

مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي

باحث في القانون العام

المراجعة اللغوية

عبد الواحد تولان

الإيداع القانوني

2011 PE 0113

ملف الصحافة

43/2011

الترقيم الدولي

ردمد X 876 – 2028

المراسلة

العنوان: زنقة 13 الرقم 24 حي قصر البحر 2 ق ج البيضاء 20350

الهاتف: 0665929835

0662557163

البريد الإلكتروني: elanbiredouane@gmail.com

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

د- عبد الرحيم فاضل	:أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء(القانون العام)
د- أحمد حضرائي	: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
د- عبد النبي ضريف	: أستاذ جامعي بكلية الحقوق الدار البيضاء (القانون العام)
د- گولفرنې محمد	: أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
د- إدريس الحياتي	: أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
د- جميلة العماري	: أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
د- وداد لعيدوني	: أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)

قواعد النشر

- 1- المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة علمية أكاديمية محكمة، تهتم بالأبحاث في مجال العلوم القانونية والإدارية، والمعالجة بأسلوب علمي موثق.
- 2- ترسل المقالات وجوبا في شكل ملف مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه، ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج Word Microsoft بنسق RTF. (نوع الخط بالعربية : Arabic Traditional، مفاسه : 14، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : TimesNewRoman، مفاسه : 12)، ويجب أن ترقم الصفحات ترقيماً متسلسلاً :
- 3- ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة اسمه بالعربية وبالحروف اللاتينية؛ وفي حالة وجود أكثر من باحث يتم مراسلة الاسم الذي يجب أن يرد أولاً في ترتيب الأسماء.
- 4- مادة النشر تكون موثقة كما يلي :
- بالنسبة للكتب : اسم المؤلف، "عنوان الكتاب"، دار النشر (الناشر)، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
- بالنسبة للمجلة : إسم المؤلف، "عنوان المقال"، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.
- بالنسبة لمراجع الانترنت : اسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملا (يشمل الملف).
- 5- يحق للمجلة (إذا رأت ضرورة لذلك) إجراء بعض التعديلات الشكلية على المادة المقدمة للنشر دون المساس بمضمونها؛ المجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.
- 6- تُعبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة.
- 7- ونبته على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.
- 8- ترسل المقالات وتوجه المراسلات عن طريق البريد الإلكتروني .

المحتويات

- 4.....افتتاحية العدد
- 5..... دور البدائل في حل أزمة الاكتظاظ بالسجون المغربية / عرباوي سعيدة
- 10..... ضوابط التجريم والعقاب ضمانا للحقوق و الحريات / عبد الصمد الكنا
- تطبيقات المعايير الدولية للمحاكمة العادلة وإشكالية التعارض مع نصوص القانون الأردني والمغربي /
35..... علي أحمد يوسف الشبول
- 42..... أسس جبر الأضرار في العدالة الانتقالية قراءة في تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة / الحسين العويمر
- 54..... الجرائم المتعلقة بمهنة مراقب الحسابات ومسؤوليته الجنائية / مريم بلهوان
- 65..... شروط الوضع تحت الحراسة النظرية / هشام بنعلي
- 90..... رهانات ترشيد الاعتقال الاحتياطي في ظل مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية / احمد ميده
- 96..... هل العقوبات البديلة كفيلة بتحقيق الأهداف المرجوة من وضعها؟ / بوطاهري عبد الرزاق
- "مبدأ ملاءمة المتابعة ما بين الإطار النظري والأساس القانوني " دراسة تحليلية مقارنة / حسن فرحان
104.....
- 118..... الإطار القانوني لمكافحة الجريمة الإلكترونية دراسة مقارنة / عبد المنعم اقبال
- 133..... السياسة الجنائية بالمغرب وانواع العقوبات البديلة لمكافحة الجريمة / محمد الماحي
- قراءة نقدية في الفصل 489 من القانون الجنائي المغربي المتعلق بتجريم الشذوذ الجنسي / مصطفى
142..... ميمون
- دور المجالس الحقوقية والمواثيق الدولية في تفعيل العقوبات البديلة: دراسة مقارنة / هشام بياض
154.....

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين.

ويعد:

يسر مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية أن تضع بين يدي قرائها الكرام عددها الخاص وهي بهذا تخطو بخطى ثابتة بتوفيق من الله سبحانه وتعالى، وترجو بهذا الإسهام المتواضع المساهمة وضع لبنة في صرح البحث العلمي مع مثيلاتها من الإصدارات القانونية والإدارية.

وقد حفل هذا العدد بالعديد من البحوث والدراسات التي نرجو أن نكون قد وقَّعنا في اختيارها والتي تصب محاورها حول السياسة العقابية، سواء على صعيد التشريعات الوطنية والدولية. وإذ نتمنى أن تفتح هذه البحوث آفاقاً للمعرفة والبحث العلمي، الذي يمثل الهدف الأسمى للمجلة وشعارها الأساسي.

ما من شك أن العدد ما كان له أن يصل إلى ما المرجو منه لولا جهود ثلة من الأساتذة الأفاضل، الذين أثروا المجلة بأبحاثهم، وإخوانهم الذين قاموا على مراجعتها وتقييمها، يضاف إلى هؤلاء جميعاً كل من أسهم بجهد في الإعداد أو الإخراج ودعم ولو بكلمة طيبة، فلهم جميعاً من المجلة فائق تقديرها، وعظيم امتنانها، وصادق وعدها بإذن الله بالاستمرار والتطوير، ما بقي تواصلهم ودام تعاونهم.

وما توفيقنا إلا بالله عليه توكلنا وإليه ننيب.

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية

دور البدائل في حل أزمة الاكتظاظ بالسجون المغربية

ذ. عرباوي سعيدة

دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية

محامية متمرنة بهيئة محامي وجدة

مقدمة:

يعد ورش إصلاح منظومة العدالة الجنائية المغربية أحد أهم الأوراش الكبرى المتعددة التي أخذها المشرع المغربي على عاتقه ، والتزم بها أمام المنتظم الدولي.

فبعد أن أبانت العقوبات السالبة للحرية، والتدابير الردعية عن محدوديتها في الحد من الجريمة بدليل ارتفاع نسبة الجريمة وتنوع أساليبها من جهة ، وفي ارتفاع حالات العود في صفوف السجناء من جهة أخرى. أصبح من اللازم الالتفات إلى جدوى هذه العقوبات من أساسها، ومدى نجاحها في تحقيق الغايات المنتظرة منها، لأن المتبع لواقع السجون ببلادنا، وللمسار الإجرامي لعدد من العائدين أصبح يجزم دون تردد بأن السجون أصبحت عن حق مدرسة للمجرمين و حاضنة لشتى أنواع الجرائم. و بالتالي تكون العقوبة السالبة للحرية قد خرجت من الإطار المسطر لها ، لتدخل في علاقة جدلية محورها هل العقوبة السالبة للحرية وسيلة لإصلاح و تهذيب الجاني، أم أنها غاية في حد ذاتها الهدف منها عقاب المجرم عما اقترفه من جرم ؟

لأجل ما سبق وأمام التزامات المملكة الدولية الرامية إلى احترام حقوق الإنسان أصبح من الضروري التفكير الجاد في تفعيل ما لدينا من آليات تشريعية كبداية للعقوبة السالبة للحرية ، واستحداث أخرى في حالات جديدة . وبالتالي حان الوقت كي تتصدر مسألة بدائل العقوبات المكانية الهامة في النقاشين السياسي و القضائي ببلادنا ، حتى يتسنى للمهتمين بالشأن الحقوقي، أو الماثلين أمام أجهزة العدالة الجنائية جني ثمار هذه البدائل و حسن استثمارها واستغلالها بما يضمن عدالة جنائية نزيهة، و بما يحقق أفضل النتائج مقارنة بالعقوبة السالبة للحرية. هذه العقوبة التي أقل ما يقال عنها أنها ذات تكلفة باهظة سواء بالنسبة للحاكم أو المحكوم، فهي تكلف الدولة ميزانية مالية مهمة وتترك آثارها السلبية على المحكوم عليهم إذ تجعلهم فريسة للوصمين الجنائي و الإجتماعي، و قد تمتد في أحيان كثيرة لتتأثر أسرهم كذلك.

ولعل تقرير المجلس الوطني لحقوق الإنسان الصادر في أكتوبر 2012 الذي أكد أن معضلة الاكتظاظ بالسجون المغربية في خطر و يجب تداركها بكافة الوسائل، حتى لا تتفاقم أزمة السجناء و يصبح الوضع كارثيا، جعل التفكير في بدائل العقوبة السالبة للحرية أمرا ضروريا ومستعجلا.

في هذا البحث الذي بين أيدينا و الذي يندرج ضمن موضوع الندوة المخصص لبداية العقوبات في السياسة العقابية المعاصرة، سوف نتحدث عن اكتظاظ السجون في علاقتها المباشرة ببداية العقوبات السالبة للحرية ، وذلك لإثارة أهم النقاط السوداء في مساطرنا التشريعية و التي بسببها تعرف المؤسسات السجنية أزمة الاكتظاظ و على رأسها

معضلة الاعتقال الاحتياطي ، وعدم تفعيل بعض البدائل المتاحة من قبيل المراقبة القضائية ، و التدابير الإصلاحية و العلاجية ، و الإفراج الشرطي ، ...إلخ.

محور البحث يدور حول الإشكالية المحورية التالية : إلى أي حد يمكن القول بأن بدائل العقوبة السالبة للحرية بإمكانها حل مشكلة الاكتظاظ بالسجون المغربية . ومدى نجاعتها في التقليل من حالات العود ؟

لمعالجة هذه الإشكالية سنقسم الموضوع إلى مبحثين :

_ الاعتقال الاحتياطي و مشكلة اكتظاظ السجون .

_ التدابير الإصلاحية و العلاجية و دورها كبديل عن العقوبات السالبة للحرية.

المبحث الأول

الاعتقال الاحتياطي و مشكلة اكتظاظ السجون

إذا كان الأصل أن الانسان لا يحبس إلا بناء على حكم صادر عن جهة مختصة بعد أن يثبت الفعل الإجرامي في حقه ، فإنه استثناء قد يتخذ إجراء الاعتقال الاحتياطي في حق المتهم سواء كان حدثا أو راشدا وذلك قبل صدور حكم بات في حقه ، وهو تدبير استثنائي سالب للحرية بموجبه يودع المتهم بالسجن متى كانت ضرورة التحقيق تقتضي ذلك بمبرر جعل المتهم رهن إشارة القاضي لإجراء الاستنطاق و المواجهة اللازمة إذا خيف أنه لن يحضر مستقبلا لجلسات التحقيق ، كما أن في الاعتقال الاحتياطي حفاظ على أمن المتهم نفسه من أهل المجني عليه ، وحفاظ كذلك على النظام العام إذا كان المتهم يشكل خطرا على المجتمع . وارتباطا بموضوعنا وعن علاقة الاعتقال الاحتياطي بمعضلة اكتظاظ السجون نتساءل عن شروط ومدى هذا الاعتقال .

المطلب الأول

شروط ومدى الاعتقال الاحتياطي

حدد المشرع الجنائي المغربي شروط الاعتقال في المواد 175 إلى 188 ق.م.ج وتتلخص هذه الشروط في ضرورة استنطاق المتهم قبل إعلان قرار الاعتقال ، كما أنه لا يجوز أن يخضع للاعتقال إلا من ارتكب جناية أو جنحة معاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية ، وأخيرا يجب أن تكون أدلة الاتهام كافية لإدانة المتهم بالفعل المنسوب إليه . المشرع المغربي وضع بين يدي قاضي التحقيق إمكانيات مادية بديلة للاعتقال الاحتياطي يفترض إعمالها قبل اللجوء إلى إجراء الاعتقال بما في ذلك الكفالة المالية و أيضا الاستفادة من مختلف التدابير المتاحة . غير أنه في حال تعذر تطبيق تلك البدائل ورأى قاضي التحقيق أن الضمانات الشخصية و المالية غير كافية ، أو أن الأخذ بالتدابير لا ينسجم وخطورة الفعل الإجرامي المرتكب وبالتالي اقتنع القاضي بأن نسبة الإدانة تفوق إمكانية الأخذ بالتدابير آنذاك فقط يتخذ إجراء الاعتقال الاحتياطي بشروطه .

المطلب الثاني

مدة الاعتقال الاحتياطي

وأما مدة الاعتقال فقد حددتها المادة 153 ق.م.ج التي تنص على أنه إذا كانت العقوبة القصوى في القضايا الجنحية تقل عن سنتين حبسا فإن المتهم المستوطن بالمغرب لا يمكن أن يعتقل أكثر من شهر واحد بعد استنطاقه الأول ، و أنه إذا كانت العقوبة القصوى في القضايا الجنحية تساوي سنتين حبسا أو أكثر و في الجنائيات، فإن مدة الاعتقال الاحتياطي لا يمكن أن تتعدى مبدئيا أربعة أشهر وبعد مرور هذا الأجل فإن للقاضي أن يتساءل هل من الواجب الاحتفاظ بالمتهم داخل السجن أم لا؟

أما عن الاعتقال خلال مرحلة المحاكمة فإنه يمكن بعد الإحالة على هيئة المحكمة أن تطول مدة الاعتقال و ليس بالضرورة في هذه الحالة تمديدها و لكن من المفروض أن يصدر قرارا قضائيا بالإفراج المؤقت يضع حدا لهذا الاعتقال.

من خلال ما سبق يتضح بأن مدة الاعتقال الاحتياطي هي مدة طويلة جدا و أن وضعية المعتقل بالسجن تكون شبيهة بالسجين المحكوم عليه وبالتالي تحول السجن من محطة لانتظار التنفيذ أو المحاكمة إلى محطة قد تكون الأخيرة في حياة المحكوم عليه خلق معضلة التضخم والانتكاظ بالسجون مما ينعكس سلبا على وضعية السجناء و يعرقل البرامج التأهيلية و التعليمية الهادفة إلى إصلاحهم و تقويم سلوكياتهم. و لأن الاعتقال الاحتياطي بالغ الأهمية باعتباره اجراء يمس بالحرية الشخصية، فإن السلطة الحاكمة غالبا ما تعمد إلى النطق بعقوبة حبسية تعادل أو تزيد عن المدة الحبسية التي قضاها المعتقل في السجن وذلك بهدف عدم الوقوع في خلل إهدار حقوق المتهم، وبالتالي مطالبته إياها بتعويض يليق بتلك المدة التي قضاها تعسفا في السجن طبقا م 122 من دستور 2011. و الغاية من ذلك حسب بعض الفقه هو نوع من التضامن بين الهيئة الحاكمة وهيئة التحقيق كي لا يؤخذ على هذه الاخيرة كونها اعتقلت المتهم بغير حق.

المبحث الثاني

التدابير الإصلاحية والعلاجية ودورها كبدايل عن العقوبات

رغم أن المشرع نص صراحة في المادة 159 م.ج على أن الاعتقال الاحتياطي هو تدبير استثنائي و أن المسطرة الجنائية الحالية تقدم خيارات بديلة للاعتقال و على رأسها المراقبة القضائية ، وتمنح للقاضي صلاحيات أوسع في الحفظ إعمالا لمبدأ الملاءمة، وكذا صلاحيات المتابعة في حالة سراح و للقاضي أيضا حق النزول عند الحد الأدنى للعقوبة، واستبدال العقوبة السالبة للحرية ببدايل أخرى. إلا أن الواقع لا يوحى بذلك، فباستقراء للإحصائيات الرسمية الصادرة عن مديرية إدارة السجون و إعادة الإدماج يتبين أن نسبة الأشخاص المعتقلين احتياطيا تعادل نصف عدد السجناء المتواجدين في سجون المملكة مما لا محال ينعكس سلبا على أهداف الإصلاح و جودة الخدمات بهذه المؤسسات. فما هي الحلول البديلة؟

المطلب الأول

الحلول البديلة للاعتقال الاحتياطي

مشكلة اكتظاظ السجون ما تزال تعزى أساسا إلى الغلو في اللجوء إلى الاعتقال الاحتياطي، رغم أن البعض يرى أن أسباب تضخم عدد المعتقلين الاحتياطيين يعود إلى إضافة درجة ثانية للتقاضي على مستوى محكمة الاستئناف تختص بالنظر في استئناف قرارات غرفة الجنايات مما أدى إلى تأخير البث في قضايا المعتقلين وليس إلى اتخاذ تدبير الاعتقال في حد ذاته. وأمام هذا الوضع هناك من اقترح أن تلجأ وزارة العدل إلى إعطاء تعليمات للنيابة العامة فيما يتعلق بكل جريمة على حدة حتى يستهدي بها قضاة النيابة العامة و تحد بالتالي من مشكل الاعتقال الاحتياطي. و لأن الاكتظاظ يترك أثره المباشر على السجين و المجتمع وخاصة ما يتعلق بميزانية الدولة، فإن التفكير في بدائل له أصبح أمرا حتميا و ذلك ما نلمسه في الدعوات المتكررة للمتبعين للشأن السجني بالمملكة وأول ما نركز عليه هنا تدبير الوساطة والصلح و التسوية الودية على أن أهمية هذه التدابير تكمن بصفة عامة في الامتيازات التي توفرها لإنهاء النزاع كبديل أنسب عن القضاء إذ تتميز بقلّة شكلياتها و غلبة الجانب الرضائي عليها . كما تطرح أيضا فكرة استثمار المجهودات البشرية للسجناء في الأعمال الاجتماعية و الخيرية لمصلحة المجتمع، أيضا تفعيل دور المؤسسات الصحية و علاج من تظهر عليهم الاضرابات النفسية و كذا الاختلالات العقلية وذلك حفاظا على حقوق المهتم في مقابل اعتقاله، وأيضا تجنبه خطر الوصمين الاجتماعي و الجنائي الناتج عن النزج به في السجن. وارتباطا دائما بمعضلة الاكتظاظ و جب الأخذ بالتدابير الوقائية و أساليب الإصلاح و التهذيب في حق الأحداث الجانحين و الأخذ بالتالي بمفهومي الإصلاح و التقويم في كل ما يخص عدالة الأحداث بدل سياسة العقاب و الإيلام التي لا شك لن تزيد الوضع سوى تأزما سواء ما يتعلق بشخص الحدث أو بالمؤسسة السجنية.

المطلب الثاني

المراقبة القضائية بديل فعال للعقوبة السالبة للحرية

أخيرا ينبغي تفعيل إجراء المراقبة القضائية في بعض الجنح حتى يكون المهتم على مرأى من السلطة. هذه الأخيرة التي تجمع بين الدورين معا، فهي تباشر الرقابة عليه و في الوقت ذاته تحمي المجتمع من شروره. وهنا نؤكد بأن أسلوب المراقبة القضائية يظل أسلوبا متميزا خاصة في الدول المتقدمة حيث نجد المشرع الفرنسي يفعله بشكل كبير سواء بالنسبة للأحداث أو الراشدين ، بخلاف المشرع المغربي الذي يعتبره أسلوبا مكلفا يحتاج إلى إمكانيات مادية و طاقة بشرية مؤهلة للقيام به و الدولة في غنى عن تحمل تكاليفه. لذلك نجدنا نعتمد أسلوب الاعتقال الاحتياطي باعتبارها العقوبة القديمة الجديدة. غير أن الأهم من ذلك كله هو أن الأخذ ببدايل العقوبات حسب الإمكانيات المتوفرة سواء داخل المؤسسات العمومية أو المراكز الصحية او الجمعيات المدنية لا شك سوف يخفف من الطاقة الاستيعابية للمؤسسات السجنية. وبالتالي يساعد الوزارة الوصية على القطاع في ترشيد نفقاتها في مجال الخدمات الصحية و توفير المرافق الحيوية داخل مؤسساتنا السجنية التي أقل ما يقال عنها أنها لازالت تفتقر لأبسط ادوات العيش الكريم.

خاتمة

آخر ما نختم به موضوع بحثنا هو أن العقوبات البديلة عن الإيداع بالسجن تبقى إشكالية ترتبط بعدم التفعيل لا أكثر، موضحين بأن البدائل كانت موجودة ولاتزال وأن المشكل الأكبر ليس في استحداث مؤسسات جديدة أو ابتكار قواعد جديدة وإنما المشكل يتمثل أساسا في عدم تفعيل ما لدينا من ترسانة قانونية وأن القضاء الجنائي يضم وسائل عديدة، لكن من هذا التشريع ما هو ميت، وما هو حبيس الورق ومنها ما هو غير مفعّل بشكل كامل أو مفعّل بشكل معوج.

وفي مقابل ذلك كله، اقترح-المتدخلين- تفعيل ما يتضمنه التشريع و ما يتوفر عليه المجتمع من مؤسسات تقليدية مثل "مؤسسة الأمين، المحتسب، وكذا الغرف المهنية والصناعية والتجارية و الجمعيات المهنية، و بالتالي توسيع نطاق دائرة القضاء المهني مقابل تقليص دائرة التقاضي أمام المحاكم.

ضوابط التجريم والعقاب ضمانا للحقوق والحريات

عبد الصمد الكنا

ملحق قضائي وطالب بصف الدكتوراه

بكلية الحقوق بسلا

تقديم:

يرمي النظام القانوني باعتباره مجموع القواعد التي تنظم سلوك الأفراد و المجموعات و التي تكفل الدولة احترامها عند الاقتضاء عن طريق توقيع الجزاء على من يخالفها، إلى تحقيق غرضين رئيسيين متمثلين في حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام وكفالة المصلحة العامة من جهة، و صون حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة من جهة أخرى¹. و تكمن وظيفة القواعد الدستورية- باعتبارها المجسدة لوحدة النظام القانوني- في بيان طبيعة العلاقة بين الفرد و الدولة، فتحمل في طياتها القيم الأساسية للمجتمع وكذا الحقوق و الحريات العامة وتفرغها في قالب مبادئ نظرية لا تكفي بذاتها لكفالة تطبيق دقيق لها وفرض احترامها على السلطات العامة و الأفراد، فيتدخل المشرع لكي يجرم الإعتداء على هذه الحقوق و الواجبات العامة².

وإذا كانت كافة فروع القانون تدور في فلك تحقيق المصلحة العامة وصيانة الحقوق الفردية، فإن قواعد القانون الجنائي بمفهومه العام أشد هذه الفروع ارتباطا بهدين الهدفين، فبينما تهتم سائر فروع القانون بتنظيم مجالات معينة، نجد أن قواعد القانون الجنائي يتسع مجالها للحياة الاجتماعية بأسرها من خلال حماية المصلحة العامة و ضمان ممارسة الأفراد لحقوقهم، و حتى تتحقق هذه الحماية يجب أن تعبر هذه القواعد أصدق تعبير عن القيم التي يؤمن بها المجتمع فيما يتعلق بالحقوق و الحريات و الواجبات العامة التي يكفلها النظام القانوني للأفراد.

فالقاعدة الجنائية تعبير يفرض به المشرع- باعتباره يجسد الإرادة العامة- إرادته على الكل،³ دون المساس بهذه الحقوق إلا في حدود ما تمليه الضرورة الاجتماعية للتجريم و دون إيجاد قدر من التناسب بين مقدار المساس بالحقوق و الحريات وأهمية المصلحة المشمولة بالحماية⁴.

و معلوم أن جملة من التغيرات الاجتماعية و الاقتصادية والسياسية التي شهدتها المجتمعات المعاصرة منذ بدايات القرن الماضي أفرزت تدخلا متزايدا للدولة في معظم مناحي الحياة، فبرز اتجاه ملحوظ نحو اللجوء إلى التدخل

¹ عصام عفيفي عبد البصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004، ص. 11

² محمد نجيب حسني، الدستور و القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط غير مذكورة، 1993، ص 3

³ عصام عفيفي، م س، ص 12.

⁴ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري (الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية)، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثالثة 1424هـ/2004م، ص 154.

الجنائي ما أدى إلى اتساع نطاق التجريم بغير ضرورة ليشمل أفعالاً ليست بتلك الخطورة والتهديد الذي يهدد أمن المجتمع كما أن القيم والمصالح التي تنالها هذه الأفعال ليست بتلك الأهمية التي يتوقف عليها استمرار المجتمع و استقراره ، فبات هذا التوسع . أو ما يعرف في الأدبيات القانونية المعاصرة وفي الفقه الجنائي خصوصاً بالتضخم التشريعي في المجال الجنائي « Inflation pénale » . الذي لا يستند للضرورة يهدد الحقوق والحريات الفردية إلى درجة الإعتداء الصريح عليها وذلك بالإخلال بمبدأ التوازن بين حماية القيم والمصالح وضرورة احترام المبادئ والضمانات الدستورية التي تحكم عملية التجريم أو من خلال الحياد عن مبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة سواء عند وضع النصوص القانونية أو عند تطبيقها بسبب الأعباء التي تثقل كاهل العدالة الجنائية ما يؤدي إلى التأخير في حسم القضايا ويحول دون قيام القضاء بدوره في ممارسة تفريد العقوبة بالشكل المناسب ، بل أثرت هذه الظاهرة على تفريد المعاملة العقابية أثناء التنفيذ¹

وقد ازدادت ظاهرة الهروب نحو القانون الجنائي تعقيداً بفعل التطور النوعي الجديد الذي شهده الثلث الأخير من القرن الماضي إيدانا بحلول ما يعرف بمجتمع المخاطرة²

و هذه الأسطر تتعرض لضابطي الضرورة و التناسب كمعيارين يؤطران تدخل المشرع الجنائي بالتجريم و العقاب قاصدة التحديد المفاهيمي للضابطين المذكورين، وستساءل على ضوء هذين المفهومين جملة من الضوابط المترتبة عن قاعدة أو مبدأ الشرعية الجنائية في شقها الموضوعي من قبيل قاعدة عدم رجعية النصوص القانونية الجنائية وما ترتبط بها من تطبيق النص الأصلح للمتهم وقاعدة امتناع القياس في الميدان الجنائي ... محاولين الإجابة على السؤال الذي يطرح دائماً كلما تعلق الأمر بالسياسة الجنائية وهو سؤال التوفيق بين ثنائية الأمن و الحرية أي تحقيق الحماية الاجتماعية الإنسانية، وبتعبير أوضح؛ حماية المجتمع القائمة على احترام حقوق الإنسان الفردية ومدى أثر الضابطين المذكورين في ذلك؟ وينبغي قبل الاسترسال في الموضوع الإحاطة ببعض المفاهيم³.

¹ محمود طه جلال ، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، دراسة في استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي و تأصيل ظاهري الحد من التجريم والعقاب ، دار النهضة العربية ،... الطبعة الأولى ، 2005 ، ص . 11

² عبد الحفيظ بلقاضي ، التدخل الجنائي بين التقيد بالحد الأدنى و المد التوسعي الشامل : القانون الجنائي المعاصر والتغيير في النموذج الإرشادي ، مقال علمي منشور بمجلة القصر مجلة فصلية للدراسات والوثائق القانونية ، العدد العاشر ، يناير 2005 ، ص 12 .

⁷ يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الضابط والقاعدة فهذه الأخيرة أعم من الضابط إذ هي عامة شاملة لكل أبواب الفقه بينما الضابط يختص بباب دون غيره ، يشترك الضابط و القاعدة إذا في كونهما أمر أو حكم كلي أو قضية كلية تنطبق على جزئيات ، ومن معاني الضابط كما أشرنا أنه المعيار الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني في الشيء وهو شامل لكل ما يحصر ويحبس ، وتعريف القاعدة والضابط على أنهما قضية كلية أو حكم كلي منطبق بالقوة على جزئيات موضوعها ليست خاصة بالفقه دون غيره من الفنون بل هي عامة تجري في كل فن ، فهناك قواعد أصولية وقواعد نحوية وقواعد قانونية كقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون .

غير أن هذا الفرق بين مصطلحي القاعدة و الضابط لم يكن موضع اعتبار لدى كثير من المؤلفين في القواعد الفقهية حيث أطلقوا على ما جمع من أحكام في باب واحد أو في أبواب مختلفة عنوان القاعدة وأحياناً عنوان الكليات أو الأصول فالملحوظ في كتب الفقه أنهم يطلقون كلمة " قاعدة " في بعض المواطن على فرع مخصوص من الفروع، وكذلك إطلاق الضابط على القاعدة أمر شائع في المصادر الفقهية وكتب القواعد

❖ مفهوم التجريم والعقاب والسياسة الجنائية :

تتمركز سياستا التجريم والعقاب في صلب اهتمام السياسة الجنائية .

أولاً: مفهوم السياسة الجنائية

يُرجع الفقيه الفرنسي ' جورج ليفاسير ' أصل مصطلح السياسة الجنائية للفقيه الألماني الشهير ' فيورباخ FEUERBACH ' الذي استعمله في كتابه الوسيط في القانون العقابي الصادر عام 1803 وعرفها بأنها " مجموع العمليات العقابية التي تتفاعل من خلالها الدولة ضد الجريمة " وبهذا يوضح فيورباخ أن السياسة الجنائية ليست فرعاً ملحقاً بالقانون الجنائي وإنما تدخل في صميمه بل هي القانون العقابي ذاته موجهاً صوب هدف ما أو كما شرح فيورباخ نفسه " الحكمة التشريعية للدولة " La sagesse législative de l'Etat¹

و ترى الاستاذة دلماس مارتى أن تصور مفهوم السياسة الجنائية تطور تدريجياً منذ فيورباخ الذي حصره بنوع من التركيز على القانون الجنائي حتى " مارك انسل " الذي سطر ضرورة أن تدرج أساليب الوقاية من الجريمة ضمن اهتمام السياسة الجنائية إلى جانب النظام العقابي فعرّفها بأنها " مجموع الاساليب . أو العمليات . التي من خلالها ينظم الجسم الاجتماعي أجوبته للظاهرة الإجرامية " ². وتسجل الاستاذة ميراى دلماس أن تصور وأفق السياسة الجنائية توسع من عدة أوجه :

﴿ من مجرد الأساليب العقابية إلى أساليب أخرى خصوصاً تلك التي تقوم على الإصلاح و الوساطة .

﴿ من تفرد الدولة بالسياسة الجنائية إلى جعلها من اهتمام الجسم الإجتماعي برمته شريطة أن يكون تجاوب المجتمع مع الجريمة منظماً بالشكل الذي يستبعد حالة تجاوب معزول عن المجتمع وغير مقبول من طرف المجموعة .

وإن كان التمييز بين القاعدة والضابط يترتب عنه لدى البعض تشبيه الضابط بالقاعدة القانونية والقاعدة الفقهية بالمبدأ القانوني فإننا نستعيز بلفظة " ضابط " للدلالة على مبدأي الضرورة و التناسب Principe de Nécessité et Principe de Proportionnalité ، المبدأين المؤطرين للسياسة التشريعية الجنائية في شقها الموضوعي والإجرائي كما سيأتي. أنظر في ذلك : محمد عثمان شبير ، القواعد الكلية و الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس للنشر و التوزيع ، الأردن ، الطبعة الثانية ، 1428 هـ / 2008 م ، ص 12. نقلاً عن كتاب " الكليات لأبي البقاء الكفوي منشورات وزارة الثقافة السورية سنة 1981 .

الدكتور عادل حاميدي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة المدنية و العقارية في ضوء مدونة الحقوق العينية و قانون الالتزامات و العقود و الفقه الإسلامي ، مطبعة دار السلام، الطبعة الثانية 2015، ص.91 وما بعدها
عثمان محمد غريب، شرح قاعدة ' لا يترك الواجب إلا لواجب ' من قواعد الأشباه و النظائر للإمام السيوطي رحمه الله ، مقال منشور بمجلة كلية الإمام الأعظم، العدد الثاني ، السنة الثانية 2006 الصفحات من 186 إلى 224 أنظر:

موقع المجلات الاكاديمية العلمية العراقية برعاية دائرة

البحث والتطوير - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية .

¹ عبد الرحيم صديقي ، السياسة الجنائية في العالم المعاصر ، دار المعارف للنشر و التوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى 1986 / 1987، ص.38

² Mireille DELMAS-MARTY , Modèles et Mouvements de Politique Criminelle ,Economica ,Paris, 1983 ,P. 13

من مجرد التفاعل وردود الافعال اللاحقة 'réagir' إلى الجواب أو التجاوب 'répondre' حتى يكون إلى جانب رد الفعل التفاعلي فقط 'réactionnelle' اللاحق للجريمة ، الجواب الوقائي الاستباقي¹ .
من التركيز على الجريمة إلى النظر في الظاهرة الإجرامية لتشمل جميع السلوكيات الراضية للأنظمة سواء تعلق الامر بالجريمة او الإنحراف عموما .

فلسياسة الجنائية ذاتيتها التي لا تتحدد فقط بناء على دراسة الظاهرة الإجرامية وكذا نظرة وتجاوب الجسم الإجتماعي حيالها ثم التيار الإيديولوجي السائد وكذا مخرجات صراع التيارات المختلفة في المجتمعات التعددية ، لأن مجرد الوقوف عند وصف هذه العناصر يعني وصف صور السياسة الجنائية Les images وهو ما لا يفي بغرض التحديد ، بل تتحدد السياسة الجنائية بدراسة بنيتها الحقيقية la structure propre à la politique criminelle من خلال الوقوف على الخطوط les lignes التي تتكون منها هذه الصور والتي من خلالها تترابط أو تتعارض² .

وانتهت الاستاذة دلماس مارتى من استعراض هذه العناصر إلى أن اختلافها من نظام إلى آخر يبرز كذلك مجموعة من الثوابت أو اللامتغيرات (les invariants) الكونية التي لا تتغير بتغير المجتمعات المختلفة والتي من خلالها تتحدد بنية السياسة الجنائية ، فالثابت الأول هو أن لأي مجتمع إنساني كان ، مجموعة من القيم les valeurs أو توجهات نحو القيم (des orientations vers des valeurs) تعبر عن المقبول والمرفوض ، يتم تطبيقها في النسيج الاجتماعي حين تتجسد في شكل قواعد أو معايير (des normes) وأن رفض هذه القواعد والمعايير يبرز في كل المجتمعات سواء في شكل الجريمة (infraction) أو الإنحراف (déviance) وتعبر عن هذا الثابت الأول ب :

(الجريمة- الانحراف (Infraction- Déviance) واختصارا (I-D) . أما الثابت الثاني فهو تبعاً لذلك التجاوب المجتمعي تجاه هذا الرفض (الجريمة و الانحراف) فكما أن الظاهرة الإجرامية كونية فإن رد الفعل الاجتماعي المنظم كوني كذلك ويأخذ أشكالاً متعددة في منحيين رئيسيين :

- التجاوب المقرر والمدعم من قبل الدولة (Re) Réponse étatique .

¹ يري استاذ القانون الجنائي و العلوم الجنائية الشهير الدكتور جورج ليفاسير في سلسلة "أرشيفيات فلسفة القانون Archives de philosophie du droit" الصادر سنة 1971 أن المشكلة الاساسية في موضوع السياسة الجنائية هي ؛ هل تدخل الوقاية من الإجرام ضمن نطاق اهتمامات السياسة الجنائية أم أنها تدخل في موضوع مواجهة الأوضاع أو العوامل المؤثرة في ارتكاب الجريمة بإجراءات وقائية مقترحة في إطار السياسة الاجتماعية ؟ . يقدم الاستاذ ليفاسير وجهة نظر غالبية رجال القانون الجنائي الفرنسيين حيث يميلون الى تبني رأي سلفهم 'جارو GARRAUD' الذي مفاده عدم امكانية فصل الوقاية عن العقاب ، مسجلا وجود خطأ في التصور الذهني لموضوع السياسة الجنائية لدى أصحاب الرأي المخالف (دي فابر ، فون ليست ، جيفانوفيتش وفيورباخ) والذين يحصرن موضوع السياسة الجنائية في مجال علم العقاب Pénalogie ، موضحا أنه حتى في إطار النصوص التشريعية يتحقق الدور الوقائي من خلال العقاب على حالات المشاركة وكذا فكرة التشجيع على العدول الاختياري ، والعدر المعفي من العقاب حال التبليغ عن جريمة سياسية موجهة ضد الدولة فيسطر وجهة نظره في كون باب موضوع الوقاية أكثر اتساعا من باب موضوع العقاب على اساس أنه من السهل منع ارتكاب الجريمة الأولى على منع ارتكاب العود على اعتبار أن ظاهرة العود تعبير عن مكنم الخطورة الاجرامية التي لا تفيد الاساليب العقابية في علاجها وإنما التدابير الوقائية ، ثم يخلص الاستاذ ليفاسير إلى تعريف السياسة الجنائية بأنها " علم دراسة الانشطة المختلفة في الدولة بقصد الوقاية والعقاب عن الجرائم " .

أنظر عبد الرحيم صديقي ، م س ، ص. 41 وما بعدها

² Mireille Delmas-Marty , précité , p.14 à 34

- التجاوب المجتمعي (Rs) Réponse sociétale .

فبنية السياسة الجنائية تتشكل بربط هذه المترابطات في أربع مستويات كما يلي :

- الجريمة Infraction - تجاوب الدولة Réponse étatique . (I---Re)

- الجريمة Infraction - التجاوب المجتمعي Réponse sociétale (I---Rs)

- الانحراف Déviance - تجاوب الدولة Réponse étatique (D---Re)

- الانحراف Déviance - التجاوب المجتمعي réponse sociétale (D---Rs)

ويرتبط النظام الجنائي بالمستوى الأول (الجريمة - تجاوب الدولة / I--Re) ، إلى جانب ما تنهجه الدولة من تقنيات القانون الإداري les technique du droit administratif (العقوبات الادارية) ، وتقنيات القانون المدني les techniques du droit civil (الاصلاح المدني la réparation civile) ، وكذا تقنيات الوساطة المراقبة من قبل الدولة (التحكيم الجنائي ، المصالحة حينما يكون الوسيط فيها تابعا للدولة ومعينا من قبلها و/ أو خاضعا لرقابتها) وهذه الآليات الثلاث الاخيرة التي تقع خارج النظام الجنائي يكون لها مكان كلما تعلق الأمر بجريمة ولم تكن هناك متابعة جنائية فيلجأ الضحية إلى التعويض في إطار المسؤولية المدنية ولو لم تحرك الدعوى العمومية ، أو الحالة التي تترتب عن الجريمة اضرار جسمانية بليغة حيث تتدخل الدولة لتعويض الضحية كما هو الأمر في النظام الفرنسي¹.

وعلى هذا فالسياسة الجنائية وفقا لهذا التعريف هي مجموع الإجراءات أو التدابير التي من خلالها يقدم الجسم الاجتماعي أجوبته حيال الظاهرة الإجرامية سواء تعلق الأمر بالأجوبة المرصودة من قبل الدولة (réponses étatiques) من خلال النظام الجنائي أو تقنيات القانون الإداري أو تقنيات القانون المدني أو تقنيات الوساطة ؛ وعبر وظائفها الثلاث التشريعية والقضائية و التنفيذية ، أو تعلق الأمر بالتجاوب المجتمعي (réponses sociétales) شريطة أن يكون هذا الأخير منظما ، وسواء كان هذا التجاوب سابقا أو لاحقا لارتكاب الجريمة شريطة أن يكون هذا التجاوب في مواجهة مرتكب الجريمة في وضعية محددة لا أن يتعلق الأمر بتدابير وقائية عامة تتخذ في إطار السياسة الإجتماعية العامة لا السياسة الجنائية .

وعلى هذا يمكن أن نتحدث عن تجاوب من قبل الدولة حيال الظاهرة الإجرامية من خلال سياستها التشريعية في إطار النظام الجنائي ، هذه السياسة التشريعية تشمل سياسة التجريم وسياسة العقاب وسياسة المنع² ، فسياستي التجريم والعقاب تهتم بمواجهة الجريمة infraction في حين تهتم سياسة المنع بمواجهة الانحراف déviance أو حالات الخطورة الإجرامية états dangereux .

ومن خلال هذه الدراسة المتواضعة سنتعرض للضوابط التي يجب أن تضبط تجاوب الدولة مع الظاهرة الإجرامية من خلال النظام الجنائي وعبر وظيفتها التشريعية ، مقتصرين على التجريم والعقاب على اعتبار أن ما يحكم

¹ Merielle delmas , opc, p.90

² انظر أحمد فتحي سرور ، أصول السياسة الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1982 ، الطبعة غير متوفرة ، ص . 18 وما بعدها

التجريم والعقاب يحكم المنع أو تدابير الوقاية التي تنصرف لمواجهة الخطورة الاجرامية أو الإنحراف ، باعتباره من اهتمامات المشرع الجنائي و السياسة الجنائية عموما بعد أن ننتهي من تعريف مفهومي التجريم والعقاب .

ثانيا : مفهوما التجريم والعقاب

﴿ التجريم والعقاب لغة :

جاء في معنى الجرم في لسان العرب : الْجُرْمُ التَّعْدِيّ وَالْجُرْمُ الذَّنْبُ وَالْجَمْعُ أَجْرَامٌ وَجُرُومٌ ، وهو الْجَرِيْمَةُ وقد جَرَمَ يَجْرِمُ جَرْمًا وَاجْتَرَمَ وَاجْتَرَمَ فَهُوَ مُجْرِمٌ وَجَرِيْمٌ.¹

و للعقاب في اللغة معان كثيرة ، فقد جاء في مادة عَقَبَ : عقب عقبا وعقوبا،...يقال عقب الشيب أي جاء بعد السواد. وجاء في معنى لفظ "عاقب" : عاقب عقابا ومعاقبة بذنبه وعلى ذنبه: أخذ به و اقتص منه، والاسم العقوبة، و أعقبت الرجل أي جازيته بخير و عاقبته أي جازيته بشر، فالعاقبة الجزاء بالخير والعقاب الجزاء بالشر.²

وعلى ذلك فإن لفظ " العقاب" وإن كان يدل على الجزاء فإن من المعاني المشتقة من الجذر اللغوي "عقب" هي الشيء الذي يأتي بعد شيء سابق عليه من حيث الوجود ، فالعقاب هو الجزاء الذي يتلوا اعتبار فعل من الأفعال مجرما .

﴿ التجريم والعقاب اصطلاحا :

﴿ في معنى التجريم

يقصد بمصطلح التجريم (Incrimination) " مواجهة موقف إنساني إيجابي أو سلبي (فعل أو امتناع) بعقاب جنائي لتهديده نمط أو شكل أو تنظيم الحياة في مجتمع معين في وقت معين".³

فالتجريم إذا هو اعتبار فعل ما جريمة بغية رصد جزاء جنائي له ، أي إضفاء الحماية الجنائية على مصلحة معينة تعد من المصالح الإجتماعية ، وتنطوي هذه الأخيرة على المصالح العامة والمصالح الفردية وحماية مصلحة عامة ينطوي على حماية مصالح فردية والعكس صحيح أيضاً⁴، غير أنه حال تعارض المصلحتين تتم حماية المصلحة الجديرة والأولى بالحماية كما سنرى لا حقا.

وقد شاع مصطلح التجريم مع ازدهار علم الإجرام حيث وقع التمييز لدى "جاروفالو" بين ما يعتبر جريمة طبيعية (جريمة جنائية) و ما يدخل في نطاق التجريم من جرائم مصنوعة، فيسمى فعل التجريم في هذه الحالة بالتجريم القانوني باعتباره تصرفا قانونيا من المشرع لفعل أو لموقف لا يشكل في طبيعته الحقيقية أية جريمة جنائية.⁵

¹ لسان العرب لابن منظور ، دار صادر - بيروت ،

² المنجد في اللغة ، علي بن الحسن الهنائي ، تحقيق أحمد مختار عمر - ضاحي عبد الباقي ، عالم الكتب، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1988 ، ص. 518 .

³ عبد الرحيم صدقي ، دور الفلسفة و السياسة الجنائية في تطوير القانون الجنائية / موسوعة صدقي في القانون الجنائي ، المجلد 15 ، الموسوعة الفنية للطباعة و النشر ، ط و السنة غير مذكورة ، ص. 29 وما بعدها

⁴ أكرم نشأت إبراهيم ، السياسة الجنائية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 1429 هـ/ 2008 م ، ص. 39 .

⁵ Garofalo , la criminologie ,Paris , 1982 ,p 1 et suite

فهي تخلو في نظر كاروفالو من أي أثر لإدانة خلقية فلا تعتبر إجراما والعقاب عليها لا يمليه الضمير البشري وإنما تمليه إرادة الدولة.¹

وإذا كان الغالب في الجريمة الجنائية (الطبيعية) صبغة العالمية فإن التجريم القانوني الذي يصطبغ بصبغة المحلية تمليه الضرورة والمنفعة ، كما أن الأساليب العقابية يحكمها ضابط التناسب.²

وإذا كان الافراد يلتزمون في إطار حياتهم الاجتماعية بالتزامات معينة تجاه بعضهم البعض ، فإن هذه الإلتزامات على درجات متفاوتة الأهمية . فمنها ما هو تكميلي مثل التزام كل انسان باداء ما عليه من دين ، ومنها ما هو أولي يتعلق بها كيان المجتمع ووجوده وهي شروط جوهرية في حياة واستقرار المجتمع تستتبع جزاء أكثر شدة ، ومن هنا نشأ التمييز بين التأثيم القانوني وبين التجريم كصورة خاصة من هذا التأثيم تمثل أقصى درجاته ، فالتأثيم مهمة كل فروع القانون بينما التجريم مهمة فرع خاص هو القانون الجنائي³

﴿ في معنى العقاب ﴾

يعرف العقاب في الفقه الجنائي المقارن بوجه عام بأنه الجزاء الموضوع للجريمة وهي شديدة الإرتباط بحقوق الإنسان وحرياته ، فهي تمس حياته في عقوبة الإعدام ، وتمس حرته في التنقل وحقوقه الشخصية في العقوبات السالبة للحرية ، وتمس وضعه المالي و ذمته المالية في عقوبة الغرامة ، لهذا تعددت الإتجاهات الفلسفية التي بحثت أساس مشروعية حق العقاب وكان لكل اتجاه فلسفي مفهومه الخاص النابع من تقديره للأمور.⁴

وعليه نتناول في مطلب أول ماهية الضرورة و التناسب على أن نخصص المطلب الثاني لتطور الضابطين وأثرهما في حماية الحقوق والحریات .

المطلب الأول: مفهوم ضابطي الضرورة والتناسب

سبقت الإشارة في مقدمة هذه الدراسة ونحن بصدد التمييز بين مفهوم الضابط والقاعدة الفقهيين ومقارنتهما بالقاعدة والمبدأ القانوني ، إلى أننا نستعمل لفظ "ضابط" للدلالة على معنى المبدأ القانوني أو القاعدة الفقهية باعتبار أن القاعدة الفقهية يقابلها في معناها المبدأ القانوني ، وبناء على هذا التحديد المفاهيمي نسترسل في بيان ضابطي الضرورة والتناسب في اللغة والفكر القانوني والفقه الإسلامي كذلك.

¹ رمسيس هنام ، نظرية التجريم في القانون الجنائي . معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة غير متوفرة ، 1971 ، ص . 42

² عبد الرحيم صدقي ، م س ، ص . 30

³ رمسيس هنام ، م س ، ص . 8 وما بعدها .

⁴ عبد الرحيم صدقي ، م س ، ص . 57

ترى الاستاذة ميراي دلماس . من خلال المفهوم الموسع الذي وضعته للسياسة الجنائية . أن الجزاء الذي تضعه المجموعة الإجتماعية لمخالفة قيمها المتجسدة في قواعد محددة ، ليس بالضرورة سلبيا ، وليس قانونيا بالضرورة ، فكل حمل على الخضوع للقواعد يشكل جزاء ، لكن هذا الجزاء يجب أن يتجسد في شكل قاعدة تتحقق من خلال طابعها الملزم ولو لم تكن قانونية ، وتدخل المؤلفة أشكال الوساطة وتقنيات القانون المدني والاداري وتعتبرها جزاء كلما تعلق الأمر بجريمة ولو لم تجابه بالعقوبة بمفهومها الجنائي الصرف .

الفقرة الأولى : مفهوم الضرورة لغة واصطلاحا

أولا : الضرورة في اللغة

جاء في معنى "الضرورة" في لسان العرب ؛ الضَّرُورَةُ اسمٌ لمصدرِ الاضْطِرَارِ تقول حَمَلْتَنِي الضَّرُورَةُ على كذا وكذا وقد اضْطَرَّ فلان إلى كذا وكذا . بِنَاؤُهُ افْتَعَلَ فَجَعِلْتَ التَّاءَ طَاءً لِأَنَّ التَّاءَ لَمْ يَحْسُنْ لَفْظُهُ مَعَ الضَّادِ . وقوله عز وجل فمن اضْطُرَّ غيرَ باغٍ ولا عادٍ أي فمن أُلْجِيَ إلى أكلِ المَيْتَةِ وما حُرِّمَ وَضِيْقَ عَلَيْهِ الأَمْرُ بالجوع ، وأصله من الضَّرَرِ وهو الضَّبِيقُ والاضْطِرَارُ الاحتياجُ إلى الشيءِ وقد اضْطَرَّه إليه أَمْرٌ ورجل ذو ضارورةٍ وضُرورةٍ أي ذو حاجةٍ وقد اضْطَرَّ إلى السَّيِّءِ أي أُلْجِيَ إليه .¹

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

الضَّرُورَةُ: اسم لما يتميز به السَّيِّءُ من وجوب أو امتناع، وهي خلاف الجواز و المعلوم بالضرورة: الثابت بصفة قطعية.²

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

ثانيا : الضرورة في الاصطلاح .

1/ الضرورة في الفقه الإسلامي

تطلق الضرورة عند المتكلمين على ما لا يفتقر إلى تطرد واستدلال ، حيث تعلمه العامة ، يقال هذا معلوم

بالضرورة أي بالبدية . ويراد بها عند الفقهاء و الأصوليين الحاجة الشديدة الملجئة إلى مخالفة الحكم الشرعي.³

وعلى هذا يتبين أن الضرورة اجتمع فيها أصلان :

الأول أنها من قبيل المصلحة ، وهذا ما دل عليه كونها "حاجة شديدة" ، حيث إنها اختصت بأعلى درجات المصلحة وأقواها وهو كونها مصلحة ضرورية .

أما الثاني فهو كونها سببا من أسباب الرخصة وهذا معنى كونها " ملجئة إى مخالفة حكم شرعي .⁴

و المصالح تتنوع بحسب عدة اعتبارات وحيثيات ، فباعتبار قوتها في ذاتها تنقسم إلى الكليات الخمس المشهورة (حفظ الدين والنفس و العقل والنسل و المال) ، ويتفرع عن كل كلية ما هو ضروري وحاجي وتحسيني وما هو مكمل لذلك الضروري و الحاجي والتحسيني . وباعتبار لحوقها بكل الناس تكون المصلحة عامة أو خاصة ، وباعتبار تأكد وقوعها أو

¹ لسان العرب لابن منظور ، م س ، ص .

² أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ،

³ محمد بن حسين الجيزاني ، حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر ، الطبعة الثانية 1424 هـ / 2003 م ، ص . 8 ويحيل على كتاب " الكليات " وهو معجم في المصطلحات والفروق اللغوية لمؤلفه أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي المتوفى سنة 1094 هجرية .

⁴ محمد بن حسين الجيزاني ، م س ، ص . 8 و9 ، ويحيل على كتاب المستصفي للإمام أبو حامد الغزالي ص . 251 وكذا الاشباه والنظائر للإمام السيوطي ص . 77 و 78

عدمه ودرجات ذلك التأكد تكون حقيقية أو وهمية ، وتكون قطعية أو ظنية وباعتبار شهادة الشارع تكون معتبرة أو ملغاة أو مرسلة¹.

و الضرورة أقصى مراتب المصلحة المرسلة أهمية² و المصلحة المرسلة مناط اجتهاد المجتهدين في الزمان والمكان وتتفاوت مراتبها فتكون ضرورية أو حاجية أو التحسينية :

و المراد بالمصلحة المرسلة الضرورية: ما كانت المصلحة فيه في محل الضرورة؛ بحيث يترتب على تفويت هذه المصلحة تفويت شيء من الضروريات أو كلها.³

فالمصالح الضرورية: هي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية و الدنيوية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا وضاع النعيم وحل العقاب في الآخرة ، وقد روعيت هذه الضرورات في الإسلام من ناحيتين؛ تحقيقها وإيجادها ثم المحافظة عليها . وكما تكون مراتب المصالح ضرورية تكون حاجية وتحسينية، فالمصالح الحاجية: هي التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج ودفع المشقة عنهم ، بحيث إذا فقدت وقع الناس في ضيق دون أن تختل الحياة ، وقد لوحظ أن جميع أقسام التشريع الإسلامي يبدوا فيها مظهر رفع الحرج. أما التحسينية: فهي الأمور التي تقتضيها المروءة ومكارم الأخلاق أو التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات⁴.

و بناء على ما تقدم يمكن أن نخلص إلى أن الضرورة في الشريعة الإسلامية هي الحالة التي يقع فيها المساس بمصلحة شرعية معتبرة أو مرسلة تكون ضرورية بحيث إذا وقع المساس بها اختل النظام الاجتماعي، وقد راعى الشارع الحكيم هذه الضرورات (الدين والنفس والعقل والنسل والمال) من خلال تحقيقها وإيجادها ابتداءً، ومن خلال المحافظة عليها بالزجر عن المساس بها ومنح الرخصة في إتيان المحظور لمن وقع الخطر أو الاعتداء لديه على مصلحة من هذه المصالح.

ويقترّب من هذا المعنى مفهوم الضرورة la nécessité في الفكر الجنائي الحديث .

فلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية و الفقهاء و الفلاسفة و المفكرين الوضعيين على أن مراعاة المصالح و حمايتها هي الهدف الذي يسعى إليه أي تشريع، ولكن الخلاف بينهم يدور حول معيار المصلحة المحمية أو مقياسها، فهو بالنسبة للشريعة معيار مضبوط بسلامة مصالح الآخرة، ومن ثم لا مجال لاضطرابها بين الميول والأحاسيس ، في حين أن المعيار لدى الوضعيين دنيوي قوامه الخير والشر وفق تقدير الوجدان البشري⁵

¹ نور الدين بن مختار الخادمي، " الاجتهاد المقاصدي حججه ضوابطه مجالاته"، الجزء الثاني كتاب الأمة، سلسلة تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، رجب 1419 هـ، السنة الثامنة عشرة، الرقم 66، ص 45.

² تعرف المصالح المرسلة بأنها " الأوصاف التي تلائم الشارع ومقاصده، ولكن لم يشهد دليل معين من الشرع باعتبارها أو بإلغائها ويحصل من ربط الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة". أنظر كتاب الموافقات للإمام الشاطبي الجزء الأول ، ص.39، وكتاب المستصطفى ص 251.

³ محمد بن حسين الجيزاني ، م س ، ص 24

⁴ وهبة الزحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الرابعة 1405هـ/1985

م ، ص 52.

⁵ محمود جلال طه ، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، م س ، ص 137.

2/ الضرورة في الفكر الجنائي الحديث

استطاع الفقهاء المسلمون أن يدركوا في وقت مبكر علاقة المصلحة بالتشريع ووجدوا أن المصالح غاية التشريع، وقسموا المصالح ورتبوا حسب أهميتها إلى مصالح ضرورية وأخرى حاجية وثالثة تحسينية، واعتبر كثير منهم المصلحة المرسله مصدرا للتشريع وجعلوا المصالح مراتب وأقسام وبعضها أهم من بعض¹.

"و المصالح الضرورية هي التي إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد و تهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة و النعيم و الرجوع بالخسران المبين"²

وعلى خلاف ما كان سائدا عند علماء الشريعة من اهتمام بالمصلحة وإقامة التشريع على أساسها في وقت مبكر فإن الفكر القانوني الوضعي الذي ازدهر في الغرب ظل يربط التجريم والعقاب بمبادئ القانون الطبيعي و العدالة المطلقة، ولم يلتفت إلى المصلحة إلا في القرون الأخيرة، وذلك عندما نادى "بنتام" بأن القانون الذي يحكم الإنسان هو قانون اللذة و الألم أي أن هدف الإنسان في الحياة هو الحصول على اللذة وتجنب الألم، وهذا هو الأساس الذي ينبغي أن تبني عليه سياسة التجريم والعقاب ، وتابع "اهرنج" نفس الاتجاه الذي سار عليه بنتام في ربط القانون بالمصلحة ووصل إلى مذهبه النفعي بعد دراسته للقانون الروماني حيث خرج منها بأن عظمة القانون الروماني ليست في منطقته بقدر ما هي في معالجته للأفكار طبقا للحاجات و الاهداف الإجتماعية، ثم عرف المصلحة بمثل ما عرفها به "بنتام" أي أنها البحث عن اللذة وتجنب الألم ، وجعل هدف القانون حماية المصالح سواء كانت فردية أو اجتماعية، والهدف النهائي للقانون هو مصلحة الجماعة³.

على أن المحطة الأكثر تطورا في الاتجاه النفعي كانت نظرية "روسكو باوند" في المصالح ، والذي انطلق من حيث توقف اهرنج ، فقال: إن الظروف الإجتماعية التي تحدث عنها اهرنج و التي يتكفل القانون بحمايتها لا تقتصر على القيم المادية، بل تشمل القيم المعنوية أيضا كحرية الاعتقاد و الكرامة ...، ولم يقف باوند هنا بل خطا خطوة أكثر جرأة عندما قام بتصنيف المصالح الاجتماعية إلى ثلاث مصالح كلية هي الملكية العامة، و الملية الخاصة، و الحقوق العامة يتفرع عنها العديد من المصالح الفرعية، و القانون في نظره تنظيم اجتماعي يسعى لاشباع أكبر قدر من الاحتياجات الاجتماعية بأقل قدر من التضحيات وهكذا تبلورت فكرة المصلحة في نطاق التجريم⁴

وفكرة المنفعة سواء في مجال الفلسفة أو في مجال القانون هي رد فعل على مذهب القانون الطبيعي الذي ظل سائدا في العصور الوسطى و حتى القرن الثامن عشر.⁵

وهكذا تبلورت فكرة المصلحة في التنظيم القانوني عندما أعيى الدوران فيما وراء الطبيعة عقول المفكرين و انتقلوا إلى الواقع ولم يجدوا غير المنافع و المصالح، ووجدوا أن القانون يفصل قواعده في مصالح متنازعة، أما العدالة المطلقة فوهم، فتغليب مصلحة على مصلحة يكون عادلا أو غير عادل في حدود الأوضاع لا بشكل مطلق وغير محدود،

¹ منصور رحماني ، علم الإجرام والسياسة الجنائية ، دار العلوم للنشر ، الجزائر ، الطبعة غير متوفرة ، 2006 ، ص 176

² أبو إسحاق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، دار المعرفة بيروت ، لبنان ، الجزء الثاني ، ص 8 .

³ أحمد محمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم ، شهادة دكتوراة منشورة من طرف دار المعارف ، القاهرة ، مصر ، 1959 ، ص 104 .

⁴ محمود جلال طه ، م س ، ص 140 .

⁵ محمود جلال طه ، م س ، ص 139 .

وهذه العدالة النسبية هي التي تلقي على الإنسان عبئا ضخما هو أن يختار لنفسه القيم التي تقوده في تقدير المصالح. ولم يعد رجل القانون يتفهم القانون في ضوء ما وراء الطبيعة بل في ضوء الحقائق ، ومن زاوية الحاجات والمطالب التي تسود حياة الفرد وحياة المجتمع ويسعى إلى تحقيق هذه الحاجات وإجابة هذه المطالب وإيجاد التوازن بينها بالأداة القانونية المنظمة المحققة للضبط الإجتماعي¹.

وقريبا من التمييز الذي يقيمه فقهاء الشريعة الاسلامية بين المصالح ودرجة أهميتها من خلال دورها الإجتماعي (ضرورية، حاجية، تحسينية) كما رأينا سلفا يقترح "ديجي" Duguit معيارا في تقييم المصالح والقائم على الوظيفة الاجتماعية التي تؤديها المصلحة للمجتمع، وهو معيار معتدل ومناسب -عكس ما وضعه الفلاسفة القدامى- لأنه يساعد على رسم سياسة تشريعية واضحة ودقيقة للمصالح اللازمة للمجتمع في ضوء الحاجات الاجتماعية وقدرة المصالح على إشباع هذه الحاجات، فضلا عن أنه يعتبر وسيلة عملية وسهلة للترجيح و المفاضلة بين المصالح الاجتماعية المتعارضة. وفيما يتعلق بالمصلحة محل التجريم فلا بد أن تكون هذه المصلحة على جانب من الأهمية تكون مبررا للحماية الجنائية². و التجريم كما سلفت الإشارة إلى ذلك هو إكساء صفة اللامشروعية على سلوك ما يشكل اعتداء أو خطرا على المصالح الأساسية التي يتوقف عليها استقرار المجتمع واستمراره، فمحل التجريم إذا هو السلوك، و مناطه هو المصلحة³. و التجريم هو أقصى درجات التاثيم القانوني فهو ينصب على كل سلوك يبلغ في جسامته حد الإخلال بالتزام أولي يتعلق به كيان المجتمع أي أنه شرط جوهري من شروط كيان الحياة الاجتماعية ، وهذا الإخلال يتمثل في الإضرار بهذا الشرط أو تعريضه للخطر ، فالسلوك المجرم يلحق ضررا بركيزة من ركائز الوجود الاجتماعي، كما أن هذا الركيزة أو هذا الشرط يلحقها خطر تكرار السلوك إما من فاعل الجريمة ذاته أو من آخر غيره. فبينما يكفل القانون الجنائي وجود واستقرار الحياة الاجتماعية فإن القوانين الأخرى تكفل لتلك للحياة ذاتها فوق ذلك مقومات الحسن والكمال⁴. ولا يقتصر التجريم على المصالح الضرورية أو الشروط الجوهرية لوجود الكيان الاجتماعي كما يسميه الدكتور رمسيس بهنام ، بل يمتد للضرب على كل سلوك يعد خطوة في الطريق المؤدي إلى ذلك الإضرار وذلك الخطر من باب التحوط والوقاية⁵.

فأساس التجريم في السلوك هو إخلاله إما بركيزة أساسية أو أولية للكيان الاجتماعي أو بدعامة معززة لهذه الركيزة ، وقد تكون هذه الركيزة أدبية معنوية كما تكون مادية ، فيعد من قبيل الركيزة الأساسية على سبيل المثال عدم أخذ مال الغير خلسة ، بينما تعتبر دعامة معززة للركيزة ذاتها الالتزام بعدم صنع مفاتيح مصطنعة مما يستخدم في فتح الأبواب والخزائن دون علم ورضا مالكيها. كما يعد الالتزام بالحفاظ على مال الإنسان وجهده من الاقتطاع منه بطريق

¹ منصور رحمانى ، م س ، ص 176 . ويحيل على كتاب الفقيه القانوني الامريكي الشهير " روسكوباوند " :

Criminal Justice in America. By Roscoe Pound 1945 .

² محمود جلال طه ، أصول التجريم و العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، دراسة في استراتيجيات استخدام الجزاء الجنائي وتأصيل ظاهري الحد من التجريم والعقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الاولى 2005 ، ص 142 .

³ محمود طه جلال ، م س ، ص 108 .

⁴ رمسيس بهنام ، م س ، ص 11 وما بعدها

⁵ رمسيس بهنام ، م س ، ص 19 .

الغش عن طريق نقد لا قيمة له ولا يساوي شيئاً ركيزة أولية للوجود الاجتماعي، في حين أنه يكون دعامة معززة ومكاملة لهذه الركيزة الامتناع عن تزيف النقد بل عن مجرد صنع أو إحراز أدوات هذا التزيف.¹

ويقوم الدكتور رمسيس هينام تمييزاً بين ما يعتبر دعامة معززة لمصلحة ضرورية يسميها بالركيزة الأولية للوجود الاجتماعي وبين ما يعتبر من باب الحسن والكمال، ويرى أن معيار التمييز ميسور، فهو -أي التمييز- يتوقف على إحساس الجماعة ذاتها في مكانها وزمانها، فما لا تطبيق الجماعة الحياة بدونها يعد من ركائز الوجود أو الدعائم المعززة لهذه الركائز، وما تشعر بمجرد المفض في الإخلال به يتمثل على العكس في مقومات الحسن والكمال التي لا يكون مجالها التجريم وإنما التأثيم القانوني.²

ففكرة الضرورة الاجتماعية للتجريم إذا تفيد أن الفعل محل التجريم يشكل ضرراً أو خطراً اجتماعياً، أي أن الفعل يمس بحق أو مصلحة ضرورية و جديرة بالحماية نظراً لأهميتها الاجتماعية، أو أن الفعل مقدمة للمساس بهذه الركيزة أو المصلحة من خلال مساسه بدعامة معززة لهذه المصلحة. وهي فكرة نسبية تتوقف على نظرة المجتمع وما يسوده من قيم وثقافات، و اختلال معيار التجريم يؤدي إلى نتيجة مؤداها أن القانون لم يعد يعبر عن القيم السائدة في المجتمع تعبيراً صحيحاً³

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

و على هذا لا يجرم فعل إلا إذا كان منتهكاً قيمة أو مصلحة للجماعة و تتوافر فيه أركان الجريمة طبقاً للسياسة الجنائية المتبعة. ولا تمس حريات و حقوق الفرد عندما ينسب إليه ارتكاب فعل مخالف للقانون، إلا بالقدر الضروري للدفاع عن القيم و المصالح التي يحميها المجتمع، و بهذا لا تضار الجماعة في قيمها و مصالحها من أجل الفرد و باسم رعاية حرياته و حقوقه، ولا تهدر هذه الاخيرة دون ضرورة تقتضيها حماية قيم الجماعة.⁴

فضابط الضرورة و التناسب يحقق الدور الاجتماعي للقانون الجنائي، فنصوص التجريم تعبر عن القيم الاجتماعية التي يؤمن بها المجتمع لحماية مصالح ضرورية متعلقة بوجوده وأمنه، وهي بذلك ليست ثابتة جامدة بل تتغير بتغير المصالح و القيم⁵

¹ رمسيس هينام، م س، ص 25.

² رمسيس هينام، م س، ص 25.

³ أشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دراسة منشورة في مجلة الدستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا بمصر العدد 13 سنة 2008، ص 4.

⁴ حسين جميل، حقوق الانسان و القانون الجنائي، معهد البحوث و الدراسات العربية، 1981، ص 10.

⁵ عصام عفيفي عبد البصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004، ص 120.

و القانون الجنائي بحسابه انعكاسا حقيقيا للشعور الإجتماعي في المجتمع يقتضي أن هذا الشعور هو معيار السلوك ، فتصبح فعلا مجرما كل ضروب السلوك التي يرى مجتمع منظم في مرحلة معينة من مراحل تطوره ضرورة تجريمها و ترتيب الجزاء عليها، فهو أي القانون الجنائي بمثابة " الترمومتر " للتفكير الخلفي و الإجتماعي للمجتمع.¹ وقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي مبدأي الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب استنادا إلى المادة الخامسة والثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، فقد نصت المادة الخامسة على أنه " لا يجوز للتشريع أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع، كما نصت المادة الثامنة منه على أن التشريع لا يمكنه أن يفرض سوى عقوبات ضرورية على وجه الدقة و اليقين² .

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

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

و أكدت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان لسنة 1950 ضابط الضرورة و أوضحت المواد من 18 إلى 11 منها أن ممارسة الحقوق و الحريات يمكن أن تخضع لشروط أو قيود أو جزاءات ينص عليها القانون مما يعد تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي لحماية الأمن الوطني و وحدة الكيان الإقليمي للدولة أو للمحافظة على الأمن العام، أو

¹ السيد يس ، السياسة الجنائية المعاصرة ، دراسة تحليلية لنظرية الدفاع الإجتماعي ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، ص.138

² تنص المادة الخامسة على ما يلي :

« La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »

وتنص المادة الثامنة على الآتي :

« La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

أنظر لمزيد من التفصيل ؛

Droit pénal et droit constitutionnel (Exposé fait lors de la visite au Conseil d'un groupe de magistrats judiciaires) , Janvier 2007 - Source : Services du Conseil constitutionnel vu :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/penalconstit.pdf

الدفاع عن النظام، أو منع الجريمة أو حماية الصحة أو الأخلاق أو حماية حقوق الغير في مواجهة إفشاء الأسرار الخاصة أو لضمان استقلال سمعة وحيدة القضاء.¹

و نجد مقتضيات مراعاة الضرورة الإجتماعية و التناسب متجسدة في نص الفصل السادس من دستور المملكة لفتاح يوليوز سنة 2011 الجديد حينما نص على أن: "القانون هو و أسى تعبير عن إرادة الأمة. و الجميع أشخاصا ذاتيين و اعتباريين بما فهم السلطات العمومية متساوون أمامه و ملزمون بالامتثال له...".

فالقانون أسى تعبير عن إرادة الأمة إذ يصدر عن السلطة التشريعية المنتخبة من طرف الشعب، و يجسد مبدأ "السيادة للأمة"، لأنه من المفروض أن يعكس رغبتها و اختيارها لنمط العيش، وهو أداة لتنظيم المجتمع و ضمان تساكُن و تعايش مكوناته المختلفة و حماية مصالح و حقوق و حريات الأفراد و الجماعات داخله، و إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، و تحقيق عنصر إلزامية هذه القواعد في الضمير الجمعي.² و لا شك أن عنصر الإلزام يستلزم و يستدعي مراعاة الضرورة الاجتماعية في التجريم.

كما نجد ضابط الضرورة في نص الفصل 23 من الدستور حيث ينص على أنه: "لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص و اعتقاله إلا في الحالات و طبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون...".

ولا شك أن أفراد المجتمع تلحقهم مخاطر التجريم والعقاب إن لم يكن في حدود الضرورة التي يجب أن تقدر بقدرها فلا يقع المساس بالحقوق والحريات إلا بالقدر الضروري الذي يتناسب مع درجة أهمية المصلحة أو الحق الذي يقع المساس به، ومن ثم يجب مراعاة التناسب بين الهدف من التجريم وهو حماية الحقوق و الحريات التي يلحقها الضرر أو الخطر، وبين ما يتعرض له من يتسبب في الضرر أو الخطر من أخطار بسبب التجريم وكذلك الشأن بالنسبة للعقوبات التي تعبر عن التجريم فإنها يجب أن تكون متناسبة مع الهدف من التجريم والعقاب،³ فلا ضرورة بدون تناسب⁴

الفقرة الثانية : مفهوم ضابط التناسب

أولا:التناسب لغة

تفيد لفظة تناسب في اللغة معاني التوافق و التلائم و التكافؤ و التماثل و التساوي، فهي مصدر لفعل تَنَاسَبَ، أي توافق وتلائم وتكافئ. وفي الرياضيات يفيد تساوي نسبتين⁵.

وجاء في المعجم الوسيط في معنى نَسَبَ : تَنَاسَبَ الشَّيْئَانِ: تشاكلا، ناسب الأمرُ أو الشيءُ فلاناً: لاءمه ووافق مِرَاجَهَ، و التَّنَاسُبُ: التَّشَابُهُ¹

¹ أحمد فتحي سرور، م س، ص. 129 وما بعدها.

² كريم لحرش، الدستور الجديد للمملكة المغربية – شرح و تحليل – سلسلة العمل التشريعي و العمل القضائي (3) مكتبة الرشاد، طبعة 2012، ص. 20.

³ عصام عفيفي عبد البصير، م س، ص. 117.

⁴ Delmas marty, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le jurisprudence, colloque des 25 et 26 mai 1989 au conseil constitutionnel, Paris, P.U.F 1989,p.161

⁵ معجم العربية الكلاسيكية و المعاصرة، يوسف محمد رضا، مكتبة لبنان، الطبعة والسنة غير متوفرة، ص. 45.

فالتناسب بمعانيه اللغوية المشار إليها قانون عام يسري على مناحي الوجود المادي و الإنساني معاً، فالتوازن والتلائم و التكافؤ بها تنتظم الحياة وبأضدادها تضطرب .

ثانياً:التناسب اصطلاحاً

﴿ لدى فقهاء الشريعة الاسلامية :

لقد وضع فقهاء الشريعة الاسلامية عديد القواعد التي تفيد معنى التناسب الذي نحن بصدده ، فقد ورد في كتاب قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام أن : " المصالح و المفاصد في رتب متفاوتة ، وعلى رتب المصالح تترتب الفضائل في الدنيا و الأجور في العقبى ، وعلى رتب المفاصد تترتب الصغائر و الكبائر وعقوبات الدنيا و الآخرة"² و يقرر الإمام الشاطبي في كتابه الاعتصام : " إن المعاصي منها صغائر ومنها كبائر ، ويعرف ذلك بكونها واقعة في الضروريات ، أو الحاجيات أو التكميليات ، فإن كانت الضروريات فهي أعظم الكبائر وإن وقعت في التحسينيات فهي أدنى رتبة بلا إشكال ، وإن وقعت في الحاجيات فهي متوسطة بين الرتبتين"³.

وفي قضية الموازنة بين المصالح فإن المقرر لدى فقهاء الشرع الإسلامي أنه "إذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا في التقديم و التأخير " كما أنه إذا اجتمعت مصالح غير متساوية فإن "اعتبار مصلحة يلزم منها مفسدة أولى من اعتبار مصلحة يلزم منها عدة مفاصد " كما إنه من المقرر أنه " إذا اجتمعت مصالح ومفاصد فإذا أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاصد فعلنا ذلك امثالاً لامر الله تعالى فيهما لقوله : (فاتقوا الله ما استطعتم) (سورة التغابن 16) . وإن تعذر الدرء و التحصيل فإن كانت المفسدة اعظم من المصلحة درأنا المفسدة و لا نبالي بفوات المصلحة ، قال الله تعالى : (يسألونك عن الخمر و الميسر قل فيهما إثم كبير و منافع للناس و إثمهما أكبر من نفعهما) سورة البقرة، الآية: 211⁴ . فكما أن التناسب مقرر في العقوبة و الجزاء مقرر ابتداءً في الموازنة و الترجيح بين المصالح .

﴿ مبدأ التناسب في الفكر القانوني الحديث :

برز مبدأ التناسب و الحاجة إليه في سياق ما عرف بأزمة مبدأ الشرعية، المبدأ الذي طبعته في البداية المبالغة في التجريد. فقد كان المبدأ نتيجة لتعسف القضاة الذي في ما قبل الثورة الفرنسية، فسلب كل سلطة تقديرية في مجال تقدير العقوبات، وقد أدى هذا التزمّت إلى أن واجه القضاة ألواناً عديدة من الحرج حينما يرتكب المتهم الجريمة فيتحتم توقيع عقوبة قاسية جداً بغض النظر عن ظروف المتهم، فلم يجد هؤلاء حرجاً في بعض الحالات من أن يحكموا بالبراءة درءاً للخضوع لعقوبة يرونها قاسية و غير ملائمة لظروفه فأصبح القاضي مجرد آلة لا وجدان لها، وأمام هذا الوضع كان

¹ المعجم الوسيط ، إعداد مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، 1998

² قواعد الاحكام في مصالح الأنام ، الجزء الاول ، مؤلفه أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسليمان العلماء (المتوفى: 660هـ) ، راجعه وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد ، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة ، طبعة جديدة منقحة 1414هـ - 1991 م ، ص . 41 و 42

³ كتاب الاعتصام ، الجزء الثاني ، مؤلفه إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي أبو إسحاق ، تحقيق، سليم بن عيد الهلالي ، دار ابن عصفان، السعودية ، الطبعة الأولى ، 1412هـ - 1992م ، ص . 388

⁴ قواعد الاحكام في مصالح الأنام ، م س ، ص . 101 و 110 و 127

لا بد من توسيع سلطات القاضي التقديرية مع إحاطتها بقيود تحول دون تعسفه، وكان الحل هو تفريد القوبة سواء في مرحلة التشريع أو في المرحلة القضائية أو في مرحلة تنفيذ العقوبة تحقيقاً لتناسب الجريمة والعقوبة.¹

ويقيم بعض الفقه تمييزاً بين التناسب و التوازن بحسبان هذا الأخير ضابطاً عاماً مؤطراً للنظام القانوني وسابقاً في إعماله على مبدأ التناسب الذي يعني تناسب الجريمة والعقوبة، ومن ثم يكون للتوازن حضور في مرحلة التجريم أي في شق القاعدة القانونية المتعلق بالتكليف (التجريم) باعتبار أن التوازن هي العلاقة بين القيم والمصالح المتباينة في أهميتها الاجتماعية والتي تقوم على أساس تقييم القيم والمصالح ودراستها في ضوء أهمية دورها الاجتماعي وصولاً إلى تنظيم أو فض ما قد ينشأ بينها من صراع، وعلى نحو يشبع حاجات الفرد و المجتمع. و التوازن بين هذه الحقوق والمصالح باعتبارها وظائف اجتماعية لها دورها في تحقيق التضامن الاجتماعي، فإذا كانت المصحتان الضروريتان تؤديان نفس الدور الاجتماعي كانتا متساويتان من حيث الجدارة بالحماية فينبغي الموازنة بينهما ويسمي التوازن هنا بالتوازن بالتساوي وإذا كان العكس تعينت المفاضلة بينهما فيسي التوازن هنا بالتوازن بالمفاضلة.²

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

ومبدأ التناسب لا تقوم الضرورة في التجريم إلا به، بحيث لا يكفي توافر الضرورة فيتم التجريم دون الموازنة بين ضرورة حماية هذه المصلحة وضرورة حماية مصلحة معينة أخرى، وهنا يبرز مبدأ التناسب كما يبرز في العقوبة عند التشريع وعند التطبيق، فمبدأ التناسب في ذاته ذو قيمة دستورية شأنها شأن القيمة التي تتمتع بها سائر الحقوق و الحريات و المصالح العامة لأنه بالانضباط لهذا المبدأ يتم احترام كافة القيم الدستورية التي نالت حماية الدستور بطريقة منطقية متوازنة.³

وبناء على ذلك يحقق ضابطاً للضرورة و التناسب في التجريم و العقاب الدور الاجتماعي للقانون الجنائي، فنصوص التجريم تعبر عن القيم الاجتماعية التي يؤمن بها المجتمع لحماية وجوده و أمنه وسائر مصالحه، والقضاء الدستوري يقع عليه عبء مراقبة مشروعية الضرورة و التناسب في التضحيات التي تتحملها القيم التي يقوم عليها النظام الدستوري، فسلطة المشرع في تقدير الضرورة و التناسب في التجريم و العقاب ليست مطلقة وإنما تحدها

¹ عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها في ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشركة الشرقية للنشر و التوزيع، بيروت 1971، ص 67.

² محمود جلال طه، م س، ص 195 وما بعدها ويحيل على الدكتور نجيب حسني في مؤلفه؛ شرح قانون العقوبات اللبناني. القسم العام. ص 181.

³ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، دار الشروق، القاهرة، 1999 ص 472.

الغايات التي استهدف الدستور تحقيقها فالضرورة و التناسب ضابطين ومعياريين دستوريين يجب الالتزام بهما وقد ربطت المحكمة الدستورية العليا بين الضرورة و التناسب فقالت : " لا يجوز أن يؤتمر المشرع أفعالا في غير ضرورة اجتماعية ولا أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة " كما جاء في قرار آخر : " اتخاذ الجزاء الجنائي أداة لحمل الناس على إتيان الأفعال التي يأمرهم بها أو التخلي عن تلك التي ينهاهم عن مفارقتها إذا كان مبررا من وجهة اجتماعية ولم يجاوز حدود الضرورة التي اقتضتها ظروف الجماعة في مرحلة من مراحل تطورها " ¹

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

☞ التقييد بالحد الأدنى للتدخل الجنائي فلا تجريم إلا لضرورة معتبرة .

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

كما أن تقييد التدخل الجنائي بالحد الأدنى ينسجم مع المنطق النفعي للدولة المعاصرة الذي يقضي بضرورة تحقيق أكبر قدر من الرفاه بأقل تكلفة ممكنة ² أي أن تكلفة التجريم والعقاب يجب أن تتناسب مع درجة أهمية المصلحة المحمية ولا تتجاوزها .

☞ حسن تعبير النصوص الجنائية عن الضمير الجمعي

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

☞ ضابط التناسب بين العقوبة والجريمة

❖ خلاصة :

الخلاصة العامة التي يمكن الاستناد إليها في دراسة القيود الواردة على حق الدولة في التجريم والعقاب هي أن هذه القيود تنقسم إلى قسمين قيود موضوعية أو مادية ، وقيود شكلية ³ ، فالقيود المادية سابقة منطقا وعقلا على القيود الشكلية ، فهذه الأخيرة مجرد قالب للقيود الموضوعية .

¹ قرار المحكمة الدستورية العليا بمصر في 2000/06/03 في القضية رقم 145 لسنة 18 قضائية دستورية ، وقرارها بتاريخ 1996/02/17 مجموعة أحكام الدستورية العليا ، ج 7 رقم 22 ص 393 أشار إليها عصام عفيفي ، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، م س ، ص 122 و 123 .

² عبد الحفيظ بلقاضي ، م س ، ص 19 .

³ عبد الحفيظ بلقاضي ، م س ، ص 18 .

يرى الدكتور عبد الحفيظ بلقاضي في دراسته المشار إليها سلفا أن القيود التي ترد على حق الدولة في العقاب تنقسم إلى قسمين رئيسيين ، قيود شكلية تتحدد على اساسها شروط ممارسة هذا الحق و التي لا يجوز تجاوزها وهي تدور جميعا في فلك قاعدة أصلية واحدة قوامها

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

فمبدأ الشرعية الجنائية الذي مؤداه أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، هو ضابط شكلي ظهر في سياق تاريخي كإطار يقي من التحكم، فالجريمة والعقوبة يجب أن تفرغ في قالب قانوني يصل إلى علم الجميع، والجريمة والعقوبة تخضع ابتداء للضرورة والتناسب وعلى هذا فالشرعية الجنائية تكريس وتعزيز شكلي للضابطين الموضوعيين المذكورين. فالتشريع في مجال الحقوق والحريات يخضع لمبدأ أو قاعدة الشرعية الجنائية، و المبدأ كما ظهر في الثقافة القانونية الغربية نتاج لصراع طويل بين الفرد و الدولة، بين ثنائية الأمن و الحرية، هذا الصراع الذي تمخض عنه في النهاية استئثار البرلمان -باعتباره يجسد إرادة الشعب- بسلطته في التشريع في مجال الحقوق و الحريات وهو ما يعبر عنه بمبدأ الانفراد التشريعي La réserve de loi أي أن أي تشريع في مجال الحقوق و الحريات يتطلب موافقة أطراف العقد الاجتماعي.¹

فتمت علاقة وثيقة بين انفراد التشريع وحماية الحقوق و الحريات ، فالسلطة التشريعية تمارس بواسطة ممثلي الشعب صاحب السيادة لذلك كان طبيعيا أن يستأثر التشريع الصادر عن هذه السلطة بضمان الحقوق و الحريات وقد عبر عن ذلك المجلس الدستوري الفرنسي بعبارة قصيرة في إحدى قراراته تقول " بأن سلب الحرية يتعلق بالمشرع"²

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

الأول مفاده أن تحديد الجرائم والعقوبات تدخل ضمن الإختصاص التشريعي وهو ما يمكن تسميته بضابط الإنفراد التشريعي في التجريم والعقاب La réserve de la loi³، ومعناه أن تنظيم الحقوق و الحريات ورسم حدودها يكون بواسطة ممثلي الشعب، ولا تتدخل السلطة التنفيذية في المساس بهذه الحقوق و الحريات دون موافقة السلطة التشريعية الممثلة للشعب سلفا، فالتشريع على هذا النحو هو السند الذي يتوقف عليه تنظيم ممارستها وحدودها، إذ

الشرعية الجنائية ، وقيود مادية تنصب على مضمون الحق نفسه وتنظمها القاعدة الاصلية التي تقضي بضرورة تقييد التدخل العقابي بالحد الأدنى . ويحيل بدوره على MUNOZ CONDE \ GARCIA ARAN , 1996 , p 163

¹ عصام عفيفي ، م س ، ص . 45 وما بعدها

² عصام عفيفي عبد البصير ، م س ، ص . 46

³ Droit pénal et droit constitutionnel , (Exposé fait lors de la visite au Conseil d'un groupe de magistrats judiciaires) , Janvier 2007 - Source : Services du Conseil constitutionnel , p . 2 ; vu :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/penalconstit.pdf .

وأشارت الدراسة إلى قرار المجلس الدستوري الصادر في 28 نونبر 1973

يمثل التعبير عن موافقة الشعب من خلال النظام النيابي عما يمكن القيام به في مجال يتعلق به وحده وهو الحقوق والحريات¹.

❖ الضابط الثاني المتفرع عن ضابط أو مبدأ الشرعية الجنائية هو وضوح النص القانوني الجنائي أو اليقين القانوني الجنائي²

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

فإذا كان من المطلوب التقيد بالتفسير الحرفي للنص الجنائي فإن ذلك يفترض الدقة من جانب المشرع في التعبير عن إرادة الجماعة وهو أمر كثيرا ما لا يتوفر سواء من حيث الشكل أو الموضوع، وكثيرا ما تشوبه تناقضات جلية، ولا يمكن أن يطلب من القاضي ترديد هذه الأخطاء فعليه أن يبحث عن إرادة واضع القانون. ومن ناحية أخرى فإن إرادة المشرع التي ضمنها بالنص ليست مبدا جامدا محكوما بالوقائع الاجتماعية المتوافرة وقت وضع النص بل هي إرادة متطورة بتطور الوقائع الاجتماعية طالما انها تراعي المصلحة الاجتماعية الضرورية المحمية بالنص، ذلك أن هذه المصلحة تبلور إرادة المشرع وتحدد تبعاً لها نطاق تطبيق نصوصه، والقانون لم يصنع لأجل الحاضر فقط بل يمتد للمستقبل مما يفرض تفسير معنى النص في ضوء التغيرات الاجتماعية. على أنه لا ينبغي المبالغة في ذلك حتى لا يفترض القاضي إرادة القانون، بل يلتزم دائما بالإرادة الحقيقية أو المفترضة افتراضا منطقياً على ضوء الوقائع الاجتماعية الجديدة، مع احترامه للصيغ المستعملة بالنص تحقيقاً للاستقرار والأمن القانوني وهو يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض³ و إذا أعملنا هذا المنهج فإنه لا شك يسعف في تقديم الحلول الصحيحة بوجه خاص عندما يعبر القانون عن فكرة متحركة متطورة بحسب طبيعتها، مثل النظام العام والآداب العامة و الاختراعات العلمية التي تصلح محلاً أو أداة للجريمة⁴

و إذا كان من ضوابط شرعية التجريم والعقاب عدم رجعية النص القانوني الجنائي، وكان القانون الأصلح للمتهم استثناء على هذا الأصل بحيث كلما تعلق الأمر بعدة قوانين -بالمعنى التقني للقانون- صادرة عن السلطة التشريعية ولم يتعلق الأمر مثلاً بلوائح صادرة عن السلطة التنفيذية بتفويض من سلطة التشريع، وجب تطبيق النص الأصلح للمتهم -فإن هذا الأخير- لا يكون صالحاً للمتهم في الحالة التي يخفف فيها من العقوبة أو يعوض عقوبة الحبس النافذ بالحبس الموقوف التنفيذ أو يُحل الغرامة محل الحبس أو يجعل من الجناية جنحة وما إلى ذلك، بل إن القانون يكون صالحاً للمتهم بالنظر لظروف الجريمة وشخصية المجرم ودرجة أهمية المصلحة اجتماعياً وبالتالي فالضرورة والتناسب قد تفرض أن يكون النص الذي يشدد العقوبة أو يشدد وصف الجريمة هو الأصلح لمتهم معين، حتى يتحقق

¹ عصام عفيفي عبد البصير ، ص 47 وما بعدها

² Droit pénal et droit constitutionnel ,pc , p.4

³ عصام عفيفي ، م س ، ص 56 و57

⁴ أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، م س ، ص 86

الردع العام والخاص ويستصلح المجرم، فمسألة القانون الأصلح للمتهم مسألة واقع يراعى فيها ضابط الضرورة و التناسب بحيث ينظر إلى درجة أهمية المصلحة اجتماعيا فيطبق القانون المتناسب مع الفعل. فمثلا إذا كان القانون الجديد يلغي وقف التنفيذ وأنقص مدة العقوبة فإن القانون القديم يعتبر أصلح للمتهم إذا كانت ظروف الجريمة وشخصية المتهم تدعوا إلى إيقاف التنفيذ، هذا بخلاف الحال بالنسبة لمتهم آخر لا يستحق إيقاف التنفيذ، فإن القانون الجديد يعتبر الأصلح له.¹

وإذا كان من نتائج مبدأ الشرعية أو ضابط النصية عدم جواز اللجوء للقياس، فإنه هذه النتيجة لا تتعارض مع تطبيق النصوص لصالح المتهم، تحقيقا للضرورة والتناسب، ومن هذه النصوص تلك التي تقرر أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو موانع العقاب أو الأعذار القانونية المخففة، ففي هذه الحالات لا يؤدي القياس إلى الإفتتات على سلطة المشرع وحده في التجريم وفرض العقاب، بل هو استصحاب على الاصل العام في الافعال و هو الإباحة²، والقياس في هذا المجال هو تأكيد لهذا الاصل العام ومن ثم كان جائزا، وقد استقر القضاء الفرنسي على إجازة القياس لصالح المتهم ومن أمثلة ذلك أنه قاس على السرقة بين الأصول والفروع والأزواج التي لا تؤدي إلى غير التعويض المدني (المادة 380 من القانون الجنائي الفرنسي) جرائم النصب وخيانة الامانة³. كما استخلص القضاء الفرنسي أن حالة الضرورة تعتبر من أسباب الإباحة رغم عدم وجود نص خاص بهذا المعنى وشأن القضاء الفرنسي في ذلك شأن القضاء المصري.⁴

المطلب الثاني: أثر الانضباط للضرورة والتناسب في تحقيق الحماية الاجتماعية الإنسانية

يكمن الرهان أمام واضعي النصوص الجنائية و مطبقها -وهي معادلة صعبة بطبيعة الحال - في التوفيق بين مصلحة الفرد في إنسانيته وحرياته و حقوقه، و مصلحة الجماعة في قيمها و مصالحها و أهدافها . و سؤال التوفيق هذا هو الأساس الذي تنبني عليه فكرة الحدائة التي تستهدف مشاركة الإنسان الفردية و الجماعية في بناء المؤسسات التي ينتهي إليها وصولا إلى الموازنة المطلوبة بين الحريات الأساسية و المنافع الإجتماعية و الإقتصادية الأكثر ملائمة له ، بعبارة أخرى يكمن سؤال الحدائة في التوفيق بين أنانية القناعات البدائية و الحاجة إلى التضامن⁵.

و إذا كانت الضرورة هي الاساس الذي يقوم عليه تدخل المشرع في تقييد الحقوق والحريات، فإن التناسب هو الأسلوب الأنجع الواجب اتباعه في بناء قواعد التجريم.⁶

¹ عصام عفيفي ، م س ، ص 69.

² تعتبر القوانين الجنائية كل ما لم ينص على منعه وتجريمه فهو مباح ، في حين ان المباح في الفقه الإسلامي هو ما دل الدليل الشرعي على التخيير فيه أو حكم الحكم العادل بذلك في حدود قواعد الشرع وبحسب تقدير المصلحة العامة للناس . أنظر في ذلك : نظرية الضرورة الشرعية ، مقارنة مع القانون الوضعي ، م س ، ص 25.

³ عصام عفيفي ، م س ، ص 64

⁴ محمد أبو العلا عقيدة ، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد ،

⁵ Abdelaziz Jazoli , Production normative et liberté ; constitution et droit pénale ;source de documentation La source —rabat ,1995 ,p. 16

⁶ محمود جلال طه ، م س ، ص 270.

فالنظام القانوني يقوم على التوازن بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى وهو ما يتحقق بالتناسب بين كل من الاثنين بين حماية الحقوق الفردية و بين المصلحة المتمثلة في النظام العام . فالنظام العام يقتضي تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب الذي يخضع كذلك للضرورة الإجتماعية أي ضرورة حماية المجتمع كمصلحة دستورية و إلا فالمشرع سيلجأ إلى الاسراف في استخدام السلاح العقابي مما يؤدي إلى ما يسمى بالتضخم العقابي الذي لا يستند إلى ضرورة . ومن جهة أخرى فإن الفرد يتعرض لمخاطر التجريم والعقاب إذا لم يحسن وضع ضوابط دقيقة له تحافظ على التوازن المطلوب، و لا يجوز أن يكون هذا التوازن مدخلا للعصف بالحقوق والحريات على نحو يسوده التحكم وهذا يتطلب إيجاد تناسب بين قدر المساس بالحقوق والحريات والمصالح المحمية التي تبرر هذا المساس، وبهذا التناسب تتحقق الحماية الاجتماعية الانسانية أي حماية المجتمع القائمة على احترام حقوق الانسان و يتحقق الأمن القانوني بوصفه مظهرا لسيادة القانون بدونه تختل هذه السيادة و يهتز مبرر وجودها.¹ كما ترتبط مشروعية استعمال العقوبة تبعا لذلك بمدى احترام النظام القانوني لقاعدة التناسب بين الجريمة والجزاء في كل الظروف والأحوال.²

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

و ليؤدي معياري الضرورة و التناسب وظيفتهما في صيانة الحقوق والحريات و ضمان التوازن بينها وبين الواجبات العامة يجب أن تتصف نصوص التشريع بالوضوح والتحديد ، فلغة المشرع يجب أن تكون واضحة ودقيقة وبسيطة يفهما الناس على اختلاف مداركهم وثقافتهم و أفهامهم ، لأن اللغة المعقدة تجعل القانون مغلقا ، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهما . وهكذا لا ينبغي أن يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله في ظروف مختلفة ؛ كما أنه إذا عبر عن معنى بلفظ معين وجب ألا يتغير هذا اللفظ إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى.³ و لا شك أن القضاء باعتباره ضامن الحقوق والحريات يضطلع بدور أساسي في صيانتها بالإعمال السليم للضرورة و التناسب .

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

¹ أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري (الشرعية الدستورية في قانون العقوبات : الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية) ، دار الشروق ، القاهرة ، الطبعة الثالثة 1424 هـ / 2004 م ، ص.154 ، أنظر كذلك في معنى الحماية الاجتماعية الانسانية ، أصول السياسة الجنائية ، لنفس المؤلف ، ص. 135

² مبراي دلماس مارتى ، معي الدين امزازي، التحولات الممكنة للسياسات الجنائية العربية، حوار منشور من طرف المجلس الوطني لحقوق الإنسان، ص.45

³ أشرف توفيق شمس الدين ، م س ، ص 26.

الحرية للفرد و تأكيد المساواة ما أدى إلى عدم التناسب بين العقوبة و الجريمة بسبب اختلاف الظروف الشخصية للمجرمين. و قد حاولت السياسة الينوكلاسيكية تلافي هذا العيب، فنادت بمراعاة هذه الظروف عند فرض العقوبة إلا أنها اتخذت حرية الاختيار ضابطا لتحديد هذه الظروف، و هو ما أثبتت نتائج علم الإجرام عدم صحته، على اعتبار أنه من غير المنطقي تحقيق العقوبة على من تضعف إرادته بينما قد يؤدي هذا الضعف إلى اعتياده على الإجرام، ولم يصلح لهذا العيب إلا التفريد التنفيذي للعقوبة ، لأنه لا جدوى لهذا التفريد إذا لم يكن القضاء بها قائما على تفريد قضائي سليم.¹

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

و تبني فكرة الخطورة الإجرامية مع المدرسة الوضعية أصبح التناسب المطروح بين الخطورة الإجرامية ورد الفعل حيالها متجسدا في التخلص من المجرم الذي يستحيل إصلاحه، أو إصلاحه بواسطة تدابير تتخذ ضد حالة نفسية لا ضد فعل من أفعاله ارتكبه يقينا ، الأمر الذي يعرضه للخطر.²

و قد جاء الإتحاد الدولي لقانون العقوبات الذي تأسس عام 1880 على يد البلجيكي "برنس" و الألماني "ليست Liz" و الهولندي "هامل"، و كان أهم ما ميز الإتحاد في ميدان التوازن بين الحقوق و الحريات و المصلحة العامة هو إحاطة التدابير الإحترازية بالضمانات و اشتراط أن يكون فرضها بالحكم القضائي و بناء على قانون³ حتى لا تنتهك الحقوق تحت غطاء الضرورة .

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

الامتثال لا خضوعا تحت تأثير الإكراه و إنما تنفيذا لحقه في هذا التأهيل. و رفض هذا الإتجاه الأخذ بالتدابير المانعة ما لم تتوفر الضمانات اللازمة لحماية الحرية الشخصية مؤكدة أن المشكلة في التوفيق بين مبدأ الشرعية و هذه التدابير المانعة، الأمر الذي يتطلب عدم فرضها إلا للضرورة القصوى وفقا لضمانات كافية طبقا للقانون. كما وقف هذا الإتجاه ضد مسار إضفاء الصفة الإجتماعية على القوانين الجنائية الذي كان يتم في النظم اللاتينية بخلق جرائم مادية متعددة، و الحقيقة أن الدفاع الإجتماعي لا يرمي إلى محاربة هذا الإتجاه في ذاته، لكنه طالب بأن لا يتم ذلك على حساب الكائن الفرد، و إذا كان التخطيط أصبح ضروريا في القرن العشرين فإنه لا ينبغي أن يؤدي إلى تسلط الدول على الأفراد.⁴

¹ أحمد فتحي سرور ، م . س ، ص . 161

² أحمد فتحي سرور ، م . س ، ص . 163

³ أحمد فتحي سرور ، م . س ، ص . 165

⁴ السيد يسن ، م . س ، ص . 137

و في غمار هذه التيارات المختلفة ، ظهر اتجاه إلى عدم وجوب الإعتماد على قانون العقوبات و حده في معضلة الجريمة¹ و اعتبار كافة قطاعات المجتمع مسؤولة عنها، إلى جانب الجمعية الدولية للدفاع الاجتماعي، و في ضوء هذه النظرة ظهرت سياسة اللاتجريم *décriminalisation*² للحد من الإسراف في التجريم خاصة مع الجرائم المصطنعة التي استحدثتها بعض التشريعات ... و ظهرت هذه السياسة بوضوح في المؤتمر السادس لوزراء العدل في أوروبا سنة 1970 و في الندوة العلمية الثالثة التي أقامتها الجمعيات الدولية المشتغلة بالعلوم الجنائية بإيطاليا في مايو سنة 1973، و كذلك الشأن في مؤتمر الأمم المتحدة الذي عقد في جنيف عام 1975. لمكافحة الجريمة و معاملة المذنبين.³

و الحقيقة أن هذا الاتجاه الحديث الذي ذهب بعيدا في أعمال مبدأ الضرورة و تلافي سلبات التضخم كما سيأتي حالا استفاد من أفكار "جاروفالو" و معاصريه من رواد المدرسة العلمية ، حينما ميز بين الجريمة الطبيعية و المصطنعة، (*Delits naturels et delits artificielle*) فالجرائم الطبيعية هي الجرائم الجنائية بالمعنى الدقيق و التي لا تتغير في الزمان و المكان، أما الجرائم المصطنعة فهي الجرائم التنظيمية المستحدثة التي تكون مناط التجريم *"Incrimination"* و هي وضع استثنائي و مؤقت أملتته الضرورة و من تم يجب على المشرع الجنائي التخلص منها كلما انتفت الضرورة و المنفعة أو كلما زادت الضرورة أو قلت مقتضياتها حتى لا يسهم في التضخم العقابي. لأن التماذي في مجال التجريم أو الأخذ به على سبيل التأييد يؤدي إلى خلق مشاكل قانونية و جنائية تؤدي في النهاية إلى عرقلة مسيرة السياسة الجنائية سواء في جانب الفعالية و النجاعة أو في جانبها الحقوقي الإنساني. فالتجريم القانوني إذًا مشروع للضرورة و لكنه قد يكون غير مفيد في الحالات الأقل ضررا بالمجتمع وإن كانت تمس الحياة الخاصة للفرد.⁴

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

✓ يفيد هذا التمييز أولا في إعادة النظر في مبدأ "عدم العذر بالجهل بالقانون" فبينما أن أعماله بصدد الجرائم الطبيعية لا يثير أي إشكال ، فإن أعماله في تطبيق النصوص التشريعية الجنائية التي تضم "التجريمات القانونية" أو الجرائم المصطنعة من شأنه الإخلال بالحقوق والحريات.⁵

¹ إلى هذا تشير الاستاذة ميري دلماس مارتى في تعريفها للسياسة الجنائية حيث لم تحصرها في مجال القانون الجنائي وحسب بل في تقنيات القانون المدني و الاداري و الوساطة واشكال رد الفعل المجتمعي عموما . أنظر ما اشارنا إليه أعلاه في مقدمة هذه الدراسة .

² يعرف الدكتور محمود جلال طه الحد من التجريم بأنه "إلغاء للوجود القانوني للقاعدة الجنائية بشقيها ، على نحو يؤدي إلى نزع الصفة الجرمية عن السلوك وبالتالي الاعتراف بمشروعيتها ، وإباحته جنائيا مع إمكانية استمرار خضوعه لقاعدة قانونية أخرى غير جنائية وذلك لأسباب تستند إلى اعتبارات من الملاءمة التي تملها السياسة الجنائية " وهو يرى أن الحد من التجريم ليس فقط اعترافا قانونيا بمشروعية السلوك محل الاتجريم و إنما هو اعتراف اجتماعي أيضا بمشروعية السلوك وهذا ما اخذت به اللجنة الاوروبية لمشاكل التجريم . أنظر مؤلفه أصول التجريم و العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة . م . س ، ص . 251 و 254

³ أحمد فتحي سرور ، م . س ، ص . 167

⁴ عبد الرحيم صدقي ، م . س ، ص . 31 و ما بعدها

⁵ عبد الرحيم صدقي ، م . س ، ص . 37

✓ يفيد كذلك هذا التمييز في اختيار السياسة العقابية الملائمة ، فكلما تعلق الأمر بجرائم مصطنعة وجب تجاوز الأساليب العقابية التقليدية و تبني الأساليب العلمية الحديثة التي تعتمد على نظرية بدائل العقوبات أي على نظرية التدابير و غيرها من وسائل الإصلاح و التأهيل و هو ما يعرف بمسمى "الحد من العقاب" *Dépénalisation* وانتفاء الضرورة و التناسب هي معيار الحد من العقاب.¹

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

✓ يفيد هذا التمييز أيضا في تنقية القانون الجنائي من أشكال التجريم المعاصر التي قلت أو انعدمت ضرورتها و التي يمكن أن يضمها قانون آخر خلاف القانون الجنائي حتى لا يحدث تضخم عقابي أو إفلاس عقابي إذا صحت استعارة مصطلحي التضخم و الإفلاس من مصطلحات علم الاقتصاد، و ذلك قصد تحقيق التناسب أو ما سماه الأمريكي "كلينيس" "مبدأ نفعية أو عائدة السياسة الجنائية" الذي يقوم على مواجهة الإجرام بأقل التكاليف المالية ، حيث اعتبر هذا الأخير أنه يجب على الدولة (المشرع الجنائي) أن تراعي عند وضع العقوبات و بوجه خاص عند وضع العقوبة السالبة للحرية تكاليف السجون و "تكاليف الشرطة و القضاء..." معتمدا على نتائج الدراسات التي أنجزت بالولايات المتحدة الأمريكية من طرف لجنة "كانزباخ" عام 1967 و التي تؤكد حتمية تغيير السياسة الجنائية نحو سياسة أكثر عملية و واقعية تحقق الإصلاح و تحقق انخفاض مصاريف العدالة الجنائية في آن واحد.²

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

¹ محمود جلال طه ، م س ، ص . 287 و 289 و 308 وما بعدها

يميز الدكتور محمود جلال طه بين الأشكال التقليدية للحد من العقاب وهي وقف التنفيذ البسيط ، و الافراج الشرطي و بين الأشكال الحديثة من قبيل العمل من أجل المنفعة العامة تأجيل النطق بالعقوبة و الغرامة اليومية و المراقبة الالكترونية

² عبد الرحيم صدقي ، م س ، ص. 281

قانون المسطرة الجنائية و القانون الجنائي في هذا الإتجاه.¹ وقد تضمن مشروع القانون الجنائي جملة من هذه التدابير أو البدائل في المادة 135 وما بعدها.

وتعتمد التشريعات المقارنة بالإضافة إلى هذه التدابير بدائل أخرى كالحبس الدوري أو الحبس في نهاية الأسبوع، و تأجيل النطق بالحكم مع الوضع تحت الإختبار الذي يروم تأهيل المحكوم عليه و إصلاحه عن طريق وضعه تحت الإشراف و المراقبة لمدة محددة ، مع احترام الالتزامات المفروضة عليه و تحسين سيرته و سلوكه خلال مدة الإختبار هاته.²

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

¹ ميثاق إصلاح منظومة العدالة الذي أصدرته الهيئة العليا للحوار الوطني وقدمت وزارة العدل مضامينه يوم الخميس 13 شتنبر 2013 ،

أنظر موقع وزارة العدل: <http://www.justice.gov.ma>

² نور الدين العمراني ، سياسة التجريم و العقاب في إطار القانون الجنائي المغربي: الحاجة للمراجعة و التحيين ، مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية و القضائية ، العدد الأول /1 يونيو 2011 ، مكتبة دار السلام للطباعة و النشر و التوزيع ، الرباط، ص. 255 وما بعدها

تطبيقات المعايير الدولية للمحاكمة العادلة وإشكالية التعارض مع نصوص القانون الأردني والمغربي

ذ. علي أحمد يوسف الشبول

قاضي لدى محكمة الجنايات الكبرى الأردنية

مقدمة:

المعاهدة وفقاً لما جاءت به اتفاقية فينا لقانون المعاهدات (يقصد بالمعاهدة الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان منفصلتان أو أكثر، ومهما كانت تسميته الخاصة وبالتالي فهي معاهدة ملزمة قانوناً للدول التي وافقت أن تلتزم بأحكامها، ويتضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تنظيم الحقوق الفردية التي تتيح للأفراد المشاركة في الحياة العامة للدولة، ويرتكز هذا العهد على الكرامة الإنسانية والمساواة وعدم التمييز، ومن أهم الحقوق التي أقرها هو الحق بالمحاكمة العادلة، ويعد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بالإضافة إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالإضافة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من الركائز الأساسية للحماية الدولية لحقوق الإنسان، فقد حرصت الأمم المتحدة بعد إقرارها للإعلان العالمي لحقوق الإنسان بتاريخ 10/10/1948، على اعتماد اتفاقيات دولية ملزمة تناول الحقوق المعترف بها في الإعلان، ومن هذه الاتفاقيات التي جاءت مكتملة ومؤكدة على الحقوق في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هي العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (الملحق 1)(1).

عندما يمثل المرء أمام القاضي متهماً بارتكاب فعل جنائي، فهو يواجه آلية الدولة بعينها، ومن ثم فالطريقة التي يعامل بها عندما يتهم بارتكاب جريمة تدل بدقة على مدى احترام تلك الدولة لحقوق الإنسان الفرد ولحكم القانون، وهو ما يجسد بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقوله (الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، بشكل أساسي الحرية والعدل والسلام في العالم).

تمثل المعايير الدولية للمحاكمة العادلة ضرباً من ضروب إجماع الرأي بين الأمم بشأن المعايير اللازمة لتقييم الطريقة التي تعامل بها الحكومات من يشتبه بارتكابهم، ومن يوجه إليهم الاتهام بارتكابها، ومن يدانون بذلك.

المبحث الأول: الإطار الدولي المتعلق بالمحاكمة العادلة.

وضع القاضي الجزائري عند تطبيقه النص القانوني المنبثق عن معاهدة أو اتفاقية دولية ملزمة على المحك، ومع بروز نصوص قانونية تحمل الصفة الدولية وغير مألوفة أو معهود للقضاء بتطبيقها أحياناً، وتستمد مرجعيتها من المعايير الدولية، مثال ذلك حق المتهم بالصمت أثناء تلاوة التهمة عليه، ومثال آخر إجراء المحاكمة سرّاً حفاظاً على النظام والأمن العام.

(1) د. محمد خليل الموسى/ العهدان الدوليين الخاصان لحقوق الإنسان - دليل تدريبي- منشورات عدالة- الأردن/ الطبعة الأولى / 2009

وإذا انتقلنا إلى سير إجراءات المحاكمة الجزائية وإلى القضاء في المغرب والأردن باعتباره المجسد لحركة القانون، لرأينا التطبيقات تعكس واقعه.

إذاً سنتناول في هذا المبحث مرجعية المعايير الدولية في خصوصية المحاكمة العادلة وقابلية تطبيقها في القانون المغربي والأردني في مطلب أول، ثم نتناول الرقابة على تطبيق المعايير الدولية في المحاكمة الجزائية في (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مرجعية المعايير الدولية في خصوصية المحاكمة العادلة وقابلية تطبيقها في القوانين الأردنية والمغربية.

يمكن الإطلاع على أهم الأحكام القانونية المتعلقة بالمحاكمة العادلة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة (7) من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والمادة (8) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والمادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

أن جل المواثيق الدولية المتصلة بمسألة الحق في محاكمة جزائية عادلة قابلة للتطبيق في المغرب والأردن باعتبارها طرفاً فيها، حيث صادقت على أغلب الصكوك وأهمها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب، وكذلك البروتوكولات المتعلقة باختصاص الهيئات الدولية والحق في التظلم الفردي، فالمشرع الجزائري المغربي والأردني أدخلها في التشريعات الوطنية، وهي جزء لا يتجزأ منه عند التطبيق.

أن مدى إلزامية القاضي الجزائري المغربي والأردني لتطبيق المعايير الدولية خاصة في حالة تعارضها مع قاعدة قانونية وطنية ينطلق من علوية المعاهدات الدولية على القوانين الوطنية في حالة المصادقة عليها، وكذلك الاحتجاج المباشر بالمعايير الدولية من طرف من له مصلحة، فيمكن للمتقاضين أن يحتج بالمواثيق الدولية في إطار نزاع مباشر أمام القضاء المغربي والأردني(1).

أن العاملون في المجال القضائي يترددون أحياناً في تفعيل القانون الدولي، أما لاعتقادهم خطأ في علوية القانون الوطني على المواثيق الدولية، وبكل بساطة لأنهم يتقنون قواعد القانون الوطني أكثر من غيره ويعتبرونه أكثر ضماناً وأيسر استعمالاً، وقد حمل هذا الأمر بعض رجال القانون على القول بأن توفير دورات تكوينية مخصصة لمجموع العاملين في المجال القضائي يمثل مرحلة لازمة لتفعيل القانون الدولي أمام المحاكم الوطنية.

الفقرة الأولى: القيمة القانونية للمواثيق الدولية وموقف التشريعات المقارنة منها:

إن مسألة قابلية تطبيق المعايير الدولية في المغرب والأردن تطرح بشكل مخصوص وذلك بالنظر إلى التعديلات التي طرأت على دساتيرها عام 2011، وتختلف مكانة المواثيق الدولية ضمن التشريعات الوطنية باختلاف هذه التشريعات، فبعض الدول تجعل المواثيق الدولية أعلى درجة من دساتيرها، ومن الدول من تجعل المواثيق في درجة

(1) المبادئ الدولية المتعلقة باستغلال ومسؤولية القضاء والمحامين وممثلي النيابة العامة، دليل المحامين، الطبعة الأولى، جنيف 2007.

الدستور، ومنها من تجعل المواثيق في درجة قوانينها الوطنية، وبعض الدول تتعدد فيها درجات المواثيق الدولية ولا تكون من درجة واحدة، وذلك يقتضي بيان مكانة المعاهدة الدولية وتحديدها في النظام القانوني الفرنسي والمغربي والأردني(1).

الفرع الأول: المواثيق الدولية في التشريع الفرنسي:

لم تنهج المدارس الفقهية مسلك موحد بشأن سمو المواثيق على جميع النظم القانونية الداخلية، لكن فقهاء القانون الدولي المعاصر أكدوا على أساس تمتع القانون بالصفة الإلزامية، وأن قواعده تسمو على جميع النظم القانونية الداخلية، وأساسه قائم على الرضا الصريح والضمي.

وفي فرنسا ورغم أن دستور 1958 وفي المادة (55) قد نص على أن (المعاهدات أو الاتفاقيات المصادق عليها أو الموافق عليها لها من حين نشرها سلطة أعلى من سلطة القوانين، ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي لم يتفق على حل واحد في حال النزاع بين تشريع وطني لاحق ومعاهدة دولية سابقة، فحين ترجح محاكم القضاء العادي التزاماً منها بالدستور المعاهدة على كل تشريع مخالف سابق أو لاحق، ظل مجلس الدولة الفرنسي يرفض ذلك فيما يتعلق بالتشريعات اللاحقة، ثم عدل عن موقفه السابق في 1989/10/20 بمناسبة الفصل في الطعون الانتخابية التي قدمت إليه، في شأن انتخابات ممثلي البرلمان الأوروبي والتي أجريت في 1989/6/10(2).

لقد نصت المادة (52) من الدستور الفرنسي لعام 1989 على أنه (يبرم رئيس الجمهورية المعاهدات ويصادق عليها ويطلع على جميع المفاوضات التي تستهدف عقد اتفاق دولي غير واضح للتصديق)، كما نصت المادة (55) من الدستور الفرنسي لعام 1958 على (أن المعاهدات المصادق عليها أو الموافق عليها تكون لها سلطة أعلى من القوانين وذلك بمجرد نشرها).

فكلمة القوانين هنا يمكن أن يقصد فيها الدستور والقوانين العادية، بالإضافة إلى ذلك يرى (Dupuy) أنها تطبق على الاتفاقيات الثنائية. وأشارت إلى المعاهدات ولم تشر إلى الأعراف الدولية، ويضيف وكأنه لا يمكن أن ينتج التزام على عاتق الدولة على الساحة الدولية إلا في إطار الاتفاقيات الدولية(3).

الفرع الثاني: المواثيق الدولية في النظام القانوني الأردني:

تمارس الأردن سيادتها وحققها في إبرام المعاهدات، باعتبارها تعبيراً عن إرادة دولية شارك والأردن فيها، فهل تقوم المحاكم في الأردن بتطبيق هذه المعاهدات كما تطبق القوانين الوطنية(4).

أن الدستور الأردني أغفل النص على مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، والنص الوحيد الوارد في الدستور الذي ينظم العلاقة ما بين القانون الأردني والمعاهدات هو نص المادة (33/2) بقولها (المعاهدات والاتفاقيات التي يترتب عليها تحميل خزانة الدولة شيئاً من النفقات أو مساس في حقوق الأردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا

(1) د. علي يوسف الشكري/ الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية/ دراسة مقارنة في الدساتير العربية/ مؤسسة الشباب الجامعة/ الإسكندرية 1990 ص 17-19.

(2) د. محمد يوسف علوان - القانون الدولي العام (المقدمة والمصادر) - عمان - الأردن 1996 ص 115.

(3) بدر الدين محمد شبل، الحماية الدولية الجنائية لحقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر، عمان، سنة 2011، ص 103 وما بعدها.

(4) محمد يوسف علوان/ القانون الدولي العام/ المقدمة والمصادر/ دار وائل/ عمان ط 2/2000 ص 113.

إذا وافق عليها مجلس الأمة ولا يجوز في أي حال أن تكون الشروط السرية في معاهدة أو اتفاق ما مناقضة للشروط العينية).

والواضح من النص الدستوري السابق له أنه لم ينص صراحةً على أولوية تطبيق المعاهدات على التشريعات الداخلية الأردنية.

وقد تجسد موقف القضاء الأردني، بالاجتهادات القضائية لمحكمة التمييز التي استقرت على تطبيق قواعد القانون الدولي، حتى ولو قام التعارض بينها وبين قواعد القانون الوطني، ويدل ذلك بوضوح على الأخذ بسمو القانون الدولي ومن ضمنها المعاهدات على القانون الداخلي(1).

ومن ذلك قرارات محكمة التمييز الأردنية في اجتهادات لها : (ولا يرد على ذلك أن من القوانين الداخلية ما لا يتفق مع هذا. فالاجتهاد مستقر على أنه في حالة تنازع القوانين الداخلية مع الاتفاقات الدولية تكون الأخيرة هي الأولى بالتطبيق).

(الاتفاقية هي أعلى مرتبة من القانون المحلي وأولى بالتطبيق).

إذاً فالاجتهاد القضائي الأردني استقر على تطبيق المعاهدات الدولية ولو تعارضت مع التشريع الداخلي، ولا شك أن ذلك تكريساً لمبدأ سمو المعاهدات الدولية على التشريعات الوطنية وأن المادة (123) من الدستور الأردني، قد اعتبرت الأحكام القضائية تفسيراً لأي نص قانوني تطبقه.

ويقول الأستاذ الدكتور عادل الحيارى: (عملية التفسير من اللوازم الحتمية لتطبيق القانون ولا يمكن أن ينكر على القاضي حقه في ذلك، وعلى هذا يصبح اجتهاد القاضي بمثابة التفسير للقانون)(2).

وعن دور القاضي الوطني في تفسير المعاهدات الدولية، وبما أن المعاهدات تعامل في النظام القانوني الداخلي الأردني معاملة التشريع الوطني، وحيث أن تفسير القانون هو من صميم عمل القضاء، فإن المحاكم تقوم بتفسير المعاهدات في القضايا المعروضة أمامها، طالما كان تطبيقها يستلزم تفسير ما غمض من نصوصها، وقد قام القضاء الأردني بتفسير العديد من نصوص المعاهدات الغامضة التي بحاجة إلى تفسير، فقد جاء بقرار لمحكمة التمييز الأردنية: (من الرجوع لأحكام المادتين الخامسة والسادسة من اتفاقية التعاون الاقتصادي ما بين المملكة الأردنية الهاشمية والجمهورية العربية السورية لعام 1975 يتبين أن الإعفاء من الرسوم الجمركية والرسوم والضرائب الأخرى قد جاء مطلقاً غير مقيد بنوع معين من الرسوم، وأن مستوردات احد البلدين للآخر ما تنطبق عليه شروط الاتفاقية معفاة من الرسوم الجمركية والرسوم والضرائب الأخرى وحتى إجازات الاستيراد والتصدير).

(حيث أن الدولتين الأردنية والأمريكية وقعتا معاهدة بينهما على تسليم المجرمين الفارين لديهما، وأن هذه المعاهدة بالرغم من توقيعها لم يتم المصادقة عليها من قبل مجلس الأمة الأردني استكمالاً لمراحلها الدستورية فإنها لا تكون نافذة، وبالتالي فإن شروط التسليم تكون غير متوافرة بحق المواطن الأردني وفق ما استقر عليه القضاء).

(1) الشيكليثي حمس، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة الدراسات العليا، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية 2000/1999.

(2) د. عادل الحيارى، القانون الدستوري والنظام الدستوري، دراسة مقارنة، 1972 الحقوق محفوظة للمؤلف.

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفها الجزائية رقم 1999/202 تاريخ 1999/4/29 المنشور على الصفحة 640 من عدد المجلة القضائية رقم 4 تاريخ 1999/1/1.

(تقضي المادة 2/33 من الدستور الأردني بأن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحقة والمعاهدات الأخرى التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو نقص في حقوق سيادتها أو تحميل خزانتها شيئاً من النفقات أو المساس بحقوق الأردنيين الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة).

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفها الجزائية رقم 1997/203 تاريخ 1997/6/21 منشورات مركز عدالة. (عند تعارض الاتفاقية أو المعاهدة مع نص قانوني داخلي تطبق الاتفاقية أو المعاهدة).

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفها الجزائية رقم 1978/69 المنشور على الصفحة 761 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1978/1/1.

الفرع الثالث: المواثيق الدولية في النظام القانوني المغربي(1).

بالرجوع إلى التشريعات المغربية نجد أن الفصل 6، من الدستور المغربي قد نص على (... تعتبر دستورية القواعد القانونية وترتيبها ووجوب نشرها مبادئ ملزمة).

كما نص الفصل (110) من الدستور المغربي على (لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون).

كما نص الفصل (133) منه (تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور).

كما نص الفصل (10) من مجموعة القانون الجنائي المغربي على (يسري التشريع الجنائي المغربي على كل من يوجد بإقليم المملكة من وطنين وأجانب وعديبي الجنسية، مع مراعاة الاستثناءات المقررة في القانون العام الداخلي والقانون الدولي).

كما نصت المادة (288) من قانون المسطرة الجنائية المغربي على (إذا كان ثبوت الجريمة يتوقف على دليل تسري عليه أحكام القانون المدني أو أحكام خاصة تراعي المحكمة في ذلك الأحكام المذكورة).

كما نصت المادة (713) من قانون المسطرة الجنائية المغربي على (تكون الأولوية للاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية فيما يخص التعاون القضائي مع الدول الأجنبية، لا تطبق مقتضيات هذا الباب، إلا في حالة عدم وجود اتفاقيات أو في حالة خلو تلك الاتفاقيات من الأحكام الواردة به).

أن مشروعية الدول على ملائمة القوانين الدولية بشكل لا يتعارض مع الثوابت الوطنية والدينية والسيادة للدولة والمنصوص عليها في دستورها، ومن هذا التوجه كل القوانين والمواثيق الدولية مقبولة ما دامت لا تتعارض معه،

(1) لقد جاء في تحفظ المغرب على أحد الإتفاقيات الدولية أن ((المملكة المغربية لا تعتبر نفسها ملزمة بما ورد بالمادة 22 بشأن تسوية النزاعات بين الدول الأطراف بشأن تفسير الاتفاقية أو تطبيقها)). ينظر في هذا المجال: الصكوك الدولية، منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان بمصلحة المعارف الجديدة/ الرباط 2010/ص30.

وقد بين الفصل (55) من الدستور المغربي كيفية ولوج القاعدة الدولية إلى حيز النفاذ بالمغرب، بالإضافة إلى الفصل (132) من الدستور المغربي الذي يعالج بشكل ضمني إمكانية مراجعة القضاء الدستوري بالنسبة للمعاهدة الدولية التي يتم المصادقة عليها(1).

وقد سار المشرع المغربي في اتجاه ترجيح الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، ويمكن لنا استظهار ذلك في التشريع المغربي من خلال تشريعات عديدة، منها ما ورد في المادة (1) من قانون الجنسية والتي جاءت (ان الأحكام المتعلقة بالجنسية المغربية تحدد بموجب القانون، وعند الاقتضاء بمقتضى المعاهدات أو الأوفاق الدولية المتعلقة بالجنسية المصادق عليها والموافق على نشرها والتي ترجح على أحكام القانون الداخلي، كذلك ما ورد في الفصل (741) من قانون المسطرة الجنائية المغربي والذي جاء فيه (يكون التسليم الذي تحصل عليه السلطات المغربية باطلاً إذا تم إجراؤه في غير الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون، ما عدا إذا نصت اتفاقيات دولية نافذة المفعول على مقتضيات مخالفة).

كذلك ما ورد في نص المادة (5) من قانون المحاماة على (أنه يستفاد من الحماية رعايا البلدان المشتركة في كل معاهدة مبرمة في مجال الملكية الصناعية يكون المغرب طرفاً فيها وينص في أحكامها بالنسبة لرعاياه على معاملة لا تقل عن المعاملة التي يستفيد منها بالبلدان المعنية).

وأمام غموض موقف الدستور المغربي من إشكالية أولوية التطبيق، رغم أن المشرع المغربي قد نص صراحة في بعض الحالات على مبدأ ترجيح الاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية، فقد تضارب الاجتهاد القضائي المغربي بين اتجاه يرجح القانون الوطني على القوانين والمواثيق الدولية واتجاه آخر مغاير يجعل القوانين والمواثيق الدولية أسمى من القانون الوطني.

لقد جاء بقرار محكمة النقض المغربية رقم (2162) الصادر بتاريخ 1997/4/9 (إذا كان الفصل 11 من ميثاق الأمم المتحدة المؤرخ بـ 1966/12/16 المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية والمصادق عليه في المغرب بتاريخ 1979/11/18 يقضي بعدم جواز سجن إنسان بسبب عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدية فإن القرار لم يحدد مدة الإكراه البدني في حالة امتناع المدين ولم يحدده في حالة عدم استطاعته الأداء وعدم قدرته عليه يكون غير خارق للفصل المذكور).

كما جاء بالحكم الجنائي الصادر عن محكمة النقض المغربية رقم 552 (س12) الصادر بتاريخ 1969/8/مايو (بمقتضى الفصل 33 من المعاهدة الجزائرية المغربية المصادق عليها بتاريخ 14 إبريل 1969 بشأن تسليم المجرمين والتعاون القضائي يمكن تسليم الأشخاص من أجل جنایات أو جنح معاقب عليها بقوانين الطرفين المتعاقدين لسنتين حبساً على الأقل...).

كما جاء بقرار محكمة النقض المغربية عدد 1534 المؤرخ في 2001/4/18 الملف الجنحي عدد (17335) (تكون المحكمة قد عللت قرارها بانعدام الضمان على أساس صحيح، لما صرحت بأن اتفاقية جنيف المؤرخة في 1949/9/19

(1) ممد مالكي/ الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية/ المطبعة والوراقة الوطنية/ مراكش/ 2010/ ص 88-89.
ينظر أيضاً إلى محمد الإدريسي العلمي المشيشي/ المسطرة الجنائية والجزء الأول القضائية/ الرباط/ مطبعة المعارف الجديدة/ منشورات المؤسسات جمعوية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1991/ ص 20.

تحدد مدة صلاحية شهادة السياحة الدولية في سنة واحدة فقط وأنه على فرض أن المتهم كان يتوفر على شهادة دولية فإن مدة صلاحيتها قد انتهت قبل ارتكاب الحادثة(1).

(1) هناك العديد من الحالات سار فيها القضاء المغربي على ترجيح القانون الوطني على الإتفاقيات الدولية حتى لو كانت البلاد مصادقة أو موقعة أو منظمة إلى تلك المعاهدة ونذكر منها قضية اكبر، حيث جنح المجلس الأعلى إلى ترجيح القانون الوطني على الإتفاقية الدولية بقوله (لكن حيث أن ظهر 20 فبراير 1961، الذي ينظم تحديد الإكراه البدني لا زال ساري المفعول ولم يصدر أي قانون يأمر بإلغائه والمحكمة ملزمة بتطبيق القانون وليس من اختصاصها تعديل للقرار المطعون فيه مرتكز على أساس قانون) قرار غير منشور للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 10 يونيو 1997.

أسس جبر الأضرار في العدالة الانتقالية قراءة في تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة

الحسين العويمر

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية الحقوق السويسي

مقدمة :

شكل موضوع جبر الضرر ولإزال قضية بالغة الحيوية، استأثرت بانشغالات القانون الدولي لحقوق الإنسان، ورغم الجهود الفقهية والنظرية والسياسية المبذولة على صعيد أعمال لجنة حقوق الإنسان، والخلاصات المتوصل إليها من طرف كبار المقررين الخاصين، فإن المجهود الدولي لم يتجاوز ولغاية بداية الألفية الجديدة، حدود القواعد العامة والمبادئ التوجيهية¹.

و يعتبر جبر الضرر أحد أهم روافد العدالة الانتقالية، بالنظر إلى أنه يمثل مخرجا وبديلا حاسما في الكشف عن الحقيقة الكاملة عما جرى من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان²، و تستهدف برامج جبر الضرر - والتي غالبا ماتوصى بها لجان الحقيقة أو تأتي نتيجة لتسوية النزاعات- الإعترا ف بحق الضحايا في المطالبة باحترام حقوق الإنسان ورد الإعتبار لهم ومنحهم فرصة المشاركة في إعادة بناء مجتمع ما بعد الإنتقال، وتسعى هذه البرامج بالأخص إلى وضع تدابير ملموسة ورمزية لجبر ضرر الضحايا وتخفيف معاناتهم³.

ومفهوم جبر الضرر بوجه عام هو " ذلك الإلتزام الذي يفرضه القانون الدولي على الدولة كأثر للمسؤولية الدولية عن الواقعة المنشئة لها سواء كانت فعلا غير مشروع دوليا أو نشاطا دوليا ضارا"⁴، وهو كذلك " تمكين الضحايا من الحصول على أكبر قدر من الإنصاف الذي لا يمكن أن يتحقق دون جبر الضرر"⁵.

و يتسع مفهوم جبر الضرر لأكثر من كونه تعويضاً مادياً للضحايا فقط، بل يمتد ليصبح بمثابة إقرار بمسؤولية الدولة عن انتهاكات حقوق الإنسان، وبوجوب جبر الأضرار المترتبة عن ذلك وفقاً لمقتضيات القانون الدولي

¹ أحمد شوقي بنوب، دليل حول العدالة الانتقالية، سلسلة أدلة تدريبية، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان شتنبر 2007، ص: 113.

² محمد أحمد بنيس، هيئة الإنصاف والمصالحة ومسار العملية الإنتقالية في المغرب ، مبادرة الإصلاح العربي، أوراق المتابعة السياسية، شتنبر 2006، www.arab-reform.net

³ تقرير الرباط، مفهوم وتحديات جبر الضرر الجماعي، الرباط، 12-14 فبراير 2009، المركز الدولي للعدالة الإنتقالية، ص: 9.

⁴ سامية يتوجي، المسؤولية الجنائية الدولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، دار الطبع دار هومة، الجزائر ، 2014، ص: 672.

⁵ نصر الدين بوسماحة، " حقوق ضحايا الجرائم الدولية على ضوء أحكام القانون الدولي"، دار المفكر الجامعي، الإسكندرية 2008، ص:

ذات الصلة، وهو كذلك جزء من رد الاعتبار، يأخذ في الحسبان انعكاسات ما تعرض له الضحايا وأوضاعهم المهنية والمالية وممتلكاتهم وانعكاسات ذلك على أسرهم¹.

و قد تمت بلورة مجموعة من المعايير الدولية خلال عقود تراكمت فيها النظريات والآليات ذات الصلة بمفهوم جبر الضرر، والتي كان من أبرزها مساهمات عدد من الخبراء، كالهولندي ثيو فان بوفن، والمصري شريف بسيوني « *Principes van Boven / Bassiouni*² والفرنسي لويس جواني³، وغيرهم، كما أغنت التجارب الدولية ذلك، من خلال عمل لجان الحقيقة عبر برامج تنوعت أشكالها وتدابيرها⁴.

و كغيره من البلدان التي عرفت انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، سعى المغرب إلى بناء مشروعه الرسمي لتصفية تركة الماضي، من خلال تأسيس "هيئة الإنصاف و المصالحة" التي قاربت مفهوم جبر الضرر بالإرتكاز على المبادئ الأساسية للعدل والإنصاف ومقتضيات القانون الدولي لحقوق الإنسان والتزامات المغرب الدولية وكذا خلاصات تجارب لجان الحقيقة عبر العالم⁵.

و إذا كانت الهيئة قد وجدت نفسها مقيدة بنظام أساسي يمنع إثارة المسؤولية الفردية عن الانتهاكات⁶، الشئ الذي أثار جدلا واسعا داخل الساحتين الحقوقية والسياسية، فإنها بالمقابل دافعت عن مبدأ المصالحة وجبر الضرر، معتبرة ذلك بمنزلة المفتاح المناسب للحالة المغربية في موضوع تدبير التصالح وبناء الإنتقال الديمقراطي المنشود⁷. فما هي الفلسفة العامة لمنهج جبر الضرر كآلية من آليات العدالة الانتقالية؟ وإلى أي حد استطاعت هيئة الإنصاف والمصالحة أن تنصف ضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان بالنظر للتجارب الدولية؟

¹ الحبيب بلكوش، العدالة الإنتقالية: المفاهيم والآليات، ورقة مقدمة خلال أشغال المنتدى العربي الإقليمي حول "العدالة الانتقالية.. التحديات والفرص" والذي نظمته المنظمة العربية لحقوق الإنسان بشراكة مع كل من مركز دراسات حقوق الإنسان والديمقراطية بالمغرب والمركز الإقليمي لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي بالقاهرة يومي 13-14 ماي 2013.

² *Les Principes fondamentaux et les directives des Nations unies concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Assemblée générale, Résolution 60/147 le 16 décembre 2005, disponible sur : <http://www.ohchr.org/french/law/reparation.htm>.

³ Joinet, Louis, *Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme civils et politiques*, Rapport final en application de la décision 1996/119, Sous-Commission des droits de l'homme, Nations Unies, E/CN.4/Sub.2/1997/20 et E/CN.4/ Sub.2/1997/20/Rev.1.

⁴ الحبيب بلكوش، العدالة الإنتقالية: المفاهيم والآليات، مرجع سابق.

⁵ التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الثالث، ص: 5.

⁶ تنص المادة السادسة من ظهير المصادقة على النظام الأساسي لهيئة الإنصاف والمصالحة الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5203 بتاريخ 12 أبريل 2004 على أن " اختصاصات هيئة الإنصاف والمصالحة غير قضائية، ولا تثير المسؤولية الفردية عن الانتهاكات، ومن مهامها البحث والتحري والتقييم والتحكيم والاقتراح "

⁷ كمال عبد اللطيف، العدالة الإنتقالية والتحولت السياسية في المغرب: تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة نموذجا، المؤتمر السنوي الثاني للعلوم الإجتماعية والإنسانية، الدوحة 31 - 30 مارس 2013.

سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال تسليط الضوء على الأسس المرجعية لمفهوم جبر الضرر واستعراض بعض التجارب الدولية في هذا المجال (مبحث أول)، ثم سنتطرق لحصيلة اشتغال الهيئة وتقييم عملها في مجال جبر الأضرار (مبحث ثاني)

أولا - الأسس المرجعية لجبر الضرر : المعايير الدولية والممارسات الفضلى

تتضمن مقتضيات القانون الدولي مبادئ ومعايير مهمة موزعة بين عدد من الصكوك العالمية والإقليمية ذات الصلة بحقوق الإنسان¹ والتي تتضمن مقتضيات صريحة تنص على حق الأشخاص ضحايا انتهاكات جسيمة في الاستفادة من وسائل للتظلم للحصول على الجبر والتعويض أمام الجهات المختصة على الصعيد الوطني، وإن لزم الأمر أمام المحاكم الدولية².

و تعتبر المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية الأساسية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي من بين أهم الوثائق الدولية التي تؤصل للحق في جبر الضرر والانتصاف حيث تنص هذه الوثيقة على أن الغرض من الجبر الكافي والفعال والفوري هو تعزيز العدالة من خلال معالجة الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان أو الانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي³.

أ- المبادئ الأساسية والخطوط التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر⁴.

تحدد هذه الوثيقة مفهوم الضحية على أنه الشخص الذين لحق به ضرر فردي أو جماعي، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان من التمتع بالحقوق الأساسية، ويشمل مصطلح "الضحية" أيضا أفراد الأسرة المباشرة أو من تعيلهم الضحية، والأشخاص الذين لحق بهم ضرر أثناء تدخلهم لمساعدة الضحايا المعرضين للخطر أو لمنع تعرضهم للخطر⁵.

¹ أصبح الأساس القانوني للحق في الانتصاف وجبر الضرر مرسخا بقوة في النصوص التفصيلية للأدوات الدولية لحقوق الإنسان ومقبولا على نطاق واسع من جانب الدول، ومن بين هذه الأدوات، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (المادة الثامنة)، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (المادة الثانية)، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (المادة السادسة)، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو المهينة أو اللإنسانية (المادة الرابعة عشر)، واتفاقية حقوق الطفل (المادة التاسعة والثلاثون)

² أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع : برامج جبر الضرر، مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف 2006، ص : 5.

³ الفقرة 1 من المادة التاسعة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: A/RES/60/147 المتعلق بالمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي.

⁴ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: A/RES/60/147، الدورة الستون، 16 دجنبر 2005، منشورات الأمم المتحدة.

⁵ الفقرة 1 من المادة الخامسة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: A/RES/60/147 المتعلق بالمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي.

من جانب آخر، يشمل مفهوم جبر الضرر حسب مقتضيات المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية الأساسية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، الاسترداد والتعويض والترضية والضمانات بعدم التكرار¹.

ويتضمن الاسترداد، استرجاع الحرية والحقوق القانونية والوضع الاجتماعي والحياة الأسرية والجنسية، والعودة إلى مكان الإقامة واسترداد العمل وإعادة الممتلكات².

أما التعويض فيمكن تقييمه اقتصادياً ويشمل الضرر البدني والذهني وما يترتب عنهما من ألم ومعاناة واضطراب عاطفي، وضياح الفرص، ومن بينها فرص التعلم والأضرار المادية والخسائر في الكسب بما في ذلك الخسارة في الكسب الممكن³.

وتشمل الترضية والضمانات بعدم التكرار وقف الانتهاكات المستمرة والتحقق من الوقائع والكشف الكامل والعلني عن الحقيقة والمساعدة في التعرف على هوية الجثث وإعادة دفنها وفقاً للممارسات الثقافية والمجتمعات المحلية، وتقديم الاعتذار بما في ذلك الاعتراف علناً بالوقائع وقبول المسؤولية⁴.

ب- الممارسات الفضلى للجان الحقيقة في مجال جبر الأضرار

بوسع لجان الحقيقة أن توفر أساساً مهماً لبرامج جبر الضرر، وتهدف هذه البرامج إلى بلوغ مستويات من الشمول والاستجابة على نحو أفضل لتطلعات الضحايا⁵، لكن برغم كل التراكم الثري للتجارب الوطنية للعدالة الانتقالية، فإن موضوع جبر الضرر وجهود التعويضات ظل موضوع تباين واختلاف في معظم التجارب⁶.

ففي الشيلي، أوصت اللجنة الوطنية للحقيقة والمصالحة¹ بأن تتخذ الدولة تدابير استعجالية لتحسين أوضاع الضحايا في مجالات متعددة مثل الضمان الاجتماعي والصحة والتعليم والإسكان² وصدر القانون رقم 123/91 الذي

¹ الفقرة 4 من المادة التاسعة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: A/RES/60/147 المتعلق بالمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي.

² الفقرة 5 من المادة التاسعة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: A/RES/60/147 المتعلق بالمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي.

³ الفقرة 8 و9 من المادة التاسعة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: A/RES/60/147 المتعلق بالمبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي.

⁴ أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع: برامج جبر الضرر، مرجع سابق، ص: 7 و8.

⁵ روين كارانزا، تقرير البرامج للمركز الدولي للعدالة الانتقالية: جبر الضرر، منشورات المركز الدولي للعدالة الانتقالية، مارس 2013،

www.ictj.org

⁶ عبد الكريم العبدلوي، تجربة العدالة الانتقالية بالمغرب، سلسلة أطروحات جامعية، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، العدد

العاشر سنة

2013، ص: 194.

أنشئت بموجبه هيئة وطنية ثانية سميت "المؤسسة الوطنية للجبر والمصالحة"³، حيث عملت على توفير مستوى مناسب من الإستقرار الإقتصادي للضحايا، وكفالة فرص الوصول إلى الإستحقاقات التعليمية والصحية⁴. و استثمرت شيلى نحو 3.2 مليار دولار أميركي في التعويضات وشملت أقارب 3.225 ضحية من ضحايا الاختفاء القسري والقتل، و38.254 ضحية من ضحايا السجن السياسي والتعذيب، و114.225 ضحية من ضحايا الفصل السياسي من الخدمة المدنية أو الشركات العامة⁵. ويمكن القول أن جهود التعويضات بالشيلي طموحة جدا بالمقارنة مع باقي تجارب جبر الضرر، فقد استطاعت التعويضات المقدمة أن تحسن حياة الضحايا، وأن تعالج بعضاً من أسوأ العواقب المترتبة على الإنتهاكات التي ارتكبت بحقهم، فضلاً عن وجود برنامج للتعويضات والخدمات الصحية المتكاملة والذي يغطي فئات واسعة من ضحايا الانتهاكات وأسرههم، الشيء الذي جعله واحداً من أضخم برامج جبر الضرر لضحايا الانتهاكات في العالم⁶. و بخصوص الحالة الأرجنتينية، فقد أوصى التقرير النهائي للجنة الوطنية المعنية بالمختفين باتخاذ الإجراءات اللازمة لتلقي أبناء أو أفراد عائلات الأشخاص الذين اختفوا أثناء القمع، للمعونات الاقتصادية والمنح التعليمية والمساعدات الاجتماعية وفرص العمل، وفي نفس الوقت أكد التقرير على ضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة مختلف المشكلات الأسرية والاجتماعية الناجمة عن الاختفاء القسري لهؤلاء الأشخاص⁷. و بحلول منتصف عام 2002، تم تقديم أكثر من 6483 طلب تعويض عن الاختفاء و1648 طلب تعويض عن الوفاة وبلغ مجموع التعويضات المقدمة حوالي 1,3 بليون دولار، وبالرغم من أن نجاح أو إخفاق أي برنامج للتعويضات يعتمد على العديد من العوامل، إلا أنه وللمفارقة يمكن أن تكون المنح الكبيرة الموزعة على هيئة مبلغ إجمالي يصرف مرة واحدة، أقل جدوى كوسيلة للتعويض من المنح الأكثر تواضعاً والتي تصرف في صورة راتب شهري⁸.

¹ " إذا ما نظرنا إلى وضعية الشيلي بعد 19 سنة، فقد حققنا أهدافا هامة بشكل مرض، إن الحقيقة في الشيلي ليست موضوع شك، هناك خلاف حول الأسباب التي أدت إلى ما حصل لكن ليس حول ما حصل في حد ذاته، هناك خلافات حول عمليات جبر الضرر، لأن بعض الطلبات كانت مزيفة، لكن أخذت تدابير في اتجاه تحقيق العدالة، فعدد من المسؤولين عن الإنتهاكات يقضون اليوم أحكاما بالسجن، إن الأمر تطلب وقتا طويلا، واستمر خطوة خطوة طيلة تسع عشرة سنة " مقتطف من حوار مع السيد خوسي زالاكيت، عضو اللجنة الوطنية الشيلية للحقيقة والمصالحة، على هامش الندوة التي نظمها المجلس الإستشاري لحقوق الإنسان، بمشاركة مركز حقوق الإنسان بجامعة الشيلي والمركز الدولي للعدالة الإنتقالية، حول موضوع " التجربتين المغربية والشيلية في مجال البحث عن الحقيقة والإنصاف والمصالحة " وذلك خلال يومي 24 و 25 نوفمبر 2009 بمدينة الرباط.

² العدالة الإنتقالية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، منشورات الأمم المتحدة، HR/PUB/13/5، نيويورك وجنيف، 2014، ص: 40.

³ أحمد شوقي بنوب، دليل حول العدالة الإنتقالية، مرجع سابق، ص: 121.

⁴ العدالة الإنتقالية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، مرجع سابق، ص: 40.

⁵ روبن كارانزا، تقرير البرامج للمركز الدولي للعدالة الانتقالية: جبر الضرر، المركز الدولي للعدالة الإنتقالية، مارس 2013، www.ictj.org

⁶ بابلو دي جريف، جهود التعويضات من المنظور الدولي: مساهمة التعويضات في تحقيق العدالة غيرالكاملة، مجلة رواق عربي، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، العدد 59/58، 2011، ص: 107.

⁷ Nunca Mas: The Report of the Argentine National Commission on the Disappeared. New York: Farrar Straus Giroux, 1986.

⁸ بابلو دي جريف، مرجع سابق، ص: 101.

ثانيا : مقارنة هيئة الإنصاف والصالحة لجبر أضرار الإنتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان

باشرت الهيئة معالجتها لموضوع جبر الأضرار، منذ انطلاق أشغالها، وخصصت له حيزا هاما في اجتماعاتها العامة توخيا لوضع مقارنة شمولية له، ولإرتباطه الوثيق بالكشف عن الحقيقة وبالتحديد النوعي للإنتهاكات المترتبة عنها، فضلا عن مكانته ضمن مسلسل إنصاف وجبر أضرار الضحايا أو ذوي حقوقهم¹. ومن جهة أخرى، عملت الهيئة على تدوين أعمال هيئة التحكيم المستقلة للتعويض عن الضرر المادي والمعنوي لضحايا وأصحاب الحقوق ممن تعرضوا للإختفاء القسري والإعتقال التعسفي²، وذلك بالرجوع إلى الأسس والمرتكزات والمعايير والقواعد التي اعتمدها لتقدير واحتساب التعويضات المستحقة للضحايا ولذوي حقوقهم³، فكيف بنت هيئة الإنصاف والمصالحة استراتيجيتها لجبر الضرر؟

أ- أسس ومرتكزات جبر الضرر لدى هيئة الأنصاف والمصالحة

انطلاقا من التصور الشمولي لدى الهيئة، فإن مفهوم جبر الضرر لا ينحصر في التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية⁴، بل يتعداه ليشمل جبر باقي الأضرار الفردية سواء المتعلقة بتسوية الأوضاع القانونية والإدارية والوظيفية أو تلك المرتبطة بالتأهيل الصحي والنفسي والإدماج الإجتماعي، و كذلك جبر الأضرار الجماعية بالمناطق التي وقعت بها انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان واكتست الطابع المكثف والممنهج أو شهدت إقامة مراكز للإحتجاز السري⁵.

■ مبادئ وأسس التعويض المالي

عملت الهيئة على تعويض ضحايا الانتهاكات الجسيمة الإنسان طبقا لمبادئ وقواعد محددة، حيث تم إعداد شبكة خاصة بالمعايير والوحدات الحسابية المعتمدة لتقدير التعويض المالي موضوع اختصاص الهيئة لفائدة الضحايا، أو من يستحق ذلك من ذوي حقوقهم⁶.

و ارتكزت الهيئة في تقديرها للتعويض المالي للضحايا وذوي الحقوق على الاعتبارات الآتية :

- اعتماد الحرمان من الحرية كمعيار موحد بالنسبة لجميع الضحايا، الأمر الذي ترتب عليه تحديد تعويضات متساوية، مع مراعاة المدد التي قضاها في الاختفاء القسري أو الاعتقال التعسفي .

¹ التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والصالحة، الكتاب الثالث، ص: 5.

² تدوين مقارنة هيئة التحكيم المستقلة للتعويض، وثيقة مرجعية حول مقارنة هيئة التحكيم المستقلة للتعويض عن الضرر المادي والمعنوي لضحايا وأصحاب الحقوق ممن تعرضوا للإختفاء القسري والإعتقال التعسفي، الملحق 3، التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الثالث.

³ التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الثالث، ص: 19.

⁴ "لا لأنصاف الحلول : التصدي لحالات الإختفاء القسري في المغرب والصحراء الغربية" تقرير منظمة العفو الدولية، وثيقة رقم : MDE

www.amnesty.org، 29/005/2009، غشت 2009.

⁵ التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الثالث، ص: 33.

⁶ التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الثالث، ص: 34.

- اعتبار خصوصية الاختفاء القسري بوصفه انتهاكا مركبا تنتهك بفعله حقوق أساسية متعددة، على رأسها الحق في الحياة، أو يشكل تهديدا مستمرا لهذا الحق.
- تمكين الضحايا الذين تمت تسوية أوضاعهم الإدارية والمالية، من التعويضات نفسها التي تمنح لسائر الضحايا، باستثناء التعويض عن الدخل وضياع الفرص¹.

■ جبر الضرر على مستوى النطاق الجماعي²

سعت الهيئة إلى اعتماد مقارنة تشاركية في صياغة وتنزيل التدابير والإجراءات المتعلقة بجبر الضرر الجماعي³، وذلك انطلاقا من نتائج وخلصات الزيارات الميدانية للمناطق التي عرفت أحداثا في الماضي وتميزت بوقوع انتهاكات جسيمة، أو تلك التي عرفت وجود مراكز للاختفاء القسري والاحتجاز السري غير القانوني⁴. و أوصت هيئة الإنصاف والمصالحة بتنفيذ برامج للتنمية الاقتصادية والاجتماعية وحفظ الذاكرة في العديد من المناطق التي تعرضت للقمع الجماعي أو الإقصاء من الخدمات العمومية، أو الحرمان من الدعم المالي للدولة في مجال التنمية، كشكل من أشكال العقاب الجماعي للمناطق التي كانت تعتبرها الدولة بؤرا للمقاومة السياسية والمعارضة⁵.

■ إدماج مقارنة النوع في سياسة جبر الضرر

واجهت قضية النساء ضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، بكل ثقلها وتحدياتها المعيارية نخبه وعمل هيئة الإنصاف والمصالحة⁶، وأقرت الهيئة مبادئ جديدة في مجال جبر الضرر؛ حيث اعتبرت أن الأضرار التي لحقت بالنساء، في مجال الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، متميزة ومؤثرة في مجملها على حياة الضحية مقارنة بما تركه نفس الانتهاكات على الرجال، وهكذا اعتبرت أن مقارنة النوع الاجتماعي ومراعاته يجب أن تكون عرضانية تسري على جميع أنواع الانتهاكات، وتؤثر تأثيرا إيجابيا عند تحديد التعويض المالي أو غيره من مستحقات الضحية⁷.

¹ التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الثالث، ص: 36.

² يشمل برنامج جبر الضرر الجماعي بعدين أساسيين:

■ بعد تنموي: يروم تصحيح الضرر وتلبية الإحتياجات الإجتماعية والإقتصادية للمجتمعات المحلية المستهدفة من خلال بناء القدرات وتحقيق التنمية السوسيو اقتصادية والمحافظة على البيئة.

■ بعد رمزي: يهدف إلى الإقرار بالضرر وصيانة الذاكرة، من خلال تنظيم أنشطة للذكرى وتشديد نصب تذكارية، بما في ذلك تحويل مراكز الإعتقال السرية السابقة إلى مواقع للذاكرة.

³ عملت الهيئة على إشراك فعاليات المجتمع المدني الحقوقية العاملة في مجال التنمية المحلية وكذا وكالات ومؤسسات التنمية المتدخلة في تلك المناطق.

⁴ التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الثالث، ص: 32.

⁵ تقرير الرباط، مفهوم وتحديات جبر الضرر الجماعي، الرباط، 12-14 فبراير 2009، ص: 27.

⁶ أحمد شوقي بنبوب، الأسس النظرية لمذهب جبر الضرر، التجربة المغربية للعدالة الانتقالية، مرجع سابق، ص: 167.

⁷ مصطفى الريسوني، جبر الضرر في التجربة المغربية من هيئة التحكيم إلى هيئة الإنصاف والمصالحة، ورقة مقدمة خلال أشغال المنتدى العربي الإقليمي حول " العدالة الانتقالية .. التحديات والفرص القاهرة يومي 13-14 ماي 2013 .

ب- حصيلة عمل هيئة الإنصاف والمصالحة في مجال جبر الأضرار.

توصلت الهيئة بعشرون ألف وستة وأربعون ملفاً¹، وقد مكنتها التجهيز الأولي من حصر الطلبات المستوفية لشروط القبول في 16861²، لتخضع بدورها إلى التصنيف انطلاقاً من مدى اكتمال ما تتضمنه من بيانات ووثائق تسمح بإعدادها كملفات جاهزة، أو تفتقر إلى ذلك وتتطلب البحث والتحري بما يفيد إثبات الانتهاك وتحديد طبيعته وتقدير أضراره³.

■ خلاصات وتوصيات التقرير النهائي للهيئة في مجال جبر الأضرار

انطلاقاً من المعايير والمقاييس وعناصر التقدير المعتمدة من قبل الهيئة، اتخذت الهيئة قرارات ايجابية بنسبة 58% من الملفات المعروضة عليها أي 9779 ملف⁴، وصدرت مقررات بالتعويض المالي لفائدة 9280 ضحية، في حين بلغ عدد الملفات التي أشرت عليها الهيئة بالتعويض المالي إلى جانب توصية بجبر باقي الأضرار 1895 ملفاً⁵، وأصدرت الهيئة كذلك توصيات تتعلق بأشكال أخرى لجبر الضرر غير التعويض المادي لفائدة 1499 ضحية سبق لهم أن استفادوا من تعويضات مالية بموجب مقررات صادرة عن هيئة التحكيم المستقلة للتعويض⁶.

و جدير بالذكر، أن المقررات المشار إليها، صدرت لفائدة ضحايا الانتهاكات ذات الصلة بالاختفاء القسري، والاعتقال التعسفي المتبوع بمحاكمة أو المتبوع بوفاة نتيجة تنفيذ حكم قضائي بالإعدام، وكذلك الوفاة أو الإصابة بالرصاص أو الاعتقال التعسفي خلال أحداث اجتماعية، إضافة إلى الاغتراب الاضطراري⁷.

من جهة أخرى، بادرت الهيئة منذ إنشائها إلى اتخاذ تدابير إجرائية لتقديم الخدمات الصحية للضحايا والتدخل لإسعاف الحالات المستعجلة⁸، وذلك عن طريق إنشاء وحدة طبية بمقر الهيئة، يعمل بها أطباء ومختصون في

¹ التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الثالث، ص: 62.

² نفس المرجع، ص: 73.

³ "تقييم تقرير هيئة الإنصاف والمصالحة : من أجل التعاقد حول منجز هيئة الإنصاف والمصالحة"، تقرير تم انجازه من طرف منظمة الوسيط من أجل الديمقراطية وحقوق الإنسان"، دجنبر 2009، ص: 12. www.mediateurddh.org.ma

⁴ التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الثالث، ص: 74.

⁵ نفس المرجع.

⁶ نفس المرجع.

⁷ امحمد المالكى، العدالة الإنتقالية والتحول الديمقراطي بالمغرب : قراءة في تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة، ورقة قدمت خلال أشغال الندوة السنوية للشبكة العربية للتسامح : العدالة الانتقالية والتحول الديمقراطي في العالم العربي، بيروت 20 – 22 أبريل 2012.

⁸ من أصل 16861 ملفاً من ملفات الضحايا، التي تقوم الهيئة بمعالجتها، هناك 9992 ضحية صرحوا أنهم يعانون من مشكلات صحية، من بينهم 2427 ضحية أدلوا بمستندات طبية تثبت ما صرحوا به بخصوص حالتهم الصحية، حيث خضع بعضهم لفحص طبي إما بالوحدة الطبية التابعة للهيئة و إما في إطار الفحوصات الميدانية التي نظمتها الهيئة بتسيق مع وزارة الصحة (كما هو الشأن فيما يتعلق بالأقاليم الصحراوية).

العلاج النفسي، كما قامت الهيئة بإجراء فحوصات طبية لعدد مهم من الضحايا¹، وقدمت لهم الأدوية والإسعافات الضرورية، وتم نقل عدد منهم إلى المراكز الاستشفائية المتخصصة بأكادير والدار البيضاء والرباط². و أنكبت الهيئة على بلورة مجموعة من القرارات الرامية إلى جبر الضرر الجماعي، المتعلق بإدماج المناطق والجهات المهمشة لفك العزلة عنها وصهرها في بوثة التنمية³، بالإضافة إلى تنظيم ندوات تحسيسية في مجموعة من المدن المغربية قصد إنشاء منتدى وطني يهتم بموضوع جبر الضرر⁴. و في هذا الإطار، وقع المجلس الإستشاري لحقوق الإنسان أكثر من عشر إتفاقيات مع قطاعات وزارية، ووكالات حكومية، بهدف تنفيذ البرنامج⁵، وبموجب هذه الإتفاقيات، ستكفل الوزارات والوكالات الحكومية بشكل مباشر بتنفيذ مشاريع جبر الضرر الجماعي، مع تمكين المناطق الإحدى عشر التي يشملها البرنامج من الإستفادة من التمييز الإيجابي في مجال توفير الخدمات⁶. و في نفس السياق، أوصت الهيئة بإحداث آليات ومساطر المتابعة لتنفيذ المقررات المتعلقة بالتعويض ومتابعة تفعيل التوصيات حول الأشكال الأخرى لجبر الضرر بما فيها التأهيل الصحي والنفسي للضحايا وبرامج جبر الضرر الجماعي⁷، ويواصل المجلس الوطني لحقوق الإنسان، باعتباره مؤسسة وطنية مستقلة، متابعة تنفيذ التوصيات المتعلقة بجبر الضرر، وبعث دينامية تشاركية في مجال حماية حقوق الإنسان والتهوض بها⁸.

■ تقييم مساهمة الهيئة الإنصاف والمصالحة في مجال جبر الأضرار

أثارت حصيلة هيئة الإنصاف والمصالحة في مجال جبر الضرر نقاشات قوية بين الضحايا والحقوقيين على حد سواء⁹، تمثلت اساسا في المذكرات المرفوعة من لدن الضحايا ومجموعاتهم¹، حيث أعيب على الهيئة عدم إشراكها

¹ بعد قيامها بإجراء فحوصات طبية لحوالي 9 آلاف ضحية اتضح للهيئة أن الضحايا-فضلاً عن الأضرار الجسمانية التي لحقتهم- أصيبوا بأمراض نفسية خطيرة، وبعضها ظاهر، والبعض لا يمكن معرفته إلا بالمعايشة والإطلاع على أحوال الضحية، ومن ثم اقترحت تأهيل جميع الضحايا صحياً ومتابعتهم نفسياً، وذلك بإحداث مؤسسة للتأهيل النفسي وتتبع الضحايا.

² التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، الكتاب الثالث، ص: 49.

³ استفاد من هذا البرنامج 11 إقليمياً هي: فكيك، الناظور، الحسيمة، الرشيدية، خنيفرة، ورزازات، زاكورة، الهج المحمدي (الدار البيضاء)، طانطان، أزيلال والخميسات

⁴ مصطفى الريسوني، جبر الضرر في التجربة المغربية من هيئة التحكيم إلى هيئة الإنصاف والمصالحة، ورقة مقدمة خلال أشغال المنتدى العربي الإقليمي حول "العدالة الانتقالية.. التحديات والفرص القاهرة يومي 13-14 ماي 2013

⁵ تم تنفيذ برامج جبر الضرر بالمغرب بتعاون مع مؤسسة صندوق الإيداع والتدبير (Fondation CDG)، باعتبارها الوكالة المكلفة بتدبير البرنامج، حيث أطلقت هذه المؤسسة في يوليوز 2008، أول طلب مقترحات لتنفيذ مشاريع جبر الضرر الجماعي بقيمة 14 مليون درهم، بتمويل من المفوضية الأوروبية ووكالة تنمية الأقاليم الشرقية.

⁶ تقرير الرباط، مفهوم وتحديات جبر الضرر الجماعي، الرباط، 12-14 فبراير 2009، ص: 28.

⁷ التقرير السنوي عن حالة حقوق الإنسان بالمغرب لسنة 2005 و 2006، منشورات المجلس الإستشاري لحقوق الإنسان، ص: 28.

⁸ نفس المرجع السابق، ص: 29.

⁹ حوار مع الأستاذ عبد الإله بن عبد السلام، جريدة اليسار الموحد، عدد 162، ص: 13.

للحركة الحقوقية في تقييم مسار هيئة التحكيم المستقلة، باعتباره أول إجراء باشرته الهيئة بعد تأسيسها تماشياً مع توصية المجلس الإستشاري لحقوق الإنسان².

كما تم انتقاد الهيئة لعدم تقديمها تعويضات مسبقة، إلى حين البث في التعويض النهائي بالنسبة للضحايا الذين يعيشون في ظروف اجتماعية هشة، والتي تتطلب تدخلاً عاجلاً، وهو ما سبق لهيئة التحكيم السابقة أن قامت به بالنسبة لعدد من الحالات³.

من جهة أخرى، ظلت المقاييس المعتمدة في تحديد وتوزيع التعويضات غامضة وملتبسة ولم يتم نشرها في الجريدة الرسمية⁴، ويمكن القول أنه إذا كانت تكلفة جبر الضرر الفردي فعلية وقابلة للقياس، فإن الأمر يختلف فيما يخص جبر الضرر الجماعي، بحيث عجزت الهيئة عن تحديد معايير دقيقة بشأنه، ولم تستطع أن تتصور تكلفته⁵، كما أن إستثناء أهالي الضحايا الأحياء من التعويض ومعظمهم من النساء⁶، على الرغم من الأضرار التي لحقت بهم نتيجة إختفاء فرد من عائلتهم أو اعتقاله، ينم عن قصور رؤية الهيئة اتجاه تطبيق مقاربة النوع الإجتماعي⁷.

و في نفس السياق، وجهت انتقادات للهيئة بسبب التفاوت الكبير بين تعويضات ضحايا الاختفاء القسري والاعتقال التعسفي في سياق الأحداث السياسية، وبين ضحايا الأحداث الاجتماعية خاصة الذين قتلوا رمياً بالرصاص على صعيد الجمجمة أو القفص الصدري⁸.

¹ للإستزادة حول هذا الموضوع، أنظر :

- مذكرة المختطفين الخمسة المعروفين باسم مجموعة بنو هاشم، المرفوعة إلى رئيس هيئة الإنصاف والمصالحة حول طلب جبر الضرر في 12 فبراير 2004
- مذكرة لجنة تنسيق ضحايا معتقل تازمامارت مرفوعة إلى رئيس هيئة الإنصاف والمصالحة في 30 نونبر 2003.
- نداء مجموعة من المعتقلين النقابيين السابقين من التجار الصغار والمتوسطين والحرفيين تحت إسم " نداء لجميع الحقوقيين والأحزاب السياسية والمنظمات النقابية وكل هيئات المجتمع المدني"، مراكش في 29 ماي 2004.

² محمد الصبار، تنفيذ التوصيات المتعلقة بجبر الضرر، أشغال الندوة الوطنية حول " تنفيذ توصيات هيئة الإنصاف والمصالحة، دور الفاعل السياسي والحقوقى"، الرباط، في 21 و 22 يوليو 2006. ص: 39.

³ مذكرة تقييم أولية لعمل هيئة الإنصاف والمصالحة، هيئة متابعة ملف الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان المغرب (الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، والمنتدى المغربي من أجل الحقيقة والإنصاف)، يونيو 2005، الموقع الإلكتروني للجمعية المغربية لحقوق الإنسان [/http://www.amdh.org.ma](http://www.amdh.org.ma)

⁴ عبد القادر برادة، العدالة الانتقالية في المغرب: قراءة في تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة، مجلة نوافذ، العدد 32-33، يناير 2007، ص: 93

⁵ أحمد الحارثي، العدالة الانتقالية في المغرب: قراءة في تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة، مجلة نوافذ، العدد 32-33، يناير 2007، ص: 113.

⁶ حصول أهالي الضحية المباشرة على التعويض مشروط بافتراض وفاتها.

⁷ Julie Guillerot, « Maroc : La perspective de genre dans le processus de justice transitionnelle », publications du Centre International pour la justice transitionnelle, septembre 2011, P:28.

⁸ أشار تقرير منظمة هيومن رايتس ووتش الصادر في نونبر 2005، تحت عنوان " هيئة الحقيقة المغربية : رد اعتبار ضحايا الماضي في حاضر غير مؤكد" إلى أنه " لا يجوز أن تميز السياسات الخاصة بالتعويض بين ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان التي ترعاها الدولة، إلا من

و أشارت منظمة العفو الدولية في تقريرها الصادر سنة 2010 تحت عنوان " الوعد الضائع : هيئة الإنصاف والمصالحة ومتابعة أعمالها " إلى أن أحد أهم أوجه القصور في مقاربة الهيئة لجبر الأضرار هو عدم وجود آلية لاستئناف المقررات التحكيمية للهيئة، بحيث يتم تمكين الضحايا من الطعن في القرارات المتخذة بشأن قضاياهم بسبب وجود شكاوى ملحة تتعلق بعدم الشفافية وعدم المساواة فيما يخص برنامج التعويضات¹.

و بالمقابل، فقد ساهمت تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة بتوثيق غير مسبوق في دقته للعنف الذي مارسته الدولة تجاه مواطنيها، منذ الإستقلال وطوال أربعة عقود من الزمن²، واستطاعت ان توسع اختصاصتها إلى انتهاكات جديدة لم تكن واردة في التوصية المحدثه للهيئة³، وإدخال بعد جبر الضرر في مفهومه الشامل، وتوسيعه ليشمل إلى جانب التعويض كل الأشكال الأخرى من إعادة الإعتبار والتأهيل والإدماج⁴.

و قد أشار التقرير الختامي للهيئة على أن برنامج جبر الضرر الجماعي يشكل بداية ترجمة فعلية لروح المواطنة الايجابية والتضامن الاجتماعي ومساهمة في تدعيم المقاربة الحقوقية والديموقراطية التشاركية في برامج التنمية، ومن جهة أخرى، تميزت التجربة المغربية كذلك باهتمامها بمقاربة النوع، وهو ما يعد إسهامًا منها في التراكم الدولي الخاص بالعدالة الانتقالية، بمعالجتها للعنف تجاه النساء اللاتي اعتقلن، وتحديد أنماط الانتهاكات التي عانين منها أثناء سنوات الرصاص⁵.

خاتمة

لقد شكلت تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة، بوصفها الجواب الوطني على الحق في معرفة الحقيقة، والانتصاف وجبر الأضرار والحق في الذاكرة في إطار العدالة الانتقالية، علامة فارقة في مسار الانتقال الديمقراطي

ناحية خطورة الانتهاك، وإذا كانت هيئة الإنصاف والمصالحة تعتبر نفسها مقيدةً من ناحية تفويضها بشأن الضحايا الذين تستطيع تعويضهم، فعليها في كل الأحوال أن تدافع عن حق جميع ضحايا الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، بالشكل الذي يفهم به هذا المصطلح في القانون الدولي، بأن يحظوا باعتبار متساوٍ من هيئات الدولة فيما يخص التعويض."

¹ Amnesty International, « Morocco/Western Sahara Broken Promises: The Equity and Reconciliation Commission and its Follow-up, 6 January 2010, MDE 29/001/2010, P : 6.

² عبد الحي مودن، العدالة الإنتقالية والسلطوية المبلرلة :نموذج المغرب ، مؤلف جماعي، منشورات المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الطبعة الأولى 2014 ، بيروت، ص. 419 :

³ محمد الصبار، تنفيذ التوصيات المتعلقة بجبر الضرر، أشغال الندوة الوطنية حول " تنفيذ توصيات هيئة الإنصاف والمصالحة، دور الفاعل السياسي والحقوقى"، الرباط، في 21 و 22 يوليو 2006. ص: 59.

⁴ احمد شوقي بنبوب، "الفاعل الحقوقي والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في ضوء تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة"، أشغال الندوة الدولية حول أسئلة العدالة الإنتقالية في ضوء تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة ، الرباط 16 يوليوز 2006

⁵ أمنة بوعياش، التجربة المغربية : دروس مستفادة، ورقة مقدمة خلال أشغال المنتدى العربي الإقليمي حول " العدالة الانتقالية .. التحديات والفرص "والذي نظمتها المنظمة العربية لحقوق الإنسان بالشراكة مع كل من مركز دراسات حقوق الإنسان والديمقراطية بالمغرب والمركز الإقليمي لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي بالقاهرة يومي 13-14 ماي 2013.

وترسيخ دولة الحق و القانون عبر اعتماد الإصلاحات المؤسساتية والتشريعية والسياسية لضمان عدم تكرار انتهاكات حقوق الإنسان¹.

و في هذا السياق، فقد أولت الهيئة أهمية قصوى لموضوع جبر الأضرار في تجارب لجان الحقيقة عبر العالم من خلال ما قامت به من دراسات واستشارات معمقة، بتعاون مع خبراء المركز الدولي للعدالة الإنتقالية، وقد مكن ذلك الهيئة من الوقوف على حقيقة مفادها عدم وجود نموذج واحد يمكن اتباعه في هذا المجال²، ورغم الانتقادات التي واكبت عمل الهيئة، فقد راكمت هذه الأخيرة حصيلة مهمة سواء على مستوى جبر الضرر وإنصاف الضحايا مادياً عبر تمكينهم أو ذويبهم من تعويضات مالية، أو معنوياً عبر إعادة الاعتبار للضحايا وفتح المجال أمامهم للتعبير عن معاناتهم³. إن قراءة متأنية للتوصيات الصادرة عن هيئة الإنصاف والمصالحة في مجال جبر الأضرار يحيلنا إلى التساؤل حول مدى قدرة الدولة على تنزيل هذه التوصيات ومتابعة تنفيذها⁴، وبالنسبة لحالة المغرب، لا يعد ما حققته العدالة الإنتقالية من إنجازات بالنسبة للضحايا كأفراد على المستوى المادي والمعنوي محل خلافات جذرية، وذلك على الرغم من أن أهم الانتقادات في هذا المجال تهم حجم التعويضات الممنوحة للضحايا، ونوعية الخدمات التي توفر ضمن جبر الضرر المعنوي، وهي كلها انتقادات لا تمس مقارنة المصالحة في جوهرها⁵. و الواقع أن فحص ما آلت إليه هذه التوصيات بعد مرور عشر سنوات على انتهاء أشغال الهيئة والإعلان الرسمي عن نشر تقريرها الختامي، هو الذي سيمكن من تقييم درجة تحقيق المصالحة المنشودة ونفاذها في الثقافة السياسية والمجتمعية المغربية⁶.

¹ تقرير السيد ادريس اليزمي رئيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان أمام مجلسي البرلمان، الإثنين 16 يونيو 2014 تطبيقاً لمقتضيات الفصل 160 من الدستور.

² موجز مضامين التقرير الختامي لهيئة الإنصاف والمصالحة، المجلس الإستشاري لحقوق الإنسان، الكتاب الأول، ص: 21.

³ ادريس لكريني، الإنصاف والمصالحة في المغرب، مجلة الدوحة، عدد 93 يوليو 2015، ص: 31.

⁴ أناس المشيشي، " العدالة الإنتقالية والتحول الديمقراطي، أعمال الندوة الدولية : تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة في المغرب " ورقة قدمت خلال أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة محمد الاول وجدة ومعهد الدراسات الافريقية بجامعة محمد الخامس السويسي تحت عنوان " دينامية الإصلاح في دول اتحاد المغرب العربي " أيام 15 و 16 أبريل 2010 بوجدة.

⁵ عبد الحي مودن، العدالة الإنتقالية والسلطوية المبلرلة : نموذج المغرب، مرجع سابق، ص: 17.

⁶ امحمد المالكي، " العدالة الإنتقالية والتحول الديمقراطي بالمغرب : قراءة في تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة"، مرجع سابق.

الجرائم المتعلقة بمهنة مراقب الحسابات ومسؤوليته الجنائية

مريم بلهوان

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

كلية الحقوق وجدة

مقدمة

إن النظام القانوني المتعلق بجرائم الرقابة، يسعى إلى حماية مصالح الشركة و إلى الدفاع عن المصالح الأخرى المشروعة المرتبطة بها، وحياد مراقب الحسابات واستقلاله هو المقدمة الضرورية واللازمة لأية رقابة جديّة وفعالة وموضوعية على حسابات الشركة.

فالمشروع المغربي حدد الإطار العام للنظام القانوني المرتبط بجرائم الرقابة من المادة 159 من قانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة¹ إلى المادة 181 من نفس القانون ، وبذلك يكون المشروع قد حدد التنظيم القانوني لمؤسسة مراقب الحسابات للحدّ من تحديث عن تعيينات هذا الجهاز داخل الشركة وفترات الانتهاء وكل ما يتعلق بجهة التعيين والعدد الأدنى والأقصى، وكذلك الجرائم المتعلقة بمهنة مراقب الحسابات ومسؤوليته الجنائية داخل الشركة، للحدّ من حالات التنافي القانونية التي يمكن أن يقع فيها مراقب الحسابات داخل الشركة وإشكالية التبليغ عن جرائم الشركات التي يكتشفها أثناء مزاولته لمهامه.

و نظرا لما تشكّله شركات المساهمة من أهمية اقتصادية ومالية في الحياة التجارية، فإن أي إخلال من داخلها قد يؤثر على مستويات أخرى حيوية، ولهذا السبب عمل المشروع المغربي على ترسيخ الترسّانة الجنائية لردع مراقب الحسابات عما قد يقوم به من أعمال إجرامية داخل الشركة، ويلتزم مراقب الحسابات بالعديد من القيود ليتسنى له القيام بمهنته، والاستمرار فيها، وقد أطر المشروع المغربي ذلك في قانون 17-95 بالإضافة إلى قانون 15-89.

و لدراسة هذا الموضوع سنقسمه إلى محورين:

- المحور الأول : حالات التنافي
- المحور الثاني: العقوبات الجزية المقررة لخرق حالات التنافي ومدة تقادمها

¹ - القانون رقم 17/95 المتعلق بشركات المساهمة وفق ما تمّ تعديله وتتميمه بالقانون رقم 20/05 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5639 بتاريخ جمادى الثاني 1429 الموافق 16 يوليوز 2008.

المحور الأول

حالات التنافس

لقد حدد المشرع المغربي حالات التنافس لمراقب الحسابات في قانون شركات المساهمة الذي كان يهدف من خلاله إلى ضمان استقلال مراقب الحسابات وحياده ونزاهته، بحيث نص المشرع في إطار هذا القانون على مجموعة من الحالات التي يتلشى فيها هذا الاستقلال تتمثل في حالات التنافس المنصوص عليها في المادة 161 من ق ش م.

فحالة التنافس هي وضعية تقررها الأنظمة القانونية للمهن الحرة أو الوظيفة العمومية، والهدف منها الشخص المعني بالأمر لا يمكنه أن يكون في الوقت نفسه في حالتين متناقضتين، وذلك بالجمع بين مركز الموظف العمومي ومركز المهنة الحرة أو الجمع بين مهنة حرة وممارسة التجارة في نفس الوقت¹.

وقد حدد المشرع المغربي مجموعة من الشروط لحالات التنافس، إذا اجتمعت في مراقب الحسابات وقع هذا الأخير في حالات التنافس القانونية وهذا ما أكده المشرع المغربي في المادة 161 من قانون شركات المساهمة المغربي حيث نص فيها "لا يمكن تعيين الأشخاص الآتي ذكرهم كمراقبي حسابات:

1- المؤسسون وأصحاب الحصص العينية والمستفيدون من امتيازات خاصة وكذا المتصرفون وأعضاء مجلس الرقابة أو مجلس الإدارة الجماعية بالشركة أو الشركات التابعة لها.

2- أزواج الأشخاص المشار إليهم في البند السابق وأصولهم وفروعهم إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية.

3- الذين يزاولون لفائدة الأشخاص المشار إليهم في البند 1 أعلاه، أو لفائدة الشركة أو الشركات التابعة لها وظائف قد تمس باستقلاليتهم أو يتقاضون أجراً من إحداها عن وظائف غير تلك المنصوص عليها في هذا القانون.

4- شركات الخبرة في المحاسبة التي يكون أحد الشركاء فيها في وضع من الأوضاع المشار إليها في البنود السابقة وكذا الخبير المحاسب، الشريك في شركة للخبراء المحاسبين حيث تكون هذه الأخيرة في وضع من هذه الأوضاع، ولا يمكن أن يعين كمراقبي حسابات لنفس الشركة خبيرات أو عدة خبراء محاسبين ينتمون بأي صفة كانت إلى نفس شركة الخبراء أو نفس المكتب، وإذا طرأ أحد دواعي التنافس المشار إليها أعلاه خلال مدة مزاوله المراقب مهامه، تعين على المعني بالأمر الكف فوراً عن مزاوله مهامه وإخبار مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة بذلك داخل أقصاه 15 يوماً بعد حدوث حالات التنافس"

أما فيما يخص حالات التنافس بالنسبة للتشريع السويسري فقد حددها المشرع في المادة 220 من قانون الشركات السويسري التي نصت على أنه: "لا يجوز أن يكون مراقباً للحسابات:

1- المؤسسون وأصحاب الحصص العينية والمستفيدون من امتيازات خاصة والمديرون أو عند الاقتصاد أعضاء المديرية أو مجلس الرقابة في الشركة أو في فروعها.

2- الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة لأي من الأشخاص السابقين.

¹ - عبد الوهاب المريني: سلطة الأغلبية في شركة المساهمة في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس، الرباط السنة الجامعية 1997-1998 ص 344.

3 - المديرون وأعضاء المديرية أو مجلس الرقابة وأزواجهم في الشركات التي تملك عشر أسهم الشركة أو التي تملك الشركة عشر أسهمها.

4 - الأشخاص الذين يتقاضون بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو بواسطة شخص وسيط إما من الأشخاص المشار إليهم في البند 1 أو من الشركة نفسها أو من أي شركة نفسها أو من أي شركة أخرى أشير إليها في البند 3 أجزا أو مكافأة كيفما كان نوعها بسبب شغلهم لنشاط آخر غير نشاط مراقب الحسابات.

5 - شركات مراقبي الحسابات التي يوجد أحد شركائها أو المساهمين فيها أو أحد مسيريهما في وضعية من الوضعيات السابقة.

6 - أزواج الأشخاص الذين يتقاضون من المديرين أو أعضاء المديرية أو مجلس المراقبة أو من الشركة نفسها أو من الشركات الواردة في البند 3 أجزا أو مكافأة بسبب نشاط دائم غير نشاط مراقب الحسابات.

7 - شركات مراقبي الحسابات التي يوجد أحد شركائها أو المساهمين فيها أو مسيريهما وظائف مراقب الحسابات باسم الشركة بالنسبة لزوج الذي يوجد في الوضعية المنصوص عليها في البند 6 السابق.

و يتجلى من خلال حالات التنافي القانونية لمراقب الحسابات (المادة 161 ق ش م) ثم المادة 220 من قانون الشركات السويسري تتلخص في مجموعة من الروابط والوظائف التي تتعارض وتتنافى مع استقلالية وحياد مراقب الحسابات، ويمكن تصنيفها كالآتي:

- حالات لها علاقة بتأسيس وإدارة الشركة أو فروعها

- حالات مبنية على رابطة الزوجية أو القرابة أو المصاهرة

- حالات مبنية على الروابط المالية

- حالات متعلقة بأعضاء شركة الخبرة المحاسبية.

1- حالة تأسيس وإدارة وتسيير الشركة

جاء في نص المادة 161 من ق ش م المغربي على أنه "لا يمكن تعيين الأشخاص الآتي ذكرهم كمراقبي حسابات:

المؤسسون وأصحاب الحصص العينية والمستفيدون من امتيازات خاصة، وكذا المتصرفون وأعضاء مجلس الرقابة أو مجلس الإدارة الجماعية بالشركة أو الشركات التابعة لها"

و هذا ما جاءت به فعلا المادة 220 من قانون الشركات السويسري "المؤسسون وأصحاب الحصص العينية

والمستفيدون من امتيازات خاصة والمتصرفون أو عند الاقتضاء أعضاء المديرية أو مجلس المراقبة في الشركة أو في فروعها".

و فيما يخص حالات التنافي التي نص عليها المشرع المغربي جاءت في المادة 161 من ق ش م ونفس الشأن بالنسبة

للمشرع السويسري فقد تم التطرق إلى حالات التنافي في كل المادة 220 من قانون الشركات السويسري.

ما يمكن استنتاجه فيما يخص النصين المتعلقين بحالات التنافي القانونية المتعلقة بالمؤسسين وأصحاب

الحصص العينية والمستفيدين من امتيازات خاصة، حيث أثرت عدة خلافات فقهية فيما يخص مدة احتفاظ حالات

التنافي المذكورة بصفتهم لأن نص المادة 161 من ق ش م المغربي¹ وكذلك المادة 220 من قانون الشركات السويسري جاءت فارغة من أي تحديد للأجال التي تلي تاريخ انتهاء مهامهم بحيث يرى بعض الفقه في فرنسا² أنه بتكوين الشركة بصفة نهائية تزول صفة المؤسس وبالتالي تجوز تعيين المؤسس في منصب مراقب إذا تم تأسيس الشركة وانقضت آجال دعاوى البطلان والمسؤولية.

أما فيما يخص جانب ثان من الفقه الفرنسي³ فيرى أن صفة المؤسس هي صفة دائمة وغير قابلة للزوال بالتقادم ويحتفظ بصفته هذه وبالتالي لا يمكن تعيينه كمراقب للحسابات حتى بعد الانتهاء من إجراءات تأسيس الشركة، أما بخصوص صاحب الحصص العينية فيرى بعض الفقه⁴ أنه لا يمكن تعيينه كمراقب حسابات إلا في الفترة التي تم فيها تقييم حصته العينية فقط وكذلك الشأن بالنسبة للمستفيد من الامتيازات الخاصة فهو يفقد صفة هذه إذا لم يبق هناك وجود للامتيازات الخاصة ويعارض هذا الرأي "Bernard ley" لكون صفة صاحب الحصص العينية هي صفة دائمة ولا تفقد أبدا بل يجب التنصيب على استمرارية وبقاء حالة التنافي وكذلك الشأن بالنسبة للمستفيد من امتيازات خاصة لأن التنازل عن الامتيازات حسب رأيه من شأنه أن يدفع الشخص المستفيد إلى المطالبة بتعيينه كمراقب حسابات.

كان من السهل تجاوز هذا النقاش وتجنبه لو تدخل المشرع ووجد بين حالات التنافي القانونية المنصوص عليها في المادة 161 من ق ش م والمشمولة بالعقوبات الجنائية المنصوص عليها في 404 من ق ش م المغربي وكذلك الفصل 456 من قانون الجنائي السويسري.

و لقد كان المشرع أكثر وضوح فيما يخص مدد التقادم التي نص عليها في حالات المنع المتعلقة بالمتصرفين والمديرين العامين وأعضاء مجلس الرقابة أو مجلس الإدارة الجماعية، وذلك بموجب المادة 162 من ق ش م و حدد المدة التي تحد من ممارستهم لوظيفة مراقب الحسابات وجعلها خمس سنوات على الأقل، وكذلك فعل نظيره السويسري الذي نص عليها في المادة 221 من قانون الشركات السويسري. وعند مخالفة هذه النصوص تطبق مقتضيات المادة 404 من ق ش م المغربي وتقابلها المادة 456 من الجنائي السويسري لسنة 1937 وتطبق نفس الأحكام والمقتضيات المتعلقة بالشركة الأم على الشركات التابعة لها.

2- حالات التنافي التي تقع على أساس رابطة الزوجية أو القرابة أو المصاهرة.

تنص المادة 161 من قانون شركات المساهمة في فقرتها الثانية على أنه "لا يمكن تعيين الأشخاص الآتي ذكرهم كمراقبي حسابات أزواج الأشخاص المشار إليهم في البند السابق وأقاربهم وأصهارهم إلى الدرجة الثانية بإدخال الغاية" أما المادة 220 من قانون الشركات السويسري فقد نصت على ما يلي "لا يمكن تعيين الأشخاص ذكرهم كمراقبي حسابات" أقارب أصهار الأشخاص المشار إليهم أعلاه حتى الدرجة الرابعة" وما يمكن ملاحظته بخصوص المادتين

¹ - خويا محمد مصطفى ، مراقب الحسابات في شركات المساهمة على ضوء القانون رقم: 17/95 مجلة المحامي تصدر عن هيئة المحامين بمراكش عدد 49 ص95

² - Barthelemy Mercadal et Philippe Janin: société commerciales, édition juridique léfébre, paris 1994.p672.

³ - Hemard, terre et mabilat: sociétés commerciales, tome 2, Dalloz, 1974, p718.

⁴ - B.mercadal et p. Janin: op cit, p 672.

السابقتين أن المشرع المغربي قد حدد درجات القرابة والمصاهرة في الدرجة الثانية وذلك على عكس المشرع السويسري الذي حددها في الدرجة الرابعة عند التنصيب على حالات التنافي لضمان مبدأ استقلال مراقب الحسابات. و إذا كان البند المتعلق بالأزواج في التشريع واضحاً، فإن عدم الإشارة إليه في نص المادة 220 من قانون الشركات السويسري قد أثار نقاشاً حاداً بين الفقهاء في مختلف الدول.

3- حالات التنافي المبنية على الروابط المالية:

تنص الفقرة الثانية من المادة 161 من ق ش م المغربي على أنه "لا يمكن تعيين الأشخاص الآتي ذكرهم كمراقبي حسابات:"الذين يتقاضون أجراً كيفما كان نوعه من الأشخاص المشار إليهم في البند 1 أعلاه أو من الشركة أو الشركات التابعة لها بالنظر لممارستهم وظائف قد تمس باستقلاليتهم".

أما المشرع السويسري فقد نص في هذا الصدد من خلال المادة 220 من قانون الشركات السويسري بأنه "لا يمكن تعيين كمراقب حسابات الذين يحصلون بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو بواسطة وسيط إما من الأشخاص المشار إليهم في البند الأول وإما من الشركة نفسها وإما من الشركات المشار إليها في البند الثالث أجراً أو مكافأةً كيفما كان نوعها عن نشاط آخر غير نشاط مراقب الحسابات.

و تطبيقاً للمادة 161 من ق ش م المغربي لا يمكن أن يعين كمراقب حسابات الأشخاص الذين يتقاضون أجراً كيفما كان نوعه من الأشخاص المشار إليهم في البند 1 من نفس المادة

مما لا شك فيه أن المشرع المغربي قد اقتصر على الأجر فقط كيفما كان نوعه بينما المشرع السويسري قد ذكر الأجر والمكافأةً كيفما كان نوعها مما يدل أن المشرع المغربي أخذ بالمفهوم الواسع للأجر ويشمل حتى المكافأة، وبذلك يكون الأجر قد اتخذ شكل المكافأة أو أتعاب أو عمولة أو حصة من الأرباح مقابل للوظيفة.

و هذا ما كان يطمح إليه المشرع من أن تكون الروابط المالية المبنية على الأجر تنافي مع وظيفة مراقب الحسابات هو التأكيد على عدم التبعية في العمل، لأن مراقب الحسابات الذي يمارس وظيفة أخرى تخضع بطبيعة الحال إلى أوامر الشخص الذي يشغل عنده ويدفع له أجراً عن ذلك مما يفرغ مبدأ الاستقلالية من محتواه.

4- حالات التنافي الخاصة بالأشخاص الأعضاء في شركة الخبرة المحاسبية.

برجعنا إلى المادة 161¹ من ق ش م نجد أن المشرع المغربي شركات الخبرة المحاسبية التي يكون أحد أعضائها في وضع من الأوضاع السالفة الذكر في البنود الثلاثة الأولى من المادة 161 من ق ش م من القيام بوظائف مراقب الحسابات في نفس الشركة كما نص ذلك المشرع السويسري من خلال الفقرة الخامسة من المادة 220 المتعلق بالشركات التجارية. و هذا ما يجب على شركة الخبرة المحاسبية التحقق من عدم وقوع أعضائها في حالات التنافي التي تتعارض مع مزاوله مهام مراقب الحسابات، وإلا وقعت تحت طائلة العقوبات الجنائية.

¹ - تنص المادة 161 في فقرتها الرابعة من ق ش م على أنه: "شركات الخبرة في المحاسبة التي يكون أحد الشركاء فيها في وضع من الأوضاع المشار إليها في البنود السابقة وكذا الخبير المحاسب الشريك في شركة للخبراء المحاسبين حيث تكون هذه الاخيرة في وضع من هذه الأوضاع...".

كما سبق وأسلفت الذكر، لقد عاقب المشرع المغربي بموجب المادة 404 من قانون شركات المساهمة كل مراقب للحسابات قبل أو مارس أو احتفظ عن قصد بمهام مراقب الحسابات على الرغم من وجود حالات التنافي القانونية، سواء باسمه الخاص أو بصفته شريكا في شركة لمراقبي الحسابات.

و يتجلى بوضوح من خلال هذه المادة الركن المادي لجريمة خرق حالات التنافي القانونية يكمن في قبول أو ممارسة أو احتفاظ مراقب الحسابات بمهمته على الرغم من وجود حالات التنافي، بغض النظر عن مباشرته لمهامه أم لا، فمجرد القبول أو الاحتفاظ مع العلم بالتنافي يترتب المسؤولية، إذن فالقبول والاحتفاظ يجسدان الفعل المادي لارتكاب هذه الجريمة.

و إذا ما عدنا إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون الجنائي التي تقضي بأن عدول الفاعل عن الجريمة لا يؤثر في قيامها، ومن ثم فإن مراقب الحسابات لا يمكنه التحلل من المسؤولية إذا ترك الوظيفة بعد قبولها، فالمشرع لم يميز بين القبول الصريح من لدن مراقب الحسابات أو الضمني، فمجرد إتيان هذا الأخير تصرفا يستفاد منه قبوله للمهام الموكولة له دون أن يصدر عنه أي موقف رافض للتعيين، فإن هذا التصرف يتحول إلى فعل إجرامي يعاقب عليه بمقتضى المادة 404 من ق ش م المغربي¹ كما يجب على مراقب الحسابات كذلك إخطار المجلس الجهوي بتعيينه داخل أجل 8 أيام وهذا ما نص عليه الفصل 65 من قانون الخبرة المحاسبية لسنة 1969.

أما بخصوص الاحتفاظ بمهام مراقب الحسابات فقد نصت المادة 161 من قانون شركات المساهمة المغربي على أنه "إذا طرأ أحد دواعي التنافي المشار إليها أعلاه خلال مدة مزاولة المراقب مهامه، تعين على المعني بالأمر الكف فورا عن مزاولة مهامه وإخبار مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة بذلك داخل أجل أقصاه خمسة عشر يوما بعد حدوث حالة التنافي.

من خلال استقراءنا لهذه المادة يتضح أن المشرع المغربي كان واضحا بخصوص حصول أحد دواعي التنافي القانونية المنصوص عليها و التي تلزم مراقب الحسابات تقديم استقالته فورا لأن الاحتفاظ بالمهام رغم وجود حالات التنافي المنصوص عليها في المادة 404 من ق ش م المغربي.

و تطبقا للمادة 161 من ق ش م المغربي التي توجب على مراقب الحسابات إخبار مجلس الإدارة أو مجلس الإدارة الجماعية أو مجلس الرقابة داخل أجل 15 يوما بعد حدوث حالات التنافي، وهو نفس الأجل الذي يتحتم عليه خلاله تقديم استقالته أما المشرع السويسري فلم يحدد آجال لذلك مما جعل هذا الأمر يعود الأمر فيه إلى السلطة القضائية في تقديره².

و انطلاقا من نص المادة 404 من قانون شركات المساهمة سنعمل على دراسة الركن المادي والركن المعنوي لهذه الجريمة.

¹ - Mohammed Khalid benotmane: pour un commissariat aux comptes service de l'économie nationale. Mémoire d'expertise comptable. Recherche dirigé par Abdelkader Mesnaoui ; 1997, p 31.

² محمد الإدريسي العلمي المشيشي خصائص الشركات التجارية في التشريع الجديد، مجلة المحاكم المغربية، العدد 80 يناير فبراير 2000

الركن المادي:

يتجسد الركن المادي لهذه الجريمة حسب اتجاه فقهي مغربي¹ منذ قيام مراقب الحسابات بقبول الوظيفة، ولو حتى بدون ممارسة حقيقية للمهام، ولا يمكن الادعاء بالجهل لحالات التنافي القانونية. وهناك اتجاه آخر يرى لا بد من مباشرة ولو عمل واحد من أعمال مراقبة حسابات الشركة لنقول بقيام هذه الجريمة،² وهذا الاتجاه الثاني لا يوافق الصواب ولا تتفق معه، لأن نص المادة جاءت صريحة وواضحة حينما ذكرت ثلاثة أفعال تمثلت في "القبول" والممارسة" والاحتفاظ" ومن ثم فإن اللفظ الأول يدل على قيام الجريمة حتى مع الحالة التي لا يقوم فيها مراقب الحسابات بأي عمل.

و هناك مجموعة من الأعمال التي تتنافى معها ممارسة مهنة مراقب الحسابات، فإن المشرع المغربي حدد في المادة 161 من ق ش م م على سبيل الحصر، وهذا ما يلاحظ من العبارات المستعملة والدقيقة وهذا ما غاب عن المشرع الفرنسي بحيث جاء المادة 820 في فقرتها 10 و 11 بعبارات عامة تفيد كل ما من شأنه أن يمس باستقلالية مراقب الحسابات.

و نتساءل حول ما إذا كانت حالات التنافي التي نص عليها المشرع المغربي تهم حتى المحاسب الخبير المزاو للمهنة مراقب الحسابات؟

إن الأمر الذي لا مرية فيه أن مراقب الحسابات هو نفسه محاسب خبير، ولكن ما يميزه هو تقييده في جدول هيئة تفرض عليه بنظامها مجموعة من الواجبات والالتزامات، ومن ثم فإن الجواب عن السؤال يكون بالإيجاب. و أن مراقبي الحسابات لا يمكنهم أن يقبلوا ممارسة أي وظيفة أو مهمة طيلة مزاوتهم لمهام الرقابة المحاسبية، سواء في الشركة التي تخضع لرقابتهم أو أي مقاوله تابعة، لأن من شأن ذلك أن يكون سببا في عدم الاستقلالية وبالتالي التأثير على حسن سير وظيفته، مما يجعله أمام ممارسة غير شرعية للمهنة بسبب حالة التنافي.

الركن المعنوي:

تعتبر جريمة خرق حالات التنافي القانونية جريمة عمدية يستلزم المشرع لقيامها توافر القصد الجنائي ويتضح ذلك من خلال استعماله عبارة "عن قصد" الواردة في نص المادة 404 من ق ش م م وهو على علم بوجوده في حالات التنافي القانونية.

ويمكن أن يطرح التساؤل التالي: هل يمكن المعاقبة على مجرد المحاولة في هذه الجريمة؟ يرى اتجاه فقهي فرنسي³ إلى أن مجرد المحاولة لا يمكن المعاقبة عليها، لأنها حسب نظره لا تشكل سوى خطأ تأديبيا، وهذا ما لا نتفق معه فيه، بحيث أن عبارة "قبول" التي تضمنتها المادة يمكن أن يستفاد منها محاولة مراقب

¹- ربيعة غيث: مراقب الحسابات في شركات المساهمة، دار القلم، الطبعة الأولى 2010 ص 105.

²- محمد كرام: المسؤولية الجنائية لمراقب الحسابات في شركة المساهمة على ضوء القانون المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الثاني، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2000-2001 ص 139.

³- Adophe Touffait et jean Robin et autres, délits sanctions dans les sociétés, 2 eme édition , sirey, paris, 1973, p 446.

الحسابات القيام بالعمل رغم حالات التنافي، وحتى لو أنه لم يباشر عمله فإنه بمجرد غياب عدوله الإرادي يجعله أمام محاولة القيام بهذه الجريمة.

إلا أنه المشرع المغربي جعل مهنة مراقب الحسابات تتمتع باستقلالية خاصة لهذا جرم تعيين بعض الأشخاص كمراقبين للحسابات، فإن هؤلاء متى طرأ عليهم أحد الأسباب التي تدعو إلى التنافي يجب أن ينتهوا مباشرة عن مزاوله المهنة، وأن يخبروا بذلك مجلس الإدارة أو مجلس الرقابة داخل أجل أقصاه خمسة عشر يوما بعد حدوث حالة التنافي وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 161.

و ما يؤخذ على المشرع المغربي في هذه النقطة الأخيرة، هو أنه عاقب مراقب الحسابات الذي قام، عن قصد، رغم حالة التنافي بقبول أو ممارسة أو الاحتفاظ بالمهنة، ولم يتم التطرق لعقوبته في حالة عدم الإخبار بوجود أحد الحالات السابقة، وهذا ما يجب أن يتم إصلاحه.

المحور الثاني

العقوبات الجزرية المقررة لخرق حالات التنافي ومدة تقادمها

عندما تقوم جريمة خرق حالات التنافي بركنهما المادي والمعنوي فإن مراقب الحسابات تكون قد توفرت فيه الشروط لتطبيق عليه العقوبات المنصوص عليها قانونا (أولا) مع دراسة تقادم هذه الجريمة (ثانيا)

1- عقوبة الجريمة:

جاء في المادة 404 من قانون شركات المساهمة المغربي على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من 8.000 إلى 40.000 درهم كل من قبل أو مارس أو احتفظ عن قصد بمهام مراقب الحسابات على الرغم من وجود حالات التنافي القانونية، سواء باسمه الخاص أو بصفته شريكا في شركة لمراقبة الحسابات" ويقابلها الفصل 456 من قانون الجنائي السويسري الذي ينص على "يعاقب من شهرين إلى 6 أشهر وبغرامة مالية من 2.000 إلى 60.000 فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص باسمه الخاص أو باسمه كشريك في شركة مراقبي الحسابات قام عن قصد بقبول القيام أو الاحتفاظ بمهام مراقب الحسابات على الرغم من عدم التوافق القانوني".

و يتضح من خلال مقتضيات المادة 404 من ق. ش م المغربي أن جريمة خرق حالات التنافي القانونية تشمل كل من قبل أو مارس أو احتفظ عن قصد بمهام مراقب الحسابات باسمه الخاص أو بصفته شريكا في شركة لمراقبي الحسابات رغم وجود حالات التنافي. وهذا يدل على أن المرتكب لجريمة خرق حالات التنافي القانونية يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا على اعتبار أن مزاوله مهنة مراقبة شركات المساهمة حولها المشرع إلى الأشخاص الذاتيين والأشخاص المعنويين على حد سواء، مما يدل على أنه يمكن مساءلة شركات مراقبي الحسابات أيضا عند إتيانها بالأفعال المجرمة. وتدل المادة 404 من ق ش م المغربي أن الشخص الطبيعي يمكن أن تثار مسؤوليته في حالتين: أولهما تكمن في خرقه لحالات التنافي القانونية باسمه الخاص وثانيهما بإتيانه هذا الفعل الجرمي بصفته شريكا في شركة لمراقبي الحسابات.¹

¹ - محمد كرام: م. س. ص 108-109.

يتضح هذا بجلاء في الحالة الأولى التي يمارس فيها مراقب الحسابات مهام المراقبة باسمه الشخصي، حيث يفحص ويشهد على حسابات الشركة باسمه الخاص، وفي الحالة الثانية فقد تعترضه حالات التنافي التي يكون خلالها شريكا في شركة لمراقبي الحسابات فيستحق لوحده دون غيره من الشركاء العقوبات المنصوص عليها في المادة 404 من ق ش م كما لو كان يمارس مهامه باسمه الشخصي، لأن الشريك الذي يتعمد عن قصد إلى خرق حالات التنافي دون الشركاء الآخرين هو المستحق للعقوبة الجنائية المقررة قانونا بعد إثبات سوء نيته بصفة شخصية. علاوة بالحكم على الشركة التي يكون عضوا فيها بالعقوبات التي تتلاءم مع طبيعتها كشخص معنوي وذلك طبقا للفصل 127¹ من القانون الجنائي المغربي.

من هنا يمكن القول أن عقوبة الحبس المتضمنة في المادة 404 من ق ش م المغربي غير قابلة للتطبيق على هذه الشركات نظرا لطبيعتها غير الذاتية، لكن يمكن تحميلها الغرامة المالية التي تتراوح ما بين 8000 و 40.000 درهم . أما فيما يخص المشرع السويسري فقد نص على عقوبة زجرية على خرق حالات التنافي في حق مراقب الحسابات، وحددها في الحبس من شهرين إلى ستة أشهر وغرامة مالية تراوحت بين 2000 و 60000 فرنك أو الحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وبإجراء مقارنة بين التشريعين المغربي مع نظيره السويسري نلاحظ مدى صرامة وتشدد المشرع المغربي الذي ألزم القاضي بالنطق بعقوبة الحبس والغرامة في الوقت ذاته،² أما بخصوص التشريع السويسري فقد خول للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقرير العقوبة حيث يمكنه النطق بعقوبة الحبس والغرامة معا، ويمكنه الاقتصاص على الحبس وحده أو الغرامة وحدها دون الجمع بينهما³ ما يلاحظ على التشريعين أنهما حدد الحد الأدنى والأقصى للعقوبة سواء ما تعلق منها بالعقوبة السالبة للحرية أو الغرامة المالية والاختلاف الذي يكمن بينهما يتجلى في إلزام المشرع المغربي القاضي بالحكم بالعقوبتين.

و تتضاعف العقوبة الزجرية المقررة بموجب المادة 404 من ق ش م إذا أدين مراقب الحسابات بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به من أجل جنحة إفشاء السر المهني ثم اقترف جنحة ثانية تتمثل في جنحة خرق حالات التنافي⁴ القانونية فإن العقوبة المقررة لهذه الأخيرة تضاعف لتصبح الحبس من شهرين إلى سنة وغرامة من 16.000 إلى 80.000 درهم، وذلك دون التقييد بأجل 5 سنوات الواردة في الفصولين 156 و 157 من ق ج م لأن العود في نطاق شركات المساهمة يعد عودا مؤبدا، ومرد صرامة المشرع هو خطورة وأهمية الشركات التجارية في البيئة الاقتصادية للدولة بصفة عامة، وخطورة مؤسسة مراقبي الحسابات بصفة خاصة ومدى تأثيرها على سير الشركات مما يجب معه فرض رقابة صارمة وجزائية على كل التصرفات المخلة بسير الاقتصاد الوطني وإذا كان المشرع المغربي يهدف من خلال سن قوانين زجرية فيما

¹ - ينص الفصل 127 من القانون الجنائي " لا يمكن الحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و 6 و 7 من الفصل 36 ويجوز أيضا أن يحكم عليها بالتدبير الوقاية العينية الواردة في الفصل 62.

² - محمد كرام: م. س، ص 108.

³ - ينص الفصل 456 من القانون الجنائي لسويسري على أنه " يعاقب من شهرين إلى 6 أشهر و بغرامة مالية من 2000 إلى 60000 فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص باسمه الخاص أو باسمه كشريك في شركة لمراقبي الحسابات، قام عن قصد بقبول القيام أو الإحتفاظ بمهام مراقب الحسابات على الرغم من عدم التوافق القانوني"

⁴ - محمد كرام: م. س، ص 123.

يخص جرائم الشركات بصفة عامة وعن حالات التنافي بصفة خاصة ينتج عن تقرير حالة العود فإن تخفيف هذه العقوبة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقررها بمحض إرادته بعد تشخيصه لظروف الجريمة وشخصية المجرم¹، دون النزول عن الحد الأدنى للغرامات المالية المقررة قانونا، طبقا للمادة 377 من 17/95 المتعلق بشركات المساهمة.

كما أن جريمة خرق حالات التنافي لأحكام وقف التنفيذ المنصوص عليها في الفصل 55 من القانون الجنائي المغربي، لكنها تقتصر فقط على العقوبة الحبسية دون الغرامة المالية². وهناك عقوبات إضافية يمكن للقاضي تطبيقها بموجب المادة 422 من قانون 17/95 التي تمنح إمكانية نشر الحكم الصادر عنها إذا تم النطق بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون حيث تنص هذه المادة على ما يلي: إذا تم النطق بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون يمكن للمحكمة أن تأمر بنشر قرارها كاملا أو بنشر مستخرج منه على نفقة المحكوم عليه في الصحف التي تحددها أو بإعلانه في الأماكن التي تعينها".

بالإضافة إلى العقوبات الجنائية المقررة لجريمة خرق حالات التنافي القانونية التي تطال مراقب الحسابات عند ارتكابها، فتطبق عليه عقوبات أخرى تأديبية في حالة ارتكابه فعلا إجراميا يتم تكييفه على أساس أنه خطأ مهني يسأل عنه أمام المجلس الجهوي لهيئة الخبراء المحاسبين كهيئة تأديبية تنظر في الدعاوى التأديبية المقامة ضد الخبراء المحاسبين، حيث يعود الاختصاص للمجلس الجهوي في المرحلة الابتدائية وللمجلس الوطني في مرحلة الاستئناف وذلك من خلال ما تنص عليه المادة 66 من ظهير 1993/01/08 المتعلق بتنظيم مهنة الخبرة المحاسبية³.

2 - تقادم جريمة خرق حالات التنافي القانونية

إن جريمة خرق حالات التنافي القانونية تعد جنحة من بين الجنح التي عين لها المشرع المغربي أجلا للتقادم⁴ وحدده في أربع سنوات حسب آخر تعديل في قانون المسطرة الجنائية، تبتدئ من تاريخ اقرار الجريمة. غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتعلق بتاريخ اقرار جريمة حالات التنافي القانونية الذي يؤخذ بعين الاعتبار لحساب مدة التقادم.

وقد ذهب بعض الفقه في فرنسا إلى القول بأن تاريخ بداية تقادم الجريمة يختلف من حالة إلى حالة أخرى ففي حالة ممارسة المهام لا يبتدئ التقادم إلا بانتهاء المهام بأحد الأسباب المحددة قانونا كالاتقالية أو التجريح أو العزل أو حلول الأجل القانوني لانتهاء مهامه والذي حدده المشرع الفرنسي في 6 سنوات والمشرع المغربي في 3 سنوات مالية. وإذا ارتكبت الجريمة بقبول مراقب الحسابات لمهامه رغم وجود حالات التنافي فإن تاريخ ابتداء التقادم يبتدئ من تاريخ هذا

¹ - عبد السلام بنحدو: الوجيز في شرح القانون الجنائي المغربي، الطبعة الثالثة، دار وليبي للطباعة والنشر مراكش 1997 ص 294.

² - تنص المادة 377 من قانون شركات المساهمة على: "خلافات لمقتضيات الفصول 55 و 149 و 150 من القانون الجنائي لا يمكن النزول عن الحد الأدنى للغرامات المقررة في هذا القانون ولا يمكن الأمر بإيقاف التنفيذ إلا فيما يخص العقوبات الحبسية".

³ - تنص المادة 66 من ظهير المتعلق بالخبرة المحاسبية: "تمارس المجالس الجهوية ابتدائيا والمجلس الوطني استئنافيا سلطة هيئة الخبراء المحاسبين في الميدان التأديبي بالنسبة إلى الخبراء المحاسبين وشركائهم في حالة ارتكاب أي خطأ مهني أو مخالفة لأحكام النصوص التشريعية والتنظيمية الخاضع لها الخبير المحاسب في موازاة مهنته.

⁴ - محمد كرام: م س، ص 130.

القبول أما في حالة الاحتفاظ بالمهام فالجريمة تستمر إلى حين تقديمه للاستقالة، وإذ قدم استقالته، يبتدئ التقادم من هذا التاريخ.

شروط الوضع تحت الحراسة النظرية

هشام بنعلي

دكتور في القانون الخاص

تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية

مقدمة

إن كل محاكمة جنائية لا بد لها من وسائل إثبات تستند عليها من أجل تعزيز قرار الإدانة أو البراءة. ووسائل الإثبات لا تعدو أن تكون ضمن مجموعة من الإجراءات الجنائية على شكل أعمال قانونية، وهذه الأعمال السابقة عن مرحلة المحاكمة أما أن تكون ضمن أعمال البحث التمهيدي أو التحقيق الإعدادي.

و يتكون البحث التمهيدي من مجموع الإجراءات والتحريات التي تقوم بها الشرطة القضائية من أجل التثبت من وقوع الجريمة وجمع الأدلة سواء في حالة التلبس بالجريمة أو في الحالة العادية.

أما التحقيق الإعدادي فهو المرحلة الإجرائية التي يشرف عليها قاضي التحقيق، ويتولى خلالها جمع أدلة الجريمة والتثبت من وقوعها والبيث في متابعة المتهم وإحالاته على هيئة الحكم¹.

يشكل البحث التمهيدي مرحلة ما قبل المحاكمة، وهي أول مرحلة في الادعاء وتتسم بمجموعة من المخاطر، تهدد الحرية الفردية، لذلك خصها المشرع في قانون المسطرة الجنائية المغربي بمجموعة من الضمانات بهدف الحماية، وتتمثل في عقوبات جنائية وتأديبية ومدنية بالإضافة الى جزاءات اجرائية، ومن ضمن الإجراءات التي يتم اتخاذها ضمن مرحلة البحث التمهيدي نجد اجراء الحراسة النظرية الذي لم يرد له تعريف في ق.م.ج.م، اللهم ما جاء في المادة 66 التي تشير الى أنه إذا تطلبت ضرورة البحث أن يحتفظ ضباط الشرطة القضائية بشخص أو عدة أشخاص أشير إليهم في المادة 65 ليكونوا رهن إشارته فله أن يضعهم تحت الحراسة النظرية لمدة لا تتجاوز 48 ساعة.

ولم يكن سكوت المشرع عن وضع تعريف بإجراء الحراسة النظرية ليحول دون إقدام الفقه على ذلك، خاصة وأن وضع التعاريف يبقى عملا من أعمال الفقه و شراح القانون. وهكذا عرفه الأستاذ الخمليشي بكونها "احتفاظ ضباط الشرطة القضائية في مركز عمله بالمشبوه فيه لحاجيات البحث التمهيدي أو تنفيذاً لإنابة قضائية"².

و يعرفه الأستاذ محمد السفريوي بكونه "الإجراء الذي يقوم به ضباط الشرطة القضائية بمنع أي شخص مفيد في التحريات من الابتعاد عن مكان وقوع الجريمة أو وضعه في الاحتجاز ليكون رهن إشارته لمدة محددة إذا تطلبت ضرورة البحث ذلك أو ضرورة معاينة هويته أو التحقق منها وتشعر النيابة العامة ذلك"³.

و يعرفه آخر بكونه إيقاف شخص ما رهن إشارة ضباط الشرطة القضائية في مكان معين لمدة محددة لضرورة البحث، وأهم غاياته أنه يشكل نوعا من الضغط النفسي على المحروس لحثه على الإدلاء بتصريحاته⁴. أما الفقه

1- بيبي الحبيب: شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الأولى، 2004، ص: 168.

2- الخمليشي (أحمد): شرح ق.م.ج، ج 1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2001، ص: 287.

3- السفريوي (محمد): الحراسة النظرية، مجلة الأمن الوطني، عدد 225، سنة 2004، ص: 13.

4- تواب (كلثوم): الدفوع الشكلية أمام القاضي الجنائي، مجلة المرافعة، العدد 16 أكتوبر 2005، ص: 88.

الفرنسي¹ فقد عرفه البعض بكونها "إجراء يمكن من خلاله لضباط الشرطة القضائية وفي حدود مدة معينة، من وضع رهن إشارته أشخاص لم يدانوا بعد؛ وليسوا محل مذكرة توقيف أو سجن".

و عموما فالحراسة النظرية هي ذلك التدبير الذي يعطي لضباط الشرطة القضائية صلاحية وضع الأشخاص المشار إليهم في المادة 65 من قانون المسطرة الجنائية المغربي رهن إشارته ولمدة معينة استجابة لمتطلبات البحث. و يعتبر هذا الإجراء من أخطر التدابير مساسا بحرية الفرد وقرينة البراءة، فالمادة 66 ترخص لضباط الشرطة القضائية الاحتفاظ بأي شخص رهن الحراسة النظرية إذا تطلبت ضرورة البحث ذلك، وبالتالي فمبرر من هذا القبيل يخضع عمليا للتقدير المطلق لضباط الشرطة القضائية الشيء الذي يترك باب التحكم والمساس بحرية الأفراد مفتوحا، خصوصا وأن المستهدفين بهذا التدبير ليسوا فقط المشبوه فيهم ولكن أي شخص يمكن أن يساهم في اكتشاف حقيقة ما وقع كالشهود مثلا.

نظرا للطابع التفتيشي لمرحلة ما قبل المحاكمة، مما قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تغليب البحث عن الحقيقة ولو على حساب صيانة حقوق الإنسان بشكل عام والحرية الشخصية بوجه خاص، فقد نص المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية من خلال المواد 66، 67، 68، 69، 70 من الباب الأول من القسم الثاني من الكتاب الأول على مجموعة من الأشكال الاجرائية المكونة لإجراء الوضع تحت الحراسة النظرية، التي من شأنها التخفيف من خطورة هذا الإجراء وتكفل عدم تعسف السلطات المختصة في اللجوء إليه، و التي يمكن حصرها في الشروط العامة للإجراء و مدة الوضع تحت الحراسة، دون نسيان الشروط الشكلية للإجراء والجزاء الاجرائي المترتب عن مخالفة قواعده.

و بناءا عليه سنقسم موضوعنا هذا الى مطلبين وذلك على الشكل التالي:

المطلب الأول: الشروط العامة للوضع تحت الحراسة النظرية.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة للوضع تحت الحراسة النظرية وجزاء الإخلال بقواعدها.

1- DECAMPAS (Jacqueline): La présomption d'innocence. ANRT, Lieu d'impression 1998, p325

المطلب الأولى

الشروط العامة للوضع تحت الحراسة النظرية

تتجلى هذه الشروط فيما يلي: الأشخاص القابلون للوضع تحت الحراسة النظرية (الفقرة الأولى)، الجرائم الموجبة لهذا الوضع (الفقرة الثانية)، من له الصلاحية في تقرير الوضع تحت الحراسة النظرية (الفقرة الثالثة)، ضرورة الوضع تحت الحراسة النظرية (الفقرة الرابعة)، مكان الوضع تحت الحراسة النظرية (الفقرة الخامسة).

الفقرة الأولى: الأشخاص القابلون للوضع تحت الحراسة النظرية

برجوعنا للمادتين 80 و 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي و المتعلقة بإجراء الوضع تحت الحراسة النظرية في حالة البحث التمهيدي و في حالة التلبس على التوالي ، نلاحظ بأنهما قد فتحنا الباب لوضع أي شخص تحت الحراسة النظرية، فبرجوعنا الى المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي تبين أنها قد أحالت في تحديد الأشخاص الخاضعين للوضع تحت الحراسة النظرية على مقتضيات المادة 65 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، و بالاطلاع على هذه الأخيرة يتبين أن هذه الاحالة أو هذا التحديد لا يغير شيئا من نطاق الأشخاص الذين يمكن وضعهم تحت الحراسة النظرية بموجب النص المتعلق بالوضع تحت الحراسة النظرية في حالة التلبس (المادة 80 قانون المسطرة الجنائية المغربي)، خاصة اذا انتبهنا الى أن نص الفقرة الثانية من المادة 65 المحال عليه لم يحصر الأشخاص الخاضعين للتعرف على الهوية أو التحقق منها في الأشخاص الحاضرين في مكان وقوع الجريمة.

فمجرد وصول ضباط الشرطة القضائية إلى مكان ارتكاب الجريمة فإنه غالبا ما يجد به مجموعة من الأشخاص. وقد أجازت المادة 65 من قانون المسطرة الجنائية المغربي لضباط الشرطة القضائية أن يمنع أي شخص مفيد في البحث من مغادرة ذلك المكان، وعليه وطبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه فإنه يجب على كل شخص ظهر لضباط الشرطة القضائية أنه من الضروري معاينة هويته أو التحقق منها أن يمثل للعمليات التي يستلزمها هذا التدبير. وذلك تحت طائلة عقوبة حبسية قد تتراوح بين يوم واحد وعشرة أيام وغرامة مالية يتراوح قدرها بين 200 و1200 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين².

و إذا كان هذا الإجراء ضروريا للحفاظ على الهدوء والنظام، ويعطي لضباط الشرطة القضائية فرصة تجميع مجموعة من الأشخاص وجعلهم رهن إشارته وهو ما سيساعده للوصول والتعرف بسرعة على الجاني، فإن الصياغة العملية التي جاءت بها المادة 65 من قانون المسطرة الجنائية المغربي من شأنها تعريض حرية أشخاص لا علاقة لهم

1- الألفي (محمد عبد الحميد): التلبس بالجريمة، حالاته وشروط صحته وآثاره وفقا لأحدث تعديلات المسطرة الجنائية وقرارات المجلس الأعلى، الدار المصرية المغربية، الدار البيضاء، 2006، ص:81.

2- المشرع الفرنسي كان أكثر تشددا بخصوص هذه العقوبة، حيث نص في لـبـفـقـرة الثالثة من المادة 55-1 على ما يلي: "Le refus, par une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, de se soumettre aux opérations de prélèvement, mentionnées au premier et deuxième alinéas ordonnées par l'officier de police judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende."

بالجريمة للخطر، فالمنع هنا لا يتعلق فقط بالضحية أو المشتبه فيه بل يتعداهما إلى كل شخص قد يكون مفيدا في البحث وهو ما يجعل هذا الإجراء متعلقا بالسلطة التقديرية لضباط الشرطة القضائية. و بالتالي حبذا لو كانت صياغة المادة 65 أكثر دقة بخصوص الأشخاص الذين يمنع مغادرتهم مكان الجريمة.

و ما يعزز تخوفنا بخصوص إمكانية تعرض حرية الأشخاص للانتهاك، عدم تحديد المشرع لمدة زمنية معينة تؤطر هذا التدبير، وإنما ترك الأمر مرهونا بانتهاء الضابط من إتمام تحرياته، وهنا نتساءل ما المقصود بعبارة "إلى أن تنتهي تحرياته"؟

يذهب بعض الفقه 1 إلى أن هذه المدة يجب أن تحدد في الفترة الزمنية التي ينجز فيها الضابط تحرياته في مكان الجريمة ولا ترتبط بتمام إنجاز تحرياته كاملة.

في حين يذهب البعض الآخر 2 إلى اعتبار أن هذه المدة قد تشمل فترة البحث بأكمله على أساس أنه ليس هناك ما يمنع ضابط الشرطة من منع كل شخص مفيد في التحريات والاستماع إليه سواء بمكان الجريمة أو لدى مركز الشرطة، بل ويذهب هذا الفقه إلى أبعد من ذلك، حيث يرى أنه ليس هناك من مانع يمنع الضابط من وضع هؤلاء الأشخاص تحت الحراسة النظرية بعلّة ظروف البحث تستلزم ذلك.

و في اعتقادنا، فالمشرع المغربي قصد بانتهاء التحريات، رفع ضباط الشرطة القضائية يده عن القضية وذلك بتقديم ملف القضية إلى النيابة العامة وهو ما يستفاد كذلك من مضمون المادتين 66 و 88 من قانون المسطرة الجنائية المغربي 3 حيث يمكن وضع أي شخص ممن أشير إليهم في المادة 65 تحت الحراسة النظرية، وأكد أن مكان الوضع ليس هو مكان ارتكاب الجريمة.

و عليه ندعو المشرع المغربي إلى إعادة النظر في صياغة نص المادة 65 حتى يتم تفادي كل اعتقال ومساس بحرية الأفراد لا شيء إلا لكون ضباط الشرطة القضائية قد صنفهم ضمن الأشخاص المفيدين في التحريات، كما ندعوه إلى التنصيص صراحة على عدم إمكانية توقيف الأشخاص الذين لا يوجد ضدهم أي سبب معقول للاشتباه، إلا في حدود المدة الضرورية فقط لإجراء الاستماع 4.

1- العلي (عبد الواحد): شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 399-400.

2- السموني (فريد): "الشرطة القضائية كجهاز ضروري وفعال لمكافحة ظاهرة الجريمة"، مجلة الملف، عدد 7، بتاريخ أكتوبر 2005، ص: 30-31.

3- تنص الفقرة الأولى من المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على ما يلي: "إذا تطلبت ضرورة البحث أن يحتفظ ضابط الشرطة القضائية بشخص أو عدة أشخاص من أثير إليهم في المادة 65 أعلاه ليكونوا رهن إشارته فله أن يضعهم تحت الحراسة النظرية لمدة لا تتجاوز 48 ساعة...".

4- المشرع الفرنسي اقر هذا الإجراء حيث نص في الفقرة الأخيرة من المادة 62 من ق.م.ج الفرنسي على ما يلي:

« Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elle est commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenus que le temps strictement nécessaire à leur audition sans que cette durée ne puisse excéder quatre heures .»

إن الشرط المحوري اللازم لحصر دائرة الأشخاص الذين يمكن وضعهم تحت الحراسة النظرية هو اشتراط أن يكون الاحتفاظ بالأشخاص المعنيين ضروريا للبحث، وبناء عليه فالتساؤل المطروح هو ما إذا كان الوضع تحت الحراسة النظرية ينحصر في الأشخاص المشتبه فيهم، أو يمكن أن يمتد إلى الشهود أو حتى إلى الضحايا أنفسهم؟ انطلاقا من هذا التساؤل يمكن رصد عدة آراء متباينة نجملها في نقطتين:

نقطة أولى: إمكانية شمول الإجراءات لجميع الأطراف في الجريمة

أن هذا الرأي يعتمد منطوق النصوص الأساسية، فإن كل شخص استلزم ضرورة البحث الاحتفاظ به من قبل ضباط الشرطة القضائية، يمكن وضعه تحت الحراسة النظرية، حتى ولو لم تتوافر أية أدلة ضد المعني بالأمر تحمل على الاشتباه فيه، بل ويستوي في ذلك أن يكون هذا الأخير مشتبه فيه أو شاهدا أو حتى ضحية للجريمة موضوع البحث. وسند هذا الرأي أن القانون لم يستثن أحدا من هؤلاء الأصناف من الخضوع للحراسة النظرية، وإنما ربط اللجوء إلى هذا التدبير، الذي هو مجرد إجراء من إجراءات البحث، بأن يكون ضروريا للبحث¹.

و يعلل هذا التوجه الفقهي رأيه بكون الوضع تحت الحراسة النظرية مجرد إجراء احتياطي تقتضيه ضرورة البحث وليس بعقوبة ولا بإجراء من إجراءات التحقيق التي قد تنطوي على توجيه اتهام للشخص الخاضع له. وبناء عليه فإنه علاوة على المشتبه فيه، ليس هناك ما يمنع من وضع الشهود تحت الحراسة النظرية ليس فقط للمدة الكافية للاستماع إليهم، بل أيضا لمنع اتصالهم بالمشتبه فيهم أو بغيرهم من أطراف القضية تفاديا لأي افساد لهم أو التأثير عليهم أو تهديدهم بقصد تغيير أو تحريف شهادتهم أو ارغامهم على التزام الصمت أو الاختفاء عن أنظار العدالة. كما يمكن أن يشمل هذا الإجراء أيضا لصالح الضحايا، حماية لهم من التهديدات أو المساومات التي قد تطالهم لدفعهم إلى التنازل عن حقوقهم في المتابعة أو لانتزاع أدلة أو حجج توجد في حوزتهم أو حتى لحمايتهم من التصفية كما هو الحال في القضايا التي تكتسب طابعا سياسيا أو اراهيبيا أو تتعلق بأنشطة الجماعات الإجرامية المنظمة العابرة للحدود².

إن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على اطلاقه لأنه يخرج بإجراء الوضع تحت الحراسة النظرية عن الأهداف التي شرع من أجلها ويتغاضى عن آثار هذه الإجراءات الماس بالحرية الشخصية التي يحميها القانون. فلو طبقنا هذا الرأي على أرض الواقع سنعاني من اكتظاظ مخافر الشرطة كما نعاني حاليا من اكتظاظ السجون بسبب سوء استعمال اجراء الاعتقال الاحتياطي.

إن التنصيص على إمكانية إخضاع الشهود للحراسة النظرية يمكن أن تترتب عليه آثارا سلبية وخيمة، لا فقط على الشخص الشاهد، بل حتى على سير العدالة. ذلك أن هذا الإجراء من شأنه أن يحول دون لجوء بعض الأشخاص الذين يمكن أن تكون في حوزتهم معلومات قد تفيد في التحريات إلى مخافر الشرطة القضائية للإدلاء بها مخافة

¹ - آيت الطالب (أحمد): الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، اجراءات البحث الماسة بالحرية، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2010، ص:45.

² - آيت الطالب (أحمد): الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 45.

الاحتفاظ بهم تحت الحراسة النظرية. وهذا من شأنه أن يتعارض مع مصلحة البحث بل أكثر من ذلك فهو يمس بالتضامن الاجتماعي الذي يجب أن يتقوى لمحاربة ظاهرة الإجرام¹.

نقطة ثانية: حصر الاجراء في المشتبه فيه وحده

رغم غموض الفقرة الأولى من المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي اعتبارا للصياغة العامة المعيبة التي ورد بها، إلا أنه لا يمكن إطلاق الوضع تحت الحراسة ليشمل أي شخص، بل ان الأمر لا يمكن أن يتعدى دائرة المشتبه فيهم وذلك لعدة أسباب منها:

أ) ما هو مستمد من ذات النص المنتقد نفسه:

إذا كانت المادتين 66 و 80 من قانون المسطرة الجنائية المغربي التزمت الصمت بخصوص صفة الأشخاص الذين يمكن وضعهم تحت الحراسة النظرية كلما توافرت الشروط الأخرى، إلا أنه لا يفوتنا أن نلاحظ أن هذه النصوص نفسها تقرن الوضع تحت الحراسة بوجود جريمة تعتبر جنائية أو جنحة معاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية، وهذا العنصر و إن كان لا يتضمن أية إشارة إلى المشتبه فيه أو غيره، إلا أنه ينطوي على ربط منطقي مفاده أنه لا ينبغي وضع شخص تحت الحراسة النظرية إلا إذا كانت هناك جريمة، على فرض ثبوتها في حقه، قد يعاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية. ومما يدعم هذا الرأي أيضا ما قرره القانون من إضافة مدة الوضع تحت الحراسة النظرية إلى مدة الاعتقال الاحتياطي التي تخصم من العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها في حالة تقدم اعتقال احتياطي أو وضع تحت الحراسة من أجل نفس الجريمة وفقا للمادة 30 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

ذلك أن إجراء الوضع تحت الحراسة النظرية إجراء مقرر لضرورة البحث وليس لحماية الأشخاص الخاضعين له، فتوفير الحماية الأمنية – لا القانونية- للأشخاص، وان كان ثمة ما يبررها عمليا أو قانونيا، إلا أنها تخرج عن الأهداف المباشرة لقانون المسطرة الجنائية المغربي و تدخل ضمن مهام المصالح والهيئات المكلفة بحفظ الأمن و النظام بوجه عام².

ب) الحراسة النظرية مقررة لفائدة البحث وليس لحماية الأشخاص :

ان حماية الشهود وضحايا الجنايات والجرح، لا يمكن أن يتحقق بإخضاعهم لإجراء استثنائي ماس بالحرية الشخصية أحاطه القانون بمجموعة من الضمانات لمنع اساءة استخدامه في مواجهة الأشخاص الذين قد يشملهم، فالحماية التي تشكل أحد مبررات هذا الرأي تفقد كل قيمتها، مقابل حرمان من يفترض حمايتهم من احدى الحريات

1 - Mohamed EL BAKIR: " le nouveau régime de la garde à vue: continuité et rupture";Revu la gazette de palais, n 22 ; janvier 2009, p16.

² - آيت الطالب أحمد: الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 47.

الأساسية التي يحميها القانون. وبالتالي حصر الوضع تحت الحراسة النظرية في الأشخاص المشتبه فيهم الذين تقتضي ضرورة البحث الاحتفاظ بهم ليكونوا رهن إشارة ضباط الشرطة القضائية المكلف بالبحث¹. يجب الاعتراف بفشل المشرع في تنظيم هذا الشكل من أشكال إجراء الوضع تحت الحراسة النظرية، وذلك باعتماد صياغة عامة وغامضة لا تحدد بصراحة الأشخاص القابلين للوضع تحت الحراسة النظرية، في حين نجد المشرع الفرنسي نجح الى حد ما في تنظيم هذا الشكل الإجرائي وذلك باشتراطه أن يكون الشخص الذي يمكن وضعه تحت الحراسة النظرية ممن تتوافر ضدهم قرائن قوية تحمل على الاشتباه في ارتكابهم أو مشاركتهم في جناية أو جنحة معاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية².

الفقرة الثانية: الجرائم الموجبة لهذا الوضع :

إن مقتضيات المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي لم تتطرق لهذا الشرط في حالة التلبس وإنما نصت عليه المادة 80 من نفس القانون والمتعلق بالحالة العادية حيث جاء في فقرتها الأولى ما يلي: «إذا تعلق الأمر بجناية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس...فله أن يضعه تحت الحراسة النظرية...» إلا أن هذا الشرط يمكن أن يستفاد من خلال الوقوف على شروط التلبس والتي من بينها أن "يتعلق الأمر بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس". و عليه لا يمكن الاحتفاظ بالشخص تحت الحراسة النظرية إذا لم يتعلق الأمر بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس سواء تعلق الأمر بالحالة العادية أو حالة التلبس، ولعل العلة في ذلك ما يمكن أن تشكل هذه الجرائم من خطورة على النظام العام وزعزعة لسلامة وأمن الأفراد. وبالتالي يجب استثناء الجرح المعاقب عليها بالغرامة فقط وكذا المخالفات المعاقب عليها بالاعتقال والغرامة أو بالغرامة فقط، وذلك راجع لكون الجرائم المعاقب عليها بالغرامة فقط إذا كانت لا تستوجب أصلا الحكم بعقوبة سالبة للحرية في حالة ثبوتها و إدانة مرتكبها قانونا، فانه من باب أولى لا تصلح أساسا للاحتفاظ بالأشخاص تحت الحراسة النظرية من أجل إثباتها حتى في حالة وجود قرائن أو أدلة تسمح بالاشتباه في ارتكابهم لها.

¹ - آيت الطالب أحمد: الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 48.

² - Art.63,alinéa 1^{er}, C.P.P.F " I.-Seul un officier de police judiciaire peut, d'office ou sur instruction du procureur de la République, placer une personne en garde à vue.

Dès le début de la mesure, l'officier de police judiciaire informe le procureur de la République, par tout moyen, du placement de la personne en garde à vue. Il lui donne connaissance des motifs justifiant, en application de l'article 62-2, ce placement et l'avis de la qualification des faits qu'il a notifiée à la personne en application du 2° de l'article 63-1. Le procureur de la République peut modifier cette qualification ; dans ce cas, la nouvelle qualification est notifiée à la personne dans les conditions prévues au même article 63-1."

فإذا تم تطبيق الوضع تحت الحراسة النظرية في الجرائم المعاقب عليها بالغرامة فقط، مع العلم أن هذا الإجراء ذات طابع استثنائي ويخضع لتقدير الشرطة القضائية، ستكون لهذا التدبير عواقب وأثار وخيمة على حقوق وحريات الشخص الخاضع له أكثر من العقوبة المقررة للجريمة نفسها، وهذا ما لا يقبله المنطق القانوني نفسه¹.
أما بالنسبة للمخالفات المعاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية، مرد استثنائها هو قانوني صرف، ذلك أن معيار الحبس كحد أدنى للعقوبة المقررة للجريمة التي تسمح بالوضع تحت الحراسة النظرية، مستمد من القاعدة التي تقضي بأنه في المخالفات، بما في ذلك حالة العود، يستطيع القاضي، إذا ثبت لديه توفر الظروف المخففة، أن ينزل بعقوبة الاعتقال والغرامة الى الحد الأدنى لعقوبة المخالفات المقررة في هذا القانون ويجوز له أن يحكم بالغرامة عوضا عن الاعتقال، في الحالة التي يكون فيها الاعتقال مقررا في القانون.

خلاصة القول ان المشرع المغربي، ومراعاة منه للتناسب بين خطورة الجريمة والعواقب القانونية المنتظرة في حالة ثبوتها والحكم من أجلها، قرر اعتماد الحبس كحد أدنى للعقوبة المقررة للجريمة التي يسمح فيها باتخاذ أي إجراء من إجراءات البحث الماسة بالحرية الشخصية أو أي حق من الحقوق التي يحميها القانون² بصورة قسرية من قبل ضباط الشرطة القضائية، كما هو الحال بالنسبة لمنع الأشخاص من مغادرة مكان وقوع الجريمة، أو إخضاعهم لعمليات التحقق من هويتهم وحجز الأشياء المرتبطة بالجريمة، وتفتيش المنازل وزيارتها³.

الفقرة الثالثة: من له الصلاحية في تقرير الوضع تحت الحراسة النظرية

من خلال الفقرتين الأوليتين من المادتين 66 و80 والفقرة الأولى والمقطعين من المادة 19 من قانون المسطرة الجنائية المغربي يمكن القول إن صلاحية الوضع تحت الحراسة النظرية منحت لكل من يحمل صفة ضباط الشرطة القضائية أو بعض الأعوان الذين أناط بهم القانون بعض مهام الشرطة القضائية بموجب نصوص خاصة⁴.
و يأتي في مقدمة موظفو و أعوان الإدارات والمرافق العمومية الذين يتوفرون على صفة ضباط الشرطة القضائية أو الأعوان الذين أناط بهم القانون بعض مهام الشرطة القضائية والذين خولهم صراحة صلاحية وضع الأشخاص تحت الحراسة النظرية، نجد الوالي أو العامل الذي يكتسب صفة ضباط الشرطة القضائية في حالة

¹ - آيت الطالب (أحمد): الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 49.

² - فبعد أن نظمت المواد من 57 الى 69 من قانون المسطرة الجنائية المغربي مختلف الاجراءات المتعلقة بالمعينة والوضع تحت الحراسة النظرية والدخول الى المنازل من أجل تفتيشها أو زيارتها وما يرتبط بها من عمليات، جاءت المادة 70 من نفس القانون تنص على أنه " تسري مقتضيات المادة 57 وما بعدها إلى المادة 69 على قضايا التلبس بالجرح في جميع الأحوال التي ينص فيها القانون على عقوبة الحبس."

³ - آيت الطالب (أحمد): الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 51.

⁴ - تنص المادة 27 من ق.م.ج.م على أنه " يمارس موظفو وأعوان الإدارات والمرافق العمومية الذين تسند إليهم بعض مهام الشرطة القضائية بموجب نصوص خاصة، هذه المهام حسب الشروط وضمن الحدود المبينة في هذه النصوص."

الاستعجال و لمدة أربعة وعشرون ساعة عندما يتعلق الأمر بجرائم المس بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي¹، و كذا أعوان إدارة الجمارك والضرائب الغير المباشرة وهم مأمورو الإدارة الذين لا تقل درجاتهم عن درجة مفتش إقليمي و الأمرون بالصرف بناء على الفصلين 238 و 239 من مدونة الجمارك و الضرائب الغير المباشرة، و كذلك الأعوان محررو المحاضر الذين لا يحق لهم إيقاف المتهم إلا في حالة التلبس بالجنحة طبقا للفصل 239 من مدونة الجمارك و الضرائب الغير المباشرة².

كل هؤلاء الأشخاص الذين بإمكانهم تقرير الوضع تحت الحراسة النظرية، فإنهم يقومون بهذا الإجراء في إطار ممارستهم لسلطات البحث القضائي وليس للشرطة الإدارية، كيفما كانت الجهة التي يكونون تابعين لها إداريا، و تحت إشراف النيابة العامة ومراقبة الغرفة الجنحية لدى محكمة الاستئناف، وذلك طبقا للمادة 35 من ق.م.ج.م³.

الفقرة الرابعة: ضرورة الوضع تحت الحراسة النظرية

يستفاد هذا الشرط من خلال نص المادتين 66 و 88 من قانون المسطرة الجنائية المغربي الذي مفاده أنه متى اقتضت ضرورة البحث ذلك، يمكن لضباط الشرطة القضائية أن يحتفظ بشخص أو عدة أشخاص ممن أشير إليهم في المادة 65 رهن إشارته تحت الحراسة النظرية. وبالتالي لا يمكن إخضاع أي شخص لهذا الإجراء إلا إذا اقتضت ضرورة البحث ذلك. و إلا فإنه يفقد كل فائدة عملية و اعتبر اللجوء إليه إساءة لاستعمال الصلاحيات المخولة لضباط الشرطة القضائية و تعديا مجانيا على حق الشخص في التنقل و الذهاب و الإياب بكل حرية و بدون قيد. إن وضع هذا الشرط يأتي كترجمة مسطرية للمبدأ الدستوري المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 23 من دستور المملكة لسنة 2011 الذي

¹ - تنص المادة 28 من ق.م.ج.م على أنه " يجوز للوالي أو العامل، في حالة الاستعجال، عند ارتكاب جرائم تمس أمن الدولة الداخلي أو الخارجي، أن يقوم شخصياً بالإجراءات الضرورية للثبوت من ارتكاب الجرائم المبينة أعلاه أو أن يأمر كتابة ضباط الشرطة القضائية المختصين بالقيام بذلك، ما لم يخبر بإحالة القضية إلى السلطة القضائية. يجب على الوالي أو العامل في حالة استعماله لهذا الحق، أن يخبر بذلك فوراً ممثل النيابة العامة لدى المحكمة المختصة، وأن يتخلى له عن القضية خلال الأربع والعشرين ساعة الموالية للشروع في العمليات و يوجه إليه جميع الوثائق و يقدم له جميع الأشخاص الذين ألقى عليهم لقبض.

يجب على كل ضابط من ضباط الشرطة القضائية تلقي أمرا بالتسخير من الوالي أو العامل عملا بالمقتضيات أعلاه، وعلى كل موظف بلغ إليه أمر القيام بحجز عملا بنفس المقتضيات، أن يمثل لتلك الأوامر وأن يخبر بذلك فوراً ممثل النيابة العامة المشار إليه في الفقرة السابقة. =

= إذا تبين للنيابة العامة أن القضية من اختصاص المحكمة العسكرية، فإنها توجه الوثائق إلى السلطة الحكومية المكلفة بالدفاع الوطني وتأمر فوراً عند الاقتضاء بتقديم الأشخاص الملقى عليهم القبض إلى السلطة المختصة وهم في حالة اعتقال و تحت الحراسة."

² - ظهر شريف بمثابة قانون رقم 1.77.339 بتاريخ 25 شوال 1397 (9 أكتوبر 1977)، يصادق بموجبه على مدونة الجمارك و الضرائب غير المباشرة الراجعة لإدارة الجمارك و الضرائب غير المباشرة، الجريدة الرسمية عدد 3389 مكرر (13 أكتوبر 1977)، ص: 2982، و الجريدة الرسمية عدد 3392 مكرر بتاريخ 4 نوفمبر 1977، ص: 3289.

³ - تنص المادة 35 من ق.م.ج.م على أنه " تطبيق مقتضيات هذا الفرع على جميع الموظفين و أعوان الإدارات و المرافق العمومية، الذين تخولهم نصوص خاصة بعض مهام الشرطة القضائية، عندما يمارسون هذه المهام، حسب الشروط و ضمن الحدود المبينة في هذه النصوص."

يقضي بعدم جواز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون¹.

غير أن مبرر اللجوء لإجراء الوضع تحت الحراسة النظرية الذي هو " ضرورة البحث " يصعب إخضاعه للرقابة لسببين اثنين مرتبطين فيما بينهما:

- أولهما هو أن المادتين 66 و80 من قانون المسطرة الجنائية المغربي و إن اشترطتا أن يكون الإجراء ضروريا للبحث وأن يكون الاحتفاظ بالأشخاص ليكونوا رهن إشارة ضباط الشرطة القضائية، إلا أنهما، باستثناء الشكليات التي ربطتا بها الإجراء، أعطت لضباط الشرطة القضائية، وخاصة في حالة التلبس، سلطة تقدير هذا الشرط من غير أن يكون خاضعا في هذا التقدير لأية رقابة سابقة.

وهذه الصلاحية لا تنحصر فقط في مبدأ الوضع تحت الحراسة، بل تشمل أيضا الاحتفاظ بالشخص تحت الحراسة النظرية إلى حين انتهاء مدتها الأصلية بأكملها، وهذا ما يفتح المجال للإبقاء على الشخص داخل المدة المحددة قانونا، حتى بعد انتهاء ضباط الشرطة القضائية من البحث مع المعني بالأمر واستنفاذ الإجراءات لمبرراته القانونية بأن يصبح غير ضروري أصلا فيما تبقى من المدة. ومثال ذلك، حالة الشخص المحتفظ به تحت الحراسة النظرية بسبب ضبطه في حالة سكر علني بين، فالمبدأ أنه إذا استرجع المعني بالأمر وعيه وتم الاستماع إليه في الساعات الست أو العشر الأولى من إيقافه، فإن الاحتفاظ به للمدة المتبقية من المدة القانونية المحددة في 48 ساعة تصبح مجرد إطالة لهذه الحراسة النظرية بدون طائل، و بمعنى آخر، فإن الاحتفاظ بالشخص تحت الحراسة النظرية لمدة تزيد عن المدة الكافية للبحث معه، يجعل هذا الإجراء، في ما زاد عن المدة الضرورية للبحث، مخالفا لأحد الشروط الجوهرية للوضع تحت الحراسة و هي أن يكون ضروريا للبحث².

- وثانتهما، يتمثل في أن ضباط الشرطة القضائية غير ملزم بالإفصاح عن الأسباب المبررة للوضع تحت الحراسة النظرية سواء في محضر الاستماع للأشخاص الخاضعين لهذا الإجراء أو في البيانات أو التضمينات الأخرى المتعلقة به، اللهم ما يتعلق بالوصف القانوني للجرائم التي هي موضوع البحث والمبررة لهذا الإجراء³. الجنح أو الجنايات المعاقب عليها بالحبس أو السجن، التي أشير إليها في الفقرة الأولى من المادة 80 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

لكن التساؤل الذي يطرح، هل إيراد هذا الشرط جاء حماية لحرية الأفراد أم ضدها؟

إن صياغة هذا النص لا تخلو من دلالة في توجه المشرع المغربي إلى توسيع صلاحيات الشرطة القضائية وتمكينها -سواء فيما يتعلق بأسباب ودوافع الوضع تحت الحراسة النظرية أو فيما يتعلق بالأشخاص موضوع الحراسة- من قدر

¹ - الفقرة الثالثة من المادة 23 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011، الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 الموافق ل 29 يوليو 2011 القاضي بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 30 يوليو 2011، ص: 3600.

² - آيت الطالب (أحمد): الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 59.

³ - المرجع نفسه، ص: 59.

كبير من الحرية في أعمال سلطتها التقديرية دون أن يلزمها بأي تبرير. إذ بإمكانها أن تضع تحت الحراسة النظرية أي شخص إذا اقتضت ذلك ضرورة البحث حتى ولو لم تتوفر ضده أية قرائن¹.

إن أعمال معيار "ضرورة البحث" لوضع أي شخص تحت الحراسة النظرية مشتبه فيها أو مجرد شاهد، هو معيار جد واسع²، يعتمد على التقدير الشخصي لضباط الشرطة القضائية وينطوي على خطر التحكم سواء عند تقدير ضرورة البحث أو عند تحديد صفة الشخص المعني بالحراسة النظرية وهو ما قد يفتح الباب واسعا أمام الضابطة القضائية لتلقي القبض وتعتقل أي شخص وبكل حرية بعيدا عن كل رقابة قضائية.

و ما يجعل الأمر أكثر خطورة، أن المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي بإحالتها على المادة 365 من نفس القانون، تكون قد تناقضت مع مبدأ قرينة البراءة المنصوص عليها في المادة الأولى وكذا مع روح قانون المسطرة الجنائية المغربي الذي جاء ليكون أكثر ضمانا وحماية لحقوق الأفراد. فبدلا من أن يحاول المشرع المغربي التقليل من الحالات الماسة بقرينة البراءة، ها هو يوسع من دائرة الأشخاص الممكن إخضاعهم لإجراء الحراسة النظرية لتشمل إلى جانب المشتبه فيهم، الشهود وكذا كل شخص وجد في مكان ارتكاب الجريمة أو ظهر أنه من المفيد معاينة هويته أو التحقق منها.

1- شومي (شادية): حقوق الدفاع خلال مرحلة ما قبل المحاكمة في النظام الجنائي المغربي -عناصر من أجل محاكمة عادلة- أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، الجزء الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عين الشق الدار البيضاء، السنة الجامعية 2002/2003 ص:64

² وبناء على ما ورد بمسودة ق.م.ج.م أمكننا القول أن المشرع المغربي قد تفتن لخطورة هذا الاجراء حيث بادر الى التضييق من حالات اللجوء اليه وذلك من خلال التنصيص صراحة ضمن المادة 1-66 على أن تدبير الحراسة النظرية يعد تدبيرا استثنائيا لا يمكن اللجوء اليه الا اذا تعلق الأمر بجناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس وتبين أنه ضروري لواحد أو أكثر من الأسباب التالية:

- الحفاظ على الأدلة والحيلولة دون تغيير معالم الجريمة.
- القيام بالأبحاث والتحريات التي تستلزم حضور أو مشاركة المشتبه فيه
- وضع المشتبه فيه رهن إشارة العدالة والحيلولة دون فراره.
- الحيلولة دون ممارسة أي ضغط على الشهود أو الضحايا أو أسرهم أو أقاربهم.
- منع المشتبه فيه من التواطؤ مع الأشخاص المساهمين أو المشاركين في الجريمة.
- حماية المشتبه فيه.
- وضع حد للاضطراب الذي أحدثه الفعل بسبب خطورته أو ظروف ارتكابه أو الوسيلة التي استعملت في ارتكابه، أو أهمية الضرر الناتج عنه، أو بالنظر لخطورة المشتبه فيه. (المواد 66، 1-66 و 80 من نفس المسودة).

³ تنص المادة 65 من ق.م.ج.م على أنه " يمكن لض.ش.ق أن يمنع أي شخص مفيد في التحريات من الابتعاد عن مكان وقوع الجريمة إلى أن تنتهي تحرياته.

يجب على كل شخص ظهر من الضروري معاينة هويته أو التحقق منها، بناء على طلب من ض.ش.ق، أن يمثل للعمليات التي يستلزمها هذا التدبير.

وكل من خالف مقتضيات الفقرة السابقة يتعرض لعقوبة الاعتقال لمدة تتراوح بين يوم واحد وعشرة أيام وغرامة يتراوح قدرها بين 200 و 1.200 درهما ولإحدى هاتين العقوبتين فقط."

و عموما وتفاديا لكل تحكم أو تعسف، نرى إلى جانب بعض الفقه 1 ضرورة جعل قرار الوضع تحت الحراسة بيد القضاء ممثلا في النيابة العامة وبالتالي نزعها من يد الشرطة القضائية. لأن الاعتماد فقط على نزاهة وضمير الشرطة غير كاف لتأمين حقوق المواطنين وهو ينطوي على مبالغة زائدة في الثقة، خصوصا وأنه كانت وما زالت الشكوك تحوم حول بعض ممارساتهم غير القانونية في العديد من الحالات وهو ما يشكل تطاولا على سلطة القانون وإعمالا لسلطة الأهواء، وفي بعض الأحيان سلطة التعليمات.

و في الأخير، لا بد من الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يورد أي وسيلة للتظلم من قرار وضعه تحت الحراسة النظرية 2، وهو ما من شأنه أن يزيد من خطورة هذا الإجراء على حرية الأفراد.

الفقرة الخامسة: مكان الوضع تحت الحراسة النظرية

من خلال تنظيمه لإجراء الحراسة النظرية لم يتطرق قانون المسطرة الجنائية المغربي لتحديد المكان الذي يجب الاحتفاظ فيه بالشخص الذي يخضع لهذا الإجراء، وحتى في معرض تنظيمه لحق الموضوع تحت الحراسة النظرية في حالة تمديدتها في الاتصال بمحام أو حق المحامي المنتصب في الاتصال بالموضوع تحت الحراسة 3، يلاحظ أن القانون لم يحدد المكان الذي يمكن أن يتم فيه هذا الاتصال 4.

هذا السكوت برره البعض في أن الوضع تحت الحراسة النظرية ليس عقوبة سالبة للحرية، كما هو الحال بالنسبة للاعتقال أو الحبس أو السجن، حتى يحدد القانون الأماكن الخاصة المعدة لتنفيذه. ويكفي بالنسبة للحراسة النظرية أن يكون المشرع قد بين الشروط العامة والشكلية التي يمكن معها اللجوء إلى هذا الإجراء وكذا إقرار حقوق الأشخاص الخاضعين له وإحاطته ببعض الضمانات منعا لأي شطط أو تعسف. أما تحديد المكان أو الأماكن المخصصة بالذات للاحتفاظ بالأشخاص فهو يدخل في مجال السلطة الإدارية وليس في مجال القانون 5.

1 - Lauraut RASSAT (Michel): procédure pénale, PUF, collection droit fondamental, droit pénal; paris, 1995.p:538

2 - على غرار المشرع الفرنسي الذي خالف مقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 3 من المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان التي تنص على مايلي: " Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans les conditions contraires aux disposition de cet article a droit à réparation".

3 - أنت مسودة ق.م.ج.م بمستجدات بهذا الخصوص، حيث تم تعزيز حق اتصال الشخص الموضوع رهن الحراسة النظرية بمحاميه بضمانات اضافية، من خلال منح حق الاتصال بالمحامي ابتداء من الساعة الأولى لإيقاف المشتبه فيه، ودون اشتراط الحصول على ترخيص من النيابة العامة وتقليص آجال تأخير الاتصال حينما يكون ممكنا الى أدنى مستوياته وبصفة استثنائية الى نصف المدة الأصلية اذا تعلق الأمر بالجريمة الارهابية بأمر من النيابة العامة بطلب من ظ.ش.ق.(المادة 2-66)

4 - هناك بعض النصوص الخاصة التي سلكت مسلكا مخالفا، كما هو الحال بالنسبة للفصل 39 من ظهير 10 نوفمبر 1958 بمثابة قانون القضاء العسكري، و التي تنص على " أن الأشخاص الذين يلقي عليهم القبض في الأحوال المقررة في الفصلين 37 و 38 يسجنون بأمر من السلطة العسكرية اما في الأماكن التأديبية الخاصة بجيش من الجيوش أو بفرقة من فرق رجال الدرك و اما في محل من المحلات التأديبية لسجن عسكري غير أنه لا يجوز اجراء الاعتقال المذكور الاعلى وجه تأديبي مؤقت مادام لم يصدر قاضي التحقيق العسكري الأمر بسجن المتهم أو بالقاء القبض عليه على اثر الاذن المعطى له باجراء البحث المقرر في الفصل 33".

5 - أيت الطالب (أحمد): الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 61.

لكن سكوت قانون المسطرة الجنائية المغربي قد يكون منتقدا لكونه يفتح المجال أمام بعض التأويلات المغايرة بشأن الأماكن التي يمكن أن يوضع فيها الأشخاص الموضوعين تحت الحراسة النظرية، لا سيما إذا كانت الأماكن المذكورة خاصة أو غير خاضعة لإشراف سلطة الإدارية أو الهيئة التابع لها ضباط الشرطة القضائية المعني أو كانت غير معروفة أو بقيت سرية¹.

لذلك على المشرع المغربي أن يحدد ضمن قانون المسطرة الجنائية المغربي أماكن خاصة للاحتفاظ بالأشخاص تحت الحراسة النظرية، علما بأن المؤسسات والمراكز وأماكن اعتقال الأشخاص المدانين أو المعتقلين احتياطيا أو المكرهين بدنيا لأسباب مدنية أو المعتقلين في انتظار البث في طلبات تسليمهم الى دول أجنبية، فقد حددها القانون².

المطلب الثاني

الشروط الخاصة للوضع تحت الحراسة النظرية وجزاء الإخلال بقواعدها

سنتطرق ضمن هذا المطلب ضمن الفقرة الأولى لمدة الوضع تحت الحراسة النظرية، وفي الفقرة الثانية سنتناول الشروط الشكلية للوضع تحت الحراسة النظرية، وسنختم بفقرة ثالثة ستمحور حول جزاء الإخلال بقواعد الحراسة النظرية.

الفقرة الأولى: مدة الوضع تحت الحراسة النظرية

إن إجراء الحراسة النظرية أثار مجموعة من الإشكالات العملية والقانونية وخاصة بالنسبة لمدة الحجز مما دفع الفقه إلى الإدلاء بآرائه المختلفة وجعل القضاء يصدر اجتهادات قضائية. من الواضح أن الوضع تحت الحراسة النظرية يمس بشكل واضح بحرية التنقل، ومن الأكيد أن ضرورة البحث قد تقتضي من جهة الاحتفاظ بالمشتبه فيه مدة من الزمن لدى الضابطة القضائية، والافتراض في أمن وسلامة المجتمع من جهة أخرى.

و في هذا الإطار، عرفت مدة الوضع تحت الحراسة النظرية مدا وجزرا عبر مختلف التعديلات التي عرفها قانون المسطرة الجنائية المغربي³، إلى أن استقرت بمقتضى ظهير 30-12-1991 والمطبق بمقتضى القانون رقم 67/90 وهو ما احتفظ به ق.م.ج الحالي مع إضافة مقتضيات أخرى تتعلق بقانون الإرهاب¹.

¹ - أنظر البوعيسي (لحسن): عمل الضابطة القضائية في المغرب، مطبعة المعارف الجديدة، 1991، ص: 47 وما يليها. وكذا الطالب (عبد الكريم): حقوق الانسان في مرحلة البحث التمهيدي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 26، سلسلة مواضيع الساعة، 2001، ص: 55.

² - أنظر المادة 2 من القانون رقم 23-98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية، الصادر بموجب الظهير رقم 1.99.200 بتاريخ 13 جمادى الأولى 1420 (25 غشت 1999)، الجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 16 سبتمبر 1999.

3- كانت المدة في ظهير 10 فبراير 1959 هي 48 ساعة قابلة للتمديد 24 ساعة في الجرائم العادية.

- في ظهير 18 شتنبر 1962 هي 96 ساعة قابلة للتمديد 48 ساعة.

- في ظهير 30-12-1991 هي 48 ساعة قابلة للتمديد 24 ساعة.

تشمل مدة الوضع تحت الحراسة النظرية، على المدة الأصلية، مضافا إليها التمديد للمدة التي يسمح بها القانون أو تجديد المدة الأصلية، عند الاقتضاء، في الحالات وحسب الشروط المنصوص عليها قانونا. وهكذا جاء في الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 66 والفقرة الأولى والثانية من المادة 80 من ق.م.ج المغربي على أن مدة الحراسة النظرية هي 48 ساعة قابلة للتجديد 24 ساعة بإذن كتابي من النيابة العامة. أما إذا تعلق الأمر بجرائم أمن الدولة الداخلي أو الخارجي فإن المادة تكون 96 ساعة قابلة للتجديد لمرة واحدة بناء على إذن كتابي من النيابة العامة.

أما بالنسبة للجرائم الإرهابية فإن هذه المدة تكون 96 ساعة مع قابلية التجديد لمرة لنفس المدة في كل مرة بناء على أمر كتابي من النيابة العامة.²

و عليه، فلا يمكن لضباط الشرطة القضائية الاحتفاظ بالمشتببه فيه أو شخص آخر ممن تم إيرادهم بالمادة 65 من قانون المسطرة الجنائية المغربي لمدة تزيد عن المدة المحددة قانونا، وإلا اعتبر ذلك عملا تحكيميا وهذا أمر معاقب عليه بمقتضى الفصل 225 من قانون المسطرة الجنائية المغربي³. بل هناك من يرى بأن المدد المقررة للوضع تحت الحراسة النظرية –سواء تعلق الأمر بالمدة الأصلية أو بالتمديد-، يجب النظر إليها مبدئيا كحد أقصى للمدة التي يمكن لضباط الشرطة القضائية أن يبقى إلى غايتها الشخص رهن إشارته لفائدة البحث، فان استنفاد هذه المدة كلها مشروط قانونا بأن يكون الإبقاء على الشخص تحت الحراسة النظرية ضروريا للبحث خلال المدة التي سيستغرقها هذا الإجراء كلها، فضرورة إبقاء الشخص رهن إشارة ضباط الشرطة القضائية لحاجيات البحث هو أساس ومبرر الوضع تحت الحراسة النظرية برمته. بمعنى آخر فتحديد الحد الأقصى للوضع تحت الحراسة النظرية لا يعطي لضباط الشرطة القضائية الحق أن يحتفظ بشخص تحت الحراسة أو يطلب تمديد هذه المدة دون أن يكون في هذا التمديد أو ذلك الإبقاء أية فائدة للبحث الجاري⁴.

إلا أن التقيد الدقيق بمبدأ ضرورة الوضع تحت الحراسة النظرية يصطدم من الناحية العملية بصعوبة إثبات وجود النية الإجرامية أو القصد الجنائي لضباط الشرطة القضائية أو ممثلي النيابة العامة الذين أذنوا بالتمديد لإثارة مسؤوليتهم الجنائية⁵.

إن تمديد الحراسة النظرية، فيلاحظ أن المشرع المغربي قد ربط هذه الإمكانية بإذن كتابي من النيابة العامة، وبالتالي فمن المنطقي ألا تمدد الحراسة إلا بعد حصول ضباط الشرطة القضائية على هذا الإذن الكتابي وهو ما قد

¹ - قانون 03.03 المتعلق بمكافحة الإرهاب صادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 140-03-1 بتاريخ 26 ربيع الأول 1424 الموافق ل 28 ماي

2003 منشور بالجريدة الرسمية عدد 5112 بتاريخ 27 ربيع الأول 1424 الموافق ل 29 ماي 2003، ص: 1755

² - وقد نصت المادة 2-66 من مسودة ق.م.ج.م على تعليق الاذن الكتابي الصادر عن النيابة العامة القاضي بتمديد فترة الحراسة النظرية.

³ - ينص الفصل 225 على مايلي: "كل قاض او موظف عمومي، أو أحد رجال أو مفوضي السلطة أو القوات العمومية يأمر أو يباشر بنفسه عملا تحكيميا، ماسا بالحريات الشخصية أو الحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر يعاقب بالتجريد من الحقوق الوطنية..."

⁴ - آيت الطالب (أحمد): الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 67.

⁵ - المرجع نفسه، ص: 68.

يشكل إحدى أهم الضمانات حماية حرية الأفراد. إلا أن الواقع العملي حسب ما يؤكد لنا الأستاذ لحسن بيبي، فإن هذا الإذن غالباً ما يمنح بواسطة الهاتف على أن يتم تأكيده فيما بعد كتابياً¹.

أما بخصوص سريان وانتهاء مدة الحراسة النظرية فتختلف من المدة الأصلية إلى المدة الإضافية التي تتم بناء على إذن كتابي من النيابة العامة:

فالمدة الأصلية تبتدأ منذ ساعة إيقاف الشخص المعني (الفقرة الأولى من المادة 66 من ق.م.ج.م) وتنتهي بمرور الوقت القانوني الأصلي أو بزوال مبرر "ضرورة البحث" الذي يليه إجراء عرض الشخص أمام النيابة العامة لاستنطاقه أو إحالته على المحكمة.

و بالنسبة للتمديد لفترة الوضع تحت الحراسة النظرية فقد تبتدأ من الساعة التي تنتهي فيها المدة الأصلية والتي يشار إليها عادة في قرار التمديد مع احتساب الوقت اللازم للاستماع إلى المعني بالأمر أثناء تقديم الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية أمام النيابة العامة². أو من تاريخ الإذن بهذا التمديد دون احتساب الوقت الذي قضاه الشخص أمام النيابة العامة ذلك لعدم بقاء الشخص رهن إشارة ضباط الشرطة القضائية من ناحية، ولوجوده تحت سلطة النيابة العامة بعد تقديمه أمامها إذا كان هذا التقديم إلزامياً³ كما هو الحال في طلب التمديد عند وضع الشخص تحت الحراسة في حالة البحث التمهيدي من ناحية ثانية⁴.

و في حالة التمديد في حالة التلبس، والتي لا تستلزم أصلاً تقديم الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية أمام النيابة العامة المختصة، أو في حالة البحث التمهيدي، عندما يتقرر بصورة استثنائية منح الإذن بالتمديد بقرار معلل، دون تقديم الشخص أو الأشخاص المعنيين إلى النيابة أو الاستماع إليهم (الفقرة الخامسة من المادة 80 من ق.م.ج.م)، فإن التمديد لمدة أربع وعشرين ساعة تحتسب ابتداء من ساعة انتهاء المدة الأصلية للإجراء.

و في حالة حضور الشخص أما ضباط الشرطة القضائية، بناء على استدعاء وجه له من أجل الإدلاء بتصريحاته أو حضر هو تلقائياً، وبعد الاستماع إليه قرر ضباط الشرطة القضائية وضعه تحت الحراسة النظرية لفائدة البحث، فإن المدة تبتدئ منذ بداية الاستماع إلى المعني بالأمر، لأن المفروض أن الشخص كان رهن إشارة ضباط الشرطة القضائية ابتداء من هذا التاريخ⁵.

و مدة الحراسة النظرية يجب أن تسترسل في حق المشتبه فيه كلما انتقل ملف البحث الخاص به من يد إلى يد، وفي هذا الإطار يقول الأستاذ البوعيسي: " فإذا فرضنا أن شخصاً وضع تحت الحراسة النظرية من طرف ضباط الشرطة

¹ - بيبي (لحسن): ضمانات حقوق الإنسان في مواجهة التعذيب والانتقال التحكيمي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الحقوق- القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية-أكادال- جامعة محمد الخامس- الرباط، السنة الجامعية 1999-2000 ص: 41.

² - LARGUIER (Jean) et CONTE (Philippe): Mementos Dalloz, Procédure pénale, 21ème édition, Dalloz, Paris, Cedex, 2006., P:61.

³ - أتاحت الفقرة الثالثة من المادة 80 من مسودة ق.م.ج.م للنيابة العامة بغرض تمديد فترة الاعتقال الاحتياطي إمكانية الاستماع إلى الشخص المعني عن طريق تقنية الاتصال عن بعد.

⁴ - آيت الطالب (أحمد): الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 69.

⁵ - Jean Larguier et philippe Conte : Op, P : 61.

القضائية بمفوضية أو درك وزان، واستمر توقيفه لمدة 72 ساعة ثم تبين نظرا لسبب من الأسباب ضرورة إجراء البحث من طرف المصالح الإقليمية للشرطة القضائية حيث يسلم المشتبه فيه إليها، فإن المدة التي قضاها تحت الحراسة النظرية يجب أن تحسب، ولا يمكن أن يبدأ سريان الحراسة النظرية من جديد...¹

و عموما ولاحترام هذه الأجل أوجب كذلك القانون على ضباط الشرطة القضائية التقييد ببعض الشكليات على سبيل الوجوب منها:

- أن يضمن في محضر الاستجواب يوم وساعة إطلاق سراح المشتبه فيه الخاضع للحراسة النظرية أو تقديمه إلى القاضي المختص ويمضي الشخص الذي يعنيه الأمر هذا التضمنين في طرة المحضر أو يشار فيه إلى رفضه الإمضاء (المادة 67 من ق م ج).

- توجيه لائحة بأشخاص الذين تم وضعهم تحت الحراسة النظرية خلال 24 ساعة السابقة يوميا إلى النيابة العامة.

يجب تسجيل تضمين مماثل لمحضر الاستجواب في كناش خاص ترقم صفحاته، ويتضمن جدول تختصر فيه تدابير الحراسة النظرية، ويوقع من طرف المعني بالأمر وكذا الضابطة القضائية. ويتضمن هذا الكناش خمس خانات: الأولى أسماء الأشخاص الموضوعين تحت الحراسة النظرية، الثانية سبب الحراسة النظرية، الثالثة مكان الحراسة، الرابعة لمدة الحراسة، أما الخامسة فتخصص للفصول القانونية ورقم المحضر².

نشير في الأخير إلى أن هذه المدة وكما حددها المشرع المغربي في المادة 66 و80 من قانون المسطرة الجنائية المغربي تظل طويلة نسبيا إذا ما تم مقارنتها بمدد الحراسة في أنظمة جنائية أخرى³.

الفقرة الثانية: الشروط الشكلية للوضع تحت الحراسة النظرية

يعتبر الوضع تحت الحراسة النظرية أحد الإجراءات التي تتميز به مرحلة ما قبل المحاكمة التي تدخل ضمن مرحلة البحث التمهيدي العادي و التلبسي، ونظرا للطابع التفتيشي لهذه المرحلة مما قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تغليب البحث عن الحقيقة ولو على حساب صيانة حقوق الإنسان بشكل عام والحرية الشخصية بوجه خاص، فقد

¹ - البوعيسي (الحسن): المرجع السابق، ص: 124 .

² - الغليزوري (سفيان حليم): التلبس بالجريمة وضمانات الحرية الفردية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الجنائي و العلوم الجنائية، مسلك القانون الجنائي و العلوم الجنائية. كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2009/2008، 68.

³ - ففي مصر مثلا حددت هذه المدة في 24 ساعة، وهو ما نصت عليه المادة 36 من قانون الإجراءات الجنائية المصري لسنة 1950 والمتمم بالقانون رقم 145 لسنة 2006: " يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المضبوط ، وإذا لم يأت بما يبرئه ، يرسله في مدة أربعة وعشرين ساعة إلى النيابة العامة المختصة. "

- الشيء نفسه في فرنسا حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 63 من ق.م.ج الفرنسية مايلي:

"la personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures toute fois, la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt – quatre heures au plus ... »

نص المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية على مجموعة من الشروط الشكلية التي من شأنها التخفيف من خطورة هذا الإجراء وتكفل عدم تعسف السلطات المختصة في اللجوء إليه.

و يوجد على رأس هذه الشروط تضمين ساعة وتاريخ الوضع تحت الحراسة النظرية في المحضر (أولاً) ومنها أيضاً مسك سجل الحراسة النظرية (ثانياً).

أولاً: تضمين ساعة وتاريخ الوضع تحت الحراسة النظرية في المحضر

تلزم المادة 67 في الفقرتين الأولى والثانية ضباط الشرطة القضائية. تضمين محضر الاستماع لأي شخص وضع تحت الحراسة النظرية يوم وساعة ضبطه، ويوم وساعة إطلاق سراحه أو تقديمه إلى القاضي المختص، وإشعار عائلة المحتجز، مع وجوب تذييل البيانات السابقة إما بتوقيع الشخص المعني بالأمر أو بابصامه أو بالإشارة إلى رفضه ذلك أو استحالته مع بيان أسباب الرفض أو الاستحالة، وتضمين ذات البيانات في السجل المنصوص عليه في الفقرة التاسعة من المادة 66 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

بالإضافة إلى الشروط العامة التي يجب أن تتوفر في محضر الضابطة القضائية لاعتماده كوسيلة إثبات أمام المحكمة والمنصوص عليها في المادتين 24 و 289 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، أضاف المشرع لمحضر الاستماع إلى الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية مجموعة من البيانات الخاصة والتي يجب تضمينها من طرف ضباط الشرطة القضائية والمنصوص عليها في الفقرات 10 و 11 و 12 من 66 و المادتين 67 و 82 من قانون المسطرة الجنائية المغربي. و تعتبر هذه التقييدات دليلاً كتابياً يسمح بالتأكد ومراقبة احترام شروط وشكليات الوضع تحت الحراسة النظرية، وخاصة منها التقييد بالمدة القانونية¹.

ثانياً: مسك سجل الحراسة النظرية

لإعطاء صورة واضحة حول ظروف الوضع تحت الحراسة النظرية، يتعين على ضباط الشرطة القضائية مسك سجل خاص بالوضع تحت الحراسة النظرية². ويعتبر هذا الإجراء من الصلاحيات الرقابية الأساسية الموكولة للنيابة العامة اتجاه ضباط الشرطة القضائية سواء أثناء الزيارة الأسبوعية لمخافرها أو في أي وقت آخر يراه وكيل الملك مناسباً أو خلال عرض هذا السجل عليه شهرياً قصد التأشير عليه³. و يشمل سجل الحراسة النظرية على نوعين من البيانات⁴:

¹ - آيت الطالب (أحمد): الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 125.

² - بالإضافة إلى السجل الورقي نصت مسودة ق.م.ج.م على أحداث سجل الكتروني وطني وآخر جهوي للحراسة النظرية يسمح بمركزة المعطيات المتعلقة بالأشخاص الموضوعين رهن الحراسة، ويوضع رهن إشارة النيابة العامة والجهات التي يعنها القانون (المادة 3-66).

³ - غلاب (ميلود): عمل النيابة العامة بين الواقع والقانون، تسيير ومراقبة أعمال الشرطة القضائية، ج 2، المغرب، 2006، ص 102.

⁴ - آيت الطالب (أحمد): الوسيط في أعمال الشرطة القضائية وأساليب البحث الجنائي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص: 129.

- بيانات مشتركة تنقل لزوما من محضر سماع الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية إلى هذا السجل، ويتعلق الأمر بتضمين يوم وساعة ابتداء الوضع تحت الحراسة النظرية واليوم والساعة اللذان ينتهي فيهما هذا الإجراء، مع تذييل هذه البيانات بتوقيع أو ابصام المعني بالأمر أو الإشارة إلى رفضه التوقيع أو استحالتة.
- بيانات خاصة تضمن فقط في السجل ولا تنقل الى المحضر. والمتمثلة في ترقيم صفحاته وتذييلها بتوقيع وكيل الملك، وتسجيل فيه هوية الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية وسبب ذلك وساعة بداية الحراسة النظرية وساعة نهايتها، ومدة استنطاق الشخص المحتجز وأوقات الراحة التي تخللت مدة الوضع تحت الحراسة النظرية والحالة البدنية والصحية للشخص المعتقل والتغذية المقدمة إليه (الفقرتين 15 و 16 من المادة 66 من ق.م.ج.م)¹.

و عموما فالغاية من هذا الإجراء تتجلى في ثلاثة أمور أساسية:

- تمكين النيابة العامة من التدخل لتصحيح كل وضع أو إجراء غير مناسب، وذلك بمراجعة قرار الضابط مع إمكانية وضع حد لها إذا تبين عدم أهميتها أو انعدام المبررات القانونية لاتخاذها.
 - التأكد من مسك السجل بصفة نظامية دون فراغ أو كشط أو محو والتأكد من تحقيق جميع البيانات المنصوص عليها ضمن مواد قانون المسطرة الجنائية المغربي التي نصت على أن ترقيم صفحات السجل وأن توقع من طرف وكيل الملك أو نائبه، وتفيد فيه هوية الشخص وسبب وضعه تحت الحراسة النظرية وساعة بدايتها وانتهائها ومدة الاستنطاق وأوقات الراحة والحالة البدنية والصحية للمعتقل والتغذية المقدمة له.
 - إذا كشفت الرقابة الممارسة من طرف النيابة العامة عن وجود إخلالات جوهرية تمس بضمانات الشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية، كمسك سجل غير نظامي أو تجاوز مدة الحراسة النظرية أو أن احتساب مدة الوضع يخالف ساعة التوقيف الفعلي للمشتبه فيه أو أن الوضع تقرر دون إخبار النيابة العامة في حالة التلبس... الخ، فإن تقريراً يرفع بذلك إلى الوكيل العام للملك لاتخاذ الإجراءات المناسبة².
- و عموما، فإذا كان المشرع المغربي قد حاول إيراد مجموعة من الشروط والإجراءات القانونية التي يجب على ضباط الشرطة القضائية ووكيل الملك احترامها وذلك ضمنا لكرامة وحقوق الموضوع تحت الحراسة النظرية، فإنه أغفل إرفاق هذا الإجراء بإحدى أهم الضمانات ويتعلق الأمر بالعرض على فحص طبي.

¹ - ان تقييد هذا البيان يأتي استجابة ولو بشكل جزئي للمبادئ الدولية الخاصة بحقوق الأشخاص المعتقلين، فالمبدأ رقم 23 من مجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، ينص على أنه " تسجل و تعتمد بالطريقة التي يحددها القانون مدة أي استجواب لشخص محتجز أو مسجون و الفترات الفاصلة بين الاستجوابات، و كذلك هوية الموظفين الذين يجرون الاستجوابات و غيرهم من الحاضرين، القواعد الدولية لمعاملة السجناء: منشور المملكة المغربية، وزارة حقوق الانسان، مركز التوثيق و الاعلام و التكوين في مجال حقوق الانسان، المرجع السابق، ص 50.

² - غلاب (ميلود): عمل النيابة العامة بين الواقع والقانون، تسيير ومراقبة أعمال الشرطة القضائية، المرجع السابق، ص 103.

الفقرة الثالثة: جزاء الإخلال بقواعد الحراسة النظرية

إن قانون المسطرة الجنائية المغربي لم ينص صراحة على الأثر المترتب عن الإخلال بأي شرط من شروط الحراسة النظرية، الذي يمس حرية الفرد ويمس شخصه مباشرة، وهو بذلك نعى نفس منعى المشرع الفرنسي، هذا الأخير الذي تراجع في تعديله ل 24 غشت 1993 عن النص على البطلان كجزء اجرائي نتيجة للإخلال بالضمانات الممنوحة للشخص الموضوع تحت الحراسة النظرية بعدما كان نص على هذا الجزاء في تعديل 04 يناير 1993¹. وما يثير الجدل أنه إذا كانت حقا نصوص قانون المسطرة الجنائية المغربي آمرة ومن النظام العام وأن يتم التعامل مع مؤسساتها القانونية بطريقة انتقائية، فتفتيش المنازل رتب عنه المشرع في نفس الفصول البطلان في حالة مخالفة القواعد المنظمة له، في الوقت الذي تجاهل القيام بذلك بخصوص الفصول المتعلقة بالحراسة النظرية²؟ هذا الصمت العفوي أو المقصود من طرف المشرع فتح الباب على مصراعيه لتضارب الآراء الفقهية بشأن الأثر القانوني المترتب على الإخلال بأحكام الوضع تحت الحراسة النظرية، وما هي آثار بطلان الإجراء على محضر الضابطة القضائية (أولا)، وما موقف القضاء المغربي من مخالفة قواعد الحراسة النظرية (ثانيا).

أولا: الاتجاهات الفقهية

تنقسم الاتجاهات الفقهية بين المناادي ببطلان المحاضر المتعلقة بإجراء الوضع تحت الحراسة النظرية، وبين المستبعد للبطلان.

أ) الاتجاه القائل ببطلان المحاضر المتعلقة بالوضع تحت الحراسة النظرية :

يرى هذا الفريق إلى أن الإخلال بأحكام الوضع تحت الحراسة النظرية، كتجاوز المدة القانونية لذلك يؤدي إلى بطلان محضر البحث التمهيدي، سواء كان التجاوز من الضابط مباشرة أو بناء على تمديد غير قانوني لأن ما بني على باطل فهو باطل، مستندا في ذلك على أن الأحكام المنظمة لحقوق الدفاع تعتبر من الإجراءات الجوهرية التي يترتب البطلان على الإخلال بها، وفي مقدمتها الحرية الشخصية للمتهم، وعلى المادة 10 من الدستور التي تنص على أنه "لا يليق القبض على أحد ولا يعتقل ولا يعاقب إلا في الأحوال وحسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون"³، بالإضافة إلى المادتين 289 و751 قانون المسطرة الجنائية الذين يعدمان صراحة الأثار عن كل إجراء تم مخالف للقانون، بل أن الأمر لا يقتصر على بطلان محضر الشرطة القضائية نتيجة بطلان إجراء الحراسة النظرية، وإنما تجاوز المدة القانونية

¹ - Philippe CONTE et Patrick MAISTRE Du Chambon: Procédure pénale, Masson, Armand Colin, Paris 1995.,P:168.

² - لقد تدارك المشرع المغربي هذا النقص ضمن المادة 2-67 من مسودة ق.م.ج.م حيث نص على بطلان كل اجراء يتعلق بشخص موضوع تحت الحراسة النظرية، اذا تم بعد انتهاء المدة القانونية للحراسة النظرية أو بعد التمديد المأذون به، ويقتصر آثار هذا البطلان على الاجراء في حد ذاته دون باقي الاجراءات التي تمت داخل الفترة القانونية للحراسة النظرية.

³ - ظهير شريف رقم 157-96-1 صادر في 23 من جمادى الأولى 1417 الموافق ل 7 أكتوبر 1996 الجريدة الرسمية، عدد 4420 السنة 85، بتاريخ (10 أكتوبر 1996)، ص:2282. وتقابلها الفقرة الأولى من الفصل 23 من الدستور الجديد للمملكة المغربية لسنة 2011 والتي تنص على أنه " لا يجوز القاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو ادانته، الا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون..."

للحراسة النظرية يشكل جريمة الاعتقال التعسفي¹ المنصوص عليها في مجموعة القانون الجنائي في الفصل 225² والمحظورة طبقا للمادة 9 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والفقرة الأولى من المادة 9 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ثم المادة 6 من الميثاق الإفريقي والمادة 25 من الإعلان الأمريكي والمادة 5 من الاتفاقية الأوروبية والمادة 55 من القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية³.

ب) الاتجاه المستبعد للبطلان :

هذا الاتجاه يرى أن الدفع ببطلان الحراسة النظرية مردود لعدم ارتكازه على أساس قانوني، وحتى لو تم الاستناد إلى المادة 751 انون المسطرة الجنائية-الذي تقابله المادة 765 انون المسطرة الجنائية الملغى- فلا يترتب على ذلك البطلان، وإنما يعني أن الإجراء المخالف لإنجازه للقانون يعتبر وحده كأن لم يكن، وأن الإجراءات المصاحبة له تظل سليمة ولا تتأثر بذلك⁴، وعلى هذا الأساس فإذا شاب عيب إجراء من إجراءات الوضع تحت الحراسة النظرية كتجاوز المدة القانونية أو تمديدتها دون إذن من النيابة العامة فإن الإجراء يعتبر كأن لم يكن ولا يؤثر على إجراء الاستماع إلى المتهم.

إلا أن هذا التوجه الأخير يفرغ المادة 751 انون المسطرة الجنائية من مغزاها الحقيقي المتمثل في تكريس الشرعية الإجرائية وصيانة الحقوق المتعارضة، سواء تلك التي تؤمن حق الدولة في معاقبة المجرمين، أو تلك التي تخص حقوق المتهم في تأمين براءته، بل وتلك التي تؤمن حقوق الضحية في الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من ضرر من جراء الجريمة⁵.

إن القاعدة القانونية بوجه عام والجنائية بوجه خاص، تتشكل من شقين اثنين، شق التكليف وشق الجزاء، فإذا حذف شق الجزاء أصبحت القاعدة مجرد قاعدة أخلاقية غير ملزمة⁶، فالمادة 751 من قانون المسطرة الجنائية المغربي تمثل الشق الثاني وإجراء الحراسة النظرية يمثل الشق الأول، فإذا لم يتم هذا الإجراء على الوجه القانوني فالجزاء هو البطلان، وتبعاً لذلك يجب استبعاد محضر الاستماع المتضمن لأقوال المتهم والتي قد تكون انتزعت منه تحت

1- لقد ألزمت مسودة قانون المسطرة الجنائية المغربي في المادة 45 وكيل الملك أو أحد نوابه بزيارة الأماكن المعدة للحراسة النظرية إذا بلغ باعتقال تعسفي أو عمل تحكيمي.

2- انظر كل من العلمي (عبد الواحد): شروح في القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص:411، والإدريسي العلمي المشيشي (محمد): المسطرة الجنائية، ج 2، المؤسسات القضائية، طبعة سنة 1991، المعارف الجديدة، الرباط، ص:203، وعياط (محمد): المرجع السابق ص:87، الخمليشي (أحمد): شرح قانون المسطرة الجنائية، ج 1، المرجع السابق، ص:319. القدوري (محمد): الحرية الشخصية بين الوضع تحت الحراسة والاعتقال الاحتياطي، مجلة المحاماة، العدد 11، ص: 22. السفياني (خالد): آثار خرق مدة الوضع تحت الحراسة النظرية، مجلة رسالة المحاماة، العدد 3، أبريل 1986، ص: 84.

3- منظمة العفو الدولية: دليل المحاكمة العادلة، الطبعة العربية الثانية، منشور أمينيستي، الرباط، المغرب، ص:25.

4- الشتوي (محمد) وغلاب (ميلود): الدفوع الشكلية والمسائل الأولية أمام القضاء الجزري، المطبعة والوراقة الوطنية، 1998، ص:79.

5- بيهي (الحبيب): شرعية الإجراءات في ضوء المشروع الجديد لـق.م.ج المغربي، مجلة القانون المغربي، العدد 2، مطبعة دار السلام، الرباط، يوليو 2002، ص:71.

6- المرجع نفسه، ص:71.

الإكراه المعنوي نتيجة المدة الطويلة التي قضاها في الحراسة النظرية، دون امتداد هذا البطلان إلى وسائل الإثبات الأخرى كأقوال الشهود أو محضر الحجز أو التفتيش.

إن المادة 751 من قانون المسطرة الجنائية المغربي تثير إشكالا قانونيا وعمليا حول مضمونها والمقصود منها، إذ أن الأستاذ أحمد الخمليشي يرى بأن هذه المادة التي تقابل المادة 765 قانون المسطرة الجنائية الملغى تتعلق بالإجراءات التي لم يثبت إنجازها نهائيا، وليس بالإجراءات التي ثبت القيام بها ولكنها أنجزت على غير الوجه الذي يأمر به القانون، وإذا اعتبر الإجراء المخالف إنجازا للقانون كأن لم يكن فإن النتيجة هي أن الإجراءات الأخرى تكون صحيحة ولا تتأثر بالإجراء المخالف للقانون لأنه معدوم وغير موجود قانونا، وغير الموجود لا يصح عقلا ومنطقا أن يؤكد على ما في الوجود¹.

في حين ذهب الأستاذ الحسن البوعيسي إلى التمييز بين الإجراء وبين شكل القيام بهذا الإجراء، فعملية الاستماع إلى الظنين بمحضر تعتبر إجراء، وتضمن هذا المحضر كل البيانات القانونية فهو شكل الإجراء، وهكذا فالفصل 751 قانون المسطرة الجنائية يعني أن الإجراء تم، غير أنه لم يتم على الشكل الذي يأمر به القانون ونظرا لهذا العيب فقد تم تشبيهه بذلك الإجراء الذي لم ينجز نهائيا.

و لقد حاول أستاذنا تبرير موقفه بكون حرف "كأن" يعتبر حرف نصب وتشبيه، بحيث يتم تشبيه الفرع بالأصل، فلو أن الأمر يتعلق بالإجراءات التي لم تنجز نهائيا لما أمكن تشبيهها بنفسها، فليس من المنطق أن نقول إن الإجراء الذي لم ينجز نهائيا، كأنه لم ينجز مادام أنه معدوم أصلا².

ثانيا: موقف القضاء :

إن القضاء المغربي يتجه إلى الحكم ببطلان إجراء الحراسة النظرية متى تبث عدم احترام مدتها وهو ما جاء به الحكم التالي: "تجاوز الفترة المسموح بها قانونيا- الحراسة النظرية - يتعين معه الإشهاد على عدم قانونية الحراسة النظرية"³ وفي قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش جاء فيه أن "... الفصل 24 من ق.م.ج لم يرتب أثرا على الإخلال بأحد البيانات المنصوص عليها فيه، ولو شاء ذلك لفعل في نفس الفصل صراحة، وأن التمسك بمقتضيات الفصل 751 من انون المسطرة الجنائية في غير محله، لأنه يتحدث عن الإخلال بالإجراءات التي يأمر بها القانون، ولم تنجز على الوجه المطلوب، كإجراء الوضع تحت الحراسة النظرية وتاريخ تقديم المتهم، فهنا يجب أن يمضي المتهم عليها أو ينص على امتناعه عن الإمضاء وإلا كان المحضر باطلا لإخلاله بإجراء أمر به القانون لضمان شرعية الوضع تحت الحراسة، أما التوقيع أو رفض التوقيع على أقوال المتهم فلا يترتب عنه البطلان..."⁴.

¹ - الخمليشي (أحمد): شرح ق.م.ج، ج 1، المرجع السابق، ص:259.

² - البوعيسي (الحسن): المرجع السابق، ص:117.

³ - المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 17-11-42، ملف جنحي تلبسي عدد 72/161/2004 مجلة الملف، عدد7، 2005، ص:30.

⁴ - محكمة الاستئناف بمراكش تحت عدد 04/608 بتاريخ 19 أبريل 2004 ملف جنحي تلبسي، أشار إليه الأستاذ بنباصر (يوسف) في:

الاعتراف التمهيدي أمام الشرطة القضائية: هل أن الأوان ليتخلى عن الريادة في قائمة الحجج الإثباتية، المرجع السابق، ص:177-178.

و في حكم آخر صادر عن ابتدائية البيضاء جاء فيه ما يلي: "وحيث انه وطبقا لمقتضيات المادة 66 من انون المسطرة الجنائية فان فترة الحراسة النظرية تبتدئ من ساعة توقيف المشتبه فيه. وحيث إن الساعات التي قضاها الضنين رهن إشارة الشرطة القضائية وتحت نظرها من تاريخ توقيفه بمنطقة تاحناوت تكون قد تجاوزت الفترة المسموح بها قانونا...وحيث انه بالنظر إلى خطورة إجراء الحراسة النظرية ومساسه بحرية الفرد وحقوقه الشخصية فقد أحاطه المشرع بأحكام صارمة تتمثل فيما قد يترتب عنه من مسؤولية الضابط محرر المحضر...

تصرح المحكمة علنيا وحضوريا وتمهيدا ب:

الإشهاد على عدم قانونية فتر الحراسة النظرية.¹

و من الإشكالات الأخرى التي كانت تطرح في هذا الصدد، ما يتعلق بالفترة التي يستغرقها نقل المشتبه فيه من مخفر الشرطة القضائية وتقديمه إلى النيابة العامة المختصة. فلنفترض مثلا أن شخصا ارتكب جريمة بمدينة طنجة ثم فر إلى مدينة الداخلة حيث ألقى عليه القبض هناك بمقتضى مذكرة بحث وطنية، فهل المدة التي يستغرقها نقل المتهم من الداخلة إلى طنجة يمكن احتسابها ضمن مدة الحراسة النظرية أم لا؟.

لقد أجاب القضاء المغربي على هذا الإشكال حيث جاء في قرار للغرفة الجنائية بمحكمة النقض ما يلي "الفترة التي يستغرقها نقل المتهم من مخفر الحجز الإداري وتقديمه إلى النيابة العامة المختصة لا تدخل في حساب الفترة الممتدة قانونا للحراسة النظرية"². وفي قرار آخر صادر عن نفس الغرفة جاء فيه: "...ومن جهة أخرى، فإن كانت مدة الحراسة النظرية هي الفترة التي يقضيها المتهم رهن الحجز الإداري وتحت مراقبة وإشراف الضابط المكلف بالبحث معه، فان هذه المدة تبقى قائمة ما دام المتهم محتجزا بمخفر الضابط المذكور ولا تحتسب من ضمنها المدة التي تستوجبها إجراءات مسافة الذهاب عند تقديمه إلى النيابة العامة أو المدة التي تستغرقها إجراءات استنطاق المتهم من طرف احد أعضاء النيابة المذكورة³...وتبعاً لذلك، فان المحكمة عندما اعتبرت أن مدة الحراسة النظرية قد انتهت تبعاً لما ورد في المحضر على الساعة السادسة والنصف من صباح يوم 7-10-99، فإنها قد اعتبرت أن المتهم قد رفع عنه الحجز الإداري بداية

1- حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، ملف تلبسي عدد 04-161-72 بتاريخ 17-11-2004، مجلة الملف عدد 7، أكتوبر 2005، ص: 299.

² - الغرفة الجنائية بمحكمة النقض عدد 404 بتاريخ 04 فبراير 2001، ملف عدد 2000/8649، النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، عدد 12-2004 ص: 15.

³ - وقد عملت مسودة ق.م.ج.م على تبني هذا الموقف من خلال الفقرة الثانية من المادة 66، حيث أكدت على عدم احتساب المدة اللازمة لنقل المشتبه فيه ضمن فترة احتساب مدة الوضع تحت الحراسة النظرية، اذا تم إيقافه خارج الدائرة القضائية التي يعمل بها ظ.ش.ق الذي احتفظ به تحت الحراسة النظرية، غير أن هذه الفترة تحتسب في مدة تنفيذ العقوبة في حالة الحكم على المعني بالأمر بعقوبة سالبة للحرية. وتطبيق الفقرة الرابعة من نفس المادة فترة أخرى لا تحتسب ضمن فترة الحراسة النظرية والمتمثلة في المدة التي يقضيها المعني بالأمر قيد العلاج ولو كان خاضعا للمراقبة الأمنية.

من الساعة المذكورة بصرف النظر عن المدة التي قضها خارج مخفر الحجز في انتظار استنطاقه من طرف عضو النيابة العامة المختصة، فجاء قرارها موافقا لما يستوجبه القانون في الموضوع وكان الفرع من الوسيلة على غير أساس.¹ و عموما فرغم صواب هذا التوجه، إلا أننا نتخوف أن يستغل هذا الاجتهاد من طرف بعض ضباط الشرطة القضائية لإطالة مدة الحراسة النظرية دون مبرر مشروع.

و الملاحظ أن اجتهاد المحكمة الدائمة للقوات المسلحة الملكية، ومحكمة العدل الخاصة الملغاة، وبعض الغرف الجنائية لدى محاكم الاستئناف، تسير نحو الاستقرار من حيث اعتبار المحضر الذي لم يحترم مقتضيات الوضع تحت الحراسة النظرية باطلا، مع إبطال ما يترتب عليه من اعتقال أو اجراءات، ونذكر على سبيل المثال الحكم الصادر عن غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بالرباط والذي جاء فيه " بأن المحضر المحرر من طرف الضابطة القضائية، مع عدم احترام مدة الوضع تحت الحراسة، لم يثبت انجازه عملا بمقتضيات الفصل 765 من قانون المسطرة الجنائية، وبالتالي كنتيجة لذلك، يجب التصريح برفع حالة الاعتقال عنهم و إطلاق سراحهم وتركهم أحرارا، ومحاكمتهم في حالة سراح"². أما بخصوص موقف محكمة النقض بشأن الجزء المقرر للإخلال بأحكام الوضع تحت الحراسة فيتمسك بتذبذب، ففي بعض القرارات تقرر ببطلان وفي الأخرى بعدم البطلان.

و هكذا أصدرت محكمة النقض قرارا يقضي بأن الوضع تحت الحراسة النظرية لا يترتب عنه البطلان.³ في حين ذهبت محكمة النقض في قرار آخر القول بأن " مدة الحراسة النظرية يجب ألا تتعدى المدة المسموح بها قانونا"⁴، وفي نفس المنحى قضت نفس المحكمة بأنه " لما لاحظت المحكمة أن مدة حراسة المتهم النظرية استغرقت أكثر من 96 ساعة المحددة قانونا، ورتبت على ذلك استبعاد محضر الضابطة القضائية ثم عادت وأدانت المتهم، بناء على اعترافه الوارد في المحضر المذكور، فإنها تكون قد بنت قضائها على علة متناقضة، مما يجعل حكمها ناقص التعليل، ويوازي انعدامه"⁵.

¹ - الغرفة الجنائية لمحكمة القضاة، عدد 475 بتاريخ 25-01-2001، ملف جنحي عدد 2000-2085، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 62، السنة الخامسة والعشرون، ص: 278.

² - غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بالرباط، بتاريخ 10-06-1980، الملف الجنائي عدد 304، مجلة المحاماة، عدد 15، ص: 87.

- حكم محكمة العدا الخاصة عدد 773 صادر بتاريخ 13-04-1979، ملف 499، مجلة المحاماة، عدد 15، ص: 86.

- حكم المحكمة الدائمة للقوات المسلحة الملكية عدد 1646، بتاريخ 14-03-1980، مجلة المحاماة، عدد 15، ص: 89.

³ - قرار محكمة النقض عدد 2461، بتاريخ 23-03-1986، ملف جنائي 15.582، اشار اليه (بوشوررة زكرياء): الضمانات الاجرائية للمتهم في

مرحلة ما قبل المحاكمة: رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، شعبة القانون الخاص، مسلك الماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2009-2010، ص:

21. وقد جاء في القرار المذكور ما يلي " لئن كان قانون المسطرة الجنائية قد حدد الفصلين 68 و 69 منه مدة الوضع تحت الحراسة النظرية،

وقد عبر ذلك بصيغة الوجوب، فإنه لم يترتب جزاء البطلان على عدم احترام ذلك كما فعل بالنسبة للمقتضيات المنصوص عليها في الفصول

61 و 62 و 64 و 65 منه و قد يتعذر تقديم شخص في الوقت المحدد لأسباب تتعلق بالبحث كما هو الحال في النازلة التي تتطلب القيام بعدد

من المعايير، و ليس في هذا ما يمكن اعتباره خرقا لحقوق الدفاع أو مسا بحريات الأشخاص"

⁴ - قرار محكمة النقض رقم 5301، بتاريخ 26-03-1983، ملف جنحي عدد 90194/83، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 47، ص: 191.

⁵ - قرار محكمة النقض رقم 6846، بتاريخ 01-11-1983، ملف جنائي عدد 17196، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35-36، ص: 255.

و في الأخير نشير الى أن انعدام نص صريح ينص على بطلان كل إجراء من إجراءات الوضع تحت الحراسة النظرية الذي لم ينجز طبقا لما يأمر به القانون، طرح تضاربا في قرارات محكمة النقض – المجلس الأعلى سابقا – واجتهاد المحاكم إضافة إلى اختلاف الفقه حول الأساس القانوني المعتمد للقول ببطلان اجراءات الوضع تحت الحراسة النظرية.

و لقد أثار سكوت المشرع عن هذا، حفيظة الفقه المغربي¹، الذي طالما نادى بضرورة التنصيص صراحة على جزاء البطلان على غرار ما فعل بالنسبة لتفتيش المنازل -كما سئى فيما بعد- وهو ما نؤيده شخصيا وذلك لعدة اعتبارات منها:

- أن الدستور كأسمى قانون في البلاد ينص بجلاء على أن الاعتقال يجب أن يكون طبقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون.
- استعمال المشرع في المادتين 66 و80 من قانون المسطرة الجنائية عبارة تدل دلالة قاطعة على طبيعة الجزاء الذي يمكن ترتيبه على الإجراء المعيب شكلا ومنها مثلا: عبارة " وضعهم تحت الحراسة لمدة لا تتجاوز 48 ساعة" فهذه العبارة جاءت قطعية لإلزام ضباط الشرطة القضائية بهذا الإجراء.
- عدم ترتيب البطلان قد يتناقض مع المادة 751 قانون المسطرة الجنائية الذي ينص على أن " كل إجراء يأمر به هذا القانون ولم يثبت إنجازاه على الوجه القانوني يعد كأنه لم ينجز...".

و عليه، حبذا لو تدخل المشرع المغربي ونص صراحة على بطلان اجراء الوضع تحت الحراسة النظرية الذي لم تحترم إجراءاته القانونية، لما في ذلك من تقوية للضمانات الممنوحة للمشتبه فيهم وحماية لحرمتهم الفردية. خاصة مع اعترافات بعض القضاة بالتجاوزات الخطيرة جدا التي صارت تنهجهما بعض عناصر الشرطة القضائية² والتي قد تصل الى درجة الاعتقال التعسفي والتعذيب في المخافر وتمديد الحراسة النظرية وانتزاع الاعترافات تحت التعذيب³. مما حدا

¹ - هوداية (الحسن): الحراسة النظرية بين التشريع والاجتهاد القضائي والنظرية، دار السلام الرباط، 2000، ص: 5.

² - أنظر كذلك تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الانسان حول مشروع قانون رقم 35.11 يقضي بتغيير وتتميم القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، السنة التشريعية 2010-2011 الدورة الاستثنائية: شتنبر 2011، المنشور بالموقع الالكتروني للوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني <http://www.mcrp.gov.ma> ص: 17. والذي ذكر على سبيل المثال بعض الممارسات الغير الشرعية وهي كالآتي:

- الإيقاف بدون سند ولمدة طويلة دون احترام آجال الحراسة النظرية في ملفات لا ترقى لجرائم الارهاب.

- شكوى النيابة العامة من تصرفات الضابطة القضائية في البحث والتحري.

- انتزاع الاعتراف بواسطة التعذيب رغم مقتضيات القانونية.

- الاحتجاز في أماكن غير معروفة، ما دعا بعض المنظمات الحقوقية الى طلب الاعلان عن لائحة هذه الأماكن.

- الحرمان من الاتصال بالعائلة و المحامي خلال فترة الحراسة النظرية.

³ - عنبر (محمد): رئيس غرفة بمحكمة النقض بالرباط: هذه شروطنا لتقديم أسماء و ملفات القضاة المرتشين. حوار صحفي أجراه معه الصحفي عزام اسماعيل، منشور بالموقع الالكتروني لصحيفة هسبريس www.hespress.com ، أطلع عليه بتاريخ 27 نونبر 2013 على الساعة 09:00.

بهؤلاء - القضاة - إلى المطالبة بتغيير طريقة الرقابة على عمل هذه الشرطة وبذلك بحضور النيابة العامة في جميع مخافر الشرطة 24/24 ساعة مع تعويضات مادية محترمة، ثم أن تحضر الشرطة القضائية عند النيابة العامة وقضاة التحقيق، إضافة إلى الرقي بالرقابة إلى مؤسسة دستورية استنادا إلى الفصل 128 من دستور المملكة لسنة 2011.¹

خاتمة

صفوة القول، يعتبر إجراء الحراسة النظرية من الإجراءات التي تطرح مجموعة من الانتقادات الفقهية والحقوقية، وذلك نظرا لطابع السرية التي يجرى فيه البحث التمهيدي، مما يصبح معه الإخلال بالقواعد والأشكال الإجرائية والمس بالحقوق الفردية مفترضا وخاصة خضوع المحتجز للضغط المادي أو المعنوي، إلا أنه مع الفقرة الأولى من المادة 1/67 من مسودة مشروع يقضي بتغيير و تتميم قانون المسطرة الجنائية قد تستبعد هذه الفرضية، حيث تنص على أنه " يقوم ضباط الشرطة القضائية بتسجيل سمعي بصري لاستجابات الأشخاص الموضوعين تحت الحراسة النظرية المشتبه في ارتكابهم لجنايات أو جنح "، إلا أنني أعتقد أن مجتمعنا لم يرق بعد إلى مستوى الاعتراف بارتكاب الجريمة، فغالبية المجرمين ينكرون ما نسب إليهم ولو ضبطوا في حالة تلبس.

إن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هو إذا كنا سنعالج فرضية تعرض المحتجز تحت الحراسة النظرية للإكراه المادي والمعنوي بمقتضى المادة 1/67 من مسودة مشروع يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية، فكيف سيتم معالجة أو ضبط باقي الخروقات المفترض وقوعها، مثل تجاوز أو تزوير في مدة الحراسة النظرية، أو عدم إشعار المحتجز بالأفعال المنسوبة إليه؟.

¹ - ينص الفصل 128 من دستور المملكة على أنه " تعمل الشرطة القضائية تحت سلطة النيابة العامة و قضاة التحقيق، في كل ما يتعلق بالأبحاث و التحريات الضرورية في شأن الجرائم و ضبط مرتكبها و لاثبات الحقيقة"

رهانات ترشيد الاعتقال الاحتياطي في ظل مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية

ذ. احمد ميده

مستشار بمحكمة الاستئناف بوجدة

مقدمة

يقصد بالاعتقال الاحتياطي الفترة التي يقتضها المتهم على ذمة التحقيق أو المحاكمة بسبب جنابة أو جنحة متهم من أجلها قبل صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به. ويتم وضع المتهم رهن الاعتقال الاحتياطي بقرار للنياحة العامة (وكيل الملك أو الوكيل العام) أو من طرف قاضي التحقيق.

و لم يحدد المشرع أجلا للاعتقال الاحتياطي خلال فترة المحاكمة على خلاف فترة التحقيق التي حددها في شهر واحد قابل للتمديد مرتين بالنسبة للجنح وفي شهرين قابلة للتمديد خمس مرات في الجنايات. ويعتبر الاعتقال الاحتياطي بنص القانون (المادة 159 من ق م ج تديرا استثنائيا لا يتم اللجوء إليه إلا بصفة استثنائية وبشروط خاصة.

و على مستوى الممارسة العملية فقد اتضح أن الاعتقال الاحتياطي وإن كان إجراء استثنائيا فإنه يتم اللجوء إليه بكثرة وقد نادى مجموعة من الجمعيات الحقوقية إلى التنبيه إلى خطورة الاعتقال الاحتياطي وارتفاع نسبه وقد انكب الجميع إلى دراسة الظاهرة والبحث عن حلول لها.

كما عقدت عدة ندوات علمية من أجل مناقشة ظاهرة ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي والبحث عن الحلول لها، كما انكبت وزارة العدل بدورها على نفس الموضوع وعمدت إلى إصدار عدة مناشير ودوريات تحث فيها على ترشيد الاعتقال الاحتياطي.

كما عملت الوزارة ومن خلال مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية إلى العمل على ترشيد الاعتقال الاحتياطي وذلك بتعديل مجموعة من النصوص والتنصيص على تدابير جديدة بديلة للاعتقال الاحتياطي تقوم مقامه من أجل احترام مبدأ البراءة هي الأصل.

و تناولنا للموضوع الاعتقال الاحتياطي هدفه الأساسي البحث عن أسباب ارتفاع الاعتقال الاحتياطي، والتساؤل عن عدم تحقيق غاية المشرع على مستوى الواقع العملي رغم إجماع الكل على أن ظاهرة الاعتقال الاحتياطي مرتفعة بالمغرب الذي يعتبر من بين الدول التي تعاني من الظاهرة؟ والتساؤل كذلك عما إذا كان تعديل النص التشريعي بإمكانه بمفرده تحقيق الغاية وهي تقليص عدم واتخاذ تدابير جديدة تحقق نفس الغاية التي من أجلها شرع الاعتقال الاحتياطي؟ في محاولة متواضعة سنقسم الموضوع إلى محورين:

الأول: أسباب ارتفاع الاعتقال الاحتياطي

والثاني: آليات ترشيد الاعتقال حسب مسودة المشروع ق.م.ج

المحور الأول

أسباب ارتفاع الاعتقال الاحتياطي

تختلف نسب الاعتقال الاحتياطي في العالم حسب أربع مستويات:

- (1) المستوى الأول: منخفض لا يتجاوز فيه نسبة المعتقلين الاحتياطيين 20% ونجد في داخل هذه النسبة اليابان 11% روسيا 15.2% إسبانيا 15.7% البحرين 16% ألمانيا 16.5% والبرتغال 19.7%
- (2) المستوى الثاني: متوسط تتراوح فيه نسبة الاعتقال الاحتياطي بين 20% و 40% ونجد في هذه النسبة الولايات المتحدة الأمريكية 21.5% ماليزيا 22.4% فرنسا 25.4% إيران 25.7% البرازيل 36.9%.
- (3) المستوى الثالث: مرتفع تتجاوز فيه نسبة الاعتقال الاحتياطي بين 40 أو 60 % ونجد في هذه النسبة إيطاليا هولندا 40.6% السنغال 41% الأردن 47.2% تونس 50% الأرجنتين 52.6% وكذلك المغرب بنسبة 41% خلال سنة 2016 مع الإشارة أن الإحصائيات تتعلق بسنة 2012
- (4) المستوى الرابع: جد مرتفع تتجاوز فيه نسبة الاعتقال الاحتياطي 60% ونجد في هذا المستوى الأوروغواي 64.6% الهند 65.1% وفنزويلا 66%.

و وزارة العدل المغربية باعتبارها مشرفة حاليا على السياسة الجنائية فقد عملت إلى البحث عن أسباب ارتفاع ظاهرة الاعتقال الاحتياطي كما أنها أخذت بعين الاعتبار مجموعة من التوصيات والمقترحات التي خلصت إليها الندوات العلمية والمحاضرات وأعدت ورقة مفصلة حول الاعتقال الاحتياطي وأكدت أن أسباب ارتفاع الاعتقال الاحتياطي تتلخص فيما يلي:

أولاً: الأسباب القانونية المسطرية

ثانياً: الأسباب القانونية الموضوعية

ثالثاً: الأسباب الاجتماعية

☞ الأسباب القانونية والمسطرية :

- 1- إن المشرع رغم حصره لمداخل الاعتقال الاحتياطي إلا أنه استعمل مصطلحات فضفاضة بحيث يتسع مفهومها لدرجة لا تجد معها النيابة العامة وقضاء التحقيق إي عناية في تبرير لجوئهما إليه وفق ما تقتضيه العبارات التي تمت بها صياغة النص مما يؤدي إلى تضخيم نسبة الاعتقال الاحتياطي.
- 2- إن التحقيق في الجرح يؤدي إلى إطالة مدة الاعتقال الاحتياطي قبل المحاكمة، وإن التجربة عدم جدواه في العديد من القضايا حيث يقتصر دوره فقط على إعادة صياغة ما سبق عرضه عند البحث التمهيدي؛
- 3- إن الأخذ بالزامية التحقيق في بعض الجنايات واعتماده اختياريا في باقي الجنايات رغم وجود غرفتين للبت فيها واحدة ابتدائية وأخرى استئنافية يطيل أمد البت في ه القضايا؛
- 4- إن الإحالة المباشرة من طرف الوكيل العام للملك على غرفة الجنايات قيدها المادة 73 من قانون المسطرة الجنائية بضرورة وضع المتهم رهن الاعتقال؛

- 5- ضعف النجاعة القضائية المتجسد في البطء في تصريف ملفات المعتقلين وتأخر البت فيها يؤدي حتما إلى ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي؛
- 6- إن عدم تطوير خيارات السياسة الجنائية نحو بدائل الدعوى العمومية وبدائل الاعتقال الاحتياطي وبدائل العقوبات السالبة للحرية ساهم بشكل كبير في ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي.
- 7- إن عدم ترشيد وعقلنة الطعون المقدمة من طرف النيابة العامة يؤدي إلى إطالة مسطرة المحاكمة، ويساهم في ارتفاع نسبة المعتقلين الاحتياطيين.

☞ الأسباب القانونية الموضوعية:

بالإضافة إلى الأسباب القانونية المسطرية نجد الأسباب القانونية الموضوعية والتي يمكن حصرها في أمرين أساسيين:

- الأول يكمن في عدم ملاءمة مجموعة من نصوص القانون الجنائي لمفهوم السياسية الجنائية الحالية مثل ذلك جرائم السرقة الموصفة وجرائم عدم توفير مؤونة الشيك والتي تشكل نسبة هامة من حالات الاعتقال الاحتياطي؛
- الثاني يهم بعض الجرائم ذات العقوبات الحبسية المحدودة أو القصيرة المدة والتي لم تعد تحقق الهدف المتوخى منها.

☞ الأسباب الاجتماعية:

إن الأسباب الاجتماعية تساهم في ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي بشكل مهم، حيث نجد المجتمع المغربي يرى أن لا عدالة بدون اعتقال فوري، الشيء الذي يشكل ضغطا معنويا على النيابة العامة وقضاة التحقيق في اللجوء إلى الاعتقال، كما أن ضعف التخليق داخل منظومة العدالة يدفع قضاة النيابة العامة وقضاة التحقيق إلى استخدام الاعتقال الاحتياطي كوسيلة لإبعاد الشبهات عنهم

و عن سبل معالجة ظاهرة الاعتقال الاحتياطي أكدت وزارة العدل أنها قامت بمجموعة من المبادرات منها ما يلي:
- أنها أصدرت 11 منشورا في الموضوع يهدف إلى التقليل من نسبة الاعتقال الاحتياطي وترشيده لكن حسب تعبير الوزارة يبدو أن الغاية المنشودة منها لم تتحقق الشيء الذي يدفعنا إلى إعادة قراءة الأسباب التي تساهم بشكل مباشر في ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي بغية وضع جملة من الأفكار والتصورات التي من شأنها إيجاد حلول ناجعة لمعالجة هذه الظاهرة.

- وقدمت الوزارة قبل الخروج بمشروع مسودة قانون المسطرة الجنائية ومسودة القانون الجنائي 12 مقترحا منها حصر الحالات التي يمكن اللجوء فيها للاعتقال الاحتياطي من خلال ضبط مداخله القانونية وتدقيق مصطلحاته، وحذف التحقيق في الجرح لما يتسبب فيه من إطالة فترة الاعتقال الاحتياطي دون جدوى، إخضاع قرارات الاعتقال الاحتياطي التي تصدرها النيابة العامة للطعن أما هيئة قضائية (غرفة الحريات)

- تخليق منظومة العدالة بشكل يزرع الاطمئنان لدى قضاة النيابة العامة وقضاة التحقيق في قراراتهم التي يتخذونها دون اللجوء إلى الاعتقال الاحتياطي، مراجعة مجموعة من نصوص القانون الجنائي لمسايرة مفهوم

السياسة الجنائية المالية خاصة فيما يتعلق بجرائم السرقة الموصوفة وجرائم عدم توفير مؤونة الشيك وتطوير خيارات السياسة الجنائية نحو بدائل الاعتقال وبدائل العقوبة السالبة للحرية وبدائل الدعوى العمومية.

كما طالبت الوزارة المجتمع المدني ومن ضمنه الجمعيات التي تهتم بهذا المجال إلى أن تساهم برأيها في ذلك من خلال ورش الحوار الوطني المقترح من أجل إصلاح منظومة العدالة والذي جعل موضوع ترشيد الاعتقال الاحتياطي من بين أهم المواضيع التي اشتغل عليها حيث طرحت ندوة تحديث السياسة الجنائية بفاس ويومي 9 و10 نونبر 2012 ونظيرتها بمراكش يومي 23 و24 نونبر 2012 على طاولة الحوار إشكالية ارتفاع نسبة الاعتقال الاحتياطي والسبل القانونية الكفيلة بالتقليص منه، مما يجعلنا نطرح تساؤلا مشروع حول ما إذا كانت الوزارة قد وفقت من خلال مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية في طرح نصوص قانونية جديدة من شأنها أن تحقق الغاية المتوخاة وهي ترشيد الاعتقال الاحتياطي أم أن المحك المعول عليه انتظار خروج تلك النصوص إلى الوجود والتأكد عند تطبيقها أنها حققت الغاية أم لا، وذلك ما لنا تناوله في التوطئة الثانية.

المحور الثاني

آليات ترشيد الاعتقال الاحتياطي من خلال مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية

تعتبر مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية من بين ما قامت به وزارة العدل في إطار تنفيذها للتوصيات الحوار الوطني حول إصلاح منظومة العدالة وكذا سد الثغرات القانونية ومواكبة دستور 2011. ويتبين من خلال مسودة المشروع أن لموضوع ترشيد الاعتقال الاحتياطي يعتبر من أهم المحاور التي تناولتها مراجعة مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية وحسب مذكرة تقديم المشروع فإن هذا الأخير يهدف إلى عقلنة وترشيد الاعتقال الاحتياطي من خلال ما يلي:

- اعتبار الاعتقال الاحتياطي تدييرا استثنائيا لا يلجأ إليه إلا إذا تعذر تطبيق بديل، أو في الحالة التي يكون فيها مثول الشخص أمام المحكمة في حالة سراح من شأنه التأثير على حسن سير العدالة.

- ضرورة توفر واحد أو أكثر من الأسباب التالية من أجل اتخاذ النيابة العامة لقرار الاعتقال الاحتياطي:

* إذا اعترف المشتبه فيه بالأفعال المكونة لجريمة يعاقب عليها بالحبس أو ظهرت معالم أو أدلة قوية على ارتكابه لها أو المشاركة فيها، والذي لا تتوفر فيه ضمانات كافية للحضور.

* إذا ظهر أنه خطير على النظام العام أو على سلامة الأشخاص أو الأموال.

* إذا كان الأمر يتعلق بأفعال خطيرة، أو إذا كان حجم الضرر الذي أحدثته الجريمة جسيما.

* إذا كانت الوسيلة في ارتكاب الفعل خطيرة (المادتان 1-47 و1-73) هيئة المتهم أو دفاعه حق الطعن في الأمر

الإيداع بالسجن الصادر عن النيابة العامة أمام هيئة الحكم التي ستبت في القضية أو أمام هيئة جماعية تتكون من ثلاث قضاة إذا كان صادرا عن وكيل الملك، أو أمام الغرفة الجنحية إذا صدر عن الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف.

- تقييد سلطة قاضي التحقيق في اللجوء إلى الاعتقال بضرورة توفر الأسباب التالية:

* الخشية من عرقلة سير إجراءات التحقيق؛

* وضع حد الجريمة أو منع تكرارها؛

* الحفاظ على الأدلة والحيلولة دون تغيير معالم الجريمة؛

* القيام بالأبحاث والتحريات التي تستلزم حضور أو مشاركة المشتبه فيه؛

* وضع المشتبه فيه رهن إشارة العدالة والحيلولة دون فراره؛

* الحيلولة دون ممارسة أي ضغط على الشهود أو الضحايا أو أسهم أو أقاربهم؛

* منع المشتبه فيه من التواطؤ مع الأخص المساهمين أو المشاركين في الجريمة؛

* حماية المشتبه فيه؛

* وضع ح للاضطراب الذي أحدثه الفعل بسبب خطورته أو ظروف ارتكابه أو الوسيلة التي استعملت في

ارتكابه، أو أهمية الضرر الناتج عنه، أو بالنظر لخطورة المشتبه فيه(المادة 1-175)؛

- إلزام النيابة العامة وقضاة التحقيق في جميع الأحوال بتعليل قرار الاعتقال الاحتياطي(1-47 و175)؛

- ربط تمديد فترة الاعتقال الاحتياطي بضرورة استمرار أسباب الاعتقال الاحتياطي المشار إليها أعلاه(المادتان

176 و177)؛

* تقبيص عدد تمديدات فترة الاعتقال الاحتياطي في الجنايات من خمس إلى ثلاث مرات، باستثناء الجرائم

المنصوص عليها في المادة 108 من قانون المسطرة الجنائية(المادة 177)؛

* إمكانية الإحالة المباشرة على غرفة الجنايات في حالة سراح أو باستعمال تدابير المراقبة القضائية من طرف

الوكيل العام للملك(المادة 73)؛

* الإفراج عن المتهم فور صدور قرار منحه الإفراج المؤقت بالرغم من استئناف النيابة العامة(المادتان 181 و1-

181)؛

* التوسيع من تدابير المراقبة القضائية، مع إقرار المراقبة الإلكترونية وتنظيمها(المواد 161 و1-174 إلى 3-

174)؛

كذلك من بين المستجدات التي جاءت بها مسودة مشروع ق م ج التنصيص على تدبير المراقبة الإلكترونية وهو

تدبير جديد كلياً بالنسبة للمشرع المغربي يمكن اللجوء إليه بدل الاعتقال الاحتياطي الوضع تحت المراقبة الإلكترونية.

المادة 1-174

تتم المراقبة الإلكترونية بواسطة قيد الإلكتروني يوضع بمعصم المعني بالأمر أو ساقه أو على جزء آخر من

جسمه بشكل يسمح تحركاته داخل الحدود الترابية التي يحددها له قاضي التحقيق.

لا يمكن وضع الشخص تحت هذا التدبير إذا كان سنة يقل عن 18 سنة.

يحدد نص تنظيمي شروط وشكليات وضع القيد الإلكتروني.

المادة 2-174

يعهد لضباط الشرطة القضائية بوضع القيد الإلكتروني على جسم المتهم وتتبعه.

يمكن لضباط الشرطة القضائية الاستعانة في هذه العملية بذوي الاختصاص.

ينجز محضر بهذه العملية يوجه إلى قاضي التحقيق الذي يضمه إلى ملف المعني بالأمر.
يحرر ضابط الشرطة القضائية المكلف بوضع وتبوع عملية المراقبة الإلكترونية تقارير يرفعها إلى قاضي التحقيق كلما دعت الضرورة إلى ذلك أو إذا طلبها القاضي.

المادة 3-174

يمكن لقاضي التحقيق، بناء على طلب المعني بالأمر أن يخضع هذا الأخير لفحص طبي للتحقق من تأثير القيد الإلكتروني على صحته.

خاتمة

و في الأخير اطرح تسائل إذا كان يظهر من النص التشريعي انه بإمكاننا ترشيد الاعتقال الاحتياطي والذي يظهر من خلال تعديله أننا قد تجاوزنا بشكل كبير أسباب ارتفاعه المسطرية وكذا الموضوعية من الناحية القانونية هل يمكن ان نعطي حلولاً لأسباب الارتفاع المرتبطة بالمجتمع ؟ بمعنى هل يمكن تغير عقلية المجتمع وهل يمكن لضحية المتضرر من الفعل الجرمي أن يقبل من المجتمع بصفة عامة والقاضي بصفة خاصة أن يتخذ أي تدبير آخر من غير الاعتقال الاحتياطي ، ام انه سيخلق عدالة انتقامية من شأنها ان تؤثر علي المجتمع بصفة عامة نظرا لطبيعة الجرائم التي يعرفها المجتمع المغربي (الاعتداء علي الأموال-الاعتداء علي الأشخاص)

سؤال آخر ، بخصوص المراقبة الالكترونية هل تم التفكير في الموارد البشرية و اللجوستيكية وهل تمت دراسة قبلية لإمكانية تطبيقه أم تم وضعه كنص في انتظار البحث عن كيفية تطبيقه كغيره من النصوص التي يأتي بها المشرع وتبقي حبرا علي ورق ؟

أليست الأسباب التي جاءت بها المسودة والتي يمكن فيها اللجوء فيها إلى الاعتقال الاحتياطي هي التي كانت بالفعل وستظل هي من سيدفع النيابة العامة وقضاة التحقيق إلى الاعتقال الاحتياطي ؟

هل العقوبات البديلة كفيلة بتحقيق الأهداف المرجوة من وضعها؟

بوطاهري عبد الرزاق
باحث في القانون الخاص

مقدمة

تقوم السياسة الجنائية عموماً على معالجة الظاهرة الإجرامية¹ سواء من خلال حماية ضحايا الإجراء² أم زجر المجرمين المرتكبين لأفعال تعتبر مخالفة للنظام العام السائد من وجهة نظر القانون الجنائي، إذ لا يمكن تصور مجتمع بدون جريمة- حسب دوركايم- تختلف فقط من حيث درجة جسامتها وتأثيرها على الأفراد³.
و أمام استفحال الظاهرة الإجرامية -خاصة الإجراء البسيط- تم النزج بالمرتكبين لهذا الإجراء في السجن من أجل قضاء المدة المحكومين بها وراء القضبان⁴، و الذي قد ينعكس على حياتهم الشخصية نتيجة وجود بعض المحكوم عليهم كان سبب ولوجهم السجن هو ارتكابهم أخطاء نتيجة طيش وعدم تفهمهم لتلك الأفعال التي من شأنها أن تؤدي بهم إلى ما لا يحمد عقباه.

و كنتيجة لاكتظاظ السجون المغربية سواء بالأشخاص الموجودين رهن الاعتقال الاحتياطي⁵ نظراً لطول المدة و التي قد تصل إلى سنة في الجنايات، أو المعتقلين لمدد قصيرة، اتجه المشرع المغربي إلى التفكير في حلول لهذه المعضلة نظراً لانعكاساتها السلبية على مالية الدولة من خلال المالية المخصصة للأفراد الموجودين رهن الاعتقال من حيث الأكل و كل ما يحتاجونه أثناء قضاء مدة العقوبة، و قد اهتمدى المشرع المغربي إلى إيجاد وسائل بديلة عن الاعتقال والمتمثلة في الصلح الجنائي⁶ و الذي قيده بموجب جرائم معينة وليس ذو طابع الإطلاق، وذلك من خلال تعديل قانون المسطرة

¹ محمد التغديوي: واقع السياسة الجنائية من منظور التشريع الجنائي المغربي، مقال منشور بمجلة البحوث، العدد الثامن، السنة الرابعة 2008، ص: 211.

² للمزيد من التفصيل حول ضحايا الجريمة أنظر: ميلود كروط: المجني عليه في الخصومة -دراسة تحليلية مقارنة - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2008-2009.

³ نجيب بولماين: الجريمة و المسألة السوسيو لوجية دراسة بأبعادها السوسيوثقافية و القانونية، أطروحة لنيل الدكتوراه الدولة، شعبة علم الاجتماع و التنمية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة منتوري الجزائر، الموسم الجامعي 2007-2008، ص: 80.

⁴ للمزيد من الإطلاع: محمد أزربي: واقع السجون المغربية و أهدافها الإصلاحية، أفريقيا الشرق، الدار البيضاء، 2006.

⁵ للمزيد من التفصيل: أنظر محمد أحداق: التكلفة الإقتصادية و الحقوقية لنظام الإعتقال الاحتياطي من أجل حكامه قضائية رشيدة، مقال منشور بمجلة العلوم الجنائية، العدد الثاني، السنة 2015، ص: 29 و ما بعدها.

محمد عبد اللطيف عبد العال: الحبس الإحتياطي في قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، العدد الثاني، السنة يوليو 2000، ص: 98.

⁶ المادة 41 تنص على ما يلي: يمكن للمتضرر أو المشتكى به قبل إقامة الدعوى العمومية وكلما تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بسنتين حبساً أو أقل أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5.000 درهم، أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما في محضر.

في حالة موافقة وكيل الملك وتراضي الطرفين على الصلح، يحرر وكيل الملك محضراً بحضورهما وحضور دفاعهما، ما لم يتنازلا أو يتنازل أحدهما عن ذلك، ويتضمن هذا المحضر ما اتفق عليه الطرفان.

الجنائية لسنة 2003 و الذي نص على هذا المقتضى مكرسا لما جاء في مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة و معاملة المجرمين الذي تم انعقاده في العاصمة النمساوية في أبريل 2000.

ولم تقف رغبة المشرع المغربي في المضي قدما في البحث عن حلول أخرى بغية تجاوز السياسة العقابية الكلاسيكية والتي تركت عدة مساوئ على شخصية المعتقلين أولا و على الدولة نفسها ثانيا، إذ سرعان ما يتم رجوعهم إلى السجن¹، و بالتالي وجودهم في حالة العود، مما قد يصعب تصحيح الأخطاء و التي كانت سبب في وجودهم في السجن لأول وهلة، وهو ما أفضى بالوزارة الوصية إلى إعداد مسودة مشروعين قانونين من خلال القانون الجنائي و كذا المسطرة الجنائية تحمل في ثناياها جملة من العقوبات البديلة محاولا تبني رؤية ذات أبعاد، إما من حيث التخفيف على مالية

يتضمن المحضر كذلك إشعار وكيل الملك للطرفين أو لدفاعهما بتاريخ جلسة غرفة المشورة، ويوقعه وكيل الملك والطرفان.

يحيل وكيل الملك محضر الصلح على رئيس المحكمة الابتدائية ليقوم هو أو من ينوب عنه بالتصديق عليه بحضور ممثل النيابة العامة والطرفين أو دفاعهما بغرفة المشورة، بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي طعن.

يتضمن الأمر القضائي ما اتفق عليه الطرفان، وعند الاقتضاء ما يلي:

- أداء غرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة قانوناً؛

- تحديد أجل لتنفيذ الصلح.

إذا لم يحضر المتضرر أمام وكيل الملك، وتبين من وثائق الملف وجود تنازل مكتوب صادر عنه، أو في حالة عدم وجود مشتك، يمكن لوكيل الملك أن يقترح على المشتكى به أو المشتبه فيه صلحاً يتمثل في أداء نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو إصلاح الضرر الناتج عن أفعاله، وفي حالة موافقته يحرر وكيل الملك محضراً يتضمن ما تم الاتفاق عليه وإشعار المعني بالأمر أو دفاعه بتاريخ جلسة غرفة المشورة، ويوقع وكيل الملك و المعني بالأمر على المحضر.

يحيل وكيل الملك المحضر على رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه للتصديق عليه بحضور ممثل النيابة العامة والمعني بالأمر أو دفاعه، بمقتضى أمر قضائي لا يقبل أي طعن.

توقف مسطرة الصلح والأمر الذي يتخذه رئيس المحكمة أو من ينوب عنه، في الحالتين المشار إليهما في هذه المادة إقامة الدعوى العمومية. ويمكن لوكيل الملك إقامتها في حالة عدم المصادقة على محضر الصلح أو في حالة عدم تنفيذ الالتزامات التي صادق عليها رئيس المحكمة أو من ينوب عنه داخل الأجل المحدد أو إذا ظهرت عناصر جديدة تسم الدعوى العمومية، ما لم تكن هذه الأخيرة قد تقادمت. يشعر رئيس المحكمة أو من ينوب عنه وكيل الملك فوراً بالأمر الصادر عنه.

يتأكد وكيل الملك من تنفيذ الالتزامات التي صادق عليها الرئيس".

للمزيد من الإطلاع حول الصلح في مختلف المجالات أنظر:

محمد فاروق عبد الرسول: الحماية الجنائية لبورصة الأوراق المالية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2007 ص388 و ما بعدها.

حميد ميمون: المتابعة الجزرية وإشكالاتها العملية، دراسة وفق قانون المسطرة الجنائية و على ضوء العمل الفقهي و الإجتهد القضائي المغربي و المقارن، الطبعة الأولى، بني زناسن سلا، 2005، ص:116 و ما بعدها.

¹ للمزيد من الإطلاع حول السجن وفلكها أنظر: علي محمد جعفر: السجن وسياسة التطوير ووظائفها الإصلاحية -دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، العدد الثاني، السنة يوليو 2000، ص:55.

فهد يوسف الكساسبة: دور النظم العقابية الحديثة في الإصلاح و التأهيل دراسة مقارنة، إصدارات المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، 2013.

الدولة سواء من حيث توسيع هامش الصلح و الذي قد يصل إلى 100000 درهم أو وضع عقوبة لفائدة المنفعة العامة...إلخ.

وقد أثارت هاتين المسودتين نقاشا عميقا ومستفيضا، إذ نجد اتجاهات مختلفة بين معارض لهما مقدم حججه و الأسس التي اعتمادها في الرفض، ونجد اتجاه ثاني يرى أن الرفض لا يمكن تعميمه على ما جاء في هاتين المسودتين و إنما هناك مجموعة يجب الاحتفاظ بها مع تعديل البعض الأخر، فيما ذهب الاتجاه الثالث و المتمثل في الوزارة الوصية- وزارة العدل-و التي تعتبر أن تم الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الاعتبارات بخصوص وضع المسودتين منها ما هو مرتبط بالتعديل الدستوري لسنة 2011 و الذي جاء بجملة من الفصول ذات البعد الجنائي، وكذا الإتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب و التي تروم إلى تكريسها على مستوى القوانين الداخلية، دون نسيان توصيات هيئة إصلاح منظومة العدالة مع استحضار سلبيات السياسة العقابية الحالية.

ويبقى النقاش مطروحا حول العقوبات البديلة بصفة خاصة و مسودة القانون الجنائي بصفة عامة محل شد و جذب إلى حين خروج القوانين حيز التطبيق، وبالتالي البحث عن حلول بغية تجاوز المشاكل و العراقيل التي تعترى مشكل اكتظاظ السجون و بالتبعية إيجاد وسائل بديلة عن العقوبة السجنية خاصة المدد القصيرة منها .
لهذه الأسباب حاولت المساهمة بجملة من الأفكار و وجهة نظر حول هذا موضوع العقوبة البديلة في إطار الندوة المنظمة من المنظمين.

و تبقى الإشكالية المركزية لهذه للمداخلة التي سوف نشارك بها في هذه الندوة:

هل العقوبات البديلة كفيلة بتحقيق الأهداف المرجوة من وضعها؟

للإجابة عن الإشكالية لهذا الموضوع سوف نسلك التقسيم التالي:

المطلب الأول: معالم السياسة العقابية الجديدة

المطلب الثاني: التوجهات الكبرى للسياسة العقابية المغربية

المطلب الأول

معالم السياسة العقابية الجديدة

تقوم السياسة العقابية عموما على تحقيق الأمن في وسط المجتمع من خلال عقاب مرتكب الفعل الإجرامي، و ذلك للحيلولة دون استفحال الظاهرية الإجرامية و بالتبعية

زعزعة العقد الاجتماعي المبرم بين الدولة المالكة للحق في العقاب و بين المجتمع الذي تنازل عن مجموعة من

الأشياء لصالح مقابل حماية النظام العام القائم ذلك الإخلال به يطرح عدة تداعيات على جميع مكونات الدولة .

أمام هذا لجأت التشريعات إلى وضع سياسة عقابية تختلف من دولة إلى أخرى، ويعزى هذا الاختلاف إلى

خصوصية كل دولة عن باقي الدول الأخرى وكذا مدى تبنيتها للمستجدات التي طرأت على المستوى الدولي من خلال الأخذ

بعين الاعتبار وضعية السجون داخل الدول مدى استيعابها للعدد الكبير من المحكوم عليهم بعقوبات سجنية سواء

كانت قصيرة المدة أو طويلة، الشيء الذي طرح معه العديد من التساؤلات حول السياسات العقابية المتبعة من حيث

القيمة التي تقدمها و ذلك من خلال التقليل من عدد السجناء و بالتالي تحقيق الغرض من العقوبة .

انطلاقا من السابق سوف يتم معالجة هذا المطلب من خلال تحديد مظهرات السياسة العقابية المغربية الجديدة (فقرة أولى)، و حدودها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مظهرات السياسة العقابية المغربية الجديدة

بالرجوع إلى بوادر السياسة العقابية نجد أن التشريع المغربي قد انخرط ضمن التشريعات التي تبنت منحي البحث عن حلول بديلة عن العقوبة السجنية وقد استقر المشرع المغربي على الصلح من تعديل قانون المسطرة الجنائية سنة 2003 من خلال قانون رقم 22.01 .

إلا أنه مع تعاظم التقارير المنجزة من طرف مؤسسات سواء الوطنية¹ منها أو الدولية جعل التفكير ينصب على البحث توسيع لائحة العقوبات البديلة² وهو توج بوضع مسودة من طرف وزارة العدل و التي تضمنت في ثناياها جملة من البدائل تروم نحو التقليل من الانتقادات الموجهة إلى السياسة العقابية المغربية.

وتتمثل هذه العقوبات في اتساع هامش الصلح برفع قيمة المبلغ الذي يسمح بإمكانية الصلح من 5000 درهم إلى 100000 كما أن المسودة وسعت من الجرائم التي يمكن التصالح بشأنها من خلال التعداد الحصري لها انسجاما مع مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص مخافة السقوط في القياس أو التطوع المنافي للمجال الجنائي،

كما تتمثل العقوبات البديلة في الغرامة اليومية التي يؤديها المحكوم عليه من خلال مبلغ مالي مقابل عدم النج بالشخص وراء القضبان يكون هذا تجنبيا لكل ما من شأنه أن التأثير على الحياة النفسية أو الإجتماعية³ خاصة المحكومين بمدد قصيرة بخصوص العقوبة الحبسية، و بالتبعية التقليل من الإكتظاظ الذي تعرفه السجون و النتيجة المترتبة هي التخفيف على ميزانية الدولة المخصصة لتغطية النفقات المتعلقة بالسجون، ومن جهة أخرى الزيادة في عائدات الدولة و التي قد تستثمر في مجالات أخرى .

كما اعتبر المشرع العمل لفائدة المنفعة العامة⁴ من العقوبات البديلة التي بموجبها يعفى المحكوم عليه من قضاء العقوبة الحبسية الصادرة في حقه ومرد هذا البديل هو رد الاعتبار للمجتمع من خلال طبيعة الفعل المرتكب

¹ المجلس الوطني لحقوق الإنسان و الذي حل محل المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان و أصبح مؤسسة دستورية بموجب التعديل الدستوري لسنة 2011 و في هذا الإطار صدر الظهير المنظم المؤسسة

و أنظر التقرير المقدم من طرف المجلس من المساهمة في النقاش العمومي حول العقوبات البديلة منشور على الموقع الإلكتروني للمجلس www.cndh.ma

² تعريف العقوبات البديلة

³ للمزيد أنظر: الحسين زين الإسم : إشكالية العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة و البدائل المقترحة ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ، وحدة التكوين و البحث العلوم الجنائية ، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، الموسم الجامعي 2005-2006، ص: 96 و ما بعدها .

⁴ وقد تبنى قانون العقوبات الجزائري العقوبة البديلة المتمثلة في العمل لفائدة المنفعة العامة من خلال القانون رقم 01.09 الصادر سنة 2009 من خلال المادة 5 و التي تنص على ما يلي: : يمكن الجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر، لمدة تتراوح بين أربعين (40) ساعة وستمائة (600) ساعة، بحساب ساعتين (2) عن آل يوم حبس، في أجل أقصاه ثمانية عشر (18) شهرا، لدى شخص معنوي من القانون العام، وذلك بتوفير الشروط الآتية:

اتجاهه و بالتالي يبقى من الطبيعي العمل لفائدته وقد تناولت المسودة كل ما يتعلق بكيفية تطبيقها و إجراءات المنظمة لها سواء من حيث ساعة العمل وكذا اختيارية للسجناء بين القيام بها أو قضاء مدة العقوبة المحكوم بها، ويتمثل العمل لفائدة المنفعة العامة إما لصالح الدولة من خلال المرافق العامة¹ أو المؤسسات التي تسمح لها الدولة بإمكانية استقبال من أجل الإستفادة من مجانية الخدمات المقدمة لها من طرف المحكوم عليهم .

ولم تقف العقوبات البديلة عند هذا وإنما نجد كذلك الغرامة اليومية و التي يقصد بها أداء مبلغ من المال عن كل يوم محكوم به وقضائه بالسجن، وقد جاءت هذه العقوبة البديلة لتجاوز الإنتقادات التي كانت توجه إلى الغرامة العادية التي كان يحكم بها القاضي لصالح خزينة الدولة يؤديها المحكوم عليه بحيث لم تراعي وضعية الشخص، وهو ما تداركته المسودة من خلال مراعاة دخل الشخص ووضعه الإجتماعي في تقديرها.

ويرى البعض أن نجاح هذه الغرامة يكون في المجال الإقتصادي و الذي يتميز بجانب الأموال، ذلك أن الحكم على المحكوم عليه بعقوبة حبسية قد لا يستفيد منها الشخص على خلاف الغرامة اليومية و التي قد تقتص من الذمة المالية للمحكوم عليه².

1- إذا كان المتهم غير مسبوق قضائيا،

2- إذا كان المتهم يبلغ من العمر 16 سنة على الأقل وقت ارتكاب الوقائع المجرمة،

3- إذا كانت عقوبة الجريمة المرتكبة لا تتجاوز ثلاث (3) سنوات حبسا،

4- إذا كانت العقوبة المنطوق بها لا تتجاوز سنة حبسا.

يجب أن لا تقل مدة العمل للنفع العام المنطوق بها في حق القاصر عن عشرين (20) ساعة وأن لا تزيد عن ثلاثمائة (300) ساعة.

يتم النطق بعقوبة العمل للنفع العام في حضور المحكوم عليه. ويتعين على الجهة القضائية قبل النطق بهذه العقوبة إعلامه بحقه في قبولها أو رفضها والتنويه بذلك في الحكم"

¹ للمزيد من التفصيل حول هذا البديل أنظر: فاتن الوزاني: بدائل العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، فاس ، الموسم الجامعي 2014-2015 ، ص: 156 و ما بعدها .

جمال المجاطي : عقوبة العمل لفائدة العامة ، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني ، العدد الأول ، أكتوبر 2011 ص: 51 و ما بعدها .
على عدنان الفيل : بدائل إجراءات الدعوى الجزائية، مقال منشور بمجلة القانون و الإقتصاد ، العدد الخامس و العشرون ، السنة أبريل 2011 ، ص: 69 و ما بعدها.

ياسن مفتاح : الإشراف القضائي و التنفيذ العقابي ، رسالة لنيل الماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، الموسم الجامعي 2010-2011 ، ص: 130

² محمد سيف النصر عبد المنعم : بدائل العقوبة السالبة للحرية في التشريعات الجنائية الحديثة، دار النهضة العربية القاهرة ، ص: 51. أوردته جمال المجاطي: بدائل العقوبات قصيرة المدة –دراسة مقارنة- رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الجنائي و العلوم الجنائية ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة ، الموسم الجامعي 2009-2010.

عبد الصمد الزعنوني: بدائل العقوبة السالبة للحرية ، الطبعة الثانية ، مطبعة دار السلام ، الرباط ، 2000.
أنور محمد صدقي: الصلح الجزائي في التشريعات المصرية -دراسة في قانون الإجراءات الجنائية و التشريعات الإقتصادية ، مقال منشور بمجلة الحقوق ، العدد الرابع السنة 2009 ، ص: 199 و ما بعدها.

الفقرة الثانية: حدود العقوبات البديلة

بالرجوع إلى مسودة القانون الجنائي نجد أن المشرع المغربي لم يجعل الاستفادة من العقوبات البديلة متسما بطابع الإطلاق من حيث جميع الجرائم وكذا المحكوم عليهم، وإنما جعل تطبيق هذه العقوبات مقيد بالجرائم المعاقب عليها بسنتين حبسا على خلاف التشريع الجزائري والذي حدد الاستفادة في الجرائم المعاقب عليها بثلاث سنوات حبسا، هذا بالإضافة إلى عدم وجود الشخص في حالة العود وكذا استثناء جرائم معينة من العقوبات البديلة وتتمثل هذه الجرائم في:

1- الاختلاس والغدر والرشوة واستغلال النفوذ؛

2- الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية؛

3- الاتجار في الأعضاء البشرية؛

4- الاستغلال الجنسي للقاصرين

و تكمن العلة في استثناء هذه الجرائم إلى الأضرار الجسيمة التي تخلفها وكذا إمكانية أن تكون عقوبتها أكثر من سنتين هذا بالإضافة إلى أنه عدم التوازن بين المصلحة المحمية و اقرار هذه الجرائم و بالتالي إمكانية الاستفادة من العقوبات البديلة هذه البراهين تسري بخصوص جرائم الإتجار في الأعضاء البشرية و الاستغلال الجنسي، أما بخصوص عدم سريان العقوبات البديلة على الاختلاس و الرشوة و استغلال النفوذ¹ هو ارتباطه بالاتجار بالمرفق العمومي مما يفتح إمكانية فقدان الثقة لدى مواطني البلد و بالتبعية تجعل المصلحة المحمية محك الشك، هذا بالإضافة إلى أن هذه الجرائم تمس الدولة في كيانها ووجودها². كما استثنى المشرع فئة الأحداث من الغرامة اليومية ومرد هذا الاستثناء إلى أن الغرامة تكون شخصية ذلك أن فئة الأحداث ليس لهم مبالغ مالية من أجل تأدية الغرامة وبالتالي إمكانية أن يحل محله المسؤول المدني مما يجعلنا أمام المجال المدني.

فريدة بن يونس: تنفيذ الأحكام الجنائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، الموسم الجامعي 2012-2013، ص: 142 و ما بعدها.

¹ للرجوع للموضوع أنظر: العربي البوبكري: دور السياسة الجنائية لحماية المال العام، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2013-2014. فريد السموني: تحديث التشريع الجنائي بين الحفاظ على التوابث و مواكبة المتغيرات، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد الأول، السنة أكتوبر 2011، ص: 43 و ما بعدها.

محمد بن التاجر: مقتضيات القانون الجنائي و الدستور الجديد، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد الربع عشر، السنة الثامنة يناير-ماي 2013، ص: 83 و ما بعدها.

علي عدنان الفيل: جريمة الرشوة الإنتخابية دراسة مقارنة، مقال منشور بمجلة القانون و الإقتصاد، العدد السادس و العشرون، السنة 2013، ص: 71.

² للمزيد من التفصيل أنظر: عبد القادر بوراس: العفو عن الجريمة و العقوبة في التشريع الجزائري و المقارن – دراسة مقارنة- بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013. ص: 28.

المطلب الثاني

التوجهات الكبرى للسياسة العقابية المغربية

مع دخول الألفية الثالثة عرف المغرب عدة تحولات في مجالات عديدة، وقد حضي الجانب الزجري بحصته من هذا التغيير من خلال التعديلات المتلاحقة لقوانين برمتها من تغييرها كاملة و استبدالها بأخرى أو تعديلات جزئية، و يدخل هذا في إطار تناغم السياسة التشريعية المتعلقة بالجانب الجنائي مع المستجدات الدولية¹ أو الإقليمية، وتأتي السياسة العقابية من ضمن الإهتمامات التي أولاهها المغرب عناية واسعة خاصة من إيجاد بدائل للعقوبة السالبة للحرية القصيرة المدة منها بغية ترسيخ مجموعة من التوجهات في أفق تحقيق أبعاد تجعل المغرب يتبوأ مكانة بين الدول من حيث الجانب العقابي ، وكل يمكن درسته من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين ، نعالج في الفقرة الأولى التوجهات الكبرى للسياسة العقابية الجديدة على مستوى المحكوم عليهم، فيما نخصص الفقرة الثانية للتوجهات الكبرى للسياسة العقابية الجديدة على المستوى الدولي .

الفقرة الأولى: التوجهات الكبرى للسياسة العقابية على مستوى المحكوم عليهم

إن تفكير المغرب في محو مساوئ السياسة العقابية التقليدية تحكم فيه مجموعة من التوجهات منها ما هو مرتبط بالمؤسسة السجنية المكان المخصص لقضاء العقوبة المحكوم بها، لكن الجانب المرتبط بهذا الأخير هو يبقى ذو أهمية بالغة على اعتبار أنه أن ارتكابه لفعل قد يزج به في السجن لأول مرة مما يتطلب إمكانيات مالية من أجل الإنفاق عليه داخل المؤسسة السجنية.

وتبقى فرصة إصلاح المحكوم عليه واردة ما دام الفعل المرتكب جاء بصفة عرضية و أن نسبة عدم العودة إلى ارتكابه مرة ثانية تكون أكبر²، وهذا يجد سنده في السياسة العقابية الجديدة و التي تروم إلى الابتعاد عن العقوبة الحبسية³ و الآثار التي تخلفها على مرتكب الفعل، خاصة أن الوصم الإجتماعي قد يكون مانعا في الإندماج مرة ثانية في حالة تطبيق العقوبة الحبسية.

كما ترجع فلسفة المشرع من إدراج العقوبات البديلة إلى محاولة العدول عن التداعيات السلبية التي تخلفها العقوبة الحبسية على المحكوم عليه خاصة على مستوى السجل العدلي التي تمسكه المحكمة و الذي تسجل فيه العقوبات التي يحكم على الأشخاص .

¹ التعديل الذي طال القانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية من خلال قانون 03.03 المتعلق بالإرهاب و المعدل بقانون 86.14 هذا بالإضافة إلى تعديل قانون القضاء العسكري و الذي تضمن جملة من المستجدات، جعلت المغرب يخطو عدة خطوات في مجال القضائي عموما و القضاء العسكري خصوصا و كذا تجاوز الإنتقادات التي كانت توجه له خاصة محاكمة المدنيين أمام القضاء العسكري.

² مولاي الحسن الإدريسي: السياسة العقابية بين التحديات و الإصلاحات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين: التشريع مناهجه وقضاياه، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية سلا، جامعة محمد الخامس السويدي، الموسم الجامعي 2013-2014، ص: 198 و ما بعدها.

³ للمزيد من الإطلاع أنظر: عبد الكريم ورياشي: أبحاث في الفقه الجنائي، منشور مجلة الحقوق ، مطبعة المعاريف الجديدة ، الرباط 2016 ، ص281 وما بعدها.

هذا بالإضافة إلى أن العقوبة الحبسية قد تكون جد صعبة خاصة إذا كان المحكوم عليه مصاب مرضا قد لا تسعفه حالته الصحية ، و بالتالي تكون العقوبات البديلة كوسيلة بديلة عن قضاء المدة وراء القضبان.

الفقرة الثانية: التوجهات الكبرى للسياسة العقابية على المستوى الدولي

إن إنخراط أي دولة في المنظومة الدولية يترتب عنه التزامات من أجل إدراجها في القوانين الداخلية من خلال مراجعة الترسانة القانونية من أجل انسجامها مع صادقت عليه، خاصة أنه تم إبرام مجموعة من الإتفاقيات الدولية بخصوص العقوبات البديلة محاولة في ذلك البحث عن عقوبات من شأنها إصلاح المحكوم عليهم وعدم سقوطهم في حالة العود، ويعتبر المؤتمر السابع للأمم المتحدة المنعقد في ميلانو في عام 1985 الذي اعتمد على وجوب اتخاذ كافة التدابير و الإجراءات الناجمة لمعالجة ظاهرة الاكتظاظ لدى السجناء من أهم المؤتمرات التي لمست الموضوع بحدة، هذا بالإضافة إلى مؤتمرات الأمم المتحدة ذات الصلة و التي وضعت مجموعة من المعايير التي ينبغي على الدول الإهتمام إليها، وذلك من أجل التخفيف من اكتظاظ السجون وتوسيع هامش العقوبات البديلة مما يحقق أنسنة العقوبة بما يتلاءم مع الفعل المرتكب خصوصا العقوبات القصيرة المدة¹.

إن خيار المغرب في تبني سياسة عقابية جديدة هو محاولة تجاوز الإنتقادات التي تواجهه على المستوى الدولي خاصة أنه صادق على مجموعة من الصكوك الدولية المهتمة بحقوق الإنسان بصفة عامة و السجن بصفة خاصة. كما تتمثل تبني المغرب للعقوبات البديلة في تجاوز أزمة السياسة العقابية و البحث عن وسائل فعالة بغية تحسين الترسانة القانونية.

خاتمة

وعموما يمكن القول أن المغرب انخرط في مسلسل الإصلاحات التي تحكم فيها مرجعيات مختلفة منها ما هو ذات طابع وطني و منها ما هو دولي، غير أن هذه الإصلاحات تبقى رهينة بوجود بيئة قابلة لتطبيق فيها من خلال الأرضية المناسبة والتي تجعل القاعدة القانونية تتحقق الهدف الذي وضعت من أجله .

أما بخصوص العقوبات البديلة التي جاءت على مستوى مسودة القانون الجنائي و التي كانت محل نقاشات عميقة و لازالت فإن هذه العقوبات تبقى محل نظرا لعدة اعتبارات يمكن إجمالها في :

أن القانون الجنائي الحالي يتضمن مجموعة من العقوبات البديلة تحتاج فقط للتطبيق، على سبيل المثال المنع من الترشح، المنع من مزاولة بعض المهن، إيقاف التنفيذ...إلخ.

إن سكولوجية الضحية تجعله غير قابل لتطبيق العقوبات البديلة على اعتبار أن الجرم الذي ارتكب في حقه، يجب جزاء الجاني هو السجن وإلا اعتبر أن الدولة لم تراعي الضحية في تقدير العقوبة.

ويبقى دور المجتمع المدني كبير بخصوص التعريف بهذه العقوبات البديلة من خلال تنشيط الحلقات العلمية .

¹ عبد الحميد نبيه: قانون السجون ودليل المحاكمات العادلة الصادرة عن منظمة العفو الدولية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2009 .

"مبدأ ملاءمة المتابعة ما بين الإطار النظري والأساس القانوني"

دراسة تحليلية مقارنة

حسن فرحان

طالب باحث في الدكتوراه

مقدمة :

ضمانا لحق المجتمع في عقاب مرتكب الجريمة من جهة، وحق الجاني في محاكمة عادلة من جهة ثانية، كرس المشرع مبدأ الفصل بين سلطات القضاء الجنائي، حيث اعتبر النيابة العامة سلطة ادعاء أو سلطة اتهام مستقلة وقائمة بذاتها إلى جانب سلطي التحقيق والحكم، مع وضع قواعد إجرائية تحدد سلطات النيابة العامة ابتداء من مرحلة تحريك هذه الدعوى، ثم مباشرتها والسير فيها إلى غاية صدور حكم نهائي بشأنها.

يشكل تحريك الدعوى العمومية إحدى الوظائف التي، خص بها المشرع النيابة العامة باعتبارها سلطة اتهام، حتى ولو اشتركت معها جهات أخرى في تحريك الدعوى العمومية، وقد اختلفت النظم التشريعية حول قدرة النيابة العامة في التصرف في الدعوى العمومية، فمنهم من ذهب إلى القول بوجود حرية كاملة لها وإعطائها كافة الصلاحيات في التصرف في الدعوى العمومية بتحريكها أو حفظها أو عدم رفعها أصلا ومنهم من رأى العكس باعتبار أن الصلاحية في تحريك أو عدم تحريك الدعوى العمومية هي مقيدة¹.

فسلطة النيابة العامة في المتابعة الجنائية في التشريعات المختلفة، يحكمها مبدأ، الأول هو مبدأ الشرعية Le Principe de L'opportunité، والثاني هو مبدأ الملاءمة Le Principe de Légalité.

ويعرف مبدأ الشرعية في الإجراءات الجنائية بأنه التزام النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية طالما توفرت شبهة الاتهام في مواجهة متهم معين، فهي ملزمة بإحالة الدعوى العمومية إلى المحكمة الجنائية المختصة ومباشرتها. أي أن النيابة العامة وفق مبدأ الشرعية تلتزم بتحريك الدعوى العمومية في جميع الجرائم أيا كانت درجة جسامتها دون أن يكون لها من السلطة التقديرية ما يسمح لها باستبعاد أي جريمة من أن تعرض على القضاء².

أما مبدأ الملاءمة فهو مبدأ سلطة النيابة العامة في تقدير صرف النظر عن رفع الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة رغم توافر أدلة الإتهام ومعرفة الفاعل، وذلك لأسباب تملها المصلحة العامة، ذلك أن مبدأ الملاءمة يخفف من صرامة مبدأ الشرعية الذي هو القاعدة أو الأصل، ويعطى مبدأ الملاءمة للنيابة العامة سلطة واسعة في التقدير فالمختصون الذين تتحرك بإرادتهم الدعوى العمومية يلزم أن يكونوا مزودين بظهير مهني حي، وشعور سام بوظائفهم،

¹ - وحداني نور الدين، مجلف الملف، العدد 17/ أكتوبر 2010، ص 154.

² محمد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 200.

والواقع أنهم هم الذين يبحثون فيما إذا كان الإجراء الجنائي مبررا أم هناك على العكس ظروفًا خاصة تقضي بالتخلي عنه¹.

وقد عرفا كلا مبدآن انتشارا واسعا في النظم القضائية المقارنة، حيث أخذت تشريعات كل من ألمانيا (المادة 152 من قانون المسطرة الجنائية)، و سويسرا واسبانيا واليونان بمبدأ الشرعية، فيما اعتنقت مبدأ ملاءمة المتابعة تشريعات عديدة منها من القانون الفرنسي (المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية) وقانون المسطرة الجنائية المغربي (المادة 40)، والقانون الموريتاني والقانون التونسي (المادتين 20 و 21 من قانون الإجراءات الجنائية) والقانون الجزائري (المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية)، كما تبني مبدأ الملاءمة في المتابعة كل من القانون السنغالي والقانون الياباني².

و إذا كانت السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى العمومية في إطار مبدأ ملاءمة المتابعة تمارس على مرحلتين إجرائيتين هما : مرحلة تحريك الدعوى العمومية، وهي نقطة البداية التي تتسم بعدد من الإجراءات التي تباشرها النيابة العامة كجهة إتهام وظيفتها إيصال القضية إلى يد القضاء، كتقديم ملتمس إجراء تحقيق أو تكليف متهم بالحضور أو استنطاقه....، ومرحلة مباشرة الدعوى العمومية والسير فيها إلى غاية صدور حكم نهائي بشأنها والمتمثل في الإجراءات التي تقوم بها النيابة العامة باعتبارها خصم في الخصومة الجنائية، كحضور الجلسات وتقديم الملتزمات إلى هيئة الحكم، والطعن في الأحكام...

فأن دراستنا لمبدأ الملاءمة في تقدير المتابعة ستركز على مرحلة تحريك الدعوى العمومية بإعتبارها مرحلة أساسية في وظيفة النيابة العامة كجهة إتهام وكذا لما لهذه المرحلة من تأثير على حقوق وحرية الأفراد وبوجه خاص القرارات الممكن أن تتخذها النيابة العامة (قرار الاعتقال، قرار الحفظ...).

ومن منطلق أن المشرع المغربي كما سلف الذكر، تبني مبدأ ملاءمة المتابعة كأسس في تحريك النيابة العامة للدعوى العمومية، فإن مجال البحث في هذه الدراسة سيقصر على هذا المبدأ من خلال استعراض شامل للإطار النظري والقانوني الذي يحكم مبدأ الملاءمة بغية تقديم دراسة مفصلة عن المرتكزات و المفاهيم التي يبنى عليها نظام ملاءمة المتابعة مع التطرق الأسس القانونية التي تأطر تفعيل مبدأ الملائمة في التشريع المغربي والمقارن الشيء الذي من شأنه يوضح مدى تطابق الإطار القانوني مع الواقع العملي.

وعليه سنتولى بإذن الله معالجة موضوع "مبدأ ملاءمة المتابعة ما بين الإطار النظري والأساس القانوني" من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول: الإطار النظري لمبدأ ملاءمة المتابعة.

المبحث الثاني: الأسس القانونية لمبدأ ملاءمة المتابعة في التشريعات المقارنة والتشريع المغربي.

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، سلطة النيابة العامة في حفظ الأوراق والأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية عملا وعلمًا، دار ابو سمر القانونية، الرقازيق، مصر، الطبعة الأولى 1993، ص 121.

² - محمد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 313.

المبحث الأول : الإطار النظري لمبدأ ملاءمة المتابعة.

المطلب الأول : مفهوم مبدأ الملاءمة ومبررات وجوده

الفقرة الأولى : مفهوم مبدأ ملاءمة المتابعة

يقصد بنظام الملاءمة الاعتراف للنيابة العامة بالسلطة التقديرية في تقرير توجيه الاتهام لتحريك الدعوى العمومية أو حفظ الملف، فيكون للنيابة العامة أن تمتنع عن توجيه الاتهام على الرغم من توافر جميع أركان الجريمة، ونشوء المسؤولية عنها، وانتفاء أية عقوبة إجرائية تحول دون تحريك الدعوى العمومية. فمبدأ الملاءمة - على عكس مبدأ الشرعية- يخول النيابة العامة سلطة التوقف عن الدعوى العمومية - بعد تحريكها - وسحبها من القضاء في أية حالة كانت عليها¹، إذا قدرت أن مصلحة المجتمع تقتضي ذلك.

وقد عرف بعض الفقه مبدأ ملاءمة المتابعة بأنه ذلك الأسلوب التقديري الذي يخول الذي يخول للنيابة العامة سلطة تقدير ما يرد عليها من مستندات وبلاغات بارتكاب الجرائم فإن تبين لها من تقديرها الأولي وجود قرائن يمكن أن تؤدي إلى إدانة المعني بالأمر، أثارت الدعوى العمومية وإن ظهر لها أن القضية خالية من كل إثبات أو أنها لا تكون جريمة يعاقب عليها القانون امتنعت عن تحريك الدعوى العمومية².

فنظام الملاءمة بهذا المعنى ليس مضادا لنظام الشرعية، فالنيابة العامة لا تلتزم بالتخلي عن الاتهام في جرائم محددة، لكن لها سلطة تقديرية تخولها قسطا من المرونة في تقدير ملاءمة اتخاذ قرار الاتهام، لذلك يقال أن نظام الملاءمة إنما هو تلطيف لنظام الشرعية في مباشرة الاتهام.

فكما أن للقضاة الحكم سلطة تقدير وسائل الإثبات في القضايا المعروضة عليهم وكذا سلطة تقدير العقوبة الواجبة التطبيق فإن لقضاة النيابة العامة في إطار مبدأ ملاءمة المتابعة، السلطة التقديرية في إثارة الدعوى العمومية أو عدم إثارتها والوسيلة التي تستعملها النيابة العامة في عدم تحريك الدعوى العمومية تعرف بالأمر بحفظ الأوراق "classement sans suite" وذلك في حالة الإنكار أو انعدام وسائل الإثبات³.

كما أن الملاءمة لا تعني إطلاقا التعسف أو التحكم أو إرضاء رغبات شخصية، فالنيابة العامة في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى العمومية أو عدم تحريكها لا ترضي شخصا بعينه، إنما تراعي اعتبارات موضوعية، ذلك أن القانون الجنائي قانون عام ومجرد يتضمن جرائم مختلفة والعقوبات المقررة لها، ولا يمكن للمشرع إدراك كل الظروف الخاصة التي تصاحب في بعض الأحيان ارتكاب الجريمة والتي قد تخفف من خطورتها، كون أن الجرائم ترتكب في ظروف متنوعة جدا، وأن ظروف المتهمين متنوعة كذلك، ومن المصلحة أن يكون نشاط النيابة العامة ملتئما مع هذه الظروف⁴.

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الطبعة الثالثة 1998، ص 113.

² - أحمد الخمليشي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، ص 49

³ - وحداني نور الدين، الدعوى العمومية وسلطة الملاءمة، مجلة اللف، العدد 17/ أكتوبر 2010

⁴ - د/ محمد عيد الغريب - المرجع السابق - ص 370.

كما أن الأسباب التي تؤدي بالنيابة العامة بالامتناع عن مباشرة الاتهام كثيرة ومختلف بعضها عن البعض وهي تكمن في مراعاة المصلحة العامة من جهة، ومصصلحة المتهم والمجني عليه من جهة أخرى. لذلك فالمشرع عند إقراره لنظام الملاءمة، وإعطاء النيابة العامة سلطة تقدير ملاءمة الاتهام افترض أنه ليس ثمة مخالفة للنظام العام بالجريمة التي لم تباشر فيها النيابة العامة الاتهام، إذ جعل منها قاضي الملاءمة، وبمعنى آخر قاضي مقتضيات النظام العام¹.

فالنيابة العامة وفق نظام الملاءمة، هي جهاز وقاية وليست جهاز آلية العقاب²، فهي لا تبحث فقط في العناصر القانونية للفعل الإجرامي، إنما تواجه النتائج السلبية التي قد تمس النظام العام والأمن الاجتماعي، حتى لا يكون هناك تعارض بين قرار الاتهام الذي بيد النيابة العامة، وبين وظيفتها في المحافظة على أمن المجتمع وسلامته.

غير أن مبدأ ملاءمة المتابعة يأخذ مظاهر متعددة ولا ينحصر في ذلك المفهوم الضيق الذي يربطه بإتخاذ النيابة العامة قرار الحفظ حيال بعض المحاضر أو الشكاية ذلك أن آلية الملائمة توظفها النيابة العامة حتى بعد تحريك الدعوى العمومية من خلال مجموعة من الإجراءات التي تقوم بها النيابة العامة عند مراقبة الدعوى العمومية وإشرافها عليها.

فتكليف الأفعال أوتجنيحها والمتابعة في حالة إعتقال أو في حالة سراح أو إتخاذ إي إجراء آخر مرتبط بحرية المتهم هو من صميم أعمال النيابة العامة لسطمها في تقدير ملاءمة المتابعة، كما أن تقديم الملتزمات و إستئناف الأحكام جزء لا يتجزأ من تفعيل النيابة العامة لمبدأ الملاءمة بعد تحريك الدعوى العمومية.

غير أن دراستنا لمبدأ ملاءمة المتابعة لدى النيابة العامة سنركز فيه على مرحلة البحث والتحري لما للنيابة العامة في هذه المرحلة من سلطة تقديرية واسعة في مباشرة الإتهام أو العدول عنه.

الفقرة الثانية: مبررات وجود مبدأ ملاءمة المتابعة.

لقد قدم بعض فقهاء القانون الجنائي مجموعة من مبررات لمبدأ ملاءمة المتابعة لترجيحه على مبدأ شرعية المتابعة، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

1- نظام الملاءمة وسيلة تطبيق السياسة الجنائية الحديثة:

لقد ذهب الفقه الجنائي الحديث، أن واجب الدولة في العقاب لا يعني وفقا للسياسة الجنائية الحديثة، توقيع عقاب غاشم على كل جريمة مرتكبة، وإنما يعني تفريد العقاب وفقا للشخصية الإجرامية للجاني. هذا التفريد المطبق من طرف القاضي ليس كافيا وحده ما لم يترك للنيابة العامة قدرا من الحرية في أن تباشر الاتهام أولا تباشره، وذلك وفقا للشخصية الإجرامية للجاني³.

¹ - د/ محمود عيد الغريب- المرجع المذكور اعلاه - ص 371.

² - كمال الشلاوي، سلطة الملائمة في عمل النيابة العامة على مستوى المادة الجنائية، رسالة لنيل الماستر في العلوم الجنائية، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، السنة الجامعية: 2012-2013.

³ - علي شمالل، السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى العمومية دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط 32، 2009-

2- مبدأ ملاءمة المتابعة ضمانا لاستقلال النيابة العامة ومرونتها

إن نظام الملاءمة يضمن استقلال النيابة العامة ، فلا تكون ملزمة بمباشرة الاتهام أو عدم مباشرته، بل تقدر ذلك وفقا لما ترتئيه وهي كناية عن المجتمع وأمينه على مصالحه. كما يضمن استقلالها في مواجهة قضاء الحكم بما يعطيها من سلطة إنهاء الدعوى العمومية المعروضة عليها، إذا كانت الضرورة الاجتماعية تقتضي ذلك¹.

3- مبدأ ملاءمة المتابعة ينسجم مع العمل القضائي المنوط بالنيابة العامة

لقد استخلص الفقه لفرنسي الحديث مدى الارتباط الواقع بين العمل القضائي المنوط بالنيابة العامة ونظام الملاءمة. فالنيابة العامة حين تقرر عدم مباشرة الاتهام والامتناع عن تحريك الدعوى العمومية عن الجريمة، تقضي بنفسها في كفاية أو عدم كفاية الأدلة، وفي مدى ملاءمة تحريك هذه الدعوى. لذلك فإن قرار النيابة العامة بالتخلي عن الاتهام وفقا لنظام الملاءمة، يتصل بالعمل القضائي فيما يتعلق بالفصل في الجسامة القانونية والاجتماعية للفعل الذي ارتكبه الجاني، ومدى خطورة هذا الأخير على المجتمع.

ومن ثم فإن دور النيابة العامة لم يعد مقصورا على مجرد أنها جهاز إداري يتكلف بنقل المخالفة القانونية إلى القاضي للفصل فيها، بل يمتد إلى حجز هذه المخالفة لديها والفصل فيها بالامتناع عن مباشرة الاتهام عند الاقتضاء، وهو بلا شك عمل من أعمال القضاء. ولكن هذا لا يعني أن قرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة قرار قضائي، مثل تلك القرارات التي يجوز الطعن فيها، إذ أنه يصدر من النيابة العامة بوصفها هيئة قضائية إتهامية وليست جهة قضائية فاصلة في النزاع².

4- مبدأ ملاءمة المتابعة يستجيب لضرورات عملية يمكن حصرها فيما يلي :

إن نظام الملاءمة يخفف من أعباء سلطات التحقيق وسلطات الحكم، حيث يعطيها متسعا من الوقت تخصصه للقضايا أكثر أهمية بحيث يقلص بدرجة كبيرة مصاريف الدولة المخصصة لتنفيذ إجراءات المتابعة أو التحقيق أو الحكم³.

كما يسهم مبدأ ملاءمة المتابعة في حفظ كل القضايا البسيطة والتي غالبا ما تصدر بشأنها أحكام بالبراءة أو بغرامة بسيطة وبالتالي فإن القضايا المعروضة على المحاكم تبقى تلك القضايا المهمة مما يسمح بدراستها ومناقشتها مناقشة مستفيضة⁴.

وإذا كان لمبدأ ملاءمة المتابعة كل هذه المزايا ، فكيف يتم إعمال هذا المبدأ من قبل عضو النيابة العامة وما هي ضمانات حسن تطبيقه؟

هذا ما سنعرض بالتفصيل من خلال المطلب الثاني .

¹ - سليمان عبد المنعم – أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت- الطبعة الثالثة 1999- ص 230.

² - علي شمال، المرجع السابق ، ص 34

³ - وحداني نور الدين، المرجع السابق، ص 157.

⁴ - الحسن البوعيسي، المرجع السابق، ص 132.

المطلب الثاني : سلطة تقدير ملاءمة المتابعة وضمانات حسن تطبيقها.

الفقرة الأولى : سلطة تقدير ملاءمة المتابعة.

عند تقدير ملاءمة المتابعة، تتناول النيابة العامة بالنظر الفائدة الاجتماعية العملية للعقاب ذاته، كما تحدد مدى إخلال الجريمة بالنظام الاجتماعي، وتبث فيما إذا كان العقاب على الجريمة يؤدي إلى إصلاح الخلل الاجتماعي الناتج عنها. وتتولى النيابة العامة تحديد مضمون الفائدة الاجتماعية في كل حالة على حدة، وذلك لأنه لا يوجد أي تحديد لمضمونه من جانب المشرع¹.

لذا فإن عضو النيابة العامة في إطار تفعيل سلطته في تقدير ملاءمة المتابعة، يقوم بعمليتين ذهنييتين متتاليتين، فهو يبدأ أولاً بالتحقق من مدى توفر الشروط القانونية لتحريك المتابعة حتى إذا ما انتهى إلى توفرها، انتقل إلى فحص مدى ملاءمة المتابعة.

وهكذا فإن التحقق من مدى توفر الشروط القانونية لتحريك المتابعة يعني التحقق من وجود الجريمة أي الوجود القانوني لها، وهذا لا يتم إلا إذا انتهى عضو النيابة العامة من دراسته للوقائع وإخضاعها للتكيف القانوني المناسب لها من خلال تحديد النص العقابي لها. ثم تحديد مسؤولية المشتبه فيه الجنائية بحيث أنه يتأكد من عدم وجود سبب من الأسباب التي تجعل الفعل مباحاً والمسماة أسباب الإباحة، أو سبب من الأسباب التي تقوم معها المسؤولية الجنائية للجاني والمسماة موانع المسؤولية والتي تجعل قاضي النيابة العامة يصدر قراره بالحفظ للعللة المذكورة أعلاه.

كما يلزم على عضو النيابة العامة أن يتأكد من كون الدعوى العمومية مقبولة شكلاً حتى لا يتفاجأ بدفع من الدفوعات الشكلية التي يثيرها دفاع المتهم كبطلان محضر الشرطة القضائية لعدم قانونية مدة الحراسة النظرية أو عدم إشعار عائلة المشتبه فيه² من مسؤولية المشتبه فيه عنها وكون الدعوى العمومية مقبولة.

وإذا ما انتهى عضو النيابة من دراسته لهذه العناصر إلى قانونية المتابعة إنتقل إلى فحص ملاءمتها³ وهو اختيار عضو النيابة العامة الذي انتهى من فحص مشروعية المتابعة إلى وجود جريمة ومسئول عنها، بين تحريك المتابعة بها وعدم تحريكها، بعد إجراء عملية مفاضلة ذهنية بين فرعي الإختيار⁴.

فالنيابة العامة قبل اتخاذها قرار تحريك الدعوى العمومية، يتعين عليها مراعاة مجموعة من الاعتبارات، سواء تلك المتعلقة بظروف الجريمة، أو بما يحدثه العقاب أو التخلي عنه من رد فعل اجتماعي. فقد ترى النيابة العامة أن الواقعة رغم تعارضها الشكلي مع النص التجريبي، إلا أن الظروف التي صاحبها أو لحقتها قد قللت من قيمتها كفعل معاقب عليه، وبالتالي فإن العقاب عليها بعد ذلك يكون معدوماً أو قليل الفائدة، أولاً يعادل ما قد يؤدي إليه تحريك

¹ - علاء شمائل ، المرجع السابق ، ص 36 .

² - وحداني نور الدين، المرجع السابق، ص 159.

³ - محمد محمود سعيد، حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية، دار الفكر العربي ، ص 315.

⁴ - محمد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 315،

الدعوى العمومية من مضار¹. وقد ترى النيابة العامة أن التهمة من البساطة بحيث لا يؤدي عدم تحريك الدعوى العمومية عنها إلى المساس بالردع العام، أو يتبين لها أن الجريمة التي ارتكبتها المتهم لا تعبر عن خروجه عن النظام الاجتماعي، فالنيابة العامة هي أدرى بما يحقق المصلحة العامة وبما لا يحققها².

الفقرة الثانية: ضمانات حسن تطبيق النيابة العامة لمبدأ ملاءمة المتابعة.

إن تخويل النيابة العامة سلطة تقدير ملاءمة تحريك الدعوى العمومية لم يشرع إلا لصالح العام، هذا لصالح العام قد يتعرض للمساس به إذا أسيء استعمال هذه السلطة التقديرية من جانب عضو النيابة العامة عن قصد أو عن خطأ في التقدير.

ومن أجل تلافي مثل هذه النقائص التي قد تنال من سلامة استعمال النيابة العامة سلطتها في تقدير ملاءمة تحريك المتابعة كان إقرار المشرع للرقابة الإدارية والقضائية على قرار عضو النيابة، وفرضه من القيود على حرية اختيار طريق الدعوى ما يرمى به مصالح معتبرة، ثم سماحه لغير النيابة العامة بمشاركتها الحق في تحريك الدعوى العمومية علاجا لتقاعسها عن هذا التحريك أو حثا لها على مباشرته³.

وهكذا فإن الرقابة الادارية على تفعيل سلطة الملاءمة قد تكون تلقائية، أو نتيجة تظلم إداري، حيث تتحقق الرقابة التلقائية بفعل المبدأ السائد في نظام النيابة العامة، والذي يتمثل في التبعية التسلسلية كأهم خاصية مميزة لجهاز النيابة العامة حيث يتعين على كل عضو من الأعضاء المكونين للنيابة العامة الخضوع لرئيسه التسلسلي باعتبار هذا الأخير هو المكلف بالأشراف عليه ومراقبته.

وعليه فإنه متى تبين للرئيس أن القرارات المتخذة من قبل المرؤوسين كانت نتيجة خطأ في استعمال سلطة الملاءمة، فإنه يتدخل ليعيد الأمور إلى مجراها الصحيح عن طريق توجيه تعليماته لإلغاء العمل المخالف⁴

وتجسد هذه الرقابة الإدارية مجموعة من النصوص التشريعية منها المادة 39 من قانون المسطرة الجنائية والتي يجري سياقها الحرفي كما يلي: "يمثل وكيل الملك شخصيا أو بواسطة نوابه النيابة العامة، في دائرة نفوذ المحكمة الابتدائية المعين بها، ويمارس الدعوى العمومية تحت مراقبة الوكيل العام إما تلقائيا أو بناء شكاية أي شخص متضرر.

يمارس وكيل الملك سلطته على نوابه، وله أثناء مزاولة مهامه الحق في تسخير القوة العمومية مباشرة".
و يتضح من خلال هذه المادة أن وكيل الملك في دائرة نفوذه يعتبر الممثل الأول للنيابة العامة وهو بذلك يمتلك كل الصلاحيات الممنوحة له إزاء الدعوى العمومية وينوب عنه في ذلك نوابه الذين يخضعون لسلطته وتوجيهاته وإنطلاقا من ذلك فهو يمارس نوعا من الرقابة الإدارية عليهم في ما يخص القرارات التي يتخذونه.

ذلك أن مبدأ التبعية التدريجية الذي يحكم نشاط النيابة العامة، يقصد به خضوع كل عضو من أعضاء النيابة العامة لرئيسه التدريجي، الذي له سلطة الإشراف والرقابة على أعمال ونشاط مرؤوسيه، بما له من حق توجيههم

¹ - د/ أحسن طالب- الوقاية من الجريمة - دار الطليعة لطباعة والنشر، بيروت - الطبعة الاولى 2001- ص 11 وما يليها.

² - علي شمالل، المرجع السابق، ص 37.

³ - محمد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 318.

⁴ - كمال الشلاوي، المرجع السابق، ص 43

عن طريق تعليمات يصدرها إليهم، قبل قيامهم بعملهم أو أثناء قيامهم به، ثم رقابته لهم في تنفيذها، وتصحيح العمل المخالف لها إن جاز له القانون ذلك. ويترتب على الرقابة التلقائية مسؤولية تأديبية التي يخضع لها عضو النيابة العامة، في حالة مخالفته تعليمات رئيسه المباشر¹.

والسلطة المخولة لوكيل الملك إزاء نوابه هي ذاتها التي منحها المشرع للوكيل العام على جميع قضاة النيابة العامة العاملين بدائرة نفوذه حسب منطوق المادة 49 من قانون المسطرة الجنائية.

وإلى جانب هذه الرقابة الإدارية، هناك نوع من الرقابة على حسن تطبيق النيابة العامة لسلطتها في تحريك المتابعة وهو ذلك المتجسد في الرقابة القضائية.

والرقابة القضائية ظهرت كضمانة من أجل مباشرة الإتهام وذلك نتيجة فشل الرقابة الإدارية على أعمال النيابة العامة في الوصول إلى الهدف والمقصد الرئيسي في تحريك الدعوى العمومية بعد اتخاذ قرار الحفظ².

وإذا كان مبدأ الفصل بين سلطة الإتهام وسلطة الحكم يجعل النيابة العامة وحدها قاضي سلطة تقدير ملاءمة الإتهام، فإن المشرع إفترض عند امتناعها عن تحريك الدعوى العمومية أن المصلحة العامة تقتضي عدم تحريك الدعوى العمومية عند حدوث جريمة معينة مادام أن النيابة العامة هي ممثلة الحق العام والأدرى بما تقتضيه المصلحة.

وقد يترتب عن إساءة أو استبداد أو التحكم بسلطة تقدير ملاءمة المتابعة مساس بنظام العدالة الجنائية، الأمر الذي أدى ببعض التشريعات إلى رسم طريق للطعن القضائي يسلكه المضرور من الجريمة، إذا ما تبين له أن النيابة العامة قد أساءت استعمال سلطتها التقديرية، عند إصدارها قرارات الحفظ في الحالات التي يجيز لها القانون ذلك.

ويرى البعض أن شكل الرقابة القضائية على عمل النيابة العامة يظهر في التشريعات التي أخذت بنظام الملاءمة كأصل عام، كما هو الحال في تشريعين الفرنسي و المصري³ وكذلك المغربي حيث تخول هذه التشريعات للمضرور من الجريمة حق تحريك الدعوى العمومية عن طريق الإدعاء المدني أمام قاضي التحقيق أو الإدعاء المباشر أمام المحكمة، وهو الحق الذي يقصد به تمكين الأفراد من مراقبة النيابة العامة في تصرفاتها لتفادي الأضرار التي تنجم عن إهمالها أو إمتناعها عن تحريك الدعوى العمومية وتمكين المتضرر من الفعل الجرمي من فرصة جديدة لإثبات مسؤولية الجاني.

المبحث الثاني : الأسس القانونية لمبدأ ملاءمة المتابعة في التشريعات المقارنة والتشريع المغربي.

المطلب الأول : مبدأ ملاءمة المتابعة في التشريعات المقارنة.

تفاوت القوانين المقارنة في حدود تبني مبدأ ملاءمة المتابعة بين من أخذت به كأصل في تحريك الدعوى العمومية، كما هو الشأن بالنسبة للتشريعين الفرنسي و الجزائري وبين من عملت على تبنيه إلى جانب مبدأ شرعية المتابعة كما الحال بالنسبة للتشريعين الألماني والمصري، مما يقتضي استعراض الأسس القانوني لهذا المبدأ في التشريعات السالفة ذكر.

¹ - علي شملال، المرجع السابق، ص 49.

² - كمال الشلاوي، المرجع السابق، ص 45.

³ - علي شملال، المرجع السابق، ص 62.

الفقرة الأولى : الأسس القانوني لمبدأ ملاءمة المتابعة في التشريع الفرنسي والجزائري.

أ- التشريع الفرنسي :

جاء قانون المسطرة الجنائية الفرنسي الصادر لسنة 1958 صريحا في الأخذ بمبدأ ملاءمة المتابعة وذلك بموجب المادة 40 منه، عكس قانون التحقيق الجنائي الصادر في عام 1808 حيث خلا هذا الأخير من أي نص صريح على سلطة النيابة العامة في تقدير ملاءمة المتابعة¹ مما أثار نقاش حول الصلاحيات المخولة للنيابة العامة تجاه ما يصل إلى علمها من شكايات ووشيات.

وهكذا جاء في الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي على أنه : "تتلقى النيابة العامة الشكاوى والبلاغات وتقرر ما يتبع بشأنها".

ومن قراءة هذا النص، يتضح أن نية واضعي قانون الإجراءات الجنائية، لم تكن محل شك في أنها متجهة وبصورة صريحة لنظام الملائمة، ويؤكد هذا ما ذهب إليه واضعو القانون في تعليقاتهم على المادة 40 ق.ا.ج.ف) من أنها لم تأخذ شكل المادة 38 من قانون التحقيق الجنائي السابق الإشارة إليه، والتي كانت تبدو وكأنها تلزم النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية، وإن كانت عباراتها لا تستبعد تطبيق نظام الملائمة المقرر في العرف القضائي الفرنسي قبل صدور قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1958. ومن هنا يتضح أنه يجوز للنيابة العامة في فرنسا حفظ ملف القضية إداريا نتيجة تقرير الملائمة، كما يجوز لها أيضا تقرير شرعية الإتهام، وهذا ما يجمع عليه الفقه الفرنسي الحديث².

وطبيعي أن سلطته في التقدير هذه تشمل جميع الجرائم التي يتصل بها علمه من أي طريق ودون أن تكون محصورة فيما يصل إلى علمه عن طريق الشكاوى والإبلاغ، كما أن هذه السلطة ليست مقصورة على وكيل الجمهورية وحده يستعملها بحرية مطلقة، إذ من نتائج التبعية الرئاسية أن للوكيل العام أن يصدر إليه توجيهات متعلقة بالمتابعة وعدمها يلتزم بها وكيل الجمهورية بإعتباره نائب عن الوكيل العام في المتابعة (المادتين 37، 38 /2)، ولذلك يتعين على وكيل الجمهورية إخطار الوكيل العام بدون تأخير بأمر الجنايات والجناح المرتكبة التي تمس النظام العام. كذلك يوجب القانون على وكيل الجمهورية إعلام الوكيل العام بكافة الجرائم الواقعة في نطاق اختصاصه بموجب تقرير يقدم منه شهريا (المادة 2/35) لتمكين الأخير من استعمال هذه السلطة التقديرية في ملاءمة تحريك الدعوى عن طريق توجيهات يصدرها باتخاذ اجراءات المتابعة أو عدمها³.

كما أن يستنتج من المادة 40 في فقرتها الثانية أن لقضاة النيابة العامة سلطة تقدير ملاءمة القيام بالإجراءات ليس فقط في الشكاوى أو البلاغات وإنما المحاضر المحررة من طرف ضباط الشرطة القضائية ولهم أن يصدروا أمرا بحفظ الملف، وقد يحله إلى التحقيق أمام قاضي التحقيق وهذا الأخير قد ينتهي إلى إحالة الدعوى إلى قضاء الحكم⁴.

¹ - محمد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 310.

² - علي شملال، المرجع السابق، ص 43.

³ - محمد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 311.

⁴ - عبد الفتاح بيومي حجازي، سلطة النيابة العامة في حفظ الأوراق والأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية علما وعملا، مطبعة دار

أبوسمر القانونية، الطبعة الأولى 1993، الزقزيق، مصر، ص 130

هذا وقد يشكل قرر قاضي النيابة العامة بحفظ الملف، موضوع طعن أما الوكيل العام من طرف الشخص المشتكي أو المبلغ كما تنص على ذلك المادة 40 في فقرتها الثالثة¹.

ب – التشريع الجزائري :

إن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، في القسم الثاني منه المتعلق باختصاصات النيابة العامة، قد نص في الفقرة الخامسة من المادة 36 على أنه: "يقوم وكيل الجمهورية ... بتلقي المحاضر والشكاوى والبلاغات ويقرر ما يتخذ بشأنها..."

فبالرجوع إلى نص المادة المذكورة أعلاه – والمشابهة لنص المادة 1/40 قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي- يتضح أن المشرع الجزائري قد تبني نظام الملائمة كأصل عام في مباشرة الإتهام من طرف النيابة العامة، وذلك ما يستخلص من عبارة " يقرر ما يتخذ بشأنها" وهي العبارة التي توحى بشكل صريح أن المشرع حول النيابة العامة السلطة التقديرية بأن تتصرف في المحاضر والشكاوى والبلاغات الواردة إليها، إما بحفظ القضية إداريا، أو تحريك الدعوى العمومية، وذلك حسب ما يترأى لها تقدير مدى ملائمة الإتهام.

لذلك يكون الأساس القانوني لنظام الملائمة في القانون الجزائري هو نص الفقرة الخامسة من المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية، التي لم تترك أي مجال للشك في حذو المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في الأخذ بنظام الملائمة في مباشرة الإتهام من طرف النيابة العامة. وهكذا يكون المشرع الجزائري قد تفادى كل المناقشات والخلافات الفقهية التي ظهرت في فرنسا حول هذا الموضوع، قبل فضها بصدر المادة 40 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي لسنة 1958².

غير أن المشرع الجزائري، وإن تبني مبدأ الملاءمة كأصل في تحريك المتابعة فإن قد أخذ بنظام شرعية المتابعة كاستثناء في بعض مواد الجنايات، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 66 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري الذي يلزم النيابة العامة بتوجيه الإتهام عبر ملتصق إجراء تحقيق وذلك عندما تتلقى محضرا أو شكاية أو وشاية تفيد وقوع جناية، سواء كان الجاني معلوما أو مجهولا وبالتالي فإن النيابة العامة في مواد الجنايات تضل مقيدة بالتزامات مبدأ الشرعية الذي يفرض عليها تحريك الدعوى العمومية بمجرد علمها بالجريمة دون أن تكون لها إي سلطة تقديرية إزاء تحريك المتابعة.

الفقرة الثانية : الأسس القانوني لمبدأ ملاءمة المتابعة في التشريع الألماني والمصري.

أ – في التشريع الألماني :

يأخذ المشرع الألماني بمبدأ شرعية المتابعة إلى جانب مبدأ ملائمة المتابعة، فالقانون الألماني يضع على عاتق النيابة العامة واجب المتابعة في الجرائم التي يتصل علمها بها (المادة 152 من قانون الاجراءات الجنائية الألماني) غير أن التطبيق الجامد لهذا المبدأ من شأنه الإكثار من الدعاوى التي يتعين على القضاء الفصل فيها مما قد يؤثر على حسن سير العدالة

¹ - WWW.memoireonline ، 2016/07/15 ، 15:30

² -علي شمال، المرجع السابق، ص 44.

من جهة كما قد يضر بعض المتهمين من جهة أخرى، لدى فإن القانون الألماني يورد بعض التحفظات أو الاستثناءات على تطبيق هذا المبدأ وهي :

أ- الأخذ بنظام الدعاوى الخاصة : حيث ينص القانون الألماني على طائفة من الجرائم قدر أنها تقع مساسا بحق فردي أكثر من مساسها بالحق العام ومنع النيابة العامة من إتخاذ قرار المتابعة وتحريك الدعوى للعقاب من أجلها ما لم تتضمن في نفس الوقت اعتداء على حق عام، وقصر هذا الحق على المجني عليه فيها أو المضرور منها عن طريق الدعوى المسماة « PRIVATKLAGE » (المادة 384 من قانون الإجراءات الجنائية) وهي دعوى مطالبية بتوقيع العقوبة الجنائية ترفع أمام القضاء الجنائي.

ويلاحظ بالنسبة لهذه الجرائم أن حق المجني عليه فيها غير مقتصر على مجرد الحق في تحريك الدعوى للعقاب عليها بل أنه يمتد ليشمل حق مباشرتها.

ب- ب - إخراج جرائم الأحداث من نطاق مبدأ شرعية المتابعة، فلا تلتزم النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية في جرائم الأحداث بل يكون لها إتخاذ القرار الذي توازن به بين مصلحة الحدث ومصلحة المجتمع ولو كان بحفظ الأوراق.

ج- ج - تخول النيابة العامة سلطة اصدار قرار بحفظ الأورق في الجرائم التي يرتكبها المواطن الألماني بالخارج ولو كانت من جرائم الخيانة إذا أظهر الجاني ندمه.

د- د - تخول النيابة العامة سلطة عدم رفع الدعوى إلى القضاء واصدار أمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى لسبب شبيه "بعد الأهمية" في الجرائم البسيطة والتي من قبيل المخالفات والجرح ذات النتائج البسيطة أو المعاقب عليها بعقوبات بسيطة، تخفيفا على المحاكم من أن تشغل بالجرائم التافهة أو البسيطة¹.

ويلاحظ أن الأساس التشريعي لنظام الملائمة في القانون الألماني، لا يعتمد على أساس قانوني فقط، ولكن يمارس أيضا في إطار قانوني محدد، بحيث أن كل قرار ملائمة لا يعتمد على أساس قانوني صريح، أو يجاوز الإطار الذي يسمح فيها القانون بممارسة السلطة التقديرية وفقتا للمادتين 153 و 154 من قانون الإجراءات الجنائية، فإنه يعد مخالفا للقانون ويعتبر غير مشروع².

ب - في التشريع المصري :

خول المشرع المصري المدني مكنة تحريك الدعوى الجنائية متى قامت النيابة العامة بحفظ الأوراق وذلك بتكليف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة الجنائية المختصة وبذلك يشارك النيابة العامة سلطتها في تحريك الدعوى ويملك المطالب بالحق المدني حق التظلم من أمر الحفظ إلى الجهات الرئاسية لعضو النيابة العامة الذي أمر بالحفظ، وتملك هذه الجهات بدورها أن تأمر وكيل النيابة بتحريك الدعوى العمومية، وبذلك تستبعد شبهة احتكار النيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية وذلك من خلال الضوابط القانونية (المادتين 64 و 232 من قانون الإجراءات الجزائية

¹ - محمد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 303-304

² - علي شملال ، المرجع السابق، ص 47.

المصري)، والقضائية "التظلم من أمر الحفظ" وكلاهما من السبل الكفيلة بعدم إطلاق سلطة النيابة العامة في عدم تحريك المتابعة.

هذا وتنص المادة 61 من قانون الاجراءات الجنائية المصري على أنه " إذا رأت النيابة العامة أنه لا محل للسير في الدعوى تأمر بحفظ الأوراق"، والمقصود بالسير في الدعوى ليس متابعتها بعد أن تم تحريكها، وإنما متابعتها وتحريكها، والدليل على ذلك أن المشرع عبر عن قرار النيابة العامة في هذه الحالة بأنه " حفظ الأوراق " وليس حفظ الدعوى لأن الحفظ بعد تحريك الدعوى بأي إجراء من إجراءات التحقيق هو أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى حسب المادتين 154 و 209 من قانون والإجراءات الجنائية، وهذا الأمر الأخير يفيد عدم رفع الدعوى بعد أن حركت بأعمال التحقيق.

المطلب الثاني : مبدأ ملاءمة المتابعة في التشريع المغربي.

الفقرة الأولى : الأسس القانونية لمبدأ ملاءمة المتابعة في التشريع المغربي.

اعتنق المشرع المغربي مبدأ السلطة التقديرية في تحريك المتابعة، أو ما يعرف بسلطة ملاءمة المتابعة، وقد تجلى ذلك بوضوح من خلال ما ورد في عدة مقتضيات من قانون المسطرة الجنائية منها ما نصت عليه الفقرتين 1 و2 من المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية (المقابلة للفصل 38 من القانون الملغى) والتي تنص على ما يلي : " يتلقى وكيل الملك المحاضر والشكايات والوشايات ويتخذ بشأنها ما يراه ملائماً...

يحيل ما يتلقاه من محاضر وشكايات ووشايات وما يتخذه من اجراءات بشأنها، إلى هيئات التحقيق أو إلى هيئات الحكم المختصة أو يأمر بحفظها بمقرر يمكن دائما التراجع عنه ..."

كما تنص المادة 49 من نفس القانون على ما يلي : " يحيل الوكيل العام للملك ما يتلقاه من محاضر وشكايات ووشايات وما يتخذه من إجراء إلى هيئات التحقيق أو هيئات الحكم المختصة أو يأمر بحفظها بمقرر يمكن دائما التراجع عنه"

انطلاقاً من المواد المشار إليها أعلاه يتضح أن المشرع المغربي سار على درب ما أقره المشرع الفرنسي بموجب المادة 40 من قانون المسطرة الفرنسي، حيث اتخذ من نظام الملاءمة المبدأ والأصل العام في كل الأعمال التي تقوم بها النيابة العامة، ذلك أن وكيل الملك ونوابه، والوكيل العام ونوابه يتمتعون بسلطة تقديرية في اتخاذ ما يرونه ملاءماً في القضايا المحالة عليهم، وذلك عن طريق توجيه الإتهام للمشتبه فيه، أو يتخذون قراراً بحفظ الملف إذا تبين لهم أن لا حاجة لتحريك الدعوى العمومية بعدما يتم دراسة القضية واستحضار جملة من الإعتبارات القانونية والاجتماعية¹.

وجدير بالذكر أن سلطة الملاءمة تكون قبل تحريك المتابعة، أما بعدها فلا يكون لها كبير الأهمية. وبالتالي لا يصح للنياية العامة أن تتراجع عن ممارسة الدعوى العمومية، وإنما هي ملك المجتمع عامة. مع مراعاة مقتضيات المادة 372 من قانون المسطرة الجنائية.²

¹ - كما هو الشأن لقرار الحفظ الذي تتخذه النيابة العامة في حالة وجود تنازل من المشتكي ، خاصة في قضايا العنف ضد الزوجة و العنف ضد الأبناء حيث غالباً ما يعلل قرار الحفظ بالحفظ لوجود تنازل من الضحية وحفاظاً على الروابط العائلية.

² - حميد ميمون، المتابعات الزجرية وإشكالاتها العملية، مطبعة بني أزناسن ، الطبعة الأولى، ص 206.

والملاحظة الجديرة بالإثارة في هذا الشأن أن قرار ممثل النيابة العامة في تحريك المتابعة أو حفظها إن وجد أساسه القانوني في مبدأ ملاءمة المتابعة، فإن قانون المسطرة الجنائية تبناه بشكل واضح في الآليات الجديدة المقترحة لمكافحة الجريمة وحماية الضحايا، ومن ضمنها آلية الصلح بين الخصوم الذي أقرته المادة 41 من م ج التي جاء فيها: " يمكن للمتضرر أو المشتكى به قبل إقامة الدعوى العمومية وكلما تعلق الأمر بجريمة يعاقب عليها بسنتين حبسا أو اقل أو بغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى 5000 درهم أن يطلب من وكيل الملك تضمين الصلح الحاصل بينهما. وإذا كان قرار الحفظ وهو لألية العملية التي تترجم تفعيل النيابة العامة لمبدأ الملائمة قبل تحريك المتابعة، فإن المشرع قد أضفى على مبدأ سلطة الملاءمة مزيدا للإلتزام لما حدد للنيابة العامة في الفقرة الأخيرة من المادة 40 أجلا للإشعار بقرار الحفظ حيث جاء في الفقرة السالفة الذكر: "... يتعين على وكيل الملك إذا قرر حفظ الشكاية، أن يخبر المشتكى أو دفاعه بذلك خلال خمسة عشر يوما تبتدئ من تاريخ اتخاذه قرار الحفظ".

وإذا كان المشرع المغربي قد أخذ بمبدأ تقدير مبررات المتابعة الجزرية، فإن وضع بالمقابل بعض الأساليب للحد من التعسف والغلو في إعماله ولو على حساب حقوق الغير، وهو ما سنتعرض له في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: القيود الواردة على مبدأ ملاءمة المتابعة في التشريع المغربي.

لا يمكن لسلطة الملاءمة بأي حال من الأحوال أن تكون مطلقة لا تصطدم بحدود أو ظروف قانونية معينة، وإنما وضع المشرع في حسابانه جملة من الأمور التي من شأنها أن تضمن الحد الأدنى من التعايش والتوفيق بين مبررات حفظ القضية، والحق في المتابعة بها طبقا لما قرره المادة 2 من قانون المسطرة الجنائية¹ (المقابل للفصل الأول من القانون الملغى).

وفي هذا الصدد يعتبر الإدعاء المباشر (الشكاية المباشرة) آلية وضعها المشرع رهن إشارة المتضرر من الجريمة لتجاوز أي تقاعس من النيابة العامة عن تحريك المتابعة والتي يقدمها إما أمام المحكمة أو أمام قاضي التحقيق فقد جاء في المادة 92 من قانون المسطرة الجنائية أنه: " يمكن لكل شخص ادعى أنه تضرر من جناية أو جنحة أن ينصب نفسه طرفا مدنيا عند تقديم شكايته أمام قاضي التحقيق المختص، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" فعندما يضع قاضي التحقيق يده على القضية بمقتضى الشكاية مباشرة مرفقة بالمطالبة بالحق المدني. فإن الأمر لا يقف عند حد تقديم الشكاية وأداء المبلغ المضمنون أنه لازم لصوائر إجراءات الدعوى ليباشر قاضي التحقيق إجراءات البحث، بل لا بد من تبليغ هذه الشكاية إلى النيابة العامة بمقتضى قرار بالاطلاع لإبداء ملتمساتها، بعد أن تقدر ما إذا كانت الأفعال موضوع الشكاية يسوغ قانونا المتابعة من أجلها ويكون من شأنها أن تتسم بصفة جنائية على فرض ثبوتها أم لا، فتكون ملزمة في الحالة الأولى بإصدار التماس بإجراء تحقيق ويمكنها في الحالة الثانية وفي حال ما إذا كانت الوقائع المعروضة لا تستوجب قانونا إجراء المتابعة لوجود أسباب تمس الدعوى العمومية كالتقادم أو موت المشتكى به وكذا في الحالة التي تكون فيها الجريمة موضوع الشكاية المباشرة من النوع الغير القابل للتحقيق أن تلتزم عدم إجرائه.

¹ - تنص المادة 2 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: " يترتب عن كل جريمة الحق في إقامة دعوى عمومية لتطبيق العقوبات والحق في إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسببت فيه الجريمة "

أما إذا اتضح للنيابة العامة أن الشكاية المقدمة غير معللة تعليلا كافيا أو لم تبررها بوجه كاف الحجج المدلى ، أمكنها أن تلتزم من قاضي التحقيق فتح تحقيق مؤقت ضد كل الأشخاص الذين سيكشف عنهم التحقيق. وهذه الملتزمات يضع قاضي التحقيق يده على القضية ويباشر إجراءات بحثه¹.

وتجدر الإشارة أن المجني عليه الذي حرك عن طريق الشماية المباشرة الدعوى العمومية ورفعها أمام المحكمة المختصة يصبح خصما للمتهم خلال نظر الدعوى، لكن خصومته تقتصر فقط على الدعوى المدنية، فيكون له بمقتضى هذه الخصومة أن يحضر جلسات المحكمة وكافة إجراءاتها، وأن يقدم الطلبات المتعلقة بالدعوى المدنية، وأن يطعن في الأحكام الصادرة في هذه الطلبات².

الخاتمة :

إن السلطة التقديرية التي تتمتع بها النيابة العامة في إطار مبدأ الملاءمة وإن كانت تسمح لها بمواكبة توجهات السياسية الجنائية في مختلف المجالات وذلك بالنظر لمرونة نظام الملائمة، فإن ذلك لا ينبغي أن يكون مطية لخرق مبدأ أساسي تقوم عليه العدالة الجنائية ويعد من مرتكزات المحاكمة العادلة وهو مبدأ المساواة أمام القانون، لذلك ينبغي أن يرتبط تفعيل مبدأ الملاءمة بالمصلحة العامة وأن يكفل تطبيقه بما يتفق وإرادة المشرع مما يحتم تفعيل الضمانات التي تحد من التعسف في تطبيق مبدأ الملاءمة.

¹ - محمد بنعليلو، وقع عمل النيابة العامة في المغرب بين الممارسة القضائية وضمان الحقوق والحريات، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، ص 217.

² - محمد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 212.

الإطار القانوني لمكافحة الجريمة الإلكترونية دراسة مقارنة

عبد المنعم اقبال

طالب باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس الرباط

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

مقدمة:

تميز القرن الواحد والعشرين بانتشار المعلوماتية والتي ازدهرت بشكل سريع مما أصبح معه سميت هذا القرن، وتعددت نواحي استعمال المعلوماتية حيث أضحت تمس مختلف الميادين التجارية والإدارية والثقافية لما لها من إيجابيات في التنظيم واقتصاد الوقت والتكلفة، إلا أن لها مساوئ بدأت تتجلى مع تفشي الجريمة الإلكترونية. لقد تأخر المشرعون في إصدار قوانين منظمة للمجال المعلوماتي، خاصة منها المتعلقة بمكافحة الجريمة الإلكترونية، ورغم أن بعض الدول كانت سباقة لسن قوانين للوقاية من مخاطر الجريمة الإلكترونية، إلى أن معظم الدول لم تستشعر خطورة هذه الجريمة لتعمل على تحصين قوانينها، ولذلك تعتبر أغلب التشريعات المقارنة المتعلقة بمكافحة الإجرام الإلكتروني حديثة نسبياً، حيث تعمل جل الدول على ملائمة قوانينها بما يتناسب مع هذا النوع من الإجرام وسدا للقصور الذي كان يعانيه القضاء في مكافحة الجريمة الإلكترونية بالنصوص القانونية التقليدية والذي كان يخالف مبدأ الشرعية، باعتباره مبدأ يحقق الحماية لحقوق المتهم من تجريمه على أفعال وعقابه بعقوبات لم ينص عليها القانون، كما يطرح جدوى هذا الموضوع في الاقتداء بتطور القوانين لدى التشريعات المقارنة في ملاحظتها للأنماط المستحدثة من الجريمة الإلكترونية والذي قد يتأخر المشرع الجنائي الوطني في مواكبته لأسباب تقنية. إن تاريخ التشريعات المتعلقة بمكافحة الجريمة الإلكترونية حديثة نسبياً، فهي لم تتعدى السبعينات من القرن الماضي لدى الدول السبابة لسن تشريعات خاصة بهذا المجال مثل القانون الفرنسي رقم 78-17 بشأن الحريات والمعلوماتية الصادر في 6 يناير عام 1978 وقانون جرائم الحاسوب الصادر عام 1978 بولاية فلوريدا أول قانون في الولايات المتحدة الأمريكية. كما أصدر المشرع الإنجليزي قانون حماية البيانات الصادر في 12 يوليوز 1984. كانت هذه الدول سباقة لإقرار تشريعات تأطر الحماية من إساءة استخدام الحاسوب.

¹ عمر أبو الفتوح عبد العظيم الحمامي، الحماية الجنائية للمعلومات المسجلة الكترونياً دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2010، ص 289

² محمد طارق عبد الرؤوف الخن، جريمة الاحتيال عبر الأنترنت (الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية)، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2011، ص 104

³ عمر أبو الفتوح عبد العظيم الحمامي، مرجع سابق، ص 319-320.

كما أن التأطير القانوني للجريمة الإلكترونية يجد أهميته في الدور الذي أصبحت المعلوماتية تلعبه في الحياة اليومية ومدى الخطورة التي يمكن أن تنتج عن إساءة استخدامها وأبرز الجهود التي تلعبها كل الدول لتجويد وتوحيد تشريعات مكافحة الجريمة الإلكترونية نظرا لطابعها العابر للحدود الوطنية.

ولمعالجة هذا الموضوع يجب الإجابة على الإشكال التالي: إلى أي مدى يضاهي الإطار القانوني لمكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريع المغربي نظرائه من التشريعات المقارنة؟

ولبحث فعالية القوانين الوطنية على ضوء القوانين المقارنة سنتطرق لبيان الإطار القانوني لمكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريعات المقارنة (الفقرة الأولى) ثم لبيان الإطار القانوني لمكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريع الوطني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإطار القانوني لمكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريعات المقارنة

تستمد مكافحة الإجرام الإلكتروني شرعيتها من القوانين الجنائية التي تتخذها الدول لحماية مصالحها المهددة، مما فرض ضرورة تبادل الخبرات بين المشرعين الجنائيين في باب إقرار قوانين أكثر نجاعة في التصدي لمختلف أشكال الإجرام الإلكتروني وذلك بالاستفادة من التشريعات المقارنة وخاصة للدول السبّاقة لاستحداث قوانين خاصة بالجريمة الإلكترونية.

لقد اختلف نهج التشريعات القانونية المتعلقة بمكافحة الجرائم الإلكترونية بحسب توجهات الأنظمة القانونية الكبرى، ولإبراز تجربة أهم القوانين المقارنة سنتطرق قوانين الولايات المتحدة الأمريكية لمكافحة الجريمة الإلكترونية (أولا) ثم القوانين الفرنسية لمكافحة الجريمة الإلكترونية (ثانيا).

أولا: قوانين الولايات المتحدة الأمريكية لمكافحة الجريمة الإلكترونية

يعد قانون "فلوريدا" لجرائم الحاسوب الصادر في عام 1978 أول قانون في الولايات المتحدة الأمريكية يخاطب الاحتيال والتطفل على الحاسوب، حيث يعتبر هذا القانون أن كل دخول غير مخول إلى الحاسوب هو بمثابة جريمة، حتى ولو لم يكن هناك نية عدائية من هذا الدخول.

أما على الصعيد الفيدرالي، فقد صدر في عام 1984 قانون الاحتيال وسوء استخدام الكمبيوتر Computer « fraud and abuse act»، وتم تعديله في الأعوام 1986 و 1988 و 1989 و 1990 و 1994، ثم تم تعديله أخيرا عام 2001 بمقتضى القانون الوطني المؤرخ في 2001/11/26 «The patrioty act»، حيث تم إدراجه في القسم 1030 من الباب 18 من القانون الفدرالي للولايات المتحدة الأمريكية.¹

¹ - محمد طارق عبد الرؤوف الخن، المرجع السابق، ص 104.

وقد نص القسم 1030 الخاص بالاحتيال وعلاقته بالنشاط في الاتصال مع الحاسبات على عقاب مجموعة من الأفعال منها:

كل من تعمد الولوج إلى الكمبيوتر بدون تصريح أو تجاوز الحدود المصرح له بها بقصد الحصول على معلومات تتعلق بالأمن القومي للولايات المتحدة الأمريكية أو علاقتها بالدول الأخرى، أو أي بيانات خاصة على النحو الوارد في الفقرة الأولى من القسم الخاص بتشريع وكالة الطاقة الذرية لسنة 1954، وكان الهدف من ذلك الإضرار بالولايات المتحدة الأمريكية أو تحقيق ميزة لدولة أجنبية.

كل من تعمد الولوج إلى الكمبيوتر بدون تصريح أو تجاوز التصريح الممنوح له للحصول على معلومات واردة بالسجل المالي لأي مؤسسة مالية، أو لإصدار بطاقة على النحو الوارد بالقسم رقم 1202 في الجزء "15" أو حصل على ملف لأحد العملاء أو تقرير يخص عميل على النحو الوارد في تشريع الائتمان رقم "15" يو أس سيتي 1981، أو للحصول على معلومات متعلقة بأي وكالة في الولايات المتحدة، أو الحصول على معلومات من أي كمبيوتر خاضع للحماية عن طريق الاتصال الأجنبي.

كل من تعمد الولوج بدون تصريح إلى أي كمبيوتر، أو وكالة داخل الولايات المتحدة.

كل من تعمد بنية الاحتيال الولوج إلى كمبيوتر محمي بدون الحصول على تصريح بذلك، أو تجاوز الحدود المسموح له بها في الحصول على شيء له قيمة غير استعمال الكمبيوتر الذي لا تتجاوز قيمته 5000 دولار في السنة.

كل من تعمد إحداث أضرار متعلقة ببرنامج أو معلومات دون الحصول على تصريح بالولوج إلى كمبيوتر محمي، إذا نشأ عن هذا السلوك أضرار تتعلق بأشياء أو أشخاص خلال فترة سنة.

كل من توافرت لديه نية ابتزاز أي شخص، وذلك عن طريق الحصول منه على مال أو أشياء ذات قيمة مما ينشأ عنه أضرار من خلال كمبيوتر محمي.¹

فقد عاقب هذا القانون كل من يقوم عمدا بالدخول إلى حاسوب مشمول بالحماية، دون أن يكون مصرحا له بذلك، أو أن يكون متجاوزا للتصريح الممنوح له، إذا كان الغرض والأثر المترتب على هذا الدخول هو الحصول على شيء ذي قيمة عن طريق الاحتيال، ويدخل وقت الحاسوب الذي يقدر بخمسة آلاف دولار أمريكي خلال سنة واحدة في عداد الأشياء ذات القيمة، ولقيام هذه الجريمة يتطلب توفر العلم المسبق ونية الغش تم الدخول غير المخول إلى حاسوب محمي، أو تجاوز الدخول المسموح به وذلك بغرض الحصول على شيء ذي قيمة عن طريق الاحتيال.²

¹ - عمر أبو الفتوح عبد العظيم الحمامي، مرجع سابق، ص 328-329-330-331.

² - محمد طارق عبد الرؤوف الخن، مرجع سابق، ص 105.

كما صدرت في الولايات المتحدة الأمريكية عدة قوانين وتشريعات خاصة للتصدي لبعض الجرائم المعلوماتية، ومن أهم هذه التشريعات قانون تقرير الأشخاص الصادر في 1970 ويتعلق بالمعلومات التي تخص القدرة المالية والمركز الانتمائي للأفراد. ويمنح الشخص الذي صدر تقرير في غير صالحه الحق في الاعتراض على هذا التقرير، ما دامت معلوماته غير صحيحة، ومن حقه تصحيح المعلومات، وكذلك صدر قانون الخصوصية في 31 دجنبر 1974، وقانون حرية المعلومات لعام 1976 والذي يورد استثناءات على السياسة العامة لكشف الاستخدام الحكومي، وقانون الحماية من السرقة لسنة 1980، وقانون سياسة الاتصالات السلكية واللاسلكية لسنة 1984 والذي يستهدف حماية خصوصية المشتركين. كما تم التنصيص على حماية برامج الحاسب في تشريعات حق المؤلف ومنها قانون رقم 517-96 الصادر في 12 دجنبر 1981.

ثانيا: القوانين الفرنسية لمكافحة الجريمة الإلكترونية:

منذ ما يزيد عن ربع قرن تقريبا كانت فرنسا من أوائل الدول الغربية التي سارعت بإصدار تشريعات تهتم بحماية نظم المعلوماتية والتصدي لبعض صور الجرائم التي قد تقع بسبب التقدم في استعمال الحاسب الآلي، وكذلك شبكة المعلومات الدولية (الأنترنت) أو بعض الشبكات المحلية، كما هو الحال في شبكة (مانيتيل) الفرنسية.

إلا أن اللجنة الأولى لتنظيم و حماية نظم المعلوماتية في فرنسا كان في صدور القانون رقم 78-17 الصادر في 6 يناير عام 1978 في شأن الحريات و المعلوماتية 3، و قد عالج فيه المشرع مسألة تخزين البيانات في الحاسب الآلي، و أنواع هذه البيانات و مدة تخزينها، و تلك التي تخزن و تلك التي لا يجوز تخزينها.

وقد أقر هذا القانون المسؤولية الجنائية والمدنية للشخص المتعسف في المعالجة الآلية للبيانات الاسمية، لو سببت معالجته ضررا لشخص آخر. هذا وقد استحدث هذا القانون أربعة جرائم يمكن ذكرها في كالاتي:

¹ - عمر أبو الفتوح عبد العظيم الحمامي، مرجع سابق، ص 325-326.

1- خدمة المينيبتل تتحقق عن طريق جهاز يحمل ذات الاسم، و قد شاع استخدامه في فرنسا على نطاق واسع اعتبارا من منتصف ثمانينيات القرن الماضي و تتم هذه الخدمة عن طريق جهاز يشبه الكمبيوتر المنزلي و لكنه صغير الحجم نسبيا و يتكون من شاشة صغيرة و لوحة و أزرار تشتمل على حروف و أرقام مثل تلك الخاصة بالكمبيوتر، و هو وسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصور، أي أنها وسيلة اتصال بواسطة الكتابة و يكفي لاستعماله أن يوصل بخط التلفون، و قد أخذ مكانة هامة في عالم الاتصالات و المعلومات كما استخدم كوسيلة لإبرام العقود. خالد ممدوح. إبرام العقد ص 43

2- أكد قانون رقم 78-17 بشأن الحريات و المعلوماتية في مادته الأولى على الهدف منه بالقول <<إن المعلوماتية لا بد وأن تكون في خدمة المواطن، ولا ينبغي لها أن تستخدم كوسيلة للاعتداء على الشخصية الإنسانية، ولا على حقوق الإنسان ولا الحياة الخاصة، ولا على الحريات الفردية أو العامة>> الحماية الجنائية للمعلومات المسجلة إحمامي ص 289

³ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والأنترنت، دار الكتب القانونية مصر، سنة النشر 2007، ص 202.

1. الجرائم الخاصة بالمعالجة الإلكترونية للبيانات بدون ترخيص، تنص عليها المادة 41 من هذا القانون بالقول >> كل من يجري أو يقوم بإجراء المعالجة الإلكترونية للبيانات الشخصية، دون ترخيص من اللجنة المختصة بذلك.<<.

2. الجرائم الخاصة بالتسجيل أو الحفظ غير المشروع للبيانات الاسمية، تنص عليها المادة (42) بالقول >>... كل شخص يسجل أو يقوم بتسجيل أو يحفظ أو يقوم بحفظ بيانات شخصية بالمخالفة لأحكام المواد...<<.

3. الجرائم الخاصة بالإفشاء غير المشروع للبيانات الاسمية و تحكمها المادة (43) بالقول >>... كل من حاز بمناسبة تسجيله أو تصنيفه أو نقله لأي شكل لبيان الإلكتروني، بيانات اسمية يشكل إفشاؤها اعتداء على الشرف أو الاعتبار أو حرمة الحياة الخاصة، دون تصريح من صاحب الشأن ، أو ينقل عمدا إلى علم شخص غير مختص بتلقي هذه البيانات...<<.

4. الجرائم الخاصة بالانحراف عن الغرض أو الغاية من المعالجة الإلكترونية للبيانات الاسمية وتنظمها المادة 44 بالقول... كل شخص حائز لبيانات اسمية بقصد تسجيلها أو تصنيفها أو نقلها أو معالجتها تحت أي شكل، وتحريفها عن الغاية أو الغرض المحدد...1

وتطرق قانون 17.78 للجهة المختصة بالرقابة والإشراف على أعمال هذا القانون، حيث أنشأت بمقتضاه " اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات"، وهي تختص بإجراء رقابة سابقة ورقابة لاحقة للتأكد من الحماية الكاملة للحريات في مواجهة نظم المعلومات.

ولذلك فهذه اللجنة تقوم أولا بالسهل على تطبيق أحكام قانون المعلوماتية وإبلاغ ذوي الشأن بحقوقهم وواجباتهم، والتحقق من احترام نظم المعلومات لأحكام القانون، وإصدار الإذن – الترخيص المسبق – للإدارة من اجل إنشاء نظم المعلومات أو تلقي الإخطارات من الأفراد في هذا الخصوص.

وهذه اللجنة مستقلة في عملها، وتعد تقريرها سنويا عن أعمالها، يقدم لرئيس الدولة وللبرلمان، وأعضاء اللجنة لا يخضعون لأي تعليمات أو توجيهات في ممارسة أعمالهم، لذلك يطلق عليها أنها سلطة إدارية مستقلة.

وبذلك يكون مسلك المشرع الفرنسي مغايرا لمسلك المشرع الإنجليزي والأمريكي الذي اكتفى بالرقابة القضائية اللاحقة، إذ أنه رأى ضرورة إنشاء جهاز يتمتع باستقلال واسع ويعبر عن الرأي العام قبل استخدام نظم المعلومات، ولذلك تقوم هذه اللجنة بالتحري والنصح والاقتراح والرقابة، وإعلام الجمهور، ومساعدة أجهزة الدولة المختلفة في القيام بالمهام الموكلة لها.2

¹ عمر أبو الفتوح عبد العظيم الحمامي، مرجع سابق، 289 و290 و291.

² عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص 202 و203 و204.

واثر تطور استخدام المعلوماتية وتزايد المخاطر التي تهدد نظم المعلومات، عمد المشرع الفرنسي إلى سن القانون رقم 19.88 بتاريخ 5 يناير 1988، المتعلق بجرائم الغش المعلوماتي فقد نصت المواد من 2-462 إلى 9-462 من قانون العقوبات على تجريم الدخول بشكل احتيالي أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للبيانات أو في جزء منه، وتشدد العقوبة لهذه الجريمة إذا أدى الدخول غير المشروع إلى محو أو تعديل البيانات، كما جرمت هذه المواد تعطيل أو التدخل في عمل نظام المعالجة الآلية للبيانات، إضافة إلى تجريم إتلاف أو تعديل البيانات في نظام المعالجة الآلية، كما عاقبة المادة 7-323 على الشروع في ارتكاب هذه الجرائم¹.

ونص القانون الفرنسي المنوه له سلفاً على تجريم تزوير المستندات المعالجة ألياً، واستعمال هذه المستندات، وعاقب على هذه الجرائم بعقوبات حبسية وغرامات².

كما قام المشرع الفرنسي بإصدار قانون العقوبات الفرنسي الجديد رقم 1336 لسنة 1992 والذي بدأ العمل به في الأول من مارس سنة 1994، بتضمينه أحكام جديدة لمواجهة ظاهرة الإجرام المعلوماتي، وكان من شأن هذا التعديل إضافة فصل ثالث للباب الثاني من القسم الثالث من قانون العقوبات، وأخذ الفصل المضاف عنوان "الاعتداءات على نظم المعالجة الآلية للمعلومات"، ويتكون من المادة 1-323 إلى المادة 7-323³.

وتنص هذه المواد على مجموعة من الجرائم التي تقع على أنظمة معالجة البيانات وهذه الجرائم هي:

جريمة الدخول بطريق الغش أو التدليس إلى نظام المعلومات أو بقاء الاتصال بطريقة غير مشروعة به، وتشديد العقوبة من ترتب على نشاط الجاني إلغاء أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام أو تعديل النظام (المادة 1-323).

جريمة إعاقة أو التسبب في تحريف تشغيل نظام معالجة البيانات (م2-2323).

جريمة إدخال البيانات بطريقة غير مشروعة في نظام معالجة البيانات أو إلغاء أو تعديل البيانات التي يحتوي عليها النظام بطريقة غير مشروعة (م3-2323).

تجريم المساهمة في جماعة أو اتفاق بين مجموعة من الأشخاص للتحضير بعمل أو أعمال مادية لارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم السابقة (م4-2323).

¹ محمد طارق عبد الرؤوف الخن، مرجع سابق، ص 108.

² حازم حسن الجمل، الحماية القانونية للتجارة من الممارسات غير المشروعة، دار الفكر والقانون المنصورة، طبعة 2012، ص 154.

³ - عمر أبو الفتوح عبد العظيم الحمامي، مرجع سابق، ص 299.

جريمة تزوير الوثائق المعالجة معلوماتيا فقد أضاف المشرع في قانون العقوبات الجديد نص المادتين (462 و625) في شأن الغش المعلوماتي إلى نص المادة (441) التي تجرم تزوير الوثيقة المعلوماتية واستخدامها، وجعل المشرع الفرنسي نص هذه المادة يستوعب التزوير العادي في المحررات إلى جانب تزوير الوثيقة المعلوماتية وذلك بالنص على لفظ "سند أو دعامة وبأية وسيلة" فلم يحدد المشرع طريقة معينة للتزوير، ومن تم فهذه المادة شاملة لما جاء في المواد (462 و625) بخصوص التزوير الواقع على الوثيقة المعالجة معلوماتيا.¹

بالإضافة إلى جرد الجرائم فقد نص هذا القانون على مجموعة من العقوبات التكميلية بالإضافة إلى العقوبات الأصلية، وهذه العقوبات تتنوع بين الحرمان من الحقوق المدنية والسياسية، ونشر القرار الصادر بالإدانة في الجرائد والأماكن المعدة للنشر.

هذا بالإضافة العقاب على الشروع في ارتكاب الجرائم الواردة في هذا القانون بعقوبة الجريمة التامة، وقيام مسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.

الفقرة الثانية: الإطار القانوني لمكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريع المغربي

لقد عمل المشرع الجنائي المغربي على تحديث ترسانته القانونية من خلال التنصيص على حماية نظم المعالجة الآلية للمعطيات وتنظيم المصادقة الإلكترونية لكون أن هذا المجال هو مستقبل الاقتصاد العالمي ولكون المغرب أصبح من الدول الرائدة في مجال التجارة الإلكترونية والاقتصاد الرقمي واعتماد الحكومة على الإدارة الإلكترونية، هذا من جهة ومن جهة أخرى الوقاية من الجريمة الإلكترونية عبر تجريم أفعال الاعتداء على نظم المعالجة الآلية المنصوص عليها في مجموعة القانون الجنائي (أولا) وغيرها من الجرائم تم التنصيص عليها بالتشريعات الجنائية الخاصة (ثانيا).

أولا: النصوص القانونية المتعلقة بالجريمة الإلكترونية الواردة في القانون الجنائي

إن وعي المشرع المغربي بخصوصية الإجرام المعلوماتي وانعكاساته على المجتمع بدأ مع صدور القانون المتعلق بالإرهاب الذي وردت فيه إمكانية ارتكاب أفعال إجرامية إرهابية عن طريق نظم المعالجة الآلية للمعطيات، علما أن القانون الجنائي المغربي لا يحتوي على نصوص تخص الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات حينها،² مما حدا بالمشروع إلى تبني قانون خاص بهذه العينة من الجرائم وتم ذلك عبر إصدار القانون رقم 03-07 المتعلق بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات.

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والأنترنت، مرجع سابق، ص 209 و211.

² - الفصل 1- 218 من مجموعة القانون الجنائي الفقرة السابعة "الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة...".

أ: القانون رقم 07-03 المتعلق بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات

قانون المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات والمتمم لمجموعة القانون الجنائي والذي يعتبر القانون الأساس لمحاربة الجريمة الإلكترونية بالمغرب.¹

ويحتوي قانون المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات على تسعة فصول (من فصل 3-607 إلى 11-607 من مجموعة القانون الجنائي).

حيث جرم المشرع الجنائي المغربي بمقتضى الفصل 3-607 كل من دخل إلى مجموع أو بعض نظام للمعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الاحتيال، حيث يلاحظ أن المشرع المغربي لم يقدّم بوضع تعريف لنظام المعالجة الآلية للمعطيات تماشياً مع التشريع الفرنسي المتعلق بالغش لمعلوماتي سنة 21988، الذي لم يحدد مفهوم نظام المعالجة الآلية للمعطيات، بل اقتصر على بيان أوجه الانتهاكات المتعلقة بهذا النظام وعقوباتها.

والملاحظ أن صيغة النص جاءت عامة فيما يتعلق بالركن المادي للجريمة المتمثل في الدخول إلى نظام المعالجة والذي يتحقق بأي صورة من صور التعدي سواء كان مباشراً أو غير مباشر وبغض النظر عن الوسيلة المستعملة سواء عن طريق كلمة سر حقيقية متى كان الفاعل غير مخول لاستخدامها أو عن طريق استخدام برامج أو شفرة خاصة، وسواء كان ذلك عن طريق شبكة المعلومات واستعمال الحاسوب أو الهوا تف الذكية، وإذا كان فعل الدخول يتحقق بإتيان الفاعل سلوكاً إيجابياً بدخوله العمدي إلى نظام المعالجة، فإن المشرع المغربي وسع مجال التجريم واعتبر السلوك السلبي المتمثل في البقاء بشكل غير قانوني في نظام المعالجة حتى ولو لم تتجه نية الفاعل إلى ولوجه كما لو وجد نفسه داخله عن طريق الخطأ وكان بإمكانه أن يغادره، ومع ذلك بقي في نظام فإن المشرع المغربي اعتبر السلوك السلبي للمعنى بالأمر جريمة لأن إرادته انصرفت إلى البقاء داخل نظام رغم علمه أن تواجده غير قانوني.³

¹ - أضيف هذا الباب بمقتضى المادة الفريدة من القانون رقم 07.03 بتميم مجموعة القانون الجنائي في ما يتعلق بالجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.197 بتاريخ 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003)؛ الجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 27 شوال 1424 (22 ديسمبر 2003)، ص 4284.

² - القانون الفرنسي رقم 1988/19 المتعلق بالغش المعلوماتي، والذي تم تعديله عدة مرات آخرها بموجب القانون رقم 2004 - 575 الصادر في 21 يونيو 2004.

³ - رشيد وظيفي، مرجع سابق، ص 33.

وفي حالة ارتكاب أفعال أخرى عددها الفقرة الثالثة من الفصل 3-607 فإن العقوبة المقررة تضاعف إذا ترتب عن فعل الدخول حذف أو تغيير للمعطيات أو إحداث اضطراب في سيرها. وكذلك مقتضيات الفصل 4-607 الفقرة الأولى منه والتي تشترط استهداف معلومات تخص الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة أو أسرار تهم الاقتصاد الوطني، فالمشرع شدد العقوبة كذلك عند ارتكاب الأفعال السالفة الذكر من طرف موظف أو مستخدم أثناء مزاوله مهامه أو بسببها أو إذا سهل للغير القيام بها، وبالتالي فتشديد العقوبة اقترن بتحقيق نتائج محددة أو ثبوت صفة معينة في الجاني أو استهداف معلومات استراتيجية.¹

عرقلة النظام وهي صورة من صور جرائم المس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات والتي تم تنظيمها في إطار الفصل 5-607 من القانون الجنائي، وتعني منع النظام من أداء وظيفته على أكمل وجه في الوقت المحدد، فالعرقلة هنا مرتبطة بالوقت الذي يستغله النظام للقيام بمعالجة المعطيات، وكل ما يؤدي إلى تباطؤ عمل النظام يسمى عرقلة.²

و جريمة إدخال معطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات الواردة في الفصل 6-607 من ق ج والتي تأخذ صورة إدخال معطيات أو إتلافها أو حذفها من غير المعطيات المدرجة فيه أو تغيير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها عن طريق الاحتيال.

إلا أن النتيجة تختلف حيث لا تعطل أو تعرقل سير النظام إنما تحرفه عن وظيفة، حيث يعمل الجاني على تغيير طريقة معالجة النظام الآلي للمعطيات ليحقق غالبا مكاسب مالية فهذا التعديل الذي لا يؤثر على سير النظام وقد لا يتم اكتشافه مباشرة ينطوي على احتيال على المتعاملين والمستعملين لهذا النظام الآلي لمعالجة المعطيات الشخصية التي قد يقوم النظام بإعادة إرسالها للجاني نتيجة قيامه بتغيير طريقة إرسال المعطيات.

ويبرز الاحتيال في هذه الصور من الجريمة في إدخال معطيات مصطنعة تهم مستخدمين وهميين أو عملاء يستحقون أجورا أو مرتبات محددة، أو اختلاق فواتير وهمية مستحقة الأداء لفائدة أشخاص وهميين، أو إدخال بيانات تتعلق بتحويلات لنقود وهمية لفائدة البنك. ومن الأمثلة عن هذه الجريمة ما قام به المتهم في قضية شركة تحويل الأموال مونيغرام بالقيبطرة، عندما عمد إلى إدخال بيانات إلى النظام المعلوماتي لهذه الشركة، مكنته من تحويل مبالغ مالية مهمة إلى أشخاص في مناطق مختلفة من المغرب.³

¹ - رشيد وظيفي، مرجع سابق، ص 35 و 43.

² - عبد العزيز علا، مرجع سابق، ص: 38 و 39.

³ - نفس المرجع السابق، ص: 46.

وقد أورد المشرع المغربي الأفعال المتمثلة في الإدخال والمحو والتعديل على سبيل الحصر، فلا يقع تحت طائلة التجريم أي فعل آخر غيرها حتى لو تضمن اعتداء على المعطيات الموجودة داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات، إذ لا يخضع لتلك الجريمة فعل نسخ المعطيات أو نقلها أو قرصتها، لأن كل تلك الأفعال لا تنطوي لا على إدخال ولا على تعديل ولا على إتلاف تلك الموجودة به أو حذفها أو تغييرها في الفعل الجرمي الواحد، بل يكفي أن يصدر عن الجاني إحداها فقط لتقوم الجريمة. كما لم يشترط أن يتم الاعتداء بطريقة مباشرة، إذ يمكن أن يتحقق ذلك بطريقة غير مباشرة بواسطة برامج خبيثة مبرمجة لاستهداف مواقع محددة مسبقا والعمل على إدخال أو تعديل أو حذف المعطيات المدرجة بها.¹

وتعتبر جريمة تزوير أو تزيف الوثائق المعلوماتية، صورة من صور الجرائم المعلوماتية التي لا تتطلب وجود نظام للمعالجة الآلية للمعطيات كشرط مسبق لقيامها، بخلاف باقي الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب. وجاء تنصيب المشرع على التزوير المعلوماتي في الفصل 7-607 من مجموعة القانون الجنائي. ويوجي هذا التنصيب على أن الغاية من وراء ذلك هي حماية مستخرجات هذا النظام أو منتجاته، أو المعطيات الموجودة خارج النظام بعد معالجتها، تمييزا لها عن تلك الحماية التي يقرها للمعطيات الموجودة داخله، والتي يمكن أن تكون محلا للتغيير أو الإتلاف أو الحذف أو إدخال معطيات أخرى عليها.²

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 7-607 نجده قد تفادى إعطاء تعريف للزور المعلوماتي وهو ما قد نفسهه بالإحالة الضمنية على الفصول المنظمة للزور في إطار القانون الجنائي الفصل 351 وما يليه. وهو أمر لا يستساغ لصعوبة احتواء تعريف الزور التقليدي لخصوصيات المادة المعلوماتية أو الإلكترونية فكما لا يخفى على الجميع أن التزوير في الصورة الأولى ارتبط بمفهوم المحرر كوعاء أو نطاق للتزوير غير أن المشرع المغربي استعمل في الصورة الثانية عبارة " وثائق المعلوماتية أيا كان شكلها " وهناك فرق بين المفهومين، ذلك أن المحرر مرتبط بتصوير عام بإفراغ فكرة أو واقعة أو رسم في شكل كتابي، في حين أن العبارة الواردة في الفصل 7-607 تعكس إرادة المشرع في توسيع نطاق التزوير و اعتبار كل أشكال وثائق المعلوماتية المعالجة عن طريق الكمبيوتر تدخل في نطاق التجريم.³

وقد أورد المشرع الجنائي جريمة صنع تجهيزات أو الأدوات أو إعداد برامج للمعلوماتية أو أية معطيات أعدت خصيصا لأجل ارتكاب الجرائم المعاقب عليها في هذا الباب، وتملكها أو حيازتها أو التخلي عنها للغير، كما هو منصوص عليها في الفصل 10-607 من مجموعة القانون الجنائي، و الملاحظ أن هذه الجريمة تمثل وسيلة لارتكابه معظم الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب و التي يدخل فيها صناعة و إعداد الفيروسات و تملكها باعتبارها برامج معلوماتية، و كذا صناعة تجهيزات و أدوات تستخدم في تزوير و تزيف بطاقات الائتمان، باعتبارها وثائق معلوماتية.⁴

¹ - عبد العزيز علا، مرجع سابق، ص 54 و 55.

² - نفس المرجع السابق ص: 56.

³ - رشيد وظيفي، مرجع سابق، ص 40.

⁴ - نفس المرجع السابق، ص: 78.

كما جرم المشرع الجنائي في الفصل 9-607 كل اتفاق أو اشتراك في عصابة لأجل الإعداد لارتكابه لواحدة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب وقد بين المقصود بالإعداد بأنه فعل أو أكثر من الأفعال المادية، بحيث يجب أن يظهر الإعداد في مرحلة البدء في التنفيذ المادي للجريمة وليس الأعمال التحضيرية، فمجرد الاتفاق أو الاشتراك في عصابة دون الشروع في تنفيذ لا تقوم معه الجريمة، والعكس صحيح فمجرد المحاولة للاتفاق أو اشتراك في عصابة لارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب بالبدء في التنفيذ تكون معاقبا عليها بالعقوبة المطبقة على الجريمة التامة.

كما أجاز الفصل 11-607 للمحكمة أن تحكم بمجموعة من العقوبات الإضافية والتدابير الوقائية كمصادرة الأدوات المستعملة في ارتكاب الجرائم المشار إليها في هذا الباب أو الأدوات المتحصل عليها من هذه الجرائم. وحرمان الجاني من ممارسة واحد أو أكثر من الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية المنصوص عليها في الفصل 26 م ق ج لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات وينشر الحكم الصادر بالإدانة.

ب: القانون رقم 03-03 المتعلق بمكافحة الإرهاب

تنبه المشرع المغربي بخطورة الإرهاب و تأثيره على الأمن و استقرار المجتمع المغربي، مما سرع في عرض مشروع القانون المتعلق بالإرهاب للمصادق عليه، و قد تم تضمين نصوص هذا القانون في فصول من 1-218 إلى 9-218 من مجموعة القانون الجنائي، و قد أورد المشرع في هذا القانون مجموعة من الأفعال التي تعتبر جرائم إرهابية تهدف إلى المس الخطير بالنظام العام، حيث وردت لأول مرة الإشارة إلى إمكانية ارتكاب أفعال إجرامية إرهابية عن طريق نظم المعالجة الآلية للمعطيات، فقد أشارت الفقرة 7 من الفصل 1-218 إلى الجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات كنمط من أنماط الجرائم الإرهابية، حيث طرح في ذلك الوقت التساؤل حول الأساس القانوني للجرائم المتعلقة بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، بحيث أن القانون الجنائي المغربي لم يكن يحتوي على نصوص خاصة بهذا النوع من الجرائم، لذلك أسرع المشرع بتبني قانون خاص بهذا النمط الجديد من الجرائم، حيث تم ذلك بإقرار قانون رقم 03-07 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، وبالتالي أصبح هذا القانون الذي يراعي خصوصية الإجرام المعلوماتي بمثابة مرجعية قانون للفصل 1-218 من قانون الإرهاب¹.

ثانيا: النصوص القانونية المتعلقة بالجريمة الإلكترونية الواردة في التشريعات الجنائية الخاصة

لقد تم تضمين فصول تجريم الاعتداء على البيانات الشخصية والبرامج والوثائق المعلوماتية في مجموعة من التشريعات الجنائية الخاصة والتي كان لها طابع تنظيمي متعلق بالمجال الإلكتروني ومن أهم هذه التشريعات المتضمنة لنصوص جنائية متعلقة بالإجرام الإلكتروني نذكر:

¹ زينب المبروكي، الإرهاب الإلكتروني التجاري، رسالة لنيل الماستر في قانون الأعمال والمقاولة، جامعة محمد الخامس السويسي، السنة الجامعية 2010/2009، ص 123 و124.

أ: القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية

لقد تطرق المشرع المغربي من خلال القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية إلى موضوعات ذات أهمية قصوى في العالم الرقمي الذي أصبحنا نعيش فيه اليوم ألا وهي حجية المحررات والعقود المنجزة بشكل إلكتروني أو المرسله بطريقة إلكترونية وحماية هذه المعاملات والالتزامات التعاقدية.¹

حيث يحدد هذا القانون النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة الكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة الكترونية وعلى التوقيع الإلكتروني.

كما يحدد الإطار القانوني المطبق على العمليات المنجزة من قبل مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية وكذا القواعد الواجب التقيد بها من لدن مقدمي الخدمة المذكورين ومن لدن الحاصلين على الشهادات الإلكترونية المسلمة.² ورغم أن قانون 53.05 جاء تعديلا وتتميمًا لقانون الالتزامات والعقود المغربي، إلا أنه تضمن نصوص زجرية حيث أورد الباب الثالث من القسم الثاني المعنون بالعقوبات والتدابير الوقائية ومعاينة المخالفات مجموعة من صور الجريمة الإلكترونية باعتبارها تشكل مسا بالثقة والحجية المقترحة لهذه الوثائق ومنها:

- تقديم خدمات المصادقة الإلكترونية المؤمنة دون أن يكون معتمدا أو مواصلة النشاط رغم سحب الاعتماد أو إصدار أو تسليم شهادات الكترونية مؤمنة خلافا لهذا القانون.
- إفساد المعلومات المعهود بها إليه في إطار ممارسة نشاطاته أو وظيفته أو حرض على نشرها أو ساهم في ذلك.
- الإدلاء عمدا بتصاريح كاذبة أو تسليم وثائق مزورة إلى مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية.
- استيراد أو تصدير أو توريد أو استغلال أو استعمال احدى الوسائل أو خدمة من خدمات تشفير دون الإدلاء بالتصريح أو الحصول على الترخيص
- استعمال بوجه غير قانوني العناصر الشخصية لإنشاء التوقيع المتعلق بتوقيع الغير
- مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية الذين لا يتقيد بوجود إخبار السلطة الوطنية.
- استمرار صاحب الشهادة الإلكترونية في استعمال الشهادة بعد انتهاء مدة صلاحيتها أو بعد إلغائها.
- استعمال بصفة غير قانونية كل عبارة تحمل على الاعتقاد أنه معتمد

¹ - رشيد وظيفي، مرجع سابق، ص 45.

² - ظهير شريف رقم 129 - 07 - 1 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الجريدة الرسمية رقم 5584 الصادر يوم الخميس 6 دجنبر 2007، الباب التمهيدي المادة 1.

وقد تضمنت هذه المواد عقوبات مالية وحسبية جنحية (للأشخاص الطبيعية وعقوبات مالية مضاعفة للأشخاص المعنوية) بالإضافة إلى تدابير وقائية منها حق المحكمة في الحكم بمصادرة الوسائل وإغلاق المؤسسة المستعملة في ارتكاب هذه الجرائم ومنع مرتكب هذه الجرائم من ممارسة كل نشاط يتعلق بتقديم خدمات المصادقة الإلكترونية (مادة 336)

كما حدد القانون إجراءات معاينة اللجنة الوطنية لهذه المخالفات وضبطها حيث يكون لهذه اللجنة كل الصلاحيات لاتخاذ التدابير التحفظية الضرورية لوضع حد لكل نشاط يمس بمتطلبات الدفاع الوطني أو أمن الدولة الداخلي والخارجي- كما أجاز هذا القانون لأعوان اللجنة الوطنية البحث عن المخالفات وتحرير محاضر بشأنها والتي تحال على وكيل الملك داخل أجل خمسة أيام التالية لتحريرها. وكذلك ولوج الأماكن ووسائل النقل المعدة لغرض مهني وأن يطلبوا الاطلاع على كل الوثائق المهنية وأن يأخذوا نسخا منها وأن يحصلوا على المعلومات والإثباتات بعد استدعاء المعنيين بالأمر أو بعين المكان وحجز وسائل ارتكاب المخالفات بأمر من وكيل الملك أو قاضي التحقيق.¹

ب: القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي
استجاب المغرب لمتطلبات والالتزامات الدولية وسن قانون 09_08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي². وقد تطرق هذا القانون إلى بنود جد هامة منها حقوق الشخص المعني بمعالجة معطياته الشخصية وهي حقه في الأخبار أثناء تجميع معطياته الشخصية ونوعيتها ورضاه المسبق وحقه في الولوج إليها وتصحيحها أو التعرض على معالجة معطياته الشخصية. كما تضمن هذا القانون بنود تحدد التزامات المسؤول عن المعالجة ومنها الحصول على التصريح المسبق و إذن خاص من اللجنة الوطنية في حالة معالجة معطيات حساسة، و الالتزام بسرية و سلامة المعطيات و بحفظ السر المهني رغم أن القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية قد أشار لمهام اللجنة الوطنية المكلفة بالتصريح و مراقبة مؤسسات التصديق الإلكتروني، إلا أن هذا القانون قد نص على إحداث هذه اللجنة و تشكيلها و تنظيمها و سيرها و الوضعية القانونية لأعضائها و اختصاصاتها و السلط المخولة إليهم و المهام المسندة للجنة الوطنية و أهمها مسك السجل الوطني لحماية المعطيات الشخصية، و تحرير محاضر كما تضمن قانون 09-08 مجموعة من القواعد الجنائية الموضوعية المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي و ذلك ضمانا لحق الأفراد في الحياة الخاصة، حيث عاقب المشرع من خلال قواعد التجريم و العقاب على مجموعة من الأفعال الماسة بهذا الحق، و يلاحظ في هذا السياق أن المشرع في تنصيبه على جرائم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي استعمل مصطلح "مخالفة" عوض مصطلح "جريمة"، و لا يتعلق الأمر هنا بالمخالفة وفق مفهوم مجموعة القانون الجنائي، و ذلك على اعتبار أن مختلف الجرائم المنصوص عليها في قانون 09-08 تعد جنحا ضبطية. و يشار إلى أن المشرع المغربي قد سار على هذا المنهج في مجموعة من النصوص الجزئية الخاصة³.

¹ - المختار بن أحمد عطار، العقد الإلكتروني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2010 ص 108.

² - رشيد وظيفي، مرجع سابق، ص 44.

³ - أبا خليل، الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ضوء القانون المغربي والقانون المقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المقابلة التجارية من جامعة الحسن الأول بسطات، السنة الجامعية 2009/2010، ص 99.

ومن صور جرائم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي المنصوص عليها في هذا القانون نجد:

- معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي دون التوفر على التصريح أو الإذن المسبق أو مواصلة نشاط المعالجة رغم سحب وصل التصريح أو الإذن.
 - رفض المسؤول عن المعالجة لحقوق الشخص المعني في الولوج أو التصحيح أو التعرض.
 - جمع معطيات ذات طبع شخص بطريقة تديسية أو غير مشروعة أو انجز معالجة لأغراض غير المرخص لها.
 - الاحتفاظ بمعطيات شخصية لمدة تزيد عن المدة المنصوص عليها في التصريح أو الإذن.
 - معالجة معطيات شخصية، دون الحصول على الرضا المسبق من الأشخاص المعنيين.
 - معالجة معطيات شخصية تتعلق بالأصول العرقية أو الانتماء السياسي أو الديني أو متعلقة بالإدانات القضائية.
 - معالجة معطيات ذات طابع شخصي دون اتخاذ التدابير لحماية هذه المعطيات.
 - معالجة معطيات ذات طابع شخصي للشخص المعني رغم تعرضه المشروع.
 - نقل معطيات ذات طابع شخص نحو دولة أجنبية من غير الدول المسموح بالنقل إليها.
 - إيصال المعطيات ذات الطابع الشخصي لأغيار غير مؤهلين أو سهل أو نتيجة إهمال أو استعمال تعسفي أو تديسي.
 - عرقلة اللجنة الوطنية أو رفض السماح لهم بالمعينة أو تسليمهم وثائق أو معلومات طلبوها أو ينص عليها القانون أو رفض تطبيق قرارات اللجنة الوطنية وقد حدد هذا القانون عقوبات مالية وحسبية في حق الأشخاص الذاتيين المسؤولين عن معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي وبالنسبة للأشخاص المعنوية فقد حدد المشرع غرامات مالية وعقوبات إضافية كالمصادرة الجزئية أو الكلية وإغلاق المؤسسة التي ارتكبت فيها المخالفة.
- وخول هذا القانون لأعوان اللجنة الوطنية المساواة بضباط الشرطة القضائية في القيام بالبحث ومعاينة المخالفات وإثباتها بواسطة محاضر توجه إلى وكيل الملك داخل أجل خمسة أيام من إتمام البحث.

خاتمة:

بذلت التشريعات المقارنة جهودا متواصلة لمكافحة الجريمة الإلكترونية، حيث قامت بعدت تعديلات قصد الإحاطة بالأنماط المتجددة للجريمة الإلكترونية، واحتراما لمبدأ شرعية التجريم والعقاب.

وكذلك فعل المشرع الجنائي المغربي فقد عمل على ملائمة القوانين الجنائية بنصوص تحصن المجال المعلوماتي تضاهي نظيراتها المسنونة في التشريعات المقارنة. وذلك وفاء بالتزاماته الدولية كونه طرفا في عدة اتفاقيات منها اتفاقية مجلس أوروبا بخصوص مكافحة الجريمة الإلكترونية لعام 2001، إضافة لكونه طرفا في جامعة الدول العربية والتي اعتمدت القانون العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم تقنية أنظمة المعلومات وما في حكمها لسنة 2004. حيث يلتزم أطراف هذه الاتفاقيات بملائمة تشريعاتهم الداخلية وفقا لتوصيات الاتفاقية. مما يخلق توحيدا للتشريعات التي جاءت هذه الاتفاقيات لتنظيمها الأمر الذي ينعكس على نجاعة قوانين مكافحة الجريمة الإلكترونية ويقي من تنازع الاختصاص القضائي ويحرم المجرمين من اتخاذ ملاذات أمنة لذا الدول المتأخرة في إقرار قوانين لمكافحة الإجرام الإلكتروني.

كما أن هذه التشريعات تستلزم التحيين المستمر، لكون الجريمة الإلكترونية متجددة التظاهرات، كما تعمل الجهات المنظمة للاتفاقيات الدولية على تحصين هذه القوانين النموذجية وذلك بسن بروتوكولات إضافية كم هو الحال بالبروتوكول الإضافي لاتفاقية مجلس أوروبا المتعلقة بالجريمة الإلكترونية بشأن تجريم الأفعال ذات الطبيعة العنصرية وكراهية الأجانب التي ترتكب عن طريق أنظمة الكمبيوتر الصادر في 2003/01/28.

وذلك تحقيقا للوحدة بين تشريعات أطراف الاتفاقية فيما يستحدث من أنماط الجريمة الإلكترونية. واقتناعا بضرورة الحاجة إلى اتباع سياسة جنائية مشتركة تهدف إلى حماية المجتمع ضد الجريمة الإلكترونية، أصبح لزاما على كل دولة إقرار المساعدة المتبادلة في إطار دعم التعاون الدولي بشأن التحقيق في الجريمة الإلكترونية باعتبارها جريمة عابرة للحدود الوطنية.

السياسة الجنائية بالمغرب وانواع العقوبات البديلة لمكافحة الجريمة

محمد الماحي

دكتور في القانون الخاص

تخصص قانون الاعمال والاستثمار

جامعة محمد الاول وجدة

التوطئة

تسعى الدولة لحماية كيانها من الجريمة بوسائل عديدة ومتنوعة، ذلك عن طريق تنفيذ القانون والعدالة الجنائية، من خلال سياسة جنائية تهدف إلى ردع التصرفات المضادة للسلم الاجتماعي.

خضع تنفيذ الجزاء الجنائي لتطور تاريخ موازي لتطور نظرة المجتمع للمجرم، فهذا الأخير لم يعد ينظر إليه على انه ذلك الشخص الخطير على المجتمع وبالتالي إبعاده وعزله عن المجتمع، بل أصبح ينظر إليه كعنصر أساسي داخل تركيبة المجتمع يتعين إصلاحه وتقويمه لتسهيل إدماجه داخل المجتمع.

لذلك كان لزاما البحث عن العقوبات المناسبة والبديلة، في ظل قصور العقوبات السالبة للحرية، سيما قصيرة المدة، فقصر المدة الزمنية غالبا لا يكفي لتنفيذ سياسة جنائية رادعة خاصة فيما يتعلق بمسألة الإصلاح والتهذيب، كما أن تنفيذ هذه العقوبة تمخضت عنه العديد من الإشكاليات والإكراهات تجاوزت في نطاقها مرتكب الفعل الإجرامي، لتمتد إلى مختلف أجهزة العدالة الجنائية، بشكل أساسي المؤسسات السجنية التي تحولت إلى فضاء مكتظ يستعصي ضبطه دون المساس بكرامة وإنسانية السجين¹.

في هذا الإطار تبنت التشريعات المقارنة في منظومتها التشريعية، مجموعة من البدائل الحديثة، تجاري وتواكب التطور الذي يعرفه عالم الإجرام، في حين أن التوجه الذي ذهب فيه السياسة الجنائية الوطنية لا يزال متشبها ببعض البدائل التقليدية، بالرغم من الإشكالات التي تطرحها والتي تحول دون تحقيق أهدافها.

من هنا تتمظهر أهمية الموضوع وحساسيته، لأنه من المسلم به أنه لا يمكن وضع سياسة عقابية بدون إنشاء نظام مرجعي للتجريم والعقاب، غير أن هذا النظام وتوظيفه في الميدان العقابي يتعين أن لا يتم في إطار مغلق بين الحكومة والبرلمان وكذا وزارة العدل، بل يتعين أن يتم على ضوء الأنشطة الفكرية والتنظيمية للوحدات العرفية الجنائية التي توظف من طرف رجال السياسة والممارسين من قضاة ومحامين وأساتذة وباحثين حقوقيين دون أن ننسى المجتمع المدني.

من أجل كل هذا، فإن الموضوع يثير العديد من الإشكالات من بينها: ما المقصود بالسياسة العقابية؟ وما هي تجلياتها؟ ثم إلى أي مدى يمكن مساهمة بدائل العقوبة السالبة للحرية، سواء تعلق الأمر بالبدائل الكلاسيكية التقليدية أو البدائل الحديثة، أن تساهم في إصلاح منظومة العدالة الجنائية؟ وبالتالي حماية المصالح الاجتماعية للمجتمع؟

¹ - إيمان منير: "الطرق البديلة لتسوية أزمة العدالة الجنائية"، بحث لنيل ماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة محمد الأول،

إن الإجابة عن كافة هذه الإشكالات أو على الأقل البعض منها، أمر يكتنفه الكثير من الصعوبات نظرا لحساسية الموضوع وكذا كونه مازال موضوعا فتيا على الأقل بالنسبة للمغرب، لكن سنحاول قدر الإمكان في هذه المداخلة المتواضعة التطرق إلى النقط الحساسة والمهمة التي يكتنفها الموضوع، وتبسيط قدر الإمكان ماهية وآليات العقوبات البديلة، وذلك من خلال فرعين اثنين حيث سنخصص الفرع الأول للحديث عن آليات وميكانيزمات وضع السياسة الجنائية بالمغرب، أما الفرع الثاني فسنعرضه للحديث عن أنواع العقوبات البديلة في السياسة العقابية لمكافحة الجريمة.

الفرع الأول: آليات وميكانيزمات وضع السياسة الجنائية بالمغرب

إن الحديث عن الآليات وضع السياسة الجنائية وميكانيزماتها، يستدعي منا تقسيم هذا الفرع إلى مبحثين اثنين، حيث سيخصص (المبحث الأول) للحديث عن السياسة الجنائية بالمغرب بين التجريم والعقاب، أما (المبحث الثاني) من هذا الفرع، فسيتم التطرق فيه إلى وضع ميكانيزمات السياسة الجنائية بالمغرب وخصائصها.

المبحث الأول: السياسة الجنائية بالمغرب بين التجريم والعقاب

من المسلم به أنه لا يمكن وضع سياسة عقابية بدون إنشاء نظام مرجعي للتجريم والعقاب، غير أن هذا النظام وتوظيفه في الميدان العقابي يتعين أن لا يتم في إطار مغلق بين الحكومة والبرلمان وكذا وزارة العدل، بل ينبغي أن يتم على ضوء الأنشطة الفكرية والتنظيمية للوحدات العرفية الجنائية التي توظف من طرف رجال السياسة والممارسين من قضاة، محامين، أساتذة وباحثين حقوقيين ثم المجتمع المدني.

المطلب الأول: سياسة التجريم في منظومة العدالة الجنائية

تتوجه سياسة التجريم إلى حماية المصالح الاجتماعية والتي تقضي حماية المجتمع والإنسان من الاعتداء عليه، وتتضمن سياسة التجريم أيضا بيان القيم والمصالح الجديرة بالحماية العقابية، ومنع إلحاق الضرر بها بإهدارها وتدميرها كليا أو جزئيا أو التهديد بانتهاكها لأن الأضرار الجنائية ما هي إلا نشاط مخل بالحياة الاجتماعية، وكل مجتمع يتحفظ بقواعده وأفكاره وقيمه التي تضبط النظام الاجتماعي. فالقواعد الاجتماعية تنظم سلوك الأفراد والجماعات التي تمثلهم، وبعض هذه القواعد تهتم بها سياسة التجريم فتنتقلها إلى قانون العقوبات.

وفي هذا الإطار تباشر الدولة وظيفتها الجزائية لحماية المصالح الاجتماعية التي تسود المجتمع فتختار الجزاء الأكثر صلاحية والأقرب إلى التعبير عن مدى تقدير المجتمع لأهمية هذه المصالح. فإذا قدرت الدولة أن المصلحة تستحق أقصى مراتب الحماية القانونية عبرت عن ذلك بالعقوبة.

وتحدد المصالح الجديرة بالحماية الجنائية وفقا لظروف واحتياجات كل مجتمع وتتأثر بتقاليده ونظامه الاقتصادي والاجتماعي والسياسي ويعتبر التجريم هو أقصى مراتب الحماية التي يخفها التشريع على نوع معين من المصالح التي تهتم المجتمع.

وإذا استقرنا التطور التاريخي للمصالح التي يحميها قانون العقوبات، سوف يتضح مدى تأثيرها بنظام المجتمعات البشرية ومقومات حياتها، فالتغيرات الاجتماعية تعكس بوجه عام التحولات التي تلحق بهيكل القيم

الاجتماعية، وهذه القيم تمثل في جوهرها مجموعة المعتقدات وأنواع السلوك التي يقبلها المواطنون في بلد معين، وتبدو مظاهرها في وسيلة حياتهم والتعبير عن آرائهم. وحتى تتحدد طبيعة كل تغيير اجتماعي فمن الضروري إقامة علاقة بين قواعد السلوك في مجتمع معين و هيكل العلاقات الاجتماعية في هذا المجتمع، فقاعدة السلوك الاجتماعية تمثل وضعاً مقبولاً لدى الجماعة أو المجتمع الذي أنشأها.

أما العلاقات الاجتماعية فهي الطريق التي يسلك بها الأفراد والجماعات في مجتمع معين، وقد تكون أمراً مقبولاً أو غير مقبول، وذلك وفقاً للقيم السائدة في المجتمع.

ويجدر التنبيه إلى العلاقة الوثيقة بين كل من سياسة التجريم والسياسة العقابية، فقاعدة العقابية تشمل على شقين:

التكليف بسلوك اجتماعي معين، وجزاء جنائي يترتب على مخالفة هذا التكليف وهو العقوبة. وواضح مما تقدم مدى الارتباط الوثيق بين التكليف والعقوبة، فكل منهما يكمل الآخر ولا قيام لواحد منهما دون الآخر فضلاً عن ذلك، فإن التجريم كما قلنا يعني إضفاء أقصى مراتب الحماية التشريعية على مصلحة معينة ولما كان أسلوب التعبير عن هذه الحماية هو الجزاء الجنائي فإنه لا بد أن يكون في إدراك وضع سياسة مضمون هذا الجزاء، ومدى خطورته، حتى يصير أحسن تعبير عن نطاق التجريم الذي يراه المشرع.¹

ومن ناحية أخرى، فإن العقوبة مهما كان نوعها وهي التي تعبر عن عنصر الإلزام في القاعدة العقابية والتجريم ليس مجرد تجريم لاعتداء معين، وإنما هو تجريم مقترن بجزاء معين عند وقوع هذا الاعتداء. ولذا فإن العقوبة ونوعها يجب أن يكون ماثلاً أمام المشرع عند التجريم.

المطلب الثاني: سياسة العقاب في منظومة العدالة الجنائية

تبين سياسة العقاب المبادئ التي يتوقف عليها تحديد العقوبات وتطبيقها وتنفيذها، وتحديد العقوبات يأتي مكمل للتجريم الذي لا يقوم وحده بدون العقوبة، ويستأثر به المشرع، ولذا سماه البعض بالتفريد القانوني، أما تطبيق العقوبات وتنفيذها فيتم في مرحلتين متعاقبتين هما التطبيق القضائي والتنفيذ العقابي. وقد ربطت جل التشريعات الجنائية إتيان الجريمة بتطبيق العقوبة، إذ لا جريمة ولا عقوبة بدون نص قانوني تطبيقاً لمبدأ الشرعية.

وتوضح السياسة الجنائية المتبعة في كل بلد الهدف من العقوبات في مراحلها الثلاث التشريعية والقضائية. وتبين الوسائل المتبعة في تحقيق هذا الهدف. ومن خلاله فإن العقوبات تتعدد بصورة مجردة في نصوص تشريعية يضعها الجهاز التشريعي في الدولة، ويتولى الجهاز القضائي تطبيقاً في الواقع الميداني، وذلك وفق المسطرة الجنائية التي تبين الحدود والمساطر والإجراءات التي يجب على القاضي الالتزام بها.²

¹ - إدريس بن محجوب: قواعد تمثيل العقوبات السالبة للحرية والعقوبات المالية، ج1، ط1، مطبعة بابل 1988، ص: 158.

² - عصام عفيفي عبد الباسط: تجزئة العقوبة نحو سياسة جنائية جديدة، دراسة تحليلية تفصيلية مقارنة، ط1، دار النهضة العربية القاهرة 2004، ص: 50-51.

المبحث الثاني: ميكانيزمات وضع السياسة الجنائية بالمغرب وخصائصها

يجب التمييز بين السياسة الجنائية والسياسة العقابية، إذ الأول تكتسي مجالاً واسعاً يكتنف مجموعة من الإجراءات التي تشكل حلولاً للحد من ظاهرة الإجرام وعلى مستويات عديدة، ومنها ما يتعلق بالمسؤولية الجنائية ومبدأ تفريد العقاب.

وهذا ما سيتم التطرق إليه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: آليات وضع السياسة العقابية بالمغرب

تأثر المشرع المغربي أثناء صياغة القانون الجنائي بقانون العقوبات الفرنسي الذي شرع العمل به في فاتح يناير 1811م، والذي أطلق عليه اسم تقنين نابليون، وقد استفاد المشرع من التعديلات التي عرفها هذا القانون، وبعد الحرب العالمية الثانية عرف العالم تحولاً جذرياً من حيث الإيديولوجية الجنائية وكذا معالجة الأوضاع داخل السجون التي أصبحت تركز على مبادئ حقوق الإنسان، في إضفاء الطابع الإنساني على العقوبة وإصلاح السجين متأثراً في ذلك بمدرسة الدفاع الاجتماعي الجديدة التي طورت مفهوم الجزاء والغرض من العقوبة.

ومن ثمة فالقانون الجنائي المغربي هو ثمرة تطور تاريخ طويل، مما يدفع للقول من الناحية النظرية أنه تركيب تشريعي عكس آراء المدارس الفقهية المعاصرة، ونلاحظ من خلال ما نص عليه من مبادئ كتفريد العقاب والتدابير الوقائية وظروف التخفيف والسلطة التقديرية للقاضي ومسؤولية الأشخاص المعنوية وإسناد تطبيق العقوبة للقضاء، وعليه فإن مقتضيات القانون الجنائي المغربي تضمنت ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية بما يضمن كرامة الإنسان وحقه في الحياة.

أما فيما يخص المسطرة الجنائية فتظهر قواعد المسطرة الجنائية على سلطة الدولة في توقيع العقاب، لأنها تلزم من جهة بضمان قرينة البراءة ومن جهة أخرى بإعطاء المتهم فرصة وإمكانية للدفاع عن حقوقه، وعليه فإن قواعد المسطرة الجنائية تعتبر قانوناً للأبرياء والشرفاء من المواطنين وسيلة لحماية من الأخطاء القضائية و من تعسف الدولة في ممارستها لسلطة العقاب ضماناً لتغليب العدل وترسيخ دولة الحق والقانون، حيث أنه ومن المسلم به أن هناك صراعاً بين مواجهة الإجرام بفعالية وكذا حماية قرينة البراءة، وعليه فحماية الأفراد يجب ضمانها سواء في المرحلة التي تسبق المحاكمة أو في المرحلة التي تليها.¹

المطلب الثاني: خصائص السياسة العقابية بالمغرب

حرصت السياسة العقابية على كفاءة فعالية قوانين التجريم والعقاب باعتبارها ركائز مهمة ذات أهداف وغايات، ولأشك أن صدور هذه القوانين من بيئة مغربية يجعلها تحظى باحترام الكل، فالتجربة تؤكد أن عملية استيراد قواعد قانونية جاهزة وخاصة العقابية منها لا يمكن من جني أي فائدة منها لأن القواعد القانونية لا بد من أن تحاكي

¹ - زهير عروس: تدعيم صلاحيات قاضي تنفيذ العقوبات من خلال القانون، مجلة القضاء والتشريع عدد 3 مارس، 2003، جمهورية تونس،

الواقع الذي ستطبق فيه. حرص القانون العقابي على تطبيق الردع بنوعيه العام والخاص، يشكل أهم أسباب نجاح أي وسياسة عقابية.

اتسام السياسة العقابية بخاصيتي التناسب والتماثل بين الجرم المرتكب والعقاب عليه، مراعاة في ذلك السلطة التقديرية المخولة للقاضي في تفريد العقوبة ما بين حديها الأقصى والأدنى.

اتسام السياسة الجنائية بالمرونة الناجمة عن قدرتها في التكيف مع الظروف الواقعية المتغيرة، وكثيرا ما تدخل المشرع لمواكبة المستجدات وإحداث تعديلات على النصوص الجزرية.

الفرع الثاني: العقوبات البديلة وأنواعها في السياسة العقابية لمكافحة الجريمة

خضع تنفيذ الجزاء الجنائي لتطور تاريخي موازي لتطور نظرة المجتمع للمجرم، فهذا الأخير لم يعد ينظر إليه على أنه ذلك الشخص الذي يتميز بخطورة إجرامية تقضي بإبعاده وعزله عن المجتمع، وإنما أصبح ينظر إليه كعنصر أساسي داخل التركيبة المجتمعية يتعين إصلاحه لتسهيل عملية إدماجه.

ولتحقيق ذلك أصبح البحث منصبا عن العقوبات المناسبة، خصوصا أمام قصور العقوبة السالبة للحرية، ولاسيما القصيرة المدة، فقصر المدة لا يكفي غالبا لتنفيذ برامج الإصلاح والتهذيب، وإنما تستحيل معه الجهود المبذولة إلى عبث لا يستفيد منه الجاني وكذا المجتمع. كما أن تنفيذ هذه العقوبة تمخضت عنه العديد من المشاكل تجاوزت في نطاقها مرتكب الفعل الجرمي، لتمتد إلى مختلف أجهزة العدالة الجنائية، بشكل أساسي المؤسسات السجنية التي تحولت إلى فضاء مكتظ يستعصى ضبطه دون المساس بكرامة وإنسانية السجنين.

في إطار هذه المعطيات تبنت التشريعات المقارنة في منظومتها القانونية مجموعة من البدائل الحديثة، تجاري وتواكب التطور الذي يعرفه الإجرام، في حين أن التوجه الذي ذهبت فيه السياسة الجنائية الوطنية لا يزال متشبثا ببعض البدائل التقليدية بالرغم من الإشكاليات التي تطرحها، والتي تحول دون تحقيق أهدافها.

وللإحاطة بهذا الموضوع سنركز على التوجه الذي ذهبت فيه السياسة الجنائية الوطنية بشأن بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، والتي تقتصر على الفترة الفاصلة بين الدعوى العمومية وقبل تطبيق العقوبة السالبة للحرية (المبحث الأول)، ثم نلقي الضوء على البدائل الحديثة التي تبنتها التشريعات المقارنة، والتي يمكن اعتبارها ببدائل حتى بالنسبة للبدائل التقليدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: العقوبات البديلة الكلاسيكية لمكافحة الجريمة

يمكن حصر مجمل العقوبات الكلاسيكية لمكافحة الجريمة في نوعين أساسيين: وهما الغرامة الجنائية، ثم إيقاف تنفيذ العقوبة.

المطلب الأول: الغرامة الجزائية

إن الغرامة الجزائية أضحت في الوقت المعاصر من أهم العقوبات البديلة وأوسعها انتشارا في التطبيق، وذلك نظرا لقيمتها العقابية التي تتجاوز مع متطلبات السياسة الجنائية الحديثة، فهي من جهة، تجنب المحكوم عليه مساوئ العقوبة الحبسية قصيرة المدة، بحيث تحول دون إبعاده عن بيئته ومحيطه الاجتماعي، كما أنها تجنبه مغبة الاختلاط

بمحترفي الإجرام، وتحميه من مخاطر الوصم التي تعوق عملية إدماجه في النسيج الاجتماعي،¹ ومن جهة أخرى، يمكنها أن تشكل إذا ما أحسن تطبيقها عاملا مهما في تقليص الأزمة التي تعرفها أجهزة العدالة الجنائية خصوصا مؤسسات تنفيذ العقوبة، فتطبيقها بالشكل السليم من شأنه أن يعالج المشاكل التي تعاني منها المؤسسات السجنية بسبب الاكتضاض، كما أنها من الممكن أن تشكل موردا مهما يمكن استغلاله لتحسين مواقف العدالة وتعويض المجني عليهم.²

وعلى الرغم من هذه الأهمية إلا أن ما يؤخذ على الغرامة في تشريعنا الوطني أنها لازالت تطبق بطريقة تقليدية، فالمشروع المغربي عندما تطرق إلى قواعد تقدير الغرامة ألزم القاضي بمراعات الحدين الأدنى والأقصى المقررين في القانون المعاقب عن كل جريمة،³ وهذا يجعلها في كثير من الأحيان ما تواجه بعسر المحكوم عليه أو امتناعه عن الأداء، فتتحول عن طريق الإكراه البدني إلى عقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة.

المطلب الثاني: إيقاف تنفيذ العقوبة

إن مؤسسة إيقاف التنفيذ من أهم البدائل التي منحت للقاضي الجنائي بغية مساعدته على تنفيذ الجزاء وفقا لمتطلبات السياسة الجنائية الحديثة، فهو يجنب الجاني المبتدئ مخاطر الاختلاط بمحترفي الإجرام، وفي الوقت ذاته يساعد على تخفيف العبء عن الأجهزة العدالة الجنائية، ولاسيما مؤسسات تنفيذ العقوبة، ولتحقيق هذه النتيجة يتعين على المشرع أن يوسع من سلطات القاضي الجنائي.

إلا أنه وبالرجوع إلى التشريع المغربي نجد بأن سلطة القاضي الجنائي في إيقاف تنفيذ العقوبة ليست على إطلاقها، فهي مقيدة بجملة من الشروط القانونية الصارمة، إذ أن القاضي لا يملك صلاحية إيقاف التنفيذ في مواجهة الجاني الذي تنتفي فيه الخطورة الإجرامية، وإنما يشترط أن يكون مبتدئا أي لم يسبق الحكم عليه من أجل جنائية أو جنحة، على خلاف ما ذهب إليه العديد من التشريعات ومنها التشريع المصري، فهذا الأخير وسع من سلطات القاضي الجنائي بحيث أعطى له كامل الصلاحية لإيقاف التنفيذ في مواجهة أي شخص تبين من ظروفه أنه قابل للتأهيل والإصلاح عن طريق التهديد بتنفيذ العقوبة مستقبلا ولو كان عائدا،⁴ في حين أن التشريع المغربي قيد من صلاحيات

¹ - عطية مهنة دروس في العقوبة، دار النهضة العربية القاهرة، ط 1، 2003 ص: 74.

² - فقد ظهر اتجاه فقهي انتباه أنصار المدرسة الوضعية يدعو فيه إلى ضرورة إنشاء صندوق للغرامات فيه حصيلة كل الغرامات المحكوم بها، ويخصص هذا الصندوق لمنح تعويضات للمجني عليهم في حالة استحالة حصولهم على التعويضات المحكوم بها. وفعلا فإن هذا التوجه أخضع للدراسة في العديد من المؤتمرات أهمها مؤتمر باريس 1895، وكذا مؤتمر بروكسيل سنة 1900، وقد تم الخروج من هذه المؤتمرات بتوصيات تدعو إلى إنشاء صندوق خاص للغرامات تستخدم حصيلته في إغاثة المجني عليهم، أنظر أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح: م س، ص: 291.

³ - فقد جاء في الفصل 141 من ق.ج.م، بأنه "للقاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبة وتفريدها، في نطاق الحدين الأدنى والأقصى المقررين في قانون المعاقب على الجريمة، مراعيًا في ذلك خطورة الجريمة المرتكبة من ناحية وشخصية المجرم من ناحية أخرى"، .

⁴ - محمود نجيب حسني: درونس في العقوبة، م س ص: 107.

القاضي الجنائي، فهذا الأخير مقيد بنوع العقوبة إذ يجب أن تكون حبيسة، وكذا بتعليل قراره القاضي بوقف التنفيذ، وذلك تحت طائلة تعرضه للنقض.¹

يعتبر إيقاف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار من اهم الآليات التي توصلت إليها التشريعات المقارنة، فهو حسب البعض "نظام عقابي يستهدف تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه، وذلك عن طريق وضعه تحت الإشراف والرقابة"². وقد عرف المشرع المغربي بدور هذه المؤسسة لكن تطبيقها ينحصر في إطار ضيق جدا ينحصر في فئة الأحداث، مما يدفعنا إلى التساؤل عن السبب الذي استثنى بمقتضاه المشرع المغربي فئة الرشداء من هذا النظام، مع العلم أن هذه المؤسسة أثبتت فعاليتها في العديد من التشريعات المقارنة "التشريع الفرنسي".

المبحث الثاني: العقوبات البديلة الحديثة لمكافحة الجريمة

يستدعي منا هذا المبحث تقسيمه إلى مطلبين اثنين، حيث سيخصص المطلب الأول للحديث عن مسألة الشغل من أجل الصالح العام، أما المطلب الثاني فسيخصص للحديث عن المراقبة الإلكترونية وذلك كالتالي:

المطلب الأول: الشغل من أجل الصالح العام

احتلت عقوبة الشغل من أجل المنفعة العامة مكانة متميزة في سياسة العقابية لأغلب التشريعات المقارنة، وقد أخذت به أول الأمر إنجلترا سنة 1972، ثم سارت على دربها العديد من التشريعات منها إسكلندا سنة 1978، والبرتغال سنة 1982، يليها فرنسا سنة 1983.³

وعلى المستوى العربي فإن العديد من التشريعات العربية أدخلت التشريعات العربية أدخلت عقوبة الشغل من أجل المنفعة العامة في منظومتها القانونية، ومن بينها المشرع التونسي الذي أدرجها بمقتضى قانون 89 لسنة 1999، والتشريع العقابي لدولة الإمارات العربية المتحدة، وكذا التشريع المصري، والجزائري، وغيرها.

إن عقوبة الشغل من أجل المنفعة العامة، باعتبارها من البدائل الحديثة التي توصلت إليها السياسة العقابية لأغلب التشريعات المقارنة، يمكننا القول أنها ليست بالبساطة والسهولة التي توحى بها لأول وهلة، وإنما هي نظام يتطلب تضافر جهود كل مكونات المجتمع من أجل تجاوز الإشكالات التي يطرحها الجنوح البسيط خصوصا على مستوى العدالة الجنائية. وجدير بالذكر أنم السياسة العقابية المقارنة لم تقف عند هذا الحد وإنما استعانت بالتقدم التكنولوجي، حيث استحدثت بدائل للعقوبة السالبة للحرية تعتمد بشكل أساسي على الآلة، وهو ما يعرف بنظام المراقبة الإلكترونية.

¹ - وهو ما ذهب إليه العمل القضائي المغربي، بحيث جاء في حيثيات قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت رقم 737/1 مؤرخ في 22-05-2002 في الملف الجنعي عدد 961/2002 "حيث يتضح أن المحكمة إن عست قرارها بمنح المتهم ظروف التخفيف، فإنها لم تأتي بأي تعليل خاص بتوقيع عقوبة حبسية موقوفة التنفيذ في مواجهة المتهم، غير مراعية لذلك ما أوجبه المشرع في الفصل 55 من القانون الجنائي المشار إليه أعلاه، مما جاء معه قرارها مخالفا للقانون ومعرضا بالتالي للنقض والإبطال" أنظر قضاء مجلس الأعلى عدد 6 ماي 2005، 334.

² - نبيه صالح: دراسة في علم الإجرام والعقاب: ط 1 دار العلمية للنشر والتوزيع عمان 2003، ص: 290.

³ - لطيفة لمهداتي: الشرعية في تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، م س، ص: 86.

المطلب الثاني: المراقبة الإلكترونية

إن المراقبة الإلكترونية كبديل أقرته السياسة الجنائية المعاصرة لبعض التشريعات المقارنة، جاء بهدف الحد من أزمة التي أصبحت تعرفها أجهزة العدالة الجنائية بسبب الجنوح البسيط، فمشكلة الزيادة في أعداد المساجين على النحو الذي يتجاوز الطاقة الاستيعابية للمؤسسات العقابية، ومن المسائل التي تؤرق القائمين على مرافق العدالة الجنائية، لاسيما وأن هذا التكدس يعوق عملية تطبيق البرامج الإصلاحية والتأهيلية سواء في مواجهة المحكومين بمدة طويلة، أو المحكوم عليهم بمدة قصيرة.¹ والمراقبة الإلكترونية حاولت تقليص هذه المشكلة من خلال اعتماد على سياسة تزواج ما بين مصلحة المحكوم عليه، والتخفيف من الأزمة التي تعرفها أجهزة العدالة الجنائية، فالانتقال بالمحكوم عليه من المؤسسة السجنية إلى محل إقامة كمكان لتنفيذ العقوبة سيساهم في التخفيف من الأزمة التي تعرفها أجهزة العدالة الجنائية، وفي الوقت ذاته سيجنب المحكوم عليه مساوئ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة.

والمراقبة الإلكترونية كتوجه جديد يعتمد على التكنولوجيا الحديثة لم يأتي بمحض الصدفة، وإنما جاءت نتيجة جهود متتالية للفاعلين في السياسة الجنائية، والذين نادوا باجتماعية العقوبة، إذ أن التوجهات الحديثة لم تعد تنظر إلى المجرم على أنه شخص ميئوس منه يتعين عزله وإبعاده عن المجتمع، وإنما أصبحت تنظر إليه كشخص يعاني من صعوبات تعوق عملية إدماجه في المجتمع، لذا فهي لم تنادي فقط بتفريد العقاب، وإنما نادى أيضا بسياسة التفريد التنفيذي، لمساعدة الجاني على الاندماج في المجتمع.

خاتمة

تواجه العدالة الجنائية اليوم تحديات لم تكن مطروحة من قبل، جعلتها تفرض الوسائل التقليدية لمجابهة الإجرام، وتتطلع إلى البحث عن خيارات جديدة تساعدها على تجاوز الأزمة التي أضحت تخيم على الأنظمة القانونية لمختلف الدول.

والمغرب كغيره من البلدان عانى ولا زال يعاني من ويلات هذه الأزمة، إذ أصبحت مظاهرها تزداد يوما بعد يوم، ولمواجهتها يتعين عليه أن يسارع للانخراط في التوجه العالمي للسياسة الجنائية، هذا الأخير الذي لم يعد يرتكن إلى السلاح العقابي كرد فعل وحيد لمجابهة الظاهرة الإجرامية، وإنما أصبح يتطلع نحو المستقبل عندما يعاقب. فالفعل الجرمي يكون قد حدث وانتهى، والنظر إلى الماضي لن يكون من شأنه سوى تنمية روح الانتقام،² لكن عند النظر إلى المستقبل تتحقق منفعة العقوبة ويتم انتقاء السبل الأكثر تجانسا مع برامج الإصلاح.

ولزيادة فعالية العدالة الجنائية، يتعين إصلاح القانون الجنائي، وقانون المسطرة الجنائية وتحيينهما ليكونا أكثر مواكبة للتطورات المتسارعة التي يعرفها الإجرام، فالجريمة ظاهرة اجتماعية مشحونة بالحركية التي تجعلها قابلة

¹ - أحمد عوض بلال: علم العقاب النظرية العامة وتطبيقاتها، ط 1، 1983-1984، ص: 184.

² - مطواح بم محمد آل مضواح: المنفعة المستقبلية للعقوبة من منظور إصلاحي، مركز الدراسات والبحوث الجامعية، نايف العربية لعلوم الأمنية، الرياض، 2009، ص: 10.

للتطور، فكلما وضعت آلية للعقاب والزجر إلا طفت على السطح مظهرات إجرامية أكثر حداثة، لذا يتعين دائما أن تبقى الترسنة التشريعية الجنائية على أهبة الاستعداد لمجابهة الأخطار التي تحدى بالعدالة الجنائية.

وفي سبيل ذلك يجب عدم المبالغة في التجريم،¹ ونزع الصفة الإجرامية عن بعض الأفعال البسيطة مع إحالتها على هيئات متخصصة تتولى تسوية النزاعات بطريقة ودية. كما يجب تعزيز الترسنة القانونية المغربية بمجموعة من البدائل التي توسع من الخيارات المتاحة أمام القضاء، والتي تساعد على تجاوز المشاكل المطروحة على مستوى أجهزة العدالة الجنائية، خصوصا وأنه في إطار التضخم الذي تعاني منه المحاكم أصبح البت في القضايا يتم بطريقة آلية تؤدي في بعض الأحيان إلى المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم، ولنجاح هذه الآليات، يجب أن تكحون نابعة من واقع المجتمع المغربي وليس فقط مجرد اقتباسات من الأنظمة القانونية المقارنة نزين بها ترسنتنا القانونية.

ومن الوسائل التي تساعد كذلك على تجاوز هذه الأزمة، تشجيع القضاء من أجل الانخراط في توجه السياسة الجنائية العالمية. فالقاضي لم يعد مجرد آلة طيعة لتطبيق القانون، وإنما أصبح يضطلع بدور مهم في علاج أزمة العدالة الجنائية، لذا لابد من الحرص على توفير قضاء جنائي متخصص ومتفرغ لتحقيق العدالة الجنائية ناجعة على ضوء المعطيات العلمية المرتبطة بالعلوم الجنائية، والتوجهات العالمية للسياسة الجنائية، في إطار ذلك يتعين تعزيز استقلال القضاة دستوريا، والزيادة في أعدادهم لمجابهة التراكمات التي تعرفها المحاكم على مستوى الملفات والقضايا خصوصا البسيطة منها.

كما يجب الحرص على توفير الإمكانيات المادية والمعنوية لمختلف العاملين في أجهزة العدالة الجنائية، وذلك حتى يتمكنوا من أداء وظائفهم في أحسن الظروف، كما يجب تعميم التقنيات المعلوماتية على مختلف أجهزة العدالة الجنائية، وذلك حتى تكحون قادرة على مواكبة البدائل الحديثة.

¹ - يوسف وهابي: العدالة الجنائية بين التثبيت والتحديث، مجلة الإشعاع، ع- دجنبر 2002، ص: 1118.

قراءة نقدية في الفصل 489 من القانون الجنائي المغربي المتعلق بتجريم الشذوذ الجنسي

مصطفى ميمون

متصرف لدى وزارة الداخلية

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة عبد المالك السعدي-طنجة

يعد موضوع الشذوذ الجنسي من أحدث المواضيع التي تثير اهتمام الناس، في وقتنا الراهن، على مختلف مشاربهم الدينية والفكرية والاجتماعية، رغم قدمها التاريخية، وذلك بسبب انتشار هذه الظاهرة بشكل ملفت للانتباه في العالم بصفة عامة، وفي العالم العربي بصفة خاصة؛ حيث تعرف الكثير من القيل والقال، وكثر حولها الحديث على المستوى الوطني والدولي، وانتقال دعائها من مرحلة الدفاع إلى الهجوم، وتحديدهم للقوانين والشرائع التي تحرم هذا الفعل وتجرمه؛ خصوصاً بعد تناسل مثل هذه الممارسات وقصور الجانب القانوني في معالجتها والإحاطة بها بنوع يضمن حلاً جذرياً ملائماً تفادياً لعدم تكرارها.

والمغرب ليس ببعيد عن هذه الظاهرة التي بدأت تطفو للسطح في مجتمعنا منذ فترة ليست بالبعيدة في ظل التغيير الجذري الذي بات يطرأ على شرائح عديدة من مواطني هذا البلد القائم على العادات المحافظة الموروثة عن السلف الصالح وعن الدين الإسلامي السمح وعن الفقه المالكي. فقد كثر حولها الجدل بين المطالبين بالسماح بالمثلثية الجنسية عن طريق إلغاء الفصل 489 من القانون الجنائي؛ وهي الأصوات المطالبة بتوسيع _ بل وتقديس _ الحريات الفردية وضمان الحرية المطلقة للأشخاص في تطبيق أفكارهم ومعتقداتهم بعدما لقيت قبولا من طرف بعض المجتمعات الغربية.

هذا، وإذا استندنا إلى الأنظمة الغربية نجد القانون الفرنسي الذي عالج جريمة الشذوذ الجنسي بغرابة، فهو يقر بالمثلثية الجنسية بين رجلين، كما يقر بإمكانية وقوعها بين امرأتين، وأغرب ما في القانون الفرنسي هو انفراده بصورة أقل ما يمكن أن يقال عنها أنها دعوة لنشر الرذيلة والفساد، حيث لا يعاقب على العلاقات الجنسية القائمة بين نفس الجنسين البالغين وغير المتزوجين متى كانت بشكل رضائي، ويشبه القانون السويدي نظيره الفرنسي من حيث المبدأ، وفي فلكهما سارت بعض القوانين الغربية¹. كما أن غالبية الدول العربية تجرم قوانينها بشكل أو بآخر الصلات الجنسية الشاذة¹، إذ يوجد عدد غير قليل من التشريعات لم تعاقب على أفعال الشذوذ الجنسي بالرضا مثل المشرع المصري².

¹ من الدول التي قامت بتعديل قوانينها التي تجرم الشذوذ الجنسي حتى تتماشى مع رغبات الشواذ في بلادها: القانون البريطاني الذي لم يعد يعتبر منذ سنة 1967 م الشذوذ الجنسي فعلاً جرمياً ما دام قائماً بين اثنين راشدين، بالغين، ومتفقين على ممارسة هذا الفعل. وكذلك فعلت

وقد وجدت هذه الممارسات صدى لها وبكيفية صريحة في توصيات المؤتمر الدولي التاسع للقانون الجنائي المنعقد في لاهاي سنة 1964 حين انعقد لدراسة ما يتعلق بالجرائم الماسة بالعائلة والأخلاق الجنسية، حيث انتهى إلى توصيتين:

الأولى: تقول بضرورة اعتبار العلاقات الجنسية بين البالغين اللذين ليسوا متزوجين غير مشكلة لأية جريمة، أي مباحة.

الثانية: وتقول بإباحة السلوك الجنسي الشاذ إذا كان بين البالغين.

وإذا كانت هذه الممارسات مسموحاً بها إلى درجة الزواج في بعض الدول الأجنبية، فإنها تبقى محرمة ليس فقط في التشريع المغربي، بل حتى في الواقع؛ ربما نتيجة للسخط والغضب الذي قد تخلفه مثل هذه الممارسات، خاصة إذا ارتقى الأمر إلى الزواج. كما أن إباحة هذه الأفعال من شأنه "إقرار للهمجية والوحشية والرذيلة، وتشجيع على إذلال الإنسان والقضاء على كرامته، وتبيء السبل لنقل، بل وتعميم، أخطر الأمراض الفتاكة بصحته (كالسيديا) والتي أبان العلم الحديث ارتباطها بالممارسة الجنسية غير المشروعة وغير الطبيعية"³.

من ثم تنبه المشرع المغربي، كما شرع الله وبعض التشريعات الوضعية الأخرى، إلى خطورة الأفعال الجنسية الشاذة، سواء وقعت بين الذكور، أو بين الإناث، أو بين الذكر والأنثى، وذلك لما فيه مخالفة لخلق الله، وللذوق السليم، وللغاية السامية من شرعية الزواج، وهي حفظ العرض والنسل، ومنع اختلاط المحرم.

وهكذا، عاقب القانون الجنائي المغربي على جريمة الشذوذ الجنسي في الفصل 489 منه، ويصنفها ضمن جرائم "انتهاك الآداب"، ويصف القانون المغربي المثلية الجنسية بـ"الشذوذ"، رغم المعارضة الشديدة التي يلقاها هذا المصطلح⁴ من طرف دعاة الحرية الجنسية والفردية ومن يقف في فلكهما من جمعيات ومنظمات حقوقية وتيارات سياسية وفكرية.

وأمام حجم اللغط الذي يثار حول مضمون الفصل 489، اقتضى الأمر منّا الوقوف على بينة منه، وعلى أحكامه، رفعا لكل لالتباس أو غموض يلف محتواه؛ وذلك بما يساير التغيير المجتمعي والأخلاقي، وبما يتماشى، أيضا، وخصوصيات الواقع المغربي المسلم المحافظ، وبما يتوافق وقانون العدالة والطبيعة.

كل من اسكتلندا، وشمال أيرلندا، وكندا، ونيوزيلندا، وأكثر من نصف الولايات المتحدة الأمريكية. هذا وقد تم إقرار زواج الشواذ جنسيا في العديد من بلدان العالم منها فرنسا، اسبانيا، النرويج، هولندا، بلجيكا، كندا، وولاية ماساتشوستس الأمريكية.

¹ مثل التشريع في الجزائر وموريتانيا وليبيا وسوريا ولبنان والسودان واليمن.

² عبد الحكيم بن محمد بن عبد اللطيف آل الشيخ: "جريمة الشذوذ الجنسي وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقانون"، بحث مقدم استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي"، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض-السعودية، سنة 1424 هـ 2003 م، ص 44، 2016/12/17، على الرابط الإلكتروني التالي: http://www.nauss.edu.sa/ar/digitallibrary/scientificteses/documents/master_1424-1425_cj_36.pdf.

³ عبد الواحد العلمي: "شرح القانون الجنائي المغربي"، القسم الخاص، بدون دار ومكان النشر، الطبعة الثانية 2015-2016، ص 210 و 211.

⁴ هيفاء زعيتير: "كيف تتعاطى القوانين العربية مع المثلية الجنسية؟"، 17 دجنبر 2016، على الرابط الإلكتروني التالي:

ومعالجة الفصل 489 المذكور يفرض علينا تحديد مفهوم جريمة الشذوذ الجنسي وأساسها القانوني (المبحث الأول)، ثم المرور عبر مناقشة أركانها وعقوبتها وظروف تشديدها، وانتهاء بوسائل إثباتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم جريمة الشذوذ الجنسي وأساسها القانوني

يختلف مفهوم الشذوذ الجنسي تبعاً لاختلاف طبيعة العلاقة بين الطرفين المنتمين لنفس الجنس، أو بين رجل وامرأة (المطلب الأول)، وفي كلتا الحالات يتوقف معاقبة الأطراف الشاذة على مسألة وجود نص قانوني يجرم فعلهما (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف جريمة الشذوذ الجنسي

عُرف الشذوذ الجنسي في مختلف الأزمنة والعصور، وأول من قام به هم قوم لوط، مصداقاً لقوله عز وجل: ﴿وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ * إِنَّا نَكْفُرُ بِالرِّجَالِ شَهْوَةً مِّنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ﴾¹، لذلك أصبح هذا الفعل يُسمى باسمهم أي "اللوواط"². بعد ذلك عرفت هذا الفعل كثير من الأمم الغابرة كما ذُكر ذلك في كتب التاريخ.

والشذوذ الجنسي مصطلحٌ مُستحدث يُطلق على كل مجامعة على خلاف الطبيعة وعلى خلاف حكم الله. كما توسع مفهومه حتى أصبح يتخذ عدة تسميات في عصرنا الحاضر من قبيل: المثليين، والمثليات، والمتحولين والمتحولات جنسياً، وثنائي الجنس، وذي الميول الجنسي.

المشرع المغربي تحدث عن المثلية الجنسية كشذوذ جنسي، رغم أن منظمات حقوق الإنسان والصحة العالمية تجاوزت مفهوم الشذوذ في السبعينات من القرن الماضي وعوضته بالمثلية الجنسية.

والقانون الجنائي يجرم كل فعل شاذ يجمع بين شخصين من نفس الجنس، سواء وقع بين الذكور أو بين الإناث، إلا أنه لم يتطرق لحالة الشذوذ بين الذكر والأنثى؛ الأمر الذي يبقى هذا النص مهماً وغامضاً وفضفاضاً، خصوصاً وأن النصوص المجرمة لجريمة الفساد والخيانة الزوجية لم تعالج مسألة وطء الرجل للمرأة من الدبر، إضافة إلى أن ظاهرة الشذوذ الجنسي توسعت لتشمل المتحولين جنسياً وثنائي الجنس، كما أصبح الجهر بها علينا بعدما كانت من الطبوهات. وهكذا، نجد أن القانون المغربي، وخلافاً لبعض القوانين العربية³، لم يعرف جنحة الشذوذ الجنسي واقتصر الفصل 489 من القانون الجنائي على ذكر العقوبات المقرر لها: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات

¹ سورة الأعراف، الآيتان 80 و 81.

² لم ترد لفظة لوط في القرآن الكريم بشكل مباشر، إنما ورد ذكر حكم قوم لوط عليه الصلاة والسلام الذين اجتمعوا على ارتكاب هذه الفاحشة.

³ خرج المشرع اليمني عن هذه القاعدة عندما نص في المادة 264 من قانون العقوبات على أن: "اللوواط هو إتيان الإنسان من دبره، ويعاقب اللانط والملاط به ذكراً كان أم أنثى بالجلد مائة مرة إن كان غير محصن ويجوز تعزيره بالحبس مدة لا تتجاوز سنة ويعاقب بالرجم حتى الموت إن كان محصناً". ويعاقب الشذوذ الجنسي بين النساء حسب المادة 268 التي تنص على: "السحاق هو إتيان الأنثى للأنثى وتعاقب كل من تساقق غيرها بالحبس مدة لا تتجاوز 3 سنوات. فإذا وقع الفعل بإكراه، يجوز أن يمتد الحبس إلى 7 سنوات".

وغرامة من مائتين إلى ألف درهم من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي مع شخص من جنسه، ما لم يكن فعله جريمة اشد".

يتضح من سياق النص المذكور، أن المقصود بالشذوذ الجنسي الأفعال المنفية للطبيعة التي يرتكبها شخص على شخص آخر من نفس جنسه، وهذه الأفعال تتضمن بالضرورة رضاء الأطراف المتبادلة؛ وذلك لأنه لو ارتكب هذه الأفعال عن طريق العنف لكنا بصدد جريمة هتك العرض، يستوي في ذلك إذا كان أحد طرفي العلاقة قاصرا لم يكمل 18 سنة أو عاجزا أو معاقا أو شخصا معروفا بضعف قواه العقلية، فإن الفعل سواء كان مقرونا بعنف أو لا بالرضا يشكل في حد ذاته هتكا للعرض حسب الظروف (ف 484 - 485 ق.ج).

وبناء عليه، يمكن تعريف الشاذ جنسياً بالشخص الذي يستمتع جنسياً مع أناس من نفس جنسه؛ ويسمى الفعل للرجال (لواطاً) وهو نسبة إلى فعل قوم لوط، وللنساء (سحاقاً)¹، وأول من قام بالسحق فهم أهل الرس، وقيل هم أصحاب الأخدود، وقيل في بعض المراجع أنهم بقايا من قوم ثمود². واللواط هو إدخال الرجل ذكره في دبر رجل أو في دبر امرأة زوجته كانت أم لا، بشكل رضائي، شريطة انتفاء عوارض الأهلية.

والشذوذ، كما يكون بين رجل ورجل، يكون أيضا بين امرأة وامرأة؛ "ويتحقق ذلك بتدليك امرأة بواسطة فرجها لفرج امرأة أخرى حتى تنزل، والمقصود بالفرج ليس فقط المهبل بل يشمل الأجزاء التي تعلق أو تحيط بفوهته كالشفتين العظيمين والشفريين الصغيرين وغيرهما، ولا يعد شذوذا الفعل الذي يتم باحتكاك امرأة بفخذ امرأة أخرى مثلا بيدها أو بفمها، هذه الأفعال لا تعد شذوذ ولكنها تعدا هتكا للعرض"³ إذا كانت مقرونة بالعنف والإكراه، كما تكيف جريمة هتك العرض سواء وقعت بعنف أو بدونه إذا كان المجني عليها يقل سنها عن ثمانية عشرة سنة أو معاقا أو عاجزة أو ممن تعرف بضعف قواها العقلية.

ويُعرّف السحاق حديثا بأنه: "الإثارة الجنسية التي تتم بين امرأتين بالعبث بالأعضاء التناسلية"⁴. إذن فالسحاق هو إتيان المرأة المرأة.

وهكذا، يكون في جريمة الشذوذ ثلاثة أطراف، وكلاهما يعاقب عليها؛ باعتبارها جرما سواء الفاعل أو المفعول به بالنسبة للواط، أو المتفاعلتان بالنسبة للسحاق، أو الذكر والأنثى بالنسبة للوط.

¹ يعاقب القانون الجنائي التونسي في الفصل 230 "مرتكب اللواط أو المساحقة إذا لم يكن داخلاً في أي صورة من الصور المقررة في الفصول المتقدمة بالسجن مدة 3 أعوام".

² ياسين الضميري: "المثلية الجنسية بين الرغبة الشاذة وحصار المجتمع"، 16 دجنبر 2016، على الرابط الإلكتروني التالي: <http://www.hibapress.com/details-59956.html>

³ عبد الحكيم بن محمد بن عبد اللطيف آل الشيخ: "جريمة الشذوذ الجنسي وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقانون"، مرجع سابق، ص 81.

⁴ الذهبي ادوارد غالي: "الجرائم الجنسية وإثباتها"، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، الطبعة الثانية 1997، ص 93.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لجريمة الشذوذ الجنسي

إن التصرف مهما كان ضارا بالفرد أو المجتمع فإنه لا يعتبر جريمة إلا إذا تدخل المشرع واعتبره كذلك من خلال نصوص قانونية تجرم الفعل أو الترك وتعاقب الفاعل، وهو ما يعبر عنه بمبدأ شرعية التجريم والعقاب¹. والتشريعات الحديثة تنص على هذا المبدأ استنادا إلى قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص": بمعنى أن لا جريمة إلا بناء على ما يعتبره الشارع جريمة من أفعال المكلفين، ايجابية كانت أو سلبية. والقانون الجنائي المغربي، كبعض التشريعات الأخرى، تنبه إلى خطورة جريمة الشذوذ الجنسي وتأثيراتها على النظام العام والأخلاق الحميدة فأفرد لها عقوبة لكل من يمارسها وهي "الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ألف درهم.. ما لم يكن فعله جريمة أشد". اعتمادا على النص السابق يمكن ملاحظة ما يأتي:

الملاحظة الأولى: إن صياغة نص الفصل 489 من القانون الجنائي تبقى غامضة ومهمة وفضفاضة؛ خصوصا وأنه لم يتطرق إلى مسألة الشذوذ الجنسي بالرضاء، وإلى سن طرفي العلاقة؛ مما يمكن القول معه أن واقعة قاصر لقاصر من نفس جنسه يعد شذوذا في حد ذاته؛ سيما وأن المشرع لم يتطرق إلى هذه الواقعة في الفصلين 484 و 485 من ق.ج.

الملاحظة الثانية: كما أن الفصل المذكور لم يحدد بدقة أفعال الشذوذ للتمييز بين ما يعتبر لواط وما يعتبر سحاقا خلافا للشارع اليمني²، فقط يفهم منه أن هذه الأفعال هي: كل ممارسة جنسية بين شخصين من جنس واحد؛ بمعنى بين رجل ورجل "اللواط"، أو بين امرأة وامرأة "السحاق"، وبالتالي لم يشير إلى موضع الشذوذ هل الدبر بين الرجال، والقبل بين النساء، أم في مواضع غيرهما.

كالم يتطرق الفصل المذكور إلى حالة الوطء بين الرجل والمرأة، أجنبية كانت أم زوجته، من دبرها، رغم أن هذا الفعل يعد فعلا شادا طبقا لقانون العقوبات السوداني³، وإنما اكتفى المشرع بتجريم الفساد في الفصل 490 ق ج دون أن يشير إلى موضع الاتصال الجنسي هل من الدبر ليكون شذوذا أم من القبل ليعتبر فسادا.

الملاحظة الثالثة: كما يؤخذ على الفصل 489 أيضا عدم تناوله لحالة الشذوذ الجنسي عندما يكون الشخصان متزوجين كل مع قرينه بعقد صحيح، أو أحدهما، وإنما اكتفى بإدراج هذه الحالة ضمن جريمة الخيانة الزوجية في الفصلين 490 و 491، ودون أن يحدد نوع الاتصال الجنسي بين رجل وامرأة الذي يعتبر خيانة، وذلك خلافا لبعض التشريعات التي تدين بشكل صريح الشخص المثلي بتهمة الخيانة الزوجية في حال كان لديه قرين مع وجود علاقة جنسية

¹ أحمد أبو العلاء: "القانون الجنائي العام بين النظري والتطبيقي" 1، مطبعة الخليج العربي، تطوان، الطبعة الثانية 2007، ص 19 و 20.

² الفصلين 464 و 468 من قانون العقوبات اليمني، أنظر هامش الصفحة 3 من هذا المقال.

³ جاء في المادة 148 من قانون العقوبات السوداني على أنه "يعد مرتكباً جريمة اللواط كل رجل أدخل حشفته أو ما يعادلها في دبر امرأة أو رجل آخر أو مكن رجلاً آخر من إدخال حشفته أو ما يعادله في دبره". و"من يرتكب جريمة اللواط يعاقب بالجلد 100 جلدة كما تجوز معاقبته بالسجن مدة لا تتجاوز 5 سنوات". وفي المادة نفسها، جزء: "إذا أدين الجاني للمرة الثانية، يعاقب بالجلد 100 جلدة والسجن مدة لا تتجاوز 5 سنوات، وفي الجزء (ج): "إذا أدين الجاني للمرة الثالثة يعاقب بالإعدام أو بالسجن المؤبد".

مع شخص من الجنس نفسه¹. وفي هذا الصدد نصت المادة 354 من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي: "مع عدم الإخلال بأحكام قانون الأحداث الجانحين والمشردين، يعاقب بالإعدام كل شخص استخدم الإكراه في موقعة أنثى أو اللواط مع ذكر، كما يعتبر الإكراه قائماً إذا كان عمر المجني عليه أقل من 14 عاماً وقت ارتكاب الجريمة".

في هذا الإطار، ذهب أحد الباحثين² إلى القول أن إتيان الزوج لزوجته من دبرها لا يعد زنا، ولا يعاقب عليه بعقوبة الحد، لأن الزوجة محل الوطء، ولأن الرجل يملك وطء زوجته، كما أن المساحقة أيضاً لا تدخل في عموم الزنا، ذلك أن الزنا لا يوجد إلا بإيلاج عضو الرجل، وهو ما لا يمكن أن يحدث إذا أتت الفعل امرأتان؛ وإنما هما أمران مهيان عنهما شرعا بالكتاب والسنة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي صنف حالة الشذوذ الجنسي على قاصر دون سن الثامنة عشرة أو على عاجز أو معاق أو شخص معروف بضعف قواه العقلية بعنف أو دون عنف ضمن جريمة هتك العرض، بحيث لا يعتد بالرضا في هذه الحالة.

وعليه، يفهم من ذلك أن نية المشرع في الفصل 489 انصبحت على عنصري الرضا والسن بالرغم من عدم الإشارة إليهما. وهكذا بالإضافة للحالات المشار إليها أنفاً، يتطلب المشرع المغربي في جريمة الشذوذ الجنسي أن تقع بشكل رضائي بين طرفين رشيدين. غير أن تحديد ثمانية عشرة سنة شمسية كاملة كسن للرضاء الذي يحول دون المؤاخذة إذا كان أحد طرفي الصلة دونها هو أمر محل نظر، لأن أحد طرفي هذه العلاقة قد يبلغ من العمر ثمانية عشرة سنة غير كاملة، ويكون هو المحرض على الفعل، ويكون الطرف الثاني قد تجاوز ثمانية عشرة سنة شمسية كاملة بقليل، في هذا الفرض، فإن من هو دون الثمانية عشرة سنة كاملة هو المجني عليه والأخر هو الجاني، وهي مغايرة غير مبررة على الرغم من أن سن طرفي العلاقة الجنسية متقارب، وقد يكون لمن دون سن الرضا دور ايجابي في تحقيق هذه العلاقة. ويتعين النزول بسن الرضا إلى القدر الذي يمكن القول معه إن من كان في هذا السن لا يستطيع أن يقدر خطورة الأفعال الجنسية، ولا يكون قد أكتمل نضجه وخبرته³.

المبحث الثاني: أركان جريمة الشذوذ الجنسي وإثباتها

لكن رغم الملاحظات المسجلة، فإنه ولتكون بصدد جريمة الشذوذ الجنسي لابد من توفر أركانها (المطلب الأول) وهي: ركن مادي (أي ارتكاب الجريمة)؛ ركن معنوي (النّيّة المسبقة لدى المرتكب). ومعاينة مرتكبها يستلزم بيان العقوبة المقرر لها وظروف تشديدها إذا تم إثباتها (المطلب الثاني).

¹ هيفاء زعيتير: "كيف تتعاوى القوانين العربية مع المثلية الجنسية؟"، مرجع سابق.

² عبد الحكيم بن محمد بن عبد اللطيف آل الشيخ: "جريمة الشذوذ الجنسي وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقانون"، مرجع سابق، ص 36 و 79.

³ شمس الدين أشرف توفيق: "الحماية الجنائية للحق في حماية العرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحقوق القاهرة-مصر، سنة 1995، ص 467-468.

المطلب الأول: أركان جريمة الشذوذ الجنسي

كما هو الشأن بالنسبة للجريمة بصفة عامة، فإن أركان جريمة الشذوذ الجنسي تتمثل أساسا في الركن المادي (الفقرة الأولى)، ثم الركن المعنوي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الركن المادي

جاء في الفصل 489 ق ج ما يلي «... من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي مع شخص من جنسه...». الركن المادي لجريمة الشذوذ الجنسي وفقا للاتجاه الوضعي السائد: "إيلاج عضو الرجل في دبر ذكر أو أنثى برضاء الطرفين أو بالإكراه سواء كان الإيلاج كلياً أو جزئياً، سواء حصل إمناء أم لم يحصل"¹.

يتّضح لنا جلياً أنه حتى يتوقّر الركن المادي في جريمة الشذوذ الجنسي يجب حصول الفعل المنافي للطبيعة، أي الاتصال الجنسي بين شخصين من جنس واحد مهما كانت طبيعتها وهذا يقتضي بالضرورة المساس بالجسم و العورة تحديداً، ولا يهيم بعد ذلك إن كان هناك وطء أو اقتصر الأمر على ملامسة العورة ليس إلا، وقد تتم الممارسات الجنسية بين رجلين وهناك يكون الفعل لواطاً، أو بين رجل وامرأة من دبرها فيكون الفعل وطئاً، أو بين امرأتين فيكون الفعل سحاقاً. لذا سنعرّف بكل عنصر على حدا:

الممارسات الجنسية بين رجلين: يشكل اللواط الصورة المثلى للشذوذ الجنسي بين رجلين، ويتمثل في إتيان الرجل للرجل من الدبر عن طريق إدخال ذكره في دبر الرجل. وهذا الفعل يتطلب الإيلاج، فلا تقوم بما دون هذا الفعل من صلات أخرى أياً كان فحشها. ويؤخذ على المشرع المغربي أنه اقتصر في شأن ركنها المادي على فعل الإيلاج من الدبر أي الخلف على الرغم من أن المصلحة المحمية ينال منها ما هو دون هذا الفعل من أفعال أخرى. فأفعال الشذوذ الأخرى بين ذكرين مثل المداعبة والتدالك و الإيلاج الجنسي بالفم .. الخ والتي لم تصل إلى حد الاتصال من الخلف يتوافر لها درجة الجسامة وتمس المصلحة المحمية بنفس القدر الذي يتوافر لفعل الإيلاج، وهذه الأفعال تخرج عن نطاق التجريم مطلقاً في نظر الفصل 489 رغم أن الواقع أثبت متابعة الجناة على مجرد تبادل القبل والعناق وغيرها من الإيحاءات ذات الصلة متى ضبطت: سواء في الأماكن العمومية أو في أي مكان آخر بعيد عن أنظار العموم عند تقديم شكاية في الموضوع، ومن ثم كانت إرادته محل نظر.

● الممارسات الجنسية بين رجل وامرأة من الدبر: وإذا كان المشرع المغربي يتطلب أن يكون مرتكب الفعل على شخص من نفس الجنس شرطاً لقيام جنحة الشذوذ الجنسي، فإن وطء الرجل للمرأة من الدبر يعد شذوذاً، متى تكون إرادة الجاني إتيانها من الدبر. والمشرع المغربي لم يتطرق إلى هذه الحالة؛ سواء ضمن جريمة الفساد أو ضمن جريمة الخيانة الزوجية.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتصال الجنسي بين إنسان وحيوان لا يعد شذوذاً جنسياً (السفاد). كما يشترط أن يكون كلا الطرفين حياً، فلا يعد شذوذاً الاتصال الجنسي بذكر أو بأنثى متوفاة (وطء الأموات) ولو تم لحظة خروج الروح من الجسد¹.

¹ حسني محمود نجيب: "شرح قانون العقوبات القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة-مصر، طبعة 1987، ص 340.

• الممارسات الجنسية بين امرأتين: يتمثل الركن المادي هنا في المساحقة، ويقصد بها إتيان المرأة للمرأة، وطالما أنه لا يمكن أن تتصور وطء بين امرأتين فإن المساحقة تقتصر على الأشكال الأخرى للشذوذ مثل المداعبة والتدالك بواسطة الفرج، وغير ذلك من ضروب الممارسات ذات المسحة الجنسية. وهكذا لا يعد شذوذا الفعل الذي يتم باحتكاك امرأة بفخذ امرأة أخرى مثل امرأة أخرى بيدها أو بفمها، هذه الأفعال لا تعد شذوذ ولكنها تعدا هتكا للعرض.

وفي هذا الإطار، فقد سبق للقضاء المغربي أن تابع حالات الشذوذ الجنسي بين قاصرتين رغم أنها مقتصرة فقط على تبادل القبل والعناق بينهما. بمعنى لا يشترط الاتصال الجنسي في هذه الجريمة؛ أي ليس بالضرورة أن يكون هناك واقعة جنسية بين الطرفين فمجرد القيام بتصرفات جنسية برضاء الطرفين تقوم جريمة الشذوذ الجنسي. كما يشترط أن يتم الفعل برضاء الطرفين؛ لأن بغير ذلك تقوم جريمة هتك العرض مع استعمال العنف. كذلك، لا يشترط توافر ركن الاعتياد؛ بمعنى تقوم الجريمة ولو أن قام بها لأول مرة سيتابع بالشذوذ الجنسي، حيث يكفي القيام بها لمرة واحدة لتحقيق جريمة الشذوذ الجنسي؛ إذ لا عبرة بعنصر التكرار.

إلا أن الإشكال يطرح عندما يتعلق الأمر بأجانب يمارسون أفعال الشذوذ الجنسي فوق التراب المغربي؛ خصوصا عندما يكونون مرتبطين بعقد زواج طبقا لقانون أحوالهم الشخصية الذي يعترف بزواج ما يسمى المثليين وذوي الميول الجنسي والمتحولين جنسيا كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي والسويدي والأمريكي. وهكذا، إذا استندنا إلى معيار إقليمية القانون الجنائي المغربي الذي يقضي بمعاقبة الجميع؛ أجنب كانوا أو مواطنين؛ الذين يرتكبون فوق الإقليم المغربي أفعالا مخالفة للقانون، فإن الإشكال يبقى قائما نظرا لكون الأحوال الشخصية للأفراد تخضع لقانون بلدهم، وهذا في حد ذاته استثناء من مبدأ إقليمية القانون المغربي.

الواقع، ورغم هذا المعطى، لم نرى أن القضاء المغربي عاقب أجنب عن جريمة ممارسة الشذوذ الجنسي على التراب المغربي استنادا للقاعدة الجنائية المذكورة، وإنما اكتفى في بعض حالات الشذوذ المضبوطة على الطرد من فوق التراب المغربي.

ثانيا: الركن المعنوي

الركن المعنوي في جريمة الشذوذ الجنسي هو القصد الجنائي، أي النية لدى الجاني لارتكابها. والقصد الجنائي هو "علم الجاني بكافة عناصر الجريمة، واتجاه إرادته إلى تحقيق هذه العناصر، أو قبولها"². بعبارة أخرى: القصد الجنائي هو "الإرادة الجنائية، أي توجيه الإرادة فعلا إلى تحقيق النشاط الإجرامي، أو على الأقل تعطيل هذه الإرادة وارتكاب الجريمة عن طريق الإهمال"³.

¹ عبد الحكيم بن محمد بن عبد اللطيف آل الشيخ: "جريمة الشذوذ الجنسي وعقوبتها في الشريعة الإسلامية والقانون"، مرجع سابق، ص 61.

² حسني محمد نجيب: "شرح قانون العقوبات القسم الخاص"، مرجع سابق، ص 50.

³ أحمد الخمليشي: "شرح القانون الجنائي"، القسم العام، مطبعة المعارف، الرباط، المغرب، الطبعة الأولى 1985، ص 201.

والقصد اللازم توافره في جريمة الشذوذ الجنسي هو القصد العام، لا الخاص، ويتمثل القصد الجنائي العام، وهو ركن يكاد يكون مفترضا، إذ تقوم الجريمة بمجرد إتيان فعل من أفعال الشذوذ الجنسي، وبعبارة أخرى الشذوذ الجنسي جريمة عمدية تتم بإرادة الطرفين وعلمهما بأن الفعل الذي يقومون به يشكل جريمة ومعاقبا عليها. ويعني ذلك أن القصد الجنائي يقوم على عنصرين هما العلم، والإرادة.

وهكذا، لكي يتوافر القصد الجنائي لدى الجاني، فلا بد أن يكون عالما أنه يمارس أفعالا جنسية غير مشروعة مع ذكر أو أنثى في الدبر، ويترتب على ذلك أنه إذا وقع في غلط أو كان يجهل ذلك، سواء كان غلطه متعلقا بالواقع أو القانون، انتفى القصد لديه. كما يجب أن تتجه إرادته إلى ذكر أو أنثى، والاتصال بين جنسين بطريق شاذة مخالفة للطبيعة وللفطرة الإنسانية. أما إذا كان القصد من فعله ليس هو إتيان الرجل في دبره أو المرأة في دبرها، بل هو شيء آخر غير الإيلاج في الدبر، فإنه ينتفي القصد الجنائي لديه بالنسبة لجريمة الشذوذ الجنسي، ويمكن مساءلته عن جريمة هتك العرض إذا توافرت أركانها.

فإذا توافر القصد الجنائي لديه فلا عبرة بعد ذلك بالبواعث التي دفعته إلى ارتكاب هذه الجريمة، فقد يكون دافعه على ذلك قضاء الشهوة أو غير ذلك.

إذن، يتحقق الركن المعنوي لجريمة الشذوذ الجنسي بتوفر القصد لدى كل الطرفين في القيام بالمعاشرة الجنسية مع إدراكهما لحقيقة التصرف الذي يقومون به، وعلمهما بكون هذا الفعل معاقبا عليه. بتعبير آخر، فإنه يلزم أن يكون كل من الفاعلين عالما ومريدا لارتكاب لجريمة الشذوذ الجنسي وثبت بالتالي الحق في مساءلة كل منهما ومعاقبته بما هو مقرر قانونا.

فالنية الإجرامية أو القصد الإجرامي وهو وجود النية المسبقة عند المتهم بإحداث اتصال جنسي تام مع شخص آخر من نفس جنسه يعد شرطا ضروريا لاعتبار الفعل جريمة شذوذ، وإن يتم الاتصال عن طواعية واختيار دون إكراه؛ بمعنى أنه كان سيمتنع يقينا عن هذا الاتصال لو لم يكره ولم تسلب إرادته.

وعليه، لا يتحقق الركن المعنوي، وبالتالي لا تقوم جريمة الشذوذ الجنسي، إذا كان الجاني أتى الفعل مرغما؛ كما لو أنّ الفاعل تمّ تهديده بالقتل من طرف شخص آخر إن هو لم يوافق شخص مقصود، ففي هذه الحالة فإننا حينها لن نكون أمام جريمة الشذوذ الجنسي، على اعتبار أنّ النية لم تكن لدى الفاعل وبالتالي انتفاء الركن المعنوي في الجريمة. فالقانون إذن يشترط أن يتم الفعل في هذه الجريمة بالإرادة الحرة النزيفة بهدف ممارسة الشذوذ، وذلك للتأكد من أن الجريمة قد تحققت فعلا، ولم تمارس عن طريق الإكراه، وبالتالي لا تكيف بأنها جريمة هتك عرض.

وقد يتساءل القارئ: هل ظهور الخدوش أو الجروح كافية في عصرنا لنفي جريمة الشذوذ عن المجني عليه؟ أكيد أن الجواب سيكون بالنفي، خصوصا أن بعض الأشخاص تكون حساباتهم مبنية على الانتقام لتوريط شخص ما، وبالتالي فإن الخبرة الطبية ستلعب دورا أساسيا في كشف الحقيقة.

المطلب الثاني: عقوبة جريمة الشذوذ الجنسي وطرق إثباتها

لا يكفي توافر الركنين المادي والمعنوي لمساءلة الجناة، وإنما لا بد من وجود ركن قانوني يجرم الفعل ويحدد حالات تطبيق العقوبات العادية على المذنب وحالات تشديدها (الفقرة الأولى)، وفي جميع الأحوال يبقى المتهم بريئا حتى تثبت إدانته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عقوبة جريمة الشذوذ الجنسي

عاقب الفصل 489 من ق ج على فعل الشذوذ الجنسي "بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ألف درهم"، إلا أن المشرع غلظ من عقاب الجريمة في حالة وجود ظرف مشدد بقوله "... ما لم يكن فعله جريمة أشد".

ونظرا لعدم ذكر المشرع لحالات تشديد عقوبة الشذوذ الجنسي، فإنه يمكن الإشارة إلى بعض هذه الحالات وهي في نظرنا:

- إذا كان سنّ الجاني والمجني عليه دون الثامنة عشرة سنة، أو عاجزا أو معاقا أو شخصا معروفا بضعف قواه العقلية.

- لصفة الفاعل في الجريمة؛ كأن يكون الفاعل من أصول المجني عليه أو ممن لهم سلطة عليه، أو وصيًا عليه، أو خادما بالأجرة عنده أو عند أحد الأشخاص السالفة ذكرهم، أو كان موظفا دينيا أو رئيسا دينيا، وكذلك أي شخص استعان في اعتدائه بشخص أو عدة أشخاص.

- إذا ارتكب فعل الشذوذ في مكان علني تتطلع إليه أنظار العموم.

والواقع، لا نعرف سبب تجاهل المشرع من ذكر حالات تشديد العقوبة في جريمة الشذوذ الجنسي، ولعل مرد ذلك إلى صعوبة تحديد مثل هذه الحالات في الواقع، ومع ذلك فعدم تحديد حالات التشديد لا يعني عدم إمكانية وجودها واقعا وورودها في العمل، ولذلك نرجو أن يتدارك المشرع النقص الحاصل في الفصل أعلاه في أي تعديل يلحق بنصوص القانون الجنائي.

الفقرة الثانية: إثبات جريمة الشذوذ الجنسي

على خلاف جرائم الإخلال العلني بالحياء، والفساد، والخيانة الزوجية يكون المشرع أخذ في جريمة الشذوذ الجنسي بالمبدأ المقرر في الإثبات في الميدان الجنائي المنصوص عليه في المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية، والقائم أساسا على حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته من أي دليل يطمئن إليه.

وبالرجوع إلى المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية نجد أنها تنص على أنه: "يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي وفقا للبند 8 من المادة 365 الآتية بعده.

إذا ارتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحت بعدم إدانة المتهم وحكمت ببراءته".

وهكذا، يلاحظ أن المشرع ترك للقاضي الحرية في تكوين قناعته بخصوص إثبات جريمة الشذوذ الجنسي ولم يلزمه عند إثباتها بأدلة محددة مسبقا مفروضة عليه لا يجوز له أن يكون اعتقاده من غيرها كما فعل مع جرائم الإخلال العلني بالحياء والفساد والخيانة الزوجية.

فإذا أمعنا النظر في الفصلين 483 و 493 من القانون الجنائي نجد أن المشرع قيد القاضي بخصوص الإثبات ولم يجعله يسيح في مجال حريته في الميدان الجنائي طبقا لما ينص عليه في المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية أعلاه وجعل هذه الأدلة محصورة في:

أولاً: بمحضر الشهود؛ سواء كان ذلك من طرف شخص واحد أو أكثر، أو من طرف قاصر لم يتجاوز عمره ثمانية عشرة شمسية كاملة؛ ويستوي في ذلك أن تكون المشاهدة بشكل عفوي في أي مكان حسب ما يفهم ضمناً من نص الفصل 483، كما تقبل الشهادة حتى ولو انصبت على جميع الأماكن التي تكون محل نظر العموم. وتجدر الإشارة، كما سبق، أنه سبق للقضاء المغربي وأن قضى متابعات في حق متهمين بجريمة الشذوذ الجنسي بمجرد تبادلهم للقبل والعناق في أماكن عمومية، وفي أماكن مغلقة؛ كالبيوت الخاصة عندما يتلقى شكاية في الموضوع من طرف عامة الناس.

ثانياً: المحضر المحرر من طرف أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس. والمقصود بالمحضر المحرر في حالة تلبس من طرف ضباط الشرطة القضائية المختص هو "ذلك المحضر الذي يعاين فيه الضابط المكلف بالقضية التنفيذ المادي للجريمة في حالة انجازها أو على إثر إنجازها"¹. يكتفي فيه الضابط بتسجيل الوقائع التي شاهدها بحيث يبقى للمحكمة السلطة والصلاحيات في اعتبارها تمثل حالة التلبس أم لا وبالتالي ثبوت جريمة انتهاك الآداب في حق المتهم أو العكس هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن حالة التلبس تعتبر من المسائل الخاصة بالجريمة وليس بالجاني وعلى هذا الأساس إذا ثبتت الجريمة اتهم بها كل من الفاعل الأصلي والمساهمين والمشاركين وان لم يتم ضبطهم في حالة التلبس. وهكذا، يمكن الاقتناع مثلاً بوجود الجريمة بمجرد أن يشير الضابط في محضر معاينته أن المنزل موضوع الشكاية وجد فيه المتهمان مجردين من ثيابهما، أو دون الضابط في محضره معاينته للجمهور الذي طارد المتهمين أو أحدهما وهو حامل سرواله.

ثالثاً: الاعتراف الكتابي. والمقصود بذلك الاعتراف الصادر عن المتهم بالجريمة سواء كتابة أو شفها. ويخضع الاعتراف المكتوب في قيمته الإثباتية للسلطة التقديرية للمحكمة على أساس ليس حجة قاطعة وإنما يمكن استبعاده متى ثبت أنه غير صحيح أو غير واضح. إضافة إلى ما سبق يمكن للمحكمة أن تأخذ بالاعتراف المكتوب بأكمله أو تقوم بتجزئته وتأخذ البعض دون الآخر.

رابعاً: الاعتراف القضائي. الاعتراف القضائي هو "ذلك الاعتراف الصادر عن المتهم أمام السلطة القضائية، أو أمام قاضي التحقيق، أو أمام القاضي الباحث، أو أمام النيابة العامة أثناء استنطاقه من طرفها"². فهو يعد "سيد الأدلة". وقد نص عليه المشرع المغربي في الفصلين 405 و 410 من قانون الالتزامات والعقود، كما نصت عليه المادة 293 من قانون المسطرة الجنائية، ولكي يعتد بالاعتراف القضائي سواء بأكمله أو بجزئه يجب أن يكون صريحاً وأن يتعلق بالجريمة ذاتها دون أن يكتنفه الغموض والإبهام، وأن لا ينتزع بوسائل العنف أو الإكراه، وفي جميع الأحوال يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة³.

¹ أحمد أبو العلاء: "التمرن على الاجتهاد القضائي والتعليق على القرارات القضائية"، مطبعة الخليج العربي، تطوان، المغرب، الطبعة الأولى 2006، ص 120.

² أحمد أبو العلاء: "التمرن على الاجتهاد القضائي والتعليق على القرارات القضائية"، مرجع سابق، ص 122.

³ نصت المادة 293 من م ج ق م في الفقرة الأولى والثانية على أنه "يخضع الاعتراف كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة.

لا يعتد بكل اعتراف ثبت انتزاعه بالعنف أو الإكراه"

وبناء عليه، يمكن القول أن المشرع الجنائي المغربي ترك للقاضي حرية إثبات جريمة الشذوذ الجنسي بجميع الوسائل المعمول بها في هذا المجال بهدف تكوين قناعته، ولم يلزمه عند إثباتها بأدلة محددة كما هو الشأن بالنسبة للقاضي الذي ينظر في الجرائم موضوعي الفصلين 483 و 493 أعلاه من القانون الجنائي، واللذين قيّدا من حرية القاضي بخصوص الإثبات، ولم يجعله يسبح في مجال حريته في الميدان الجنائي طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية.

خلاصة القول

إن الشذوذ الجنسي خروج على الفطرة السوية، وهو أن يعاشر الرجل رجلا آخر، أو أن يعاشر الرجل المرأة في غير الموضع (القبل)، أو أن تعاشر المرأة امرأة أخرى، وهو دروب من الممارسة الجنسية يخرج فيها أصحابها عن سبل الاتصال الجنسي الطبيعي المألوفة، وهي أفعال يعاقب عليها التشريع الجنائي الإسلامي والتشريع الوضعي اللذان يعقبان على كل فعل ماس بالعرض يقع خارج الزواج، وبالتالي لا دور للرضاء في إباحة أفعال الشذوذ الجنسي. وانتشار ظاهرة الشذوذ في هذا العصر بشكل ملفت للانتباه، يتطلب الوقوف بحزم ضدها، وتنفيذ حكم القانون على مرتكبيها. الشيء الذي يفرض على المشرع المغربي ضرورة إعادة النظر في مضمون الفصل 489 بما يستوعب جل الأفعال الجنسية الشاذة، سواء بين نفس الجنسين أو بين جنسين مختلفين حين الإتيان من غير الموضع، وكذا الأخذ بعين الاعتبار مزدوجي الميل الجنسي والمتحولين جنسيا، والسحاقيات، وذلك للقطع مع قضاء الشارع الساخط على مثل هذه الأفعال ومرتكبيها أو ما يمكن تسميته بالعدالة الموازية.

دور المجالس الحقوقية والمواثيق الدولية في تفعيل العقوبات البديلة: دراسة مقارنة

د. هشام بياض

باحث في القانون العام

جامعة محمد الأول بوجدة

مخبر الدراسات والبحوث القانونية والإدارية والسياسية

لاشك أن العالم يشهد تطورات عديدة ومتلاحقة في كل مناحي الحياة ومجالاتها ولا شك أن القانون بكافة تخصصاته نال نصيباً كبيراً في هذه التطورات لا لشيء إلا لارتباطه الوثيق بالحياة الاجتماعية ارتباطاً لا يقبل التجزئة أو الانفصال، ومن هنا كان لعلم الإجرام والعقاب نصيب الأسد من خلال الأبحاث فيه والدراسات ونشوء العديد من النظريات في هذا المجال، ومحاولة تطبيق تلك البحوث والدراسات علي الواقع، وخاصة بعد أن أصبحت السجون مرتعاً ومجالاً خصباً لنشأة أجيال من المجرمين، فالسجن لا كما يتخيل البعض أنه مدرسة للإصلاح والتهديب، وإنما مدرسة لتعليم فن الإجرام¹، كما يجب مقارنة بدائل العقوبات في التشريع المغربي ببعض الأنظمة الأوروبية والمصرية. لقد بات الاهتمام بهذا الأمر جاداً، فتطور الحال من اجراء البحوث الى عقد المؤتمرات، فبعد ان كان هدف العقوبة ايلام الجاني والانتقام منه اصبح الهدف اصلاح الجاني، ومن ثم الى التقليل من العقوبات البدنية وابدالها بالعقوبات السالبة للحرية و اخيراً تبديل العقوبات السالبة للحرية بعقوبات بديلة تحافظ على حرية الانسان وكرامته و احترام حقوق الإنسان وتطبيق المواثيق الدولية وعدم الانتقام من الجاني واعادته الى المجتمع بدلا من حبسه ومعايشة المجرمين المحترفين.

ترجع الاتجاهات الحديثة و توحيد العقوبات السالبة للحرية وتقليلها الى اوائل القرن التاسع عشر اي الى المؤتمرات التي كانت تنظمها اللجنة الدولية الجنائية والعقابية وقد اثير الموضوع لأول مرة في مؤتمر لندن 1872م وكذلك بعد ظهور حركة التنوير في أوروبا والتي برزت في كتابات الفلاسفة والكتاب خاصة جان جاك روسو ومنتسكيو وبعض رجال الدين، حيث برز التوجه نحو معاملة المجرمين معاملة انسانية بما يحفظ ادميتهم ويساعد في الوقت ذاته على تحقيق الغاية من العقوبة ألا وهي تأهيل المحكوم عليه وتهذيبه، وهكذا اصبحت العقوبة في مفهومها الحديث هو اندماج المحكوم عليه في المجتمع من جديد وتقويم المذنب. ولما كان الاجماع بأن السجن ليس بمكان لإصلاح المحكومين ولاسيما المعاقبين بعقوبات قصيرة الامد اتجهت الانظار نحو تبديلها بعقوبات بديلة. كما لم يتفق الكتاب و الباحثين حول تعريف جامع مانع وموحد للعقوبات البديلة ولكننا من خلال التعرف على آراء العديد من الفقهاء.

1 - أحمد فتحي سرور، العقوبات البديلة دراسة مقارنة أحد التدابير الدفاع الاجتماعي منشورات المركز القومي للبحوث الاجتماعية المطبعة العالمية بدون سنة طبع القاهرة طبع القاهرة ص 176.

يمكن تعريفها: على انها تلك العقوبات التي تفرض على المحكوم عليه بدلا من العقوبات السالبة للحرية القصيرة الادم وبموافقته والابتعاد عن مساوئ العقوبات التقليدية (السالبة للحرية) وان لا تخرج عن هدف العقوبة وهي الردع العام والخاص واصلاح وتأهيل المحكوم عليه، مع احترام حقوق الإنسان وتفعيل المواثيق الدولية. وهذا ارتأيت إلى تقسيم الموضوع إلى مبحثين الأول بعض الأنظمة المقارنة في العقوبات البديلة و الثاني دور المجالس الحقوقية و المواثيق الدولية من العقوبات البديلة.

المبحث الأول: بعض الأنظمة المقارنة في العقوبات البديلة

يبين في هذا المطلب عن بدائل العقوبات السالبة للحرية في النظام المغربي و المصري و بعض الأنظمة الأوروبية المطلب الأول: بدائل العقوبات السالبة للحرية في النظام المصري نموذجا: اتجهت الكثير من الدول نحو الاخذ بهذا النظام، من ذلك مثلاً : القانون المصري اتجه نحو الاخذ بالعمل للمنفعة العامة كبديل للحبس قصير المدة.¹

للقوف على ماهية بدائل العقوبات وانواعها بوضوح اكثر، يمكن الاستدلال ببعض الامثلة المعروفة عنها على النطاق العالمي والتي تتلائم مع ظروف المجتمع المصري:²

- 1- العمل لمنفعة عامة (الخدمة العامة): كالعمل في مؤسسة اجتماعية او خيرية او حكومية، وكذلك العمل في منظمة خيرية او مؤسسة علمية او كنيسة او دار عبادة او في مسجد .. إلخ ، وذلك حسب ثقافة ومؤهل المحكوم عليه.
- 2- دفع مبلغ تعويضي للمتضررين و ارضائهم للتنازل عن الحقوق الشخصية ومن ثم شراء فترة سجنه.
- 3- الكفالة الحضورية او التعهد بالحضور كلما طلب منه ذلك، او ايداع مبلغ من المال لدى الخزينة كضمان لاستمراره بتنفيذ العقوبة البديلة و اظهار حسن سلوكه.
- 4- النفي او الاقامة الجبرية بعيدا عن مكان سكناه أو اقامته.
- 5- التعليم كأن يطلب منه اكمال مرحلة دراسية اخرى او تطوير امكانياته العلمية او المهنية، كالحصول على دورات معينة كالنجارة او الخياطة .
- 6- التوبخ والتشهير واللوم كأن يوبخ امام اقرانه او اقاربه او يعلق قطعة امام داره تشير الى قيامه بارتكاب جرم ما بشرط تكون بموافقة المحكوم عليه وبناء على طلبه.
- 7- السجن شبه المفتوح كالإيداع في قاعة كبيرة يتسع لعدد كبير من المحكوميين عليهم تلقي عليهم محاضرات تعليمية وبرامج اصلاحية والتدريب على برا مج معينة.

- محمود نجيب حسني، علم العقاب دار النهضة العربية ترجمة القاهرة 1973 ص 565.¹

² - انظر محمد معي الدين عوض القانون الجنائي مبادئه الأساسية و نظرياته العامة في التشريع المصري و السوداني المطبعة العالمية القاهرة² 1963 ص 995.

- 8- نظام السجن المتقطع او تقسيط العقوبة وذلك بمراقبة المحكوم عليه حول مدى اصلاحه وادراكه لخطورة العمل الذي قام به ومدى انسجامه مع البرنامج الاصلاحى و الفترة التي قضاهها.
- 9- . نزع الصفة الجرمية، عن بعض الجرائم والمخالفات البسيطة وجعلها مخالفات ادارية و معاقبة مرتكبيها بعقوبات ادارية ومالية (مثال ذلك : المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية) حيث نصت [لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي]
- 10- الحبس اثناء العطلات الرسمية و نهاية الاسبوع وبهذا يستطيع المحكوم عليه التواصل مع عائلته وعدم ترك عمله، وكذلك يتم مراقبته اثناء فترة الحكم فيما اذا قد استفاد من البرامج الاصلاحية التي القيت عليه او التي تم تدريبه عليها و فيما اذا كان قد استفاد من هذه التجربة.
- هذه الامثلة للعقوبات البديلة و هي غير واردة علي سبيل الحصر و تختلف باختلاف السياسات الجنائية لكل بلد و الظروف الاجتماعية لكل مجتمع، فقد تكون عقوبة صالحة و جيدة لمجتمع ما ولكنها قد لاتلائم مجتمع آخر و لاتفي بغرضها وهي الاصلاح والتأهيل، فهي قد تختلف باختلاف المكان و في المكان الواحد باختلاف الزمان.
- إن الهدف من العقوبات البديلة .. هو محاولة تجنب مساوئ السجون، وعوامله السلبية .. ومحاولة إزالة فكرة الإنتقام من الجاني، وبث روح الغفران والتسامح، ومحاولة مساندة الإتجاهات الحديثة لفكرة العقاب، وأنه وسيلة لتخلص الجاني من ذنبه وإخراجه إلى المجتمع عضواً نافعاً ليكون بحق العقاب قد أتي ثماره في إصلاح وتهذيب الجاني وتكفيره عما ارتكبه من فعل .

المطلب الثاني: بدائل العقوبات ومقارنتها ببعض الأنظمة الأوروبية

ويمكن أن نسوق على سبيل المثال بدائل العقوبات الأكثر شيوعاً في بعض الأنظمة الأوروبية المقارنة كفرنسا وبلجيكا وإسبانيا والدانمارك؛ فمن بين البدائل المهمة للعقوبات السالبة للحرية: العمل لفائدة المنفعة العامة، إيقاف العقوبة الحبسية بشروط، تعليق العقوبة مع الوضع تحت الاختبار، والمراقبة الإلكترونية.¹

كما ينبغي الإشارة أيضاً إلى القرار رقم 2013/25 الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة بتاريخ 25 يوليوز 2013 حول القواعد الدنيا النموذجية لمعاملة السجناء؛ إذ يوصي في فقرته الثالثة، بضرورة بذل الجهود لتقليص الاكتظاظ السجني وكذا التقليص من اللجوء للاعتقال الاحتياطي وإلى تشجيع بدائل العقوبات السالبة للحرية، وفق قواعد طوكيو (القواعد الدنيا النموذجية للأمم المتحدة للتدابير غير الاحتجازية)، وبالتالي فالمغرب كان مطالباً بالإسراع في اتخاذ تدابير تكفل له حل مشكلة الاكتظاظ السجني والتي تتمثل أساساً في التكلفة المالية المرتفعة للاعتقال والفرص الحقيقية الضائعة للإدماج والتي ترفع من نسب العود، كل هذا من شأنه إضعاف قدرة المنظومة السجنية على الاستجابة.

وهكذا جاء النص المقترح من طرف الوزارة، بتعريف واضح للعقوبة والإطار الواجب تنفيذه فيها وبالتالي قد يصبح بالإمكان لأول مرة الحكم بالعمل من أجل المنفعة العامة، بالإضافة إلى تقييده لبعض الحقوق أو بالأحرى فرض

¹ - H. popet , La probation des délinquants adultes en France,cujas,1955.E.N.Martine,La mise à l'épreuve des délinquants et les principes traditionnels du droit pénal.RSC , 1961,P :240,G.marc,la mise à l'épreuve et observation,RSC 1970 ,p : 733

تدابير رقابية أو علاجية تأهيلية، كما أنها كرست معظم توصيات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، التي تبناها في تقريره الخاص بالعقوبات البديلة.

لكن للأسف يُعاب على النص المقترح، فتحه لمساحة شبهة الفساد أمام القضاة وتجريحهم، خصوصاً وأن النص اقترح الغرامة المالية اليومية كعقوبة بديلة للمواد 10-35 و12-35 وبالتالي يجب تدارك الموقف بإعادة تقييم هذه المواد مع ما يتلاءم مع مبدأ العدالة.

كما تجاهل المشرع في نصه المقترح العديد من توصيات المجلس الإيجابية التي كانت سوف تدفع أمامًا بالتشريع الوطني وتكامله، كتوصية المجلس بالنص في القانون الجنائي ومدونة تحصيل الديون العمومية على تدابير بديلة لتنفيذ الإكراه البدني أو إدراج العقوبات البديلة في مختلف النصوص الخاصة، التي تتضمن عقوبات سالبة للحرية كقانون الجمعيات وقانون التجمعات العمومية وقانون 65-99 بمثابة مدونة للشغل والقانون 15-95 بمثابة مدونة التجارة.

في الختام لا ندعي بأن اعتماد العقوبات البديلة سيحل المشكلة من أصلها، لكن حين تستند على رؤية جنائية واضحة، تمزج بين مقاصد العقوبة في بعدها الجزري والتأهيلي الإصلاحي، سيعطي جزءًا من النتائج المطلوبة، لاسيما فيما يخص التقليل من الظواهر الإجرامية المتفشية وخصوصًا حالات العود، لذا نتمنى من مختلف المؤسسات والفاعلين، التوافق حول قانون جنائي لحماية القيم والمصالح الاجتماعية وإرضاء الشعور بالعدالة، والأهم تحقيق الأمن والاستقرار.

المطلب الثالث: العقوبات البديلة في نظر المشرع المغربي.

لا شك أن المغرب شأنه شأن باقي البلدان يشكو من مشكل الاكتظاظ على مستوى الساكنة السجنية وما لهذا الاكتظاظ من عواقب وخيمة على نزلاء المؤسسات السجنية وعلى المجتمع ككل، فيما يتعلق بالوقاية من حالات العود أو إضاعة فرص إعادة الإدماج، ومنه بدأ المشرع المغربي يتجه نحو السياسة الجنائية الحديثة المتمثلة في العقوبات البديلة عن العقوبات السالبة للحرية، حيث تناول في مسودة القانون الجنائي العقوبات البديلة في فرع خاص، كما أعطى لها تعريفًا شاملاً بحيث نص في الفقرة الأولى من المادة 1-35 كما يلي: «عقوبات يحكم بها في غير حالات العود كبديل للعقوبات السالبة للحرية في الجرح التي لا تتجاوز العقوبة المحكوم بها من أجلها سنتين حبسًا».

واشترط المشرع المغربي في الفقرة الثانية من نفس المادة تنفيذ المحكوم عليه للالتزامات المفروضة عليه لكي يستفيد من العقوبة البديلة عن العقوبة السالبة للحرية كما أوجب على المحكمة في الفقرة 1/3 من المادة 4 إشعار المحكوم عليه بأنه في حالة عدم تنفيذه للالتزامات المفروضة عليه، فإنه سيتم تنفيذ العقوبة الأصلية المحكوم بها عليه. وفي حالة عدم وفاء المحكوم عليه بالالتزامات المفروضة عليه بموجب العقوبة البديلة ينفذ المحكوم عليه العقوبة الأصلية المحكوم بها بقرار صادر عن قاضي تطبيق العقوبات.¹

قسم المشرع المغربي في مسودة القانون الجنائي الجديدة العقوبات البديلة إلى ثلاث أقسام :

¹ - قانون العقوبات المصري، الفقرة الثالثة من المادة 5-35

الفقرة الأولى: العمل لأجل المنفعة العامة

قد سبق وأن تعرضنا بنوع من التفصيل لهذا البديل فيما سبق، وقد اشترط المشرع المغربي في العمل بهذا البديل في المادة 6-35 بلوغ المحكوم عليه سن 15 سنة كأدنى حد وقت ارتكابه الجريمة، و أن لا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنتين حبسا .

أما في الفقرة الأولى من المادة 7-35 فقد اعتبر العمل المحكوم به لأجل المنفعة العامة عمل غير مؤدى عنه وينجز لفائدة شخص اعتباري عام أو جمعية ذات منفعة عامة لمدة تتراوح بين 40 و 600 ساعة، كما خص المحكمة بتحديد ساعات العمل لأجل المنفعة العامة، واعتبر في الفقرة الثانية من نفس المادة أن كل يوم من مدة العقوبة يوازيه ساعتين من العمل مع مراعاة الحد الأقصى لساعات العمل المنصوص عليه في الفقرة السابعة (الفقرة الأولى من المادة 7-35) كما خص المشرع المادة 9-35 للأحداث بصفة إستثنائية حيث أنه اعتبر في المادة 7 أن العمل لأجل المنفعة العامة لا يعمل به في حالة الأشخاص الذين هم دون 15 سنة، لكن في حالة ما إذا قررت المحكمة الحكم بعقوبة حبسية وفقا للمادة 482 من ق.م.ج، يمكن للحدث أن يستبدلها بعقوبة العمل لأجل المنفعة العامة .

وتشير الفقرة الثانية من المادة 9-35 إلى أنه يتعين على قاضي الأحداث أن يتأكد من مدى ملاءمة العمل لأجل المنفعة العامة لمصلحة الحدث ولحاجيات تكوينه وإعادة إدماجه .

الفقرة الثانية: الغرامة اليومية

عرف المشرع المغربي في مسودة القانون الجنائي الغرامة اليومية في الفقرة الأولى من المادة 10-35 حيث اعتبرها عقوبة يمكن للمحكمة أن تحكم بها بدلا من العقوبة الحبسية، وهي مبلغ مالي تحدده المحكمة عن كل يوم من المدة الحبسية المحكوم بها، والتي لا يتجاوز منطوقها في المقرر القضائي سنتين حبسا.

كما نجد أن المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة قد امتنع عن تطبيقها على الأحداث وذلك لعدة اعتبارات منها أن الأحداث لا يستطيعون دفع المبالغ المالية التي تقررها المحكمة المحددة في المادة 10-15 بين 100 و 2000 درهم عن كل يوم، وبالتالي قد يتكلف بها أولياؤهم وهذا مخالف للقاعدة التي تقضي بأن الجريمة لا يتحمل تبعاتها إلا من اقترفها كما نجد أنه قد شدد المشرع على إلزامية أداء المبلغ الذي حكمت به المحكمة وذلك في غضون أجل لا يتجاوز آخر يوم من العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها وجاء هذا صراحة في المادة 12-35 بحيث اعتبر المشرع أن المحكوم عليه يلزم بأداء المبلغ المحدد له في أجل أقصاه آخر يوم من العقوبة الحبسية المحكوم بها والواجبة التنفيذ فور صدور الحكم بها، مع إمكانية تحديد هذا الأجل بقرار صادر عن قاضي تطبيق العقوبات بناء على طلب من المحكوم عليه .

الفقرة الثالثة : تقييد بعض الحقوق وفرض تدابير رقابية أو علاجية أو تأهيلية

اشترط المشرع المغربي في العمل بهذا البديل في الحالات التي لا تتجاوز مدة العقوبة السالبة للحرية المحكوم بها سنتين حبسا، وعبر عنها المشرع في الفقرة الأولى من المادة 13-35 حيث نص على ذلك كالتالي: "يمكن الحكم بالعقوبات التي تتضمن تقييدا لبعض الحقوق أو فرض تدابير رقابية أو علاجية أو تأهيلية، كبديل للعقوبات السالبة للحرية التي لا تتجاوز منطوقها في المقرر القضائي سنتين حبسا ."

في حين نص على اختيار المحكوم عليه و التأكيد على استعداده لتقويم سلوكه واستجابته لإعادة الإدماج¹. في المادة 14-35 نص المشرع على أنه « يلزم المحكوم عليه بتنفيذ العقوبات التي تتضمن تقييد بعض الحقوق أو فرض تدابير رقابية أو علاجية، داخل أجل لا يتجاوز خمس سنوات من تاريخ صدور المقرر التنفيذي مع إمكانية تمديد هذا الأجل بناء على طلب من المحكوم عليه، بقرار صادر عن قاضي تطبيق العقوبات أو قاضي الأحداث حسب الحالات» في إشارة إلى أن الأحداث هم أيضا معنيون بهذا البديل وحدد المشرع في المادة 15-35 العقوبات التي يمكن للمحكمة أن تحكم بها إما بعقوبة واحدة أو أكثر وهي كالتالي :

1. مزاولة المحكوم عليه نشاطا مهنيا محددًا أو تتبعه دراسة أو تأهيلا مهنيا محددًا؛² ويهدف المشرع من هذا الإجراء إلى توجيه المحكوم عليه نحو التأهيل والتكوين على مستوى المهن والحرف التي تتلاءم وإمكانياته المعرفية إما بتقييده بمزاوله نشاط مهني معين أو تتبعه دراسة معينة أو تكوين معين .
2. إقامة المحكوم عليه بمكان محدد والتزامه بعدم مغادرته، أو بعدم مغادرته في أوقات معينة؛³ والغاية من هذا الإجراء هي وضع قيود على تحركات المحكوم عليه حسب الجريمة التي اقترفها ومدى خطورتها على المجتمع والزامه بعدم المغادرة كليًا من مكان محدد أو بعدم مغادرته في أوقات محددة .
3. فرض رقابة يلزم بموجبها المحكوم عليه من قبل قاضي تطبيق العقوبات أو قاضي الأحداث، إذا تعلق الأمر بحدث، بالتقدم في مواعيد محددة، وحسب الحالات، إما إلى المؤسسة السجنية أو مقر الشرطة أو الدرك الملكي أو مكتب الموظف المكلف بالمساعدة الاجتماعية بالمحكمة؛⁴
4. خضوع المحكوم عليه لعلاج نفسي أو علاج ضد الإدمان؛⁵
5. تعويض أو إصلاح المحكوم عليه للأضرار الناتجة عن الجريمة؛⁶

ومن خلال تحليلنا للمسودة الجنائية في الشق المتعلق بالعقوبات البديلة يتبين لنا أن المشرع المغربي في خطوة جادة منه لمواكبة التطورات التي يشهدها العالم في مجال الحريات والحقوق العامة من جهة وسعيه إلى التقليل من أعداد السجناء وتوفير تكاليف معيشتهم داخل أسوار السجن، من جهة أخرى، ذهب إلى اعتماد العقوبات البديلة كحل لمشكل الاكتظاظ داخل المؤسسات السجنية وحماية للجنة بالصدفة من سلبيات السجن .

وقد اتجه المشرع المغربي إلى اعتبار بعض هذه العقوبات كعقوبات أصلية وفي بعض الأحيان إضافية أو تكميلية شأنه شأن بعض التشريعات المقارنة كالمصادرة التي اعتبرها المشرع في القانون الجنائي المغربي كتدبير وقائي فيما اعتبرها في مسودة القانون الجنائي كعقوبة إضافية وخص لها فرعًا خاصًا⁷ كما تطرق لها في إطار التدابير الوقائية العينية في

¹ - قانون العقوبات المصري، الفقرة الثانية من المادة 13-35

² - قانون العقوبات المصري، الفقرة الأولى من المادة 15-35

³ - قانون العقوبات المصري، الفقرة الأولى من المادة 15-35

⁴ - قانون العقوبات المصري، الفقرة الأولى من المادة 15-35

⁵ - قانون العقوبات المصري، الفقرة الأولى من المادة 15-35

⁶ - قانون العقوبات المصري، الفقرة الأولى من المادة 15-35

⁷ - قانون العقوبات المصري، الفرع السابع (المواد 42.....46)

المادة 62 من المسودة الجنائية، في حين تعرض الشارع المغربي في مشروع الجنائي للإفراج المقيد بشروط و وقف تنفيذ العقوبة في المواد التالية :

- الإفراج المقيد بشروط حيث اعتبره المشرع من أسباب انقضاء التدابير الوقائية والإعفاء منها وإيقافها وتعرض له في المادة 101 من المسودة الجنائية.
- وقف تنفيذ العقوبة هي كذلك تعرض لها في إطار أسباب انقضاء التدابير الوقائية والإعفاء منها وذلك في المواد من 55 إلى 58 من المسودة الجنائية.

المبحث الثاني : دور المجالس الحقوقية والمواثيق الدولية من العقوبات البديلة

نتحدث في هذا المطلب عن دور المجلس الوطني لحقوق الإنسان و المجلس الإستشاري من العقوبات البديلة و دور المواثيق الدولية في تفعيل هذه البدائل و توصية المؤتمر السابع للأمم المتحدة المنعقد في ميلانو عام 1985

المطلب الأول: دور المجالس الحقوقية (المجلس الاستشاري نموذجا) من العقوبات البديلة

إن الأمين العام للمجلس الوطني لحقوق الإنسان، محمد الصبار قال في الكلمة الإفتتاحية للندوة التي نظمت بمدينة الرباط بتاريخ 30 أكتوبر 2015، إن الندوة تأتي في إطار قيام المجلس الوطني لحقوق الإنسان بإختصاصاته المتعلقة بالنهوض بحقوق الإنسان . ومواكبة المجلس لمسار إصلاح منظومة العدالة بعد التقريرين اللذين قد أصدرهما المجلس حول المجلس الأعلى للسلطة القضائية.

وثن الأمين العام للمجلس الوطني لحقوق الإنسان، قرار إدراج مبدأ العقوبات البديلة ضمن الهدف المتعلق بتقوية الحماية القضائية للحقوق والحريات، مضيفا أن المجلس الوطني لحقوق الإنسان رافع باستمرار من أجل إدماج العقوبات البديلة السالبة للحرية في المنظومة الجنائية الوطنية وذلك في أفق تحديث النظام العقابي و السنة العقاب.¹ و كان تقرير المجلس الوطني الإستشاري لحقوق الإنسان قد أصدر تقريراً حول المؤسسات السجنية بالمغرب، أظهر أن حوالي 7000 شخص من السجناء هم من المحكومين بمدد أقل من ستة أشهر، في إطار مخالفات و جنح بسيطة و هو ما يرى فيه المجلس ملحة إلى إدماج وتنوع العقوبات البديلة في المنظومة الجنائية الوطنية.

وكانت الندوة ترمي إلى تحليل واقع العقوبات البديلة وفتح نقاش حول إمكانيات و أفاق تطبيق العقوبات البديلة بالمغرب، والإطلاع على التجارب الدولية المعتمدة في هذا المجال في ظل الإكتضاظ التي تعاني منه المؤسسات السجنية.

¹ - الشبكة الأوروبية المتوسطية لحقوق الإنسان هي شبكة لمنظمات حقوق الإنسان في أكثر من عشرين بلدا من المنطقة الأورومتوسطية، وتم تأسيسها في ييباير 1997 ، استجابة لإعلان برشلونة المؤرخ في 1995/11/28 ومبادرة من منظمات عاملة في مجال حقوق الإنسان وفقا للأهداف التالية:

- دعم المبادئ العالمية لحقوق الإنسان والتعريف بها في الدول الشريكة، كما تتجلى في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.
- دعم تطوير المؤسسات الديمقراطية والترويج لسيادة القانون وحقوق الإنسان وتعزيز دور المجتمع المدني في المنطقة الأورو-متوسطية.

وتشمل التوصيات التي تقدم بها المجلس الإستشاري لحقوق الإنسان في هذا الصدد، التنصيص إلى عقوبات بديلة في القانون الجنائي، بما في ذلك الخدمة من أجل المنفعة العامة، بدون أجر وعقوبة الحرمان من رخصة السياقة، مع مراقبة و تتبع العقوبات البديلة والتأكد من صحة ذلك التنفيذ وفعالية و معاينة مدى فائدتها في تقويم سلوك المحكوم عليه، مع رفع الأمر إلى المحكمة من أجل القرار في حالة تعارضه مع غايته، إلى الجهة القضائية المختصة.

المطلب الثاني: دور المواثيق الدولية في تفعيل العقوبات البديلة، اتفاقية طوكيو نموذجاً

إن مسألة العقوبات التي تفرض في حالة تجاوز الحدود القانونية موضوع مثار اهتمام متواصل. وبالرغم من أن سجن المجرمين ليس هو الجزاء الأكثر استخداماً إلا أنه تظل العقوبة الشائعة على الإجرام التي يأذن بها قانون حقوق الإنسان الدولي بقدر ما تفرض هذه العقوبة بناء على محاكمة تحترم الأصول وتتم وفقاً للقانون ولا ترقى إلى مستوى المعاملة التي تحظرها معايير حقوق الإنسان، بوصفها، بوجه خاص، لاتتناسب بوضوح مع خطورة الجرم الجنائي المرتكب.

و على حين أن السجن ضروري في العديد من القضايا المورط فيها مجرمون لجئوا إلى العنف، إلا أن السجن لايشكل الدواء اللازم سواء فيما يخص منع الجريمة أو إعادة الإدماج الإجتماعي لمرتكبيها. بالإضافة إلى ذلك يواجه النظام السجني في العديد من البلدان تحديات كبرى بسبب الإكتضاظ وقدم مرافق الإحتجاز، ويترتب على ذلك أن السجناء غالباً ما يجدون أنفسهم في أوضاع احتجاز يرثى لها يمكن أن تكون لها آثار ضارة بصحتهم البدنية والعقلية وتعوق تربيتهم مما يعني تأثر فرصهم في التكيف مستقبلاً داخل المجتمع المحلي. وتأثير السجن الملحوظ في الأمد الطويل على أسرة الشخص وفي حياته العملية.¹

والعقوبات الجنائية المطبقة أكثر من غيرها ذات طابع غير احتجائي، واستخدام هذه العقوبات. وحيث يتنامى التشكيك في فعالية السجن حاول الخبراء تطوير تدابير مفيدة أخرى لمساعدة المسبيين في الوقت الذي يتم فيه الإحتفاظ بهم داخل المجتمع المحلي ومن أهداف قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا للتدابير غيرالإحتجازية (التي يشار إليها فيما بعد بوصفها قواعد طوكيو) هو التشديد على أهمية هذه الإجراءات

- ويتعلق الأمر ب: ¹

- العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية و السياسية (المادة 2).

- العهد الدولي المتعلق بالحقوق الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية (المادة 2).

- اتفاقية مناهضة التعذيب و غيره من ظروف المعاملات أو العقوبات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (م2).

- اتفاقية مناهضة جميع أشكال التمييز العنصري (المادتين 2 و7).

- اتفاقية حقوق الطفل (المادة 4).

- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (المادتين 2 و3).

مثل قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث (قواعد بيجين) و الإعلان بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة.¹

بيد أن قواعد بيجين سينظر فيها بمزيد من العمق في الفصل العاشر المتعلق بـ "حقوق الطفل في مجال إقامة العدل".

1- الغرض من التدابير غير الإحتجاجية وقواعد طوكيو:

- يكمن الغرض من التدابير غير الإحتجاجية عموماً وقواعد طوكيو خصوصاً في :
- العثور على بدائل فعالة لسجن المجرمين وتمكين السلطات من تكييف العقوبات الجنائية بحسب احتياجات الفرد المجرم على النحو الذي يتناسب والجريمة المرتكبة.
 - مزايا الحكم بحسب ظروف الحالة على هذا النحو واضحة بالنظر إلى أنها تسمح للمجرم بالبقاء حراً طليقاً وتمكنه من ثم من مواصلة العمل و الدراسة و الحياة الأسرية.
 - وضع معايير لفرض وتنفيذ أية تقييدات و شروط و إن واحداً من الأغراض الرئيسية لقواعد طوكيو هو محاولة تحديد هذه المعايير الواجب أن تعتبر معايير دنيا تهدف إلى التشجيع على "بذل جهود للتغلب على المصاعب العملية التي تواجه في تطبيق تلك التدابير". وبالتالي، ليس المقصود بهذه القواعد أن تقرراً تعليق على قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا للتدابير غير الإحتجاجية (قواعد طوكيو) بإخضاع شخص مشتبه فيه أو متهم أو محكوم عليه في جريمة لبعض الشروط و الإلتزامات التي لا تشمل السجن، و يمكن أن يتخذ مثل هذا القرار في أي مرحلة من مراحل إقامة العدالة الجنائية (القاعدة 2).
 - من قواعد طوكيو أنها تسري على جميع الأشخاص الخاضعين للمقاضاة أو المحاكمة أو تنفيذ حكم ما في جميع مراحل تدبير شؤون العدالة الجنائية. ولأغراض هذه القواعد يشار إلى هؤلاء الأشخاص بعبارة "جناة" بصرف النظر عما إذا كانوا من المشتبه فيهم أو المتهمين أو الصادرة.

2- المبادئ العامة المتصلة بالتدابير غير الإحتجاجية:

تحدد قواعد طوكيو من 1 إلى 4 بشئى من التفصيل المبادئ العامة التي توجه اللجوء إلى التدابير غير الإحتجاجية كبدايل للسجن وفيما عدا الشرط الوقائي المتمثل في المادة 4 تصف هذه المبادئ الغايات الرئيسية و نطاق الضمانات القانونية للتدابير غير الإحتجاجية. وهذا القسم سوف يسلط الأضواء على أبرز جوانب هذه المبادئ العامة.

إن الغرضين الأساسيين لقواعد طوكيو هما توفير :

"مجموعة من المبادئ الأساسية لتعزيز استخدام التدابير غير الإحتجاجية " و "ضمانات دنيا للأشخاص الخاضعين لبدايل السجن".

- أحمد الكباش الحماية الجنائية لحقوق الإنسان في ظل أحكام الشريعة الإسلامية للمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية، دار الجامعيين للطباعة، القاهرة، 2002م، ص 121

و على هذا النحو تبدأ قواعد طوكيو بإقرار توازن مهم بين غرضها الأساسيين كليهما من حيث أن هذه القواعد تشجع في آن واحد على اللجوء إلى التدابير غير الإحتجاجية و تستهدف ضمان التطبيق العادل لتلك التدابير بالإستناد إلى الإحترام الواجب لحقوق الإنسان، ومثل هذه التدابير يقتضيها منع اللجوء اللامتناسب للتدابير الرقابية.

ووفقا للتعليق العام على قواعد طوكيو، تتسم التدابير غير الإحتجاجية "بقيمة احتمالية كبيرة بالنسبة للجنة عن المجتمع المحلي" ويمكن أن تكون الجزاء المناسب لطائفة بأسرها من الجرائم و لعديد الأنواع من الجناة، ولا سيما أولئك الذين لا يحتمل عودتهم إلى الإجرام، و أولئك الذين أدينوا بجرائم ثانوية و أولئك الذين هم بحاجة إلى المساعدة الطبية والنفسية و الإجتماعية.

و تراعى في تنفيذ قواعد طوكيو "الظروف الإقتصادية و السياسية و وفقا للقاعدة الإجتماعية والثقافية السائدة في كل بلد، كما تراعى أهداف و غايات نظام العدالة الجنائية فيه". و بالتالي فإن هذه القواعد ليس القصد منها وصف نظام نموذجي للتدابير غير الإحتجاجية إذ أن مهمة كهذه مستبعدة على أية حال بحكم تنوع تنظيم العدالة الجنائية في جميع أنحاء العالم، بل إن القصد هو أن يتيح هذا التنوع تبادلا مثمرا للأفكار المتعلقة بالنهوج و التطورات.

وأخيرا ووفقا للمادة 1

" تقوم الدول الأعضاء، على صعيد نظمها القانونية، بوضع التدابير غير الإحتجاجية التي تهدف إلى توفير خيارات أخرى تخفف من استخدام السجن، و بترشيد سياسات العدالة الجنائية واطعة في اعتبارها مراعاة حقوق الإنسان ومقتضيات العدالة الإجتماعية و احتياجات إعادة تأهيل الجاني".

وبحسب التعليق، تعني الإشارة إلى "مراعاة حقوق الإنسان ومقتضيات العدالة الجنائية واحتياجات تأهيل الجاني" في جملة أمور، أنه على حين تستهدف قواعد طوكيو ضمان الإستخدام الأكثر تواترا للتدابير غير الإحتجاجية فلا ينبغي أن يؤدي هذا الإستخدام إلى تزايد عدد الأشخاص الذين يخضعون للتدابير الجنائية أو لتزيد كثافة هذه التدابير، ومن خلال تأكيد قواعد طوكيو على مراعاة حقوق الإنسان تسعى هذه القواعد لتلافي سوء استخدام السلطات التقديرية في تنفيذ التدابير غير الإحتجاجية.

إن الغرض الأولي من البدائل غير الإحتجاجية للسجن هو تفريد العقوبات الجنائية بحسب احتياجات الجاني ومن ثم تكون هذه العقوبات أكثر فعالية. و التدابير غير الإحتجاجية أقل كلفة أيضا بالنسبة للمجتمع عموما من الحرمان من الحرية.

و تفريد العقوبات الجنائية التي تنطوي على تدابير غير احتجاجية يجب أن تدرس في ضوء الغرض العام لنظام العدالة الجنائية ألا وهو الحد من الجريمة و ضرورة الإعتراف بإحتياجات و مصالح ضحايا الإجرام.

ويجب أن يحترم استخدام التدابير غير الإحتجاجية حقوق الإنسان المعترف بها دوليا.

وتماشيا مع نفس التوجه فهناك مؤتمرات أخرى تنص على نفس السياق على ضرورة إيلاء اهتمام للعقوبات

البديلة من أجل ترشيد السياسات الجنائية لكل دولة على حدة.

المطلب الثالث: المؤتمر السابع للأمم المتحدة المنعقد في ميلانو عام 1985 م¹

اعتمد في توصيته رقم 16 ما نصه وجوب اتخاذ التدابير اللازمة لعلاج ظاهرة تكديس السجناء، و الإستعاضة ما أمكن عن عقوبة السجن بالتدابير البديلة والمؤهلة لإعادة دمج المحكوم عليهم في الحياة الإجتماعية، كأعضاء فاعلين و إذ يؤكد أن الجزاءات² التي لا تشترط الحبس تمثل طريقة إنسانية لتسهيل جهود إعادة التأهيل التي تبذل الأفراد المحكوم عليهم، وأوصى بما يلي:

- 1- يوصي بأن تعمل الدول الأعضاء على زيادة جهودها الرامية إلى الحد من الآثار السلبية للسجن.
 - 2- يوصي الدول الأعضاء كذلك، بتكليف البحث عن الجزاءات المعقولة التي لا تشترط الحبس كوسيلة لتخفيض إعداد السجناء.
 - 3- يطلب من لجنة منع الجريمة و مكافحتها أن تقوم بدراسة مسألة الجزاءات التي لا تشترط الحبس و التدابير الرامية إلى الاندماج الاجتماعي للمجرمين مع مراعاة جملة أمور.
- ومن القواعد التي تولي الأمم المتحدة أهمية خاصة بها هي قواعد الأمم المتحدة الدنيا النموذجية للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو) التي صدرت في الجلسة 68 في 14 كانون الأول 1990 التي يجب أن يهتم بها الباحثون، ويستفاد منها في دراساتهم و كذلك في حالة تبني هذا النظام للعقوبات البديلة على المشرعين الأخذ بها، و تتضمن مبادئ لا يستغنى عنها في مجال العقوبات البديلة وهنا أشير إلى القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء و المبادئ الأساسية لمعاملة السجناء التي تطرقت أيضا إلى معاملة السجن كإنسان و أن يتمتع بكامل حقوق الإنسان و الحفاظ على كرامته و التي لا مجال لذكرها هنا.

ومند أن جعل ميثاق الأمم المتحدة احترام حقوق الإنسان وتعزيزها هو أحد المقاصد الرئيسية للأمم المتحدة و أحد السبل الأساسية لتحقيق الأمن و السلم الدوليين، بدأت الأمم المتحدة عملها في إرساء القواعد الدولية التي تكفل هذه الحقوق وتضمن احترامها ولتحقيق هذا الغرض أصدرت الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أولا ثم أشرفت على إبرام العهدين الدوليين لحقوق الإنسان الأول في مجال الحقوق المدنية و السياسية و الثاني في مجال الحقوق الاقتصادية.

وقد تناولت المعاهدات و المواثيق الدولية هذه الأساليب- التي من شأنها أن تهدر حقوق الإنسان - بالتجريم والتحریم، و العقاب ، و الحق في سلامة الجسد على المستوى الدولي. و الذي أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان- الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948- على الإقرار بها لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة

¹ - المؤتمر السابع في ميلانو (إيطاليا) 1985: اعتمدت فيه خطة عمل ميلانو وعدة معايير وقواعد جديدة للأمم المتحدة في إطار موضوع "منع الجريمة من أجل الحرية والعدالة والسلم والتنمية".

وتضمنت خطة عمل ميلانو خطوطا عريضة لبرنامج عالمي لمنع الجريمة المنظمة العابرة للحدود و"الإرهاب"، وشددت على ضرورة إجراء بحوث ذات توجه عملي وتقديم المساعدة التقنية إلى البلدان النامية.

² - د.محمد سعيد الدقاق و د.محمود شريف بسيوني: حقوق الإنسان في إطار نظام الأمم المتحدة. المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، 2001م. ص 60.

أصبيلة فيهم، من حقوق متساوية وثابتة، وفي هذا الإطار أكدت الاتفاقيات الدولية على أهمية صون الكرامة الإنسانية واحترامها.¹

خاتمة :

من خلال بحثنا هذا، تطرقنا إلى موضوع العقوبات البديلة كحلول ناجعة كما يراها بعض الفقه لمواكبة تطورات المجتمعات ومستوى نمائها، كما تعرضنا لعدة أنواع من العقوبات البديلة التي تبنتها بعض التشريعات والأنظمة على أساس أنها عقوبات بديلة للعقوبة الحبسية اتخذتها بعض التشريعات كعقوبات أصلية أو إضافية أو تدابير وقائية تهدف إلى تأهيل وإعادة إدماج الجناة داخل المجتمع .

ونرى أن الهدف من العقوبات البديلة هو إصلاح الجاني من جهة وإعادة الاعتبار للمجتمع من جهة أخرى واحترام حقوق الإنسان و تفعيل المواثيق الدولية، حيث يبقى القضاء هو الحامي لحرية وحقوق الأفراد والضامن لأمن واستقرار المجتمع من خلال ردع الجناة وزجرهم بمختلف الوسائل، فتكون العقوبات البديلة ناجعة متى كانت نتائجها تصب في تأطير الجناة وإعادة تأهيلهم و إدماجهم داخل المجتمع الذين هم جزء منه وكذلك حماية المجتمع من حالات العود واستفحال الجريمة داخله.

¹ - د قدري عبد الفتاح الشهاوي: الاستخبارات و الاستدلالات ، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في التشريع المصري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص.250.