وزارة التعليـــــم العـــالـي و البحث العلـــــمي

جـــامعـــة غـــردايـــة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أثر مبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

مذكرة مقدّمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر

تخصص: القانون جنائي

إعـــداد الطالبة:

- العابد كريمة

إشـــراف الأستاذ:

- بن سديرة فوزي

لجنة المناقشـة

إسم ولقب الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
د/ سالم حوة	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	رئيســـــــا
أ/ فوزي بن سديرة	أستاذ مساعد أ	جامعة غرداية	مـشرفـا ومقـررا
د/ قويـدر رابحـــي	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	منـــــاقشـــا

السنة الجامعية :1439-1440هـ/2018-2019م

وزارة التعليـــــم العـــالي و البحث العلـــــمي

جـــامعـــة غـــردايـــة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أثر مبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

مذكرة مقدّمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر

تخصص: القانون جنائي

إعـــداد الطالبة:

- العابد كريمة

إشـــراف الدكتـــور:

- بن سديرة فوزي

لجنة المناقشـة

إسم ولقب الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة

السنة الجامعية :1439-1440هـ/2018-2019م

بسم الله الرحمن الرحيم

كبيرة هي الأمور التي لا نجرؤ على انتقادها لأنها مكرسة .. نخشى أن نكتشف بعد حين أننا كنا على خطأ.

أ نــسى

الشكر

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء

هذه الدراسة ووفقنا في انجازها.

أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد

على إنجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهنا من صعوبات، وأخص

بالذكر الأستاذ المشرف بن سديرة فوزي الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته

ونصائحه القيمة التي ساعدتنا في إتمام هذا البحث.

كما أشكر جميع الأساتذة الذين لم يبخلوا عليَّ بالإرشاد

وجميع زملائي و أصدقائي.

كـريـمـة

الإهـــــداء

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما

إلى والدي العزيزين أدامهما الله لي

والى كل العائلة الكريمة

كـــريـــمـــة

إن مبدأ الشرعية إنما جاء لينظم حياة الفرد والجماعة ،فهو كما يحمي الفرد من جور وتعسف القضاة فهو إلى جانب أخر يزجر الإنسان عن الوقوع في الخطأ ،وهذا الخطأ وهو ما يسمى جريمة في القانون، إنما مرتكبه يحاول جاهدا لكي يجعله فعلا مشروعا عن طريق تحايله على القانون ،فهنا تتدخل السلطة التقديرية للقاضي لكي توضح

للمجتمع أين هي الجريمة عن طريق تبيان المصلحة التي تضررت وأين هو الضرر وقد يحدث أن يكون الجاني يعلم القانون جيدا قبل إرتكابه للجريمة وبهذا الأسلوب لا يمكن لأحد أن يوجه له الإتهام لإنعدام التأسيس.

الكلمات المفتاحية : مبدأ الشرعية، السلطة التقديرية ، القاضي الجزائي.

Abstract:

The principle of legality is intended to organize the life of the individual and the community. It protects the individual from the injustice and abuse of the judges and it also snubs others to not fall into error. This error is what is called a crime in the law, its perpetrator tries hard to make it a legitimate act by circumventing the law.

The discretionary power of the judge intervenes in order to explain to the community where the crime is by indicating the interest that has been damaged and where the damage may occur and it may happen that the culprit knows the law very well before committing the crime and in this manner no one can charge him with the accusation because of the non-establishment.

Keywords: The principle of legality, discretion, criminal judge

قائمة المختصرات:

المختصر	معناه
ص	صفحة
ط	طبعة
د.ط	دون طبع
د.ج. إ	دون جهة إصدار

مقدمة

ان الجريمة ظاهرة اجتماعية ظهرت بالتزامن مع ظهور الانسان ،تطورت وسائلها ودوافع ارتكابها بمرور الأزمان وإختلاف الأفراد والمجتمعات فكان لابد من الحد منها برصد قواعد قانونية تحدد الفعل المجرم والعقوبة التي تناسبه، لكن مع الاختلاف الذي ذكرناه سابقا ،يستحيل على القاضي أن يطبق القانون بذلك الجمود،لأن هناك اختلافات عدة بين البشر دعت إلى وجود موانع مسؤولية، وموانع عقاب وأسباب إباحة ،فكان لابد من فسح المجال للقاضي الجنائي ليطبق القانون مع إعمال سلطته التقديرية لكي يتسنى له تطبيقه بشكل صحيح وتكريس العدالة التي هي جوهر القانون والتي تكفل حق الفرد والمجتمع ،وفي فترة العصور الوسطى و إستبداد الكنيسة وسع القضاة من سلطتهم حتى أنهم أصبحوا يحكمون على هواهم ،ذلك أنهم جمعوا بين سلطة التجريم والعقاب في آن واحد ،فنادى الثوار في الثورة الفرنسية إلى النهوض ثانية بمبدأ الشرعية والدعوة إلى تجميده وهذا التجميد هو ما كرس ما يسمى بمبدأ الشرعية اليوم والذي يعني أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص مكتوب صادر عن السلطة المخول لها صلاحية تشريع القوانين، مما يعني أنه من الممكن للجناة أن يتحججوا بحرفية النص للإفلات من المسؤولية ،وهو ما أدى فعلا الى تفلت الجناة، حتى أنني أذكر قصة رواها لنا دكتور جامعي على هامش محاضرة لقانون الإجراءات الجزائية ،أن سيدة فرنسية دخلت مصر محملة بمادة الكوكايين المخذرة ، وتم إلقاء القبض عليها ،لكن فيما بعد تم الإفراج عنها بعد الحكم عليها بالبراءة لأن تفتيشها بالمطار تم من طرف ضابط رجل وليس ضابطة واستند دفاعها على أنه لا يتم تفتيش الأنثى إلا من طرف أنثى مثلها ،وطبعا قصة السيدة هذه ماهي إلا غيض من فيض وماهي إلا عينة بسيطة عن جمود مبدأ الشرعية الذي لم يستطع الموازنة بين مصلحة الجماعة ومصلحة الفرد إذ أنه لم يراعي مصلحة هذا الأخير فلهذا كان المفروض أن يوسع المجال للقاضي حتى يسد مثل هذه الثغرات ويحافظ على الصالح العام بإعمال سلطته التقديرية ومع تطور الدول وظهور ما يسمى بدولة القانون ،وتكريس ضمانات المحاكمة العادلة لاسيما فيما يخص الحضورية والعلانية والوجاهية فإنه لا مجال للحديث عن تعسف القضاة إلا في الظروف الإستثنائية .

إن العدالة أصبحت مهزلة في الوقت حيث أن المتهم أصبح يدخلها جانيا وجميع من حوله يعلمون ذلك ،وبعد مدة يخرج منها بريئا ويطالب بالتعويض أيضا ،وكل هذا بسبب تكريس قرينة البراءة وكذا مبدأ الشك يفسر لصالح المتهم.

إن إختلاف فئات المجتمع وعلمهم الجيد بالقانون حتى الوصول إلى تبيان ثغراته، قد يضع القضاء في عجز عن إثبات الجرائم —وهذا لا يعني أن من يجهل القانون يتم هضم حقه أو تلفيق تهمة لم يرتكبها له —لأن من لم يرتكب جريمة من الصعب جدا أن يتم عليه فعل كهذا أما إذا كان القانون يخص فئة معينة عارفة بالقانون، كفئة الموظفين مثلا الذين قد يتفوقون على القاضي في بعض الأحيان ،فا الأجدر بالمشرع هنا أن يضع البنود العريضة للقاضي ويترك له سلطة التقدير في تجريم باقي الأفعال تأسيسا على لا ما ينفع ويضر الصالح العام هناك من يتعجب ويقول بأن حتى الله سبحانه يؤكد على اليقين في إثبات الجريمة ،غير أن هذا ينطبق على الجرائم التي تمس المسلم في نفسه وفقط كالزنا وشرب الخمر .

وتأسيسا على ما سبق فسنتناول في هذه الدراسة موضوع "أثر مبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي"والواضح من العنوان أننا بصدد دراسة مفهومين وهما :السلطة التقديرية ومبدأ الشرعية أثر هذا الأخير عليها سلبا وإيجابا أستمثلنا في دراستنا للأثر السلبي بمواد من الأمر 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مما سبق ذكره بالنسبة لأهمية البحث وكذا أهدافه تتضح معالم الإشكالية التي نحاول صياغتها في شكل سؤال رئيسي محوري تنبثق عنه أسئلة ثانوية أو فرعية لكنها مهمة ذلك أنها تكمل السؤال المحوري ،وذلك على النحو التالي :

إلى أي مدى يحد مبدأ الشرعية من السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ؟

أما بالنسبة للأشكاليات الفرعية المنبثقة عن الإشكالية المحورية ، فهي كالأتي :

-ما مفهوم مبدأ الشرعية ؟

-ما مفهوم السلطة التقديرية ؟

-ما هو الأثر الإيجابي والسلبي لمبدأ الشرعية على السلطة التقديرية ؟

تتجلى أهمية البحث في كونه يضبط مفهوم مبدأ الشرعية والسلطة التقديرية كونهما مفهومان متضادان أو أن السلطة التقديرية يعتبرها بعض الفقهاء خدشا لمبدأ الشرعية ،كما أنه يدرس الأثر المباشر لمبدأ الشرعية على السلطة التقديرية والأثر غير المباشر الذي يحد من سلطة القاضي كما تظهر أهمية هذا البحث أنه يدرس مبدأ حساس والكل- نسبيا- ينصاع تحت إمرته وغالبا ما يناقش من جانبه الإيجابي فقط كونه يحفظ حريات وحقوق الأفراد والمجتمعات بعد إن كانت مهضومة ومنعدمة كما أننا تناولنا في هذا البحث قانون مكافحة الفساد حتى يكون عمليا أكثر ومن الأسباب التي دفعتني لاختيار الموضوع ما يلي :

-أهمية الموضوع المبينة أعلاه وكما أسلفت الذكر مدى الحساسية التي يتمتع بها خصوصا عند تصادمه مع السلطة التقديرية.

-ضعف موقف الضحية في القانون الجزائي بالمواجهة مع الجاني حيث أن جميع الضمانات كرست لهذا الأخير ،في المقابل تجد أنه القانون لم يرصد أي شيء للضحية.

-وجود ترسانة قانونية كبيرة إلا أن الجريمة في تزايد كبير ومستمر مما يستنتج أن هناك إشكال في القانون ذاته أو في عملية تطبيقه أما عن الدافع الشخصي الذي دفعني لإختيار الموضوع وهو أنني كشخص لدي قناعة شخصية أن 95 بالمئة من الأشخاص الذين يكونوا محل إتهام في جريمة ما ،من المستحيل أنهم غير ضالعين فيها أو على الأقل شركاء فيها .

أما عن الدراسات السابقة لهذا الموضوع بشكل مباشر فهي مذكرة ماجستير واحدة :

-بالضياف خزاني و عبد الحفيظ طاشور ،مبدأ الشرعية الجزائية اثر على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي،رسالة ماجستير ،معهد العلوم القانونية والإدارية ،المركز الجامعي بن مهيدي أم البواقي –السنة الجامعية2007-2008

وهناك دراسات أخرى تناولت موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائي اهمها :

-يحياوي صليحة ،السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق سعيد حمدين ،الجزائر ،الموسم الجامعي 2015-2017،

-بلعيد جميلة ،السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ،مذكرة ماستر ،جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق،الموسم الجامعي 2017/2016

أما بخصوص المنهج المتبع في الدراسة فنظرا لتداخل مختلف أجزاء هذه المذكرة وتعددها، فقد تتعددت المناهج المتبعة وهذا حسب ما تتقتضيه طبيعة كل عنصر وكل مفهوم ،حيث اتبعنا المنهج الوصفي في بعض المواطن تمهيدا للموضوع، كما اعتمدنا تحليل الوصف لاستعراض المفهومين وكذا تحتم علينا نقد مبدأ الشرعية تكميلا للدراسة في إطار الإحاطة بموضوع الدراسة في حدود الإشكالية المطروحة ،بالنظر إلى موضوع الدراسة ،إرتأينا تقسيم الموضوع الى فصلين ،سنتحدث في الفصل الأول عن الإطار المفاهيمي للموضوع وهو ضبط المفهومين أدرجنا فيه مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم مبدأ الشرعية ،وفي المبحث الثاني إلى مفهوم السلطة التقديرية .

أما الفصل الثاني من الدراسة فخصصناه لدراسة أثر مبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي والذي اشتمل بدوره على مبحثين سنتناول فيه الأثر الإيجابي للمبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي كما تناول الأثر السلبي لهذه الأخيرة.

الفصل الأول

إطار مفاهيمي

ولأنه لا يمكننا دراسة أثر مبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي دون التطرق أولا لضبط المفهومان محل الدراسة وهما مبدأ الشرعية والسلطة التقديرية لكي يتسنى لنا فهم الموضوع جيدا

المبحث الأول: مفهوم مبدأ الشرعية

مبدأ الشرعية من أهم مبادئ القانون أن لم نقل هو الركيزة التي يرتكز عليها القانون عموما أو هو القانون ذاته. لذلك هو من المبادئ لدى المعروفة لدى طلاب القانون لكن لا مناص من التطرق اليه كوننا لا يمكننا الحديث عن أثره مباشرة خصوصا أن تاريخه مهم بعض الشئ.

المطلب الأول: تعريف مبدأ الشرعية

هو أن الأفعال التي تعتبر جرائم منصوص عليها في قانون العقوبات مسبقا ومنصوص أيضا على العقوبات المقررة لها شريطة أن يكون النص قد صدر قبل ارتكاب الفعل المراد المعاقبة عليه فيجب أن يعلم الفرد سلفا من القانون ماهو المحظور من الأفعال قبل مطالبتهم بأن يحكموا تصرفاتهم على هواه[1]

وقد تم تكريس هذا المبدأ في الدستور الجزائري في مادته 47 التي تنص على أن" لا يتابع أحد ولا يوقف ولا يحجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها "كما تطبيقه في قانون العقوبات الذي نص صراحة في مادته الأولى على أن "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"[2]

نتائج مبدأ الشرعية

ويترتب على أعمال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات عدة نتائج أهمها

1/- حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع :

[1] محمد صبحي نجم.قانون العقوبات .القسم العام .عمان دار الثقافة.ط1.ص48

[2] أحسن بوسقيعة.الوجيز في القانون الجزائي العام.دار هومة .ط16.2007ص 66

ويقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية مكتوبة صادرة عن سلطة مختصة طبقا للإجراءات التي نص عليها الدستور وتتميز القاعدة القانونية الجنائية على غيرها من القواعد القانونية الأخرى بأنها مصدرها الوحيد هو القانون المكتوب ولا يشترط أن تكون جميع الجرائم والعقوبات مصدرها النصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان بل يمكن للسلطة التنفيذية أن تشرع بدورها وهذا ما نصت عليها المادة7/122من الدستور

بحيث نصت بأن يشرع البرلمان في مجال قواعد القانون العقوبات لاسيما تحديد الجنايات ولم يذكر المخالفات ويكون بذلك فاتحا المجال أمام السلطة التنفيذية للتشريع في مجال المخالفات. [1]

2/التفسير الكاشف: يعني التفسير الكاشف الكشف عن حقيقة ارادة المجتمع من خلال الألفاظ والعبارات الواردة في القاعدة القانونية المراد تفسيرها فعلى القاضي عندما يعرض عليه نص غامض نتيجة لعيب في صياغته أو لتناقض بين ألفاظه أو لتعارض بينه وبين نصوص احرى أن يجتهد في إزالة الغموض وتفسير النص بما يكشف حقيقة مدلوله مع الالتزام بالحدود التي لا تصل الى حد خلق الجرائم و العقوبات

3/حظر القياس : لا يجوز للقاضي وهو بصدد النظر في الواقعة المعروضة عليه أن يجرم فعلا لم يرد نصا بتجريمه قياسا على فعل ورد النص بتجريمه بحجة وقوع تشابه أو تقارب بين الفعلين أو أن يكون العقاب في الحالتين يحقق نفس المصلحة الاجتماعية مما يقتضي في تقرير عقوبة الثاني على الأول لأن في ذلك اعتداء صريح على مبدأ الشرعية ،فالجرائم و العقوبات لا يقررها المشرع ،والقاضي لا يملك ذلك قانونا ،فان فعل ذلك يكون قد خلق لم يضعها المشرع ونصب نفسه مشرعا وهو مالا يسمح به القانون.

المطلب الثاني : تاريخ مبدأ الشرعية وظروف التأكيد عليه.

ان مبدأ الشرعية له جذور تاريخية قديمة وهو أحد أهم مبادئ التشريع الاسلامي ان كان الفقه الغربي ينكر ذلك، وذلك بالنص في القرءان الكريم " وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولً "، الآية 15 سورة الإسراء،

[1] عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي، د ط،دار الهدى، الجزائر، ص53و54.

وفي العصور اللاحقة على هذا التاريخ كانت تعيش المجمعات الأوربية في جور الحكام وتعسف القضاة بحيث كان الحاكم يجمع بين يديه جميع السلطات حينذاك لم يكن لمبدأ الشرعية وجود، اذ كان تحديد الجرائم والعقوبات يخضع لهوى الحاكم وتعسف القضاة وكان الأفراد يفاجئون بجرائم جديدة لا يعلمون بها مقدما وعقوبات قاسية عير محددة سلفا. [1]

وهذا الوضع دفع الكثير من المفكرين والفلاسفة أمثال روسو ومنتسكيو وبيكاريا الى المناداة بضرورة الفصل بين سلطات الدولة وتطبيقا على ذلك قصر التجريم والعقاب بيد السلطة التشريعية أما تطبيق ما يصدر من تشريعات فيقع على عاتق السلطة القضائية ولقد تم التأكيد على هذا المبدأ في العصر الحديث في المادة 2 من الاعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الذي صدر في 26 أوت 1789 وذلك في أعقاب الثورة الفرنسية والذي يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار أن مبدأ الشرعية أنه وليد ثورة فمن الطبيعي جدا يكون بذاك الجمود الذي يتمثل في كون القانون الجزائي له مصدر واحد فقط وهو القانون المكتوب ويسلب معه دور القاضي في الاجتهاد لتطبيق القانون على المتهم، الأمر الذي يجعل منه ألة مقيدة لا يملك تمييع عمله القضائي بالتشديد أو التخفيف وكما أن هذا التفكير المنصب لفهم مبدأ الشرعية يقضي دراسة ظروف الجاني التي واكبته أثناء ارتكاب الفعل المجرَم والمعاقب عليه ،لذلك وأملا في تلطيف جمود مبدأ الشرعية رجعت معظم التشريعات الدول الى نظام تفريد العقوبة بدلا من نظام العقوبات المحددة بجعل العقوبة تتراوح بين حدين أقصى وأدنى وقد واكب ذلك السماح للقاضي بمراعاة ظروف الجاني باختيار الحد المناسب لتسليطه كعقوبة له مع امكانية الأخذ بظروف المخففة أو تنفيذ العقوبة القانون عن قرب، جعلها لا تستطيع وضع قوانين تتلاءم مع كل الظروف مما يجعل القوانين تتسم بالنقص في الكثير من الأحيان،[2] وهذا النقص بدوره مخرج يفلت منه الجناة بسهولة من أيدي القضاء بحجة تطبيق القانون وتحديد صلاحيات القاضي في تطبيق مبدأ الشرعية وحظر القياس عليه ،مما يجعله مكتوف الأيدي أمام

[1] المرجع نفسه ،ص46.

[2] أغليس بوزيد و عليوي حكيم،دور الدستور في تحديد نطاق الشرعية الجنائية ،الأمل للطباعة والنشر و التوزيع ،تيزي وزو2012.

بعض القضايا خصوصا اذا كان الجناة من فئة مميزة كالموظفين مثلا مبدأ الشرعية في القضاء الإسلامي بصرف النظر عن جرائم الحدود والقصاص لأنها جرائم محددة المقدار لجرائم معينة وهي حق لله والأفراد ولا يمكن لولي الأمر إسقاطها إلا إذا طلب المجني عليه أو وليه ، فالتعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود وبالتالي فإن جرائم التعزير ترك أمر تحديدها لولي أمر أو القاضي بما يتلاءم مع كل عصر ومصر ولعل أهم ما يترتب على التفرقة بين طوائف الجرائم السابقة هو أن سلطة القاضي مقيدة في شأن جرائم الحدود والقصاص بينما يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة فيمل يتعلق بجرائم التعزير.[1]

تقييم مبدأ الشرعية

1- **المزايا:** إن مبدأ الشرعية يتمتع بالعديد من المزايا بحيث أصبح الأن من المبادئ الدستورية والقانونية نظرا لما يتمتع به هذا المبدأ من ايجابيات فهو وسيلة فعالة لضمان حقوق وحريات الأفراد فقد كان القاضي هو الذي يحدد الجرائم ويحدد عقوباتها فكان الأفراد في حيرة من أمرهم لا يعرفون ماهو المباح لهم وما هو المحظور عليهم وهذا الأمر يجعل الفرد يتردد عندما يقوم بأي فعل خشية أن يكون هذا التصرف يحقق معنى الجريمة فإذا ما تم النص على المبدأ فإن الفرد سوف يعرف ماله وما عليه فيصبح كل ما لم يتم تحديده في القانون مباحا يستطيع الفرد أن يمارسه بكل حرية وبدون تردد وبهذا تصان حقوق وحريات الأفراد ،ومبدأ الشرعية هو ما تقتضيه العدالة والمنطق ،فالعدالة تتطلب أن يعرف الفرد مسبقا وبشكل واضح ماهي الأفعال التي تعد جرائم حتى يكون الفرد بمنأى عنها ،وهذا التحديد للجرائم والعقوبات يعطي للعقوبة أساسا قانونيا بحيث يجعلها مقبولة من قبل الأفراد فالمجتمع عادة ما يبغض العقوبة إذا كانت تحكمية وغير محددة ولكن متى تم تحديدها وبشكل دقيق فإن هذا يجعلها مقبولة من قبل أفراد المجتمع لسبق معرفتهم بها، وفضلا عن هذا كله فإن مبدأ الشرعية هو ما تقتضيه المصلحة العامة فبه يتحقق وحدة القضاء وعدم تناقض أحكامه، وذلك لأن النص يطبق على جميع الأفراد من دون تمييز بينهم ويصبح

[1] بالضياف حزاني، عبد اللطيف طاشور، مبدأ الشرعية الجزائية وأثره على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، مذكرة ماجيستير، المركز الجامعي العربي بن مهيدي أم البواقي ،معهد العلوم القانونية والإدارية ،2007-2008،ص15.

القاضي ينفذ ما ورد في نصوص القانونية دون الأعتماد على إجتهاداته الشخصية وبهذا يتضح أن مبدأ الشرعية يتمتع بالعديد من المزايا على الرغم من اختلاف الفقه في تسويغ المبدأ ،حيث عده البعض وسيلة لمكافحة الإجرام وردع الجناة فالنص على الجريمة وعقوبتها من وسائل الردع ولكن يرد على هذا بأن قلة من الأفراد بإستطاعتهم أن يطلعوا[1]، على القانون وبالتالي فإن مبدأ الشرعية لا يستطيع أن يحقق الردع الا بالإطلاع عليه ،وعده أخرون أنه يتصل بفكرة العدالة بعلاقة وثيقة لأن قيام المسؤولية الجزائية تتطلب أن يعلم الأفراد بأنهم يرتكبون فعلا مجرما وهذا الأمر يتطلب تحديد الجرائم مسبقا وهذا الرأي يقوم في أساسه على حرية الاختيار في تحديد المسؤولية الجزائية وإذا كان التحديد المسبق يتم بوجاهة الا أنه يرد على ذلك ايضا وكما هو الحال في الرأي السابق بأنه قلة من الأفراد من يستطيعون الإطلاع على نصوص القانون ،وبرره جانب أخر من الفقه اعتبارات من القانون العام ،فالفرد بمقتضى نظرية العقد الإجتماعي التي جاء بها جون جاك روسو لا يفقد من حريته الا بقدر ما يتنازل عنها لمصلحة المجتمع ،والقانون باعتباره تعبير عن الإرادة العامة عليه أن يحدد هذا الأمر وبالتالي فإن كل ما لا يمنع فهو مباح هذا من جانب ومن جانب أخر فإن الذي يسوع مبدأ الشرعية هو مبدأ الفصل بين السلطات ،فالقاضي لا ينشئ جرائم وعقوبات وإنما هو من اختصاص السلطة التشريعية والذي نراه أن مبدأ الشرعية يجد تسويغه على فكرة الردع والعدالة ،فالنص على المبدأ يعد رادعا للأفراد بأنهم سوف يتعرضون للعقوبة إذا ما رتكبوا فعلا يعاقب عليه قانون العقوبات ،وهو أيضا يحقق العدالة لأن الأفراد سوف يعرفون مسبقا ماهي الأفعال المجرمة وماهي عقوباتها وما عدا ذلك يعد مباحا ،أما بصدد ماقيل بأن فكرة الردع وتحقيق العدالة لا يمكن أن تتحقق الا بإطلاع الأفراد على نصوص القانون وهذا الإطلاع لا يتحقق إلا لعدد قليل من الأفراد ،فإن هذا الأمر ليس ذا أهمية فمادام القانون قد نشر في الجريدة الرسمية فإنه يفترض علم الكافة به وهذا ما سارت عليه دول العالم[2]

2–الإنتقادات :

[1] حسن عبد الهادي خضيرو سعد فروري غافل،ماهية مبدأ الشرعية ،مجلة مركز دراسات الكوفة ،العدد الثاني ،2004،ص 178و179

[2] حسن عبد الهادي خضير وحسن فروري غافل ،المرجع السابق ،ص 180و181.

عرف مبدأ الشرعية انتقادات منذ أواخر القرن التاسع عشر 19 وأهم هذه الانتقادات أن مبدأ الشرعية قاعدة رجعية ازاء النظم الحديثة في العقاب كونها تحدد العقوبة على أساس الجريمة دون النظر الى شخص الجاني وقد نادى أصحاب هذا الرأي المنتقد وهم ينتمون الى المدرسة الوضعية بتقسيم المجرمين بدلا من تقسيم الجرائم فليس الأهم في نظرهم هو الفعل المجرّم وإنما المتهم الذي أن يكون محور الدعوى الجزائية ولا يتسنى للمشرع تقدير العلاج المناسب للمتهم مسبقا وإنما هذا من صميم العمل القضائي ومن ثم وجب أن يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة وان كانت هذه التقديرات لا تخلو من الصواب فإنها لا تتعارض مع مبدأ الشرعية وإنما هي مكملة له، كما ساعدت من جهة على التلطيف من جمود مبدأ الشرعية بجعل العقوبة مناسبة لظروف الجاني تحقيقا للعدالة –وأما الانتقاد الثاني الموجه لمبدأ الشرعية فيتمثل في كون هذه القاعدة تجافي في كثير من الأحيان المبادئ الأخلاقية بحيث تجعل القاضي عاجزا عن مجازاة العابثين بالأمن والنظام بحجة عدم وجود نص يتناول سلوكهم فكثيرا ما تقع أفعال منافية للأخلاق ولا يجرمها القانون ومن هذا القبيل العلاقات الجنسية الرضائية التي تقع بين البالغين.[1]

وانا أرى أنا كلا الانتقادين على صواب لأنه في الكثير من الأحيان يدخل المجرم أروقة العدالة وهو يحمل شهادة براءته في يده خصوصا اذا كان مجرما محترفا وله دراية كافية بالقوانين و الاجراءات ففي هذه الحالة من الصعب جدا على القاضي ادانته فينقلب دور مبدأ الشرعية من حامي للأفراد والمجتمع الى حامي للجناة والمخربين، وهذا الذي لا يرضاه لا قانون ولا الدين والمجتمع.

المبحث الثاني :مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

ولضبط المفهوم جيدا وجب التطرق الى تعريفها وضوابطها وتطبيقاتها لذلك وضعنا مطلب خاص بالتعريف والمطلب الأول : تعريف السلطة التقديرية يعرف الدكتور عبد المجيد ابراهيم سليم السلطة التقديرية بأنها

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام ،ط17 ،دار هومة ،الجزائر،2017،ص 67

"حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها بحيث تملك سلطة اتخاذ تصرف معين أو الامتناع عن اتخاذ هذا، أو تسويته على نحو معين وتحديد وقت تدخلها دون الالتزام بإرادة شخص أخر أو هيئة أخرى.[1]

كما تعني عبارة السلطة التقديرية للقاضي حرية هذا الأخير في اختيار القرار المناسب للقضية المعروضة أمامه، ويمكن كذلك تعريف السلطة التقديرية بأنها الحرية المعطاة للقاضي بموجب القانون صراحة أو ضمنا للاختيار الحكم المناسب أو الأقرب الى الصواب ويظهر مجال هذه السلطة في النص القانوني في عدة صيغ مثل "يمكن للقاضي" و"يحق للقاضي " أو "يتعين على القاضي "أو للقاضي أن يصدر حكما تبعا لاقتناعه الخاص، وتعددت التسميات التي تطلق على السلطة التقديرية للقاضي فهناك من يطلق عليها مبدأ الاقتناع الشخصي أو الذاتي وهنالك من يطلق عليها تسمية القناعة الوجدانية للقاضي ،والبعض الأخر يسميها نظام الأدلة الأدبية ،وأحيانا النظام الحر للأدلة ،ويقصد بكل ذلك أن لا قيد ولا شرط يفرض على القاضي ،وإنما هو بضميره من جهة وبالابتعاد عن الاهواء والأحاسيس من جهة أخرى .ومن ثم فهو حر في تقدير قيمة الأدلة المقيدة له في القضية المعروضة عليه ،لأن المشرع لا يفرض عليه كيفية استخدام دليل معين أو تحديد قيمته في الاثبات .بالرغم من ذلك فإن سلطة القاضي التقديرية وحريته في الاقتناع ليست مطلقه[2] وإنما يرد عليها استثناءات تقيد سلطة القاضي في الاقتناع لما يتعلق الامر بالحالات التي تعرض عليه وتحتوي على مسائل غير جنائية مما يجبر هذا الأخير بالرجوع الى قواعد الاثبات الخاصة بالمسألة عير الجنائية كموضوع العقود مثلا أو بعض الحالات الخاصة التي يشترط فيها القانون طرق اثبات معينة وبشروط خاصة ،البعض من هذه الشروط يتعلق بشرعية الأدلة وقانونيتها والبعض الأخر يتعلق بصحة التسبيب وبضوابط معينة ومقررة قانونا تخضع للرقابة بواسطة طرق الطعن ان السلطة التقديرية للقاضي هي تلك السلطة التي يملكها القاضي في تقدير الوقائع والأدلة المتاحة له لتقرير الادانة ومن ثم الحكم على المتهم بالعقوبة المناسبة أو البراءة اختلف فقهاء القانون الجنائي في تعريف السلطة التقديرية للقاضي في

[1] بلعيد جميلة ،السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ،مذكرة ماستر ،جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق،الموسم الجامعي 2017/2016 ص 17

[2] يحياوي صليحة ،السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق سعيد حمدين ،الجزائر ،الموسم الجامعي 2015-2017،ص 6

تقديره للعقوبة فقد تعددت المحاولات تعريفها وتجمع بين هذه المحاولات نقطة مشتركة تكمن في اعتبار هذا المبدأ حالة ذهنية نابعة من ضمير القاضي وتفكيره المنطقي ،الذي يكشف عن الحقيقة من حلال تقييمه للأدلة المطروحة أمامه في الدعوى، وذلك بناءا على الجزم واليقين وعلى ما يقتنع به لإصدار الحكم .

ان السلطات الممنوحة للقاضي الجنائي في العصور القديمة كانت واسعة جدا بحيث كان يملك حق التحكم، وبقصد بالتحكم حاليا التعسف بينما كان يقصد به في الماضي اصدار القاضي للحكم الذي يراه مناسبا ،وذلك بعد دراسته لكل نواحي القضية المادية منها والمعنوية ،وبعد رجوعه لقواعد المنطق والعدالة وأراء الفقه والدين.

اما المقصود بتحكم القاضي حاليا فهو التعسف في استعمال سلطاته بطريقة غير عادلة مرجعه الانحياز او عدم دراسة القضية دراسة تمكنه من اصدار حكم عادل.[1]

ان السلطة التي يتمتع بها القاضي لتقدير الجزاء المستحق اكون بعد التأكد من الواقعة الاجرامية طبقا للنص التشريعي ونسبة هذه الواقعة للشخص المتهم .

نلاحظ اذن أن هذه السلطة غير مطلقة وانما هي مقيدة بنصوص قانونية تخضع لمبدأ الشرعية من حيث التجريم والعقاب، وعليه فالمطلوب من القاضي من هذه الناحية تطبيق النصوص القانونية.

ان تطبيق النصوص القانونية من طرف القاضي الجنائي تكتسي اهمية بالغة من حيث ان المحاكمة تمر بعدة مراحل قبل الوصول الى النطق بالحكم وعلى القاضي تقدير كل هذه المراحل.

في بداية الأمر على القاضي أن يبحث هن الحقيقة، والمقصود بالحقيقة هنا الحقيقة القضائية والتي لا تكتشف الا بالبحث عنها بشتى الطرق التي اتاحها القانون بدءا من البحث عن حقيقة وقوع الجريمة وتوافر أركانها وظروف ووقوعها ووجود نص يجرم الفعل المرتكب ويقرر العقوبة له ،يلي ذلك البحث عن مرتكب الجريمة أو المزمع ارتكابها وفي الأخير البحث عم الأدلة التي من خلالها يمكن اسناد الجريمة للجاني وتحميله المسؤولية الجنائية للحكم بالإدانة والعقاب.

[1] يحياوي صليحة ،المرجع السابق ،ص 19و 20.

الحقيقة القضائية اذن تهدف الى تحديد الطريقة التي وقعت بها الجريمة ،ومتى وقعت فتحديد الوقت الذي ارتكبت فيه لأن ذلك سيهم القاضي عند تحديد العقوبة لاسيما أن وقوع بعض الجرائم في الليل في أماكم معينة تعتبر ظروفا مشددة ،وما اذا كان مرتكبها لوحده أو معه شركاء ،وما هي الوسائل التي تم استعمالها في ذلك.

انه من الضروري على القاضي التأكد من مطابقة الفعل لنص التجريم بحيث لا يجوز له تجريم أفعال لم يجرمها المشرع بنص قانوني حتى لو كان الفعل مشين وغير أخلاقي. وعليه يترتب على القاضي مهمة البحث عن كل هذه المعلومات ودراستها وتمحيص الأدلة المتاحة فمناقشتها ليخلص في النهاية الى اصدار حكم يتم من خلاله اسناد هذه الأفعال المجرمة للمتهم للقيام بالمهام المسندة اليه فالقاضي غير مجبر بإصدار الحكم بصفة آلية بل ينبغي له عليه أن يكون ملما بظروف ،وقوع الجريمة وبظروف مرتكبها الشخصية والاقتصادية والاجتماعية ليكون الحكم مسايرا لمقتضيات العدال، .ظهور فكرة ملف الشخصية هدفه الأساسي هو مساعدة القاضي على تقدير الجزاء الملائم لكل متهم على حدى حتى في الحالات التي يكون فيها الجرم المرتكب نفسه بالنسبة للجميع .

ينشأ اذن عمل القاضي الجنائي ووفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية نشاط ذهني يرجع به لخياله ترتيب وقائع لم يحضرها ،يكمل به عمل المشرع من خلال استخراج النصوص القانونية التي يتطلب الأمر تطبيقها على المجرمين ،دون الخروج عن التي وضعها المشرع ودون التعسف في تطبيقها ،ويجب ان يستعمل سلطته التقديرية وفقا لضوابط ومعايير يقيس من خلالها مدى صحة التقدير الذي سيخلص اليه عند نطقه بالحكم نلاحظ مما سبق ان سلطة القاضي التقديرية لا تنحصر فقط في تقدير النص القانوني الملائم لكنها تتسع الى تقدير الوقائع وإسنادها للمتهم مما سيضفي على الحكم صفة العدالة وعدم التحكم[1].

المطلب الثاني :خصائص السلطة التقديرية

إن للسلطة التقديرية عدة خصائص أهمها مايلي:

[1] يحياوي صليحة ،المرجع السابق،ص 22.

1-أنها لصيقة بعمل القاضي في المنازعة المطروحة بين يديه سواء أكانت هذه المنازعة إجرائية أم موضوعية ذلك أن أول عمل قضائي يقوم به القاضي الجزائي هو النظر في المنازعة هو هل يوجد نص ينطبق عليها فيجرمها أم لا؟ وعملية البحث هذه هي السلطة التقديرية نفسها.[1]

فالقاضي يبحث هل يمكن إسقاط النص القانوني على الواقعة المتابع بها المتهم أم لا ؟فإن أمك ذلك استعمل سلطة التقدير ثانية في وسائل الإثبات فإن توافرت استعمل سلطته التقديرية ثالثا في مقدار العقوبة ،ومن ثم فإننا نجد أن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي تبدأ منذ وضع المنازعة بين يديه وتستمر إلى حين الفصل فيها وتوقيع العقوبة على متركب الجريمة 2-إنها مطلقة في الاستعانة بكل بوسائل الإثبات وتقديرها :لقد أطلق المشرع على غرار غيره من التشريعات الأخرى السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الاستعانة بكل وسائل الاثبات دون تفرقة في ذللك بين المحاكم العادية ومحاكم الجنايات ،والأحداث وغيرها ،وهذا تبعا لما نص عليه في المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية ،والتي أوردها والتي أوردها في الباب الأول من الكتاب الثاني في جهات الحكم تحت عنوان الأحكام المشتركة ،والعنوان يفيد و يوحي بأن ماورد تحت هذا الفصل هو مشترك بين جهات الحكم جميعها سواء أكانت محاكم جزائية أو عادية أم محاكم جنايات أم محاكم أحداث أم محاكم عسكرية ،وفي كل الجرائم جنايات أم جنح أم مخالفات .

كما أن المشرع نص في جهة أخرى في المادة 2/286 من قانون الإجراءات الجزائية على أن لرئيس محكمة الجنايات سلطة كاملة في ضبط حسن سير الجلسة وفرض الإحترام الكامل لهيئة المحكمة وإتخاد أي إجراء يراه مناسبا لإظهار الحقيقة .

وهنا كان المشرع واضحا في أن ارئيس المحكمة السلة التقديرية المطلقة في إستعمال أي وسيلة إثبات أو نفي يراها ضرورية أو نافعة لإظهار الحقيقة دون أي قيد أو شرط سابق لا في كيفية الإستعمال ،ولا في تحديد ما يمكنه

[1] محمد محدة ،السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ،مجلة البحوث والدراسات ،د ج إ،العدد الأول ،2004،ص25

إستعماله وحيث أن هذه السلطة المطلقة في الإستعانة بأية وسيلة من وسائل الإثبات منحها المشرع للقضاة المحلفين على قدم المساواة طبقا لما نص المشرع في المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية عندما قال "

إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدمو حسابا على الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين إقتناعهم

ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تمام أكفاية دليل ما ....إلخ"[1]

وفي هذا النص أعطى المشرع القاضي الحق في الأخذ بأي وسيلة إثبات يستريح لها سواء أكانت إعترافا أم شهادة شهود أم خبرات فنية أم محاضر أم محررات احتواها ملف الدعوى كانت هذه الوسائل كتابية أم شفوية وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1983/01/12،عندما قالت:"إن العبرة في مواد الجنايات في إقتناع أعضاء المحكمة العليا وفقا للأحكام المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية وما دام أنه ثبت لقضاة الموضوع أن الطفل ولد حيا و أن أمه تعمدت عدم ربط حبله السري فإن ما انتهت إليه محكمة الجنايات في حدود إقتناعها لا يجوز مناقشته أمام المجلس الأعلى في صورة وجه نقض" وهو ما أكدته أيضا في القرار الصادر بتاريخ 1987/11/10 ومما جاء فيه :"استقر القضاة في شأن وسائل الإثبات أن للمحكمة الجزائية حرية تقدير وسائل الإثبات التي اقتنعت بها المحكمة واطمأنت إليها في نطلق إجتهادها المطلق ،ولها أن تستند على كل حجة لم يمنعها القانون ،ولا شيء يمنع قانونا القاضي الجزائي من الاستناد لأقوال المتهم واتخاذها حجة على متهم أخر وهو ما وقع في القضية الراهنة " وهذا كله يعد تكريسا لما نص المشرع في المواد من 212 إلى 235 من قانون الإجراءات الجزائية ،والقاضي عند إستعماله لهذه الوسائل ليس ملزما فيها بترتيب معين أو لأولوية ما وإنما كل ما استلزمه المشرع هو استجواب المتهم وسماع الشهود إن وجدوا ،وما زاد عن ذلك يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ،ومن ثم فإن له أن يختار أي وسيلة شهادة كانت أو اعترافا أو خبرة أو محررا ويبني عليه عقيدته وفق لما تراء له وإلى جانب إطلاق سلطة القاضي التقديرية في الاستعانة بكل وسائل الاثبات فإن المشرع قد أطلق أيضا

[1] محمد محدة، المرجع السابق ،ص 26.

للقاضي السلطة التقديرية لتقدير قيمة كل تلك الوسائل وبيان مدى حجيتها ودلالتها على ثبوت التهمة أو نفيها الشيء الذي يجعل هذه الخاصية مركبة من من سلطتين تقديريتين :الأولى منهما الاستعانة بكل وسائل الثبوتية، والثانية في تقدير أو تقييم كل هذه الوسائل نفيا أو إثباتا ، وقد عمد المشرع إلى إعتمادهما وفق ترتيب منطقي سليم ،وذلك بنصه في المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية على سلطة القاضي التقديرية في الإستعانة بكل وسائل الإثبات ،ونص في المادة 213 على السلطة التقديرية في تقدير تلك الوسائل وعليه فإن القاضي الجزائي حر في تقدير الأدلة المطروحة عليه ،وفي ترجيح بعضها على بعض وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1980/12/16 بقولها إن تقدير الاعتراف أو الإنكار وكذا كا حجة إثبات تأسس عليها الإقتناع الوجداني للقضاة يخضع لسيادة السلطة التقديرية لهؤلاء و تنبو عن مراقبة قضاء المجلس الأعلى.[1]

3- الدور الإيجابي للقاضي الجزائي : إن تعامل القاضي الجزائي مع القضية المطروحة بين يديه تختلف مع تعامل القاضي المدني ،ذلك لأنه إذا كان هذا الأخير يقف موقفا سلبيا فيما طرح بين يديه و أدلته محددة سلفا ،ولا يستطيع أن يطلب دليلا أو بينة أو يستبعد ما لا يراه مفيدا كما لا يستطيع أن يستبعد دليلا أعطاه المشرع قوة إلزامية كالإقرار أو اليمين الحاسمة ،فإن القاضي الجزائي موقفه مناقض تماما ،ذلك بأنه يسعى بكل الطرق المشروعة لكشف الحقيقة المرجوة إدانة كانت أم براءة ،فالقاضي الجزائي له أن يقبل ما يقتنع به من أدلة كما له أن يستبعد ما لا يراه كذلك ،لذا قيل بأنه يتحرى الحقيقة الموضوعية وفي سبيل وصوله إلى هذه الحقيقة الموضوعية لابد أن يتحرى وينقب ويفاضل بين الأدلة ليكون قناعة حقيقية ويقينية يقيم عليها حكمه ،وإذا رأى القاضي بأن ما طرح بين يديه ليس كافيا فله الحق أن يطلب من تلقاء نفسه أي دليل يراه ضروريا أو مفيدا لإظهار الحقيقة وفق ما نص عليه المشرع في المادة 186 من قانون الإجراءات الجزائية.

[1] محمد محدة ،المرجع السابق ،ص 27

4-أنها ساعدت على التخلص من استعمال وسائل التعذيب:ذلك لأن إعطاء القاضي السلطة التقديرية في استعمال الأدلة وتقديرها أدى حقيقة إلى عدم استعمال وسائل التعذيب ،ذلك لأن طرقا علمية اكتشفت حديثا يستطيع القاضي استعمالها للوصول إلى الحقيقة ،ومن ثم استبعدت فكرة أن الاقرار أو الاعتراف سيد الأدلة و أنه لابد من الوصول إليه أو الحصول عليه بأي طريقة ولو استعملنا وسائل التعذيب و إلا ما تبثت التهمة [1]

المطلب الثاني :تطبيقات السلطة التقديرية

وتتجلى سلطة القاضي الجنائي في صورتين وهي تقدير الأدلة وتقدير العقوبة فخصصنا فرعا للكل منهما كما تناولنا كيف تتم الرقابة على كليهما

سلطة القاضي الجنائي في الاقتناع و تقدير الأدلة

تقدير قيمة الأدلة الاثبات في المادة الجزائية –بخلاف الوضع في المادة المدنية-قد يتولاه المشرع كاستثناء تتولاه السلطة التشريعية، لكن القاعدة العامة أن قيمة الأدلة تقدر بحسب ما تتركه من اقتناع في وجدان القاضي استنادا الى مبدأ الاقتناع الشخصي دون أن يطلب منه شرح أو تبرير لماذا استند على دليل دون أخر سواء للنطق بالادانة أو البراءة ،وهو ما يعرف ينظام الاثبات المعنوي خلافا لنظام الاثبات القانوني ،ولكن يطلب منه أن يذكر في حيثيات حكمه الأدلة التي استند عليها لتكوين اقتناعه في مادة الجنح والمخالفات وأيضا في مادة الجنايات على اثر تعديل قانون الاجراءات الجزائية بموجب قانون رقم 2017-07 المؤرخ 2017/03/27،ليس لتبرير اقتناعه ولمن لإبراز أن تلك الأدلة قدمت في معرض المرافعات وحصلت مناقشتها حضوريا أمامه ،ون ما توصل اليه القاضي كان مبنيا على تحليل منطقي لا يشوبه تناقض ولا فساد في الاستدلال .[2] يجد الاقتناع الشخصي مبرراته تطبيقه فيما يلي :

[1] محمد محدة، المرجع السابق، ص28.

[2] نجيمي جمال ،اثبات الجريم على ضوء الإجتهاد القضائي ،ط3،دار هومة ،2018،ص72.

1-صعوبة الاثبات في المواد الجنائية : ذلك أن الجريمة وطرق وأساليب ارتكابها قد تطورت بصورة مروعة ،كما أن المجرم لم يعد ذلك الشخص الهمجي البدائي الذي يقوم بارتكاب الجريمة دون احتراس ودون أن يقوم بطمس حقائقها ،بل على العكس من ذلك كله ،فإن المجرمين المعاصرين أصبحو يتفننون في ارتكاب الجريمة ،وفي محو آثارها وطمس معاملها وهو ما يترتب عليه صعوبة اكتشاف الجريمة أو آثارها، رغم ما تقوم به مصالح الشرطة من مجهودات وما تستعين به من وسائل تقنية و تكنولوجيا، وعلمية وبيولوجيا لاكتشاف الجريمة [2]

ضف إلى ذلك وانه واذا كان الإثبات في القانون المدني، ينصب على أعمال قانونية فعلى النقيض من ذلك في القانون الجزائي، فإن الإثبات ينصب على وقائع مادية وهذا يستدعي أن طرق الإثبات الجنائي،أوسع بكثير مما هي عليه في القانون المدني التي تكون على سبيل الحصر.

2-طبيعة المصالح التي يحميها القانون الجزائي : على عكس ماهو عليه الحال في القانون المدني ،الذي يقوم بحماية مصالح خاصة فإن القانون الجنائي يقوم بحماية كيان المجتمع والمصالح الأساسية لأفراده ولذلك فهو يضع النص التجريمي لتحذير الأفراد من عدم الإقدام على الجريمة ،ويقرر بذلك جزاءا ،لذلك يترك للقاضي حرية واسعة للوصول للكشف عن الحقيقة والتعرف على الجناة ومعاقبتهم وحسب pierre bouzatالمشرع يهدف إلى ايجاد مساواة بين مصلحة المجتمع في العقاب، ومصلحة الطرف المدني .وبين مصلحة المتهم في الدفاع عن حقوقه المتمثل خاصة في حريته وعدم الإعتداء عليها بلا مبرر، وحرية الإثبات هي الوسيلة التي يهدف المشرع بواسطتها إلى إعطاء نفس السلاح للأطراف المتخاصمة ليكونوا على قدم المساواة في الخصام ."وفي كل ذلك فإن القاضي هو الذي يقوم بتمحيص وسائل الإثبات المقدمة ،لتقديرها ،وتكوين قناعته من خلالها

3-إبراز دور القاضي الجنائي : إن كام دور القاضي المدني هو دور حيادي ،أي لا يتدخل في الخصومة، أي ينظر إلى مدى توفر الأدلة التي يتطلبها القانون في الواقعة المعروضة عليه ،وبناءا على ذلك يصدر حكمه فيها ،أي له دور سلبي.[1]

فإنه على العكس من ذلك ،القاضي الجنائي له دور إيجابي في الخصومة أي له دو تدخلي ،فيقوم بمناقشة الأدلة المعروضة في القضية ،ويقوم بتوجيه الأسئلة لمن يشاء ،وله استظهارا وللكشف عن الحقيقة أن يأمر بأي إجراء أو تدبير للوصول إلى هذه الغاية ،ولا معقب له في ذلك وبالتالي يمكن القول أن القاضي الجنائي هو عبارة عن طرف في الدعوى الجنائية ،ومن مظاهر الدور الإيجابي الذي يقوم به ،أنه لا يكتفي بتكييف القانوني للأدلة التي قدمت إليه من جهة الإتهام كما هي ،بل له أن[2] يفسرها على النحو الذي يتفق مع ثقافته وخبراته ومعلوماته القانونية، ولا معقب عليه في ذلك.

سلطة القاضي في تقدير العقوبة

تطبيق العقوبة هو عمل قضائي يتم من خلاله تحديد العقوبة الملائمة لفعل جرمي جرى تكييفه على أساس ما ثبت من أدلة قدمت للمحكمة واقتنع بها القاضي ،فقرر له عقوبة محددة في نوعها ومقدارها ،لتوقع على شخص معين تبثت إدانته بها وكل ذلك وفق ضوابط قررها وحددها المشرع وهذا ما يعرف يالتفريد العقاب القضائي .والتفريد العقابي بصورة عامة هو أن تكون العقوبة المحكوم بها متناسبة مع درجة جسامة الجريمة المرتكبة ومع شخصية مرتكبها والظروف التي دفعته لإرتكابها والمقياس الحقيقي لجسامة الجريمة هو نية شخص الجاني الوسائل القانونية لتفريد العقوبة :

1-التدرج الكمي الثابت ويقصد به أن يحدد المشرع للعقوبة حدين أدنى وأعلى ثابتين.

[1] مروك نصر الدين،محاضرات في الإثبات الجنائي (الجزء الأول)،ط3،دار هومة ،2009،ص625

[2] مروك نصر الدين، المرجع السابق،ص226

2-التدرج الكمي النسبي :الغرامة هي العقوبة الوحيدة التي يحدد لها المشرع تدرجا كميا نسبيا .

3-الإختيار النوعي للعقوبة ويقصد بالعقوبات التخييرية ترك الحرية للقاضي لاختيار العقوبة التي يراها .

ملائمة لشخصية الجاني وظروف الجريمة من بين عقوبتين مختلفتي النوع أو كليهما أو أكثر ،وقد تكون عقوبة أصلية أو بديلة[1] .

[1] **فهد الكساسبة ،وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في التفريد الجزائي ،مجلة دراسات ، د ج ن ،العدد الأول ،2015 ص314و342 بتصرف.**

الفصل الثاني

أثر مبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

المبحث الأول :الأثر اللإيجابي لمبدأ الشرعية على السلطة التقديرية

على القاضي الجنائي قيد مبدأ الشرعية سلطة القاضي في التجريم بحيث لا يمكن للقاضي اعتبار فعل ما مجرما ما لم يسبق تجريمه قانونا ،ولا يمكنه الحكم بعقوبة لم يحددها القانون .كما يقع على عاتقه مهمة احترام الشروط التي حددها القانون في كل الاجراءات التي يتخذها لكي تنتج اثارها ،لذلك خصصنا مطلبا لتكييف الوقائع وتفسير النصوص الغامضة ومطلبا للالتزام بشروط العقوبات والإجراءات[1]

المطلب الأول :تكييف الوقائع وتفسير النصوص الغامضة

اذا كان النص التشريعي بالنسبة للتجريم يقيد سلطة القاضي في التطبيق بصفة عامة ويرد عليها قيود في حالة الغموض فان النص بالنسبة للعقاب لا يقيد القاضي بالنسبة للعقاب لا يقيد القاضي بعقوبة محددة بل لهذا الأخير مجال لاختيارها .

الفرع الأول :تكييف الوقائع

فمجرد دخول الواقعة داخل حوزة المحكمة الجنائية فعلى القاضي الجزائي ايجاد وصف قانوني للأفعال المنسوبة للمتهم، فإذا أدانت محكمة الموضوع المتهم دون أن تحدد النص القانوني واجب التطبيق على التهمة المنسوبة اليه فإنها حكمها يعتبر معيبا لكونها قد أدانت المتهم على أفعال مجردة عن وصفها القانوني كما تتجلى أهمية التكييف في الكشف عن النظام القانوني الذي تخضع له الجريمة ليس فيما يتعلق بنوع الجريمة جناية أو جنحة فحسب بل بماهية العدوان الواقع فيها ،قتل ،سرقة ،تزوير ،وكذلك بطبيعة الجريمة ،عادية ،سياسية ،عسكرية ،وفي التشريع المصري تنص المادة 308من قانون إ ج المصري "على أن للمحكمة أن تعدل في حكمها للوصف المسند للمتهم ولها تعديل التهمة ،وذلك بإضافة بعض الظروف ولوكانت لم تذكر بأمر الإحالة" وفي التشريع الفرنسي جاء في المادة 351من ق إ ج الفرنسي "إنه إذا تبين أن الفعل الذي يدخل حوزة المحكمة يتضمن تكييفا مختلفا فإنه

[1] يحياوي صليحة ،لبمرجع السابق،ص145

ينبغي على الرئيس أن يوجه سؤالا إحتياطيا أو أكثر إلى المحلفين يتضمن التكييف الذي تراه المحكم منطقيا على الأفعال المسندة إلى المتهم ولوكان مختلفا عما جاء بوثيق الإتهام ،فما هو موقف الفقه والقضاء من هذه المسألة؟، فالمبدأ السائد فقها وقضاءا –رغم عدم وجود نص قانوني –أن محكمة الموضوع لا تتقيد بالوصف القانوني المسبغ على الفعل المسند إلى المتهم بل من واجبها أن تمحص الواقعة المطروحة بجميع كيوفها وأوصافها وأن تطبق[1] عليها نصوص القانون تطبيقا صحيحا وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا بأنه "إذا كانت جهات الحكم مقيدة بالوقائع المحالة إليها بموجب ورقة التكليف بالحضور أو بموجب أمر، أو قرار إحالة، لا يجوز لها أن تفصل في واقعة أخرى غير التي عرضت عليها ...بل إنه من الواجب عليها أن تعطي للوقائع وصفها القانوني الصحيح على شرط أن تعلل قضاءها تعليلا كافيا ،أساس واجب المحكمة الجزائية في التكييف القانوني للواقعة :إن مصدر واجب المحكمة بالتكييف القانوني السليم لواقعة الدعوى المعروضة عليها هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وبالتالي فإن هذا الإلتزام له طبيعة دستورية.[2]

كيف يتم التكييف ؟

.إن عملية التكييف هي عملية اجبارية على قاضي الموضوع وإلا كيف يمكنه معاقبة المتهم أو تسريحه دون تكييف الوقائع التي ارتكبها ؟

ان التكييف هو أول ما يبدأ به القاضي عمله اذ لا يمكنه السير في الدعوى دون معرفة ما إذا كان الفعل الذي اقترفه الماثل أمامه ،وما هو تكييف هذا الفعل أو بعبارة أخرى ما هي النصوص التي تجرم هذا الفعل ،وما هو وصف هذه الجريمة ،ويقوم بذلك قبل الخوض في مجالات أخرى كالبحث عن الأدلة و اسناد المسؤولية .....

[1] بالضياف حزاني وعبد الحفيظ طاشور، المرجع السابق ص 337.

[2] بالضياف خزاني وعبد اللطيف طاشور ،المرجع السابق ،ص 238

تبدأ عملية تكييف الوقائع من طرف ممثل النيابة العامة عند احالته للملف مباشرة أمام الجهة القضائية المختصة عندما يتعلق الأمر بجنحة أو مخالفة ،وفي احالة الملف الى قاضي التحقيق يقوم هذا الأخير بتمحيص[1] الوقائع وتكييفها طبقا لما توصل اليه في تحقيقه ،ليحيل الملف الى جهة القضائية المختصة .أما اذا كيف الوقائع على أساس أنها جناية ،يتم احالة الملف الى غرفة الاتهام التي تباشر مهام التحقيق في الجنايات كدرجة ثانية ،واثر داستها للملف ،تتخذ ما تراه مناسبا اما بالإبقاء على تكييف قاضي التحقيق أو اعادة التكييف متى كان ضرورة لذلك .

يلاحظ اذن أن عملية تكييف الوقائع تبدأ انطلاقا من ارتكاب الجريمة وتتوالى عملية التكييف الى أن يصل ملف الدعوى أمام قاضي الحكم الذي يعطيه التكييف الأخير وتنتهي بالفصل في القضية بالنطق بالحكم .

ان قاضي الحكم ليس ملزما بالتكييف الذي تم تبنيه من طرف النيابة العامة أو من قاضي التحقيق ،بل له السلطة التقديرية اتغيير التكييف متى كان ذلك مبررا بتعليل كاف وفقا للقانون في نفس الاطار يعتبر القضاء الفرنسي عملية اعادة التكييف حق من حقوق قاضي الموضوع وأكثر من ذلك هي واجب عليه امتى اقتضت الضرورة ذلك ان قاضي الموضوع ليس مجبرا على الابقاء على التكييف الذي يرد اليه من الجهات القضائية الأخرى ،لأن عملية التكييف وإعادة التكييف تعتبر من الأعمال الموضوعية التي تدخل ضمن سلطته التقديرية .

تجدر الاشارة الى أن اعادة تكييف الوقائع قد يكون أمام نفس الجهة التي تعيد التكييف من جنحة الى جنحة الى جنحة أخرى كإعادة تكييف جنحة النصب والاحتيال الى جنحة خيانة الأمانة أو العكس ، ففي هذه الحالة تعلن الجهة التي أعادت التكييف عن هدم اختصاصها وتعيد الملف الى النيابة العامة للتصرف فيه طبقا لما يقتضيه القانون .

تمر عملية التكييف كما سبق قوله بعدة مراحل لتنتهي عند قاضي الحكم الذي يتوصل في الأخير الى ايجاد النص القانوني المطابق للفعل المرتكب .غير أنه في بعض الحالات قد تجد عدة نصوص ممكنة التطبيق على نفس الواقعة

[1] يحياوي صليحة المرجع السابق ،ص 338

،ففي هذه الوضعية ترجع مهمة اختيار النص الملائم للقاضي الذي يكون ملزما بتبني النص الأشد كما جاء في نص المادة 32 من قانون العقوبات الذي يقرر بأنه يجب أن يوصف الفعل الواحد الذي يحتمل عدة أوصاف بالوصف الأشد من بينها .الا أن الوضع قد يختلف في الحالات التي يوجد فيها نص واضح للفعل المجرم ،وبالمقابل توجد هناك نصوص غامضة أو نصوص متشابهة لكنها ليست مطابقة للفعل .ففي هذه الحالات ماذا يمكن للقاضي فعله ؟هل يبرئ المتهم ؟أم هل يلجأ الى وسائل أخرى ؟

ذلك ما سيتم التطرق اليه في الفقرة الموالية المخصصة لحالة تفسير النصوص الغامضة.

مما سبق يمكن استخلاص أن سلطة القاضي تنجز وكما ذهب الفقه في :أن لوصف القانون ما هو الا علاقة بين الأفعال الموجودة في العالم الخارجي من جانب والنص القانوني من جانب أخر .

ودخول الفعل الواقع دائرة الأوصاف الجنائية يسبغ عليه وصف الجريمة وخروجه عنها ينفي عنها هذا الوصف ،لا تقتصر عملية التكييف على جه التحقيق أو الاتهام فحسب بل تمتد لجهة الحكم وذلك لأن تكييف جهة التحقيق أو الاتهام ما هو الا افصاح عن وجهة نظرها ،فهو مؤقت لا نهائي وليس من شأنه منع المحكمة من تعديله متى رأت أن ترد الواقعة بعد تمحيصها على التكييف الذي ترى أنه التكييف القانوني السليم مادام لا يتعدى تصرفها الى تغيير التهمة ذاتها ،وجهة الاتهام أو التحقيق لا تفصل في مسؤولية المتهم ،فلا يتصور منها أن تستبد بالتكييف القانوني النهائي للجريمة ،كما أن قضاء الحكم يحتوي على ضمانات العلانية والشفوية فيعطي له القاضي حق التكييف النهائي.[1]

الفرع الثاني :تفسير النصوص الغامضة

اذا كان من اختصاص المشرع وضع نصوص التجريم والعقاب فيجب أن يدخل ضمن واجباته الالتزام بالتبسيط والدقة و الوضوح عند وضعه لهذه النصوص ان المقصود بالنص الواضح هو دلك النص الذي يحدد الجريمة بدقة ووضوح ،بحيث يسهل على عامة الناس فهمه مما يجنبهم الوقوع فيها ،ولتمكين القاضي عند تطبيقه من فهمه دون

[1] بالضياف خزاني وهبد اللطيف طاشور ،المرجع السابق ،ص 212.

اشكال أو لبس .لكن بعض الحالات يجد القاضي نفسه أمام نص غامض قد يحتار في تفسيره لأنه مقيد بمبدأ الشرعية الذي لا يخول له إلا مهمة تطبيق القانون وليس وضعه وتفسيره[1]

ان مصطلح التفسير interprétation كان يقصد به الترجمة أما حاليا فقد يدل على شرح ما هو غامض أو معقد.

وللتفسير أنواع منها التفسير التشريعي الذي يقوم به المشرع في صورة نص قانوني يفسر بموجبه نص قانوني غامض، والتفسير الفقهي الذي يقوم به فقهاء وأساتذة القانون ،والتفسير القضائي والتفسير القضائي الذي يدخل ضمن مهام قاضي الموضوع .

التفسير هو تحديد المعنى الذي قصده المشرع من الألفاظ التي استعملها لبناء النص وجعله صالح للتطبيق على وقائع الحياة العادية ،ويمكن تعريف التفسير كذلك على أنه عملية عقلية علمية يريد بها القاضي الكشف على نية المشرع وعن المصالح التي يحميها تتمثل عملية التفسير في النشاط العقلي الذي يستخدمه القاضي وهو يرتكز على قواعد اللغة والمنطق لتحديد المصلحة التي يحميها النص الجنائي والوقوف على مدى مطابقة الألفاظ مع الحالة المعروضة أمامه هناك عدة طرق يعتمد عليها لتفسير النص في حالة غموضه وتتمثل هذه الطرق في :

-التفسير الحرفي

-التفسير بالقياس

-التفسير الكاشف

ان التفسير الحرفي هو الذي بحث فيه القاضي عن معنى المصطلحات المستعملة لفهم النص، وعلى هذا الأساس يشترط في النص الوضوح والدقة لأنه كما يرى بيكاريا فأن التفسير الحرفي للنص من شأنه توفير طمأنينة أكثر

[1] يحياوي صليحة، المرجع السابق، ص 146

للمواطن للعيش في أمان * .أما التفسير الكاشف فهو الذي يبحث عن الكشف عن نية المشرع عند وضعه النص.

تدعيما لمبدأ الشرعية قد تعرض المشرع الفرنسي في المادة 111-4 من قانون العقوبات الى نوع التفسير المسموح به ألا هو وهو التفسير المحدد أو الضيق هل يصح القول أن النص القانوني واضح الفهم لا يستوجب إلا تدخل بسيط لفهمه أو تفسيره تفسيرا ضيقا فقط؟

الكل يعلم أن النصوص التجريمية لا تعرف المصطلحات التي تستعملها وتحدد بها الفعل المجرم ،وعليه فمن الضروري التدخل للتفسير عند الغموض ،والتدخل يكون من طرف القاضي الذي ومهما حاول المشرع تقييده إلا أن هناك مجالات تستوجب تدخله ادخله لتفسير النص ان التفسير قد يطال النص التجريمي وهو الفعل الذي يحدد الفعل المجرم الذي يخضع للعقاب ،كما يستوجب الأمر تفسير الجريمة وهو الفعل الذي تم ارتكابه فعلا من طرف الشخص المتابع ،ومن ثم فأن على القاضي البحث عن النص المطابق للفعل المرتكب .اذا كان المشرع الفرنسي قد حدد نوع التفسير المسموح به ،فأن المشرع الوطني اكتفى بنص المادة الأولى التي تحدد مبدأ الشرعية ،وتطرق الدستور في المادة 160 الى مبدأ شرعية العقوبة دون ذكر شرعية التجريم خلاصة القول بالنسبة لموضوع التفسير أن سلطة القاضي مقيدة بالنص لأن التفسير المسموح به هو التفسير الضيق والكاشف لنية ان القاضي هو الذي يدفع بالمشرع للتدخل بوضع نصوص التجريم طالما أن التفسير غير ممكن وصعب في بعض الحالات التي يكون فيها النص غامضا .ان الاجتهاد القضائي الفرنسي يجبر القضاة على تفسير النص الغامض حتى ولو كان لصالح المتهم ،أدى عدم التفسير في العديد من الحالات الى نقض عدة قرارات حكمت بالبراءة على أساس غموض النص دون تفسيره.[2]

* وهذا يعني جمود النص الذي لا يجعل المواطن في أمان بحيث أنه يجعل من القاضي آلة يفلت منه الجناة بسهولة تامة.

[2] يحياوي صليحة ،المرجع السابق ،ص 149

المطلب الثاني :الإلتزام بشروط تقدير الأدلة والعقوبات

وكما أشرنا في الفصل الأول أن عملية تقدير الأدلة تستند إلى الإقتناع الشخصي ورصدت لذلك عدة مبررات، لكن هذا لا يعني أن القاضي له مطلق الحرية في ذلك إذ أن هناك شروط وجب عليه الإلتزام بها.

الفرع الأول : شروط تكوين الإقتناع الشخصي

الأصل أن القاضي يصل إلى الحقيقة بكل الطرق التي تؤدي إليها في نظره وهذا وشروط الوصول إلى الحقيقة هي:[1]

1-الشرط الأول :أن يكون دليل وليد إجراء صحيح :ويعد الدليل باطلا كلما كان غير مستوفي لشروط صحته ،إذ يكون الدليل باطلا إذا استحصل عليه بطريقة مخالفة للقانون وتعدد الأسباب التي تبطل الأدلة وتعدم أثرها وتحول دون أن يتخذ القاضي عنصرا لبناء عقيدته نذكر منها :

- ألا يكون قد روعي في الحصول عليها القواعد التي فرضها القانون ق إ ج في شأنها .
- كذلك تبطل الأدلة التي تستند معاينة باطلة أو لإجراء ندب الخبير أو سماع الشاهد.
- كذلك تبطل الأدلة التي يسفر عنها تفتيش باطل ومها أيضا أن يكون الدليل قد جاء بطريقة مخالفة للنظام العام أو الأداب العامة فمثلا لا يصح أن تتكون عقيدة المحكمة عن استدلالات جاءت عن طريق استراق السمع[2].

2-الشرط الثاني :بناء الإقتناع على الجزم واليقين :إذ أن اليقين المطلوب ليس اليقين الشخصي وإنما اليقين القضائي الذي يمكن أن يصل إليه الكافة من خلال الأدلة المطروحة والمناقشة أثناء الجلسة ،للأن من مقتضيات البراءة أن يبنى الحكم الجنائي على الجزم واليقين ولا على مجرد الظن والتخمين ،إذ أن الشك يفسر لصالح المتهم.[3]

[1] مروك نصر الدين، المرجع السابق ،630بتصرف

[2] مروك نصر الدين، المرجع السابق ،632.

[3] ديون كريمة وشلاغمة لامية، سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة ،مذكرة ماستر ،ج عبد الرحمان ميرة بجاية ،كلية الحقوق ،قسم القانون الخاص السنة الجامعية 2012-2013 ،ص 28

-الشرط الثالث :تساند الأدلة في المواد الجنائية :الأدلة في المادة الجنائية متساندة ومتماسكة ،ويكمل بعضها البعض الأخر فتتكون عقيدة القاضي منها مجتمعة ،بمعنى أخر أن للمحكمة أن تستخلص من مجموعها ماترى أنه مؤد إليه ،فإذا سقط بعضها أو أستبعد وجب إعادة النظر فيما بقي منها ،وللخصم مصلحة محققة في التوصل إلى إبطال الدليل الذي أخطأ الحكم المطعون فيه في الإستدلال عليه ،ولا ينفيها توافر أدلة صحيحة أخرى إذ أن الأدلة في المواد الجنائية متساندة وإبطال دليل واحد فحسب يقتضي إعادة النظر في كفاية باقيها لدعم الإدانة.[1]

الفرع الثاني :شروط تقدير العقوبة

القاعدة العامة أن لاعقوبة توقع إلا إذا ارتكبت جريمة وهو المبدأ المعروف "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "فطبقا لهذا المبدأ فجميع الجرائم والعقوبات تخضع لمبدأ الشرعية ولذلك لا يمكن تطبيق عقوبة على الجاني إلا إذا كان منصوص عليها من قبل المشرع لأن العقوبة ترتبط بالجريمة وتوقع من أجلها ويشترط فيها أن تكون محددة سلفا وعليه لا يمكن للقاضي الجزائي أن يختلق عقوبة يرى فيها أنها تهذب وتردع الجاني الماثل بين يديه أكثر مما تردعه وتهذبه العقوبة المنصوص عليها في القانون ولا يجوز له الإستناد إلى مقتضيات المصلحة أو الدفاع عن المجتمع.[2]

أولا : التقدير الكمي والنوعي للعقوبة

أ- التقدير الكمي:

تختلف التشريعات في تحديد السلطة التقديرية للقاضي عند تقدير كمية العقوبة فلا يعترف القانون الفرنسي للقاضي بسلطة التقدير الكمي للعقوبة التي ينطق بها من خلال وضعه لحد ثابت غير متغير للعقوبة، بالتالي يمكن للقاضي الصعود أو النزول عنها ،وهذا ما تعرض للنقد لانه لا يستجيب لسياسة التقرير العقابي، من خلال الظروف الشخصية للمجرمين وجسامة الجريمة المرتكبة هذا ما أدى بالمشرع للإعتراف للقاضي بالتقدير الكمي

[1] مروك نصر الدين ،المرجع نفسه

[2] كريم هاشم ،دور القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ،مذكرة ماستر ،جامعة محمد خيضر كلية الحقوق ،الموسم الجامعي 2014-2015،ص 9

للعقوبة بوضعه للحدين أقصى وآخر أقصى إلا أن أغلب التشريعات إكتفت بتحديد حد أقصى للعقوبة دون الحد الأدنى من خلال هذا يقسم التقدير الكمي للعقوبة إلى قسمين التقدير الكمي الثابت وأخر تقدير كمي نسبي.

ب– التقدير النوعي :[1]

يمنح القاضي الجزائي الحرية المطلقة في إختيار العقوبة التي يراها مناسبة من بين العقوبات التي نص عليها المشرع للجريمة إلا أنه يتوجب عليه مراعاة شخصية المجرم وظروفه والظروف المتعلقة بالجريمة وفقا لتقدير السياسة الجنائية المعاصرة وللتقدير النوعي نظامان :

– النظام التخييري : ويقصد أن القاضي لا سلطة له لاختيار بين العقوبتين المنصوص عليهما قانونا للجريمة المرتكبة ويتعذر مع هذه الطريقة إعمال القاضي لسلطته في الإختيار ومن خلال ذلك تعدد المشرع فلا مبرر له، أنه اتبع أسلوب التخيير فيما بين العقوبات في العديد من النصوص وخصوصا تلك المرتبطة بالجنح والمخالفات فنجده ينص مثلا على عقوبة الحبس أو الغرامة أو كلتا العقوبتين[2] .

– النظام الإبدالي للعقوبة: للحد من مساوئ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ،فقد لجأت التشريعات الجنائية الى ايجاد بدائل لتلك العقوبات، تهدف الى إعطاء القاضي الجزائي سلطة تقديرية تمكنه من تحقيق تفريد قضائي على النحو الذي يتفق مع مقتضيات تأهيل كل محكوم على حده ،بما يتلائم مع شخصيته ودون تعارض مع اعتبارات الردع وقواعد العدالة.[2]

[1] بلعيد جميلة، المرجع السابق ،ص 54

[2] فهد الكساسبة ،المرجع السابق ،ص 343

ويقوم هذا النظام على إمكانية إبدال عقوبة من نوع معين بعقوبة من نوع أخر سواء كان قبل الحكم بالعقوبة المقررة أصلا إما بعد الحكم لها ،و يتم استبدال العقوبة بعقوبة أخرى ، بحال تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية ،وهذا ما جاءت به نص المادة 17 من قانون العقوبات على أنه في حالة ثبوت كون المرأة المحكوم عليها حاملا[1]

يبدل حكم الإعدام بالأشغال الشاقة المؤبدة أو إذا إقتنعت المحكمة بأن العقوبة البديلة كافية أو أكثر ملاءمة من حيث التنفيذ بالقياس إلى العقوبة الأصلية حسب المادة 27الفقرة الثانية من نفس القانون ،والتي أجازت للمحكمة التي أصدرته الحكم أن تحول مدة الحسب إلى غرامة مالية بواقع دنارين عن كل يوم ويترك للقاضي في سلطته تقدير العقوبة بين حدين أقصى و أدنى ، وترتبط سلطته التقديرية للعقوبة بتضييق العقوبات التي تندرج حسب الخطورة ،الجرائم المرتكبة من العقوبة الأشد إلى العقوبة الأخف وهي الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة، المؤقتة، الإعتقال المؤقت والحبس و الغرامة ويبقى تقدير العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى مسألة موضوعية، ويعود البث فيها لمحكمة الموضوع فتستغل به هذه الأخيرة دوم أن تكون ملزمة ببيان تحديد العقوبة بالاضافة الى أن القاضي عند تطبيقه للعقوبة يجب أن يعلم أن القضاء ليس مهنة إنما مهمة تتطلب التحلي بروح العدالة ،وعليه يكون عند حسن ظن المشرع الذي منحه هذه المهمة[2]

ثانيا : التخفيف والتشديد القضائي للعقوبة

أ- الظروف المخففة :

وهي عناصر أو وقائع عرضية تبعية تضعف من جسامة الجريمة وتكشف عن ضالة خطورة فاعلها مما يسوغ معها تخفيف العقوبة الى ما دون حدها الأدنى أو الحكم بتدبير مناسب لتلك الخطورة[3]

[1] بلعيد جميلة ،المرجع نفسه ص 55

[2] بلعيد جميلة ،المرجع السابق ،ص 55

[3] فهد الكساسبة، المرجع السابق بتصرف ،ص344

وتضمن قانون العقوبات نوعين من أسباب تخفيض العقوبة :أسباب قانونية حصرها المشرع وبينها في القانون وهي أسباب خاصة مقصورة على جرائم معينة وتسمى الأعذار القانونية المخففة وأسباب قضائية تركها المشرع لتقدير القاضي، وهي أسباب عامة وتسمى الظروف المخففة.

- الأعذار القانونية المخففة : نص قانون العقوبات على فئتين من الأعذار القانونية المخففة

– أعذار الإستفزاز التي أشارت إليها المادة 52ونصت عليها المواد 277إلى 283 وهي خمس:

– وقوع ضرب شديد على الأشخاص :ويستفيد من العذر مرتكب جرائم القتل والضرب والجرح إذا دفعه إلى إرتكابها اعتداء وقع عليه شريطة أن يكون الإعتداء بالضرب فالسب والتهديد لا تصلح عذرا وأن يكون الضرب شديدا وأن يقوم بالجريمة المستفز نفسه فلا يجوز التذرع بالاستفزاز أذا وقع الضرب على الغير.

– التلبس بالزنا يستفيد من العذر مرتكب جرائم القتل والضرب الجرح الواقع من الزوج على زوجه أو على شريكه لحظة مفاجأته في حال التلبس بالزنا وهذا ما نصت عليه المادة 279 من قانون العقوبات وهذا شريطة أن تكون الجريمة المرتكبة من فعل الزوج المضرور ذاته بالتالي لا تقبل كعذر الجرائم التي يرتكبها والد الزوج المضرور أو أخوه أو أحد أقاربه شريطة أن يكون الزوج قد فاجأ بنفسه الزوج الأخر وهو متلبس بالزنا فإذا ما علم بالزنا من الغير فلا يقبل عذره ،وأن ترتكب الجريمة في اللحظة ذاتها.

– الأخلال بالحياء بالعنف : يستفيد من العذر مرتكب جناية الخصاء ،إذا دفعة الى ارتكابها وقوع اخلال عليه بالعنف ،المادة280 ويشترط فيه كذلك أن يقوم الجريمة المعتدى عليه نفسه وفي وقت الإعتداء ...الخ

–الاخلال بالحياء على قاصر لم يتجاوز16 سنة :يستفيد في من العذر كل من ارتكب جرائم الضرب والجرح إذ ادفعه إليها مفاجأة بالغ في حالة تلبس بالإخلال بالحياء على قاصر لم يتجاوز عمره 16سنة المادة 281 شرط أن يقع الاعتداء من بالغ أن تكون الجريمة ضربا أو جرحا أما القتل فلا يعذر كما يشترط الوقت نفسه ولا يشترط أن يكون من المعتدى عليه نفسه فيجوز لغيره أن يدفع الاخلال المرتكب في حالة التلبس.

-التسلق وتحطيم الاسوار او حيطان الاماكن المسكونة وملحقاتها أثناء النهار :فيستفيد المعتدى عليه من عذر الاستفزاز اذا ارتكب جريمة دفعا لتسلق أو ثقب أو تحطيم مداخل المنازل ...الخ ويشترط أن ترتكب الجريمة من طرف صاحب المسكن وأن يكون هذا الاخير معد للسكن وان يكون اثناء النهار فإن كان اثناء الليل فيعتبر دفاعا شرعيا .

ب- عذر صغر السن : يعد صغر السن صورة ثانية للأعذار المخففة ، ويقصد بصغير السن حسب الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون العقوبات "القاصر من بلغ سنه 13 ولم يتجاوز 18 فعادة ما تطبق عليه نصف العقوبة التي تطبق على الجاني البالغ بالنسبة للحبس أما الإعدام فيسجن لمدة من 10الى 20سنة و التوبيخ والغرامات بالنسبة للمخالفات.[1]

ج-الاعذار المخففة الأخرى

1-عذر المبلغ :يستفيد المبلغ على الجنايات والجنح ضد أمن الدولة بتخفيض العقوبة درجة واحدة إذا حصل الابلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها ولكن قبل البدء في المتابعات ،وكذل من مكن من القبض على الجناة بعد بدأ المتابعات.

-عذر التوبة :يستفيد من تخفيض العقوبة مرتكب جناية الخطف او الحجز التعسفي الذي يفرج طواعية عن الضحية المادة 1/294 ويختلف مقدر التخفيض بحسب موعد الافراج.

2-الظروف المخففة : يجوز للجهات القضائية افادة كل محكوم عليه بالظروف المخففة وتبعا لذلك :

-تطبق الظروف المخففة على كافة الجرائم سواء كلنت جنايات أو جنحا أو مخالفات.

-يجوز تطبيق الظروف المخففة على كافة الجناة سواء كانوا مواطنين جزائريين أو أجانب ،بالغين أو قصر ،مبتدئين أو عائدين.

-يجوز لكل جهات الحكم منح الظروف المخففة ،سواء كانت من القانون العام أو اشنائية كالمحاكم العسكرية

[1] أحسن بوسقيعه ، المرجع السابق ،ص 378وما يليها بالتصرف

غير أن قاعدة تطبيق الظروف المخففة ليست مطلقة حيث استبعد المشرع تطبيقها في بعض المواد الخاصة بجريمة الاتجار بالاشخاص وجرائم المخدرات ..وتطبيق الظروف المخففة يقتضي النزول بالعقوبة عن الحد الأدنى المقرر قانونا ،لان القاضي اذا طبق عقوبة تتراوح بين الحدين الذي قررهما المشرع فإنما يكون قد طبق القانون فقط ولم يفد المتهم بظروف التخفيف وهذا هو الرأي الراجح في الأوساط القضائية.[1]

ب- ظروف التشديد:

وهي احوال يجب فيها على القاضي او يجوز له ان يحكم بعقوبة من نوع اشد مما يقرره القانون للجريم المرتكبة، والظروف المشددة تكون موضوعية وقد تكون شخصية ،بمعنى ان يعود بعضها الى فعل المجرم وبعضها يعود لحالة المجني عليه وكثيرا منها يتعلق بالجريمة المرتكبة وعليه يمكن تقسيم الظروف المشددة الى نوعين :ظروف مشددة مادية وظروف مشددة شخصية وهذه الاخيرة تنصب على الجانب المعنوي للجريمة او شخصية الجاني الاجرامية ومن هذا القبيل صفة الاصل او الفرع بالنسبة للضحية في جرائم العنف العمد 267و272ق ع ،وصفة القاضي والموظف السامي و ...في المادة 48 من ق م ف والظروف المشددة بصور عامة تنقسم الى نوعين:

أ-الظروف المشددة الخاصة تطبق على كل جريمة على حده وهي عادة ترد على القسم الخاص من قانون العقوبات[2]

-الظروف المشددة الخاصة :وهي التي يجوز تطبيقها على جميع الجرائم وهي بدورها تتفرع الى نوعين ظروف مشددة عامة تتعلق بالجريمة المرتكبة وهذه الظروف منها ما يتعلق بموضوع الجريمة او المجني عليه ومنها ما يتعلق بشخص المجرم وبواعثه والظروف المشددة العامة المتعلقة بسوابق مرتكب الجريمة وهو العود والذي نص عليه قانون العقوبات في المواد 54مكرر الى 54 مكرر 4 واشترط في تطبيقه ان يكون السابق نهائي وان تستقل الجريمة الاولى عن الثانية

[1] أجسن بوسقيعة ،المرجع السابق ص 386.

[2] فهد الكساسبة المرجع السابق ص 345.

وفي الجنح وجب ان ترتكب الجنحة الجديدة في فترة محددة تحدد احيانا بعشرة سنوات واحيانا اخرى بخمسة سنوات بالاضافة الى التماثل بين الجنحتين.

المبحث الثاني :الأثر السلبي لمبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

ولا يمكننا تحديد الأثار السلبية لمبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي لأنها ومتنوعة بحجم القوانين وتعدد الجرائم لذلك كان الأجدر بنا نحن كطالبة مبتدئة في مجال الحقوق تحديد قانون بعينه ووقع اختيارنا على الأمر 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

المطلب الأول :تكييف جريمة الفساد وحظر القياس عليها

الفرع الأول : تكييف جريمة الفساد

إن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الصادر بأمر يحمل الرقم 01/06 في 20 فيفري 2006 المعدل والمتمم، إنما إعتمد سياسة التجنيح لكل جرائم الفساد مع تشديد العقوبة وقد أحسن في ذلك حسب رأي بعض الفقهاء مما يسمح بعرض القضايا في محكمة الجنح لاختصار الوقت والاجراءات كما يوفر فرصة التقاضي على ثلاثة درجات ضمانا لحقوق المتهم[1].

غير أنه في الواقع العملي قد وضع القاضي الجنائي في حرج كبير أمام المجتمع والمتهمين وامام ضميره المهني كما يجعله متناقضا في عمله وهذا ما يتنافى مع مهنة القضاء ،حيث أن القاضي في قضايا أقل من قضايا الفساد خطورة ونطاقا تم تكييفها من طرفه بالجناية مثل السرقة مع استعمال مركبة ،في حين أن قضية من قضايا الفساد التي في غالبها تمس الأموال العمومية التي هي ملك للشعب ويتضرر من نهبها تأثرا مباشرا وقبل أن تكون جريمة فساد هي جريمة خيانة أمانة التي هي من أفظع الجرائم خصوصا أن الموظف يفترض فيه النزاهة والأمانة، يفرض عليه القانون وجوبا أن يكيفها جنحة ولو مع تغليظ العقوبة لا تكفي لان تبرر التناقض السالف الذكر، أما

[1] عبد الحكيم مولاي إبراهيم ،محاضرات قانون الوقاية ومكافحته ،جامعة غارداية،كلية الحقوق ،السنة الجامعية 2016-2017.

بالنسبة للحجج التي وضعها الفقهاء لتبرير ذلك التكييف فهي لا معنى لها، فتجنيح تلك الجرائم الى جنح يختصر الوقت لا فائدة منه بل وإنه لا يكرس العدالة الإجتماعية حتى في التقاضي والمبرر الأخر الذي قيل فيه أن اعتماد التجنيح يوفر فرصة التقاضي على ثلاثة درجات والذي قدمه خدمة زائدة للموظف الذي هو على دراية كافية بالقوانين والتي على أساسها كان الأجدر بالمشرع أن يضمن حق التقاضي على ثلاثة درجات للمواطن العادي، الذي تداركه بالتعديل الأخير لمحكمة الجنايات.[1]

الفرع الثاني : حظر القياس

إن حظر القياس والتفسير الضيق في القضاء الجزائي يشكل مشكلا عويصا ، حيث أنه من المستحيل أن يستغرق القانون المكتوب جميع الجرائم، وهذا ما يجعل يشكل نقصا و ثغرات يتفلت منها الجناة بحجة أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص هذا من طرف الشخص العادي فما بالك إذا كان موظفا ويعي أفعاله جيدا ما هو القانوني منها وما هو غير القانوني بالتراوغ على القانون، إن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وبالنقص الذي يعتريه أسماه بعض الفقهاء قانون حماية المفسدين ، حيث بعض المواد منه جاءت ناقصة كما هو الشأن بالنسبة لشرط النزاهة الذي يشترط في الموظفين والذي لم يعط القانون أي إجراء قانوني يمكن أن يستنتج منه ضمان نسبي للنزاهة في الموظف قبل إستلامه الوظيفة وأيضا بالنسبة للمادة 5 التي خصت الموظف وأولاده القصر بعملية التصريح بالممتلكات والتي لم يفسر إلى حد اليوم لماذا المشرع الجزائري إستثنى زوج الموظف و أولاده البالغين، لا القانون تدارك هذا النقص ولا القاضي يمكنه أن يطلب تصريح بممتلكات زوج الموظف و أولاده البالغين على أساس أنهم من باب أولى لأن القياس محظور عليه كما أن هناك المادة 34 التي نصت على عقوبة عدم الابلاغ عن تعارض المصالح ونصت على هذه الجريمة في المادة 8 لكنها أحالت الى المادة 9"يعاقب بالحبس كل ....خالف أحكام

[1] ملاحظة على هامش محاضرة قانون مكافحة الفساد من طرف الدكتور فروحات السعيد ،ماسترجنائي ،كلية الحقوق جامعة غارداية

المادة من هذا القانون" لكن منذ صدور القانون وتتميمه لم يصحح هذا الخطأ مما يفهم ضمنيا أن المشرع لا يعتبره خطأ.

المطلب الثاني :شروط تقدير الدلائل والعقوبات

الفرع الأول :بالنسبة لشروط تقدير الدلائل

قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بالعراقيل التي وضعها عن التبليغ عن جريمة الفساد والذي تم صياغتها في المادة 46 وهي البلاغ الكيدي عن جرائم الفساد والتي تحمل تهديدا ضمنيا لكل من بلغ على جرائم الفساد بلاغا كيديا ،وهذا ما يجعل كل من يعلم يقينا بوجود جرائم فساد يعزف عن التبليغ خوفا من ينقلب الأمر ضده ويصبح بلاغه كيديا في حالة إنعدام الدليل الملموس ضد المبلغ ضده. بالإضافة إلى الشروط التي وضعها قانون الأجراءات الجزائية لإعتبار الدليل شرعيا فإن العديد من الجرائم هي في طي الكتمان بسبب الخوف لأن هناك العديد ممن شهدوا جرائم فساد ولا يستطيع دخول المحكمة كشاهد ربما بسبب زمالته مع الجاني أو خوفا من إنتقام الجاني القانون كما أن لا يعترف بالدليل الذي لا يناقش أثناء الجلسة والذي تم الوصول إليه بطرق مشروعة جاء هذا القانون بوسائل تحري خاصة والتي نص عليها في المادة 56"من أجل تسهيل عملية جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ،يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو إتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الإلكتروني و الاختراق على النحو المناسب وبإذن من السلطة القضائية المختصة " إن هذه الإضافة تحسب لهذا القانون .

لكن ما يفهم ضمنا من إشتراط الإذن القضائي لاسيما فيما يتعلق بالترصد الإلكتروني أنه لا يقبل أي دليل يأتي به مواطن عادي دون أخذ الإذن من السلطة المختصة، إذ أنه ليس من صلاحياته أصلا ، وهذا ما يعيق عملية إلقاء القبض على الجناة .

الفرع الثاني :بالنسبة لضوابط تقدير العقوبات.

إن المشرع الجزائري كما أسلفنا الذكر فإنه قد ضيق الخناق كثيرا على القضاة أثناء إعمالهم لسلطتهم التقديرية في تسليط العقوبة على الجناة، بغض النظر عن شرط النص على العقوبة قانونا من الحيث النوع والمقدار الذي لا يمكن للقاضي الجزائي أن بغير فيه بأي شكل من الأشكال إلا ألاختيار والتدرج وهذا الأخير قد خص بضوابط من حيث التخفيف والتشديد غيرأنه وبالنسبة لقانون الوقاية من الفساد ومكافحته رغم الحرج الذي وضع فيه القاضي من حيث التكييف كان الأجدر به أن يضع عقوبة ملائمة للجرم حيث أنه في أغلب الجرائم الفساد كان حدها الأدنى سنتان والأقصى10سنوات ،وهذا ما يضع القاضي في حرج أكبر ،لأننا لو ضعنا بطئ اجراءات محكمة الجنايات مبررا لتكييف المشرع للجرائم الفساد جنحا فالمفروض على المشرع أن يرصد لها العقوبات الخاصة بالجنايات لكي يتدارك ذلك النقص في شأن التكييف .

خاتمة

مما لا شك فيه أن مبدأ الشرعية ،هو حامي الحقوق والحريات ،ولولاه لساد الظلم العالم لكن إذا زاد الشيء عن حده إنقلب إلى ضده ،فمعنى إذا تم الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه فإننا نقع في أزمة تصادم بين تكريس العدالة وإرجاع الحقوق ألى أصحابها وجبر أضرار الضحية مع مسألة تطبيق القانون بحرفيته ،وهو ما يستلزم علينا اعمال السلطة التقديرية بشكل موسع للقاضي الجزائي والفتح المجال له بالإعتماد الكلي على قناعته الشخصية وكذا النظر للمصالح المضرورة بشكل كبير، خصوصا إذا كان الضرر يمس نطاقا واسعا وفيما يلي نعرض أهم النتائج التي توصلنا إليها :

- أن مبدأ الشرعية في القانون الجزائي ،هو تطبيق القانون بحرفيته ولا مجال للحديث عن القياس.
- أن السلط التقديرية ماهي إلا تطبيق للقانون لأنها في غالب الأحوال تمنح الإختيار الكمي والنوعي للعقوبة ،وحتى بالنسبة للقناعة في تقدير الأدلة فإنها مرهونة بشروط .
- القاضي الجزائي يخضع لمبدأ الشرعية في كل مراحل الدعوى و أي خطأ أو تجاوز على هذا المبدأ فإنه يعرض حكمه للبطلان ولو كان المتهم جانيا.
- أن أثر مبدأ الشرعية الإيجابي يتمثل أولا في تكييف الجريمة الواقعة على الجريمة النموذج في القانون ،وعليه أي إجتهاد أو قياس فهو باطل ،كما أن القانون يفرض قيودا حتى في إختيار العقوبة أو في إقتناع القاضي بدليل معين.
- أما الأثر السلبي فيظهر جليا في حالة تناقض بعض القوانين دون مبرر ،أو نقصها الفادح وهذا ما يؤثر بشكل كبير على السلطة التقديرية للقاضي .

كما توصلنا في هذه الدراسة إلى عدة توصيات يمكن إجمالها فيما يلي :

- السماح للقاضي الجزائي لأن يقيس على الجرائم الأخرى لتجريم فعل لم يرد فيه نص لحماية مصلحة الفرد والجماعة.
- ترك المجال مفتوح للقاضي الجزائي أن يأخذ بالدليل الذي يقتنع به حتى لو كان غير مشروع.
- بعد الحكم بالبراءة على المتهم وجب على القاضي الجزائي أن يوجه السؤال له وهو

كالأتي : بعد تبين براءتك وجب عليك أن تجيب لماذا كنت محل شبهة في هذه الجريمة ؟

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

- القرءان الكريم
- دستور الجزائر ،الصادر بالجريدة الرسمية رقم 76،المؤرخة في 1996/12/08 المعدل والمتمم بالقانون 01/16 المؤرخ في 2018/03/06.

القوانين :

1. قانون العقوبات الصادر بأمر 156/66 ،المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق ل 8 يونيو ،المعدل والمتمم
2. قانون الإجراءات الجزائية الصادر بأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966،المعدل والمتمم
3. قانون مكافحة الفساد الصادر بأمر رقم 01/06 مؤرخ في 2 محرم عام 1427 الموافق ل20فبراير سنة 2006 –المعدل والمتمم

الكتب :

4. أحسن بوسقيعة ،الوجيز في القانون الجزائي العام ،طبعة السادسة عشر ،دار هومة للنشر والتوزيع
5. أغليس بوزيد و عليوي حكيم،دور الدستور في تحديد نطاق الشرعية الجنائية ،الأمل للطباعة والنشر و التوزيع ،تيزي وزو2012.
6. عبد الرحمان خلفي ،محاضرات في القانون الجزائي العام –دراسة مقارنة-،طبعة جديدة منقحة ومزيدة ،دار الهدى
7. محمد صبحي نجم ،قانون العقوبات ،القسم العام –النظرية العامة للجريمة والعقوبة –دار الثقافة للنشر والتوزيع
8. نجيمي جمال ،إثبات الجريمة على ضوء الإجتهاد القضائي –دراسة مقارنة – الطبعة الثالثة 2018 ،دار هومة للنشر والتوزيع .
9. نصر الدين مروك،محاضرات في الإثبات الجنائي –النظرية العامة للإثبات الجنائي –الجزء الأول ،دار هومة للنشر والتوزيع ،2003

المجلات :

10. حسن عبد الهادي خضيرو سعد فروري غافل،ماهية مبدأ الشرعية ،مجلة مركز دراسات الكوفة ،العدد الثاني
11. فهد الكساسبة ،وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في التفريد الجزائي ،مجلة دراسات ، د ج ن ،العدد الأول ،2015

12. محمد محدة ،السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ،مجلة البحوث والدراسات ،د ج إ،العدد الأول ،2004

الرسائل والمذاكرات :

13. بالضياف حزاني وعبد الحفيظ طاشور،مبدأ الشرعية الجزائية وأثره على السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ،مذكرة ماجستير معهد العلوم القانونية والإدارية ،المركز الجامعي العربي بن مهيدي ،أم البواقي

14. بلعيد جميلة ،السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ،مذكرة ماستر ،جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق، الموسم الجامعي 2017/2016 ص 17

15. ديون كريمة وشلاغمة لامية، سلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة ،مذكرة ماستر ،ج عبد الرحمان ميرة بجاية ،كلية الحقوق ،قسم القانون الخاص السنة الجامعية 2012-2013 -

16. كريم هاشم ،دور القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ،مذكرة ماستر ،جامعة محمد خيضر كلية الحقوق ،بسكرة ،الموسم الجامعي 2014-2015-

17. يحياوي صليحة ،السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق سعيد حمدين ،الجزائر، الموسم الجامعي 2015-2017،ص 6

فهرس المحتويات

الشكر

الإهداء

ملخص..... VIII

قائمة المختصرات: IX

مقدمة.....أ- د

الفصل الأول : إطار مفاهيمي 6

المبحث الأول: مفهوم مبدأ الشرعية 7

المطلب الأول: تعريف مبدأ الشرعية..... 7

المطلب الثاني : تاريخ مبدأ الشرعية وظروف التأكيد عليه..... 8

المبحث الثاني :مفهوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي 12

المطلب الثاني :خصائص السلطة التقديرية 15

المطلب الثاني :تطبيقات السلطة التقديرية..... 19

الفصل الثاني : السلطة التقديرية وأثر المبدأ الشرعية عليها 23

المبحث الأول :الأثر اللإيجابي لمبدأ الشرعية على السلطة التقديرية 24

المطلب الأول :تكييف الوقائع وتفسير النصوص الغامضة..... 24

الفرع الأول :تكييف الوقائع..... 24

الفرع الثاني :تفسير النصوص الغامضة..... 27

المطلب الثاني :الإلتزام بشروط تقدير الأدلة والعقوبات 30

الفرع الأول : شروط تكوين الإقتناع الشخصي..... 30

الفرع الثاني :شروط تقدير العقوبة..... 31

أولا : التقدير الكمي والنوعي للعقوبة 31

ثانيا : التخفيف والتشديد القضائي للعقوبة..... 33

المبحث الثاني :الأثر السلبي لمبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي 37
المطلب الأول :تكييف جريمة الفساد وحظر القياس عليها 37
الفرع الأول : تكييف جريمة الفساد 37
الفرع الثاني : حظر القياس..... 38
المطلب الثاني :شروط تقدير الدلائل والعقوبات 39
الفرع الأول :بالنسبة لشروط تقدير الدلائل 39
الفرع الثاني :بالنسبة لضوابط تقدير العقوبات. 40
خاتمة..... 41
خاتمة..... 41
قائمة المصادر والراجع : 43
فهرس المحتويات..... 46