University Of Human Development
9th International Scientific Conference
The Deficiencies and Inflation Aspects in Legislation
31/7/2021 – 2/8/2021

معايير التجريم و أثرها في ضبط مسارات التشريع الجنائي
دراسة في ضوء نظريات التجريم المعاصرة

محمد رشيد حسن
جامعة التنمية البشرية، كلية القانون والسياسة – قسم القانون

Abstract

in this research we will examine the bases and the aspects of criminalization process .also we will try to come up with principled justification of why it wants to criminalize certain kinds of conduct. in addition we will determine obviously about the best principles or criteria we should apply when deciding whether to criminalize a certain kind of conduct .also we will elaborate the questions concerning when its come to such important matters as which conduct to criminalize .

thus we will going to describe the more recent theories in respect with this subject by analayzing and determining the best ways to avoid the the misuse of criminal law . all of these study we will depend on the philosophical dimension of the Iraqi legislator .

unfortunately .its clear that there are no methodology in dealing with this crucial process by legislator ,due to the Fact that our legislations -especially criminal kinds have been often affected by y political idealism which makes deviation in the process.

Accordingly this research will clarify the best methods to theorize the criminal legislation by making rational criminal law through adopting the scientific bases for dioing that.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

المقدمة

يمثل التشريع التجريمي تدخلاً جدياً على الحقوق و الحريات و يجسد في نفس الوقت انتقاصاً لها ايفاءً لحماية المصلحة العامة .فالمشرع الجنائي-بخلاف المشرع المدني و الاداري - مؤدى تشريعه التجريم و العقاب ، و الذي يعني بالضرورة فرض القيود على مسالك الافراد و فرض النواهي و الاوامر الصارمةعليهم. و إذا كان الامر على هذا المنوال فان عملية التشريع الجنائي يجب ان تكون عملية غائية و منظمة و مرتبة وفق السياقات الدستورية و الالتزامات الموضوعية الواقعة على المشرع اينما كان و حيثما كان بحيث لا يمنع المشرع الجنائي نفسه حق التشريع بشكل مطلق و ان لا يكون تشريعه الجنائي وسيلة بيد القاضي ليتعسف في توظيف النصوص الجزائية و ان لا يكون مخرجات السلطة التقديرية للمشرع الجنائي مناط اساءة استعمال النص الجزائي .

و من هذا المفترض -و لموجبات التزام المشرع الجنائي بغاياته- فقد آثرنا ان يكون هذا البحث العلمي محاولة لوضع ارهاصات قانونية عميقة بصدد توجيه المشرع الجنائي الى سياقات العمل التشريعي السليم المستجمع لاهداف اصلاح المجتمع و المواجه لخطورة الظواهر السلبية الماسة بالمجتمع . و كل ذلك في اطار الالتزام بالنسق الدستوري و المواكب للالتزامات القانونية الدولية من جهة ، و الارتباط بفكرة التوازن في التجريم و التناسب في العقاب .

و إذا كان ثابتاً ان للمشرع الجنائي سلطة تقديرية في التجريم و العقاب فانه مدعو بإلحاح الى الارتكاز على أسس منهجية في هذه العملية، لان السلطة التقديرية للمشرع الجنائي تعني الالتزام من قبل المشرع بحدود السلطة التشريعية الممنوحة له ، و مرده الى العديد من مضامين الالتزام التشريعي، و لعل من أبرزها التطابق مع النصوص الدستورية ، أي أن تكون القاعدة الجنائية تجسيداً و تفعيلاً للقاعدة الدستورية،هذا من جهة،و من جهة أخرى ضرورة عدم تعارض القاعدة الجنائية بشقيها التجريم و العقاب مع الضوابط الدستورية و هذا هو المجال الابرز،لان القاعدة الدستورية تمثل مصدراً مهماً للسلطة الممنوحة للمشرع في التجريم و العقاب.

إشكالية الدراسة/ ان غياب منهجية علمية واضحة من قبل المشرع الجنائي في العراق و في إقليم كوردستان هو الذي دفعنا الى التطرق و الخوض في هذا المجال ، فغياب المنهجية و التفريع غير المبرر للتشريعات الجنائية . أضف الى ذلك الاقتباس و النقل الحرفي للتشريعات الجنائية الاجنبية من قبل المشرع الوطني دون الاعتداد بواقع المجتمع المحلي ، ناهيك عن الافراط في إستخدام سلاح التجريم -على خطورته- في كل صغيرة و كبيرة كلها مشكلات حقيقة و لا بد من البحث على اساس هذه المشاكل عن حلول علمية تخفف من غلواء إستخدام هذا السلاح .

منهجية البحث / على خلاف المعهود في الدراسات العلمية ذات الصلة بالقانون الجنائي ،حيث التركيز على المقاربات الفقهية و الدراسات المقارنة بين التشريعات الجنائية . فإننا سنركز جهدنا في هذه الدراسة على الفكر الجنائي القائم على بيان أبرز النظريات التي قيلت بصدد التجريم ، لان بيان هذه النظريات و مضامينها قد يساعد المشرع في ضبط مسار التجريم و الاقتناع بفكرة ان التشريع التجريمي يكون أحياناً جزءً من المشكلة بل و قد يفاقمها بدلاً من معالجتها . أضف الى ذلك ان ذلك قد يكون عاملاً مساعداً في تبني منهجية علمية من قبل المشرع عندما يلجأ الى إصدار التشريعات الجنائية.

خطة البحث و على هذا فإننا سنقسم هذه الدراسة الى أربعة مطالب نشخص في المطلب الاول مفهوم التجريم و و نخوض في المطلب الثاني في نظرية الضرر كأساس للتجريم ، و نتناول في المطلب الثالث نظرية الاخلاق القانونية كأساس للتجريم . و نخصص المطلب الرابع للحديث عن نظرية الحقوق الجيدة كاساس للتجريم . ثم نبرز في الاخير أهم الاستنتاجات و التوصيات ذات الصلة بموضوع البحث.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

المطلب الاول

مفهوم سياسة التجريم في العموم

التجريم عموماً هو إضفاء اللامشروعية القانونية على السلوك و الامتناع عن سلوك معين أي اعتبار هذا السلوك حقيقاً بالملامة . و يترتب على ذلك مؤاخذة مجسّدة في صورة جزاء جنائي .فالمصالح الانسانية متنوعة و متعارضة و ان الناس في سبيل تحقيق مصالحهم قد يلجأون الى سبل غير مشروعة او سبل فيها تظلُم للاخرين. و حينها يجب على القانون الجنائي أن يتدخل و يواجه هذه المشاكل. وقيل ايضاً ان التجريم "خلع اللامشروعية الجنائية على ما تراه الجماعة من سلوك يهدد كيانها بالضرر أو بالخطر وتقدر جدارته بالعقاب تبعاً لذلك"[(1)].

و يمكن القول بان التجريم تحدد ضمناً بوصلة سلوك الفرد و وجوب مطابقته مع الاطار الاجتماعي المحمي حسب قانون العقوبات .فالتجريم ظاهرة إجتماعية معقدة خاضعة للتقييم من جوانب عدة كالجوانب السياسية و الدينية و الاقتصادية

فغاية القانون الجنائي هو منع تعارض المصالح أو تقليلها و تأكيد حدود نطاق تصرفات البشر . و قيل في تعريف سياسة التجريم أيضاً بانها توفير الحماية الجنائية لحقوق معينة و مقتضاها المصالح الاساسية و التي تشمل جميع المتطلبات الفردية و الاجتماعية و الاقتصادية . فوظيفة أساسية من وظائف الدولة تكمن في التصدي للجريمة بعد وقوعها بالاساليب المقررة و المتناسبة مع جسامة الحدث الاجرامي و بالتالي قيل ايضاً في تعريفها بخلع صفة عدم المشروعية على السلوكيات و الافعال التي من شأنها المساس أو الاضرار بالمصالح المرعية . و مفاد ذلك أن الدولة في سبيل تحقيق الاستقرار و الفعالية للمجتمع تختار التجريم ،كونه السلاح الاكثر فعالية على افهام أبناء المجتمع بانها ستتخذ أنجع الوسائل لضمان حقوقهم[(2)].

و على ضوء ماتقدم بيانه، يمكن القول أن التجريم هو مواجهة موقف إنساني إيجابي أو سلبي بعقاب جنائي لتهديده نمط أو تنظيم الحياة في مجتمع معين وفي فترة زمنية معينة. فكل تجريم يتضمن في ثناياه عدواناً على مركز قانوني تحميه قاعدة التجريم. فالتجريم هو عبارة عن الوصف الذي يطلقه المشرع على سلوك مخالف للتكليف سواء بالقيام بسلوك معين من قبل المخاطبين بالقاعدة القانونية الجنائية التي جرمت القيام به أو تم حظره جنائياً، أو بالإمتناع عن سلوك معين أمرت القاعدة القانونية الجنائية بإتيانه، وأن يقحم هذا الموقف أو السلوك ضمن النصوص التشريعية للجرائم الجنائية.

فمن المعلوم ان الجريمة بمختلف صورها هي إخلال بالركائز الاساسية في المجتمع و مصالح و موجبات بقاء المجتمع .فالجريمة تمثل اقصى درجات إصابة المجتمع في الصميم و أعمقها تأثيراً على مستلزمات استمراره.

و على نفس المنوال من التفكير فان الجريمة -قبل ان تكون إثماً في نظر القانون الجنائي فانه إثم في نظر الفروع الاخرى للقانون كالقانون المدني و القانون التجاري و قانون الاحوال الشخصية و غيرها من القوانين ،كل حسب حالته و خاصياته و هذا ما يسميه بعض الفقه **الخطر الثنائي للقاعدة الجنائية** (أحياناً بالنسبة للمخالفات الادارية خطر ثلاثي كالاختلاس) .فجريمة الايذاء على سبيل المثال إخلال بحق أو مصلحة معينة للانسان و هو حق السلامة الجسدية و هذا حق محل في صيغة التجريم ، و يَعد أيضاً خرقاً لقاعدة قانونية غير جنائية و هذا ما يشكل تداخلاً بين القانون الجنائي و القواعد غير الجنائية . و في هذا الصدد يقول الدكتور رمسيس بهنام : (انه كلما كانت قيمة الوفاء بالالتزامات القانونية أقل سموا في ميزان الخلق الاجتماعي تضاعفت جسامة الاخلال بها[(3)]) و بعبارة أُخرى ان مواجهة المشاكل من خلال القانون الجنائي تمثل افضل السبل لتحقيق التزام الناس و انصياعهم لشدة تأثير القانون الجنائي . و هنا يثور التساؤل بخصوص الاسس التي تقوم عليها القوانين ،هل هي قائمة على أسس منطقية ؟ أم تقوم وفق معيار المثالية الاجتماعية المتجسدة في العدالة و الحرية و الاخلاق ؟أم وفق معيار الوظيفة الاجتماعية ؟و إبتناءً على هذه الفكرة فان الفقيه ديغي يرى ان القانون ليس سوى مجموعة الاحكام و القواعد التي توضع تطبيقاً لمثل أعلى بل هي مجموعة القواعد التي يشعر جمهور الافراد انها لازمة و ضرورية للمجتمع و لصيانة النظام الاجتماعي.و وفق هذا المنوال فإن ما يعد ضرورياً من المثل و القيم الاجتماعية الواجب حمايتها من خلال التجريم يتعلق بفلسفة المشرع و عقيدته و الذي يستقيه من ثقافة المجتمع و عقيدته فقد يرى المشرع الجزائي لدولة معينة ان قيمة تستحق الحماية فيكشف عنها النص و يضفي عليها الحماية الجزائية ، في الوقت الذي يرى مشرع جزائي لدولة أخرى أنها غير جديرة بالحماية . و مع ذلك فيجب أن يكون معلوماً انه ليس كل ما هو غير مرغوب فيه إجتماعياً -أي لا يأتلف و قيم المجتمع يتصدى له المشرع بالتجريم و إنما فقط تلك التي تنتهك الحد الادنى لثوابت المجتمع[(4)] . و هذا مفاده ان سياسة التجريم يجب أن تعتد

---

(1) **محمود طه جلال**، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2004، ص 73.

(2) **الدكتور حامد ربيع** ، وظيفة الدولة الجزائية في المجتمع المعاصر م.ج.ق مج 8 ص 261

(3) د.رمسيس بهنام : نظرية التجريم في القانون الجنائي ، معيار سلطة العقاب تشريعاً و تطبيقاً، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1996 ، ص 33

(4) **مصطفى راشد عبد الحمزة الكلابي** ، دور القيم الاجتماعية في السياسة الجزائية (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون -جامعة بغداد ، 2017، ص 123.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

بمعطيات و موجهات الواقع القيمي في المجتمع و يكشف عنها المشرع بالتجريم ، و يكون له أي للواقع القيمي أثر في تكوين المشرع الجزائي لأيدولوجيته و إختياره للمصالح الاجتماعية و تقديمه بعضها على البعض الاخر في عملية التشريع ، تلك التي تقوم على الموازنة التي يضعها المشرع للمصالح المختلفة[1] .

و مع ذهابنا مع الاعتداد بوجود قناعة الترابط بين منظومة التشريع و القيمية الاجتماعية المحلية ، الى ان هذا يجب ألا يجعل من التشريع الجنائي من كاشف للقيم و مفعل لبعضها فحسب ، بل يجب أن ينشئ قيم جديدة خصوصاً القيم الاجتماعية التي غدت لها بعد عالمي من قبيل التسامح و المصالحة و حماية النوع الاجتماعي و تجريم إرتكاب ما يمس التعايش المشترك بين بني البشر على الصعيد العالمية و تجريم التميز العنصري و الكراهية و غير ذلك من الامور التي أغفل المشرع العراقي تنظيمها.

و إرتباطاً بنفس الفكرة فان البعض من الفقه ما زال يركز على الصالح العام في تعريف القانون فالفقيه لومير يعرف القانون بانه قاعدة إجتماعية تفرضها السلطة المختصة من أجل المنفعة العامة أو الصالح العام و تقترن بجزاء . وارتباطاً بالافكار المذكورة سلفاً فان الفقيه بودينهايمر يميل الى الاعتقاد بان القانون بشكله المحض هو ذلك النظام الذي يقلل الى الحد الادنى احتمال التعسف في السلطة من قبل الافراد و السلطة الحاكمة .

و على هذا فان من الثابت لدى الجميع ان هناك إجماع على أن افعالاً من قبيل القتل و الاغتصاب و الاعتداء على الابرياء و الاغتصاب هي أفعال لا بد من ان تقوم الدولة بتجريمها ، لا بل ان التجريم واجب عليها و هو جزء من مقتضيات ممارسة السيادة التشريعية . إلا انه في نفس الوقت هنالك أفعال أو مسائل تتأرجح بين الاباحة و التجريم على الصعيد العالمي من قبيل إدمان المسكرات، الصيد ، البغاء ،شراء ملاعيب الجنس ، المثلية الجنسية ، بيع وشراء أنواع معينة من المخدرات ، لبس النقاب و الحجاب من عدمه.فهذه الامور ما زالت مثار جدل بين العامة و حتى بين الفقهاء القانونيين على الصعيد العالمي.

و هذا الامر يحمل في طياته أهمية بالغة،فنطاق التجريم يترك أثراً بالغاً على حرية الافراد و رفاهيتهم،و ان هذا لا يؤثر في فرص على الاقدام على القيام بانماط معينة من السلوك فحسب بل ان ذلك يقترن بخطر فرض الجزاء الجنائي . و على ذلك فان التوسع في نطاق التجريم يزيد من فرص تعدي القانون الجنائي على حرية الافراد و بالتالي تزيد من إحتمالية فرض الجزاء.

و إذا كانت سياسة التجريم في الدولة تتحدد على ضوء القيم و المصالح الجديرة بالاحترام فان هذه المصالح تتجلى وفق النظام السائد في هذا المجتمع و ظروفه و احتياجاته و تتأثر بعاداته و تقاليده و معتقداته و تراثه و نظامه الاجتماعي و السياسي و الاقتصادي السائد فلا شك -استناداً لما سبق- فانها تختلف فيما بينها في هذا الصدد .فمثلاً في الانظمة الديكتاتورية تعد جريمة كل فعل يتعارض مع توجهات الاحزاب الحاكمة . و كذلك في الانظمة الاشتراكية يعد جريمة كل فعل فيه المساس بالطبقة الاجتماعية الحاكمة[2] . و في الانظمة الليبرالية تتجلى مقتضيات الحماية الجنائية للحقوق و الحريات الفردية بحيث نلحظ على إثر كل هذه التباينات الايدولوجية و الفكرية إختلافات فلسفية في عمليات التجريم و نطاقها.

اضف الى ذلك تتصف القوانين بشكل عام بما فيها القوانين الجزائية بأنها نسبية, وبالتالي فإن فكرة التجريم فكرة نسبية تتفاوت من سياسة جنائية لأخرى، فلا تصلح للتطبيق في كل زمان ومكان، فهي مفاهيم متحولة من زمن لآخر، فما كان محلاً للتجريم اليوم في مجتمع معين قد لا يكون كذلك غداً، وما يباح في بلد ما، يحرم في بلد أخر[3]، فالنصوص التشريعية وإن كانت أهدافها متقاربة أو متماثلة في دول مختلفة إلاّ أنها قد تختلف مع بعضها في جزئياتها حسب البيئة الوطنية لهذا النص، خاصة إن عوامل هذه البيئة الوطنية التي يتكون فيها النص الجنائي كثيرة ومتنوعة من دولة لأخرى وفقاً لإختلافات القيم والمصالح المحمية النابعة من تقاليد ونظم كل دولة. فهي فكرة معاصرة للإنسانية تتماشى مع تطور المجتمع وضروراته وأهدافه وترجمة لإرادة الطبقة السائدة في المجتمع. ويختلف مضمون التجريم والعقاب مع تطور الفكر والعادات والظروف، ويتباينان في الدور والأهداف من نظام إجتماعي إلى آخر وهذا التباين ينبع من الفلسفة التي تعتنقها الدولة حيث تتغير بتغير نظرة أجهزة الدولة لكافة مجالات الحياة وأنشطتها في المجتمع تبعاً لطبيعة الفلسفة الغالبة عليه من النواحي الإجتماعية والإقتصادية والسياسية[4].

و بالمقابل فان التجريم يجب ان يكون مجرداً من الافراط و التفريط، إذ ان تقرير العقاب على الاخلال بالتزامات ولا تستهدف سوى غاية تنظيمية أو غير صميمية أو غير أساسية يعتبر إستخداماً غير حكيم للقانون الجنائي و يؤدي الى تحويل القانون الجنائي الى تسليط على رقاب الشعب، و تكون بذلك وسيلة قمع و بالتالي تترتب على ذلك الاخلال بركيزة أولية للوجود الاجتماعي من شروط كيان المجتمع. فالتشريع التجريمي يجب ان لا ينحرف عن مساره و يجب أن يكون تعبيراً فنياً عما يقتضيه المجتمع و ما يسيطر عليه من موجات عقلية و مثالية فهو تعبير عن حاجة المجتمع الملحة و مشيئته، و هي حاجة يحكمها

(1) **د. أحمد محمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم ،دراسة في فلسفة القانون الجنائي ،دار المعارف، مصر سنة الطبع بلا .**

(2) **الدكتور عصمت عبد المجيد:** مشكلات التشريع دراسة نظرية و تطبيقية ، دار الكتب العلمية ،بيروت، 2014 الطبعة الاولى ص.

(3) د. أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون العقوبات – القسم العام النظرية العامة للجريمة والعقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص3؛ جاسم العبودي، مصدر سابق، ص 23-24؛ **د. محمد مردان**، المصلحة المعتبرة في التجريم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 66.

(4) **د. أحمد محمد خليفة**، مصدر سابق، ص 144 - 145.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

ما يدخر به الحياة من و قائع و حقائق و ما يفرضه العقل من غاية أو هدف[1]. و هذا يعني ان حدود التجريم تكون حدوداً غير معقولة إذا تجاوز ذلك التجريم المدى الاعتيادي فالواجب مراعاة الاسس الاجتماعية و العدالة و حماية النظام الاجتماعي و ترقيته ترقية غير منفلتة آخذة في الحسبان الحاجات و الخصوصيات المجتمعية.

و على ذلك يمكننا ان نقول بان سياسة التجريم هي السياسة الجنائية في شقها التشريعي و تمثل وجهة نظر الدولة و فلسفتها في حظر أفعال معينة و تقرير العقوبات و التدابير اللازمة إزائها ، و كل ذلك في ضوء المعطيات الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية السائدة في الدولة. و انسياقاً وراء هذه الفكرة فان المشرع مدعو الى مراقبة الاوضاع بدقة و ان يضع المسلمات القانونية للحضارة السائدة في المكان و الزمان المعينيين و ان تقيس القانون بموجب هذه المسلمات حتى يستطيع القانون ان يدفع المجتمع الى الامام و حتى يمكن ان تصبح المواد و النصوص القانونية المتوارثة من الحضارات القديمة و سيلة يمكن بواسطتها الحفاظ على الحضارة و دفعها الى الامام.

و إرتباطاً بما تقدم يؤكد البعض[2] ان سياسة التجريم تعتمد على ثلاثة معايير : المثالية الاجتماعية ، الفلسفة السياسية و الحرية الاقتصادية .

.فالمثالية الاجتماعية تتضمن المثل الدينية و الاخلاقية و العادات المجتمعية[3].أما المقصود بالفلسفة السياسية فانها أيضاً تتغير من مجتمع لآخر و من حالة لأخرى،فالفلسفة السياسية الديمقراطية تعزز أو تعمل على تعزيز الايمان بالحرية السياسية و تسمح للناس بممارسة الحقوق السياسية.و في المقابل فان فلسفة الحكم القائم على الفلسفة الثيوقراطية تقوم على أساس تذويب إرادة الافراد في الدولة و التشديد في التجريم و ربط عملية التجريم بشكل مباشر أو غير مباشر بالحفاظ على النظام السياسي القائم.اما الحرية الاقتصادية فتكون مختلفة حسب الفلسفة السياسية المتبعة في الدولة فيما إذا كان النظام الاقتصادي نظاماً حراً معتمداً على الحرية في نقل السلع و الخدمات ام موجهاً قائماً على فلسفة تدخل الدولة في كل صغيرة و كبيرة . و في ضوء ذلك تتجلى مظاهر الاختلاف في التشريع الجنائي في التعامل مع الافرازات الاقتصادية .

المطلب الثاني

التجريم على اساس الضرر

من المهم جداً أن يكون التساؤل قائماً بخصوص المعيار الواجب إتباعه عند تجريم سلوك معين .او بعبارة أخرى ما هي الارضية التي يجب على الدولة أن تستند عليها لبيان أسس التجريم و مقتضياته. فقد بات من المؤكد إن افعالاً من قبيل القتل و السرقة و الاغتصاب لا يحتمل الجدال حول موجبات تجريمها .إلا ان أفعالاً أخرى مثل شرب الخمر او تعاطي قدر معين من المخدرات و لاغراض علاجية ما زالت بين التجريم و اللاتجريم و اقصد هنا على صعيد التشريعي العالمي . و كل هذه التساؤلات تترتب عليها تساؤلات أخرى بصيغ أخرى و هي هل أن التشريع الجنائي يقوم وفق معيار المثالية المتجسدة في العدالة و الحرية و الاخلاق؟ ام وفق معيار الوظيفة الاجتماعية للتشريع اي وفق المنطق القائل بان التشريع هو مجموعة القواعد والاحكام التي يشعر جمهور الافراد أنها لازمة و ضرورية للجماعة و لصيانة النظام الاجتماعي؟

و من جماع ما تقدم يبدو لنا ان من الضروري أن يكون جلياً ماهية المعايير التي يجب على الدولة تبنيها ،و ما هية مضمون السياسة التشريعية التي تعتد بالتجريم .هل نعتد بتجريم كل ما هو غير أخلاقي أو غير إجتماعي ؟ و الاكيد انه ليس من السهل على الدولة أو على المشرع الجنائي تحديداً أن يحدد نسبة أو كمية أو نطاق الافعال الواجب تجريمها ، لان ذلك تعتمد على منظومة القيم و ليس منظومة المزاج .و الامر جله نسبي أي ان أمر التجريم نسبي ،فالتجريم يتغير بتغير الازمنة و الامكنة .فما يُعد مجرماً اليوم قد يُعد مباحاً غداً إرتباطاً بتغيرالمنظومة الاجتماعية . و لعل التساؤل الابرز المثار في هذا الصدد هو مدى قابلية المنظومة التشريعية الجنائية من التحرر من متطلبات الدين و الاخلاق،فالفصل بين الدين و الدولة يتطلب بطبيعة الحال فصلاً بين منظومة التشريع الجنائي الليبرالي و منظومة المحرمات في الدين .

و نحن نعتقد أنه لا يجب ان نبحث عن عن الاجابة على هذه الاسئلة و الامور الجدلية ، بل يجب البحث عن إجابات مقنعة .و في ضوء ذلك سنتطرق الى أبرز النظريات التي قيلت في هذا الصدد في ضوء فلسفة القانون الجنائي حيث لم تحظى نظرية التجريم في العراق بالاهتمام الكافي بقدر ما أُعطي لنظرية العقوبة . و عادة ما كان التجريم و حدوده محل إهتمام الفلاسفة و فقهاء القانون و كان إهتمامهم منصباً على نطاق المحظورات في القانون.

(1) الدكتور **أحمد فتحي سرور** المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1983

(2) **الدكتور أكرم نشأت إبراهيم** ، السياسة الجنائية دراسة مقارنة ، دار الثقافة للتوزيع و النشر ـ عمان الاردن ـ 2008 ، الطبعة الاولى ص 53 .

(3) في مقابل المثالية الاجتماعية هناك المادية الاجتماعية حيث تأخذ التشريعات فيها منحاً غير أخلاقي مثل القوانين السوفيتية و بعض القوانين الغربية (الغاء الزنا مثلاً)في القانون الانكليزي .أي انها تعني بصورة عامة الابتعاد عن المثالية و القيم .

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

أولاً/ التجريم على أساس الضرر :تُعد نظرية الضر من أكثر النظريات شهرة في مجال التجريم . حيث يبرز أنصار هذه النظرية ان الدولة لها المبرر الاخلاقي في التجريم في حالة واحدة و هي حالة ثبوت أن هذا التدخل من جانبها سيمنع ضرراً واقعاً على الجماعة..أو تمنع مخاطر إرتكاب فعل يترتب عليه ضرر لحقهم . و هذا يعني حسب أنصار هذا الفكر ان تدخل الدولة لا طائل من وراء تجريمها إذا ثبت ان السلوك المجرم من قبل المشرع لا يمنع الضرر ضد أبناء المجتمع.

و تُعد هذه النظرية هي الاساس في التجريم بأفكار أصلها تعد سياسية خصوصاً أفكار جون ستيوارت ميل في مؤلفه(on liberty) حيث يؤكد ان الغرض الوحيد لممارسة السلطة على أي فرد من أفراد المجتمع المتحضر مكمنه منع حدوث ضرر للآخرين . و وفق البعد الجنائي للموضوع فان تحويل نظرية المنفعة أو منع الضرر الى الحقل الجنائي مرده الى تقييد سلطة الدولة في جبر الافراد على أمور معينة و كذلك منع الافراد بالمساس بحياة الاخرين [1] . و على هذا فان انصار هذه النظرية يبررون التجريم من منطلق ضرورة الدفاع عن الافراد . ضد الافعال الافعال الضارة للآخرين[2] .

ويؤخذ على هذه النظرية في التجريم غموض مفاهيم **الضرر** و غموض مصطلح **الاخرين** الذين يجب ان يُمتنع عليهم الضرر . و في هذا الصدد جرت العديد من المحاولات التي سعت الى تحديد المقصود من المصطلحين و قيل ان المقصود هو المجال أو الحيز الشخصي الخاص بهم ، و هذا يعني بالضرورة اختلاف ذلك عن المصالح الحيوية الكلية المشتركة للأشخاص (الحقوق الجماعية من قبيل إدارة خالية من الفساد ، بيئة غير ملوثة ، نظام نقدي خالي من جرائم العملة .. الخ) و حسب هؤلاء فانه يدخل في نطاق نظرية المصالح الكلية .

و لعل التساؤل المثار في هذا الصدد مكمنه نطاق إرتباط الضرر بالتجريم حيث يذهب البعض الى ضرورة التمييز بين أمرين في هذا الصدد :

الامر الاول ذاتية الضرر ،بمعنى النظر الى طبيعة الفعل أو السلوك ذاته ،أي يجب أن يخضع لمعيار التجريم إذا ضاراً بحد ذاته بأبناء المجتمع[3] ..

الامر الثاني / وظيفة الضرر . بمعنى أن الفعل يجب أن يخضع لمعيار التجريم إذا كان تجريم السلوك مانع للضرر [4] بمعنى أن الفعل يجب أن يخضع للتجريم إذا كان من شأن هذا التجريم منع حدوث ضرر مستقبلاً .و هذا يعني ان الفعل الذي قد يترتب عليه ضرر محقق و لا يمكن تحمله بسهوله يمكن أن يكون أساساً للتجريم.و يحدد Fienberg المصالح التي تحدد في ضوئها التجريم و يقسمه الى نوعين:النوع الاول هو المصالح الثابتة و هي المصالح المؤكدة لجميع بني البشر و المشتركة بينهم مثل الحق في السلامة الجسدية و الملكية ،الاستقرار العاطفي و القوة الجسدية و القضاء على اسباب الاستياء و القضاء على اسباب أنعدام الشعور بالراحة، و إدامة الصداقة و ضمان الحد الادنى من الدخل و الامن المالي ،و البيئة الاجتماعية فهذه هي المتطلبات الاساسية المكونة للمصالح الثابتة .فعندما تتعرض هذه المصالح للضرر فإن ذلك يحدث إنتكاسة و هذا يعني بطبيعة الحال حدوث ضرر. و عنده يكمن الضرر الموجب للتجريم أية خسارة أو إحباط يصيب الاشخاص من جراء العمل . في حين يؤكد Joseph Raz ان الضرر لغرض التأسيس للتجريم هو أي فعل يجعل حياة الشخص أكثر سوءً . في حين يرى Von Hirschان الضرر هو التناقص في الامور التي تجعل حياة الافراد جيدة .

و في المقابل فإن هناك المصالح الثانوية او المصالح غير الثابتة و هي تختلف من شخص لاخر تبعاً لتنوع المصالح .فمثلاً لشخص مصلحة في بناء منزل أو حل مشكلة علمية . و قد يكون لشخص آخر مصلحة في الزواج .و المهم في القانون الجنائي ضرورة إهتمامه بالمصالح الثابتة

و في إطار تعديل فكرة التجريم على اساس الضررظهرت نظرية جديدة و هي نظرية التجاوز و حسب أنصار هذه النظرية و في مقدمتهم simesterو Von Hirsch فان فكرة التجريم تعتمد على ان كل سلوك يتضمن تجاوزاً على الاخرين يبرر التجريم . و هم يذهبون مع تصور مفاده ان قرار التجريم يعتمد على جملة أمور منها :

1- جدية وقوع تجاوز؛

2- سعة نطاق التجاوز؛

3- القيمة الاجتماعية للحق المعتدى عليه بسبب التجاوز ؛

4- عدم وجود وسائل أخرى أو عدم كفايتها لردع التجاوز أو وجودها و لكن ترتب ضرر أشد في حال تبنيها.

و من الملاحظ ان هذه المعايير المذكورة غامضة و غير واضحة .فعلى سبيل المثال ليس من السهل تحديد الاعتداء الواسع النطاق ، و ليس من السهل تحديد مدى جدية التجاوز و كيفية تجنيب التجريم بناء على عدم جديته .أضف الى ذلك غموض المعيار المتعلق بتحديد القيمة الاجتماعية للحقوق المتجاوز عليها.

1- ***Markus Dubber and Tatjana Hornle , ((*** *The oxford handbook of criminal law)) op.cit p 277*

2- ***Joel Feinberg, ((The Moral limits of the criminal law.Harm to others))*** *>>>*

3- ***James Edwards****((Harm principles)),legal theory journal . Vol20 No4 ,Dec 2014 p253 .*

4- ***Joel Feinberg****,(Harm to others, the moral limits of criminal law)Vol 1 Oxford university press 1987 . p39*

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

المطلب الثالث

التجريم على اساس الاخلاق القانونية

و حسب هذا المفترض التجريمي فان منطلق التجريم هو الاخلاق . حيث ان أفعال مثل القتل و الاغتصاب و السرقة عندما تُجرم،تُجرم من منطلق أخلاقي. و حسب انصار هذه النظرية في التجريم فان هناك علاقة بين الخطأ الجنائي و الخطأ الاخلاقي ،حيث يذهبون الى القول بان الاخلاق القانونية تقوم على فكرة مفادها أن تبرير التجريم يعتمد على الاثم الاخلاقي للفعل[1].

ولتحديد معنى الاخلاق القانونية المبررة للتجريم ،فلا بد من الانطلاق من حقائق عديدة مفادها إذا كان السلوك غير اخلاقي فان من واجب الدولة التدخل بالتجريم. و ان كان من وجهة النظر الاقتصادية تجريم كل سلوك غير أخلاقي يكون له تكلفة إقتصادية باهضة تزيد من نفقات الدولة ، و قد تكون هذه النفقات على حساب المرافق العامة الاخرى مثل الصحة و الامن الاجتماعي .

و للتجريم على أساس الاخلاق القانونية نمطان : **النمط الاول** الاخلاق القانونية الايجابية و مفاده ان السلوك غير الاخلاقي يعطي الدولة موقفاً إيجابياً في التجريم .اما النمط السلبي فمفاده ان الدولة عليها أن تمتنع عن تجريم أي سلوك طالم لا يشكل هذا السلوك إخلالاً بالطابع الاخلاقي .

و إنسياقاً وراء ماسبق فان الافعال الماسة بالاخلاق العامة وحدها هي التي يجب ان تكون مدار التجريم مثل القتل و اعمال العنف و الاغتصاب) .في حين افعال أخرى لا تمثل خرقاً للقيم الخلقية فانه لا حاجة لتجريمها[2].

و من الذين نادوا -ايضاً - بنظرية الاخلاق القانونية في التجريم الفقيه القانوني Devlin و الذي حدد منطلقات مهمة يجب التأسيس عليها في التجريم من أبرز هذه المنطلقات :

1- يجب على المجتمع الالتزام بالقانون لحماية نفسه من الانحلال؛

2- ان ضمان حماية المجتمع مبني على الافكار المشتركة بين السياسة و الاخلاق و بدون توافق بين السياسة و المعطيات الاخلاقية فان المجتمع سيتضرر[3]

3- أن أنماط معينة من السلوك المنحرف مثل الاجهاض و السلوك الجنسي الشاذ و القتل الرحيم و السادية و الانتحار كلها أفعال غير أخلاقية تتضمن مخاطر جمة و تهدد التماسك المجتمعي[4].

و تعزيزاً للفكرة المذكورة أعلاه فان فان وجود المجتمع و ديمومته يعتمد على إستمرارية القيم الاخلاقية . و إن خرق القيم الاخلاقية المشتركة يعني فقد ركيزة مهمة في المجتمع ، و يهدد بفسخ المجتمع و يترتب عليه أضرار ملموسة و غير ملموسة للمجتمع و من هنا تتجلى وظيفة القانون في حماية المجتمع .

و ليس خطأً القول ايضاً بان موضوعة الاخلاق كأساس للتجريم ذات صلة بما يصطلح عليه بالفزع الاخلاقي ،او ترتبط بظهور أفراد او جماعات مهددة للقيم المجتمعية . وهذا الفزع الاخلاقي قد يظهر نتيجة صدمة واسعة النطاق أو نتيجة لتركيز الاعلام على ظهور مجتمعية سلبية تمثل هذه إرهاصات للمشرع للتدخل في الحماية.

و قد اخذ موضوع التجريم على أسس و مرتكزات أخلاقية نقاشاً حاداً بين الفقيه Hart و الفقيه Devlin و أطلق عليه في الفقه الجنائي ب -Hart Devlin debate و كان هذا النقاش نتاج تقرير سمي بتقرير Wolfenden report الذي دعا الى تجريم ضيق و محدد للغاية للمثلية الجنسية و البغاء حيث إقترح تجريمها في حالة واحدة فقط و هي حالة ثبوت ان الافعال المذكورة و ممارستها لها اثار ضارة ، و حسب هذا التقرير فان هذه الافعال يجب ألا تدخل في نطاق عمل القانون و انها تدخل في نطاق ودائرة الاخلاق . و قد رفض الفقيه Devlin هذا التوجه .فحسب قناعته ان القانون الجنائي يجب أن يهتم أيضاً بدائرة الاخلاق ، لان كل مجتمع يرتبط أفراده بعضهم ببعض بقانون أخلاقي و ان تجسيد القيم الاخلاقية في المجتمع يعد في المقابل أمراً اساسياً لكي لا يفقد هذا المجتمع تماسكه .

1- ***Antony Duff*** ,*((the realm of criminal law)) Oxford university press 2018. 1st edition p 53.*

2- ***Antony Duff*** *.op.cit p 52-59*

(3) و من اللازم القول بان هناك من الفقه القانوني قد إنتقد اراء Devlin في التجريم المبني على الاخلاق العامة .فعلى سبيل المثال يرى الفقيه Hart ان اراء Devlin في ضرورة تعبير التجريم عن الاخلاق العامة يؤدي الى نتائج غير مقبولة و يستشهد في هذا الصدد على القيم المشتركة بين غالبية الشعب الالماني في مرحلة الحكم النازي حيث كانت غالبية الشعب الالماني تقبل بفكرة معاداة اليهود و قوانين معاداة اليهود و كذلك كانت أغلبية الشعب الالماني يعتقد بتفوق العرق الاري . و هذا شكل ضرراً بالغاً لفئات عديدة داخل المجتمع الالماني مثل اليهود و الغجر و المثليين و كذلك الاشخاص الذين يعانون من عوق عقلي أو دسدي . و هذا يعني حسب Hart انه ليس من المقبول أن نعتد بالاخلاق العامة او المشتركة اتبرير التجريم ؛لانه ليس بالضرورة ان تعبر القيم المشتركة عن حالة صحية .

للتفاصيل يُنظر :

Hart HLA , *((Law liberty and morality)),Oxford university press 1963p47.*

4-***Patric Devlin*** , *((The enforcement of morals))Oxford university press . 1963 p345.* .

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

في المقابل ذهب البروفيسور Hart مع التقرير المذكور معتقداً بضرورة الفصل بين الاخلاق و القانون و ان المجتمع لا يفقد تماسكه من خلال تغيير بعض القيم الاخلاقية و قد لاقى فلسفة الفصل بين منظومة القانون الجنائي و المنظومة الاخلاقية تأييداً من قبل العديد من فقهاء القانون الجنائي[1].

و نحن نعتقد ان التجريم كوسيلة ضغط إجتماعي قد لا يتسع نطاقه لحماية جميع القيم الاخلاقية .فقد تكون حماية القيم هذه بوسائل ضبط إجتماعية أخرى تمثل خياراً أفضل من قبيل التربية و التعليم و التهذيب النفسي .

و في الختام يمكننا القول بان القانون العقابي يمثل رد فعل على الاخطاء ذات الاهتمام العام سواء بشكل مباشر أو غير مباشر . و بالرغم من أن هناك صعوبة في تحديد ما يعد خطأ عاماً أو خطأً خاصاً فان من الجائز القول بان الاخطاء التي تمس مصالح المجتمع العليا هي المعيار في تحديد وظيفة القانون الجزائي. فقانون العقوبات الذي يعد وعاء التجريم يصح إعتباره منتجاً ثقافياً إجتماعياً معبرا عن الصيغة الثقافية للمجتمع و على ذلك فان القانون لعقابي هو المدار الطبيعي و الاعتيادي للاستجابة عن العديد من الافعال غير المرغوب فيها أو التهديد بإرتكابها.

و يصح القول ايضاً أن أية عملية تجريم يجب أن يأخذ في الحسبان الفضاء العام الاجتماعي و المشتركات الاساسية بين مواطنيها . و في ضوء ذلك يمكن ان نستنتج الاثم الجنائي او على الاقل ما يراه أبناء المجتمع ما يصيبهم في الصميم .

و في إطار الانتقادات الموجهة لنظرية التجريم على أساس الاخلاق القانونية ظهرت نظرية جديدة و هي **نظرية التجريم على اساس حماية الكرامة** ، و مفادها ان الفعل الذي يمس كرامة الانسان هو الذي يبرر التدخل بالتجريم . و لعل من موجبات القول ضرورة تحديد مفهوم الكرامة لأغراض القانون الجنائي . فمصطلح الكرامة يمكن أن تُستخدم إستخدامات عدة. ففي المفهوم العام نردد دائماً بان هذا الشخص له كرامة و هذا قد يكون دلالته على ان هذا الشخص له إتزان و تقدير للذات[2] . أو قد تكون للكرامة دلالة على المركز الاجتماعي للشخص . و قد يحمل مصطلح الكرامة في طياته على الانتقاص كأن يقال ان الشخص فقد كرامته عندما لا يقوم بواجباته الوظيفية بأحسن وجه أو يخالفها . و قد يكون لمصطلح الكرامة دلالة على مضمونها في الشخص أو الشعور الاجتماعي لعامة الناس عندما يقال بان الشخص الفلاني يتصرف بكرامة أو يتكلم بكرامة .

و في العموم فانه في تحديد الكرامة كمعيار للتجريم فاننا لا نلجأ الى تبني المفاهيم المذكورة سلفاً حيث لا يجوز ان نعتبر الكرامة أمراً خاصاً أو مشروطاً ببعض الاشخاص أو الفئات دون غيرها . فلأغراض التجريم فان حماية الكرامة تمتد الى الجميع أو الكل .بخلاف المفاهيم المذكورة سلفاً و الرساخة في الضمير الاجتماعي . فالكرامة إذاً لا يمكن مقايضته أو بيعه أو التصرف به فهي قيمة ثابتة و غير قابلة للتصرف[3] . و لعل ما يربط هذه النظرية بالاخلاق القانونية التجليات الفكرية للفيلسوف الالماني كانت الذي يؤكد على أن المساس بكرامة الانسان يُعد عملاً غير أخلاقي أو خطأ أخلاقي يبرر المحاسبة .

و من دعاة التجريم على اساس حماية الكرامة الانسانية يمكن أن نشير الى الاستاذ الفقيه Dan -Cohen و حسب وجهة نظره فان الهدف الاساسي للقانون الجنائي يكمن في حماية القيمة الاخلاقية لكل شخص . و قد أقر هذا الفقيه ان مصطلح القيمة الاخلاقية مصطلح غامض و لكنه كان يرى انه في حال تحليله بدقة فان قد يعد اساساً تجريمياً أكثر وضوحاً من نظرية التجريم على أساس الضرر[4] .

و في هذا الصدد كانت دعوته قائمة على العودة المفهوم الكانتي للكرامة لكي يعد اساساً معقولاً للتجريم . و تقوم نظرية كانت في الكرامة المرتبطة بالتوظيف القانوني ان الهدف الرئيسي للقانون الجنائي و التجريم هو الحفاظ على كرامة الانسان بمعنى ان على المشرع ان يجرم الافعال التي تمس كرامة الانسان و تنظر الى الانسان كوسيلة و ليس كغاية نهائية لتحقيق ذلك .

و لتحقيق المقاربة أكثر فان البعض[5] الاخر يذهبون الى القول بان من الضروري تأطير مفهوم الكرامة. و في محاولة منهم لتحقيق ذلك فقد أبرزوا عناصر مشتركة تشكل في العموم مكنات الكرامة الانسانية منها :

1- توفير الحاجات الضرورية للإنسان ؛
2- العدالة الاجتماعية و المساواة بين بني البشر ؛
3- التضامن بين أفراد المجتمع،
4- ترسيخ المبادئ الديمقراطية و الحريات العامة .

و مع هذه التوضيحات المرتبطة بذاتية الكرامة الانسانية فان ما يهمنا في هذا المقام هو الكرامة كمناط للتجريم . فالقول بان هدف القانون الجنائي و تدخل المشرع بالتجريم يختصر على حماية الكرامة الانسانية قول غير منضبط في الفضاء العام . فإذا كان هذا صحيحاً بالنسبة لصور معينة من التجريم

---

1 - ***Kai Ambos*** , *OP.CIT .P 61.*

2-***Thomas Sobker Peterson*** , *((why criminalize , New perspectives on normative principles of criminalization)), law and philosophy librart , Springer Nnature Switzerland 2020. p 95 . .*

3- ***Kamm FM*** , *((Biothical perscription)) Oxford university press . Oxford . 2013 p 546. .*

4- ***Dan Cohen*** ,*((defending dignity)), UC Berekly school of law public law legal theory research Pap No 92 .2002*

(5) **د. سنان فاضل عبد الجبار ، الحق في الكرامة الانسانية و ضمانات حمايته ،دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون-جامعة بغداد ، 2016 ، ص 13 .**

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

كالتعذيب و الاغتصاب و القتل ، فانه يصعب الاعتداد به كاساس للتجريم لأفعال أُخرى .ثم ان الفقيه **Cohen** أكد على عبارة ان الهدف الرئيسي للقانون الجنائي هو حماية الكرامة . و هذا الكلام تحمل دلالات أخرى بأن للقانون الجنائي أهداف و غايات أُخرى و هذا لم يتم الاجابة عنها . و أضف الى ذلك فان العديد من الامور المخلة بالكرامة الانسانية من قبيل عدم اليفاء بالوعود قد يشكل إخلالاً بكرامة المقابل دون ان يكون هناك مقتضى لتجريمه كعدم الايفاء بالوعد أو عدم زيارة المريض أو عدم تعزية شخص بوفاة قريب له .

المطلب الرابع

التجريم على اساس نظرية الحقوق الجيدة (gut rechte)

و هي تظرية ألمانية في الاساس تجلت معالمها من قبل فقهاء القانون الالماني من أمثال Franz Birnbaum و Karl Bindingو Franz Von list . و حسب هؤلاء فان الحقوق الجيدة وحدها هي التي تبرر التدخل بسلاح التجريم ، أي ان حماية الخير هو وحده ما يبرر حظر القانون الجنائي لبعض الافعال[1] .

ويشير البعض ان مصطلح الحقوق الجيدة له مغزى إرشادي يتمثل في تحديد نطاق ما يدور في خلد المشرع ، بمعنى التركيز على ما هو حق جيد بموجب القانون الجنائي و هذا ما يساعد المشرع على تحديد أولوياته في التجريم و التصنيف و التمييز بين ما يعد حقاً جيداً للأفراد من قبيل الصحة و السلامة الجسدية ، الملكية ، الخصوصية الجنسية ،الخ) و بين ما يعد خيراً بالنسبة للمجتمع (البيئة الطبيعية ، تنظيم و حماية العملة ، حماية الامن بمختلف أبعاده الخ) و بموجب هذه النظرية فان المشرع الجنائي يجب أن يهتم فقط بتجريم ما يعد مساساً بالجيد المطلوب مجتمعياً و أن أي فعل لا يقع تحت هذا الطائل لا يجوز أن يخضع لنظام التجريم[2] .

و لعل من اهم الامور المتعلقة بهذه النظرية صعوبة تحديد الحقوق الجيدة التي تستوجب الاخلال بها تدخل المشرع الجنائي بسلاح التجريم . و من هنا حاول البعض تعريفها **بانها (كل الاسباب و المصالح المجتمعية غير القابلة للحصر و التحديد و التي تمثل شروطاً أساسية لتطور مستوى الفرد و تمثل إدراكاً لحقوقهم الاساسية ، و كذلك كل ما يساعد في تطوير وظائف الدولة لتحقيق أهدافها). و عرفه الفقيه Klaus Roxin بانه شروط و غايات اساسية للتطور الحر للأشخاص و إدراك حقوقهم الاساسية ضمن النظام الاجتماعي القائم**[3].

و في العموم يمكن القول أن ثلاثة عناصر أساسية لا بد من توافرها لتحقيق مقتضيات التجريم على اساس هذه النظرية و هي :

أولاً : الاهمية الاجتماعية للحق/ و هذه تقوم على فرضية مفادها ان الحق الواجب حمايته جنائياً بالتجريم يجب ان يكون المساس بها على نطاق واسع بحيث يبرر ذلك تدخل المشرع الجنائي بفرض التجريم و العقاب . و يقصد بالاهمية الاجتماعية للحق ان يكون أساسياً للحياة الاجتماعية .

و لعل السؤال الذي يطرح نفسه بقوة ما هو معيار تجسيد ما هو أساسي لديمومة الحياة الاجتماعية ، و بين ما لا يُعد كذلك ؟

و للإجابة على هذا التساؤل فقد اشار البعض الى ان المعيار هنا هو معيار دستوري .فأي حق جاء النص عليه في الدستور يعد حقاً يستوجب الحماية الجنائية .

و معيار دستورية الحق كأساس للتجريم بغرض حمايته يواجه عديد الصعوبات منها ان الوثيقة الدستورية هي لهيكلة و تحديد سلطات ممارسة العمل السياسي ، و ليس لتحديد سلوك الافراد ، و ان إيراد الحقوق في الوثيقة الدستورية مرده الى تحديد مسارات عامة لكي تقوم الدولة بتنظيمها و لكي تتقيد السلطات الادارية و السياسية بضرورة إحترامها .

3- تحديد نوع الاخلال بالحقوق و درجة الاخلال / ان ما يعد ما يعد إخلالاً بالحق، يختلف وفق الفلسفة التشريعية التي تقوم عليها الدولة فهناك فلسفة تشريعية تقوم بتحديد الحقوق من منطلق اهميتها الاجتماعية في ضوء أهميتها للنظام الاجتماعي السائد في المجتمع . في حين ترى فلسفة تشريعية أخرى على ان الاخلال بالحقوق يتحقق في حال الاخلال بالحقوق المتصلة بالافراد . و الفلسفة التشريعية الاولى هي فلسفة تشريعية شمولية و كلية تقوم على ضرورة تذويب المصالح الفردية في مصلحة المجتمع ، في حين تقوم الفلسفة التشريعية الثانية على ضرورة أن يكون النظام الاجتماعي في خدمة الفرد[4] .

---

1 -.***Markus Dubber,Tatjana Hornle*** *,((The Ooxford handbook of criminal law)) Oxford Oxford university press 2014 .p 874.*

2 -.***Markus Dirk Dubber,*** *((Theories of crime and punishment in German criminal law))American journal of comparative law Vol 53. 2005 p 684.*

3 -.***Markus Ddirk Dubber,*** *((Theories of crime and punishment in German criminal law)) OP.CIT P 684. .*

(4) و إرتباطاً بالفلسفة التشريعية المتبعة في التجريم فقد تنازع الفقه الالماني توجهان : توجه يقوده Binding ان حماية أسس و كيان المجتمع هو الذي برر التدخل بالتجريم في حين يرى الفقيه Feurbach ان وظيفة القانون الجنائي تكمن في حماية حقوق الاشخاص .

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

و في هذا الصدد فقد ذهب جانب من الفقه الالماني الى تحديد الحقوق الجيدة كاساس للتجريم و هي الحقوق التي لا يمكن الاستغناء عنها للممارسة الحياة للفرد و كذلك المجتمع . فقد اشاروا الى الحق في الحياة و السلامة الجسدية و الحرية الشخصية في الحركة و التنقل ، الملكية ، الامن الخارجي للدولة ، السلامة المرورية ، منع إفساد الموظف العام ،حماية البعثات الدبلوماسية الاجنبية حماية الاقليات العرقية و الدينية من الإبادة و المعاملة اللانسانية ، و تجريم كل ما يمس السلم الدولي[1] . و ذهب بالمقابل الفقيه Binding ان مفهوم الحقوق الجيدة هي الحقوق المؤسَسة في فروع القانون الاخرى غير القانون الجنائي[2]. (انصار نظرية تبعية قانون العقوبات) . و أنصار هذه النظرية يذهبون الى إضفاء الصفة الجزائية البحتة على قانون العقوبات ، أي عندهم ان قانون العقوبات تقتصر وظيفته على من يخالف قاعدة تتبع فرعاً من فروع القانون الاخرى فالمصلحة المحمية جنائياً تطابق المصلحة التي تحميها القوانين الاخرى غير الجنائية ، اي انه يحمي الحقوق التي تقررها القوانين الاخرى لكنه لا ينشئها[3]. و على ذلك فان مصدر الصفة غير المشروعة للفعل الاجرامي ليس نص قانون العقوبات المتضمن للأمر أو النهي الذي يضع قانون العقوبات جزاء الخروج عليه ، و إنما كل نص جنائي يفترض وجود قاعدة غير جنائية تقرر الحق الذي يحميه القانون و النص الجزائي يحدد جزاء الاعتداء عليه[4] .

و هناك في المقابل من الفقه الجنائي الالماني يذهب بعكس الاتجاه السابق حيث لا يقوم بتصنيف الحقوق من حيث جودتها من عدمها ، بل يذهب الى ذكر أمور معينة بذاتها يمثل المساس بها إخلالاً بالحقوق و هذا ما يبرر التجريم من قبيل الحياة ، الشرف الخصوصية الجنسية ، البيئة الماء و الهواء و الصحة و غير ذلك من مقومات البقاء و الحياة .

و مع ذلك فان هذه النظرية في التجريم لم تسلم من النقد إنطلاقاً من عدم وضوحها و طابعها التعسفي ،لانه لا توجد معيار محدد و دقيق يمكن ان تتم في ضوئها ما يُعد من ضمن الحقوق الجيدة و بين ما لا يُعد كذلك. حيث وصف من قبل المختصين في القانون الجنائي الالماني انه ضعيف الى درجة تفقد هذه النظرية جدواها و محتواها [5]. حيث ما زال الخلاف محتدماً بصدد المعيار الواجب تبنيه في ضبط التجريم و مساره . و إرتباطاً بعدم وضوح هذا لم تعط المحكمة الدستورية الالمانية أي إهتمام بهذه النظرية ، بل جسدت المحكمة المذكورة الضرورة في التجريم كمعيار لها .

و نحن نعتقد انه من الصعب ان نجعل من معيار واحد كأساس للتجريم ، فالجرائم متنوعة و متجددة و بالتالي من الصعب ان لم يكن من المستحيل ان نعتمد على معيار واحد في التجريم . فنحن بحاجة الى عدة معايير للتجريم تختلف بإختلاف أنواع الجرائم احداها للجرائم الماسة بالاشخاص و معيار آخر للجرائم الماسة بالمصالح الكلية فمنطق تخيل التجريم يتنوع بتنوع المصالح،فالمشرع مبرر له التدخل بالتجريم اذا كان السلوك الذي يجرمه ضاراً . و المشرع - ايضاً- له مبرر بالتدخل بسلاح التجريم اذا كان الحظر و المنع يمنع إحداث ضرر و هذه الفلسفة يمكن تجسيدها في الجرائم الماسة بالمصالح العامة و الجرائم الماسة بالافراد .

فالمنطق القانوني في الجرائم الماسة بالمصالح العمومية هو اسلوب التجريم المانع او الوقائي بمعنى لان المواطنين لهم مصلحة في إدامة المؤسسات العامة و حماية الثروات العامة و ان الحفاظ عليها و ديمومتها يشكل مدخلاً أساسياً لمختلف الشرائح و الافراد .أما الجرائم الماسة بالافراد فان الدولة مدعوة الى التجريم في حال خرق الحقوق الدستورية للأشخاص .

ان تجريم كل صور التجريم غير المكتمل من قبيل الشروع و الاعمال التحضيرية جرائم الحيازة ، العضوية في بعض الجماعات تستوجب النقد و المراجعة . و هذا يقتضي من المشرع الجنائي دوام الالتزام بمبدأ التناسب أو مبدأ التدخل بالحد الادنى ، بمعنى ان يوازن المشرع بين المصالح العامة و الحقوق الفردية لان تدخل القانون الجنائي مكلف جداً من جميع النواحي . فالقانون الجنائي يجب ان الا يتدخل إذا ثبت ان له آثار سلبية أو إذا تساوت المنفعة الاجتماعية المحققة منه مقارنة مع الاضرار الاجتماعية المترتبة عليها . و هذا يتحقق من خلال فرض هذا التساؤل: هل يحقق القانون الاداري و المدني نفس الاهداف المتوخاة من تشريع القانون الجنائي ؟ فإذا كان الجواب نعم فان تدخل القانون الجنائي لا مبرر له و بالتالي نحقق الاهداف بتكاليف اقل على الاقتصاد و على المجتمع و على المخطئ نفسه و عائلته .

---

*1 -. **Kai Ambos , ((treatise in international criminal law)) Vol 1 Oxford university press .p 63.***

*2 -.**Santiagu Mir Puig** ((Legal goods protected by the law and legal goods protected by the criminal law as alimit to the state power to criminalize conduct)) New criminal law review .Vol 171 .No 3 P 410 .*

(3) **فاطمة محمد عبد الله أحمد** ، ذاتية قانون العقوبات ، أطروحة دكتوراه في الحقوق مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، 2011، ص 42. .

(4) لا يمكن الذهاب مع نظرية تبعية قانون العقوبات للفروع الاخرى للقانون ، أو تطابق مفهوم الحقوق المحمية بين قانون العقوبات و القوانين غير العقابية . فليس صحيح ما ذهبت إليه من أن قانون العقوبات مكون من محض أجزية بدون تكليف و ان وظيفته تقتصر على مد فروع القانون الاخرى بالاجزية الجنائية فقط. فإن صح هذا في بعض الفروض ، فلا يصح في فروض أخرى ، فلقانون العقوبات طبيعة منشئة أيضاً ، و هناك من القواعد و الاحكام ما يقتصر وصفها على قانون العقوبات وحده و لا توجد بغيره من القوانين . كما أنه يهتم بالجانب النفسي للسلوك . و هذا غير متوفر في القواعد غير الجنائية .

*5 - **Ttatjana Hornle** , ((One masterprinciple of criminalization or several principles)) , Law ,Ethics and philosophy Symposium 2019. p 211.*

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

الخاتمة

1- يمثل التجريم المرتكز و الفيصل بين ما هو مباح و بين ما هو مجرم . فمن خلال التجريم يمكن ضبط مسالك الافراد و تصرفاتهم . و تنظيم ممارسة ما هو حق و مباح و بين ما لا يعد من هذا القبيل . **فالثابت ان التجريم هو مواجهة موقف إيجابي أو سلبي بعقاب جنائي لتهديده نمط أو شكل أو تنظيم الحياة في المجتمع و تتسم حركة قانون العقوبات بانها حركة دائمة التطور و التقلب ، لانها تسير مع تطور الزمن و تغيير الانظمة**

2- ان المشرع الجنائي يجب ان يكون حذراً في اللجوء المتكرر الى التجريم ، لان الافراط في التجريم يعني الافراط في اللجوء الى القضاء و بالتالي يعني الافراط في إصدار الاحكام القضائية و تنفيذ العقوبات القضائية و تترتب على كل ذلك تبعات إقتصادية نتيجة تطبيق العقوبات في المؤسسة العقابية . و لهذ الامر تبعات إقتصادية و اجتماعية باهضة .

3- تعددت المحاولات التنظيرية بخصوص معايير التجريم و أسسها . كل في سياقها الزماني و المكاني , كل منها مرتبط بأيدولوجيات سياسية و إقتصادية و أخلاقية و أغلبها تعتمد على معايير الضرر و التجاوز و الرفاه و الكرامة الانسانية كأساس التجريم .

4- لا مراء من غياب منهجية واضحة في التجريم لدى المشرع الجنائي في العراق عموماً و في إقليم كوردستان العراق فالفئوية التشريعية ، و انعدام وضوح إرادة المشرع ، و غياب منهجية علمية هي من سمات العمل التشريعي الجنائي .

5- ان المدخلات التشريعية السليمة تترتب عليها المخرجات القضائية السليمة و بالتالي فان الواقع يؤكد ان التشريع الجنائي لا يجوز أن يكون موضوعات تنظيمه موضوعاً للجدال و التوظيف السياسي و الحزبي فعندما يوظف التشريع الجنائي لتحقيق غايات حزبية و سياسية فمن المتوقع ان نشهد إثر ذلك إنقسامات مجتمعية و استقطابات حزبية و فئوية غير مبررة . و بدلاً من أن يتحول التشريع الجنائي الى أداة لتحقيق الرفاه و الاستقرار فانه سيغدو وسيلة لتجسيد الفوضى و الطبقية و الانقسامات المجتمعية و التسقيط السياسي .

6- لا يمكن -مع أهمية النظريات المطروحة على بساط البحث في هذه الدراسة ان ننتصر لإحداها . فمع أهمية كل نظرية من النظريات المذكورة فان المشرع الجنائي ليس من مهامه تجسيد النظريات تشريعياً رغم التأكيد على حقيقة مهمة ان هذه النظريات تمثل موجهات تشريعية مهمة للمشرع الجنائي . و قد يستفيد منها و يأخذ بجوانب معينة منها .

ثانياً : التوصيات

1- في العموم ان المشرع مدعو دوماً الى تجنب اللجوء الى سلاح القانون الجنائي . لان التجريم سيف بلا مقبض و إذا زاد عن حده إنقلب ضده . و كثرة اللجوء الى التشريع التجريمي تعبير عن تخبط و غياب منهجية علمية في السياسة التشريعية. خصوصاً إذا كان علاج مشاكل المجتمع ممكناً من خلال وسائل غير وسائل القانون الجنائي .

2- ضرورة معالجة المشاكل المجتمعية من خلال اللجوء المتكرر الى أدوات القانون الاداري و القانون المدني قدر الامكان لما في هذا من انسيابية و سهولة في التعاطي و سرعة في المعالجة و قلة في التكاليف الاقتصادية مقارنة بالقانون الجنائي . فالتشريع التجريمي مكلف إقتصادياً على الدولة ، لان في ذلك إحتمالية إزدياد المحكومين و قد يترتب على ذلك نفقات إقتصادية يكون توظيفها في غير هذا مجال .

3- إرتباطاً بما سبق فان المشرع مدعو اليوم قبل أي وقت مضي الى تبني فلسفة الرجوع الى المشروعية الاصلية أو الاباحة أو تبني سياسة الحد من التجريم . فالرجوع الى الاباحة الاصلية قد تمثل نجاعة عملية. و هذا يعني إلغاء الصفة الجرمية عن العديد من الافعال المجرمة في قانون العقوبات يقتضى الغاء تجريمها إما لعدم ضرورة تجريمها أو لمخالفة تجريمها مع الضوابط الدستورية او لعدم استجماعها لمقتضيات اليقين القانوني في التشريعات الجنائية.

4- أن القانون الجنائي لكي يكون معقولاً يجب عليه أن يحمي المصالح الاساسية و رغم ان الجدال و النقاش ما زال محتدماً بخصوص المصالح الواجب حمايتها . و لكن في الاغلب الاعم يجب أن يعتد القانون الجنائي بالحقوق و الحريات الاساسية من قبيل الحق في الحياة و السلامة الجسدية و النفسية ، و الخصوصية الجنسية و الحق في الملكية و الخصوصية بالاضافة الى موجبات حماية الامن العام و امن الدولة . و هذا يعني ان القانون الجنائي يجب ان يوظف لترجيح المصالح الاكثر إرتباطاً بالمجتمع. و لتحقيق الانضباط في التجريم فنحن نؤيد وجهة النظر الداعية الى وضع حد للتجريمات القانونية (التجريم القانوني) ، لان هذا وضع إستثنائي أملته الضرورة أو المنفعة ، و من ثم يجب على المشرع ان ينتبه دائماً الى التخلص من وضع هذه التجريمات كلما سنحت الفرصة حتى لا يساهم في تفاقم مشكلة التضخم .

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

قائمة المراجع

أولاً / اللغة العربية

1- الدكتور **أحمد فتحي سرور** المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1983

2- 4- **(1) د. أشرف توفيق شمس الدين**، شرح قانون العقوبات – القسم العام النظرية العامة للجريمة والعقوبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012،

3- **الدكتور أكرم نشأت إبراهيم** ، السياسة الجنائية دراسة مقارنة ، دار الثقافة للتوزيع و النشر ـ عمان الاردن ـ 2008 ، الطبعة الاولى

4- **أحمد محمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم ،دراسة في فلسفة القانون الجنائي ،دار المعارف ، مصر سنة الطبع بلا**

5- **.رمسيس بهنام : نظرية التجريم في القانون الجنائي** ، معيار سلطة العقاب تشريعاً و تطبيقاً، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1996

6- **د. سنان فاضل عبد الجبار ، الحق في الكرامة الانسانية و ضمانات حمايته ، دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون-جامعة بغداد، 2016 .**

7- **د. عصمت عبد المجيد :** مشكلات التشريع دراسة نظرية و تطبيقية ، دار الكتب العلمية ،بيروت ، 2014 الطبعة الاولى

8- **فاطمة محمد عبد الله أحمد** ، ذاتية قانون العقوبات ، أطروحة دكتوراه في الحقوق مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، 2011

9- **مصطفى راشد عبد الحمزة الكلابي** ، دور القيم الاجتماعية في السياسة الجزائية (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد ، 2017

10- **د. محمد مردان**، المصلحة المعتبرة في التجريم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015

11- محمود **طه جلال**، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2004.

ثانياً/ باللغة الانكليزية

1- ***Antony Duff*** *,((the realm of criminal law)) Oxford university press 2018. 1st edition*

*2-**Dan Cohen** ,((defending dignity)), UC Berekly school of law public law legal theory research Pap No 92 .2002*

*3- **Joel Feinberg, ((The Moral limits of the criminal law.Harm to others)) , Oxford university press , 1987.***

***4- James Edwards**((Harm principles)),legal theory journal . Vol20 No4 ,Dec 2014 .*

*5- **Joel Feinberg**,(Harm to others, the moral limits of criminal law)Vol 1 Oxford university press 1987 .*

*6- **Hart HLA** , ((Law liberty and morality)),Oxford university press 1963*

*7- **Kai Ambos , ((treatise in international criminal law)) Vol 1 Oxford university press .***

***8-Kamm FM** , ((Biothical perscription)) Oxford university press . Oxford . 2013 p 546. .*

*9- **.Markus Dubber** , **Tatjana Hornle** ,((The Ooxford handbook of criminal law)) Oxford Oxford university press 2014 .*

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64

10-**Markus Dirk Dubber**, ((Theories of crime and punishment in German criminal law))American journal of comparative law Vol 53. 2005 .

11- **Patric Devlin** , ((The enforcement of morals))Oxford university press . 1963

12- **Santiagu Mir Puig** ((Legal goods protected by the law and legal goods protected by the criminal law as alimit to the state power to criminalize conduct)) New criminal law review .Vol 171 .No 3 .

13- **Ttatjana Hornle** , ((One masterprinciple of criminalization or several principles)) , Law ,Ethics and philosophy Symposium 2019.

14--**Thomas Sobker Peterson** , ((why criminalize , New perspectives on normative principles of criminalization)), law and philosophy librart , Springer Nnature Switzerland 2020.

.

doi.org/10.21928/uhdicdial.pp52-64