



جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الرضائية في المواد الجنائية

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي

تحت إشراف
أ.الدكتور/ معوان مصطفى

من إعداد
قايد ليلى

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة جيلالي اليابس - سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ بوسندة عباس
مشرفا ومقررا	جامعة جيلالي اليابس - سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ معوان مصطفى
عضوا	جامعة بول سيزان أكس - مارسيليا	أستاذ محاضر "أ"	د/ ماتيو جيل
عضوا	جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف	أستاذ محاضر "أ"	د/ زروق العربي
عضوا	جامعة ابن خلدون - تيارت	أستاذ محاضر "أ"	د/ بوسماحة الشيخ

السنة الجامعية: 2014-2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا

سورة طه الآية 114 .

إهداء

إلى زوجي وإبنتي ...

أهدي هذا العمل ...

شكر

قد يكون الشكر قليلا ، والعرفان ضئيلا ، والإمتنان شحيحا في حق كل من ساعدوني على أن يرى هذا العمل النور ، فلولا رعاية الله وتوفيقه ، وعون الصالحين من عباده لما شرفت ببلوغ هذا اليوم .

لذلك أشكر الله أولا ، وأحمده حمدا كثيرا في خشوع وذل على أن أثار ظلمتي ، وهداني لضالتي ، وأيقظ بصيرتي ، وسخر لي من عباده من فتحوا لي الأبواب ، وذلوا لي الصعاب .

كما أتقدم ثانيا بأسمى معاني الثناء والشكر لأستاذي الدكتور معوان مصطفى الذي قبل الإشراف على هذا البحث بحماس لم يزدني إلا مسؤولية ، وتواضع لم يزدني إلا تبجيلا وإجلالا لشخصه الكريم ، فدمت يا أستاذي عوناً وسندا لكل من نذروا حياتهم للعلم والحكمة .

كما لا يفوتني أخيرا أن أعترف بفضل الأسرتين الجامعتين بكليتا الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سيدي بلعباس ، وتيارت موظفين وأساتذة . إذ أتشرف بالإنتماء للأولى أكاديميا ، وللثانية مهنيا . فدام السرحان منبرا و منارة للثقافة والمعرفة .

مقدمة

مقدمة:

تتجسد العدالة الجنائية في صورتها الكلاسيكية النمطية، في علاقة بين طرفين غير متكافئين: الدولة بأجهزتها الردعية المختلفة، وما تملكه من وسائل القهر والإجبار، والجاني بوزره الثقيل الذي يحتم عليه الخضوع والإذعان لما تمليه عليه هذه الأجهزة. فعنصر اللامساواة بين الخصوم الذي يقوم عليه القضاء الجنائي، والذي يتجلى ويترجم في جميع مراحل الدعوى العمومية، هو الضمانة الأساسية لهيئة القانون الجنائي بأوامره ونواهيه .

فمنذ اللحظة التي يحمل فيها الشخص صفة المتهم، أو حتى مجرد مشتبه فيه ، يصبح عرضة لمجموعة من الإجراءات والتدابير القسرية، تتدرج خطورة و صرامة بحسب الجرم المرتكب، ولكنها في مجملها تهدف إلى الكشف عن الحقيقة الجنائية ليس بمشاركة المتهم، أو بمساعدته، وإنما من خلاله. لذلك يعتبر المتهم دائما الطرف السلبي في الرابطة العقابية .

ولعل هذا التمثيل، وهذه النظرة للرابطة التي ينظمها القانون الجنائي بين الدولة، والمخالفين لناموسها ليست عبثية بل هي تجلي لواقع يؤمن بأن من سولت له نفسه التجراً على قواعد النظام الاجتماعي، والإنزلاق إلى قعر الجريمة، لا يملك بعد ذلك سوى التسليم لما سيوقع عليه من المجتمع الذي تمرد على أحكامه، والإنصياع لما سيملى عليه من طرف ممثليه، في سبيل التكفير عن زلته.

وإذا كان هذا هو حال المتهم، أو المحكوم عليه في مواجهة أجهزة الدولة في المجال الجنائي فإن الجني عليه، وبالرغم من أنه لم يرتكب ما يستوجب الإستنكار والإستهجان، بل هو أجدر بالتعاطف والإهتمام، إلا أنه وفي مضمار العدالة الجنائية، يجد نفسه هو الآخر في مواجهة الدولة التي نصبت نفسها مكانه، بإعتبارها الجني عليه الأول في أية جريمة ترتكب. فالجريمة أيا كان نوعها ومهما كانت جسامتها لا تعتبر إعتداء على الأفراد الذين مستهم بصفة مباشرة في أرواحهم، أو أجسادهم، أو أموالهم. وإنما هي مساس بأركان الدولة ، وتقويض لأسسها. وهكذا ساهمت بلورة فكرة الجريمة العامة - التي جاءت على أنقاض فكرة الجريمة الخاص السائدة في القدم - في تقليص المساحة المخصصة للضحية، بل و في إزاحتها تماما من دائرة النزاع الجنائي.

وهكذا قامت العدالة الجنائية على أحادية وعمومية التسيير والإدارة، مقصية و مستبعدة أي دور للمساهمة الخاصة سواء للمتهمين، أو للضحايا. و قد كرس القانون الجنائي بشقيه الموضوعي

والشكلي هته النظرة، فنظم أحكامه بقواعد آمرة لا تقبل سوى التطبيق بالإذعان لها والتسليم بها طوعا أو كرها .

وقد ظل القضاء الجنائي يدار على هذا النحو من الآلية والجمود لعقود، إلا أن ذلك لم يورثه سوى السخط، وعدم الفاعلية. فمرت العدالة الجنائية في سنوات التسعينات بأشد مراحلها تأزما، وأكثر أطوارها إخفاقا . فبالرغم من تجنيد الدول لجميع الإمكانيات المادية والبشرية في سبيل النهوض بهذا القطاع ، إلا أن مشكلة هذا الأخير لم تكن مادية كمية، بقدر ما كانت معنوية نوعية .

فأصبحت العدالة الجنائية تحتاج إلى نفس جديد يبعث فيها نوعا من النجاعة، ويقربها أكثر من ضمير ووجدان المجتمع، ففاعلية العدالة تقاس بمدى تقبل الأفراد لها، ومدى إرضائها لشعورهم الغريزي بالعدل، وكيف يتأتى ذلك والدولة تحكم قبضتها عليها وتدير دواليبها بأحادية وجمود .

هذا ما دعا الفقه الجنائي إلى رد أزمة العدالة الجنائية ، وما تعانیه من فقدان للنجاعة والمصدقية إلى إقصاء دور الخواص من المساهمة في تحقيقها ، وقيامها على قواعد موضوعية وشكلية تكرر أفكار الإرغام والإكراه، أكثر من قيامية على أسس المشاركة، والإختيار، وهكذا ظهر طرح جديد يدعو إلى أن تكون العدالة الجنائية رضائية بدل أن تكون قسرية جبرية .

التعريف بالموضوع :

مما سبق يظهر لنا بأن موضوع هذا البحث والمتعلق بدراسة الرضائية في المواد الجنائية، إنما هو ترجمة لطرح جديد، ورؤية فريدة للعدالة الجنائية المعاصرة، القائمة على إعطاء مساحة أوسع، ودور أكبر للخواص على إختلاف مراكزهم القانونية: مشتبه فيهم، متهمين، محكوم عليهم، ضحايا مضرورين، وإقحامهم في تسوية النزاع الجنائي، لإيجاد أفضل وأنسب حل له .

وقد بدأت الثورة على الآليات التقليدية لإدارة العدالة الجنائية بجدية في أواخر التسعينات وبداية الألفية الثالثة، وكان من بين الأفكار النيرة التي تمت الدعوة إليها فكرة العدالة الجنائية التصالحية القائمة على تبني آليات تشاركية و تساهمية من صلح ووساطة و تسوية كبداية للدعوى العمومية وبقيت النظرة مقتصرة على بلورة أساليب وطرق حل النزاع الجنائي بدل اللجوء إلى الدعوى العمومية.

وعليه ففكرة العدالة الجنائية التصالحية لم تحدث ثورة في المجال الجنائي ككل وإنما فقط في آلياته الإجرائية، على عكس فكرة العدالة الجنائية الرضائية، التي تقوم على نظرة أوسع إستوعبت جميع جوانب رد الفعل الجنائي ضد الجريمة .

فالعدالة الجنائية الرضائية ليست طريقة لتجنب الدعوى العمومية، أو بديلا من بدائلها بل هي ثورة، ونمط موازي للعدالة الجنائية ككل بجوانبها الموضوعية والإجرائية، فهي قائمة على إقحام الإرادة الخاصة في المجال الجنائي بمختلف عناصره : الجريمة، الجزاء، الدعوى بإجراءاتها المختلفة وإعطائها أثرا قانونيا. بحيث تفقد بعض الأحكام القانونية طابعها الإجمالي وتصبح رهن إرادة ورضا الشخص المقررة لمصلحته .

فالرضائية في المجال الجنائي تعبر عن تلك الحالة أو تلك الظاهرة الدخيلة ، المتمثلة في الاتجاه نحو الإعتداد برضا الخواص لإحداث أثر قانوني ذا طبيعة جنائية ، بحيث يكون لهذا الرضا دور في تفعيل أو تجميد النصوص الجنائية، فبعد أن كانت هذه الأخيرة تطبق آليا جبرا وقسرا على الأشخاص، أصبحت الآن قواعد قانونية رضائية .

لهذا رأى البعض¹ أن الرضائية في المجال الجنائي تعني إعادة بعث لفكرة العقد في القانون الجنائي، أي أننا إذا ما طبقنا فكرة الرضائية في مجال الجريمة والجزاء والدعوى العمومية سنستعير فكرة قارة من الأفكار الحاكمة لمجال العقود في القانون المدني، وهي الرضائية .

والحقيقة هي أن الرضائية في المجال الجنائي لا تتجسد فقط في الصيغ التعاقدية، وإنما هي تتجسد في كل حالة، وكل حكم يجعله المشرع الجنائي رهن إرادة شخص من الخواص بصفة إتفاقية أو إنفرادية .

¹- **Emmanuelle Palvadeau** , le contrat en droit pénal , thèse de doctorat , Université Montesquieu , Bordeaux , 2011 , p 15 ./ **Philippe Salvage** , le consentement en droit pénal, revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n°5, 3^{ème} trimestre, 1991 , p 700.

أهمية الموضوع :

تتجلى أهمية بحث موضوع الرضائية في المواد الجنائية أولاً في حدائته، ومواكبته لآخر ما جاءت به السياسة الجنائية المعاصرة من مفاهيم ، فهو الموضوع المحوري الذي يلقي الضوء على جميع الأفكار المبتكرة في المجال الجنائي في جانبيه الموضوعي والشكلي، فيرتبط بكل من الحد من التجريم، الحد من العقاب، التحول عن الإجراء الجنائي ، خصوصية الدعوى العمومية، العدالة التصالحية، العدالة التفاوضية،... إلخ .

فيكرس بذلك، ويجسد حركية القانون الجنائي، وخضوعه لقاعدة التطور والتحول، فهذا الموضوع وبحق يكشف لنا عن تغيير جذري في المنظومة القانونية الجنائية التي أصبحت تأخذ ملامح جديدة، وسمات مختلفة . فبغض النظر عن تراجع نمط التنقيب والتحري في البحث الجنائي وإكتساح النظام الإتهامي الذي خلق ذلك التقارب والتلاحم بين القانون الجنائي والقانون المدني، والدعوى العمومية والدعوى المدنية، يعكس هذا الموضوع أيضاً الجانب الإنساني الذي أصبح الآن يميز العدالة الجنائية، ويمثل أحد رهاناتها الكبرى .

وتبرز أهمية الموضوع كذلك في تلك الجدلية وذلك التناقض الذي يوحى به، ويوقعنا فيه لأول وهلة، حين يطرح فكرة تجمع بين متضادين مبدأ الرضائية الذي يلقي بنا مباشرة بمجرد سماعه بين ربوع القانون المدني المكرس لسلطان الإرادة، والمجال الجنائي القائم على فكرة النظام العام الذي ينحسر عنه كل دور للإرادة . وكأن هذا الطرح هو أقرب للمزج والخرافة أو الأسطورة منه إلى الجد والحقيقة¹

أي أن البحث يدرس فكرة يتجاوزها مجالان مجال أصلي نشأت فيه، وإكتسبت أحكامها منه وهو المجال المدني، ومجال دخيل إستعارها، ووظفها وطبعها بسمات خاصة وهو المجال الجنائي، تكرر بذلك صورة من صور التكامل بين الفروع المختلفة للنظام القانوني . يمكن أن يرفضها المؤمنون بذاتية

¹ - و هذا تؤكد به بعض كتابات الفقه الفرنسي الذي يثير مسألة العقد والرضا في المجال الجنائي بنوع من الإستغراب و الدهشة .

أنظر:

Françoise Alt Maes, la contractualisation du droit pénal : mythe ou réalité ?, revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n°5, 3^{ème} trimestre , 2002 , p249.

وإستقلالية القانون الجنائي، لكنها الآن أصبحت واقعا يفرض نفسه من خلال تقارب المسافات وتلاشي الفواصل بين القانون المدني والقانون الجنائي .

إشكالية البحث :

تتمحور الإشكالية الأساسية لهذا البحث حول إيجاد وصف وتكييف وقياس لتلك الظاهرة التي غزت الحقل الجنائي، والمتمثلة في تغير أحكام القانون الجنائي من سمات الجبرية والإكراه والأمر، إلى سمة التراضي، فكيف يمكن لمبدأ مثل مبدأ الرضائية أن يجد له تطبيقا في المجال الجنائي المحكوم بمبدأ الشرعية ؟ وإذا صح ذلك هل ستحتفظ الرضائية المدنية الأصل - إن صح التعبير - بنفس مفهومها وذات أحكامها المعروفة في القانون المدني، أم أنها ستأخذ مفهوما آخر، وأحكام جديدة تستوحيها من مجالها الجنائي الجديد ؟

وكيف إذا ما إعترفنا بوجود الرضائية في المواد الجنائية أن نفس فروضها المختلفة : فكيف نفسر تأثير رضا المجني عليه على إباحة السلوك بعد أن كان جريمة ؟ وتأثير رضا المحكوم عليه على إختيار العقوبة؟ و تأثير رضا المجني عليه أو المضرور على تحريك الدعوى العمومية أو إسقاطها ؟ وتأثير رضا المتهم على أعمال أو إغفال بعض الضمانات القانونية ؟ وكذا أثره على الإجراءات الباطلة ؟

فإن وجدنا لذلك تفسيرا، فما هو مجال أعمال هذه الفروض، وأحكام تطبيقها ؟ وكيف نصل إلى نظرية عامة للتصرفات القانونية الرضائية في المجال الجنائي مستنبطة من القاعدة العامة للتصرفات القانونية في القانون المدني آخذة بعين الإعتبار خصوصية القانون الجنائي ؟

ونبه هنا أن هدف هذا البحث ليس دراسة ما هو كائن أي الإكتفاء بالكشف على مظاهر وصور الرضائية في المجال الجنائي، وإنما هو التنبؤ بما سيكون، أي توقع المآل بدراسة الحال والإشكالية التي سيكشف عنها هذا البحث في نهايته هي هل نحن بصدد ميلاد نمط جديد من العدالة الجنائية ؟ فالشواهد على ذلك كثيرة ولكن هل نحن قادرين على رفع هذا التحدي بخلق نظام جنائي رضائي موازي للعدالة التقليدية الجبرية ؟

نطاق البحث :

ينصب هذا البحث في الأساس حول الكشف عن الرضائية في المواد الجنائية من خلاله تطبيقاتها المختلفة و صورها المتنوعة، والمقصود بها تلك الأنظمة القانونية الموضوعية والشكلية التي تعتمد في وجودها أو في عدمها على رضا الأفراد بها، وبلوغ هذا المطلب لا يتأتى إلا بإجراء دراسة مسحية لكل القواعد القانونية ذات الطبيعة الجنائية بهدف الكشف عن إرهاصات لهذه النزعة الدخيلة، من خلال الوقوف على كل حكم جنائي يربط تطبيقه برضا أو قبول أو موافقة أحد الخواص به، و الحقيقة أن إدراك هذا المقصد هو أشبه بالبحث عن إبرة في كومة قش نظرا لتعدد النصوص الجنائية ، وتنوع منابعها .

لذلك إرتأيت أن أصدق عينة يمكن من خلالها الكشف عن ظاهرة الرضائية الجنائية هي القانون الجنائي العام الأساسي بشقيه قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الجزائريين ، بحيث تتم إمالة اللثام عن الأظمة الجنائية الرضائية المدرجة ضمنهما - بصفة تكاد تكون عشوائية - لردّها لمرجعيتها، وتأصيلها في فكرة جامعة واحدة هي فكرة الرضائية .

منهج البحث :

إذا كان منهج البحث هو ذلك الطريق الذي يسلكه الباحث للوصول إلى ضالته، فإن المنهج الذي إرتأيت أنه أنسب طريق للإجابة على الإشكليات المذكورة سابقا والهادفة في مجملها إلى الكشف عن الأنظمة الجنائية الرضائية الموضوعية والشكلية في القانون الجنائي الجزائري هو المنهج الإستدلالي وما يقوم عليه من طرائق التحليل والتأصيل، فالدراسة تنصب بالأساس على تحليل وتأصيل قواعد قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، بهدف التأسيس لنظرية عامة للتصرفات القانونية الرضائية في المجال الجنائي والصور المختلفة التي تأخذها .

وإذا كان المنهج المقارن منهجا مفيدا وسديدا في العديد من الدراسات، فإنه بالنسبة لهذا البحث من أكبر معوقاته، لذلك فقد تعمدنا إستبعاده نظرا لأن هذه الدراسة تقوم على عملية التشخيص. فهي تهدف إلى الكشف عما إذا كان القانون الجنائي الجزائري يعترف بالرضائية الجنائية وإن كان يعترف بها فمأهو النطاق والمجال الذي رصده لها. وعليه فإن عملية البحث والتقصي عن إرهاصات الرضائية في النصوص

الجنائية يجب أن تكون محددة بإطار تشريعي معين حصرناه في التشريع الجزائري، حتى لا تضيع معالم وحدة هذا البحث بين مقارنات من شأنها أن تشتت فكرته الجامعة .

ولكن ذلك لا يعني أن هذه الدراسة دراسة منغلقة على التشريع الجزائري فقط ، فكما سبق وأن وضحنا يرتبط هذا البحث بإحدى كبريات الأفكار الرائدة في السياسية الجنائية الحديثة لذلك فقد عرجنا عندما إقتضى المقام على بعض القوانين الأجنبية لإستكمال النظرة فيما يخص بعض الأفكار .

خطة البحث :

لاشك أن الخطة في أي بحث هي تلك الخارطة التي يحاول الباحث من خلالها توضيح خطواته في مسعاه نحو الحقيقة، وقد حرصت في هذا الشأن أن تكون خطة البحث وفيه قدر المستطاع لعنوانه، وأن تكون وفيه أيضا للمنهجية التي يقوم عليها القانون الجنائي في تقسيمه وتصنيفه لموضوعاته ، فإذا كان القانون الجنائي عبارة عن شقين أحدهما موضوعي والآخر شكلي، لما لا توزع الدراسة على هذين الشقين فيتم البحث عن مبدأ الرضائية في الجانب الموضوعي من القانون الجنائي أي قانون العقوبات، يلي ذلك البحث عن إرهاصات هذا المبدأ في الجانب الشكلي من قانون القانون الجنائي أي قانون الإجراءات الجزائية .

وبالفعل أعملت هذا الطرح وقسمت البحث إلى فصلين: فصل يعني بدراسة الأنظمة القانونية الجنائية الرضائية الموضوعية ، وفصل يعني بدراسة الأنظمة القانونية الجنائية الرضائية الشكلية ، وبنفس المنهج والمنوال قسمنا هذين الفصلين ، فالمواد الجنائية الموضوعية إجمالاً تتمحور عادة حول الجريمة والجزاء، والمواد الجنائية الشكلية تتعلق في مجملها بالدعوى العمومية وإجراءات البحث والتحري والتحقيق في الجريمة .

وعليه قسمنا الفصل الأول إلى مبحثين الأول يعني بدراسة صور الرضائية في مجال الجريمة والثاني يهدف إلى الكشف على تطبيقاتها في مجال الجزاء الجنائي، وكذلك هو الحال بالنسبة للفصل الثاني قسم بدوره إلى مبحثين أحدهما يتعلق بأثر الرضا على الدعوى العمومية وجودا وعدما ، والثاني يتعلق بأثره على الإجراءات الجنائية المختلفة .

وإذا كان هذا هو الهيكل الأساسي للبحث ، فقد إرتأينا التمهيد له بمبحث تمهيدي نقف من خلاله على مفهوم ودلالة و ماهية الرضائية في ظل تجاذبها بين مجالين المجال المدني والمجال الجنائي بهدف الوصول إلى مفهوم الجامع لها، ضف إلى ذلك إسترجاع الأحكام العامة للتعبير عن الرضا التي سيتم الرجوع إليها دائما بصدد كيفية تطبيق الأنظمة الجنائية الرضائية، وذلك على خلفية الإختلاف الواجب بين أحكام التعبير عن الرضا في الحقل المدني ، وأحكام التعبير عنه في المجال الجنائي .

وقد تجسدت الخطة التفصيلية لهذا البحث على النحو التالي:

مبحث تمهيدي: ماهية الرضائية وأسس تطبيقها في المجال الجنائي

المطلب الأول : مفهوم الرضائية وموقف الفقه من تطبيقها في المجال الجنائي .

الفرع الأول : محاولة إيجاد مفهوم الرضائية في المجال الجنائي .

الفرع الثاني : موقف الفقه من تطبيق الرضائية في المجال الجنائي .

المطلب الثاني : أسس تطبيق الرضائية في المجال الجنائي .

الفرع الأول : الأساس الفقهي لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي .

الفرع الثاني : أحكام تطبيق الرضائية في المجال الجنائي .

الفصل الأول: تطبيقات الرضائية في المواد الجنائية الموضوعية.

المبحث الأول : تطبيق الرضائية في مجال الجريمة .

المطلب الأول: فكرة رضا المجني عليه كتطبيق للرضائية في مجال الجريمة.

الفرع الأول: ماهية فكرة رضا المجني عليه.

الفرع الثاني: أركان رضا المجني عليه و شروط صحته.

الفرع الثالث: الأساس القانوني لرضا المجني عليه وبعض مشكلاته العملية.

المطلب الثاني: تطبيقات فكرة رضا المجني عليه في القانون الجزائري.

الفرع الأول: تطبيقات فكرة رضا المجني عليه داخل دائرة التحريم.

الفرع الثاني: تطبيقات فكرة رضا المجني عليه كعنصر من عناصر الإباحة.

الفرع الثالث: تطبيقات فكرة رضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة.

المبحث الثاني: تطبيق الرضائية في مجال الجزاء الجنائي.

المطلب الأول: ماهية العقوبات الرضائية .

الفرع الأول: تطور العقوبة من الجبر إلى الرضائية.

الفرع الثاني: السمات العامة للعقوبة الرضائية .

الفرع الثالث: العقوبة الرضائية في ميزان علم العقاب.

المطلب الثاني: أنواع العقوبات الرضائية .

الفرع الأول: نظام العقوبات الرضائية غير المباشرة في القانون الفرنسي.

الفرع الثاني: العقوبات الرضائية المباشرة في القانون الجزائري .

الفصل الثاني : تطبيقات الرضائية في المواد الجنائية الإجرائية.

المبحث الأول: رضا المعتدى عليه وأثره على الدعوى العمومية.

المطلب الأول: رضا المعتدى عليه ودوره في تحريك الدعوى العمومية .

الفرع الأول: الشكوى كإجراء رضائي للمطالبة بتحريك الدعوى العمومية .

الفرع الثاني: الإدعاء المدني كإجراء رضائي لتحريك الدعوى العمومية.

المطلب الثاني: رضا المعتدى عليه ودوره في إسقاط الدعوى العمومية.

الفرع الأول: سحب الشكوى كإجراء رضائي لإسقاط الدعوى العمومية.

الفرع الثاني: صفح المجني عليه كإجراء رضائي لإسقاط الدعوى العمومية.

المبحث الثاني: رضا المتهم وأثره على الإجراءات الجنائية .

المطلب الأول: الرضا كأساس لإسقاط بعض الضمانات القانونية.

الفرع الأول: الرضا كأساس لإسقاط بعض الضمانات في مجال التفتيش.

الفرع الثاني: الرضا كأساس لإسقاط بعض الضمانات في الإستجواب والمواجهة.

المطلب الثاني: الرضا كأساس لتصحيح بطلان بعض الإجراءات الجنائية .

الفرع الأول: ماهية البطلان كجزء إجرائي.

الفرع الثاني: حالات البطلان الجائز تصحيحها رضائيا.

بحث تمهيدي

ماهية الرضائية وأسس تطبيقها في المجال الجنائي

مبحث تمهيد

ماهية الرضائية وأسس تطبيقها في المجال الجنائي

تمهيد:

تنشأ بعض المفاهيم في حيز قانوني معين، بين فروع القانون العام، أو بين فروع القانون الخاص، وتظل فيه إلى أن يتضح مدلولها، ويستقر معناها. فتصبح جزءا ثابتا من ذلك المجال القانوني. الذي يرجع إليه كلما دعت الضرورة إلى ضبط وتحديد جوهر الأفكار التي تنتمي إليه، كفكرة المرفق العام التي تتأصل وتتجذر في ربوع القانون الإداري، وفكرة السيادة التي ترتبط إرتباطا وثيقا بالقانون الدستوري، وفكرة التاجر التي تدور حولها قواعد القانون التجاري... إلخ.

إلا أن هناك مفاهيم أخرى، لم ترض بحيز قانوني واحد، وإنما تجاوزته لتأثر، وتتأثر بمجالات قانونية أخرى، تختلف عن مجالها الأصلي. مما يجعل الوقوف على حقيقتها أمرا معقدا¹، لإنتشار تطبيقاتها بين فروع القانون المختلفة، ولتحولها وتحورها وفق سمات كل فرع، مما يجعل المفهوم الواحد أحيانا - إن صح التعبير - متعدد المفاهيم.

وهذا هو الحال بالنسبة للرضائية مصطلح يلقي بنا بمجرد سماعه إلى ربوع القانون الخاص، وعلى وجه التحديد بين أحكام القانون المدني المنظمة للتصرفات القانونية كمصدر من مصادر الإلتزام. ولكننا نفاجؤ أيضا بأن لهذه الكلمة معناها وصداه الآن في إطار القانون الجنائي، هذا القانون الذي يبعد كل البعد ويختلف كل الإختلاف عن مصدرها الأصلي². ورغم ذلك يستعير اللفظ ويعطيه دلالات تتسق والفكر الجنائي مما يخلق نوعا من الإزدواجية في المعنى، ويخلق مشكلة التنازع في التنظيم بين مجالين قانونيين قد لا يجمعهما سوى هذه الأفكار النادرة التي سمحت لها

¹ - Jean-paul Ekeu ,consensualisme et poursuite en droit pénal comparé, éditions cujas, Paris , 1992 , p 2 .

² - Xavier Pin , La privatisation du procès pénal , Revue de science criminelle et de droit pénal comparé , n° 2, avril-juin 2002, p 246 .

طبيعتها بالعيش والتأقلم بين وسطين أحدها يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، والثاني يقوم على مبدأ الشرعية¹

لذلك وجب علينا قبل التطرق لتطبيقات الرضائية في المواد الجنائية، الموضوعية منها والشكلية. أن نقف أولاً على معنى موحد لهذه الفكرة نتبناه، ونسير عليه، ونلتزم به من بداية هذا البحث إلى نهايته. ولعل التمكن كمرحلة أولى من ضبط مشكلة المفهوم . سيمكننا من إستشعار خصوصية تطبيق فكرة كهذه في الحقل الجنائي، وسيعيننا على حل مشكلة أهم كمرحلة ثانية هي مشكلة تحديد طبيعة القواعد الحاكمة للرضائية في المجال الجنائي في ظل ذلك التنازع الملحوظ بين أحكامها التفصيلية الأصلية في القانون المدني ، وبعض أحكامها المبدئية المستحدثة بموجب القانون الجنائي .

المطلب الأول : مفهوم الرضائية وموقف الفقه من تطبيقها في المجال الجنائي.

لا يستقيم قوام هذا البحث ، ولن تؤتي هذه الدراسة ثمارها ، إلا بوضع الإشكالية فيها موضعها الصحيح ، فالخوض مباشرة في تبيان تطبيقات الرضائية في المجال الجنائي ، دون تخصيص حصة كافية وافية لإستشعار مفهومها ، والوقوف على دلالتها، يعني أن الرضائية من الأفكار المستقرة ، والمتفق عليها في القانون الجنائي.

وما كنا لنشكك في ذلك لو كان صحيحاً. لأن الدخول رأساً في جوهر البحث، كان سيغنيينا عن التمهيد له، وصرف الوقت والمجهود في سواه. ولكن الحقيقة غير ذلك . إن الرضائية في المواد الجنائية من أكثر الأفكار غموضاً، لذلك كان من ضروب التهور العلمي إغفال الكشف عن مضمونها وماهيتها، والإنصراف إلى إشكاليات أخرى ولو كانت أهم . بل إن مشكلة المفهوم لوحدها تصلح لأن تكون بحثاً مستقلاً، لما يكتلجها من التعقيم الواجب إنارته .

¹ - د. محمد عيد الغريب ، النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006، ص 4 . / د. عبد الوهاب حومد، نظرات معاصرة في قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات في التشريع المقارن ، مجلة الحقوق ، العدد الرابع ، السنة الرابعة والعشرون، الكويت، ديسمبر، 2000، ص 23 .

لذلك فقد عمدنا إلى تخصيص مطلب كامل يصب في مشكلة المفهوم، ومشكلة أخرى وثيقة الصلة، وهي مدى تقبل الفقه الجنائي لفكرة كهذه، خصوصا وأن الواقع يكشف وجود جدل كبير، وتباين في الرؤى بين دعاة الرضائية، ومهاجميها .

الفرع الأول : محاولة تحديد مفهوم الرضائية في المجال الجنائي.

إن البدء في أي بحث بمشكلة تحديد المفهوم أو ضبطه يعني أن الدراسة تتم في منطقة غير مستقرة، منطقة لم يتفق الفكر القانوني بعد بخصوص حدودها وضوابطها. وبالفعل هذا ما سنلمسه بعد أن نعرض لمحاولة تحديد مفهوم الرضائية، محاولة غير كافية لوحدها لترسيخ المفهوم، ولكنها ضرورية وحاسمة على الأقل لوضع اليد مباشرة على هذه الظاهرة الدخيلة على القانون الجنائي، وقياس مساحتها والتنبؤ بمستقبلها .

ويعترضنا في سبيل الوصول إلى المفهوم الجامع والمانع للرضائية عدة عوائق : أهمها حداثة المصطلح، وعدم شيوع إستعماله من طرف فقهاء القانون الجنائي . ولعل هذا السبب الأخير لوحده كاف لجعل الخوض في مسألة ضبط المفهوم أمرا منشيءا للمفهوم أكثر منه كاشفا عنه . خصوصا إذا ما أدركنا في النهاية أن الرضائية في المواد الجنائية حالة أو صفة أو نزعة أصبحت تميز بعض جوانب النظام الجنائي، وليست فكرة متأصلة فيه¹ . بدليل أن التشريعات الجنائية والأحكام القضائية ذات الصلة لم تنص مطلقا على هذا المصطلح، كل ما هنالك أننا نتبعه تشريعا وقضائيا من خلال بعض المصطلحات المرتبطة به كالرضا، أو القبول، أو الموافقة . ولكننا نحاول تأصيلها وردها إلى فكرة واحدة جامعة هي الرضائية .

كما ترتبط مسألة البحث عن مفهوم الرضائية في القانون الجنائي بمشكلة فرعية أخرى هي مدى ذاتية القانون الجنائي، وإستقلاليته في مواجهة فروع القانون الأخرى عندما يتقاطع معها في بعض الأفكار² . فهل يجب أن يستقل مبدأ الرضائية في المواد الجنائية بمفهوم أصيل ومختلف عن ذلك الشائع في القانون المدني تكريسا لإستقلالية القانون الجنائي في مواجهة هذا الأخير وغيره من القوانين؟ ، أم أن المرجع في تحديد أي مفهوم أو أية فكرة هو مجاله الأول الذي ظهر فيه ، ولو إمتد

¹ - Jean-paul Ekeu , op cit , p 2 .

² - د. عبد الوهاب حومد ، نظرات معاصرة عن إستقلالية القانون الجنائي ، مجلة الحقوق ، العدد الثالث ، السنة الرابعة والعشرون ، الكويت ، سبتمبر، 2000، ص 68 .

تطبيقه لمجالات أخرى، فتكون العبرة في تحديد مفهوم مبدأ الرضائية بالمعنى المتفق عليه في إطار القانون المدني ، ولا يجب بأي حال من الأحوال أن ينفرد بمفهوم جنائي متميز .

وبالرغم من أن فقهاء القانون الجنائي، حسموا وبحق هذه الجدلية لصالح القانون الجنائي طبعاً¹، وأكدوا أصالته في الإنفراد بتحديد المفاهيم التي تتصل به، ولو كانت متضمنة موضوعياً في فرع آخر من فروع القانون، إلا أننا، وفي سبيل البحث عن تعريف لمبدأ الرضائية نجد أنفسنا أمام ثغرة مفاهيمية، لا سبيل لسدها إلا باللجوء إلى القانون المدني والقانون الجنائي معا ، نظراً لأن هذه الفكرة لم تلقى حضنها من التحليل والتأصيل لا في إطار الأول لا الثاني .

أولاً : تحديد مفهوم الرضائية على ضوء أفكار القانون المدني .

يجب أن تتم أول محاولة للوقوف على المفهوم الحقيقي لمبدأ الرضائية في مجاله الأول الذي نشأ فيه، ألا وهو القانون المدني ، وكلمة رضائية في ربوع هذا الأخير ترتبط بأفكار عدة كالرضا والتراضي وأحياناً تدل الرضائية على مبدأ سلطان الإرادة؛ و أحياناً تظهر الرضائية كناقض إن صح التعبير لما يسمى بالشكلية ، لذلك وجب أن نلتمس حقيقة المفهوم المنشود على ضوء هذه المفاهيم .

أ - الرضائية وفكرتي الرضا والتراضي .

تقوم النظرية العامة للتصرفات القانونية سواء كانت تعاقدية أو بالإرادة المنفردة على فكرتي الرضا والتراضي كركن أساسي يبنى عليه هذا المصدر من مصادر الإلتزام، فلا يستقيم ما يسمى بالمصادر الإرادية للإلتزام²، ولا يظهر للوجود إلا بوجود حالة من الرضا أو التراضي بإنشاء هذا الإلتزام القانوني، أو تعديله، أو إنهائه .

¹ - د. جلال ثروت ، النظام القانوني الجنائي، مطبوعات كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، 2006 ، ص 16 / د. عبد الوهاب حومد ، نظرات معاصرة عن إستقلالية القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 67 .

² - د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للإلتزام العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 4 .

1- تعريف الرضا .

الرضا هو التعبير الإنفرادي عن الإرادة¹، لذلك فهو المصطلح المستعمل في مجال التصرفات القانونية بالإرادة المنفردة التي تتجه فيها الإرادة إلى إلزام صاحبها رضائيا بأداء عمل أو الإمتناع عنه أو تقديم شيء. وقد يطلق هذا اللفظ تجاوزا في إطار العقد إذا ما نظرنا لكل من الموجب والقابل من زاويته الخاصة فيعتبر ما يصدر عن كل واحد رضا.

وقد ورد هذا اللفظ في القانون المدني الجزائري في القسم الخاص بشروط العقد حيث ذكر الرضاء كعنوان أدرجت تحته المادة 59 ق.م التي جاء فيها: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون إخلال بالنصوص القانونية . " كما ورد لفظ الرضا في القانون المدني الفرنسي في صلب المادة 1108 ق.م.ف² المتضمنة الشروط الأربعة الأساسية لصحة الإتفاق والتي جاء على رأسها رضا الطرف الملتزم ، كما خصص القسم الموالي لهذه المادة الشامل للمواد من 1109 إلى 1122 ق.م.ف والذي يحمل عنوان " في الرضا " كل ما يتعلق بعيوب هذا الأخير.

2- تعريف التراضي .

يطلق الفقه عادة، كلمة تراضي كلما كان بصدد الحديث عن العقد ، على أساس أن التراضي هو التطابق بين إرادتين³ أو أكثر، ولا تجتمع الإرادات المتعددة إلا في إطار التصرفات القانونية التعاقدية. بحيث يكون التعبير الأول عن الإرادة من طرف شخص يسمى الموجب، أما الإرادة الثانية والتالية المنضمة لهذه الإرادة الأولى والراضية بفحواها أي الراضية بالأثر القانوني المتجهة لإحداثه، فتصدر عن شخص يسمى القابل، وعليه فإن التراضي في العقود هو تبادل الرضا ' أي تطابق إرادتي طرفي العقد من موجب وقابل على إبرامه.

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1 ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952 ، ص 23.

² - Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation.

³ - د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 4 .

3- علاقة الرضائية بفكرتي الرضا والتراضي.

تجدر الإشارة بداية في هذا الصدد ، أننا سواء كنا نتحدث عن الرضا أو التراضي فإن جوهر الأمرين واحد وهو وجود إرادة يعتد بها القانون ، ثم التعبير عن هذه الإرادة لتنشئ آثارها القانونية¹. ففي العقد مثلاً يجب لوجود التراضي أن يعبر الشخص عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين في العلاقة بينه وبين شخص آخر، وأن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة مطابقة لها ، أي متجهة إلى إحداث الأثر نفسه وصادرة من وجهت إليه الإرادة الأولى، بحيث يتحقق التطابق بين الإرادتين².

وعليه فإن قوام الرضا أو التراضي هو وجود الإرادة ، ووجود الإرادة قانوناً يعني صدورها من شخص يعتد القانون بإرادته، وإتجاه هذه الأخيرة إلى إحداث أثر قانوني معين. فقد يكون للشخص إرادة لكن القانون لا يلتفت إليها ولا يحفل بها في مجال التصرفات القانونية، كإرادة عديمي الأهلية مثلاً³. وقد توجد الإرادة وتصدر من شخص يعتد القانون بإرادته إلا أنها لا تتجه إلى إحداث أثر معين كالإرادة الهازلة أو المجاملة⁴.

وفي فكرة الإرادة جوهر كل من الرضا والتراضي، نجد نقطة إلتقاء بين المفهومين السابقين ومفهوم الرضائية في المواد الجنائية المراد ضبطه، والذي يثير في كثير من المواطن فكرة التعبير عن الإرادة المنشئة لأثر قانوني ذات طبيعة جنائية. ولكن الأخذ بهذا المدلول البسيط والإكتفاء بالقول بأن الرضائية في المواد الجنائية تعني التعبير عن الإرادة الإفرادي ، أو الثنائي، أو المتعدد الأطراف والمتجه لإحداث أثر قانوني جنائي. يصطدم بفكرة خطيرة تهيمن على النظام القانوني الجنائي ، وهي فكرة النظام العام⁵ التي ينحسر أمامها أي دور للإرادة بفهومها السابق، مما يعني أن للإرادة ، وللرضائية في المجال الجنائي دلالة خاصة.

فرغم إقتربنا من جوهر المسألة ودوننا منه ، إلا أن الإستقرار عليه يحتاج إلا ضوابط أخرى غير تلك الموجودة في القانون المدني، ولما كان الرجوع إلى فكرتي الرضا أو التراضي لتحديد

¹ - د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 91 .

² - المرجع نفسه، ص 92 .

³ - د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 74 .

⁴ - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 94 .

⁵ - د. محمد عيد الغريب ، النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 10 .

مفهوم الرضائية قد أحالنا مباشرة إلى مفهوم آخر وهو الإرادة، وقلنا بأن هذه الفكرة لازمة لكنها غير كافية، إلا أن المرور عليها وتجاوزها دون إهتمام سيؤثر على نتيجة البحث في هذه المسألة الفرعية، لذلك سننتقل بالبحث من مجال التعبير عن الإرادة إلى فكرة أشمل وأعم وهي فكرة سلطان الإرادة، لعلها تكون أقدر على إستيعاب مفهوم الرضائية .

ب - الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة .

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الفلسفية القانونية القديمة التي سادت في أعقاب الثورة الفرنسية، وقوامه أن أساس الإلزام في أي عقد هو إرادة المتعاقدين، وأن هذه الإرادة وحدها هي التي تحدد الحقوق والإلتزامات الناشئة عنه . ولنتفهم أكثر مدلول سلطان الإرادة، لإسقاطه فيما بعد على مبدأ الرضائية علينا أولاً معرفة الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ وكذا أهم النتائج المترتبة عليه.

1- أساس مبدأ سلطان الإرادة .

يرى الفقه أن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على أساسين أحدهما فلسفي، و الآخر إقتصادي . فأما أساسه الفلسفي فيتمثل في فكرة الحرية الطبيعية للإنسان، وعليه فإن الإنسان لا يخضع إلا للإلتزامات التي إرتضاها ، وهو في ذلك حر، قيد حريته بإرادته¹ . ويربط آخرون مبدأ سلطان الإرادة فلسفياً بنظرية العقد الإجتماعي التي تأسس نشأة الدولة على فكرة الخضوع الإرادي لمقتضيات العيش المشترك داخل المجتمع بما يقره من حقوق ويفرضه من إلتزامات، و إذا كان الإنسان بما يملكه من إرادة حرة قد أنشأ مجتمعا فمن باب أن تكون هذه الإرادة الأساس فيما ينشؤه من إلتزامات خاصة² .

هذا عن الأساس الفلسفي أما عن الأساس الإقتصادي للمبدأ ، فيتجلى في كونه إنعكاساً لسياسة الحرية الإقتصادية التي إجتاحت فرنسا عقب ثورتها ، حين ترك الأشخاص أحراراً في تبادل السلع والخدمات لا يوجههم في ذلك سوى إرادتهم الحرة، وكان التبرير لذلك أن هذه الحرية هي التي ستحقق تلقائياً الإزدهار والنمو الإقتصادي³ .

1 - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 35 .

2 - المرجع نفسه ، ص 37 .

3 - د. محمد حسنين منصور ، النظرية العامة للإلتزام : مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2000، ص45.

2- أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة .

يترتب على إعتناق مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج تتعلق بإبرام العقد ، و تحديد مضمونه، وآثاره ويمكن إجمال هذه النتائج في النقاط التالية :

- إعتبار الأفراد أحرارا في تحديد الإلتزامات العقدية من حيث نطاقها ومداهها .
- أن الرضا هو العنصر الأساسي اللازم لإنشاء العقد، لذا يجب أن يكون هذا الرضا سليما ومنزها عن كل عيب¹.
- أن الأفراد أحرار فيما ينشؤونه من عقود ، لذا فإن تعداد هذه الأخيرة وتنوعها لا يحتاج لتحديد².
- أن تكون الإرادة وحدها كافية لإنعقاد العقد ، ولا أهمية بعد ذلك لطريقة التعبير عنها ، فالشكل الذي يفرغ فيه التراضي ليس بلازم لإنعقاد العقد وهو ما يعرف بمبدأ الرضائية³ .

3- العلاقة بين الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة .

لاشك أن مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الأساسية الهامة التي تقوم عليها فلسفة القانون المدني، فهو مبدأ يشجع على إنتشار المعاملات بين الأفراد في المجتمع ، ولا يقيدهم في ذلك سوى بحرياتهم الخالصة التي إختارت أن تلتزم قانونا، وبعض الضوابط الأخرى وعلى رأسها النظام العام والذي يضمن ألا تتجاوز حرية الإرادة سقف الأسس والمصالح الجوهرية التي يقوم عليه المجتمع .

إذ تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أن الإلتزام المخالف للنظام العام والآداب العامة باطل بطلانا مطلقا ، كما أردفت المادة 97 من ذات القانون أنه إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للآداب العامة كان إلتزامه باطلا ، وفي هذا الصدد نجد المشرع المدني الفرنسي في العديد من النصوص يقيد حرية الإرادة بضرورة إحترام النظام العام وهي المواد⁴ 6،⁵ 16،¹ 16-

¹ - د. رمضان أبو السعود ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 19

² - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 33 .

³ - د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 19 .

⁴ - "On ne peut déroger , par des conventions particulières , aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ."

⁵ - "La loi assure la primauté de la personne , interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ."

،¹1763،¹¹686،¹⁰16-16،⁹8-8،⁸16-7،⁷16-6،⁶16-5،⁵16-4،⁴16-3،³16-2،²16-1-1،
،²1133،³2060،⁴2372-5،⁵2422،⁶2488-5 من القانون المدني الفرنسي .

¹ - " Chacun a droit au respect de son corps .

Le corps humain est inviolable

Le corps humain , ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ."

² - " Le respect du corps humain ne cesse pas avec la mort .

Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation , doivent être traités avec respect , dignité et décence ."

³- " Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissement illicites portant sur des élément ou des produits de celui-ci , y compris après la mort . "

⁴- " Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui .

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ."

⁵ "Nul ne peut atteindre à l'intégrité de l'espèce humaine .

Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite .

Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée .

Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétique, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétique dans le but de modifier la descendance de la personne ."

⁶ - "Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ."

⁷ -" Aucune remuneration ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ."

⁸ -"Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ."

⁹ -"Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée . le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni celle du donneur.

En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci ."

¹⁰ - " Les dispositions du present chapitre sont d'ordre public ."

¹¹ -"Il est permis aux propriétaires d'établir sur leur propriétés , ou en faveur de leurs propriétés , telles servitudes que bon leur semble , pourvu néanmoins que les services établis ne soient

وإذا كان القانون المدني يقوم على أساس أن الأصل في الإلتزامات الشرعية ، والأصل في الإرادة الحرة ما لم تصطدم بسقف النظام العام⁷ ، دون اللجوء إلى تعداد التصرفات القانونية المحتملة والتميز فيها بين المشروع وغير المشروع . وتوضيح الصور الممكنة لخرق النظام العام ، إذ يكتفي المشرع المدني بالتنبيه بضرورة إحترام النظام وتبيان الأثر القانوني المترتب على خرقه، دون أن يفصل كثيرا في هذه المسألة ، التي يبقى فيها تحطي حواجز النظام العام أمرا إستثنائيا وبعيدا، يكفي التذكير به، دون التطرق إليه على وجه التفصيل والتفريع، لأن الأصل في المعاملات والعلاقات القانونية التي يحكمها القانون المدني، تعلقها بالحقوق الخاصة والمالية منها على وجه التحديد⁸.

وهذه الأخيرة بطبيعتها لا تلتقي ولا تحتك بفكرة النظام العام إلا نادرا. فكان مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني، مبدأ موجودا ومعترفا به يحي مع فكرة النظام العام في تعايش سلمي، لإختلاف مجالي كل منهما .

imposé ni à la personne , ni en faveur de la personne , mais seulement à un fonds et pour un fonds , et pourvu que ces service s n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public ..."

¹ - "Si à l'époque du décès , le conjoint successible occupe effectivement à titre d'habitation principale , un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession , il a de plein droit , pendant une année , la jouissance gratuite de ce logement ...

Le présent article est d'ordre public."

² - " La cause est illicite, quand elle est prohibé par la loi , quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public."

³ - "On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ..."

⁴ - "...Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite ."

⁵ - "... Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite.»

⁶ - "... Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite.»

⁷ - د. محمد حسنين عبد العال، الإتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2002 ، ص 3 .

⁸ - المرجع نفسه ، ص 5 .

أما في الحقل الجنائي ، والذي يكاد يتطابق بمجمله مع مجال فكرة النظام العام ، نظرا لكون القانون الجنائي لا يحمي من المصالح القانونية إلا ما كان منها جوهريا في تكوين المجتمع أي من النظام العام، فالقول بوجود سلطان للإرادة في مجال القانون الجنائي، يعني الاعتراف بسلطان الإرادة في مجال النظام العام، الأمر الذي يكاد يجمع الفقه على إستحالاته¹.

وعليه فإن مبدأ الرضائية في المواد الجنائية يستند إلى فكرة إمكانية إحداث الإرادة لأثر قانوني في المجال الجنائي، كاستثناء له ما يبرره، وما يكفيه من الضوابط القانونية، وليس كتطبيق لمبدأ سلطان الإرادة .

ج- الرضائية وفكرة العقود الرضائية .

يشار صراحة في نطاق القانون المدني إلى مصطلح الرضائية عند الحديث عن ذلك المبدأ القائم على الإكتفاء بمجرد التراضي لإبرام العقد دون اشتراط أي شكل أو إجراء آخر². وعليه تقسم العقود بحسب مدى الخضوع لهذا المبدأ إلى عقود رضائية وأخرى غير رضائية : أي شكلية أو عينية .

1- العقود الرضائية .

يعتبر العقد رضائيا إذا كان يكفي لإنعقاده تراضي الطرفين عليه دون الحاجة لأي إجراء آخر ، وتمثل العقود الرضائية النسبة الأكبر من العقود في القانون الحديث ، مع العلم أن مبدأ سلطان الإرادة يمنح طرفي العقد إمكانية تحويل العقد الرضائي ، إلى عقد شكلي أو عيني بأن يشترطا مثلا عدم إنعقاده إلا إذا أفرغ إتفاقهما في شكل معين ، أو إلا بتسليم الشيء المتعاقد عليه³.

2- العقود غير الرضائية .

وهي تلك العقود التي لا يكفي لإنعقادها التراضي بين طرفيها ، وإنما يجب أن يقوم هذان الأخيران بإجراء محدد، كإفراغ إتفاقها في شكل معين كورقة مكتوبة عرفية أو رسمية بحسب الحال، ويكون بذلك العقد شكليا⁴. أو أن يلزم لإنعقاد العقد تسليم الشيء المتعاقد عليه، ويكون بذلك العقد عينيا.

1 - د. محمد عيد الغريب ، النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 14 .

2 - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 33 .

3 - د. مصطفى محمد الجمال ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2000، ص 58 ، فقرة 46 .

4 - المرجع نفسه ، ص 58 ، فقرة 47 .

3- العلاقة بين الرضائية وفكرة العقود الرضائية .

أساس فكرة العقد الرضائي هو الإكتفاء والتعويل على الإرادة الحرة السليمة لوحدها لترتيب الآثار القانونية في المجال التعاقدية فلا حاجة لإفراغ مضمونها في شكل معين ، ولا حاجة أيضا للقيام بأي تصرف مادي آخر يقع على محل العقد مثلا ، ليتجسد هذا العقد في الوجود ويصبح ملزما لطرفيه ، فهذا الأمر مرهون فقط بمدى التطابق الإرادي الحاصل بين الموجب والقابل .

والحقيقة أن هذا الطرح يتلاءم وطبيعة المعاملات المدنية المتعددة، والمتشعبة، والسريعة، والتي يجب أن تتسم بنوع من المرونة بعيدا أي تعقيد¹، ولكننا إذا ما إقترنا من مجال الجريمة والعقاب، وقلنا بان هناك نوعا من الرضائية في هذا المجال ، فإننا بالتأكيد لا نقصد بها، ولا يجب أن نقصد بها هذا المعنى الأخير، القائم على عدم الإعتماد بأية شكليات، أو تصرفات لإحداث الأثر القانوني المقصود، بل إن الأثر القانوني واجب الحدوث بمجرد إنصراف الإرادة إليه، و إقترانها بإرادة أخرى تطابقها، لأن هذا المفهوم و إن كان يتلاءم مع طبيعة المعاملات المدنية .

إلا أنه بدء يتراجع فكثيرون من فقهاء القانون المدني ، وحذا حذوهم المشرعون المدنيون لا يعترفون بمبدأ الرضائية في العقود على إطلاقه، بل أصبحت الشكلية على إختلاف صورها ركنا أساسيا لتكوين عدد معتبر من العقود الهامة²، لا يصح إنعدامها المرتب لبطلان التصرف القول بأن الإرادة موجودة وسليمة وكافية لوحدها للنهوض بالتصرف، لأن المشرع من وراء إشتراطه للشكلية يهدف إلى حماية بعض المصالح والحقوق التي قد يهددها الإعتماد على الرضائية فقط لأنشائها، أو تعديلها أو إنهائها³.

هذا عن تراجع دور الرضائية في المجال المدني، وهو تراجع له ما يبرره، فكيف نؤمن بإنتشار وإزدهار مفهوم كهذا في ربوع القانون الجنائي ، الذي لا يعقل أن تكون الحقوق التي يحميها في جانب كبير منها رهنا للإرادة الفردية ، وأنه في حال ما إذا إعتد المشرع الجنائي بالإرادة الفردية الخاصة لترتيب آثار قانونية ذات طبيعة جنائية ، وقلنا بوجود نوع من الرضائية في المجال الجنائي فإن هذه الرضائية لا تعني بأي حال من الأحوال البعد عن الشكلية ، لأننا سنكتشف من خلال هذا

1 - د. محمد حسنين عبد العال ، المرجع السابق ، ص 3 .

2 - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 23 .

3 - د. مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 20 ، فقرة 14 .

البحث أن المشرع الجنائي وعند إعداده بإرادة الأفراد ، يشترط في كثير من الأحيان إفراغها في شكل معين حتى ترتب آثارها¹ .

وعليه نجد أن المفاهيم المختلفة المتعلقة بالرضائية في المجال المدني وإن كانت تتقاطع مع ما يجب أن يكون عليه مفهومها في المجال الجنائي، إلا أننا نعجز عن الجزم بأن هذه الإرهاصات الموجودة في المجال الجنائي ، والدالة على وجود مساحة للإرادة الفردية فيه ، وليدة أو منتمة لفكرة بعينها في القانون المدني .

وإن كنا لا ننكر التشابه، لكن الرضائية في المجال الجنائي أكثر تعقيدا من أن تقبل الإنصياح ضمن مفاهيم القانون المدني، أي أنها في النهائية رضائية جنائية يجب البحث عن مدلولها في مجالها الأصلي، بتأصيل موضوعي لا مجرد لغوي، مع التنبيه أن ذلك لا يعني طرح أحكام القانون المدني كلية، ولكن الإستعانة بها ستكون في حدود ما تسمح به الخصوصية الجنائية للمفهوم .

ثانيا : تحديد مفهوم الرضائية على ضوء أفكار القانون الجنائي .

بعد أن ثبت عجز مفاهيم القانون المدني عن إحتواء فكرة الرضائية في المواد الجنائية، وجب علينا الآن نقل البحث من إطار الأصل اللغوي للمصطلح ، إلى إطار أصله الموضوعي ، فلفظ الرضائية وإن كان مديني المنشأ ، إلا أنه و في إطار هذا البحث جنائي الموضوع و الجوهر، فلا مناص من البحث عن مدلوله على ضوء كبريات الأفكار الجنائية ذات الصلة .

والحقيقة أن هذا الأمر على وجاهته، ومنطقية الإحتكام إليه، محفوف بالمخاطر والإنزلاقات، نظرا لحدائث هذا المفهوم، وعدم شيوع إستعماله من طرف فقهاء القانون الجنائي لا في كتاباتهم العامة، ولا المتخصصة، إلا نذرا قليلا منهم²، إكتفى بإثارة الفكرة دون أن يعطيها، ويوفيهما حقها من الشرح والتفصيل، والتأصيل. وعليه فإن نتيجة البحث في هذه المسألة الأولية الهامة والمتعلقة بضبط المفهوم

¹ - أنظر : الصفحات 396، 405، 420 من الرسالة .

² - Jean-paul Ekeu , op cit , p 4 ./ - Xavier Pin , op cit , p 246 .

د. عمر سالم ، نحو تيسير الإجراءات الجنائية :دراسة مقارنة ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 4 ./ د. نايتي ناين أحمد الدسوقي ، الرضا ككأء في التفتيش الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 3 وما بعدها ./ د. أحمد محمد براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية و الأنظمة الجنائية المعاصرة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2009 ، ص 4 وما بعدها / د. محمد فوزي إبراهيم ، دور الرضا في قانون الإجراءات الجنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2011 ، ص 2.

نتيجة منشئة لهذا الأخير أكثر منها كاشفة عنه . في ظل ندرة المحاولات الجادة للإحاطة به، وضبط كنهه وجوهره .

والحقيقة أن القانون الجنائي شهد في هذه العقود الخيرة من الزمن زخما هائلا من الأفكار والمصطلحات ، تتشابه وتتداخل وتتكامل فيما بينها كونها وليدة سياسة جنائية جديدة¹ ، قائمة على نبذ وهجر ما ثبت فشله من الأفكار المألوفة ، وإحياء ، أو خلق أفكار جديدة مناقضة، ومناهضة لها. تعكس درجة التطور التي بلغها الفكر الجنائي .

ومن بين هذه الأفكار الجديدة الوثيقة الصلة بفكرة الرضائية نجد في الجانب الموضوعي للقانون الجنائي الحد من التجريم، الحد من العقاب، أما في الجانب الشكلي فنجد فكرة التحول عن الإجراء الجنائي، وكذا خصخصة الدعوى العمومية .

أ- المقاربة بين الرضائية والأفكار الحديثة في التجريم والعقاب .

لا تنفك السياسة الجنائية عن التطور وعن بعث أفكار جديدة عليها تكون أنجع من سابقتها في مواجهة ظاهرة الجريمة المتفشية في مجتمعاتنا²، فبعد أن عولت الدول في مراحل زمنية طويلة على آلتها العقابية ، لإمتصاص الحروقات الماسة بنظامها وأمنها ، فلجأت إلى مواجهة الانحرافات السلوكية للأفراد داخل الجماعة بالتجريم والعقاب، مما أدى إلى تضخم حجم القوانين العقابية ، وتزايد عدد القضايا المنظورة أمام القضاء ، الأمر الذي خلق أزمة أخرى و هي بطء وتراخي العدالة الجنائية³، فكان ذلك إيذانا بفشل هذه الأخيرة على المنوال الذي كانت تسير به، و إنذارا بضرورة إيجاد حلول وطرائق للتخفيف على منظومة جنائية تحتق .

وبالفعل ظهرت في الأفق العديد من الأفكار لعل أهمها فكري الحد من التجريم والحد من العقاب . فإلى أي مدى يمكن أن يرتبط مفهوم مبدأ الرضائية في المواد الجنائية بهتين الفكرتين؟ وإلى أي مدى يمكن الإستعانة بمضمونهما ، للوقوف على حقيقة مدلول الرضائية في المواد الجنائية؟

¹ - د.محمد حكيم حسين الحكيم، العدالة الجنائية التصالحية في الجرائم الإرهابية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص3.

² - Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Colly, punir sans juger , edition economica , Paris, 1991, p3.

³ - Ibid , p 5 .

1- الرضائية والحد من التجريم *La décriminalisation*.

وللوقوف على طبيعة العلاقة التي يمكن أن تجمع بين مبدأ الرضائية و فكرة الحد من التجريم علينا أولاً تعريف هذه الفكرة الأخيرة ، وتحديد العوامل التي أدت إلى الأخذ بها .

- تعريف الحد من التجريم .

يعرف الحد من التجريم بأنه وقف تجريم سلوك ما، أي أنه وبمعنى أكثر تفصيلاً، الإقرار القانوني والإجتماعي لسلوك كان مجرماً ، بمشروعته في الحياة الإجتماعية بعد أن كان مخالفاً للقانون. وهذا ما يفترض إلغاء النص الجنائي كلية¹.

وتتميز فكرة الحد من التجريم بالمرونة والنسبية من حيث الزمان، والمكان معا. فاللجوء إليها في الدولة الواحدة مرتبط بالتطور التاريخي للشعوب ، وتغير ضميرها الإجتماعي. من إحساسه بخطر سلوك معين و حرصه على الإبقاء على تجريمه، إلى عكس ذلك ، أي الإحساس بمشروعته، والمطالبة بإلغاء تجريمه².

أي أن الجرائم الخاضعة للحد من التجريم ليست مباحة ومشروعة في ذاتها وبطبيعتها، و إنما إكتسبت نزع التجريم عنها وإباحتها بتطور الزمن، أي أن ما هو مستهجن ومرفوض الآن في مجتمع من المجتمعات ، يمكن أن يضحى إرتكابه ممارسة لحق من الحقوق ، بسبب تغير القيم الإجتماعية، كما حصل بالفعل مع جريمة الزنا ، و جرائم الشذوذ الجنسي في فرنسا³.

هذا عن نسبية الحد من التجريم من حيث الزمان، أما من حيث المكان . فيعني أن ما يمكن رفع التجريم عنه في دولة معينة و إعتبره مباحاً، يمكن أن يبقى، ويتمسك ببقائه جريمة تلقى أشد أنواع العقاب في دولة أخرى في نفس الزمان. ومثال ذلك الجرائم الأخلاقية التي تتسامح الدول الغربية بشأنها كل يوم أكثر ، في حين أن الدول الإسلامية لا تتنازل بشأنها.

¹ - Jean Pradel , Droit penal général , tom 1, cujas , Paris , 1992 , p 25 , 28.

² - د. أمين مصطفى محمد ، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري : ظاهرة الحد من العقاب ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 24 .

³ - المرجع نفسه ، ص 25.

- مقومات اللجوء إلى الحد من التجريم .

إن اللجوء إلى الحد من التجريم ، كطريق للتخفيف من حدة التدخل الجنائي لتقويم سلوك الأفراد، وقصره على الإنحرافات الخطيرة ، ليس مسألة إختيارية للمشرع ، بقدر ما هو ضرورة يحتمها توافر مقومات وعوامل معينة على رأسها : عدم قابلية قانون العقوبات للتطبيق على الواقعة ، وضغط الرأي العام لإباحة السلوك¹

فأما عن عدم قابلية قانون العقوبات للتطبيق على الواقعة، فالقانون ليس سوى إنعكاسا للمجتمع المطبق فيه، فالقيم والمصالح الجوهرية هي التي تحظى وترقى إلى مستوى الحماية الجنائية نظرا لما توفره من جزاءات صارمة كفيلة بردع الأفراد عن المساس بها .

وقد يصدر نص التجريم في زمن معين ويظل مطبقا فترة تطول أو تقصر، لكن مع مرور الوقت تنتفي العلة من وجوده، نظرا لأن المصلحة القانونية التي يحميها، لم تعد جديرة بالحماية أو لا تخضع لأي إعتداء. أو يكفي لتنظيمها تدخل قوانين أخرى أقل صرامة من القوانين الجنائية ، فهنا تظهر عدم جدوى النص الجنائي للتطبيق مما يستجوب إلغاءه .

أما عن العنصر الثاني المتمثل في وجود جماعات ضاغطة تطالب برفع التجريم عن الواقعة ، فإنه إذا كانت الحالة الأولى التي تم الحديث عنها كمقوم من مقومات الحد من التجريم ألا وهي عدم قابلية النص للتطبيق على الواقعة هي نتيجة طبيعية للتطور التاريخي للقيم داخل المجتمع ، وتغير الرأي العام بشأنها ، ولكن يتصادف أحيانا أن يبقى المجتمع في أغلبيته متمسكا بضرورة التجريم .

إلا أن فئة منه تتضرر من ذلك فتطالب وبقوة وبوسائل مختلفة برفع التجريم عن سلوك معين تريد هذه الاخيرة ممارسته بكل حرية، فتضغط على أجهزة الدولة لتلبية مطلبها هذا . مثل ما وقع في أوروبا بشأن الشواذ جنسيا، اللذين يمثلون جماعات ضاغطة تؤدي إلى تغيير القوانين المدنية وحتى الجنائية لصالحها² .

¹ - د. أمين مصطفى محمد ، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري ، المرجع السابق ، ص 45 و 46 .

² - **George Levasseur** , Le problème de la dépénalisation , Rapport de synthèse , les journées Franco-Italo-Espagnoles de la politique criminelle , Aix-en-provence , Septembre 1982 .

Document disponible sur :

- العلاقة بين الرضائية والحد من التجريم .

الحقيقة إن كانت كل من الرضائية ، والحد من التجريم يشتركان في صفة المرونة ، والتخفيف من حدة التجريم والعقاب¹ ، إلا أن الحد من التجريم أداة رسمية عامة بإمتهياز فهي طريقة تشريعية للرجوع عن تجريم بعض السلوكات البسيطة، التي قد يتحول إرتكابها إلى غير ضار بالمجتمع ، أو خفيف الضرر مما لا يستوجب رد فعل جنائي، في ظل توافر جزاءات أخرى - مدنية ، أو إدارية . وعليه فهي لا تفتح المجال أمام الإرادات الخاصة للتحكم في عملية التجريم ، وشل مفعول النص الجنائي ، بقدر ما تدل على مراجعة والرجوع دائما إلى إرادة المشرع على ضوء المعطيات الجديدة .

وبالرغم من وضوح الفرق بين الفكرتين إلا أن الإرتباط بينهما ليس بالمنقطع، فالحد من التجريم ، بشل مفعول نص التجريم أمام الواقعة، وتحويلها من جريمة إلى سلوك مشروع قد يتحقق بالتراضي عليها بين الجاني والمجني عليه²، إذا فتح المشرع بابا للإعتداد بهذا التراضي. أي أن الرضائية قد تكون شرطا أو سببا لخروج السلوك من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة . وتكون بذلك قد حققت نوعا من الحد من التجريم.

2- الرضائية والحد من العقاب la dépenalisation.

من الأفكار الجديدة التي ظهرت في المجال الجنائي كثورة على بعض الأسس التقليدية فكرة الحد من العقاب القائمة على إستبعاد الجزاءات الجنائية من مجال التطبيق أو على الأقل التقليل منها قدرالمستطاع³ ، فإلى أي مدى يمكن أن يرتبط مفهوم مبدأ الرضائية بالحد من العقاب ؟

- تعريف الحد من العقاب .

ويقصد بالحد من العقاب التحول تماما عن القانون الجنائي لصالح نظام قانوني آخر ، فيتم رفع الصفة التجريمية عن السلوك المؤثم في قانون العقوبات ، فيصبح مشروعا من الناحية الجنائية، لكنه

http://ledroitcriminele.free.fr/la_science_criminelle/penalistes/la_loi_penale/generalistes/levasseur_depenalisation.htm

1 - د. عمر سالم ، المرجع السابق ، ص 4 .

2 - أنظر تفصيل ذلك في رضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة صفحة 87 من الرسالة .

3 - Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Colly ,op cit , p 4 .

يظل غير مشروع طبقا لنظام قانوني آخر، يقرر له جزاءات ذات طبيعة غير جنائية ، غالبا ما تكون إدارية¹.

وعليه فإن الحد من العقاب لا يخرج عن كونه تخليا عن القانون الجنائي لصالح قانون آخر يصطلح على تسميته بالقانون الإداري العقابي². ويضيف البعض³ أن الحد من العقاب لا يشترط فيه الخروج تماما من دائرة القانون الجنائي ، بل يكفي فيه تخفيف الجزاء ، والتقليل من صرامته داخل نفس القانون كتخفيض العقوبة عن الحد المقرر لها قانونا .

- صور الحد من العقاب .

ويميز البعض في هذا الصدد بين نمطين من الحد من العقاب ، النمط الأول وهو الحد من العقاب الموضوعي أو المطلق والثاني هو الحد من العقاب الشخصي ، فأما الحد من العقاب الموضوعي فيتجلى في رفع الصفة التجريمية عن السلوك، وإخراجه مطلقا من دائرة السلوكات المحظورة جنائيا . ومواجهته بجزاءات ذات طبيعة أخرى وهذا هو الحد من العقاب بمفهومه الضيق.

أما الحد من العقاب الشخصي فهو نمط لا يجمع الكل على إعتبره حدا من العقاب⁴ ، كونه لا يخرج السلوك تماما من دائرة التجريم. ويكتفي بمواجهته مواجهة أقل صرامة. في حين يصر البعض على أن هناك حدا من العقاب يتحقق ولو أبقينا على السلوك وصف الجريمة . ويتأتى ذلك عن طريق مواجهة الجرم بتدابير خاصة، أو حتى عقوبات مخففة نظرا لتوافر ظروف خاصة. وهو ما يطلق عليه الحد من العقاب الشخصي⁵.

وعليه ترى اللجنة الأوروبية للمشكلات الجنائية أن الحد من العقاب يتمثل في كل أشكال التخفيض داخل النظام الجنائي، كتحويل جنائية إلى جنحة، أو جنحة إلى مخالفة، وكذلك كل

¹ - د. أمين مصطفى محمد ، قانون العقوبات الإداري ، المرجع السابق ، ص 9 .

² - المرجع نفسه ، ص 41 .

³ - Jean Pradel , droit pénal général , op cit , p 25 .

⁴ - مثل : د. أمين مصطفى محمد الذي لا يعترف سوى بالصورة الأولى من الحد من العقاب أي الحد من العقاب المطلق.

أنظر: د. أمين مصطفى محمد ، قانون العقوبات الإداري ، المرجع السابق ، ص 40 .

⁵ - Jean Pradel , droit pénal général , op cit , p 25 .

الحالات التي تحل فيها عقوبات أقل صرامة وأخف أثرا محل العقوبات السالبة للحرية كالغرامة والوضع تحت المراقبة¹.

- العلاقة بين الرضائية والحد من العقاب .

إن خروج السلوك من دائرة الحظر الجنائي ، إلى مواجهته بنظام قانوني ذا طبيعة مختلفة، يخرجنا تماما من دائرة القانون الجنائي ، وعليه حتى وإن تلى ذلك أعمال للرضائية فإنها لن تكون جنائية ، بل ستكتسي وصف وطبيعة النظام القانوني الجديد الذي سيحل محل القانون الجنائي لمواجهة السلوك الممنوع، وعليه فإن الحد من العقاب بمفهومه المطلق لا يمكن أن يتقاطع مع الرضائية.

اللهم إلا إذا إشتراط المشرع مثلا الحصول على قبول المخالف ليعامل خارج دائرة القانون الجنائي ، فتكون بذلك الرضائية شرطا لتطبيق وتفعيل نظام الحد من العقاب ، وهو أمر على فرض وجوده غير وارد عمليا . لأن المشرع عندما ينزل بالحماية القانونية لمصلحة من المصالح من الحماية الجنائية ، إلى حماية مدنية أو إدارية لا يجب أن يعتد في ذلك بإرادة الأفراد حرصا على إنتظام وإستقرار الأنظمة القانونية .

أما بالنسبة للحد من العقاب الشخصي بمفهومه آنف البيان ، نجد أن الرضائية قد تكون وسيلة لتخفيف العقوبة، أو لتغيير طبيعة الجزاء. فتكون بذلك قد حققت نوعا من الحد من العقاب الشخصي. أي أنها ترتبط بهذا الأخير إرتباط الغاية بالوسيلة ، وهذا ما يؤكد أن الرضائية أسلوب أو آلية متعددة الأهداف والنتائج .

ب- المقاربة بين الرضائية والأفكار الحديثة في المجال الجنائي الإجرائي.

إن السياسة الجنائية عندما تتطور تنعكس على القانون الجنائي في جانبه الموضوعي والإجرائي، بل إن المشاكل التي قد تظهر في جانب التجريم والعقاب ، تحدث أثرها في العملية الإجرائية كذلك، فظاهرة التضخم التشريعي الجنائي، أدت إلى تعقيد وشل فاعلية الدعوى العمومية²

¹ - د. محمد سيف النصر عبد المنعم ، بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2004 ، ص 16 .

² - د. عمر سالم ، المرجع السابق ، ص 3 / د. أسامة حسنين عبيد ، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية : ماهيته والنظم المرتبطة به ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 5 / د. إبراهيم حامد طنطاوي ، الصلح الجنائي في نطاق المادتين 18 مكررا و 18 مكررا (أ) إجراءات جنائية : دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 3 .

مما أدى بالفقه إلى محاولة إيجاد ملطفات وملينات لحدة المعاملة الشكلية للجريمة . ومن بين الأفكار التي ظهرت في هذا الصدد فكرة التحول عن الإجراء الجنائي، و فكرة خصخصة الدعوى العمومية . فإلى أي مدى يمكن أن تلتقي الرضائية في المواد الجنائية بهذين المفهومين؟ وما علاقتها بهما؟

1- الرضائية وفكرة التحول عن الإجراء الجنائي La déjudiciarisation .

للمقاربة بين مبدأ الرضائية وفكرة التحول عن الإجراء الجنائي، علينا أولاً تعريف هذه الأخيرة، وتبيان الأسس والمقومات التي تقوم عليها ، لنصل في الأخير إلى تحديد علاقتها بمبدأ الرضائية .

- تعريف التحول عن الإجراء الجنائي .

يقصد بالتحول عن الإجراء الجنائي كل وسيلة أو طريقة يستبعد بها الإجراء الجنائي العادي ويقصى من دائرة التطبيق. لتجنب صدور حكم بالإدانة ، بحيث يخضع المذنب وبموافقته لبرنامج ذا طبيعة غير جنائية ، يساعده إما على الاندماج مرة أخرى في المجتمع ، أو يحل النزاع الذي كان سببا لجريمته عن طريق الصلح أو التوفيق ، أو حتى اللجوء لوسائل العلاج الطبي والتربوي¹ . ويرى البعض² أن تفعيل هذا النظام يتم عن طريق ثلاثة أجهزة وهي : الشرطة ، النيابة العامة ، وقضاة الحكم .

فالشرطة وإستنادا إلى ماتملكه من البداية ، من سلطة في تحرير المحاضر عن الوقائع التي تصل إليها، وإخطار لوكيل الجمهورية بها، تملك على الوجه المقابل، غض الطرف عن بعض الجرائم البسيطة وقليلة الأهمية ، كتلك الواقعة نتيجة شجارات عائلية ، أو نزاعات جوارية³ ، أو تلك التي تنتهي بتصالح الجاني مع الجاني ، فتكون الشرطة ، وتجنبها مباشرة الإجراءات الجنائية المعتادة بصدد هذه الجرائم قد مارست نوعا من التحول عن الإجراء الجنائي⁴ .

¹ - د. أمين مصطفى محمد ، قانون العقوبات الإداري ، المرجع السابق ، ص 9 .

² - المرجع نفسه ، ص 51 .

³ - Anne Lemone , évolution récente dans le champ de la médiation en matière pénale : entre idéalisme et pragmatisme , revue de droit pénal et de criminologie , fevrier- mars , 2007 , p 140.

⁴ - د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم ، الأمر الجنائي : دراسة تحليلية مقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 12 . / د. خالد منير حسن شعير ، الأمر الجنائي : دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2006 ، ص

هذا عن جهاز الشرطة ، أما النيابة العامة فدورها في التحول عن الإجراء الجنائي أكبر، قد تؤديه بألية تقليدية ، وهي سلطتها في إصدار أوامر بحفظ الملف نظرا لعدم ملاءمة المتابعة الجنائية، أو بآليات أكثر حداثة أصبح القانون في كثير من الدول يمنحها إياها ، كإقتراح اللجوء إلى الوساطة، أو التسوية الجنائية، أو غيرها من الأنظمة البديلة للدعوى العمومية¹. نفس هذه السلطات قد تمنح لقاضي الحكم، الذي يستطيع في آخر مرحلة تجنب المعالجة التقليدية لبعض الجرائم وإصدار حكم بالإدانة ، عن طريق إقتراح آليات أخرى بديلة .

- مقومات اللجوء إلى التحول عن الإجراء الجنائي .

إن طرح الدعوى العمومية بإجراءاتها المعتادة ، والمضي في طريق آخر بديل ، ليست أمرا عشوائيا، بل هو خيار لا يلجؤ إليه إلا في حال توافر مقوماته، والتي يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

• ضالة الضرر أو الخطر الناجم عن الجريمة .

فالتحول عن الإجراء الجنائي لا يمكن أن يكون وسيلة لمواجهة الجرائم الخطيرة ، كالقتل ، والسرقات الموصوفة ، لأن هذه الأخيرة لا يمكن ردعها إلا برد الفعل التقليدي، وهو الدعوى العمومية المنتهية بحكم الإدانة ، والمتوجة بالعقاب، وعليه ينحصر مجال تطبيق التحول عن الإجراء الجنائي في ما يسمى بالإجرام البسيط .

• ثبوت الواقعة في حق الشخص الخاضع للإجراء².

أو على الأقل عدم إنكاره لها ، لهذا تشترط بعض الأنظمة إقرار المتهم المسبق بخطئه حتى يحظى ببدائل الدعوى العمومية ، فلا يمكن تطبيق هذا النظام على شخص يدعي البراءة ، خصوصا وأن آليات التحول عن الإجراءات الجنائي ، عادة ماتكون مبتسرة ، ومقتضبة ، وفقيرة من حيث ضمانات الدفاع³.

¹ - د. مصطفى محمد عبد المحسن ، إنقضاء الدعوى الجنائية : البدائل والمفترضات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003، ص 6 .

² - د. أمين مصطفى محمد ، قانون العقوبات الإداري ، المرجع السابق ، ص 45 .

³ - د. عبد الله خزنة كاتبي ، الإجراءات الجنائية الموجزة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1979 ، ص 16 .

• الحصول على موافقة أطراف النزاع على الإجراء البديل .

لا يمكن الخوض في إجراءات بديلة للدعوى العمومية ، إلا بعد الحصول على موافقة الأطراف المعنية بالنزاع، سواء تمثلوا في شخص المتهم وحده ، أو الضحية، أو كلاهما معا .لما في ذلك من تنازل ضمني عن الضمانات التي تكفلها الدعوى العمومية العادية¹، في سبيل تخفيف الإجراءات، والزيادة من فاعليتها، الأمر الذي لا يجب أن يكون بأي حال من الأحوال مفروضا ، أو إجباريا، بل يجب أن يكون رضائيا .

- علاقة الرضائية بفكرة التحول عن الإجراء الجنائي .

بعد أن تعرفنا على فكرة التحول عن الإجراء الجنائي ، وبيننا المقومات والأسس التي تجعلها صالحة للتطبيق ، نحاول الآن المقاربة بينها وبين مبدأ الرضائية ، لإلتماس نقاط التقارب، والتشابه. الأمر الذي تجلّى بوضوح ، وإن لم نعلن عنه في المقوم الثالث والأخير للتحول عن الإجراء الجنائي حيث أشرنا إلى أن تطبيق التحول عن الإجراء الجنائي لا يكون إلا برضا أطراف النزاع ، مما يعني أن هذا النظام نظام رضائي بإمتياز² ، و عليه يمكن القول أن التحول عن الإجراء الجنائي بآلياته المختلفة تطبيق من تطبيقات الرضائية في المواد الجنائية الإجرائية على النحو الذي سنفصل فيه لاحقا.

2- الرضائية وفكرة خصوصية الدعوى الجنائية³ la privatisation du procès pénal

من بين الأفكار التي تتقارب كثيرا مع الرضائية في المواد الجنائية ، فكرة خصوصية الدعوى الجنائية، ولن نتمكن من لمس هذا التقارب إلا بعد تحديد مفهوم خصوصية الدعوى الجنائية ، وإبراز أهم مظاهر هذه الخصوصية.

- مفهوم فكرة خصوصية الدعوى الجنائية .

من بين أهم خصائص الدعوى الجنائية أنها دعوى عمومية ، عكس الدعوى المدنية التي توصف بأنها دعوى خاصة . ولم تكتسي الدعوى الجنائية هذه الصفة في مواجهة الدعوى المدنية -

1 - د. أحمد فتحي سرور ، بدائل الدعوى الجنائية ،مجلة القانون والإقتصاد ، السنة الثالثة والخمسون ، 1984 ، ص 223 .

2 - د. أحمد محمد براك ، المرجع السابق ، ص 55 .

3 - Xavier Pin , op cit , p 246 ./André Vitu , la collaboration des personnes privées dans l'administration de la justice criminelle française , revue de science criminelle et de droit pénale comparé , 3^{eme} trimestre , 1956 ,p 158 .

التي ظلت لزمن طويل تدرج ضمنها وتعامل معاملةتها - إلا بعد أن إستقر في ذهن الفقه مفهوم الجريمة (موضوع الدعوى الجنائية) كإضطراب يمس المجتمع بأسره ، على نقيض الخطأ المدني بصوره المختلفة (موضوع الدعوى المدنية) الذي لا يمثل سوى مساسا بالمصالح الخاصة للأفراد¹.

ومن هنا إكتسبت الدعوى الجنائية خاصية العمومية التي تستمدها من سببين: الأول، طبيعة غايتها فهي تهدف إلى إشباع حاجة عامة وهي توقيع الجزاء على من خالف أوامر القانون ونواهيه السائدة في جماعة ما ، والثاني صفة صاحب الحق فيها ، وهو الدولة كشخص عام ممثل في جهاز النيابة العامة التي تباشر الدعوى الجنائية بإسم المجتمع ولحسابه². فتكون النيابة العامة بذلك وكيلة عن المجتمع في إدارة الدعوى الجنائية³، لا صاحبة الحق الأصل فيها .

لذلك فهي مقيدة كأصل عام بعدم التنازل عنها بأي شكل من الأشكال⁴. وعليه فإن عمومية الدعوى الجنائية تفترض أن تتم إدارتها وفق قواعد آمرة لا يملك أحد سلطة تغييرها، أو إلغائها لأنها من النظام العام .

ولكن تغير وتطور معطيات العدالة الجنائية ، جعل الدعوى الجنائية ، - بإرادة من المشرع، ودفع من الفقه - تتنازل شيئاً فشيئاً عن بعض مقتضيات هذه الخاصية فظهر ما يسمى بخصخصة الدعوى الجنائية ، والتي لا تعني الرجوع إلى مرحلة العدالة الجنائية الخاصة كما يرى البعض⁵، وإنما تعني الإعتراف بمساحة أكبر للأفراد من متهمين ، وضحايا ، بمنحهم حقوق إجرائية تخص الدعوى الجنائية.

¹ - Michele Laure Rassat , procédure pénale , presse universitaire de France , Vendome , 1990 , p 20 , al 07 .

² - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 21 فقرة 22 .

³ - د. محمد صالح حسين أمين ، دور النيابة العامة في الدعوى العمومية في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1980 ، ص 16 .

⁴ - د. محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ط 2 ، ص 06 .

⁵ - إذ يرى الدكتور أسامة حسنين عبيد أن الإعتداد بإرادة الجاني والمجني عليه في تحديد مصير الدعوى الجنائية يعتبر إعترافا تشريعيا بالرجوع إلى مرحلة العدالة الجنائية الخاصة. أنظر: د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 191 . وهذا غير صحيح لأن خصخصة الدعوى العمومية بما تمنحه من إمتيازات وسلطات للأفراد في التحكم في مصير الدعوى الجنائية ، لا تتجاوز حدودها الجانب الشكلي أو الإجرائي للقانون الجنائي ، أما العدالة الخاصة التي كانت سائدة قديما فكانت تعطي للمجني عليه الحق في الإنتقام من الجاني بالطريقة التي يراها مناسبة ، أي تحديد موضوع وشكل رد الفعل تجاه الجريمة وهذا ما لا يمكن الرجوع إليه أو التسليم بوجوده الآن .

- أهم مظاهر خصوصية الدعوى الجنائية .

إن خصخصة الدعوى الجنائية ، ليست فكرة دعا إليها الفقه بقدر ما هي ظاهرة كشف عنها من خلال بعض التطبيقات التشريعية، فرصد أن المشرع الجنائي يميل أكثر نحو الرجوع إلى النظام الإتهامي على حساب نظام التنقيب والتحري.¹

فتحمل الدعوى الجنائية في النظام الإتهامي نفس سمات وخصائص الدعوى المدنية فلا تتحرك إلا إذا باشرها المجني عليه، الذي يتولى بنفسه تقديم الأدلة ضد المتهم، الذي كان يظل طليقا إلى أن تثبت الجريمة في حقه، بعد أن يمارس على قدم المساواة مع المجني عليه، حقه في إثبات براءته. كما يمكن أن تنقضي الدعوى الجنائية بحل ودي يصل إليه طرفا النزاع.

وعليه فإن خصخصة الدعوى الجنائية تعني أعمال هذه المبادئ والأسس في النظام الإجرائي، ويمكن أن يتجلى ذلك في الآليات التي تمنح للأفراد الحق في التحكم في وجود الدعوى العمومية² بداية كالحق في تقديم الشكوى من المضرور ، أو حق المتهم في التصالح بدفع مبلغ من المال بدلا من تحريك الدعوى العمومية في حقه . وكذا المساهمة أحيانا في وضع حد لها كحق المضرور في سحب شكواه بعد تقديمها، أو حقه في الصفح عن المتهم مما يؤدي إلى إنقضاء الدعوى العمومية.

- علاقة الرضائية بخصوصية الدعوى الجنائية .

إن خصوصية الدعوى الجنائية مصطلح يطلق على ذلك التغير الجذري الذي مس الدعوى الجنائية، في طبيعتها وخصائصها، نحو تحويلها من دعوى عمومية إلى دعوى خاصة مثلها مثل الدعوى المدنية . وذلك بإقحام إرادة الأفراد المرتبطين بالنزاع في إدارة الدعوى المتعلقة به، والإعتداد بها لتحديد وإختيار الإجراءات المتبعة³ . وهذا المفهوم تنبني أيضا عليه الرضائية في المواد الجنائية في جانبها الشكلي . بحيث تقوم على أن تكون الإجراءات الجنائية رضائية وتفاوضية لا جبرية وقسرية . وعليه فإن خصوصية الدعوى الجنائية هي النتيجة أو الأثر المترتب على تطبيق الرضائية في مجال الدعوى الجنائية .

¹ - Françoise Alt Maes , op cit , p249 .

² - André Vitu, op cit , p 159 .

³ -Xavier pin , op cit , p247 .

ج- محاولة تحديد مفهوم مستقل للرضائية في المواد الجنائية .

حاول البعض¹ تحديد مفهوم الرضائية في المجال الجنائي الإجرائي فوجدوا أن الرضائية "le consensualisme" عبارة تتكون من الجذر "le radical" اللاتيني "consensus" الذي يعني الإتفاق "accord" ، فيشير بذلك معاني مثل التراضي consentement ، التفاوض négociation ، التسوية arrangement . وعليه فإن الرضائية إقحام لفكرة العقد في مجال الإجراءات الجنائية ليحيد بها إراديا عن مسارها المعتاد ، بهدف تفريد المعاملة الإجرائية للجرائم . لذلك تلعب الرضائية دورا هاما في أنسنة العدالة الجنائية .

وبالرغم من أن المحاولة الأولى لضبط مفهوم الرضائية مقتصرة في ربط فحواها بنطاق الإجراءات الجزائية - في حين أن المفهوم الذي نحاول الوقوف على دلالاته أوسع يشمل كل المسائل الجنائية إجرائية كانت أو موضوعية - فإنها ورغم تحديد مجال البحث فيها، لم تكن محاولة سديدة وناجعة لأنها أعطت مرادفات للمصطلح ، وحاولت ربط الرضائية بأهدافها وغاياتها . دون أن تتمكن من وضعها في حيزها المفاهيمي الصحيح .

وهنا نجد محاولة أخرى تتميز عن السابقة بأنها أكثر جرأة ، وأكثر مواجهة لمشكلة المفهوم، إذ رأى البعض² أن الرضائية مبدأ من خلاله يتمكن القضاة في المجال الجنائي، بمعية أطراف من الخواص جناة أو ضحايا من إقصاء تطبيق القواعد القانونية معتادة التطبيق.

وبالرغم من أن هذا التعريف كسابقه يقتصر على تحديد المفهوم في مجال الإجراءات الجزائية، إلا أنه تمكن من الوقوف على بعض العناصر الجوهرية للرضائية وهي : ضرورة وجود أطراف خاصة ومساهمتها في إقصاء وإبعاد القواعد القانونية الجنائية المعتادة ، وتفعيل قواعد أخرى إستثنائية .

والحقيقة أن الوصول إلى المفهوم الحقيقي لمبدأ الرضائية يعتمد على التركيز على هذه العناصر الأولية المرتبطة بالموضوع، ولكن الإستعانة بالمعنى اللغوي للفظ مهم أيضا ولا غنى عنه لإكتمال المضمون .

¹ - Jean Paul Ekeu , op cit , p 02 .

² - Jean Pradel , le consensualisme en droit pénal comparé , Dalloz, Paris , 1987 , p 57 .

وكلمة رضائية هي الترجمة العربية لكلمة "consensualisme" المتكونة من شقين: "consensus" والتي تعني: الرضا، و"isme"¹ وهي ليست لفظا مستقلا، بل تضاف دائما إلى كلمة أصلية للدلالة على أخذ منحى أو إتجاه معين، أو التأثير بفكر أو إيديولوجية معينة، كما تشير أيضا إلى وجود حالة مرصودة أو ظاهرة ملاحظة، كما تستعمل للدلالة على سلوك، أو خصوصية.

وعليه فإن هذا اللفظ عندما أطلق لأول مرة - في المجال الجنائي - كان يقصد به التعبير عن تلك الحالة أو تلك الظاهرة الدخيلة، المتمثلة في الإتجاه نحو الإعتداد برضا الخواص لإحداث أثر قانوني ذا طبيعة جنائية، بحيث يكون لهذا الرضا دور في تفعيل أو تجميد النصوص الجنائية، فبعد أن كانت هذه الأخيرة تطبق آليا جبرا وقسرا على الأشخاص، أصبحت الآن قواعد قانونية رضائية².

ولاشك أن أول حقيقة إتمسناها بعد هذا التحليل وقبل إقتراح تعريف للرضائية، هي أننا عندما نتكلم عن الرضائية في المجال الجنائي، نكون بصدد فكرة قانونية جديدة ومستقلة عن نظيرتها في القانون المدني، ضف إلى ذلك أن هذه الفكرة ليست مبدأ مسقرا له تطبيقاته، بل هي ظاهرة وحالة رصدتها الفقه الجنائي، من خلال مجموعة من الشواهد التشريعية الدالة على أن المشرع أصبح يعترف بسلطان الإرادة في المجال الجنائي.

لذلك فإن أي دراسة للرضائية في الوقت الحالي، يغلب عليها طابع التشخيص، لا العلاج، بمعنى أن قبول فكرة الرضائية كظاهرة منطلقا للبحث، سيجعلنا في المقام الأول مجبرين على رصد حدود هذه الظاهرة، وقياس مساحتها، والتعرف على الأشكال المختلفة التي تظهر فيها، للتعرف بما ستأول إليه في المستقبل. فهل هي مجرد حالات خاصة وإستثنائية يضطر المشرع إلى الإعتراف بها دون نية التوسع فيها، والتفصيل في أحكامها؟ أم أنها تطبيقات خاصة سابقة لمبدأ عام لاحق؟ فالرضائية في المجال الجنائي فكرة كشف عنها الفقه، ولم ينشئها.

¹ - Isme : du latin "Ismus", Utiliser:

1- pour former un nom correspondant à une doctrine , un dogme , une idéologie ou une théorie .

2- pour former un nom correspondant à une qualité ou un état constaté.

3- pour former un nom correspondant à un comportement, une particularité , une maladie.

voir :<http://wikitionary.org/wiki/-isme>

²- **Françoise Alt Maes** , op cit , p 250 .

وبعد هذه النتائج الأولية يمكننا تعريف الرضائية في المجال الجنائي ، بأنها مجموع الحالات التي يعتد فيها المشرع برضا الأطراف الخاصة (privées) لإحداث أثر قانوني جنائي، فبدل أن تطبق القواعد القانونية الجنائية موضوعية كانت أو إجرائية جبراً وقسراً على الأفراد ، يصبحون مخيرين فيها بين وضعين أو مركزين قانونيين أو أكثر، لا يخضعون للواحد منها إلا برضاهم.

ومن هذا التعريف نستنبط النقاط التالية :

- أن أساس الرضائية في المواد الجنائية هو مجموع الحالات الخاصة المستقلة المتضمنة في التشريع، والتي ورغم إختلافاتها، تشترك في سمة أساسية وهي إعتماؤها على الرضا ، مما يجعلها صالحة لأن تندرج تحت مبدأ واحد هو مبدأ الرضائية . المبدأ الذي سنحاول تحديد أسسه ومقوماتها، عن طريق تأصيل و تركيب الجزئيات المتعلقة بالأنظمة المرتبطة به، وردها إلى قواسمها المشتركة .

- أنه لا حديث عن الرضائية في المواد الجنائية، دون وجود نص قانوني يقوم عليها¹ ، أي أن مبدأ الشرعية الذي يقوم عليه القانون الجنائي، يفرض علينا أن لا نعترف بوجود أية فكرة ، إلا إذا كان لها سند تشريعي، فبالرغم من أن الرضائية تجمد أحيانا مفعول النص الجنائي، وتقيده ، إلا أن هذا الأخير لازم لجعلها تحدث هذا الأثر .

- إن المشرع عندما يعترف بوجود أنظمة جنائية رضائية ، لا يترك الأفراد أحرارا في خلق الأحكام التي يخضعون لها ، وإنما يجد حريتهم بضرورة الإختيار بين مراكز قانونية محددة مسبقا من طرفه .

- أن الرضائية مهما تعددت صورها، تبقى مجرد إستثناء حتمته طبيعة بعض المسائل الجنائية ، ولا يجب بأي حال من الأحوال أن تطغى على الأصل وهو التطبيق الحتمي والآلي للقواعد القانونية الرادعة .

- إن الدراسة الناجعة والفعالة للرضائية، لاتتأتى إلا بفحصها وتتبعها ضمن نظام قانوني واحد، أي تشريع بعينه ، خصوصا وأنا لازلنا في مرحلة رصد وتقصي الظاهرة . وعليه فإن اللجوء إلى المقارنة بين الأنظمة القانونية ومدى أخذها بالرضائية من عدمه يكون في مرحلة موائية وتالية، وعليه فإن إقحام المنهج المقارن الآن سيشتت البحث، وينأى به عن بلوغ مقصده .

¹ - د. محمد فوزي إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 3 .

• أن الرضائية في أبسط صورها تتجلى في ذلك الحيز الذي يعتد فيه المشرع برضا الخواص لإحداث أثر قانوني جنائي، وهذا الرضا قد يكون صادرا من شخص واحد في صورة تصرف بالإرادة المنفردة، وقد يكون وليد إتفاق بين شخصين أو أكثر وهي الصورة التعاقدية للرضائية الجنائية .

الفرع الثاني : موقف الفقه من تطبيق الرضائية في المجال الجنائي .

سبق وأن وضحنا أن الرضائية في المجال الجنائي فكرة فنية ، لم تستقر بعد بين ربوع هذا الفرع من فروع القانون . لذلك فإن المناذاة بتطبيقها بداءة أو التوسع فيها كخطوة موائية . تخلق مدا وجزرا فقهما ملحوظا بين دعاة الرضائية بإسم حرية الإرادة و أنسنة العدالة الجنائية ، وبين دعاة الشرعية و قداسة النص الجنائي . لذلك سنعرض أولا لتصور الراضين لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي بالنظر إلى العديد من المعوقات التي تقف في طريق ذلك، ثم نعرض لحجج الداعين لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي نظرا للمزايا العديدة التي تنتج عن ذلك .

أولا : الإتجاه المعارض لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي.

إن أول العقبات التي تعترض تطبيق الرضائية في الحقل الجنائي ، هي تعارضها الصريح والواضح مع العديد من الأفكار والمبادئ التي تقوم عليها فلسفة القانون الجنائي ، فلهذا الأخير أغراض و أهداف تختلف عن باقي فروع القانون الأخرى ، يحققها بخضوعه ، وإحتمائه بمجموعة من المبادئ تضمن إستقرار أحكامه . والإذعان لها من طرف الأشخاص في المجتمع . وعلى رأس هذه المبادئ مبدأ الشرعية¹ الذي يرى البعض² أنه مصدر حجج الراضين للرضائية الجنائية .

أ- تعارض الرضائية مع مبدأ الشرعية .

يعتبر مبدأ الشرعية من المبادئ القديمة القارة المهيمنة على القانون الجنائي³ ، والحقيقة أن الموازنة بينه وبين الرضائية لن تكون بأي حال من الأحوال في صالح هذه الأخيرة، فهل التعارض - الذي يزعمه الراضون لتطبيق الرضائية الجنائية - بينها وبين الشرعية، تعارض يحتم علينا إجراء تلك المفاضلة، المحسومة من البداية لصالح الشرعية ؟ أم أن هذا التعارض يمكن قبوله، فلا يؤثر على تعايش

¹ - د. عبد الوهاب حومد ، نظرات معاصرة عن إستقلالية القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 24 .

² - Jean Paul Ekeu , op cit , p 05 .

³ - د. عبد الوهاب حومد ، المرجع السابق، ص 25 .

الفكرتين في مجال واحد؟ أم هذا التعارض لا وجود له من الأساس بل كلا المفهومين مكمل للآخر؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال التعرف أولاً على ماهية مبدأ الشرعية والنتائج المترتبة عليه، ثم النظر فيما إذا كانت أحكامه بالفعل لا تدع أي مجال للاعتداد بإرادة الأفراد في المجال الجنائي .

1- مفهوم مبدأ الشرعية .

يقصد بمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات أن تتولى مهمة تحديد الجرائم وما يترتب عليها من عقوبات سلطة مختصة تتمثل عادة في السلطة التشريعية ، في حين تقتصر مهمة القضاء على تطبيق القواعد القانونية الجنائية الصادرة عنها. بالتأكد من مطابقة الوقائع المرتكبة للنموذج القانوني لجريمة من الجرائم المنصوص عليها في التشريع . فيحظر إضافة جرائم أو عقوبات جديدة لم يتضمنها نص التجريم¹.

وإذا كان المعروف على هذا المبدأ أنه يسمى بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، فأثره ونطاقه لا يقتصر على حدود هذين العنصرين إنما يشمل أيضاً تدابير الأمن ، والإجراءات الجزائية . لهذا يفضل البعض² تسميته بمبدأ الشرعية الجنائية .

ويكتسي مبدأ الشرعية أهمية بالغة نظراً لما يوفره من ضمانات للفرد والجماعة على حد سواء، فهو السياج الفعلي لحماية الحقوق والحريات الفردية³، إذ أن حصر مصادر التجريم ، والمتابعة والعقاب في القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، يمنع غيرها من السلطات قضائية كانت أو تنفيذية من الإعتداء على الأشخاص بمؤاخذتهم على سلوكات غير مجرمة، أو بعقوبات غير منصوص عليها. ضف إلى ذلك، يحقق مبدأ الشرعية بالنسبة للفرد ميزة العلم المسبق بما هو مجرم وبما هو مباح من الأفعال والإمتناعات، فيجتنب الأولى، ويأتي الثانية . فلا يفاجئ بمسؤوليته عن سلوك يجهل تجريمه، ما دام العلم به متاحاً ولو لم يعلم به فعلاً. تطبيقاً لمبدأ لا يعذر بجهل القانون. هذا عن الفرد، أما المجتمع فيستفيد من مبدأ الشرعية من خلال ما يحققه من مساواة بين أفرادها، و ضمان لإستقراره وسيادة القانون فيه⁴.

1 - د.فتح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات - القسم العام - بدون دار نشر، 2002، ص 56.

2 - المرجع نفسه ، ص 57 .

3 - د. علي محمد جعفر ، فلسفة العقاب والتصدي للجريمة ، ط 1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2004 ، ص 3 .

4 - د.فتح عبد الله الشاذلي و علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 57 .

ويتفرع عن مبدأ الشرعية نتائج ثلاثة وهي: حصر مصادر التجريم والعقاب في التشريع، إلزام القاضي بعدم الخروج على نصوص التجريم والعقاب عند تفسيرها وتطبيقها ، وأخيرا عدم رجعية قواعد التجريم والعقاب إلى الماضي.¹

2- مدى تعارض الرضائية مع مبدأ الشرعية .

يعتبر مبدأ الشرعية من المبادئ الأساسية الهامة في القانون الجنائي، وإذا كان هناك موجب للمفاضلة بينه وبين مبدأ آخر أو فكرة أخرى، فالأكيد أن الغلبة ستكون للشرعية، فهل ستقع الرضائية في حتمية التصادم مع مبدأ سيلغيتها بالتأكيد، أم أن الشرعية والرضائية فكرتان مختلفتان لكن يمكن أن تتعايشا في مجال واحد دون أن تقصي إحداها الأخرى ؟

يرى البعض² من أنصار النظرية الآلية "la thèse instrumentaliste"³ أن القانون الجنائي وسيلة أو آلة لتحقيق غرض واحد وهو التقليل والحد من الإجرام ، لذلك فإن أي جناية أو جنحة ، أو حتى مخالفة ترتكب يجب أن يطبق عليها نص التجريم بما يحتويه من عقوبات لضمان فاعلية القانون الجنائي في تحقيق وظيفته السامية .

فمبدأ الشرعية لا يقوم على قدوسية النص فقط ، وإنما على قدوسية تطبيقه أيضا إذا ما توافرت شروطه ، فالوجود النظري للقاعدة الجنائية يعني حتمية تطبيقها العملي، وفي هذا الصدد يرى الفيلسوف الألماني " إيمانويل كانت " " Emanuel Kant "⁴ أن التطبيق الفعال للقانون على كل من يخرق قواعده هو الواجب الحقيقي للسلطات القضائية ، كما يقول " هيغل " "Hegel" أن التطبيق الصارم للقاعدة القانونية هو الطريقة الوحيدة لمصالحة القانون مع ذاته ، وتحقيق العدالة . هذه الأخيرة التي تنتفي بمجرد خرق القانون وإرتكاب الجريمة ، فيأتي حكم القانون بما يحتوي عليه من عقوبات ليعيد إحياء العدالة بنفي النفي، أي نفي الجريمة التي نفت العدالة ، فيعيد إحياء هذه الأخيرة .

¹ - د. عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، ج 1 ، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004 ، ص 79 .

² - M.Van de Kerchove , symbolique et instrumentalité , stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste , mon beau souci , pour une raison pénale , université de Bruxelles , 1884 , p125 . cité dans : Jean Paul Ekeu , op cit , p 5.

³ - ibid , p 6.

⁴ - Emmanuel Kant , Métaphisique des mœurs , premiere partie , librairie générale française , Paris , 2008 , p 24 .

وعليه إذا كانت الرضائية تؤدي أحيانا إلى تعطيل النص الجنائي ، فإنها بالتأكيد تتعارض مع مبدأ الشرعية ، ومع الأهداف العملية التي يحققها، ضف إلى ذلك و إستنادا إلى فكرة العقد الإجتماعي التي جاء بها " جون جاك روسو " " Jean Jaque Rousseau " ¹، فإن كل مواطن قد أبرم عقدا مع المجتمع، تعهد فيه بإحترام قوانينه وتطبيقها ، فإذا ما أحل بهذا الإلتزام ، وإرتكب جريمة ما يتحول من متعاقد مع المجتمع إلى عدو له ، يجب عقابه . وكنتيجة لذلك إذا حرق هذا المواطن العقد الأول لا يجوز التعاقد معه مرة ثانية ، أي وبكل بساطة لا يجب أن يعتد برضاه مرة أخرى، بل يجب أن يخضع للقانون قسرا وجبرا .

ولكن ومع كل هته المقدمات الفلسفية ، التي تقود في مجملها ضمينا إلى رفض الرضائية في المجال الجنائي ، لأنها لا تتماشى ووظائفه وأغراضه ، وتؤدي إلى نتيجة خطيرة ، وهي تجميد النص الجنائي ، وشل فاعليته ، إلا أن البعض ² قد إنطلق من نفس المقدمات بحيث سلم بأن روح الشرعية يفترض أن يكون تطبيق القاعدة القانونية الجنائية آليا ، ولكن مهما تكن جاذبية المفهوم الفلسفي المثالي للشرعية ، إلا أن التمسك به صعب في مواجهة واقع إنساني و إجتماعي له ميولاته.

فيكون صاحب هذا الرأي بذلك قد فتح بابا للتوصل ولو قليلا من صرامة مبدأ الشرعية، وإعترف بضرورة مرونة تطبيق النص لا جموده، ويكون بذلك قد وضع الرضائية، والأفكار الشبيهة لها، في خانة تلك الآليات التي تتعارض مع روح الشرعية، لكن ضرورة مسaire الواقع حتمت اللجوء إليها كإستثناءات مناقضة للشرعية لكنها لا تؤثر في قيمتها مادامت مجرد إستثناءات، أي مادامت محدودة التطبيق .

وبالرغم من أن هذا الرأي يتضمن إمكانية تحقيق التعايش السلمي بين الرضائية والشرعية مادامت كلتا الفكرتين تحتفظ بجزها وحجمها الحقيقي في مواجهة الأخرى، إلا أنه ينطلق من مقدمة خطيرة، وهي إقراره بأن الرضائية نقيض للشرعية . الأمر الذي لا أراه كذلك .

فبرأي أن الرضائية قابلة للتطبيق في مجال يحتكره مبدأ الشرعية ، إذا ما خضعت بدورها لهذا المبدأ، فكما سبق وأن رأينا الرضائية في المواد الجنائية تقوم على الإعتداد بإرادة الخواص لترتيب أثر

¹ - Jean Jacques Rousseau , du contrat social , édition Gérard mairret , Paris , 2008 , p 5 .

² - Jean Paul Ekeu , op cit , p 11.

قانوني يصل أحيانا إلى تجنب القواعد القانونية الجنائية المطبقة في الوضع العادي، وإستبدالها بقواعد أخرى يتراضها الأطراف أو يرضى بها المعني¹ ، وفي كل الأحوال يكون الأثر القانوني المترتب على رضا الأفراد أثرا قانونيا ناتجا عن تطبيق قاعدة قانونية جنائية أخرى إتجهت إليها الإرادة، بدلا من قاعدة قانونية جنائية أخرى، بصدد حالة يمنح فيها القانون هذا الخيار ويعترف به.

وعليه فإن الرضائية في المجال الجنائي تخضع لمبدأ الشرعية من جانبين، الأول هو أنه لا مجال للإعتراف بوجود أية آلية رضائية جنائية موضوعية كانت، أو إجرائية إلا بوجود نص يقرها، والثاني هو أن الحكم القانوني الذي ستتجه إليه الإرادة الخاصة وترضى به، هو حكم إختياري متضمن في نص جنائي كشفت عنه الإرادة ولم تنشؤه .

وعليه يمكننا القول بأن الرضائية في المواد الجنائية ليست تمردا أو عصيانا لمبدأ الشرعية - فرضته ضرورات عملية- و إنما هي نتاج لتطور مفهوم مبدأ الشرعية ، وإتساع نطاقه ، فإذا كان القول في السابق " لا جريمة ولا عقوبة بغير نص " يمكننا الآن أن نقول إضافة على ذلك " لا رضائية بغير نص " فنكون بذلك قد منحنا القانون الجنائي مرونة هو في أمس الحاجة إليها دون أن نضحى بخصائصه الأساسية ، ومبادئه الكبرى . بل على العكس حققنا تعايشا ونتاجما صحيا بينها.

ب- تعارض الرضائية مع مبدأ المساواة .

من بين أهم الإنتقادات التي قوبلت بها بعض الأنظمة الجنائية القائمة على الرضائية، مساسها بمبدأ المساواة²، فإلى أي مدى يمكن أن يصح ذلك، وإلى أي مدى يمكن لذلك التشكيك في دستورية تطبيق الرضائية في المواد الجنائية؟ على أساس أن المساواة مبدأ دستوري ، فما تعارض معه كان غير دستوري . للإجابة عن ذلك ينبغي علينا أولا الوقوف على مفهوم مبدأ المساواة عموما وفي القانون الجنائي خصوصا ، ثم التحقيق في مسألة خرق مبدأ الرضائية لها .

¹ - د. محمد فوزي إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 16 .

² - د. فايز عايد الظفيري ، تأملات في الوساطة الجنائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية ، مجلة الحقوق ، العدد الثاني، النسخة الثالثة والثلاثون، يونيو 2005 ، الكويت ، ص 137 .

1- مفهوم مبدأ المساواة .

تعتبر المساواة من أنبل القيم الإنسانية ، التي إهتدت لها عقول البشر و إتفقت عليها، فنأدى بها المفكرون والفلاسفة منذ القدم، فأرسوا قواعدهما وكافحوا من أجل تطبيقها . وتستمد المساواة أهميتها من إرتباطها الوثيق بتنظيم المجتمع الذي لا تقوى أركانه، ولا تعزز ركائزه إلا بالمساواة بين بنيه .

ومن المجالات التي تبرز فيها قيمة المساواة جلية للعيان مجال القانون كونه مقر الحقوق، وفارض الإلتزامات ، فإذا ما تساوى الجميع أمام هذين المعطين كنا أمام المساواة الحققة . هذا ما جعل الدول تعترف بالمساواة كمبدأ يحكمها داخليا وخارجيا، وكرست ذلك في المواثيق الدولية، والدساتير . فنجد المادة 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على أن : " الناس سواء أمام القانون وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز " كما نصت المادة 14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن : " الناس جميعا سواء أمام القضاء... " هذا على الصعيد الدولي ، أما على الصعيد الوطني فنجد الدستور الجزائري يعترف بالمساواة كمقوم تقوم عليه الدولة في المادة 29 منه التي جاء فيها " كل المواطنين سواسية أمام القانون ... "

وإذا كانت المساواة أمام القانون عموما واجبة ، فإنها في نطاق القانون الجنائي على وجه الخصوص أوجب ، لأن الخروج عنها في هذا المجال الحساس أذعى إلى إستشارة الضمير الجماعي، وأقدر على هز ثقة الأفراد في العدالة الجنائية التي يعنى بها الجميع¹ . ولكن المساواة ورغم بساطة مدلولها الظاهر المتمثل في توحيد المعاملة القانونية للمتماثلين في المراكز القانونية . إلا أنها تصطدم في المجال الجنائي دائما بواقع تملؤه الإختلافات والتباينات .

فبعض الأسس التي يقوم عليها القانون الجنائي كفكرة تفريد العقاب حسب كل مجرم، وضرورة التمييز بينه وبين غيره ممن إرتكبوا نفس الجرم من حيث الظروف الشخصية والإجتماعية التي دعت له لخرق القانون . لا تهدم المبدأ وإنما تجعل له في ربوع هذا الفرع من فروع القانون معنى مميزا .

هذا ما دعى البعض² إلى رفض ذلك المفهوم الجامد للمساواة في المجال الجنائي وسموه بمساواة اللامبالاة " l'égalité d'indifference " ، ودعوا إلى إستبداله بمفهوم واقعي يأخذ في إعتباره

1 - د. فتوح عبد الله الشاذلي ، المساواة في الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1990 ، ص1

2 - د.أحمد شوقي أبو خطوة ، المساواة في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص6 .

الإختلافات المتباينة ، والمتعددة، التي تسمح بالتمايز والتفاضل بين الأفراد، والتي تعبر عن خصائص الوسط الإجتماعي، والشخصية الإنسانية معا .

فإذا كان هذا هو مفهوم المساواة في القانون الجنائي ، فإلى أي مدى يتعارض معه مبدأ الرضائية ؟

2- مدى تعارض الرضائية مع مبدأ المساواة .

رأى نزر من الفقهاء¹ في معرض نقدهم لبعض الأنظمة الجنائية القائمة على الرضائية أن هذه الأخيرة تتعارض و بوضوح مع مبدأ المساواة أمام القانون، وأن هذا التعارض يتجلى من خلال نقطتين أساسيتين. فأما الأولى فهي عدم المساواة بين مرتكبي الجرائم الخاضعين لأنظمة رضائية وغيرهم من مرتكبي الجرائم الخاضعين للأنظمة العادية أي الإجبارية . فالقانون عندما أفاد طائفة معينة من الأشخاص بمراكز قانونية يعتد فيها بإرادتهم لإحداث أثر قانوني، أو في المفاضلة والإختيار بين أحكام قانونية مختلفة، يكون قد منحهم إمتيازاً حرمت منه طائفة أخرى إرتكبوا جرائم معينة تجعلهم يخضعون للأحكام الموضوعية أو الإجرائية المعتادة، يدعون لها ولا يملكون مناقشتها .

وعليه فإن إقتصار الأنظمة الرضائية موضوعية كانت أو إجرائية على طائفة معينة من الأشخاص أيا كان معيار إختيارهم - على أساس أن الأحكام الرضائية دائماً أحكام إستثنائية تطبق على حالات محدودة - يمثل في حد ذاته خرقاً لمبدأ المساواة² .

كان هذا عن النقطة الأولى التي يركز عليها أصحاب هذا الرأي ليعيبوا الأنظمة الرضائية بعبء اللامساواة . أما النقطة الثانية التي يستندون عليها فهي عدم المساواة أمام القانون بين الخاضعين لنظام رضائي واحد ، بسبب إختلاف مواقفهم الإرادية أي إختلاف مضمون الرضا من شخص إلى آخر ، مما يخلق إختلافاً أيضاً في المراكز القانونية . ما يولد حالة لامساواة واضحة³ .

¹ - د.فتح عبد الله الشاذلي ، المساواة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 147 / د.محمد شوقي أبو خطوة ، المرجع السابق، ص 254 .

² - د.أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 169 / د. عمر سالم ، المرجع السابق، ص 41 .

³ - فيقال بأن نظامي الصلح الجنائي أو حتى صفح المجني عليه وهما نظامان رضائيان بإمتياز لا يستفيد منهما في الواقع سوى الأغنياء لأنهم يتمكنون في الأول من دفع بدل الصلح ، ويتمكنون في الثاني من الحصول على صفح المجني عن طريق إرضائه مالياً . أنظر: د.خالد منيرحسن شعير، المرجع السابق، ص 99 .

وبالرغم من أن الحجج التي يستند إليها القائلون بخرق مبدأ الرضائية لمبدأ المساواة ، تستقيم في ظاهرها منطقيًا ، إلا أنها رغم ذلك لم تلق تأييد الكافة بل فندت هي الأخرى بحجج أقوى .

فبالنسبة لكون الأنظمة الرضائية مقتصرة في تطبيقها على أشخاص معينين توافرت فيهم شروط الخضوع لها ، والقول بأن ذلك ميزة لهم لا يملكها غيرهم ، مما يشكل تمييزًا ولا مساواة، قول يتجاهل الواقع القانوني¹ ، فكثيرًا ما يلجأ المشرع الجنائي إلى معاملة بعض الطوائف معاملة خاصة، ينفردون فيها بقواعد موضوعية أو شكلية تختلف عن تلك السارية على الكافة . كالأحداث الذين يقوم قضاؤهم على مراعاة الجانب الشخصي للواقعة على حساب الجانب الموضوعي ، كما يقوم على الحد من الرسمية وتبسيط الإجراءات²، ضف إلى ذلك تخفيف جزاءاتهم مقارنة بالراشدين. كما أن هناك أنظمة كالإختبار القضائي ، ووقف التنفيذ لا يستفيد منها إلى فئات من المحكوم عليه ، ولم يقل أحد بمنافاة ذلك للمساواة .

أما بالنسبة لربط الأحكام القانونية بإرادة الأفراد ، مما يجعلها تختلف من حالة إلى أخرى بسبب مدى قبول أو رفض المعنيين للأثر القانوني المترضى عليه ، فأمر مردود عليه بأن جل الأنظمة الرضائية التي تبناها المشرع الجنائي لا تقوم على فكرة الإرادة الخاصة الخالقة والمنشئة، وإنما تقوم على فكرة الإرادة الكاشفة، بمعنى أن القانون الجنائي عندما يعترف للأفراد بالحق في إختيار أحكام قانونية دون أخرى يكون قد خيّرهم بين قاعدتين أو أكثر من القواعد القانونية المحددة مسبقًا من طرف المشرع . فيقتصر دورهم على إرتضاء واحدة يخضعون لها. لا أن يعطيهم الحق في إبتداع قواعد جديدة لم يضعها القانون .

وخلاصة القول من كل ما سبق ، أن مبدأ الرضائية في المواد الجنائية لا يتعارض مع مبدأ المساواة بل يكرسه خير تكريس . فهو يحقق مساواة مرنة واقعية لا مساواة جامدة حسابية ، تقوم على مراعاة الإختلافات والتباينات التي تقوم عليها التركيبة الإجتماعية ، والتي يعتبر إغفالها وعدم الإلتفات لها نوعًا من اللامساواة. فالمساواة بين غير المتساوين هي الظلم بعينه. فهذا المفهوم المتشدد والتقليدي

¹ - د. سر الختم عثمان إدريس ، العامة للصلح في القانون الجنائي - دراسة تأصيلية مقارنة- دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1979 ، ص 99 .

² - د. مفتاح بوبكر المطردي ، تطويع الإجراءات الجنائية لإجرام الأحداث ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، 1999 ، ص 117 .

للمساواة أمام القانون لا يتماشى مع وظيفة القانون الجنائي¹، وإتجاهاته الحديثة في التعامل مع الجريمة القائمة على تنوع رد الفعل العقابي، وتعدد أساليبه .

ج- تعارض الرضائية مع الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الجنائية .

تصطدم فكرة الإعتداد بإرادة الأفراد في المجال الجنائي ، بفكرة أخرى أكثر إستقرارا هي الطبيعة الآمرة لجل القواعد القانونية الجنائية ، وما يحتمه ذلك من الإنصياع لها والقبول بحكمها طوعا أو كرها . فهل فعلا يوجد تعارض بين الفكرتين ؟ وإن وجد فهل هو تعارض إختلاف وتكامل ، أم تعارض إقصاء؟ للإجابة على هذه التساؤلات ، ينبغي علينا أولا الوقوف على معنى الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الجنائية ، ثم النظر في مدى منافاة مبدأ الرضائية لهذه الطبيعة .

1- دلالة الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الجنائية² .

يقسم فقهاء القانون القواعد القانونية بالنظر إلى طبيعة وأهمية المصلحة موضوع العلاقة التي تنظمها، إلى قواعد آمرة وأخرى مكملة أو مقررة . فتكون القاعدة القانونية قاعدة آمرة إذا إتصلت بموضوع يتعلق بالجماعة، بالغ الأهمية لوجودها وإستمرارها. فتكتسي بذلك إلزاما لا يسمح فيه للأفراد بالإتفاق على مخالفتها. كما تكون القاعدة القانونية قاعدة مكملة إذا تعلق بمصالح خاصة للأفراد يرى القانون ترك تنظيمها لحريرتهم وفق ما يرتضونه من الأحكام، ولكنه في نفس الوقت يضع لهم هذه القواعد المكملة لإرادتهم في حال عدم وصولهم للإتفاق على حكم يخص مسألتهم الخاصة، فتكون بذلك هذه القاعدة قاعدة قانونية إحتياطية واجبة التطبيق في حال عدم وجود قاعدة إتفاقية .

وعليه فإن القواعد الآمرة هي تلك التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، فإذا حصل هذا الإتفاق فعلا كان باطلا ولا يعتد به قانونا، لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا في تنظيم نشاط أو موضوع أو علاقة قانونية على وجه معين يتفق ومصلحة المجموع . أما القواعد المكملة فهي تلك التي يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها، فهي تكمل إرادة الأفراد في تنظيم المسائل التي تتعلق بمصالحهم فيترك لهم القانون حرية تنظيمها.

1 - د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص 7 .

2 - د. جلال ثروت ، النظام القانوني الجنائي ، المرجع السابق ، ص 7 .

وقد لجأ الفقه إلى عدة معايير للترقية بين ما يعتبر قاعدة آمرة وما يعتبر قاعدة مكملة ، أهمها المعيار المعنوي القائم على فكرة النظام فكلما نظمت القاعدة القانونية مسألة تتعلق بالنظام العام أي بالمصالح الجوهرية والحيوية للمجتمع كانت قاعدة آمرة ، وكلما نظمت القاعدة مسألة تنأى عن مجال النظام العام لتعلقها بالمصالح الخاصة للأفراد كانت قاعدة مكملة¹.

وفي هذا الصدد يكاد يجمع الفقه على أن هناك توافقا حقيقيا بين القيم التي يتضمنها النظام العام و تلك التي يحميها القانون الجنائي، فالإرتباط بينهما شبه تام²، وعليه يمكن القول بأن القواعد القانونية الجنائية، قواعد آمرة بإمتياز³ لا مجال فيها لإعمال حرية الإرادة. فكيف يمكن التأسيس للرضائية في المواد الجنائية دون الإصطدام بهذه الطبيعة ؟

2- مدى تعارض الرضائية مع الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الجنائية .

إن الفصل في مدى تعارض الرضائية مع الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الجنائية يختلف بحسب ما إذا كنا نتحدث عن قانون العقوبات أم عن قانون الإجراءات الجزائية ، فالقول بأن قواعد القانون الجنائي قواعد قانونية آمرة لا يصدق بإطلاق إلا على جانبه الموضوعي، أي ما تعلق منه بالتحريم والعقاب فهنا لا مجال لإعمال الحرية ، بل يجب دائما الخضوع لأحكامه ، وكل مخالفة له أو خروج عنه ، يستتبعان توقيع العقاب تلقائيا إذا ماتوافرت شروطه⁴.

لكن ورغم ذلك نقول بأن الرضائية وما تقوم عليه من إعتداد برضا الخواص في المجال الجنائي لا تتنافى والطبيعة الآمرة لقواعد قانون العقوبات ، فالنصوص القانونية التي تعترف بالرضائية ليست قواعد مكملة يمكن الإتفاق على ما يخالفها ، وإنما هي قواعد قانونية أحكامها إختيارية ، أي أن المجال الضيق الممنوح للإرادة الخاصة يتجلى في المفاضلة و الإختيار بين حكمين أو أكثر أي مركزين قانونين أو أكثر مما يتضمنهما النص الجنائي . وذلك لا يؤثر على طبيعة هذا النوع من القواعد القانونية بل تبقى قواعد قانونية آمرة لا يملك الأفراد سوى الإنصياع لأحكامها .

1 - د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص 190 .

2 - د.محمد عيد الغريب ، المرجع السابق، ص 11 ، 12.

3 - د. جلال ثروت ، النظام القانوني الجنائي ، المرجع السابق ، ص 7 .

4 - د. محمد عيد الغريب ، المرجع السابق ، ص 12 .

هذا بالنسبة للقواعد القانونية الجنائية الموضوعية ، أما غيرها من القواعد الشكلية ففكرة النظام العام لا تسيطر عليها كلية وبالتالي لسيت في مجملها آمرة . فبالرغم من أن قانون الإجراءات الجزائية هو وسيلة تطبيق قانون العقوبات بحيث ينقل أحكامه من حالة السكون إلى حالة الحركة مما يفترض إتسامهما بنفس الطبيعة ، إلا أن إستهداف قانون الإجراءات الجزائية تحقيق مصالح غير تلك التي يتغياها قانون العقوبات جعلت قواعده ذات طبيعة مختلفة ، فإذا كانت القواعد الجنائية الموضوعية تقرر أوجه الحماية للمصالح الجوهرية في المجتمع ، فإن القواعد الجنائية الشكلية تستهدف بالإضافة إلى ذلك غاية أخرى وهي حماية الفرد وحرته¹.

وفي هته المنطقة بالتحديد يمكن لقانون الإجراءات الجنائية أن يتسم ببعض المرونة في التطبيق فيترك مكانا لإرادة الخصوم²، ويعطيها دورا في تفعيل أحكامه أو تجميدها.

ثانيا : الإتجاه المؤيد لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي .

بالرغم من الإنتقادات السابقة التي وجهت للرضائية في المواد الجنائية - والتي لم تقوى حقيقة على الصمود - إلا أن الإعتراف بها والتأسيس لها ضرورة لا بد من الخضوع لها نظرا للإمتيازات العديدة التي تحققها في الحقل الجنائي، والتي تعتبر مبررات للمناداة بإقرارها، ثم التوسعة من نطاق تطبيقها ، وقد تعددت إيجابيات تطبيق الرضائية في المواد الجنائية وتنوعت ولكنها في مجملها تدور حول أفكار ثلاثة : دور الرضائية في أنسنة العدالة الجنائية³ ، مساهمتها في إعادة الفاعلية لها ، وكذا إضفاءها للمرونة على القانون الجنائي . فهل تعتبر هذه الإعتبارات كافية للتأسيس لمبدأ الرضائية في المواد الجنائية ، في مقابلة فريق يرفض ذلك وبشدة؟ هذا ما سنحاول الكشف عنه من خلال ما يلي.

أ- الرضائية تساهم في أنسنة العدالة الجنائية .

بالرغم من أن القانون ظاهرة إنسانية في كل أبعادها، بدأ بمن ينشؤ القاعدة القانونية، وصولا إلا من تطبق عليه ، مرورا بمن يساهم ويساعد في تطبيقها ، إلا أننا وفي السنوات الأخيرة، وخاصة في مجال القانون الجنائي ، أصبحنا نشهد جملة من المطالب ينادي بها الفقهاء ، والمختصون، في

¹ - د. محمد عيد الغريب ، المرجع السابق ، ص 15 .

² - المرجع نفسه ، ص 36 .

³ - Jacques Faget , médiation et violences conjugales , champ pénal , vol 1 , 2004 .

<http://champpenal.revues.org/50>

ملتقياتهم وحلقاتهم العلمية تدور حول فكرة أنسنة العدالة الجنائية.¹ فما المقصود بأنسنة العدالة الجنائية ، وكيف تساهم الرضائية في تحقيقها .

1- المقصود بأنسنة العدالة الجنائية .

إن أنسنة العدالة الجنائية فكرة فلسفية نودي بها بعد أن تحول الإنسان من غاية وهدف للعدالة، إلى مجرد وسيلة وأداة لتحقيقها . فصحيح أن تحقيق العدالة مطلب نبيل لكن مادام ذلك في مصلحة الإنسان لا على حسابه . والحقيقة أنه ليس هناك أي تعارض بين تحقيق العدالة في مفهومها الجماعي العام، والإهتمام بمصالح الخاصة بالإنسان . فهته المعادلة لم تختل إلا بعد أن أصبح تحقيق العدالة مرهونا بأجهزة عمومية، تحتكر إجراءات التحقيق في الجرائم، ومحاكمة المجرمين، وتنفيذ الأحكام عليهم . وتقصي من حلبتها الأشخاص المعنيين بالجريمة من جناة وضحايا ، ولا تحفل بهم إلى في سبيل إبلاغهم بالصورة التي إرتأت على نحوها إقرار العدالة، أي بالأحكام التي توصلت إليها . والتي يجب عليهم الإنصياع لها طوعا أو كرها.

ولعل الأهمية البالغة التي توليها الدول لفكرة العدالة، هي التي جعلتها تخصص لها جهازا مستقلا، كبلته بترسانة من النصوص القانونية حتى لا يزيغ عن هدفه المنشود ، وكنها أغفلت جانبا مهما، وهو أن العدالة تتحقق أولا في وجدان المعنيين بالجريمة²، لتنعكس فيما بعد على المجتمع ككل، أما التركيز على تحقيق العدالة في مفهومها العام مجرد أمر يفرغها من روحها ومن جوهرها ويدعونا إلى المطالبة بما يسمى بأنسنة العدالة الجنائية، لأنها وعلى النحو السابق قد فقدت إنسانيتها وغرقت في آلية التطبيق الأعمى للقانون .

ويقصد بأنسنة العدالة الجنائية إدارتها وفق منهج يحقق مصلحة المجتمع في إعادة أمنه، وإستقراره، ومصلحة كل من المجني عليه ، والمتهم عن طريق الإهتمام بشخصياتهم ، وإقتراح الحلول المناسبة لهم . فهي بذلك تقوم على تنوع المعاملة الإجرائية والعقابية بتنوع أنماط الجرائم وإختلاف الأشخاص. كما يقصد البعض³ بأنسنة العدالة الجنائية التعويل على النزعة الإنسانية " l'humanisme " لأطراف

¹ - د. رمسيس بهنام ، علم النفس القضائي سبيل السمو بمرفق العدالة إلى مزيد من الأداء والفعالية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1998، ص 4

² - المرجع نفسه ، ص 2.

³ - Serge Charbonneau et Denis Belveau , un exemple de justice réparatrice au Québec : la médiation et les organismes de justice alternative , criminologie , vol32 , n° 1, 1999 , p 57 .

الدعوى الجنائية، من متهمين ومجني عليهم، فتظهر في الضحية من خلال ميلها إلى العفو والتسامح، وتظهر في الجاني من خلال ندمه على ما اقترفه وإستعداده لإصلاحه. ضف إلى ذلك أن أنسنة العدالة الجنائية يجب أن تفهم أيضا على أنها تطويع وتكييف الإجراءات الجزائية، والمعاملة العقابية بما يتلاءم وطبيعة وكرامة الإنسان.

2- دور الرضائية في أنسنة العدالة الجنائية.

من خلال ماسبق نجد أن أنسنة العدالة الجنائية في أبسط مفهوم لها تعني، الإقرار للأطراف الخاصة للنزاع الجنائي أي المتهم والمجني عليه، بدور في إدارة هذا النزاع للوصول به إلى حل يحقق مصلحة الطرفين، وهذا بالفعل ماتقوم عليه الرضائية عن طريق إعطاء الأفراد الحق في التراضي على ما يخضعون له من أحكام بدل أن تطبق عليهم جبرا وكرها، وهم إذ يرضون بحكم معين على حساب آخر، إلا وفيه مصلحة ومنفعة لا يحققها الطريق التقليدي العادي. وهذا هو الجانب الثاني من الدور الإنساني الذي تلعبه الرضائية في المجال الجنائي - إضافة إلى الدور الأول المتمثل في إعطاء دور للأفراد في إدارة العدالة الجنائية - وهو جعل الأحكام الجنائية أو المعاملة الجنائية تراعي المصالح المختلفة والمتعارضة أحيانا للمتهم والمجني عليه.

إذ يستفيد المتهم من الأنظمة الرضائية من عدة جوانب، فجل الأنظمة الإجرائية الرضائية تقوم إما على تفادي الدعوى العمومية مطلقا، أو على الأقل تبسيط إجراءاتها. وفي كلتا الحالتين يكون قد تفادى التكاليف الباهضة للإجراءات المطولة التي تزيد معها مصاريف تأمين الدفاع، والتنقل، ومضيعة للوقت¹، ضف إلى ذلك أنه في بعض الأنظمة التي تطبق الرضائية في مرحلة متقدمة من الإجراءات، أي قبل تحريك الدعوى العمومية وتوجيه الإتهام، أمام الشرطة مثلا، لا يحمل المخالف صفة المتهم مما يجعله يتفادى بعض الإجراءات كالتفتيش و الحبس المؤقت². اللذان يؤثران على نفسيته لما يحملانه من معاني القصر والإجبار، بالإضافة إلى تعطيله عن رعاية مصالحه،

<http://id.erudit.org/iderudit/004711ar.www.erudit.org/>

Dans le même sens voir : **Robert Cario**, la justice réstaurative :vers un nouveau modèle de justice pénale, actualité juridique pénale , 2007-2009, p 372 .

http://criminologie-univ-pau.fr/ficheintervenent_cario.htm

1 - د. خالد منير حسن شعير، المرجع السابق، ص 98 .

2 - د. سر الختم عثمان إدريس، المرجع السابق، ص 35 .

ومتابعة أشغاله ورعاية أسرته بصفة عادية. وقد أثبتت الدراسات¹ أن مجرد خضوع المتهم لإجراءات التحقيق المعتادة له من الإنعكاسات السلبية ما لا يكفي لمحوه الحكم ببراءته في الأخير.

هذا من جهة ومن جهة أخرى تقوم جل الأنظمة الإجرائية الرضائية على السرية، فيتجنب المتهم بذلك التشهير به والمساس بسمعته وإعتباره²، كما أن تطبيق الرضائية في المواد الجنائية خصوصا في الجانب الإجرائي، يدل على تجسيد نظرة جديدة لأغراض النظام العقابي، الذي لم يعد يهدف فقط إلى الردع والإيلام وإنما أصبح يتغيا هدفا أنبل وأسمى يتمثل في إصلاح الجاني³.

وهذا من أهم مظاهر أنسنة العدالة الجنائية، والذي تساهم الرضائية في تحقيق جانب كبير منه، خصوصا بصدد ما يسمى بالجرائم الصغيرة⁴ أو اليومية نظرا لتكررها في المحيط العائلي أو بين الجيران والتي يغلب عليها طابع اللامبالاة واللامسؤولية، فإن الرضائية بما تفتحه من إمكانية للتراضي بين الجاني والمجني، أو بينه وبين ممثلي الدولة، تعطي فرصة للحوار وللكشف عن دوافع إقرار الجريمة⁵ مما يساعد في إيجاد الأسلوب الأمثل لمجازاته وإصلاحه في نفس الوقت خصوصا إذا ما كانت الإجراءات الخاضع لها، أو حتى العقوبة رضائية وليست إجبارية.

كما أن فكرة ضرورة إقرار الجاني بجرمه حتى يستفيد من الأنظمة الرضائية، تقوم على فلسفة مواجهة المجرم بالجريمة، مما يبعث فيه الشعور بالندم⁶، فيحاول جبر ما سببه من أضرار

¹ - أ. نبيلة رزافي، التنظيم القانوني للحبس الإحتياطي (المؤقت) في التشريع الجزائري والمقارن، مذكرة ماجستير، جامعة الإسكندرية، 2008، ص 183 / د. عصام السيد محمد الشامي، العقوبة السالبة للحرية بين النظرية والتطبيق - دراسة نظرية وعملية للمعاملة العقابية - رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1999 ص 183 / د. طريف شوقي، الآثار النفسية للعقوبات السالبة للحرية، المركز القومي للبحوث الإجتماعية و الجنائية، قسم بحوث العقوبة، القاهرة، 1991، ص 182 / د. محمد سيف النصر عبد المنعم، بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004، ص 281.

² - د. أحمد محمد يحي محمد إسماعيل، المرجع السابق، 1975، ص 558.

³ - د. أحمد فتحي سرور، بدائل الدعوى الجنائية، المرجع السابق، ص 7.

⁴ - Julien Knoepfler, la médiation pénale dans les révisions en cours du droit fédéral suisse, revue de droit pénal et de criminologie, n°6, 2002, p 123 / Jose M.Rico, le droit de punir, criminologie, vol 19, n°1, 1986, p 123.

<http://id.erudit.org/iderudit/0177229ar>

⁵ - Arlène Gaudreault, les limites de la justice réparatrice, édition dalloz, Paris, 2005. p 7.

⁶ - Ibid, p3.

للمجتمع أو للضحية مما يبعث فيه الإحساس بالمسؤولية¹، ويكون بذلك قد خطى أول خطوة في طريق إصلاحه.

كل ما سبق كان عن اللمسة الإنسانية التي تطبع بها الرضائية العدالة الجنائية في مواجهة المتهم ، أما المجني عليه فإن أول ميزة تحققها له الأنظمة الرضائية هي الاعتراف بوجوده كطرف في النزاع ضد الجاني ، فقد ظلت الضحية ولسنوات مهمشة مقصاة²، لا يعتد برأيها ولا يلتفت إلى مطالبها على أساس أن المجني عليه الحقيقي في أية جريمة هو المجتمع فتنبو عنه النيابة العامة في المطالبة بحقه في العقاب وتنصب نفسها خصما للمتهم³.

وقد رأى البعض أن إبعاد المجني عليه عن إجراءات الدعوى العمومية من شأنه أن يزيد حالته سوءا بعد تعرضه للإعتداء عليه⁴. لذلك تثبت الدراسات⁵ في علم الضحايا سخط هذه الأخيرة على العدالة الجنائية التقليدية ، ومطالبتها بمكانة أكبر و دور أنجع في أطوارها المختلفة وهنا يأتي دور الأنظمة الرضائية لتحقيق هذا المطلب بالتعويل على إرادة المجني عليه لإتحاذ العديد من الإجراءات .

ومن الجوانب الإنسانية للأنظمة الرضائية أيضا ، مراعاتها للجانب النفسي للضحية⁶، فقد تنجح الأنظمة التقليدية في تلبية بعض الحاجات المادية للمجني عليه، ممثلا ذلك في حقه في المطالبة بالتعويض إذا كان قد مسه ضرر من الجريمة، ولكن الجانب النفسي المستتر لضحايا الإجمام لم يلقى

¹ - **Anne Jacobs et Daisy Chichoyan** , évolution du statut des parties au procès pénal , le centenaire de la revue de droit pénal et de criminologie , 2007 , p 140 .

² - **Robert Cario** , de la victime oublié à la victime sacralisé , p2 .

[http://criminologie.univ-](http://criminologie.univ-pau.fr/intervenant/Robert%20cario/victimologie/ajp_Montpellier_2009.pdf)

[pau.fr/intervenant/Robert%20cario/victimologie/ajp_Montpellier_2009.pdf](http://www.pau.fr/intervenant/Robert%20cario/victimologie/ajp_Montpellier_2009.pdf)

³ - د. عمر سالم ، المرجع السابق، ص 67 / د. عمرو العروسي ، مشاركة ضحايا الجرائم في الدعاوى الجنائية و أثره في تفعيل نظام الصلح الجنائي ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ، جامعة الإسكندرية ، عدد خاص ، 2010 ، ص 959 .

⁴ - **Leclerc** , droit des victims : nouveau droit pénal.

<http://www.ldh-toulon.net/spip-php?article1987>

⁵ - **Arlène Gaudreault** , op cit , p 3 .

⁶ - **Jo-Anne Wemmers et Katie Cyr** , justice réparatrice et les victimes d'actes criminels , les cahiers de recherche criminologique , n°37 , p 3.

حقه من الرعاية إلا مؤخرًا¹، بفتح ذلك الحيز الصغير ليعبر عن إراتدته، ويتفاوض مع الجاني ، ويطلبه بالتعويض أو حتى الاعتذار²، ليرضى بالصفح عنه ، أو التصالح معه . فيسترجع بذلك قوته وكرامته.

ب- الرضائية تعيد الفاعلية للعدالة الجنائية .

بالإضافة إلى الأثر المعنوي للأنظمة الرضائية ومساهمتها في أنسنة العدالة الجنائية ، تحقق هذه الأخيرة إعتبرات مادية نفعية أيضا³تتمثل في إعادة الفاعلية للقضاء الجنائي . فما هي الأسباب التي أدت إلى القول بعدم فاعلية العدالة الجنائية ؟ وكيف تساهم الأنظمة الرضائية في الحد من هذه المشكلة ؟

1- أسباب عدم فاعلية العدالة الجنائية .

الحقيقة أن الخوض في مشكلة عدم فاعلية العدالة الجنائية ، أمر يحتاج لمجال أوسع من هذا للإحاطة بجميع أبعاده . ولكننا مع ذلك سنحاول الإشارة لأهم أسباب المشكلة مع التركيز على أكثرها إرتباطا بالرضائية .

يرتبط الحكم على العدالة الجنائية بعدم الفاعلية والقول بأنها تمر بأزمة فعلية⁴، بالهدف الذي سعت إلى تحقيقه بجميع الوسائل، وهو الحد من الإجرام، ولكنها فشلت في بلوغه في النهاية، فبالرغم من أن الدولة أخذت على عاتقها عقاب كل من تسول له نفسه الإجتراء على أوامر القانون ونواهيه وجندت لذلك كافة الإمكانيات المادية والبشرية ، حرصا منها على ألا يفلت من قبضة العدالة أي

¹ - **Maria luisa Cesoni , Richard Rechman** , la réparation psychologique de la victime : une nouvelle fonction de la peine , revue de droit pénal et de criminologie , 85^{ème} année , février 2005, p 158 . / **Anne Lemonne** , op cit, p 157 .

² - **Susan Adler** , la presentation d'excuses relatives à une faute grave :casidération sociale psychologique et juridique , p5
<http://dalspace.library.dal.ca/dspace/bitstream/handle/10222/10273/alter%20research%20apology%20fr.pdf?sequence=4>

³ - أنظر : فايز السيد للمساوي و أشرف فايز للمساوي ، الصلح الجنائي في الجنح والمخالفات وقانون التجارة والجرائم الضريبية والجمركية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2009 ، ص 20 .

⁴- **Françoise Tulkens** , la justice négociée , document de travail du département de criminologie et de droit pénal de l'université catholique de louvain , Belgique, 1995 , p 7.
<http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/dh/document/20100316095001414.pdf>

- د.عبد الله خزنة كاتبي، المرجع السابق، ص 33.

شخص يرتكب سلوكا محظورا ولو كان بسيطا . وواصلت على هذا النحو حيث أخذت تضاعف من إستعمال ألتها العقابية ببعديها التشريعي والقضائي . فكان الأول بحرصها على تجريم كل سلوك مستجد ترى فيه وصف الجريمة¹، والثاني بحرصها على أن يلقي كل شخص ثبتت إدانته بجريمة ما العقوبة المقررة لها قانونا . وبالرغم من كل هذا فلم تنخفض نسبة الجرائم ، بل بالعكس تضاعفت معدلاتها ، مما يدل على وجود أزمة حقيقية .

ولم تفشل العدالة الجنائية في الحد من الظاهرة الإجرامية فقط، بل فشلت أيضا في التعامل الناجع مع ما يعرض عليها من وقائع ، وفقدت ثقة الجمهور فيها لما تعانیه من تباطؤ وتماطل، وتعقيد لتطبيق القانون، هذا الركود الذي يردده البعض² إلى تصاعد نسبة إرتكاب الجرائم البسيطة، وغير الخطرة بشكل كبير، خصوصا مع إغراق الدولة في التجريم ، وتضخم قوانينها العقابية ، مما يثقل كاهل السلطات القضائية بتعدد القضايا، ويجبرها على النظر فيها ومعاملتها على قدم المساواة مع الجرائم الخطرة . فصارت هذه الجرائم الصغيرة ، أشبه بحصى تعرقل دوران دواليب العدالة ، نظرا لما تتطلبه من وقت و جهد حري بهما أن يخصصا للقضايا الهامة .

ومن بين الحيل التي لجأت إليها السلطات القضائية للتقليل من عدد القضايا الجنائية غير المهمة، المبالغة في إستعمال رخصة منحها إياها القانون ، وهي حفظ تلك الملفات . فقد وصلت نسبة أوامر الحفظ التي أصدرها النواب العامون في فرنسا في سنة 1993 إلى 77% من مجموع المحاضر التي يتلقونها³. الأمر الذي أصبح يكشف عن عجز بين في جهاز العدالة ، صاحبه عدم ثقة الأفراد فيه ووصمه بعدم الفاعلية⁴.

¹ - **George levasseur** , le problème de la dépenalisation , op cit

http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/penaliste/la_loi_penale/generalites/levasseur_depénalisation.htm

² - د. عمر سالم ، المرجع السابق ، ص 29 .

³ - **Pierette Poncela** , droit de la peine , imprimerie des presses universitaire de France , 1995 , p 428.

⁴ - **Julien Knoepfler** , op cit , p 646 .

2- دور الرضائية في إعادة الفاعلية لجهاز العدالة .

رأينا فيما سبق أن السبب الرئيس لذلك الجمود الذي أصاب العدالة الجنائية ، هو إنتشار طائفة من الجرائم قليلة الخطورة ، ومتكررة الحدوث . تكدست ملفاتها في أدراج القضاة ، فألتهتهم عن النظر في الجرائم الأخطر، و أثرت على سرعة فصلهم فيما يعرض عليهم من دعاوى ، فأصبح البطء والتأجيل من سمات القضاء الجنائي الحديث .

وفي هذا الصدد نجد أن الأنظمة الرضائية في مجملها موضوعية كانت أو إجرائية، إنما تتوجه نحو هذه الطائفة البسيطة من الجرائم بالتحديد¹، فتحضنها لمعاملة أخرى غير تلك التي تخضع لها الجرائم الخطرة، فتعطي أحيانا إمكانية إباحتها إذا ما رضي بها المجني عليه ، وتعطي أحيانا أخرى فرصة التصالح عليها بين المتهم والضحية، أو بينه وبين النيابة العامة ، وتسمح في كثير من المرات بجلها بطرق بديلة للدعوى العمومية . كل هذا يدل على أن الأنظمة الرضائية أقصت تلك الجرائم البسيطة من دائرة التجريم أحيانا، ومن دائرة المعاملة الإجرائية المعتادة أحيانا أخرى، وخصصت لها مواجهة إستثنائية يغلب عليها التبسيط، والإيجاز . هذا ما جعل البعض² يسمي بعض الإجراءات الرضائية بالإجراءات الملطفة .

وعليه فإن الرضائية تعطي دفعا قويا لجهاز العدالة الجنائية³، ليس فقط في جانبه القضائي وإنما في جانبه العقابي أيضا، بحيث تساهم الأنظمة الرضائية وبشكل كبير في الحد من إكتضاض المؤسسات العقابية، بتجنيبها لعدد كبير من المتهمين النزول بين جدرانها ، فيمكن القائمين على إدارتها من تركيز جهودهم لإصلاح المجرمين الخطرين⁴ .

¹ - Françoise Tulkens, op cit , p 7 .

² - Ann Jacobs , Daisy Chichoyan , op cit , p 140 .

³ - د. عمر سالم ، المرجع السابق ، ص 62 .

⁴ - د. حمدي رجب عطية ، دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1990 ، ص 310 .

ج- الرضائية تضمن مرونة القانون الجنائي¹ .

من بين الإيجابيات التي نسبت للرضائية أيضا ، أنها تجلب إلى الحقل الجنائي لمسة من المرونة تجعل من خلالها القاعدة الجنائية المجردة ، أكثر تماسا مع الحالات الواقعية الخاصة التي تطبق عليها . ويفهم من ذلك بمفهوم المخالفة أن القوانين الجنائية التي لا تفتح مجالاً للرضائية تعاني من الجمود والإنفصال عن الواقع . فإلى أي مدى يمكن لهذا الطرح أن يصدق؟ و إن ثبت ذلك فكيف تساهم الرضائية في الحد من هذا العيب الخطير ؟

1- دلالة مشكلة جمود القانون الجنائي .

من الإنتقادات التي توجه للقوانين العقابية عموما ، قدمها وعدم مجاراتها لما يحصل في المجتمع من تطورات² ، فإذا كان القانون ابن بيئته، وصوت المجتمع الذي ينبع منه ، فإن قانون العقوبات في العديد من الدول ابن بيئة قديمة جدا³ ، وصوت لمجتمع لم يعد موجودا ، فقد رصد وجود شرح واضح بين القيم التي تحميها القوانين الجنائية ، وتلك الموجودة بالفعل في المجتمعات التي تطبق فيها.

وبالرغم من محاولات السلطة التشريعية تدارك النقائص التي يمكن أن تعترى أي قانون، وتجعله منفصلا عن المحيط المطبق فيه ، وذلك عن طريق التعديلات المتكررة . إلا أن الطريقة الشائعة في هذا المجال، أي الطريقة المثلى لجعل قانون العقوبات صالحا للزمان الذي يطبق فيه، هي تضخيم عدد نصوصه، وجعله كافيا لإستيعاب كافة صور المروق عن القانون المتصورة ، بمعنى أن تطوير قانون العقوبات يعتمد في العديد من الدول، على تطوير عنصر التجريم فيه⁴ ، دون إعادة النظر في عناصر أهم على رأسها الإباحة . وهذا ما جعل القوانين العقابية كبيرة الحجم ، قليلة الفاعلية .

ويلاحظ في هذا الصدد، تلك الهوة الكبيرة الموجودة بين الأعراف السائدة في مجتمع من المجتمعات، والقوانين المكتوبة المطبقة فيه، ويظهر هذا المشكل بوضوح في قانون العقوبات كونه لا

¹ - أو كما يعبر عن ذلك الدكتور جون بول إيكو (Jean Paul Ekeu) الرضائية كعامل مصالحة للقانون مع العرف

" le consensualisme comme facteur de réconciliation de la loi avec la coutume"

Voir : -Jean Paul Ekeu , op cit , p 12 .

² - Ibid , p 11 .

³ - إذ يرجع صدور قانون العقوبات الفرنسي الحالي لسنة 1810 .

⁴ - Françoise Tulkens, op cit , p 7 .

يعترف بالعرف كمصدر من مصادره، بل يحصر مصادر أحكامه في التشريع . فإذا انفصل ذلك التشريع عن العرف ، لا مجال لتدارك ذلك . هذا ما يجعلنا نصرح بأن النصوص الجنائية تحتاج إلى نفس جديد، ومرونة أكثر . ترفع عنها ذلك الجمود الواضح الذي إعتراها .

2- دور الرضائية في معالجة جمود القانون الجنائي .

إن وظيفة القانون الجنائي عموماً هي رعاية المصالح و القيم الأكثر أهمية في المجتمع ، فيضطلع في ذلك بوسائل القهر والجبر ، الردع والمنع . ليوفر لها أكبر قدر ممكن من الحماية على نحو يكافئ قيمتها في المجتمع ، فحقوق أساسية كالحق في الحياة ، والحق في السلامة البدنية، والحق في الملكية والحق في الشرف والإعتبار . حقوق جوهرية لا يمكن صد الإعتداء عنها إلا بتدخل القانون الجنائي .

والحقيقة أن مشكلة جمود النصوص الجنائية، ما كانت لتطرح لو أن قيمة تلك الحقوق ومضمونها بقيا كما كانا عليه وقت إستحداث النص التجريمي، ولكن الواقع غير ذلك . فما كان حقاً مقدساً لدى الأفراد يعتزون بحماية الدولة له، أصبح الآن حقاً لا يرى الأفراد غظاظه في التنازل عنه، بل علت المطالب للإعتراف بالحق في التنازل عنه .

فحماية الحق في الحياة ، كان يترتب عليها تجريم كل صور المساس بحياة الشخص من طرف الغير بل حتى من طرف نفسه ، لكن فكرة القتل الرحيم القائمة على أساس الحق في الموت كمرادف للحق في الحياة ، وإعتراف بعض الدول بإباحة قتل الأشخاص المرضى المعانين والميؤوس من شفائهم، إذا ما طلبوا ذلك أو رضوا به بشروط تختلف من تشريع لآخر ، أصبح يدل على أن مفهوم ومضمون الحق في الحياة قد تغير و أصبح يفتح على بعد آخر هو الحق في الموت .

أي أن الحياة البشرية لا يجب أن تحمي على إطلاقها، وإنما نوع الحماية ودرجتها مرتبطان بنوعية هذه الحياة. و هذا ما أصبح يطلق عليه الحق في الحياة بكرامة، وتحديد ما إذا كانت هذه الحياة كريمة، تولى جميع أوجه الحماية والرعاية ، أم على العكس، فقد فيها الإنسان كرامته الإنسانية، مما جعله يطالب بالحق في الموت. أمر لا تحدده النصوص مسبقاً بل يجب أن يعزى بتحديدته إلى إرادة المعني .

وهنا يبرز دور التعويل على إرادة المجني عليه لبسط الحماية الجنائية على حق من حقوقه ، أو على النقيض طرحها وإسقاطها ، في خلق مرونة في تطبيق النص الجنائي، فلا يطبق هذا الأخير آليا بصفة جامدة ، إنما يطبق كلما كان في تطبيقه فاعلية يقدرها صاحب الحق .

كان الحق في الحياة أول مثال دال على تغير مفهوم بعض الحقوق، وتبدل مضمونها، ويستشهد البعض¹ بحق آخر يجب إعادة النظر في وجهه، وحجم الحماية الجنائية المقررة له. وهو الحق في الملكية. إذ يستفهم البعض² في إستهزاء كيف يمكن أن نطبق نصوص جريمة السرقة على من يسرق قلما؟

وأمام هذا هذا الإنفصال الجلي بين منطق النص الجنائي، ومنطق الواقع أرى أن ذلك لا يمكن أن يبرر التضحية بحماية حق الملكية و لو في أبسط صوره ، ولكن على الأقل يجب تنويع أوجه الحماية وفق سلم يأخذ في عين الإعتبار قيمة الشيء المملوك مطلقا وذلك من الناحية الموضوعية، وقيمة الشيء عند مالكه من الناحية الإجرائية .

فالأخذ بالقيمة المطلقة أو الموضوعية للشيء من الناحية الموضوعية ، يعني الإعتداد بها عند التجريم والعقاب وحتى هنا يمكن الإعتداد برضا صاحبه بالإعتداء عليه كسبب مبيح إذا كان غير ذا قيمة في المجتمع . أما الأخذ بقيمة الشيء عند صاحبه، أو بقيمته الشخصية، فيعول عليه من الناحية الإجرائية ، فقد يكون الشيء المسروق ذا قيمة موضوعية مرتفعة مما يعني الحفاظ على الحماية القانونية الموضوعية المقررة له ، والإلتفات عن إرادة صاحبه ، حماية للطابع الإجتماعي للحق المعتدى عليه، لكن ذلك لا يمنع من التعويل على إرادته لمعرفة مدى جدوى التمسك بالإجراءات العادية للدعوى الجنائية، أم اللجوء للإجراءات الرضائية البديلة، التي ستمكن صاحب الحق المعتدى عليه، من إسترجاع حقه بإجراءات أكثر سرعة وفاعلية ، ولما لا التنازل عنه مطلقا ، إذا كانت تربطه بالجاني علاقة قيمتها في نظره أعلى من قيمة الحق المعتدى عليه، إستنادا إلى فكرة القيمة الشخصية للحق³ .

وعليه نجد أن المزج بين فاعلية النص الجنائي في التدخل لحماية المصالح المعتبرة في المجتمع وإمكانية إسقاط هذه الحماية، وتغيير مضمونها بناء على إرادة صاحب المصلحة أو الحق ، يضمن للنص الجنائي مرونته ، وتوافقه مع إرادة من أقر لمصلحته .

¹ - Jean Paul Ekeu , op cit , p 11 .

² - Jean Pradel , procedure penal , op cit , p 86 .

³ - Jean Paul Ekeu , op cit , p 11 .

المطلب الثاني: أسس وأحكام تطبيق الرضائية في المجال الجنائي .

بعد أن إنتهينا في المطلب الأول من الوقوف على مفهوم الرضائية في المجال الجنائي، وعرض موقف الفقه الجنائي من تطبيقها في هذا الفرع من فروع القانون . نحاول الآن في مطلب ثان التوصل إلى الأحكام العامة لتطبيق الرضائية الجنائية ، فإذا كانت الرضائية في أبسط مفهوم لها الإعتداد برضا الخواص لإحداث أثر قانوني ذا طبيعة جنائية ، فما هي جملة القواعد المنظمة لكيفيات وظروف وشروط التعبير عن هذا الرضا .

ولكننا لن نخوض في البحث عن الأحكام العامة لتطبيق الرضائية في المواد الجنائية، إلا بعد البحث بداءة عن الأساس الفقهي الذي نستند عليه في تطبيق الرضائية ، ونبرر على أساسه إعتراف المشرع بإمكانية تشارك الدولة مع الأفراد في إدارة العدالة الجنائية في أي جانب من جوانبها . أي البحث أولاً عن أساس تطبيق الرضائية ، يلي ذلك تبيان الأحكام العامة لهذا التطبيق .

الفرع الأول : الأساس الفقهي لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي .

إن البحث عن الأساس الفقهي لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي، يعني بصيغة أخرى البحث عن أساس تشارك الدولة مع الأفراد في مظهر من أهم مظاهر ممارستها لسيادتها، وهو إدارة العدالة الجنائية، فكيف نبرر نظرياً لا عملياً¹، تنازل الدولة عن جزء من إمتيازاتها الحصرية للأفراد. بمنحهم الحق في أعمال أو إغفال أحكام قانونية تتعلق بالجريمة والعقاب ، المجال الذي إستأثرت بتنظيمه لسنوات. وللإجابة عن هذا التساؤل المتعلق بإيجاد تفسير لإعتداد الدولة بإرادة الأفراد في مجال خطير وهو العدالة الجنائية ، ومساهماتهم معها في إدارتها، ينبغي علينا أولاً تفسير الصورة النقيضة لذلك، والتي تعتبر الأصل وهي إستئثار الدولة بإدارة العدالة الجنائية ، وإقصاء الإرادة الخاصة من مجالها² .

أولاً: أساس إستئثار الدولة بإدارة العدالة الجنائية .

يرتبط إستئثار الدولة بإدارة العدالة الجنائية ، بإستئثارها أيضاً بملكية الحق في العقاب . وإن كان هذا الأخير لم ينشأ حقاً عاماً ، وإنما آل إلى التبعية الحصرية للدولة بعد مراحل تاريخية، إلا أنه من

¹ - لأن التبرير العملي للرضائية يتجلى في مجموع المزايا المادية التي توفرها ، والتي سبق العرض لها كحجج يؤيد بها مناصرو الرضائية موقفهم .إرجع ص28 من الرسالة .

ولكن التبرير النظري أو الفلسفي لتطبيق الرضائية يتجاوز ويترفع عما تتيحه من مزايا عملية ، ليبحت عن دعامة فكرية تصلح سنداً فقهيها لهذه الفكرة.

² - د. رمزي رياض عوض ، مدنية العقوبة جدل حول التدخل الحكومي لمنع الجريمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص60 .

أخطر الحقوق التي تملكها الدولة في مواجهة الأفراد¹. فمجرد ارتكاب أي جريمة ينشأ هذا الحق للدولة²، التي تسعى لإستيفائه بكل ما تملكه من أساليب القهر والجبر، وتقييد للحقوق والحريات، أو إعدام لها. ملتفتة في ذلك عن موقف الجاني الذي يسمى بالطرف السلي في الرابطة العقابية³، بل حتى عن موقف المجني عليه.

وإن كان التعرّيج على دور التطور التاريخي في تحويل العدالة الجنائية من خاصة أي مدارة من طرف الأفراد، إلى عامة أي مملوكة للدولة، أمرًا هامًا إلا أن الذي يعيننا هنا هو الأساس الفلسفي لهذا التحول، لا حقيقة التحول نفسها التي تعتبر من مسلمات تاريخ القانون الجنائي⁴، فعلى أي أساس تنازل الأفراد عن إدارة العدالة الجنائية لصالح الدولة، وما سند إستئثارها بذلك؟

أ - الأساس الديني⁵.

ويرتبط الأساس الديني لإستئثار الدولة بإدارة العدالة الجنائية، بتأصيل نشأة الدولة، ورد مصدر السلطة فيها إلى الدين، فالدولة كغيرها من الظواهر الطبيعية، والإجتماعية من خلق إله الكون. الذي أوجد تلك المنظومة الإنسانية، وإختار لها ملوكا ليسيروها، ومدهم في ذلك بقبس من روحه. فيتحتّم على الأفراد طاعتهم و الإذعان لرغباتهم، والإنصياع لأوامرهم. لأن في ذلك إرضاء لله⁶. ولأن الجرائم والعقوبات من الأمور التي يعنى الدين بتنظيمها، فإن الدولة ممثلة في الحاكم، أو الملك، أو الخليفة تتولى بنفسها تطبيق الأحكام المتعلقة بها بصرامة، ودون إتفات لإرادة الأفراد.

وقد ساد الأساس الديني لتبرير إستعمال الدولة لسلطتها في مواجهة الأفراد خلال القرنين السابع عشر، والثامن عشر⁷، فإتسمت العدالة الجنائية آنذاك بالشدة والقسوة، لأن الغاية من وراء

¹ - د. علي راشد، مبادئ القانون الجنائي، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1957، ص 1، فقرة 1.

² - د. عبد الفتاح الصيغي، حق الدولة في العقاب، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1985، ص 130، فقرة 63.

³ - المرجع نفسه، ص 132، فقرة 63.

⁴ - Gaston Stéfani , Géorges levasseur et Bernard Bouloc , procédure pénale , Dalloz , Paris , 1981 , p 62 , al 54 .

⁵ - وقد وطأ الأساس الديني العديد من النظريات المفسرة لأصل سلطة الدولة كمنظومة تأليه الحاكم، نظرية الحق الإلهي المباشر، ونظرية الحق الإلهي غير المباشر. أنظر في تفصيل ذلك: د. محمد طه بدوي و مصطفى زيد أبو فهمي، النظريات السياسية و نظم الحكم الحديثة، دار المعارف، القاهرة، 1959، ص 39.

⁶ - د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية، نخضة مصر، القاهرة، 1967، ص 74.

⁷ - المرجع نفسه، ص 74.

أحكامها كانت إشباع شهوة الحاكم في الإنتقام من أعداء سلطته¹، أي أن أساس العدالة الجنائية كان سياسيا لا دينيا². وحتى وإن كان الدين هو المرجع لإستئثار الدولة بإدارة العدالة ، فإن ذلك سيؤدي إلى تعسفها وسطوتها في إستعمال حقها في العقاب ، ضف إلى ذلك أن إسناد إدارة العدالة الجنائية من طرف الدولة إلى أساس ديني يجعلنا ننطلق من أساس غيبي غير واقعي³.

ب- الأساس العقدي .

ونقطة البدء في تبرير إستئثار إدارة الدولة للعدالة الجنائية إستنادا إلى الأساس العقدي، هي أن جميع السلطات في المجتمع بما في ذلك سلطة القضاء كانت في الأصل ملكا للأفراد⁴، ويرجع السبب في تنازلهم عنها لصالح الدولة . أن الحياة البشرية البدائية كانت مليئة بالصراعات والحروب، وخضعت فيها علاقات الأفراد لقانون الغاب ، فالناس ميالون بطبعهم إلى التنازع و التناحر والفتك ببعضهم بعض⁵، لكن رغبتهم في تخلص أنفسهم من أغلال هذه الحياة البدائية جعلتهم يبحثون عن وسيلة تجنبهم مزلق رغباتهم ، وتقيهم شرور أنفسهم فخلصوا إلى فكرة قوامها إبرام عقد⁶ يتنازلون فيه عن حرياتهم الطبيعية لسلطة تخيفهم جميعا ، قادرة لا تقاوم ، ومسلحة بكل أجهزة العقاب لردع الخارجين عن نظام الجماعة. وهكذا إكتسبت الدولة سلطة إدارة العدالة الجنائية من بين مجموع الحقوق المتنازل عنها من الأفراد والتي من بينها الحق في الإنتقام .

ودون الخوض في تفصيل أوجه النقد التي تعرضت لها هذه النظرية لكونها مجرد فكرة خيالية تبعد كل البعد عن الحقيقة العلمية ، فالتاريخ لم يسجل أبدا أن الناس اجتمعوا وتعاقدوا على إقامة نظام سياسي في شكل دولة⁷. فإنه حتى مع إفتراض صحة هذه النظرية ، وصدق مزعم أن الأفراد تنازلوا عن حقوقهم للدولة ، مقابل حمايتها لهم. إلا أن التاريخ يفند وجود الحق في الإنتقام الشخصي

¹ - د. فوزية عبد الستار ، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1972 ، ص 213 .

² - د. محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1913 . ص 42 .

³ - د. محمد كامل ليلة ، المرجع السابق ، ص 78 .

⁴ - د. محمد طه بدوي و د. مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع السابق ، ص 38 .

⁵ - Jean Jaques Rousseau , op cit , p 48 .

⁶ - Ibid , p 53 .

⁷ - Etane Yombo , Rousseau : le contrat social en question , l'aval théologique et philosophique , vol 55 , n°3, 1999 , p481 .

Article disponible sur : <http://id.erudit.org/iderudit/401257ar>

ضمن طائفة الحقوق المتنازل عنها . لأنه حتى مع قيام كيان الدولة ظل الأفراد فيها يتمتعون لفترة معتبرة بحقهم في الإقتصاص ممن يجني عليهم . وعليه فإن الدولة إستأثرت بإدارة العدالة الجنائية إستنادا على أساس آخر .

ج- الأساس التاريخي .

يرى أنصار هذا الطرح أن الدولة لم تكتسب مجموع السلطات التي تحتكرها في مواجهة الشعب، دفعة واحدة . بل إكتسبتها مرورا بمراحل إجتماعية طويلة¹ . و لأن الدولة كيان إجتماعي فإن مدلولها ووظيفتها، وما تملكه من إمتيازات يختلف من مجتمع إلى آخر. ويتأثر بدرجة تطور الشعوب ، ومستواهم الحضاري² . لذلك لا يمكن إسناد تحول العدالة الجنائية من ملك للأفراد إلى ملك للدولة لأساس آخر غير فكرة التطور التاريخي.

ويتضح من هذا الطرح البسيط الذي لقي قبولا كبيرا لدى الفقه³، أن الدولة لم تستأثر بالعدالة الجنائية دفعة واحدة وإنما على مراحل سجلها التاريخ . فتنازل الأفراد عن حقهم في الإنتقام الفردي أو الجماعي تم بصفة تدريجية . إذ ساهمت الدولة بداية في الحد من تعسف الأفراد في استعماله ، حين قيدته بشرط التماثل أي أن تكون العقوبة معادلة في ألمها للجريمة المرتكبة ، كما شجعت الدولة أيضا نظام الدية التي تجنب الجاني القصاص إذا ما دفع مبلغا من المال للمجني عليه⁴، وقد كان كان نظام الدية إختياريا للخصوم في بادئ الأمر ،ولكن الدولة تدخلت مرة ثانية وجعلته نظاما إجباريا لا يحق للخصوم رفضه واللجوء إلى الإنتقام⁵ .

ثم ما لبثت الدولة أن أدركت أن إرتكاب بعض الجرائم لا يمس شخص المجني عليه فقط و إنما يتجاوز له ليحدث ضررا بالنظام الإجتماعي ككل. وتعتبر هذه اللحظة نقطة تحول هامة في تاريخ الجريمة والعقاب . فلم تعد العقوبة تستهدف إرضاء شعور المجني عليه، وإنما إزالة الضرر الذي أحدثته

1 - د. محمد كامل ليلة ، المرجع السابق ، ص 97 .

2 - د. محمد أنس قاسم جعفر ، المرجع السابق ، ص 22 .

3 - د. محمد كامل ليلة ، المرجع السابق ، ص 97 .

4 - Philippe Conte , Patrick Maistre du Chmbon , droit pénal général , 3^{eme} edition , dalloz , Paris , 1998 , p 4 , al 12 .

5 - د. علي راشد ، المرجع السابق ، ص 21 ، فقرة 25 .

الجريمة بالمجتمع ككل . فصارت العقوبة توقع من طرف السلطة العامة بإسم الجماعة ولصالحها بدلا من الأفراد¹.

وقد تولت الدولة العقاب من قبل على بعض الجرائم الماسة بشخص الحاكم أو أمين الدولة وهي ما كان يعرف بالجرائم العامة ، ولكن سرعان ما إتسعت دائرة هذه الجرائم وكان ذلك في إطار محاولة الدولة القضاء على نظام العدالة الخاصة الذي كان يتعارض مع سلطاتها ويتنافى مع سيادتها فلم تترك الدولة فرصة إلا وإنتهزتها لتضيف إلى قائمة الجرائم العامة جرائم أخرى عادية حتى قضت نهائيا على نظام العقاب الخاص ، وإنتهت إلى مباشرة حقها كاملا في إدارة العدالة الجنائية²

ثانيا: أساس تشارك الدولة مع الأفراد في إدارة العدالة الجنائية .

إذا كانت الرضائية في المجال الجنائي مفهوما جديدا ، فإن إرهاباتها الأولى ليست بهذه الحداثة فلطالما كانت الدولة تفتح المجال ولو ضيقا أمام الأفراد ليشاركوها في إدارة العدالة الجنائية. وكأن ذلك أمر حتمي تقتضيه طبيعة النظام القانوني الجنائي . هذا ما دعى إلى رد ذلك لطبيعة العلاقات التي يعنى بتنظيمها القانون الجنائي .

أ- وجود جرائم عامة وأخرى خاصة .

من بين الأسانيد التي أسس عليها إقحام الإرادة الخاصة في إدارة العدالة الجنائية فكرة الجرائم الخاصة التي كانت شائعة في التشريعات القديمة. حيث كانت هذه الأخيرة تقسم الجرائم إلى طائفتين: تعرف الأولى بالجرائم العامة وهي تلك الإعتداءات الخطيرة والجسيمة التي تقع مساسا بأمن الدولة أو الملك، أو بالقداسة الواجبة للأديان، أو حتى بفرد من الأفراد لكنها تهدد الأمن العام . أما الطائفة الثانية فهي طائفة الجرائم الخاصة التي تصيب بالضرر، أو تهدد بالخطر أحد الأفراد في شخصه أو ماله دون أن يظهر فيها جانب الإعتداء على المصلحة العامة³.

ومن بين التشريعات القديمة التي أخذت بهذه التفرقة ، القانون الأثيني⁴ ، وكذا القانون الروماني الذي كان يعتبر فيه من قبيل الجرائم العامة : جريمة الخيانة العظمى الواقعة ضد روما، والهرب أثناء

¹ - د. عبد الوهاب حومد ، نظرات معاصرة عن إستقلالية القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 19

² - د. علي راشد ، المرجع السابق ، ص 23 ، فقرة 29 .

³ - د. محمد محمود سعيد ، حق الجنى عليه في تحريك الدعوى العمومية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1982 ، ص 29 .

⁴ - د. عبد المجيد حفناوي ، المرجع السابق ، ص 378 .

الحرب، والإعتداء على الديانات و الحريق والقتل¹، أما الجرائم الخاصة وفقا لهذا القانون فكانت تتمثل في جرائم الإعتداء على الأفراد التي لا تصل إلى حد القتل، والسراقات والإضرار بمال الغير، والإكراه، والتهديد، والغش، وهتك العرض، والسب، والقذف².

وقد كان لهذه التفرقة أثرها على طبيعة الدعوى. حيث كانت الدعاوى المتعلقة بالجرائم الخاصة حقا خالصا للمجني عليه يستطيع أن يتصالح عليه، أو أن يتنازل عنه³. لأن الهدف الأساسي من وراء رفع المجني عليه لدعواه في هذه الجرائم هو الحصول على تعويض عما أصابه من ضرر بسبب الجريمة، التي كانت تعتبر مجرد خطأ مدني. لذا لم يكن لهذه الدعاوى الجنائية طبيعة خاصة تميزها عن باقي الدعاوى المدنية⁴. وعلى عكس ذلك كانت دعاوى الجرائم العامة كانت تحتكر الدولة سلطة رفعها ومتابعتها.

وإعمال فكرة التمييز بين الجرائم العامة والخاصة لتبرير إشراك الأفراد مع الدولة في إدارة العدالة الجنائية لم يلق قبولا كبيرا فقد رفضه البعض⁵ على أساس أن الفكر القانوني المعاصر إستقر على اعتبار الجريمة عدوانا على المجتمع بأسره، ولو كان ضررها المباشر قاصرا على فرد بعينه⁶. وعليه ينبغي على الدولة وفي سبيل إزالة هذا العدوان العام، وإزالة الإضطراب الذي مس المجتمع من جرائمه، محاكمة المتسبب فيه دون التقيد بإرادة المجني عليه، أو غيره من الأفراد.

وعليه فإن فكرة التمييز بين الجرائم العامة والخاصة لا تقدم تبريرا لتشارك الدولة مع الأفراد في إدارة العدالة الجنائية في ظل التشريعات الجنائية المعاصرة التي تعتبر فيها الدعوى الجنائية حقا للدولة تمارسه بواسطة النيابة العامة لإقتضاء حقها الموضوعي في العقاب⁷.

¹ - د. عبد الغني الرويمض، تاريخ النظم القانونية، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 2004، ص 279.

² - د. علي يدوي، مبادئ القانون الروماني، الجزء الاول في الأشخاص والأموال والإلتزامات، 1936، ص 166.

³ - د. محمد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - د. عبد المجيد حفناوي، المرجع السابق، ص 299.

⁵ - د. سر الختم عثمان إدريس، المرجع السابق، ص 263.

⁶ - Philippe Conte , Patrick Maistre du Chambon , op cit , p5 .

⁷ - د. طه أحمد محمد عبد العليم، المرجع السابق، ص 101، فقرة 58.

ب- الموازنة بين المصالح العامة والخاصة .

أساس هذا الرأي أن العدالة الجنائية قائمة على الموازنة بين المصالح التي أضرت بها الجريمة وترجيح إحداها على الأخرى . إما مصلحة المجتمع العامة في الإقتصاص من الجاني، وإما المصالح الخاصة للأفراد في إيجاد حلول بديلة ومغايرة للحلول القانونية المعتادة. فالمشرع عندما يميز مثلا التصالح بين الجاني و الجني عليه بصدد بعض الجرائم يكون قد قدر ضآلة المصلحة الإجتماعية من عقاب الجاني لأن هذه الجرائم لا تصيب المجتمع بضرر كبير . وعلى هذا فإن الدولة تضحي بحقها في العقاب، مراعاة منها لإرادة الجني عليه الذي وقع عليه الضرر الأكبر من الجريمة فترجح مصلحة هذا الأخير على المصلحة العامة.

وعلى عكس الرأي الذي يفسر تشارك الأفراد مع الدولة في إدارة العدالة الجنائية بوجود جرائم عامة تختص بها الدولة ، وأخرى خاصة يختص بها الأفراد ، فإن هذه النظرية تسلم ابتداء بأن الجرائم وحتى تلك التي يظهر ضررها بصفة مباشرة على الجني عليه تتضمن في نفس الوقت إعتداء على المجتمع ، وإخلالا بأمنه وإستقراره يستوجب تدخل الدولة لإعادة الأمور إلى نصابها، لكنها مقيدة في ذلك بإرادة الأفراد الذين يعتبر ضررهم من الجريمة أشد وأبلغ . فيمنح الجني عليه حق تقدير ما إذا كانت مصلحته تقتضي معاقبة الجاني أم لا¹. فإن هو رأى ذلك ترك الدولة حرة في اقتضاء حقها في العقاب ، وإن رأى العكس بأن قدر أنه سيضار من عقاب الجاني، أو في أقل تقدير لن يستفيد من ذلك، يمكنه أن يمنع الدولة من اقتضاء حقها في العقاب عن طريق إبرام صلح مع المتهم .

وقد قيل كذلك في هذا الصدد أن الدولة عندما تفتح الباب أمام الأفراد من جناة ومجني عليهم ، تعطيم دورا في توجيه العدالة الجنائية ، إنما يكون عندما تقدر أن تدخلها و استعمالها لحقها في العقاب في بعض الأحوال يكون عقيما ، وبلا جدوى . خصوصا إذا كان الجني عليه يرفض ذلك نظرا للعلاقة التي تربطه بالجاني فيفضل تسوية النزاع وديا بينه وبين المتهم ، فيلجأ أحيانا إلى التستر عليه ويحجم عن مساعدة الدولة في بحثها عن الحقيقة . أو حتى إذا كان ما ستجنيه الدولة من نفع من وراء عقاب المتهم قليلا جدا، إذا ما قورن بما ستتكبده من خسائر في الوقت والمال إذا ما

¹ - د. سر الختم عثمان إدريس ، المرجع السابق ، ص 102 .

أصرت على إقتضاء حقها في العقاب . وعليه يكون من غير الملائم في هذه الحالات أن تبادر الدولة لإقتضاء حقها في العقاب ، ما لم يطلب منها المجني عليه ذلك¹.

ولكن إذا كان هذا الطرح يصدق لتبرير تقييد حق الدولة في العقاب بإرادة الأفراد من حيث وجوده، وهذا ما تحققه بعض الأنظمة كالشكوى ، فإنها لا تبرر سقوطه بعد وجوده كحالة الصلح الذي قد يتم في آخر مرحلة من مراحل الدعوى بعد أن تكون الدولة قد بذلت ما يمكن من جهد ومال في سبيل تحقيق الدعوى ومحاكمة المتهم .

وعليه فإن هذا القول إن نجح في تفسير تدخل الأفراد بداية لإدارة العدالة الجنائية في الحالات التي تغلب فيها مصالحهم الخاصة على المصلحة العامة للمجتمع ، فإنه يعجز عن تفسير منح الأفراد مكنة التدخل في المراحل الأخيرة من النزاع بعد أن تكون الدولة قد بذلت ما يبذل في سبيل إقتضاء حقها في العقاب .

ج- تكريس الجانب المعنوي والإنساني للعدالة الجنائية .

يرى البعض² أن هناك بعض الجرائم، تنتفي معها علة تدخل الدولة بما تملكه من وسائل القهر والجبر ، وتتطلب طبيعتها منح المتهم بإرتكابها ، أو المجني عليه فيها، الكلمة الفيصل في تحديد كيفية التعامل معها .

ويظهر ذلك بوضوح مع المجني عليه الذي كثيرا ما لا يكفي ليشعر بالعدالة منحه تعويضا عما أصابه من ضرر جراء الجريمة ، وإنما يتحقق ذلك إذا ما أحس بأهمية دوره في العملية العقابية ، وقدرته على تحديد مسارها بما يتفق و مصالحه ، وأنه ليس مجرد طرف سلبي مهمش يكتفي بمشاهدة الدولة وهي تقتص من الجاني بالطريقة التي تراها .

ضف إلى ذلك أن فكرة إقحام الأفراد في إدارة دواليب العدالة الجنائية يستند على إعتبرات أخلاقية، ومعنوية تتلخص بالنسبة للمتهم في إصلاحه وتأهيله لإعادة إدماجه في المجتمع، وتكمن بالنسبة للمجني عليه في رد إعتبره ، وإزالة إحساسه بالعجز والإهانة³ ، ومحو مشاعر الحقد والكراهية

¹ - د. طه أحمد محمد عبد العليم، الصلح في الدعوى الجنائية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 103 ، فقرة 60.

² - د. سر الختم عثمان إدريس ، المرجع السابق ، ص 267 .

³ - د. رمزي رياض عوض ، المرجع السابق، 88 .

التي يكنها لشخص المعتدي. الأمر الذي يتجسد بوضوح في التشريع الجنائي الإسلامي الذي أجاز العفو و التصالح بين الجاني والمجني عليه في أكثر الجرائم خطورة و هي جرائم القصاص والدية. رغبة منه في التآليف بين القلوب المتناحرة لإشاعة روح السلم والأمن في المجتمع الإسلامي.

ورغم وجهة هذا الرأي ، وقيامه على أسس أخلاقية أعطت للنظام العقابي جانبا معنويا . فأصبح توقيع العقوبة عملية حية تتغير وتتأثر بإرادة المجني عليه والجاني. وليست مجرد عملية آلية جامدة . كما كشف عن الجانب الإنساني للنظام العقابي الذي يهدف لتحقيق غايات نبيلة من إشاعة للسلم ، والأمن، وتآليف بين القلوب. إلا أنه بالغ في التركيز على هذا الأساس الأخلاقي وأهمل الغرض النفعي للعدالة الرضائية وهو حل أزمة العدالة الجنائية ، وزيادة فاعلية مؤسساتها¹.

ونصل من كل ما سبق إلى أن أساس إقحام الأفراد في إدارة العدالة الجنائية أساس براغماتي نفعي يكمن في إعطاء دفع جديد للعدالة الجنائية² إذ أصبحت الدولة الآن تقيد تدخلها في الدعوى العمومية بالمنفعة التي يحققها هذا التدخل. ولكن ذلك لا يعني نفي الفائدة العلمية والعملية للآراء السابقة، إذ يمكن إعتبارها معايير يعتمد عليها لتحديد المجال الذي يمكن أن تمنحه الدولة للأفراد .

الفرع الثاني : أحكام تطبيق الرضائية في المجال الجنائي .

بعد أن تطرقنا في الفرع الأول إلى الأساس الفقهي لتطبيق مبدأ الرضائية في المجال الجنائي نحاول الآن البحث عن الأحكام العامة المرتبطة بإعطاء الرضا أثرا قانونيا ذا طبيعة جنائية . فكيف يتم التعبير عن هذا الرضا، وما هي عوارضه وعيوبه ، وكيف ينتج أثره وهل يمكن الرجوع عنه... إلى غير ذلك من الإشكاليات التي فصل فيها حقيقة القانون المدني ، لكن كما سبق وأن أشرنا فإن الطبيعة الخاصة لتطبيق الرضائية في المواد الجنائية يجعل حتى مدى الرجوع للقانون المدني لإستنباط أحكام الرضائية إشكالية في حد ذاته . لذلك فالسؤال الأم قبل البحث عن الأحكام التنظيمية للرضا المعتبر جنائيا ، هو أين يجب البحث عن القواعد الحاكمة للرضائية الجنائية ؟

¹ - د. عمر سالم ، المرجع السابق ، ص 3 .

² - **Géorge Levasseur** , le probleme de la depenalisation , op cit

أولاً: إشكالية البحث عن أحكام التعبير عن الرضا في المجال الجنائي.

يعترضنا كما سبق وأن وضحت ، عند بحث مسألة الأحكام العامة للرضائية في المواد الجنائية مسألة أهم وهي مصدر هذه الأحكام . فالطبيعة المزدوجة لموضوعنا، التي تجعله يتجاذب بين تيارين أحدهما مدني ، والآخر جنائي تنعكس حتى على أحكامه فهل يجب في معرض البحث عنها التوجه رأساً إلى قواعد القانون المدني بما تتضمنه من تنظيم مفصل بكل ما يتعلق بالرضا ، والتعبير عن الإرادة المعبر قانوناً؟ أم أن المجال الذي يحدث فيه الرضا أثره هو الذي يجب أن يحدد أحكامه أي القانون الجنائي؟

والحقيقة أن هذه الإشكالية تظهر إلى الوجود كلما تجاذب القانون الجنائي فكرة ما مع غيره من القوانين العامة أو الخاصة . فيظهر ذلك التصادم بين الأحكام الأصلية لتلك الفكرة في موطنها الأصلي ، وبين ضرورة تطويعها بما يتلاءم وطبيعة القانون الجنائي .

أ- العلاقة بين القانون الجنائي وغيره من القوانين .

لا يرتبط البحث في علاقة القانون الجنائي وغيره من القوانين بتلك الطائفة الجديدة من الأفكار التي وجدت لنفسها مكاناً رحباً بين القانون الجنائي و فرع أو أكثر من فروع القانون، وإنما المسألة أقدم من ذلك بكثير فهي مرتبطة أساساً بوظيفة هذا القانون فهل هو مجرد قانون تابع يكتفي بالعقاب على إنتهاك المصالح القانونية التي تنظمها الفروع الأخرى من فروع القانون¹، أم أنه قانون مستقل يعطي طبيعة خاصة لكل فكرة يتناولها ولو كانت متضمنة أصلاً في قانون آخر؟ أي عندما تنطوي القاعدة الجنائية على تعبير يخص في الأصل فرعاً آخر من فروع القانون ، فهل نرجع لتفسير معناه ، واستنباط أحكامه لفرعه الأصيل؟ أم أن مجرد وروده في الحقل الجنائي يجعله يخضع لمبادئ القانون الجنائي سواء في مفهومه ، أو أحكامه؟

وهذه الإشكالية ما كانت لترى النور لو أن المشرع الجنائي تولى بنفسه تنظيم أحكام المسألة محل التنازع، فهنا يجب علينا أن ننحني لإرادته، وننصاع لحكمه ولو كان مناقضاً لحكمها في مجالها الأصلي. لكن المشكلة تثور عندما لا يتصدى المشرع الجزائي للمسألة فيترك بذلك باب الإجتهد مفتوحاً . وفي هذا الصدد ظهر إتجاهان فقهيان حاولا إعطاء حل لهذه المعضلة .

¹ - د. جلال ثروت ، النظام القانوني الجنائي ، المرجع السابق ، ص 10.

1- تبعية القانون الجنائي لغيره من القوانين .

يرى أنصار هذا الرأي أن القانون الجنائي ليس إلا قانونا تابعا للقوانين الأخرى . فإذا كانت القاعدة القانونية عبارة عن تكليف يقابله جزاء، فدور القاعدة الجنائية ينحصر في وضع الجزاء لمخالفة التكليف الواردة في الفروع الأخرى من القانون . لذلك وجب عند البحث عن مفهوم أو أحكام الأفكار المتضمنة في القانون الجنائي ، الرجوع إلى الأصل الذي تنتمي إليه . فالقاعدة الجنائية بطبيعتها قاعدة تابعة لذلك لا يمكنها الإستقلال بوضع أحكام مفاهيم لا تخصها أصلا¹ .

ففي جريمة إصدار شيك بدون رصيد مثلا المنصوص عليها في المادة 374 من قانون العقوبات يجب أن تكون الورقة التجارية موضوع الجريمة شيكا بمفهومه في القانون التجاري، أي مستوفية لكل الشروط الشكلية والموضوعية التي تكسبها صفة الشيك، فإذا أصبحت هذه الورقة التجارية كمبيالة مثلا ، أو كانت باطلة من الأساس وفقا لقواعد القانون التجاري² . إنهدم البنيان القانوني للجريمة لعدم إكتمال عناصره .

وكذلك الأمر بالنسبة لجريمتي السرقة وخيانة الأمانة المنصوص عليهما في المادتين 350 و376 من قانون العقوبات على التوالي ، يرجع لتحديد معنى الحيابة وعقود الإئتمان لقواعد القانون المدني باعتبارها الأصل الذي تستنبط منه الأحكام .

2- ذاتية القانون الجنائي في مواجهة غيره من القوانين .

على نقيض الرأي الأول القائل بتبعية القانون الجنائي لبقية القوانين نظرا لطبيعته الجزائية ، فإن هذا الرأي يؤكد على ذاتية وإستقلالية القاعدة القانونية الجنائية في مواجهة غيرها من القواعد القانونية. فلا سبيل للتمسك بالأحكام الأصلية المنظمة للمسألة في مجالها الأصلي إذا كانت تتعارض مع الهدف من تضمينها نصا جنائيا، وتتناقى مع العلة من إقرار هذا النص³ .

1 - د. جلال ثروت ، النظام القانوني الجنائي ، المرجع السابق ، ص 14 .

2 - د. محمد محمود المصري ، أحكام الشيك مدنيا وجنائيا ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، 2000، ص 45 .

3 - د. جلال ثروت ، النظام القانوني الجنائي ، المرجع السابق ، ص 14 .

ففي المثال السابق المتعلق بجريمة إصدار شيك بدون رصيد لا يجب أن تكون تلك الورقة التجارية موضوع الجريمة مستوفية لكل مقوماتها ، وشروط صحتها وفقا للقانون التجاري. بل يكفي أن يكون لها مظهر واقعي يحمل الشخص العادي على الاعتقاد بأنه أمام شيك .

فعندما يعترف القضاء بتوافر أركان هذه الجريمة إعتداد بمظهر الورقة التجارية فقط ، ولو كانت مخالفة لاحكام القانون التجاري يكون قد نزل على حكم الواقع المستمد من جوهر القاعدة الجنائية نفسها.¹ ولا يكمن القول في هذه الحالة بأنه تجريم بغير نص أي إهدار لمبدأ الشرعية، لأننا لم نخرج عن حدود النص بل إكتفينا بتفسيره تفسيراً لا يأخذ في الحسبان القيم المتفق عليها في الفروع الأخرى من فروع القانون ، وإنما يستمد روحه من مبادئ وغايات القانون الجنائي .

وعليه يمكن القول أن للقانون الجنائي ذاتية وإستقلالية في مواجهة القوانين الأخرى حتى عندما يتداخل معها في تنظيم مسائل مشتركة . ذاتية تفرض نفسها ، وتحتم الإعتراف بها نظراً لخصوصية وظيفة هذا الفرع من فروع القانون ، وإختلاف غاياته .

ب- العلاقة بين القانون الجنائي والقانون المدني .

إذا كان حسم مسألة ذاتية القانون الجنائي وإستقلاليته في مواجهة بعض فروع القانون كالقانون الإداري أو التجاري هينا، فإن ضبط حدود علاقته بالقانون المدني والذي تحتمه فكرة الرضائية ليس بهين. كون القانون المدني سواء في جانبه الموضوعي أو الإجرائي الشريعة العامة والأصل العام لكل القوانين . فيصعب أحيانا التنصل من أحكامه ، والإستقلال في مواجهته خصوصا من طرف القانون الجنائي الذي يمكن القول بأنه كان متضمنا في القانون المدني على إعتبار أن الجريمة في بدايتها كانت مجرد فعل ضار موجب للتعويض² .

والعلاقة بين القانون الجنائي والقانون المدني لا تطرح أي مشكلة عندما يتكفل المشرع بتنظيمها و يظهر ذلك في شكلين : الأول عندما يضمن نصوص القانون الجنائي أحكام المسألة ذات الأصل المدني، فهنا تنتفي الصلة بين القانونين وتكتسب القاعدة القانونية الجنائية إستقلاليته في

¹ - د. جلال ثروت ، النظام القانوني الجنائي ، المرجع السابق ، ص 18 .

² - د. محمد عبد اللطيف عبد العال ، عقوبة الإعدام دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 ، ص 45 ، فقرة 23 .

مواجهة القاعدة القانونية المدنية التي تشترك معها في الموضوع . ولو كان بينهما تناقض . أما الثاني فيتمثل في الإحالة الصريحة من القانون الجنائي على قواعد القانون المدني لتكملة قصور قواعده بصدد مسألة ما، لا تحتاج إلى أحكام جنائية خاصة . وعادة ما يظهر ذلك بين قانون الإجراءات الجزائية وقانون الإجراءات المدنية ومثاله نص المادة 439 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي التي أحالت فيما يخص التكاليفات بالحضور والتبليغات إلى أحكام المواد 18 ، 19 ، 20 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ولكن الأمر يدق عندما لا يفصح المشرع عن العلاقة التي يجب أن تتخذها قواعد القانون الجنائي في مواجهة قواعد القانون المدني بصدد مسألة ما بحيث لا يخصها بأحكام مستقلة في القانون الجنائي، ولا يحيل بخصوصها إلى أحكام القانون المدني . فهل هذا الفراغ التشريعي في القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والشكلي يحيل مباشرة إحالة ضمنية إلى قواعد القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة، أم أن ذاتية وإستقلالية القانون الجنائي تجعله يأبى إستعارة أحكام لم يحل إليها المشرع صراحة؟

1- الرجوع المطلق لأحكام القانون المدني بصفته الشريعة العامة .

قوام هذا الرأي أن كل ثغرة أو نقص يعتري القانون الجنائي يجب أن يكمل بأحكام القانون المدني سواء في جانبه الموضوعي أو في جانبه الشكلي ، فالقانون المدني هو الأصل العام ، والشريعة العامة لكل الأحكام . فإرادة المشرع واحدة لا تتجزأ ، ولا يمكن طرحها وتجاهلها واللجوء إلى الإجتهد إلا إذا غاب النص كلية ، أما كونه موجودا ولو ضمن طيات القانون المدني ، فيكون واجب الأعمال دون قيد أو شرط¹.

بالرغم من أن هذا الطرح يكرس فكرة الإستقرار القانوني، بحيث يغلق باب الإجتهد والإختلاف عند وجود النص ولو كان مدنيا، حتى دون إحالة صريحة من القانون الجنائي، إلا أنه يعاب عليه إحالته المباشرة إلى قواعد القانون المدني كلها مهما كانت طبيعتها دون أي قيد أو شرط أي أن الرجوع لقواعد القانون المدني لسد فراغ القانون الجنائي واجب حتى ولو تعارضت هذه القواعد مع مبادئ القانون الجنائي .

¹ - د. عبد الوهاب حومد ، نظرات معاصرة عن إستقلالية القانون الجزائي ، المرجع السابق ، ص 123 .

2- عدم الرجوع لأحكام القانون المدني دون إحالة صريحة .

وعلى النقيض نجد رأيا آخر يسد فراغ ، ونقص القانون الجنائي بإعمال العقل ، والإجتهاد المبني على مبادئ، وأفكار، وفلسفة القانون الجنائي. أما الرجوع لأحكام القانون المدني لسد ثغرات القانون الجنائي فمسموح به فقط عند الإحالة الصريحة من هذا الأخير على أحكام نظيره . أما وقد أحجم المشرع عن الإفصاح عن إرادته في إستعارة قواعد مدنية لحكم مسائل جنائية ، فإفتراض ذلك ممنوع لما بين القانونين من إختلاف في الوظائف والغايات .

ويعاب على هذا الرأي أيضا غلوه في التمييز بين القواعد الجنائية والمدنية ناسيا بذلك الحقيقة التاريخية التي مفادها أن القانون الجنائي إنبتق عن القانون المدني على إعتبار الموضوع الأساسي الذي ينضمه، ألا وهو الجريمة، كان مصدرا من مصادر الإلتزام المدني ، فالجريمة كانت خرقا قانونيا موجبا للتعويض . وعليه فإن تكريس هذا الفصل التام بين القواعد الجنائية والمدنية يفند حقيقة إعتبار القانون المدني الأصل العام الذي إنبتقت منه جل القوانين .

3- الرجوع المشروط لقواعد القانون المدني .

ما كان يعيب الرأيين السابقين هو التطرف والغلو ، فالأول كان يوجب الرجوع المطلق لقواعد القانون المدني مهما إختلفت الأوضاع ، والثاني يرفض قطعاً اللجوء إلى قواعد القانون المدني دون إحالة صريحة من المشرع، وتحكيم العقل والإجتهاد ولو كان هناك حكم يناسب المسألة ضمن قواعد القانون المدني . وعليه رأى البعض¹ أن القاعدة العامة التي تحكم هذه المسألة هي أن الفراغ في القانون الجنائي يعني الرجوع إلى القانون المدني وإستمداد الحكم منه .

ولكن هذا الرجوع مشروط بأن يتعلق بالأمور المشتركة بين القانونين وهي عادة الجوانب الإجرائية لأن القانون الجنائي في شقه الموضوعي أي قانون العقوبات يختص بالتحريم والعقاب وهي أمور تنأى بطبيعتها عن مجال القانون المدني . وعليه فإن إمكانية اللجوء إلى القانون المدني تنحصر في الجوانب المتعلقة بالدعوى عموما جنائية كانت أو مدنية ، وفي هذا قضت المحكمة العليا في حكم لها صادر في 25 ماي 1982² بأن من المبادئ العامة أن قانون الإجراءات المدنية هو القانون العام

1 - د. عوض محمد عوض ، مبادئ الإجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص 06 .

2 - حكم منشور في نشرة القضاة العدد 43 سنة 1988 ، ص 37 .

بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية، وهو المرجع الذي ينبغي الإستشهاد به و الإعتماد عليه عند قصور قانون الإجراءات الجزائية وذلك فيما يتلاءم مع طبيعة الدعويين المدنية والجزائية . ومثال ذلك الرجوع لنص المادة 405 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعرفة كيفية إحتساب الآجال سواء في المدني أو في الجزائي .

وعليه سنتقصى عن الأحكام العامة للرضائية في المواد الجنائية أولا ضمن نصوص قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية، فإن لم نجد لها إستعنا من أحكام الرضا في القانون المدني، ما يتماشى ومبادئ القانون الجنائي .

ثانيا : الأحكام العامة لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي .

لما كان جوهر مبدأ الرضائية هو التعبير عن الإرادة ، وإتجاهها إلى إحداث أثر في المجال الجنائي، فإن أحكامها العامة تتعلق إجمالا بكيفية التعبير عن هذه الإرادة ، وشروط صحة هذا التعبير، والحقيقة أن هذا النوع من الأحكام يكاد يكون منعدما في قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية ، لذلك سنعمل على أحكام القانون المدني ، ونرى مدى قابليتها للتطبيق في المجال الجنائي.

أ- أحكام التعبير عن الرضا في القانون المدني ومدى جواز تطبيقها في القانون الجنائي.

إن الإرادة واحدة من بين الأفكار الغامضة والمستترة ، التي يحفل بها القانون رغم طبيعتها اللامحسوسة نظرا لأهميتها في توجيه تصرفات الإنسان ، إلا أن القانون قد يعتد في نطاق ضيق بما هو باطن بشرط أن يترجم في الظاهر، بمعنى أن وجود الإرادة لوحده لا يكفي ، بل يجب علاوة على ذلك أن يتم التعبير عنها بصور ، وأساليب يعتد بها القانون، وإلا كانت هذه الإرادة في حكم العدم. خصوصا في المجال الجنائي ، إذا لا مجال كأصل عام للإفتراض.

وقد تكفل القانون المدني بتبيان الطرق القانونية للتعبير عن الإرادة، إذ جاء في نص المادة 60 من القانون المدني ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه . ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا " . وإذا كانت هذه المادة قد بينت طرق التعبير عن الإرادة في مجال التصرفات القانونية سواء كانت عقودا، أو تصرفات بالإرادة المنفردة . فإلى أي مدى يمكن الإعتداد بهذه الأساليب في مجال القانون الجنائي ؟

1- الأساليب القانونية للتعبير عن الرضا .

نظم القانون المدني أساليب التعبير عن الرضا بصورة محكمة ومفصلة ، فالإرادة في المجال المدني لا تترجم في صورة واحدة بل تأخذ أشكالا شتى ، فإلى أي مدى يمكن لهذه الصور أن تطبق في المجال الجنائي ؟

- التعبير الصريح عن الرضا .

يعتبر التعبير الصريح عن الإرادة ، أفضل الطرق لتجنب اللبس، وسوء الفهم فهو يكشف لنا وبصورة مباشرة عن إجابات هذه الأخيرة، بأية وسيلة خارجية تصلح للدلالة على إتخاذ الشخص موقفا معينا بخصوص مسألة معينة ، والعبرة في تحديد هذه الوسائل هي بالمألوف والمتبع بين الناس، أي العرف¹.

ويتجلى التعبير الصريح عن الإرادة في اللفظ الصريح ، أو اللفظ الدال على المعنى المراد مجازا. كما يمكن التصريح بالإرادة، والتعبير عنها بالكتابة ، سواء كانت هذه الأخيرة بخط اليد ، أو بألة طباعة أو كمبيوتر، عرفية أو رسمية بحسب الحال. ضف إلى ذلك الإشارات المتداولة عرفا، كهز الرأس عموديا للدلالة على القبول، وهزه أفقيا للدلالة على الرفض. ويدخل الفقه المدني ضمن حالات التعبير الصريح عن الإرادة إتخاذ موقف لا يترك في ظروفه مجالا للشك في حقيقة المقصود منه².

- التعبير الضمني عن الرضا .

لم يكتف المشرع المدني بحصر طرق التعبير عن الإرادة في الصريح منها ، بل أشار إلى جواز أن يستفاد هذا التعبير ضمنيا من ظروف الحال ، والأصل أن للتعبير الضمني نفس القيمة القانونية للتعبير الصريح ، وعليه فإن الأفراد أحرار في إختيار الطريقة التي تروق لهم وتناسبهم للتعبير عن إرادتهم ، ما لم يشترط القانون صيغة معينة للتعبير عن الإرادة .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيا عندما يكشف لنا عن هذه الأخيرة بطريقة غير مباشرة . أي أن التعبير غير الصريح عن الإرادة لا يتخذ وسيلة موضوعة في ذاتها للكشف عنها، وإنما يستفاد هذا التعبير من ظروف أو مواقف يتواجد فيها الشخص ، فيرجح معها أن إرادته قد إنصرفت إلى معنى

1 - د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق ، ص 94 .

2 - المرجع نفسه، ص 95 .

معين كأن يقوم الشخص ببيع شيء معروض عليه للشراء ، فهذا تعبير ضمني يدل على إنصراف إرادة هذا الشخص إلى قبول البيع، أو بقاء المستأجر منتفعا بالعين المأجرة بعد إنتهاء مدة عقد الإيجار ، وقبول المؤجر للأجرة دون إعتراض، يدل على إرادة ضمنية من طرف المستأجر بتجديد العقد ، وقبول ضمني من المؤجر بذلك ¹ .

- مدى إعتبار السكوت تعبيراً عن الرضا .

قد لا يعبر الشخص عن إرادته لا صراحة ولا ضمناً، بل يتخذ موقف الصمت وعدم الكلام فهل يعتبر هذا الموقف تعبيراً عن الإرادة، أم هو عدم لا يفيد شيئاً؟ يرى فقهاء القانون المدني أن السكوت كأصل عام لا يعتد به في التعبير عن الإرادة . تطبيقاً للقاعدة الفقهية " لا ينسب للسكوت قول " . ومع ذلك يطرأ على هذه القاعدة بعض الإستثناءات. التي قد تجد أساسها في نص القانون بأن ينص هذا الأخير على تكييف السكوت بأنه قبول أو رفض، أو تجد أساسها في إرادتي طرفي العقد واللتان تتفقان على إعطاء السكوت معنى معيناً، وأخيراً قد يصبح للسكوت معنى إذا أحاطت به ظروف تجعله دالاً على القبول، وهو ما يعرف بالسكوت الملابس . وهذه الحالة هي التي تحتاج إلى بعض الشرح.

فقد لا ينص القانون ولا الإتفاق على إعتبار السكوت قبولاً ، ومع ذلك يفسر بأنه قبول ينعقد به العقد إذا ما صاحبه ظروف ترجح ذلك . فقد تحيط بالسكوت ملابسات يرجح معها الموجب أن الرد الصريح على إيجابه سيكون فقط في حالة الرفض ، أما السكوت فلا تفسير له سوى القبول.²

وقد يرجع ذلك لعدة أسباب منها: طبيعة المعاملة أو العرف التجاري ومثال ذلك أن يقوم تاجر بإرسال البضاعة المطلوبة إلى العميل مصحوبة بقائمة من الشروط المكملة للتعاقد، ويستلم المشتري البضاعة، ولا يعترض عليها. فهذا سكوت يدل على قبوله بقائمة الشروط المضافة. وقد يفسر السكوت بأنه قبول بسبب وجود تعامل سابق بين المتعاقدين³ كالتاجر الذي اعتاد أن يرسل إلى عميله نوعاً من السلع في موعد دوري معين دون أن ينتظر منه قبولاً . كما يعبر السكوت عن

1 - د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ، ص 95 .

2 - د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق ، ص 80 .

3 - د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 57.

القبول إذا كان الإيجاب لمنفعة من وجه إليه ، ومثال ذلك أن يعرض المؤجر على المستأجر تخفيض الأجرة¹.

ولكن يجب التنبيه في النهاية إلى أن السلوك الملابس، يختلف عن التعبير الضمني عن الإرادة. فهذا الأخير وضع إيجابي، أما السكوت فوضع سلبي، بل هو عدم ، ضف إلى ذلك أن التعبير الضمني عن الإرادة متصور في الإيجاب والقبول معا ، أما السكوت الملابس وفي الحالات القليلة التي يعتد فيها به لا يصلح إلا للتعبير عن القبول ، أما الإيجاب فلا يكون بالسكوت .

- مدى صلاحية هذه الأساليب للتعبير عن الرضا في المجال الجنائي .

إن إقحام الرضا في المجال الجنائي مسألة خطيرة، يتوافق معها تقييد هذا الرضا بمجموعة من الشروط على رأسها التصريح به . إذ أن جدية الآثار المترتبة على التعبير عن الإرادة المنتج لآثار قانونية ذات طبيعة جنائية تأبى إفتراض وجود هذا الرضا²، بل يجب التعبير عنه صراحة باللفظ المباشر ، أو المجازي ، بالكتابة وحتى الإشارة أو الموقف ماداما لا يتركان مجالا للتأويل.

ف نجد المشرع الجزائري مثلا قد إشتراط الموافقة الصريحة للمتهم عند تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، كما إشتراط ذلك أيضا في المادة 47ق.إ.ج لإجازة تفتيش المساكن خارج الميقات القانوني "لا يجوز البدء في تفتيش المساكن و معاينتها قبل الساعة الخامسة صباحا، ولا بعد الثامنة مساء إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك..." فالطلب لا يكون إلا صراحة باللفظ أو الكتابة . نفس الأمر نلمسه في عبارة " بغير إذن صاحبها " التي وردت في نص المادة 303 مكرر من قانون العقوبات المتعلقة بجريمة إلتقاط أو تسجيل، أو نقل أحاديث أو صور خاصة وسرية . فمن خصائص الإذن أن يكون صريحا . وهذا ماجعل المشرع يردف كلمة " أو رضاه " لأن التعبير عن الرضا إجمالا قد يكون ضمنيا .

وإذا كان الأصل عند التعبير عن الإرادة في المجال الجنائي هو التصريح، إلا أن المشرع قد يفتح الباب ضيقا أمام التعبير الضمني في بعض الحالات مثل غرامة المصالحة التي لم يشترط فيها المشرع تعبير المخالف لفظا أو كتابة عن رغبته في الخضوع لأحكامها، وإنما جعله يترجم موافقته بدفع مبلغها مباشرة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إستلامه الإخطار بدفعها م 384 ق.إ.ج .

¹ - د. محمد حسنين منصور ، المرجع السابق ، ص 67 .

² - د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق، ص 167 .

ومن حالات القبول الضمني أيضا ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب بهدف الكشف عليه يعني قبوله لما تتطلبه عملية التطبيب من كشف للعورات، ولكن إجمالاً يمكن القول بأن التعبير الضمني عن الإرادة في المجال الجنائي يكون دائماً بإتخاذ موقف إيجابي، أما الإمتناع أي الموقف السلبي فلا يصح برأي إعتبره تعبيراً ضمناً¹. لأن الإمتناع قد يحمل دلالات مختلفة . إلا إذا كان التعبير عن الرضا مرتبطاً بمدة معينة أو أجل فيكون الإمتناع عن إبدائه رفضاً لكنه رغم ذلك صريح وليس ضمني، يأخذ صورة الموقف الذي لا يدع مجالاً للشك المنصوص عليها ضمن صور التعبير الصريح عن الإرادة .

وإذا كان القانون المدني يعترف بالسكوت كطريقة للتعبير عن الإرادة في مجال ضيق جداً، فإن القانون الجنائي لا يعترف بالسكوت مطلقاً كوسيلة للتعبير عن الرضا. وذلك نظراً لتعدد دلالات السكوت وتنوع أسبابه . وحتى وإن كان الموقف يرجح إعتبر السكوت رضا . إلا أننا نرى أن الرضا في المجال الجنائي لا يجب بأي حال من الأحوال أن يفترض .

2- التعبير عن الرضا من طرف الغير.

الأصل أن يعبر الإنسان بنفسه عن إرادته بصفة مباشرة ، لكن قد يتعذر على المرء أحياناً نقل إرادته بصفة أصلية ، فيقوم شخص آخر بالتعبير عنها نيابة عنه ، فيعتد القانون بهذه الإرادة ويرتب عليها الأثر المراد من صاحبها الأصلي ، فلا يعدو الثاني أن يكون مجرد وعاء ينقل إرادة الغير دون أن يتحكم فيها ، أو يغير منها².

- النيابة في التعبير عن الإرادة .

تعرف النيابة بأنها قيام شخص يسمى النائب بالتصرف بإسم ولحساب شخص آخر يسمى الأصيل، فينتج هذا العمل آثاره مباشرة في ذمة الأصيل، وتأخذ هذه العملية صورتين: نيابة إتفاقية أو بمعنى آخر إرادية وتكون عندما يتكفل فيها الشخص بنفسه بإختيار من يعبر عن إرادته نيابة عنه عن طريق إتفاق بينهما يفرغ في عقد الوكالة³. ونيابة قانونية وهي ليست إختيارية كالأولى بل

1 - د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 160 .

2 - د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق ، ص 85 .

3 - د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 60.

مفروضة من طرف القانون ، بحيث يتكفل هذا الأخير بتحديد الأشخاص المعبر عن إرادتهم من طرف الغير ، ويحدد أحيانا من ينوب عنهم في ذلك، ونطاق وحدود هذه النيابة . ومثال ذلك نيابة ولي الصغير عنه في التعبير عن إرادته، ونيابة الوصي أو القيم على المحجور عليهم من مجانين ومعتوهين ، وسفهاء ، وذوي غفلة¹ .

- المساعدة في التعبير عن الإرادة .

قد يكون الشخص أهلا للتعبير عن إرادته ، وحاضرا للقيام بذلك إلا أن عاهة فيه ، تجعله إما غير قادر على فهم ما يقال له ، أو غير قادر على الرد عليه والإفصاح عن إرادته .وقد عني القانون المدني الجزائري بتنظيم كيفية تعبير هذه الفئة من ذوي العاهات عن إرادتهم ، إذ تنص المادة 80 منه على ما يلي : " إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته .

ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة ."

وقد يظهر في البداية أن ما نصت عليه هذه المادة نوع من النيابة القانونية ، لكن الأمر هنا مختلف، ولا يعدو أن يكون مجرد مساعدة للشخص في التعبير عن إرادته ، وحتى لو قام هذا المساعد بنفسه بالتعبير عن إرادة الشخص المصاب بعاهتين أو أكثر من العاهات المذكورة . فإن عمله هذا مجرد عمل مادي يقتصر على نقل إرادة الأصيل، دون أن يكون هناك أي إعتبار لإرادته عكس النائب الذي تحل إرادته محل إرادة الأصيل كل ما هنالك أن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل، وتتشابه الطبيعة المادية لعمل المساعد القضائي مع طبيعة عمل الرسول² .

1 - د. محمد حسنين منصور ، المرجع السابق ، ص 67

2 - د. نبيل إبراهيم سعد ، ، المرجع السابق ، ص 148 .

- مدى جواز التعبير عن الرضا من طرف الغير في المجال الجنائي .

ليس هناك مانع من الإقرار بإنابة الغير للتعبير عن الإرادة في المجال الجنائي، ولكن المسألة مرتبطة بموضوع هذه النيابة ونوعها ، فبالنسبة للنيابة الإتفاقية لا يمكن للشخص أن ينيب غيره عنه في التنازل عن حق من حقوقه الخاصة كحقه في حرمة مسكنه، أو حرمة جسده إلا إذا أجاز القانون ذلك لوجود مبرر كالغياب مثلا، أو عدم القدرة على التعبير عن الإرادة وتحويل هنا النيابة إلى نيابة قانونية ومثال ذلك نيابة الزوجة عن زوجها في الرضا بتفتيش مسكنه¹، وكذا الحصول على موافقة أقارب المريض لإجراء عملية جراحية له ، كونه غير قادر على التعبير عن إرادته بنفسه². أما بالنسبة لتوكيل الغير للتعبير عن الإرادة فيما يخص بعض الإجراءات الجزائية التي لا يتطلب القانون ممارستها شخصا فجائز. مثل توكيل المحامي لتقديم شكوى ضد الجاني، أو الصفح عنه³.

أما عن النيابة القانونية فإمتهم ومنذ لحظة إكتسابه هذه الصفة، شخص مستقل في التعبير عن إرادته، ولو كان حدثا ماعدى الجوانب المالية. أما المجني عليه أو المضرور فإنه يخضع لقواعد القانون المدني من ولاية، ووصاية، وقوامة في الإجراءات التي يباشرها بهذه الصفة .

ويقبل القانون الجنائي التعبير عن الإرادة من طرف الغير أيضا إذا كانت في صورة المساعدة القضائية المقررة لذوي العاهات بموجب المادة 80 من القانون المدني .

ب- شروط صحة التعبير عن الرضا .

لا يكفي وجود الإرادة والتعبير عنها، وإنما يجب علاوة على ذلك توافر شروط صحة هذا الرضى ، ويكون الرضى صحيحا إذا صدر عن ذي أهلية، وكان خاليا من العيوب . فهل من شأن إنعدام أحد هذين الشرطين أن يؤثر على صحة الرضا في المجال الجنائي ؟ بمعنى آخر هل يأخذ المشرع الجنائي بنفس شروط صحة الرضا المقررة بموجب القانون المدني أم أن له أحكاما أخرى ؟

1 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقص ، المرجع السابق ، ص 311،فقرة 362 .

2 - د. حمدي رجب عطية ، المرجع السابق ، ص 40 .

3 - د. محمد محمود سعيد ، المرجع السابق ، ص 12.

1- الأهلية

يخضع القانون المدني دائما التصرفات القانونية للأشخاص لشروط الأهلية، فلا يكفي إنصراف إرادة الشخص لترتيب أثر قانوني معين ، وتعبيره عن ذلك ليعتد القانون بإرادته بل يجب أن يصدر ذلك عن شخص يمنحه القانون أهلية القيام بذلك التصرف. وقد فصل القانون المدني في أحكام الأهلية وأعطاهما جانبا معتبرا من الأهمية. أما المشرع الجنائي، فلا يثير مسألة الأهلية إلا في جانب المسؤولية الجنائية ، فيعتبر صغر السن مانعا من موانع المسؤولية . لذلك سنحاول تقصي أحكام الأهلية في القانون المدني محاولين بعد ذلك تقييم ما إذا كانت قابلة للتطبيق في المجال الجنائي.

- أحكام الأهلية في القانون المدني .

يكتسب الإنسان شخصيته القانونية بتمام ولادته حيا، فيكون بذلك أهلا لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات . وهذا ما يعرف بأهلية الوجوب، التي تطابق في نشأتها لحظة إكتساب الشخصية القانونية ، أما مباشرة هذه الحقوق، وأداء تلك الإلتزامات، أي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية فأمر مرهون كأصل عام بالمراحل العمرية التي يمر بها الإنسان¹ ، والتي تتطور معها قدراته على الإدراك والتمييز . فتبدأ مرحلة إنعدام الأهلية بولادة الإنسان حيا إلى غاية سن الثالثة عشرة ، وفيها يكون الشخص غير أهل للقيام بأي تصرف قانوني لأنه فاقد للتمييز.

ثم تأتي مرحلة نقص الأهلية بإكتمال سن الثالثة عشرة إلى غاية اليوم قبل الأخير من السنة التاسعة عشرة، ويصطلح الفقه على تسمية هذه الفترة بسن التمييز²، بحيث تصبح للإنسان القدرة على التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لبعض الآثار القانونية، كلما تعلق الأمر بتصرف نافع لهذا الشخص ناقص الأهلية نفعاً محضاً، كأن يعبر عن إرادته في قبول هبة من أحد الأشخاص ، فقبول الهبة بطبيعته تصرف نافع لأنه يزيد من العناصر الإيجابية لذمته المالية . أما إذا كان التصرف ذا طبيعة ضارة ضرراً محضاً ، كأن يقوم هو مثلا بالتبرع بجزء من أمواله لغيره، فهنا لا يعتد القانون بإرادته ويعتبر تصرفه باطلا بطلانا مطلقاً حماية له. أما إذا كان التصرف دائراً بين النفع والضرر ، أي تلك التي يمكن أن تؤثر إما سلباً أو إيجاباً على ذمته المالية بحسب الظروف والأحوال، كإبرام عقد بيع، أو

¹ - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 148 .

² - المرجع نفسه ، ص 149 .

عقد إيجار ، فقابلية للإبطال من طرف الولي أو الوصي إذا رأى أنها ضارة للقاصر، أو أن ضررها أكبر من نفعها .

وأخيرا نصل إلى مرحلة إكمال الأهلية التي تبدأ بإكمال سن التاسعة عشرة إلى غاية وفاة الإنسان، وهنا يكتمل عنصرا الإدراك والتمييز لدى الشخص، ويصبح له بذلك إرادة يعتد بها القانون، سواء تعلقت بتصرف نافع ، أو ضار(المادة 40 ق.م.ج) .

ولكن لا يكف بلوغ الإنسان سنا معيناً، حتى يكون قادراً على التعبير عن إرادته ، على نحو يعتد به القانون، بل يجب ألا يتأثر تمييزه وإدراكه اللذان إكتملا ببلوغه سن الرشد بأي عارض من شأنه أن ينتقص منهما، أو يعدمهما . وتمثل هذه العوارض فيما يلي: الجنون، وهو مرض عقلي يفقد الإنسان التمييز والإدراك مطلقاً ، فيأخذ حكم القاصر عديم الأهلية، بالرغم من أن المريض به قد يجاوز سن الرشد ، وعليه فإن القانون لا يعتد بإرادته في ترتيب أي أثر .

والعته وهو أيضا مرض يصيب العقل ، لا يفقده كل ملكاته ، لكنه رغم ذلك يؤثر على قدرته على التصرف، لذلك فهو يأخذ حكم الجنون ، ويجعل الإنسان المصاب به فاقدا للتمييز ، أي عديم الأهلية، فلا يرتب القانون على إرادته هو الآخر أي أثر(المادة 42 ق.م.ج) .

أما السفه فهو حالة تعتري الإنسان تجعله ، لا يحرص على ماله بل يبذره، ويصرفه على غير مقتضى العقل . ولما كان هذا العارض لا يعدم الإدراك بل ينتقص منه فقط ، أخذ صاحبه حكم ناقص الأهلية ، فيعترف القانون بصحة تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً ، ويعتبر تصرفاته الضارة له ضراً محضاً باطلة بطلاناً مطلقاً¹، أما تلك الدائرة بين النفع والضرر فقابلية للإبطال من طرف القيم .

وأخيرا الغفلة: وتعرف بأنها عدم الخبرة، وعدم المعرفة اللازمة للتصرفات المالية، وتؤدي هي الأخرى إلى إنتقاص التمييز، وبالتالي إنتقاص الأهلية . وتأخذ تصرفات ذي الغفلة نفس حكم تصرفات السفه ، والقاصر المميز²(المادة 43 ق.م.ج) .

¹ - د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق ، ص 85 .

² - د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 60 .

- أحكام الأهلية في القانون الجنائي .

لا يمكن القول بأن هناك مفهوما يطلق عليه مصطلح الأهلية الجنائية، لأن ذلك يعني بكل بساطة إعتبارها قدرة الشخص على ارتكاب الجريمة ، أو صلاحيته لأن يكون مجنيا عليه فيها. وهذا أمر غير منطقي. ولكن يكمن أن تأخذ الأهلية في المجال الجنائي مفهوما آخر، وهو مدى قابلية الشخص لأن يكون طرفا في الرابطة العقابية سلبا أي كمتهم، أو إيجابا أي كمجني عليه، أو مضرور. فبالنسبة للمتهم ، وبالرغم من أن الواقع يثبت أن الشخص يمكن أن يرتكب جريمة منذ نعومة أظافره إلا القانون لا يسأله عليها إلا إذا بلغ سنا معيناً، إذ أن المشرع الجزائري نص في المادة 49 من قانون العقوبات على ما يلي: " لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية ، ومع ذلك فإنه في المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ ..."

فيفهم من هذا النص أن الأهلية بالنسبة للجاني الذي سيصبح متهما في الرابطة الإجرائية العقابية تعني مدى مسؤوليته عن جرمه ومدى صلاحيته للخضوع للعقوبة، وهي بذلك تختلف عن مفهوم وأحكام الأهلية في المجال المدني . لذلك فقد فصل المشرع الجزائري في أحكامها بعض الشيء، وميز بين الحالات التالية :

• القاصر دون الثالثة عشر :

أقر المشرع الجزائري بموجب المادة 49 آنفة الذكر بعدم مسؤولية القصر الذين لم يبلغوا سن الثالثة عشر، ولم يجز سوى إخضاعهم لتدابير الحماية و التربية ، أو للتوبيخ إذا ما ارتكبوا مخالفة وعليه هذه الفئة لا يمكن أن يصدر عنها تصرف رضائي في المجال الجنائي كالقبول بالعقوبة، أو التصالح ولا حتى عن طريق نائبها القانوني وليا كان أو وصيا . لأن المشرع الجزائري أخرجها من الرابطة الإجرائية العقابية.

• القاصر بين الثالثة عشر والثامنة عشر من عمره:

وهنا نصت المادة 49 من قانون العقوبات في فقرتها الثانية أن القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 يخضع إما لتدابير الحماية والتربية، وإما لعقوبات مخففة. وفكرة العقوبات المخففة التي فصلت

فيها المادة 50¹ بالإضافة إلى المادة 51² من قانون العقوبات تعني أن الشخص إذا تراوح سنه بين الثالثة عشرة ، والثامنة عشر من عمره يكمن أن يكون طرفا في الرابطة العقابية ، وبالتالي يمكن أن يعتد برضاه في المجال الجنائي ، مثلا إذا ارتكب هذا الحدث مخالفة يمكنه أن يتصلح بشأنها وفقا لأحكام المواد من 381 إلى 393 من قانون الإجراءات الجزائية ، كما يمكنه أيضا التعبير عن إرادته لقبول أو رفض عقوبة العمل للنفع للعام كعقوبة بديلة لعقوبته الأصلية إذا كان سنه بين السادسة عشر والثامنة عشر وقت ارتكاب الجريمة وفقا لنص المادة 5 مكرر 1 .

• الراشد من تسعة عشر سنة فما فوق :

وهذه الفئة العمرية تتمتع بسن الرشد الجنائي، والمدني معا ولذلك فهي طرف في الرابطة الإجرائية العقابية، فيمكن الإعتداد برضاها كلما فتح المشرع الجنائي لذلك بابا . هذا عن المتهم، أما عن أحكام أهلية المجني عليه أو المضرور، التي لا نقصد بها أهليته لإكتساب هذه الصفة ، وإنما أهلية الإعتداد برضاه في الشق الجنائي، كتقديمه لشكوى، أو صفحه عن المجني عليه، أو رضاه بالإعتداء الواقع عليه . فإنه في ظل غياب أي تنظيم من طرف المشرع الجزائري لهذه المسألة، نعتقد أن الأنسب إخضاعها لقواعد القانون المدني سابقة الذكر، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في مجال الشكوى بحيث تطلبت أن يتوفر لدى الشاكي سن الرشد المدني³.

وإذا كان الأصل أن يعبر الشخص عن إرادته أصالة، إلا أن أحكام النيابة القانونية قابلة للتطبيق في الجانب الجنائي في حدود ضيقة فبالنسبة للمتهم فإن أحكام النيابة القانونية من ولاية أو وصاية غير قابلة للتطبيق على الحدث دون التاسعة عشر من عمره في الجوانب الجزائية أي لا يجوز أن يتحمل الولي أو الوصي عبء العقوبات المخففة المحكوم بها على الحدث ولو كانت مجرد غرامات، على أساس مبدأ شخصية العقوبة أما عن مسؤوليته المدنية عن الأضرار المتسبب بها للغير من جراء الجريمة فقد نصت المادة 476 من قانون الإجراءات الجزائية على مايلي : " تقام الدعوى المدنية ضد الحدث مع إدخال نائبه القانوني في الخصومة ... وفي هذه الحالة لا يحضر الأحداث في المرافعات وإنما يحضر

¹ - " إذا قضي بأن يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 لحكم جزائي فإن العقوبة التي تصدر عليه تكون كالآتي :

إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم عليه بعقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة .

و إذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم عليه بالحبس مدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغاً ."

² - " في مواد المخالفات يقضى على القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما بالتوبيخ وإما بعقوبة الغرامة ."

³ - نقض جزائي : 1984/01/10، المجلة القضائية ، عدد4، سنة 1989 ، ص 323 .

نيابة عنهم في الجلسة نواجهم القانونيون ... " أما عن النيابة الإتفاقية ، فيمكن أن يوكل المتهم محاميه للتعبير عن إرادته بخصوص الإجراءات التي لا يتطلب فيها القانون حضوره شخصيا، بشرط أن تكون هذه الوكالة خاصة وتالية لإرتكاب الجريمة . أما المجني عليه أو المضرور فيحضر للأحكام العامة المتعلقة بالنيابة في القانون المدني ، والتي سبق التفصيل فيها .

2- سلامة الرضا من العيوب .

لما كانت الرضائية قائمة على صلاحية الإرادة لوحدها لترتيب الآثار القانونية ، فيجب على الأقل أن تكون هذه الإرادة سليمة من أي عيب قد يؤثر على إتجاهاتها ، إذ لا يكف أن يكون الشخص أهلا للتعبير عن إرادته ، بل يجب أن تكون هذه الأخيرة حرة ومبنية على أسس حقيقية وفعلية .

وقد تشوب الإرادة بوصفها ظاهرة نفسية عدة عيوب تتحكم في مصيرها، ولكن القانون إعتد بأهم هذه العيوب ، وأكثرها تأثيرا ، وأعطى لمن شابه عيب منها إمكانية التحلل من أي إلتزام فرضته عليه إرادته المعيبة¹ .

- عيوب الرضا في القانون المدني .

تقوم التصرفات القانونية في المجال المدني على مبدأ سلطان الإرادة ، فالإرادة الإنسانية حرة في ترتيب أي أثر قانوني مشروع ، ما دامت سليمة ولم يشبها أي عيب يمس إستقلاليتها، أما إذا مست هذه الإرادة في جوهرها ، وأخذت منحى مبنيا على غلط وقع فيه صاحبها، أو حيل تدليسية مورست عليه من الغير ، أو أكره للتعبير عنها، أو إستغل . فإن الأثر القانوني الذي رتبته هذه الإرادة يصبح غير مستقر ومهددا بالزوال، فما هي هذه العيوب التي تؤدي إلى إعتلال الرضا إن صح التعبير وما هي أحكامها في القانون المدني .

• الغلط :

يعرف الغلط بأنه وهم يقوم في الذهن فيحمل على الإعتقاد بصحة أمر على خلاف الحقيقة فهو تصور كاذب للواقع يحمل الشخص على القيام بتصرف قانوني ما كان ليقوم به لو أدرك الحقيقة²

1 - د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 50 .

2 - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 164 .

وقد يكون الغلط مانعا وهو غلط لا يقتصر دوره على التأثير على الإرادة ، وإنما يعدمها، وينفي بذلك وجود الرضا مطلقا ويتجسد في ثلاثة حالات: الغلط في ماهية التصرف، الغلط في ذاتية المحل الغلط في وجود سبب الإلتزام¹. كما قد يكون الغلط غير مؤثر عندما لا يقع حال تكوين الإرادة وإنما بعد التعبير الصحيح عنها ، ويتجلى عادة في صورة غلط مادي أو حسابي، أما الغلط المعتر عيبا من عيوب الرضا ، فيشترط فيه أن يقع حال تكوين الشخص لإرادته المتجهة لإحداث أثر قانوني معين .

وقد يقع الشخص في غلط يؤثر على إرادته، ومع ذلك لا يمكنه الإحتجاج به لطلب إبطال التصرف القانوني الذي قام به إلا بتوافر بعض الشروط والخصائص في هذا الغلط .

فالشرط الأول هو أن يكون هذا الغلط جوهريا. ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ من الجسامة ما يجعل الشخص يمتنع عن القيام بالتصرف القانوني إذا ما أدرك حقيقة الوضع، أي أن الغلط الجوهرية هو الذي يدفع الشخص إلى الرضا بترتيب أثر قانوني معين .

وتعلق تحديد متى يعتبر الغلط جوهريا بالبائع على الرضا، يجعل معيار تحديده معيارا شخصيا لا موضوعيا، وهذا ما جعل الفقه يحدد ضوابط مادية إضافية تكشف عن طبيعة الغلط وتحسم جواز التمسك به من عدمه إذا كان غير مؤثر.

فيكون الغلط جوهريا إذا تعلق بصفة جوهرية في الشيء المتعاقد عليه أو بقيمته مثلا ، خصوصا إذا كانت هذه الصفة أو هذه القيمة هي الدافعة إلى التعاقد . كما يكون الغلط جوهريا إذا تعلق بشخص المتعاقد معه وكانت ذاته أو صفة فيه محل إعتبار عند إبرام العقد. ويكون الغلط جوهريا أحيانا عندما يتعلق بالبائع على التصرف .

وقد أجاز المشرع المدني الإحتجاج بالغلط ، ولو تعلق بالقانون ، إذ تنص المادة 83 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع ... " وقد يظهر من هذا النص أنه إستثناء على مبدأ لا يعذر بجهل القانون، لكنه في الحقيقة ليس سوى تطبيق لمقتضيات المبدأ لأنه يعني التطبيق الصحيح للقانون²

1 - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 165 .

2 - المرجع نفسه ، ص 170 .

كما يشترط في الغلط أيضا إتصاله بمن يحتج به في مواجهته ، فقد يرتبط الشخص بناء على غلط وقع فيه بالتزام مع شخص آخر، ولكي لا يكون طلب إبطال العقد للغلط مسألة مفاجئة لهذا الأخير، وحفظا لإستقرار المعاملات . يشترط ألا يستقل الشخص المتمسك بوقوعه في غلط لإبطال العقد مثلا بهذا الغلط لوحده، بل يجب على الأقل أن تكون هناك إمكانية لإدراك هذا الغلط من الشخص الآخر¹.

ومن الحالات التي يجوز معها التمسك بالغلط في مواجهة الطرف الآخر، حالة سبق وقوع هذا المتعاقد في الغلط نفسه . كما يجوز إبطال العقد أيضا إذا كان الطرف الآخر عالما بهذا الغلط ، فيتوافر في حقه في هذه الحالة سوء النية . أو حتى إذا كان من السهل عليه إكتشافه².

ويترتب على وقوع الشخص في غلط بالشروط المذكورة أعلاه ثلاثة نتائج أولها قابلية التصرف للإبطال ، وثانيها وقوع عبء إثبات هذا الغلط على المتمسك به .

فتعتبر قابلية التصرف للإبطال الجزاء القانوني للوقوع في غلط معيب للإرادة، إذ يزول التصرف المحكوم بإبطاله بأثر رجعي ، وذلك مراعاة لمصلحة الشخص الذي وقع فيه ، وهذا يعني أن الإرادة المعيبة يتواجد معها التصرف القانوني لكن وجوده غير مستقر بل مهدد بالزوال. ولكن القانون يقرن دائما طلب إبطال العقد بمبدأ حسن النية³.

كما يقع عبء إثبات وجود الغلط ، وإعتباره جوهريا ، وكذا إتصاله بالطرف الآخر في التصرف القانوني إن وجد على عاتق الشخص الذي وقع فيه ، ويمكنه إقامة الحجة على ذلك بكافة طرق الإثبات.

¹ - د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 133.

² - المرجع نفسه ، ص 134 .

³ - المادة 85 من القانون المدني الجزائري .

• التدليس .

يعرف التدليس بأنه الإلتجاء إلى الحيلة والغش بقصد إيهام الغير بأمر مغاير للحقيقة لدفعه على القيام بتصرف قانوني تعاقدى أو بالإرادة المنفردة، وعليه فإن أساس التدليس هو التضليل والتمويه والخداع¹. لذلك فهو من أخطر العيوب التي يمكن أن تشوب الإرادة .

ويتشابه التدليس مع عيب الغلط في أن كلاهما يجعلان الشخص يعتقد أمرا مخالفا للحقيقة، ومع ذلك يختلفان من حيث المصدر، فمصدر الغلط هو الشخص نفسه، أما مصدر التدليس فشخص من الغير، كما يختلفان من حيث الطبيعة والجزاء، فإذا كان كل من الغلط والتدليس من عيوب الإرادة ، فإن التدليس علاوة على ذلك يعتبر عملا غير مشروع وذلك لما يمارسه المدلس من حيلة وخديعة وتضليل للشخص المدلس عليه . وهذا ما يؤثر أيضا على الجزاء المترتب على كليهما، فالغلط يمكن من إبطال التصرف، أما التدليس فإضافة إلى جواز التمسك به لإبطال العقد إلا أنه ينفرد بجزاء آخر هو تعويض المدلس عليه عما أصابه من ضرر من جرائه².

وقد نصت المادة 86 من القانون المدني الجزائري على الشروط الواجب توافرها في التدليس حتى يعتد به القانون كسبب لإبطال العقد إذ جاء فيها: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد... " فلا يكفي لقيام التدليس مجرد دفع الشخص للتصرف قانونا بسبب أمر غير موجود حقيقة، بل يجب أن يتم ذلك باللجوء إلى الإحتيال والخداع³، وأن يكون هدف المدلس من وراء ذلك الحصول على مصلحة غير مشروعة . ومن هذا نلاحظ أن فكرة إستعمال الطرق الإحتيالية تقوم على عنصرين : عنصر مادي وعنصر معنوي وأساس العنصر المادي للحيل التدليسية هو أن تتجسد في مظهر خارجي، لتكون كافية بنفسها لإيقاع المدلس عليه في الغلط ، وحمله على التصرف قانونا ، ومن أمثلة ذلك إنتحال صفة معينة تكون محل إعتبار لدى الشخص المدلس عليه، أو الإحتجاج في مواجهته بوثائق مزورة... إلخ⁴.

1 - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 173 .

2 - د. خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص 120 .

3 - المرجع نفسه ، ص 121 .

4 - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 174 .

ويرى فقهاء القانون المدني أن مجرد الكذب، أو السكوت والكتمان لا يعتبران في الأصل من الطرق الإحتيالية، إلا إذا كانت الواقعة محل الكذب أو الكتمان ذات إعتبار لدى الطرف الثاني، أو أن يوجب القانون ضرورة الإدلاء بمعلومات بخصوصها.¹

أما العنصر المعنوي للتدليس فيتمثل في نية التضليل والخديعة للحصول على مصلحة غير مشروعة، أي يجب أن يصاحب ما قد يصدر من المدلس من سلوكات قد تدفع الغير إلى التصرف تصرفاً قانونياً معيناً، نية الإحتيال عليه، فإذا إنخدع الشخص من تلقاء نفسه بما يحيط بالشخص الثاني من علامات ومظاهر فلا نكون بصدد تدليس.

ولا يكفي توافر نية الإيهام والتضليل، بل يجب علاوة على ذلك أن يكون الباعث من ورائها تحقيق هدف غير مشروع، أما إذا إستخدم الشخص طرقاً إحتيالية لتحقيق غرض مشروع، فلا يعتبر ذلك تدليساً معيناً للإرادة.

ويشترط في التدليس كعيب من عيوب الرضآن يمون هو الدافع إلى التصرف القانوني. بحيث لولاه لما قام بالتصرف قانونياً على نحو معين، ومعنى ذلك أن الشخص يمكن أن يدلّس عليه، لكن ذلك لا يكفي لإعتبار إرادته معيبة ما لم ينتج هذا التدليس أثره في نفس الشخص المقصود، ودفعه إلى القيام بتصرف قانوني معين.²

والحقيقة أن معيار الفصل بين التدليس الدافع للتصرف و التدليس غير المعيب للإرادة، معيار شخصي، ينظر فيه إلى شخص المدلس عليه نفسه، فقدرته المدلس على التأثير على إرادة الأشخاص وكذا مدى قابلية هؤلاء الأشخاص للتأثر بالحيل التدليسية، أمر يختلف من شخص إلى آخر حسب درجة ثقافة، وذكاء، وسن كل واحد و يصطلح بعض فقهاء القانون المدني على تسمية ذلك التدليس الذي لا يرقى إلى درجة جعل الإرادة معيبة بالتدليس العارض.

ولا يكفي تأثر إرادة الشخص ببعض الحيل التدليسية التي دفعته إلى التصرف، حتى يحتج بذلك أمام الغير لإبطال التصرف، ما لم يكن هذا الغير على إتصال بحادثة التدليس، ولذلك يشترط القانون المدني لإبطال العقود بسبب التدليس، أن يصدر هذا الأخير من المتعاقد الثاني، أو من ينوب

¹ - د. خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 122

² - د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 175.

عنه¹، أما إذا صدر التدليس من الغير، فلا تأثير له على العقد، إلا إذا علم به الطرف الثاني، أو كان من المفترض فيه أن يعلم به².

• الإكراه .

يعرف الإكراه بأنه الضغط على شخص بغير وجه حق ، ضغطا يبعث في نفسه رهبة وخوفا يجمله على إبرام عقد لم يكن ليقبله لو كانت إرادته حرة ، أي أن الإكراه يعيب الإرادة في عنصر الحرية والإختيار ، عكس الغلط والتدليس اللذان يمسان في التعاقد علمه بما يرتضيه .

وهذا الإكراه قد يكون حسيا أي ماديا فيقع فعلا على جسم المكره بالضرب ، أو التعذيب فيضطر المكره إلى قبول التعاقد كي يوقفه ، وقد يكون معنويا بأن يكون بالتهديد بإيقاع أذى ما في جسم الشخص، أو ماله، أو شرفه وسمعته³، وقد نص المشرع المدني الجزائري على الإكراه بموجب المادة 88 من القانون المدني التي جاء فيها : " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ... " وعلى ضوء ما جاء في نص المادة 88 ق.م.ج، يمكننا القول بأن المشرع يشترط في الإكراه كعيب من عيوب الإرادة الشروط التالية : أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد دون وجه حق، أن تكون هذه الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد، وأخيرا أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بهذا الإكراه

والمقصود بالرهبة هو الخشية من الأذى التي تؤثر في رضاء المتعاقد، بحيث تحمله على إجراء تصرف ما كان ليرغب فيه لولاها. ويشترط في الرهبة أن تكون قائمة على أساس أي أن تكون

¹ - المادة 86 من القانون المدني .

² - وتمثل آثار التدليس فيما يلي : 1- قابلية العقد للإبطال . فإذا توافرت شروط التمسك بالتدليس ، فإن ذلك يعني نشوء حق للمدلس عليه في طلب إبطال تصرفه القانوني ، لكون هذا التصرف معيبا في ركن الرضا . 2- المطالبة بالتعويض إن كان له محل . بحيث يختلف التدليس عن الغلط في أنه ليس فقط عيبا من عيوب الإرادة وإنما هو أيضا عمل غير مشروع، يستوجب تعويض من تسبب له في ضرر وفق قواعد المسؤولية التقصيرية ، ولكن التعويض مرتبط دائما بالضرر، أي أنه أحيانا يكفي إبطال التصرف القانوني كجزاء للتدليس . 3- تحمل المدلس عليه عبء إثبات التدليس يقع عبء إثبات حصول التدليس ، وكونه دافعا لا مجرد عرضي ، وكذا حصوله ممن يبتغ به في مواجهته أو نائبه ، أو علمه به أو إفتراض علمه بحصوله إذا تم التدليس من الغير، على عاتق طالب إبطال التصرف القانوني ، فالبينه على من إدعى .

ويجوز إثبات التدليس بكافة طرق الإثبات ، ويعتبر التدليس أسهل في إثباته من الغلط كونه يستند في الغالب إلى وسائل مادية يسهل إثباتها . وتقدير مدى وجود التدليس من عدمه مسألة تستقل بتقديرها محكمة الموضوع .

³ - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 183 .

ظروف الحال تصور للمتعاقد أن خطرا جسيما يهدده، ويمكن لهذا الخطر أن يكون وهما ومع ذلك يعتبر رهبة قائمة مادامت الظروف التي دفعت الشخص إلى تصوره قائمة¹.

كما لا يشترط القانون أن تكون هذه الرهبة قد تولدت عن إلحاق الأذى بالمتعاقد نفسه ، بل يمكن أن يكون الأذى موجهها لشخص آخر لكن تربطه بالمتعاقد علاقة نفسية تجعل مساسه بأذى باعنا للرهبة في نفسه.

ويأخذ الأذى الذي يهدد الشخص عدة صور، فقد يكون حسيا يمس الجسم أو المال، وقد يكون نفسيا يمس العاطفة والشرف والسمعة، وفي بعض الأحوال لا يشترط فيه أن يكون واقعا في الحال حتى يتحقق عنصر الرهبة في الإكراه ، بل يمكن أن يكون الخطر الذي يتهدد الشخص مستقبليا ومع ذلك يتحقق به التأثير على الإرادة².

وإذا كانت الرهبة لازمة لقيام حالة الإكراه فإنه يشترط فيها أن تكون دون وجه حق ، ويفهم من ذلك أن إلزام الشخص على القيام بتصرف قانوني بالطرق القانونية والمشروعة لا يعد إكراها ولو بعث في نفسه الرهبة، فمثلا تهديد الدائن للمدين بأنه سيرفع ضده دعوى لإستيفاء دينه بالحجز على أمواله وبيعها، ليس إكراها لأن الرهبة التي أحدثها في نفسية المدين هنا رهبة مشروعة .

وقد يقع الشخص تحت سلطان رهبة ، ومع ذلك لا تكون هذه الأخيرة هي الدافعة إلى التعاقد، ويختلف تأثير الأخطار والتهديدات على الإرادة من شخص إلى آخر، لذلك فإن تقدير مدى تأثير الرهبة على الشخص معيار شخصي، فالعبرة فيه ليست بمدى تأثير الإكراه على الشخص العادي وإنما بتأثيرها في نفس المكره ذاته . وهذا ما عبر عنه المشرع المدني الجزائري في نص المادة 88 ق.م.ج³

ولا يحتج بالإكراه في مواجهة الطرف الآخر لإبطال العقد ، إلا إذا كان هذا الطرف ذا صلة وثيقة بالإكراه الواقع . بأن يكون هو من بث الرهبة في نفس المكره ، أو على علم ، أو يفترض فيه

1 - د. خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق ، ص 122

2 - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 185 .

3 - "...وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه ، وسنه ، وحالته الاجتماعية والصحية ، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في حسامة الإكراه ."

العلم بما بثه الغير من رهبة في نفس المتعاقد معه . وعليه لا يكون للإكراه أثره المعيب للإرادة ، والمبطل للتصرف إلا إذا وقع من الطرف الآخر مباشرة ، أو من غيره لكنه كان على علم به أو يفترض فيه ذلك¹

وإذا توافر الإكراه بعناصره المبينة آنفا، فإنه يكون سببا يميز للواقع تحت وطئته إبطال التصرف القانوني الذي قام به ، والمطالبة بالتعويض إن كان له محل . ولكن ذلك لا يتحقق إلا إذا أثبت واقعة الإكراه ، وأثبت صلة الطرف الثاني بها .

فأما عن قابلية العقد للإبطال فأنتها نتيجة حتمية لتأثير الإكراه على الإرادة - قوام التصرف القانوني - يجعلها معيبة ، وبالتالي جعل آثارها قابلة للزوال . أما عن إمكانية المطالبة بالتعويض فتستند إلى كون الإكراه عملا غير مشروع يسأل عنه مرتكبه مسؤولية تقصيرية إذا سبب ضررا للغير .

ويشترط لترتيب هذه الآثار، قيام المطالب بها، أي المكره بإثبات واقعة الإكراه بعناصرها المتطلبة قانونا ، وإثبات نسبتها للطرف الآخر . أي أن عبء إثبات الإكراه يقع على شخص المكره. ويجوز أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات كون أن الإكراه واقعة مادية .

• الإستغلال .

يعرف الإستغلال بأنه إنتهاز أحد المتعاقدين ما لدى المتعاقد الآخر من طيش بين ، أو هوى جامع عند إبرام العقد و ذلك للحصول منه على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب البتة مع ما يحصل عليه هذا المتعاقد² . وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني التي جاء فيها: " إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد ..."

¹ - وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 89 من القانون المدني " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه ."

² - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 194 .

وبناء على التعريف السابق للإستغلال، يمكننا القول بأن هذا العيب من عيوب الإرادة لا يتوافر إلا بقيام العناصر التالية ، إحتلال التعادل المادي بين إلتزامات المتعاقدين إحتلالاً فادحاً، وإستغلال الضعف النفسي لدى المتعاقد .

فأما عن إحتلال التعادل بين الإلتزامات إحتلالاً فادحاً . وهو ما يعرف بالعنصر المادي للإستغلال، ويتحقق إذا أبرم الشخص عقد معاوضة يختل فيه التعادل بين إلتزاماته وإلتزامات الطرف الآخر إحتلالاً فادحاً لصالح الطرف الآخر ، أو أدى هذا الإستغلال إلى حمل الشخص لإبرام عقد تبرع ، أي أن يعطي دون أن يأخذ أي مقابل .

وفي الحالة الأولى أي في عقد المعاوضة لا يكفي مجرد عدم التعادل بين إلتزامات الطرفين حتى يمكن أن يطعن في العقد بالإستغلال ، وإنما يجب أن يكون عدم التعادل على درجة معينة من الجسامة . والحكمة من ذلك واضحة . إذ أن التعادل والمساواة التامة بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه أمر يتنافى وطبيعة العقود إذ من المألوف أن يكون في العقد غالب ومغلوب . ويرجع تقدير مدى توافر العنصر المادي للإستغلال لقاضي الموضوع يقدره حسب ظروف الحال والمألوف بين الناس .

أما إستغلال ضعف نفسي لدى المتعاقد. وهو العنصر النفسي للإستغلال ، فيتجسد في أي صورة من صور الضعف الإنساني تجعل صاحبها قابلاً للإستغلال ، لكن المشرع لم يشأ أن يترك باب هذه المسألة مفتوحاً على مصرعيه ، وإنما قصر حالة الضعف النفسي التي تعترى الطرف المستغل في طيشه البين، أو هواه الجامح. والطييش البين حالة مرضية تمنع الشخص من التبصر بعواقب الأمور بحيث يقدم على عمل ما دون مبالاة أو إكتراث بما سيترتب عنه من نتائج. فيشمل الخفة والتسرع والحماس الزائد . أما الهوى الجامح فهو رغبة شديدة تقوم في نفس المتعاقد ، نحو شخص أو شيء تجعله يفقد سلامة الحكم، ورجاحة الرأي بخصوص ذلك الشخص ، أو ذاك الشيء وإذا كان الطييش البين، أو الهوى الجامح حاليتين تعتريان أحد أطراف العقد ، فإن الإستغلال لا يقوم إلا إذا إستغل الطرف الثاني هذا الضعف النفسي لإبرام العقد ، ويقتضي هذا أن يكون على الأقل عالماً به .¹

¹ - في حالة ما إذا توافر ظرف الإستغلال بعنصره أنفي الذكر ، فإنه يكون سبباً يمكن الإستناد عليه لإبطال العقد المبرم ، أو لإعادة التوازن بين طرفيه. فبخصوص أثر الإبطال فإنه مرهون بطلب الشخص الذي وقع عليه الإستغلال ، وبقبول القاضي . ذلك أن الإستغلال أحياناً يكون قابلاً للإصلاح بإعادة التوازن والتعادل بين طرفي العقد . فإذا رأى القاضي أن مجرد إنقاص الإلتزامات الباهضة الملقاة على عاتق الطرف المستغل ، كاف لرفع

- عيوب الرضا في القانون الجنائي .

لا يوجد بين نصوص قانون العقوبات ، ولا بين نصوص قانون الإجراءات الجزائية ما يشير إلى ضرورة أن تكون إرادة الشخص المعبر عن رضاه بترتيب أثر جنائي معين - يتعلق بالجريمة، أو بالجزاء أو بإجراء من الإجراءات - سليمة وخالية من العيوب . ولكن ذلك لا يعني أن المشرع الجنائي يلتفت عن هذه المسألة، ولا يعيرها أية أهمية . بل المستفاد ضمناً من سكوته أنه يحيل بشأنها إلى قواعد القانون المدني التي تناولت هذا الموضوع بالتفصيل .

وعليه فإن الرضا في القانون الجنائي لا يفترض فيه أن يحدث أثره إلا إذا كان سليماً، أما إذا شابته عيب يؤثر على وعي صاحبه أو حرته جاز برأي الإحتجاج بذلك لإبطال أي أثر يستند إلى ذلك الرضا . ويمكننا في معرض الحديث عن عيوب الرضا في القانون الجنائي تقسيمها إلى نوعين : عيوب ماسة بوعي الإرادة ، وعيوب ماسة بحريتها¹ .

• العيوب الماسة بوعي الإرادة .

من المسلمات القانونية، إشتراط العلم بالشيء لتحمل آثاره . فليس من المعقول مساءلة شخص عن مسألة هو يجهلها . ومن العوارض التي من شأنها جعل إرادة الشخص الصادر عنه الرضا إرادة غير واعية وقوعه في غلط، أو تعرضه لتدليس . تماماً كما هو الحال عليه في القانون المدني. ولعل الإشكالية هنا ليست في حسم ما إذا كان الغلط والتدليس من شأنهما جعل الرضا في المجال الجنائي معيباً، وإنما في تصور حالات الغلط والتدليس الممكنة في المجال الجنائي .

والقاعدة في هذا الصدد هي أن المسائل التي يترتب على عدم الوعي بها لغلط أو تدليس إبطال التصرف القانوني هي المسائل الهامة التي لا يمكن للشخص أن يعبر عن رضاه وهو جاهل بها. وهذا يعني أن عدم الوعي المقصود هنا. هو ذلك المنصب على المسائل الجوهرية دون الثانوية. وتحديد معيار التفرقة بين النوعين يختلف باختلاف المجال الذي سيحدث فيه هذا الرضا أثره . فكما سنرى

حالة الغبن قضى بذلك ، ولو كان الطرف المغبون يطالب بالإبطال ، أما إذا طالب هذا الأخير بإنقاص إلتزاماته فقط ، إمتنع عن القاضي الحكم بإبطال العقد ، لأنه بذلك يكون قد حكم بما لم يطلب منه .

ويجدر التنبيه هنا أن دعوى الإستغلال تسقط بعد مرور سنة من تاريخ إبرام العقد ، فلا يجوز أن يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة ، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 90 من القانون المدني ما يلي "...ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة..."

¹ - د. ناينتي ناين محمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 50 .

الرضائية في الحقل الجنائي تتعلق بمجالات شتى: بالجريمة ، بالعقوبة، وبإجراءات جنائية مختلفة. ما يجعل العناصر المتطلب الوعي الكافي بها للتعبير عن الرضا، تختلف من مجال لآخر.

ففي المجال الموضوعي مثلا وحتى لا تقع التجارب الطبية على الإنسان تحت دائرة التجريم يجب أن تتم برضا الخاضع لها. وحتى تكون إرادة هذا الشخص واعية وحب تبصيره بموضوع التجربة وهدفها، والطريقة الفنية المستخدمة للقيام بها، والفائدة المرجوة منها، والمخاطر المحتملة من ورائها (المادة 209 من قانون الصحة العامة الفرنسي)¹. ويقع الإلتزام بالإعلام على الطبيب القائم بالتجربة وأي تلاعب منه للتأثير على رضا وجعله يخضع للتجربة - بأن يوهمه بأن التجربة ضرورية لصحته، أو أنها علاج له وليست تجربة - من شأنه أن يوقعه تحت طائلة المساءلة القانونية².

أما في الشق الإجرائي ففي التفتيش الرضائي مثلا يجب على الشخص الراضي به أن يكون عالما بكل ظروف التفتيش بما فيها عدم إجبارية هذا الأخير، لكونه يستند فقط على رضاه لا على إذن مكتوب من وكيل الجمهورية أو قاض التحقيق . كما يجب أن يحاط علما بغرض التفتيش وهو البحث عن أدلة تتعلق بجريمة ما، بالإضافة إلى علمه بصفة القائم بالتفتيش و بالآثار الجنائية المترتبة عليه. لهذا وجب على القائم بالتفتيش تنبيه الخاضع له بكل هته المسائل، وبحقه في الرفض، أو على الأقل حصر التفتيش في نطاق معين³.

ويرى البعض⁴ أن العلم بالقوانين الإجرائية لا يفترض بل هو واجب الإثبات ، أي أن الشخص يعذر بجهله إياها ، لذلك وجب إحاطته إحاطة كافية بكل ما يتعلق بالإجراء الخاضع له، لذلك فإن وقوع الشخص في غلط ، أو تعرضه لتدليس في أي مسألة يجدر به العلم بها ، يجعه قادرا على الإحتجاج بعدم صحة رضاه ، وبالتالي عدم صحة الإجراء المستند عليه .

ومن صور الغلط الذي يقع فيه الشخص من نفسه ، إعتقاده بوجود إذن بالتفتيش⁵ ، ومن صور التدليس الذي يمكن أن يتعرض له الشخص من طرف الغير في باب التفتيش الرضائي إيهامه

1 - د. عبد القادر الحسيني إبراهيم محفوظ ، التجارب الطبية بين الإباحة والتجريم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009، ص 76 .

2 - د. أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، بدون دار نشر ، الإسكندرية ، 1987 ، ص 40 .

3 - د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق، 84 .

4 - المرجع نفسه، ص 85 / . د. عمرو إبراهيم الوقاد ، الغلط في القانون في ضوء أحكام القانون الجنائي، بدون دار نشر، 2001، ص 69،70

5 / د. محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 145 .

5 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 299 ، فقرة 323 .

بأن إذن التفتيش موجود فيتصور أنه لا يحق له في رفضه ، أو الزعم بأن هذا التفتيش هو لحمايته من خطر يحدق به .

• العيوب الماسة بحرية الإرادة .

علاوة على إشتراط علم الشخص المعبر عن رضاه بكافة الأمور الجوهرية المتعلقة بالمسألة التي سيحدث فيها هذا الرضا أثره، يجب أن يكون الشخص حرا في ذلك أيضا. وتتأثر حرية الشخص بأي عامل من شأنه أن يعدمها، أو ينتقص منها . فمثلا إجبار المريض على قبول الخضوع لعملية جراحية معينة يجعله يوقع على وثيقة الإذن بالقوة ، أو إنتزاع بصمة منه عنوة أمر يعدم الإرادة . ويظهر أثر الإكراه أكثر في مجال التفتيش الرضائي ، فهذا الأخير يمكن أن يبطل إذا ثبت أن الخاضع له قد أجبر عليه . بتوعده بحبسه إن لم يرضى به ، أو تهديده بإلحاق الأذى به ، ويتحقق الإكراه في جميع الأحوال عند عدم القدرة على المواجهة جسديا أو نفسيا .

ويرى البعض¹ أنه في مجال التفتيش لا يوجد إرادة حرة، فكل شخص يتنازل عن حرمة أو حرمة مسكنه إلا ويوجد ما يدفعه لذلك. فقد يرضى الشخص بالتفتيش لمجرد عدم قدرته على مقاومة ومواجهة ضابط الشرطة القضائية، وشعوره بالحرج. أو لمجرد القناعة بأن ثمة إلتزام أدبي يفرض عليه الإستجابة لممثل السلطة، أو الخشية من إتهامه لمجرد رفضه، وما يمثله قبوله للتفتيش من ثقة في مطابقة سلوكه للقانون. وكأن الأصل هو عدم الرضا بالتفتيش، فإذا ما خرج الشخص عن هذا المسلك العادي والطبيعي، وجب على القاضي أن يشك في حرية إرادة هذا الشخص ولو لم يثر ذلك صاحب الشأن، فيلزم القائم بالتفتيش بإثبات أنه لم يكره الشخص على قبول هذا الإجراء . فينتقل بذلك عبء الإثبات من الخاضع للتفتيش إلى القائم به² .

¹ - د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 91 .

² - المرجع نفسه ، ص 95 .

الفصل الأول

تطبيقات الرضائية في المواد الجنائية الموضوعية

(الجريمة والجزاء)

الفصل الأول

تطبيقات الرضائية في المواد الجنائية الموضوعية

(الجريمة والجزاء)

تمهيد :

من بين أشهر تقسيمات القواعد القانونية وأكثرها شيوعاً، تقسيمها إلى قواعد قانونية موضوعية وأخرى شكلية، فأما الأولى فيقصد بها مجموع القواعد التي تقرر حقاً أو تفرض واجباً¹، وأما الثانية فهي تلك التي تتكفل بتبيان الوسائل التي يمكن بها إقتضاء الحق المقرر أو تقرير كيفية القيام بالواجب². فإذا ما أسقطنا هذين التعريفين على مجموع القواعد القانونية المكونة للقانون الجنائي بمعناه الواسع أي ذلك الفرع من فروع القانون الذي يعنى بتبيان الجرائم وأنواعها وآثارها الجنائية، وكيفية الكشف عنها وعن مرتكبيها وتقديمهم للمحاكمة و إصدار الحكم عليهم³، لوجدنا أن الشق الموضوعي من قواعده القانونية يندرج تحت إطار قانون العقوبات بإعتباره يقر أهم حق و هو حق الدولة في عقاب من يمس استقرارها ومصالحها الجوهرية، ويفرض واجب الامتناع عما ورد فيه من محظورات، في حين أن الشق الشكلي من قواعده يندرج تحت إطار قانون الإجراءات الجزائية⁴ على أساس أن هذا الأخير ينظم كيفية إقتضاء الدولة لذلك الحق. وعليه فالمقصود بالرضائية في المواد الجنائية الموضوعية هو الرضائية في إطار قانون العقوبات دون قانون الإجراءات الجزائية الذي سنخصص له الفصل الثاني من هذا البحث.

وإذا أنعمنا النظر في القواعد الموضوعية للقانون الجنائي (قانون العقوبات) لوجدنا أنها تتمحور حول فكرتين أساسيتين هما تبيان ما هو ممنوع من المسالك الانسانية أي عنصر التجريم، وتحديد ما يترتب على إتيانها من آثار أي عنصر الجزاء⁵. لذا فالبحث عن الحيز الذي يشغله مبدأ الرضائية في المواد الجنائية الموضوعية يعني البحث عن مدى تأثير هذا المبدأ على مسألتي الجريمة والجزاء. فهل يمكن

¹ - د. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 80.

² - المرجع نفسه، ص 81.

³ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، بدون دار نشر، 2002، ص 3

⁴ - د. جلال ثروت، النظام القانوني الجنائي، المرجع السابق، ص 5.

⁵ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 01.

أن نتصور لرضا الأفراد ولسلطان إرادتهم إعمالاً في مجال تحكم عليه الدولة قبضتها ، وتبسط عليه سلطتها؟ إذ يرى البعض¹ أن جميع نصوص قانون العقوبات من النظام العام، وأنه لا مجال لمخالفة أحكامه بالإتفاق على ذلك، لأنه بكل بساطة يحمي مصالح إجتماعية جوهرية تنأى، وتنحسر عنها الإرادة الفردية ولو كانت المصلحة في أصلها ملكاً لفرد من الأفراد. فهل يصدق هذا الطرح بإطلاق؟

المبحث الأول: تطبيقات الرضائية في مجال الجريمة.

توصلنا فيما سبق إلى أن أساس الرضائية هو إقحام الإرادة الفردية لتفادي تطبيق قواعد قانونية بطبيعتها قابلة للتطبيق على أوضاع معينة ، وإستبدالها بحلول أخرى إتفاقية ، وعليه فإن الحديث عن الرضائية في مجال الجريمة ، يعني الحديث عن الدور الذي يمكن أن تلعبه إرادة الأفراد و أقصد بهم الجاني والمجني عليه في الحيدة بنصوص التجريم عن مجراها العادي.

وهو أمر قد يبدو لأول وهلة ضرباً من ضروب الهزل فمند أن إستقر لدى الفكر القانوني مفهوم الجريمة على أنها إعتداء يقع ضحيته المجتمع بأسره، ومساس بأمنه وإستقراره - ولو كانت واقعة على فرد من الأفراد-²، إنحسر عن دائرتها أي دور للأفراد لتحديد ما يعتبر جريمة و ما يعتبر مباحاً، أو ما يوجب المسؤولية الجنائية وما يمنعها، أو حتى في تكييف تلك السلوكات المجرمة وإعطائها وصفها الصحيح، وأصبحت هذه العملية كلها محكومة بمبدأ الشرعية الذي يعني أن تتولى مهمة التجريم والعقاب، هيئة محددة(السلطة التشريعية) لا يجوز لغيرها مزاحمتها فيها، تصدر هذه الهيئة قواعد قانونية جنائية ملزمة للأفراد وللقضاة لا يملكون الخروج عنها تحت أي ظرف³. حماية للحق العام من الضياع، وحفاظاً على إستقرار الأوضاع .

ولعل عدم ترك مسألة تحديد البنيان القانوني للجريمة - والذي يستتبع قيامه آثاراً هامة أبرزها إستنهاض أجهزة الدولة للبحث عن مقترفيها ، و توقيع الجزاءات المناسبة عليهم - رهناً للميول والأهواء الخاصة، وإحاطة مسألة التجريم بحصن منيع يدرؤ عنه أي تلاعب، أمر محمود ، يضمن للدولة وللأفراد على حد سواء نوعاً من الإستقرار و الثبات اللازمين لقيام وإستمرار أي مجتمع .

¹ - د.محمد عيد الغريب، النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق، ص 12 ، فقرة 04 .

² - د.عمرو العروسي ، مشاركة ضحايا الجرائم في الدعاوى الجنائية و أثره في تفعيل نظام الصلح الجنائي ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية ، جامعة الإسكندرية ، عدد خاص ، 2010 ، ص 959 .

³ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 51 .

وهكذا ، كان مبدأ الشرعية ولا يزال تلك الدرة النفيسة التي تتجوج قانون العقوبات وتضمن له هيئته ووقاره .

ولكن إذا كان نص التجريم شرطا ضروريا لإكمال البنيان القانوني لأية جريمة، فلا جريمة بدون نص ، فهل يكون هذا النص إجباري التطبيق ولو إتفق الجاني والمجني عليه على عدم الإحتكام لحكمه؟ ولو جاز هذا الإتفاق فما هي طبيعته وحدوده وما هو نطاقه و آثاره ؟

المطلب الأول: فكرة رضا المجني عليه كتطبيق للرضائية في مجال الجريمة.

يتراضى الأفراد في حياتهم اليومية على أمور شتى، تختلف وتتغير ولا تدخل تحت حسر، بعض هذه الإتفاقات ينظمها القانون الخاص و يفصل أحكامها و ذلك عندما تشيع وتبلغ درجة من الأهمية، والجزء الأعظم الآخر متروك للإرادة الإنسانية الحرة، التي تملك السلطان الأكبر في تكوين جميع الروابط القانونية التعاقدية وغير التعاقدية¹ .

وقد تفرغ هذه الروابط القانونية في أشكال وقوالب مألوفة لا تثير أي إشكال بخصوص نظامها القانوني كعقود البيع والإيجار، والشراكة، إلى غير ذلك، ولكن قد تطل إرادة الأفراد بمجالات لا يحكمها القانون الخاص، وتتجه إلى ترتيب آثار قانونية غير مألوفة في ربوع هذا القانون.

فماذا لو إتفق شخصان على إرتكاب فعل يعتبره القانون جريمة ؟ طبعاً الحكم هنا سهل! فلو نفذ الأمر أو شرع في تنفيذه بحسب الأحوال لكننا أمام جريمة مكتملة الأركان يطبق عليها نص من نصوص قانون العقوبات وأحكام المساهمة الجنائية، لكن ماذا لو كان المجني عليه في الجريمة محل الإتفاق هو من إتفق مع الجاني على إرتكابها؟ ، بمعنى أن موضوع الإتفاق في الأساس لم يكن الإشتراك في إرتكاب جريمة ، وإنما أن ترتكب هذه الأخيرة في حق أحدهما من طرف الآخر بالتراضي. فهل نحتكم في هذه الحالة إلى مبدأ سلطان الإرادة على أساس وجود إرادتين متوافتين على ترتيب أثر قانوني معين؟ أم إلى مبدأ الشرعية على أساس أن هذا الأثر هو جريمة؟ والجريمة من الموضوعات التي تنفرد بأحكام خاصة واردة في قانون العقوبات وتنأى عنها أحكام القانون الخاص² .

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 184 ، فقرة 41 .

² - أ. فضيل خان ، رضا الضحية و تأثيره في بعض الجرائم وفق التشريع الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية ، العدد الواحد والعشرون ، بسكرة ، مارس 2011 ، ص 266 .

وبمعنى آخر هل ينطبق نص التجريم بكل أحكامه على هذا السلوك المعتبر جريمة؟ أم أن هذا الإتفاق وهذا التراضي الحاصل بين المجني عليه و الجاني قد نزع عن سلوك هذا الأخير صفة الإعتداء وبالتالي صفة الجريمة ؟ وإن وجد مثل الأثر فما هي أكثر المجالات تقبلا لهذه الفكرة ، وما هي أهم صور تطبيقها ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال التعرف أولا على فكرة رضا المجني عليه ، وإماطة الغموض واللبس اللذان يحيطان بها . تم تبيان أهم مجالات تطبيقها .

الفرع الأول : ماهية فكرة رضا المجني عليه.

يرتبط مصطلح الجريمة في مفهومه الإجتماعي بفكرة الإعتداء على الحق¹ ، فلا يتصور وجود جريمة إلا بوجود شخص إغتصب حقه وأخذ منه عنوة من طرف شخص آخر ، لذلك يفترض أن يتخذ هذان الشخصان مواقف متعاكسة ومتناقضة على الأقل لحظة ارتكاب الجريمة ، فالأول يحاول جاهدا حماية المصلحة القانونية التي يقرها له القانون والثاني يحاول إهدار هذه المصلحة أو تعريضها للخطر.

هذه هي الصورة الكلاسيكية أو النمطية التي تجمع الجاني بالمجني عليه² . ولكن القول بوجود إتفاق أو تراض بينهما على ارتكاب الجريمة أمر غير مألوف ، وغير متوقع ، ولكنه موجود . فما حكم القانون على هذه الحالة الواقعية الشاذة ، هل يلتفت عنها و يعتبر الجريمة المترضى عليها جريمة عادية، أم يلتفت إليها ويعاملها معاملة خاصة ؟

يعتبر رضا المجني عليه فكرة قانونية مركبة ، تجمع بين مفهومين غريبين عن بعضهما نادرا ما يجتمعان في سياق واحد : التراضي الذي يعتبر موضوعا رئيسيا من مواضيع القانون المدني ولبنة أساسية في نظرية العقد ، والجريمة قطب الرحي الذي تدور حوله كل أحكام قانون العقوبات . لذلك فإن تحديد مفهوم مسألة تتدرج بين فرعين من فوع القانون - كل منهما كوكب منفصل عن الثاني له مبادؤه و غاياته - أمر قد لا نسلم فيه من الإنزلاق، إلا إذا تعرفنا على كل فكرة فرعية في مجالها الأصلي، أي تحديد مفهوم الرضا أولا إستنادا إلى القواعد العامة للقانون المدني، ثم تحديد مفهوم الجريمة إستنادا إلى المبادئ العامة للقانون الجنائي ، ثم نحاول بعد ذلك تكييف كل فكرة ومواءمتها

¹ - أ. فضيل خان ، المرجع السابق ، ص 266 .

² - Jacques Fortin et Louise Viau, traité de droit pénal général, édition Thémis, Canada, 1982, p16.

مع الأخرى. فكيف يكون محل التراضي أو الإتفاق جريمة من الجرائم؟ و أي نوع من الجرائم يمكن التراضي بشأنه، لنصل في الأخير إلى المفهوم الجامع لرضا المجني عليه كنظام قانوني قائم بذاته.¹

أولاً: تعريف رضا المجني عليه .

تعتبر فكرة رضا المجني عليه من الأفكار الغامضة بعض الشيء، نظراً لما تقوم عليه من تناقضات، فهي توحى بأن الحماية الجنائية لحق من الحقوق هي رهن إرادة صاحبه، الأمر الذي قد يتناقض في ظاهره مع إعتبار قواعد قانون العقوبات من النظام العام، ولعل هذا اللبس سيزول إذا ما حاولنا إيجاد تعريف لهذه الفكرة .

والرضا لغة من رضي الشيء أي إختاره و وقع به²، وهو في مفهومه العام لا يخرج عن معاني تبادل القبول أو الإذن، أو الموافقة أو الإقرار لأوضاع معينة. أما في مجال القانون فيرتبط مصطلح الرضا إرتباطاً وثيقاً بنظرية الإلتزام في القانون المدني، فالعقد وبوصفه أهم مصدر من مصادر الإلتزام لا يقوم إلا بتوافر الرضا، فهذا الأخير ركن أساسي في تكوين العقد يترتب على تخلفه البطلان³.

لذلك لا نجد مؤلفاً في النظرية العامة للإلتزام، أو في العقود إلا ويشير لهذا المصطلح، ويعطيه دلالة واحدة وهي وجود إرادتين متوافقتين⁴. أي أن الرضا هو تلك الحالة التي تتجه فيها إرادة شخص إلى إحداث أثر قانوني معين، وتتلاقى مع إرادة أخرى مطابقة لها تتجه إلى إحداث نفس الأثر القانوني⁵، كما يعني أيضاً إتجاه الإرادة المنفردة إلى ترتيب أثر قانوني معين.

ومن خلال هذا التعريف المدني للرضا يظهر أن جوهره هو الإرادة، لذلك لا يكتمل تعريف الرضا إلا بتعريف الإرادة، والتي يقصد بها البعض⁶ وعي الشخص بالتصرف الذي يقدم عليه، وإدراكه للحقوق والإلتزامات المترتبة عليه، وأن ينتهي إلى قصده وهي مفهوم فلسفي أكثر منه قانوني فهي حالة

1 - د.محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983، ص 78 .

2 - فؤاد إبراهيم البستاني، منجد الطلاب، ط 8، منشورات المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1966، ص 249 .

3 - د. رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 37.

4 - د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 184، فقرة 69.

5 - د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 38.

6 - د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نضمة مصر، القاهرة، 1982، ص 23 .

نفسية داخلية مستترة تتخذ مواقف عدة لا تعرف إلا إذا تم الإعلان عنها ، ولا يحفل بها القانون بها إلا إذا ترجمت في مظاهر خارجية وإتجهت لإحداث أثر قانوني معين¹ .

وإن كان القانون المدني لم يتطرق لتعريفها بصفة مباشرة إلا أنه ضبطها بضوابط: كتحديد طرق التعبير عنها، والوقت الذي ينتج فيه التعبير عنها آثاره ، وإشترط أن تكون هذه الإرادة سليمة وخالية من العيوب من غلط وتدليس وإكراه وإستغلال، إلى غير ذلك من الأحكام.² ضف إلى ذلك أن الأثر الذي تتجه لإحداثه هذه الإرادة يجب أن يكون مشروعاً، بأن يكون الشيء الذي يرد عليه الإتفاق مما يجوز التعامل فيه ، أو السلوك المطلوب إتيانه من عمل أو إمتناع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة³ . وإذا كان هذا هو المفهوم البسيط للرضا في القانون المدني، فهل سيبقى كذلك إذا كان محله الجريمة؟

يعرف فقهاء القانون الجنائي رضا المجني عليه بأنه ذلك الإذن الصادر من شخص من أشخاص القانون الخاص بإرادته الحرة الحقيقية أو شخص من أشخاص القانون العام - إذا ما عمل في نطاق القانون الخاص - إلى الغير مدركا وعالما لما سيقع من هذا الإذن من إعتداء أو إيذاء أو ضرر ضد من صدر منه هذا الرضا⁴، كما يعرف رضا المجني عليه أيضا بأنه الإعلان الفردي عن الإرادة الذي يعبر عن نزول شخص أهل للرضا عن مصلحته التي يحميها القانون و التي يخوله القانون حق التصرف فيها⁵. ومن خلال هذه التعريفات رأى البعض⁶ إستخلاص العناصر التالية :

- أن الرضا إذن أو إتجاه للإرادة نحو إحداث أثر قانوني .
- أن هذا الأثر القانوني يتمثل في قبول الإعتداء على مصلحة الراضي التي يحميها القانون ، أو تخويل حق التصرف فيها للغير .

1 - د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 184 ، فقرة 80 .

2 - أنظر المواد من 59 إلى 91 من القانون المدني .

3 - د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 212 ، 213 .

4 - د. أنطون فهمي ، رضا المجني عليه ، باريس ، 1971 ، ص 35 . نقلا عن: د. خالد بن محمد عبد الله الشهري، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية ، مذكرة ماجستير ، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية ، الرياض، 2010 ، ص 70 .

5 - د. يسر أنور علي ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائي ، بدون دار نشر ، القاهرة ، 1979 ، ص 409 .

6 - د. خالد بن محمد عبد الله الشهري ، المرجع السابق ، ص 73 .

- أن يكون الراضي أي المجني عليه عالما بالنتائج المترتبة على إذنه .
- أن فكرة رضا المجني عليه تقوم على عنصر مفترض يتمثل في إجازته من طرف القانون ، وإلا كان غير ذي أثر ، وغير ذي قيمة .

وعليه يمكننا تعريف رضا المجني عليه بأنه تلك الحالة التي تتجه فيها الإرادة إلى التنازل عن الحماية القانونية الجنائية لحق من حقوقها ، فتجيز لمن وجهت إليه الإعتداء عليه ، شريطة أن يمنحها القانون ترخيصا بذلك .

ويتداخل رضا المجني عليه بهذا المعنى مع الكثير من الأفكار الأخرى كفكرة التساهل ، فهل تساهل المجني عليه بشأن الإعتداء على حق من حقوقه بمثابة رضا به . يعرف التساهل بأنه قيام شخص بالتسامح في أشياء كان يمكنه منعها ، وهو لا يستنتج من مجرد الموقف السليبي الذي يتخذه الشخص ، وإنما من ظروف الحال . ومثاله من يترك باب بيته مفتوحا لينصب فخا للسارق، فهو يسهل له عملية الإعتداء على ممتلكاته المنقولة بالسرقة ، ولكنه في نفس الوقت ليس راضيا بهذه السرقة.

كما يختلط الرضا مع فكرة التسامح أو العفو و لكن ما يميز بينهما ، هو أن الرضا بالجريمة يكون سابقا على إرتكابها ، أما العفو عنها فيكون بعد إرتكابها .¹

ثانيا: ذاتية فكرة رضا المجني عليه وطبيعتها القانونية .

إن الجريمة في أسط تعريف لها سلوك إرادي يحظره القانون و يقرر لفاعله جزاء جنائيا²، و لكن الحديث عنها بوصفها سلوكا يمكن التراضي عليه في حين أن الإتفاق لا يكون إلا على أمر مشروع، يحتم علينا معرفة أساس لامشروعيتها، وهل اللامشروعية فيها صفة دائمة أو مؤقتة ؟ وإن كانت مؤقتة فمتى تزول ؟

إن تحديد جوهر الجريمة أمر تتنازعه نزعتان: نزعة شكلية أو قانونية تختزل كنه الجريمة في مخالفة القاعدة القانونية الجنائية ، وعليه فإن أساس لامشروعيتها هو تعارضها مع النص القانوني³ ، ونزعة

¹ - د. نبيل عبد الصبور النبراوي ، سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996 ، ص 56 .

² - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 39 .

³ - د. جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية القصد ، المرجع السابق ، ص 34 ، فقرة 17 .

مادية إجتماعية ترى الجريمة في مجموع الأفعال التي تمثل خطرا على المجتمع أو تجعل من المستحيل تحقيق التعايش والتعاون بين الأفراد الذين يكونونه¹، أي بكل بساطة سلوكا لا مشروعاً لأنه يخالف مبادئ الجماعة و مثالها الأعلى في العدل².

ولو أنعمنا النظر في هذين المنظورين لوجدنا أنهما يكملان بعضهما ، فالمشروع لا يجرم من المسالك الإنسانية إلا ما يشكل مساسا بإستقرار المجتمع ، وتهديدا لمصالحه الجوهرية ، ولا يمكن التعرف على هذه المصالح التي يعتبرها مجتمع من المجتمعات جوهرية إلا بالرجوع إلى القاعدة القانونية التي تحميها، وتقرر جزاء لمن يعتدي عليها .

ومع ذلك تبقى مخالفة القاعدة القانونية والتطابق مع نص التجريم أمرا يكشف عن لامشروعية السلوك، بعد ثبوت لا مشروعيته في الواقع بأنه أهدر فعلا مصلحة قانونية أو هدها بالخطر . أي أن اللامشروعية في الجريمة في الأصل أمر موضوعي مرتبط بالواقع، أكثر من إرتباطه بالنص، وليس أدل على ذلك من وجود مجموعة من الظروف المادية إذا ما أضيفت إلى السلوك المجرم تسحب عنه الصفة الإجرامية، فيصبح بعد أن كان غير مشروع مشروعاً أو مباحاً³ وهو ما يسمى بأسباب الإباحة أو التبرير. وكثيرة هي الحالات التي يكون فيها الواقع هو الضابط لتحديد مسألة ما في قانون العقوبات. فالواقع هو الذي يمد القاضي بنظرة المجتمع في جرائم الإعتبار، وهو الذي يمد بنظرة الرجل الأوسط في تحديد السببية ، وهو الذي يضبط سلطته التقديرية في العقاب⁴.

وعليه وما دام جوهر الرضا وكما سبق وأن وضحنا هو الإرادة ، وجب علينا تحديد مفهوم الإرادة في الحقل الجنائي ، ما دامت هذه الإرادة قد تعلقت بالجريمة. وفي هذا الصدد نجد أن الفقه الجنائي حصر ولسنوات عدة مفهوم الإرادة في الإرادة الآتمة أي إرادة الجاني ، على أساس أن الإرادة لا تكتسب قيمة قانونية إلا عندما تتعارض مع الواجب القانوني ففي هذه اللحظة تكتسب وصفا

¹ - **Grispini F**, Introduzione alla sociologia criminale ,UTET ,Torino,1928, p 10 .

نقلا عن: د . محمد إبراهيم زيد، مقدمة في علم الإجرام و علم العقاب، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 2007، ص32 .

² - د . جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية القصد ، المرجع السابق ، ص 35 ، فقرة 17 .

³ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق ، ص 167 .

⁴ - د . جلال ثروت ، نظرية الجريمة المتعدية القصد ، المرجع السابق ، ص 34 ، فقرة 17 ، هامش 3 .

وتصبح في حكم القانون إرادة خاطئة¹، تنقل نصوص التجريم من حالة السكون إلى الحركة، وتصلح أساسا للمسؤولية الجنائية والعقاب.

أما المجني عليه، والحديث عن موقفه النفسي من الجريمة و الدور الذي يمكن أن تلعبه إرادته فيها، فمسألة أسدل عليها الستار لعقود، بعد أن تجمعت الدولة دور المجني عليه، وإنفردت بإدارة العلاقة التي تربطها بالجاني بإسم الحق العام. و لكن مع تطور العلوم الجنائية و ظهور علم المجني عليه كرافد جديد يمد قانون العقوبات بأفكار جديدة في كيفية تعامله مع الجريمة، أعاد الفقه الجنائي بعث مفهوم موقف المجني عليه من الجريمة الواقعة عليه، تحت عنوان رضا المجني عليه كنقطة فرعية يثيرها جل الفقه عند الحديث عن أسباب الإباحة لكن دون أن يفصلوا بوضوح في طبيعته القانونية.

ومهما يكن من أمر فإن القانون الجنائي وبمفاهيمه المعاصرة يحفل ويهتم بإرادتين: إرادة الجاني، وإرادة المجني عليه. فماذا لو تتطابقت هتين الإرادتين على إحداث نفس الأثر المتمثل في الجريمة؟ إن العقبة الأولى التي تعترض هذا التصور هي أن القانون لا يعترف بإتفاق كهذا لأنه وفقا للأحكام العامة غير مشروع وبالتالي لا مجال للتساؤل لأن المسألة محسومة.

ولكن يصبح لهذا التساؤل معنى عندما يعلق القانون على وجود هذا التراضي أو إنعدامه، حكمه. فيشكل بذلك خروجاً على الأصل العام القائل بلا إتفاق إلا على مشروع وكمثال على ذلك نجد المادة 303 مكرراً من قانون العقوبات الجزائري تنص على ما يلي: " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 50.000 إلى 300.000 دج كل من تعمد المساس بجرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأية تقنية كانت و ذلك:

1- بإلتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية بغير إذن صاحبها أو رضاه.

2- بإلتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه..."

إن هذا النص نص تجريم أي أنه يتضمن بين طياته النموذج القانوني لإحدى صور المساس بجرمة الحياة الخاصة، ومع ذلك فتح المشرع من خلاله المجال أمام إستصدار إذن المجني عليه أو الحصول على رضاه، وعلق حكمه على هذه المسألة²، ولا يهمنا في هذا المقام الحكم أو الأثر القانوني الذي رتبته

¹ - د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد، المرجع السابق، ص 168، فقرة 92.

² - أ. فضيل خان، المرجع السابق، ص 269.

المشرع على وجود الرضا أو إنعدامه، وهو المسألة التي سنتعرض لها في حينها¹. بقدر ما يهمنا أن هذه المادة وشبهاتها كثيرة في قانون العقوبات الجزائري والقوانين العقابية المقارنة، تؤسس لفكرة الرضا في مجال الجريمة، أي أنه لولا هذا النص لكان الحديث عن هذه الفرضية تزيدا ولغوا، ليست له أية قيمة قانونية.

وهذا الأمر يقودنا إلى القول أنه لا مجال للحديث عن رضا المجني عليه إلا إذا كان المشرع الجنائي قد اعترف بوجود هذا الإستثناء بطريقة صريحة أو ضمنية، بصدد طوائف من الجرائم - بالرغم من كونها سلوكات غير مشروعة - تقبل بطبيعتها رضا المجني عليه بها.

أي أن رضا المجني عليه على ارتكاب الجريمة لا يكتسب قيمة قانونية، تجعله نظاما قانونيا جديرا بالدراسة إلا إذا ضمنه المشرع أحد نصوصه، كفرض له حكم إستثنائي².

أما عن الطبيعة القانونية لرضا المجني عليه، فقد حاول الفقه إدراجها ضمن أحد الأنظمة المعروفة وإنقسم الفقه في هذا الصدد إلى تيارات شتى يمكن إجمالها في الآراء الثلاثة التالية³: فقد ردها البعض إلى فكرة الترخيص القانوني، كما رأى البعض أن لهذه الفكرة طبيعة خاصة يستعصي معها تضمينها داخل الأفكار المعهودة في ربوع القانون العام، أو ربوع القانون الخاص. أما الرأي الأخير ولعله الأرجح فيرجع فكرة رضا المجني عليه إلى نظرية إستعمال الحق ذلك أنه من أوجه إستعمال الحق الرضا بالإعتداء عليه إذا كان القانون يميز ذلك.

ثالثا: الصور المختلفة لرضا المجني عليه.

يقسم الفقهاء رضا المجني عليه إلى صور شتى وفق معايير شتى، فمنهم من إعتد بطريقة تعبير المجني عليه عن رضاه فقسمه إلى رضا صريح ورضا ضمني، ومنهم من نظر إلى وقت ترتيب هذا الرضا لآثاره فقسمه إلى رضا حال أو ناجز، ورضا معلق على شرط، ومنهم من ميز بين صور رضا المجني عليه من حيث مدى كونه بمقابل، أو مجانيا،.. إلخ.

¹ - أنظر: صفحة 123 من الرسالة.

² د. خالد بن محمد عبد الله الشهري، المرجع السابق، ص 73.

³ - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، رضا المجني عليه ودوره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1993، ص 44 و45.

أ- الرضا الصريح و الرضا الضمني.

ونميز بين هتين الصورتين من صور رضا المجني عليه من حيث طريقة التعبير عن الرضا، فالرضا الصريح هو عندما يعبر المجني عليه تعبيرا واضحا بأنه قد رضي بالإعتداء على حق من حقوقه، ولا توجد صيغة محددة للتعبير الصريح ، ولكن المهم فيه مهما اختلفت صيغته ألا تكون مثيرة للشبهة أو اللبس، فإن احتملت التأويل حملناها على معنى الرفض لا الرضا لأنه الأصل .¹

أما الرضا الضمني فهو الحالة التي تظهر فيها إرادة المجني عليه بصورة غير مباشرة ، وتتجه نحو الرضا بالإعتداء على حق من حقوقه ، وهي تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف وملابسات الحال، أي أن هذا الرضا يقوم على الإستنتاج المنطقي.²

ب- الرضا الناجز و الرضا المعلق على شرط .

ونميز بين هذين الفرضين من خلال النظر إلى وقت ترتيب رضا المجني عليه لآثاره القانونية ، فإذا ترتبت الإباحة مباشرة على تعبير المجني عليه عن رضاه بالإعتداء على حق من حقوقه كان هذا الرضا ناجزا ، أما إذا تراخت آثار رضا المجني عليه إلى حين تحقق أمر مستقبلي محتمل الوقوع كان هذا الرضا معلقا على شرط كأن يرضى المريض بإجراء عملية جراحية له شريطة تخفيض ثمنها³ .

ج- الرضا بمقابل والرضا بدون مقابل .

ومعيار التفرقة بين هتين الصورتين من صور رضا المجني عليه هو بما يأخذه المجني عليه مقابل رضاه بالإعتداء على حق من حقوقه ، فقد يجيز المجني عليه للغير إنتقاص أو إعدام مصلحة يكفلها ويحميها له القانون دون مقابل تطوعا ، كما يمكنه أن يستعمل هته الرخصة بمقابل ويتلقى عنها عوضا ماديا أو حتى معنويا.⁴

1 - د. خالد بن محمد عبد الله الشهري ، المرجع السابق ، ص 89 .

2 - المرجع نفسه ، ص 89 .

3 - المرجع نفسه، ص 90 .

4 - د. هاني محمد كامل المنابلي ، عظمة العقوبات في التشريع الجنائي الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 60 .

د- الرضا المطلق والرضا النسبي .

ويقسم رضا المجني عليه إلى رضا مطلق، ورضا نسبي بحسب مدى شموله للنتائج المترتبة على إجازته الإعتداء على حق من حقوقه من طرف الغير، فيكون الرضا مطلقا إذا كان المجني عليه متقبلا لكل النتائج المترتبة على السلوك الإجرامي الذي أجازته، ويضرب البعض¹ مثلا لذلك الشخص الذي يوقع لآخر على شيك على بياض تاركا له تحديد المبلغ الذي سيصرفه .

أما الرضا النسبي فيكون عندما تشمل إرادة المجني عليه جزءا من الآثار المترتبة على إجازة الإعتداء على حق من حقوقه، وليس مطلق الآثار ومثاله رضا المريض بالخضوع لعملية إزالة حصى من كليته عن طريق أشعة الليزر، وليس بالتدخل الجراحي . فهو لم يجز الإعتداء على سلامة بدنه مطلقا بهدف علاجه، وإنما أجاز الإعتداء عليه نسبيا، لأنه إختار طريقة العلاج² .

هـ- الرضا العام والرضا الخاص .

ومعيار التفرقة بين هتين الصورتين من صور الرضا يكمن في مدى توجيهه لشخص أو مجموعة من الأشخاص بذواتهم، أو عدم التمييز بينهم . ويكون الرضا عاما عندما لا يتوجه المجني عليه برضاه بالإعتداء على حق من حقوقه إلى شخص بعينه ، ومثاله من يقوم بإسقاط حرمة منزله بتوجيه دعوة عامة لحضور حفل فيه . ففي هذه الحالة يجوز لأي شخص دخول منزل المجني عليه دون أن يؤخذ بجرم إنتهاك حرمة منزل، أما الرضا الخاص فهو ذلك الرضا الذي يتوجه به المجني عليه إلى شخص بعينه بإسمه، أو بصفته³ .

و- الرضا المنفرد والرضا المتعدد .

ومعيار التفرقة بين هتين الصورتين يتمثل في عدد المجني عليهم المعبرين عن رضاهم ، فيكون الرضا منفردا إذا إشتط القانون للإعتداد به صدوره من شخص واحد بإرادته المنفردة .

¹ - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق ، ص 167 .

² - Pénélope Gontier , protection du corps humain et volonté individuelle en droit pénale , mémoire de master , université Pantheon –assas , 2011 , paris , p 4 .

³ - د. خالد بن محمد عبد الله الشهري ، المرجع السابق ، ص 90 .

ويكون الرضا متعددًا إذا كان أثر الرضا لا يتحقق إلا بصدوره من إرادات متعددة، ومثاله الملكية المشتركة الشائعة غير المقسومة التي لا يجوز إباحة أي تصرف عليه للغير إلا بموافقة جميع الملاك¹.

ز - الرضا المؤقت والرضا الدائم .

ويتمثل معيار التفرقة بين هتين الصورتين من صور الرضا في مدى إستمرارية أثر رضا المجني عليه في الزمن، فيكون الرضا مؤقتًا إذا قرن المجني عليه إجازة الإعتداء على حق من حقوقه بفترة معينة من الزمن بعدها يصبح رضاه غير ذي أثر . أما الرضا الدائم فلا يقترن بفترة زمنية معينة ، بل ينتج آثاره بصفة مستمرة.²

الفرع الثاني: أركان رضا المجني عليه و شروط صحته.

بالرغم من أن القانون الجنائي لم يفصل كثيرا في فكرة رضا المجني عليه، فهو عندما يحفل بتنظيمها كأقصى حد يعترف بها ضمن نص خاص. ولكن الطبيعة المدنية الأصلية لهته الفكرة تجعلها لا تقوم إلا بتوافر مجموعة من الأركان والشروط مثلها مثل التصرفات القانونية التعاقدية، أو بالإرادة المنفردة ضمن القانون المدني. وعليه سنحاول الكشف عن الأركان التي يقوم عليها رضا المجني عليه، وعن الشروط الواجبة لصحته.

أولا : أركان رضا المجني عليه .

بعد أن ضبطنا مفهوم رضا المجني عليه كفكرة قانونية، لا مجرد حالة واقعية قد لا يوليها القانون أي إهتمام. نحاول الآن تحديد أركانه، أي مجموع المعطيات الواجب توافرها وتجمعها معا لنقول أننا أمام حالة رضا المجني عليه بالجريمة الواقعة عليه. ومسألة ضبط أي مفهوم بأركانه وعناصره التي لا يقوم إلا بها، مسألة في غاية الأهمية، لأنها بالإضافة إلى كونها تساعد على معرفة حقيقة الشيء ، تباعد بينه وبين ما قد يشته به، أو يتداخل معه .

وفي هذا الصدد نجد أن الفقه إنقسم في تحديده لأركان رضا المجني عليه إلى قسمين: قسم يضبط ويحدد هذه الإركان إعتقادا على الطبيعة المدنية لهته الفكرة بإعتبارها أولا وأخيرا تصرفا قانونيا،

¹ - أ. مازن زايد جميل عمران ، القسمة الرضائية في العقار دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص 15.

² - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 168 .

فحاول إستنباط أركان رضا المجني عليه قياسا على أركان العقد¹، وقسم يركز على الطابع الجنائي لرضا المجني بإعتباره يحدث أثره في مجال الجريمة فحاول إستخلاص أركانه قياسا على أركان الجريمة².

أ- أركان رضا المجني عليه بالنظر إلى طبيعته العقدية .

تقوم التصرفات العقدية في القانون المدني على ثلاثة أركان: رضا ومحل وسبب³، حاول البعض⁴ إستعارتها وتطبيقها على فكرة رضا المجني، لتصبح هته الأخيرة مبنية أيضا على الأركان التالية:

1- الرضا.

التراضي كمفهوم قانوني مشترك بين فروع القانون المختلفة لا يقوم إلا على وجود إرادتين، عكس الرضا الذي يتمثل في إرادة منفردة يعتد بها القانون، و إشتراط ذلك يقودنا إلى الحديث عن مسألة يعتبر درء اللبس المحيط بها مطلباً أولياً لترسيخ مفهوم التراضي وهي هل لرضا المجني عليه طبيعة عقدية أم أنه تصرف بالإرادة المنفردة .

ينص الفقه الجنائي على رضا المجني عليه - عادة ضمن أسباب الإباحة-⁵، كرابطة بين المجني عليه والسلوك الجرمي تقوم وتنتج آثارها ولو لم يعلم بها الجاني⁶، أي أن رضا المجني عليه يتمثل في إتجاه الإرادة نحو قبول الإعتداء على مصلحة يحميها القانون⁷، أو هو حالة نفسية إرادية تتعلق بمن له الحق في الرضا⁸.

1 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 87 .

2 - د. خالد بن محمد عبد الله الشهري، المرجع السابق، ص 97 .

3 - أ. كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 18 .

4 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 87 .

5 - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 255 وما بعدها

Jean Larguier , droit pénal général , 18^{eme} édition , dalloz , Paris , 2001 , p 73 et sui.

6 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 33 .

7 - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - 1988، ص 535. / د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع

السابق، ص 44 .

8 - المرجع نفسه، ص 46

والحقيقة أن السر وراء تركيز الفقه الجنائي على موقف المجني عليه من الجريمة، مهملين بذلك وجود إرادة ثانية هي إرادة الجاني يرجع إلى دراسته ضمن أسباب الإباحة ذات الطبيعة الموضوعية التي يكفي توافرها في الواقع لكي تنتج أثرها ولو جهلها من يرتكب الفعل الإجرامي¹.

وهو أمر وإن صدق لا يمكن تعميمه، أي أن المشرع يمكن أن يعتد بالرضا المنفرد للمجني عليه ويعتبره بذلك نظاما قانونيا قائما بذاته يربط بين إرادة المجني عليه والواقعة التي إنصرف إليها، يختلف عن التراضي على ارتكاب الجريمة النظام الذي يجمع بين متغيرات ثلاثة: رضا المجني عليه، رضا الجاني، والواقعة محل التراضي.

وهكذا يمكن القول أن رضا المجني عليه المنفرد، والتراضي على ارتكاب الجريمة فكرتان تتقاطعان وتشتركان في نقاط عدة، لدرجة قد توحيان بأهما تسميتان لمسمى واحد خصوصا وإن الفقه وفي معرض تعريفهم لرضا المجني عليه لا يرون حرجا من إستعمال لفظ (قبول) الذي يستوجب بدهاءة إعمالا للقواعد العامة وجود إيجاب أي أن القبول دائما إرادة ثانية² و بالتالي فإن رضا المجني عليه يفترض أساسا وجود إرادة أخرى هي إرادة الجاني. إلا أنهما تحتلافان من حيث البنية مما يجعل كلا منهما نظاما قانونيا قائما بذاته و العبرة في التعرف على كل نظام هي معرفة ما إذا كان المشرع يعتد بإرادة المجني عليه فقط، أم أنه صراحة أو ضمنا يفترض وجود إرادتين فهنا فقط نكون أمام الرضائية.

- رضا المجني عليه³:

يفترض التراضي على ارتكاب الجريمة توجه إرادة المجني عليه إلى قبول الإعتداء الواقع عليه، أو طلبه بحسب الأحوال، والمجني عليه هو الشخص الطبيعي أو المعنوي صاحب الحق أو المصلحة

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 171.

² - د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 118.

³ - يرتبط مصطلح الجاني والمجني عليه بتحقق الجريمة، وعليه فإن إطلاق هذين المصطلحين في مرحلة الإنفاق لا يصح، ومع ذلك فإن الشخصين المتفقان على ارتكاب الجريمة، يعبران عن إرادتهما بصفتهم جانيا ومجنيا عليه مستقبلين أو حتى احتماليين.

المشمولين بالحماية الجنائية والذدان أضرت بهما الجريمة أو عرضتهما للخطر¹، أو هو صاحب المال أو المصلحة المعتدى عليها بالجريمة².

و تجدر الإشارة هنا إلى ضرورة التفرقة بين المجني عليه أو الضحية³ والشخص المضور من الجريمة إذ كثيرا ما يهتم المشرع بالمجني عليه في الجريمة بوصفه الشخص المضور منها، لدرجة دعت البعض إلى المبالغة و القول بأن القانون لم يرتب للشخص بوصفه مجنيا عليه أي حق⁴، على أساس أنه يظهر دائما متخفيا وراء فكرة الضرر⁵.

وهو قول و إن صدق في الماضي بإعتبار أن الجريمة كانت مجرد فعل ضار⁶ لا يصدق الآن لأن القانون وفي أحيان كثيرة يكفل للمجني عليه جملة من الحقوق بغض النظر عن كونه مضورا من الجريمة أم لا، وأصبحت فكرة المصلحة القانونية مناط الكثير من الأحكام الجنائية عوضا عن فكرة الضرر. وهكذا يجب أن تكون إحدى الإرادتين في التراضي على إرتكاب الجريمة صادرة عن المجني عليه المحتمل أو المستقبل فيها، لا الشخص الذي يمكن أن يصيبه ضرر منها.

وتحديد الشخص المجني عليه في جريمة من الجرائم مسألة على بساطتها معقدة، فهي بسيطة لأنها ترتبط بمعرفة المصلحة المحمية وراء تجريم فعل أو ترك ما، والقول بأن صاحب هذه المصلحة هو المجني عليه. ولكنها معقدة لأن إدراك المصلحة التي يحميها المشرع بنص التجريم، أمر غير أكيد ويحتمل الخلاف، لأن المشرع لا يصرح بها، فهي مسألة فقهية، محسومة في بعض الجرائم، ومحل نقاش في جرائم أخرى.

¹- د. محمد أبو العلا عقيدة، المجني عليه ودوره في الظاهرة الإجرامية - دراسة في علم المجني عليه -، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص 16.

²- د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، دار الهدى للطبوعات، الإسكندرية، 2004، ص 129، فقرة 54.

³- أ. فضيل خان، المرجع السابق، ص 266.

⁴- د. حمدي رجب عطية، دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، مذكرة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1990، ص 20.

⁵- د. محمد عبد اللطيف عبد العال، مفهوم المجني عليه في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 60.

⁶- د. عبد المجيد حفناوي، المرجع السابق، ص 299.

Gaston Stéfani , George Levasseur , Bernard Bouloc , procédure pénale , 04^{eme} edition , dalloz , Paris , 1981 , p 62 , alinéa 54 .

فالقتل مثلا لا يكاد يختلف إثنان على أن الغاية من وراء تجريمه هي الحفاظ على الحق في الحياة¹، أي أن هذه الأخيرة هي المصلحة المحمية، فإذا شرع في قتل شخص ما أو تم قتله فعلا إعتبر هو المجني عليه في هذه الجريمة، ولو أضر ذلك بأشخاص آخرين.

كذلك القول في جريمة السرقة، معروف أن المشرع يهدف من وراء تجريمه لفعل السرقة حماية حق الملكية المنقولة²، وعليه فإن المجني عليه في جريمة السرقة هو الشخص صاحب المال المسروق.

ولكن ماذا عن الإجهاض مثلا، ما هي المصلحة القانونية التي يهدف المشرع إلى حمايتها والحفاظ عليها من وراء تجريمه والعقاب عليه هل هي السلامة البدنية للأم، أم الحياة المستقبلية للجنين؟ والإجابة على هذا السؤال ستحدد المجني عليه، وتحدد أيضا ما إذا كانت هذه الجريمة قابلة بطبيعتها للتراضي بشأنها أم لا.

فإذا رجحنا كفة الأم و إعتبرنا الإجهاض إعتداء على السلامة البدنية للأم، إعتبرنا هذه الأخيرة الضحية التي يمكنها أن تتراضي مع الجاني وتقبل أو تطلب إيقاف الحمل، أما إذا رجحنا كفة الجنين³ و إعتبرنا الإجهاض مساويا بحقه في الحياة المستقبلية، إعتبرناه هو الضحية، وبالتالي لا يمكن تصور وجود أي رضائية بخصوص هذه الجريمة لإستحالة تعبير الجنين عن إرادته.

وطبعا سنحسم مسألة تحديد المجني عليه في جريمة الإجهاض، وغيرها من الجرائم التي تثير نفس الإشكالية في حينها⁴، ولكن الهدف من إثارة هذه النقطة هو التنبيه بأن تحديد المجني عليه في أي جريمة من الجرائم مسألة تهندي في إدراكها بإرادة المشرع عندما يفصح عن المصلحة التي يريد حمايتها بنص التجريم، و آراء الفقه، وتطبيقات القضاء التي تختلف باختلاف الزمان والمكان⁵.

¹ - Pénélope Gontier , op cit , p 45 .

² - د. مجدي محب حافظ ، جريمة السرقة والجرائم الملحقه بها ، البدر اوي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2002 ، ص 12 .

³ - د. محمد أحمد الرواشدة ، عقوبة الإعتداء على الجنين بالإجهاض ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، المجلد 23 ، العدد الأول ، 2007 ، 426 .

⁴ - أنظر: صفحة 129 من الرسالة .

⁵ - د. عبد الرحمن خلفي ، مدى مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الجريمة الأساس والنطاق ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد السابع والأربعون ، يوليو 2011 ، ص 311 .

وما دام المجني عليه في أي جريمة هو صاحب المصلحة المعتدى عليها بإرتكابها¹، فإن وجوده مرتبط بإمكانية إسناد هذه المصلحة لشخص من الأشخاص، أي أن بعض الجرائم لا يوجد فيها ضحية لعدم إمكانية إسناد المصلحة المعتدى عليها فيها لشخص بذاته كجرائم حيازة المخدرات أو حمل السلاح دون ترخيص، والرشوة، و تزيف العملات، و التزوير، وإختلاس المال العام، فهي جرائم تهدد كيان الدولة، وتزعزع إستقرارها السياسي، وتخل بالثقة العامة في مؤسسات الدولة ونظمها الإدارية أو الاقتصادية أو المالية و لو نال ضررها فردا من الأفراد². أي المصلحة المعتدى عليها من خلالها تخص المجتمع بأسره.

ويضيف البعض³ أنه إذا تعلق المصلحة المحمية جنائيا بشخص معنوي، فلا يمكن التراضي معه بشأن الجرائم الماسة بها لأن الرضا حالة نفسية إرادية لا يمكن تصور صدورها إلا من الشخص الطبيعي.

- رضا الجاني .

الطرف الثاني الذي يجب أن تتطابق إرادته مع إرادة المجني عليه هو الجاني، أي الشخص الذي سيرتكب الجريمة، ويقوم بالإعتداء على مصلحة من المصالح المحمية جنائيا. وتفترض الطبيعة التعاقدية للتراضي أن يكون الجاني عالما بالسلوك المجرم المقبل على إتيانه بجميع عناصره، وعالما أيضا برضا المجني عليه، لأن الرضا في هذه الحالة ظرف مهم ومؤثر، لولاه قد يمتنع الشخص عن إرتكاب الجريمة. ما عدى الحالات التي ينتج فيها الرضا أثره منفردا ولو لم يعلم به الجاني.

وكذلك هي صفة الجاني بالنسبة للمجني عليه محل إعتبار، أي أن المجني عليه عندما يقبل الإعتداء على حق من حقوقه، أو يطلب ذلك بحسب الأحوال إنما يتوجه بإرادته إلى شخص بذاته دون غيره من الأشخاص، مستندا في ذلك إلى العلاقة التي تربطه به كالقربة، أو المصاهرة، أو الصداقة والتي كثيرا ما تكون محل إعتبار عندما يتعلق الأمر بجرائم الإعتداء على الحياة الخاصة، أو مهنته و مؤهله العلمي وذلك ما نلمسه في جرائم المساس بالحياة والسلامة البدنية، وما يتعلق بها من

1 - د. نبيل محمود حسن، تعويض ضحايا الجريمة على الصعيد الوطني والدولي، بدون دار نشر، القاهرة، 2008، ص 12.

2 - د. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 15.

3 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 88.

مشكلات التجارب الطبية، ونقل وزرع الأعضاء، والقتل الرحيم...، أي أن المجني عليه بالإضافة إلى رضاه بالجريمة، يجب أيضا أن يرضى أيضا بالجاني¹.

ولفظ الجاني هنا ينصرف إلى الفاعل دون الشريك، والفاعل وفقا لنص المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري، هو كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي، أما الشريك وطبقا لما جاءت به المادة 42 من نفس التقنين كل من لم يشترك إشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك².

ومعنى ذلك أن المجني عليه يجب أن يتراضى على ارتكاب الجريمة مع فاعلها الأصلي، دون شريكه أو شركائه إن وجدوا، فمن يقبل الخضوع لتجربة علمية، إنما يعبر عن رضاه بها للطبيب القائم بها، لا لمن يساعده من ممرضين. وإذا كان نص المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري قد أعطى المحرض صفة الفاعل، إلا أن العبرة في التراضي على ارتكاب الجريمة هي بمن يتحقق على يديه الركن المادي للجريمة و لو تعدد، أما من يخلق فكرة الجريمة خلقا في ذهن شخص آخر ليرتكبها أي المحرض أو من يحمل شخصا غير مساءل جنائيا على إقترافها أي الفاعل المعنوي فلا يعتبر ذا صفة في التراضي على ارتكاب الجريمة.

وتجدر الإشارة أخيرا أنه لا يكفي أن يكون طرفا التراضي المجني عليه والجاني، بل يجب أيضا أن يكون رضاهما صحيحا، ويكون الرضا - طبقا لقواعد القانون المدني - صحيحا إذا صدر عن

1 - أ. كمال فريجة، المرجع السابق، ص 20.

2 - أما الفقه فيعتمد على معايير ثلاثة للفرقة بين الفاعل والشريك:

1- المعيار الشخصي: القائم على أساس الإرادة أو النية، فمن تتوفر لديه إرادة أو نية الفاعل فهو فاعل، ومن تتوفر لديه إرادة أو نية الشريك فهو شريك، أي أن الفاعل من إتجهت إرادته رأسا و مباشرة إلى ارتكاب الجريمة، أما الشريك فهو من إتجهت إرادته إلى وقوع الجريمة بطريق غير مباشر عن طريق وسيط.

2- المعيار الموضوعي: ويعتد بالركن المادي للجريمة فالفاعل هو من يتحقق بسلوكه الركن المادي للجريمة أو جزء من هذا الركن حسب نموذجها القانوني، أما الشريك فهو من يرتكب أفعالا تتجج عن نطاق الركن المادي للجريمة.

3- المعيار المختلط: و يستند هذا المعيار على فكرة السيادة أو السيطرة على المشروع الإجرامي، والفاعل هو صاحب السيادة أو السيطرة على المشروع الإجرامي، ويكون كذلك إذا إتجهت إرادته إلى تحقيق غاية معينة من ناحية و السيطرة على فعله أو نشاطه وتوجيهه إلى تحقيق تلك الغاية من ناحية أخرى، أما الشريك فهو من جذب أو سهل الوصول إلى هذه الغاية إقتصر سيطرته على وسيلة إشتراكه فقط لا على الفعل المكون للجريمة. أنظر في تفصيل هذه المعايير ونقدها: د فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 334، 335.

ذي أهلية ، وكان خاليا من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال.¹ أما قانون العقوبات و إن كان يشير إلى الرضا فإنه لم يتطرق لأحكامه التفصيلية ، فيرجع في ذلك إلى الشريعة العامة، إذ يرى البعض² أن المجني عليها مثلا في جريمة واقعة أنثى دون رضاها في القانون المصري، إذا دفعت أمام المحكمة بوقوعها في غلط، أو تدليس، أو إكراه أو إستغلال ، كان على المحكمة أن تبحث في هذا الدفع ، وإلا كان حكمها موصوما بالخطأ في تطبيق القانون ، ولا يمكن في هذه الحالة مآخذة القاضي الجنائي على إنحرافه بقواعد القانون الجنائي إلى قواعد القانون المدني ، لأن المشرع الجنائي بإستعارته فكرة الرضا من ربوع القانون الخاص ، وعدم تنظيمها بأحكام خاصة ، يحيل بطريق ضمني إلى القانون الأصلي ، وإن كانت عيوب الإرادة لا تطرح أي إشكال من ناحية تحديدها ، فإن تحديد الأهلية اللازمة للتراضي على الجريمة أمر لا بد من حسمه الآن . و إذا كانت الأهلية تتوقف على نوع التصرف المراد إتيانه ، وكان التراضي على الجريمة بمفهومه المجرد تصرفا ضارا للمجني عليه لأنه قبول بالإعتداء على حق من حقوقه ، وضار للجاني لأنه يعرضه للمساءلة الجنائية ، فإنه يجب أن يكون كلاهما كامل الأهلية وقت التعبير عن الإرادة .

2- المحل .

ويقصد بتطابق إرادتي الجاني والمجني عليه على إرتكاب الجريمة ، أن تكون هذه الأخيرة هي محل الإتفاق القائم بينهما، ونظرا لأهمية المحل كركن في العقد بوصفه العملية القانونية المقصود تحقيقها بواسطة العقد³، إشتراط فقهاء القانون المدني مجموعة من الشروط يجب توافرها في المحل حتى يتأسس كركن يقوم عليه التصرف القانوني وهي : أن يكون المحل موجودا أو ممكنا ، أن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعاً وقابلا للتعامل فيه⁴ ، والحقيقة أن هذه الشروط يمكن تطبيقها على الجريمة محل التراضي أيضا .

فبخصوص وجود محل الإلتزام يعني أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجودا وقت إبرام العقد⁵، ولما كانت الجريمة في الأصل فعلا أو إمتناعا ، فإن وجود الجريمة يعني

¹ - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 161 .

² - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق ، ص 86 .

³ - د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ، ص 134 .

⁴ - المرجع نفسه ، ص 144 .

⁵ - د. خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005 ، ط2 ، ص 74 .

إمكانية القيام بها ، أي أن لا يكون الركن المادي المكون لها مستحيل التحقق¹ ، وهي مسألة تتعلق بالجاني والجني عليه معا ، فالجاني يؤثر على وجود الجريمة من حيث قدرته على إتيان السلوك المجرم ، كما قد تكون الجريمة مستحيلة إستحالة مطلقة، كإجهاض امرأة ليست حاملا، أو الزنا بأنتى هي في الأصل زوجة الجاني . أو أن ارتكابها أصلا غير مجرم وكذلك من حيث صفته إذا كانت محل إعتبار للتعريم .

أما الجني عليه فيؤثر على وجود الجريمة ، بمدى أحقيته بالمصلحة المعتدى عليها ، فمن يقبل إتلاف منقول ليس له في الأصل ، يؤثر على وجود الجريمة كمحل للتراضي ، وإن كانت ستقع في الحقيقة لكن مساسا بحق شخص آخر لم يتراضى بخصوصها .

أما بخصوص تعيين محل التراضي أو قابليته للتعيين ، فوفقا لقواعد القانون المدني يكون الإلتزام بالقيام بعمل أو بالإمتناع عنه معينا بتحديدته تحديدا ينفي الجهالة²، أما الجريمة فتعين بمعرفة وصفها وعناصرها المكونة لها ، والحق أو المصلحة التي ستهدرها أو تعرضها للخطر، أما بخصوص مشروعية المحل فالجريمة في الأساس سلوك محظور ، وغير مشروع ، فكيف يمكن القول بمشروعيتها؟ والحقيقة هنا أن البحث في مشروعية الجريمة يعني البحث في مشروعية التراضي عليها ، أي مدى قابليتها كسلوك مجرم لأن تصبح مشروعة إذا تراضى على إتيانها الجاني والجني عليه ؟

وما يجعل المسألة هنا حرجة بعض الشيء هو أن تطرق المشرع الجنائي للرضائية في مجال الجريمة غالبا يكون في شكل تحليلي، أي ضمن نصوص متفرقة تتعلق بطوائف مختلفة من الجرائم دون أن يحدد نطاق الرضائية بشكل واضح بأن يحصر هذه الجرائم أو يأتي بنص عام يتضمن معيارا على أساسه نتهدي إلى تحديد ما يجوز التراضي بشأنه وما لا يجوز، وهذا ما جعل الفقه يجتهد ويحاول وضع إطار واضح المعالم للرضائية في مجال الجريمة إذا ما تعدته كانت غير ذات أثر .

ويتفق جل الفقه على أن التمييز بين الجرائم التي تقبل التراضي عليها وتلك التي تأتي طبيعتها ذلك، يرتبط أساسا بالتمييز بين الحقوق الماسة بها ومدى قابليتها للتصرف، وإذا كانت هذه الفكرة

1 - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 204 .

2 - د. خليل أحمد حسن قداد ، المرجع السابق ، ص 77 .

نقطة إتفاق الفقه، فإن موضع خلافهم يكمن في تحديد المعيار الذي على أساسه نحكم على حق من الحقوق أنه قابل للتصرف فيه أم لا.

يرى البعض¹ أن أساس التفرقة بين ما يجوز التصرف فيه وما لا يجوز التصرف فيه من الحقوق، هو القانون الذي يحكم الحق وينظمه، فإذا كان هذا القانون خاصا كان الحق قابلا للتصرف فيه، وبالتالي جاز التراضي على الجرائم الماسة به، أما إذا كان القانون الذي يحكمه عاما كان هذا الحق غير قابل للتصرف فيه، وبالتالي إنعدم أي أثر للرضائية بخصوصه.

في حين ذهب البعض الآخر² إلى التمييز بين الحقوق المتعلقة بالدولة أي الحقوق ذات الأهمية الاجتماعية، والتي لا يمكن إهدارها بالإتفاق، والحقوق المتعلقة بالأفراد ذات الأهمية الشخصية، والتي يرخص القانون لصاحبها التصرف فيها، بالتالي قبول الإعتداء عليها .

والحقيقة أن هذين الرأيين و إن كانا يختلفان من حيث الظاهر إلا أنهما يستندان إلى فكرة واحدة، وهي القيمة الاجتماعية للحق، فالقانون لا يكون عاما إلا إذا نظم علاقة أحد أطرافها الدولة بوصفها ممثلة للمجتمع، بالتالي ينظم هذا القانون مجموع الحقوق العامة في المجتمع ، والعكس صحيح يكون القانون خاصا إذا نظم علاقة تجمع بين أشخاص متكافئين في المجتمع ولو كان بينهم الدولة وذلك عندما تظهر بمظهر الشخص العادي ، ولا تلجؤ لمزاياها السيادية ، وبالتالي ينظم هذا القانون مجموع الحقوق الخاصة.

ولكن المسألة ليست بهذه البساطة فقد يكون الحق مكفولا لفرد من الأفراد ، ومنظما بقانون خاص ومع ذلك لا يمكن التسليم بقابليته للتصرف كالحقوق الشخصية أو اللصيقة بالشخص، لأن لها قيمة إجتماعية ، بل إن البعض يرى أنه لا توجد مصلحة للفرد تستقل عن مصلحة المجتمع³، إلا أن المشرع يوازن بين المصلحتين ويرجح كفة إحدهما على الأخرى . وإرادة المشرع في ذلك ليست إرادة صريحة بل نستشفها من نصوص التجريم .

1 - د. رمسيس بهنام ، الجريمة والجرم والجزاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1977 ، ص 116 وما بعدها .

2 - د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات القسم العام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 359 وما بعدها .د. جلال ثروت ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 266 .

3 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق ، ص 97 .

وعليه لا يمكن تصنيف الحقوق من حيث قابليتها للتصرف ، ومدى إعتبارها ذات قيمة فردية أو إجتماعية بصفة مجردة وعامة ، بل هي مسألة لا تتم إلا في إطار نظام قانوني معين لمجتمع من المجتمعات ، فما قد يكون مصلحة جوهرية تمس المجتمع بأسره في النظام القانوني الجزائري ، قد يكون مصلحة ثانوية فردية في النظام القانوني لدولة أخرى ، وليس أدل على ذلك من رفع تجريم الزنا والإجهاض في فرنسا في حين أننا نبقى على تجريم هذين السلوكين ونتمسك بذلك.

لذلك فإن معرفة نطاق الرضائية يكون بالنظر إلى منظومة تشريعية بعينها ، لا من خلال التصنيف العقلي خصوصا وأنها في مجال الجريمة إستثناء لا بد من النص عليه .

3- السبب.

السبب كركن من أركان العقد هو الباعث الرئيسي للدافع على التعاقد¹، ويشترط المشرع الجزائري في القانون المدني أن يكون السبب مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة².

ويظهر من تعريف السبب أن له طبيعة معنوية تكمن في إرادة كل طرف في العقد، لذلك فإن الحديث عن السبب في التراضي على الجريمة يعني البحث عن ما يدفع بالجاني عليه إلى قبول أو طلب الإعتداء على حق من حقوقه على نحو يعتبره القانون جريمة ، وما يدفع بالجاني إلى ارتكاب هذه الجريمة.

وتظهر قيمة البحث عن مدى مشروعية السبب في مجال الأعمال الطبية والتجارب العلمية³، وكل ما له علاقة بحياة الشخص وسلامته البدنية. ويرى الفقهاء أنه لا يجوز للشخص التصرف في جسمه إذا كان دافعه وراء ذلك غير مشروع كمن يقبل معاشرته امرأة معاشرته غير شرعية⁴.

ومن بين المشاكل العملية التي تتعلق أيضا بمشروعية السبب مسألة التحول الجنسي، خصوصا وأن المشرع الجزائري لم ينظمها بأي نص، ومن هنا يمكن أن يرضى شخص ما بخضوعه لعملية تحويل جنس من طرف طبيب، وحتى تكون هذه العملية مشروعة نسبيا يجب أن يكون سببها والدافع من

1 - د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 223 .

2 - المادة 97 من القانون المدني .

3 - أ. صفية سنوسي ، الخطأ الطبي في التشريع والإجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2006 ، ص 20.

4 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق ، ص 103 .

ورائها العلاج ، لا مجرد الرغبة في تغيير الجنس¹ ، وكذلك الأمر بالنسبة لمسألة التعقيم ، وعمليات التحميل² .

وكل ما يهمننا هنا بعد التنبيه بضرورة مشروعية السبب، هو التأكيد على ضرورة علم الجاني به أيضا، بل إنه في كثير من الأحيان يؤثر على باعته أيضا من وراء ارتكاب السلوك المحظور ، وإن كان الفقه الجنائي قد حسم موقفه بشأن الباعث على ارتكاب الجريمة وأنه غير ذي أثر عليها سواء كان نبيلًا أو دنيئًا، إلا أن الباعث النبيل هنا كسبب لقبول الجاني ارتكاب الجريمة ليس العلة وراء التأثير على بنية الجريمة ، بل هو ركن في نظام آخر قائم بذاته هو التراضي على الجريمة .

ب- أركان الرضا بالنظر إلى طبيعته الجنائية .

نظر البعض³ إلى فكرة رضا المجني عليه من زاوية غير الزاوية التعاقدية ، حين ركزوا على المجال الذي يحدث فيه أثره، فإذا كان رضا المجني عليه يؤثر على الجريمة فلماذا تقتبس أركانه من أركان هذه الأخيرة فيصبح لرضا المجني عليه ركنًا ماديًا، وركنًا معنويًا ، ووركنًا شرعيًا .

1- الركن المادي لرضا المجني عليه .

ويتمثل الركن المادي لرضا المجني عليه في قبول المجني عليه التعدي على حق من حقوقه المحمية جنائياً من طرف الغير، أي أن يفصح ويصرح بإرادته في قبول التصرف الذي سيأتيه شخص من الغير على مصلحة من مصالحه القانونية. بحيث يشكل هذا التصرف في حقيقته جريمة. ومع ذلك يعلن المجني عليه عن رضاه بما. ويترجم ذلك في مظاهر خارجية، إذ لا يعتد برضاه الباطن بل يجب إخراج هذا الرضا إلى العالم الخارجي بالقول أو بالإشارة. وأية وسيلة تدل على ذلك شريطة ألا تحتل التأويل لأن الرضا لا يفترض⁴ .

¹ - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق ، ص 104 .

² - Pénélope Gontier, op cit , p 40 .

³ - د. خالد بن محمد عبد الله الشهري ، المرجع السابق ، ص 97 .

⁴ - المرجع نفسه، ص 97 .

2- الركن المعنوي لرضا المجني عليه .

ويتمثل الركن المعنوي لرضا المجني عليه، في إستناده إلى إرادة واعية وحرّة . فالتعبير عن الرضا بالإعتداء ولو كان صريحا لا يكفي ليترتب أثره القانوني ما لم تكن إرادة صاحبه واعية مدركة لطبيعة وآثار هذا التصرف. وحرّة ومخيرة فيه فإذا ما أجبر المجني عليه بأية وسيلة كانت على إبداء رضاه بالإعتداء على حق من حقوقه كان هذا الرضا باطلا لا ينتج عنه أي أثر¹.

ولا يكفي أن تكون إرادة المجني عليه واعية وحرّة في رضاها، بل يجب أن يكون هذا الأخير من الأشخاص الذين يعتد القانون برضاهم، فالقاصر غير المميز، والمجنون، والمعتوه لا يمكن أن يعتد برضاهم².

3- الركن الشرعي لرضا المجني عليه .

ويتمثل الركن الشرعي لرضا المجني، في كونه يستند إلى نص يجيزه. فنحن ندرس رضا المجني كفكرة قانونية، لا واقعية . أي أن رضا الشخص بالإعتداء على حق من حقوقه لا يصبح له دلالة قانونية إلا إذا كان القانون يجيز هذا الرضا ويعتد به .

لأن الأصل هو ألا يترتب على رضا المجني عليه أي أثر في المجال الجنائي، لأن القانون عندما يجرم بعض السوكات والإعتداءات، إنما يفعل ذلك لحماية لبعض المصالح القانونية التي تتصف بالعمومية لأنها تخص المجتمع بأسره. لذلك لا يجوز مبدئيا لفرد من الأفراد أن يتنازل عن الحماية القانونية الجنائية المقررة لهته المصالح ولو كانت تتعلق به شخصيا³.

وحين يمنح القانون المجني عليه الحق في إسقاط الحماية القانونية المقررة لحق من الحقوق بالقبول بالإعتداء عليه . ينص على ذلك صراحة. وإلا أصبح هذا الرضا غير ذي أثر⁴.

1 - إرجع للإكراه كعيب من عيوب الرضا صفحة 79 من الرسالة .

2 - د. خالد بن محمد عبد الله الشهري ، المرجع السابق ، ص 98 .

3 - أ. فضيل خان ، المرجع السابق ، ص 229 .

4 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق ، ص 47 .

ثانيا : شروط صحة رضا المجني عليه .

حتى يظهر رضا المجني عليه قانونا لا بد من توافر أركانه، وحتى ينتج آثاره القانونية لا بد من توافر شروط صحته . وتمثل هذه الشروط في توافر الإدراك والتمييز في مصدره، وأن تكون إرادته في ذلك حرة، وأن يكون الرضا سابقا ومعاصرا للجريمة، وأن يكون الحق المعتدى عليه من الحقوق الجائز التصرف فيها، وأن يكون الرضا جديا وصادرا عن ذي صفة، وأخيرا ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة. ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى فئتين: شروط تتعلق بالمجني عليه، وشروط تتعلق بالرضا .

أ- الشروط الخاصة بالمجني عليه .

المجني هو الشخص الذي يخوله القانون أحيانا الحق في إسقاط الحماية القانونية الجنائية لحق من حقوقه بالرضا بالإعتداء عليه من طرف الغير¹، ولكي ينتج هذا الرضا أثره لا بد من توافر جملة من الشروط في هذا الشخص .

1- الأهلية .

يقصد بتوافر الأهلية في شخص المجني عليه ، عندما يريد الرضا بالإعتداء جنائيا على حق من حقوقه، أن يكون مدركا لهذا التصرف وعواقبه القانونية. والحقيقة أن مناط الأهلية في هذا الباب هو توافر التمييز والوعي لدى شخص المجني عليه، وقد رأى البعض أنه أمر يختلف باختلاف الحق محل الجريمة التي يرضي بها المجني عليه، فقد يكون بلوغ سن التمييز كافيا لإسقاط الحماية القانونية عن حق من حقوق كالحق في حرمة الحياة الخاصة الذي ليست له طبيعة مالية²، وقد يشترط بلوغ سن الرشد ليحدث الرضا أثره القانوني. ولكن في رأي العبرة ليست بطبيعة الحق المتنازل عنه ، بقدر ما تكمن في التنازل في حد ذاته الذي يدل على إنتقاص الشيء، وهو بذلك تصرف ضار لذلك أرى إشتراط بلوغ سن الرشد القانوني ليحق للمجني عليه القبول بالإعتداء على حق من حقوقه.

¹ - أ. فضيل خان ، المرجع السابق ، ص 229 .

² - أنظر في عرض هذا الرأي : د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق ، ص 116 وما بعدها .

2- الصفة .

حتى ينتج الرضا أثره في إباحة الجريمة ، أو في تحقيق أثر قانوني آخر يحدده المشرع ، يجب أن يكون هذا الرضا صادرا عن صفة، وصاحب الصفة في التنازل عن الحماية القانونية المقررة لحق من الحقوق هو صاحب هذا الحق . فالجني عليه ما هو إلى صاحب الحق المعتدى عليه .

ولكن لا يشترط أن يكون التعبير عن الرضا صادرا من الجني عليه شخصا ، بل يمكن أن ينبى غيره عنه في التعبير عن رضاه عن طريق الوكالة ، ولكن يشترط في هذه الأخيرة أن تكون وكالة خاصة أي متعلقة بالجريمة موضوع الرضا، لا وكالة عامة .¹

3- الحرية والإختيار.

لا عبء برضا الجني عليه إذا كان وليد إكراه وجبر. لأن الآثار القانونية لرضا الجني عليه لا تترتب إلا إذا كان هذا الأخير قد عبر عن رضاه بقبول الإعتداء على حق من حقوقه بكل حرية . أما وقد قام بذلك مضطرا فاقدا للإختيار . فلا ينتج عن رضاه أي أثر وعليه فإن كل صور الإكراه المادي والمعنوي تعتبر عيوب تصم رضا الجني عليه بالبطلان. لأن إرادة الجني عليه قد أخذت منحاً مغايراً لما هي عليه في الحقيقة. كما يضيف البعض أيضا القوة القاهرة كعيب يعدم في الإنسان القدرة على الإختيار لذلك فلا عبء برضا الجني عليه الناتج عن قوة القاهرة .²

ب- الشروط الخاصة بالرضا .

بالإضافة إلى الشروط الخاصة بالجني عليه هناك طائفة من الشروط تتعلق بالرضا نفسه وهي: أن يكون هذا الرضا سابقا ومعاصرا للجريمة ، وأن يكون محله من الحقوق الجائز التصرف فيها، وأن يكون جديا و غير مخالف للنظام العام .

¹ - إرجع لقواعد النيابة الإتفاقية صفحة 67 من الرسالة .

² - د. خالد بن محمد عبد الله الشهري ، المرجع السابق ، ص 100 .

1- أن يكون الرضا سابقا ومعاصرا للجريمة .

يعتبر رضا المجني عليه من الظروف التي تؤثر على بعض الجرائم فتهدم بنيانها القانوني أو تجعلها مباحة، ولكي ينتج الرضا هذا الأثر يجب أن يتوافر فيه - من حيث عنصر الزمن - شرطان أن يكون الرضا سابقا لإرتكاب الجريمة ، وأن يبقى معاصرا لتنفيذها . ويكون الرضا سابقا للجريمة متى تم الإفصاح عنه والتصريح به قبل البدء في تنفيذها ، أي قبل الشروع فيها . فيجوز في مرحلة الأعمال التحضيرية . أما إذا جاوزها ووصلت الجريمة مرحلة الشروع كان هذا الرضا غير ذي أثر .

أما المعاصرة فتعني مصاحبة الرضا لفترة تنفيذ الجريمة طالت أو قصرت هذه الفترة ، فإذا ماتراجع المجني عليه عن رضاه ، إعتبر ما يتم من إعتداءات على حقه بعد عدوله جريمة مكتملة الأركان.¹

2- أن يكون محل الرضا مما يجوز التصرف فيه .

وهنا لا ينتج الرضا أثره إلا إذا كان واقعا على حق يملك فيه المجني عليه سلطة التصرف² وهذه خاصية تتعلق بالحقوق المالية إجمالا أما ما دونها من الحقوق الشخصية، والعامّة فتعتبر من الحقوق التي لا يجوز التصرف فيها³ . ومع ذلك فإن التفرقة بين الطائفتين ليست سهلة خصوصا وأن المشرع لم ينص على هذا التصنيف بين نصوصه⁴ . كل ما هنالك أن ما أجاز فيه المشرع رضا المجني عليه إعتبر حقا قابلا للتصرف ولو كانت له طبيعة عامة، فالحق في حرمة الحياة الخاصة من الحقوق الدستورية أي أن له طبيعة عامة . ومع ذلك يجيز قانون العقوبات التنازل عن بعض أوجه هذه الحياة الخاصة والرضا للغير بالمساس بها .

3- أن يكون الرضا جديا وغير مخالف للنظام العام .

ومعنى أن يكون الرضا جديا، بعده عن الهزل والمجاملة. فقد تتطابق إرادة المجني عليه الباطنة مع إرادته الظاهرة فيكون جادا في رضاه . أما إذا عبر عن إرادته على نحو ينافي حقيقتها دعابة أو

1 - د. خالد بن محمد عبد الله الشهري ، المرجع السابق ، ص 101 .

2 - د. رمسيس بهنام ، الجريمة والمجرم والجزاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1977 ، ص 116 وما بعدها .

3 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق ، ص 47 .

4 - د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق ، ص 359 وما بعدها .د. جلال ثروت ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، المرجع السابق ، ص 266 .

تظاهرا لم يعتبر ذلك رضا بمعناه القانوني، ويثور التساؤل هنا عن مصير الجاني حسن النية الذي تنطلي عليه هذه الإرادة الصورية، فرأى البعض أن ذلك ينفي عنده توافر القصد الجنائي.¹ والعبارة في تحديد حسن النية من عدمه يرجع لقاضي الموضوع.

أما عن شرط عدم مخالفة الرضا للنظام العام فهو شرط مستفاد منطقيا، ذلك أن القاعدة القانونية التي تحكم التصرفات القانونية بشتى أنواعها هي عدم مخالفتها للنظام العام²، وفي هته الحالة قد لا يكفي إعتبار الرضا المخالف للنظام العام معيبا وباطلا، بل قد يتحول هذا الرضا إلى جريمة أخرى .

الفرع الثالث : الأساس القانوني لرضا المجني عليه وبعض مشكلاته العملية .

إن المدرك لماهية فكرة رضا المجني عليه في النظام القانوني الجنائي ، يعلم أنها فكرة إستثنائية ، والإستثناء بوصفه خروجاً عن القواعد ، والمباديء ومناقضتها يحتاج دائما إلى سند يرتكز عليه ، سند فقهي يبرره ، وسند تشريعي يضمني عليه المشروعية ، وهذا ماسنحاول البحث عنه من خلال دراسة الأساس القانوني لرضا المجني عليه ، يلي ذلك البحث في بعض المشكلات العملية المرتبطة بتطبيق هذه الفكرة .

أولا : الأساس القانوني لرضا المجني عليه .

كأية فكرة قانونية ، يحتاج رضا المجني عليه إلى دعامة يستند إليها لإمكانية تطبيقه ، وقد رأينا فيما سبق أن القانون لا يعترف بسلطان الإرادة في مجال النظام العام، فهو لا يعتد بالإتفاقات التي يكون محلها مخالفا للنظام العام ، ويعتبرها باطلة ، والجريمة بوصفها سلوكا لا غبار على عدم مشروعيته يخضع لنفس القاعدة ،أي أن الإتفاق عليه باطل. ومع ذلك فإن قانون العقوبات وفي مواطن عديدة يفتح المجال أمام وجود إتفاق كهذا بين الجاني والمجني عليه ، و يرتب عليه آثارا قانونية هامة. فما تبرير هذا الإستثناء وما هو سندها القانوني ؟

¹ - د. خالد بن محمد عبد الله الشهري ، المرجع السابق ، ص 101 .

² - د.محمد عيد الغريب ،النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ، ص 23.

أ- الأساس الفقهي لرضا المجني عليه .

إن البحث عن الأساس الفقهي لرضا المجني عليه، يعني محاولة إيجاد تبرير له، وتبرير الفكرة يعني البحث عن الأساس الذي يجعل القانون يعتد بها¹، والسند الذي يتيح إقحامها في النظام القانوني. وهنا يوجد ثلاثة أسس حاول الفقه الجنائي من خلالها تبرير إعتداد المشرع بموقف المجني عليه من الجريمة الواقعة عليه، والذي يمكن أن يكون في صورة تراض على ارتكاب الجريمة مع الجاني .

1- قاعدة ليس للراضي أن يتمسك بالضرر.

من بين التبريرات القانونية التي أعطيت لإمكانية قبول المجني عليه للإعتداء الواقع عليه، وإعتداد القانون بهذا التراضي الحاصل بينه وبين الجاني رد هذه المسألة إلى المبدأ الروماني الشهير "volenti non fit injuria" الذي يعني ليس للراضي أن يتمسك بالضرر²، فإذا كان الشخص قد رضي بالإعتداء عليه فليس له أن يحتج في مواجهة المعتدي بالضرر الواقع عليه .

وقد أخذ القانون الروماني بهذه القاعدة ليس فقط في الجانب المدني وإنما حتى في الجانب الجنائي، فرضا صاحب الحق لم يكن مسقطا للتعويض فقط، وإنما حتى للعقوبة بشرط أن تكون الجريمة موضوع الرضا من الجرائم الخاصة التي كانت تتمثل وفقا للقانون الروماني في تلك الإعتداءات التي تصيب بالضرر أو تهدد بالخطر أحد الأفراد بوقوعها على شخصه أو ماله دون أن يظهر فيها جانب الإعتداء على المصلحة العامة³، كجرائم الإعتداء على السلامة البدنية، السرقات، الإضرار بمال الغير، الإكراه، التهديد، الغش، هتك العرض، السب، والقذف⁴.

دون الجرائم العامة التي كانت تتسم بالخطورة والجسامة إما لوقوعها في الأصل مساسا بأمن الدولة، أو الملك، أو بالإحترام الواجب للأديان، و إما لوقوعها على حق خاص لأحد الأفراد مع تهديدها في نفس الوقت أمن المجتمع وسكينة⁵. كجريمة الخيانة العظمى، الهرب أثناء الحرب، الحريق

¹ - د. عبد الرحمن خلفي، المرجع السابق، ص 450 .

² - Antoun F, Abdou , le consentement de la victime , thèse de doctorat , Paris , 1971 , p 14 .

مشار إليه لدى : د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 24 .

³ - د. محمد محمود سعيد، حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية، المرجع السابق، ص 29 .

⁴ - د. علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، الجزء الأول، ط 2، 1936، ص 166 .

⁵ - د. محمد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 30.

والقتل¹. فهل يمكن أن تجد فكرة رضا المجني عليه التي نعرفها اليوم سندها القانوني في مبدأ ليس للراضي أن يتمسك بالضرر؟

صحيح أن الرضائية في مجال الجريمة تقترب إلى حد كبير من هذه القاعدة الرومانية الشهيرة، بل يمكن أن تكون هذه الأخيرة أصلها التاريخي، ولكن هل يجوز الإكتفاء بهذه القاعدة لتكون أساسا لإستبعاد نص التجريم أو تغيير حكمه؟

يرى البعض² أن هذه القاعدة و إن صلحت لتبرير بعض أحكام المسؤولية المدنية إلا أنها لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تفسر أحكام المسؤولية الجنائية، الرامية إلى حفظ الأمن والإستقرار داخل المجتمع، وعليه فإن الرضائية لا يجب أن تقوم حائلا يمنع الردع أو العقاب. وهو قول معقول يجد حجته في الوظيفة التي يضطلع بها القانون الجنائي و هي حماية مصالح جوهرية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تترك رهنا للإرادة الفردية.

2- فكرة إستعمال الحق.

حاول البعض الآخر³ التأسيس للرضائية في مجال الجريمة بالرجوع إلى فكرة عامة تهيمن على فروع القانون المختلفة، وهي فكرة إستعمال الحق، فالأعتداء على حقوق الغير برضاهم، يعتبر مجرد إسعمال لهذه الحقوق من طرف الشخص المعتدي، فصاحب الحق برضاه يكون قد نقل إسعمال حقه للغير الذي يعتبر سلوكه سلوكا مشروعاً، وغير مآثم جنائياً لأنه يقوم مقام صاحب الحق.

ففي جريمة إتلاف أموال الغير مثلاً: لو قام مالك هذه الأموال بإتلافها هل سيعاقب؟! طبعاً لا، والأمر نفسه إذا نقل حقه في التصرف في ماله لغيره و رضي بأن يقوم بفعل الإتلاف بدلا عنه، وعليه فالجاني نائب عن المجني عليه في إسعمال حقه محل الحماية الجنائية، نيابة إتفاقية عبر عنها برضاه بمسلك الشخص المعتدي.

¹ - د. عبد الغني الرويمض، تاريخ النظم القانونية، ط 3، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2004، ص 196.

² - Gaston Stefani et George Lévassour, droit pénal général, Dalloz, Paris, 1998, p 170, al149.

³ - أنظر في أصحاب هذا الرأي: د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 49 وما بعدها.

وبالرغم من وجاهة هذا الرأي وإستقامته في ظاهره إلا أنه لا يصلح أساسا عاما لتطبيق فكرة رضا صاحب الحق بالإعتداء عليه في المجال الجنائي على أساس أن كل الحقوق التي يحميها قانون العقوبات ذات طبيعة عامة ولو تعلقت بفرد من الأفراد.

لذلك ففكرة إستعمال الحق تظل قائمة ما دام هذا الإستعمال لم يتطابق مع النموذج القانوني المجرم، ففي هذه اللحظة يظهر حق المجتمع إلى الوجود فتنتفي حينئذ إرادة المجني عليه و تفقد قيمتها القانونية، لذلك وجب البحث عن أساس فكرة الرضائية في الجريمة خارج نطاق مبادئ القانون الخاص، وربطها بالأسس التي يقوم عليها القانون الجنائي، بل إننا حتى ولو سلمنا جدلا بجواز إستناد الرضائية لفكرة إستعمال الحق السائدة في القانون المدني، غاظين الطرف عن خصوصية القانون الجنائي، وإنفرداه بأحكام خاصة، فإن القانون المدني نفسه سيعجز عن تبريرها على أساس أنها تصطدم بنظرية التعسف في إستعمال الحق والتي تعتبر إستعمال الحق بهدف الحصول على فائدة غير مشروعة خطأ¹.

3- فكرة الترخيص القانوني .

يرى البعض² أن الرضائية كفكرة قانونية لها آثارها في المجال الجنائي، لا يمكن الإعتداد بها، أو الأخذ بمضمونها إلا إذا أقرها المشرع، وإعترف بها، وأدرجها ضمن نظمه القانونية، أما وقد سكت المشرع عن ذلك، فلا يمكن الحديث عنها ومحاوله إسنادها لأسس أخرى مهما كانت أهميتها في مجالات القانون المختلفة، ففكرة إستعمال الحق أساس منطقي يمكن أن يبرر مسألة الإعتداد بموقف المجني عليه من الجريمة عند تطبيق نصوص التجريم ، ولكنها غير كافية ما لم يعترف المشرع الجنائي للمجني عليه بسلطة نقل إستعماله لحقه والذي يكون جريمة ، للغير . ومعنى ذلك أن مجرد تكفل المشرع الجنائي ببسط حمايته على حق من الحقوق أو مصلحة من المصالح القانونية ، يعني أن المشرع قيد حرية الشخص صاحب الحق المحمي جنائيا ومنعه من التصرف فيه على نحو يتطابق والنموذج القانوني لجريمة من الجرائم.

¹ - تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني على ما يلي: يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

² - أنظر في أصحاب هذا الرأي: د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 50 .

إلا أن يأذن له ، وهذا الإذن ، أو مصطلح الترخيص القانوني الذي يقوم عليه هذا الرأي هو الذي سيجعل موقف المجني عليه من الجريمة محل إعتبار ومنتجا لآثار قانونية يحددها المشرع أيضا .

وهذا الرأي طبعا لا يجد منا إلا التأييد لأنه ليس إلا تطبيقا لمبدأ الشرعية الأصيل والمتجذر في المجال الجنائي ، فما لم يقل به المشرع ليس موجودا ، وليس هذا إلتزاما بالمذهب التقليدي القائم على تقديس التشريع و الأخذ بحرفيته، و إنما هو إلتزام بمسلمات القانون الجنائي وضمنان لإستقرار أحكامه يكفله الإنطلاق من سند نصي تشريعي ولو كان غير صريح لبناء أي نظام جنائي¹ .

ب- الأساس التشريعي لرضا المجني عليه .

وأقصد بالبحث عن الأساس التشريعي لرضا المجني عليه في النظام القانوني ، البحث عن كيفية المعالجة القانونية لهذه الفكرة من خلال مجموع القواعد القانونية التي تشير إليها بطريق مباشر أو غير مباشر والتي من خلالها يمكن تحديد مركزالرضائية بالنسبة للجريمة في النظام القانوني الجنائي ككل .

وطبعا لما كان للتشريع أهمية بالغة في مجال التجريم والعقاب، إذ يعتبر المصدر الوحيد والمباشر لجميع قواعده القانونية² تطبيقا لمبدأ الشرعية الذي يسيطر و يهيمن على النظام القانوني الجنائي ككل، فإنه لا يمكن الحديث عن أية فكرة مهما كانت مهمة، وإعطائها قيمة قانونية في هذا المجال إلا إذا كان المشرع الجنائي قد إعتترف بداءة بوجودها وأقحمها ضمن هيكله التشريعي الجنائي بإدراجها ضمن نص من نصوصه صراحة أو ضمنا .

وهذه المعالجة التشريعية لأي فكرة من الأفكار تتم على مستويين: مستوى شكلي يتعلق بالكيفية أو الطريقة التي يعبر بها المشرع عن موقفه بخصوص مسألة ما ، ومستوى موضوعي يحدد من خلاله القيمة القانونية أو المركز القانوني الذي خصصه لهذه الفكرة. ولكن الذي يهمنا هنا هو المعالجة الشكلية أي تلك المتعلقة بوجود النص من عدمه لا بمضمونه. وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجنائي يأخذ بالنسبة لفكرة رضا المجني عليه المواقف التالية .

¹ - وهذا المنهج في تفسير القانون هو ما يصطلح علي تسميته بالمنهج الفني القانوني الذي يقوم إتصال القانون الجنائي بطرق البحث عن المعرفة المختلفة العقلية البحة والتجريبية ، بشرط أن تبقى الحقيقة الثابتة بين نصي عيني الباحث القاعدة القانونية . لمزيد من التفصيل أنظر : د. جلال ثروت ، النظام القانوني الجنائي ، المرجع السابق ، ص 130 وما بعدها .

² - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 62 .

1- عدم وجود أي نص يشير إلى فكرة رضا المجني عليه.

أي أن المشرع الجنائي لا ينص على رضا المجني عليه لا صراحة ولا ضمناً، ومع ذلك فإن النموذج القانوني لبعض الجرائم يحتم التعرض لعنصر الرضا والبحث في مدى تواجده من عدمه لأنه يؤثر مباشرة على البنيان القانوني للجريمة ليس على أساس الإعتداد مباشرة بالرضائية، وإنما على أساس آخر أعم وأشمل وهو إنتفاء علة التجريم ، وإذا كان السلوك يتطابق في شكله مع نص التجريم، ولكنه من الناحية الواقعية لم يضر أو يهدد بالخطر أي مصلحة قانونية، فلا مجال لإعتباره جريمة ولا يعتبر هذا خروجاً عن نصوص التجريم ومبدأ الشرعية وإنما مجرد طريقة في التفسير تجد أساسها في أن المشرع إذا لم يهدر القيمة القانونية لمسألة منطقية ولم ينص على عدم الإعتداد بها، كما يفعل في مرات عديدة¹ ظلت هذه المسألة محل إعتبار، وعدت منتمية للنظام القانوني . إستناداً إلى روح القانون.

2- وجود نص عام يعترف بفكرة رضا المجني عليه .

قد يخرج المشرع الجنائي عن صمته بخصوص فكرة رضا المجني عليه ، فيعترف بها و يفرد لها نصاً خاصاً مثل ما فعل المشرع الإيطالي إذ نجده ينص في المادة 226 من قانون العقوبات على أن من ارتكب إيذاءً بدنياً برضا المجني عليه ، فلا يعد فعله غير مشروع إلا إذا كان - على الرغم من الرضا به - متعارضاً والآداب الحسنة ، وعلى نهج مماثل نص المشرع السوداني في المادة 51 من قانون العقوبات على أن الفعل لا يعد جريمة بسبب الضرر الذي سببه لنفس أو مال أي شخص تزيد سنه على ثماني عشرة سنة و رضي بذلك الفعل صراحة أو دلالة عن إدراك و إرادة . وهو النهج الذي إتبعه أيضاً المشرعين السوري واللبناني².

3- وجود نصوص خاصة تتضمن فكرة رضا المجني عليه.

قد لا يعترف المشرع الجنائي برضا المجني عليه بنص خاص ضمن المبادئ العامة للتجريم وإنما يتناوله ضمن نصوص متفرقة هنا وهناك ، تتعلق بجرائم مختلفة ولكن يستوحى منها أنها ترجع لفكرة واحدة وهي الإعتداد برضا المجني عليه .

¹ - أنظر صفحة 124 من الرسالة .

² - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق، ص 57 .

مثل ما فعل المشرع الجزائري الذي نجده قد أشار لفكرة الرضا في مواطن عديدة ضمن قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية بإعتبار أن هذا الأخير يشتمل على بعض القواعد الجنائية الموضوعية وذلك من خلال المواد التالية: (م135ق.ع، م303مكرر1ق.ع، م303مكرر 12ق.ع، م304ق.ع، م321ق.ع، م343ق.ع، م370ق.ع، م372ق.ع، م374ق.ع، م375ق.ع، م380ق.ع، م429ق.ع، م431ق.ع، م435ق.ع، م46ق.إ.ج، م65مكرر.إ.ج، م85ق.إ.ج) والتي سنشير إلى نصوصها وفحواها عند الحديث عن تطبيقات فكرة رضا المجني عليه في القانون الجزائري.¹

ثانيا : بعض المشكلات العملية المتعلقة برضا المجني عليه .

رأينا فيما سبق أن المشرع الجنائي يأخذ بخصوص فكرة رضا المجني عليه - من حيث تنظيمها لها- ثلاثة مواقف : فإما ألا يشير إليها لا صراحة ولا ضمنا ، وإما أن ينص عليها ضمن نصوص خاصة ، وإما أن يعترف بها ضمن مبدأ عام . وهذا أقصى وجه من أوجه التنظيم الذي حظيت به هذه الفكرة في القوانين الجنائية المقارنة . فالمشرع لم ينص على أحكامها التفصيلية . بالرغم من أن الواقع العملي يكشف عن إرتباط رضا المجني عليه بالعديد من المشكلات العملية، فماذا لو إستعمل المجني عليه حقه في الرضا، وأباح سلوكا معيناً يضر بمصلحة من مصلحة المحمية جنائياً، لكنه علق هذا الرضا على شرط أو قرنه بأجل . وماذا لو أن شخصا إرتكب جريمة لكن برضا المجني عليه، كيف يمكنه إثبات ذلك والدفع به أمام القضاء² .

أ- مشكلة تعليق رضا المجني عليه على شرط أو إقترانه بأجل .

إن جوهر فكرة رضا المجني عليه ، هو تلك الإرادة التي تتجه إلى إجازة سلوك يتحقق به الإعتداء على مصلحة قانونية محمية جنائياً ، ومع ذلك لا يطاله نص التجريم إعتداداً بهذه الإرادة . وهذه الأخيرة قد تكون ناجزة تتحقق آثارها بمجرد التعبير عنها وقد تكون معلقة شرط ، كما أنها قد

¹ - أنظر ص 123 من الرسالة .

² - د. خالد بن محمد عبد الله الشهري ، المرجع السابق ، ص 101 .

تكون دائمة ومستمرة، أو تنقلب أحيانا أخرى مؤقتة مقترنة بأجل . وإذا كان الأصل في الإرادة أن تكون بسيطة، فإنها حينما تضحى موصوفة تطرح بعض المشكلات القانونية¹.

فبخصوص رضا المجني عليه المعلق على شرط، فيعني ربط الأثر المبيح للرضا بمحصل أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، أي ربط الرضا بأمر عارض إحتمالي على نحو واقف، أو فاسخ .

فيكون الرضا معلقا على شرط فاسخ، عندما يعبر المجني عليه عن رضاه بالجريمة، و يجوز للغير الإعتداء على حق من حقوقه، لكنه يرهن هذه الإجازة بعدم تحقق ظرف مستقبلي، أي أن الأثر المبيح لرضا المجني عليه يظل قائما إلا إذا تحقق الشرط الفاسخ ، ففي هذه الحالة يصبح الرضا غير ذي أثر .

ويرى البعض² عدم جواز تعليق رضا المجني عليه على شرط واقف ، فلا يصح أن يتحول السلوك المباح بالرضا ، جريمة بعد تحقق الشرط الفاسخ .

أما تعليق رضا المجني عليه على شرط واقف، فيعني عدم تحقق الأثر المبيح للرضا إلا بتوافر ظرف مستقبلي، ومثاله أن يبيح الشخص لغيره دخول مسكنه والإقامة فيه، عندما يكون مسافرا. وقد يتعلق الرضا بالشخص الوجه إليه، كما قد يتعلق بالحق موضوع الإعتداء، أو بسبب إجازة الإعتداء .

كأن يرضا الشخص بالخضوع لعملية جراحية إذا أجازها له طبيب معين دون غيره من الأطباء. فهنا إذا قام الطبيب المعني بالعملية كانت مشروعة ومستندة إلى صحيح . أما إذا قام بها غيره. كانت غير مشروعة إلا إذا إستندت إلى أساس آخر غير رضا المجني عليه، كالضرورة مثلا³ .

وويتعلق الشرط بمحل أو موضوع الجريمة مثل من يرضى بدخول منزله من طرف الغير في دوره الأرضي دون العلوي، أو كمن يرضى بتسجيل حديثه دون توضيح صورته... إلخ .

¹ - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق، ص 57 .

² - المرجع نفسه ، ص 154 .

³ - أ. صفية سنوسي، المرجع السابق ، ص 45 .

أما عن الشرط المتعلق بسبب الرضا فيتجسد مثلا في الأعمال الطبية، عندما يرضى الشخص بالحصول على كمية من المني الخاص به لتحليلها، لا للتلقيح بها¹.

هذا عن تعليق رضا المجني عليه بشرط، أما عن إقترانه بأجل فيعني ربط تحقق الرضا، أو زواله بوقت معين، فيكون الأجل في الحالة الأولى واقفا، ويكون في الحالة الثانية فاسخا.

ومن أمثله أن يسمح الشخص لغيره بالإقامة في مسكنه مدة شهر، بعد إنقضائها لا يجوز له ذلك. وفي هذه الحالة يعتبر الأجل فاسخا، أو كمن ترضي بالخضوع لعملية جراحية بعد وضع حملها خلال شهرين.

وإذا كان هناك بعض التحفظ بالنسبة لتعليق رضا المجني عليه على شرط فاسخ، فليس هناك ما يمنع من تعليقه بأجل واقف أو فاسخ مادام شرطا السبق والمعاصرة متوافرين².

ب- مشكلة إثبات رضا المجني عليه وكيفية الدفع به.

قد يجيز المشرع الإعتداد برضا المجني عليه لإباحة بعض الجرائم، لكن المشكلة التي تعترضنا في ذلك هي كيفية إثبات حصول هذا الرضا، وعلى من يقع عليه عبء إثباته، خصوصا وأن المشرع الجزائي وبصدد الجرائم التي إعتد فيها بتهمة الفكرة لم ينص على طرق إثباتها وعليه فهي تخضع لنص المادة 212 ق.إ.ج التي جاء فيها: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك..." وعليه يمكن إثبات رضا المجني عليه بكافة طرق الإثبات، ما عدى تلك الحالات التي يفرد لها المشرع نصوصا خاصة كالمجال الطبي الذي يخضع فيه العقد الطبي في الحالات الخطرة للكتابة، فيثبت الرضا بالكتابة³.

ولكن على من يقع عبء إثباته، فإذا كان القانون المدني يخضع لقاعدة البينة على من إدعى، أما في المجال الجنائي فمن يتحمل عبء إثبات الجريمة، وتوافر أركانها، ونسبتها للمتهم هو النيابة

1 - أ. كمال فريحة، المرجع السابق، ص 29.

2 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 159.

3 - أ. كمال فريحة، المرجع السابق، ص 67.

العامّة بوصفها المسؤولة على تطبيق قواعد قانون العقوبات طبقا للمادة 29 ق.إ.ج ، أما المتهم فليس مجبرا بإثبات براءته لأن الأصل فيه البراءة ، فهو يتمتع بهذه القرينة لغاية ثبوت العكس¹ .

وعليه فإن النيابة العامة ، وفي مسعاها نحو إثبات ارتكاب الجريمة ، عليها أيضا أن تثبت عدم وجود رضا المجني عليه بها ، لأن وجود هذا الأخير من شأنه أن يهدم بنياها القانوني. ولها أن تثبت ذلك بكافة طرق الإثبات بالقرائن مثلا ، أو بشهادة الشهود² .

وأعتقد أن القاعدة في هذا المجال هي إفتراض عدم رضا المجني عليه، لأن رضاه إستثناء على من يدعيه إثباته، وعليه يقع عبء إثبات رضا المجني بالجريمة موضوع الدعوى على المتهم، ويمكن أن تنقلب الآية في بعض الأحوال، ويصبح الأصل هو الرضا، وعلى المدعي المدني إن وجد إثبات العكس ومثال ذلك العقود الطيبة³.

المطلب الثاني : تطبيقات فكرة رضا المجني عليه في القانون الجزائري .

بعد أن تمكنا من إعطاء لمحة عن فكرة رضا المجني عليه، ومركزها وتطورها في النظام القانوني الجنائي، نحاول الآن معرفة موقف المشرع الجزائري منها، وكيفية تعامله معها كفكرة قانونية تحتاج لتحديد قيمتها وتبيان مكانتها. وحتى يتأتى لنا معرفة ذلك يجب علينا تصنيف وتأصيل جملة النصوص التي تتمحور حول فكرة الرضا. والتي يظهر من مجموعها أن المشرع الجزائري عالج فكرة رضا المجني داخل مجال التجريم، وداخل مجال الإباحة كعنصر من عناصر بعض أسباب الإباحة، ثم كسبب مستقل من أسباب الإباحة⁴.

الفرع الأول : تطبيقات فكرة رضا المجني عليه داخل دائرة التجريم .

سبق وأن بينا أن المشرع الجزائري لا يشير إلى فكرة رضا المجني عليه فقط في مجال الإباحة وإنما يحفل بها أيضا كفكرة في مجال التجريم، بل إن تنظيمه لها في هذا المجال أوسع. فنجده أحيانا ينص صراحة على عدم ترتيب أي أثر على رضا المجني عليه، ثم يعتبر رضا المجني عليه بالجريمة الواقعة عليه

1 - د. محمد زكي أبو عامر ، الإثبات في المواد الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011، ص 66 .

2 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق، ص 177 .

3 - المرجع نفسه ، ص 178 .

4 - أ. فضيل خان ، المرجع السابق ، ص 230 .

جريمة أخرى، ثم يجعل من هذا الرضا محلا لبعض الجرائم ، فيصبح رضا المجني عليه هو المصلحة القانونية التي يجميها نص التجريم .

أولا :النص صراحة على عدم ترتيب أي أثر على رضا المجني عليه.

وهذا يعيدنا للحديث عن تلك الجرائم التي تتوافق بطبيعتها مع فكرة رضا المجني عليه، والتي لا تحتاج لنص خاص يقرر ذلك، فهي تقع إعتداء على بعض الحقوق يظهر أنها ملك مطلق لصاحبها يجوز له التصرف فيها، والإذن للغير بأنتهاكها¹.

فمثلا كلما كان محل الجريمة جسم الضحية ، أو حريتها ، أو عرضها قد يتصور أن لإرادتها دورا في إصباغ وصف التجريم أو طرحه² . وحتى لا يترك المشرع الباب مفتوحا للإعتداد بموقف المجني عليه من إرتكاب الجريمة الذي قد يؤدي إلى إباحتها ، ينص المشرع صراحة على عدم ترتيب أي أثر مبيح على إرادة المجني عليه ، بحيث حتى وإن رضي المجني عليه بالإعتداء الواقع عليه ، وتنازل عن حرته، أو سلامة جسمه ، أو عرضه للجاني كان هذا التنازل عقيما .

ويصر المشرع بصدد بعض الجرائم على الخروج من صمته، ويدرك ضرورة تعبيره عن موقفه صراحة من فكرة رضا المجني عليه ، لأن صمته قد يترك باب التفسير مفتوحا ، وهذا الأخير يمكن أن يجعل لرضا المجني عليه أثرا مبيحا بصدد هته الجرائم والتي تتجسد في الإتجار بالبشر، الإجهاض، وتحريض الغير على الفسق والدعارة ؟

أ- جريمة الإتجار بالبشر.

تعتبر جريمة الإتجار بالبشر من أخطر الجرائم الماسة بالإنسانية ككل، والتي قد يكون الداعي لإرتكابها مسلك المجني عليه ، أو وضعه الإجتماعي³ ، وقد جرم المشرع الجزائري هذه الظاهرة، وعاقب عليه من خلال المواد من 303 مكرر 4 إلى 303 مكرر 15 من قانون العقوبات حيث جاء في المادة 303 مكرر 4 ما يلي :

1 - د. رمسيس بهنام ، الجريمة والمجرم والجزاء ،المرجع السابق ، ص 116 وما بعدها .

2 - د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات القسم العام ،المرجع السابق ،ص 359 وما بعدها .د. جلال ثروت ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، المرجع السابق ،ص 266 .

3 - د. محمد أبو العلا عقيدة ، المجني عليه و دوره في الظاهرة الإجرامية دراسة في علم المجني عليه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1988 ، ص 11

" يعد إجتاراً بالأشخاص، تجنيد أو نقل أو تنقيط أو إيواء أو إستقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو بإستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه أو الإختطاف أو الإحتيال أو الخداع أو إساءة إستعمال السلطة أو إستغلال حالة إستضعاف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الإستغلال . و يشمل الإستغلال دعارة الغير و سائر أشكال الإستغلال الجنسي أو إستغلال الغير في التسول أو السخرة أو الخدمة كرها أو الإسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الإستعباد أو نزع الأعضاء.

يعاقب على الإجتار بالأشخاص بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج .

يعاقب على الإجتار بالأشخاص ، بالحبس من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج إذا سهل إرتكابه حالة إستضعاف الضحية الناتجة عن سنها أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني ، متى كانت هذه الظروف ظاهرة ومعلومة لدى الفاعل "

أما باقي المواد فتناولت بالبيان أحكاماً مختلفة تتعلق بهذه الجريمة ، من بينها مسألة رضا المجني عليه حيث نصت المادة 303 مكرر 12 على ما يلي: " لا يعتد برضا الضحية متى إستخدم الفاعل أياً من الوسائل المبينة في المادة 303 مكرر (ف1) من هذا القانون .

والغريب في هذا النص أنه إعتبر رضا المجني غير ذي أثر، وأخرج من إطار الرضائية فقط الحالات التي يستعمل فيها الفاعل أحد الوسائل المبينة في الفقرة 1 من المادة 303 مكرر 4 وهي: التهديد بالقوة أو بإستعمالها، أشكال الإكراه المختلفة، الإختطاف، الإحتيال، الخداع، إساءة إستعمال السلطة، إستغلال حالة إستضعاف، إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الإستغلال، والملاحظ على هذه الوسائل أنها تقوم أساساً على إعدام الرضا أو على الأقل جعله معيماً¹. الأمر الذي يدعو إلى التساؤل عن الغاية من وراء إدراج نص كهذا والتأكيد على نفي أمر بطبيعته منتفي .

ضف إلى ذلك ورود هذا الحكم بصيغة التخصيص "متى إستخدم الفاعل أياً من الوسائل ... " يعني بمفهوم المخالفة أن كل الأفعال التي يخرج فيها الجاني عن نطاق هذه الوسائل يعتد فيها برضا المجني

¹ - د. محمد العريان ، عمليات الإجتار بالبشر و آليات مكافحتها ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011 ، ص 34.

عليه . سواء لم ينص عليها المشرع أو نص عليها في مواطن مختلفة غير هذه الفقرة، كالفقرة 3 من نفس المادة والتي شددت العقوبة إذا سهل ارتكاب الجريمة حالة إستضعاف الضحية الناتجة عن سنها أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني.

ولكن بإستقراء المادة 303 مكرر 4 نجد أن الوسيلة هي جزء من البنيان القانوني لجريمة الإبتجار بالأشخاص¹، لذلك ما لم يلجأ الفاعل إلى إستخدام أحد هذه الوسائل لا ينطبق فعلة مع نص هذه المادة وبالتالي لا يدخل دائرة التجريم على الأقل وفقا لهذه المادة، و بالتالي القول أن رضا الضحية وقبولها لما يقع في حقها هنا هو قول غير ذي أثر .

وحتى وإن فرضنا جدلا أن الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر4 مجرد أمثلة عن وسائل إرتكاب الجريمة وليست عناصر في التجريم أي يجوز القياس عليها، وهي مسألة وإن صحت ستقودنا بحكم الضرورة إلى نفس النتيجة ، فلو حاولنا البحث عن النقطة المشتركة بين هذه الوسائل لوجدناها تتلخص في فكرة وحيدة، وهي قيامها بإعدام أو الإنتقاص من الإرادة ومن حرية الإختيار، لذلك فكل ما يمكن أن يخرج عن نطاق الفقرة 1 من المادة 303 مكرر4 سيدخل في إطار إعدام أو إنتقاص الرضا، ومعه سيظل النص على أن رضا المجني عليه غير ذي أثر في حالات معينة، تخصيصا ليس له داع يثير الكثير من اللبس.

ب- جريمة إستخدام الغير للفسق والدعارة .

نص المشرع الجزائري - وفي إطار تجريمه لكل ما يدعو إلى الدعارة والفسق أو يسهل إرتكابهما من خلال المواد 342 ق.ع إلى 349 مكرر.ع- في المادة 343 ق.ع على أن يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 20.000 دج ما لم يكون الفعل المقترف جريمة أشد كل من إرتكب عمدا أحد الأفعال التالية :...

5- إستخدام أو إستدراج أو أعال شخصا و لو بالغا بقصد إرتكاب الدعارة ولو برضاه أو أغواه على إحتراف الدعارة أو الفسق ... "

ويظهر من خلال الفقرة 5 من هذه المادة أن المشرع الجزائري عالج فكرة رضا المجني عليه ونص صراحة على عدم الإعتداد بها ، و لكن هل تمثل هذه الحالة بالفعل حالة من حالات التراضي على

¹ - د. أكمل يوسف السعيد يوسف ، الحماية الجنائية للأطفال من الإستغلال الجنسي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2014 ، ص 3 .

إرتكاب الجريمة بين الجاني والمجني عليه؟ وبمعنى آخر هل يحمل الشخص الذي إستخدم أو إستدرج أو أعييل بقصد إرتكاب الدعارة ، أو أغوي على إحتراف الدعارة والفسق صفة المجني عليه أم أنه مساهم في إرتكاب الجريمة ؟

طبعاً مادام المجني عليه هو صاحب الحق أو المصلحة المعتدى عليها¹، فإن تحديد المجني عليه في هذه الحالة، ينبني على تحديد المصلحة القانونية التي يهدف المشرع إلى حمايتها²، وهل هي فعلاً ملك لهذا الشخص الذي أثر عليه لإرتكاب الدعارة أوالفسق؟

ورد النص على جرائم الفسق والدعارة في إطار الفصل المعنون بالجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة من قانون العقوبات، ومعروف لدى الفقه أيضاً أن هذه الجرائم تعتبر إنتهاكا للآداب العامة داخل المجتمع، وبالتالي المصلحة التي يحاول المشرع حمايتها بتجريم هذه الأفعال مصلحة ذات طبيعة عامة، لكن قد يوجد إلى جانبها بعض المصالح الخاصة التي يحاول حمايتها أيضاً³.

فعندما يعاقب المشرع على مجرد إستخدام أو إستدراج أو إعالة شخص بقصد إرتكاب الدعارة أو إغوائه على ذلك، ولو لم تتم الدعارة فعلاً، نستنتج أن المشرع يحاول حماية مصلحة أخرى غير الآداب العامة، حماية شرف وإعتبار هذا الشخص الثاني الذي ربما ما كان ليدخل مجال الدعارة، لو لم يحرص على ذلك أو لم يسهل له ذلك خصوصاً إذا كان قاصراً.

وعليه إذا كانت الدعارة والفسق جرائم ليس فيها مجني عليه بمعناه الفني الدقيق ، فإن جرائم التحريض عليها وتسهيل إرتكابها هي جرائم تمس الشخص المستخدم وتجعله مجنيا عليه فيها . ولعل هذا ما جعل المشرع الجزائري يصبغ عليه هذه الصفة في المواطن لاحقة إذ تنص المادة 344 في فقرتها 7 و8 على التوالي على مايلي : "...

- 7- إذا كان المجني عليهم في الجنحة قد حملوا أو حرضوا على إحتراف الدعارة خارج الأرض الجزائرية.
- 8- إذا كان المجني عليهم بالجنحة قد حملوا أو حرضوا على إحتراف الدعارة عقب وصولهم إلى الأرض الجزائرية أو بعد وصولهم إليها بفترة قريبة .

¹ - د. داليا قادري، دور المجني عليه في الظاهرة الإجرامية وحقوقه في التشريع الجنائي المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013 ، ص 4 .

² - د. فايزة فوزي محمد ، المسؤولية الجنائية في جرائم الدعارة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2012 ، ص 20.

³ - المرجع نفسه ، ص 12.

وهكذا فقط يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري و في إطار الفقرة 5 من المادة 343 عامل الشخص المحرض على ارتكاب الجريمة على أنه مجني عليه لا شريك في الجريمة¹ ولكن نص صراحة على أنه لا يعتد برضاه ليسد باب الإحتجاج به من طرف مرتكبي هذه الجريمة.

ج- جريمة إجهاض إمراة حامل .

من المواطن التي أهدر فيها المشرع الجزائري أيضا القيمة القانونية لرضا المجني عليه المادة 304 من قانون العقوبات التي تنص على الآتي : " كل من أجهض إمراة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو بإستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج ..."

ويلاحظ هنا أن المشرع إستعمل لفظ "توافق" للدلالة على موقف المرأة الحامل من مسألة الإجهاض وقبولها له بدلا من "الرضا"، ولكن هل يعتبر هذا الرضا صادرا من مجني عليه وبعبارة أخرى هل المجني عليه في جريمة الإجهاض المرأة الحامل أم الجنين ؟

إن الفصل في هذه المسألة يختلف باختلاف تصنيف جريمة الإجهاض ما إذا كانت تمثل إعتداء على السلامة البدنية للأم أم على حياة الجنين؟ وهنا يرى بعض الفقه² أن الإجهاض يقع أصلا على حق الجنين في الحياة المستقبلية ولذلك لا يملك أي شخص اللجوء إليه ولو كان المرأة الحامل نفسها إلا عند الضرورة³، وهو قول صحيح ورغم ذلك فإن من القوانين من يميزه متى رضيت به المرأة الحامل، ومرجعيتهم في ذلك إعتبار الإحتفاظ بالحمل أو إسقاطه من حقوق المرأة الحامل⁴ .

لذلك فمعرفة المصلحة محل الحماية من وراء تجريم الإجهاض لا يكون إلا بإستقراء الأحكام المتعلقة به و التي يظهر منها أن المشرع الجزائري يرجح إعتبار الإجهاض مساسا بحياة الجنين المستقبلية، لا إعتداء على السلامة البدنية للمرأة الحامل بدليل أنه يسقط رضاها بعملية الإجهاض من الإعتبار ويجعله غير ذي أثر، بل و يعتبره جريمة عاقبت عليها المادة 309 من قانون العقوبات .

¹ - وطبعا هذا لا يمنع من مساءلته جنائيا إذا كان مركبا لفعل من أفعال الدعارة أو الفسق التي تجرمها وتعاقب عليها باقي النصوص.

² - د. فتوح عبد الله الشاذلي ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المرجع السابق ، ص 116 .

³ - د. ميادة مصطفى محمد المحروقي، الإجهاض بين الإباحة والتجريم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص12.

⁴ - المرجع نفسه ، ص 55 .

ومع كل ذلك لا يمكننا رفض كون المرأة الحامل مجنيا عليها في جريمة الإجهاض بإعتبار أن هذا الأخير يكون دائما في شكل ضرب أو جرح أو إعطاء مواد ضارة ولكنه يشكل صورة مستقلة من صور الإيذاء العمد لأنه يشترط فيه أن يكون الشخص المعتدى على سلامته البدنية إمراة حاملا، ولأن المشرع قد عاقب عليه حين يفضي إلى الموت بنص خاص هو الفقرة الثانية من المادة 304 ولم يترك هذه الحالة لحكم النصوص الأخرى المتعلقة بالإيذاء المفضي إلى الموت.

ومع هذه الطبيعة المزدوجة لجريمة الإجهاض يمكن إعتبار رضا المرأة الحامل بإسقاطها داخلا في دائرة رضا المجني عليه بوقوع الجريمة إذا نظرنا للإجهاض من زاوية أنه صورة مستقلة من صور الإيذاء العمد وهكذا نقول أن المشرع الجزائري تعرض لفكرة رضا المجني عليه من خلال المادة 304 وجعلها غير ذات أثر .

ثانيا - أن يعتبر رضا المجني عليه بالجريمة جريمة أخرى .

قد لا يحفل المشرع مطلقا بفكرة رضا المجني عليه، فلا يعيرها أي إهتمام، وقد يصرح بعدم ترتيبها لأي أثر، لكنه أحيانا قد يؤاخذ المجني عليه على رضاه حين يعتبر المشرع رضا المجني عليه وقبوله بوقوع الجريمة في حقه جريمة أخرى، متى إتخذ شكلا من الأشكال المحددة قانونا أو متى عبر عنه بإتخاذ مسلك معين وذلك في الجرائم التالية.

أ- جريمة الإجهاض .

سبق و أن أشرنا أن المشرع صرح من خلال المادة 304 أنه لا يعتد برضا المرأة الحامل بالإجهاض ولكنه ذهب لأبعد من ذلك وجرم هذا الرضا إذ تنص المادة 309 من قانون العقوبات على ما يلي: " تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 250 إلى 1.000 دج المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على إستعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض" فمن بين الصور التي جرمتها هذه المادة والتي تستند إلى فكرة إجهاض النفس وليس الغير، موافقة المرأة الحامل أو رضاها القيام أو الخضوع لأمر من شأنها أن توقف المسار العادي والطبيعي للحمل وتجريم المشرع الجزائري لهذا السلوك يستند إلى فكرة حماية حياة الجنين المستقبلية حتى من أمه¹.

¹ - د. ميادة مصطفى محمد المحروفي، المرجع السابق، ص 23 .

ب- جريمة قبول شيك مزور أو بدون رصيد.

بالرغم من أن جرائم الشيك يتجاوز المشرع من وراء العقاب عليها المصلحة الخاصة للمستفيد من الشيك، ليحمي مصلحة أعم وهي الائتمان التجاري¹ إلا أن وصف المجني عليه ينطبق على المستفيد من الشيك أو حامله الأخير²، والذي يعاقبه المشرع إذا قبل شيكا صدر وفق أوضاع يجرمها القانون وذلك من خلال المواد التالية:

المادة 374 من قانون العقوبات التي تعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو عن قيمة النقص في الرصيد : كل من قبل شيكا صادرا بسوء نية لا يقابله رصيد قائم و قابل للصرف أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك أو سحب الرصيد كله أو بعضه بعد إصدار الشيك أو منع من صرفه .

وكل من قبل شيكا وإشترط عدم صرفه فورا بل جعله كضمان .

والمادة 375 من قانون العقوبات التي تنص على أن يعاقب بالحبس من سنة إلى عشر سنوات و بغرامة لا تقل عن قيمة الشيك كل من قبل إستلام شيك مزور أو مزيف مع علمه بذلك . وهنا نلاحظ أن المجني عليه في بعض جرائم الشيك ، إذا ماتنازل عن تلك الحماية المقررة له بموجب قانون العقوبات ، وقبل و رضي بحصول الجريمة وتراضى عليها مع الجاني يكون قد أضر هو الآخر بمصلحة إجتماعية جديدة بالحماية هي الائتمان التجاري ، لذلك وجب أن يؤخذ على ذلك ويعامل معاملة المجرم لا الضحية .

ثالثا: أن يعتبر رضا المجني عليه محلا للجريمة.

يختلف الحديث عن رضا المجني عليه المعيب كعنصر من عناصر التجريم ، عن حالات إنعدام رضاه، والتي تخرج عن إطار البحث لأنها تعتبرالأصل العام في كل الجرائم، ولا يفتح باب البحث في مدى إنعدام الرضا إلا إذا رتب المشرع أثرا على وجود الرضا.

1 - د. أبو الوفا محمد، جريمة الإدعاء بتزوير شيك ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 ، ص3.

2 - د . محمد محمود المصري، أحكام الشيك مدنيا و جنائيا، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2000 ، ص94.

أي أننا ندرس حالات وجود الرضا ولو كان معيبا وكيفية معالجة المشرع لها دون حالة عدم رضاه بالجريمة التي تعتبر أمرا مفترضا ، يكون البحث فيه عقيما إلى أن يعتد المشرع بعكسه ، ومن بين هذه الحالات العكسية التي يعتد فيها المشرع بوجود رضا المجني ، حالات إشتراطه لوجود رضا معيب من المجني عليه ليكتمل النموذج القانوني للجريمة ، ويقصد بالرضا المعيب ذلك الرضا الصادر تحت تأثير غلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال¹، فلولا هذه العوامل لإنعدم الرضا تماما وتحول إلى رفض، ومن بين الجرائم القائمة على فكرة الرضا المعيب للمجني عليه كأساس للتحريم وفقا لقانون العقوبات الجزائي الأفعال التالية :

أ- التهديد بالتشهير .

وهو الفعل المعاقب عليه بموجب المادة : 371 من قانون العقوبات و التي جاء فيها ما يلي :

" كل من تحصل بطريق التهديد كتابة أو شفاهة أو بإفشاء أو نسبة أمور شائنة على أموال أو أوراق مالية أو على توقيع أو على المحررات المبينة في المادة 370 أو شرع في ذلك يكون قد إرتكب جريمة التهديد بالتشهير و يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 2.000 إلى 30.000 دج."

وتقوم هذه الجريمة على التعدي على حقوق مالية للغير لكن عن طريق التهديد بالإساءة للسمعة الأمر الذي يشكل إكراها منقضا ومعيبا للإرادة لا معدما لها كالحالة المنصوص عليها في المادة والتي 370 والتي جاء فيها الآتي: " كل من إنتزع بالقوة أو العنف أو الإكراه توقيعاً أو ورقة أو عقداً أو سنداً أو أي مستند كان يتضمن أو يثبت إلتزاماً أو تصرفاً أو إبراء يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات ."

فهذه الجريمة تقوم على فكرة الإكراه المادي الذي يعدم الإرادة، مثلها مثل جرائم الخطف وحبس الأشخاص دون وجه حق² وبالتالي تخرجنا من دائرة الحديث عن وجود الرضا ولو كان غير سليم إلى الحديث عن إنعدامه. كما تختلف جريمة التهديد بالتشهير في علاقتها برضا المجني عليه عن جرائم التهديد الأخرى المنصوص عليها في المواد من 284ق.ع إلى 287 ق.ع في أن هذه الأخيرة

1 - د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 106 .

2 - د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات القسم العام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 89.

ترتكز على ما يقوم به الجاني في سبيل بث الخوف والرعب في نفس ضحيته ، ملتفتة عن مسلك هذه الأخيرة ومدى إستجابتها لمطالبه .

في حين أن جريمة التهديد بالتشهير لا تقوم إلا إذا تصرف الجاني عليه بإرادة غير سليمة، ويمكن الجاني من الحصول على الحقوق المالية التي عدتها المادة . وإلا تكون مجرد شروع لا يعاقب عليه القانون

ب- جرائم النصب .

تقوم جرائم النصب والإحتيال على فكرة التدليس الذي يعني الكذب لإيقاع شخص ما في غلط يدفعه للقيام بتصرف قانوني ، وإستجابة هذا الشخص فعلا لهذا التدليس وقيامه بالتصرف على نحو يفقر ذمته المالية ويغني بها ذمة الشخص المدلس على الشكل الذي يحدده القانون¹.

إذ تنص المادة 372 ق.ع على مايلي : " كل من توصل إلى إستلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالفات أو إبراء من إلتزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك بالإحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما بإستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو إعتقاد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر و بغرامة من 500 إلى 20.000دج..."

ويظهر من هذا النص أن المشرع جعل تصرف الجاني عليه وتسليمه لحق مالي للجاني بناء على رضا معيب شرطا لقيام هذه الجريمة فجريمة النصب في أبسط تعريف لها إستيلاء على مال منقول مملوك للغيربنية تملكه عن طريق الإحتيال الذي يعتبر في جوهره تدليس ، فلو وجد الرضا صحيحا لإنعدمت الصفة الإجرامية للفعل ولأصبح مشروعا، ولو إنعدم الرضا لإستعمال القوة المادية النافية للإرادة لإنهدم البنيان القانوني لجريمة النصب، وإحتتمل الفعل وصفا آخر قد يندرج تحت إطار المادة 370ق.ع و غيرها من المواد المتعلقة بالسرقة و إبتزاز الأموال .

وتجدر الإشارة هنا إلى جريمة أخرى قد يوحي ظاهر نصها أنها تعالج فكرة الرضا المعيب، تتشابه إلى حد كبير مع جريمة النصب من حيث محلها وهي جريمة إستغلال القصر للإضرار بدمتهم

¹ - د. إيهاب فوزي السقا ، حماية الجنائية والأمنية لبطاقات الإئتمان ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2007 ، ص10.

المالية المنصوص عليها في المادة 380ق.ع التي جاء فيها: "كل من إستغل حاجة قاصر لم يكمل التاسعة عشرة أو ميلا أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه إلتزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تستغل ذمته المالية و ذلك إضرارا به يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات و بغرامة من 500 إلى 10.000 دج ."

فهذه الجريمة أشارت إلى الإستغلال الذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة وفقا للقانون المدني، ولكن ورغم ذلك لا يمكن إعتبار هذه الجريمة قائمة على فكرة الرضا المعيب، لأنها إشتطت أن يكون الجاني عليه فيها قاصرا، وأن يكون محلها تصرفات ضارة بدمته المالية، مما يعني أن رضا الجاني عليه هنا معدوم لنقص أو إنعدام أهليته ولتعلقه بتصرف قانوني يعتبره القانون باطلا بطلانا مطلقا لصدوره من قاصر لكونه ضارا ضررا محضا بدمته المالية .

بمعنى أن رضا الجاني عليه سواء أثار فيه هذا الإستغلال أو لم يؤثر لا يرتب أي أثر لأن القانون لا يعتد به. كل ما هناك أن المشرع يحاول تجريم هذا الإستغلال كمسلك إنساني معيب بالنظر إلى الجاني، وليس كعيب في الإرادة بالنظر إلى الجاني عليه، بدليل أن المشرع لم يشترط حصول الجاني فعليا على إلتزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تستغل الذمته المالية للقاصرو تضرر بها و إنما جعلها قصدا خاصا لهذه الجريمة .

ج- جرائم التدليس في السلع.

من بين الجرائم القائمة أيضا على الحصول على منفعة مالية من الجاني عليه بفعل التأثير على إرادته بطرق غير قانونية تدفعه إلى التعاقد¹، الجريمة التي عاقبت عليها المادة 429ق.ع بقولها: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد :

- سواء في الطبيعة أو في الصفات الجوهرية أو في التركيب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع .

- سواء في نوعها أو مصدرها.

¹ - د. إسلام هاشم عبد المقصود، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2014، ص 12.

- سواء في كمية الأشياء المسلمة أو في هويتها

وفي جميع الحالات فإن على مرتكب المخالفة إعادة الأرباح التي حصل عليها بدون حق."

وقد أضافت المادة 430ق.ع الآتي : ترفع مدة الحبس إلى 5سنوات والغرامة إلى 500.000دج

إذا كانت الجريمة أو الشروع فيها المنصوص عليهما أعلاه قد إرتكبا:

- سواء بواسطة الوزن أو الكيل أو بأدوات أخرى خاطئة أو غير مطابقة .

- سواء بواسطة طرق إحتيالية أو وسائل ترمي إلى تغليط عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش في تركيب أو وزن أو حجم السلع أو المنتجات ولو قبل البدء في هذه العمليات.

- سواء بواسطة بيانات كاذبة ترمي إلى الإعتقاد بوجود عملية سابقة و صحيحة أو إلى مراقبة رسمية لم توجد ."

ويظهر من هتين المادتين أن المشرع جرم من خلالهما صورا للتدليس في العقود بهدف حماية المتعاقد من التلاعب بإرادته و إيقاعه في غلط يخص الشيء المبيع يدفعه إلى التعاقد وبالتالي وحتى تقع هذه الجريمة يجب أن يقوم البائع بخداع المشتري وإيهامه بوجود شيء غير موجود في الحقيقة ،أو العكس إيهامه بعدم وجود شيء هو موجود في الحقيقة¹، فيكون بذلك قد أثر على رضاه ودفعه للتعاقد لأسباب غير حقيقية.

أما لو كان المشتري يعلم بحقيقة الشيء المبيع رغم محاولات البائع التدليسية ولم يمنعه ذلك من إبرام العقد ، أو أن العمليات التدليسية للبائع لم تنجح في التأثير على المشتري ولم تجعله يتعاقد، لا يهدم البنيان القانوني لهذه الجريمة لأنها تقوم أساسا على وجود رضا معيب لدى المجني عليه ، ولكن تتحول إلى جريمة ناقصة أي مجرد شروع .

ويلاحظ هنا أن المشرع ذهب بعيدا في سبيل حماية المتعاقد عندما جرم الشروع في هذه الجرائم أيضا، وطبعا يخرج الشروع في هذه الجرائم عن إطار الرضا المعيب للمجني عليه كعنصر في

¹ - د. إسلام هاشم عبد المقصود ، المرجع السابق ، ص 40 .

التجريم مثله مثل جريمة الغش في السلع المنصوص عليها في المادة 431ق.ع (ف1 و2) التي جاء فيها:
"يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 10.000 دج إلى 50.000 دج كل من :

- يغش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوان أو مواد طبية أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبيعية مخصصة للإستهلاك .

- يعرض أو يضع للبيع أو يبيع مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوان أو مواد طبية أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبيعية يعلم أنها مغشوشة أو فاسدة أو مسمومة ..."

ففي هذه الجرائم يكفي أن يغش البائع في السلع بأن يغير في تركيبها مما يشكل تدليسا، أو يعرض سلعا يعلم أنها مغشوشة لقيام الجريمة بغض النظر عن مسلك الزبون أقبل على هذه السلعة أو لم يقبل.

الفرع الثاني: تطبيقات فكرة رضا المجني عليه كعنصر من عناصر الإباحة .

يرى البعض¹ أن رضا المجني عليه لا يمكن أن يرقى إلى كونه سببا مستقلا قائما بذاته للإباحة، لكن ذلك لا يعني نفي أي تأثير له في هذا المجال، فقد يعتبر هذا الرضا عنصرا أو شرطا في بعض أسباب الإباحة كحق مباشرة الأعمال الطبية الذي يبيح بعض التصرفات كالضرب والجرح والتخدير والإطلاع على عورات الناس، التي لو تمت خارج إطار مباشرة الأعمال الطبية لأعتبرت جرائم. وحتى يكتمل البنيان القانوني لهذا السبب من أسباب الإباحة لابد أن يتوافر إلى جانب توافر صفة الطبيب في القائم بالفعل ، مراعاة أصول الفن والمهنة ، قصد العلاج ، أن يكون المريض راضيا بهذا التدخل الطبي². فهذا الرضا وحده لا يكفي كسبب للإباحة لكن إنعدامه من شأنه أن يهدم قوام حق مباشرة الأعمال الطبية كسبب للإباحة ، إذ يلزم أن يتدخل الطبيب ويقوم بأي عمل أن يحصل على رضا المريض بذلك ، ولا يشترط أن يكون هذا الرضا صريحا بل يجوز أن يكون ضمنا بشرط أن لا يدع شكاً حول مدى موافقة المريض لذلك لا يكفي مجرد ذهاب المريض إلى الطبيب للقول بقبوله لجميع التصرفات التي سيقوم بهذا الأخير ولو في سبيل علاجه ، ويعتبر أي عمل يقوم به الطبيب

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 358 / د.علي بدوي ، الأحكام العامة في القانون الجنائي ، المرجع السابق ، ص 397 .

² - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 247 .

خارج رضا المريض عملاً موجبا للمسؤولية . ولا يشترط أن يصدر الرضا من المريض نفسه بل يمكن أن يعبر عن ذلك وليه أو من يتولى الرقابة عليه إذا كان غير أهل لذلك أو غير قادر على التعبير عن إرادته .

ومع ذلك يجوز أن يتدخل الطبيب دون رضا المريض وذلك في حالة الضرورة بأن تكون حياة المريض في خطر ولا يمكن أخذ رأيه أو رأي من يمثله شرعاً، وهنا يكون عمل الطبيب مباحاً رغم التخلف الرضا إستناداً إلى حالة الضرورة لا إلى حق مباشرة الأعمال الطبية .

ويجوز أيضاً أن يكون هناك تدخل طبي دون رضا المريض ويعتبر ذلك مباحاً إستناداً إلى أداء الواجب لا إلى إستعمال الحق وذلك في حالات التطعيم أو علاج الأوبئة التي تهدد المجتمع.¹ ويرى البعض² أن رضا المجني عليه شرط أيضاً لكي ينتج حق ممارسة الألعاب الرياضية أثره المبيح.

أولاً : رضا المجني عليه في مباشرة الأعمال الطبية .

تهدف الأعمال الطبية في عمومها إلى الكشف عن المرض، وتشخيصه، بغية علاجه. وذلك قد لا يتم إلا بالكشف عن العورات، أو إحداث جروح عن طريق العمليات الجراحية والتحليل ضف إلى ذلك ما تسببه العقاقير والأدوية من تغيير في أجهزة الجسم ووظائفه، دون أن ننسى إمكانية تخدير المريض لتخفيف الألم عنه، أو لإفقاده الشعور لإخضاعه لعملية جراحية³. وكل هذه السلوكيات قد تتطابق أحياناً ونصوص التجريم المتعلقة بالضرب والجرح، أو إعطاء مواد ضارة أو مخدرة... إلخ ورغم ذلك لا تعتبر جرائم لأنها إرتكبت في إطار الحق في مباشرة الأعمال الطبية.⁴

أ- شروط إباحة مباشرة الأعمال الطبية .

إن مباشرة الأعمال الطبية، أو الحق في الإستطباب رخصة مكفولة لكل شخص، ولكنها مع ذلك مقيدة ببعض الشروط إذا ما إنتفى أحدها، عد العمل الطبي إعتداءً موجبا للعقاب، وتتمثل

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 249.

² - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط القسم العام ، المرجع السابق ، ص 405 ، د.علي بدوي ، الأحكام العامة في القانون الجنائي ، المرجع السابق ، ص 397 .

³ - د. ميرفت منصور حسن عبد الله ، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمان الكيان الجسدي ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2013 ، ص 4 .

⁴ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 246 .

هذه الشروط في ضرورة توافر صفة الطبيب في الشخص القائم بالعمل، وأن يراعي في ذلك أصول الفن والمهنة ، وأن يكون هذا التدخل بقصد العلاج، بالإضافة إلى شرط أخير سنفصل فيه في العنصر اللاحق وهو رضا المريض أم من يمثله شرعا .

1- صفة الطبيب .

حتى يتمتع العمل الطبي بالحصانة، فيكون مباحا لا يرتب أية مسؤولية، يجب أن يكون الشخص القائم به طبيبا، أي شخصا رخص له القانون بمزاولة مهنة الطب، أي أنه لا يكفي الحصول على شهادة من كلية الطب لممارسة الأعمال الطبية ، بل يجب علاوة على ذلك الصول على ترخيص بمزاولة تلك المهنة¹ .

ولا يقصد بالطبيب هنا معناه الدقيق، وإنما تنطبق هذه الصفة أيضا على الممرضين والقابلات، فهم في هذا الباب يأخذون حكم الطبيب، في حدود تخصصهم . وعليه لا يدخل العمل الطبي دائرة الإباحة إذا صدر من شخص لا تتوفر فيه هذه الصفات، وغير حاصل على ترخيص قانوني.

ولو كان لهذا الشخص الخبرة والدراية الكافية للعلاج ، ولو رضي المريض بذلك ، ويعتبر هذا الشخص مسؤولا مسؤولا كاملة عما ينتج عن عمله من تبعات² .

ويرى البعض³ أن أساس إباحة الأعمال الطبية التي تشكل في الأصل إعتداءات معاقب عليها جنائيا، هو ذلك الترخيص القانوني بمزاولتها ، وفي إطار غيابه يقع الشخص تحت طائلة نصوص قانون العقوبات إلا إذا كان سلوكه مبررا بحالة الضرورة مع توافر شروطها .

2- مراعاة أصول مهنة الطب .

ويتمثل هذا الشرط في قيام الطبيب أصلا بأعمال تصنف بأنها طبية كالكشف عن المريض ووصف الدواء له ، أو حقنه بمحاليل طبية ، أو إجراء أشعة ، أو القيام بعملية جراحية، أو أخذ عينة

1 - د. ميرفت منصور حسن عبد الله ، المرجع السابق ، ص 45.

2 - أ. مرعي منصور عبد الرحيم ، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان ، مذكرة ماجستير ، جامعة الإسكندرية ، 2010 ، ص 30 .

3 - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 248 .

من الدم... إلخ وهي لا تقع تحت حصر لأن طبيعة التدخل الطبي تختلف من حالة إلى أخرى. وعليه متى خرج الطبيب عن إطار مباشرة الأعمال الطبية، كأن يقوم بضرب المريض، أو شتمه يقع سوكه محظورا موجبا للعقاب¹.

كما يشترط لصبغ الصفة المشروعة على عمل الطبيب، أن يقوم به محترما القواعد الفنية المتعارف عليها في مجال الطب، والتي يمثل الخروج عنها خروجا عن المألوف والمعتاد. ومثال ذلك أن يجري الطبيب عملية جراحية دون تعقيم الأدوات المستعملة، أو أن يجريها وهو في حالة سكر، ففي هذه الحالة لا تدخل النتائج الضارة الناتجة عن سلوكه دائرة الإباحة، بل هي صور من صور الإهمال الموجب للمسؤولية².

3- قصد العلاج.

إن ممارسة الأعمال الطبية كسبب من أسباب الإباحة لا تعني إجازة كل مساس بالشخص متى أخذ هذا المساس صورة العمل الطبي، وإنما يجب أن يتم ذلك بهدف وقصد العلاج، وعليه لا يدخل في إطار الإباحة ما قد يقوم به الطبيب بصدد تجربة علمية، أو إنتقاما³.

أما عن عمليات التجميل فالهدف منها ليس العلاج أو إزالة مرض أو علة مادية، وإنما يرى البعض⁴ أنها تزيل علة معنوية، ونفسية لذلك تدخل في إطار ممارسة الأعمال الطبية المباحة.

في حين أن عمليات التعقيم، والإجهاض لا تباح إستنادا إلى الحق في ممارسة الأعمال الطبية، وإنما تستند إلى حالة الضرورة إن وجدت.

أما عمليات نقل الدم فتستند بالنسبة للشخص المستفيد منها إلى قصد العلاج، أما بالنسبة للشخص المتبرع فتفتقد لهذا الشرط وبالتالي لا تدخل بالنسبة إليه في إطار الأعمال الطبية، وإنما يمكن أن تستند إلى حالة الضرورة إذا توافرت شروطها⁵.

¹ - د. ميرفت منصور حسن عبد الله، المرجع السابق، ص 70.

² - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 251.

³ - أ. مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 252.

⁵ - نفس الموضوع.

4- رضا المريض أو من يمثله قانونا .

إن مباشرة الأعمال الطبية من أسباب الإباحة التي لا تنتج أثرها المبرر إلا بتوافر بعض العناصر، ينتج عن إنعدام أحدها، إهدام كل بنيان هذا السبب المبيح، ولعل أهم عنصر من عناصر الحق في مباشرة الأعمال الطبية ، هو الحصول على رضا الشخص الخاضع للإستطباب .

ب- رضا المجني عليه ودوره في مباشرة الأعمال الطبية .

رضا المجني عليه في هذه الحالة لا يقوم سببا مستقلا من أسباب الإباحة ، وإنما هو شرط وعنصر يدخل في تكوين سبب آخر من أسباب الإباحة، وهو مباشرة الأعمال الطبية . فهذه الأخيرة لا تنتج أثرها المبيح إلا إذا كان المجني عليه، أي المريض قد رضي بالتدخل الطبي¹.

ولا يشترط في هذا الرضا أن يكون صريحا بل يكفي أن يكون ضمنيا شريطة أن يكون دالا على موافقة المريض، ولا يجوز إستنتاجه من مجرد ذهاب الشخص إلى الطبيب، فذلك لا يعني رضاه بكل ما سيقوم به الطبيب لعلاجه².

كما أنه لا يشترط أن يصدر هذا الرضا عن المريض نفسه بل يمكن أن يعبر عنه نائبه القانوني إذا كان غير أهل لذلك، أو غير قادر على القيام بذلك بنفسه. أما إذا لم يعبر المريض عن رضاه وباشر الطبيب في مواجهته أعماله الطبية، كان مسؤولا عن كل ماينتج عن هذه الأخيرة من نتائج³.

ولكن رغم ذلك يجوز للطبيب التدخل للعلاج دون الحصول على رضا المجني عليه، وذلك في حالة الضرورة التي تتجسد في الأحوال التي يكون فيها المريض في خطر جسيم، ولا سبيل لإنتظار الحصول على رضاه. ففي هذه الحالة لا يستند عمل الطبيب إلى الحق في مباشرة الأعمال الطبية، وإنما إلى حالة الضرورة .

¹ - Pénélope Gontier , op cit , p 55 .

² - Ibid , p 47.

³ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 249 .

كما يجوز تدخل الطبيب دون الحصول على رضا المريض، فيباشر العمل الطبي عنوة عنه، متى كان ذلك تطبيقاً لأمر القانون وأداء الواجب، ومثال ذلك التطعيم ضد الأمراض المعدية، وعلاج الأوبئة.¹

ثانياً : رضا المجني عليه في ممارسة الألعاب الرياضية .

تتعدد الرياضات وتختلف، ولكن بعضها قد يقوم على سلوكيات من ضرب، وإيذاء يصدق عليها أحياناً وصف الجريمة، مع ذلك لا تعتبر كذلك لأنها تمت في إطار ممارسة الألعاب الرياضية التي تعتبر من أسباب الإباحة ، وهذا السبب المبرر لا يقوم إلا بتوافر مجموعة من العناصر على رأسها رضا اللاعب .

أ- شروط إباحة ممارسة الألعاب الرياضية .

حتى يعترف القانون بأعمال العنف التي تتم أحياناً بمناسبة ممارسة بعض الألعاب الرياضية ، ويعتبرها مشروعة ، يشترط توافر مجموعة من الشروط أولها أن تكون أعمال العنف ضرورية لممارسة الرياضة ، وأن تقع أعمال العنف أثناء مباراة نظامية ، وأن تكون قواعد اللعب قد روعيت ، وأن يكون اللاعب راضياً بما يقع .

1- أن تكون أعمال العنف مما تستلزمه اللعبة .

م يضع المشرع قائمة بالألعاب الرياضية العنيفة المباحة ، فهي متعددة بل إن بعض الرياضات قد تكون في الأصل غير عنيفة ولكن تنتج عنها بعض صور الإيذاء ، وتعتبر رغم ذلك مشروعة ، ويرجع في تحديد مدى تناسب فعل العنف مع الرياضة ، إلى العرف الرياضي ذلك أن مصادر الإباحة لا تحتزل في القاعدة القانونية المكتوبة ، وإنما تجد مصدرها حتى في العرف² .

وقد تكون الرياضة قائمة على العنف أصلاً مثل الملاكمة والمصارعة، كما قد لا تكون الرياضة عنيفة ككرة القدم والسلة، ولكن ينتج عنها صور من صور الإيذاء تعتبر مشروعة أيضاً مادامت قد تمت أثناء مباراة نظامية .

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 249 .

² - د. أمين مصطفى محمد ، قانون العقوبات القسم العام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011 ، ص 213.

2- أن تقع أعمال العنف أثناء مباراة نظامية .

ومعنى هذا الشرط أنه لا يكفي لإباحة السلوكات العنيفة المترتبة على بعض الرياضات أن يكون مرتكب هذه الأفعال محترفا لهذه الرياضة فيمارسها في أي وقت ومع أي شخص ، وإنما تشمل الإباحة ما يتم أثناء مباراة نظامية ، وتكون كذلك عندما يشارك فيها اللاعبون بإرادتهم ، وأن تتم ألعاب العنف أثناء وقت المباراة لا قبلها ولا بعدها¹، ويقاس على المباراة النظامية ، مايقع أيضا أثناء التدريبات .

3- مراعاة أصول وقواعد الرياضة .

لكل رياضة قواعدها وأصولها حتى وإن كانت عنيفة، فصبغ المشروعية على بعض السلوكات المؤذية لأنها وقعت بمناسبة الرياضة، لا يعني إباحة كل صور العنف بل يجب أن يلتزم ممارس الرياضة بقواعد وأصول تلك الرياضة، وكل خروج عنها وعدم إكتراث بها يتحمل مسؤوليته عنه كاملة، فرياضة الملاكمة مثلا من أخطر الرياضات، ومع ذلك فهي لا تعني إستباحة جسم الخصم ، وضربه بأية طريقة كانت، وإنما يجب فيها الإلتزام بإرتداء القفاز، وبلكم الخصم في مواضع معينة دون غيرها، وكذلك رياضة المبارزة لا تعني توجيه طعنات حادة للمنافس².

ب- دور رضا المجني عليه في ممارسة الألعاب الرياضية .

بالرغم من أن كتب الفقه لا تشير إلى رضا المجن عليه ضمن الشروط التي تقوم عليها ممارسة الألعاب الرياضية كسبب من أسباب الإباحة ، إلا أنه بالنسبة لنا شرط مفترض ، يتجسد في دخول الخصم بإرادة غمار المنافسة في رياضة تتميز بالعنف ، أو يمكن أن يترتب عنها أي وجه من أوجه الإيذاء ، فإذا دفع الشخص للتواجد على حلبة ملاكمة أو مصارعة بأن دفعه خصمه دفعا للتعارك إنهدم البنيان القانوني لهذا السبب المبيح ، وكان المعتدي مسؤولا مسؤولية كاملة عما يحدثه بجسم غريمه من إيذاء .

ويرتبط شرط رضا المجني عليه في هذه الحالة إرتباطا وثيقا بشرط حصول الإيذاء أثناء مباراة نظامية لأن هذه الأخيرة تقوم على التحقق من رضا أطراف المنافسة ، وتدوينه .

¹ - د. أمين مصطفى محمد ، قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق ، ص 230.

² - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 254 .

الفرع الثالث : تطبيقات فكرة رضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة .

يستلزم إكمال البيان القانوني لجريمة من الجرائم، وإكتسابها وصف اللامشروعية ، أن تتطابق مع نص من نصوص التجريم، وألا تتوافر على سبب من أسباب الإباحة. والإباحة نوعان: إباحة أصلية ويدخل في إطارها كل ما لم يتدخل المشرع لتنظيمه أمرا أو نهيًا بنص، وإباحة إستثنائية تطرؤ على الفعل غير المشروع فتصبغ عليه من جديد وصف المشروعية لتوافر سبب من أسباب الإباحة التي تعتبر مجموعة من الظروف المادية إذا ما أضيفت إلى السلوك المجرم تسحب عنه الصفة الإجرامية فيدخل من جديد دائرة المباح بعد أن كان محظورا وغير مشروع.

فصحيح أن المشرع يهدف من وراء عملية التجريم إلى حماية مصالح إجتماعية معينة، فيأمر بالإمتناع عن أي سلوك من شأنه أن يضر بتلك المصالح أو يهددها بالخطر، ولكنه قد يقدر أن إرتكاب تلك الجرائم في ظروف معينة لا يمثل إعتداء على المصالح الجوهرية في المجتمع، أو أن المصلحة التي تعود على المجتمع من عدم العقاب عليها تفوق المصلحة التي يمكن أن يجنيها من العقاب عليها فيقرر إعتبارها مشروعة رغم خضوعها لنص التجريم¹.

فالقتل فعل مجرم ومعاقب عليه قانونا، لكنه إذا تم دفاعا عن النفس إنقلب فعلا مشروعا ، وحبس الناس دون وجه حق فعل محظور لكنه إذا تم تنفيذا لأمر بالقبض أو الإيداع صار فعلا مباحا، والجرح جريمة لكنه إذا تم في إطار عمل طبي غرضه علاج الشخص المريض ، لا سبيل لتجريمه أو العقاب عليه لأنه فعل مبرر ... وهكذا .

ويتأثر الفقه عند تحديده لمفهوم الإباحة وتقرير نطاقها وأسبابها،² بمفهومه لعدم المشروعية فإما أن يتبنى فكرة اللامشروعية المادية، فيرى أن الجريمة تنطوي في حد ذاتها على عنصر الإباحة إذا كانت المصلحة المحمية بنص التجريم أقل قيمة من مصلحة أخرى أجدر بالحماية في نظر المجتمع، أو حين لا يمثل الإعتداء على المصلحة الأولى خطرا إجتماعيا حقيقيا. وهنا لا يحتاج المشرع في رأيهم إلى إيراد نصوص صريحة في قانون العقوبات تبين أسباب الإباحة ، بل يترك للقاضي مهمة البحث فيما إذا كانت الجريمة المعروضة عليه تمثل خطرا إجتماعيا أم لا .

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 167.

² - د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في شرح قانون العقوبات ، القسم العام، المرجع السابق ، ص 315 .

وإما أن يتبنى فكرة اللامشروعية القانونية أو الشكلية، وأساسها التعارض مع قاعدة قانونية مجرمة، ولو لم يمثل ذلك إعتداء على مصلحة قانونية، وهنا بطبيعة الحال حتى ينزع عن سلوك تطابق ونص التجريم وصف اللامشروعية لابد أن يستند ذلك أيضا على قاعدة قانونية مبيحة تلغي أثر القاعدة القانونية المجرمة. أي أن المشرع يتكفل بنفسه بتبيان أسباب الإباحة وحصرها ولا يملك القاضي سوى النظر في مدى توافر شروطها في الواقع .

وإن كان الفقه الجنائي يختلف في تحديد قائمة أسباب الإباحة بين الحصر والتمثيل ، والتوسيع والتضييق إلا أنه عادة ما ي أصلها في طائفتين إثنين : إستعمال الحق وأداء الواجب¹، فمتى تم السلوك الإنساني في إطار تنفيذ لأمر قانوني، أو ممارسة لحق أو رخصة قانونية عد مباحا ولو تطابق من حيث الشكل مع نص من نصوص التجريم .

أما بخصوص محل رضا المجني عليه من كل هذا، فإن بعض الفقه² يرى أن رضا المجني عليه بالجريمة (في مقابلة رضا مفترض من طرف المجرم أو الجاني)، سبب إباحة خاص بالجرائم التي تقع إعتداء على حقوق يجوز التصرف فيها ونقلها إلى الغير، وهي حقوق لا تمثل وفقا للنظام العام والقانون فائدة مباشرة للمجتمع، وأوضح مثال على ذلك الحقوق المالية³.

وعليه فإن جرائم كهدم أو تخريب أو إتلاف ملك الغير، والتعدي على المزروعات والحيوانات والآلات الزراعية، لا تعتبر غير مشروعة إلا إذا إرتكبت بغير رضا المالك، أما إذا إرتكبتها المالك نفسه، أو إرتكبتها الغير لكن برضاه، لا تقوم الجريمة لأن ذلك الإعتداء لا يخرج عن كونه تصرفا في الشيء محل الملكية . كما أن الرضا في هذه الجرائم يحول دون إستمرار الحماية القانونية للمصلحة المعتدى عليها ، لأن صاحب هذه المصلحة لا يكون مضرورا من الناحية القانونية ، وبالتالي لا تتوفر النتيجة التي يتطلبها القانون في أي جريمة وهي الإعتداء على مصلحة محمية⁴ .

ولما كان نطاق إعتبار رضا المجني عليه سببا من أسباب الإباحة، يرتبط بمدى قابلية الحق المعتدى عليه بالجريمة للتصرف ، فإنه يصعب وضع قائمة للجرائم التي ينتج فيها رضا المجني عليه أثره

¹ د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 299.

² - د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص 194 .

³ - د. مأمون سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام ، المرجع السابق ، ص 254 .

⁴ - د. رمسيس بهنام ، النظرية العامة للجريمة ، المرجع السابق ، ص 39.

المبيح ويبقى الأمر مرهونا بطبيعة الحق محل الجريمة ومدى إمكانية نقله إلى الغير. فهذه الطبيعة هي التي تعطي للرضا أثره المبيح ولو لم ينص المشرع على هذا الأثر.

ويرفض البعض¹ هذا الطرح على أساس أنه لكي يمكن إعتبار رضا المجني عليه بالجريمة الواقعة عليه سببا من أسباب الإباحة، يجب أولا أن تقوم هذه الجريمة ويكتمل بنياها القانوني، ثم يطرؤ عليها سبب الإباحة فيزيل عنها الصفة الإجرامية ويقلبها مشروعة بعد أن كانت غير مشروعة، الأمر الذي لم يتحقق بالنسبة للأمثلة والجرائم التي أوردتها أصحاب الرأي أعلاه. فجريمة هدم ملك الغير مثلا لا يتصور وقوعها إلا إذا ارتكب الجاني أفعال الهدم دون رضا المالك، أي أن عدم رضا المالك عنصر من عناصر الركن المادي في هذه الجريمة، فإذا توافر الرضا إنتفى الركن المادي، وإنتفت الجريمة تبعا لذلك، فيكون فعل الهدم مشروعا هنا على أساس عدم قيام الجريمة أصلا لتخلف ركنها المادي لا على أساس رضا المجني عليه. أي أن هذا الفعل بقي في دائرة الإباحة الأصلية.

و يرى البعض الآخر² أن كل هذا الجدل الفقهي حول أثر رضا المجني عليه على الجريمة لا قيمة له لأنه يستند فقط على طبيعة الجريمة أو طبيعة الحقوق المعتدى عليها للفصل في مدى إنتماء رضا المجني عليه لأسباب الإباحة، متأثرين بفكرة اللامشروعية المادية.

وهو أمر لا يخلو من الخطورة ولا يخلو من الغلو، فإذا كان دخول السلوك دائرة التجريم أمر يحدده ويضبطه المشرع تطبيقا لمبدأ الشرعية، فإن خروج هذا السلوك من دائرة التجريم وإرتداده إلى حيز الإباحة أيضا أمر يختص المشرع بتحديد أسبابه، وعليه فإن شرعية الجرائم والعقوبات تقابلها أيضا شرعية أسباب الإباحة. لذلك يجب أن يقف الفقه من القاعدة القانونية الجنائية وقفة الشرح والتفسير، لا وقفة الخلق.

والحقيقة أن الفقه الجنائي لا يلام على محاولته إقحام فكرة رضا المجني عليه التي تفرض نفسها في الواقع قبل القانون ضمن طائفة أسباب الإباحة أو غيرها من النظم القانونية، وحمل زمام هذه المبادرة بمعزل عن إرادة المشرع، لأن هذا الأخير قلما يتخذ موقفا حاسما بشأن هذه المسألة، فنادرة هي التشريعات التي تنبعت لهذه الفكرة في مجال الجريمة وحددت أثرها بصراحة مثل ما فعل المشرع

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 261، 260.

² - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات، المرجع السابق، ص 212.

اللبناني في المادة 187 من قانون العقوبات التي ورد فيها: "الفعل الذي يعاقب عليه لتعرضه لإرادة الغير لا يعد جريمة إذا ما إقترن برضا سابق لوقوعه أو ملازم له". هذا النص الذي يظهر منه وبوضوح إعتبار رضا المجني عليه سببا من أسباب الإباحة¹.

أما في قانون العقوبات الجزائري فالأمر أبعد من أن يكون بهذا الوضوح ، بل يجب إستخلاص موقف المشرع الجزائري من أثر الرضائية على الجريمة من مجموع النصوص التي تشير صراحة أو ضمنا لهذه الفكرة.

أولا : مدى إعتبار رضا المجني عليه سببا مبيحا إستنادا إلى المادة 39ق.ع .

نص المشرع الجزائري على أسباب الإباحة، أو ما سماه بأسباب التبرير ضمن المادتين 39 و40 من قانون العقوبات ، إذ تنص الأولى على الآتي :

" لا جريمة :

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الإعتداء ."

وتكون هذه المادة بذلك قد وضعت الإطار العام لأسباب الإباحة في التشريع العقابي الجزائري، والتي لا تخرج عن فكري أداء الواجب ، وإستعمال الحق على أساس أن الدفاع الشرعي لا يعتبر سببا مستقلا من أسباب الإباحة بل هو مجرد تطبيق لفكرة إذن أو ترخيص القانون بإتيان فعل مجرم .

أما المادة 40 ق.ع فقد فصلت أكثر في الدفاع الشرعي بإعتباره من أهم وأخطر أسباب التبرير لأنه قد يصل إلى تبرير جرائم القتل². إذ عدت المادة مايدخل ضمن إطار هذا السبب المبيح فيضفى عليه وصف المشروعية. فقد جاء فيها الآتي : " يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع :

1 - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق ، ص 212.

2 - د. نبيل عبد الصبور النيراوي ، المرجع السابق ، ص 34 .

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع إعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو تواجها أو كسر شيء منها أثناء الليل .

2- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة."

ويلاحظ من خلال هذين النصين أن المشرع الجزائري لم يتطرق لفكرة الرضائية بصراحة، فهل يمكن إدراجها ضمن ما أذن به القانون، باعتبار أن المجني عليه عندما يرخص للجاني أو يتفق معه على إهدار حق من حقوقه، يكون قد نقل إليه بعض السلطات المتعلقة بهذا الحق، ويكون كل ما يقوم به الجاني في إطار ذلك مشروعاً لأنه مجرد ممارسة لحق نقل إليه من طرف المجني عليه، أو على أقل تقدير يمكن إعتبره نائباً له في استعمال هذا الحق؟

ويعني ذلك أن مشكلة تحديد مدى إلتواء رضا المجني عليه في قانون العقوبات الجزائري إلى أسباب الإباحة، إنقلبت مشكلة تفسير لنص المادة 39 ق.ع وبالتحديد عبارة ما أذن به القانون فماذا يقصد بهذه العبارة؟

أ- مفهوم إذن القانون كسبب من أسباب الإباحة.

يعني إذن القانون أو بتعبير آخر استعمال الحق¹ كأحد أسباب الإباحة، أن تقتضي ممارسة بعض الحقوق إرتكاب أفعال تتطابق والنموذج القانوني لجرمة من الجرائم، ولكن المشرع ومراعاة لكون هذه الأفعال ضرورية لممارسة تلك الحقوق، يزيل عنها الصفة الإجرامية ويعتبرها مشروعة². وحتى تتوافر هذه الصورة من أسباب الإباحة لابد من توافر شرطين أساسيين: وجود الحق قانوناً، و إلتزام حدود هذا الحق.³

فأما الشرط الأول فمفاده وجود قاعدة قانونية تقر ذلك الحق وتحميه، أي كانت طبيعة تلك القاعدة مكتوبة أو غير مكتوبة، واردة في صلب قانون العقوبات، أو في فرع آخر من فروع القانون. إذ العبرة بوجود القاعدة لا بمصدرها.

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 177

² - د. رنا إبراهيم العطور، دور القانون في إباحة التجريم، مجلة الشريعة والقانون، السنة السادسة والعشرون، العدد الخمسون، الإمارات العربية المتحدة، أبريل 2012، ص 132 .

³ - المرجع نفسه، ص 134 .

فقد يكون مصدر الحق الدستور، كحق نواب البرلمان و أعضاء مجلس الأمة في إبداء آرائهم بجرية بخصوص ما يعرض عليهم من مشاريع وإقتراحات القوانين، وفي سبيل مراقبتهم لعمل الحكومة، وتمتعهم بالحصانة في ذلك ولوشكل ذلك سبا أو قذفا، إعمالا لنص المادة 109 من الدستور الجزائري¹.

كما قد يكون مصدر الحق، نصا تشريعا كقانون العقوبات الذي يقر و يكفل بموجب المادتين 39 و40 منه حق الدفاع الشرعي أمام أي إعتداء ولو وصل ذلك ذلك إلى قتل المعتدي. أو القانون المدني الذي يقر الحق الحق في حبس الشيء من طرف حائزه ولو على سبيل الودعية، لحين وفاء المدين بالتزاماته، للدائن الحائز، ولو تطابق ذلك مع النموذج القانوني لجرمة خيانة الأمانة إستنادا إلى المادة 200 من القانون المدني الجزائري.

كما قد يكون مصدر الحق العرف كالحق في الظهور بملابس السباحة على الشواطئ والمساح ولو شكل ذلك فعلا علنيا مخلا بالحياء في غير تلك الأماكن .

أما قواعد الدين والأخلاق فإنها لا تعتبر مصادر للحقوق إلا في الحدود التي يعترف لها القانون بذلك، أي فقط عندما يصبغ عليها القانون صفة القواعد القانونية، أما دون ذلك فلا تملك قواعد الدين والأخلاق إقرار أي حقوق ، ولا تبرير أي سلوكات تستند إلى تلك الحقوق². ومن الحقوق التي تستند إلى الشريعة الإسلامية حق الزوج في تأديب زوجته، وحق ولي النفس في تأديب الصغير ولو شكل ذلك إعتداء على السلامة البدنية.

وأما الشرط الثاني أي إلتزام حدود الحق، فيعني ممارسة الحق على النحو الذي رسمته القاعدة التي أوجدت هذا الحق. فيجب مراعاة صفة من يمارس الحق إذا كانت ضرورية، فحق تأديب الزوجة لا يثبت إلا للزوج، وحق تأديب الصغير لا يثبت إلا لولييه، وحق ممارسة الأعمال الطبية لا يثبت إلا

¹ - " الحصانة البرلمانية معترف بها للنواب و لأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم و مهمتهم البرلمانية . و لا يمكن أن يتابعوا أو يوقفوا . وعلى العموم لا يمكن أن ترفع عليهم أية دعوى مدنية أو جزائية أو يسلب عليهم أي ضغط بسبب ما عبروا عنه من آراء أو ما تلفظوا به من كلام ، أو بسبب تصويتهم خلال ممارسة مهامهم البرلمانية ."

² - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 179.

للطبيب، وحق النقد ولو شكل سباً أو قذفاً لا يثبت إلا للنائب بالبرلمان أو عضو مجلس الأمة... وهكذا¹.

وإضافة إلى شرط الصفة يجب أن تكون الأفعال التي يلجأ إليها صاحب الحق من الأفعال الضرورية لممارسته ، أما ما خرج عنها ، عد تجاوزاً لحدود الإباحة ، يؤدي إلى قيام الجريمة ، والمساءلة عنها.

فحق الدفاع الشرعي مثلاً يبيح الأفعال الكفيلة برد الإعتداء والمتناسبة مع جسامته ، فمتى غالى المدافع في دفاعه عد منتقماً ومعتدياً وجب رده أيضاً². كما يجب أن يهدف صاحب الحق من وراء سلوكاته التي قد تشكل جرائم إلى تحقيق الغاية التي من أجلها أقر هذا الحق. فحق تأديب الزوجة هدفه وغايته ردها إلى سواء السبيل و حملها على الطاعة، أما إذا تجرد من هذه المقاصد، عد تسلطاً و إعتداء لا يقره القانون³.

وهكذا إذا مورس أي حق وفقاً لهذه الشروط ، صلح سبباً يبيح لصاحبه ما صدر منه من جرائم في إطار تمتعه بالمزايا التي يوفرها لها هذا الحق .

ب - مدى إعتبار رضا المجني عليه مما أذن به القانون.

بعد أن تطرقنا لماهية إذن القانون كسب من أسباب الإباحة نحاول الآن البحث ، عما إذا كان رضا المجني عليه بالإعتداء عليه نوعاً من إستعمال الحق يبيح ما يقع في إطاره من أفعال وإمتناعات . وأول ما ننبه إليه في هذا الصدد هو أن رد إباحة الإعتداء الواقع من الجاني على مجني عليه راض بهذا الإعتداء أو طالب له إلى فكرة إستعمال الحق ، مسألة تختلف عن تطبيقات إذن القانون المألوفة لأن المستفيد من الإباحة ليس صاحب الحق وإنما شخص آخر إستعمل هذا الحق برضا صاحبه .

لذلك فإن المشكلة هنا تنفتح على بعدين: الأول هو الفصل في مدى تمتع المجني عليه بهذا الحق ، وثاني مدى جواز نقل هذا الحق إلى الغير.

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق ، ص 132 .

² - د. رنا إبراهيم العطور ، المرجع السابق ، ص 134 .

³ - د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق ، ص 145 .

فأما عن مدى تمتع المجني عليه بالحق المعتدى عليه بالجريمة ، والذي يرتبط بشرط وجود الحق السابق البيان، فإن الفصل فيه ليس بهين لتعدد الحقوق التي يمكن الإعتداء عليها ، وإختلاف طبيعتها. فالقانون الجنائي يحمي مصالح جمة تتنوع نطاقا وتتمايز قيمة.

ومع ذلك يمكننا تقسيم هذه الحقوق بناء على التقسيم الذي يعتمده الفقه للجرائم الواقعة على الأفراد وفقا لمعيار المحل أو الحق أو المصلحة التي يلحق بها الجاني الضرراً يعرضها للخطر، فنجد تبعا لذلك الحق في الحياة ، الحق في السلامة البدنية ، الحق في الشرف والإعتبار، والحق في صيانة العرض، والحق في حرمة الحياة الخاصة¹ وهي ما يعرف بالحقوق الشخصية²، في مقابلة الحقوق المالية التي تقسم إلى حقوق عينية، وحقوق شخصية أو دائنية، وحقوق معنوية .

والحقيقة أن الوجود المجرد لهذه الحقوق أمر تؤكد القواعد القانونية المجرمة لكل ما يمس هذه الحقوق من إعتداءات كنوع من الحماية القانونية الواجب توفرها في أي حق للقول بأنه حق يكفله القانون³.

فالمشرع الجنائي يعترف بالحق في الحياة فيجزم القتل (المواد من 254 إلى 263 ومن 288 إلى 290)، ويعترف بالحق في السلامة البدنية فيجزم أعمال الإيذاء من ضرب وجرح وإعطاء المواد الضارة (المواد من 264 إلى 276)، ويعترف بالحق في الشرف والإعتبار فيجزم القذف والسب والوشاية الكاذبة وإفشاء الأسرار (المواد من 296 إلى 302) ، ويعترف بالحق في صيانة العرض فيجزم هتكه (المواد من 334 إلى 337 مكرر) ويعترف بالحق في حرمة الحياة الخاصة فيجزم إقتحامها بأي طريقة كانت (المواد من 303 إلى 303 مكرر3).

أما الحقوق المالية وعلى إختلاف أنواعها فمحمية أيضا من الإعتداء عليها بموجب عدة نصوص نذكر منها (المواد من 350 إلى 371 مكرر) المتعلقة بجريمة السرقة وما يلحق بها، والتي تهدف إلى حماية حق عيني هو حق الملكية، (المواد من 372 إلى 375 ومن 376 إلى 382 مكرر 1) المتعلقة بجرائم النصب والشيك وخيانة الأمانة والرامية إلى حماية حقوق الدائنية.

1 - د. محمد مردان ، المصلحة المعترية في التجريم ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2015 ، ص 3.

2 - د. فتوح عبد الله الشاذلي ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، المرجع السابق ، ص 7.

3 - د. محمد مردان ، المرجع السابق ، ص 10 .

وإن كانت الحماية القانونية عنصرا لازما في أي حق إلا أنها لا تكفي لنسبة الحق لصاحبه أي أن القانون بتجريمه لبعض السلوكات التي تقع إعتداء على فرد من الأفراد في حياته أو في بدنه، أو في كيانه المعنوي أو في ذمته المالية، لا يعني إستثناء هذا الفرد بهذه الحقوق، وحرته في التصرف فيها كما يشاء ، فبعض الحقوق وبالرغم من أنها تنسب لشخص من الأشخاص إلا أنها ذات طبيعة إجتماعية أو عامة.

وهذا ما نلمسه جليا في طائفة الحقوق الشخصية، إذ نجد أن الوثيقة الأسمى في الدولة أي الدستور قد أقرت حماية البعض منها مما يعطيها طبيعة عامة بإمتياز. فالمادة 34 من الدستور الجزائري بنصها على أن تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان، وحظر أي عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة.

وكذا المادة 35 التي نصت على أن يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية، ضف إلى ذلك المادة 39 التي تنص على عدم جواز إنتهاك حرمة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ضمان سرية المراسلات والإتصالات الخاصة بكل أشكالها، والمادة 40 بإقرارها حماية حرمة المساكن وعدم تفتيشها بغير مسوغ ، فمجموع هذه النصوص يبسط حماية دستورية على الكيان المادي والمعنوي لأي إنسان .

بل إن بعض الحقوق المالية أيضا لقيت نصيبتها من الحماية الدستورية كحق الملكية الخاصة الذي يجد أساسه الدستوري في نص المادة 52 التي جاء فيها أن الملكية الخاصة مضمونة، والأمر سيان بالنسبة للملكية الفكرية فقد نصت المادة 38 على أن حرية الإبتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن وأن حقوق المؤلف يحميها القانون.

فهل يعني ذلك أن هذه الحقوق حقوق عامة مملوكة للمجتمع - ولو إستأثر بها فرد من الأفراد- مما يعني عدم جواز التصرف فيها ونقلها إلى الغير؟

يرى البعض¹ أن الحقوق المالية إجمالا حقوق خالصة لصاحبها له حرية التصرف فيها ونقلها إلى الغير أو الإنابة فيها، ولا يؤاخذ على ذلك. أما غيرها من الحقوق ذات الأهمية الإجتماعية فلا يجوز للأفراد النزول عنها لما في ذلك من إهدار لمصالح المجتمع ككل، وأبرز مثال على ذلك الحق في الحياة

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 182.

والحق في السلامة البدنية الذان لا يملك صاحبهما قبول أو طلب أي فعل يشكل إعتداء عليهما، بل إنه قد يمنعه القانون من أن يوقع هذا الإعتداء بنفسه و يساءل على ذلك¹.

والحقيقة أن هذا القول يرجعنا من جديد إلى ذلك الجدل الفقهي حول تقسيم الحقوق من حيث مدى قابليتها للتصرف، والذي إن حسم في إطار قواعد القانون المدني ، يصطدم في دائرة القانون الجنائي بفلسفته وغاياته ، فمعلوم أن قانون العقوبات لا يبسط حمايته القانونية إلا على الحقوق ذات الأهمية الإجتماعية والتي يشكل الأضرار بها أو تهديدها بالخطر زعزعة وهدماً لأسس المجتمع ككل.

فحتى الحقوق المالية التي يكاد يجمع الفقه على قابليتها للتصرف وعلى كونها حقوقاً فردية خالصة لا تخلو من البعد الإجتماعي في جانبها الذي حماه المشرع الجنائي، أي أن الشخص صاحب الحق يتمتع بجميع المزايا التي يمنحها إياه هذا الحق ، لكن متى تحول إستعمال هذا الحق إلى جريمة، إمتنع عليه، لأنه بذلك يتجاوز حدود إستعمال الحق إلى إسقاط الحماية القانونية المقررة لهذا الحق، وهو حق لا يملكه بل يملكه المشرع.

وقد يحتج على ذلك بأن هذا القول يهدم من الأساس نظرية إستعمال الحق كسبب من أسباب الإباحة، وهو أمر غير مقبول خصوصاً مع وجود نص صريح في صلب قانون العقوبات يعترف بهذا السبب. ولكن الحقيقة أن ما نص عليه المشرع في المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري هو النص العام لإذن القانون كسبب من أسباب التبرير، ولكنه يحتاج دائماً إلى نصوص خاصة تبين تطبيقاته، وتعترف بتلك الحقوق التي يشكل إستعمالها جريمة من الجرائم ومع ذلك تعتبر مشروعة.

وليس أدل على ذلك من حق الدفاع الشرعي الذي قد يندرج تحت إطار نظرية إستعمال الحق² ومع ذلك تكفل المشرع الجنائي بالنص عليه ، وأفرد له مادة خاصة ، تبين حالاته وتفصل في شروطه. أي أن المشرع هنا لم يعترف بحق من الحقوق كما يفعل القانون المدني أو غيره من القوانين الأخرى ، وإنما إعتترف بالحق في إسقاط الحماية القانونية لحق من الحقوق ولو نسبياً، وذلك بإباحة بعض صور هدره بشروط.

¹ - د. أسامة على عصمت الشناوي ، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2014 ، ص13.

² - د. رنا إبراهيم العطور ، المرجع السابق ، ص 134 .

ومعنى ذلك أن وجود الحق وحده لا يكفي لإعتبار إستعماله سببا من أسباب الإباحة، بل يجب أن يقوم إلى جانبه إذن من القانون يسمح بإستعماله على نحو يشكل جريمة¹، فثبوت حق الملكية مثلا لفرد من الأفراد على شي من الأشياء يمنحه سلطات إستعمال هذا الشيء ، والإنتفاع به، والتصرف فيه، ما لم يتعارض ذلك مع نص من نصوص التحريم. أما وقد تطابق سلوكه من فعل أو إمتناع مع جريمة من الجرائم فلا يكفيه ما يمنحه له حقه من سلطات، وإنما يحتاج إلى نص في القانون يبيح له ذلك السلوك .

وهكذا لا يكفي الإستناد إلى نص المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري للقول بالأثر المبيح للتراضي على إرتكاب الجريمة بين الجاني والمجني عليه ، وإنما يجب البحث عما إذا كان المشرع الجزائري قد إعتترف بهذا السبب من أسباب الإباحة ضمن نصوص أخرى تعتبر تطبيقا للنص المذكور أعلاه.

ثانيا :مدى إعتباررضا المجني عليه سببا مبيحا إستنادا إلى نصوص خاصة .

بيننا فيما سبق أن المشرع الجزائري قد أشار إلى فكرة رضا المجني عليه في مواطن عدة من قانون العقوبات، وإختلف موقفه منها من مقام إلى مقام ، فوجدناه أحيانا يصرح بإنعدام أثرها، وأحيانا أخرى يحميها بتجريم بعض الإعتداءات على الرضا السليم للمتعاقد ، و أحيانا يعتبررضا المجني عليه بالجريمة الواقعة عليه جريمة أخرى، إلى أن توصلنا إلى بعض النصوص التي تشير صراحة إلى تعليق التحريم بإنعدام رضا المجني عليه. فما معنى ذلك ؟ وما هو الأثر الذي نوى المشرع ترتيبه على وجود هذا الرضا؟

وقد سبق وأن أشرنا إلى أن الأصل في الجرائم بوصفها إعتداءات أن تقع كرها على المجني عليه ودون رضاه، فعدم الرضا عنصر مفترض في كل جريمة تتطلب طبيعتها وجود مجني عليه من الأفراد فيها، وهنا لا يعتبر البحث في مدى وجود الرضا أو إنعدامه منتجا أو ذا أهمية ، لأن المشرع لا يعتد بإرادة المجني عليه ولو خالفت هذا الأصل أو هذا المفترض، بدليل أنه في مواطن عديدة وكما بينا يصرح بأن القانون يعاقب على الجريمة سواء وقعت الجريمة برضا المجني عليه أو دون رضاه ، ولكنه في مواطن أخرى وإن كانت قليلة يشترط أن تقع الجريمة دون رضا المجني عليه، أي أنه لا يأخذ بفكرة عدم الرضا المفترض، وإنما يتطلب لإضفاء وصف اللامشروعية على الجريمة، والمساءلة عليها أن تقع

¹ - د. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ، ص 200.

دون رضا المجني عليه، وهنا يصبح إنعدام الرضا ظرفا له أثره على التجريم ولا بد من البحث في مدى توافره، وبمفهوم المخالفة نجد أن المشرع بإشراطه إنعدام الرضا بخصوص بعض الجرائم يكون قد عالج أيضا فكرة أثر وجود الرضا على هذه الجرائم .

أ- النصوص التي تشترط إنعدام رضا المجني عليه لقيام الجريمة .

قليلة هي النصوص التي أشارت صراحة إلى ربط التجريم بإنعدام رضا المجني عليه، إذ نجد المادة 135 ق.ع الخاصة بدخول منازل الأفراد دون وجه حق، والمادة 303 مكرر.ع الخاصة بانتهاك حرمة الحياة الخاصة بتقنيات التسجيل أو التصوير، وأخيرا المادتين 46 و 85 من قانون الإجراءات الجزائية . والحقيقة أن المشرع الجزائري لم يفصح عن أساس ربط تجريم هذه الأفعال بإنعدام رضا المجني عليه ، ولا عن الأثر القانوني الذي يترتب إن وجد مما يضطرنا إلى تفسير كل مادة على حدة لإستنباط إرادة المشرع من هذه النصوص ، ومدى صلاحيتها لأن تكون الأساس القانوني لإعتبار رضا المجني عليه سبب إباحة في التنظيم القانوني الجنائي الجزائري .

أشار المشرع الجزائري وبصراحة على إنعدام رضا المجني عليه لإكتمال البنيان القانوني لجريمة دخول منازل الأفراد دون وجه حق إذ تنص المادة 135 ق.ع على الآتي: "كل موظف في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط شرطة و كل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه وفي غير الحالات المقررة في القانون و بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 3.000 دج دون الإخلال بتطبيق المادة 107.".

ويظهر من هذه المادة أنها تشترط لقيام هذه الجريمة مع فعل الدخول إلى منزل الغير أمرين أن يتم هذا الدخول دون رضا صاحب المنزل، ودون وجود داع قانوني بذلك كأمر بالتفتيش، أوحالة ضرورة بالإضافة إلى توفر صفة الموظف العمومي في الفاعل، وعليه عنصر إنعدام الرضا بالنسبة لهذه الجريمة يمكن أن يلغيه وجود أمر من القانون بدخول المنزل، وهكذا ينهدم البنيان القانوني للجريمة لأنها تقوم على إنعدام العنصرين.

وهذه المادة تحتمل تفسيرين أحدهما أرجح: إما أن تعتبر إنعدام رضا صاحب المنزل بالدخول عنصرا من عناصر الركن المادي للجريمة، وبوجوده ينتفي الركن المادي للجريمة، وتنتفي تبعا له الجريمة

ككل، وهنا لا مجال للبحث في مدى إعتبار رضا المجني عليه سببا من أسباب الإباحة، لأن دخول المنازل برضا أصحابها فعل مباح إباحة أصلية¹.

إما أن تعتبر رضا صاحب المنزل بدخوله سببا مبررا ومبيحا، على أساس أن المشرع الجزائري جمع بينه وبين ما سماه بالحالات المقررة في القانون أي ما أمر به القانون كظرفين يكفي توافر أحدهما ليزيل عن فعل دخول أصحاب الصفات المذكورين أعلاه لمنازل الأفراد صفة اللامشروعية ، فهذا التخيير بين توافر الرضا وتوافر أحد الحالات القانونية لدخول كوجود أمر بتفتيش المنزل مثلا إنما يعني وحدة الأثر ، ولا ينكر أحد إعتبار ما أمر به القانون سببا من أسباب الإباحة² . وإستنادا إلى ذلك يمكن إعتبار رضا الفرد بدخول منزله تطبيقا من تطبيقات نظرية إستعمال الحق .

والحق هنا ليس حق ملكية أو حيازة المنزل، وإنما حق إسقاط الحماية القانونية التي كفلها له المشرع، بأنه منحه حق الرضا والقبول بدخول منزله من طرف رجال السلطة العامة دون وجود أمر من القانون بذلك³ .

وقد يرى البعض أن فكرة إعتبار إنعدام رضا صاحب المنزل بدخوله عنصرا من عناصر الركن المادي لهذه الجريمة فكرة مقبولة أيضا⁴ فرضا المجني عليه بإرتكاب الجريمة في حقه قد يؤثر على الركن المادي لبعض الجرائم ويؤدي إلى إنتفائه مما يؤدي إلى إنتفاء الجريمة ككل. لأن هذه الجرائم تقوم أساسا على عدم رضا المجني عليه بها، وأوضح مثال على ذلك جريمة السرقة التي يختزل ركنها المادي في فكرة الأخذ أو الإختلاس، التي لا تتحقق إلا إذا كان المجني عليه غير راض عن خروج الشيء من حيازته ودخوله في حيازة الغير، فإذا رضي بذلك فلا وجود لما يسمى بالإختلاس ولا وجود تبعا لذلك لجريمة السرقة .

والأمر سيان بالنسبة لجريمة الإغتصاب التي لا تقوم إلا إذا جامع الجاني المجني عليها بغير رضاها ، وكذلك القول بالنسبة لجرائم الخطف والقبض على الأشخاص وإنتهاك حرمة ملك الغير وهتك العرض بالقوة أو التهديد، لا وجود لها إلا بإنعدام رضا المجني عليه .

1 - د. محمد زكي أبو عامر ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011، ص 12.

2 - د. رنا إبراهيم العطور ، المرجع السابق ، ص 136

3 - د. محمد زكي أبو عامر ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011، ص 12.

4 - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 257.

ولا يعني ذلك أن رضا المجني عليه في هذه الجرائم سبب إباحة ، بل هذه الجرائم مع وجود الرضا لا وجود لها ، لأن إنعدام الرضا بها عنصر من عناصر ركنها المادي ، بالتالي فهي لم تدخل من الأساس دائرة التجريم .

ولكن ما يدحض هذا الرأي هو أن الركن المادي في أي جريمة من الجرائم أمر يفترض أن يسيطر عليه الجاني ولو نسبيا .

فصحيح أن النتيجة أحيانا قد تتراخى أو تتغير من حيث الكم أو النوع، ولكن على الأقل يجب أن يوجه الجاني سلوكه نحو الإعتداء على المصلحة القانونية المحمية، وأن يتحكم في ذلك لأنه سيساءل على أساس علمه و إرادته لما أتاه، أما رضا المجني عليه فظرف خارج عن قدرته لا يستطيع إفتعاله .

وعليه لا يجب إشتراطه لقيام الركن المادي ، فالإعتداء على المصلحة القانونية المحمية - وهي هنا حرمة المنازل - أمر قد تم بمجرد دخول شخص غريب منزل أحد الأفراد مستندا في ذلك إلى ما تمنحه إياه وظيفته من سلطات . كل ما هنالك أن المشرع الجزائري منح صاحب المنزل الحق في إسقاط الحماية القانونية المقررة لمنزله بأن يأذن لهذا الشخص بالدخول فينقلب فعلة هذا من مجرم إلى مشروع .

وإستنادا إلى كل ما سبق فإن رضا المجني عليه يعتبر سبب إباحة خاص في جريمة دخول منازل الأفراد دون وجه حق . وإن كانت له علاقة بأحد أركان الجريمة فهو الركن الشرعي إذا ما سايرنا الإتجاه الفقهي الذي يصر على إعتبره ركنا ، أما إذا أخذنا بنظرية النموذج القانوني للجريمة فرضا المجني عليه في هذه الجريمة يلغي الحد السليبي للتجريم وهو عدم وجود سبب من أسباب الإباحة .

والأمر سيان بالنسبة للمادة 303 مكرر ق.ع التي تعاقب على تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص أو الشروع في ذلك بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحداث خاصة أو سرية أو في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه . هذا الرضا الذي يعتبر ظرفا خارجا عن الجريمة لكنه يؤثر فيها، فالإعتداء على الحياة الخاصة قد وقع بمجرد إقتحامها ، ورضا المجني عليه بهذا الإقتحام لا ينفي عن حياته الخاصة وصف الخصوصية¹ ، كل ما هنالك أنه يزيل عنها الحماية

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية ، المرجع السابق ، ص 33.

القانونية التي أقرها المشرع ، والتي منحه حق التنازل عنها بالإعتداد برضاه في هذه المادة، وهكذا نعتبر رضا المجني عليه بهذه الجريمة أيضا سببا من أسباب الإباحة.

من بين الجرائم التي إشتراط فيها المشرع صراحة أن تتم دون رضا المجني عليه بعض الجرائم الماسة بجرمة الحياة الخاصة الواردة في المادة 303 مكرر ق.ع التي تنص على ما يلي : " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 50.000 إلى 300.000 دج كل من تعمد المساس بجرمة الحياة الخاصة للأشخاص ، بأية تقنية كانت و ذلك :

1-بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية بغير إذن صاحبها أو رضاه.

2-بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص ، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

يعاقب على الشروع في إرتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة للتامة

ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية . "

ويلاحظ هنا أن المشرع من وراء إشتراطه إنعدام الرضا لقيام هذه الجرائم ، إنما يؤكد على المصلحة المحمية من وراء العقاب عليها وهي الحياة الخاصة ، فإذا ما أذن المجني عليه للغير بإقتحام هذه الحياة الخاصة والتعرض لمكالماته أو أحاديثه ، أو أخذ صور له ، يكون قد نفى وصف الخصوصية على هذه الأمور على الأقل بالنسبة للشخص الذي أذن له بالتسجيل أو التصوير فلا تقوم الجريمة .

والقول نفسه ينطبق على الفعل المعاقب عليه بموجب المادة 303 مكرر 1 ق.ع التي جاء فيها الآتي : " يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كل من إحتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير ، أو إستخدم بأية وسيلة كانت ، التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من هذا القانون..."

فبالرغم من أن هذه المادة جرمت سلوكا آخر غير المنصوص عليه في المادة 303 مكرر إلا أنه وثيق الصلة به لأنه لا يمثل سوى تعاملا وإستخداما لمتحصلات السلوك الأول، لذلك فهو يخضع أيضا لشرط إنعدام الإذن أو الرضا من المجني عليه ليكتمل نموذج التجريمي .

وتجدر الإشارة هنا إلى جريمة أخرى تندرج تحت المساس بالحياة الخاصة للأفراد وهي جريمة فض أو إتلاف رسائل الغير المنصوص عليها في المادة 303 ق.ع التي جاء فيها: " كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير وذلك بسوء نية وفي غير الحالات المنصوص عليها في المادة 137 يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ."

بحيث نتساءل لماذا لم يشترط المشرع إنعدام رضا المجني عليه بهذا السلوك حتى يدخل دائرة التجريم، والجواب هو أن هذه الجريمة يمكن أن تقع بعيدة تماما عن المجني عليه ، أو أن تقع في حق مجني عليه مجهول أو غير موجود ، فبمجرد فض أو إتلاف الرسائل بسوء نية تكتمل أركان الجريمة ، ولكن يمكن أن يعتبر عدم رضا المجني عليه دليلا على ركن سوء النية.¹

أما بخصوص المادتين 46 و 85 من قانون الإجراءات الجزائية واللذان يعاقب فيهما على إفشاء المستندات الناتجة من التفتيش أو كشفها لشخص لا صفة له قانونا في الإطلاع عليها و ذلك بغير إذن من المتهم أو من ذوي حقوقه أو من الموقع على هذا المستند أو من المرسل إليه ما لم تدع ضرورات التحقيق إلى ذلك.

فإن إستنباط إعتبار المشرع الجزائري لرضا صاحب الحق بالتنازل عنه في هذه الجرائم سببا من أسباب الإباحة مبني على أساسيين: الأول هو كون إنعدام الرضا في هذه الجريمة ظرفا خارجا عنها، فالإعتداء على المصلحة المحمية بموجب هذين النصين وهي حرمة الحياة الخاصة للأشخاص الخاضعين لإجراء التفتيش الخطير من متهمين أو الغير ذوي الصلة بالجريمة - وليس الأفراد العاديين - قد تحقق بمجرد كشف المستند الناتج عن التفتيش لشخص لا يمنحه القانون حق الإطلاع عليه .

فالجرم يأتي هذا السلوك ويسيطر عليه، أما إنعدام رضا المجني عليه أو وجوده فأمر ينحسر عما يمكن أن يتحكم فيه الجاني ويساءل عنه. كل ما هنالك أن رضا المجني عليه بهذه الجريمة من شأنه أن يضفي عليها صفة المشروعية لا على أساس عدم إكتمال بنياها القانوني ، وإنما على أساس أن المشرع لما إشتراط إنعدام الرضا للعقاب على هذا السلوك ، إنما إعتترف بإمكانية تنازل المجني عليه للحماية المقررة لحقه المعتدى عليه بإقتراف هذه الجريمة ، وبالتالي إعتترف بالأثر المبيح لرضاه .

¹ - د. ممدوح خليل بحر ، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص 16 .

هذا من جهة أما الأساس الثاني الذي أبني عليه إعتبار رضا المجني عليه بهذه الجريمة سببا من أسباب الإباحة هو أن المشرع الجزائري قرن العقاب على هذه الجريمة حتى مع عدم رضا المجني عليه بها، بعدم وجود ضرورة من ضرورات التحقيق. مما يعني أن رضا المجني عليه ، وضرورات التحقيق يحدثان بالجريمة نفس الأثر لأن المشرع يكتفي بتوافر أحدهما لينحسر أثر نصي المادتين¹ 46 و² 85 من قانون الإجراءات الجزائية عن واقعة إفشاء المستندات عن التفتيش، التي دخلت حيز التجريم لكنها عادت دائرة الإباحة لتوفر أحد السببين المذكورين إما رضا المجني عليه ، أو وجود ضرورة من ضرورات التحقيق.

وضرورات التحقيق هنا لاتعني حالة الضرورة التي قد تبيح الفعل أو تمنع عنه العقاب لأنها تعدم الإرادة، ولكنها هنا سبب أو مصدر لحق الإطلاع على أسرار الأفراد، وإطلاعها للغير مادام ذلك ضروريا لإتمام التحقيق، هذا الحق الممنوح لرجال السلطة العامة ليسهل لهم واجبههم في الوصول إلى الحقيقة لإقرار العدل .

وسواء أسندنا ضرورات التحقيق بالنسبة لهذه الجريمة إلى إستعمال الحق أو أداء الواجب، أو إلى طبيعة مزدوجة فيها، المهم لدينا أن المشرع ساوى بينها وبين رضا المجني إذ جعل أحدهما يقوم مقام الآخر مما يعني وحدة الأثر و هو الإباحة .

كما ترتبط هذه المسألة بمعرفة المصلحة المحمية قانونا بنص التجريم ، فهل هي حماية أسرار الأشخاص مطلقا، أم حماية أسرار طائفة معينة منهم وهم الخاضعون لإجراء تفتيش ؟

¹ - " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة تتراوح بين 2.000 دج إلى 20.000 دج كل من أفشى مستندا ناتجا من التفتيش أو أطلع عليه شخصا لا صفة له قانونا في الإطلاع عليه و ذلك بغير إذن من المتهم أو من ذوي حقوقه أو من الموقع على هذا المستند أو من المرسل إليه ما لم تدع ضرورات التحقيق إلى غير ذلك ."

² - " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 2.000 إلى 20.000 كل من أفشى أو أذاع مستندا متحصلا من تفتيش شخص لا صفة له قانونا في الإطلاع عليه

و كان ذلك بغير إذن من المتهم أو من خلفه أو الموقع بإمضائه على المستند أو الشخص المرسل إليه و كذلك كل من إستعمل ما وصل إلى علمه منه ما لم يكن ذلك من ضرورات التحقيق القضائي ."

طبعاً جاء النص واضحاً في ربطه بين إفشاء المستند ، وطريقة أو مناسبة الحصول على المستند وهي التفتيش ، ولعل هذا ما جعله ينص على هذه الجريمة في صلب قانون الإجراءات الجزائية ، غير مكثف بجرائم إفشاء الأسرار والتعدي على حرمة الحياة الخاصة المنصوص عليها في قانون العقوبات . وبالتالي فهذا النص يهدف في المقام الأول إلى حماية الشخص الخاضع لتفتيش شخصه أو منزله، من إفشاء المستندات التي يمكن أن يسفر عنها هذا التفتيش للغير دون وجه حق، بإعتبار أن التفتيش من أخطر الإجراءات كونه بحثاً عن الدليل في مستودع السر أي أنه يقوم على فكرة كشف الأسرار والبحث عنها¹.

لذلك يدخل رضا المتهم بهذه الجريمة تحت إطار رضا المجني عليه ، أما الرضا الصادر عن ذوي حقوقه، أو عن الموقع على المستند ، أو عن المرسل إليه فهو رضا معتبر قانوناً بالنظر إلى علاقة صاحبه بالمتهم أو بالمستند ، فجاءت على سبيل التخيير حتى لا يؤدي إنتظار الحصول على إذن من المتهم إلى تفويت فرصة في إكتشاف الحقيقة ، وحتى لا يعرقل عمل رجال السلطة العامة².

و يشير الحديث عن هذه الجريمة التطرق لجريمة إفشاء الأسرار المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات والتي جاء فيها : "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأطباء والجراحون والصيدال والقابلات و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها أو يصرح لهم بذلك..."

ونلاحظ هنا أن المشرع لم يعالج من خلال هذا النص فكرة رضا المجني عليه من حيث الوجود أو العدم بالرغم التشابه الكبير بينها وبين جريمة إفشاء المستندات المتحصلة من تفتيش دون وجه حق، ولعل ذلك يمكن أن يفسر بأن المشرع في الجريمة الثانية إشرط أن يكون الأمر المفشى سرا مما يعني ضمناً عدم رضا صاحبه بإطلاع الغير عليه .

أما في الجريمة الأولى ورد التجريم مطلقاً يتناول إفشاء أي مستند أسفر عنه التفتيش ولو لم يكن سرياً، ولكن المشرع إعتبره كذلك إلى أن ينزع عنه المتهم أو ذوي حقوقه، أو الموقع عليه، أو

1 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 23، فقرة 34 .

2 - المرجع نفسه ، ص 27 ، فقرة 40.

المرسل إليه هذه الصفة، وعليه في جريمة إفشاء الأسرار المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات لا يفتح باب البحث عن وجود رضا المجني عليه من عدمه لأن المشرع إشتراط أن يكون محلها سرا . الأمر الذي يعني ضمنا عدم رضا المجني عليه بإفشائه.¹ إلى أن يثبت العكس.

ونخلص من كل ما سبق أي إستنادا إلى مجموع المواد المذكورة أن المشرع الجزائري عندما يشترط إنعدام رضا المجني عليه بالنسبة لبعض الجرائم ، يعتبر وجوده سببا من أسباب إباحتها ، وهو ليس سبب إباحة مستقل وقائم بذاته ، وإنما هو تطبيق من تطبيقات نظرية إستعمال الحق كسبب من أسباب الإباحة .

أي أن المواد 135 ق.ع ، 303 مكرر ق.ع و 46 ق.إ.ج ، 85 ق.إ.ج تستند جميعها إلى نص المادة 39 من قانون العقوبات التي تضمنت المبدأ العام لنظرية الإباحة في القانون الجنائي الجزائري. والحق هنا ليس الحق الذي يحميه القانون الجنائي ويحرم الإعتداء عليه كالحق في حرمة الحياة الخاصة الذي يكفله الدستور مما يعطيه طبيعة عامة ، وإنما هو الحق في قبول الإعتداء عليه وإسقاط الحماية القانونية الجنائية التي منحها له القانون الجنائي .

وفي نفس الوقت منح حق التنازل عنها عندما إشتراط إنعدام الرضا حتى يتدخل ويخضع السلوك المقترف لأحكامه من تجريم وعقاب ، وعليه فإن وجود الحق لا يكفي بل يجب أن يعترف القانون لصاحبه بحقه في التنازل عن الحماية المقررة له من الناحية الجنائية.

وقد يرى البعض أن رضا المجني عليه حتى وإن إعتبر سببا من أسباب الإباحة فإنه لا يدخل دائرة إستعمال الحق ، لأن جل تطبيقات هذا السبب كتمارس الأعمال الطبية، أو الألعاب الرياضية، أو الدفاع الشرعي يكون فيها الجاني أي المستفيد من الإباحة هو نفسه صاحب الحق ومستعمله، أما هنا فالسبب منفصل عن الجاني؟!

¹ - م321 : " يعاقب بالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى 10 سنوات و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من نقل عمدا طفلا، أو أخفاه ، أو إستبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لإمرأة لم تضع ، وذلك في ظروف من شأنها أن يعذر التحقق من شخصيته ... غير أنه إذا قدم الولد لإمرأة لم تضع حملا ، بعد تسليم إختياري أو إهمال من والديه ، فيعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات ... " هل الوالدان مجني عليهما .

طبعاً مسألة إنفصال سبب الإباحة في رضا المجني عليه عن مقتطف السلوك المجرم ، مسألة لا نقدر دحضها ولا نحاول ذلك ، لسبب بسيط أنها لا تقدر في مدى إعتبار رضا المجني عليه سبباً من أسباب الإباحة . فهذه الأخيرة ذات طبيعة مادية موضوعية¹ ، فهي ترتبط بالجريمة لا بالجاني .

بل يمكن لهذا الأخير أن يجهل توافر السبب ومع ذلك يستفيد من أثره المبيح ، وهكذا متى إستعمل المجني عليه حقه في الرضا وقبل إسقاط الحماية القانونية الجنائية المقررة لحق من حقوقه إعتبر الإعتداء عليها -على النحو الذي يحدده المشرع وبالحدود التي يملك فيها المجني عليه حق الرضا- مباحاً . وإن كانت مسألة جهل الجاني برضا المجني تثير مشكلة إثبات سبق أو معاصرة هذا الرضا لإرتكاب الجريمة .

ب - مدى جواز القياس على النصوص التي تعدد برضا المجني عليه كسبب إباحة .

خلصنا فيما سبق أن رضا المجني عليه سبب إباحة خاص ، ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري قصر نطاقه على جملة من جرائم حددها هو بالنص عليه في صلب المواد المجرمة لها وهي : دخول منازل الأفراد دون وجه حق (م135ق.ع) ، وإنتهاك حرمة الحياة الخاصة (م303مكرر.ع) ، وإفشاء المستندات الناتجة عن تفتيش أو إطلاع الغير عليها (م46ق.إ.ج و م85ق.إ.ج) .

ويثور السؤال بخصوص هذه النصوص في مدى جواز القياس عليها للتوسيع من دائرة الأثر المبيح لرضا المجني عليه ، ليشمل جرائم لم ينص عليه فيها بصراحة ، لكن طبيعتها تفترض الإعتراض برضا المجني عليه بخصوصها .

يرى الفقه إجمالاً أن القياس محظور في مسائل التجريم والعقاب ، عملاً بمبدأ الشرعية الذي يقتضي عدم التوسيع من نطاق تطبيق نصوص قانون العقوبات لتشمل سلوكيات لم ينص عليها المشرع ، ولو إشتكت في العلة مع بعض ما جرمه ، حماية وصونا لحقوق الأفراد² .

أما قواعد الإباحة فإنها بالإضافة إلى عدم حصر مصدرها في التشريع بحيث يجوز أن تقرها أي قاعدة قانونية ولو كانت عرفية ، تقبل القياس أيضاً . ولعل السبب وراء إمكانية توسيع نطاق الإباحة

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 169 .

² - د. أمين مصطفى محمد ، قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق ، ص 150 .

ليشمل ما أباحه المشرع بنص صريح وما لم يبحه ما دام مشتركا معه في علة التجريم والإباحة، يرجع إلى أن الإباحة هي الأصل الذي يرتد إليه كل مسلك إنساني ما لم ينحصر بين حدود نص التجريم .
ونبه هنا إلى أن القياس الذي نحن بصدد الحديث عنه ، يتعلق بنطاق تطبيق سبب الإباحة ، لا بسبب الإباحة ذاته ، فأسباب الإباحة محددة على سبيل الحصر ، لأن إنعدامها هو الشق الثاني لعملية التجريم التي يحكمها مبدأ الشرعية¹ .

لذلك تحدد الجرائم وعقوباتها وأسباب إباحتها من طرف المشرع على سبيل الحصر لا التمثيل. أما إقرار المشرع بسبب إباحة معين ونصه صراحة عليه بصدد جريمة معينة لا يمنع من القياس عليها لتوسيع أثره ليشمل جرائم أخرى تشترك معها في العلة .

والعلة هنا مزدوجة تشمل التجريم والإباحة ، أي يجب أن تشترك الجريمة محل القياس مع الجريمة التي يقاس عليها في الغاية من وراء إدخالها دائرة التجريم أولا ، وفي الغاية من وراء إخراجها منها ثانيا لتوافر سبب من الأسباب.

ونلاحظ على الجرائم التي إعتد فيها المشرع الجزائري برضا المجني عليه أنها تندرج تحت مظلة الإعتداءات الماسة بالسرية وحرمة الحياة الخاصة²، أي أن العلة من وراء تجريمها هي الحفاظ على حرمة الحياة الخاصة للأفراد ومنع إنتهاكها بأي طريقة كانت، وصون ما يمكن أن يشكل سرا من أسرهم.

والعلة من إباحتها برضاه، هي أن المشرع الجنائي يعتبر الحياة الخاصة والأسرار حقا خاصا للمجني عليه، لكن له طبيعة عامة أو إجتماعية نظرا لأهميته وتعلقه بالإنسان، فيتدخل لبسط الحماية عليه إذا كان المجني عليه يتمسك بهذه الحماية ويفعلها بعدم رضاه وهنا يغلب الجانب العام للحق، أما وقد رضي المجني علي بالجريمة، فإنه يعتبر متنازلا عن هذه الحماية، ومرجحا للجانب الفردي أو الخاص للحق وبالتالي فلا مجال لإقحام قواعد التجريم .

وعليه وحتى نقيس أي جريمة على الجرائم المذكورة أعلاه يجب أن تكون الجريمة مما يقع إعتداء على السرية أو على حرمة الحياة الخاصة ، وفي نفس الوقت يجب أن يكون الحق المعتدى عليه مما يقبل ترجيح طبيعته الخاصة على حساب طبيعته العامة دون أن يتعارض ذلك مع أهداف التجريم.

¹ - د. أمين مصطفى محمد ، قانون العقوبات القسم العام ، المرجع السابق ، ص 154 .

² - د. محمد زكي أبو عامر ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية ، المرجع السابق ، ص 13 .

و قد وردت جل الجرائم الماسة بالأسرار وحرمة الحياة الخاصة في القسم الخامس من الفصل الأول من الباب الثاني من قانون العقوبات المعنون ب:الإعتداءات على شرف و إعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة و إفشاء الأسرار، أما الباقي ورغم ورودها في أقسام أخرى كقسم الإعتداء الواقع على الحريات الفردية ، وحرمة المنازل والخطف أو قسم إساءة إستعمال السلطة ضد الأفراد إلا أنها تمس أيضا حرمة الحياة الخاصة والسرية، يضاف إليها بعض الجرائم المذكورة في قانون الإجراءات الجزائية.

وعليه يمكن إجمال النصوص التي تجرم الإعتداءات الماسة بجرمة الحياة الخاصة والسرية في التشريعين الجنائيين الأساسيين الجزائريين أي قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية فيما يلي :

م137ق.ع ، م295ق.ع ، م301ق.ع ، م302ق.ع ، م303ق.ع ، م303مكرر1 ق.ع ، م477ق.إ.ج.

وهذه النصوص التي لا توجد فيها إشارة للإعتداد برضا المجني عليه ، يضاف إليها النصوص سابقة الذكر والتي تعتبر رضا المجني عليه سببا مبيحا للجرائم الواردة فيها أي المواد:135ق.ع، 303مكرر ق.ع ، 46ق.إ.ج و 86ق.إ.ج. فهل يجوز قياس الجرائم الواردة في الطائفة الأولى من النصوص على تلك الواردة في الطائفة الثانية ، وتوسيع الأثر المبيح لرضا المجني عليه ليشملها معا؟

نوهنا فيما سبق أن وحدة علة التجريم لا تكفي للقياس في هذه الحالة ، بل يجب أن تشترك هذه الجرائم في علة الإباحة أيضا الأمر الذي يستدعي فحص كل جريمة على حدة لمعرفة ما إذا كان الحق المعتدى عليه بها ذا طبيعة خاصة بالإضافة إلى طبيعته العامة التي يؤكدتها تجريم الإعتداء عليه، وما إذا كان بالإمكان ترجيح كفة الأولى على حساب الثانية والإعتداد بإرادة المجني في إسقاط الحماية القانونية الجنائية المكفولة لحق من حقوقه .

تشابه المادة 295ق.ع المتعلقة بانتهاك حرمة منزل إلى حد كبير مع المادة 135ق.ع المتعلقة بدخول منازل الأفراد دون وجه حق ، فكلاهما تهدفان إلى حماية حرمة الحياة الخاصة وتحديد حرمة المنازل، وكلاهما تحميان حقا له طبيعة خاصة لتعلقه بفرد من الأفراد¹.

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية ، المرجع السابق ، ص 34.

ومع ذلك لا يجوز قياس الجريمة الواردة في المادة الأولى على تلك الواردة في المادة الثانية لإختلاف البنيان القانوني لكل منهما، فالمادة 295 لا تعاقب على مجرد الدخول الذي يمكن أن يسبقه أو يعاصره رضا صاحب المنزل، بل تعاقب على إقتحام المنزل أو دخول فجأة أو خدعة ، وهي أمور تفترض إنعدام الرضا أو حتى العلم من طرف المجني عليه، أي أن الركن المادي لهذه الجريمة لا يقوم إلا إذا إنتفى رضا المجني عليه الذي من شأنه هدم عنصر المفاجأة أو الخداع أو الإقتحام ، وعليه رضا المجني عليه بهذه الجريمة يهدم بنيانها القانوني فتكون مباحة إباحة أصلية لأنها لم تدخل دائرة التجريم .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الحالة التي يقع فيها نفس السلوك أي دخول منازل الناس دون وجه حق ولكن من طرف فرد من الأفراد لا تتوفر فيه صفة الموظف العمومي وهو الفعل المجرم بموجب المادة 295 ق.ع التي جاء فيها : " كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 دج "

فهنا لم يشترط المشرع للعقاب على هذه الجريمة أن تتم دون رضا صاحب المنزل ، فهل يجوز القياس على الجريمة الأولى ونفترض شرط إنعدام الرضا ولو لم ينص عليه المشرع صراحة ؟ أولا يجوز القياس بين الجريمتين لإختلاف علة التجريم في كل منهما؟

إن كان الظاهر يدل على أن كلتا الجريمتين تقعان إعتداء على حرمة المنازل، إلا أن الجريمة الأولى تمثل إساءة لإستعمال السلطة على أساس أن هذا الموظف لا يلجؤ إلى الإختباء أو الخداع للدخول إلى المنزل ، وإنما يدخل عنوة إستنادا إلى سلطته الوظيفية ، وبالتالي يمكن أن نتصور أن يرضى المجني عليه بهذا الفعل قبل البدء فيه أو أن لا يرضى به فتجتمع عناصر الجريمة في لحظة واحدة ويكون وجود الرضا أو إنعدامه معاصرا للدخول .

أما الجريمة الثانية فإشترط المشرع أن يتم الدخول فجأة أو خدعة ومعنى ذلك أن فعل الدخول يكتمل قبل أن يتمكن المجني من التعبير عن رفضه أو قبوله به ، أي أن الرضا حتى وإن وجد فإنه يأتي تاليا للفعل المجرم وبالتالي لا أثر له ¹ . وعليه فلا مجال بخصوص هذه الجريمة للبحث في

¹ - د. نايتي ناين أحمد الدسوقي ، الرضا كسكأة في التنقيش الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 44 .

مدى توافر الرضا من عدمه مادام فعل الدخول فجأة أو خدعة قد تم ولا يؤثر فيه الرضا بل يؤثر مدى علم الضحية بهذا الدخول لنفي عنصري المفاجأة والخداع .

كما تتشابه الجرائم المنصوص عليها في المواد 301ق.ع ، 302ق.ع و 477ق.إ.ج مع الجرائم المذكورة في المادتين 46ق.إ.ج و 86ق.إ.ج في كونها تقع مساسا بأسرار الأفراد، فهل يعتبر رضا المجني عليه فيها بوقوعها ذا أثر مبيح لها؟

ورد نص المادة 301ق.ع كآآتي : " يعاقب ... الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك ..."

مما يستفاد منه أن السرية المحمية بموجب هذه المادة سرية تفرضها طبيعة المهنة لا إرادة المجني عليه، ومع ذلك يمكن أن يتصور رضا المجني عليه بإفشاء سر من أسرارهِ إلى الغير ، الأمر الذي لا يبيح هذه الجريمة بل يهدم بنياها القانوني على أساس أنه يعدم محلها وهو السر ويجوله إلى أمر عادي يجوز إطلاع الغير عليه ¹.

وعليه تختلف هذه الجريمة عن جريمة إفشاء المستندات المتحصلة من تفتيش ، في أن رضا المجني عليه في الجريمة الأولى يمنع قيامها ، أما في الجريمة الثانية فيبيحها بعد أن إكتملت .

والقول نفسه بالنسبة للجريمة الواردة في المادة 302ق.ع التي جاء فيها ما يلي : " كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة و أدلى أو شرع في الإدلاء إلى أجنب أو إلى جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية بأسرار المؤسسة التي يعمل فيها دون أن يكون مخلولا له ذلك يعاقب..."

فهي تقوم على السرية التي تفرضها طبيعة المهنة ومع ذلك يمكن للمجني عليه فيها إزالة صفة السرية مما يهدم الكيان القانوني لهذه الجريمة .

أما الجريمة المنصوص عليها في المادة 477 ق.إ.ج التي جاء فيها : " يحظر نشر ما يدور في جلسات جهات الأحداث القضائية في الكتب أو الصحافة أو بطريق الإذاعة أو السينما أو بأية وسيلة أخرى كما يحظر أن ينشر بالطرق نفسها كل نص أو إيضاح يتعلق بهوية أو شخصية

¹ - د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات ، المرجع السابق ، ص 55 .

الأحداث المجرمة ... ويجوز نشر الحكم ولكن بدون أن يذكر إسم الحدث ولو بأحرف إسمه الأولى وإلا عوقب على ذلك ..."

فهذه الجريمة رغم قيامها على الإعتداء على السرية ، إلا أن السرية هنا أمر حدده المشرع مسبقا ولا دخل للحدث المراد حمايته بالعقاب على هذه الجريمة في إزالة وصف السرية الذي يقترن بالمكان وهو الجهات القضائية الخاصة بالأحداث ، وبصفة الحدث التي لا يمكنه التخلي عنها .

وهكذا يعتبر رضا الحدث بهذه الجريمة وخاصة عندما تكون في صورة الكشف عن هويته أو شخصيته غير ذي أثر ، لأن حماية الأحداث من التشهير بهم مصلحة عامة يتكفل المشرع بتجريم الإعتداء عليها ملتفتا عن إرادة الحدث نفسه¹ .

كما تتشابه الجرائم المنصوص عليه في المادتين: 137ق.ع و 303ق.ع مع الجرائم المنصوص عليها في المادة 303 مكرر في أنها تقع مساسا بجرمة الحياة الخاصة ومع ذلك لا يمكن التوسيع من الأثر المبيح لرضا المجني عليه ليشملها أيضا .

فالمادة 137ق.ع بنصها على أن يعاقب كل موظف أو عون من أعون الدولة أو مستخدم أو مندوب عن مصلحة البريد يقوم بفض أو إختلاس أو إتلاف رسائل مسلمة إلى البريد أو سهل فضها أو إختلاسها أو إتلافها، و كل مستخدم أو مندوب في مصلحة البرق يختلس أو يتلف برقية أو يذيع محتواها. إنما تحمي المراسلات الخاصة بالأفراد من الأشخاص الذين تتيح لهم طبيعة عملهم الإقتراب منها أو الإطلاع عليها .

فهي تحمي المراسلات مطلقا ولو جهل بما صاحبها ، وعليه فالغاية من وراء تجريم الأفعال المذكورة أعلاه تتجاوز حماية الحياة الخاصة للأفراد ، إلى الحفاظ على ثقة المواطن في مرفق عام وهو مرفق البريد، مما يعني أن الحق المعتدى عليه بهذه الجرائم ذو طبيعة عامة ، لا تقبل الإعتداد برضا المجني عليه لإجازته ، بل إن المشرع لا يفترض وجود مجني عليه في هذا النوع من الجرائم .

أما إذا تم فض أو إتلاف المراسلات الموجهة إلى الغير من طرف شخص عادي ، وهو الفعل المؤثم بموجب المادة 303ق.ع التي جاء فيها : " كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير و ذلك بسوء نية في غير الحالات المنصوص عليها في المادة 137 يعاقب..."

¹ - د. إيمان محمد الجابري ، الحماية الجنائية لحقوق الطفل ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2014 ، ص 34 .

فإنه لا يجوز أيضا الإعتداد برضا المجني عليه كسبب إباحة ، لأن النص قد إشتراط أن يتم السلوك الجرم بسوء نية، وسوء النية يفترض عدم رضا صاحب الرسالة بفضها أو إتلافها، أما وقد رضي بذلك فعنصر سوء النية منتف ، والجريمة أيضا منتفية أي مباحة إباحة أصلية .

والجريمة الوحيدة التي يمكن أن يعتبر فيها رضا المجني عليه سبب إباحة قياسا على المادة 303 مكرر ق.ع هي الفعل المنصوص عليه في المادة 303 مكرر 1 ق.ع والتي نصت على أن يعاقب كل من إحتفظ أو وضع أو سمح بن توضع في متناول الجمهور أو الغير أو إستخدم بأية وسيلة كانت التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر ق.ع.

على أساس الإرتباط الوثيق بين الجريمةين فما دام رضا المجني عليه سببا مبيحا لتصوير أو تسجيل أمور خاصة للأفراد فإن التعامل مع متحصلات الجريمة الأولى من صور وتسجيلات يخضع لنفس السبب المبيح بحكم إتحاد علتي التجريم والإباحة .

المبحث الثاني : تطبيقات الرضائية في مجال الجزاء الجنائي

بعد أن خلصنا من قياس مساحة الحيز الذي يشغله مبدأ الرضائية في مجال الجريمة ، ودرسنا فكرة رضا المجني عليه بإعتبارها دليلا على إعتداد المشرع الجنائي بالإرادة الفردية في أكثر المجالات خطورة، نوجه البحث الآن نحو مجال آخر لا يقل خطورة عن الأول، ألا وهو الجزاء الجنائي .

فهل يمكن أن تطل النزعة الرضائية أيضا مرحلة تحديد رد الفعل المناسب تجاه ما إرتكب من خرق لأوامر قانون العقوبات ونواهيه ؟ وهل يمكن أن نجد أنظمة عقابية تأخذ بعين الإعتبار إرادة المحكوم عليه في تطبيقها بدل أن تطبق جبرا؟

الحقيقة أن الإجابة على هذا السؤال بالرفض والإنكار، أمر يتسق ويتناسب مع طبيعة الجزاءات الجنائية، التي تخضع لعدة قيود تجعل من إقحام الإرادة الفردية في مجالها أمرا مستبعدا، بدءا بمبدأ الشرعية الذي يفترض أن يكون المشرع الشخص الوحيد المختص بتحديد نوعها ومقدارها، وحصر دور الجهات القضائية في النطق بها وتنفيذها¹، مروراً بطابعها العام الذي تكتسبه من كونها حقا من حقوق الدولة ينشأ لها في مواجهة المجرم بمجرد إرتكاب الجريمة² والذي أسندت مهمة إقتضائه إلى القضاء³، وصولا إلى جوهرها وهو فكرة الإيلام المقصود أي تلك المشقة أو المعاناة أو الحرمان الذي يشعر به الشخص عند توقيع العقوبة عليه⁴، والذي يحتم أن يكون إختيار العقوبة وتنفيذها أمرا قسريا لا رضائيا.

ومع ذلك فالإجابة الحقيقية عكس ذلك، فالصورة التي رسمها فقهاء القانون الجنائي، ومؤسسو علم العقاب التقليديون للعقوبة وما يصاحبها من إكراه وتسلط، لم تكف لتدرء عنها مبدأ الرضائية ، بل أصبح المختصون في مجال العقوبة ينادون بإشراك الجاني أو المجني عليه، أو كلاهما، في إختيار رد الفعل المناسب للسلوك المجرم المقترف بهدف توجيه حق الدولة في العقاب لا القضاء عليه أو إسناده إلى الأفراد⁵، هذا المطلب الذي حققه المشرع الجنائي في العديد من الدول ، متبنيا فكرة

¹ - د. على عبد القادر القهوجي ،علم الإجرام وعلم العقاب ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009، ص 288 .

² - د. عمر السعيد رمضان ، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية ، ج 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص 55 ، فقرة 25.

³ - د. جلال ثروت ، الظاهرة الإجرامية دراسة في علم العقاب ، بدون دار نشر ، الإسكندرية ، 1983، ص 87 ، فقرة 77 .

⁴ - Bernard Bouloc , Pénélogie , Dalloz , Paris , 1991 , p 2 , al 3 .

⁵ - د. أسامة حسنين عبيد ، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية ماهيته والنظم المرتبطة به، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 175

العقوبات الرضائية كمنظومة جديدة من أنماط الجزاء الجنائي. فما هي العقوبة الرضائية؟ وإلى أي حد إعتبر المشرع الجزائري بوجودها إلى جانب العقوبات التقليدية؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا المبحث المقسم إلى مطلبين مطلب يتعلق بماهية العقوبات الرضائية ، ومطلب يبحث في التطبيقات المختلفة لهذا النمط من الجزاءات الجنائية .

المطلب الأول : ماهية العقوبات الرضائية .

تعرف العقوبة إجمالاً بأنها الجزاء الذي يقرره القانون لمصلحة المجتمع على كل من إرتكب فعلاً أو إمتناعاً يعده القانون جريمة ، بهدف تقويمه ومنع الغير من الإقتداء به¹. وهي تقسم تقسيمات عدة بمعايير مختلفة .

فهي من حيث جسامتها: عقوبات خاصة بالجنائيات ، وعقوبات خاصة بالجنح ، وأخرى خاصة بالمخالفات. ومن حيث إستقلاليتها وتبعيتها تقسم إلى عقوبات أصلية وغير أصلية تبعية كانت أو تكميلية. كما تقسم أيضاً بالنظر إلى الحق الذي تمسه إلى عقوبات بدنية، وأخرى مالية، وعقوبات ماسة بالحرية ، وأخرى ماسة بالإعتبار، وقد يجري تقسيمها بناء على مدتها فنجد عقوبات مؤبدة وأخرى مؤقتة².

وقد تزيد معايير تصنيف العقوبات، وتختلف و لكن الأمر الأكثر إسبعاداً هو أن نفرق بين العقوبات على أساس مدى حرية المحكوم عليه بها في قبولها أو رفضها ، أي على أساس الرضائية . فالعقوبة بالنظر إلى طبيعتها أي كونها جزاء جنائياً ، وبالنظر إلى أغراضها من عدالة ، وردع عام ، وخاص ، وبالنظر إلى سببها وهو إرتكاب سلوك يمثل خرقاً للنظام الإجتماعي ، يفترض أن تطبق وتفرض من طرف الدولة بصفتها ممثلة للمجتمع، على من ثبتت إدانته بإرتكاب جرم ما دون الإعتداد بإرادته ر في ذلك.

إذ يكتف غالبية الفقه الجنائي³ الرابطة العقابية التي تنشأ بين الدولة والجاني عند إرتكاب الجريمة بالحق الشخصي ، طرفه الإيجابي الدولة بإعتبارها صاحبة الحق في العقاب ، وطرفه السلبي

¹ - د.فتح عبد الله الشاذلي ، د.علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 191 .

² - المرجع نفسه ، ص 221 .

³ - د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، حق الدولة في العقاب ، ط2 ، دار الهدى للمطبوعات ، الإسكندرية ، 1985 ، ص 132 ، فقرة 63 / د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجزائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1896 ، ص 44 ، فقرة 32 / د. أمال عبد الرحيم عثمان ،

مرتكب الجريمة بإعتباره الواقع عليه إلتزام الخضوع للعقاب .الذي إرتأته أجهزة الدولة عادلا و صالحا لردعه وردع غيره ، ملتفتة في ذلك عن إرادته ورضاه .

ولكن هذه الصورة التي تجسد إستئثار الدولة بسلطة تحديد وإختيار العقوبة - في حدود الشرعية - وفرضها فرضا، والسلبية والخضوع من طرف الشخص المدان، أصبحت تشهد بعض التحول والتغيير مع ظهور ما يعرف بالعقوبات الرضائية كمنط جديد من أنماط المعاملة العقابية.

ولا يمكن تحديد مفهوم العقوبة الرضائية عن طريق إعطاء تعريف جامع مانع لها، يميزها عن باقي العقوبات الأخرى، والإكتفاء بذلك والوقوف عند ذلك القدر، بل إن تعريفها قد يكون أمرا سهلا بالنظر إلى تسميتها إذ يمكننا الجزم بأنها ذلك النوع من العقوبات الذي يحدد أو ينفذ بإختيار الشخص الخاضع لها، أي بعد الحصول على رضاه ، الأمر الذي يخرجها من دائرة الأصل العام في العقوبة وهو الجبرية أو القسرية .

ولكن ذلك لا يكفي فالعقوبة الرضائية ليست مجرد طائفة أو نوع من أنواع العقوبات، بقدر ما تمثل ثورة في مجال المعاملة العقابية، بل العدالة الجنائية ككل، لذلك فإن تحديد مفهومها سيكون على ضوء تطور العقوبة من القسرية إلى الرضائية و مدى تلاؤم ذلك مع النظريات العقابية وأغراض النظام العقابي .

الفرع الأول : تطور العقوبة من الجبرية إلى الرضائية .

إن الخصائص التي تميز العقوبة في العصر الحديث ليست وليدة هذا العصر، بل هي نتاج مراحل طويلة من التحول والتطور المطرد مع تحول وتطور الجماعات الإنسانية¹، فأبي نظام عقابي مهما كانت حدائته إلا ويظرب بجذوره في حقبة من الحقب السالفة للحياة البشرية، وهذا الإمتداد التاريخي لا يمثل مجرد بعد أو زاوية ثانوية يمكن من خلالها التعرف على حقيقة الظواهر، بل هو جزء من جوهر الظاهرة نفسها.

شرح قانون الإجراءات الجنائية ، 1988 ، ص 53 ، فقرة 30/ د. حسن ربيع ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ط 1 ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 3/ د. عمر السعيد رمضان ، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية ، ج 1، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993، ص 55 ، فقرة 25 .

¹ - د.فتح عبد الله الشاذلي ، د.علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 201 .

وعليه ولكي نتمكن من الإحاطة بمفهوم العقوبة الرضائية علينا أن نتبع إرهاباتها عبر مراحل تطور الفلسفة العقابية للشعوب، لنصل في النهاية إلى معرفة ما إذا كانت الرضائية في العقوبة نزعة أملتتها إعتبارات العصر ، أم أنها خاصة تظهر وتختفي بالتناوب مع القسرية و الإجبار .

أولاً: العقوبة بين الجبرية و الرضائية في مرحلة الإنتقام .

تميزت حياة الإنسان البدائية السابقة على وجود الدولة بالميل إلى التنازع والتناحر والفتك بالآخر¹، فكانت العقوبة في هذه المرحلة بمثابة رد فعل غريزي لأي إعتداء أو إيذاء يمس شخصا من الأشخاص، يمارسه الجاني عليه بنفسه فيقتص ممن إعتدى عليه، أو يتولى مهمة ذلك ذوو دمه أو أفراد الجماعة التي ينتمي إليها²، وسواء كان توقيع العقوبة فرديا أو جماعيا ، فإنها كانت تحمل دائما معنى الثأر الإنتقام من مرتكب الجريمة³.

وفكرة الإنتقام هذه جعلت معالم العقوبة تنحسر في قسوتها ووحشية أساليب تنفيذها وإهانتها للجاني ، فقد تم التركيز في هذه المرحلة على العقوبات البدنية القائمة على بتر الأعضاء وإعدام بعض الحواس⁴. ضف إلى ذلك أنها كانت تشمل أحيانا أشخاصا آخرين غير الجاني المخطيء كأفراد أسرته ، أو جماعته .

ومع هذه الممحية والبرية لا يمكن أن نتصور أي وجود للرضائية في مجال العقوبة، فبمجرد أن يعثر على الجاني ، يعاقب على النحو الذي يشفي النزعة الإنتقامية للمجني عليه أو ذويه. ولو تجاوز ذلك حدود التناسب يبين الفعل ورد الفعل .

ولكن ورغم ذلك فإن حب الإنسان للإنتقام لم يطغى على حبه للبقاء، فموجة الإنتقامات اللامتناهية جعلت حياة الإنسان في ذلك الزمن، سلسلة من الحروب الدامية والمدمرة، تتنافى مع تجاوز الجماعات البدائية حياة التنقل والترحال، إلى الإستقرار⁵ فبدأت فكرة عدم اللجوء إلى القوة في

¹ - د. طعيمة الجرف ، نظرية الدولة والمباديء العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية ، القاهرة، 1978 ، ص 54 .

² - د. محمود السقا ، فلسفة و تاريخ النظم الإجتماعية و القانونية ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1978 ، ص 93 .

³ - د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، المرجع السابق ، ص 20 .

⁴ - د. فتوح الشاذلي ، علم العقاب ، المرجع السابق ، ص 87 .

⁵ - د. السيد عبد الحميد فودة ، نشأة القانون ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 93 .

الظهور وهي لا تعني إلغاء العقاب و توقيع الجزاء، وإنما تعني إيجاد طريقة عقلانية ليلقى كل مذنب الجزاء الذي يستحقه دون أن يعتبر هذا العقاب إعتداء آخر يستوجب الإنتقام .

وهكذا أصبحت العشائر والقبائل تؤثر التنازل عن حقها في الثأر من المعتدي، مقابل دفعه هو أو جماعته لقيمة مالية يحددها المجني عليه أو ذويه كصلح بين الطرفين¹. و هنا ظهر نظام الدية كأول عقوبة مالية² و رضائية في نفس الوقت إذ كان الجاني يملك حق رفض دفع الدية، الأمر الذي يعني قبوله للإقتصاص منه.

ثانيا: العقوبة بين الجبرية و الرضائية في مرحلة العدالة الجنائية الخاصة .

ظلت العقوبة الإنتقامية سائدة حتى مع ظهور الكيان القانوني للدولة، فالدولة في بداية مراحلها لم تلغ حرية الأفراد في إسترجاع حقوقهم بأنفسهم دون تدخل الدولة ولو في المجال الجنائي وتكون بذلك قد إعترفت بوجود عدالة جنائية خاصة تفسح مجالا للرضائية إذا ما طبقت نظام الصلح أو الدية³. أي أن العدالة الخاصة كانت تجمع بين العقوبة الإنتقامية والرضائية على سبيل التخيير.

ولكن هذه الجوازية وهذا التخيير لم يدم طويلا ، وسرعان ما منعت الدولة الأفراد من الإنتقام لأنفسهم حفظا للنظام والإستقرار، وجعلت الصورة الوحيدة للعدالة الجنائية الخاصة الصلح بين الجاني والمجني عليه⁴.

وقد كانت القيمة المالية التي يدفعها الجاني كمقابل للصلح تقسم إلى قسمين: يعطى أولهما للمجني عليه أو ذويه كتعويض عما مسهم من ضرر . ويعطى الثاني للدولة مقابل حمايتها للجاني من الإنتقام منه. وبمرور الوقت إزداد نصيب الدولة من مقابل الصلح إلى أن إنتهى الأمر بأيلولته كله إلى خزانتها⁵.

¹- Gaston Stefani et autres , op cit , p 70 , al 63 .

² - د. سمير الجنزوري ، الغرامة الجنائية - دراسة مقارنة في الطبيعة القانونية للغرامة و قيمتها العقابية - دار العهد الجديد للطباعة ، القاهرة ، 1976 ، ص 14 ./ د. نبيل عبد الصبور البراوي ، سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي و التشريع الوضعي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1996 ، ص 36 .

³ - د. السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ط 4 ، دار المعارف ، القاهرة ، 1962 ، ص 12 .

⁴ - د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، حق الدولة في العقاب ، المرجع السابق ، ص 25 .

⁵ - د. سمير الجنزوري ، المرجع السابق ، ص 16 .

وفي نفس الوقت كانت الدولة تقسم الجرائم إلى طائفتين الأولى عامة وتمثل في الإعتداءات التي تقع مساسا بأمن الدولة أو الملك، أو بالإحترام الواجب للأديان، أو بفرد من الأفراد لكنها في نفس الوقت تهدد إستقرار المجتمع وسكينته. والثانية خاصة تتمثل في مجموع الجرائم الماسة بفرد من الأفراد في شخصه أو ماله دون أن يظهر فيها جانب الإعتداء على المصلحة العامة¹. وهذه الطائفة الأخيرة هي التي كانت خاضعة لنظام الصلح.

ويمكن أن نقول أن الحيز الضيق من الرضائية الذي كان يتمتع به الجاني والمتمثل في قبول دفع الدية المطلوبة من المجني عليه أو أولياء دمه مقابل سقوط حق الإنتقام الفردي أو الجماعي، قد إختفى مع إجبارية الصلح، ومع أن الصلح نظام رضائي بطبيعته إلا أنه في تلك المرحلة كان نظاما قسريا لأن المجني عليه كان ينفرد بتحديد شروطه وأحكامه².

ثالثا: العقوبة بين الجبرية و الرضائية في مرحلة العدالة الجنائية العامة.

بعد أن قويت شوكة الدولة وإزدادت مظاهر تدخلها في حياة الأفراد، أصبحت توسع من مفهوم الجرائم العامة والتي تتولى هي مهمة البحث عن مرتكبيها وعقابهم بإسمها، لتشمل جميع الجرائم ولو إقتصرت ضررها على فرد من الأفراد.

مما يعني إختفاء طائفة الجرائم الخاصة وإختفاء العدالة الخاصة تبعا لذلك³. وأصبح العقاب حقا خالصا للدولة تمارسه بواسطة أجهزتها المختلفة بهدف إزالة الضرر الذي لحق المجتمع من إرتكاب الجريمة⁴، بوصفها خرقا لناموس الجماعة.

وقد ظل هذا المفهوم سائدا إلى يومنا هذا أي أن العدالة الجنائية العامة هي الصورة الحديثة والمعاصرة للعدالة الجنائية، ولو إختلف مفهوم العمومية، من دولة إلى أخرى⁵. لذلك سنقسم هذه المرحلة إلى حقتين: العدالة الجنائية العامة التقليدية والعدالة الجنائية العامة الحديثة.

1 - د. محمود محمود سعيد ، حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1882 . ص 29 .

2 - Gaston Stefani et autres , op cit , loc cit .

3 - د. سر الختم عثمان إدريس ، النظرية العامة للصلح في القانون الجنائي - دراسة تأصيلية مقارنة- دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1979 ، ص 90 .

4 - د. عبد الوهاب حومد ، نظرات معاصرة عن إستقلالية القانون الجنائي ، مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد3 ، السنة 24 ، 2000 ، ص 19 .

5 - أبسط مفهوم للعدالة الجنائية العامة هو تكفل الدولة بتحديد معايير و ضوابط القضاء الجنائي ، قد يكون ذلك في صورة مكثفة و مركزة بأن تتولى الدولة الإتهام والتحقيق والمحاكمة وتنفيذ الأحكام مطبقة بذلك ما يعرف بنظام التنقيب والتحري ، وقد يكون ذلك في شكل مخفف بأن تفتح الدولة مجالاً للأفراد للتدخل في العدالة الجنائية وتطبق بذلك مفترضات النظام الإتهامي، ومهما يكن من أمر فإن حتى التطبيق الجامد للنظام الإتهامي القائم

أ- العدالة الجنائية العامة التقليدية.

لقد كان إدراك البعد العام أو الإجتماعي للجريمة نقطة تحول هامة في تاريخ الجريمة والعقاب فقد تم على أساسه، إقصاء المجني عليه من العلاقة العقابية، ومنع أي تصرف من شأنه أن يعيق الدولة في سبيل إقتضاءها لحقها في العقاب، أو أن يجل محلها في ذلك. وإعتبرت العقوبة الوسيلة المثلى لإرجاع التوازن إلى البنية الإجتماعية التي إختلت بسبب الجريمة.

وكنتيحة لذلك ألغيت كل صيغ التراضي بين المجني عليه والجاني أو بين هذا الأخير والدولة حول العقوبة، وأصبحت هذه الأخيرة حتمية لا يلغها إلا العفو الملكي¹.

وأصبح تطبيق العقوبة أحد مظاهر سيادة الدولة لا تخضع فيه إلا لسلطانها. فتسلطت وتحكمت وبالغت في اللجوء إليها، كما أنها تجاوزت الأغراض الأخلاقية للعقوبة المتمثلة في الإنتقام والتكفير، وإتخذت لها غرضا سياسيا يتمثل في المحافظة على هيبة السلطة السياسية القائمة².

وقد ظل الأمر على هذه المنوال لعقود عدة إستندت فيها الدولة على السلطة الدينية لإعطاء أحكامها نوعا من القدوسية يمنع مراجعتها أو مناقشتها. فالدولة لدى البعض من خلق الله، فهو الذي يختار الملوك لحكم الشعوب ، فيتحتتم على الأفراد طاعتهم والإنصياع لأوامرهم لأن في طاعتهم طاعة لله³.

على إعتبار الدعوى الجنائية خصومة عادية بين طرفين متكافئين هما المجني عليه أو المضرور من الجريمة والمتهم. (د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 15 ، فقرة 14) لا ينفي عن العدالة الجنائية عموميتها لأن الأحكام في النهاية تصدر عن الدولة وبإسمها، و تحدد العقوبات الواردة فيها من القضاة الذين يمثلون الدولة ويطبقون أحكامها ، أي أن النظام الإتهامي ولو طبق بصرامة في دولة من الدول إلا أنه يبقى نظاما إجرائيا لا يمس الجانب الموضوعي للعدالة الجنائية الذي يشمل الجريمة والعقاب اللذان يقيان كأصل عام من إختصاص الدولة .

¹- Marie Sylvie Dupont Bouchat , Le crime pardonné- la justice réparatrice sous l'ancien régime, criminologie , vol 32 , n° 1, 1999 , p 51.

Article disponible sur : <http://id.erudit.org/iderudit/004719ar>-

² - د. علي محمد جعفر ، فلسفة العقاب والتصدي للجريمة ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2004 ، ص 20 .

³ - د. محمد كامل ليلة ، النظم السياسية، نخصه مصر، القاهرة ، 1967 ، ص 74 .

ب - العدالة الجنائية العامة الحديثة.

أدى تراجع السطوة الدينية ، وظهور فكرة الدولة المدنية وإنتشار الأنظمة الوضعية نتيجة بروز تيارات فكرية يقودها ثلة من الفلاسفة و المفكرين أمثال "مونتيسكيو" ، "جان جاك روسو" و"فولتير"¹ إلى حدوث ثورة في مجال العدالة الجنائية غيرت طبيعتها وأساليبها وأهدافها .

وقد كانت العقوبة بوصفها أهم مظاهر العدالة الجنائية محل إهتمام الكثيرين حيث حاولوا تخلصها من فكرة الإنتقام والتفكير وردّها إلى أسس تحول دون الإسراف في توقيعها. فإنتقل تحديد العقوبة من القضاة إلى السلطة التشريعية ، وظهرت فكرة التناسب بين الجريمة والجزاء، والمساواة بين الجميع في ذلك، وإستبعاد العقوبات البدنية المهينة وإستبدالها بالعقوبات السالبة للحرية، وتطور الأمر إلى أن أعيد بعث فكرة العقوبات المالية.

ومن بين صور التطور الذي مس مجال العقوبة ظهور فكرة شخصية العقوبة ،فبعد أن كان العقاب لا يقتصر على الجاني بل قد يمس حتى أقاربه، أصبح أثره لا يتجاوزالجاني فإن توفي أو لم يعثر عليه سقطت العقوبة ولم تطل غيره.² إلى غير ذلك من الأفكار التي لم تزد المعاملة العقابية إلا إنسانية.³

ومن بين المفاهيم التي أعيد بعثها في مجال العقوبة فكرة الرضائية ، أي أن الجبر و الإكراه ليسا خاصيتين في العقوبة لا يمكننا تغييرهما بل هما مجرد نمط لتطبيقها يمكن أن يتغير متى ظهر نمط آخر أكثر فاعلية ، ولما لا يكون هذه النمط هو التراضي مع الجاني حول العقوبات الممكن تطبيقها عليه بوصفها حلولاً وليست ردود فعل أو جزاءات. وقد لقيت هذه النزعة أي الرضائية رواجاً واسعاً فتعددت تطبيقاتها وأساليب تفعيلها في العدالة الجنائية عامة وفي مجال العقوبة خاصة.

¹ - د.عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، حق الدولة في العقاب، المرجع السابق ، ص 45 ، فقرة 18 .

² - د. - د.فتح عبد الله الشاذلي ، د.علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 206.

³ - Serge Charbonneau, Denis Belveau ,un exemple de justice réparatrice au Québec : la médiation et les organismes de justice alternative , criminologie , vol 32 , n°1 , 1999 , p 57 .

Article disponible sur : <http://id.erudit.org/iderudit/004711ar>.www.erudit.org/

الفرع الثاني : الخصائص العامة للعقوبة الرضائية .

تعتبر العقوبة الرضائية من الأفكار التي طبقها المشرع في دول عديدة بآليات متعددة نتيجة إعتبرات عملية أملت عليه الخروج بعض الشيء عن المسالك المعتادة لتوقيع الجزاء الجنائي، دون أن يستند في ذلك إلى نظرية واضحة المعالم تجمع هذه الأنظمة العقابية الرضائية المختلفة تحت مظلة واحدة، وتحدد الأسس والمبادئ المشتركة الخاضعة لها . هذا ما يجعل مسألة تحديد السمات الأساسية والمميزات الكبرى لهذا النوع من العقوبات مطلباً ضرورياً لضبط مفهومها .

وإذا ما حاولنا إستنتاج الملامح المشتركة للعقوبات الرضائية مهما اختلفت صورها وآليات تطبيقها لوجدنا أنها تأصل في عناصر ثلاثة: أنها عقوبات لا توقع إلا بقبول الخاضع لها بها، أنها في الغالب الأعظم منها نتيجة إجراءات موجزة وبسيطة، وأخيراً أنها تتعلق بطائفة الجرائم غير الخطيرة .

أولاً: عقوبة لا تطبق إلا بموافقة المتهم .

إن من أهم السمات المميزة للعقوبة الرضائية، والتي جعلتها تصنف أساساً كعقوبة رضائية ضرورة موافقة الخاضع لها عليها. فهي تختلف عن باقي العقوبات الأخرى التي يتم تحديدها والنطق بها بمعزل عن أي تدخل للجاني، فالأصل أن القاضي حر في تحديد العقوبة المناسبة للجرم المعروض عليه والمتهم الواقف أمامه، معملاً في ذلك سلطته التقديرية التي لا تتأثر سوى بنصوص القانون، التي ترسم حدودها و مجالها.

وقد خرج المشرع الجنائي عن هذا الأصل وجعل تحديد العقوبة في بعض الحالات قراراً مشتركاً بين سلطة تطبيق القانون سواء كانت بين النيابة العامة، أو قضاء الحكم، أو غيرها من الأجهزة الأخرى، والشخص الذي سيحكم عليه بها. تقديراً منه بأن إشراك المحكوم عليه في إختيار العقوبة سيزيد من فاعليتها.

أ - شروط الموافقة .

الموافقة هنا تعني تعبير المتهم الصريح أو الضمني عن قبوله بالعقوبة ، أو بالآلية الإجرائية المؤدية إليها المقترحين عليه من طرف القاضي أو من طرف النيابة العامة¹ ، والمتهم هو الشخص

¹ - د. أحمد محمد براك ، المرجع السابق ، ص 241 .

الذي تطلب سلطة الإتهام نسبة الجريمة إليه ومعاقبته عليها بوصفه فاعلا أو شريكا¹ ولكي يعتد القانون بالرضا الصادر من هذا الأخير بالعقوبة يجب أن تتوافر الشروط التالية :

1- الأهلية .

لم يشترط المشرع الجنائي أن تتوافر في المتهم أهلية خاصة فكل مخاطب بأحكام قانون الإجراءات الجزائية أهل لأن يكون متهما² وعليه فإن ناقص الأهلية أو حتى عديمها يصح أن يكون طرفا في الرابطة الإجرائية بوصفه متهما³. ولكن قبول العقوبة البديلة المقترحة من المتهم تصرف قانوني لا بد أن يكون هذا الأخير أهلا للقيام به، وتحديد الأهلية اللازمة لهذا التصرف تتوقف على طبيعة التصرف نفسه، فقد يرى البعض أن التراضي على العقوبة المطبقة أمر خطير لتعلقه بتقييد، أو سلب بعض الحقوق الخاصة بالمحكوم عليه بها، لذلك يفترض في هذا الأخير أن يكون كامل الأهلية ليقبل أو يرفض العقوبة المقترحة عليه ، وهو على دراية كاملة بعواقب قبوله أو رفضه . مما يعني عدم تطبيق نظام العقوبة الرضائية على الأحداث.

والحقيقة أن هذا القول قائم في إشرطه للأهلية الكاملة للمحكوم عليه بالعقوبة على عنصر الألم المقصود الذي تنطوي عليه أي عقوبة ولو كانت في صورة مخففة، وإعتبر قبوله للعقوبة تصرفا ضارا لا يمكن أن يصدر من قاصر، والحقيقة هنا أن الحدث ليس في معرض الاختيار بين العقاب واللاعقاب، بقدر ما هو في معرض الاختيار بين عقوبتين إحداها أخف، مما يجعل موافقته على العقوبة البديلة الرضائية التي تكون كأصل عام هي الأخف تصرفا نافعا له يمكن الإكتفاء لنفاذه ببلوغ سن التمييز⁴ .

ولعل هذا ما جعل العديد من التشريعات تطبق العقوبات الرضائية على فئة الأحداث مثل التشريع الجزائري.

¹ - د. جلال ثروت ، نظم الإجراءات الجنائية ، نظم الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 162 ، فقرة 153.

² - د. عوض محمد عوض ، قانون الإجراءات الليبي ، مكتبة قورينا للنشر والتوزيع ، ليبيا ، 1977 ، ص 95 ، فقرة 75 .

³ - د. رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1977 ، ص 178 ، فقرة 58.

⁴ - إذ تنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي : " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر ، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ."

ولكي يعتد برضا المتهم بالعقوبة الموقعة عليه يجب أن تكون إرادته حرة وقت التعبير عنها، أي سلامتها من الغلط، والتدليس، والإكراه، فإن شابها عيب من هذه العيوب جاز للمتهم طلب إبطال تصرفه.

2- الإقرار بالجرم .

تبنت جل التشريعات ضرورة إقرار المتهم بجرمه صراحة حتى يستفيد من نظام العقوبات الرضائية، تكريسا لقرينة البراءة التي تتنافى مع عقاب شخص دون إثبات التهمة عليه عن طريق التحقيق، أو على الأقل الإعتداد بإقراره، فإذا كانت الوقائع غير مؤكدة، وتثير إعتراضا من المتهم وجب إستبعادها¹.

ونظرا لأهمية الإقرار بالجرم في نظام العقوبة الرضائية فإن البعض² يشترطه ولو لم ينص المشرع عليه، فالمشرع المصري لم ينص على ضرورة إقرار المتهم بسلوكه الخاطيء في إطار التصالح الذي تضمنته المادة 18 مكررا من قانون الإجراءات الجزائية المصري .

ورغم ذلك وكيف قبوله للتصالح على أنه إقرار ضمني بجرمه ، وإن كان هذا الرأي قد أثار حفيظة البعض³ على أساس أن الأصل في المسؤولية الجنائية ألا تفترض ، إلا أن ذلك لا يقدر في أهمية الإقرار بالنسبة للعقوبة الرضائية، فهو بالإضافة إلى كونه ضمانا للمتهم البريء من أن يعاقب دون دليل، يدل أيضا على مدى جديته في قبول العقوبة المعروضة عليه وحسن نيته في تنفيذها⁴.

وهكذا يكون الإقرار قد إرتقى في نظام العقوبات الرضائية من مجرد عنصر من عناصر الإثبات المتروكة لتقدير القاضي ، إلى شرط لتوقيع العقوبة ، يرتب أثره متى تحقق.

¹ - د. مدحت عبد الحليم رمضان ، الإجراءات الموجزة لإنقضاء الدعوى الجنائية في ضوء تعديلات قانون الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000. ص 27 .

² - د. محمد حكيم حسين الحكيم ، النظرية العامة للتصالح في المواد الجنائية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 114 ، فقرة 63 .

³ - د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم ، الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجزائية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 108 ، فقرة 63 .

⁴ - د. أسامة حسنين عبيد ، الصلح في قانون الإجراءات الجنائية ماهيته والنظم المرتبطة به ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ط 1 ، ص 155 .

ب - صور الموافقة .

الأمر الأكيد في العقوبة الرضائية أنها عقوبة قبلها الشخص الخاضع لها وفضلها على عقوبة أو عقوبات أخرى كانت ستطبق عليه لو لم يسمح القانون بالإعتداد بإرادته ، وتتم موافقة هذا الأخير على العقوبة بطريقتين:

1- الموافقة المباشرة.

ومعناها أن ينصب رضا الشخص الخاضع للعقوبة على العقوبة عينها، بحيث تعرض عليه عقوبة تختلف من حيث النوع أو المقدار عن العقوبة التي كان سيحددها القاضي بصفة منفردة، فإن قبلها طبقت عليه العقوبة المختارة و أطرحت العقوبة الأولى .

2- الموافقة غير المباشرة .

ونكون أمام موافقة غير مباشرة عندما يكون محل رضا الشخص الخاضع للعقوبة ليس العقوبة عينها، وإنما النظام الإجرائي الرضائي الذي سينتهي بتطبيق عقوبات مختلفة من حيث النوع أو المقدار، ما كانت لتطبق لو تمت المتابعة الجنائية وفق الإجراءات العادية .

وسواء كان المحكوم عليه بصدد طريق مباشر أو غير مباشر يمكنه من المساهمة في تحديد المعاملة العقابية التي سيخضع لها، فإن رفضه للمضي في أحد هذين الطريقتين سيستتبع توقيع العقوبة الأولى الأصلية لأن العقوبة الرضائية عقوبة بديلة .

وبالرغم من أن هذه العقوبة البديلة تظهر دائما كعقوبة أخف إلا أن موافقة المحكوم عليه بها أمر ضروري، بحيث لا يمكن للقاضي أن ينطق بها مباشرة، أو للنيابة العامة أن تمضي في الإجراءات المنتهية بتطبيقها - بحسب الأحوال - دون الإعتداد بإرادة المتهم مطبقين بذلك فكرة القانون الأصلح للمتهم، التي تعني أن القاضي وإرادته المنفردة يمكنه أن يطبق على المتهم القاعدة القانونية التي تنشئ له مركزا أو وضعاً أفضل ، ولو لم يرضى المتهم بذلك¹ .

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 108 .

فهذه الفكرة أساسا تتعلق بمسألة سريان القانون من حيث الزمان ، ضف إلى ذلك أن المشرع إشتراط صراحة رضا المحكوم عليه بالعقوبة كنوع من إشراكه في تحديد الجزاء المناسب لجرمه ، فالعقوبة الرضائية ليست مجرد خيار للقاضي، بقدر ما هي فرصة للمتهم إن شاء قبل بها، وإن شاء رفضها .

ثانيا : عقوبة تسبقها إجراءات خاصة .

ترتبط العقوبة الرضائية إرتباطا وثيقا بوصفها ثورة في مجال العقوبة، بالعديد من الأفكار التي تعتبر بدورها ثورة في المجال الإجرائي كبدائل الدعوى العمومية، والإجراءات الموجزة لإدارتها التي تقوم هي الأخرى وعلى النحو الذي سنراه على الرضائية.

فعادة يعتبر الإعتراف برضا المتهم في تحديد نوع الإجراءات الخاضع لها، وتخييره بين المعتاد منها وغيرها من الإجراءات الحديثة إيدانا على الإعتداد برضاه أيضا عند تطبيق العقوبة، لكن هذا ليس بالأمر الحتمي فيمن أن تمر الدعوى العمومية بإجراءاتها العادية، ومع ذلك يعترف المشرع بالرضائية في مرحلة النطق بالعقوبة من طرف القاضي ، كما هو الحال في عقوبة العمل للنفع العام في قانون العقوبات الجزائري على النحو الذي سنراه. أما الإجراءات الخاصة التي تسبق عادة العقوبات الرضائية فيمكن تقسيمها إلى طائفتين :

أ - بدائل الدعوى الجنائية¹ .

تعتبر الدعوى الجنائية الطريق العادي الذي حدده القانون للدولة لإقتضاء حقها في العقاب فالأصل في هذا الحق أنه قضائي لا رضائي²، ورغم ذلك ومراعاة لإعتبرات السرعة والنجاعة والفاعلية ، يفسح المشرع الباب أحيانا أماما طرق إستثنائية وغير عادية لتوقيع العقوبة دون اللجوء إلى إجراءات الدعوى الجنائية وهو ما يعرف ببدايل الدعوى الجنائية كالصلح الجنائي، التسوية الجنائية، الوساطة الجنائية ، ونظرا لكون هذه الآليات إستثناءات على مبدأ قضائية العقوبة فإنها تطبق في نطاق ضيق يشمل الجرائم الأقل أهمية.

¹ - د. أحمد فتحي سرور ، بدائل الدعوى الجنائية ، مجلة القانون والإقتصاد ، س 53، 1984 ، ص 209 . / د. مصطفى محمد عبد المحسن ، إنقضاء الدعوى الجنائية البدائل و المفترضات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 10 .

² - د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، حق الدولة في العقاب ، المرجع السابق ، ص 10 .

ب - الإجراءات الموجزة لإدارة الدعوى الجنائية¹.

من المتفق عليه أن الدعوى الجنائية تبدأ بمباشرة النيابة العامة للتحقيق،² وتنتهي بإصدار حكم نهائي فيها ، أي أنها إجمالاً تقسم إلى مرحلتين: مرحلة التحقيق الابتدائي، ومرحلة التحقيق النهائي. ومع ذلك فإن المشرع يسمح في مرات عديدة بالخروج عن هذه الثوابت ويجيز إختزال بعض الإجراءات، والإستغناء عنها، أو حتى مرحلة بأكملها، بهدف تبسيط إجراءات التقاضي، وجعلها أكثر سرعة .

فقد يستهدف الإيجاز مرحلة التحقيق الابتدائي أي مرحلة ما قبل المحاكمة، ومن أمثلة ذلك إمكانية الإستغناء عنه في طائفة المخالفات والجنح،³ والدخول مباشرة في مرحلة المحاكمة عن طريق ما يسمى بالتكليف المباشر بالحضور أمام المحكمة⁴.

كما قد يقوم الإيجاز على التبسيط قدر الإمكان في مرحلة المحاكمة، ولما لا إصدار الحكم دون تحقيق نهائي، ومثال ذلك نظام الأمر الجنائي، وكذا نظام المحاكمة الإيجازية المطبق في الأنظمة الأنجلوسكسونية، وبعض الدول العربية التي أخذت به كالعراق وقطر، ويتميز هذا النظام بالإختصار

¹ - د. مدحت عبد الحليم رمضان ، الإجراءات الموجزة لإنقضاء الدعوى الجنائية في ضوء تعديلات قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 22.

² - د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 69 .

³ - إذ تنص المادة 66 من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي : " التحقيق الابتدائي وجوبي في مواد الجنايات .

أما في مواد الجنح فيكون إختياريا ما لم يكن ثمة نصوص خاصة ، كما يجوز إجراؤه في مواد المخالفات إذا طلبه وكيل الجمهورية . " والمادة 76 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي

⁴ - إذ تنص المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ما يلي : يمكن المدعي المدني أن يكلف المتهم بالحضور أمام المحكمة في الحالات الآتية :

- ترك الأسرة .

- عدم تسليم طفل .

- إنتهاك حرمة المنزل .

- القذف .

- إصدار صك بدون رصيد .

وفي الحالات الأخرى ، ينبغي الحصول على ترخيص النيابة العامة للقيام بالتكليف المباشر بالحضور .

ينبغي على المدعي المدني الذي يكلف متهما تكليفا مباشرا بالحضور أمام محكمة أن يودع مقدما لدى كاتب الضبط المبلغ الذي يقدره وكيل الجمهورية. وأن ينوه في ورقة التكليف بالحضور عن إختيار موطن له بدائرة المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ما لم يكن متوطنا بدائرتها ، ويترتب البطلان على مخالفة شيء من ذلك . "

الشديد في مرحلة المحاكمة ، بحيث تبدأ المحاكمة بسؤال المتهم إذا كان مذنباً أم لا ، فإذا ما أقر بجرمه ، تصدر المحكمة عقوبتها دون الحاجة لسماع الشهود ، أو غير ذلك من الأدلة¹ .

ولكن قد يقحم المشرع إستثناء ضمن الإجراءات العادية والتقليدية لإدارة الدعوى العمومية وفي مرحلة النطق بالحكم ، إمكانية عرض القاضي على المتهم عقوبة أخرى غير العقوبة الأصلية المحكوم عليه بها مثل ما فعل المشرع الجزائري في عقوبة العمل للنفع العام .

ثالثاً : عقوبة بديلة في الجرائم البسيطة.

لاشك أن الإعتداد بإرادة المتهم لتحديد العقوبة المطبقة عليه أمر خطير بعض الشيء ، ويتنافى في ظاهره مع منطق العقاب التقليدي القائم على إنفراد الجهات القضائية بتحديد الجزاء المناسب للخارجين عن أوامر القانون ونواحيه في حدود الشرعية ، ملتفتة في ذلك عن رغبات المجني عليه أو المتهم . لذلك فإنه ومع قبول فكرة العقوبات الرضائية وإنتشارها إلى حد بعيد في الأنظمة الجنائية للعديد من الدول ، إلا أنها تبقى إستثناء مرتبطاً بطائفة الجرائم البسيطة ، وغير الخطيرة .

والحقيقة أن هذه الجرائم البسيطة أو كما يسميها البعض² "الإجرام الصغير" petite délinquance ، كانت سبباً لإبتداع العديد من الآليات الجديدة في ميدان العقوبة والإجراءات الجزائية ، فالسياسة الجنائية الحديثة تقوم على التمييز بين الإعتداءات الجسيمة ، والأخرى البسيطة لتحديد رد الفعل المناسب لمواجهتها . وإن كنا قد نتفق على ضرورة التمييز بين الجرائم وإختيار أقلها جسامة ليعاقب عليها بعقوبات رضائية ، فإننا قد نختلف بخصوص معيار هذا التمييز وفي هذا الصدد نجد المشرع قد يهتدي عند تحديده لنطاق تطبيق العقوبات الرضائية بمعيار أو معيارين أو أكثر من المعايير التالية :

أ - معيار المصلحة القانونية المعتدى عليها .

يمكن أن تقاس جسامة الجريمة بنوع المصلحة القانونية المعتدى عليها ، وما يلحقها من ضرر أو ماتعرض له من خطر . فإذا كانت هذه المصلحة عامة كانت الجريمة الواقعة عليها خطيرة وجسيمة

¹ - د. عبد الله عادل خزنة كاتيبي ، المرجع السابق ، ص 32 .

Spencer J.R , la célérité de la procédure pénale en Angleterre , p 418 .

نقلاً عن : د. أحمد محمد براك ، المرجع السابق ، ص 98 .

² - Xavier Pin , op cit , p 248 .

تعامل معاملة إجرائية وعقابية عادية، وإذا كانت المصلحة خاصة كانت الجريمة الماسة بها بسيطة يمكن أن تختزل إجراءات متابعة مقترفيها، ويكمن إفادتهم من نظام العقوبة الرضائية .

ب- معيار نوع الخطأ المرتكب في الجريمة.

الخطأ عنصر من عناصر الركن المعنوي للجريمة و يقصد به تلك الإرادة المخالفة للواجب القانوني¹، وهو نوعان خطأ عمدي، وخطأ غير عمدي، وهنا يرى البعض² أن المشرع يمكنه التعويل على نوع الخطأ المرتكب، والتمييز بين الجرائم العمدية وغير العمدية لقياس خطورة الجريمة. فإذا كانت الجريمة في أبسط وصف لها عصيانا لأمر القانون أو نهيها، فإن هذا العصيان يكون أخطر ما يكون إذا كان مقصودا ممن أتاه³. وعليه يمكن تطبيق العقوبات الرضائية على الجرائم غير العمدية لأنها لا تدل على أي خطورة إجرامية لدى مرتكبها تمنع من إشراكه في تحديد العقوبة الخاضع لها .

ج- معيار نوع ومقدار العقوبة المقررة للجريمة .

تعتبر العقوبة المحددة قانونا لأية جريمة من الجرائم دليلا واضحا على مدى خطورتها، و هذا هو المعيار الأكثر دقة والذي تبناه المشرع الجزائري في العديد من الدول أساسا لتقسيم الجرائم إلى جنائيات وجنح ومخالفات⁴، كما تبناه أيضا لتحديد نطاق تطبيق العقوبة الرضائية.

فنظام التسوية الجنائية في فرنسا والذي ينتهي بتطبيق عقوبات رضائية يطبق على المخالفات والجنح المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس لمدة تعادل أو تقل عن 5 سنوات ما عدى جرائم الصحف القتل الخطأ و الجرائم السياسية .

وكذلك الأمر بالنسبة لنظام المثول على أساس الإعتراف المسبق، يطبق على الجنح المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس لمدة لا تزيد على 5 سنوات، ما عدى جرائم الصحافة، القتل غير العمد، الجرائم السياسية، والجرائم التي تنظم إجراءات الملاحقة فيها عن طريق قانون خاص .

1 - د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد، المرجع السابق، ص 170، فقرة 92 .

2 - وقد أخذ بهذا المعيار د. أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري (ظاهرة الحد من العقاب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 71، فقرة 46 لتحديد نطاق تطبيق الجزاءات الإدارية وهي جزاءات رضائية

3 - د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد، المرجع السابق، ص 176، فقرة 97 .

4 - أنظر المادة 5 من قانون العقوبات الجزائري .

كما يطبق نظام التصالح في مصر على المخالفات والجنح المعاقب عليها بالحبس الجوازي مدة لا تزيد على ستة أشهر .

الفرع الثالث : العقوبة الرضائية في ميزان علم العقاب.

لا يمكن الحديث عن فكرة العقوبة عامة ولا عن فكرة العقوبة الرضائية خاصة، دون أن نربط البحث بعلم العقاب، ذلك العلم الذي يعنى بدراسة وظيفة العقوبة ، والغرض منها، وأنواعها ،وكيفية تطبيقها بهدف تطويرها وتحسينها لبلوغ الأهداف المرجوة منها¹. فالأي درجة تتماشى العقوبة الرضائية و مبادئ علم العقاب. فهل هي عقوبة تستند لأسس علمية أم أنها مجرد موجة عابرة ؟

الحقيقة أن لعلم العقاب مواضيع ومحاور عدة ولكن لنتمكن من تقييم العقوبة الرضائية على ضوء هذا العلم ينبغي على الأقل تحديد مركزها ضمن النظريات العقابية الكبرى والتي تحدد أساس اللجوء إلى العقوبة وبالتالي تؤثر على أنواعها وعلى كيفية تطبيقها ، ثم البحث عن مدى تحقيق العقوبة الرضائية لأغراض العقوبة².

أولا : مدى تلاؤم العقوبة الرضائية مع النظريات العقابية .

لا يجب أن يكون إقتضاء الدولة لحقها في العقاب عملية جامدة تحكمية ، بل يجب أن يكون لها أساس تستند إليه، ومبرر يضمني على ما تقوم به في سبيل ذلك المشروعية . وبالفعل هذا ما نادى به مفكرو علم العقاب ، كأول مطلب لجعل توقيع العقوبة مسألة مؤطرة لها ضوابطها التي تنأى بها عن الشطط أو الهوى .

وقد ظهرت جملة من الأفكار والآراء والنظريات التي حاولت إيجاد تلك المرجعية التي يجب أن تستند عليها الدولة عند معاقبتها للخارجين عن أوامر القانون ونواهيها، والتي تشكل المعيار الذي يقاس عليه مدى إعتدال أي نظام عقابي سواء من حيث نوعية عقوباته، أو كيفية تطبيقها .

ولما كانت العقوبة الرضائية نمطا جديدا و مستحدثا من أنماط توقيع العقوبات وجب أن نبحت لها عن أساس يبرر اللجوء إليها، ولا سبيل في ذلك إلا إستعراض أهم النظريات التي قيل بها في مجال ومدى تماشيها وفكرة الرضائية .

1 - د. محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، المرجع السابق ، ص 35 .

2 - د. علي محمد جعفر ، المرجع السابق ، ص 22.

أ- العقوبة الرضائية ونظرية المنفعة الاجتماعية .

تعتبر نظرية المنفعة الاجتماعية أول أساس حددته المدرسة التقليدية لإستعمال الدولة لآلتها العقابية، حيث توصل زعيم هذه المدرسة الماركيز الإيطالي "شيزاري بيكاريا" إلى فكرة نفعية العقوبة¹ والتي مفادها أن الغاية والهدف من وراء تشريع العقوبات وتحديد أنواعها وكيفية تطبيقها يجب أن يكون تحقيق المصلحة الاجتماعية ، وضمان أمن الجماعة ، وإستقرارها عن طريق حمايتها من مخاطر الإجرام و آثاره الضارة . أما الإنتقام والتكفير و إرضاء الشعور العام فهي أفكار لا ترقى لأن تكون أساسا أو هدفا للعقوبة² .

وقد تأثر جملة من الفلاسفة أمثال " جيرمي بنتام " و " إنسلم فورباخ " بأفكار " بيكاريا " وحذوا حذوه في إرساء معالم نفعية العقوبة ولكن على طريقتهم.

فإذا كان "بيكاريا" يؤسس العقوبة على فكرة المنفعة فذلك يعني لديه أنه لا يلجأ إليها إلا إذا كانت ضرورية وبالقدر اللازم لتحقيق المصلحة الاجتماعية³، لأن العقوبة ضرر يصيب الجاني، ويصيب المجتمع أيضا الذي يبذل الجهد ويتكبد الخسارة في سبيل تطبيقها ، لذلك وجب ألا تلجأ إليها الدولة إلا إذا كان فيها منفعة .

وبتفسير "بيكاريا" للمنفعة الاجتماعية على هذا النحو يكون قد طبع مذهبه بالإعتدال⁴ مقارنة ب " بنتام " و " فيرباخ " اللذان كانا يفسران تحقيق العقوبة للمنفعة الاجتماعية بأن يكون أذى هذه الأخيرة يفوق المنفعة التي يسعى المجرم إلى تحقيقها من وراء الجريمة ، فالمنفعة الاجتماعية تتحقق بالردع والقسوة⁵ .

ولو أخذنا بمدلول هذه النظرية عند " بيكاريا " وأبعدناها عن إطار المغالاة و جعلنا الضابط فيها مدى تحقيق العقوبة للمنفعة الاجتماعية لتحديد طبيعتها أو طريقة تنفيذها ، لوجدنا أن هذه

¹ - د. علي عبد القادر القهوجي ، علم الإجرام وعلم العقاب ، المرجع السابق ، ص 249 .

² - **Cesare Beccaria** , des délits et des peines , traduit par Maurice Chevalier , GF Flammarion , Paris , 1991 , p 66 .

³ - د. علي راشد ، المرجع السابق، ص 35 ، فقرة 45.

⁴ - المرجع نفسه ، ص 37 ، فقرة 50 .

⁵ - د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، حق الدولة في العقاب ، المرجع السابق ، ص 52 ، فقرة 20 .

النظرية وبالرغم من أنها لا تؤسس لفكرة العقوبة الرضائية بصفة مباشرة ، إلا أنها فتحت الباب بمرونتها أمام تعدد آليات العقاب أو حتى اللاعقاب مادام ذلك يحقق المنفعة الإجتماعية.¹ ولا أحد يمكن أن ينكر أن الإتجاهات الحديثة في علم العقاب هي وليدة النفعية .

ب - العقوبة الرضائية ونظرية العدالة المطلقة .

رغم إنتشار نظرية المنفعة الإجتماعية، ونجاحها إلى حد كبير في تحديد أساس إستعمال الدولة لحقها في العقاب، نادى الفيلسوف الألماني "إمانويل كانت" بفكرة أخرى يعتبرها البعض² إمتدادا للمذهب الأخلاقي ل "جروسيوس" و"سلدن" الذي ساد في القرن 17.

إذ يرفض "كانت" فكرة المنفعة الإجتماعية ، ويؤسس العقوبة على مبدأ العدالة المطلقة الذي يعني أن الغرض من اللجوء إلى العقوبة هو إرضاء شعور العدالة المتأصل في النفس البشرية، بعيدا عن أية فكرة نفعية³، فالناس لا يرضون ولا يشعرون بالعدل إلا إذا قابلوا الشر بالشر لأنهم مفطورون ومحبولون على ذلك⁴.

ويوضح الفيلسوف "كانت" طرحه هذا بفرض خيالي يعرف بـ"الجزيرة المهجورة"⁵، فبالنسبة له لو أن جماعة من الناس كانوا يعيشون على جزيرة معزولة ثم قرروا هجرها ، والإفتراق عن بعضهم البعض، فلو إرتكب أحدهم جريمة تستوجب إعدامه وجب على الجماعة ،تنفيذ العقوبة قبل الرحيل، إرضاء لشعورهم بالعدالة ، بالرغم من أن تطبيق العقوبة في هذه الحالة لا يحقق لهم أي منفعة إجتماعية⁶.

وإعمال نظرية العدالة المطلقة لتبرير إستعمال الدولة لحقها في العقاب يؤدي إلى حتمية العقوبة، فبمجرد إرتكاب الجريمة يقع على الدولة واجب إرضاء الشعور العام بالعدالة، ولا يتأتى ذلك إلا بالنطق بالعقوبة وتنفيذها على نحو من المماثلة والتناسب بينها وبين الجريمة المرتكبة .

¹ - د. أحمد محمد براك ، المرجع السابق ، ص 228 .

² - د. علي راشد ، المرجع السابق ، ص 42 ، فقرة 57 .

³ - Jose M.Rico , op cit , p 123 .

⁴ - د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، حق الدولة في العقاب ، المرجع السابق ، ص 56 ، فقرة 22 .

⁵ - د. مصطفى فهمي الجوهري ، النظرية العامة للجزاء الجنائي - دراسة تحليلية و تأصيلية طبقا لقانون العقوبات الإتحادي مقارنة بقوانين بعض الدول العربية ، 1998 ، ص 91 .

⁶ - د. علي الفهوجي ، علم الإجرام و علم العقاب ، المرجع السابق ، ص 255 .

وتفرض هذه النظرية أي شكل من أشكال العفو عن العقوبة أو التصالح بشأنها¹، وهي قياسا على ذلك ترفض أيضا أن تكون العقوبة رضائية، لأن العدالة بمفهوم مقابلة الشر بالشر تستوجب أن تحدد العقوبة وتطبق من طرف الدولة كنوع من الإنتقام أو الإقتصاص من الجاني، دون أن يمنح هذا الأخير حق الرضا أو الرفض لأن المجني عليه لم يمنح هذا الحق .

ومع ذلك فإن عصرنة هذه النظرية بالإحتفاظ بجوهرها أي تحقيق العقوبة للعدالة ، وملاءمة مفهوم العدالة لمتطلبات الحياة البشرية الحديثة ، سيجعل منها أساسا حقيقيا للعديد من الأفكار الحديثة بما فيها الرضائية .

فالعدالة في يومنا هذا بعيدة كل البعد عن مقابلة الشر بالشر، العدالة المنشودة اليوم عدالة إنسانية² تقوم على تفريد المعاملة العقابية قدر الإمكان لتحقيق أهداف أسمى تتمثل في إصلاح الجناة وإعادة إدماجهم .

وإذا كان تفريد العقوبة مطلبا أساسيا لتحقيق العقوبة للعدالة³ ، فإن العقوبة الرضائية لا يمكن أن تنفصل عن أساس العدالة لأنها من أهم آليات التفريد العقابي.

ج- العقوبة الرضائية و النظرية التوفيقية .

ظهرت هذه النظرية وازدهرت في منتصف القرن 19 على يد مجموعة من الفقهاء أمثال: "جيزو"، "كوزان" و "بواتار" اللذين كونوا ما يعرف بالمدرسة التقليدية الجديدة فحاولوا الجمع بين فلسفة العدالة المطلقة ل "كانت" وفلسفة المنفعة ل "بنتام"⁴ .

وقد ترتب على التوفيق بين المذهب النفغي ، والمذهب الأخلاقي إعتبار العدالة المطلقة أساسا للعقوبة، وغرضا لها، أما المنفعة فهي الإطار الذي يرسم حدودها ، وعليه لا يجب أن تكون العقوبة

¹ - د. نبيل عبد الصبور النبروي ، المرجع السابق ، ص 189 .

² - Jacques Faget , médiation et violences conjugales , champ pénal , vol 1 , 2004 .

Article disponible sur : <http://champpenal.revues.org/50>

³ - د. جلال ثروت ، الظاهرة الإجرامية دراسة في علم العقاب ، المرجع السابق ، ص 89 ، فقرة 97 . / د. فتوح عبد الله الشاذلي ، علم العقاب ، دار الهدى للمطبوعات ، الإسكندرية ، 1993 ، ص 98 .

⁴ - د. عبد الرحيم صدقي ، علم العقاب - العقوبة على ضوء العلم الحديث في الفكر المصري والمقارن - ، دار المعارف، القاهرة، 1986 ، ص 24.

أقل مما هو عادل ولا أكثر مما هو مفيد ، لأنها إن لم تبلغ سقف العدالة ترتب عليها جرح الشعور العام، وإن تجاوزت حدود ما هو مفيد إعتبر ذلك مغالاة لا خير فيها¹.

وفكرة الجمع بين المذهبين فكرة صائبة ذلك أن التطبيق الجامد و المجرد لنظرية المنفعة ، أو لنظرية العدالة سيؤدي لا محالة إلى التطرف ، ويكون قاصرا عن تلبية حاجيات الجماعة من العقوبة التي تبررها العدالة وترسم حدودها المنفعة .

وطبقا لهذه النظرية فإن العقاب على الجريمة حق وواجب، فهو واجب لتحقيق العدالة، وحق لأن الدولة تراعي عند لجوئها إلى العقاب الفائدة التي عليها من ورائه، فإن كان عدم إستعمالها لحقها في العقاب، أو إستعماله له بطرق غير مألوفة يحقق لها فائدة أكبر كان لها ذلك².

وهذا المنهج المعتدل في تبرير إستعمال الدولة لحقها في العقاب يتماشى وتطور مفهوم العقوبة وآليات توقيعهما ، وإن كنا لم نرى حرجا من إسناد فكرة العقوبة الرضائية إلى نظرية المنفعة أو نظرية العدالة ، فإنها من باب أولى تتلاءم ومبادئ النظرية التوفيقية .

وفي الختام نجد أن العقوبة الرضائية وإن كانت وليدة إعتبرات هذا العصر إلا أنها ليست منبته الصلة عن أمهات النظريات التي قيلت في شأن العقوبة، فهي ليست ثمرة نزعة شاذة دخيلة على المجال العقابي، بل هي نتاج مرحلة طبيعية من مراحل تطور المعاملة العقابية.

ثانيا : مدى تحقيق العقوبة الرضائية لأغراض النظام العقابي .

من بين أبرز الموضوعات التي يعنى علم العقاب بالبحث فيها بالإضافة إلى أساس العقاب مسألة تحديد أهداف العقاب، فالعقاب عملية منظمة تتم لتحقيق غاية، أو غايات بعينها، وليست مجرد ممارسة عشوائية إنتقامية .

والحقيقة أن الهدف الرئيسي للعقوبة بوصفها رد فعل من المجتمع تجاه إرتكاب الجريمة لا يخرج عن إطار مكافحة الإجرام وحماية المجتمع من شروره ، ولكن هذا الهدف النبيل البعيد لا يمكن إدراكه إلا بتحقيق أهداف أولية .

¹ - د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، حق الدولة في العقاب ، المرجع السابق ، ص 56 ، فقرة 23 .

² - د. سر الختم عثمان إدريس ، المرجع السابق ، ص 209 .

يحاول علماء العقاب وفقهاء القانون سوية تحديدها لتنظيم وتفعيل العملية العقابية. و ترتبط فكرة أغراض العقوبة إرتباطا وثيقا بتحديد العقوبات وإختيار الأساليب اللازمة لتنفيذها، لأن أي مغالاة أو تقصير أو تعارض بين وسائل وأساليب العقاب وأهدافه أو أغراضه سيجعل منه أمرا غير ذي فائدة، بل وضارا في كثير من الأحيان¹.

وقد تعددت المحاولات الفقهية لإيجاد الهدف أو الأهداف التي ينبغي على العقوبة تحقيقها، وتأثرت كل مرة بالأفكار السائدة في كل حقبة زمنية، فتطور العقوبات وتغير نوعها، وكيفية تنفيذها كان مقترنا دائما بتغير أهدافها.

وقد كان أول هدف رأت المجتمعات ضرورة تحقيق العقاب له هو الإنتقام من الجاني، وإن كانت السياسات العقابية الحديثة تمقت هذا الهدف بالبداية، وتمتنع عن الدفاع عنه أخلاقيا إلا أنه مازال المحرك الحقيقي للمعاملة داخل المؤسسات العقابية، ويجد صدى واسعا في شرائح كبيرة من الرأي العام نظرا لإرتباطه بفكرة الإذئاب الخلقى التي بعثتها الأديان المختلفة والتي تستبع التكفير والإنتقام من المذنب².

وإن كان علماء العقاب، وفقهاء القانون قد إستبعدوا فكرة الإنتقام كغرض من أغراض العقوبة لا كشعور قد يعتري الجاني عليه، أو ذويه، أو الأفراد داخل المجتمع، لكونه رد الفعل الطبيعي للجريمة، فإنهم قد حددوا للعقوبة أهدافا ثلاثا لا بد لها أن تحققها لتؤدي وظيفتها في مكافحة الجريمة وهي العدالة، الردع العام، والردع الخاص.

فإلى أي مدى يمكن للعقوبة الرضائية أن تلبى هذه المطالب، مع العلم أنها عقوبة غير عادية تتجرد في كثير من الأحيان من بعض القيود المألوفة لإختيار العقوبة أو لتنفيذها، هذه القيود التي قد تعتبر سبيلا لبلوغ هذه الأهداف؟

أ- العقوبة الرضائية و تحقيق العدالة .

العدالة شعور يجبل الأفراد على إدراكه والإحساس به ولو كانوا غير عادلين، فهي غريزة المساواة ونبد الظلم التي قد تأثر فيها الأهواء لكن لا تعدمها، والجريمة مهما كانت بسيطة إلا وتمثل

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي و د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 217.

² - د. محمد إبراهيم زيد، المرجع السابق، ص 283.

إعتداء على حق عام أو خاص، أي إنتهاكا لأسس العدالة في المجتمع، فهي بما تحمله من معاني التحدي للمجتمع وإختراق نوااميسه، تستنهض الوجدان الجماعي، وتجعله يرفضها، ويمقت مقترفها ويسعى للإقتصاص منه .

لذلك فإن تحقيق العدالة يعني مقابلة الشر بشر مثله¹، ولما كانت الجريمة شرا فإن العقوبة هي الشر المقابل له، هذه المعادلة هي الوحيدة الكفيلة بإرجاع الإستقرار والرضا في نفوس المجني عليه والأفراد.

ويرى البعض² أن هدف تحقيق العدالة يظهر بوضوح في عقوبات القصاص التي يقوم عليها التشريع العقابي الإسلامي، فهو يعني التسوية في المعاملة، أي إنزال شر بالجاني يعادل ذلك الشر الذي أنزله بالمجني عليه، فيها الجزاء من جنس ومقدار العمل، وهي بذلك ترضي الشعور العام بالعدالة، وكذا شعور المجني عليه وذويه، الأمر الذي يبعث من جديد ثقة الأفراد في القانون والسلطات القائمة على تنفيذه، ويدرؤ شبح الإنتقام .

والعدالة بهذا المعنى تفترض التطبيق الجامد والحتمي للعقوبات التي يحددها المشرع معملا في ذلك معيار التناسب بين الجريمة والجزاء المقرر لها .

أما القول بوجود عقوبات رضائية بديلة - تكون دائما أقل شدة من العقوبات الأصلية لتشجيع المتهم على قبولها وتفادي إجراءات الدعوى الجنائية المعتادة أو إختزال مراحلها - يوحي بأن هناك تنازلا أو تضحية بالعدالة في سبيل تحقيق هدف نفعي يتمثل في تبسيط الإجراءات والإسراع بإختيار العقوبة المطبقة على المتهم برضاه بغية حل أزمة القضاء الجنائي المتولدة عن الإطالة والمماطلة في صدور الأحكام الجنائية وتنفيذها نظرا لتعقيد وتعدد المراحل التي تمر بها الدعوى الجنائية.

وبالرغم من أنه لا يمكن إنكار أن العقوبة الرضائية وغيرها كثير من الأفكار الحديثة في السياسة الجنائية عامة، والسياسة العقابية خاصة هي وليدة تيار نفعي يسعى إلى التخفيف من الإختناق الذي تعاني منه العدالة الجنائية، إلا أنها ومع ذلك إنعكاس لنظرة جديدة لفكرة العدالة

¹ - Bernard bouloc , op cit , p4 , al 6 .

² - د. فتوح عبد الله الشاذلي ، د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 218 .

نفسها فإذا كان المفهوم التقليدي للعدالة هو مقابلة الشر بالشر على أساس تصور مبدأ حرية الإرادة القائم على أن الفرد قد إختار عن إدراك و إرادة أن يفعل الشر وأنه بإختياره هذا يستحق العقاب .

فإن المفهوم الحديث للعدالة ينبنى على أساس المسؤولية الإجتماعية لا الأخلاقية والتي تعدد إلى حد كبير بالظروف الإجتماعية غير الملائمة كسبب حتمي للوقوع في شرك الجريمة¹. الأمر الذي يجعل من غير العادل معاملة المذنبين معاملة تحددها النصوص الجامدة فقط دون أن نشركهم في إختيار العقوبة التي سيخضعون لها . والتي تعتبر علاجاً لما في نفوسهم من أسقام .

وهي أي العقوبة الرضائية بالرغم من مراعاتها لإرادة المتهم أو الجاني، لا تحمل شعور المجني عليه أو المجتمع الملح بتطبيق القانون على من خالفه لأن وجود الرضائية لا يقدح في جوهرها كعقوبة ولا ينفي عنها عنصر الإيلام.

وهكذا يكمننا القول أن العقوبة الرضائية تعتبر آلية جديدة لبلوغ هدف العدالة المنشود، لا تتعارض معه بل تلبيه بطريقة أكثر إنسانية .

ب - العقوبة الرضائية وتحقيق الردع العام .

يعتبر تحقيق الردع العام غرضاً آخر يفترض في العقوبة أن تحققه، وهو غرض نفعي مقارنة بغرض العدالة الأخلاقي، لأنه لا ينبنى على مثل عليا بقدر ما يحقق مصلحة إجتماعية تتمثل في التقليل من حجم الجريمة قدر الإمكان .

وقد عرفه البعض² بأنه إنذار الناس كافة - عن طريق التهديد بالعقاب - بسوء عاقبة الإجرام كي يجتنبوه . وهكذا يقوم الردع العام على بعث شعور بالخوف والرهبة من العقوبة يؤدي إلى العزوف، والإبتعاد، والإحجام عن إرتكاب الجريمة .

ولا تقتصر فعالية الردع العام على العقوبات الواردة في النصوص العقابية فقط، وإنما يتحقق جانب كبير منه من وراء المحاكمة العلنية للمتهمين، والمعاملة التي يتعرضون لها³.

1 - د. محمد إبراهيم زيد ، مقدمة في علم الإجرام و علم العقاب ، المرجع السابق ، ص 284 .

2 - د. فتوح عبد الله الشاذلي ، د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 218 .

3 - د. عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص 718 ، فقرة 481 .

وقد تعرضت فكرة تحقيق العقوبة للردع العام للإنتقاد على أساس أنها تؤدي إلى قسوة العقوبات، لأن فعالية التهديد وهو جوهر الردع، تزداد كلما إزدادت شدة العقوبة، فالعقوبة الخفيفة يستهين بها الناس فلا تمنعهم من إرتكاب الجريمة.¹

كما ينتقد الردع العام أيضا على أساس أنه يجعل الأشخاص الخاضعين للعقوبة وسيلة لترهيب غيرهم من تقليدهم، في حين يفترض أن يكون الإنسان ولو كان مجرما غاية للنظام العقابي، وذلك بإصلاحه، وإعادة أقلته إجتماعيا، لا وسيلة لتحقيق أغراضه .

ومع ذلك فإن الردع العام يبقى من أنجع الطرق للوقاية من الجريمة ، لذلك لا يمكن الإستغناء عنه بل يمكن أقلته مع المتطلبات الجديدة للسياسة العقابية، التي تتوجه نحو معاملة أكثر إنسانية للمذنبين ، أي أن العقوبة يمكن أن تكون إنسانية وفي نفس الوقت رادعة .

وهذا بالفعل الأساس الذي تقوم عليه العقوبة الرضائية ، فهي عقوبة إختيارية، وأقل شدة من العقوبة الأصلية ، ورغم ذلك لا تؤثر في الأثر الرادع للنصوص العقابية، لأنها أولا لا تلغي العقوبة الأصلية التي تكون أكثر ردعا، ولأنها ثانيا لا تخلو من الردع لأنها في الأخير عقوبة جوهرها الإيلام ومنصوص عليها في القانون ليعلم بها الكافة .

وهي تمثل بالفعل معادلة ناجحة بين الأغراض التقليدية للنظام العقابي ومن بينها الردع العام، والمتطلبات الجديدة للسياسة العقابية القائمة على العلاج والإصلاح.²

ج- العقوبة الرضائية وتحقيق الردع الخاص .

ويقصد بالردع الخاص إستخدام العقوبة لمنع من تطبق عليه من العودة إلى الجريمة مستقبلا³ ولا يكون ذلك وفقا لرأي الفقيه " فويرباخ " الذي صاغ نظرية الإكراه النفسي، إلا بخلق العقوبة لبواعث مضادة للبواعث الشريرة الكامنة في نفس المجرم .

1 - د. فتوح عبد الله الشاذلي ، د. علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 219 .

2 - د. علي محمد جعفر ، المرجع السابق ، ص 12 .

3 - د. محمد إبراهيم زيد ، المرجع السابق ، ص 290 .

فالجانبي إنما يرتكب الجريمة لإشباع لذة معينة بداخله، لذلك يجب أن تشعره العقوبة المطبقة عليه بألم يفوق ويجاوز حدود هذه اللذة، فإذا ما وازن بينهما، وجد نفسه يميل إلى تجنب ألم العقوبة أكثر من ميله إلى البحث عن لذة الجريمة¹.

ولعل فهم وظيفة الردع الخاص على هذا المنوال، من شأنه أن يشكك في قدرة العقوبة الرضائية على تحقيقه كغرض من أغراضها، فكيف يمكن بث الفزع والخوف من الجزاء في نفس الجاني وهو شريك في إختياره؟ وكيف تكون العقوبة رادعة إذا كانت بطبيعتها عقوبة بديلة مخففة؟

يرى بعض² أنصار العقوبات الرضائية أن هذه الطائفة المستحدثة من العقوبات لا تتعارض مع أغراض النظام العقابي وتحديد الردع الخاص، بل تليها ولكن على وجه مختلف بعض الشيء عما هو معتاد و مألوف.

فقد إستقر في ذهن فقهاء القانون الآن أن العبرة في مدى تحقيق العقوبة للردع الخاص ليست بمدى قسوتها، وإنما باليقين بوقوعها والإسراع في تنفيذها³. وهذا ما تضمنه العقوبات الرضائية فالكثير من الأنظمة الإجرائية القائمة على فكرة العقوبة الرضائية، إنما جاءت لمواجهة ظاهرة تصاعد نسبة إرتكاب الجرائم البسيطة، وتضخم عدد قضاياها أمام المحاكم الأمر الذي تسبب في نوع من الركود وعدم الفاعلية في الجهاز القضائي الجنائي⁴.

مما أدى بالنيابة العامة إلى محاولة إزاحة هذه الجرائم التي تراها غير مهمة، عن نظر القضاء للتفرغ للقضايا الخطيرة، عن طريق إصدار أوامرها الحفظ في إطار سلطة الملاءمة التي منحها لها القانون.

1 - د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 64، فقرة 58. / د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 165، فقرة 158.

2 - د. أحمد محمد براك، المرجع السابق، ص 277.

3 - د. محمود نجيب حسني، علم العقاب، المرجع السابق، ص 95، فقرة 93. / د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة، القاهرة، 1999، ص 168، فقرة 164.

4 - د. عبد الله خزنة كاتبي، المرجع السابق، ص 33. / د. عمر سالم، نحو تيسير الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 29.

فقد وصلت نسبة الأوامر بالحفظ التي أصدرها النواب العامون في فرنسا سنة 1993 إلى 77% من مجموع المحاضر التي يتلقونها¹. مما يعني أن عددا كبيرا من الجرائم كان يبقى دون جزاء. فأيهما أكثر تحقيقا للردع الخاص عقوبة شديدة محتملة أم عقوبة مخففة لكنها أكيدة؟!

هذا عن يقينية العقوبة الرضائية، أما عن سرعة تطبيقها والذي يعتبر عاملا فعالا في تحقيق الردع الخاص، فإنه وكما رأينا، جل العقوبات الرضائية تطبق بإجراءات موجزة، غير تلك التي تمر بها الدعاوى العادية. مما يجعلها أكثر فعالية².

وخلصة كل ما سبق أن العقوبة الرضائية بوصفها نمطا جديدا للعقوبات، قد تظهر كنموذج على القيم السابقة لظهورها، ومن بينها أغراض العقوبة، ولكنها في الحقيقة تلي هذه الأغراض بطريقتها الخاصة جامعة بينها، وبين مطالب لا تقل أهمية عنها بل يمكن إعتبارها الأغراض الجديدة للنظام العقابي، وهي علاج الجناة وإصلاحهم، لإعادة أqlمتهم في المجتمع، مع محاولة نحو آثار الجريمة بالنسبة لهم ولضحاياهم، وللمجتمع ككل.

المطلب الثاني : أنواع العقوبات الرضائية .

العقوبات الرضائية وكما سبق وأن أشرنا ليست نوعا مستقلا من العقوبات، بقدر ما هي طريقة حديثة لتطبيق العقوبات، فإذا ما عرضت أي عقوبة على المتهم ليوافق عليها قبل تطبيقها عليه صارت بذلك عقوبة رضائية بغض النظر عن الحق الذي تمسه، أو المدة التي تطبق فيها .

ومع ذلك فإن الطبيعة الخاصة للعقوبة الرضائية كونها عقوبة بديلة، يلجؤ إليها في بعض الأحيان لتحقيق أغراض قد تعجز العقوبة الأصلية عن تحقيقها، جعل الرضائية تمس طوائف معينة من العقوبات تصلح لأن تكون عقوبات بديلة لكونها أقل شدة مما يجعل المتهم يميل إلى قبولها مثل العقوبات المالية، أو تجلب إلى ساحة العقوبة تدابير إصلاحية لا تعتبر في الأصل عقوبة . كفكرة العمل للنفع العام الذي يعتبر قفزة نوعية في مجال الفلسفة العقابية .

¹-Pierette Pancella , droit de la peine , imprimerie des presses universitaire de France, Paris, 1995 , p 428 .

² - د.أحمد محمد براك ، المرجع السابق ، ص 280 .

والحقيقة أنه لا يمكننا الجزم بأن العقوبات التي سنتناولها فيما يلي هي كل العقوبات الرضائية لسبب بسيط نحبذ تكراره هو أن أي عقوبة عادية، يمكن أن تتحول إلى عقوبة رضائية إذا ما نص المشرع على تطبيقها برضا المتهم ، ولكن المعيار الذي أخذنا به لحصر العقوبات الرضائية ، هو الأخذ بالعقوبات الأكثر تلاؤما مع فكرة الرضائية .

وإذا ما حاولنا رد العقوبات الرضائية المعروفة في القانون المقارن لوجدنا أننا يمكننا ردها إلى طائفتين : عقوبات رضائية مباشرة، وعقوبات رضائية غير مباشرة.

الفرع الأول : نظام العقوبات الرضائية غير المباشرة في القانون الفرنسي.

تكاد تشترك جل الأنظمة الإجرائية في منح النيابة العامة - وهي بصدد نظر الملفات المعروضة أمامها- خيارين إثنين : إما أن تحرك الدعوى العمومية وذلك بطلب إفتاح تحقيق في القضية، أو إحالتها مباشرة أمام المحكمة ، وإما أن تقوم بإصدار قرار بالحفظ، الأمر الذي يعني أنها لا تريد المضي في إجراءات الدعوى الجنائية بسبب عدم أهمية الجريمة المرتكبة ، عدم توافر الأدلة الكافية، أو لتوافر أسباب قانونية تحول دون المتابعة الجزائية¹.

ولكن ونظرا لتطور صور السلوك الإجرامي، وظهور أنماط جديدة من أنماط الخروج عن القانون، وإنفراد كل جريمة بظروفها وملابساتها، فإن التصنيف الثنائي للقضايا المعروضة على النيابة العامة إلى قضايا قابلة للحفظ، وأخرى جديدة بالمتابعة، أضحي غير مناسب، مما يستدعي منح النيابة العامة خيارات أخرى.

خصوصا لمواجهة تلك الطائفة من الجرائم التي لا تعتبر الدعوى الجنائية بإجراءاتها المعتادة خير علاج لها ، وفي نفس الوقت لا يمكن الإكتفاء بخصوصها بإصدار أمر بالحفظ، لأنها لا تخلو من الأهمية .

هذا ما جعل بعض الدول وعلى رأسها فرنسا تدرك ضرورة منح النيابة العامة بالإضافة إلى سلطتها الأصليتين في حفظ الدعوى أو تحريكها، سلطة جديدة تتمثل في مواجهة بعض الجرائم ولكن بآليات جديدة غير الدعوى الجنائية ، في إطار ما يعرف ببدايل الدعوى الجنائية².

¹ - Michele-Laure Rassat , op cit , p 14.

² - Arlène Gaudreault , les limites de la justice réparatrice , édition dalloz , Paris , 2005 . p 7 .

التي تعتبر وبحق آليات لأقلمة المعاملة الإجرائية مع تنوع أنماط السلوك الإجرامي والمجرمين وتفريدها قدر الإمكان . مما أضفى على دور النيابة العامة نوعا من المرونة لم يزددها إلا فعالية. وقد إرتأينا تسمية هذه الأنظمة الإجرائية بالعقوبات الرضائية غير المباشرة ، على أساس أن المتهم الخاضع لها لا يختار عقوبته ، وإنما يختار الطريق الإجرائي البديل للدعوى العمومية والذي سينتهي في الأخير بتطبيق عقوبات مغايرة عن تلك التي كان سيحكم عليه بها لو حركت إجراءات الدعوى العمومية ضده .

أولا : التسوية الجنائية .

تعتبر التسوية الجنائية بديلا عن الدعوى الجنائية بإمتياز، فقد كانت من أوائل الإجراءات التي تنبه المشرع الفرنسي إلى ضرورة إقحامها في النظام الإجرائي، خصوصا بعد فشله في تبني الأمر الجنائي، الذي قضى المجلس الدستوري بعدم دستوريته بموجب القرار رقم 95-360 الصادر في 2 فبراير 1995¹ .

على أساس أنه يمثل هدرا لمبدأ الفصل بين سلطتي الإتهام والحكم كونه يقوم على منح النيابة العامة سلطة توقيع بعض العقوبات ما يمثل تعديا صارخا على السلطات الحصرية لقضاة الحكم فكانت التسوية الجنائية محاولة للخروج عن المسالك التقليدية للإجراءات الجنائية ، ومنحها نوعا من السرعة والفاعلية، دون المروق عن المبادئ الدستورية .

فقد نص القانون رقم 99-515 الصادر في 23 يونيو 1999 المتعلق بتدعيم فاعلية الإجراءات الجنائية على إستحداث عدد كبير من الأحكام المتعلقة بقانون الإجراءات الجزائية ومن بينها منح النيابة العامة سلطة جديدة وهي اللجوء إلى التسوية الجنائية بدلا من تحريك الدعوى الجنائية أو إصدار أمر بحفظها .

وقد تلى ذلك مجموعة من التعديلات شملت المادتين 41-2 ، و 41-3 وذلك بموجب القانون رقم 204-2004 الصادر في 9 مارس 2004 المتعلق بموائمة العدالة لمواجهة الظاهرة الإجرامية أو ما يسمى بقانون (بيربان 2) ، وكذا القانون رقم 2005-47 الصادر في 26 جانفي 2005، ضف إلى ذلك القانون رقم 2014-873 الصادر في 4 أوت 2014 .

¹-Arlène Gaudreault , op cit , p 12.

ليصل بذلك المشرع الفرنسي إلى نظام متكامل بديل عن الدعوى الجنائية. يقوم على إقترح النيابة العامة على الشخص الطبيعي، الذي يعترف بإرتكابه جنحة يعاقب عليها بالغرامة أو الحبس الذي لا يزيد عن خمس سنوات، أو مخالفة مرتبطة بها، أن يقوم بتنفيذ تدبير أو أكثر من التدابير المنصوص عليها حصرا في المادتين 41-2¹ و 41-3²، ليتم عرض ذلك على القاضي المختص ليعتمدها، فتنقضي بذلك الدعوى العمومية³.

أ- مفهوم التسوية الجنائية .

إن التسوية الجنائية كغيرها من الإجراءات الحديثة، لا تتمتع بمفهوم منضبط ودقيق يجعلها في خانة متميزة ومتأصلة، بل كثيرا ما يلجأ الفقه عند تعريفه لها، أو تحديده للطبيعة القانونية للأنظمة الجديدة، والتي تنبثق عادة عن فكرة العدالة الرضائية إلى دمجها جميعا تحت فكرة الصلح الجنائي وإعتبارها مجرد تطبيق من تطبيقاته .

والحقيقة أن هذا التكييف ليس بخاطيء، بقدر ما هو متناف مع النظرة العلمية الفاحصة، القائمة على التدقيق، والتفريق بين أكثر الأمور تشابها، أي أنه ليس هناك ما يمنع من رد التسوية الجنائية إلى فكرة الصلح الجنائي والمقاربة بينهما على أساس أنهما يصلان في المطاف الأخير إلى تبادلي الدعوى الجنائية، بالوصول إلى حل رضائي . ولكن دون أن نغفل خصوصية كل نظام وركائزه الأساسية . لذلك ليس أنجع لتحديد مفهوم التسوية الجنائية من فصلها عن المفهوم العام الذي تقحم فيه، وإعطائها تعريفا دقيقا وطبيعة قانونية محددة .

¹ - « Le procureur de la republique , tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement , peut proposer directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilité , une composition pénale a une personne physique qui reconnait avoir commis un ou plusieurs délits punis a titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale a cinq ans , le cas échéant , une ou plusieurs contraventions connexes qui consiste en une ou plusieurs des mesures suivantes ...' »

² « la procédure de composition pénale est également applicable aux contraventions ... »

³ **Arlène Gaudreault** , op cit , p 9 .

1- تعريف التسوية الجنائية .

من بين التعريفات الفقهية التي أعطيت للتسوية الجنائية في ظل غياب تعريفها تشريعيًا ، أنها إتفاق بين شخصين أو أكثر على قبول التنازل وصولًا للتسوية¹ ، والحقيقة أن الإيجاز الذي يتصف به هذا التعريف كفيلا بأن يحكم عليه بالقصور في ضبط مفهوم التسوية الجنائية ، فهي أكثر تعقيدًا من ذلك .

والتعريفات التي إنتهجت نهج التوسيع والبساطة كثيرة، قد يكون ذكرها مضيعة للوقت خصوصًا مع توافر تعريف أحسبه قد أوفى مفهوم هذا الإجراء حقه من الجمع والمنع . إذ يرى البعض² أن التسوية الجنائية نظام يمنح للنيابة العامة الحق بأن تقترح على الجانح المعترف بإرتكابه أحد الجنح المعاقب عليها بالغرامة، أو الحبس لمدة تقل أو تعادل خمس سنوات، أو إحدى المخالفات المرتبطة بها ، بأن تنفذ برضاه المطلق إحدى التدابير المنصوص عليها ، المقيدة للحرية أو للحقوق بشرط إعتمادها من القاضي المختص، وبذلك تنقضي الدعوى العمومية .

ولا أملك أن آخذ على هذا التعريف سوى كونه قد جعل التعريف متطابقًا مع النموذج الفرنسي للتسوية الجنائية، خصوصًا عندما ذكر نطاق تطبيقه، أي أنه لم يتسم بالتحديد الذي يكفل له التعميم على التطبيقات المختلفة لنظام التسوية الجنائية في التشريعات الجنائية المختلفة.

ولتدارك ذلك أرى حذف بعض التفاصيل، والإقتصار على إيراد أركان وعناصر هذا النظام الإجرائي ، دون التطرق لنطاق تطبيقه، أو نوعية العقوبات المطبقة فيه، فيكون التعريف كالاتي :
التسوية الجنائية نظام إجرائي يمنح للنيابة العامة الحق في إقتراح تطبيق عقوبة أو عقوبات على المتهم المعترف بإرتكابه جريمة ما، دون اللجوء إلى إجراءات الدعوى المعتاده ، شريطة التصديق على ذلك من طرف القاضي المختص.

2- الطبيعة القانونية للتسوية الجنائية .

التسوية الجنائية بلا شك بديل من بدائل الدعوى الجنائية، فهي سبيل آخر أكثر إيجازًا ونجاعة تسلكه النيابة العامة لإقتضاء حق الدولة في العقاب ، وهي بالرغم من كونها إجراء رضائيا نظرا

¹ - د. محمد حكيم حسين الحكيم ، المرجع السابق، ص 43، فقرة 62.

² - د. محمد أحمد براك ، المرجع السابق ، ص 363 .

لضرورة موافقة المتهم عليها لتزى النور، قضائية أيضا نظرا لإشتراط تصديق أحد القضاة عليها لتنفيذ ما ورد فيها من عقوبات على أرض الواقع، الأمر الذي يميزها عن بدائل الدعوى الجنائية غير القضائية، وعلى رأسها الصلح .

وقد إعتبر البعض التسوية الجنائية إجراء إداريا¹، يندرج ضمن ما يعرف بنظام التحول عن الإجراء الجنائي، وهو كل سيلة يستبعد بها الإجراء الجنائي العادي، وتتوقف بها المتابعة الجنائية وذلك لتجنب صدور حكم بالإدانة، حيث يخضع المذنب وبموافقته لبرنامج غير جنائي يساعده إما على الإندماج مرة أخرى في المجتمع، أو يحل النزاع الذي كان سببا لجريمته، ليجنبه في جميع الأحوال الجزاء الجنائي².

وهو الأمر الذي لا تتيحه التسوية الجنائية التي تقوم على مجموعة من العقوبات الرضائية البديلة للعقوبة الأصلية ، أي أنها لا تستبعد الجزاء الجنائي، بل هي طريق خاص لتطبيقه. كما أنها لا تنفذ من طرف الجهات الإدارية، لأننا حتى وإن أغفلنا الطبيعة المزدوجة لأعضاء النيابة العامة كونهم يمثلون السلطتين القضائية والتنفيذية، ونظرنا فقط إلى مهامهم الإدارية ، نجد أن الطبيعة القضائية لنظام التسوية الجنائية تتعزز بضرورة التصديق عليها من طرف أحد القضاة .

وقد إعتبر البعض³ التسوية الجنائية عقد إذعان، فهي عقد لأنها تقوم على مبدأ الرضائية وتكرسه، فهي لا تطبق قسرا، وإذعان لأن النيابة العامة تحدد طريقة إقتضاءها لحق الدولة في العقاب بعقوبة أو أكثر من العقوبات المحددة قانونا، وتعرضها على المتهم الذي لا يملك سوى القبول فيستفيد من إنقضاء الدعوى العمومية في حقه، أو الرفض والسير في إجراءاتها المعتادة . دون أن يتفاوض أو يتناقش حول مضمون إقتراح التسوية .

¹ Merle et vitu , op cit , p 61.

² - د. أمين مصطفى محمد ، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري ، المرجع السابق ، ص 9 .

³ - le bois happe , de la transaction pénale a la composition pénale , p 65 .

نقلا عن : محمد حكيم حسين الحكيم ، المرجع السابق ، ص 116.

وأجد أن هذا الطرح يعبر عن حقيقة نظام التسوية الجنائية ، الذي إعترف بالرضائية في جانب ضيق يدخله حيز العقد، وفي نفس الوقت لم يتجرد نهائيا من الطابع الأمر للإجراء الجنائي ليبقى في مجال الإذعان .

ب- شروط التسوية الجنائية .

الدعوى الجنائية هي الطريق العادي الذي تسلكه أجهزة الدولة لوضع القواعد العقابية حيز التنفيذ، أما بدائلها فليست سوى إستثناءات يتم اللجوء إليها في نطاق معين، وعليه فإن نظام التسوية الجنائية، وبالرغم من كونه وسيلة من الوسائل التي عزز بها القانون قدرات النيابة في التعامل مع الجرائم المختلفة، إلا أنه قيدها عند اللجوء إليها بمجموعة من الشروط بعضها، إذا ما توافرت أصبحت النيابة قادرة على إقتراحها ، والمضي في إجراءاتها. وعموما يمكن تصنيف هذه الشروط إلى شروط تتعلق بالجريمة المرتكبة وأخرى تتعلق بالشخص المتهم بإرتكابها¹ .

1- الشروط المتعلقة بالجريمة .

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

- أن تكون الجريمة المرتكبة مخالفة أو جنحة معاقبا عليها بالغرامة أو بالحبس .

لم يجز المشرع الفرنسي اللجوء إلى إجراء التسوية الجنائية بصدد كل الجرائم ، بل قصر نطاق تطبيقها بموجب المادتين 41-2 و 41-3 من قانون الإجراءات الجزائية على طائفة منها تتمثل في الجرح المعاقب عليها بالغرامة، أو بالحبس لمدة تعادل أو تقل عن خمس سنوات، بالإضافة إلى جميع المخالفات وهكذا يلاحظ على المشرع الفرنسي أنه إعتبر التسوية الجنائية حلا للجرائم متوسطة الخطورة² .

- أن لا تكون الجريمة صحفية ولا سياسية ولا قتل خطأ .

لم يكتف المشرع الفرنسي بحصر نطاق تطبيق التسوية الجنائية في فئة المخالفات، والجرح المعاقب عليها بالحبس مدة تقل عن أو تساوي خمس سنوات، بل إستثنى من نطاق تطبيقها أيضا الحالات التي ترتكب فيها هذه الجرائم بواسطة الصحف، أو تشكل جرائم قتل الخطأ، أو الجرائم

¹ - Claire saas , , op cit , p 833.

² - د. مدحت عبد الحلیم رمضان ، الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى الجنائية ، المرجع السابق ، ص 63 .

السياسية، وذلك لما تتطلبه هذه الخروقات من معاملة إجرائية وعقابية خاصة لا توفرها عملية التسوية.

- ألا تكون الدعوى العمومية قد حركت بخصوص هذه الجريمة .

إن من أهم العراقيل التي يمكن أن تقف في طريق تطبيق نظام التسوية الجنائية - بالرغم من توافر الشروط الآنفة الذكر- سبق تحريك الدعوى العمومية، وإن كانت احتمالات وقوع ذلك من طرف النيابة ضئيلة ولكن غير مستحيلة، إلا أن حق الشخص المضرور من ارتكاب الجريمة، في تحريك الدعوى العمومية عن طرق الإدعاء المباشر أمام المحكمة، أو الشكوى المصحوبة بالإدعاء المدني أمام قاضي التحقيق من شأنه أن يشكل مفاجأة قد تجهض مبادرة النيابة العامة باللجوء إلى التسوية الجنائية بدل الدعوى الجنائية، لذلك يجدر بالنيابة العامة أن تتأكد من عدم سبق تحريك الدعوى العمومية قبل إقتراحها اللجوء إلى التسوية الجنائية .

2- الشروط المتعلقة بالمتهم .

بالإضافة إلى الشروط المرتبطة بالجريمة ، توجد مجموعة من الشروط تتعلق بالمتهم ، وهي :

- أن يكون المتهم شخصا طبيعيا :

إستثنى قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي صراحة طائفة الأشخاص الاعتبارية من الإستفادة من نظام التسوية الجنائية، فجعله قاصرا على الأشخاص الطبيعية، ولعل ذلك مبرر أولا بنوعية الجرائم الخاضعة لهذا الإجراء ، فجلها من النوع الذي لا يتصور ارتكابه من شخص معنوي¹، وثانيا بعنصر الرضائية الذي تقوم عليه التسوية الجنائية، والذي يحتم الحصول على الرضا الصريح والشخصي للمتهم للمضي في إجراءاتها، الأمر الذي قد يتعذر مع الشخص الاعتباري .

- أن يكون المتهم راشدا :

نظام التسوية الجنائية من الأنظمة الخاصة بالراشدين ، أي أنها لا تطبق على القصر ، وذلك ما نصت عليه صراحة المادة 41-2 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي ، فلكي يستفيد المتهم من هذا الإجراء يجب أن يكون بالغا سن 18 سنة على الأقل عند ارتكابه للجريمة .

¹ - د.شريف سيد كامل ، المرجع السابق ، ص 165 ، فقرة 76 .

ولعل إعفاء طائفة القصر من الخضوع للتسوية مرده قيامها على فكرة العقوبة الرضائية لا الإعفاء من العقاب ، أو المعاملة غير الجنائية ، مما يبقى الأنظمة الخاصة بالقصر والتي تمتاز بنوع من المعاملة التربوية الإصلاحية لا العقابية أصلح لهم من هذا النظام¹ .

- أن يعترف المتهم بإرتكابه الجريمة :

بغض النظر عن كون التسوية الجنائية إجراء رضائيا، أي لا يطبق إلا إذا رضي به الخاضع له تقوم التسوية على شرط آخر وهو ضرورة إقرار المتهم بجرمه حتى تطبق عليه، و أن رضاه بها لا يكفي مادام لم يقر بالوقائع المنسوبة إليه ، أو أنكرها².

ولعل ذلك راجع في الأساس إلى الطبيعة العقابية للتدابير المقترحة في نظام التسوية، والتي جردها هذا النظام من العديد من الضمانات ضمانا للسرعة والإيجاز ، فكان الأساس الوحيد الذي يمكن أن تسند إليه ، ويجعلها لا تتنافى على الأقل مع قرينة البراءة ، أن يعترف المتهم بجرمه، فيسقط هذه القرينة³ .

ج- إجراءات التسوية الجنائية .

يمر نظام التسوية الجنائية البديل للدعوى الجنائية ، بثلاثة مراحل إجرائية وهي إقرار اللجوء إليه من طرف النيابة العامة، ثم التصديق على ذلك الإقرار وما تضمنه من تدابير من طرف القاضي المختص، وأخيرا تنفيذ أحكامه من طرف المتهم .

1- مرحلة الإقرار :

إن اللجوء إلى نظام التسوية الجنائية أمر إختياري بالنسبة للنيابة ، لها أن تفعله بإقتراحه على المتهم ، ولها أن تغفله وذلك بحفظ الدعوى، أو تحريكها، أو اللجوء إلى بديل آخر غيره، وعليه فإن الطبيعة الرضائية لهذا النظام تحتم على النيابة العامة إطلاع المتهم على نيتها في المضي في إجراءات وتدابير جنائية غير تلك المألوفة في الدعوى العادية ، وأخذ موافقه بخصوص ذلك ، وذلك ما يسمى بالإقرار.

¹ - Claire saas , op cit , p 833.

² - Pierrete Poncéla , op cit , p 429 .

³ - Ibid , p 430 .

وتقوم النيابة العامة بإقتراح اللجوء إلى التسوية الجنائية بنفسها، أو عن طريق مأموري الضبط القضائي، أو أشخاص آخرين يعرفون بالمفوضين أو الوسطاء¹ إستحدثو أساسا لتفعيل و إنجاح فكرة بدائل الدعوى الجنائية .

بشرط ألا تكون الدعوى الجنائية قد حركت من قبل سواء من طرف النيابة العامة ، أو من طرف الشخص المضرور من الجريمة في الحالات التي يسمح له القانون بذلك أي عن طريق الإدعاء المباشر أمام المحكمة، أو تقديم شكوى مصحوبة بالإدعاء المدني أمام قاضي التحقيق . فالمضي في إجراءات الدعوى العادية يمنع من الرجوع إلى الوراثة واللجوء إلى بديل من بدائلها .

وتعتبر مرحلة الإقتراح جزء من التسوية الجنائية لا مجرد مرحلة تمهيدية أو تفاوضية، لذلك يجب أن يكون إقتراحها مكتوبا وموقعا عليه من طرف وكيل الجمهورية، ومتضمنا وبوضوح الجرم المنسوب للمتهم ، والعقوبات المقترحة عليه بموجب هذا النظام ، ومقدارها . ليتمكن المتهم من تحديد موقفه بالقبول أو الرفض على أسس واضحة، قد يعينه في ذلك حقه في الإستعانة بمحامي، وكذا مهلة عشرة أيام التي يمنحه القانون الحق في طلبها للرد² .

ولكنه في كل الأحوال مخير بين أمرين القبول أو الرفض أي أنه لا يملك مناقشة النيابة العامة في التدابير التي إقترحتها أو التفاوض معها بخصوص ذلك .

ويسقط إقتراح التسوية الجنائية برفضه ، أو بمرور مهلة عشرة أيام إذا كان المتهم قد طلبها، ولم يرد . وهنا تسترد النيابة العامة سلطاتها في حفظ الدعوى، أو المضي في تحريكها، أو إختيار بديل آخر من بدائلها .

أما في حالة قبوله الخضوع لإجراءات التسوية فيتم إثبات ذلك في محضر تسلم له نسخة منه . ليرسل الملف برمته أي الإقتراح المكتوب، والقبول المثبت بالمحضر إلى القاضي المختص للتصديق عليه³ .

1 - د. مدحت عبد الحليم رمضان ، المرجع السابق ، ص 63 .

2 - د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 246 .

3 - د. شريف سيد كامل ، الحق في سرعة الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 165 ، فقرة 76 .

وتجدر الإشارة إلى أنه في الجرائم التي يتحدد فيها المجني عليه، يعتبر تعويضه عما لحقه من ضرر تديرا من التدابير المقترحة والمشرطة للمضي في إجراءات التسوية الجنائية، يخطر به المجني عليه، ويمنح الجاني لتنفيذه أجل ستة أشهر وذلك تطبيقا لنص المادة 41-2 في فقرتها السادسة .

2- مرحلة التصديق :

لا يمكن للتدابير والعقوبات التي إقترحها النيابة العامة على المتهم وقبل بها ، أن ترى النور وتطبق على أرض الواقع إلا إذا أقرها وصدق عليها القاضي المختص، هذه الضمانة التي جعلت التعديل المتضمن إستحداث نظام التسوية الجنائية يسلم من الطعن فيه بعدم الدستورية على عكس الأمر الجنائي .

فإذا كان هذا الأخير يقوم على منح النيابة العامة سلطة إتهام الأشخاص وعقابهم في نفس الوقت مما يشكل تعديا صارخا على مبدأ الفصل بين سلطي الإتهام والحكم فإن مقترحي نظام التسوية الجنائية قد تفتنوا لهذه الثغرة وحصنوا إقتراحهم بضرورة تنويع إقتراح النيابة بتصديق من قضاة الحكم ، الأمر الذي يضمن السرعة ، ويكفل الفصل بين السلطات .

ويفرق قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي بين ما إذا كانت الجريمة المرتكبة والمقترح بشأنها نظام التسوية الجنائية جنحة أو مخالفة، ففي الأولى يطلب التصديق من رئيس الخصومة الكبرى، وفي الثانية يطلب التصديق من رئيس الخصومة الصغرى¹، على أن يرفق طلب التصديق في الحالتين بالمحاضر المنصوص عليها في المادة (46-33-15)R².

ويقتصر دور القاضي المصدق على قبول و إعتقاد التسوية الجنائية ليعطيها الضوء الأخضر للتنفيذ، أو رفضها دون أن يكون له الحق في مناقشة أو تعديل بنودها، وقد شكك البعض³ في مدى جدوى هذا التصديق خصوصا وأن القانون الفرنسي لم يحدد المسائل الإجرائية أو الموضوعية التي يعتمد عليها القاضي لتقييم الملف المطروح أمامه وأن مسألة التصديق مسألة شكلية بحتة.

¹ - د. محمد عبد اللطيف عبد العال ، مفهوم المجني عليه في الدعوى الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 92 .

² - la requete en validation de la composition pénale est datée et signée par le procureur de la république . y sont joints les procès –verbaux prévus par les articles R15-33-40 et R15-33-45 ainsi que l'intégralité de la procédure d'enquete .

³ - Claire Saas , op cit , p 839 .

أما البعض الآخر¹ فيرى أن دور القاضي المصدق لا يخلو من الأهمية لأنه يقوم على التأكد من التطبيق الصحيح لهذا النظام وذلك من خلال فحص مدى توافر شروط التسوية سواء المتعلقة بالمتهم كالمسن ، وسبق الإقرار أو تلك المتعلقة بالجريمة أي أن تكون الجريمة مما يجوز إجراء التسوية بشأنها .

ضف إلى ذلك النظر في مدى صحة رضا المتهم بالخضوع لهذا الإجراء وسلامته من العيوب خاصة الغلط والإكراه . وقد أثبت الواقع العملي مدى إيجابية القضاة المصدقين ، وإستقلاليتهم في الحكم على ملفات التسوية الجنائية .

فحق القاضي المصدق في الرفض والذي لم يتوانى عن إستعماله في مرات متكررة²، جعل إنتظار تصديقه بمثابة ترقب حكم جنائي، لا مجرد شرط شكلي لصحة إجراء التسوية الجنائية . الأمر الذي يجعلنا نكيف هذا التصديق بأنه نوع من الرقابة التي يفرضها قضاة الحكم على عمل النيابة العامة، خصوصا وأنها تجاوزت صلاحياتها المعتادة.

ويختلف معنى المصادقة بالطبع عن معنى المحاكمة لذلك فإن سماع القاضي لأقوال المتهم أو الجني عليه ليس وجوبيا، وإن إرتأى القاضي سماع أقوالهم، أو وافق على طلبهم ذلك فإن حضور النيابة العامة ليس إجباريا لصحة هذا الإجراء خلاف للمحاكمات العادية³. وفي جميع الأحوال يعتبر قرار القاضي بالتصديق على التسوية الجنائية أو الرفض غير قابل للطعن⁴.

3- مرحلة التنفيذ .

إن الحصول على موافقة القاضي على ملف التسوية الجنائية يعني المضي في مرحلة تنفيذها، وتنفيذ التسوية يعني الخضوع للتدابير أو العقوبات المختارة من طرف النيابة العامة، والتي كشفت عنها في مرحلة الإقتراح مثل⁵ :

¹ - د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 260 .

² - Claire Saas , op cit , p 840 .

³ - د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 259 .

⁴ - Jean Pradel , une consecration du plea bargaining a la francaise , édition cujas , Paris, 2000, p 381 .

⁵ - "...1-Verser une amende de composition au tresor public . le montant de cette amende , qui ne peut excéder le montant maximum de l'amende encourue , est fixé en fonction de la gravité

des fais ainsi que des ressources et des charges de la personne . son versement peut etre échelonné , selon un échéancier fixé par le procureur de la république , a l'intérieur d' une periode qui ne peut etre supérieur a un ans

2- Se dessaisir au profit de l'etat de la chose qui a servi ou était destinée a commetre l'infraction ou qui en est le produit .

3- Remetre son véhicule , pour une période maximale de six mois , a des fins d'immobilisation

4- Remettre au greffe du tribunal de grande instance son permis de conduire , pour une periode maximale de six mois .

4- bis , Suivre un programme de réhabilitation et de sensibilisation comportant l'installation a ses frais d'un éthylotest anti-démarrreur sur son véhicule , pour une période minimale de six mois et maximale de trois ans .

5- Remettre au greffe du tribunal de grande instance son permis de chasser , pour une période maximale de six mois .

6- Acomplir au profit de la collectivité, notamment au sein d'une personne morale de droit public ou d'une persomme morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées , un travail non rémunéré pour une durée maximale de soixante heures , dans un délai qui ne peut etre supérieur a six mois .

7- Suivre un stage ou une formation dans un service ou un organisme sanitaire , social ou professionnel pour une durée qui ne peut excéder trois mois dans un délai qui ne peut etre supérieur a dix-huit mois .

8- Ne pas émettre , pour une durée de six mois au plus , des cheques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et ne pas utiliser de cartes de paiement.

9- Ne pas paraitre . pour une durée qui ne saurait excéder six mois , dans le ou les lieux dans lesquels l'infraction a été commise et qui sont désignés par le procureur de la république , a l'exception des lieux dans lesquels la personne réside habituellement .

10- Ne pas rencontrer ou recevoir , pour une durée qui ne saurait excéder six mois , la ou les victimes de l'infraction désignées par le procureur de la république ou ne pas entrer en relation avec elles .

11- Ne pas rencontrer ou recevoir , pour une durée qui ne saurait excéder six mois .le ou les coauteurs ou les complices éventuels désignés par le procureur de la république ou ne pas entrer en relation avec eux .

12- Ne pas quitter le territoire national et remettre son passeport pour une durée qui ne saurait six mois .

13- Acomplir , le cas échéant a ses frais , un stage de citoyenneté.

14- En cas d'infractions commise soit contre son conjoint , son concubin ou son partenaire lié par un pacte civile de solidarité, soit contre ses entants ou ceux de son conjoint, concubin ou

- سداد غرامة جنائية (غرامة التسوية) .
- التخلي عن بعض الأشياء أو تسليمها .
- تعويض المجني عليه .
- التدريب أو الإيداع في أحد مراكز التأهيل .
- العمل بدون أجر .
- تحديد علاقات المتهم الإجتماعية.
- تقييد حرية المتهم في التنقل والحركة والإقامة .
- تسليم الرخص .
- إنتقاص الإئتمان .

partenaire , résider hors du domicile ou de la résidence du couple , et le cas echeant , s'abstenir de paraitre dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci ...

15- Acomplir , le cas échéant a ses frais , un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants .

16- Se soumettre a une mesure d'activité de jour consistant en la mise en œuvre d'activité d'insertion professionnelle ou de mise a niveau scolaire soit aupres d'une personne morale de droit public , soit aupres d'une personne morale de droit privé chargé d'une mission de service public ou d'une association habilitées a mettre en œuvre une telle mrsure .

17- Se soumette a une mesure d'injonction thérapeutique , selon les modalités définies aux articles l.3413-1 a 3413-4 du code de la santé publique ...

18- Acomplir a ses frais un stage de responsabilisation pour la prevention et la lutte comtre les violences au sein couple et sexistes... "

ويقوم بتنفيذ العقوبة أو العقوبات المقررة بحسب الأحوال المتهم طبعا ، ولكن بالتعاون والتنسيق وتحت رقابة مفوض من النيابة العامة أو وسيط يسهر على الإلتزام ببنود التسوية وحسن تطبيق أحكامها (R15-33-49)¹ .

وإذا كان من بين الإلتزامات الملقات على عاتق المتهم تعويض المجني عليه، يجب الحرص في هذه الحالة على أن يتم ذلك في الآجال المحددة قانونا (R15-33-56)²، أما إذا تعذر عليه ذلك لأسباب خارجة عن إرادته، ودون إهمال أو غش، يستطيع وكيل الجمهورية أن يمد أجل الوفاء بشرط ألا يتجاوز المدد القصوى المحددة قانونا (R15-33-57)³ .

فإذا نفذ المتهم العقوبة، أو العقوبات المقررة عليه بحسب الأحوال تنفيذا تاما يثبت المفوض أو الوسيط ذلك ويطلع وكيل الجمهورية الذي يقوم بدوره بتبليغ المجني إن وجد بتمام تنفيذ التسوية الجنائية . أما إذا إمتنع المتهم عن التنفيذ ، أو بدأ فيه ولم يتممه بإرادته الحرة ، يسقط إجراء التسوية ويعتبر كأن لم يكن ، ويلتزم وكيل الجمهورية بتحريك الدعوى العمومية⁴ .

والحقيقة أن حالة فشل التسوية الجنائية، بعد المرور بمراحل الإقتراح، والتصديق، وأحيانا البدء في التنفيذ، ثم الرجوع إلى نقطة البداية أي إجراءات الدعوى العادية، تعتبر من نقاط ضعف نظام التسوية الجنائية والبدائل عموما ، فإذا كانت نقطة قوة هذه الأخيرة تكمن في إختزالها للوقت والجهد فإنها في حالة فشلها تقوم بمضاعفتها.

¹ - "lorsque la composition pénale a été validée, le procureur de la république peut désigner un délégué ou un médiateur aux fins de mettre en œuvre les mesures décidées et de contrôler les conditions de leur exécution ."

² - " lorsqu'il est fait application des dispositions du sixième alinéa de l'article 41-2 , le procureur de la république s'assure , directement ou par la personne par lui désignée , que l'auteur des faits répare le préjudice subi par la victime dans les délais prescrits ."

³ -"lorsque , pour des motifs graves d'ordre médical , familial , professionnel ou social , la personne n'a pas pu exécuter les mesures décidées dans les délais prescrits , et que ces délais sont inférieurs aux délais maxima prévus aux 1^o et 4^o de l'article 41-2 , le procureur de la république peut prolonger les délais d'exécution de ces mesures , sans toutefois dépasser lesdits délais ."

⁴ - د. محمد أحمد براك ، المرجع السابق ، ص 394 .

د- آثار التسوية الجنائية .

تختلف آثار التسوية الجنائية بحسب المرحلة التي وصلت إليها ، فهي إن فشلت بسبب رفض المتهم الخضوع إليها ترتبت عليها نتيجة وحيدة و هي إلزام النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية وكأن مجرد إقترح التسوية الجنائية من طرف النيابة العامة على المتهم، يلغي لديها خيار حفظ الدعوى.

وقد تفشل التسوية أيضا عندما يبدء المتهم بتنفيذها لكنه يمتنع عن إتمامها أي التنفيذ الجزئي، وهذه الحالة بدورها لا تخلو من الآثار فهي بالإضافة إلى كونها سببا يوجب على النيابة العامة مباشرة إجراءات الدعوى المعتادة ، تؤخذ التدابير والعقوبات التي نفذت خلالها بعين الإعتبار وتحسب عند تقدير العقوبة التي سيخضع لها المتهم في حال إدانته من طرف قاضي الحكم بعد تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة (R15-13-60)¹ من المرسوم رقم 71-2001 الصادر في 29 يناير 2001². كما أن لإجراءات التسوية الجنائية أثرا قاطعا لتقادم الدعوى العمومية بموجب الفقرة 8 من المادة 41-2 من قانون الإجراءات الجزائية .

هذا عن فشل التسوية الجنائية، أما نجاحها أي تنفيذها بالكامل فيؤدي قانونا إلى انقضاء الدعوى الجنائية ما لم تكن هناك عناصر جديدة طبقا للمادة 42-2 والمادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي .

وتسجل إجراءات التسوية الجنائية في القسيمة رقم 1 من صحيفة السوابق العدلية ، وفقا للمادة 41-2 من قانون الإجراءات الجزائية، وهي القسيمة التي تملك السلطات القضائية وحدها صلاحية الإطلاع عليها .

¹ - " Si des poursuites sont engagées dans les cas prévus par le onzieme alinéa de l'article 41-2 , le dossier concernant cette procédure et dans lequel sont , le cas échéant , précisées les mesures en tout ou partie par la personne est communiqué a la juridiction de jugement , afin qu'elle puisse en tenir compte , en cas de condamnation , dans le prononcé de sa décision ."

² - د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 313 .

ولما كانت التسوية الجنائية تؤدي إلى إنقضاء الدعوى العمومية ، فالسؤال الذي يفرض نفسه هو ما مصير الدعوى المدنية التابعة لها ؟ هل تنقضي هي كذلك ؟ وإن لم تنقضي هل يجوز نظرها أمام القضاء الجنائي ؟

إن المادة 41-2 من قانون الإجراءات الجزائية أوجبت أن يكون إقتراح التسوية الجنائية مصحوبا بالتزام المتهم بتعويض الأضرار التي سببتها الجريمة للمجني عليه في حال وجودها في خلال ستة أشهر ما لم يكن قد قام بذلك من قبل.

أي أن التعويض شرط لمباشرة إجراءات التسوية الجنائية متى كان المجني عليه موجودا ، على أن يقوم هذا الأخير بتقدير التعويض اللازم . بل إن المشرع الجنائي الفرنسي ذهب لأبعد من ذلك في حمايته لحقوق المجني عليه فمنحه فرصة المطالبة بحقوقه المدنية أمام القضاء الجنائي بالرغم من إنقضاء الدعوى المدنية، إذ يحق له إستثناء الإدعاء مباشرة أمام محكمة الجرح للمطالبة بالتعويض إذا لم يحصل عليه أساسا، أو لأن ما حصل عليه لم يكن كافيا¹ .

وفي الأخير ننوه إلى نسبية آثار التسوية الجنائية ، فهي لا تتعلق سوى بالجريمة محل التسوية دون الجرائم المرتبطة بها، ولا تمس إلا المتهم الطرف فيها دون غيره من الشركاء.²

ثانيا: الوساطة الجنائية .

لم يكتب المشرع الجنائي الفرنسي بتبني نظام التسوية الجنائية فقط كنظام بديل عن الدعوى العمومية وآلية غير مباشرة للعقوبات الرضائية، بل عززه بنظام آخر هو الوساطة الجنائية ، التي كانت المحاكم الفرنسية تلجأ إليها لحل النزاعات الجنائية قرابة عشر سنوات دون أي سند تشريعي³ ، نظرا للمزايا العديدة التي توفرها .

فلم يتخلف المشرع الفرنسي عن ركب قرائه في الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، وبلجيكا⁴ وإعترف بدوره بهذه الآلية وحدد إطارها القانوني، من خلال القانون الصادر في 4 يناير الذي عدل

¹ - د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 318 . / د. طه أحمد محمد عبد العليم ، المرجع السابق ، ص 287 . / د. مدحت عبد الحليم رمضان ، المرجع السابق ، ص 70 .

² - المرجع نفسه ، ص 320 .

³ - Pierrete Poncéla , op cit , p 429 .

⁴ - د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 518 .

المادة 1-41 من قانون الإجراءات الجزائية بموجب المادة 7 منه، والتي نصت في فقرتها الأخيرة على أن النائب العام يستطيع قبل إتخاذ قراره بشأن الدعوى العمومية، وبموافقة الأطراف تقرير اللجوء إلى الوساطة إذا ظهر له أن إجراء كهذا من شأنه أن يضمن إصلاح الضرر المسبب للمجني عليه ، أن يضع نهاية للإضطراب الناتج عن الجريمة و أن يساهم في إعادة إدماج مرتكب الجريمة .

و منذ ذلك الحين توالى ، وتتابع القوانين المتعلقة بهذا الإجراء الجديد ، فأصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 305/96 بتاريخ 10 أبريل 1996¹ ، الذي حدد الشروط الواجب توافرها فيمن يقوم بأعمال الوساطة ، وشروط تعيينه ، وواجباته .

تم إصدار القانون رقم 515/99 في 23 يونيو 1999² وعدل بموجبه أحكام الوساطة عن طريق تعديل المادة 1-41 من قانون الإجراءات الجزائية، كما أصدر في 29 يناير 2001 المرسوم رقم 71/01³ . وأخيرا أصدر القانون رقم 291/2007 و عدل به بعض شروط الوساطة . فما هي الوساطة ، وما هي شروطها وفقا للتشريع الفرنسي، وما آثارها، وما هي العقوبات الرضائية المترتبة عليها بصفة غير مباشرة ؟

أ - مفهومها.

إن الوساطة في حد ذاتها ليست مفهوما جديدا ، بل هي من الأفكار القديمة ، التي ظهرت في الأنظمة الإجتماعية السالفة ، كطريق لحل النزاعات الأسرية ، أو العشائرية عن طريق تدخل طرف ثالث محايد يحاول تقريب وجهات النظر بين الخصوم ، للوصول إلى حل إتفاقي .

ولكن الجديد فيها هو إعتبارها آلية قانونية يعترف بها المشرع ويعتمدها على أعلى المستويات كما هو الحال في الوساطة بين الدول كطريق سلمي لحل النزاعات الدولية، بل الأجد أنها إقتحمت المجال الجنائي ، وأصبحت تزاخم الدعوى العمومية في التصدي للنزاعات الناشئة عن الجريمة . ولضبط مفهوم هذا النظام الجنائي الحديث يجب تعريفه ثم البحث في طبيعته القانونية .

¹ - le decret n°96-305 du 10 avril 1996 modifiant le code de la procédure pénale (troisième partie) et relatif à la médiation pénale .

² - la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale .

³ - le decret n°2001-71 du 29 janvier 2001 modifiant le code de la procédure pénale et relatif aux délégués et aux médiateurs du procureur de la république et à la composition pénale .

1- تعريفها .

تبني المشرع الفرنسي نظام الوساطة الجنائية، لكنه لم يحاول وضع تعريف لها مكفيا بتحديد مفهومها عن طريق تحديد شروطها ، وآثارها. وعلى عكس ذلك نجد أن المشرع البلجيكي قد تصدى بنفسه لمسألة التعريف هذه حيث نص في المادة 02 من قانون 22 جوان المعدل لقانون التحقيق الجنائي على أن الوساطة الجنائية عملية تسمح للأشخاص المتنازعة بالمشاركة بفعالية ، إذا رضوا بذلك بحرية، وبكل سرية في حل المشاكل الناتجة عن جريمة، بمساعدة شخص من الغير محايد، يعتمد على منهجية محددة ، تهدف إلى تسهيل التواصل ، وتساعد الأطراف على الوصول بأنفسهم إلى إتفاق يتعلق بالطرق ، والشروط التي تسمح بالإرتياح والإصلاح¹.

هذا التعريف الذي يظهر أنه إستلهمه من التعريف الصادر في التوصية رقم 19/99 لمجلس الوزراء الأوروبيين التابعة للمجلس الأوربي التي ورد فيها أن الوساطة الجنائية عملية تسمح للضحية، والمجرم بالمشاركة بفعالية ، إذا رضيا بذلك بحرية ، في حل المشاكل الناتجة عن الجريمة ، بمساعدة شخص مستقل من الغير².

وقد كانت هناك أيضا محاولات فقهية عربية للوقوف على حقيقة هذا النظام وتعريفه ، أذكر منها أن الوساطة الجنائية نظام يستهدف الوصول إلى إتفاق أو مصالحة أو توفيق بين أشخاص أو أطراف ، وذلك من خلال تدخل شخص أو أكثر لحل النزاعات بالطرق الودية³، وأنها أسلوب

¹ - un processus permettant aux personnes en conflit de participer activement – si elles y consentent librement et en toute confidentialité à la résolution des difficultés résultant d'une infraction avec l'aide d'un tiers neutre s'appuyant sur une méthodologie déterminé , elle a pour objectif de faciliter la communication et d'aider les parties à parvenir d'elles même à un accord concernant les modalités et les conditions permettant l'apaisement et la réparation .

² - la médiation en matière pénale est un processus permettant à la victime et au délinquant de participer activement , s'ils y consentent librement à la résolution des difficultés résultant du déli , avec l'aide d'un tiers indépendant .

Voir : recommandation 99/19 du comité des ministres européens

³ - د. مدحت عبد الحليم رمضان ، المرجع السابق ، ص 22 .

توفيق بين أطراف النزاع بمساعدة الغير أملا في الوصول إلى حل رضائي، يهدف إلى حماية العلاقة الإجتماعية¹.

وعلى كل نخلص في الأخير إلى أن الوساطة في أبسط مفهوم لها عملية ثلاثية الأطراف تضم المتهم ، المجني عليه ، وهما الطرفان الأصليان للنزاع وشخصا ثالثا محايدا من الغير هو الوسيط يحاولون مجتمعين الوصول إلى حل إتفاقي ينهي النزاع القائم بسبب الجريمة .

2- طبيعتها القانونية .

إختلف الفقه الفرنسي كثيرا عند محاولته تحديد الطبيعة القانونية لنظام الوساطة الجنائية²، ولعل ذلك شيء طبيعي ومبرر بتركيب وتعقيد هذا النظام، وصعوبة حصره، أو رده إلى فكرة واحدة تعبر عن طبيعته الحقيقية .

فقد إستند البعض إلى طابعها الرضائي للقول بأنها عقد صلح، وإستند البعض الآخر إلى طابعها الإنساني للقول بأنها من الأنظمة الإجتماعية لا القانونية، كما ركز آخرون على طبيعة التدابير الممكن فرضها على المتهم من خلال الوساطة، ووجدوا أن الوساطة نوع من العقوبات الرضائية... إلخ .

والحقيقة أننا لو حاولنا تكييف نظام الوساطة الجنائية من خلال هذه الزوايا المختلفة لما إتفقنا أبدا، لأنها كلها تعكس جانبا لا يمكن إنكاره من حقيقة هذا النظام، ولكن الزاوية الأهم والتي تمثل بالفعل أول خطوة لمحاولة معرفة الطبيعة القانونية لهذا النظام المركب هي النظر إليه في المجال الذي خصصه له المشرع ، والأثر الذي رتبته عليه .

فإذا رجعنا إلى المادة 40 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، نجد أن الوساطة الجنائية هي خيار ممنوح للنيابة العامة - في إطار سلطة الملاءمة التي تتمتع بها- مثلها مثل إمكانية تحريك الدعوى العمومية ، الأمر بالحفظ ، أو اللجوء إلى التسوية الجنائية . كلها أدوات تملكها النيابة للتعامل بشكل مناسب وفعال مع أنماط الإجرام والمجرمين المختلفين .

¹ - د. علي المانع ، الوساطة في حل المنازعات الجنائية ، مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد 4 ، 2006 ، ص 43 .

² - أنظر بمجل آراء الفقه الفرنسي في : د.براك محمد براك ، المرجع السابق ، ص 495 وما يليها .

وإذا ما حاولنا تأصيل مجموع هذه الآليات لوجدنا أن تحريك الدعوى العمومية، والتسوية الجنائية من الآليات القضائية التي تنقضي بها الدعوى العمومية أما إصدار أمر بالحفظ، أو إختيار اللجوء إلى الوساطة الجنائية آليات إدارية لا تؤدي إلى إنقضاء الدعوى العمومية ، بل إلى مجرد حفظ أوراقها .

ولعل هذه المقاربة هي التي جعلت نزرا من الفقه¹ يعتبر الوساطة الجنائية صيغة من صيغ الأمر بالحفظ إصطلحوا على تسميته بالحفظ تحت شرط، شرط تعويض الجني عليه و إزالة آثار الجريمة . هذا التكييف الذي أجد أنه يعبر أكثر من غيره عن الطبيعة القانونية للوساطة الجنائية .

ب- شروطها .

تبنى المشرع الفرنسي نظام الوساطة الجنائية كأحد الحلول التي يمكن أن تلجأ إليها النيابة للتعامل مع بعض الجرائم ، لكنه لم يفصل في أحكامها ، فلم يحدد نطاق تطبيقها بقاعدة حصرية تبين نوعية الجرائم الخاضعة لها مثل ما فعل مع التسوية الجنائية، بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للنياية العامة.

كل ما هنالك أنه قيدها في ذلك بمجموعة من الشروط، إذا ما توافرت كان لجوؤها إلى الوساطة أمرا ملائما . ولما كان الوسيط عنصرا مهما وفعالا في عملية الوساطة الجنائية كان من البديهي أن يوليه المشرع الفرنسي بعض الإهتمام ، فخصه هو الآخر بمجموعة من الشروط لا بد أن تتوفر فيه حتى يصلح لمهمة التوسط، وعليه يمكن تصنيف شروط الوساطة الجنائية ، إلى مجموعتين : شروط تتعلق بالجرائم محل الوساطة، وهي التي تحدد نطاق تطبيقها، وشروط تتعلق بالوسيط .

1- الشروط الخاصة بالجرائم محل الوساطة الجنائية.

تعرض المشرع الفرنسي للنقد من طرف البعض²، على أساس أنه لم يحدد الجرائم الخاضعة لنظام الوساطة، بل ترك النيابة العامة حرة في تطبيقها على جميع الجرائم على إختلاف نوعيتها

¹ - د. محمد حكيم حسين الحكيم ، المرجع السابق ، ص 157 . / د. أشرف رمضان عبد الحميد ، المرجع السابق، ص 37 . / د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 93 ، فقرة 54 .

² - Marie France Feurbach Steinte , la médiation pénale aujourd'hui : la confusion issue des textes , colloque médiation pénale dix ans après restauration du bien social et réponses judiciaires , Aix en Provence , 24 septembre 2004 .

Article disponible sur : www.iej.u-strasbg.fr

وجسامتها. الأمر الذي يوحي بأن خيار اللجوء إلى الوساطة مفتوح على جميع الجرائم، ما يجعل الوساطة إجراء موازيا للأصل العام - وهو الدعوى العمومية - لا مجرد إستثناء¹.

ولكن الحقيقة ليست كذلك ، ولا يمكنها أن تكون إلا غير ذلك ، فالمشرع الفرنسي لم يشأ تقييد النيابة العامة بحيز أو نطاق معين تطبق فيه الوساطة، يتحدد بنوع الجريمة، أو درجة جسامتها وإنما قيدها عند تطبيقها لهذا النظام، بضرورة تحقيقه لأهدافه . وهو نهج صائب يؤدي إلى التطبيق السليم والفعال لأي نظام.

فكرة الربط بين الإجراء وضرورة تحقيقه للغاية التي شرع من أجلها لا يزيده إلا نجاعة وفاعلية. فكانت خطة المشرع الفرنسي إيراد ثلاثة شروط إذا ما تحققت كان للنيابة العامة إقتراح الوساطة على كل من المتهم والمجني عليه .

وقد نصت على هذه الشروط المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي وهي: إصلاح الضرر الذي أصاب المجني عليه ، إنهاء الإضطراب الناشئ عن الجريمة ، وأخيرا المساهمة في إعادة إدماج الجاني. فإذا كان النزاع القائم، أو الجريمة الواقعة من شأن تطبيق الوساطة الجنائية عليها أن يحقق هذه الأهداف، كان هذا النزاع، أو هذه الجريمة محلا للوساطة .

- إصلاح الضرر الذي أصاب المجني عليه.

تعتبر الوساطة الجنائية إحدى تطبيقات إتجاه العدالة الإصلاحية القائم على فكرة جبر الأضرار التي لحقت المجني عليه من الجريمة ، لذلك فإن النيابة العامة وهي بصدد ممارسة سلطتها التقديرية للإختيار بين الحلول المطروحة أمامها من تحريك للدعوى العمومية، أو اللجوء لأحد، ومن بينها الوساطة الجنائية أن تنظر ما إذا كان اللجوء إليها سيساهم في تعويض المجني عليه بشكل أفضل من إدعائه مدنيا أمام القضاء الجنائي، أو رفعه لدعوى مسؤولية تقصيرية أمام القضاء المدني².

وتتهدى النيابة العامة وهي بصدد تقدير مدى صلاحية نظام الوساطة الجنائية لإصلاح الضرر الذي أصاب المجني عليه بأمرين: إرادة المجني عليه وطبيعة الجريمة.

¹ - د. عادل علي المانع ، المرجع السابق ، ص 53 .

² - د. فايز عايد الظفيري ، تأملات في الوساطة الجزائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية ، مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، الكويت ، يونيو 2005 ، ص 164 .

فبخصوص الأول، يعتبر المجني عليه الشخص الأكثر قدرة على تقدير الكيفية التي يتم بها إصلاح الضرر الواقع به، لأن المقصود بالإصلاح هنا ليس التعويض الحسابي الذي يقدر بناء على ما لحق المجني عليه من خسارة وما فاته من كسب، وإنما كل طريقة من شأنها إرضاء شعوره، سواء كانت الحصول على مبلغ نقدي، أو حق معين، أو مجرد إعتذار مكتوب أو شفهي ... وهكذا¹.

ولا شك أن هذه الصور المختلفة من جبر الضرر أو الترضية بمعنى أصح لا يمكن أن تتحقق إلا في إطار الوساطة الجنائية، خصوصا بما تقيمه من جسور الحوار بين الجاني والمجني عليه، مما يساعد على إختيار أفضل شكل للتعويض ماديا كان أو معنويا².

هذا بخصوص إرادة المجني عليه، أما بشأن دور طبيعة الجريمة في تحديد مدى صلاحية نظام الوساطة لتطبيق، فإن النيابة العامة لا يمكنها إقتراح اللجوء إلى الوساطة الجنائية إلا بخصوص الجرائم التي يكون فيها الضرر قابلا للإصلاح، فإذا تولد عن الجريمة ضرر يصعب جبره، أو نتيجة يستحيل تداركها، إمتنع تطبيق الوساطة .

- إنهاء الإضطراب الناشيء عن الجريمة .

تعتبر إمكانية وضح حد للإضطراب الناشيء عن الجريمة الشرط الثاني الذي وضعه المشرع الفرنسي للنيابة العامة حتى تستطيع إقتراح اللجوء إلى الوساطة الجنائية بدل تحريك الدعوى العمومية. ونلاحظ من ذلك أن المشرع الفرنسي قد تدرج من المصلحة الخاصة، وهي مصلحة المجني عليه في جبر ضرره - في الشرط الأول - إلى المصلحة العامة، وهي إزالة الإضطراب الناشيء عن الجريمة كشرط ثان، وليس العكس أي أن الوساطة الجنائية تعتبر آلية لرعاية مصالح المجني، أكثر من كونها صورة من صور رد الفعل الإجتماعي تجاه الجريمة .

ومع ذلك فإن إشتراط قيام الوساطة بإزالة الإضطراب الناشيء عن الجريمة، أو بمعنى أصح قدرتها على ذلك، يفصح أيضا عن نوعية الجرائم التي تصلح لأن تكون محلا لهذا الإجراء .

¹ - د. فايز عايد الظفيري، المرجع السابق، ص 165 .

²- Voir : **Robert Cario** , la justice réstaurative , dictionnaire des sciences criminelles , 2004 , p 571.

فالجرمة كلما كانت بسيطة ، كلما كان إنهاء الإضطراب الناشيء عنها سهلا، أما إذا كانت جسيمة فيعني أن مساسها بالنظام العام كان أكبر ، وبالتالي تكون إزالة الإضطراب الناشيء عنها أمرا عسيرا¹ .

وإذا كانت الدولة تعول كأصل عام على العقوبة، لإرجاع الإستقرار إلى المجتمع، وإزالة الإضطراب الذي سببته له الجريمة، فإن ذلك قد يصتدم مع طبيعة بعض الجرائم، التي قد يعتبر تطبيق العقوبة عليها هو سببا لإضطراب المجتمع .

ومثال ذلك الجرائم التي تقع في نطاق الأسرة أو بين الجيران² ، فهذه الجرائم يمكن أن يزيد من وقعها توقيع الجزاء على مرتكبيها ، لأن المجتمع لا يرضيه أن يسجن أب بسبب ضرب ابنه، ولا جار بسبب سب جاره، بقدر ما يرضيه تصالحهما، ووصولهما لحل ودي .

- المساهمة في إعادة إدماج مرتكب الجريمة.

لم يهمل المشرع الفرنسي ، عند تبنيه لنظام الوساطة الجنائية ، مصلحة المتهم أيضا ، مراعاة منه لهذه الثلاثية التي تقوم عليها الوساطة وهي: رعاية حقوق المجني عليه، الحفاظ على المنفعة العامة، وأخيرا تحقيق فائدة للمتهم فإشترط فيها أن تساهم في إعادة إدماج هذا الأخير .

فإذا كان نوع الجريمة، أو شخصية الجاني فيها يدلان على أن تطبيق نظام الوساطة لن ينجح في إعادة إدماج مرتكب الجريمة، إمتنع على النيابة العامة اللجوء إليها، ويتلاءم شرط إعادة الإدماج، مع تلك الجرائم التي ترتكب في محيط معين، كمحيط العائلة، الجيران، أو العمل، والتي ينفصل عنها الشخص بفعل الجريمة ، ولن يزيده تطبيق العقوبة عليه، إلا قطيعة معها . فيكون إجراء الوساطة بين المتهم والضحية ، وسيلة لإعادة إدماجه في هذه الأوساط المحدودة .

¹ - **G.Blanc** , la médiation pénale (commentaire de l'article 6 de la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme à la procédure pénale)j.c.p, édition gen.doc. 3760. 1994 , p213 .

نقلا عن :د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 520 .

² - **Piere Catala et autres** ,etude quantitative et qualitative de la médiation pénale dans le ressort de la cour d'appel de paris , rapport,institut (cemarcc) centre d'étude des modes alternatifs de règlement des conflits, mars 2002.

كما أن الوساطة الجنائية وما لها من أثر نفسي على شخص المتهم ، وما تمثله له من فرصة للتوبة ، والإحساس بالمسؤولية ، يساهم في إعادة إدماج المتهم في المجتمع ككل ، هذه النتائج تتماشى مع الوساطة الجنائية كونها نظاما إجتماعيا أكثر منه قضائيا .

وتثير هذه الشروط مسألة ما إذا كانت واردة على سبيل التخيير أو الجمع، وهذا الإشكال ما كان ليولد لولا تعديل المشرع الفرنسي للفقرة الأخيرة من المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجزائية بموجب قانون 23 جوان 1999 ، فبعد أن كان يفصل بين هذه الشروط بالواو "et" في قانون 4 جانفي 1993 ، جاء التعديل وقلب هذه الواو أو "ou" ، مما دعى إلى التساؤل حول نية المشرع الفرنسي من هذا التعديل .

ومع صراحة النص لم يملك البعض¹ ، سوى القول بأن هذه الشروط تبادلية، أي أنه يكفي تحقق أحدها أو بعضها دونها جميعا ، لتستطيع النيابة العامة اللجوء إلى الوساطة، في حين إنتقد البعض الآخر² هذا التعديل، وإعتبره بمثابة طمس لمعالم الوساطة الجنائية القائمة على مراعاة مصلحة الجاني عليه ، والمتهم ، والمجتمع معا .

لأن التطبيق الحرفي لنص التعديل سيؤدي إلى نتائج غير مقبولة . فمثلا لو إكتفت الوساطة الجنائية بتعويض الجاني عليه فقط ، أو بإزالة الإضطراب الناشيء عن الجريمة، أو بإعادة إدماج المتهم فقط ، سيجعلها تسقط في نفس مطب الآليات المعروفة للعدالة الجنائية التقليدية، وهي التركيز دائما على طرف دون الآخر، وكأن التوفيق بين مصلحة المتهم ، والضحية ، والمجتمع أمر مستحيل، بل هذه هي العدالة الحققة التي كانت الوساطة الجنائية ستساهم في تحقيقها لولا هذا التعديل.

وعليه إرتأى البعض³ ، ضرورة تحقق هذه الأهداف مجتمعة حتى يتسم تطبيق الوساطة الجنائية بالفاعلية، والنجاعة، وحتى تبقى الوساطة وافية لأهدافها الأولى التي جاء بها قانون 4 جانفي 1993⁴ ، وهي رعاية حقوق الضحية دون الإخلال بحق المجتمع ، مع المساهمة علاج الجاني وإعادة إدماجه .

¹ - د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 518 .

² - Marie France Feurbach- Steinle , op cit.

³ - د. فايز عايد الظفيري ، المرجع السابق ، ص 170 .

⁴ - وهذا ما جاء في تقرير المجلس الوطني الفرنسي رقم 1019 الصادر في 29 جوان 1998 :

"... la mediation pénale est un moyen pour la justice de retrouver toute son utilité sociale à l'égard de la victime comme du délinquant..."

2- الشروط الخاصة بالوسيط .

لا يفترض في المشرع أن يفصل كثيرا في إجراءات، وشروط الوساطة، لأن الأمر فيها يجب أن يترك للأطراف¹. ولكن يفترض فيه أن يحرص على توفير ظروف نجاحها . ومن العوامل المساهمة في ذلك ، والتي عني المشرع الفرنسي بتنظيمها ، وتحديد شروطها ، الوسيط الجنائي.

فأصدر المرسوم رقم 96-305 في 10 أبريل 1996 وحدد فيه القواعد الحاكمة لمهنة الوسيط، وكيفية تعيينه ، وما يفترض توافره فيه، وما يفترض فيه عمله . ثم أصدر المرسوم رقم 2001 - 71 في 29 جانفي 2001 ، وعدل به جل القواعد الواردة في المرسوم الأول .

وقد كان يضطلع بمهمة التوسط بين المتهم والمجني عليه في بداية الأمر أعضاء النيابة العامة تحت إطار ما يعرف بالوساطة المتحفظة " la mediation retenue " ولكن سرعان ما ألغى المشرع الفرنسي ذلك ، وإشتراط في الوسيط ألا يكون ممارسا لعمل قضائي .

فأصبح النائب العام يندب أشخاصا طبيعيين ، أو معنويين للقيام بوظيفة الوسيط ، وهو ما يطلق عليه الوساطة المفوضة " la mediation déléguée "² ، الأمر الذي دعى المشرع الفرنسي إلى إستحداث نظام قانوني خاص بالوسيط الجنائي ، يحدد بموجبه أهم الشروط الواجب توافرها فيه حتى يؤدي المهمة الموكلة إليه على أكمل وجه .

فأما بخصوص الشروط الشكلية فعلى الشخص الطبيعي أو المعنوي الراغب في تولي مهمة الوساطة أن يقدم طلبا بذلك إلى وكيل الجمهورية ، أو إلى النائب العام (المادة 31-33-15)³

وقد فصل المشرع الفرنسي في محتوى هذا الطلب بالنسبة للشخص الاعتباري، نظرا لأن منح الإعتماد لهذه الأخيرة ، سيمكن العديد من الأشخاص الطبيعيين التابعين لها من تولي مهمة الوساطة، لذلك كان منطوقيا أن يتشدد القانون في تفويضه للجمعيات بوضع شروط إضافية على تلك الخاصة بالشخص الطبيعي .

¹ - Anne Lemonne , evolution récente dans le champ de la médiation en matière pénale : entre idéalisme et pragmatisme , revue de droit pénal et de criminologie , fevrier-mars 2007 , p 161 .

² - د. محمد حكيم حسين الحكيم ، المرجع السابق ، ص 469.

³ - " la personne physique ou morale selon qu'elle désire etre habilitée dans le ressort du tribunal de grande instance ou dans celui de la cour d'appel en fait la demande au procureur général"

- الشروط العامة للوسيط .

وقد نصت على هذه الشروط المادة (R15-33-33)¹ وهي إجمالاً :

• عدم ممارسة مهنة قضائية .

لقد حرص المشرع الفرنسي على ضمان إستقلالية الوسيط² في مواجهة الهيئات القضائية على إختلاف درجاتها وتقسيماتها، فإشترط أن لا يكون الوسيط ممارساً لأي نشاط قضائي، وهذا حتى يبقى على الطابع الخاص للوساطة الجنائية، ويميزها عن بقية إجراءات الدعوى الجنائية العادية.

وقد صدرت تعليمة في 18 أكتوبر 1996 تؤكد أنه لا يستطيع تولي مهمة الوساطة الأشخاص الذين يمارسون المهن التالية : القضاة، المحامون، المشاهدون الرسميون، المحلفون، الخبراء القضائيون المحضرون القضائيون، مستشارو مجلس العمل التحكيمي، أمناء ضبط الهيئات القضائية والإدارية³.

- خلو صحيفة سوابقه العدلية من أية إدانة .

ويتفق هذا الشرط مع طبيعة الوساطة التي تقوم أساساً على الثقة في الوسيط، لذلك يجب أن يكون هذا الشخص أهلاً للمهمة الموكلة إليه، وأن يكون شخصاً نزيهاً يتمتع بجميع حقوقه المدنية ولم تثبت إدانته بأي جرم حتى يحس كل من المجني عليه والمتهم أنهما بين أيدي أمينة.

- التخصص .

والتخصص في الوسيط الجنائي، يعني إلمامه بنظم العدالة الجنائية، وأجهزتها، وكذا الإحاطة بمبادئ قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجزائية، بالإضافة إلى الوعي بالقواعد المنظمة للوساطة

¹- Le médiateur doit satisfaire aux condition suivantes:

1- ne pas exercer d'activité judiciaire à titre professionnel.

2- ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation , incapacité ou déchéance mentionnée sur le bulletin n°2 du casier judiciaire .

3- presenter des garanties de compétence , d'indépendance et d'impartialité.

²- Marie france Feurbach- Steinle , op cit .

³- ne pourront notamment pas être habilités en tant que médiateurs les personnes occupant les fonctions suivantes : magistrat , avocat , avoué , expert judiciaire , huissier , conseiller prud'homme ou juge consulaire ou greffier des juridictions judiciaires ou administratives "

الجنائية ، وأدبياتها¹ ويملك فن إدارة المقابلة بين المتهم والمجني عليه ،وفن التقريب بين وجهات النظر² أما إذا كانت الوساطة تتعلق بالأحداث، فعلى الوسيط إثبات إهتمامه بقضايا الطفولة³.

- الإستقلال .

والمقصود بالإستقلال هنا ليس الإستقلال عن السلم الوظيفي القضائي ، فهذا الشرط سبق وأن تطرقنا إليه ، وإنما المقصود هو إستقلال الوسيط عن أطراف النزاع ، وإنعدام صلته بهم⁴ ، فإن كانت تربطه بالمجني عليه، أو المتهم علاقة صداقة، أو مصاهرة، أو قرابة وجب عليه أن يتنحى عن مهمة الوساطة الموكلة إليه.

- الحياد .

و يعني هذا الشرط عدم تأثر الوسيط بأية معلومة تصل إليه من غير أطراف النزاع ، وأن لا يتخذ بخصوص النزاع أي موقف ، أو حكم مسبق ، فهو ليس قاضيا⁵ ، لذا لا يجوز له أن يعطي لأي من الخصوم إستشارة قانونية ، أو رأيا شخصيا بخصوص النزاع ، أو توصية بما يجب إتباعه⁶ ، ولكن ذلك لا يعني أن يتخذ الوسيط موقف اللامبالي⁷ بل يجب أن يكون حريصا على نجاح الوساطة الجنائية .ويعتبر الحياد شرطا لتنفيذ الوساطة ، لا شرطا في الوسيط لذلك كان يجدر بالمشرع الفرنسي الإكتفاء بشرط الإستقلال لضمان حيده الوسيط .

¹ - د. فايز عايد الظفيري ، المرجع السابق ، ص 160 .

² - **Jacqueline Morineau** , l'esprit de la médiation , édition erès , paris , 2007 , p 96 .

³ - و قد أضيف هذا الشرط بوجوب تعديل 2001 بحيث لم يكن منصوبا عليه في مرسوم 1996 :

" le médiateur ou le délégué du procureur de la république appelé à se voir confié des missions concernant des mineurs doit en outre s'être signalé par l'interet qui le porte aux questions de l'enfance "

⁴ - د.عادل على المانع ، المرجع السابق ، ص 48 .

⁵ - **Jacqueline Morineau** , op cit , p 96 .

⁶ - د. أسامة حسنين عبيد، المرجع السابق ، ص 545 .

⁷ - د. فايز عايد الظفيري ، المرجع السابق ، ص 160 .

- الشروط الخاصة بالوسيط الشخص الاعتباري .

- بالإضافة إلى الشروط السابقة ، توجد مجموعة أخرى متطلبة فقط في الشخص المعنوي ، وقد نصت عليها المادة (R15-33-32)¹ وهي في مجملها شروط شكلية تتمثل فيما يلي :
- تقدم نسخة من الجريدة الرسمية المتضمنة نشر إعلان الجمعية، أو نسخة من مستخرج سجل الجمعيات لدى المحكمة
 - نسخة من القانون الأساسي ، أو النظام الداخلي للجمعية .
 - قائمة مؤسسات الجمعية مع توضيح مقراتها .
 - عرض يبين شروط عمل الجمعية .
 - ذكر أسماء وألقاب، تاريخ ومكان ميلاد، جنسية، مهنة، وموطن أعضاء مجلس إدارة الجمعية ومكتبها ، وممثليها المحليين إن وجدوا .
 - الوثائق المالية المشتملة على حسابات آخر نشاط، ميزانية النشاط الجاري، وعرض حالة الأصول والخصوم العقارية والمنقولة .

¹- "La demande présentée par une association comporte notamment :

- 1- la copie du journal officiel portant publication de la déclaration de l'association , en ce qui concerne les départements du Bas-Rhin , du Haut-Rhin ou de la Moselle , une copie de l'extrait du registre des associations du tribunal d'instance .
- 2- un exemplaire des statuts et , s'il y a lieu , du règlement intérieur .
- 3- la liste des établissements de l'association avec indication de leur siège .
- 4- un exposé indiquant les conditions de fonctionnement de l'association et , le cas échéant , l'organisation et les conditions de fonctionnement des comités locaux ainsi que leurs rapports avec l'association .
- 5- la mention des noms , prénoms date et lieu de naissance , nationalité , profession et domicile des membres du conseil d'administration et du bureau de l'association ainsi que , le cas échéant , ceux de ces représentants locaux.
- 6- les pièces financières qui doivent comprendre les comptes du dernier exercice , le budget le l'exercice courant et un bilan ou état de l'actif mobilier et immobilier et du passif . "

وبعد تأكد وكيل الجمهورية من توافر كل هذه الشروط، يحيل طلب التأهيل للقيام بالوساطة إلى الجمعية العامة للقضاة، الواقعة في مقر المجلس، والتي تفصل فيه بأغلبية أعضائها الحاضرين طبقاً للمادة (R15-33-35)¹.

ج- إجراءات الوساطة الجنائية.

تتميز الوساطة الجنائية بأنها آلية لتسوية النزاعات ذات طابع قضائي و إجتماعي في آن واحد. فهي تولد في الوسط القضائي، ثم تخرج منه إلى دائرة أوسع وهي المجتمع، لتعود بعد تمامها من جديد إلى دائرة القضاء.

ولعل هذا ما يفسر تنوع القواعد المنظمة لها بين الآمرة والمكملة ، المحملة والمفصلة. كما نظم المشرع الفرنسي إجراءات المرحلتين القضائيتين وهما : بداية الوساطة ونهايتها ، وترك المرحلة الوسطى وهي الوساطة بمعناها الفعلي والحقيقي، للفقهاء، وللعاملين في مجالها من أفراد، وجمعيات لإختيار أنسب القواعد لإدارة هذا الإجراء، وإعتمادا على النصوص التشريعية، والأعراف المعمول بها في هذا المجال تتم الوساطة الجنائية وفق المراحل التالية :

1- إختيار الوساطة كبديل عن مباشرة الدعوى العمومية .

منح قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي بموجب المادة 40-1 النيابة العامة وهي بصدد نظر أي جريمة معروضة أمامها . إختيار أحد الحلول التالية: أن تحرك الدعوى العمومية، أن تصدر أمرا بالحفظ، أو أن تلجأ إلى الإجراءات البديلة عن تحريك الدعوى العمومية ، ومن بينها الوساطة .

وهكذا فإن لحظة ميلاد هذه الأخيرة تكون بإختيار النيابة العامة لها في معرض ممارستها لسلطتها التقديرية. ويكون ذلك طبعا بعد تحققها من توافر الشروط التي سبق وأن وضحناها، وخاصة تلك المتعلقة بمحل الوساطة².

¹ - "Après avoir procédé a toute les diligences qu'il juge utiles , le procureur de la république ou le procureur général soumet la demande d'habilitation a l'assemblée générale des magistrats du siege et du parquet du tribunal ou de la cour d'appel , qui statue a la majorité des membres présents ..."

² - إرجع صفحة 214 من الرسالة .

وتجدر الإشارة إلى أن النيابة العامة قد تختار الوساطة، وتقترحها على الخصوم ، أو العكس أي أن يبادر الخصوم أنفسهم بإقتراح الوساطة على النيابة، وفي كلتا الحالتين تقوم النيابة العامة بما يلي :

2- الحصول على موافقة الأطراف على الخضوع لنظام الوساطة الجنائية .

الأمر الذي تطلبته صراحة المادة 1-41 من ق.إ.ج بنصها " بموافقة الأطراف " " avec l'accord des parties"، ولم تشترط هذه المادة الحصول على موافقة كتابية من الأطراف، ولكن يفترض أن يتم ذلك بشكل مكتوب¹، حتى تثبت النيابة العامة أنها وضحت للأطراف الآلية المقترحة عليهما، و الغاية منها دون أي ضغط²، وأن المتهم والمجني عليه قد رضيا بها و بإرادة كاملة وسليمة فلا يكون هناك مجال للعدول، أوالتنصل من أحكامها.

وتجدر الإشارة أنه لا يشترط لقبول المتهم للوساطة سبق إقراره بإرتكاب الجريمة المسندة إليه عكس نظام التسوية الجنائية.

3- تعيين الوسيط .

بعد تأكد النيابة العامة من توجه إرادة الخصوم إلى حل النزاع وديا، وحصولها على موافقتها كتابيا . تقوم بإختيار الوسيط الذي يتولى قيادة عملية الوساطة، وذلك بالرجوع إلى السجل المدونة فيه أسماء الوسطاء الذين تم إعتمادهم من الجمعية العامة للقضاة³.

وإختيار النيابة العامة للوسيط ليس ملزما له، بل يمكنه رفض تعيينها له لأي سبب يراه، وهذا طبعاً لأن الوسيط كالمجني عليه ، والمتهم طرف في الوساطة ، وهذه الأخيرة نظام رضائي لا يجوز فيه الإجبار⁴.

وإختيار الوسيط يكتمل مثلث الوساطة، ويخرج النزاع من قبضة القضاء إلى حيز إجتماعي أوسع يتيح العديد من الخيارات أمام الخصوم .

1 - د. فايز عايد الظفيري ، المرجع السابق ، ص 173 .

2 - المرجع نفسه ، ص 172 .

3 - د. عادل المانع ، المرجع السابق ، ص 63 .

4 - المرجع نفسه ، ص 64 .

4- تنفيذ عملية الوساطة.

تم هذه المرحلة ، وكما أشرنا بعيدا عن تدخل النيابة العامة، وتحت قيادة الوسيط، الذي يبدأ مهمته - بعد معرفة نوع النزاع - بالاتصال بكل من المتهم ، والمجني عليه ، لتحديد الوقت والمكان الذي يلتقي فيه بهما .

وهذا اللقاء الأول هام جدا ، لذلك على الوسيط الإختيار بين الجمع بين الخصمين في لقاء واحد أو مقابلة كل واحد منهما على حدة¹، وهو يهتدي في ذلك بنوع النزاع ، ودرجة حدته . لأن لهذه التفاصيل أهمية بالغة في نجاح الوساطة، أو فشلها .

كما يجب على الوسيط أن ينبه الطرفين بحقهما في الإستعانة بمحام، يحضر معهما تنفيذ الوساطة، ويعتبر حضور المحامي ضمانا لكل من المتهم والمجني عليه، لأن من شأنه إيضاح بعض الأمور التي قد تكون غامضة لأحد الطرفين، ومساعدته في الإختيار بين الحلول العديدة المقترحة .

ولكن لا ينبغي أن يتجاوز دور المحامي في الوساطة الجنائية حدود المساعدة ، والتوضيح لأن دوره فيها لا يرقى إلى دوره في الدعاوى العادية، فحلل المحامي محل موكله، وتعبيره عن إرادته نيابة عنه يهدم أهم معالم الوساطة الجنائية، وهو الحوار المفتوح والمباشر بين المتهم والمجني عليه².

وبعد إعداد الجو الملائم للوساطة ، وتوفير جميع آلياتها ، ووعي كل طرف فيها بدوره، يبدأ الحديث في موضوع النزاع ، فيحاول الوسيط تقريب وجهات النظر بين طرفي الخصومة ، دون الخروج طبعاً عن دائرة الحياد ، وأن يبذل ما في وسعه لتوضيح أفكار أحدهما للآخر ، ويحرص على أن يكون الحوار في شكل منظم، فيستمع كل طرف للآخر³.

5 - نهاية الوساطة .

وتنتهي الوساطة إما بطريق عادي، أي بعد إستكمال تسلسلها المنطقي من عرض للنزاع وتقارب في وجهات النظر، ووصول إلى إتفاق. أو بطريق غير عادي حيث تبتز في إحدى مراحلها نظراً لإعتراض أحد الطرفين ، أو كلاهما على الإستمرار فيها .

¹ - د. فايز عايد الظفيري ، المرجع السابق ، ص 176 .

² - Robert Cario , les victimes et la médiation pénale ,op cit .

³ - د. فايز عايد الظفيري ، المرجع السابق ، ص 177 .

وفي كلا الحالتين يقع على عاتق الوسيط الإلتزام بأن يعلن للنيابة العامة ما توصل إليه في تقرير مكتوب، موقع عليه من الطرفين، يبين فيه مجريات الوساطة بشكل مختصر، مع عرض للأسباب التي أدت إلى نجاحها أو فشلها¹

د- آثارها .

تختلف آثار الوساطة الجنائية باختلاف نيتها ، ففي حال نجاحها أي توصل الأطراف إلى إتفاق وتنفيذهم لبنوده، تحت إشراف الوسيط ، تقوم النيابة العامة بحفظ أوراق الدعوى²، ولكنها من الناحية النظرية غير ملزمة بذلك، لأنه ليس هناك نص في القانون يمنعها من تحريك الدعوى العمومية رغم نجاح الوساطة، و إن كان المنطق والواقع العملي يؤكدان أن نتيجة نجاح الوساطة الجنائية هي إصدار أمر بالحفظ وإلا كانت الوساطة إجراء عقيما .

ومع ذلك يبقى أثر الوساطة الجنائية غير مطمئن للمتهم ، فمعروف أن الأمر بالحفظ لا يمنع النيابة العامة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب ذوي الشأن من تحريك الدعوى العمومية³ . وإن كان من الجائز نظريا تحريك النيابة العامة للدعوى الجنائية حتى مع نجاح الوساطة ، فإن إمكانية رفع المجني عليه لدعوى مدنية مطالبا فيها بالتعويض أمر جائز أيضا، لأن تمام الوساطة الجنائية لا يعتبر تنازلا من المجني عليه عن حقه في الإدعاء المدني، وقد جرى العمل في فرنسا على أن يتضمن الإتفاق النهائي للوساطة والموقع عليه من أطرافها، نصا يقرر إلتزام المتهم بتعويض المجني مقابل إلتزام هذا الأخير بعدم مباشرة دعواه المدنية⁴ .

هذا عن نجاح الوساطة، أما في حالة فشل الوساطة بعدم الوصول إلى إتفاق، أو عدم تنفيذ بنود هذا الإتفاق ، تسترد النيابة العامة سلطتها التقديرية بخصوص النزاع، لتتخذ بشأنه القرار الذي تراه مناسبا، فإما أن تطلب إفتتاح تحقيق بخصوص الجريمة، أو تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة، أو تأمر بحفظ الأوراق .

1 - د. عادل علي المانع ، المرجع السابق ، ص 69 .

2 - د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 558 .

3 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 235 ، ص 268 .

4 - د. أسامة حسنين عبيد ، المرجع السابق ، ص 557 .

ولقد أشار المشرع الفرنسي إلى الحالة التي تتوج فيها الوساطة بإتفاق لكن يتعذر تنفيذه لأسباب تعود لسلوك المتهم، ففي هذه الحالة يجوز للنيابة العامة أن تلجأ لبديل آخر من بدائل الدعوى العمومية، وهو التسوية الجنائية.

ويعتبر من آثار الوساطة الجنائية أيضا وقف تقادم الدعوى الجنائية، وهو الحكم الذي جاءت به المادة 41-1 من قانون الإجراءات الجزائية، وهو حكم صائب لتفادي التماطل والإطالة في إجراءات الوساطة الجنائية بهدف إنقضاء الدعوى العمومية بالتقادم.

المطلب الثاني : العقوبات الرضائية المباشرة في القانون الجزائري .

بعد أن خلصنا من التعرف على نظام العقوبات الرضائية غير المباشرة في القانون الفرنسي والمتمثلة في التسوية الجنائية، والوساطة الجنائية، نتعرف الآن على نظام العقوبات الرضائية المباشرة الذي تبناه المشرع الجزائري، والمتمثل في كون رضا المتهم ينصب رأسا على العقوبة التي سيخضع بها بنوعها ومقدارها، على عكس العقوبات الرضائية غير المباشرة التي تتمثل في إختياره للنظام الإجرائي البديل للدعوى العمومية والذي يترتب على الرضا به . الخضوع لعقوبات أقل شدة مقارنة مع العقوبة المقررة للجرم في حال خضوعه لإجراءات المتابعة الجنائية العادية .

وبإستقراء قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري، نجد أن العقوبات الرضائية المباشرة في القانون الجزائري تتمثل في عقوبة العمل للنفع العام، وغرامة المصالحة .

الفرع الأول : عقوبة العمل للنفع العام .

على غرار العديد من المشرعين الجنائيين، حاول المشرع الجنائي الجزائري بدوره تفعيل آليات مكافحة الجريمة، وتكييف أنظمتها مع المفاهيم الجديدة للسياسة الجنائية، الداعية إلى هجر أساليب القهر و الإنتقام، والتكفير عن الجرم بقسوة العقاب، وتبني ردود فعل علاجية أكثر منها عقابية ضد الجريمة، فتبنى بموجب القانون رقم 01/09 الصادر في 25/02/2009 المعدل لقانون العقوبات عقوبة العمل للنفع العام كخيار يمكن للقاضي اللجوء إليه بدلا من العقوبات التقليدية إذا ما توافرت شروط تطبيقه¹

¹ - د. باسم شهاب، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والقانون، السنة السابعة والعشرون، العدد السادس والخمسون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2013، ص88.

وقد ورد في المنشور رقم 2 المؤرخ في 21 أبريل 2009 المتضمن كينيات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام أن إستحداث عقوبة العمل للنفع العام، "إنما جاء لتعزيز المبادئ الأساسية للسياسة الجنائية والعقابية التي تركز بالأساس على إحترام حقوق الإنسان و تحقيق إعادة الإدماج الإجتماعي للمحكوم عليهم ، وهو المبتغى الذي لم يعد يركز على حبس الأشخاص فقط ، بل أضحي تحقيقه يتوقف ، من جهة على مدى احترام مبدأ تشخيص العقوبة عند النطق بها ، ومن جهة أخرى ، على إمكانية مساهمة العقوبة في إصلاح المحكوم عليهم نهائيا دون اللجوء المفرط لوسائل الإكراه التي قد تنجر عنها آثار سلبية على مختلف جوانب حياتهم ، فضلا على أن هذه العقوبة البديلة تحقق هذه الغاية كما تسمح بإشراك الهيئات والمؤسسات العمومية في عملية إعادة الإدماج".

أولا : مفهوم عقوبة العمل للنفع العام .

تعد عقوبة العمل للنفع العام ثورة في مجال المعاملة العقابية ، كونها تقوم على تبني فكرة العمل التي تعتبر حقا للشخص¹ ، وإعطائها صفة العقوبة ، أي أن الجمع بين هتين الفكرتين في مصطلح واحد يعد في حد ذاته أمرا مثيرا للجدل ، لذلك فقد تعددت التعريفات التي أعطيت لهذه العقوبة الرضائية وإختلفت ، فكان الوقوف عليها لترجيح أنسبها أمرا ضروريا لضبط مفهومها ، كما أن تمييزها عما يتداخل معها من المفاهيم ، أمر تفتضيه أهمية درء أي لبس يردها أو يقحمها كفكرة حديثة في نظام عقابي تقليدي .

أ- تعريف عقوبة العمل للنفع العام .

لم يعرف المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي عقوبة العمل للنفع العام ، ومن بين التعريفات التشريعية القليلة التي نعثر عليها في هذا الصدد تعريف المشرع الإماراتي لهذه العقوبة من خلال المادة 120 من القانون الاتحادي التي جاء فيها : " تكليف المحكوم عليه بأداء العمل المناسب في إحدى المؤسسات أو المنشآت الحكومية التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير العدل بالإتفاق مع وزيرى الداخلية والعمل والشؤون الإجتماعية .

هذا عن التعريف التشريعي أما الفقه فيعرف العمل للنفع العام بأنه إلزام المحكوم عليه بالقيام بأعمال معينة لخدمة المجتمع دون مقابل ، خلال فترة زمنية يحددها القاضي ، وفقا للشروط المنصوص

¹ - المادة 55 من الدستور الجزائري : " لكل المواطنين الحق في العمل ... "

عليها قانونا ، ويأخذ البعض¹ على هذا التعريف كونه إستعمل عبارة إلزام ، التي تعني أن هذه العقوبة إلزامية وإجبارية في حين أنها إختيارية ورضائية .

ويفضل تعريف العمل للنفع العام بأنه الجهد المشروط والبديل لعقوبة الحبس، والمقدم من المحكوم عليه شخصيا لدى مؤسسة عامة لحساب المنفعة العامة، غايته إصلاح المكلف به وتأهيله وإعادة إدماجه في المجتمع . ويؤخذ برأي على هذا التعريف أنه يتضمن عناصر غير ضرورية في العريف، فعبارة "المقدم من المحكوم عليه شخصيا ... " فيها تزيد لأن من خصائص العقوبة شخصية، لذلك فمن الطبيعي أن يقوم بتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام كغيرها من العقوبات الأخرى المحكوم عليه ، ضف إلى ذلك النص على غايات وأهداف هذه العقوبة لا يجب أن تضمن في التعريف .

لذلك أرتأي تعريف هذه العقوبة على النحو الموجز التالي : هي قيام المحكوم عليه بخدمة عمومية غير مأجورة كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس الأصلية ، وفق الشروط والإجراءات المحددة قانونا .
ويأخذ النشاط المسند إلى المحكوم عليه بعقوبة العمل للنفع العام إحدى الصور التالية :

أعمال متعلقة بحماية الطبيعة وتحسين البيئة مثل الإشتراك في حملات النظافة، صيانة الحدائق العامة والملاعب، تنظيف الشواطئ ، وأعمال تتعلق بصيانة المباني العامة مثل : الطلاء ، النجارة، أعمال الكهرباء، أو أعمال وظيفية كالإشتراك في فرق محو الأمية ، والمساهمة في التدريب المهني للشباب... إلخ²

ب- تمييز عقوبة العمل للنفع العام عن الأنظمة العقابية المشابهة لها .

كمثيلاهما من الأفكار الحديثة، تختلط عقوبة العمل للنفع العام بالكثير من الأفكار والمفاهيم الأخرى السائدة في المجال العقابي، ففكرة العمل تجمع بين عقوبة العمل للنفع العام، وعمل السجناء كما تتداخل عقوبة العمل للنفع كونها بديلة عن عقوبة الحبس، مع فكرة وقف التنفيذ الي تشمل مفعول العقوبات السالبة للحرية .

¹ - د. باسم شهاب، المرجع السابق ، ص 92 .

² - د. صفاء أوتاتي ، العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة - دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية ، المجلد 25 ، العدد الثاني ، 2009 ، ص 431 .

1- التمييز بين عقوبة العمل للنفع العام وعمل المحبوسين .

جاء في المادة 97 من قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين الجزائري مايلي : " في إطار عملية التكوين بغرض تأهيل المحبوس وإعادة إدماجه يتولى مدير المؤسسة العقابية بعد إستطلاع رأي لجنة تطبيق العقوبات إسناد بعض الأعمال المفيدة للمحبوس، مع واجب مراعاته في الحالة الصحية و إستعداده البدني والنفسي و قواعد حفظ النظام و الأمن داخل المؤسسة العقابية " وعليه فإن هذه المادة تؤسس لما يعرف بنظام الحرية النصفية ، والورشات الخارجية التي تشابه من عقوبة العمل للنفع العام في نقاط شتى نذكر منها¹ :

- كل من عقوبة العمل للنفع العام ، ونظام عمل السجناء نتيجة لصدور حكم بالإدانة عن جرم عقوبته الأصلية سالبة للحرية .

- كل من عقوبة العمل للنفع العام، ونظام عمل السجن يتم تحت رقابة وإشراف قاضي تطبيق العقوبات .

- كلا نظامين قائم على فكرة بذل جهد من طرف المحكوم عليه لفائدة شخص معنوي.

- كلا النظامين مقترن بأجال تحدد لحظة بداية نفاذه ولحظة نهايتها.

- كلا النظامين يهدف إلى إصلاح و تأهيل المحكوم عليه وإعادة إدماجه.

هذا عن نقاط التشابه ، أما عن نقاط الاختلاف فتتمثل فيما يلي :

- إن عمل السجناء سواء من خلال نظام الحرية النصفية ، أو الورشات الخارجية لا يتم إلا بعد قضاء مدة من العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها على الشخص ، أما عقوبة العمل للنفع العام فتطبق مباشرة كبديل لعقوبة الحبس .

- إن عمل السجناء أيا كانت طبيعته وكيف بأنه تكوين للسجين، في حين أن عقوبة العمل للنفع العام لا تمثل تكوينا أو دراسة للقائم بها.

إن عمل السجناء يكون مقابل أجر ، في حين أن العمل للنفع العام دون أجر .

¹ - د. باسم شهاب ، المرجع السابق ، ص 111.

2- التمييز بين عقوبة العمل للنفع العام ونظام وقف تنفيذ العقوبة .

نص المنشور رقم 2 لسنة 2009 الصادر عن وزير العدل المؤرخ في 21 أبريل 2009 المتضمن كينيات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، على إمكانية إستبدال عقوبة الحبس المحكوم بنفاذها جزئيا بعقوبة العمل للنفع العام إذ جاء فيه: " إذا كانت عقوبة الحبس المنطوق بها موقوفة النفاذ جزئيا، ومتى توافرت الشروط المذكورة أعلاه ، يمكن للقاضي إستبدال الجزء النافذ منها بعقوبة العمل للنفع العام " الأمر الذي يخلق بعض التداخل بين النظامين .

فأما عن أوجه التشابه بينهما فتتمثل فيما يلي¹ :

- كلاهما يقرر بحكم قضائي، وعلى وجه بديل يحتم عند مخالفته تطبيق العقوبة السالبة للحرية الأصلية .

- كلاهما يهدف إلى تجنب المحكوم عليه عقوبة الحبس .

- كلاهما يقوم على سياسة إصلاح المحكوم عليه ، وإعادة إدماجه إجتماعيا .

- كلاهما غير نهائي ، ويمكن أن ينتج عن مخالفته تنفيذ العقوبة السالبة للحرية .

أما عن أوجه الإختلاف بين عقوبة العمل للنفع العام، ونظام وقف تنفيذ العقوبة فتتمثل فيما يلي:²

- أن وقف تنفيذ العقوبة يمكن أن يطبق بشكل جزئي، أما عقوبة العمل للنفع فلا تقبل التجزئة.

- إن الحكم القضائي القاضي بوقف تنفيذ العقوبة يجب أن يكون مسببا في حين أن عقوبة العمل للنفع العام لا يشترط فيها التسبيب .

ثانيا: شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام .

نص المشرع الجزائري في إطار المادة 5 مكرر 1 من قانون العقوبات على مجموعة من الشروط يجب توافرها لإمكانية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، و بالرغم من أن المشرع الجزائري إستحدث فصلا كاملا يتعلق بكينيات وإجراءات تطبيق هذا الجزاء الجنائي، إلا أن الأحكام المجملة الواردة في

¹ - د. عبد الرحمن بن محمد الطريمان ، التعزيز بالعمل للنفع العام - دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية ، مذكرة دكتوراه ، جامعة نايف للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2013، ص 83.

² - د. باسم شهاب ، المرجع السابق ، ص 116 .

مواد هذا الفصل تحتاج إلى بعض التفصيل للتنفيذ على أرض الواقع، هذا ما جعل وزير العدل الجزائري يصدر المنشور رقم 2 المؤرخ في 21 أبريل 2009 المتضمن كفاءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، لتوحيد أعمال النصوص القانونية الواردة في قانون العقوبات والمتعلقة بهذه العقوبة المستحدثة بين جميع الجهات القضائية على مستوى الوطن . والذي سنهتدي عليه لتحديد شروط وإجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام .

أ- ألا يكون المحكوم عليه بها مسبقا قضائيا .

إشترط المشرع الجزائري في الشخص المستفيد من عقوبة العمل للنفع العام ألا يكون مسبقا قضائيا ، ويعد مسبقا قضائيا وفقا لقانون العقوبات الجزائري كل شخص طبيعي محكوم عليه بحكم نهائي بعقوبة سالبة للحرية مشمولة أو غير مشمولة بوقف التنفيذ ، من أجل جناية أو جنحة من القانون العام ، دون المساس بالقواعد المقررة لحالة العود¹.

ب- ألا يقل سن المحكوم عليه بها عن 16 سنة .

وهذا الشرط طبيعي كون الحد الأدنى لسن العمل في الجزائر هو 16 سنة إذ جاء في المادة 15 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل مايلي: " لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن 16 سنة إلا في الحالات التي تدخل في عقود التمهيين "

و إذا كان المشرع الجنائي الجزائري قد وضع حدا أدنى لسن الإستفادة من عقوبة العمل للنفع العام فإن لم يحدد لها حدا أقصى، وهنا يرى البعض² الإعتماد بسن التقاعد كحد أقصى لسن عوبة العمل للنفع العام .

وتجدر الإشارة هنا أن سن المحكوم عليه المقصود في هذا الشرط هو سنه وقت إرتكاب الجريمة لا وقت الحكم عليه .

¹ - المادة 53 مكرر 5 من قانون العقوبات .

² - د. باسم شهاب ، المرجع السابق ، ص 139.

ج- ألا تتجاوز العقوبة المقررة قانونا للجرم مدة 3 سنوات حبسا .

عادة ما يحدد المشرع الجنائي عند تبنيه لنظام عقوبة العمل للنفع العام نطاق تطبيقها بعقوبة الجريمة موضوع الدعوى¹، وهكذا كان نهج المشرع الجنائي الجزائري بحيث إشتراط لتطبيق عقوبة العمل للنفع العام ألا تتجاوز عقوبة الجريمة المرتكبة ثلاثة سنوات حبسا، ومعنى ذلك أن فئة الجرائم المعنية بهذه العقوبة هي المخالفات وبعض الجناح .

و العبرة في تحديد هذه المدة هي بالعقوبة المنصوص عليها في نص التجريم لا في الحكم، ويتوقع البعض² أن يرتفع هذا السقف إلى خمسة سنوات إذا ما أثبتت هذه العقوبة فاعليتها .

د- ألا تتجاوز العقوبة المنطوق بها مدة عام حبسا نافذا .

وفي حالة ما إذا كانت عقوبة الحبس المنطوق بها موقوفة النفاذ جزئيا يمكن للقاضي إستبدال الجزء النافذ منها بعمل للنفع العام . أما إذا تضمنت العقوبة الأصلية إلى جانب الحبس عقوبة الغرامة فإن هذه الأخيرة تنفذ بكافة الطرق المقررة قانونا ، وكذا الشأن بالنسبة للمصاريف القضائية .

هـ- الحصول على الموافقة الصريحة للمحكوم عليه.

مما يستوجب حضوره جلسة النطق بالعقوبة لإستطلاع رأيه بالموافقة أو الرفض .أي أنه يتعين على الجهة القضائية بهذه العقوبة إعلام المحكوم عليه بحقه في قبولها أو رفضها على أن ينوه عن ذلك في الحكم ، وعليه فإن عقوبة العمل للنفع العام لا يقضى بها بحكم غيابي ، أو إعتباري حضوري لأن حكمها يقوم على ضرورة إشراك المحكوم عليه في شقه العقابي.³

ويجب علاوة على تنبيه المحكوم عليه بحقه في رفض هذه العقوبة تنبيهه أيضا بالإلتزامات الملقاة عليه بموجبها ، وبأن إخلاله بها سيؤدي إلى تطبيق عقوبة الحبس الأصلية .⁴

1 - د. صفاء أوتاتي، المرجع السابق ، ص 332.

2 - د. باسم شهاب ، المرجع السابق ، ص 139 .

3 - المرجع نفسه ، ص 141 .

4 - د. عبد الرحمن بن محمد الطريمان، المرجع السابق ، ص 122.

و - أن لا تطبق إلا بعد صيرورة الحكم أو القرار نهائيا .

وهذا أمر طبيعي، فعقوبة العمل للنفع العام لا ينطق بها إلا بعد أن تتأكد إدانة المتهم، وتتحدد عقوبته النهائية . وهذا ما أكد عليه المنشور رقم 2 المؤرخ في 21 أفريل 2009 المتضمن كفاءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام الصادر عن وزير العدل. إذ يصدر القاضي حكمه بالعقوبة الأصلية ثم يعرض على المحكوم عليه إمكانية إستبدال عقوبة الحبس المنطوق بها بعمل للنفع العام .

ويحتوى الحكم أو القرار القاضي بعقوبة العمل للنفع العام على البيانات الجوهرية المتطلبة في أي حكم ، ولكنه يتعين أن يذكر فيه إضافة إلى ذلك :

- العقوبة الأصلية المقررة .
- عبارة أو صيغة إستبدال العقوبة الأصلية بالعمل للنفع العام .
- التنويه والإشارة إلى حضور المتهم في الجلسة، وذكر أنه قد أعلم بحقه في قبول أو رفض هذه العقوبة .
- تنبيه المحكوم عليه بما أن العقوبة الأصلية ستطبق عليه في حال ما إذا أحل بالالتزامات المترتبة على عقوبة العمل للنفع العام البديلة .

ثالثا : إجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام .

بعد صيرورة الحكم أو القرار المتضمن عقوبة العمل للنفع العام نهائيا، ترسل نسخة منه، ومستخرج منه إلى النيابة العامة المختصة للتنفيذ . وقد أوكل المشرع الجزائري للنيابة العامة دورا أساسيا في إجراءات تطبيق هذه العقوبة¹. إذ تقوم هذه الأخيرة بعد ذلك بإرسال نسخة من الحكم أو القرار ومسخرج عنهما إلى قاضي تطبيق العقوبات ليتولى تطبيق العقوبة .

فيقوم بإستدعاء المعني بواسطة محضر قضائي في عنوانه المدون بالملف، على أن ينوه في هذا الإستدعاء أنه في حالة عدم حضوره في التاريخ المحدد تطبق عليه عقوبة الحبس الأصلية .

¹ - د. باسم شهاب ، المرجع السابق ، ص 143.

وعند الإقتضاء يمكن لقضاة تطبيق العقوبات الإنتقال لمقرات المحاكم التي يقيم بدائرة إختصاصها الأشخاص المحكوم عليهم ، للقيام بالإجراءات الضرورية التي تسبق شروعهم في تطبيق عقوبة العمل للنفع العام ، وذلك وفقا لרزنامة محددة سلفا¹ .

ويظهر من إجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، أنها تختلف بإختلاف موقف الخاضع لها منها، والسلوك الذي يتخذه إزاء الإستدعاء المرسل إليه .

أ- في حالة إمتثال المعني للإستدعاء.

يستقبل قاض تطبيق العقوبات المحكوم عليه ويتأكد من هويته كما هي مدونة في الحكم أو القرار الصادر بالإدانة ، ويتعرف على وضعيته الإجتماعية والمهنية والصحية والعائلية. وله في سبيل ذلك أن يستعين بالنيابة العامة ، للتأكد من صحة المعلومات التي يدلي بها المعني .

كما يقوم قاضي تطبيق العقوبات بعرض المعني على طبيب المؤسسة العقابية بمقر المجلس القضائي أو بمقر المحكمة ، لفحصه وتقديم تقرير عن حالته الصحية ، مع جواز الإستعانة بطبيب آخر. ليتمكن قاضي تطبيق العقوبات في الأخير من تحديد طبيعة العمل المناسب للحالة البدنية للمحكوم عليه² .

وبناء على ذلك يقوم قاض تطبيق العقوبات بتحرير بطاقة معلومات شخصية لضمها إلى ملف المعني . ويكون بذلك قد تمكن من إختيار عمل للمحكوم عليه من بين المناصب المعروضة ، على نحو يتلاءم وقدراته، ويساهم في إدماجه إجتماعيا دون التأثير على مسار حياته العائلية والمهنية .

ويأخذ قاضي تطبيق العقوبات في الحسبان عند تحديد طبيعة ومكان العمل المختار أيضا سن وجنس المحكوم عليه. وخصوصا فئة القصر المحمية بمجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية الواجب مراعاتها عند تشغيلهم

يلي ذلك كله إصدار القاضي مقرا بالوضع يعين فيه المؤسسة المستقبلية للمحكوم عليه ، وكيفية تنفيذه لعقوبته داخلها ، ونص المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على جملة من البيانات ينبغي إدراجها ضمن هذا المقرر ، وهي :

1 - د. باسم شهاب ، المرجع السابق ، ص 143 ..

2 - د. صفاء أوتاتي، المرجع السابق ، ص 334.

- الهوية الكاملة للمعني .
 - طبيعة العمل المسند إليه .
 - الإلتزامات المترتبة عليه .
 - العدد الإجمالي لساعات العمل وتوزيعها وفقا للبرنامج الزمني المتفق عليه مع المؤسسة المستقبلة .
 - الضمان الإجتماعي .
 - التذكير بالأثر المترتب على إخلال المحكوم عليه بالأحكام الواردة في المقرر وهي تنفيذ عقوبة الحبس الأصلية .
 - تنبيه المؤسسة المستقبلة بضرورة موافاة قاضي تطبيق العقوبات ببطاقة مراقبة أداء عقوبة العمل للنفع العام وفقا للبرنامج المتفق عليه ، وتبليغه عند نهايتها ، وإعلامه فورا بأي إخلال للمحكوم عليه بالإلتزامات الملقاة على عاتقه ، يشار إلى وجوب ذلك في هامش المقرر .
 - على أن يبلغ مقرر الوضع إلى المحكوم عليه ، والنيابة العامة ، والمؤسسة المستقبلة ، وإلى المصلحة الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين .
- ب- في حالة عدم إمتثال المعني للإستدعاء .**

عند تخلف المحكوم عليه عن الحضور أمام قاضي تطبيق العقوبات في التاريخ المحدد في الإستدعاء، دون تقديمه لأي عذر جدي منه أو من طرف من ينوب عليه، وذلك بعد ثبوت تبليغه شخصيا، يحرر قاضي تطبيق العقوبات محضرا بعدم المثول يتبت من خلاله حصول التبليغ بالإستدعاء وحالة التخلف عن الحضور دون مبرر أو عذر . ليرسل هذا المحضر بعد ذلك إلى النائب العام المساعد الذي يقوم بدوره بإخطار مصلحة تنفيذ العقوبات . التي تباشر إجراءات تنفيذ عقوبة الحبس الأصلية بصفة عادية¹ .

¹ - د. باسم شهاب ، المرجع السابق ، ص 144 .

رابعا : آثار عقوبة العمل للنفع العام .

بعد النطق بعقوبة العمل للنفع العام ، يباشر المحكوم عليه بها تنفيذ مقتضياتها ، وقد نصت المادة 5 مكرر 1 من قانون العقوبات على الحدود الدنيا والقصى التي لا ينبغي لمدة العمل للنفع العام أن تتجاوزها وهي كالآتي :

- ما بين 40 و600 ساعة بالنسبة للراشد .

- وما بين 20 و300 ساعة بالنسبة للقاصر .

على أن يعوض كل يوم حبس بساعتي عمل للنفع العام . شريطة ألا تتجاوز مدة العمل ككل 18 شهرا . أما بالنسبة للمحكوم عليه الذي حبس إحتياطيا، وعملا بالمادة 13 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين . تخصم مدة الحبس الإحتياطي التي قضاها من مدة العمل للنفع العام . وذلك بإحتساب ساعتين عمل عن كل يوم عمل .

ووفقا لأحكام المادة 5 مكرر 3 من قانون العقوبات ، فإن جميع الإشكالات المتعلقة بتنفيذ عقوبة العمل للنفع العام مثل تلك المتعلقة بتعديل البرنامج أو تغيير المؤسسة المستقبلية تعرض على قاضي تطبيق العقوبات الذي يستطيع إتخاذ أي إجراء لحل هذه الإشكالات.¹

و قد نص المنشور الوزاري الخاص بكيفيات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام على أن يعهد في كل مجلس قضائي إلى نائب عام مساعد ، إضافة إلى مهامه الأصلية مهمة القيام بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات القاضية بعقوبة العمل للنفع العام وذلك بتسجيلها في صحيفة السوابق القضائية .

فوفقا لأحكام المواد 618 ، 626 ، 630 ، 632 ، و 636 من قانون الإجراءات الجزائية

والمنشور الوزاري المتعلق بكيفية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام فإن النيابة العامة تقوم بما يلي :

- إرسال القسيمة رقم 1 متضمنة العقوبة الأصلية مع التنويه أنها استبدلت بعقوبة العمل للنفع العام .

- وجوب تضمين القسيمة رقم 2 العقوبة الأصلية وعقوبة العمل للنفع العام .

- تسليم القسيمة رقم 3 دون الإشارة إلى العقوبة الأصلية وعقوبة العمل للنفع العام .

¹ - د. باسم شهاب ، المرجع السابق ، ص 145.

- إرسال بطاقة لتعديل القسيمة رقم 1 في حالة إخلال المحكوم عليه بالإلتزامات المفروضة عليه في مقرر العمل للنفع العام الذي يصدره قاضي تطبيق العقوبات ، لتنفذ بعد ذلك عقوبة الحبس الأصلية نافذة ، مع تقييد ذلك على هامش الحكم أو القرار القضائي .

ووفقا لأحكام المادة 5 مكرر 3 من قانون العقوبات ، يمكن لقاضي تطبيق العقوبات من تلقاء نفسه أو بطلب من المحكوم عليه أو من ينوب عنه، أن يصدر موقرا بوقف تطبيق العقوبة متى أوجبت ذلك الظروف الإجتماعية أو الصحية أو الأسرية للمحكوم عليه، شريطة أن تبلغ نسخة من ذلك المقرر للمعني ، والنيابة العامة، والمؤسسة المستقبلية، والمصلحة الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين .

أما في حالة تنفيذ المحكوم عليه لعقوبته كاملة، يخطر قاضي تطبيق العقوبات بتنفيذ المحكوم عليه للإلتزامات المترتبة على عقوبة العمل للنفع العام من طرف المؤسسة المستقبلية التي عمل لديها، يقوم بتحرير إشعار بإنهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام ، ويرسله إلى النيابة العامة التي تقوم بدورها بإرسال نسخة منه إلى مصلحة صحيفة السوابق القضائية للتأشير بذلك على القسيمة رقم 1، وعلى هامش الحكم أو القرار .

الفرع الثاني : الغرامات الرضائية .

إن عقوبة العمل للنفع العام ليست العقوبة الرضائية الوحيدة في القانون الجزائري ، بل توجد إلى جانبها الغرامات الرضائية ، والتي بالرغم من أنها تترتب على إجراءات مغايرة للإجراءات العادية للدعوى العمومية إلا أننا كيفناها بأنها عقوبة رضائية مباشرة ، على أساس أن الخاضع لنظام المصالححة الجنائية أو الأمر الجنائي ، يدرك ومن البداية أنها ستمخض عن الحكم عليه بغرامة لا بعقوبات أو تدابير أخرى مثل ما هو الحال في نظامي الوساطة الجنائية أو التسوية الجنائية في القانون الفرنسي .

وعليه سندرس هذه العقوبة الرضائية كعقوبة رضائية مالية ، دون أن نهمل الإجراءات المصاحبة وهي إجراءات المصالححة الجنائية و الأمر الجنائي. التي تعتبر في حد ذاتها خروجاً عن المؤلف .

فقد ساد مبدأ تحريم الصلح في المواد الجنائية فترة معتبرة من الزمن¹، لقي فيها دعم وتأيد الفقه الجنائي الذي كان يعتبره الحصن المنيع الكفيل بأن ينأى بحق المجتمع في عقاب الخارجين عن نظامه

¹ - د. سر الختم عثمان إدريس ، المرجع السابق ، ص 290 .

عن أية وسيلة من شأنها إسقاطه، ولكن أهمية التمسك بهذا المبدأ سرعان ما تراجعت أمام ظهور أزمة العدالة الجنائية الناتجة عن تضخم عدد القضايا، والإغراق في الشكليات، الأمر الذي أفقد القضاء الجنائي سرعته وفاعليته.

فكان من بين الحلول المقترحة لمواجهة هذا الوضع، الإقرار بالمصالحة وإجازتها، كطريق بديل للدعوى الجنائية ولو كإستثناء يطبق على طوائف معينة من الجرائم، إذا ما أزيحت عن نظر القضاء الجنائي تركت له مجالاً أوسع لنظر القضايا الأهم¹.

وبالفعل تجردت العديد من الدول ومن بينها الجزائر من جمود مبدأ تحريم الصلح في المواد الجنائية، وإعترفت بالمصالحة كآلية لإقتضاء حق الدولة في العقاب دون اللجوء إلى إجراءات الدعوى المعتادة. خصوصاً في الجرائم التي يكفي لمواجهتها اللجوء إلى الردع المالي.

وينص المشرع الجنائي الجزائري على المصالحة الجنائية في العديد من القوانين الجنائية الخاصة كقانون الجمارك، وقانون المنافسة والأسعار، والقانون المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج. كما إعترف بها كسبب من أسباب إنقضاء الدعوى العمومية وذلك بموجب المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية التي جاء فيها: "تنقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتهم وبالتقدم، والعفو الشامل، وبإلغاء قانون العقوبات،...

- كما يجوز أن تنقضي الدعوى العمومية بالمصالحة إذا كان القانون يجيزها صراحة"

كما يعتبر من تطبيقات هذا النظام ما جاءت به المواد من 381 إلى 391 من قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بغرامة المصالحة، والغرامة الجزافية، واللذان تعتبران من العقوبات الرضائية الممتازة.

أولاً: مفهوم الغرامات الرضائية .

إن المشرع الجنائي الجزائري لم ينص على مصطلح الغرامات الرضائية، لكن هذه الصورة من صور الجزاء الجنائي تتجسد فيما سماه هو بغرامة المصالحة وبالغرامة الجزافية في المواد من 381 إلى 393 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري و أدرجهما تحت مسمى عام وهو غرامة الصلح.

¹ - د. سر الختم عثمان إدريس، المرجع السابق، ص 278.

لذلك فإن ضبط مفهوم غرامات الصلح لا ينفصل عن ضبط مفهوم الإجراء السابق والممهّد لها وهو المصالحة الجنائية، فالغرامة أولاً وأخيراً مبلغ مالي يدفعه الشخص كعقوبة للخرينة العمومية¹، وهي إما أن تكون محددة و ذلك في الحالات التي يحدّها المشرع بمحددين أقصى وأدنى لا يمكن للقاضي تجاوزهما ، و إما أن تكون نسبية عندما تربط قيمتها بمعيار معين كقيمة المال محل الجريمة ، أو عدد السلعة أو وزنها ، أو عدد أيام التأخير ، أي أن يتم ربطها بالضرر الفعلي أو المحتمل للجريمة، أو بما أراد الجاني تحقيقه من فائدة.²

وعليه فإن طبيعة الغرامة واحدة، ولكن ما يميز غرامة المصالحة هنا كعقوبة رضائية هو خضوعها لإجراءات خاصة تتمثل في إجراءات المصالحة الجنائية. لذلك وجب علينا للوقوف على ماهية غرامة المصالحة الجنائية التعرف بالموازاة على نظام المصالحة الجنائية .

وإذا كان الصلح في القانون المدني عقداً من العقود المسماة ، أي أن المشرع نظم أحكامه في صلب التقنين المدني ، نظراً لأهميته وشيوعه بين الناس، فإن المصالحة في المجال الجنائي، ليست بذلك الشيع ، بل تبقى ذلك الإستثناء الذي قد يرفضه البعض، لكنه يجد تبريراً له في ما يوفره من فوائد عملية، وكذلك فإن تذبذب المشرع بشأن هذا النظام، بين الإجازة والمنع، فالإجازة في حدود ضيقة³، أثر على تحديد ماهية هذا النظام، والوصول إلى تبني مفهوم متفق عليه بين الفقه .

أ- تعريف الغرامات الرضائية .

لم يتكفل المشرع الجزائري ، بوضع تعريف للمصالحة الجنائية ، على عكس ما فعل بالنسبة للصلح المدني، الذي عرفته المادة 459 ق.م بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"

¹ - د. محمد الوريقات ، مدى صلاحية الغرامة بوصفها بديلاً لعقوبة الحبس قصير المدة في التشريع الأردني والمقارن، مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، المجلد 27 ، العدد 5 ، عمان ، 2013 ، ص 1051 .

² - نفس الموضوع .

³ - أنظر في تطور موقف المشرع الجزائري بشأن المصالحة في المواد الجنائية : د. أحسن بوسقيعة ، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجزائية بوجه خاص ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2008، ط2، ص 05 وما يليها .

وبالرغم من التشابه الكبير بين المفهومين، إلا أن خصوصية الدعوى الجنائية، وتعلقها بالحق العام تأبى إستعارة تعريف عقد الصلح المدني لتعريف المصالحة الجنائية. لذلك وجب البحث عن محولات لتعريف هذه الأخيرة لدى الفقه أو القضاء .

ومن بين التعريفات التي جاء بها الفقه أن المصالحة الجنائية أسلوب قانوني غير قضائي لإدارة الدعوى الجنائية بموجبه يدفع الجاني مبلغا من المال للدولة ، أو للمجني عليه ، أو الموافقة على قبول تدابير أخرى، بحيث يترتب على ذلك إنقضاء الدعوى العمومية¹ .

ويعيب هذا التعريف أنه إعتبر المصالحة أسلوبا لإدارة الدعوى العمومية ، في حين أنها بديل من بدائلها ، ينشأ وينتهي خارج إطارها . وقيل أيضا بأن المصالحة الجنائية نزول من الهيئة الإجتماعية عن حقها في العقاب في بعض الجرائم مقابل الجعل الذي قام عليه الصلح ، أو لتصلح المتهم مع المجني عليه في الأحوال التي يسمح فيها القانون بذلك² .

وما يمكن أن يقال عن هذا التعريف، هو أنه جانب الصواب حين إعتبر المصالحة تنازلا عن حق الدولة في العقاب ، في حين أنها طريق آخر لإقتضائه، فدفع المخالف لغرامة المصالحة يعني خضوعه لعقوبة مالية ، نفذت في حقه دون اللجوء إلى إجراءات الدعوى المعتادة .

أما عن المحاولات القضائية لتعريف المصالحة فنجد أن محكمة النقض المصرية وبالرغم من أن مسألة التعريف هته ليست من إختصاصاتها الأصلية، إلا أنها تصدت لها وعرفت المصالحة الجنائية بأنها نزول من الهيئة الإجتماعية عن حقها في الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذي قام عليه الصلح ويحدث أثره بقوة القانون³ .

ونلاحظ أن محكمة النقض المصرية قد وفقت في محاولتها، بحيث وفقت على حقيقة المصالحة الجنائية ، كونها تنازلا عن الدعوى العمومية، أي بديل عنها، مع عدم إسقاط حق الدولة في العقاب. الذي يقتضى من خلال دفع المتهم لمقابل الصلح، أو ما سمته الجعل .

1 - د. محمد حكيم حسين الحكيم ، العدالة الجنائية التصالحية في الجرائم الإرهابية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2009 ، ص 69 .

2 - د. طه أحمد محمد عبد العليم ، المرجع السابق ، ص 12 .

3 - نقض 1982/01/19 ، مجموعة أحكام النقض ، س 33 ، رقم 8 ، ص 1982 .

كما أنها عبرت بأن هذا التنازل هو من الهيئة الإجتماعية، فلم تحصر صاحب الحق في التصالح مع المتهم في النيابة العامة مثلا ، وإنما حولت ذلك الحق لأي هيئة ، أو شخص يمنحه القانون صفة النائب عن المجتمع عند إبرام الصلح ، ليحتوى التعريف بذلك كافة صور المصالحة الجنائية .

وأمام دقة تعريف محكمة النقض المصرية للمصالحة الجنائية، لا أملك سوى الإنضمام لها فيما رأيته ، والقول بأن المصالحة الجنائية وفقا لما جاء به قانون الإجراءات الجزائية الجزائري تنازل من النيابة العامة بوصفها ممثلة للمجتمع عن الدعوى العمومية، بالتصريح بإنقضائها ، مقابل دفع المتهم لغرامة مصالحة ، وفق الشروط التي يحددها القانون.

ب- الطبيعة القانونية لإجراءات الغرامات الرضائية .

لا شك أن لا أحد ينازع في الطبيعة القانونية للغرامة فهي عقوبة مالية ، لذلك فإن الأمر الغامض هنا هو الطبيعة القانونية للمصالحة الجنائية التي يتولد عنها في النهاية دفع الغرامة .

ويتنازع تحديد الطبيعة القانونية للمصالحة الجنائية نزعتان، الأولى تركز على عنصر التراضي فيها بين ممثل الدولة ، والمتهم فتبرز طبيعتها العقدية ، والثانية تركز على المقابل النقدي الذي يدفعه المتهم للدولة في سبيل تنازلها عن الدعوى الجنائية ، وتعتبره عقوبة مالية، فترى بذلك أن للمصالحة طبيعة عقابية .

فأما الإتجاه الأول ، وبالرغم من إتفاقه حول إعتبار المصالحة الجنائية عقدا من العقود ، إلا أننا نجد إختلافات داخله حول تحديد نوع هذا العقد .

إذ يرى البعض¹ أن هناك تشابها كبيرا بين المصالحة الجنائية ، وعقد الصلح المدني فكلاهما طريق رضائي لحل النزاعات دون اللجوء إلى القضاء ، لذلك فإن لهما نفس الطبيعة ، وبالرغم من إستقامة هذا الرأي في ظاهره فإن جانبا من الفقه² إعترض على إعتبار المصالحة الجنائية مجرد عقد

¹ - د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، تأصيل الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 126 ، فقرة 80 . / د.عوض محمد عوض ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 139 ، فقرة 161 . / د.حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998 ، ص 206 . / د. أمين مصطفى محمد ، إنقضاء الدعوى الجنائية بالصلح ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 20 ، فقرة 10.

² - د. إبراهيم حامد طنطاوي ، الصلح الجنائي في نطاق المادتين 18 مكررا و 18 مكررا (أ) إجراءات جنائية دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 31 . / د. طه أحمد محمد عبد العليم ، المرجع السابق ، ص 124 ، فقرة 68 . / د. مدحت عبد الحليم رمضان ، المرجع

صلح مدني ، وأقوى دليل عندهم هو أن الصلح المدني ينصب على طائفة الحقوق الخاصة ، أما المصالحة فتتعلق بالدعوى الجنائية ، التي تعتبر ملكا للمجتمع ، أي أنها حق عام ، لا يجوز التنازل عنها بالمصالحة ولا بطريق آخر ما لم يجز القانون ذلك صراحة ، لأنها من النظام العام¹ .

وما يمكن أن يعزز رأيهم هو أن التقنين المدني نص على عدم جواز الصلح في مسائل النظام العام ، إذ جاء في المادة 461 من القانون المدني الجزائري، لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام و لكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية .

و أمام إستحالة إعتبار المصالحة الجنائية عقد صلح مدني، حاول بعض² من أنصار الطبيعة العقدية للمصالحة ، تلافى النقد السابق، بالقول بأن للمصالحة في المواد الجنائية ذاتية خاصة بالرغم من إحتوائها على أركان ومقومات عقد الصلح المدني .

وتكمن هذه الذاتية في أن المسائل التي تنظمها هي مما ينحسر عنه مبدأ سلطان الإرادة، إذ لا سلطان للإرادة في رحاب القانون العام³ . وتكريسا لهذه الذاتية، وجب أن تكييف المصالحة الجنائية بأنها عقد جنائي لا مدني.

وبالرغم من محاولات التمسك بالطبيعة العقدية للمصالحة، فإن ما يهدم هذا الطرح هو طبيعة العقد ذاته الذي يعتبر تصرفا قانونيا تتحدد آثاره بإرادة أطرافه، أما المصالحة، وبالرغم من قيامها على الرضائية أي أنها لا تطبق إلا إذا رضي بها المتهم، إلا أن الرضائية فيها لا تتجاوز هذا الحد ، فآثارها محددة وتقع بقوة القانون.و لو لم تتجه إرادة أطرافها إلى إحداثها .

السابق، ص 10 / د. هدى حامد قشقوش ، الصلح في نطاق قانون الإجراءات الجنائية الجديد ، مجلة الأمن والقانون ، القاهرة س 11 ، 2003، ص 204 .

¹ - د. عصام أحمد محمد ، حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم الماسة بجسده ، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية ، القاهرة ، 14-12 مارس 1989 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 ، ص 146 .

² - د. نبيل عبد الصبور النبراوي ، المرجع السابق ، ص 191 .

³ - د. محمد حسين عبد العال ، الإتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص 46 .

وقد حاول البعض¹ تبرير عدم إمكانية المتهم مناقشة أحكام المصالحة الجنائية ، ولا التحكم في آثارها بأن هذه الأخيرة عقد إذعان²، فالدولة بوصفها الطرف القوي في العقد تنفرد بتحديد شروطه ولا يملك المتهم إلا الإذعان والخضوع لإرادتها .

ومع ذلك رأى البعض³، أن عقود الإذعان تفترض إحتكار الموجب أي الطرف القوي لخدمة أو مصلحة لا يملك للطرف المدعن الإستغناء عنها، في حين أن إبرام المصالحة ليس الخيار الوحيد للمتهم إذ يمكنه رفض عرض المصالحة والمثول أمام القضاء ، وفق إجراءات الدعوى العادية.

وأمام ضعف طرح أنصار الطبيعة العقديّة، حاول آخرون⁴ التركيز على المقابل المادي الذي يدفعه المتهم كبديل للصلح ، وإعتبروه جزءا جنائيا لا يختلف عن الجزاءات الجنائية المالية المعروفة كالغرامة والمصادرة، كل ما هنالك أن هذا الجزاء هو عقوبة بديلة للعقوبة الأصلية التي كان سيطق بها القاضي لو تمت محاكمة المتهم وفق إجراءات الدعوى العادية⁵.

والحقيقة أني لا أشكك في مدى إعتبار ما يقوم المتهم بدفعه كبديل للصلح عقوبة أم لا ، بل بالعكس أرى أن هذا هو التكييف الصحيح لذلك ، وقد إعتبرناه عقوبة رضائية . ولكن المصالحة لا تختزل في نتائجها التي من بينها خضوع المخالف لعقوبة مالية ، فنعتبرها بدورها عقوبة ، ولا تختزل أيضا في طريقة تطبيقها الرضائية ، فنكيفها بأنها عقد . فالمصالحة الجنائية أشمل من ذلك ، ويعتبر التركيز منا على جانب دون الآخر ، قصورا في وتقصيرا في إدراك حقيقتها . لذلك أتفق والبعض⁶ على أن المصالحة الجنائية نظام إجرائي رضائي لإقتضاء حق الدولة في العقاب .

1 - د. مدحت عبد الحليم رمضان ، المرجع السابق ، ص 83 .

2 - وهو عقد ينفرد فيه أحد العقادين بوضع شروطه ، ويعرضها على الجمهور ولا يسمح للطرف الآخر بمناقشتها ، فإما أن يقبلها كلها فيتم العقد ، وإما ألا تحظى بقبوله فلا ينعقد العقد .د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، النظرية العامة للإلتزام : العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 65.

3 - د. أمين مصطفى محمد ، إنقضاء الدعوى العمومية بالصلح ، المرجع السابق ، ص 20 .

4 - **Boulan Fernand** , la transaction douanière , étude de droit pénal douanier , annales de la faculté de droit et des sciences économique d'Aix en provence, 1968 , p 232 . / **M.Henry** , la transaction économique et l'action civile à la recherche d'une réconciliation , revue de science criminelle et de droit pénal comparé ,n°35 , 1981 , p 294 .

5 - د. محمد حكيم حسين الحكيم ، النظرية العامة للصلح في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص 146 ، فقرة 123 .

6 - د. إبراهيم حامد طنطاوي ، المرجع السابق ، ص 31 . / د. مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 89 .

ثانيا : شروط تطبيق الغرامات الرضائية .

حدد المشرع الجنائي الجزائري نطاق تطبيق غرامات المصالحة والغرامات الجزافية بمفهوم المخالفة فحدد المجال الذي لا تطبق فيه إذ تنص المادة 391 ق.إ.ج على الآتي : " لا تطبق أحكام المواد من 381 إلى 390 في الأحوال التالية :

1- إذا كانت المخالفة المحرر عنها المحضر تعرض فاعلها لجزاء غير الجزاء المالي أو لتعويض الأضرار اللاحقة بالأشخاص أو الأشياء أو لعقوبات تتعلق بالعود .

2- إذا كان ثمة تحقيق قضائي .

3- إذا أثبت محضر واحد بالنسبة لمتهم واحد أكثر من مخالفتين .

4- في الأحوال التي ينص فيها تشريع خاص على إستبعاد إجراء غرامة الصلح . "

هذا بالنسبة لغرامة المصالحة أما الغرامات الجزافية فقد نصت المادة 393 ق.إ.ج على الآتي :
" لا يعمل بإجراء الغرامة الجزافية في الأحوال الآتية :

1- إذا كانت المخالفة تعرض مرتكبها للقيام بإصلاح التعويضات للأشخاص أو الأموال .

2- في حالة إرتكاب مخالفات في آن واحد و التي لا تنطبق على إجراء الغرامة الجزافية . "

ثالثا : إجراءات الغرامات الرضائية .

تعتبر المصالحة الجنائية، وتحديدًا على النحو الذي يطبقها به المشرع الجنائي الجزائري، من أبسط، وأسرع الآليات البديلة عن الدعوى العمومية وأكثرها نجاعة، مقارنة بنظامي التسوية الجنائية والوساطة الجنائية . ولعل ذلك ما يظهر من إجراءاتها الموجزة والمختصرة، والتي يمكن إجمالها في ثلاثة مراحل أساسية : عرض المصالحة على المخالف ، وقبولها من طرفه . إبلاغ النيابة بدفع غرامة المصالحة.

أ- عرض الغرامة على المخالف .

أوجبت المادة 381 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على عضو النيابة العامة أن لا يكلف المتهم بإرتكابه مخالفة بالحضور أمام المحكمة إلا بعد أن يخطر بإمكانية إنقضاء الدعوى العمومية في

حقه عن طريق إجراء آخر هو المصالحة حيث جاء في المادة المذكورة ما يلي: " قبل كل تكليف بالحضور أمام المحكمة يقوم عضو النيابة العامة المحال عليه محضر مثبت لمخالفة بإخطار المخالف بأنه مصرح له بدفع مبلغ على سبيل غرامة صلح مساو للحد الأدنى المنصوص عليه قانونا لعقوبة المخالفة".

يظهر من هذه المادة أن هذا الإخطار علاوة عن كونه ينبه المخالف لإمكانية التصالح مع النيابة العامة وتفادي الولوج في إجراءات الدعوى المعتادة، يتضمن أيضا تحديد بدل الصلح الذي يجب عليه دفعه إذا ما قبل إقتراح النيابة العامة.¹

أي أن هذا الإخطار بمثابة إيجاب صريح وكاف . يمكن للمخالف أن يرد عليه بالقبول أو الرفض وهو على علم كاف بعرض الصلح ، خصوصا و أن هذا الإخطار يتضمن بيانات أخرى لا تقل أهمية عن تحديد مبلغ غرامة الصلح ، نصت عليها المادة 383.ج وهي :

- موطن المخالف .
- محل إرتكاب المخالفة.
- تاريخ إرتكاب المخالفة .
- سبب إرتكاب المخالفة .
- النص القانوني المطبق بشأنها .
- المهل و طرق الدفع المحددة قانونا لدفع غرامة المصالحة .

ترسل النيابة العامة هذا الإخطار في شكل رسالة موصى عليها مع علم بالوصول ، خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إتخاذها قرار اللجوء إلى المصالحة الجنائية ،وفقا للمادة المذكورة أعلاه .

وننوه أن قرار النيابة العامة المحدد لمقدار غرامة الصلح لا يكون قابلا لأي طعن من جانب المخالف وفقا للمادة 385 ق.إ.ج .

¹ - د. أحسن بوسقيعة ، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ص 34.

ب - قبول الغرامة من طرف المخالف .

لما كانت المصالحة الجنائية إجراء رضائيا ، فإنه لا يتم اللجوء إليها ، وتطبيق أحكامها إلا بالحصول على رضا المتهم الخاضع لها¹، و قد كان المشرع الجزائري عمليا في تحديده لكيفية تعبير المخالف عن قبوله للعرض المقدم له من طرف النيابة العامة، والمتضمن دفع مبلغ يساوي الحد الأدنى المنصوص عليه قانونا كعقوبة للمخالفة المرتكبة على سبيل غرامة مصالحة.

بحيث دمج قبول العرض، مع تنفيذ أحكام العرض، أي أن مجرد تعبير المتهم عن إرادته التي إنصرفت إلى قبول المصالحة شفاهة، أو كتابة، غير كاف، بل ليس له أي أثر قانوني، ما لم يتم المخالف بالفعل بدفع غرامة الصلح في الآجال المحددة لذلك .

أي أن المشرع الجزائري ، يعتبر تسديد غرامة الصلح الطريقة الوحيدة للتعبير عن قبول تسوية النزاع صلحا . وهذا ما عبرت عنه المادة 384 بنصها : " يجب على المخالف، خلال الثلاثين يوما التالية لإستلامه الإخطار المشار إليه في المادة 383 أعلاه أن يدفع دفعة واحدة نقدا أو بحوالة بريدية مبلغ غرامة الصلح بين يدي محصل مكان سكناه، أو المكان الذي إرتكبت فيه المخالفة وذلك طبقا لأحكام الإختصاص المذكورة في المادة 329 من هذا القانون ..."

ويلاحظ من هذا النص أن المشرع منح المخالف مهلة ثلاثين يوما من تاريخ إستلامه للإخطار، ليدفع مبلغ الغرامة كاملا ودفعة واحدة، وإلا إعتبر رافضا لعرض المصالحة، كما أجاز له أن يكون الدفع نقدا، أو بحوالة بريدية بشرط أن يسلم الإخطار المرسل إليه إلى المحصل تأييدا لعملية الدفع.

وما يؤيد إعتداد المشرع الجزائري بعملية الدفع فقط ، وإلتفاته عن أي سلوك آخر صادر من المخالف ولو كان يعبر صراحة عن قبوله للمصالحة نص المادة 390ق.إ.ج التي جاء فيها:

" في حالة عدم دفع غرامة الصلح في المهلة الممنوحة تسير المحكمة في إجراءات الدعوى والفصل فيها طبقا لأحكام المواد 393 و ما يليها ."

¹ - د. إبراهيم حامد طنطاوي ، المرجع السابق ، ص 57.

ج- تبليغ النيابة بدفع الغرامة .

إن العلاقة بين المخالف والنيابة العامة في عملية المصالحة الجنائية علاقة مباشرة نظريا، فهي إيجاب صادر من النيابة العامة، يقابله قبول من طرف المخالف ، ولكن علاقتهما من الناحية العملية ليست كذلك، فالمخالف لا يعبر عن رضاه، ويدفع مبلغ الغرامة أمام النيابة العامة، وإنما يمر بشخص ثالث هو المحصل الذي يتولى مهمة تبليغ النيابة العامة بحصول الدفع .

وقد نظم قانون الإجراءات الجزائية أيضا عمل المحصل وقيدته بآجال . فقد نصت المادة 386 ق.إ على أن يقوم المحصل بتبليغ النيابة لدى المحكمة بدفع غرامة الصلح إذا تم صحيحا في ظرف عشرة أيام من تاريخ الدفع .

كما ألزمت المادة 388 ق.إ.ج النيابة العامة بأن ترسل إلى المحصل في ظرف ثلاثة أيام كشفا إجماليا بالإخطارات الموجهة منها. وكشفا إجماليا إلى محصل المالية في الأسبوع الأول من كل شهر عن التبليغات المسلمة في الشهر السابق تنفيذا للمادة 386.

كل هذا التنسيق بين عمل النيابة والمحصلين الماليين، هو الأثر الخطير المترتب عن عدم الدفع سواء كان فعليا، أو قانونيا بأن تم خارج الآجال المحددة، أو حتى لأنه تم ولم يبلغ¹، فقد نصت المادة 387 ق.إ.ج على أن النيابة العامة تنتظر خمسة وأربعين يوما من تاريخ إستلام المخالف للإخطار تبليغا بالدفع من المحصل، فإن لم يتم ذلك قام عضو النيابة العامة بتكليف المخالف بالحضور أمام المحكمة .

رابعا: آثار الغرامات الرضائية .

لقد تكفلت المادة 389 ق.إ.ج بتبيان آثار دفع غرامة المصالحة إذ جاء فيها: " تنقضي الدعوى العمومية بقيام المخالف بدفع مقدار غرامة الصلح ضمن الشروط والمهل المنصوص عليها في المادة 384 . ويتضمن القيام بدفع الغرامة المنوه عنها الإقرار بالمخالفة ويعد بمثابة حكم أول من أجل تحديد حالة العود"

¹ - د. أحسن بوسقيعة ، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام و في المادة الجزائية بوجه خاص ، المرجع السابق ، ص 45.

وفي حالة عدم دفع غرامة المصالحة في الآجال المحددة تمضي المحكمة في الإجراءات العادية للدعوى العمومية طبقا للمادة 394 وما يليها .

أما عن آثار دفع أو عدم دفع الغرامة الجزافية فقد نصت عليها المادة 392 ق.إ.ج التي جاء فيها : " يمكن أن تنقضي الدعوى العمومية الناشئة عن مخالفة، في المواد المنصوص عليها بصفة خاصة في القانون، بدفع غرامة جزافية داخلية في قاعدة العود ... و إذا لم يجر التسديد في المهلة المنصوص عليها في الفقرة الثانية أعلاه ، يحال محضر المخالفة غبي وكيل الجمهورية الذي يرفعه بدوره إلى القاضي مشفوعا بطلباته "

وينتج عن عدم دفع الغرامة الجزافية اللجوء لإجراءات الأمر الجنائي المنصوص عليها في المادة 392 مكرر .

الفصل الثاني

تطبيقات الرضائية في المواد الجنائية الإجرائية

(الدعوى العمومية والإجراءات الجزائية)

الفصل الثاني

تطبيقات الرضائية في المواد الجنائية الاجرائية

(الدعوى العمومية والإجراءات الجزائية)

تمهيد:

لم يكتف المشرع الجنائي الجزائري بأن جعل لرضا الأفراد أثرا في مجال الجريمة والجزاء ، بل أقحم هذا الرضا أيضا في المجال الإجرائي، فنجد لكل من المجني عليه ، المضرور، والمتهم أثرا قانونيا جنائيا يحدثه بالدعوى ككل ، أو بإجراء من إجراءاتها بمجرد أن تنصرف إرادته إلى ذلك على النحو المقرر قانونا. الأمر الذي يعني وجود أنظمة إجرائية رضائية إستثنائية ، موازية للأنظمة الإجرائية القسرية المعتادة .

وبالرغم من الإختلاف الواضح بين الإجراءات الجنائية الرضائية إلا أنه يمكن ردها إلى طائفتين بالنظر إلى الشخص القائم بالإجراء والصادر منه الرضا، إجراءات متوقفة على رضا المجني في عليه في الجريمة أو المضرور منها ، أي إجراءات صادرة من الشخص المعتدى عليه . وأخرى متوقفة على رضا المتهم.

وعليه فقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين : مبحث يتمحور حول رضا المعتدى عليه وأثره على الدعوى العمومية سواء من حيث الوجود أي بتحريكها ، أو من حيث العدم أي بإسقاطها . وفصل يتمحور حول رضا المتهم وأثره على بعض الإجراءات الجنائية .

المبحث الأول : رضا المعتدى عليه¹ وأثره على الدعوى العمومية.

تعتبر الجريمة إنتهاكا للحماية القانونية الجنائية المقررة لحق من الحقوق، فتتحقق بمخالفة الأوامر والنواهي المنصوص عليها في قانون العقوبات، ولو لم يترتب عنها أي ضرر. أي أن وجه الإعتداء فيها لا يتحقق بالضرورة بإلحاق الضرر بمصلحة ما بإنتقاصها أو بإعدامها ، وإنما بمجرد خرق القواعد القانونية الجنائية الحامية لها². وفي كل الأحوال يسمى الشخص صاحب الحق المعتدى عليه بالجريمة مجنيا عليه أو ضحية . ولكن قد يترتب على بعض الجرائم إلحاق ضرر بصاحب الحق المحمي جنائيا أو بغيره من الأشخاص . فيتحقق بذلك وجهان من الإعتداء الأول جنائي ويتمثل في المخالفة البحتة لنصوص التجريم ، والثاني مدني يتمثل في الإضرار المادي أو المعنوي بحق من الحقوق . وفي هذه الحالة يسمى الشخص الذي ألحقت به الجريمة ضررا موجبا للتعويض مجنيا عليه كان، أو من الغير بالشخص المضرور.

وإكتساب إحدى هته الصفتين يمنح الشخص الحق في مباشرة بعض الإجراءات الرضائية المتعلقة بالدعوى العمومية ، أي أن المشرع الجنائي الجزائري يعتد برضا كل من المجني عليه والمضرور لإحداث آثار قانونية تنصرف رأسا إلى الدعوى العمومية وجودا وعدما . أي بالمساهمة في تحريكها . أو بإسقاطها

المطلب الأول : رضا المعتدى عليه ودوره في تحريك الدعوى العمومية .

منح القانون الشخص المعتدى عليه بالجريمة سواء تمثل في المجني عليه فيها، أو المضرور منها دورا في تحريك الدعوى العمومية الناشئة عنها . فجعل لإرادة الأول حينما تترجم في شكل شكوى،

¹ - أترنا إستخدام لفظ المعتدى عليه لأنه يشمل صفتي المجني عليه والمضرور معا ، فكلاهما معتدى عليه ، الأول جنائيا بخرق النص القانوني المقرر لحماية حق من حقوقه، والثاني مدنيا بإلحاق الضرر بمصلحة من مصالحه .

² - وهذا ما تعززه فكرة العقاب على الشروع في الجريمة ، فالحماية الجنائية للحقوق حماية شاملة تتحسب للخطر قبل وقوع الضرر ، وتعتبر أحيانا مجرد تهديد المصلحة القانونية بالخطر موجبا للمساءلة الجنائية .

مساهمة غير مباشرة في تحريك إجراءات الدعوى الجنائية ، بإزالة القيد الإجرائي الذي يمنع النيابة العامة من فعل ذلك .

أما الثاني أي المضرور فجعل القانون لإرادته ورضاه أثرا مباشرا في تحريك الدعوى العمومية، إذا ما طالب بجبر ضرره أمام القضاء الجنائي¹.

الفرع الأول : الشكوى كإجراء رضائي للمطالبة بتحريك الدعوى العمومية .

تعتبر النيابة العامة الجهاز المختص الأصيل بتحريك الدعوى العمومية بوصفها ممثلة للمجتمع ونائبة عنه في إقتضاء حقه في العقاب . فهي الوحيدة التي أنيط بها تقدير مدى ملاءمة تحريك الدعوى العمومية ضد المتهم من عدمها .

فإن رأيت ذلك فتحت باب المطالبة بمساءلته، وإن قدرت العكس تغاضت عن متابعتة. ولكن سلطتها في ذلك ليست مطلقة، لأن المشرع الجنائي جعل هذا الجهاز مكبلا ومغلولا يدين بصدد بعض الجرائم، لا يستطيع ممارسة سلطته في تقدير ملاءمة المتابعة الجنائية، إلا بتدخل أطراف أخرى تملك زمام تقييده ، أو تحريره .

أي أن المشرع الجنائي قد جعل حرية النيابة العامة في ممارسة سلطاتها في تحريك الدعوى العمومية متوقفة على موافقة جهة أو شخص في شكل شكوى أو طلب أو إذن. وسنكتفي في هذا المقام بالتطرق لإجراء الشكوى كنظام رضائي لأنه الوحيد الصادر من فرد من الخواص فيجسد بذلك فكرة مشاركة الأفراد في إدارة العدالة الجنائية، أما الطلب والإذن فيصدران من جهات عامة .

أولا : تحديد مفهوم الشكوى و تبيان أحكامها.

إذا كان المشرع الجنائي يحرص على ضرورة محاكمة كل مجرم ومعاقبته ، فهو يحرص أيضا على أن يكون التدخل العقابي ضروريا ومناسبا ، فهناك حالات يكون فيها ضرر المحاكمة والعقاب أشد

¹ - د. حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 113 ، 114 .

وطئة على نفس المجني عليه من ضرر الجريمة ذاتها . فيشترط ألا تقوم النيابة العامة بتحريك إجراءات الدعوى العمومية إلا عند سماح المجني عليه بذلك عن طريق شكوى يقدمها¹ .

أ- مفهوم الشكوى وآثارها الإجرائية.

تعرف الشكوى بأنها إجراء يعبر به المجني عليه، في جرائم معينة، عن إرادته في رفع العقبة الإجرائية التي تحول دون ممارسة السلطات المختصة لحررتها في المطالبة بتطبيق أحكام قانون العقوبات²، وتعرف أيضا بأنها بلاغ يقدمه المجني عليه إلى الجهة المختصة لمحاكمة مرتكب الجريمة³ .

ويظهر من هذا التعريف أن الشكوى في جوهرها بلاغ أي إخطار بوقوع الجريمة لكنها تختلف عنه إصطلاحا في كون الشكوى حقا خالصا للمجني عليه أما البلاغ فيقدم من أي شخص ، كما أن الشكوى بوصفها تعبيرا عن الإرادة يشترط فيها الأهلية أما البلاغ فيجوز تقديمه من الصغار، والمجانين والمعتهين . وإذا كان مضمون البلاغ هو إعلام السلطات المختصة بوقوع جريمة فإن مضمون الشكوى هو تعبير المجني عليه عن مطالبته بمتابعة الجاني⁴

وتتسم الشكوى مع غيرها من قيود تحريك الدعوى العمومية بأربعة خصائص : أنها ذات طبيعة إجرائية تتعلق بالدعوى العمومية ، وليست من شروط العقاب. أي أن النيابة العامة إذا حركت الدعوى دون رفع القيد ، أي دون تقديم شكوى قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى، لا ببراءة المتهم . كما تتميز الشكوى بأن لها طبيعة إستثنائية لذلك وجب حصرها في الحدود المقررة لها، وعدم التوسيع من نطاقها عن طريق القياس .

وتتعلق الشكوى بالنظام العام فلا تملك المحكمة التغاضي عنها عند وجوبها، بل يتعين عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى وإن لم يتمسك المتهم بذلك .

1 - د. حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 113 ، 114 .

2 - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 330 ، فقرة 163 .

3 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 59 ، فقرة 67 .

4 - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 346 ، فقرة 170 .

وأخيرا تتميز الشكوى بأن لها أثرا سالبا لاموجبا أي أن تقدم الشكوى لا يحرك الدعوى العمومية كل ما هنالك أنه يعيد للنيابة العامة سلطتها في تقدير مدى ملاءمة تحريك الدعوى العمومية من عدمها.

1- الآثار الإجرائية لإستلزام الشكوى .

يؤكد المشرع الجزائري كلما تكلم عن إشتراط تقديم شكوى من المجني عليه بأن المتابعة لن تتم إلا بإستيفاء هذا القيد معبرا عن ذلك في جميع الحالات ب "لا تتخذ إجراءات المتابعة إلى بناء على شكوى ... " أي أن النيابة العامة لا يجوز لها تحريك الدعوى العمومية إلا بعد تقديم شكوى من المجني عليه ، أي أن يدها تظل مغلولة ورهن إرادة صاحب الحق في الشكوى ¹.

فإذا ما تغاضت النيابة العامة عن هذا القيد وحركت الدعوى العمومية رغم ذلك ، يعتبر ما قامت به إجراء باطلا ومعدوم الأثر ، وفي حال ما إذا إتصلت المحكمة بالدعوى وجب عليها أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ، ويجوز الدفع بهذا البطلان في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا .

ولا يقصد بغل يد النيابة العامة فقط منعها من رفع الدعوى إلى المحكمة مباشرة، وإنما يمنع عليها إتخاذ كل إجراء تتحرك به الدعوى العمومية، فلا يمكنها أن تطلب من قاضي التحقيق الأمر بالقبض على المتهم أو تفتيش مسكنه أو حبسه إحتياطيا، أو سماع الشهود، ومعاينة مكان الجريمة.

فكل إجراء تتخذه النيابة العامة أو يتخذه قاضي التحقيق، أو يتخذه ضابط شرطة قضائية قبل تقديم شكوى من المجني عليه باطل ومعدوم الأثر . وهذا الأثر لا يشوبه لوحده ، وإنما يشوب كل إجراء مرتبط به فإذا أسفر تفتيش مسكن متهم بجريمة سرقة والده، لكن هذا الأخير لم يتقدم بشكوى، وأثناء عملية التفتيش وجد في منزل المتهم مخدرات، لم يجز الإستناد إلى محضر التفتيش لإدانته بالجريمة الثانية .

¹ - د. حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 113 ، 114 .

ونظيف إلى ذلك أن تقديم الشكوى بعد مباشرة إجراءات التحقيق بدونها ، لا يصحح الإجراءات الباطلة، بل تظل كما هي معدومة الأثر. وعلى النيابة العامة إعادة الإجراءات من جديد¹.

ويفهم مما سبق أنه يترتب على إشتراط المشرع تقديم شكوى من المجني عليه حتى تتحرك الدعوى العمومية، قصر الأثر المانع للشكوى على إجراءات التحقيق دون إجراءات الإستدلال التي لا تتحرك بها الدعوى العمومية . فيمكن للنيابة العامة أن تقوم بنفسها أو أن تأمر ضباط الشرطة القضائية بإتخاذ الإجراءات المناسبة للبحث و التحري عن جرائم الشكوى ولو دون تقديمها .

ونبه هنا أن حالة التلبس التي قد تتصف بها بعض الجرائم ، وبالرغم من إقترائها بإجراءات خاصة وسريعة إلا أنها لا تسقط قيد الشكوى².

وتثير مسألة تعدد الجرائم وتعدد المتهمين الكثير من الإشكالات عندما يتعلق الأمر بالشكوى، فإذا ما وقع من المتهم الواحد عدة جرائم من بينها جرائم تستلزم الشكوى وأخرى لا فيكيف ستتعامل النيابة العامة مع هذا المتهم ؟

فهل لقيد الشكوى في بعض الجرائم تأثير على الجرائم الأخرى ؟ وإذا ساهم عدة أشخاص في إرتكاب الجريمة ، وكان بينهم متهمون لا يجوز تحريك الدعوى العمومية ضدهم إلا بتقديم شكوى من المجني عليه ، فهل يسري هذا القيد على جميع المتهمين ؟

- حالة تعدد الجرائم .

والتعدد نوعان تعدد معنوي أو ظاهري، وتعدد مادي أو حقيقي. ويتحقق الأول عندما يحتل السلوك الجرمي الصادر من شخص واحد عدة أوصاف قانونية ، على نحو يجعل هذا السلوك يمثل عدة جرائم³.

¹ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 120 ، فقرة 133.

² - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 334 ، ص 165 .

³ - المرجع نفسه ، ص 76.

وتثور المشكلة هنا عندما يكون من بين الأوصاف المنطبقة على السلوك المرتكب جريمة تخضع لقيود الشكوى ، وجرائم أخرى لا تخضع لهذا القيد. ولقد قرر القانون أنه في حالة التعدد الظاهري للجرائم أخذ الجرم الوصف أو التكييف الأشد، ولا عبرة في ذلك بكون هذا الوصف يجعل تحريك الدعوى ممتنعاً إلا بتقديم شكوى.

فإذا زنا رجل بإمرأة علنا إحتمل سلوكه وصفان: الزنا والتي يشترط فيها لتحريك الدعوى العمومية تقديم شكوى، والفعل الفاضح الذي لا يخضع لقيود الشكوى . وبما أن الوصف الأشد في هذه الحالة هو وصف الزنا إمتنع عن النيابة العامة تحريك الدعوى العمومية عليه إلا بتقديم شكوى من الزوج المضروب ، وإمتنع عليها أيضا تحريك الدعوى العمومية بالنسبة لجريمة الفعل الفاضح العلني بالرغم من أنه لا يتطلب شكوى لكن بإعتباره الوصف الأخف فلا ينطبق على الجرم لأنه محجوب بالوصف الأشد¹.

أما إذا إحتمل السلوك وصفا آخر أشد لا يتطلب قيد الشكوى، جاز للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بالرغم من أنه يمتنع كذلك وصف الزنا المقيد بقيود الشكوى .

أما إذا كان التعدد ماديا أو حقيقيا وهي الحالة التي تتجسد عند تعدد الجرائم بتعدد السلوكات ووحدة الجاني وهو نوعان تعدد بسيط، وتعدد لا يقبل التجزئة، فإذا كانت هذه الجرائم المتعددة مرتبطة ببعضها البعض إرتباطا بسيطا كما لو إرتكب الشخص جريمة زنا وجريمة إنتهاك حرمة منزل، جاز للنيابة العامة متابعة الجاني على جريمة إنتهاك حرمة منزل التي لا تتطلب شكوى ، والإمتناع عن تحريكها في جريمة الزنا إلا إذا قدمت شكوى.

أما إذا كان التعدد المادي في شكل تعدد لا يقبل التجزئة على نحو لا يمكن فيه فصل جريمة عن الأخرى كالزنا والإعتياد على ممارسة الدعارة مثلا، ففي هذه الحالة تكون العبرة بالوصف الأشد فإذا كان التكييف الأشد المنطبق على السلوك يتطلب تقديم شكوى من المجني عليه، إمتنع عن النيابة

¹ - د. محمد عبد الحميد مكي ، التنازل عن الشكوى كسبب خاص لإنقضاء الدعوى الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 45.

العامّة إتخاذ أي إجراء من إجراءات تحريك الدعوى العمومية ضده، وإذا كان الوصف الأشد لا يخضع الجريمة لقيد الشكوى جاز للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بصدددها، ولو كان الوصف الأخف يتطلب تقديم شكوى¹.

- حالة تعدد المتهمين .

يشكل تعدد المتهمين معضلة قانونية بالنسبة لنظام الشكوى عندما ترتكب الجريمة من أكثر من شخص فيستلزم القانون تقديم شكوى في مواجهة بعض المتهمين، ولا يستزرها في مواجهة البعض الآخر .

ففي هذه الحالة لا تتقيد حرية النيابة العامة إلا في مواجهة المتهمين الذين يشترط القانون تقديم شكوى ضدهم ، أما البقية فيمكنها تحريك الدعوى العمومية ضدهم دون قيد أو شرط . فإذا إشتراك شخص مع آخرين في سرقة مال مملوك لوالده، غلت يد النيابة في مواجهة الإبن السارق حين تقديم شكوى من الوالد الجني عليه ، أما بقية المساهمين، فيمكن للنيابة العامة أن توجه لهم الإتهام دون أن تكبلها في ذلك الشكوى المتطلبة في الإبن السارق ولو كان هو الفاعل والبقية شركاء² .

ومع ذلك فالفقه متفق على إستثناء جريمة الزنا من هذه القاعدة ، فلا يجوز تحريك الدعوى العمومية ضد الشريك فيها، ما لم يقدم الزوج الجني عليه شكواه ضد زوجه الفاعل .

وإذا كان هذا الإستثناء لم ينص عليه المشرع صراحة مما يجعل الشريك الزاني لا يستفيد من قيد الشكوى وفقا للقواعد العامة ، فيجوز بذلك للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية في مواجهته دون الزوج أو الزوجة الزانية . إلا أن ذلك من شأنه أن يفوت الغاية التي من أجلها قيد المشرع حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية بصدد جرائم الزنا بضرورة تقديم شكوى من الزوج المضروب . وهي ستر عورات الناس ، والمحافظة على شرفهم ، فلو إمتنع زوج الزانية أو زوجة الزاني عن تقديم شكوى

1 - د. محمد عبد الحميد مكي ، المرجع السابق ، ص 55.

2 - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 340، فقرة 166 .

محافظة على هذه الإعتبارات ، فإن تحريك الدعوى العمومية ضد الشريك في الزنا سيقحمهم لا محالة في الإجراءات ، وسيجعل ما حافظوا عليه معرضا للتدنيس ، وما فضلوا كتمانهم معرضا للكشف .

أما إذا كان الشريك الزاني متزوجا هو الآخر مما يجعله مساهما أصليا في الجريمة أي فاعلا هو الآخر، فيمكن تحريك الدعوى العمومية ضده إذا تقدم روجه بشكوى ضده¹.

2- الآثار الإجرائية لتقديم الشكوى .

يترتب قانونا على تقديم المجني عليه لشكواه رفع العقبة الإجرائية التي كانت تحول بين النيابة العامة وبين حربتها في تحريك الدعوى العمومية ، فتسترد سلطتها في إتخاذ الإجراء الذي تراه ملائما في حدود الوقائع التي قدمت بصدها الشكوى . أما تلك التي كشفت عنها التحقيقات وكانت بدورها تحتاج لشكوى ، إمتنع عليها تحريك الدعوى العمومية بشأنها².

وإذا كان تقديم الشكوى يرفع القيد الإجرائي الذي كان يمنع النيابة العامة من تحريك الدعوى العمومية، فإنه لا يلزمها بذلك . فلها رغم تقديم الشكوى أن تأمر بحفظ الملف ، وتغض الطرف عن تحريك الدعوى العمومية ، ولها أن تطلب من إفتتاح تحقيق قضائي من قاضي التحقيق ، كما لها أن تستدعي المتهم مباشرة للمثول أمام المحكمة بحسب الأحوال . أي أن تقدم الشكوى لا يجبر النيابة العامة على تحريك الدعوى العمومية كل ما هنالك أنه يعيد لها حربتها في إتخاذ الإجراء الذي تراه مناسبا ضمن سلطتها في الملاءمة .

ولا ينتج عن تقديم الشكوى من المجني عليه تصحيح الإجراءات التي تكون النيابة العامة قد إتخذتها قبل تقديمها . فكل إجراء محرك للدعوى إتخذ قبل تقديم الشكوى يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، ومنعدم الأثر إجرائيا ولا يرفع عواره تقديمها لاحقا³.

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 340 ، فقرة 166.

² - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 120 ، فقرة 133.

³ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 347 ، فقرة 171 .

وينبغي التذكير هنا أن آثار الشكوى مطلقة من الناحية الشخصية، ومقيدة من الناحية الموضوعية فمن الناحية الأولى ينصرف أثر الشكوى المقدمة من المجني عليه الواحد إلى غيره من المجني عليهم عند تعددهم. و ينصرف أثر الشكوى المقدمة ضد المتهم الواحد إلى غيره من المتهمين و من الناحية الثانية أي الموضوعية فإن آثار الشكوى تتقيد بحدود الواقعة المذكورة في الشكوى ، فعند تعدد الجرائم التي يتطلب القانون فيها شكوى لتحريك الدعوى العمومية فإن آثار الشكوى لا تنصرف إلا إلى الواقعة الواردة بالشكوى . فإذا زنا الزوج ، وهجر عائلته . وقدمت الزوجة المجني عليها شكوى بهجر العائلة دون الزنا إمتنع عن النيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بصدد جريمة الزنا ، ولو كان المهجر بسبب الزنا¹.

ب- الأحكام العامة لنظام الشكوى .

وتتلخص الأحكام العامة لنظام الشكوى في تحديد مصدر هذه الشكوى أي تحديد الشخص الذي يمنحه القانون الحق في ترك يد النيابة العامة مغلولة عن تحريك الدعوى العمومية أو تحريرها من هذا القيد، وكذا الشخص الذي تقدم ضده هذه الشكوى، الجهة التي تتلقاها، وأخيرا الشكل الذي تفرغ فيه.

1-مصدر الشكوى .

ومصدر الشكوى هو ذلك الشخص الذي يعتد القانون برضاه في طلب تحريك الدعوى العمومية ، ويرتب على تعبيره عن هذا الرضا أو إمتناعه عن ذلك آثارا إجرائية هامة والتطرق لهذه النقطة يجعلنا نثير مسألتين : صاحب الحق في تقديم الشكوى ، والنيابة في تقديم الشكوى.

- صاحب الحق في تقديم الشكوى .

المبدأ في قانون الإجراءات الجزائية هو أن صاحب الحق في تقديم الشكوى هو المجني عليه والمجني عليه في الجريمة هو من إنصب عليه عدوانها المباشر ، أما المضرور من الجريمة و هو من أصابه

¹ - د. فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص 494 .

ضرر شخصي ومباشر منها فلا يكتسب صفة الشاكي إلا إذا كان هو نفسه المجني عليه . أي أن صفة المجني عليه وحدها كافية لإمتلاك الحق في تقديم الشكوى دون إشتراط أي ضرر ، والضرر وحده ليس كافيا لإكتساب هذا الحق إلا إذا كان المضرور هو نفسه صاحب الحق المعتدى عليه بالجريمة¹ .

وإشتراط تقديم الشكوى من المجني عليه هو الذي يميزها عن الإدعاء المدني ، وعن البلاغ فالإدعاء المدني لا يقبل إلا ممن أصابته الجريمة بضرر، سواء كان مجنيا عليه أو لم يكن. وكذا البلاغ العادي يقبل من أي شخص دون الإعتداد بصفته . أما الشكوى فليس لها سوى مصدر واحد وهو المجني عليه² .

ولكن المشرع الجزائري عبر عن صاحب الحق في تقديم الشكوى بألفاظ متعددة : الزوج المضرور في المادة 339 ق.ع ، الشخص المضرور في المادة 369 و583 ق.إ.ج ، الزوج المتروك في المادة 330 ق.ع ، من له صفة في طلب إبطال الزواج فهل منح حق تقديم الشكوى لهؤلاء الأشخاص بصفتهم مضرورين ، أم مجنيا عليهم ؟

بالرغم من أن المشرع الجزائري إستعمل لفظ المضرور في مواطن عديدة، وقرنها بصاحب الحق في تقديم الشكوى، إلا أن ذلك لا يعني أن الشكوى في القانون الجزائري منحة للمضرور، كل ما هنالك أن المشرع إستعمل هذا اللفظ للدلالة على الشخص المعتدى عليه .

ومادام لم يشترط إثبات وجود الضرر ، فهو يقصر هذا الإعتداء على المساس بحق من حقوق هذا الشخص المحمية جنائيا ، دون وجوب أن يقترن هذا الإعتداء بضرر موجب للتعويض .وعليه فإن كل شخص منحه المشرع الجزائري الصفة لتقديم الشكوى في جريمة ما ، هو الشخص المجني عليه فيها.ضف إلى ذلك أن البعض³ يرى أن كل مجني عليه في الجريمة مضرورمنها، ويتمثل عنصر الضرر فيما يتكبده من عناء في التبليغ عنها ، ومتابعة إجراءاتها ؟

1 - د. فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص 494 .

2 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص 56، فقرة 83.

3 - د. حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 113 ، 114 .

وإذا كان المشرع الجزائري لم يأخذ أحيانا عند تحديده لصاحب الحق في تقديم الشكوى بالصفة المجردة للمجني عليه بل قرنها بصفة أخرى كصفة الزوج في جرمتي الزنا ، وترك الأسرة، فإن هذه الصفة يجب أن تكون متوفرة وقت تقديم الشكوى ، ولا يكفي توافرها وقت ارتكاب الجريمة ، فعلاقة الزوجية يجب أن تكون قائمة عند طلب تحريك الدعوى العمومية .

وتجدر الإشارة في هذا الباب أنه إذا كان المجني عليه شخصا إعتباريا آل الحق في تقديم الشكوى لمثله القانوني ، وإذا كان المجني عليه في الجريمة شخصا طبيعيا ومات لا ينتقل حقه في تقديم الشكوى لورثته لأن الحق في الشكوى حق شخصي ينقضي بموت صاحبه . فإذا لم يكن قد تقدم بشكواه قبل وفاته ، لن يقبل من ورثته تقديمها . أما إذا مات بعد تقديم الشكوى فلا يكون لموته أثر على الدعوى العمومية¹.

و إذا تعدد المجني عليهم في جريمة يتطلب فيها القانون شكوى لمتابعة المتهم، فيكفي لتسترد النيابة العامة سلطتها على إجراءات الدعوى العمومية توافر أحد الفرضين: إيمان يكون بين هؤلاء المجني عليهم واحد لم يمنحه القانون حق الشكوى، وإما أن يتقدم واحد من المجني عليهم بشكواه فتعتبر كأنها قدمت منهم جميعا تطبيقا لمبدأ عدم قابلية الشكوى للتجزئة .

فلا يشترط إجماع المجني عليهم على تقديم الشكوى لتحدث أثرها ، لأن هذا سيخلق مضنة أن كلا منهم يملك جزءا من الشكوى هو أمر غير صحيح، فالحق في الشكوى يمنح كاملا لصاحبه لكي لا يكون تعدد المجني عليهم سببا في حرمان بعضهم من ممارسة حقه في الشكوى، ولا يحول إشتراط الإجماع دون تحريك الدعوى العمومية ضد المتهم نتيجة تواطؤه مع بعض المجني عليهم . لذا يكتفي القانون بشكوى المجني عليه الواحد ولو إمتنع الباقي أو عارضوا في تقديمها².

وتطبيقا لذلك على جريمة السرقة المقيدة بالشكوى، فإنه إذا سرق شخص مالا مملوكا لاحد أصوله وشخص من الغير لا يمت له بصلة ، فإن النيابة العامة ستكون حرة في تحريك الدعوى

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 343 ، فقرة 167 .

² - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 62 ، فقرة 82 .

العمومية إستناد على ملكية المال المسروق للشخص الغريب والذي لم يمنحه القانون الحق في الشكوى .

كذلك الحال إذا وقعت السرقة من شخص على مال مملوك لأمه وأبيه و لكلاهما الحق في تقديم الشكوى ، فهنا لا يلزم أن يشتكي الأصلان أي الأب و الأم بل أحدهما يكفي¹.

- النيابة في تقديم الشكوى.

تجوز النيابة في تقديم الشكوى إتفاقية كانت أو قانونية ، فالجني عليه يمكنه أن يقدم الشكوى بنفسه أو بواسطة وكيله لكنه مقيد في ذلك بقيدين : أولهما أن تكون هذه الوكالة خاصة ، والثاني أن تكون صادرة بعد وقوع الجريمة . فإخطار النيابة العامة بجريمة من طرف الوكيل بموجب وكالة عامة يجعل تصرفه مجرد بلاغ لا شكوى².

والعلة من إشتراط الوكالة الخاصة للنيابة عن المجني عليه الأصيل في تقديم شكواه هو أن لكل واقعة ظروفها ، والمجني عليه هو أنسب شخص لتقدير العواقب التي تترتب على رفع الدعوى . فقد يرتأي في بعض الحالات وجوب المتابعة الجزائية، وقد يعظ الطرف عن ذلك في ظروف أخرى. لذلك وجب عند تفويض الغير لتقديم شكوى أن يكون ذلك بناء على وكالة خاصة تتعلق بالجريمة موضوع الشكوى . أي وجب أن تتضمن الوكالة تحديد الواقعة.

كما يشترط في هذه الوكالة ان تكون تالية لإرتكاب الجريمة، فإذا كانت سابقة على إرتكابها كانت عديمة الأثر، كون أن حق المجني عليه في الشكوى لا ينشأ إلا بعد إرتكاب الجريمة ، لذلك لا يمكنه إنابة الغير في إستعمال حق لم يوجد بعد³.

1 - د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 344 ، فقرة 166 .

2 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 56 ، فقرة 88.

3 - د. حمدي رجب عطية ، المرجع السابق ، ص 200.

وإن كانت الوكالة الخاصة اللاحقة لازمة عند إنابة الغير لتقديم الشكوى، فإنه لا يشترط أن تتم بوثيقة رسمية. بل تصح أيا كان الشكل الذي أفرغت فيه . المهم أن تكون مفصحة عن إرادة المجني عليه في توكيل شخص بذاته لتقديم شكوى عن واقعة بعينها .

هذا عن النيابة الإتفاقية ، أما عن النيابة القانونية، فتكون في الحالات التالية : إذا كان المجني عليه لم يبلغ سن التمييز بعد أي سنه أقل من ثلاثة عشر سنة جاز لوليه أن يقدم شكوى نيابة عنه وكذلك الحال إذا كان المجني عليه مجنوناً أو معتوها قدمت الشكوى من وصيه أو القيم عليه¹.

وتجدر الإشارة هنا أن العبرة في حالة الشخص بوقت تقديم الشكوى، لا بوقت ارتكاب الجريمة فإذا كان المجني عليه فاقد التمييز وقت ارتكاب الجريمة لصغر سنه، أو لجنون أو عته إعتراه ، لكنه وقت تقديم الشكوى بلغ سن التمييز، أو زال عنه العارض الذي ينتقص من تمييزه قبلت شكواه . أما نقص الأهلية بسبب السفه والغفلة فلا يؤثر على أهلية الشخص لتقديم شكوى لتعلق هذين العارضين بالمسائل المالية فقط .²

2 - ضد من تقدم الشكوى وإلى من .

يقدم المجني عليه شكواه ضد المتهم، وعليه يجب أن يكون هذا الأخير معروفا لدى الضحية لأن تعيينه واجب لصحة الشكوى. فالشكوى لا تقدم ضد مجهول. أما تحديده بصفته مرتكب الجريمة ، أو من ينسب إليه الضلوع فيها فلا يكفي . لأن منح المجني عليه الحق في غل يد النيابة العامة عن تحريك الدعوى العمومية لا يتعلق فقط بنوع الجريمة ، وإنما أيضا بصفة القائم بها وعلاقته بالمجني عليه ، فكيف يمكن للمجني عليه أن يقدر مدى ملاءمة ممارسته لحقه في تقديم الشكوى وهو جاهل بالمجاني³.

1 - د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 344 ، فقرة 166 .

2 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 61 ، فقرة 69 .

3 - د. حمدي رجب عطية ، المرجع السابق ، ص 203 .

وهنا نجد أن لفكرة الغلط كعيب مؤثر على الإرادة تطبيقها في مجال الشكوى ، فإذا قدم المجني عليه شكوى ضد شخص ما، ثم تبين من التحقيقات أن المتهم الحقيقي شخص آخر يتطلب لتحريك الدعوى العمومية ضده شكوى هو الآخر، إنتفى أثر الشكوى الأولى بالنسبة للمتهم الجديد، وقيدت النيابة العامة في مباشرتها لباقي الإجراءات ضد المتهم الثاني تقديم شكوى جديدة . فإذا إشتكى الزوج بزوجه متهما إياها بالسرقة، فحركت النيابة العامة الدعوى العمومية، لكن تبين في النهاية أن السارق هو ابنه وجب تقديم شكوى مستقلة من الأب ضد الابن لإستكمال إجراءات المتابعة¹.

وإذا تعدد الجناة في جريمة واحدة خاضعة لقيد الشكوى ، فإن تقديمها ضد أحدهم يحدث أثره في مواجهة الباقين فإذا سرق عدة إخوة مالا مملوكا لأبيهم ، فقدم الأب شكواه ضد واحد من أبنائه كان للنيابة العامة ، وتأسيسا على هذه الشكوى أن تحرك الدعوى العمومية ضد باقي الابناء ولو أن الأب لم يصرح بهم في شكواه تطبيقا لقاعدة عدم قابلية الشكوى للتجزئة .

و الغاية من تقرير هذا الحكم هي أن حق الشكوى إنما تقرر لرعاية مصلحة المجني عليه، ويقصد به إعطاءه دورا في تحريك الدعوى العمومية من عدمه على ضوء مصلحته الخاصة، فإذا ما رسيت إرادته على تقديم الشكوى فليس له بعد ذلك ان يتحكم في نتائج التحقيق، والأشخاص الذين تتهمهم النيابة بإعتبارهم فاعلين مع المتهم الأصلي المشتكى منه .

ولا يعتبر في هذه الحالة إمتداد أثر الشكوى للجناة الآخرين تفسيرا لإرادة الشاكي ، فقد يتعارض هذا التفسير مع صريح إرادته ، وإنما هو رأي فقهي لتفادي إستغلال المجني عليه لحقه في الشكوى عن طريق إبتزاز الجناة ، وتهديدهم كلا على حدة.

كما أنه لا فرق عند تعدد الجناة بين أن تقدم الشكوى ضد فاعل أو شريك، إذ تنتج الشكوى أثرها في الحالتين ، فيصح أن تكون شكوى مقدمة ضد الشريك سببا لمتابعة الفاعل والعكس².

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 344 ، فقرة 168 .

² - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 62 ، فقرة 72 .

أما عن الجهة التي يتقدم إليها المجني عليه أو نائبه بشكواه فهي إما لضابط من ضباط الشرطة القضائية ليقوم بإخطار النيابة العامة بهذه الشكوى في إطار المادة 18 / ف1 ق.إ.ج التي جاء فيها: " يتعين على ضباط الشرطة القضائية أن يحرروا محاضر بأعمالهم و أن يبادروا بغير تمهل إلى إخطار وكيل الجمهورية بالجنايات والجنايات التي تصل إلى علمهم ... " كما يمكن تقديم هذه الشكوى مباشرة إلى النيابة العامة نظرا لإختصاصها بتلقي الشكاوى بموجب المادة 36 ق.إ.ج التي جاء فيها: " يقوم وكيل الجمهورية بما يأتي : تلقي المحاضر والشكاوى والبلاغات ويقرر ما يتخذ بشأنها ... " .

أما إذا تقدم المجني عليه بشكواه أمام جهة أخرى ولو كانت عمومية فلا يعتد بها، كأن يشتكي المجني عليه في جريمة نصب من الجاني لدى الجهة الإدارية التي يباشر فيها عمله، أو أن يشتكي الزوج بزنا الزوجة أمام قاضي الأحوال الشخصية بغية تطليقها .

3- شكل الشكوى .

لا يشترط القانون الجزائري شكلا محددًا تفرغ فيه شكوى المجني عليه ، إذ يستوى أن تكون مكتوبة أو شفوية . و إذا قدم المجني عليه شكواه مكتوبة لا يلزم توقيعه عليها مادام صدورها منه مؤكدا بتقديمها من طرفه .

كما لم ينص المشرع الجزائري على صيغة معينة يعبر بها المجني عليه عن شكواه، فكل تعبير يدل على إنصراف الإرادة إلى طلب متابعة الجاني يعتبر شكوى . وعليه يمكن أن تكون الشكوى ضمنية ما دام مؤدى عبارات المجني عليه، ومقتضى المقام يجعلان إستخلاص ذلك صائغا¹ .

وفي كل الاحوال يجب أن يعبر المجني عليه عن رغبته في متابعة الجاني ، فإذا إستهدف غاية أخرى كانت شكواه عقيمة ، أو لم تعتبر شكوى أصلا ، فإذا سرق شخص ما شخصا آخر ، فلجأ

¹ - د. عصام أحمد محمد ، المرجع السابق ، ص 147 .

المجني عليه إلى النيابة العامة وطلب منها إستدعاء الجاني ومطالبته بعدم التعرض له في ماله لم تعتبر هذه شكوى¹.

كما يجب أن تكون إرادة الشاكي في طلب متابعة الجاني قاطعة ، لذا تعتبر الشكوى المعلقة على شرط باطله ولو تحقق الشرط فعلا. لأن تعليق الشكوى على شرط دليل على إرادة الشاكي لم تنحسم بعد . ومثال ذلك أن يطلب المجني عليه من النيابة العامة تحريك الدعوى العمومية ضد ابنه السارق إذا لم يرد المال المسروق .

ويرى البعض² أنه يكفي لصحة الشكوى تحديد الواقعة ، وطلب محاكمة الجاني ولو لم يحدد إسمه، سواء كان معلوما لدى المجني عليه أو كان مجهولا. لأن شخص الجاني ليس محل إعتبار في نظام الشكوى إلا في الحالات التي يشترط فيها المشرع قيد الشكوى مراعاة للعلاقة التي تربط الجاني بالمجني عليه . فإذا بلغ شخص على إرتكاب سرقة في حقه، وطلب من النيابة العامة متابعته ، ثم تبين أن السارق أصل أو فرع أو زوج للمجني عليه. ففي هذه الحالة يعتبر طلب الضحية بلاغا وليس شكوى. ولكن إذا كان بلاغ الشخص المسروق قاطعا في دلالاته على الرغبة في متابعة الجاني مهما كان شخصه ولو كان والده أو ولده أو زوجه . فالأمر هنا يتعلق بتفسير إرادة المجني عليه. ولا يعتبر تفسيرها تفسيراً موسعا إقحام المجني عليه في إجراءات لا يريدونها لأنه يملك في كل الأحوال سحب شكواه .

ولكننا رغم ذلك نجد أن يكون شخص المتهم محددًا تحديداً كافياً نافعاً للجهالة في الشكوى المقدمة ، وإلا فقدت مقوماً أساسياً من مقوماتها، الأمر الذي يحولها إلى مجرد بلاغ³.

1 - د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 344 ، فقرة 166 .

2 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 62 ، فقرة 72 .

3 - د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 ، ص 55.

ثانيا : نطاق تطبيق الشكوى .

بعد أن خالصنا من التعرف على نظام الشكوى في القانون الجزائري ، والأحكام القانونية المتعلقة به ، نتجه الآن لبحث مسألة أخرى تتعلق به، وهي نطاق تطبيق الشكوى، أي مجموع الجرائم التي لا تستطيع النيابة العامة بصددتها تحريك الدعوى العمومية، إلا بتدخل المجني عليه فيها، وإفصاحه عن رغبته في متابعة المتهم بإرتكابها جنائيا .

أ- الجرح المرتكبة من جزائريين في الخارج .

تضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري النص على الإجراءات الخاصة التي تطبق على الجرائم المرتكبة في الخارج ف جاء نص المادة 582ق.إ.ج كالاتي : " كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها من القانون الجزائري إرتكبتها جزائري في خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع ويحكم فيها في الجزائر.

غير أنه لا يجوز أن تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر و لم يثبت أنه حكم عليه نهائيا في الخارج و أن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل على العفو عنها "

هذا بشأن الجنايات ويظهر من النص الخاص أن النيابة العامة بصدد الجنايات المرتكبة من جزائريين في الخارج حرة في تحريك الدعوى العمومية ضدهم إذا توافرت مجموعة من الشروط لا يوجد ضمنها تقديم شكوى من المجني عليه ، في حين أنه كبل يد النيابة بصدد الجرح المرتكبة من جزائريين في الخارج بضرورة تقديم شكوى من المجني عليه إذ تنص المادة 583 ق.إ.ج على الآتي : " كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في نظر تشريع القطر الذي إرتكبت فيه يجوز المتابعة من أجلها و الحكم فيها في الجزائر إذا كان مرتكبها جزائريا .

ولا يجوز أن تجري المحاكمة أو يصدر الحكم إلا بالشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 582 وعلاوة على ذلك فلا يجوز أن تجري المتابعة في حالة ما إذا كانت الجنحة مرتكبة ضد أحد

الأفراد إلا بناء على طلب النيابة العامة بعد إخطارها بشكوى من الشخص المضروب أو ببلاغ من سلطات القطر الذي ارتكبت الجريمة فيه "

ويظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري إشتراط تقديم شكوى من الشخص المضروب في حال كون الجريمة المرتكبة في الخارج جنحة من الجنح المرتكبة ضد الأفراد ، وقد ساوى بين تقديم شكوى من المجني عليه الذي أطلق عليه تجاوزا لفظ المضروب ، وتقديم بلاغ من سلطات الإقليم الأجنبي الذي ارتكبت فيه .

ب - في فئة الجرائم الماسة بالأسرة .

تعتبر الجرائم الماسة بالأسرة أكثر فئة من الجرائم تقبلا لنظام الشكوى ، ذلك أن هذا الأخير لم يتتدع إلا لصيانة بعض القيم ، والمصالح التي لا توجد إلا في نطاق الأسرة كالشرف ، والإعتبار¹ .

1- جريمة الزنا.

جرم المشرع الجزائري سلوك الزنا بموجب المادة 339 ق.ع التي جاء فيها : " يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا .

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة .

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين و تطبق العقوبة ذاتها على شريكته . و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضروب ، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة "

ويظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري قيد تحريك الدعوى العمومية في جريمة الزنا بتقديم شكوى من المجني عليه ، وهو في هذه الحالة الزوج امرأة كان أو رجل الذي يزني شريكه بشخص آخر.

¹ - د. محمد عبد الرؤوف محمود ، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة ، المصدر القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2008 ، ص 22.

وعليه لا يجوز لممثل النيابة العامة أن يقوم بأي إجراء من إجراءات تحريك الدعوى من تلقاء نفسه بل إلا بناء على شكوى مسبقة من الزوج الآخر الذي مسه عار هذه الجريمة ولطخ شرفه .

ويرجع هذا القيد لما لهذه الجريمة من اتصال مباشر بمصلحة الأسرة و شرفها، أكثر مما له من اتصال بمصلحة المجتمع ولا يجوز تقديمها من أي شخص آخر غير الزوج المتضرر فإن كان مجنوناً أو معتوها وقت أو بعد ارتكاب الجريمة فإنه لا مانع من تقديم ممثله القانوني¹.

وتجدر الإشارة أن الحق في تقديم الشكوى مرتبط بقيام رابطة الزوجية، فإذا انقضت هذه الرابطة بأي سبب من أسباب فكها كالطلاق، أو الخلع، إمتنع تقديم الشكوى لعدم توافر الصفة، وبقي قيدها يكبل أي مسعى من النيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية².

2- جريمة ترك الأسرة .

من بين الجرائم المقيدة بقيد الشكوى والمتعلقة بالأسرة، جريمة ترك الأسرة المنصوص على صورها في المادة 330 ق.ع التي جاء فيها: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج :

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية ، وذلك بغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينيء عن الرغبة في إستئناف الحياة العائلية بصفة نهائية .

2- الزوج الذي يتخلى عمدا و لمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل و ذلك لغير سبب جدي ..."

¹ - د. أشرف رمضان عبد الحميد ، نحو بناء نظرية عامة لحماية الأسرة جنائيا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص 33.

² - د. محمد عبد الرؤوف محمود ، المرجع السابق ، ص 45.

وقد قصر المشرع الجزائري تطبيق الشكوى على الخالتين المذكورتين في الفقرتين الأولى والثانية دون الثالثة إذ نصت الفقرة الرابعة من المادة المذكورة أعلاه على أنه في الحالتين 1 و 2 من هذه المادة لا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك .

مما يعني إستثناء الجريمة المنصوص عليه في الفقرة الثالثة و المتمثلة في قيام أحد الوالدين بتعريض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم، أو أمنهم، أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلاً سيئاً لهم للإعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقضى .

ولعل العلة من إستثناء جريمة الإهمال المادي والمعنوي للأولاد من تطبيق نظام الشكوى تتمثل في كون الجاني عليه في هذه الجريمة هم الأطفال القصر محل الرعاية، الذين لا يمكن الإعتداد برضاهم في تقييد أو تحرير إجراءات الدعوى العمومية لصغر سنهم ، لذلك يفضل أن تبقى النيابة العامة بصدد هذه الجريمة حرة .¹

أما عن العلة من وراء تكبير يد النيابة العامة بصدد جرمي ترك مقر الأسرة ، وإهمال زوجة حامل بقيد الزوجة فهي أساسا الحفاظ على الروابط الأسرة التي قد تتأذى من التدخل القضائي ، فقد يفضل الزوج أو الزوجة الخضوع لإهمال شريكه بدل من الوقوف ضده في المحاكم.²

3- جريمة خطف قاصرة و الزواج بها.

من بين الجرائم التي أخضعها المشرع الجنائي الجزائري لقيود الشكوى الفعل المعاقب عليه بموجب المادة 326 ق. ع و المتعلق بخطف قاصرة و الزواج بها إذ جاء فيها ما يلي: " كل من خطف أو أبعده قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل، أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2.000 دج.

1 - د. شريف سيد كامل ، الحماية الجنائية للأطفال ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 34.

2 - د. محمد عبد الرؤوف محمود ، المرجع السابق ، ص 45.

وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله"

ويظهر من هذا النص أن الحالة الخاضعة لقيود الشكوى هي الحالة التي يتم فيها الزواج بالقاصرة بعد خطفها ، أما الخطف المجرد فلا تخضع فيه النيابة العامة لأي قيد . ولعل العلة من وراء ربط قيد الشكوى بوجود رابطة زوجية بين الخاطف والمخطوفة ، يتمثل في قدوسية هذه الرابطة ، وما تحمله من شبهة تؤثر على جريمة الخطف¹ .

لذلك أعطي الحق في إعطاء الضوء الأخضر للنيابة العامة ، بتمكيتها من إتخاذ الإجراءات المناسبة ضد الخاطف لا للقاصرة المجني عليها ، وإنما للشخص الذي أعطاه القانون مكنة إبطال عقد الزواج

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها حيث قضت بأنه : " في حالة زواج المختطفة لا تقوم المتابعة إلا بعد إبطال الزواج، ومن ثم فإن قضاة الموضوع الذين أدانوا المتهم دون مراعاة الزواج الذي أبرمه مع الضحية بحجة أنه سجل في غير حضور ولي الزوجة، قد أساءوا تطبيق القانون"²

وهكذا فإن زواج القاصرة المخطوفة بخاطفها يعتر حاجزا أمام المتابعة القضائية يحول دون معاقبة الجاني ويستفيد منه الشريك، ولرفع هذا الحاجز أو القيد يجب توفر شرطين متلازمين هما: إبطال الزواج. الشكوى المسبقة للأشخاص الذين لهم صفة إبطال الزواج.

ج - في فئة الجرائم الماسة بالأموال .

إضافة إلى الجرائم الماسة بالأسرة، إرتأى المشرع الجنائي تطبيق نظام الشكوى على بعض الجرائم الماسة بالأموال والمتمثلة في السرقة ، إخفاء أشياء مسروقة ، النصب وخيانة الأمانة ، و

¹ - د. شريف سيد كامل ، المرجع السابق ، ص 45 .

² - قرار صادر بتاريخ 1995/01/03 ، ملف رقم 128928 .

الحقيقة أننا إذا أنعمنا النظر في النصوص المجرمة لهذه الأفعال ، لأدركنا أن العلة من وراء تقييدها بقيد الشكوى تكمن أيضا في حماية الروابط الأسرية .

1- جريمة السرقة .

عرف المشرع الجزائري جريمة السرقة من خلال المادة 350 ق.ع التي جاء فيها : " كل من إحتلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج وتطبق نفس العقوبة على إحتلاس المياه والغاز والكهرباء ... " والحقيقة أن جريمة السرقة من الجرائم التي يجب أن تعطى النيابة العامة بصدد كافة الصلاحيات لمساسها بحق عام ، وهو حق الملكية المحمي دستوريا ¹.

وبالفعل لا تقيّد سلطة النيابة في تحريك الدعوى العمومية بصدد هذه الجريمة ، إلا في حالة وجود مصلحة أخرى جديرة بالمراعاة ، وهي الروابط الأسرية التي قد تربط أحيانا الجاني بالجني عليه، أي في الأحوال التي ترتكب فيها السرقات بين الأقارب .

فقد نصت المادة 369 ق.ع على أنه لا يجوز إتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضروب والتنازل عن الشكوى يوضع حدا لهذه الإجراءات ... "

ويلاحظ من هذا النص أن قيد الشكوى ليس مرتبطا برابطة القرابة مطلقا وإنما مرتبط بنوع ودرجة هذه القرابة² وهي قرابة الحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة ، أما القرابة المباشرة التي تجمع الأصول بالفروع والعكس ، وكذا قرابة الأزواج فرتب عليها المشرع الجنائي أثرا آخر يتمثل في كونها مانعا من موانع العقاب .

1- د. مجدي محب حافظ ، جريمة السرقة والجرائم الملحقة بها ، البدر اوي للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 2008 ، ص 5.

2- د. محمد عبد الرؤوف محمود ، المرجع السابق ، ص 14.

إذ نصت المادة 368 ق.ع على الآتي: " لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص

المبينين فيما بعد ولا تحول إلا الحق في التعويض المدني :

1- الأصول إضرارا بأولادهم أو غيرهم من الفروع .

2- الفروع إضرارا بأصولهم .

3- أحد الزوجين إضرارا بالزوج الآخر .

2- جريمة إخفاء أشياء مسروقة .

جرم المشرع الجنائي الجزائري جريمة إخفاء أشياء مسروقة من خلال نص المادة 387 ق.ع التي

جاء فيها: " كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنابة أو جنحة في

مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر و بغرامة

من 500 إلى 20.000 دينار ..."

وتعتبر جريمة إخفاء أشياء مسروقة من الجرائم الملحقة بالسرقة لذلك فهي تشترك معها في بعض

الأحكام¹ وهذا بالفعل مانصت عليه المادة 389 ق.ع بحيث قضت بأن تطبق الإعفاءات والقيود

الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادتين 368 و 369 على جنحة الإخفاء .

مما يعني إن جريمة إخفاء أشياء مسروقة المرتكبة بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة

الرابعة تخضع المتابعة الجنائية بصددها لقيود الشكوى .

3- جريمة النصب .

جرم المشرع الجنائي الجزائري جريمة النصب من خلال المادة 372 ق.ع التي جاء فيها: " كل

من توصل إلى إستلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية، أو وعود

أو مخالفات أو إبراء من إلتزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك

1 - د. مجدي محب حافظ ، المرجع السابق ، ص 67.

بالإحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشرعفيه إما بإستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو إعتقاد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع أي شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر و بغرامة من 500 إلى 20.000دينار .

و إذا وقعت الجنحة من شخص لجأ إلى الجمهور بقصد إصدار أسهم أو سندات أو أذونات أو حصص أو أية سندات مالية سواء لشركات أو مشروعات تجارية أو صناعية فيجوز أن تصل مدة الحبس إلى عشر سنوات و الغرامة إلى 200.000دينار..."

كما نصت المادة 373 ق.ع على تطبيق الإعفاءات و القيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادتين 368 و 369 على جنحة النصب أي أن جرائم النصب المرتكبة بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة لا تحرك بصدها الدعوى العمومية إلى بتقديم شكوى من المجني عليه .

4- خيانة الأمانة .

جرم المشرع الجنائي الجزائري خيانة الأمانة بموجب الماد 376 ق.ع، إذ جاء فيها : " كل من إحتلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت إلتزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية إستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردها أو تقديمها أو لإستعمالها أو لإستخدامها في عمل معين وذلك إضراراً بمالكها أو واضعي اليد عليها أو حائزها يعد مرتكبا لجرمة خيانة الأمانة و يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات و بغرامة من 500 إلى 20.000دج ..."

وتخضع هذه الجريمة لقيد الشكوى في حالة إرتكابها بين الأقارب ، والأصهار والحواشي لغاية الدرجة الرابعة تطبيقا لنص المادة 377 ق.ع التي نصت على تطبيق نفس الإعفاءات والقيود الخاصة

بمباشرة الدعوى العمومية المنصوص عليها في المادتين 368 و 369 ق.ع المتعلقة بجريمة السرقة على جريمة خيانة الأمانة .

الفرع الثاني : الإدعاء المدني كإجراء رضائي لتحريك الدعوى العمومية .

رأينا فيما سبق أن القانون منح المجني الحق في المساهمة في تحريك الدعوى العمومية بطريق غير مباشر ، وذلك برفع القيد الذي يكبل به المشرع أحيانا حرية النيابة العامة ، فلا تتمكن من ممارسة إختصاصاتها الإجرائية إلا بتدخل المجني عليه وتقديمه لشكواه .

أما شخص المضرور فقد منحه القانون حقا أهم وهو تحريك إجراءات الدعوى العمومية مباشرة إذا ما ادعى مدنيا أمام جهات القضاء الجنائي. و الأصل أن النيابة العامة هي وحدها المختصة بتحريك الدعوى العمومية ، ويفترض فيها إحتكار هذا الإختصاص لأنها تمثل المجتمع، وتنوب عنه في تطبيق أحكام قانون العقوبات للحفاظ على الأمن والإستقرار داخل الدولة¹.

وقد منح المشرع الجنائي للنياية العامة سلطة تقديرية واسعة عند ممارستها لهذا الإختصاص. فلها أن تحرك الدعوى العمومية إذا رأت ذلك ، ولها أن تتغاضى عن ذلك بإصدار أمر بالحفظ إذا قدرت أن هنالك مصالح أجدر بالرعاية من إنزال العقاب على الجاني . أي النيابة العامة تملك الحق الأصل في تحريك الدعوى العمومية ، وتملك أيضا الحق في عدم تحريكها دون معقب .

ونظرا لما قد تسببه بعض الجرائم التي قد ترى النيابة العامة عدم تحريك الدعوى العمومية بصددتها من ضرر للأفراد. كون أن تغيي النيابة العامة تحقيق المصلحة العامة قد يتعارض أحيانا مع بعض المصالح الفردية الخاصة. منح القانون لهؤلاء الأفراد المضرورين الحق في تحريك الدعوى العمومية ملتفتين في ذلك عن مسلك النيابة العامة².

1 - د. عمر سالم ، المرجع السابق ، ص 12.

2 - د. عبد الفتاح الصفي ، المرجع السابق ، ص 23.

أولاً: عناصر الإدعاء المدني المحرك للدعوى العمومية .

إعترف المشرع الجزائري صراحة بحق المضرور في تحريك الدعوى العمومية في صلب المادة 1ق.إ.ج التي جاء فيها: " الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويياشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود لهم بها بمقتضى القانون .

كما يجوز أيضا للطرف المضرور أن يحرك هذه الدعوى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون."

وقد منح المشرع المضرور هذا الحق وخرج بذلك عن مبدأ أصيل في قانون الإجراءات الجزائية وهو إستئثار جهاز النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية ، لإعتبارات تتمثل في تمكين الشخص الذي أضرت به الجريمة من الحصول على تعويض عاجل عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة أمام القضاء الجنائي ، متجاوزا في ذلك سلطة النيابة العامة في ملاءمة الدعوى العمومية ، وما يمكن أن تسببه له من تعطيل إذا ما إرتأت حفظ ملف الدعوى .

وصحيح أن الشخص المضرور يمكنه أن يطالب بحقه في التعويض أمام القضاء المدني إلا أن ذلك يعني إجباره على إثبات الواقعة طبقا لقواعد القانون المدني وتحمله لعبء ذلك ومعروف أن قواعد الإثبات في المجال المدني أكثر صعوبة وإرهاقا للمدعي منها في المجال الجنائي . كما أن إجبار المضرور على الركون لإرادة النيابة العامة خاصة إذا كان هو المجني عليه سينمي داخله شعورا بإنعدام العدل .إذا ما رأى الجاني يفلت من العقاب .¹

أ- الأطراف .

للدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة طرفان يتمثل الطرف الأول المدعي في الشخص المضرور منها، والذي بناء على مطالبته بتعويضه عما أصابه من ضرر أمام جهات القضاء الجنائي يحرك الدعوى العمومية، اما الطرف المدعى عليه في هذه الحالة فهو المتهم بإرتكابه للجريمة، والمسؤول عما سببته للغير من خسائر مادية أو معنوية .

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 310 ، فقرة 157.

1- الشخص المضرور المدعي .

على عكس الشكوى منح المشرع الحق في تحريك الدعوى العمومية للشخص المضرور لا للمجني عليه، وقد يظهر للوهلة الأولى أن الصفتان سياتان ومتلازمتان. وهو أمر غير صحيح فالمضرور هو كل شخص أصابه ضرر شخصي ومباشر من الجريمة.

أما المجني عليه فهو صاحب الحق المعتدى عليه في الجريمة. ولا يملك الحق في تحريك الدعوى العمومية بهذه الصفة، إلا إذا سببت له الجريمة ضرا أكسبه صفة المضرور . وقد إعترض البعض¹ على منح الحق في تحريك الدعوى العمومية للمضرور دون المجني عليه لأن ذلك سيجعل الدعوى العمومية مقترنة بالمصالح المدنية للأفراد في حين أن غرضها الحقيقي هو توقيع العقاب على الجاني . لذلك كان يجب من باب أولى منح المجني عليه هذا الحق سواء ناله ضرر أم لم ينله حتى يتمكن من الثأر لنفسه بطريقة مشروعة وعادلة².

وإذا كان الغالب أن يصيب المجني عليه ضرر من جراء الجريمة إلا أن ذلك لا يتحقق دائما. فليس كل مجني عليه مضرورا، وليس كل مضرور مجنيا عليه . فالتلازم بينهما لا يطرد دائما فهناك جرائم لا يصاب فيها المجني عليه بأي ضرر . فالمجني عليه في جريمة شروع في السرقة مثلا لا يورث عادة أي ضرر. كما قد يصيب ضرر الجريمة شخصا آخر غير المجني عليه كأسرة الشخص المقتول في جريمة القتل وهكذا³.

والجدير بالذكر هنا أن صفة المضرور لازمة لإكتساب الحق في تحريك الدعوى العمومية لكنها غير كافية لممارسة هذا الحق. فيجب علاوة على ذلك أن يطالب هذا المضرور بجر ضرره وتعويضه أمام جهات القضاء الجنائي. لذلك فالفقه يجري على إعتبار المضرور المتنازل عن حقه في التعويض، أو الذي إستوفاه قبل الإدعاء به أمام القضاء الجنائي فاقتدا لحقه في تحريك الدعوى العمومية .

1 - د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص 130.

2 - د. مصطفى محمد عبد المحسن ، المرجع السابق ، ص 13 .

3 - د. عوض محمد عوض ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 40 ، فقرة 50 .

ولا يلزم أن يكون المضرور من الجريمة شخصا طبيعيا ، بل يمكن أن يكون شخصا اعتباريا كجمعية ، أو شركة مادام قد لحقها ضرر شخصي ومباشر من الجريمة ، وفي هذه الحالة يجوز لمثله أن يحرك الدعوى العمومية نيابة عنه . أما إذا كان المضرور من الجريمة جماعة لا تتمتع بالشخصية المعنوية ، فلا يقبل منها الإدعاء مدنيا بهذا الشكل ، بل يجب أن يرفعها الأشخاص المنتمون لها كلا بإسمه ولحسابه¹ .

أما عن مسألة مدى جواز إنتقال حق المضرور في تحريك الدعوى العمومية إلى ورثته فنميز بين الفروض الثلاثة : فإذا كانت الجريمة قد وقعت قبل وفاة المضرور فإن حقه في المطالبة بالتعويض عنها أمام القضاء الجنائي ينتقل إلى ورثته ، فإذا كان قد حرك الدعوى العمومية قبل وفاته حق لورثته الإستمرار فيها ، وإستحقاق ما قدره القاضي من تعويض على الأضرار المادية والأدبية معا. أما إذا وقعت الجريمة قبل وفاة المضرور لكنه لم يحرك الدعوى العمومية جاز لورثته ذلك، شريطة أن تقتصر مطالبتهم على تعويض الأضرار المادية فقط ، أما الأضرار الأدبية أو المعنوية التي كانت قد أصابت الشخص المتوفى المورث فلا يجوز لخلفه العام المطالبة بها إلا إذا كان التعويض عنها قد تحدد بالإتفاق لأن الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي حق شخصي مقصور على المضرور نفسه يزول بموته² .

هذا عن الفرض الأول أما الفرض الثاني فيتمثل في كون الجريمة هي سبب وفاة المورث ، كأن يكون هذا الأخير ضحية قتل عمد أو قتل خطأ فإن الحق في التعويض في هذه الحالة لم ينشأ قط للمجني عليه حتى ينتقل إلى ورثته، لأن الضرر في هذه الحالة يتحقق بالوفاة، وحين يثبت يكون صاحبه قد مات فعلا فلا يكون أهلا لإكتساب الحق في التعويض عنه ، وبالتالي لا مجال لتوريثه

¹ - د. مصطفى محمد عبد المحسن ، المرجع السابق ، ص 17 .

² - نفس الموضوع .

للغير، وفي هذه يمكن للورثة تحريك الدعوى العمومية ضد الجاني أصالة عن أنفسهم إذا أصابهم ضرر شخصي ومباشر من جريمة القتل¹.

وبالرغم من رجحان هذا الرأي إلا أن محكمة النقض المصرية² أقرت بأن شرط توافر الضرر المادي يعني الإخلال بحق أو بمصلحة للمضرور، وفي إعتداء الجاني على المجني عليه والقضاء على حياته إخلال جسيم بحقه في سلامة جسمه وصون حياته وإذا كان الإعتداء يسبق يسبق بداهة الموت بلحظة فإن المجني عليه يكون خلالها مهما قصرت أهلا لإكتساب حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر ويتفاقم، ومتى ثبت له هذا الحق قبل الموت فإنه ينتقل لورثته من بعده فيحق لهم مطالبة المسؤول بجبر الضرر الذي لحق مورثهم من جراء الجرح التي أحدثها به ومن جراء الموت التي أدت إليه تلك الجروح باعتبارها من مضاعفاتها. ولئن كان الموت حقا على كل إنسان إلا أن التعجيل به بفعل الغير عن عمد أو عن خطأ يلحق بالمجني عليه ضرا ماديا محققا هو أبلغ الضرر إذ يسلبه أتمن ما يمتلكه وهو الحياة، والقول بغير ذلك إمتناع الحق في التعويض على المجني عليه الذي يموت عقب الإصابة مباشرة وجواز ذلك لمن يبقى على قيد الحياة مدة بعد الإصابة يؤدي إلى نتيجة تتأبى على المنطق، وإلا كان الجاني الذي يصل في إجرامه إلى حد الإجهاز على ضحيته فورا في مركز يفضل ذلك الذي يقل عنه خطورة فيصيب المجني عليه بأذى دون الموت.

ومن هنا يكون للورثة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب مورثهم من جراء الموت، ولا يكون عليهم سوى إثبات صفتهم كورثة.

أما الفرض الثالث والأخير وهو أن ترتكب الجريمة بعد وفاة المورث كتشويه جثته، أو سبه وقذفه وهو ميت، فلا يكون للورثة طلب التعويض إلا إذا كانت هذه الجرائم قد مستهم شخصيا بضرر مباشر.

¹ - د. نبيل عبد الصبور النبراوي، المرجع السابق، ص 23.

² - نقض: 1967/03/14 أحكام النقض س 18 ق 78 ص 415.

و في كل الأحوال لا يقبل تحريك الدعوى العمومية من طرف المضرور إلا إذا كان لهذا الأخير أهلية الأداء وفقا لقواعد القانون المدني، فإذا كان فاقد الأهلية أو ناقصها فإن هذا الإجراء لا يتم إلا عن طريق وليه أو وصيه أو القيم عليه .

وإذا حدث أن تعارضت مصلحة المضرور مع مصلحة ممثله القانوني كما لو كان هذا النائب هو المسؤول عن جبر الضرر الناتج عن الجريمة ، وجب تعيين نائب غيره ¹.

2- الشخص المتهم المدعى عليه .

يوجه المضرور إجراءات المطالبة بجبر ضرره أمام جهات القضاء الجنائي ضد الشخص المتهم بإرتكاب الجريمة سواء كفاعل أو شريك بصفته المسؤول الأول عن الأضرار الناجمة عنها ، وإذا تعدد المتهمون المسؤولون عن الضرر جاز توجيه الإتهام لهم جميعا ، ولو كان المضرور قد حرك الدعوى العمومية ضد أحدهم فقط لأنهم في الأخير سيكونون جميعا متضامنين في إلتزامهم بالتعويض ².

ويشترط لصحة الإدعاء المدني على المتهم أن تتوافر له أهلية التقاضي، بأن يكون راشدا فإذا لم يكن راشد وجب إدخال ممثله القانوني معه في الإجراءات في الجانب المدني أما في الجانب الجزائي فلا يشترط بلوغ سن الرشد المدني أي تسعة عشر سنة، بل يكفي فقط سن الرشد الجزائي أي ثلاثة عشر سنة .

وإذا توفي المتهم بعد تحريك الدعوى العمومية ضده إنقضت هذه الأخيرة بسبب الوفاة ، أما إذا حدثت الوفاة قبل تحريك الدعوى العمومية من طرف المضرور، فلا يكون له سوى مخاصمة ورثته أمام المحاكم المدنية . وفي جميع الأحوال لا يلتزم ورثة المتوفى بالتعويض إلا في حدود ما آل إليهم من تركته

¹ - د. عوض محمد عوض ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 40 ، فقرة 50 .

² - د. مصطفى محمد عبد المحسن ، المرجع السابق ، ص 17 .

وبنسبة أنصبتهم فيها ، فورثة المتهم المتوفى لا يسألون بالتضامن لأنهم لم يشتركوا مع مورثهم في الخطأ¹.

وتجدر الإشارة هنا أن تحريك الدعوى العمومية لا يكون إلا ضد المتهم ، لكن الدعوى المدنية المحركة لها يمكن أن ترفع ضد المتهم إضافة إلى المسؤول عن الحقوق المدنية .

والمسؤول عن الحقوق المدنية شخص يلتزم قانونا بتعويض الأضرار التي تنجم عن فعل يحدثه الغير . وأساس مسؤوليته هته هو الإتفاق أو القانون الذي يلزمه بالإشراف على غيره ومراقبته بسبب صغر سنه أو حالته الجسمية أو العقلية ، أو بسبب علاقة التبعية التي تربطه به وفقا لما تقتضيه قواعد القانون المدني .

ورفع الدعوى المدنية على المسؤول عن الحقوق المدنية عن فعل المتهم أمام المحكمة الجنائية لا يكون إلا إذا كانت الدعوى المدنية قد رفعت على المتهم ابتداء دون أن يؤثر في ذلك موت المتهم بعد ذلك أو إنقضاء الدعوى العمومية ضده².

ويجب أن تتوفر في المسؤول عن الحقوق المدنية المدخل في الدعوى أهلية التقاضي على النحو الذي بيناه بالنسبة للمتهم . ويمكن للمسؤول عن الحقوق المدنية إذا لم يدخل بداية في الخصومة أن يتدخل بعد تحريك الدعوى العمومية ضد المتهم من طرف المضرور إذا قصر المتهم في الدفاع عن نفسه وللنيابة العامة والمدعي المدني المعارضة في هذا التدخل.

وإذا توفي المسؤول عن الحقوق المدنية بعد تحريك الدعوى العمومية جاز توجيه الإجراءات ضد ورثته وتحدد مسؤوليتهم لا على أساس التضامن ، وإنما على أساس أنصبتهم فيما آل إليهم من التركة.

1 - د. مصطفى محمد عبد المحسن ، المرجع السابق ، ص 17.

2 - د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص 130.

ب- السبب .

إن أي دعوى مدنيه تستند دائما من حيث السبب على خطأ إرتكبه المدعى عليه فيلزم بتعويض ما ترتب عنه من أضرار ، ووجه الخطأ الذي يستند عليه في الإدعاء المدني المحرك للدعوى العمومية هو ذلك الفعل الضار الذي إرتكبه المتهم أي الجريمة التي تجعل ولاية القضاء الجنائي تمتد لتشمل الدعاوى المدنية المؤسسة على الأضرار الناتجة عنها¹.

وإذا كانت الدعوى العمومية تستند دائما على جريمة وقعت ، فالإدعاء المدني المحرك لها يجب أن يستند إلى وجود جريمة وقعت ، بالإضافة إلى وجود أضرار ناجمة عنها وإلا لم يقبل هذا الإدعاء . وقد قسم الفقه سبب الإدعاء المدني المحرك للدعوى العمومية إلى ثلاثة عناصر:

1- أن تكون هناك جريمة قد وقعت من المتهم .

يشترط لكي يكون الإدعاء المدني إجمالا ، والإدعاء المدني المحرك للدعوى العمومية من باب أولى مقبولا أن يكون هناك ضرر شخصي ومحقق ناشيء مباشرة عن فعل إجرامي ، فإذا كان سبب الضرر الموجب للتعويض لا يشكل في القانون جريمة بل مجرد فعل غير مشروع من الناحية المدنية ، إمتنع على المدعى الإتصال بالقضاء الجنائي.

وإذا حرك المضرور الدعوى العمومية، ثم تبين من التحقيقات أن سلوك المتهم لا يشكل جريمة لإنتفاء ركن من الأركان المتطلبه قانونا لقيامها ،أصدر قاضي التحقيق أمرا بالألا وجه للمتابعة وإذا كانت الدعوى منظورة أمام المحكمة أصدرت حكم ببراءة المتهم وبعدم إختصاصها بنظر الدعوى المدنية². أما إذا تعلق الأمر بوجود مانع من موانع المسؤولية أو مانع من موانع العقاب فلا تأثير لهما على وجود الدعوى العمومية³.

1 - د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص 130.

2 - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 447 ، فقرة 228 .

3 - د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص 131.

2- أن يكون هناك ضرر ناتج عن الجريمة المرتكبة .

والضرر هو كل إهدار لحق أو مصلحة يحميها القانون، لذلك وجب جبره. أما الأضرار الماسة بمصالح غير مشروعة كمن تضرر من حرق المخدرات التي كان يخزنها، أو مصالح لا يحميها القانون كمن تضرر من قتل شخص كان يحسن له تطوعا، لا يصح أن يكون سببا للمطالبة بالتعويض¹.
وعليه لا يكفي لكي يتمكن المدعي المدني من تحريك الدعوى العمومية إثبات وقوع الجريمة من المتهم بما فيها من ضرر إجتماعي عام. بل يجب علاوة على ذلك أن يثبت نشأة ضرر شخصي عن هذه الجريمة .

وقد يكون هذا الضرر ماديا بأن يصيب بأذاه المضرور في ذمته المالية ، ويمكن أن يكون ضررا أدبيا ينصب على شرف المضرور، أو سمعته، أو إعتباره، أو يؤلم شعوره وعواطفه. وهتان صورتان من صور الضرر سيان في إيجاب التعويض، وتقدير كل منهما راجع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي².
ولا يكفي في الضرر الموجب للتعويض عن الجريمة أمام القضاء الجنائي أن يكون هذا الضرر شخصا بل يجب أن يكون محقق الوقوع حالا أو مستقبلا لا محتملا. فالضرر الأكيد هو وحده الموجب للجبر. ويكون الضرر كذلك إما لأنه وقع فعلا ويسمى في هذه الحالة بالضرر الحال، وإما لأنه سيقع حتما ويسمى في هذه الحالة بالضرر المستقبلي³.

وكمثال على الضرر الحال الإصابة بعاهة كفقد البصر أو النطق ، أو عضو من أعضاء الجسد فهنا تكون عناصر الضرر متوافرة وقت تقدير التعويض ولا تتراخى إلى المستقبل⁴.

أما الضرر المستقبلي فمن أمثلته إصابة الجنح عليه المضرور بجرح يمنعه من مزاولة عمله فترة من الزمن فضرر الإنقطاع عن العمل لم يتحقق بعد لكنه مؤكد الوقوع بحكم الجرى العادي للأمر. كل

1 - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 447 ، فقرة 228 .

2 - د. ياسين محمد يحيى ، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1991 ، ص 23.

3 - د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص 131.

4 - د. ياسين محمد يحيى ، المرجع السابق ، ص 12.

ما هنالك أن عناصره لم تكتمل بعد مما يتعذر معه تقدير التعويض عنه تقديراً نهائياً . ويجوز في هذه الحالة الحكم بتعويض مؤقت يمكن مراجعته فيما بعد أمام القضاء المدني .

أما الضرر الإحتمالي والذي لا يصح سندا للإدعاء المدني المحرك للدعوى العمومية فهو ضرر لم يقع لكنه قد يقع في المستقبل فلا يمكن التأكد من وقوعه، ولا القطع والجزم بعدم وقوعه ومن أمثلته ما يمكن أن يحدث به إخوة الجاني عليه المقتول من أنهم تضرروا لأن الجاني عليه كان سيعولهم لو توفي والدهم.

ومن المتفق عليه في الفقه المدني أن تفويت الفرصة في حد ذاته ضرر موجب للتعويض بغض النظر عن نتائج تلك الفرصة¹، فلو تعرض شخص لحادث مرور جعله يتخلف عن حضور إمتحانات البكالوريا، يمكنه أن يحرك الدعوى العمومية ضد السائق المتسبب في الحادث على أساس الضرر الذي لحقه جراء تفويت فرصة اجتيازه الإمتحانات بنجاح .

3- أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للجريمة .

لا يكفي لقبول تحريك الدعوى العمومية من المضرور أن يثبت وقوع الجريمة وتعرضه للضرر منها وإنما يجب أن يكون هذا الضرر نتيجة مباشرة للجريمة ، فإذا لم يكن هذا الضرر ناتجاً عن الجريمة بأن إنقطعت علاقة السببية بينهما ، أو قامت الرابطة بينهما لكن على وجه غير مباشر، أو إذا إقتحم العلاقة سبب أجنبي قطعها وإستأثر دون الجريمة بإحداث الضرر، إنعدم الإختصاص للقضاء الجنائي في النظر فيه ، وبالتالي إمتنع على المدعي به تحريك الدعوى العمومية .

فقد تنقطع علاقة السببية بتدخل عامل أجنبي لا ينسب إلى المتهم، ومن قبيله الحادث المفاجيء والقوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير بشرط أن تستقل هذه العوامل بإحداث الضرر. فإذا قاد شخص سيارة بدون رخصة، واصاب شخصا ألقى بنفسه أمامه لينتحر لا يمكن إسناد ضرر

¹ - د.محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 450 ، فقرة 229 .

الوفاة إلى المخالفة التي إرتكبها هذا الشخص لأن مسلك المجني وخطأه قطع علاقة السببية بين الجريمة والضرر¹.

ج- الموضوع .

ويتمثل موضوع الإدعاء المدني المحرك للدعوى العمومية في تعويض الضرر الناشئ عن الجريمة موضوع الدعوى العمومية ، وتعويض الضرر يعني جبره ، وهو ما يأخذ عدة صور حسب نوع الضرر فالتعويض قد يكون عينيا وأبرز صوره الرد، غير أن ذلك قد يتعذر في بعض الأحيان أو يستحيل فيتم التعويض بمقابل .

والعبرة في تحديد مقدار التعويض هي بما يطلبه المضرور، وما يستقر عليه يمثل الحد الأقصى لما يمكن الحكم به ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بتعويض أكبر ولو ثبت لها أن مقدار الضرر الذي تعرض له أضخم من مقدار التعويض الذي طلبه . وذلك لأن التعويض حق شخصي للمضرور له أن يتنازل عنه كلية ، أو جزئيا ولا يجوز للقاضي أن يحل محله في تقدير ذلك².

1- الرد :

ويقصد به إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الجريمة و إنهاء الوضع الواقعي غير المشروع الذي تولد عنها ، فيتمثل الرد في جرائم السرقة و النصب وخيانة الأمانة في إعادة المال المعتدى على ملكيته أو حيازته . ولا يجوز للمحكمة أن تلزم المدعى عليه بالرد ما لم يطلبه المدعي ، لأن الرد هو صورة من صور التعويض فيمكن له أن يطلب بدلا عنه التعويض النقدي³.

وقد حاول الفقه المدني التفرقة بين الرد والتعويض على أساس أن التعويض ينطوي على معنى البديل أما الرد فينطوي على معنى الإسترداد . ضف إلى ذلك أن مصدر التعويض هو الضرر أي الجريمة المرتكبة أما مصدر الرد فهو حق الملكية أو الحيازة السابق للمدعي قبل وقوع الجريمة . ولكن

1 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 158 ، فقرة 180 .

2 - د. ياسين محمد يحيى ، المرجع السابق ، ص 12.

3 - د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص 131.

الفقه الجنائي يعتبرون الرد جزءا من التعويض أو عنصرا من عناصر جبر الضرر الناشيء عن الجريمة وقد يكفي وحده لجبره .

وقد تطرق المشرع الجزائري لفكرة الرد في قانون الإجراءات الجزائية في مواد عديدة من بينها م163/ف3 ق.إ.ج...: ويبت قاضي التحقيق في نفس الوقت في شأن رد الأشياء المضبوطة . " وم 195ق.إ.ج "...وتفصل غرفة الإتهام في الحكم نفسه في رد الأشياء المضبوطة وتظل مختصة بالفصل في أمر رد الأشياء عند الإقتضاء بعد صدور الحكم . " وم372ق.إ.ج "يجوز لكل من المتهم والمدعي المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية أن يطلب إلى المحكمة المطروحة أمامها الدعوى رد الأشياء الموضوعة تحت تصرف القضاء ويجوز للمحكمة أن تأمر بهذا الرد من تلقاء نفسها . " وم 373ق.إ.ج " يجوز أيضا لكل شخص غير المتهم والمدعي المدني و المسؤول عن الحقوق المدنية يدعي بأن له حقا على أشياء موضوعة تحت تصرف القضاء أن يطلب بردها أمام المحكمة المطروحة أمامها الدعوى ... " وم 316/ف4ق.إ.ج " ...ويجوز للمحكمة بدون حضور المحلفين أن تأمر من تلقاء نفسها برد الأشياء المضبوطة تحت يد القضاء . "

2- التعويض النقدي .

وهو التعويض بمعناه الدقيق ، ويتمثل في مبلغ من النقود يعادل الضرر الذي أصاب المضرور من الجريمة ، ويقدر على أساس ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب . ويمكن أن يوفى هذا المبلغ فورا أو على دفعات دورية. وتقدير قيمته من الأمور الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع دون تعقيب من المحكمة العليا. كل ما هنالك أنه يلزم أن يكون المضرور قد طالب به بدلا من التعويض العيني، كما لا يجوز أن تفوق قيمته قيمة ما طالب به ، ولو كانت تلك القيمة هي الأقرب إلى الحقيقة¹.

ويجوز أن يحكم القاضي بالتعويض النقدي منفردا ، كما يجوز أن يحكم به مع الرد بحسب الأحوال وقد نصت م 357ق.إ.ج أنه يجوز عند الإقتضاء الأمر بدفع كل أو جزء من التعويضات

¹ - د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص131.

مؤقتا ، كما يمكن للمحكمة أن تقرر للمدعي المدني مبلغا مؤقتا قابلا للتنفيذ رغم المعارضة أو الإستئناف.

3- المصاريف القضائية .

تعتبر المصاريف القضائية المحكوم بها على المتهم صيغة أخرى من صيغ التعويض إلى جانب الرد والتعويض بمقابل ، ويقصد بالمصاريف القضائية الرسوم القضائية التي يدفعها المدعي لدى مرفق العدالة دون أتعاب المحامي التي لا يشملها التعويض¹ ، وقد تطرق المشرع الجزائري لفكرة دفع المصاريف القضائية كإجراء وجوبي لتحريك الدعوى العمومية من طرف المضرور في المادة 75ق.إ.ج التي جاء فيها : " يتعين على المدعي المدني الذي يحرك الدعوى العمومية إذا لم يكن قد حصل على المساعدة القضائية أن يودع لدى قلم الكتاب المبلغ المقدر لزومه لمصاريف الدعوى .وإلا كانت شكواه غير مقبولة ويقدر هذا المبلغ بأمر من قاضي التحقيق " . كما أضافت المادة 337مكرر.إ.ج : " ينبغي على المدعي المدني الذي يكلف متهما تكليفا مباشرا أمام محكمة أن يودع مقدما لدى كاتب الضبط المبلغ الذي يقدره وكيل الجمهورية."

أما فكرة المصاريف القضائية كنوع من التعويض فقد نصت عليها المادة 310/3ق.إ.ج "... وفي حالة الإدانة أو الإعفاء من العقاب يلزم الحكم المتهم بالمصاريف لصالح الدولة ..." وقد أردفت المادة 367 " ينص في كل حكم يصدر بالإدانة ضد المتهم وعند الإقتضاء ضد المسؤول عن الحقوق المدنية على إلزامهما بالرسوم والمصاريف لصالح الدولة ...

كذلك الشأن في حالة الإعفاء من العقوبة ما لم تقض المحكمة بقرار خاص مسبب بإعفاء المتهم والمسؤول عن الحقوق المدنية من المصاريف كلها أو بعضها .

1 - د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص 133.

ولا يلزم المدعي المدني قبل إدعاؤه مصروفات ما دام الشخص المدعى ضده مدنيا قد إعتبر مدانا في الجريمة . " وأضافت المادة 378ق.إ.ج " لا يجوز إلزام المتهم مصروفات الدعوى في حالة الحكم ببراءته .

غير أنه إذا قضي ببراءة المتهم بسبب حالة جنون إعتزته حال وقوع الحادث فيجوز للمحكمة أن تجعل على عاتقه المصاريف كلها أو جزءا منها . "

ثانيا :إجراءات الإدعاء المدني المحرك للدعوى العمومية .

أجاز المشرع الجزائري للمضور تحريك الدعوى العمومية بطريقتين إما بالإدعاء مدنيا أمام قاضي التحقيق ، وإما بالإدعاء مباشرة أمام المحكمة بتكليف المتهم بالحضور أمامها للمحاكمة¹.

1- الشكوى المصحوبة بالإدعاء المدني .

أعطى القانون للشخص المضور إمكانية تحريك الدعوى العمومية ضد المتهم وذلك بالتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق إذ نصت م 72ق.إ.ج على ما يلي : " يجوز لكل شخص متضرر من جناية أو جنحة أن يدعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص . "

ويظهر من هذا النص أن الشخص المضور يمكنه أن يتصل مباشرة بقاضي التحقيق المنوط به أساسا القيام بالتحقيق القضائي في الجرائم دون المرور بجهاز النيابة العامة، ولكن ذلك لا يعني إقصاء هذا الجهاز مطلقا من دائرة الإجراءات عندما يقوم المضور بتحريك الدعوى العمومية².

إنما ينبغي إخطاره من طرف قاضي التحقيق ليبيدي طلباته طبقا للمادة 72ق.إ.ج في فقرتها الأولى التي جاء فيها " يأمر قاضي التحقيق بعرض الشكوى على وكيل الجمهورية في أجل خمسة أيام وذلك لإبداء رأيه ، ويجب على وكيل الجمهورية أن يبيدي طلباته في أجل خمسة أيام من يوم التبليغ ... "

1 - د. عبد الله أوهائية ، المرجع السابق ، ص 54.

2 - نفس الموضوع .

غير أن سلطة النيابة بشأن الجرائم التي يقوم المضرور بتحريك الدعوى العمومية بخصوصها ليست واسعة كما هو الحال في باقي الجرائم التي تملك الحق في عدم المتابعة بشأنها بإصدار أمر بالحفظ. فهذا الأمر ممتنع عليها في هذه الحالة كل ماتملكه هو أن تطلب من قاضي التحقيق عدم إجراء تحقيق إذا مارأت أن الوقائع المشتكى منها لا تمثل جريمة أو تخضع لقيود يمنع تحريك الدعوى العمومية بشأنها¹.

وهذا في الحقيقة لا يدخل في إطار سلطة الملاءمة التي تملكها النيابة العامة بقدر ما يدخل في إطار تطبيق القانون. وفي هذا الصدد نصت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة أعلاه على ما يلي: "ولا يجوز لوكيل الجمهورية أن يتقدم إلى قاضي التحقيق بطلب عدم إجراء تحقيق، ما لم تكن الوقائع لأسباب تمس الدعوى العمومية نفسها غير جازز قانونا متابعة التحقيق من أجلها أو كانت الوقائع حتى على فرض ثبوتها لا تقبل قانونا أي وصف جزائي".

وقد تجدد النيابة العامة أن الشكوى المقدمة من المضرور غير مأسسة تأسيسا كافيا في هذه الحالة يجوز له طلب فتح تحقيق مؤقت ضد المشتبه فيهم لإستجلاء الحقيقة عملا بالفقرتين الخامسة والسادسة من نفس المادة "وإذا كانت الشكوى المقدمة غير مسببة تسببيا كافيا أو لا تؤيدها مبررات كافية جاز أن يطلب من قاضي التحقيق فتح تحقيق مؤقت ضد كل الأشخاص الذين يكشف التحقيق عنهم²".

وفي هذه الحالة يجوز لقاضي التحقيق سماع أقوال كل من أشير إليهم في الشكوى باعتبارهم شهودا... إلى حين قيام إتهامات أو تقديم طلبات تحقيق جديدة ضد شخص معين بالإسم إن كان ثمة محل".

وحتى يتمكن المضرور من ممارسة حقه في تحريك الدعوى العمومية يجب عليه أن يدفع مصاريف الدعوى التي يقدرها قاضي التحقيق بوجب أمر طبقا لنص المادة 75ق.إ.ج "يتعين على المدعي المدني الذي يحرك الدعوى العمومية إذا لم يكن قد حصل على المساعدة القضائية أن يودع لدى قلم الكتاب

¹ - د. أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 34.

² - د. عبد الله أوهايمية، المرجع السابق، ص 53.

المبلغ المقدر لزومه لمصاريف الدعوى . وإلا كانت شكواه غير مقبولة ويقدر هذا المبلغ بأمر من قاضي التحقيق ."

كما ينبغي على المضرور أن يتخذ له موطنا في دائرة إختصاص المحكمة التي يجري فيها التحقيق وإلا فقد حقه في الإحتجاج بعدم تبليغه بالإجراءات الواجب إخطاره بها طبقا لنص المادة 76ق.إ.ج" على كل مدع مدني لا تكون إقامته بدائرة إختصاص المحكمة التي يجري فيها التحقيق أن يعين موطنا مختارا بموجب تصريح لدى قاضي التحقيق .

فإذا لم يعين موطن فلا يجوز للمدعي المدني أن يعارض في عدم تبليغه الإجراءات الواجب تبليغه إياها بحسب نصوص القانون ."

وينبغي في كل الأحوال أن يكون قاضي التحقيق الذي قدمت له شكوى المضرور مختصا طبقا لأحكام المادة 40ق.إ.ج أي أن تكون الجريمة قد وقعت في دائرة إختصاصه، وأن يكون محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في اقترافها أو محل القبض على أحدهم قد وقع في هذا النطاق وإلا أحال المضرور إلى قاضي التحقيق المختص وهذا ما نصت عليه المادة 77ق.إ.ج "إذا لم يكن قاضي التحقيق مختصا طبقا لنص المادة 40 أصدر بعد سماع طلبات النيابة العامة أمرا بإحالة المدعي المدني إلى الجهة القضائية التي يراها مختصة بقبول الإدعاء المدني ."

ونلاحظ أن المشرع الجزائري منح المضرور الحق في تحريك الدعوى العمومية ضد المتهم لكنه بالمقابل وضع أيضا جزاء لسوء إستعمال هذا الحق فإذا تبين بعد إفتتاح التحقيق عدم قيام الجريمة أو عدم ثبوتها في حق المتهم فصدر بناء على ذلك قرار بالألا وجه للمتابعة جاز للمتهم أو المتهمين بحسب الحال مطالبة المدعي المدني التعويض على إقحامهم في إجراءات المتابعة، و أمكن لهم متابعته جنائيا بدعوى البلاغ الكاذب¹ .

¹ - د. أحمد شوقي الشلقاني ، المرجع السابق ، ص 40 .

وهذا ما نصت عليه المادة 78ق.إ.ج " وإذا صدر بعد إجراء تحقيق مفتوح بناء على إدعاء مدني قرار بألا وجه لمتابعة المتهم ولكل من الأشخاص المنوه عنهم بالشكوى -إذا لم يلجأوا لطريق المتابعة المدنية - أن يطلبوا الحكم لهم قبل الشاكي بالتعويض وذلك طبقا للإجراءات المبينة فيما بعد ، بدون إخلال بحقهم في اتخاذ إجراءات دعوى البلاغ الكاذب .

ويجب أن ترفع دعوى التعويض المدني خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صيرورة الأمر الصادر بألا وجه للمتبعة نهائيا . وتقدم بطريق تكليف بالحضور أمام محكمة الجناح التي أجري في دائرتها تحقيق القضية وتوافق هذه المحكمة على الفور بملف التحقيق الذي اختتم بالأمر الصادر بألا وجه لعرضه على أطراف الدعوى . وتجري المرافعات في غرفة المشورة ويسمع أطراف الدعوى ومحاموهم والنيابة العامة ويصدر الحكم في جلسة علنية .

ويجوز للمحكمة في حالة الحكم بالإدانة أن تقضي بنشر حكمها كاملا أو ملخص عنه على نفقة المحكوم عليه في جريدة أو عدة جرائد تعينها وتحدد السعر الأقصى لكل نشرة ..."

2- الإدعاء المباشر.

حول قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الشخص المضرور من جريمة ما تحمل وصف جنحة أو مخالفة أن يكلف الشخص المسؤول عنها مباشرة للحضور أمام المحكمة دون المرور بجهاز النيابة العامة ولا بقاضي التحقيق وذلك في حالات معينة ووفق إجراءات خاصة حددتها المادة 337مكرر التي جاء فيها : " يمكن المدعي المدني أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة في الحالات الآتية :ترك الأسرة ، عدم تسليم الطفل ، إنتهاك حرمة المنزل ، القذف ، إصدار شيك بدون رصيد .

وفي الحالات الأخرى ، ينبغي الحصول على ترخيص النيابة العامة للقيام بالتكليف المباشر بالحضور ... " ويظهر من هتين الفقرتين أنه بالإضافة إلى النطاق العام لإستعمال حق المضرور في رفع الدعوى العمومية مباشرة إلى المحاكم الذي يشمل المخالفات والجناح التي لا يلزم فيها التحقيق دون

الجنائيات التي يكون التحقيق فيها وجوبيا نظرا لخطورتها¹ طبقا لنص المادة 66ق.إ.ج التي جاء فيها " التحقيق الإبتدائي وجوبي في مواد الجنائيات أما في مواد الجرح فيكون إختياريا ما لم يكن ثمة نصوص خاصة ، كما يجوز طلبه في مواد المخالفات إذا طلبه وكيل الجمهورية "

فإن المادة 337مكرر وضعت قاعدة إضافية وهي أن الجرائم الخمس المذكورة في صلبها ترفع فيها الدعوى العمومية مباشرة إلى المحكمة وفقا لإجراءات التكليف بالحضور دون المرور بجهاز النيابة العامة، أو قاضي التحقيق نظرا لطابعها الإستعجالي . أما ما دون ذلك من الجرائم جنحا كانت أو مخالفات فلا يمكن رفع الدعوى العمومية بخصوصها مباشرة إلى المحكمة إلا بعد الحصول على ترخيص من النيابة العامة².

وسواء تعلق الأمر بإحدى الجرائم الخمسة المذكورة في المادة 337مكرر أو غيرها من الجرائم، سواء كلف المضرور المتهم بالحضور مباشرة إلى المحكمة ، أو حصل على ترخيص بذلك من النيابة العامة فإنه يجب عليه في كل الأحوال إيداع مبلغ يحدده وكيل الجمهورية لدى كاتب الضبط ، وأن يعين في ورقة التكليف بالحضور موطنا له بدائرة المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى . وإلا كان تكليف المتهم بالحضور مباشرة إلى المحكمة باطلا وفقا لنص المادة 337مكرر.إ.ج في فقتيها الأخيرتين " ...ينبغي على المدعي المدني الذي يكلف متهما تكليفا مباشرا بالحضور أمام محكمة أن يودع مقدما لدى كاتب الضبط المبلغ الذي يقدره وكيل الجمهورية .

وأن ينوه في ورقة التكليف بالحضولا عن إختيار موطن له بدائرة المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ما لم يكن متوطنا بدائرتها ، ويترتب البطلان على مخالفة شيء من ذلك ."

¹ - د. عبد الله أوهائية ، المرجع السابق ، ص 53.

² - د. أحمد شوقي الشلقاني ، المرجع السابق ، ص 40 .

المطلب الثاني : رضا المعتدى عليه ودوره في إسقاط الدعوى العمومية .

رأينا في المبحث السابق كيف يكون للمعتدى عليه مجنياعليه كان أو مضرورا دور في تحريك الدعوى العمومية سواء بطريق غير مباشر من خلال نظام الشكوى الخاص بالمجني عليه، أو بطريق مباشر من خلال أنظمة الإدعاء المدني المحركة لإجراءات المتابعة أمام قاضي التحقيق ، أو مباشرة أمام المحكمة، الإجراءات اللذان يباشرهما الشخص المضرور .

ولا يقتصر دور العناصر الخاصة الفاعلة في مجال الإجراءات الجنائية على مجرد التدخل لتحريك الدعوى العمومية، وإنما لهم دور أيضا في تحديد مصيرها . إما بجعلها تنقضي وفقا لمسارها الطبيعي أي بإستكمال جميع مراحلها لغاية صدور حكم بات تنتهي به لبلوغها غايتها، وإما بإعتراض هذا المسار العادي قبل نهايته وإسقاطها إراديا من طرف المضرور ، أو من طرف المجني عليه .

ونتناول في هذا الجزء الأول من هذا المطلب أهم إجراء وضعه المشرع في يد المجني عليه لوضع حد للمتابعة الجنائية ، وهو سحب الشكوى، الذي سنوالي دراسته بالتعرض لمشكلة ترك الإدعاء المدني وأرها على الدعوى العمومية ، وقد آثرنا الجمع بين هذين النظامين في موطن واحد. والتفرقة بينهما وبين نظام صفح المجني عليه الذي سنتطرق له في الموطن التالي، على أساس أن إجراءات سحب الشكوى، وترك الإدعاء المدني ليست إجراءات مستقلة تحدث أثرها القانوني بمفردها دون مقدمات ، وإنما هي إجراءات رضائية إختيارية ناتجة في الأساس على نظامي الشكوى ، والإدعاء المدني المحرك للدعوى العمومية ، فسحب الشكوى لا يتصور إلا بعد إستعمال الحق في تقديم الشكوى من المجني عليه ، وترك الإدعاء المدني لا يتصور إلا بعد الإدعاء مدنيا بالفعل . أما نظام صفح المجني فهو نظام مستقل لا يرتبط بإجراءات سابقة .

الفرع الأول : سحب الشكوى كإجراء رضائي لإسقاط الدعوى العمومية .

نص المشرع الجزائري صراحة في معرض حديثه عن أسباب إنقضاء الدعوى العمومية على أن سحب الشكوى يؤدي مباشرة إلى وضع حد للدعوى العمومية إذ نصت المادة 6ق.إ.ج على مايلي:

" تنقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتهم، وبالتقادم، والعفو الشامل، وبإلغاء قانون العقوبات وبصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي ...

تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت هذه شرطا لازما للمتبعة ..."

ويظهر من هذا النص أن الحق في وضع حد للدعوى العمومية عن طريق سحب الشكوى هو حق متفرع أصلا عن الحق في تقديم الشكوى ، فإذا ما كانت الجريمة موضوع الدعوى مقيدة بقيد الشكوى، وقرر المجني عليه بإرادته الحرة رفع هذا القيد فحركت النيابة العامة إجراءات المتابعة جاز له أيضا إعادته هذا القيد وجعل الإجراءات عقيمة لا أثر لها إذا ما عبر عن إرادته في سحب شكواه.

أولا : ماهية التنازل عن الشكوى و أحكامه القانونية .

سنعكف الآن على ضبط مفهوم إجراء التنازل عن الشكوى وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة، ثم ندرس الأحكام القانونية لهذا التنازل من حيث مصدره، وشكله، والجهة التي يقدم أمامها.

أ - ماهية التنازل عن الشكوى .

يعرف التنازل بأنه إسقاط للحق من جانب صاحبه ، يترتب عليه إنقضاء الدعوى القضائية للمطالبة به¹. و قد إقتضت نفس الحكمة التي على أساسها منح القانون المجني عليه الحق في رفع القيد الذي يعترض النيابة في تحريها للدعوى العمومية، منحه الحق أيضا في إعادة هذا القيد من جديد إذا رأى أن مصلحته تقتضي ذلك .

فإعتبار المجني في بعض الجرائم هو الأقدر على تقدير مدى ملاءمة المتابعة الجزائية من عدمها نظرا لطبيعتها أو لصفة المتهم بإرتكابها. هو الذي خوله أيضا مكنة إيقاف إجراءات الدعوى العمومية بعد تحركها. لأنه قدر أن الإستمرار فيها لا يحقق مصلحته وبمنحه هذا الحق يكون المشرع قد رجح مصلحته على المصلحة العامة .

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 352، فقرة 176 .

وإذا كانت الشكوى تصرفا قانونيا يهدف من ورائه المجني عليه إلى رفع القيد الإجرائي الذي يغل يد النيابة العامة عن تحريك الدعوى العمومية بصدد بعض الجرائم ، فالتنازل عنها أو سحبها أيضا تصرف قانوني يعبر المجني عليه من خلاله عن إرادته في وضع حد للدعوى العمومية ، وعن رغبة في التخلي عن إجراءات المتابعة التي إتخذت بمناسبة تقديمه لشكواه . بصفة إنفرادية بغض النظر عن إرادة الطرف الآخر ، أي أن رغبة المتهم في مواصلة الإجراءات ضده ، لإثبات براءته مثلا لن تجدي نفعا ، مادام المجني قد قرر إسقاط الدعوى العمومية .¹

ويختلط إجراء التنازل عن الشكوى مع بعض المفاهيم القانونية الأخرى المشابهة كإنقضاء الحق في الشكوى ، والتنازل عن الحق في الشكوى² .

1- التنازل عن الشكوى وإنقضاء الحق في الشكوى .

الحق في تقديم الشكوى حق شخصي ينقضي بوفاة صاحبه أي المجني عليه صاحب الصفة القانونية في رفع العقبة الإجرائية التي تمنع النيابة العامة من تحريك الدعوى العمومية، أي أن الحق في تقديم الشكوى لا ينتقل إلى الورثة. سواء علم المجني عليه بالجريمة قبل وفاته أم لم يعلم، وسواء ثبت أنه كان ينوي تقديمها فعلا، أم لم يكن عازما على ذلك فالأمران سريان. لأن الحق في تقديم الشكوى ملازم لصاحبه ، فإذا توفى إنقضى معه هذا الحق . مع التذكير أن وفاة المجني عليه بعد تقديمه لشكواه لا يؤثر على الدعوى العمومية .

وقد ينقضي الحق في تقديم الشكوى أيضا إذا جعله المشرع مقيدا في إستعماله بمدة معينة مثل مافعل المشرع المصري إذ تنص المادة 3/ف2 ق.إ.ج المصري على ما يلي : "...ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمتركبها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " فقد قيد المشرع المصري المجني عليه بضرورة إستعماله لحقه القانوني في تقديم الشكوى خلال مدة ثلاثة أشهر ابتداء من يوم علمه بالجريمة وبمتركبها وإلا إنقضى حقه في تقديمها. فلا تقبل منه خارج هذا الأجل وقد رأى

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 353 ، فقرة 178.

² - د. حمدي رجب عطية ، المرجع السابق ، ص 54.

المشرع المصري أن مدة ثلاثة أشهر كافية ليزن المجني عليه الأمور ويقدر مدى ملاءمة تقديمه للشكوى من عدمه . فإذا لم يتقدم بشكواه في الآجال القانونية إعتبر ذلك قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على تنازله عن حقه في الشكوى¹.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يقيد استعمال المجني عليه لحقه في الشكوى بنطاق زمني كل ما هنالك أن الحق في تقديم الشكوى مرتبط بعدم إنقضاء الدعوى العمومية بالتقادم وفقاً لأحكام المواد من 7 إلى 9 ق.إ.ج أي إذا كانت الجريمة موضوع الشكوى جنائية ينقضي الحق في تقديم الشكوى بشأها بعد مرور عشر سنوات، وإذا كانت هذه الجريمة تحمل وصف المخالفة، إنقضى ذلك الحق بمرور ثلاث سنوات ، أما إذا كانت مخالفة فبعد سنتين . ويبدأ حساب هذه المدد من يوم ارتكاب الجريمة لا من يوم علم المجني عليه بها².

ويختلف سحب الشكوى عن إنقضاء الحق في تقديمها في أن الحق في سحب الشكوى أو التنازل هو حق تبعي ونتاج عن استعمال المجني عليه لحقه في الشكوى ، بأن يكون قد قدمها فعلاً. أما إنقضاء الحق في تقديم الشكوى ، فأمر يطرأ على هذا الحق وهو لم يستعمل ، فإذا مات تقدم المجني عليه بشكواه لا مجال للقول بإمكانية إنقضاء حقه ، ولو مات بعد ذلك .

ضف إلى ذلك أن إنقضاء الحق في تقديم الشكوى أمر يتحقق بأمرين إما وفاة صاحب الحق، أو مضي المدة القانونية لممارسة هذا الحق وكلها أمور خارجة عن إرادة المجني حامل صفة الشاكي، أما التنازل عن الشكوى فتصرف إرادي بحت لا يحدث أثره إلا بتدخل المجني عليه.

ولكن الأمر المشترك بينهما هو أن مصير الدعوى العمومية في الحالين واحد فبإنقضاء الحق في تقديم الشكوى ، لن ترى الدعوى العمومية أبداً النور لإستمرارية القيد وعدم إمكانية إسقاطه ، وفي

1 - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 349 ، فقرة 173 .

2 - د. حمدي رجب عطية ، المرجع السابق ، ص 54 .

التنازل عن الشكوى تنقضي الدعوى العمومية وتصبح كأن لم تكن ولو كانت قد اجتازت مراحل إجرائية طويلة¹.

2- التنازل عن الشكوى والتنازل عن الحق في الشكوى .

إذا كان الحق في الشكوى حقا يمتلكه الشخص بصفته مجنيا عليه في بعض الجرائم، فإنه يستطيع التنازل عنه قبل ممارسته أي قبل تقديم الشكوى، أو بعد إستعماله أي بعد تقديم الشكوى. فهو في الحالة الأولى يتنازل عن حقه في تقديم الشكوى مطلقا، أما في الحالة الثانية يتنازل عن شكوى موجودة بعينها ، وفي كل الأحوال يشترط ليعتد بهذا التنازل أن تكون الجريمة قد وقعت أما تنازل الشخص عن حقه في تقديم الشكوى قبل وقوع الجريمة لا يمنعه من تقديمها بعد وقوعها لأن ذلك التنازل لم يحدث أثره لأن الحق المتنازل عنه لا ينشؤ إلا بإرتكاب الجريمة ، ويعتبر البعض² تنازل الشخص عن حقه في تقديم الشكوى بصدد جريمة لم تقع، نوعا من الرضا بها يخضع لأحكام رضا المجني عليه.

فإذا تنازل المجني عليه عن حقه في الشكوى بعد وقوع الجريمة وقبل تقديمها، سقط حقه في تقديمها مطلقا ، أما إذا كان قد تقدم بشكواه أي إستعمل حقه ، جاز له بعد ذلك التنازل عن هذه الشكوى في أي مرحلة من مراحل الدعوى إلى غاية صدور بات فيها . فيمكن تصور أن يتنازل المجني عليه عن شكواه فور تقديمها لضابط الشرطة القضائية وقبل وصولها للنيابة العامة، ويمكن أن يتنازل عن شكواه بعد تقديمها للنيابة العامة فتصدر بذلك أمرا بالحفظ ، ويمكن أن يتنازل عن شكواه بعد بدء التحقيق فيصدر بناء على تنازله أمر بالأوجه للمتابعة ، ويمكن أن يتنازل عن شكواه والدعوى منظورة أمام المحكمة فتصدر هذه الأخيرة حكما بإنقضاء الدعوى العمومية بالتنازل .

¹ - د. نبيل عبد الصبور النبراوي ، المرجع السابق ، ص 60.

² - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 349 ، فقرة 176 .

3- التنازل عن الشكوى وترك الإدعاء المدني .

إن الحديث عن الإدعاء المدني سواء تحركت به الدعوى العمومية، أو كان تاليا لها عن طريق التدخل يعني الحديث عن وجود دعويين واحدة عمومية تهدف إلى توقيع الجزاء على الجاني، والثانية مدنية تهدف إلى تعويض المضرور . وبالرغم من أن هتين الدعويين منظورتان أمام نفس القاضي إلا أن لكل دعوى خصوصيتها وقواعدها الخاصة، فمن حيث التقادم صرحت المادة 10 ق.إ.ج بما يلي: " تتقادم الدعوى المدنية وفق أحكام القانون المدني " مما يعني أنها لا تخضع لأحكام التقادم الخاصة بالدعوى العمومية المنصوص عليها في المواد من 7 إلى 9 ق.إ.ج، ومن حيث الإنقضاء لا تنقضي الدعويان المدنية والعمومية المنظورتان أمام القاضي الجزائي بنفس الأسباب ، وإنقضاء إحداها لا يعني بالضرورة إنقضاء الأخرى فقد تنقضي الدعوى العمومية، وتظل الدعوى المدنية قائمة منظورة أمام القضاء الجنائي، وقد تنقضي الدعوى المدنية وتظل الدعوى العمومية سارية. ومن أسباب إنقضاء الدعوى المدنية تركها أي التنازل عنها، والأصل في ترك المدعي المدني لدعواه المدنية أمام القضاء الجزائي أنه لا يؤثر على الدعوى العمومية عكس التنازل عن الشكوى الذي يؤدي مباشرة إلى إنقضاء الدعوى العمومية .

وترك الدعوى نظام معروف في قانون الإجراءات المدنية ، بوصف الدعاوى المدنية تتعلق بحقوق خاصة يجوز التنازل عنها وعن الدعاوى التي تحميها متى إتجهت إرادة صاحب الحق إلى إحداث هذا الأثر أي أن الترك في النهاية إجراء رضائي يعني التخلي عن إجراءات الخصومة بين المدعي والمدعى عليه . ويرتب الترك آثاره بإرادة التارك وحده فلا يشترط للإعتداد به قبول الخصم الآخر له، ولا أثر لإعتراضه عليه¹.

¹ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 192 ،فقرة 222.

أي أن الترك إجراء يعبر به المدعي بالحق المدني صراحة أو ضمنا، عن إرادته في التنازل عن جميع إجراءات الدعوى المدنية ويترتب على تنازله إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على رفعها ويعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التقاضي¹.

والترك نوعان ترك صريح وترك ضمني فيتحقق الأول عندما يعلن المدعي بنفسه أو من وكيله عن رغبته في وضع حد للخصومة والتعبير عن ذلك شفويا وإثباته في الجلسة لإطلاع خصمه عليه، أما الثاني أي الترك الضمني أو الإعتباري فقد عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 246ق.إ.ج: "يعد تاركا لإدعائه كل مدع مدني يتخلف عن الحضور أو لا يحضر عنه من يمثله في الجلسة رغم تكليفه بالحضور تكليفا قانونيا".

وقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 2/ف2 ق.إ.ج أنه لا يترتب على التنازل عن الدعوى المدنية إيقاف أو إرجاء مباشرة الدعوى العمومية. ولا يشترط القانون في الترك شكلا خاصا مثله مثل سحب الشكوى، فيستوي أن يكون شفاهة أو كتابة كل ما في الأمر أنه يشترط في الترك الصريح لكي ينتج آثاره أن يعبر عنه بعبارات واضحة لا لبس فيها ولا غموض، أما عن الترك الضمني أو الإعتباري والذي يتجسد بإتخاذ موقف من المواقف المنصوص عليها في المادة 246ق.إ.ج فيتحقق بالتخلف عن الحضور عن الجلسة شخصيا أو عن طريق ممثل رغم تكليفه بالحضور تكليفا قانونيا.

ب - أحكام التنازل عن الشكوى .

إن صفة التبعية التي يتميز بها إجراء سحب الشكوى كونه أثرا مترتبا عن الحق في تقديم الشكوى أساسا، يجعله يستعير معظم أحكامه من إجراء تقديم الشكوى، لذلك ومنعا للتكرار سنحاول التعرض لأحكام التنازل عن الشكوى بنوع من الإيجاز، محيلين في الأحكام التفصيلية للجزء المتعلق بتقديم الشكوى.

¹ - د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 476، فقرة 250.

فبخصوص صاحب الحق في التنازل عن الشكوى ،هو نفسه صاحب الحق في تقديمها أي المجني عليه في الجريمة موضوع الشكوى ، وله أن يقوم بهذا الإجراء بنفسه أو عن طريق وكيله الخاص ، وفي هذا الفرض يجب أن تكون إنابة المجني عليه لغيره في إستعمال حقه في سحب شكواه ، تاليا لإستعماله لحقه في تقديم الشكوى . أي أن تكون الوكالة تالية لتقديم الشكوى. ولا يكفي في هذه الحالة الإستناد على توكيل خاص بتقديم الشكوى لسحبها ، لأن تقديم الشكوى والتنازل عنها إجراءان مختلفان¹ .

ويترتب على وفاة المجني عليه الشاكي سقوط الحق في التنازل عن الشكوى، ولو كان قد وكل غيره توكيلا خاصا بالتنازل عنها، والتنازل عن الشكوى حق شخصي للمجني عليه لا ينتقل إلى ورثته ويثور التساؤل هنا عما إذا كان يلزم لقبول تنازل المجني عليه عن الشكوى ، تمتعه بنفس الصفة التي كان القانون يتطلب توافرها فيه عند تقديمها . ففي جريمة الزنا مثلا يلزم لكي تقبل شكوى الزوج المجني عليه ضد زوجه الزاني أن تكون رابطة الزوجية قائمة وقت تقديم الشكوى ، فهل يلزم أن تبقى هذه الرابطة قائمة أيضا عند سحبها² .

فلو إشتكى شخص بزوجه الزانية فتحررت الدعوى العمومية ضدها بناء على شكواه، ثم طلقها .هل يستطيع فيما بعد وضع حد للمتبعة الجنائية بسحب الشكوى التي قدمها؟ ففي هذه الحالة يرى البعض³ أنه لا يلزم للتنازل عن الشكوى أن يظل المجني عليه محتفظا بالصفات التي يتطلبها القانون لتقديمها . ففي المثال السابق يحق للزوج المشتكي سحب شكواه ولو كان قد طلق زوجته المتهمه بعد تقديم الشكوى .

والأهلية المتطلبة قانونا للتنازل عن الشكوى هي نفسها الأهلية المتطلبة لتقديمها ، فيجب في المجني عليه المتنازل عن شكواه أن يكون مميزا غير مصاب في عاهة في عقله ، فإذا كان لم يبلغ سن

1 - د. حمدي رجب عطية ، المرجع السابق ، ص 55.

2 - د. حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 113 .

3 - د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 114 .

التمييز أو مجنوناً أو معتوهاً كان لمثله القانوني وليا كان، أو قيماً، أو مقدماً أن يتنازل عن شكواه . فيمكن تصور تقديم الشكوى من الولي لأن المجني عليه لم يبلغ سن التمييز والتنازل عنها منه شخصياً لأنه وقت التنازل قد بلغ السن القانوني للتعبير عن رضاه في هذه المسألة . كما يمكن أن تقدم الشكوى من المجني عليه شخصياً، لكن التنازل عنها يكون القيم عليه نظراً لإصابته بعاهة في عقله بعد تقديم الشكوى، وهكذا¹.

أما إذا تعدد المجني عليهم المشتكون ، فإن التنازل لا يحدث أثره إلا إذا صدر منهم كافة، فلو تنازلوا جميعاً إلا واحداً ظلت الدعوى العمومية قائمة، أما إذا تعدد المجني عليهم لكن الشكوى تقدم بها أحدهم فقط إنقضت الدعوى العمومية بسحب هذا الأخير لشكواه دون تدخل الباقيين .

أما في حالة تعدد المتهمين ، فإن التنازل عن الشكوى بخصوص أحدهم لا يعني إستفادة الباقيين بل يجب أن يشملهم التنازل صراحة لأن التنازل عن الشكوى كالشكوى ذاتها لا يقبل التجزئة².

أما عن شكل التنازل عن الشكوى، فهو كالشكوى لا يتطلب فيها القانون شكلاً خاصاً كل ما هنالك أنه يجب على المجني عليه أن يعبر تعبيراً واضحاً عن إرادته في إسقاط شكواه والتنازل عن آثارها . فيمكن أن يتم ذلك كتابياً، أو شفهيًا، صريحاً أو ضمناً. غير أنه في هذه الحالة الأخيرة أي حالة التعبير الضمني عن التنازل عن الشكوى والذي يستفاد من تصرفات يقوم بها المجني عليه تدل على إنصراف إرادته إلى وقف المتابعة الجنائية ضد المتهم، يجب توخي الحذر عند تفسير تصرفات المجني عليه بحيث لا تكون قابلة للتأويل³.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن تقدير التنازل من المسائل الواقعية التي تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب متى كانت المقدمات التي أسست عليها حصول التنازل أو

1 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 120 ، فقرة 133.

2 - د. محمد عبد الحميد مكي ، المرجع السابق ، ص 55.

3 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 120 ، فقرة 133.

عدم حصوله يؤدي إلى النتيجة التي خلصت إليها¹. ويجدر التنبيه هنا أن التنازل المعلق على شرط باطل لا ينتج أي أثر قانوني ، كمن يتنازل عن شكواه بشرط رد المسروقات .

أما عن الجهة التي يعلن أمامها التنازل عن الشكوى، فلم يشترط القانون صدوره أمام جهة معينة أو في مرحلة معينة من مراحل الدعوى، فيجوز إبدائه أمام ضابط من ضباط الشرطة القضائية أو ممثل للنيابة العامة ، أو أمام قاضي التحقيق، أو قاضي الحكم، بل يصح حتى ولو عبر عن ذلك أمام المتهم متى أتيح إثبات ذلك².

ثانيا :آثار التنازل عن الشكوى

يترتب على تنازل المجني عليه عن حقه في الشكوى ، إمتناع تقديمها من طرفه ، وإمتناع إتخاذ أي إجراء تتحرك به الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة، ويترتب على التنازل عن الشكوى بعد تقديمها سقوط هذه الشكوى، وسقوط الحق في إعادة تقديمها مرة أخرى. أما أثر ذلك على الإجراءات، فسحب الشكوى يؤدي إلى توقف الإجراءات سواء كانت أمام جهات الإتهام، أو التحقيق ، أو المحاكمة. فإذا تم التنازل عن الشكوى أمام النيابة العامة أصدرت أمرا بحفظ الملف، وإذا تم التنازل عن الشكوى أمام قاضي التحقيق أصدر أمرا بالألا وجه للمتابعة، وإذا تم التنازل عن الشكوى أمام المحكمة قضت هذه الأخيرة بإنقضاء الدعوى العمومية بسحب الشكوى³ .

ويجدر التنبيه أن حق المجني عليه الشاكي في سحب شكواه مشروط بعد صدور حكم بات في الدعوى ، لأن أثر التنازل يقتصر على إجراءات الدعوى أما وقد بلغت هذه الأخيرة غايتها، وإنقضت بطريقة طبيعية بصدور الحكم البات، فلا تأثير للتنازل عن الشكوى على تنفيذ العقوبة (حالة الزنا).

ويترتب الأثر المسقط للدعوى العمومية بسبب التنازل عن الشكوى بقوة القانون منذ لحظة صدوره صحيحا من صاحب الحق فيه، سواء وصل هذا التنازل إلى علم النيابة العامة، أو قاضي

¹ - نقض 1954/12/21 أحكام النقض، س5، ق 110، ص 337 .

² - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 356، فقرة 177.

³ - د. محمد عبد الحميد مكي ، المرجع السابق ، ص 55.

التحقيق ، أو قاضي الحكم في حينه أم لا . فإذا ما إتخذت أي إجراءات ضد المتهم قبل وصول العلم بتنازل المجني عليه، سرى عليها أثر التنازل رجعياً منذ لحظة صدوره الفعليه لا من لحظة العلم به ¹.

وصدور التنازل من المجني عليه يمنعه من إعادة التقدم بشكواه ولو ظهرت وقائع جديدة كان يجهلها وقت التنازل. فإذا تنازل الزوج مثلاً عن شكوى قدمها ضد زوجته لإرتكابها لجرمة الزنا، ثم سحب شكواه ضدها لما أقنعتة أنها حدثت لأول مرة ، وأنها مجرد زلة عليه أن يغفرها لها، تم تبين له فيما بعد أن واقعة الزنا كانت متكررة، لم يجز له تقديم شكوى ثانية ضدها لإنقضاء شكواه بالتنازل لكن إذا زنت هذه الزوجة مرة أخرى بعد التنازل ، إعتبرت هذه واقعة جديدة تشكل جريمة مستقلة ، ويتولد عنها حق جديد في تقديم الشكوى وإمكانية التنازل عنها².

وإذا كان للتنازل عن الشكوى أثر فوري يتحقق من لحظة صدوره صحيحاً من صاحب الحق في إبدائه ، فإن له أيضاً أثر شخصي مطلق بمعنى أن التنازل عن الشكوى لا يؤدي إلى إسقاط الدعوى العمومية إلا في مواجهة المتهم المشتكى منه فإذا كان له شركاء أو فاعلون معه لم يستفيدوا من هذا التنازل بقيت الإجراءات سارية في حقهم . فإذا أراد شخص مثلاً سحب شكواه ضد ابن عمه السارق، وكان له شريك إنقضت الدعوى العمومية في حق قريب المجني عليه الشاكي دون شريكه الغريب . ما عدى جريمة الزنا التي لا يسري عليها هذا الأثر الشخصي للتنازل، فإذا تنازل الزوج عن شكواه ضد زوجته إنقضت الدعوى العمومية في حقها وفي حق شريكها سوية نظراً لأن فكرة التستر على الحياة الشخصية للأفراد ، والحفاظ على حرمة الأسرة وعدم كشف زلات الناس التي من أجلها وضع المشرع الجنائي قيد الشكوى بالنسبة لجريمة الزنا، ومنح أيضاً حق التنازل عنها حماية لنفس الغاية تنتفي مع ترك إجراءات المتابعة سارية ضد الشريك دو الزوجة، لأن إنقضاء الدعوى العمومية في

¹ - د. محمد عبد الحميد مكي ، المرجع السابق ، ص 56 .

² - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 358 ، فقرة 178، هامش 1.

حقها وإستمرارها في حق شريكها لن يجعل سمعتها وشرفها في معزل، فالتحقيق معه لن يتم دون التعرض لشخصها لذلك وجب إنقضاء الدعوى العمومية في حقها معا¹.

أما إذا كان هذا الشريك، قد إتهم بوصفه فاعلا نظرا لتقديم زوجته شكوى ضده عن نفس الواقعة إستمرت إجراءات المتابعة ضده لحين قيام زوجته بسحب شكواها هي الأخرى على غرار زوج شريكته².

ويتميز التنازل عن الشكوى بأثره العيني أيضا، أي أن التنازل عن الشكوى يحدث أثره فقط بالنسبة للوقائع التي تضمنها، أما غيرها من الوقائع التي لم يشملها تبقى خاضعة للمتابعة الجنائية، ولو كانت قد تحركت فيها الدعوى العمومية بناء على شكواه.

فإذا تقدمت زوجة بشكوى ضد زوجها عن جرمي الزنا وترك الأسرة، ثم قررت التنازل عن شكواها بخصوص واقعة الزنا حفاظا على سمعة العائلة، دون جريمة ترك الأسرة إنقضت الدعوى العمومية بخصوص الجريمة الأولى، وبقيت سارية بخصوص الجريمة الثانية

الفرع الثاني : صفح المجني عليه كإجراء رضائي لإسقاط الدعوى العمومية.

الإجراء الرضائي الثاني الذي تنقضي به الدعوى العمومية والذي يملك زمامه المجني عليه هو إجراء الصفح الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري وإعتبره سببا لإنقضاء الدعوى العمومية.

أولا : مفهوم صفح المجني عليه وأحكامه القانونية .

إن المشرع الجزائري عندما تبنى نظام صفح المجني عليه، لم يتبنى نظاما متكاملا لهذا الإجراء ولم يفصل في أحكامه القانونية، الأمر الذي خلق نوعا من الضبابية حول هذا الإجراء وجعل الفقه يختلف بخصوص طبيعتها القانونية، ويصطدم بفرغ عند البحث في أحكامه .

1 - د. مصطفى محمد عبد المحسن، المرجع السابق، ص 45.

2 - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 68.

أ- مفهوم صفح المجني عليه .

رأى البعض¹ أن صفح المجني عليه مجرد شكل من أشكال سحب الشكوى كل ما هنالك أن أثره يمتد إلى ما بعد الحكم النهائي . وذلك إن كان يصدق في بعض القوانين التي توحد بين نطاق تطبيق صفح المجني عليه ، ونطاق تطبيق الشكوى فهو لا يصدق في القانون الجزائري لأن المشرع الجزائري يجيز صفح المجني عليه بصدد بعض الجرائم التي لا تخضع لقيد الشكوى كجرمتي القذف والسب .

ويعرف البعض² صفح المجني عليه بأنه رضا المجني عليه أو وكيله الخاص في جرائم معينة حددها القانون بوضع حد للدعوى الجنائية. وهو من حيث آثاره لا يختلف كثيرا عن سحب الشكوى أو التنازل عنها كل ما هنالك أن أثر صفح المجني عليه يتعدى أحيانا حدود الدعوى ليؤثر على العقوبة المقضي بها بعد الحكم النهائي.³

ويختلف صفح المجني عليه كذلك عن إجراء المصالحة المنصوص عليه في المادة 6 ق.إ.ج التي يندرج تحت إطارها غرامة المصالحة المنصوص عليها في المواد 381ق.إ.ج إلى 391 ق.إ.ج، وحالات المصالحة المنصوص عليها في القوانين الخاصة بقانون الجمارك ، وقانون المنافسة والأسعار، و القانون المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصراف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج .

ووجه الاختلاف بين النظامين يكمن في كون المصالحة إجراء يقوم على توافر إرادتين: إرادة المخالف من جهة ، وإرادة شخص ممثل للدولة كالنيابة العامة، أو الإدارة المعنية بقمع ذلك النوع من

1 - محمد محمود سعيد ، الأحكام المستحدثة في قانون الإجراءات الجنائية و المشكلات العملية التي تثيرها ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 2003 ، ص72 .

2 - د. جلال ثروت ، نظم الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 213 ، فقرة 226.

3 - د. أسامة عبد الله فايد ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ص 287 ، فقرة 272 .

المخالفات ، كما أنها لا تتم إلا بدفع مبلغ نقدي كبديل للصلح . أما الصّحح فهو إجراء يتم بالإرادة المنفردة للمجني عليه دون مقابل¹.

ب- الأحكام القانونية لصفح المجني عليه².

لم يأت المشرّع الجزائري بتنظيم متكامل لما سمّاه بـ "صفح المجني عليه"، بل اكتفى بإيراد عبارة "ويضع صفح الضّحية حدّا للمتابعة الجزائية" عقب كلّ جريمة يطبّق عليها هذا الإجراء، الأمر الذي أدى إلى التساؤل حول كفيّة أعمال هذه الفقرات المستحدثة، وتطبيقها في الواقع، فأمام أيّ جهة يعبر المجني عليه على صفحه عن المتّهم؟ وما هو شكل هذا التعبير؟

إنّ مجموع هذه التّساؤلات، وثبوت عجز الفقرات المستحدثة عن الإجابة عليها، يجعل دراسة نظام صفح المجني عليه أمرا يكتنفه النقص، والغموض خصوصا وأنّ الفقه الجزائري بالكاد يشير إلى

1 - د. محمود طه جلال ، المرجع السابق ، ص 404 .

2 - وما يلاحظ على أحكام صفح المجني عليه ، وبغضّ النظر عن عدم تنظيم المشرّع الجزائري لإجراءات صفح المجني عليه، واكتفائه بالتصّ عليه فقط، دون أن يهيئ له بنية من القواعد الإجرائية التي تساعد على التطبيق السليم لهذا النظام، فإنّ أوّل ما يلاحظ على نظام الصّفح في التشريع الجزائري، هو عدم اعتراف المشرّع الجزائري بحقّ ممثلي الدّولة في الاعتراض على الصّحح، إذا مسّ بحقوق المجتمع، منتهجا بذلك نهج نظيره المصري، وإن كان ذلك من مآخذ هذين النظامين (الصّحح و الصّفح) بوصفهما من الأنظمة القائمة على الرضائية المطلقة.

إلا أنّ حرص المشرّع الجزائري، على عدم تطبيق الصّفح، إلا بخصوص الجرائم البسيطة ، والتي لا تمثّل ضررا معتبرا، أو خطرا كبيرا للمجتمع، يفند هذا المآخذ، ولكن هذا الحرص جعل المشرّع الجزائري لا يتوسّع كثيرا في نطاق تطبيقه، في حين كان بإمكانه أن يطلق يده دون تردّد، ويجيز الصّفح في عدد كبير من الجرائم، ويمنح بالمقابل ممثلي الدّولة من أعضاء النيابة، وقضاة المحاكم سلطة تقدير مدى ملائمة إعفاء المتّهم من العقاب من عدمها، لأنّ ذلك من الأمور الموضوعية التي لا يمكن للقانون التنبؤ بها مسبقا، والجزم بأن الصّفح عن جريمة يضرّ بالمجتمع، والصفح عن أخرى لا يضرّ، وتوسيعه لنطاق الصّفح يكون قد زاد من فاعلية هذا النظام في التخفيف عن جهاز القضاء من عدد الدعاوى التي ينظر فيها.

وثاني ما يلاحظ على نهج المشرّع الجزائري في تبيّه لنظام الصّحح، منحه الحقّ في طلب إثباته للمجني عليه دون الإشارة على حقّ المتّهم، وكأنّ الصّفح في القانون الجزائري تصرّف بالإرادة المنفردة للمجني عليه، يرتّب أثره في حقّ المتّهم بقوة القانون، دون ان يكون لهذا الأخير الحقّ في قبوله، أو رفضه. وهو نفس النهج الذي اتّبعه المشرّع المصري في القانون رقم 174 لسنة 1998 ولكنه عدل عنه لأنّه حكم لا يتناسب وطبيعة الصّحح القائم على التّراضي، والتفاوض، وهذا ما دعى بعض الفقه المصري إلى الاعتراف بحقّ المتّهم في رفض الصّحح، ولو لم ينص القانون على منحه هذا الحقّ، لأنّه أمر يقتضيه المنطق.

وقصر المشرّع الجزائري الحقّ في طلب إثبات على المجني عليه فقط، يؤكّد اعتباره إياه مجرد إجراء تنقضي به الدّعوى الجنائية، وليس نظاما متكاملا يهدف إلى إيجاد حلّ غير قضائي للنزاع الناشئ بين المتّهم والضّحية، بسبب ارتكابه الجريمة وهو بذلك يشترك في هذه النّظرة السطحية للصلح مع نظيره المصري، الذي بالرغم من تداركه لعدم منحه المتّهم الحقّ في إثبات صلحه مع المجني عليه، فعّدل نصّ المادّة 18 مكررا (1)، واعتراف له صراحة بهذا الحقّ، إلا أنّه لم يوفّر أيّ آليات لمتابعة الصّحح المبرم بين المتّهم، والمجني عليه، والتأكّد من مدى وصولهما إلى حلّ فعلي، وليس مجرد اتّفاقهما على وضع حدّ للدّعوى الجنائية.

هذا الإجراء. ولكن سوف أحاول التطرق لأحكام هذا النظام بالاعتماد على أعمال القواعد العامة في الإجراءات الجنائية، وتحليل، واستقراء النصوص القانونية الخاصة بالصفح، وتلك الخاصة بالشكوى لما بين النظامين من تشابه، وإن كانت هذه الأخيرة أيضاً تحظى بتنظيم كافي من طرف المشرع الجزائري. ويمكن إجمال الأحكام المتعلقة بالصفح في القانون الجزائري في النقاط التالية:

1- الشخص صاحب الحق في الصفح .

أتت جميع الفقرات الناصّة على الصفح بصيغة واحدة وهي "ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية" وبذلك يكون القانون الجزائري قد بين صفة الشخص صاحب الحق في الصفح، وهو الضحية، دون غيرها من الأشخاص، كالشخص المضروب من الجريمة مثلاً .

والضحية طبعاً هي الشخص الذي وقع عليه الاعتداء مباشرة¹ كالشخص المقذوف في جريمة القذف، والزوج المتروك في جنحة ترك الأسرة، والفرع، أو الأصل، أو الزوج الدائن بالتفقة في جريمة الامتناع عن دفع التفقة المقررة بموجب حكم قضائي... وهكذا.

ونلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم ينصّ على منح ورثة الضحية الحق في الصفح عن المجني عليه، على عكس المشرع المصري، ولعلّ ذلك يتفق مع طبيعة الجرائم الخاضعة لنظام صفح المجني عليه في القانون الجزائري، والتي لا يوجد من بينها جرائم اعتداء على الحياة أو حتى جرائم اعتداء على السلامة البدنية .

ولكن قد تظهر أهمية منح الورثة الحق في الصفح عن المتهم، في الجرائم الماسة بالشرف، والاعتبار، وحرمة الحياة الخاصة، التي عادة ما تنطوي المتابعة الجزائية بخصوصها على بعض التشهير بشخص المجني عليه، وكشف أسراره وإساءة سمعته، الأمر الذي قد يمسّ، وبصفة مباشرة ورثته في حالة وفاته.

¹ - د. أسامة عبد الله قايد، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، المرجع السابق، ص 293، فقرة 275 .

لذلك كان من الأجدر بالمشرع الجزائري منح الورثة الحق في تجنب هذه المتابعة الجزائية التي قد تسيء إلى مركزهم، أكثر مما تفيدهم، وذلك بمنحهم الحق في الصفح عن المجني عليه، ولكن أمام سكوت القانون عن منحهم هذه المكنة، لا نملك سوى الإذعان لنصوصه، والاعتداد فقط بالصفح الصادر عن المجني عليه، وفي حالة وفاته تتواصل إجراءات المتابعة الجزائية ضدّ المتهم بصفة عادية¹، لأنّ الصفح كالشكوى حق شخصي ينقضي بوفاة صاحبه².

أما عن توكيل المجني عليه لغيره في الصفح عن المتهم، فهو جائز رغم عدم نصّ المشرع الجزائري عليه، لأنّ الصفح تعبير عن إرادة المجني عليه في وضع حدّ للمتابعة الجزائية، وهو كغيره من صور التعبير عن الإرادة يقبل إنابة الغير للقيام به، إعمالا لقواعد الوكالة في القانون الخاص، ولكن يجب أن يكون ذلك بمقتضى وكالة خاصة³.

2- شكل التعبير عن الصفح .

بما أنّ الصفح هو تعبير عن إرادة المجني عليه في وضع حد للمتابعة الجزائية قبل الجاني، فهذا التعبير يمكن أن يكون في أيّ شكل، مكتوبا أو شفهيّا، صريحا أو ضمنيا، ولكن على الجهة المنوط بها إثبات هذا الصفح التأكيد من توجه إرادة المجني عليه إليه، فقد تكون رغبة المجني عليه مجرد التنازل عن حقوقه المدنية، ولكنه متمسك بمتابعة المتهم جزائيا.

¹ - وقد كانت المادة 18 مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجزائية المصري قبل تعديلها تثير نفس الإشكالية، وقد رأى البعض جواز انتقال الحق في الصلح إلى الورثة رغم عدم نصّ القانون على ذلك على أساس أنّ الصلح يتعلق بالحقوق الخاصة التي تنتقل إلى الورثة في حين رأى البعض الآخر عدم الخروج على نصّ المادة 18 مكرر (أ) وإعطاء الورثة حقا لم ينصّ المشرع على منحهم إياه، أنظر في عرض الزاين : د.مدحت محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 228.

- د. محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 512.

- لأنّ التوكيل العام لا يجوز في الشكوى د. أسامة عبد الله قايد، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، المرجع السابق، ص 295، فقرة 276.

3- الجهة المختصة بإثبات الصفح .

لم ينص المشرع الجزائري أيضا على الجهة التي يبدي أمامها المجني عليه رغبته في وضع حدّ للمتابعة الجزائية قبل المتّهم، والصفح عنه، ولكن يمكن تصوّر صفح المجني عليه عن المتّهم أمام جميع الجهات المنوط بها الاستدلال، أو التّحقيق، أو الحكم بشأن الجريمة¹ .

- الشرطة القضائية .

لم ينصّ المشرع الجزائري على اختصاص ضابط الشرطة القضائية بإثبات صفح المجني عليه عن المتّهم، ولكن المادة 17 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري نصّت على ما يلي : " يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12 و 13 ويتلقون الشكاوى والبلاغات ويقومون بجمع الاستدلالات وإجراء التّحقيقات الابتدائية " وهكذا مادام ضباط الشرطة القضائية يختصّون بتلقّي الشكاوى والبلاغات، فإنّهم، وقياسا على ذلك يختصّون أيضا بإثبات صفح الضّحية عن المتّهم وذلك عن طريق تحرير محضر بذلك طبقا لنصّ المادة 18 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنصّ " يتعيّن على ضباط الشرطة القضائية أن يحرّروا محاضر بأعمالهم " .

- النيابة العامة .

ويختصّ جميع أعضاء النيابة العامة بإثبات صفح المجني عليه، أيّا كانت درجتهم الوظيفية وفقا لمبدأ عدم تجزئة النيابة²، وأعضاء النيابة في القانون الجزائري هم وكيل الجمهورية، وهو ممثّل النيابة العامة لدى المحاكم، إذ نصّت المادة 135 من قانون الإجراءات الجزائية على ما يأتي " يمثّل وكيل الجمهورية النائب العام لدى المحكمة نفسه، أو بواسطة أحد مساعديه، وهو يباشر الدّعوى العمومية في دائرة المحكمة التي بها مقرّ عمله " وكذا النائب العام، وهو ممثّل النيابة أمام المجالس القضائية، إذ

¹ - إنّ تحديد الجهة المختصة بتلقّي الشكاوى يبني على قدرتها على تحريك الدّعوى الجنائية أو التّمهيد لذلك، د.محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 524.

² - قياسا على الشكاوى، د. أسامة عبد الله قايد، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، المرجع السابق، ص 298 فقرة 280.

تنصّ المادة 34 من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي " النيابة العامة لدى المجلس القضائي يمثلها النائب العام " .

ولم ينص قانون الإجراءات الجزائية على اختصاص النائب العام، أو وكيل الجمهورية، بإثبات صفح الضحية عن المتهم، ولكن ما دام يختصان بتلقي المحاضر، والشكاوى، والبلاغات بموجب الفقرة الخامسة من المادة 36¹ فإنهما قياسا على ذلك يختصان بإثبات صفح المحني عليه عن الجاني.

- قاضي التحقيق .

يمكن أن يتقدم المحني عليه أيضا بصفحه أمام قاضي التحقيق، الذي يختص بالتحقيق بناء على طلب وكيل الجمهورية، أو بناء على شكوى مصحوبة بادعاء مدني طبقا للفقرة الثالثة من المادة 38⁽²⁾. ويقوم قاضي التحقيق بتحرير محضر بذلك، في إطار تحرير محاضر الاستجوابات، والمواجهات المنصوص عليها في المادة 108 " تحرر محاضر الاستجواب، والمواجهات، وفق الأوضاع المنصوص عليها في المادتين، 94 و 95 ...".

- قاضي الحكم :

ويمكن أن يتصور أيضا صفح المحني عليه عن الجاني بعد إحالة الدعوى إلى المحكمة، وهنا أرى تطبيق نفس القواعد الخاصة بالادعاء المدني، فالمادة 240 تنص " يحصل الادعاء المدني إقما أمام قاضي التحقيق طبقا للمادة 72 من هذا القانون، وإقما بتقرير لدى قلم الكتاب قبل الجلسة، وإقما أثناء الجلسة بتقرير يثبته الكاتب أو بإبدائه في مذكرات " وإعمالا لهذه المادة يمكن أن يتقدم المحني عليه لدى قلم الكتاب، ويفصح عن نيته في الصفح عن المتهم، وعلى كاتب الضبط تحرير محضر بذلك، وإطلاع المحكمة عليه في أول جلسة، أو أن ينتظر المحني عليه إلى غاية الجلسة ويصرح أمام المحكمة بصفحه عن المتهم، أو أن يبين ذلك في المذكرات التي يقدمها لها.

¹ - " يقوم وكيل الجمهورية بما يأتي : ... - تلقي المحاضر والشكاوى والبلاغات ويقرر ما يتخذه بشأنها " .

² - " ... ويختص بالتحقيق في الحادث بناء على طلب من وكيل الجمهورية أو شكوى مصحوبة بادعاء مدني...".

4- آثار صفح المجني عليه .

نصّت الفقرات الخاصّة بنظام صفح المجني عليه أنّه يضع حداً للمتابعة الجزائية ويفهم من هذه العبارة أن أثر الصّفح هو وضع حدّ للمتابعة الجزائية، وأن لا أثر له على الدّعى المدنيّة الرامية للمطالبة بالتّعويض، ولكن الحديث عن أثر الصّفح ليس بهذه البساطة، فما المقصود بوضع حدّ للمتابعة الجزائية، وكيف يتمّ ذلك ؟

وهنا نصادف الفروض التّالية :

- إذا كانت الدّعى أمام النيابة العامّة وأصدرت هذه الأخيرة أمراً بالحفظ طبقاً للفقرة الخامسة من المادة 36 (1)

- إذا كانت الدّعى أمام قاضي التّحقيق، و أصدر أمراً بأن لا وجه لمتابعة المتّهم، تطبيقاً لنصّ المادة 163 " إذا رأى قاضي التّحقيق أنّ الوقائع لا تكون جنائية أو جنحة أو مخالفة أو أنّه لا توجد دلائل كافية ضدّ متّهم أو كان مقترف الجريمة ما يزال مجهولاً أصدر أمراً بأن لا وجه لمتابعة المتّهم " .

- أمّا إذا كانت الدّعى أمام المحكمة، فتقضي بانقضاء الدّعى العموميّة بصفح الضّحية تطبيقاً لنصّ الفقرة الخامسة من المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية. وقد جرى العمل في بعض المحاكم الجزائرية (2) على عدم الحكم على المتّهم بتحمّل المصاريف القضائيّة للدّعى بل تتحمّلها الخزينة العامّة مستندة في ذلك على نصّ المادة 368 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنصّ على أنّه " لا يجوز إلزام المتّهم بمصروفات أخرى في حالة الحكم ببراءته، فاعتبرت الحكم الصادر نتيجة صفح

¹ - " ويبلغ الجهات القضائيّة المختصّة بالتّحقيق أو المحاكمة لكي تنظر فيها أو تأمر بحفظها بقرار قابل دائماً للإلغاء "

² - حيث قضى قسم الجنح بمحكمة تيغنيف، مجلس قضاء معسكر بما يلي : ... حيث أنّ الضّحية حضر بالجلسة وصفح عن المتّهم، حيث أنّه عملاً بالمادة 299 الفقرة الأخيرة، من قانون العقوبات فإنّ صفح الضّحية يضع حداً للمتابعة الجزائية، ممّا يتعيّن معه التصريح بانقضاء الدّعى العموميّة طبقاً لنصّ المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث أنّ المصاريف القضائيّة على عاتق الخزينة العموميّة طبقاً لنصّ المادة 368 من قانون الإجراءات الجزائية، ولهذا الأسباب حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الجنح بحكم ابتدائي علي حضوره للمتّهم وحضوره للضّحية بانقضاء الدّعى العموميّة لصفح الضّحية، المصاريف القضائيّة على عاتق الخزينة العامّة ... " الحكم صادر في الجلسة العلنية المنعقدة بمقرّ محكمة تيغنيف بتاريخ 09/05/2009، رقم الجدول 09/01415، رقم الفهرس 09/02150.

الصّحّيّة بمثابة براءة للمتّهم في حين نجد أنّ محاكم أخرى⁽¹⁾، لا تعفي المتّهم من هذه المصاريف وتحمله إيّاها، رغم صفح الصّحّيّة عنه، وبالتالي لا ترتب على الصّفح آثار الحكم بالبراءة.

ثانيا: نطاق تطبيق صفح المجني عليه.

بعد أن خالصنا من التعرف على نظام صفح المجني عليه من حيث مفهومه وأحكامه القانونية، نحاول الآن التعرف على نطاق تطبيقه وأوّل ما يلاحظ على نظام صفح المجني عليه في القانون الجزائري، هو أنّ المشرّع نصّ عليه في صلب قانون العقوبات، وأتبع في ذلك مسلكا فريدا، حيث إنّه لم يتّبع أسلوب القاعدة العامّة، ولا أسلوب التعداد، بل أضاف فقرة تنصّ على أنّ صفح الصّحّيّة يضع حداً للمتابعة الجزائيّة لكلّ مادّة أراد تطبيق الصلح عليها، الأمر الذي دفعه إلى تعديل عدد كبير من المواد، فوقع في نوع من التناقض، وعدم الدقة.

فحين نجد أنّه قد أجاز الصّفح في جنحة السّب (م 297)، ولم يجزه عندما يكون السّب مخالفة (م 463)، نتساءل عن سبب عدم خضوع هذه الجريمة الأقلّ جسامة لنظام صفح المجني عليه، وقد يكون الجواب هو أنّ المشرّع الجزائري يطبّق نظام غرامة الصّلح⁽²⁾ على المخالفات، فأراد بعدم النصّ على الصفح بخصوص مخالفة السّب تجنّب التداخل بين النظامين، ولكننا نجد أنّ المشرّع الجزائري يدخل في نطاق تطبيق صفح المجني عليه بعض المخالفات المنصوص عليها في المادّة 442، و المتعلقة ببعض الاعتداءات الخفيفة على السلامة البدنيّة، الأمر الذي يدلّ على أنّ المشرّع لم يتعمّد إبعاد هذه الجريمة عن نطاق تطبيق الصّفح، بل فاته ذلك، وهي النتيجة التي يؤكّدها أيضا عدم الاعتراف بصفح الصّحّيّة بخصوص جريمة فضّ الرّسالات والخطابات، وهي الصورة البسيطة والتقليديّة لانتهاك حرمة الحياة الخاصّة، في حين أجازها في أخطر أشكالها وهي التقاط الصّور، وتسجيل الأحاديث، وبثّها، وكلّ

¹ - حيث أصدر قسم الجنح بمحكمة تيارت حكما قضى فيه بما يلي : "حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الجنح علنيا ابتدائيا حضوريا للطرفين بوضع حدّ للمتابعة الجزائية لصفح الصّحّيّة مع تحميل المتّهم المصاريف القضائيّة المقدّرة بـ: 800 دج... "الجلسة العلنية المنعقدة بمقرّ محكمة تيارت بتاريخ: 2009/05/06، رقم الفهرس 09/03489، رقم الجدول 09/01763.

² - إذ تنصّ المادّة 381 من قانون الإجراءات الجزائيّة على ما يلي : " قبل كلّ تكليف بالحضور أمام المحكمة يقوم عضو النيابة العامة المحال عليه في محضر مثبت لمخالفة بإخطار المخالف بأنّه مصرّح له بدفع مبلغ على سبيل غرامة صلح مسا للحد الأدنى المنصوص عليه قانونا لعقوبة المخالفة".

هذا إن دلّ على شيء فإنه يدلّ على عدم اعتماد المشرّع على المنهجية، لأو خطّة واضحة الأسس، يحدّد بها نطاق تطبيق هذا النّظام، وإمّا يغلب على منهجه العشوائية، وعدم الدقّة.

وثاني ما يلاحظ على نهج المشرّع الجزائري في تطبيقه لنظام الصّح على جرائم الاعتداء على الأفراد، هو عدم توسّعه في الأخذ بهذا النّظام، على عكس نظيره المصري، فإذا كان هذا الأخير قد أجاز الصّح في عدد معتبر من الجرائم الماسّة بالذّمة الماليّة فإنّ المشرّع الجزائري لم يجر الصّح في أيّ منها مع العلم بأنّ الصّح يتناسب والجرائم الماليّة، لسهولة إزالة آثار الجريمة، أما العدد القليل من الجرائم التي يجوز فيها الصّح في القانون الجزائري فأغلبها أيضا من جرائم الشّكوى، ممّا يدعو إلى التساؤل عن الفائدة التي سيجنّها المشرّع من تطبيقه لهذا النّظام بهذا الشّكل؟

أ- في فئة الجرائم الماسّة بالشرف والإعتبار.

أدرج المشرّع الجنائي الجزائري صفح المجني عليه ضمن القسم الخاص بالإعتداءات على شرف وإعتبار الأشخاص ، وعلى حياتهم الخاصة ، وإفشاء الأسرار من قانون العقوبات ، فأجازه بصدد جرمي القذف والسب¹ . والأمر الغريب هو أن المشرّع الجزائري ، وعلى عكس نظيره المصري والفرنسي ، لم يكن يشترط لتحريك الدعوى العمومية بخصوص هتين الجريمتين تقديم شكوى من المجني عليه ، فكان تبنيه لنظام صفح المجني عليه بشأنها إعترافا منه ولو متأخرا بخصوصية هذا النوع من الجرائم ، ومساسها بالدرجة الأولى حقوقا خاصة ولصيقة بالمجني عليه² .

و إن كان الأحرى به أن يتبنى نظام الشكوى بدلا من الصفح لأنه أكثر ملاءمة لجرائم الشرف، والإعتبار التي يستحسن أن يمنح المجني عليه فيها الحق في التحكم في دعواها ، وجودا وعدما ، فما

¹ - لم ينص المشرّع الجزائري على جواز صفح المجني عليه بخصوص جريمة الوشاية الكاذبة مع أنّها من الجرائم الماسّة بشرف وإعتبار الأفراد ، ولا شك أن علة ذلك تكمن في أن هذه الجريمة بالإضافة إلى كونها إعتداء على حقوق شخصية للمجني عليه ، فإنها أيضا إعتداء على أجهزة الدولة وسلطانها التي بلغت بوجود جريمة غير موجودة ، أو بنسبتها إلى من لم يرتكبها . الأمر الذي يستدعي عقاب كل من تجرأ و أزعج السلطات المنوط بها حفظ الأمن في المجتمع وإستنهضها بلا داع .

² - د. أسامة عبد الله قايد ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ص 287 ، فقرة 272 .

الفائدة من منح المجني عليه الحق في وضع حد للمتابعة الجزائية بعد أن تكون العبارات والألفاظ المسيئة لشرفه و إعتبره قد ترددت أمام رجال الضبطية القضائية أو النيابة العامة .

1- جريمة القذف .

أجاز المشرع الجزائري صفح المجني عليه بصدد جريمة القذف ، وهي الفعل المعاقب عليه بموجب المادة 296 ق. ' التي جاء فيها : " يعد قذفا كل إدعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف و إعتبر الأشخاص ، أو الهيئة المدعى عليها به أو إسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة . ويعاقب على نشر هذا الإدعاء أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الإسم و لكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة . "

أما جريمة القذف المنصوص عليها في المادة 144 مكرر ق.ع¹ المتعلقة بقذف شخص رئيس الدولة وإهانته ، فلا يطبق عليها نظام صفح المجني عليه ، وذلك لأن لهذه الجريمة طابعا عاما ، يفرض على الدولة إقتضاء حقها في العقاب عليها ، دون الإعتداد بشخص المجني عليه ولو كان الرئيس .

وقد نصت المادة 298 ق.ع في فقرتها الأولى على عقوبة القذف ، ثم أردفت في فقرتها الثانية أن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية ، لكنها إستثنت من ذلك وبموجب الفقرة الثالثة منها جريمة القذف الموجه إلى شخص أو أكثر ينتمون إلى مجموعة عنصرية ، أو مذهبية، أو إلى دين معين إذا كان الغرض منها هو التحريض على الكراهية بين المواطنين، أو السكان .

ولعل العلة من عدم إدراج هذه الجريمة ضمن نطاق تطبيق صفح المجني عليه أن هذه الجريمة تجاوزت حدود القذف البسيط، الذي لا يمس سوى شخص المقذوف، إلى قذف يمس بجماعة، أو

¹ - " يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى 12 شهرا وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أساء إلى رئيس الجمهورية بعبارات تتضمن إهانة أو سبا أو قذفا سواء كان ذلك عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو بأية آلية لبث الصوت أو الصورة أو بأية وسيلة إلكترونية أو معلومية أو إعلامية أخرى . "

طائفة، أو حتى شخص، ولكن بسبب إنتمائه العرقي، أو الديني، أو المذهبي وهو ما يعرف بجرائم الكراهية .

2- السب .

وقد عرفت المادة 297 ق.ع السب بأنه كل تعبير مشين أو عبارات تتضمن تحقيرا أو قدحا لا ينطوي على إسناد واقعة . وقد نصت المادة 299 ق.ع على عقوبة السب ، وأن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجرائية .

ولكن إذا كان السب موجها إلى شخص الرئيس، وهو الجريمة المنصوص عليها في المادة 144 مكرر، فالصفح غير جائز، كما لا يجوز الصفح أيضا إذا كان السب موجها إلى شخص أو أكثر بسبب إنتمائهم إلى مجموعة عرقية، أو مذهبية، أو دين معين م 298 ق.ع، وهو أمر منطقي، لأن حق المجتمع في هتين الجريمتين أجدر بالحماية من حق المجني عليه.

ولكن المشرع الجزائري إستثنى أيضا من نطاق تطبيق الصفح ، مخالفة السب غير العلني المنصوص عليها في المادة 463 ق.ع¹ وهو موقف يدعو للتساؤل عن سبب تطبيق الصفح على الجنحة ، وإمتناع تطبيقه على المخالفة .

ب - في فئة الجرائم الماسة بحرمة الحياة الخاصة .

يعتبر القانون 23/06 نقلة نوعية للمشرع الجزائري في مجال حماية الحياة الخاصة ، بحيث حاول من خلاله حماية هذه الأخيرة من بعض الأفعال التي تعتمد على التقنيات الحديثة لإقتحام خصوصية الأفراد ، فقد كانت المادة 303 ق.ع تقتصر على تجريم أفعال فض وإتلاف الرسائل، وتعتبرها الصورة الوحيدة لإنتهاك حرمة الحياة الخاصة ، ولكن مع التطور التكنولوجي وتطور مفهوم الحياة الخاصة و

¹ - " يعاقب بغرامة من 3.000 إلى 6.000 دج ويجوز أن يعاقب أيضا بالحبس لمدة 3 أيام على الأكثر :...2- كل من إبتدأ أحد الأشخاص بالفاظ سباب غير علنية دون أن يكون قد إستغفزه ."

تعدد وسائل الإطلاع عليها ، خصوصا مع إنتشار الهواتف النقالة المزودة بأجهزة إتقاط ، تسجيل ، وبث الصوت والصورة . أصبح تدخل المشرع لتنظيم إستعمالها ضرورة لا بد منها ¹.

وقد كان ذلك بمجموعة من المواد ، وهي المادة 303 مكررا 1، و 303 مكررا 2، 303 مكررا 3 لتجريم هذه الصّور الجديدة من صور انتهاك الحياة الخاصّة.

إذ تنصّ المادة 303 مكرر على ما يلي : يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات و بغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كلّ من تعمّد المساس بجرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأيّ تقنيّة كانت وذلك :

- 1- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصّة أو سرّيّة بغير إذن صاحبها أو رضاه.
 - 2- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرّيّة بغير إذن صاحبها أو رضاه.
- يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المشار إليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقرّرة للجريمة التامة.

كما نصّت المادة 303 مكرر (1) على أن : "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كلّ من احتفظ، أو وضع، أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور، أو الغير، أو استخدم بأيّة وسيلة كانت التّسجيلات، أو الصّور، أو الوثائق المتحصّل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 من هذا القانون.

عندما ترتكب الجنحة المنصوص عليها في الفقرة السّابقة عن طريق الصّحافة تطبّق الأحكام الخاصّة المنصوص عليها في القوانين ذات العلاقة لتحديد الأشخاص المسؤولين.

يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقرّرة للجريمة التامة ...".

¹ - د. ممدوح خليل بحر ، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 ، ص 10 .

وهكذا يعاقب القانون الجزائري على التقاط الصور، و تسجيل، أو نقل صور الأشخاص، أو مكالماتهم، أو أحاديثهم الخاصة أو السريّة، دون رضاهم، كما يعاقب على الاحتفاظ بالمعلومات المتحصّل عليها بالطرق السابقة، أو تمكين الغير من الإطلاع عليها، أو السّماح لهم بذلك.

كما يعاقب القانون على الشروع في تلك الأفعال، وقد نصّ المشرّع الجزائري في نهاية المادّة 303 مكرر، و 303 مكرّر1 على أنّ صفح الضحيّة يضع حدا للمتابعة الجزائيّة.

ولكننا نتساءل عن عدم إدراج المشرّع الجزائري لحكم مماثل في المادّة 303 المتعلقة بفض، وإتلاف الرسائل الموجهة للغير بسوء نية، مع أنّها لا تختلف في طبيعتها عن الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر، و 303 مكرّر1، فالحق المعتدى عليه في هذه الجرائم واحد، وهو حقّ الفرد في تأمين حرمة حياته الخاصّة، سواء ما تعلّق بأحاديثه الخاصّة، أم بالأوضاع التي يتّخذها لنفسه في حياته الخاصّة⁽¹⁾، وهو من الحقوق الشخصيّة التي يستأثر بها المجني عليه دون غيره، لذلك كان يجدر بالمشرّع الجزائري إخضاع هذه المادّة أيضا لأحكام نظام الصّفح.

ج- في فئة الجرائم الماسة بالسلامة البدنيّة :

يولي المشرّع الجزائري حماية خاصّة للسلامة البدنيّة للأفراد، ولا يتهاون في عقاب المعتدين عليها، لذلك، وعلى عكس نقيضه المصري، لم يجر الصّفح إلاّ بالنسبة لبعض أفعال الإيذاء البسيطة، وهي المخالفات المنصوص عليها في المادّة 442 من قانون العقوبات والتي تنصّ :

يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 دج إلى 10.000 دج:

1- الأشخاص وشركاؤهم الذين يحدثون جروحا أو يعتدون بالضرب أو يرتكبون أعمال عنف أخرى أو التّعدي دون أن ينشأ عن ذلك أيّ مرض أو عجز كلي عن العمل لمُدّة تتجاوز 15 يوما ويشترط أن لا يكون هناك سبق إصرار أو ترصّد أو حمل سلاح.

¹ - د. محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائيّة للحريّات الشخصيّة، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 1979، ص 18، فقرة 5.

2- كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز " أشهر وكان ذلك ناشئا عن رعونة أو عدم احتياط أو عدم انتباه أو إهمال أو عدم مراعاة النظم...

لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية في الحالة الثانية من هذه المادة، إلا بناء على شكوى الضحية.

ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية عن الأفعال المنصوص عليها في الحالتين 1 و 2 أعلاه.

وهكذا يجوز صفح المجني عليه بالنسبة للضرب، أو الجرح، أو أعمال العنف الأخرى العمدية التي لا تؤدي إلى مرض، أو عجز عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوما، ودون أن تكزن مقتزنة بظرف مشدد من الظروف التالية :

التسبب في الجرح، أو الإصابة أو المرض، الذي لا يترتب عنه عجز كلي عن العمل لمدة لا تتجاوز أشهر خطأ أي برعونة، أو عدم احتياط، أو عدم انتباه، أو إهمال، أو عدم مراعاة الأنظمة. وقد اشترط المشرع في هذه الجريمة خلاف للأولى تقديم شكوى من الضحية لتحريك الدعوى العمومية.

د- في فئة الجرائم الماسة بالأسرة :

أجاز المشرع الجزائري صفح المجني عليه في طائفة من الجرائم الماسة بالأسرة، وذلك تقديرا منه للعلاقة التي تربط المتهم بالمجني عليه في هذا النوع من الجرائم والتي تأتي إلا أخذها بعين الاعتبار لتحديد مصير الدعوى، وجرائم الأسرة التي يضع فيها صفح المجني عليه حدا للمتابعة الجزائية هي :

1- جريمة ترك الأسرة .

وهي الجريمة المعاقب عليها بمو جب الفقرة 1 من المادة 330 التي تنصّ : " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج. أحد الوالدين الذي يترك مقرّ أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلّى عن كافة التزاماته الأديبية أو المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية

القانونية. وذلك بغير سبب جدّي ولا تنقطع مدّة الشّهين إلا بالعودة إلى مقرّ الأسرة على وضع ينبىء عن الرّغبة في استئناف الحياة العائليّة بصفة نهائيّة".

- جريمة التّخلّي عن الزّوجة الحامل : وهو الفعل المحرّم بموجب الفقرة 2 من المادّة 330، والتي تنصّ على ما يلي : "الزّوج الذي يتخلّى عمدا ولمدّة تتجاوز الشّهين عن زوجته مع العلم بأنّها حامل وذلك لسبب غير جدّي"، وقد أجاز المشرّع صفح المحني عليه في هاتين الجريمتين، بموجب الفقرة 4 من نفس المادّة، وتظهر العلّة من ذلك في أنّ الهدف الذي يرحوه المحني عليه عادة من متابعة المتهم بهذه الجرائم خصوصا وأنّ القانون اشترط شكواه، ليس معاقبة الجاني، بقدر ما هو ترهيبه، وتحسينه بالمسؤولية، ليرتدع عن مقارفة هذه الأفعال مرّة ثانية، لأنّ الزّوج المتروك، أو الزّوجة الحامل المتخلّي عنها، سيضارّان أكثر إذا تمّ حبس الزّوج المقصّر في واجباته الأسريّة، لذلك أعطيا مكنة توقيف الدّعوى العموميّة عن طريق الصّفح .

ونلاحظ أنّ المشرّع الجزائري تعمد عدم الاعتراف بصفح المحني عليه في الجريمة المنصوص عليها في الفقرة 3 من نفس المادّة، وهي الخاصّة بالإهمال المعنوي للأطفال (1) وهو قيام أحد الوالدين بتعريض صحّة أولاده، أو أمنهم، أو خلقهم، لخطر جسيم، بأن يسيء معاملتهم، أو يكون مثلا سيئا لهم، للاعتياد على السكر، أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضّروري عليهم. وذلك نظرا لخطورة وجسامة هذه الجرائم، ورغبة من المشرّع في ردع، وزجر كلّ من تسوّل له نفسه الإساءة بهذا الشكل لمن هم في رعايته. وهو كذلك لم يعلّق تحريك الدّعوى العموميّة بخصوص هذه الجرائم على شكوى الضّحيّة لأنّ هذه الأخيرة تكون في أغلب الأحيان من القصر فلا تعرف حقوقها ولا تعرف المطالبة بها (2).

1- د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص151.

2- د. شريف سيّد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 2001، ص7.

2- جريمة الامتناع عن دفع النفقة .

وهي الجريمة المنصوص عليها بموجب المادة 331 من قانون العقوبات التي قضت بأن "يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 أشهر وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمداً، ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته .وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم .

وقد نصت الفقرة الأخيرة من نفس المادة على أن صفح الضحية يضع حداً للمتابعة الجزائية، ولكن بشرط دفع المبالغ المستحقة.

وعليه لا يكون لصفح الضحية أثر إلا إذا أثبت أن المتهم قد سدّد ما عليه من دين، وهو حكم شديد للمشروع الجزائري، حاول به حماية حقوق الضحية من الهدر، فقد يعد المتهم المجني عليه بالوفاء بالنفقة بعد الصفح، ولكنه يتنصّل من ذلك بمجرد انقضاء الدعوى الجنائية.

3- جريمة عدم تسليم قاصر إلى حاضنة القانوني.

وقد نصت على هذه المادة 328 من قانون العقوبات بقولها : "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته، أو من الأماكن التي تقرّر وضعه فيها، أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه، أو أبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

وتزداد عقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني .وقد نصت المادة 329 مكرراً أنه لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية بخصوص هذه الجريمة إلا بناء على شكوى الضحية و صفح هذه الأخيرة يضع حداً للمتابعة الجزائية.

4- جريمة الزنا .

جرم المشرع الجزائري سلوك الزنا بموجب المادة 339 ق.ع التي جاء فيها : " يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا .

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة .

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الرزنا بالحبس من سنة إلى سنتين و تطبق العقوبة ذاتها على شريكته. و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور ، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة "

وتخضع جريمة الزنا لنظامي الشكوى والصفح في آن واحد ، وهي من الجرائم التي كان يطبق عليها

صفح المجني عليه قبل قانون 23 /06.

المبحث الثاني: رضا المتهم وأثره على الإجراءات الجنائية .

لم يكتف المشرع الجزائري بأن أعطى دورا لكل من المجني عليه ، والمضور من الجريمة في تحديد مصير الدعوى العمومية وجودا وعدم ، وإنما إعترف بجزء رضائي للمتهم أيضا بالرغم من كونه الطرف السلبي في الرابطة العقابية ، إذ يفترض فيه الإذعان والخضوع لأحكام القانون دون نقاش¹.

ولكن مع ذلك نلاحظ أن لإرادة المتهم أحيانا وزنا هامت بصدد بعض الإجراءات الجزائية إذ يمكن لها أن تؤسس للإجراء وتكون سندنا قانونيا لمباشرة دون إحترام بعض الضمانات الإجرائية المقررة لمصلحته ، وأحيانا أخرى تكون مصححة للحوار الذي يمكن أن يشوب إجراء من الإجراءات فيكون رضا المتهم بالإجراء المعيب وتنازله عن المطالبة بإبطاله بمثابة إعلان إعتباري عن صحة الإجراء الباطل .

وعليه سنقسم البحث في مسألة أثر رضا المتهم على إجراءات الدعوى العمومية إلى قسمين: قسم يتمحور حول رضا المتهم كأساس لإسقاط بعض الضمانات الإجرائية ، وقسم يتعلق برضا المتهم كأساس لتصحيح الإجراءات الباطلة .

المطلب الأول: رضا المتهم كأساس لإسقاط بعض الضمانات الإجرائية.

يهدف قانون الإجراءات الجزائية إجمالا إلى التوفيق بين مصلحتين أساسيتين : مصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة الجنائية وتوقيع الجزاء على الجناة، ومصلحة الأفراد في صون حقوقهم وحريةهم وحمايتهم من العصف بها وإنتهاكها في سبيل تحقيق المصلحة الأولى².

لذلك أحاط المشرع الجنائي العملية الإجرائية في مجال البحث الجنائي بسياج وثيق من الضمانات من شأنها حماية الأفراد من أي إنتهاك أو تجاوز قد يمس حقا من حقوقهم بمناسبة التحري أو التحقيق في جريمة ما ، وهذه الضمانات لا تتعلق بالأشخاص البعيدين عن العملية الإجرائية فقط،

¹ - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار الشروق ، بيروت ، 1999، ص 441

² - د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 575.

وإنما تتعلق في جلها بشخص المتهم الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال حرمانه من بعض الحقوق لمجرد أنه حامل لهذه الصفة ، أو متواجد في هذا المركز¹.

والأصل في الضمانات الإجرائية أنها غير قابلة للتنازل ، فهي من الحقوق العامة التي لا تمنح للشخص بالنظر لذاته وإنما بإعتباره منتما لمجتمع من المجتمعات ، وغالبا ما يكرس المشرع هذه الضمانات في القانون الأساسي للدولة ليعطيها طابعا دستوريا ، إذ نص المشرع الجزائري على فكرة الضمانات القضائية من خلال المادة 45 من الدستور التي ورد فيها ما يلي: " كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة نظامية إدانته ، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون."

كما كرس الحق في الدفاع من خلال المادة 33 من الدستور التي نصت على ما يلي: " الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون." كما أكد على حرمة الحياة الخاصة وحرمة مسكنه من خلال المادتين 39 و40 على التوالي من الدستور إذ جاء في الأولى: " لا يجوز إنتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ، وحرمة شرفه ، وبمميها القانون ، سرية المراسلات والإتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة " وورد في الثانية الآتي: " تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون ، وفي إطار إحترامه. ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة ."

ولكن على الرغم من الطابع الدستوري والعام لهذه الضمانات إلا أن الرضائية لم تبتعد عنها كل البعد ، بل إقتحمتها خاصة فيما يتعلق بضمانات حرمة الحياة الخاصة ، والحق في الدفاع التي يمكن لبعضها أن يتنازل عنه رضائيا في مجالي التفتيش وسماع الأقوال .

¹ - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 441

الفرع الأول الرضا كأساس لإسقاط بعض الضمانات في مجال التفتيش .

الأصل في الإجراءات الجنائية أنها تستند في مشروعيتها ، وتجد أساسا لها في القانون ، فإجراءات البحث والتحري والتحقيق غالبا ماتمس بالحقوق الفردية على نحو يحتم ضرورة تدخل المشرع لضبطها وتحديد أحكامها ووضع شروط صحتها بالقانون إحتراما لمبدأ الشرعية .

فكل إجراء إلا ويجد سنده في القاعدة القانونية التي تجيزه ، وكلما كان الإجراء خطيرا ، أي ماسا بالحقوق والحريات بوجه معتبر كلما تدخل المشرع الجنائي ونظم قواعده بنوع من التفصيل والصرامة، فيزيد على مشروعية النص الجنائي ، مشروعية أخرى يستند إليها الإجراء ومثال ذلك إجراء التفتيش الذي يقرنه المشرع الجنائي الجزائري غالبا بوجود إذن يسمح بمباشرة وإلا كان باطلا، فيصبح هذا الإذن هو السند القانوني للتعرض لخصوصيات الأفراد وأسرارهم، وقد لا يكتفي المشرع الجنائي بالإذن القضائي لحماية الحياة الخاصة للأفراد من الهتك بها وإنما يضيف ضمانات أخرى من شأنها الحد من التعرض لحرمت الناس بحجة إذن التفتيش كتقييد المشرع الجنائي الجزائري لتنفيذ إذن التفتيش بحيز زمني معين إذا ماتعداه كان باطلا . ولكن رغم أهمية هذين القيدين أي إذن التفتيش ، ونطاقه الزمني إلا أن أنهما يمكن أن يصبحا في حكم العدم إذا ما رضي الخاضع للتفتيش بإسقاطهما .

أولا : مفهوم التفتيش وبيان أحكامه .

لا يمكننا الحديث عن أثر رضا المتهم على إجراء التفتيش دون أن نتعرض أولا لماهية التفتيش، حتى تتجلى أهمية وخطورة جعل بعض الضمانات الإجرائية المتعلقة بهذا الإجراء والهادفة لحماية بحرمة الحياة الخاصة رهن إرادة المتهم إذا شاء إستفاد منها وإذا شاء طرحها جانبا وأسقطها .

أ - مفهوم التفتيش .

لا يتأتى الإلمام بمفهوم التفتيش كإجراء منتج للدليل إلا بتعريفه، وتبيان خصائصه ومميزات وكذا البحث في صوره وأنواعه.

1- تعريف التفتيش.

لم يعرف المشرع الجزائري التفتيش لكنه نظم أحكامه في قسم الجرائم المتلبس بها في المواد من 44 إلى 48 من قانون الإجراءات الجزائية ، وفي قسم التحقيق الابتدائي من خلال المادة 64 ق.إ.ج، وفي قسم الإنتقال والتفتيش والقبض من خلال المواد 79 إلى 87 ق.إ.ج ، كما أشار إليه عندما عالج الأمر بالقبض من خلال المادة 122 ق.إ.ج . ولعل المادة الأقرب إلى تبيان حقيقة هذا الإجراء من مجموع هذه المواد ولو لم تعنى بتعريفه هي المادة 81 ق.إ.ج التي جاء فيها : " يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة ."

أما الفقه فيعرف التفتيش بأنه البحث عن الشيء في مستودع السر¹ ، ويضيف البعض² بأنه الإطلاع على محل ، منح له القانون حرمة خاصة ، بإعتباره مستودع سر صاحبه ، ومن هذين التعريفين يظهر أن جوهر وأهمية هذا الإجراء تتجسد في محله المتمثل في مكان سري ما كان لرجال السلطة العامة الإطلاع عليه لولا ضرورات التحقيق .

ويعتبر البعض³ التفتيش من إجراءات التحقيق لا من إجراءات الإستدلال سواء قام به قاضي التحقيق بنفسه، أو أحد ضباط الشرطة القضائية، لأن العبرة في تحديد طبيعته القانونية ليست بصفة القائم به وإنما بمدى خطورته ومساسه بالحقوق والحريات وهو بلا منازع من أشد الإجراءات إنتهاكا للخصوصية والحرمة .

ويختلف التفتيش عن المعاينة بالرغم من ورودها معا في نص المادة 79 ق.إ.ج التي جاء فيها : " يجوز لقاضي التحقيق الإنتقال إلى أماكن وقوع الجرائم لإجراء جميع المعاينات اللازمة أو للقيام بتفتيشها ... " فالمعاينة تهدف إلى فحص مكان أو شيء أو شخص له علاقة بالجريمة لإثبات حالته

1 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 1 .

2 - د. مراد عبد الفتاح ، التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مؤسسة الشباب الجامعية ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 359

3 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 2 ، فقرة 4 / د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 535 ، فقرة 282 .

أما التفتيش فلا يقف عند هذا الحد بل يتجاوز لإختراق الخبايا سواء تعلق بمكان أو شيء أو شخص.¹

ويختلف أيضا تفتيش المكان عن مجرد دخوله ، فالبرغم من أن كلاهما يمس بجرمة المكان إلا أن الدخول لازم للتفتيش ، لكنه ليس دائما متبوعا بتفتيش.

2- خصائص التفتيش .

يمكننا إستنباط الخصائص العامة للتفتيش من خلال تعريفاته السابقة ، التي إذا أنعمنا فيها النظر وجدنا أنها تبرز ثلاثة مظاهر لهذا الإجراء : الأول أنه إجراء إجباري ، والثاني أنه يمس بمستودع سر الإنسان ، والثالث أنه منتج للدليل المادي.²

- خاصية الجبر و الإكراه .

وهي في الحقيقة خاصية مشتركة بين جميع إجراءات التحقيق ، فهي تباشر عنوة ودون إعتداد بإرادة الخاضع لها كأصل عام، فتنفذ عليه بالقوة ولو قاومها ، ويكمن عنصر الإكراه في التفتيش في كونه يتعرض لخصوصية الإنسان وحرمة شخصه أو مسكنه دون رضاه .

ويرى البعض³ أن إنتفاء عنصري الجبر والإكراه عند البحث عن الدليل في مستودع السر يجعل هذه العملية لا تحمل وصف التفتيش بمعناه الدقيق ، وهو الأمر الذي تثيره المادة 64 ق.إ.ج التي جاء فيها " لا يجوز تفتيش المساكن ومعاينتها وضبط الأشياء المثبتة للتهمة إلا برضا صريح من الشخص الذي ستخذ لديه هذه الإجراءات . و يجب أن يكون هذا الرضا بتصريح مكتوب بخط يد صاحب الشأن ، فإذا كان لا يعرف الكتابة فيإمكانه الإستعانة بشخص يختاره بنفسه، ويذكر ذلك في المحضر مع الإشارة صراحة إلى رضاه ..."

1 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقص ، المرجع السابق ، ص6 ، فقرة 8 .

2 - أ. متعب ناصح العتيبي ، ضمانات تفتيش الماهم في نظام الإجراءات الجزائية السعودي ومدى توافقها مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان دراسة تطبيقية ، مذكرة ماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2012 ، ص 20 .

3 - أ. متعب ناصح العتيبي ، المرجع السابق ص 23.

فرضا الشخص بالمساس بجرمة مسكنه في هذه الحالة يجعل التفتيش في هذه الحالة منتفيا لعنصري الجبر والإكراه. ولكن يبقى التفتيش الرضائي إجراء إستثنائيا ، أما الأصل العام هو أن يتم التفتيش رغم إرادة الشخص الخاضع له .

- خاصية المساس بمستودع السر .

لا يسمى الإجراء تفتيشا إلا إذا كان يباشر في موضع له حرمة في شخص الإنسان، أو مكان تابع له، فالتفتيش لا يهدف إلى جمع الأدلة الظاهرة للجميع ، وإنما يتغيا التنقيب عن تلك الأدلة الخفية السرية، التي لا يمكن الكشف عنها ولا الإطلاع عليها إلا بإجراء تغيرات في حالة الشخص أو المكان . ومعروف أن الشخص يحرص كل الحرص على إخفاء أسراره والتكتم عليها وإبعادها عن الناظرين ، وهذا حق مشروع. فليس أصعب من أن تنتهك حرمة حياة الشخص ويطلع عليها من طرف أشخاص غرباء، لذلك يعتبر التفتيش من أخطر إجراءات التحقيق، وأكثرها مساسا بالحقوق والحريات .

- خاصية إنتاج الأدلة المادية .

إن الغاية من وراء إجراء التفتيش هي البحث عن الأدلة المادية الناتجة عن الجريمة سواء وجدت مع الشخص من الأشخاص، أو في مكان من الممكنة. وعليه فإن التفتيش لا يكون لتوقي وقوع جريمة في المستقبل والكشف عنها بعد وقوعها، ولا يكون بحثا عن المتهمين بإرتكابها. وإنما هو إجراء يتجه رأسا إلى كل المخلفات المادية الناتجة عن الجريمة¹ من أسلحة، أدوات وآلات إرتكبت بها الجريمة أوراق ومستندات تتعلق به ...إلخ

وعليه فإن الجرائم التي لا تخلف أدلة مادية لا يمكن اللجوء أثناء التحقيق فيها لإجراء التفتيش، وهذا ما عبرت عنه المادة 81ق.إ.ج التي جاء فيها: " يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن

¹ - أ. متعب ناصح العبيبي ، المرجع السابق ص 20 .

العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة . " والتي يفهم منها أن التفتيش يجب أن يكون منتجا للدليل المادي .

3 - الصور المختلفة للتفتيش .

يقسم الفقه عادة التفتيش بالنظر إلى محله إلى تفتيش للأشخاص وتفتيش للمساكن، ويقسمونه بالنظر إلى سنده إلى تفتيش إجرائي وتفتيش غير قضائي.

- تفتيش الأشخاص وتفتيش المساكن .

نكون بصدد تفتيش الأشخاص إذا كان محل التفتيش شخصا طبيعيا متمثلا في المتهم أو في غيره ولا يقتصر مدلول الشخص في مجال التفتيش على كيانه المادي وما يرتديه من لباس ، وما ينتعله من حذاء، وإنما يشمل أيضا ما يحوزه من متاع ، وما يستقله من وسائل تنقل خاصة به ، كما يشمل محله التجاري إذا كان تاجرا ، ومكتبه إذا كان محاميا ، أو مهندسا ، وعيادته إذا كان طبيبا... الخ

فهذه الأشياء لو انفصلت عن الشخص المراد تفتيشه إنتفت عنها صفة الشخص، كل ما هنالك أن إتصالها به إتصالا ماديا بحيث تكون معه إذا كانت منقولات، ويكون فيها إذا كانت أمكنة هو ما يجعلها من عناصر الشخص فتفتش بمناسبة تفتيشه¹.

أما تفتيش المنازل وما يلحق بها فيكون عندما يتم البحث عن الدليل داخل محل السكنى وقد عرف المشرع الجزائري المنزل من خلال المادة 355 ق.ع التي جاء فيها : " يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل متى كان معدا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان إستعمالها حتى ولو كانت محاطة بسيياج خاص داخل السياج أو السور العمومي "

¹ - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 65 ، فقرة 72 .

ويعتبر المكان مسكنا طبقا لهذه المادة بتوافر عنصرين إختياريين: حقيقة إستعماله والغرض من إعداده . فكل مكان يقيم فيه الشخص يعتبر منزلا ولو لم يكن مخصصا للإقامة فعلا، وكل مكان أعد للسكنى يعتبر منزلا ولو لم يكن مسكونا بالفعل. ولكن يضاف إلى هذين المعيارين ثبوت حق الإستئثار بالمكان، وهو ما يضمن له الحماية القانونية، فإذا كان المكان معدا للسكن ومسكونا فعلا لكنه مفتوح للجمهور دون إذن صاحبه لم يعتبر منزلا وجاز دخوله وتفتيشه دون القيود القانونية الواردة على تفتيش المساكن.¹

- التفتيش الإجرائي والتفتيش غير الإجرائي .

يكمن التفتيش الإجرائي أو ما يسمى أيضا بالقضائي في ذلك التفتيش الذي نص عليه ونظم أحكامه قانون الإجراءات الجزائية فبين شروطه ، وكيفية تنفيذه ، والتعامل مع ما ينتج عنه² . وإعتبره من أهم مصادر الأدلة الجنائية المادية .

أما التفتيش غير الإجرائي فهو أيضا إجراء منتج للدليل أي أنه تفتيش قانوني تترتب عنه نفس آثار التفتيش الإجرائي إذا تم بصورة صحيحة وسليمة ، كل ما هنالك أن حالاته لم يتم النص عليها في صلب قانون الإجراءات الجزائية³ ، وبالتالي لم تنظم أحكامها بموجب القانون، وإنما تكفل القضاء بوضع شروط و قيود هذا التفتيش الذي يبقى هو الآخر خطيرا من حيث مساسه بحرمات الأشخاص، وكشفه عن الأدلة .

وينقسم التفتيش غير الإجرائي بدوره إلى أحوال ثلاثة: فنجد التفتيش الرضائي، وهو ذلك التفتيش الذي يتم بناء على رضا صاحب الشأن ، والحقيقة أن هذا النوع من التفتيش بالرغم من أنه يجد أساسه في رضا الخاضع له به، إلا أن المشرع الجزائري قد أشار إليه من خلال المادة 64 ق.إ.ج مما يجعل هذا النوع من التفتيش في القانون الجزائري تفتيشا إجرائيا .

1 - د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص 273.

2 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 73، فقرة 77 .

3 - د. عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص 275.

وثان صورة من صور التفتيش غير الإجرائي هي التفتيش الإداري و هو ذلك التفتيش القائم على وجود قانون أو لائحة أو إتفاق ينص على وجوب تفتيش الأشخاص بمناسبة تواجدهم في مكان ما كتفتيش الأشخاص في الموانئ ، والمطارات ، وعند مداخل بعض الإدارات ¹ . وهذا التفتيش لا يلزم لإجرائه وقوع جريمة فعلا ، ووجود دلائل كافية على إتهام شخص بها . لأن له هدفا وقائيا لا تحقيقيا لكنه إذا أسفر في الأخير عن وجود أي دليل يكشف عن وجود جريمة ما إعتد بهذا الدليل في الإثبات إذا تم إجراء التفتيش وفقا للضمانات العامة للتفتيش ² .

وأخيرا تفتيش الضرورة وهو ذلك التفتيش الذي يستند في إباحته إلى حالة الضرورة ، كوجود شخص مغمى عليه فيتوجب تفتيشه من طرف رجال الإسعاف للبحث عن بطاقة تعريفه للتحقق من هويته ³ ، فإذا أسفر هذا التفتيش عن حيازة أشياء تشكل حيازتها جريمة ، أو نتج عنه دليل يفيد في كشف الحقيقة بخصوص جريمة ما جاري التحقيق فيها ، جاز الإستناد إلى هذه النتائج متى تم هذا التفتيش بطريقة مشروعة .

ب : شروط التفتيش .

ينبغي التفتيش على مجموعة من الشروط ينبغي توافرها لكي يقوم كإجراء سليم يعتد بآثاره وتنقسم هذه الشروط إلى شروط موضوعية وأخرى شكلية :

1- الشروط الموضوعية للتفتيش .

وتتمثل الشروط الموضوعية للتفتيش في العناصر التالية، أن تكون هناك جريمة قد وقعت، أن يكون هناك دلائل كافية على ضلوع الشخص في الجريمة أو حيازته لأشياء تتعلق بها، وأن يكون الغرض من التفتيش البحث عن أدلة تتعلق بالجريمة موضوع التحقيق.

¹ - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 319 ، فقرة 373 .

² - أنظر الضمانات العامة للتفتيش صفحة 340 من الرسالة .

³ - د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 120

- أن تكون هناك جريمة قد وقعت فعلا .

إذ يشترط لصحة التفتيش أن تكون هناك جريمة قد ارتكبت بالفعل سواء حملت وصف جنائية أو جنحة، أما المخالفات فلا تصح سندا للتفتيش ولا تبرره لأن بساطتها لا تسمح بانتهاك حرمة الحياة الخاصة للأفراد¹ .

والعبرة في تكييف الجريمة موضوع التفتيش هي بظاهر الأمر وقت إجرائه . فإذا بدء التحقيق في الجريمة على أنها جنائية أو جنحة، ثم تبين بعد ذلك أنها مجرد مخالفة ، أو لا تشكل جريمة أصلا يبقى التفتيش صحيحا مرتبا لآثاره القانونية²

كما أن رجحان قيام الجريمة مستقبلا لا يميز البدء بالتفتيش لأن الجريمة لم تقع بعد فيكون التفتيش السابق لإرتكابها ولو تحققت بالفعل بتوان بعد مباشرته باطلا لأنه لا سند له. وهذا ما عبر عنه المشرع المصري صراحة من خلال المادة 50 ق.إ.ج المصري التي جاء فيها: " لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجاري جمع الإستدلالات أو حصول التحقيق بشأنها"

ويجب التنبيه هنا أنه يستوي في الجريمة موضوع التفتيش أن تكون تامة أو ناقصة أي متوقفة عند درجة الشروع مادام معاقبا عليه³

كما يشترط أيضا وأن يكون التفتيش مفيدا لكشف الحقيقة عن الجريمة المرتكبة⁴ ، فقيام الجريمة وحده ليس كافيا لإجازة التفتيش وإنما يجب أن يكون التفتيش متلائما مع طبيعة الجريمة، فلا يمكن مثلا تفتيش شخص أو مسكن بمناسبة جريمة قذف أو سب .

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 538 ، فقرة 283 .

² - د. عوض محمد عوض ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 378 ، فقرة 388

³ - المرجع نفسه ، ص 379 ، فقرة 388 .

⁴ - أ . محمد حزيط ، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ص 118 .

- أن تكون هناك دلائل كافية على ضلوع الشخص في الجريمة أو حيازته لأشياء تتعلق بها .
 فلكي يجوز تفتيش الأشخاص أو الأماكن يجب أن يكون هناك شخص متهم بإرتكاب الجريمة، ولو شمل التفتيش مسكن غيره لأن التفتيش في هذه الحالة سينبني على العلاقة التي تربطه بالجريمة أو بالجاني ، والتي يترجح معها حيازته لأشياء تتعلق بالجريمة¹ . والمستفاد من هذا الشرط هو أن التفتيش لا يجوز إلا بعد توجيه الإتهام أي بعد تحريك الدعوى العمومية، وهنا يرى البعض² غير ذلك يمكن أن يتزامن التفتيش مع تحريك الدعوى العمومية، أي بأن يكون هو أول إجراء تحقيق .
 ولا يكفي هنا الإتهام الكيدي، وغير المؤسس بل العبرة بمدى وجود دلائل كافية على ضلوع الشخص في الجريمة وإنما يجب أن يكون مبنيا على دلائل كافية يرجع تقديرها لقاضي التحقيق إما بناء على تحقيقات قضائية سابقة، أو على مجرد تحريات قام بها ضباط الشرطة القضائية³ .
 ولكن إذا توافرت الدلائل الكافية في نظر القائم بالتفتيش، أو الآذن به فإن هذا التفتيش لا ينقلب باطلا إذا ما حكم في النهاية ببراءة الشخص. ولهذا الحكم أهميته عندما يسفر التفتيش المتعلق بالجريمة المقضي فيها بالبراءة عن وجود أدلة تدين بجرمة ثانية فهل تطرح هذه الأدلة لتمخضها عن تفتيش منعدم الأساس لان المتهم بريء أم يجوز الإحتجاج بها لأن التفتيش وقت إتخاذه كان مؤسسا على رجحان الإتهام ؟ طبعا الجواب هو صحة التفتيش وصحة ما أسفر عنه من أدلة بغض النظر عن الحكم الصادر في الدعوى⁴

- أن يكون الغرض من التفتيش البحث عن أدلة تتعلق بالجريمة موضوع التحقيق.

ترتبط صحة التفتيش أيضا بغاياته ، وأغراضه إذ لا يكفي أن تكون هناك جريمة واقعة ، وشخص متهم بإرتكابها لإباحة التعرض لحرمت الأشخاص وحرمت مساكنهم بل يجب أن تكون

¹ - أ . محمد حزيط ، المرجع السابق ، ص 118 .

² - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 539 ، فقرة 283 .

³ - المرجع نفسه ، ص 380 ، فقرة 387 .

⁴ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 380 ، فقرة 388.

هذه الجريمة المرتكبة من الجرائم التي تتخلف عنها أدلة يجب البحث عنها : أوراق ، أسلحة ، آلات أو أدوات إستخدمت لتنفيذها... إلخ ، أما إذا كانت الجريمة موضوع التحقيق لا تخلف أي دليل مادي كالجرائم القولية كالقذف والسب ، أو القتل الخطأ الناتج عن تجاوز السرعة المقرره ، أو الإمتناع عن أداء الشهادة . إمتنع القيام بأي تفتيش إستنادا عليه ولو كانت جنائية.¹

وهنا يرى البعض أن التفتيش يجب أن يستند إلى هدف وإلا كان عدوانا سافرا على حرمت الأشخاص وجب إبطاله بغض النظر عما أسفر عنه².

وقد يكون التفتيش منتجا أي مسفرا للدليل ومع ذلك يكون باطلا من حيث هدفه إذا كان هذا الأخير غير مشروع كتفتيش مكتب محامي للحصول على المستندات التي أعطاها إليه موكله ، والتي يمكن أن تدينه لأن في ذلك مساس بالسرا المهني .

2- الشروط الشكلية للتفتيش .

إن وجود جريمة واقعة ، ووجود أمارات كافية على إتهام شخص معين بها ، وإعتبار التفتيش الإجراء الأنسب للحصول على دليل يكشف حقيقة الجرم المرتكب وينسبه لمرتكبها ليست الشروط الوحيدة لصحة التفتيش . بل يجب أن تصاحب الشروط الموضوعية لسلامة هذا الإجراء شروط أخرى شكلية تختلف بحسب صفة القائم به .

ولما كانت الشروط الشكلية للتفتيش في حد ذاتها ضمانات قانونية لجعل التفتيش أقل مساسا للحرمت ، وأقل إنتهاكا للخصوصيات فإن لصفة القائم به أيضا أهمية بالغة في تحديد مدى خطورة الإجراء من عدمه . ولعل إسناد مهمة التفتيش لجهة قضائية تتمثل في قاضي التحقيق هو في حد ذاته ضمانا للشخص الخاضع له لذلك فإننا إذا ما حاولنا إجراء مقارنة بين الشروط الشكلية للتفتيش

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 539 ، فقرة 283 .

² - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 381 ، فقرة 389 .

الذي يتولاه قاضي التحقيق بنفسه ، والآخر الذي يباشره ضابط من ضباط الشرطة القضائية سنجد أن الشروط المتلبه في الحالة الأولى أقل من الشروط المتطلبه في الحالة الثانية كما سنرى.

- الشروط الشكلية للتفتيش الذي يقوم به قاضي التحقيق بنفسه .

أجاز قانون الإجراءات الجزائية لقاضي التحقيق تولى مهمة التفتيش بنفسه بموجب المادة 79 ق.إ.ج التي جاء فيها " يجوز لقاضي التحقيق الإنتقال إلى أماكن وقوع الجرائم لإجراء جميع المعاينات اللازمة أو القيام بتفتيشها . ويخطر بذلك وكيل الجمهورية الذي له الحق في مرافقته . ويستعين قاضي التحقيق دائما بكاتب التحقيق ويحرر محضرا بما يقوم به من إجراءات ."

ويظهر من هذه المادة أن قاضي التحقيق يمكنه القيام بالتفتيش من تلقاء نفسه دون طلب من النيابة العامة¹، كل ما هنالك أنه ملزم بإخطار وكيل الجمهورية بالإجراء الذي سيقوم به ، بحيث يمكن لهذا الأخير مرافقته . كما يلزم قاضي التحقيق بإخطار وكيل الجمهورية في حالة ما أراد الإنتقال إلى دوائر إختصاص المحاكم المجاورة للدائرة التي يباشر فيها وظيفته لإجراء عملية التفتيش فيها شريطة أن يقوم أيضا بإخطار وكيل جمهورية المحكمة التي سينتقل إلى دائرة إختصاصها ، وأن يفصح له عن الأسباب التي دفعته إلى الخروج خارج دائرة إختصاصه وذلك وفقا لما جاء في المادة 80 ق.إ.ج : " يجوز لقاضي التحقيق أن ينتقل صحبة كاتبه بعد إخطار وكيل الجمهورية بمحكمته إلى دوائر إختصاص المحاكم المجاورة للدائرة التي يباشر فيها وظيفته للقيام بجميع إجراءات التحقيق إذا ما إستلزمت ضرورات التحقيق أن يقوم بذلك على ان يخطر مقدما وكيل الجمهورية بالمحكمة التي سينتقل إلى دائرتها و ينوه في محضره عن الاسباب التي دعت إلى إنتقاله."

وأينما كان قاضي التحقيق داخل دائرة إختصاصه أو خارجها يمكن الإستعانة بالقوة العمومية أو بالتقنيين لتسهيل عملية التفتيش²

1 - أ. محمد حزيط ، المرجع السابق ، ص 118 .

2 - المرجع نفسه ، ص 119 .

كما يشترط على قاضي التحقيق في حال قيامه بالتفتيش بنفسه أن يصطحب كاتباً معه يدون ما يقوم به من أعمال ، وهذا حتى يتفرغ قاضي التحقيق لعملية التفتيش ، ولا يشغله عنها واجب الكتابة والتدوين .

ومن الشروط الشكلية أيضاً التي يخضع لها قاضي التحقيق عند قيامه بالتفتيش بنفسه شروط تتعلق بحضورية بعض الأطراف لعملية تفتيش المساكن فإذا كان القاضي بصدد تفتيش مسكن المتهم وجب عليه القيام بذلك في حضرة المتهم ، فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فإن قاضي التحقيق ملزم بأن يكلفه بتعيين ممثل له، وإذا امتنع عن ذلك أو كان هاربا إستدعى القاضي لحضور تلك العملية شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته . وذلك طبقاً لأحكام المادة 45 ق.إ.ج التي جاء فيها " تتم عمليات التفتيش التي تجري طبقاً للمادة 44 أعلاه على الوجه الآتي :

1- إذا وقع التفتيش في مسكن شخص يشته به فإنه يجب أن يحصل التفتيش بحضوره ، فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فإن ضابط الشرطة القضائية ملزم بأن يكلفه بتعيين ممثل له ، وإذا امتنع عن ذلك أو كان هاربا إستدعى ضابط الشرطة القضائية لحضور تلك العملية شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته .

2- وإذا جرى التفتيش في مسكن شخص آخر يشته بأنه يحوز أوراقاً أو أشياء لها علاقة بالأفعال الإجرامية فإنه يتعين حضوره وقت إجراء التفتيش ، وإن تعذر ذلك اتبع الإجراء المنصوص عليه في الفقرة السابقة ..."

وقد أحالت على هذه المادة 82 ق.إ.ج بقولها : " إذا حصل التفتيش في مسكن المتهم فعلى

قاضي التحقيق أن يلتزم بأحكام المواد من 45 إلى 47..."

أما إذا حصل التفتيش في مسكن غير المتهم وجب أيضاً إتباع قواعد الحضورية التالية: أن يستدعى صاحب المنزل الذي يجري تفتيشه ليكون حاضراً وقت التفتيش فإن لم يكن موجوداً أو رفض الحضور أجري التفتيش بحضور إثنين من أقاربه أو أصهاره الحاضرين بمكان التفتيش فإن لم

يوجد منهم فبحضور شاهدين لا تكون ثمة بينهم وبين سلطات القضاء أو الشرطة تبعية .وهذا مانصت عليه صراحة المادة 83ق.إ.ج : " إذا حصل التفتيش في مسكن غير مسكن المتهم إستدعى صاحب المنزل الذي يجري تفتيشه ليكون حاضرا وقت التفتيش فإذا كان الشخص غائبا أو رفض الحضور أجري التفتيش بحضور إثنين من أقاربه أو أصحابه الحاضرين بمكان التفتيش فإن لم يوجد منهم فبحضور شاهدين لا تكون ثمة بينهم وبين سلطات القضاء أو الشرطة تبعية ."

ومن الشروط الشكلية أيضا للتفتيش الذي يقوم به قاضي التحقيق مراعاة شرط الميقات المنصوص عليه في المادة 47 ق.إ.جالي جاء فيها : " لا يجوز البدء في تفتيش المساكن ومعاينتها قبل الساعة الخامسة (5) صباحا ، ولا بعد الساعة الثامنة (8) مساء إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الإستثنائية المقررة قانونا... " وقد أحالت على أحكام هذه المادة ، المادة 82 ق.إ.ج وكنها وضعت على حكمها إستثناء أي حالة لا يقيد فيها قاضي التحقيق مباشرة عملية التفتيش قبل الساعة الثامنة مساء وبعد الساعة الخامسة صباحا وهي حالة قيام قاضي التحقيق بنفسه بالتفتيش بخصوص جناية وفي حضور وكيل الجمهورية حيث جاء فيها : "...غير أنه يجوز له وحده في مواد الجنائيات أن يقوم بتفتيش مسكن المتهم في غير الساعات المحددة في المادة 47 بشرط أن يباشر التفتيش بنفسه وأن يكون ذلك بحضور وكيل الجمهورية ..."

كما يعنى قاضي التحقيق من شرط الميقات أيضا إذا كان بصدد إجراء تفتيش يتعلق بإحدى الجرائم المعاقب عليها في المواد من 342 إلى 348 من قانون العقوبات المتعلقة بتحريض القصر على الفسق والدعارة إذا كان التفتيش واقعا داخل فندق أو منزل مفروش أو فندق عائلي أو محل لبيع المشروبات أو ناد أو منتدى أو مرقص أو أماكن المشاهدة العامة وملحقاتها، وفي أي مكان مفتوح للعموم أو يرتاده الجمهور، إذا تحقق أن أشخاصا يستقبلون فيه عادة لممارسة الدعارة وفقا لنص المادة 47 ق.إ.ج في فقرتها الثانية .

كما يسقط هذا الشرط أيضا عندما يكون التفتيش مرتبطا بجرائم المخدرات أو الجرائم المنظمة عبر الحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب وجرائم الصرف طبقا لأحكام المادة 47 في فقرتها الثالثة .

- الشروط الشكلية للتفتيش الذي يقوم به ضابط شرطة قضائية .

يملك ضابط الشرطة القضائية صلاحية إجراء التفتيش لكن بتوافر مجموعة من الشروط على رأسها صدور إذن بذلك من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق وهذا مانصت عليه المادة 44 ق.إ.ج التي جاء فيها " لا يجوز لضباط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يظهر بانهم ساهموا في الجناية أو أنهم يجوزون أوراقا أو أشياء لها علاقة بالأفعال الجنائية المرتكبة لإجراء تفتيش إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق..."

وإذن التفتيش هذا عبارة عن إنابة قضائية تتضمن توكيل ضابط من ضباط الشرطة القضائية بإجراء عملية التفتيش التي يختص بها أصلا المنيب¹ ووجود هذا الإذن وحده ليس لكافيا بل يجب أولا أن يكون صحيحا مستوفيا لشروطه القانونية : فيجب أن يصدر هذا الإذن من قاضي تحقيق أو وكيل جمهورية مختصين وفقا لأحكام المادتين² 37 و³ 40 ق.إ.ج، إلى ضابط شرطة قضائية ، وليس عون من أعوان الضبط القضائي ويجب في هذا الضابط أن يكون مختصا هو الآخر وفقا أحكام

1 - أ. حزيط محمد ، المرجع السابق ، ص 120 .

2 - " يتحدد الإختصاص المحلي لوكيل الجمهورية بمكان وقوع الجريمة و بمحل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم فيها أو بالمكان الذي تم في دائرته القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى ولو حصل هذا القبض لسبب آخر .

يجوز تمديد الإختصاص المحلي لوكيل الجمهورية إلى دائرة إختصاص محاكم أخرى ، عن طريق التنظيم ، في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف ."

3 - " يتحدد إختصاص قاضي التحقيق محليا بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في إقترافها أو بمحل القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى ولو كان هذا القبض قد حصل لسبب آخر .

يجوز تمديد الإختصاص المحلي لقاضي التحقيق إلى دائرة إختصاص محاكم أخرى عن طريق التنظيم في جرائم المخدرات و الجرائم المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف ."

المادتين¹ و16 مكرر² .

كما يجب أن يكون مكتوبا فلا يجوز إصدار إذن شفهي بالتفتيش ولو دون فيما بعد لأن التفتيش وإصدار الإذن بالتفتيش من إجراءات التحقيق وإجراءات التحقيق تصبغها خاصية التدوين³ . ولا يكفي كتابة إذن التفتيش ليكون قانونيا بل يجب علاوة على ذلك أن تشتمل ورقة الإذن على بعض البيانات فيتضمن إذن التفتيش إسم وصفة الآذن به، وإسم وصفة المأذون له بمباشرة كما يشتمل على بيانات أخرى إلزامية وإلا عد باطلا وهي قيد ووصف الجريمة المحقق بصددتها والشخص أو المكان المطلوب تفتيشه تحديدا نافيا للجهالة وهذا ما وضحته المادة 44 ق.إ.ج في فقرتها الأخيرة إذ جاء فيها: " يجب أن يتضمن الإذن المذكور أعلاه بيان وصف الجرم موضوع البحث عن الدليل وعنوان الاماكن التي ستتم زيارتها وتفتيشها وإجراء الحجز فيها ، وذلك تحت طائلة البطلان .

أما إذا إكتشف أثناء التفتيش وجود جريمة أو جرائم أخرى غير تلك المذكورة في إذن التفتيش فإن ذلك لا يبطل الإجراءات العارضة وفقا للفقرة الخامسة من المادة 44 ق.إ.ج . وعلى كل حال

¹ - " يمارس ضباط الشرطة القضائية إختصاصهم المحلي في الحدود التي يباشرون ضمنها وظائفهم المعتادة إلا أنه يجوز لهم في حالة الإستعجال أن يباشروا مهمتهم في كافة دائرة إختصاص المجلس القضائي الملحق به . ويجوز لهم أيضا في حالة الإستعجال أن يباشروا مهمتهم في كافة الإقليم الوطني إذا طلب منهم أداء ذلك من القاضي المختص قانونا ويجب أن يساعدهم ضابط الشرطة القضائية الذي يمارس وظائفه في المجموعة السكنية المعنية . وفي الحالات المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين يتعين عليهم أن يخبروا مسبقا وكيل الجمهورية الذي يباشرون مهمتهم في دائرة إختصاصه . وفي كل مجموعة سكنية عمرانية مقسمة إلى دوائر للشرطة فإن إختصاص محافظي وضباط الشرطة الذين يمارسون وظائفهم في إحداها يشمل كافة المجموعة السكنية . لا تطبق أحكام الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والخامسة من هذه المادة على ضباط الشرطة القضائية التابعين لمصالح الأمن العسكري الذين لهم الإختصاص على كافة الإقليم الوطني .

غير أنه فيما يتعلق ببحث ومعاينة جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف يمتد إختصاص ضباط الشرطة القضائية إلى كامل الإقليم الوطني .

ويعمل هؤلاء تحت إشراف النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليميا ويعلم وكيل الجمهورية المختص إقليميا بذلك في جميع الحالات .
² - " يمكن ضباط الشرطة القضائية وتحت سلطتهم أعوان الشرطة القضائية ما لم يعترض على ذلك وكيل الجمهورية المختص بعد إخباره أن يمددوا عبر كامل الإقليم الوطني عمليات مراقبة الأشخاص الذين يوجد ضدهم مبرر مقبول أو أكثر يحمل على الإشتباه فيهم بإرتكاب الجرائم المبينة في المادة 16 أعلاه أو مراقبة وجهة أو نقل أشياء أو أموال أو متحصلات من إرتكاب هذه الجرائم أو قد تستعمل في إرتكابها ."

³ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 525 ، فقرة 272 .

فإن هذه العمليات تنجز تحت الإشراف المباشر للقاضي الذي أذن بها والذي يمكنه عند الإقتضاء أن ينتقل إلى عين المكان للسهر على إحترام أحكام القانون وفقا للفقرة الرابعة من المادة 44 ق.إ.ج .

ويشترط كذلك لصحة التفتيش إستظهار إذن التفتيش ، أي إبرازه للشخص المراد تفتيشه، أو تفتيش مسكنه قبل البدء فيه ، وإلا إعتبر الإذن صحيحا والتفتيش باطلا وهذا مانصت عليه المادة 44 ق.إ.ج في فقرتها الثانية : "...مع وجوب الإستظهار بهذا الأمر قبل الدخول إلى المنزل أو الشروع في التفتيش ..."

بالإضافة إلى شرط الإذن يخضع ضابط الشرطة القضائية القائم بالتفتيش مثله مثل قاض التحقيق لبعض الشروط المتعلقة بمبدأ الحضورية فإذا تم التفتيش في مسكن شخص يشتبه في أنه ساهم في إرتكاب الجريمة أو شخص آخر يشتبه بأنه يحوز أوراقا أو أشياء له علاقة بالجريمة وجب أن تتم عملية التفتيش في حضورهما، فإذا لم يستطيعا الحضور كلفهما ضابط الشرطة القضائية بتعيين شخص ينوب عنهما في ذلك، فإن لم يكن الإتصال بهما ممكنا، عين ضابط الشرطة القضائية من تلقاء نفسه شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته .وهذا مانصت عليه المادة 45 ق.إ.ج الت جاء فيها "...

إذا وقع التفتيش في مسكن شخص يشتبه في أنه ساهم في إرتكاب الجناية فإنه يجب أن يحصل التفتيش بحضوره، فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فإن ضابط الشرطة القضائية ملزم بأن يكلفه بتعيين ممثل له، وإذا امتنع عن ذلك او كان هاربا إستدعى ضابط الشرطة القضائية لحضور تلك العملية شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته ."

وإذا جرى التفتيش في مسكن شخص آخر يشتبه بأنه يحوز أوراقا أو أشياء لها علاقة بالأفعال الإجرامية فإنه يتعين حضوره وقت إجراء التفتيش ، وإن تعذر ذلك اتبع الإجراء المنصوص عليه في الفقرة السابقة ."

أما شرط الميقات الذي يخضع له قاضي التحقيق ، فيخضع له أيضا من باب أولى ضباط الشرطة القضائية عند مباشرتهم للتفتيش وهذا ما نصت عليه المادة 47 ق.إ.ج التي جاء فيها " لا يجوز البدء في تفتيش المساكن ومعاينتها قبل الساعة الخامسة (5) صباحا ، ولا بعد الساعة الثامنة (8) مساء إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الإستثنائية المقررة قانونا..."

ولكنها في نفس الوقت وضعت عليه إستثناء ، بحيث يعفى ضباط الشرطة القضائية من إحترام شرط الميقات القانوني لتنفيذ عملية التفتيش إذا كانت الجريمة المتحرى عنها من الجرائم المعاقب عليها في المواد من 342 إلى 348 من قانون العقوبات المتعلقة بتحريض القصر على الفسق والدعارة إذا كان التفتيش واقعا داخل فندق أو منزل مفروش أو فندق عائلي أو محل لبيع المشروبات أو ناد أو منتدى أو مرقص أو أماكن المشاهدة العامة وملحقاتها، وفي أي مكان مفتوح للعموم أو يرتاده الجمهور، إذا تحقق أن أشخاصا يستقبلون فيه عادة لممارسة الدعارة وفقا لنص المادة 47 ق.إ.ج في فقرتها الثانية .

كما يسقط هذا الشرط أيضا عندما يكون التفتيش مرتبطا بجرائم المخدرات أو الجرائم المنظمة عبر الحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب وجرائم الصرف طبقا لأحكام المادة 47 في فقرتها الثالثة .

ج- الضمانات العامة للتفتيش¹.

إن مهمة البحث عن المجرمين لتقديمهم للعدالة ، للحفاظ على أمن وإستقرار المجتمع المنوطة بالدولة مهمة نبيلة ، لكنها مع ذلك ليست معصومة من الحيف والخطأ ، بل إنها حتى ولو كانت مطابقة فعلا للقانون إلا أنها لا تخل من المساس بحق أو أكثر من حقوق الأفراد ، وتلك الغاية التي

¹ - ويقصد بضمانات التفتيش تلك الإلتزامات التي تقع على عاتق الجهات المعنية بتفتيش المتهم في نظام الإجراءات الجزائية .أ. متعب ناصح العتيبي ، المرجع السابق ، ص 8 .

يتغيها القضاء الجنائي والتي تحمل بعدا جماعيا ، هي التي تبرر إنتهاك بعض الحقوق الفردية¹ . ولكن التسليم بالطابع المؤلم أو ما يسمى عنصر الإيلام غير المقصود لبعض إجراءات التحقيق لا يعنى ترك الحبل على الغارب لرجال السلطة العامة وهم يبحثون عن المجرمين ويتحرون ويحققون في الجرائم . بل لا بد لهم في مهمتهم هذه من ضوابط وقيود تقيهم الجور والإسراف في إستعمال رخصهم القانونية² .

ولعل أهمية هذه المسألة هي التي دفعت المشرع الدستوري إلى وضع الخطوط العريضة للنشاط الإجرائي الجنائي إذ جاء في المادة 35 من الدستور الجزائري : " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات ، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية." كما جاء في المادة 45 منه أيضا " كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون ." وأضفت المادة 46 " لا يتابع أحد ، ولا يوقف أو يحتجز ، إلا في الحالات المحددة بالقانون ، وطبقا للأشكال التي نص عليها "

ولعل النص الذي يدعو إلى التوقف عنده قليلا هو نص المادة 45 التي أشارت إلى تلك المعادلة الصعبة بين الوصول إلى إدانة شخص مع ضمان عدم إنتهاك حرياته الأساسية. ففكرة الضمانات هته هي السياج المنيع الذي يحصن حقوق الأفراد من العصف بها ولو كانوا متهمين.

ومن بين الإجراءات الجنائية التي عني القانون والقضاء معا بوضع ضمانات للخاضعين لها ، إجراء التفتيش نظرا لخطورته ومساسه بالحرمات والخصوصيات ، وإذا كان التنظيم القانوني للتفتيش بشروطه وقيوده ضمانا في حد ذاته إلا أن هناك بعض الضمانات التي تفرض نفسها ولو لم يتناولها النص لتعلقها بجرمة كيان الإنسان مطلقا لذلك سمينها بالضمانات العامة للتفتيش وهذه الضمانات عديدة سنذكر أهمها.

1 - د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1988 ، ص 575.

2 - أ. متعب ناصح العتيبي ، المرجع السابق ، ص 29 .

1- ضمان الكرامة الإنسانية .

وقد نص المشرع الجزائري على هذه الضمانة من خلال المادتين 34 و35 من الدستور إذ جاء في الأولى: "تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو أي مساس بالكرامة" وجاء في الثانية: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية ."

فيفهم من ذلك أن عملية التفتيش بالرغم من أنها تمس الشخص في كيانه أو في ممتلكاته إلا أنها يجب ألا تمسه في كرامته أو سلامته البدنية . والحقيقة أن هذه الضمانة لا تقتصر على التفتيش وإنما تمتد لتشمل كل تلك الإجراءات التي تتجه رأسا إلى الفرد¹.

ومن مقتضيات مراعاة كرامة الإنسان عند تفتيشه عند إنتهاك الأداب عند تنفيذ هذه العملية بحيث يكون الغرض والغاية منها البحث عن الدليل في الأماكن التي يفترض فيه تواجده فيها وليس الإستباحة المطلقة لجسم الإنسان . ولكن ذلك لا يعني قصر التفتيش على مجرد تحسس ملابس المتهم من الخارج دون إجباره على خلعها إن كان هناك داع ، إذ يرى البعض² أن ذلك إسراف في رعاية الحقوق الفردية وتضحية بمقتضيات العدالة الجنائية .

ويمكن الحكم على التفتيش بمدى إنتهاكه للأداب العامة بحسب الظروف التي تم فيها ومدى الحاجة إلى إجرائه في موضع من جسم الإنسان دون الآخر، وهو أمر يختلف من حالة إلى أخرى ، فإذا إقتضى الأمر نزع ملابس الشخص للبحث عن الدليل فلا حرج في ذلك ، مادام ذلك قد تم بما يحفظ كرامة هذا الشخص ، فلم يجر من لباسه أمام الملاء ، ولم يتعرض لما يחדش حيائه .

1 - د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق ، ص 575.

2 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 271 ، فقرة 315 .

2- ضمانة السلامة البدنية .

قد يكون التفتيش في بعض الأحيان ماسا بالسلامة البدنية للشخص فيسبب له آلاما عارضة غير مقصودة في ذاتها. وهي مسألة على كراهتها مقبولة لكونها محظورا أجازته الضرورة. ولكن هذا المساس بالسلامة البدنية للشخص بمناسبة التفتيش مقيد بقيدين: أن يكون ضروريا، وألا يكون ضارا بالصحة أي ألما وقتيا زائلا، فإذا كان المتهم مثلا يمسك بشيء في يده، ورفض بسطها لعدم الشف عن ماهيته جاز لقاضي التحقيق، أو ضابط الشرطة القضائية بحسب الأحوال إستخدام القوة لبسط يده . والحكم نفسه إذا أدخل المتهم شيئا في فمه جاز لمن يقوم بتفتيشه أن يرغمه على إخراجهِ ولو كان ذلك بالضغط على فكيهِ.¹

وقد تثار التساؤل بين الفقهاء حول مدى جواز الحصول كرها على عينة من دم الشخص، أو من بوله لتحليلها والكشف عن الجريمة دون رضاه خاصة بصدد جرائم تعاطي المخدرات. وعن مدى جواز الإعتماد على الوسائل الطبية لإستخراج الدليل الذي يكون المتهم قد إبتلعه فكمُن في جوفه أو أخفاه في مكان حساس من جسمه .

فرأى البعض² بأن تفتيش الشخص يعني تفتيش جسمه الذي يضم أعضائه الداخلية ، فإذا تطلب الكشف عن الدليل إجراء غسيل معدة للمتهم الذي إبتلع المادة المخدرة مثلا جاز ذلك متى تم وفق لأصول الطب ودون إضراب بصحة المتهم ، كما يجوز الحصول منه عنوة على عينة من دمه للكشف عن حالة سكره مثلا، كما يجوز إخراج المادة الممنوعة من موضع حساس في جسمه ويضيف البعض³ بأنه يقصد بالشخص في مجال التفتيش كل ما يتعلق بكيانه المادي وما يتصل به ويشمل هذا الكيان أعضائه الخارجية والداخلية ، ومنها دمه ومعدته.

1 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 272 ، فقرة 316 .

2 - د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق ، ص 575.

3 - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق، ص 441

ويبرر أصحاب هذا الرأي¹ موقفهم بأن كل إجراء يهدف إلى التوصل إلى دليل مادي في جريمة يجرى البحث عن ادلتها ويتضمن إعتداء على سر الإنسان ، يدخل في نطاق التفتيش ، لذلك يمكن إعتبار غسيل المعدة ، وتحليل الدم نوعاً من التفتيش . أما عن عنصر الغكراه المتضمن في هذه الإجراءات وهو نتيجة لخاصية الجبر والإكراه التي يتميز بها التفتيش.

والضمانة الأساسية للمتهم في هذه الحالات هي ألا يتم الإضرار بصحته، مما يعني ضرورة الإستعانة بالأطباء للقيام بهذا التفتيش تحت إشراف قاضي التحقيق، او ضابط الشرطة القضائية. ويحتج أنصار هذا الإتجاه أيضاً لتدعيم موقفهم بأن إخراج هذه الإجراءات من إطار التفتيش من شأنه الإضرار بمصلحة العدالة و يؤدي إلى إفلات المجرمين من العقاب ، فيكفي أن يتلع الشخص دليل إدانته ليصبح بريئاً².

وبالرغم من رجحان كفة هذا الرأي من الناحية العملية إلا أن البعض³ عارضه بقوة، وإستدل بأن نقطة البدء لحل هذه الإشكالية هي تحديد دلالة مصطلح تفتيش الشخص فهل المقصود به تفتيشه ظاهراً وباطناً أي بأعضائه الداخلية والخارجية ، أم له معنى الآخر ؟

والحقيقة هي أن إجازة تفتيش الشخص لا تعني بأي حال من الأحوال البحث داخله، فالإنسان ليس وعاء يجري فيه البحث عن الدليل ، ولو أخذنا بالمعنى الأول للتفتيش لكان ذلك ذريعة للجوء إلى إستعمال جهاز كشف الكذب، ومصل الحقيقة والتنويم المغناطيسي على أساس أن هذه الإجراءات إنما تقوم على إستخراج الدليل من مخه .

¹ - وقد تبنت محكمة النقض المصرية هذا الرأي وأصدرت بناء عليه عدة أحكام من بينها : نقض 1936/6/2 مجموعة القواعد القانونية ، ج 3 ، ص 582 ، رقم 448 /نقض 1957/6/4، أحكام النقض، س8، ص 104 ، رقم 31 / نقض 1972/3/12 أحكام النقض س 23 ص 357 رقم 81 .

² - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 273 ، فقرة 317 .

³ - المرجع نفسه، ص 275 ، فقرة 319 .

أما عن التحجج بتحقيق تلك الإجراءات للإنسانية للعدالة العامة فقائم على مبدأ أن الغاية تبرر الوسيلة ، وهذا المبدأ ليس مبدأ قانونيا . إذ الغلبة في مجال القانون بمشروعية الغاية والوسيلة معا ، فإذا أدى التمسك بمشروعية الوسيلة إلى تضييع الغاية كان ذلك أيضا وجها من أوجه العدالة .

وحتى وإن سلمنا برجاحة هذا الرأي ، إلا أنه متعارض تعارضا صريحا مع أحكام القانون وعلى رأسها الدستور الذي يحرص على عدم المساس بالسلامة البدنية ، وهذه الإجراءات الهادفة إلى إستخراج الدليل من داخل الإنسان كلها تمس بدرجات متفاوتة بسلامة الإنسان .

3- ضمانات احترام الحياء العام .

بالرغم من أن التفتيش إجراء قائم على إنتهاك الخصوصية وكشف السر إلا أنه لايجب بأي حال من الأحوال أن يكون إنتهاكا للآداب خصوصا إذا ما تمثل محله في شخص من الأشخاص . ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذه الضمانة عكس المشرع المصري الذي خص تفتيش الأثني بضمانة خاصة تحافظ على حيائها من الخدش فقد ورد في المادة 46ق.إ.ج المصري ما يلي : " إذا كان المتهم أثني وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أثني يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي "

وبالرغم من عدم وجود نص خاص في صلب قانون الإجراءات الجزائية يتعرض لهذه الضمانة إلا أنها مستفادة ضمنا من نصي المادتين 34 و 35 من الدستور فقد نصت الاولى على أن تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان، وعدم تعرضه لعنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة، كما نصت الثانية على المعاقبة على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية .

فيفهم من حرص المشرع الدستوري على التأكيد على الكيان المعنوي للإنسان ، إعترافه ببعض المصالح القانونية غير المادية ، لكنها معتبرة في ميزان الفرد والمجتمع ولا شك أن على رأسها الحياء بدليل أن المشرع الجزائري يجرم المساس به من خلال قسم كامل يتعلق بتجريم بعض صور إنتهاك الآداب وعلى رأسها الإخلال بالحياء إذ جاء في المادة 333ق.ع ما يلي: " يعاقب

بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000 دج كل من ارتكب فعلا علانيا محلا بالحياء..."

وعليه فإنه في مجال التفتيش وحفاظا على الحياء العام من الخدش يجب تفتيش الأشخاص رجالا كانوا أو نساء من طرف قضاة تحقيق أو ضباط شرطة قضائية من نفس جنسهم وإلا كان التفتيش باطلا¹. والحقيقة أن هذا الحكم من شأنه أحيانا أن يعطل إجراءات التفتيش، وأن يفوت الغاية منها فهل يمكن في حالة عدم وجود قائم بالتفتيش من نفس جنس الخاضع للتفتيش تكليف شخص من أقاربه لتفتيشه تحت رقابة قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية، كأن يعهد لزوجته المتهم بتفتيشه على مرأى المحقق، أو الإستعانة بأم أو أخت المتهمه لتفتيشها تحت إشرافه؟ وهنا رأى البعض² أن إجراء التفتيش مقصور على الشخص المختص قانونا بإجرائه سواء أصالة أو عن طريق الإذن أما الإستعانة بشخص من الغير للقيام به يجعله باطلا.

والحقيقة أن قيد أو ضمان عدم المساس بالحياء عند إجراء التفتيش لا تشمل التفتيش مطلقا، وإنما تتعلق بذلك التفتيش الذي من شأنه المساس بمكان يعتبر عورة بالنسبة للشخص الخاضع للتفتيش³، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن التفتيش الذي يقتصر فيه مأمور الضبط القضائي على مجرد الإمساك بيد المتهمه و إنتزاع المخدر منها صحيح⁴.

وتجدر الإشارة أن الشخص الذي يجوز له إجراء التفتيش في المواضيع الحساسة رجلا كان أو امرأة يجب أن يحرص هو الآخر على ستر الشخص الخاضع للتفتيش من أعين ضباط الشرطة، الأشخاص الآخرين الحاضرين وقت إجراء التفتيش.

1 - د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض، المرجع السابق، ص 269، فقرة 313.

2 - د. سامي الحسيني، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، 1972، ص 292/د. رؤوف عبيد، المشكلات العملية الهامة في قانون الإجراءات الجزائية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 117.

3 - د. أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 243.

4 - نقض 1952/11/11، أحكام النقض، س 27، ص 9، رقم 1

وتتميز هذه الضمانة بكونها تتعلق بالنظام العام أي لا يمكن طرحها مجرد رضا الخاضع للتفتيش بأن يفتش من طرف شخص من الجنس الآخر في أماكن حساسة من جسمه¹.

ثانيا : ضمانات التفتيش الجائر التنازل عنها رضائيا .

رأينا فيما سبق خطورة إجراء التفتيش ومدى مساسه بخصوصيات وحرمان الأشخاص، لذلك فقد أحاطه المشرع بمجموعة من القيود والضمانات حماية للطرف الخاضع له، وإلا كان التفتيش عدوانا سافرا جائرا على بعض الحقوق والحريات المكفولة دستوريا ، ويظهر من كون إجراء التفتيش من الإجراءات التي عني المشرع الدستوري بتنظيم بعض جوانبها في المادة 40 من الدستور الجزائري التي جاء فيها: " تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة المسكن . فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار إحترامه. ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر من السلطة القضائية المختصة " أن القواعد القانونية المنظمة للتفتيش لها طبيعة دستورية تجعلها من النظام العام .

ولكن ورغم ذلك نجد أن المشرع الجنائي الجزائري إعتد برضا الأفراد لإسقاط بعض الضمانات المتعلقة بهذا الإجراء الخطير فنجد المادة 47 ق.إ.ج تنص على الآتي: " لا يجوز البدء في تفتيش المساكن ومعاينتها قبل الساعة الخامسة صباحا ، ولا بعد الساعة الثامنة مساءا إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الإستثنائية المقررة قانونا ... " كما نجد المادة 64 ق.إ.ج تنص على أنه " لا يجوز تفتيش المساكن ومعاينتها وضبط الأشياء المثبتة للتهمة إلا برضا صريح من الشخص الذي ستتخذ لديه هذه الإجراءات. ويجب أن يكون هذا الرضا بتصريح مكتوب بخط يد صاحب الشأن، فإذا كان لا يعرف الكتابة فيإمكانه الإستعانة بشخص يختاره بنفسه، ويذكر ذلك في المحضر مع الإشارة صراحة إلى رضاه ... " والداعي للتوقف أمام هاتين

¹ - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 267 ، فقرة 310 .

المادتين هو أنهما تأسسان لما يسمى بالتفتيش الرضائي في حين أنه من خصائص التفتيش الإكراه والجرير¹. والأمر الأخطر هو أن المحكمة العليا أجازت التنازل عن الضمانتين في وقت واحد.²

أ- الرضا بتفتيش المسكن دون ضمانة الإذن قضائي .

الأصل في التفتيش أنه لا يجوز إلا بإذن قضائي وهذا ما أكدت عليه المادة 40 من الدستور الجزائري التي ورد فيها "... لا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة " ولكننا رغم هذا الحكم الدستوري العام والحكم القانوني الخاص الوارد في المادة 44 ق.إ.ج التي جاء فيها: " لا يجوز لضباط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يظهر أنهم ساهموا في الجناية أو أنهم يجوزون أوراقا أو أشياء لها علاقة بالأفعال الجنائية المرتكبة لإجراء تفتيش إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق ... " نجد المادة 64 ق.إ.ج وبكل بساطة تمييز إجراء تفتيش للمسكن دون وجود إذن قضائي مسبق بذلك إذا مرضي صاحب المسكن بإسقاط تلك الضمانة فقد ورد فيها " لا يجوز تفتيش المساكن ومعابنتها وضبط الأشياء المثبتة للتهمة إلا برضا صريح من الشخص الذي ستتخذ لديه هذه الإجراءات . و يجب أن يكون هذا الرضا بتصريح مكتوب بخط يد صاحب الشأن ، فإذا كان لا يعرف الكتابة فبإمكانه الإستعانة بشخص يختاره بنفسه، ويذكر ذلك في المحضر مع الإشارة صراحة إلى رضاه ... "

والحقيقة أن هذا النص يستحق منا وقفة ، لما يثيره من تعارض مع أحكام الدستور والقانون معا فهل هو نص خاص يقيد نصي الماتين 40 من الدستور و 44 ق.إ.ج أم أنه نص غير دستوري

¹ - إرجع في شرح هذه الخاصية صفحة 226 من الرسالة .

² - إذ جاء في حكم لها صادر بتاريخ 1997/07/30 ملف رقم 165609 ما يلي: " من المقرر قانونا أنه لا يجوز لضباط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين ساهموا في جناية إلا بإذن مكتوب من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق كما لا يجوز بدء التفتيش قبل الساعة الخامسة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساء إلا بطلب من صاحب المنزل . ولما ثبت - في قضية الحال - أن اللجنة المتابع بها هي جنحة متلبس بما - الأمر الذي أدى بمأموري الضبطية القضائية إلى تفتيش المنزل - مكان وقوع الجريمة ليلا وخارج الوقت القانوني دون التمكن من الحصول على إذن مسبق ، لكن برضا وخط مكتوب من الشاكي صاحب المنزل وهي الصفة التي لا ينافيه فيها إبنه المتهم .

ومن ثم فإن قرار غرفة الإتهام القاضي بصحة إجراءات التفتيش في محله مما يستوجب رفض الطعن "

وغير قانوني ؟ ولن تتم الإجابة عن هذا التساؤل بصفة مباشرة لكن الأمر سيتضح بعد دراسة ماهية الإذن القضائي بالتفتيش وقيمته كضمانة قانونية .

1- مضمون وقيمة الضمانة المتنازل عنها .

تكاد تجمع التشريعات الإجرائية الجنائية على إشتراط الإذن القضائي لإجازة إجراءات التفتيش وإلا كان هذا الإجراء عدوانا سافرا على خصوصيات الأفراد وحرماهم وهو حكم محمود ومطمئن. فإذا كان التفتيش أحيانا شرا لا بد منه وجب أن يكون هذا الشر مأذون به من سلطة قضائية مختصة تشرف عليه أما ترك الحبل على الغارب لرجال الضبطية القضائية يدخلون البيوت ، ويطلعون على أسرارها من تلقاء أنفسهم أمر لا يسلم من الإنزلاق . ولمعرفة أسباب إجازة المشرع الجنائي الجزائري للتنازل عن هذه الضمانة القانونية الهامة وجب علينا أولا التطرق لماهية هذه الضمانة المتنازل عنها وقيمتها قانونيا ودستوريا¹.

- ماهية إذن التفتيش .

وجود إذن التفتيش أو أمر التفتيش كما ورد في نص المادة 40 من الدستور هو من الشروط الشكلية اللازمة لصحة التفتيش²، وفي نفس الوقت ضمانة قانونية يجب توفيرها للمتهم أو غيره أثناء القيام بتفتيش مسكنه. ونظرا لأهمية إذن التفتيش، لم يشترط المشرع الجزائري وجوده فحسب وإنما إشتراط علاوة على ذلك أن يكون بحوزة القائم بالتفتيش، وأن يستظهره للخاضع للتفتيش قبل البدء فيه .

¹ - د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، مناط التفتيش قيوده وضوابطه في التشريع المصري والعربي والأجنبي ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2006 ص 209 .

² - إرجع في الشروط الشكلية للتفتيش للصفحة 333 من الرسالة .

• شكل إذن التفتيش .

لكي ينتج إذن التفتيش أثره القانونية ، ويكون بذلك سندا صحيحا لإجراء عملية التفتيش ، وجب أن يكون ثابتا بالكتابة ، والعلة في ذلك هي أن إذن أو أمر التفتيش هو في حد ذاته من إجراءات التحقيق التي يترط فيها توافر عنصر التدوين تطبيقا لقاعدة ما لم يكتب لم يحصل، ويرى البعض¹ أن الكتابة ليست مجرد دليل على قيام هذا الإجراء ، وإنما هي شرط لوجوده قانونا وهذا ما أكدت عليه المادة 44 ق.إ.ج والمادة 40 من الدستور بقولها لا تفتيش إلا بأمر قضائي مكتوب .

وعليه فإن وجد إذن التفتيش لكنه لم يثبت بالكتابة بأن كان شفويا مثلا لم يجز الاستناد إليه للقيام بعملية التفتيش ، وفي حال حدوث التفتيش فعلا لا يجوز الاحتجاج به والاحتجاج بما أسفر عنه لأنه إجراء منذ بدايته باطل ولو أقر قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية بأنه عهد فعلا إلى ضابط الشرطة القضائية بمهمة القيام به.

• بيانات إذن التفتيش.

كما أنه لا تكفي مجرد الكتابة ليكون الإذن صحيحا من الناحية القانونية وإنما يجب أن يشتمل على مجموعة من البيانات وإلا اعتبر باطلا وقد نصت على هذه البيانات للفقرة الثالثة من المادة 44 ق.إ.ج التي ورد فيها "...يجب أن يتضمن الإذن المذكور أعلاه وصف الجرم موضوع البحث عن الدليل وعنوان الأماكن التي ستتم زارتها وتفتيشها وإجراء الحز فيها ، وذلك تحت طائلة البطلان ..."

فوصف الجرم وعنوان المكان المراد تفتيشه هي من البيانات الواجبة قانونا يضاف إليها بيانات أخرى تقتضيها طبيعة الأمر بالتفتيش ذكر الآذن أو الأمر به، ذكر المأذون له بإجرائه، تاريخ إصدار الإذن مدة نفاذ الإذن، والأسباب التي دعت لإتخاذه .

فعن ضرورة إشمال الإذن على قيد ووصف الجرم المحقق فيه، فهي أمر معقول فقد سبق وأن رأينا أن التفتيش لا يكون إلا بصدد الجنايات والجنح لذلك وجب تحديد الجريمة في وثيقة الإذن، كما

¹ - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 120 ، فقرة 139.

أن طبيعة الجريمة هي التي تحدد كيفية تنفيذ إذن التفتيش فإذا كانت الجريمة سرقة سيارة هذا سيمنع البحث عنها مثلا في غرفة نوم الشخص¹.

وعن ضرورة تحديد الأماكن المزمع تفتيشها مسبقا فإنها تضمن بأن يكون القائم به محددا في أهدافه مسبقا ، لا أن يجري التفتيش بصورة عشوائية. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بان الضمان الذي أراه المشرع لحرمة المساكن لا يتحقق إلا إذا كان الإذن صادرا بشأن تفتيش منزل متهم معين ، وما لم يتحقق هذا الشرط فلا يمكن إعتبار الإذن جديا يتسنى معه إجراء التفتيش بوجه قانوني².

كما أن ذكر إسم وصفة الآذن بالتفتيش تحدد الشخص الذي نفذ هذا الإجراء تحت إشرافه سواء كان قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية اللذان يجب أن يكونا مختصين بإعطاء إذن بالتفتيش وقت إصداره وفقا لأحكام المادتين 37 و 40 ق.إ.ج على التوالي، أما ضرورة ذكر إسم وصفة المأذون له بالتفتيش فتبين أيضا أن القائم بالتفتيش هو ضابط شرطة قضائية وليس مجرد عون شرطة قضائية ، وتتيح التأكد من أنه كان مختصا وقت القيام بالتفتيش وفقا لأحكام المادة 16 و 16 مكرر فقد ورد في الأولى: "يمارس ضباط الشرطة القضائية إختصاصهم المحلي في الحدود التي يباشرون ضمنها وظائفهم المعتادة إلا أنه يجوز لهم في حالة الإستعجال أن يباشروا مهمتهم في كافة دائرة إختصاص المجلس القضائي الملحق به. ويجوز لهم أيضا في حالة الإستعجال أن يباشروا مهمتهم في كافة الإقليم الوطني إذا طلب منهم أداء ذلك من القاضي المختص قانونا ويجب أن يساعدهم ضابط الشرطة القضائية الذي يمارس وظائفه في المجموعة السكنية المعنية ... وفي كل مجموعة سكنية عمرانية مقسمة إلى دوائر للشرطة فإن إختصاص محافظي وضباط الشرطة الذين يمارسون وظائفهم في إحداها يشمل كافة المجموعة السكنية. لا تطبق أحكام الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والخامسة من هذه المادة على

¹ - د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 209 .

² - نقض 1935/2/11 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج 3 ، ص 425 ، رقم 335.

ضباط الشرطة القضائية التابعين لمصالح الأمن العسكري الذين لهم الإختصاص على كافة الإقليم الوطني..."

أما عن بيان تاريخ إصدار الإذن فيرى البعض¹ أنه إجراء إلزامي وجوهري بالرغم من عدم نص القانون على ذلك لأن الإذن ورقة رسمية وهذه الأخيرة يجب أن تتضمن تحت طائلة البطلان تاريخ صدورهما وذلك نظرا لما قد يترتب على هذا التاريخ من آثار قانونية فهو الذي يبين ما إذا كان التفتيش قد تم قبل أو بعد صدور الإذن بالتفتيش ، وهو الذي يبين ما إذا كان كل من الآذن والمأذون مختصين بإجرائه . وتجدر الإشارة هنا أن تاريخ الإذن يكفي فلا حاجة إلى إضافة ساعة إصداره لأن هذه الأخيرة ليست من البيانات الإلزامية في إذن التفتيش وإن كانت أحيانا مفيدة .

وإذا كان تاريخ إصدار الإذن بالتفتيش مهما، فهل يجب أيضا تحديد مدة تنفيذه، وهنا يرى البعض² أن إذن التفتيش لا يبطل لمجرد خلوه من تحديد مدة لتنفيذه، ولكن مع ذلك يجب تنفيذ الإذن في وقت معاصر لصدوره لكي لا يبقى المتهم مهددا بانتهاك حرمة مسكنه في أي وقت . أما إذا رأى قاضي التحقيق، أو وكيل الجمهورية تحديد مدة لتنفيذ الإذن كان ذلك محمودا، وهنا يبطل أي تفتيش يجري خارج إطار تلك المدة المحددة .

ومن البيانات الجوهرية للتفتيش أيضا تسببيه، والتسبيب هو الإفصاح عن السبب وتدوينه، أي كتابة تلك الأسانيد القانونية التي دعت إلى إنتهاك حرمة وخصوصية مسكن شخص من الأشخاص لأن الحرمت مصونة فلا يسوغ المساس بها لغير سبب مشروع، فالتسبيب يكشف أيضا عن مدى جدية التحيات والتحقيق .

¹ - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 172 ، فقرة 196 .

² - المرجع نفسه ، ص 176 ، فقرة 199 .

- القيمة القانونية للإذن كضمانة في التفتيش .

بعد أن تعرفنا على ماهية إذن التفتيش ورأينا حجم الرعاية التي أوكلها له المشرع، والقضاء والفقهاء نحاول الآن إبراز قيمته القانونية كضمانة في التفتيش، فهل أجاز المشرع الجزائري بحكم المادة 64 ق.إ.ج التنازل عنه والرضا بالتفتيش دون إذن قضائي مسبق، لعدم أهمية الإذن فيكون من الأمور التي تخضع لسلطان الإرادة في إشتراطها أو طرحها وإسقاطها، وإن كان ذلك فكيف يمكن الجمع بين الإعتراف بالرضائية في هذه المسألة والطبيعة الدستورية لضمانة الإذن القضائي .

• الطبيعة الدستورية لضمانة الإذن القضائي .

تنص المادة 40 من الدستور على مايلي: " تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة المسكن ، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون ، وفي إطار إحترامه. ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة . " مما يعني أن ضمانة الإذن القضائي ضمانة دستورية لحرمة المساكن وحصانتها مما دعى البعض¹ إلى القول بأن هذا التنازل عن هته الضمانة من طرف الشخص الخاضع للتفتيش تنازل باطل ، والتفتيش المؤسس عليه تفتيش باطل . لأن كل ما ورد في الدستور من النظام العام، ولا يملك الشخص مكنة إسقاطه أو التنازل عنه لأنه ليس حقا خالصا له وإنما تعود ملكيته للمجتمع ككل .

وهذا القول خطير لأنه سيقودنا في النهاية إلى وصم نص المادة 64 ق.إ.ج بعدم الدستورية هذا ما جعل البعض² يقول بأن الشخص عندما يرضى بتفتيش مسكنه دون إذن قضائي لا يتنازل عن ضمانة الإذن القضائي التي تكتسي طابعا دستوريا يجعلها من النظام العام، فلا يجوز التنازل عنها أو إسقاطها، وإن حصل ذلك لا ينتج أثره، وإنما يتنازل عن حرمة مسكنه الخاص، فالإذن يدور وجودا وعندما مع مدى توافر هته الحرمة فإذا ماتنازل عنها الشخص طواعية ، وسمح لضابط الشرطة

¹ - د. نايتي ناين أحمد الدسوقي ، الرضاء كتكأة في التفتيش الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 35.

² - د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 549 / د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 209.

القضائية الدخول إلى مسكنه وتفتيشه خرجنا من إطار المادة 40 من الدستور التي تشارط وجود الإذن القضائي بالنسبة للمساكن التي يتمسك أصحابها بجرمتها.

وعليه فإن مناط حرمة المسكن وإشترط الإذن التفتيش هو مدى تمسك الشخص بهذه الحرمة بدليل أن الشخص ولو لم يرضى بتفتيش مسكنه، لكن هذا المسكن لم يكن مستأثرا به لشخصه بل يبيح إرتياده من الجمهور ، جاز دخوله وتفتيشه دون إذن ودون رضا¹ .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بما يلي: " ... ما دام الحكم قد أثبت أن المتهم قد أعد غرفتين من منزله للعب القمار ، ووضع فيهما الموائد وصفت حولها الكراسي ، ويغشى الناس هذا المنزل للعب دون تمييز بينهم، بحيث إن من تردده تارة قد لا يتردد أخرى .. فإن هذا الذي أثبتته الحكم يجعل من منزله محلا عاما يغشاه الجمهور بلا تفريق للعب القمار مما يبيح لرجال البوليس الدخول فيه بغير إذن من النيابة² .

ورغم كل هذا رأى البعض³ أن التنازل عن حرمة المسكن تجعل دخول ضابط الشرطة القضائية غير مرتكب لجرمة إنتهاك حرمة منزل ، أما إباحة تفتيشه دون إذن فإنتهاك لقرينة البراءة التي لا يملك الشخص التنازل عنها .

وأجاب البعض بأن قواعد التفتيش مقررة لصالح الخصوم فيجوز لهم التنازل عنها⁴ ، وهو أمر غير صحيح فقواعد التفتيش ليست كلها من النفس الطبيعة ، ولكننا نعيد ونكرر أن مناط إشترط الإذن لإجراء التفتيش هو بمدى تمسك صاحب المسكن بجرمته ، فإذا ما تنازل عنها أصبح يعامل خارج إطار المادة 40 من الدستور و44ق.إ.ج .

1 - د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 71 ، فقرة 77 .

2 - نقض 1953/3/17 ، أحكام النقض ، س 4 ، ص 619 ، رقم 226 .

3 - د. ناينتي ناين ، المرجع السابق ، ص 28.

4 - د. رؤوف عبيد ، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1980 ، ص 132 .

• ضوابط التفتيش دون إذن قضائي .

يعتبر غالبية فقهاء القانون الجنائي التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي أو القضائي¹ على أساس أنه يتضمن مساسا خطيرا بخصوصية وحرمان حياة الأفراد، ولا سبيل إلى إجازة ذلك إلا بمناسبة التحقيق في جريمة واقعة ، مع وجود دلائل كافية بضلوع أحد الأفراد فيها، وبجيازته لأشياء تتعلق بها .

ولكننا نلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز لضباط الشرطة القضائية من خلال المادة 64 ق.إ.ج تفتيش المساكن ومعاينتها بناء على رضا الشخص الذي ستتخذ ضده هذه الإجراءات، وقد وردت هذه المادة الخطيرة في الفصل الخاص بالتحقيق الابتدائي والمقصود به التحقيق التمهيدي أي مرحلة البحث والتحري عن الجرائم، مباشرة بعد المادة 63 ق.إ.ج التي تجيز لضباط الشرطة القضائية القيام بالتحقيقات الابتدائية (التمهيدية) من تلقاء أنفسهم أو بناء على تعليمات وكيل الجمهورية، إذ جاء فيها حرفيا: "يقوم ضباط الشرطة القضائية، وتحت رقابتهم أعوان الشرطة القضائية، بالتحقيقات الابتدائية بمجرد علمهم بوقوع الجريمة إما بناء على تعليمات وكيل الجمهورية وإما من تلقاء أنفسهم" وهذا يعني أن المشرع الجزائري يعتبر التفتيش من إجراءات التحقيق التمهيدي التي يتولى القيام بها أساسا جهاز الضبط القضائي تحت إشراف النيابة العامة، وتحت رقابة غرفة الإتهام وهي على ذلك مرحلة شبه قضائية². تقتقد للضمانات المقررة في مرحلة التحقيق القضائي .

ويرى البعض³ أن إجراءات البحث والتحري يجب ألا تمس بالحقوق والحريات المقررة قانونا للأفراد لا تقييدا ولا سببا وذلك لإسنادها إلى جهاز يخضع لإشراف مزدوج إداري سلمي لجهاز الشرطة أو الدرك أو الأمن العسكري، و قضائي من خلال النيابة العامة وغرفة الإتهام .

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 535 ، فقرة 282. / د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 371 ، فقرة 378 .

² - د. عبد الله أوهابيه ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2012، ص 191.

³ - المرجع نفسه ، ص 232.

ولكن مع وجود نص المادة 64 لا نملك سوى التسليم بأن المشرع الجزائري يجيز لضباط الشرطة القضائية القيام بإجراء التفتيش الخطير من تلقاء أنفسهم، في حين أنه لم يجز لهم القيام بذلك في الجنايات والجنح المتلبس بالرغم من أن حالة التلبس تجيز أحيانا الحد من بعض الضمانات¹ فقد ورد في المادة 44 ق.إ.ج أنه لا يجوز لضباط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يظهر أنهم ساهموا في الجناية أو الجنحة المتلبس بها أو أنهم يحوزون أوراقا أو أشياء لها علاقة بالأفعال الجنائية المرتكبة لإجراء تفتيش إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق .

و الشخص الراضي به يضع نفسه في مواجهة جهاز الضبطية القضائية وهو جهاز شبه قضائي يتكون من الأصناف المبينة في المادة 14 ق.إ.ج التي جاء فيها: " يشمل الضبط القضائي: 1- ضباط الشرطة القضائية، 2- أعوان الضبط القضائي، 3- الموظفين والأعوان المنوط بهم قانونا بعض مهام الضبط القضائي. " وهم يخضعون في أداء مهامهم لإشراف السلطة الرئاسية التي يتبعون لها إداريا ، وبالرغم من خضوعهم أيضا لرقابة وإشراف النيابة العامة بناء على نص الفقرة الثانية من المادة 12 ق.إ.ج التي ورد فيها: "... ويتولى وكيل الجمهورية إدارة الضبط القضائي ويشرف النائب العام على الضبط القضائي بدائرة إحتصاص كل مجلس قضائي. وذلك تحت رقابة غرفة الإتهام بذلك المجلس..." إلا أن الطابع الإداري الذي يتميز به جهاز الضبط القضائي يجعل السماح له بإجراء تفتيش من تلقاء نفسه دون إذن قضائي فقط بناء على رضا صاحب الشأن مسألة خطيرة ولا تخل من الإنزلاق. في حين أن التفتيش القائم على وجود إذن التفتيش أي على الرقابة المسبقة وليس فقط اللاحقة للسلطة القضائية سواء تمثلت في قاضي التحقيق أو في وكيل الجمهورية تفتيشا يتضمن ضمانات أكثر للحقوق والحريات.

¹ د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 209.

وينتج عن رضا الشخص بتفتيش مسكنه دون إذن مايلي :

✓ الإلتزام بحدود الرضا.

كما ينتج عن رضا الشخص بتفتيش مسكنه دون إذن قضائي تنازل الشخص عن الحماية المقررة لمستودع أسراره ، فبعد أن كان التفتيش المستند إلى إذن التفتيش إنتهاكا إجباريا لخصوصية الشخص وحرمة مسكنه، يتحول إلى ترخيص رضائي قانوني بالبحث عن الدليل في مستودع السر¹. وعليه إذا ما رضي الشخص بتفتيش مسكنه، تركت طريقة تنفيذ ذلك لضابط الشرطة القضائية ما دام لا يخرج على إطار القانون ، فيكون له إختيار المكان الذي يبدأ منه التفتيش ، والمكان الذي يركز عليه أكثر. كما يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يتقيد بحدود الغرض من التفتيش أي أن يلتزم بالبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجاري جمع الإستدلالات بشأنها . سواء كانت أوراقا أو أسلحة أو أدوات إستعملت في إرتكابها ، أو شيئا نتج عنها². فإذا كان التفتيش منذ البداية عقيما كأن يبحث ضابط الشرطة القضائية على سيارة في غرفة نوم عد التفتيش باطلا .

ويختلف الرضا بدخول المسكن عن الرضا بتفتيشه ، إن كان الرضا بالتفتيش يعني ضمنيا الرضا بدخوله ، وأقصى ما يبيحه هذا الأخير هو صحة إكتشاف ما يشهده فيه من جرائم في حالة تلبس وإتخاذ كافة الإجراءات القانونية الواجب والمسموح إتخاذها في هذا الإطار المنصوص عليها في المواد من 42ق.إ.ج إلى 56ق.إ.ج .

✓ حضور صاحب المسكن لإجراءات التفتيش.

ومن الضمانات المصاحبة لعملية التفتيش الرضائي خضوعه لقاعدة الحضورية أي إجراؤه في حضور المعني به وهذا مانصت عليه المادة 64 ق.إ.ج عندما أحالت على المواد من 44ق.إ.ج إلى 47ق.إ.ج وقد ورد في المادة 45 ق.إ.ج مجموعة من القواعد المتعلقة بضرورة حضور المعنيين

¹ - د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق، ص 295.

² - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 63 ،فقرة 68 .

بالتفتيش وقت تنفيذه فإذا وقع التفتيش في مسكن شخص يشتبه في أنه ساهم في ارتكاب الجريمة أو في منزل شخص يشتبه في أنه يحوز أوراقا أو أشياء لها علاقة بالجريمة، فإنه يجب أن يحصل التفتيش بحضوره ، فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فإن ضابط الشرطة القضائية ملزم بأن يكلفه بتعيين ممثل له . وإذا امتنع عن ذلك ، إستدعى ضابط الشرطة القضائية لحضور تلك العمارة شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته . وفي هذه الحالة إذا عثر على أشياء تفيد في كشف الحقيقة فإن ضابط الشرطة القضائية والشخص المعني بالتفتيش هما من يملكان الحق في الإطلاع عليها قبل حجزها .

✓ تدوين إجراءات التفتيش .

ويثور التساؤل عما إذا كان ضابط الشرطة القضائية ملزما بتدوين إجراءات التفتيش على النحو الذي نصت عليه المادة 79 ق.إ.ج بالنسبة لقيام قاضي التحقيق بنفسه بإجراء التفتيش فقد جاء فيها " يجوز لقاضي التحقيق الانتقال إلى أماكن وقوع الجرائم لإجراء جميع المعاينات اللازمة أو القيام بتفتيشها . و يحظر بذلك وكيل الجمهورية الذي له الحق في مرافقته . و يستعين قاضي التحقيق دائما بكاتب التحقيق ويحرر محضرا بما يقوم به من إجراءات ."

والحقيقة أن مبدأ التدوين يحكم إجراءات التحقيق الابتدائي، فالخطورة التي تتسم بها هته الإجراءات تجعل الإعتماد على مجرد الذاكرة بشأنها أمرا فيه نوع من الإستهتار وعدم الجدية لذلك وجب تدوينها أي تسجيلها في محاضر تحمل صورة صادقة عن كل إجراء، والظروف التي تم فيها والنتائج التي تمخضت عنه¹. ولكن هل يجب أيضا أن تخضع عملية إجراء تفتيش من طرف ضباط الشرطة القضائية قبل إفتتاح تحقيق قضائي ، فقط بناء على رضا صاحب المسكن للتدوين؟ وهنا تكون الإجابة أن التفتيش الذي يقوم به ضباط الشرطة القضائية رضائيا يجب أن يخضع لعملية التدوين من بدايته إلى نهايته من باب أولى بالرغم من أنه من إجراءات الإستدلال، ولعل هذا الحكم

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص525، فقرة 272.

يتسق مع نص المادة 64ق.إ.ج التي جاء فيها "...ويذكر ذلك في المحضر..." وأعتقد أن تحرير المحضر لا يكون عند الإنتهاء من التفتيش وإنما يكون التدوين فيه معاصرا له .

2- شروط صحة الرضا بالتفتيش دون إذن قضائي .

لا يكفي أن يعبر الشخص بقبوله لتفتيش مسكنه دون إذن قضائي حتى يقوم هذا التفتيش صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية ، بل يجب علاوة على توافر مجموعة من الشروط حتى يجوز الإعتماد بهذا الرضا و بما قد يسفر عليه هذا الإجراء من أدلة مادية .

- الأهلية .

لم تنص المادة 63 ق.إ.ج على الأهلية الواجب توافرها في الشخص ليبيد رضاه بتفتيش مسكنه دون إذن قضائي ، ولكن هذا الشرط يفرض نفسه على أساس أن الرضا بالتفتيش دون إذن تصرف قانوني ، وبالتالي وجب أن تتوافر فيه مقومات التصرفات القانونية وعلى رأسها الأهلية، وإن كان إشتراط توافر الأهلية لدى الشخص المعبر عن رضاه بقبول تفتيش مسكنه دون إذن أمرا مسلما به ومتفقا عليه ، فإن تحديد أحكام هذه الأهلية أمر يشوبه الكثير من الغموض واللبس خاصة وأن المشرع لم يتطرق له .

فإنه جانب من الفقه¹ إلى الإحتكام إلى قواعد القانون المدني ، وإشتراطوا بلوغ سن التمييز لكي يعتد برضا الشخص في مجال التفتيش، ففي القانون الجزائري حددت المادة 42 ق.م سن التمييز بثلاثة عشر سنة ما لم يكون الشخص مجنونا أو معتوها . أما السهاء وذووا الغفلة فيأخذون حكم المميز ويعتبرون ناقصي الأهلية ولو كانوا بالغين لسن الرشد المدني أي تسعة عشر سنة وفقا لأحكام الماد 40ق.م .

¹ - د. أسامة عبد الله قايد ، حقوق وضمانات المشتبه فيه ، المرجع السابق ، ص 116/ د. إبراهيم حامد مرسي طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، المكتبة القانونية ، القاهرة، 1997، ص 237 .

في حين إنتقد البعض¹ الإحتكام إلى قواعد القانون في هته المسألة على أساس أن القانون المدني يقسم أهلية الشخص إلى ثلاثة مراحل : إنعدام الأهلية ، نقص الأهلية ، وإكتمال الأهلية نظرا لإختلاف وتباين التصرفات القانونية المالية أهمية وخطورة ، أما أهلية الرضا بالتفتيش فلا تقبل التدرج، ولا تحتمل إلا الوجود أو العدم .

ومع ذلك يقر صاحب هذا الرأي أن الأهلية في جميع صورها مناطها التمييز والإدراك فمن عدم أحدهما أو كلاهما كان منعدم الأهلية . فمتى يكون الشخص قادرا على التمييز والإدراك في مجال الإجراءات الجزائية ؟ وبعبارة أخرى متى يكون الشخص مخاطبا بأحكام قانون الإجراءات الجزائية ؟

فوفقا للقانون الجزائري يمكن للشخص أن يكون طرفا في الرابطة الإجرائية الجزائية بوصفه متهما إذا أكمل سن الثالثة عشر من عمره ولوكانت معاملته الإجرائية وحتى الجزاءات التي يخضه لها مخففة مقارنة بالراشدين فقد نصت المادة 49 ق.ع على ما يلي: " لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية والتربية ...ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة ."

ولكن صحيح أن القاصر البالغ من العمر ثلاثة عشرة سنة يمكن أن يحمل صفة المتهم، وبالتالي يمكن أن يتعرض للتفتيش، ولكن هل يعقل الإعتداد برضاه في هذا المجال، فهل هو مميز ومدرك لخطورة هذا الإجراء ، وأهمية الضمانة الدستورية التي سيتنازل عنها بقبوله لتفتيش مسكنه دون إذن. لذلك فالمسألة هنا تحتاج إلى بعض الصرامة التي تقودنا إلى إشتراط بلوغ سن الرشد الجنائي أي ثمانية عشرة سنة كاملة حتى يصح ذلك التفتيش، وأي تفتيش يقوم به ضباط الشرطة القضائية بناء على رضا شخص لم يكمل هذا السن يعتبر باطلا .

¹ - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقص ، المرجع السابق ، ص 300 ، فقرة 348 .

وقد رأى البعض¹ أنه في الأحوال التي لا ينص فيها القانون على إشتراط سن معينة يعود تقدير مدى صحة التصرف لقاضي الموضوع، ولكن هذا الرأي على وجهته يؤدي إلى تضارب في الأحكام القضائية وعدم إستقرار فيها . ويجدر بنا الإقتداء بخطة المشرع المدني عند إشتراطه لإكتمال الأهلية في التصرفات الضارة للشخص كالتبرعات من هبات ووصايا،² وإعتبار التفتيش إجراء خطيرا لا يعتد برضا الشخص به إلى إذا كان راشدا جنائيا .

- سلامة الإرادة من العيوب.

لا يكف بلوغ سن الرشد ليعتد برضا الشخص بتفتيش مسكنه دون إذن بل يجب أن تكون إرادته في ذلك واعية حرة ، وتكون الإرادة واعية في هذا المقام إذا كان الشخص ملما بكل الظروف التي سيجرى فيها هذا التفتيش³ ، وأهمها أن ضابط الشرطة القضائية لا يملك إذنا قضائيا بالتفتيش ، وأنه لا مجال لدخول مسكنه وتفتيشه ، إلا إذا قبل هو ذلك ، وأنه حر في القبول والرفض ، فضلا عن إدراكه لماهية التفتيش بكونه البحث في مسكنه عن أشياء تتعلق بجناية أو جنحة ، وكذا الوعي بآثاره الخطيرة خصوصا إذا ما أسفر هذا البحث عن وجود شيء أو دليل مادي يرجح علاقة الراضي بالتفتيش بالجرمة... إلخ⁴ .

فإذا توهم الشخص لأسباب معقولة وسائغة بأن ضابط الشرطة القضائي يملك إنا بالتفتيش، وأن رفضه لن يفيد في شيء، لم يعتد برضاه لأنه قد وقع في غلط، لذلك يرى البعض⁵ ضرورة تنبيه المراد تفتيش مسكنه بحقه في رفض التفتيش نظرا لعدم وجود إذن قضائي بإجرائه، وأنه سيكون مسؤولا عما سيعثر عليه من أدلة .

1 - د. محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2007 ، ص 347 .

2 - د. نايتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 78 .

3 - حيث نُصت محكمة النقض المرية في هذا الصدد بأن الرضا الذي يجيز التفتيش يجب أن يكون حاصلًا بعد العلم بظروف التفتيش و أن النيابة لم تأذن به ، وأن الضابط الذي خاطبها لم يكن ليملك حق التفتيش وأن رضاه وحده هو الذي يجيز له هذا الحق .نقض 1939/4/17،مجموعة القواعد القانونية، ج4، ص530 ، رقم 377 .

4 - المرجع نفسه ، ص 82 .

5 - د. إبراهيم حامد مرسي طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، المرجع السابق ، ص 104 .

وقد ينتفي الوعي بظروف التفتيش بالغلط كما قد ينتفي بتدخل الغير أي بالتدليس والخداع ومثاله أن يقوم ضابط الشرطة القضائية ، أو أحد أعوانه بالتظاهر بأنهم يجوزون إذنا بالتفتيش، أو التفتيش من أجل تأمينه من الخطر، أو يخفون عنه الجريمة الجاري التفتيش بخصوصها... إلخ¹.

هذا عن وعي الإرادة أما عن حرمتها، فتكون كذلك إذا لم يكن الراضي بالتفتيش قد تعرض لإكراه أجبره على إسقاط حرمة مسكنه ، وجعله مكانا للبحث عن الدليل، ولما كان الأصل في الإنسان عدم الكشف عن خصوصياته دون داع ، فإن التفتيش الذي لا يستند إلى إذن قضائي بمباشرة ، بل يتأسس فقط على الرضا ، يوجب على القائم إثبات وجود هذا الرضا فعلا . ولعل هذا ما دفع المشرع الجزائري إلى إشتراط التعبير عنه صراحة ، وكتابته . ويضيف البعض² بأن القاضي هنا ملزم بأن يتساءل عن الدواعي التي دفعت الشخص لقبول تفتيش مسكنه ، في حين لا شيء يجبره على ذلك ، وعلى القاضي التحري في مسألة عدم تعرض هذا الشخص لأي نوع من أنواع الإكراه.

- الصفة :

يشترط لصحة الرضا بتفتيش المسكن دون إذن قضائي، صدور هذا الرضا عن ذي صفة ويكون الشخص ذا صفة فعلية تفتيش المسكن دون إذن إذا هو الشخص المسؤول قانونا على حماية حرمة ، لذلك فإن مناطها ليس بملكية المسكن وإنما بحيازته ، والغالب أن يكون الحائز هو المالك، ولكن ذلك لا يكون بصورة مطردة ، فقد تثبت الحيازة لغير المالك كالمستأجر. وفي هذه الحالة لا يصح التفتيش إلا إذا رضي به المستأجر، أما إذا تم التفتيش بناء على رضا مالك المسكن إعتبر الإجراء باطلا لأن الحياة الخاصة التي يهدف المشرع إلى حمايته بإشتراطه للإذن القضائي بالتفتيش، هو الشخص الذي جعل ذلك المسكن مستودعا لأسراره وهو أمر يتوافر في المستأجر دون

1 - د. نانتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 88.

2 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقص ، المرجع السابق ، ص 311، فقرة 362 .

المالك¹. فإذا رضي الحائز بتفتيش المسكن كان رضاه كافيا لمباشرة الإجراء، ولا داعي للحصول على رضا المالك أيضا بل لا أهمية لإعتراضه أيضا .

ويدق الأمر أحيانا في حالة تعدد الحائزين، أي عندما تكون حيازة المسكن غير خالصة لشخص واحد بل مشتركة بينه وبين غيره مثلا كمجموعة طلبة إستأجرت منزلا يعيشون فيه معا ، فهل يشترط لصحة التفتيش الرضا به من جميع الحائزين ، أم يكفي رضا أحدهم ليباح إنتهاك حرمة ذلك المسكن ؟

وهنا رأى البعض² أن العبرة في تحديد صاحب الصفة في الرضا بتفتيش مسكن عند تعدد حائزيه هي بمدى أصالة هذه الحيازة ، أي أن صاحب الحق في إسقاط الحماية القانونية لحرمة المسكن هو حائزه الأصلي ، وفي حال غيابه يقوم مقامه في ذلك أحد الحائزين الآخرين الذين ثبتت إقامته في المسكن إقامة مستمرة لا عارضة كالإعتداد برضا الزوجة بتفتيش مسكن زوجها ، أو الإبن بتفتيش مسكن أبيه .

وقد إنتقد البعض³ هذا الرأي في شقه الأخير المتعلق بحلول أقارب الحائز الأصلي محله في الرضا بالتفتيش إذا كان غائبا ، على أساس أن في ذلك خلطا بين حقهم في إباحة الدخول بصفتهم مقيمين دائمين ، وحقهم في إباحة التفتيش الذي لا يتمتعون به والذي لا تفترض فيه الوكالة ، لأنه حكر على الحائز الأصلي المالك أو مبرم عقد الإيجار.

¹ - د. إبراهيم حامد طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، المرجع السابق ، ص 641 / د. عوض محمد غوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 302 ، فقرة 303 .

² - د. أمال عبد الرحيم عثمان ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 476 . / د. رؤوف عييد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 435 .

³ - د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 65 .

ورأى البعض الآخر¹ أنه يجب لصحة الرضا بتفتيش مسكن متعدد الحائزين ، أن يصدر الرضا عنهم جميعا ، ذلك لأن لكل منهم حقا ذاتيا في حرمة المكان لا يملك غيره أن يسقطه بإباحة تفتيشه، فإذا وقع التفتيش بناء على رضا أحدهم أو بعضهم دون الكل عد التفتيش باطلا .

أما إذا تعدد الحائزون وكان لكل واحد منهم حصة مفرزة يستأثر بها دون الآخرين ، إعتبرت حصة كل واحد منهم مسكنا مستقلا في باب التفتيش ، وكانت العبرة في تحديد صاحب الصفة في الرضا بالتفتيش ، هي بتحديد المكان المرجو تفتيشه .

- وقت الرضا .

إن التفتيش الحاصل بدون إذن قضائي، لا يستند على سند آخر لإجازته غير رضا الشخص الخاضع له، وعليه فهو يكتسب مشروعيته من هذا الرضا لا غير ، لذلك وحتى يعتبر هذا التفتيش قانونيا يجب أن يكون أساسه وسنده أي الرضا سابقا له².

وذلك لأن مناط الحكم على الإجراء بالصحة أو البطلان هي بلحظة إتخاذه فإذا كان منذ البداية مستوفيا لشروطه القانونية عد صحيحا ما لم يشبه عيب أثناء التنفيذ . أما الرضا اللاحق لإجراء التفتيش أو فقط بعد البدء فيه فلا يصحح هذا العوار ويبقى هذا التفتيش باطلا ، ويمنع الإستناد إلى ما أسفر عنه .

ولا يكفي لصحة التفتيش أن يكون الرضا به سابقا له ، بل يجب علاوة على ذلك أن يكون معاصرا له ومستمر معه حتى النهاية، وعليه إذا عدل الشخص الراضي بتفتيش مسكنه دون إذن عن رضاه قبل البدء في التفتيش أو في أثناءه ، وجب على ضابط الشرطة القضائية الكف والتوقف عن البحث ، فلا يجوز له البدء فيه إن كان لم يبدأ ولا إتمامه إن كان قد بدأ³.

1 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 304 ، فقرة 355 .

2 - د. نايتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 102 .

3 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 312 ، فقرة 364 .

- شكل الرضا .

لم يكتف المشرع الجزائري بإجازة التفتيش دون إذن قضائي بمجرد رضا صاحب الشأن بذلك ، وإنما إشتراط أن يفرغ هذا الرضا في قالب وشكل قانوني معين فقد ورد في المادة 64 ق.إ.ج مايلي :
 لا يجوز تفتيش المساكن ومعاينتها وضبط الأشياء المشتبهة للتهمة إلا برضا صريح من الشخص الذي ستتخذ لديه هذه الإجراءات ، ويجب أن يكون هذا الرضا بتصريح مكتوب بخط يد صاحب الشأن ، فإن كان لا يعرف الكتابة فيإمكانه الإستعانة بشخص يختاره بنفسه ، ويذكر ذلك في المحضر مع الإشارة صراحة إلى رضاه ."

ويتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري حاول وضع مجموعة من الضمانات للتأكد من صحة وسلامة هذا الرضا ، فنص أولا على ضرورة أن يكون هذا الرضا صريحا وليس ضمنيا ، فإن لم يعبر الشخص على رضاه بالإجراء الخاضع له صراحة ، لا يجوز إفتراض هذا الرضا ، ولو إتخذ سلوكا أو موقفا ينم عن ذلك ما لم يفصح عن ذلك بصفة مباشرة .

وإن كان المشرع الجزائري - وخيرا فعل - قد إشتراط هذا الشرط صراحة ، فإن نظيره المصري قد أغفل تنظيم هته المسألة ، ولكن نظرا لخطورة الرضا بالتفتيش كسبب لإسقاط الحماية القانونية لحرمة المسكن ، إتخذت محكمة النقض المصرية موقفا مطابقا لما جاء به المشرع الجزائري فقد قضت بأن حرمة المنازل وما أحاطها به الشارع من عناية تقتضي أن يكون دخولها برضا أصحابها، وأن يكون هذا الرضا صريحا لا لبس فيه وحاصلا قبل الدخول، فلا يصح أن يؤخذ بطريق الإستنتاج من مجرد سكوت صاحب الشأن، إذ من الجائز أن يكون هذا السكوت منبعثا عن الخوف والإستسلام فإستناد محكمة الموضوع إلى هذا الرضا الضمني لا يصح¹.

¹ - نقض 1946/11/11 ، مجموعة القواعد القانونية ، ج 7 ، ص 205 ، رقم 221 .

ولم يكتف المشرع الجزائري بإشترط أن يكون الرضا بالتفتيش صريحا حتى يكون صحيحا، بل أضاف عليه شرط الكتابة، أي أن الرضا الشفهي بالتفتيش لا يجيزه ما لم يثبت بالكتابة، حتى ولو وجد شهود على أن الشخص بالفعل رضي بتفتيش مسكنه .

وذهب المشرع الجزائري في حمايته للشخص الخاضع للتفتيش إلى أبعد من ذلك ، فقد إشرط أن يدون هذا الرضا بالتفتيش بخط يد صاحبه ، حتى يعي خطورة وجدية ما هو مقدم عليه، فإن كان لا يجيد الكتابة عين هو - وليس ضابط الشرطة القضائية - شخصا يكتب محله .

وهته العناية التي أولاهها المشرع الجزائري لشكل الرضا بالتفتيش إنما تنم على رغبته في حماية أي شخص من إنتهاك حرمة منزله، ولو من رجال الضبط القضائي، ما لم يكن هو راضيا عن ذلك بإرادة حرة وواعية ولا شك أن كتابة هذا الرضا بخط يد مبدية يحقق عنصر العلم الكاف بالإجراء الرضائي الذي لا بد أن يتوفر وإلا إعتبر الإجراء باطلا.

ب- الرضا بتفتيش المسكن دون ضمانات الميقات القانوني .

بعد أن رأينا كيف يمكن لرضا الشخص أن يكون سندا لتفتيش مسكنه دون إذن قضائي نجد أن المشرع أعطى لهذا الرضا أثرا لإسقاط ضمانات أخرى من ضمانات تفتيش المساكن، وهي حظر التفتيش ليلا¹، إذ نصت المادة 47 ق.إ. على الآتي: " لا يجوز البدء في تفتيش المساكن و معيبتها قبل الساعة الخامسة (5) صباحا ، ولا بعد الساعة الثامنة (8) مساء إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الإستثنائية المقررة قانونا ..."

فلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع حظر بدء إجراء أي تفتيش بين الثامنة مساء والخامسة صباحا ورتب على مخالفة هذا الحظر بطلان التفتيش وفقا لنص المادة 48 ق.إ.ج. ولكنه بالمقابل وضع إستثناءات أو قيود على قاعدة منع التفتيش ليلا، وهي حالة طلب صاحب المنزل

¹ - أ. حسية محي الدين ، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011، ص 276 .

لذلك ، أي حالة تنازله إراديا وطوعا عن التمسك بجريمة منزله ليلا . هته الحرمة التي يكفلها له القانون حتى مع وجود إذن قضائي بالتفتيش .

1- مضمون وقيمة الضمانة المتنازل عنها .

حتى تتسنى لنا معرفة أهمية الأثر القانوني الذي رتبته المادة 47ق.إ.ج على رضا الأفراد ، يجب علينا بدءا التعرف على محل هذا الرضا، أي المسألة القانونية التي ينصب عليها ، وهي في هذه الحالة إحدى الضمانات المقررة لحماية المساكن والمتمثلة في الميقات القانوني الذي حد به المشرع الجزائري عملية التفتيش بحيث تعتبر باطلة لو جاوزتها. فإذا ماتسنى لنا معرفة مضمون هذه الضمانة ، بحثنا عن قيمتها وأهميتها في النظام القانوني الإجرائي الجنائي، لنقدر في الأخير مدى صحة تعليق أعمال أو إغفال ضمانة كهذه بإرادة الأفراد.

- مضمون قاعدة حظر التفتيش ليلا.¹

من شروط صحة تنفيذ إذن التفتيش عدم تنفيذه ليلا ، وقد عني المشرع الجنائي الجزائري بتحديد معنى الليل ولم يترك تحديده لقاضي الموضوع مثل ما فعل مع فكرة الليل كظرف مشدد في بعض الجرائم حيث إكتفى بذكر لفظ الليل دون تحديد مداه ، أما في مجال الإجراءات الجزائية فنظم المسألة على نحو مغاير ، حيث لم يذكر لفظ الليل لكنه عبر عنه تعبيراً زمنياً ، فأوجب تنفيذ التفتيش صباحا في الميقات المقرر لذلك والمنصوص عليه في المادة 47ق.إ.ج آففة الذكر أي من الساعة الخامسة صباحا إلى الثامنة مساء، وقد ورد في المادة 59 ق.إ.ج² الفرنسي حكم مقارب يبيح تنفيذ التفتيش خلال الفترة الممتدة من الساعة السادسة صباحا إلى الساعة التاسعة مساء حيث تبنى المشرع الفرنسي مبدأ حظر التفتيش ليلا هو الآخر مع إختلاف في حدود دائرة هذا الحظر من حيث

¹ - أ. حسيبة محي الدين ، المرجع السابق ، ص 275 .

² - Sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévue par la loi , les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après 21 heures...

بدايتها ونهايتها ، وإن كانت مدتها ومداها واحدا . أما المشرع المصري فيجيز تنفيذ إذن التفتيش في أي وقت.

فإذا كان القانون يحرص على حماية حرمة المسكن عموما، فإنه يشدد على هذه الحماية ليلا فنجده يكرس هذه الحماية أيضا بمناسبة تنفيذ إجراء آخر وهو الأمر بالقبض إذ نصت المادة 122ق.إ.ج على مايلي: " لا يجوز للمكلف بتنفيذ أمر القبض أن يدخل مسكن أي مواطن قبل الساعة الخامسة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساء..."

والعبرة في سريان الحظر هي بوقت البدء في الدخول والتفتيش لا في مواصلته ومتابعته بعد دخول زمن الحظر، فإذا تم الدخول في المسكن على الساعة الثامنة إلا ربع، ودقت الساعة الثامنة والتفتيش لم ينتهي ، يمكن مواصلته إلى أن يستنفذ غايته، ولا يعد البحث الحاصل بعد الساعة الثامنة باطلا، بل صحيحا لأن مقدماته كانت صحيحة¹.

ولكن إذا كان المشرع الجزائري قد تبنى قاعدة حظر التفتيش ليلا، فإنه لم يتبناها على إطلاقها وإنما حدها بمجموعة من الإستثناءات تتمثل فيما يلي :

أولا حالة الإذن أو الرضا بدخول المسكن وتفتيشه في وقت الحظر سواء تمثل ذلك في طلب، أو نداءات توجه من داخل المنزل وهذا الإستثناء سنفصل فيه لاحقا².

ثانيا في الحالات الإستثنائية المقررة قانونا ، وهي الحالات التي يتجاوز فيها القانون ضمانه عدم دخول المساكن ليلا حماية لمصلحة عامة أجدر بالرعاية ، ومن قبيل ذلك دخول المساكن في فترات الأوبئة لتطعيم السكان جبرا أو للتفتيش عن المصابين بها بغية عزلهم للحد من إنتشار الوباء، وكذا دخول المساكن الآيلة للسقوط لإخراج المتواجدين بها حماية لهم من الأذى³.

1 - د. عبد الله أوهابيه ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق ، ص 270 .

2 - ارجع صفحة 328 من الرسالة .

3 - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 85 ، فقرة 95 .

كما تجاوز المشرع الجزائري حدود قاعدة الحظر وأجاز التفتيش في كل ساعة من ساعات النهار و ذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 47ق.إ.ج التي جاء فيها: "... غير أنه يجوز إجراء التفتيش والمعاينة في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل قصد التحقيق في جميع الجرائم المعاقب عليها في المواد من 342 إلى 348 من قانون العقوبات وذلك في داخل كل فندق أو منزل مفروش أو فندق عائلي أو محل لبيع المشروبات أو ناد أو منتدى أو مرقص أو أماكن المشاهدة العامة و ملحقاتها ، وفي أي مكان مفتوح للعموم أو يرتاده الجمهور إذا تحقق أن أشخاصا يستقبلون فيه عادة لممارسة الدعارة ..."

وقد عالج المشرع من خلال هذه الفقرة مسألة إباحة دخول وتفتيش بعض الأماكن في أي وقت نظرا لطبيعة المكان نفسه ، ونظرا لطبيعة الجريمة المحقق فيها¹ ، وتطلب توافر الأمرين حتى يرتفع شرط الميقات ، وهو لم يتكلم عن المنزل إلا بوصفه منزلا مفروشا والأرجح أنه يقصد أنه معد للإيجار وليس للسكن الدائم والذي يستأثر صاحبه بجيازته ، أما باقي الأمكنة فهي أماكن عامة يجوز إرتيادها للجمهور .

وبالتالي فإن إقرار المشرع الجزائري لهذا الحكم هو مجرد تحصيل حاصل لأن هذه الأماكن بما فيها المنزل المفروش المعد للإيجار ليست مساكن بالمعنى المتفق عليه في باب التفتيش، لذلك فهي لا تتمتع بالحماية القانونية المقررة له دون الحاجة إلى النص خاص، بل إن هذا النص الذي يعتبره المشرع الجزائري إستثناء على مبدأ حظر تفتيش المساكن ليلا، يقيد ضابط الشرطة القضائية دون داع لأن المشرع قرن زوال الحظر بضرورة تعلق التفتيش بإحدى الجرائم الواردة في المواد من 342ق.ع إلى 348 ق.ع وهي جرائم تتعلق بتحريض القصر على الفسق والدعارة ، بل وأضاف قيادا آخر وهو ضرورة أن يتحقق من أن ذلك المكان تمارس فيه الدعارة عادة .

¹ - د. عبد الله أوهايمية ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق ، ص 272 .

وعليه فإن خطة المشرع الجزائري بشأن تفتيش الأماكن العامة المفتوحة للجمهور خطة غير منطقية ، ففي حين يجب أن يكون دخول ضباط الشرطة لها وتفتيشها جائزا في أي وقت دون قيد أو شرط لأنها لا تتمتع بأية حرمة ، نجد الفقرة سابقة الذكر تضع مجموعة من الشروط تكبل رجال السلطة العامة في مسعاهم لكشف الجرائم والتحقيق فيها ، فإذا كانت الجريمة المحقق فيها مثلا جريمة قتل أو سرقة بقي الحظر الزمني قائما .

أما الإستثناء الأخير الذي أورده المادة 47 ق.إ.ج على مبدأ حظر التفتيش ليلا، فيتعلق بالحالات التي يتعلق فيها التفتيش بجريمة من جرائم المخدرات، أو الجرائم المنظمة العابرة للحدود، أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبيض الأموال والإرهاب، والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وذلك بناء على إذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص، أو إنابة من قاض التحقيق في حالة ما إذا لم يباشر التفتيش بنفسه .

- أهمية قاعدة حظر التفتيش ليلا .

إذا كان المشرع الجزائري قد نص على قاعدة حظر التفتيش دون إذن قضائي بموجب المادة 40 من الدستور الجزائري التي جاء فيها : " تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار إحترامه. ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر من السلطة القضائية المختصة " مما يعطي لضمانة إذن التفتيش طابعا دستوريا، فإن قاعدة حظر التفتيش ليلا لم تحظى بنص مماثل ، فلا يوجد أبدا نص في الدستور ينص على الإلتزام بوقت معين عند تنفيذ التفتيش .

ولكن ذلك لا يعني أن الحماية القانونية للحياة الخاصة للأفراد من الإنتهاك ليلا ليست ضمانا هامة، بل إن المشرع الجنائي يولى هذه القيمة القانونية رعاية كبيرة بدليل أنه يشدد عقوبة بعض الجرائم إذا إرتكبت بطريقة تهدر هذه الضمانة .

ودليل ذلك نص المادة 335ق.ع¹ الذي يرفع عقوبة السرقة من نطاق الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 100.000دج إلى 500.000دج إلى نطاق السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة والغرامة من 1.000.000دج إلى 2.000.000دج إذا ارتكبت ليلا مع توافر ظرف مشدد آخر مثل العنف والتهديد ، تعدد المساهمين ، التسلق أو الكسر...إخ².

كما يترتب على توافر ظرف الليل لوحده تشديد عقوبة السرقة إلى الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات، والغرامة إلى 500.000دج إلى 1.000.000دج طبقا لنص المادة 354 ق.ع

وقد تبنى المشرع الجزائري في قانون العقوبات المفهوم المرن لليل، فلم يحده بنطاق زمني معين مثل ما فعل في قانون الإجراءات الجزائية أي من الثامنة ليلا إلى الخامسة صباحا. وإنما ترك مسألة تحديده للفقهاء والقضاء ، وقد تبنى البعض منهم المفهوم الفلكي لليل، فيعتبر ليلا تلك الفترة الممتدة بين غروب الشمس وشروقها، وعلى هذا الأساس تعتبر السرقة قد وقعت ليلا متى وقعت بعد غروب الشمس ولو قبل حلول الظلام، وتعد قد وقعت نهارا متى ارتكبت بعد شروق الشمس ولو قبل طلوع النهار³.

¹ - " يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1.000.000دج إلى 2.000.000دج ، كل من ارتكب السرقة مع توافر ظرفين على الأقل من الظروف الآتية :

1- إذا ارتكبت السرقة مع استعمال العنف أو التهديد به ،

2- إذا ارتكبت السرقة ليلا .

3- إذا ارتكبت السرقة بواسطة شخصين أو أكثر ،

4- إذا ارتكبت السرقة بواسطة التسلق أو الكسر من الخارج أو من الداخل أو عن طريق مداخل تحت الأرض أو بإستعمال مفاتيح مصطنعة أو بكسر الأختام أو في المنازل أو المساكن أو الغرف أو الدور سواء كانت مسكونة أو مستعملة للسكنى أو في توابعها ،

5- إذا إستحضر مرتكبو السرقة مركبة ذات محرك بغرض تسهيل فعلهم أو تيسير هروبهم ،

6- إذا كان الفاعل خادما أو مستخدما بأجر حتى ولو وقعت السرقة ضد من لا يستخدمونه لكنها وقعت سواء في منزل مخدمه أو في المنزل الذي كان يصحبه فيه ،

7- إذا كان السارق عاملا أو عاملا تحت التدريب في منزل مخدمه أو مصنعه أو مخزنه أو إذا كان يعمل عادة في المسكن الذي ارتكبت فيه السرقة ."

² - د. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، ج 1 ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص 287 .

³ - المرجع نفسه ، ص 287.

في حين تبني البعض الآخر المدلول العربي لليل أي أنه الفترة من اليوم التي يجيم فيها الظلام فتستبعد فترة الشفق التالية للغروب ، وتستبعد فترة الفجر السابقة للشروق ، وعليه يكون مجاله الزمني وفقا لهذا المدلول أقصر¹.

لذلك ونظرا لأهمية حماية مساكن الأفراد أثناء فترة الليل ، فما كان على المشرع الجزائري إجازة إجراء التفتيش بها في هذا الوقت ولو بناء على طلب صاحب المسكن ، بل كان يكفي التوقف عند درجة إباحة الدخول فقط والتحفظ على الوضع حتى إنجلاء وقت الحظر.

2- شروط صحة الرضا بتفتيش المسكن خارج الميقات القانوني .

إذا كان المشرع الجزائري قد نظم بعض أحكام الرضا بتفتيش المساكن دون إذن قضائي ، خاصة من الناحية الشكلية ، فإنه بخصوص الرضا بتفتيش المسكن خارج الميقات القانوني لم يفصل كثيرا ، وعليه سنستعير أحكام هذه المسألة من سابقتها للتشابه الكبير بين الحالتين، فكلاهما تنازل إرادي عن ضمانات قانونية من ضمانات التفتيش .

- الأهلية .

فبخصوص الأهلية اللازمة للرضا بتفتيش المسكن خارج ميقاته لم تنص المادة 47 ق.إ.ج مثل المادة 63 ق.إ.ج على الأهلية الواجب توافرها في الشخص ليبيد رضاه بإسقاط هذه الضمانة، فهل يصح التفتيش أيا كان سن الشخص الراضي به ، وهل يصح في مواجهة مجنون أو معتوه؟ هذه هي إشكالات الأهلية التي يشوبها الكثير من الغموض واللبس خاصة وأن المشرع لم يتطرق لها.

وكما سبق وأن وضحنا في باب الرضا بتفتيش المسكن دون إذن فقد إتجه جانب من الفقه² إلى الإحتكام إلى قواعد القانون المدني ، وإشترطوا بلوغ سن التمييز لكي يعتد برضا الشخص في مجال

¹ - د. فتوح عبد الله الشاذلي ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2010 ، ص 252 .

² - د. أسامة عبد الله قايد ، حقوق و ضمانات المشتبه فيه ، المرجع السابق ، ص 116 / د. إبراهيم حامد مرسي طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، المكتبة القانونية ، القاهرة ، 1997 ، ص 237 .

التفتيش، ففي القانون الجزائري حددت المادة 42 ق.م سن التمييز بثلاثة عشر سنة ما لم يكون الشخص مجنوناً أو معتوها . أما السفهاء وذوو الغفلة فيأخذون حكم المميز ويعتبرون ناقصي الأهلية ولو كانوا بالغين لسن الرشد المدني أي تسعة عشر سنة وفقاً لأحكام المادة 40 ق.م .

في حين إنتقد البعض¹ الإحتكام إلى قواعد القانون في هته المسألة على أساس أن القانون المدني يقسم أهلية الشخص إلى ثلاثة مراحل: إنعدام الأهلية، نقص الأهلية، وإكتمال الأهلية نظراً لإختلاف وتباين التصرفات القانونية المالية أهمية وخطورة ، أما أهلية الرضا بالتفتيش فلا تقبل التدرج ولا تحتتمل إلا الوجود أو العدم .

ومع ذلك فقد أقر أصحاب هذا الرأي أن الأهلية في جميع صورها مناطها التمييز والإدراك فمن عدم أحدهما أو كلاهما كان منعدم الأهلية . و يكون الشخص قادراً على التمييز والإدراك في مجال الإجراءات الجزائية متى كان مخاطباً بأحكامها؟

ووفقاً للقانون الجزائري يمكن للشخص أن يكون طرفاً في الرابطة الإجرائية الجزائية بوصفه متهماً إذا أكمل سن الثالثة عشر من عمره ولو كانت معاملته الإجرائية وحتى الجزاءات التي يخضه لها مخففة مقارنة بالراشدين فقد نصت المادة 49 ق.ع على ما يلي: " لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية والتربية... ويخصص القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة ."

ولكن صحيح أن القاصر البالغ من العمر ثلاثة عشر سنة يمكن أن يحمل صفة المتهم ، وبالتالي يمكن أن يتعرض للتفتيش، وإذا كنا قد تشددنا بشأن الإعتداد برضا الشخص بتفتيش مسكنه دون إذن، وإشترطنا بلوغه سن الرشد الجنائي أي ثمانية عشر سنة نظراً لخطورة هذا الإجراء، وأهمية الضمانة الدستورية التي سيتنازل عنها بقبوله لتفتيش مسكنه دون إذن. وعدم توافر الإدراك لذلك في سن أصغر.

¹ - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقص ، المرجع السابق ، ص 300 ، فقرة 348 .

إلا أنه في حالة إتجاه هذا الرضا إلى وقت التفتيش فقط لا إلا سنده ، لا نرى مانعا من الإعتداد بسن الثالثة عشرة سنة في مبدية لينتج أثره ، وليكون التفتيش صحيحا مالم يكن هذا القاصر مجنونا أو معتوها .

- سلامة الإرادة من العيوب.

لا يكف توافر الأهلية ليعتد برضا الشخص بتفتيش مسكنه خارج الميقات القانوني بل يجب أن تكون إرادته في ذلك واعية حرة ، وتكون الإرادة واعية في هذا المقام إذا كان الشخص ملما بكل الظروف التي سيجرى فيها هذا التفتيش¹، أي حدوثه في الليل، وأن القانون يمنحه حق الاعتراض على إجرائه بين الساعة الثامنة مساء إلى الخامسة صباحا وأنه لا مجال لدخول مسكنه وتفتيشه، إلا إذا قبل هو ذلك ،، فضلا عن إدراكه لماهية التفتيش بكونه البحث في مسكنه عن أشياء تتعلق بجناية أو جنحة ، وكذا الوعي بآثاره الخطيرة خصوصا إذا ما أسفر هذا البحث عن وجود شيء أو دليل مادي يرجح علاقة الراضي بالتفتيش بالجريمة... إلخ².

فإذا لم يدرك الشخص بأنه يمنع على ضابط الشرطة القضائية دخول مسكنه في ذلك الوقت وظن أنه مجبر على قبول التفتيش، وأن رفضه لن يفيد في شيء، لم يعتد برضاه لأنه قد وقع في غلط، لذلك يرى البعض³ ضرورة تنبيه المراد تفتيش مسكنه بحقه في رفض التفتيش نظرا لعدم حصوله في ميقاته المقرر قانونا. وأنه ليس مضطرا لتحمل إزعاجه ليلا .

¹ - حيث نُصت محكمة النقض المرية في هذا الصدد بأن الرضا الذي يميز التفتيش يجب أن يكون حاصلًا بعد العلم بظروف التفتيش و أن النيابة لم تأذن به ، وأن الضابط الذي خاطبها لم يكن ليملك حق التفتيش وأن رضاه وحده هو الذي يميز له هذا الحق .نقض 1939/4/17، مجموعة القواعد القانونية، ج4، ص530 ، رقم 377 .

² - د. نانتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 82 .

³ - د. إبراهيم حامد مرسي طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، المرجع السابق ، ص 104.

وقد ينتفي الوعي بطروف التفتيش بالغلط كما قد ينتفي بتدخل الغير أي بالتدليس والخداع ومثاله أن يقوم ضابط الشرطة القضائية، أو أحد أعوانه بالكذب بشأن الوقت، أو بإيهامه بأن الجريمة محقق فيها من الجرائم التي يجوز بناء عليها دخول المساكن ليلا ونهارا... إلخ¹.

هذا عن وعي الإرادة أما عن حرمتها ، فتكون كذلك إذا لم يكن الراضي بالتفتيش قد تعرض لإكراه أجبره على قبول تفتيش مسكنه ليلا وجعله مكانا للبحث عن الدليل، ولكن يشترط في هذا الإكراه أن يكون نابعا من ضباط الشرطة القضائية أو أحد أعوانهم، أما إذا كان هذا الإكراه نابعا عن ظرف داخل المسكن، أو حالة ضرورة دعت إلى طلب دخول رجال الضبط القضائي، وتفتيشهم لمسكنه فلا يعتبر هذا إكراها مبطلا للتفتيش. وعلى كل حال ينبغي على القاضي التحري في مسألة عدم تعرض هذا الشخص لأي نوع من أنواع الإكراه.

- الصفة :

يشترط لصحة الرضا بتفتيش المسكن، صدور هذا الرضا عن ذي صفة ، ويكون الشخص ذا صفة في عملية تفتيش المسكن إذا كان هو الشخص المسؤول قانونا على حماية حرمة، لذلك فإن مناطها ليس بملكية المسكن وإنما بحيازته ، والغالب أن يكون الحائز هو المالك، ولكن ذلك لا يكون بصورة مطردة ، فقد تثبت الحيازة لغير المالك كالمستأجر. وفي هذه الحالة لا يصح التفتيش إلا إذا رضي به المستأجر، أما إذا تم التفتيش بناء على رضا مالك المسكن إعتبر الإجراء باطلا لأن الحياة الخاصة التي يهدف المشرع إلى حمايته بإشتراطه للإذن القضائي بالتفتيش، هو الشخص الذي جعل ذلك المسكن مستودعا لأسراره وهو أمر يتوافر في المستأجر دون المالك². فإذا رضي الحائز بتفتيش المسكن كان رضاه كافيا لمباشرة الإجراء ، ولا داعي للحصول على رضا المالك أيضا بل لا أهمية لإعتراضه أيضا .

¹ - د. نانتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 88.

² - د. إبراهيم حامد طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، المرجع السابق ، ص 641 / د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 302 ، فقرة 303 .

أما في حالة تعدد الحائزين، أي عندما تكون حيازة المسكن غير خالصة لشخص واحد بل مشتركة بينه وبين غيره مثلا كمجموعة طلبة إستأجرت منزلا يعيشون فيه معا ، فهل يشترط لصحة التفتيش الرضا به من جميع الحائزين ، أم يكفي رضا أحدهم ليباح إنتهاك حرمة ذلك المسكن ليلا ؟ وهنا رأى البعض¹ أن العبرة في تحديد صاحب الصفة في الرضا بتفتيش مسكن عند تعدد حائزيه هي بمدى أصالة هذه الحيازة ، أي أن صاحب الحق في إسقاط الحماية القانونية لحرمة المسكن هو حائزه الأصلي ، وفي حال غيابه يقوم مقامه في ذلك أحد الحائزين الآخرين الذين ثبتت إقامته في المسكن إقامة مستمرة لا عارضة كالإعتداد برضا الزوجة بتفتيش مسكن زوجها ، أو الإبن بتفتيش مسكن أبيه .

وقد إنتقد البعض² هذا الرأي في شقه الأخير المتعلق بحلول أقارب الحائز الأصلي محله في الرضا بالتفتيش إذا كان غائبا ، على أساس أن في ذلك خلطا بين حقهم في إباحة الدخول بصفتهم مقيمين دائمين ، وحقهم في إباحة التفتيش الذي لا يتمتعون به والذي لا تفترض فيه الوكالة ، لأنه حكر على الحائز الأصلي المالك أو ميرم عقد الإيجار.

ورأى البعض الآخر³ أنه يجب لصحة الرضا بتفتيش مسكن متعدد الحائزين ، أن يصدر الرضا عنهم جميعا ، ذلك لأن لكل منهم حقا ذاتيا في حرمة المكان لا يملك غيره أن يسقطه بإباحة تفتيشه، فإذا وقع التفتيش بناء على رضا أحدهم أو بعضهم دون الكل عد التفتيش باطلا .

أما إذا تعدد الحائزون وكان لكل واحد منهم حصة مفرزة يستأثر بها دون الآخرين، إعتبرت حصة كل واحد منهم مسكنا مستقلا في باب التفتيش ، وكانت العبرة في تحديد صاحب الصفة في الرضا بالتفتيش ، هي بتحديد المكان المرجو تفتيشه .

¹ - د. أمال عبد الرحيم عثمان ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 476 / د. رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 435 .

² - د. نايتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 65 .

³ - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 304 ، فقرة 355 .

ولكن على كل حال يكف رضا أي شخص من الأشخاص الموجودين في المسكن لدخوله وتفتيشه ليلا مادام إذن التفتيش موجودا لأن هذا الشخص لم يعطى الحق في الرضا بتفتيش غير مؤسس ، وإنما بتقديمه على أوانه فقط .

- وقت الرضا .

لما كان مناط الحكم على الإجراء بالصحة أو البطلان هي بلحظة إتخاذه فإذا كان منذ البدايته مستوفيا لشروطه القانونية عد صحيحا ما لم يشبه عيب أثناء التنفيذ . لذلك وجب لصحة دخول وتفتيش مسكن خارج الأوقات القانونية أن يكون الرضا بذلك سابقا أما الرضا اللاحق لإجراء التفتيش أو فقط بعد البدء فيه فلا يصح هذا العوار ويبقى هذا التفتيش باطلا ، ويمنع الإستناد إلى ما أسفر عنه من دلائل .

ولا يكفي لصحة التفتيش أن يكون الرضا به سابقا له ، بل يجب وفقا للأحكام العامة ، علاوة على ذلك أن يبقى معاصرا له ومستمر معه حتى النهاية ، وعليه إذا عدل الشخص الراضي بتفتيش مسكنه خارج الميقات القانوني عن رضاه قبل البدء في التفتيش أو في أثناءه ، وجب على ضابط الشرطة القضائية الكف والتوقف عن البحث ، فلا يجوز له البدء فيه إن كان لم يبدأ ولا إتمامه إن كان قد بدأ¹.

ولكن هذا الحكم يتسم ببعض التشدد، وأرى أن العدول عن الرضا بالنسبة لميقات التفتيش لا ينتج أثره، لأن شخص إذا أجاز إزعاج راحته، وتكدير سكينته، وقبل بإخضاع مسكنه للتفتيش ليلا. لا يمكنه فيما بعد رفض ذلك بدون تبرير .

¹ - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 312 ، فقرة 364 .

- شكل الرضا .

إذا كان المشرع الجزائري لم يكتف بإجازة التفتيش دون إذن قضائي بمجرد رضا صاحب الشأن بذلك ، وإنما إشتراط أن يفرغ هذا الرضا في قالب وشكل قانوني معين ورد في المادة 64 ق.إ.ج ، فإنه في المادة 47 ق.إ.ج لم يفصل كثيرا في شكل هذا الرضا فقد ورد فيها : " لا يجوز البدء في تفتيش المساكن و معينتها قبل الساعة الخامسة (5) صباحا ، ولا بعد الساعة الثامنة (8) مساء إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الإستثنائية المقررة قانونا ..."

ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري إعتبر طلب صاحب المنزل أو توجيه نداءات من الداخل ، طرقا للتعبير عن الرضا بتفتيش المسكن خارج الميقات القانوني. ولكن إذا رضي هذا الشخص فعلا بإسقاط ضمانته حظر التفتيش ليلا ، يجب على القائم بالتفتيش إثبات حصول هذا الرضا ، لأنه وكما سبق وأن وضعنا لا يفترض. لذلك يستحسن إخضاع الرضا بتفتيش المسكن خارج الميقات القانوني ، لنفس الشكلية التي يخضع لها الرضا بتفتيش المسكن دون إذن قضائي وهي أن يكون هذا الرضا صريحا وليس ضمنيا، فإن لم يعبر الشخص على رضاه بالإجراء الخاضع له صراحة ، لا يجوز إفتراض هذا الرضا ، ولو إتخذ سلوكا أو موقفا ينم عن ذلك ما لم يفصح عن ذلك بصفة مباشرة .

ولم يكتف المشرع الجزائري بإشتراط أن يكون الرضا بالتفتيش صريحا حتى يكون صحيحا، بل أضاف عليه شرط الكتابة ، أي أن الرضا الشفهي بالتفتيش لا يجيزه ما لم يثبت بالكتابة ، حتى ولو وجد شهود على أن الشخص بالفعل رضي بتفتيش مسكنه .

وذهب المشرع الجزائري في حمايته للشخص الخاضع للتفتيش إلى أبعد من ذلك ، فقد إشتراط أن يدون هذا الرضا بالتفتيش بخط يد صاحبه ، حتى يعي خطورة وجدية ما هو مقدم عليه، فإن كان لا يجيد الكتابة عين هو - وليس ضابط الشرطة القضائية - شخصا يكتب محله .

الفرع الثاني: الرضا كأساس لإسقاط بعض الضمانات في الإستجواب والمواجهة .

لا ينحصر مجال الرضا كسبب لإسقاط بعض الضمانات القانونية في مجال التفتيش فقط، بل إنه يستطيل ليشمل إجراءات أخرى تتمثل في الإستجواب والمواجهة . بحيث أجاز قانون الإجراءات الجزائية الجزائري للمتهم التنازل عن حقه في الإستعانة بمحام أثناء إستجوابه، أو أثناء مواجهته بالمدعي المدني إذ تنص المادة 105 ق.إ.ج على أنه " لا يجوز سماع المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميه أو بعد دعوته قانونا ما لم يتنازل صراحة عن ذلك ..."

كما أجازت له المادة 151 ق.إ.ج التنازل عن ضمانات أخرى إضافة إلى الإستعانة بمحام تتمثل في الرقابة القضائية على التفتيش الذي يجري من طرف الخبراء حيث ورد فيها: "... و إذا رأو (أي الخبراء) محلا لإستجواب المتهم فإن هذا الإجراء يقوم به بحضورهم قاضي التحقيق أو القاضي المعين من المحكمة ... غير أنه يجوز للمتهم أن يتنازل عن الإستفادة بهذا الحكم بتقرير صريح منه أمام قاضي التحقيق أو القاضي المعين من المحكمة و أن يمد الخبراء بحضور محاميه أو بعد إستدعائه قانونا بالإيضاحات اللازمة لتنفيذ مهمتهم كما يجوز للمتهم أيضا بإقرار كتابي يقدمه للخبراء و يرفقونه بتقريرهم أن يتنازل عن مساعدة محاميه له في جلسة أو أكثر من جلسات سماع أقواله ..."

وهكذا سيكون هذان النصان هما المرجع لنا في دراسة الضمانات القانونية الجائز التنازل عنها رضائيا في مجال الإستجواب والمواجهة ، ولكن قبل التطرق لذلك ، يجب علينا أولا التعرف على هذين الإجرائين ، وعلى مجمل الأحكام المنظمة لهما .

أولا : التعريف بالإستجواب والمواجهة وشروط صحتها.

إذا كان التفتيش إجراء يهدف إلى الحصول على أدلة مادية تتعلق بالجريمة ، وتميط اللثام عن حقيقتها المستترة ، فيرتبط بالمكان أكثر من إرتباطه بالشخص إجمالا. فإن عمليات الإستجواب والمواجهة تتجه رأسا ومباشرة إلى الشخص بهدف الحصول على أدلة قولية تثبت الجريمة أو تنفيذها، وسنحاول تباعا التعريف بهذين الإجرائين ، والتطرق لأحكامهما القانونية .

أ- التعريف بالإستجواب والمواجهة .

الإستجواب لغة هو طلب الجواب عن الأمر ، أما إصطلاحا فهو مناقشة المتهم تفصيلا في تهمة موجهة إليه بإرتكاب جريمة ، ودعوته للرد على الأدلة القائمة ضده ، إما بتفنيدها أو بالتسليم بها¹. أو هو مناقشة المتهم ومواجهته بالتهمة المنسوبة إليه ، وبالأدلة القائمة ضده من طرف المحقق ومناقشته تفصيلا فيها ، ومطالبته بإبداء رأيه فيما ينسب إليه².

وهو بهذا المعنى يختلف عن إجراء سماع الأقوال ، الذي وإن كان قد يتضمن أحيانا توجيه التهمة إلى الشخص إلا أنه لا يتضمن مواجهة بالأدلة أو مناقشة لها، كل ما هنالك أن الشخص يحاط علما بالواقعة ، فتثبت أقواله وتصريحاته بشأنها³.

ولعل قيام الإستجواب على طريقة الحوار وتعدد الأسئلة وتربطها ببعض، خوضها في التفاصيل مما يضيق الخناق على المتهم ويدفعه أحيانا إلى الإعتراف، هو الذي يجعله في مصاف إجراءات التحقيق الأكثر خطورة، أما سماع الأقوال فيعتبر من إجراءات الإستدلال، لذلك فهو جائز لضباط الشرطة القضائية عكس الإستجواب⁴.

أما المواجهة فهي مجابهة المتهم بمتهم آخر أو شاهد آخر أو أكثر، وبالأقوال التي أدلوا بها بشأن الواقعة أو ظروفها لتأييدها أو نفيها⁵. أي أنها وضع المتهم وجها لوجه أمام بعض المتهمين الآخرين أو الشهود كي يسمع بنفسه أقوالهم ويرد عليها بما يدحضها أو يصححها أو يؤيدها وتقتصر المواجهة عادة على جريئة من جزئيات التحقيق يرى المحقق أهميتها ويرى التباين واضحا فيها بين أقوال المتهم وأقوال غيره ، فيجمع بينهم ويواجه كلا منهم بالآخر لإستجلاء الحقيقة فيما

¹ - نقض 1966/6/21، أحكام النقض، س17، ص862، رقم 162 .

² - د. عبد الله أوهابيه ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق ، ص 377 .

³ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 562 ، فقرة 298 .

⁴ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية ، المرجع السابق ، ص 416 ، فقرة 420 .

⁵ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 564 .

يختلف فيه¹ ومع ذلك فإن الإجراءات مترابطة وساد أن يذكر أحدهما بمعىة الآخر كما هو وارد في صلب قانون الإجراءات الجزائية لأن كلاهما قائم على الحوار والمناقشة .

ب- شروط صحة الإستجواب والمواجهة .

يعتبر الإستجواب والمواجهة من الإجراءات الجزائية الخطيرة ، نظرا لتعلقها بالمتهم مباشرة، فهي تهدف إلى الكشف عن الدليل ، وإنتزاعه إنتزاعا من تصريحاته ، وأقواله . لذلك فقد أحاط المشرع الجزائري عمليات الإستجواب والمواجهة بمجموعة من الضمانات القانونية لحماية الطرف الخاضع، بحيث يعتبر توفير تلك الضمانات شروطا لا بد من توافرها وإلا إعتبر الإجراء باطلا يمنع الإستناد إلى ما أسفر عنه من أدلة .

وتجدر الإشارة هنا أن الإستجواب في حد ذاته ضمانة للمتهم ، إذ يجب أن يستجوب المتهم ولو مرة واحدة على الأقل وذلك نظرا للطبيعة المزدوجة للإستجواب فهو إجراء تحقيق وفي نفس الوقت طريقة لدفاع المتهم عن نفسه وقد جاء تكريسا لإلزامية إستجواب المتهم النصوص التالية: المادة 112 ق.إ.ج التي جاء فيها: " يجب أن يستجوب في الحال كل من سيق أمام قاضي التحقيق تنفيذا لأمر إحضار، بمساعدة محاميه ، فإذا تعذر إستجوابه على الفور ، قدم أمام وكيل الجمهورية الذي يطلب من القاضي المكلف بالتحقيق وفي حالة غيابه فمن أي قاض آخر من قضاة هيئة القضاء أن يقوم بإستجواب المتهم في الحال وإلا أخلي سبيله." كما نصت المادة 118 ق.إ.ج على أنه: " لا يجوز لقاضي التحقيق إصدار مذكرة إبداع بمؤسسة إعادة التربية إلا بعد إستجواب المتهم... " وتضيف المادة 121 ق.إ.ج أنه: " يستجوب المتهم خلال ثمان وأربعين ساعة من إعتقاله . فإن لم يستجوب ومضت هذه المهلة دون استجوابه تطبق الأحكام المبينة في المادتين 112،113 ."

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 424 .

1- توافر الصفة في القائم بالإستجواب .

إن الإستجواب والمواجهة من الإجراءات القضائية¹ التي يجب لصحتها مباشرتها من طرف جهة قضائية ، والأصل أن يتولى القيام بإستجواب المتهم ومواجهته بغيره قاض التحقيق على أساس أنه المختص بإجراءات التحقيق الابتدائي طبقا لنصي المادتين 68ق.إ.ج و 101ق.إ.ج إذ جاء في الأولى: " يقوم قاض التحقيق وفقا للقانون بإتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة ، بالتحري عن أدلة الإتهام وأدلة النفي . " ونصت الثانية على الآتي : " يجوز لقاضي التحقيق على الرغم من مقتضيات الأحكام المنصوص عليها في المادة 100 أن يقوم في الحال بإجراء إستجوابات أو مواجهات تقتضيها حالة الإستعجال ناجمة عن وجود شاهد في خطر الموت أو وجود أمارات على وشك الإختفاء . ويجب أن تذكر في المحضر دواعي الإستعجال . "

أما المادة 100ق.إ.ج فقد أشارت إلى الإستجواب دون ذكر لفظه وأوجبت على قاض التحقيق القيام به عند مثول المتهم أمامه لأول مرة إذ جاء فيها: " يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر فإذا أراد المتهم أن يدلي بأقوال تلقاها قاضي التحقيق منه على الفور كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محام عنه فإن لم يختار محاميا عين له القاضي محاميا من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك وينوه عن ذلك بالمحضر كما ينبغي للقاضي علاوة على ذلك أن ينبه المتهم إلى وجوب إخطاره بكل تغيير يطرأ على عنوانه ويجوز للمتهم إختيار موطن له في دائرة اختصاص المحكمة . "

وإذا كان قاضي التحقيق يملك تفويض ضباط الشرطة القضائية للقيام ببعض الإجراءات نيابة عنه، إلا أنه لا يمكنه إنابتهم للقيام بإجراءات الإستجواب والمواجهة إذ تنص المادة 139ق.إ.ج على أن: " يقوم القضاة أو ضباط الشرطة القضائية المنتدبون للتنفيذ بجميع السلطات المخولة لقاضي

1 - د. عبد الله أوهابيه ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق ، ص 379 .

التحقيق ضمن حدود الإنابة القضائية غير أنه ليس لقاضي التحقيق أن يعطي بطريق الإنابة تفويضا عاما. ولا يجوز لضباط الشرطة القضائية إستجواب المتهم أو القيام بمواجهة أو سماع أقوال المدعي المدني ."

ولعل علة حظر إنابة ضباط الشرطة القضائية للقيام بإجراء الإستجواب تكمن في طبيعة هذا الإجراء التي تتنافى مع التفويض والإنابة . لأن الإستجواب يفترض أن يكون القائم به على علم كاف وإحاطة تامة بتفاصيل الواقعة موضوع التحقيق ، وهذا العلم لا يتاح إلا لقاضي التحقيق ضف إلى ذلك أن الإستجواب قد ينزلق بالقائم به إلى حافة الضغط على المتهم ، وإكراهه على الإعتراف . فلا يمكن أن يترك إجراء خطير كهذا بين يدي ضباط الشرطة القضائية.¹

وإذا كان إجراء الإستجواب مقرونا دائما بقاضي التحقيق ، إلا أنه ليس حكرا عليه في طائفة القضاة ، فقد أجازت المواد 58، 65، 59، 106 ، 114 ، 121ق.إ.ج لوكيل الجمهورية إستجواب المتهم ، كما نصت المادة 704 ق.إ.ج على حالة يتولى فيها مهمة الإستجواب النائب العام ، كما بينت المواد 224، 137، 300، 282، 271، 270، 350، 302، 571 ق.إ.ج الإستجواب الذي يتولاه رئيس المحكمة .

وعليه فإن الصفة المعتبرة قانونا هنا مرتبطة بالمرحلة الإجرائية التي يتم فيها هذا الإستجواب ، فقد يشترط لصحته إجراؤه من قاضي التحقيق، أو من وكيل الجمهورية، أو من النائب العام، أو رئيس المحكمة . فهو في كل الأحوال مسند إلى جهة قضائية .

2- عدم التأثير على إرادة المتهم عند إستجوابه .

يتم إجراء الإستجواب والمواجهة ، والمتهم متمتع بحريته كاملة، فله أن يجيب على أسئلة المحقق - سواء تمثل في قاضي التحقيق، أو في وكيل الجمهورية، أو في النائب العام، أو في رئيس الجلسة -

¹ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 418 ، فقرة 423 .

كلها أو بعضها وبالأسلوب الذي يراه¹، أو أن يرفض الإجابة مطلقا ، وأن يتحلى كليا بالصمت ، في إطار ممارسته لحقه في الصمت إذ يقصد بالحق في الصمت رخصة الإمتناع عن الإجابة على أسئلة المحقق حرصا على عدم تجريم النفس، وهو نتيجة متفرعة عن قرينة البراءة التي يتمتع بها الشخص إلى أن تثبت إدانته².

وهذا ما أشارت إليه المادة 100 ق.إ.ج بنصها: "... ويجيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبئه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر فإذا أراد المتهم أن يدلي بأقوال تلقاها قاضي التحقيق منه..."

وعليه لا يملك قاض التحقيق، أو أي شخص آخر إرغامه على الإجابة والرد، لأن الإستجواب في النهاية وسيلة من وسائل لا يصح حمل الشخص على إستعمالها.³

كما لا يجوز أيضا تفسير ذلك الإمتناع على أنه إقرار بصحة الإتهام وتسليم بأدلته ، فإذا إستند الحكم على صمت المتهم أثناء إستجوابه على أنه قرينة على ضلوعه في الجريمة كان الحكم معيبا لأن الصمت في هذا الإطار ليس تعبيرا ضمنيا ، وإنما يأخذ حكم العدم الذي لا يجوز ترتيب أي أثر عليه ، فتبقى الأدلة على حالها وتتمتع بقوتها أو ضعفها دون أن يؤثر عليها الصمت⁴.

ضف إلى ذلك أن المتهم أثناء إستجوابه لا يتمتع فقط بالحق في الصمت ، وإنما يجوز له حتى الكذب أي الإدلاء بأقوال منافية للحقيقة فهو لا يقع تحت طائلة جريمة شهادة الزور كالشاهد. فإذا إكتشف قاضي التحقيق كذب المتهم لا يحق له مؤاخته على ذلك أو إجباره على قول الحقيقة .

كما لا يصح للمحقق أيضا إستعمال الخديعة للتغريب بالمتهم ، لأن المحقق هيئة قضائية يفترض فيها الحياد ، وعليه إذا أوهمه بأن شريكه قد إعترف عليه، أو أن المجني عليه قد تعرف عليه، أو بأن

¹ - أ. نبيلة رزافي ، التنظيم القانوني للحبس الإحتياطي (المؤقت) في التشريع الجزائري والمقارن ، مذكرة ماجستير، الإسكندرية ، 2010 ، ص 114 .

² - أ. نجمة جيبيري ، التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية في القانون الجزائري والمقارن ، مذكرة ماجستير، الإسكندرية ، 2010 ، ص 229 .

³ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 419 ، فقرة 424.

⁴ - المرجع نفسه، فقرة 424 .

بصماته قد وجدت في مسرح الجريمة كان هذا الإستجواب باطلا.¹ وعليه لا يقع على عاتق المتهم إلتزاما بمعاونة المحقق وتيسير عمله كالشاهد وذلك لقدوسية الحق في الدفاع.²

ومن أوجه التأثير على إرادة المتهم أثناء إستجوابه دفعه للإجابة، أو توجيهه نحو إجابة معينة بإيعازات أو تهديدات. ولا يشترط في هذا التأثير أن يكون نابعا من المحقق نفسه، بل يبطل الإستجواب ولو كان التأثير من الغير، لأن العبرة هي بمدى سلامة إرادة المتهم أثناء إستجوابه، وليس بصفة الشخص الذي يؤثر عليه .

كما يمنع اللجوء إلى تخدير المتهم، أو تنويمه مغناطيسيا ليذلي بكل ما في جعبته من معلومات³، كما لا يجوز اللجوء إلى التهديد لما فيه من إكراه أو الوعد لما فيه من إحياء للأمل في نفس المتهم لتحسين مركزه ، كأن يعده المحقق بأن تخفف له العقوبة إذا ما اعترف، وهو أمر غير صحيح.⁴

ومن صور الإكراه التي قد يتعرض لها المتهم والتي من شأنها إبطال الإستجواب، وما أسفر عنه من أدلة اللجوء إلى تعذيبه لحمله على الإقرار⁵، ويذهب البعض⁶ إلى أبعد من ذلك بحيث يعتبرون إرهاب المتهم أثناء إستجوابه نوعا من الإكراه المادي، خصوصا إذا تعددت جلسات الأسئلة وتقاربت زمنيا وطالت مدتها لدرجة يفقد معها المتهم السيطرة على فكره وإرادته.

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 569 ، فقرة 301.

² - د. حسنين المحمدي بوادي ، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005، ص 05 .

³ - د. إبراهيم أحمد عثمان ، مدى شرعية إستعمال جهاز كشف الكذب في التحقيق الجنائي ودوره في إثبات التهم ، الندوة العلمية الجوانب الشرعية والقانونية لإستخدام الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2007، ص 23 / د. أحمد أبو القاسم ، طبيعة نظرية الإثبات الجنائي العلمي وما تثيره من قضايا فقهية ومشاكل تطبيقية ، مجلة كلية الدراسات العليا ، القاهرة ، العدد 16 ، يناير 2007، ص 56

⁴ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 569 ، فقرة 301 .

⁵ - د. عبد الله أوهابيه ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق ، ص 387 .

⁶ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 420 ، فقرة 424.

ويترتب على شرط الحفاظ على إرادة المتهم أثناء إستجوابه - وإلا بطل هذا الأخير - عدم تخليف المتهم لليمين، فإذا كانت هذه الأخيرة شرطا لسماع أقوال الشاهد وفقا لنص المادة 93 ق.إ.ج¹، فإنها ممنوعة بالنسبة للمتهم، والعلة من وراء هذا الحكم تتمثل فيما تحدثه اليمين من إكراه معنوي بالنسبة للمتهم، فيجد نفسه أحيانا مضطرا لقول حقيقة قد تضر به وتسيؤ إلى مركزه، أو الكذب، والحث وإرتكاب خطيئة تستوجب عذاب الله وغضبه.

3- دعوة محامي المتهم لحضور الإستجواب .

إن الإستجواب والمواجهة من إجراءات التحقيق لذلك فإن حق المتهم في الإستعانة بمحام أثناء مباشرتها ضده حق مكفول ، إذ يقع على عاتق قاضي التحقيق ومن الحضور الأول تنبيه المتهم بحقه في الإستعانة بمحام يختاره هو ، فإن لم يختر وجب على قاضي التحقيق أن يعين له مدافعا وهذا ما نصت عليه المادة 100 ق.إ.ج " ... كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في إختيار محام عنه فإن لم يختر له محاميا عين القاضي محاميا من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك و ينوه عن ذلك في المحضر ... "

وعليه لا يقوم الإستجواب ولا المواجهة صحيحين إلا إذا حضره محام المتهم الخاضع له ما لم يتنازل عن هذا الحق إذ جاء في المادة 105 ق.إ.ج ما يلي " لا يجوز سماع المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميه أو بعد دعوته قانونا ما لم يتنازل صراحة عن ذلك ... "

ولتمكين المتهم من حقه في الإستعانة بالمحامي الذي إختاره يجب دعوة هذا الأخير لحضور إستجواب موكله وقد بينت المادة 105 كيفية دعوة المحامي للحضور إذ جاء فيها " ... يستدعى

¹ - " يطلب من الشهود قبل سماع شهادتهم عن الوقائع أن يذكر كل منهم إسمه ولقبه وحالته ومهنته وسكنه وتقرير ما إذا كان له قرابة أو نسب للخصوم أو ملحق بخدمتهم أو ما إذا كان فاقد الأهلية و ينوه في المحضر عن هذه الأسئلة والأجوبة . ويؤدي كل شاهد و يده اليمنى مرفوعة اليمين بالصيغة الآتية : أقسم بالله العظيم أن أتكلم بغير حقد ز لا خوف و أن أقول كل الحق ولا شيء غير الحق... "

المحامي بكتاب موسى عليه يرسل إليه بيومين على الأقل قبل إستجواب المتهم "... وعليه لا يكف دعوة المحامي للحضور وإنما يجب أن يتم ذلك في الأجل القانوني المحدد .

أما عن شكل هذه الدعوة فقد بينت الفقرة المذكورة أعلاه أنها ترسل بكتاب موسى عليه وأجازت أيضا دعوته شفاهة مادام ذلك ثابتا في المحضر "... يمكن أيضا إستدعاء محامي الأطراف شفاهة و يثبت ذلك بمحضر .

وتجدر الإشارة هنا أنه يكفي لصحة إجراءات الإستجواب والمواجهة دعوة المحامي للحضور وفقا للشروط المذكورة ، أما عدم حضوره وتخلفه رغم تبليغه بصفة قانونية فلا يؤثر على صحة الإستجواب أو المواجهة ، فلا يلزم المحقق بإنتظار حضور المحامي حتى يبدأ التحقيق مع المتهم ، والإنشغال بالبحث في أسباب غيابه ، كل ما يملكه المتهم هو طلب تأجيل إستجوابه، أو مواجهته بغيره ، ولكن المحقق حر في قبول هذا الطلب ، أو رفضه والمضي قدما في إجراءات الإستجواب أو المواجهة¹.

ولا يقتصر حق المتهم في تمكين محاميه من حضور إجراءات إستجوابه، أو مواجهته على المرة الأولى ، وإنما يقع هذا الإلتزام على عاتق قاضي التحقيق كلما أراد القيم بهذين الإجراءين، وبغض النظر عن مسلك محامي المتهم حيال الدعوة، أو الدعاوى السابقة إذا كان قد قابلها بالتخلف².

وإذا حضر محامي المتهم إجراءات إستجوابه أو سماع أقواله ، فإن تدخله وطرحه للأسئلة مرهون بموافقة قاضي التحقيق، فقد يحظر المحامي دون أن يتلفظ بكلمة فقد نصت المادة 107 ق.إ.ج على أنه : " لا يجوز لمحامي المتهم ولا لمحامي المدعي المدني أن يتناولا الكلام فيما عدا توجيه الأسئلة بعد أن يصرح قاضي التحقيق لهما بذلك فإذا رفض قاضي التحقيق تضمن نص الأسئلة بالمحضر أو يرفق به . "

1 - د. عبد الله أوهائية ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق ، ص 384 .

2 - المرجع نفسه ، السابق ، ص 385 .

4- تمكين محامي المتهم من الإطلاع على أوراق التحقيق .

لا تكف دعوة محامي المتهم لحضور إجراءات إستجواب أو مواجهة موكله ، وتمكينه من الحضور فعلا أثناء مباشرتها لتأمين دفاع قوي للمتهم ، بل يجب علاوة على ذلك أن يتاح له الإطلاع على ملف إجراءات التحقيق¹ ، حتى تتحقق الغاية من حضوره ، ووجب أن يكون على دراية بالتهمة أو التهم الموجهة إلى موكله ، وبنسبة ونتيجة تقدم التحريات والتحقيقات حتى يكون المحامي وسيلة للدفاع الفعلي لا الشكلي .

وفي هذا الصدد نصت المادة 105 ق.إ.ج على أنه " ... يجب أن يوضع ملف الإجراءات تحت طلب محامي المتهم قبل كل إستجواب بأربع وعشرين ساعة على الأقل ... " وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما إشتراط تمكين المحامي من ملف التحقيق قبل الإستجواب بأربع وعشرين ساعة على الأقل حتى يتأهب هذا المحامي للدفاع ، ويؤدي مهمته بشكل أمثل .

ثانيا : الضمانات الجائز التنازل عنها رضائيا في مجال الإستجواب والمواجهة.

بعد أن تعرفنا على إجرائي الإستجواب والمواجهة ، ورأينا الشروط القانونية اللازمة لصحتها، نبحت الآن عن تلك الضمانات القانونية التي أقرها المشرع للشخص الخاضع لهذين الإجرايين الخطيرين ، والتي منحه أيضا الحق في طرحها ، والتنازل عنها بحيث يتم إجراء الإستجواب أو المواجهة دون توفير تلك الضمانات صحيحا سليما لا يشوبه أي عيب مادام الشخص الذي تقرررت لصاله هذه الضمانة قد أسقطها رضائيا .

أ- ضمانات حضور محامي أثناء الإستجواب والمواجهة.

¹ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 422، فقرة 426 .

رأينا فيما سبق كيف أن المشرع الجزائري خص إجرائي الإستجواب والمواجهة بمجموعة من الضمانات من شأنها التخفيف من وطأة هذين الإجراءين الخطيرين، ومن شأنها كذلك تدعيم مشروعية الأدلة القولية المنبثقة عنها، أو العقلية المبنية عليها، لكننا في المقابل وجدنا أن بعض هذه الضمانات مرهون وجودا وعدما بما تمسك من أقرت لصالحه بإعمالها . فمتى تنازل عنها رضائيا جاز مباشرة الإستجواب ، أو المواجهة دون تحقيق تلك الضمانة التي تعتبر أساسا شرطا لصحة الإجراء . ولعل أهم ضمانات كرسها المشرع الجزائري للمتهم أثناء إستجوابه ، أو أثناء مواجهته بالمدعي المدني هي مباشرة هذين الإجراءين في حضرة محاميه إذ نصت 105 ق.إ.ج على ما يلي " لا يجوز سماع المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميه أو بعد دعوته قانونا ما لم يتنازل صراحة عن ذلك ... " فما مضمون وقيمة هذه الضمانة؟ وما هي شروط صحة التنازل عنها؟

1- مضمون وأهمية الضمانة المتنازل عنها.

لا يمكننا تقدير أهمية المساحة التي خصصها المشرع الجزائري لإرادة المتهم في التنازل عن بعض الضمانات القانونية أثناء الإستجواب والمواجهة ، إلا بعد تفحص مضمون وقيمة الضمانة عينها ، ذلك أن قيمة هذا الرضا من قيمة محله .

- مضمون ضمانات حضور محامي أثناء الإستجواب أو المواجهة .

كلما تكلمنا عن الحق في الإستعانة بمحام بصدد أي إجراء من الإجراءات الجزائية ، وفي أية مرحلة من مراحل الدعوى العمومية ، نكون قد أشرنا إلى حق أوسع وضممانة أشمل يتمتع بها كل شخص وجد في علاقة قريبة أو بعيدة بأجهزة القضاء الجنائي وهو الحق في الدفاع .الذي يمثل في مفهومه الجرد مجموعة من الإمتيازات الخاصة تعطى للشخص بوصفه طرفا في الدعوى الجنائية¹، وهو تلك المكنتات المستمدة من طبيعة العلاقات الإنسانية والتي لا يملك المشرع سوى إقرارها بشكل يحقق

¹ - د. هلالى عبد الله أحمد ، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الإبتدائي دراسة مقارنة في الفكر الجنائي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 ، ص 138 .

التوازن بين حقوق الأفراد وحررياتهم وبين مصالح الدولة، فتخول هذه المكناات للخصوم إثبات إدعاءاتهم القانونية أمام القضاء.¹

لذلك فإن البحث في مضمون حق المتهم في حضور محاميه لإجراءات الإستجواب والمواجهة ، هو بحث مؤسس على مضمون حقه الأصلي في الدفاع نفسه، والذي تعتبر هذه الضمانة مجرد نتيجة حتمية للتمتع بهذا الحق .

فإذا كان الحق في الدفاع يكفل للمتهم حقا تبعا آخر هو الحق في الإحاطة بالتهمة المسندة إليه²، ذلك أن الدفاع الناجع المنتج لا يتأتى إلا بالمعرفة الصحيحة السليمة للوقائع النسوبة وبالأدلة القائمة عليها، وقد كرس المشرع الجزائري هذا الحق من خلال المادة 100 ق.إ.ج التي تلزم على قاضي التحقيق إعلام المتهم بالتهمة المنسوبة إليه حين نصت: "...ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه... كما ينبغي على القاضي أن يوجه المتهم أن له الحق في إختيار محامي...". وكذا المادة 271 ق.إ.ج التي نصت على ضرورة أن يتحقق قاضي الحكم من إطلاع المتهم على قرار الإحالة مما يؤكد علمه بالجرم المتهم بإرتكابه إذ جاء فيها: "يستجوب الرئيس المتهم عن هويته ويتحقق مما إذا كان قد تلقى تبليغا بقرار الإحالة ، فإن لم يكن قد بلغه سلمت نسخة منه ويكون لتسليم هذه النسخة أثر التبليغ ، ويطلب الرئيس من المتهم إختيار محام للدفاع عنه، فإن لم يختار المتهم محاميا عين له الرئيس من تلقاء نفسه محاميا...".

ويلاحظ من هتين المادتين أن المشرع الجزائري قرن بين حق المتهم والإحاطة بالتهمة المنسوبة إليه، وحقه في الإستعانة بمحام نظرا لما بين الحقين من ترابط وتلازم ، فالمعرفة الحققة، والدرابة الكافية بالوقائع المنسوبة للمتهم ، وللأدلة المقدمة ضده لا يتأتى إلا بمساعدة محامي يجيد الفهم الصحيح للقانون ، و يدرك جدية كل إجراء ، ونتائج كل مرحلة من مراحل التحقيق .

¹ - د. محمود صالح محمد العدلي ، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ، مذكرة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1991، ص 23 .

² - د. أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ، ط2، القاهرة ، 2006 ، ص 507 .

وعليه فإن الضمانة المتاحة للمتهم أثناء إستجوابه أو مواجهته بغيره والمتمثلة في حضور محاميه ، تركز حقا آخر من حقوق الدفاع وهو حق المتهم في الإحاطة بالوقائع المنسوبة إليه. ولعل ذلك ما يتجسد من خلال منح المحامي الحق في طرح بعض الأسئلة أثناء الإستجواب أو المواجهة بعد موافقة قاضي التحقيق طبقا للمادة 107 ق.إ.ج التي جاء فيها: " لا يجوز لمحامي المتهم ولا لمحامي المدعي المدني أن يتناولا الكلام فيما عدا توجيه الأسئلة بعد أن يصرح قاضي التحقيق لهما بذلك فإذا رفض قاضي التحقيق تضمن نص الأسئلة بالمحضر أو يرفق به . " وكذا ضرورة إطلاع على ملف التحقيق ، الحكم الذي أقرته المادة 105 ق.إ.ج حين نصت على أنه " ... يجب أن يوضع ملف الإجراءات تحت طلب محامي المتهم قبل كل إستجواب بأربع وعشرين ساعة على الأقل ... " .

كما تقترن الضمانة المكرسة بموجب المادة 100 ق.إ.ج إجمالا بالحق في الإستعانة بمحامي أو مدافع أما القضاء الجنائي الذي كرسه العديد من المواد نذكر منها المادة 292 ق.إ.ج التي جاء فيها: " إن حضور محام في الجلسة لمعاونة المتهم وجوبي وعند الإقتضاء يندب الرئيس من تلقاء نفسه محاميا للمتهم . " وكذا المادة 271 ق.إ.ج " ...ويطلب الرئيس من المتهم إختيار محام للدفاع عنه فإن لم يختار المتهم محاميا عين له الرئيس من تلقاء نفسه محاميا ويجوز له بصفة إستثنائية الترخيص للمتهم أن يعهد بالدفاع عو أصدقائه ... " كما حرصت المادة 102 ق.إ.ج على ضمان الإتصال بين المتهم ومحاميه إذ جاء فيها " يجوز للمتهم المحبوس بمجرد حبسه أن يتصل بمحاميه بحرية و لقاضي التحقيق الحق في أن يقرر منعه من الإتصال لمدة عشرة أيام ولا يسري هذا المنع في أية حالة على محام المتهم . " كما أقرت المادة 104 ق.إ.ج الحق في الإستعانة بأكثر من محامي " يجوز للمتهم وللمدعي المدني أن يحيطا قاضي التحقيق في كل دور من أدوار التحقيق علما بالمحامي الذي وقع إختيار كل منهما عليه و إذا إختير عدة محامين فإنه يكفي إستدعاء أو تبليغ أحدهم بالحضور . " .

وعليه إذا كان حضور محامي أثناء إجراءات الإستجواب والمواجهة تجسيديا للحق في الدفاع، فما هي قيمة وأهمية هذه الضمانة في النظام القانوني حتى يربط إعمالها أو إغفالها بإرادة المتهم ؟

- أهمية حضور محامي أثناء الإستجواب أو المواجهة .

تعتبر ميزة تمكين المتهم من حضور محاميه أثناء إجراءات الإستجواب والمواجهة ، إحدى النتائج المتفرعة عن حقه في الدفاع عن نفسه ، هذا الحق الذي يكتسي أهمية بالغة في المنظومة القانونية، كونه الركيزة الأساسية لمحاكمة عادلة ، بحيث يكرس فكرة تكافؤ الفرص والتوازن بين سلطة الإتهام، وخصمها الضعيف في الرابطة الإجرائية¹ .

فالعدالة الحقة لا يمكن قيامها إلا بتوفير تلك الضمانات التي تكفل للأفراد الحق في الدفاع عن أنفسهم ، وتعطيهم الفرصة لتفنيد أي إتهام يوجه إليهم ، فلولا حقوق الدفاع لكانت العدالة مرتعا خصبا للإدعاءات الكاذبة والكيدية ، ولشهادات الزور، وللأخطاء القضائية .

وحق المتهم في الدفاع عن نفسه إجمالاً، حق شخصي لأنه يهدف إلى تمكينه من دحض الجرم المنسوب إليه، ولكنه مع ذلك يحمل دلالة وقيمة عامة لأنه يحقق مصلحة عامة تتمثل في المساعدة في إظهار الحقيقة، لذلك فإن أي إجراء يمس بحقوق الدفاع يعتبر باطلاً لتعلق هذه الأخيرة بالنظام العام² بل و إن البعض³ يجزم بأن حقوق الدفاع ليست ملكاً للمتهم إن شاء مارسها وإن شاء أهملها ، بل هي حقوق للمجتمع ككل، فإذا كان من حق الإنسان ألا يدان وهو بريء، فإن مصلحة الجماعة في ألا ينزل العقاب بغير الجاني في ذلك أبلغ .

ولا شك أن هذا الطابع العام الذي يميز الحق في الدفاع ومجموعة الإمتيازات المتفرعة عنه يفسر تكريسه والنص عليه في أغلب دساتير العالم مما يعطي له قيمة دستورية⁴ ، إذ نجد المادة 151 من

¹ - أ. شرار حمود شرار المطيري ، حق المتهم في الدفاع في مرحلة التحقيق الإبتدائي في القانون الكويتي ، مذكرة ماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2011، ص22 .

² - المرجع نفسه ، ص 21 .

³ - د. سامي الحسيني ، ضمانات الدفاع دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة الثانية ، العدد الأول ، ، جامعة الكويت، 1978 ، ص 214 .

⁴ - د. سيف إبراهيم المصاورة ، حق الإستعانة بمحام في مرحلة التحقيق الأولى دراسة مقارنة ، مجلة الشريعة والقانون ، السنة السابعة والعشرون ، العدد السادس والخمسون ، الإمارات العربية المتحدة، 2013 ، ص 201

الدستور الجزائري الحالي تنص على أن: "الحق في الدفاع معترف به... " وتؤكد في فقرة ثانية على أهمية تكريس هذا الحق في المجال الجاني فجاء فيها " ... الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية . " وعليه إذا كان الحق في الدفاع يكتسي كل هته الأهمية ، التي يصبغها على جميع الإمتيازات المتفرعة عنه ، بما فيها حضور محام أثناء مباشرة بعض إجراءات الإستجواب والمواجهة ضد المتهم ، فكيف نفسر إجازة التنازل عن هذه الضمانة ؟ وكيف نظم المشرع الجزائري شروط هذا التنازل ؟

2- شروط صحة الرضا بالإستجواب أو المواجهة دون حضور محام .

نص المشرع الجزائري على إمكانية تنازل المتهم عن ضمانة حضور محاميه أثناء إستجوابه أو موجهته بغيره من خلال المادة 105 ق.إ.ج التي جاء فيها: " لا يجوز سماع المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميه أو بعد دعوته قانونا ما لم يتنازل صراحة عن ذلك ... " ويظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري لم ينص على شروط صحة رضا المتهم بإستجوابه أو بمواجهته بغيره دون، وإقتصر على أن يكون هذا الرضا صريحا أما باقي الأحكام فلم يتناولها ، ولكن قياسا على حالات التعبير الرضا السابق دراستها يمكن إجمال شروط الرضا المسقط لضمانة حضور محامي المتهم أثناء إستجوابه أو مواجهته بغيره فيما يلي :

- الأهلية .

وفقا للقانون الجزائري يمكن للشخص أن يكون طرفا في الرابطة الإجرائية الجزائية بوصفه متهما إذا أكمل سن الثالثة عشر من عمره ولو كانت معاملته الإجرائية وحتى الجزاءات التي يخضه لها مخففة مقارنة بالراشدين فقد نصت المادة 49 ق.ع على ما يلي: " لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية والتربية... ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة . "

ولكن صحيح أن القاصر البالغ من العمر من ثلاثة عشرة سنة إلى ثمانية عشرة سنة يمكن أن يحمل صفة المتهم ، وبالتالي يمكن أن يتعرض للإستجواب ، إلا أن المشرع الجزائري - وحسنا فعل -

خص هذه الطائفة من المتهمين بأحكام خاصة ، فقد عهد بمهمة التحقيق معهم لجهة خاصة تتمثل في قاضي الأحداث فوفقا لنص المادة 453 ق.إ.ج : " يقوم قاضي الأحداث ببذل كل هممة وعناية ويجري التحريات اللازمة للوصول إلى إظهار الحقيقة و للتعرف على شخصية الحدث وتقرير الوسائل الكفيلة بتهذيبه .

وتحقيقا لهذا الغرض فإنه يقوم إما بإجراء تحقيق غير رسمي أو طبقا للأوضاع المنصوص عليها في هذا القانون في التحقيق الابتدائي وله أن يصدر أي أمر لازم لذلك مع مراعاة قواعد القانون العام.. " وعليه يمكن لقاضي الأحداث أن يستجوب الحدث أو يواجهه مع غيره، فهل يتمتع الحدث أيضا بمكنة إسقاط ضمانته حضور محاميه أثناء هذين الإجراءين ؟

والإجابة على هذا السؤال حسمتها المادة 454 ق.إ.ج حين نصت على أن : "... حضور محام لمساعدة الحدث وجوبي في جميع مراحل المتابعة والمحاكمة ، وعند الإقتضاء ، يعين قاضي الأحداث محاميا للحدث ... " وعليه لا يجوز إجراء أي إستجواب أو مواجهة للحدث إلا بحضور محاميه ، وإلا بطل الإجراء . ولا يجوز التذرع برضا الحدث بذلك ، وتنازله عن هذه الضمانة ، لأن رضاه في هذا الشأن غير ذي أثر .

وبالتالي الأهلية اللازمة في الرضا بإسقاط ضمانته حضور محام أثناء إجراءات الإستجواب والمواجهة تتوافر ببلوغ المتهم سن الثامنة عشرة سنة كاملة وقت إتخاذ الإجراء.

- سلامة الإرادة من العيوب.

حتى ينتج رضا المتهم أثره في إسقاط ضمانته حضور محاميه عند إستجوابه ، أو مواجهته بغيره ، يجب أن تكون إرادته في ذلك سليمة غير معيبة بعيب يمس وعيها أو حريتها .

وعليه ينبغي أن يكون المتهم واعيا كل الوعي بحقيقة الإجراء الخاضع ، وبظروفه ، وعواقبه، والضمانات التي أقرها القانون له . فيجب أن يحاط المتهم علما بالوقائع المنسوبة إليه ، وأنه بصدد تحقيق قضائي يمكن أن ينتهي بإدانتته ، والأهم من ذلك أن يدرك بأن له الحق في الإستعانة بمحام،

يختاره هو أو يعين له وجوبا في حالة تمسكه به من طرف قاضي التحقيق ، فإذا لم يحط المتهم علما بكل هذه الحقائق كان رضاه معيبا .

والأخطر من ذلك أن يتم إيهام المتهم بأنه يسأل فقط بصفته شاهدا لا متهما، أو أن يصرح له بأن طلبه لحضور محاميه دليل على سوء مركزه، وقرينة على ضلوعه في الجريمة. فهنا لا يجوز الاستناد إلى تنازله لإجازة إجراء الإستجواب أو المواجهة دون حضور محام .

كما قد يجبر المتهم على إسقاط حقه في الإستعانة بمحام بأي وجه من أوجه الإكراه المعنوي أو المادي التي سبق التطرق لها¹

- الصفة :

طبعا يشترط لصحة التنازل عن أية ضمانات قانونية ، أن يكون المتنازل عنها متمتعا بالصفة القانونية لذلك². والصفة هنا مناطها إعتبار الشخص متهما ، إذ نصت المادة 100 ق.إ.ج على أن: " يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه ... كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في إختيار محام عنه... " وعليه تتحقق الصفة في التنازل عن الضمانة بإكتسابها أولا، وعليه لا يجوز للشخص التنازل مسبقا عن الإستعانة بمحاميه قبل عرضه على قاضي التحقيق ، لأن هذا الأخير هو الذي يكشف له عن هذه الضمانة .

كما لا يجوز أن يتم التنازل عن حضور إجراءات الإستجواب والمواجهة من طرف محامي المتهم بأن يصرح لقاضي التحقيق أنه سيتخلف عن حضور هذه الإجراءات لأن غير ذي صفة، فصاحب الصفة في التنازل عن الضمانة هو الشخص الذي أقرت له هذه الضمانة حماية لمصالحه .

¹ - إرجع الصفحات 79-85 من الرسالة .

² - د. إبراهيم حامد طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، المرجع السابق ، ص 641 / د. عوض محمد عوض، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 302 ، فقرة 303 .

- وقت الرضا

لما كان مناط الحكم على الإجراء بالصحة أو البطلان هي بلحظة إتخاذه فإذا كان منذ البدايته مستوفيا لشروطه القانونية عد صحيحا ما لم يشبه عيب أثناء التنفيذ¹. فإنه يلزم لصحة إستجواب المتهم أو مواجهته بغيره دون حضور محاميه أن يفصح عن رضاه بذلك قبل البدء في الإستجواب، وعليه يعد باطلا أي إستجواب أو مواجهة لم يمكن فيهما المتهم من حقه في حضور محاميه معه ولو تنازل عن هذا الحق بعد الإنتهاء من الإجراء .

وتخضع هذه الحالة لحكم المادة 157 ق.إ.ج التي جاء فيها " تراعى الأحكام المقررة في المادة 100 المتعلقة باستجواب المتهمين والمادة 105 المتعلقة بسماع المدعي المدني و إلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من إجراءات .

ويجوز للخصم الذي لم تراعى في حقه أحكام هذه المواد أن يتنازل عن التمسك بالبطلان ويصحح بذلك الإجراء ويتعين أن يكون التنازل صريحا ولا يجوز أن يبدى إلا في حضور المحامي أو بعد إستدعائه قانونا ."

وعليه رضا المتهم اللاحق لإستجوابه أو مواجهته بغيره دون حضور محاميه لا يعد تنازلا عن هذه الضمانة، بل يعتبر تصحيحا للإجراء الباطل وهو ما سنتطرق لاحقا.

- شكل الرضا .

لم يفصل المشرع كثيرا بشأن شكل رضا المتهم بالتنازل عن حقه في دعوة محاميه لحضور إجراءات إستجوابه، أو مواجهته بغيره، على عكس ما فعل في باب التفتيش، وتحديدًا بصدد التنازل عن ضمانة الإذن القضائي كل مانص عليه في المادة 105 ق.إ.ج أنه: " لا يجوز سماع المتهم أو المدعي

¹ - د. ناينتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 102.

المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميه أو بعد دعوته قانونا ما لم يتنازل صراحة عن ذلك..."

وبلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري ، إشتراط التنازل عن ضمانات حضور المحامي صراحة فلا يجوز إفتراض هذا الرضا ، ولو إتخذ المتهم سلوكا أو موقفا ينم عن ذلك ما لم يفصح عن ذلك بصفة مباشرة .

فإذا ما لم يختار المتهم لنفسه محاميا ، وإلتزم الصمت لم يفسر صمته هذا بأنه تنازل ، وإنما وجب على قاضي التحقيق أن يعين له محاميا ، أما إذا صرح وأعلن عن عدم تمسكه بحقه في حضور محام عنه ، جاز لقاضي التحقيق المضي في إستجوابه ، أو مواجهته بغيره بعيدا عن شائبة البطلان . كل ما هنالك ، أننا نرى ضرورة أن ينوه عن ذلك في محضر الإستجواب أو المواجهة على النحو الذي نصت عليه المواد¹،²94،³95 ق.إ.ج

ب - ضمانات حضور قاض عند إستجواب المتهم من طرف الخبراء .

الأصل في الإستجواب أنه إجراء تحقيق ، لا يعهد به إلا لجهة قضائية ، ومع ذلك نجد أن المشرع الجزائري ،أجاز للخبراء إستجواب المتهم من خلال المادة 151 ق.إ.ج التي جاء فيها " يجوز للخبراء على سبيل المعلومات وفي الحدود اللازمة لأداء مهمتهم أن يتلقوا أقوال أشخاص غير المتهم ...و إذا رأوا محلا لإستجواب المتهم فإن هذا الإجراء يقوم به بحضورهم قاضي التحقيق أو القاضي المعين من المحكمة على أن تراعى في جميع الأحوال الأوضاع والشروط المنصوص عليها في المادتين 105

¹ - "تحرر محاضر الإستجواب والموجهات وفق الأوضاع المنصوص عليها في المادتين 94 ، 95 ..."

² - " يوقع على كل صفحة من صفحات محضر التحقيق من قاضي التحقيق و الكاتب والشاهد ويدعى الأخير إلى إعادة تلاوة فحوى شهادته بنصها الذي حررت به و التوقيع إن أصر عليها فإذا لم يكن الشاهد ملما بالقراءة يتلى عليه بمعرفة الكاتب و إن إمتنع الشاهد عن التوقيع أو تعذر عليه نوه عن ذلك في المحض . يوقع أيضا على كل صفحة بهذه الكيفية من المترجم إن كان ثمة محل لذلك ."

³ - " لا يجوز أن تتضمن المحاضر تحشيرا بين السطور ويصادق قاضي التحقيق والكاتب والشاهد على كل شطب أو تحريج فيها ومن المترجم أيضا إن كان ثمة محل لذلك ، وبغير هذه المصادقة تعتبر هذه الشطبوات أو التحريجات ملغاة وكذلك الشأن في المحضر الذي لم يوقع عليه توقيعاً صحيحاً أو في الصفحات التي تتضمن توقيع الشاهد ."

و106 غير أنه يجوز للمتهم أن يتنازل عن الاستفادة بهذا الحكم بتقرير صريح منه أمام قاضي التحقيق أو القاضي المعين من المحكمة و أن يمد الخبراء بحضور محاميه أو بعد إستدعائه قانونا بالإيضاحات اللازمة لتنفيذ مهمتهم كما يجوز للمتهم أيضا بإقرار كتابي يقدمه للخبراء و يرفقونه بتقريرهم أن يتنازل عن مساعدة محاميه له في جلسة أو أكثر من جلسات سماع أقواله ..."

وإذا كان المشرع الجزائري قد أجاز إستثناء إستجواب المتهم من طرف الخبراء ، فإنه خصه بضمانة تخفف من وطء خضوعه للإستجواب من طرف شخص لا يتمتع بالصفة القضائية ، فأوجب أن يتم هذا الإجراء بحضور قاض سواء تمثل في قاضي التحقيق ، أو في قاضي معين من طرف المحكمة إلا إذا كان الخبير طبييا فهذا الأخير معفى من هذا القيد بنص المادة 151 ق.إ.ج "... غير أنه يجوز للخبراء الأطباء المكلفين بفحص المتهم أن يوجهوا إليه الأسئلة اللازمة لأداء مهمتهم بغير حضور قاض ولا محام ."

وبالرغم من أهمية هذه الضمانة إلا أن المشرع الجزائري أعطى للمتهم الحق في إسقاطها، والسماح للخبير بإستجوابه دون حضور قاض .

1- مضمون وأهمية الضمانة المتنازل عنها.

حتى يتسنا لنا إلتماس قيمة و أهمية الأثر الذي رتبه المشرع الجزائري على رضا المتهم، حين أعطاه الحق في التنازل عن حضور قاض لإجراءات إستجوابه من طرف الخبراء غير الأطباء، يجب علينا أولا معرفة مضمون وأهمية هذه الضمانة المتنازل عنها .

- مضمون حق المتهم في حضور قاض أثناء إستجوابه من طرف الخبراء .

الأصل في الإستجواب- بوصفه إجراء تحقيق- إسناده لجهة قضائية¹ تتمثل عادة في قاضي التحقيق الذي يختص بإجراءات التحقيق الإبتدائي طبقا لنص المادة 68 ق.إ.ج إذ جاء فيها: " يقوم

¹ - أ. سلطان محمد شاكر ، ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحريات الأولية والتحقيق الإبتدائي ، مذكرة ماجستير ، جامعة العقيد الحاج لخضر ، باتنة ، 2013 ، ص 47.

قاضي التحقيق وفقا للقانون بإتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة ، بالتحري عن أدلة الإتهام وأدلة النفي . " كما نصت المادة 101 ق.إ.ج على إختصاصه بإجراء الإستجواب فجاء فيها " يجوز لقاضي التحقيق على الرغم من مقتضيات الأحكام المنصوص عليها في المادة 100 أن يقوم في الحال بإجراء إستجوابات أو مواجهات تفتقيها حالة الإستعجال ناجمة عن وجود شاهد في خطر الموت أو وجود أمارات على وشك الإختفاء . ويجب أن تذكر في المحضر دواعي الإستعجال . "

أما المادة 100 ق.إ.ج فقد أشارت إلى الإستجواب دون ذكر لفظه وأوجبت على قاضي التحقيق القيام به عند مثل المتهم أمام لأول مرة إذ جاء فيها : " يتحقق قاضي التحقيق حين مثل المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر فإذا أراد المتهم أن يدلي بأقوال تلقاها قاضي التحقيق منه على الفور كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محام عنه فإن لم يختار محاميا عين له القاضي محاميا من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك وينوه عن ذلك بالمحضر كما ينبغي للقاضي علاوة على ذلك أن ينبه المتهم إلى وجوب إخطاره بكل تغيير يطرأ على عنوانه ويجوز للمتهم إختيار موطن له في دائرة إختصاص المحكمة . "

وقاضي التحقيق ليس الجهة القضائية الوحيدة المخولة إستجواب المتهم قانونا بل هناك حالات أخرى يحتض فيها بإجراء الإستجواب كل من وكيل الجمهورية ، النائب العام ، رئيس المحكمة¹ . فقد نصت المادة 58 ق.إ.ج على قيام وكيل الجمهورية بإستجواب المتهم فجاء فيها : " يجوز لوكيل الجمهورية في حالة الجناية المتلبس بها إذا لم يكن قاضي التحقيق قد أبلغ بها بعد ، أن يصدر أمرا بإحضار المشتبه في مساهمته في الجريمة . ويقوم وكيل الجمهورية بإستجواب الشخص المقدم إليه بحضور محاميه إن وجد ... " كما نصت المادة 59، ق.إ.ج على أن "... يصدر وكيل الجمهورية

¹ - أ. فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعمل ، دار البدر ، الجزائر ، 2008 ، ص 180 / د. عبد الله أوهائية ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق ، ص 379 .

أمرا بحبس المتهم بعد إستجوابه عن هويته وعن الأفعال المنسوبة إليه ... " كما أضافت المادة 65 ق.إ.ج على الآتي: "... وبعد أن يقوم وكيل الجمهورية بإستجواب الشخص المقدم إليه يجوز بإذن كتابي أن يمدد حجزه ... " ضف إلى ذلك نص المادة 106 ق.إ.ج الذي جاء فيه: " يجوز لوكيل الجمهورية حضور إستجواب المتهمين ومواجهتهم وسماع أقوال المدعي المدني .. " كما نصت المادة 114 ق.إ.ج على الآتي: "... ويستجوبه وكيل الجمهورية هذا عن هويته ويتلقى أقواله ..."

هذا عن إختصاص وكيل الجمهورية بإستجواب المتهم في بعض الحالات أما النائب العام فقد نصت المادة 704 ق.إ.ج على الحالة يتولى فيها مهمة الإستجواب فجاء فيها: " يقوم النائب العام بإستجواب الأجنبي للتحقق من شخصيته... "

أما عن الإستجواب الذي يختص به رئيس المحكمة فتكرسه المادة 270 ق.إ.ج إذ جاء فيها: " يقوم رئيس محكمة الجنايات أو أحد مساعديه القضاة المفوضين منه بإستجواب المتهم في أقرب وقت. " وكذا المادة 300 ق.إ.ج التي جاء فيها: " يأمر الرئيس كاتب الجلسة بتلاوة قرار الإحالة ويستجوب المتهم ويتلقى تصريحاته . "

وإذا كان قاضي التحقيق يملك تفويض ضباط الشرطة القضائية للقيام ببعض الإجراءات نيابة عنه، إلا أنه لا يمكنه إنابتهم للقيام بإجراءات الإستجواب والمواجهة إذ تنص المادة 139 ق.إ.ج على أن: " يقوم القضاة أو ضباط الشرطة القضائية المنتدبون للتنفيذ بجميع السلطات المخولة لقاضي التحقيق ضمن حدود الإنابة القضائية غير أنه ليس لقاضي التحقيق أن يعطي بطريق الإنابة تفويضا عاما. ولا يجوز لضباط الشرطة القضائية إستجواب المتهم أو القيام بمواجهة أو سماع أقوال المدعي المدني . "

ولعل علة حظر إنابة ضباط الشرطة القضائية للقيام بإجراء الإستجواب تكمن في طبيعة هذا الإجراء التي تتنافى مع التفويض والإنابة . لأن الإستجواب يفترض أن يكون القائم به على علم كاف وإحاطة تامة بتفاصيل الواقعة موضوع التحقيق ، وهذا العلم لا يتاح إلا لقاضي التحقيق ضف إلى

ذلك أن الإستجواب قد ينزلق بالقائم به إلى حافة الضغط على المتهم ، وإكراهه على الإعتراف . فلا يمكن أن يترك إجراء خطير كهذا بين يدي ضباط الشرطة القضائية.¹

ولكننا ورغم ذلك نجد المشرع الجزائري ينص على إمكانية إستجواب المتهم من طرف جهة غير قضائية تتمثل في الخبراء غير الأطباء إذ جاء في المادة 151 ق.إ.ج التي جاء فيها " يجوز للخبراء على سبيل المعلومات وفي الحدود اللازمة لأداء مهمتهم أن يتلقوا أقوال أشخاص غير المتهم ...و إذا رأوا محلا لإستجواب المتهم فإن هذا الإجراء يقوم به بحضورهم قاضي التحقيق أو القاضي المعين من المحكمة ... " فلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز إسناد إجراء الإستجواب للخبير شريطة أن يتم ذلك على مرأى ومسمع قاضي التحقيق ، أو قاض آخر تعينه المحكمة كضمانة للمتهم .

- أهمية حضور قاض أثناء إستجواب المتهم من طرف الخبراء.

يمكن تعريف الخبرة بأنها إجلاء للحقيقة بصدد مسألة ما عجز المحقق عن الإلمام بها لأنها تتجاوز إختصاصه إلى مجال فني دقيق ، لا يتحكم فيه إلا ذوا الإختصاص ، لذلك فهي وسيلة عملية لتكملة النقص الذي قد يشوب التحقيق، بسبب إرتباطه بمسألة علمية أو فنية تعترض رحلة بحث المحقق عن الدليل² . وعليه تكون الإستعانة بالخبير بصدد تلك المجالات التي يعجز المحقق بتقافته العامة عن سبر غورها وجلاتها . كتحديد سبب الوفاة ، ووقتها ، أو رفع البصمات من مسرح الجريمة ومقارنتها ببصمات المتهم ، أو تحليل مادة عضوية وجدت على الضحية ونسبتها إلى صاحبها عن طريق فكرة الحامض النووي (A.D.N)... إلخ³ . وهذا الطابع العلمي أو الفني للخبرة أكد عليه المشرع من خلال المادة 143ق.إ.ج التي جاء فيها : " لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة

¹ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 418 ، فقرة 423 .

² - د. محمد زكي أبو عامر ، الإثبات في المواد الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011، ص 192 .

³ - أ. حامد بن مساعد السحيمي ، دور الخبر في الدعوى الجزائية طبقا لنظام الإجراءات الجزائية السعودي ، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2007 ، ص 26 .

ذات طابع فني أن تأمر فقرة ب خبير ... " وكذا المادة 146 ق.إ.ج التي ورد فيها: " يجب أن تحدد دائما في قرار ندب الخبراء مهمتهم التي لا يجوز أن تهدف إلا إلى فحص مسائل ذات طابع فني ."

ولكن أن يسمح للخبير بإستجواب المتهم ، هذا الإجراء الذي يعتبر مسألة قانونية لا فنية ، فأمر يحتاج إلى الضبط ، ولا شك أن المقصود بالإستجواب هاهنا هنا هو طرح أسئلة بخصوص شخصية المتهم ، أو بخصوص المسألة الفنية الجاري إجراء الخبرة بصددتها ، وليس الإستجواب بمفهومه القانوني أي طلب الجواب بخصوص الوقائع المتعلقة بالجريمة .

ومع ذلك فقد إشتراط المشرع الجزائري ، حضور قاضي التحقيق أو القاضي الذي تعينه المحكمة للإستجواب الذي يجريه الخبير وذلك كنوع من الرقابة على عمل الخبير الذي لا يكتسي في هذه الحالة طابعا فنيا ، بل قضائيا .

ويعتبر إسناد أي إجراء ، أو وضعه تحت رقابة القضاء ضمانا قانونية للحريات الفردية نظرا لإستقلالية وحيدة هذا الجهاز¹ ، هذه الإستقلالية التي كرستها المادة 148 من الدستور الجزائري الحالي إذ جاء فيها: " القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته، أو تمس نزاهة حكمه."

أما الخبير فلا يمتع بهذه الحصانة الدستورية ، لذلك وجب أن يخضع لرقابة هيئة قضائية ، وإن كان الخبير مقيدا باليمين التي أداها طبقا لنص المادة 145 ق.إ.ج².

2- شروط صحة الرضا بإستجواب المتهم من طرف الخبراء دون حضور قاض .

تنص المادة 151 ق.إ.ج على أنه " يجوز للخبراء على سبيل المعلومات وفي الحدود اللازمة لأداء مهمتهم أن يتلقوا أقوال أشخاص غير المتهم ... وإذا رأوا محلا لإستجواب المتهم فإن هذا الإجراء يقوم به بحضورهم قاضي التحقيق أو القاضي المعين من المحكمة على أن تراعى في جميع

1 - أ. سلطان محمد شاكر ، المرجع السابق ، ص 47 .

2 - " يخلف الخبير المقيد لأول مرة بالجدول الخاص بالمجلس القضائي يمينا أمام ذلك المجلس بالصيغة الآتية بيانا :
"أقسم بالله العظيم بأن أقوم بأداء مهمتي كخبير على خير وجه و بكل إخلاص و أن أبدي رأبي بكل نزاهة و إستقلال "

الأحوال الأوضاع والشروط المنصوص عليها في المادتين 105 و 106 غير أنه يجوز للمتهم أن يتنازل عن الإستفادة بهذا الحكم بتقرير صريح منه أمام قاضي التحقيق أو القاضي المعين من المحكمة و أن يمد الخبراء بحضور محاميه أو بعد إستدعائه قانونا بالإيضاحات اللازمة لتنفيذ مهمتهم كما يجوز للمتهم أيضا بإقرار كتابي يقدمه للخبراء و يرفقونه بتقريرهم أن يتنازل عن مساعدة محاميه له في جلسة أو أكثر من جلسات سماع أقواله ... " وعليه فهذا النص لم يفصل كثيرا في الشروط الواجب توافرها لصحة رضا المتهم بإستجوابه من طرف الخبير دون حضور قاض ، ما عدى بعض الأحكام المتعلقة بالناحية الشكلية .

- الأهلية .

وفقا للقانون الجزائري يمكن للشخص أن يكون طرفا في الرابطة الإجرائية الجزائية بوصفه متهما إذا أكمل سن الثالثة عشر من عمره ولو كانت معاملته الإجرائية وحتى الجزاءات التي يخضه لها مخففة مقارنة بالراشدين فقد نصت المادة 49 ق.ع على ما يلي : " لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية والتربية ... ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة . "

مما يعني أن الحدث البالغ من العمر ثلاثة عشرة سنة إلى أقل من ثمانية عشرة سنة ، يمكن أن يخضع لحكم المادة 151 ق.إ.ج آنفة الذكر . خصوصا وأن المشرع الجزائري لم يخص الأحداث بحكم خاص في الباب المتعلق بجهات التحقيق والحكم الخاصة بالمجرمين الأحداث¹ .

- سلامة الإرادة من العيوب .

حتى ينتج رضا المتهم أثره في إسقاط ضمانته حضور قاض عند إستجوابه ، من طرف الخبير ، يجب أن تكون إرادته في ذلك سليمة غير معيبة بشائبة تمس وعيها أو حريتها .

¹ - المواد من 447 إلى 477 ق.إ.ج .

وعليه ينبغي أن يكون المتهم واعيا كل الوعي بحقيقة الإجراء الخاضع ، وبظروفه ، وعواقبه، والضمانات التي أقرها القانون له . فيجب أن يحاط المتهم علما بالوقائع المنسوبة إليه ، وأنه بصدد تحقيق قضائي يمكن أن ينتهي بإدانته ، والأهم من ذلك أن يدرك بأن له الحق في أن يحضر إجراء إستجوابه قاضي التحقيق أو قض تعينه المحكمة ، فإذا لم يحط المتهم علما بكل هذه الحقائق كان رضاه معيبا .

والأخطر من ذلك أن يتم إيهام المتهم بأن الإستجواب يجب أن يكون سريرا، وأن الخبير ملزم بكتمان السر، فيمكنه قول ما يشاء، أما في حضرة قاضي التحقيق، أو القاضي المعين من طرف المحكمة ، كل ما سيدلي به سيستعمل ضده. فيرجح المتهم حرمان نفسه من الرقابة القضائية على الإستجواب الذي يقوم به الخبير .

كما قد يجبر المتهم على إسقاط حقه في الإستعانة بمحام بأي وجه من أوجه الإكراه المعنوي أو المادي ، التي تعدم الإرادة أو في أهون الحالات تنقص منها فيكون تنازله باطلا، ويستتبع ذلك بطلان الإستجواب، وما يسفر عنه من أدلة.¹

- الصفة :

طبعا يشترط لصحة التنازل عن أية ضمانات قانونية، أن يكون المتنازل عنها متمتعا بالصفة القانونية لذلك². والصفة هنا مناطها إعتبار الشخص متهما، وعليه تتحقق الصفة في التنازل عن الضمانة بإكتسابها أولا، وعليه لا يجوز للشخص التنازل مسبقا عن حضور قاض لإجراءات إستجوابه من طرف الخبراء قبل عرضه على قاضي التحقيق .

¹ - د. محمد زكي أبو عامر ، الإثبات في المواد الجنائية ، المرجع السابق ، ص 203 .

² - د. إبراهيم حامد طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، المرجع السابق ، ص 641 / د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 302 ، فقرة 303 .

- وقت الرضا

لما كان مناط الحكم على الإجراء بالصحة أو البطلان هي بلحظة إتخاذه فإذا كان منذ البدايته مستوفيا لشروطه القانونية عد صحيحا ما لم يشبه عيب أثناء التنفيذ¹ . فإنه يلزم لصحة إستجواب المتهم من طرف الخبراء غير الأطباء دون حضور قاضي التحقيق، أو القاضي المعين من طرف المحكمة ، أن يفصح عن رضاه بذلك قبل البدء في الإستجواب ، وعليه يعد باطلا أي إستجواب لم يمكن فيهما المتهم من حقه في حضور قاض معه ، ولو تنازل عن هذا الحق بعد الإنتهاء من الإجراء.

- شكل الرضا .

نصت المادة 157 ق.إ.ج على الآتي : "...غير أنه يجوز للمتهم أن يتنازل عن الإستفادة بهذا الحكم بتقرير صريح منه أمام قاضي التحقيق أو القاضي المعين من المحكمة..." وعليه لقد بين هذا النص الشكل المتطلب في هذا التنازل فيجب أن يكون تعبيره عن رضاه بإستجوابه من طرف الخبيردون حضور قاض ، تعبيرا صريحا لا ضمنيا .

ضف إلى ذلك أنه لا يكفي تصريحه بالتنازل عن هذه الضمانة أمام الخبير نفسه، وإنما يتعين أن يكشف عن رغبته في ذلك على مرأى ومسمع قاضي التحقيق، أو القاضي المعين من طرف المحكمة.

المطلب الثاني : الرضا لتصحيح بطلان بعض الإجراءات الجنائية .

رأينا فيما سبق كيف يكون رضا المتهم أساسا لمباشرة بعض الإجراءات الجزائية دون بعض الضمانات التي يشترطها القانون، فيستند ذلك الإجراء إلى رضا الخاضع له، فيقوم صحيحا منتجا لآثاره القانونية. أما هنا فقد رتب المشرع الجزائري على رضا الشخص أثرا آخر يتمثل في تصحيح الإجراءات الباطلة. وعليه سنقوم أولا بإعطاء لمحة عن البطلان كجزاء جنائي إجرائي، ثم ندرس حالات وشروط الرضا المصحح لبطلان الإجراء الجزائي.

¹ - د. نايتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 102.

الفرع الأول : ماهية البطلان كجزاء إجرائي .

إن الجزء بأنواعه المختلفة عنصر لازم وأساسي، في تشكيل القاعدة القانونية. لأنه يضمن لها الإنصياح للتكليف الوارد بها أمرا كان، أو نهيًا. أي أن مخالفة القانونية يستتبع دائما توقيع جزاء معين وتختلف الجزاءات القانونية، باختلاف القاعدة القانونية محل المخالفة. وما دنا في باب قانون الإجراءات الجزائية ، فإن الجزء المترتب على مخالفة قواعده القانونية هو جزاء جنائي إجرائي. و يعرف هذا الأخير بأنه رد الفعل القانوني لعدم مباشرة الإجراء أصلا ، أو لمباشرته دون إستيفاء كل شروطه¹. ومن بين أهم الجزاءات التي يمكن أن تمس الإجراء لعدم مطابقتها لبعض القواعد القواعد القانونية إبطاله . فما هو جزاء البطلان ، وما هي صوره وحالاته

أولا : تعريف البطلان وتبيان صوره .

يعتبر البطلان من أهم الجزاءات الإجرائية، وأكثرها شيوعا ومع ذلك فهو يلتبس ببعض المفاهيم الأخرى الشبيهة به لذلك وجب علينا تعريفه، وتمييزه عن غيره من الجزاءات الإجرائية المشابهة له، ثم تبيان صوره وحالاته المختلفة .

أ- التعريف بالبطلان .

يعرف البطلان بأنه جزاء يترتب عليه القانون لتخلف شرط أو أكثر من الشروط اللازمة لصحة العمل الإجرائي، فيؤدي إلى جعل الإجراء عقيما. أي يكفه عن توليد آثاره القانونية². كما يعرفه البعض بأنه جزاء موضوعي ، تقرره غرفة الإتهام، نتيجة تخلف شروط صحة الإجراءات كلها أو بعضها³. وهو بهذا المعنى يتشابه مع بعض الجزاءات الجنائية مثل الإنعدام ، السقوط، و عدم القبول لذلك وجب تبيان الفرق بينها .

1 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 565 ، فقرة 575 .

2 - المرجع نفسه ، ص 567 ، فقرة 576 .

3 - د. عبد الله أوهابية ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق ، ص 478 .

1- البطلان والإنعدام .

يعتبر الإنعدام من أكثر الجزاءات الجنائية تشابهاً مع البطلان ، ولكن الفرق بينهما يتجسد في كون الإنعدام جزاء يوقعه القانون على إفتقاد العمل الإجرائي لأحد مقوماته الأساسية، أي لركن لازم لوجوده، وهو من الجزاءات التي لم يصرح بها القانون في نصوصه، ولكنه جزاء منطقي يحتمه العقل ذلك أن النتيجة الحتمية لإنتفاء مقومات وجود الإجراء هي العدم .

ولكن يختلط الأمر أحيانا بشأن تحديد مقومات الوجود هته، فمتى يعتبر الشرط شرط صحة ومتى يعتبر شرط وجود. خصوصا وأنه لا توجد قاعدة ثابتة في هذا الشأن، فالعنصر الواحد يمكن أن يكون شرطة صحة في إجراء، وشرط وجود في إجراء آخر. مما يستوجب دراسة كل إجراء على حدة¹. وينتج على إنعدام الإجراء عدم ترتيبه لآثاره مهما مر الزمن، لأن مضي الزمن لا يعالج الإنعدام.

2- البطلان والسقوط .

السقوط جزاء يوقع في حالة تخلف شرط لازم لبقاء الإجراء قائما²، وعليه قد يقوم الإجراء صحيحا لكن يمسه عارض يخل بشرط لازم لبقائه فيسقط ، ويتميز البطلان عن السقوط في أن الأول يرد على الإجراء ذاته ، أما الثاني فيرد على الحق في مباشرته .

وهناك مصطلح قريب من السقوط وهو مصطلح إعتبار الإجراء كأن لم يكن ، وهو يتفق مع السقوط في أن كلاهما يرتبان أثرهما حين حصول المخالفة ، أما قبل ذلك فيكون الإجراء صحيحا . ويختلفان في كون السقوط لا يؤثر على الآثار التي ترتبت على الإجراء قبل وقوع المخالفة ، أما إعتبار الإجراء كأن لم يكن فيعني أنه لم يتخذ أصلا ، وكل الآثار التي ترتب عليه ولو قبل حصول المخالفة يعتربها الزوال فتصبح عدما³.

1 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 568 ، فقرة 577 .

2 - د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق، ص 209 .

3 - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 568 ، فقرة 578 .

3- البطلان وعدم القبول .

من الجزاءات الإجرائية أيضا عدم القبول ، وهو جزء لا يرتبط بعيب معين بذاته ، كل ما هنالك هو أن كل إجراء غير مقبول هو إجراء معيب. ويتعلق عدم القبول بمجموعة من الإجراءات يجمع بينها أن الغاية منها لا تتحقق بمجرد إتخاذها ، وإنما هي معلقة على نشاط إجرائي لاحق تباشره جهة قضائية مختصة ، فيكون الإجراء في هذه الحالة بمثابة طلب أو دعوة إلى تلك الجهة لأداء عمل خصها القانون به ، وجعل قيامها به رهنا بمباشرة ذلك الإجراء، أي أن عدم القبول كجزاء يفترض دائما وجود طلب لم يستوف كل شروطه ¹.

ب- الصور المختلفة للبطلان .

للبطلان صور وحالات عديدة تختلف باختلاف معيار المقارنة، فهومن حيث مدى شموله للإجراء ينقسم إلى بطلان كلي ، وبطلان جزئي ، ومن حيث مدى أصالة أثره وتعلقه بالإجراء المبطل أو بغيره ينقسم إلى بطلان أصلي وبطلان تبعي، وأخيرا ينقسم من حيث تعلقه بالنظام العام إلى بطلان متعلق بالنظام العام ، وبطلان غير متعلق بالنظام العام

1- البطلان الكلي والبطلان الجزئي .

تتمثل حالة البطلان الكلي عندما يشمل البطلان الإجراء برمته، فلا يترتب عنه أي أثر قانوني، أما البطلان الجزئي فيتجسد عندما يقتصر البطلان على جزء معين من الإجراءات أما باقيه فيعتبر صحيحا. والبطلان الكلي لا يثير أية مشاكل عملية، عكس الجزئي الذي يدعو إلى التساؤل عن مصير الإجراء في هذه الحالة، فهل يبطل كله، أو يصح كله، أو يبطل الجزء المعيب ، ويصح الباقي ؟ وهنا نفرق بين ما إذا كان الإجراء المعيب في جزء منه إجراء مركبا أم بسيطا . فإذا كان الإجراء مركبا أي قائما على أجزاء قابلة للإنقسام والتجزئة . يؤثر البطلان على الشق المعيب أما الإجراءات الجزئية السليمة فلا يؤثر عليها. أما إذا كان الإجراء بسيطا أو مركبا من مجموعة أعمال غير قابلة للتجزئة ، فإن وقوع البطلان في أحد أجزاء الإجراء يسري في حق باقي الأجزاء. ويصبح الإجراء برمته باطلا جملة وتفصيلا. ²

¹ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 570 ، فقرة 579 .

² - المرجع نفسه ، ص 577 ، فقرة 586 .

2- البطلان الأصلي والبطلان التبعي .

نكون أمام بطلان أصلي إذا كان محله الإجراء الذي تخلفت فيه وقت إتخاذه بعض شروط صحته ، ونكون أمام بطلان تبعي عندما يبطل إجراء صحيح بسبب إجراء آخر باطل مرتبط به بطالانا لا يقبل التجزئة . وإذا كان الأصل أن ينحصر البطلان في الإجراء المعيب وحده ، ولكن نظرا لكون إجراءات الدعوى العمومية مترابطة ومنتالية ، فإن أثر بطلان بعض الإجراءات يمتد أحيانا إلى غيره من الإجراءات ولو كانت صحيحة .

ويشترط أحيانا ليمتد بطلان الإجراء إلى غيره أن يكون الإجراء الذي يمتد إليه البطلان التبعي تاليا للإجراء الباطل بطالانا أصليا ، كما يشترط أن يكون الإجراء الثاني مبنيا على الإجراء الأول فإن كانا مستقلين وإن كانا متتاليين لا يتأثران ببطلان بعضهما.¹

3- البطلان المتعلق وغير المتعلق بالنظام العام .

ويميز الفقه بين هتين الصورتين من صور البطلان وفق ضوابط مختلفة فيقال أحيانا بأن معيار التمييز بين البطلان المتعلق بالنظام العام وغيره غير المتعلق بالنظام العام يكمن في نوع المصلحة القانونية التي تحميها القاعدة الإجرائية المخالفة والتي على أساس مخالفتها تقرر البطلان ، فإن كانت مصلحة عامة كان البطلان من النظام العام ، وإن كانت المصلحة خاصة بالخصوم لم يكن كذلك .

وقيل بأن المعيار السليم للترقية بين هذين النوعين من البطلان ليس في طبيعة المصلحة المحمية بتقرير البطلان عامة كانت أو خاصة . وإنما بأهمية هذه المصلحة . ويضيف البعض² بأن الفيصل في تحديد مدى تعلق البطلان بالنظام العام هو بمدى قابلية الحق الذي تحميه القاعدة الإجرائية المخالفة للتصرف فيه . فإن كان هذا الحق لا يقبل التصرف فيه كان البطلان متعلقا بالنظام العام ، وإن كان قابلا للتصرف فيه كان البطلان غير متعلق بالنظام العام . وعليه فإن البطلان الذي يتقرر على مخالفة

¹ - د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص300.

² - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 580 ، فقرة 589 .

قاعدة إجرائية تحمي حقوقا أو مصالح عامة يعتبر بطلانا متعلقا بالنظام العام لكون المصالح العامة مصالح غير قابلة للتصرف فيها في النظام القانوني .

أما إذا كانت القاعدة المخالفة تحمي مصالح خاصة بالخصوم، فالبطلان المقرر على مخالفتها يمكن أن يتعلق بالنظام العام ويمكن ألا يتعلق به. وذلك حسب مدى قابلية الحق المحمي بالقاعدة الإجرائية المخالفة للتصرف فيه .

ثانيا : مذاهب تقرير البطلان وموقف المشرع الجزائي منها .

ينتهج المشرعون في تنظيمهم لجزاء البطلان إحدى الطريقتين إما التدخل وتحديد الأوضاع التي يترتب على مخالفتها البطلان ويسمى البطلان في هذه الحالة بالطلان القانوني ، وإما الإكتفاء بضابط معين عام يهتدي على أساسه القاضي إلى ماهو باطل من الإجراءات .

أ- البطلان القانوني .

ويتقرر هذا البطلان بموجب نص قانوني يرتبه جزاءا لمخالفة حكمه، أي أن البطلان القانوني يعني الخضوع لقاعدة لا بطلان بغير نص. وبترتب على تبني المشرع لمذهب القانوني قيامه بمحصر كل حالات البطلان. أما عند اشتراط المشرع لشرط ما بخصوص إجراء معين، ولا ينص على بطلان الإجراء في حالة تخلف هذا الشرط، فهذا الإجراء سيعتبر صحيحا ولو لم يحترم ذلك الشرط، لأن المشرع لم ينص على ذلك . وحالات البطلان واردة على سبيل الحصر.

ومفهوم المخالفة إذا نص المشرع على ترتيب البطلان على تخلف شرط ما يتعلق بالإجراء وكان هذا الشرط غير جوهري، فلا يمكن المجادلة في ذلك، ولا يجوز للقاضي أن يمتنع عن إعلان ذلك البطلان.¹

ويتميز هذا المذهب بالوضوح والدقة، فعلى أساسه يتكفل المشرع بتحديد جميع حالات البطلان، ولا يملك القاضي سوى تطبيق النصوص القانونية المقررة للبطلان، دون إجتهداد. ومع ذلك

¹ - د. عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 572 ، فقرة 581 .

فإن هذا الأسلوب يعييه عيبان: الأول هو أن المشرع لا يمكنه حصر كل حالات البطلان مسبقا فيمكن أن تفلت من نصوصه بعض حالات البطلان . ومع ذلك لا يملك القاضي فعل شيء إزاءها لأنه رهين النص .

أما الثاني فهو المبالغة في الشكلية فقد يتخلف شرط من شروط صحة الإجراء ، لكنه في الواقع لم يؤثر على الإجراء لدرجة تقرير بطلانه، ومع ذلك يجد القاضي نفسه ملزما بتقرير ذلك البطلان وطرح الإجراء الباطل، وما أسفر عنه من أدلة. لذلك كان حريا بهذا المذهب أن يتضمن بعض المرونة.¹

ب- البطلان الذاتي .

ومناط البطلان وفقا لمذهب البطلان الذاتي هو طبيعة الإجراء، بحيث إذا كان هذا الأخير جوهريا ترتب على مخافته البطلان، وإن كان غير ذلك بقي العمل الإجرائي صحيحا منتجا لآثاره القانونية. وعليه فإنه وفقا لهذا المذهب لا يحدد المشرع كل حالات البطلان مسبقا، وإنما يضع فقط معيارا على أساسه يتحدد الإجراء الجوهرية الذي تورث مخالفته البطلان. أي أن الكشف عن البطلان والإعلان عنه من إختصاص القاضي .

ويعتبر هذا النمط من أنماط تحديد البطلان نمطا مرنا لأنه يعطي القاضي حيزا أكبر للتكيف مع الواقع عكس مذهب البطلان القانوني ، ولكنه مع ذلك يعاب عليه عدم دقته . كون بعض الإجراءات يصعب معها على القاضي تحديد ما إذا كانت جوهرية أم لا ، مما يحتم تدخل المشرع وحسم ذلك . حفاظا على الإستقرار القانوني ، أما والأمر متروك على الغارب ، فسيكون هناك إختلاف وتناقض في أحكام البطلان بين الجهات المختلفة . فما قد يراه قاض جوهريا وموجبة مخالفته للبطلان ، قد يراه قاض آخر ثانوي ولا يؤثر على العمل الإجرائي.²

1 - د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق ، ص 517.

2 - أ. فضيل العيش، المرجع السابق ، ص 277.

ج - نهج المشرع الجزائري في تقرير البطلان .

إذا ما تمعنا النصوص المنظمة لجزاء البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، نجد أن المشرع يزاوج في تنظيمه لحالات البطلان بين مذهب البطلان القانوني ، ومذهب البطلان الذاتي . أي أنه يتدخل أحيانا وينص على أن مخالفة حكم بذاته عند إتخاذ الإجراء يورثه البطلان ، وينص حينها آخر على قاعدة عامة تضع معيارا لتقدير بطلان الإجراءات الجزائية .

1- حالات البطلان الذاتي .

كما سبق وأن رأينا يتمثل مذهب البطلان الذاتي في قيام المشرع بوضع قاعدة عامة تتضمن ضابطا ومعيارا يتم على أساسه تحديد الإجراءات الباطلة ، أي أنه يضع شرطا جوهريا يجب أن تحترمه كل الإجراءات وإلا عدت باطلة لمخالفتها لهذا الشرط دون حاجة إلى نص خاص . وهذا ما نهجه المشرع الجزائري من خلال المادة 159 ق.إ. التي جاء فيها " يترتب البطلان أيضا على مخالفة الأحكام الجوهرية المقررة في هذا الباب بخلاف الأحكام المقررة في المادتين 100 و 105 إذا ترتب على مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع أو حقوق أي خصم في الدعوى ... " وعليه وضع المشرع الجزائري شرطا عاما للبطلان يتمثل في مخالفة الأحكام الجوهرية، وأعطى إضافة على ذلك ضابطا لتحديد الحكم الجوهري. وهو إعتبار كل حكم يهدف إلى حماية حقوق الدفاع والخصوم في الدعوى حكما جوهريا.

وعلى هذا الأساس رأى البعض¹ أنه يعتبر من حالات البطلان طبقا لهذا المعيار :

- عدم إستجواب المتهم ولو مرة واحدة قبل إحالته على الجهة القضائية المختصة .
- سماع شخص تقوم ضده دلائل قوية على إتهامه بوصفه شاهدا (المادة 89 ق.إ.ج)
- عدم إبلاغ الخصوم بموعد إجراء التحقيق .
- إستجواب متهم أو سماع أقوال المدعي المدني من طرف ضابط شرطة قضائية بناء على إنابة قضائية . (المادة 139 ق.إ.ج)

¹ - د. عبد الله أوهايبية ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، المرجع السابق ، ص 479 / أ. محمد حزيط ، المرجع السابق ، ص 166.

- عدم تبليغ الخصوم الأوامر القضائية الصادرة عن قاضي التحقيق للتمكن من إستئنافها .
- سماع شاهد بدون تحليفه لليمين . (المادة 89 ق.إ.ج) .
- عدم تبليغ المتهم بقرار الإحالة .
- قيام خبير من غير المقيدين بالجدول بإنجاز خبرة دون أدائه لليمين . (المادة 145 ق.إ.ج)
- قيام قاض بالحكم في دعوى كان قد حقق فيها .
- الإستناد في الحكم إلى إقرار صادر من المتهم تحت وطأة تعذيب .

2- حالات البطلان القانوني .

كما سبق وأن وضعنا ، يتمثل البطلان القانوني في حالات بعينها ينص عليها المشرع ويحدد لها ضوابط وأحكام وشروط إذا ما حولت ترتب عنها بطلان الإجراء ، وقد نص المشرع صراحة على بعض الأحكام التي تورث مخالفتها البطلان بشأن إجراءات : التفتيش والإستجواب. فنجد المادة 48 ق.إ.ج تنص على الآتي : " يجب مراعاة الإجراءات التي إستوجبتهما المادتان 45 و 47 ويترتب على مخالفتها البطلان . " وتعلق المادتان 45¹ و 47² ق.إ.ج بضرورة إحترام بعض الضمانات المتعلقة بإجراء التفتيش من حضور للمعني بالتفتيش أو من ينوب عنه إجراءات تفتيش المنازل ، وكذا ضرورة الحفاظ على السر المهني إذا جرى التفتيش في مسكن شخص ملزم قانونا بكتمان السر المهني ، وكذا ضرورة إحترام الميقات القانوني للتفتيش .

¹ - " تم عمليات التفتيش التي تجري طبقا للمادة 44 أعلاه على الوجه الآتي :

1- إذا وقع التفتيش في مسكن شخص يشتهى في أنه ساهم في ارتكاب الجريمة فإنه يجب أن يحصل التفتيش بحضوره ، فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فإن ضابط الشرطة القضائية ملزم بأن يكلفه بتعيين ممثل له . وإذا إمتنع عن ذلك أو كان هاربا إستدعى ضابط الشرطة القضائية لحضور تلك العملية شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته .

2- و إذا جرى التفتيش في مسكن شخص آخر يجوز أوراقا أو أشياء لها علاقة بالأفعال الإجرامية فإنه يتعين حضوره وقت إجراء التفتيش ، وإن تعذر ذلك إتبع الإجراء المنصوص عليه في الفقرة السابقة .

ولضابط الشرطة القضائية وحده مع الأشخاص السابق ذكرهم في الفقرة الأولى أعلاه الحق في الإطلاع على الأوراق أو المستندات قبل حجزها . غير أنه يجب عند تفتيش أماكن يشغلها شخص ملزم قانونا بكتمان السر المهني أن تتخذ مقدما جميع التدابير اللازمة لضمان إحترام ذلك السر . تعلق الأشياء أو المستندات المحجوزة و يختم عليها إذا أمكن ذلك ، فإذا تعذرت الكتابة عليها فإنها توضع في وعاء أو كيس يضع عليه ضابط الشرطة القضائية شريطا من الورق ويختم عليه بختمه .

و يجرى جرد الأشياء والمستندات المحجوزة ...

² - " لا يجوز البدء في تفتيش المساكن و معاينتها قبل الساعة الخامسة (5) صباحا ، ولا بعد الساعة الثامنة (8) مساء إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الإستثنائية المقررة قانونا ...

كما نصت المادة 157 ق.إ.ج على الآتي: " تراعى الأحكام المقررة في المادة 100 المتعلقة بإستجواب المتهمين و المادة 105 المتعلقة بسماع المدعي المدني و إلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من إجراءات ... " فتعلق المادة 100 ق.إ.ج بضرورة إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه ، وتنبهه بحقه في الصمت عند إستجوابه ، وحقه في إختيار محام كما تنص المادة 105 ق.إ.ج على عدم جواز سماع أقوال المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محام إلا إذا تنازلا عن هذه الضمانة ، ضف إلى ذلك ضرورة تمكين محامي الأطراف من الإطلاع على ملف التحقيق ، على الأقل بأربع وعشرين ساعة قبل سماع المتهم أو المدعي المدني .

ومن حالات البطلان القانوني أيضا مانصت عليه المادة 65 مكرر 12 ق.إ.ج التي جاء فيها: "... يسمح لضابط أو عون الشرطة القضائية أن يستعمل ، لهذا الغرض ، هوية مستعارة و أن يرتكب عند الضرورة الأفعال المذكورة في المادة 65 مكرر 14 أدناه . ولا يجوز تحت طائلة البطلان ، أن تشكل الأفعال تحريضا على إرتكاب جرائم ."

وكذا المادة 65 مكرر 15 ق.إ.ج التي جاء فيها: " يجب أن يكون الإذن المسلم تطبيقا للمادة 65 مكرر 11 أعلاه ، مكتوبا ومسيبا وذلك تحت طائلة البطلان ..."

الفرع الثاني : حالات البطلان الجائز تصحيحها رضائيا .

بعد أن تعرفنا على ماهية البطلان كجزاء إجرائي خطير، نحاول الآن معرفة أثر رضا الأفراد على حالة البطلان التي تعترى بعض الإجراءات ، فنجد أن المشرع الجزائري رتب على رضا الشخص بالإجراء المعيب وتنازل عن المطالبة بإبطاله، أثرا مصححا لهذا الإجراء، فما المقصود بتصحيح الإجراء الباطل ، وما هي الإجراءات الباطلة التي يمكن تصحيحها رضائيا ، وما هي شروط صحة الرضا لتصحيح الإجراءات الباطلة .

أولا : المقصود بتصحيح بطلان الإجراء الجزائي .

إذا كان البطلان جزاء إجرائيا يمس الإجراءات المعيبة فيجعلها غير قادرة على ترتيب آثارها القانونية ، فإن هناك بعض الحلول القانونية للحد من تأثير البطلان على بعض الإجراءات الهامة والتي تكون أحيانا المصدر الوحيد للأدلة ، لذلك يمكن أحيانا تدارك آثار بطلان الإجراء بتصحيحه .

ويشترط لتصحيح الإجراء الباطل توافر شرطان: الأول لزوم التصحيح، والثاني إمكانية التصحيح. فإذا كان الإجراء المعيب غير منتج في الدعوى، فلا حاجة لتضييع الوقت في تصحيحه، وكذلك الأمر إذا كان عيب الإجراء قد نال منه كلية لدرجة لا تسمح بتصحيحه¹. فمثلا إذا إستمع القاضي لشهادة شخص دون تحليفه اليمين، وكان هذا الشخص قد أدلى بأقوال مهمة، تفيد في الكشف عن الحقيقة، أمكن للقاضي تصحيح هذا الإجراء، بإعادة سماع الشاهد بعد تحليفه اليمين. وهناك حلول أخرى - غير التصحيح - لتدارك عوار بعض الإجراءات الجنائية. كإعادة الإجراء الباطل التي تعني إحلال إجراء جديد محل الإجراء القديم الباطل وهي أيضا مقيدة بشرطي اللزوم و الإمكان. فلزوم الإعادة يعني ضرورة أن يكون الإجراء منتجا في الدعوى، وإمكانية الإعادة يعني توافر الظروف الملائمة لإعادة الإجراء وعدم وجود أي مانع يحول دون ذلك.

وقد لا يصحح الإجراء الباطل، ولا يعاد لكنه يتحول. فإذا كان الإجراء قد إفتقد بعض العناصر اللازمة لصحته، وكانت هذه العناصر المتوفرة فيه كافية لإعتبره إجراء آخر. تحول إلى إجراء آخر صحيح².

ثانيا : الإجراءات الباطلة الجائز تصحيحها رضائيا .

يظهر من إستقراء النصوص المتعلقة بالبطلان في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، أن المشرع الجزائري وضع قاعدة مفادها جواز تنازل الخصم عن البطلان المقرر لمصلحته وحده، فالبطلان الذي يقرر لمصلحة خصم في الدعوى العمومية، لا يعتبر من النظام العام³. لذلك يجوز له التنازل عنه، أما البطلان المقرر حفظا للمصلحة العامة فهو من النظام العام لذلك لا يجوز التنازل عنه من طرف الخصوم، ويجوز إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ومن أمثلته : البطلان المترتب على مخالفة قواعد التنظيم القضائي والإختصاص، والقواعد المتعلقة بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها، البطلان

1 - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 517.

2 - د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 587، فقرة 596.

3 - أ. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، دار البدر، الجزائر، 2008، ص 321.

المرتب على عدم إحترام الشكلية المقررة في بعض الإجراءات... إلخ¹، ويعتبر أيضا من حالات البطلان المتعلق بالنظام العام ما جاء في نص ومن حالات البطلان القانوني أيضا ما جاء في نص المادة 65 مكرر 12 ق.إ.ج " ... يسمح لضابط أو عون الشرطة القضائية أن يستعمل ، لهذا الغرض، هوية مستعارة و أن يرتكب عند الضرورة الأفعال المذكورة في المادة 65 مكرر 14 أدناه . ولا يجوز تحت طائلة البطلان ، أن تشكل الأفعال تحريضا على إرتكاب جرائم ."

وكذا المادة 65 مكرر 15 ق.إ.ج التي جاء فيها : " يجب أن يكون الإذن المسلم تطبيقا للمادة 65 مكرر 11 أعلاه ، مكتوبا ومسببا وذلك تحت طائلة البطلان ..."

وعلى هذا الأساس نصت المادة 157 ق.إ.ج على الآتي " تراعى الأحكام المقررة في المادة 100 المتعلقة باستجواب المتهمين والمادة 105 المتعلقة بسماع المدعي المدني و إلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من إجراءات .

ويجوز للخصم الذي لم تراعى في حقه أحكام هذه المواد أن يتنازل عن التمسك بالبطلان ويصح بذلك الإجراء ويتعين أن يكون التنازل صريحا ولا يجوز أن يبدى إلا في حضور المحامي أو بعد إستدعائه قانونا ."

وعليه يعتبر من حالات البطلان الجائز تصحيحها بالتنازل، عدم إحاطة المتهم بالوقائع المنسوبة إليه عند إستجوابه، عدم تنبيهه بحقه في الصمت، عدم تمكينه من حقه في حضور محاميه أثناء إستجوابه، وكذا المدعي المدني عند مواجهته بالمتهم، عدم إحترام آجال إستدعاء محامي المتهم والمدعي المدني لحضور إجرائي الإستجواب والمواجهة، وعدم تمكينه من الإطلاع على ملف التحقيق²

¹ - أ. محمد حزيط ، المرجع السابق ، ص 168 .

² - نفس الموضوع .

كما نصت المادة 159 ق.إ.ج على ما يلي: " يترتب البطلان أيضا على مخالفة الأحكام الجوهرية المقررة في هذا الباب بخلاف الأحكام المقررة في المادتين 100 و 105 إذا ترتب على مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع أو حقوق أي خصم في الدعوى .

... ويجوز دائما للخصم التنازل عن التمسك بالبطلان المقرر لمصلحته وحده . ويتعين أن يكون هذا التنازل صريحا ."

ويتضح من هذا النص أنه لم ينص على حالات بعينها من البطلان يجوز تصحيحها بالتنازل عن التمسك به، ولكنها وضعت قاعدة مفادها أنه متى مس البطلان المصلحة الخاصة لخصم في الدعوى جاز له تصحيح الإجراء الذي شابه البطلان بالتنازل عن التمسك به، ويعتبر من قبيل هذه الحالات ما نصت عليه المادة 48 ق.إ.ج " يجب مراعاة الإجراءات التي إستوجبته المادتان 45 و 47 و يترتب على مخالفتها البطلان . " وتعلق المادتان 45¹ و 47² ق.إ.ج بضرورة إحترام بعض الضمانات المتعلقة بإجراء التفتيش من حضور للمعني بالتفتيش أو من ينوب عنه إجراءات تفتيش المنازل، وكذا ضرورة الحفاظ على السر المهني إذا جرى التفتيش في مسكن شخص ملزم قانونا بكتمان السر المهني ، وكذا ضرورة إحترام الميقات القانوني للتفتيش .

1 - " تم عمليات التفتيش التي تجري طبقا للمادة 44 أعلاه على الوجه الآتي :

1- إذا وقع التفتيش في مسكن شخص يشبه في أنه ساهم في ارتكاب الجناية فإنه يجب أن يحصل التفتيش بحضوره ، فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فإن ضابط الشرطة القضائية ملزم بأن يكلفه بتعيين ممثل له . وإذا إمتنع عن ذلك أو كان هاربا إستدعى ضابط الشرطة القضائية لحضور تلك العملية شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته .

2- و إذا جرى التفتيش في مسكن شخص آخر يجوز أوراقا أو أشياء لها علاقة بالأفعال الإجرامية فإنه يتعين حضوره وقت إجراء التفتيش ، وإن تعذر ذلك إتبع الإجراء المنصوص عليه في الفقرة السابقة .

ولضابط الشرطة القضائية وحده مع الأشخاص السابق ذكرهم في الفقرة الأولى أعلاه الحق في الإطلاع على الأوراق أو المستندات قبل حجزها . غير أنه يجب عند تفتيش أماكن يشغلها شخص ملزم قانونا بكتمان السر المهني أن تتخذ مقدا جميع التدابير اللازمة لضمان إحترام ذلك السر . تعلق الأشياء أو المستندات المحجوزة و يختم عليها إذا أمكن ذلك ، فإذا تعذرت الكتابة عليها فإنها توضع في وعاء أو كيس يضع عليه ضابط الشرطة القضائية شريطا من الورق ويختم عليه بختمه .

و يجرى جرد الأشياء والمستندات المحجوزة ..."

2 - " لا يجوز البدء في تفتيش المساكن و معاينتها قبل الساعة الخامسة (5) صباحا ، ولا بعد الساعة الثامنة (8) مساء إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الإستثنائية المقررة قانونا ..."

ثالثا: شروط صحة الرضا المصحح للإجراء الباطل .

التنازل عن التمسك ببطلان الإجراء من طرف الشخص المعني به ، عبارة عن تصرف قانوني رضائي يصحح به بطلان الإجراء، وعليه يجب أن تتوفر في هذا التنازل بعض الشروط ليقوم صحيحا منتجا لآثاره القانونية ، وقد نصت المادة 157 ق.إ.ج على بعض الأحكام الخاصة بصحة الرضا لتصحيح الإجراء الباطل فجاء فيه "... ويجوز للخصم الذي لم تراعى في حقه أحكام هذه المواد أن يتنازل عن التمسك بالبطلان ويصحح بذلك الإجراء ويتعين أن يكون التنازل صريحا ولا يجوز أن يبدى إلا في حضور المحامي أو بعد إستدعائه قانونا . " ولكنها لا تعدو أن تكون مجرد شكلية، لكن ومع ذلك وكأي تصرف قانوني يجب توافر الشروط التالية :

أ- الأهلية .

فبخصوص الأهلية اللازمة للرضا بعدم التمسك ببطلان الإجراء ومن ثمة تصحيحه ، فلا يجب الإحتكام لقواعد القانون المدني بإعتبار التنازل تصرفا قانونيا¹ وإنما يجب في كل الأحوال أن يكون مناط الأهلية التمييز والإدراك فمن عدم أحدهما أو كلاهما كان منعدم الأهلية² ، و يكون الشخص قادرا على التمييز والإدراك في مجال الإجراءات الجزائية متى كان مخاطبا بأحكامها .

ووفقا للقانون الجزائي يمكن للشخص أن يكون طرفا في الرابطة الإجرائية الجزائية بوصفه متهما إذا أكمل سن الثالثة عشر من عمره ولو كانت معاملته الإجرائية وحتى الجزاءات التي يخضه لها مخففة مقارنة بالراشدين فقد نصت المادة 49 ق.ع على ما يلي: " لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية والتربية... ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة . " ومع ذلك إذا كان التنازل من طرف المتهم يجدر بهذا الأخير أن يكون بالغاً لسن الرشد الجزائي، أما الحدث فلا يقبل منه التنازل لأنه غير مدرك لخطورته ،

¹ - د. أسامة عبد الله قايد ، حقوق وضمانات المشتبه فيه ، المرجع السابق ، ص 116 / د. إبراهيم حامد طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، المكتبة القانونية ، القاهرة، 1997 ، ص 237 .

² - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 300 ، فقرة 348 .

كما أن القواعد الإجرائية المقررة للتعامل مع القصر ، تتعلق في رأي بالنظام العام ولا يمكن التنازل عنها . أما المدعي المدني فيشترط لصحة تنازله أن يكون بالغاً لسن الرشد المدني ، وأن لا يكون مجنوناً ولا معتوها .

ب- سلامة الإرادة من العيوب.

لا يكفي توافر الأهلية ليعتد برضا الشخص بتصحيح الإجراء الباطل عن طريق التنازل عن حقه في التمسك بالبطلان، بل يجب علاوة على ذلك أن تكون إرادته واعية حرة¹ ، ومعنى ذلك أن يكون المتهم ، أو المدعي المدني على علم بماهية الإجراء الذي يقومون به ، وبآثاره وعواقبه² .

ضف إلى ذلك يجب أن يكون هذا التنازل نابعا من إرادتهما الحرة ، وليس وليد إكراه معنوي أو مادي على النحو الذي تطرقنا إليه سابقا³ .

ج- الصفة .

يشترط لصحة الرضا بتصحيح الإجراء الباطل عن طريق التنازل عن التمسك بالبطلان، أن يصدر هذا التنازل عن ذي صفة ، وصاحب الصفة في هذه الحالة وطبقاً لنص المادة 157 ق.إ.ج على أن للشخص الذي لم تراعى في حقه الأحكام المورثة للبطلان أن يتنازل عنه ، كما نصت المادة 159 ق.إ.ج على أنه يجوز دائماً للخصم التنازل عن التمسك بالبطلان المقرر لمصلحته وحده .

وعليه لا يمكن حصر صفة صاحب الحق في التنازل عن بطلان الإجراء في شخص واحد، وإنما تختلف هذه الصفة باختلاف الإجراء فقد تتوافر الصفة في المتهم ، وقد تتوافر في المدعي المدني

¹ - حيث نُصت محكمة النقض المرية في هذا الصدد بأن الرضا الذي يميز التفتيش يجب أن يكون حاصلًا بعد العلم بظروف التفتيش و أن النيابة لم تأذن به ، وأن الضابط الذي خاطبها لم يكن ليملك حق التفتيش وأن رضاها وحده هو الذي يميز له هذا الحق .نقض 1939/4/17،مجموعة القواعد القانونية، ج4، ص530 ، رقم 377 .

² - د. نانتي ناين أحمد الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 82 .

³ - د. إبراهيم حامد مرسي طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، المرجع السابق ، ص 104 .

... إلخ. أما في حالة تعدد الخاضعين للإجراء المعيب ، يشترط حصول التنازل منهم جميعا ليتحصن الإجراء ضد الإبطال .

د- وقت الرضا

على عكس الرضا المؤسس لمباشرة إجراء جزائي ، مع مخافة بعض الأحكام القانونية الذي يشترط فيه أن يكون سابقا على الإجراء ومعاصرا له¹. يكون الرضا المصحح للإجراء الباطل تاليا لمباشرة الإجراء، ومع ذلك يجب التعبير عن هذا الرضا قبل سقوط الحق فيه، وفي هذا الصدد نصت المادة 161 ق.إ.ج على أنه يتعين على الخصوم الراغبين في إثارة وجه من أوجه البطلان للجهة القضائية التي تقضي في الدعوى أن يقوموا بذلك قبل أي دفاع في الموضوع وإلا كانت دفعوهم غير مقبولة .

وقياسا على ذلك فإن مدة تمتع الشخص بالحق في التنازل عن ميزة أو رخصة منحها له القانون، مقرونة بمدة التمتع بهذه الميزة، لذلك وجب أيضا تقييد الحق في التنازل عن التمسك بالبطلان ، وبالتالي تصحيح الإجراء الباطل، بإستعماله قبل الدفاع في الموضوع .

هـ- شكل الرضا .

وكالعادة يشترط المشرع الجزائري في الرضا بالتنازل عن الحق في التمسك ببطلان إجراء ما، أن يكون صريحا ، وذلك تطبيقا لقاعدة أن الرضا لا يفترض ، ولكنه بموجب المادة 167 ق.إ.ج أضاف شرطا جديدا إذ جاء فيها : "...ويجوز للخصم الذي لم تراعى في حقه أحكام هذه المواد أن يتنازل عن التمسك بالبطلان ويصح بذلك الإجراء ويتعين أن يكون التنازل صريحا ولا يجوز أن يبدى إلا في حضور المحامي أو بعد إستدعائه قانونا." وعليه فإن الشرط الشكلي الثاني هو ضرورة حضور محامي أثناء التنازل، أو دعوته قانونا لذلك .

¹ - د. عوض محمد عوض ، التفتيش في ضوء أحكام النقض ، المرجع السابق ، ص 312 ، فقرة 364 .

خاتمة

خاتمة:

إن موضوع الرضائية في المواد الجنائية أبعد ما يكون من أن تكتب خاتمته الآن، فهو كظاهرة علمية مستوجبة للبحث، وكفكرة غامضة مثيرة للفضول لا زال في بداياته، ولكننا نأمل من خلال هته المساهمة المتواضعة أن نكون قد أنرنا قبسا يرشدنا في سبر غور إشكالياته، ولا شك أن إدراكنا لحدائة مجال هذه الدراسة، وعدم إستقرار أرضيتها، هو الذي وجهنا في تبني أسلوبي الفحص والتشخيص للإحاطة بأبعادها.

فالإشكالية الأم التي تدور حولها هذه المبادرة العلمية هي الكشف عن تلك النزعة الدخيلة على القانون الجنائي، والمتمثلة في إعماده أكثر فأكثر على رضا الأفراد من متهمين، محكوم عليهم، ضحايا ومضرورين لتطبيق أحكامه، وإتسام هذه الأخيرة بالتفاوضية والتشاركية والإختيار بدل القسر والجبرية والحتمية.

فكان البحث قائما على تتبع إرهابات وشواهد ظاهرة الرضائية في كل من قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، فإذا ما كشفنا فعلا عن وجودها، وجب علينا قياس مساحتها وأبعادها، وكيفية تفاعلها في مجال أقحمت فيه إقحاماً، فصبغها بسماته، وطبعته هي الأخرى بملاحظها .

وقد انصبت الدراسة على القانون الجنائي الجزائري، لأنه أصدق عينة تكشف لنا أن الرضائية في المواد الجنائية ليست وليدة إرادة تشريعية، فالمشرع الجزائري لم يحمل لواء تبني أنظمة العدالة الرضائية، ولم ينادي بها. وإنما هي وليدة التطور الطبيعي والعادي لقواعد القانون الجنائي.

أي أن البحث يكشف عن تلك الحركية ، وذلك المد والجزر الواقع في النظام القانوني الجنائي، والذي يسفر في الكثير من الأحيان، وبعد مخاض عسير عن ميلاد مفاهيم، وأفكار جديدة بالإنتباه، والتتبع والرصد. وهذا بالفعل ما قمنا به - ليس فقط بهدف تلبية مطلب آني ملح يتمثل في الإجابة عن الإشكالية المباشرة لهذا العمل - وإنما بغية تحقيق هدف بعيد يتمثل في استيعاب ظاهرة الرضائية الدخيلة على الحقل الجنائي والتي اكتسحت تقريبا جميع جوانبه، للتحكم فيها وتوجيهها. لأن التيار الرضائي الذي غزى المنظومة الجنائية يحتاج إلى نظرة واعية من طرف المشرع تضبط حدوده، وتؤطر نطاقه ، وإلا سيقودنا التطور الطبيعي للأمر إلى نمط هجين من العدالة الجنائية .

و قد أسفر هذا البحث عن مجموعة من النتائج والتوصيات حاولنا إيجازها في الآتي :

النتائج :

- بلورة فكرة العدالة الجنائية الرضائية كنمط جديد من العدالة الجنائية قائم على إعطاء دور كبير للفاعلين الخواص في المجال الجنائي من متهمين، محكوم عليهم، ضحايا ومضربين لإدارة دواليب العدالة الجنائية عن طريق الاعتراف بإرادتهم في ترتيب بعض الآثار القانونية ذات الطبيعة الجنائية .
- الكشف عن الأنظمة الجنائية الرضائية التالية :
 - أسباب إباحة رضائية تتمثل في رضا المجني عليه ، وأسباب إباحة أخرى يدخل الرضا كعنصر في تكوينها و أهمها مباشرة الأعمال الطبية .
 - عقوبات رضائية و تتمثل في القانون الجزائري في عقوبة العمل للنفع العام ، و الغرامات الرضائية
 - إجراءات جزائية رضائية و تتمثل في ما يملكه كل من المجني عليه والمضروب من آليات تساهم في تحريك الدعوى العمومية أو إسقاطها .
 - ضمانات إجرائية رضائية و تتمثل في تلك الضمانات التي يتوقف إعمالها أو إغفالها على رضا من قررت لمصلحته.
 - جزاءات إجرائية رضائية و تتمثل في جزاء البطلان الذي يكون في بعض الحالات رهن إرادة الشخص الذي قرر لفائدته .
- الكشف عن إمكانية الإرتقاء السريع لمستوى العدالة الجنائية الرضائية إلى صورة موازية للعدالة الجنائية التقليدية من شأنها تغيير ملامح و سمات النزاع الجنائي ، وتقليص دور الدولة وأجهزتها المختلفة في تسويته. أي تحولها من مجرد إستثناء أملت به بعض الضرورات إلى آلية أصلية لرد الفعل الاجتماعي تجاه الجريمة. خصوصا بعد الكشف عن النطاق الذي الواسع الذي تشغله والذي يتسع ليشمل نطاق الجريمة، العقوبة، الدعوى العمومية، الإجراءات الجزائية.
- الربط بين مبدأ الرضائية ومبدأ الشرعية ، بحيث لا يمكن الحديث عن الرضائية في المواد الجنائية، دون وجود نص قانوني يكرسها، أي أن مبدأ الشرعية الذي يقوم عليه القانون الجنائي، يفرض علينا

أن لا نعترف بوجود أية فكرة، إلا إذا كان لها سند تشريعي ، فبالرغم من أن الرضائية تجمد أحيانا مفعول النص الجنائي، إلا أن هذا الأخير لازم لجعلها تحدث هذا الأثر.

▪ تجسيد التقارب بين أحكام الرضا في القانون الجنائي مع مثيلاتها في القانون المدني مع ضرورة وحمية وجود أحكام خاصة بالمجال الجنائي خاصة بالنسبة لمسألة الأهلية، وكيفية التعبير عن الرضا ، فأهلية التعبير عن الرضا في المجال الجنائي واحدة لا تقبل التجزئة عكس الأهلية المدنية، ومناطقها بلوغ سن الرشد لكون كل تصرف يصب في المجال الجنائي تصرف خطير يستوجب توافر الوعي و الإدراك والإرادة بصورة كاملة، أما عن كيفية التعبير عن الرضا في المجال الجنائي، فالرضا هنا لا يفترض بل يجب أن يكون صريحا .

التوصيات :

- دعوة المشرع الجزائري إلى جمع شتات الأنظمة الرضائية الموضوعية والشكلية المتضمنة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية بتوحيد أحكامها، وتبيان ضوابطها وشروطها.
- ضرورة استحداث مجموعة من النصوص القانونية الخاصة بتنظيم مسألة التعبير عن الرضا في المجال الجنائي مستوحاة من القانون المدني مع ضمان خصوصية المجال الجنائي تحديدا في مسألة الأهلية الإجرائية الجنائية، وطرق التعبير عن الرضا.
- تبني الأنظمة البديلة للدعوى العمومية بصدد الجرائم غير الخطيرة، وتلك الماسة بالأسرة وعلى رأسها آلية الوساطة الجنائية المطبقة في القانون الفرنسي، لأنها تقوم على إشراك ليس فقط المتهم في اختيار العقوبة، وإنما حتى المجني عليه مما يعزز لديه الشعور بالعدالة.
- التوسيع من دائرة رضا المجني كسبب من أسباب الإباحة ليشمل كل الجرائم الماسة بجرمة الحياة الخاصة.
- استحداث نص يعترف برضا المجني عليه كسبب إباحة خاص بطائفة الجرائم التي تمس حقوقا خاصة للمجني عليه ، ووضع معيار محدد لتمييز هذه الجرائم. يتمثل في مدى قابلية الحق موضوع الجريمة لتصرف فيه .

▪ ضرورة حصر التدخل الردعي الجنائي في طائفة الجرائم الخطيرة لتفادي التضخم التشريعي مما يعني ضرورة تبني أنظمة الحد من التجريم ، والحد من العقاب بالآليات المناسبة .

وفي الأخير أتمنى أن تساهم هذه الدراسة، في سد ثغرة، أو إنارة ظلمة، أو الهداية إلى ضالة. فالموضوع لا يزال خصبا يحتاج إلى المزيد من البحث والاكتشاف، و لكنها توطئة ، ولبنة أولى إن أجابت على سؤال، فتحت الباب للعديد من الأسئلة للعقول النيرة . فلولا تراكمية العلم لما وصلنا إلى ثوابت و مسلمات في المعرفة البشرية . لذلك تبقى الرضائية في المواد الجنائي فكرة مغرية للباحثين، ومستفزة لفضولهم العلمي.

قائمة المراجع

- قائمة المراجع -

• باللغة العربية .

أولا - الكتب .

أ- الكتب العامة .

د.أحسن بوسقيعة :

(1) الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 1، دار هومة، الجزائر، 2006.

د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن :

(2) النظرية العامة للإلتزام: العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

د. أسامة حسنين عبيد :

(3) الصلح في قانون الإجراءات الجنائية ماهيته والنظم المرتبطة به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

د.إسحاق إبراهيم منصور:

(4) نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

د.أمال عبد الرحيم عثمان :

(5) شرح قانون الإجراءات الجنائية، بدون دار نشر، 1988.

د.جلال ثروت :

(6) الظاهرة الإجرامية دراسة في علم العقاب، بدون دار نشر، 1983.

(7) نظم الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002 .

د.حسن ربيع :

(8) الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001.

د.حسن صادق المرصفاوي :

(9) المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

د.خليل أحمد حسن قداد :

(10) الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

د.رمسيس بهنام :

(11) الإجراءات الجنائية تأصيلا و تحليلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.

(12) علم النفس القضائي سبيل النمو بمرفق العدالة إلى مزيد من الأداء والفعالية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

د.رمضان أبو السعود :

(13) مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 .

د.السعيد مصطفى السعيد :

(14) الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، القاهرة، 1962.

د.السيد عبد الحميد فودة :

(15) نشأة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

د. مصطفى فهمي الجوهري :

(16) النظرية العامة للجزاء الجنائي - دراسة تحليلية وتأصيلية طبقا لقانون العقوبات الإتحادي مقارنا بقوانين بعض الدول العربية، بدون دار نشر، 1998.

د.طعيمة الجرف :

(17) نظرية الدولة والمباديء العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم - دراسة مقارنة- دار النهضة العربية ، القاهرة، 1978 .

د.عبد الرحيم صدقي :

(18) علم العقاب - العقوبة على ضوء العلم الحديث في الفكر المصري والمقارن - دار المعارف، القاهرة، 1986 .

د.عبد الرزاق السنهوري :

(19) الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 ، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952.

د.عبد الغني الرويمض :

(20) تاريخ النظم القانونية، دار الكتب الوطنية، بنغازي، 2004 .

د.عبد الفتاح مصطفى الصيفي :

(21) تأصيل الإجراءات الجنائية، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 2004.

د.عبد الله سليمان :

(22) شرح قانون العقوبات الجزائري، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

د.علي عبد القادر القهوجي :

(23) علم الإجرام وعلم العقاب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

د.علي بدوي :

(24) مبادئ القانون الروماني، الجزء الأول في الأشخاص والأموال والإلتزامات، بدون دار نشر، 1936.

د.علي راشد :

(25) مبادئ القانون الجنائي، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة، 1957.

د.علي محمد جعفر :

(26) فلسفة العقاب والتصدي للجريمة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004.

د.عمر السعيد رمضان :

(27) مبادئ قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993.

د.عوض محمد عوض :

(28) المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

(29) قانون الإجراءات الليبي ، مكتبة قورينا للنشر والتوزيع ، ليبيا ، 1977.

د.فتوح عبد الله الشاذلي :

(30) شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2010.

(31) علم العقاب، دار الهدى للمطبوعات ، الإسكندرية ، 1993.

(32) شرح قانون العقوبات - القسم العام ، بدون دار نشر، 2002.

أ.فضيل العيش :

(33) شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، دار البدر، الجزائر، 2008.

د.فوزية عبد الستار :

(34) شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1896 .

(35) شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

(36) مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972 .

د.محمد إبراهيم زيد :

(37) مقدمة في علم الإجرام و علم العقاب، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 2007.

أ.محمد حزيط :

(38) مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012.

د.محمد حسين منصور :

(39) نظرية القانون ، مطبعة الانتصار، الإسكندرية، 2002.

د.محمد زكي أبو عامر :

(40) الإثبات في المواد الجنائية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2011.

د.محمد طه بدوي و مصطفى زيد أبو فهمي :

(41) النظريات السياسية و نظم الحكم الحديثة، دار المعارف ، القاهرة ، 1959.

د.محمد كامل ليلة :

(42) النظم السياسية ، دار نفضة مصر ، القاهرة ، 1967.

د.محمود السقا :

(43) فلسفة و تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978 .

د.محمود نجيب حسني :

(44) شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

(45) علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 1913.

د.مصطفى محمد الجمال :

(46) مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.

د.نبيل إبراهيم سعد :

(47) النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

الكتب المتخصصة .

د.إبراهيم حامد طنطاوي :

(48) الصلح الجنائي في نطاق المادتين 18 مكررا و18 مكررا (أ) إجراءات جنائية: دراسة مقارنة، دار

النهضة العربية، القاهرة، 2000.

د.أحمد شرف الدين :

(49) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، بدون دار نشر، 1987 .

د.أحمد شوقي أبو خطوة :

50 (المساواة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

د.أحمد فتحي سرور :

51 (القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، 2004.

د.أسامة حسنين عبيد :

52 (الصلح في قانون الإجراءات الجنائية: ماهيته والنظم المرتبطة به، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

د.أمين مصطفى محمد :

53 (النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري: ظاهرة الحد من العقاب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 .

54 (انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002 .

د.جلال ثروت :

55 (نظرية الجريمة المتعدية القصد، بدون دار نشر، 2007.

56 (النظام القانوني الجنائي، بدون دار نشر، 2006.

د.حسнин المحمدي بوادي :

57 (الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

أ.حسيبة محي الدين :

58 (ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

د. رمزي رياض عوض:

59 (مدنية العقوبة جدل حول التدخل الحكومي لمنع الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

د.رؤوف عبيد :

(60) المشكلات العملية الهامة في قانون الإجراءات الجزائية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.

د.سامي الحسيني :

(61) النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن، بدون دار نشر، 1972 .

د.سمير الجنزوري :

(62) الغرامة الجنائية - دراسة مقارنة في الطبيعة القانونية للغرامة وقيمتها العقابية - دار العهد الجديد للطباعة، القاهرة، 1976.

د.السيد عبد الحميد فودة :

(63) نشأة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

د.طه أحمد محمد عبد العليم :

(64) الصلح في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 .

د.عبد الفتاح مصطفى الصيفي :

(65) حق الدولة في العقاب، ط2، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1985.

د.على محمد جعفر :

(67) فلسفة العقاب والتصدي للجريمة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004.

د.عمر سالم :

(68) نحو تيسير الإجراءات الجنائية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997 .

د.فايز السيد اللساوي و أشرف فايز اللساوي :

(69) الصلح الجنائي في الجناح والمخالفات وقانون التجارة والجرائم الضريبية والجمركية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009 .

د.فتوح عبد الله الشاذلي :

(70) المساواة في الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1990 .

د.قدري عبد الفتاح الشهاوي :

(71) مناط التفتيش قيوده وضوابطه في التشريع المصري والعربي والأجنبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

د.مجدي محب حافظ :

(72) جريمة السرقة والجرائم الملحقة بها، البداروي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002.

د.محمد أبو العلا عقيدة :

(73) المجني عليه و دوره في الظاهرة الإجرامية دراسة في علم المجني عليه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988.

د.محمد حسنين عبد العال :

(74) الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحماية الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

د.محمد حكيم حسين الحكيم :

(75) العدالة الجنائية التصالحية في الجرائم الإرهابية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009 .

د.محمد عبد الرؤوف محمود :

(76) أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة، المصدر القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008.

د.محمد عبد اللطيف عبد العال :

(77) عقوبة الإعدام دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989 .

- (78) مفهوم المجني عليه في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
د.محمد عيد الغريب :
- (79) النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
د.محمد محمود المصري :
- (80) أحكام الشيك مدنيا و جنائيا، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2000.
د.محمد محمود سعيد :
- (81) الأحكام المستحدثة في قانون الإجراءات الجنائية والمشكلات العملية التي تثيرها، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003 .
- (82) حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982.
د.مدحت عبد الحلیم رمضان :
- (83) الإجراءات الموجزة لانقضاء الدعوى الجنائية في ضوء تعديلات قانون الإجراءات الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
د.مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم :
- (84) الأمر الجنائي : دراسة تحليلية مقارنة بين التشريعين المصري والفرنسي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- (85) الصلح والتصالح في قانون الإجراءات الجزائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
د.مراد عبد الفتاح :
- (86) التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الشباب الجامعية، الإسكندرية، 2010.

د.مصطفى محمد عبد المحسن :

(87) إنقضاء الدعوى الجنائية : البدائل والمفترضات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 .

د.نايتي ناين أحمد الدسوقي :

(88) الرضا كتكأة في التفتيش الجنائي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

د.نبيل عبد الصبور النبراوي :

(89) سقوط الحق في العقاب بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

د.نبيل محمود حسن :

(90) تعويض ضحايا الجريمة على الصعيد الوطني والدولي، بدون دار نشر، القاهرة، 2008 .

د.هاني محمد كامل المنايلى :

(91)عظمة العقوبات في التشريع الجنائي الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

ثانيا - المذكرات والرسائل .

د.أحمد محمد براك :

(92) العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2010.

أ.حامد بن مساعد السحيمي :

(93) دور الخبير في الدعوى الجزائية طبقا لنظام الإجراءات الجزائية السعودي، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007 .

د.حمدي رجب عطية :

(94) دور المجني عليه في إنهاء الدعوى الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1990.

د.خالد منير حسن شعير :

95) الأمر الجنائي: دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2006.

د. سر الختم عثمان إدريس :

96) النظرية العامة للصلح في القانون الجنائي- دراسة تأصيلية مقارنة- رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، 1979.

أ. سلطان محمد شاکر :

97) ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحريات الأولية والتحقيق الابتدائي، مذكرة ماجستير، جامعة العقيد الحاج لحضر، باتنة، 2013 .

أ. شرار حمود شرار المطيري :

98) حق المتهم في الدفاع في مرحلة التحقيق الإبتدائي في القانون الكويتي، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011 .

أ. صفية سنوسي :

99) الخطأ الطبي في التشريع والإجتهد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006.

د. عبد الرحمن بن محمد الطريمان :

100) التعزير بالعمل للنفع العام - دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية، رسالة دكتوراه، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2013.

د. عبد الله خزنة كاتبي :

101) الإجراءات الجنائية الموجزة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1980 .

د. عصام السيد محمد الشامي :

102) العقوبة السالبة للحرية بين النظرية والتطبيق -دراسة نظرية وعملية للمعاملة العقابية - رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1999 .

د. كمال عبد الرزاق فلاح خريسات :

103) رضا المجني عليه و دوره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1993.

أ. كمال فريحة :

104) المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

أ. مازن زايد جميل عمران :

105) القسمة الرضائية في العقار دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008 .

أ. متعب ناصح العتيبي :

106) ضمانات تفتيش المتهم في نظام الإجراءات الجزائية السعودي ومدى توافقها مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان دراسة تطبيقية، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2012.

د. محمد سيف النصر عبد المنعم :

107) بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004 .

د. محمد صبحي محمد نجم :

108) رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983.

د. محمد فوزي إبراهيم :

109) دور الرضاء في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2011 .

أ.مرعي منصور عبد الرحيم :

(110) الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، مذكرة ماجستير، جامعة الإسكندرية، 2010 .

د.مفتاح بوبكر المطردي :

(111) تطويع الإجراءات الجنائية لإجرام الأحداث، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1999.

أ.نبيلة رزافي :

(112) التنظيم القانوني للحبس الإحتياطي (المؤقت) في التشريع الجزائري والمقارن ، مذكرة ماجستير، جامعة الإسكندرية، 2008 .

أ. نجمة جبيري :

(113) التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة ماجستير، جامعة الإسكندرية، 2009.

ثالثا- المقالات .

د.إبراهيم أحمد عثمان :

(114) مدى شرعية إستعمال جهاز كشف الكذب في التحقيق الجنائي ودوره في إثبات التهم، الندوة العلمية الجوانب الشرعية والقانونية لإستخدام الوسائل العلمية الحديثة في التحقيق الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007 .

د.أحمد أبو القاسم :

(115) طبيعة نظرية الإثبات الجنائي العلمي وما تثيره من قضايا فقهية ومشاكل تطبيقية ، مجلة كلية الدراسات العليا العدد السادس عشر، القاهرة، 2007.

د.أحمد فتحي سرور :

(116) بدائل الدعوى الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة والخمسون، القاهرة، 1984

د. باسم شهاب :

(117) عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والقانون، السنة السابعة والعشرون، العدد السادس والخمسون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013.

د.رنا إبراهيم العطور :

(118) دور القانون في إباحة التجريم، مجلة الشريعة والقانون، السنة السادسة والعشرون، العدد الخمسون، الإمارات العربية المتحدة، 2012.

د. سيف إبراهيم المصاورة :

(119) حق الإستعانة بمحام في مرحلة التحقيق الأولى دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، السنة السابعة والعشرون، العدد السادس والخمسون، الإمارات العربية المتحدة، 2013 .

د. صفاء أوتاتي :

(120) العمل للمنفعة العامة في السياسة العقابية المعاصرة -دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، المجلد 25، العدد الثاني، دمشق، 2009 .

د. طريف شوقي :

(121) الآثار النفسية للعقوبات السالبة للحرية ، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، قسم بحوث العقوبة، القاهرة، 1991 .

د. عادل علي المانع :

(122) الوساطة في حل المنازعات الجنائية، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثلاثون، الكويت، 2006.

د. عبد الرحمن خلفي :

(123) مدى مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الجريمة الأساس والنطاق، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون، الإمارات العربية المتحدة، 2011 .

د.عبد الوهاب حومد :

(124) نظرات معاصرة في قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات في التشريع المقارن، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الرابعة والعشرون، الكويت، 2000.

(125) نظرات معاصرة عن إستقلالية القانون الجزائري، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الرابعة والعشرون، الكويت، 2003 .

د.عصام أحمد محمد :

(125) حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن الجرائم الماسة بجسده، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية، القاهرة، 14-12 مارس 1989، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

د.عمرو العروسي :

(126) مشاركة ضحايا الجرائم في الدعاوى الجنائية و أثره في تفعيل نظام الصلح الجنائي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، عدد خاص، جامعة الإسكندرية، 2010 .

د. فايز عايد الظفيري :

(127) تأملات في الوساطة الجنائية بوصفها وسيلة لإنهاء الدعوى الجزائية، مجلة الحقوق، العدد الثاني ، النسخة الثالثة والثلاثون، الكويت، 2005 .

د.فضيل خان :

(128) رضا الضحية و تأثيره في بعض الجرائم وفق التشريع الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية ، العدد الواحد والعشرون، بسكرة، 2011 .

د.محمد أحمد الرواشدة :

(129) عقوبة الإعتداء على الجنين بالإجهاض، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الأول، 2007 .

د.محمد الوريقات :

(130) مدى صلاحية الغرامة بوصفها بديلا لعقوبة الحبس قصير المدة في التشريع الأردني والمقارن، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، المجلد 27، العدد 5، عمان، 2013 .

د.هدى حامد قشقوش :

(131) الصلح في نطاق قانون الإجراءات الجنائية الجديد، مجلة الأمن والقانون، س 11، القاهرة، 2003.

• باللغة الفرنسية .

A)-Ouvrages.

- Ouvrages généraux.

Bernard Bouloc :

- Pénélogie, Dalloz, Paris, 1991.

Cesare Beccaria :

- des délits et des peines, traduites par Maurice Chevalier, GF Flammarion, Paris, 1991.

Emmanuel Kant :

- Métaphysique des mœurs, première, librairie générale française, Paris ,2008.

Gaston Stéfani , Georges Ivasseur et Bernard Bouloc :

- procédure pénale, Dalloz, Paris, 1981.

Jacques Fortin et Louise Viau :

5) traité de droit pénal général , édition Thémis Inc , Canada , 1982.

Jean Jacques Rousseau :

6) du contrat social, édition Gérard Mairat, Paris, 2008 .

Jean Larguier :

7) droit pénal général, 18^{ème} édition, Dalloz, Paris , 2001.

Jean Pradel :

8) Droit pénal général, tom 1, Cujas , Paris , 1992.

9) procédure pénal, édition cujas , 1992 .

Michèle Laure Rassat :

10) procédure pénale, presse universitaire de France, Vendôme, 1990.

Philippe Conte, Patrick Maistre du Chmbon :

11) droit pénal général, 3^{eme} édition, Dalloz, Paris, 1998.

Pierette Pancella :

12) droit de la peine, imprimerie des presses universitaire de France, Paris ,1995.

2- Ouvrages spéciaux.

Arlène Gaudreault :

13) les limites de la justice réparatrice, édition Dalloz, paris, 2005. **Jacqueline Morineau :**

14) l'esprit de la médiation, édition erès, Paris, 2007.

Jean-paul Ekeu :

15) consensualisme et poursuite en droit pénal comparé, éditions cujas, Paris , 1992.

Mireille Delmas-Marty et Catherine Teitgen-Colly :

16) punir sans juger, édition economica, Paris, 1991.

B)- Thèses et mémoires.

Emmanuelle Palvadeau :

17) le contrat en droit pénal, thèse de doctorat , Université Montesquieu, Bordeaux, 2011.

Pénélope Gontier :

18) protection du corps humain et volonté individuelle en droit pénale , mémoire de master , université Pantheon –assas ,Paris, 2011.

C)- Articles.

André Vitu :

19) la collaboration des personnes privées dans l'administration de la justice criminelle française, revue de science criminelle et de droit pénale comparé, 3^{eme} trimestre, 1956.

Anne Jacobs et Daisy Chichoyan :

20) évolution du statut des parties au procès pénal, le centenaire de la revue de droit pénal et de criminologie, 2007.

Anne Lemonne :

21) évolution récente dans le champ de la médiation en matière pénale : entre idéalisme et pragmatisme, revue de droit pénal et de criminologie, février – mars, 2007.

Françoise Alt Maes :

22) la contractualisation du droit pénal : mythe ou réalité ?, revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 3^{eme} trimestre , 2002.

Philippe Salvage :

23) le consentement en droit pénal, revue de science criminelle et de droit pénal comparé n°5, 1991.

Jo-Anne Wemmers et Katie Cyr :

24) justice réparatrice et victimes d'actes criminels, les cahiers de recherche criminologique, n°37.

Julien Knoepfler :

25) la médiation pénale dans les révisions en cours du droit fédéral suisse , revue de droit pénal et de criminologie ,n°6, 2002.

Maria luisa Cesoni, Richard Rechman :

26) la réparation psychologique de la victime : une nouvelle fonction de la peine , revue de droit pénal et de criminologie , 85^{ème} année , février 2005.

Maria luisa Cesoni , Richard Rechman :

27) la réparation psychologique de la victime : une nouvelle fonction de la peine, revue de droit pénal et de criminologie, 85^{ème} année , février 2005.

28) la justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale, actualité juridique pénale, 2007-2009.

Serge Charbonneau et Denis Belveau :

29) un exemple de justice réparatrice au Québec : la médiation et les organismes de justice alternative, revue de droit pénal et de criminologie, vol32 ,n° 1, 1999.

Xavier Pin :

30) La privatisation du process pénal , Revue de science criminelle et de droit pénal comparé , n° 2, avril-juin 2002.

D)- Documents électroniques :

Etane Yombo :

31) Rousseau : le contrat social en question, l'aval théologique et philosophique, vol 55 , n°3, 1999.

Article disponible le 30 /06/2012 sur : <http://id.erudit.org/iderudit/401257ar>

Françoise Tulkens :

32) la justice négociée, document de travail du département de criminologie et de droit pénal de l'université catholique de louvain, Belgique, 1995.

Article disponible le 15 /01/2010 sur :

<http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/dh/document/20100316095001414.pdf>

George Levasseur :

33) Le problème de la dépenalisation, Rapport de synthèse, les journées Franco-Italo-espagnoles de la politique criminelle ,Aix-en-provence, Septembre 1982 .

Document disponible le 15 /01/2010 sur :

http://ledroitcriminele.free.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/la_loi_penale/generalistes/levasseur_depenalisation.htm

Jacques Faget :

34) médiation et violences conjugales, champ pénal, vol 1, 2004.

Article disponible le 22 / 5/ 2013 sur : <http://champpenal.revues.org/50>

Jose M.Rico :

35) le droit de punir, criminologie , vol 19 ,n°1 , 1986 .

Article disponible le 01 /05/2011 sur : <http://id.erudit.org/iderudit/0177229ar>

Leclerc :

35) droit des victimes : nouveau droit pénal.

Article disponible le 10 /05/2011 sur : <http://www.ldh-toulon.net/spip.php?article1987>

Marie France Feurbach Steinte :

36) la médiation pénale aujourd'hui : la confusion issue des textes , colloque médiation pénale dix ans après restauration du bien social et réponses judiciaires , Aix en Provence, 24 septembre 2004 .

Article disponible le 16/5/2013 sur : www.iej.u-strasbg.fr

Marie Sylvie Dupont Bouchat :

37) Le crime pardonné- la justice réparatrice sous l'ancien régime, criminologie , vol 32, n° 1, 1999 .

Article disponible le 10 /02/2011 sur : <http://id.erudit.org/iderudit/004719ar>

Robert Cario :

38) la justice restaurative: vers un nouveau modèle de justice pénale, actualité juridique pénale, 2007-2009.

Article disponible le 10/02/2011 sur :

http://criminologie-univ-pau.fr/ficheintervenent_cario.htm

39) de la victime oublié à la victime sacralisé.

Article disponible le 10/02/2011 sur : http://criminologie.univ-pau.fr/intervenent/Robert%20cario/victimologie/ajp_Montpellier_2009.pdf

40) la justice restaurative , dictionnaire des sciences criminelles, 2004 .

Article disponible le 10/02/2011 sur : www.criminologie.univ-pau.fr

Serge Charbonneau et Denis Belveau :

41) un exemple de justice réparatrice au Québec : la médiation et les organismes de justice alternative, criminologie , vol32 ,n° 1, 1999.

Article disponible l 10/02/2011 sur :

<http://id.erudit.org/iderudit/004711ar.www.erudit.org/>

Sophie Corioland :

42) La place de la victime dans le procès pénal. Document disponible le 11/10/2011 sur : <http://www.cdpmf.u-strasbj.fr/16%20d%c3%a9decembre2005%20sc.htm>

Susan Adler :

43) la présentation d'excuses relatives à une faute grave : considération sociale psychologique et juridique.

Article disponible le 30/10/2011 sur

<http://dalspace.library.dal.ca/dspace/bitstream/handle/10222/10273/adler%20research%20apology%20fr.pdf?sequence=4>

Vincent Forray :

44) Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, bibliothèque de droit privé, Igpj, 2007. Document disponible le 20/01/2010 sur : <http://www.decitre.fr/livres/Le-consensualisme-dans-la-theorie-generale-du-contrat.aspx/9782275032146>

فهرس الموضوعات

مقدمة	أ
مبحث تمهيدي: ماهية الرضائية وأسس تطبيقها في المجال الجنائي .	01
المطلب الأول : مفهوم الرضائية وموقف الفقه من تطبيقها في المجال الجنائي .	02
الفرع الأول : محاولة تحديد مفهوم الرضائية .	03
أولاً : تحديد مفهوم الرضائية على ضوء أفكار القانون المدني .	04
أ - الرضائية وفكرتي الرضا والتراضي .	04
1- تعريف الرضا .	05
2- تعريف التراضي .	05
3- علاقة الرضائية بفكرتي الرضا والتراضي .	06
ب - الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة .	07
1- أساس مبدأ سلطان الإرادة .	07
2- أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة .	08
3- العلاقة بين الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة .	08
ج- الرضائية وفكرة العقود الرضائية .	11
1- العقود الرضائية .	11
2- العقود غير الرضائية .	11
3- العلاقة بين الرضائية وفكرة العقود الرضائية .	12
ثانياً : تحديد مفهوم الرضائية على ضوء أفكار القانون الجنائي .	13
أ- المقاربة بين الرضائية والأفكار الحديثة في التجريم والعقاب .	14
1- الرضائية والحد من التجريم .	15
- تعريف الحد من التجريم .	15

- 16..... - مقومات اللجوء إلى الحد من التجريم .
- 17..... - العلاقة بين الرضائية والحد من التجريم .
- 17..... 2- الرضائية والحد من العقاب .
- 17..... - تعريف الحد من العقاب .
- 18..... - صور الحد من العقاب .
- 19..... - العلاقة بين الرضائية والحد من العقاب .
- 19..... ب- المقاربة بين الرضائية والأفكار الحديثة في المجال الجنائي الإجرائي .
- 20..... 1- الرضائية وفكرة التحول عن الإجراء الجنائي .
- 20..... - تعريف التحول عن الإجراء الجنائي .
- 21..... - مقومات اللجوء إلى التحول عن الإجراء الجنائي .
- 22..... - علاقة الرضائية بفكرة التحول عن الإجراء الجنائي .
- 22..... 2- الرضائية وفكرة خصوصية الدعوى الجنائية .
- 22..... - مفهوم فكرة خصوصية الدعوى الجنائية .
- 24..... - أهم مظاهر خصوصية الدعوى الجنائية .
- 24..... - علاقة الرضائية بخصوصية الدعوى الجنائية .
- 25..... ج- محاولة إيجاد مفهوم مستقل للرضائية في المواد الجنائية .
- 28..... الفرع الثاني : موقف الفقه من تطبيق الرضائية في المجال الجنائي
- 28..... أولاً : الإتجاه المعارض لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي
- 28..... أ- تعارض الرضائية مع مبدأ الشرعية .
- 29..... 1- مفهوم مبدأ الشرعية .
- 30..... 2- مدى تعارض الرضائية مع مبدأ الشرعية .

- ب- تعارض الرضائية مع مبدأ المساواة 32
- 1- مفهوم مبدأ المساواة 33
- 2- مدى تعارض الرضائية مع مبدأ المساواة 34
- ج- تعارض الرضائية مع الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الجنائية 36
- 1- دلالة الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الجنائية 37
- 2- مدى تعارض الرضائية مع الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الجنائية 37
- ثانيا : الإتجاه المؤيد لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي 38
- أ- الرضائية تساهم في أنسنة العدالة الجنائية 38
- 1- المقصود بأنسنة العدالة الجنائية 39
- 2- دور الرضائية في أنسنة العدالة الجنائية 40
- ب- الرضائية تعيد الفاعلية للعدالة الجنائية 43
- 1- أسباب عدم فاعلية العدالة الجنائية 43
- 2- دور الرضائية في إعادة الفاعلية لجهاز العدالة 45
- ج- الرضائية تضمن مرونة القانون الجنائي 46
- 1- دلالة مشكلة جمود القانون الجنائي 46
- 2- دور الرضائية في معالجة جمود القانون الجنائي 47
- المطلب الثاني :أسس و أحكام تطبيق الرضائية في المجال الجنائي 49
- الفرع الأول : الأساس الفقهي لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي 49
- أولا: أساس استئثار الدولة بإدارة العدالة الجنائية 49
- أ- الأساس الديني..... 50
- ب- الأساس العقدي 51

- ج- الأساس التاريخي..... 52
- ثانيا: أساس تشارك الدولة مع الأفراد في إدارة العدالة الجنائية . 53
- أ- وجود جرائم عامة وأخرى خاصة . 53
- ب- الموازنة بين المصالح العامة والخاصة . 55
- ج- تكريس الجانب الإنساني للعدالة الجنائية . 55
- الفرع الثاني : أحكام تطبيق الرضائية في المجال الجنائي . 57
- أولا : إشكالية البحث عن أحكام الرضائية في المجال الجنائي . 58
- أ- العلاقة بين القانون الجنائي وغيره من القوانين . 58
- 1- تبعية القانون الجنائي لغيره من القوانين . 59
- 2- ذاتية القانون الجنائي في مواجهة غيره من القوانين . 59
- ب- العلاقة بين القانون الجنائي والقانون المدني . 60
- 1- الرجوع المطلق لأحكام القانون المدني بصفته الشريعة العامة . 61
- 2- عدم الرجوع لأحكام القانون المدني دون إحالة صريحة . 62
- 3- الرجوع المشروط لقواعد القانون المدني . 62
- ثانيا : الأحكام العامة لتطبيق الرضائية في المجال الجنائي . 63
- أ- أساليب التعبير عن الرضا في القانون الجنائي . 63
- 1- الأساليب القانونية للتعبير عن الرضا . 64
- التعبير الصريح عن الرضا..... 64
- التعبير الضمني عن الرضا..... 64
- مدى اعتبار السكوت تعبيرا عن الرضا..... 66
- مدى صلاحية هذه الأساليب للتعبير عن الرضا في المجال الجنائي..... 67

- 67..... 2- التعبير عن الرضا من طرف الغير.
- 67..... - النيابة في التعبير عن الرضا .
- 68..... - المساعدة في التعبير عن الرضا .
- 69..... - مدى جواز التعبير عن الرضا من طرف الغير في المجال الجنائي .
- 69..... ب- شروط صحة التعبير عن الرضا في المجال الجنائي.
- 70..... 1- الأهلية.
- 70..... - أحكام الأهلية في القانون المدني .
- 73..... - أحكام الأهلية في القانون الجنائي .
- 74..... 2- سلامة الرضا من العيوب.
- 74..... - عيوب الرضا في القانون المدني .
- 74..... • الغلط .
- 77..... • التدليس .
- 79..... • الإكراه .
- 81..... • الإستغلال .
- 83..... - عيوب الرضا في القانون الجنائي .
- 83..... • العيوب الماسة بوعي الإرادة .
- 85..... • العيوب الماسة بحرية الإرادة.

الفصل الأول:

تطبيقات الرضائية في المواد الجنائية الموضوعية.

- المبحث الأول : تطبيقات الرضائية في مجال الجريمة. 86.....
- المطلب الأول: فكرة رضا المجني عليه كتطبيق للرضائية في مجال الجريمة. 87.....
- الفرع الأول : ماهية فكرة رضا المجني عليه. 89.....
- أولاً: تعريف رضا المجني عليه . 90.....
- ثانياً: ذاتية فكرة رضا المجني عليه وطبيعتها القانونية . 92.....
- ثالثاً: الصور المختلفة لرضا المجني عليه . 95.....
- أ- الرضا الصريح والرضا الضمني. 96.....
- ب- الرضا الناجز والرضا المعلق على شرط . 96.....
- ج- الرضا بمقابل والرضا بدون مقابل . 96.....
- د- الرضا المطلق والرضا النسبي . 97.....
- هـ- الرضا العام والرضا الخاص . 97.....
- و- الرضا المنفرد والرضا المتعدد . 97.....
- ز- الرضا المؤقت والرضا الدائم . 98.....
- الفرع الثاني: أركان رضا المجني عليه و شروط صحته . 98.....
- أولاً : أركان رضا المجني عليه . 98.....
- أ- أركان رضا المجني عليه بالنظر إلى طبيعته العقدية . 99.....
- 1 - الرضا. 99.....
- رضا المجني عليه . 100.....
- رضا الجاني . 103.....

105	2 - المحل .
108	3- السبب .
109	ب- أركان رضا المجني عليه بالنظر إلى طبيعته الجنائية .
109	1- الركن المادي لرضا المجني عليه .
110	2- الركن المعنوي لرضا المجني عليه .
110	3- الركن الشرعي لرضا المجني عليه .
111	ثانيا : شروط صحة رضا المجني عليه .
111	أ- الشروط الخاصة بالمجني عليه .
111	1- الأهلية .
112	2- الصفة .
112	3- الحرية والإختيار .
112	ب- الشروط الخاصة بالرضا .
113	1- أن يكون الرضا سابقا ومعاصرا للجريمة .
113	2- أن يكون محل الرضا مما يجوز التصرف فيه .
113	3- أن يكون الرضا جديا وغير مخالف للنظام العام .
114	الفرع الثالث: الأساس القانوني لرضا المجني عليه وبعض مشكلاته العملية .
114	أولا : الأساس القانوني لرضا المجني عليه .
115	أ- الأساس الفقهي لرضا المجني عليه .
115	1- قاعدة ليس للراضي أن يتمسك بالضرر .
116	2- فكرة إستعمال الحق .
117	3- فكرة الترخيص القانوني .

- ب- الأساس التشريعي لرضا المجني عليه 118
- 1- عدم وجود أي نص يشير إلى فكرة رضا المجني عليه. 119
- 2- وجود نص عام يعترف بفكرة رضا المجني عليه 119
- 3- وجود نصوص خاصة تتضمن فكرة رضا المجني عليه. 119
- ثانيا : بعض المشكلات العملية المتعلقة برضا المجني عليه 120
- أ- مشكلة تعليق رضا المجني عليه على شرط أو إقترانه بأجل 120
- ب- مشكلة إثبات رضا المجني عليه وكيفية الدفع به 122
- المطلب الثاني : تطبيقات فكرة رضا المجني عليه في القانون الجزائري** 123
- الفرع الأول : تطبيقات فكرة رضا المجني عليه داخل دائرة التجريم .** 123
- أولا :النص صراحة على عدم ترتيب أي أثر على رضا المجني عليه. 124
- أ- جريمة الإتجار بالبشر. 124
- ب- جريمة إستخدام الغير للفسق والدعارة 126
- ج- جريمة إجهاض إمراة حامل 128
- ثانيا - أن يعتبر رضا المجني عليه بالجريمة جريمة أخرى 129
- أ- جريمة الإجهاض 129
- ب- جريمة قبول شيك مزور أو بدون رصيد. 130
- ثالثا: أن يعتبر رضا المجني عليه محلا للجريمة. 130
- أ- التهديد بالتشهير. 131
- ب- جرائم النصب 132
- ج- جرائم التدليس في السلع. 133

- 135..... الفرع الثاني: تطبيقات فكرة رضا المجني عليه كعنصر من عناصر الإباحة.
- 136..... أولاً : رضا المجني عليه في مباشرة الأعمال الطبية .
- 136..... أ- شروط إباحة مباشرة الأعمال الطبية .
- 137..... 1- صفة الطبيب .
- 137..... 2- مراعاة أصول مهنة الطب .
- 138..... 3- قصد العلاج .
- 139..... 4- رضا المريض أو من يمثله قانوناً .
- 139..... ب- رضا المجني عليه ودوره في مباشرة الأعمال الطبية .
- 140..... ثانياً : رضا المجني عليه في ممارسة الألعاب الرياضية .
- 140..... أ- شروط إباحة ممارسة الألعاب الرياضية .
- 140..... 1- أن تكون أعمال العنف مما تستلزمه اللعبة .
- 141..... 2- أن تقع أعمال العنف أثناء مباراة نظامية .
- 141..... 3- مراعاة أصول وقواعد الرياضة .
- 141..... ب- دور رضا المجني عليه في ممارسة الألعاب الرياضية.
- 142..... الفرع الثالث : تطبيقات فكرة رضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة .
- 145..... أولاً : مدى إعتبار رضا المجني عليه سبباً مبيحاً إستناداً إلى المادة 39 ق.ع .
- 146..... أ- مفهوم إذن القانون كسبب من أسباب الإباحة.
- 148..... ب - مدى إعتبار رضا المجني عليه مما أذن به القانون .
- 152..... ثانياً :مدى إعتبار رضا المجني عليه سبباً مبيحاً إستناداً إلى نصوص خاصة .
- 153..... أ- النصوص التي تشترط إنعدام رضا المجني عليه لقيام الجريمة .
- 161..... ب- مدى جواز القياس على النصوص التي تعتد برضا المجني عليه كسبب إباحة.

168.....	المبحث الثاني : تطبيقات الرضائية في الجزاء الجنائي .
169.....	المطلب الأول : ماهية العقوبات الرضائية .
170.....	الفرع الأول : تطور العقوبة من الجبر إلى الرضائية .
171.....	أولاً: العقوبة بين الجبرية و الرضائية في مرحلة الإنتقام .
172.....	ثانياً: العقوبة بين الجبرية و الرضائية في مرحلة العدالة الجنائية الخاصة .
173.....	ثالثاً: العقوبة بين الجبرية و الرضائية في مرحلة العدالة الجنائية العامة.
174.....	أ- العدالة الجنائية العامة التقليدية.
175.....	ب- العدالة الجنائية العامة الحديثة.
176.....	الفرع الثاني : الخصائص العامة للعقوبة الرضائية .
176.....	أولاً: عقوبة لا تطبق إلا بموافقة المتهم .
176.....	أ- شروط الموافقة .
177.....	1- الأهلية .
178.....	2- الإقرار بالجرم .
179.....	ب - صور الموافقة .
179.....	1- الموافقة المباشرة.
179.....	2- الموافقة غير المباشرة .
180.....	ثانياً : عقوبة تسبقها إجراءات خاصة .
180.....	أ - بدائل الدعوى الجنائية .
181.....	ب - الإجراءات الموجزة لإدارة الدعوى الجنائية.
182.....	ثالثاً : عقوبة بديلة في الجرائم البسيطة.
182.....	أ- معيار المصلحة القانونية المعتدى عليها .

- ب- معيار نوع الخطأ المرتكب في الجريمة. 183.....
- ج- معيار نوع ومقدار العقوبة المقررة للجريمة . 183.....
- الفرع الثالث : العقوبة الرضائية في ميزان علم العقاب.** 184.....
- أولا : مدى تلاؤم العقوبة الرضائية مع النظريات العقابية 184.....
- أ- العقوبة الرضائية ونظرية المنفعة الإجتماعية 185.....
- ب- العقوبة الرضائية ونظرية العدالة المطلقة . 186.....
- ج- العقوبة الرضائية و النظرية التوفيقية . 187.....
- ثانيا : مدى تحقيق العقوبة الرضائية لأغراض النظام العقابي . 188.....
- أ- العقوبة الرضائية و تحقيق العدالة . 189.....
- ب- العقوبة الرضائية وتحقيق الردع العام . 191.....
- ج- العقوبة الرضائية وتحقيق الردع الخاص . 192.....
- المطلب الثاني : أنواع العقوبات الرضائية .** 194.....
- الفرع الأول : نظام العقوبات الرضائية غير المباشرة في القانون الفرنسي.** 195.....
- أولا : التسوية الجنائية . 196.....
- أ- مفهوم التسوية الجنائية . 197.....
- 1- تعريف التسوية الجنائية . 198.....
- 2- الطبيعة القانونية للتسوية الجنائية . 198.....
- ب- شروط التسوية الجنائية . 200.....
- 1- الشروط المتعلقة بالجريمة . 200.....
- أن تكون الجريمة المرتكبة مخالفة أو جنحة معاقبا عليها بالغرامة أو بالحبس. 200.....
- أن لا تكون الجريمة صحفية ولا سياسية ولا قتلا خطأ 200.....

- ألا تكون الدعوى العمومية قد حركت بخصوص هذه الجريمة . 201.....
- 2-الشروط المتعلقة بالمتهم . 201.....
- أن يكون المتهم شخصا طبيعيا . 201.....
- أن يكون المتهم راشدا . 201.....
- أن يعترف المتهم بإرتكابه الجريمة . 202.....
- ج- إجراءات التسوية الجنائية . 202.....
- 1- مرحلة الإقتراح . 202.....
- 2- مرحلة التصديق . 204.....
- 3- مرحلة التنفيذ . 205.....
- د- آثار التسوية الجنائية . 209.....
- ثانيا: الوساطة الجنائية . 210.....
- أ- مفهومها. 211.....
- 1- تعريفها . 212.....
- 2- طبيعتها القانونية . 213.....
- ب- شروطها . 214.....
- 1- الشروط الخاصة بالجرائم محل الوساطة الجنائية. 214.....
- إصلاح الضرر الذي أصاب المجني عليه. 215.....
- إنهاء الإضطراب الناشيء عن الجريمة . 216.....
- المساهمة في إعادة إدماج مرتكب الجريمة. 217.....
- 2- الشروط الخاصة بالوسيط . 219.....
- الشروط العامة للوسيط . 220.....

- عدم ممارسة مهنة قضائية 220
- خلو صحيفة سوابقه العدلية من أية إدانة 220
- التخصص 220
- الاستقلال 221
- الحياد 221
- الشروط الخاصة بالوسيط الشخص الاعتباري 222
- ج- إجراءات الوساطة الجنائية 223
- 1- اختيار الوساطة كبديل عن مباشرة الدعوى العمومية 223
- 2 - الحصول على موافقة الأطراف على الخضوع لنظام الوساطة الجنائية 224
- 3- تعيين الوسيط 224
- 4 - تنفيذ عملية الوساطة. 225
- 5- نهاية الوساطة 225
- د : آثارها 226
- المطلب الثاني : العقوبات الرضائية المباشرة في القانون الجزائري .** 227
- الفرع الأول : عقوبة العمل للنفع العام .** 227
- أولا : مفهوم عقوبة العمل للنفع العام 228
- أ- تعريف عقوبة العمل للنفع العام 228
- ب- تمييز عقوبة العمل للنفع العام عن الأنظمة العقابية المشابهة لها 229
- 1- التمييز بين عقوبة العمل للنفع العام وعمل المحبوسين 230
- 2- التمييز بين عقوبة العمل للنفع العام ونظام وقف تنفيذ العقوبة 231
- ثانيا: شروط تطبيق عقوبة العمل للنفع العام 231

- أ- ألا يكون المحكوم عليه بها مسبقا قضائيا . 232.....
- ب- ألا يقل سن المحكوم عليه بها عن 16 سنة 232.....
- ج- ألا تتجاوز العقوبة المقررة قانونا للجرم مدة 3 سنوات حبسا 233.....
- د- ألا تتجاوز العقوبة المنطوق بها مدة عام حبسا نافذا 233.....
- هـ- الحصول على الموافقة الصريحة للمحكوم عليه 233.....
- و- أن لا تطبق إلا بعد صيرورة الحكم أو القرار نهائيا 234.....
- ثالثا : إجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام 234.....
- أ- في حالة إمتثال المعني للإستدعاء. 235.....
- ب- في حالة عدم إمتثال المعني للإستدعاء . 236.....
- رابعا : آثار عقوبة العمل للنفع العام 237.....
- الفرع الثاني : الغرامات الرضائية . 238.....**
- أولا: مفهوم الغرامات الرضائية . 239.....
- أ- تعريف الغرامات الرضائية . 240.....
- ب- الطبيعة القانونية لإجراءات الغرامات الرضائية . 242.....
- ثانيا : شروط تطبيق الغرامات الرضائية . 245.....
- ثالثا : إجراءات الغرامات الرضائية . 245.....
- أ- عرض الغرامة على المخالف . 245.....
- ب- قبول الغرامة من طرف المخالف . 247.....
- ج- تبليغ النيابة بدفع الغرامة . 248.....
- رابعا- آثار الغرامات الرضائية . 248.....

الفصل الثاني :

تطبيقات الرضائية في المواد الجنائية الإجرائية.

- المبحث الأول : رضا المعتدى عليه وأثره على الدعوى العمومية 251
- المطلب الأول : رضا المعتدى عليه ودوره في تحريك الدعوى العمومية 251
- الفرع الأول : الشكوى كإجراء رضائي للمطالبة بتحريك الدعوى العمومية 252
- أولا : تحديد مفهوم الشكوى و تبيان أحكامها. 252
- أ- مفهوم الشكوى وآثارها الإجرائية. 253
- 1- الآثار الإجرائية لإستلزام الشكوى 254
- حالة تعدد الجرائم 255
- حالة تعدد المتهمين 257
- 2- الآثار الإجرائية لتقديم الشكوى..... 258
- ب- الأحكام العامة لنظام الشكوى 259
- 1- مصدر الشكوى 259
- صاحب الحق في تقديم الشكوى 259
- النيابة في تقديم الشكوى..... 262
- 2 - ضد من تقدم الشكوى وإلى من 263
- 3- شكل الشكوى 265
- ثانيا : نطاق تطبيق الشكوى 267
- أ- الجناح المرتكبة من جزائريين في الخارج 267
- ب- في فئة الجرائم الماسة بالأسرة 268
- 1- جريمة الزنا. 268

269	2 - جريمة ترك الأسرة .
270	3- جريمة خطف قاصرة و الزواج بها.
271	ج - في فئة الجرائم الماسة بالأموال
272	1- جريمة السرقة .
273	2- جريمة إخفاء أشياء مسروقة .
273	3- جريمة النصب .
274	4- خيانة الأمانة .
275	الفرع الثاني : الإدعاء المدني كإجراء رضائي لتحريك الدعوى العمومية
276	أولاً: عناصر الإدعاء المدني المحرك للدعوى العمومية
276	أ- الأطراف
277	1 - الشخص المضرور المدعي
280	2- الشخص المتهم المدعى عليه
282	ب- السبب
282	1- أن تكون هناك جريمة قد وقعت من المتهم
283	2- أن يكون هناك ضرر ناتج عن الجريمة المرتكبة
284	3- أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للجريمة
285	ج- الموضوع
285	1- الرد
286	2- التعويض النقدي
287	3- المصاريف القضائية
288	ثانياً: إجراءات الإدعاء المدني المحرك للدعوى العمومية.

288.....	1- الشكوى المصحوبة بالإدعاء المدني
291.....	2- الإدعاء المباشر.....
293.....	المطلب الثاني : رضا المعتدى عليه ودوره في إسقاط الدعوى العمومية .
293.....	الفرع الأول : التنازل عن الشكوى كإجراء رضائي لإسقاط الدعوى العمومية .
294.....	أولا : ماهية التنازل عن الشكوى و أحكامه القانونية
294.....	أ- ماهية التنازل عن الشكوى .
295.....	1- التنازل عن الشكوى وإنقضاء الحق في الشكوى .
297.....	2- التنازل عن الشكوى والتنازل عن الحق في الشكوى
298.....	3- التنازل عن الشكوى وترك الإدعاء المدني .
299.....	ب : أحكام التنازل عن الشكوى
302.....	ثانيا : آثار التنازل عن الشكوى.
304.....	الفرع الثاني : صفح المجني عليه كإجراء رضائي لإسقاط الدعوى العمومية.
304.....	أولا : مفهوم صفح المجني عليه وأحكامه القانونية .
305.....	أ- مفهوم صفح المجني عليه .
306.....	ب- الأحكام القانونية لصفح المجني عليه .
307.....	1- الشخص صاحب الحق في الصفح .
308.....	2- شكل التعبير عن الصفح .
309.....	3- الجهة المختصة بإثبات الصفح .
309.....	- الشرطة القضائية .
309.....	- النيابة العامة .
310.....	- قاضي التحقيق .

- 310..... - قاضي الحكم .
- 311..... 4- آثار صفح المجني عليه .
- 312..... ثانيا: نطاق تطبيق صفح المجني عليه.
- 313..... أ- في فئة الجرائم الماسة بالشرف والإعتبار .
- 314..... 1- جريمة القذف .
- 315..... 2- السب .
- 315..... ب- في فئة الجرائم الماسة بجرمة الحياة الخاصة .
- 317..... ج- في فئة الجرائم الماسة بالسلامة البدنية .
- 318..... د- في فئة الجرائم الماسة بالأسرة .
- 318..... 1- جريمة ترك الأسرة .
- 320..... 2- جريمة الامتناع عن دفع النفقة .
- 320..... 3- جريمة عدم تسليم قاصر إلى حاضنة القانوني .
- 321..... 4- جريمة الزنا .
- 322..... **المبحث الثاني: رضا المتهم وأثره على الإجراءات الجنائية .**
- 322..... **المطلب الأول: رضا المتهم كأساس لإسقاط بعض الضمانات الإجرائية .**
- 324..... **الفرع الأول: الرضا كأساس لإسقاط بعض الضمانات في مجال التفتيش .**
- 324..... أولا: مفهوم التفتيش وتبيان أحكامه .
- 324..... أ- مفهوم التفتيش.
- 325..... 1- تعريف التفتيش.
- 326..... 2- خصائص التفتيش .
- 326..... - خاصية الجبر و الإكراه .

- خاصية المساس بمستودع السر 327
- خاصية إنتاج الأدلة المادية 327
- 3 - الصور المختلفة للتفتيش 328
- تفتيش الأشخاص وتفتيش المساكن 328
- التفتيش الإجرائي والتفتيش غير الإجرائي 329
- ب - شروط التفتيش 330
- 1- الشروط الموضوعية للتفتيش 330
- أن تكون هناك جريمة قد وقعت فعلا 331
- أن يكون هناك دلائل كافية على ضلوع الشخص في الجريمة أو حيازته لأشياء تتعلق بها 332
- أن يكون الغرض من التفتيش البحث عن أدلة تتعلق بالجريمة موضوع التحقيق 332
- 2- الشروط الشكلية للتفتيش 333
- الشروط الشكلية للتفتيش الذي يقوم به قاضي التحقيق بنفسه 334
- الشروط الشكلية للتفتيش الذي يقوم به ضابط شرطة قضائية 337
- ج- الضمانات العامة للتفتيش 340
- 1- ضمان الكرامة الإنسانية 342
- 2- ضمان السلامة البدنية 343
- 3- ضمان احترام الحياء العام 345
- ثانيا : ضمانات التفتيش الجائز التنازل عنها رضائيا 347
- أ- الرضا بتفتيش المسكن دون ضمانة الإذن قضائي 348
- 1- مضمون وقيمة الضمانة المتنازل عنها 349
- ماهية إذن التفتيش 349

- شكل إذن التفتيش . 350.....
- بيانات إذن التفتيش . 350.....
- القيمة القانونية للإذن كضمانة في التفتيش . 353.....
- الطبيعة الدستورية لضمانة الإذن القضائي . 353.....
- ضوابط التفتيش دون إذن قضائي . 355.....
- 2- شروط صحة الرضا بالتفتيش دون إذن قضائي . 359.....
- الأهلية . 359.....
- سلامة الإرادة من العيوب . 361.....
- الصفة . 362.....
- وقت الرضا . 364.....
- شكل الرضا . 365.....
- ب- الرضا بتفتيش المسكن دون ضمانة الميقات القانوني . 366.....
- 1- مضمون وقيمة الضمانة المتنازل عنها . 367.....
- مضمون قاعدة حظر التفتيش ليلا . 367.....
- أهمية قاعدة حظر التفتيش ليلا . 370.....
- 2- شروط صحة الرضا بتفتيش المسكن خارج الميقات القانوني . 372.....
- الأهلية . 372.....
- سلامة الإرادة من العيوب . 374.....
- الصفة . 375.....
- وقت الرضا . 377.....
- شكل الرضا . 378.....

- الفرع الثاني : رضا المتهم كأساس لإسقاط بعض الضمانات في الإستجواب والمواجهة 378
- أولا : التعريف بالإستجواب والمواجهة وشروط صحتها..... 379
- أ- التعريف بالإستجواب والمواجهة 380
- ب- شروط صحة الإستجواب والمواجهة 381
- 1- توافر الصفة في القائم بالإستجواب 382
- 2- عدم التأثير على إرادة المتهم عند إستجوابه 383
- 3- دعوة محامي المتهم لحضور الإستجواب 386
- 4- تمكين محامي المتهم من الإطلاع على أوراق التحقيق 388
- ثانيا : الضمانات الجائز التنازل عنها رضائيا في مجال الإستجواب والمواجهة. 388
- أ- ضمانات حضور محامي أثناء الإستجواب والمواجهة. 388
- 1- مضمون وأهمية الضمانة المتنازل عنها. 389
- مضمون ضمانات حضور محامي أثناء الاستجواب أو المواجهة 389
- أهمية حضور محامي أثناء الإستجواب أو المواجهة 391
- 2- شروط صحة الرضا بالإستجواب أو المواجهة دون حضور محام 393
- الأهلية 393
- سلامة الإرادة من العيوب 394
- الصفة 395
- وقت الرضا 396
- شكل الرضا 396
- ب- ضمانات حضور قاض عند استجواب المتهم من طرف الخبراء 397
- 1- مضمون وأهمية الضمانة المتنازل عنها. 398

- 398..... مضمون حق المتهم في حضور قاض أثناء استجوابه من طرف الخبراء .
- 401..... أهمية حضور قاض أثناء استجواب المتهم من طرف الخبراء.
- 402..... 2- شروط صحة الرضا باستجواب المتهم من طرف الخبراء دون حضور قاض.....
- 403..... - الأهلية .
- 403..... - سلامة الإرادة من العيوب.....
- 404..... - الصفة .
- 405..... - وقت الرضا.....
- 405..... - شكل الرضا .
- 405..... **المطلب الثاني : الرضا لتصحيح بطلان بعض الإجراءات الجنائية**.....
- 406..... **الفرع الأول : ماهية البطلان كجزء إجرائي** .
- 406..... أولاً : تعريف البطلان وتبيان صورته .
- 406..... أ- تعريف البطلان .
- 407..... 1- البطلان والإنعدام .
- 407..... 2- البطلان والسقوط .
- 408..... 3- البطلان وعدم القبول .
- 408..... ب- الصور المختلفة للبطلان .
- 408..... 1- البطلان الكلي والبطلان الجزئي .
- 409..... 2- البطلان الأصلي والبطلان التبعي .
- 409..... 3- البطلان المتعلق وغير المتعلق بالنظام العام .
- 410..... ثانيا : مذاهب تقرير البطلان وموقف المشرع الجزائري منها .
- 410..... أ- البطلان القانوني.....

411	ب- البطلان الذاتي .
412	ج - نهج المشرع الجزائري في تقرير البطلان .
412	1 - حالات البطلان الذاتي .
413	2- حالات البطلان القانوني
414	الفرع الثاني: حالات البطلان الجائز تصحيحها رضائيا.
414	أولا: المقصود بتصحيح بطلان الإجراء الجزائي.
415	ثانيا : الإجراءات الباطلة الجائز تصحيحها رضائيا.
418	ثالثا: شروط صحة الرضا المصحح للإجراء الباطل
418	أ- الأهلية.
419	ب- سلامة الإرادة من العيوب .
419	ج- الصفة .
420	د- وقت الرضا .
420	هـ- شكل الرضا .
421	خاتمة .
425	قائمة المراجع.
444	الفهرس

