القضاء على سياسة اللاّعقاب و تأثيره في زيادة هيبة الدولة

أ.فؤاد غجاتي
المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج .البويرة

مقدمة:

إن تقرير الحقوق والحريات للأفراد في التشريعات الدستورية داخل الدول هو أمر مهم،والحثّ عليه جاء في مختلف التشريعات الدولية والإقليمية وفي مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة. وهو ما يعدّ مكسبا عظيما لحقوق الإنسان وثمرة جهود مضنية للبشرية في سبيل حريتها وكرامتها، وفيه دلالة على إعطاء الفرد مركز مرموق في المجتمع ضمن علاقته بالسلطات العامة في الدولة بحيث تتأسس كحارس أمين للحفاظ على حقوق وحريات الإنسان في المجتمع وحفظه من خطر الاعتداء عليه خصوصا بتوفير حماية قانونية جديرة بأن تحقق هذا المسعى.

ولاشك أن للدولة دور مهمّ في تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع، وخصوصا في الحفاظ على أمنه واستقراره بصفتها صاحبة السيادة في علاقاتها مع الأفراد، وهذا بالتصدي لكلّ من يعتدي على سلامة المجتمع. وتعتبر سياسة التجريم والعقاب في القوانين الجنائية أهمّ ما يمكن أن تفرض به الدولة هيبتها على الأفراد بسبب طبيعة هذه القوانين التي تعتبر الحارس الحامي للسّلم والأمن الاجتماعيين ضدّ كل من يمسّ بهما .وهذا يتحقق عن طريق التحذير المسبق للأفراد عن طريق التجريم والعقاب للأفعال التي تشكل خطورة وانتهاكا لأحد حقوق الإنسان أفرادا وجماعات وتنال من كرامتها،بحيث يرتدع من يقبل عليها، وينال جزاؤه من يجني عليها ويكون عبرة لغيره. ولا يتم العفو عن الجاني إلاّ وفقا لمعايير وأسس سليمة لا بطريقة ارتجاليّة، إذ لا يمسّ العفو إلاّ من ثبت صلاحه وتحققت توبته عمّا فعل تجاه المجتمع وكرامة أفراده. وبهذا يسود الأمن في المجتمع من جهة، وتعلو هيبة الدولة من وجهة أخرى، الشيء الذي يوحي به قول الله تعالى :"ولكم في القصاص حياةً يا أولي الألباب لعلكم تتّقون".البقرة 179

فتأتي التشريعات العقابية في مقدمة القوانين حماية للمصالح العامة والخاصة في الدولة بما تكتنفه هذه الأخيرة من صرامة وتحصين محكم في حماية المجتمع من العدوان. كما أن جلالة وقداسة بعض الحقوق والمصالح تستدعي ذلك فلا يكفي فيها الجزاء التأديبي أو المدني وإنما تقتضي الضرورة الاجتماعية لأن تصان عن طريق تقرير الحماية الجنائية لها.

إلاّ أن هذه المصلحة الجديرة بالحماية يتنازعها مصلحة الفرد من جهة و المجتمع من جهة أخرى بحيث يصعب تحقيق التوازن بينهما من طرف الدولة كحامي لكل منهما الشيء الذي ما إذا حققته تسمى بالدولة القانونية. وهنا

يتأسس علم السياسة الجنائية كرابط مهم في تحقيق التوازن بين المصالح العامة الممثلة في سلامة المجتمع والخاصة الممثلة في سلامة الأبرياء من الناس من التجريم و العقاب والذي يجب أن يمسّ فقط أولئك الذين يهددون أمن المجتمع وإلاّ صار تعسفيا. وهذا من خلال الحماية القانونية عن طريق التشريع الجنائي، وهو ما نسميه بالحماية الجنائية لحقوق وحريات الإنسان في شقها الموضوعي.

والحماية الجنائية الموضوعية كفيلة بأن بتحقق هذه الغاية المرسومة لها في السياسة الجنائية الرشيدة من خلال تجريم الأفعال المضرة بالمصلحة العامة والخاصة والحث على عقوبات تردع من يحاول العدوان عليها. وهنا يلتزم المشرع بضرورة الموازنة بين الحدّ من التجريم والعقاب حتى لا يتأثر استقرار المركز القانوني للفرد في الدولة بالتضييق على حقوقه وحرياته، وبين الحضّ على التجريم والعقاب ضد كل من يعتدي على حرمة المجتمع ضمن ما يسمى بالحق العام،وعلى الدولة أن تسهر على حماية المصالح العامة طالما أنها صاحبة السيادة في الدفاع عن الحق العام والوقوف ضدّ كلّ من يهدد السلم والأمن الاجتماعيين سواء كانوا أفرادا عاديين أو رجال السلطة العامة ذاتهم.

ومسألة الحضّ على التجريم والعقاب هي ذات الشيء الذي ستركز عليه هذه الدراسة طالما أن محورها ليس حماية حقوق المجتمع والفرد في مواجهة السلطات العامة ضمن علاقتهم بالدولة-على أهميته- والتي يعنى بها ضرورة اتخاذ سياسة الحدّ من التجريم والعقاب وعدم التوسع فيهما، بقدر ماستركز دراستنا على أن تمسّ مسألة الحماية الجنائية للحقوق والمصالح العامة والخاصة من جانب ضرورة تجريم وعقاب كل ما يمسّ بها، وهنا تتأسس الدولة كمحامي يدافع عنها إذ أن ما تقتضيه السياسة الجنائية أن يتخذ المشرع الجنائي

نهجا آخر وهو الحضّ على التجريم و العقاب ضدّ المنحرفين في سبيل الوصول إلى الحماية ، مع أن كلاّ من الحد والحضّ يحقق الغرض ذاته إذا ما انتهجت سياسة جنائية رشيدة. وهو ما تتحقق به هيبة الدولة أمام مواطنيها في الداخل وأمام المجتمع الدولي الإنساني في الخارج.

الإشكالية

الإشكالية المطروحة لدينا هي: **كيف يُسْهِم الحضّ على التجريم والعقاب في ظل السياسة الجنائية الرشيدة للنظامين الإسلامي والوضعي في حماية حريات وكرامة الفرد والمجتمع من جهة و زيادة هيبة الدولة لدى المواطن من جهة أخرى؟ وماهي الأسس التي ينبني عليها العفو عن المجرمين حتى تبقى هذه الهيبة ولا تزول في ظل سياسة اللاّعقاب؟**

خطة الدراسة :

مقدمة

المبحث الأول: سياسة التجريم والعقاب وغايتها في النظامين الإسلامي والوضعي

المطلب الأول : مفهوم مبدأ التجريم والعقاب في ظل السياسة الجنائية الرشيدة

المطلب الثاني:مقوّمات الحض على التجريم والعقاب كوسيلة لحماية أمن المجتمع والفرد

المبحث الثاني: العفو عن العقوبة وضوابطه للقضاء على سياسة اللاّعقاب وتحقيق هيبة الفرد والدولة

المطلب الأول :غاية العفو عن العقوبة وضوابطه في النظام الجنائي الإسلامي

المطلب الثاني: غاية العفو عن العقوبة وضوابطه في النظام القانوني الوضعي

الخاتمة

المبحث الأول: سياسة التجريم والعقاب وغايتها في النظامين الإسلامي والوضعي

سنتناول في هذا المبحث ضمن مطلبه الأول مفهوم مبدأ التجريم والعقاب في ظل السياسة الجنائية الرشيدة التي تحدد معالم الحماية الجنائية في كل من النظام الجنائي الإسلامي والوضعي.ثم نركز في المطلب الثاني على دور الحض على التجريم والعقاب كوسيلة لحماية المصالح العامة للمجتمع والخاصة للأفراد وبيان دور المشرع الجنائي للدولة في تحقيق العدالة من خلال تجريم ومعاقبة الأفعال التي تمس بالمصلحة الاجتماعية الجديرة بالحماية.

المطلب الأول : مفهوم مبدأ التجريم والعقاب في ظل السياسة الجنائية الرشيدة

الفرع الأول: سياسة التجريم والعقاب بين الحد منها والحضّ عليها

إن الحماية الجنائية تعدّ إحدى أنواع الحماية القانونية المهمة والخطيرة، لأن آثارها تنعكس على كيان الإنسان وحريته، واليد التي تستعمل لتحقيق وضمان هذه الحماية هي قواعد القانون الجزائي الموضوعية والإجرائية[1].

فقانون العقوبات يشكل احد أنواع هذه الحماية إذ يحدد بدوره الأفعال المجرّمة التي تشكل اعتداءً على المصالح العامة، ويوجب لها إيقاع العقوبة وفقاً لقواعدَ تُراعى بها في الوقت ذاته الكرامة الإنسانية للشخص الجاني حتى لا يحدث تجاوز وتعسف السلطة في التناسب بين التجريم العقاب.

فالمشرع الجنائي في الدولة تصرفه مرهون بمدى الموازنة بين سلطة العقاب، وفي الوقت ذاته عليه ان يوفر حماية للأفراد خصوصا الأبرياء منهم من التّهمة،فالدولة تكتسب هيبتها أساسا من إحقاق الحقّ والعدل مع تطبيقه بصرامة

---

[1]- الكباش،محمد خيري:(الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-) -رسالة دكتوراه- كلية الحقوق.بجامعة الإسكندرية.دار الجامعيين،ط2 ، 2008م.ص7

وبمساواة بين الأفراد وليس بفرض جبروتها عن طريق قهر الأفراد وترهيبهم طالما أن امتياز السيادة الذي تتمتع به هو بغرض حماية حقوق الفرد والمجتمع بصفتها الحارس الطبيعي لمصالحهم.**فتصرف الإمام مقيّد بشرط السلامة** فلا يجوز له الإتلاف[1]. فلا يصلح بأيّة حال من الأحوال أن يترتب على العقوبة المقررة من وليّ الأمر ضرر مؤكّد أو فساد يفتك بالجماعات،ويهين الكرامة الإنسانية ويضيع معاني الآدمية.لأن في العقوبات تهذيب للمجتمع،ولا تقوم لهذا الأخير قائمة إذا انتهكت حرمة الإنسان فيه وكرامته بالتجاوز في العقوبة.

وهنا يبرز دورٌ مهمٌّ للأساس الذي يتمّ في ضوئه تشريع الأفعال المجرمة و العقوبات المقررة بشأنها، وكذا طرق الوصول إلى الحقيقة حول لبس الجريمة ومرتكبها، وبماذا يُتَصرّف حيال المذنبين أثناء تنفيذ العقوبة، والطرق الأنجع لإصلاحهم، والضوابط المنوطة بذلك ممثلة في ضرورة احترام إنسانية الإنسان و اطمئنانه على حرمة شخصه برغم كونه مذنبا. وهنا يتجلى بوضوح دورما يسمى **بعلم السياسة الجنائية**، والذي يعتبر صلب الحماية الجنائية لحقوق الإنسان. فتعرف بأنها "علم التشريع الجنائي" لبحثها في هذا التشريع وتحليله قصد معرفة مدى نضج المشرع ومطابقته لأغراض الجماعة في الحدّ من الجريمة بفرض التوازن المنشود بين العقوبة والجريمة[2]. وذلك بالعمل على توقّي الإجرام قبل أن يقع وبعلاجه إذا وقع.

وبمقتضى علم السياسة الجنائية قد يكون الحدّ من سلطة التجريم

---

[1]- الزيلعي،فخر الدين الحنفي-ت743هـ-:(تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق)،دار الكتاب الإسلامي،القاهرة.ط2،دت.ج3 ، ص **211**.

[2] الكباش،(الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-)، المرجع السابق نفسه، ص10و13و386.

والعقاب هو الوسيلة أو الأساس المناسب لحماية الدولة للحقوق والحريات من الاعتداء عليها، إذ أنّ الإفراط فيهما يؤديّ إلى انتهاك حرمات الأبرياء من الناس والتضييق على حرياتهم. فالمجتمعات التي يسودها الأمن ليس بالضرورة هو نتاج تحقيق العدالة بل قد يكون من مظاهر قهر الدولة البوليسية لهم وخلوّها من الديمقراطية الحقّة، بحيث لابد أن يتحقق في مناخها العدل والأمن كليهما.

كما قد يكون الحضّ على التجريم والعقاب هو الوسيلة الموفقة واللاّزمة لحماية هذه الحقوق والحرمات بتقرير تجريم كل الأفعال التي من شأنها أن تشكل خطورة على أمن الجماعة والفرد ، ويجب أن يتبعه بتسليط العقاب على من يقترف ذلك. والعقاب هنا يقع بمطلق الاعتداء سواء كان المتسبب فيه فردا عاديا أو بصفته أحد رجال السلطة العامة في الدولة كالإعتقال غير المبرر للأفراد والتعذيب والحبس التعسفي أو جرائم الفساد وغيرها. ويتمّ ذلك عن طريق تجريم هذه الأفعال و توقيع العقوبات على من يقوم بمثل هذه الأفعال.

ويكمن هدف التشريع الجنائي في الموازنة بين تجريم الأفعال والتصرفات التي تمسّ بالمصلحة العامة للمجتمع وتوقيع العقاب المناسب لها، وبين حماية الأفراد وصيانة مصلحتهم وحقهم الأساس في الطمأنينة والأمن على ذواتهم. وهذا ما يلزم المشرع الجنائي بمراعاة عدّة مبادئ وضمانات يتحرى بها عدم الوقوع في الزلل والميل بنصوصه إلى كفة دون أخرى. مما لا يضيع عليه هذا التوازن الذي يعتبر وسام عزٍ في جبين الدولة القانونية التي تحظى كل الحقوق والحريات لديها بالإحترام والتبجيل. فيتعزز مظهرها في قالب الحماية الجنائية التي تقوم بتفعيل هذه المبادئ في نصوصها الدستورية والجزائية. مرتكزة في ذلك على الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وعلى القانون الدولي لحقوق الإنسان.

كما أنّ الحماية الجنائية بواسطة التجريم يمكن اعتبارها سلاح ذو حدين، فإذا استخدم في موضعه الصحيح كان بالفعل حمايةً. أما إذا أُسرِف في استعماله كان مطية للاعتداء على حقوق الإنسان[1]. وكذلك الأمر بالنسبة للعقاب والجزاء فله ضوابطه الخاصة أيضا، والتي ما إن صدر القانون الجنائي ملتزما بها انتفت عنه صفة اللاّمشروعية و اللاّدستورية وصار ضمانة قوية للحريات والحقوق في المجتمع[2].

فبهذا التوازن تتحقق الحماية الجنائية، والحَكم في كل هذا هو السياسة الجنائية التي تساير روح التشريع بتقويم و تقدير التجريم والعقاب، وتحديد طرق المتابعة الجنائية بحسب المصلحة و الضرورة على قدر المساس بالقيم واضعة نصب عينيها المصالح الضرورية للجماعة و الفرد على حدّ السواء .

وكما ذكرنا سالفا سنكتفي ببيان وجه واحد من أوجه الحماية الجنائية الموضوعية ألا وهو الحضّ على التجريم والعقاب ودوره في صيانة المصالح العامة والخاصة للمجتمع من جهة، وكذا دورالمشرع الجنائي في الدولة كحارس أمين للحقوق والحريات من العدوان عليها بما يقضي على سياسة اللاّعقاب ويحقق هيبة الدولةفي شقّين **أوّلهما:** هو قناعة المجتمع والأشخاص المعتدى على حقوقهم واطمئنانهم بما تقوم به من اقتصاص للحرمات من المعتدين وإحقاق الحقيقة في ذلك بردعهم وجعلهم موعضة لغيرهم.أمّا **ثانيهما:** وهو نفسيّ يكمن في رهبة من يحاول اقتراف ما نص القانون بمنعه وأقر له عقوبة تنال من يقوم به.

---

[1]- الكباش،(الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-)، المرجع السابق نفسه ، ص:389.

[2] - المرجع نفسه ،ص:476.

الفرع الثاني: دور مبدأ الشرعية الجنائية في التأسيس للحضّ على التجريم والعقاب في ظل القانون

إن الهدف المتوخى من خلال تطبيق النصوص الجنائية لا يتحقق إلا في الدولة القانونية التي تلتزم سلطاتها وأجهزتها المختلفة باتباع قواعد عامة ومجرّدة هي القانون أو **سيادة الحكم التي يتولاها القانون**. وبذلك تكون السلطة التنفيذية خاضعة لما تصدره السلطة التشريعية من تشريعات عقابية وغيرها[1]،وهو ما يسمى أيضا بمبدأ الشرعية الجنائية الذي يستقي أساسه في مجال حماية حقوق الإنسان من الدستور والمواثيق الدولية والإقليمية ومن مبادئ الشريعة الإسلامية. كما أنه أهم ما يميز الدولة القانونية عن الدولة البوليسية التي لا تلترم باحترام القانون.

ومقتضى مبدأ الشرعية الجنائية هو ما نصّت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري بقولها:"**لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلاّ بقانون** " أي أنه لا يجوز للسلطة القضائية ولا التنفيذية في الدولة أن تمنع فعلا أو توقع عقابا فيما لم يكن منصوصا عليه في القانون . ويعنى به كذلك:"**حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص قانونية محددة تتوافق مع الحقوق والحريات، وتكفل الممارسة الطبيعية لها**"[2].

---

[1]-قرعوش، كايد يوسف محمود:(طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية و النظم الدستورية)،مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1،سنة1407هـ1987م.ص:56 ومابعدها. وانظر: كشاكش،كريم يوسف:(الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة)منشأة المعارف،الإسكندرية .دط،1987م. ص:378. وانظر: الصالح، عثمان عبد الملك، بحث: (حق الأمن الفردي في الإسلام- دراسة مقارنة بالقانون الوضعي-)مجلة الحقوق، كلية الحقوق،الكويت.العدد:3 ، السنة: 7. سبتمبر 1983م .ص94

[2]- المجالي،نظام توفيق:(الشرعية الجنائية كضمان للحرية الفردية-دراسة في التشريع

وتقرر مبدأ الشرعية كذلك في الدستور الجزائري لسنة 1989 في المادة 28: "**كل المواطنين سواسية أمام القانون** ".ونص على هذا المبدأ في تعديل 28 نوفمبر 1996في المادة 1/29 . وقررت المادة 42 من دستور 1989 أن :"**كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كافة الضمانات التي يتطلبها القانون**"،ونص على هذا الدستور المعدل في المادة 45 منه. كما نصت المادة 133 من دستور 1989، وفي التعديل الدستوري نصت المادة 140 صراحة على مبدأ الشرعية الجزائية:"**أساس القضاء مبادئ الشرعية و المساواة**".وفي المادة 142:"**تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدئي الشرعية والشخصية**".ومن جهة أخرى حدّد دستور 1996 السلطة المختصة بالتشريع ممثلة في البرلمان بغرفتيه وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة في المادة 98. وحدّد في المادة 7/122 من بين اختصاصات الهيئة التشريعية:" **قواعد قانون العقوبات والإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنايات، والجنح والعقوبات المختلفة المطابقة لها،والعفو الشامل وتسليم المجرمين، ونظام السجون**".

فمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذن له دور كبير في قيام الحثّ على التجريم والعقاب على معالم سياسة جنائية واضحة تحمي الفرد والمجتمع مما يمس مصالحهما. ويعتبر هذا المبدأ الركيزة التي تستند إليها الدولة القانونية في تقرير الجرائم والعقوبات بشأن ما يهدّد حقيقة مصالحها لا غير.

وإذا كان وجود الدولة القانونية شرط ضروريّ ولازم لوجود الحريات العامة والتحرّر من الفوضى في المجتمع ، إلاّ أنه ليس شرطا كافيا في

الأردني)مجلة الحقوق،فصلية،تصدر عن كلية الحقوق. الكويت.العدد:4 ،السنة:22،سبتمبر 1998.ص:169.

جميع الأحوال لاحترام هذه الحريات، لأن السلطات العامة في الدولة قد تلتزم بتطبيق القانون الجنائي، ولكن هذا الأخير لا يوفر الحماية الكافية للمجتمع والفرد بأن يشكل مصدر تهديد لها أو أنه يعاني من ثغرات في التشريع بألاّ يجرِّم ما يجب أن يجرَّم أو لايعاقب على ما ورد نصّ بمنعه أو أن العقوبة فيه لا تتناسب و خطورة الفعل الجنائي.

وإذا كان تجريم فعلٌ من الأفعال، والعقاب عليه يعني منع الناس من إتيانه حفاظا على المصلحة المراد حمايتها؛ وقد يكون عدم إتيان الفعل المحظور احتراما للمصلحة المحميّة أو خوفا من العقاب، إلاّ أن تجريم الفعل أو حظره قانونا دون العقاب عليه بعقوبة رادعة قد يؤدي إلى إهدار المصلحة المراد حمايتها. مما يستدعي إضافة إلى المنع ضرورة النص على العقوبات واتخاذ التدابير لتوقيعها في مواجهة سلوكيات المنحرفين الذين يشكلون خطرا على أمن و سلامة المجتمع والأفراد في الدولة القانونية.

لذا يتوجب أن يحوز القانون الجنائي على الشرعية الدستورية بأن يحمي القيم العليا التي ينص عليها ولا يخالف أحكامه. وهو ما يستدعي وجوب وجود رقابة دستورية على القوانين الجنائية حتى لا تخالف ما جاء به الدستور من تقديس للحقوق والحريات في المجتمع. الشيء الذي يجعل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات على علاقة وثيقة بالشرعية الدولية و الدستورية ومبادىء التشريع الإسلامي ، حتى لا يحدث تناقض بين ما تنص عليه هذه الأخيرة و بين القوانين الجنائية الداخلية ، بحيث تحقق النصوص الجنائية في الحضّ على التجريم والعقاب الغايات التي رسمت لها من خلال : حماية الصالح المشتركة، وتوفير الطمأنينة للأفراد، وتحقيق العدالة[1]، وهي الأمور التي تحدد معالم

[1] -سرور،أحمد فتحي:(الشرعية والإجراءات الجنائية)،دار النهضة العربية.القاهرة،دط.

السياسة الجنائية الرشيدة، ويجب أن ينتهجها التشريع الجنائي بأن يوفّر لها الحماية ويجرّم كلّ ما يشكل خطرا عليها ويعاقب المضرّ بها أو الواقف دون تحقيقها.

ومن هذا الأساس؛ فإن الاستعمال الصحيح للحضّ على التجريم والعقاب يمسّ كل ما من شأنه أن يشكّل خطورة أو انتهاكا للحقوق أو اعتداءً على الحريات والمصالح الجوهرية للمجتمع. وأنّ التّواني في ذلك معناه تقصير الدولة في حماية المجتمع. ولأن بعض الأفعال المعينة تقتضي ضرورة التشريع بمنعها وتجريمها كون إباحتها يؤدّي في ذاته إلى انتهاك حقّ من حقوق الإنسان أو حرمة من حرمات المجتمع ، وهو ما يمثّل وجها من أوجه الحماية القانونية لها من خلال القانون الجنائي ممثلا في شرعية الحضّ على التجريم والعقاب[1].

الفرع الثالث: مشروعية التجريم والعقاب في التشريع الإسلامي

كما رأينا بأنّ التجريم والعقاب يتأسس كل منهما على مبدأ الشرعية كدعامة قوية لحماية السلم والأمن في المجتمع، فإنّ ذلك نراه جليا في النظام والتشريع الجنائي الإسلامي من خلال أمور عدّة نذكر منها:

1- في التشريع الإسلامي نجد شرعية الجرائم والعقوبات تؤول إلى معنى واحد من الناحية الشكلية مع المفهوم القانوني الوضعي، وهو أنّه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك. وإذا انتفى النص الذي يحرّم ذلك انتفت بموجبه المسؤولية الجنائية، ويقتضي الأمر انتفاء العقاب على الفاعل أو التارك لشيء ما. لأن اعتبار الأفعال مجرمة في

1977م.ص:9وما بعدها.

[1] -الكباش أحمد خيري:(أصول الحماية القانونية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-)دار الكتب العلمية-دار الفتح.الإسكندرية.دط2006 ص:253

الشريعة الإسلامية يستدعي تقرير عقوبة لها، وبالتالي فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي[1]. إلا أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات مصادره في الشريعة الإسلامية تختلف عن تلك في القوانين الوضعية سواء في نصوصها الأصلية من كتاب وسنة،أو قواعدها العامة المستنبطة منها[2]. يقول الله تعالى:﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ **سورة الإسراء** [جزء من15].ويقول عز وجل: ﴿اتَّبِعُواْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلاَ تَتَّبِعُواْ مِن دُونِهِ أَوْلِيَاء قَلِيلاً مَّا تَذَكَّرُونَ﴾ **سورة الأعراف**الآية3.كما حُرّم الخروج على الشرع الإسلامي بقوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾**سورة الطلاق** [جزء من الآية1].كما تقررت عدّة قواعد في الفقه والقضاء الإسلامي، وتعتبر دعامات لمبدأ الشرعية الجنائية منها: "**الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم**"[3]، وقاعدة "**لا حرمة لأفعال العقلاء قبل ورود**

---

[1]- حوى ،السعيد: (الإسلام)، شركة الشهاب، الجزائر.ط2. 1408هـ.1988م.ص:558.

[2]- سليمان، عبد الله:(شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام:الجريمة-)، دار الهدى، عين مليلة،الجزائر، دط،دت.ج1.،ص:64 .

[3]- الجويني ، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الشافعي-ت478:(الغياثي،غياث الأمم في تيّاث الظّلم)تحقيق:د/عبد العظيم الديب. مطبعة نهضة مصر،دم.ط2، 1401هـ.ص:490.
والسيوطي،جلال الدين عبد الرحمان الشافعي-ت911هـ-:(الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية) دار الكتب العلمية، بيروت.ط1، 1411هـ1990ص:60.

2- **الشرع**"[1]. و"**الجهل بالتحريم يسقط العقاب حدّا أو تعزيرا**"[2].

3- أن الشريعة الإسلامية لم تجعل من التجريم والعقاب مطلقا، كما لم تترك السلوكات المنحرفة والخطيرة طليقة العنان بل قيدتهما بضوابط وجعلت منهما يتوافقان مع مصالح الناس ويحققان أمنهم الخاص و العام حكمة من المشرع الحكيم في الموازنة بين الحد والإفراط في التجريم والعقاب .

4- لقد حرص التشريع الإسلامي على حفظ عدة أمور يعتبر الإعتداء عليها أساسا للتجريم و العقاب. وهي: حفظ الدين،وحفظ النفس،وحفظ العقل، وحفظ العرض، وحفظ المال[3]. وهذه الأمور هي ضرورات إنسانية والمحافظة عليها تعد من البديهيات العقلية التي لا تختلف فيها الأديان،

---

[1]-الآمدي،سيف الدين أبو الحسن-631ه-:(الإحكام في أصول الأحكام)دارالكتب العلمية،بيروت.دط،1403ه 1983م. ج1،ص:176. والجويني أبو المعالي عبد الملك-ت478ه-(البرهان في أصول الفقه)تحقيق عبد العظيم محمود الديب.دارالوفاء ،المنصورة،مصر. ط4، 1418هـ ج1، ص:86 .

[2]- هي قاعدة متفرعة عن قاعدة:"المشقة تجلب التيسير" أنظر: السيوطي، المصدر نفسه،ص:200.

[3]- يقول حجة الإسلام أبو حامد الغزالي في الاعتبارات المؤسّسة للتجريم والعقاب في الإسلام:"إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم.لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع من الخلق خمسة،وهو أن يحفظ عليهم دينهم ،وأنفسهم،وعقلهم،ونسلهم،ومالهم.فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة،وكلّمايفوّت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة...وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح...وتحريم تفويت هذه الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل ألاّ تشمل عليه ملّة من الملل،وشريعةمن الشرائع التي أريد منها إصلاح الخلق..."أنظر:(المستصفى من علم الأصول)،مطبعة الأميرية، القاهرة. ط1. 1366هـ.ج1،ص286-288 .

وهي أمر مقرر وثابت قطعا[1].

5- إنّ السياسة الجنائية المنتهجة في تشريع الجرائم والعقوبات في النظام الإسلامي تساعد في الالتزام بأحكامه طواعية من طرف الأفراد والمجتمعات، وهذا لأنها تستند إلى الإقناع ومواكبة الفطرة الإنسانية طالما أنها من تشريع عزيز حكيم هو الله سبحانه وتعالى بما يعرفه من بواطن النفس الإنسانية ومكامن الخير والشر التي تنزعها وتؤثر فيها، وما يرهبها و يشعرها بالسعادة ويحقق مصالحها الآنية والبعيدة التي قد تختفي على البشر أنفسهم. ومن هنا فإن حكمة التجريم والعقاب فيها مراعاة وبيانٌ لمآلات الأفعال وخطورة ما قد يقبل عليه الأفراد من محرمات، ثمّ يأتي بعدها الإلزام بالأحكام عن طريق سنّ العقوبات والوعد و الوعيد في الدنيا والآخرة.ومثاله قوله تعالى: **﴿ولا تقربوا الزّنا إنه كان فاحشةً وساء سبيلاً﴾ سورة الإسراء 32** وقال في عقوبة الزنا: **﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كلّ واحدٍ منهما مِائةَ جلدةٍ ولا تأخذكم بهما رأفةٌ في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفةٌ من المؤمنين﴾سورة النور 02**. والأمر يختلف في القوانين الوضعية فإنه ينجم عن التجريم والعقاب الإلزام بأحكامهما ولو لم يكن هناك إقناع للعقلاء من الناس حتى يتم التزامهم طواعية لأوامر القانون، وحتى ترتيب المصالح من حيث الحماية يختلف من مشرّع وضعيّ لآخر تبعا لاختلاف أهواء البشر في تقديرها. لذا فمن نتائج ذلك أنّ الأفراد إذا ما خلو بانفسهم عن رقابة الدولة يرتكبون الممنوعات، أما ما جاء به التشريع الإسلامي فإنه يحرّك في الأفراد العقلاء وخزة الضمير الحرّ الذي ينأى بهم عن اقتراف الجرم، ويلتزمون طواعية بأحكامه لتماشيه مع الفطرة الإنسانية

---

[1]- أبو زهرة،محمد:(الجريمة في الفقه الإسلامي)،دار الفكر العربي،القاهرة.دط.دت.ج 1،ص:37-38.

السليمة.كما يرضون بتطبيق الحاكم للعقوبة على المنحرفين والمخالفين لأوامر الله ولو على أنفسهم ؛بل يرون في ذلك عين العدالة. ولنا في تاريخنا الإسلامي خير دليل على ذلك مثلما جاء في حديث المرأة الغامديّة التي اقترفت جريمة الزنا فجاءت إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم ليطهرها بتطبيق الحد[1]. إلاّ أنّ مسألة الإقناع لا تنفي دور الدولة في سنّ التجريم و توقيع العقاب على المخالفين طالما أنّ هناك من يجرؤ على المقدسات و يقترف المحرمات، بل إنّ الإجرام يتطور ولابدّ للتشريع أن يتطور كذلك ليكبح جماحه، فقط يجب أن يساير من يقوم بعملية التشريع بمسايرة روح التشريع الإسلامي في المحافظة على المصالح الكلية التي جاءت النصوص بالتأكيد على حرمتها، وهو ما نراه في التعازير.

6- أنّ النظام الجنائي الإسلامي جاء ذو معالم وقواعد واضحة ومتميزة[2]. فنجد آثارها في التقسيم الفريد الذي نحت به الشريعة الإسلامية في تحديد الجرائم والعقوبات وضبطها بما يجسد مبدأ الشرعية ويطبّقه بفعالية. فقد أوردت عدة جرائم، وفرضت لها عقوبات محدّدة تتنوع بتنوع الجرائم وخطورتها إلى جرائم الحدود وجرائم القصاص والديّة. أما باقي الجرائم فترك شأنها لأولياء الأمر والقضاة يفرضون من العقوبات بما يناسبها ويحقق العدالة، وتسمى بالتعازير. فهي كفيلة-حسب المصلحة -بإصلاح حال الجاني[3] وفقا

---

[1]- حديث الغامدية رواه مسلم عن عمران ابن الحصين أن امرأة من جهينة زنت...،(مسلم بشرح النووي)كتاب:الحدود،باب:من اعترف على نفسه بالزنا.رقم 24/ 1696.ج6، ص213-214.

[2] - حوى ،السعيد: (الإسلام)،مرجع سابق.ص:554.

[3] - عامر، عبد العزيز: (التعزير في الشريعة الإسلامية)، دار الفكر العربي.القاهرة.ط 4،دت.ص:11. وانظر : بهنسي، أحمد فتحي : (الجريمة في الفقه الاسلامي – دراسة فقهية

للضوابط التي تحفُّها، والّتي تعدّ ضمانات وقائية من سوء استعمالها.

7- إنّ الحكمة من تقدير العقوبة في جرائم الحدود والقصاص والديات يدلّ على **خطورتها**، وخطورة آثارها في المجتمع، ذلك لأنها تمسّ بالنظم الرئيسية له ممثلة في نظام الأسرة، ونظام الملكية، والنظام الاجتماعي، ونظام الحكم[1].وهي النظم التي من شأنها أن تحافظ على المصالح الضرورية الخمس المذكورة سالفا. ومثال هذه الجرائم السرقة و الزنا و البغي والقذف...

وتكمن خطورة هذه الجرائم أيضا في كونها أكثر الجرائم وقوعا بين الناس في الحياة اليومية وفقا لما أجريت عليه الدراسات في بعض البلدان[2].ولو خلت المجتمعات من مثل هذه الجرائم لساد الأمن والسلام في المجتمع،ولسادت التنمية بدل التخلف والخراب.

كما أن تقدير العقوبات وتحديدها بالنسبة لهذه الجرائم لم يجعل فيه المشرع الحكيم يداً لغيره في ذلك مراعاةمنه لخطورتها و لتناسبها مع المصالح الضرورية التي رتّبها بنفسه من جهة، وأخذه بمبدأ المساواة في تطبيق أحكامها سواء على الحكام أو المحكومين.

8- أما الحكمة من تفويض العقوبات في جرائم التعازير للحاكم أو من يوكله فيذلك ففيها مصلحة العباد بلا شك، إذ خلّصهم التشريع الرباني من

مقارنة -)، دار الشروق، القاهرة- بيروت.ط5، 1403 هـ 1983م. ص:245 . وانظر :الخليفي، ناصر علي ناصر : (الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الاسلامي)مطبعة المدني، القاهرة . ط 1 ، 1412 هـ 1992 م . ص 17 .

[1]-ياسين،محمد نعيم:(الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي)مؤسسة الإسراء، قسنطينة. ط2،1411هـ1991.ص: 11-12

[2] - أنظر: عودة، عبد القادر (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي)، مؤسسة الرسالة ،بيروت. ط 5 ، 1984 م . ج 1.ص:13

أمهات الجرائم واقرّ عقوبات واضحة لها، ومراعاةً منه لتطور الجريمة وتنوعها عبر الزمان والمكان أتاح الفرصة لمواجهة ما يستحدثه المنحرفون من فنون الإجرام في كل عصر ومصر بعقوبات ناجعة يقدّرها الحاكم بحسب المصلحة. أمّا ولو ترك لهم تقدير العقوبة في أمّهات الجرائم لوقع الناس في اختلاف كثير حولها، وهو الشيء الذي نراه في العالم الإسلامي اليوم بعد تعطيل أحكام التشريع الإسلامي في الحدود والقصاص في بلاد المسلمين، إذ كثرت الجرائم وتفنّن المجرمون في أساليب الإجرام لمّا لم تشكل الأنظمة الوضعية رادعا كافيا وحصنا منيعا لسلامة المجتمع من شرّهم. وعجزت أجهزة الأمن عن تخفيف هذه الحال وتخليص الناس من كيد الذين ينالون من كرامتهم وأمنهم على ذواتهم وفي أوطانهم[1].

ومن هنا ننوه إلى حكمة الشارع الحكيم ومرونة التشريع الإسلامي في إعطاء سلطة الدولة في التجريم والعقاب على بعض الأنواع من الأفعال والسلوكيات المضرة بالمجتمع ممّا يفوت الفرصة على الذين يشكلون خطرا على أمن المجتمع وسلامته، إذ لو لم يُقِرّ بذلك لكانت هناك ثغرة ينفذ منها أولئك الذين يتفننون في استحداث الجرائم وأساليب الانحراف عن جادة الصواب، ولا تقع هذه تحت طائلة العقاب المنصوص عليه. ولهذا كان التفويض في جرائم التعازير للدولة مناطه حماية المجتمع وتكليفها بذلك عملا بواجب جلب المصلحة ودرء المفسدة عنه[2]. وهو ما يتماشى مع الفطرة الإنسانية السليمة. كما أنّ توقيّ الضرر المحتمل من سنّ التعازير واجب شرعا

---

[1] - ياسين،محمد نعيم:(الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي) المرجع السابق نفسه .ص:13

[2] - لتفصيل أكثر أنظر: ابن قيم، الجوزية (إعلام الموقعين عن رب العالمين) شركة الطباعة الفنية المتحدة، دم .دط.1968، ج2ص:112-127

على اعتبار أن وقوعه مآلاً يعدّ نتيجة لتشريعٍ غير منصفٍ فلا تتحقق المصلحة المرتجاة منه، "**والنظر في مآلات الأفعال معتبرٌ مقصودٌ شرعًا**" . فالأساس الذي تبنى عليه الأحكام في الشريعة الإسلامية كلها هو مصالح العباد من جلب مصلحة ودرء مفسدة. والأعمال تعتبر مقدمات وأسباب لمسببات ونتائج هي مقاصد و مراد للشارع الحكيم ومآلات للأحكام الشرعية. لذا فلابد من اعتبار جريان المصلحة الشرعية كمآلٍ أثناء سنّ الأحكام و تقنين الأسباب . أما في حالة التعارض بين مفسدتين فإنه يراعى أكبرهما ضررا بارتكاب أخفّهما، فيُتحمّل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام [1].

وتشريع العقوبات التعزيرية يشابه ما يصدر عن التقنينات الوضعية الحديثة من نصوص تجرّم وتعاقب كلّ ما يضرّ من الأفعال و التصرفات بالمصلحة العامة و النظام العام، فتحكمها نفس القيود والضمانات التي في التعزير. وتختص بهذا التقنين السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان.

المطلب الثاني :مقوّمات الحض على التجريم والعقاب كوسيلة لحماية أمن المجتمع والفرد.

الفرع الأول: اختصاص السلطة التشريعية بالتجريم والعقاب ووضوحهما

إن مبدأ الشرعية الجنائية تكمن أهميته البالغة من حيث أنه ضمانة لحقوق الأفراد، وفي الوقت ذاته هو حماية للمجتمع. فمن جهة يأمن الفرد جانب السلطات العامة التي لا تستطيع أن تحاسبه إلا بموجب نص قانوني بعد عرفانه لما هو محظور عليه فعله. وهذا التّحديد يكون صيانة لحقوق الفرد،

---

[1] - ابن النجيم،زين الدين-ت970هـ-(الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان)دار الكتب العلمية،بيروت ط1، 1413هـ1993م، ص:87و89. والسيوطي :(الأشباه والنظائر) مصدر سابق، ص:87.

وسياجا حاميا له من تعسف السلطة الحاكمة. ومن جهة أخرى تبدو حماية المجتمع من خلال الدور الوقائي الذي تكتنفه القاعدة الجنائية لأجل تحقيق تلك الحماية، بأن يكفّ الأفراد عن اقتراف الجرائم إذا علموا بالعقاب المحدد و الواضح سلفا عمّا يهدّد القيم المقنّن حمايتها في المجتمع، ويكونون بمأمن من المسؤولية الجنائية[1].

ومقتضى شرعية النص التجريمي و العقابي أن يكون نصا تشريعيا و مكتوبا، حتى يتمكن الفرد من معرفة حدود المباح و المجرّم ، ويتوفر هناك نوع من الاستقرار للنظام الجزائي[2].

كما أن السلطة التشريعية هي الوحيدة صاحبة الحق في إصدار القانون، و لا يمكنها التنازل بهذا الاختصاص لسلطة التنفيذية أو القضائية، لأن المشرع هو المؤتمن على حظ حقوق الأفراد والموازنة بينها وبين حقوق الجماعة أثناء وضعه للقاعدة الجنائية. وهذا يستدعي أن يكون التشريع واضحا بقدر الإمكان بتوافر هذه القاعدة على شقي الجزاء و التجريم. ولا يكفي حصره للأفعال المجرمة فقط، بل يتعداها إلى الوصف الدقيق لعناصر التكليف الجنائي، بأن يحدد أركان الجريمة والظروف المكونة لها، والظروف التي تعدل جسامتها وتخفف أو تشدد من العقاب عليها وتحدد نوعه و مقداره وكيفيته. كل ذلك على نحوٍ ينتفي معه الغموض، وبالتالي يسهّل المهمة للقاضي في عملية التطبيق

---

[1]- سليمان، عبد الله:(شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم العام:الجريمة-)مرجع سابق.ج1،ص:67 .و بارش،سليمان(شرح قانون العقوبات الجزائري-شرعية التجريم-)مطبعة عمارقرفي، باتنة،الجزائر.دط، 1992.ج1. ص:13-14.

[2]- بارش، المرجع نفسه.ج1،ص:22.

للنصوص على الوقائع المطروحة أمامه[1]. وهو ما يجعل الأشخاص بمأمن من التجريم أو العقاب الجزافي الذي ينتهك حُرماتهم دون وجه حق.

الفرع الثاني: إلتزام المشرع الجنائي بالضرورة الاجتماعية في التجريم والعقاب:

إذا كانت الحماية الجنائية هي أحد وسائل الحماية القانونية، بل وأهمها لما تعبر فيه عن مدى جسامة خطر الفعل باستحالة أنواع الحماية المدنية أو الإدارية أو الدستورية لتتعداها إلى وضع يجعل المشرع يضع الحماية الجنائية بالتجريم و العقاب على فعل معين لما يهدده من مصالح للمجتمع وعدم جواز إتيانه بعد تجريمه، والجزاء الجنائي عليه بعد اقترافه.

إلا أن المشرع الجزائي لا يقتطع من بين الأفعال الإنسانية سوى تلك التي يترتب على إتيانها إصابة المجتمع بالضرر أو تعريضه للخطر، ليجعل من إتيانها جريمة تاركا ما عداها كله تحت طائلة الأصل العام وهو الإباحة[2]؛ أي أنه يجب أن يكون التجريم و الجزاء محدودا بالضرورة الاجتماعية المتمثلة في عدم تجاوز الحد الضروري لتحقيق المصلحة الاجتماعية العادلة للمجتمع[3].

ولذلك يجب على المشرع ألا يجرم سلوكا أو يؤثم تصرفا إلا إذا كانت هناك ضرورة تقتضيه وتعد ضابطا للشرعية الجنائية في حماية الحرية الشخصية وحقوق الإنسان، وألا تمتد يد المشرع لتأثيم سلوك معين إلا إذا كان يشكل

---

[1]- المرجع نفسه،ج1،ص:25.وسليمان:المرجع نفسه،ج1،ص:67-68.

[2]-أبو عامر،محمد زكي:(دراسة في علم الإجرام والعقاب)دار الجامعة الجديدة،دم.دط،1995 .ص:291.

[3]-سرور،أحمدفتحي:(الوسيط في قانون العقوبات-المصري-)،مطبعة جامعة القاهرة،القاهرة .دط،1981.ص:132.

حقيقة خطرا على مصالح جديرة بالحماية تتوازن في أهميتها الاجتماعية مع خطورة سلب الحرية أو الانتقاص منها بموجب الجزاء الجنائي المترتب على التجريم اللازم لهذا الفعل أو ذاك[1]. فلا يتجاوز المشرع للحد الفاصل بين الفعل وتجريمه أو العقاب عليه بألا تكون سلطته هذه أداة قمع واستبداد تعصف بحرية الأشخاص وطمأنينتهم واستقرارهم.

وفي سبيل تعزيز هذا الضابط لسلطة المشرع في التجريم و العقاب أكدت الدساتير المعاصرة على ذلك تعبيرا عن إيمانها بضرورة احترام حقوق الإنسان وحرياته.كما يتعين وفقا لضابط **الضرورة** في شرعية التجريم والعقاب أن يكون هناك[2]:

1- توافر المصلحة الجديرة بهذه الحماية،وذلك للتضييق من نطاق الحماية عن طريق التجريم والعقاب الجنائي إذا كان الأمر يستلزم غطاء قانونيا آخر للحماية غير ما ذكرنا. أو إذا لم ترتق هذه المصلحة الجديرة بالحماية إلى حدّ من الأهمية البالغة، وأن هذا الإعتداء عليها لا يشكل تهديدا للمصالح الأساسية للمجتمع أو الشروط الجوهرية لكيانه، لأن حرية الإنسان وطمأنينته لا يجوز التضحية بهما إلا في ظل وجود الضرورة الملحّة، و التي تمليها مصلحة اجتماعية معتبرة.

2- ضرورة تمثيل السلوك المؤثم لبغيٍ حقيقيٍ وجسيم على المصلحة المحمية جنائيا، فلا يكفي فقط أن تكون هناك مصلحة جديرة بالحماية ما لم

---

[1]- الكباش، :(الحماية الجنائية لحقوق الإنسان-دراسة مقارنة-)، مرجع سابق، ص:392-393.

[2]- المرجع نفسه،ص:393وما بعدها. و بنهام،رمسيس:(نظرية التجريم في القانون الجنائي)،منشاة المعارف،الإسكندرية. ط2،دت،ص:12-13.

يكن السلوك المجرّم يشكل خطورة معينة تستأهل التجريم والعقاب الجزائي دون غيره من إداري أو مدني. فكل من المصلحة والخطورة يشكل الضرورة الملحة التي يلتزمها المشرع الجنائي في سياسة التجريم و العقاب. كما أن جسامة العقاب تختلف بحسب الإعتداء على الإلتزام القانوني، واختلاف درجته في الأولوية لكيان المجتمع. فإذا كان أعلى درجة كانت العقوبة أشدّ في النوع و المقدار.

الفرع الثالث: أثر الحض على التجريم والعقاب في الوقاية من الجريمة وتكريس هيبة الدولة بالعقاب

إنّ المقصد من تشريع الجرائم والعقوبات هو المحافظة على مصالح العباد. وإذا كان تجريم فعل من الأفعال والعقاب عليه يعني منع الناس من إتيانه حفاظا على المصلحة المراد حمايتها، فذلك يورث انكفافاً عن إتيان الفعل المحظور احتراما للمصلحة المحميّة، أو رهبةً وخوفا من العقاب[1].

وهنا يتجلى المنهج الذي اتبعه التشريع الجنائي الإسلامي واضحاً ودقيقاً في تحقيق الغاية من التجريم والعقاب. فإذا كانت مصلحة الجماعة في حاجة إلى تشديد العقوبات شُدِّدت، وإذا كانت المصلحة في التخفيف خُفّفت. فلا يجوز أن تقلّ العقوبة أو تزيد عن حاجة الجماعة والوفاء بمصالحها[2]. ونلمس ذلك مثلا من خلال قول الله تعالى:﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾البقرة179 . إذ يقول شيخ الإسلام ابن تيمية في بيان المصلحة من العقاب:"**العقوبات الشرعية إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده،فهي صادرة**

---

[1] - أنظر أكثر عند الكباش:(أصول الحماية القانونية لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص: 396 وما بعدها

[2] -عبد الكريم زيدان(مجموعة بحوث فقهية)مؤسسة الرسالة.بيروت. 1982م ص: 382

عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم. ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة بهم،كما يقصد الوالد تأديب ولده،وكما يقصد الطبيب معالجة المريض"[1].

ولهذا فإنّ السياسة الجنائية للتشريع في مجال القصاص تحمي المصلحة الخاصة من الضياع، وحماية هذه الأخيرة يعود حتما على المجتمع. فمن يقتل نفسا بغير ذنب ودون أن يكون هو المختصّ بإيقاع عقوبة الموت في مجتمعه كما في حالة الثأر، فإنّه يُقتصّ منه بقتل، وهذا يُعدّ في حدّ ذاته حماية لحق الحياة لكلّ الناس عن طريق التجريم والعقاب، ومنهجاً وقائيا وتدبيرا احترازيّا في آنٍ واحدٍ قبل أن يكون دواءً وعلاجا عقابيّاً. فمن يعلم مسبقا أنّه سوف يُقتَل إذا قتل غيره، فسينتهي عن فعل القتل لغيره رهبة من العقاب وتعظيما للخطأ نحو هذا الحق، وبالتالي تتحقق الحماية لحقه في الحياة و لغيره من الناس.

كما يجدر الإشارة إلى أنّ السلطة القضائية في الدولة وحدها هي من يختص بتوقيع العقاب على من يستحقه، وليس غيرها من الأفراد أو السلطات، ولو كانوا هم المتضررون من الجريمة .إذ أنّ الدولة القانونية تعمل بالمبدأ القانوني "لا يجوز للشخص أن يقضي لنفسه بنفسه". فدور الدولة وأجهزتها مهمٌ وخطيرٌ جدّا حتى لا تعمّ الفوضى في المجتمع،ولا تكون مدعاةً للثأر بين الأفراد فيما بينهم. ومن مهمتها إنصاف المظلوم من الظالم، وإحقاق الحقّ والعدل في ذلك، لأن تنفيذ العقوبة **حقٌّ يُستقضى لا سلطةٌ تُستأدى**[2]. فليس للدولة من فضل

---

[1] - إبن تيمية، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم الحراني -ت728هـ- (الفتاوى الكبرى) تحقيق حسنين محمد مخلوف،دار المعرفة،بيروت.ط1 ، 1386هـ.ج4،ص:593.وانظر كتابه:(مجموع الفتاوى) دن-دم.دط-دت.ج15.ص:290.

[2] -هذا تعبير انفرد به د- عبد الفتاح مصطفى الصيفي في كتابه:(حق الدولة في العقاب.نشأته

السيادة في هذا المجال إلاّ بما يحقق العدالة وتوقيع العقاب بمستحقيه تجنّبا للفوضى والحروب الأهلية والانشقاقات في المجتمع.

كما يتمّ توقيع العقاب حتى ولو صدرت الجريمة ممّن يمثلون السلطات في الدولة وخصوصا التنفيذية منها. ولا يحقّ لهم أن يستغلوا سيادة الدولة في بسط نفوذهم على الأفراد، وتعسفهم في استعمال السلطة المخولة لهم من طرف الشرع أو القانون بما يشكل اعتداء على المصالح العامة والخاصة التي جُنّدوا لحمايتها أصلاً. وهو ما يكرّس حتما هيبة للدولة لدى جميع الأفراد فيها بقيام العدل والمساواة من جهة، واستقرار المصالح في المجتمع من جهة أخرى.

أمّا إذا حدث عكس ما ذكرنا، من أنّ مبدأ العدل والمساواة في توقيع العقاب على المخالفين يكون غائبا، فإنّ احترام الأفراد للقوانين والدولة سيغيب حتما وفقًا لعلاقة طرديّة بينهما بألاّ يحاسب الجناة من ذوي السلطان والوجاهة عن الجرائم الخطيرة التي يرتكبونها في حق شعوبهم، الشيء الذي نلحظه في تلك الدول التي لاتحترم القوانين المنصوص عليها في تشريعاتها العقابية. فالعدل يقتضي بحسب الأصل أن يتساوى الكلّ في مركز قانونيّ واحد أمام القواعد العقابيّة والأفعال التي تجرمها إلاّ ما اقتضته ضرورة التفريد العقابي.

ونخلص إلى أنّ العدل في سنّ الجرائم وتوقيع العقوبات هو أهمّ ما يمكن أن تقدمه الدولة من حماية للحقوق والوقاية من الجرائم التي تمسّ أمن الأفراد والمجتمع من جهة، وكذا تكريس الدولة لهيبتها من خلال المساواة سواء في التجريم أو في توقيع العقاب على المخالفين . إذ أنّ سيادتها تظهر في استقضاء الحقوق لأصحابها من التجنّي عليها ومكافحة تجنيب المخالفين من العقاب المستحق بهم واستغلال الذين بيدهم السلطة لهذه الأخيرة فيما يخالف

وفلسفته.اقتضاؤه وانقضاؤه)دن، ط2 ،1985

حماية المصالح العامة للمجتمع.

ويتضح جليّا في أنّ المنع الوارد في النصوص العقابية لن يكون إلاّ بتجريم الأفعال التي تؤدّي إليه، وتوقيع العقاب على مرتكبيها، وكلّما كانت العقوبة رادعة وكيفيّة إثبات الواقعة الإجراميّة يسيراً وسهلاً ،وشكوى الأفراد بصددها ضدّ ذوي السلطات سهلاً وميسوراً ومباشرا، كلّما تحقّقت الحماية[1]. أمّا عدم التناسب بين جسامة الجريمة وبين العقوبة المقررة لها أو أنه يكتفي المشرع بالتجريم و لايتمّ النّص على العقوبة أصلاً، فإنّه يعتبر انتهاكا لحقوق الإنسان، وفيه تكريسٌ لسياسة اللّاعقاب،وبالتالي ضياعٌ لهيبة الدولة لدى مواطنيها وأمام المجتمع الدّولي.

ففي مجال الحماية من التعذيب و الحجز القسري لقد سار المشرع الجزائري في نفس الخط مع الرعاية الدولية لأمن الأشخاص السجناء، فقد نص في قانون العقوبات على تحريم التعذيب والحجز التّحكمي.جاء في المادة 110مكرر/3 أن:"كل موظف أو مستخدم يمارس أو يأمر بممارسة التعذيب للحصول على إقرارات يعاقب بالحبس من 6أشهر إلى3سنوات".كما نصت المادة 110ق ع على أنه:"يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من 500إلى1000دج لكل عون في مؤسسة إعادة التربية أو في مكان مخصص بحراسة المقبوض عليهم إذا تسلّم مسجونا دون أن يكون مصحوبا بأوامر قانونية، أو يرفض تقديم هذا المسجون إلى السلطات أو الأشخاص المخول لهم زيارته بدون أن يثبت وجود منع من القاضي المحقق. أو يرفض تقديم سجلاّته إلى هؤلاء الأشخاص المختصين، ويكون قد ارتكب جريمة الحجز التحكميّ".

---

[1] - الكباش:(أصول الحماية القانونية لحقوق الإنسان) مرجع سابق ، ص:398-399

المبحث الثاني: العفو عن العقوبة وضوابطه للقضاء على سياسة اللاّعقاب وتحقيق هيبة الفرد والدولة

في هذا المبحث سنعرض لمسألة العفو عن العقوبة ومشروعية ذلك خصوصا إذا كانت المصلحة الاجتماعية تقتضي انتفاء العقوبة وانقضاؤها، مثلما اقتضى الحال بدايةً ضرورة التجريم واتّباعه بتوقيع العقاب. وهو ما يبرّر مشروعية العفو في النظامين الإسلامي والوضعي.كما أنّ العفو لابدّ له من ضوابط حتى لا ينقلب إلى سياسة اللاعقاب ومخاطرها في ضياع حقوق الإنسان وهيبة الدولة في استحقاقها من المعتدين عليها إذا كان العفو عن العقوبة غير مؤسس على مبرّرات موضوعيّة تقتضي انتفاء العقوبة بحيث يلعب القضاء دورا إيجابيّا ومهمّا لتقدير المصلحة في ذلك. وبالتالي سنعالج المسألة في التشريع الجنائي الإسلامي(المطلب الأول)، ثمّ نعرج لها في النظام الوضعي مركزين في ذلك على التشريع الجزائري (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: غاية العفو عن العقوبة وضوابطه في النظام الجنائي الإسلامي.

يستند العفو عن العقوبة في النظام الجنائي الإسلامي إلى عدّة مبادئ ومقوّمات تحكمه وتراعي فيه حكمة التوازن الذي يجعل من حفظ المصالح ودرء المفاسد صوب ناظره. ويتنوّع العفو بتنوّع العقوبات في التشريع الإسلامي بين الحدود والقصاص وبين التعازير إلى عفو عام وعفو خاص، وليس هناك عفو شامل في كلّ أنواع العقوبات كما هو الحال في الأنظمة الوضعية.

الفرع الأوّل: العفو في العقوبات المقدّرة شرعا

إنّ العفو عن جرائم الحدود والقصاص يدور بين العفو العام والخاص. ومثال العفو الخاص نجد الشريعة الإسلامية جعلت لإرادة المجني عليه –أولياء الدم– في **القصاص** عن جريمة القتل أو إتلاف جزء من الجسم دورا أساسيا في

منع أو طلب توقيع العقاب على الجاني. يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾**سورة البقرة[جزء من الآية178]**.ويقول: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ **سورة المائدة**45.

ولم يكن هذا الحق للمجني عليه في الجرائم العامة، وإنّما أُعطي له على سبيل الاستثناء في هذه الجرائم بالذات لأنها تمسّ المجني عليه أكثر ممّا تمسُّ الجماعة ونظامها، لأنّ جريمة القتل وإن كانت اعتداءً خطيرا على أمن الجماعة فإنها أشدّ خطورة على أمن الفرد، فكلّ إنسان لا يخاف قاتل غيره لأنه متيقّن أن القتل لا يكون إلاّ بدافع شخصيّ، أمّا السارق مثلا أو قاطع الطريق فيخافه كلّ أفراد المجتمع لأنّه يطلب المال أينما وُجِد ولا يطلب مال شخص بعينه[1]. ففي العفو و الصفح أو الصلح شفاء للنفس إذا اكتفى به أولياء الدم،ففيه أمان لحياة القاتل كذلك. ومن هذا تتجلى الحكمة الإلهية في تشريع العفو عن القصاص[2]، من باب عدم إزالة مفسدة بمفسدة أخرى، فالضرر يزال شرعا، وهو من رحمة التشريع بالعباد وحياتهم وترغيبه في العفو.

غير أن الأصل أنه ليس لولي الأمر ولا لغيره حق العفو العام أو الخاص في **جرائم الحدود**[3]. فمبدأ الخطأ في العفو أحسن من الخطأ في العقاب يكون عند ورود الشبهة، أما إذا ثبتت الأدلة على جرائم الحدود فإنه لا يحقّ لأحد أن

---

[1] -ابن الهمام، كمال(شرح فتح القدير) دار إحياء التراث العربي. بيروت. ج9، ص:137

[2]- حوى: (الإسلام)،المرجع سابق نفسه.ص:569.

[3] - حوى ،السعيد: (الإسلام)،مرجع سابق.ص:568.

يعفو عن إقامتها بحكم كونها حقا لله تعالى. وقد اعتمد المالكية الرأي القائل بالعفو عنها قبل وصولها إلى الحاكم بالتوبة عنها، ويجوز الشفاعة والتستر على الجاني بقصد تمكينه من إصلاح نفسه لا لإقرار الجريمة[1]. أما إذا أدركت القاضي، فيتوجب عليه إقامتها إتباعا للعدل الواجب تنفيذه في المجتمع، وتحقيقا للأمن العام. ولأنها حق لله تعالى يجب الإتيان به.

كما أنّ هناك عدّة مبادئ تحكم العفو عن العقوبة وتبرّره في الحدود في التشريع الإسلامي منها **قاعدة درء الحدود بالشبهات**[2]، ويتفرّع عنها مبدأ **الخطأ في العفو لا في العقاب**. ومبدأ درء الحدود بالشبهات يعبّر صراحة عن مدى مرونة مبدأ الشرعية الجنائية في الإسلام، ذلك لأن النصوص العقابية الشرعية جاءت مُصلِحة للعباد الذين اقترفوا جرائما، وليست للانتقام منهم. فبقدر الشدّة التي تميز العقاب، بقدر الحيطة و الاحتراز من إيقاعه. وهذا ما يظهر في التماس الأعذار للمتهم بجرم ما بالتثبت و التحقق من مطابقة الفعل المقترف للنصوص التي يشتبه في دخوله حيز تحريمها له وتوقيعها للعقاب عليه. و هو ما يجعل السياسة الجنائية في النظام الإسلامي تتمددمن خلال النصوص العقابية في الكتاب و السنة لتطبيق روح النص –إن صح التعبير–، أو لتحقيق ما يريده الشارع الحكيم من الأوامر و النواهي بالقدر نفسه الذي تنحصر فيه النصوص و تتقلص إلى نطاقٍ ضيّقٍ، فلا يُطبَّق أكثر من العقوبات المقدّرة شرعا، كما لا يُتحايل عليها. وبالهيكل الذي يرسم مجالا ممتازا لضمانات حقوق الإنسان تجاه

---

[1]-الباجي،سليمان بن خلف المالكي:(المنتقى شرح الموطأ)،دار الكتاب الإسلامي، القاهرة،دط-دت،ج7،ص:163 .

[2] - أساس القاعدة حديث:" ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنْ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ " سبق تخريجه .

التعدي على كرامته كما يسعى في جانب آخر للحفاظ على الأمن العام للناس من الإجرام من قيل الدولة.

إلا أن قيام قاعدة درء الحدود بالشبهات في الشريعة الإسلامية يقتضي دائما أن يفسر الشك لصالح المتهم على أيّة حالٍ، وهذا ما أخذت به التشريعات الجنائية الحديثة . ويعتبر الفقه والقضاء الجنائي سبّاقًا إلى الوقوف لصالح أمن الإنسان من العقاب الجزافي، وأن الأصل فيه البراءة. ولا يُزال هذا الأصل بالشك أو الشبهة القائمة في التهمة. لذا كان من العدالة أن يخطأ القاضي المسلم في العفو و الصفح خير له من أن يخطأ في إيقاعه للعقوبة دون يقين.

الفرع الثاني:جواز العفو عن العقوبات التعزيرية

إنّ من بين الضمانات المهمّة التي تحمي الأفراد تجاه العقاب ما تقرره الشريعة الإسلامية لولي الأمر من حق في العفو عن جرائم التعزير، وهو ما يفرقها عن غيرها من حدود و قصاص.إلا أن هذا العفو لا يكون سابقا لوقوع الجرائم و الحكم بالعقوبات، لئلا يعتبر إباحة لأفعال محرمة.كما لا يكون ذلك ماسًا بحقوق المجني عليه الشخصية، وألا يؤثر على مصلحة الجماعة في إقامة العقاب لحماية أمنها، لأن حق ولي الأمر في العفو مشروط بعدم مخالفته للنصوص الشرعية ومبادئها العامة وروحها التشريعية. وهو مقيد في سياسته بمقصد تحقيق المصلحة الشرعية ودرء المفسدة[1].

---

[1] - ابن أنس، مالك (المدونة)، دار صادر، بيروت.دط-دت.ج16.ص216.. وعودة:(التشريع الجنائي الإسلامي)مرجع سابق ج1،ص256 وما بعدها.و الخليفي، ناصر علي ناصر ؛ (الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الاسلامي)مطبعة المدني، القاهرة . ط 1 ، 1412 هـ 1992 م، ص:88ومابعدها. و النبراوي، نبيل عبد الصبور:(سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)-أصلهارسالة دكتوراه- دار الفكر العربي.القاهرة.دط.1996،ص:126 . وحوى:(الإسلام)،مرجع سابق،ص569.

وأنواع العفو الذي يختص به الحاكم يكمن في أمرين:

1- العقوبة التعزيرية الواجبة حقا لله تعالى:كترك الصلاة، أو الإعتداء على محارم الله تعالى، أوما تجب به العقوبة التعزيرية حقا للجماعة. وفي هذه يكون الحاكم مخيّر بين استيفاء العقاب أو العفو عنه بحسب المصلحة التي يناط للإمام التصرف بها، بل قد يؤمر شرعا بالعفو عن بعض الحالات كعثرات ذوي الهيئات من الناس ومن عرفوا بالعفاف والصلاح، إذا رأى أن إصدار العفو لا يخلّ بالنظام العام للمجتمع. أما إذا كان في إقامة التعزير هو الأصلح و الأكفل وجب عليه تنفيذه، وليس له أن يخلصه من طائلة العقاب[1]. وبهذا الرأي قال المالكية[2] والحنفية[3] والحنابلة[4]، أما الشافعيّ فقال بعدم جوازه[5].

2- أما إذا كانت العقوبة حقًّا لآدمي نصّت عليه الشريعة ولم يبلغ درجة الحدّ، فلا يخلو حقّ الجماعة منه. فإذا عفى الفرد عن حقه يبقى حق الجماعة. و للإمام في هذه الحالة النظر في استيفاء الحق من عدمه. ويجوز له أن يعفو أو

---

[1]-النبراوي : (سقوط الحق في العقاب) المرجع السابق نفسه،ص:126-127.

[2]-ابن فرحون،برهان الدين أبو الوفاء المالكي،ت799 ه:(تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام)،دار الكتب العلمية، بيروت.ط1،1995م ج2،ص:207.والقرافي، شهاب الدين (الفروق)عالم الكتب،بيروت.دط-دت.ج4،ص:179

[3]-ابن الهمام،(شرح فتح القدير).ج4،ص:212-213.

[4]- ابن قدامى،موفق الدين المقدسي الحنبلي-ت620هـ-:(المغني)دار الكتاب العربي،بيروت .دط،1403هـ1983م ج10،ص:349.

[5]-الشربيني،محمد الخطيب الشافعي:(الإقناع)تحقيق:مركز البحوث والدراسات دارالفكر، بيروت.دط،1415هـ.ج2، ص526 . والغزالي،أبو حامد محمد الشافعي-ت505هـ- (الوسيط)تحقيق:أحمد محمود إبراهيم. ومحمد محمد تامر. دارالسلام، القاهرة. ط1، 1417هـ.ج6،ص:514.

يوقع العقاب إذا طالب به صاحب الحق[1].

وأما مجال العفو في الجرائم المنصوص على تحريمها في الشرع، فالجمهور على أنه يجوز للإمام العفو فيها متى توافرت المصلحة الشرعية، ولكن ليس له أن ينفي عن الفعل صفة الجرم[2]. فقد تركت الشريعة الإسلامية لولي الأمر الخيار في العفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد وقوع الجريمة أو الحكم بالعقوبة، وكانت المصلحة الشرعية تبرره، فيكون تصرفه صحيح. وإلا فلا يجوز له العفو قبل وقوع الجريمة أو الحكم بالعقوبة، لأن في ذلك إباحة لما حرمه الله تعالى، ويكون بذلك مخالفا للشريعة وتصرفه باطل[3]؛ أي أنه يجب أن يترك الأمر للقاضي ينظر فيه بسلطته التقديرية بعد وقوع الجريمة أو إصدار الحكم بالإدانة وتنفيذ العقاب وليس قبل ذلك، لأن فيه هدر لمبدأ الشرعية الجنائية بتحليل ما حرمه الله،كما أنه يُفقد سلطة العقاب هيبتها(وهي الدولة)، فيتجرأ الناس بالاعتداء على حقوق بعضهم، أو على حقوق الله عزّ وجلّ التي أوصى بحرمتها في الكتاب و السنة.

أما إذا كانت عقوبة التعزير مما نص عليه الحاكم فيما يسنّه بمقتضى سياسته للأمة فله الخيار في أن يعفو عن عقاب مرتكب الجريمة، أو أن ينفي صفة الإجرام عن الفعل إذا زال ضرره. وله أن يتصرف بما هو منوط بمصلحة الرعية.

---

[1]- أبو يعلى، محمد بن الفراء، -ت458هـ-(الأحكام السلطانية)تعليق:محمدحامد الفقي.دار الكتب العلمية ،بيروت .دط ،1983م.ص:282. والغزالي: (الوسيط)المصدرنفسه ،ج6، ص:515.وابن الهمام المصدر نفسه ،ج4، ص213.والقرافي:(الفروق) المصدر نفسه. ج4، ص: 179

[2] -النبراوي،المرجع نفسه،ص:127.

[3]- عودة: (التشريع الجنائي الإسلامي)المرجع السابق نفسه ج1،ص:257.

ومجمل الخلاف الحاصل بين قول الجمهور بوجوب إقامة التعازير على الحاكم، وقول الشافعي بالجواز لكون عقوبة التعزير حقٌّ له يجوز له إيقاعها أو العفو عنها. فإنما أراد الشافعي بقوله تقرير مسؤولية الولاة عن ضمان ما يترتب على تنفيذ تعزير الأفراد إذا أدى إلى إتلاف عضو أو موتٍ، فهو مسؤول عمّا يحدث من ضرر ومفسدة بإيقاعه العقاب. فكان له الخيار بالقدر الكافي لانزجار المجرم وليس له أن يتجاوزه،وإلا تقررت مسؤوليته عن التعسف باستعمال الحق[1]. ولأن القاعدة في الشريعة الإسلامية تقول أنّ: " **استعمال الحق مقيد بشرط السلامة**"[2].

وعليه، فإن تقرير العفو يعدّ أحد الضمانات التي تحقق الأمن للإنسان بتوقّيه للعقاب، وتجنبه للصرامة التي تضفى على مبدأ الشرعية الجنائية، لأن تطبيق هذا المبدأ منوط بالمصلحة المعتبرة شرعا. فمتى كانت المصلحة الشرعية محقّقة بعدم توقيع العقوبة، يكون ذلك مقصدا للشارع الحكيم سواء بجلب المصالح أو بدرء المفاسد. وهذا لا يعني استباحة وتعطيل ما حرمته النصوص الشرعية، وإنما يشترك الشافعي و الجمهور في نفس النتائج من حيث تحقيق المصلحة الشرعية في توقيع العقوبة التعزيرية، وإن اختلفوا في مدى مسؤولية ولي الأمر في سريان العقوبة[3]. فالشافعي يوجب مسؤولية وضمان ولي الأمر، ويجعلها الجمهور على بيت المال لأن السلطان يتصرف لجماعة المسلمين فيما فيه

---

[1] - الزيلعي،فخر الدين الحنفي-ت743هـ-:(تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق)،دار الكتاب الإسلامي،القاهرة.ط2 ،دت.ج3.، ص:108.

[2]- الشافعي،محمد بن إدريس أبو عبد الله-ت204هـ-:(الأم)دار المعرفة،بيروت.ط2، 1393هـ.ج6،ص173. وانظر عند الشيرازي،أبو إسحاق بن إبراهيم: (المهذب في فقه الإمام الشافعي) دار الفكر،بيروت.دط-دت.ج2،ص288-289.

[3]- عودة: (التشريع الجنائي الإسلامي)المرجع السابق نفسه ج1،ص:260-261.

صلاحهم[1].

ويجوز العفو خاصة إذا لم تستوف الجريمة كل أوصافها و أركانها، أو إذا كانت هناك شبهة فإنه يدرء بها التعزير.ففي هذا ضمانة أساسية تمكن الحاكم أو القاضي من العلاج الحقيقي للمجرم، بحيث يستطيع أن يتبين من درجة انزجاره وردعه عن العودة للإجرام. فإذا رأى أنه من المصلحة العفو عنه، يكون ذلك أولى بالتنفيذ من إيقاع العقوبة. وبهذا تتحقق العدالة المرجوة وحماية أمن الأفراد من الوقوع في دائرة العقاب بالتضييق من نطاق هذا الأخير قدر الإمكان إذا تحققت المصلحة العامة والخاصة في عدمه.

المطلب الثاني: غاية العفو عن العقوبة وضوابطه في النظام القانوني الوضعي

الفرع الأوّل: دواعي العفو عن العقوبة

إنّ طلب العفو أو منع العقاب بإرادة المجني عليه -أو من في حكمه- في نطاق القانون الجنائي أمر مخالف للأصل في الأفعال المعتبرة جرائم.إذ أنّ الأصل فيها نشوء حقّ الدولة في العقاب بمجرّد ارتكاب الجريمة، سواءً رضي المجني عليه أم لم يرضَ عن عقاب الجاني أم لمْ يعفُ عنه.وإذا كانت النظم الجنائية الحديثة تجعل لإرادة المجني عليه -أحيانا- دوراً معيّناً في طلب توقيع العقاب، أو منع تنفيذه في نطاقٍ محدودٍ وفي عددٍ معيّنٍ من الجرائم[2]، فإنّها بذلك تراعي اعتبارات خاصة تُملي على المشرّع الخروج عن الأصل المقرّر من وجوب استيفاء الدولة لحقّها الدائم في العقاب[3].

---

[1] -الشافعي،المصدر نفسه.ج6،ص:175-176. والشيرازي، المصدر نفسه،ج2،ص289.

[2] -العوا،محمد سليم:(في أصول النظام الجنائي الإسلامي)دار المعارف، القاهرة.ط2، مايو1983ص236.

[3] - عودة، عبد القادر (التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي)، مكتبة دار التراث

إنّ من دواعي العفو عن العقاب أن يأتي عقب الظروف الاستثنائية والتي قد تمرّ بها الدولة مثل إعلان حالة الطوارئ في البلاد وما ينجرّ عنها من تعطيل لأحكام الدستور مثلما حدث في الجزائر في فيفري سنة1992، إذ أنّ الموازين السّليمة تضيع في سنّ القوانين وخصوصا الجنائية منها. وبهذا تشكّل خطورة على حريات وحقوق الإنسان تحت دواعي حفظ النظام والأمن العام. والتي تكون عادةً مبررا للاعتداء على الحريات الشخصية وقمعها. فإذا صدر قانون جديد في أعقاب القوانين الاستثنائية، فيجب إعمال مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم البريء لجبر ما قد أهدرته السلطات التنفيذية أثناء تلك الفترة من كرامة للإنسان تحت غطاء القوانين الطارئة والحفاظ على الأمن والنظام العام في الدولة. ففي هذه الحالة فإن القانون الجديد لا يخفف من شدة العقوبة والجريمة فقط، بل يتعداها إلى إباحة الفعل المعتبر جُرما، أو يمنع العقاب ويسقطه نهائيا من المدونة الجنائية. ومنه فيجب إيقاف تنفيذ الحكم وتنتهي بذلك جميع آثاره الجنائية[1]. وقد تجاوز بعض التشريعات إلى اعتبار أن الحكم وكأن لم يكن[2]. ومن جهة أخرى يجب ألاّ تتقادم الدعوى العمومية ضد من ارتكبوا جرائم خطيرة بحق الأفراد والمجتمع . وهو ما جاء بصدور مشروع الميثاق من أجل السلم و المصالحة الوطنية في الجزائر[3]، والذي يقرر "**إبطال**

.القاهرة، دت، ج1، ص666

[1] - الكباش:(الحماية الجنائية لحقوق الإنسان)مرجع سابق،ص:466-468.و الشباسي،إبراهيم:(الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري،القسم العام)دار الكتاب اللبناني،بيروت.دط،1981.ص:35

[2] -جاء هذا في المادة2/15 من قانون الجزاء الكويتي.

[3] -المصدر:الجريدة الرسمية الجزائرية الصادرة بتاريخ 9 رجب 1426هـ الموافق ل14 أوت 2005. العدد:55. ولقد عُرِض هذا المشروع على الاستفتاء الشعبي في 29 سبتمبر2005،

المتابعات القضائية في حق الأفراد المحكوم عليهم غيابيا" إبان تلك الفترة، وإفصاح " **العفو عن الأفراد المحكوم عليهم والموجودين رهن الحبس على اقترافهم نشاطات داعمة للإرهاب، أو اقترافهم أعمال عنف**". كما تقرر"**إبدال العقوبات أو الإعفاء من جزء منها لصالح جميع الأفراد الذين صدرت في حقهم أحكام نهائية، أوالمطلوبين الذين لا تشملهم إجراءات إبطال المتابعات أو إجراءات العفو**". وهذا شيء إيجابي جدّا لأجل استعادة الأمن واستتبابه لدى الأفراد والجماعات في البلاد. وهو تطبيق فعليّ وإعمال لمبدأ الرجعية إذا كان الأصلح للمتهم أو المدان. كما أنّ فيه مراجعة للأخطاء القضائية الواقعة سالفا لانتعاش الأمن والحرية من جديد.

إلاّ أنّ طبيعة العفو في ميثاق المصالحة الوطنيّة كانت بقرارات سياسية، ولم تكن وفقا لمبررات قانونية، ولم تراعى فيه ضوابط العفو عن العقوبة كمحاسبته لطرف على حساب طرف آخر، إذ يجب أن يتساوى جميع من هتك حقا من حقوق الإنسان أمام العقاب ولو كانوا رجال سلطة تعسفوا في استخدامها. مما جعل هذا الميثاق منقوصا، لذا تمّ شجبه من طرف منظمة العفو الدولية، ومنظمات ونشطاء حقوق الإنسان.مما يستدعي تثمينه بالضوابط التي سنذكرها تباعاً ليتحقّق العفو الشامل دون نسيان المتابعة ضدّ كل من انتهك حرمةً من حرمات الإنسان الأساسية أيًّا كانت صفته.فما يُعاب على هذا الميثاق أنه كرّس نوعا ما سياسة اللاّعقاب عن جرائم ارتكبت في حق الإنسانية بالإختفاء القسري للأشخاص، ولكن يمكن تثمينه إذا ما روعي توسيعه ليشمل الصلح جميع الأطراف وتتحقق المصلحة في انتفاء العقاب والعفو الشامل بحلّ جذور الأزمة وليس وظاهرها فقط، وهو لا يستدعي فقط التشريع القانوني، بل

وحاز على الموافقة بنسبة(97.38%).

لابدّ من تدخّل الإرادة السياسية لتحقيق مصلحة المجتمع بأسره.

كما أنّه في الحالات العادية تقتضي السلطة التقديرية تأمل القاضي للحكمة من إباحة جريمة أو الإعفاء عن عقوبتها من خلال ما وراء النص التجريمي من مكامن، يستجلي بذلك الحكمة من الإباحة أو الإعفاء -إن وجدت- أنها مساوية لحكمة التجريم والعقاب، إذا كانت المصلحة تتحقق بعدم إيقاع العقاب أو انتفاء وجه المسؤولية، أو كانت تتحقق بالامتناع عن المساس بحياة الإنسان أو سلامة بدنه أو ماله، وتدرء بها مفسدة التعسف وخطر الإضرار بالإنسان إذا كان الأمر يستدعي عدم توقيع العقوبة، كما هو الأمر في حالة الدفاع الشرعي. ويقدم الإعفاء هنا عن العقاب من باب إيجاد توازن بين مصلحة الجماعة ومصلحة الفرد إذا كانت تتحقق به تلك المصلحة[1]. من بين الضوابط المهمة المقررة في الفقه والقانون مبدأ درء الحدود بالشبهات، وأن العفو عن العقوبة خير من إيقاعها إذا كانت المصلحة تقتضيها انتصارا لحماية الإنسان من العقاب.

وعليه:فإن السلطة التقديرية للقاضي يجب أن تنضبط بهذه التوجيهات القانونية في التعامل مع النصوص الجنائية حتى لا تفقد العدالة معناها وهيبتها في ظل نظام قضائي متسلط و تحكميّ، فيكون القضاء مصدر أمان للأفراد،ووجهًا للحقيقة لا مصدر تخويف وحيْف بالقانون عن مغزاه الحقيقي.

وإذا كنا بصدد المقارنة فإنّ التشريع الجنائي الوضعي نظام العفو فيه عامّ لكل أنواع الجرائم والعقوبات إذا توفرت أسباب الإباحة، وهو يشابه العفو عن التعزير في هذه الناحية، إلا أنه يختلف عن العفو في السياسة الجنائية للعقوبات المقدرة شرعا، للاختلاف في طبيعة مصدر كل منهما و مقاصده في ترتيب

---

[1]- بنهام،رمسيس:(نظرية التجريم في القانون الجنائي)،مرجع سابق.ص:94وما بعدها.

المصالح الأولى بالحماية الجنائية، وما يجوز التسامح فيه مما لا يجوز من جهة، وكذا الاختلاف في ترتيب المصالح والمفاسد التي تنبني عليها السياسة الجنائية من جهة أخرى.

كما أننا نلمس استقرارا في أصول سياسة التجريم والعقاب ضمن النظام العقابي الإسلامي، إذ نجدها مبوّبة بشكل منتظم ودقيق وواضح يراعي ترتيب المصالح، وعلى إثرها يقرر تجريم الاعتداء عليها ودرجة العقوبة والعفو عنها. وفي المقابل نرى أن سياسة التجريم والعقاب والعفو عنهما في النظام القانوني الوضعي لا تزال في تطور مستمر وغير محدد المعالم. فنجدها تدور بين سياستين متعاكستين أولاهما الإفراط و التشدّد في التجريم والعقاب، أما ثانيهما فتكرس التفريط في سياسة اللاّعقاب. فهو مختلف من دولة لأخرى، اللّهم إلا ما استقرت عليه المواثيق الدولية مؤخرا من ضرورة احترام الدول لحقوق الإنسان في القوانين الداخلية، وحتى تلك التي تزعم أنها ديمقراطية، وأن سياستها التشريعية رائدة في هذا المجال، غير أنها لا تزال تحتاج إلى ترشيد لما ثبت من انتهاكات لحقوق الإنسان لديها.

الفرع الثاني: ضوابط العفو عن العقوبة

إن المشكلة التي تعترض النظام العقابي في أيّ دولة هي مدى تحقيق التوازن بين الحضّ على التجريم والعقاب وبين الحدّ منهما أو تقرير العفو إذا استدعت المصلحة ذلك، مع الخلاف الحاصل بين كل مشرع وآخر في تقدير هذه المصلحة. وهو ما يستدعي أن تكون هناك عدّة ضوابط لتحقق التوازن بين تقدير المصلحة في العقاب أم في العفو عنه.

وأهم ما يجدر الإشارة إليه بالنسبة لضوابط نظام العفو عن العقوبة عدة أمور هي:

1- أنّ ورود العفو لا يعني انتفاء الفعل الإجرامي، خصوصا إذا لم يكن صادرا

عن الهيئة القضائية، مثلما هو مخولٌ به دستوريا لرئيس الجمهورية في الجزائر بالعفو عن المجرمين في حالات خاصة. أما إذا سكت المشرع عن اعتبار الفعل جريمة وجب على القاضي أن يعلن مشروعية الفعل جنائيا ويبرئ المتهم[1]. ويكون ذلك بطريق انتفاء وجه الدعوى.

2- أن العفو عن العقوبة لابدّ أن يراعي عدم خطورة الجريمة المرتكبة على غرار ما هو عليه الحال في التشريع الإسلامي للحدود. فالخطورة الإجرامية تعني أن الفعل المرتكب يهدد أمن المجتمع بأسره، ولهذا فلا يجوز أن يتمّ العفو أوالإفراج عن المجرمين الذين اقترفوا جرائم مشينة بحق من حقوق الإنسان، وعليه فالحق العام بالمتابعة القضائية وتوقيع العقوبة يبقى قائما بحقهم ولا يتقادم .

3- أنّ العفو عن العقوبة مشروط بصلاح وتوبة المجرم، وهذا أمر موكول لسلطة العقاب وقاضي تنفيذ العقوبة لتقدير المصلحة فيذلك.

4-ألا يكون هناك عَوْدٌ في الجريمة،لأن فيه دلالة على عدم استقامة المجرم ومازال السلوك الإجرامي متأصلٌ فيه.

5- العفو عن العقوبة لا ينفي حق التعويض المدني للمجني عليه من طرف الجاني. لأنه وإن تعذر قيام العقوبة إلا أنه يجب ألاّ تذهب حقوق الناس وأمن المجتمع هدرا وهيبة الدولة تباعا لذلك.وهنا يأتي دور العقوبات التأديبية والمدنية في استحقاق الحق لأهله.

6- يجب أن يكون القضاء بحسب الأصل هو الجهاز المختصّ بإصدار العفو عن المجرم وليس غيره، وذلك لأن القاضي هو الذي يقدر التفريد العقابي

---

[1]-الصيفي،عبد الفتاح مصطفى:(الأحكام العامة للنظام الجزائي)مطابع جامعة الملك سعود،الرياض،ط1 ،1996م.ص70

الخاص بكل مذنب، وهو كذلك الذي يقدر مدى المصلحة في انتفاء العقوبة، وأن يلعب دورا حياديّا في تحقيق العدالة كونه الحارس الحقيقي للحريات والمعبر عن مدى احترام الدولة حقوق أفرادها من عدمه، ومظهر من مظاهر الدولة القانونية المنصفة.

الخاتمة:

بعد عرضنا لموضوع القضاء على سياسة اللاعقاب ودوره في تحقيق هيبة الدولة نخلص للنتائج الآتية:

1- إنّ سيادة الدولة تكمن في تحقيق العدالة واستقرار المركز القانوني للأفراد في سنّها لقوانين التجريم والعقاب وتطبيقها بإحكام،وهو ضروريّ لحماية المصلحة العامة والخاصة للمجتمع بردع من ينزحون للسلوك الإجراميّ والاعتداء على حقّ من حقوق الإنسان.

2-إنّ أيّ سياسة أمنيّة أو جنائية تقوم بها الدولة يجب أن يكون الهدف الأساسي منها هو تحقيق أمن الفرد بجانب أمن الدولة تبعا القاعدة الفقهية تقرر أنّ استعمال الحق مقيد بشرط السلامة . فقد يتحقق أمن الدولة في الوقت الذي يكون أمن أفرادها وحريتهم مهددا، والأكثر من ذلك فقد تكون السلطات في الدولة البوليسية مصدر تخويف وإرهاب للفرد. كما قد تتسبب من جهة أخرى ثغرات التشريع الجنائيّ في إفلات المجرمين من العقاب إذا كان هناك تقصير في تجريم وعقاب كلّ ما يهدد المصالح العليا في المجتمع.

3- إنّ الحضّ على التجريم والعقاب يتأسس على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات كدعامة قويّة له في كلّ من النظامين الجنائيين الإسلامي والوضعي، وله عدة مقوّمات تكمن في اختصاص السلطة التشريعية بالتجريم والعقاب ووضوحهما، وكذا إلتزام المشرع الجنائي بالضرورة الاجتماعية في سياسة

التجريم والعقاب.

4- إنّ المقصد من تشريع الجرائم والعقوبات هو المحافظة على مصالح العباد. وإذا كان تجريم فعل من الأفعال والعقاب عليه يعني منع الناس من إتيانه حفاظا على المصلحة المراد حمايتها، فذلك يورث انكفافاً عن إتيان الفعل المحظور احتراما للمصلحة المحميّة، أو رهبةً وخوفا من العقاب. فيقضي على سياسة اللاّعقاب ويحقق هيبة الدولة في شقّين **أوّلهما:** هو قناعة المجتمع والأشخاص المعتدى على حقوقهم واطمئنانهم بما تقوم به من اقتصاص للحرمات من المعتدين وإحقاق الحقيقة في ذلك بردعهم وجعلهم موعظة لغيرهم.أمّا **ثانيهما:** وهو نفسيّ يكمن في رهبة من يحاول اقتراف ما نص القانون بمنعه وأقر له عقوبة تنال من يقوم به.

5- إنّ أصول سياسة التجريم والعقاب مستقرة ضمن النظام العقابي الإسلامي، إذ نجدها مبوّبة بشكل منتظم ودقيق وواضح يراعي ترتيب المصالح، وعلى إثرها يقرر تجريم الاعتداء عليها ودرجة العقوبة والعفو عنها. وفي المقابل نراها في النظام القانوني الوضعي لا تزال في تطور مستمر وغير محدد المعالم. فنجدها تدور بين سياستين متعاكستين:أولاهما؛ الإفراط و التشدّد في التجريم والعقاب، أما ثانيهما ؛ فتكرّس التفريط في سياسة اللاّعقاب. فهو مختلف من دولة لأخرى، اللّهم إلا ما استقرت عليه المواثيق الدولية مؤخرا من ضرورة احترام الدول لحقوق الإنسان في القوانين الداخلية لما تنصّ عليه من حماية لحقوق الإنسان.

6- إنّ العفو يتقرر خصوصا إذا كانت المصلحة الاجتماعية تقتضي انتفاء العقوبة وانقضاؤها، مثلما اقتضى الحال بدايةً ضرورة التجريم واتّباعه بتوقيع العقاب. وهو ما يبرّر مشروعية العفو في النظامين الإسلامي والوضعي خصوصا إذا مرت الدولة بفراغ دستوريّ وظروف استثنائية أدّت للإفراط في التجريم والعقاب.

7-أنّ سياسة العفو عن العقاب لابدّ أن تتقيّد بضوابط تحكمها حتى لا تنقلب إلى سياسة اللاّعقاب، والتي تضيع معها حقوق الإنسان وهيبة الدولة التي لابدّ أن تسهر على حمايتها ضدّ كلّ من يعتدي عليها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.