ضوابط بنيان النص العقابي الخاص

أ.د مجيد خضر السبعاوي و م.م. أفين كاكه زياد محمد
كلية القانون ،جامعة سوران، دهوك ، اقليم كردستان العراق
المعهد التقني الإداري، جامعة بوليتكنيك، اربيل ، اقليم كردستان العراق

المستخلص

يعتبر القانون الجنائي من أهم القوانين التي تمس حرية وحق كل شخص في المجتمع مقارنة بالقوانين الأخرى، بحيث تعتبر صياغة النص الجزائي من أهم مراحل التشريع التي تُحدد من خلاله الأفعال المباحة والأفعال المجرمة والتي بدورها تُحدد نطاق ممارسة كل شخص لحريته وعدم تجاوزه على حرية الأخرين.

لذا، فالصياغة تقع في قمة مراحل وضع القانون لأن كل خطآ أو غموض في صياغة النص سيؤدي حتماً إلى خطآ تشريعي وبالتالي إلى خطآ قضائي، مما يترتب عليه وضع الأبرياء في عداد المجرمين وترك المجرمين بدون عقاب. عليه، يجب على المشرع وقت وضع الصياغة التشريعية البحث عن لغة سليمة صادقة ودقيقة يعبر فيها عن القواعد القانونية بحيث لا تحتمل الجملة الواحدة أكثر من معنى بالشكل الذي يؤدي إلى اختلاف تطبيق القاعدة الواحدة بحسب تفسير كل قاضٍ فيكون بالنسبة لشخص عقوبة اعتيادية كما وردت في النص، وللأخر تخفيفاً أو تشديداً حسب حالة وظروف كل جريمة وبالتالي يكون تطبيق القانون خلافاً لما قصده المشرع وقت الصياغة التشريعية.

الكلمات الدالة: النص العقابي، تفسير النصوص العقابية، بنيان النصوص العقابية, البيان القانوني, القانون الجنائي.

١. المقدمة

إن القواعد الجنائية هي إحدى الوسائل القانونية التي يستعين بها المشرع لتأمين الحماية القانونية للحقوق والحريات الأساسية لنشر العدالة الجنائية وإسعاد أكبر عدد من الناس(مصطفى، ٢٠١٤). فمن المعروف أن هناك مجموعة اعتبارات تتحكم في وضع القاعدة القانونية يرعاها المشرع عند وضعه للقاعدة القانونية، منها اعتباران : الأول، هو مراعاة القاعدة لمبادئ العدل والإنصاف، والثاني: الاستقرار الاجتماعي، فقد يجد المشرع أن المصلحة العامة تنشأ من مراعاة بعض الاعتبارات الاقتصادية أو الأمنية أو السياسية أحياناً(طليس، ٢٠١١).

المجلة الاكاديمية لجامعة نوروز
المجلد ٦، العدد ١(٢٠١٧)
استلم البحث في ٢٠١٦/٦/١، قبل في ٢٠١٦/٧/٣٠
ورقة بحث منتظمة نشرت في ٢٠١٧/٣/٢٨
البريد الالكتروني للباحث:majeed.alsabawi@gmail.com
حقوق الطبع والنشر © ٢٠١٧ أسماء المؤلفين. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الابداعي النسبية – CC BY-NC-ND 4.0

كما ويُلاحظ بأن هناك اتجاها حديثاً لتبسيط اللغة القانونية بالابتعاد عن السمات الكلاسيكية، على سبيل المثال تقسيم الوثيقة القانونية إلى أقسام وأجزاء وفقرات[1]، واللجوء إلى استخدام الجمل القصيرة والأقواس(صبره، ص٣٦). فبنية الجملة التشريعية تؤثر في فهم النص سلباً أو إيجاباً، لذا مثلاً يُفضل تقسيم الجمل الطويلة إلى فقرات أو إلى جملتين خاصةً إذا كانت تحتوي على فكرتين منفصلتين، فذلك يسهل توضيح الأفكار وتسهيل فهمها(صبره،ص٣٧٩). ومهما يكن الامر فإن البنيان القانوني للنص العقابي الخاص يتسع مفهومه وتزداد أهميته كلما ظهر لنا نصّاً غامضاً ومرتبكاً، وجمل فضفاضة أو مقتضبة جداً، أو جملاً وكلمات غريبة عن اللغة القانونية.

وبذلك يهدف البحث إلى تحديد ضوابط مادية ومعنوية تساعد على صياغة القاعدة القانونية لفظاً ومعناً ، لذا حاولنا في معرض بيان البنيان القانوني للنص العقابي إظهار الجوانب الإيجابية والسلبية للنصوص الجزائية العراقية، وما يفرضه الواقع العملي والعلمي للصياغة التشريعية. من هنا تظهر أهمية البحث باعتبار أن البنيان هو تحويل المادة الأولية إلى مجموعة قواعد قانونية قابلة للتطبيق لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة التشريعية.

أما مشكلة البحث، فتكمن في: فقدان الضوابط والمعايير القانونية الواضحة والمحدّدة في صياغة وبنيان النص العقابي الخاص. فضلاً على كثرة التشريعات المرتبكة والغامضة للنصوص الجزائية الخاصة لاسيما بعد عام ٢٠٠٣ حتى أفضى ذلك الى التضخم الهائل في التشريعات الجزائية ، علاوة على صعوبة فهم النصوص وصعوبة تطبيقها .

أما منهجية البحث، فقد تم استخدام أكثر من منهج في تناول موضوع البحث كالمنهج النظري من خلال طرح بعض الأفكار النظرية كالمصطلحات المتعلقة بموضوع البحث وذلك في المبحث الأول من البحث، وفي المبحثين الثاني والثالث أستخدمنا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص العقابية، كما وقد أخذنا بالمنهج المقارن مع بعض التشريعات المحدودة في ثنايا البحث بشكل محدود وكلما دعت الضرورة الى ذلك.

بينما هيكلية البحث تتمثل بما يلي: المبحث الاول، ماهية البنيان القانوني للنص العقابي الخاص، وينقسم الى مطلبين : المطلب الاول، مفهوم البنيان القانوني وتمييزه. والمطلب الثاني، تقسيمات البنيان القانوني للجريمة. أما المبحث الثاني، الضوابط المادية لبنيان النص الخاص، وينقسم الى مطلبين: المطلب الاول، تحقيق العمومية والتجريد والتفريد. والمطلب الثاني، الابتعاد عن ضرب الامثلة وعن القياس. والمطلب الثالث، ترتيب أولويات شقي النص. والمبحث الثالث، الضوابط المعنوية لبنيان النص الخاص، وينقسم الى ثلاثة مطالب: المطلب الاول، تحقيق العدالة الجنائية في النص العقابي. والمطلب الثاني، تحقيق التناسب بين شقي التجريم والعقاب. والمطلب الثالث، تحقيق التوازن والتوفيق.

٢. ماهية البنيان القانوني للنص العقابي الخاص:

ماهية البنيان القانوني للنص العقابي تستلزم الخوض في معناه وذاتيته التي تُظهر صورته القانونية الحقيقية. من هنا، يمكن تقسيم المبحث الى مطلبين: المطلب الاول، مفهوم البنيان القانوني وتمييزه. والمطلب الثاني، تقسيمات البنيان القانوني للجريمة، وكما يلي:

٢. ١ مفهوم البنيان القانوني وتمييزه:

للتعرف على مفهوم البنيان القانوني يتوجب علينا التطرق لتحديد معناه من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، وتحديد ذاتيته عن طريق تمييزه عما قد يتشابه معه من مصطلحات، وأخيراً تقسيمات البنيان القانوني، لذا فتقسيم المطلب يكون على النحو التالي: الفرع الاول، مفهوم البنيان القانوني لغة واصطلاحاً. والفرع الثاني، تمييز البنيان القانوني عن التكييف القانوني.

٢. ٢ مفهوم البنيان القانوني لغةً واصطلاحا:

٢. ٢. ١ المعنى اللغوي لبنيان النص العقابي:

البنيان، بمعنى الحائط، وأَبنَيتُ الرجل: أَعطيته بِناءً أَو ما يَبتَنِي بِهِ دارَهُ(ابن منظور، ص٣٦٥). و(البَنِيَةُ) على فَعِيلةٍ الكَعبَةُ يُقال لا ورب هذهِ البَنِيَةِ ما كان كذا وكذا. و(البُنَى) بالضم مقصور البِناء(الرازي،ص٢٧). وبُنياناً: أقام جِدارَه ونحوه. ويُقال: بَنَى السفينة ، وبَنى الخباء. وأستعمل مجازاً في معانٍ كثيرة، تدور حول التأسيس والتنمية. بينما يعني التكييف الذي يرد في ثنايا البنيان القانوني في اللغة: أنه لغة تكييف (فعل): تكيّف يتكيّف، تكييفاً، فهو متكيّف. وتكييف الشيء: صار على حالة وصفة معينة. وتكيّف الشيء بمعنى صار على كيفية من الكيفيات(المعجم الوسيط، ٢٠٠٤). ويفهم من ذلك أن تكييف الشيء في اللغة يعني تغيّره من حالة الى أخرى واكتساب صفة جديدة لشكل جديد، وهو في تصورنا معنىً قريباً من المعنى القانوني، بيد أنه بعيداً عن معنى البنيان القانوني للنص على الرغم من الاعتراف بوجود صلة بينهما، على أساس أن التكييف التشريعي خاصة يستقى من البنيان القانوني للنص الذي صاغه المشرع وأفرغه في النموذج القانوني للنص .

أما النص في اللغة، فهو الكلام المنصوص، وهو مصدر وجمعه نصوص. و (النص) من كل شيء منتهاه و(النص) من الكلام ما لا يحتمل إلاّ معنىً واحد أو لا يحتمل التأويل(البستاني، ١٩٨٦). والنص لدى الاصوليين، ذا معانٍ متعددة: فهو كل ملفوظ مفهوم المعنى من الكتاب والسنّة، وهو الظاهر استناداً الى معنى النص لغوياً وهو الظهور، وهو الأشهَر وهو ما لا يتطرق اليه احتمال(التهانوي، ص١٤٠٥وص١١٧٦وص١٣٥٢).

٢. ٢. ٢ المعنى اصطلاحاً:

البنيان القانوني في الاصطلاح القانوني، يقابل في معناه (الصياغة القانونية)، وهذه الصياغة أو البنيان يعني القالب الذي تصاغ فيه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي أي المتن الذي تنعكس فيه المصلحة المحمية(عبد الزمان، ١٩٧٩). أو هو الثوب الذي يظهر به التشريع وهو في مجمله يمثل مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة وفقاً لضوابط قانونية ولفظية تستخدم لصياغة الأفكار القانونية والأحكام التشريعية ورؤية المشرع الجنائي في قوالب نصّية لفظية بطريقة يسهل على المخاطبين تطبيق النص القانوني فيها من الناحية العملية بغية تحقيق الغرض الذي تبتغيه السياسة التشريعية(احمد، ١٩٧٩).

doi: 10.25007/ajnu.v6n1a8 |بحث أصيل

بينما يراه البعض تحويلاً للاتجاهات أو الاهداف العامة والتي تكون غير محددة ومبهمة غالباً الى قواعد قانونية تحدد سلوك الفرد، فهي انتقال من عالم الفكر الى عالم الواقع ومن عالم الخطة الى عالم التطبيق(الشاوي، ١٩٩٤). فأساليب الصياغة القانونية محدودة الإمكانيات لذا على المشرع وقت الصياغة القانونية الجمع بين دقة التكييف وكمال التحديد للوقائع، فكل غموض أو لبس يثير الشك في تفسير النص العقابي، الأمر الذي يؤدي إلى خلق جرائم وعقوبات لا يهدف إليها المشرع. ولاشك أن للبنيان القانوني وصياغة النص العقابي الخاص أهمية فائقة، باعتبار أن ارتباك البنيان والصياغة أو الخطأ فيه أو النقص أو القصور قد يفضي الى خطأ تشريعي ومن ثم الى خطأ قضائي(الكبيسي و حبيب، ١٩٨٩). وذلك يمكن أن يؤدي الى ارتباك في التطبيق وكذلك قد يقضي على شعور الافراد بالعدالة، الأمر الذي يدفع بالأفراد الى الخروج عن طاعة القانون واضطراد في نسبة ارتكاب الجريمة(السعدي، ١٩٩٠). فالتشريع لابد أن تتم صياغة معانيه بدقة ووضوح وإيجاز لأنها تنشئ القاعدة القانونية معنى ولفظاً(مصطفى وعبد الحميد، ١٩٨٧). من هنا فإن الاتقان في البنيان والصياغة الدقيقة والمنطقية الملائمة للواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي الذي ستطبق فيه(الوكيل، ١٩٦٢) ، ومدى ومقدار حاجة ذلك المجتمع لمثل هذا النص العقابي أمر غاية في الأهمية، يسهم في نجاعة النص ونجاحه في التعامل مع سلوكيات ذلك المجتمع والحد من تلك السلوكيات الشائنة. لذلك فإن التعامل مع الظروف المخففة أو المشددة الداخلة في بنيان النص هي الأُخرى تنبع من حاجات ذلك المجتمع لها وضرورة فهم عاداته ومعتقداته وثقافته.

٢. ٢. ٣ مييز البنيان القانوني عن التكييف القانوني:

للتمكن من دراسة النص القانوني يجب التعرف عليه من الناحيتين الشكلية أولاً، والمضمونية أو الموضوعية ثانياً(طليس، ص٢٨٧). فكما يتم التعرف على الإنسان بالتعرف على هويته ومكان إقامته وتأريخ ومحل ولادته(طليس ص٢٨٧). فإن وضع القانون إنما يقوم على إدراك الحقائق الاجتماعية، بالعمل على تقييم الأسس الاجتماعية وتقدير مدى حظ تشريعه من النجاح من خلال ربط النظم القانونية بالبنية الاجتماعية وهذا ما يهيئ له الفرصة للوقوف على أجزاء التشريع ومعرفة ما يوجد فيه من نقص فيعمل على سده من خلال استخلاص الأحكام من النصوص بالشكل الذي تكون فيه قابلة لمواكبة العصر وبما يساعد على توجيه السياسة التشريعية وفق إطار النظام القانوني(العبيدي، ص٢٢٩). من هنا، ينبغي تمييز البنيان القانوني عن التكييف القانوني. فحيث أن البنيان القانوني للنص العقابي الخاص(للجريمة)، يعني الصياغة القانونية للنص(صياغة أنموذجها القانوني). فالصياغة القانونية تعني تحويل المادة الأولية (التي يتكون منها القانون) الى قواعد محددة منضبطة(فرج، ١٩٨١) ، أو هي مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة في صياغة الأفكار القانونية والأحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية(احمد، ص١٠٣). بينما يعني الانموذج القانوني ، شمول النص العقابي على وصف دقيق لكل جريمة ويضم مختلف العناصر الخاصة التكوينية لها، وهي الشكل أو التنظيم أو الاطار القانوني الذي حدده المشرع للجريمة(عثمان، ١٩٧٢). وهذه النماذج وإن كانت محدودة إلاّ أنها تواجه من الناحية الواقعية سيل من الوقائع اليومية لذا يتطلب أمر تحديدها وصفاً دقيقاً لكي تمارس العدالة وظيفتها على الوجه الصحيح(السعدي، ص١٣٣).

بينما التكييف القانوني، وعلى الرغم من عدم وجود نص قانوني يعرفه[٢]، إلا أن ذلك لا يعني أن التكييف مصطلح دخيل على القانون والاصطلاح التشريعي، فقد أشار القانون المدني العراقي الى مصطلح التكييف في المادة (١٧/ف١). أما في قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون العقوبات العراقي فلم يستعمل مصطلح التكييف. بيد أن قانون أصول المحاكمات الجزائية قد استخدم مصطلح بديل عن (التكييف) وهو (الوصف القانوني)(الاطرقجي،٢٠٠٠) في المواد (١٨٧-٢٢٤-٢٢٩-٢٢٧-٢٦٠) منه ، وتحديد المادة القانونية المنطبقة على الفعل.

أما في الاصطلاح الفقهي، فقد تعددت الاتجاهات الفقهية في تعريف التكييف القانوني، فلقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى تعريف التكييف القانوني بأنه: (عملية قانونية يقوم فيها القاضي بالبحث عن الاسم القانوني الذي يتعين إضفاؤه على الفعل الذي دخل في حوزته وبهذه العملية يتخذ الفعل الاسم القانوني الخاص به فالتكيف هو الفعل من خلال النص الجنائي الذي يعاقب عليه). كما عرفه بعضهم بأنه: (استبدال اسم قانوني للفعل المنسوب إلى المتهم باسم دارج يتميز به عن غيره)(القبلاوي، ٢٠٠٨). وذهب بعض الفقه المصري إلى تعريف التكييف القانوني بأنه: (بيان حكم النص القانوني الذي تخضع له الواقعة والذي يحكمها و يعاقب عليها). و في رأي أخر هو العلاقة بين تلك الوقائع و بين قانون العقوبات بمنح الوقائع اسماً قانونياً للجريمة، و ينطوي منح هذا الاسم في القانون الجنائي على نتيجة ملازمة هي تطبيق العقوبة المنصوص عليها لتلك الجريمة(ابو عامر، ٢٠٠٨). وقد عرف الفقه العربي التكييف على أنه إدراج الواقعة المقامة بها الدعوى تحت حكم مادة معينة من مواد قانون العقوبات(بكار، ٢٠٠٧). وفي رأى أخر

هو عملية قانونية تجريها المحكمة الجنائية عند إدخال عناصر الجريمة موضوع الدعوى في حوزتها بغية تحديد النص القانوني الذي يتعين إعماله عليها. أن التكييف القانوني ما هو إلاّ تكييف للواقعة وتكييف للجريمة ، وتكييف الواقعة (الوصف القانوني) يعني تقرير مدى جرمية الفعل وتحديد أسم الجريمة، بينما يعني تكييف الجريمة انطباق الجريمة على نص أو مادة قانونية معينة وتقرير مدى جسامة الجريمة ما إذا كانت جناية أو جنحة أو مخالفة .

وقد يقترب البنيان القانوني كثيراً من التكييف التشريعي. بيد أن التكييف التشريعي يقصد به ما يقوم به المشرع حين يقرر أن واقعة ما بعينها، تشكل جريمة معينة، وذلك بأن يحدد خصائصها وعقوبتها، أي أن ذلك التكييف هو الذي يستند إلى نص تشريعي معين، وذلك بتعيين يقوم به المشرع بتعيين طبيعة الجريمة وإدخالها في عداد الجنايات أو الجنح أو المخالفات، في الحالة الأولى تكييف الواقعة و في الحالة الثانية تكييف الجريمة(الاطرقجي، ص٣٣). او هو نص المشرع على أنه إذا توافرت واقعة، مجردة لها خصائص معينة فأنها تتدرج تحت أحد الأوصاف التي يعرفها القانون، ويرتب عليها اثراً قانونياً معينا. كما عرف التكييف التشريعي بأنه خلق الظواهر المادية التي ينظمها علم القانون و أن سن القواعد هي مهمة المشرع الأصلية. اذن مهمة المشرع هي خلق أو إنشاء أوصاف قانونية لوقائع معينة من خلال تكيفات تشريعية.

بينما يبتعد معنى التكييف القضائي عن معنى البنيان القانوني، حيث يقصد بالتكييف القضائي بيان أن الواقعة المعروضة تتوافر فيها خصائص الواقعة المجردة التي أضفى عليها القانون وصفاً قانونياً معيناً(القبلاوي، ص٥). والتكييف القضائي يعني ما يقوم به القاضي حين يقرر أن الواقعة المطروحة أمامه تشكل جريمة قائمة من قَبل ومقررة في القانون، بعد التحقق من توافر الشروط التي تطلبها القانون لتحقق هذه الجريمة(الاطرقجي ص٣٤-٣٥). والقاضي هو مانح القرار وهو يملك الحسم بالتكييف لكل من الواقعة والقانون وهو يمارس وظيفته على الرغم من أن السلطة المختصة بهذا التكييف هي الشرطة فهي أول من يقوم بالتكييف و يخضع هذا التكيف لقاضي التحقيق، فقد يؤيده أو يغيره، كما أن سلطة الادعاء العام التي تحرك الدعوة العمومية ملزمة بالتكييف، كما أن قاضي التحقيق لا يجري تحقيقه إلا بعد تحديد التكييف، ثم القضاء الجنائي المختص بالمحاكمة والحكم، وهو غير ملزم بالتكييف الذي يحويه قرار الإحالة، وأخيرا محكمة التمييز فهي التي تحدد التكييف النهائي ولمحكمة التمييز تبديل الوصف الناتج عن التكييف. وبهذا قضت محكمة التمييز في العراق .... ادانة محكمة الموضوع المتهم عن جريمة خيانة أمانة فلمحكمة التمييز أن تجعلها سرقة و لكن ليس لها أن تشدد العقوبة(الاطرقجي، ص٣٤-٣٥).

٢. ٣ تقسيمات البنيان القانوني للجريمة:

إن كل نص تجريمي ينقسم إلى نصوص أساسية أو أصلية (النص الأم) والذي يحدد نماذج الجريمة وعقوباتها بحيث يضع أحكاماً آمرة وملزمة للكافة عن طريق تحديد صور السلوك وتجريم مخالفتها بتقرير عقوبات تفرض على مخالفها، ونصوص توجيهية توجه القضاء في ممارسة سلطة الحكم كالنصوص المنظمة لسلطة القضاء التقديرية في تحديد العقوبة (هامش الاطرقجي، ص٧٢). من هنا، يمكن تقسيم المطلب الى فرعين: الفرع الاول، شق التكليف (التجريم). والفرع الثاني، شق العقاب. و كما يلي:

٢. ٣. ١ شق التكليف (التجريم)[٤]

شق التكليف، عبارة عن واقعة يفترض المشرع وقوعها ليحكم عليها بالحكم الوارد في القاعدة القانونية، بمعنى أنه الجزء الذي يُحدد الأمر(القيام بفعل) أو النهي (الامتناع عن فعل) الذي يوجهه المشرع للمخاطبين(الاحمد، ٢٠٠٠). وتختلف معايير التجريم باختلاف الواقع الاجتماعي الاجتماعي[٥], فعلى القاضي أن يضع في نصب عينيه النقاط التالية عند صياغة النصوص الجزائية ألا وهي: الغرض من الفعل، والجانبين الموضوعي والشخصي للفعل، ومسؤولية مرتكب الفعل(العبودي، ١٩٩٠).

وشق التكليف (الفرضية)، عند جانب من الفقه الجنائي، هو ذلك الجزء من النص الذي يقرر الأمر أو النهي الذي أراده المشرع من المخاطبين. أو هو عبارة عن واقعة يفترض المشرع وقوعها في المستقبل لكي يرتب عليها الحكم الوارد في القاعدة القانونية، وهذا يعني أن الفرضية ترتبط بالواقع وتتصل به(الاحمد،٢٠٠٠).

ويلاحظ أن بعض النصوص القانونية تتضمن عناصر بديلة لقيام النموذج القانوني للجريمة، فلا يشترط من الناحية الواقعية توفر جميع هذه العناصر في الإنموذج الإجرامي لقيامه وإنما يكفي أحدها لتحقق وتكوين الجريمة مثل نص المادة (٤١٠) عقوبات عراقي بالقول: " من اعتدى عمداً على آخر بالضرب أو بالجرح أو بالعنف أو بإعطاء مادة ضارة ... أو بارتكاب أي فعل آخر مخالف للقانون ... " ومثلها المادة (٢٣٠) عقوبات أردني . فوجود أي فعل من هذه الأفعال يمكن أن تتحقق به الجريمة ولا يشترط اجتماعها. وإن التعدد في أوجه السلوك المكونة للجريمة، لا يعني وجود نماذج إجرامية متعددة في نص واحد وإنما يوجد إنموذج إجرامي واحد يتحقق بوجود أحد أوجه السلوك، مثل نص المادة

doi: 10.25007/ajnu.v6n1a8 |بحث أصيل

(٤١١ / ف١) عقوبات عراقي، فإذا ارتكب السلوك بأكثر من وجه يبقى تكييف الجريمة عبارة عن جريمة واحدة ارتكبت بعدة أوجه للسلوك ولا يوجد تعدد في الجرائم. وقد يقوم المشرع في قانون العقوبات بتجزئة العناصر اللازمة للإنموذج القانوني للجريمة الواحدة، في أكثر من نص واحد، مثلاً أشار قانون العقوبات العراقي الى عناصر جريمة التزوير في المادة (٢٨٦) عقوبات، ومن ثم بيّن طرق التزوير المادية والمعنوية اللازمة لقيام الركن المادي في التزوير في المادة (٢٨٧ /٢) عقوبات عراقي، ومع ذلك يبقى الانموذج القانوني للجريمة واحداً(الاطرقجي، ص٧٣).

ولعل شق التجريم له أثر على التكييف القانوني، فتغيّر شق التجريم يكون بتغيّر عنصر من عناصر الجريمة، مثل إضافة ركن لم يكن موجود في الإنموذج السابق، أو وجود سبب جديد من أسباب الإباحة، وإن هذا التغيير يؤدي الى تغيير تكييف الواقعة ثم الجريمة، إذا كان هذا التغيير بعد ارتكاب الجريمة، وقبل أن يصبح الحكم الصادر فيها نهائياً، إذا كان ذلك في صالح المتهم(الاطرقجي، ص٧٧).

٢. ٣. ٢ شق العقاب:

تفترض العقوبة بما تنطوي عليه من إيلام سبق وقوع الجريمة بحيث تعد العقوبة أثراً ونتيجةً لها(عبد المنعم ، ٢٠٠٢)، ولما كان القانون يهدف إلى إقامة النظام في المجتمع عن طريق وضع قواعد سلوك تتوجه إلى الأفراد، ولما كانت مخالفة هذه الأوامر أمراً متصوراً من قبل الأفراد. لذا فقد تعين في كل قاعدة فرض جزاء لضمان احترام القانون. فالذي تعنيه فكرة الجزاء حمل الأفراد جبراً على طاعة القانون إن لم يطيعوها اختيارا كنتيجة لقهر الإرادات العاصية وإعطاء القانون صفة تؤكد سيادته وتكفل احترامه(كيره، ص٣٦-٣٩).

وهكذا، فإن شق الجزاء لدى جانب من الفقه يعني، الأثر الذي يرتبه قانون العقوبات على مخالفة الشق الأول (شق التكليف) وهو يتضمن العقوبات الجنائية وقد أطلق عليه البعض (الحكم) وهو الحل الذي يضعه القانون من خلال القاعدة القانونية للواقعة التي احتوتها الفرضية(الاحمد، ص٢٩٦). وهناك نصوص تلحق بالنص الأساس يطلق عليها النصوص التبعية، وهي تبين الحدود والنطاق الذي يمتد إليه الأمر والنهي ولهذا سميت تبعية للنص الأساس، مثل النصوص المتضمنة لأسباب الاباحة(الاطرقجي، ص٧٣). وبخصوص أثر شق العقاب على التكييف القانوني، فإن تغيير شق الجزاء لا يؤثر في تكييف الواقعة، فالواقعة تبقى سرقة أو قتل أو خيانة أمانة إذا تم تغيير العقوبة. أما أثر تغيير شق الجزاء على تكييف الجريمة حسب شدتها، فإن تخفيف العقوبة قد يؤدي الى تغيير تكييف الجريمة، فبدل أن تكون جناية تصبح جنحة أو مخالفة، وقد لا تؤدي إلى تغيير تكييف الجريمة، إذا كانت العقوبة الجديدة وإن كانت أقل من العقوبة السابقة كماً، إلاّ إنها تبقى ضمن الحدود المحددة لنوع معين من الجريمة، مثل تخفيف عقوبة جريمة من السجن المؤبد الى السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات، فهي نوعاً تبقى جناية(الاطرقجي، ص٧٧).

٣. الضوابط المادية لبنيان النص العقابي الخاص:

إن قيمة القاعدة القانونية عامةً والجزائية خاصةً تتناسب مع مدى استيعابها لعوامل التحريك في الواقع الاجتماعي مما يستلزم إقامة النصوص على أرضية الواقع(العبودي، ص١٥٦-١٥٧). ويجب على واضع الصياغة التشريعية الميل إلى تحقيق ثلاثة أهداف وهي: الدقة والوضوح والوضوح[٦] ، والإحاطة بكل جوانب المعنى، وإتباع التقاليد الموروثة عن اللغة القانونية سواء من حيث الشكل أو المضمون(صبره، ص٢٧). من هنا، يمكن تناول موضوع الضوابط المادية في بنيان النص العقابي الخاص من خلال ثلاثة مطالب: المطلب الاول، تحقيق العمومية والتجريد والتفريد. والمطلب الثاني، الابتعاد عن ضرب الأمثلة وعن القياس. والمطلب الثالث، ترتيب أولويات شقي النص.

٣. ١ تحقيق العمومية والتجريد والتفريد:

التشريع الجنائي هو مجموعة من القواعد القانونية التي تتميز بخاصيتي الدوام والعموم أي أنها دائميه وعامة لذلك فهي تجهل الحالة الخاصة فلا تعرف الفرد بشخصيته الفردية(السعدي،١٩٧٠). لذا يمكن تناول الموضوع من خلال الفرعين التاليين: الفرع الأول، تحقيق العمومية والتجريد. والفرع الثاني، تحقيق التفريد العقابي.

٣. ١. ١ تحقيق العمومية والتجريد:

تهدف القاعدة القانونية إلى إقامة النظام وتحقيق الاستقرار والعدل في المجتمع، وهذا مالا يمكن تحقيقه إلا إذا كانت القاعدة القانونية تتصف بالتعميم والتجريد. فالعمومية والتجريد صفتان متلازمتان. عليه، فلكي تكون القاعدة عامة يجب انصراف حكمها إلى جميع الأشخاص في المجتمع أو إلى فئة ذات صفة خاصة حددتها القاعدة القانونية، فتتوجه الى الكافة سواء ضمن شريحة محددة أو الى المجتمع دون تخصيص يتعارض مع العدالة والمساواة أمام القانون، فالقاعدة القانونية لا تنظر إلى الاسم أو اللون أو الطائفة أو المنصب.

أما التجريد، فهو سمو حكم القاعدة على التفصيلات وغضها النظر عن الفروق الثانوية

وإعتدادها بالظروف والاعتبارات الرئيسة المشتركة بين مجموعة من الوقائع كي تطبق عليها جميعها(البكري وبشير،٢٠١١) ، بالشكل الذي تخلو من الصفات والشروط التي قد يؤدي تطبيقها على شخص معين بذاته أو واقعة محددة بعينها، فالقانون في سعيه إلى تحقيق الاستقرار لابد أن تتسم قواعده بالعمومية والتجريد حيث تصاغ طبقاً للوضع الغالب في الحياة العملية دون الاعتداد بما قد يصاحبها من ظروف قد تختلف من حالة إلى أخرى، والقانون بصفتيه العمومية والتجريد يُكرر تطبيقها على كل شخص أو كل واقعة توافرت فيها شروط تطبيقها(قاسم، ٢٠٠٦).

ومعلوم أن العمومية والتجريد كصفات ملازمة للقاعدة القانونية لا غنى عنها في تلك القاعدة لكي تتسع لكافة الفروض والحالات المستقبلية، وتستوعب كذلك كل حالات التطور التي تواكب المجتمع. من هنا وطبقاً لما **نرى**: فإنه ينبغي أن يصاغ النص العقابي الخاص خالياً من التفصيلات والتحديدات والأمثلة التي تضعف النص وتجعل أحكامه قصيرة المدى ولا تستوعب إلاّ حالات محدودة. بيد أن ذلك لا يمنع أحياناً من تضمين النص بعض الأمثلة والصياغات الفضفاضة التي تتسع للقياس متى كان ذلك من شأنه إزالة اللبس والغموض وسوء التفسير والتطبيق التي قد تصاحب النص، فالضرورات تقدر بقدرها، ولا يجوز التوسع في الاستثناءات او القياس عليها، عندئذ لا ضير في تضمين القاعدة القانونية بعض الاستثناءات بخصوص ذلك مادامت تبقى في حدود ضيقة وعلى سبيل الضرورة والحاجة الملحّة .

٣. ١. ٢ تحقيق التفريد العقابي:

التفريد العقابي :"هو جعل العقوبة ملائمة لظروف المجرم الشخصية المتمثلة بتكوينه الجسمي، والنفسي والاجتماعي وحالته قبل ارتكاب الجريمة وفيها وبعدها، وطريقة ارتكابها والوسائل المستعملة في ارتكابها، والأضرار التي أصابت المجنى عليه، أو المجتمع من جراء الجريمة المرتكبة والباعث على ارتكابها"(الحمداني، ص٢٦٠).

ولما كانت العقوبة تمر بمرحلتي التشريع والتطبيق، لذا فالتفريد في مرحلة التشريع يُسمى بالتفريد التشريعي وعلى المشرع عند وضع النص التشريعي تقدير خطورة الجريمة والعقوبة الملائمة بحسب جسامة الجريمة أو طبيعتها والظروف الشخصية للجاني(الحمداني، ص٢٦١)[٧] لذا فالتفريد التشريعي يقوم على أساس موضوعي يراعي الفعل بصفة أساسية لا الفاعل لأنه وضع يُخاطب الناس جميعاً، فالمشرع في هذه المرحلة لا يضع نصب عينيه إلا الأفعال المجردة بحسب جسامتها من الناحية المادية بوضع جسامة ونتيجة الفعل في كفة ميزان، وعقوبة تناسب تلك الجسامة وتلك النتيجة في كفة أخرى(شاذلي،٢٠٠٢).

ويتم تحديد التفريد التشريعي على أساس تنوع العقوبات، كالأخذ بنظر الاعتبار جسامة الجريمة مثلاً عن طريق وضع أخف العقوبات لأخف الجرائم شدةً، وأشد العقوبات لأشد الجرائم شدةً. حيث يتخذ جسامة الفعل وخطورة النتيجة بنظر الاعتبار لتحديد العقوبة المناسبة له. وحسناً فعل المشرع العراقي من حيث تقسيم الجرائم على غرار ذلك التقسيم، لأن تحديد العقوبات سيكون على أساس مقدار الجسامة وخطورة الجريمة، وبذلك يحقق التناسب بين جسامة الفعل وبين عقاب المعتدي.

ومن مظاهر تنوع العقوبات أيضاً هو الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة الجرائم عند تحديد العقوبة أي بتحديد نوعية الجرائم والتي تنقسم بحسب طبيعتها إلى جرائم عادية وجرائم سياسية. أو تبعاً للإرادة الجنائية لمرتكب الجريمة أي من حيث تقسيمها إلى جرائم عمدية وجرائم غير عمدية. أي أن تحديد العقاب يكون على أساس الإرادة الجرمية للفاعل وهذا مما لاشك فيه موقف يحمد عليه المشرع العراقي، لأن مرتكب الجريمة العمدية تتجه إرادة الفاعل فيها إلى الفعل الجرمي والنتيجة سواء توقعها أم لم يتوقعها، وبذلك فإن إرادته تكون أخطر وأكثر ميلاً للإجرام من مرتكب الجريمة غير العمدية والذي يتجه إرادة فاعلها إلى الفعل الجرمي فقط لكن النتيجة تتحقق بإحدى صور الإهمال المنصوص عليها في المادة (٣٥) من قانون العقوبات العراقي.

أو قد يُحدد المشرع العراقي العقاب تبعاً لكون الجريمة تامة أو ناقصة أي تفاوت العقوبة فيها من حيث الشدة لكون الجريمة تامة أو ناقصة، أي بحيث ما إذا تحققت النتيجة الجرمية أم لا، بمعنى أن الجريمة التامة تكون مماثلة للجريمة الناقصة من حيث ركنيها المعنوي والشرعي لكن الفرق بينهما فقط في عنصر معين من عناصر الركن المادي ألا وهو النتيجة. وبما أن النتيجة هي التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي نتيجة الفعل الجرمي، وبما أن هذا التغيير لا يحدث أو أنه لا يكون موافقاً لإرادة الفاعل، أي أن النتيجة لا تأتي متطابقة لما أراده الفاعل بذلك تختلف عن الجريمة التامة والتي تأتي فيها النتيجة مطابقة لإرادة الفاعل والتغيير الجرمي يحدث كأثر للفعل الجرمي. عليه يُفضل أن تكون عقوبة الجريمتان مختلفة حسب التأثير الذي يحدثه في العالم الخارجي، وهو ما فعله المشرع العراقي حين فرق في العقاب بين الجريمة التامة والشروع بالنص عليها في المادة (٣٢) وهذا مما لاشك فيه موقف يميز المشرع العراقي عن التشريعات الأخرى والتي ساوت في العقوبة بين الجريمة التامة والجريمة الناقصة. و قد تتنوع العقوبات تبعاً لتعدد الجرائم ويقصد بتعدد

doi: 10.25007/ajnu.v6n1a8 |بحث أصيل

الجرائم " أن يرتكب شخصاً عدداً من الجرائم قبل أن يحكم عليه نهائياً من أجل واحدة منها"(الحسني، ١٩٦٨) . وهي إما أن تكون تعدداً صورياً صورياً[٨] أو تعدداً حقيقياً. أو تبعاً للمساهمة في الجريمة، وهي أن يتعاون اكثر من شخص على ارتكاب الجريمة الواحدة. وبذلك فقد يلجآ المشرع إلى التنوع في العقوبات التي يقررها للجرائم التي يتعاون عدة أشخاص على ارتكابها، حيث تذهب بعض التشريعات إلى معاقبة المساهم التبعي أو الشريك بنفس عقوبة المساهم الأصلي في حين ميز البعض الآخر بين عقوبة المساهم الأصلي وعقاب المساهم التبعي، وهذا الاختلاف راجع إلى النظرية التي أخذت بها التشريعات فهي إما نظام وحدة الجريمة والتي يقول أنصاره أن الجريمة التي يرتكبها الفاعلون الأصليون ويساعدهم فيها الشركاء هي جريمة واحدة، وبذلك لا تفرق هذه النظرية بين الفاعل الأصلي والشريك من حيث العقاب العقاب[٩]. أو نظام تعدد الجرائم، والذي يقوم على فكرة تجزئة الجريمة إلى أدوار متعددة وبذلك يُسأل كل مساهم عن فعله فقط دون أن تؤخذ أفعال الأخرين بعين الاعتبار.

وكان قانون العقوبات العراقي قد ساوى بين المساهم الأصلي والمساهم التبعي من حيث العقوبة وهو اتجاه مناسب نؤيده، لأن الجريمة واحدة والجميع ساهموا في ارتكاب الجريمة الواحدة ولا تمييز بين أدوارهم إلا من حيث السلطة المخولة للقاضي في معاقبة كل منهم بحسب تحديد دور كل منهم وخطورته بحسب هذا الدور في ارتكاب الجريمة. وإن كان البعض يذهب إلى ضرورة التمييز بين من يقوم بدور رئيسي في ارتكاب الجريمة وبين من يقوم بدور ثانوي في ارتكابها. بحيث تكون عقوبة المساهم الأصلي أشد من عقوبة المساهم التبعي(مصطفى، ص٢٧٧-٢٧٨).

أما التفريد القضائي والذي يعتمد على وسائل متعددة وضع تحت تصرف القاضي لتحقيق فرص التقويم والإصلاح، وهذه الوسائل إما أن تتقرر في مرحلة المحاكمة أو في مرحلة تنفيذ العقوبة، كنظام وقف تنفيذ العقوبة أو التخيير بين عقوبتين أو النزول أو الصعود بالعقوبة عن حدها المقرر، ونظام الاختبار القضائي القضائي[١٠] ونظام الإفراج الشرطي (نظام البارول)[١١].

٣. ٢ الابتعاد عن ضرب الامثلة وعن القياس:

نتناول الموضوع من خلال فرعين : الفرع الاول ، الابتعاد عن ضرب الامثلة. والفرع الثاني، الابتعاد عن القياس. والفرع الثالث، ترتيب أولويات النص. وكما يلي:

٣. ٢. ١ الابتعاد عن ضرب الامثلة:

قد يلجأ المشرع إلى صياغة القاعدة القانونية بذكر بعض تطبيقاتها ثم يترك للقاضي مجال القياس عليها لتشمل القاعدة القانونية ما تطرأ عليه من مستجدات(مصطفى، ص٢٧٣)، فمن القواعد المستقرة في بنيان النص العقابي الخاص، الابتعاد عن ضرب الامثلة والتوضيحات والتعليقات في ثنايا النص وخصوصاً ما يتعلق بصياغة القواعد الأساسية الجنائية، على اعتبار أن ذلك يتعارض مع عمومية القاعدة وتجريدها واقتضابها غير المخل[١٢]. بيد أن المشرع في بعض الأحيان يضطر الى سوق بعض الامثلة لتفادي الغموض في النص أو تباين التطبيق القضائي واختلاف التفسيرات[١٣]. ومثال ذلك ما جاء في الفقرة (د) من المادة (٢٨٧) عقوبات عراقي المتعلقة بطرق التزوير المعنوي، بقولها : (إجراء أي تغيير بالإضافة أو ... أو بغير ذلك في كتابة المحرر أو الارقام أو الصور أو العلامات أو أي أمر آخر مثبت فيه). وكذلك في تعريف التزوير الوارد في المادة (٢٨٦) عقوبات بالقول: (التزوير هو تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أ و وثيقة أو أي محرر آخر [١٤] والمادة (٢٩٠) عقوبات المتعلقة بحمل موظف على تزوير المحررات الرسمية، بقولها: (يعاقب بالسجن ...من حمل موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة ...إما بانتحال إسم شخص آخر و بالاتصاف بصفة ليست له أو بتقرير وقائع كاذبة أو بغير ذلك من الطرق على تدوين أو إثبات واقعة غير صحيحة ...). حيث نرى في كل هذه الحالات أن المشرع الجنائي أورد بعض الصور المشهورة للأفعال الجرمية أو الوسائل أو المحال وعدّدها ثم أعقبها بعبارات توحي بأن ذلك ورد على سبيل المثال وليس الحصر، ليؤكد على ما يريد ويكشف عن غايته من النص ويتفادى الغموض المحتمل فيه . بيد أن ذلك يرد على سبيل الاستثناء والضرورة والحاجة وعلى نطاق ضيق محدود فحسب لأنه يخالف القاعدة العامة.

٣. ٢. ٢ الابتعاد عن القياس:

يعرف القياس بأنه :" إلحاق واقعة لم ينص المشرع على تجريمها بواقعة أخرى منصوص على تجريمها، وذلك لوجود تشابه بين الواقعتين أو لاتحادهما في العلة"(الخلف والشاوي، ص٤٥). حيث يفترض بالمشرع سد جميع حاجات الواقع بنصوص قانونية واضحة لكنه قد لا يعمد القيام بذلك فينتج إما فراغاً أو قصوراً في التشريع وبذلك يعد هذا الفراغ أو ذاك القصور تهديداً للعدالة في تقدير المشرع لحالات القياس، فالقياس بالنسبة للقواعد الجنائية الإيجابية مطردة لا استثناء عليها لوجود مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات. أما بالنسبة للقواعد السلبية أي تلك التي تبيح السلوك أو ترفع المسؤولية أو تعفي مرتكب الجريمة من العقاب فإن القياس فيها جائز حتى مع وجود مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات،

لأنه لا يؤدي إلى إنشاء جرائم ولاعقوبات بل يوسع من نطاق حرية المتهم ويُخرجه من دائرة العقاب، مما يترتب عليه أنه لإجازة القياس يجب تحقق أمرين: أولهما، أن القياس إذا كان فيه صالح المتهم فهو جائز، وفي غير ذلك فهو غير جائز(الخلف والشاوي، ص٤٥-٤٦). وثانيهما، القياس الذي يُطابق قصد المشرع فهو قياس جائز، لذا على مفسر النص العقابي البحث عن قصد المشرع وقت الصياغة التشريعية(حسني، ص١٣٤)، وذلك باستخلاص المعنى من دلالة النص والذي يتم التوصل إليه من خلال روح القانون ومفهومه وعن طريق الاستنتاج سواء كان استنتاجا عن طريق مفهوم الموافقة[١٥] أو عن طريق مفهوم المخالفة[١٦]. والقياس نوعان : قياس عادي، وهو إعطاء حالة لم يرد بشأنها نص حكم حالة أخرى منصوص عليها لاتحاد العلة وتساويهما في الحالتين، مثال على ذلك أن جريمة الغش بالمهاجرة المنصوص عليها في كثير من قوانين الدول العربية ولم يتم الإشارة إليها في القانون العراقي ينطبق عليها حكم جريمة الاحتيال المنصوص عليها في القانون العراقي لاتحاد العلة بينهما، ألا وهي استعمال طرق احتيالية أو أسلوب يؤدي إلى خداع المجنى عليه كما في حالة حمل النساء على السفر كالوعد بالزواج أو للعمل مع العلم أن القصد من هذا السفر هو استغلال المرأة في الدعارة، فالجاني في هذه الحالة يستخدم طرق احتيالية ويختلق أخبار كاذبة وغير صحيحة لإقناع الضحية على السفر.

ويقصد بالقياس من باب أولى، إعطاء حالة غير منصوص عليها حكم الحالة التي نص عليها لأن علة الحكم تتوافر بطريق أوضح وأظهر في الحالة التي لم ينص عليها(قاسم، ص٤٠٥- ٤٠٦)، مثال ذلك ما تقضي به المادة (٤٠٩) عقوبات عراقي على آنه: " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فاجآ زوجته أو أحدى محارمه في حالة تلبسها بالزنا أو وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلها في الحال" وبذلك فإن الزوج الذي يفاجئ زوجته حال تلبسها بالزنى فقتلها في الحال يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات بدلاً من عقوبة السجن المؤبد أو المؤقت، فنرى: بأن الزوج يستفيد من التخفيف في الحالة التي يحدث فيها جروحاً أو عاهات مستديمة في الزوجة الزانية وشريكها لأن علة تخفيف العقوبة تتوافر من باب أولى في الحالة الثانية.

من ذلك نستنتج أن الأصل في القياس أنه جائز إذا لم يعارض مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات ، فكما أوضحنا آنفاً أن نص القاعدة القانونية وبنيتها تقوم على شقي التجريم والعقاب والذي يختص بتحديدهما المشرع فقط بموجب مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وبذلك إذا لم يكن للقياس الذي يأخذ به القاضي لتكييف الواقعة أي تأثير على شق التجريم أو شق العقاب فهو قياس جائز، وبذلك فالقياس الذي يعفي الجاني من المسؤولية أو الذي يخفف العقوبة لا يؤثر على قصد الشارع، لأن الحكم لا ينشئ جريمة ولا ينشئ عقوبة فالجريمة والعقوبة بالأصل موجودة إنما يأخذ القاضي بمبدأ تفريد العقاب ألا وهو التعامل مع العقاب حسب ظروف وملابسات كل جريمة وكل مجرم على حدة وهو حق مصون للقاضي (للحاكم) قانوناً.

٣. ٢. ٣ ترتيب أولويات شقي النص:

الصورة الغالبة لقانون العقوبات العراقي ، وأغلبية القوانين العقابية العربية أن النص القانوني الواحد يتضمن شقين : الشق الاول هو شق التكليف أو التجريم، والشق الثاني هو شق الجزاء أو العقاب .

والمشرع العراقي غالباً ما يجعل شق الجزاء في صدر المادة ثم يعقبه بشق التجريم باستثناء بعض النصوص القانونية(الصفو، ١٩٧٥)[١٧]. بخلاف المشرع في قانون العقوبات المصري والذي غالباً ما يجعل شق التجريم أو التكليف يسبق شق الجزاء أو العقوبة، إلاّ أن ذلك لا يعد قاعدة في قانون العقوبات المصري، فهو في حالات أخرى يجعل شق العقاب في صدر المادة، ويليه شق التجريم وكذلك فعل المشرع في قانون العقوبات الأردني حيث غالباً ما يجعل شق التجريم يسبق شق العقاب إلا أنه يجعل شق العقاب يسبق شق التجريم إذا كانت العقوبة واحدة لعدد من الصيغ الاجرامية، مثال ذلك نص المادة (٢٤٠) عقوبات أردني التي تعاقب بالأشغال الشاقة مدة لا تنقص عن خمس سنوات : "١-كل من زوّر... ٢-كل من أدخل الى البلد ... ٣-كل من حاز ... " . ويعد موقف القانون الاردني سليماً، وذلك لأن الجزاء لا يكون إلاّ نتيجة مخالفة التكليف، فلابد أن يكون هناك تكليف أولاً(الصيفي، ١٩٦٧)[١٨] ,ويترتب على مخالفته الجزاء، وقد كانت آيات القرآن الكريم سباقة في هذا الاسلوب ، ومن ذلك قوله تعالى في سورة المائدة / الآية ٩٥ : ((٩٥) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ...)) .

ومن جانبنا ، نرى أن الاسلوب المتبع في القانونين المصري والأردني هو الأفضل لأن كلام الله الذي يسبق فيه نص التجريم نص العقاب يتضمن التسلسل المنطقي لقيام المسؤولية واستحقاق العقاب فالتنبيه والإنذار والتجريم ثم العقاب كأثر له، وحتى من الناحية الزمنية فالجزاء لا يُطبق إلا إذا سبقته مخالفة القاعدة القانونية. بيد أننا نؤيد كذلك وجود الحالات الاستثنائية التي يسبق فيها نص العقاب نص التجريم في الجرائم ذات العقوبات الشديدة والخطيرة كعقوبة الإعدام والسجن المؤبد، كنوع من التأكيد والتشديد والتخويف والتوضيح والردع العام .

doi: 10.25007/ajnu.v6n1a8 |بحث أصيل

٤. الضوابط المعنوية:

يمكن تناول موضوع الضوابط المعنوية في بنيان النص العقابي الخاص من خلال ثلاثة مطالب: المطلب الاول ، تحقيق العدالة الجنائية في النص العقابي. والمطلب الثاني، تحقيق التناسب بين شقي التجريم والعقاب. والمطلب الثالث، تحقيق التوازن والتوفيق.

٤. ١ تحقيق العدالة الجنائية(مصطفى، ص٣٢- ٤٢) في النص العقابي:

خلا القانون الجنائي العراقي بشقيه العقابي والاجرائي من تعريف للعدالة الجنائية، وكذا معظم التشريعات الجنائية المقارنة، وهو اتجاه سليم لأن التعريفات في الأساس من أعمال الفقه والقضاء(مصطفى، ص٣٧)، لاسيما في موضوع واسع كالعدالة الجنائية. وهي عندنا : (مبدأ قانوني وإنساني من مبادئ القانون الجنائي يحكم قواعدها، غايته إرضاء شعور المخاطبين بها بالحق والانصاف والمساواة الواقعية والتوازن بين شقي التجريم والعقاب). والقاعدة الجنائية في شق التكليف تعبر عن التفاصيل المادية للسلوك غير المشروع فحسب، وتحدد في شق الجزاء العقاب الواجب إيقاعه على هذا السلوك غير المشروع حينما يصبح واقعياً(حسين، ٢٠٠٣). ولا يوجد بين أسطر هذه القاعدة القانونية غير هذا المحتوى، فسطورها لا تعبر عن الركيزة الأولية التي تعد من دعائم الكيان الاجتماعي والمتمثلة بالحكمة أو العلة أو المصلحة التي ينشدها المشرع أو تهدف اليها القاعدة الجنائية والتي تجد العدالة الجنائية محلها في هذه الحكمة والعلة والمصلحة، لأن العدالة الجنائية ماهي إلاّ تجسيد للدعائم الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كان هذا الكيان مادياً يتمثل في الالتزامات الجوهرية التي يجب مراعاتها في حق المجتمع في الكيان والبقاء(بهنام، ١٩٩٦) ، مثل الحفاظ على الأرواح والسلامة والأموال، أو كان كياناً معنوياً يتمثل في التعايش بين أفراده بوطن مشترك وحقوق متساوية، فتفكك المجتمع وانهيار دعائمه لا المجتمع وانهيار دعائمه لا يتحقق بانهيار كيانه المادي فقط بل بكيانه المعنوي كذلك.

من هنا، يجب على النص أن يعبّر بوضوح عن صورة الضرر الناجم عن السلوك الجرمي أو عن صورة تعريض الحق للضرر كونه العلة التي يتوخاها المشرع، كما ينبغي توخي الدقة والحذر عند تطبيق النص من أجل إبراز مظاهر العدالة الجنائية. كما ينبغي تفسير حكمة النص بأسلوب منطقي لأن التفسير الحرفي له نهج خاطئ لا يخدم العدالة الجنائية. فضلاً عن إن جريمة القالب الحر الشائعة في مجال الجرائم الشكلية من شأنها أن تهدد مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، الذي يعد ركيزة أساسية للعدالة الجنائية، وهو أمر يُخشى منه أن يثلم العدالة الجنائية في الجرائم الشكلية أكثر بكثير مما يخشى عليه في الجرائم المادية.

كما أن الضرر كسبب للتعويض تكون العبرة فيه بالأمر الواقع في كل جريمة دون النظر الى إنموذجه المجرد في قاعدة التجريم، وهو أمر تستدعيه العدالة الجنائية، فلربما لا يلزم العقاب عليها حدوث ضرر، فتكون العلّة أساساً لطلب التعويض(بهنام، ١٩٩٦). أما المصلحة العامة أو الخاصة محل العدالة الجنائية في القاعدة الموضوعية، فتتمثل في أن العدالة الجنائية هي غاية القواعد الجنائية بشكل عام، وهدفها البعيد هو حماية القيم والمصالح الأساسية اللازمة للجماعة، فالمصلحة المحمية لفصل أو أكثر من فصول الجرائم في قانون العقوبات ماهي إلا مجموع العلل الكامنة في مجموعة متجانسة من النصوص التي يتضمنها ذلك الفصل أو أكثر. والمصلحة محل العدالة الجنائية تبرز من خلال حرص المشرع في القاعدة الموضوعية على حماية الحقوق والمصالح العامة والخاصة التي يراها جديرة بهذه الحماية ، فحماية المصالح الأساسية التي يتوقف عليها وجود المجتمع واستقراره واستمراره هي الغاية التي تجتمع عليها وترتبط بها كافة الشرائع السماوية والوضعية المعاصرة والقديمة، فوجود حد أدنى من المصلحة المجتمعية أو الفردية هي المسوغ لتدخل المشرع لإصدار نص جرمي معين أو تنظيم قانوني معين، وبانتفاء المصلحة ينتفي غرض التشريع(مصطفى، ص٧٢).

ولعل من مفترضات العدالة الجنائية لكي تحقق العدالة الجنائية التوازن المطلوب في المجتمع وتصبح حقوق مرتبطة بالقيم السائدة فيه: وجود قضاء جنائي محايد ومتخصص يتولى تطبيق العدالة الجنائية، فضلاً على ارتكازها على مبدأ دستوري قانوني عالمي هو (الاصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته بحكم بات)(مصطفى، ص٧٩). ومن مظاهر العدالة الجنائية في سياسة الحد من التجريم، باعتبار الحد من التجريم ظاهرة حديثة العهد نسبياً، تكمن في ترشيد استعمال قواعد التجريم. والحد من التجريم القانوني يعني إلغاء بعض الأنواع من الجرائم بتشريعات تجرد السلوك المجرّم من الصفة غير المشروعة، كإلغاء تجريم العلاقات الجنسية المثلية في بعض تشريعات أوربا(سرور، ٢٠٠٦). بينما يعني الحد من التجريم الفعلي، استعمال وسائل وبدائل لتخفيف العقوبة داخل النظام الجنائي لتخفيف ردود الفعل في نظام العدالة الجنائية بمواجهة أنماط معينة من السلوك أو المواقف بشكل متدرج، مثل وقف إجراءات السير بالدعوى الجنائية كقرار (الحفظ لعدم الأهمية) الذي تصدره النيابة العامة المصرية بصفتها سلطة استدلال، وقرار (بأن لا وجه لإقامة الدعوى) أي قرار الإفراج، الذي تصدره النيابة العامة المصرية والادعاء العام وقاضي التحقيق المنتدب في مصر، وقاضي التحقيق أو المحكمة في العراق(مصطفى، ص٣٦٤) . فضلاً على إعلان عدم الدستورية الذي يخول أحياناً لبعض الأنظمة القضائية

والذي يخولها إلغاء القوانين المخالفة للدستور، وكذلك العفو العام الذي يختص به المشرع على وجه الانفراد والذي من شأنه تجريد الفعل من صفته الجرمية بأثر رجعي، كأسدال الستار عن بعض الجرائم التي ارتكبت في ظل ظروف سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية معينة، والذي من شأنه تعطيل تطبيق القاعدة القانونية وليس إلغاؤها(مصطفى، ص٣٦٦). بل أن معظم الأنظمة القانونية المقارنة تتجه اليوم الى التساهل مع بعض الجرائم وخصوصاً المخالفات وإباحتها أو إخضاعها الى جزاءات إدارية تبدو ناجعة ومتسقة مع النظرة المعاصرة للعدالة الجنائية ورادعة في مثل هذه السلوكيات والحد منها(مصطفى، ص٣٧٥).

أما مظاهر العدالة الجنائية في الحد من العقاب، فشأنها شأن مظاهر الحد من التجريم، تبدو مرتبطة بظاهرة الرجوع عن التجريم أو عدم الإسراف في اللجوء الى النظام الجنائي لحماية القيم والمصالح والوقوع في فخ التضخم التشريعي، واستعمال الجزاء الإداري كاستراتيجية في مكافحة الإجرام، بغية مواكبة السياسة الجنائية[١٩] في إطار حركة الإصلاح التي شهدتها التشريعات الجنائية في أوربا. حيث أن الاتجاه الذي تقره أغلب التشريعات الحديثة هو ترجيح الردع الخاص(بعد العدالة الجنائية) على سائر أغراض العقوبة والارتقاء به إلى مرتبة المبادئ الدستورية(سرور،ص١٣٦)، فضلاً على حماية القيم والمصالح، وإعادة التوازن الذي تخل به الجريمة.

من هنا، ارتبطت عدالة العقاب بمبدأ الضرورة الاجتماعية، بمعنى أن العقاب لا يكون مبرراً من وجهة نظر العدالة الجنائية إلاّ إذا كانت هناك مصلحة اجتماعية مهمة جداً لا تؤمن لها الحماية الكافية بغير الجزاء الجنائي، فلا ضرورة تبرر العقاب من وجهة نظر العدالة الجنائية إذا كان بالإمكان حماية المصلحة الاجتماعية بغير الجزاء الجنائي أو إذا لم تكن هذه المصلحة على قدر معين من الأهمية(حسني، ١٩٦٧). كذلك ارتبطت عدالة العقاب بمبدأ التناسب، بمعنى أن تكون العقوبة بالقدر الكافي الذي يتناسب مع الخطورة الإجرامية التي يكشف عنها السلوك على نحو يضمن تحقيق الردع الخاص من خلال الإصلاح وإعادة التأهيل لتفادي احتمالية العود الى الجريمة وتكرارها. فالتدخل الجنائي يبدو منتقيا وغير مبرر للعدالة الجنائية، إذا فشلت العقوبة في تحقيقها لنوع من الردع أو إذا أمكن تحقيق هذا النوع من الردع بغير الجزاء الجنائي أو إذا لم يكن السلوك الإجرامي دالاً على تلك الخطورة الإجرامية المبررة للتدخل الجنائي(سرور، ١٩٩٨).

ولعل من مبررات العدالة الجنائية في الحد من العقاب : أولاً، فشل النظام العقابي التقليدي في الحد من الجريمة، حيث أن التنوع في الجزاءات العقابية التي يتضمنها النظام العقابي الحديث والتي يمكن استعمالها كبدائل لسلب الحرية، كنظام وقف التنفيذ وعقوبة أيام الغرامة وعقوبة العمل للمصلحة العامة ونظام المراقبة والحبس المنزلي والحرمان من مزاولة مهنة وإلغاء رخصة قيادة وغيرها، هي التي دفعت أغلب التشريعات الجنائية المعاصرة الى تبني هذا النظام لما يحققه من عدالة جنائية وفق رؤيا جديدة غير تقليدية، تبتعد عن مساوئ انعدام الشعور بالعدالة الجنائية والقصور في تحقيق الأهداف المحددة له وارتفاع نفقاته من جهة أخرى. وثانياً، المشكلات التي ترافق الحبس قصير المدة وآثاره السلبية على العدالة الجنائية وآثاره الاجتماعية والاقتصادية والنفسية. والسبب في شيوع الحبس قصير المدة يعود الى الاتجاه نحو تفريد العقوبة وتوسيع سلطة القاضي التقديرية، وكذلك التضخم التشريعي الذي حصل في النصف الثاني من القرن الماضي لمواجهة النماذج السلوكية التي أفرزها تطور المجتمع وتعقيداته المتسارعة، الى جانب قلة البدائل التي تتضمنها النظم العقابية التقليدية والتي يمكن أن تحل محل الحبس قصير المدة.

ولعل الصور الحديثة في الحد من العقاب لتحقيق العدالة الاجتماعية تتمثل فيما يلي: العمل للمنفعة العامة، وتأجيل النطق بالعقوبة، والغرامة اليومية، والمراقبة الالكترونية، فضلاً على مظاهر العدالة الجنائية في الحد من العقاب في إطار الجزاء الإداري، مثل الجزاءات المالية، والجزاءات الادارية المقيدة أو المانعة للحقوق(سالم و راشد، ٢٠٠٠، وعلي ، ص٣٨٥ – ٣٩٤).

من هنا ، ندعو : مشرعنا الكريم الى استبدال عقوبة الحبس البسيط قصير المدة في الجنح البسيطة بالغرامة أو بإحدى العقوبات المانعة أو المقيدة للحقوق لتحقيق الآثار الإيجابية على العدالة الجنائية وتجنب الآثار السلبية لها من خلال تجربة بعض القوانين المقارنة.

٤. ٢ تحقيق التناسب بين شقي التجريم والعقاب:

يتعين أن يكون ثمة تناسب بين الجريمة والعقوبة، أي بين الفعل غير المشروع الذي ارتكبه الجاني وبين الجزاء الذي يخضع له لقاء اقتراف الفعل غير المشروع، إذ كلما تناسبت العقوبة المقررة مع الجرم المرتكب كلما زاد ذلك من القيمة الإقناعية للقاعدة الجنائية بما يكفل تحقيقها لوظيفة الردع المرجوة منها. ذلك أن التجريم والعقاب في القانون الجنائي يقوم على معياري التناسب والضرورة. ففكرة العقوبة الضرورية المشار إليه في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا سنة ١٧٨٩ تؤدي إلى التسليم بألا يلجأ المشرع الجنائي إلى العقوبات اللازمة والمتناسبة مع جسامة الفعل الجرمي المرتكب، فهناك معياران للتناسب أحدهما موضوعي والأخر شخصي: فبموجب المعيار الموضوعي يتعين أن يكون الألم متماثلاً

doi: 10.25007/ajnu.v6n1a8 |بحث أصيل

أو على أقل تقدير متناسباً مع جسامة النتيجة الواقعة بموجب الفعل الجرمي، بصرف النظر عن نصيب الجاني من الخطأ أو العمد، أما بموجب المعيار الشخصي فمفاده تناسب الألم مع درجة خطأ أو عمد الجاني في إحداث النتيجة الجرمية. وكانت التشريعات القديمة تعتنق المعيار الموضوعي، أما التشريعات الحديثة فتأخذ بالمعيار الشخصي. ونحن نؤيد الرأي الذي يذهب إلى ضرورة الأخذ بالمعيارين الموضوعي والشخصي. أي تحديد تناسب العقوبة مع الجريمة بالنظر إلى الفعل المرتكب ودرجة خطأ الجاني(عبد المنعم، ص٥٧-٦١). وإذا كان التناسب يعتبر اليوم من أحد المبادئ المهمة في الجزاء الجنائي إلاّ أن وضعه موضع التطبيق مشروط بإمكانية تحقيقه من الناحية العملية. وفي سبيل ذلك ثمة طريقتان: أولهما، طريقة التفريد التشريعي (أي تحديد العقوبة على قدر جسامة الجريمة التي تُحدد في ضوء أهمية المصلحة القانونية أو الاجتماعية التي تنتهكها الجريمة) وطريقة التفريد القضائي (أي اختيار القاضي نوع ومقدار العقوبة من ضمن العقوبات التي نص عليها المشرع)(عبد المنعم، ص٦٠- ٦١))[٢٠].

ويقوم مبدأ التناسب بصفة عامة على ثلاثة محاور رئيسية: وهي القيم والمصالح الاجتماعية، والذي يشترط لإضفاء القانون حمايته أن تكون تلك المصلحة مشروعة كحق الإنسان في الحياة أو حقه في الحرية. وجسامة العدوان، أي كمية الضرر التي نتجت عن الفعل الجرمي كعدد المجنى عليهم، أو مساحة التلوث التي نتجت عن فعل التلوث، أو بالنظر إلى ضرورة العقاب، فهو الأثر المترتب على مخالفة شق التكليف، حيث أن مخالفة أو خرق الالتزامات التي يتضمنها القاعدة القانونية في شقها التكليفي يوجب خضوع المكلف للجزاء المحدد لذلك الالتزام. بالشكل الذي يكون فيه الإيلام في شق الجزاء متناسباً مع جسامة الخطأ(مصطفى، ص١٢٢- ١٢٣).

والتناسب، من المبادئ الدستورية التي تقيد سلطة المشرع في مجال التجريم، ولذلك فإن سياسة التجريم يجب أن تنطلق من فكرة التوفيق بين نصوص التجريم الصادرة عن المشرع الجزائي وبين النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات الصادرة عن المشرع الدستوري(يوسف، ص٧٨). وإذا كان القانون الجزائي يهدف من خلال سياسة التجريم الى إرساء السلام الاجتماعي وحماية النظام العام(حومد ، ٢٠٠٠) ، فإن هذه السياسة يجب أن توفق بين مقتضيات حق الدولة في العقاب ومنع الجرائم وبين حق الإنسان في الحرية، فالدولة بحكم وظيفتها ينبغي عليها أن تحمي كافة المصالح القانونية، وهي بلا شك ليست قاصرة على المصالح الاجتماعية إنما تشتمل على الحقوق والحريات كذلك، فهذه الحقوق والحريات بحكم طبيعتها الإنسانية لابد أن تكون محلاً لحماية المشرع الجزائي ولا يجوز إهدارها بدعوى المحافظة على قيم المجتمع ومصالحه(سرور، ١٩٧٢).

وهكذا، كان مبدأ التناسب أداة للتوفيق بين هذه القيم المتعارضة، لأنه يتطلب قيام صلة عقلانية بين ممارسة الدولة سلطتها وبين احترام الحريات الفردية(يوسف، ص٧٩). كما أن المشرع لا يميل عادةً إلى التضييق على الحريات أو الى الطغيان، فالقانون الصادر عن السلطة التشريعية يعبر عن إرادة الأمة، وعلى ذلك فإنه يحدد الهدف الاجتماعي لممارسة الحريات، وهذه الممارسة يختص المشرع وحده بتحديد مجالها(الشرقاوي، ١٩٧٩). بيد أن ذلك لا يحول دون وجود ضوابط لهذه السلطة، فالمشرع الدستوري يضع مبادئ دستورية تحكم وتنظم عملية صياغة الأفكار القانونية أو الفلسفة الجنائية(عبد الكريم، ٢٠١٥)، فالمشرع ينفرد وحده بتنظيم الحقوق والحريات والأفعال المجرمة دون غيرها بوصفه ممثلاً لإرادة الشعب ويمارس انفراده هذا في حدود الدستور(عبد البصير، ٢٠٠٤). ولذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في هذا السياق: أن الأصل في سلطة المشرع في موضوع الحقوق هو إطلاقها، باعتبار أن جوهر تلك السلطة هو المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعي، موازناً بينها مرجّحاً ما يراه أنسبها لفحواها وأحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه، مالم يكن قد فرض في شأن حمايتها ضوابط محددة تعتبر تخوماً لها لا يجوز تجاوزها(يوسف، ص٨٠). وهي ضوابط شكلية تتمثل فيما يلي: ١ – الخضوع للقانون الاسمى (الدستور)، ٢- أن تكون نصوص التجريم مكتوبة، ٣ – دقة ووضوح الفاظ نصوص التجريم. وضوابط موضوعية تتمثل فيما يلي: ١ – مراعاة طبيعة البيئة الوطنية عند صياغة القانون المستمد من مصادر أجنبية، ٢ – التوفيق بين نصوص التجريم وبين احترام الحقوق والحريات، ٣ – مواجهة الأسباب الجذرية للظاهرة الإجرامية، ٤ – إمكان وقدرة إطاعة أوامر أو نواهي نص التجريم، ٥ – تكامل وعدم تناقض نصوص التجريم مع القواعد العامة، ٦ – تقدير المخاطب بالقانون لمصلحته في إطاعته ومزايا تطبيقه التي تفوق العقاب عليه(يوسف، ص٨٦-٩٣).

أما بخصوص التناسب المتعلق بسياسة المشرع في العقوبة في إطار القانون الجنائي، فإن للجريمة باعتبارها فعلاً غير مشروع ردة فعل اجتماعية تتمثل في العقوبة التي تفرض على مرتكبيها كجزاء يقابل فعله غير المشروع، فالعدالة الجنائية تقتضي إذاً تناسب ردة الفعل الاجتماعية تلك مع الفعل المسبب لها. أي تناسب بين إيلام العقوبة من ناحية وبين الجريمة المرتكبة استناداً الى معايير مختلفة(محمود، ٢٠١٠). وهو أمر منطقي فالجريمة هي

المسبب والعقوبة أثر لذلك المسبب، لذا كان من الضروري أن يقوم التناسب بين المسبب والأثر، لأن الجزاء يلزم أن يكون من جنس العمل، وموازياً له. على أساس أن مبدأ تناسب العقوبة يُعدُّ من الضمانات التي تمثل الإطار المحدد لسياسة العقاب، لاسيما وأن العقوبة تمثل في جوهرها إهداراً وانتقاصاً لحق من حقوق مرتكب الجريمة، فبدون هذه الضمانة تتحول العقوبة الى سلاح خطير بيد السلطة تستخدمه متى شاءت للعصف بحقوق الأفراد وحرياتهم. فمن غير الممكن أن تصطدم سياسة العقاب مع اعتبارات العدالة بوصفها قيمة اجتماعية مستقرة في ضمير الجماعة، فالعقوبة لا تحقق معنى العدالة إلاّ إذا كانت متناسبة مع الجريمة، فالسياسة الجنائية المتعقلة والمتوازنة تراعي ضرورة تحقيق التناسب بين شقي القاعدة الجنائية : شق التجريم، وشق العقاب، ليمكن قبولها من المخاطبين بها دون أن تثلم قيمة العدالة المستقرة في ضميرهم(يوسف، ص١٦٦). وعندئذ يكون الجزاء من جنس العمل، مصداقاً لقوله تعالى في سورة الشورى / الآية (٤٠) : ((وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا)) . بيد أن المشرع قد يخرج عن مبدأ التناسب هذا ويعترف بعدم تناسب العقوبة مع التكليف في القاعدة الجنائية عندما يردف تلك القاعدة بعبارة: (مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد) ولذلك مبررات استثنائية ظرفية لا تخل بأصل المبدأ وضرورته ودستوريته، فالقاعدة أنه لا يجوز للمشرع الجزائي سن تشريعات جزائية تقرر عقوبات مفرطة أو غير عادلة أو تعسفية لا تتناسب مع ما تتناوله هذه التشريعات من جرائم، وإلاّ باتت تلك التشريعات غير دستورية لتعارضها مع مبادئ الدستور في مجال المساواة والعدالة وحقوق الإنسان(ابو عطية، ٢٠٠١). من هنا، يُعرّف مبدأ تناسب العقوبة بأنه: (علاقة ملائمة تربط بين شقي القاعدة الجنائية بحيث يكون الإيلام المتضمن في شق الجزاء متناسباً مع جسامة الخطأ، وكافياً لحمل المخاطبين على احترام الالتزامات التي يتضمنها شق التكليف من جهة، ومؤدياً الى تحقيق أهداف الجزاء من جهة أخرى)(جلال ، ٢٠٠٤).

٤. ٣ تحقيق التوازن[٢١] والتوفيق:

مثلما يتعين على المرء، لكي يجيد التزحلق على الجليد، بأن يُحافظ على توازنه في خط متواز عند الانطلاق على المنحدر الجليدي، فعلى الصائغ القانوني بالطريقة نفسها الربط بين أجزاء الجملة القانونية باستخدام مجموعة من الكلمات المتساوية في العدد، أو لها نفس الطول تقريباً لإعطاء إيقاع معين(صبره،٣٩٦)، هذا من الناحية الشكلية. أما من الناحية الموضوعية، فالسلوك الذي يعتبر خطراً على أمن المجتمع يكون سلوكاً جديراً بالتجريم، لكن المصالح تتغير بتغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية لكن مهما تغيرت هذه الظروف فمهمة المشرع تكمن في تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة بمرور الزمان وقت الصياغة التشريعية، لذا فإن مبدأ التوازن يكون في شقي التكليف، والمفاضلة بين الحقوق والمصالح، وترجيح تلك التي تكون فائدتها أكبر للمجتمع وتحقيق التوفيق(الحمداني، ص١٢١- ١٢٢).

ومهما يكن الأمر، فإن التوازن يُعد من الأمور التي ينبغي مراعاتها في تنظيم مختلف المسائل خلال التشريع، وهذا ينصرف الى عدة أمور منها التوازن وآلياته وضماناته. فكلما كانت التشريعات مبنية على توازنات، كانت أكثر واقعية وعملية، وليس من المستبعد أن يتعرض المشرع وهو بصدد سن القواعد الى صعوبات أهمها مواجهة أحوال التعارض بين مصالح ومفاهيم لا تقبل الإهمال أو الاستغناء. هنا تأتي فكرة التوازن من خلال معيار التناسب[٢٢] والذي يحقق علاقة منطقية بين الوسائل والغايات ودورها في تجاوز مثل هذه الصعوبات من خلال آليات ووسائل تضمن ذلك ولو كانت بصورة نسبية. وإن الميل نحو التوازن واعتماده قد لا يتجسد في التشريع إلاّ بصورة نسبية وفي الحدود التي تفتضيها الأوضاع الراهنة، والواقع إن هذا هو وضع التشريعات على العموم، الأمر الذي كان يجعل التشريع موضع انتقاد لعجزه عن مواجهة المستجدات. غير أن هذا الأمر يمكن تفاديه من خلال إجراء التعديلات اللازمة في ضوء ما تقتضيه الظروف الاجتماعية، بحيث تتحقق معها الموائمة والمواكبة للتغيرات والمستجدات. فالتوازن يضفي الإيجابية على التشريعات عموماً ولاسيما قانون العقوبات في قسمه الخاص وقانون أصول المحاكمات الجزائية لما فيها العديد من أوجه التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة(نجم، ٢٠٠٦). فمراعاة التوازن في القانون تترتب عليه قبل كل شيء الأهمية الذاتية والفعالية في التطبيق، فضلاً على تحقيق العدالة التي تشكل الغاية النهائية لمختلف القوانين وتبين مستوى رقي المجتمعات(حومد، ١٩٨٧).

وفيما يخص المخاطبين بأحكام وقواعد القانون، فإن التوازن له أثر واضح في نفوسهم سواء كانوا من الأجهزة والجهات التي تناط بها مباشرة الإجراءات أو ممن تباشر الإجراءات بحقهم والأفراد على العموم. أما بالنسبة للأجهزة والسلطات، فإن التوازن يتيح لها إمكانية التطبيق السليم للقانون دون انتهاكات، فلا يتطلب منها سوى تحقيق وظيفة الإجراءات في صورتها المزدوجة، بمعنى مراعاة المصلحة العامة والمصلحة الخاصة على حدٍّ سواء. أما الأفراد، فإنهم يصبحون في مأمن من تلك الإجراءات وتزداد ثقتهم بالأجهزة والسلطات المعنية، بحيث يكون الخضوع للإجراءات أكثر استجابة طالما إنها لا تتضمن الإهدار والتجاوز الجسيم على حقوقهم وحرياتهم الشخصية(رسول، ٢٠١٤).

doi: 10.25007/ajnu.v6n1a8 |بحث أصيل

٥. الخاتمة

في ختام بحثنا في موضوع ضوابط البيان القانوني للنص العقابي الخاص توصلنا إلى عدة استنتاجات وتوصيات نوجزها كالاتي:

٦. الاستنتاجات:

١ - إن اختيار اللغة القانونية السليمة والواضحة تعتبر من أكثر مهام المشرع أهمية وقت الصياغة التشريعية، لأن أي غموض أو ارتباك في النص سيؤدي حتماً إلى الارتباك في تطبيق النص العقابي بالشكل الذي لا يتلاءم مع إرادة المشرع وقت الصياغة التشريعية، وبالتالي يتعارض مع مبدآ قانونية الجرائم والعقوبات. فالتشريع لابد أن تتم صياغة معانيه بدقة ووضوح وإيجاز لأنها تنشئ القاعدة القانونية معنىً ولفظاً. لذا، فالإتقان في البنيان والصياغة الدقيقة والمنطقية الملائمة للواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي، ومدى ومقدار حاجة ذلك المجتمع لمثل هذا النص العقابي أمر غاية في الأهمية، يسهم في نجاعة النص ونجاحه في التعامل مع سلوكيات ذلك المجتمع والحد من تلك السلوكيات الشائنة. حيث أن التعامل مع الظروف المخففة أو المشددة الداخلة في بنيان النص هي الاخرى تنبع من حاجات ذلك المجتمع لها وضرورة فهم عاداته ومعتقداته وثقافته

٢ - إن مصطلح البنيان القانوني في الاصطلاح القانوني، يقابل في معناه (الصياغة القانونية)، أي بمعنى القالب الذي تصاغ فيه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي. أو هو الثوب الذي يظهر به التشريع، بمعنى أخر الانتقال من عالم الفكر إلى عالم الواقع والتطبيق.

٣ - تتضمن القاعدة القانونية على شقي التكليف والجزاء، وقد اختلفت موقف المشرعين بين ترتيب أولويات شقي القاعدة، فذهب البعض إلى أولوية آتيان شق الجزاء ثم يليه شق التكليف، في حين ذهب البعض إلى ترتيب شقي القاعدة حسب حاجة النص، أما الشريعة الإسلامية والتي هي السباقة في هذ الموضوع فقد لاحظنا من خلال الأيات القرآنية على أسبقية شق التكليف ولمن خالفه جزاء يوقع عليه. ولما كانت مخالفة هذه الأوامر أمراً متصوراً من قبل الأفراد. لذا فقد تعين في كل قاعدة فرض جزاء كفالة احترام القانون. فالذي تعنيه فكرة الجزاء حمل الأفراد جبراً على إطاعة القانون إن لم يطيعوها اختيارا كنتيجة لقهر الإرادات العاصية وعلى إعطاء القانون صفة تؤكد سيادته وتكفل احترامه.

٤ - إن تغيير العقوبة لا آثر له على شق التكليف لأن الفعل الجرمي يبقى كما هو قتل أو سرقة أو خيانة أمانة مثلاً، إنما تأثيره يقتصر فقط على شق العقاب فيغير تكييف الجريمة باعتبارها جناية إلى جنحة أو إلى مخالفة حسب النص. وقد لا تؤدي إلى تغيير تكييف الجريمة، إذا كانت العقوبة الجديدة وإن كانت أقل من العقوبة السابقة كمّاً، إلاّ إنها تبقى ضمن الحدود المحددة لنوع معين من الجريمة، مثل تخفيف عقوبة جريمة من السجن المؤبد الى السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات، فهي نوعاً تبقى جناية.

٥ - قد يلجآ المشرع إلى ذكر بعض تطبيقات القاعدة القانونية وقت الصياغة التشريعية ثم يترك للقاضي مجال القياس عليه لتشمل القاعدة القانونية ما تطرآ عليه من مستجدات، فمن القواعد المستقرّة في بنيان النص العقابي الخاص، الابتعاد عن ضرب الامثلة والتوضيحات والتعليقات في ثنايا النص وخصوصاً ما يتعلق بصياغة القواعد الأساسية الجنائية، على اعتبار أن ذلك يتعارض مع عمومية القاعدة وتجريدها واقتضابها. بيد أن المشرع في بعض الاحيان يُضطر الى سوق بعض الامثلة لتفادي الغموض في النص أو تباين التطبيق القضائي واختلاف التفسيرات عنها.

٦ - إن المثال الوارد في الفقرة (د) من المادة (٢٨٧) عقوبات والمتعلقة بطرق التزوير المعنوي، بقولها: (إجراء أي تغيير بالإضافة أو ... أو بغير ذلك في كتابة المحرر أو الارقام أو الصور أو العلامات أو أي أمر آخر مثبت فيه). وكذلك في تعريف التزوير الوارد في المادة (٢٨٦) عقوبات بالقول: (التزوير هو تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي محرر آخر ...). والمادة (٢٩٠) عقوبات المتعلقة بحمل موظف على تزوير المحررات الرسمية، بقولها: (يعاقب بالسجن ...من حمل موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة... إما بانتحال اسم شخص آخر و بالاتصاف بصفة ليست له أو بتقرير وقائع كاذبة أو بغير ذلك من الطرق على تدوين أو إثبات واقعة غير صحيحة...). نرى في كل هذه الحالات أن المشرع الجنائي أورد بعض الصور المشهورة للأفعال الجرمية أو الوسائل أو المحال وعدّدها ثم أعقبها بعبارات توحي بأن ذلك ورد على سبيل المثال وليس الحصر، ليؤكد على ما يريد ويكشف عن غايته من النص ويتفادى الغموض المحتمل فيه. بيد أن ذلك يرد على سبيل الاستثناء والضرورة والحاجة وعلى نطاق ضيق محدود فحسب لأنه يخالف القاعدة العامة.

٧ - يقترب البنيان القانوني كثيراً من التكييف التشريعي. فالتكييف التشريعي هو إقرار المشرع أن واقعة ما تعتبر جريمة معينة، وذلك بتعيين المشرع لطبيعة الجريمة وادخالها في عداد الجنايات أو الجنح أو المخالفات. او هو نص المشرع على أنه إذا توافرت واقعة،

مجردة لها خصائص معينة فأنها تتدرج تحت أحد الأوصاف التي يعرفها القانون، ويرتب عليها اثرا قانونيا معينا. في الحالة الأولى تكييف الواقعة و في الحالة الثانية تكييف الجريمة، اذن مهمة المشرع هي خلق أو إنشاء أوصاف قانونية لوقائع معينة من خلال تكيفات تشريعية.

٨ - القياس بالنسبة للقواعد الجنائية الإيجابية مطردة لا استثناء عليها لوجود مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات. أما بالنسبة للقواعد السلبية أي تلك التي تبيح السلوك أو ترفع المسؤولية أو تعفي مرتكب الجريمة من العقاب فإن القياس فيه جائز حتى مع وجود مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات لأنه لا يؤدي إلى إنشاء جرائم ولا عقوبات بل يوسع من نطاق حرية المتهم ويُخرجه من دائرة العقاب.

٩ - يتعين أن يكون ثمة تناسب بين الجريمة والعقوبة، أي بين الفعل غير المشروع الذي ارتكبه الجاني وبين الجزاء الذي يخضع له لقاء اقتراف الفعل غير المشروع، إذ كلما تناسبت العقوبة المقررة مع الجرم المرتكب كلما زاد ذلك من القيمة الإقناعية للقاعدة الجنائية بما يكفل تحقيقها لوظيفة الردع المرجوة منها.

١٠ - إن من مفترضات العدالة الجنائية لتحقيق التوازن المطلوب في المجتمع ولتصبح الحقوق مرتبطة بالقيم السائدة فيه يشترط وجود قضاء جنائي محايد ومتخصص يتولى تطبيق القانون ، فضلاً على ارتكازها على مبدأ دستوري قانوني عالمي هو (الاصل براءة المتهم حتى تثبت إدانته بحكم بات). والحد من التجريم القانوني بمعنى إلغاء بعض الأنواع من الجرائم بتشريعات تجرد السلوك المجرّم من الصفة غير المشروعة، بينما يعني الحد من التجريم الفعلي، إستعمال وسائل وبدائل لتخفيف العقوبة داخل النظام الجنائي، فضلاً على إعلان عدم الدستورية الذي يخول أحياناً لبعض الانظمة القضائية والذي يخولها الغاء القوانين المخالفة للدستور، وكذلك العفو العام الذي يختص به المشرع على وجه الانفراد والذي من شأنه تجريد الفعل من صفته الجرمية بأثر رجعي، كأسدال الستار عن بعض الجرائم التي ارتكبت في ظل ظروف سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية معينة، والذي من شأنه تعطيل تطبيق القاعدة القانونية وليس إلغاؤها. بل أن معظم الانظمة القانونية المقارنة تتجه اليوم الى التساهل مع بعض الجرائم وخصوصاً المخالفات وإباحتها أو إخضاعها إلى جزاءات ادارية تبدو ناجعة ومتسقة مع النظرة المعاصرة للعدالة الجنائية ورادعة في مثل هذه السلوكيات والحد منها.

أما الحد من العقاب، فشأنه شأن مظاهر الحد من التجريم، تبدو مرتبطة بظاهرة الرجوع عن التجريم أو عدم الإسراف في اللجوء إلى النظام الجنائي لحماية القيم والمصالح واستعمال الجزاء الإداري كاستراتيجية في مكافحة الإجرام.. فالتدخل الجنائي يبدو منتقيا وغير مبرر للعدالة الجنائية، إذا فشلت العقوبة في تحقيقها لنوع من الردع أو إذا أمكن تحقيق هذا النوع من الردع بغير الجزاء الجنائي أو إذا لم يكن السلوك الاجرامي دالاً على تلك الخطورة الاجرامية المبررة للتدخل الجنائي. ولعل من مبررات العدالة الجنائية في الحد من العقاب. ولعل الصور الحديثة في الحد من العقاب لتحقيق العدالة الاجتماعية تتمثل في: العمل للمنفعة العامة، وتأجيل النطق بالعقوبة، والغرامة اليومية، والمراقبة الالكترونية، فضلاً على مظاهر العدالة الجنائية في الحد من العقاب في إطار الجزاء الإداري، مثل الجزاءات المالية، والجزاءات الادارية المقيدة أو المانعة للحقوق.

١١ - إن تحقيق التوازن بين شقي القاعدة القانونية يضفي الايجابية على التشريعات عموماً ولاسيما قانون العقوبات في قسمه الخاص وقانون اصول المحاكمات الجزائية لما فيها العديد من أوجه التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

٧. التوصيات:

١ - للإتقان والدقة في الصياغة التشريعية على المشرع ملائمة النص للواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي الذي ستطبق فيه، ومدى ومقدار حاجة ذلك المجتمع لمثل هذا النص العقابي، لأن ذلك يسهم في نجاعة النص ونجاحه في التعامل مع سلوكيات ذلك المجتمع والحد من السلوكيات الشائنة. لذا فالتعامل مع الظروف المخففة أو المشددة الداخلة في بنيان النص هي الاخرى تنبع من حاجات ذلك المجتمع لها وضرورة فهم عاداته ومعتقداته وثقافته.

٢ - ندعو مشرعنا الكريم إلى استبدال عقوبة الحبس البسيط قصير المدة في الجنح البسيطة بالغرامة أو بإحدى العقوبات المانعة أو المقيدة للحقوق لتحقيق الآثار الإيجابية على العدالة الجنائية وتجنب الآثار السلبية لها من خلال تجربة بعض قوانين الدول المقارنة.

٣- نوصي كذلك مشرعنا الكريم في إتيان شق التكليف أولاً ثم يليه شق الجزاء لأن الجزاء هو الأثر المترتب على مخالفة شق التكليف.

٤ - ولنجاعة النص وحسن تطبيقه يجب أن يعبّر بوضوح عن صورة الضرر الناجم عن السلوك الجرمي أو عن صورة تعريض الحق للضرر كونه العلة التي يتوخاها المشرع وقت الصياغة التشريعية، كما ينبغي توخي الدقة والحذر عند تطبيق النص من أجل إبراز مظاهر العدالة الجنائية من خلال تفسير حكمة النص بأسلوب منطقي لأن التفسير الحرفي له نهج خاطئ لا يخدم العدالة الجنائية أحياناً. فضلاً عن إن جريمة القالب الحر

doi: 10.25007/ajnu.v6n1a8 |بحث أصيل

الشائعة في مجال الجرائم الشكلية من شأنها أن تهدد مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، الذي يعد ركيزة أساسية للعدالة الجنائية، وهو أمر يُخشى منه أن يثلم العدالة الجنائية في الجرائم الشكلية أكثر بكثير مما يخشى عليه في الجرائم المادية. كما أن الضرر كسبب للتعويض تكون العبرة فيه بالأمر الواقع في كل جريمة دون النظر إلى إنموذجه المجرد في قاعدة التجريم، وهو أمر تستدعيه العدالة الجنائية، فلربما لا يلزم العقاب عليها حدوث ضرر، فتكون العلّة أساساً لطلب التعويض.

قائمة المصادر

المصادر باللغة العربية:

الشيخ المولدي حمد علي بن علي التهانوي، موسوعة اصطلاحات العلوم الاسلامية، ج٦، بيروت.

المعجم الوسيط، (٢٠٠٤)، مجمع اللغة العربية، ط٤، مكتبة الشروق الدولية، مصر.

لسان العرب لأبن منظور،(٢٠٠٨)، المجلد الأول، ج٥، دار المعارف، القاهرة.

مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي،(١٩٨٦)، المكتبة العصرية.

منجد الطلاب، فؤاد افرام البستاني،(١٩٨٦)، دار المشرق، بيروت، ط١١.

الكتب القانونية:

د. أحمد فتحي سرور ،(١٩٧٢)، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة.

د. أحمد فتحي سرور،(١٩٩٨)، الحماية الدستورية للحقوق والحريات،ط١،دار الشروق القاهرة.

د. أحمد فتحي سرور،(٢٠٠٦)،القانون الجنائي الدستوري،ط٤،دار الشروق، القاهرة.

د. احمد الكبيسي ود. محمد شلال حبيب،(١٩٨٩)،المختصر في الفقه الجنائي الاسلامي،ط١،بيت الحكمة، بغداد.

د. أكرم نشأت إبراهيم،(١٩٦٥)،الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة،دار ومطابع الشعب، بغداد.

د. توفيق حسن فرج،(١٩٨١)، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ط٢.

جاسم العبودي،(١٩٩٠)،التجريم والعقاب في إطار الواقع الاجتماعي،دار الحكمة للطباعة والنشر،أربيل.

د. جاسم محمد راشد،(٢٠٠٠)، بدائل العقوبات لسالبة للحرية القصيرة، دار النهضة العربية، القاهرة.

د. حاتم حسن بكار،(٢٠٠٧)، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، شركة جلال للطباعة، الإسكندرية.

د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، ط٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع

د. حميد السعدي،(١٩٧٠)، شرح قانون العقوبات الجديد(دراسة تحليلية مقارنة)، مطبعة المعارف، بغداد.

د. رمسيس بهنام،(١٩٩٧)، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية.

د. رمسيس بهنام ،(١٩٩٦)، نظرية التجريم في القانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية.

د. سامي عبدالكريم محمود،(٢٠١٠)، الجزاء الجنائي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

د. سعاد الشرقاوي،(١٩٧٩)،نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني،دار النهضة العربية،القاهرة.

د. سليمان عبدالمنعم،(٢٠٠٢)، مبادئ علم الجزاء الجنائي (ماهية الجزاء الجنائي -صور الجزاء الجنائي- إشكاليات تطبيق العقوبات والتدابير الاحترازية - مدارس الفكر العقابي- توصيات المؤتمر العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين(فيينا ٢٠٠٠))، بدون مكان الطبعة، إسكندرية.

د. السيد أبو عطية،(٢٠٠١)، الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية.

شمس الدين الوكيل،(١٩٦٢)، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية.

د. صالح طليس،(٢٠١١)، المنهجية في دراسة القانون، ط٢، منشورات زين الحقوقية.

د. عباس الحسني،(١٩٦٨)، شرح قانون العقوبات الجديد، مطبعة المعارف، بغداد.

عبدالباقي البكري وزهير البشير،(٢٠١١)، المدخل لدراسة القانون، ط٣، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.

د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي،(١٩٦٧)، القاعدة الجنائية،الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت.

د. عبد الوهاب حومد،(١٩٨٧)، أصول المحاكمات الجزائية، ط٤، دمشق.

د. عصام عفيفي حسين،(٢٠٠٣)، تجزئة القاعدة القانونية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة.

عصام عفيفي عبد البصير،(٢٠٠٤)، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة.

د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع.

د. عمر سالم،(٢٠٠٠)، المراقبة الالكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، دار النهضة العربية، القاهرة.

عواد حسين ياسين العبيدي، تأويل النصوص في القانون، دار الإمام، طرابلس، بدون سنة طبع.

د. عيسى العمري ود. محمد شلال العاني،(٢٠٠٣)،فقه العقوبات(في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة)، ط٢، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة،عمان.

د. فتوح شاذلي،(٢٠٠٢)، علم العقاب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

د. فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي،(٢٠١٠)، شرح قانون العقوبات(القسم العام)، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد.

د. محمد حسن قاسم،(٢٠٠٦)، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية - نظرية الحق)، ج١، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

د. محمد زكي ابو عامر،(٢٠٠٨)، الاجراءات الجنائية،دار الجماعة الجديدة للنشر،الطبعة الثامنة، سنة الطبع.

د. محمد شريف احمد،(١٩٧٩)، نظرية تفسير النصوص المدنية، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والاسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد.

د. محمد صبحي نجم،(٢٠٠٦)، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، دار الثقافة، عمان.

د. محمد معروف عبدالله،(٢٠١٠)، نحو قانون عقوبات عراقي جديد، ط١، مطبعة شهاب، أربيل.

د. محمود عبد ربه القبلاوي،(٢٠٠٨)، التكييف في المواد الجنائية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

محمود محمد علي صبره، أصول الصياغة القانونية، ط٢، دار الكتب القانونية، بدون سنة طبع.

د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام- المجلد الأول)، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

د. محمود نجيب حسني،(١٩٦٧)، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة.

د. مصطفى العوجي،(٢٠٠٦)، القانون الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

د. مصطفى محمد جمال ود. عبدالحميد محمد الجمال،(١٩٨٧)، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت.

د. منذر الشاوي،(١٩٩٤)، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي.

د. نظام توفيق المجالي،(٢٠٠٩)، شرح قانون العقوبات(القسم العام)، دار الثقافة، الأردن.

د. واثبة السعدي،(١٩٩٠)، الأسس النظرية لعلمي الاجرام والسياسة الجنائية، مطبعة ديانا.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح الجامعية:-

أحمد مصطفى علي مصطفى،(٢٠١٤)،العدالة الجنائية،أطروحة دكتوراه كلية القانون،جامعة الموصل.

باسم عبد الزمان،(١٩٧٩)، سياسة التجريم والعقاب في الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد.

دلشاد عبدالرحمن يوسف، مبدأ التناسب في القانون الجنائي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة الموصل، بدون سنة طبع.

د. محمود طه جلال،(٢٠٠٤)، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس.

هدى سالم محمد الأطرقجي،(٢٠٠٠)، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه كلية القانون جامعة الموصل.

يوسف مصطفى رسول،(٢٠١٤)، التوازن في الاجراءات الجزائية ، اطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة صلاح الدين.

البحوث:-

د. أحمد فتحي سرور،(١٩٦٩)، السياسة الجنائية، مقال منشور في مجلة القانون والإقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة ٣٩.

د. آمال عبد الرحيم عثمان،(١٩٧٢)،النموذج القانوني للجريمة،مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،ع١.

د. حسين عبد علي عيسى،(٢٠٠٥)، الأسس النظرية لتكييف الجرائم، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الأول، السنة العاشرة، عدد (٢٤).

د. عبد الوهاب حومد،(٢٠٠٠)، نظرات معاصرة على استقلالية القانون الجزائي، بحث منشور في مجلة الحقوق، س٢٤، ع٣، كلية الحقوق جامعة الكويت.

محمد سليمان الأحمد،(٢٠٠٠)،فكرة تطور القانون بين تبدّل القانون وتغيير الواقع،مجلة بحوث مستقبلية، كلية الحدباء الجامعة،ع١.

د. نوفل علي عبدالله الصفو،(٢٠١٥)، أساليب الصياغة القانونية للنصوص الجنائية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، السنة التاسعة والعشرون، العدد الثاني والستون.

خامساً: المصادر الإلكترونية:-

فارس حامد عبد الكريم، قانونية التجريم والعقاب في القانون والشريعة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: last visited10\13\2015 httpLLmaktoob.forums.yahoo.com

مقال متاح على الموقع الإلكتروني .http.//www.google.iq/ur/?last visited2/13/2015

الدساتير:

الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥.

القوانين:

قانون العقوبات المصري رقم (٥٧) لسنة ١٩٣٧ المعدل.

قانون العقوبات الأردني رقم (٦) لسنة ١٩٦٠.

قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

المصادر باللغة الإنجليزية:

Harvey Wallace, Cliff Robenson, (1996): Principles of Criminal Law, Longman Publishers, U.S.A, pp.281-283.

قائمة الهوامش

١. فمثلاً لدينا المادة (١٠٢) من قانون العقوبات العراقي بصدد نشر الحكم جاءت المادة طويلة جداً يُمكن أن يصعب أمر فهمها أو حفظها في الذاكرة بسرعة، لذا يُفضل أن تكون الصياغة على النحو التالي:" ١- للمحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب الادعاء العام، أن تأمر بنشر الحكم النهائي الصادر بالإدانة في الجناية.

٢. للمحكمة بناءً على طلب المجنى عليه، أن تأمر بنشر الحكم النهائي الصادر بالإدانة في جريمة قذف أو سب أو إهانة ارتكبت بإحدى وسائل النشر المذكورة في الفقرتين (ج، د) من البند (٣) من المادة (١٩)، ويؤمر بالنشر في صحيفة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه.

٣. إذا كانت جريمة القذف أو السب أو الإهانة قد ارتكبت بواسطة النشر في إحدى الصحف أمرت المحكمة بنشر الحكم فيها وفي نفس الموضع الذي نُشرت فيه العبارات المكونة للجريمة ويقتصر النشر على قرار الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بنشر قراري التجريم والحكم.

٤. وإذا أمتنعت أي صحيفة من الصحف المعينة في الحكم عن النشر أو تراخت في ذلك بغير عذر مقبول

٥. يعاقب رئيس تحريرها بغرامة لا تزيد على (٢٢٥٠٠٠) ديناراً". كما أنه لا يؤيد جانب من الفقه ما ذهب إليه المشرع العراقي في إيراد تعاريف بعض المصطلحات في القسمي العام والخاص من القانون، ويُفضل تحديد هذه المصطلحات في القسم العام من القانون فقط لأن ذلك أمر غير مستساغ في الصياغة الفنية للتشريع. د. محمد معروف عبدالله، نحو قانون عقوبات عراقي جديد، ط١، مطبعة شهاب، أربيل، ٢٠١٠، ص١٧.

٦. يُحدد تكييف الجرائم في نظرية القانون الجنائي بالتحديد والتثبيت القانونيين لءلتوافق بين سمات الواقعة المرتكبة وسمات أركان الجريمة المثبتة في القواعد القانونية الجنائية المدرجة في قانون العقوبات. للمزيد حول موضوع التكييف يُنظر: د. حسين عبد علي عيسى، الأسس النظرية لتكييف الجرائم، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الأول، السنة العاشرة، عدد(٢٤)، ٢٠٠٥، ص٣١٠.

٧. ويذهب البعض إلى تسمية شقي القاعدة القانونية بحكم القاعدة ويتضمن ما تأمر به القاعدة أو ما تنهى عنه، وشق جزاء القاعدة والذي يتضمن الأثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية. د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص٣٥.

٨. يذهب البعض إلى تسمية الشق بمصطلح الركن باعتبار التجريم الركن الأول للقاعدة الجنائية والعقوبة هي الركن الثاني له. د. مصطفى العوجي، القانون الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص٥٣.

٩. وتختلف سياسة التجريم في ظل النظام الرأسمالي عن النظام الإشتراكي، حيث تقوم سياسة التجريم في ظل النظام الرأسمالي على أساس خطورة الجاني أو على أساس الخطورة الكامنة لدى أي شخص غيره، أما الخطورة الاجتماعية فهي تعد سبباً لتشديد العقوبة أو تخفيفها أو إيقاف العقاب. أما في النظام الاشتراكي فإن معيار التجريم تقوم على أساس الخطورة الاجتماعية. جاسم العبودي، التجريم والعقاب في إطار الواقع الاجتماعي، دار الحكمة للطباعة والنشر، أربيل، ١٩٩٠، ص٢٦- ٢٨.

١٠. فالوضوح في النصوص الجنائية يتطلب اليقين وعدم الغموض والتحديد الجازم القاطع لضوابط التطبيق والمعايير المحددة، وهذا يشمل كل ما يتعلق بشقي التجريم والعقاب. د. أكرم نشأت إبراهيم، الحدود

١١. القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار ومطابع الشعب، بغداد، ١٩٦٥، ص٥٦.

١٢. كما أنه من منظور الشريعة الإسلامية، لاعتبار الفعل جريمة يُنظر لمدى تهديده لسلامة المجتمع، وأمنه، واستقراره، ونظامه، وعقيدته، أو ضرر بالفرد يتمثل بالاعتداء على المصالح المتعلقة بالدين والنفس والعقل والنسل والمال. د. عيسى العمري ود. محمد شلال العاني، فقه العقوبات(في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة)، ط٢، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ٢٠٠٣، عمان، ص٢٣.

١٣. إن التعدد الصوري لا ينطوي على تعدد الجرائم، إنما هو تعدد للنصوص حيث أن هناك خلط بين تعدد النصوص وتعدد الجرائم. حيث أن التعدد الظاهري للنصوص هو خضوع الفعل الجرمي لأكثر من نص جنائي يحقق عدة أوصاف جميعها يحمي مصلحة واحدة، بمعنى أن التعدد الظاهري للنصوص يتحقق عندما يرتكب الجاني فعلاً جرمياً واحداً يجرمه أكثر من نص جنائي غير أنه لا يخضع سوى لواحد منها وهو النص الواجب التطبيق. مثال ذلك السرقة التي تحدث في محل مسكون فيخضع للمواد(٤٤٦- ٤٤٤\أولاً- ٤٤٣\رابعاً- ٤٤٠\٤- ٤٢٨\٢١). أما التعدد الظاهري للجرائم فهو حالة خضوع الفعل الجرمي لأكثر من نص جنائي واحد لكنها لا تحمي مصلحة واحدة كحالة اغتصاب مرآة في الطريق العام فهي تخضع للمادتين (٤٩٣- ٤٠٢\ب) فالمادة الأولى تحمي الحرية الجنسية للمرأة والمادة الثانية تحمي الأخلاق العامة.

١٤. وللمزيد حول الانتقادات التي قيلت بصدد هذه النظرية يُنظر: أحمد مصطفى علي مصطفى، مصدر سابق،ص٢٧٦. وكذلك يُنظر: د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات(القسم العام)، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٩، ص٢٨٧. ود. فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات(القسم العام)، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، ص٢٣٥.

١٥. يقوم هذا النظام على فكرة الإفراج عن المتهم من دون الحكم عليه بالعقوبة اكتفاء فقط بوضع المحكوم عليه تحت الاختبار(نوع من الرقابة المنظمة) لمدة معينة يُراعى فيها سلوكه، فإذا أخفق خلال فترة الإصلاح حكم عليه بالعقوبة المقررة، وهذا النظام ذو طبيعة إصلاحية يعطي المحكوم عليه فرصة إصلاح نفسه، وقد تم تطبيق هذا النظام لأول مرة في ماساشوستس الأمريكية.

١٦. بموجب هذا الأسلوب العقابي الحديث يقتضي الإفراج عن المحكوم عليه بعد قضائه جزء من العقوبة إذا ما تبين حسن سلوكه، من خلال خضوعه للإشراف الاجتماعي قابلاً بكل ما يُفرض عليه من شروط، والذي يلعب دوراً إيجابياً من خلال مراقبة سلوك المفرج عنه وتقديم يد العون له وإعداد تقارير دورية عن حالته وإعلام السلطات الخاصة به لتمكينهم من اتخاذ الإجراءات اللازمة بحقه. د. نوفل علي عبدالله الصفو، أساليب الصياغة القانونية للنصوص الجنائية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، السنة التاسعة والعشرون، العدد الثاني والستون، ٢٠١٥، ص٢٦٢.

١٧. وذلك حرصاً من المشرع على استقرار المعاملات وصيانة للحريات وتحقيق العدالة الجنائية وهو أولى.

١٨. فالأصل في الصياغة التشريعية للنصوص العقابية أن تكون واضحة حتى يسهل فهمها من قبل الناس وتطبيقها من قبل القاضي الجزائي، د. محمد معروف عبدالله، مصدر سابق، ص١٠.

١٩. ويذهب رأي إلى مجرد تعريف التزوير دون ذكر طرق ارتكابه فتصبح المادة على النحو التالي:" تغيير الحقيقة في أي محرر بقصد الغش". نفس المصدر السابق، ص١٥.

٢٠. إن الاستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة يفترض وجود نص يفهم من خلال عباراته وألفاظه معنى ينطبق على واقعة معينة ولكن روح النص تفيد انطباقه على واقعة أخرى لم يرد ذكرها في النص. د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٤٠٥.

٢١. كإعطاء حالة غير منصوص عليها عكس الحكم المنصوص عليه بشأن حالة أخرى. وذلك إما لاختلاف العلة في الحالتين، أو لاعتبار الحالة المنصوص عليها استثناء من الحالة التي لم ينص عليها. د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٤٠٦. فنرى : مثلاً أنه إذا كان المقتول من أصول القاتل فيعتبر ذلك ظرفاً مشدداً يخضع للمادة (٤٠٦) عقوبات، بمفهوم المخالفة إذا كان المقتول من فروع القاتل فلا يخضع الجاني لنص المادة المذكورة.

٢٢. مثل نصوص المواد: (٣٨٧،٣٨٨،٤١٠،٤١٢،٤١٥،٤١٦،٤٩٤...) عقوبات عراقي. وقد ذهب المشرع العراقي إلى استخدام أسلوب الصياغة الجامدة عند صياغته للعديد من النصوص العقابية، كنص المادة (٤٠٥) والتي تحدد فعل القتل بالقول:" من قتل نفساً عمداً" هذا ما يتعلق بشق التكليف، أما ما يتعلق بشق الجزاء من حيث عدم إعطاء القاضي أي سلطة في تحديد مقدار الجزاء ومثالها المادة (١\٤٠٦) بالقول (١- يعاقب بالإعدام من قتل نفساً عمداً في إحدى الحالات التالية..) وبذلك فإذا تحققت الجريمة بجميع أركانها وظروفها وجب على القاضي الحكم بعقوبة الإعدام لعدم تمتعه بالسلطة التقديرية في تحديد مقدار الجزاء .د. نوفل علي عبدالله الصفو، مصدر سابق، ص٢٥٤.

٢٣. وقد يلجآ المشرع عند صياغته لشق التكليف باستخدام أسلوب الأمر أو النهي وغالباً ما يكون أسلوب النهي الضمني أكثر استخداما منه من أسلوب الأمر، فمثلاً لا يصوغ في النصوص الجنائية مصطلح (لا تسرقوا) أو (لا تقتلوا) وإنما يكون أسلوب النهي المتبع من قبل المشرع ضمنياً. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٦٧، ص٣٥. تُنظر: المواد (٤٠٥، ٤١٠، ٤١٢، ٤١٧) من قانون العقوبات العراقي.

٢٤. يرجع تعبير السياسة الجنائية إلى الفقيه الألماني أنسلم فون فونرباخ (A.Von Feurbach) (١٧٧٥-١٨٣٣) والذي يعني مجموعة الخطوط العامة التي تُحدد اتجاه المشرع الجنائي والسلطات القائمة على تطبيق التشريع القائم وتنفيذه من أجل تحقيق الدفاع الاجتماعي، وهي على ثلاثة أنواع ألا وهي سياسة تشريعية، وسياسة قضائية، وسياية تنفيذية. د. أحمد فتحي سرور، السياسة الجنائية، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة ٣٩، ١٩٦٩، ص٣٤.

٢٥. لقد أطلق Mezger مصطلح النصوص الشخصية على النصوص التي تسمح للقضاء بممارسة سلطته التقديرية لتحديد مفهوم ومحتوى النص، لتدخل القاضي شخصياً لتحديد العناصر المكونة للنماذج القانونية لعدم تحديدها من قبل المشرع. ومصطلح النصوص الموضوعية على النصوص التي لا تمنح للقاضي سلطة تحديد عناصرها. د. نوفل علي عبدالله الصفو، مصدر سابق، ص٢٦٧.

٢٦. "التوازن: هو تلك العلاقة بين القيم والمصالح المتباينة في أهميتها الاجتماعية، والتي تقوم على أساس تقييم هذه القيم والمصالح ودراستها في ضوء أهمية دورها الاجتماعي وصولاً إلى تنظيم أو فض ما قد ينشآ بينها من صراع وعلى نحو يحقق العدالة". د. محمد حسين محمد الحمداني، مصدر سابق، ص١٢٢.

حيث نصت المادة (١٥) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ على أنه: " لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة".

٢٧. فمثلاً لدينا المادة (١٠٢) من قانون العقوبات العراقي بصدد نشر الحكم جاءت المادة طويلة جداً يُمكن أن يصعب أمر فهمها أو حفظها في الذاكرة بسرعة، لذا يُفضل أن تكون الصياغة على النحو التالي:" ١- للمحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب الادعاء العام، أن تأمر بنشر الحكم النهائي الصادر بالإدانة في الجناية.

٢٨. للمحكمة بناءً على طلب المجنى عليه، أن تأمر بنشر الحكم النهائي الصادر بالإدانة في جريمة قذف أو سب أو إهانة ارتكبت بإحدى وسائل النشر المذكورة في الفقرتين (ج، د) من البند(٣) من المادة (١٩)، ويؤمر بالنشر في صحيفة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه.

٢٩. إذا كانت جريمة القذف أو السب أو الإهانة قد ارتكبت بواسطة النشر في إحدى الصحف أمرت المحكمة بنشر الحكم فيها وفي نفس الموضع الذي نُشرت فيه العبارات المكونة للجريمة ويقتصر النشر على قرار الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بنشر قراري التجريم والحكم.

٣٠. وإذا أمتنعت أي صحيفة من الصحف المعينة في الحكم عن النشر أو تراخت في ذلك بغير عذر مقبول

٣١. يعاقب رئيس تحريرها بغرامة لا تزيد على (٢٢٥٠٠٠) ديناراً". كما أنه لا يؤيد جانب من الفقه ما ذهب إليه المشرع العراقي في إيراد تعاريف بعض المصطلحات في القسمي العام والخاص من القانون، ويُفضل تحديد هذه المصطلحات في القسم العام من القانون فقط لأن ذلك أمر غير مستساغ في الصياغة الفنية للتشريع. د. محمد معروف عبدالله، نحو قانون عقوبات عراقي جديد، ط١، مطبعة شهاب، أربيل، ٢٠١٠، ص١٧.

٣٢. يُحدد تكييف الجرائم في نظرية القانون الجنائي بالتحديد والتثبيت القانونيين للتوافق بين سمات الواقعة المرتكبة وسمات أركان الجريمة المثبتة في القواعد القانونية الجنائية المدرجة في قانون العقوبات. للمزيد حول موضوع التكييف يُنظر: د. حسين عبد علي عيسى، الأسس النظرية لتكييف الجرائم، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الأول، السنة العاشرة، عدد(٢٤)، ٢٠٠٥، ص٣١٠.

٣٣. ويذهب البعض إلى تسمية شقي القاعدة القانونية بحكم القاعدة ويتضمن ما تأمر به القاعدة أو ما تنهى عنه، وشق جزاء القاعدة والذي يتضمن الأثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية. د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص٣٥.

٣٤. يذهب البعض إلى تسمية الشق بمصطلح الركن باعتبار التجريم الركن الأول للقاعدة الجنائية والعقوبة هي الركن الثاني له. د. مصطفى العوجي، القانون الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦، ص٥٣.

٣٥. وتختلف سياسة التجريم في ظل النظام الرأسمالي عن النظام الإشتراكي، حيث تقوم سياسة التجريم في ظل النظام الرأسمالي على أساس خطورة الجاني أو على أساس الخطورة الكامنة لدى أي شخص غيره، أما الخطورة الاجتماعية فهي تعد سبباً لتشديد العقوبة أو تخفيفها أو إيقاف العقاب. أما في النظام الاشتراكي فإن معيار التجريم تقوم على أساس الخطورة الاجتماعية. جاسم العبودي، التجريم والعقاب في إطار الواقع الاجتماعي، دار الحكمة للطباعة والنشر، أربيل، ١٩٩٠، ص٢٦- ٢٨.

٣٦. فالوضوح في النصوص الجنائية يتطلب اليقين وعدم الغموض والتحديد الجازم القاطع لضوابط التطبيق والمعايير المحددة، وهذا يشمل كل ما يتعلق بشقي التجريم والعقاب. د. أكرم نشأت إبراهيم، الحدود

٣٧. القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار ومطابع الشعب، بغداد، ١٩٦٥، ص٥٦.

٣٨. كما أنه من منظور الشريعة الإسلامية، لاعتبار الفعل جريمة يُنظر لمدى تهديده لسلامة المجتمع، وأمنه، واستقراره، ونظامه، وعقيدته، أو ضرر بالفرد يتمثل بالاعتداء على المصالح المتعلقة بالدين والنفس والعقل والنسل والمال. د. عيسى العمري ود. محمد شلال العاني، فقه العقوبات(في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة)، ط٢، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، ٢٠٠٣، عمان، ص٢٣.

٣٩. إن التعدد الصوري لا ينطوي على تعدد الجرائم، إنما هو تعدد للنصوص حيث أن هناك خلط بين تعدد النصوص وتعدد الجرائم. حيث أن التعدد الظاهري للنصوص هو خضوع الفعل الجرمي لأكثر من نص جنائي يحقق عدة أوصاف جميعها يحمي مصلحة واحدة، بمعنى أن التعدد الظاهري للنصوص يتحقق عندما يرتكب الجاني فعلاً جرمياً واحداً يجرمه أكثر من نص جنائي غير أنه لا يخضع سوى لواحد منها وهو النص الواجب التطبيق. مثال ذلك السرقة التي تحدث في محل مسكون فيخضع للمواد(٤٤٦- ٤٤٤\أولاً- ٤٤٣\رابعاً- ٤٤٠\٤- ٤٢٨\٢). أما التعدد الظاهري للجرائم فهو حالة خضوع الفعل الجرمي لأكثر من نص جنائي واحد لكنها لا تحمي مصلحة واحدة كحالة اغتصاب مرآة في الطريق العام فهي تخضع للمادتين (٤٩٣- ٤٠٢\ب) فالمادة الأولى تحمي الحرية الجنسية للمرأة والمادة الثانية تحمي الأخلاق العامة.

٤٠. وللمزيد حول الانتقادات التي قيلت بصدد هذه النظرية يُنظر: أحمد مصطفى علي مصطفى، مصدر سابق،ص٢٧٦. وكذلك يُنظر: د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات(القسم العام)، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٩، ص٢٨٧. ود. فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات(القسم العام)، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، ص٢٣٥.

٤١. يقوم هذا النظام على فكرة الإفراج عن المتهم من دون الحكم عليه بالعقوبة اكتفاء فقط بوضع المحكوم عليه تحت الاختبار(نوع من الرقابة المنظمة) لمدة معينة يُراعى فيها سلوكه، فإذا أخفق خلال فترة الإصلاح حكم عليه بالعقوبة المقررة، وهذا النظام ذو طبيعة إصلاحية يعطي المحكوم عليه فرصة إصلاح نفسه، وقد تم تطبيق هذا النظام لأول مرة في ماساشوستس الأمريكية.

٤٢. بموجب هذا الأسلوب العقابي الحديث يقتضي الإفراج عن المحكوم عليه بعد قضائه جزء من العقوبة إذا ما تبين حسن سلوكه، من خلال خضوعه للإشراف الاجتماعي قابلاً بكل ما يُفرض عليه من شروط، والذي يلعب دوراً إيجابياً من خلال مراقبة سلوك المفرج عنه وتقديم يد العون له وإعداد تقارير دورية عن حالته وإعلام السلطات الخاصة به لتمكينهم من اتخاذ الإجراءات اللازمة بحقه. د. نوفل علي عبدالله الصفو، أساليب الصياغة القانونية للنصوص الجنائية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، السنة التاسعة والعشرون، العدد الثاني والستون، ٢٠١٥، ص٢٦٢.

٤٣. وذلك حرصاً من المشرع على استقرار المعاملات وصيانة للحريات وتحقيق العدالة الجنائية وهو أولى.

٤٤. فالأصل في الصياغة التشريعية للنصوص العقابية أن تكون واضحة حتى يسهل فهمها من قبل الناس وتطبيقها من قبل القاضي الجزائي، د. محمد معروف عبدالله، مصدر سابق، ص١٠.

٤٥. ويذهب رأي إلى مجرد تعريف التزوير دون ذكر طرق ارتكابه فتصبح المادة على النحو التالي:" تغيير الحقيقة في أي محرر بقصد الغش". نفس المصدر السابق، ص١٥.

٤٦. إن الاستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة يفترض وجود نص يفهم من خلال عباراته وألفاظه معنى ينطبق على واقعة معينة ولكن روح النص تفيد انطباقه على واقعة أخرى لم يرد ذكرها في النص. د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٤٠٥.

٤٧. كإعطاء حالة غير منصوص عليها عكس الحكم المنصوص عليه بشأن حالة أخرى. وذلك إما لاختلاف العلة في الحالتين، أو لاعتبار الحالة المنصوص عليها استثناء من الحالة التي لم ينص عليها. د. محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٤٠٦. فنرى : مثلاً أنه إذا كان المقتول من أصول القاتل فيعتبر ذلك ظرفاً مشدداً يخضع للمادة (٤٠٦) عقوبات، بمفهوم المخالفة إذا كان المقتول من فروع القاتل فلا يخضع الجاني لنص المادة المذكورة.

٤٨. مثل نصوص المواد: (٣٨٧،٣٨٨،٤١٠،٤١٢،٤١٥،٤١٦،٤٩٤...) عقوبات عراقي. وقد ذهب المشرع العراقي إلى استخدام أسلوب الصياغة الجامدة عند صياغته للعديد من النصوص العقابية، كنص المادة (٤٠٥) والتي تحدد فعل القتل بالقول:" من قتل نفساً عمداً" هذا ما يتعلق بشق التكليف، أما ما يتعلق بشق الجزاء من حيث عدم إعطاء القاضي أي سلطة في تحديد مقدار الجزاء ومثالها المادة (١١٤٠٦) بالقول (١- يعاقب بالإعدام من قتل نفساً عمداً في إحدى الحالات التالية..) وبذلك فإذا تحققت الجريمة بجميع أركانها وظروفها وجب على القاضي الحكم بعقوبة الإعدام لعدم تمتعه بالسلطة التقديرية في تحديد مقدار الجزاء .د. نوفل علي عبدالله الصفو، مصدر سابق، ص٢٥٤.

٤٩. وقد يلجأ المشرع عند صياغته لشق التكليف باستخدام أسلوب الأمر أو النهي وغالباً ما يكون أسلوب النهي الضمني أكثر استخداما منه من أسلوب الأمر، فمثلاً لا يصوغ في النصوص الجنائية مصطلح (لا تسرقوا) أو (لا تقتلوا) وإنما يكون أسلوب النهي المتبع من قبل المشرع ضمنياً. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٦٧، ص٣٥. تُنظر: المواد (٤٠٥، ٤١٠، ٤١٢، ٤١٧) من قانون العقوبات العراقي.

٥٠. يرجع تعبير السياسة الجنائية إلى الفقيه الألماني أنسلم فون فونرباخ (A.Von Feurbach) (١٧٧٥-١٨٣٣) والذي يعني مجموعة الخطوط العامة التي تُحدد اتجاه المشرع الجنائي والسلطات القائمة على تطبيق التشريع القائم وتنفيذه من أجل تحقيق الدفاع الاجتماعي، وهي على ثلاثة أنواع ألا وهي سياسة تشريعية، وسياسة قضائية، وسياية تنفيذية. د. أحمد فتحي سرور، السياسة الجنائية، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، السنة ٣٩، ١٩٦٩، ص٣٤.

٥١. لقد أطلق Mezger مصطلح النصوص الشخصية على النصوص التي تسمح للقضاء بممارسة سلطته التقديرية لتحديد مفهوم ومحتوى النص، لتدخل القاضي شخصياً لتحديد العناصر المكونة للنماذج القانونية لعدم تحديدها من قبل المشرع. ومصطلح النصوص الموضوعية على النصوص التي لا تمنح للقاضي سلطة تحديد عناصرها. د. نوفل علي عبدالله الصفو، مصدر سابق، ص٢٦٧.

٥٢. "التوازن: هو تلك العلاقة بين القيم والمصالح المتباينة في أهميتها الاجتماعية، والتي تقوم على أساس تقييم هذه القيم والمصالح ودراستها في ضوء أهمية دورها الاجتماعي وصولاً إلى تنظيم أو فض ما قد ينشآ بينها من صراع وعلى نحو يحقق العدالة". د. محمد حسين محمد الحمداني، مصدر سابق، ص١٢٢.

حيث نصت المادة (١٥) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ على أنه: " لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة".