أثر العرف في سياسة التجريم
"دراسة مقارنة"

نوزاد احمد یاسین الشواني[1]، کشاو معروف سیده[1]

١ جامعة كركوك/ كلية القانون والعلوم السياسية

مافی چاپ و بڵاوکردنەوە © ٢٠٢٠ نوزاد احمد یاسین الشواني، کشاو معروف سیده

پوختە

لە سەرجەم ئەوی رونمان کردوە لەم توزینەوە بومان دەرکەوت کە بوجونی بە تاونکردنی یاسادانەری تاونکاری عیرا قلە یاسای توانای زمارە ١١١ بو سالی ١٩٦٩ کاریگەری بوە لە جەند لایەتکاوە بد دابونەرایتە وە، هەر لە سەر ئەوە بینیمان یاسادانەری عیراقی کاریکەری خستە چوارچیوی تاوانەە پشت بەو ن دابونەریتانەی کە بە کومەلگاە پیروکراوە لە نیوان خەلك، بو نومنە تاوانی پیوندار بە ئابرو وشکو دابونەریت کاریگرلی هەیە لە سەر یاسادانەر بو بە تاون ناساندی کارەکانی پیوەندار بە ئابرو وشکو، بویە هەر کاسیك ببیتە هوی لە دەستدانی ئابرو وشکو بە پیی داب ونەریت ئەژمار ئەکریت، وەیاسی تاوانی عیراقی سزای لەسەر داناوە ئەوش بەپیی داب ونەریت وبەرپاکراو لوە کوملگایی تاوانلیکراو.

و گەر بچینە سەر ئەو تاوانانەنی پیوەندار بە رەوشت وکەلتوری کشتی بومان دەرکەوت کە هەلویستی بە وتاوانکردنی تلونکلری ئابرو لە کومالگاکمان بەستراو بە پیوستکانی سروشتی کومالگا جگە لە ئامانجو هوکاری مانەوەی، هەر بویە یاسادانەری هەر کاریك بە تاوان ئەژماردەکات ئەگەر بیتە هوبلەکەدارکردنی بەهاو ونەریتی فەلسەفی ئەو کومالگایە، بویە بو هاوتاکردنی ئوەی ئەبیت بپاریزریت تە پاریزریت سەنگەکە لە خووە بەلای بەها ئەرینیکان لارەسەنگ ئدبیت.

المستخلص

من مجمل ما تم بيانه في موضوع الدراسة اتضح لنا ان سياسة التجريم التي بنيت عليه التشريع الجنائي العراقي تأثرت في بعض الاحيان بالعرف، إذ وجدنا أن المشرع في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل جرم بعض الافعال التي لا تنسجم مع ما يسود في المجتمع مع ما تعارف عليه الناس، ففي جريمة جرائم الماسة بالشرف والاعتبار، تكون للعرف تأثير في توجيه المشرع نحو تجريم الافعال الماسة بالشرف والاعتبار فكل فعل يؤدي الى الاخلال بالشرف والاعتبار حسب العرف يعد جريمة يعاقب عليها المشرع العراقي والتشريعات المقارنة والمرجع في ذلك الاعراف السائدة في الوسط الاجتماعي التي ينتمي اليها المجني عليه

و اذا ما انتقلنا الى الجرائم الماسة بالأخلاق والآداب العامة وجدنا إن موقف سياسة التجريم من الجرائم الماسة بالأخلاق في مجتمعنا تحكمه الضرورات التي تفرضها طبيعة المجتمع و الأعراف السائدة في المجتمع إضافة إلى أهدافه وأسباب بقائه ،فالمشرع يقوم بتجريم الأفعال التي من شأنها المساس بالقيم المجتمع وعاداته والفلسفة التي يقوم عليها، فالموازنة بين ما يجب حمايته وما لا يجب ستميل بحكم الفطرة إلى كفة دعم القيم الايجابية.

Abstract

We found that the legislator in the Iraqi Penal Code No. 111 of 1969 amended some of the acts that do not fit with what prevails in society with In the crime of crimes of honor and honor, custom has an effect in directing the legislator to criminalize acts of honor and consideration, any act that leads to breach of honor and consideration according to custom is a crime punishable by the Iraqi legislator and comparative legislation and reference in the prevailing customs in the social media To which the victim belongs.

If we turn to crimes against morality and public morality, we find that the position of the policy of criminalization of crimes against morality in our society governed by the necessities imposed by the nature of society and norms prevailing in society in addition to its objectives and reasons for survival, legislator criminalizes acts that affect the values of society and customs and philosophy On the basis of which, balancing between what should be protected and what should not be driven by virtue to support the positive values.

المبحث الاول

مفهوم العرف و سياسة التجريم

يعد العرف أحد الضوابط السلوكية والاجتماعية لأن طبيعة الإنسان الاجتماعية جعلته تلجأ الى الالتقاء والتجمع مع إفراد جنسه وهذا الاجتماع يولد مجموعة من التفاعلات الاجتماعية، وهذه التفاعلات تؤدي إلى تكوين عادات وقيم يتمسك بها إفراد هذا التجمع ومجموع هذه العادات تشكل ما يطلق عليه بالعرف الذي يلتزم به أفراد الجماعة.

وتعد الأعراف مقبولة من قبل إفراد المجتمع لأنها من صنع الجماعات البشرية، فهي أداة طبيعية تستخدمها الجماعات بالقدر وللغرض الذي تريد، ويتم كل ذلك بطريقة آلية مما يجعل الاعراف مقبولة من الجميع لان العمل الآلى هو انسب طريقة يستجيب بها الإنسان للمثير الخارجي، وهذا من جملة ما تختلف فيه الأعراف عن بقية الشرائع والقوانين التي تفرض في الغالب فرضاً على الناس، بينما تعد الأعراف من نتاج الانتخاب الطبيعي لألوان السلوك التي تثبت صلاحيتها في المجتمع.

وان سياسة التجريم المتبعة في دولة ما هي داخلة في صميم السياسة الجنائية، ومن المفترض إن تأخذ الدول بعين الاعتبار عند وضع سياستها الجنائية التغيرات المختلفة وإلا فقدت فعاليته، ويجب إن تكون هذه السياسة نابعة من المجتمع ذاته، فلا يستطيع المشرع إن يستورد سياسة جنائية لمجتمع آخر ويقوم بتطبيقها على مجتمعه، وقد يلاحظ المتابع لمضمون السياسة الجنائية في الدول العربية والغربية أنها تتأثر بمجموعة من العوامل السياسة والاقتصادية والاجتماعية وخاصة الاعراف والتقاليد السائدة داخل الدولة، وهكذا تختلف السياسة الجنائية بين دولة وأخرى باختلاف العوامل المؤثرة فيها.

من اجل توضيح ما سبق نقسم المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول تعريف العرف واركانه، بينما نخصص الثاني لبيان تعريف سياسة التجريم.

المطلب الاول

تعريف العرف واركانه

بغية إيجاد تعريف دقيق جامع مانع للعرف، لابد من بيان معناه اللغوي و الاصــطلاحي و اســتعراض آراء الفقهاء القانون والشـريعة وبيان اركانه وسـيكون ذلك في فرعين، نخصـص الأول لبيان تعريف العرف، ونفرد الثاني لاسـتعراض اركان العرف.

الفرع الأول

تعريف العرف

اولاً: العرف لغةً

العين والراء والفاء أصــلان صــحيحان يدل أحدهما على تتابع الشــيء متصــلاً بعضــه وراء بعض، ويدل الآخر على السـكون و الطمأنية ومثل للنوع الأول بعرف الفرس(ويسـمى ذلك للتابع الشـعر عليه. ويقال: جاء القطا عرفاً، أي بعضـه خلف بعض)[١].

وجاء في لسـان العرب "والعرف و العرفة والمعروف واحد ضـد الآخر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير و تبسـأ به وتطمئن إليه[٢]".

والعرف: الرائحة الطيبة او المنبتة و أكثر استعماله في الطيبة، لان النفس تسكن إليها: يقال ما أطيب عرفه[٣].

و العرف كذلك الاســم من الاعتراف، وهو الإقرار بالذنب، والذل، والمهانة، و الرضــى به، ويقال: اعترف بالشــيء، إذا اقر، كأنه عرفه فأقر به، ويقال النفس عروف، اذا حملت على أمر فبآت به أي اطمأنت[٤].

ومما سبق يظهر لنا إن معظم تعاريف العرف لغةً متقاربة وتكاد تلتقي في اتجاه واحد، إلا إن كلاً من التتابع والسكون و الطمأنينة اقرب إلى معاني العرف في الاصطلاح والتي سنبينها في الفرع الثاني.

ثانياً: العرف اصطلاحاً

يعد العرف من أقدم مصادر القانون في تأريخ المجتمعات، بوصفه الطريق الطبيعي الذي تخرج منه القواعد القانونية التي تحتاج إليها البشــرية، ولاســيما في المجتمعات البدائية، إذ كان الناس يســيرون على وفق العادات والتقاليد التي يتوارثونها جيلاً بعد آخر ويحافظون عليها، فقد كانوا يشعرون بضرورة إتباعها بوصفها ملزمة لهم [٥].

كما يعد العرف مصـدراً رسـمياً فطرياً ضـرورياً يعطي القاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل، ولاسـيما حينما تكون الحياة بدائية، ويحافظ بشدة على التقاليد و السلطة في الجماعة ضعيفة أو غير متركزة في يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الأمر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها، فإذا ما تقدمت المدينة وتعقدت الحاجات في

(١) أبو الحسين احمد ابن فارس، بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩،ص٢٨١.

(٢) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب،ج٩، دار صادر، بيروت، ١٩٥٥، ص٢٣٩.

(٣) مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط٨، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٥، ص٨٣٧.

(٤) ابن فارس ، مصدر سابق، ص٢٨١

(٥) توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، الدار المصرية للنشر، بيروت، ١٩٧٢،ص١٣٧.

الجماعة، لم يكن بد للعرف من النزول للتشـريع عن مكانه كمصـدر أصـيل للإلزام بالقواعد القانونية وان بقي إلى جنب التشريع مصدراً تكميلياً يلزم بالقواعد القانونية حين يبتدئ نقص نصوص التشريع[٦].

وعلى الرغم من أن العرف من المصـادر الرسـمية الاحتياطية إلاّ إن المشـرّع العراقي[٧] لم يضـع له تعريفاً وإنما ترك الأمر للفقه والقضاء.

إما بالنسـبة للفقهاء فقد ذهب الفقه الغربي في تعريفهم للعرف على انه(هو طريقة تقليديه مقبولة على نطاق واسـع للسلوك، أو القيام بشيء محدد لمجتمع في مكان معين أو وقت معين، أو بعبارة أخرى النمط الراسخ للسلوك الذي يمكن التحقق منه بموضوعية ضمن اطار اجتماعي معين)[٨].

إما الفقه العربي فقد ذهب في اتجاهات مختلفة في تعريفه للعرف، إذ يعرفه بعضهم بأنه

(طريق نفاذ قواعد السـلوك إلى حيز التنفيذ في صـورة قاعدة غير مكتوبة تجيء ثمرة اعتياد الناس على سـلوك معين، لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية، وتولد الشعور بضرورة الالتزام بها)[٩].

وهذا التعريف جمع بين ركني العرف، الركن المادي وذلك بذكر عبارة اعتياد الناس على السلوك، والركن المعنوي وهو تولد الشعور بضرورة الالتزام به، إلا أنه اغفل ذكر خصيصة مهمة من خصائص الركن المادي إلا وهي ان تكون العادة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

---

(٦) د. سعد العنزي، العرف والعادة في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٩٩، ص١٩٣.

(٧) وردت كلمة العرف والعادة في مواضع متعددة من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ منها المادة (١) حيث جاء فيها (١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها،٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.....) ونصت المادة (١٧٥) منه (الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ويتبع في طريقة احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري)، كما نصت المادة ٥٢٥ على إن (إذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري إن يقبل البيع إن شاء ولكن عليه إن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف.....) ، والمادة (٥٨٧) التي جاء فيها (نفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك)، والمادة(٧٦٢) التي نص على انه (اياً كان المأجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الإيجار، فان سكت العقد وجب عليه إن يستعمله بحسب ما اعد له ووفقاً لما يقتضيه العرف)، والمادة (٧٦٣) التي جاء فيها على انه (٢ – وعلى المستأجر إجراء الترميمات الطفيفة التي يقضي بها العرف)، والمادة(٧٧٥)(١– للمستأجر إن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك إن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره)، والمادة (٩٠١) الذي جاء فيها (١ – القواعد التي تنظم عقد العمل، لا تسري على العلاقة ما بين المزارعين وعمال الزراعة، بل تخضع هذه العلاقة للقواعد التي يقضي بها العرف، ما لم يوجد نص في القانون يقضي بغير ذلك)، والمادة (٩٠٣) التي ينص على انه (١ – يفرض في أداء الخدمة، ان يكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عملاً ليس مما جرت العادة بالتبرع به أو عملاً داخلاً في مهنة من اداه)، والمادة (٩٠٤) التي ينص على انه (١ – إذا لم ينص العقد على المواعيد والقواعد التي تتبع في دفع الأجور، روعي في ذلك ما تقرره القوانين الخاصة أو العرف)، كما وردت كلمة العرف في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩في مواد عدة منها المادة(٩) التي جاء فيها(يسري هذا القانون على كل من ارتكب خارج العراق ٢- جريمة تزوير أو تقليد أو تزييف عملة ورقية أو مسكوكات معدنية متداولة قانوناً أو عرفاً في العراق أو الخارج)، والمادة(٤١) التي جاء فيها (لا جريمة إذا وقع الفعل استعملاً لحق مقرر بمقتضى القانون ويعتبر استعمالاً للحق ١- تأديب الزوج زوجته وتأديب الإباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً.....).

(10) Merryman, John Henry (2007). The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America(3rd ed.). Stanford University Press.p24

(٩) عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص١٣٩.

كما ذهب آخرون إلى تعريفه بأنه (القاعدة القانونية غير المسـنونة التي تنشـأ من اطراد السـلوك الناس في مسـألة معينة على وجه خاص) [١٠].

ومن الواضح إن التعريف أعلاه لم يتضمن الركن المعنوي، وإنما اقتصر على الركن المادي فقط من ناحية، ومن ناحية لم يتضمن خصائص العادة.

ويرى البعض أن العرف (إطراد التقليد على إتباع سـنة معينة في العمل مع اعتقاد في إلزام هذه السـنة كقاعدة قانونية، أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة تواتراً تمليه العقيدة في ضرورة إتباع هذه القاعدة)[١١].

وعّرفه آخرون بأنه(مجموعة القواعد القانونية التي درج الناس على إتباعها في معاملاتهم جيلاً بعد جيل، والتي يشعرون بضرورة احترامها خشية الجزاء الذي يوقع عليهم عند مخالفتها)[١٢]، وقريب من هذا التعريف قولهم (مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، يتوارثونها جيلاً عن جيل لها جزاء قانوني كالقانون المسنون سواء بسواء)[١٣].

اما الفقه الإسلامي فقد عرف العرف بأنه (ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول)[١٤]، وعُرّف كذلك (ما تعارفه الناس وسـاروا عليه من قول أو فعل أو ترك)[١٥]، وعرف على انه (ما اسـتقرت النفوس عليه بشـهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول)[١٦]، وجاء في الموسـوعة العربية الميسـرة إن العرف في الفقه الإسـلامي هو (ما ألفه الناس في معاملاتهم واستقامت عليه أمورهم)[١٧].

ونعتقد إن كل التعاريف السابقة التي ذكرناها وغيرها التي لم نذكرها منعاً للتكرار، لم تحدد المقصود بالعرف بوصفه احد مصـادر القاعدة القانونية على نحو عام، كما انها لم تسـتطيع تحديد الأركان التي تتوافر في العرف تحديداً كافياً و دقيقاً، ولم تتضمن على خصائص الركن المادي للعرف على نحو مفصل.

وبناءً على ما تقدم نرى انه ربما يكون التعريف الذي نصـوغه هو الأوسـع الذي يشـمل ركني العرف وخصـائص التي يجب إن تتوافر في العادة، فالعرف هي (مجموعة القواعد غير المكتوبة و المتوافقة مع النظام العام والآداب العامة، وقد انبثقت من اعتياد الناس على العمل بها على نحو مطرد يلتزم بها الإفراد خشية الجزاء الذي يفرض عليهم).

---

(١٠) د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ط٦، المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨، ص٣٨٣.

(١١) د. حسين كيرة، المدخل الى القانون، دار النهضة العربية، بيروت،١٩٦٧، ص٣٥١.

(١٢) د. عباس العبودي، تاريخ القانون، ط٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٩٧، ص٤٢.

(١٣) د. سعد العصفور، القانون الدستوري، ط١، دار المعارف، مصر، ١٩٥٤، ص٨٢.

(١٤) مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٢٣.

(١٥) د. يعقوب عبد الوهاب خلاف، اصول الفقه الاسلامي، ط٢، بيروت، دار احياء التراث العربي، ١٩٤٧،ص٨٩.

(١٦) د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة المحكمة، ط٢، مكتبة الرشيد، الرياض٢٠١٢، ص٣٤.

(١٧) مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس، ١٩٨٦، ص٦١.

الفرع الثاني

أركان العرف

ذكرنا في الفرع الأول أن العرف هو الاعتياد على سلوك ما لتنظيم ناحية من نواحي الحياة، إذ تنشأ قاعدة يسود معها الاعتقاد بضرورة الالتزام بها، و يتضح من ذلك أن العرف يقوم على ركنين هما الركن المادي و هو الاعتياد على السلوك، إما الركن الثاني هو الركن المعنوي الذي هو اعتقاد الناس بإلزامية القاعدة التي نشأت من السلوك.

وهذا ما سنوضحه من خلال تقسيم هذا الفرع كالآتي:-

اولاً: الركن المادي

إنّ الركن المادي للعرف هو اعتياد الناس على إتباع سلوك معين في تنظيم بعض علاقاتهم مدة طويلة وبصورة منتظمة، بحيث تنشأ عنه عادة وهذه العادة هي الركن المادي للعرف[١٨]، و تنشأ العادة في الجماعة بمعزل عن توجيه السلطة الحاكمة فيها أو بأمرها، فهي محض اتباع ذاتي يندفعون إليه، إمّا بدافع الشعور بضرورة هذه العادة، أو بدافع الاستحسان لها أو بدافع المحاكاة لغيرهم في اتباعها[١٩]، ويشترط في العادة التي يقوم عليها الركن المادي الشروط الآتية:-

١:- أن تكون العادة عاماة .

يقصد بعمومية العادة أن تكون عاماة من حيث الأشخاص الذين تخصهم بالحكم فلا تقتصر في التطبيق على شخص أو أشخاص معينين بذواتهم، وإنما تتوجه إليهم بصفاتهم كما يجب إن تكون عامة في المكان الذي يتبع فيه باطراد سواء شملت كل إقليم الدولة أو اقتصرت في التطبيق على قسم من إقليم الدولة[٢٠]، ولا يؤثر في عمومية القاعدة العرفية أن يكون إتباعها من شخص واحد فقط طالما انه لم يعين بالذات، كاعتياد رئيس الدولة على إصدار قرارات في مسألة معينة[٢١].

٢:- أن تكون العادة قديمة.

أي بمعنى مرور فترة من زمن على نشوء العادة يكفي للدلالة على تأصلها في النفوس، وعلى أنها ليست بدعة جديدة أو نزعة عابرة[٢٢]، ويصعب تحديد الفترة الزمنية لكي تعد العادة عرفاً، انها تعد قديمة متى ما شاع استعمالها فترة طويلة أي أن العرف قد استقر بمضي الزمان الطويل الذي لا تستطيع الذاكرة الإنسانية تحديد أوله، وذلك أمر تقديري يصعب بطبيعة الحال تحديده، ويتوقف على الظروف ويختلف باختلاف الإحكام والقواعد العرفية[٢٣].

إنّ تحديد الفترة الزمنية اللازمة لكي تعتبر العادة عرفاً قد حددت بصورة تحكمية من قبل العديد من الفقهاء، اذ إن كل واحد يقترح فترة تختلف عما تعرضه الآخرون، فقد كان العميد جني أكثر حذراً في هذا المجال حيث ترك أمر تحديد الفترة الزمنية المطلوبة إلى المفسر أي إلى (القاضي) لكي يقرر ذلك في كل قضية بذاتها[٢٤].

---

(١٨) غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، ط٣، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٤، ص١٧٧.

(١٩) د. سعد العنزي، مصدر سابق، ص١٩٤.

(٢٠) عبد الباقي البكري و زهير البشير، مصدر سابق، ص٣٨٨.

(٢١) احمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٠٩.

(٢٢) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص٣٨٨.

(٢٣) د. رياض القيسي، علم اصول القانون، ط١، بغداد، ٢٠٠٢، ص١٤٦.

(٢٤) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط١، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٩، ص١٧٦.

٣:- إن لا يكون العادة مخالفاً للنظام العام.

يشـترط إن يكون العرف مطابقاً للنظام العام والآداب العامة، ويرى بعض الشـراح أن هذا الشـرط يصـح تطلبه في العادة التي يتكون منها العرف المحلي أو المهني، أمّا العرف الشـامل فينطبق على إقليم الدولة برمته، فلا يتصـور أن يخالف النظام العامة والآداب العامة[٢٥]، لأنه يسـاهم في تحديد مضـمونه، فالاعتياد على سـلوك مخالف للنظام والآداب العامة لا يخلق قاعدة عرفية، ومن أمثلة ذلك عادة اخذ الثأر التي تتعارض مع حق الدولة في معاقبة الجاني و إدانته بمقتضى حكم قضائي[٢٦].

ويعد عرف أخذ الثأر من أخطر الأعراف في المجتمع، إذا تمتد آثاره إلى أجيال وغالباً ما يشـمل عشـيرة الجاني وقبيلته، كما قد تتأثر به العشـائر والقبائل الأخرى، فحسـب المثل البدوي الشـهير(الدم لا يغسـله إلا الدم) فأنهم يعلنون الحداد على القتيل وسـط صـيحات التهديد والوعيد بأخذ الثأر ومحو العار، وكثيراً ما تحدث مضـاعفات لجريمة القتل وتتبعها ثارات وانتقامات، وفي بعض الأحيان يقومون بإزعاج وإقلاق راحة أهل عشـيرة القاتل وذلك عن طريق إطلاق العيارات النارية الازعاجية[٢٧]، وكذلك الزواج القسـري(الزواج بالإكراه) هو احد أنواع الاعراف المخالفة للنظام العام والآداب العامة، فهذا النوع من الزواج لا زال معمولاً به في مناطق كثيرة من العالم العربي الإسلامي.

من هذا نسـتنتج إن العرف إمّا أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة أو مخالف لها، فإن كان غير مخالف فيمكن إن يكون مصدراً من مصادر القاعدة القانونية، وان كان مخالفاً فهنا يجب على المشّرع أن يضع القواعد القانونية من أجل القضاء عليه أو تغيره بما ينسجم مع نصوص القانون.

ثانياً: الركن المعنوي للعرف

هذا الركن يسـمى بـــ (ركن الاعتقاد بلزوم العادة)، لأن العادة لا تصـبح عرفاً إلا إذا اعتقد الناس بأنها ملزمة وشـعروا تدفعهم إتباعها[٢٨].

ويتكون هذا الاعتقاد تدريجيا، حتى يأتي الوقت الذي يصبح فيه امراً محققاً، ولذلك فانه اختلف الشـراح والمحاكم في أن عادة معينة قد أصـبحت عرفاً، كما أن البعض قد يراها مجرد عادة لا ترقى إلى مرتبة العرف، ثم يعود بعد ذلك فيعدها عرفاً، فإذا جاء الوقت الذي يسـود الاعتقاد فيه بان هذه العادة أصبحت ملزمة صـارت عرفاً لا سـبيل إلى الجدل فيه[٢٩]، لذلك من الصـعب تحديد لحظة توافر هذا الركن، ومرجع ذلك إن العرف ينشـأ بالتدرج ومن ثمة يصـعب تحديد اللحظة التي وصـل فيها إلى درجة الإلزام، لذلك فان تحديد هذه اللحظة ليس محل الاتفاق سـواء من الفقه أو من القضاء، ففي لحظة معينة قد يرى فيها أن القاعدة قد وصلت إلى درجة الإلزام، وقد يرى من جانب آخر أنها لا تخرج عن كونها عادة لم ترتق بعد لدرجة قاعدة قانونية عرفية ملزمة[٣٠].

---

(٢٥) عبد الباقي البكري، زهير البشير، مصدر سابق، ص١٤١.

(٢٦) احمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص١٠٩.

(٢٧) احمد سلامة أبو خوصة، الدم والقتل في الجاهلية، ، محمد عدنان بخيت، احمد العواية، ورقة عمل منشور في ندوة العرف العشائري بين الشريعة و القانون، الجامعة الارنية، المركز الثقافي، عمان، ١٩٩٠، ص١١٢.

(٢٨) عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص١٤١.

(٢٩) د. عبد المنعم فرج الصده، اصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت ، بلا سنة طبع، ص١٤٧.

(٣٠) د. عبد العزيز عبدالله محمد المعمري، دور العرف في القانون الجنائي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧، ص٢٥.

وبتوافر الركن المعنوي يكتمل الوجود القانوني للعرف، فإذا توافر الركن المادي فأنه يتكون جسد العرف وبتحقق الركن المعنوي تدب الحياة في هذه الجسد[٣١]، بهذا يختلف العرف عن العادة، فبتخلف الركن المعنوي لا ينشأ العرف[٣٢]، الا عن طريق توافر عنصر الإلزام في العادة وذلك بأن يتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترام القاعدة العرفية وان مخالفتها تستوجب توقيع الجزاء المادي عليهم جبراً فهذا شرط جوهري وأساسي لتكوين العرف[٣٣].

المطلب الثاني

تعريف سياسة التجريم

إنّ سياسة التجريم هي (السياسة التي تبين المصالح الجديرة بالحماية الجنائية، فإذا رأى المشّرع أن دائرة التجريم في قانون العقوبات تختلف عن دائرة التجريم التي تقتضيها المصلحة الاجتماعية وفقاً لما تبينه سياسة التجريم فإنه يلجأ إلى تعديل موقفه وفقاً لهذه السياسة)[٣٤].

كما ان سياسة التجريم تستهدف تجريم الأفعال التي تمس الحقوق والمصالح على نحو يستوجب العقاب على مرتكبيها، وقد تتفاوت الأفعال التي تستوجب التجريم، فتتباين من مجتمع إلى آخر، كما أن سياسة التجريم التي يتبناها الفكر الاشتراكي يختلف عن تلك التي يتبناها النظام الرأسمالي، فقد يكون سلوكاً ما مباحاً في مجتمع معين أو زمن معين، في حين يكون محلاً للتجريم في مجتمع آخر وبنفس الزمن[٣٥].

ومن هذا نستنتج أن معيار التجريم ليس واحداً في جميع الدول، بل يختلف من دولة لأخرى باختلاف الأوضاع السائدة في المجتمع، و السؤال الذي يطرح نفسها في هذا السياق ما هو المعيار الذي اتخذه المشّرع العراقي في تجريم الأفعال؟

وقبل الإجابة على هذا التساؤل لابد أن نبين أساس التجريم بحسب رأي فقهاء علم الاجرام، فجاروفالو الايطالي فرق بين الجرائم الطبيعية والجرائم الاصطناعية، فالجرائم الطبيعية هي "تلك الجرائم التي تخدش الشعور بالرحمة وتشمل الاعتداء على سلامة الجسم والعرض، وتلك التي تخدش الشعور الازلي بالأمانة والصدق والنزاهة"، أما الجرائم الاصطناعية "هي مجموعة الافعال والتصرفات التي يلجأ المشرع الى تجريمها لمصلحة اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو غير ذلك من الأسباب، وهي في الغالب متغيرة متجددة نتيجة لتغير وتجدد الظروف والمعطيات التي فرضتها"، واكد على أن العلماء يجب ان لا يهتموا الا بالجرائم الطبيعية لأنها هي فقط التي تعد جرائم بحق[٣٦].

كما ان معيار التجريم في الأنظمة الرأسمالية يختلف عن الأنظمة الاشتراكية، فمعيار التجريم في الأنظمة الرأسمالية يقوم على أساس خطورة الجاني والخطورة الكامنة لدى أي شخص، أي قيام معيار التجريم على أساس الاستعداد أو الميل للجريمة أو حتى مجرد التفكير في ارتكاب الجريمة، فسياسة التجريم في الأنظمة الرأسمالية تشكل جزءاً من

(٣١) حسن حسين البراوي، المدخل لدراسة القانون القطري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٦٧.

(٣٢) احمد شوقي محمد، مصدر سابق، ص١٦٧.

(٣٣) غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص١٨٠.

(٣٤)د. احمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢، ص١٧.

(٣٥)د. أكرم نشأت إبراهيم ، السياسة الجنائية "دراسة مقارنة"، ط٢، شركة آب للطباعة والنشر، بغداد،١٩٩٩، ص٥٥.

(٣٦)د. محمد الرازقي، علم الإجرام والسياسة الجنائية، ط١، دار الكتاب الجديدة المتحدة، بيروت، ٢٠٠٤، ص٣٣ وما بعدها.

السياسة الجنائية تسعى الأنظمة الرأسمالية الى فصل السياسة الجنائية عن الواقع الاجتماعي ومعطياته والظهور بمظهر يهتم بالفرد كأساس لنشاطه(٣٧).

أمّا معيار التجريم في الدول الاشتراكية فهو الخطورة الاجتماعية، وان سياسة التجريم تنصب على نحو رئيسي على الأفعال ذات الخطورة الاجتماعية كالتي تتعرض إلى نظام الدولة وأمنها ومؤسساتها والى شخص المواطنين وحرياتهم المضمونة بالدستور والقوانين، وعلى الأفعال التي تمس الاقتصاد الوطني وتمثل نوعاً من استغلال النفوذ وسوء استعمال الصلاحيات الممنوحة، وعليه ففي الفكر الاشتراكي يتجدد مفهوم الخطورة الاجتماعية بمدى مساس الفعل الجرمي بأسس المجتمع وكيانه القائم على الملكية العامة لوسائل الإنتاج (٣٨)، اذاً فمعيار التجريم في الدول الاشتراكية والسائرة في ركاب الاشتراكية يتمثل بالخطورة الاجتماعية، وهذا ما يعد خروجاً واضحاً على المفهوم الليبرالي الغربي الذي يعتمد على مبدأ الخطورة الاجرامية الناشئة من ارتكاب الفعل الاجرامي، والخطورة الاجتماعية المتمثلة في احتمالية ارتكاب الجريمة في المستقبل(٣٩).

تأخذ فلسفة التجريم على وفق الأنظمة الاشتراكية بعداً آخراً إذ أن النظام الاشتراكي قد بني أساساً على صراع الطبقات، فطبقة العمال والفلاحين هي التي تمثل المجتمع لأنها صاحبة الإنتاج لذا فأن الاعتداء على مصالح هذه الطبقة هي التي تكون أولى بالرعاية مما يؤدي إلى إهدار المصالح الفردية والتضحية بها، كما أن فلسفة التجريم على وفق الأنظمة الاشتراكية ترى أن النظام الرأسمالي هو الذي يكمن وراء ظهور الإجرام وتفشي الجريمة في المجتمعات(٤٠).

لقد اعتمدت السياسة الجنائية في قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ في العراق على معيار الخطورة الاجتماعية، إذ جاء في البند(١) من المنطلقات الأساسية للتشريعات الجزائية في العراق على ما يأتي (يجب تقييم الجرائم بشكل متمايز على أساس العناصر المكونة، و طبقاً لدرجة تعارضها مع مصالح المجتمع أو طبقاً للخطر الذي تمثله بالنسبة للمجتمع في حالة الافعال الجرمية الخطيرة) (٤١)، ويستند المشّرع العراقي على عدة معايير في تجريم

(٣٧) جاسم العبودي، التجريم والعقاب في إطار الواقع الاجتماعي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة صلاح الدين، العراق، بلا سنة طبع، ص٢٧.

(٣٨) د. واثبة داود السعدي، الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة الجنائية، دار الكتب والوثائق، بغداد، ١٩٧٠، ص١٧٤-١٧٥.

(٣٩) د. جمال إبراهيم الحيدري، السياسة الجزائية في القانون العراقي وموقفها من حقوق الانسان، دراسات قانونية جنائية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٢٧ .

(٤٠) د. محمد مردان، المصلحة المعتبرة في التجريم، دار الكتب الجديدة، اسكندرية، ٢٠١٥، ص٦٧

(٤١) د. واثبة داود السعدي، مصدر سابق، ص١٧٥.

الفعل منها المعيار السياسي[٤٢] والمعيار الاقتصادي[٤٣] والمعيار الاجتماعي ، فالسياسة الجنائية الناجحة في ميدانها الاجتماعي يجب أن تدعم القيم الاجتماعية الاصيلية السائدة والمتفق عليها دولياً والخاصة بمجتمع معين بالذات، وتجريم التقاليد والعادات التي تمثل رجعية اجتماعية وتحكم الحياة الاجتماعية من منطلق متخلف، وهي بذلك تحمي المجتمع بكيانه وامواله وبقيمه وآدابه[٤٤].

واخيراً لابد أن يستند التجريم على عدد من الأسس التي يمكن أن تحقق حماية المجتمع والأفراد في الوقت نفسه، ومن أهم هذه الأسس والمبادئ هو (مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات) ،كما يجب الأخذ بمبدأ (عدم رجعية القانون الجزائي على الماضي) الذي يعد نتيجة منطقية لمبدأ الشرعية، ويقصد به أن أثر القانون الجزائي لا يحكم إلاّ الوقائع التي تحدث بعد نفاذه، وأخيراً لابد من التفضيل بين المصالح المحميّة على أساس تفضيل المصلحة العامة .

(٤٢) يؤدي قانون العقوبات دوراً سياسياً يتمثل بحماية الدولة ونظمها ومؤسساتها الى جانب حماية الوطن وامنه واستقراره، وان استعانة السياسة بالقانون وتسخيره لخدمة بعض اهدافها ظاهرة عرفتها الكيانات السياسية عبر العصور، تهدف السياسة الجنائية في العراق الى حماية نظام الدولة ومؤسساتها والحرص على الديمقراطية الشعبية، لذا نرى ان قانون العقوبات النافذ لحقته تعديلات عديدة لينسجم مع سياسة الدولة، ومن مظاهر تأثر المشّرع بالجانب السياسي في تجريم افعال الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي في الكتاب الثاني تحت عنوان الجرائم المضرة بالمصلحة العامة من مواد(١٥٦ الى ٢٢٢) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، للمزيد من التفاصيل ينظر :جاسم العبودي، مصدر سابق، ص ٨٥ وما بعدها.

(٤٣) هناك من يرى انه أمر وجوبي أن تتجه السياسة الجنائية في العراق لتعبر بصدق عن المصالح الاقتصادية على وفق متطلبات خطة التنمية الاقتصادية، لأن القوانين هي انعكاس للأفكار والمصالح الاقتصادية السائدة في المجتمع، ويتساءل هل ساير المشرع العراقي في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ هذه المتطلبات؟ اللجنة المكلفة بوضع مشروع قانون العقوبات العراقي في السياسة التي تتبعها بهذا الخصوص انتهت الى رأي(بما ان القوانين الاقتصادية من القوانين سريعة التطور مما يتطلب تغيرها باستمرار لتساير حاجات المجتمع المتطور، وحيث ان قانون العقوبات بوصفه قانوناً عاماً يتطلب استقراراً في احكامه ولا يستحسن فيه كثرة التعديل والتبديل لذلك رجحت اللجنة ان يتضمن مشروعها القواعد الاساسية في هذا الفصل وان تترك التفاصيل الى القوانين الخاصة). للمزيد من التفاصيل ينظر: منذر كمال عبد اللطيف التكريتي، السياسة الجنائية في قانون العقوبات العراقي، ط١، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٧٨، ص١٤٣ وما بعدها.

(٤٤) د. جمال إبراهيم الحيدري، السياسة الجزائية في القانون العراقي وموقفها من حقوق الانسان، مصدر سابق، ص٣٦.

المبحث الثاني

تطبيقات أثر العرف على سياسة التجريم

إنّ للعرف أثراً في تجريم بعض الافعال[٤٥] التي لا تنسجم مع اعتبارات ومعايير اخلاقية ودينية تعارف عليها الناس في المجتمع، ولا شك أن للعرف أثراً في تحديد بعض صور الجرائم ولكن مهما كان أثر العرف قوياً في تجريم الافعال التي تنسجم مع اعراف المجتمع فان القانون لا يتناول كل ما في هذا المجال فهناك سلوكيات موجودة في المجتمع لا تنسجم مع طبيعة المجتمع من الكذب والنميمة والامتناع عن اداء الفروض الدينية، لكننا نجد أن القانون لا يتدخل في هذا المجال.

و من اجل توضيح أثر العرف على سياسة التجريم نقسم المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الاول أثر العرف على تجريم الافعال الماسة بالشرف والاعتبار، ونخصص المطلب الثاني للأثر العرف على تجريم الافعال الماسة بالأخلاق والآداب العامة.

المطلب الاول

اثر العرف في تجريم الافعال الماسة بالشرف والاعتبار

يحق للإنسان أن يحظى باحترام كرامته التي يعتز بها، وبالتقدير الذي يرى انه يستحقه من قبل المجتمع في ضوء مكانته الاجتماعية، وهذا ما يطلق عليه الشرف والاعتبار، وينظر البعض للشرف والاعتبار على أنهما من المترادفات، فيعرف الشرف بالتعريف المقرر للاعتبار والعكس، وهناك من يرى أن الشرف يتعلق بالجانب المعنوي للإنسان وشعوره بأنه يستحق الاحترام من جانب أفراد المجتمع، أمّا الاعتبار فهو يمثل الجانب الاجتماعي، ويعني ذلك التقدير الذي يمنحه المجتمع للشخص في ضوء مكانته الوظيفية والاجتماعية [٤٦].

إنّ يعد الشرف والاعتبار بوصفه قيمتين اجتماعيتين يرتبطان كل الارتباط بالإنسان فنشأ الحق في الشرف والاعتبار بوجوده وينتهي بوفاته، فالحق في السمعة والاعتبار من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، ولذلك سميت بالحقوق الطبيعية التي تنقضي حماية هذه الحقوق مع انتهاء الشخصية القانونية بوفاة صاحبها، ويعد الشرف والاعتبار المحصلة النهائية لمجموع تصرفات الفرد، فأن كانت الحصيلة ايجابية كان الشرف والاعتبار محل احترام، وان كانت الحصيلة سلبية كان محل الاحتقار من الوسط الاجتماعي [٤٧].

---

(٤٥) لا يقتصر أثر العرف فقط في توجيه المشرع نحو تجريم الفعل، وإنمّا له دور في تحديد النموذج القانوني للجريمة، ويقصد بالنموذج القانوني للجريمة بأنه "الصورة الذي يضعها المشرع للفعل الذي يعده جريمة و يبينها في نص القانون، فإن وقع الفعل مطابقاً لهذه الصورة وصف بأنه جريمة، و إلاّ فلا يمكن ان ينطبق عليه هذا الوصف" ينظر د. عادل يوسف ألشكري، مصدر سابق، ص٣٧٦، كما عرف بأنه "توفير الشكل القانوني للجريمة الذي يضم كل العناصر اللازمة لقيام الجريمة، التي لو تخلف احدها لأمتنع قيامها أو أنها سوف يطبق عليها نص آخر، أو بتعبير آخر هي الوصف الدقيق لكل جريمة يضم مختلف العناصر التكوينية لها" د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مصدر سابق،ص٤٧٤، يعد الكاتب الايطالي(Delitala) ديلتالا واضع نظرية النموذج القانوني للجريمة، إذ أكد إن النموذج القانوني للجريمة يتكون من جميع العناصر المكونة لها وانه يمكن التعرف على هذا النموذج بسهولة وتمييزه عن النماذج المختلفة وبحث نطاق النص المجرد الذي يحوي نص التجريم . للمزيد من التفاصيل ينظر: طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية" دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص٨٧.

(٤٦) د. مدحت رمضان، الحماية الجنائية لشرف واعتبار الشخصيات العامة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٩، ص ٩ وما بعدها.

(٤٧) كاظم عبد جاسم الزيدي، المسؤولية الجزائية عن جرائم النشر والإعلام في القانون العراقي، ط١، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٦، ص٩٨.

ومن الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار في قانون العقوبات العراقي القذف والسب، إذ نجد أن المشرّع العراقي وبتأثير الأعراف المتمثلة في الحفاظ على الشرف واعتبار الشخص نص على تجريم القذف [٤٨] قد اكد في المادة (١/٤٣٣) على ان القذف هو (إسناد واقعة معينة إلى الغير بإحدى طرق العلانية من شأنها لو صحت أن توجب عقاب من اسندت إليه أو احتقاره عند أهل وطنه)[٤٩].

ولم يقتصر تأثير الاهتمام بالشرف والاعتبار على المشرع العراقي، فقد أوردت القوانين المقارنة [٥٠] نصوصاً قانونية خاصة بتجريم الأفعال الماسة بالشرف والاعتبار، فقد نص المشرع اليمني في قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤ على جريمة القذف في المادة (٢٨٩) من القانون المذكور بأنه (كل من قذف محصناً بالزنا أو بنفي النسب وعجز عن إثبات ما رماه به يعاقب بالجلد ثمانين جلدة)، أما المشرع الأردني فقد نص في المادة (١/١٨٨) من قانون العقوبات الاردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على انه (الذم هو إسناد واقعة معينة إلى شخص ولو في معرض الشك والاستفهام من شأنها أن تنال من شرفه وكرامته أو تعرضه إلى بغض الناس واحتقارهم سواء كانت تلك المادة جريمة تستلزم العقاب أم لا).

ومن خلال استقراء النصوص السابقة يتضح دور العرف في التجريم القذف حيث حصر المشرع النشاط المادي لجريمة القذف بإحدى الصورتين الأولى أن يكون من شأن الواقعة المنسوبة إلى المجني عليه أنها لو صحت لاستوجبت عقاب المجني عليه بالعقوبات المقررة لذلك قانوناَ، وتستوي في ذلك طبيعة الجريمة أو جسامتها فقد تكون من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة أو من جرائم الاعتداء على الأشخاص، والثانية قد تكون الواقعة المسندة إلى المقذوف لا يعاقب عليها القانون إلا أنها مسيئة للشخص لو صحت لجلبت العار أو الاحتقار عليه، أو من شأنها أن تقلل من الاحترام الذي يتمتع به الشخص في المجتمع[٥١].

ومما تقدم يظهر لنا دور العرف في تجريم الفعل، ففي حالة إذا كانت الواقعة موضوع القذف غير معاقب عليها، و إنما موجبة للاحتقار، فالمشرع جرم الفعل استناداً إلى احتقار الناس، كما أن القانون لم يضع تعريفاً للاحتقار لعدم إمكان حصرها واختلافها من منطقة إلى الأخرى والمرجع في ذلك إلى الأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع.

---

(٤٨) يتمثل الركن المادي لهذا الجريمة أن ينسب إلى شخص ما امراً معيناً بطريق العلانية امرأ معاقباً عليه أو موجباً لاحتقاره، فيجب إن يحصل القذف بطريق نسبة امر معين الى المقذوف بطريق مباشر أو غير مباشر، سواء على سبيل التصريح أو التلميح أو التعريض ذلك ان جريمة القذف هي محض تعبير أو افصاح عن طريق النفس سواء بالكلام أو الصور أو الرسوم.

(٤٩) لقد حدد المشرّع العراقي طرق العلانية في المادة(٣/١٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ – العلانية: تعد وسائل للعلانية: أ – الاعمال أو الإشارات أو الحركات إذا حصلت في طريق عام أو في محفل عام أو مكان مباح أو مطروق أو معرض لأنظار الجمهور أو إذا حصلت بحيث يستطيع رؤيتها من كان في مثل ذلك المكان أو إذا نقلت إليه بطريقة من الطرق الآلية . ب – القول أو الصياح إذا حصل الجهر به أو ترديده في مكان مما ذكر أو إذا حصل الجهر به أو إذا أذيع بطريقة من الطرق الآلية وغيرها بحيث يسمعه من لا دخل له في استخدامه. جـ – الصحافة والمطبوعات الأخرى وغيرها من وسائل الدعاية والنشر. د – الكتابة والرسوم والصور والشارات والأفلام ونحوها عرضت في مكان مما ذكر أو إذا وزعت أو بيعت إلى أكثر شخص أو عرضت للبيع في أي مكان.

(٥٠) وموقف المشرّع المصري لا يختلف عن المشرع العراقي فقد جاء في المادة (٣٠٢) من قانون العقوبات المصري على انه (يعد قاذفاً كل من اسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبينة من هذا القانون أمورا لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من اسند تاليه العقوبات المقررة لذلك لو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه).

(٥١) كاظم عبد جاسم الزيدي، مصدر سابق، ص١٠١.

ومن خلال المقارنة بين التشريعات محل الدراسة وجدنا أن المشرع اليمني حصر نطاق القذف بالمحصنات و نفي النسب، ولعل السبب اختلاف موقف المشرع اليمني عن المشرع العراقي، فالدستور اليمني لسنة ١٩٩٤ اعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً لجميع التشريعات [٥٢] وتأثير ذلك واضح على قانون العقوبات اليمني، أما المشرع الأردني يختلف فإنه عن المشرع العراقي من حيث اشتراط المشرع العراقي أن يكون الفعل المرتكب من شانه ان يؤدي إلى احتقاره عند أهل وطنه حين لم يشترط المشرع الأردني (أن يكون الاحتقار عند أهل وطنه) وكان الأولى به إن يشترطه نظراً لاختلاف المقاييس التي يحدد على أساسها ما يؤدي إلى احتقار الشخص استناداً إلى اختلاف الأعراف السائدة، كما أضاف المشرّع الأردني مصطلحات أخرى منها(الشرف والكرامة وبغض الناس) غير الاحتقار وكان الأولى به أن يقتصر على كلمة الاحتقار كمل فعل المشرّع العراقي لأن كل ما يمس الشرف والاعتبار يؤدي إلى احتقاره عند أهل وطنه.

وقد مارس العرف تأثيره كسابقيه على نطاق التجريم في تجريم فعل السب، نصت المادة (٤٣٤) من قانون العقوبات العراقي النافذ على إن (رمي الغير بما يخدش شرفه أو اعتباره أو يجرح شعوره وان لم يتضمن ذلك إسناد واقعة معينة)[٥٣].

وموقف القوانين المقارنة [٥٤] لا يختلف عن القانون العراقي إلا في تسمية بالنسبة للقانون الأردني، فقد جاء في المادة (٢/١٨٨) من قانون العقوبات الأردني على ان (القدح هو الاعتداء على كرامة الغير أو شرفه أو اعتباره ولو في معرض الشك والاستفهام من دون بيان مادة معينة)، اما القانون اليمني فلا يختلف في التسمية عن القانون العراقي حيث جاء في المادة (٢٩٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على إن(السب هو إسناد واقعة جارحة للغير لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من اسند اليه قانوناً أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه وكذلك اهانة للغير بما يخدش شرفه واعتباره دون أن يتضمن ذلك إسناد واقعة معينة).

اذاً فالمشرع عندما يقوم بتجريم فعل ماس بالشرف والاعتبار ويعده جريمة سب يكون المرجع في ذلك الوسط الاجتماعي التي ينتمي إليه الفرد، وهنا يتبادر سؤال الى الذهن هل يشترط علم الجاني بان الكلمات تعد جريمة سب؟ من المعلوم إن كل جريمة تتكون من ركن مادي و آخر معنوي، و الركن المعنوي لجريمة السب هو القصد الجرمي الذي يقوم على العلم والإرادة، فلا بد من ثبوت علم المتهم بأن الألفاظ التي جهر بها تنال من شرف المجني عبيه واعتباره أو احتقاره عند أهل وطنه، ولا بد إن يكون بحسب مفهوم العرف السائد في البيئة التي وقعت فيها الجريمة والتي ينتمي اليها الجاني التي تقرر للألفاظ هذه المعاني ما يتضمن معنى المساس بشرف من وجهت اليه، ويعد علم المتهم بهذه

---

(٥٢) اذ نص المشرع اليمني في المادة (٣) على ان (الشريعة الاسلامية مصدر جميع التشريعات)، وجاء في المادة (٤٦) منه على انه (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص شرعي أو قانوني).

(٥٣) تشترك جريمتي القذف والسب في مساسها بشرف المجني عليه واعتباره في إسناد ما يشينه، ومن ثم كان منهما تشابه في الركن المادي إلى جانب تماثلهما في محل الاعتداء، ولكن ما يميز الجريمتين إن موضوع الإسناد في القذف واقعة محددة في حين موضوعه في السب حكم عام بأي وجه من الوجوه خدش للشرف والاعتبار. ينظر د. عدلي أمير خالد، المستحدث في جرائم الاعتداء على الأشخاص في ضوء المستحدث من القوانين والإحكام الدستورية العليا، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر،٢٠١٢، ص٣٤٨.

(٥٤) وموقف المشرع المصري لا يختلف عن المشرع العراقي فقد جاء في المادة (٣٠٦) من قانون العقوبات المصري النافذ على إن (كل سب لا يشمل على إسناد واقعة بل يتضمن بأي وجه من الوجوه خدشاً للشرف والاعتبار يعاقب عليه في الأحوال المبينة في المادة١٧١ بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين).

المعاني أمراً مفترضـــاً في جريمة الســـب، أي بمعنى جرى العرف في البيئة التي وقعت فيها الجريمة على اعتبار تلك الكلمات شائنة، وللمتهم إثبات العكس ذلك [٥٥].

كما أن المشـــرع العراقي جعل عقوبة القذف الحبس و بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، أمّا عقوبة الســـب فهي الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار[٥٦] او بإحدى هاتين العقوبتين، أمّا اذا وقع القذف أو السب بطريق النشر في الصحف او المطبوعات او بإحدى طرق الاعلام فيعد ظرفاً مشدداً[٥٧].

والسـؤال الذي يطرح في هذا السـياق هل هذه العقوبة متناسـبة مع حجم الضـرر الذي يلحق بالمجني عليه وخاصـة في مجتمع محافظ على الشـرف والاعتبار؟ ونجد ان المشـرّع خيرّ القاضـي بين الحبس أو الغرامة، لذا نطالب المشـرع العراقي بتعديل المادة(٤٣٣/الفقرة ١)، والمادة(٤٣٤)من قانون العقوبات العراقي بحيث يجعل عقوبة القذف والســـب الحبس لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات.

ومن خلال ما سبق نستنتج أنّ للعرف اثراً في توجيه المشرع نحو تجريم الافعال الماسة بالشرف والاعتبار ولاسيما في المجتمعات الشـرقية المحافظة على السـمعة، فكل فعل يؤدي الى الاخلال بالشـرف والاعتبار بحسـب العرف يعد جريمة يعاقب عليها المشـرع العراقي والتشـريعات المقارنة، والمرجع في ذلك الاعراف السـائدة في الوسـط الاجتماعي الذي ينتمي اليه المجني عليه، أي أنّ للعرف أثراً في توجيه المشرع نحو تجريم الفعل وكذلك له دور في تحديد العنصر المادي للنموذج القانوني.

---

(٥٥) د. كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية دراسة تحليلية مقارنة، ط١،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ١٥٨.

(٥٦) علماً انه تم تعديل الغرامات في العراق بموجب قانون رقم (٦) لسـنة ٢٠٠٨ قانون تعديل قانون الغرامات الواردة بقانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والقوانين الخاصة الأخرىالمادة الأولى: يلغى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٩٤.المادة الثانية: يكون مقدار الغرامات المنصـوص عليها في قانون العقوبات رقم ١١١ لسـنة ١٩٦٩ المعدل كالآتي:(أ) في المخالفات مبلغاً لا يقل عن (٥٠٠٠٠) خمسـون ألف دينار ولا يزيد على (٢٠٠٠٠٠) مئتي ألف دينار. (ب) في الجنح مبلغاً لا يقل عن (٢٠٠٠٠١) مئتي ألف دينار وواحد ولا يزيد عن (١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار.(جـــ) في الجنايات مبلغاً لا يقل عن (١٠٠٠٠٠١) مليون وواحد دينار ولا يزيد عن (١٠٠٠٠٠٠) عشرة ملايين دينار).

(٥٧) نجد ان المشرع العراقي لم يذكر الانترنت كوسيلة من وسائل الاعلام وهنا يثار السؤال هل يمكن اعتبار الانترنت من وسائل الاعلام ؟ من اجل امكانية تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالقذف و السب؟ اذاً من الممكن في ظل التطورات التكنولوجية وقوع جريمة القذف عن طريق الانترنت وذلك بأنشاء موقع على شبكة الانترنت ليرتكب الجاني قذف شخص معين او عن طريق رسالة بالبريد الالكتروني للمجني عليه ، أم عن طريق الدخول الى غرف الحوار او الدردشة (chat room) ، فان الفعل يشكل جريمة قذف بالإضافة الى عنصر العلانية في حالتي غرف الحوار او انشاء المواقع وذلك على اعتبار ان الدخول الى الشبكة الانترنت مباح لكافة الافراد من جميع دول العالم، اما في حالة القذف او السب بإرسال رسالة بالبريد الالكتروني او عن طريق المحادثة او التحاور الثنائي فاذا اعتبرنا ركن العلانية غير متوافر للخصوصية التي يتمتع بها البريد الالكتروني فهنا الفعل من الممكن ان يعد جريمة القذف او سب بواسطة الهاتف على اعتبار ان الاتصال بشبكة الانترنت غالباً ما يتم عن طريق استخدام جهاز التليفون، ينظر شمسان ناجي صالح الخيلي، الجرائم المستخدمة بطرق غير مشروعة لشبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٩، ص ١٦٣.

وجاء تطبيقاً لذلك قرار لمحكمة استئناف بغداد – الرصافة بصفتها التمييزية بالعدد ٩٨٩ / جزاء / ٢٠١٤ في ٢٩ / ١٢ / ٢٠١٤ :- (ان الادلة المتحصلة في وقائع الدعوى تكفي للإدانة على وفق احكام المادة(٤٣٣) عقوبات والمتمثلة بثبوت قيام المدان بنشر عبارات تشكل قذفا بحق المميزة (المشتكية) وذلك بإسناده وقائع معينة لها لو صحت من شأنها ان توجب العقاب والتحقير في وسطها المهني والاجتماعي لذلك قرر تصديق حكم الادانة ، الا ان العقوبة المفروضة وجد انها لا تتناسب والفعل المرتكب لان نشر عبارات القذف عبر وسائل الاعلام يعد ظرفا مشددا على وفق احكام المادة (٤٣٣ / ١) عقوبات والنشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي (الفيس بوك) يعد من وسائل الاعلام لأنه متاح للجميع ويصل الى الجميع ويوفر عنصر العلانية في الفعل..) قرار منشور على الموقع الالكتروني:- http://www.iraqja.iq/view.2713 تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٥/١٨.

المطلب الثاني

أثر العرف في تجريم الأفعال الماسة بالأخلاق والآداب العامة

لم يتفق فقهاء القانون الجنائي بخصوص حدود تجريم الأفعال الماسة بالأخلاق، فقد ظهر اتجاهان، الاتجاه الأول يدعو إلى التطابق بين القواعد الأخلاقية وقواعد التجريم، لتمتد الحماية الجنائية إلى جميع القيم الأخلاقية، ولهذا الاتجاه صدى في الوطن العربي، ويتخذ شكل الدعوة للعودة إلى تطبيق النظام الجنائي الإسلامي، اما الاتجاه الثاني فيميل إلى قصر دائرة التجريم و العقاب على الحدود الدنيا من القيم الأخلاقية والدينية اللازمة لصيانة المصالح الأساسية للجماعة ، كوسيلة ضبط اجتماعي لا يتسع نطاقه لحماية كافة القيم الأخلاقية [٥٨].

ومن منطلق تأثير العرف على تجريم الأفعال الماسة بالأخلاق والآداب العامة نص المشرع العراقي على تجريم الكثير من الافعال التي لا تنسجم مع الآداب العامة التي تعد جزءاً لا يتجزأ من اخلاق المجتمع، الأمر الذي يجعل الاعتداء عليه اعتداء على اخلاق المجتمع ككل، ولم لا والآداب العامة متصلة اتصالاً مباشراً بالشعور العام لكل فرد يعيش في ذلك المجتمع، ذلك الشعور الذي يجب أن يحاط بسياج منيع من الحماية، وهذا الأخير لا يمكن ان يرى النور الا من خلال قيام المشرع بتجريم كل فعل من شأنه ان يخرق المبادئ والقواعد الاخلاقية السائدة فيه[٥٩]، ومن هنا نجد ان المشرع العراقي في المادة (٤٠٠) من قانون العقوبات العراقي نص على انه (من ارتكب مع شخص ذكراً أو أنثى فعلاً مخلاً بالحياء بغير رضاه أو رضاها يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين)، كما نص في المادة(٤٠١) على انه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين من أتى علانية فعلاً مخلاً بالحياء)، ونص المشرع في المادة(٤٠٢) على ان (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تزيد ثلاثين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين أ- من طلب أمورا مخالفة للآداب من آخر ذكراً كان أو أنثى ب- من تعرض للأنثى في محل عام بأقوال أو إشارات على وجه يخدش حياءها) [٦٠].

من تحليل النصوص السابقة نجد ورود مصطلح (المخل بالحياء) في أكثر من موضع السؤال الذي يتبادر إلى الذهن ما هو المعيار في اعتبار الفعل مخلاً بالحياء؟ فهل المشرع حر فيما يضعه من القواعد؟ أم هناك معايير يعتمد عليها و تؤثر في الصياغة النهائية للقانون؟ وإذا كان المشرع يأخذ بنظر الاعتبار الواقع الاجتماعي في تجريم الفعل فهل يكون لهذا الواقع الكلمة الأخيرة، أو يجب أن تكون هناك ملائمة بين الواقع الاجتماعي وأمور أخرى؟ و ما هو الحكم في حالة تغيير تلك الأعراف التي استند إليها المشرع عند وضع سياسة التجريم؟ وهل القاضي يبقى متمسكاً بالأعراف الذي مضت عليها فترة من زمن؟

كما أن المعيار في اعتبار الفعل مخلاً بالحياء تستخلصه المحكمة من مختلف الظروف والملابسات التي أحاطت بالفاعل عند ارتكابه للفعل، ويخل بالعادات والتقاليد اعتبار الوسط الاجتماعي الذي وقع فيه الفعل وحكمه على الأفعال

---

(٥٨) كاظم جعفر شريف و سجى فالح حسين، اثر المدلول الأخلاقي والنفعي في تجريم الأفعال الماسة بالعرض، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد ٧١، السنة ٢٠١٨، ص١١١.

(٥٩) هاشم محمد احمد الجحشي، السياسة الجنائية في جرائم الاخلاق" دراسة مع احكام الشريعة الاسلامية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠١٤، ص٢٣٦.

(٦٠) عدلت مبالغ الغرامات في قانون العقوبات العراقي بمقتضى قانون التعديل ٦ لسنة ٢٠٠٨، ينظر الهامش صفحة ٢١ من هذا البحث.

التي تعد جرحاً للحياء أو خدشاً للعاطفة لديهم، فاحتضان امرأة في الطريق العام أو مسك يدها قد يعد في دولة ما من الأفعال المباحة ولكنه يعتبر في دولة أخرى مخلاً بالحياء العام [٦١].

ومما تقدم يتضح ان المعيار في كون الفعل يشكل إخلالا بالحياء العام هو الوسط الاجتماعي الذي وقع فيها الفعل، أي بمعنى آخر الأعراف السائدة في تلك المنطقة، فالفعل الذي يعد مخلاً بالحياء في زمن قد لا يعد كذلك في الحاضر، وعلى القاضي أن لا يتمسك خلال وقت طويل بتحديد معين لمعيار الإخلال بالحياء العام، بل يجب أن يجعله متطوراً بتطور القيم والتقاليد الاجتماعية، لأن معيار الإخلال بالحياء يجب أن يحدد في ضوء القيم والتقاليد السائدة في تلك المجتمع [٦٢].

إنّ موضوع الاخلال بالحياء أو الآداب العامة من الأمور النسبية، لذلك نجد أن هذه الأمور قد تكون مخلة بالحياء أو الآداب العامة في بلد وقد لا تكون كذلك في بلد آخر، كما أنها قد تكون مخلة بالحياء و الآداب العامة في زمن ولا تكون كذلك في زمن آخر، ولذلك ترك أمر تقدير هذه الأفعال إذا ما كانت مخلة بالحياء أو لا للقضاء مستهدياً في ذلك بالأعراف والتقاليد الاجتماعية السائدة وقت وقوع الفعل، وما تأصل في ضمير الجماعة من قواعد و نواميس للسلوك العام [٦٣].

إنّ النصوص السابقة التي ذكرناها تختلف من حيث معالجتها لموضوع فعل الإخلال بالحياء والعلة من تجريم الفعل، ففي المادة(٤٠٠) من قانون العقوبات العراقي عالج المشرع الفعل الفاضح [٦٤] غير العلني و تتحقق هذه الجريمة بفعل يخدش حياء ذكر أو أنثى بدون رضائهما، ولكي تتحقق الجريمة وفق هذه المادة يشترط عدم رضاء المجني عليه والعلة في ذلك تكمن في إن القانون لم يستهدف من العقاب على هذه الجريمة حماية الشعور العام بالحياء فقط وإنما حماية شعور الذكر والأنثى الذي يقع فعل الاعتداء على شعوره والاخلال بحيائه، ويتحقق عدم الرضاء بكل ما من شأنه أن يكشف عن عدم قبول المجني عليه بالفعل [٦٥].

أما الفعل الفاضح العلني فقد عالجه المشرّع في المادة (٤٠١) من قانون العقوبات العراقي إذ أن الغرض من تجريم الفعل الفاضح العلني هو حماية المصلحة العامة، أي إن العدوان الذي يستهدف المصلحة محل الحماية القانونية هو مصلحة عامة على الرغم من وقوع الفعل على شخص معين أو جسم الشخص نفسه، كون الفعل يقع على مرأى من الناس مما يؤدي إلى الإخلال بالحياء ويخدش العين والإذن، لذا يعمد المشرع إلى حماية الناس من أن تقع أبصارهم أو

---

(٦١) د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ص١٢٣. ومن أوضح الأمثلة على تأثير الوسط الاجتماعي في تجريم الفعل، الحادثة التي وقعت في سعودية حيث أوقفت سلطات مدينة الطائف السعودية امرأة احتضنت مغنياً عراقياً وإحالتها إلى النيابة العامة للتحقيق معها في إطار التحرش بعدما صعدت على خشبة المسرح فجأة ثم تدخل عناصر الأمن لإبعادها، حيث تضمن بيان شرطة المكة انه بالإشارة إلى قيام إحدى المشاركات بحضور مهرجان سوق عكاظ محافظة الطائف(.....) باعتلاء مسرح إحدى فقراته(.....) فقد تم إيقاف المرأة المخالفة واعتبر في البيان الذي نشره حساب إمارة منطقة مكة بتويتر أفعالا مجرمة وفق نظام مكافحة التحرش. للتفصيل أكثر حول هذه القضية ينظر، الحكم على المتحرشة، خبر منشور على الموقع الالكتروني www.france24.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٥/٢٠.

(٦٢) د. جمال ابراهيم الحيدري، الوافي في قانون العقوبات، القسم الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص٢٠٣.

(٦٣)يعقوب يوسف الجدوع و محمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة النعمان، النجف الاشرف، ١٩٧٣, ص٦٣٢.

(٦٤) المشرع اليمني عرف الفعل الفاضح المخل بالحياء في المادة (٢٧٣) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني بأنه(كل فعل ينافي الآداب العامة او يخدش الحياء ومن ذلك التعري وكشف العورة المتعمد والقول والاشارة المخل بالحياء والمنافي للآداب).

(٦٥) د. جمال ابراهيم الحيدري، الوافي في قانون العقوبات، القسم الخاص، مصدر سابق ،ص٢١٤.

تسـمع آذانهم على ما يخل بالحياء، فضـلاً عن أن المشـرع من خلال التجريم يسـتهدف حماية مصـلحة المجني عليه بالحياء [٦٦].

وعالج المشـــرع العراقي في المادة (٤٠٢/أ) من قانون العقوبات جريمة طلب الجاني أموراً مخالفة للآداب من ذكر أو أنثى، لم يبين القانون الأمور التي تعد مخالفة للآداب وترك أمر تقديرها للقضـاء، وذلك لأنه يتعذر على المشـرع حصـر الأمور التي تعد مخالفة للآداب العامة، لأنها من المسائل الموضوعية التي يختلف تقديرها باختلاف البيئات وما تعارفت عليه من قواعد للآداب أو السلوك، فضلاً عن كونها تختلف باختلاف الزمان الذي يقع فيه بسبب نسبية هذه الأمور [٦٧].

وتطبيقاً لهذا المعنى فقد قضـــت المحكمة الاتحادية العليا في العراق (إذا ما أريد معرفة ما إذا كان ذلك التصـــرف مخالفاً(للنظام العام) أو (الآداب العامة) فيلزم الرجوع إلى التشـريعات كافة لمعرفة ما إذا كان ذلك التصـرف محظوراً بنص من عدمه، فإذا لم يوجد نص فيقتضـي الأمر الرجوع إلى القضـاء فهو الذي يقرر ما إذا كان التصـرف مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة، وذلك في ضـوء القواعد المجتمعية التي توافق عليها الأفراد في زمان ومكان معينين، لانّ مفاهيم النظام العام والآداب العامة تختلف زماناً ومكاناً) [٦٨].

ومن كل ما سبق يتضح أن موقف سياسة التجريم من الجرائم الماسة بالأخلاق في مجتمعنا تحكمه الضرورات التي تفرضـها طبيعة المجتمع و الأعراف السـائدة فيه، فضـلاً عن أهدافه وأسـباب بقائه ، فالمشـرع يقوم بتجريم الأفعال التي من شأنها المساس بقيم المجتمع وعاداته والفلسفة التي يقوم عليها، فالموازنة بين ما يجب حمايته وما لا يجب ستميل بحكم الفطرة إلى كفة دعم القيم الايجابية التي تعرف عليها المجتمع.

أمّا بالنسـبة لموقف القوانين المقارنة من تأثير العرف في تجريم الافعال الماسـة بالأخلاق والآداب العامة، فإننا نجد أن المشرع اليمني عالج ايضاً الفعل الفاضح العلني وما الحكم اذا كان غير علني؟

إذ جاء في المادة (٢٧٤) من قانون الجرائم و العقوبات اليمني على انه(يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ســنة أو بالغرامة كل من أتى فعلاً فاضحاً علانية بحيث يراه ويسمعه الآخرين).

من خلال مقارنة موقف المشـــرع العراقي مع اليمني نجد ان المشـــرع العراقي حاد عن الصـــواب في معالجته لهذا الفعل، ولاسـيما انه جعل عقوبة الفعل الحبس لا تزيد على سـنة في الفعل الفاضـح غير العلني فهذه العقوبة تنتفي فيها صـفة الردع، أما فيما يتعلق بجريمة الفعل الفاضـح العلني فعاقب مرتكبه بالحبس الذي حدد الحد الاعلى له بسـتة اشـهر أو الغرامة، فما هو السـبب في معاملة الجاني معاملة عقابية اخف اذا كان الفعل الفاضـــح علني على الرغم من ان آثاره اكبر على الضـحية من ما ينجم من الفضـيحة جراء هذا الفعل ولاسـيما في المجتمعات الشـرقية المحافظة على مبادئ الشـريعة الاسـلامية، فنرى أن الافضـل على المشـرع العراقي تعديل المواد المتعلقة بالفعل الفاضـح غير العلني وجعل العقوبة الحبس فقط وتشـديد العقوبة اذا كانت الفعل بشـكل علني، وكذلك الحال بالنسـبة المشـرع اليمني الذي لم تكن معالجته دقيقة لهذه الجريمة، لأنه خيّر القاضي بين عقوبة الحبس والغرامة ،إما الفعل الفاضح غير العلني لم يشير إليها المشـرع اليمني بشـكل صـريح لكن يمكن الاسـتفادة من نص المادة (٢٧٥) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني الذي نص

---

(٦٦) د. محمد مردان، المصدر السابق، ٢٧٥ وما بعدها.

(٦٧) يعقوب يوسف الجدوع و محمد جابر الدوري، مصدر سابق،ص٦١٤ و ما بعدها.

(٦٨) قرار رقم ٣٦/اتحادية/٢٠١٣ قرار منشور على الموقع الالكتروني https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٥/٢٠.

على انه (يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سـنة أو بالغرامة كل من أتى فعلاً فاضـحاً مع أنثى بغير رضـاها فإذا كان الفعل عن رضي منهما يعاقب الاثنان بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالغرامة لا تجاوز إلف ريال).

أما المشـــرع الأردني فقد عالج المداعبة والفعل المنافي للحياء في المادة(٣٠٥) من قانون العقوبات الأردني بأنه (١- يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين كل من داعب بصورة منافية للحياء:١- شخصاً لم يكمل الثامنة عشرة من عمره ذكراً كان أو أنثى ب- امرأة أو فتاة لها من العمر ثماني عشرة سنة أو أكثر دون رضاها).

وبعد أن أنهينا بيان اثر العرف في مجال تجريم الفعل، لا بد من بيان مسـألة أن هذا لا يعد تفسـيراً للقاعدة الجنائية، فالمسألة ليست مسألة تفسير، فالتفسير هو الكشف عن إرادة المشرع من ثنايا الالفاظ المستخدمة في صياغة القاعدة القانونية، وإنما هي مســألة تحديد للفعل المعاقب عليه ذاته، وذلك بتفويض العرف في تحديده، وبعبارة أخرى فأن المسـألة تتعلق بتحديد وعاء التكليف، لا بتفسـير الألفاظ التي يسـتخدمها المشـرع في تحديده لهذا الوعاء، فالعرف لا المشرع هو الذي حدد في مقامنا هذا تجسيماً لا تجريداً الأفعال التي منها يتكون التكليف الجنائي الذي وصفته القاعدة الجنائية[٦٩] .

(٦٩)عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية "دراسة تحليلية على ضوء الفقه المعاصر، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، بلا سنة نشر، ص٣٣٨.

الخاتمـــة

بعد ان انتهينا من اعداد هذه البحث المتعلق باثر العرف في سياسة التجريم (دراسة مقارنة)، لا بد لنا من بيان أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها و التي نراها ضرورية. وهي كما يأتي:-

اولاً:- الاستنتاجات

0Ž تبين لنا ان العرف الذي يكون مصدر من مصادر القاعدة القانونية يجب ان يكون العادة الذي تمثل الركن المادي فيها عامة و قديمة وغير مخالفة للنظام العام، والأعراف إما إن يكون غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة أو مخالف فأن كانت غير مخالفة فأنها يمكن إن يكون بذلك مصـدر من مصـادر القاعدة القانونية، وان كان مخالفاً فهنا يجب على المشرع وضع القواعد القانونية من اجل القضاء عليها أو تغيرها بما ينسجم مع نصوص القانون.

0¾ وجدنا ان للعرف تأثير في توجيه المشـرع نحو تجريم الافعال الماسـة بالشـرف والاعتبار ولاسـيما في المجتمعات الشرقية المحافظة على السمعة، فكل فعل يؤدي الى الاخلال بالشرف والاعتبار حسب العرف يعد جريمة يعاقب عليها المشـرع العراقي والتشـريعات المقارنة، والمرجع في ذلك الاعراف السـائدة في الوسـط الاجتماعي التي ينتمي اليها المجني عليه، للعرف اثر في توجيه المشـرع نحو تجريم الفعل وكذلك دوره في تحديد العنصـر المادي للنموذج القانوني.

0€ وجدنا إن موقف سياسة التجريم من الجرائم الماسة بالأخلاق والآداب العامة في مجتمعنا تحكمه الضرورات التي تفرضها طبيعة المجتمع و الأعراف السائدة في المجتمع إضافة إلى أهدافه وأسباب بقائه، فالمشرع يقوم بتجريم الأفعال التي من شأنها المساس بالقيم المجتمع وعاداته والفلسفة التي يقوم عليها، فالموازنة بين ما يجب حمايته وما لا يجب ستميل بحكم الفطرة إلى كفة دعم القيم الايجابية.

0ð وجدنا ان المشرع العراقي حاد عن الصواب في معالجته لجريمة الفعل الفاضح وخصوصاً جعل عقوبة الفعل الحبس لا تزيد على سـنة في الفعل الفاضـح غير العلني فهذه العقوبة تنتفي فيها صـفة الردع، اما فيما يتعلق بجريمة الفعل الفاضح العلني عاقب مرتكبه بالحبس الذي حدد الحد الاعلى له بستة اشهر او الغرامة.

ثانياً:- التوصيات

١- نطالب المشـرع العراقي بتعديل المادة(٤٣٣/الفقرة ١)، والمادة (٤٣٤)من قانون العقوبات العراقي على نحو يشدد العقوبة بشكل ينسجم مع الاعراف لأن هذا الجرائم يخل بالشرف والاعتبار داخل المجتمع، لذا نرى جعل عقوبة القذف والسب الحبس فقط وتشديد العقوبة اذا كانت الجريمة مرتكبة عبر الوسائل الالكترونية الحديثة.

٢- نوصي المشرع العراقي بتعديل المواد المتعلقة بالفعل الفاضح غير العلني وجعل العقوبة الحبس فقط وتشديد العقوبة اذا كانت الفعل بشكل علني وهذا برأينا اكثر انسجاماً مع طبيعة مجتمعنا المحافظة بشدة على الاخلاق.

المصادر

القران الكريم

اولاً: المعاجم وكتب اللغة

١) أبو الحسين احمد ابن فارس، بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩.

٢) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب،ج٩، دار صادر، بيروت، ١٩٥٥.

٣) مجد الين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط٨، مؤسسة الرسالة بيروت، ٢٠٠٥.

ثانياً: الكتب

١) احمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٢) توفيق حسن فرج، الأصول العامة للقانون، الدار المصرية للنشر، بيروت، ١٩٧٢.

٣) جاســم العبودي، التجريم والعقاب في إطار الواقع الاجتماعي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة صلاح الدين، العراق، بلا سنة طبع.

٤) حسن حسين البراوي، المدخل لدراسة القانون القطري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.

٥) د. احمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧

٦) د. أكرم إبراهيم ، السياسة الجنائية "دراسة مقارنة"، ط٢، شركة آب للطباعة والنشر، بغداد،١٩٩٩.

٧) د. جمال ا براهيم الحيدري، الوافي في قانون العقوبات، القسم الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

٨) د. جمال إبراهيم الحيدري، السياسة الجزائية في القانون العراقي وموقفها من حقوق الانسان، دراسات قانونية جنائية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.

٩) د. حسين كيرة، المدخل الى القانون، دار النهضة العربية، بيروت،١٩٦٧.

١٠) د. رياض القيسي، علم اصول القانون، ط١، بغداد، ٢٠٠٢.

١١) د. سعد العصفور، القانون الدستوري، ط١، دار المعارف، مصر، ١٩٥٤.

١٢) د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ط٦، المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨.

١٣) د. عباس العبودي، تاريخ القانون، ط٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٩٧.

١٤) د. عبد العزيز عبدالله محمد المعمري، دور العرف في القانون الجنائي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.

١٥) د. عبد المنعم فرج الصده، اصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت ، بلا سنة طبع.

١٦) د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة.

١٧) د. محمد الرازفي، علم الإجرام والسياسة الجنائية، ط١، دار الكتاب الجديدة المتحدة، بيروت، ٢٠٠٤.

١٨) د. محمد مردان، المصلحة المعتبرة في التجريم، دار الكتب الجديدة، اسكندرية، ٢٠١٥.

١٩) د. مدحت رمضان، الحماية الجنائية لشرف واعتبار الشخصيات العامة، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٩.

٢٠) د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط١، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٩.

٢١) د. واثبة داود السعدي، الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة الجنائية، دار الكتب والوثائق، بغداد، ١٩٧٠.

٢٢) د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة المحكمة، ط٢، مكتبة الرشيد، الرياض٢٠١٢.

٢٣) د. يعقوب عبد الوهاب خلاف، اصول فقه الاسلامي، ط٢، بيروت، دار احياء التراث العربي، ١٩٤٧.

٢٤) شمسان ناجي صالح الخيلي، الجرائم المستخدمة بطرق غير مشروعة لشبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٩.

٢٥) عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١..

٢٦) عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية دراسة تحليلية على ضوء الفقه المعاصر، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، بلا سنة نشر.

٢٧) عدلي أمير خالد، المستحدث في جرائم الاعتداء على الأشخاص في ضوء المستحدث من القوانين والإحكام الدستورية العليا، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر،٢٠١٢.

٢٨) غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، ط٣، دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠٤.

٢٩) كاظم عبد جاسم الزيدي، المسؤولية الجزائية عن جرائم النشر والإعلام في القانون العراقي، ط١، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٦.

٣٠) مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٣١) مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، العرف وأثره في التشريع الإسلامي، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس، ١٩٨٦.

٣٢) منذر كمال عبد اللطيف التكريتي، السياسة الجنائية في قانون العقوبات العراقي، ط١، دار الرسالة للطباعة، بغداد، ١٩٧٨.

٣٣) يعقوب يوسف الجدوع و محمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة النعمان، النجف الاشرف، ١٩٧٣.

ثالثاً: الرسائل العلمية.

١) طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية" دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.

٢) هاشم محمد احمد الجحشي، السياسة الجنائية في جرائم الاخلاق" دراسة مع احكام الشريعة الاسلامية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠١٤.

رابعاً: البحوث والدوريات

١) احمد سلامة أبو خوصة، الدم والقتل في الجاهلية، ، محمد عدنان بخيت، احمد العواية، ورقة عمل منشور في ندوة العرف العشائري بين الشريعة و القانون، الجامعة الارنية، المركز الثقافي، عمان، ١٩٩٠.

٢) سعد العنزي، العرف والعادة في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٩٩.

٣) كاظم جعفر شريف و سجى فالح حسين، اثر المدلول الأخلاقي والنفعي في تجريم الأفعال الماسة بالعرض، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد ٧١، السنة ٢٠١٨.

٤) د. واثبة داود السعدي، ملامح السياسة الجزائية الحديثة في التشريع الجزائي في العراق، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد الخامس عشر، السنة العاشرة، ١٩٨٣.

خامساً: الدساتير و القوانين .

أ- دستور اليمني للسنة ١٩٩٤.

ب- الدستور الدائم لجمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

ت-قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧المعدل .

ث-قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

ج-قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ المعدل .

ح-قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩المعدل .

خ-قانون اصلاح النظام القانوني العراقي رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧.

د- قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم ١٢ لسنة١٩٩٤ المعدل.

سادساً: مواقع الانترنت

١) قرارات منشورة على الموقع الالكتروني https://www.iraqfsc.iq

٢) الحكم على المتحرشة، خبر منشور على الموقع الالكتروني www.france24.com

سابعاً: المصادر الاجنبية.

(1) Merryman, John Henry (2007). The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America(3rd ed.). Stanford University Press