

حماية القضاء الدستوري للحقوق والحريات في مواجهة النص الجنائي دراسة مقارنة

م. م. جوان ثامر مصطفى

جامعة دهوك/ كلية القانون والسياسة²

م. د منير حمود د خليل

جامعة ذي قار/ كلية القانون¹

Lawp1e23@utq.edu.iq¹

Jiwan.mustafa@udo.ac²

مستخلص البحث:

إن القوانين الجنائية لا تتوخى مجرد تحقيق الردع، ولكنها غايتها أن تحفظ لبنيان الجماعة ولقيمها تماسكها حتى لا ينفطر عقدها. ولئن كان شأن القوانين الجنائية شأن غيرها من القوانين في اتجاهها إلى ضبط سلوك الأفراد في علاقتهم بمجتمعهم، وفي صلاتهم بعضهم البعض، إلا أن القوانين الجنائية تفارق غيرها من القوانين، إذ أنها تُحدد المخاطبين بها، بصورة لا تحتل تأويلاً، بما لا يجوز القبول أو السماح به من مظاهر سلوكهم من وجهة نظر اجتماعية، وأن تسيطر عليها بوسائل منطقية، يكون القبول بها ممكناً في إطار الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها. فلا يكون السلوك المحظور جنائياً، غير تعبير عن هذه الضرورة التي يرتبط بها الجزاء الجنائي في نوعه ومقداره. وصار من المسلم به ألا يتعلق جزاء واحد بالجرائم جميعها، ولا أن يطبق جزاء بأثر رجعي، ولا أن يكون الجزاء منافياً بقسوته ضوابط الاعتدال، ولا مهيناً بما يهدر آدمية الفرد. و هنا يأتي دور القضاء الدستوري الذي يمارس الرقابة على النصوص الجنائية على ضوء مناهج الرقابة الدستورية ومعاييرها التي تساندها المفاهيم الديمقراطية في صحيح معانيها، فهو بتفسيره لنصوص الدستور يمارس دوراً إنشائياً يتجاوز مرحلة التفسير الحرفي إلى مرحلة الخلق والإبداع، بما يكفل صون حقوق المواطنين وحرياتهم بشكل حقيقي.

الكلمات المفتاحية: الدستور، القضاء، الجزاء، المحكمة، التفسير، الديمقراطية.

المقدمة:

تظل النصوص الجنائية-وهي من عمل المشرع-الأداة الأكثر فعالية لفرض النظام العام وتحقيق استقراره من منظور قوة الردع الكامنة فيها، والتي ترد عن الجريمة جناة محتملين، خوفاً من عقوبتها التي تُقيد حرياتهم، فلا تكون قوة الردع هذه غير قوة طاردة للجريمة ونهاية عنها في آن واحد، بيد أن النصوص الجنائية قد تكون أداة قهر أو وسيلة إصلاح اجتماعي، بالنظر إلى السياسة التي ينتجها المشرع في مجال إقرار النصوص الجنائية، التي لا يصلحها أن تكون تعبيراً عن طغيان السلطة، وإنما يُقيمها عن سوائها أن تُبلور في مواجهة الجماعة التي تُنظمها، رد فعل مرن لاحتياجاتها في زمن معين. فالنصوص الجنائية لا يمكن أن تكون ضرباً من الخيال، ولا اقتحاماً غير مُتبصر لطرق لا يعرفها أحد، وإنما يجب أن تصاغ من منظور واقعي، وعلى ضوء ضرورة فعلية، لا وهمية، وبمراعاة احتياجاتها التي لا يُفترض دوماً أن تتعاصر معها القوانين الجنائية. ومن هنا فالضرورة الاجتماعية هي التي تقوم عليها النظم الجنائية، أخذاً كذلك في اعتبارها أن الأفراد هم محورها، فلا يصوغ المشرع هذه النظم كأداة



توجهها السلطة السياسية لإقناع خصومها، ولا لقهرهم اجتماعياً، ولا لتحقيق أغراض لا رابط بينها، ذلك أن النظم الجنائية منظومة متكامل عناصرها، وتتوافق توجهاتها، وتتحد احكامها على ضوء أثرها على الجماعة، منظوراً إليها من مجموع أفرادها، لتكفل لهم حقوقهم التي لا يجوز النزول عنها أو إضعافها، وحياتهم التي لا يجوز التضحية بها، وحقائق العدل التي يتعين إرساءها.

ولا شبهة في أن الرقابة على الشرعية الدستورية، وعلى ضوء ما أصابها من تطور، واقتحامها مسائل تتعد جوانبها وتباين الآراء حولها، لم تعد اجتهداً قائماً فقط على أعمال حكم العقل، بل صار قوامها في كثير من ملامحها حقائق علمية، يجعلها من أفرع القانون التي تستقل عن غيرها في جوهر احكامها، وما يميزها اليوم هو اتساع دائرة تطبيقها، لتشمل فروع القانون المختلفة بغض النظر عن موضوعها، ذلك أن رقابة القضاء الدستوري تتناول النصوص القانونية جميعها، ومن ثم الفصل في دستوريتها على ضوء مناهج الرقابة على الشرعية الدستورية ومعاييرها التي تساندها المفاهيم الديمقراطية في صحيح معانيها، بما يكفل صون حقوق المواطنين وحياتهم التي تمثل من النفس البشرية جوهرها. ورقابته- القضاء الدستوري- هذه مع ثباتها في خطوطها الرئيسية وأصولها الكلية، ظل أمره متطوراً نابذاً جمود قوالبه، تقديرأً بأن نصوص الدستور لا يجوز فصلها عن محيطها، ولا عزلها عن بيئتها التي تتغير أوضاعها، فتتغير آفاقها ولا تقيض منابعها، ولا ترتد عن تجديد روافدها. وبالتالي ومن خلال ما تقدم ذكره، أستخلص القضاء الدستوري المقارن العديد من المعايير أو الضوابط أو الضمانات الدستورية في مجال التجريم والعقاب هدفها حماية الحقوق والحريات، التي يتعين على المشرع العادي التزامها حال تنظيمه للحقوق والحريات العامة، بحيث يكون مصير تلك النصوص الجنائية التي لا تكفل تلك المعايير والضوابط هو عدم دستوريتها.

والبحث يهدف إلى إلقاء الضوء على هذه الزاوية التي ظلت إلى حد ما بعيدة عن دائرة الضوء في قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية، فالدستور أثر في كل من وجود النص الجنائي وتطبيقه، لأن مبادئه وقواعده الدستورية وإن خاطبت المشرع إلا أن بعض قواعده الدستورية تخاطب الجهات المكلفة بتطبيقه، لأن أخطر ما يهدد الحقوق والحريات يبدو في النصوص الجنائية. وتستهدف الدراسة أيضاً بيان قدرة القضاء الدستوري المقارن على ضبط القواعد الدستورية الجنائية التي تتأثر بطبيعة العلاقة بين الفرد والدولة في ضوء النظام الدستوري، سواء تلك التي تركز على مفهوم الجريمة أو تلك التي تقوم على مفهوم المجرم، لكي تأتي متلائمة مع إرادة الشعب كما أفصح عنها الدستور، وبالتالي تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة في ضوء معيار التناسب بين الوسائل والغايات، وتأكيداً لوحدة النظام القانوني الذي يحكمه الدستور، وبالتالي الحرص على عدم انتهاكها-القواعد الدستورية- والعمل على تطوير معانيها ومراميها، فيتعاظم هنا دور القضاء الدستوري، فلا يقف عند مجرد توثيق النصوص الدستورية بل يتولى تفسيرها بما يمدها بروح الحياة المتجددة والمتطورة، ويجعلها أكثر تناغماً مع روح العصر، وقادرة على تحقيق آمال وطموحات مواطنيها. أما منهجية البحث فلقد حاولنا تتبع هذا الموضوع من خلال اتباع المنهج التحليلي المقارن: وذلك بتحليل النصوص الدستورية المقارنة المتعلقة بالحقوق والحريات، ومدى حمايتها، والآليات الضامنة لها، وبيان دور القضاء الدستوري في كفالة حقوق المواطنين التي لا يجوز النزول عنها أو إضعافها، وحياتهم التي لا

يجوز التضحية بها، وحقائق العدل التي يتعين إرساؤها. ولهذا سوف نتناول هذا البحث من خلال تقسيمه إلى مبحثين، الأول: مبدأ الشرعية الجنائية والجزاء الجنائي في القضاء الدستوري، في حين سيكون المبحث الثاني مخصصاً لبيان موقف القضاء الدستوري من أهم المبادئ الدستورية التي تحكم النص الجنائي.

المبحث الأول: مبدأ الشرعية الجنائية والجزاء الجنائي في القضاء الدستوري
ليس التجريم عملية لا ضابط لها، ذلك أن الأفراد في سلوكهم يأتون كافة الأعمال التي يرونها كافلة لمصالحهم، بغض النظر عن الآثار التي ترتبها، غير أن وجود الأفراد في إطار تنظيم اجتماعي يضمهم، يفترض صونهم لحقوق الآخرين بما لا يرهقها أو يعطلها، وكان بالتالي على المشرع أن يتدخل ليحدد خطأ واضحاً بين الأعمال التي يؤذن لهم بها، وتلك التي ينهأهم عنها، وحركة المشرع في هذه الحماية تخضع لأحكام الدستور، وبالتالي كان لازماً أن يفرض الدستور على سلطان المشرع في مجال التجريم والعقاب قيود التوازن بين حقوق الإنسان وحرياته، وبين المصالح الحيوية للمجتمع، بما يحول دون إساءة استخدام العقوبة. ومن أجل بيان هذه الجزئية من البحث، سوف نتناوله بمطلبين: الأول- الأساس الفلسفي والدستوري لمبدأ الشرعية الجنائية، في حين سيكون المطلب الثاني: مفهوم الجزاء الجنائي في القانون المقارن.

المطلب الأول: الأساس الفلسفي والدستوري لمبدأ الشرعية الجنائية
أن الشرعية الجنائية متمثلة في قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، يعتبر ثمره من ثمار مبدأ الفصل بين السلطات، إذ لم يظهر إلا في اللحظة التي تحددت فيها سلطات الدولة وانفصلت كل منها عن الأخرى. فالشرعية الجنائية تحمي الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب وهي القانون، فجوهر الخطيئة إدراك عدم مشروعية الفعل، ثم إرادة ارتكابه. ولبيان هذه الجزئية من البحث سوف نتناولها بفرعين: الفرع الأول: فلسفة مبدأ الشرعية الجنائية، في حين سيكون الفرع الثاني: الأساس الدستوري لمبدأ الشرعية الجنائية في الدول المقارنة.

الفرع الأول: فلسفة مبدأ الشرعية الجنائية: نستطيع القول بأن القانون الجنائي يتأثر إلى حد كبير بالواقع السياسي وقت تشريعه، وبقوة تأثيره على أنماط السلوك الاجتماعي للأفراد وإطار الحقوق والحرريات العامة، ويتضح ذلك من خلال فرعي القانون الجنائي: قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية. وبالتالي وعلى هذا النحو نستطيع تلمس الفروق الجوهرية بين نظام الدولة القانونية وبين الدولة البوليسية الاستبدادية من خلال السياسة الجنائية السائدة. وهذا ما يُفسر الاهتمام المتزايد للفلسفة والمفكرين بالفكر القانوني وبخاصة ما يتعلق بفرعي القانون الجنائي، لما له من تأثير جوهري على إطلاق أو تقييد الحريات العامة والخاصة. وهذا الأثر السياسي ينفذ إلى السياسة الجنائية السائدة عبر النصوص الدستورية، من خلال ما يتبناه المشرع الدستوري من سياسة جنائية وما يفرضه من مبادئ دستورية عامة تحكم بدورها هذا القانون وتنظم الأفكار القانونية أو الفلسفة الجنائية التي يتضمنها، وهي في حقيقتها تعبر عن أيولوجية سياسية سائدة سواء كانت رأسمالية أو اشتراكية أو دينية أو علمانية. وهنا لابد من القول أن فلسفة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يقوم بصفة أساسية على دعامتين هما: حماية الحرية الشخصية، وحماية المصلحة العامة.



أما عن حماية الحرية الشخصية، فإن هذا المبدأ جاء كعلاج ضد مختلف صنوف التحكم التي عانت منها العدالة الجنائية رديحاً طويلاً من الزمن، فهذا المبدأ يضع للأفراد الحدود الواضحة لتجريم الأفعال قبل ارتكابها، فيبصرهم من خلال نصوص محددة جلية لكل ما هو مشروع أو غير مشروع قبل الاقدام على مباشرتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى يضمن لهم الأمن والطمأنينة في حياتهم، ويحول بذلك دون تحكم القاضي، فلا يمكن أدانة أحد إلا إذا كانت الجريمة المنسوبة إلى المتهم والعقاب الذي يتعرض له قد سبق النص عليه من قبل في القانون. وهذا ما أكدته Montesquieu في كتابه الشهير (*The Spirit of The Laws*)، من أن القوانين وحدها هي التي يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم، وأن هذه السلطة لا يمكن أن يتولاها سوى المشرع بذاته، الذي يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعي⁽¹⁾، فالقاعدة القانونية الجنائية اذن مشربة تماماً بسيادة الدولة وارايتها المطلقة على رعاياها، ولا تعدو- القاعدة الجنائية- أن تكون تعبيراً عن هذه السيادة، فالقانون على حد تعبير الفقيه DUGUIT هو مجموعة القواعد الجبرية المطبقة في الدولة والتي تضمن غلبة المصلحة العامة على المصلحة الشخصية⁽²⁾. ولهذا فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تلتزم به الدولة القانونية، حيث يضمن القانون احترام الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة الدولة انطلاقاً من نقطة المصلحة العامة، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذا المعنى بقولها: "بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإن أتخذ من ضمان الحرية الشخصية بنياناً لإقراره وتوكيده، إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تُقيد من محتواه، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازماً إلا بالقدر وفي الحدود التي تكفل صونها"⁽³⁾. أما حماية المصلحة العامة، فتتحقق من خلال إسناد وظيفية التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية إلى المشرع وحده، تطبيقاً لمبدأ انفراد المشرع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحريات، باعتبار أن القيم والمصالح التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلي الشعب، وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا بقولها: "بأن القيم الجوهرية التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا يمكن بلورتها إلا من خلال السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير في شأن الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقوباتها لضمان مشروعيتها"⁽⁴⁾. وعلى هذا النحو يعرف المواطنون سلفاً القيم والمصالح التي يبنى عليها المجتمع والتي بالتالي يحميها قانون العقوبات، بشكل واضح ومن غير غموض، مما يساهم في تنمية الروح الاجتماعية ويحقق التماسك الاجتماعي ويحافظ على الثقة بين الشعب والدولة، ويحقق

(1) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشروق، مصر، 2002م، ص32.

(2) لقد قررت النظرية الدستورية التي أقامتها الثورة الفرنسية في وثائقها وإعلاناتها للحقوق خلاف ما اعتدت به نظرية العقد الاجتماعي، إذ أنها تسجل بكل جلاء وإصرار أن حريات الأفراد التي نصت عليها لا يمكن المساس بها حتى من قبل السلطة التشريعية وأضعة القوانين، وأن التشريع الذي يصدر ضد حرية الفرد المسجلة في إعلانات الحقوق يستوجب من الفرد المقاومة، وبذلك نرى أن النظرية الدستورية للثورة الفرنسية قد أحلت الحريات الفردية محلاً أعلى من الدولة وأسمى عليها. أنظر: نعيم عطية، الفلسفة الدستورية للحريات العامة، موسوعة حقوق الإنسان، مصر، 1989م، ص75 و ص128.

(3) أحمد فتحي سرور، المصدر السابق، ص33.

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية دستورية في 22 شباط 1997م، الجريدة الرسمية، العدد 10 في 6 آذار 1997م.



الاستقرار في المجتمع الذي يقوم عليه الأمن القانوني، ولعل أوضح تحديد لهذا ما قرره المحكمة العليا الأمريكية من أن: "التشريع إذا كان غامضاً وغير محدد في عبارته وفي المدلول الذي يمكن أن يُفسر به بحيث يقصر عن تحديد الأعمال التي يعاقب عليها، فإنه يكون مخالفاً لشرط الوسائل القانونية السليمة"⁽¹⁾. ومما تقدم نرى أن تطويع النصوص القانونية من خلال تطبيقها على أحوال لا تشملها هذه النصوص وقياسها عليها، يُجانب العدل والعدالة، فالأفعال جميعها لا ينظر إليها إلا بافتراض بقائها على أصل إباحتها، فلا تخرج من هذا الأصل إلا بنص صريح، فإن لم يصدر، فإنها تظل في نطاق الحل أياً كان قدر إخلالها بالنظام العام أو فوضويتها أو إساءتها إلى التقاليد السائدة، ولا يجوز بالتالي وصفها بأنها جرائم من نوع خاص، ذلك أن الجريمة لا يحدثها إلا نص قانوني، فلا يجوز افتراض وجودها، ولا خلقها من خلال تفسير قضائي، ولا تعيين أركانها بما يجهل بها، لأن ذلك يعد إخلالاً بتكامل السلطة التشريعية فيما يقع في نطاق اختصاصاتها الأصلية التي احتجزها الدستور لها.

الفرع الثاني: الأساس الدستوري لمبدأ الشرعية الجنائية في الدول المقارنة: أن تنوع حقوق المواطنين وحرياتهم التي يكفلها الدستور، يفترض تطبيقها بما يحقق الأغراض المقصودة منها، وأن ترتبط دستورية القيود عليها، بقدر ملائمتها لضمان مباشرتها بصورة أفضل. كذلك فإن الحقوق والحريات التي يحميها الدستور تتكامل مع بعضها، وتتكافأ في منزلتها القانونية، فلا تتدرج فيما بينها، وأن كان من المسلم أنها لا تتعادل في أهميتها، ولا في قدر أساهمها في تطوير مجتمعها، بل يكون لكل منها دور يوافق الأغراض التي رصد عليها. ولا شك بالتالي أن سيادة القانون تستمد من سيادة الدستور وسموه، فهو- الدستور- الذي يضع الأساس التي يقوم عليها القانون بكل فروعه، فالدستور يكفل حقوق وحريات الأفراد التي نص عليها في صلبه الحماية من جوانبها العملية لا من معطياتها النظرية، ومن ثم لا يمكن للقوانين أن تنافي مضمون الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وبذلك تنشأ الحاجة إلى التوازن بين الحقوق والحريات فيما بينها من جهة والمصالح العامة من جهة أخرى، وهذا ما يهدف إليه القانون الجنائي بفرعيه (قانون العقوبات- قانون أصول المحاكمات الجزائية)، إلا أن هذا القانون يتسم بقوة التأثير على السلوك الاجتماعي، ويبدو ذلك واضحاً من خلال قانون العقوبات الذي يفرض انماطاً من السلوك ويرتب عقوبة على من يخالفها، كذلك يتجلى هذا المعنى أيضاً في قانون أصول المحاكمات الجزائية، بما ينظمه من قواعد إجرائية تمس حقوق وحريات الأفراد، في سبيل كشف الحقيقة وإقرار حق سلطة الدولة في العقاب⁽²⁾. ففي الولايات المتحدة الأمريكية نستطيع أن نتلمس الأساس الدستوري لهذا المبدأ من خلال التعديل الخامس 1791م، والذي اسماه بشرط الوسائل القانونية السليمة (Due Process of Law)، والذي يمنع الحكومة من حرمان أي شخص من حياته أو حريته أو ممتلكاته بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة، وكذلك جاء ذكره في التعديل الرابع عشر 1868م، بنفس مضمون التعديل الخامس. واستلهاً من المحكمة العليا لهذا المبدأ، نراها قد عبرت عنه في حكم لها ما نصه: "أن المحكمة تسلم بأن حرية التعبير عن الرأي وحرية الصحافة اللتين يحميهما التعديل الأول من عدوان الكونغرس تدخلان في

(1) Case of: Winters V. New York, 333 U.S. 1948.

(2) أنظر: د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998 م، ص 214 وما بعدها.

نطاق الحرية، التي يمنع التعديل الرابع عشر مساس الولايات بها بغير أتباع الوسائل القانونية السليمة⁽¹⁾. أما الدستور المصري لسنة 2014م، فقد جاء ذكر هذا المبدأ في الباب الرابع واسماه بسيادة القانون، أذ نصت المادة (95) على أن: "العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون"، وبالتالي فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أصبح أصلاً ثابتاً في الدستور المصري، كضمان ضد التحكم، فلا يؤثم القاضي أفعالاً ينتقيها، ولا يقرر عقوباتها وفق اختياره، إشباعاً لنزوة أو انفلاتاً عن الحق والعدل، وصار التأثيم بالتالي- وبعد زوال السلطة المنفردة- عائداً إلى المشرع، إذ هو من يقرر للجرائم التي يحدثها، عقوباتها التي تناسبها⁽²⁾. أما في العراق، فإن مبدأ الشرعية الجنائية لم يكن مقنناً عند تأسيس الدولة العراقية الحديثة، فجاء القانون الأساسي العراقي لسنة 1925م، خالياً من الإشارة على هذا المبدأ، إذ جاء النص عليه لأول مرة في المادة (20) من دستور سنة 1964م، لكن عدم تقنين هذا المبدأ ليس معناه أن القضاء كان بإمكانه خلق جرائم وتقرير عقوباتها، إذ أن هذا المبدأ جرى احترامه والاخذ به بالرغم من عدم النص عليه في صلب القانون، لأنه من المبادئ الدستورية المستقرة في الدولة القانونية، إذ تقول محكمة التمييز في هذا: "أذا لم يكن المجلس البلدي مخولاً سلطة التسعير من الجهة ذات الاختصاص فلا عقاب على الفعل المخالف لهذا التسعير"⁽³⁾. وجاء دستور جمهورية العراق لسنة 2005م، ليؤكد على هذا المبدأ القانوني، وذلك بنص المادة (2/19): "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". لكن بالرجوع إلى قانون العقوبات النافذ رقم 111 لسنة 1969م المعدل، في مادته الأولى التي نصت على: "لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون"، نجد أن المشرع العادي في هذا القانون لم يشترط لتوقيع العقوبة وإقرار الجريمة أن يكون مصدرها القانون الصادر من السلطة التشريعية، وإنما أجاز للسلطة التنفيذية وبناءً على القانون أن تحدد بعض الأفعال التي تعد جرائم، وتقرر العقوبات المناسبة لها، وهذا يخالف بشكل واضح وصريح ما جاء به المشرع الدستوري بنص المادة (2/19)، الذي جعل الاختصاص بالتجريم والعقاب حكراً على السلطة التشريعية، ولم يفوض اختصاص التجريم والعقاب للسلطة التنفيذية، وهذا تعارض واضح بين النص العادي والنص الدستوري، الذي له الغلبة والسمو، وهو ما أكدته الدستور العراقي النافذ في المادة (13)⁽⁴⁾. ومما تقدم نرى إن النصوص الدستورية تكفل وضع المبادئ الدستورية، التي تكفل بدورها حماية الحقوق والحريات في دائرة قانون العقوبات لوظيفته في التجريم والعقاب حماية لهذه الحقوق، والشرعية الدستورية تحكم قانون العقوبات من خلال: أولاً- النص

(1) Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 49 لسنة 17 قضائية دستورية لسنة 1996م، بجلسة 15 حزيران 1996م.

(3) قرار محكمة التمييز العراقية رقم 4 بتاريخ 1954/7/26م، د. فخري عبد ارزاق الحديشي، شرح قانون العقوبات القسم العام، المكتبة القانونية، بغداد، 1992م، ص38.

(4) نصت المادة (13) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005م على: أولاً: يعد هذا الدستور القانون الاسمي والاعلى في العراق، ويكون ملزماً في انحائه كافة وبدون استثناء. ثانياً: لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه". للمزيد أنظر: عدنان ضامن مهدي، وسائل القضاء الدستوري في حماية مبدأ الشرعية، جامعة تكريت، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 5، العدد 3، ج1، 2021م، ص359.



الدستوري كعامل في تحديد شرعية الجرائم والعقوبات، أي أنه يحدد أداة التجريم والعقاب، من خلال مبدأ الشرعية الجنائية، وما يترتب عليه من ضرورة توافر صفات خاصة في نصوص التجريم والعقاب، والتفسير الدقيق للنص الجنائي ونطاق تطبيقه والضرورة والتناسب كمعيار للتجريم والعقاب. **ثانياً:** النص الدستوري كعامل في توجيه قانون العقوبات، حيث يساهم من خلال الحقوق والحريات التي يكفلها في تحديد محل الحماية الجنائية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مفهوم الجزاء الجنائي في القانون المقارن

الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً، أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافياً للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي جرمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده. ومن أجل بيان هذا المطلب، سوف نتناوله من خلال فرعين:

الفرع الأول: الضرورة الاجتماعية لمناط التجريم: أن الدستور أعلى قدر للحريات، فاعتبرها من الحقوق الطبيعية الكامنة في النفس البشرية، والتي لا يمكن فصلها عنها، وبذلك منحها الرعاية الامثل والاشمل تؤكداً لقيمتها، وبما لا إخلال بالحقوق في تنظيمها، وبمراعاة أن القوانين الجنائية قد تفرض على الحريات بطريق مباشر أو غير مباشر أخطر القيود وأبلغها أثراً، لكن يجب أن يكون انفاذ تلك القيود التي تفرضها القوانين الجنائية رهناً بمشروعيتها الدستورية، فالسياسة الجنائية الرشيدة يتعين دائماً أن تقوم وترتكز على عناصر متجانسة في ما بينها، فإن قامت على عناصر متنافرة، أدى ذلك إلى افتقار الصلة بين النصوص ومراميها، بحيث لا تؤدي الغاية المقصودة منها، لانعدام الرابطة المنطقية، باعتبار أن الأصل في النصوص التشريعية-في الدولة القانونية- هو ارتباطها عقلاً بأهدافها، باعتبار أن أي تشريع ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف⁽²⁾. فإذا كانت فروع القانون بشكل عام تدور في فلك وإطار المصلحة العامة وصيانة وحماية الحقوق والحريات، فإن قواعد القانون الجنائي أشد هذه الفروع القانونية ارتباطاً بهذين الهدفين، فالقانون الجنائي بقواعده ونصوصه القانونية يتسع مجالها للحياة الاجتماعية بأسرها من خلال حماية المصلحة العامة وضمان ممارسة الأفراد لحقوقهم، وحتى تتحقق هذه الحماية يجب أن تكون تلك القواعد معبرة تعبيراً صادقاً عن تلك القيم التي يؤمن بها المجتمع، فالقاعدة الجنائية هي تعبير يفرض به المشرع العادي – باعتباره يجسد الإرادة العامة – إرادته على الكل، لكن يتوخى الحذر بالمساس بالحقوق والحريات، إلا في حدود ما تمليه الضرورة الاجتماعية للتجريم والعقاب⁽³⁾. وبالتالي فالقوانين الجنائية لا تتوخى مجرد تحقيق الردع، ولكنها غايتها أن تحفظ لبنان الجماعة ولقيمتها تماسكها حتى لا ينفرط عقدها. ولئن كان شأن القوانين الجنائية شأن غيرها من القوانين في اتجاهها إلى ضبط سلوك الأفراد في علاقتهم بمجتمعهم، وفي صلاتهم بعضهم البعض، إلا أن القوانين

(1) للمزيد أنظر: د. محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، مكتبة النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1992م، ص 63.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 114 لسنة 21 قضائية دستورية لسنة 2001م، بجلسة 2 حزيران 2001م.

(3) للمزيد أنظر: رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعاً وتطبيقاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1971م، ص 42 وما بعدها.



الجنايئة تفارق غيرها من القوانين، إذ أنها-القوانين الجنايئة- تحدد المخاطبين بها، بصورة لا تحتل تأويلاً، بما لا يجوز القبول أو السماح به من مظاهر سلوكهم من وجهة نظر اجتماعية، وأن تسيطر عليها بوسائل منطقية، يكون القبول بها ممكناً في إطار الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها. فلا يكون السلوك المحظور جنائياً، غير تعبير عن هذه الضرورة التي يرتبط بها الجزاء الجنائي في نوعه ومقداره⁽¹⁾. وصار من المسلم ألا يتعلق جزاء واحد بالجرائم جميعها، ولا أن يطبق جزاء بأثر رجعي، ولا يكون الجزاء منافياً بقسوته ضوابط الاعتدال، ولا مهيناً بما يهدر أدمية الفرد. وإنما يكون لكل جريمة جزاؤها الخاص بها، ويكون محدداً وفق الضرورة الاجتماعية التي شكل المشرع على ضوءها بنیان الأفعال التي أتمها، فإذا كان الجزاء مخالفاً لتلك الضرورة الاجتماعية، خرج على متطلباتها، وصار ضاراً بالجماعة ذاتها، فالجماعة يتحقق ترابطها ليس على روابط مادية تضم أفرادها، وإنما يكون ترابطها واتصال أفرادها ببعضهم عن طريق قيم تظللها، وضوابط للسلوك تصوغها، فلا يكون تخليها عنها أو تقريطها فيها، أو تراخيها في الحمل على النزول عليها، غير إيدان بتصدع بنیان الجماعة ذاتها⁽²⁾.

وبالتالي فالجزاء الجنائي هو تقدير من الجماعة لتدبير تراه كافياً لقمع الجريمة، أو للقصاص من مرتكبها، وهو جزاء يرتبط بقيم الجماعة التي ترد بعض جنورها إلى الدين، لتبلور هذه القيم في مجموعها إطار القوانين الجنايئة، ونطاق الضرورة الاجتماعية التي توجهها، وإذا كانت المفاهيم المتقدم بيانها، تمثل من القوانين الجنايئة ثوابتها التي لا تقبل التغير، إلا أن هذه القوانين تختلف بعضها عن البعض الآخر في شأن ما تراه سلوكاً مقبولاً أو مرفوضاً من وجهة نظر اجتماعية، ذلك أنها تأخذ في اعتباراتها أمرين مهمين يتفاوتان من جماعة اجتماعية إلى أخرى، وأحياناً يكون داخل الجماعة ذاتها: أولهما- الأهمية الآتية لمصلحة اجتماعية بذاتها، وثانيهما- أبعاد النزعة الإجرامية للجناة ودرجة خطورتها. فالاعتبار الأول يركز على الجريمة من منظور خطورتها على مصلحة الجماعة في زمن معين، ولا يصلح لضمانها غير الجزاء الجنائي، في حين أن الاعتبار الثاني يركز بدوره على الفرد من جهة سلوك مؤاخذ عليه جنائياً سواء كان مقصوداً من جهته حين أتاها، ودالاً على توجهه للجريمة، وميله للعودة إليها⁽³⁾.

الفرع الثاني: تعريف الجزاء الجنائي وضوابطه: اقتصر القانون الجنائي في البداية على جرائم القانون العام التي ألفها الناس في أعرفهم في محيط اجتماعي معين، كالقتل والحريق، إلا أن القانون جاوز في العمل حدود تلك الدائرة الضيقة، وانتقل بدوره إلى محيط أوسع، وبخاصة بعد تطور الجماعة باحتياجاتها، وتعقد وسائلها في الحصول عليها، وتركز سكانها، وتداخل علاقاتهم وتشابكها وتنوع مصادرها، وتزايد قدرتهم إلى النفاذ للحقائق العلمية التي تنوعت على ضوءها أشكال الجريمة وأدواتها وطرق إخفائها. وبالتالي صار ينظر إلى الجزاء الجنائي في مواجهة هذا التطور والتغير باعتباره بديلاً

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 1 لسنة 17 قضائية دستورية لسنة 1996م، بجلسة 6 شباط 1996م.

(2) وهيب عياد سلامة، أسلوب اصدار المحكمة العليا لأحكامها، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الرابع، السنة الثانية والثلاثون، ص24.

(3) عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مركز رينيه للقانون والتنمية، مصر، بدون سنة، ص1029 وما بعدها.



عن صور الجزاء القاصرة التي ينص عليها القانون المدني. فالجزاء الجنائي ما هو إلا عقاباً واقعاً في إطار اجتماعي، وكلما كان قاسياً صار محظوراً، بل أن بعض الدول تعتبر توقيع جرمية يُعاقب عليها⁽¹⁾، وبذلك عبرت المحكمة الدستورية العليا بقولها: "أن فكرة الجزاء-جنائياً أو تأديبياً-تعني مجاوزة الحدود التي يجوز التسامح فيها، وكلما كان الجزاء مقررراً لضرورة ومتناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع أو منعها متصاعداً مع خطورتها كان موافقاً للدستور"⁽²⁾، وكذلك المحكمة العليا الأمريكية حيث عبرت: "أن العقوبة القاسية لا تنحصر في أشكالها البربرية غير الإنسانية، ولكنها تشمل كذلك كل عقوبة تفقد بصورة ظاهرة تناسبها مع الجريمة، بالنظر إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طول مدتها أو شذوذها"⁽³⁾.

فالجزاء الجنائي بالتالي بمعناه الواسع هو الوسيلة التي تكفل للقاعدة القانونية صيغتها الأمرة، والتي لها شقين: الأول- هو (التكليف) الذي يتضمن الأوامر والنواهي عن الفعل ويخاطب به الكافة، و (الجزاء) هو الشق الثاني من القاعدة القانونية، والذي يطبق فقط عن مخالفة الشق الأول (التكليف)، وهو التهديد والزجر بوقوع الأذى الذي نص عليه المشرع على من يخالف أو ينتهك القاعدة القانونية⁽⁴⁾. فجوهر الجزاء هو الإيلاء ولكن إيلاء الجزاء لا يقصد به لذاته، بل لما يبتغي منه من أغراض أخرى نفعية تحققها العقوبة للمجتمع، والتي تتمثل في إصلاح مرتكب الجريمة وتحقيق غاية مزدوجة هي (الردع العام والخاص) عن طريق التهديد والوعيد بتوقيع الجزاء. فالجزاء الجنائي بمفهومه الحديث تفرد الدولة في فرضه بما لديها من سلطة العقاب المقررة لمصلحة المجتمع الذي يصيبه ضرر الجريمة.

فالجزاء الجنائي إذن هو ردة الفعل الاجتماعي الذي يوقعه المجتمع بواسطة سلطاته العامة على من يقترب الجريمة، والتعرف على ماهية هذا الجزاء يقتضي التعرف على الخصائص المميزة في ذاته، فليس كل من اقترف جريمة يستحق العقوبة، بل أن هناك جملة من الشروط الموضوعية والاجرائية التي ينبغي توفرها للقول باستحقاق الجاني للعقوبة أو الجزاء الجنائي عموماً، وبالإمكان هنا أن نحدد ثلاثة شروط أو خصائص أساسية يتعين توفرها لاستحقاق الجاني للعقوبة:

أولاً: ارتكاب الفعل المجرم: ويقصد به ارتكاب الجاني لفعله المجرم قانوناً، ويستوي في ذلك أن يكون الفعل صادراً عن سلوك إيجابي أو يتمثل بمجرد الامتناع عن فعل، إذا كان الامتناع عن فعل مجرم، فارتكاب الفعل الجرمي هو أول شروط استحقاق الجاني للجزاء، ويعتبر ذلك تطبيقاً لمبدأ مادية الجريمة، حيث لا جريمة بدون سلوك مادي يتطابق مع نص التجريم، وبذلك يستبعد من دائرة العقاب مجرد النوايا العدوانية مهما بدت شريرة، والأعمال التحضيرية التي لا ترتقي لحد اعتبارها بدءاً في التنفيذ المكون لشروع معاقب عليه⁽⁵⁾. ثانياً: قيام المسؤولية الجنائية للفاعل: ينبغي أن يكون فاعل الجريمة مسؤولاً

(1) حظر التعديل الثامن للدستور الأمريكي توقيع أي عقوبة قاسية وشاذة.

(2) ثروت عبد العال، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، مصر، 1999م، ص 43 وما بعدها.

(3) Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983).

(4) عبد الرحمن خلفي، محاضرات في القانون الجنائي، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2013م، ص 190.

(5) سليمان عبد المنعم، نظرية المسؤولية والجزاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2000م، ص 50.



مسؤولية جنائية عن فعله المجرم، والمسؤولية الجنائية قوامها الوعي من ناحية، وحرية الاختيار من ناحية أخرى. لذلك من المتصور أن يرتكب الشخص فعلاً ضاراً دون أن يسأل عليه جنائياً، أما لانعدام ملكة الوعي لديه أو لتجرده من حرية الاختيار⁽¹⁾. **ثالثاً: انتفاء الموانع الإجرائية:** ويقصد به انتفاء أي مانع إجرائي يحول دون ملاحقة الجاني وعقابه، فالمشرع يقرر أحياناً ولاعتبارات يفدرها هو عدم جواز ملاحقة الجاني مطلقاً، أو تعليق أو تقييد هذه الملاحقة على أمر أو شرط معين، ومن الأمثلة على هذه الموانع الإجرائية التي تحول دون ملاحقة الجاني، سقوط الدعوى بالتقادم، العفو العام، الحصانات الدبلوماسية التي يتمتع بها بعض طائفة من الأشخاص⁽²⁾.

المبحث الثاني: موقف القضاء الدستوري من أهم المبادئ الدستورية التي تحكم النص الجنائي
ظل منهج القضاء الدستوري في التشريع المقارن بإرساء الشرعية الدستورية ثابتاً، وطريقه قوياً، وعدته موازين دقيقة لا يفاضل بين المصالح إلا على ضوء أهميتها، ولا يمنحها قدراً من الحماية يُجاوز متطلباتها فلا يميل بكفتها لغير ضرورة، بيد أن رقابته هذه مع ثباتها في خطوطها الرئيسية وأصولها الكلية، ظل أمره متطوراً نابذاً جمود قوالبه، تقديرأً بأن نصوص الدستور لا يجوز فصلها عن محيطها، ولا عزلها عن بيئتها التي تتغير أوضاعها. ولإبراز موقف القضاء الدستوري المقارن من المبادئ الدستورية التي تحكم النص الجنائي، فأننا سوف نتناول هذ المبحث من خلال مطلبين، سيكون **المطلب الأول** لبيان: التجريم والعقاب في إطار الضرورة الاجتماعية والتناسب، في حين سيكون **المطلب الثاني** مخصصاً لبيان: المعايير الدستورية في مجال الأجرام والعقاب.

المطلب الأول: التجريم والعقاب في إطار الضرورة الاجتماعية والتناسب
تقوم سياسة التجريم والعقاب على التوازن بين فكر فلسفي اجتماعي يُحدد مضمون حق الدولة في العقاب، وفكر دستوري يُحدد قيمة الحقوق والحريات، ويساهم كل من قطبي هذا التوازن في حماية المجتمع وضمان الحماية الدستورية للحقوق والحريات. ومن أجل بيان هذا المطلب، سوف نتناوله من خلال فرعين: الأول- ضرورة تناسب الفعل المجرم والعقوبة وعدم تجاوزهما للضرورة الاجتماعية التي استدعت تقريرهما، في حين سيكون الفرع الثاني مخصصاً لبيان:

الفرع الأول: ضرورة تناسب الفعل المجرم والعقوبة وعدم تجاوزهما للضرورة الاجتماعية التي استدعت تقريرهما: أن النظام القانوني في مقام التوازن بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى، يجب أن يراعي مبدأ التناسب، واستناداً لذلك فإن المشرع الجنائي في مقام حمايته للحقوق والحريات يراعي التوازن بين هذه الحماية وبين ما يتمتع به الغير من حقوق وحريات، وكذلك التوازن بين هذه الحماية وبين المصلحة العامة المتمثلة بالنظام العام، ويتحقق ذلك إذا ما اقتضته الضرورة الاجتماعية، أي ضرورة حماية المجتمع كمصلحة عامة تمثل في ذاتها قيمة دستورية. فلا

(1) حدد قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل موانع المسؤولية الجنائية في المواد (60-65).

(2) ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، جامعة الموصل، مطابع دار الحكمة، 1990م، ص 124. وكذلك: عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة دمشق، 2012م، ص 467. ومن القوانين التي تبنت التقادم المادة (6) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، والمادة (378)، من قانون العقوبات العراقي. والمادة (170) من قانون الكمارك، والمادة (30) من قانون المطبوعات.



يجوز أن يكون هذا التوازن وسيلة للعصف بالحقوق والحريات أو يكون مدخلاً لحرمان المواطنين منها بصورة غير منطقية أو على نحو يسوده التحكم، مما يتطلب إيجاد تناسب بين قدر المساس بالحقوق والحريات والمصالح المحمية التي تبرر هذا المساس. فالنظام الدستوري للحقوق والحريات لا يمكن له أن يتماسك إلا بعدم المبالغة في وزن أحد مكونات هذا النظام، لذا كانت الضرورة والتناسب ضابطاً لتحديد هذا التوازن في مجال التجريم⁽¹⁾. ولكي تقترب فكرة الضرورة من فكرة التناسب يجب النظر إلى كل من القاعدة القانونية وتطبيقها، فالقاعدة القانونية لا تكون ضرورية إلا إذا وضعت لمعالجة وضع معين، فتعالجه على نحو كافٍ وبغير مبالغة. وبالتالي ومما تقدم فإن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها. وقد أُنشئت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية على أن النصوص العقابية يجب أن تُعرف الفعل المجرم تعريفاً يكفل للشخص العادي أن يفهم ماهية الفعل الذي يحظر الشارع ارتكابه، وأن يجري النص على هذه الأفعال على نحو لا يؤدي إلى التحكم أو التمييز أو عدم تناسب الضرورة الاجتماعية لتجريم الفعل. لذلك قضت المحكمة العليا بعدم دستورية أحد نصوص قانون العقوبات لولاية California لنصه على تجريم السلوك المخل بالنظام (disorderly conduct)، وتعريفه لهذا السلوك بأنه كل تسكع أو تجوال في الطرقات أو أي مكان آخر دون سبب ظاهر أو عمل يقتضي ذلك أو رفض المتهم عن الإفصاح عن شخصيته وتعليل سبب تواجده حينما يطلب رجال الشرطة ذلك، إذا كانت السلامة العامة تتطلب هذا الإفصاح⁽²⁾. فقضت المحكمة العليا بعدم دستورية هذا النص لأنه لا ينطوي على معيار ثابت يمكن للشخص أن يحدد بمقتضاه ما الذي يجب عليه فعله تنفيذاً لما يتطلبه الشارع منه، ولكونه يمنح رجال الشرطة سلطة تقديرية واسعة، ليحدد بنفسه ما إذا كان الشخص قد أدى ما تطلبه منه القانون من عدمه، وهو ما يشوب النص الجنائي بعدم التناسب مع الضرورة الاجتماعية للفعل، بالإضافة لغموضه وعدم وضوحه، مما يجعله واجب الإبطال⁽³⁾. وفي قضية Robinson قضت المحكمة العليا بعد دستورية قانون ولاية كاليفورنيا الذي يُجرم الإدمان على المخدرات، حيث أكدت المحكمة العليا بأنه: "لا يجوز اعتبار الشخص الذي يعاني من مرض عقلي أو معدي مجرمًا، وإنما يجب النظر إلى هؤلاء الأشخاص باعتبارهم مجنبيًا عليهم وهو ما يقتضي إخضاعهم للعلاج الإلزامي كالحجر الصحي والحجز أو التفيتش، لكن لا يصح اعتبار مثل تلك الحالات أفعالاً مجرمة، ولا يتناسب مع الضرورة الاجتماعية التي ينشد لها المشرع، لأن إدمان المخدرات ما هو إلا مرض لا يصلح أن يشكل جريمة بذاته⁽⁴⁾". في حين أكدت المحكمة الدستورية العليا في العديد من الأحكام على هذا الضابط، إذ عبرت: "بأن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، وأن القانون

(1) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشوق، مصر، 1999م، ص500.

(2) James B. Jacobs , Evolution of U.S. Criminal Law, Journal Issues of Democracy Volume: 6 Issue: 1 Dated: July 2001 Pages: 6-15.

Sause v. Bauer, 585 U.S. _ (2018).⁽³⁾ Case of:

(4) Case of: Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962). Case of: Powell v. Texas, 392 U.S. 514 (1968).

الجنائي يتغيا أن يحدد-من منظور اجتماعي-مالا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوك الأفراد، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعياً ممكناً، فإن كان متجاوزاً تلك الحدود التي لا يكون معها ضرورياً غدا مخالفاً للدستور⁽¹⁾، وعبرت المحكمة أيضاً: " أن الفصل في دستورية النص الجنائي الذي يتوخاه الجزاء الجنائي باعتباره عقاباً بالضرورة في إطار اجتماعي، وأن التجريم المقرر بالنص الجنائي مرده إلى الضرورة الاجتماعية"⁽²⁾. في حين قضت المحكمة الاتحادية العليا: " بان ممارسة الحريات المنصوص عليها في المادة (38) من الدستور مقيدة بشرط عدم الاخلال بالنظام العام و الآداب العامة، لذا فان المواد الواردة في قانون العقوبات (81 و 84) غير متعارضة مع أحكام المادة (38/أولاً وثانياً) من الدستور⁽³⁾.

الفرع الثاني: الرقابة الدستورية على التناسب: أن الضرورة الاجتماعية ليست ثابتة جامدة، بل إنها متغيرة بتغير الظروف وتطور المصالح، وقد أدى التطور السياسية والاجتماعي والتكنولوجي والاقتصادي إلى ظهور جرائم مستحدثة، كالجرائم ضد الإنسانية، غسيل الأموال، الاتجار بالبشر، وغيرها الكثير، مما يعرض أمن المجتمع ومصالحه للخطر. ولاشك أن القضاء الدستوري يقع عليه عبء مراقبة مشروعية الضرورة والتناسب في التضحيات التي تتحملها القيم التي يقوم عليها النظام الدستوري. فإذا أقدم المشرع على إحداث عدم تناسب ظاهر لا يتفق مع الأهداف والمقاصد التي استهدفها الدستور من وراء حماية الحقوق والحريات وسائر القيم التي ينص عليها، تعرض-المشرع- للقضاء بعدم دستورية القاعدة التي أخلت بضوابط الضرورة والتناسب المطلوب. ذلك لأن الدستور حينما لا يفرض قيوداً معينة على المشرع عند ممارسة سلطة التشريع ويؤثر أن يترك له سلطة تقديرية، فإنه لم يقصد وراء ذلك منح المشرع سلطة مطلقة تخول له الحق في إصدار أية قاعدة قانونية في ظل أي ظروف ومن أجل تحقيق أي هدف⁽⁴⁾. وهنا يكون من واجب القضاء الدستوري أن يحدد المبادئ التي هدف إليها المشرع العادي بمقارنتها مع مقاصد المشرع الدستوري ومدى الاتفاق معها، وكذلك يراقب-القضاء الدستوري- المشرع العادي في ضوء احترامه لهذا المضمون، وبالتالي تكون رقابة القضاء الدستوري للمشرع في تقديره للتناسب هي رقابة مشروعية دستورية وليست محض تدخل بسلطته التقديرية⁽⁵⁾. ولقد أطرر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدولة الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق المواطن وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور، من بينها ألا تكون العقوبة مهينة في ذاتها أو مجاوزة

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 48 لسنة 18 قضائية دستورية لسنة 1997م، بجلسته 15 ايلول 1997م.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 37 لسنة 15 قضائية دستورية لسنة 1996م، بجلسته 3 آب 1996م.

(3) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم 46/اتحادية/2011م، في 2011/8/22م.

(4) ثروت عبد العال، مصدر سابق، ص 35.

(5) محمد اسماعيل علم الدين، التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه والقضاء الفرنسي، مجلة العلوم الإدارية، العدد 3، سنة 13، مصر، 1971م، ص 19.



في قسوتها للحدود التي توازنها بالأفعال التي أتمها المشرع ليكون إيقاعها شاذاً ومنافياً لحكم العقل⁽¹⁾. وتقول المحكمة أيضاً: " فلا يظهر نص المادة (14) المطعون عليها، ومن خلال تعدد صور الجزاء التي فرضتها، وتعلقها بأفعال تتنافر خصائصها وعواقبها، إلا مجاوزاً بمداها حقائق هذه الأفعال ومكوناتها، نابذاً تحديد جزاء لكل منها بما يناسبها، فلا يزنها بالقسط، بل يقيس أقلها خطراً على أسوائها مقصداً، ويعاملها جميعاً بافتراض وحدة مضمونها وآثارها، وليس ذلك إلا غلو منافياً لضوابط العدالة الاجتماعية، التي أرسنها المادة (38) من الدستور"⁽²⁾. وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا الأمريكية في قضية Gitlow v. New York (1925)، في كيفية التوافق بين دواعي الحرية في صورها المختلفة وبين ضرورات النظام العام، فقد أضافت المحكمة معياراً للمدى الذي تنتهي عنده حرية الفرد في التعبير عن الرأي، وتبدأ من بعده سلطة الدولة بالتنظيم، وذلك عند نظرها في هذه القضية إلى مدى دستورية قانون التجسس الصادر سنة 1917م، حيث استخلصت المحكمة معياراً للتفرقة بين حرية التعبير دستورياً وبين الحديث الزائد الذي يحق للحكومة بكل الطرق السعي إلى منعه بكل السبل القانونية، فقد قررت المحكمة العليا من خلال هذا المعيار إلى ضرورة أن تتوافر في العبارات المعاقب عليها شرطين أساسيين: أ- **القصد السيء**، ب- **أن تسبب تلك العبارات خطراً محدقاً وواضحاً**⁽³⁾. وعبرت المحكمة الاتحادية العليا عن ذلك بالقول: " أن المادة (17/خامساً) من قانون الموازنة الاتحادية، التي فرضت غرامة على المشروبات الكحولية المستوردة، وتستوفي هذه الغرامة في المنفذ الحدودي....، والغرامة كما وصفتها المادة (6/85) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969م المعدل، من العقوبات الأصلية التي تفرض على مرتكب فعل جرمه القانون، وعملية استيراد المشروبات الكحولية ليست من الأفعال التي جرمها قانون العقوبات أو غيره من القوانين العقابية، لذا فإن فرض هذه الغرامة مخالف لأحكام المادة (19/ثانياً) من الدستور"⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: المعايير الدستورية في مجال التجريم والعقاب

بالنظر إلى وطأة القيود التي تفرضها القوانين الجنائية على الحرية الشخصية، حرصت الدساتير على أن تولي الاتهام الجنائي عناية خاصة، فأحاطته بعدد من الضوابط الدستورية، كي يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، بما يخل بالتوازن بين حق الفرد في الحرية من جهة، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من جهة أخرى. وكان لازماً ألا يكون النص العقابي محملاً بأكثر من معنى، مرهقاً بأغلال تعدد تأويلاته، مرناً مترامياً في ضوء الصيغة التي أفرغ النص فيها. ثم كان أمراً مقضياً أن تصاغ النصوص العقابية بما يحول دون انسيابها أو تباين الآراء حول مقاصدها، أو تقرير المسؤولية

(1) عوض محمد المر، مقدمة مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج6، 1995م، ص31.

(2) أنظر: حكم المحكمة العليا في القضية رقم 11 لسنة 7 قضائية دستورية لسنة 1978م، بجلسة 1 نيسان 1978م. ففي هذا الحكم خلصت المحكمة إلى دستورية القرار بقانون رقم 120 لسنة 1962م، بشأن تشدد عقوبة الرشوة، إذ ذهبت المحكمة إلى أن تقدير الضرورة لا يخضع لمعيار ثابت وإنما يتغير بتغير الظروف وانتهت إلى أن الظروف التي صدر بها القانون قد اقتضت الإسراع بإصداره حفاظاً على أمن الدولة الاقتصادي.

(3) مدين عبد الرزاق الكلش، دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة في حماية الحقوق والحريات، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015م، ص 118 وما بعدها.

(4) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم 62/اتحادية/2018م، في 28/5/2018م.



الجنائية في غير مجالاتها عدوناً على الحقوق والحريات التي كفلها الدستور. ولهذا استخلاص القضاء الدستوري المقارن مجموعة من المعايير في مجال التجريم والعقاب، حاكماً بعدم دستورية النص الجنائي الذي لا يتضمن أو يراعي تلك المعايير الدستورية. ولبيان هذا المطلب، سوف نتناول أهم تلك المعايير الدستورية من خلال الاتي:-

الفرع الأول: افتراض البراءة حتى ثبوت العكس: يعتبر أصل البراءة قاعدة أولية تملئها الفطرة، وتوجبها حقائق لأشياء، وتفرضها مبادئ الشريعة الإسلامية، وقد أكد عليها الرسول الأعظم محمد (ص) بقوله: "ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فاخولوا سبيله، فلأن يخطئ الامام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"، وهذا ما أكدته الدساتير المقارنة، ومنها الدستور العراقي لسنة 2005م، في المادة (19/خامساً)⁽¹⁾. فافتراض البراءة يؤسس على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، فقد ولد حراً مبرئاً من الخطيئة أو المعصية، ويفترض بالتالي على طوال مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامناً فيه، مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال، إلى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاء جازم لا رجعية فيه هذا الافتراض، على ضوء الأدلة التي تقدمها الجهات التحقيقية، وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة، إذ هو من الركائز التي يستند عليها مفهوم المحاكمة العادلة التي كفلها الدستور. إن أصل البراءة يمتد إلى كل فرد سواء كان مشتبهاً فيه أو متهماً (النطاق الشخصي لأصل البراءة)، باعتباره من القواعد الأساسية في النظام الاتهامي التي أقرتها الشرائع جميعها، لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين، وإنما لتدراً بمقتضاها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة الموجهة إليه من الممكن أن تكون محاطة بالشبهات، بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم للواقعة محل الاتهام. ذلك أن الاتهام الجنائي لا يزحزح أصل البراءة، الذي يلزم الفرد دوماً، سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أو اثنائها وعلى امتداد حلقاتها، وأياً كان الزمن الذي تستغرقه إجراءاتها (النطاق الإجرائي لأصل البراءة)⁽²⁾. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أهمية ومكانة معيار أصل البراءة ووجوب التمسك به على امتداد مراحل المحاكمة الجنائية، وعدم جواز تفسير النصوص الجنائية بما يناقض أصل البراءة، أو تدخل المشرع بقرائن قانونية تعفي سلطة الاتهام من واجبها في إثبات كافة عناصر الجريمة بركنيها المادي والمعنوي⁽³⁾. إذ عبرت المحكمة عن ذلك بقولها: "افتراض براءة المتهم يمثل أصلاً ثابتاً يتعلق بالتهمة الجنائية في جميع مراحلها، وعلى امتداد إجراءاتها، مما لا يجوز معه نقضها بغير الأدلة الجازمة التي تخلص إليها المحكمة وتتكون من جماعها عقيدتها، ولا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الاقناعية مبلغ الجزم الذي تخلص إليه المحكمة"⁽⁴⁾. وكذلك جنحت المحكمة الاتحادية العليا لذلك المعايير وأهميته، إذ عبرت: "أن الأصل في

(1) "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة". وهذا ما أشار إليه أيضاً التعديل الرابع للدستور الأمريكي Fourth Amendment في العام 1791م.

(2) أنظر: مجيد خضر أحمد، افتراض براءة المتهم، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 9، 2007م، ص 443 وما بعدها. وكذلك أنظر: حسين محمد طه و زينب محمود حسين، قرينة افتراض البراءة وآثارها القانونية، بحث مقدم في المؤتمر القانوني الرابع، بدون سنة، ص 852 وما بعدها.

(3) عاطف سالم عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 750 وما بعدها.

(4) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 25 لسنة 16 قضائية دستورية لسنة 1995م. و حكم المحكمة العليا الدستورية في القضية رقم 49 لسنة 17 قضائية دستورية لسنة 1996م، وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية



المتهم البراءة حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية عادلة وفقاً لمنطوق المادة (19/خامساً) من الدستور، وأن حرية الإنسان مصنونة وفقاً لأحكام المادة (37/أولاً/أ)، من الدستور، وأن حجب هذه الحرية يجب أن ينظمها قانون يترك للقضاء تقدير الموقف القانوني في توقيف المتهم أو إخلاء سبيله بكفالة ضامنة وفقاً لجسامة الجريمة ومكانة المتهم وظروفه، تطبيقاً لأحكام المواد (19/أولاً) و (88) و (47) من الدستور، التي قضت باستقلال لقضاء باتخاذ أحكامه وقراراته ولا سلطان عليه لغير القانون. وحيث أن قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971م المعدل وعند صدوره نظم هذا الموضوع في المادتين (109) و (110)، حيث حددتا الجرائم التي لا يجوز إخلاء سبيل المتهم فيها بكفالة، وجوزتا إخلاء سبيله في الجرائم الأخرى، تاركه في ذلك تقديره إلى قاضي الموضوع في مرحلة التحقيق والمحاكمة، فهو الذي يقرر مدى خطورة الجريمة المسندة إلى المتهم ومدى خطورة المتهم أو تأثيره على سير التحقيق والمحاكمة إذ ما أخلى سبيله بكفالة ضامنة، أما تقييد القاضي وبشكل مطلق كما هو الحال في المادة (1) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 157 لسنة 1996م، فهو جاء مخالفاً للمواد الدستورية الواردة ذكرها اعلاه. وعليه قررت المحكمة بعدم دستورية المادة (1) من قرار مجلس قيادة الثورة رقم 157 لسنة 1996م⁽¹⁾.

الفرع الثاني: لا جريمة بغير قانون وشخصية العقوبة وعدم رجعتها: أن المقصود بالقانون في هذا الشأن هو التشريع، والذي يتولى سلطته المجلس النيابي طبقاً للدستور، كنص المادة (61) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005م، فالأصل أن التشريع بصفته تعبيراً عن إرادة الشعب، هو الذي يمكن أن يكون مصدراً للتجريم والعقاب، وطبقاً للنص الدستوري، يتولى المجلس النيابي (البرلمان) بوصفه السلطة التشريعية للبلاد وضع جميع النصوص المبينة للتجريم والعقاب، فلا يجوز إنشاء جريمة أو تقرير عقوبة إلا بتشريع تُقره هذه السلطة المنتخبة، وبالتالي يتمتع على القاضي إدانة متهم عن جريمة أو يوقع عليه عقوبة ما لم يكن قد صدر بالجريمة والعقوبة تشريع معين⁽²⁾. ففي الولايات المتحدة الأمريكية أصدر الكونغرس قانون ما يُعرف (بقانون معاملة المحتجزين 2005م Detainee Treatment Act) الذي فوض الرئيس الأمريكي سلطات واسعة في التجريم والعقاب وإنشاء المحاكم الخاصة لمحاكمة المتهمين بالإرهاب من إعداء الولايات المتحدة بعد إحداث 11 سبتمبر من العام 2001م، واختصاص محكمة كولومبيا دون غيرها بنظرها الطعون على الأحكام النهائية، وفي هذا تقول المحكمة العليا في حكمها الصادر بالعام 2006م، في قضية Hamdan v. Rumsfeld: "حمدان⁽³⁾، من التظلم أمام المحكمة العليا الأمريكية من أمر اعتقاله وتقديمه للمحاكمة وفقاً لقانون معاملة المحتجزين لسنة 2005م، الذي

رقم 59 لسنة 18 قضائية دستورية لسنة 1997م، و حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 28 لسنة 17 قضائية دستورية لسنة 1995م، و حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 12 قضائية دستورية لسنة 1992م.

(1) حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم 31/اتحادية/2019م، في 2019/4/3م.

(2) هذا خلاف القاضي المدني، فإنه إذا لم يجد نصاً استعان أو لجأ إلى مصادر أخرى مثل العرف والشرعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أنظر المادة (1) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م المعدل، وكذلك المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م المعدل.

(3) هو سالم حمدان، يمني الجنسية متهم بالإرهاب وكان سائق لأبن لادن.



أنشأه رئيس الجمهورية بقرار منه،... أن النصوص العقابية لا تسري قبل صدور هذا القانون، ومن ثم فإنها تختص بالنظر في هذا التظلم، كما أن الدستور الأمريكي منح لكل شخص أو معتقل الحق في التظلم من أمر حبسه أو اعتقاله، ومعرفة التهم الموجهة إليه ومدى دستوريته⁽¹⁾. والمحكمة الدستورية العليا قررت أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وإن اتخذ من ضمان الحرية الشخصية بنياناً لإقراره وتوكيده، إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تُقيد من محتواه فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازماً إلا بالقدر وفي الحدود التي تكفل صونها⁽²⁾. لكن المشرع الدستوري في المادة (95) من الدستور المصري لسنة 2014م، خول السلطة التنفيذية سلطة إصدار اللوائح في شأن التجريم والعقاب، فأجاز أن تكون الجريمة أو العقوبة بناءً على قانون، مما يُعطي السلطة للمشرع أن يسند للسلطة التنفيذية بواسطة اللائحة تحديد بعض جوانب التجريم والعقاب. وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عن ذلك بقولها: "مما مؤداه أن المادة (66) من الدستور تُجيز أن يُعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تُحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب، ذلك لا اعتبارات تُقدرها سلطة التشريع وفي الحدود التي يُعينها القانون الصادر منها"⁽³⁾. وأكد القضاء الدستوري المقارن على شخصية المسؤولية الجنائية، حيث ذكر في هذا الشأن أن الأصل في الجريمة أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أُدين كمسؤول عنها، وهي بعد عقوبة يجب أن تتوازن وطأتها مع طبيعة الجريمة وموضوعها، بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن جريمة الجريمة لا يؤخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، وأن "شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة محلها"، مرتبطان بمن يعد قانوناً مسؤولاً عن ارتكابها، ومن ثم تفترض شخصية العقوبة التي كفلتها الدساتير المقارنة، أن الشخص لا يكون مسؤولاً عن جريمة ولا تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها⁽⁴⁾. وأكد القضاء الدستوري المقارن أيضاً على أن خضوع الدولة للقانون محددًا على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يُعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة، ومما ينافي مفهوم الدولة القانونية على النحو السالف بيانه أن تقرر الدولة سريان عقوبة بآثر رجعي، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنباً مؤاخذاً عليه بها، وأكد القضاء الدستوري أن مبدأ عدم رجعية القوانين العقابية يُقيد السلطة التشريعية إعمالاً لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وصوناً للحرية الشخصية بما يرد كل عدوان عليها⁽⁵⁾. ذلك أن رجعية القوانين الجنائية

(1) أنظر: محمد عماد النجار، حكم المحكمة العليا الأمريكية بشأن معتقلي جوانتانامو، مجلة الدستورية، مصر، 2015م، بدون صفحة.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 72 لسنة 18 قضائية دستورية لسنة 1997م.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 17 لسنة 11 قضائية دستورية لسنة 1991م.

(4) للمزيد أنظر: جورج شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، دار النهضة العربية، مصر 1995م، ص 25 وما بعدها.

(5) أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 22 لسنة 8 قضائية دستورية لسنة 1992م. وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 12 لسنة 13 قضائية دستورية لسنة 1992م. و حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية دستورية لسنة 1997م.



محظورة في الدساتير جميعها، حتى تلك المعمول بها في نطاق ولاية أو إقليم داخل تنظيم فيدرالي⁽¹⁾. ولا يجوز بالتالي تأنيب فعل ما كان مباحاً وقت ارتكابه، ولا أن يُوقع المشرع على فعل مؤثم عقوبة أشد من العقوبة التي كان المشرع قد حددها من قبل للجريمة ذاتها، ولا أن يُدان إنسان عن أفعال كانت مؤثمة حين قارفها، ثم ألغى المشرع تجريمها بأثر رجعي يتردد إلى اللحظة التي حظر فيها ارتكابها⁽²⁾، ولا يجوز كذلك أن يعدل المشرع من بنیان جريمة كان قد حدد من قبل أركانها، لِيُضر بمركز شخص كان قد ارتكبها.

الفرع الثالث: اليقين الجنائي والتفسير الضيق للنص الجنائي: أن مبدأ الشرعية الجنائية جاء من أجل أن يُحقق هدفين مهمين: الأول- استئثار المشرع وحده بمسائل الحقوق والحريات، والثاني- أن يُحيط الناس علماً بالتجريم والعقاب، وما قد يتهدد حرياتهم قبل إتيان أي فعل يُعرضهم لذلك. وهذا ما يسمى **باليقين القانوني الجنائي**. فإذا كان الهدف الأول يتحقق بمبدأ انفراد التشريع، فإن الهدف الثاني يتحقق بأن يعرف المخاطبون بالتشريع سلفاً ماهية الأوامر والنواهي التي ينص عليها التشريع، وكذلك معرفة الجزاءات التي قد يتعرضون لها عند مخالفته. لذلك يُعد اليقين الجنائي الركيزة الثانية لمبدأ الشرعية الجنائية. وفي هذا تقول المحكمة الدستورية العليا: "وحيث إن المدعي ينعي على نص هذه المادة عدم بيانه للركن المادي للجريمة، ذلك أن الركن المادي هو سلوك أو نشاط خارجي، فلا جريمة بغير فعل أو ترك، ولا يجوز للمشرع الجنائي أن يعاقب على مجرد الأفكار والنوايا، باعتبار أن أوامر القانون ونواهي لا تنتهك بالنية وحدها، وإنما بالأفعال التي تصدر عن إرادة آثمة، فضلاً عن أن النص جاءت صياغته واسعة يمكن تحميلها بأكثر من معنى وتتعدد تأويلاتها إذ ترك تحديد الأعمال المجهزة والمسهلة للجريمة لاجتهادات مختلفة مما يفقده خاصية اليقين التي يجب توافرها في النصوص الجزائية"⁽³⁾. وينتقد القاضي الجنائي بتفسير القواعد الجنائية، وهي التي يتضمنها كل من قانوني العقوبات وأصول المحاكمات الجزائية، لتحديد حقيقة محتواها تعبيراً عن إرادة المشرع في تحقيق فاعلية العدالة الجنائية، أو ضمان الحقوق والحريات، ملتزماً في ذلك بمبدأ الشرعية الجنائية. ومن ناحية أخرى، فإن إرادة المشرع التي ضمنها النص الجنائي ليست مبدأ جامداً محكوماً بالوقائع الاجتماعية المتوافرة وقت وضع النص، بل هي إرادة متطورة بتطور هذه الوقائع الاجتماعية طالما أنها تراعي المصالح الاجتماعية التي يحميها النص. فالقانون لم يصنع من أجل اليوم فقط، بل إنه صنع من أجل المستقبل. والشك في تفسير نصوص قانون العقوبات يفسر لصالح المتهم، فإذا كان النص غامضاً يفتقر إلى التحديد، أصبح غير صالح للتجريم والعقاب وغير صالح للمساس بالحرية الشخصية في الإجراء الجنائي⁽⁴⁾. ففي قضية Begay V. United States العام 2008م، أكدت المحكمة العليا على ضرورة الأخذ بالتفسير الضيق للنص الجنائي، حيث تعرضت المحكمة في تلك القضية إلى تفسير المقصود بعبارة (جريمة تتصف بالعنف (Violent Felony) التي

(1) حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية (Lindsey v. Washington, 301 U.S. 397 (1937)).

(2) حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية (Murphy v. Ramsey, 114 U.S. 15 (1885)). وأنظر كذلك قرار

المحكمة الاتحادية العليا رقم القرار: 9/ اتحادية/ 2012م، وكذلك قرارها رقم 16/ اتحادية/ 2012م.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 114 لسنة 21 قضائية دستورية لسنة 1999م.

(4) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003م، ص 75.



تضمنها قانون الأعمال المسلحة (Armed career Criminal)، حيث تضمن هذا القانون الحكم على المدان بحيازة سلاح ناري دون ترخيص بعقوبة السجن لمدة (15) عاماً، لكنه اشترط أي القانون، أن يكون المدان قد ثبت ارتكابه ثلاثة أو أكثر من الجرائم المتسمة بالعنف (Violent Felony)، لكن القانون أمتنع عن تعريف تلك الجرائم المتسمة بالعنف، مكتفياً بإيراد بعض الأمثلة لها: كجريمة السطو المسلح، الحرق العمدى، الاغتصاب، الجرائم التي تشمل على استخدام المتفجرات. وقد حكم على السيد Begay وفقاً لهذا القانون بالسجن، لسبق ادانته أكثر من ثلاث مرات بجريمة القيادة اثناء السكر. فأستأنف هذا الحكم استناداً لعدم جواز اعتبار جريمة القيادة اثناء السكر، جريمة تنسم بالعنف بموجب احكام هذا القانون. فنقضت المحكمة العليا هذا الحكم، مؤكدة أن العقوبة الوجوبية التي نص عليها القانون لا تنطبق على الحالة المعروضة، لان جريمة القيادة اثناء السكر لا تشكل جريمة تنسم بالعنف، لان النماذج الاجرامية التي عددها النص تختلف اختلافاً كبيراً عن جريمة القيادة اثناء السكر، لأن الأولى تحمل قدراً كبيراً من الدلالة على وجود نتيجة عدوانية وعنيفة، مصحوبة بقصد خاص لا يتوفر في الجرائم الأخرى، ومنها بلا شك جريمة القيادة اثناء السكر⁽¹⁾.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث الذي حاولنا فيه دراسة قدرة القضاء الدستوري على حماية الحقوق والحريات في مواجهة النص الجنائي-دراسة مقارنة، لا ندعي فيه بأننا قد تمكنا من الإحاطة بشكل واف بكافة جوانب الموضوع، لأن تلك الحماية واسعة ومتعددة الجوانب والمعايير والضوابط، سواء تلك التي نص عليها الدستور صراحة أو تلك التي استنبطها واستخلصها القضاء الدستوري المقارن. وآية ما تقدم نجمه في مجموعة من النتائج والتوصيات التي خلصت إليها الدراسة:

أولاً: النتائج:

1. أن الرقابة على الشرعية الدستورية، وعلى ضوء ما اصابها من تطور، واقتحامها مسائل تتعقد جوانبها وتتباين الآراء حولها، لم تعد اجتهاداً قائماً فقط على أعمال حكم العقل، بل صار قوامها في كثير من ملامحها حقائق علمية.
2. أن أخطر ما يهدد الحقوق والحريات يكمن في النصوص الجنائية.
3. أن القانون الجنائي يتأثر إلى حد كبير بالواقع السياسي وقت تشريعه، وبقوة تأثيره على أنماط السلوك الاجتماعي للأفراد وإطار الحقوق والحريات العامة، ويتضح ذلك من خلال فرعي القانون الجنائي: قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية.
4. أن سيادة القانون تستمد من سيادة الدستور وسموه، فهو-الدستور- الذي يضع الاسس التي يقوم عليها القانون بكل فروعها، فالدستور يكفل حقوق وحريات الأفراد التي نص عليها في صلبه، الحماية من جوانبها العملية لا من معطياتها النظرية. ومن ثم لا يمكن للقوانين أن تنافي مضمون الحقوق والحريات التي كفلها الدستور.

(1) للمزيد أنظر: حسام فرحات أبو سيف، الحماية الدستورية للحق في المساواة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2004م. وحكم المحكمة العليا الأمريكية: Begay v. United States, 553 U.S. 137 2008

5. الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغياً أو عاتياً، أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافياً للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي جرمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده.
6. الجزاء الجنائي هو تقدير من الجماعة لتدبير تراه كافياً لقمع الجريمة، أو للقصاص من مرتكبها، وهو جزاء يرتبط بقيم الجماعة التي ترتد بعض جذورها إلى الدين، لتبلور هذه القيم في مجموعها إطار القوانين الجنائية.
7. تقوم سياسة التجريم والعقاب على التوازن بين فكر فلسفي اجتماعي يُحدد مضمون حق الدولة في العقاب، وفكر دستوري يُحدد قيمة الحقوق والحريات، ويساهم كل من قطبي هذا التوازن في حماية المجتمع وضمان الحماية الدستورية للحقوق والحريات.
8. بالنظر إلى وطأة القيود التي تفرضها القوانين الجنائية على الحرية الشخصية، حرصت الدساتير على أن تولي الاتهام الجنائي عناية خاصة، فأحاطته بعدد من الضوابط الدستورية، كي يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، بما يخل بالتوازن بين حق الفرد في الحرية من جهة، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من جهة أخرى.

ثانياً: التوصيات

1. نقترح تعديل نص المادة (1) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل، بشكل يتلائم مع النص الدستوري بمادته (19/ثانياً).
2. نقترح أن تأخذ المحكمة الاتحادية العليا وهي بصدد نظرها للقضايا الدستورية بقاعدة الاثر الفوري للنص الدستوري، بما يتلائم مع سمو النص الدستوري وعلويته على بقية النصوص القانونية.
3. نقترح على المحكمة الاتحادية العليا الالتزام بعملها ذات الطابع القانوني البحث، ولا يصح بالتالي أن يتجاوز هذا النطاق إلى مجال الحكمة من التشريع وأهدافه التي تسعى إليها سواء كانت الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية، التي هي من أخص خصائص السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع، وإشراك القضاء في تقديرها يعد خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات.

ثالثاً: المصادر: أ- اللغة العربية

- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشوق، مصر، 1999م.
- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشوق، مصر، 2002م.
- أنظر: مجيد خضر أحمد، افتراض براءة المتهم، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 9، 2007م.
- ثروت عبد العال، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، مصر، 1999م.
- جورج شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، دار النهضة العربية، مصر 1995م.
- حسام فرحات أبو سيف، الحماية الدستورية للحق في المساواة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2004م.
- رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998م.

- رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعاً وتطبيقاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1971م.
 - سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003م.
 - سليمان عبد المنعم، نظرية المسؤولية والجزاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2000م.
 - عبد الرحمن خلفي، محاضرات في القانون الجنائي، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2013م.
 - عبود السراج، قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة جامعة دمشق، 2012م.
 - عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مركز رينيه للقانون والتنمية، مصر، بدون سنة.
 - عوض محمد المر، مقدمة مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج6، 1995م.
 - فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، المكتبة القانونية، بغداد، 1992م.
 - ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في قانون العقوبات، جامعة الموصل، مطابع دار الحكمة، 1990م.
 - محمد عماد النجار، حكم المحكمة العليا الأمريكية بشأن معتقلي جوانتانامو، مجلة الدستورية، مصر، 2015م.
 - محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، مكتبة النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1992م.
 - مدين عبد الرزاق الكلش، دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة في حماية الحقوق والحريات، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015م.
 - نعيم عطية، الفلسفة الدستورية للحريات العامة، موسوعة حقوق الإنسان، مصر، 1989م.
- ب- اللغة الانكليزية:**
- James B. Jacobs , Evolution of U.S. Criminal Law, Journal Issues of Democracy Volume: 6 Issue: 1 Dated: July 2001 .
 - Case of: Sause v. Bauer, 585 U.S. _ (2018).
 - Case of: Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962). Case of: Powell v. Texas, 392 U.S. 514 (1968).

ج- الدساتير والقوانين المقارنة

- الدستور الامريكي لسنة 1787م وتعديلاته.
- الدستور المصري لسنة 1971م.
- الدستور المصري لسنة 2014م.
- دستور جمهورية العراق لسنة 2005م.
- قانون أصول المحاكمات الجنائية رقم 23 لسنة 1991م المعدل.
- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969م المعدل.

- قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937م المعدل.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م المعدل
- قانون معاملة المحتجزين 2005م Detainee Treatment Act الأمريكي.
- د. الأحكام القضائية الدستورية المقارنة
- (Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925).
- (Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983).
- حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم 31/اتحادية/2019م، في 2019/4/3م.
- حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم 46/اتحادية/2011م، في 2011/8/22م.
- حكم المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم 62/اتحادية/2018م، في 2018/5/28م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 1 لسنة 17 قضائية دستورية لسنة 1996م، بجلسة 6 شباط 1996م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 114 لسنة 21 قضائية دستورية لسنة 2001م، بجلسة 2 حزيران 2001م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 17 لسنة 11 قضائية دستورية لسنة 1991م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 22 لسنة 8 قضائية دستورية لسنة 1992م. وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 12 لسنة 13 قضائية دستورية لسنة 1992م. و حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية دستورية لسنة 1997م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 25 لسنة 16 قضائية دستورية لسنة 1995م. و حكم المحكمة العليا الدستورية في القضية رقم 49 لسنة 17 قضائية دستورية لسنة 1996م، وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 59 لسنة 18 قضائية دستورية لسنة 1997م، و حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 28 لسنة 17 قضائية دستورية لسنة 1995م، و حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 13 لسنة 12 قضائية دستورية لسنة 1992م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 37 لسنة 15 قضائية دستورية لسنة 1996م، بجلسة 3 آب 1996م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 48 لسنة 18 قضائية دستورية لسنة 1997م، بجلسة 15 ايلول 1997م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 49 لسنة 17 قضائية دستورية لسنة 1996م، بجلسة 15 حزيران 1996م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 72 لسنة 18 قضائية دستورية لسنة 1997م.
- حكم المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية دستورية في 22 شباط 1997م، الجريدة الرسمية، العدد 10 في 6 اذار 1997م.
- حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية (Murphy v. Ramsey, 114 U.S. 15 (1885).

- حكم المحكمة العليا الامريكية في قضية Lindsey v. Washington, 301 U.S. 397 ((1937).
- حكم المحكمة العليا الامريكية: Begay v. United States, 553 U.S. 137 2008
- حكم المحكمة العليا في القضية رقم 11 لسنة 7 قضائية دستورية لسنة 1978م، بجلسة 1 نيسان 1978م.
- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم القرار: 9/ اتحادية /2012م، وكذلك قرارها رقم 16/ اتحادية /2012م.
- قرار محكمة التمييز العراقية رقم 4 بتاريخ 1954/7/26م.

The constitutional judiciary's protection of rights and freedoms in the face of the criminal text - a comparative study

Munir Hmood Dakheel,

University of Thiqr, College of Law¹

Jwan Thamer Mustafa

University of Dohuk/ College of Law and Politics²

Abstract:

Criminal laws do not seek merely to achieve deterrence, but their aim is to preserve the structure of the group and its cohesion values so as not to break its contract. Although criminal laws are like other laws in their tendency to control the behavior of individuals in their relationship with their society, and in their relations with each other, criminal laws differ from other laws, as they - criminal laws - define the addressees, in a way that cannot be interpreted, without It is permissible to accept or allow it from the manifestations of their behavior from a social point of view, and to control it by logical means, the acceptance of which is possible within the framework of the social necessity that necessitated it. The prohibited behavior is not criminal, other than an expression of this necessity to which the criminal penalty is linked in its type and amount. And it becomes a given that a single penalty should not be related to all crimes, nor that a penalty should be applied retroactively, Punishment must be in its severity inconsistent with the controls of moderation, Do not degrade the humanity of a person. The constitutional judiciary exercises control over criminal texts according the constitutional oversight.

Keywords: Constitution, Judiciary, Punishment, Court, Interpretation, Democracy.