جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون

التناسب بين المصلحة العامة والخاصة في القانون الجنائي

(دراسة مقارنة)

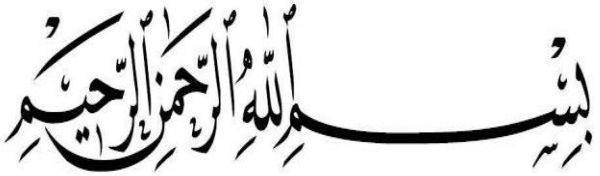
اطروحة قدّمها الطالب
مصطفى طه جواد الجبوري

الى مجلس معهد العلمين للدرسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون العام

بإشراف
الدكتورة هناء أسماعيل ابراهيم
استاذ القانون الجنائي المساعد

١٤٤٢هـ ٢٠٢٠



قَالُواْ سُبْحَانَكَ لاَ عِلْمَ لَنَا إِلاَّ مَا عَلَّمْتَنَا

إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ

صدَقَ الله العَظِيم

سورة البقرة الأية (٣٢)

الإهداء

إلى روح أبي الطاهرة ..... الذي كان قدوتي وحبيبي وصديقي(رحمه الله).

إلى أمي الحبيبة .... التي جعل الله الجنة تحت قدميها، امدها الله بالصحة والعافية.

إلى روح أخوتي الشهداء ..... السمو والرفعة في عليين (رحمهم الله)

إلى أخوتي وأخواتي ..... حباً وعرفاناً.

إلى أسرتي الغالية التي وقفت معي في السراء والضراء..... وفاء وعرفاناً بالجميل

إلى وطني الحبيب العراق ..... اللهم أدم نعمة الأمن والأمان عليه وأحفظ أهله وسائر بلاد المسلمين والإنسانية جمعاء

إلى جميع والأصدقاء والأحبة وكل من ساندني نصحا ودعاءً ودعما وتشجيعاً.

إليهم جميعاً أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وعرفان

إن الحمد لله تعالى نحمده على ما أنعم به علي من نعم كثيره، ووفقني حتى أنهي هذا العمل المتواضع الذي بين أيدي سيادتكم؛ فلولا هدي الله لم أصل إلى هذه المرحلة من الدراسة، فالشكر هو الكلمة الطيبة، أصلها ثابت وفرعها في السماء، يلجأ إليها الإنسان حينما يثقل كاهله عظيم الإحسان، وإذا كان الاعتراف فضيلة، فإن إسداء الشكر لمستحقيه فريضة أيضاً، من لم يشكر الناس، لم يشكر الله .

ومن هنا يشرفني، أن أتقدم بأعمق معاني الشكر، وأصدق العرفان والأمتنان لأستاذتي الفاضلة، الدكتورة **هناء اسماعيل ابراهيم** ، التي تفضلت بالإشراف على الاطروحة، على الرغم من كثرة أعبائها، التي كان لحرصها وتشجيعها، وآرائها النيرة الفضل الأكبر في خروج هذا البحث إلى النور، التي لم تبخل عليّ بعلمها الوفير، وخبرتها الناضجة، طوال مدة البحث، فكانت نعم المعلم، فجزاها الله عنا خير الجزاء.

وأتقدم بعظيم الشكر والعرفان، للاساتذة اعضاء لجنة المناقشة، لتفضلهم بالاشتراك في مناقشة وتحكيم هذه الاطروحة بالرغم من كثرة مسؤولياتهم، مما اعطى الباحث الفرصة لينهل من فيض علمهم، وكريم عطائهم، وتوجيهاتهم السديدة وملاحظاتهم القيمة فلهم مني عظيم الشكر والتقدير والاحترام .

وأتقدم بعظيم الشكر والعرفان، إلى **المقومين العلمي واللغوي** وإلى الصرح العلمي الفتي والجبار معهد العلمين للدراسات العليا والعاملين فيه، وإلى اخي وصديقي الاستاذ **حسين عبدالوهاب نوري** وإلى كل من ساعدني ووقف إلى جانبي وشجعني دائماً لإنجاز هذا العمل.

الباحث

المستخلص

تعد المصلحة العنصر الاساس الذي يعتمد عليه المشرع عند قيامة بسن القواعد القانونية سواء كانت موضوعية أم اجرائية، بوصف هذه القواعد تعمل على تأمين حق المجتمع ومصلحته في إنزال العقاب بالمجرم، وكذلك من اجل صيانة مصلحة حقوق الافراد وحماية حرياتهم. تُعرف المصلحة بأنها الحاجة إلى حماية القانون للحق المعتدي عليه، أو المهدد بالاعتداء عليه، والمنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق هذه الحماية.

وبغية اعطاء كل مصلحة حقها من الحماية فإنه يجب قيام كل مصلحة بواجبها دون الاخلال بالمصلحة الاخرى، ومن أجل ذلك كان لابد من قيام التناسب بين المصلحة العامة الخاصة، في نطاق التجريم والعقاب وفي نطاق الإجراءات الجزائية، حيث لاحظنا ان هذا المبدأ يعتمد على معايير تتحد على وفق فكر المشرع والقيم الاجتماعية السائدة في المجتمع، بحيث يؤدي التناسب إلى التخفيف من حدة التعارض بين المصلحتين، وكذلك التوفيق بينهما في الجمع، بواسطة اساليب تحافظ عليه.

لذلك كان لابد من بيان ماهية التناسب من الناحية اللغوية والاصطلاحية، والشريعة الاسلامية والتطور التاريخي الذي طرأ عليه، وكيفية تمييزه عن بقية المفاهيم القانونية، وماهي المعايير التي تحكمه عند المصلحة المطلوب حمايتها، وفي مجال المصلحة العامة والخاصة فقد بينا مفهومها في اللغة والاصطلاح والاهمية التي تتمتع بها المصلحة عند المشرع الجنائي، من خلال شروطها المتعلقة بالحق والمنفعة.

وفي نطاق التجريم والعقاب فقد بينا اهمية التناسب في تجريم الافعال، وتحديد العقوبة اللازمه لها، من خلال فلسفة المشرع سواء من الجانب الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، وحق الدولة في العقاب، وبيان التعارض والجمع بين المصلحتين، على وفق مظاهر كل منها، واعتماد سياسة الحد من التجريم والعقاب من ضمانات الجمع بينها.

وفي نطاق الإجراءات الجزائية فقد كان للتناسب اهمية في الشرعية الاجرائية التي تؤدي إلى تحقيق العدالة الجنائية، من خلال المظاهر المتعلقة بالعلنية والإجراءات الشفوية في المحاكمة والحق في تحريك الدعوى الجزائية، وما يترتب عليها من تحقيق التناسب بين الجريمة والعقوبة من

خلال سلطة القاضي، وتعدد درجات التقاضي، بما يؤدي عدم وجود تعارض بين المصلحتين، وبينا ايضا اساليب المحافظة التناسب بين المصلحة العامة والخاصة، بواسطة الرقابة والاشراف، والاختصاص القضائي باصدار القرارات الماسة بالحريات الشخصية، والجزاء المترتب علىها، المتمثل بالانعدام وسقوط الحق والبطلان.

وسبب اختيارنا للموضوع يعود إلى ما تتمتع به المصلحة العامة والخاصة من أهمية كبيرة في القانون الجنائي، في كيفية معالجة التعارض بينهما ، في ايجاد التناسب بين تحقيق حق الدولة في ممارسة وظائفها من خلال حماية مصلحة المجتمع، في إنزال العقوبة بحق الجاني وبين تحقيق حق الافرد في حقوقهم وحرياتهم الشخصية في ضوء تقييدات الدولة لتحقيق تلك المصلحة، وبعبارة أخرى اقامة التوازن بين المصالح المتعارضة بما يضمن العدالة الجنائية.

وانطلاقاً من تلك الاشكالية ولما تتمتع به المظاهر الموضوعية والاجرائية للمصلحة العامة والخاصة، وأهمية التناسب بينها للحد من التعارض، ومن أجل الاحاطة الشاملة بموضوع البحث فقد تم تقسيمه على ثلاثة فصول، في الاول نحدد فيه ماهية التناسب والمصلحة العامة والخاصة في إطار القانون الجنائي من خلال مبحثين تطرقنا في الاول عن ماهية التناسب وفي الثاني ماهية المصلحة العامة والخاصة في اطار القانون الجنائي، وفي الفصل الثاني عن التناسب بين المصلحة العامة والخاصة في نطاق التجريم والعقاب من خلال ثلاثة مباحث في الأول أهمية التناسب ومسوغاته في نطاق التجريم والعقاب، أما في الثاني مظاهر التناسب في نطاق التجريم والعقاب، إما في الثالث فقد تناولنا أثر التناسب في التعارض والجمع بين المصلحة العامة والخاصة، اما في الفصل الثالث فتطرقنا إلى التناسب بين المصلحة العامة والخاصة في نطاق الإجراءات الجزائية، وذلك في اربعة مباحث في الاول، أهمية التناسب ومسوغاته في نطاق الإجراءات الجزائية وفي الثاني مظاهر التناسب في نطاق الإجراءات الجزائية، وفي الثالث أثر التناسب في التعارض والجمع بين المصلحة العامة والخاصة، وفي المبحث الرابع أساليب المحافظة على التناسب بين المصلحة العامة والخاصة، ثم ختمنا بحثنا بخاتمة أوجزت فيها النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها.

الفهرس

فهرست المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	**١**
الفصل الأول : ماهية التناسب والمصلحة العامة والخاصة في اطار القانون الجنائي	**٨**
المبحث الاول : ماهية التناسب	**٩**
المطلب الأول : مفهوم التناسب في اللغة والاصطلاح	١٠
الفرع الاول : المعنى اللغوي للتناسب	١١
الفرع الثاني : المعنى الاصطلاحي للتناسب	١٣
المطلب الثاني : التطور التاريخي للتناسب	٢٦
الفرع الاول : المفهوم التقليدي للتناسب	٢٧
الفرع الثاني : المفهوم الوضعي للتناسب	٣٢
الفرع الثالث : المفهوم المعاصر للتناسب	٣٨
المطلب الثالث : تمييز التناسب عما يشتبه به من المفاهيم القانونية	٤٣
الفرع الاول : التمييز بين التناسب والسلطة التقديرية	٤٤
الفرع الثاني : التمييز بين التناسب والتوازن	٤٦
الفرع الثالث : التمييز بين التناسب والمساواة	٤٨
الفرع الرابع : التمييز بين التناسب والملائمة	٥١
المطلب الرابع : المعايير التي تحكم التناسب	٥٣
الفرع الاول :المعيار الموضوعي	٥٤
الفرع الثاني :المعيار الشخصي	٥٦
الفرع الثالث :المعيار المختلط	٥٨
المبحث الثاني : ماهية المصلحة العامة والخاصة في اطار القانون الجنائي	**٦٠**
المطلب الأول : مفهوم المصلحة العامة والخاصة	٦١
الفرع الاول : المعنى اللغوي للمصلحة	٦٢
الفرع الثاني : المعنى الاصطلاحي للمصلحة	٦٣
الفرع الثالث : مفهوم المصلحة العامة	٦٥
الفرع الرابع : مفهوم المصلحة الخاصة	٦٧
المطلب الثاني : أهمية المصلحة وعناصرها	٧٠

الفرع الاول : اهمية المصلحة	٧١
الفرع الثاني : عناصر المصلحة	٧٣
المطلب الثالث : شروط المصلحة والمعايير التي تحكمها	٧٧
الفرع الاول : شروط المصلحة	٧٨
الفرع الثاني : المعايير التي تحكم المصلحة	٨١
الفصل الثاني : التناسب بين المصلحة العامة والخاصة في نطاق التجريم والعقاب	**٨٥**
المبحث الاول: أهمية التناسب ومسوغاته في نطاق التجريم والعقاب	**٨٦**
المطلب الاول : أهمية التناسب	٨٧
الفرع الاول: أهمية التناسب في نطاق التجريم	٨٨
الفرع الثاني : أهمية التناسب في نطاق العقاب	٩٤
المطلب الثاني : مسوغات التناسب	٩٦
الفرع الاول: تحقيق مصلحة حق الدولة في العقاب	٩٧
الفرع الثاني : حماية الحقوق والحريات	٩٨
المبحث الثاني : مظاهر التناسب في نطاق التجريم والعقاب	**١٠١**
المطلب الاول : مظاهر التناسب في المصلحة العامة	١٠٢
الفرع الاول : المصلحة في تحديد علة التجريم وفي تقسيم و اظهار الاركان المشتركة للجرائم	١٠٣
الفرع الثاني : المصلحة في اختلاف جرائم المجموعة الواحدة والتمييز بين التعدد والتنازع بين النصوص	١٠٧
الفرع الثالث : المصلحة في التمييز بين المجني عليه والمتضرر من الجريمة	١٠٩
المطلب الثاني : مظاهر التناسب في المصلحة الخاصة	١١٤
الفرع الاول : الحق في الحياة	١١٥
الفرع الثاني : الحق في حرمة الحياة الخاصة	١١٨
الفرع الثالث : الحق في حماية الاموال	١٢١
الفرع الرابع : الحق في السلامة البدنية والذهنية	١٢٤
المبحث الثالث: أثر التناسب في التعارض والجمع بين المصلحة العامة والخاصة	**١٢٨**
المطلب الاول: أثر التناسب في التعارض بين المصلحة العامة والخاصة وضوابطه	١٢٩
الفرع الاول: أثر التناسب في التعارض بين المصلحة العامة والخاصة	١٣٠

الفرع الثاني: ضوابط التناسب في التعارض بين المصلحة العامة والخاصة	١٣٢
المطلب الثاني: أثر التناسب في الجمع بين المصلحة العامة والخاصة وضماناته	١٣٨
الفرع الاول: أثر التناسب في الجمع بين المصلحة العامة والخاصة	١٣٩
الفرع الثاني: ضمانات الجمع بين المصلحة العامة والخاصة	١٤٠
الفصل الثالث: التناسب بين المصلحة العامة والخاصة في نطاق الإجراءات الجزائية	١٥٧
المبحث الاول: أهمية التناسب ومسوغاته في نطاق الإجراءات الجزائية	١٥٨
المطلب الاول : أهمية التناسب	١٥٩
المطلب الثاني: مسوغات التناسب	١٦١
الفرع الاول: الشرعية الاجرائية	١٦٢
الفرع الثاني: العدالة الجنائية	١٦٥
المبحث الثاني: مظاهر التناسب في نطاق الإجراءات الجزائية	١٦٩
المطلب الاول : مظاهر التناسب في المصلحة العامة	١٧٠
الفرع الاول : علنية الجلسة	١٧١
الفرع الثاني : شفوية الإجراءات	١٧٣
الفرع الثالث : ضبط الجلسة وإدارتها	١٧٥
الفرع الرابع : سرعة الإجراءات	١٧٦
المطلب الثاني : مظاهر التناسب في المصلحة الخاصة	١٧٩
الفرع الاول : الحق في تحريك الدعوى الجزائية	١٨٠
الفرع الثاني : الحق في الامن الشخصي	١٨٣
الفرع الثالث : الحق في حرمة المسكن	١٨٧
الفرع الرابع : الحق في الطعن بالاحكام	١٩٠
المبحث الثالث : أثر التناسب في التعارض والجمع بين المصلحة العامة والخاصة	١٩٢
المطلب الاول : أثر التناسب في التعارض بين المصلحة العامة والخاصة	١٩٣
الفرع الاول : أثر التناسب في التعارض في المصلحة العامة	١٩٤
الفرع الثاني : أثر التناسب في التعارض في المصلحة الخاصة	٢٠٩
المطلب الثاني : أثر التناسب في الجمع بين المصلحة العامة والخاصة وشروطه وضماناته	٢١٣
الفرع الأول : مفهوم الجمع بين المصلحة العامة والخاصة	٢١٤
الفرع الثاني : شروط الجمع بين المصلحة العامة والخاصة	٢١٦
الفرع الثالث : ضمانات الجمع بين المصلحة العامة والخاصة	٢٢١

المبحث الرابع : أساليب المحافظة على التناسب بين المصلحة العامة والخاصة	**٢٢٦**
المطلب الأول : الرقابة والاشراف	٢٢٧
الفرع الاول : الاختصاص القضائي بإصدار القرارات الماسة بالحريات الشخصية	٢٢٩
الفرع الثاني : الرقابة القضائية التلقائية	٢٣٢
الفرع الثالث: الرقابة القضائية بناءً على طعن	٢٣٤
المطلب الثاني : الجزاءات الاجرائية لضمان المصلحة العامة والخاصة	٢٣٦
الفرع الاول : سقوط الحق	٢٣٧
الفرع الثاني : الإنعدام	٢٤١
الفرع الثالث : البطلان	٢٤٤
الخاتمة	**٢٤٨**
المصادر	**٢٥٤**
الملخص باللغة الانكليزية	A