

جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان
كلية الحقوق و العلوم السياسية

محاضرات في علم السياسة الجنائية
طلبة الدكتوراه و الماستر
تخصص قانون قضائي

أ. د. غلّاي محمد

السنة الجامعية 2024/2023

مقدمة

تعتبر مكافحة الظاهرة الإجرامية و ردعها الهدف الأسمى الذي يسعى إليه كافة المهتمين بالظاهرة الاجرامية، وبلوغ تلك الغاية أو الفشل فيه مقياس على مدى نجاح السياسة الجنائية المتبعة داخل المجتمع ، و الجريمة ظاهرة اجتماعية مرتبطة بالإنسان منذ القدم وتطورت وتعقدت أشكالها وتنوعت وسائلها مع تقدم المجتمعات، وإذا كان الإنسان اجتماعي بطبعه ومحتم عليه نسج علاقاته الاجتماعية والاقتصادية مع باقي أفراد المجتمع، فانه غالبا ما يمكن أن ينصرف هذا الإنسان عن جادة الصواب ويرتكب جريمة معينة بفعل غريزة حب التملك وإشباع رغباته المختلفة. وهذا يعكس لنا عجز الجزاءات بصورتها التقليدية عن منعها، مما يستوجب معه إعادة النظر في السياسة الجنائية باعتبارها الوعاء القانوني الذي يمكن من خلاله بلورة حلول عملية، من شأنها المساهمة في تنظيم وضبط المجتمع .

هذا ويعتبر موضوع السياسة الجنائية من الموضوعات الهامة وواحد من الانشغالات الجوهرية لمختلف الدول والحكومات ، ذلك أن السياسة الجنائية تعتبر جزء من السياسات الحكومية الوطنية والدولية، الرامية في نهاية المطاف إلى تحقيق الشروط الضرورية للنماء والاستقرار والتطور على مختلف الأصعدة.

ومن هذا المنطلق أجمع أغلب الفقه على أن تأصيل مفهومها يرجع إلى الفكر الفلسفي الذي كان سائدا في أوروبا خلال القرنين الثامن والتاسع عشر، وقد كان الفيلسوف الألماني فيورباخ هو أول من استعمل تعبير السياسة الجنائية، وكان يقصد بها مجموع الوسائل التي يمكن اتخاذها في وقت معين في بلد معين من أجل مكافحة الإجرام فيه ، إلا أنها بالرغم من ذلك يبقى هذا التعريف غامضا لأنه لم يحدد نطاق هذه السياسة ومجالها.

اذن فالسياسة الجنائية إحدى مظاهر سيادة الدولة، إذ بواسطتها تحافظ الدولة على أمن الأفراد و الجماعات و الممتلكات، و بالتالي المحافظة على كيان المجتمع من آفة الجريمة عن طريق التجريم و العقاب.

على هذا الأساس ستنتم دراسة علم السياسة الجنائية من خلال التطرق الى ثلاث محاور اساسية خصص لكل محور فصل كالآتي:

الفصل الاول: ماهية السياسة الجنائية

الفصل الثاني: صياغة نصوص التجريم و العقاب و مبدأ الضرورة و التناسب

الفصل الثالث: الحد من العقاب و علاقة العقوبة و بدائلها بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليهم.

الفصل الاول: ماهية السياسة الجنائية

إن التطور في مفهوم السياسة الجنائية المعاصرة كان نتيجة تطور فلسفة القانون الجنائي، لاسيما ما أصاب السياسة العقابية في تحديد أساس الحق في العقاب وهو ما نجم عنه تنوع المدارس الفكرية ونظرة التشريعات العقابية المقارنة، وبصفة خاصة عندما أستخدم العقاب كوسيلة للدفاع عن المجتمع بقصد تقويم المجرم وإعادة تأهيله ليتألف مع المجتمع من جديد؛ وعلى إثر هذا اتسعت السياسية الجنائية المعاصرة لتشمل سياسة التجريم والعقاب وسياسة المنع والوقاية، بل ووضع تدابير وقائية في ضوء دراسة شخصية المجرم فما مفهوم السياسة الجنائية و تسلسلها التاريخي؟ و ما هو اطارها الفكري؟.

المبحث الأول: مفهوم السياسة الجنائية

ان الاتفاق على مفهوم موحد للسياسة الجنائية لن يكون متيسرا في ظل اختلاف البيئات والمجتمعات وأيضا بالنظر إلى تنوع الإيديولوجيات التي تحكم الدول في معالجتها للظاهرة الإجرامية كما أن التطور الذي يعرفه المجتمع يشكل عاملا آخر يساهم في عدم الاتفاق على مفهوم موحد للسياسة الجنائية.

و تعتبر السياسة الجنائية من المفاهيم القانونية الجديدة التي نتجت عن تطور الفكر الجنائي الحديث، وهو مفهوم يلتبس ببعض المفاهيم الأخرى المشابهة، لذلك سيكون من المفيد الوقوف عند تعريفها (أولا) ثم تمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة لها (ثانيا).

المطلب الأول: تعريف السياسة الجنائية وخصائصها

الفرع الأول: تعريف السياسة الجنائية

إن وضع تعريف للسياسة الجنائية ليس أمرا سهلا، ولذلك فقد اختلفت وتعددت التعاريف بشأنها من خلال الاجتهادات المبذولة من طرف فقهاء القانون، مما أدى إلى عدم الاتفاق فيما بينهم على تعريف موحد وشامل، ويرجع ذلك إلى تعدد المرجعيات الفكرية والفلسفية والعلمية، وكذا إلى اختلاف البيئات وإلى التطور الذي يحكم كل مجتمع. وقبل أن نستعرض جملة من هاته التعاريف سوف نحاول في البداية الوقوف عند تعريف مصطلح "السياسة".

جاء في لسان العرب لابن منظور بأن السياسة هي القيام على شيء بما يصلحه وتقابلها بالفرنسية كلمة (POLITIQUE) وبالانجليزية (politico) وكلها مصطلحات مشتقة من الكلمة اليونانية (polis) التي تعني "المدينة" أي مكان اجتماع المواطنين. أما في اللغة العربية فهي مشتقة من فعل ساس يسوس سياسة، وهي تطلق على مجموعة من المعاني مثل: "الترويض" و "التدليل"... وعموما فمصطلح السياسة يعني: "علم حكم الدول أو المبادئ التي تقوم عليها الحكومات والتي تحدد علاقتها بالمواطنين وبالدول الأخرى".

أما السياسة كمفهوم إجرائي فيراد بها تلك الأفكار والمبادئ التي تحدها الدولة بهدف توجيه القانون سواء في مرحلة إنشائه أو في مرحلة تطبيقه في إطار التوجه السياسي العام للدولة، لذلك فإن السياسة توجه المشرع كما توجه المؤسسة القضائية بهدف تنظيم العلاقات داخل المجتمع بشكل يضمن التعايش والانسجام بين أفرادها.

وبخصوص اصطلاح "السياسة الجنائية" فيعتبر الألماني (فيورباخ) أول من استعمله في بداية القرن 19 وكان يقصد به تلك "الوسائل التي يمكن اتخاذها في وقت معين وفي بلد محدد من أجل مكافحة الجريمة".

وعرفها الفقيه "فليبو كراماتيكا" قيديم مدرسة الدفاع الاجتماعي بأنها: "دراسة أفضل الوسائل العلمية للوقاية من الانحراف الاجتماعي وقمعه... باعتبار أن غاية الدفاع الاجتماعي إصلاح الأفراد وتأهيلهم اجتماعيا" فهذا التعريف يركز على جانب الوقاية وجانب تأهيل المنحرف وإدماجه في المجتمع. وهو مستمد من غاية مدرسة الدفاع الاجتماعي التي تعتبر التأهيل حقا لكل شخص والتزاما مفروضا على عاتق المجتمع الذي يتحمل قسطا من المسؤولية في الانحراف الذي يسلكه الأفراد.

ويمكن اعتبار التعريف الذي جاء به الفقيه الفرنسي "مارك أنسل" أهم تعريف للسياسة الجنائية حيث ذهب إلى أنها تلك السياسة التي تهدف إلى تطوير القانون الجنائي الوضعي وتوجيه كل من المشرع الذي يسن القانون والقضاء الذي يقوم بتطبيقه والمؤسسات العقابية وهذا التعريف يعطي نطاقا واسعا للسياسة الجنائية فلا يحصر دورها في الوقاية من الجريمة أو إيجاد علاج لها، كما ذهب إلى ذلك فقهاء مدرسة الدفاع الاجتماعي، بل يجعلها تمتد للتحكم في صياغة قواعد التجريم والعقاب، وفي الممارسة القضائية وأيضا في تنفيذ الأحكام التي تصدر عن القضاء. فالسياسة الجنائية وفق هذا التصور تعنى بالمرحلة التي تسبق ارتكاب الجريمة باعتماد سياسة وقائية وشاملة للحيلولة دون وقوع الجريمة، كما تعنى بالمرحلة اللاحقة على ارتكاب الجريمة بالدعوة إلى تأهيل الجناة والعمل على إدماجهم من جديد في المجتمع.

وإذا كان الاتجاه الليبرالي -كما رأينا- يتوزع في تحديده لمفهوم السياسة الجنائية بين من يقصرها في تحديد الجزاء الجنائي المترتب عن الجريمة، ومن يتعدى ذلك إلى توسيع نطاقها بجعلها تهدف إلى المنع إضافة إلى التجريم، وبين من يركز على حق الفرد المنحرف في التأهيل والتزام الدولة بهذا الواجب فإن فقهاء الفكر الاشتراكي يربطون السياسة الجنائية بالسياسة الاجتماعية وتطوراتها المختلفة ويركزون في تحديد مفهومها على كفاية الاتجاه العام للدولة في مكافحة الإجرام من خلال الشق العقابي الذي يتبلور في القانون الجنائي والشق الاجتماعي المتمثل في السياسة الاجتماعية واللذين يشكلان معا أسلوبا لرد الفعل الاجتماعي ضد الأفعال الإجرامية لحماية مصالح الطبقة الاجتماعية المسيطرة.

و من خلال ما سبق هناك من يرى ان للسياسة الجنائية مفهومين ضيق و موسع:

الاول: السياسة الجنائية بمفهومه المضيق، يمكن اختزاله في مبدأ الغاية تبرر الوسيلة، ولكي نفسر أكثر يعني أن الدولة تسخر جميع الآليات والإمكانات المادية والبشرية، لكبح الجريمة ولا تتقيد باحترام حقوق الإنسان، المهم هو تحقيق الغاية التي هي مطلوبة لذاتها للقضاء على الجريمة ولا يهتم الخروقات الأمنية لأن الهدف الأسمى هو محاربة الجريمة، وهذا المفهوم التقليدي كان سائدا في القرن التاسع عشر والعشرين، حسب خصوصيات المجتمع لكل دولة، ويمكن تحديد هذا المفهوم الضيق من كونه مجموعة من القواعد التي تفرض نفسها على الدولة والمجتمع واعتمادها لشرعنة عملية محاربة الجريمة دون اعتبارات أخرى.

ثانيا: السياسة الجنائية بمفهومه الواسع: هو المفهوم الذي جاء نتيجة تطور الفكر الإنساني تجاه الإنسوية الحقوقية وتعني جميع الجهود الممكنة والجارية حول الإنسان، وهي دراسة حول تطور حقوق الإنسان، وتاريخ حقوق الإنسان الطبيعية، التي مناطها الثوابت الأساسية المتمثلة في الحرية والعدالة والكرامة.

لقد تبنت هذا المبدأ كل الدول الديمقراطية التي أعطت الأولوية لمبادئ حقوق الإنسان باعتبارها كونية، لتحقيق التوازن بين مواجهة تحديات الجريمة بسن تشريعات جزائية رادعة وتشديد العقاب، والبحث في الأسباب التي تؤدي إلى انتشار ظاهرة الإجرام وطرق علاجه وتحديد مكامن الخلل الذي جعلها أن تستفحل بشكل مرعب ومخيف تهدد أمن الاجتماعي واستقرار والأمان النفسي للإنسان. وهذا المفهوم الواسع للسياسة الجنائية، صار في عصر الانترنت له بعدا آخر وأهمية كبيرة بعد التطور الذي عرفته الجريمة الإلكترونية، وما سيأتي شئ مهول وفضيع عندما يتم إنزال وتطبيق الجيل الخامس بخصوص الجرائم الحق العام السيرانية. أضف إلى ذلك الجريمة العابرة للقارات التي أصبحت ظاهرة دولية يتجاوز خطرها الدولة الواحدة، كما أن خطورة الاعتداء على أجهزة الكمبيوتر يعرض الدول والافراد للخطر الكبير باعتبار أن كثير من الأسلحة الفتاكة مرتبطة في استعمالها بالانترنت، وهذا التحدي يجعل السياسة الجنائية ومعها السياسة العامة للدفاع الاجتماعي أن تعمل بشكل سريع لتكافح هذا النوع من الجرائم الجديدة التي كل يوم في تطور أسرع.

أما السياسة في الشريعة الإسلامية فهي جزء من السياسة الشرعية، وقد وقع اختلاف في تحديد المقصود بالسياسة الشرعية، فذهب الفقهاء إلى أن المراد بها

التوسعة على ولاية الأمر لإعمال ما تقضي به المصلحة مما يخالف أصول الدين وإن لم يقع عليه دليل خاص. وذهب غيرهم إلى أن المراد بها تدبير مصالح العباد وفق الشرع. والفقهاء بدورهم انقسموا إلى فريقين: فريق يرى بأنه لا وجود لسياسة إلا فيما يتفق مع النصوص الشرعية. وفريق ثاني يرى بأن السياسة ما كان معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم ينزل به وحي أو يشرعه الرسول صلى الله عليه وسلم، ويتزعم هذا الاتجاه أبو الوفاء بن عقيل الحنبلي أما عن السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية فقد عرفت بأنها العمل على درء المفسدات الواقعة أو المتوقعة من الفرد والمجتمع وإقامة الحدود والقصاص وغيرها لتحقيق الأمن بكافة الوسائل والطرق الممكنة فكرية كانت أم مادية في ضوء المبادئ العامة للشريعة الإسلامية.

وانطلاقاً من هذا التعريف يتضح أن السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية والسياسة الجنائية في القوانين الوضعية يلتقيان في الهدف بينما يختلفان في الثوابت والمنطلقات فكلاهما يهدف من وراء السياسة الجنائية تحقيق الأمن والاستقرار الاجتماعي عن طريق معاقبة الجاني بالاعتماد على سند قانوني وشرعي. غير أن السياسة الجنائية الوضعية متغيرة تبعاً لتغير القيم وحسب ظروف الزمان والمكان في حين أن السياسة الجنائية الإسلامية تنطلق من ثوابت لا تتغير بتغير الزمان والمكان ومن ثوابت أخرى مرنة تتغير بتغير المصالح.

وخلاصة القول أن الاتفاق على مفهوم موحد للسياسة الجنائية لن يكون متيسراً في ظل اختلاف البيئات والمجتمعات وأيضاً بالنظر إلى تنوع الإيديولوجيات التي تحكم الدول في معالجتها للظاهرة الإجرامية كما أن التطور الذي يعرفه المجتمع يشكل عاملاً آخر يساهم في عدم الاتفاق على مفهوم موحد للسياسة الجنائية. وحتى نقرب أكثر من مفهوم السياسة الجنائية سيكون من الأفيد تمييز مفهومها عن المفاهيم الأخرى المشابهة.

الفرع الثاني: خصائص السياسة الجنائية

تتميز السياسة الجنائية في سياقها العام بمجموعة من الخصائص والمميزات، وذلك باعتبارها بحراً يجمع العديد من العلوم والمجالات، وبالتالي فإن خصائصها متنوعة ومميزة أيضاً، والمتمثلة فيما يلي:

أولاً: سياسية:

تتأثر وسائل السياسة الجنائية وفقاً للتنظيم السياسي في الدولة، ووفقاً لذلك فإن هناك ارتباطاً لا مفر منه بين السياسة العامة للدولة، وسياستها الجنائية فالأولى توجه الثانية وتحدد إطارها فالدولة التي تسيطر عليها النظم الديكتاتورية تختلف عن غيرها من الدول ذات النظم الديمقراطية في تحديد السياسة الجنائية والواقع من الأمر فإنه لا يمكن مطلقاً معالجة قضية رد الفعل ضد الجريمة بعيداً عن قضية الحرية وعلى ضوء كيفية معالجة القضية في نظام سياسي معين لا بد أن تتحدد السياسة الجنائية.

ومن ناحية أخرى فهناك علاقة أساسية بين المسائل الهامة للسياسة الوطنية والسياسة الجنائية فالجريمة في الدول النامية تنصدر مشاكلها الداخلية إذا أرادت أن تصل إلى مستوى أكثر ارتفاعاً من أجل تحقيق أهدافها في التنمية.

ثانياً: سياسة ذات غاية

تهدف السياسة الجنائية إلى غاية معينة وهي تطوير القانون الجنائي الوضعي في مجالات التجريم والعقاب والامتناع في مرحلة الإنشاء أو التطبيق.

ففي مرحلة الإنشاء يقوم المشرع بالاهتداء إلى مبادئ السياسة الجنائية فيما يسنه من قواعد جنائية، أما التوجيه في مرحلة التطبيق فينصرف إلى القاضي الذي ينبغي عليه أن يحيط بأخر تطورات السياسة الجنائية حتى يستعين بنتائجها في تفسير نصوص القانون الجنائي.

كما تساهم في تطوير القوانين الجنائية الوضعية، وتوجيه المشرع الجنائي الذي يتعين عليه الاقتداء من الناحية العلمية والعملية بالمعطيات التي تقدمها الدراسات حول السياسة الجنائية.

وما يميز هذه الخاصية هي كونها عملية وليست نظرية، ولكي تحقق الهدف المتوخى منها لا بد أن تقوم على مبادئ أساسية تتمثل في احترام مبدأ شرعية التجريم والعقاب، "ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" واحترام حقوق الإنسان والحرية العامة، وكذا عقلنة وتدبير المجال الجنائي.

وذلك من أجل تحقيق الغايات التي يجب بلوغها من أجل حماية الإنسان والمجتمع من خلال التجريم والعقاب وكذا المنع.

ثالثا: سياسة نسبية

أي أنها ليست مطلقة، لكون الوسائل التي تقترحها دولة معينة لمكافحة الجريمة قد لا تصلح في دولة أخرى نظرا لاختلاف الظروف الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية، فهي تختلف من مجتمع لآخر، وفي داخل المجتمع الواحد من زمن إلى آخر بحسب حاجات هذا المجتمع وأولوياته ومصالحه الأساسية.

رابعا: سياسة متطورة

حيث تتميز السياسة الجنائية بالحركية لا بالجمود، فهي سياسة متطورة بحكم اعتمادها على نتائج علم الاجتماع القانوني وعلم الإجرام، وعلم العقاب، وتأثرها بالنظام السياسي، والمشكلات التي تصادف المجتمع والتغيرات التي تلحقه، ولذا فإنه يتعين للتحقق من فاعلية السياسة الجنائية أن تخضع دائما للمراجعة والتقييم.

خامسا: سياسة تقوم على منهج علمي

تتميز السياسة الجنائية بالطابع العلمي، ذلك أنها يجب أن تقوم على مجموعة من القوانين العلمية، تحدد الصلات السببية بين الوسائل التي تقترحها، والغرض الذي تستهدفه، وبناء على ذلك فإن ما تحدده من الوسائل للوصول إلى غايتها، يجب أن يرتكز على توافر صلة السببية بين هذه الوسائل، وتلك الغاية، ويتوقف تحديد الوسائل وفقا لمنهج البحث العلمي الذي تعتمد عليه هذه السياسة، ووفقا للمنهج العلمي التجريبي، وذلك لبيان مدى فاعليتها في تحقيق الدفاع الاجتماعي.

إذ تقوم من ناحية القواعد المطبقة بالفعل من حيث مدى نجاحها في حماية مصالح المجتمع (أو الدولة) الاقتصادية، والسياسة، والاجتماعية، والثقافية.

والسياسة الجنائية إذ تفعل هذا فإنما تقوم به على صعيد الجرائم، كما على صعيد الجزاءات المقررة، وسواء على مستوى قواعد التجريم والعقاب الموضوعية، أم على مستوى القواعد الإجرائية، فتنشغل السياسة الجنائية ببحث ما إذا كانت الجرائم التي يتضمنها القانون الجنائي تكفل بحق حماية القيم الجوهرية للمجتمع والمصالح الأساسية، وهل الجزاءات المطبقة بالفعل تتناسب نوعا ومقدارا مع

جسامة الجرم الواقع، وهل يتسم نظام الملاحقة الجنائية بالفعالية ويضمن عدالة مؤكدة، وحماية للحقوق الفردية في نفس الوقت.

ولا تقتصر الوظيفة النقدية للسياسة الجنائية على تقويم النصوص الكائنة بالفعل، بل تستشرف ما يجب أن يكون فتقترح تجريم أفعال غير تلك المنصوص عليها في القانون الجنائي، إذ ترى في هذه الأفعال ضررا يلحق بقيم أو مصالح جديدة جدية بالاعتبار أو يعرضها للخطر. كما قد تقترح رفع صفة التجريم كلياً عن أفعال لم تعد تتعارض مع مصالح الدولة، أو الأفراد، أو استحداث جزاء آخر غير العقوبة كالجزاء الإداري، أو المالي.

المطلب الثاني: علاقة علم السياسة الجنائية بالعلوم الجنائية

الفرع الأول علم السياسة الجنائية وعلاقتها بالقانون الجنائي

تعتبر السياسة الجنائية من أهم العلوم المساعدة للقانون الجنائي وتهدف إلى محاربة الجريمة والتصدي لها، ولاشك في أن إرساء دعائم الحق والقانون يستلزم توفير الآليات الكفيلة بتحقيق العدالة والمساواة واحترام الحقوق والحريات ومن بين الآليات المطروحة في هذا السياق؛ الآليات القانونية التي تنظم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد من جهة وبين الأفراد والمؤسسات من جهة أخرى، ولعل أهمها وأكثرها جدلاً القانون الجنائي في مفهومه الواسع باعتباره القانون الأكثر مساساً بالحريات التي تشكل محورا أساسيا لضمان حقوق الإنسان وتمكينه من ممارسة هذه الحقوق، من هنا تأتي أهمية مناقشة بعض جوانب هذا القانون وملائمته مع المستجدات الطارئة.

وباعتبار أن محاربة الظاهرة الإجرامية ليست مهمة القانون الجنائي فقط، على أساس أن القانون الجنائي يحدد أفعال الإنسان التي يعده جرائم بسبب ما تحدثه من اضطراب اجتماعي، ويقوم بتحديد العقوبات من جهة والتدابير الوقائية من جهة أخرى.

وهذه العناصر الثلاثة التي أوكلها المشرع للقانون الجنائي في الفصل الأول منه هي التي تحدد المواضيع القانونية الثلاثة للسياسة الجنائية وهي:

سياسة التجريم

سياسة العقاب

سياسة التدبير الوقائي

الفرع الثاني: علم السياسة الجنائية و علم الإجرام:

يقصد بالسياسة الجنائية مجموعة الوسائل التي يستخدمها المشرع أو التي يجب عليه أن يستخدمها والتي من شأنها أن تؤدي إلي مكافحة الظاهرة الإجرامية في المجتمع.

يخرج بعض الفقهاء السياسة الجنائية من نطاق علم الإجرام، باعتبارها لا تبحث في أسباب الجريمة، وبمعنى في عواملها الفردية والاجتماعية لاعتنائها الخاص برسم الخطط، وتخير انساب الأساليب لمكافحة ظاهرة الإجرام. فهذا العلم يبحث في ما هو كائن؛ فهو يمحص الجريمة كظاهرة حدثت في حياة الفرد والجماعة ليحدد دوافع ارتكابها، بينما تبحث السياسة الجنائية في ما يجب أن تكون عليه المنظومة الجنائية بأكملها لمكافحة الجريمة؛ فتحدد أفضل النصوص الجنائية التي يكفل تطبيقها تحقيق هذا الهدف في ضوء الظروف السياسية، والاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع.

وعلى الرغم من استقلال علم الإجرام عن السياسة الجنائية، فإن الصلة بينهما وثيقة؛ فالسياسة الجنائية تأخذ دراسات، بل ونتائج علم الإجرام بالاعتبار في نهجها لمكافحة الجريمة.

ومن ذلك مثلا، أن العقوبة كانت في ما مضى تطبق على من يُحكم عليهم بها في مكان واحد وبطريقة واحدة. فلما أثبتت دراسات علماء الإجرام اختلاف أسباب الجريمة واختلاف شخصيات المجرمين، أدى ذلك إلى اختلاف وسيلة تنفيذ العقوبة باختلاف شخصيات المجرمين الذين تنفذ في حقهم، وهو ما يعرف بنظام تفريد العقاب.

أي أن السياسة الجنائية تهتم بتحديد الأفعال التي تقضي المصلحة الاجتماعية بالعقاب عليها وتلك التي توصي بإخراجها من دائرة التجريم والعقاب ، وكذلك بتحديد صور الجزاء الجنائي التي تحقق أغراضه بطريقة فعالة .

الفرع الثالث: علاقة علم السياسة الجنائية بعلم العقاب

تبحث السياسة الجزائية فيما يأتي:

- أ. مدى ملائمة التجريم في النظام القانوني الوضعي مع قيم المجتمع واحتياجاته.
- ب. مدى ملائمة العقوبات المقررة وحالات التخفيف والتشديد والاعفاء من العقاب.
- ج. اجراءات الخصومة الجزائية الواجب اتباعها مع فئة معينة من مرتكبي الجرائم مثل الاحداث و دراسة افضل النظم الاجرائية التي تتفق مع غايات السياسة الجزائية.

د. تحديد اساليب المعاملة العقابية (اساليب التفريد التنفيذي) (العقوبات والتدابير الاحترازية) بما يتفق مع السياسة العقابية، وهذا المجال هو الذي يعد من المواضيع التي يهتم بها ويدرسها علم العقاب، ومن هنا فان الباحث في السياسة الجزائية يستعين بما يقدمه علم العقاب من دراسات ونظريات علمية حول الجزاء الجنائي سواء ما تعلق منها بأغراضه او انواعه او طرق تنفيذه. لذا فإن هدف السياسة الجزائية لا يقتصر على الحصول على أفضل صياغة لقواعد قانون العقوبات ، وإنما يمتد إلى إعطاء الإرشادات والتوجيهات إلى كل من المشرع في مرحلة صياغة النصوص العقابية ، وإلى القاضي حال تطبيق تلك النصوص ، وإلى الإدارة العقابية حال تطبيق ما قضى به القضاء في حكمه.

الفرع الرابع: علاقة السياسة الجنائية بالقضاء الجزري و علم الضحية

أولاً: علاقة السياسة الجنائية بالقضاء الجزري

يقول "platon مع أحسن القضاة يمكن لأسوأ القوانين أن تصبح مقبولة" بذلك يتضح دور القضاء الجزري في إمكانية تحقيقه لأهداف السياسة الجنائية من خلال تطبيقه للقوانين خصوصاً منها المسطرية(التقنين) فرغم قصور القوانين أو قد تكون مخالفة في بعض الأحيان لأهداف السياسة الجنائية، فإن أهمية القضاء هنا خصوصاً في المادة الجزائية يمكنها أن تتغلب على مختلف تلك النواقص ومن هنا يجب أن نتساءل أي دور يمكن أن يلعبه القضاء في ملائمة القوانين الجزائية مع أهداف السياسة الجنائية.

ثانياً: علاقة السياسة الجنائية بعلم الضحية

إن تطور الدراسات في علم الضحايا جعلت السياسة الجنائية تتجه نحو توفير الاحتياجات للضحايا وتحسين بينتهم الاجتماعية داخل المجتمع ، بحيث أصبح هدف السياسة الجنائية يمتد للسيطرة على عواقب الجريمة ، بالإضافة إلى منع وقوع الجريمة حماية للمجتمع بشكل عام والضحية بشكل خاص وذلك بشكل استباقي لتفادي وقوع الجريمة.

وبذلك فإن علاقة السياسة الجنائية بعلم الضحية تتجلى من خلال:

أ: مساعدة الضحايا الحقيقيين

ففي هذه المرحلة فههدف السياسة الجنائية يتخذ دور إعلامي بصفة التخفيف من العواقب التي تخلفها الجريمة، وخصوصا ما يعرف بالجرائم ذات الضحية، فالضحية يتمتع بها في المحاكمة الجنائية وذلك بممارسة للدعوى المدنية أمام القضاء الجزري إما أن هذه المكانة الثانوية الذي يحتلها الضحية في الدعوى المدنية باعتباره طرف مدني. يجعل السياسة الجنائية قاصرة عن تحقيق هدفها العلاجي وبهذا فإنه يجب أن يتم التساؤل عن ماهي المكانة الحقيقية الفعالة التي يجب أن يحتلها اليوم الضحية في المحاكمة الجنائية:

ومنه فإن وظيفة السياسة الجنائية العلاجية لا يمكن أن تحقق على ارض الواقع خصوصا على مستوى ضحايا الجرائم إلا إذا توجهت نحو إقامة مبادئها بناء على ما سيساهم في اهتمام أكثر باحتياجات الضحايا إذ أن هناك تأثير بالغ الأهمية بالضحايا في إعادة تجديد المسطرة الجنائية والقانون الجنائي الموضوعي سواء على مستوى التجريم أو العقوبة.

ب: مساعدة الضحايا الاحتماليين

إن تحديات الحياة والتطور التكنولوجي اليوم أدى بنا إلى ما يعرف بمجتمع المخاطر « la société du risque » فمفهوم المخاطر يحيلنا إلى المخاطر الناتجة عن الكوارث الطبيعية والتكنولوجية لكن أيضا تلك المخاطر الناتجة عن الأنشطة الخطيرة للإنسان وهذا الأمر يفرض على الدولة أن تحدث مؤسسات منظمة حول المعارف المرتبطة بالمخاطر ، فالיום أصبح كل أفراد المجتمع عبارة عن ضحايا احتماليين ومن ثم فإن السياسة الجنائية يجب أن توجه وظيفتها الوقائية

إلى صياغة مبادئ توجيهية منبثقة من إفرازات مجتمع المخاطر ولعل علاقة الشرطة بتدبير المخاطر يصطدم بعلاقتها مع حماية الحقوق الأساسية للأفراد.

المطلب الثالث: فروع علم السياسة الجنائية.

يمكن وصف السياسة الجنائية بأنها مجموعة من القرارات والوسائل والأساليب التي تسخرها الدولة عبر أجهزتها المختصة وقوانينها الجنائية، والتي من خلالها تتمكن من الوصول إلى أهدافها في توطيد الأمن والاستقرار، وحفظ النظام العام عبر التصدي للجريمة.

وذلك عن طريق نهج سياسة جنائية معقلنة ترمي إلى ترسيخ عدالة جنائية ناجعة، وهو غالباً ما يسعى إليه المشرع الجنائي المعاصر في سبيل تكريس قواعد أساسية تبنى عليها منظومة جنائية معاصرة قائمة على شرعية التجريم والعقاب.

وبالرغم من أن هناك جوانب مختلفة فيما بين المهتمين بموضوع السياسة الجنائية، إلا أن هناك جوانب أخرى مشتركة فيما بينهم تجمع هذه التوجهات، خاصة فيما يتعلق بفروع علم السياسة الجنائية، فروع تتكامل من أجل هدف مشترك وهو كيفية التعامل مع الظاهرة الإجرامية و أساليب مكافحتها و الوقاية منها.

الفرع الاول: تعريف سياسة التجريم :

جاء في معنى الجرم في لسان العرب : الجُرْمُ التَّعْدِيّ والجُرْمُ الذنب والجمع أَجْرَامٌ وجُرُومٌ ، وهو الجَرِيْمَةُ وقد جَرَمَ يَجْرِمُ جَرْمًا واجْتَرَمَ وأَجْرَمَ فهو مُجْرِمٌ وجَرِيْمٌ.

و يقصد بمصطلح التجريم مواجهة موقف إنساني إيجابي أو سلبي (فعل أو امتناع) بعقاب جنائي لتهديده نمط أو شكل أو تنظيم الحياة في مجتمع معين في وقت معين. ”

فالتجريم إذا هو اعتبار فعل ما جريمة بغية رصد جزاء جنائي له ، أي إضفاء الحماية الجنائية على مصلحة معينة تعد من المصالح الإجتماعية ، وتتطوي هذه الأخيرة على المصالح العامة والمصالح الفردية وحماية مصلحة عامة ينطوي على حماية مصالح فردية والعكس صحيح أيضا ، غير أنه حال تعارض المصلحتين تتم حماية المصلحة الجديرة والأولى بالحماية.

وقد شاع مصطلح التجريم مع ازدهار علم الإجرام حيث وقع التمييز لدى "جاروفالو" بين ما يعتبر جريمة طبيعية (جريمة جنائية) و ما يدخل في نطاق التجريم من جرائم مصطنعة ، فيسمى فعل التجريم في هذه الحالة بالتجريم القانوني باعتباره تصرفاً قانونياً من المشرع لفعل أو لموقف لا يشكل في طبيعته الحقيقية أية جريمة جنائية . فهي تخلو في نظر جاروفالو من أي أثر لإدانة خلقية فلا تعتبر إجراماً والعقاب عليها لا يمليه الضمير البشري وإنما تمليه إرادة الدولة. وقد نشر (جاروفالو) دراسة عن (تخفيف العقوبات في جرائم الدم) ثم (دراسات عن العقاب) وثالثة عن (معيار وضعي للعقاب) وقد أودع في الدراسة الأولى ما أصبح فيما بعد مذهباً للمدرسة الوضعية إذ أعلن في وظيفة الجزاء الجنائي هي المنع الخاص، بالإضافة إلي المنع العام فإذا تعارضاً كانت الغلبة للمنح الخاص أما أساس هذا الجزاء ووسيلة تحديده فمعياره هو خطورة الجاني ، ويقترن اسم (جاروفالو) بكتاب (علم الإجرام) وهدف الكتاب هو إقامة العلم الجنائي علي أساس تجريبي.

وإذا كان الغالب في الجريمة الجنائية (الطبيعية) صبغة العالمية فإن التجريم القانوني الذي يصطبغ بصبغة المحلية تمليه الضرورة و المنفعة .

بالنسبة للجزائر فإن المصالح القصوى التي يحميها قانون العقوبات الجزائري بالتجريم

، و يخصها بأقصى العقوبات ، تتمثل في سلامة و استقرار الدولة الواحدة الوطنية و الصحة العمومية للشعب ، و حماية الاقتصاد الوطني ، و الأمن العام، اذ يعاقب بالإعدام على خيانة الدولة أو حمل السلاح ضد ها ، و كل ما يمس بوحدة التراب الوطني ، و كذلك ما يضر بالصحة العمومية إضافة إلى المصالح الماسة بالاقتصاد الوطني كتزوير الأوراق النقدية . أما المصالح المصنفة في المقام الثاني و تحمي هي الأخرى بالتجريم يؤدي انتهاكها إلى عقوبة السجن المؤبد و العقوبة المشددة من بينها الحفاظ على النفس و النسل، و المصالح الدفاعية و الاقتصادية للوطن.

و عليه يتبين لنا ان الحفاظ على استقرار الدولة و أمنها يأتي في المرتبة الأولى فيما

يخص التجريم قبل المصالح الفردية للأشخاص.

إذن من خلال ما سبق يعتبر التجريم هو أقصى مراتب الحماية التي يضيفها التشريع على نوع معين من المصالح التي تهتم المجتمع.

الفرع الثاني: سياسة العقاب

للعقاب في اللغة معان كثيرة ، فقد جاء في مادة عَقَبَ : عقب عقبا و عقوبا ، ..يقال عقب الشيب أي جاء بعد السواد . وجاء في معنى لفظ “عاقب” : عاقب عقابا ومعاقبة بذنبه وعلى ذنبه : أخذه به و اقتص منه ، والاسم العقوبة ، و أعقبت الرجل أي جازيته بخير و عاقبته أي جازيته بشر ، فالعاقبة الجزاء بالخير والعقاب . الجزاء بالشر .

وعلى ذلك فإن لفظ ” العقاب ” وإن كان يدل على الجزاء فإن من المعاني المشتقة من الجذر اللغوي “عقب” هي الشيء الذي يأتي بعد شيء سابق عليه من حيث الوجود ، فالعقاب هو الجزاء الذي يتلوا اعتبار فعل من الأفعال مجرما . كما أن الأساليب العقابية يحكمها ضابط التناسب . وإذا كان الافراد يلتزمون في إطار حياتهم الاجتماعية بالتزامات معينة تجاه بعضهم البعض ، فإن هذه الالتزامات على درجات متفاوتة الأهمية . فمنها ما هو تكميلي مثل التزام كل انسان بأداء ما عليه من دين ، ومنها ما هو أولي يتعلق بها كيان المجتمع ووجوده وهي شروط جوهرية في حياة واستقرار المجتمع تستتبع جزاء أكثر شدة ، ومن هنا نشأ التمييز بين التأثيم القانوني وبين التجريم كصورة خاصة من هذا التأثيم تمثل أقصى درجاته ، فالتأثيم مهمة كل فروع القانون بينما التجريم مهمة فرع خاص هو القانون الجنائي.

يعرف العقاب في الفقه الجنائي المقارن بوجه عام بأنه الجزاء الموضوع للجريمة وهي شديدة الارتباط بحقوق الإنسان وحياته ، فهي تمس حياته في عقوبة الإعدام ، وتمس حريته في التنقل وحقوقه الشخصية في العقوبات السالبة للحرية ، وتمس وضعه المالي و ذمته المالية في عقوبة الغرامة ، لهذا تعددت الاتجاهات الفلسفية التي بحثت أساس مشروعية حق العقاب وكان لكل اتجاه فلسفي مفهومه الخاص النابع من تقديره للأمور .

فالدولة تباشر وظيفتها الجزائية لحماية المصالح الاجتماعية التي تسود المجتمع وتختار الجزاء الأكثر صلاحية والأقرب إلى التعبير عن مدى التقدير لأهمية هذه المصالح فإن قدرت الدولة أن المصلحة تستأهل أقصى مراتب الحماية القانونية عبرت عن ذلك بالعقوبة وتحديد المصالح الجديرة بالحماية الجنائية وفقا لظروف واحتياجات المجتمع وتتأثر بتقاليده ونظامه الاقتصادي والاجتماعي والسياسي.

المبحث الثاني: التطور التاريخي لقواعد التجريم و العقاب في الشرائع القديمة

إن التطور التاريخي لعلم العقاب و بوجه خاص قواعد التجريم و العقاب ، ذو أهمية كبيرة في تأصيل المبادئ و النظريات القانونية المعاصرة ، حيث يعد من أهم المصادر التي استقى منها الفكر القانوني المعاصر نظرياته و آرائه ، كما كان له الدور البارز في إرساء العديد من القواعد و المبادئ ذات القيمة الدستورية ، كانت لها بصمتها في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة .

بالرجوع إلى بعض الحضارات القديمة التي تعاقبت عبر التاريخ ، نجد أنها كانت تمتلك شرائع و مدونات ، تنظم وفق أحكامها قواعد التجريم و العقاب على قدر من الدقة والتقنيات العظيمة ، كان لها الأثر والبصمة البارزتين في إرساء أهم المبادئ ، التي يقوم عليها الفكر القانوني المعاصر.

فقد استكشفت العديد من الكشوفات الأثرية التي تعود لحضارات قديمة ، تدل على تكريس هذه الأخيرة لنظم و تشريعات قانونية جنائية ، وفق قواعد موضوعية و إجرائية دقيقة و مضبوطة .

و لتوضيح المسألة ، سندرس الأصول التاريخية لقواعد التجريم و العقاب في ظل شرائع الحضارات القديمة بعضها و ليس كلها ، من خلال دراسة التجريم و العقاب في ظل الشرائع

الشرقية ، و ذلك بتسليط الضوء على الشريعتين البابلية و الفرعونية من خلال المطلب الأول ثم نتطرق إلى دراسة ذات المسألة في ظل الشرائع الغربية ، و ذلك بتسليط الضوء على الشريعتين اليونانية ، و الرومانية من خلال المطلب الثاني .

المطلب الأول: تاريخ قواعد التجريم و العقاب في الشرائع الشرقية

في إطار تتبع التطور التاريخي لقواعد التجريم و العقاب ، و الوقوف على فلسفتها لدى الحضارات الشرقية القديمة ، و ماتضمنته شرائعها و مدوناتها القانونية ، وتحديدًا في المرحلة اللاحقة على نشوء ما يسمى بمؤسسة الدولة ، وذلك بدراسة هذا التطور سواء من حيث شكل هذه القواعد ، أو من حيث مصدرها ، أو حتى من حيث الغاية المنشودة من إقرارها ، من خلال التعرض لأهم النظم القانونية ذات الصلة ، و التي كانت لها الأهمية البالغة و الأثر البارز في الفكر القانوني المعاصر.

و لتوضيح المسألة ، سندرس المسار التاريخي لقواعد التجريم و العقاب المكرسة بموجب شرائع أعظم و أعرق الحضارات ، و هنا نسلط الضوء على شرائع حضارتين اثنتين و هما شريعة بابل التي تعود لحضارة بلاد الرافدين ، من خلال الفرع الأول . ثم نتطرق إلى دراسة تاريخ التجريم و العقاب في شرائع مصر الفرعونية التي تعود إلى الحضارة الفرعونية القائمة في حوض النيل ، من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول : تاريخ قواعد التجريم و العقاب في شريعة الحضارة البابلية:

نشأت الحضارة البابلية في وقت مزامن لحضارة مصر الفرعونية ، و المقصود هنا بالشريعة البابلية ، هو ذلك المزيج من مجموعة النظم القانونية التي ظهرت في أزمنة مختلفة لدى الحضارات التي قامت على ضفاف دجلة و الفرات، وهي الحضارة السومرية الأكادية ، البابلية ، العيلامية ، و الآشورية ، و لعل أشهر الشرائع التي ظهرت في ظل هذه الحضارات ، هو تشريع حمورابي الذي يعد خاتمة هذه الشرائع و عصارة فكرها القانوني.

و بصدد دراسة تاريخ التجريم و العقاب في الشريعة البابلية ، سنعتمد على تشريع حمورابي باعتباره أشهر نموذج قانوني في تلك الحقبة و ذلك من عدة جوانب ، نوضحها وفق التفصيل الآتي :

_ 1 من حيث الشكل :

انطلاقًا من الصراع القائم بين السلطة الزمنية و السلطة الدينية و الذي كان معاصرًا لمرحلة ظهور مؤسسة الدولة ، و انتهى في عهد حمورابي تجردت قواعد التجريم و العقاب من الشكل الديني التقليدي نتيجة انفصال السلطتين المنوه عنهم .

و تجدر الإشارة في هذا الصدد ، أن قواعد التجريم و العقاب أضحت مدونة في هذا العهد و يرجع ذلك لظهور الكتابة في تقنيات الحضارات السابقة على عهد حمورابي نذكر منها: مدونة أورنامو ، و مدونة إشنونا ، علما أنه تم الإبقاء على القواعد العرفية كمصدر ثانوي ، يتم الاستعانة بها في حالات استثنائية .

_ 2 من حيث المصدر :

نظرا للقصور الذي كان يشوب القواعد العرفية في تأمين الحماية اللازمة للقيم و المصالح الاجتماعية ، و معالجة القضايا التي تطرح في مختلف مجالات الحياة في تلك الحقبة ، فقد ظهر التشريع في الحضارة البابلية ، لسد الثغرات التي تخللت هذه القواعد العرفية . و الكلام هنا بصدد تشريع حمورابي ، الذي تميز هو الآخر ببعض القصور فيما يخص قواعد التجريم و العقاب ، التي كانت قليلة بالمقارنة مع صور الاعتداء و الأفعال الجرمية ، التي كانت متفشية بحيث تعالج نماذج سلوكية إجرامية محددة على سبيل الحصر آنذاك ، مما يتحتم مع هذا القصور الإحالة على القواعد العرفية ، في حال قصور المعالجة التشريعية.

_ 3 من حيث الغاية و الهدف :

انطلاقا من القسوة التي كانت تتسم بها العقوبات المقررة بموجب التشريع الجنائي المكرس في الحضارة البابلية بصفة عامة ، و في تشريع حمورابي على وجه الخصوص فيمكن القول ، أن الغاية المنشودة من توقيع مثل تلك العقوبات ، هو تحقيق الردع بنوعيه على النحو المطلوب ، و تحقيق الضبط الاجتماعي الذي من شأنه أن يكفل الحفاظ على استقرار النظام العام للحياة و الحد من شتى أنواع الاعتداء.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد ، إلى أن تلك العقوبات المقررة لم تكن متناسبة مع حجم الخطورة الإجرامية التي يطرحها الاعتداء ، حيث تتسم العقوبات المقررة بمقتضى ذلك التشريع ، و خاصة البدنية بالقسوة البالغة ، نذكر كمثال على ذلك : عقوبة الإعدام مثلا

كانت تطبق على جرائم هتك العرض ، سوء استخدام الوظيفة، إهمال الزوجة لشؤون بيتها فتح كاهن أو كاهنة لخمارة ... إلخ ، و كانت عقوبة الإعدام آنذاك

تطبق إما بالشنق أو بالحرق ، ناهيك عن عقوبات بدنية أخرى ، نذكر منها : قطع اليد أو اللسان ، سمل العين... إلخ .

و بمعنى آخر، أن التشريع الجنائي لحمورابي ، كان يخلو من مبدأ التناسب بين الجريمة العقوبة ، حيث أن شدة و قسوة العقوبة تفوق بكثير الخطورة الإجرامية التي تنطوي عليها الجريمة المرتكبة . كما تجدر الإشارة في هذا الصدد أيضا ، أن التشريع الجنائي البابلي لم يعف فئة الأطفال من توقيع العقوبات القاسية على الرغم من صغر سنهم ، و نذكر كمثال على ذلك أن الطفل الذي يعاقب بفصله عن والديه مثلا و عرضه للتبني من طرف عائلة أخرى فهنا يقف أمام خيارين لا ثالث لهما ،إنما أن يقبل بهذه العقوبة و ينفذها ، وإما أن يعاقب بسمل العين في حالة الرفض .

و بالنتيجة ، فالقول بأن تشريع حمورابي في تقريره للعقوبات الجزائية يعتد بالقصد الجنائي ، و تطبيق الظروف المشددة و المخففة للعقوبة ، و الذي يعتبر تطورا و قفزة نوعية القانون، فهي على العكس تماما مع ما هو مقرر بالنسبة للعقوبات البدنية ، التي تعد أصلية في هذا التشريع ، و التي تنطوي على قسوة شديدة .

الفرع الثاني : تاريخ قواعد التجريم و العقاب في التشريع الجنائي الفرعوني:

و الكلام هنا ، على حضارة مصر القديمة ، أو كما يسميها البعض بالحضارة الفرعونية التي ظهرت على ضفاف نهر النيل ، و التي تعد من أهم الحضارات التي تركت بصمتها في تاريخ البشرية .

و نسلط الضوء في هذا الصدد ، على النظم القانونية ، و تحديدا ذات الصلة بقواعد التجريم و العقاب المستقرة في هذه الحضارة ، و التي استقت مصدرها وأصلها و فلسفتها من مجموعة من العوامل الجيولوجية ،الجغرافية ،الاقتصادية ،و الاجتماعية لتلك المنطقة.

و لقد كان ظهور أول التقنيات في حضارة مصر القديمة ، كان خلال حكم الأسرات و تحديدا بتوحيد شمال المنطقة و جنوبها ، على يد الملك مينا سنة قبل الميلاد 3200.

و بصدد دراسة تاريخ التجريم و العقاب في التشريع الجنائي الفرعوني، سنعمد إلى دراستها في تلك الحقبة من عدة جوانب ، نوضحها وفق التفصيل الآتي :

_ 1 من حيث الشكل :

إن الشكل الرئيسي و الرسمي للتقنيات و التشريعات ، التي كان يسنها الملوك آنذاك هو الكتابة ، أي أن القواعد القانونية على العموم ، و قواعد التجريم و العقاب على الخصوص أصبحت مكتوبة و ليست عرفية.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد ، إلى أن المشرع الفرعوني في تقريره لقواعد بالتجريم و العقاب وسع من نطاقه ، ليشمل كافة أشكال الاعتداء على مختلف القيم و المصالح خلافا لما كان سائدا في التشريع البابلي ، الذي حصر نطاق التجريم و العقاب فقط بالنسبة للأفعال المهددة للمصالح الأساسية للمجتمع.

ضف إلى ذلك ، فإن المشرع الفرعوني في تلك الحقبة لا يعتد بالقواعد العرفية و لا تأخذ أي حيز في التطبيق ، و لو على سبيل الاستثناء ، و هو ما جعل التشريع الجنائي الفرعوني المصدر الأول التاريخي لمبدأ الشرعية الجنائية (شرعية الجرائم و العقوبات) .

_ 2 من حيث المصدر :

خلافا للتشريع البابلي و تحديدا تشريع حمورابي ، الذي كانت قواعد التجريم و العقاب لديه مجردة تماما من الشكل الديني التقليدي ، نتيجة انفصال السلطة الزمنية عن السلطة الدينية ، فإن التشريع الجنائي الفرعوني متأثر بالمبادئ الدينية و القواعد الأخلاقية.

فقد كان هذا التشريع قائم على أساس العقيدة الدينية ، حيث كان يعتبر الجريمة بمثابة خطيئة دينية ، فمثلا : كان يعاقب على الاعتداء على المعابد بالإعدام ، و توقع نفس العقوبة على من يرتكب خطأ طبييا فادحا ، باعتبار أن العلوم الطبية آنذاك تعد من قبيل العلوم الدينية ، و نفس العقوبة توقع على كل من يعتدي على المقدسات في نظر الدين.

ضف إلى ذلك ، فكما سبق القول فقد ارتبط التجريم و العقاب لدى الحضارة المصرية القديمة بالمبادئ الأخلاقية ، أي يغلب عليه الطابع الأخلاقي ، نذكر

كمثال على ذلك : عقاب المحكوم عليه بتهمة ترك الخدمة العسكرية ، بالتجريد من الرتبة العسكرية و الحرمان من الالتحاق بفوالق الجيش ، و هي العقوبة التي من شأنها أن تجعله محل استنكار و احتقار أمام المجتمع ، الذي ينظر للخدمة العسكرية نظرة تقدير و إكبار، و هنا يتجلى الطابع الأخلاقي للعقوبة.

و بالنتيجة ، فإن ما يفسر كثرة اللجوء لتطبيق عقوبة الإعدام على أي اعتداء يمس المقدسات ، هو الطابع الديني والأخلاقي ، الذي كان يطغى على التجريم و العقاب في القانون الجنائي الفرعوني ، و لعل الفرق بينه و بين التشريع البابلي يكمن في الشدة و القسوة التي تنفذ بها عقوبة الإعدام .

إلا أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد ، أن عقوبة الإعدام في الفترة الأخيرة من تاريخ التشريع المصري الفرعوني ، شهدت تراجعاً ملحوظاً لتحل محلها بدائل أخرى ، تتمثل في العقوبة السالبة للحرية (السجن) ، و عقوبات مدنية و مالية (الغرامات المالية) ، و كذا العقوبات التأديبية .

_ 3 من حيث الغاية و الهدف :

لقد كان النظام الحكم السائد في الحضارة الفرعونية المستقرة في تلك الحقبة ، نظاماً مركزياً ، قائم على درجة كبيرة من الدقة و التنظيم ، التي تضمن الاستقرار و الانتظام و الذي تجتمع فيه كافة السلطات في الفرعون ، باعتباره على حد الفكر المستقر آنذاك هو المالك الوحيد للأرض ، و الرئيس الديني، و القائد الأعلى للجيش، و الناطق بالقانون و المفسر لقواعده و المطبق لها .

و انطلاقاً من الاعتقاد الديني المصري القديم، القائم على أن سلطات الفرعون قائمة بالدرجة الأولى على الأسس الدينية ، و الاعتقاد السائد بأن السلطات اللامحدودة و الملكية و الثروة تعتمد على هيئة الفرعون ، فقد تم استخدام قواعد التجريم و العقاب بهدف تدعيم هذه السلطات ، و تأمين الحماية اللازمة لهذه الملكية و الثروة للفرعون.

المطلب الثاني: تاريخ قواعد التجريم و العقاب في الشرائع الغربية

في إطار المسار التاريخي لقواعد التجريم و العقاب ، و الوقوف على فلسفتها لدى الحضارات الغربية القديمة ، وما تضمنته شرائعها و مدوناتها القانونية ، وتحديدًا في المرحلة

اللاحقة على نشوء الدولة مثلها مثل الشرائع الشرقية ، و ذلك من خلال التعرض لأهم النظم القانونية ذات الصلة ، و التي كانت لها الأهمية البالغة و البصمة البارز في الفكر القانوني المعاصر ، لاسيما و أن قواعد التجريم و العقاب المكرسة في الشرائع ، تعد المصدر التاريخي لأغلب التشريعات اللاتينية.

و لتوضيح المسألة ، سندرس التطور التاريخي لقواعد التجريم و العقاب وفقا لهذه الشرائع ، و ذلك بتسليط الضوء على شرائع حضارتين إثنين ، و هما : الحضارة اليونانية من خلال المقام الأول . ثم التطرق إلى دراسة تاريخ التجريم و العقاب في تشريع الحضارة الرومانية ، من خلال المقام الثاني .

الفرع الأول : تاريخ التجريم و العقاب في تشريع الحضارة اليونانية:

لقد كان للديموقراطية التي كانت سائدة في بلاد اليونان ، الأثر البارز في ازدهار فلسفة القانون ، و الأهمية البالغة في إرساء أهم المبادئ و الأسس ، التي يركز عليها التجريم و العقاب في الفكر القانوني اليوناني.

و في هذا الصدد ، سنسلط الضوء على أشهر مدونتين قانونيتين في التاريخ القانوني للحضارة اليونانية ، و ذلك وفق التفصيل الآتي :

_ 1مدونة دراكون :

ظهرت هذه المدونة في الفترة الأخيرة من تاريخ الحضارة اليونانية ، و قد كان ظهورها معاصرا للفترة التي عانت فيها أثينا من ظروف مزرية نذكر منها الفوضى السائدة آنذاك ، و الاستغلال ، و الظلم الاجتماعي ، و عدم المساواة بين جميع شرائح المجتمع و الذي برز بشكل أوضح في استيلاء الأقلية الأرستقراطية على جميع السلطات و احتكارها لمناصب الحكم ، و التشريع ، و القضاء ، و الاسترقاق، و غيرها من أشكال الظلم التي كانت سببا في قيام ثورة إصلاحية بقيادة دراكون .

و لعل أهم ما يميز قواعد مدونة دراكون ، هو الدقة و الوضوح ، كما أنها تقوم على أساس الفصل بين القانون و الدين ، كما تتسم العقوبات المقررة بموجبها بالقسوة البالغة نذكر كمثال عنها : الكي بالنار ، النفي ، الإعدام لإجبار الأثرياء على العزوف عن الانتقام الحرمان من الحقوق السياسية ، اللجوء إلى سلطة القانون ، و للإشارة هنا فإنه كان يعتد بالقصد الجنائي في توقيع تلك العقوبات لإمكانية تطبيق الظروف المخففة.

_ 2مدونة صولون: صدرت مدونة صولون في إطار إستكمال حركة الإصلاح التي بدأها دراكون ، و أهم ما ميز هذه المدونة القانونية ، أنها كانت مصاغة وفق نصوص واضحة ، و دقيقة ، مكتوبة في ملفات ، أو منشورات خشبية موزعة على الساحات العامة.

و من بين أهم ما تم إقراره بمقتضى التشريع الجنائي لصولون ، في إطار تدعيم مسيرة الإصلاح و التطور التي بدأها دراكون ، منح عامة المجتمع الحقوق السياسية و القضاء على الطبقية ، و منع إحتكار الطبقات الأرستقراطية على للسلطة و المناصب ، القضاء ظاهرة الإسترقاق بسبب الدين . ضف إلى ذلك ، إلغاء جميع الديون بغض النظر عما إذا كانت قائمة لصالح الدولة أو الأفراد ، إلغاء قاعدة التنفيذ على جسد المدين كما كان سائدا في التشريع الجنائي الفرعوني .

و جدير بالذكر في هذا الصدد ، أن هذه القواعد غلب عليها أيضا الطابع الأخلاقي في التجريم و العقاب ، نذكر كمثال على ذلك : تجريم الكذب ، إقرار الحق لكل مواطن في مقاضاة كل شخص يكتشف أنه قد ارتكب جريمة ... إلخ.

و الملاحظ هنا ، أن العقوبات المقررة بمقتضى التشريع الجنائي لصولون لا ينطوي على القسوة البالغة التي تتسم بها مدونة دراكون ، فمثلا بالنسبة لعقوبة الإعدام تم إحلال بدائل عقابية محلها ، كالنفي الإختياري ، و مصادرة الأملاك ، و هنا يتجلى الفرق بين التشريع الجنائي اليوناني بوجه عام ، و تشريع صولون بوجه خاص ، و بين التشريع

الجنائي الفرعوني الذي تميز بقسوة العقوبات المقررة بموجبه، نظرا لإرتباط التجريم و العقاب لديه بالعقيدة و السلطة الدينية، خلافا لما هو مكرس في الفكر الجنائي اليوناني .

الفرع الثاني : تاريخ التجريم و العقاب في تشريع الحضارة الرومانية:

يعد القانون الروماني ، من أهم التشريعات الغربية القديمة التي كانت لها البصمة البارزة حتى في التشريعات المعاصرة ، نظرا لما تميز به من دقة في الصياغة القانونية للقواعد القانونية ، و التي يرجع الفضل في إرسائها إلى الفقه القانوني الروماني ، الذي كان له الدور الجوهري في إرساء أسس القانون و أهم النظريات القانونية .

و لعل أهم المدونات القانونية و القوانين التي اشتهرت بها الحضارة الرومانية هو قانون الألواح الإثني عشر (12) ، و الذي يعد بمثابة مرحلة إنتقالية من القواعد العرفية، و المبادئ الدينية ، التقاليد غير المدونة ، إلى مرحلة القواعد القانونية المكتوبة و القانون ذو الطابع المدني .

أما بالنسبة للقواعد المتعلقة بالتجريم و العقاب، فقد ورد التنصيص عليها في قانون الألواح الخمسة (05) الأخيرة من الألواح الإثني عشر (12) . و للإشارة هنا ، فإن في تنظيم أحكام التجريم و العقاب بمقتضى هذا القانون قد تم تقسيم الجرائم إلى صنفين:

_ الجرائم العامة : و التي تنطوي على مساس بالمصلحة العامة ، و هي مصلحة المجتمع كالخيانة العظمى ، و ممارسة الشعوذة ، القتل ، الهروب من الخدمة العسكرية.

_ الجرائم الخاصة : و هي التي تمس بالمصلحة الخاصة ، أي مصلحة الفرد ، كجريمة السرقة مثلا ، و قد فصل هذا القانون في أحكامها ، حيث ميز بين جريمة السرقة المتلبس بها أي ضبط الجاني في حالة التلبس ، و بين ما إذا تم ارتكابها بالعنف ، أو تحت طائلة التهديد ، أو تم ارتكابها ليلا ، و تبعا لذلك تقرر العقوبات التي توقع على المجرم أي توقيع العقوبة مع الأخذ بعين الاعتبار الظرف الذي ارتكبت فيه الجريمة ، و بناء على ذلك أيضا يتم تطبيق الظروف المخففة أو المشددة للعقوبة .

و من بين العقوبات التي أقرها المشرع الروماني في جريمة السرقة ، أن يصبح الجاني عبدا للمجني عليه إذا ما تم ضبطه في حالة تلبس ، أما في الأحوال

العادية فيعاقب السارق بعقوبة الغرامة المالية ، و ذلك بأن يلتزم بدفع ضعف قيمة الشيء محل جريمة السرقة .

و بالنتيجة ، فإن المعيار المعتمد في تصنيف الجرائم ، هو طبيعة المصلحة المعتدى عليها ، و التي تقع محلا للحماية القانونية ، بين ما إذا ما كانت مصلحة عامة أو خاصة.

و قد طرأت على التشريع الجنائي الروماني عدة تعديلات تم من خلالها توسيع نطاق التجريم و العقاب ، و ذلك بإضفاء الصفة التجريمية على نماذج سلوكية جديدة ، و تقرير عقوبات لها في المقابل ، و من أمثلة هذه الجرائم : جريمة قطع الأشجار ، انتهاك حرمة المساكن ، الغش و الاحتيال بحماية العقود الرضائية . بالإضافة إلى إخراج بعض السلوكيات التي تعد من قبيل الجرائم الخاصة و إدخالها في نطاق الجرائم العامة ، مثل : جريمة السرقة باستعمال السلاح ، سرقة الأشياء المقدسة .

المبحث الثالث: الإطار الفكري للسياسة الجنائية.

تعتبر السياسة الجنائية عصب القانوني لكل دولة لدى تحاول هاته الأخيرة صياغة هذه السياسة من خلال الاعتماد على الشريعة الإسلامية *المطلب الأول * إضافة إلى الأسس الفكرية المنظرية في هذا الميدان وخاصة المدارس التقليدية و الوضعية * المطلب الثاني.

المطلب الأول : السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية

أثبت الواقع العملي في البلاد الإسلامية أن تفعيل السياسة الجنائية الشرعية من أهم أسباب تقليل، ومكافحة الجريمة، وفاعليها في المجتمع الإسلامي.

و الحقيقة أن مصطلح السياسة الجنائية لم يستعمله أحد من الفقهاء بل كانوا يستعملون مصطلحا آخر و هو مصطلح السياسة الشرعية، والذي يمكن أن يكون في أحد معانيه معنى السياسة الجنائية، و هو ما يطلق عليه بعض الفقهاء: بـ (الشرع مغلظ) أو (تغليظ العقوبات) .

لذلك فإن التشريع الإسلامي بما يحتويه من مبادئ سامية يحقق التوازن بين التدابير الوقائية -الفقرة الأولى- و التدابير الجزية - الفقرة الثانية - و يفسح

المجال للقيم التربوية و الحوافز المعنوية لان تحتل دورها المتميز للحد من الجريمة و الوقاية منها وإصلاح المجرمين و إعادتهم إلى المجتمع و ذلك في ظل سياسة جنائية متكاملة.

الفقرة الأولى : سياسة الوقاية و المكافحة.

اذا كانت الوقاية خير من العلاج كما يقال في حقل الصحة البدنية , فإنها أجدر أن تكون في حقل السلوك و العمل للأفراد و الجماعات وصحة العلاقات المتكاثرة فيما بينهم وصحة الحياة الاجتماعية بصفة عامة , وهذا ما يفسر توافر إلحاح الشريعة الغراء على وسائل الوقاية , بل مساحة كبرى من نصوصها و تعاليمها هي مخصصة للعمل الوقائي و في هذا برهان قوي على عظمة الشريعة الإسلامية و تفوقها في التشريع الجنائي.

وهكذا فقد نشأت في الشريعة الإسلامية الكثير من الأنظمة نشأت عنها مؤسسات تكون الميدان لترويض النفوس و تطبيع علاقاتها بحياة المجتمع و نظامه , فمؤسسة الأسرة في ظل نظام الزواج حين تبنى على أسسها الإسلامية , ويلتزم فيها بالأوضاع التي فرضتها الشريعة الإسلامية فإنها تكون مؤسسة دينية لها في الوقاية من الانحراف الدور الأول و الأساسي , ومؤسسة السجد في ظل نظام الصلاة هي مؤسسة عظيمة الفعالية في عملية الوقاية فمن أهدافه التواصل المستمر مع فئات المصلين الأخيار و الاحتكاك معهم و التأثير بخصالهم و مزاياهم.

وفي مجال الانحراف , نظمت الشريعة الإسلامية أنجع الوسائل و أكثر الأجهزة حزما و فعالية لحماية مجتمعاتها و توفير الأمن لهم , وهكذا انشأت في حظيرتها نظم قضائية بالمعنى الأعم للقضاء و متشعبة الاختصاص, ومن هذه الأنظمة ولاية القضاء بمعناه الخاص وولاية المظالم وولاية الحسبة وولاية الشرطة وهي داخلة في سلط الخلافة أو الإمامة العظمى.

فولاية المظالم: مؤسسة دينية ذات شان مهم, وتتبلور فيها بشكل قوي معنى المكافحة, لأنها تتصدى بصفة خاصة لمقاومة ما يمارس من الانحراف على صعيد رجال السلطة.

أما ولاية الحسبة فهي مؤسسة دينية مثلت على مدار التاريخ الإسلامي نشاطا ايجابيا و فعالية كبيرة في مقاومة الانحراف و ملاحقة المجرمين.

و ولاية الشرطة فقد ظهرت في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ويقول عنها ابن خلدون في المقدمة * أنها وظيفة دينية كانت من الوظائف الشرعية توسع النظر فيها عن أحكام القضاة قليلا*

وقد قسم الفقهاء الشرطة الى ثلاث مراتب : الكبرى و الوسطى الصغرى و أقاموا هذا التقسيم على مقتضى الصلاحيات , فالكبرى تنظر في الجنايات و إقامة الحدود على من وجبت إقامتها عليه , و للوسطى مباشرة هذه الإقامة للحدود و مباشرة إقامة التعازير و التاديبات , و لصغرى إعانة الحكام و أصحاب الدواوين فيما يريدونه من إلقاء القبض على المذنبين و المنحرفين و إحضارهم للعقاب.

الفقرة الثانية : سياسة التجريم و العقاب:

اختلفت أهداف العقوبة باختلاف الفلسفات و القيم التي سادت في المجتمعات كما أن ترتيب هذه الأهداف و إعطاء الأولوية لهدف منها دون الأخر تعرض أيضا لتطور ملحوظ.

أما في الشريعة الإسلامية فإن أهداف العقوبة ظلت كما هي منذ نزول الشريعة, غير أن هذه الأهداف تختلف باختلاف نوع العقوبة.

و يعرف فقهاء الشريعة الأقدمون العقوبات بأنها موانع قبل الفعل زواج بعده و هذا التعريف يجمع بين هدفي الردع العام و الخاص , ويتعين حتى تكون العقوبة مشروعة أن تتوافر فيها خصائص ثلاث هي:

جرائم الحدود : وهي كما يعرفها الفقهاء المسلمون محظورات شرعية زجر الله عنها بعقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى , وقد اختلف الفقهاء في تعدادها , فبعضهم يجعلها سبع جرائم هي : السرقة و الحراة و الزنا , القذف , و شرب الخمر و الردة و البغي , وبعضهم يجعلها ستة جرائم مستثنيا منها البغي , و آخرون يقصرونها على الجرائم الأربع الأولى فحسب و يعتبرون شرب الخمر و الردة جريمتين تعزيريتين.

أما جرائم القصاص : وهي التي تقع على اعتداء على النفس و تشمل جرائم القتل و الجرح و الضرب , و القصاص عقوبة محددة في القران و السنة و هي مقررة لولي الدم إن شاء أخذ به فهذا حقه و إن شاء أخذ الدية و إن شاء عفا

• جرائم التعازير و تشمل كل معصية لم تقرر لها عقوبة محددة في القرآن و السنة , و عرف بعض الفقهاء المسلمين العقوبة التعزيرية بأنها عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله تعالى او لأدمي عن كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة.

• و يكون للردع العم الأولوية في عقوبات الحدود و القصاص لذلك حرصت الشريعة على ان يتم تنفيذ هذه العقوبات علانية و يرى الفقهاء أن علة التنفيذ العقابي هي منع الكافة من ارتكاب الجرائم

أما بالنسبة للعقوبات التعزيرية فالإجماع على أن التأديب و التهذيب هو الهدف الأساسي لها , فالأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب , وبخصوص قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فانه لم يرد في الكتاب أو السنة نص بلفظه يقرر الاخذ بهذه القاعدة , غير أنها تستنتج بوضوح من بعض الآيات القران الكريم منه قوله تعالى ** مَّنْ اهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزُرُ وَاذْرَةً وَزُرَّ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ** الآية 15 سورة الاسراء و قوله ** رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِنَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا ** سورة النساء الآية 165.

و تفيد هذه الآيات أن استحقاق العقاب في الشريعة الإسلامية توقف على سبق الإنذار به , واستخرج الفقهاء منها قاعدتين أصوليتين تفيدان مضمون قاعدة لا جريمة و لا العقوبة إلا بنص و هما قاعدة لا تكليف قبل ورود الشرع وقاعدة ** أن الأصل في الأشياء الإباحة * , وقد طبق مضمون قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص * تطبيقا دقيقا في جرائم الحدود القصاص , أما جرائم التعازير فتوجد مرونة كبيرة في تطبيق القاعدة حتى يمكن مواجهة ما يطرأ من تغيير في المجتمعات الإسلامية.

المطلب الثاني : السياسة الجنائية في المذاهب الفكرية.

إن البحث في الأساس الفكري لكل سياسة جنائية يضعنا أمام العديد من التساؤلات والافتراضات تصب من أساس حق الدولة في العقاب وفي صياغة قوانينها الجنائية، أو بتعبير أعم في صياغة سياستها الجنائية. وقد اختلفت مذاهب السياسة

الجنائية في هذا الأساس بين مذاهب تقليدية لها تبريراتها (الفقرة الأولى)، ومذاهب وضعية لها بدورها أساس اعتمدت عليه في تبرير مبادئها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مظهرات السياسة الجنائية في المذاهب التقليدية:

1 مدرسة السياسة الجنائية التقليدية

أمام الوحشة التي كان عليها النظام الجنائي في العالم الغربي في القرن 18 والقسوة والحكم المطلق والتعسف الذي لا مبرر له، بحيث كانت للقضاة سلطة لا ضوابط لها تطغى عليها رغباتهم وأهوائهم، وكانت المساواة بين المواطنين مفقودة والتناسب بين شدة العقوبة وجسامة الجرم معدومة، وتعسف القضاة قد تجاوز الحدود وساد الهوى وصار قانون العصر، ظهرت المدرسة التقليدية للحد من هذا التعسف.

وقد صور مؤسس المدرسة التقليدية بكاريا- الذي نشر كتابه "الجرائم والعقوبات" سنة 1764، - الوضع السائد حينئذ بقوله: "من الذي حين يقرأ التاريخ لا ترتعد فرائصه من هول التعذيبات المتبربرة التي ابتدعها أناس يعدون أنفسهم حكماء ونفذوها بأعصاب هادئة، إن هذا الإسراف غير النافع في التعذيب لم يؤد أبداً إلى إصلاح البشرية.

أمام هذا الوضع الوحشي والقاصي للنظام الجنائي السائد، تعالت أصوات كبار الفلاسفة والمفكرين متأثرين في ذلك بالنهضة الفكرية مثل جون جاك روسو ومونتسكيو لتنادي بتغيير السياسة الجنائية السائدة وهو ما حدث بالفعل منذ أواخر القرن 18، وكان ذلك على يد مؤسس المدرسة التقليدية بكاريا صاحب كتاب "الجرائم والعقوبات" التي تضمن أفكاراً تهدف لإصلاح المنظومة الجنائية ونادي بالحيلولة دون تحكم القضاة وتعسفهم عن طريق سلبهم سلطة فرض العقوبات وطالب بإسنادها إلى جهات تشريعية حيث يصبح دور القاضي هو تنفيذ القانون فقط وتطبيق العقوبات المتضمنة فيه دون أي اجتهاد، ويعد بكاريا أول من نادى بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا نص الذي كان له مكانة عظيمة في السياسة الجنائية المعاصرة كما نادى بإلغاء عقوبة الإعدام.

وتتلخص المراجع الفكرية لفكر بكاريا في نظرية العقد الاجتماعي لجون جاك روسو التي تتلخص في التسليم بوجود المجتمع بادئ الأمر، وأن السلطة الحاكمة

ليست إلا ممثلة له تتغير في الوقت الذي يشاء فيه المجتمع، فطالب بتحديد مسبق للجرائم والعقوبات من قبل المشرع باعتباره معبرا عن الإرادة العامة و هذا هو أساس الدولة التي قال بها "روسو" في كتاب العقد الاجتماعي وغيره، وأساس حقها في العقاب ويقوم القاضي بتطبيقها دون تعديل أخذا بمبدأ فصل السلط الذي نادى به مونتسكيو في كتاب "روح القوانين 1748" ، وما تملك هذه السلطة من حق العقاب يقوم على ما تنازل عنه أفراد المجتمع لهذه السلطة من حقوقهم في الدفاع عن أنفسهم، وكذا الفلسفة الأخلاقية، والمنفعة الاجتماعية التي تتحقق باستتباب الأمن واستقرار الحياة عن طريق العقاب الرادع الذي يقضي إلى الكف عن الجريمة ، وقد نادى بنتام الذي هو أحد أقطاب المدرسة نظرية حساب اللذات التي تعني أن العقاب لا يكون رادعا ونافعا إلا إذا كانت بشدة الألم في العقوبة أكبر اللذة التي تعود على الجانب بفعل الجريمة، وقد تبنا هذه النظرية كل بكاريا وفويورباخ. ويرى أن العقوبة إذ يتحملها الجاني وحده فذلك بناء على مسؤوليته الأخلاقية، بالنظر لما يتمتع به الإنسان بصفة عامة من حرية الاختيار، وبالتالي رفض أن تصيب أهله.

وأن تحديد العقوبة يتم بالنظر إلى الجريمة وضررها لا إلى الجاني، وإن تحققت المنفعة للمجتمع بمنعه في المستقبل ومنع غيره من الإجرام أي ردع خاص وردع عام، لكن ناهض العقوبات القاسية خاصة الإعدام.

وقد كان للأفكار التي أتت بها المدرسة التقليدية أثر بالغ في ظهور مبادئ ومطالب إصلاحية في منظومة السياسة الجنائية تمثلت في الكف عن وحشية العقاب الذي ينافي إنسانية الإنسان ، وجعل المسؤولية الجنائية شخصية ومبنية على حرية الاختيار، وظهور مبدأ عرف له مكانة دولية ألا وهو مبدأ الشرعية من أجل الحد من سلطة القضاء المطلقة، وجعل العقوبة متناسبة مع الضرر الذي أحدثته الجريمة حتى يتحقق أهدافها المتمثلة في تحقيق الردع العام والخاص.

وقد كان لقوة مبدأ شرعية التجريم والعقاب الذي نادى به "بيكاريا" وقعا خاصا، إذ أخذت به الثورة الفرنسية وتضمنه إعلان حقوق الإنسان والمواطن كما نص عليه قانون نابليون.

وعلى الرغم من مزايا أفكار المدرسة التقليدية إلا أنها أخذت عليها عيوب كثيرة كإفراطها في التجريد بحيث حصرت اهتمامها في الجريمة دون شخصية المجرم وظروف ودوافع ارتكاب الجريمة ، وكذا اعتبارها حرية الاختيار مطلقة ومتساوية لدى جميع الأفراد مع العلم أن الأشخاص يتفاوتون في دوافعهم وقوة الإدراك لديهم.

ومهما يكن من انتقادات فإن أفكار هذه المدرسة كان لها دور جد هام وتمظهرات على عدة مستويات في السياسة الجنائية المعاصرة إذ أخذ مكانة مرموقة فيها، خاصتا بعد التعديلات أدخلت عليها مع المدرسة التقليدية الجديدة .

2المدرسة التقليدية الجديدة:

مع نهاية القرن 18 وبداية قرن 19 و أمام النقص الذي عرفته أفكار المدرسة التقليدية ظهرت المدرسة التقليدية الجديدة لسد هذا النقص والإتيان بأفكار جديدة و من أنصارها "سالي" " روسي" "كارصون" "كارو" (فرنسا) ومن إيطاليا " كرارا" وغيرهم ، وعليه فإن السياسة الجنائية الجديدة في شقها العقابي تعد بلا شك امتدادا للمبادئ التي قامت عليها المدرسة التقليدية القديمة، وعلى وجه الخصوص مبدأ حرية الاختيار ومبدأ العقد الاجتماعي. إلا أن هذه المبادئ جاءت في صيغة جديدة تفاديا للعيوب والنقص الذي تعرضت له.

لكن ما هي يا ترى إضافات المدرسة التقليدية الجديدة من أجل تطوير السياسة الجنائية المعاصرة ؟

صحيح أن هذه المدرسة احتفظت بالأفكار التي جاءت بها المدرسة التقليدية، ففي مجال حرية الاختيار فإن هذه المدرسة اعترفت بها إلا أنها غير متساوية عند الناس لأن الحرية درجات تختلف باختلاف الأشخاص، وبناءا على ذلك فإن المسؤولية تكتمل إذا تمتع الجاني بحرية اختيار كاملة و تنقص بقدر نقص الحرية. وتفاوت حرية الاختيار يقابله المتفاوت في شدة العقوبة تبعا لمقدار حرية الاختيار تحقيقا للتناسب المطلوب لإقامة العدالة الجنائية.

اذن حاولت هذه المدرسة الجمع بين نفعية العقاب حسب المدرسة التقليدية وأساس العدالة الذي نادى به "كانط" أي العقاب إرضاء "للعدالة" حسب "كانط"، كما حاول إدخال بعض الواقعية والنسبية على مبدأ حرية الاختيار الذي أكدت عليه

المدرسة التقليدية وبالتالي رفضت الإطلاق والتجريد وتعترف بوجود مؤثرات وعوامل قد تقوى وتضعف حرية الاختيار. وتبعاً لذلك ترى أن تتدرج المسؤولية الجنائية والجزاء الجنائي، وتعد هذه النسبية أهم إيجابيات هذه المدرسة بإيجادها مرحلة وسطى بين انعدام وكمال التمييز، وما يفضي إليه ذلك من اعتدال.

والجمع بين فكرة العدالة المطلقة ونظرية المنفعة الاجتماعية ينتج المبدأ القائل بأن العقوبة يجب أن لا يزيد على ما تستدعيه المنفعة من استقرار الأمن واستتبابه في المجتمع.

وقد كان لمبدأ أساس الحق في العقاب الذي أقرته المدرسة التقليدية الجديدة أثر كبير في إصلاح النظام الجنائي وبالتالي التأثير على مسار السياسة الجنائية.

فإقرار مبدأ تفاوت المسؤولية الجنائية من طرف المدرسة التقليدية الجديدة نتج عنه تفاوت العقوبات من حيث الشدة والتخفيف لتحقيق دواعي الأمن والاستقرار الاجتماعي سواء في المراحل التشريعية أي سن عقوبة تدون بين حد أدنى وأقصى، أو في مرحلة التقاضي بإعطاء القاضي حرية التقدير والتفريد العقابي، أو في مرحلة التنفيذ.

كما كان لمبدأ المزج بين المنفعة والعدالة أثر بالغ الأهمية إذ أصبح التفكير في المنع الخاص قبل المنع العام، كما اهتمت هذه المدرسة بشخصية المجرم وأولتها اعتباراً بالغ الأهمية في الوقت الذي كانت فيه مجهولة الهوية، و بمقتضاه تم إقرار نظام الظروف المخففة و المشددة و مبدأ التفريد العقابي الذي يعتبر من أهم مميزات السياسة الجنائية.

وبالرغم ما حققته السياسة الجنائية التقليدية الجديدة من انتشار، وتأثير على التشريعات العقابية، إلا أنها لم تخلوا من مأخذ وغيوب مما فتح المجال لظهور مدارس وضعية جديدة كان لها دور هام في تطوير السياسة الجنائية إلى ما هو أحسن.

الفقرة الثانية: السياسة الجنائية في ضوء المدرستين : الوضعية و حركة الدفاع الاجتماعي

إذا كانت السياسة الجنائية عبر الاتجاهات الفلسفية قد تحددت و فقا لمبادئ ثلاثة :
مبدأ الشرعية و مبدأ النفعية و مبدأ الحرية , فإنها عبر المدرستين الوضعية و
الدفاع الاجتماعي اعتمدت الاتجاه العلمي الذي يركز على التجربة والملاحظة
عوض التجريد , ولذلك سوف نقوم بدراسة السياسة الجنائية ” أولا ” عبر
المدرسة الوضعية , ثم حركة الدفاع الاجتماعي
”ثانياً.“-

أولا : السياسة الجنائية عبر المدرسة الوضعية:

ظهر في النصف الثاني من القرن التاسع مذهب جديد هو المذهب الوضعي الذي
يذهب إلي تطبيق المنهج العلمي التجريبي علي الظاهرة الإجرامية. وكان ذلك
امتداداً لتطبيق منهج الملاحظة والتجربة في دراسة السلوك الإنساني والعلوم
الاجتماعية التي اعتمدت علي الدراسة الإحصائية للظواهر الاجتماعية بصفة
عامة .

إن الخط العلمي للسياسة الجنائية الوضعية أخذ طريقه بفضل الأعمال الجليلة التي
قام بها ثلاثة من رجال ايطاليا و هم سزاري لومبروزو صاحب كتاب الإنسان
المجرم سنة 1876 , و انريكو فيري صاحب كتاب السوسولوجيا الجنائية سنة
1881 و أخيراً رافيل جاروفا لوا صاحب كتاب علم الإجرام وهدف الكتاب هو
إقامة العلم الجنائي علي أساس تجريبي.

فمثلاً لومبروزو : من خلال كتابه السابق صنف المجرمين على أساس نوع
الخطورة و تحديد تدابير الملائمة لكل صنف منها على النحو التالي:

1-المجرم بالميلاد أو بالطبيعة.

هو مجرم بشع ذو طبيعة خاصة عن الآخرين غير مبال بالمسؤولية , يتخذ في
مواجهته تدبير استئنائي = الإعدام , النفي , الإبعاد إلى مستعمرة زراعية يعمل
بها طوال حياته = هنا تبرز أهمية السياسة التي اعتمدها لومبروزو المثلثة في
الفكر الجديد ألا وهو الانسنة

2-المجرم المجنون:

وهو الذي لا يفرق بين الخير و الشر و لا يميز طبيعة أعماله و نتائجها نتيجة لانعدام إدراكه , هذا النوع يودع في مصحة عقلية حتى يشفى من مرضه.

-3-المجرم المعتاد:

هو الذي يرتكب الجريمة بصفة متكررة حتى تصبح بالنسبة إليه شيء معتاد يستطيع القيام به في أي وقت , و يتخذ في حقه تدابير مثل المجرم بالميلاد.

-4-المجرم بالعاطفة:

هو الشخص الذي يرتكب الجريمة نتيجة أحاسيسه , و هو سريع الندم وقد يصل به الأمر في بعض الأحيان إلى الانتحار, و يتخذ في حقه تدبير الإقامة في مكان معين أو منعه من الإقامة في أماكن محددة.

-5-المجرم بالصدفة:

هو إنسان خال من روااسب إجرامية وإنما يرتكبها نتيجة خلل عضوي أو بسبب الفقر أو البطالة , ويتخذ في حقه تدابير الإقامة في مستعمرة زراعية أو صناعية.

أما فيري: في نظره الجريمة هي نتيجة لتراكم عوامل داخلية * العضوية و النفسية * وأخرى خارجية * اجتماعية اقتصادية * مرتبطة بالمحيط الذي يعيش فيه و تتميز نظريته بأمرين:

1-اهتمامها بتأثير العوامل الاجتماعية في الإجرام

2-تأكيد على تفاعل كل من العوامل العضوية النفسية و الأسباب الخارجية في ارتكاب الجريمة بحيث أن كل عامل من هاته العوامل تكون مجتمعة.

وفي عام 1878 أدلي (فيري) برأيه في دراسة عن نظرية (الإسناد المعنوي وإنكار حرية الاختيار) ويرجع له الفضل في معالجة الموضوع ليس من زاوية منطقية مجردة بل باستخدام العلوم التجريبية التي سادت حينئذ الدراسات الاجتماعية والنفسية.

وقد نادي بأن مبدأ حرية الاختيار ليس إلا وهماً تصوره فقهاء القانون الجنائي التقليديون ، فالمسؤولية الجنائية قائمة بالنسبة لكل من يرتكب جريمة أيا كانت

حالته الذهنية والعقلية، ويجب أن تتحدد الإجراءات التي تتخذ بالنسبة لكل مجرم تبعاً لخطورته الإجرامية وليس وفقاً لدرجة جسامة الجريمة ، كما طالب (فيري) باستبدال العقوبة بمعناها التقليدي بتدابير الدفاع الاجتماعي وذلك بالنسبة لبعض طوائف المجرمين .

أما جاروفالو: يعتبر من أقطاب السياسة الجنائية الوضعية و هو يميز بين الجريمة الطبيعية و المصطنعة , وعلى ضوء هذا التمييز اعتبر أن المجرم الحقيقي هو الذي يرتكب الطبيعية , و الذي يقوم بسلوك أخلاقي ضار الذي ينضر إليه المجتمع بوصفه جريمة منافية لمشاعر العدل و الإنسانية تعاقب عليها القوانين الجنائية , وقد اقر بأهمية العوامل الداخلية في ارتكاب الجريمة , وينادى بضرورة التمييز المعاملة العقابية بين مرتكب الجريمة الطبيعية و الجريمة المصطنعة.

من خلال ما سبق تنهض تعاليم هذه المدرسة بصفة أساسية علي رفض مبدأ حرية الاختيار الذي نادى به المدرسة التقليدية - الأولى والثانية- واعتناق مبدأ الحتمية في السلوك الإنساني ، وبالتالي فالمجرم ليس حراً في تصرفاته بل هو مسير شأن الإنسانية كلها ، ويترتب علي ذلك أن الجاني لا يسأل عن جريمته مسئولية أخلاقية . وانما مسئولية اجتماعية.

ويستتبع هذا الأمر اتخاذ تدابير احترازية تتجرد من معني اللوم الأخلاقي ، تتناسب مع نوع ودرجة الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص الجاني ، ويستوي في ذلك كامل الأهلية وناقصها وفاقدها.

فالغرض من هذه التدابير إصلاح الجاني مستقبلاً دون محاسبته عما مضى ، مما يتطلب إصلاح وتأهيل المجرم.

ثانياً: السياسة الجنائية عبر حركة الدفاع الاجتماعي

الدفاع الاجتماعي La défense sociale اتجاه فكري جديد يرسم سياسة جنائية على أسس حديثة، ويدخل في سبيل ذلك تغييرات جوهرية على مبادئ ونظم جنائية مستقرة، فتوجه النظم ومعايير القانون الجزائي نحو تكييف الجانح أدبياً واجتماعياً وبغير ضرورة لازمة تدفع لطرح السمات التقليدية للقانون الجزائي، ويستتبع ذلك عدم طرح مفهوم العقوبة. فالدفاع الاجتماعي وفقاً لذلك هو حركة إصلاحية تتجه إلى إرساء سياسة جنائية تتصف بنزعة إنسانية واضحة، وتولي الاهتمام الأول في

فلسفته للإنسان، فتصون كرامته الإنسانية، وتعمل على تأهيله، وتكفيه مع المجتمع، وإعادته إلى الطريق السوي.

ولمفهوم الدفاع الاجتماعي جذور تاريخية ولعل أفلاطون كان الوحيد بين الإغريق الذي تبين بعض المفاهيم التي فُدر لها أن تصبح مفاهيم للدفاع الاجتماعي. والقانون الصيني القديم تضمن لمحات تتعلق بالدفاع الاجتماعي، كما أن قانون العقوبات القديم في أوربة أبرز في نهاية العصور الوسطى عدداً من أفكار الدفاع الاجتماعي. ويمكن أن نجد عند آباء الكنيسة مظاهر الشعور بمبادئ ومفاهيم الدفاع الاجتماعي؛ فالقديس أوغسطين يرفض التعذيب، ويؤكد أن العقاب يجب ألا يهدف إلى القضاء على المذنب ولكن إصلاحه. وهناك تيار فكري يحتوي على بذور بعض مفاهيم الدفاع الاجتماعي الأساسية استمد منه المجددون في عصر التنوير، فهذا توماس مور Thomas More يؤكد أن المجرم يجب في كل الحالات أن يعامل بإنسانية،

نشأت هذه الحركة سنة 1945، حيث أنشأ المحامي الإيطالي فيليبو غراماتيكا مركزاً لدراسات الدفاع الاجتماعي، فمهد بذلك لعقد أول مؤتمر للدفاع الاجتماعي في سان ريمو بإيطاليا عام 1947 وفي هذا المؤتمر ولدت حركة الدفاع الاجتماعي، وفي عام 1949 عقد المؤتمر الثاني للدفاع الاجتماعي في لياج Liège في بلجيكا تمخض عن تأسيس «الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي» La société internationale de défense sociale، و تهدف هذه الحركة إلى حماية المجتمع و المجرم جميعاً من الظاهرة الإجرامية بخلاف المدارس التقليدية التي حصرت معنى الدفاع الاجتماعي في حماية المجتمع من المجرم.

و من هذا التاريخ ظهر الدفاع الاجتماعي كحركة جديدة في السياسة الجنائية تهدف إلى الوقاية من الجريمة وعلاج الجانحين، و قد ظهر من خلال المناقشات و المؤتمرات الدولية أن هناك اتجاهين رئيسيين في الدفاع الاجتماعي.

الأول : الاتجاه المتطرف (اتجاه جراماتيكا)

يتزعم هذا الاتجاه الإيطالي فيليبو جراماتيكا الرائد الأول لحركة الدفاع الاجتماعي بمعناها العصري، ويطالب هذا الاتجاه بتغيير جذري لما هو كائن فيعمل على:

- الاستعاضة عن المسؤولية القائمة على أساس الجريمة بالانحراف الاجتماعي القائم على أساس معطيات الفاعل الذاتية، والانحراف الاجتماعي هو الوصف القانوني الذي يطلق على الأفراد الذين يناقض سلوكهم النظام الاجتماعي.

- يهدف هذا المذهب إلى إبدال نظام قانون العقوبات التقليدي بنظام للدفاع الاجتماعي، بهدف القضاء على فكرة الجريمة والجناح، والمسؤولية والعقوبة. وهذه الأفكار القديمة يراد استبدالها بأفكار أخرى: وهي المناهضة للمجتمع، والذاتية، والتدابير العلاجية والوقائية.

و على هذا، فمذهب جراماتيكا يتضمن تغييراً كلياً في نظم القانون الجنائي والإجراءات الجنائية، والنظام العقابي. تقسيم المحاكمة إلى مرحلتين: الأولى تحاكم الفعل والثانية تحاكم الفاعل. أما وقد زالت فكرة الجريمة نموذجاً للواقعة والضرر وهي التي تناط فيها المسؤولية والعقوبة، فإن الواقعة بذاتها لا تستخدم في محاكمة الانحراف الاجتماعي إلا كأمانة ولا تعدّ شرطاً أو مبرراً للمحاكمة، وعلى هذا النحو من الفهم والتفكير فإن دعوى الدفاع الاجتماعي تنقسم إلى مراحل:

- مراقبة الشخص، وتجسد في فحص شخص المدعى عليه فحصاً إحيائياً نفسياً اجتماعياً، وتدوين نتائج الفحص العلمية في ملف الشخصية.

- محاكمة الانحراف الاجتماعي وفيها يبت في طبيعة الانحراف الاجتماعي ودرجته، ويطبق تدبير الدفاع الاجتماعي الموافق له.

- تنفيذ التدابير والاستمرار في تنفيذها حتى يستكمل التأهيل الاجتماعي للفرد في الواقع جميع أسبابه ومقدماته بفضل الإشراف الدائم على إجراءات التنفيذ ووسائله، وبفضل التبدلات الطارئة التي قد تجري على التدبير المحكوم به.

و على هذا الأساس فجراماتيكا أنكر حق الدولة في العقاب و أكد على واجب الدول في التأهيل الاجتماعي، وإنكار حق الدولة في العقاب يعني في نضره تسلط الدولة على حقوق الفرد والإنسان الذي انشأ الدولة، وبما أن الإنسان هو حر اجتماعي بطبعه وبذلك لا مجال لاعتراف بالجريمة والمسؤولية الجنائية، وقد ألح على ضرورة إصلاح الشخص المناهض للمجتمع وذلك من خلال التدابير الإصلاحية عوض معاقبته.

فطالما أن الدولة هي المسؤولة عن السلوك المنحرف و أن صاحب هذا السلوك كان ضحية ظروف اجتماعية غلبت عليه , فانه لا يحق للدولة معاقبته بل عليها واجب تأهيله عن طريق التدابير الاجتماعية , هذه التدابير يجب أن تراعي مكانة الإنسان فلا يجب أن تكون قاسية و إنما يجب أن يكون هدفها هو الإصلاح و التأهيل , و يجب وضع ملف خاص لشخصية المنحرف اجتماعيا يوضع لدى القاضي حتى يكون على علم كامل عند تحدي التدبير الاجتماعي الذي يقضي به عليه و الذي يتلائم وتلك الشخصية.

من خلال هاته الأفكار يتبين أن جراماتيكا قد غالى حين طالب بإلغاء قانون العقوبات , و المسؤولية , وبصفة خاصة إداره لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات , علاوة على أن تجريده للجزاءات الجنائية من أي إيلام معناه إلغاء وظيفة العدالة و الردع العام و الخاص , ونقول أن هذه الانتقادات أدت إلى ظهور حركة الدفاع الاجتماعي الحديث بقيادة مارك انسل.

الثاني : الاتجاه المعتدل (اتجاه مارك انسل):

يتضمن الاتجاه المعتدل مجموعة من الآراء ووجهات النظر المختلفة، يجمع بين هذه الآراء قواسم مشتركة، أبرزها يتزعمها مارك انسل و تقوم هذه الحركة في جزء منها على بعض الأفكار الاتحاد الدولي لقانون العقوبات , فقد سبق للاتحاد الدولي لقانون العقوبات أن تبني ضرورة صياغة سياسة جنائية وقد كان ” ليست” احد زعماء هذه الحركة يقصد بذلك تكييف الجزاء الجنائي مع شخصية الجاني , وقد التقطت حركة الدفاع الاجتماعي هذه الفكرة , ولكنها تعطي لفكرة السياسة الجنائية مفهوما أكثر اتساعا على ضوء المفهوم الذي قدمه أنصار الدفاع الجديد إلى الصراع ضد الجريمة بطريقة عقلانية و علمية اي بالاستفادة من جهود علوم الإنسان.

و بالنسبة للسياسة التي اعتمدها “مارك انسل” فانه يلتقي مع جراماتيكا في أغراض التدابير الجنائية المتمثلة في تهذيب و إصلاح المجرم وخاصة الحد , وان الطابع الإنساني ومراعاة أدمية المجرم و كرامته هو الطابع المميز لهذه التدابير , و رغم ذلك فان مارك انسل لا يتفق مع جراماتيكا في إلغاء قانون العقوبات و المجرم و العقوبة و المسؤولية الجنائية و غيرها من المصطلحات القانونية المسلم

بها في التشريعات الجنائية المعاصرة , فمارك انسل يبقي على قانون العقوبات و المجرم و الجريمة , علاوة على أن أساس المسؤولية لديه هو حرية الاختيار المدعمة بالعناصر الشخصية , و يقول مارك انسل أن المجتمع عليه واجب محاربة الإجرام بوسائل عامة تقلل من فرص الوقوع فيه كمحاربة الكحول و المخدرات و وضع سياسة للرعاية و المساعدة الاجتماعية للأفراد.

و أن اتخاذ التدابير الاحترازية يراعي فيه العوامل العضوية و النفسية و الاجتماعية التي المجرم إلى الجريمة , و يجب أن تخضع هذه التدابير لمبدأ الشرعية حماية للحقوق و ضمانا للحريات الفردية , لان هدف التدابير التأهيل و الإصلاح , و يتم تأهيل المجرم و إصلاحه بإحدى المهن أو تثقيفه أو علاجه ادا اقتضى الأمر ذلك , وهذا معناه إنكار تحقيق العدالة و الردع العام كهدف من أهداف التدابير الاحترازية.

و اذا كانت السياسة الجنائية عبر المدارس الفلسفية قد تعددت فان السياسة الجنائية المعاصرة اخدت بأفكار هاته المدارس و لكن اختلفت عنها في نقاط كثيرة خاصة مع تطور الجريمة و تعدد أساليب ارتكابها في الوقت الحاضر.

و عليه فهذا الاتجاه لا يمثل حركة انقلابية، بل نظاماً يندرج في القانون الجزائي القائم ولا يرفضه، ويعمل على تطوير قانون العقوبات القائم بتنظيمه بنظريات وآراء ومقترحات جديدة، وبعبارة أخرى إدماج الدفاع الاجتماعي في نظام مجدد للقانون الجزائي.

وبناء على ما تقدم يمكن القول: إن الخطوة التي يقترحها الدفاع الاجتماعي تبعاً للاتجاه المعتدل تشبه تلك الخطوة التي ألهمت تطور قانون الأحداث الجانحين وقد عبّر عدد من علماء الإجرام بأن قانون الأحداث الجانحين الحالي يعطي صورة مبكرة للقانون الجنائي العام في المستقبل. عندئذ يصبح القانون الجزائي أداة للتقدم الاجتماعي، وبوجه خاص قوة معنوية وتربوية عظيمة.

الفصل الثاني: صياغة نصوص التجريم و العقاب و مبدأ الضرورة و التناسب

المبحث الأول: صياغة نصوص التجريم و العقاب

المطلب الأول: كيفية صياغة نصوص التجريم لمكافحة الجريمة:

الفرع الأول: كيفية صياغة نصوص التجريم:

يُعد من الأصول الثابتة أن تصاغ نصوص التجريم والعقاب بأقصى دقة، وبعبارات جليّة، وفي أضيق حدود؛ لضمان أن يكون إنفاذها وتطبيقها مُحكمًا، وفهمها من المخاطبين بأحكامها سهلا، ومن ثم يجب استخدام لغة بسيطة حتى تستعصي على التأويل، واستبعاد التراكيب اللغوية، والعبارات والجملة المُعقدة؛ لأن عمومية العبارات واتساع قواها قد يصرفها إلى غير المقصود منها، لذلك يجب أن تكون نصوص التجريم والعقاب حادةً قاطعةً لا يؤذن بتداخل معانيها؛ لكي لا تندح دائرة التجريم والعقاب، وتظل دوماً في إطار الدائرة التي رسمها القانون؛ كفالة لحقوق الإنسان بالتمتع بالبراءة الأصلية، وصيانة لمبدأ المشروعية الموضوعية؛ كذلك فإن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يُحال بين محكمة الموضوع وبين أعمال قواعد منضبطة تُعيّن لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيه. وهي قواعد لا ترخيص فيها وتمثل إطاراً لعملها لا يجوز تجاوزه، ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور هي أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيدها بها، ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين الجزائية، محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها لكي يدفعوا عن حقهم في الحياة وكذلك عن حرياتهم، تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة، بحيث لا يتم تجاوز الحدود التي اعتبرها الدستور مجالاً حيويًا لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها، وهو ما يخل في النهاية بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة.

ولأن الأصل الإباحة والاستثناء تقيد هذا الأصل، والجريمة أمر شاذ خارج عن المألوف، وهو في الجرائم التقليدية تأباه النفوس السليمة السوية، وفي الجرائم المستحدثة يصادم المصلحة الخاصة والعامة...، مع التأكيد هنا على أن صياغة النصوص في القانون الجنائي الإجرائي لها درجة الأهمية بل تبدو أكثر أهمية من صياغة نصوص القانون الجنائي الموضوعي؛ لمساس تلك النصوص بحريات

الأفراد، وفي نفس الوقت حماية حق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة في شأن واقعة إجرامية ونسبتها إلى فاعلها؛ فالموازنة فيها أدعى لمصلحتين تبدوان متعارضتين، وهي انعكاس للنظام الإجرائي الجزائي لأية دولة في قياس عدالة تعاملها في اقتضاء حقها في العقاب وتحريك الدعوى الجزائية العامة في مواجهة رعاياها... استجلاءً لحقيقة، واقتضاءً لحق عن طريق سلطاتها في الدعوى الجزائية العامة، وخصوصاً في مراحل الدعوى الجزائية التي فيها مساس وانتقاص للحقوق والحريات...، لذا، فإن مدارس تفسير الجريمة في علم الإجرام، وعلم النفس الجنائي، وعلم الاجتماع الجنائي تؤكد على هذا المنطلق وفق مدخلها...، فليس يسيراً دخول الإنسان في دائرة الاتهام.

وانطلاقاً من مبدأ لا جريمة و لا عقوبة بدون نص اتفقت الشرائع الدينية و القانونية على تنظيم و تشريع حياة الأفراد ضد كل ما يمسها بضرر مادي أو معنوي فجاءت النصوص الشرعية صريحة في النصوص القرآنية و السنة النبوية و من لم تذكره هاته النصوص أفرد له العلماء نصوصاً في شكل إجماع و قياس ، أما القوانين الوضعية استعانت بكل العلوم المساعدة لتحديد أنماط الجريمة و سبل مكافحتها بالوسائل المادية البراءة ، حتى ثبات التهمة.

إلا أنه تبقى بعض النصوص تشوبها الكثير من العوار و النقائص في شكل فراغات قانونية تسمح للمجرمين الإفلات من العقوبات أو تلقي عقوبات مخففة لا تتناسب مع حجم الجريمة المرتكبة ، كما يقع على عاتق المشرع سن القوانين التي تحد من ارتكاب الجريمة قبل وقوعها من قبيل الوقاية القبلية.

و من أجل إنجاح السياسة الجنائية في مكافحة الجريمة، و جب مراعاة العديد من العوامل و

المعايير في صياغة نصوص التجريم وأهمها:

- 1 استعمال مرونة كافية في صياغة نصوص التجريم:

من أجل صياغة نصوص التجريم فعالة و جب أولاً إعطاء مفهوم محدد للمصالح الواجب حمايتها بالتجريم، و ما هي حجم الخطورة المهددة لهذه المصالح ، و كيفية حمايتها كما يلتزم المشرع بضمان عدم خروج العقوبة عن الهدف المسطر لها، و

أن لا يكون هناك تعسف في استخدامها ، و أن تكون موازية لحجم الجريمة، مع ضمان التقاضي العادل

للمجرم و الضحية، و ضمان مسارات الصلح متى تحققت شروطه.

- 2 تكوين القضاة:

شددت الشرائع السماوية على أهمية القاضي و مكانته في المجتمع، و جعلت العدل أساس

الملك لقوله صلى هلا عليه و سلم القضاة ثلاثة: " قاضيان في النار و قاضي في الجنة." فالواجب على القاضي أن يكون محايدا فال يميل لخصم دون الآخر، و عليه أن يحترم حقوق الدفاع بإعطائه فرصة تقديم الدفوعات و الأدلة ، و الإنصات إليه، و على القاضي

التحلي بالسلوك الحسن و عدم الانشغال بوظيفة أخرى تخل بكرامة القضاء و استقلاله و

التمتع بالاستقلالية و الوقار و الهيبة و عدم الخضوع للترهيب و المساومة و الابتزاز.

لهذا كان الحكام منذ القديم يعطون أهمية قصوى في تعيين الأصلح و الأعلم و الأتقى لهذه المهنة نظرا لخطورتها، و ما ينجر عنها من مخاطر في حالة تولي ما ال يصلح لهذا المنصب.

جعلت الشريعة الإسلامية قاضي واحد في الجنة و هو ما عرض الحق و حكم به و اثنان

في النار أحدهم قضى للناس على جهل فهو في النار ، و الثاني قضى بالهوى أو عرف الحق فجار عليه فهو في النار.

ومنه تقع مسؤولية كبيرة على القاضي في إحقاق الحق بين الناس و عدم ظلمهم و الجور عليهم، و تعد العدالة أساس قيام المجتمع و تطوره، فهي من ترفع الحق و تزهق الباطل و تنظم الاقتصاد و التجارة و تحكم بين المتخاصمين.

من مميزات القاضي الناجح العلم بالدين و الفهم الواسع في أمور الدنيا، كما عليه الاطلاع على شتى العلوم و مواكبتها، فالقاضي عليه متابعة تطور العلوم المختلفة في شتى المجالات من العلوم الاجتماعية و الإنسانية و البيولوجية و المعمارية.

فعلى سبيل المثال يجد العديد من القضاة صعوبات في الفصل في قضايا الأخطاء الطبية المعروضة أمامهم لجهلهم تقنيات المهن الطبية و خباياها و امام هذا العجز يلجأ القضاة الى تشكيل لجان خبرة من الأطباء تقوم بتعيينها الأطباء أنفسهم عن طريق مجلس أخلاقيات المهنة الطبية ، و هو ما يزرع الشكوك لدى الضحية لما ينجر عن نتائجها التي تكون في غالبيتها انحيازاً لصالح الطبيب، فال يكون أمام القاضي الا الأخذ و الحكم بها.

كما يستوجب على القاضي ان يكتسب معارف في العلوم الاجتماعية تساعده في معرفة مبررات التي دفعت الأشخاص إلى ارتكاب جرماً ما ، مما يساعده على تكييف أحكام تراعي

تلك المبررات، كما يساعد المشرع في صياغة قوانين تتماشى مع تلك الظروف الاجتماعية.

يشترط على من يتولى مهنة القضاء المستوى العلمي و الأخلاقي ، الذكاء و الفطنة و العدالة، و ذلك تلافياً للوقوع في الأخطاء في إصدار الأحكام، ال يسمح للجاني بالنجاة من

العقاب و ال يحكم على البريء بحكم تعسفي يسلط عليها العقوبة ظلماً.

لكن الكثير من السياسات الجنائية الحالية لا تعتمد على العقلانية و الدراسات العلمية المنجزة بالجامعات و مراكز البحث و النظريات الاجتماعية بل تتأثر بالتوجيهات السياسية و في الأحيان أخرى على الشعبوية ، و العواطف كرادات الفعل على تغطيات إعلامية مركزة لجرائم محددة . و هذا يشكل تناقض فيما يراه

المنظرين وهم الباحثين عن عالم خالي من الجريمة, و ما يراه أصحاب القرار السياسيين الذين يبنون آرائهم على أحداث ميدانية.

الفرع الثاني: مكافحة الجريمة

أولاً: السبل المادية لمكافحة الجريمة

يعتبر العقاب من أهم السبل المادية لمكافحة الجريمة لما يشكله من ألم للجاني نظير عصيانه للقوانين الجنائية و العقابية مما يستوجب تطبيق عقوبات حسب المخالفة التي

ارتكبها و التي عليه تحملها، كما أن العقاب يصيب الشخصية الإنسانية في أهم خصوصيتها و هي الحرية و النشاط اين تقيد للسجين حريته و يغل نشاطه.

تطبق السلطات التشريعية العقاب لغرضين مهمين و هما إحقاق العدالة و الردع و يكون ذلك

في ثالث أشكال من العقوبات المادية و هي:

- 1العقوبات البدنية:

و هي تمثل كل عقوبة تمس ببدن الجاني مثل الإعدام و الضرب و الجرح و القطع و الجلد، و غير ذلك من العقوبات التي تصيب الجسم، و هي مزيج من التشريع الإسلامي

و القوانين الوضعية، أما بالنسبة لعقوبة الجلد فتبقى محصورة في بعض الدول الإسلامية

كالسعودية و السودان، كما تنفذ عقوبات التعذيب على الجسم ، لكن بصورة غير معلنة مثل

ما هو واقع في الأنظمة الشمولية و الديكتاتورية أو ما يسمى بالمحاكم الخاصة مثل تلك المختصة بمكافحة الإرهاب ، أو محاكمة منفذي الانقلابات العسكرية ضد الدولة لكن أبرز

عقوبة بدنية التي مازالت تسجل تواجدها ، هي عقوبة الإعدام التي تطبقها الكثير من الدول

بصفة قانونية رغم معارضة منظمات حقوق الإنسان ، و بعض الدول التي من قضايا حقوق

الإنسان مبدأ أساسي في سياستها.

- 2 العقوبة السالبة للحرية:

و هي العقوبة التي تصدر حرية المحكوم عليه في التنقل بحرية و التمتع بكل حقوقه و

ذلك بعزله عن المجتمع في أحد المؤسسات العقابية فترة من الزمن تبعا لنوع الجريمة المرتكبة و مقدار العقوبة المسلطة عليها.

و قد شهدت هذه العقوبة الكثير من الجدل من حيث جدارتها و تأثيرها على المجرم صحيا و اجتماعيا ، و انعكاسها على محيطه العائلي و الاجتماعي خاصة ما يخص نظام السجن الانفرادي و المدة التي يقضيها السجين في السجن ، هل تساهم فعال في إصلاح الجاني و عودته للمجتمع دون التفكير في العودة للجريمة ، أم أنها وسيلة لتحطيم الجاني و إضراره جسديا و ذهنيا.

مما أدى بالكثير من الباحثين و على رأسهم مدرسة الدفاع الاجتماعي الى المطالبة بإلغاء قانون العقوبات و التركيز على الفعل و ليس على الفاعل.

كما أن عقوبة السجن تؤثر ليس فحسب على الجاني فقط ، و إنما على محيطه العائلي من

الزوجة و الأبناء و كثيرا ما يتم تشتيت العائلة بواسطة الطلاق أو التشرذم و الضياع بسبب

غياب المعيل ، تعتبر عقوبة السالبة للحرية أكثر تطبيقا في للسياسات الجنائية المختلفة.

بالإضافة إلى الأعباء المالية و الاقتصادية الكبيرة على الدولة جراء ما يتطلبه نظام السجون من معايير للبناء و التسييج و حراس و تكاليف الأكل و المبيت و ما يتبع ذلك من عتاد شرطي.

هذه الأسباب كلها دفعت بأنصار مذهب الدفاع الاجتماعي إلى تشجيع سياسة تبيض السجون و المطالبة بها بحكم أن هذه العقوبة لم تستطع القضاء على الجريمة و إنما هناك

عملية تكديس للمساجين في للمؤسسات العقابية.

ما أدى ببعض الدول الى التخفيف من الآثار النفسية على السجين و عائلته مثل الأرجنتين و ذلك بترتيب لقاءات بين الأزواج داخل السجون، و في أمكنة مخصصة من أجل

علاقات امنية و محمية بين للزوجين و ذلك بناء على طلبهم و وفقا للشروط و نظم يتم

بموجبه تنظيم تلك اللقاءات.

- 3 العقوبات المالية:

تتمثل العقوبات المالية في شكل غرامات مالية، أو مصادرة أموال أو غلق المؤسسة أغلب ما ينطق بها القاضي من عقوبات بعد العقوبة السالبة للحرية هي العقوبات المالية و قد

تكون مقترنة معها على شكل دفع مصاريف للمحاكم، أو عقوبات مالية لصالح الضحية

كتعويضات على ما لحقه من ضرر ، أو تحض أضرار مالية كعدم تسديد قروض

كما يمكن أن تصل العقوبة المالية الى مصادرة الحسابات البنكية للجاني و جميع أمواله الثابتة و المنقولة ، و تستخدم خاصة في الجرائم السياسية و قضايا الاختلاس و تبديد الأموال او المضاربة المالية غير الشرعية ، أو الإخلال بتعهدات مالية أو تموينية . يمكن أن تكون عقوبة المصادرة عقوبة تكميلية، أو

تدابير مؤقتة إلى غاية انتهاء التحقيقات حفاظا على المال العام أو صاحب الدعوى

تلجأ السياسة الجنائية إلى عقوبة غلق المؤسسات و حرمانها من النشاط مع
مصادرة

أموالها نهائيا أو مؤقتا ، بسبب مخالفة التشريع الساري المفعول أو نشاط لأغراض
إجرامية ،

فيتم غلقها تنفيذ الأحكام السائدة.

و قد انشغل فقهاء الإجرام على مر الأزمنة في التفكير في السبل الكفيلة للقضاء
على الجريمة منهم من يميل إلى تشديد العقوبة و إهمال ظروف التخفيف و الرحمة
، و منهم من ينجح إلى المعاملة الإنسانية بإتباع أساليب الإصلاح و العلاج و
إعطاء فرص أكبر للدفاع عن حقوق المتهمين ، اعتبارا من ظهور حركة الدفاع
الاجتماعي سنة 1945 التي قالت بأن الهدف الأول للسياسة الجنائية هو الوقاية من
الإجرام، و أن الغرض من العقوبة هو إصلاح الجاني و احترام شخصيته إلى أن
وصلوا إلى الدعوة إلى إلغاء العقوبة كلية عن المجرمين و
استبدالها بإجراءات وقائية و إصلاحية قبلية و بعدية اتجاه المجرم.

ثانيا: السبل المعنوية لمكافحة الجريمة

الجريمة سلوك شاذ يهدد الأفراد ، و استقرار المجتمعات و يقوض أركان الدول
لذلك اهتمت المجتمعات القديمة و الحديثة بموضوع التصدي للجريمة و مكافحتها
اذ ال يخل مجتمع من آليات مكافحة الجريمة، و قد تطورت هذه الآليات مع تطور
المجتمع، و تطور أساليب و دوافع ارتكاب الجريمة ، و قد توصلت المجتمعات
الحديثة إلى ثالث وسائل لمكافحة الجريمة و هي الوقاية و الإصلاح – العلاج و
العقاب- إلا أنه في السنوات الأخيرة و بعد تفاعل أعداد الجرائم و زيادة أعدادها و
مع عدم ثبوت عدم القدرة وسائل الردع و العقاب وحدها على القضاء على
الجريمة و الحد من انتشارها.

و قد أصبح الاهتمام بأفكار مدرسة الدفاع الاجتماعي يتزايد، و بدأت الدول تفكر
في وسائل

أخرى تكون أقل تكلفة و ذات فعالية ، تؤمن بمشاركة الباحثين و المختصين و الجمعيات ذات الطابع المدني، و كذا التقرب من الأهالي و الاهتمام بطائفة المجرمين و محاولة القضاء على الجريمة في مهدها لكنها ال تعتمد كلية على تجريم الفاعل بقدر ما تبحث في تجريم الفعل أو المجتمع بمؤسساته.

تعتمد السبل المعنوية لمكافحة الجريمة بالأساس على الوقاية و ذلك بإشراك الأسرة في

مكافحة الجريمة و تلقينها مخاطر و سلبيات الجريمة، كأن تشرح لهم عن طريق وسائل

الإعلام و وسائل التواصل الاجتماعي و نشر الدراسات و الأبحاث الأكاديمية التي تتحدث

عن المخاطر الصحية و الاجتماعية لتعاطي المخدرات.

إن تعاضم إحصائيات الجريمة و فشل الحكومات و المجتمعات في وضع حد لها، و تحت

الضغوطات المتزايدة ، أصبح الاهتمام و العمل الأساسي في ميدان الوقاية الأولية صالحا و

معالجة مقدمات السلوك الإجرامي أو ما يسمى بالوقاية أو العمليات الوقائية سبيلا جديدا

أكثر فعالية في ميادين التصدي و الحد من آفاتها.

بعدها كانت العقوبة سالبة للحرية غاية في حد ذاتها، عمدت الدول بتأثير من المصلحين

الاجتماعيين و العلماء الجنائيين إلى الاهتمام بأحدث البرامج التربوية و إصلاحية بالمؤسسات

العقابية، انطلاقا من قناعتهم بأن إعادة تأهيل المجرم اجتماعيا و مهنيا و ثقافيا كفيل بجعله

مواطننا صالحا، يبتعد عن مهاوي الإجرام بعد إطلاق سراحه و عودته للمجتمع، كما يستوجب احترام القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، و ذلك بعدم التمييز في المعاملة بسبب النوع أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي أو المنشأ الاجتماعي أو القومي أو ثروة أو المولود أو أي وضع آخر، و عليه فإن السبل المعنوية لمكافحة الجريمة تركز على آليات أخرى غير العقوبة و منها:

1 - البرامج الإصلاحية: تعتمد المؤسسات العقابية على تحديد اهتمامها من الزجر و العقوبة التي تنظم النشاطات و أعمال إصلاحية و تكوينية لصالح المسجون ، في نطاقات مختلفة تغطي النقص في المهارات، و ضعف الوازع الديني و التربوي.

2 - تقوية الوازع الديني: تقوية التربية الدينية و تنمية الضمير الديني لدى الفرد ليكون مصاحبه في كل مكان و زمان، يعتبر عامل مهم في ضمان الوقاية من الانحراف و جعله سدا منيعا ضد جريمة الديانات بصورة عامة و الشريعة الإسلامية بصورة خاصة، قد أعطت هذا الجانب قدرا كبيرا من الأهمية ، من خلال غرس العقيدة والإيمان و المحافظة على العبادات و تهذيب النفس و زرع المحبة في القلوب و حب الخير للناس و عدم إلحاق الأذى بأحد لقوله سبحانه و تعالى " وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ " سورة البقرة الآية 190.

3 - تعزيز المهارة المهنية: من أهداف السياسة الجنائية زرع الثقة لدى المسجون و ذلك بإدماجه في المجتمع و ذلك لا يكون إلا بضمان مكسب الرزق و مكانة اجتماعية بالطرق الشريفة و قد أصبح تكوين المساجين و تعزيز و المهارات و القدرات لديهم يشكل اهتمام كبير لدى المؤسسات العقابية قد استبدلت المؤسسات العقابية عقوبة الأعمال الشاقة التي كانت سائدة من قبل إلى منح فرص عمل مقابل أجر محترم يناله المسجون يمكنه من تغطية

مصاريفه و تعلم مهارات و حرف ، تساعد على الاندماج الاجتماعي بالنظام السائد، فالكثير من الأنظمة ترفع لواء مكافحة الفساد و تقوم بسجن الفاسدين و ملاحقتهم إلا أنه بمجرد تغيير نظام الحكم تتغير السياسة الجنائية و يصبح يتمتع هؤلاء المسجونين بالعفو و البراءة.

نقص الضمانات التشريعية و ذلك بتحسين المواد القانونية من التأثير بالتغيرات الاجتماعية و السياسية عدم التطبيق الصارم للقوانين الجنائية من طرف قضاة التحقيق و القضاة ، إما بالسهوات او التأويل الخاطيء.

المبحث الثاني: الضرورة و التناسب:

الضرورة و التناسب مبدأين فلسفيين و علميين و جدا في الفلسفة مذ كانت هي و العلم التخصصي شيئا واحدا ، ثم انتقلا إلى السياسة الجنائية بفعل الثورة العلمية التي افرزت تيارا فلسفيا عمل على تنزيل قوانين الطبيعة على الحياة الاجتماعية الإنسانية ،

تكمن أهمية الموضوع في أنه محاولة لتبيان أثر المبادئ القانونية الفلسفية في تلافي أزمة السياسة الجنائية المعاصرة ، وهي أزمة يمكن رد جميع ملامحها إلى الشكلية المفرطة ، وكذا تعارض اللامشروعية القانونية مع اللامشروعية الاجتماعية ، وهو ما أفرز تضخما تشريعيا أدى لتضارب النصوص و تعارضها ، و الفراغ التشريعي المتوهم في كثير من الأحيان بفعل التقيد الصارم بالشكلية القانونية ، و تزايد الجنوح البسيط ، و تضرر التفريد القضائي للعقوبة بمظاهره المختلفة و في مقدمتها طغيان ظاهرة النزول عن الحد الأدنى للعقوبة فأصبح الأصل استثناءً و الإستثناء أصلاً ، و ذلك بفعل كثرة القضايا التي تثقل كاهل العدالة الجنائية في المحاكم و أماكن تنفيذ العقوبة و غيرهما . فانطلق البحث من فرضية أن مامح أزمة السياسة الجنائية المعاصرة يرجع سببها إلى الإخلال بمؤدى ضابطي الضرورة و التناسب و اللذين ينطوي كل منهما على الآخر .

المطلب الأول: مفهوم الضرورة

الفرع الأول: الضرورة في الفكر الاسلامي

جاء في معنى "الضرورة" في لسان العرب ؛ الضَّرُورَةُ اسمٌ لمصدرِ الاضْطِرَارِ تقول حَمَلْتَنِي الضَّرُورَةُ على كذا وكذا وقد اضْطَرَّ فلان إلى كذا وكذا . بِنَاؤُهُ افْتَعَلَ فَجُعِلَتِ التَّاءُ طَاءً لِأَنَّ التَّاءَ لَمْ يَحْسُنْ لَفْظُهُ مَعَ الضَّادِ . وقوله عز وجل فمن اضْطُرَّ غيرَ باغٍ ولا عادٍ أي فمن أُجِئَ إلى أَكْلِ المَيْتَةِ وما حُرِّمَ وضِيَّقَ عليه الأَمْرُ بالجوع ، وأصله من الضَّرَّرَ وهو الضَّيِّقُ

والاضطرارُ الاحتياجُ إلى الشيء وقد اضطرَّه إليه أمرٌ ورجلٌ ذو ضارورةٍ
وضرورةٍ أي ذو حاجةٍ وقد اضطرَّ إلى الشيء أي ألجى إليه.

وجاء في معاني الضرورة في معجم اللغة العربية المعاصرة ما يلي:

الضَّرُورة: اسم لما يتميز به الشيء من وجوب أو امتناع، وهي خلاف الجواز و
المعلوم بالضرورة: الثابت بصفة قطعية.

فالضرورة في اللغة إذا وصف يلحق الشيء فيخرج به من دائرة الجواز إلى دائرة
اللزوم والوجوب.

وتطلق الضرورة عند المتكلمين على ما لا يفتقر إلى تطرد واستدلال ، حيث تعلمه
العامة ، يقال هذا معلوم بالضرورة أي بالبديهة . ويراد بها عند الفقهاء و
الأصوليين الحاجة الشديدة الملجئة إلى مخالفة الحكم الشرعي.

وعلى هذا يتبين أن الضرورة اجتمع فيها أصلان:

الأول أنها من قبيل المصلحة ، وهذا ما دل عليه كونها “حاجة شديدة ” ، حيث إنها
اختصت بأعلى درجات المصلحة و أقواها وهو كونها مصلحة ضرورية.

أما الثاني فهو كونها سببا من أسباب الرخصة وهذا معنى كونها ” ملجئة أي
مخالفة حكم شرعي.

والمصالح تتنوع بحسب عدة اعتبارات وحيثيات ، فباعتبار قوتها في ذاتها تنقسم
إلى الكليات الخمس المشهورة (حفظ الدين والنفس و العقل والنسل و المال) ،
ويتفرع عن كل كلية ما هو ضروري وحاجي وتحسيني وما هو مكمل لذلك
الضروري و الحاجي والتحسيني . وباعتبار لحوقها بكل الناس تكون المصلحة
عامة أو خاصة ، وباعتبار تأكد وقوعها أو عدمه ودرجات ذلك التأكد تكون حقيقية
أو وهمية ، وتكون قطعية أو ظنية وباعتبار شهادة الشارع تكون معتبرة أو ملغاة
أو مرسلة.

والضرورة أقصى مراتب المصلحة المرسلة أهمية والمصلحة المرسلة مناط
اجتهاد المجتهدين في الزمان والمكان وتتفاوت مراتبها فتكون ضرورية أو حاجية
أو التحسينية:

والمراد بالمصلحة المرسلّة الضرورية: ما كانت المصلحة فيه في محل
الضرورة؛ بحيث يترتب على تفويت هذه المصلحة تفويت شيء من الضروريات
أو كلها.

فالمصالح الضرورية هي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية و الدنيوية بحيث إذا
فقدت اختلت الحياة في الدنيا وضاع النعيم وحل العقاب في الآخرة ، وقد روعيت
هذه الضرورات في الإسلام من ناحيتين ؛ تحقيقها وإيجادها ثم المحافظة عليها .
وكما تكون مراتب المصالح ضرورية تكون حاجية وتحسينية ، فالمصالح الحاجية
هي التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج ودفع المشقة عنهم ، بحيث إذا فقدت وقع
الناس في ضيق دون أن تختل الحياة ، وقد لوحظ أن جميع أقسام التشريع
الإسلامي يبدا فيها مظهر رفع الحرج . أما التحسينية فهي الأمور التي تقتضيها
المروءة ومكارم الأخلاق أو التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات

وبناء على ما تقدم يمكن أن نخلص إلى أن الضرورة في الشريعة الإسلامية هي
الحالة التي يقع فيها المساس بمصلحة شرعية معتبرة أو مرسلّة تكون ضرورية
بحيث إذا وقع المساس بها اختل النظام الاجتماعي ، وقد راعى الشارع الحكيم هذه
الضرورات (الدين والنفس والعقل والنسل والمال) من خلال تحقيقها وإيجادها
ابتداء ، ومن خلال المحافظة عليها بالزجر عن المساس بها ومنح الرخصة في
إتيان المحذور لمن وقع الخطر أو الاعتداء لديه على مصلحة من هذه المصالح.
ويقترّب من هذا المعنى مفهوم الضرورة *la nécessité* في الفكر الجنائي الحديث

فلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية و الفقهاء و الفلاسفة و المفكرين
الوضعيين على أن مراعاة المصالح و حمايتها هي الهدف الذي يسعى إليه أي
تشريع ، ولكن الخلاف بينهم يدور حول معيار المصلحة المحمية أو مقياسها ، فهو
بالنسبة للشريعة معيار مضبوط بسلامة مصالح الآخرة ، ومن ثم لا مجال
لاضطرابها بين الميول والأحاسيس ، في حين أن المعيار لدى الوضعيين دنيوي
قوامه الخير والشر وفق تقدير الوجدان البشري

الفرع الثاني الضرورة في الفكر الجنائي الحديث.

استطاع الفقهاء المسلمون أن يدركوا في وقت مبكر علاقة المصلحة بالتشريع ووجدوا أن المصالح غاية التشريع ، وقسموا المصالح ورتبوا حسب أهميتها إلى مصالح ضرورية وأخرى حاجية وثالثة تحسينية ، واعتبر كثير منهم المصلحة المرسله مصدرا للتشريع وجعلوا المصالح مراتب وأقسام وبعضها أهم من بعض.

”و المصالح الضرورية هي التي إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة ، وفي الأخرى فوت النجاة و النعيم و الرجوع بالخسران المبين”

وعلى خلاف ما كان سائدا عند علماء الشريعة من اهتمام بالمصلحة وإقامة التشريع على أساسها في وقت مبكر فإن الفكر القانوني الوضعي الذي ازدهر في الغرب ظل يربط التجريم والعقاب بمبادئ القانون الطبيعي و العدالة المطلقة ، ولم يلتفت إلى المصلحة إلا في القرون الأخيرة ، وذلك عندما نادى “بنتام” بان القانون الذي يحكم الإنسان هو قانون اللذة و الألم أي أن هدف الإنسان في الحياة هو الحصول على اللذة وتجنب الألم ، وهذا هو الأساس الذي ينبغي أن تبنى عليه سياسة التجريم والعقاب ، وتابع “اهرنج” نفس الاتجاه الذي سار عليه بنتام في ربط القانون بالمصلحة ووصل إلى مذهبه النفعي بعد دراسته للقانون الروماني حيث خرج منها بأن عظمة القانون الروماني ليست في منطقه بقدر ما هي في معالجته للأفكار طبقا للحاجات و الاهداف الإجتماعية ، ثم عرف المصلحة بمثل ما عرفها به “بنتام” أي أنها البحث عن اللذة وتجنب الألم ، وجعل هدف القانون حماية المصالح سواء كانت فردية أو إجتماعية، والهدف النهائي للقانون هو مصلحة الجماعة.

على أن المحطة الأكثر تطورا في الاتجاه النفعي كانت نظرية “روسكو باوند” في المصالح ، والذي انطلق من حيث توقف اهرنج ، فقال : إن الظروف الاجتماعية التي تحدث عنها اهرنج و التي يتكفل القانون بحمايتها لا تقتصر على القيم المادية ، بل تشمل القيم المعنوية أيضا كحرية الاعتقاد و الكرامة ... ، ولم يقف باوند هنا بل خطا خطوة أكثر جرأة عندما قام بتصنيف المصالح الاجتماعية إلى ثلاث مصالح كلية هي الملكية العامة ، و الملكية الخاصة ، و الحقوق العامة يتفرع عنها العديد من المصالح الفرعية ، و القانون في نظره تنظيم اجتماعي

يسعى لإشباع أكبر قدر من الاحتياجات الاجتماعية بأقل قدر من التضحيات وهكذا تبلورت فكرة المصلحة في نطاق التجريم وفكرة المنفعة سواء في مجال الفلسفة أو في مجال القانون هي رد فعل على مذهب القانون الطبيعي الذي ظل سائدا في العصور الوسطى و حتى القرن الثامن عشر .

وهكذا تبلورت فكرة المصلحة في التنظيم القانوني عندما أعيى الدوران فيما وراء الطبيعة عقول المفكرين و انتقلوا إلى الواقع ولم يجدوا غير المنافع و المصالح ، ووجدوا أن القانون يفصل قواعد في مصالح متنازعة ، أما العدالة المطلقة فوهم ، فتغليب مصلحة على مصلحة يكون عادلا أو غير عادل في حدود الأوضاع لا بشكل مطلق وغير محدود ، وهذه العدالة النسبية هي التي تلقي على الإنسان عبئا ضخما هو أن يختار لنفسه القيم التي تقوده في تقدير المصالح . ولم يعد رجل القانون يتفهم القانون في ضوء ما وراء الطبيعة بل في ضوء الحقائق ، ومن زاوية الحاجات والمطالب التي تسود حياة الفرد وحياة المجتمع ويسعى إلى تحقيق هذه الحاجات وإجابة هذه المطالب وإيجاد التوازن بينها بالأداة القانونية المنظمة المحققة للضبط الاجتماعي.

وقريبا من التمييز الذي يقيمه فقهاء الشريعة الاسلامية بين المصالح ودرجة أهميتها من خلال دورها الاجتماعي (ضرورية ، حاجية ، تحسينية) كما رأينا سلفا يقترح "ديجي Duguit "معيارا في تقييم المصالح والقائم على الوظيفة الاجتماعية التي تؤديها المصلحة للمجتمع ، وهو معيار معتدل ومناسب - عكس ما وضعه الفلاسفة القدامى - لأنه يساعد على رسم سياسة تشريعية واضحة ودقيقة للمصالح اللازمة للمجتمع في ضوء الحاجات الاجتماعية وقدرة المصالح على إشباع هذه الحاجات ، فضلا عن أنه يعتبر وسيلة عملية وسهلة للترجيح و المفاضلة بين المصالح الاجتماعية المتعارضة . وفيما يتعلق بالمصلحة محل التجريم فلا بد أن تكون هذه المصلحة على جانب من الأهمية تكون مبررا للحماية الجنائية ، والتجريم كما سلفت الإشارة إلى ذلك هو إكساء صفة اللامشروعية على سلوك ما يشكل اعتداء أو خطرا على المصالح الأساسية التي يتوقف عليها استقرار المجتمع واستمراره ، فمحل التجريم إذا هو السلوك ، ومناطه هو المصلحة.

و التجريم هو اقصى درجات التأثيم القانوني فهو ينصب على كل سلوك يبلغ في جسامته حد الإخلال بالتزام أولي يتعلق به كيان المجتمع أي أنه شرط جوهري من شروط كيان الحياة الاجتماعية ، وهذا الإخلال يتمثل في الإضرار بهذا الشرط أو تعريضه للخطر ، فالسلوك المجرم يلحق ضررا بركيزة من ركائز الوجود الاجتماعي ، كما أن هذه الركيزة أو هذا الشرط يلحقها خطر تكرار السلوك إما من فاعل الجريمة ذاته أو من آخر غيره . فبينما يكفل القانون الجنائي وجود واستقرار الحياة الاجتماعية فإن القوانين الأخرى تكفل لتلك للحياة ذاتها فوق ذلك مقومات الحسن والكمال.

ولا يقتصر التجريم على المصالح الضرورية أو الشروط الجوهرية لوجود الكيان الاجتماعي كما يسميه الدكتور رمسيس بهنام ، بل يمتد للضرب على كل سلوك يعد خطوة في الطريق المؤدي إلى ذلك الإضرار وذلك الخطر من باب التحوط والوقاية.

فأساس التجريم في السلوك هو إخلاله إما بركيزة أساسية أو أولية للكيان الاجتماعي أو بدعامة معززة لهذه الركيزة ، وقد تكون هذه الركيزة أدبية معنوية كما تكون مادية ، فيعد من قبيل الركيزة الأساسية على سبيل المثال عدم أخذ مال الغير خلسة ، بينما تعتبر دعامة معززة للركيزة ذاتها الالتزام بعدم صنع مفاتيح مصطنعة مما يستخدم في فتح الابواب والخزائن دون علم ورضا مالكيها . كما يعد الالتزام بالحفاظ على مال الانسان وجهده من الاقتطاع منه بطريق الغش عن طريق نقد لا قيمة له ولا يساوي شيئا ركيزة أولية للوجود الاجتماعي ، في حين أنه يكون دعامة معززة ومكملة لهذه الركيزة الامتناع عن تزييف النقد بل عن مجرد صنع أو إحراز أدوات هذا التزييف.

ويقيم الدكتور رمسيس بهنام تمييزا بين ما يعتبر دعامة معززة لمصلحة ضرورية يسميها بالركيزة الأولية للوجود الاجتماعي وبين ما يعتبر من باب الحسن والكمال ، ويرى أن معيار التمييز ميسور ، فهو - أي التمييز - يتوقف على إحساس الجماعة ذاتها في مكانها وزمانها ، فما لا تطيق الجماعة الحياة بدونه يعد من ركائز الوجود أو الدعائم المعززة لهذه الركائز ، وما تشعر بمجرد المضيض في الإخلال به يتمثل على العكس في مقومات الحسن والكمال التي لا يكون مجالها التجريم وإنما التأثيم القانوني.

ففكرة الضرورة الاجتماعية للتجريم إذا تفيد أن الفعل محل التجريم يشكل ضررا أو خطرا اجتماعيا ، أي أن الفعل يمس بحق أو مصلحة ضرورية و جديرة بالحماية نظرا لأهميتها الاجتماعية ، أو أن الفعل مقدمة للمساس بهذه الركيزة أو المصلحة من خلال مساسه بدعامة معززة لهذه المصلحة . وهي فكرة نسبية تتوقف على نظرة المجتمع وما يسوده من قيم وثقافات ، و اختلال معيار التجريم يؤدي إلى نتيجة مؤداها أن القانون لم يعد يعبر عن القيم السائدة في المجتمع تعبيراً صحيحاً.

فالضرورة الاجتماعية كضابط للتجريم والعقاب تفيد أن المشرع لا يتدخل بالسلاح الجنائي إلا إذا تعلق الأمر بالمصالح الضرورية للكيان الاجتماعي أو بدعائم هذه المصالح ، بمعنى أن التجريم يكون له محل كلما دعت إلى ذلك ضرورة حماية هذه المصالح أو الشروط الأساسية ودعائمها.

و على هذا لا يجرم فعل إلا إذا كان منتهكا قيمة أو مصلحة للجماعة و تتوافر فيه أركان الجريمة طبقا للسياسة الجنائية المتبعة. ولا تمس حريات و حقوق الفرد عندما ينسب إليه ارتكاب فعل مخالف للقانون ، إلا بالقدر الضروري للدفاع عن القيم و المصالح التي يحميها المجتمع ، و بهذا لا تضار الجماعة في قيمها و مصالحها من أجل الفرد و باسم رعاية حرياته و حقوقه ، ولا تهدر هذه الأخيرة دون ضرورة تقتضيها حماية قيم الجماعة.

فضابط الضرورة و التناسب يحقق الدور الاجتماعي للقانون الجنائي ، فنصوص التجريم تعبر عن القيم الاجتماعية التي يؤمن بها المجتمع لحماية مصالح ضرورية متعلقة بوجوده وأمنه ، وهي بذلك ليست ثابتة جامدة بل تتغير بتغير المصالح و القيم

والقانون الجنائي بحسبانه انعكاسا حقيقيا للشعور الاجتماعي في المجتمع يقتضي أن هذا الشعور هو معيار السلوك ، فتصبح فعلا مجرما كل ضروب السلوك التي يرى مجتمع منظم في مرحلة معينة من مراحل تطوره ضرورة تجريمها و ترتيب الجزاء عليها ، فهو أي القانون الجنائي بمثابة ” الترمومتر ” للتفكير الخلفي و الاجتماعي للمجتمع.

وقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي مبدأي الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب استناداً إلى المادة الخامسة والثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ، فقد نصت المادة الخامسة على أنه ” لا يجوز للتشريع أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع ، كما نصت المادة الثامنة منه على أن التشريع لا يمكنه أن يفرض سوى عقوبات ضرورية على وجه الدقة و اليقين.

ولم ينفرد إعلان حقوق الإنسان و المواطن بهذا الضابط ، فقد رده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حينما اشترطت المادة الخامسة منه عدم تعريض الإنسان للعقوبات القاسية أو الحاطة بالكرامة ، وعندما أجازت المادة الثامنة من هذا الإعلان لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها القانون ، و عندما نصت المادة 12 على عدم جواز تعريض أحد للتدخل التعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو زملائه أو لحملات على شرفه و سمعته ، و لا شك أن الإعتداء و القسوة و التعسف و الوحشية أو الحط من الكرامة و الشرف و السمعة هي قواسم مشتركة في مراميها تتساوى في مدلول واحد و هو أن المساس بالحقوق و الحريات لا يستند إلى تبرير ضروري و لا يتناسب مع السبب الذي أدى إليه.

و قد أكد العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية الذي أقرته الأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 على عدم جواز المساس بحرية أحد ما لم تكن هناك أسباب تدعو إلى ذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في التشريع المادة 9 منه.

و أكدت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان لسنة 1950 ضابط الضرورة و أوضحت المواد من 18 إلى 11 منها أن ممارسة الحقوق و الحريات يمكن أن تخضع لشروط أو قيود أو جزاءات ينص عليها القانون مما يعد تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي لحماية الأمن الوطني و وحدة الكيان الإقليمي للدولة أو للمحافظة على الأمن العام ، أو الدفاع عن النظام ، أو منع الجريمة أو حماية الصحة أو الأخلاق أو حماية حقوق الغير في مواجهة إفشاء الأسرار الخاصة أو لضمان استقلال سمعة و حييدة القضاء.

فالقانون أسمى تعبير عن إرادة الأمة إذ يصدر عن السلطة التشريعية المنتخبة من طرف الشعب ، و يجسد مبدأ ” السيادة للأمة ” ، لأنه من المفروض أن يعكس

رغبتها و اختيارها لنمط العيش ، وهو أداة لتنظيم المجتمع و ضمان تساكن و تعايش مكوناته المختلفة و حماية مصالح و حقوق و حريات الأفراد و الجماعات داخله ، و إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة ، و تحقيق عنصر إلزامية هذه القواعد في الضمير الجمعي. و لا شك أن عنصر الإلزام يستلزم و يستدعي مراعاة الضرورة الاجتماعية في التجريم.

و لا شك أن هذه المبادئ نص عليها المؤسس الدستوري الجزائري خاصة في الفصل المتعلق بالحقوق و الحريات (المادة 34 و ما بعدها من الدستور).

المطلب الثاني: ضابط التناسب

التناسب في اللغة معاني التوافق و التلائم و التكافؤ و التماثل و التساوي ، فهي مصدر لفعل تَنَاسَبَ ، أي توافق و تلائم و تكافئ . وفي الرياضيات يفيد تساوي نسبتين

وجاء في المعجم الوسيط في معنى نَسَبَ : تَنَاسَبَ الشَّيْئَانُ: تشاكلا ، ناسب الأمرُ أو الشيء فلاناً: لاءمه ووافق مِرَاجَه ، و التَّنَاسُبُ : التَّشَابُه

فالتناسب بمعانيه اللغوية المشار إليها قانون عام يسري على مناحي الوجود المادي و الإنساني معا ، فالتوازن و التلائم و التكافئ بها تنتظم الحياة و بأضدادها تضطرب .

الفرع الأول : التناسب لدى فقهاء الشريعة الإسلامية:

لقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية عديد القواعد التي تفيد معنى التناسب الذي نحن بصدده ، فقد ورد في كتاب قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام أن :” المصالح و المفسدات في رتب متفاوتة ، و على رتب المصالح تترتب الفضائل في الدنيا و الأجور في العقبى ، و على رتب المفسدات تترتب الصغائر و الكبائر و عقوبات الدنيا و الآخرة”

ويقرر الإمام الشاطبي في كتابه الاعتصام :” إن المعاصي منها صغائر ومنها كبائر ، ويعرف ذلك بكونها واقعة في الضروريات ، أو الحاجيات أو التكميليات ، فإن كانت الضروريات فهي أعظم الكبائر وإن وقعت في التحسينيات فهي أدنى رتبة بلا إشكال ، وإن وقعت في الحاجيات فهي متوسطة بين الرتبتين”.

وفي قضية الموازنة بين المصالح فإن المقرر لدى فقهاء الشرع الاسلامي أنه “إذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا في التقديم و التأخير ” كما أنه إذا اجتمعت مصالح غير متساوية فإن “اعتبار مصلحة يلزم منها مفسدة أولى من اعتبار مصلحة يلزم منها عدة مفسد ” كما إنه من المقرر أنه ” إذا اجتمعت مصالح ومفسد فإذا أمكن تحصيل المصالح ودرء المفسد فعلنا ذلك امثالاً لامر الله تعالى فيهما لقوله : (فاتقوا الله ما استطعتم) (سورة التغابن 16) . وإن تعذر الدرء و التحصيل فإن كانت المفسدة اعظم من المصلحة درأنا المفسدة و لا نبالي بفوات المصلحة ، قال الله تعالى : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ.) البقرة 219.

فكأن التناسب مقرر في العقوبة والجزاء مقرر ابتداءً في الموازنة والترجيح بين المصالح.

الفرع الثاني: مبدأ التناسب في الفكر القانوني الحديث:

برز مبدأ التناسب و الحاجة إليه في سياق ما عرف بأزمة مبدأ الشرعية ، المبدأ الذي طبعته في البداية المبالغة في التجريد . فقد كان المبدأ نتيجة لتعسف القضاة الذي في ما قبل الثورة الفرنسية ، فسلب كل سلطة تقديرية في مجال تقدير العقوبات ، وقد أدى هذا التزم إلى أن واجه القضاة ألوانا عديدة من الحرج حينما يرتكب المتهم الجريمة فيتحتم توقيع عقوبة قاسية جدا بغض النظر عن ظروف المتهم ، فلم يجد هؤلاء حرجا في بعض الحالات من أن يحكموا بالبراءة درءا للخضوع لعقوبة يرونها قاسية وغير ملائمة لظروفه فأصبح القاضي مجرد آلة لا وجدان لها ، وأمام هذا الوضع كان لا بد من توسيع سلطات القاضي التقديرية مع إحاطتها بقيود تحول دون تعسفه ، وكان الحل هو تفريد القوبة سواء في مرحلة التشريع أو في المرحلة القضائية أو في مرحلة تنفيذ العقوبة تحقيقا لتناسب الجريمة والعقوبة.

ويقيم بعض الفقه تمييزا بين التناسب و التوازن بحسبان هذا الأخير ضابطا عاما مؤطرا للنظام القانوني وسابقا في أعماله على مبدأ التناسب الذي يعني تناسب الجريمة والعقوبة ، ومن ثم يكون للتوازن حضور في مرحلة التجريم أي في شق

القاعدة القانونية المتعلقة بالتكليف (التجريم) باعتبار أن التوازن هي العلاقة بين القيم والمصالح المتباينة في أهميتها الاجتماعية والتي تقوم على أساس تقييم القيم والمصالح ودراستها في ضوء أهمية دورها الاجتماعي وصولاً إلى تنظيم أو فض ما قد ينشأ بينها من صراع ، وعلى نحو يشبع حاجات الفرد و المجتمع . و التوازن بين هذه الحقوق والمصالح باعتبارها وظائف اجتماعية لها دورها في تحقيق التضامن الاجتماعي ، فإذا كانت المصحتان الضروريتان تؤديان نفس الدور الاجتماعي كانتا متساويتان من حيث الجدارة بالحماية فينبغي الموازنة بينهما ويسمي التوازن هنا بالتوازن بالتساوي وإذا كان العكس تعينت المفاضلة بينهما فيسمى التوازن هنا بالتوازن بالمفاضلة.

والحقيقة أن التناسب بمعناه اللغوي وكما عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية يغطي معنى الموازنة بين المصالح بالمعنى المشار إليه سلفاً سواء في مساواتها أو في المفاضلة بينها حيث أن الوازن يعني بالضرورة تساوي المصلحتين في أهميتهما الاجتماعية في حين أن التناسب كما يفيد التوازن و التساوي ، يفيد أيضاً معنى المفاضلة بمعنى التلاؤم و التوافق ، أي أنه قد يقع ترجيح حماية مصلحة ذات أهمية على أخرى أو قد تكونان محميتان جنائياً لكن درجة جسامته الأولى أكبر من الثانية ومن هنا التمييز بين المخالفة والجنحة والجنائية ، بل تتفاوت الجرح فيما بينها و الجنايات فيما بينها على مستوى العقوبة حسب درجة أهمية المصلحة التي يقع المساس بها وكلها تتعلق كما سبق أن أسلفنا بحماية شرط من الشروط الجوهرية للوجود الاجتماعي أو بدعامة معززة لهذا الشرط أو هذه المصلحة.

ومبدأ التناسب لا تقوم الضرورة في التجريم إلا به ، بحيث لا يكفي توافر الضرورة فيتم التجريم دون الموازنة بين ضرورة حماية هذه المصلحة وضرورة حماية مصلحة معينة أخرى ، وهنا يبرز مبدأ التناسب كما يبرز في العقوبة عند التشريع وعند التطبيق ، فمبدأ التناسب في ذاته ذو قيمة دستورية شأنها شأن القيمة التي تتمتع بها سائر الحقوق و الحريات و المصالح العامة لأنه بالإنضباط لهذا المبدأ يتم احترام كافة القيم الدستورية التي نالت حماية الدستور بطريقة منطقية متوازنة.

وبناء على ذلك يحقق ضابطا الضرورة و التناسب في التجريم و العقاب الدور الاجتماعي للقانون الجنائي ، فنصوص التجريم تعبر عن القيم الاجتماعية التي

يؤمن بها المجتمع لحماية وجوده و أمنه وسائر مصالحه ، والقضاء الدستوري يقع عليه عبء مراقبة مشروعية الضرورة و التناسب في التضحيات التي تتحملها القيم التي يقوم عليها النظام الدستوري ، فسلطة المشرع في تقدير الضرورة و التناسب في التجريم و العقاب ليست مطلقة وإنما تحددها الغايات التي استهدف الدستور تحقيقها فالضرورة و التناسب ضابطين ومعياريين دستوريين يجب الالتزام بهما .

مما سبق يتبين أن ضابط الضرورة الاجتماعية للتجريم و التناسب لهما فائدتين أساسيتين أو يتفرع عنهما ضابطين أساسيين:

-التقيد بالحد الأدنى للتدخل الجنائي فلا تجريم إلا لضرورة معتبرة.

ومؤدى هذا القيد الموجه للسياسة الجنائية أن الزج بالأداة الجنائية في معترك الصراعات الاجتماعية لا يكون إلا عند الضرورة القصوى ، فالمراد بالتدخل الجنائي لا يتحدد في حماية مطلق المصالح القانونية ضد كل ما يتهدها من ألوان النيل والافتئات أو تحقيق هذه الحماية باستخدام أقصى ما تملكه الدولة من أسلحة وإنما المراد هو التخطيط لعملية ضبط الإجرام في حدوده المقبولة ، فالتجريم والعقاب لا يقدم علاجاً لظاهرة الجريمة وإنما يمثل مرجعاً أخيراً لا يسوغ اللجوء إلا في نهاية المطاف.

كما أن تقيد التدخل الجنائي بالحد الأدنى ينسجم مع المنطق النفعي للدولة المعاصرة الذي يقضي بضرورة تحقيق أكبر قدر من الرفاه بأقل تكلفة ممكنة أي أن تكلفة التجريم والعقاب يجب أن تتناسب مع درجة أهمية المصلحة المحمية ولا تتجاوزها.

-حسن تعبير النصوص الجنائية عن الضمير الجمعي

وفائدة هذا القيد أن النصوص الجنائية يجب أن تحقق في النهاية الحماية اللازمة للمصالح التي تكتسي أهمية وألوية بالغة في ضمير الجماعة وتشكل شرطاً جوهرياً لكيانها ووجودها واستمرارها.

و الخلاصة العامة التي يمكن الاستناد إليها في دراسة القيود الواردة على حق الدولة في التجريم والعقاب هي أن هذه القيود تنقسم إلى قسمين قيود موضوعية أو

مادية ، وقيود شكلية ، فالقيود المادية سابقة منطقا وعقلا على القيود الشكلية ، فهذه الأخيرة مجرد قالب للقيود الموضوعية.

ومن جملة القيود أو الضوابط الموضوعية للتجريم والعقاب وأهمها ، ضابطي الضرورة والتناسب ، ونحن نرى أنهما ضابطين عامين (أو قاعدتين عامتين باصطلاح الفقهاء) ، تفرضها طبائع الأشياء وهي سابقة من حيث وجودها على مبدأ الشرعية باعتباره قيودا شكليا عاما تنضوي تحته جملة من القيود تخدم كلها حسن تعبير التجريم والعقاب عن حماية المصالح الضرورية في ضمير الجماعة وأن يكون تدخل المشرع بالتجريم متناسبا مع الهدف منه وهو حماية المصالح المذكورة.

فمبدأ الشرعية الجنائية الذي مؤداه أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، هو ضابط شكلي ظهر في سياق تاريخي كإطار يقي من التحكم ، فالجريمة والعقوبة يجب أن تفرغ في قالب قانوني يصل إلى علم الجميع ، والجريمة والعقوبة تخضع ابتداء للضرورة والتناسب وعلى هذا فالشرعية الجنائية تكريس وتعزيز شكلي للضابطين الموضوعيين المذكورين.

فالتشريع في مجال الحقوق و الحريات يخضع لمبدأ أو قاعدة الشرعية الجنائية ، و المبدأ كما ظهر في الثقافة القانونية الغربية نتاج لصراع طويل بين الفرد و الدولة ، بين ثنائية الأمن و الحرية ، هذا الصراع الذي تمخض عنه في النهاية استئثار البرلمان - باعتباره يجسد إرادة الشعب - بسلطته في التشريع في مجال الحقوق و الحريات وهو ما يعبر عنه بمبدأ الانفراد التشريعي La réserve de loi أي أن أي تشريع في مجال الحقوق و الحريات يتطلب موافقة أطراف العقد الاجتماعي.

فتمت علاقة وثيقة بين انفراد التشريع وحماية الحقوق و الحريات ، فالسلطة التشريعية تمارس بواسطة ممثلي الشعب صاحب السيادة لذلك كان طبيعيا أن يستأثر التشريع الصادر عن هذه السلطة بضمان الحقوق و الحريات وقد عبر عن ذلك المجلس الدستوري الفرنسي بعبارة قصيرة في إحدى قراراته تقول ” بأن سلب الحرية يتعلق بالمشرع”

فمن وجهة نظر القانون الدستوري يؤدي مبدأ الشرعية معنيين أو نتيجتين على الأقل نرى أنهما آلية تحقق الضرورة والتناسب في التجريم:

الأول مفاده أن تحديد الجرائم والعقوبات تدخل ضمن الإختصاص التشريعي وهو ما يمكن تسميته بضابط الإنفراد التشريعي في التجريم والعقاب La réserve de la loi، ومعناه أن تنظيم الحقوق و الحريات ورسم حدودها يكون بواسطة ممثلي الشعب ، ولا تتدخل السلطة التنفيذية في المساس بهذه الحقوق و الحريات دون موافقة السلطة التشريعية الممثلة للشعب سلفا ، فالتشريع على هذا النحو هو السند الذي يتوقف عليه تنظيم ممارستها وحدودها ، إذ يمثل التعبير عن موافقة الشعب من خلال النظام النيابي عما يمكن القيام به في مجال يتعلق به وحده وهو الحقوق والحريات.

الضابط الثاني المتفرع عن ضابط أو مبدأ الشرعية الجنائية هو وضوح النص القانوني الجنائي أو اليقين القانوني الجنائي

هكذا فمبدأ أو ضابط الشرعية الجنائية و النتائج المترتبة عنه سواء تعلق الأمر بالانفراد التشريعي أو بوضوح النص القانوني الجنائي وعدم رجعية القوانين واتباع قواعد التفسير الضيق للنصوص الجنائية وامتناع القياس ماهي في نظرنا إلا ضوابط شكلية تمثل قالب الذي يتجسد فيه ضابطي الضرورة و التناسب في نصوص التجريم والعقاب وفق معناهما المفصل أعلاه ، وإن كان الأخذ بفكرة الضرورة و التناسب كضابط معياري يسائل جملة من النتائج المترتبة عن مبدأ الشرعية.

فإذا كان من المطلوب التقيد بالتفسير الحرفي للنص الجنائي فإن ذلك يفترض الدقة من جانب المشرع في التعبير عن إرادة الجماعة وهو أمر كثيرا ما لا يتوفر سواء من حيث الشكل أو الموضوع ، وكثيرا ما تشوبه تناقضات جلية ، ولا يمكن أن يطلب من القاضي ترديد هذه الأخطاء فعليه أن يبحث عن إرادة واضع القانون . ومن ناحية أخرى فإن إرادة المشرع التي ضمنها بالنص ليست مبدا جامدا محكوما بالوقائع الإجتماعية المتوافرة وقت وضع النص بل هي إرادة متطورة بتطور الوقائع الإجتماعية طالما انها تراعي المصلحة الإجتماعية الضرورية المحمية بالنص ، ذلك أن هذه المصلحة تبلور إرادة المشرع وتحدد تبعاً لها نطاق تطبيق نصوصه ، والقانون لم يصنع لاجل الحاضر فقط بل يمتد للمستقبل مما يفرض تفسير معنى النص في ضوء التغيرات الإجتماعية . على أنه لا ينبغي المبالغة في ذلك حتى لا يفترض القاضي إرادة القانون ، بل يلتزم دائما بالإرادة الحقيقية او

المفترضة افتراضا منطقيا على ضوء الوقائع الاجتماعية الجديدة ، مع احترامه للصيغ المستعملة بالنص تحقيقا للاستقرار والامن القانوني وهو يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض . و إذا عملنا هذا المنهج فإنه لا شك يسعف في تقديم الحلول الصحيحة بوجه خاص عندما يعبر القانون عن فكرة متحركة متطورة بحسب طبيعتها ، مثل النظام العام والآداب العامة و الاختراعات العلمية التي تصلح محلا أو أداة للجريمة.

وإذا كان من ضوابط شرعية التجريم والعقاب عدم رجعية النص القانوني الجنائي ، وكان القانون الأصلح للمتهم استثناء على هذا الأصل بحيث كلما تعلق الأمر بقوانين – بالمعنى التقني للقانون – صادرة عن السلطة التشريعية ولم يتعلق الأمر مثلا بلوائح صادرة عن السلطة التنفيذية بتفويض من سلطة التشريع ، وجب تطبيق النص الأصلح للمتهم فإن هذا الأخير لا يكون صالحا للمتهم في الحالة التي يخفض فيها من العقوبة أو يعوض عقوبة الحبس النافذ بالحبس الموقوف التنفيذ أو يُحل الغرامة محل الحبس أو يجعل من الجنائية جناحة وما إلى ذلك ، بل إن القانون يكون صالحا للمتهم بالنظر لظروف الجريمة وشخصية المجرم ودرجة أهمية المصلحة اجتماعيا وبالتالي فالضرورة والتناسب قد تفرض أن يكون النص الذي يشدد العقوبة أو يشدد وصف الجريمة هو الأصلح لمتهم معين ، حتى يتحقق الردع العام والخاص ويستصلح المجرم ، فمسألة القانون الأصلح للمتهم مسألة واقع يراعى فيها ضابط الضرورة و التناسب بحيث ينظر إلى درجة أهمية المصلحة اجتماعيا فيطبق القانون المتناسب مع الفعل . فمثلا إذا كان القانون الجديد يلغي وقف التنفيذ وأنقص مدة العقوبة فإن القانون القديم يعتبر أصلح للمتهم إذا كانت ظروف الجريمة وشخصية المتهم تدعوا إلى إيقاف التنفيذ ، هذا بخلاف الحال بالنسبة لمتهم آخر لا يستحق إيقاف التنفيذ ، فإن القانون الجديد يعتبر الأصلح له.

وإذا كان من نتائج مبدأ الشرعية أو ضابط النصية عدم جواز اللجوء للقياس ، فإنه هذه النتيجة لا تتعارض مع تطبيق النصوص لصالح المتهم ، تحقيقا للضرورة والتناسب ، ومن هذه النصوص تلك التي تقرر أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب أو الأعدار القانونية المخففة ، ففي هذه الحالات لا يؤدي القياس إلى الإفتئات على سلطة المشرع وحده في التجريم وفرض العقاب ، بل هو استصحاب على الأصل العام في الافعال و هو الإباحة ، والقياس في هذا المجال

هو تأكيد لهذا الاصل العام ومن ثم كان جائزا ، وقد استقر القضاء الفرنسي على إجازة القياس لصالح المتهم ومن أمثلة ذلك أنه قاس على السرقة بين الأصول و الفروع والأزواج التي لا تؤدي إلى غير التعويض المدني (المادة 380 من القانون الجنائي الفرنسي) جرائم النصب وخيانة الأمانة . كما استخلص القضاء الفرنسي أن حالة الضرورة تعتبر من أسباب الإباحة رغم عدم وجود نص خاص بهذا المعنى .

المطلب الثالث : أثر الانضباط للضرورة والتناسب في تحقيق الحماية الإجتماعية الإنسانية

يكمن الرهان أمام واضعي النصوص الجنائية و مطبقها — وهي معادلة صعبة بطبيعة الحال — في التوفيق بين مصلحة الفرد في إنسانيته وحرياته و حقوقه ، و مصلحة الجماعة في قيمها و مصالحها و أهدافها . و سؤال التوفيق هذا هو الأساس الذي تنبني عليه فكرة الحادثة التي تستهدف مشاركة الإنسان الفردية و الجماعية في بناء المؤسسات التي ينتمي إليها وصولا إلى الموازنة المطلوبة بين الحريات الأساسية و المنافع الإجتماعية و الإقتصادية الأكثر ملائمة له ، بعبارة أخرى يكمن سؤال الحادثة في التوفيق بين أنانية القناعات البدائية و الحاجة إلى التضامن.

وإذا كانت الضرورة هي الأساس الذي يقوم عليه تدخل المشرع في تقييد الحقوق و الحريات ، فإن التناسب هو الأسلوب الأنجع الواجب اتباعه في بناء قواعد التجريم.

فالنظام القانوني يقوم على التوازن بين الحقوق و الحريات من جهة و بين المصلحة العامة من جهة أخرى و هو ما يتحقق بالتناسب بين كل من الاثنين بين حماية الحقوق الفردية و بين المصلحة المتمثلة في النظام العام . فالنظام العام يقتضي تقييد حرية الفرد من خلال التجريم و العقاب الذي يخضع كذلك للضرورة الاجتماعية أي ضرورة حماية المجتمع كمصلحة دستورية و إلا فالمشرع سيلجأ إلى الاسراف في استخدام العقابي مما يؤدي إلى ما يسمى بالتضخم العقابي الذي لا يستند إلى ضرورة . و من جهة أخرى فإن الفرد يتعرض لمخاطر التجريم و العقاب إذا لم يحسن وضع ضوابط دقيقة له تحافظ على التوازن المطلوب ، و لا

يجوز أن يكون هذا التوازن مدخلا للعصف بالحقوق و الحريات على نحو يسوده التحكم و هذا يتطلب إيجاد تناسب بين قدر المساس بالحقوق و الحريات و المصالح المحمية التي تبرر هذا المساس ، و بهذا التناسب تتحقق الحماية الاجتماعية الانسانية أي حماية المجتمع القائمة على احترام حقوق الانسان و يتحقق الأمن القانوني بوصفه مظهرا لسيادة القانون بدونه تختل هذه السيادة و يهتز مبرر وجودها.

كما ترتبط مشروعية استعمال العقوبة تبعا لذلك بمدى احترام النظام القانوني لقاعدة التناسب بين الجريمة و الجزاء في كل الظروف و الأحوال.

ولكي تقترب فكرة الضرورة من فكرة التناسب يجب النظر الى كل من القاعدة و مبرر وجودها ثم تطبيقها ؛ فهي لا تكون ضرورية الا اذا وجدت لمعالجة وضع ظاهر معين فتعالجه على نحو كاف و بغير مبالغة. وهو ما سيستدعي التوازن بين المصالح و الحقوق المتعارضة بالتناسب مع الهدف من التجريم أي أن الضرورة التي تلجئ المشرع إلى تجريم سلوك معين تفترض أن التجريم و درجته يتناسبان مع الهدف من التجريم.

وليؤدي معياري الضرورة و التناسب وظيفتهما في صيانة الحقوق و الحريات و ضمان التوازن بينها وبين الواجبات العامة يجب أن تتصف نصوص التشريع بالوضوح و التحديد ، فلغة المشرع يجب أن تكون واضحة و دقيقة و بسيطة يفهمها الناس على اختلاف مداركهم و ثقافتهم و أفهامهم ، لأن اللغة المعقدة تجعل القانون مغلقا ، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما . وهكذا لا ينبغي أن يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله في ظروف مختلفة ؛ كما أنه إذا عبر عن معنى بلفظ معين و جب ألا يتغير هذا اللفظ إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى.

و لا شك أن القضاء باعتباره ضامن الحقوق و الحريات يضطلع بدور أساسي في صيانتها بالإعمال السليم للضرورة و التناسب.

يتضح من تطور مفهوم الضرورة في كل من السياسة الجنائية التقليدية و التقليدية الجديدة و السياسة الجنائية الوضعية ، أن مفهوم الضرورة في السياسة الجنائية كان في البداية يركز على التعريف المجرد لماديات الجريمة و يتصف بالتجريد و المساواة الجامدة بقصد تحقيق الردع العام ، و قد كانت هذه السياسة تستهدف

حماية الإرادة الحرة للفرد و تأكيد المساواة ما أدى إلى عدم التناسب بين العقوبة و الجريمة بسبب اختلاف الظروف الشخصية للمجرمين . و قد حاولت السياسة النيوكلاسيكية تلافي هذا العيب ، فنادت بمراعاة هذه الظروف عند فرض العقوبة إلا أنها اتخذت حرية الاختيار ضابطا لتحديد هذه الظروف ، و هو ما أثبتت نتائج علم الإجرام عدم صحته ، على اعتبار أنه من غير المنطقي تحقيق العقوبة على من تضعف إرادته بينما قد يؤدي هذا الضعف إلى اعتياده على الإجرام ، ولم يصلح لهذا العيب إلا التفريد التنفيذي للعقوبة ، لأنه لا جدوى لهذا التفريد إذا لم يكن القضاء بها قائما على تفريد قضائي سليم.

و هكذا فالسياسة الجنائية التقليدية و التقليدية الجديدة لم تقدم نموذجا صالحا لقيام الضرورة و التناسب على اعتبارات سليمة لإحداث توازن بين الحقوق و الحريات و بين المصلحة العامة و التي تتمثل في تحقيق أهداف العقوبة.

و بتبني فكرة الخطورة الإجرامية مع المدرسة الوضعية أصبح التناسب المطروح بين الخطورة الإجرامية ورد الفعل حيالها متجسدا في التخلص من المجرم الذي يستحيل إصلاحه ، أو إصلاحه بواسطة تدابير تتخذ ضد حالة نفسية لا ضد فعل من أفعاله ارتكبه يقينا ، الأمر الذي يعرضه للخطر.

و قد جاء الإتحاد الدولي لقانون العقوبات الذي تأسس عام 1880 على يد البلجيكي “برنس” و الألماني “ليست Liz و الهولندي “هامل” ، و كان أهم ما ميز الإتحاد في ميدان التوازن بين الحقوق و الحريات و المصلحة العامة هو إحاطة التدابير الإحترازية بالضمانات و اشتراط أن يكون فرضها بالحكم القضائي و بناء على قانون حتى لا تنتهك الحقوق تحت غطاء الضرورة.

و ظهرت ضرورة الإصلاح كضابط للتجريم والعقاب على الأقل في الإتجاه القانوني لحركة الدفاع الإجتماعي ، حيث أسس حق الدولة في العقاب على ضرورة إصلاح أعضاء المجتمع و الإرتقاء بهم ، و تعمل الدولة على أداء هذا الواجب تجاه الفرد الذي يتعين عليه

الإمتثال لا خضوعا تحت تأثير الإكراه و إنما تنفيذا لحقه في هذا التأهيل . و رفض هذا الإتجاه الأخذ بالتدابير المانعة ما لم تتوفر الضمانات اللازمة لحماية الحرية الشخصية مؤكدة أن المشكلة في التوفيق بين مبدأ الشرعية و هذه التدابير المانعة ،

الأمر الذي يتطلب عدم فرضها إلا للضرورة القصوى وفقا لضمانات كافية طبقا للقانون . كما وقف هذا الإتجاه ضد مسار إضفاء الصفة الإجتماعية على القوانين الجنائية الذي كان يتم في النظم اللاتينية بخلق جرائم مادية متعددة ، و الحقيقة أن الدفاع الإجتماعي لا يرمي إلى محاربة هذا الإتجاه في ذاته ، لكنه طالب بأن لا يتم ذلك على حساب الكائن الفرد ، و إذا كان التخطيط أصبح ضروريا في القرن العشرين فإنه لا ينبغي أن يؤدي إلى تسلط الدول على الأفراد.

و في غمار هذه التيارات المختلفة ، ظهر اتجاه إلى عدم وجوب الإعتماد على قانون العقوبات و حده في معضلة الجريمة و اعتبار كافة قطاعات المجتمع مسؤولة عنها ، إلى جانب الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي ، و في ضوء هذه النظرة ظهرت سياسة اللاتجريم "décriminalisation" للحد من الإسراف في التجريم خاصة مع الجرائم المصطنعة التي استحدثتها بعض التشريعات و ظهرت هذه السياسة بوضوح في المؤتمر السادس لوزراء العدل في أوروبا سنة 1970 و في الندوة العلمية الثالثة التي أقامتها الجمعيات الدولية المشتغلة بالعلوم الجنائية بإيطاليا في مايو سنة 1973 ، و كذلك الشأن في مؤتمر الأمم المتحدة الذي عقد في جنيف عام 1975. لمكافحة الجريمة و معاملة المذنبين.

و الحقيقة أن هذا الاتجاه الحديث الذي ذهب بعيدا في أعمال مبدأ الضرورة و تلافي سلبيات التضخم كما سيأتي حالا استفاد من أفكار "جاروفالو" و معاصريه من رواد المدرسة العلمية ، حينما ميز بين الجريمة الطبيعية و المصطنعة ، (Delits naturels et delits artificielle) فالجرائم الطبيعية هي الجرائم الجنائية بالمعنى الدقيق و التي لا تتغير في الزمان و المكان ، أما الجرائم المصطنعة فهي الجرائم التنظيمية المستحدثة التي تكون مناط التجريم "Incrimination" و هي وضع استثنائي و مؤقت أملت الضرورة و من تم يجب على المشرع الجنائي التخلص منها كلما انتقت الضرورة و المنفعة أو كلما زادت الضرورة أو قلت مقتضياتها حتى لا يسهم في التضخم العقابي. لأن التماذي في مجال التجريم أو الأخذ به على سبيل التأييد يؤدي إلى خلق مشاكل قانونية و جنائية تؤدي في النهاية إلى عرقلة مسيرة السياسة الجنائية سواء في جانب الفعالية و النجاعة أو في جانبها الحقوقي الإنساني. فالتجريم القانوني إذاً مشروع

للضرورة و لكنه قد يكون غير مفيد في الحالات الأقل ضررا بالمجتمع وإن كانت تمس الحياة الخاصة للفرد.

و يترتب على التمييز بين الجرائم الطبيعية و الجرائم المصطنعة جملة من النتائج التي تفيد المشرع في صياغة سياسة جنائية ناجعة و وفيه لمضامين حقوق الإنسان.

□ يفيد هذا التمييز أولا في إعادة النظر في مبدأ "عدم العذر بالجهل بالقانون" فبينما أن أعماله بصدد الجرائم الطبيعية لا يثير أي إشكال ، فإن أعماله في تطبيق النصوص التشريعية الجنائية التي تضم "التجريمات القانونية" أو الجرائم المصطنعة من شأنه الإخلال بالحقوق والحريات.

يفيد كذلك هذا التمييز في اختيار السياسة العقابية الملائمة ، فكلما تعلق الأمر بجرائم مصطنعة و جب تجاوز الأساليب العقابية التقليدية و تبني الأساليب العلمية الحديثة التي تعتمد على نظرية بدائل العقوبات أي على نظرية التدابير و غيرها من وسائل الإصلاح و التأهيل و هو ما يعرف بمسمى "الحد من العقاب "

Dépénalisation و انتفاء الضرورة و التناسب هي معيار الحد من العقاب.

و لا يحول الحد من العقاب دون اعتبار الأفعال أفعالا غير اجتماعية ، كما أنه لا يعني إلغاء العقاب تماما و إنما يعني إما إلغاء بعض العقوبات أو منع تعددها أو تخويل جهات الإدارة سلطة فرض الغرامات كبديل للعقاب. و واقع الأمر أن الضرورة التي تدعو إلى فرض عقوبة سالبة للحرية تفرض بناء على أربعة متطلبات هي: حماية المجتمع و معاقبة الجاني و إصلاح المحكوم عليه ، و الإعداد للاندماج "المحتمل" داخل المجتمع.

يفيد هذا التمييز أيضا في تنقية القانون الجنائي من أشكال التجريم المعاصر التي قلت أو انعدمت ضرورتها و التي يمكن أن يضمها قانون آخر خلاف القانون الجنائي حتى لا يحدث تضخم عقابي أو إفلاس عقابي إذا صحت استعارة مصطلحي التضخم و الإفلاس من مصطلحات علم الاقتصاد ، و ذلك قصد تحقيق التناسب أو ما سماه الأمريكي "كلينيس" "مبدأ نفعية أو عائدة السياسة الجنائية" الذي يقوم على مواجهة الإجرام بأقل التكاليف المالية ، حيث اعتبر هذا الأخير أنه

يجب على الدولة (المشرع الجنائي) أن تراعي عند وضع العقوبات و بوجه خاص عند وضع العقوبة السالبة للحرية تكاليف السجون و “تكاليف الشرطة و القضاء...” معتمدا على نتائج الدراسات التي أنجزت بالولايات المتحدة الأمريكية من طرف لجنة “كاتزنباخ” عام 1967 و التي تؤكد حتمية تغيير السياسة الجنائية نحو سياسة أكثر عملية و واقعية تحقق الإصلاح و تحقق انخفاض مصاريف العدالة الجنائية في آن واحد.

وفي هذا الصدد أتى ميثاق إصلاح منظومة العدالة الذي صدر سنة 2013 والذي شكل ثمرة مجهودات أعضاء الهيئة العليا للحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة و التي انطلقت منذ الثامن من يونيو 2012 ، بمجموعة من التوصيات توزعت كلها على ستة أهداف استراتيجية كبرى للإصلاح و من ضمنها تلك التي أتت في إطار الهدف الرئيسي الثالث للميثاق الهادف إلى تعزيز حماية القضاء للحقوق و الحريات ، هدف تعزيز هذه الحماية انضوت تحته أهداف فرعية تمحور الهدف الفرعي الثاني منها حول تطوير السياسة الجنائية فكان من ضمن أهم التوصيات نزع التجريم عن بعض الأفعال و البحث عن حلول لها خارج المنظومة الجزرية و وضع آليات قانونية لتجنيح الجنايات ذات التأثير البسيط بما يضمن التفريد الأمثل للعقاب و التناسب بين الجريمة المقترفة و العقوبة المقررة ، إضافة إلى توسيع مجال الأخذ بالعقوبات الإدارية في ميدان الأعمال بدل العقوبات الجزرية . و حث الميثاق أيضا على تبني بدائل العقوبات السالبة للحرية كالعمل من أجل المنفعة العامة و الغرامة اليومية و الوضع تحت الإختبار و القيد الإلكتروني و حث على تعديل قانون المسطرة الجنائية و القانون الجنائي في هذا الإتجاه . وقد تضمن مشروع القانون الجنائي جملة من هذه التدابير أو البدائل في المادة 1-35 وما بعدها.

وتعتمد التشريعات المقارنة بالإضافة إلى هذه التدابير بدائل أخرى كالحبس الدوري أو الحبس في نهاية الأسبوع ، و تأجيل النطق بالحكم مع الوضع تحت الإختبار الذي يروم تأهيل المحكوم عليه و إصلاحه عن طريق وضعه تحت الإشراف و المراقبة لمدة محددة ، مع احترام الالتزامات المفروضة عليه و تحسين سيرته و سلوكه خلال مدة الإختبار هاته.

يستلزم إذا انضباطُ سياستي التجريم والعقاب لمتطلبات حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة والموازنة بينهما مراعاة الضرورة الإجتماعية والتناسب وهما مبدأين دستوريين ابتداءً وانتهاءً ، فمن جهة يلتزم المشرع بالموجهات الدستورية ، كما أن القواعد الجنائية التي تفرضها الضرورة ويتم التوافق عليها ترتفع إلى درجة القواعد الدستورية ، غير أن انضباط المشرع للضرورة الإجتماعية والتناسب في التجريم يحيل على التدويل وما يرتبط به من إشكالية الكونية والخصوصية ، كما تحيل على البحث في سبل وضع سياسة جنائية إجتماعية من خلال التنزيل السليم لما كرسه دستور المملكة لفتاح يوليو 2011 حين أكد على تبني الديمقراطية التشاركية ، ونهج جهوية موسعة بمنح الجهة اختصاصات وصلاحيات مهمة لا شك أن للسياسة الجنائية - بمعناها الموسع الذي أشرنا إليه في مقدمة هذه الدراسة المتواضعة - مكان مهم في هذا الورش قد يسمح في ما يستقبل من الأيام بالحديث عن سياسة جنائية جهوية ليس فقط على صعيد رد الفعل المجتمعي من خلال الهيئات التمثيلية وإنما أيضا على مستوى إسهام هذه الهيئات في العملية التشريعية سواء في إطار صلاحياتها التشريعية أو من خلال اقتراح الملتزمات و العرائض التشريعية.

الفصل الثالث: الحد من العقاب و علاقة العقوبة و بدائلها بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليهم.

المبحث الاول: الحد من العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة

لقد أدى الإسراف في العقاب إلى نتائج عكسية وعواقب وخيمة ، لذلك اتجهت السياسة الجنائية المعاصرة إلى الترشيح وعدم الإسراف في استخدام قواعد العقاب، والسؤال الذي يطرح نفسه كيف يمكن الحد من العقاب ، وقد أجاب بعض فقهاء القانون على ذلك بأنه يترتب استبعاد المخالفات من أحكام القانون الجنائي للتخفيف

من أعباء السلطة القضائية بعدم النظر لمثل هذه المخالفات، فالإدارة هي التي تتولى متابعة المخالف والتحقيق معه ومحاكمته وتنفيذ الجزاء عليه وهو ما يسمى بالحد من العقاب خارج نطاق القانون الجنائي (الجزاء الإداري العقابي) كله تحت رقابة السلطة القضائية ، وينظم هذه الأمور قانون يطلق عليه قانون العقوبات الإداري وهو قانون قد طبقته بالفعل كل من ألمانيا وإيطاليا ، كما تجدر الإشارة أن فكرة الحد من العقاب طرحت لأول مرة في مؤتمر بيلاجيو عام 1973م ، ثم بدأت هذه الفكرة تنشأ وتتبلور أكثر بعد ذلك في العديد من المؤتمرات والدراسات ، في ظل تعاظم الإحساس بضرورة إعادة النظر في النظام العقابي بعد فشله في حماية المصالح والحد من الإجرام .

المطلب الأول: مفهوم الحد من العقاب

إن الحد من العقاب ما هو إلا مصطلح عصري ، ورصين للسياسة الجنائية والتي تكمن سماتها الأساسية في التهدئة ، وهي من الآليات التي لجأت إليها بعض التشريعات الجنائية لخفض الكم الهائل من القضايا، وتتخذ سياسة الحد من العقاب في الغالب صورة إخراج بعض الأفعال من نطاق القانون الجنائي لصالح نظام عقابي آخر غير قانون العقوبات وإخضاعها لجزاءات إدارية أو تجارية أو مدنية أو ما يصطلح عليه بقانون العقوبات الإداري.

هذا و يعرف الدكتور أمين مصطفى السيد الحد من العقاب بأنه "نقصد به التحول تماما عن القانون الجنائي لصالح نظام قانوني آخر ، إذ يتم رفع الصفة التجريمية عن فعل ما غير مشروع ، طبقا لقانون آخر، يقرر له جزاءات قانونية أخرى غير الجزاءات الجنائية ، تتمثل غالبا في جزاءات إدارية مالية توقع بواسطة الإدارة ، وتتم بإجراءات إدارية وذلك تحت رقابة السلطة القضائية ، ويطلق على القانون المنظم لتلك الأمور قانون العقوبات الإداري .

ويرى الدكتور أحمد فتحي سرور أن سياسة الحد من العقاب لا تعني بالضرورة إلغاء العقاب تماما، وإنما تعني إما إلغاء بعض العقوبات أو منع تعدد العقوبات ، والملاحظ على تعريف الدكتور أحمد فتحي سرور أنه أقام فكرة الحد من العقاب على التخيير إما بمنع تعدد العقوبات السالبة للحرية والدعوة إلى توحيدها التي قال بها لأول مرة الفقيه الفرنسي شارل لوكا سنة 1830 ، وإما بإلغاء بعض العقوبات

ويقصد هنا العقوبات قصيرة المدة التي لا يمكن أن تحقق الردع الخاص للجاني وإنما تزيد من متاعب لدولة وعرقلت نجاح السياسة العقابية المعاصرة.

كما يرى الفقيه مارك أنسئل أن سياسة الحد من العقاب يقصد بها إضعاف رد الفعل الاجتماعي الذي يهجر أحيانا الطريق الجنائي بمعناه الضيق ، وأحيانا التخفيف منه ، وأحيانا أخرى استبداله بأساليب أخرى أقل تصادما وأكثر فعالية ، والملاحظ على هذا التعريف أن الفقيه مارك أنسئل نظر إلى سياسة الحد من العقاب من زاوية اجتماعية وفكرة الدفاع عن المجتمع ، فالمجتمع في نظره هو وحده من يستطيع إنجاح هذه السياسة لأنه وببساطة هو أول من يتضرر بها.

وقد عرفت اللجنة الأوروبية لمشاكل التجريم سياسة الحد من العقاب على أنها : (كافة أشكال تخفيف العقوبة داخل النظام الجنائي) ، والملاحظ على هذا التعريف أن اللجنة الأوروبية لمشاكل التجريم حصرت سياسة الحد من العقاب في تخفيف العقوبة فقط ولا تطال بذلك توحيد العقوبات السالبة للحرية ، كما حصرت هذه السياسة في النظام الجنائي فقط وليس خارجه وبذلك عدم التخلي عن العقوبات لصالح أي نظام آخر مدني أو إداري كان.

ومن أهم التعريفات كذلك ظهر اتجاه آخر وعلى النقيض من سابقه حيث لا يعتبر أشكال التخفيف التي تتم داخل النظام الجنائي حدا من العقاب، فالحد من العقاب وفق هذا الاتجاه هو نقل السلوك من نطاق القانون الجنائي إلى نطاق قانون آخر مدني -إداري... إلخ ، وعلى هذا الأساس فقد ورد في التقرير المقدم من وزير العدل الإيطالي المقدم للمؤتمر السادس لوزراء العدل في أوربا المنعقد في هاواي سنة 1970، أن الحد من العقاب هو التحول من أشكال الجرائم الجنائية إلى جرائم مدنية أو إدارية باستبدال العقوبة بجزاء غير جنائي.

من خلال ما سبق يمكن أن نعرف سياسة الحد من العقاب على أنها التخلي عن بعض قواعد القانون الجنائي لصالح نظام قانوني آخر ، فسياسة الحد من العقاب هي من الأساليب المعاصرة التي تفرضها نفسها في السياسة الجنائية لغاية حماية المصالح والقيم الاجتماعية بطرق وأساليب جديدة بعض فشل النظام الجنائي في حماية هذه المصالح.

و من العوامل التي أسهمت في تطور علم العقاب:

1- ازدهار الأفكار الديمقراطية وتأثيرها الفعال في تغيير النظرة إلى المجرم حتى يؤهل ويصلح نفسه ويعود إلى الحضيرة الاجتماعية عضواً نافعاً ..

2- زيادة الامكانيات المالية للدولة لإن عملية الإصلاح والتأهيل تحتاج إلى مبالغ مالية كبيرة يتم رصدها للاهتمام بالجوانب النفسية والصحية والتربوية للمجرم.

3- التقدم العلمي الذي أحرز في مجال العلوم النفسية والاجتماعية حيث أن تطور علم الإجرام واهتمامه بدراسة العوامل الداخلية والخارجية، أدى إلى ضرورة توجيه العناية بالمجرم وأخذ شخصيته بنظر الاعتبار عند تنفيذ العقوبة.

المطلب الثاني: تمييز سياسة الحد من العقاب عن سياسة الحد من التجريم

ظهرت سياسة الحد من التجريم بوضوح في المؤتمر السادس لوزراء العدل في أوروبا سنة 1970، وفي الندوة العلمية الثالثة التي أقامتها الجمعيات الدولية المنشغلة بالعلوم الجنائية، والتي انعقدت في بيلاجيو إيطاليا في ماي 1973، كما لقي الموضوع الاهتمام ذاته في المؤتمر الخامس للأمم المتحدة الذي عقد في جنيف عام 1975 لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين .

و قد عرفت اللجنة الأوروبية للمشكلات الجنائية الحد من التجريم بقولها (أن الحد من التجريم القانوني يتمثل في سحب اختصاص النظام الجنائي بفرض جزاءات في مواجهة بعض أشكال السلوك وهذا يمكن أن يتم بواسطة عمل تشريعي يتضمن الاعتراف الكامل بمشروعية سلوك معين من الناحية القانونية كما في بعض الدول الأوروبية حيث تم إلغاء بعض جرائم الأخلاق من الزنا أو الانحراف الجنسي).

كما عرفه الأستاذ Leclercq بأنه : إلغاء التجريم وبالتبعية إلغاء العقوبة أيضا ، ويبدو أن هذا التعريف على جانب من الدقة والوضوح ،فهو تعريف الشيء بضده فإذا كان التجريم هو إكساء اللامشروعية على سلوك ما ،فإن الحد من التجريم هو إلغاء لهذا التجريم ، ومع ذلك فهو لا يخلو من بعض الخلل فيما بين الحد من التجريم والحد من العقاب ، وهذا ما يتجلى من إقرار صاحبه بأن كل حد من التجريم هو حد من العقاب بمعنى أن الحد من التجريم هو صورة الحد من العقاب .

الفرع الاول: طبيعة الحد من التجريم و الحد من العقاب

و يعتبر الحد من التجريم ذو طابع موضوعي بحث فهو ينظر في إكساء صفة المشروعية على أفعال كانت في ما سبق تشكل جرائم ، بغض النظر عن صفة مرتكب الفعل سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا، وبغض النظر كذلك إذا ما كان شروعا أو فعلا كاملا وإنما يهدف إلى عدم قيام المسؤولية الجنائية تماما ضد أي شخص و اعتبار ارتكابه بعض الجرائم شيء مباح لا يقع تحت طائلة القانون ، حتى وإن كان موضوع الحد من التجريم في بعض الأحيان يلقي استهجان اجتماعيا ودينيا ورفض مطلقا كما هو الحال في إلغاء تجريم بعض أفعال الزنا في الدول الأوروبية والمسلمة والتي تعتبر هذا الفعل حدا من حدود الله ووجب عدم الاستهزاء به.

أما سياسة الحد من العقاب ذو طبيعة موضوعية بحتة ، لعدم إحتوائها على عناصر شخصية ، لأنها إنعكاس لاعتبارات معينة مرتبطة بفكرة العقوبة من حيث أغراضها ، وغايتها ، ومدى قدرتها على تحقق أهدافها وغاياتها ، ومدى إمكانية استبدالها ببدائل أخرى للعقوبة ، وإما لأن أثارها تقتصر على السلوك محل العقاب بين العوامل الشخصية لمرتكب هذا السلوك .

الفرع الثاني : أسباب الحد من العقاب وأشكاله

من أبرز أسباب الحد من العقاب نجد:

1 ظاهرة الحبس قصير المدة

هناك عدة تداعيات سلبية للعقوبات السالبة للحرية قصيرة تتجاوز المحكوم عليه و تمتد إلى عائلته، ولعل أبرزها المشكلات النفسية والاقتصادية التي تواجهها أسرة النزيل ترتبط إلى حد كبير بما يحدث عند إيداع النزيل في المؤسسة العقابية خاصة إذا كان هو العائل الوحيد للأسرة. إضافة الى إرهاب ميزانية الدولة من مصاريف إنشاء السجون ومصاريف أخرى كبيرة.

2 فشل النظام العقابي في تحقيق أهدافه

أقر العديد من فقهاء القانون والباحثين أن المؤسسات العقابية لم يعد باستطاعتها القيام بمهامها الأساسية التي وجدت من أجلها، ألا وهي الإصلاح والتهديب والحد

من الجريمة ، فقد ثبت أن السجن هو أحد العوامل الدافعة إلى ارتكاب الجريمة ، لأنه في الغالب يفسد المبتدئين بدلا من إصلاحهم وتهذيبهم ، ولا يمكن إزالة الميول الإجرامية المتأصلة لدى المعتادين على الإجرام .

أما أشكال الحد من العقاب فهي متنوعة حسب كل دولة والسياسة التشريعية فيها فنجد:

1-سياسة الحد من العقاب داخل القانون الجنائي نفسه

كتقليص الحد الأدنى للعقوبة أو إحلال بدائل للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة وهو ما أخذت به عدة دول من بينها التشريع الجزائري وهذه الصورة هي إحلال جزاء غير جنائي بدلا من القاعدة القانونية محل الإلغاء وهي إحدى أشكال الحد من العقاب .

وهذه البدائل في الحقيقة متنوعة ومتعددة ، ومن الناحية التاريخية فإن أقدمها هو نظام وقف تنفيذ العقوبة كبديل ذو نشأة أوروبية ، ثم ظهر بعد ذلك نظام الوضع تحت الاختبار ذو النشأة الأنجلوسكسونية أمريكية ، ثم توالى البدائل كنظام شبه الحرية والإعفاء من العقوبة وتأجيل النطق بها والوضع تحت المراقبة الإلكترونية والعمل لصالح النفع العام ونظام تجزئة العقوبة .

2-الحد من العقاب خارج نطاق النظام الجنائي: و ذلك لإلغاء تجريم القاعدة الجنائية ، ليصبح الفعل مشروعا من الناحية الجنائية، ولكنه يقع تحت حظر القوانين الأخرى وخاصة الإدارية منها ، وتقع على المخالف عقوبة إدارية، كالقانون الجنائي الإداري الإيطالي رقم 689 لسنة 1981 وقانون الجرائم الإدارية الألماني لسنة 1975، بينما اكتفى البعض الآخر بإعطاء الحق للإدارة في نصوص متفرقة في فر جزاءات إدارية على شكل غرامات دون إحالة القضية على المحكمة الجزائية كما هو الحال عند المشرع الفرنسي في قضايا مخالفات المرور .

المبحث الثاني: علاقة العقوبة و بدائلها بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليهم

المطلب الأول: ماهية العقوبة و بدائلها: من خلال هذا الفرع سيتم تحديد ماهية كل من العقوبة و بدائلها من خلال الوقوف على مفهومهما و أساسهما أو مشروعيتهما على ضوء التشريع المقارن.

الفرع الاول: مفهوم العقوبة: تعرف العقوبة لغة على أنها الجزاء بالشر ، و جمعها عقوبات، كما أن العقوبة من العقب و العقب هو مؤخر الشيء و هي الأثر المترتب على الذنب و المعصية، فيقال عاقب مجرماً بذنبه أي عاقبه على ذنبه و جزاه سواء بما صنع، أخذه به ، و عاقبه على خطأه....

و العقوبة شرعا هي جزاء الفعل الذي ارتكبه الجاني بالمخالفة لأمر الشرع الحنيف ، أو الجزاء الذي يلي الذنب أي يعقبه ، و تعرّف بأنها الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع أو نهيه.

أما من الناحية القانونية ، فتعرّف العقوبة بأنها جزاء يقرره المشرع ، و يوقعه القاضي على كل شخص منحرف يرتكب فعلا نهى عنه المشرع و جرّمه، أو يمتنع عمدا عن إتيان فعل أمر به المشرع و اعتبر عدم القيام به جريمة، أو هي جزاء جنائي يتضمن إيلا ما مقصودا يقرره المشرع و يوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته عن فعل يعتبر جريمة في القانون ، و بالقدر الذي يتناسب معها.

هذا و يلاحظ أن معظم التشريعات المقارنة لم تتطرق إلى مفهوم أو تعريف العقوبة ، و هو أمر طبيعي على اعتبار أن هذه مهمة الفقه أصلا. و نجد أن معظم التشريعات تناولت أنواع العقوبات كالعقوبات الأصلية مثل الإعدام و الحبس و السجن و الغرامة ، و العقوبات التكميلية كالمصادرة و الحجز القانوني ، و المنع من الإقامة....

و من خصائص العقوبة :أ.قانونية العقوبة: تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات المنصوص عليه في المادة 1 من قانون العقوبات الجزائري. حيث أن المشرع هو الوحيد المؤهل لتحديد العقوبة من حيث طبيعتها و حجمها.

ب.شخصية العقوبة: أي أن العقوبة لا تصيب و لا تطبق إلا على الشخص المنحرف أو الجاني الذي ارتكب الجريمة بإرادته الحرة و السلبية.

ج. المساواة أمام القانون في العقاب: أي أن العقوبة تطبق على كل شخص في المجتمع بغض النظر عن حالته الاجتماعية أو مكانته أو مركزه أو مستواه فالكل سواسية أمام القانون.

د. قضائية العقوبة: أي أن السلطة القضائية هي المختصة في توقيع العقاب.

و. تفريد العقوبة: أي أن القاضي يحدد العقوبة تبعا لظروف الجاني المتصلة بشخصه و مدى خطورته الإجرامية ، و الظروف التي أحاطت بارتكاب الجريمة.

و يتضح كذلك من خلال تعريف العقوبة أنها تتضمن أو تقوم على عنصرين أساسيين هما:

1. عنصر الإيلاام: و هو مقصود و هو جوهر العقوبة باعتبارها رد فعل اجتماعي ضد السلوك المنحرف أو الإجرامي، و معناه تكبيد المجرم مشقة محددة تشعره بوطأة الأثر الذي يترد من جراء جريمته.

2 ارتباط العقوبة بالجريمة : أي أنه لا عقوبة إلا إذا سبقها ارتكاب شخص لجريمة تطبيق لمبدأ الشرعية الجنائية ، لأن الأصل في الإنسان البراءة و الأصل في الأشياء الإباحة.

الفرع الثاني: مفهوم بدائل العقوبة: في اللغة بَدَل الشيء : غيره، و الجمع إبدال ، و استبدال الشيء بغيره إذا أخذه مكانه ، و الأصل في الإبدال جعل الشيء مكان شيء آخر . أما من الناحية القانونية فعرفها البعض بأنها مجموعة من التدابير التي محل السجن لإصلاح الجاني و حماية الجماعة أو للتثبيت من المتهم و الكشف عن حاله. كما عرفها البعض الآخر على أنها " تدابير بديلة لعقوبة السجن تتضمن مجموعة من الإجراءات التي تتخذها المجتمع لمعاقبة المخالفين لقوانينه بهدف إصلاحهم و تطبيق العقوبة عليهم دون تنفيذها داخل أماكن محددة تجعلهم في عزلة عن المجتمع". و من خلال تعريف العقوبات البديلة تتجلى خصائصها المتمثلة في:

شرعية العقوبات البديلة: و قضائية العقوبات البديلة: و شخصية العقوبات البديلة: و يرى البعض أن تحقيق هذه الخاصية الأخيرة محل شك، نظرا لأن مداها و نطاقها لا يقتصران على المحكوم عليه، بل تتعداه لتصل لأفراد أسرته. و توجد صور عديدة للعقوبات البديلة في التشريعات المقارنة منها:

أ.نظام الاختبار القضائي في فرنسا و أمريكا: و هو أسلوب عقابي يستهدف تجنيب مرتكبي الجرائم دخول السجن بغرض إعادة تأهيلهم بفرض بعض الالتزامات المقيدة للحرية عليهم و التي يؤدي الإخلال بها إلى توقيع عقوبة سالبة للحرية.

ب.المراقبة الجنائية الالكترونية: و يعتبر هذا النظام كنتاج لما افرزه التقدم التكنولوجي حيث أخذت به مثلا فرنسا كبديل للحبس المؤقت أو العقوبة السالبة للحرية طبقا للمادة 132 من 261 -1 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

ج. و من أشهر البدائل المطبقة في دول العالم إضافة إلى هذه البدائل السابقة ، نظام التعهد بالشرف ، و خدمة المجتمع ، و الحبس المنزلي، و العمل للمنفعة العامة ، و تعليق النطق بالحكم، و نظام شبه الحرية ، و الحرمان من بعض الحقوق ، نظام الحكم مع موقف التنفيذ، و نظام البارول.

أما المشرع الجزائري فقد خطى خطوة مهمة في وضع ملامح سياسة عقابية تتماشى و السياسة العقابية الحديثة و ذلك من خلال إدخاله لعدة بدائل للعقوبة السالبة للحرية ، مثل نظام وقف تنفيذ العقوبة. ، و هو نظام يتمثل في وقف تنفيذ العقوبة وقفا بسيطا ، أو تعليق تنفيذ العقوبة على شرط موقف خلال مدة تجربة يحددها القانون، ، و ذلك يتم في إطار السلطة التقديرية للمحكمة. كما أخذ المشرع الجزائري بعقوبة العمل للنفع العام ، و هي عقوبة بديلة تصدرها جهة قضائية مختصة و تتمثل في قيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام دون أجر ، بدلا من إدخاله المؤسسة العقابية لقضاء العقوبة السالبة للحرية. إضافة إلى نظام الصلح القانوني ، الذي مفاده إلزام المتهم بإزالة الأضرار و تعويض المجني عليه ، حيث يجوز للمحكمة القضاء بذلك بناء على طلب الضحية ، و في حالة رفض المحكوم عليه تطبيق العقوبة الأصلية. و نظام المراقبة الالكترونية أو السوار الالكتروني الذي يوضع في معصم أو قدم المذنب و يسمح له بمغادرة محيطه حيث سيظهر لدى الشرطي إشارة حالة خروجه من المحيط المحدد له ، و نظام الحرية النصفية ، و هو وضع المحبوس المحكوم عليه نهائيا خارج المؤسسة العقابية خلال النهار و منفردا أو دون حراسة أو رقابة الإدارة ليعود إليها مساء كل يوم.

المطلب الثاني: علاقة العقوبة و بدائلها بإعادة و الإدماج الاجتماعي للمحبوسين:

كانت العقوبة في العصور القديمة تمتاز بالانتقام الفردي أو الجماعي ، كرد فعل على الاعتداء الذي يتعرض له الفرد لدفع الضرر عن نفسه أو ماله أو مصالحه ، و تميزت بطغيان العقوبات البدنية أعضائه و كذا العقوبات المشينة الماسة بكرامة الإنسان . و في القرون الوسطى، ساهمت الحركات الإصلاحية في احترام كرامة الإنسان و حرите الشخصية من الظلم و التعسف و الطغيان ، و نادى بضرورة قيام المحاكمة العادلة و البحث في سبب انحراف الشخصي لتحديد العقوبة الملائمة. و مع ذلك فإنه بظهور نظام الدولة ظهرت مرحلة العدالة العمومية محل العدالة الخاصة في قيادة الردع و تنظيمه بإضفاء الطابع الاجتماعي على العقوبة ، و قد شاب هذه المرحلة كذلك بعض القساوة و انتهاك حقوق الإنسان .

و في العصر الحديث عرفت العقوبة تطورا ملحوظا خاصة بعد الثورة الفرنسية عام 1789 ، و ساعدها على ذلك عوامل سياسية كالتحول من النظام الديكتاتوري إلى النظام الديمقراطي ، و عوامل اقتصادية خاصة ما أنتجته الثورة الصناعية في أوروبا...، و تغيرت النظرة نحو العقوبة من حيث تحديدها (فكرة التناسب بين العقوبة و جسامة الجريمة) ، و أساليب تنفيذها ، و التركيز على الجانب الإنساني في العقوبة و تأهيل المحكوم عليه و إصلاحه من أجل إعادة إدماجه في المجتمع ، أو تطبيق بدائل العقوبة تبعا لنوع الجريمة و شخصية و ظروف المنحرف فما علاقتها بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين؟

الفرع الأول :علاقة العقوبة بإعادة إدماج المحبوسين: إن المتتبع لخطوات التشريعات المقارنة في مجال السياسة العقابية الحديثة يدرك أن معظم الدول و منها الدولة الجزائرية قد ذهبت بعيدا في مجال تطوير العقوبة من أجل تحقيق أهدافها و تحقيق الغرض الإصلاحي و إعادة تأهيل المحكوم عليه من أجل إعادة إدماجه اجتماعيا ، سواء من حيث النصوص القانونية المنظمة للعقوبة في حد ذاتها ، أو من خلال الآليات التي تشرف على تنفيذها أو تطبيقها حيث أنشأ لهذا الغرض ما يسمى " مؤسسات الدفاع الاجتماعي ، (اللجان ، قاضي تطبيق العقوبات ، و المؤسسات السجنية). إضافة إلى الضمانات الممنوحة للمحبوسين (و ما يسمى بالقواعد الدنيا لمعاملة المحبوسين و المسجونين.

و قد ظهرت تفسيرات جديدة و متنوعة للسلوك الإجرامي ن حيث أرجعه الباحثين إلى أمراض و اضطرابات عقلية و نفسية و عصبية ، و ظروف اجتماعية ، و بالتالي تغيرت النظرة إلى مفهوم العقوبة و غرضها و دعوا إلى الإصلاح و التأهيل و العلاج ، من خلال النظر إلى المجرم بأنه مريض ننظر إليه بعطف تماما كما ينظر الطبيب إلى مريضه.

فلم تعد العقوبة جزاء يقابل السلوك الإجرامي ، و لم تعد عبارة عن شر يقابل شر بحيث يجب أن تكون في مستوى هذا الشر ، و إنما أصبحت العقوبة تمثل أساسا أسلوبا يتمكن بواسطتها المجتمع من إخضاع الشخص المنحرف إلى عملية العلاج العقابي،، لإصلاحه و إعادة إدماجه من جديد كشخص منتج و إيجابي. و في هذا الإطار، جاء في توطئة قانون تنظيم السجون ، و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين (القانون رقم 05-04-2005)، و في المادة الأولى منه على أن هذا القانون يهدف إلى تكريس مبادئ و قواعد لإرساء سياسة عقابية قائمة على فكرة الدفاع الاجتماعي ، التي تجعل من تطبيق العقوبة وسيلة لحماية المجتمع بواسطة إعادة التربية و الإدماج الاجتماعي للمحبوسين."

و قد تأثر المشرع الجنائي المغربي بأفكار الدفاع الاجتماعي في قانون المسطرة الجنائية لسنة 2003. و القانون الجنائي رقم 03-07-2004 في الشأن السجني.

و في مصر يعتبر الدفاع الاجتماعي من أقدم مجالات العمل منذ صدور المرسوم بقانون رقم 30 لسنة 1936 بإنشاء مجلس أعلى للإصلاح الاجتماعي ، و تطوير مصلحة السجون، و إنشاء مكتب الخدمة الاجتماعية لمحكمة الأحداث عام 1940. و بالتالي مست مجالات التشريع الجنائي ، و المجال القضائي ، و مجال التنفيذ أ تنفيذ العقوبة.

أما المشرع الفرنسي فكان سباقا في التشريعات الوضعية في التأثر بأفكار الدفاع الاجتماعي سواء على مستوى قانون العقوبات أو قانون السجون ، من أجل الموازنة بين حماية حق المجتمع و المحافظة على الحريات الفردية ،.

و بالرجوع إلى القانون الجزائري ، فقد نصت المادة 2 من قانون السجون على أنه " يعامل المحبوسين معاملة تصون كرامتهم الإنسانية و تعمل على الرفع من مستواهم الفكري أو المعنوي بصفة عامة، دون تمييز سبب العرق أو الجنس أو

اللغة أو الدين أو الرأي". و تتجلى مظاهر دور العقوبة و تطبيقها في تحقيق إعادة الإدماج في عدة نواحي نذكر منها :

أ.على مستوى آليات تطبيقها (مؤسسات الدفاع الاجتماعي):1.الإشراف القضائي على تطبيق العقوبة:

تبنى المشرع الإشراف القضائي على تنفيذ العقوبات بموجب الأمر 02/72 المؤرخ في 10 فبراير 1972 و المتضمن قانون السجون ، عن طريق قاضي تطبيق العقوبات و أضيفت له صلاحيات أخرى بمقتضى قانون 04/05 لسنة 2005 و حتى تعديل 01/18 لسنة 2018 لمراقبة تطبيق السوار الالكتروني على المحكوم عليه،و يتمثل أساس التدخل القضائي في الإشراف على تطبيق العقوبة لحماية المحكوم عليه و عدم المساس بها ، و تحقيق مبدأ المشروعية أو الشرعية ، و في هذا الصدد نصت المادة 23 من قانون السجون الجزائري ، على أن قاضي تطبيق العقوبات يسهر على مراقبة مشروعية تطبيق العقوبات السالبة للحرية.

2.اللجنة الوزارية المشتركة لتنسيق نشاطات إعادة تربية المحبوسين و إعادة إدماجهم:و نصت عليها المادة 21 من قانون السجون الجزائري و هدفها مكافحة الجنوح و تنظيم الدفاع الاجتماعي ، و قد نظمها المرسوم التنفيذي رقم 429/05 المؤرخ في 08 نوفمبر 2005 يرأسها وزير العدل و تشكل من ممثلي عن القطاعات الوزارية (الدفاع ، المالية ، الجماعات المحلية ، و معظم الوزارات) إضافة إلى هيئات وطنية أخرى و جمعيات،حيث تساهم وفقا للمادة 4 من المرسوم في إطار الوقاية من الجنوح و مكافحته و اقتراح التدابير التي تحسن من إعادة تربية المحبوس و إعادة إدماجه و تحسين ظروف الحبس في المؤسسات العقابية ، و إعداد برامج الرعاية اللاحقة لمحبوسين.

3.لجنة تطبيق العقوبات :و نصت عليها المادة 24 من قانون السجون الجزائري ، تنشأ لدى كل مؤسسة عقابية يرأسها قاضي تطبيق العقوبات و تختص في ترتيب و توزيع المحبوسين حسب وضعيتهم و خطورتهم و جنسهم و سنهم و شخصيتهم و درجة استعدادهم للإصلاح ، و متابعة تطبيق العقوبات السالبة للحرية و دراسة طلبات الإخراج و إجازات الخروج، و متابعة تطبيق برامج إعادة التربية و تفعيل آليتها و نظمها المرسوم رقم 180/05 المؤرخ في 17 ماي 2005.

4. لجنة تكيف العقوبات و تنظيمها و سيرها : و نصت عليها المادة 143 من قانون السجون مقرها وزارة العدل و نظمها المرسوم التنفيذي : رقم 181/05 المؤرخ في 17 ماي 2005، مهمتها الفصل في الطعون المعروضة عليها ضد قرارات قاضي تطبيق العقوبات المتعلقة بتوقيت تطبيق العقوبة مؤقتا أو رفضها ، و الإفراج المشروط ، منح الإجازة.

ب. على مستوى حقوق المحبوسين: و ذلك من أجل إعادة التأهيل الاجتماعي للمحبوسين و هي من أهم مراحل السياسة العقابية بعد تصنيف المحكوم عليهم و توجيههم للمؤسسات العقابية و حقوق المحبوسين متنوعة نصت عليها قانون السجون من المواد 57 إلى 79 تضمنت الرعاية الصحية لجميع المحبوسين و الخدمات الطبية ، و الفحص الطبي ..، و حق الزيارات و المحادثة من الأقارب و الزوج ، و المحامي و المحادثة مع زائريه ، و المراسلات ، و حق تلقي الحوالات البريدية أو المصرفية ، و تقديم الشكاوي و المنظمات ضد أي مساس بحقوق المحبوسين.

و لا شك أن هذه الحقوق تتماشى مع مجموعة القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء و التي أوصى بها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة و معاملة المجرمين.

الفرع الثاني: علاقة بدائل العقوبة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين: لقد تم عقد العديد من المؤتمرات الدولية لدراسة بدائل العقوبة و اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة ظاهرة اكتظاظ السجون ، و عدم فعالية العقوبة التقليدية في تحقيق غرضها و إعادة الإدماج ، و نظرا لازدياد عدد السجناء في العالم فإن ذلك سيؤدي بالضرورة إلى عدم احترام المعايير و القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء. و كون أن الحبس يؤثر على حقوق الإنسان ، و ارتفاع تكاليفه ، و استخدام الحبس المتعسف ، من هنا فإن العقوبات البديلة تكون أكثر فعالية في إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين من عدة أوجه هي:

1. أن العقوبات البديلة حل أساسي للمشاكل المرتبطة بالعقوبات التقليدية السالبة للحرية ، في خضم صعوبات تدبير المؤسسات السجنية و تحديات نزلاء ضد هذه المؤسسات.

2. تؤدي العقوبات البديلة إلى إصلاح المحكوم عليه بعيدا عن السجن كنظام وفق التنفيذ ، فالمحكوم عليه هنا بحبس بألم العقوبة رغم عدم تنفيذها، ويزداد شعوره بالذنب علاوة على تهديد بتنفيذ العقوبة خلال مدة معينة إذا ما بدر منه ما يجعله غير جدير بإيقاف التنفيذ ، و هكذا يتحقق الردع ، كما يساهم هذا النظام منع المجرمين المبتدئين من الاختلاط بالمجرمين العائدين ، فمن المصلحة العامة عدم توقيع العقوبة عليهم ، لان ذلك قد يكون سببا في إفسادهم نظرا لاختلاطهم في السجن بالمجرمين الخطرين .

3. كما تساهم عقوبة العمل للنفع العام أو المصلحة العامة في تجنيب المحكوم عليه مساوئ الحبس قصيرة المدة ، و الاختلاط بالمجرمين الخطرين ، كما أنها تكفي وحدها لتأهيل المجرمين قليلي الخطورة الإجرامية بمجرد تقييد حريتهم ، و تمنح للجاني كثيرا من الحرية مع حماية المجتمع في نفس الوقت من أي سلوك غير سوي للجاني مما يحقق مصلحة الجاني و المجتمع في ذات الوقت.

و تساعد على تأهيل الجاني و إدماجه في المجتمع يتركه يعيش في أرجاء المجتمع العادي و يتصل به مباشرة ، و يتعلم فيه الجاني حرفة جديدة و يُوسع أمامه فرص إيجاد مهنة يكتسب من خلالها ما يقلل من فرص ارتكابه للجرائم.

4. تساهم العقوبات البديلة بصفة عامة في الحد من ازدحام السجون و تساهم في تفعيل دور المؤسسات العقابية و إصلاح و تأهيل المجرمين ، و في هذا يقول " مارك انسل " أن الوظيفة الرئيسية للعدالة الجنائية و غايتها هو تأهيل المجرم ليعاد إلى المجتمع الذي يحتاج الحماية ، و بأن النظام الجنائي هو الجريمة لا الفعل المناهض للمجتمع.

5- تساهم العقوبات البديلة في الحد من العودة للجريمة ، فالعمل للنفع العام يضمن ذلك و يظهر ذلك من خلال الإحصاءات التالية :- أن إحصاءات السجون في إنجلترا عام 1994 أكدت عدم اتهام نسبة 56% من المحكوم عليهم الذين تم الإفراج عنهم خلال العامين اللاحقين للإفراج، في حين أن الجزائر أشار المدير العام للسجون أن نسبة 45% من السجناء المفرج عنهم يعودون للإجرام.

6- تنمية الشعور بالمسؤولية و تأدية العمل بشكل جيد يفيد المجتمع الذي قام بالتعدي على قوانينه ، و يُسهم في الأخير إلى عودة المنحرف إلى الحالة الطبيعية كعضو منتج و فعال في المجتمع ، و هو ما تسعى إليه السياسة الجنائية المعاصرة.

7. تسهم العقوبات البديلة في تفادي ابتعاد المحكوم عليه عن المجتمع خاصة عقوبة العمل للنفع العام. و تفادي الأضرار التي قد تصيب أسرة المحكوم عليه كونه سيتواصل مع أسرته بشكل عادي إضافة إلى تفادي احتقار المجتمع كما هو في عقوبة السجن.

المطلب الثالث: معوقات العقوبة و بدائلها في إعادة إدماج المحبوس اجتماعيا:

على الرغم من أن السياسة العقابية الحديثة عرفت تطورا ملحوظا من خلال كيفية تطبيق العقوبة و بدائلها و آليات الإشراف عليهما ، إلا أن معدلات الإجرام لا زالت في استمرار ، و هذا بسبب الثغرات الموجودة في النصوص القانونية ، و الصعوبات أو المعوقات التي تواجه تطبيق كل من العقوبة و بدائلها و هذا ما يمكن ملاحظته من خلال ما يلي :

الفرع الاول: بالنسبة لتطبيق العقوبة:

1. في إطار تطبيق العقوبة يلاحظ أن أغلب المساجين في المؤسسات العقابية في الجزائر هم من العائدين و الخطيرين ، أي الذين سبق الحكم عليهم بعقوبات سالبة للحرية و خضعوا لبرنامج علاجي عقابي ، و عادوا للإجرام من جديد مما يدل على فشل السياسة العقابية في الجزائر و عدم تحقيقها لبرنامج التأهيل و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

2. اكتظاظ السجون من جهة ، و من جهة أخرى قاعات الاحتباس في المؤسسة العقابية لا تستجيب للمعايير الدولية ، حيث أنها ضيقت مساحتها 1.86 م² في حين أن الحد الأدنى المعمول به دوليا هو 12 م² ، و بالتالي نتمنى أن تستجيب المؤسسات العقابية التي هي في طور الإنجاز للمعايير الدولية المتعارف عليها في أوروبا و الدول الغربية حيث ينام كل سجين في قاعة مخصصة له على أنه يمكن له أن يجتمع مع باقي المحبوسين خلال النهار ، أما في ظل وجود المحبوسين في قاعة واحدة ، فله سلبيات عديدة منها أنه ينتج عنها وجود شخص مرشد للقاعة يتحكم في باقي المحبوسين مخالفا لقاعدة المساواة و عدم جواز سلطة المحبوس

على المحبوس و هذه المسألة لها تداعيات خطيرة ، و أن الاكتظاظ في السجن تعرض المحبوس لمساوى صحية و أخلاقية (الأمراض و العدوى).

3. أن لتدني أجور أعوان المؤسسات العقابية قد تدفعهم إلى البحث عن موارد بطريقة غير شرعية من قبل المحبوسين مقابل السماح بإدخال ممنوعات أو مخالفة المحبوسين لتعليمات المؤسسة العقابية ، و هذا لا يساعد على تحقيق أغراض العقوبة و إعادة الإدماج.

4. أن المشرع الجزائري في تطبيق العقوبة في أغلب النصوص يطبق الأفكار الحديثة للمعاملة العقابية بمبادئ المدرسة التقليدية عندما كان الخطر يساوي المجرم ، و هو ما أدى به إلى التمييز بين الفئات المختلفة للمنحرفين على أساس جسامة الجريمة المرتكبة لا على أساس الخطورة الإجرامية للفاعل.

5- نلاحظ أنه و في معظم التشريعات العربية و منها الجزائر أولوية العقوبة السالبة للحرية في التشريع و الممارسة ، حيث أنه لا يتصور لأحد الاستغناء عن عقوبة الحبس أو غيرها من العقوبات السالبة للحرية ، و هذا ينطبق على كل من الأردن ، الجزائر ، المغرب ، تونس ، مصر.

و في الجزائر غالبا ما يطبق القاضي عقوبة الحبس قصيرة المدة و يغفل تطبيق العقوبات البديلة كوسيلة لإصلاح الشخص المنحرف خاصة إذا كان مبتدئا و لا ينطوي على خطورة إجرامية ، و هنا قد يختلط في السجن بأشخاص خطرين مما يؤثر على عملية إعادة إدماجه و على اعتبار أن الحبس عقوبة أصلية هي الأكثر تطبيقا ، فقد بينت الدراسات و الإحصائيات المساوى المترتبة على ذلك منها:

-الكثير من الجانحين الين يعاقبون بأقصى العقوبات الحبسية لا يكادون يغادرون السجن حتى يعودون إليه لارتكابهم جرائم أكثر خطورة و هذا في العديد من الدول

-انعدام روح المسؤولية و الميول الإتكالية على الغير في نفوس الحب وسين خاصة و أن الحياة في السجن توفر لهم المطعم و الملابس و العلاج.

6. بخصوص الإشراف القضائي على تطبيق العقوبة يلاحظ عدة نقائص في التشريع الجزائري تتمثل فيما يلي:

-بخصوص مكتب قاضي تطبيق العقوبات لا يوجد نص يبين على سبيل التحديد مقر تواجد مكتب قاضي تطبيق العقوبات هل في المجلس القضائي أو في المؤسسة العقابية و هناك من يفضل تواجد ، في المجلس القضائي أو المحكمة أفضل من المؤسسة العقابية ، لأن وسائل العمل اللازمة له مكانها المناسب ليس في المؤسسة العقابية كوسائل الاتصال و الوثائق و المراجع، و الاستشارات حتى تسهل عليه عمله في مراقبة مشروعية تطبيق العقوبة و إعادة إدماج لمحبوس ، فضلا عن استقبال أولياء النزلاء على حسب حاجته .

-طبقا للمادة 22 من قانون السجون ، يتولى وزير العدل تعيين قاضي أو أكثر تسند له مهام قاضي تطبيق العقوبات، و لكن من الناحية العملية غالبا ما يتم تعيين قاضي واحد على مستوى كل مجلس قضائي ، و هو ما شكل عبئا ثقيلا على قضاة تطبيق العقوبات ، خاصة من يتواجدون بمجالس قضاء الجنوب حيث المسافة بعيدة و الظروف الطبيعية الصعبة.

الفرع الثاني: بالنسبة لتطبيق بدائل العقوبة:

جاء تطبيق العقوبات البديلة بسبب الانتقادات التي وجهت لمساوى استخدام العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، و هذا بسبب ما توفره هذه العقوبات من مزايا تتناسب و التطور الذي عرفته المجتمعات الحديثة في شتى المجالات الفكرية و السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية. و مع ذلك فإن التطبيق العملي لهذه العقوبات واجهته بعض العوائق و الصعوبات نذكر منها:

1. بخصوص تطبيق عقوبة العمل للنفع العام: في الجزائر هذه العقوبة البديلة أراد المشرع من خلال شروط تطبيقها أن يتم التدرج في توسيع تطبيقها حتى يتسنى للمتدخلين من قضاة و محكوم عليهم و مجتمع مدني فهم أبعاد هذه العقوبة و بالتالي ضمان تطبيق سليم لأحكام القانون ، و الموازنة القيام بتقييم عملية التطبيق و إدخال التعديلات اللازمة إلا أن عملية التطبيق أظهرت بعض العوائق القانونية و هي :

-السوابق القضائية: إن اشتراط أن يكون المحكوم عليه مبتدئ لتمكينه من الاستفادة من هذه العقوبة يجعل من غير الممكن تطبيقها على عدد كبير من المحكوم عليهم ، و هذا حتى الذين سبق و أن حكم عليهم بجرائم بسيطة.

-تحديد الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانونا بثلاث سنوات يحد من صلاحيات القاضي في النطق بالعقوبة البديلة لأنه توجد جرائم حدها الأقصى 5 سنوات و ليست خطيرة.

-أن لا تتجاوز العقوبة المنطوق بها عاما حبسا نافذا : و هذا كذلك يحد من صلاحيات القاضي و تجعله يفضل النطق بالحبس النافذ عوض اللجوء إلى العقوبة البديلة كما في جريمة التزوير و استعمال المزور، التي عقوبة 3 سنوات ، حيث يقرر القاضي حسب الوقائع معاقبة المتهم بسنتين نافذة و هذا يحول دون تطبيق العقوبة البديلة.

2.قيام المحكوم عليه بالعمل لدى شخص معنوي عام للنفع العام ، و هذا الشرط يضيق من فرص إيجاد عمل للمحكوم عليهم لتنفيذ العمل بحسب اختصاصهم ، بسبب إقصاء المؤسسات الخاصة و الجمعيات التي تقوم بعمل ذو منفعة عامة.

3.لوحظ عمليا أنه بعد المحاكمة أن بعض الأحكام تتضمن أكثر من مستفيد بعقوبة العمل للنفع العام ، بينما ترسل فقط نسخة واحدة و لمستفيد واحد ، كما أن بعض الوثائق لا ترسل (شهادة عدم الطعن ، نسخة من الحكم ، صورة الحكم).

إضافة إلى التأخر في إرسال الملفات في حينها و هو ما يؤثر سلبا على متابعة التنفيذ في حينه من طرف قاضي تطبيق العقوبات، إلا بتدخله هو حتى يصل الملف إلى مصلحته ، خاصة و أننا نعلم أن هذا الأخير هو البوابة الرئيسية في مسألة إعادة الإدماج للمحبوسين اجتماعيا لأنه هو الذي يستقبل المعني منذ الوهلة الأولى لتتواصل علاقته بهؤلاء الأشخاص حتى تنتهي كافة الإجراءات ، (التحدث عن قرب مع المعني و إجراء حوار معه و أخذ رأيه بخصوص المؤسسة التي يعمل فيها ، و بعث روح المسؤولية فيه. ...)

4.على مستوى قاضي الحكم لوحظ بعض الأحيان عدم قيام هذا الأخير عدم مراعاته محتوى البطاقة رقم (2) فقد حدث و أن استفاد الجاني من عقوبة العمل للنفع العام رغم وجود سوابق مرعبة لدى المعني.وكون العقوبة البديلة و المتمثلة في العمل للنفع العام تبقى مجرد بديله و ليس أصلية يصعب من نطاق تطبيقها خاصة في الجرائم البسيطة.

5.تردد المحكوم عليهم بعقوبة العمل للنفع العام في قبول هذه العقوبة رغم مزاياها ، و هذا راجع لاختلاف الذهنيات و الأحكام المسبقة و عدم قبول العمل بدون أجر و تهربا من النظرة السلبية للمجتمع و للمؤسسة التي يعمل فيها و عدم تجاوبها معه.

6.لوحظ عمليا أنه غالبا ما لا يحضر المحكوم عليهم عند المداولة و إصدار الحكم ، و بالتالي يصعب عمليا على القاضي أن يعرض على المحكوم عليه قبول العمل للنفع العام حتى يتسنى له استبدال العقوبة الأصلية و هي الحبس.

8.أن المؤسسات المستقبلية للمحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام لا توفر له التأطير و المتابعة حتى يتسنى له أن ينفذ المؤسسة و المجتمع.

9.بخصوص منح قاضي تطبيق العقوبات:الإفراج المشروط للمحكوم عليه فهو ملزم بمراقبته مرة أو مرتين في الشهر حسب ما يراه ، و هو ما يجعله يطلب من المستفيد الحضور في تلك المرة أو المرتين ، و ذلك بغرض التحقق من كون المعني ملتزم بما فرض عليه من شروط أم لا ، و لما كانت تلك المراقبة تتم على مستوى المؤسسة العقابية فإن ذلك من شأنه أن يبعث في نفس المعني الضجر و الاشمئزاز من المؤسسة و من فيها خاصة إذا كان المستفيد من المبتدئين .

10.بخصوص تطبيق العقوبات البديلة في الدول العربية يمكن التفرقة بين طائفتين ، طائفة لا تقر قوانينها ببدائل عن العقوبات السالبة للحرية ، أو تأخذ بشكل جزئي كالأردن و المغرب ، و طائفة تأخذ بهذه البدائل كالجائر و تونس و لكن تنظيمها القانوني في هاتين الدولتين ناقص و غير متكامل ، و في مصر مثلا لا يتضمن القانون النافذ بدائل عقوبة الحبس بالنسبة للمتهمين الراشدين من حيث المبدأ باستثناء تدبير وحيد هو التصالح بين الجاني و المجني عليه.

11.على المستوى الدولي لوحظ بأن الدول التي تطبق العقوبات البديلة بطريقة متطورة و بنسبة كبيرة على الجرائم تتخفف فيها معدلات العود و التكرار عكس الدول التي تطبقها أو تطبقها بطريقة ناقصة أو استثنائية .

12.بخصوص نظام الحكم مع موقف التنفيذ: يُعاب على المشرع أنه طبقه على العقوبات الأصلية دون التكميلية ، على الرغم من أن العقوبة التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات شديدة كالحرمان من ممارسة الحقوق

الوطنية و المدنية و العائلية و المنع مع الإقامة و هذه العقوبات تؤثر على الاندماج في المجتمع.

13. يهدف نظام وقف التنفيذ إلى تأهيل المحكوم عليه و إعادة إدماجه عن طريق تجنبه تنفيذ العقوبة السالبة للحرية في المؤسسة العقابية ،، نتمنى أن يأخذ المشرع حتى بنظام وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار على غرار المشرع الفرنسي و المصري .

قائمة المراجع:

- لسان العرب لابن منظور ، دار صادر – بيروت.
- المنجد في اللغة ، علي بن الحسن الهنائي ، تحقيق أحمد مختار عمر – ضاحي عبد الباقي ، عالم الكتب، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1988 .
- المعجم الوسيط ، إعداد مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، 1998.
- د. فريد روابح، محاضرات في القانون الجنائي العام، موجهة لسنة الثانية لسانس، جامعة محمد لمين دباغين- سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2018-2019.
- د.جلال ثروت ، الظاهرة الإجرامية "دراسة في علم الإجرام والعقاب" ط 1989 .
- د.أحمد فتحي سرور ، السياسة الجنائية : فكرتها ، مذاهبها وتخطيطها.
- ، القانون الجنائي الدستوري 2006،(الشرعية الدستورية في قانون العقوبات ، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية) ، دار الشروق ، القاهرة ، الطبعة الثالثة 1424هـ 2004/م.
- د.طارق عبد الوهاب سليم، المدخل لعلم العقاب الحديث ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2011.

- د. فهد يوسف الكساسبة ، وظيفة العقوبة ودورها في الإصلاح والتأهيل، دار وائل للنشر، الأردن، 2010.
- د. عبد الله عبد الغني غانم، مشكلات أسر السجناء ومحددات برامج علاجها، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2009 .
- د. عبد الله بن عبد العزيز اليوسف، التدابير المجتمعية كبديل للعقوبات السالبة للحرية ، الجامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2003.
- د. محمد بن المدني بوساق " اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة " الرياض 2002 .
- د. محمد الغياط " السياسة الجنائية وحماية حقوق الحدث الجانح في المغرب، مطبعة طوب بريس . طبعة 2006 .
- د. محمد صبحي نجم " أصول علم الإجرام و العقاب " مطبعة – دار الثقافة – الاردن طبعة 2006.
- د. عصام عفيفي عبد البصير ، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2004 – د. محمد نجيب حسني ، الدستور و القانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط غير مذكورة ، 1993.
- د. محمود طه جلال ، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، دراسة في استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي و تأصيل ظاهرتي الحد من التجريم والعقاب ، دار النهضة العربية ...، الطبعة الأولى ، 2005.
- د. سعداوي محمد الصغير، العقوبة وبدائلها في السياسة الجنائية لمعاصرة، دار الخلدونية للنشر الجزائر، 2012.
- د. عبد الحفيظ بلقاضي ، التدخل الجنائي بين التقيد بالحد الأدنى و المد التوسعي الشامل : القانون الجنائي المعاصر والتغيير في النموذج الإرشادي ، مقال علمي منشور بمجلة القصر مجلة فصلية للدراسات والوثائق القانونية ، العدد العاشر ، يناير 2005.
- د. محمد عثمان شبير ، القواعد الكلية و الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، دار النفائس للنشر و التوزيع ، الأردن ، الطبعة الثانية ، 1428 هـ / 2008 م نقلا عن كتاب ” الكليات لأبي البقاء الكفوي منشورات وزارة الثقافة السورية سنة 1981.

- د.عثمان محمد غريب ، شرح قاعدة ، لا يترك الواجب إلا لواجب ، من قواعد الأشباه و النظائر للإمام السيوطي رحمه الله ، مقال منشور بمجلة كلية الإمام الأعظم ، العدد الثاني،السنة الثانية 2006 .
- د. عبد الرحيم صدقي ، السياسة الجنائية في العالم المعاصر ، دار المعارف للنشر و التوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1986 / 1987.
- د. عبد الرحيم صدقي ، دور الفلسفة و السياسة الجنائية في تطوير القانون الجنائية / موسوعة صدقي في القانون الجنائي ، المجلد 15 ، الموسوعة الفنية للطباعة و النشر ، ط و السنة غير مذكورة .
- د.أكرم نشأت إبراهيم ، السياسة الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 1429 هـ / 2008 م .
- د.رمسيس بهنام ، نظرية التجريم في القانون الجنائي - معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة غير متوفرة ، 1971
- د.محمد بن حسين الجيزاني ، حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر ، الطبعة الثانية 1424 هـ / 2003 م ، ص . 8 ويحيل على كتاب ” الكليات ” وهو معجم في المصطلحات والفروق اللغوية لمؤلفه أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي المتوفى سنة 1094 هجرية.
- د.وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الرابعة 1405 هـ / 1985 م .
- د.منصور رحمانى ، علم الإجرام والسياسة الجنائية ، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006 .
- د.أحمد محمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم ، شهادة دكتوراة منشورة من طرف دار المعارف .
- د.محمود جلال طه ، أصول التجريم و العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، دراسة في استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي وتأصيل ظاهرتي الحد من التجريم والعقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2005 .
- أشرف توفيق شمس الدين ، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، دراسة منشورة في مجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا بمصر العدد 13 سنة 2008 .

-د. عصام عفيفي عبد البصير ، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الجنائي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2004 .

-د. عبد الفتاح الصيفي ، القاعدة الجنائية ، دراسة تحليلية لها في ضوء الفقه الجنائي المعاصر ، الشركة الشرقية للنشر و التوزيع، بيروت 1971 .

-د. بوهنتالة ياسين، القيمة العقابية للعقوبات السالبة للحرية ، رسالة ماجستير، منشورة، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2012.

-د. نور الدين العمراني ، سياسة التجريم و العقاب في إطار القانون الجنائي المغربي : الحاجة للمراجعة و التحيين ، مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية و القضائية ، العدد الأول 1/ يونيو 2011 ، مكتبة دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع ، الرباط.

Mireille DELMAS-MARTY , Modèles et Mouvements de Politique Criminelle ,Economica ,Paris, 1983.