Journal Of the Iraqia University (73-4) February (2025)

ISSN(Print): 1813-4521 OnIine ISSN:2663-7502
Journal Of the Iraqia University
available online at: https://www.mabdaa.edu.iq

الانحراف التشريعي للسلطة التقديرية للمشرع الجنائي

الباحث
فرحة دعيم مظلوم

الإستاذه الدكتورة
جنان الخوري

الجامعة الاسلامية/لبنان

Abstract

One of the characteristics of the deviation of penal legislation is that it is attached to the discretionary power of the penal legislator, as it occurs in areas where the Constitution restricts the discretionary power of the penal legislator, that is, it occurs whenever the legislator enjoys a degree of freedom in exercising his legislative function The principle in legislation is that the legislator has discretionary authority to organize the subject of legislation according to what he deems appropriate and consistent with the provisions of the Constitution, and that the restricted authority has become an exception. The discretionary authority enjoyed by the legislator is limited by the public interest as it is a teleological restriction and the scope of every legislative action and its performers, except that it exceeds When the legislator exercises his legislative function within the limits of the public interest, otherwise his work falls within the scope of legislative deviation. Therefore, the constitution is in harmony with the requirements of achieving the public interest and ordering community affairs. The legislator is given a space of discretion through which he can achieve the tasks entrusted to him, in addition to the inability to limit all the powers of the legislator in a way that allows him to keep pace with developments in events and developments in matters. Therefore, in this case, discretionary power is considered a given in public law jurisprudence.

الملخص:

وإذا كان من خصائص انحراف التشريع الجزائي هو ملازمته للسلطة التقديرية للمشرع الجزائي إذ يحدث في المجالات التي يكون الدستور فيها قيد سلطته التقديرية للمشرع الجزائي أي يحدث متى ما تمتع المشرع بقسط من الحرية في ممارسة وظيفته التشريعية.أن الأصل في التشريع أن المشرع يمتلك سلطة تقديرية في تنظيم محل التشريع وحسب ما يراه مناسباً ومتفقاً مع نصوص الدستور وأن السلطة المقيدة أصبحت استثناء، فأن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع تحدها المصلحة العامة باعتبارها قيدا غائياً ونطاقاً لكل عمل تشريعي، ومؤدوه، إلا يتجاوز المشرع حينما يمارس وظيفته التشريعية حدود المصلحة العامة والا وقع عمله في دائرة الانحراف التشريعي ، لذا فإن الدستور انسجاماً مع متطلبات تحقيق المصلحة العامة وانتظام شؤون المجتمع ، يمنح المشرع مساحة من التقدير ليتمكن من خلالها تحقيق ما أوكل إليه من مهام ، فضلا عن عدم إمكانية حصر جميع اختصاصات المشرع بشكل يسمح له من مواكبة تطورات الأحداث ومستجدات الأمور، لذا والحالة هذه فأن السلطة التقديرية تعد من المسلمات في فقه القانون العام .

الكلمات المفتاحية: الانحراف التشريعي الجنائي، السلطة التقديرية ، السلطة المقيدة ، السلطة المنعدمة ، غاية التشريع ، التوجهات النفعية ، القيم الاجتماعية .

المقدمة:

وإذا كان من خصائص انحراف التشريع الجزائي هو ملازمته للسلطة التقديرية للمشرع الجزائي إذ يحدث في المجالات التي يكون الدستور فيها قيد سلطته التقديرية للمشرع الجزائي أي يحدث متى ما تمتع المشرع بقسط من الحرية في ممارسة وظيفته التشريعية.

وعليه يمكن القول باستبعاد تصور وقوع انحراف التشريع الجزائي مع السلطة المقيدة للمشرع، في الأحوال التي يكون الدستور قد رسم فيها أحكام محددة للمشرع، ولم يترك له مجال التقدير والاختيار، فإذا جاوز المشرع الجزائي السلطة المحددة كان التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور، وليس لانطوائه على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.وبما أن الأصل في التشريع أن المشرع يمتلك سلطة تقديرية في تنظيم محل التشريع وحسب ما يراه مناسباً ومتفقاً مع نصوص الدستور وأن السلطة المقيدة أصبحت استثناء، فأن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع تحدها المصلحة العامة باعتبارها قيدا غائياً ونطاقاً لكل عمل تشريعي، ومؤدوه، إلا يتجاوز المشرع حينما يمارس وظيفته التشريعية حدود المصلحة العامة والا وقع عمله في دائرة الانحراف التشريعي. كما ان السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع الجنائي تستند إلى العديد من النصوص الدستورية ، لكونها وثيقة الصلة بحقوق وحريات الأفراد وتحقيق المصلحة العامة وتوجد عدة مبرارات عديدية تفرض منحها للمشرع الجزائي ، إذ تجد السلطة التقديرية اساسها في الدستور ، إذ يعد الدستور المصدر الاساس للسلطة التقديرية لتقرير حرية التقدير للمشرع ، أيماناً من المشرع الدستوري بعدم غل يد المشرع الجزائي وأن يترك له مجالاً وافياً من الحرية لان قيام الدستور بالإحاطة بجميع الموضوعات تقييداً وتنظيماً أمراً مستحيلاً من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، إذ أن كشف توجهات المشرع نحو الأبتكار والخلق والأبداع تتطلب منح المشرع الجزائي السلطة التقديرية . فضلا عن ذلك تجد السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع مصدرها في القضاء الدستوري من خلال ممارسته لدوره في الرقابة على دستورية القوانين، أو تفسيره لنصوص الدستور. إذ كان المجلس الدستوري بشكل مستمر على المحافظة على جوهر السلطة التقديرية للمشرع، ويؤكد على انه لا يجوز التعرض لمناقشة تقديرات المشرع بصدد ضرورة التشريع أو ملائمة التشريع.

ومن صور التقدير التي يتمتع بها المشرع الجزائي كما سنرى من خلال ما يحيله الدستور من موضوعات من موضوعات معينة تدعوا الحاجة إلى تنظيمها بقوانين معينة، وذلك بإن يضع الدستور المبدأ العام ويحيل إلى المشرع تنظيم ما يتعلق من حيثيات، بأن يذكر الدستور عبارة " وينظم بقانون، أو بناء على قانون، أو في الأحوال التي يحددها القانون، أو بالشروط التي ينص عليها القانون، أو وفق أحكام القانون

وقد ينظم الدستور مسألة ما معينة بنصوص قطعية ولا يجوز النيل منها، إذ يمتنع على المشرع الجزائي التصدي لها بإصدار تشريعات جزائية، ولا يبقى له أدنى سلطة إزاءها، لان التقييد الذي يفرض المشرع الدستوري في شأن الموضوع الذي يتولاه قد يصل ألى الحد الذي تنعدم فيه حرية المشرع الجزائي.وأن لمنح السلطة التقديرية للمشرع الجزائي له مبررات عديدة الدستور انسجاماً مع متطلبات تحقيق المصلحة العامة وانتظام شؤون المجتمع، يمنح المشرع مساحة من التقدير ليتمكن من خلالها تحقيق ما أوكل إليه من مهام، فضلا عن عدم إمكانية حصر جميع اختصاصات المشرع بشكل يسمح له من مواكبة تطورات الأحداث ومستجدات الأمور، لذا والحالة هذه فأن السلطة التقديرية تعد من المسلمات في فقه القانون العام.

أولا موضوع الدراسة :

وبما أن الأصل في التشريع أن المشرع يمتلك سلطة تقديرية في تنظيم محل التشريع وحسب ما يراه مناسباً ومتفقاً مع نصوص الدستور وأن السلطة المقيدة أصبحت استثناء، فأن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع تحدها المصلحة العامة باعتبارها قيدا غائياً ونطاقاً لكل عمل تشريعي، ومؤدوه، إلا يتجاوز المشرع حينما يمارس وظيفته التشريعية حدود المصلحة العامة والا وقع عمله في دائرة الانحراف التشريعي.

وبما أن الانحراف التشريعي يدور وجوداً وعدماً مع السلطة التقديرية، وعليه فمن يحصر دائرة حدوث انحراف التشريع الجزائي بوجود السلطة التقديرية وحدودها وتمييزها عن السلطتين المقيدة والمنعدمة.إلا أن القول بامتلاك المشرع سلطة تقديرية في تعاطيه مع موضوعات معينة لايراد منه بأي حال من الأحوال الإطلاق الكامل ليد المشرع في ذلك الشأن، إذ ان السلطة التقديرية يجب أن تمارس في إطار التنظيم دون المساس بأصل الحق والحرية موضوع التنظيم التشريعي.وعليه فإن المشرع في حدود الدستور له سلطة التشريع، مالم يقيده الدستور بقيود محددة ، فإن سلطته في التشريع سلطة تقديرية ، بحيث إن السلطة التقديرية هي الأصل في التشريع والسلطة المحددة هي الاستثناء . لذا فإن الدستور انسجاماً مع متطلبات تحقيق المصلحة العامة وانتظام شؤون المجتمع، يمنح المشرع مساحة من التقدير ليتمكن من خلالها تحقيق ما أوكل إليه من مهام ، فضلا عن عدم إمكانية حصر جميع اختصاصات المشرع بشكل يسمح له من مواكبة تطورات الأحداث ومستجدات الأمور ، لذا والحالة هذه فأن السلطة التقديرية تعد من المسلمات في فقه القانون العام .

ثانياً- إشكالية الدراسة :

تكمن إشكالية البحث في معرفة ماهية الانحراف التشريعي للسلطة التقديرية للمشرع الجنائي في ظل التشريعات الجزائية المختلفة ، لذلك نجد التشريعات المصرية والفرنسية والتشريعات العراقية ، إذ تناقش الدراسة قضية هامة متمثلة في مدى الاحراف الناتج عن السلطة التقديرية ، كما تكمن إشكالية الدراسة في معرفة ماهية السلطة التقديرية وأساسها الدستوري ومبرراتها ومعرفة العوامل المختلفة التي تؤثر فيها حيث يسعى للإجابة على مجموعة من التساؤلات الدراسة وهي :

– ما أثر الانحراف التشريعي للسلطة التقديرية للمشرع الجنائي دراسة مقارنة (في التشريع الفرنسي والمصري والتشريع العراقي) .

–ما مدى الانحراف التشريعي في استعمال السلطة التقديرية وتطبيقاتها في(في التشريع الفرنسي والمصري والتشريع العراقي) .

ثالثا منهجية الدراسة:

في سبيل دراسة هذا الموضوع وللوصول إلى الأهداف والإجابة على الإشكالية المطروحة نفضل الاعتماد على المنهج:

١–التحليلي: ويقوم على أساس الخوض في الانحراف التشريعي الجنائي في مجال السلطة التقديرية وذلك من خلال عرض بعض القرارات القضائية في القضاء الدستوري العراقي والمقارنة والتي تطرقت للضوابط التي تصاحب السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع الجنائي في التشريعية الجنائية العراقية الأفكار والعمل على تحليلها والذي يهدف إلى الوصول إلى أكبر قدر من الحماية الازمة للحقوق والحريات امام انحراف المشرع الجزائي في استعمال سلطته التشريعية. أن المشرع يخضع لعدة ضوابط يحددها الدستور، تكفل عدم صيرورة السلطة التقديرية سلطة تحكم، تصان الحقوق والحريات موضوع التنظيم، إذ ان السلطات التي يختص بها المشرع أيا كان مصيرها، يجب ان تكون سلطات منضبطة بعيدة عن التعسف في الاستعمال والتشفي والاستغلال حيث يلتزم فيها المبادئ الدستورية.

٢–كونه تطبيقيا: تتناول الدراسة جانبا من التطبيقيات القضائية في مجال السلطة التقديرية الصادرة من القضاء الدستوري في العراق وفي الدول المقارنة حتى تكون الدراسة أكثر فائدة وأكثر واقعية.

٣–كونه مقارنا: تقوم الدراسة على المقارنة بين النصوص الواردة بين قانون العقوبات العراقي والقوانين الجنائية الخاصة مع القوانين في التشريعات العقابية المقارنة في مجال السلطة التقديرية والانحراف التشريعي الجنائي فيها

رابعاً: نطاق الدراسة:

إن موضوع السلطة التقديرية للمشرع الجنائي مفهوم واسع ومترامي الأطراف لذا فإننا نحدد هذه الدراسة بالبحث في مدى انحراف المشرع الجنائي في استعمال السلطة التقديرية للمشرع الجنائي وعلاقة السلطة التقديرية بركن الغاية والانحراف التشريعي دون التعرض إلى حدود هذه السلطة من خلال القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التقديرية للمشرع الجنائي أزاء تنظيم بعض الموضوعات والتي تحد من نطاق السلطة التشريعية التي يمتلكها فلا تكون مارستها، أو تركه قدراً من الحرية بصدد ممارسة المشرع الجنائي للتشريع الجنائي.

خامساً: أهمية الدراسة:

يهدف البحث إلى مجموعة من الأهداف المختلفة وهي:

–التعرف على الانحراف التشريعي الجزائي في ظل السلطة التقديرية للمشرع الجنائي.

– التعرض للعوامل التي تؤدي إلى حدوث الانحراف التشريعي في السلطة التقديرية وأساسها الدستوري ومبرراتها.

– التعرف على علاقة السلطة التقديرية بركن الغاية في ضوء التوجهات النفعية والقيم الاجتماعية ومدى التزام المشرع الجنائي بها في اثناء ممارسته لسلطته التقديرية.

–التعرف على نماذج وتطبيقات الانحراف التشريعي في السلطة التقديرية.

يجد موضوع الانحراف التشريعي للسلطة التقديرية للمشرع الجنائي أهمية للبحث والدراسة والتأصيل، وأيضاً تكمن أهمية الدراسة في أنها تعالج موضوعا بالغا في الأهمية وهو السلطة التقديرية للمشرع الجنائي في الحد من حيدة المشرع الجنائي عن أهداف المصلحة العامة، لان المشرع الجنائي أثناء استعمال سلطته في التقدير قد ينحرف عن المبادى الدستورية بإصدار تشريعات جنائية خدمة لمصالح فئة معينة، خروجاً عن الغاية خدمة للمصالح النفعية أكثر من ابتغائها للمصلحة العامة.

وهذا يستوجب أن يكون التشريع الجنائي الناجع لابد له ان يسبقه عملية تقييم شاملة للأفعال الأكثر خطورة والتي تخل بالحس الأخلاقي لأبناء المجتمع.

سادساً: خطة الدراسة:

وسوف تقسم الدراسة كالاتي:

المطلب الأول: السلطة التقديرية للمشرع الجنائي في التجريم وأساسها ومبرراتها.

المطلب الثاني: علاقة السلطة التقديرية بركن الغاية والانحراف التشريعي.

الانحراف التشريعي للسلطة التقديرية للمشرع الجنائي

تعد السلطة التقديرية للمشرع أساس عملية التشريع، وان التحديد والتقيد هو الاستثناء في العمل التشريعي، وأن ما تفرضه نصوص الدستور من ضوابط وقيود على عمل المشرع لا تعني حرمانه من التقدير، وفقدانه للسلطة التقديرية، إذ أن طبيعة عمل المشرع الجزائي يتصل بمنحه بقدر من الحرية ليكون قادراً على مواكبة التطورات والتغيرات الهائلة التي تطرأ على سائر نواحي الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وبما أن نطاق وقوع الانحراف التشريعي بالمدى التي يتمتع به المشرع بالسلطة التقديرية، لذا لابد من دراسة مفهوم السلطة التقديرية من حيث تعريفها وأساسها الدستوري ومبرراتها، ومن ثم وعلاقتها بركن الغاية وانحراف التشريع الجزائي. وبما ان عيب انحراف التشريع الجزائي يتعلق أساساً بالغاية من التشريع، فالمشرع لايتوخى بتنظيمه للحقوق على اختلافها، كالحق في الحياة والحق في الحرية الشخصية وفي حرية التعبير، إذ لا يكون هذا التنظيم من فراغ، وإنما لأغراض محددة يستهدفها ويعمل على تحقيقها، والتي تحدد مقصده من هذا التنظيم ومضمون النصوص القانونية التي يحتويها ونتيجة لما سبق يتعين علينا التطرق إلى غاية التجريم باعتبار أن الغاية من التجريم هي تحقيق المصلحة العامة، وأن سير المشرع بعيداً عن تلك الغاية يعتبر انحرافا، لذا يتعين التطرق في الفرع الأول إلى بحث السلطة التقديرية للمشرع الجنائي في التجريم في المطلب الأول متعرضين فيه إلى تعريف السلطة التقديرية للمشرع الجزائي واساسها الدستوري ومبرراتها في المطلب الأول ومن ثم والى سلطة المشرع الجزائي التقديرية وعلاقتها بركن الغاية والانحراف بالتشريع الجزائي في المطلب الثاني وهذا ما نتعرض له تباعاً:

المطلب الأول: السلطة التقديرية للمشرع الجنائي في التجريم وأساسها الدستوري ومبرراتها.

بات من المتعارف عليه أنه إذا لم تضع على سلطة المشرع في المسائل المتعلقة بموضوع التنظيم التشريعي حدوداً وقيوداً كانت سلطته تقديرية ، إذ له في هذا الصدد أن يقرر التشريعات دون قيود ويختار الوقت الذي يراه مناسباً لتدخله التشريعي وفقاً لأحكام الدستور ، إلا أن بعض الموضوعات قد يخرجها الدستور من نطاق السلطة التشريعية وتنحسر عنها سلطة المشرع وبالتالي يحظر على المشرع تناولها ، إضافة إلى أن المصادر التي يستقي منها المشرع سلطته التقديرية متعددة ومتنوعة ، إذ تستند السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع الجنائي إلى العديد من النصوص الدستورية لكونها وثيقة الصلة بحقوق وحريات الأفراد وتحقيق المصلحة العامة ، فضلا عن ذلك توجد مبررات عديدة تفرض منحها للمشرع الجزائي ، وعليه سوف نتعرض إلى تعريف السلطة التقديرية في الفرع الأول ومن ثم التعرض إلى الأساس الدستوري للسلطة التقديرية ومبرراتها في الفرع الثاني .

الفرع الأول: السلطة التقديرية للمشرع الجنائي في التجريم.

يقصد بالسلطة التقديرية من الناحية الاصطلاحية "حرية المفاضلة والاختيار بين خيارات موضوعية لما يراد تنظيمه بقانون دونما فرضا لطريق محدد يلتزم بأتباعه وتوجيهاً محدداً يتعين عليه التزامه " والتقدير مصطلح يراد به " أمكانية التقدير الحر أي العمل على وفق الإرادة الذاتية لصاحب الاختصاص " فهو يفيد تعدد القرارات المتوفرة تحت آمرة صاحب التصرف وإمكانية في أن يختار الأنسب بينها.من مستلزمات البحث في مفهوم السلطة التقديرية للمشرع الجزائي في مجال الانحراف التشريعي في القوانين الجنائية وثيقة الصلة بحقوق وحريات الأفراد وتحقيق المصلحة العامة التعرض لأساسها الدستوري أولا وتحديد مبرراتها ثانياً وهو ما سنتطرق له في الفرع الأول، ومن ثم التعرض إلى اللأساس الدستوري لسلطة التقديرية وعلاقتها بركن الغاية والانحراف التشريعي الجزائي في الفرع الثاني وهذا ما سنتناوله في الفرعين الآتيين:

الفرع الثاني: الاساس الدستوري للسلطة التقديرية ومبرراتها.

تستند السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع الجنائي إلى العديد من النصوص الدستورية، ولكونها وثيقة الصلة بحقوق وحريات الأفراد وتحقيق المصلحة العامة توجد مبررات عديدة تفرض منحها للمشرع الجزائي ، وعليه سوف نتعرض إلى الأساس الدستوري للسلطة التقديرية للمشرع الجزائي في مجال التجريم ، ومن ثم إلى مبرراتها ثانياً :

أولاً – الأساس الدستوري للسلطة التقديرية.

عند الحديث عن السلطة التقديرية فلا مناط من التعرض إلى مصادرها، إذ يعد الدستور المصدر الأساس للسلطة التقديرية لتقرير حرية التقدير للمشرع، إيمانا من المشرع الدستوري بعدم غل يد المشرع الجزائي وأن يترك له مجالاً وافياً من الحرية لان قيام الدستور بالإحاطة بجميع الموضوعات تقييداً وتنظيماً أمراً مستحيلاً، من ناحية، ومن ناحية أخرى، إذ أن كشف توجهات المشرع نحو الابتكار والخلق والإبداع تتطلب منح المشرع السلطة التقديرية ويمكن الاستدلال على التوجه الدستوري للمشرع بممارسة سلطه التقدير في موضوعات معينة، من خلال النصوص التي ترد في الوثيقة الدستورية، لا يقيد فيها الدستور سلطة المشرع بكيفية معينة، يظهر ذلك من خلال صياغة القاعدة الدستورية بالشكل الذي يسمح للمشرع بتنظيم موضوع تلك القاعدة شريطة عدم أهدار ما يضعه الدستور من إطار عام يحكمها إذ أن الغاية الأساسية من القيود التي يضعها الدستور هي أن لا تتمكن السلطة التشريعية من التعرض أو انتهاك المحتوى الأساسي للحقوق والحريات الأساسية أو تغيير طبيعتها. وهذا ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في قضاءه الصادر في ١٥ يناير ١٩٧٥ المتعلق بالإجهاض، إذ تضمن بأن مبدأ الحق في الحياة الذي تم الاحتجاج به لا يعد محددا، كما انه لا يتعارض مع إقرار المشرع لإباحة الحق في الإجهاض، وحريته في اختيار الطريقة المناسبة لوضع المبدأ الدستوري موضع التنفيذ، طالما لم يصل إلى حد إهدار المبدأ الدستوري مبدأ الحق في الحياة. وأن عدم إقرار المشرع الحق في الحياة للجنين الصناعي، يرجع إلى حق الأم في عدم الالتزام بالإبقاء عليه دون التقيد بمدة محددة، وبصرف النظر عن الظروف التي تلم بها. وأيضا الحق في الأعلام نشر فلم وثائقي مرئي ومتطلبات إعادة التكييف الاجتماعي لموقوف أنهى مدة حكمه.وهذه المسألة تسمى في القانون الألماني التصادم بين الحقوق الأساسية، حيث يكون هناك تصادم في الحقوق والحريات الأساسية عندما يتمتع شخصان من أشخاص القانون بحقوق أساسية غير منسجمة أو متعارضة.وقد واجه المجلس الدستوري الفرنسي هذه الوضعية عدة مرات في المراجعات التي المقدمة إليه وحلها بنفس الطريقة التي اتبعتها المحاكم الأوربية، والمجلس لا يعطي الأفضلية المبدئية لحق أساسي دون على أخر نظراً لعدم وجود هرمية بينها إلى إي فئة انتمت، والا كان على المجلس الدستوري أن يوفق بين الحق في الحماية الصحية وحرية المبادرة والتملك، وبين حق الإضراب من جهة والحق بالمقاضاة، وبين الحق في الحماية الصحية وحماية الأملاك والأموال . ومن النصوص الدستورية التي وردت في الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ والتي تعد إقرارا لسلطة المشرع في التقدير من خلال عدم التزامه بالتصرف على وفق آلية محددة سلفاً ، ما جاء في المادة ٨٨ التي نصت على أن " تلتزم الدولة برعاية مصالح المصريين المقيمين بالخارج ، وحمايتهم وكفالة حقوقهم وحرياتهم ، وتمكينهم من أداء واجباتهم العامة نحو الدولة والمجتمع ، وإسهامهم في تنمية الوطن ، وينظم القانون مشاركتهم في الانتخابات بما يتفق والأوضاع الخاصة بهم ، دون التقييد في ذلك بأحكام الاقتراح والفرز وإعلان النتائج المقررة بهذا الدستور ، وذلك كله مع توفير الضمانات التي تكفل نزاهة عملية الانتخاب والاستفتاء وحيادها " .أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد سلك ذات النهج المعتمد في الدساتير المقارنة ، إذ نصت المادة ٣١ منه على أن " أولاً : لكل عراقي الحق في الرعاية الصحية ، وتعني الدولة بالصحة العامة ، وتكفل وسائل الوقاية والعلاج ، بإنشاء مختلف أنواع المستشفيات والمؤسسات الصحية . ثانياً: للأفراد والهيئات إنشاء مستشفيات أو مستوصفات أو دور علاج خاصة وبإشراف من الدولة وينظم ذلك بقانون". إذ أن من النصوص السابق، أنها وضعت مبدأ دستورياً عاماً، يتضمن كفالة بعض حقوق الأفراد، لكنها لم تضع الكيفية التي يجب يتبعها المشرع في تنظيمه لتلك الحماية أو تحديد أسلوبها، مما يتيح للمشرع قابلية التقدير، ولم يلزم فيها المشرع بالعمل وفق أسلوب معين. وقد تكون تلك النصوص الدستورية التوجيهية أو الإرشادية، من مصادر التقدير التي يمارسه المشرع، والتي تكشف عن الفلسفة التي يقوم عليها كيان الدولة في المجالات السياسية والاقتصادية والسياسية وترد تلك النصوص غالباً في مقدمات الدساتير.ومن صور التقدير التي يتمتع بها المشرع من خلال ما يحيل إليه الدستور من موضوعات معينة تدعوا الحاجة إلى تنظيمها بقوانين معينة ، وذلك بأن يضع الدستور المبدأ العام ويحيل إلى المشرع تنظيم ما يتعلق من حيثيات ، بأن يذكر الدستور عبارة " وينظم بقانون ، أو بناء على قانون ، أو في الأحوال التي يحددها القانون ، أو بالشروط التي ينص عليها القانون ، أو على وفق أحكام القانون .من ذلك ما أوردته الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ والتي تنص على أن " يعتبر ناخبو المواطنون الفرنسيين البالغين سن الرشد من الجنسين والمتمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية ، وذلك بالشروط التي ينص عليها القانون " .وما جاء في المادة ٢٩ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ إلى التزام الدولة بتوفير مستلزمات الإنتاج الزراعي والحيواني على النحو الذي ينظمه القانون حيث جاء فيها " الزراعة مقوم أساسي للاقتصاد الوطني وتلتزم الدولة بتوفير مستلزمات الإنتاج الزراعي والحيواني وشراء المحاصيل الزراعية الأساسية بسعر مناسب يحقق هامش ربح للفلاح ..... وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون " .

أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فيمكن القول أن السلطة التقديرية التي خولها الدستور للسلطة التشريعية من السعة، إذ تتعدد المواد التي أحال فيها الدستور للمشرع أن يتدخل فيها تنظيماً على وفق القانون، من ذلك ما نصت عليه الفقرة / ثانياً / المادة ٢٨، والتي جاء فيها " يعفى أصحاب الدخول المنخفضة من الضرائب، بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة، وينظم ذلك بقانون "

فضلا عن ذلك تجد السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع مصدرها في القضاء الدستوري من خلال ممارسته لدوره في الرقابة على دستورية القوانين، أو تفسيره لنصوص الدستور. إذ كان المجلس الدستوري بشكل مستمر على المحافظة على جوهر السلطة التقديرية للمشرع، ويؤكد على انه لا يجوز التعرض لمناقشة تقديرات المشرع بصدد ضرورة التشريع أو ملائمة التشريع. أيضا فيما يتعلق بموقف المحكمة الدستورية العليا في مصر، إذ أكدت على ذات التوجه الذي يرتكز على أقرار سلطة المشرع التقديرية، بأنه " كلما استقام الجزاء على قواعد يكون فيها ملائما ومبررا فإن أبدال المحكمة الدستورية العليا لخياراتها محل تقدير المشرع في شأن تقرير جزاء أو تحديد مداه، لا يكون جائزاً دستوريا ".

وأخيراً تعد المبادئ العامة من مصادر السلطة التقديرية للمشرع، ويراد بها، مجموعة القواعد التي عكف القضاء على استخلاصها من مختلف المصادر القانونية المعمول بها في الدولة تشريعية كانت تلك المصادر، أم مجرد قواعد عامة أوردتها إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الدولية ومقدمات الدساتير، أو من خلال ما استقر في ضمير الجماعة من قيم عليا أصبحت واجبة الاحترام والالتزام وغدت من مصادر المشروعية، مثل قيم العدل والحرية والمساواة وغيرها.ومن أمثلة المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية والتي جوهرها تحقيق الملائمة بين نصوص الدستور والواقع الذي تنشأ به ، ما أوردته الإعلانات حقوق الإنسان ومقدمات الدساتير التي اشتملت على قيم عليا لا سبيل لانتهاك جوهرها ، والتي تعد مرجعاً للاقتداء به من قبل المشرع ، إذ لايمكنه إهدارها وإلا عد عمله التشريعي غير دستوري وكأنه خالف نصاً ورد في متن الوثيقة الدستورية ، وكذلك تعد مرجعاً للرقابة القضائية ، ذلك أن رقابة القضاء الدستوري وهو بصدد ممارسة دوره في الرقابة على دستورية القوانين يضع في اهتمامه مدى التزام المشرع بتلك المبادئ ، وبالتالي القرار بعدم دستورية التشريعات التي ينتهكها.ومن أمثلة تلك المبادئ التي أكدها القضاء الدستوري سواء بمناسبة أدائه لدوره في الرقابة على دستورية القوانين ، أو تفسير نصوص الدستور ، والتي أنزلها منزلة القواعد الدستورية ، وألزم المشرع بضرورة الاقتداء بها وعدم انتهاكها فيما يضعه من تشريعات ، ما نصت عليه المادتان الخامسة والثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩ ، إذ نصت المادة الخامسة على أن " ليس للقانون الحق في منع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع ، فكل ما لا يحرمه القانون ، لا يمكن منعه ، ولا يمكن أجبار احد على فعل ما لا يأمر به القانون " .وجاء في المادة الثامنة منه " يجب أن لا يقيم القانون ألا العقوبات الضرورية حصراً وبداهة ، ولا يمكن معاقبة أي إنسان ألا على وفق أحكام القانون القائم والصادر في وقت سابق لوقوع الجريمة والمطبق بصورة شرعية " .فضلا عما أورده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة ١٩٤٨، من النص على ذات المبادئ التي تمثل قيم عليا يجب على المشرع التزامها عند ممارسته سلطته في التجريم والعقاب، إذ نصت المادة الخامسة منه على أن " لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا العقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الإحاطة بالكرامة ". إذ عارض الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التعذيب والإعمال الوحشية لما يترتب عليها من انتهاكا لإنسانية الإنسان والذي هو في الواقع تحد بشع لمبادئ الأخلاق.وتجدر الإشارة في هذا المجال أيضا إلى النصوص التي جاءت بها اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي اعتمدت من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ كانون الأول ١٩٨٤، إذ أن حماية حقوق وحريات الأفراد شكلت فيها ضرورة دعت إلى تجريم يرقى إلى مستوى التعذيب

ثانياً – مبررات السلطة التقديرية.

يعد تشريع القوانين من أهم اختصاصات السلطة التشريعية، لذا فإن الدستور انسجاماً مع متطلبات تحقيق المصلحة العامة وانتظام شؤون المجتمع، يمنح المشرع مساحة من التقدير ليتمكن من خلالها تحقيق ما أوكل إليه من مهام، فضلا عن عدم إمكانية حصر جميع اختصاصات المشرع بشكل يسمح له من مواكبة تطورات الأحداث ومستجدات الأمور، لذا والحالة هذه فأن السلطة التقديرية تعد من المسلمات في فقه القانون العام. كما أن إحاطة الدستور عمل المشرع بقيود معينة يتعين عليه الالتزام بها ، لم يكن ألا الوجهة الأولى التي يقصدها في توفير اكبر قدر من الضمانات لحقوق وحريات الإفراد ، أريد أن تكون بمنأى عن حرية التقدير التي يسلكها المشرع معها تحديداً وتنظيماً ، لان القول بامتلاك المشرع سلطة تقديرية في تعاطيه مع موضوعات معينة لايراد منه بأي حال من الأحوال الإطلاق الكامل ليد المشرع في ذلك الشأن ، إذ ان السلطة التقديرية يجب أن تمارس في إطار التنظيم دون المساس بأصل الحق والحرية موضوع التنظيم التشريعي وبخلافه يكون العمل

الذي أتاه المشرع مخالفاً للدستور، وهذا ما أكده عليه دستور جمهورية العراق في م ٤٦ منه والتي نصت على أن " لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور تحديدها بقانون أو بناء عليه على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية " .

وعليه يتضح لنا أن السلطة التشريعية حينما تمارس اختصاصها الأصيل في سن القوانين، فإن سلطتها في ذلك، أما أن تكون مقيدة، وأما إن تكون تقديرية، فكلما فرض الدستور قيداً على السلطة التشريعية في ممارستها لاختصاصاتها التشريعية، فإن سلطتها تكون مقيدة بمراعاة القيد الذي فرضه الدستور. لان الدستور فرضها وهو سلطة أعلى – لا تعتبر مقصودة لذاتها، وإنما يفرضها الدستور لتحقيق مصالح يراها جديرة بالرعاية.وقد بينا فيما سبق إن عيب الانحراف في التشريع الجزائي عيب غائي، يتحقق إذا لم يتوخى المشرع وهو بصدد أعمال سلطته التقديرية في التشريع المصلحة العامة، وانحرف عنها إلى غاية أخرى. وهذا العيب يدور مع السلطة التقديرية للمشرع حيثما دارت، فحينما تمارس السلطة التشريعية اختصاصها الأصيل في سن القوانين، فإن سلطتها في ذلك، أما أن تكون مقيدة، وأما ان تكون تقديرية، فكلما فرض الدستور قيداً على السلطة التشريعية في ممارستها لاختصاصاتها التشريعية، فإن سلطتها تكون مقيدة بمراعاة القيد الذي فرضه الدستور لان الدستور فرضها وهو سلطة أعلى – لا تعتبر مقصودة لذاتها، وإنما يفرضها الدستور لتحقيق مصالح يراها جديرة بالرعاية.

لذا يتولى المشرع الجنائي – بمقتضى اختصاصه الدستوري وضع قواعد التجريم والعقاب حينما تقتضي ذلك الضرورة الاجتماعية، حماية لكافة المصالح الجديرة بالحماية الجزائية.وتأسيسا على ما تقدم يتبين لنا أن المشرع يخضع لعدة ضوابط يحددها الدستور، تكفل عدم صيرورة السلطة التقديرية سلطة تحكم، تصادر الحقوق والحريات موضوع التنظيم، إذ ان السلطات التي يختص بها المشرع أيا كان مصيرها، يجب ان تكون سلطات منضبطة بعيدة عن التعسف في الاستعمال والتشفي والاستغلال حيث يلتزم فيها المبادئ الدستورية.وإلى ذلك ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر عندما تعرضت إلى الضوابط التي تصاحب السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع حيث أكدت بأن " الدستور لا يدعو بالنصوص التي يتضمنها لأمر يكون مندوباً ، بل يقر ما يكون لازما ، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو إرجائها بل يقيدها بالضرورة فلا يتخطاها أو يميل انحرافا عنها ، وكذلك فإن القيود التي يفرضها الدستور على المشرع ، هي التي تحد نطاق السلطة التقديرية التي يمتلكها في موضوع تنظيم الحقوق ، فلا تكون ممارستها انفلاتا من كوابحها ، أو إخلالا بضوابط تنظيمها ، فمن غير المتصور أن يكون التقييد بنصوص الدستور عائدا لمحض تقدير المشرع ومحدوداً على ضوء المصالح التي ينسبها ، ذلك ان التقدير في تطبيق إحكام الدستور تعبر عن إرادة أعلى ، وهي تستند إليها السلطتان التشريعية والتنفيذية في تأسيسها ، فإذا انشأتا وفق الدستور ، تباشر كل منهما وظيفتها في الحدود التي رسمها فلا تتحلل احدهما منها ، وإلا كان ذلك تمرداً من جانبها وعلى ضوابط حركتها التي استقام بها بنيانها " وعلى هدى ما تقدم أن منح المشرع الجزائي للسلطة التقديرية والتدخل التشريعي من قبله يجب أن يمارس في إطار الدستور وفي نطاق إحكامه، فلا يمكن للمشرع – استنادا إلى السلطة التقديرية أن يقوم بانتقاص الحقوق والحريات أو المساس بجوهرها وعدم تمكين الأفراد من الإفادة منها.

وعليه يتبين لنا مما أن أهم الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية التي يمتلكها المشرع الجزائي هي عدم اتخاذ السلطة الممنوحة له حجة لغرض أستأصال الحقوق والحريات التي منحها الدستور للأفراد في نصوصه تنظيماً لاينتقص من الحقوق والحريات ولا يؤدي إلى إهدارها، وإنما للمشرع فقط تناولها بالتنظيم والالتزام بمقتضيات الضرورة الاجتماعية التي تعد اللبنة الأولى في سن القوانين الجنائية.فإذا خرج المشرع الجزائي عندما يتمتع بالسلطة التقديرية – على الدستور أصابها عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وبالتالي يقع عملها تحت طائلة الأعمال المشوبة بعدم الدستورية.

المطلب الثاني: علاقة السلطة التقديرية بركن الغاية والانحراف التشريع الجنائي.

من المسلم به أن وراء كل عمل قانوني تتخذه السلطات العامة في الدولة عند توافر أسبابه وشروطه هو تحقيق غاية محددة، والتشريع كعمل قانوني وجد في أساسه كوسيلة بيد الدولة لتحقيق الغايات التي ترمي القواعد الدستورية إلى تحقيقها، وهي المصلحة العامة أو أحد جوانبها على وجه التخصيص. فالتشريع هو وسيلة لتحقيق النفع العام، بمعنى أن تحقيق المصلحة العامة غاية أساسية للتشريع وهدفه النهائي.

وعليه فإن أي تدخل من قبل المشرع لإصدار التشريع، فيجب أن يكون مبنياً على تحقيق المصلحة العامة إلا أن مفهوم المصلحة العامة مفوم واسع ومرن، فما يراه البعض من المصلحة العامة، قد يراه آخرون خلاف ذلك. كما أن للقيم الاجتماعية اثراً مهماً في توجيه المشرع الجنائي إلى استخدام سلطته في مجال التجريم، في إيراد نصوص تجريم في صلب التشريع الجزائي لتوفير حماية جنائية لها. فضلا عن ذلك للتوجهات النفعية اثرا في دفع المشرع إلى أصدار تشريعات معينة. وعليه سنحاول بين علاقة السلطة التقديرية بركن الغاية في الفرع الأول والانحراف التشريعي في الفرع الثاني:

الفرع الأول – السلطة التقديرية وعلاقتها بركن الغاية.

أن غاية التشريع وهدفه النهائي ، هي المصلحة العامة ، وتحقيق النفع العام ، بل هي غاية كل عمل قانوني ، فعندما يتدخل المشرع الجزائي لسن قانون جزائي عند توفر أسبابه ودوافعه ، فأنه يضع نصب عينيه تحقيق غاية أو غرض يستهدفه من تشريع القانون أو أنها النتيجة النهائية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها ، أو الهدف البعيد للتشريع .ويجب أن تكون الغاية مشروعة أولاً ، وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، ومن هنا كانت رقابة تحقيق القانون للغاية المقررة لسائر إعمالا للسلطات العامة في الدولة – وهي الصالح العام – رقابة ضرورية وأساسية ، وأن مصدر المشروعية في القانون هو اتجاهه لتحقيق الصالح العام وأن جنوحه عن الاتجاه إلى هذا الهدف يؤدي إلى سلب مشروعية القانون في أهم أركانه وهو الغاية إذا كانت الرقابة الموضوعية للتثبت من تحقيق القانون للصالح العام فضلا عن ذلك يجب أن يكون استعمال المشرع للسلطة التقديرية مراعياً لما يفرضه الدستور من قيود ، وإنما يتعين فوق ذلك أن يجئ التشريع متلائما ومتسقاً مع روح الدستور وما استهدفه من مقاصد وغايات ، وغاية التشريع إما أن تكون مذكورة على نحو صريح في القاعدة القانونية الجنائية ، وذلك في الحالات التي تسمح بها السلطة التشريعية للمشرع الجزائي أن ينظم مسألة معينة ولكن لتحقيق غاية معينة مذكورة في القاعدة أعلاه ، أو قد لا تكون مذكورة بشكل صحيح ، فلا يكون المشرع الجزائي مقيداً في نهاية الأمر باستهداف المصلحة العامة والتي يجب أن تكون هي الغاية النهائية لكل نص قانوني وإطار لتحديد معناه ، فالمصلحة العامة تمثل قيداً غائياً على السلطة التقديرية المخولة للمشرع في تنظيم الحقوق ، فعليه أن لا ينحاز لغرض غير مشروع ، فإذا ما أخفى هدفاً غير مشروع فيما يسنه من قواعد تشريعية ، تعين الانتهاء من مجاوزته حدود استعمال السلطة المخولة له ، حتى لو كان يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق لان هذه السلطة تحدها قواعد الدستور وبناءاً على ما سبق أن للمشرع الجزائي غايات يراد لها أن تتحقق ومتطلبات ينبغي أن تنفذ، إذ أن ما يضطلع به المشرع من مهام، وما يؤديه من واجبات، يتحدد إلتزاماً بتحقيق المصلحة العامة والمحافظة على النظام العام، إذ لا يملك المشرع السير بعيداً عن تلك الغايات.وفيه نحاول الإجابة على التساؤل الذي يثور ومضمونه، هل من الصعب تصور أن التشريع الجزائي يمكن أن يكون محلاً للرقابة على الأغراض التي تدفع المشرع لإصداره، أذا كانت هذه الأغراض غير مشروعة، كالإضرار بفرد معين أو بفئة معينة بالذات، أو إفادة فرد أو فئة معينة أو خدمة لأغراض نفعية أو قيماً اجتماعية والتي من اجلها منح المشرع الجزائي السلطة التقديرية وفي حالة إذا خرجت النصوص الجزائية على الدستور؟ وبناءً على تقدم سنحاول الوقوف على انحراف الغايات التي يروم المشرع بلوغها من وراء التجريم وذلك من خلال النقطتين نتناول في الأولى انحراف غاية التجريم في ضوء التوجهات النفعية ومن ثم نتعرض في الثانية لبحث انحراف الغايات في ضوء القيم الاجتماعية وهذا ما سنتناوله تباعاً:

أولاً– انحراف غاية التجريم في ضوء التوجهات النفعية.

فيما يتعلق بركن الغاية يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد مفهوم المصلحة العامة، وفي إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة لتحديد ما يعبر منها عن المصلحة العامة بحق، وسلطته مقيدة في عدم استعمال هذه السلطة لتحقيق غاية أخرى غير التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة، مثل السعي لتحقيق مصالح سياسية أو حزبية، أو الأضرار بفرد معين بالذات، وإلا كان التشريع الجزائي منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، ويؤدي إلى عدم دستورية التشريع لانطوائه على هذا العيب.وتتباين غايات التجريم تبعاً لاختلاف ما يصار تبنيه من مذهب معين يمثل فلسفة الدولة، لان ما ينضوي تحت مشتملات المصلحة العامة قد يصعب تشخيصه على وجه الدقة ويتباين تقييمه من فترة لأخرى من فلسفة لغيرها، فيما يعد محققاً للصالح العام في زمن معين وفي ظل نظام حكم معين، قد لا يعدو كذلك في الفترة التي يتولى فيها زمام الحكم نظام أخر، تبعاً لاختلاف الفلسفة التي تؤسس وفقاً لها دعائم الدولة وتسير على منوالها سائر مؤسساتها. فضلا عن أن ما يراه المشرع محققاً لمتطلبات المصلحة العامة في زمن ومجتمع معينين، لا يكون كذلك في زمن لاحق وفي مجتمع أخر، الأمر الذي يترتب عليه القول بنسبية التجريم، انطلاقا من واقع المجتمع والعادات والمعتقدات السائدة فيه، إذ أن ما يمارسه المشرع الجزائي من اختصاص يتقرر اقتداءاً بركائز المصلحة العامة، ألا أن ما يختلف في ذات الشأن يتلخص في أن معطيات المصلحة العامة تتباين وفق الفلسفة التي يراد العمل ضمن إطارها وما يترسخ في المجتمع من قيم تستوجب الحماية الجنائية .

ثانياً – انحراف غاية التجريم في ضوء القيم الاجتماعية.

يراد بالتجريم في ضوء القيم الاجتماعية، التعرف على مبدأ نسبية التجريم والعقاب الذي يعد أمراً مسلماً به في جميع التشريعات الجنائية إهداء بما تطرحه القيم الاجتماعية السائدة.

وعلى النقيض مما التزامه المشرع في التجريم والعقاب في ضوء التوجهات النفعية والتي لم يراع فيها ما يتأصل في المجتمع من قيم ومُثل تستوجب الحماية، فالأصل أن توجه المشرع في ضوء القيم الاجتماعية يبتغي ما يرتكز في المجتمع من عقائد ومُثل وقيم راسخة، وحماية المصالح المختلفة وجوداً وعدماً مع تلك المرتكزات والقيم، والتي كن للأعراف السائدة والتقاليد والنظم الدينية والخلقية في التأكيد على أهميتها وضرورة تدخل المشرع لحمايتها. ومن المعلوم بناءً على ما سبق إن المصالح التي تسعى الدولة إلى حمايتها تتحدد وتنظم وفق الظروف والحاجات الخاصة بكل مجتمع وتتأثر تبعاً للنظم الاقتصادية ويرى بعض الفقهاء، أن الاستقرار البسيط للتطور التاريخي للمصالح المحمية ضمن نطاق قانون العقوبات تعكس التحولات التي تلحق بالهيكل العام للقيم الاجتماعية.ومن ناحية أخرى يجب أن يحتاط المشرع للمتغيرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي تحصل لكي يكيف المشرع الإفرازات السلبية لهذه المتغيرات في سياق النص الجزائي، وهذا ما يسمى بنسبية الجريمة أي أن التجريم ليس تجسيداً لحماية مصالح خالدة ثابتة، وإنما يمثل تجاوباً معطيات الواقع المتغيرة. فحين كان الزنا مجرماً في القوانين فألانه يمثل عدواناً على أحد القيم في المجتمع، ومع ذلك التطور الذي أصاب هذه القوانين.ولا يجب أن يغيب عن بالنا أن مشكلة التشريعات الجنائية في العراق وتحديداً قانون العقوبات العراقي هي عدم قدرة هذه التشريعات ان تعبر عن واقع المجتمع العراقي، كونها تأثرت بالصياغة القانونية للدول العربية وجاءت على شكل قوالب تشريعية جامدة وترتب على هذا النهج الخروج بمخرجات شاذة ومنحرفة عن واقعنا ، إذ رأينا نصوص تشريعية تبيح الشذوذ لجنسي والإباحة مثلاً . كما هو الشأن في اعتداد القانون الجنائي بالجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة التي تقع بين البالغين برضا كل منهم ، فالقواعد الدينية تتسع في هذا الفرض لتحرم أيا منها ، في وقت تضيق فيه دائرة تدخل حيالها . وفي هذا يذهب البعض الأخر إلى أنه أمراً وارداً ، إذ أن منظومة القيم والمثل والقيم الاجتماعية والدينية تتسع بشكل يعجز عنه أحاطتها بالحماية الجنائية ليكون من بينها أنماطا من السلوك لا يجرمه القانون أما لصعوبة أثباته أو لعدم مساسه بركيزة أساسية من ركائز المجتمع ، أو لان دائرة الاشتغال بتلك التصرفات تتكفل بها وسائل الضبط الاجتماعي الأخرى وقد يحدث العكس من ذلك عندما يذهب المشرع الجزائي إلى تجريم بعض الأفعال التي لا تعد كذلك من وجهة نظر المجتمع القائم بما فيه من عقائد وثوابت راسخة كتجريم قيادة السيارة بدون رخصة، أو نجريم حيازة النقد الأجنبي وتداوله ....الأمر الذي يفرض التساؤل هل أن المشرع ملزم بتجريم الحسن والكمال، أم أنه ملزم فقط بالمخاطر الماسة بأسباب بقاء كيان الحياة الاجتماعية؟ فهناك رأي يذهب بأنه لأجل توفير الطمأنينة وتحقيق العدالة بحيث تشمل الحماية والمصالح الجوهرية اللازمة لكيان المجتمع، وليس هناك من بد أن تمتد الحماية لتشمل القواعد الأخلاقية التي توفر مقومات الرقي والكمال.ونحن نعتقد أن هذا التصور القانوني أمر يصعب تحقيقه مهما بذل المشرع الجزائي من جهد في تثبيته لسببين : الأول لأن التصدي التشريعي الجنائي للأمور المخلة بكماليات المجتمع ومثالياته يخرج المشرع من سياق المعيار التشريعي الواجب إتباعه .أما السبب الأخر فهو انه لا يتوافق مع حسن التشريع الجنائي ولا مع سياسة الحد من الإجرام ويخل بوظيفة القانون الجنائي ويجعله منشغلاً في مجال غير متصل بمجاله الحقيقي ويجعل المشرع الجزائي محرفاً لماهية الجريمة ويوجه العدالة الجنائية إلى مجالها يطغى فيها الطابع الإداري بما يضلل الرأي العام ، ومن المستحسن أن لايهدف المشرع الجنائي إلى تجريم بعض السلوكيات التي لا توجد حكمة عملية من تجريمها ، ولا يعتبر خطأ يستأهل عقوبة جنائية ، وعليه يجب أن تخضع لنظام إداري . فضلا عن ذلك ظهرت مشكلة أخرى تمثلت بالتوظيف السياسي المستمر من قبل القابضين على السلطة الجرائم الماسة بأمن الدولة لقانون العقوبات العراقي أفرزت مشكلة تدفق التشريعات الجزائية نتيجة للرغبة في معالجة مظاهر الاعوجاج. الأمر الذي يفرض على المشرع ضرورة أن يكون نبيهاً ويتسم بالحكمة والعقل والالتزام بالعقلانية التشريعية، لكي يكون تشريعه للقانون بناءً على فهم موضوعي للتنظيم الاجتماعي مراعياً المعايير الاجتماعية.

الفرع الثاني – السلطة التقديرية وعلاقتها بالانحراف التشريعي الجنائي.

يمثل التعسف في استعمال السلطة القيد الشائع المفروض على السلطة التقديرية على وجه العموم ، لذا يجمع الفقه على إن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية لا يثور الا حينما يتمتع المشرع بسلطة تقديرية ، لذا فهو يدور معها حيثما دارت ، وعليه استقرت المحكمة الدستورية على أن " الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق والحريات انها سلطة تقديرية مالم يقيدها الدستور بضوابط محددة تعتبر تخوماً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها ، ويتمثل جوهر هذه السلطة في المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها في تنظيم موضوع محدد فلا يختار من بينها غير الحلول التي يقدر مناسبتها اكثر من غيرها لتحقيق الأغراض التي يتوخاها وكلما كان التنظيم التشريعي مرتبطا منطقيا بهذه الأغراض كان هذا التنظيم موافقاً للدستور" ،ومتى يمنح الدستور سلطة تقديرية للمشرع بصدد تنظيم أحد الموضوعات ، فسيكون للمشرع الخيارين عدة بدائل يتعين فيها جميعاً الأ تستهدف سوى المصلحة العامة ، فإذا ما أستهدف المشرع غير هذه المصلحة فإنه

يكون قد انحرف بسلطته التشريعية .ومنطقة الانحراف هي المنطقة التي يكون للمشرع فيها حرية الاختيار، فلا انحراف في حالة الاختصاص المقيد.فإذا كان للمشرع الجزائي السلطة التقديرية ما يتيح له الابتكار والمبادرة، كما هو مسلم به فقهاً وقضاءً. إلا ان سلطته هذه ليست مطلقة ، بل أنها مقيدة باستهدافها للمصلحة العامة كونها الغاية النهائية لكل نص قانوني، إذ أن المصلحة العامة تمثل قيداً غائياً على السلطة التقديرية المخولة للمشرع الجزائي في سن النصوص الجزائية في تنظيم الحقوق ، فعليه الا ينحاز لغرض غير مشروع ، فإذا أخفى هدفاً غير مشروع فيما يسنه من قواعد تشريعية ، تعين الانتهاء إلى تجاوزه حدود استعمال السلطة المخولة له ، حتى وأن كان المشرع يعمل في نطاق السلطة المخولة له ، حتى وأن كان المشرع يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق ، لان هذه السلطة تحدها قواعد الدستور .ومن الجدير بالتأكيد في هذا الخصوص التأكيد على نقطتين :

الأولى – أن تناول الانحراف ارتباطاً بالرقابة على السلطة التقديرية لا تعني بالضرورة أن البدائل التي يملكها المشرع الجزائي بما له من سلطة تقديرية تضيق وتتسع بحسب الأحوال ، إذ يقتصر الكشف عن وجود الانحراف عدمه على ركن الغاية في التشريع ، إذ أن علاقة الانحراف في استعمال المشرع الجزائي بالسلطة التقديرية ، يرجع فقط – إلى أن البحث في توافر الانحراف من عدمه ينحصر في حالة منح المشرع السلطة التقديرية حال تناوله أحد الموضوعات بالتنظيم ، وينحسر في حالات السلطة المقيدة

الثانية–انه يتعين التمييز بين الانحراف في السلطة التشريعية وبين الخطأ الذي تقع به السلطة التشريعية في التقدير ؛ إذ لا تلازم بين الخطأ وبين الانحراف ، فالانحراف بالسلطة التشريعية يعتبر من قبيل العيوب القصدية التي تعتري التشريعات ، فضلا عن اتصال الانحراف بالأغراض يتوخاها من وراء تبنيها لها، بينما الخطأ في التقدير هو من العيوب غير القصدية ؛ ذلك أن خطأ السلطة التشريعية في تقدير ومراقبة أو سوء فهمها لأوضاع أستند عليها القانون ما هو إلا من قبيل الخطأ في تقييم العملية التشريعية ذاتها ، فهي غير مقصودة ، إذ يتوفر الغلط على الرغم من توفر حسن النية.

الخاتمة:

نخلص إلى أن الانحراف التشريعي الجزائي يحدث في مجال السلطة التقديرية للمشرع وليس في مجال السلطة المقيدة، ويرجع ذلك إلى أن السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع تسمح له بحرية اختيار الغرض الذي يرى أنه يخدم المصلحة العامة وبقدر ملائمة التشريع وتحديد مفهوم المصلحة العامة وكيفية إقامة التوازن بين المصلحة الامة والمصلحة الخاصة، كل ذلك يفسح المجال أمام المشرع لينحرف عن تحقيق المصلحة الامة ويستهدف غايات أخرى بعيدة عن الصالح العام، تحت غطاء المصلحة العامة.أما إذا كانت سلطة المشرع مقيدة، فلا مجال لوقوع عيب الانحراف التشريعي الجنائي لعدم وجود الأرض الخصبة أو المجال الذي يقع فيه الانحراف، إذ أن المشرع لا يتمتع بالسلطة التشريعية أصلاً في ممارسة وظيفته كان وقوع الانحراف التشريعي مستبعد تماماً، فخلال تمتع المشرع بالسلطة التقديرية له حق اختيار الهدف الذي يرى أنه يخدم الصالح العام، وتقرير الملائمة للتشريع هي التي تفسح المجال أمام المشرع ينحرف عن تحقيق الصالح العام، ويستهدف تحقيق غايات بعيدة عن النفع العام تحت ستار الصالح العام.أما إذا كانت سلطة المشرع الجزائي مقيدة وصلاحيته محدودة وفقاً لنصوص الدستور، فلا مجال لوقوع عيب الانحراف التشريعي الجزائي، والذي هو مخالفة لأحكام الدستور، إذ أن خروجه عن تلك النصوص لا يشكل انحرافاً في التشريع الجزائي، وإنما يشكل مخالفة للدستور من حيث الاختصاص والشكل والموضوع.فعيب انحراف التشريع الجزائي يدور مع السلطة التقديرية للمشرع وجوداً وعدماً، ويتعلق بغاية التشريع وليس بسببه. ويحدث من خلال تحديد مفهوم المصلحة العامة وكيفية إقامة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة أو إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة بصورة عامة وتحديد الأجدر بالرعاية والحماية القانونية. والهدف الذي يسعى أليه المشرع ضمن الإطار العام للمصلحة العامة التي هي الغاية المبررة لوجود السلطة التقديرية، وإذا خالف المشرع الجزائي مقاصد القاعدة القانونية وغايتها، في هذه الحالة نكون أمام انحراف في استعمال السلطة أو ما يطلق عليه بعيب انحراف التشريعي الجزائي.فركن الغاية وما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية هو المجال الطبيعي لانحراف التشريع الجزائي ، عندما يكون الغرض من التشريع ليست المصلحة العامة وإنما لخدمة إغراض نفعية بعيدة عنها ، إذ نكون هنا أمام انحرافاً تشريعياً جزائياً ، عندما يستعمل المشرع الجزائي سلطته التقديرية لأغراض نفعية ، كأن يميل المشرع إلى التشديد في التجريم ، والخروج عن القواعد العامة في التشريع الجزائي في مجال الجرائم المواجهة إلى السلطة والنظام السياسي إلى الحد الذي يبلغ فيه إلى التوسع ، من خلال الإسراف في تطبيق التشريعات الجزائية بنصوص تجريم تنصب على صور كثيرة من السلوك التي ترى فيها هذه الأنظمة خطراً على أمنها ونظامها السياسي دون أن تقيم وزناً لمسألة احترام حقوق الإفراد وحرياتهم وضرباً للصالح العام . في الوقت الذي نرى فيه على أنه يجب على المشرع الجزائي أيجاد توازن دقيق بين حماية المصلحة العامة للمجتمع،

واحترام حقوق الإنسان وحرياته من خلال سن التشريعات الجزائية والتي غايتها تحقيق هذا التوازن، حتى وأن كان له تبني قيوداً على الحريات العامة.إلا إن ذلك يجب أن يكون في إطار الديمقراطية من جهة أولى وأن تكون هذه القيود مبنية على حاجة ماسة ومتناسبة مع الهدف المشروع الذي يسعى أليه.أو أن ينحرف المشرع الجزائي عن القيم الاجتماعية الراسخة والعقائد التي يرتكز عليها المجتمع وعدم حماية المصالح التي تدور وجوداً وعدماً مع تلك القيم والمرتكزات.وإذا حدث خرق لتلك القيود من قبل المشرع فإن فعله لن يكون انحرافاً تشريعياً، وإنما يشكل مخالفة دستورية لأن الانحراف التشريعي مقترن بوجود السلطة التقديرية التي ليس لها وجود مع السلطة المنعدمة للمشرع الجزائي.

النتائج والتوصيات:

١-نخلص إلى أن الانحراف التشريعي الجزائي يحدث في مجال السلطة التقديرية للمشرع وليس في مجال السلطة المقيدة، ويرجع ذلك إلى أن السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع تسمح له بحرية اختيار الغرض الذي يرى أنه يخدم المصلحة العامة وبقدر ملائمة التشريع وتحديد مفهوم المصلحة العامة وكيفية إقامة التوازن بين المصلحة الامة والمصلحة الخاصة، كل ذلك يفسح المجال أمام المشرع لينحرف عن تحقيق المصلحة الامة ويستهدف غايات أخرى بعيدة عنالمصلحة العامة.

٢-فعيب انحراف التشريع الجزائي يدور مع السلطة التقديرية للمشرع وجوداً وعدماً، ويتعلق بغاية التشريع وليس بسببه . ويحدث من خلال تحديد مفهوم المصلحة العامة وكيفية إقامة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة أو إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة بصورة عامة وتحديد الأجدر بالرعاية والحماية القانونية.

٣- يعد الدستور المصدر الأساس للسلطة التقديرية لتقرير حرية التقدير للمشرع ، إيمانا من المشرع الدستوري بعدم غل يد المشرع الجزائي وأن يترك له مجالاً وافياً من الحرية لان قيام الدستور بالإحاطة بجميع الموضوعات تقييداً وتنظيماً أمراً مستحيلاً ،. فضلا عن ذلك تجد السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع مصدرها في القضاء الدستوري من خلال ممارسته لدوره في الرقابة على دستورية القوانين، أو تفسيره لنصوص الدستور، كما تعد المبادئ العامة من مصادر السلطة التقديرية للمشرع، ويراد بها، مجموعة القواعد التي عكف القضاء على استخلاصها من مختلف المصادر القانونية المعمول بها.

٤-أن القول بامتلاك المشرع سلطة تقديرية في تعاطيه مع موضوعات معينة لايراد منه بأي حال من الأحوال الإطلاق الكامل ليد المشرع في ذلك الشأن، إذ ان السلطة التقديرية يجب أن تمارس في إطار التنظيم دون المساس بأصل الحق والحرية موضوع التنظيم التشريعي.

٥-من مبررات منح السلطة التقديرية للمشرع الجزائي هو إن الدستور وانسجاماً مع متطلبات تحقيق المصلحة العامة وانتظام شؤون المجتمع، يمنح المشرع مساحة من التقدير ليتمكن من خلالها تحقيق ما أوكل إليه من مهام، فضلا عن عدم إمكانية حصر جميع اختصاصات المشرع بشكل يسمح له من مواكبة تطورات الأحداث ومستجدات الأمور، لذا والحالة هذه فأن السلطة التقديرية تعد من المسلمات في فقه القانون العام.

التوصيات:

١-نقترح على المشرع العراقي قبل أن يلجأ إلى إستخدام سلطته في التجريم أن يدرس الضرورة الأجتماعية لتجريم أي سلوك والتي تتحدد في ضوء الهدف من وضع ذلك النص. ولا بد أن يكون هذا الهدف هو حماية القيم الاجتماعية ومراعاتها مع خطورة فرض القيود على الحرية الشخصية من خلال التجريم، وإلاعد المشرع الجزائي منحرعاً في استعمال سلطته.

٢- نوصي المشرع الجزائي العراقي إلى إعادة النظر في نصوص التجريم التي تضمنها الباب التاسع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات النافذ، إذ يتضح من أسلوب صياغته أن المشرع العراقي لم يقم وزناً للقيم الاجتماعية أو لعناصر البيئة الوطنية في العراق، بل تجاهل في إطارها قيم هذا المجتمع المستمدة من الدين الإسلامي.

المصادر :

أولاً : المعاجم :

الفيروز أبادي القاموس المحيط – ط٢ – الجزء الثاني ، دار إحياء التراث ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص١٧٢٩ .

ثانياً : الكتب القانونية :

د. رفعت عيد السيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة ، ط١، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ .

د. محمد فؤاد مهنا ، الوجيز في القانون الإداري ، السلطة الإدارية ، مؤسسة المطبوعات الحديثة ، ١٩٦٠.

د. محمد مصطفى حسن ، السلطة التقديرية ، ١٩٧٨، بلا دار نشر او مكان نشر .
د. سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ .
د. سامي جمال الدين ، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا ، ط٢ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية
. د. محمد سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، ط١، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧.
د. زكي محمد النجار ، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
عبد المجيد إبراهيم سليم ، السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ .
د. عيد أحمد غفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، دراسة مقارنة ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٧٤ .
د. علي صبري حسن ن دور السلطة التشريعية في تقييد الحقوق والحريات العامة ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى ،٢٠١٩.
د. علي صبري حسن ، دور السلطة التشريعية في تقييد الحقوق والحريات العامة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ط١، ٢٠١٨.
د علي حمزه عسل الخفاجي ، معايير الرقابة عل دستورية القاعدة الجنائية في ضوء مبدأ الضرورة والتناسب ، دار مصر للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ٢٠٢١.
د. زكي النجار كرة الغلط البين في القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص١٤٤ ، د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، ط٤، مطابع السعدي ، ٢٠٠٨ .
د. رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
د. عادل عمر الشريف ، قضاء الدستورية ، د. شعبان احمد رمضان ، ضوابط واثأر الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة.
د. جورج شفيق ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
د. نبيله عبد الحليم كامل ،الرقابة القضائية على دستورية القانون والقضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .
د. زكي حمد النجار ، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ .
د.محمد ماهر أبو العينين ، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ، الكتاب الأول ، ط١، القاهرة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠١٣ .
د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ، دون ناشر ، القاهر ، ٢٠١٠ .
د. عبير حسين ، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
د. محمد عصفور ، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والإبداع ، المطبعة العالمي ، القاهرة ، ١٩٥٧ .
يحيى الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، ط١، بدون مكان نشر المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، ١٩٩٢.
عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠١.
عادل عمر الشريف ، قضاء الدستورية ،القضاء الدستوري في مصر ، القاهرة ، دون ناشر ، ١٩٨٨ .
د. عوض المر ، الرقابة القضائية عل دستورية القوانين ، في ملامحها الرئيسة ، مركز رينيه – جان نيزي للقانون والتنمية ، ٢٠٠٣ .
محمود صالح حميد الطائي ، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية دراسة مقارنة ، المجلد الأول ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للدراسات القانونية ٢٠١٨ .

ثالثاً : الرسائل والأطاريح :

د. حبشي الزرق ، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ٢٠١٢ –٢٠١٣ ، ص١٢٠ .

محمود طه جلال ، أصول التجريم في السياسة الجنائية المعاصرة، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٤ .

حسين محمد كريم حمزة ، رقابة القضاء الدستوري على الانحراف التشريعي المالي ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق – جامعة بابل ، ٢٠٢١

د. عبد المنعم عبد الحميد شرف ، المعالجة السياسية والقضائية والسياسية للانحراف التشريعي، إطروحة دكتوراه ، القاهرة : كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠١ .

د. عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة .

المجلات :

د. يحيى عبد العزيز الجمل ، رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع ، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية ، ع ٣ و ٤ ، س٤١ سبتمبر – ديسمبر ١٩٧١.

عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة ، ١٩٥٢ .

الإعلانات العالمية :

إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩ .

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة ١٩٤٨.

رابعاً : الدساتير :

١–الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ .

٢–الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ .

٣–دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

خامساً : مجموعات الأحكام :–

١–حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٨ ف.د في ١٩٩٧/٨/٢ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الثامن .

٢–حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة رقم رقم ٤٢ لسنة ١٨ ق دستورية بتاريخ ١٩٩٧/٧/٥ ، الجريدة الرسمية السنة ٢٩ في ١٩٩٧/٧/١٩ ، ص١٦٨٥ .

٣–حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣١ ، قضائية دستورية ن الصادر في الجلسة ٢٠١٩/٧/٦ .