جدلية شرعية العقوبات بين الدستور والقانون

م. نجوى نجم الدين جمال

م. ضياء عباس علي

جامعة كركوك

كلية القانون والعلوم السياسية

المقدمة

يعد التشريع الجنائي من أهم المجالات التي تتعرض للصراع والتناقض بين مختلف الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة، فهذا التشريع يتحمل مسؤولية تحقيق التوازن الذي يوقف هذا الصراع ويكفل حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة بقدر متناسب، ويلتزم المشرع في سبيل كفالة هذه الحماية باحترام الضمانات التي ينص عليها الدستور.

ونهدف من هذا البحث إلى إلقاء الضوء على المبادئ الدستورية التي يخضع لها قانون العقوبات، ومدى اسهام المبادئ الدستورية في تكوين القانون الجنائي، فهي ليست مجرد جزء من القانون الدستوري بل إنها تجاوز هذا النطاق لكي تسهم في تحديد مضمون القانون الجنائي ذاته، ولا يجوز أن يغيب عن البال أن هذا القانون جزء من النظام القانوني، وتتحدد أحكامه في ضوء طبيعة العلاقة بين الفرد والدولة، فالفرد إما المجني عليه أو الجاني، والدولة هي صاحبة الحق في العقاب وهي صاحبة السلطة الإجرائية.

وتحدد المبادئ والقواعد الدستورية طبيعة العلاقة بين الفرد والدولة والتي تحكم مضمون قواعد القانون الجنائي؛ لكي تجعلها أكثر انضباطاً مع الإرادة العامة للشعب المتمثلة في الدستور وتأكيد حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة من خلال

إحداث توازن فيما بينهما، وهذا التوازن يتحقق من خلال معيار التناسب الذي يحقق علاقة منطقية بين الوسائل والغايات.

ولا يتناقض الالتزام الدستوري للقانون الجنائي مع تطويره وفق مبادئ علم الإجرام، طالما أن التجريم والعقاب الذي يقرره قانون العقوبات تحكمه موجبات الضرورة والتناسب بالمفهوم الدستوري لتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وطالما حافظ قانون الإجراءات الجنائية على الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في توازن بينها وبين المصلحة العامة، وكل ذلك يأتي إيذاناً بمرحلة جديدة لفقه القانون الجنائي، يعطي فيها الصدارة للمبادئ الدستورية التي تحكم القانون الجنائي؛ لكي تضبط قواعده التي تتأثر بطبيعة العلاقة بين الفرد والدولة في ضوء النظام الدستوري.

أولاً: أهمية الدراسة

نستهدف من هذا البحث تأصيل العلاقة بين الفرد والدولة حتى نربط دراسة القانون الجنائي بالشرعية الدستورية، تأكيداً لوحدة النظام القانوني الذي يحكمه الدستور، ومن خلال هذا الارتباط نلقي الضوء على جوانب جديدة في هذا القانون تربطه بسائر فروع القانون، فلا يكون هائماً بعيداً عنها أو مفلتاً منعزلاً عن ضوابطها، بل مرتبطاً معها بحكم علاقته معها داخل النظام القانوني الذي يقف الدستور على قمته.

وحقيقة القول أن هذه الضمانات من حيثُ المصدر ترتكز في الدستور، مما قد يوحي بإطلاق أسم (القانون الدستوري الجنائي) على هذا الفرع من القانون، إلا أنها من حيثُ المضمون تؤثر مباشرةً في قواعد القانون الجنائي، مما يجعلنا نفضل تسميته بالقانون الجنائي الدستوري، وتعد هذه القواعد بمثابة القسم العام الدستوري للقانون الجنائي برمته، ويجب إعطاء كل الاهتمام لبحثها وتعميقها في إطار دراسة القانون الجنائي.

ثانياً: إشكالية الدراسة

تثير الدراسة التساؤل عن ماهية الضوابط التي يجب على الشارع الالتزام بها عند وضعه نصوص التجريم والعقاب؟ فإذا كانت سلطة الشارع التقديرية في التدخل بالتجريم والعقاب تتسم بالاتساع، فإن سلطته في صياغة هذه النصوص ليست كذلك، فمن ناحية يلاحظ ازدياد تدخل الشارع بالتجريم والعقاب في الكثير من المسائل، وهو ما يمكن أن نطلق عليه الإفراط في التجريم والعقاب، وهذا المسلك لا يقتصر على القانون الوطني فحسب، بل إن التشريعات المقارنة قد شهدت توسعاً كبيرًا في مجال التجريم والعقاب، وكثرة تدخل الشارع بالتجريم توجب البحث عن الضوابط التي يجب عليه الالتزام بها عند استخدامه لهذه السلطة، ومن ناحية ثانية فإن هذا التجريم والعقاب ينال من حقوق الأفراد وحرياتهم على نحو كبير، ومن شأن عدم وجود ضوابط على سلطة الشارع أو عدم فاعليتها، وأن يجعل مركز الفرد ضعيفاً تجاه الدولة، ومن جهة أخرى فإن من شأن وجود هذه الضوابط أن تؤدى إلى تدعيم الثقة بين الحكام والمحكومين، فالفرد يعلم أن هناك مجالاً محتجزاً لا تستطيع سلطة الدولة أن تتعداه أو أن تتجاوز نطاقه، وأن هناك ضوابط مصدرها الدستور تتقيد بها سلطة الدولة، والدولة بمراعاة هذه الضوابط تكون قد كفلت احترام مواطنيها وأعملت مبدأ سيادة القانون.

ثالثاً: منهجية الدراسة

سنتناول في هذا البحث دراسة شرعية العقوبات بين الدستور والقوانين العقابية، مستندين في ذلك إلى عرض وتحليل النصوص القانونية في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، مع الاستئناس في بعض الأحيان بمواقف بعض التشريعات الأخرى التي عالجت هذا الموضوع، والاشارة في بعض الأحيان إلى الاختلاف بين هذه القوانين حتى تحصل الفائدة. مدعماً هذا العرض بالتشريعات المحلية والدولية والقرارات القضائية.

رابعاً: هيكلية الدراسة

وحيثُ أن موضوع دراستنا متعلق بدراسة القانون الجنائي الدستوري لاستجلاء الحماية الدستورية للحقوق والحريات في كل من التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية، وفي نطاق الإطار العام لهذه الدراسة ولغرض الإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه، فقد اقتضت دراستنا أن نقسمه على مبحثين تسبقهما المقدمة، لأتناول في المبحث الأول بيان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ثمّ أحاول في المبحث الثاني بيان ضوابط الدستورية للركن المادي والمعنوي لها.

المبحث الأول

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

حريّ بالإشارة أن الجانب الجنائي والمتمثل بتجريم افعال والمعاقبة عليها من اخطر الوسائل التي تمارسها السلطة السياسية في الدولة وذلك لمساس التجريم والعقاب بحريات الافراد مساسا ملحوظا وبغية توضيح اساس التجريم والعقاب والمنطلق الذي يحدد كل منهما، وتأثير ذلك على حرية الافراد وايجاد ضمانة اكيدة لهذه الحريات، ولذا ينبغي بنا ونحن بصدد تناول مبدأ شرعية التجريم والعقاب ان نحدد وبشكل دقيق مفهوم هذا المبدأ عن طريق تعريفهً وارساء طبيعته ومن الطبيعي ان يدخل كل ذلك في الاطار المتعلق بماهية مبدأ شرعية التجريم والعقاب والأساس التي تقوم عليها وبيان أهم النتائج التي تترتب عليها والذي سوف يتم بحثه على النحو الاتي:

المطلب الأول: مفهوم مبدأ الشرعية

بدا لنا لزاماً بيان أن قانون العقوبات تحكم بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات(عبيد، د.ت، ص٧٥) او مبدأ نصية الجرائم والعقوبات او مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص (العوجي، ١٩٧٩، ص١٦٩) وهو بذلك يختلف عن بقية فروع القانون الأخرى التي لها مصادر أخرى مثل العرف، مبادئ العدالة، وقد اريد به عند من اطلق عليه مبدأ قانونية

الجرائم والعقوبات (ان المشرع وحده هو الذي يملك تحديد الأفعال المعاقب عليها والمسماة بالجرائم وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها والمسماة بالعقوبات)(الخلف، الشاوي، ٢٠٠٦، ص٣٠).

ولكن على الرغم من هذا الاختلاف الا ان الفقه الجنائي متفق على مضمون هذا المبدأ، إذ انهم يقصدون بهذا المبدأ إنّ أي فعل لا يعد جريمة يوجب العقاب الا اذا نصّ القانون على ذلك، وهذا ثابت من تعاريف الفقهاء لهذا المبدأ، فقد عُرف عند من اطلق عليه مبدأ الشرعية انه: ((حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون، فتحديد الافعال التي تعد جرائم وبيان اركانها، وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها او مقدارها كل ذلك من اختصاص الشارع))(حسني، ١٩٨٤، ص٧٠) ومؤدي هذا المبدأ عند البعض ((ان على المشرع ان يحدد سلفاً ما يعتبر من الافعال الصادرة عن الانسان جريمة، فيحدد لكل جريمة نموذجها القانوني، كما يحدد لكل جريمة عقوبتها)) (الصيفي،د، ت، ص٢٩١).

كما عرفه البعض منهم انه: ((القاعدة التي يستند اليها الوجود القانوني للجريمة، والمسوغ العادل لفرض العقاب)) (محمود، ١٩٨٢، ص١٩)، اما من اطلق عليه مبدأ المشروعية فقد يراد به: ((تعذر فرض أي عقوبة عن ارتكاب أي فعل لم يكن القانون قد نص على تجريمه ومهما كانت جسامته وخطورته))(الخلف، الشاوي، ٢٠٠٦، ص٣٧)، هذا وقد ظهر من يدعو الى مدلول جديد لمبدأ الشرعية لكي ينسجم ويتلاءم مع لتطورات الحديثة، اذ قرر هذا الاتجاه ان يكون التجريم والعقاب بالحد الذي لا يؤدي الى تعسف السلطة التشريعية في التجريم والعقاب وذلك حماية لمصلحة المجتمع وتقليل الفجوة التي يمكن ان تحصل بين القانون والمجتمع فقد يفرض المشرع قيمة اخلاقية لا تتفق واخلاق المجتمع او ان يحدد عقوبة لا تتناسب مع الجرم المرتكب فالمدلول التقليدي لمبدأ الشرعية اصبح لدى مؤيدي هذا الاتجاه غير متفق مع الفكر الديمقراطي الحديث للشرعية وانما يجب تكملته لكي يكون معبرا بصدق عن مصالح المجتمع الذي سوف يطبق فيه .

ومن هذا المنطلق ونظراً للنقد الموجه لهذه الصورة الجامدة للمبدأ فقد منح القاضي سلطة تقديرية في تحديد العقاب دون التجريم، اذ ظهر هذا الاخير من اختصاص المشرع فظهرت حالة تعسف السلطة التشريعية في التجريم والعقاب بذلك نكون قد خرجنا من مشكلة تعسف القضاة ودخلنا في مشكلة تعسف السلطة التشريعية وان احتمال تعسف السلطة التشريعية في نطاق التجريم والعقاب اشد خطورة من تعسف القضاة اذ لا شيء يمنع السلطة التشريعية من صياغة النصوص في شكل فضفاض يمكن ان يتناول كثير من الافعال، ولضمان عدم اسراف السلطة التشريعية في التجريم وعدم القسوة في العقاب ومن اجل ان يحقق هذا المبدأ غايته كان لا بد من النص على معيار في الدستور يضمن تحقيق كل ما سبق، ومثال هذا المعيار عدم تجريم الافعال التي تعتبر ممارستها حق من الحقوق التي كفلها الدستور كحرية العقيدة وحرية الفكر، وحرية الانفعال والمراسلات (سرور ٢٠٠٠، ص٩٦).

بيد أنّ هناك من يرى أنّ مبدأ الشرعية باعتبار ما يرتبه من نتيجة تتمثل بجعل النص التشريعي المصدر الوحيد للتجريم والعقاب وليس ركنا من اركان الجريمة وانما هو كاشف على ركنيها المادي والمعنوي كما انه كاشف لنوع العقاب المقرر على مرتكبها لأن الجريمة فعل غير مشروع وليس في مبدأ الشرعية شيء غير مشروع وبالتالي فان هذا المبدأ ليس جزءً من الجريمة (الربيعي،٢٠٠٠، ص٣٥) .

وفيما يخص التشريع العراقي فقد نصّ دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٩/ ثانياً) على ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة)) .. كما نص قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ النافذ في المادة الاولى على ان ((لا عقاب على فعل او امتناع الا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه، ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون))، كما أعلنته المادة الثامنة من اعلان حقوق الإنسان الصادر في ٢٦ آب

١٧٨٩ ونصها (لا يجوز ألبته عقاب أي شخص إلا بمقتضى قانون صادر سابقا على ارتكاب الجريمة).

ويلاحظ على موقف المشرع العراقي من هذا المبدأ ما يأتي:

أ- انه اطلق تسمية قانونية الجرائم والعقوبات على هذا المبدأ، وذلك في الفصل الاول من الباب الاول الخاص بالتشريع العقابي.

ب- استعماله لعبارة (.. الا بناء على قانون..) وذلك اقرار منه بمنح الهيأة التنفيذية اصدار انظمة وتعليمات وبيانات وقرارات تنطوي على تجريم بعض الافعال، ومن ابرز الاعتبارات التي تدعو الى ذلك كون السلطة التنفيذية اقدر على وضع تفاصيل الاحكام الاجمالية الواردة في القانون لقربها من الجمهور واحتكاكها به خلال ممارستها لوظيفتها في تنفيذ القانون وهذا يعني ان وضع النص العقابي قد يكون من اختصاص السلطة التشريعية أو التنفيذية (ابراهيم، ١٩٩٩، ص٣٩).

جـ- عُد المبدأ من المبادئ الدستورية في العراق مما يوجب احترامه من قبل الحكام والمحكومين كافة استنادا الى مبدأ سمو الدستور وعدّ مبدأ قانونياً بتكرار النص عليه في قانون العقوبات .

د- يلاحظ ان المبدأ قد شمل كلا من العقوبة والتدبير الاحترازي وقد عالج المشرع العراقي التدابير الاحترازية ضمن الباب الخامس الخاص بالعقوبة ولم يفرد لها بابا مستقلا(القهوجي، د.ت، ص٤١).

هـ- عُد التشريع المصدر الوحيد للنص العقابي .

ومن هذا العرض يتجلى وبما لا يقبل الشك والاهمية أنّ لفظ الشرعية والمشروعية والقانونية في كل من التشريع والفقه الجنائي ذات مضمون واحد، وهو ان أي فعل لا يعد جريمة ما لم ينص عليها القانون ولا يجوز انزال أي عقوبة لم ينص عليها القانون وبذلك يكون الاختلاف في التسمية دون المضمون.

وشرعية العقوبة تعني استنادها إلى قانون يقررها فكما أنه لا جريمة إلا بناء على نص في القانون يضفي على الفعل صفة عدم المشروعية فانه لا يجوز توقيع عقوبة ما لم تكن مقررة نوعا ومقدارا بنص قانوني كأثر لارتكاب الجريمة وهذا ما يعرف في القانون الجنائي بمبدأ الشرعية الجنائية وهو مبدأ له قيمة دستورية في معظم الدول. ويعني مبدأ الشرعية الجنائية حصر الاختصاص التجريم والعقاب في السلطة التشريعية وتحديد دور القاضي في مجرد تطبيق العقوبة التي يقررها نص القانون فلا يقضي في جريمة بعقوبة لم ينص عليها القانون، وقد كان هذا المبدأ تتويجا لكفاح أنساني طويل ضد استبداد الحكام وتعسف القضاة وثمرة يانعة لجهود المفكرين والمصلحين الذين كرسوا جهودهم من اجل وضع حد لتحكم القضاء واستبداده في التجريم والعقاب (السعيد، ١٩٥٢، ص٧٥).

ويبرر مبدأ الشرعية الجنائية في العصر الحديث بمبدأ الفصل بين السلطات وحماية الأفراد من تعسف السلطة التنفيذية على الحريات العامة، ومع ذلك لم يسلم هذا المبدأ من النقد بحجة انه يتجافى مع ضرورات التفريد العقابي التي تقتضي إن تحدد العقوبة على ضوء الظروف والملابسات التي أحاطت بالجاني حينما أقدم على ارتكاب الجريمة، وهو أمر لا يتأتى للمشرع تحقيقه لان معياره في تحديد العقاب هو جسامة الفعل وخطورته وليس خطورة الجاني وظروفه الشخصية.

كما انتقد مبدأ الشرعية بمقولة انه يصيب التشريع الجنائي بالجمود إذ يغل يد القاضي ويمنعه من تفسير النص الجنائي بما يواكب تطور المجتمع ومن ثمّ يعجز عن حماية الجماعة من الأفعال الضارة بها. ويلاحظ إن الشريعة الإسلامية عرفت مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، بل إن هذا المبدأ نشأ أصلا من الشريعة الإسلامية، ففي القران الكريم ما يدل عليه كقوله تعالى: (وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا) (سورة الاسراء، الآية: ١٥)، كما ان الشريعة الاسلامية عرفت مبدأ الشرعية في جرائم القصاص وهي المقدرة حقا للعباد فقد وردت بشأنها نصوص محددة كقوله تعالى (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ

بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْتَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) (سورة المائدة، الآية: ٤٥).

المطلب الثاني: نتائج مبدأ الشرعية

يلاحظ أنّ هذا المبدأ وضع للسلطة التي تسن القوانين وللسلطة التي تطبقها في أن معاً أما المشرع فيجب عليه مراعاة قانونية الجرائم والعقوبات سواء في تعيين العناصر التي تكون كل جريمة أو تعيين العقوبات التي تترتب عليها أو تحديده للقواعد التي تنفذ هذه العقوبات بمقتضاها أما القاضي فلا يجوز له الحكم بالإدانة إلا إذا وجد في القانون سندا على الجريمة والعقوبة فهو لا يملك أن ينشئ جريمة من أمر لم يرد نص قانوني بتحريمه مهما رأى فيه من خطر على حقوق الأفراد أو على مصالحة المجتمع، ولا يملك القاضي المعاقبة على أمر فرضه القانون الجزائي دون أن يقرر عقابا على مخالفته ولا يملك أن يقضي في جريمة بعقوبة مقررة لجريمة أخرى مهما كانت ملائمة لتلك الجريمة.

مما يترتب عليه أنه ليس للقاضي ان يعتبر فعل ما جريمة ويعاقب مرتكبها مهما كان هذا الفعل منافيا للآداب العامة او المصلحة العامة اذا لم يكن منصوصا عليه في قانون العقوبات، أي انه وفقا لهذا المبدأ ليس للقاضي ان يخلق جرائم او يبتكر عقوبات، ويترتب على إقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ضرورة التسليم بعدة نتائج هامة نذكر منه(الخلف، ١٩٦٨، ص٧٣).

١- ان التشريع هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات وبذلك تختلف قانون العقوبات عن باقي فروع القانون الأخرى التي تكون مصادرها العرف، الشريعة الإسلامية، قواعد الاخلاق، الفقه والقضاء.

٢- ان قانون العقوبات لا تسري احكامه وقواعده الا على المستقبل، مما يعني انه اذا صدر قانون فان لا يحكم الا على الوقائع التي وقعت بعد صدور القانون ونفاذها، وهذه القاعدة (عدم رجعية القانون الجنائي على الماضي).

٣- ان سلطة القاضي تنحصر في تطبيق القانون ضمن الحدود التي رسمها المشرع، أي انه لا يستطيع ان يخلق جرائم او يبتكر عقوبات لها.

المبحث الثاني

الضوابط الدستورية للركن المادي والمعنوي للجريمة

من المسلمات في القانون الجنائي أن للجريمة- على الأقل-جانبان : مادى ومعنوي والجانب المادي من الجريمة هو سلوك بشرى ظهر إلى العالم الخارجي له طبيعة موضوعية جسدية، أما الجانب المعنوي فإنه يتميز بأنه أمر مضمر في نفس الجاني وله طبيعة شخصية نفسية، ويقوم الشارع بتحديد الشروط التي يتطلبها في لفعل محل التجريم، والتي إن انتفت لأدى هذا إلى عدم جواز توقيع العقوبة على الجاني(حسني، ١٩٨٤. ص٢٠).

المطلب الأول: الضوابط الدستورية للركن المادي للجريمة

يلاحظ أنّ القانون الجنائي يهتم أساساً بالفعل المادي المرتكب ولذلك قيل إن القانون الجنائي هو قانون أفعال، فإن انتفى وصف الفعل انتفى مبرر تدخل هذا القانون، ومما لا شك فيه أنّ القانون الجنائي يهتم كذلك بالجاني من خلال تقرير مدى جدارته بالعقاب وكيفية تحقيق أغراضه وقدر العقوبة الموقعة عليه وتنفيذها؛ غير أنه مع ذلك فإن الفعل- لا الفاعل -هو الفكرة الرئيسية التي ينهض عليها القانون الجنائي في الوقت الحاضر، ذلك أن انتفاء وجود هذا الفعل يترتب عليه عدم جواز تطبيق أحكام القانون الجنائي ويقوم الشارع بتحديد الشروط التي يتطلبها في الفعل محل التجريم، والتي إن انتفت لأدى هذا إلى عدم جواز توقيع العقوبة على الجاني ولا تقتصر أهمية الفعل في مجال التجريم فحسب؛ بل إن لها أهميتها كذلك في نطاق قانون الإجراءات الجنائية؛ إذ لا يجيز الشارع اتخاذ إجراءات تمس الحرية الشخصية، إلا

بافتراض سبق ارتكاب فعل مادى مجرم، أما مجرد توافر الخطورة مجردة فإنها لا تصلح سبباً للمساس بهذه الحرية.

الفرع الأول: الركن المادي محل التجريم

إن الثابت الذي لا شك فيه أنّ النظام القانوني يجب أن يسوده مبدأ الوحدة، فلا تتعارض نصوصه أو تتنافر فيما بينها، ونصوص الدستور تساهم في تحقيق الانسجام والترابط في بنيان النظام القانوني، وقد يحمي القانون الجنائي حقوقاً يقررها الدستور، وعلى العكس من ذلك فقد يرفع الدستور بعض القواعد الجنائية إلى مرتبة المبادئ الدستورية(حسني، ١٩٩٢، ص٣).

وبذلك يتوكد أن القانون الجنائي قد قرر أهمية الفعل بحسب أنه يرسم الحد الفاصل لتدخل الشارع بالتجريم، فإن الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ قد نصّ حال تقريره لمبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية على الماضي على أنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون (المادة (١٩/ثانياً)[*]، ومفاد ذلك أنه لا يصلح في نظر الدستور للتجريم ما هو دون الفعل، وقد حرصت المحكمة الدستورية العليا على تأكيد هذه القاعدة بقولها: إن الدستور المصري نص في المادة (٦٦) منه على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها، وكأن الدستور قد دل بهذه المادة على أن لكل جريمة ركناً مادياً لا قوام لها بغيره، يتمثل أساساً في فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابي مفصحاً بذلك عن أن ما يركن إليه القانون الجنائي ابتداء في زواجره ونواهيه– هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكابه إيجابياً كان هذا الفعل أم سلبياً.

(*) إذ نصت المادة أعلاه على أنه: ((...ثانياً :- لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة.

ومن هذا العرض يتجلى أن الدستور قد اشترط بنصه بكلمتي (الأفعال اللاحقة)، وأن شرط التجريم يقتضي فعلا ماديا محدثا لأثر ظاهر، وأن يكون هذا الفعل لاحقا في الزمن على النص القانوني بتجريم هذا الفعل أو هذا السلوك المادي(*).

على الرغم من بديهية وبساطة القول بأن مادية السلوك من لزوميات صفة الفعل، فلا فعل إلا حيث يحدث سلوك مادي، إلا أنه لدى اتخاذ هذه الكلمات كمعيار لضبط وصف فعل بأنه مؤثم ثارت صعوبات تطبيقية كثيرة.

ولا يغفل أن هناك جرائم يقر المجتمع بالتجريم فيها رغم أنها تستند لمعيار حالة الجاني باعتبارها دالة على خطورة الجاني لا إلى فعله المادي، وقد نظرت المدرسة الوضعية إلى الجاني باعتباره مصدر الخطورة على المجتمع، فليس مصدر هذا الخطر الجريمة التي وقعت، وإنما هي الشخصية الإجرامية بما تنطوي عليه من تهديد إلى العود للجريمة، وأنه يجب أن يتاح للمجتمع امكانية الدفاع عن نفسه وأن يؤاخذ الجاني إذا بدت منه بادرة تدل على خطورته الإجرامية، ولو لم يرتكب فعلاً معيناً (سرور،١٩٦٤، ص٤٣٩. مصطفى،١٩٨٣، ص١٦١).

وبناء على ما تقدم من بيان أمثلة أحوال غياب أو ميوعة تحديد الفعل المادي، ووقوف المحكمة الدستورية لهذه النصوص بالمرصاد، يبرز مفهوم الفعل المادي كسلوك محدث لأثر ظاهر، كشرط ومعيار لتجريم الفعل، حسبما بين الدستور باشتراط أن يكون محل التجريم أفعال لاحقة على التجريم (**).

(*) المحكمة الدستورية العليا المصرية جلسة: ١٩٩٥/٧/٣، القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق دستورية.

(**) مجلس الوزراء رقم٤٥٠ لسنة ١٩٨٦ يتضمن النص على جعل منطقة معينة محمية طبيعية، ونصت مادته الأولى على أنه (تعتبر محمية طبيعية في تطبيق أحكام القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه وفقا للحدود الموضحة بالخريطة المرفقة كل من:....، وكان أن اتهم قبطان إحدى السفن بالتعدي على محمية، فطعن بعدم دستورية النص تأسيساً على أن الخريطة التي نص عليها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٥٠ لسنة ١٩٨٦ سالف الذكر لم تنشر به خريطة تحدد حدود ومعالم المحمية، وذلك على الرغم من إحالته إليها، فقضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص المادة الأولى من هذا القرار تأسيساً على أن القرار المطعون فيه إذ جهل حدود المحميات الطبيعية التي يسرى عليها والتي يعتبر تعيينها مفترضا أوليا لإعمال النصوص العقابية

وحيث إن السياسة الجنائية الرشيدة ينبغي أن تقوم على عناصر متجانسة، فإن قامت على عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها، بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينها، تقديراً بأن الأصل في النصوص التشريعية– في الدولة القانونية– هو ارتباطها عقلا بأهدافها، باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصودا لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف، ومن ثم يتعين دائما استظهار ما إذا كان النص يلتزم إطارا منطقيا للدائرة التي يعمل فيها، كافلا من خلالها تناغم الأغراض التي يستهدفها، أم متهاد ما مع مقاصده أو مجاوزا لها، ومناهضا لمبدأ خضوع الدولة للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور، متى كان ذلك وكان المشرع الجنائي قد نظم أحكام الشروع في قانون العقوبات العراقي في مادة (٣٠) التي عرفت الشروع على أنه: ((البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا اوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها)).

لقد درجت العادة في معظم الدول كما هو الحال في العراق أن عقوبة الشروع في الجنايات تقل درجة عن العقوبة المقررة لارتكاب الجناية أو بما لا يزيد علي نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة التامة، فإذا أعقب المشرع تلك الأحكام بالنص في المادة (٣١)[*]، فإنه يكون منتهجا نهجا يتنافر مع سياسة العقاب علي الشروع ومناقضا للأسس الدستورية للتجريم.

التي تضمنها القانون المنظم لتلك المحميات من خلال ترسيم الدائرة التي تعمل فيها، فإنه يكون مفتقرا إلى خاصية اليقين التي تهيمن على التجريم، وبنت الدستورية حكمها تأسيساً على أن (النوايا التي يضمرها الجاني في نفسه لا يتصور أن تكون محلاً للتجريم، وأنه على محكمة الموضوع ألا تعزل نفسها عن الواقعة محل الاتهام الجنائي التي قام الدليل عليها جلياً واضحاً، بل يتعين أن تجيل بصرها فيها، منقبة من خلال عناصرها، عما قصد إليه الجاني حقيقة من وراء ارتكابها، فلا تكون الأفعال التي أتاها الجاني إلا تعبيراً خارجياً ومادياً عن إرادة واعية لا تنفصل عن النتائج التي أحدثتها، بل تتصل إليها وتقصد إليها أو على الأقل أن يكون بالإمكان توقعها، حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٦/١١/١٦.

(*) يعاقب على الشروع في الجنايات والجنح والمخالفات بالعقوبات التالية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك:

ومن الممكن أن يتمثل الركن المادي في صورة سلبية تعرف بالامتناع، فيعد ركنا ماديا للجريمة الامتناع عن إتيان فعل توجبه الظروف أو الواجب المنوط بالجاني، ومثاله في تجريم فعل الامتناع عن إزالة أعمال البناء المخالفة، لأن الشارع يجرم إقامة أعمال البناء بغير ترخيص، كما يعد اعتبار الامتناع عن إزالتها أو تصحيحها فعلاً مجرماً استقلالا، وأنه لا يجوز إيقاع جريمة في غيبة نشاط إجرامي لا يتخذ مظهراً مادياً، إذ أن الامتناع عن التنفيذ تتمثل مادياته في الآثار التي رتبها فعل سابق عرض أمره من قبل على القضاء، ولكن المحكمة الدستورية العليا قضت بأن جريمة إحداث أعمال معيبة تستقل بأركانها والفعل المادي فيها عن جريمة الامتناع عن إزالتها أو تصحيحها، فبينما تستنفذ الجريمة الأولى موضوعها بعد تدخل الجاني إيجابياً ليقيم هذه الأعمال، فإن ثانيتهما تفترض أن يكون الامتناع عن إزالتها أو تصحيحها نشاطاً سلبياً قصد به الجاني أن يبقيها على حالها دون تغيير، وأن استقلال هاتين الجريمتين عن بعضهما البعض مؤداه أن لكل منهما مقوماتها، ولا يعتبر الفصل في إحداهما قضاء في ثانيتهما ... وانتهت إلى رفض الطعن، لصحة توافر الركن المادي عند التعيير الدستوري متمثلا في فعل الامتناع(*).

بقي أن نشير أن هناك صورة أخرى من صور ضبط إحاطة الصياغة ببيان الركن المادي للجريمة، وهو متعلق بالجرائم غير العمدية، حيث يعتمد الشارع في نصوصها على إبراز الخطأ الغير عمدي، وهو الخطأ الذي تخلف عنه القصد، ولا يمس البحث

أ – السجن المؤبد إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة الإعدام.
ب – السجن لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة السجن المؤبد.
جـ – السجن مدة لا تزيد على نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة إذا كانت العقوبة السجن المؤقت. فإذا كان نصف الحد الأقصى خمس سنوات أو أقل فتكون العقوبة عندئذ الحبس لمدة لا تزيد على نصف مدة الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة .
د – الحبس أو الغرامة التي لا تزيد على نصف الحد الأقصى لعقوبة الحبس أو الغرامة المقررة للجريمة إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة الحبس أو الغرامة.
(*)حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية جلسة ١٩٩٧/٧/٥، القضية رقم (٢٤) قضائية دستورية.

هنا الركن المعنوي بل ينصب على الركن المادي لأن الخطأ في الجرائم الغير عمدية هو الركن المادي لها.

وكان تحديد مضمون الأفعال أو مظاهر الامتناع التي تقوم عليها هذه الجرائم، من خلال بيان عناصر الخطأ، بما ينفي التجهيل بها، ضرورة يقتضيها اتصال هذا التجريم بالحرية الشخصية وكان النص المطعون فيه قد قرر جزاء جنائيا في شأن متهم حسن النية وعن صور من الخطأ قَصُرَ عن تعيينها من خلال عدم تحديد عناصرها.

الفرع الثاني: عناصر الركن المادي

إن السلوك الاجرامي هي النشاط المادي الخارجي المكون للجريمة ويسمى بماديات الجريمة، مما يترتب عليه ان لا يعتبر من قبيل الركن المادي ما يدور في الاذهان من أفكار ورغبات طالما لم تتخذ سبيلها الى الحيز الخارجي (الخلف، الشاوي، ٢٠٠٦، ص١٣٩).

ومن المعلوم أن السلوك الاجرامي يمكن أن يكون نشاطا إيجابيا كما في الأمثلة السابقة، وقد يكون سلبيا أي ترك ويتحقق في امتناع الجاني عن القيام بعمل يوجبه القانون عليه ويعاقب اذا امتنع عن القيام به، كامتناع الشاهد عن الحضور امام المحكمة لأداء الشهادة وامتناع السجان عن تقديم الطعام للسجين فيموت جوعا.

وقد عرفت المادة (٢٨) من قانون العقوبات العراقي الركن المادي للجريمة بأنه: ((سلوك اجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون او الامتناع عن فعل امر به القانون))، وللركن المادي ثلاثة عناصر هي السلوك وعلاقة السببية والنتيجة.

وفيما يخص علاقة السببية فإنها يراد بها الصلة التي تربط ما بين السلوك الاجرامي والنتيجة الجرمية الضارة بحيث تثبت ان السلوك الاجرامي الواقع هو الذي أدى الى حدوث النتيجة الضارة، وللسببية اهميتها فهي التي تربط بين عنصري الركن المادي وبالتالي فمن دونها لا قيام للجريمة، وعليه فإن مرتكب الجريمة لا يسأل الا عن

الشروع في الجريمة اذا كانت عمدية ولا يسأل مطلقا اذا كانت الجريمة غير عمدية (حسني، ١٩٦٢، ص٣٠٨).

وبالإمكان أن تساهم مع سلوك الجاني عوامل أخرى في احداث النتيجة، فهل ان تدخل هذه العوامل تنفي علاقة السببية او يتركها قائمة؟ إن معيار تحقق علاقة السببية تحددها نظريات عدة منها:

أولاً: نظرية تعادل الأسباب

تقتضي هذه النظرية المساواة بين جميع العوامل التي ساهمت في احداث النتيجة الجرمية مما يعني ان جميع العوامل التي ساهمت في احداث النتيجة متكافئة ومتعادلة دون البحث عن أهميتها وقيمتها، ومن ثم يسأل أصحابها جميعا على قدم المساواة، وتطبيقا لذلك تقوم علاقة السببية اذا ثبت ان هذا السلوك كان عاملا ساهم في احداث النتيجة ولو كان نصيبه من المساهمة محددا بأن شارك معه عوامل تفوقه أهمية مما يترتب عليه انه اذا ساهم مع سلوك الجاني عوامل طبيعية مثل مرض كان المجني عليه يعانيه سابقا (مرض السكر) فعلاقة السببية تظل قائمة بين هذا السلوك والنتيجة. ولأصحاب هذه النظرية حجة مضمونها ان سلوك الجاني هو الذي اعطى العوامل الأخرى قوتها السببية اذ لولاه لكانت عاجزة عن احداث النتيجة، وبالتالي فهو سبب لسببيتها فالرابطة السببية تعتبر موجودة وان لم يمت المجني عليه بسبب اطلاق الرصاص وانما بسبب تقصير الطبيب او بسبب المرض المزمن او اصطدام سيارة الإسعاف او بسبب الحريق وعليه فكل عامل من العوامل السابقة يعتبر مسؤولا عن جريمة القتل متى ما تحققت النتيجة(أبو عامر،٢٠١٠، ص١٤٣).

مما يترتب عليه توافر علاقة السببية بين السلوك والنتيجة لمجرد كون السلوك واحد من عواملها ولو كان اقلها أهمية، وبالتالي فأن تدخل عوامل أخرى الى جانب سلوك الجاني ومساهمتها في احداث النتيجة لا تنفي علاقة السببية ولو كانت هذه العوامل شاذة، فقي هذه النظرية يجب ان يكون العامل وحده كافيا لإحداث النتيجة

فليس من العدالة ان يتحمل الفاعل الاصلي نتائج لم يقصدها ولم يكنن بإمكانه ادراكها او توقعها.

ثانياً: نظرية السبب الملائم (الكافي)

جدير بنا أن ننوه أن علاقة السببية لا يمكن ان تعد متوافرة بين السلوك الاجرامي والنتيجة الجرمية الا اذا ثبت ان مقدار مساهمة السلوك الاجرامي بالنسبة للعوامل الأخرى قدراً معينا من الأهمية، أي ان النظرية يميز بين الظروف المألوفة والظروف الشاذة بموجب هذه النظرية يعد نشاط الجاني سببا للنتيجة اذا كان من المحتمل ان يؤدي لها، أي كانت هذه الأسباب مألوفة، اما اذا تدخل عامل شاذ غير متوقع ولا مألوفة فانه يقطع السببية وتقع مسؤولية الفاعل عند حد الشروع مثل اصطدام سيارة الإسعاف – الحريق في المستشفى – خطأ جسيم للطبيب كأن ينسى الطبيب مقص داخل جسد من خضع للعملية وهذا يقتضي ان نحدد أثر السلوك الاجرامي ومن ثمّ ننتقي من بين العوامل التي ساهمت في احداث النتيجة العوامل المألوفة ونستبعد العوامل الشاذة وبعدها نحدد اثر تلك العوامل الى تحقيق السلوك الاجرامي، ونتساءل عما اذا كان من شأن هذا الأثر تحقيق النتيجة.

ومما يؤكد هذا الاتجاه أن المشرع العراقي فيما يخص علاقة السببية فد حددتها المادة (٢٩) من قانون العقوبات العراقي إذ نصت على أنه: ((١- لا يسأل شخص عن جريمة لم تكن نتيجة لسلوكه الاجرامي، ولكنه يسأل عن الجريمة ولو كان قد ساهم مع سلوكه الاجرامي في احداثها سبب اخر سابق او معاصر او لاحق ولو كان يجهله. ٢- اما اذا كان السبب وحده كافيا لإحداث نتيجة الجريمة فلا يسأل الفاعل في هذه الحالة الا عن الفعل الذي ارتكبه)).

ومن عرض المادة أعلاه يتضح لنا أنالمشرع العراقي اخذ بنظرية تعادل الأسباب في الفقرة الأولى، اما في الفقرة الثانية اشترط ان يكون هذا السبب كافيا لوحده لأحداث

النتيجة الجرمية , وعندئذ لا يسأل الفاعل صاحب السلوك الاجرامي الا عن الفعل الذي ارتكبه.

والنتيجة الضارة كعنصر من عناصر الركن المادي بمجرد حصول السلوك الاجرامي دون الحاجة لوقوع النتيجة الضارة كما هي الحال في الجرائم السلبية، مثالها امتناع القاضي عن الحكم بالدعوى الجزائية.

المبحث الثاني

الضوابط الدستورية للركن المعنوي للجريمة

تقتضي فكرة التجريم إضافة إلى مطلب توافر الفعل المادي أو الحالة الإجرامية، تعلق الإثم بنية الجاني، وعلى الرغم من تصنيف الفقه لنوع من الجرائم باعتبارها جرائم مادية صرفا، إلا أن القصد الجنائي هو المعول عليه عمليا عند التشريع وصياغة النصوص العقابية، وعلى تداخل القصد الجنائي مع ما يشف عن وجوده من مظاهر مادية يستظهر بها القاضي درجة ضلوع الجاني في الإثم، إلا أن القصد الجنائي كركن معنوي يظل عالقا بالنية، وبه يوضع الجاني في درجة إجرامية بذاتها، فشتان بين قاتل حكم جريمته ظرف مضارع للحدث، وبين آثم حاك وتربص وعقد العزم والإصرار، فالأخير أبعد ضربا في المسلك الإجرامي، وأولى بالعقوبة الأشد، ذلك رغم أن الفارق بين الجانيين يحدده مستوى اعتمال الجريمة بالنفس وهي مسألة تجنها طوية الجاني، وعلى القاضي أن يجتهد في استظهارها من دلالات السلوك الإجرامي بفعل الجاني، ولأن هذا الركن المعنوي لازم لقيام الجريمة وتحديد درجتها وداخل بالتالي في تحديد قدر العقوبة الملائمة، فقد صار مطلبا دقيق الضبط عند التشريع ومن ثم فهو معيار شائك يقيس به الشارع السلوك المبغى تجريمه، والعقوبة الملائمة له، ومن بعد رقابة المحاكم الدستورية على النصوص، وقد أوجد التطبيق بونا واسعا في التناول التشريعي وفقا لهذا المعيار، حيث قضي بعدم دستورية نصوص لافتقاد القصد الجنائي فيها، وتخلف حالة الإثم عند المحكوم بالنص.

المطلب الأول: تعريف الركن المعنوي

الركن النفسي للجريمة (الركن المعنوي) ويسمى أيضا بالركن الشخصي للجريمة ويراد به الأصول النفسية لماديات الجريمة ويقال انه لا جريمة من دون ركن نفسي (معنوي) لأنه روحها اذ لا يسأل شخص عن جريمة ما لم تقم علاقة بين مادياتها ونفسيتها ضمان للعدالة وشرط لتحقيق العقوبة اغراضها الاجتماعية (الخلف، الشاوي، ٢٠٠٦، ص١٤٨) وحاول الفقه القيام بتعريفات عديدة، لا تختلف على التعريفات الأخرى في مضمونها إذ تدور في نقطتين هما: وجوب أن تتوجه الإرادة إلى ارتكاب الجريمة وضرورة أن يكون الفاعل على علم بأركانها فإذا تحققت الإرادة والعلم قام القصد الجنائي، وبناءا على ذلك يعرف القصد الجنائي بأنه العلم بعناصر الجريمة وإرادة ارتكابها (سليمان،١٩٩٨، ص٢٣١).

وجدير بالذكر أن الركن النفسي في جوهره قوة نفسية وهذه القوة هي الإرادة، والإرادة التي تتجه نحو الجريمة تكون إرادة جرمية (إرادة آثمة) وهي دليل على خطورة شخصية الجاني، وفي وسع القاضي عن طريق الركن المعنوي ان يكشف نوع ومقدار هذه الخطورة وان يحدد العقوبة الملائمة لذلك القصد الجنائي، ويتمثل الركن المعنوي بالقصد الجنائي الذي عرفه المشرع العراقي على أنه: ((توجيه الفاعل ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفا الى نتيجة الجريمة التي وقعت او اية نتيجة جرمية أخرى))(*).

المطلب الثاني: عناصر الركن المعنوي

بما أن القصد الإجرامي هو العلم بعناصر الجريمة مع اتجاه الإرادة إلى تحقيقها أو قبولها فهذا يبين أن للقصد الجنائي عنصران أساسيان هما: العلم والإرادة وسنوضح ذلك بالتفصيل:

(*) الفقرة الأولى من نص المادة (٣٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

أولاً: العلم: يشترط لتوافر القصد الجرمي أن يعلم الجاني أو يتصور حقيقة الواقعة الجرمية التي تتوجه إرادته إلى تحقيقها وهذا ما يسمى بعنصر العلم، ويراد بها قدرة الانسان على توجيه نفسه الى عمل معين او الامتناع عنه، وهي العنصر اللازم ان لتوافر الركن النفسي للجريمة.

ثانياً: الإرادة قوة نفسية تتحكم في سلوك الإنسان فهي نشاط نفسي يصدر من وعي و إدراك بهدف بلوغ غرض معين، فإذا توجهت هذه الإرادة إلى المدركة والمميزة عن علم لتحقيق الواقعة الإجرامية بسيطرتها على السلوك المادي للجريمة و توجيهه نحو تحقيق النتيجة قام القصد الجنائي في الجرائم المادية ذات النتيجة، في حين يكون توافر الإرادة كافيا لقيام القصد إذا ما اتجهت لتحقيق السلوك في جرائم السلوك المحض، وللإرادة أهمية قصوى في نطاق القانون الجنائي، فالقانون يغني الأعمال الإرادية فإذا تجرد فعل الإنسان من الإرادة فلا يعتدّ به ولو أصاب المجتمع بفادح الخسائر (عالية،١٩٩٨، ص٢٤١).

وتتمثل الركن المعنوي في الجرائم العمدية بالقصد الجنائي حيث يشترط ان يكون الجاني قد أراد العمل المادي المكون للجريمة (أي أراد السلوك الجرمي) الذي اتاه واراد النتيجة، بحسب المادة (٣٣) فقرة الأولى والتي تمّ ذكرها أنفاً، مثل جريمة القتل العمد والسرقة.

أما بالنسبة إلى الجرائم الغير العمدية، فيتمثل الركن المعنوي (بالخطأ) وهو يتحقق عندما يكون الجاني قد أراد العمل المادي (أي أراد السوك الجرمي) دون حصول النتيجة الجرمية التي وقعت بسبب هذا العمل او اية نتيجة أخرى(*).

(*) إذ نصت المادة (٣٥) من قانون العقوبات العراقي على أنه: ((تكون الجريمة غير عمدية إذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ إهمالاً أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والاوامر)).

وعلى هذا الاساس فإن الأصل في الجرائم العمدية جميعا أنها تعكس تكوينا مركبا باعتبار أن قوامها تزامنا بين يد اتصل الإثم بعملها وعقل واع خالطها، ليهيمن عليها ليكون محددا لخطاها متوجها إلى النتيجة المترتبة على نشاطها فلا يكون القصد الجنائي إلا ركنا معنويا في الجريمة مكملا لركنها المادي ومتلائما مع الشخصية الفردية في ملامحها وتوجهاتها، وهذه الإرادة الواعية هي التي تتطلبها الأمم المتحضرة في مجال التجريم بوصفها ركنا في الجريمة وأصلا ثابتا كامنا في طبيعتها وليس أمرا فجا أو دخيلا مقحما عليها أو غريبا عن خصائصها ذلك أن حرية الإرادة تعني حرية الاختيار بين الخير والشر – ولكل وجهة هو موليها – لتنحل الجريمة في معناها الحق إلى علاقة ما بين العقوبة التي فرضها المشرع والإرادة التي تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها بديلا عن الانتقام والثأر من صاحبها، وغدا أمرا ثابتا وأصلا عاما ألا يجرم الفعل ما لم يكن إراديا قائما على الاختيار الحر ومن ثم مقصودا (شمس الدين،، ٢٠٠٨، ص٧).

وجليّ مما في هذا القول أن المشرع وإن عمد أحيانا من خلال بعض اللوائح إلى تقرير جرائم عن أفعال لا يتصل بها قصد جنائي باعتبار أن الإثم ليس كامنا فيها ولا تدل بذاتها على ميل إلى الشر والعدوان ولا يختل بها قدر مرتكبها أو اعتباره وإنما ضبطها المشرع تحديدا لمجراها وأخرجها بذلك من مشروعيتها وهي الأصل وجعل عقوبتها متوازنة مع طبيعتها وأن ما توخاه المشرع من التجريم في هذه الأحوال هو الحد من مخاطر بذواتها لتقليل فرص وقوعها، وإنما القدرة على السيطرة عليها والتحوط لبرئها فلا يكون إيقاع عقوبتها معلقا على النوايا المقصودة من الفعل ولا على تبصر النتيجة الضارة التي أحدثها إلا أن الجرائم العمدية ينافيها استقلال هذا القصد عنها إذ هو من مكوناتها فلا يقوم إلا بها، وحيث أن ما تقدم مؤداه أن الفارق بين عمدية الجريمة وما دونها يدور أصلا بوجه عام حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها، فكلما أراد الجاني وقصد إليها موجها جهده لتحقيقها كانت الجريمة عمدية فإذا لم يقصد إلى إحداثها بأن كان لا يتوقعها أو ساء تقديره شأنها فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها

فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره ببيان عناصر الخطأ التي تكونها وهي عناصر لا يجوز افتراضها ولا انتحالها ولا نسبتها لغير من ارتكبها ولا اعتباره مسئولا عن نتائجها ولا يتصور بالتالي أن تتمخض هذه الجريمة عن إهمال يقوم مقام العمد فلا يكون ركن الخطأ فيها إلا انحرافا عما يعد وفقا للقانون الجنائي سلوكا معقولا للشخص المعتاد.

ومن شأن تطلب الركن المعنوي في هذا النوع من الجرائم أن يعطل أغراض التجريم، وأن سند مسئوليته عن الفعل الضار الذي ارتكبه هو أنه كان باستطاعته توقى ارتكابه، وما قالته المحكمة في ذلك يمكن أن يقبل في تقرير المسئولية المدنية، أما المسئولية الجنائية فهي تنهض على حقائق ولا تركن إلى افتراضات، ومن ناحية ثانية فإن أغراض التجريم تتطلب أيضاً أن تكون إرادة الجاني آثمة، لأنه يتنافى مع هذه الأغراض أن يؤخذ المرء لمجرد ارتكابه فعلاً مادياً تجرد من الإثم، لأن هذا الإثم هو محل لوم القانون.

وقد استلزم المشرع العراقي أن يكون الركن المعنوي مطلبا ملحا للكشف عن حتمية توافره في الجريمة لدى تقنينها وتقنين العقوبة عليها، ولا ينكر المشرع أو الفقهاء الدستوريين من قضاة الدستورية ورجال القانون كافة أهمية الركن المعنوي في بناء الجريمة والتعويل عليه في توصيف الجريمة ورسم العقوبة لها، فضلا عن استقرار القضاء الموضوعي على أنه لا جريمة بغير ركن معنوي، سواء أكانت صورة هذا الركن هي العمد أم الخطأ.

من الثابت الذي لا شك فيه أن التلاؤم بين الجريمة والعقاب مبدأ عرفته النظم العادلة منذ فجر التقنين، وتواترت على إرسائه كافة الأنظمة القانونية الدستورية، وأكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ مقررة أن سلطة المشرع في العقوبة ليست مطلقة وإنما هي كغيرها من السلطات مقيدة باحترام الصالح العام، ويقتضي احترام الصالح العام عدم الجور على الحريات أو البغي على حقوق الأفراد، وليس هناك أشد بغيا على هذه الحقوق من عقوبة تعصف بالحماية الدستورية لهذه الحقوق، فالغلو في العقاب

يمثل عدوانا بالغا على أمن المواطنين لا يجوز لأي سلطة مهما كانت أن تفعله ولو كانت سلطة التشريع ذاتها (الحرة،٢٠١٨).

كذلك فإن الشريعة السماوية كرست فكرة العقوبة المناسبة، وذلك أخذا من قول الله تعالى: {وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} (سورة المائدة، الآية:٤٥).

وبهذا نرى أن التشريع السماوي قد أرسى فكرة عقوبة الحدود، في جرائم الحدود، فتدرجت من الجلد وحتى الرجم، كما صنف علماء الشريعة وفقهاؤها من قديم عقوبات أخرى بالتعزير، وتدرجت العقوبات شدة في التعزير حتى أنها تصل لحد الإعدام في بعض الحالات، وقد عرفت عقوبة تقييد الحرية أيضا من قديم، ويأتي على رأس النزلاء بالسجون وخيرهم سيدنا يوسف بن يعقوب،)وعلى هدي من الأسس التي أتت بها شريعة الله واستقرت عليها النظم البشرية، قامت فكرة التناسب بين العقوبة والجريمة، إلا أنه يترك مجال تحديد العقوبة للقانون بحسب كل جريمة، فلا يحدها بقالب أو نص لتعذر ذلك دستوريا؛ لأنه حتى في حالة وضع مبدأ دستوري بضرورة تناسب العقوبة مع الجريمة، سيظل المبدأ فضفاضا معتمدا على تقدير المشرع لذلك، ومن ثم عد الشارع الدستوري ذلك تزيدا لا موجب له لانتفاء فائدته وتخلف قوته الإلزامية (القنطرة، ٢٠١٨).

وتستفتح التشريعات العقابية نصوصها بتقسيم الجرائم، ويرتكز التقسيم للجرائم على جسامة الجريمة، ويتخذ القانون معيارا لجسامة الجريمة بغلظ العقوبة المقننة لكل نوع من الجرائم، فتتدرج العقوبة من الغرامة المالية والحبس ليوم واحد مثلا للمخالفة، مرورا بالسجن المؤقت ثم تغليظا إلى السجن المؤبد، وما يليه غلظا حتى الإعدام في الجنايات، ولا يغيب عن البحث أن العرف التشريعي في كل الدول قد درج على وضع حد أدني للعقوبة على الجريمة وحد أقصى للعقوبة عليها بذاتها، ولا يخفف من شطط مشروعات القوانين العقابية في العقوبة سوى صمامين، أولهما ضمائر النواب لدى

مناقشة القانون، فكثيرا ما يحتج نواب الشعب على تغليظ عقوبة ويصرون على تعديل المشروع إلى النص على العقوبة المناسبة، أما الصمام الثاني فهو التطبيق القضائي، بما أوتي القضاء من سلطة تقديرية للعقوبة، فللقاضي أن ينزل بالعقوبة لحدها الأدنى المنصوص عليه، كما له أن يخترق هذا الحد فينزل بالعقوبة إلى مستوى العقوبة الأدنى، لحد يدخله أحيانا في وقف تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية(*).

واتساقاً مع هذا السياق فإن السلطة الرقابية للمحكمة الدستورية على تناسب العقوبة مع الجريمة لا وسيلة لتفعيلها، حيث تقف سلطتها عند تقدير قيام الجريمة وانطباقها على الوصف الوارد بالنص بإنزال المعايير سالفة البيان من مراعاة النص لشروط الركنين المادي والمعنوي، مفسحة المجال في تقدير العقوبة لكل من السلطة التشريعية وسلطة قاضي الموضوع (سرور، ٢٠٠٠، ص٩٠).

وبذلك يتحول مفهوم المعايير الضابطة للعقوبة إلى مفهوم الضمانات الضابطة للعقوبة، وصولا إلى إنزال العقوبة بالقدر المناسب للجريمة على الجاني، تحقيقا لفكرة العدالة المستهدفة، إذ هي الغاية في كل الأحوال، وذلك ما يفرق بين الفقه والقضاء والتشريع في فكرة العدالة، فلعل سبل الفقه تضيق بمفهوم بذاته لاختلال المضمون عن العنوان الذي يتخذه الفقهاء بابا لدراستهم الفقهية وتنظيرهم الفكري والفلسفي، حين لا يقف القضاء أو التشريع عند هذه العناوين ويمضي سالكا سبلا أخرى لتحقيق العدالة.

من أجل ذلك رأينا أن كل ما يثار في مسألة التشريع العقابي، تسليم بأن ما يحكمها ضمائر أفراد أُوكل لهم في عدة مواقع سن القانون وتطبيقه، فتتلاقى حكمة

(*) إذ نصت المادة (١٤٤) من قانون العقوبات العراقي على أنه: ((للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة أن تأمر في الحكم نفسه بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا لم يكن قد سبق الحكم على المحكوم عليه عن جريمة عمدية ورأت من أخلاقه وماضيه وسنه وظروف جريمته ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة جديدة وللمحكمة أن تقصر إيقاف التنفيذ على العقوبة الأصلية أو تجعله شاملاً للعقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية وإذا حكم بالحبس والغرامة معاً جاز للمحكمة أن تقصر إيقاف التنفيذ على عقوبة الحبس فقط. وعلى المحكمة أن تبين في الحكم الأسباب التي تستند إليها في ايقاف التنفيذ)).

ضمائرهم حول العدالة كهدف منشود فيما ينصهر بشكل موحد هو الضمير القانوني والقضائي العام للأمة، وهو المعيار الأسمى والضمانة الكبر لتحقيق العدالة، يثور لدى التصدي للنظر بالضوابط الإجرائية لتشريع التجريم والعقاب، التطرق لذكر بعض الوسائل التي تلجأ إليها حكومات للالتفاف على المصدر الدستوري للتشريع، وأبرز هذه الوسائل إخضاع الحاكم بقرار منه مواطنيه لأحكام عرفية، وقوانين طوارئ، وهذا باب خلفي لإيقاع عقوبات ومساس بحريات، دون نص تجريم وعقاب على النحو المتقدم بيانه، وهي مسألة تفضح بجلاء وسائل الدولة في العصف بالمسلك الدستوري لتشريع التجريم والعقاب، وبالحريات على السواء.

ومما سلف يتجلى لنا أن التشريع له بابان، أحدهما عبر البرلمان صاحب السلطة التشريعية، وهو المالك الدستوري لهذا الحق أصالة، والثاني وهو باب لا ينفتح إلا في غياب مجلس التشريع البرلماني وقيام حالة ملحة فعندئذ يكون من حق الحاكم أن يصدر قرارات بقوة القوانين يسري العمل بها، على أن تعرض على المجلس البرلماني التشريعي عند عودته للانعقاد، لإجازة هذه القوانين التي صدرت بقرارات، أو لتعديلها، أو لعدم الموافقة عليها وكف العمل بها.

وللحكومة ولرئيس الجمهورية ولأعضاء البرلمان أن يتقدم أي منهم لمجلس الشعب(البرلمان) صاحب سلطة التشريع الدستوري، بمشروع قانون يجري الاقتراع عليه للموافقة من حيث المبدأ بلجنة مصغرة، ثم ينظر في صياغته أمام لجنة تشريعية دستورية متخصصة، ثم يطرح للاقتراع المفتوح أمام كامل أعضاء البرلمان للتصويت على إصداره، ولا يبق بعد ذلك سوى توقيع رئيس الجمهورية بإصداره، ونشره بالجريدة الرسمية محددا تاريخ سريانه(سرور، ٢٠٠٠، ص٩٥).

الخاتمة

ومن خلال بحثنا لهذا الموضوع فقد توصلنا الى النتائج والتوصيات الآتية:-

أولاً: النتائج

١- إن القانون الجنائي يهتم بالجاني من خلال تقرير مدى جدارته بالعقاب وكيفية تحقيق أغراضه وقدر العقوبة الموقعة عليه وتنفيذها؛ غير أنه مع ذلك فإن الفعل -لا الفاعل -هو الفكرة الرئيسية التي ينهض عليها القانون الجنائي في الوقت الحاضر.

٢- إن هذه الدراسة حاولت أن تلقى الضوء على نماذج مقارنة للرقابة الدستورية، وتطبيق الضوابط التي استخلصتها على نصوص تجريم سارية، لتبين مدى التزام الشارع فيها بالضوابط الدستورية في التجريم والعقاب، وهو عمل فقهى يحتمل الخطأ والصواب، قصد به بيان ما يمكن أن يسفر عنه تطبيق هذه الضوابط من نتائج.

ثانياً: التوصيات

١- يعرض بعض القوانين على المحكمة الدستورية مسبقا لتحصينه من الطعن عليه لاحقا، ونرى من جانبنا أن هذا ليس دستوريا، لخرقه وحجبه لسلطة الرقابة الدستورية من تلك المحكمة على القوانين عقب إصدارها وسريانها، من ناحية، ومن ناحية أخرى، فهو لا يعد طلب تفسير ولا دعوى قضائية دستورية وفق ما تضمنه اختصاص المحكمة الدستورية بقانونها، ولا يعد ما تنص عليه القوانين التي ترغب الدولة بعرضها على المحكمة الدستورية ملزمة للمحكمة الدستورية بنظرها قبل إصدارها، لأنها تكون وقتئذ ما زالت بطور المشروع، وليست قانونا ملزما.

٢- لقد استحدث مؤخرا نظام عرض بعض القوانين بحسب ما تنص عليه على المحكمة الدستورية مسبقا لتحصينه من الطعن عليه لاحقا، ونرى من جانبنا أن

هذا ليس دستوريا، لخرقه وحجبه لسلطة الرقابة الدستورية من تلك المحكمة على القوانين عقب إصدارها وسريانها، من ناحية، ومن ناحية أخرى، فهو لا يعد طلب تفسير ولا دعوى قضائية دستورية وفق ما تضمنه اختصاص المحكمة الدستورية بقانونها، ولا يعد ما تنص عليه القوانين التي ترغب الدولة بعرضها على المحكمة الدستورية ملزمة للمحكمة الدستورية بنظرها قبل إصدارها، لأنها تكون وقتئذ لا زالت بطور المشروع، وليست قانونا ملزما.

المصادر

**** القرآن الكريم**

أولاً: الكتب القانونية

١- د. سرور،أحمد فتحي، ٢٠٠٠، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة.

٢- د. سرور، أحمد فتحي، الخطورة الإجرامي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٣٤، العدد الأول، مارس ١٩٦٤.

٣- د. شمس الدين، أشرف توفيق، ٢٠٠٨، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا، ج١، القاهرة.

٤- د. ابراهيم، اكرم نشأت، ١٩٩٩، السياسة الجنائية دراسة مقارنة، شركة اب للطباعة، ط٢.

٥- د. السعيد، السعيد مصطفى، ١٩٥٢، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة.

٦- الربيعي، باسم عبد الزمان، ٢٠٠٠، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد.

٧- د. عبيد، رؤوف، مبادئ القسم العام من التشريح العقابي المصري، دار لفكر العربي،(د، ت).

٨- د. عالية، سمير عالية،١٩٩٨. شرح قانون العقوبات القسم العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت.

٩- د. محمود، ضاري خليل،١٩٨٢، الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم العام، دار القادسية للطباعة، بغداد.

١٠- د. الصيفي، عبد الفتاح مصطفى، القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، (د، ت).

١١- سليمان، عبد الله سليمان، ١٩٩٨، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام للجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

١٢- د. الخلف، علي حسين، ١٩٦٨، الوسيط في شرح قانون العقوبات القسم العام، ج١، دار الشؤون الثقافية، بغداد.

١٣- د. الخلف، علي حسين و د. الشاوي، سلطان عبد القادر، ٢٠٠٦، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد.

١٤- د. القهوجي، علي عبد القادر، قانون العقوبات القسم العام، الدار الجامعية، (د، ت).

١٥- د. أبو عامر، محمد زكي، ٢٠١٠، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

١٦- د. مصطفى،محمود محمود مصطفى،١٩٨٣، أصول قانون العقوبات في الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٧- د. حسني، محمود نجيب، ١٩٦٢، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٨- د. _____، ١٩٨٤،علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٩- د. _____،١٩٩٢ ، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٠- د. العوجي، مصطفى العوجي،١٩٧٩، النظرية العامة للجريمة في القانون اللبناني، بيروت، ط٢.

ثانياً: القوانين والقرارات

١- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

٢- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ.

٣- الدستور المصري لعام ٢٠١٤ النافذ.

٤- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٥٠ لسنة ١٩٨٦

٥- المحكمة الدستورية العليا المصرية جلسة: ١٩٩٥/٧/٣، القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق دستورية.

٦- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية جلسة ١٩٩٧/٧/٥، القضية رقم (٢٤) قضائية دستورية.

ثالثاً: المواقع الالكترونية

١- دراسة بعنوان (الدستور والدستورية في الفقه العربي الحديث استعادة مستقبلية)، على الموقع الالكتروني: http://www.hhro.org/.

٢- دراسة بعنوان: (جدلية الشريعة والتشريع: من يحق له تفسير مبادئ الشريعة في دستور مصر)، على الموقع الالكتروني:

https://ar.qantara.de/content/dwr-lshry-fy-ldstwr-lmsry-jdly-lshry-wltshry-mn-yhq-lh-tfsyr-mbdy-lshry-fy-dstwr-msr.

الملخص:

يتجلى وبما لا يقبل الشك أنّ لفظ الشرعية والمشروعية والقانونية في كل من التشريع والفقه الجنائي ذات مضمون واحد، وهو ان أي فعل لا يعد جريمة ما لم ينص عليها القانون ولا يجوز انزال أي عقوبة لم ينص عليها القانون وبذلك يكون الاختلاف في التسمية دون المضمون.

وشرعية العقوبة تعني استنادها إلى قانون يقررها فكما أنه لا جريمة إلا بناء على نص في القانون يضفي على الفعل صفة عدم المشروعية فانه لا يجوز توقيع عقوبة ما لم تكن مقررة نوعا ومقدارا بنص قانوني كأثر لارتكاب الجريمة وهذا ما يعرف في القانون الجنائي بمبدأ الشرعية الجنائية وهو مبدأ له قيمة دستورية في معظم الدول.

وفي هذا الإطار لا يكون كل من قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية أداة للقهر أو للتحكم، وإنما أداة لحماية الحقوق والحريات فضلاً عن تحقيق المصلحة العامة، ومن ناحية أخرى فإن الدستور إذ يحمي الحقوق والحريات يأتي المشرع بعده ليوفر الضمانات الكافية لهذه الحماية، ويرسم للقاضي دوره لتأمين هذه الحماية والمحافظة عليها.

ولما كان أخطر ما يهدد الحقوق والحريات يبدو في المواد الجنائية، ولكي نستطيع تقديم صورة معبرة تعبيراً واضحاً، فإننا سوف نفرد هذا البحث لدراسة القانون الجنائي الدستوري لاستجلاء الحماية الدستورية للحقوق والحريات في كل من التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية والتي تكون في مجموعها فرعاً جديداً من فروع القانون، وهو القانون الجنائي الدستوري، والهدف من هذا الفرع هو تأصيل القواعد الدستورية للقانون الجنائي على نحو يوضح التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة في ضوء معيار التناسب بين الوسائل والغايات.

Abstract:

The meaning of legitimacy, legitimacy and legality in both legislation and criminal law is one and the same. It is that any act is not considered a crime unless the law provides for it and no penalty may be imposed by law.

And the legitimacy of the penalty means that it is based on a law that it determines. Just as it is not a crime except on the basis of a provision in the law that confers on the act the character of illegality, it is not permissible to impose a penalty unless it is prescribed a certain amount and amount by a legal text as an effect of committing the crime. Has constitutional value in most States.

In this context, the Penal Code and the Code of Criminal Procedure are neither an instrument of oppression nor of control, but a tool for the protection of rights and freedoms as well as for the public interest. On the other hand, the Constitution protects rights and liberties. The legislator follows them to provide adequate guarantees for such protection. Protection and preservation.

Since the most serious threat to rights and freedoms appears in the criminal articles, and in order to provide a clearly expressed picture, we will devise this research to study the constitutional criminal law to clarify the constitutional protection of rights and freedoms in both criminalization and punishment and criminal proceedings, which are a whole new branch of law , The constitutional criminal law. The aim of this section is to consolidate the constitutional rules of criminal law in a manner that clarifies the balance between rights, freedoms and the public interest in the light of the criterion of proportionality between means and ends.