقع من عدوان وما دفع إليه⁽³⁾.

ويتعين على القاضي في تحديده شرف الدافع أن يتبين الظروف والملابسات التي تحيط بكل جريمة من جميع المجازات السياسية والوطنية والاجتماعية مع الأخذ بعين الاعتبار ما تمليه البيئة وما تكرسه الأعراف والتقاليد⁽⁴⁾.

ويرى د. "سمير الجنزوري" أن البواعث قد تكون طيبة، وقد تكون خبيثة، وتقدير ذلك يترك للقاضي. وإذا كانت البواعث لا يعتد بها في مسؤولية الفاعل عن جرمته فإن القاضي يأخذها في الاعتبار عند تقديره للعقوبة⁽⁵⁾. ورغم صوابه ما قاله، إلا أن تقدير الدوافع يكون أيضاً بمدى موافقتها لقيم والأخلاق والآداب العامة السائدة في كل مجتمع على اختلافه.

(1) قرار محكمة التمييز السورية بتاريخ نيسان 1966، رقم 157، مجلة المحامي، 1966، ص 85، «... إن الدافع الشريف يجب أن يكون مزها عن الحقد والانتقام والآثار...». وقرار محكمة التمييز السورية بتاريخ 15 تشرين الثاني 1965، رقم 418، مجلة المحامي، ص 82. وجاء فيه «... إن الدافع إلى قتل امرأة عنت بتقاليد تعرف الشرف... وتصرفت بشكل منافي للآداب والأخلاق العامة هو دافع شريف» (أشار إليه: بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق...، ص 515).

(2) انظر: حمد (أحمد)، مقومات الجريمة ودوافعها، ط 1، الكويت، دار القلم، (1402هـ - 1992م)، ص 172-173. (وقد قسم الدوافع إلى دوافع فطرية ودوافع حضارية ودوافع إجرامية).

(3) انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 430.

(4) انظر: حسي (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات اللبناني، ص 758.

(5) انظر: الجنزوري (سمير)، المرجع السابق، ص 184.

وقد عُنيت الكثير من التشريعات على النص صراحة على الدافع كمعيار أو ضابط يتوسل به للقاضي إلى تقدير الجزاء الجنائي، من ذلك ما قضى به القانون النمساوي من تخفيف العقوبة إذا ارتكبت الجريمة تحت تأثير عاطفة هائجة متولدة عن شعور إنساني، وما ذهب إليه القانون الدنماركي من التعويل على الباعث عند تقدير العقوبة... وقد تضمن القانون الإيطالي في (المادة 1/62) النص على البواعث ووضعها تحت نظر القاضي عند تخفيف العقاب، كما لم يَعمل بعض التشريعات العربية أهمية الباعث إذا تبين للقاضي أن الدافع كان شريفاً، وهو ما قضت به المادة 192 من القانون السوري والمادة 193 من القانون اللبناني والمادة 28 الشق الثاني -فقرة أولى- من القانون الليبي والمادة 92 من القانون الأردني⁽¹⁾.

فللبواعث إلى الفعل الإجرامي -إذن- نور أساسي في تحديد مدى جسامته الإثم، حيث إن الباعث السيئ يبرر عقوبة أشد مما لو كان غير كذلك⁽²⁾. فلولا تحريض الباعث والاندفاعية التي يثيرها في النفس، لبقى الموقف المناهض للمجتمع أو السلوك المنحرف اجتماعياً كامناً صامناً ومجهولاً⁽³⁾.

ويرى "د. فيليبو غراماتيكا" أن تصنيف البواعث وتعدادها وحصرها كلها حصراً جامعاً مانعاً أمر صعب، ولكن في الوقت ذاته يؤمن بإمكان اعتبار هذه البواعث صنفاً خاصاً ومتميزاً من أصناف الأسباب التي تكمن وراء الإجراء. وهذا كله يكشف عن مدى أهمية وضرورة الاعتماد على تقدير الباعث تقديراً مستقلاً ذاتياً في مضامين عمل وقائي قائم على أسس إنسانية وعقلانية⁽⁴⁾.

وينبغي الانتباه إلى أن الآداب والنظام العام يختلف من مجتمع إلى آخر حسب الثقافة والفلسفة الأخلاقية السائدة، وحسب الدين والأعراف، فقد يكون الباعث شريفاً في بلد معين أو في زمن معين، ونفسه يكون دنياً في بلد آخر أو في زمن آخر.

(1) -انظر: عبيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 215.

(2) -انظر: حسي (عمرد نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص 787.

(3) -انظر: غراماتيكا (فيليب)، المرجع السابق، ص 427.

(4) -انظر: المرجع نفسه، ص 426-427.

وحاصل القول أن الفرق بين الشريعة والقانون هو أن الشريعة لا تعترف بالباعث ولا تجعل له أثرا في الجرائم الخطيرة التي تمس الجماعة ونظامها العام، وهي جرائم الحدود والقصاص أما في مجال التعزير فليس هناك ما يمنع القاضي من تقدير الباعث، وأكثر القوانين تهمن الكلام عن الباعث من الناحية النظرية، إلا في مناسبات معينة وفي جرائم خاصة، سيما في الجرائم المخلة بالأداب العامة وجرائم العرض، غير أن هذا لا يمنع من الاعتماد على الباعث في كل الجرائم سواء الخطيرة أو البسيطة.

فالشريعة الإسلامية تراعي مصلحة الجماعة في الجرائم الخطيرة وتضعها فوق كل اعتبار، ولا تسمح للقاضي أن يفاضل بين هذه المصلحة ومصلحة الجاني. وإذا كان من الضروري الاعتماد على الدوافع في تقدير الجزاء الجنائي، فإن هذا وحده لا يكفي، بل لا بد من الاعتماد على عناصر أخرى والتي من بينها خلق المجرم، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: خلق المجرم

سبق وأن تعرضنا في الفرع السابق إلى ضرورة الاعتماد على الدوافع في تقدير الجزاء الجنائي، غير أن هناك من العوامل التي تحدد خطورة المجرم والتي من بينها أخلاقه ومسيرته في الحياة. فسوابق الجاني وماضيه وما صدر ضده من أحكام كل هذا يعتبر كأثر من آثار أخلاقه، فهذه العناصر تكشف عن مدى إثمائه وتساعد القاضي على التقدير الصائب للجزاء الجنائي وفيما يلي سنتناول ضابط خلق المجرم في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، ثم في القانون الوضعي (الفقرة الثانية) لنقارن فيما بينهما من حيث مدى استرشاد القاضي بخلق المجرم. وإلى أي مدى يكون ذلك؟

الفقرة الأولى: ضابط خلق المجرم في الشريعة الإسلامية.

إن الشريعة الإسلامية في تطبيق الحدود على الجناة لا تراعي في ذلك شخص المتهم، أي أخلاقه سواء كانت سيئة أم حسنة، فإذا أثبت الفعل بالأدلة اللازمة ولم تقم هناك شبهة، طبق الحد، بخلاف عقوبة التعزير، فإن القاضي يراعي شخصية المجرم من أوجه عديدة منها خلقه ومسيرته الحياتية وسوابقه الإجرامية، فتشديد التعزير بالنظر إلى الجاني

يكون بسبب كون المجرم خطيراً، بحيث لا يردعه التعزير الخفيف، فتشدد عقوبته حتى تقابل الشدة ما فيه من الجرأة على الفساد.

قال "ابن سني" رحمه الله: «فإن الإغلاظ على أهل الشر والقمع لهم والأخذ على أيديهم مما يصلح الله به العباد والبلاد، ويقال من لم يمنع الناس من الباطل لم يحملهم على الحق»⁽¹⁾، فمثل هؤلاء لا يعفى عنهم ولا تخفف عقوبتهم لأن الإعفاء والتخفيف في مثل حالتهم منافي للعدل ومصالحة المجتمع، وهو أساس التعزير في الشريعة الإسلامية، فمن كانت هويته إيذاء الناس وترويعهم شددت عقوبته، فإن انزجر بالضرب وإلا يحبس حتى يتوب أو يموت، فقد قال الإمام مالك رحمه الله - في هؤلاء الذين عرفوا بالفساد والجرم: «إن الضرب ما ينكلهم ولكن أرى أن يحبسهم السلطان في السجن، ويتقلهم بالحديد ولا يخرجهم منه أبداً، فذلك خير لهم ولأهلهم وللمسلمين حتى تظهر توبة أحدهم وتثبت عند السلطان، فإذا صلح وظهرت توبته أطلقه»⁽²⁾.

كما أن للقاضي أن يشدد العقوبة التعزيرية على المجرم الذي يؤثر على الناس بجريمته ودعوتهم إلياء، فينالك فرق بين من يعترف الجريمة ولا يتأثر بها الناس، ومن يعترف الجريمة ويجهد نفسه لحمل الناس على اقترافها، فهذا الأخير خطورته واضحة للعيان، ويحتاج إلى عقوبة شديدة حتى يرتدع وينزجر، ومن هنا قال الإمام مالك وجماعة من الحنابلة والشافعية رحمهم الله - : «إن المبتدع الذي يدعو الناس إلى بدعته يجوز قتله بخلاف المبتدع غير الداعية، لأن نتيجة الابتداع في الشخصين مختلفة»⁽³⁾.

وهذا هو المتفق مع روح الشريعة التي لا تحب الفساد والمفسدين، فالأصلح لهؤلاء أن يمنعوا من الفساد، مع إعطائهم فرصة للتوبة، فإن تابوا وصلحت حالهم وزالت عنهم نزعة الشر أعيدوا للمجتمع مثلهم مثل الآخرين، وإن استأصل فيهم الشر طبقت عليهم أشد العقوبات، وإن رأى الإمام إبعادهم عن المجتمع بالقتل فله ذلك.

هو القاضي أبو الأصعب عيسى بن سهل الأسدي القرطبي، فقيه موثق، تفقه بآب ابن عتاب وأخذ عن ابن القطان وروى عن مكى بن أبي طالب، وأجازته ابن عبد البر، له كتاب "الإعلام بنوازل الأحكام"، توفي سنة 486هـ. (انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص 81. مخلوف، المرجع السابق، ص 122).

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج 2، ص 152، ج 2، ص 165.

(2) -انظر: المرجع نفسه، ص 165. لندراوي، المرجع السابق، ج 10، ص 249.

(3) -انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكماء، ج 2، ص 298.

فإذا كان التشديد يناسب المجرم المعروف بالخلق السيئ، والذي يشكل خطراً على المجتمع فإن التخفيف يكون أنسب لمن عرف بالصلاح والسيرة الحسنة، ولم تصدر منه الجريمة إلا على سبيل الفتنة والزلة. فالشخص ذو المروءة ليس من شأنه ارتكاب الجرائم، ووقوعه في جريمة إنما يعد فتنة من الفتات، أو عثرة من العثرات.

قال "ابن فرحون": «فإن كان رفيع القدر فإنه يخفف أدبه ويتجافى عنه، وكذلك من صدر منه على وجه الفتنة، لأن القصد بالتعزير الزجر عن العودة ومن صدر ذلك منه فتنة يظن به أنه لا يعود إلى مثلها وكذلك الرفيع»⁽¹⁾. فالمعتبر في ذي المروءة - كما مر سابقاً - مبلغه من العلم والنين والصلاح والتقوى، فلا المال ولا الجاه ولا السلطان ولا النسب تشفع للجاني.

والناس يختلفون في مبلغهم من المروءة والصلاح، فمنهم كامل المروءة ومنهم المتوسط ومنهم قليل المروءة، ومنهم عديمها، وقد لاحظ الحنفية هذا الاختلاف حين جعلوا التعزير على مراتب «تعزير أشرف الأشراف وهم العلماء والعلمية بالإعلام، وهو أن يقوّن له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وكذا فينجز به، وتعزير الأشراف وهم الأمراء والدهاقين»⁽²⁾ بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخصومة في ذلك، وتعزير الأوساط وهم السوقة بالجر والحبس، وتعزير الأخسة بينا كله والضرب»⁽³⁾.

فالملاحظ أن حق المجرم له أثره في درجة التعزير، فكلما كان الجنائي سيئ الخلق أكثر زيد في عقوبته، والقصد من ذلك هو الردع والزجر وليس محاباة الأشراف أو بعدم التشديد عليهم.

ولا شك أن من الصعب تمييز القاضي بين هذه المراتب تمييزاً دقيقاً، ولا يملك إلا أن يدرس حالة كل شخص، ومقدار أثر الجريمة التي اقترفها فيعزّره على حسب شخصه

(1) - انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص299-300.

(2) - الدهاقين جمع دهقان بكسر الدال وضمتها، كلمة فارسية معربة، معناها انتاجر أو رئيس الإقليم، أو زعيم فلاحي. (انظر: ابن

منظور، لسان العرب المحيط، ج2، مادة دعج، ص1025).

(3) - ابن الهمام، المرجع السابق، ج4، ص212.

وقدر جرمه، قال "السندي": «إن التعزير على ما يجتهد الإمام في الجاني بقدر ما يعلم أنه ينزجر به لأن المقصود من التعزير الزجر والناس تختلف أحوالهم في الإنزجار، فمنهم من يحصل له الزجر بأقل الضربات بل ويلحقه العار بذلك ومنهم من لا يحصل له الزجر بالكثير من الضرب»⁽¹⁾.

فالشريف والعتم والصالح ينزجرون بأدنى درجات التعزير، فإذا تبين أن أحدا لم ينزجر زيد في عقوبته، ونزح من المرتبة التي كان فيها، بئس لا ينظر إليه على أن له مروءة إذا تكررت منه الجريمة، لأن تكراره استغلال للمكانة التي يعتقد الناس أنه فيها، والتخفيف عنه حينئذ ظلم ومناقى للعدّة، بدليل ما روى عن النبي ﷺ في الحد أنه قال: «إنما هلك الذين من قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد»⁽²⁾. فهذا الحديث الذي هو أصل من الأصول العظيمة التي بنيت عليه العدالة في الإسلام يدل على ذلك وإن ورد في شأن الحدود⁽³⁾.

ثم إن الرسول ﷺ قال: «إذا رأيتم الرجل يعتاد المسجد فاشهدوا له بالإيمان»⁽⁴⁾، فالتردد على بيوت الله دليل على الاستقامة والصلاح والسلوك السوي، وهذه السيرة الحسنة يضعها القاضي في الاعتبار عند تصديبه لإصدار الحكم الجنائي ذلك أن صدور الجريمة من مثل هؤلاء إنما يكون على سبيل الزلة والفتنة فيناسبهم التخفيف أو حتى العفو، فهم لا يشكلون خطرا على المجتمع ولا على أنفسهم.

¹ - هو محمد عابدين أحمد بن علي بن يعقوب السندي الأنصاري، فقيه حنفي، عالم بالحديث، من القضاء، حيث ولى قضاء زيد باليمن ثم انتقل إلى صنعاء، توفي في سنة (1257هـ/1841م)، من تصانيفه: "تحفة القنومين"، "طوالع الأنوار". (انظر: الكتاني (عبد الخي بن عبد الكبير)، فهرس الفهارس والأبحاث، ط2، ج1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، (1402هـ-1982)، ص 363. الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص180.)

⁽¹⁾ - انظر: السندي (محمد عابدين الأنصاري)، طوالع الأنوار لشرح فخر المختار، المخطوطة في المكتبة الأزهرية. (أشار إليه: الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص254).

⁽²⁾ - أخرجه مسلم في صحيحه عن عائشة -رضي الله عنها-. في كتاب الحدود، باب قطع يد السارق الشريف وغيره...، رقم 1688، ص927.

⁽³⁾ - انظر: الخليلي (علي ناصر علي)، المرجع السابق، ص255.

⁽⁴⁾ - أخرجه الترمذي في سننه عن أبي سعيد الخدري. في كتاب تفسير القرآن. عن رسول الله ﷺ، باب ومن سورة التوبة، رقم 5090، ج4، ص341. والحاكم في المستدرک عن أبي سعيد الخدري. في كتاب الإمعة وصلاة الجماعة، ج1، ص212-213.

الفقرة الثانية: ضابط حَقِّ المجرم في القانون الوضعي

تتميز صفات المجرم الخلقية عن بواعث انحرافه، ذلك أن الشخص قد يكون ذا صفات معينة ولكنه يتصرف في لحظة معينة تصرفاً تدفعه إليه بواعث طيبة، وعلى العكس، فإن شخصاً ذا صفات طيبة قد يرتكب فعلاً تكون دوافعه إليه خبيثة، ولذا فعلى القاضي ألا يتعاضى عن بحث صفات المذنب⁽¹⁾.

ومن المعروف أن من أغراض العقوبة مواجهة الخطورة الإجرامية، والبحث فيها أمر ضروري وجدير بالتتبع، ذلك أنها أحد الاعتبارات التي تهيم في تحديد الجزاء الجنائي، فالخطورة تحدد نوع المعاملة العقابية التي يحتاج إليها المتهم، ويتعين أن يمهد القاضي بحكمه لهذه المعاملة ويرسي فيها أسسها، وبالإضافة إلى ذلك فإن المجرم الخطر أجدر بعقاب أشد من المجرم غير الخطر، إذ يعني ازدياد خطورته حاجة المجتمع إلى أن يبعد عنه مدة أطول، كما يحتاج هو شخصياً إلى تهذيب وإعادة تأهيل اجتماعي تمتد زمناً أطول.

والاعتبارات التي تحدد الخطورة الإجرامية متنوعة وتساعد على تطبيقها التصنيفات الإجرامية التي قال بها علماء الإجرام المحدثون، والتي ينبنى عليها إدراج كل مجرم في فئة خاصة يتميز أفرادها بقدر خاص من الخطورة على المجتمع، وأهم هذه الاعتبارات الماضي الإجرامي للمتهم، ذلك أن ماضي المتهم مرآته في حاضره، فمن لم يلوث الإجرام ماضيه يجدر أن يكون عقابه أخف ممن سبق له الإجرام، ويستأهل من ثم أخذه بالرأفة خلافاً لمن تمرغ في وحل الإجرام، فالجريمة السابقة نذير شر، ونقوس خطر يدل بذاته على عدم انزجار الجاني بما سبق توقيعه عليه من عقاب، مما يستلزم معه عقاب أشد، بل إن الماضي الأخلاقي له اعتباره، كذلك فالخطايا الأخلاقية قرينة خطورة لا شك فيها⁽²⁾.

وإن كان القانون الجنائي لا يعدد بالأخلاق في تحديد الجزاء الجنائي، إلا أن علماء الإجرام توصلوا إلى أن الماضي الإجرامي دليل على خطورة المجرم، مما ينبغي أخذه في الاعتبار.

(1) - أنظر: الجنوري (سمر)، المرجع السابق، ص 184.

(2) - سأنظر: حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص 787.

وسوابق الجنائي هي العناصر الكاشفة لشخصه وخطورته الإجرامية، ويقصد بها ما سبق ارتكابه من جرائم. سواء كانت الأحكام التي صدرت بشأنها يعتد بها العود كنظام قانوني أم لا يعتد بها⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك ينتج تحت هذا العنصر من عناصر التقدير، الأحكام التي سقطت برد الاعتبار القانوني أو قضائي، وكذلك الأحكام الصادرة بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم أو لصدور بشأنها أحكام في تموضع، كما هو الحال في جرائم الشكوى، أو الإنز أو الطلب، إذا وقعت الدعوى نيز مراعاة الشكل المطلوب، بالإضافة إلى الأحكام المنبئة الكاشفة عن سلوك الجاني وشخصيته كأحكام الحجر، وإشهار الإفلاس، والأحكام الشرعية الصادرة بالطلاق الراجع إلى خطأ المحكوم عليه⁽²⁾.

ومما يكشف عن خلق المجرم أيضا مسيرته الشخصية في حياته اليومية وتعاملاته مع أهل بيته ومع زملائه في المدرسة أو مكان العمل، وعاداته كإدمان الخمر أو المخدرات، فأسلوبه في الحياة يكشف عن شخصيته ومدى تكيفه الاجتماعي، واحترامه للقواعد والأنظمة المرعية في المجتمع الذي يعيش فيه⁽³⁾.

ومن هنا تتبين أهمية الفحوصات العلمية والاجتماعية لشخصية المتهم قبل الحكم عليه⁽⁴⁾، ويقع على جهة التحقيق إثبات سوء مسلك المتهم وسوء أخلاقه، حيث يفترض فيه أنه لا سوابق له، وأنه سوي لتوك تسليما يميأ أصلية البراءة⁽⁵⁾.

وسوابق المتهم تثبت بصحيفة الحالة الجنائية وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، أما العناصر الأخرى الكاشفة عن خلقه فإنها توضع في ملف خاص يدعى بملف

(1) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى) سعة القاضي...، ص 440. هنام (رمسيس)، النظرية العامة...، ص 43.

(2) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى) سعة القاضي...، ص 440.

(3) -انظر: المرجع نفسه، الموضع نفسه.

(4) -انظر: يس (السيد)، المرجع السابق، ص 238.

(5) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى) سعة القاضي...، ص 441.

الشخصية⁽¹⁾. وذلك بعد استكمال جميع الفحوص النفسية والعقلية والاجتماعية التي أجريت على المتهم لكي يكون تحت تصرف القاضي عند إصداره للعقوبة، ذلك لأن فحص هذه الشخصية يجعل النظر إلى مسؤولية من حيث تقريرها والعقوبة من ناحية تقديرها، والإجراء الوقائي من ناحية حسن اختياره أكثر عمقا وملاءمة لظروف الجاني وحاجات المجتمع⁽²⁾. فخلق المجرم وإن لم يكن أساسا لتقدير الجزاء في القانون الجنائي، إلا أنه يساعد على الاختيار الملائم له.

وحتى يتم التعرف على ماضي المجرم، فقد نص قانون العقوبات الجزائري على أن تعتبر صحيفة السوابق القضائية القسيمة رقم (2) المصدر الشرعي والوحيد لاعتبار أن المتهم معتاد الإجرام، فإنه لا يمكن اعتبار أي بديل آخر لهذه الوثيقة فيما تتضمنه من بيانات حول الأحكام القضائية، وإن اقتضاء بما يخلف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. وإن اكتفاء قضاة الموضوع بالاعتماد على استمارة الاستعلامات المعدة من مصالح الأمن يكون المتسبب معتاد الإجرام وتشديد العقوبة في حقه، يعد خرقا لأحكام هذا المبدأ القانوني، وعليه يستوجب نقض القرار الذي قضى اعتبار المتهم معتاد الإجرام على ضوء استمارة استعلامات وتشديد العقوبة في حقه على هذا الأساس⁽³⁾.

وخلاصة القول أن خلق المجرم من بين الاعتبارات التي لا بد أن تؤخذ بعين الاعتبار من طرف القضاء، حتى يساعد على اختيار الجزاء المناسب للمجرم، والدليل على ذلك النص على ملف الشخصية وفحصها عند التصدي لتقدير الجزاء الجنائي.

غير أن هناك من التشريعات التي نصت على ضابط خلق المجرم والتي من بينها التشريع الليبي في (المادة 28 الفقرة 2 البند 3)، وتبين نزعة المجرم إلى الإجرام من الأمور الآتية: 1- دوافع ارتكاب الجريمة وخلق المجرم.

(1) - انظر: غراماتيكا (فيلبر)، المرجع السابق، ص 528، وإعداد ملف التفاعل أوصى بتحقيقه المؤتمر الدولي العاشر لقانون العقوبات الذي انعقد في روما بين 28 سبتمبر و 4 أكتوبر 1962، (انظر: هنام (رميس)، الكفاح ضد الإجرام، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996، ص 118).

(2) - انظر: بسن (السيد)، المرجع السابق ص 238.

(3) - قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/06/20، المحلة القضائية، ع 2، 1984، ص 304.

ومما سبق عرضه يتبين أن معظم القوانين الوضعية تتفق مع الشريعة الإسلامية في عدم النص على هذا الضابط، ولكن ليس هناك ما يمنع القاضي من الاعتماد عليه عند تقدير العقوبة التعزيرية، فللقاضي أن يشدد العقوبة على أهل الشر والفساد ممن لا يردعهم التعزير الخفيف، وله أن يشدد أيضا على من يؤثر على الناس بجريمته ويدعوهم إليها، بخلاف جرائم الحدود التي لا يمكن للقاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها وبالتالي لا اعتبار لخلق المجرم فيها والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود».

غير أن هناك من القوانين من نصت على خلق المجرم، واعتبرته كضابط يستعين به القاضي في تقدير الجزاء الجنائي، كالقانون الإيطالي والليبي، فسوابق الجنائي هي العنصر الكاشفة لشخصيته وخطورته الإجرامية، والبحث فيها أمر ضروري وجدير بالتتبع حتى يتوصل القاضي إلى التقدير الأمثل للجزاء الجنائي. غير أن هذه العناصر وحدها غير كافية. فلا بد من ضوابط أخرى ليكون التحديد سليما وصائبا، منها سلوك المجرم وقت ارتكب الجريمة وبعده، وهذا ما سنتعرض له في المطلب الثاني.

المطلب الثاني ضابط سلوك الجاني المعاصر واللاحق للجريمة.

بعد أن تطرقنا في المطلب الأول إلى أن للقاضي الاعتماد على دوافع المجرم إلى ارتكاب الجريمة وخلقته، نتعرض فيما يلي إلى سلوك الجاني المعاصر واللاحق للجريمة، حتى يتسنى للقاضي الوصول إلى التقدير الملائم للجزاء.

ويقصد بهذا السلوك عدم الاكتراث الذي يرافق ارتكاب الجريمة، والقسوة والعنف، وما إليها من مظاهر تفصح عن نزعة إجرامية لدى مرتكب الجريمة، وكذلك ما قد يبديه من خوف وتردد أثناء قيامه بالجريمة مما يظهر عدم استفحال خطورته، وكذلك حالة الجاني بعد ارتكاب الجريمة وما قد يبديه من محاولة لإصلاح الأضرار الناجمة عن جريمته، أو على العكس من ذلك بحيث يحاول إخفاء معالم الجريمة، وبالبناء على ذلك فإن الإشكال المطروح هو ما مدى تأثير السلوكين على تقدير القاضي للجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) وفي القانون الوضعي (الفرع الثاني). وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال ما يأتي.

الفرع الأول: ضابط سلوك الجاني المعاصر واللاحق للجريمة في

الشريعة الإسلامية.

من الأمور التي تشدد بسببها العقوبة والتي تتبين منها حضوره المجرم، اسلوب الجاني في ارتكابه للجريمة والتي تعبر عن شخصيته وعن كمن الحقد والغل في صدره، ومن هذه الأساليب أن يجاهر المجرم بجريمته ذلك لأن المجاهرة⁽¹⁾ بالجريمة تحمل دلالات كثيرة منها:

(1) فقد يقول قائل بأن أسلوب الجاني قد ذكر في الضابط الأول المتعلق بالسفوك، إلا أن الضابط الأول يتعلق بالركن لنادي فلا تتم الجريمة إلا بالفعل وهي تتعلق كضابط ببعض الجرائم، أما المجاهرة فهي متعلقة بشخص المتهم وتعبر عن ما يمكنه من حقد وما يحمله من حطورة.

أن المجاهر لا يعبأ بأفراد المجتمع، ولا يقيم وزناً لهم، ولا يأنف جرح مشاعرهم واستفزازهم، ثم إنه يفتخر بها حتى يصبح قدوة لباقي أفراد المجتمع، ومنها الاستخفاف بالسلطة الشرعية القائمة على حراسة الشريعة وحماية المتمسكين بها، ومنها السعي في الأرض بالفساد، فالعلانية بالمعصية وسيلة لنشرها وإشاعتها، ومنها أيضاً إحداث الفتنة، فقد يعترض الناس على المجاهر، فيتحداهم وخاصة إذا تحالف معه غيره من المجرمين، كأن يكونوا عصابات أشرار فتحدث بذلك فتنة عظيمة.

ولهذه النتائج الضارة المترتبة على المجاهرة يتعين على القاضي تشديد العقوبة على المجاهرين، لأن هذه الآثار أو النتائج المترتبة عنها تشكل كل واحدة منها جريمة مستقلة بذاتها، وقد توعد الله سبحانه وتعالى المجاهرين الذين يحبون انتشار الفواحش في الدين آمنوا بالعذاب الشديد، فقد قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَيْمَ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ﴾ (1) (2).

وقد يرتكب الجنائي جريمته، ثم تبدو عليه علامات الندم والاستنكار لما فعله، كسلوك لا حق يعبر به عن استيائه وندمه على الخطأ الذي ارتكبه، فهذا تخفف عنه العقوبة، إما بالعمو عنه، وإما بعقوبته بأمر لا يحسن معه بالإهانة، وللقاضي أن يعظه حتى لا يعود إلى مثل ذلك، فقد روى عن الإمام "محمد بن الحسن الشيباني" -رحمه الله- فيمن يشتم الناس: «أنه إذا كان ذا مروءة يوعظ حتى لا يفعل مثل ذلك ولا يحبس، وإن كان دون ذلك يؤدب، وإن كان شاماً يضرب ويحبس» (3).

وهذه المعاملة كما ذكر الفقهاء تكون مع ذوي الصلاح والعفاف، لأنه ارتكب الجريمة لسبب حمله على ذلك أو قلته منه، وبما أن التخفيف والتشديد في الجرائم التعزيرية موكول إلى القاضي في نطاق سلطته التقديرية، فله أن يخفف أو يشدد العقوبة بحسب سلوك الجنائي المعاصر واللاحق للجريمة، حتى وإن لم يكن الجنائي من أهل الصلاح، لأن الشريعة الإسلامية تعرف في نظامها القضائي التوبة من الذنب واليقظة بعد الغفلة. فإذا تاب الجنائي، ولاحظ القاضي صدقه واقتنع بها، كأن يقوم مثلاً بإصلاح ما سببه من أضرار للتعبير أو

(1) سورة النور، الآية 19.

(2) انظر: الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 235.

(3) - انظر: السندي، المرجع السابق، ورقة رقم 662. (أشار إليه: الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 252).

المجني عليه، فإن له أن يخفف عنه أو قد يعفو عنه حسب ما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه، فقد يكون التخفيف أو الإعفاء أنفع للجاني الذي يقوم بإصلاح الأضرار التي سببها سلوكه، ذلك أنه يحس حينها بعدالة الشريعة التي قدمت له مقابل لما قام به من إصلاح للأضرار.

فليس ما يمنع القاضي في الجرائم التعزيرية أن يخفف أو يعفوا إذا ظهر على الجاني سلوك يدل على ندمه على ما فعل كإصلاحه للأضرار، أو تبليغه للسلطات القضائية عن مساهمته في ارتكاب الجرائم مع مجموعة من المجرمين، وإقراره بفعليته، لأن الإقرار والتبليغ من الوسائل التي تسهل على القاضي مهمة التحقيق والوصول إلى الحقيقة.

الفرع الثاني: ضابط سلوك الجاني المعاصر واللاحق للجريمة في

القانون الوضعي.

إن الجريمة في الواقع تكوني تتطوي على خطر يهدد الحقوق المشمولة بالحماية القانونية بقدر العدوان الواقع عليها وكثافة الميل تجاه إحداثها، وهذه الكثافة تكشف عنها الطرائق التي سلكها الجاني في سبيل تنفيذ مشروعه الإجرامي، وتطبيقاً لذلك يمكن القول أن قسوة الأفعال التي باشرها المجرم في جرائم الضرب والجرح عموماً وإحكامه ووسائل الاحتيال التي لجأ إليها بصدد جريمة النصب، وأنماط العنف المصاحب لجريمة السرقة بالإكراه، تدل بجلاء على الميل للإفئآت على الحق محل الحماية القانونية في هذه الجرائم⁽¹⁾. كما تدل على خطورة كامنة في شخص المجرم مما يستوجب معه معاملة عقابية شديدة. ذلك أن أسلوبه هذا يدل على احترافه وعدم تكرارته لنواميس المجتمع وللقوانين السائدة.

وفي هذا الصدد يقول د. "الجنزوري": «إن سلوك المذنب أثناء ارتكابه للجريمة واضطرابه أو هدوئه الشديد وتصرفه بعد ارتكابها وشعوره بتأنيب الضمير أو بعدم الاكتراث كل ذلك يلقي ضوء على شخصيته وخطورته، ويجب أن يكون محل تقدير من القاضي»⁽²⁾.

ويدل عدم تكرار المجرم بجريمته من خلال ما يظهره من اطمئنان والانغماس في الانفاق على الشهوات والملذات من نتائج الجريمة، كمن يسرق ويتصرف في المال

(1) -انظر: حسي (محمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص 786.

(2) -الجنزوري (سمير)، المرجع السابق، ص 185.

المسروق دون مبالاة، وعدم إصلاحه للأضرار الناشئة عن جريمته، والمباهمات بارتكابها، ومحاولة إصاق التهمة بالغير ممن لا علاقة لهم بها، كل ذلك يدل على كمون خطورة إجرامية بين جوانحه جديرة بأن تؤخذ في الاعتبار لدى تقدير العقوبة الواجبة التطبيق عليه⁽¹⁾.

ويندرج تحت هذا المفهوم كذلك ما يأتيه الجاني من أفعال بصدد اقتراف الجريمة ويكون من شأنها إضافة أضرار زائدة تتجاوز نتيجة الجريمة، كما لو أصيب المجني عليه بفعل يؤدي إلى عجز عن مزاولة مهنته أو حرفته التي يعول منها عائلته، أو أن يمتد اثر الجريمة إلى من يعتمد على المجني عليه، كالرضيع الذي يتأثر نتيجة ما اقترف من أفعال إجرامية ضد أمه⁽²⁾. كل هذه الاعتبارات وغيرها ترشد القاضي في استعماله سلطته التقديرية في تحديد العقوبة الملائمة⁽³⁾.

ومن الأمور التي تبين خطورة الجاني درجة إصراره على فعله، فكلما ازداد إصراره عليه كانت خطورته على المجتمع أشد، ومن القرائن على مقدار شدة الإصرار تعدد العقبات التي اعترضت تنفيذ الجريمة ثم مغالبتها وتخطيها، وصدور فكرة الجريمة عن اقتناع ديني أو سياسي، أو كونها استجابة لتقاليد اجتماعية ذات مكان راسخ في نفس المتهم، وقد يكون سلوكه عقب جريمته قرينة على مقدار خطورته، فإذا كان بهذا السلوك كاشفا عن رغبة في الاستفادة من الجريمة، وإحباط جهود المجني عليه للتخلص من آثارها كان قرينة على خطورته. ويدخل في نطاق السلوك اللاحق على الجريمة تصرف المتهم أثناء إجراءات التحقيق والمحاكمة، مثال ذلك إحكام خطته في إخفاء معالم الجريمة، وإرهابه شهود الإثبات، ومراوغته في أقواله وإصراره على الإنكار وإساعته الأدب في مجلس القضاء هي قرائن على خطورته⁽⁴⁾.

وخلافا لذلك قد يصدر عن الجاني عقب ارتكاب الجريمة أفعالا تتم عن اضمحلال خطورته، مما يوجب عدالة مواجهته بمعاملة عقابية مخففة تتناسب مع حالته،

(1) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص443. همام (رمسيس)، النظرية العامة...، ص44.

(2) -انظر: التراوي (عمود سامي)، لمرجع السابق، ص534.

(3) -انظر: حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص786.

(4) -انظر: المرجع نفسه، ص788.

وذلك بالكشف عن ندمه حين يجتهد في إصلاح الأضرار الناجمة عن جريمته أو سعى إلى الصلح مع المجني عليه، وما يقدم عليه من إخبار أو إقرار⁽¹⁾.

فالإخبار والإقرار من الوسائل التي من شأنها تسهيل التحقيق مما يبسر سبيل الوصول إلى الحقيقة بأقل جهد ممكن وفي أقصر وقت. والإخبار أو التبليغ يقصد به إختيار السلطة العامة عن وقوع الجريمة والإرشاد عن مرتكبيها بغية تتبعهم والقبض عليهم تمهيدا لمحاكمتهم، أما الإقرار أو الاعتراف فيعني إدلاء الجاني بكافة المراحل التي مرت بها الجريمة سواء منها ما تعلق بمادياتها أو بمعنوياتها إذ قد يؤدي مثل هذا الاعتراف إلى إسداء خدمة عامة للدولة كما هو الحال بالنسبة لجرائم أمن الدولة، والاتفاق الجنائي وتزيف العملة، فهذه تبرر تخفيف العقوبة على من أدلى بها⁽²⁾.

فالجاني الذي يتقدم بالتبليغ والاعتراف يخدم المجتمع، لتسهيل مهمة العدالة، مما يقطع دابر الجريمة ويصون الحرية الفردية من الإعتساف الذي قد يقع بمناسبة البحث عن الحقيقة، في حال أحجم فيها الجاني عن إقراره بجرمه أو بتقاعسه عن الإخبار عمّن كان معه، وهو ما يبرز معاملة المقر بالرفقة إذا تعذر سبيل إعفائه من العقاب⁽³⁾.

وبالنسبة لإصلاح الأضرار، فقد تحوصلت الأفكار في أن الجريمة تبدأ بمجرد فكرة تختلج في نفس صاحبها، وقد تتداخل معها غيرها، فيحدث الصراع بينهما ويقع الجنائي أسير الإقدام والإحجام إلى أن ينتهي إلى الإقدام على جريمته، بيد أن هذا الإقدام لا يعد قرينة قاطعة على خطورة الجاني، إذ قد تقوضها عوامل أخرى، لعل أهمها ما ينتابه من شعور بالندم عقب إقرارها، وسعيه لإصلاح ما سببه للغير من ضرر كلي أو جزئي، وهو ما يطلق عليه الفقه اصطلاح التوبة الإيجابية، أي تلك التي لا تقتصر على مجرد الأسف السلبي المتجرد من أي تعويض للضرر الناجم عن الجريمة، بل تتعداه إلى كفالة ذلك التعويض، ويطلق عليها في الفقه الإيطالي اصطلاح إصلاح الضرر كمرادف للتوبة الإيجابية.

(1) - انظر: بكار (حامد حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 443.

(2) - انظر: عبيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 223.

(3) - انظر: بكار (حامد حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 444. وحماية حق...، ص 516.

ومن أمثلة ذلك ما يقوم به تفاعل في جريمة القتل نتيجة ما يعتريه من ندم تلقائي لمحاولة إنقاذ ضحيته، ببذل قسط من العناية من أجله أو طلب النجدة له، وما يقوم به فاعل القتل بالتسميم من محاولة امتصاص أثر السم في وقت يكون فيه ذلك ممكناً، وما يقوم به السارق من إرجاع المسروقات قبل المحاكمة، إذ لا شك في أن مثل هذا التصرف من قبل الجاني إنما يكشف عن قدر ضئيل من الخطورة لديه يبرر تخفيف الجزاء الجنائي الواجب التطبيق⁽¹⁾.

وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة (7/46) من القانون النمساوي، والمادة (8-7-6/48) من القانون الدنماركي، والمادة (64) من القانون السويسري، والمادة (10/39) من القانون البرتغالي، والمادة (8/9) من القانون الإسباني والمادة (6/63) من القانون الإيطالي، والمادة (9-1/38) من قانون الروسي⁽²⁾.

غير أن المشرع والفقهاء الفرنسيين يرفضان الاعتراف لتوبة الجاني بأثرها التخفيفي، تأسيساً على أن الجاني حين يقوم بتعويض الضرر الخاص للمجني عليه، فإنه لم يعرض المجتمع جراء ما أصابه من الجريمة، فالقانون الجنائي لا شأن له بالضرر الخاص، وإنما يعاقب الجاني لما أشاعه في المجتمع من قلق واضطراب نتيجة عصيانه أوامر المشرع ونواهيته وعدم احترام النظام الاجتماعي قائم⁽³⁾.

وبالبناء على ذلك فقد رفض القضاء الفرنسي التعويل على توبة الجاني بصدد جريمة القتل بالتسميم، إلا أن هذا المسلك قوبل باعتراض من طرف الفقيه "جارو فالو" الذي يرى أن النظام الفرنسي في هذا الشأن يدعو للأسف، ولا يقدم للفاعل أدنى مصلحة شخصية في إنقاذ ضحيته⁽⁴⁾. فتخفيف الجزاء الجنائي لمن قام بإصلاح الأضرار التي سببها بجرمه يعتبر تشجيعاً له على التوبة، ذلك أن الإنسان مفطور على حب المقابل لكل عمل يقوم به.

(1) -انظر: عيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 224 وما بعدها.

(2) -انظر: المرجع نفسه، ص 224.

(3) -انظر: عيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 225 وما بعدها. بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...

ص 445-

(4) -انظر: المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

وقد سار الفقه والقضاء المصريان على هذا المنوال، ولم يحاول الشارع أن ينظم هذا الضابط - رغم أهميته - اللب في مناسبات متفرقة لا تتظمها نظرية عامة⁽¹⁾.

ويرى د. "إبراهيم عبيد" بأنه يتعين على القاضي أن يعول على التوبة الإيجابية الصادرة من الجاني إذا تمثلت في إصلاح ما سببه من ضرر للمجني عليه أو ذويه، حتى ولو لم يكن ثمة نص على ذلك، ويرى الأخذ بهذا الحل في القانون المصري استناداً إلى نظرية الظروف المخففة، ويشترط لإعمال الضابط أن يكون إصلاح الضرر فعلياً، فلا يكفي في ذلك مجرد الاعتذار أو الأسف، كما يشترط أن يكون سابقاً على الحكم النهائي وأن يكون إرادياً وتاماً وغير مشروط، أما إن كان جزئياً فإن المعاملة الجزائية تكون أشد مما لو كان كلياً⁽²⁾.

غير أن د. "حاتم بكار" يرى - وهو محق في رأيه - أنه لا ضير من الاهتمام بإصلاح الجزئي للأضرار نتيجة عن الجريمة في حالة تقدير عقوبة مقترفاً⁽³⁾.

وفي هذا السياق يقول د. "جلال ثروت": «إذا كان الندم لا يرفع عن الجريمة وصفها الإجرامي، إلا أنه يبين أن الجاني بشعوره بالذنب ليس به خطورة يخشى منها على المجتمع، فإذا فرضنا أن الجاني ألقى بغريمه في النهر إثر مشادة قامت بينهما، فلما رآه يغرق نزل إلى الماء وانتشله، ولكن المجني عليه أصابه التهاب رئوي قضى عليه، مثل هذا الفعل وإن كان يرتب قتلاً متعمداً، أو ضرباً أفضى إلى الموت، فهذا يعكس رغبة الجاني الأكيدة في عدم وقوع الجريمة تجسيماً»⁽⁴⁾، مما يقضي عدالة أخذه بالرأفة.

ونرجح رأي د. "حاتم بكار" ونميل إليه وهو الذي اعتمده التشريع والقضاء الليبي بشأن الاعتداد بإصلاح الضرر كواحد من مبررات العقوبة المخففة، حيث يحقق الوئام الاجتماعي وهو ما يفضي إلى الاستقرار العام، باعتباره أهم الأهداف التي يتغياها القانون الجنائي⁽⁵⁾، مع العلم أن سلوك الجاني أثناء وبعد الجريمة من الضوابط التي يستعين بها

(1) - انظر: عبيد (حسين إبراهيم صالح)، لمرجع السابق، ص 226. وبكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 446.

(2) - انظر: عبيد (حسين إبراهيم صالح)، لمرجع السابق، ص 226.

(3) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، منة القاضي...، ص 446.

(4) - ثروت (جلال)، الظاهرة الإحرامية، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1982، ص 816 وما بعدها. ثروت (جلال)، الجريمة اشعبية القصد، مصر، دار المعارف، 1965، ص 600.

(5) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 446.

القاضي في تقدير العقوبة في التشريع الليبي، حيث تنص المادة 28 لفقرة الثانية المشار إليها من قبل عن هذه الضوابط بالنص على أنه: «... وتبين نزعة المجرم إلى الإجرام من الأمور الآتية: 3- سلوك المجرم وقت ارتكاب الجريمة وبعده».

وفي الأخير نتوصل إلى أن لسلوك الجاني المعاصر للجريمة أثر بالغ في تقدير الجزاء الجنائي في الفقه الإسلامي، والذي يستشف من خلاله مدى الخطورة الإجرامية الكامنة في الجاني، فتشدد العقوبة إذا عظمت خطورته كما تخفف إذا ظهر من خلال سلوكه الإجرامي تلاشي الخطورة، كمن يتراجع عن جريمته بمجرد البدء فيها، أو محاولة إصلاح ما تبقى إصلاحه، وهذا الذي نصت عليه بعض التشريعات من ضرورة الاستعانة في تقدير الجزاء الجنائي بسلوك الجاني المعاصر للجريمة، فلا يمنع الشريعة الإسلامية في مجال التعزير، والقوانين الوضعية الأخرى من الاستعانة بها في تقدير الجزاء الجنائي الملائم لجنائي.

فقد تطرق علماء الإجرام إلى سلوك الجاني المعاصر واللاحق للجريمة، واعتبروه من الأمارات الكاشفة على الخطورة الإجرامية، فما على القوانين الحديثة إلا النص عليها لإلزام القضاة من الناحية العملية على الاستعانة بها.

ومن السلوكات اللاحقة للجريمة والتي يخفف لأجلها الجزاء الجنائي الاعتراف، فالقاضي في الشريعة الإسلامية في مجال التعزير له سلطة كاملة في تخفيف عقوبة المعترف، وقد يعفو عنه إذا رأى المصلحة في ذلك بخلاف الحدود، فإن الاعتراف بها أمام القضاء أو ولي الأمر يؤدي إلى إقامة الحد عليه. وبعض القوانين توافق الشريعة في مجال التعزير في تخفيف الجزاء الجنائي للمعترف في بعض الجرائم الخاصة.

وفيما يخص التوبة الإيجابية فإن الفقه القانوني يرى ضرورة مراعاتها لتخفيف الجزاء الجنائي، والمقصود بها عندهم إصلاح الأضرار أو التوبة الإيجابية. أما في الشريعة فإن التوبة هي الندم عن الفعل، والتزام الإقلاع عنه، وتكون ميبيا للعفو عن عقوبة الحرابة قبل القدرة عليه، إذا كانت العقوبة المقدره على الأفعال الماسة بحقوق الجماعة، أما العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الأفراد فلا تسقطها، وأما الحدود الأخرى فقد اختلف

الفقهاء فيها. هذا فيما يخص الحدود وأما التعازير؛ فإن للقاضي السلطة المطلقة في تقدير توبة الجاني وتخفيف العقوبة عليه.

ومن كل ما سبق، يتبين أن سلوك الجنائي المعاصر واللاحق للجريمة أصبح من الضروري الاعتماد عليه في تقدير الجزاء الجنائي، غير أن هذه الضوابط وحدها غير كافية، فلا بد من الاستعانة بعنصر ظروف حياة المجرم، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثالث

المطلب الثالث

ضابط ظروف المجرم الموضوعية والشخصية

تعد تعرضنا فيما سبق إلى أن للقاضي مراعاة سلوك الجاني أثناء وبعد ارتكاب الجريمة غير أن هناك ظروفًا يجب وضعها في الاعتبار متعلقة بالجاني، ذلك أنه من غير المتصور أن يعيش فرد في غير جماعة يتأثر بها من خلال اتصاله بها والعيش بينها، كما يتأثر بالظروف الاقتصادية المحيطة به، فيكون ذلك سببًا في إجرامه، بالإضافة إلى حالته الشخصية كالسن، والحالة العقلية التي هو عليها كتجنون.

والقاضي الجنائي عندما يتصدى لتقدير الجزاء الملائم عليه أن يراعي هذه الاعتبارات، حتى يضمن المتهم حقه في المحاكمة العادلة، ومن ثم الجزاء العادل، وهذه الظروف نقسمها إلى ظروف موضوعية مثل سن الجاني وحالته العقلية (الفرع الأول)، وظروف شخصية، حيث تختلف من شخص إلى آخر كمكانته الاجتماعية وعلاقاته بالآخرين وظروفه الاقتصادية (الفرع الثاني)، وفيما يلي نتناول هذه الظروف ومدى مساهمتها في تحديد الخطورة الإجرامية، ومن ثم في تحديد الجزاء الجنائي.

الفرع الأول: دور الظروف الموضوعية للجاني في تقدير الجزاء

الجنائي.

تعتبر الظروف الموضوعية للجاني من العناصر التي يستعين بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي، ويتمثل هذه الظروف في سن الجاني (الفقرة الأولى)، والحالة العقلية له (الفقرة الثانية). وفيما يلي نتطرق إلى هذه الظروف ودورها في تقدير الجزاء الجنائي.

الفقرة الأولى: دور سن الحائى في تقدير الجزاء الجنائى.

إن لسن الجاني دورا كبيرا في تحديد الجزاء الجنائي، وقبل ذلك في قيام المسؤولية الجنائية سواء في الشريعة الإسلامية (أولا)، أو في القانون الوضعي (ثانيا). ونتناوله فيما يلي حتى نتوصل إلى المقارنة بينهما.

أولا: دور سن الحائى في تقدير الجزاء الجنائى في الشريعة الإسلامية.

من المعلوم أن أساس العقوبة في الشريعة الإسلامية هو الزجر والردع، ولذلك فهي تفترض توافر أهلية الجاني لتحمل النتائج المترتبة عن سلوكه، وتتوافر تلك الأهلية حينما يبلغ الشخص مرحلة من العمر التي يكون لديه فيها القدرة على الإدراك، والقدرة على الاختيار، والمقصود بالقدرة على الإدراك، إمكانية تفيد الشخص لأفعاله والنتائج التي يمكن أن تترتب عليها، أما القدرة على الاختيار فهي مكنة الشخص على أن يحقق أفعاله وتصرفاته وفقا لما تمليه عليه إرادته، وأن يختار سلوكه وفقا لبواعثه الخاصة من بين البواعث المتنازعة أو المتصارعة في نفسه⁽¹⁾.

ومكنة الإدراك والاختيار لا تكون إلا إذا بلغ الشخص سنا معينة يحددها الشرع، ويكون وفقها التكليف الذي يترتب عنه إمكانية قيام المسؤولية الجنائية.

والإنسان في نموه يمر بأطوار، فهناك طور الضعف البدني والعقلي الأول في الصغر، ثم طور القوة، وأخيرا طور الضعف البدني والعقلي النهائي، وقد أشار إلى ذلك جل وعلا بقوله: ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً﴾⁽²⁾، وقال في آية أخرى: ﴿ثُمَّ نَخَرِجَكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لَتَبَلُّغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يَتَّوَفَىٰ وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْدَلِ الْعُمْرِ﴾⁽³⁾، وقال أيضا: ﴿وَمَنْ نَعْمَرَهُ نَنكِّسُهُ فِي الْخَلْقِ أَقْلًا تَعْقِلُونَ﴾⁽⁴⁾ (5).

(1) -انظر: سلامة (مأمون محمد)، العقوبة وخصائصها، ص 61.

(2) -سورة الروم، الآية 54.

(3) -سورة الحج، الآية 5.

(4) -سورة يس، الآية 68.

(5) -انظر: عوض (محمد محي الدين)، المرجع السابق، ص 209.

فالأضعف الذي يتصف به الصغير يدعو إلى عدم عقابه لرفع التكليف عنه، لقول الرسول ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يعقل، وعن الصغير حتى يحتلم»⁽¹⁾، فالاحتلام شرط ضروري لقيام المسؤولية.

ثم إن الصغر في الفقه الإسلامي على مرحلتين:

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل التمييز، وتنتهي ببلوغ الصبي السنة السابعة فسي الغالب وفي هذه المرحلة تنعدم المسؤولية الجنائية للصبي، فلا يعاقب على فعله، غير أن المسؤولية المدنية تقوم قبله، وتتعلق بماله، فيعوض الضرر الذي أحدثه من ماله⁽²⁾.

المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد التمييز، وتبدأ في الغالب من سن السابعة، وتنتهي بالبلوغ، وهذه المرحلة كسابقتها من حيث انعدام المسؤولية الجنائية، فإذا ارتكب الصغير في هذه المرحلة جريمة قتل فلا يقتصر منه، لأن عمده وخطأه سواء⁽³⁾، وإذا سرق لا يقطع⁽⁴⁾، وإذا زنا لا يحد⁽⁵⁾، ولكن تدفع دية المقتول في ماله أو على عقلته على خلاف بين الفقهاء⁽⁶⁾، ويضمن المسروق، ويعزر في تلك الأحوال كلها⁽⁷⁾.

وتختلف هذه المرحلة عن سابقتها، حيث إن الصبي في مرحلة التمييز، عاقل ويدرك الأمور وإن كان غير بالغ، ومن ثم يعزر. ففي تبصرة الحكام: قال "ابن مزين": «قلت لأصبغ** يؤدب الصبيان في تعديهم وشميمهم وقذفهم وجراحاتهم العمد ومثلهم؟ قال: نعم

(1) أخرجه أبو داود في سننه عن عائشة -رضي الله عنها- في كتاب الحدود، باب في الخنون بسرق أو يصب حدا، رقم 4398، ج 4، ص 140. والترمذي في سننه عن علي في كتاب الحدود، باب بين لا ييب عليه الحد، رقم 1446، ج 2، ص 438.

(2) انظر الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص 379.

(3) انظر: الخرشبي، المرجع السابق، ج 8، ص 3. الشريبي، معني المحتاج، ج 4، ص 10. النووي، المرجع السابق، ج 7، ص 28.

(4) انظر: الخرشبي، المرجع السابق، ج 8، ص 91.

(5) انظر: الشريبي، معني المحتاج، ج 4، ص 146.

(6) فالأحناف قالوا بأن عبد النبي خطأ ودينه على عاقلة ولا تكفر فيه، ولا حرمان من الميراث (انظر: الكاساني: المرجع السابق، ج 6، ص 139). وقال الشافعية: تجب الدية في ماله (انظر: الشريبي، معني المحتاج، ج 4، ص 146).

(7) قال الشريبي رحمه الله: «فلا حد على صبي ومجنون لارتفاع انقلبهما، ولكن يؤدبهما وليهما بما يزجرهما». (الشريبي، معني المحتاج، ج 4، ص 146).

**هو ضياء الدين أبو العباس أحمد بن عمر الأنصاري الأندلسي يعرف بابن مزين، فقيه محدث متفنن، له مؤلفات منها "الفهم شرح صحيح مسلم"، توفي بالإسكندرية، ص 656هـ. (انظر: ابن فرحون: إندياج المذهب، ص 64. مخلوف، المرجع السابق، ص 194).

**هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع فقيه من كبار المالكية بمصر، ومفتيا، قويا في الجدل والمناسخة، من تلاميذه: "كتاب الأصول"، "تفسير خريب الموطأ"...، توفي سنة (225هـ/840م). (انظر: الزركلي، المرجع السابق، ج 1، ص 333. شعبان (إسماعيل عماد)، أصول الفقه: تاريخه ورجاله، ط 1، الرياض، دار المريخ، (1401هـ-1981م)، ص 74).

يؤدبون إذا كانوا قد عقلوا أو راهقوا»⁽¹⁾. والتخفيف هنا يظهر في عدم القصاص منه وفي عدم قطعه، وفي عدم حده⁽²⁾.

وإذا كان لا يجوز توقيع عقوبة جنائية على الصغير قبل سن البلوغ، فإنه ليس هناك ما يمنع شرعا من فرض تدابير لتأديب الصغار وتقويمهم في الفترة السابقة على البلوغ⁽³⁾.

وسن الاحتلام أو البلوغ الجنائي عند "الشافعي" وصاحبي "أبي حنيفة" خمس عشرة سنة أما "أبو حنيفة" فيقدر سن البلوغ بسبع عشرة سنة للفتاة وثمانية عشرة سنة أو تسع عشرة للفتى، ويستند إلى أن الشرع علق الخطاب بالاحتلام فلا ينفك مناطا حتى يتيقن من عدمه ويظن الاحتلام مرجواً إلى تلك السن للفتاة، فلا تثبت لها الأهلية قبلها⁽⁴⁾. أما عند "مالك" فحد البلوغ عند الذكور هو الاحتلام أو الإتيان أو بحسب العرف، ويقدر السن عند أصحابه بسبع عشرة سنة أو ثمان عشرة سنة، أما الفتاة فهي نفس العلامات ويزدني عسى الذكور بالحيض والحمل⁽⁵⁾. أما عند "الحنابلة" فيقدر بخمس عشرة سنة⁽⁶⁾، فالسن المنكور هنا يعتبر كحد أقصى، فإن لم يحصل حتى تلك السنة يعتبر في حكم البالغ بعدها، واختلاف الفقهاء حول السن يعود إلى اختلاف البيئات، فسن البلوغ في المناطق الحارة أقل منه في المناطق الباردة.

هذا بالنسبة لطور الضعف الأول، أما بالنسبة لطور الضعف الثاني، وهو الشيخوخة فلا أثر لها في الأهلية إلا إذا اقتصرت بعاهة عقلية⁽⁷⁾، وهذا يتفق مع المنطق السليم

(1) - ابن فرحون، تبصرة احكام، ج2، ص242.

(2) - انظر: الخليلي (ناصر علي ناصر)، المرجع السابق، ص380.

(3) - انظر: عوض (محمد محي الدين)، المرجع السابق، ص210.

(4) - انظر: لكسان، المرجع السابق، ج7، ص172. الخن (مصطفى)، البنا (مصطفى)، الشريجي (علي)، ائفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط3، دمشق، دار القلم، (1419هـ - 1998م)، ص596.

(5) - انظر: ابن نصر (أبو محمد عبد الوهاب علي المالكي)، المعروة على مذهب عالم المدينة، ط1، ج2، بيروت، دار الكتب العلمية، (1413هـ - 1998م)، ص160.

(6) - انظر: أوزكشي (شمس الدين محمد بن عبد الله)، شرح الزركشي على مختصر الخرق، ط1، ج4، الرياض، مكتبة العيكان، (1413هـ - 1993م)، ص95.

(7) - انظر: عوض (محمد محي الدين)، المرجع السابق، ص209.

والواقع، فالتكليف بالنسبة للصغير يبدأ من البلوغ الذي يتعلق بالاحتلام، وبعدها يبقى التكليف قائما إلى آخر عمر الإنسان، إلا إذا اعترضته عوارض الأهلية الأخرى كالجنون مثلا.

ثانياً: دور سن الجنائي في تقدير الجزاء الجنائي في القانون الوضعي.

إن من بين المعايير التي يستعين بها القاضي في تقدير الجزاء الجنائي سن الجنائي، ذلك لأن المشرع أقام المسؤولية على التمييز وحرية الاختيار، ورتب على انتفاءهما معا أو انتفاء أحدهما توافر مانع من موانع المسؤولية، ويستنتج من ذلك أن خطة الشارع هي الربط بين شروط موانع المسؤولية جميعاً، وتوافر هذا المانع، ويفرض المنطق تبعاً لذلك أنه إذا توافرت بعض هذه الشروط دون البعض الآخر كان ذلك حاملاً للقاضي على تخفيف العقاب⁽¹⁾.

وصغر السن يعد عذراً قانونياً، يوجب على القاضي تخفيض العقوبة في مختلف القوانين الوضعية، وهذا مشروط بسن معينة، وفي غير هذه الحدود تكون مسؤولية الجنائي عن أفعائه الإجرامية كاملة، ومع ذلك فإذا كان قريبا من هذه السن بحيث يتيقن القاضي بأنه لا زال في مرحلة من عمره يغلب عليها الطيش والرعونة والاندفاع جاز له أن يعتبر ذلك من الظروف المخففة⁽²⁾.

ويحظى سن الجنائي باهتمام كبير من المشرعين فيخصونه بالذكر لكي يدخله القاضي في الاعتبار عند تقدير الجزاء الجنائي، مثال ذلك ما ينص عليه القانون النمساوي (المادة 1/46) والدنماركي (المادة 80-84/2) والأسباني (المادة 3/9) والروسي (المادة 7/38) والأيسلندي (المادة 2/74)، حيث توجب هذه القوانين كلها تخفيف الجزاء إذا كانت سن الجنائي تقل عن ثمانية عشر عاماً، بالإضافة إلى المادتين (66، 67) عقوبات مصري، والقانون الليبي في (المادة 81)⁽³⁾.

(1) -انظر: حسني (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص448.

(2) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص448.

(3) -انظر: عيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص219.

غير أن وجوب التخفيف يندرج ضمن التفريد التشريعي، فالقاضي هنا ملزم بالتخفيف ومما يدخل في سلطته هو اختياره للعقوبة الأقل شدة من بين العقوبات المذكورة نصاً.

وجميع التشريعات جعلت للأحداث حماية قضائية خاصة بهم، ووضعت لهم إجراءات محاكمة مميزة، ذلك لأن الطفل حين ينحرف لا يمكن اعتباره جانبا بالمعنى الدقيق، بل هو ضحية لظروف اجتماعية غير ملائمة⁽¹⁾. وقد جاء في توصيات مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، أنه لا بد من إتاحة قدر ملائم من السلطات التقديرية في جميع مراحل الإجراءات التي تتبع بشأن إجرام الأحداث لكل من يتولى مسؤولية هذه الإجراءات، سواء جهات التحقيق أو المحاكمة أو التنفيذ، حتى يتمكنوا من إعطاء الجزاء الملائم أو التمييز المناسب للحدث⁽²⁾. وجميع التشريعات الوضعية قد حددت السن المانع من المسؤولية الجنائية للحدث⁽³⁾. وقد أخذ المشرع الجزائري سن الجنائي بعين الاعتبار عند توقيع الجزاء، وعليه نجده قسم صغر السن إلى مرحلتين:

المرحلة الأولى: الصبي دون الثالثة عشر (13).

نصت (المادة 49) من قانون العقوبات الجزائري على مايلي: «لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية»، فمن خلال النص فإن الصبي في هذه المرحلة لا يعد مسؤولاً جنائياً بحكم القانون، وتحسب مدة 13 سنة على أساس وقت ارتكاب الجريمة لا وقت رفع الدعوى (المادة 443) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، فلا يعاقب الصغير دون 13 سنة لكن ذلك لا يمنع من إمكانية خضوعه لتدابير الحماية أو التربية، وتوقيع مثل هذه التدابير مزهون بوجود خطر محقق بالصغير

(1) -انظر: الشاذلي (عبد الله فرج)، قواعد الأمم المتحدة لتنظيم قضاء الأحداث: دراسة تأصيلية مقارنة بقوانين الأحداث العربية، الإسكندرية، دار لنظريات الجامعة، 1991، ص 13. جعفر (علي محمد)، الأحداث المنحرفون: عوامل الانحراف، المسؤولية الجزائية، دراسة مقارنة، ط 1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، (1405هـ-1984م)، ص 143.

(2) -انظر هذا المؤتمر في بكين في مايو 1984، وصحبت بقواعد بكين. (انظر: الشاذلي (عبد الله فرج)، قواعد الأمم

ص 60).

(3) -سليد من التفصيل، انظر: جعفر (علي محمد)، الأحداث المنحرفون...، ص 127.

نفسه، بحيث يخشى أن يؤدي تركه إلى العودة إلى الإجرام وإلى اعتياده، ولا يجب توبيخ القاصر عند ارتكابه للمخالفة، لأن ذلك لا ينقذ الطفل من أي خطر محقق به⁽¹⁾.

المرحلة الثانية: القاصر بين 13 و18 من عمره⁽²⁾.

في هاته المرحلة يصبح الصغير مسؤولاً عن أفعاله مسؤولية مخففة، والقانون يسمح بإخضاعه لتدابير الحماية أو التربية أو العقوبات المخففة، وذلك حسب ما يراه القاضي ضمن حدود سلطته التقديرية⁽³⁾، وتخفيف العقوبة حسب ما بينته (المادة 50) عقوبات جزائري هي عقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة، إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد، وإذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليها بها إذا كان بالغاً، وقد أضافت (المادة 51) عقوبات جزائري الحكم الخاص بمواد المخالفات فأجازت أن يحكم على القاصر إما بالتوبيخ أو الغرامة.

وبالنسبة لعقوبة الغرامة فالنص لم يقيد القاضي، ولم يوجب عليه تخفيف الغرامة، فالقاضي يحكم بالغرامة حسبما يراه ضمن حدود سلطته التقديرية، بين الحدين الأدنى والأقصى، أو الحكم بها إذا كانت ذات حد واحد. فالقاصر يتساوى مع البالغ عند الحكم بالغرامة⁽⁴⁾. وهذا راجع إلى أن التعويض بدفع الغرامة يلتزم بها الولي أو الوصي عليه، وعليه لا يكون للتخفيف معنى.

وهناك من التشريعات ما يعول على السن في مراحلها المتأخرة، كالتانون البرتغالي الذي يوجب تخفيف الجزاء إذا جاوز من الجنائي سبعين عاماً (المادة 3/39) والقانون الروسي (المادة 8/38)⁽⁵⁾. ويقول د "تجيب حسني": "أن القاضي إذا مال بعقوبة الشيخ

(1) -انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج2، ص272.

(2) -غير أن قانون مكافحة الإرهاب قد أنزل من سن الأهلية الجنائية إلى 16 سنة. (مرسوم تشريعي رقم 03/92 الصادر في

1992/09/30، اشتمل على مكافحة التخريب والإرهاب).

(3) -انظر: المرجع نفسه، ص273.

(4) -انظر: المرجع نفسه، ص273-274.

(5) -انظر: عبيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص219-220.

الطاعين في السن إلى التخفيف فقد تكون ثمرة ذلك أن يناله قدر من الإيلاء يعادل ما تنزله عقوبة أشد بشاب قوي البنية شديد الاحتمار⁽¹⁾.

ومما سبق ذكره نجد أن القوانين الوضعية عامة تأخذ بما أخذت به الشريعة من حيث اختلاف مسؤولية الأحداث باختلاف أعمارهم، والرأي الغالب هو تقسيم الأحداث إلى أطوار بحسب السن. والاختلاف بين الشريعة والقانون يكمن في الاختلاف في تحديد السن الذي تبدأ منه كل مرحلة والذي تنتهي إليه.

ويتفق القانون مع الشريعة في انتفاء المسؤولية الجنائية عن الصغير في الدور الأول. ويخفف عنه الجزاء في الدور الثاني، كأن تفرض عليه تدابير الحماية أو التربية، لأنه عاقل ويدرك الأمور وإن كان غير مسؤول لعدم بلوغه بعد. أما طور الثالث وهو سن البلوغ فما فوق فإن المسؤولية الجنائية تقوم ويصبح الفرد مكلفاً، وعليه تدور الأحكام الشرعية والمواد التجزيمية والعقابية، وتجعل القوانين الوضعية أحدث مسؤولاً مدنياً عن أفعاله سواء كان مسؤولاً جنائياً أو غير مسؤول إذ ليس ثمة تعارض بين إعفائه من العقوبات لعدم بلوغه سناً معينة، وبين الحكم عليه بتعويض الضرر الذي تسبب فيه بخطئه⁽²⁾، والأمر نفسه يتناسب للشرعية الإسلامية، فيعوض عن الأضرار التي سببها من ماله.

ويتبين مما سبق أن القواعد التي وضعتها الشريعة الإسلامية لمسؤولية الأحداث منذ أربعة عشر قرناً، هي نفسها التي وصلت إليها التشريعات الحديثة، كما يتبين أن في قواعد الشريعة من المرونة ما يؤهلها لأن تسبق كل القوانين، وما يساعدها على الأخذ بكل ما أظهرت التجارب أو العلوم من وسائل الإصلاح والتهذيب المفيدة للأحداث بصفة خاصة وللجماعة بصفة عامة⁽³⁾، والقاضي عند تصديه للحكم يأخذ -دائماً- في الاعتبار سن الجاني حتى يصل إلى التقدير الصائب والسليم. غير أن سن الجاني وحده غير كافي لتقدير الجزاء، فللقاضي أن يضع في الاعتبار أيضاً الحالة العقلية حتى تكتمل صورة الظروف الموضوعية، وهذا ما سنبحثه في الفقرة الثانية.

(1) -انظر: حسي (عمود نيب)، شرح قانون العقوبات، ص 789.

(2) -انظر: عبد الملك (جندى)، المرسعة الجنائية، ط 1، ج 3، بيروت، دار المؤلفات القانونية، د.ت، ص 630.

(3) -انظر: عردة (عبد القادر)، المرجع السابق، ج 1، ص 606.

الفقرة اثنتية: دور الحالة العقلية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي.

بعدما تضرقتنا إلى دور سن الجاني في تقدير الجزاء الجنائي، نتطرق إلى الشق الثاني من الظروف الموضوعية والمتعلقة بالحالة العقلية، ذلك لأن العقل يعتبر مناط التكليف، وعلى أساسه تقوم المسؤولية الجنائية، فإذا ثبت انعدام العقل أو نقصه في الجاني عومل على أساس ناقص الأهلية، بوجود مانع من موانع المسؤولية، والإشكال المطروح هنا هو: ما مدى اعتبار العقل في تقدير القاضي للجزاء الجنائي؟ وهذا ما سنتناوله بالبحث في الشريعة الإسلامية (أولاً) ثم في القانون الوضعي (ثانياً) لنخلص بعد ذلك إلى مدى اتفاقهما أو اختلافهما.

أولاً: دور الحالة العقلية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية.

أقامت الشريعة الإسلامية مكانة عظيمة لعقل، وجعلته مناطاً للتكليف، معتبرة نقص الإدراك من موقع المسؤولية الجنائية، لذلك نجد أن الأحكام لا تخاطب إلا المكلف الذي يتوفر فيه شرط العقل الذي يميز بين الخير والشر وبين ما هو جريمة وما هو ليس بذلك.

لذلك فإن أي خلل يصيب الشخص في مكنة الإدراك أو الاختيار من شأنه أن ينفي الأهلية في أي مرحلة من العمر، كما لو كان ذلك راجع لخلل عقلي أو عاهة عقلية، وعليه فإن المجنون لا يمكن أن توقع عليه عقوبات الحدود في التشريع الإسلامي، ويستوي أن يكون الخلل العقلي قد رافق ارتكاب الجريمة أو كان قد عرض بعد ارتكابها. غير أنه في تلك الحالة الأخيرة، يربحاً تنفيذ العقوبة إلى ما بعد شفاء الجاني، وكل ذلك باعتبار أن الأثر الرادع والزاجر للعقوبة بالنسبة للجاني لن يتحقق إلا إذا كان الجاني في ظروف تسمح له بتحمل العقوبة وتفهم وقعها عليه⁽¹⁾. وبالنظر إلى خطورة المجنون فإنه ليس هناك ما يمنع من اتخاذ تدابير وقائية وصحية بالنسبة له⁽²⁾.

(1) -انظر: سلامة (مأمون محمد)، العقوبة وخصائصها...، ص62.

(2) -انظر: عرض (محمد محي الدين)، المرجع السابق، ص210.

ويدخل في هذا النطاق أيضا نقص الإدراك الناجم عن السكر، فالمرء الذي يشرب الخمر ثم يرتكب جريمة تشدد عليه العقوبة رغم نقص الإدراك، لأنه قد ارتكب جريمة خفية وهي شرب الخمر والجريمة الثانية موضوع الدعوى.

ويدخل في هذا الضابط أيضا مسألة مفاجأة الزوج زوجته، وهي تزني فينتابها ومن يزني بيها، فهذه مسألة يدخلها الفقه الإسلامي في النفاخ الشرعي، فالذي يجد أحدا مع امرأته يزني بيها فينتابها، فإنه لا يقص منه، لأن الواجب عليه أن يرقع المنكر بالوسيلة الممكنة، لأن النبي عن المنكر واجب، والزنا من أنكر المنكرات، وبعض الفقهاء أجازوا دفعه بالقتل من أول وهلة⁽¹⁾، وعليه فلا قصاص عليه لأنه غير منكر، ولأنه معذور بالتغيرة التي صيرته مجنوناً ونفسته صوابه⁽²⁾. وقد قال رسول الله ﷺ حينما سمع سعدا يقول أنه لو وجد مع زوجته أحدا بحث بيها فإنه سيقتله «تُعجبون عن غيرة سعد لأننا أنكر منه، والله أنكر مني»⁽³⁾.

فالمسلم تحقق إذا وجد منكرا غضب وأحضر وجهه وطول تغييره بأبي ومدينة كانت حتى وإن لم يكن الأمر متعلقا به، فما بالك إذا كان متعلقا بعرضه وشرفه، فإن ذلك لا محالة سيخرجه من دائرة العقلاء إلى دائرة المجانين، ويتصرف تصرف ناقص الإدراك، فأوجب على القاضي مراعاة هذه الحالة وتقدير العقوبة التناسبية إن لم يكن إصفا.

ثانياً: دور الحالة العقلية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي في القانون الوضعي.

يعرف الجنون على أنه من كان في حالة تنقص الوعي ويتجمله غير قادر على التمييز في أفعاله وإثبات الجنون حالة واقعية ترجع إلى توري الخيرة والاختصاص. التمييز حالة المرء العاقل من حالة المرء المجنون⁽⁴⁾. وقد أشارت إلى الجنون (المادة 47) من قانون العقوبات الجزائري.

(1) - انظر: الخلفي (ناصر علي نجر)، المرجع السابق، ص 388 وما بعدها.

(2) - انظر: الدرقي، المرجع السابق، ج 7، ص 179. الرضوي، المرجع السابق، ج 47، ص 267.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه عن المغيرة في كتاب الخديوة، باب من رأى مع امرأته رجلاً فقتله، ج 8، ص 309.

(4) - انظر: منجد (عبد الله)، المرجع السابق، ج 1، ص 267.

والجنون بمعناه العام لا يثير إشكالا، ولكن المسألة تصبح محل جدل حين توسيع نطاق الجنون ليشمل كل حالات الأمراض النفسية والعصبية التي تصيب المرء وتضعف عقله.

ويرى د. "عبد الله سليمان" أن كل العلل العقلية كالعته، وجنون العقائد الوهمية، وجنون السرقة، وجنون الحريق، والأمراض العصبية كالصرع والهستيريا وازدواج الشخصية تدخل ضمن مفهوم الجنون طالما أنها تؤدي إلى إعدام الوعي والتمييز لدى صاحبها، فالجنون هنا يتسع ليشمل كل خلق عقلي. ويستدرك قائلا أن من يصاب بمرض من هذه الأمراض (العقلية والعصبية) ولكنه مع ذلك لا يفقد القدرة على الإدراك والوعي، فإنه لا يعد مجنونا ولا تسقط مسؤوليته عن أفعاله الإجرامية، كما لا يجوز الاحتجاج بمرض ولو كان موجودا، إذا لم يكن هناك صلة بين هذا المرض والجريمة التي اقترفت⁽¹⁾.

وتعني بعض التشريعات بالنص على الحالة العقلية للجاني، معتبرة نقص الإدارة الناجم عن السكر وتعاطي المخدرات ظرفا مخففا، كالقانون النمساوي، الذي ينص عن تعاطي المخدرات، والقانون اليوناني الذي يشير إلى المستوى العقلي للجاني، واهتمت بعض التشريعات العربية بذلك كالقانون السوري (المادة 234) واللبناني (المادة 233) والليبي (المادة 84)، وهذا يؤيد وجهة نظر د. "إبراهيم عبيد" في اعتبار الجنون الجزئي ظرفا مخففا⁽²⁾. هذا يعني أنه إذا كان الجاني يتمتع بأهلية الإدراك والتمييز مما يجزم بتوافر أهليته الجنائية، إلا أن تصرفاته تنبئ عن خلل جزئي في عقله أو إرادته، هذا الخلل يضعه القاضي في اعتباره لدى تقدير العقوبة الواجبة تنظيقي⁽³⁾. فقد أكدت الدراسات في علم الإجرام إلى أن هناك علاقة بين الإجرام والحالة العقلية للجاني، التي قد يكون السبب فيها الإدمان على المخدرات والكحول⁽⁴⁾.

(1) - انظر: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج 1، ص 267.

(2) - انظر: عبيد (حسن إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 220-221.

(3) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي... ص 448.

(4) - انظر: عبد المنعم (سليمان)، المرجع السابق، ص 379.

غير أن قانون العقوبات الجزائري يعتبر السكر الاختياري سبب من أسباب تشديد العقوبة على الجنائي السكران عند ارتكابه بعض الجرائم غير العمدية، من ذلك ما نصت عليه المادة 290 عقوبات التي تشدد العقوبة في جرمي القتل والإصابة خطأ، إذا كان الجنائي في حالة سكر⁽¹⁾، ومثالها السياقة في حالة السكر. وهذا أمر منطقي فالذي يتناول المواد المسكرة ثم يرتكب جريمته، بمثابة من يبرر نفسه قبل ارتكاب الفعل ليقدمه كدليل لامتناع المسؤولية بعد اقترافه للجريمة.

ومن ناحية أخرى فإن بعض التشريعات قد اهتمت بما يترتب على هذا النقص في الملكات الذهنية من آثار أهمها قابلية الجنائي للاستفزاز جاعلة بذلك منه مبررا كافيا لتخفيف الجزاء كالقانون الدنماركي، والإيطالي، والسوري، واللبناني، والأرمني وغيرها⁽²⁾.

وباستقراء قانون العقوبات الجزائري نجده ينص على عذر الاستفزاز في (المادة 279). حيث يعذر القاتل إذا ارتكبه أحد التزوجين على الآخر في اللحظة التي يفاغنه فيها في حالة تلبسه باتزنا، ويؤدي العذر الشرعي إلى سقوط العقوبة مع إبقاء ثبوت الجريمة. ويلاحظ أن عذر التلبس بالزنا في هذه الحالة لا يعتبر عذرا معفيا للعقوبة بل مجرد عذر مخفف⁽³⁾، فيجوز تخفيف العقوبة من طرف القاضي حسبما يراه مناسبا.

ولا يجوز للمتهم أن يطالب أمام المجلس الأعلى بالاستفادة بعذر الاستفزاز الذي يرجع تقديره إلى السلطة المطلقة لقضاة الموضوع⁽⁴⁾. ويجب على القضاة أن يخلطوا الوقائع والظروف المتعلقة بعذر الاستفزاز، وإلا كان حكمهم مشوبا بالقصور في التسيب، وعلى هذا الأساس قررت المحكمة العليا إبطال القرار المطعون فيه لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا ببراءة المتهمين معتمدين على عنصر الاستفزاز والدفاع الشرعي، دون أن يخلطوا الوقائع والظروف التي تثبت وجود الأعدار القانونية⁽⁵⁾.

(1) - انظر: الشياشي (إبراهيم)، المرجع السابق، ص 194.

(2) - انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص 449. عبيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص 221.

(3) - قرار المحكمة العليا بتاريخ 1968/12/03، بمجموعة الأحكام، ص 358 (أشار إليه: نواصر (العائش)، المرجع السابق، ص 125).

(4) - قرار المحكمة العليا بتاريخ 1981/04/21، رقم 282، (أشار إليه: نواصر (العائش)، المرجع السابق، ص 125).

(5) - قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/07/04، اجلة القضائية، ع 2، 1992، ص 191.

وعذر الاستفزاز عذر خاص لا يسري إلى على جرائم عينها المشرع بذاتها، وهي جرائم القتل العمد، والضرب المفضي إلى الموت والجرح، كما لا يتحقق إلا في ظروف معينة، وبالنسبة إلى شخص حدده بعينه وهو الزوج فقط⁽¹⁾.

مما سبق القول يتضح أن القانون يوافق الشريعة في اعتبار العقل مناط التكليف، فيوجود العقل تقوم المسؤولية الجنائية تجاه المجرم وبانعدامه تنعدم، لذلك فإن أي خلل يصيب الشخص في ملكة الإدراك أو الاختيار من شأنه أن ينفي الأهلية في أي مرحلة من العمر. وعليه فلا يمكن أن تقام العقوبات على المجنون سواء في الشريعة الإسلامية وقسي القانون الوضعي.

ويوافق القانون الجزائري الشريعة الإسلامية في تشديد عقوبة من ارتكب جريمة وهو سكران بخلاف بعض القوانين الأخرى التي تجعل من السكر ظرفا مخففا.

كما أن القوانين الوضعية ومن بينها القانون الجزائري توافق الشريعة الإسلامية في تخفيف عقوبة من يجد زوجته متلبسة بجريمة الزنا فيقتلها وشريكها، والأمر موكول إلى القاضي في درجة التخفيف. والاختلاف يكمن في أن الشريعة تعتبره عذرا معفيا من العقاب، بينما القانون يعتبره عذر استفزاز فيخفف العقوبة.

فالقاضي -إذن- يضع في اعتباره كل نقص في الملكات والقدرات العقلية للمجرم حتى يصل إلى التقدير السليم للجزاء الجنائي دون تحكم أو اعتساف.

وعليه فإن الظروف الموضوعية تكون محل اعتبار من طرف القاضي، وإن كانت الشريعة والقوانين قد نصت على ذلك، وتطبق على أي شخص، غير أن هناك ظروف تختلف من شخص إلى آخر وهي التي تتعلق بعلاقاته ومكانته الاجتماعية وأحواله الاقتصادية، وهذا ما سنتعرض له في الفرع الموالي.

(1) -انظر: أحمد (هلالي عبد اللاد)، شرح قانون العقوبات: القيد الخاص، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ص379.

الفرع الثاني: دور الظروف الشخصية للجنائي في تقدير الجزاء الجنائي.

سبق وأن تحدثنا عن الظروف الموضوعية، ودورها في تقدير الجزاء الجنائي، وإلى جانب ذلك هناك ظروف شخصية تختلف من مجرم إلى آخر، حيث تعتبر هذه الظروف الاجتماعية والاقتصادية من العوامل المساهمة في تكوين شخصية الفرد، حيث يحدث منذ ولادته بمصادر تربوية منها يشرب روح المجتمع وبها تصاغ حياته، هذه المصادر هي الأسرة والمدرسة ومحيط العمل، والصلات الاجتماعية والظروف الاقتصادية للجنس، هذه العوامل تتكاتف لتضع من الإنسان إما شخصية سوية تتوافق مع الاجتماعية، وإما شخصية إجرامية غير متكيفة مع الوسط الاجتماعي، والقاضي حينما يتصدى للحكم يضع في اعتباره هذه الظروف حتى يصل إلى حكم عادل لا جور فيه ولا اعتساف.

وسندون البحث في هذه الظروف ومدى اعتبارها من طرف التشريع وأعضاء في الشريعة الإسلامية (الفقرة الأولى)، وفي القانون الوضعي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور الظروف الشخصية للجنائي في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية.

لقد قامت نظرية العقوبة في الشريعة الإسلامية على الجمع بين مبدئين متضارين، هما حمية المجتمع من المجرم وإصلاح المجرم، وذلك بطريقة تزيل شأخيهما الظاهر، وتسمح بحمية المجتمع من الإجراء في كل الأحوال، وبالغالبية يشخص المجرم في أكثر الأحوال.

فالشريعة الإسلامية عند تحديد العقوبة أو تغييرها من طرف القاضي راعت الظروف الشخصية والاجتماعية المتعلقة بشخص المجرم.

وعليه لا بد أن ينظر القاضي إلى موضع المجرم في مجتمعه، فإن كان شخصا ينظر إليه باحترام أو شخصا تقلد مصلحة من مصالح الأمة أو الدولة، فإن مكانته حينئذ مكانة

عالية ومرتبته مرتبة شريفة، وكانت هذه الجنائية عمداً، ولم تحط بها أي شبهة تجعلها من باب اليقوت، فإنه حينئذ يعاقب عقاباً شديداً جزاء ما جنت يداها⁽¹⁾.

ولنا أن نقيم هذا من أن الشرع الإسلامي جعل الحرية، وهو كمال في الإنسان سبباً في تشديد عقوبة الحر، لأن وقوع الجريمة منه أشنع من وقوعها من غير الحر، فناسب ذلك أن تكون عقوبته ضعف عقوبة العبد، وجعل العبودية وهي نقص في الإنسان سبباً في تخفيف العقوبة عن اتصف بها، قال تعالى: ﴿فَإِذَا أَحْصَىٰ فِئْتَيْنِ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ يُصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾⁽²⁾.

وجعل الإحصان وهو أدعى إلى ضبط شهوة النفس سبباً في تشديد عقوبة الزاني، وجعل عدم الإحصان وهو أدعى إلى تغلب الشهوة على الإنسان سبباً في تخفيف عقوبة الزاني غير المحصن⁽³⁾. قال "ابن اليمام" رحمه الله: «لأن الجنائية عند توافر النعم أفحش، فيكون أدعى إلى التغليظ...»⁽⁴⁾. فالجزاء لا بد أن يتناسب مع مكانة المجزي وعمله⁽⁵⁾، وهذا الذي يجب مراعاته من طرف القاضي حين تصديده للحكم الجنائي.

وتوفر صفة معينة في الجاني يشدد العقوبة في التعزير، ومن أمثلة ذلك من يتولى القضاء، فقد قال الفقهاء إن القاضي إذا حكم بالجور وثبت ذلك عليه بإقراره أو بيينة يعاقب عقوبة شديدة ويعزر ويشهر ويفضح ولا تجوز ولايته أبداً ولا شهادته، وإن صلحت حاله وأحدث توبة لما إجتزام في حكم الله تعالى. ويكتب أمره في كتاب لئلا يندرس الزمان فتقبل شهادته»⁽⁶⁾.

(1) -انظر: الخليلي (ناصر علي تاحر)، المرجع السابق، ص261.

(2) -سورة النساء، الآية25.

(3) -انظر: الخليلي (ناصر علي تاحر)، المرجع السابق، ص262.

(4) -سهر محمد عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهر باين الامام، (790-861هـ)، كان إماماً من فقهاء الحنفية، مفسراً حافظاً متكلماً، اشتهر بكتابه التيم "فتح القدير". ومن مصنفاته أيضاً: "التحرير في أصول الفقه"، (انظر: الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص255. القرشي، المرجع السابق، ج2، ص86).

(5) -انظر: ابن اليمام، المرجع السابق، ج5، ص233.

(6) -انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج2، ص128-129. أبو الفتح (أبو انعاصي) المرجع السابق، ص585 وما بعدها.

(7) -سائر فرحون، بصرة الحكيم، ج1، ص88. انظر الأسيرطي (شمس الدين بن أحمد الشاهجي)، جواهر العشود ومعين القضاء والمؤمنين والشهود، ط1، ج2، بيروت، دار الكتب العلمية، (1417هـ-1996م)، ص291.

كما أن لوجود العلاقة بين الجاني والتمجني عليه أثر في تقدير العقوبة، ويمكن التمثيل له من جرائم الحدود بقتل ذي الرحم المحرم خطأً فإن دينته تغلظ عند بعض الفقهاء⁽¹⁾.

ويدخل في هذا النطاق وطء المحارم، وهو مثال قريب مما مثل به القانون لذلك فإن بعض الفقهاء أوجبوا قتل واطئ محرمة على كل حائس محصنا كان أو غير محصن، واستدلوا على ذلك بما رواه "البراء بن عازب" رضي الله عنه قال: «لقيت عمي ومعه راية، فقلت له أين تريد؟ فقال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح امرأة أبيه، فأمرني أن أضرب عنقه وأخذ ماله»⁽²⁾. وبما رواه "ابن عباس" رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من وقّع على ذات محرّم فأقلّته، ومن وقع على بهيمة فأقلّته واقتلوا البهيمة»⁽³⁾. فالتشديد هنا ثابت بالنص.

وإذا كان تشديد مشروعا في حق من نكح ذات محرّم، فإنه يكون مشروعا بالأولى في حق من زنا بها لأن في النكاح شبهة ما وإن كانت ضعيفة، أما الزنا فليس فيه من شبهة، ولهذا كان على متنتلين بحدّه أن يقولوا بإضافة عقوبة تعزيرية تشديدا، وكان على القائلين بقتله في صورة تنكاح أن يقولوا بقتله في صورة الزنا محصنا كان أو غير محصن، لأن الزنا بذات محرّم أشد من نكاحها⁽⁴⁾.

ولا يخفى على أحد أن الشريعة الإسلامية تعتد بالظروف الاقتصادية للجائي، فمثلا نجد أن من شروط تطبيق حد السرقة عدم الحاجة، وهذا يعني أن المحتاج أو الفقير الذي يسرق لينتقوت لا يطبق عليه الحد. فالشارع الحكيم دائما يراعي ظروف الجائي، فالضرورة التي تحمل تسارق على جريمته تعتد بها الشريعة الإسلامية وتأخذها بعين الاعتبار، فلا تقطع يده، بل يعاقب بعقوبات أخرى أخف وقد يعفى عنه، حيث ورد عن

(1) - انظر: الشريبي، معني اختراجه، ج 4، ص 54، ابن قدامة، للمرجع السابق، ج 9، ص 499.

(2) - هو ابن الحارث بن عدي بن حنم بن مجدعة بن حارثة بن الحارث بن عمرو بن مالك بن الأوس الأنصاري يكنى أبا عمارة، صحابي غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وروى عنه عدة أحاديث. (انظر: ابن حجر، الإصابة، ج 1، ص 234-235. العك (عائد عبد الرحمن)، موسوعة عظماء حول الرسول، ط 1، ج 1، بيروت، دار انشاس، 1412هـ-1991م)، ص 515.

(3) - أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الحدود، باب في الرجل يزني بغيره، رقم 4457، ج 4، ص 157. وابن ماجه في سننه. في كتاب الحدود، باب من تزوج امرأة أبيه من بعده. رقم 2607، ج 2، ص 869.

(4) - أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الحدود، باب من أتى ذات محرّم ومن أتى بهيمة، رقم 2564، ج 2، ص 856. والعقلائي في فتح الباري شرح صحيح البخاري، في كتاب الديات، باب قوله تعالى: ﴿لَمَّا نَفَسْ بِالنَّفْسِ...﴾، ج 12، ص 204.

(5) - انظر: الخليلي (ناصر على تخرجه)، المرجع السابق، ص 370 وما بعدها.

الرسول ﷺ أنه لا قطع في زمن المجاع، كما روي عن عمر بن الخطاب أنه لم يقطع في عام المجاعة.

وهذا دليل على أن الشريعة الإسلامية تراعي حالة الجاني الاقتصادية، حتى في مجال الحدود، ففي عقوبات التعزير من باب أولى أن يراعي القاضي أو من له سلطة الحكم، الظروف المعيشية للجاني، ومدى مساهمتها في إجرامه، ومن ثم تقدير المعاملة العقابية الواجبة عليه حتى لا يكون جائرا ومتعسفا في حكمه، فليس من المعقول أن تجمع بين قساوة الظروف الاقتصادية والمعيشية وقساوة الحكم.

الفقرة الثانية: دور الظروف الشخصية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي في

القانون الوضعي.

تعد الحياة الاجتماعية للجاني من العوامل الكاشفة عن خطورته الإجرامية، وكذلك كل ما له علاقة بظروفه المعيشية، ويدخل في هذه الظروف مدى ما حصله الجاني من العلم ومن التربية، ونوع العمل الذي يؤديه، وبضالته إن كان عاطلا، والوضع الاجتماعي كحظه من الثراء والفقير، بالإضافة إلى حالته الصحية⁽¹⁾.

كما يدخل في نطاق هذه الظروف، الانتماء لجماعة تستلهم مبادئ معينة تحدد درجة الخطورة الإجرامية⁽²⁾، فإذا كان هذا التنظيم محظورا فإن المتهم الذي يرتكب الجريمة انطلاقا من مبادئ ذلك التنظيم تشدد عليه العقوبة.

ويندرج ضمن ذلك ما توصل إليه علماء الإجرام من أن للطبقة الاجتماعية التي تنتمي إليها أسرته، وكافة الظروف التي من شأنها أن تلقي ضوءا على الوسط الذي يعيش فيه الجاني، وتكشف للقاضي عن الخطورة الإجرامية، والتي عليه أن يتحرى عنها في سبيل

(1) -انظر: بنام (رمسيس)، النظرية العامة...، ص45. الجزوري (حمير)، المرجع السابق، ص185. الشاذلي (فروح عبد الله)، علم الإجرام وعلم العقاب: علم الإحرام العام، ط1، ج1، الإسكندرية، دار انقى للطبوعات، 1993، ص273 وما بعدها، إبراهيم (أكرم نشأت)، علم الاجتماع الجنائي، بيروت، الدار الجامعية، د.ت، ص30 وما بعدها. جعفر (علي محمد)، المرجع السابق، ص80 وما بعدها.

(2) -انظر: حسي (عمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص789. إسماعيل (عزت مبد)، سيكولوجيا الإرهاب وحالات العنف، ط1، الكويت، ذات السلاسل، (408هـ-1988م)، ص107.

القطع بوجود الخطورة الإجرامية أو عدمها، وبمداها في حالة وجودها، ومن ثم يستعين بسببها في تحديد نوع المعاملة العقابية أو الجزاء⁽¹⁾. أو باختصار كل الظروف المرتبطة بالمذنب والتي يمكن أن يكون لها تأثير على سلوكه، يجب أن تكون محل تقدير القاضي في تحديده العقوبة.

وغني عن البيان أنه إذا كان الجنائي أنيط به مهمة الحفاظ على المجتمع وحمائته من خلال مركزه أو المسؤولية التي تولاهما كرجل الأمن والقضاء، فإنه يستأثر مؤاخذته بالشدة إذا مسّت جريمته المصالح التي أوّمت على رعايتها، كمن ينظم لزمرة من مجرمين حال كونه من رجال الأمن أو القضاء⁽²⁾.

وقد نصت المادة 143 من قانون العقوبات الجزائري على تشديد العقوبات في بعض الجنايات والجنح التي يرتكبها الموظفون اتقائمون بوظائف عمومية.

وتقاضي أن يفحص العلاقة بين المتهم والمجني عليه، لأن ذلك يتيح له استخلاص اعتبارات تميل به إلى تشديد العقوبة أو تخفيفها، فإذا كانت الجريمة قد تضمنت إخلال المتهم بثقة وضعت فيه لصيانة مصالح المتهم عليه، كما لو ارتكب الضرب الوصي أو القيم، فإن ذلك يميل بالعقوبة إلى التشديد، ويكون المجني هو الذي أتاح فرصة ارتكاب الجريمة، كأن يكون القاصر هو الذي أغرى المتهم بهتك عرضه، اعتبار يميل بالعقوبة نحو التخفيف، كما أن خطأ المجني عليه الذي ساهم في وقوع الجريمة غير العمدية يميل كذلك بالعقوبة إلى التخفيف⁽³⁾.

ويندل في هذا المعنى كذلك حال من يشغل علاقة الجيرة أو القرابة أو الضيافة في ارتكاب جريمته، إذ ينطوي ذلك على خسة ونذالة تتم عن كمن خطورة إجرامية بشخص

(1) -انظر: بنام (رميس)، النظرية العامة...، ص45-46. والكفاح ضد...، ص119. رمضان (عمر السعيد)، دروس في علم الإجرام، د.م، د.د، د.ت، ص106-127.

(2) -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص450. حسي (محمود نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص789.

(3) -MERLE (R), VITU (A), Andrévitu, Traité de Droit criminel, Voll, 3^{eme} ed, Paris,

Cujas,

P909. حسي (عمرو نجيب)، شرح قانون العقوبات، ص786. بارش (سليمان)، المرجع السابق، ص137.

الجنائي، يتعين تغليظ العقوبة لمواجهتها⁽¹⁾. ذلك لأن الجنائي في هذه الحالة يستغل موقعه الاجتماعي والثقة الممنوحة له في تضعيف العلاقات الاجتماعية.

وخلافاً لذلك لو أن الفاعل يعمل أجيراً أو تابعاً أو واقعا تحت سطوة المجرم الروحية أو المادية، وأنه ارتكب فعلاً إجرامياً تنفيذاً لأمر المحرض، فإن هذه الحالة تنطوي على ظرف مخفف يبرر رأفة القاضي بالمجرم⁽²⁾.

وقد ثبت بما لا مجال فيه للشك الارتباط الوثيق بين الأوضاع الاقتصادية والظاهرة الإجرامية، لا سيما الإجمام المكتسب، وهناك ارتباط بين تحسن الأحوال الاقتصادية ونقص الإجمام، وبصفة خاصة ما يتعلق منه بجرائم الاعتداء على الأموال، وبين اختيار الأوضاع الاقتصادية وزيادة هذا الصنف من الجرائم⁽³⁾، فالفقر عامل مهيب للإجمام، وهو اعتبار يميل بتقاضي إلى التخفيف، عكس الجنائي اللغني الذي يميل به إلى التشديد.

وتعوز بعض التشريعات على الحالة المعيشية للجنائي، فنجد القانون النمساوي يشير إليه وإلى فقر الجنائي، وكذلك القانون النمركي الذي يتحدث عن سوابق الجنائي وحالته المعيشية والقانون اليوناني الذي يعتد بالوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه الجنائي. والقانون الإيطالي (المادة 133/ الشق الثاني بفقراته المختلفة)، وعنه أخذ القانون الليبي (م38/ الشق الثاني بفقراته المختلفة كذلك)⁽⁴⁾.

وحوصنة القول أن طبيعة ونوع وحياة المجرم، وما يتمتع به من ثقافة وما يكون عليه من علم، وحدثه الصحية، ومستواه المعيشي من فقر وغنى، وعلاقته الاجتماعية، ووضع الأسري⁽⁵⁾ تعد جميعها من قبيل العوامل التي من المفروض أن يكون لها أثرها على

⁽¹⁾ -انظر: بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي...، ص451.

⁽²⁾ -انظر: المرجع نفسه، صوضع نفسه.

⁽³⁾ -انظر: الصيفي (عبد الفتاح)، أبو عامر (محمد زكي)، علم الإجمام والعقاب، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، د.د، ص128. يس (السيد)، ترمج السابق، ص55. بنام (رمسيس)، الجريمة وتختم في الواقع الكوني، الإسكندرية، منشأة لنعرف، 1996، ص135 وما بعدها. نجم (محمد صبحي)، الوجيز في علم الإجمام والعقاب، ط2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر وتوزيع، 1991، ص70. عبد الستار (فوزية)، مبادئ علم الإجمام وعلم العقاب، ط7، القاهرة، د.د، (1412هـ-1992)، ص191 وما بعدها.

⁽⁴⁾ -انظر: عبيد (حسين إبراهيم صالح)، المرجع السابق، ص220.

⁽⁵⁾ -سويتج قانون العقوبات الجزائري نجد أن المشرع قرر حماية حناية للأسرة ولأفرادها، وذلك في الفصل الثاني والمتعلق باختبايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة (المواد من 304-349).

تقدير العقوبة قضائياً، فلا يعامل من يحيا حياة طيبة مستقرّة كمن يحيا متشردا مضطرباً منبوذاً في مجتمعه، لأنّ هذه الأجواء تؤثر في تكوين شخصيته سواء بالإيجاب أو بالسلب، وأن القاضي يهتدي إليها من خلال الاستعانة بذوي الخبرة الاجتماعية والصحية من باحثين اجتماعيين وأطباء وخبراء فنيين، وهي عوامل تؤدي إلى تخيم حقيقي لمبلغ تأثير هذه العوامل وغيرها على المجرم، الأمر الذي يساعد القاضي على تقدير أكثر صواباً وملاءمة لعقوبة الجنائي.

مما سبق يتبين أن الحالة الاجتماعية للجنائي لها دور كبير في تحديد الخطورة الإجرامية للجنائي، وهذا الذي توصل إليه علماء الإجماع أقرته الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً، فالمفروض أن يختلف الجزاء الجنائي باختلاف الحالة الاجتماعية، فلا نسائي بين من يحيا حياة طيبة وعيشاً رغيداً ويسرق ليمتلك، كمن يعيش معدوماً يسرق ليشترى رغيفاً، فتشدد العقوبة في الأول وتخفف في الثاني.

كما أن لوجود العلاقة بين الجنائي والمجني عليه أثر في تقدير الجزاء الجنائي سواء في الشريعة أو في القانون، ثم إن لتوفر صفة في الجاني مساهمة كبيرة في تحديد العقوبة، سواء بالتشديد أو التخفيف والمثال الذي أورده فقهاء القانون هو نفسه الذي أورده فقهاء الشريعة، وهو الجنائي الذي أنيطت به مهمة الحفاظ على المجتمع وحمايته من خلال مركزه، والمسؤولية التي تولاهما كرجل القضاء، فإذا قام بجريمة معينة، فإن العقوبة تشدد عليه اعتباراً لمكانته في المجتمع وما ينجر عنه من آثار على الأفراد.

إن ما توصل إليه علماء الإجماع في ما يخص الظروف الشخصية، والمتمثلة في المكانة الاجتماعية، والعلاقات الأسرية، والوضع المادي، ومساهمتها في تحديد الخطورة الإجرامية لجدير أن يؤخذ بعين الاعتبار من طرف المشرعين، حتى يتمكن القاضي من الاعتماد عليها في تقدير الجزاء الجنائي الملائم.

إن ضابط الظروف الموضوعية والشخصية للجنائي مع الضوابط السابقة، تشكل عناصر لو يستعين بها القاضي بعد تقنينها من طرف المشرع، فإن ذلك سيساهم في الوصول إلى محاكمة عادلة ومن ثم إلى جزاء جنائي ملائم للجنائي، وظروفه وملابسات جريمته، وهذا كله يحقق مبدأ تفريد العقاب والعدالة الجزائية.

آفة

مكتبة الأملير عيسى بن عبد القادر للعلوم الإسلامية

إن مهمة القاضي مهمة شاقة، والوصول إلى الحقيقة أمر في غاية الصعوبة، لأن العنق القضائي يتطلب تعاملًا مع نفوس بشرية تحيط بها ظروف مختلفة، لذلك كان لا بد من الاهتمام بهذا المجال، وتخصيص دراسات وأبحاث تتعلق بهذا الميدان، ومن ثمة تطرقنا إلى موضوع ضوابط تقدير القاضي للجزاء الجنائي، والذي توصلنا من خلاله إلى نتائج يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: أن النظام الجنائي الإسلامي نظام فريد وعادل لأنه إلهي المصدر، ويهدف من وراء تشريع العقوبات إلى حماية المجتمع من عدوان المعتدين وتهذيبهم وإصلاحهم وحمايتهم من أنفسهم، والحيلولة دون استمرار العدوان، وهذا الذي توصلت إليه المدارس الفقهية القانونية الحديثة.

ثانياً: لقد أظهرت المقارنات البسيطة التي أجريناها بين تشريعات والقانون، سبق النظام الإسلامي وتفوقه في تناول شتى المسائل التي نظمها التشريعات الوضعية، وإن لم تكن بنفس الطريقة، وهذا راجع إلى مصدر كل تشريع، ثم إن كليهما يتقارب في كثير من المسائل الأساسية التي تؤكد أصالة المنهج الإسلامي التي يرتقي إليه المشرع الوضعي كلما سار إلى تطبيق أحكام الشريعة، واستمد نصوصه منها، كما أن الاختلاف بين النظامين ليس اختلافًا كاملاً يقتضي قلب النظام القانوني بحذافيره، وإنما هو اختلاف محدود النطاق، فقد لمسنا في كثير من المسائل توافق النظامين.

ثالثاً: رغم غزارة الفقه الإسلامي وخاصة في الناحية التجنائية، إلا أننا نحتاج إلى التنظير والتفصيل والتبويب وفق منظور يواكب تطورات العصر، حيث يسهل العمل على القضاة، ويتم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بيسر في المجتمعات الإسلامية.

رابعاً: إن السلطة التقديرية الممنوحة للقضاة أصبحت من المسلمات بها في العصر الحاضر، إلا أنها ليست مطلقة بل هي محدودة وفي نطاق معين، فنجدها في الشريعة الإسلامية تنصب على جرائم التعزير دون الحدود والقصاص، فللقاضي في ظلها أن يختار العقوبة المناسبة من بين العقوبات الموضوعية أساساً للجرائم التعزيرية التي ليس لها حد مقتر، وهو التزام بمبدأ الشرعية المعروف في التشريعات. أما في القانون الوضعي فإن للقاضي السلطة في اختيار الجزاء الجنائي من بين الجزاءات المنصوص عليها، فالمشرع في

معظم الأحيان يضع لكل جريمة عقوبتين مختلفتين في النوع، أو عقوبة تقبل طبيعتها التبعية، وعلى القاضي أن يختار ما يناسب الجريمة والمجرم، ويحقق الغرض من تشريع العقاب.

خامسا: للقاضي في الفقه الإسلامي سلطة تقديرية واسعة في مجال العقوبات التعزيرية وهي من مفاخر الشريعة الإسلامية، وإليه يتجه التشريع الجنائي الحديث، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد، ونست تحكيمه موكولة إلى ميول القاضي، بل لا بد أن يخضع في ممارستها لضوابط وإلا كان حكمه معيبا واجبا نقضه، وأهم هذه الضوابط الملاحة بين العقوبة والجريمة، وبين العقوبة والمجرم، وهذا ما توصلت إليه القوانين الحديثة.

سادسا: بالنسبة لنطاق السلطة التقديرية فإن للقاضي في كلا النظامين السلطة في اختيار نوع العقوبة وتقدير كمها، ويجوز له التخفيف والتشديد إذا رأى ضرورة ذلك، دون خروج عن مبدأ الشرعية، كما أن للقاضي وقف تنفيذ العقوبة في مدة محددة إذا رأى زوال خطورة المجرم، وقد يعفو عنه إذا رأى أنه الأصلح للمجرم، وباستقراء قانون العقوبات الجزائري وجدنا أنه لا يعتد بنظام العفو القضائي بخلاف الأنظمة الأخرى.

سابعا: إن الضوابط المنصوص عليها في بعض التشريعات كالتشريع الليبي، غير منصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري كمواد مستقلة، إلا أنه باستقراء نصوص القانون الخاص وجدناه ينص عليها في مواد مختلفة وفي مناسبات خاصة ببعض الجرائم، فهو ينص على ظرف حمل السلاح في جريمة السرقة، وظرف الليل، كما ينص على القصد الجنائي المصحوب بسبق الإصرار والترصد، والقصد الجنائي الخالي منهما، حيث يعتبر الأول جسيما، فتشدد عقوبته، ويعتبر الثاني غير جسيما فتخفيف عقوبته، وغيرها من الضوابط.

ثامنا: في تقديره للجزاء الجنائي، يجب أن يضع القاضي في اعتباره أمرين اثنين، الجريمة والمجرم، فالجريمة من حيث جسامة الفعل ويندرج تحته زمان ومكان ارتكابها، والوسيلة المستعملة والأساليب المتبع في ذلك، ومن حيث جسامة النتيجة وأثرها

على الفرد والمجتمع، كما يراعي الركن المعنوي من القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدي من حيث جسامتهما.

أما فيما يتعلق بالمجرم فيراعي الدوافع التي قذفته إلى مهاوي الإجرام، وخلقته وكونه قدوة في الإجرام والفساد، وحالته أثناء وبعد ارتكاب الجريمة، كما يجب عليه أن يراعي ظروف المجرم الموضوعية كالسن والحالة العقلية، ويراعي أيضا الظروف الشخصية كحالته المعيشية وعلاقته الاجتماعية ومكانته بين أفراد المجتمع، وعلاقته بالمجني عليه.

تاسعا: في كثير من المسائل يمثل الفقه الإسلامي في التخفيف أو العفو أو وقف التنفيذ بنوي المروءة والصلاح، وهذا على سبيل المثال فقط، وليس على سبيل الحصر. فالقاضي يجب أن يحكم في كل حالة تعرض عليه طبقا لما يظهر لديه من الظروف المختلفة لكل جريمة، وطبقا لحالة المجرم ونفسيته ودرجة ميله إلى الإجرام.

عاشرا: إن لشخص المجرم في الجرائم التعزيرية اعتبار لظروفه الاجتماعية والاقتصادية، فالشريعة الإسلامية في هذا المجال قد مزجت بين النظريتين المادية والشخصية، أما في مجال الحدود والقصاص، فإنه لا يلتفت إلى جانب المجرم وأحواله في تقدير الجزاء الجنائي، إذ أن مصلحته لا يلتفت إليها بجانب مراعاة صالح الجماعة وكيانها، الذي يحققه الزجر والردع في العقوبة المقدره من الشارع.

وفي الأخير نقول أنه ينبغي على القائمين على السلطة التشريعية وسن القوانين، الاهتمام بالقضاء والقضاة، والنص على الضوابط الإرشادية، وذلك على شكل قواعد ومواد قانونية في القسم العام من قانون العقوبات كي يستعين بها القضاة في تقديرهم للجزاء الجنائي، حتى لا تضحى السلطة الممنوحة لهم مجرد تحكم واعتساف، فتضيع الحقوق من طرف من يجب عليهم حمايتها، وقبل ذلك ينبغي تكوين القضاة تكويناً علمياً دقيقاً يواكب تطورات العصر، مع الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في المجال الجنائي، كلما كان ذلك ممكناً، والإطلاع على القضاء في صدر الإسلام، وتتبع أحكام القضاة المسلمين لينهلوا من نبعهم، ويتعلموا من تجاربهم في ميدان القضاء.

فالشريعة الإسلامية لا يمكن أن يقال عنها أنها شريعة وجدت لجيل دون جيل، أو لزمان دون زمن، بل إننا وجدت لتتفق مع كل عصر ومكان، فهي بحق الشريعة التي لا

تضييق بمصلحة، ولا تقف دون تطور، وهي الشريعة التي بلغت الكمال في جميع النواحي، وهي من الناحية الجنائية تساير ركب الحضارة.

هذه هي أهم نتائج هذا البحث، وأرجو أن يكون خطوة أولى على درب البحث تعني الدقيق الذي نأمل أن نسير فيه موفقين محفوظين من الزلل واليوى.

والله نسأل أن يتقبل منا هذا العمل، وأن يوفقنا لمزيد من الأعمال الصالحة، وأن يزرقنا الإخلاص في كل ذلك لوجهه الكريم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العلمين.

قسنطينة في: 26 رجب 1423هـ

الموافق لـ: 03 أكتوبر 2002م

الفهرس

- أ- فهرس الآيات.
- ب- فهرس الأحاديث.
- ج- فهرس الآثار.
- د- فهرس الأعلام.
- هـ- فهرس المراجع.
- و- فهرس المحتويات.

أ- فهرس الآيات

الصفحة	الرقم	الآية
سورة البقرة		
16	179	01- ﴿وَلَا تَكْفُرْ بِاللَّهِ عَمَّا كَفَرَ الْأَوَّلُونَ...﴾
15	222	02- ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا...﴾
سورة النساء		
210	25	03- ﴿فَإِذَا أَحْصَىٰ قَبْلَ أُنثَىٰ بِفَاحِشَةٍ...﴾
19	34	04- ﴿وَاللَّاتِي تَخْلَقْنَ نَسْلًا مِّنْ عِظْمِهِنَّ...﴾
161-150	91	05- ﴿مَنْ كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً...﴾
150	92	06- ﴿مَنْ يَقتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا...﴾
سورة المائدة		
11	04	07- ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ...﴾
73-10	35	08- ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ...﴾
9	40	09- ﴿وَالسَّارِقَ وَالسَّارِقَةَ فَاقْتَعُوا أَيْدِيَهُمَا...﴾
سورة هود		
120	114	10- ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفِي النَّهَارِ وَزُلْفَا مِنَ اللَّيْلِ...﴾
سورة النحل		
130	126	11- ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ...﴾
سورة الحج		
167	05	12- ﴿... وَمَنْكُمْ مَنْ يَرُدُّ إِلَىٰ أَرْضِ الْعَمْرِ...﴾
سورة النور		
6-5	02	13- ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا...﴾
8-7	04	14- ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ...﴾
8	04	15- ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا...﴾
189	19	16- ﴿إِنَّ لِنَارٍ لَّيُونًا أَن تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ...﴾
سورة الروم		
197	53	17- ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ...﴾

سورة الأحزاب		
160-17	05	﴿ ... وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ... ﴾
سورة يس		
197	67	﴿ ومن نعمه ننكسه في الخلق أفلا تعقلون ... ﴾
سورة الشورى		
130	37	﴿ وجاء سيئة سيئة مثلها ... ﴾
سورة الحجرات		
12	09	﴿ وإن طائفتان من المومنين اقتتلوا ... ﴾

ب- فهرس الأحاديث

الصفحة	طرف الحديث	ترقم
	-أ-	
205	«أتعجبون من غيرة سعد...»	01
183	«إذا رأيتم الرجل يعتاد المسجد...»	02
120	«أقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئتهم»	03
-120-114	«أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم...»	04
187		
151	«ألا إن في قتل خطأ العمد قتل للوط...»	05
9	«أمر رسول الله ﷺ بقطع يد السارق من الرسغ»	06
76	«أمر رسول الله ﷺ بكسر دكان الخمر»	07
99	«أن رسول الله ﷺ سئل عن الثمر المعلق...»	08
183	«إنما هلك الذين من قبلكم...»	09
151	«إن الله تجاوز لأمتي عما وسوت...»	10
113	«أن النبي ﷺ أتى برجل قد شرب الخمر...»	11
9	«أن النبي ﷺ أمر بقطع يد السارق...»	12
7	«أن النبي ﷺ رجم ماعزا والغامبية...»	13
130	«أن يهوديا رض رأس جارية بين حجرين...»	14
	-ب-	
211	«... بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل تكح امرأة أبيه...»	15
	-ج-	
14	«جلد رسول الله ﷺ وأبو بكر أربعين...»	16
	-د-	
6	«... خذوا عني، خذوا عني، فقد جعل الله لهن سبيلا...»	17
	-ه-	
121	«رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»	18
198	«رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ...»	19

-س-		
120	«سأل رجل رسول الله ﷺ فقال: أصببت من امرأة قبله...»	20
140	«ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة...»	21
-ف-		
19	«... فعليه غرامة مثليه وجلدات نكال...»	22
-ل-		
99	«لا قطع إلا فيما زاد ثمنه على حد معين...»	23
212	«لا قطع في زمن المجاع»	24
113	«لا قطع في مجاعة مضطر»	25
89-83	«لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط...»	26
11	«لا يحز نم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث...»	27
50	«لما بعث النبي ﷺ معاذ بن جبل قاضياً على تيمن...»	28
99	«لما نقطع يد سارق على عهد النبي ﷺ في أنى من ثمن المجن...»	29
-م-		
11	«من بدل دينه فاقتلوه»	30
54	«من بلغ حداً في غير حدّ فهو من المعتدين»	31
141	«من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط...»	32
211	«من وقع على ذات محرم فاقتلوه...»	33
-و-		
6	«... وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام»	34
-ي-		
4	«... يا أسامة لا أراك تشفع في حد من حدود الله»	35

ج-: فهرس الآثار

الرقم	طرف الأثر	الصفحة
-أ-		
01	«إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا...» (أثر ابن عباس)	10
02	«إنا لانقطع في العذق ولا في عام السنة...» (أثر عمر)	113
03	«إن رقيقاً لحاطب سرقوا ناقة...» (أثر عمر)	112
04	«أن عثمان <small>رضي الله عنه</small> أمر علياً بجلد الوليد بن عقبة...»	13
05	«أن علياً <small>رضي الله عنه</small> أتى بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر...»	129
06	«أن عمر بن الخطاب <small>رضي الله عنه</small> جلد معن بن زائدة»	75
07	«أن عمر <small>رضي الله عنه</small> حلق في الشرب وغرب»	14
08	«إن هذا الننب لم تعص به أمة من الأمم...» (أثر علي)	141
-ر-		
09	«روي عن عمر أنه حرق حانوت الخمار وقصر سعد...»	76
-ف-		
10	«فإن معن بن زائدة زور كتاباً على عمر...»	75
11	«في زمن عمر، اشترى داراً للصفوان بن أمية.»	76
-ق-		
12	«قد نزل تحريم الخمر وهي من خمسة...» (أثر عمر)	13
-ك-		
13	«كان عمر إذا أتى بالرجل الضعيف الذي كانت منه الزلة...»	14
-ل-		
14	«لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها»	172

د- فهرس الأعلام

الرقم	العلم	الصفحة
-ج-		
01	إبراهيم عبيد	194-67
02	أحمد بن حنبل	154-150-130-83-13
03	الأذرعي	114
04	أرسطو	25
05	الإستروثيني	105
06	أصبغ	198
07	أفريكو فيري	31-29
08	أكرم بنات	67
09	أنس بن مالك	130-13
-ب-		
10	البخاري	99
11	البراء بن عازب	211
12	أبو بكر الجصاص	160
13	أبو بكر الصديق	141-76-14-13-12
14	بنّام	28
15	بكاريا	27-26
16	البيهقي	10
-ت-		
17	الترمذي	99
18	ابن تيمية	141-128-105-77-21
-ج-		
19	جاروفانو	193-31-29
20	الجرجاني	15
21	جلال ثروت	194

25	جوستنيان	22
62	الجويني	23
-ح-		
194-96-68	حاتم حسن موسى بكار	24
112	حاطب	25
113	الحسن	26
24	حمورابي	27
199-163-154-153-150-84-6	أبو حنيفة	28
-خ-		
141	خالد بن الوليد	29
-د-		
99	أبو داود	30
-ر-		
5	ابن رشد	31
88	الرملي	32
26	روسو	33
-س-		
67	سانتورو	34
205-76	سعد بن أبي وقاص	35
190-178	سمير الجنزوري	36
183	السندي	37
181	ابن سهل	38
172	السيوطي	39
-ش-		
199-163-154-150-120-114-84-13	الشافعي	40
-ص-		
76	صفوان بن أمية	41

-ع-		
78	ابن عابدين	42
68	عادل عازر	43
99	عائشة	44
211-10	ابن عباس	45
13	عبد الرحمن	46
112	عبد الرحمن بن حاطب	
114	ابن عبد السلام	47
121-89	عبد العزيز عامر	48
14	عبد الله بن جعفر	49
88	عبد الله الزبيرى	50
206	عبد الله سليمان	
76	عبد الله بن عمر	
99	عبد الله بن عمرو بن العاص	51
13	عثمان بن عفان	52
9	ابن عرفة	53
141-129-13	علي بن أبي طالب	54
212-172-113-112-78-76-75-14-13	عمر بن الخطاب	55
-غ-		
7	الغامدية	56
179-32	غراماتيكا فيليبو	57
-ف-		
182-140-105-100-87	ابن فرحون	58
67	فروزالي	59
-ق-		
15	ابن قدامة	60
85	القدوري	61
63	القرافي	62

141-77-14	ابن القيم	63
-ك-		
29	كانت	64
112	كثير بن الصلت	65
-ل-		
30-29	لومبروزو	66
-م-		
88	ابن الماجشون	67
33	مارك أنسل	68
7	ماعز	69
-153-150-141-112-83-78-75-74 199-181-163-162-160-154	مالك	70
60	مأمون سلامة	71
24	مانو	72
127-89-88	الماوردي	73
189-84	محمد بن الحسن الشيباني	74
130	محمد العوا	75
112	المزني	76
198	ابن مزين	77
99	مسلم	78
74	مطرف	79
50	معاذ بن جبل	
75	معن بن زائدة	80
113	مكحول	81
13	ابن المنذر	82
15	ابن منظور	83
26	موننتسكيو	84

-ن-		
27	نابليون	85
128	ابن ناجي	86
130-19	ناصر علي ناصر الخليلي	87
129	النجاشي	88
202	نجيب حسني	89
87	ابن نجيم	90
99	النسائي	91
173-130	النووي	92
-ه-		
210	ابن الهماد	93
-و-		
13	الوليد بن عقبة	94
-ي-		
87	أبو يعلى	95
84	أبو يوسف	96

هـ- فهرس المراجع.

أولاً: مراجع باللغة العربية.

I - الكتب.

أ- كتب التفسير.

1. الجصاص (أبو بكر أحمد الرازي)، أحكام القرآن، دم، دار الفكر، د.ت.
2. عبده (محمد)، تفسير المنار، ط3، دم، دار المنار، 1367هـ.

ب- كتب الحديث.

1. الاتحاد الأممي للمجامع العلمية، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي، لندن، مطبعة بريل، 1965.
2. البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي)، صحيح البخاري، مصر، إدارة الطباعة تيميرية، د.ت.
3. البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين بن عتي)، السنن الكبرى، دم، دار الفكر، د.ت.
4. الترمذي (محمد بن عيسى بن سورة)، سنن الترمذي، ط2، بيروت، دار الفكر، (1403هـ-1983م).
5. الجوزي (ابن الأثير)، جامع الأصول، ط4، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (1404هـ-1984م).
6. الدارقطني (علي بن عمر)، سنن الدارقطني، ط4، بيروت، عالم الكتب، (1406هـ-1986م).
7. أبو داود (سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي)، سنن أبي داود، دم، دار الفكر، د.ت.
8. زغلول (أبو هاجر محمد السعيد بن بسون)، موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف، ط1، بيروت، عالم التراث للطباعة والنشر، (1410هـ-1989م).
9. السيوطي (جلال الدين)، سنن النسائي بشرح السيوطي، بيروت، دار الكتاب العربي، د.ت.
10. الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، مسند الإمام الشافعي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1400هـ-1980م).

11. الشوكاني (محمد بن علي)، نيل الأوطار وشرح منتقى الأخبار، تحقيق: الأستاذان: طه عبد الرؤوف سعد ومصطفى محمد الهواري، الأزهر، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ت.
12. الصنعاني (أبو بكر عبد الرزاق بن همام)، المصنف، تحقيق وتعليم: حبيب الرحمن الأعظمي، بيروت، منشورات المجلس العلمي، د.ت.
13. الصنعاني (محمد بن إسماعيل)، سبل السلام، تحقيق: الشيخ محمد الدالي بلطه، بيروت، المكتبة العصرية، (1412هـ-1992م).
14. عرموش (أحمد راتب)، موطأ الإمام مالك برواية يحيى بن يحيى الليثي، ط10، بيروت، دار النفائس، (1407هـ-1987م).
15. العسقلاني (أحمد بن حجر)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت، دار المعرفة، د.ت.
16. ابن ماجه (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، سنن ابن ماجه، تبويب وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، دم، دار الفكر، د.ت.
17. مسلم (أبو الحسن بن أحجاج القشيري النيسابوري)، صحيح مسلم، ط1، دم، دار المغني، (1419هـ-1998م).
18. النيسابوري (أبو عبد الله الحاكم)، المستدرک عن الصحيحين، بسيروت، دار الكتاب العربي، د.ت.
19. الهندي (علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين)، كنز العمال في سنن الأقال والأفعال، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1413هـ-1993م).

ج- كتب مذاهب الفقه الإسلامي.

01- كتب الحنفية

1. الزيلعي (فخر الدين عثمان بن علي)، تبیین الحقائق: شرح كنز الدقائق، ط2، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.
2. السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، تصنيف: الشيخ خليل الميس، بيروت، دار المعرفة، د.ت.

- 3- ابن عابدين (محمد أمين)، حاشية بن عابدين، ط2، دم، دار الفكر، (1399هـ-1979م).
- 4- الكاساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، دار الكتاب العربي، (1402هـ-1982م).
- 5- ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبط وتخریج: الشيخ زكريا عميرات، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1418هـ-1997م).
- 6- ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الحنفي)، شرح فتح القدير، ط2، بيروت، دار الفكر، د.ت.

02- كتب المالكية.

- 1- ابن أنس (مالك)، المدونة الكبرى- دم، دار الفكر، د.ت.
- 2- الباجي (أبو الوليد سليمان بن خلف)، المنتقى شرح الموطأ، ط1، مصر، مطبعة السعادة، 1832هـ.
- 3- الحطاب (أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي)، مواهب الجليل: شرح مختصر خليلي، ط3، دم، دار الفكر، (1412هـ-1992م).
- 4- الخرشي (أبو عبد الله محمد)، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط2، بولاق (مصر)، دار الفكر، 1317هـ.
- 5- الدردير (أبو البركات سيدي أحمد). الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، د.ت.
- 6- الدسوقي (محمد بن أحمد بن عرفه)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1417هـ-1996م).
- 7- ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، مصر، مطبعة الجبائية، 1329هـ.
- 8- الشاطبي (أبو إسحاق)، الموافقات في أصول الشريعة، دم، دار الفكر العربي، د.ت.
- 9- عيش (محمد)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دم، دار صادر، د.ت.
- 10- ابن فرحون (برهان الدين إبراهيم بن علي)، تبصرة الحكام، راجعه: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، (1406هـ-1986م).

11. القرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس)، الذخيرة، تحقيق: سعيد أعراب. ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994.
12. القرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس)، الفروق، بيروت، عالم الكتب، د.ت. و(ط1، دار إحياء الكتب العربية، 1346هـ).
13. ابن نصر (أبو محمد عبد الوهاب علي المالكي)، المعونة على مذهب عمّ المدينة، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1418هـ-1998م).
14. الونشريسي (أبو العباس أحمد بن يحيى)، المعيار المعرب والجامع المغرب، بيروت، دار الغرب الإسلامي، د.ت.

03- كتب الشافعية.

1. الأسيوطي (شمس الدين أحمد المنياجي)، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1417هـ-1996م).
2. الأنصاري (عبد العلي محمد بن نظام الدين)، فواتح الرحموت، ط1، بونوق، المطبعة الأميرية، 1322هـ.
3. الخن (مصطفى) والنبغا (مصطفى) والشريجي (علي)، الفقه المنهجي على منب الإمام الشافعي، ط3، دمشق، دار القلم، (1419هـ-1998م).
4. الرملي (شهاب الدين محمد بن أبي العباس)، نهاية المحتاج، ط الأخيرة، بيروت، دار الفكر، (1404هـ-1984م).
5. السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، د.د، (1411هـ-1990م).
6. الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس)، الأم، دم، كتاب الشعب، (1388هـ-1968م)، و(ط2، بيروت، دار الفكر، (1403هـ-1983م)).
7. الشربيني (محمد الخطيب سليمان)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دم، د.ت.
8. الشربيني (محمد الخطيب سليمان)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دم، دار الفكر، د.ت.

9. الشيرازي (أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دم، دار الفكر، د.ت.
10. ابن عبد السلام (أبو محمد عز الدين السلمي)، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ط2، بيروت، دار الجيل، 1980.
11. الغزالي (محمد بن محمد أبو حامد)، وجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، ضبط وتنقيح وتصحيح: خالد العطر، بيروت، دار الفكر، (1414هـ-1994م).
12. الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب)، الأحكام السلطانية، تخريج وتعليق: خالد عبد اللطيف السبع العلمي، ط2، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، (1386هـ-1966م).
13. الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب)، الحاوي اتخير، تخريج وتعليق: محمود مسطر جي، بيروت، دار الفكر، (1414هـ-1994م).
14. النووي (أبو زكريا يحيى بن شرف)، روضة الطالبين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، بيروت، دار الكتب العلمية. د.ت.
15. البيهقي (شهاب الدين أحمد بن حجر)، تحفة المحتاج شرح تنهاج، دم، دار إحياء التراث العربي، د.ت.

04-كتب الحنابلة.

1. البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس)، كشاف القناع عن متن إفتاع، بيروت، دار الفكر، 1982.
2. ابن تيمية (تقي الدين بن عبد السلام)، الحسبة ومسؤولية الحكومت الإسلامية، الجزائر، الطريق للنشر والتوزيع، د.ت.
3. ابن تيمية (تقي الدين بن عبد السلام)، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ط1، دم، المطبعة الخيرية، 1322هـ.
4. ابن تيمية (تقي الدين بن عبد السلام)، مجموع فتاوى ابن تيمية، ط1، دم، مطابع الرياض، 1383هـ.

5. الزركشي (شمس الدين محمد بن عبد الله)، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تحقيق وتخريج: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبري، ط1، الرياض، مكتبة العيكان، (1413هـ-1993م).
6. أبو يعلى (محمد بن الحسن الفراء)، الأحكام السلطانية، تصحيح وتعليق: محمد حامد الفقي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983.
7. ابن قدامة (أبو محمد عبد الله بن أحمد موفق الدين)، المغني، ط3، دم، دار المنار، 1367هـ.
8. ابن القيم (أبو عبد الله محمد بن أبي بكر)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ت.
9. ابن القيم (أبو عبد الله محمد بن أبي بكر)، زاد المعاد في هدي خير العباد، بيروت، المؤسسة العربية لطباعة والنشر، 2002.
10. ابن القيم (أبو عبد الله محمد بن أبي بكر)، الطرق الحكيمية في السياسة الشرعية، ط1، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، 1346هـ.
11. المرادوي (علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان)، انبصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تصحيح وتحقيق: محمد حامد الفقي، ط2، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (1406هـ-1986م).

05- كتب الظاهرية.

1. ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد)، الأحكام في أصول الأحكام، ط2، بيروت، دار الجيل، (1407هـ-1987م).
2. ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد)، المحلى بالآثار، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت.

د- كتب الفقه العام.

1. الباجي (محمود)، مثل عليا من القضاء الإسلامي، ط2، ليبيا، السدار العربية للكتاب، 1986.

2. بهنسي (أحمد فتحي)، الجرائم في الفقه الإسلامي، ط6، القاهرة، دار الشروق، 1986.
3. بهنسي (أحمد فتحي)، النية في الشريعة الإسلامية، ط4، القاهرة، دار الشروق، (1409هـ-1988م).
4. بهنسي (أحمد فتحي)، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ط2، القاهرة، دار الشروق، 1988.
5. بهنسي (أحمد فتحي)، العتوبة في الفقه الإسلامي، ط5، القاهرة، دار الشروق، (1409هـ-1989م).
6. الخضري (محمد)، أصول الفقه، ط7، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1991.
7. الخلفي (ناصر علي ناصر)، الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، ط1، القاهرة، مطبعة المدني، (1412هـ-1992م).
8. زايد (محمد طلبة)، ديوان التصاص، ط1، القاهرة، د.د، (1403هـ-1983م).
9. الزحيلي (وهبه)، الفقه الإسلامي وأدلته، ط1، القاهرة، دار الفكر، (1404هـ-1984م).
10. أبو زهرة (محمد)، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي: الجريمة، ج1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1976.
11. أبو زهرة (محمد)، العقوبة، ج2، القاهرة، دار الفكر العربي، 1976.
12. أبو زيد (بكر بن عبد الله)، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم: دراسة مقارنة، ط2، الرياض، دار العاصمة، 1415هـ.
13. شرف الدين (عبد العظيم)، العقوبة المقدره لمصلحة المجتمع الإسلامي، ط1، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، (1393هـ-1973م).
14. عامر (عبد العزيز)، تعزير في الشريعة الإسلامية، ط4، دم، دار الفكر العربي، د.ت.
15. عكاز (فكري أحمد)، فلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون، عكاز، شركة مكتبة عكاز، 1982.
16. العوا (محمد سليم)، أصول النظام الجنائي الإسلامي: دراسة مقارنة، ط2، القاهرة، دار المعارف، 1983.
17. عودة (عبد القادر)، التبريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ط6، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1405هـ-1985م).

18. أبو المعاطي (أبو الفتوح)، النظام العقابي الإسلامي: دراسة مقارنة، مصر، مؤسسة دار للتعاون، 1986.

هـ- كتب أفتون.

1. إبراهيم (أكرم نشأت)، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، القاهرة، مطابع الشعب، 1965.
2. إبراهيم (أكرم نشأت)، علم الاجتماع الجنائي، بيروت، الدار الجامعية، د.ت.
3. إبراهيم (أكرم نشأت)، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، دم، الدار الجامعية، د.ت.
4. أحمد (هلاي عبد اللاه)، شرح قانون العقوبات: القسم الخاص، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988م.
5. إسماعيل (عزت سيد)، سيكولوجيا الإرهاب وجرائم العنف، ط1، الكويت، ذات السلاسل، (1408هـ-1988م).
6. بارش (سليمان)، شرح قانون العقوبات الجزائري: شرعية التجريم، باتنة، مطبعة عمار قرفي، 1992.
7. بكار (حاتم حسن موسى)، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1997.
8. بكار (حاتم حسن موسى)، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، ط1، ليبيا، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، د.ت.
9. بهنام (رمسيس)، نظرية التجريم في القانون الجنائي: معيار سلطة العقاب تشريعاً وتطبيقاً، ط2، الإسكندرية، منشأة المعارف، د.ت.
10. بهنام (رمسيس)، الجريمة والمجرم في الواقع الكوني، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996.
11. بهنام (رمسيس)، النظرية العامة للمجرم والجزاء، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1991.
12. بهنام (رمسيس)، الكفاح ضد الإجرام، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1996.
13. أبو توتة (عبد الرحمن محمد)، علم الإجرام، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2001.
14. ثروت (جلال)، الظاهرة الإجرامية، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1982.

15. ثروت (جلال)، نظرية الجريمة المتعدية القصد، الإسكندرية، دار المعارف، 1965.
16. جعفر (علي محمد)، الإجرام وسياسة مكافحته: عوامل الإجرام والسياسة العقابية في التشريع الليبي والمقارن، بيروت، دار النهضة العربية، 1993.
17. جعفر (علي محمد)، الأحداث لمنحرفون: عوامل الانحراف، المسؤولية الجزائية، التداوير، دراسة مقارنة، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، (1405هـ-1984م).
18. حسني (محمود نجيب)، شرح قانون العقوبات: القسم العام، ط5، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982.
19. حسني (محمود نجيب)، علم العقاب، دم، د.د، 1986.
20. حسني (محمود نجيب)، شرح قانون العقوبات اللبناني: القسم العام، دم، د.د، 1986.
21. أبو حضوة (أحمد شوقي عمر)، تماثلية في القانون الجنائي: دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991.
22. حمد (أحمد)، مقومات الجريمة ونوافعها، الكويت، دار القلم، (1402هـ-1982م).
23. الذهبي (إيوار غالي)، مبادئ علم العقاب، ط1، بنغازي، دار غريب للطباعة، 1975.
24. رباح (غسان)، الاتجاهات الحديثة في قانون العفو العام: دراسة مقارنة في التشريعات العربية والأوربية، ط2، بيروت، دار الخلود، 1992.
25. رزق (فؤاد)، الأحكام الجزائية العامة، طبعة جديدة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1995.
26. رمضان (عمر السعيد)، دروس في علم الإجرام، دم، د.د، د.ت.
27. سرور (أحمد فتحي)، الجرائم التضريبية والنقدية، القاهرة، د.د، 1960.
28. سرور (أحمد فتحي)، الاختبار التقاضي، القاهرة، المطبعة العالمية، 1969.
29. السعيد (السعيد مصطفى)، الأحكام العامة في قانون العقوبات، ط4، مصر، دار المعارف، 1962.
30. سلامة (مأمون محمد)، حدود سلطة القاضي في تطبيق القانون، دم، دار الفكر العربي، د.ت.
31. سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات: القسم العام، ج1، عين مليلة، دار الهدى، د.ت.

32. سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات الجزائري: القسم العام، ج2. بن عكنون، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988.
33. السمالوطي (نبيل)، علم اجتماع العقاب، ط1، ج2، السعودية، دار الشروق، (1403هـ-1983م).
34. الشادلي (عبد الله فتوح)، قواعد الأمم المتحدة لتنظيم قضاء الأحداث، دراسة تأصيلية مقارنة بقوانين الأحداث العربية، د.ط، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1991.
35. الشادلي (عبد الله فتوح)، علم العقاب، الإسكندرية، دار الهدى، 1993.
36. الشادلي (عبد الله فتوح)، علم الإجرام وعلم العقاب: علم الإجرام العام، ط1، الإسكندرية، دار الهدى للمطبوعات، 1993.
37. الثواربي (عبد الحميد)، ظروف الجريمة المشددة والمخففة للعقاب، الإسكندرية، منشأة المعارف، د.ت.
38. التصفي (عبد الفتاح مصطفى)، حق الدولة في تعاقب: نشأته ووظيفته اقتضاؤه وانقضؤه، ط2، الإسكندرية، دار الهدى للمطبوعات، 1985.
39. التصفي (عبد الفتاح مصطفى)، وأبو عامر (محمد زكي)، علم الإجرام والعقاب، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، د.ت.
40. طشور (عبد الحفيظ)، دور قاضي تطبيق الأحكام القضائية الجزائية في سياسة إعادة التأهيل الاجتماعي في التشريع الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
41. عنزر (عادل)، النظرية العامة في ظروف الجريمة، دم، المطبعة العثمانية، 1967.
42. أبو عامر (محمد زكي)، دراسة في علم الإجرام والعقاب، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1985.
43. أبو عامر (محمد زكي)، قانون العقوبات: القسم الخاص، ط2، الإسكندرية، مكتبة الصديقة، 1989.
44. أبو عامر (محمد زكي)، قانون العقوبات: القسم العام، دم، دار المطبوعات الجامعية، 1990.
45. عبد الستار (فوزية)، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، ط7، القاهرة، د.د، (1412هـ-1992م).
46. عبد الملك (جندي)، الموسوعة الجنائية، ط1، بيروت، دار المؤلفات للقانونية، د.ت.

47. عبد المنعم (سليمان)، أصول علم الإجرام والجزاء، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، (1416هـ-1996م).
48. عبيد (حسني إبراهيم صالح)، النظرية العامة للظروف المخففة، دم، دار النهضة العربية، 1970.
49. عبيد (رؤوف)، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، مصر، دار الفكر العربي، 1979.
50. عبيد (رؤوف)، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق: تحليل موقفا من الإجراءات والدفع ومن رقابة محكمة النقض عليها، ط3، مصر، دار الفكر العربي، 1986.
51. عبيد (رؤوف)، أصول علمي الإجرام والعقاب، ط8، القاهرة، دار الجيل، 1989.
52. عقيدة (محمد أبو العلا)، أصول علم الإجرام، ط2، دم، دار الفكر العربي، 1994.
53. عمر (نبيل إسماعيل)، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط1، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1984.
54. غراماتيكا (فيليبو)، مبادئ اندفاع الاجتماعي، ترجمه وقدم له: د.محمد الفاضل، دمشق، مطبعة جامعة دمشق، (1968-1969م).
55. أبو الفتوح (محمد هشام)، النظرية العامة للظروف المشددة: دراسة مقارنة، القاهرة، د.د، 1980.
56. فيمي (عبد العزيز)، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، دم، د.د، د.ت.
57. القيوجي (علي عبد القادر)، علم الإجرام وعلم العقاب، الإسكندرية، ائدار الجامعية، 1995.
58. الكيك (محمد علي)، رقابة محكمة النقض على تسبب الأحكام الجنائية، الإسكندرية، مطبعة الإشعاع الفنية، د.ت.
59. المتيت (أبو اليزيد علي)، جرائم الإهمال، ط4، الإسكندرية، د.د، د.ت.
60. محمد (أمين مصطفى)، علم الجزاء الجنائي: الجزاء الجنائي بين النظرية والتطبيق، القاهرة، الدار الجامعية الجديدة، 1995.
61. محمد (فاضل زيدان)، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة: دراسة مقارنة، ط1، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.
62. مصطفى (محمود محمود)، شرح قانون العقوبات: القسم العام، دم، د.د، 1964.

63. مصطفى (محمود محمود)، الجرائم الاقتصادية: الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، ط2، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1979.
64. منصور (إسحاق إبراهيم)، شرح قانون العقوبات الجزائري: جنائي خاص في الجرائم ضد الأشخاص والأخلاق والأموال وأمن الدولة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983.
65. منصور (إسحاق إبراهيم)، ممارسة السلطة وأثارها في قانون العقوبات، دم، دار التراث للطباعة، 1974.
66. النبراوي (محمود سامي)، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، دم، د.د، 1972.
67. نجم (محمد صبحي)، الوجيز في علم الإجرام والعقاب، ط2، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1991.
68. نواصر (العائش)، تقنين العقوبات، بائنة، مطبعة عمار قرفي، 1991.
69. أبو الوفا (أحمد)، تاريخ النظم القانونية وتطورها، بيروت، الدار الجامعية، 1984.
70. يس (السيد)، السياسة الجنائية لمعاصرة: دراسة تحليلية لنظرية الدفاع الاجتماعي، ط1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1973.

و- كتب التاريخ والتراجم.

1. الأتابكي (جمال الدين يوسف بن تغري بردي)، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، تحقيق: إبراهيم علي طرخان، مصر، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والطباعة والنشر، د.ت.
2. ابن الأثير (عز الدين أبي الحسن)، أسد الغابة في معرفة الصحابة، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
3. الأسنوي (جمال الدين عبد الرحيم بن إبراهيم)، طبقات الشافعية، تحقيق: يوسف الحوت، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1407هـ-1987م).
4. إصبهاني (أحمد بن عبد الله)، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ط3، بيروت، دار الكتاب العربي، (1400هـ-1980م).

5. بدوي (عبد الرحمن)، موسوعة الفلسفة، ط1، بيروت. المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1984.
6. البعلبكي (منير)، معجم أعلام المورد، ط1، بيروت، دار العلم للملايين، 1992.
7. البغدادي (أبو بكر أحمد علي الخطيب)، تاريخ بغداد، المدينة المنورة، المكتبة السلفية، د.ت.
8. ابن خلكان (شمس الدين أحمد بن أبي بكر)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، بيروت، دار صادر، (1397هـ-1977م).
9. الذهبي (أبو عبد الله شمس الدين محمد)، تذكرة الحفاظ، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت.
10. الذهبي (أبو عبد الله شمس الدين محمد)، سير أعلام النبلاء، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، (1401هـ-1981م).
11. ابن رجب (زين الدين بن شهاب النين أحمد)، النير على طبقات الحنابلة، بيروت. دار المعرفة، د.ت.
12. الزركلي (خير الدين)، الأعلام: قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين، ط7، بيروت، دار العلم للملايين، 1986.
13. شعبان (محمد إسماعيل)، أصول الفقه: تاريخه ورجاله، ط1، الرياض، دار المريخ، (1401هـ-1981م):
14. الشوكاني (محمد بن علي)، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، (1418هـ-1998م).
15. ابن عبد البر (يوسف بن عبد الله محمد)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب: تحقيق: علي محمد البجاوي، ط1، بيروت، دار الجيل، (1412هـ-1992م).
16. العسقلاني (أحمد بن علي بن حجر)، الإصابة في تمييز الصحابة، ط1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، (1396هـ-1976م).
17. العسقلاني (أحمد بن علي بن حجر)، تقريب التهذيب، ط1، سوريا، دار الرشد، (1406هـ-1986م).
18. العك (خالد عبد الرحمن)، موسوعة عظماء حول الرسول، ط1، دمشق، دار النفائس، (1412هـ-1991م).

19. ابن فرحون (علي بن محمد)، الديباج المذهب إلى معرفة أعيان المذهب، ط1، مصر، مطبعة السعادة، 1329هـ.
20. القرشي (محي الدين عبد القادر بن نصر الله)، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلوة، الرياض، هجر للطباعة والنشر، (1413هـ-1993م).
21. الكتاني (عبد الحي بن عبد الكبير)، فهرس الفهارس والأئبيات، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، (1402هـ-1982م).
22. الكتبي (محمد بن شاكر)، فوات الوفيات والذيل عليها، بيروت، دار الثقافة، د.ت.
23. كحالة (عمر رضا)، معجم المؤلفين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
24. مجموعة مؤلفين، الموسوعة الفلسفية المختصرة، نقلية عن الإنجليزية: فؤاد كامل، جلال العشري، عبد الرشيد الصادق، راجعها وأضاف شتحيات إسلامية: زكي محمود، بيروت، دار القلم، د.ت.
25. مجموعة مؤلفين سوفيائين، الموسوعة الفلسفية، ترجمة: سمير كرم، بيروت، دار الطليعة للطباعة والنشر، 1987م.
26. مخلوف (محمد بن محمد)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، بيروت، دار الفكر، د.ت.
27. ابن منظور (محمد بن مكرم)، مختصر تاريخ دمشق لابن عساكر، تحقيق: أحمد راتب خموش ومحمد فاجي العمر، مراجعة: عبد الحميد مراد، ط1، دمشق، دار الفكر، (1408هـ-1988م).
28. أبو يعلى (أبو الحسين محمد)، طبقات الحنابلة، بيروت، دار المعرفة، د.ت.

ي- كتب المعاجم والقواميس

1. الجرجاني (علي بن محمد السيد الشريف)، التعريفات، القاهرة، دار الرشد، 1991.
2. ابن زكريا (أبو الحسن بن فارس)، معجم مقاييس اللغة، ط3، مصر، مكتبة الخاني، (1402هـ-1981م).
3. الفيروز آبادي (مجد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، بيروت، دار الفكر، (1403هـ-1983).
4. ابن منظور (محمد بن مكرم)، لسان العرب، القاهرة، دار المعارف، د.ت.

5. ابن منظور (محمد بن مكرم)، لسان العرب المحيط، المحيط، أعاد بناءه : يوسف خياط، بيروت، دار الجيل، دار لسان العرب، (1408هـ-1988م).
6. وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الموسوعة الفقهية، ط1، الكويت، مطبعة الموسوعة الفقهية، (1403هـ-1992م).

II- الرسائل الجامعية.

1. بودماغ (باية)، الغرامة الجزائية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، (2000-2001م).
2. بن طاهر (أمنية)، الأنظمة تعاقبية ومدى فعاليتها في مكافحة الجريمة، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 2001.
3. لنكار (محمود)، العفو عن تعاقبية في جريمة القتل بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 1999، 2000.

III- المقالات العلمية.

1. الجنزوري (سمير)، السلطة التقديرية للقاضي في تحديد العقوبة بين القانون الإيطالي والقانون المصري، المجلة انجناثية القومية، الجمهورية العربية المتحدة، عدد خاص، مارس 1968.
2. حسني (أحمد)، طرف حمل سلاح في جريمة القتل، مجلة الأمن العام، المجلة العربية لعلوم الشرطة، القاهرة، ع24، س7، (1383هـ-1964م).
3. رمضان (عمر السعيد)، فكرة للنتيجة في قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، ع1، س31.
4. سلامة (مأمون محمد)، العقوبة وخصائصها في التشريع الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، ع21، س48.
5. طاشور (عبد الحفيظ)، مفاهيم ومكونات العلاج العقابي، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، ع7، 1996.

6. فيكيو (جورجيوديل)، تاريخ فلسفة القانون منذ قدماء الإغريق إلى عصر النهضة، ترجمة: ثروت أنيس الأسيوطي. مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة جامعة القاهرة، ع1، س38، 1968.
7. عازر (عادل)، أحكم تكييف طبيعة أسباب تخفيف العقاب، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، جمهورية مصر العربية.
8. عوض (محمد محي الدين)، نحو توحيد للقوانين الجنائية في البلاد العربية، مجلة جامعة القاهرة بالخرطوم، ع5، 1974.
9. الميت (أبو اليزيد علي)، القصد الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، ع1، س28.
10. مصطفى (محمود محمود)، توجيه السياسة الجنائية نحو فردية العقاب، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، مصر. ع1، س9.
11. ميران (محمد عبد المالك). ظرف الليل في تشديد العقاب، مجلة الأمن العام، المجلة العربية لعوم الشرطة، القاهرة. ع51، س13، (1390هـ-1970م).

ثانيا: مراجع باللغة الأجنبية

1. Gassin (R), Les libertés individuelles devant le droit pénal, Paris, Cujas, 1980.
2. Levasseur (G), Chavanne (A), Montreuil (J). Droit pénal et procédure pénal, 7^{ème} ed, Paris, Dalloz, 1983.
3. Merle (R), Vitu (A), Traité de droit criminel, 3^{ème} ed, Paris, Cujas.
4. Saleilles (R). L'individualisation de la peine, 3^{ème} ed, Paris, Cuja, 1927.

ثالثا: النصوص القانونية.

1. قانون العقوبات الجزائري الصنتر بموجب الأمر رقم 186/66، المؤرخ في 8 يونيو 1966.
2. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 186/66، المؤرخ في 8 يونيو 1966.
3. المرسوم التشريعي رقم 92-03 الصادر في 30 سبتمبر 1992، المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب.
4. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزائر، شركة الشهاب، 1990.
5. قانون العقوبات الجزائري، ط3، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سبتمبر، 2001.

رابعاً: الأحكام والقرارات القضائية

أ- قرارات القضاء الجزائي

*قرار المحكمة العليا:

الرقم	التاريخ	المرجع	الصفحة
01	1968/01/16	أشار إليه: نواصر (العايش)، تقنين العقوبات، ص 301.	102
02	1968/03/26	أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 314.	102
03	1968/07/02	أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 32.	102
04	1968/12/03	أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 125.	207
05	1968/12/17	أشار إليه: سليمان (عبد الله)، شرح قانون العقوبات، ج 1، ص 360.	101
06	1969/02/25	أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 30.	122
07	1969/12/09	أشار إليه: سليمان (عبد الله)، المرجع السابق، ج 2، ص 497.	117
08	1981/04/21	أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 31.	94-81
		رقم 129.	
09	1981/04/21	أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 125.	207
		رقم 282	
10	1981/03/05	مجموعة قرارات الغرفة الجزائية، ص 183.	109
11	1981/09/24	مجموعة قرارات الغرفة الجزائية، ص 226.	109
12	1983/02/22	المجلة القضائية، ع 1، س 1989، ص 332.	117
13	1983/05/17	أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 31.	116
14	1983/06/07	أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 35.	109
15	1984/06/20	المجلة القضائية، ع 2، س 1984، ص 304.	186
16	1984/07/10	المجلة القضائية، ع 2، س 1984، ص 301.	102
17	1984/12/25	أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 36.	110
		رقم 721	
18	1986/07/08	أشار إليه: نواصر (العايش)، المرجع السابق، ص 157.	136
		رقم 442	
19	1988/02/16	المجلة القضائية، ع 3، س 1993، ص 256.	102
20	1988/03/15	المجلة القضائية، ع 3، س 1991، ص 223.	168

207	المجلة القضائية، ع2، س1992، ص191.	1989/07/04	21
46	مجموعة قرارات غرفة الجزائية، ص6.	1989/11/26	22
102	أشار إليه: نواصر (العائش)، المرجع السابق، ص33. رقم 549	1989/12/19	23
157	المجلة القضائية، ع4، 1992، ص173.	1990/03/10	24

II-قرارات القضاء الأجنبي

أ: قرارات القضاء الليبي

*قرار المحكمة العليا:

الصفحة	المرجع	التاريخ	الترقيم
66	أشار إليه: بكار (حاتم موسى). سلطة القاضي ...، ص398.	12/45 رقم 1963/06/02	01
155	أشار إليه: بكار (حاتم موسى). سلطة القاضي ...، ص418.	16/55 رقم 1970/01/20	02
66	أشار إليه: بكار (حاتم موسى). سلطة القاضي ...، ص202.	18/83 رقم 1971/01/24	03
66	أشار إليه: بكار (حاتم موسى). سلطة القاضي ...، ص399.	17/88 رقم 1971/11/16	04
67	أشار إليه: بكار (حاتم موسى). سلطة القاضي ...، ص400.	18/113 رقم 1972/05/30	05
67	أشار إليه: بكار (حاتم موسى). سلطة القاضي ...، ص399.	20/58 رقم 1973/06/06	06
134	أشار إليه: بكار (حاتم موسى). سلطة القاضي ...، ص412.	1973/12/02	07
143	أشار إليه: بكار (حاتم موسى). سلطة القاضي ...، ص414.	21/315 رقم 1982/11/24	08

ب- قرارات القضاء المصري.

*قرار المحكمة العليا

الصفحة	المرجع	التاريخ	الرقم
165	مجموعة القواعد القانونية، ج6، ص113.	1943/03/08	01
144	مجموعة أحكام النقص، س6، ص545.	179 رقم 1955/02/24	02
165	مجموعة القواعد القانونية، ج3، ص28.	321 رقم 1955/04/30	03
166	مجموعة القواعد القانونية، ج3، ص30.	580 رقم 1958/06/10	04

ج- قرارات القضاء تحويري.

* قرار محكمة التمييز

الرقم	التاريخ	المرجع	الصفحة
01	15 تشرين الثاني 1965 رقم 184	أشار إليه: بكار (حاتم موسى)، حماية حق ...، ص 514.	-175 178-177
02	نيسان 1966 رقم 157	أشار إليه: بكار (حاتم موسى)، حماية حق ...، ص 515.	178

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

و- فهرس المحتويات

أ	مقدمة
	<u>الفصل التمهيدي: التأصيل التاريخي لسلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي في</u>
	<u>الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي</u>
3	المبحث الأول: أساس العقاب في الشريعة الإسلامية
4	المطلب الأول: العقوبات المقدره
4	تفرع الأول: الحدود
5	الفقرة الأولى: الحدود المتعلقة بحماية العرض
5	أولاً: حد الزنا
7	ثانياً: حد القذف
8	الفقرة الثانية: الحدود المتعلقة بحماية المال
9	أولاً: حد السرقة
9	ثانياً: حد الحرابة
11	الفقرة الثالثة: الحدود المتعلقة بحماية الدين
11	أولاً: حد الردة
11	ثانياً: حد البغي
12	الفقرة الرابعة: الحد المتعلقة بحماية العقل (حد الخمر)
15	تفرع الثاني: القصاص والديات
15	الفقرة الأولى: القصاص
15	الفقرة الثانية: الدية
18	المطلب الثاني: العقوبات غير المقدره (التعزير)
	المبحث الثاني: الأساس الفكري للعقاب في القانون الوضعي وتطور السلطة التقديرية
21	للقاضي.
21	المطلب الأول: مرحلة الانتقام
22	تفرع الأول: مرحلة الانتقام الفردي
23	تفرع الثاني: مرحلة الانتقام الإلهي والتردعي
24	الفقرة الأولى: المجتمعات الشرقية القديمة
24	الفقرة الثانية: المجتمع الإغريقي

25 الفقرة الثالثة: المجتمع الروماني
26 المطلب الثاني: مرحلة الأنسنة
26 الفرع الأول: مرحلة تشريع الكنيسة
27 الفرع الثاني: مرحلة تشريع الثورة
28 الفرع الثالث: مرحلة التقنين
29 المطلب الثالث: المرحلة الحديثة
30 الفرع الأول: التيار الأول
31 الفرع الثاني: التيار الثاني
31 الفرع الثالث: التيار الثالث

تفصل الأول: ماهية سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي ونطاقها في الشريعة الإسلامية واثقانون الوضعي

39 نبحث الأول: ماهية سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي
40 المطلب الأول: مفهوم سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي وأساسها
40 الفرع الأول: مفهوم سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي
 الفقرة الأولى: مفهوم سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية
41 الإسلامية
 الفقرة الثانية: مفهوم سلطة القاضي في تقدير الجزاء الجنائي في القانون الوضعي
43 الوضعي
48 الفرع الثاني: أساس السلطة التقديرية للقاضي الجنائي
 الفقرة الأولى: أساس السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية
48 الإسلامية
50 الفقرة الثانية: أساس السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في القانون الوضعي
 المطلب الثاني: موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي وعلاقتها بوظيفة العقوبة
53 العقوبة
53 الفرع الأول: موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي
 الفقرة الأولى: موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية
53 الإسلامية

	الفقرة الثانية: موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في القانون
55	الوضعي
57	الفرع الثاني: مدى تأثير السلطة التقديرية بوظيفة العقوبة
	الفقرة الأولى: مدى تأثير السلطة التقديرية بوظيفة العقوبة في الشريعة
58	الإسلامية
	الفقرة الثانية: مدى تأثير السلطة التقديرية بوظيفة العقوبة في القانون
59	الوضعي
61	المطلب الثالث: ماهية ضوابط تقدير أجزاء الجنائي
61	الفرع الأول: ماهية ضوابط تقدير أجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية ...
64	الفرع الثاني: ماهية ضوابط تقدير أجزاء الجنائي في القانون الوضعي
64	الفقرة الأولى: مفهوم الضوابط الإرشادية
66	الفقرة الثانية: الحكمة من ضوابط تقدير
67	الفقرة الثالثة: الطبيعة القانونية لضوابط التقدير
71	المبحث الثاني: نطاق سلطة القاضي في تقدير أجزاء الجنائي
72	المطلب الأول: الاختيار النوعي للعقوبة وتقديرها الكمي
72	الفرع الأول: نظام الاختيار النوعي لعقوبة
72	الفقرة الأولى: الاختيار النوعي للعقوبة في الشريعة الإسلامية
73	أولاً: الاختيار النوعي للعقوبة في حد الحرابة
74	ثانياً: الاختيار النوعي للعقوبة في التعزير
74	البند الأول: التشديد بالضرب
75	البند الثاني: التشديد بالتشهير بالجنائي
76	البند الثالث: التشديد بالحبس
76	البند الرابع: التشديد باستنصاق أداة الجريمة أو مكانها
77	البند الخامس: التشديد بالغرامة المالية
77	البند السادس: التشديد بالجمع بين أكثر من تعزير
78	البند السابع: التشديد بالقتل
78	الفقرة الثانية: الاختيار النوعي للعقوبة في القانون الوضعي
79	أولاً: النظام التخيري
80	ثانياً: النظام الإبدالي

82 الفرع الثاني: التدرج الكمي للعقوبة
83 الفقرة الأولى: التدرج الكمي للعقوبة في الشريعة الإسلامية
83 أولاً: مقدار عقوبة الجلد
83 البند الأول: الحد الأعلى للجلد
85 البند الثاني: الحد الأدنى للجلد
86 ثانياً: مقدار عقوبة الحبس محدد المدة
87 البند الأول: الحد الأعلى للحبس محدد المدة
89 البند الثاني: الحد الأدنى للحبس محدد المدة
90 الفقرة الثانية: التدرج الكمي للعقوبة في القانون الوضعي
90 أولاً: التدرج الكمي الثابت
90 البند الأول: حالة الحدان الأدنى والأعلى عامان
91 البند الثاني: حالة الحدان الأدنى والأعلى خاصان
92 البند الثالث: حالة الحد الأدنى عام والحد الأعلى خاص
93 البند الرابع: حالة الحد الأدنى خاص والحد الأعلى عام
94 ثانياً: التدرج الكمي النسبي
95 البند الأول: التدرج الكمي النسبي الموضوعي
96 البند الثاني: التدرج الكمي النسبي الشخصي
98 المطلب الثاني: التخفيف والتشديد القضائيان
98 الفرع الأول: التخفيف القضائي للعقوبة
98 الفقرة الأولى: التخفيف القضائي في الشريعة الإسلامية
98 أولاً: التخفيف القضائي في الحدود القصاص
100 ثانياً: التخفيف القضائي في التعزير
100 الفقرة الثانية: التخفيف القضائي في القانون الوضعي
104 الفرع الثاني: التشديد القضائي للعقوبة
104 الفقرة الأولى: التشديد القضائي في الشريعة الإسلامية
106 الفقرة الثانية: التشديد القضائي في القانون الوضعي
107 أولاً: الظروف المشددة القضائية المتعلقة بالجريمة
107 ثانياً: الظروف المشددة القضائية المتعلقة بسوابق الجاني (ظرف العود)
111 المطلب الثالث: نظاماً وقف تنفيذ العقوبة والعفو القضائي

- 111 الفرع الأول: نظام وقف تنفيذ العقوبة قضائياً
- 112 الفقرة الأولى: توقف القضائي لتنفيذ العقوبة في تشريعة الإسلامية
- 112 أولاً: وقف تنفيذ العقوبة في الحدود
- 114 ثانياً: وقف تنفيذ العقوبة في التعزير
- 115 الفقرة الثانية: توقف القضائي لتنفيذ العقوبة في اتقانون الوضعي
- 119 الفرع الثاني: نظام اتعفو القضائي
- 119 الفقرة الأولى: اتعفو القضائي في الشريعة الإسلامية
- 121 الفقرة الثانية: اتعفو القضائي في القانون الوضعي

الفصل الثاني: ضوابط السطة التقديرية للقاضي الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

- 126 امبحث الأول: الضوابط المتعلقة بالجريمة
- 126 المطلب الأول: الضوابط المتعلقة بالركن المادي
- 127 الفرع الأول: ملاعمة ائجزاء الجنائي لجسامة السلوك
- الفقرة الأولى: ملاعمة ائجزاء الجنائي لجسامة السلوك في الشريعة الإسلامية
- 127 الفقرة الثانية: ملاعمة ائجزاء الجنائي لجسامة السلوك في القانون الوضعي
- 132 الفرع الثاني: ملاعمة ائجزاء الجنائي لجسامة النتيجة الإجرامية
- الفقرة الأولى: ملاعمة ائجزاء الجنائي لجسامة النتيجة الإجرامية في الشريعة الإسلامية
- 138 الفقرة الثانية: ملاعمة ائجزاء الجنائي لجسامة النتيجة الإجرامية في القانون الوضعي
- 142 المطلب الثاني: الضوابط المتعلقة بالركن المعنوي
- 148 الفرع الأول: ملاعمة ائجزاء الجنائي لجسامة القصد
- الفقرة الأولى: ملاعمة ائجزاء الجنائي لجسامة القصد في الشريعة الإسلامية
- 149 الفقرة الثانية: ملاعمة ائجزاء الجنائي لجسامة القصد في القانون الوضعي
- 158 الفرع الثاني: ملاعمة ائجزاء الجنائي لجسامة الخطأ غير العمدى

	الفقرة الأولى: ملاءمة الجزاء الجنائي لجسامة الخطأ غير العمدي في
159 الشريعة الإسلامية
	الفقرة الثانية: ملاءمة الجزاء الجنائي لجسامة الخطأ غير العمدي في
163 القانون الوضعي
170 المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بالجاني
171 المطلب الأول: ضابط دوافع ارتكاب الجريمة وخلق المجرم
171 الفرع الأول: دوافع ارتكاب الجريمة
171 الفقرة الأولى: ضابط دوافع ارتكاب الجريمة في الشريعة الإسلامية
175 الفقرة الثانية: ضابط دوافع ارتكاب الجريمة في القانون الوضعي
180 الفرع الثاني: خلق المجرم
180 الفقرة الأولى: ضابط خلق المجرم في الشريعة الإسلامية
184 الفقرة الثانية: ضابط خلق المجرم في القانون الوضعي
188 المطلب الثاني: ضابط سلوك الجاني المعاصر واللاحق تجرمة
	الفرع الأول: ضابط سلوك الجاني المعاصر واللاحق تجرمة في الشريعة
188 الإسلامية
	الفرع الثاني: ضابط سلوك الجاني المعاصر واللاحق تجرمة في القانون
190 الوضعي
196 المطلب الثالث: ضابط ظروف المجرم الموضوعية والشخصية
196 الفرع الأول: دور الظروف الموضوعية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي
197 الفقرة الأولى: دور سن الجاني في تقدير الجزاء الجنائي
197 أولاً: دور سن الجاني في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية
200 ثانياً: دور سن الجاني في تقدير الجزاء الجنائي في القانون الوضعي
204 الفقرة الثانية: دور الحالة العقلية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي
	أولاً: دور الحالة العقلية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة
204 الإسلامية
	ثانياً: دور الحالة العقلية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي في القانون
205 الوضعي
209 الفرع الثاني: دور الظروف الشخصية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي

209	الفقرة الأولى: دور الظروف الشخصية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية
212	الفقرة الثانية: دور الظروف الشخصية للجاني في تقدير الجزاء الجنائي في القانون الوضعي.....
116	الخاتمة
221	الفهارس
222	فهرس الآيات
224	فهرس الأحاديث
226	فهرس الآثار
227	فهرس الأعلام
232	فهرس المراجع
	فهرس المحتويات

عبد القادر للعلوم الإسلامية