

قانون العقوبات بين الفكر المحافظ وبين الفكر المتطور *

للدكتور مأمون محمد سلامة

أستاذ مساعد بكلية الحقوق في الجامعة الليبية

١ - تمهيد

إذا كان قانون العقوبات يمثل أقصى درجات الحماية التشريعية للقيم والمصالح الاجتماعية من وجهة نظر المشرع ، فمن الطبيعي أن يتأثر في سياسته الجنائية وأسلوبه في حل المشكلات القانونية بالأفكار الفلسفية والسياسية التي تقوم عليها الدولة . فالمشرع بوصفه معبراً عن القوة السياسية للدولة في جوانبها المتعددة يملئ ارادته عن طريق التشريع الذي به يكفل الحماية الفعالة لمصالح المجتمع ، وعن طريقه يحقق الأهداف التي يراها صالحة لتطوير المجتمع . ومن أجل ذلك فإن تأثير التشريعات بالمدارس الفقهية المتباينة إنما يتوقف على مدى موازنة الفكر القانوني الذي نادى به مع الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها .

وإذا كانت هذه الحقيقة هي التي قامت وتقوم عليها السياسة الجنائية في

(*) محاضرة أقيمت في المركز الثقافي العربي ببينغازي .

التشريعات المختلفة ، فإن دراسة الأفكار التي تقف وراء كل تشريع هو أمر لازم وضروري لفهم الأبعاد المختلفة لتلك التشريعات خاصة اذا كنا قد تأثرنا ببعضها في قوانيننا الوضعية . ولذلك ، فإننا سنحاول ، بجهد متواضع ، عرض المذاهب الفكرية المختلفة وانعكاساتها على قانون العقوبات كي نتمكن بعد ذلك من تحديد دور القاضي في تطبيق القانون .

٢ - ان المتأمل للمذاهب الفكرية في القانون الجنائي يجد أنها تندرج تحت طائفتين كبيرتين : الأولى هي طائفة الفكر الطبيعي والثانية هي طائفة الفكر الوضعي : كل ذلك بحسب الفلسفة التي تعكس أصل القانون في المجتمعات ، وهل هو تعبير عن قاعدة عامة وجدت مع الوجود الانساني أم هو تعبير عن ارادة الاقوى مع ما يترتب على ذلك من التفرقة أو عدمها بين ما هو كائن وما يجب أن يكون . وإذا كان الفكر الطبيعي قد أخذ حظه في السيطرة على الفكر القانوني مدة طويلة ، فإن الفكر الوضعي قد ازدهر منذ أواخر القرن الماضي وتأثر به الكثير من الفقهاء فضلاً عن بعض التشريعات . فالقانون ، وفقاً للفكر الوضعي ، هو فقط القانون الوضعي ، أما القانون الطبيعي فهو مجرد فكرة الغرض منها النهوض بالقانون الوضعي دون أن تملك الكفاءة اللازمة لكي تتحول إلى قوة ملزمة ، وبالتالي فهي فكرة تندرج تحت ما وراء الطبيعة . فالقانون الوضعي هو الوحيد الموجود والذي يعبر عن فترة من فترات التطور الاجتماعي يعكس فيها قانون العقوبات عن طريق الحماية الجنائية المتطلبات الاجتماعية للمجتمع في فترة تاريخية معينة .

ومع ذلك ، فقد ظهرت في محيط الفكر الوضعي تيارات متعددة حول الدور المنوط بقانون العقوبات في المجتمع يمكن ردها إلى اتجاهين : الأول هو الاتجاه المحافظ والثاني هو الاتجاه التقدمي أو الحركي . وبينما يعطى الاتجاه المحافظ للقانون فكرة ثابتة مؤداها أن القانون يهدف بحكم طبيعته إلى الحيلولة

دون أي تطوير اجتماعي يختلف عن قواعده الثابتة ، نجد أنصار الفكر الحركي للقانون ينظرون إليه بوصفه نقطة الانطلاق نحو التقدم الاجتماعي . وقد أثر ذلك على منهج البحث الذي يلتزمه الباحث في فهم وتفسير القاعدة الجنائية وكذلك الحدود التي يعمل في إطارها مبدأ الشرعية ومدى الاعتداد بالجوانب السياسية والاجتماعية والاخلاقية التي لم يرد ذكرها بالوصف القانوني للواقعة كما سرى بعد قليل .

ولم يكن الفكر الطبيعي أحسن حظاً من الفكر الوضعي . فقد ظهرت في محيطه تيارات متعددة بل ومتباينة تلتقي في كثير من نتائجها مع ما انتهى إليه الفكر الوضعي ونقصد بذلك مدرسة القانون الحر ومدرسة القضاء الاجتماعي ومدرسة الواقعية القانونية ، وهي تلتقي في كثير من نتائجها مع الاتجاه التقدمي أو الحركي للفكر الوضعي . ولا غرابة في هذا إذا ما أخذنا في الاعتبار أنهما يستمدان مصدرهما من فكر قانوني واحد ولذلك فقد أطلق عليهما بحق أحد فلاسفة القانون أنهما أخوين متعاضدين . ذلك أن أساس المدرسة الطبيعية الحديثة والمدرسة الوضعية القانونية هو الفكر التوضيحي الذي يرى في القانون ضمناً للحريات وتثبيتاً للحدود ما بين نطاق الفرد ونطاق تدخل الدولة القانوني .

وما دام الأمر كما سبق ، فلا نرى بأساً في معالجة مدى تأثير قانون العقوبات بتلك الأفكار مظهرين السمات التي تميزه في إطار الفكر القانوني الحر والفكر التقدمي ومبرزين في الوقت ذاته نقط الالتقاء والافتراق ما بين الاتجاه الطبيعي والإتجاه الوضعي حول ما يثور من مشاكل في هذا الصدد .

٣ - الفكر القانوني الحر

يقوم هذا الفكر على التركيز على الفرد . غير أن هذا التركيز وما يستتبعه من نتائج في محيط القانون الجنائي يختلف من حيث قوته بحسب التيارات الفكرية الداخلة في هذا النطاق .

ففي تيار الفردية العقدية المستندة إلى العقد الاجتماعي كان التركيز على الفرد في معناه المجرد والذي منحه ارادته مع أمثاله تحقيقاً للمنفعة المتبادلة . ولذلك فإن وظيفة قانون العقوبات لا تخرج عن كونها الوسيلة الفعالة لحفظ هذا التعاقد والمحافظة على مصالحه ومنافعه . فالدولة تتدخل بالعقاب فقط حيث يضر السلوك بمنفعة للفرد . أما القيم الفردية فلا تحظى بالحماية الجنائية إلا حيث تنزل إلى درجة المنفعة الفردية .

وبطبيعة الحال ، لم يكن من المتصور إقامة قانون العقوبات فقط على فكرة المنفعة الفردية . فإلى جانب المنفعة هناك قيم أخرى مستمدة من واقعه الاجتماعي ومن طبيعة الانسان ذاته . فالعقوبة لا تقوم فقط على المنفعة وإنما أيضاً ترضي الشعور الطبيعي والثابت في ضمير كل انسان والمتمثل في الجزاء العادل . هذا بالإضافة إلى أن فكرة المنفعة لن تسمح بتأصيل سلطة الدولة في العقاب باعتبار أنها تباشر العقاب ضد ذات المصالح الفردية اذا اخذناها من زاوية التجريد .

ومن أجل ذلك تطور الفكر الحر من تيار الفردية العقدية الى تيار الفردية الطبيعية والذي حاول أن يعطي تفسيراً عقلياً ومنطقياً لقانون العقوبات مستبعداً التفسير العقدي له .

وقد قاد لواء هذا التيار انصار الفكر الحر اليميني . فالدولة في نظرهم هي ضرورة طبيعية متواجدة إلى جانب الفرد وليست من خلقه . اذ لو كان الأمر كذلك لما سمح الفرد لنفسه بإنكار ذاته إلى حد الاستئصال الكلي المتمثل في عقوبة الاعدام . إنما الدولة وجدت لخدمة الفرد كي يستطيع تحقيق مصالحه وتطوير نفسه ، ومن ثم فهي تخدمه في الجانب المادي والمعنوي على حد سواء .

ولقد تلقف هذه الأفكار أنصار المدرسة التقليدية في قانون العقوبات . وحاولوا تبرير قانون العقوبات استناداً إلى أنه ، اذا كانت الدولة هي ضرورة طبيعية وجدت لخدمة الافراد ومصالحهم ، فإنها يجب عليها أن تضمن وتحمي

هذه المصالح عن طريق منع وعقاب الأفعال التي تهدد النظام الاجتماعي والاخلاقي للدولة والذي فيه يجد الافراد سبب وجودهم .

غير أن الدولة في سلوكها هذا عليها دائماً أن تراعي مصلحة الفرد . وبعبارة أخرى يجب عليها أن تضع الحدود لتدخلها هذه الحماية حتى يكون هذا التدخل مشروعاً . ولذلك فإنه لا يوجد سلطة للدولة في العقاب وإنما هو حق شخصي لها .

ونتيجة لهذه الأفكار ظهر مبدأ الشرعية في صورة منطقية في غير حاجة إلى تبرير . فالدولة يجب عليها أن تحدد الأفعال التي تعطيها حق التدخل بالعقاب وتحدد العقوبة التي توقعها سلفاً ضماناً للحرية الفردية من ناحية وارضاء الشعور العام بعدالة الجزاء الجنائي ، اذ ان التحديد السابق للعقوبة انما يباشر أثره على ارادة الفرد قبل الاقدام على الجريمة . ولما كان القياس في النصوص التجريبية وسريان قانون العقوبات على الوقائع التي حدثت قبل صدوره انما يمثل خرقاً لمبدأ الشرعية فقد حرصت التشريعات المتأثرة بهذا الفكر على النص على تحريم ذلك .

كما ظهرت أيضاً فكرة الواقعة النموذجية والتي تحول دون امكان اعمال القياس . كما أن أي تفسير لقانون العقوبات يعتبر ضاراً بالمصالح الفردية وبالتالي يجب استبعاده واحلال عملية الاستخلاص الميكانيكية والتي بمقتضاها تدخل الواقعة تحت نموذج تشريعي معين بطريقة آلية دون أدنى تفسير . ومعنى ذلك أن الواقعة المجردة النموذجية والواقعة المادية يجب أن يتحقق القاضي من تطابقهما فقط دون امكان تقييمهما لأن أي تقييم يؤدي إلى الدخول في السلطة التقديرية والتي تشكل خطورة بالغة للحرية الفردية . ولما كان التحقيق من التطابق بين الواقعة المادية والواقعة النموذجية المنصوص عليها يكون ميسوراً بطريق الحواس ، فقد جاء التركيز على الركن المادي للجريمة كسمة مميزة للفكر التقليدي

على حساب الأركان الأخرى للجريمة . فقد حاول هذا الفقه اثبات وجود النتيجة المادية كعنصر لازم للركن المادي في كل جريمة . فالواقعة المادية هي المحور الذي تدور حوله القاعدة الجنائية باعتبارها تجسيدا لارادة محدثها . أما الركن المعنوي في الجريمة فيجب أن يستخلص هو الآخر من ماديات الواقعة . كما اجتهد هذا الفقه أيضاً في إبراز التفرقة بين الأعمال التحضيرية والبدء في التنفيذ باعتبارها ضابطاً للتفرقة بين تدخل الدولة بالعقاب من عدمه . وباختصار فإن قانون العقوبات وفقاً لهذا الاتجاه يجب أن يتجه إلى النتيجة المادية وليس إلى الارادة . فالارادة مهما كانت خطورتها لا تسمح بتدخل الدولة إلا حينما تتجسد في شكل واقعة مندرجة تحت النص التجريمي . وأيضاً في محيط العقوبة تم الربط بينها وبين مبدأ الشرعية بأن أضفي عليها وظيفة أساسية خلاف الردع ألا وهي المنع العام عن طريق ما تحدثه من أثر مانع للارادة من ارتكاب الجريمة وذلك بالنص عليها سلفاً من قبل المشرع . ومعنى ذلك أن مبدأ الشرعية ينتج آثاره ليس فقط بالنسبة للقاضي إنما أيضاً بالنسبة للفرد .

أما عن دور القاضي الجنائي في تطبيق القانون وتفسيره فلا بد وأن يكون محدوداً للغاية حتى لا يضر بمبدأ الشرعية . فالقانون ، وفقاً للفكر الذي نحن بصددده ، هو دائماً كامل لا يوجد به أي نقص . ولذلك ما على القاضي ان يفعل هو البحث عما تضمنه القانون ذاته دون أن يلجأ إلى الحلفيات الاجتماعية أو الاقتصادية للقاعدة أو يضع في اعتباره أية مفاهيم أخرى خارج القاعدة . وهنا يلتقي الفكر الطبيعي بالفكر الوضعي . فالقاضي يكتشف القانون ولا ينشئه او أن القانون لا يمكن أن يكون ناقصاً بأية حال من الاحوال . وقد يجد القاضي مضموناً أوسع أو أضيق مما وجده غيره . إلا أنه مضمون موجود وقائم من قبل ولذلك فإن التفسير هو عملية معرفة يكرر القاضي فيها في ذهنه ما تواجد في ذهن المشرع وقت وضع القاعدة . وهو في هذه العملية يجب أن يستبعد أي تقييم

للقاعدة على ضوء ما استجد من ظروف اجتماعية أو اقتصادية لم تكن قائمة وقت التشريع حتى لا يخلط بين وظيفته في التطبيق ووظيفة المشرع في التشريع. وعليه ، فالقاضي هو عبارة عن آلة تستنتج حكم القانون على الواقعة . ولا يجب أن يمنح أكثر من هذا في التفسير وإلا فتح الباب لعدم الثبات والاستقرار القانوني . وغني عن البيان أن هذا الفكر انما يستمد جذوره من التيارات التي رافقت الثورة الفرنسية والتي حاولت التركيز على جعل القانون هو الوسيلة الوحيدة لحماية الحريات الفردية . فهو ان كان حداً لهذه الحريات إلا أن في ذلك وسيلة لحمايتها . وحرية القاضي بذلك تتعارض مع حرية المواطن وبالتالي يجب الغاء السلطة التقديرية للقاضي ووضع عقوبة واحدة لكل جريمة غير قابلة للتغيير أو التعديل ضماناً أيضاً للمساواة أمام القانون .

٤ - الفكر التقدمي

وعلى نقيض الفكر الحر المحافظ في صورته السابقة نجد الفكر التقدمي المستند إلى الوضعية القانونية . فقانون العقوبات يجد مبرراته في كونه وسيلة لحماية الجماعة في مصالحها المتطورة والمتجددة . ولذلك فإن مبدأ الشرعية بصورته السابقة لا بد وأن يحول دون قيام القانون بوظيفته الأساسية . فأساس التجريم ليس في النص التشريعي وانما في الخطورة الاجتماعية للفعل على المصالح الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للجماعة . ومن أجل ذلك لا يجب على القاضي ان يقف مكتوف اليدين أمام الفعل المتسم بالخطورة الاجتماعية دون أن يندرج تحت نص تجريمي ، وانما عليه أن يعمل القياس حتى يحقق الحماية الفعالة المنوطة بقانون العقوبات . ومن ناحية أخرى يتعين الاعتداد بالخطورة الاجتماعية للفاعل . ذلك أن الخطورة الاجتماعية للفعل هي تعبير عن الشخصية الاجرامية للفاعل ومن ثم يكفي لقيام الجريمة تحقيق سلوك خطر على المصالح محل الحماية اما لخطورته الفعلية او لخطورة مرتكبه حتى ولم لم

يكن هناك ضرر فعلي . ولذلك يلاحظ أن التشريعات التي تأخذ بهذا الفكر لا تتطلب في معظم الجرائم المنصوص عليها فيها وقوع نتيجة مادية ترتبط بالسلوك يرابطة سببية وإنما هي من جرائم السلوك المجرد والتي تتمثل النتيجة القانونية فيها في شكل خطر حتمي أو فعلي وطالما أن العبرة هي بالخطورة الاجتماعية للفعل والفاعل فإن الركن المعنوي للجريمة المتمثل في القصد الجنائي والخطأ غير العمدي يفقد قيمته القانونية . ذلك أن قيمة الركن المعنوي تبرز في محيط الفكر الطبيعي الذي يعتد بالارادة كأساس للمسئولية الأدبية تمشياً مع فكرة العدالة كقاعدة أزلية . أما العدالة في مفهوم الفكر التقدمي فأساسها القواعد الوضعية التي تحمي مصالح المجتمع والتي تتحقق بعزل الخطرين ووقايتهم منهم حتى لا يرتكبوا أفعالاً تضر أو تهدد هذه المصالح بالضرر . ويترتب أيضاً على كون الخطورة هي أساس التجريم أن تنعدم أهمية التفرقة بين الشروع والجريمة التامة . فالجريمة هي كل فعل معبر عن الخطورة الاجتماعية للفاعل وبالتالي ليس هناك من مبرر لطلب تحقق النتيجة طالما أن ما تحقق من سلوك كاف لإبراز هذه الخطورة . ولما كانت هذه الخطورة تبرز حتى ولو كان تحقق النتيجة مستحيلاً فإن الجريمة المستحيلة في محيط هذا الاتجاه تندرج أيضاً تحت نطاق التجريم . وأخيراً فإن الأهلية الجنائية لن تكون مفترضاً للمسألة الجنائية وإنما مجرد ضابط أو معيار يتحدد على أساسه التدبير الذي يجب اتخاذه . سواء أكان الجاني كامل الأهلية أو معدومها ، فإن خطورته الاجتماعية تقتضي وقاية المجتمع منه وذلك بعزله في شكل تدبير تتوقف نوعيته على مقدار أهليته الجنائية .

وظاهر مما سبق ، أن هذا الفكر التقدمي قد تأثر كثيراً بالنتائج التي وصلت إليها المدرسة الوضعية في محيط القانون الجنائي . ولذلك ، فإن الجريمة فقدت صلتها بالنص التجريمي وأصبحت الشرعية ليست مجرد شكل يتحقق منه القاضي عن طريق مطابقة الفعل مع النص وإنما أصبحت شرعية موضوعية .

فالسلك يعتبر جريمة أو لا يعتبر كذلك تبعاً لما اذا كان ضاراً أو خطراً على المصالح الأساسية للجماعة . فإذا تحققت فيه هذه الخطورة فإن خلو التشريع من نص لا يحول دون التجريم وذلك عن طريق اعمال القياس والتوسع في مفهوم قصد الشارع . أما اذا لم يملك الفعل تلك المقومات فلا يعاقب عليه حتى ولو كان هناك نص يجرمه . فعدم مشروعية السلك من الناحية الجنائية لا تتوقف على التعارض مع النص التشريعي وإنما تتوقف على التعارض مع المصالح الجديرة بالحماية . ولما كانت المصالح دائماً متجددة والتدخل التشريعي قد يكون لاحقاً لهذا التجدد والتطور ، فإن سلطة القاضي تتفادى الكثير من النقص التشريعي . وما دام القياس جائزاً ، فلن يكون هناك مجال لمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية التي تسيء الى مركز المتهم .

٥ - الفكر المطلق

يقوم هذا الفكر على أساس أن الفرد هو ملك للدولة كلية ، بمعنى أنه خارج النطاق الذي تحميه الدولة لا يمثل الفرد أية قيمة قانونية أو اجتماعية . فليس للفرد أية حقوق طبيعية في الحرية يمكنه الاحتجاج بها في مواجهة الدولة . فهو يتمتع فقط بتلك الحقوق التي تمنحها له وتعترف له بها ، وما تمنحه الدولة للفرد لا يعتبر حقاً بالمعنى الدقيق وإنما هو واجب يباشر لمصلحتها . والفرد في مباشرته هذا الواجب لا يكفي اتيانه افعالاً تمثل في مادياتها صالحاً للدولة وإنما يلزم أن تتواجد ايضاً الارادة التي تهدف الى تلك الغاية ، أي الارادة المخلصة . ولما كانت الدولة هي مستودع الأخلاق العامة فلا مجال للاعتراف بمبادئ أخلاقية خلاف تلك المدرجة في قوانينها . ولذلك فإن القوانين تكون ملزمة ايضاً من الناحية الأخلاقية باعتبارها تجسيداً لمبادئها .

وعلى ذلك ، فإن الجريمة من حيث مضمونها لا تمثل اعتداء على المصالح المحمية بالنصوص التجريبية بقدر ما هي مخالفة لواجب اخلاص الفرد للدولة .

ومن هنا كان التركيز على الركن المعنوي للجريمة المتمثل في الارادة المخالفة ولم يعد هذا الركن يمثل العلاقة النفسية بين الفاعل والسلوك الذي حققه، وإنما يتمثل في تقييم الارادة وهل هي محل لوم من قبل المشرع من عدمه . فالأذنب هو المكون للركن المعنوي أما القصد الجنائي والخطأ غير العمدي فهما عناصر نفسية للسلوك الاجرامي ذاته . ويترتب أيضاً على ما سبق ، أن ضابط التجريم هو الارادة غير المخلصة وليس السلوك . وكل ما للسلوك من قيمة هو فقط في اثبات الارادة محل التجريم . ومعنى ذلك أن فاعلية السلوك من حيث الاضرار أو الخطورة لا قيمة لها في التجريم طالما أنه كاف بذاته للتعبير عن الارادة المخالفة . ولذلك فإن الجريمة المستحيلة تستوجب العقاب رغم استحالة تحقق النتيجة . كذلك فإن التفرقة بين الجريمة التامة والشروع تغدو معدومة القيمة . وتفادياً للنتائج غير المرضية التي يمكن أن يؤدي إليها مثل هذا الفكر القانوني فقد وضع أنصاره حداً لتجريم الارادة، وذلك يتطلب العلم بعدم مشروعية الفعل . بمعنى أن الارادة تكون غير مستوجبة للوم المشرع كلما كان الجاني لا يعلم بالواجب المفروض عليه أو كان لا يعلم بصفة السلوك غير الاجتماعية في الأحوال التي لا يعتد فيها المشرع بالجهل بقانون العقوبات .

وإذا كان مبدأ الشرعية في الفكر الحر مؤسس على فكرة العدالة المستمدة من القانون الطبيعي ، فإن الشرعية في الفكر المطلق تؤسس على العدالة الواقعية والتي مناطها الضرورة الاجتماعية . فالعدالة والضرورة الاجتماعية هما وجهان لعملة واحدة . وترتيباً على ذلك فإن القاضي ، حينما يطبق القانون ويفسره ، عليه الالتزام بالضرورات الاجتماعية ولا يتقيد في هذا السبيل بأي قيد كان ولو أدى به الأمر إلى أعمال القياس أو إلى تطبيق قانون على وقائع لم تحدث في ظله ولو كان ضاراً بالمتهم .

وفي مجال العقوبة نجد تبريرها في كونها وسيلة لحرمان الفرد وضعه الاجتماعي

والقانوني الممنوح له من الدولة ، وأيضاً بوصفها وسيلة لتنقية المجتمع من العناصر الممثلة لارادات غير مخلصه لأهداف الدولة . ولذلك فهي لا تهدف أساساً إلى الوقاية الخاصة المتمثلة في اصلاح الجاني وتأهيله وإنما إلى الوقاية العامة للمجتمع بعزل الجناة الخطرين على أهدافه ومصالحه . كما أن الزجر والردع الخاص يمثل أهمية ثانوية باعتباره يدور أساساً حول فكرة العدالة في المفهوم الشكلي لها المستند إلى الفكر الطبيعي ، ولا يتناسب مع العدالة المؤسسة على الضرورة الاجتماعية . وإلى جانب العقوبة في مفهومها السابق ، هناك التدابير الاحترافية والتي تطبق حيث لا يمكن توقيع العقوبة ، اي بالنسبة للأشخاص ذوي الخطورة الاجتماعية والذين لا تسمح ظروفهم النفسية أو العقلية باعتداد باراداتهم المخالفة وبالتالي الآثمة .

٦ - الفكر الحر اليساري

لقد كان لتطرف النتائج التي وصل إليها الفكر اليميني المحافظ والفكر التقدمي أثره في وجوب اعادة النظر بالنسبة لوظيفة قانون العقوبات في المجتمعات . فالشكلية التي اتسم بها الاتجاه المحافظ كادت تقضي على المبررات التي من أجلها نودي بمبدأ الشرعية وذلك بالهبوط بالقاضي إلى مستوى الآلة في تطبيقه للقانون بجرمانه من أية سلطة تقديرية . وهذا يضر بمبدأ المساواة امام القانون الذي يتطلب بالضرورة الأخذ في الاعتبار للتغيرات الاجتماعية الظروف الواقعية التي احاطت بارتكاب الجريمة . ومن ناحية أخرى نجد أنه يخرج العقوبة عن أن كونها وسيلة اصلاح وعلاج وذلك بربطها بفكرة العدالة المجردة . بينما العدالة يجب أن تكون واقعية يراعى فيها الظروف الشخصية المتعلقة بالجاني وتلك الموضوعية المتعلقة بالجريمة حتى يمكن اصلاح الجاني واعادته الى الحياة الاجتماعية عضواً صالحاً ومنتجاً . كما أن الفكر المحافظ باستبعاده التدابير الاحترافية يضع الجماعة في موقف لا تستطيع فيه الدفاع عن مصالحها

بالنسبة للأشخاص الذين لا تتوافر فيهم الأهلية الجنائية اللازمة لتوقيع العقوبة .
 كما ولم تكن النتائج التي قدمتها المدرسة الوضعية وتبناها الفكر التقدمي من
 ناحية وأساء استخدامها الفكر المطلق من ناحية أخرى لتتفق مع مقتضيات
 العدالة . فهي وان كانت تمثل حماية فعالة لمصالح الدولة إلا أنها تهدر كلية القيمة
 الانسانية للفرد وذلك بتأسيس المسؤولية على الخطورة الاجتماعية المستندة إلى
 الجبرية في السلوك وليس إلى الارادة .

ومن أجل ذلك حاول البعض ، في محيط المذهب الطبيعي ، البحث عن
 أساس جديد لقانون العقوبات يختلف عن فكرة القاعدة الأزلية التي تمسك بها
 أصحاب المذهب الحر اليميني ، وعن فكرة الحدث الاجتماعي التي نادى بها
 المدرسة الوضعية وتلقفها الاتجاهين التقدمي والمطلق . والأساس الجديد هو
 فكرة القيم . فالقانون يجب النظر إليه باعتباره قيمة . وليس معنى ذلك انكار
 المقدمات العقلية له ، بل انه يعتبر تكملة لها . ذلك ان القيمة تتضمن بالضرورة
 الاشارة الى معيار معين . وهذا المعيار أو الضابط لا يمكن إلا أن يكون من
 طبيعة عقلية بوصفه تعبيراً عن شخص لديه القدرة على الاختيار الغائي ، أي
 الاختيار الحر الواعي . والفرد يمثل ، بالنسبة لهذا الاتجاه ، المركز الذي منه
 تستمد القيم الأخرى سبب وجودها وتساهم معها في تكوين الكيان الثقافي
 والاخلاقي والذي فيه يمارس الفرد نشاطه تحقيقاً لأغراض واعية . ولذلك فإن
 العلاقة بين الدولة والقانون ليست علاقة انشاء وانما علاقة ايجاد . فالدولة
 ليست هي التي تخلق القانون وانما تبحث عنه إلى أن تجده . وعدالة القانون هي
 تعبير عن القيم الواقعية وليست تعبيراً عن قيمة مجردة . وتكون القيم واقعية حينما
 تنطق بها الضرورات الاجتماعية . ومن أجل ذلك فإن العدالة القانونية يجب أن
 تهمل الجوانب الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للمجتمع . كما أن القاضي في
 تفسيره للقاعدة الجنائية وتطبيقه لها عليه أن يفعل ذلك في محيط التغيرات المتعلقة

بالظروف الاجتماعية . وهذا ما كان ينكره الاتجاه المحافظ ويسرف فيه الفكر التقدمي والمطلق . وبالنسبة لمبدأ الشرعية فإنه يجب التخفيف من حدته باعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة ، ان لم يبلغ كلية . وقد انعكس الفكر السابق ايضاً على مفهوم المطابقة في الجريمة . فمطابقة الواقعة المادية مع الواقعة النموذجية للجريمة لم تعد مجرد عملية آلية ، وانما اصبحت عملية تقييم للواقعة التي تندرج تحت نطاق التجريم . بمعنى أنه تم الفصل ما بين المطابقة الشكلية والتي لا تعني التجريم وبين المطابقة الموضوعية ومعايرها الاضرار بالمصالح المحمية بالقاعدة الجنائية . وبذلك ظهرت فكرة عدم المشروعية الموضوعية باعتبارها عنصراً من عناصر التكوين في الجريمة وهو ما يطلق عليه البعض عنصر البغي . وأساس ذلك هو أن المشرع في وضعه القاعدة الجنائية بقيم السلوك أولاً من حيث علاقته بالهدف أو الغرض المراد تحقيقه بحماية مصلحة معينة ثم بعد ذلك يأمر المخاطبين بالقاعدة بابقائه أو بالامتناع عنه تحقيقاً للحماية المطلوبة . ومخالفة السلوك المادي للغرض المرصود من القاعدة هو الذي يضمني عليه الصفة غير المشروعة . أما مخالفة المخاطب بالقاعدة للأمر التشريعي فهو الذي يكون الركن المعنوي للجريمة . وترتيباً على ذلك فإن اتيان السلوك المادي المكون للجريمة مع انعدام الاضرار بالمصالح المكونة للهدف من القاعدة ينفي عن الفعل الصفة غير المشروعة رغم مطابقته الشكلية للنموذج الاجرامي للواقعة . وهذا ما يفسر لنا عدم العقاب على الجريمة المستحيلة بوصفها شروعاً ، كما أنه يعطى لنا تبريراً لأسباب الاباحة والتي هي ظروف من شأنها اذا ما رافقت السلوك المادي ، أن تجعله غير متعارض مع أهداف المشرع . وطالما أن عدم المشروعية لها الصفة الموضوعية أو المادية فمعنى ذلك أن القاضي في تكييفه لها لا يأخذ في حسابه الحالة النفسية للجاني وانما يعتمد فقط بماديات الواقعة في علاقتها بالمصالح المكونة للهدف من القاعدة .

غير أنه سرعان ما تكشف أن عملية التقييم للسلوك الاجرامي بالنظر إلى الغد من القاعدة تبعاً لقصد المشرع لا يمكن القيام بها الا اذا أخذت في الحسبان العو النفسية للجاني والتي صاحبت الفعل . بمعنى أنه كثيراً ما يصبح من العسير الحد بعدم مشروعية الفعل دون الحكم على الارادة واتجاهها . فتطورت بذلك فكرة عدم المشروعية من الموضوعية المجردة إلى عدم المشروعية الموضوعية النفسية في الوقت ذاته . وقد ترتب على ذلك ظهور نظريات لتصنيف المجرمين بوجه نماذج لهم تقابل نماذج الجريمة . وانشغل الفكر القانوني بالمجرم وليس فاجر الجريمة وأخذ يهتم بالظروف المحيطة بالمجرم تماماً كما فعل من قبل بالنسبة للجور كما أن الاهتمام بالعوامل النفسية لعدم المشروعية أدى إلى تفرغ الركن المعنوي من مضمونه بحيث انتهى إلى كونه مجرد حكم على الارادة بالاذناب وذا بظهور النظرية المعيارية للأذناب لتحل مكان الصدارة في فقه الجريمة بدلاً النظرية النفسية . وأصبح اتجاه الارادة المتمثل في القصد الجنائي أو الخطأ العمدى يعتد به كعنصر من عناصر السلوك الاجرامي . وبذلك انفصل الفالجنائي كلية عن الفكر الآلي الذي تمثل فيه الاتجاه الحر اليميني . فالسلوك الان أصبح ينظر إليه ليس كقوة من قوى الطبيعة وإنما كظاهرة اجتماعية يتم تكييفه وفهمه في اطار القيم الاجتماعية وليس في اطار الظواهر الطبيعية فالفرد بوصفه كائناً عاقلاً يتصرف دائماً بغية الوصول إلى هدف معين يحثه بسلوكه . وهو حينما يدفع عجلة السببية بسلوكه الواعي فإنه يفعل ذلك و يدرك للآثار المترتبة عليه . وقد أدى ذلك إلى وجوب اعادة النظر في المعايير المختلفة لعلاقة السببية بحيث هُجرت نظريات السببية المادية البحتة وأدخل في تقدير السببية عناصر نفسية متمثلة في التوقع وفقاً للمجري العاد للأمر ، وأصبح من الميسور للفقهاء والقضاء تحديد المعايير التي تنقطع على أساس علاقة السببية بين السلوك والنتيجة . ومن ناحية أخرى ، كان لاعادة النظر دور البواعث الاجرامية أثره على مفهوم العقوبة . فالبواعث لم يعد ينظر إلى

نظرة آلية بوصفها متعارضة مع بعضها البعض بحيث يخرج لنا السلوك الاجرامي حيث تتقلب البواعث الدافعة على الجريمة على البواعث المانعة لها ومن ثم يكون لمبدأ الشرعية أثره في المنع العام بتقوية البواعث المانعة ، وانما أصبح النظر الى البواعث في مجموعها بوصفها جزءاً لا يتجزأ من الكيان الروحي والمعنوي للفرد والمتبلور في سلوكه الخارجي . ولذلك فإن العقوبة يجب أن يكون لها هدف خاص وهو إصلاح المجرم وعلاجه اجتماعياً ونفسياً ومن هنا جاءت الدعوة إلى وقف التنفيذ والافراج الشرطي والعفو القضائي والعمل داخل السجون ، والمعاملة الخاصة بالأحداث وغير ذلك من الأنظمة الأخرى التي تهتم باصلاح الجاني وعلاجه .

وإذا كان الفكر المحافظ ينكر التدابير الاحترافية بوصفها اعتداء على الحريات الفردية ، فإن انصار الفكر الحر اليساري نادوا بوجوب توقيع التدابير الاحترافية كلما أظهر الاعتداد بشخص الجاني أن العقوبة تصبح عاجزة عن تحقيق الغرض منها خاصة بالنسبة لمعدومي الأهلية وناقصيها ، وذوي الخطورة الاجرامية .

— الاتجاهات الديمقراطية في القانون الجنائي .

لقد انطلقت تلك الاتجاهات من المبدأ الذي نادى به الفكر الحر اليساري والذي مؤداه أن الفرد هو المركز الذي منه تستمد أية قيمة أخرى سبب وجودها ؛ وأن العدالة الجنائية لا بد وأن تكون واقعية لا تهمل الضرورات الاجتماعية . وللتوفيق بين الحرية الفردية وبين الضرورات الاجتماعية هناك حدود تتمثل في مبدأ الشرعية ومبدأ المساواة أمام القانون . ومبدأ الشرعية يجد أساسه المنطقي في أن تحديد الأفعال المجرمة سلفاً هو الذي يحد من التحكم الذي قد ينتهي بالارهاب الجنائي . غير أن استبعاد التحكم ليس معناه استبعاد السلطة التقديرية للقاضي وإلا لانتهى الحال إلى الآلية القضائية والتي يجب أن يتفادها

أي نظام جنائي يقوم على اعتبارات انسانية. كما يجد مبدأ الشرعية تبريراته السياسية في ضمان حريات الافراد بتحديد الاطار الخاص بحق الدولة في التدخل بالعقاب . وأخيراً يجد تبريره النفسي في أن الفرد اذا ما علم بالأفعال المجرمة سلفاً والعقوبة المقررة لها يمكنه أن يكتف سلوكه بما يبعده عن حظيرة التجريم وذلك بالامتناع عن اثبات السلوك الذي يسمح للدولة بالتدخل لعقابه . والنتيجة المنطقية لمثل الأسس السابقة هي ضرورة الاعتداد بالعلم بعدم مشروعية السلوك حتى يتوافر الركن المعنوي للجريمة المتمثل في القصد الجنائي .

ومبدأ المساواة ليس معناه ردع الجميع بنفس الوسيلة ، كما يعتقد أنصار الفكر المحافظ ، وانما توقيع العقوبة المناسبة للفرد والمتلائمة مع الظروف التي أحاطت بارتكاب الجريمة . ذلك ان استبعاد السلطة التقديرية للقاضي وغض الطرف عن الظروف التي وقعت فيها الجريمة معناه الوقوع في شكلية الفكر المحافظ . فإذا كانت المساواة مفادها وجوب استبعاد الامتيازات المتعلقة بوضع الجنائي ، فليس معنى ذلك أن تتساوى كل واقعة إجرامية مع الأخرى في ظروف ارتكابها . ومعنى ذلك أن القاضي يجب أن يتمتع بقدر من السلطة في التقدير مرتبط بالقيم والأهداف التي توخاها المشرع في النصوص التشريعية .

وفي محيط الجريمة والعقوبة ، يجب أن تؤسس المسؤولية الجنائية على الارادة الحرة الواعية . فالمسؤولية الأدبية هي فقط المناط لتوقيع العقوبة . أما فكرة الخطورة الاجتماعية والاجرامية فيجب استبعادها كأساس لاتخاذ التدابير الجنائية . كل ما هنالك هو أنه في الأحوال التي تقع فيها الجريمة من شخص غير مسئول جنائياً نظراً لظروفه الشخصية فيمكن اتخاذ تدبير احترازي في مواجهته يهدف لعلاجه . أما العقوبة فهي ليست من وظائفها الأساسية الاصلاح والعلاج وانما الزجر والردع ارضاء لفكرة العدالة المجردة ، أما دورها في الاصلاح فيأتي في المرتبة الثانية . وقد أطلق أنصار هذه الاتجاه على أنفسهم المدرسة التقليدية

الجديدة الخالصة تمييزاً لها عن المدارس الاخرى التي ظهرت في مجال التوفيق ما بين الفكر المحافظ والفكر اليساري المتمثل في المدرسة الوضعية . والمبادئ التي تقوم عليها المدرسة محل البحث تخلص في أن أساس المسؤولية الجنائية هي حرية الفرد . ذلك أن الركن المعنوي المتمثل في الاذئاب يفترض وجود الأهلية الجنائية والتي لا تتوافر إلا بجرية الارادة . غير أن حرية الارادة هنا لا تحمل على مفهوم مجرد كما حملتها المدرسة التقليدية القديمة القائمة على الفكر المحافظ ، وانما تحمل على مفهومها الواقعي الذي يأخذ في الاعتبار الظروف الواقعية التي أحاطت بالجاني وأثرت في آرائه . فإذا كان التأثير كاملاً انعدمت المسؤولية ، وإذا كان جزئياً كفا في محيط الظروف المخففة أو المشددة تبعاً لنوعية الظروف . فالفرد حينما يبلغ سن النضوج الجنائي تكون ارادته حرة بوصفها مكنة عامة ومجردة ، أما في واقعها فإنها تتناسب مع الظروف التي تباشر فيها ، وبالتالي يكون تقييمها تبعاً لمدى سيطرتها على تلك الظروف . فالأسباب المؤدية للجريمة لا تنفي حرية الارادة ، على عكس الجبرية التي نادى بها المدرسة الوضعية ، وانما تدخل تلك الأسباب في الاعتبار عند تقييم الارادة ومدى سيطرتها على الظروف التي بوشرت فيها . ونتيجة لذلك ، فإن التدبير الذي يتخذ حيال الجاني انما يتوقف على مدى فاعلية الارادة الحرة . فالعقوبة تقابل الارادة الحرة ، بينما التدبير الاحترازي يطبق حينما تنعدم حرية الارادة اما حكماً او فعلاً ، أو تتواجد الخطورة الاجتماعية أو الاجرامية . ومعنى ذلك أن التدبير الاحترازي لا يعتبر بديلاً للعقوبة أو مضافاً إليها وانما هو اجراء يتخذ لحماية المجتمع من خطورة الشخص . ولذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن طائفة التدابير الاحترازية لا تنتمي إلى قانون العقوبات وانما الى القانون الاداري . ذلك لأن العقوبة تمثل الجزاء للارادة الآثمة في استخدام حريتها استخداماً سيئاً ومخالفاً لأوامر المشرع ونواهيه . أما التدبير الاحترازي فهو يطبق بهدف آخر وهو تحرير الارادة من الأسباب التي اعدمتها حريتها وحالت دونها وبين سيطرتها

على الظروف الواقعية التي بوشر فيها السلوك .
وبذلك اعتقدت هذه المدرسة أنها قد اعطت الفرد القيمة المناسبة وذلك
بربط مسؤليته بارادته حتى في الاحوال التي يحاسب فيها على خطورته ، وغير
مدركة أنها بذلك قد أفسحت المجال لنقض الأسس التي قامت عليها وذلك
حينما برزت إلى حيز الوجود نظرية اطلق عليها اذئاب الفاعل والتي تحاسب
الشخص على سلوكه في الحياة بتوقيع عقوبات رادعة قلما تحدث تأثيراً يذكر
بالنسبة لطوائف المجرمين معتادي الاجرام ومحترفيه والمتشردين والمشتبه فيهم .
على حين أنه كان في الامكان الجمع ما بين العقوبة والتدابير الاحترازية وربط
لأولى بالمسئولية الأدبية القائمة على حرية الارادة وربط الثانية بفكرة
الخطورة الاجرامية والاجتماعية . وبذلك يمكن الجمع ما بين مصلحة الفرد في
حرية الفردية وبين ضرورات المجتمع في حماية مصالحه التي تضار أو تهدد
بالضرر من السلوك الفردي . أما محاولة الفصل التام بين العقوبة من ناحية
والتدابير الاحترازية من ناحية أخرى والحاق تلك الأخيرة بالقانون الاداري
فإنه قد أدى إلى نتائج غير مقبولة ان لم يؤد إلى اهدار مقومات الحرية الفردية
والتي قامت هذه المدرسة لضمائها . ومن أجل ذلك ركزت تيارات في محيط
الاتجاهات الديمقراطية على فكرة الخطورة الاجتماعية والاجرامية كأساس لرد
فعل المجتمع سواء تمثل في صورة العقوبة أو في صورة التدابير الاحترازية دون
أن تهمل الأساس الأدبي للمسئولية الجنائية وتدخل بذلك التدابير في نطاق قانون
العقوبات ليشكل مع العقوبة التدابير التي يجب اتخاذها لمواجهة الاجرام في
المجتمع . وهذا ما فعلته مدرسة الدفاع الاجتماعي الحديث والاتجاهات الجديدة
في المدرسة التقليدية في سبيل التوفيق بين اعتبارات الحرية الفردية واعتبارات
المصالح الاجتماعية . وهذا هو الفكر السائد في فرنسا والمانيا وبلجيكا وإيطاليا
وتأثرت به كثير من التشريعات الجنائية الحديثة .

كانت هذه هي الملامح الأساسية لقانون العقوبات في تأثيراته المختلفة بالفكر

السياسي . وأياً كانت المذاهب والأفكار ، فإن هناك حقيقة يجب مراعاتها في السياسة الجنائية ألا وهي ضرورة استبعاد الفكر المحافظ وما يضيفه على قانون العقوبات من جمود . فالنشاط الاجتماعي للدولة المتزايد في وقتنا المعاصر يفرض على قانون العقوبات وظيفة أساسية لا تقف فقط عند حد حماية المصالح القائمة وقت التشريع وإنما أيضاً التطور بالمجتمع نحو التقدم وتحقيق الأهداف التي رسمها لنفسه . ولذلك فإن الأنشطة المختلفة للدولة في هذا المجال لا بد لها من حماية جنائية حتى تدفع المجتمع نحو التقدم المنشود . ومن ناحية أخرى فإن تغير المصالح وتطورها يقتضي أيضاً تغييراً في أساليب البحث في قانون العقوبات بحيث يكون المنهج المتبع يمكنه ملاحقة التطورات الاجتماعية وما يتبعها من تغير في مفاهيم المصالح .

وتفصيل ذلك ، هو أن الملاحظ على منهج البحث المسيطر على جزء كبير من الفقه المعاصر هو المنهج الشكلي والذي يطلق عليه منهج الفن - القانوني . وقد كان اتباع هذا المنهج هو المسؤول عن جمود قانون العقوبات وعجزه عن ملاحقة التطورات الاجتماعية . فالخلفيات السياسية التي كانت وراء الفكر القانوني الحر ، وكذلك ظهور الوضعية القانونية في النصف الأخير من القرن الماضي ، هي التي ساهمت في ظهور هذا المنهج . ومن أجل ذلك نجد أن الأسس القائم عليها تتمثل في الاعتراف فقط بالقانون الوضعي مجرداً من أية اعتبارات أخرى . فالقانون هو القانون الوضعي . وهو بذلك نظام مغلق ومتكامل باعتباره متضمناً مبادئ متجانسة ومنطقية . وهو من حيث كونه نظاماً مغلقاً لا يجب أن يدخل في دراسة نصوصه أية اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية لم ترد صراحة فيها . أما كونه نظاماً كاملاً فمؤداه أنه غير ناقص وبالتالي لا يسمح لرجل القانون بأي تفسير يكون من شأنه تكملة أوجه النقص القائمة . ونتيجة لذلك أعطى أنصار هذا المنهج للألفاظ في التشريع الأهمية البالغة ومهملين كلية روح القاعدة القانونية والغاية منها ، ومن هنا جاء قصور

القانون عن مسايرة متطلبات الحياة الاجتماعية وتم الفصل التام بين الضوابط القانونية وبين تلك السياسة الاجتماعية والاقتصادية ، وانتهى الأمر بذلك إلى عزل القانون عن المجتمع بحيث أصبح عقبة كؤود في سبيل التطور وتحقيق الأهداف . ومن ناحية أخرى ظهر الاسراف في المنطق المجرد وفي الاستدلال بحيث تجمد القانون وأصبح في واد والجماعة ومصالحها في واد آخر .

ومن هنا كان من الضروري إعادة النظر في سلامة هذا المنهج . فقد ظهر فساد الأسس التي قامت عليها مدرسة الفن - القانوني . فالقول بأن القانون هو مجموعة مبادئ منطقية ومتجانسة هو قول لا يستند إلى واقعه الفعلي . ذلك أنه إذا نظرنا إلى أي تشريع كان نجد كثيراً من ظواهر عدم المنطقية بحيث يستحيل اصفاء التجانس والتناسق على قواعده . فالمشرع عند وضع القواعد القانونية لا يولي اهتماماته لاقامة نظام منطقي متكامل بقدر ما يوليها لتحقيق أغراض وأهداف معينة عن طريق القاعدة القانونية . فضرورات المصالح الاجتماعية وكذلك مسايرة المشرع لمبادئ العدالة والمساواة ، كثيراً ما تجعله يتجنب أعمال المنطق في الصياغة حتى لا يصطدم بالضمير الجمعي والمصالح الأساسية للجماعة . ولهذا السبب كانت انحرافات المشرع عن المنطق واسرافه في الاستثناءات على القواعد هو أمر عادي في كل تشريع بل ومرغوب فيه في كثير من الأحيان . فمثلاً بينما يبنى المشرع المسؤولية الجنائية على الارادة نجده في فروض معينة يقيمها على أساس علاقة السببية المادية وفي فروض أخرى يفترض هو من جانبه وجود الارادة كما هو الشأن في المسؤولية الموضوعية والمفترضة . وبينما يقيم القصد الجنائي على العلم والارادة نجده ينص في الوقت ذاته على عدم الاعتداد بالجهل بقانون العقوبات .

هذا من ناحية عدم منطقية القانون بوصفها ظاهرة طبيعية بل ومستحبة في بعض الأحيان . أما من ناحية نقصان القانون فهو أمر لا يحتاج إلى تدليل .

فالمشرع مهما أوتي حسن تقدير فلن يستطيع الاحاطة بكل الفروض والصور التي تهدد المصالح المراد حمايتها . فتطور الحياة بطبيعته يفرض تجدداً في الأشكال والنماذج للتصرفات الجديرة بالتجريم . ومن جانب آخر يبدو نقصان القانون في كثير من الأفكار والمفاهيم غير المحددة التي يستخدمها المشرع للتعبير عن ركن في الجريمة أو في تحديد السلوك الاجرامي ذاته . ولن تجدي نفعاً في هذا المجال النظرية الشخصية للتفسير والتي تنادي بوجود استعادة القاضي لفكر المشرع وقت وضع القاعدة . فهذه النظرية تقوم على افتراض لا وجود له من الناحية الفعلية . فالمشرع هو فكرة مجردة . وكما عبر البعض بحق أن المشرع من دم ولحم لا وجود له ، وانما يخرج القانون في صورة تشريع معبراً عن وجهات نظر واضعيه والتي كثيراً ما تكون متباينة ويصاغ النص بالشكل الذي يوفق بين اتجاهات واضعيه .

والنتيجة التي يمكن الوصول إليها من العرض السابق هي أن المبالغة في أعمال المنطق في منهج الفن القانوني أدى به إلى التجريد وإلى عدم تفهم حقيقة الواقع القانوني بحيث أضحي القضاء مجرد آلة لتطبيق القانون يمكن ابداله بأي جهاز إلى آخر . وحتى يكون لقانون العقوبات دوره الفعال في المجتمع فلا بد من طرح منهج الفن القانوني أو المنهج الشكلي جانباً والأخذ باعتبارين : الأول هو اتباع منهج بحث واقعي يعتمد بالواقع الاجتماعي للقاعدة القانونية ؛ والثاني هو الاعتراف للقاضي الجنائي بدور فعال في تكملة النص التشريعي عن طريق التفسير .

أولاً المنهج الواقعي .

ان القانون بصفة عامة والجنائي بصفة خاصة ليس مجرد شكل يتخذ وانما هو تعبير عن الواقع الانساني والاجتماعي والذي يكون مضمون القاعدة القانونية . ولذلك فإن تجريد الدراسة القانونية بالبحث الشكلي فقط على نمط

الرياضيات سوف يؤدي بالضرورة الى فصل الشكل عن المضمون وبالتالي إلى عزل القانون عن المجتمع . فالبحث القانوني ليس للتنظير فحسب واستخلاص الانظمة والمفاهيم العامة له باعتبارها غاية في ذاتها وانما يجب أن يكون التنظير بقصد التبسيط . فكل قاعدة قانونية هادفة ، بمعنى انها ترمي إلى غاية معينة لتحقيقها . وبالتالي فلا يمكن فهم القاعدة وتحديد محمولات النص دون فهم وتحديد الغاية المرصودة من أجلها . ولذلك فإن دراسة الغرض من القاعدة يدخل بالضرورة ضمن دراسة القاعدة ذاتها . وما دام الغرض من القاعدة هو ضروري لفهم مضمونها ، فإن تحديده لا يمكن أن يتم إلا اذا أخذنا في اعتبارنا الواقعة الاجتماعية المنظمة بالقاعدة والتي تكون مضمونها في الوقت ذاته . فإذا كان القانون هو تنظيم للعلاقات الاجتماعية فهو لا يخلقها وانما ينظمها كما تبدو في واقعها الاجتماعي فيأخذها ويضع لها القواعد الخاصة التي يراها محققة لغرض معين والذي لا بد وأن يكون بالضرورة اجتماعياً هو الآخر .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن الواقعة الاجتماعية موضوع القاعدة وكذلك الغرض أو الهدف الذي ترمي إليه القاعدة لا يمكن اعتبارهما عناصر خارجة عنها وانما داخلية في نطاقها . وإذا كان الاعتداد بالواقع الاجتماعي ضروري بالنسبة لفروع القانون المختلفة فهو أساسي بالنسبة لقانون العقوبات الذي يدرس الجريمة والمجرم . وهذا يتطلب دراسة الجريمة كواقعة اجتماعية والمجرم والظروف البيئية والنفسية التي أحاطت ارتكابها والسبل التي تجعل الجزاء الجنائي يحقق أغراضه . ومعنى ذلك أن الحقيقة الاجتماعية التي يأخذها الباحث الجنائي في اعتباره تقوم على عناصر ثلاث : هي الجريمة والمجرم والمجتمع ، وذلك حتى يتسنى له فهم القاعدة الجنائية .

غير أنه لا يكفي في دراسة القاعدة الجنائية أن يلمس الباحث الحلفيات الاجتماعية لها ، وانما يلزم فوق ذلك أن يكون لمقتضيات الحقائق الاجتماعية الثقل

الأكبر في تقديراته وتقييماته وما يصل إليه من نتائج . فلا يجب أن يستسلم للمنطق المجرد بل عليه أن يراقب النتائج التي وصل إليها ومدى اتساقها مع الواقع الاجتماعي لمعرفة ما اذا كانت تخدم الغرض الذي من أجله وضعت القاعدة ، وما اذا كانت متفقة مع الخطوط العامة للنظام القانوني ككل . ومعنى ذلك أنه يجب رفض جميع النتائج التي لا تتماشى مع تلك الأهداف حتى ولو كانت من الناحية المنطقية سليمة . فالعدالة الجنائية التي تتفق والمنطق وتضر في الوقت ذاته بمصالح المجتمع لا تعتبر عدالة حقيقية وإنما عدالة خادعة .

وما دمنا قد أخذنا في اعتبارنا الواقع الاجتماعي ، فمعنى ذلك أن القانون ومبادئه العامة لا ينظر إليهما بوصفهما ظواهر ثابتة وإنما القانون دائماً يتسم بالحركية لكي يتلاءم ومقتضيات التطور والتقدم . وهنا يبدو خطأ المنهج الشكلي الذي خيل لانصاره انه في الامكان وضع مبادئ لها قيمة مطلقة صالحة لكل زمان ومكان ، على حين أنه قدم لنا فقط مجرد مبادئ وأنظمة متفقة فقط مع الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي تواجدت في اطرافها .

ثانياً - القاضي الجنائي وتكملة النقص التشريعي .

على الرغم من أن القانون كثيراً ما يكون ناقصاً بل عاجزاً عن مسايرة التطور الاجتماعي ، فإننا نجد الفقه التقليدي لا يريد الاعتراف بتلك الحقيقة مقررأ بأن القاضي سوف يجد دائماً الضوابط التي تحدد المفاهيم المرنة وأوجه النقص الظاهرية وذلك اذا ما تعمق بنظره في النظام القانوني . وعلى الرغم من أن مظاهر النقص في التشريع هي حقيقة فعلية غير منكورة ، فإن الفقه التقليدي لا يعترف القاضي بمكنة ملئها باعتبار أن عمل القاضي لا يمكن أن يكون منشأ . ولكن اذا كان الفكر التقليدي المحافظ قد بذل قصارى جهده بعدم منح القاضي أية مكنة في ملء الفراغات التشريعية منادياً بمبدأ الفصل بين السلطات ، فقد ظهر قصوره عن التمسك به حتى النهاية بصدد المسائل غير التجريبية . فإذا كان القاضي ليس

من اختصاصه خلق القانون وانشائه ، فإن له على الأقل أن يساهم في هذا الانشاء بتطوير القاعدة القانونية بما يتلاءم وتطور الحقائق الاجتماعية التي تنظمها القاعدة القانونية .

ولكن هل يجوز للقاضي الجنائي أن يلجأ إلى القياس لتكملة النقص التشريعي ان الشكل الذي ظهر به مبدأ الشرعية في الفقه التقليدي ونصت عليه بعض التشريعات يسمح بنوع من القياس ولايسمح بالنوع الآخر . فالقياس الجائز في محيط قانون العقوبات هو ما يطلق عليه القياس لصالح المتهم أي الذي يحدد تدخل الدولة بالعقاب . ولذلك فإن المستقر عليه فقهاً وقضاء هو اجازة القياس بصدد أسباب الإباحة وموانع المسؤولية والعقاب .

أما النوع الثاني من القياس فهو المتعلق بالتجريم والعقاب . والتمسكون بمبدأ الشرعية في مفهومها التقليدي يعارضون فيه بشدة ويرون في ذلك خرقاً للمبدأ وانتهاكاً للحرية الفردية .

وهذا القول الذي سيطر على أذهان الغالبية العظمى من رجال القانون التقليديين والمعاصرين يحتاج الى اعادة نظر على ضوء التغييرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للمجتمعات المعاصرة . فالنقص التشريعي وقصور التشريعات القائمة عن ملاحقة التطور السريع للمجتمعات يتطلب اعادة تقييم للاعتبارات التي دفعت الكثيرين إلى المغالاة في التمسك به .

وبعبارة أخرى نقول الغاء المبدأ باباحة القياس ليس بالضرورة أن يكون تعبيراً عن فكر سياسي معين . فهناك من التشريعات الملزمة بالفكر المحافظ من ألغى النص الصريح على المبدأ المذكور ومثال ذلك الدنمرك ؛ كما أن هناك أنظمة قانونية ملتزمة أيضاً بمبادئ الفكر المحافظ لا تعرف حظر القياس . ومثال ذلك النظام الانجليزي . ومن ناحية أخرى فقد نص على مبدأ الشرعية وحظر القياس في ظل النظام الفاشيستي .

ولذلك فالرأي عندنا هو أن ربط المبدأ وحظر القياس بالأنظمة السياسية هو أمر مرفوض . ويتعين تقييم المبدأ على ضوء السياسة الجنائية . ومن الثابت أن الضرورات الاجتماعية هي التي تحدد سياسة المشرع الجنائية . وإذا كانت هذه الضرورات متغيرة ومتحركة فمن الخطأ تقييد القاضي الجنائي بمبدأ الأصل فيه أنه يحمي المصالح الاجتماعية فيصبح عبئاً عليها وضاراً بها . ومن ناحية أخرى يلاحظ أن المشرع مهما أوتي من دقة فإنه لن يتمكن من حصر جميع الأفعال الجديرة بالتجريم لضررها بالمصالح والأهداف التي يرمي إلى تحقيقها . ولذلك فإن التمسك بالمبدأ في صورته التقليدية لن يفيد سوى الأشخاص الذين يعرفون كيف يتصرفون على هامش القانون دون أن ينالهم بنصوصه التجريبية . وإذا قيل بأن مبدأ الشرعية بالمفهوم التقليدي له دوره في منع الافراد من اتيان السلوك المخالف للقاعدة التجريبية عن طريق التأثير على الارادة سلفاً ، فإن قاعدة لا يعذر أحد بجهله قانون العقوبات تعدم أي أثر من هذا النوع للمبدأ المذكور . ومن الغريب أن يسلم الفقه التقليدي بقاعدة عدم الاعتداد بالجهل أو الغلط في قانون العقوبات ويتمسك في الوقت ذاته بمبدأ الشرعية كضمان للحريات الفردية . ومما لا شك فيه أن وجود قاعدة عدم الاعتداد بالجهل بقانون العقوبات لا يقل خطورة عن مخالفة مبدأ الشرعية بجواز القياس . والقول الحق في تبرير مبدأ الشرعية يتمثل في ضمان الثبات والاستقرار القانوني . غير أن الثبات القانوني لا يتوقف دائماً على وجود مثل هذا المبدأ . فلم يشك أحد من انعدام الثبات القانوني في التشريعات والأنظمة التي لا تنص على مبدأ الشرعية ومن ناحية فإن خطورة اهتزاز الثبات القانوني تظل قائمة رغم الاعتراف بالمبدأ وذلك في محيط القواعد المرنة والعناصر القاعدية والتقسيمية التي كثيراً ما يستعين بها المشرع في تحديد النموذج التشريعي للجريمة .

وما دام الأمر كذلك فإن الشرعية الشكلية التي أرادها الفكر المحافظ وتبعه

فيها الفقه التقليدي قد فقدت مبررات وجودها وأصبحت تشكل عبئاً على العدالة الجنائية التي يجب أن تؤسس على شرعية موضوعية مناطها الضرورات الاجتماعية حتى يكون القانون تعبيراً عن عدالة حقيقية وليست مجرد عدالة شكلية . فإذا اقتضت تلك الضرورات أباحة القياس أو عدم سريان القانون الأصح للمتهم فليس معنى ذلك الوقوع في نطاق عدم الشرعية، بل بالعكس نكون قد أصبنا جوهر الشرعية الحقيقية . وغني عن البيان أن الضرورات الاجتماعية يقدرها المشرع ويحدد الضوابط التي يستعين بها القاضي في تحديها مطابقة الواقعة المادية للواقعة محل التجريم ، وبذلك يتم التوفيق بين الشرعي وبين العدالة الحقيقية ، ونكون قد مكّنا قانون العقوبات من أداء وظيفته في تطوير المجتمع وحماية مصالحه الجوهرية المتجددة .