Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 13- Issue 2- December 2023 المجلد ١٣- العدد ٢ – كانون الاول ٢٠٢٣

Rational criminalization

[1] Prof. Dr. Kazem Abdullah Hussein Al-Shammari [٢] Hanaa Abdel Aziz Jabr
[١]University of Baghdad / College of Law

1: Email: Dr.Kadimahussen@colaw.uobaghdad.edu.iq
2: Email: hanaa.abd1103a@colaw.uobaghdad.iq

DOI 10.37651/aujlps.2023.143920.1095

Submitted: 29/9/2023
Accepted: 10/10/2023
Published: 05/12/2023

Keywords:
Criminalization
Maturity
Balance
Interests
Realistic
utilitarian.

Abstract:

Criminalization is the ultimate legal practice depending on the nature of the penalties resulting from this process. Therefore, this tool should only be used where other legal or illegal means are not equally effective, as rationalizing the use of the criminal tool is the essence of rational criminalization. The general framework for rational criminalization is an ethical framework, but this framework requires steps and tools to bring it down to reality. Or a work plan so that the theoretical matches what is practical. Rational criminalization is based on a set of premises that are in themselves a set of means and tools to achieve or accomplish the necessary amount of rational content of the incriminating text, to prevent uncontrolled and random use of means. In light of the expanding trend of the criminalization phenomenon, the legislator uses the criminalization tool to confront many new behavioral patterns, new societal values such as intellectual property, and regulatory criminalization such as Traffic Law No. (8) of 2019, Foreigners' Residence Law No. (76) of 2017, and National Card Law No. (3).) for the year 2016, in addition to economic crimes such as money laundering

©Authors, 2023, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

التجريم الرشيد

[١] د كاظم عبدالله حسين الشمري [٢] هناء عبد العزيز جبر
[١] جامعة بغداد / كلية القانون
[٢] جامعة بغداد / كلية القانون

الملخص:

يُعد التجريم الممارسة القانونية القصوى بحسب طبيعة الجزاءات المترتبة على هذه العملية؛ لذا ينبغي الا تستخدم هذه الاداة الا حيث لا يكون غيرها من الوسائل القانونية أو غير القانونية فعالة بالقدر ذاته، إذ أن ترشيد استخدام الاداة الجنائية هو جوهر التجريم الرشيد، فالإطار العام للتجريم الرشيد هو إطار اخلاقي لكن هذا الإطار يحتاج الى خطوات وادوات لاستنزاله الى ارض الواقع أو مخطط عمل حتى يكون النظري مطابقا لما هو عملي. إذ يستند التجريم الرشيد الى مجموعة من المقدمات هي في ذاتها مجموعة من الوسائل والادوات لتحقيق أو انجاز القدر اللازم من المضمون الرشيد للنص التجريمي، للحيلولة دون الاستخدام غير المنضبط العشوائي الوسائلي. ففي ظل الاتجاه التوسعي لظاهرة التجريم باستخدام المشرع اداة التجريم لمواجهة الكثير من الانماط السلوكية المستحدثة، وقيم مجتمعية جديدة كالملكية الفكرية، والتجريم التنظيمي كقانون المرور رقم (٨) لسنة ٢٠١٩، وقانون أقامة الاجانب رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧، وقانون البطاقة الوطنية رقم (٣) لسنة ٢٠١٦،فضلاً عن الجرائم الاقتصادية كغسل الاموال

الكلمات المفتاحية:

التجريم ، الرشيد، موازنة، مصالح، واقعي ، نفعي.

المقدمة

إنّ لمصطلح الترشيد معنيان، هما "المعنى التقليدي" والذي يراد به التقليل أو الحد من التجريم في المجال الجزائي. اما المعنى الاخر فهو "المعنى العلمي" هو من الرشد، أي الاستخدام الرشيد للأمور بمعنى الاستخدام العقلاني، وبذا فأنّ المراد به في مجال بحثنا هذا هو التجريم العقلاني، اي التوظيف العقلاني للنصوص الجزائية سيما نصوص التجريم من خلال اضفاء صفة الحظر والتجريم على السلوكيات التي يرتقي خطرها الى مستوى المواجهة بآليات القسر والقهر القانونية. فضلاً عن الغاء صفة التجريم على بعض السلوكيات المجرمة

لاعتبارات متعددة سواء كانت اعتبارات اجتماعية أو سياسية أو لانتفاء فاعلية التجريم[١]. لذا يتحقق التجريم العقلاني سواء باتساع نطاق التجريم أو الحد منه.[٢]

حيث أنّ فلسفة التجريم العقلاني تتفق مع طبيعة القانون الجنائي ووظيفته، كما ان توفير الحماية اللازمة فقط لأشد واخطر الاعتداءات التي من شانها المساس بركائز الوجود الاجتماعي أو بدعامة مكملة ومعززة لهذه الركيزة وترك تضمين حماية غير جنائية لدعامة الحسن والكمال ولفروع اخرى من القانون التي كانت الاعتداءات عليها أكثر انتشارا[٣].

لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين: سنخصص الاول للعناصر الموضوعية للتجريم الرشيد، اما المطلب الثاني فسنفردهُ لواقعية التجريم.

I. المطلب الاول

العناصر الموضوعية للتجريم الرشيد

ان نجاح سياسة التجريم الرشيد يستند الى دعامتين اساسيتين، الاولى تتعلق بالمصالح التي تستحق ان تحمى بالتجريم، اما الثانية تتمثل بصياغة نصوص التجريم الواضحة المقننة التي لا تترك مهربا ولا غموضا في ذلك. لذا فأن اهم الخطوات العملية لوصف معالم الطريق الى التجريم الرشيد يمكن بحثها ضمن فرعين، سنخصص الاول للكشف عن المصالح المستحقة للحماية الجزائية والموازنة بينها، اما الفرع الثاني فيتضمن مقتضيات صياغة نصوص التجريم.

I.أ. الفرع الاول

الكشف عن المصالح المستحقة للحماية الجزائية والموازنة بيها

ففي ظل الاتجاه التوسعي لظاهرة التجريم باستخدام المشرع اداة التجريم لمواجهة الكثير من الانماط السلوكية المستحدثة، وقيم مجتمعية جديدة كالملكية الفكرية، والتجريم التنظيمي كقانون المرور رقم (٨) لسنة ٢٠١٩، وقانون أقامة الاجانب رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧، وقانون البطاقة الوطنية رقم (٣) لسنة ٢٠١٦،فضلاً عن الجرائم الاقتصادية كغسل

---

(1) Experiences italiennesrecentesenmatiere de science et ،A.Bernardi للتفصيل ينظر: technique de la legislation penale، Aechives de politiquecriminelle، 1987، p.172.

(٢)د. كاظم عبدالله الشمري، "ذاتية القانون الجنائي"، *مجلة جامعة بابل*، المجلد (١١) ، العدد (٦) ، حزيران (٢٠٠٦): ص١٩ وما بعدها. يوسف مصطفى رسول، "التوازن في الاجراءات الجزائية"، (اطروحة دكتوراة، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة صلاح الدين، ٢٠١٤)، ص٤٤. د. كاظم عبدالله الشمري، "الاصول الفلسفية والقانونية لأنموذج التجريم والعقاب"، *مجلة جامعة تكريت*، (٢٠٢٣): ص١٤.

(٣) ينظر: د. رمسيس بهنام، *النظرية العامة للقانون الجنائي*، ط٣، (الإسكندرية: منشاة المعارف، ١٩٩٦)، ص١٨. عدنان حميد موسى، "الحد من التجريم والعقاب في القانون العراقي_ دراسة مقارنة"، (رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠١٩)، ص٨٠.

الاموال[١]. لابد من اللجوء الى معايير عقلانية في التجريم والموازنة الدقيقة عند تقرير التدخل بالآلة الجزائية بين فعالية ذلك التدخل وما يترتب عليه من كلفة اجتماعية. وذلك من خلال:-

اولا_ الكشف عن المصالح الجوهرية:

إنّ ابسط واقدم طريقة لجأ اليها المجتمع لمنع وقوع فعل يعتقد انه يضُره هو عقاب من يقدم على ارتكابه، ولكن المشرع الذي يعاقب على كل خطا يُصعب امور الناس وامور نفسه، فأنّ التخبط في التجريم يفقد الثقة والهيبة في التشريع والمشرع ومن ثم تضعف سيطرة القانون على الافئدة في الوقت الذي ضعفت فيه قوى الضبط الاجتماعي الاخرى من دين واخلاق واشتدت الحاجة الى سلطان القانون، فاذا كان هناك وسائل اخرى غير العقاب لبلوغ الهدف كان ذلك افضل. إذ انّ الواجب الاول على المشرع هو الكشف عن الطائفة من الالتزامات التي تستحق لخطورتها ان توضع في حماه، واما ما عدا ذلك فيترك للجزاءات المدنية كالبطلان والسقوط والالتزام بالتعويض أو الادارية كسحب الالتزام أو التأديبية كالعزل والايقاف المهني[٢]. وهذا يستتبع ان يلتزم المشرع بألا يجرم من الافعال الا ما يحس كل فرد في اعماقه بانه فعل غير مشروع، وهذا بطبيعة الحال فيما عدا ما يجرمه المشرع لضمان تنفيذ ما يصدر من لوائح تنظيمية وادارية وهو ما تعد معه الجريمة مجرد عدم انصياع للقواعد التي تمثل إرادة الدولة دون شيء اخر[٣].

وبناءً على ذلك يقصد بالكشف هو التمييز بين الافعال التي تستوجب المعالجة الجنائية وتلك التي يمكن ان تترك الى فروع القانون الاخرى أو ادوات الضبط الاجتماعي المختلفة[٤]. فالاعتماد على قواعد التجريم فقط كوسيلة لمواجهة السلوك الاجرامي غير كافي؛ لان وقوع الجريمة ظاهرة اجتماعية والمجتمع بجميع مؤسساته يقع عليه امر مكافحتها ومن ضمنها الجهاز المختص بالتجريم والعقاب[٥]. إذ لا يجوز اللجوء الى التدخل الجزائي الا إذا كان هذا التدخل هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الضبط الاجتماعي[٦].

إذاً لابدّ من التدرج في استخدام وسائل المعالجة للظاهرة الاجرامية وفقا لمبدا "

---

(١) ينظر: د. عبد الرؤوف مهدي، *المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن*، (القاهرة: مطبعة المدني، ١٩٧٦)، ص١٢؛ . د. كاظم عبد الله الشمري، تفسير النصوص الجزائية- دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص٢٠ وما بعدها.

(٢) ينظر: د. أحمد محمد خليفة، *النظرية العامة للتجريم – دراسة في فلسفة القانون الجنائي*، (مصر: دار المعارف، ١٩٥٩)، ص ١١٧.

(٣) ينظر: جان داربليه، النظرية العامة في عدم المشروعية، (بدون مكان)،(بدون سنة)، ص١٠٣

(٤) احمد محمد البراك، *العقوبة الرضائية في الشريعة الاسلامية وانظمة المعاصرة*، (القاهرة: دار النهضة العربية، بدون سنة)، ص٣١؛ د. أحمد محمد خليفة، مرجع سابق، ص١٤٣.

(٥) ينظر: د. احمد عوض بلال، *علم الاجرام*، ط١، (القاهرة: دار الثقافة العربية، ١٩٩٥)، ص١٢١.

(٦) يعرف الضبط الاجتماعي بانه " التسلط الاجتماعي المتعمد على الفرد والذي يهدف الى تحقيق وظيفة ما في المجتمع، وذلك من خلال وسائل متعددة منها الرأي العام، والقانون، والمعتقدات، والتعليم، والدين والطقوس". ينظر: د. سمير نعيم احمد، *علم الاجتماع القانوني*، (القاهرة: دار ام القرى، ١٩٨٩)، ص٣٧.

الاقتصاد الاجتماعي" الذي يوجب الاخذ بأسلوب التدخل الاقل ضررا على الحقوق والحريات من جهة، وعلى نحو تراعى فيه اعتبارات التناسب والفعالية من جهة اخرى[١]، لاسيما وان التدخل الجنائي ليس علاجا وحيدا لكل خطر يهدد المصالح بل من الممكن اتباع بدائل تحقيقا للضبط الاجتماعي طالما ان تلك البدائل كفيلة لتحقيق الحماية القانونية الضرورية[٢].

فالضرورة في مجال التجريم تقتضي ان لا يقوم المشرع بتجريم سلوك ما الا إذا كان ذلك يمثل اعتداء على مصالح جديرة بالحماية الجزائية تتوازن من حيث اهميتها مع خطورة سلب الحرية أو الانتقاص منها بواسطة الجزاء المترتب على التجريم بطريق اللزوم [٣]. ويتحقق من خلال موازنة المشرع بين الاهمية الاجتماعية للمصلحة المراد حمايتها من خلال التجريم والاثر المترتب على ذلك التجريم[٤]. إذ يضمن ذلك لنصوص التجريم قدرا مهما من المشروعية الموضوعية، ويبتعد بها عن العشوائية التي تزيد الامور تعقيداً، فالتجريم العشوائي يفتقد الى العقل والمنطق إذ انه يغفل عنصرا مهما يتطلبه تجريم سلوك معين وهو عنصر المصلحة[٥].

فتعين المصالح الجوهرية الجديرة بالحماية يتم من خلال قيام المشرع ولغرض تحقيق الامن الاجتماعي يقوم بجمع مجموعة من المصالح الاساسية وترتيبها على سلم القيم الاجتماعية والاخلاقية، وحمايتها بوساطة قواعد ذات طابع عقابي من خلال وصف الفعل الذي يُعد غير مشروع والذي يفترض له انه يهدر مصلحة قانونية أو على الاقل يهددها بالخطر، ولهذا لابدّ ان تستهدف قاعدة التجريم تحقيق اغراض ذات طابع شمولي واجتماعي تتمثل في الحفاظ على المصلحة الاجتماعية العليا والامن العام[٦]، ويكون ذلك من خلال تحديد تحديد المجال المشروع الذي يمارس فيه الافراد حريتهم الفردية بتحديد المصالح المشروعة وحمايتها جزائيا بتجريم المساس غير المشروع بها، وذلك بما يسهم في تحقيق الامن والثبات الذي يسهم في بلورة مفهوم تنظيم اجتماعي معين.

---

(١) ينظر: د. عبد الحفيظ بلقاضي، "تقييد التدخل الجنائي بالحد الادنى وحدود اعتباره مبدأ موجها للسياسة الجنائية المعاصرة"، *مجلة الحقوق*، العدد الثالث، (٢٠٠٦): ص٢٠١.

(٢) ينظر: السيد ياسين، *السياسة الجنائية المعاصرة- دراسة تحليلية لنظرية الدفاع الاجتماعي*، ط١، (القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٣)، ص١٤٣.

(٣) ينظر: د. كاظم عبد الله الشمري، *تفسير النصوص الجزائية*، مرجع سابق، ص٢٠٣؛ د. احمد خيري الكباش، *الحماية الجنائية لحقوق الانسان*، ط٢، (الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٢)، ص٣٩٣.

(٤) ينظر: د. دلشاد عبد الرحمان البريفكاني، *مبدأ التناسب في القانون الجنائي*، ط٣، (الاسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٦٦)، ص٢٢٤.

(٥) ينظر: مسفر غرم الله الدنيمي، *الجناية بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي*، (دار طيبه للنشر والتوزيع: والتوزيع: دون مكان، بدون سنة)، ص١٣٣.

(٦) ينظر: د. رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، مرجع مرجع سابق، ١٩٩٦، ص٢٨٣.

وبناءً على ذلك فأن ليس كل مصلحة اجتماعية ينبغي ان تحظى بحماية جزائية، بل أنّ الهدف من استخدام سلاح التجريم هو حماية كيان الدولة ومؤسساتها من جهة وحماية الكيان الاجتماعي من جهة ثانية، وحماية الحقوق الاساسية للأفراد من جهة ثالثة، وتعد هذه بمثابة المحاور الاساسية التي ينبغي ان يأخذها المشرع بعين الاعتبار عند وضعه لقاعدة التجريم. ومن امثلة هذه السلوكيات التي لا ينبغي ان تحظى بحماية جزائية هو تجريم عقد الزواج الذي يقع خارج المحكمة، إذ أنّ المشرع جرم ابرام عقد زواج خارجي ولم يجرم الامتناع عن تصدق الزواج امام المحكمة المختصة متغاضياً عما ينتج عن هذا الامتناع من عدم استقرار العلاقات الاسرية وزعزعتها، فضلاً عن انّ نطاق التجريم يشمل سلوك الزوج دون الزوجة. فكان الاجدر بالمشرع الاقتصار على تجريم الامتناع عن تصديق الزواج الخارجي سواء اكان الممتنع الزوج أو الزوجة[١]. لا سيما وان الخطأ الجنائي يخضع لمعايير اجتماعية واخلاقية، بينما الخطأ الاداري لمعايير يستلزمها ضرورة ادارة الحياة العامة بما يسهم في تنبيه الافراد الى وجوب احترام القوانين المنظمة للنشاطات الفردية في مجال يخضع لقواعد اختصاص يحرص التنظيم على ايضاح تفاصيلها. مما يقتضي اخراج بعض السلوكيات وبعض صور الخطأ من دائرة التجريم والمتابعة الجزائية[٢].

فضلاً عن ان تجريم السلوك المتضمن خطرا على المصالح الاساسية في المجتمع بالرغم من انه لا يؤدي الى نتائج مادية كتجريم الاتفاق الجنائي[٣] ، والذي يُعدّ تجريماً قائماً على اساس غير عقلاني. حيث ان قواعد العدالة ترفض بنيان نصوص التجريم على افتراض قانوني لتجريم الخطر الجنائي، إذ لا يجوز التجريم على الافتراضات؛ لان ذلك يبعد التجريم عن الواقعية والعقلانية ويسير بها نحو الشطط والتحكم ثم التضييق على الحريات الفردية مما يؤدي الى الاخلال بمبدأ التناسب. فضلاً عن أنّ ما يركن اليه القانون الجنائي في زواجره ونواهيه هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكابه ايجابيا كان هذا الفعل ام سلبيا، إذ انّ العلائق التي ينظمها هذا القانون محورها الافعال ذاتها في علاماتها الخارجية ومظاهرها الواقعية وخصائصها المادية إذ تعد مناط التجريم وعلته، وهي ما يمكن اثباتها ونفيها وهي التي يتميز عل ضوئها الجرائم وما تأخذه المحكمة بنظر الاعتبار لتقييمها وتقدير العقوبة الملائمة لها. ولا يتصور ان توجد جريمة بغياب الركن المادي، ولا اقامة الدليل على توافر العلاقة السببية بين السلوك الاجرامي ونتائجه بعيداً عن حقيقة هذا السلوك المادي ومحتواه، اي أنّ مظاهر التعبير عن الارادة وليس مجرد النوايا والافكار تعد واقعة في منطقة التجريم. اما المجالات

(١) المادة (٥/١٠)، من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨)، لسنة ١٩٥٩ .
(٢) للتفصيل في ذلك ينظر: د. محمد حميد عبد، "الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب"، (أطروحة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠١٤)، ص ٨٠ وما بعدها.
(٣) تنص المادة (١٧٥)، من قانون العقوبات العراقي على (١. يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت من اشترك في اتفاق جنائي الغرض منه ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المواد (من ١٥٦ الى ١٧٥)، او اتخذها وسيلة للوصول الى الغرض المقصود منه).

ذات الطابع الاقتصادي والتنظيمي والتجاري لابدّ من اخضاعها لنظام يختلف عن المجال الذي تحكمه النصوص التجريمية؛ لأنها ذات طابع تقني ومتخصص يمكن تنظيمها عن طريق قوانين خاصة ومؤسسات وهيئات متخصصة باتباع اساليب تقنية متطورة واصول معينة لا تنطوي على جزاء جنائي، نظراً لخطورة العقاب على حرية الافراد وحقوقهم الخاصة.

وبناءً على ذلك وللحيلولة دون تشويه المفهوم الحقيقي للإثم الجنائي وتوجيه القضاء الجنائي الى معالجة مشكلة الجريمة بفعالية يجب تحفيف العبء عن القضاء بإخراج مسائل عن دائرة التجريم نظرا لتعلقها بتنظيم الشؤون العامة أو لأنها تتضمن عناصر يطغي عليها طابع الافتراض التشريعي كالجرائم المادية التي تخلو من عنصر الاثم الجنائي.

ثانيا: الموازنة بين المصالح والحقوق المستحقة للتجريم:

إنّ النصوص التجريمية تهدف الى مكافحة الجريمة واخضاع القوة للقانون، وذلك يمثل حصنا لحماية الفرد ضد الجريمة من ناحية وضد الدولة من ناحية اخرى ما دام مبنيا على احداث "توازن" بين مصلحتين مصلحة حماية الاخرين والنظام العام والقيم ومصلحة حماية الحرية الفردية[١]. ولكن ما المقصود بالتوازن؟ وما الكيفية التي يمكن من خلالها احداث هذا التوازن؟

يُعدّ "التوازن" عملية فكرية تصاغ من قبل المشرع في ثنايا النصوص الجزائية، من خلال مقابلة ومقارنة وتقييم وتقدير المصالح المعتبرة وتنظيم العلاقة بينها، والتي تستحضر الى ذهن المشرع وفقا لأهمية وجدارة تلك المصلحة بالحماية وبالتوسل بمجموعة من الضوابط والضمانات عند صياغة نص التجريم، وفي ذهن القاضي عند تطبيق ذلك النص حيث يتمخض عنها التوازن أو التوافق أو الترجيح بين تلك المصالح، مع الاخذ بنظر الاعتبار الموقف الذي يقتضي الموازنة[٢]. لاسيما وان التشريع الجنائي يُعدّ من اهم المجالات التي يبدو فيها بعض الاختلاف بين مختلف الحقوق وبين المصالح العامة. فهذا التشريع يتحمل مسؤولية تحقيق التوازن بوقف هذا الصراع، ويكفل حماية الحقوق والمصلحة العامة بقدر متناسب[٣].

بناءً على ذلك- فأن التوازن لا يعني المساواة المطلقة أو الحسابية بين الحقوق والمصالح المختلفة وانما المساواة تتم من خلال الدور الذي يؤديه الحق أو المصلحة في تحقيق التضامن الاجتماعي أو الاهداف التي يسعى المجتمع الى تحقيقها، فاذا كان الدور الذي يؤديه

(١) ينظر: محمود طه جلال، "اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة"، (اطروحة دكتوراة، جامعة حلب/ كلية القانون، ٢٠٠٤)، ص١٩٦. د. كاظم عبدالله الشمري، "الباعث ودوره في تجريم الارهاب"، *مجلة العلوم القانونية، كلية القانون/ جامعة بغداد*، (٢٠١٧): ص١٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: عبدال محمد قادر، "الموازنة بين المصالح في القانون الجنائي"، (رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة دهوك، ٢٠١٧)، ص١٠.

(٣) ينظر: د. علي احمد راشد، "المفهوم الاجتماعي للقانون الجنائي المعاصر"، *مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*، العدد (١)، س (١٠)، (١٩٨٦): ص١٤؛ .

حقان أو مصلحتان متعارضتان واحدا أو متساويا في تحقيق التضامن الاجتماعي فهما متساويان من حيث الجدارة بالحماية. فالدور الذي يؤديه الحق في النقد أو حرية التعبير مثلا أو الفائدة التي يحققها هذا الحق للمجتمع يتساوى من حيث القيمة مع الحق في الحياة الخاصة أو الحق في الشرف والاعتبار مما يستتبع ضرورة التوازن بالتساوي بين هاتين المصلحتين بحيث يكون الحق في النقد والتعبير في حدود عدم الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة أو الشرف أو الاعتبار وهذا ما يمكن تسميته "التوازن بالتساوي". اما إذا كانت القيمة أو المصلحة المتنازعة متفاوتة من حيث الدور أو الفائدة التي تحققها للمجتمع؛ فأن التوازن يكون من خلال المفاضلة بين هذه الحقوق والمصالح وترجيح تلك التي يكون دورها أو فائدتها أكبر للمجتمع وهذا ما يمكن تسميته "التوازن بالترجيح" مثال حق الدفاع الشرعي.فأن لجوء المعتدي الى العدوان من شانه الهبوط بالقيمة الاجتماعية لحقه في الحياة[١].

وحيث أنّ المشرع مدعو الى الترجيح بين المصالح والحقوق [٢]. والتركيز على المصالح الاجدر بالحماية الجزائية، ووضع معايير سلم ترتيب الاولويات في عملية التجريم، وتجنب الانتقاص غير المبرر للحقوق والحريات وعدم التعسف باستعمال السلطة التقديرية في التشريع الجزائي. وذلك من خلال:

١. اتباع معايير معقولة في تحديد المصلحة مناط التجريم: ويقصد به الوقوف على اهمية المصلحة في سلم المصالح المعتبرة للمجتمع ودورها في تحقيق التضامن الاجتماعي ومدى الضرورة الاجتماعية لتجريمها. قتل الطفل حديث الولادة أو الدفاع الشرعي.

٢. اتباع المنطق السليم عند ترجيح المصلحة: واستناداً الى ذلك رجح المشرع المصلحة الخاصة على المصلحة العامة حينما قرر اعفاء اصول وفروع وزوج واخواته واخوات الشخص الهارب من العقوبة المقررة بمقتضى المادة (٢٧٣) عقوبات[٣]،وذلك انسجاماً مع متطلبات استقرار النظام الاجتماعي وتطبيقا للمنطق السليم في الموازنة بين المصالح.فضلاً عن التطبيق المنطقي للترجيح بين المصالح وانسجاما مع متطلبات العدالة وتحقيقا للأمن الاجتماعي والقانوني الذي يُعدّ شرطا اساسيا في صياغة تجريم عقلاني لم

(١) ينظر: د. محمود نجيب حسني، *شرح قانون العقوبات اللبناني*- القسم العام، مرجع سابق، ص١٨١.

(٢) د. احمد فتحي سرور، *الحماية الدستورية للحقوق والحريات*، ط١، (مصر: دار الشروق، ١٩٩٩)، ص٣٦٢.

(٣) نصت المادة (٢٧٣)، قانون العقوبات العراقي المعدل على أن: "١. كل من اخفى او اوى بنفسه او بواسطة غيره شخصا فر بعد القبض عليه او صدر بحقه امر بإلقاء القبض او كان متهما في جناية او جنحة او محكوما عليه وكان عالما بذلك يعاقب: أ- بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات.... ب- بالحبس والغرامة.....٢. لا يجوز في اية حالة ان تزيد العقوبة على الحد الاقصى للعقوبة للجريمة ذاتها. ٣. لا يسري حكم هذه المادة على اصول او فروع الشخص الهارب ولا زوجه او اخوته او اخواته).

يتبنى المشرع الاستثناء الوارد اعلاه إذا كان اخفاء متهم بعمل ارهابي [١].

وبناءً على ذلك فأن تجريم اي فعل من قبل المشرع يجب ان يتم وفق معيار حماية الحقوق باعتبارها تحتاج كلها الى حماية مع التفاوت في هذه الحماية بحسب التفاوت في درجة الحاجة، فضلاً عن أنّ هناك حقوق يمكن حمايتها اداريا واخرى مدنيا في حين توجد حقوق اخرى ونظرا لأهميتها بالنسبة للفرد والمجتمع لا يمكن حمايتها الا جزائياً يعبر عنها بالمصالح الجديرة بالحماية الجزائية، ولتحيد هذه المصالح في اي مجتمع يعتمد المشرع على القيم الاجتماعية التي يضفيها المشرع على الاشياء، لذا ان ما يُعدّ مصلحة جديرة بالحماية في مجتمع ما قد لا يُعدّ كذلك في مجتمع اخر وذلك تبعا لسلم القيم الاجتماعية في المجتمع وتبعا لتقاليد هذا المجتمع وعقيدته واعرافه، اذ باختلاف الترتيب القيمي للمصلحة تحدد طبيعة ودرجة الحماية الواجبة لتلك المصلحة. كما أنّ مبدأ التوازن بين المصالح القانونية مبدأ حاكما بالنسبة لكافة القواعد القانونية الا انه يكتسب اهمية خاصة في مجال القواعد التجريمية كونها المجال الذي يحتد فيها الصراع بين المصالح العامة والمصالح الخاصة[٢]، والذي يشكل شق التكليف من النص العقابي، وحيث أنّ هذا الشق هو الذي يتولى تحديد التزامات المكلفين وحقوقهم في ضوء ما تثمر عنه عملية التقييم تلك.

I.ب. الفرع الثاني

مقتضيات صياغة نصوص التجريم

يُعدّ استخدام اللغة صورة من الانشطة البشرية المحكومة بقواعد المدمجة في معاملات بشرية وسلوكيات اجتماعية ترتهن بالسياق وتنسب الى مقاصد بعينها[٣]. والقانون ما هو الا سلسلة من الكلمات التي ظهرت الى الوجود بطريقة خاصة،[٤] وهذه الكلمات لها قوة ايجابية في اثارة الافكار حول القاعدة القانونية والآلية القانونية لدى المخاطبين[٥].

وبناءً على ذلك- فأنّ اللغة القانونية ضرب مقنن ومنمط من ضروب اللغة يستعمل لأغراض خاصة وفي سياق حقيقي، فأنه يُوظف لإيصال معلومات ذات طابع متخصص

(١) نصت المادة" ٢/٤" قانون مكافحة الارهاب العراقي رقم"١٣" لسنة ٢٠٠٥ على ان: " ٢. يعاقب بالسجن المؤبد من اخفى عن عمد اي عمل ارهابي او اوى شخص ارهابي بهدف التستر".

(٢) ينظر: د. احمد فتحي سرور، القانونم الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، مصر، ٢٠٠٢، ص٤٥ .

(٣) ينظر: دليل اكسفورد الفلسفي، ج٢، ترجمة: نجيب الحصادي، المكتب الوطني للبحث والتطوير، ليبيا، (بدون سنة)، ص٨٣٣.

(٤) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، "المعايير العامة للصياغة التشريعية- دراسة مقارنة"، *مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية*، السنة (٩)، العدد (٤)، (٢٠١٧): ص٢٢.

(٥) د. اسماء عبد المحسن ضاحي، "فلسفة القانون في ضوء الفلسفة الاسكندنافية – الواقعية القانونية الاسكندنافية"، *المجلة العلمية لكلية الاداب- جامعة اسيوط* ، مصر، العدد (٨٠)، (٢٠٢١): ص٩٨٠.

بهدف نشر المعرفة بين المهتمين وتلقينهم اصوله وذلك بأكثر السبل ايجازا ودقة ووضوحا[١]. وقد أطلق على تسميتها حديثا باللسانيات القانونية التي تجمع بين الدراسة اللسانية للغة القانون وقانون اللغة.[٢] فهي ليست لغة مستقلة عن اللغة العامة المشتركة وانما هي لغة تقدم معارف في المجال القانوني.

فللقانون لغة متخصصة، تتوفر على مفردات ونحو ودلالة واسلوب يميزها عن غيرها من لغات التخصص الاخرى[٣]. فالنصوص القانونية التي يتكون من مجموعها القانون تتضمن قواعد قانونية وان هذه القواعد تحتوي على مضمون وهو ما يعرف بجوهر القاعدة وهو الغاية من القاعدة القانونية وان هذا المضمون يظهر في شكل معين وان هذا الشكل هو الوسيلة لضبط وتحديد المضمون ولإدراك غايته ويتحقق هذا الشكل عن طريق الصياغة القانونية. ومع ذلك فأن اللغة القانونية لا ينظر اليها على انها اداة وصفية تماما، فهدفها ليس وصف عالم ما يكون أو عالم ما ينبغي كما انها لا تصف واقعا اقتصاديا أو علاقة الثقة بين الحكام والمحكومين، اذ أنّ اللغة القانونية لها في المقام الاول وظيفة توجيهية وهي اداة للرقابة الاجتماعية موجهة نحو تشكيل أو خلق موقف معين لا سيما من خلال التأكيد الذي تمارسه على السلوك البشري[٤]. فالوصف ليس المهمة الشاملة للجمل، فأن تكوين الالفاظ لتلك الجمل لتسمية الاشياء المادية والمجردة أو الاشارة اليها أو تسمية الافكار والصور في عقول مستعمليه أو الاشارة اليها ليست وظيفة شاملة للألفاظ، أذ يكمن معنى الكلمة أو الجملة في قواعد استخدامها الفعلي في الحياة الواقعية[٥]. كما انها ليست مجرد الة للتواصل بين افراد التخصص بل تقوم بوظيفة الكشف عن وجود هذه الحقوق والواجبات وحمايتها، وحيث أنّ اهم ملامح لغة التشريع عموما والتجريم بصورة خاصة، انها:

اولاً: لغة اصطلاحية_ وهذه الصفة ترجع الى كونها لغة خاصة، فهي تعبر عن حقائق قانونية أو حقائق طبيعية واجتماعية، كما انها تعبر ايضا عن الافعال المحظورة والجزاء المترتب

(١) ينظر: هيربرت بيشت، *مقدمة في المصطلحية*، ترجمة: د. محمد محمد حلمي خليل، (الكويت: مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٠)، ص١٥.

(٢) عرفها جيرار كورني بانها " لغة الاختصاص داخل اللغة المشتركة"، وصنفها الى اللغة التشريعية واللغة القضائية. للتفصيل ينظر:

Gerard Cornu، Linguistique Juridique، Paris، 2005، P.11.

(3) Gémar،Jean-Claude، Traduire ou l'art d'interpréter، Langues، Droit et Société : éléments de jurilinguistique ; Tome2، Presses de l'université du Québec، Canada 1995 p :90

(4) Mauro Zamboni: Alf Ross's، legal philosophy quoted from A treatis of legal philosophy، p.403.

أشار اليه: د. اسماء عبد المحسن ضاحي، فلسفة القانون في ضوء الفلسفة الاسكندنافية، مرجع سابق، ص٩٩٤.

(٥) ينظر: دليل اكسفورد للفلسفة، تحرير: تد هوندرتش، مرجع سابق،ص٨٣٤.

على ارتكابها كما انها تتسع كذلك لتعبر عن ادق العمليات الذهنية التي تؤدي الى نتيجة معينة[١].

ثانياً: تعد لغة اجتماعية تداولية لها طبيعة انجازية عندما نتكلمها نريد بذلك القيام بأفعال معينة ومن ثم الحصول على نتائج قانونية، كما انها تتميز بالوجود المادي المتمثل بالأصوات والوجود اللامادي وهو المعنى المعبر عنه فعل النطق [٢]. وهي لغة ملزمة للمخاطبين بها، امرة لهم مقترنة بجزاء لمن يخالفها أو يتجاهلها أو لم ينفذها، فهي لغة حكم وتشريع[٣].

ثالثا: لغة التشريع تتصف بالعمومية والتجريد : تتصف لغة التشريع بصفات ترجع الى خصائص القاعدة القانونية ذاتها، فهي لغة تتسم بالعمومية والتجريد تعني انّ المشرع يستخدم لغة لا تميز بين شخص وآخر، ولهذا الغرض يستخدم المشرع في صياغة نصوص التشريع صيغة الغائب،واما صفة العمومية فتوجب على المشرع ان ينتقي العبارات المرنة التي تتسع لكافة صور النشاط التي ينظمها سواء اكانت الموجودة وقت صدور التشريع أو الصور التي يحتمل ان تطرأ مستقبلاً .

رابعا: تتسم لغة التشريع بالحسم_ تتميز لغة التشريع انها لغة قاعدية تتسم بالحسم، فهي تصاغ بطريقة امرة وبلهجة حازمة، وعلة ذلك انها تعبر عن سيادة الدولة وسلطانها، ومن جانب اخر تخاطب اشخاصا يجب الا يساورهم الشك في تطبيقها، ولتحقيق هذه الصفة فأنّ الشارع يستعمل افعالاً تدل صراحة أو ضمنا على الامر والنهي، والحل والحظر، والاجازة والمنع، وتنطوي على تهديد بتوقيع الجزاء عند مخالفتها[٤].

وتبرز الاهمية في صياغة النص التجريمي انّ كل خطأ في الصياغة يؤدي الى خطا تشريعي وبدوره يؤدي الى اخطاء على مختلف الاصعدة، أذ تؤدي صياغة النصوص التجريمية دوراً مهماً في تكريس ضمانات الحقوق والحريات، ولأهمية هذا الدور يشترط ان تشتمل هذه النصوص على مجموعة من العناصر والمواصفات يتقيد بها المشرع اثناء صياغتها بحيث تكون الافعال المجرمة محددة بصورة يقينية لا التباس ولا غموض فيها، وان تتضمن النصوص تحديدا جازما لا يتناقض مع مرونة تطبيقها.

المطلب الثاني

(١) للتفصل ينظر: د. أشرف توفيق شمس الدين، *اصول اللغة القضائية*، (مصر: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٨)، ص٣-٤.

(٢) ينظر: جان جاك لوسركل، *عنف اللغة*، ترجمة: محمد بدوي، ط١، (بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠٥)، ص٣٩٣؛ د. سعيد احمد بيومي، *لغة القانون في ضوء لغة النص_ دراسة في التماسك النصي*، (مصر: دار الكتب القانونية، ٢٠١٠)، ص٢٧.

(٣) ينظر: عبد الحق بلعابد، "ترجمة النص القانوني بين كفاءة المترجم واكراهات المصطلح"، *مجلة المترجم، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر*، العدد (١٣)، (بدون سنة) ص٩٣.

(1) Cornu Gerard: Linguistique juridique، Paris، 2005، p.264-265.

II. المطلب الثاني

واقعية التجريم

عقلنة رد الفعل الاجتماعي أو فلسفة التجريم تخضع لمنطق ضرورة التوفيق مع الواقع، مما من شانه اضفاء مشروعية موضوعية على عمل المشرع والقاضي، فضلاً عن ضرورة تحديد اولويات اخذا بنظر الاعتبار القيم السائدة في المجتمع وهذا من شانه ترجيح الحل الاقرب الى واقع المجتمع الذي كلما زاد تطوره يستدعي الامر صياغة حلول جديدة من شانها تقريب العدالة الاجتماعية مع الواقع العملي، واعادة ترتيب الفرضيات والنتائج المترتبة عنها كلما اتضح بُعد الحلول المعتمدة عن الواقع مع مراعاة منهج تاريخي يقتضي قدرا معينا من التدرج والترتيب المنطقي بما يكشف عن تطور ونضج في مجال فلسفة التجريم. كما أنّ ارتباط فلسفة التجريم بالواقع الاجتماعي ونصوص التجريم من شأنه دعم القيم السائدة في المجتمع.

لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين: سنبحث في الاول الاساس الفلسفي للتجريم الواقعي، اما الفرع الثاني فسنخصصه لواقعية التجريم ونفعيته.

II.أ. الفرع الاول

الاساس الفلسفي للتجريم الواقعي

بعد ان يقرر المشرع القاعدة القانونية كثيرا ما يظهر عجزها عن تحقيق العدالة، فيعود المشرع اليها بالإصلاح والتبديل لكي يحقق ذلك المأرب، مستعينا بذلك بوسائل الفن التشريعي والمتمثلة بالقواعد القانونية والمبادئ القانونية فضلاً عن الاوضاع القانونية · والتي يجب ان تحوي صفات خاصة حتى يمكن ان تساعد في الوصول الى النتائج التي ينشدها المشرع[١].

الا انه وبالرغم من مرونة تلك الوسائل في التطور قد اضطر المشرع من وقت لأخر ان يعيد النظر فيما قرره وان يتناول بالتعديل تلك الوسائل القانونية ولو بقوانين وقتية حتى يستطيع ان يصل الى التوفيق بين القانون والواقع. فبعد ان اقتصر تجريم المشرع للمخدرات بموجب قانون المخدرات رقم (٦٨) لسنة ١٩٦٥ الملغى اضطر الى تجريم المخدرات والمؤثرات العقلية بموجب قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (٥٠). لسنة ٢٠١٧ العراقي. إذ اثبتت التغيرات الاجتماعية والاقتصادية ضرورة تكملتها بغيرها لثبوت عجزها عن اداء المطلوب منها وذلك لعدم مرونتها وصلابتها في مجاراة الجديد من هذه الاحوال المركبة التي تمتاز ببعدها عن البساطة المألوفة فيما مضى، وقد نشأت ظروف جديدة فمنطقي ان يسير الفكر الانساني في طريق اكتشاف وسيلة جديدة كفيلة بان تتناسب معها.

(١) حامد زكي، "التوفيق بين القانون والواقع"، *مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة*، العدد(٢)، (٢٠٠٩): ص٢٦٠.

وحيث تنوعت الأُسس والاساليب التي يعتمدها المشرع تحقيقا للواقعية القانونية من خلال ملاءمة القانون للواقع. منهم من اعتمد الضابط القانوني والذي يُعدّ مقياس متوسط لنهج اجتماعي سليم [١]وأهم الضوابط القانونية هما "ضابط المعقولية" ومداره ايجاد توازن بين المصالح المتضاربة في نزاع معين والوصول بعد ذلك الى حل معقول يوفق بينها جميعا، وطريقة ايجاد هذا الحل تكون عادة بالكشف عن مصلحة عامة اخرى جديرة بالاعتبار. و"ضابط الملاءمة" ومداره الحكمة والاعتدال اللازمين عند استعمال شخص سلطة يستمدها من تصرف قانوني معين ويُشعر هذان الضابطان بمقدار التحديد اللازم اعتباره عند تطبيقهما.

ويلاحظ انّ الواقعيين القانونيين وان كانوا يربطون بين سلوك القضاة وفض المنازعات، حيث انصب اهتمامهم بالتركيز على نشاط القاضي، الا انّ ذلك لا يعني استبعادهم للقواعد والمبادئ، وللدور الذي تقوم به في الاحكام القضائية، الا انهم ارادوا ان ينبهوا الى انّ المبادئ والقواعد القانونية العامة قد لا تكون هي العنصر الوحيد الذي يدخل في تكوين الاحكام القضائية [٢]. إذ انّ القرار القضائي هو نتاج عدة عوامل مؤثرة بعضها غير قانونية[٣]. فقد رأت الواقعية القانونية انّ القواعد القانونية ليست العوامل المنتجة للحلول القضائية؛ فالقاضي لا يمارس دوراً ميكانيكيا فالتشريع وليد تعارض بين المصالح ولذا عليه أن يلتزم بمراعاة ذلك وعلى القاضي الموازنة بين طلبات الخصوم[٤].

إذ انّ عبء تقرير العدالة انما يقع على الشارع في حالة الاخذ بالوسائل القديمة وعمل الاخير ينتهي بمجرد وضعه القواعد القانونية، واما حالة الاخذ بالضوابط القانونية فأنّ العبء يقع على القاضي الذي يتجدد عمله كل يوم واكثر التصاقا بالحياة العملية مما يجعله الاقدر على استنباط الحلول الاكثر ملاءمة مع الواقع والتي تتفق مع الاحوال الجديدة والتجدد وعلى ذلك إذا طبق القاضي الضابط القانوني فهو لا يتعدى سلطته في الواقع ولا يمكن ان يوصف عمله بانه افتات على مبدأ الفصل بين السلطات، إذ كلّ ما يقوم به انما هو ادارة العدالة على الوجه السليم[٥]. على انّ تلك السلطة الواسعة التي يتمتع بها القضاة عند تطبيقهم الضابط القانوني لازمة للوصول الى التوفيق بين الواقع والقانون. فلو وقف القاضي مكتوف اليدين امام الوقائع الجديدة والتغيرات الحاصلة في الجماعة أو اكتفى بتطبيق النصوص المقررة لقواعد دقيقة محدودة لكان في ذلك ضرر. فما يتميز به الضابط القانوني هو مرونته وقدرته

(1) Roscoe Pound، Introduction to the Philosophy of Law، 1921، P.112.

(٢) ينظر: د. سعيد الصادق، المنهج القانوني في الولايات المتحدة الامريكية وجمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص١٨٥.

(٣) ينظر: د. السيد العربي، القانون والاخلاق والقيم في المجتمعات العربية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٨، ص٩٥.

(٤) ينظر: د. ثروت انيس الاسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، مجلد(٦٠)، العدد (٣٣٦)، بدون سنة، ص٤٨٦.

(٥) ينظر: د. حامد زكي، التوفيق بين الواقع والقانون، مرجع سابق، ص ٢٦٧ وما بعدها.

في الوصول الى توفيق معقول بين القانون والواقع.

وحيث أنّ الواقعية القانونية تقر انّ معيارية القانون الوضعي قابلة لان ترد الى حقائق اجتماعية[١]. الا انه ولما كان من الصعب ادراك نصوص التجريم خارج ضمير الجماعة في وقت من الاوقات فأنّ القضاء يضطر الى التدخل ما وسعه التدخل للملاءمة بين النصوص والاوضاع الاجتماعية، لكن يأتي وقت يصبح فيه تفسير القانون غير كاف لتطويره فلا يكون بد من تعديله[٢].

وهناك اتجاه ثان يرى أنّ واقعية القانون ووضوحه يرتهنان باعتباره غير متعلق بأية محاميل اخلاقية يثيرها في خطاب (مثال التقويم الاخلاقي- السياسي). خارج فلسفة القانون[٣].

اما الاتجاه الآخر: فيرى التوفيق بين مبدأ الاستقرار والتطور يكون ممكنا إذا لجأ الشارع الى لغة مرنة يمكنها ان تستوعب ما يطرأ على المجتمع من امور قد لا تكون متوافرة وقت وضع التشريع، وهو ما يؤدي الى شمول النص لها. ومن ثم الاقلال من اجراء التعديلات على النصوص الى الحد الذي يحفظ وجود مبدأ الاستقرار التشريعي.

إذ يمتاز التقنين الصالح هو الا يحاول الاحاطة بكل شيء فأنّ هذه المحاولة عقيمة ولا يستطيع المقنن مهما كان بصيراً بالأمور ان يتنبأ بكل امر ليضع الحكم الذي يقتضيه، فهو عاجز عن ذلك لا محالة بل هو عاجز في الامور التي يعرفها عن ان يضع لها احكاما صالحة لكل زمان ومكان، والمشرع الحكيم هو الذي يترك مجالا فسيحا لتطور القانون فلا يحكم عليه بالجمود بحبسه في الفاظ محدودة واحكام معينة وخير طريق يسلكه هو ان يترك المسائل التفصيلية لاجتهاد الفقهاء ولتقدير القضاء بل يجب ايضاً أنْ يترك كثير من المسائل الرئيسة دون ان يتخذ موقفا خاصا ما دامت من المسائل التي لم يستقر تطورها وما دامت الحاجة العملية لا تدعو الى ان يعرض لها بشيء، والمشرع الحكيم هو من يجعل عباراته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف دون ان يذهب الى حد الغموض وعدم الدقة [٤]. وخير وسيلة لجمع

(١) ينظر: دليل اكسفورد للفلسفة، مرجع سابق، ص٧٢٧.
(٢) للتفصيل في ذلك ينظر: د. أحمد محمد خليفة، *النظرية العامة للتجريم – دراسة في فلسفة القانون الجنائي*، مرجع سابق، ص١١٩
(٣) ينظر: دليل اكسفورد للفلسفة، مرجع سابق، ص٧١٧.
(٤) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف المثنى الاتحادية بصفتها التمييزية/ بالعدد ٥٧/ ت ج/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/٣١ بانه: (... ان محكمة الجنح ومن قبلها محكمة التحقيق اخطاتا في التكييف القانوني السليم لفعل المتهم (س) ذلك ان المتهم المذكور قد اعترف صراحة في كافة ادوار التحقيق والمحاكمة بانشاء صفحة وهمية على مواقع التواصل الاجتماعي (الفايبر) باسم المشتكي ووضع صورة المشتكي الشخصية على تلك الصفحة واستخدمها للاساءة الى الاخرين نكاية بشقيق المشتكي لوجود خلافات معه وبذلك انتحل اسم المشتكي وبياناته وهذا الفعل يشكل صورة من صور التزوير وبما ان المادة (٢٨٦)، من قانون العقوبات قد عرفت التزوير "بانه تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند او وثيقة او باي محرر اخر باحدى الطرق المادية او المعنوية= التي بينها القانون تغييرا من شانه احداث ضررا بالمصلحة العامة او بشخص من الاشخاص وبذلك تكون كلمة (اي محرر اخر) الواردة في يمكن ان تدخل تحت مفهوم المحررات الالكترونية ومنها صفحات التواصل الاجتماعي لان المادة (١/ تاسعا)، من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨، لسنة ٢٠١٢ عرفت المستندات الالكترونية – المحررات والوثائق التي تنشأ او تدمج او تخزن او ترسل او تستقبل كليا او جزئيا بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونيا او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي).

بين الدقة والمرونة هي ان يُعدّل المشرع في المسائل التي تكون سريعة التطور عن القواعد الجامدة الضيقة الى المعايير المرنة الواسعة معايير يسترشد بها القاضي دون ان يتقيد ويطبقها على القضايا التي تعرض له فيصل الى حلول تختلف باختلاف كل قضية وما يحيطها من ملابسات.(١).

وأبرز مدارس الواقعية القانونية، هما الواقعية القانونية الامريكية، والواقعية القانونية الاسكندنافية. إذ يرى انصار الواقعية الامريكية انه لا يصح النظر الى القانون على انه مجموعة قواعد ومبادئ فقط بل انه يتجاوز ذلك بكثير؛ فالقانون شديد التعقيد إذ انّ هذه القواعد والمبادئ عبارة عن مجموعة من الكلمات الارشادية التي تتجاوزها حقائق الحياة بكثير وهي التي تسهم في تحديد القواعد التي تحكم سلوك الناس أكثر من القياس المنطقي(٢). فالواقعية الامريكية لا ترى بانّ القانون وانْ كان بناء منطقيا الا انه لا يخضع للمنطق القانوني البحت(٣). بل يخضع لمنطق تطور ظروف الحياة والواقع وبالذات التقارير القضائية والتي تعد وليدة استدلالات مركبة تؤدي فيها اعتبارات واقعية كثيرة دوراً كبيراً.

وبناءً على ذلك_ فأنّ الواقعية الامريكية لا تمثل فلسفة قانونية بل هي حركة فكرية أو منهج فني يهدف الى الفحص الموضوعي للظاهرة القانونية(٤).إذ انها تقوم على دراسة ما هو كائن ويستند الى الواقع"(٥). كما انها تقوم على الملاحظة العلمية للقانون كما هو كائن(٦).

اما الواقعية الاسكندنافية فأنها ترى لا يمكن تفسير القانون الا من خلال منظور الحقائق التي يمكن ملاحظتها، وعلى هذا رفضت الواقعية القانونية مفاهيم مثل القوة الملزمة وشرعية القانون والحقوق والواجبات القانونية ومفهوم الملكية بوصفها مجرد تخيلات للعقل، مع عدم وجود فعلي لهم الا في عالم ميتافيزيقي خيالي، وقد ساعدت الواقعية الاسكندنافية بشكل مباشر من خلال تأكيدها القانون كحقيقة على خلق مناخ مواتٍ للدراسة الاجتماعية للقانون(٧).فأنّ علم القانون يعتمد على مجموعة معقدة من المصالح والمشاعر والتي تجد في نهاية المطاف تعبيرها في لغة قانونية موثوقةوالميزة الاكثر واللافت للنظر هي تأكيدها على

---

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، *على اساس يكون تنقيح القانون المدني المصري، الكتاب الذهبي للمحاكم الاهلية*، ج٢، ط٢، (طبعة نادي القضاة: ١٩٩٠)، ص١١٣-١١٤.

(٢) ينظر: د. سعيد الصادق، المنهج القانوني، مرجع سابق، ص١٨٣.

(٣) :د. السيد العربي، القانون والاخلاق والقيم، مرجع سابق، ص١٩٥.

(٤) ينظر: د. ثروت انيس الاسيوطي، "المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية"، *مجلة مصر المعاصرة، القاهرة*، العدد (٣٣٦)، (١٩٦٩): ص٤٨٣ وما بعدها.

(٥) ينظر: د. السيد العربي الحسن، *الاستدلال المنطقي للأحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية*، (القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٨)، ص٩٤ وما بعدها.

(٦) ينظر: د. سعيد الصادق، المنهج القانوني ف الولايات المتحدة الامريكية وجمهورية مصر العربية، مرجع سابق، ص١٧٥.

(٧) ينظر: د. اسماء عبد المحسن ضاحي،" فلسفة القانون في ضوء الفلسفة الاسكندنافية، الواقعية القانونية الاسكندنافية"، *المجلة العلمية لكلية الآداب، جامعة اسيوط*، العدد (٨٠)، (٢٠٢١): ص ٩٥٣.

أنّ القانون – في اي وقت واي مكان واي مجتمع- يتم تحديده من خلال مفهوم الرعاية الاجتماعية التي هي الدافع الحسي للأنشطة القانونية؛ لذلك يجب على القضاة التفكير من منظور الرفاهية الاجتماعية وتمثل الحقوق والواجبات والشعور بالأمان قوة رئيسة وراء الرفاهية الاجتماعية، وانّ القانون لا يقوم على مفهوم العدالة ولكنه يقوم على الضغط الاجتماعي واحتياجات المجتمع إذ يشمل القانون حقيقة الوجود الاجتماعي في مجموعات منظمة تجعل التعايش في المجتمع ممكناً وقد رفض المفاهيم التقليدية للحق أو الواجب وأكد انّ القانون يتكون ببساطة من قواعد حول تطبيق القوة المنظمة، واكدوا انّ القضاة يجب ان يفكروا من منظور الاهداف والغايات الاجتماعية وليس من منظور الحقوق أو الواجبات وفي رأيه تسعى الرفاهية الاجتماعية جاهدة الى تحقيق توازن بين جميع المصالح المتنافسة الاخرى دون التطفل على القيم المحددة. إذ يجب تفسير المفاهيم القانونية الاساسية على انها تصورات للواقع الاجتماعي، وسلوك الانسان في المجتمع. وضرورة استخدام اساليب العلم التجريبي الحديث في مجال القانون، وانه يجب تفسير التفكير القانوني بشكل رسمي من حيث المنطق نفسه الذي تستند اليه العلوم التجريبية الاخرى [١].

والمشرع بهذه الخطوة يحاول ان يحافظ على مبدأ الاستقرار التشريعي من ناحية ومبدأ ملاءمة التشريع للتطور الذي يحدث في المجتمع، فالتشريع يجب ان يتصف بالاستقرار حتى يمكن ان يألفه الافراد ويسيرون على نهجه ويطمئنون اليه في تعاملاتهم، وهو ما يقتضي عدم اجراء تعديل في التشريع الا في اضيق نطاق وبقدر الضرورة التي تقتضيه والتطور الذي يحدث في المجتمع ويفرض على الشارع ان يستجيب له، وان يلاحقه والا افضى جمود التشريع الى اهدار الحقوق التي تكون جديرة بالحماية.

II.ب. الفرع الثاني

واقعية التجريم ونفعيته

أن غاية التجريم كقاعدة قانونية هو تحقيق اقصى درجات الحماية لمصالح الافراد والجماعات، ومن خلالها المجتمع وركائز كيانه وبقائه، وحيث ان غاية التجريم تخضع لظروف الحياة المختلفة السياسية والاقتصادية والدينية الفلسفية والفكرية والاجتماعية الحاكمة في المجتمع،[٢] ومما لا شك فيه انّ غاية التجريم الناتج عن ضرورات اقتصادية وسياسية يتمايز عن غايته فيما إذا كان ناتجا عن قيم وضرورات اجتماعية. إذ انّ طبيعة التجريم في الاولى يكون نفعيا اما في الثانية فعادةً ما يكون واقعيا.

إذ انّ التجريم النفعي يهدف الى تحقيق غايات نفعية تمليها طبيعة النظام السياسي أو الاقتصادي السائد في المجتمع، وهذه الغايات لا شأن لها بالقيم الاجتماعية الراسخة في

(١) ينظر: د. اسماء عبد المحسن ضاحي، مرجع سابق، ص ٩٨٠ ومابعدها.
(٢) د. اكرم نشأت ابراهيم، *السياسة الجنائية – دراسة مقارنة*-، ط١، (عمان: دار الثقافة، ٢٠٠٨)، ص٣٩-٤٦.

المجتمع بل قد تتعارض معها احيانا [١].وبالرغم من انّ التجريم الاقتصادي والسياسي غالبا ما يتعلق بأهداف نفعية لا شان لها بالقيم الاجتماعية الراسخة في اعماق الضمائر [٢]، كقانون تنظيم ذبح الحيوانات رقم (٢٢) لسنة ١٩٧٢[٣]، الا أنّ هذه الاهداف غالبا ما تكون جديرة بالحماية لأهميتها وضرورتها للحفاظ على كيان المجتمع وبقائه، ولكن اللجوء الى هذا التجريم قبل استنفاد الوسائل الاخرى للضبط الاجتماعي، وقبل تهيئة الراي العام واقناعه بأهمية هذا التجريم، وقبل استنفاد سبل البحث عن الاسباب الحقيقية للظاهرة الاجرامية الاقتصادية ومعالجتها بالوسائل المناسبة، ربما يكون اسرافاً ومبالغة باللجوء الى هذا التجريم، وتعسفاً في استعمال سلطة التجريم ينال من شرعيتها ويجعلها اقرب للتسلط والقمع فضلاً عن انه يقلل من فاعلية الجزاء المؤيد للتكليف الجنائي. فالإكراه المادي الذي تملكه سلطات التجريم لا بدّ له من حد ادنى من قبول أو رضاء المكلفين، وهذا الرضا لا يتأتى الا من خلال حد ادنى من الانسجام بين قواعد التجريم والقواعد الاخلاقية والعرفية للجماعة، وبدون هذا الحد الادنى من الانسجام ستغدو هذه القواعد موضع شك في قيمتها واهميتها من قبل المكلفين الذين سيبحثون في النهاية عن طرق للتحايل على هذه القواعد منها وعدم الامتثال لموجباتها [٤]. وهذا الشك سينتقل بدوره الى السلطات المنوط بها امر تنفيذ هذه القواعد، والتي ستحاول بما تملكه من صلاحيات تقديرية تفسير هذه القواعد في معرض تطبيقها بشكل يعطل مفعولها ويحيلها الى قواعد خالية المضمون.

لذلك فأنّ واجب سلطات التجريم عدم اللجوء للتجريم النفعي الا بعد التأكد من انه سيلقي حداً ادنى من قبول المكلفين ورضائهم، من خلال التمهيد المناسب للتكليف موضوع هذا التجريم بشكل يقنع فيه المخاطبين بأهمية هذا التكليف لحياتهم ويثير لديهم الحساسية الكافية التي تدعهم يناصبون العداء للأفعال التي تخالف موجبات هذا التجريم [٥].

اما التجريم الواقعي فأنه يكون أكثر التصاقا بالقيم الاجتماعية في ضمير الجماعة؛ لان غايته تحقيق الحماية لمصالح جوهرية اساسية هي بالأصل محرمة بمقتضى الاعراف والتقاليد والقواعد الدينية والاخلاقية للمجتمع، وبالتالي فأن تدخل المشرع بتجريم انماط السلوك التي تشكل خرقا لهذه المصالح، انما يكون لتأمين اقصى درجات الحماية الجنائية

(١) محمود طه جلال، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، مرجع سابق، ص٩٠.

(٢) يذهب راي في الفقه الى ان وضعية التجريم الاقتصادي لا يعني تجرده عن القيم الاخلاقية فالتجريم الاقتصادي ينطوي على فكرتي العدالة الفردية والعدالة الاجتماعية. للتفصيل ينظر: د. عبد الرؤوف مهدي، *المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن*، (الاسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٧٦)، ص١١٢-١١٦.

(٣) المادة (٦)، من قانون تنظيم ذبح الحيوانات العراقي رقم (٢٢)، لسنة ١٩٧٢.

(٤) ينظر: د. نعيم عطية، *النظرية العامة للحريات الفردية*،(القاهرة: الدار القومية للنشر، ١٩٦٥)، ص٦١-٦٢.

(٥) ينظر: د. محمد بور فرحات، "التشريع كأداة للضبط الاجتماعي"، *المجلة الجنائية القومية، القاهرة*، العددان (الاول والثاني)، (١٩٩٤): ص١٤ وما بعدها.

لها[١]، إذ تعد الحركة الواقعية جزءاً من الحركة الاجتماعية في القانون لا سيما أنّ القانون الجنائي الحديث قد اصبح يفصح عن انعكاس حقائق اجتماعية أكثر من افصاحه عن قواعد قانونية مجردة وقد اصبح المشرع اشد حساسية من ناحية مطابقة القانون الجنائي للاحتياجات الاجتماعية ونتائج الدراسات العلمية، ويكفي لبيان هذا الزحف العلمي على نصوص القانون ان نشير الى تطور تشريعات جنوح الاحداث وقوانين أمن الدولة والزنا والاجهاض وهجر العائلة والتشريعات ذات الصلة بالمسائل الاجتماعية والاقتصادية فكلها تعكس هذه الاوضاع الاجتماعية أكثر مما تعكس تفسيراً قانونياً صرفاً[٢].

إذ انّ تقييم واقعية التجريم على مستوى الفاعلية تتمثل في قدرة القانون على تعديل سلوك الافراد والتوجيه الاخلاقي للمجتمع؛ فالتصور غير الواقعي عن امكانات التجريم يؤدي الى اضعاف ثقة الافراد بأهمية القانون وجدوى الاحتكام اليه، القانون يتعامل مع فرد مثقل بحقيقته الانسانية التي تحددها احتياجاته التي غالبا ما تعمي بصيرته الاخلاقية. على انّ التصاق هذا النوع من التجريم بالقيم الاجتماعية المتأصلة في ضمير الجماعة لا يعني شموله بالحماية لكافة القيم والمصالح والقواعد الاخلاقية المستقرة في جماعة ما، فثمة قيم ومصالح اجتماعية لا تدخل ضمن نطاق التجريم من ذلك نجد سلوك يتعارض مع القيم الجماعة وقواعد اخلاقه ولكنها لن تدخل في نطاق التجريم كالعلاقة الجنسية بين رجل وامرأة بالغين غير متزوجين بعيداً عن الوعد بالزواج والاحتيال[٣].

وبناءً على ذلك يجب التمييز بين التجريم كفكرة قانونية والتجريم كفكرة واقعية من اجل تحديد غايات التجريم. إذ ان غاية التجريم كفكرة قانونية تهدف الى تحقيق غايات نفعية تفتضيها طبيعة النظام السياسي والاقتصادي، وهذه الغايات لا علاقة لها بالقيم الاجتماعية المتبعة في المجتمع كقوانين المرور والاسلحة، اما غاية التجريم كفكرة واقعية ترمي الى تحقيق اقصى درجات الحماية اللازمة للمصالح المعتبرة فهي بالأصل محرمة بمقتضى الاعراف والتقاليد والقواعد الدينية والاخلاقية في المجتمع، وهذا نوع من التجريم يتميز بالثبات والاستقرار لأنه راسخ في اعماق ضمائر المجتمع كتجريم القتل والسرقة.

فضلاً عن ذلك انّ التجريم الواقعي يهدف الى تحقيق غايات واقعية حقيقية. لذا فأنه يتصف بالثبات والاستقرار؛ لأنه يعكس القيم والمصالح الاجتماعية المتأصلة في ضمير الجماعة، اي أنّ غايته تحقيق الحماية لمصالح جوهرية اساسية تسود المجتمع وليس لمصالح

(١) ينظر: د. رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، مرجع سابق، ص٩؛ د.

(٢) ينظر: د. أحمد محمد خليفة، النظرية العامة للتجريم – دراسة في فلسفة القانون الجنائي، مرجع سابق، ص٥٠-٥٥.

(٣) ينظر: ريبين ابو بكر عمر، "السياسة الجنائية في الجرائم الاقتصادية"، (اطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسية، قسم القانون، جامعة السليمانية، ٢٠١٢)، ص١٨ وما بعدها.

طارئة [١]. وتعرف هذه العملية بالتجريم الحقيقي، اما نصوص التجريم في التشريعات الخاصة فهي ذات طبيعة نفعية في الغالب وتنصب على تجريم الافعال الخطرة، والذي يعرف بالتجريم التحوطي والاستباقي المنعي[٢].

وإذا كان التجريم النفعي يختلف نسبيا من نظام قانوني لنظام آخر وفي النظام الواحد من وقت لآخر تبعاً لاختلاف العقيدة السياسية أو الاقتصادية الخاصة بكل نظام في مرحلة تاريخية معينة، فأنّ التجريم الواقعي يتصف بوجود معايير مشتركة بين النظم القانونية المختلفة، ففيما عدا خلافات بسيطة تكاد غالبية التشريعات الجنائية تتفق في تجريمها لنماذج السلوك التي تهدد المصالح الجوهرية في المجتمع كالقتل والسرقة والاغتصاب وخيانة الامانة.

كما نلاحظ فرقا آخر بين التجريم الواقعي والنفعي ففي التجريم النفعي نكون بصدد ما يمكن تسميته (بالتعارض الايجابي). حيث يجرم المشرع افعالاً ربما لا تتنافى مع ضمير الجماعة وقيمها واعرافها ولا تشكل خرقاً يبرر وصم الفاعل بالعار كجريمة حيازة النقد الاجنبي وتداوله أو البيع بأكثر من التسعيرة المحددة وعلى النقيض من ذلك يتخذ التعارض بين التجريم الواقعي والقيم الاخلاقية طابعاً سلبياً حيث نجد ثمة افعالاً في غاية الخطورة والدناءة في مقياس القيم والقواعد الاخلاقية السائدة في المجتمع، ولكنها لا تدخل في نطاق التجريم.

وبالرغم مما يروه مؤيدو التجريم النفعي من أنّ التجريم لا يكون مبرراً الا إذا كان نفعياً والمقصود بالنفع هو الفاعلية التي يكون فيها التجريم منتجاً على الرغم من اختلاف الاوضاع ولذلك فأنّ التمييز بين التجريم الواقعي والتجريم النفعي الذي يقوم على اساس درجة استهجان الجماعة للسلوك واستحقاق مرتكبه الوصمة الاجتماعية هو تمييز مصطنع يخلط بين الغاية من التجريم ودرجة النفع المرتجى منه، وبين وضوح تلك الغاية والنفع في ذهن الجماعة، فضلاً عن أنّ هذا التمييز يغطي على حقيقة محددات التجريم والمساحة المشتركة بين القانون والاخلاق؛ لان المشرع عندما لا يتدخل في تجريم ممارسات غير اخلاقية مثل السلوك الجنسي السري لغير المتزوجين والكذب المعتاد في التعاملات الشخصية والانانية والقسوة وغيرها من الممارسات التي تتعارض مع القيم الاخلاقية والمعايير المجسدة لها لا يكون ذلك استناداً الى درجة الاستهجان الاجتماعي ولكنه ينظر الى أثر تلك الممارسات على ضمان حد ادنى من استقرار ونماء واستدامة البيئة الطبيعية والاجتماعية فاذا لم يترتب على المخالفة الاخلاقية أو كان من شانه النزول عن ذلك الحد الادنى فلا يوجد مبرر لتدخل القانون الجنائي بل يترك الامر لأليات الضبط الاجتماعي غير الرسمي كي تفعل فعلها في استعادة

(١) ينظر: د. محمود جلال طه، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، مرجع سابق، ص٩٥ وما بعدها.

(٢) ينظر: د. رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، مرجع سابق، ص٧١.

التوازن الاجتماعي. ان التدخل الجنائي في مثل تلك الاحوال سيكون ضرره أكثر من نفعه. إلا ان التجريم ليس وسيلة يواجه فيها المجتمع عجزه عن معالجة الاسباب الحقيقية للظاهرة الاجرامية محل التجريم النفعي والذي يجب ان يكون اللجوء اليه في اضيق الحدود ومع مراعاة ما أمكن لاعتبارات الجريمة بمعناها الواقعي الاجتماعي المرتبط بالقيم الاخلاقية المتأصلة في الضمير الجمعي وضمن معيار دقيق

وحيث يمكن القول بأنّ الواقع الاجتماعي قائم على خليط من الاوضاع المادية والروحية والمعنوية[١].والخلق الاجتماعي هو تلك الاتجاهات العامة بين افراد الجماعة، والتي تساعد على بقاء النظم والاوضاع الاجتماعية التي تأخذ بها جماعة معينة، وظيفة الخلق الاجتماعي هي تثبيت اسس النظام الاجتماعي بينما هو نفسه قائم على هذه الأُسس فهناك اذن علاقة بين الوضع الاجتماعي والخلق الاجتماعي اذ يتولد الخلق الاجتماعي عن الوضع الاجتماعي ثم يقوم بحمايته. فاذا ما تغيرت الظروف التي على اساسها قام الخلق الاجتماعي فأنه لن يستطيع القيام كما يجب بمهمة حماية الاوضاع السائدة بالمجتمع فتحدث هوة بين الخلق الاجتماعي من جهة والاوضاع الاجتماعية السائدة من جهة اخرى وبدلاً من انْ يؤدي الخلق الاجتماعية مهمته في كفالة الثبات والاستقرار يحدث من اثر هذه الهوة قلق وانهيار، وتسهم طبيعة النظام الاقتصادي في جماعة من الجماعات في تحديد الخلق الاجتماعي لهذه الجماعة فضلاً عن النظام السياسي، واستنادا الى ذلك ينبغي ان تستند نصوص التجريم الى اسس نفعية واقعية في آنٍ واحدٍ لتحقيق اقصى الغايات الجنائية وتعزيز الحماية الجزائية للمصالح الاجتماعية المادية منها والمعنوية.

فهذه العناصر في الواقع إذا ما تم الاستناد اليها واتباعها وملاحظتها في اجراءات التجريم عندها يمكن ان يكون التجريم على قدر مقبول من الرشد والرشد هنا بمعنى الفاعلية والعدالة الجنائية، إذ الإطار العام لما يمكن ان يوصف تجريما رشيدا هو ان يكون تجريما مستمدا الى دعم القيم الاخلاقية من خلال اليات التفسير والكشف والتصفية والموازنة واللغة والواقعية.

(١) للتفصيل ينظر: د. أحمد محمد خليفة، النظرية العامة للتجريم – دراسة في فلسفة القانون الجنائي، مرجع سابق، ص١٢٠ وما بعدها.

الخاتمة

في نهاية بحثنا لموضوع التجريم الرشيد، سندرج بإيجاز أهم ما توصلنا اليه من استنتاجات ومقترحات على وفق الاتي:-

اولا:- النتائج

١. يقتضي التجريم الرشيد ان يكون على قدر من الدقة تجنبا للتجريم الارتجالي أو تجريم امور جرمها سابقا. ويتم ذلك من خلال تقييد تدخل المشرع بالتجريم الا بالضرورة القصوى اي بعد استنفاذ جميع الوسائل الاخرى غير الجزائية دون زيادة من شانها ان تحبط فعالية القانون الجزائي وتؤدي الى نتائج عكسية
٢. قواعد التجريم الرشيد تبنى على اساس التوازن بين مصلحتين مصلحة حماية المجتمع والنظام العام ومصلحة حماية الحرية الفردية. إذ تتم الموازنة بين انماط السلوك المستحقة للتجريم حيث يتم تقديم اكثرها اهمية على اقلها اهمية بحسب قانون الاولويات.
٣. يستند التجريم الى غايته، اما ان يكون تجريماً نفعياً والذي يُعد فكرة قانونية تهدف الى تحقيق اغراض نفعية تفرضها الظروف السائدة في المجتمع لا شان له بصورة عامة بالقيم السلوكية الموجودة في المجتمع، او تجريما واقعيا الذي يعد اداة للضبط الاجتماعي، فهي تهتم بالشخصية الانسانية والبيئة الاجتماعية والآراء والعقائد والاتجاهات الوجدانية للجماعة فأنها تصنع القانون ويصنعها القانون، فالواقعية تبحث عن المدرك الاجتماعي الذي يخشى ان يتقدم أو يتخلف عن القانون.

ثانيا:- المقترحات

١. تحقيقا للتجريم العقلاني نقترح على المشرع الغاء نصوص التجريم التي اثبتت عدم فعاليتها لعدم استنادها على عنصر الواقعية مما يؤثر سلبا على فعاليتها منها تجريم التدخين في الاماكن العامة الذي وان كان له اثاره الايجابية فيما يتعلق بالصحة العامة والذوق العام الا انه لا يرقى الى مستوى هذه الاداة الخطيرة على حرية الفرد، فضلا عن الغاء النصوص التي تتضمن تجريم السلوكيات التي سبق وان تم تجريمها والتي من شأنها ان تسبب فوضى تشريعية.
٢. نقترح على المشرع استخدام اداة التجريم بما يحقق حماية الاسس الاجتماعية وصيانتها من الانحدار وفي مقدمتها اخلاقيات ابناءه؛ لذا نقترح سن نصوص تجريمية صارمة للسلوكيات المنحرفة كتغير الجنس ، والمثلية، والتشبه بالنساء.
٣. ضرورة استناد السياسة الجنائية لا سيما شق التجريم منها الى اسس موضوعية واقعية نفعية والابتعاد عن الاهواء والانفعالات العاطفية وتجنب التشريعات الفئوية.

المصادر

اولا:- المراجع باللغة العربية

أ. الكتب

١. د. احمد خيري الكباش، *الحماية الجنائية لحقوق الانسان*، ط٢، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٢.

٢. د. احمد عوض بلال، *علم الاجرام*، ط١، القاهرة: دار الثقافة العربية، ١٩٩٥.

٣. احمد محمد البراك، *العقوبة، الرضائية في الشريعة الاسلامية وانظمة المعاصرة*، القاهرة: دار النهضة العربية، (بدون سنة).

٤. د. أحمد محمد خليفة، *النظرية العامة للتجريم – دراسة في فلسفة القانون الجنائي*، مصر: دار المعارف، ١٩٥٩.

٥. د. أشرف توفيق شمس الدين، *اصول اللغة القضائية*، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، ١٩٩٨.

٦. د. السيد العربي، القانون والاخلاق والقيم في المجتمعات العربية، القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.

٧. السيد ياسين، *السياسية الجنائية المعاصرة- دراسة تحليلية لنظرية الدفاع الاجتماعي*، ط١، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٣.

٨. جان جاك لوسركل، *عنف اللغة*، ترجمة: محمد بدوي، ط١، بيروت: المنظمة العربية للترجمة، ٢٠٠٥.

٩. جان داربليه، *النظرية العامة في عدم المشروعية*، (بدون مكان)،(بدون سنة).

١٠. د. دلشاد عبد الرحمان البريفكاني، *مبدأ التناسب في القانون الجنائي*، ط٣، الاسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٦٦.

١١. د. رمسيس بهنام، *نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا*، الاسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٦.

١٢. د. رمسيس بهنام، *النظرية العامة للقانون الجنائي*، ط٣، الإسكندرية: منشاة المعارف، ١٩٩٦.

١٣. د. سمير نعيم احمد، *علم الاجتماع القانوني*، القاهرة: دار ام القرى، ١٩٨٩.

١٤. د. سعيد احمد بيومي، *لغة القانون في ضوء لغة النص_ دراسة في التماسك النصي*، مصر: دار الكتب القانونية، ٢٠١٠.

١٥. د. سعيد الصادق، *المنهج القانوني في الولايات المتحدة الامريكية وجمهورية مصر العربية*، دار النهضة العربية: ١٩٧٧.

١٦. د. عبد الرؤوف مهدي، *المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن*، القاهرة: مطبعة المدني، ١٩٧٦.

١٧. د. عبد الرزاق السنهوري، *على اساس يكون تنقيح القانون المدني المصري*، *الكتاب الذهبي للمحاكم الاهلية*، ج٢، ط٢، طبعة نادي القضاة: ١٩٩٠.

١٨. عليوة مصطفى فتح الباب، *الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات*، ك ٢، القاهرة: دار الكتب القانونية، ٢٠١٢.

١٩. د. محمود جلال طه، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة.

٢٠. مسفر غرم الله الدنيمي، *الجناية بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي*، دار طيبه للنشر والتوزيع: دون طبعة.

٢١. د. منصور رحماني، *علم الاجرام والسياسة الجنائية*، دار العلوم للنشر: ٢٠٠٦.

٢٢. هيربرت بيشت، *مقدمة في المصطلحية*، ترجمة: د. محمد محمد حلمي خليل، الكويت: مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٠.

ب. الرسائل والاطاريح

١. رضا بن السعيد معيزة، "ترشيد السياسة الجنائية في الجزائر"، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة الجزائر، ٢٠١٦.

٢. ريبين ابو بكر عمر، "السياسة الجنائية في الجرائم الاقتصادية"، اطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسية، قسم القانون، جامعة السليمانية، ٢٠١٢.

٣. عبدال محمد قادر، "الموازنة بين المصالح في القانون الجنائي"، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة دهوك، ٢٠١٧،

٤. عدنان حميد موسى، "الحد من التجريم والعقاب في القانون العراقي_ دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠١٩.

٥. د. كاظم عبد الله الشمري، "تفسير النصوص الجزائية- دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي".

٦. د. محمد حميد عبد، "الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب"، أطروحة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠١٤.

٧. د. محمد مردان، "المصلحة المعتبرة في التجريم"، أطروحة دكتوراة، كلية القانون/ جامعة الموصل، ٢٠٠٢.

٨. محمود طه جلال، "اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة"، اطروحة دكتوراة، جامعة حلب/ كلية القانون، ٢٠٠٤.

٩. يوسف مصطفى رسول، "التوازن في الاجراءات الجزائية"، اطروحة دكتوراة، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة صلاح الدين، ٢٠١٤.

ت. البحوث

١. د. أحمد العوضي، "حقيقة المصلحة وخصائصها في الشريعة الإسلامية"، *مجلة دراسات للشريعة والقانون*، المجلد (٢)،العدد (٢٧)، (٢٠١٢).

٢. د. اسماء عبد المحسن ضاحي، "فلسفة القانون في ضوء الفلسفة الاسكندنافية – الواقعية القانونية الاسكندنافية"، *المجلة العلمية لكلية الآداب- جامعة اسيوط، مصر*، العدد (٨٠)، (٢٠٢١).

٣. د. ثروت انيس الاسيوطي، "المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية"، *مجلة مصر المعاصرة، القاهرة*، العدد (٣٣٦)، (١٩٦٩).

٤. د. حسين ابراهيم صالح، "فكرة المصلحة في قانون العقوبات"، *المجلة الجنائية القومية*، العدد(٢)، المجلد (١٣)، (١٩٧٤).

٥. د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، "المعايير العامة للصياغة التشريعية- دراسة مقارنة"، *مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية*، السنة (٩)، العدد (٤)، (٢٠١٧).

٦. د. كاظم عبدالله الشمري، "ذاتية القانون الجنائي"، *مجلة جامعة بابل*، المجلد (١١) ، العدد (٦) ، حزيران، (٢٠٠٦).

٧. . د. كاظم عبدالله الشمري، "الاصول الفلسفية والقانونية لأنموذج التجريم والعقاب"، *مجلة جامعة تكريت*، (٢٠٢٣).

٨. د. كاظم عبدالله الشمري، الباعث ودوره في تجريم الارهاب، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون/ جامعة بغداد، ٢٠١٧.

٩. عبد الحفيظ بلقاضي، "تقييد التدخل الجنائي بالحد الأدنى وحدود اعتباره مبدأ موجها للسياسة الجنائية المعاصرة"، *مجلة الحقوق*، العدد الثالث، (٢٠٠٦).

١٠. د. علي احمد راشد، "المفهوم الاجتماعي للقانون الجنائي المعاصر"، *مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*، العدد (١)، س (١٠)، (١٩٨٦).

١١. عبد الحق بلعابد، "ترجمة النص القانوني بين كفاءة المترجم واكراهات المصطلح"، *مجلة المترجم، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر*، العدد (١٣)، (بدون سنة) .

ث. القوانين التشريعات

١. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨)، لسنة ١٩٥٩.

٢. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١)، لسنة ١٩٦٩.

٣. قانون تنظيم ذبح الحيوانات رقم (٢٢)، لسنة ١٩٧٢ .

٤. قانون مكافحة الارهاب العراقي رقم"١٣"، لسنة ٢٠٠٥ .

ثانيا:- المصادر الاجنبية

1- Droit et Société : éléments de jurilinguistique ; Tome2، Presses de l'université du Québec، Canada 1995.

2- Gémar،Jean-Claude، Traduire ou l'art d'interpréter، Langues، Droit et Société : éléments de jurilinguistique ; Tome2، Presses de l'université du Québec، Canada 1995.

3- (5) Mauro Zamboni: Alf Ross's، legal philosophy quoted from A treatis of legal philosophy.

4- Roscoe Pound، Introduction to the Philosophy of Law، 1921.

5- (1)Cornu Gerard: Linguistique juridique، Paris، 2005.

Sources

First: References in Arabic

A .Books

1. Dr.. Ahmed Khairy Al-Kabash, Criminal Protection of Human Rights, 2nd edition, Mansha'at Al-Maaref, Alexandria, 2002.
2. Dr.. Ahmed Awad Bilal, Criminology, 1st edition, Arab Culture House, Cairo, 1995.
3. Ahmed Muhammad Al-Barrak, Punishment=Consent in Islamic Sharia and Contemporary Systems, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, (without a year).

4. Dr.. Ahmed Muhammad Khalifa, The General Theory of Criminalization - A Study in the Philosophy of Criminal Law, Dar Al-Maaref, Egypt, 1959.
5. Dr.. Ashraf Tawfiq Shams El-Din, Principles of Judicial Language, Arab Nahda Publishing and Distribution House, Egypt, 1998.
6. Dr.. Al-Sayyid Al-Arabi, Law, Morals, and Values in Arab Societies, Dar Al-Nahda Al-Arabi for Publishing and Distribution, Cairo, 1998.
7. Al-Sayyid Yassin, Contemporary Criminal Politics - An Analytical Study of Social Defense Theory, 1st edition, Dar Al-Fikr Al-Arabi, Cairo, 1973.
8. Jean-Jacques Losercle, The Violence of Language, translated by: Muhammad Badawi, 1st edition, Arab Organization for Translation, Beirut, 2005.
9. Jean Darbelais, The General Theory of Illegality, (Without Place), (Without Year.(
10. Dr.. Dilshad Abdel Rahman Al-Brifkani, The Principle of Proportionality in Criminal Law, 3rd edition, Manshaet Al-Maaref, Alexandria, 1966.
11. Dr.. Ramses Behnam, The Theory of Criminalization in Criminal Law, The Standard of the Power of Punishment in Legislation and Application, Al-Ma'arif Establishment, Alexandria, 1996.
12. Dr.. Ramses Behnam, The General Theory of Criminal Law, 3rd edition, Manshaet Al-Maaref, Alexandria, 1996.
13. Dr.. Samir Naeem Ahmed, Legal Sociology, Dar Umm Al-Qura, Cairo, 1989.
14. Dr.. Saeed Ahmed Bayoumi, The Language of Law in Light of the Language of the Text - A Study in Textual Cohesion, Legal Book House, Egypt, 2010.
15. Dr.. Saeed Al-Sadiq, The Legal Method in the United States of America and the Arab Republic of Egypt, Dar Al-Nahda Al-Arabi, 1977.
16. Dr.. Abdul Raouf Mahdi, Criminal Liability for Economic Crimes in Comparative Law, Al-Madani Press, Cairo, 1976.
17. Dr.. Abdel Razzaq Al-Sanhouri, On the basis of the revision of the Egyptian Civil Code, The Golden Book of Civil Courts, vol. 2, 2nd edition, Judges Club Edition, 1990.

18. Eliwa Mustafa Fath al-Bab, The Mediator in Enacting, Drafting, and Interpreting Legislation, Volume 2, Dar al-Kutub al-Qanuni, Cairo, 2012.
19. Dr.. Mahmoud Jalal Taha, Principles of Criminalization and Punishment in Contemporary Criminal Policy, op. cit.
20. Misfer Ghurmallah Al-Danimi, Crime between Islamic jurisprudence and positive law, Dar Taiba for Publishing and Distribution, out of print.
21. Dr.. Mansour Rahmani, Criminology and Criminal Policy, Dar Al Uloom Publishing, 2006.
22. Herbert Becht, Introduction to Terminology, translated by: Dr. Muhammad Muhammad Hilmi Khalil, Scientific Publishing Council, Kuwait, 2000.

B. Theses and dissertations

1. Reda Bin Said Maiza, Rationalizing Criminal Policy in Algeria, PhD thesis, Faculty of Law/University of Algiers, 2016.
2. Rebin Abu Bakr Omar, Criminal Policy in Economic Crimes, PhD thesis, College of Law and Policy, Department of Law, Sulaymaniyah University, 2012.
3. Abdullah Muhammad Qadir, Balancing Interests in Criminal Law, Master's Thesis, College of Law/University of Dohuk, 2017،
4. Adnan Hamid Musa, Limiting Criminalization and Punishment in Iraqi Law - A Comparative Study, Master's Thesis, College of Law/University of Baghdad, 2019.
5. Dr.. Kazem Abdullah Al-Shammari, Interpretation of Penal Texts - A Comparative Study of Islamic Jurisprudence،
6. Dr.. Muhammad Hamid Abd, Necessity and Proportionality in Criminalization and Punishment, PhD thesis, College of Law/University of Babylon, 2014.
7. Dr.. Muhammad Mardan, The Considerable Interest in Criminalization, PhD thesis, College of Law/University of Mosul, 2002.
8. Mahmoud Taha Jalal, Principles of Criminalization and Punishment in Contemporary Criminal Policy, PhD thesis, University of Aleppo/Faculty of Law, 2004.
9. Youssef Mustafa Rasoul, Balance in Criminal Procedures, doctoral thesis, Faculty of Law and Political Science, Saladin University, 2014.

C. Research

a. Dr.. Ahmed Al-Awadi, The reality of interest and its characteristics in Islamic law, Journal of Studies for Sharia and Law, Volume (2), Issue (27), 2012.
2. Dr.. Asma Abdel Mohsen Dahi, Philosophy of Law in Light of Scandinavian Philosophy - Scandinavian Legal Realism, Scientific Journal of the Faculty of Arts - Assiut University, Issue (80), Egypt, 2021.
3. Dr.. Tharwat Anis Al-Assiouti, The Legal Approach between Capitalism and Socialism, Contemporary Egypt Magazine, Issue (336), Cairo, 1969.
4. Dr.. Hussein Ibrahim Saleh, The Idea of Interest in the Penal Code, National Criminal Journal, Issue (2), Volume (13), 1974.
5. Dr.. Salam Abdel Zahra Al-Fatlawi, General Standards for Legislative Drafting - A Comparative Study, Al-Muhaqqiq Al-Hilli Journal of Legal and Political Sciences, Year (9), Issue (4), 2017.
6. Dr.. Kazem Abdullah Al-Shammari, The Subjectivity of Criminal Law, Babylon University Journal, Volume (11), Issue (6), June 2006.
7. . Dr.. Kazem Abdullah Al-Shammari, The Philosophical and Legal Principles of the Model of Criminalization and Punishment, Tikrit University Journal, 2023.
8. Dr.. Kazem Abdullah Al-Shammari, The Motive and its Role in Criminalizing Terrorism, Journal of Legal Sciences, College of Law/University of Baghdad, 2017.
9. Abdel Hafeez Belkadi, restricting criminal intervention to a minimum and the limits of considering it as a guiding principle for contemporary criminal policy, Journal of Law, third issue, 2006.
10. Dr.. Ali Ahmed Rashid, The Social Concept of Contemporary Criminal Law, Journal of Legal and Economic Sciences, Issue (1), Issue (10), 1986.
11. Abdelhak Belabed, Translating the Legal Text between the Competence of the Translator and the Compulsions of the Terminology, Translator Magazine, Issue (13), Dar Al-Gharb for Publishing and Distribution, Algeria, (without year.(

D. Laws and legislation

1. Iraqi Personal Status Law No. (188) of 1959.
2. Iraqi Penal Code No. (111) of 1969.

3. Law No. 22 of 1972 regulating animal slaughter.
4. Iraqi Anti-Terrorism Law No. 13 of 2005.

E. Second: Foreign sources

1. Droit et Société : éléments de jurilinguistique ; Tome2 ،Presses de l'université du Québec ،Canada 1995 .
2. Gémar،Jean-Claude ،Traduire ou l'art d'interpréter ،Langues ،Droit et Société : éléments de jurilinguistique ; Tome2 ،Presses de l'université du Québec ،Canada 1995 .
3. ((٥Mauro Zamboni: Alf Ross's ،legal philosophy quoted from A treatis of legal philosophy.
4. Roscoe Pound ،Introduction to the Philosophy of Law ،1921.
5. (1)Cornu Gerard: Linguistique juridique ،Paris ،2005.