دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	فقه القانون الجنائي للعدو اتجاه حديث راديكالي في السياسة الجنائية المعاصرة
المصدر:	مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية
الناشر:	محمد بلحاج الفحصي
المؤلف الرئيسي:	براهمي، نورالدين
المجلد/العدد:	ع9
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2019
الصفحات:	27 - 45
رقم MD:	1083163
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	القوانين والتشريعات، القانون الجنائي للعدو، الفقه القانوني، الراديكالية، السياسة الجنائية المعاصرة
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1083163

© 2020 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

فقه "القانون الجنائي للعدو"
اتجاه حديث راديكالي في السياسة الجنائية المعاصرة

نور الدين براهمي
دكتور في الحقوق

مقدمــة:

في ظل انتقال الجريمة من طابعها التقليدي المحدود وطنيا إلى الطابع الاحترافي المنظم والعابر للحدود، أصبحت مجتمعاتنا المعاصرة تعيش حالة من الإحساس بعدم الاطمئنان وانعدام الأمن... وهي حالة عبر عنها بعض علماء الاجتماع بانتشار "ثقافة الخوف" «Epidemic of fear»، ساهمت العمليات الإرهابية، خاصة تلك التي حدثت بالولايات المتحدة الأمريكية في 11 شتنبر 2001م في تكريسها وإبرازها، رغم أن بوادرها قد ظهرت قبل ذلك بسنوات[73]... إلى درجة دفعت بأستاذ القانون الجنائي وفلسفة القانون بجامعة كولومبيا "جورج فليتشر" إلى التساؤل عما إذا كانت هذه العمليات تعد جرائم تستدعي تدخل القضاء أم هجوما يستوجب إعلان حرب؟! [74] وبمعنى آخر، هل تستوجب هذه العمليات إقامة دعوى جنائية وبالتالي اتباع الإجراءات القانونية التي تضمن احترام مبادئ وأسس المحاكمة العادلة لاقتضاء حق الدولة في العقاب، أم أنها تستدعي إطلاق حملة عسكرية ضد المنفذين ومن يقف وراءهم، بحيث تسمح بالتخلص من الالتزامات والمبادئ التي يفرضها اتباع تلك الإجراءات تجاه القوات المقاتلة للأعداء؟

بين هذا الخيار وذاك، خلص جانب من الفقه الجنائي المقارن إلى انعدام جدوى التمييز بين ردي الفعل القانوني والحربي ما دام أنهما من الممكن أن يشكلان معا مظهرا من مظاهر نفس النظام العقابي[75]؛ فيختص الأول بمتابعة الجرائم العادية، بينما يهتم الثاني بملاحقة الجرائم الاستثنائية التي

---

[73] Frank Furedi a concludans son article titulé « Epidemic of fear » que : « many claim that 11 September 'changed the world forever', particularly impacting on public perceptions of risk and creating a sense that we live in an ever-more risky world. But it is wrong to blame today's culture of fear on the collapse of the World Trade Centre. Long before 11 September, public panics were widespread - on everything from GM crops to mobile phones, from global warming to foot-and-mouth.»Voir http://ee.spiked-online.com (vu le 14/12/2017)

[74] G. P. Fletcher, washington post, 12 oct. 2001

[75] جل الأنظمة الجنائية المعاصرة تدرج قوانين جنائية استثنائية كقانون العدل العسكري المطبق أمام قضاء استثنائي يتمثل في المحاكم العسكرية...

تهاجم مباشرة قواعد النظام السياسي والاجتماعي للدولة[76]... لتنبعث بذلكفكرة قانونية معاصرة أطلق عليها منظروها نظرية "القانونالجنائيللعدو" « Feindstrafrecht »التي أصبحت تشكل اليوم اتجاها حديثا راديكاليا في السياسة الجنائية المعاصرة، ويعد أستاذ القانون الجنائي الألماني "غونترجاكوبس" GUNTHER JAKOBS أول من صمم هذه النظرية.

إن ما يميزالقانونالجنائي للعدو في نظر هذا الفقه أنه يشكل جزءا من النظام الجنائي للدولة – أو بالأحرى يجب أن يكون كذلك – ويمكن تلمس قواعده في القانون الجنائي نفسه، سواء الموضوعي أو الشكلي، كما أنه يتميز بطابعهالاستثنائي،حيث لا يخضع للشرعيتين الجنائية والإجرائية، التي يخضع لها القانون الجنائي العادي. وهو ما يعطي الانطباع بأنه جاء كنتيجة للاستخدام غير المتوقع والعنيف للخطاب السياسي في المجال الجنائي والمكافحة القانونية للجريمة.

ويظهر تأثر هذ الفقه بالخطاب السياسي من خلال استعارته لفكرة "العدو" واستخدامها كبراديغم جديد جنبا إلى جنب مع فكرة الخطورة الإجرامية كمؤطر وموجه لمبادئ وأسس هذه النظرية الجديدة في القانون الجنائي، لتحل بذلك محل – أو على الأقل إلى جانب– الباراديغمات الجنائية الكلاسيكية المتمثلة من جهة في "الشخص" باعتباره مخاطبا قانونا بحقوق والتزامات محددة، ومن جهة أخرى في الخطأ أو الإثم الجنائي كأساس للمسؤولية الجنائية والعقاب **(المطلب الأول)**.

وقد ذهب هذا الفقه إلى أن أسس وملامح هذا القانون هي قائمة فعلا في بعض الأنظمة الجنائية المعاصرة ذات التوجه الليبيرالي في السياسة الجنائية، كالنظامالجنائيالألماني والإيطالي... فقط تحتاج إلى تأصيل وتطوير... ويورد من أجل إثبات هذا الوجود مجموعة من المقتضيات الجنائية ذات الطابع الاستثنائي، سواء على المستوى الموضوعي أو الشكلي، التي لا تنسجم مع دولة القانون في صورتها المثالية، كما أنها لا تتماشى والمسار الحداثي الذي طبع تطور هذه الأنظمة السياسية والاجتماعية، والمسار الليبيرالي الناجح الذي وسم سياساتها الجنائية، خصوصا ما تعلق منه بالموازنة بين الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين والمصلحة العامة للمجتمع، إلا أنها مع ذلك تبقى ضرورية، حسب هذا الفقه، خدمة لفكرة دولة القانون ذاتها **(المطلب الثاني)**.

[76] G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : Le droit pénal de l'ennemi » Traduit par Kris Decramer RSC Janvier/ Mars 2009 N°1 P19

المطلب الأول: فكرة العدو كبراديغم جديد في السياسة الجنائية المعاصرة

إن أهم ما يميز فقه "القانون الجنائي للعدو" هو استناده إلى مجموعة من الأسس الفلسفية والتشريعية والفقهية التي جعل منها أرضية لإضفاء الطابع المشروع والواقعي على هذا البناء النظري، رغم ما تحمله من أفكار راديكالية تبدو مخالفة للفكر التنويري والإنسي. لذلك وقبل الإحاطة بأهم مضامين هذه النظرية (الفقرة الثانية) ارتأينا البحث عن أهم أصولها الفكرية والتشريعية (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: الأصول الفلسفية والتشريعية لفكرة القانون الجنائي للعدو

إن القول بحداثة نظرية "القانون الجنائي للعدو" يحتاج إلى تحقيق وإعادة نظر، صحيح أنها تعد من الاتجاهات الحديثة الراديكالية في السياسة الجنائية المعاصرة، كمقابل للاتجاهات المرنة والإنسية فيها، إلا أن أصولها الفلسفية والتشريعية لها امتداد تاريخي أعمق. ذلك أن بعض مفكري عصر الأنوار تناولوا في كتاباتهم بعضا منمضامينها، ونذكر على سبيل المثال "هوبس"، "روسو" و"كانط"... بل إن بعضا من تطبيقاتها التشريعية قديمة أيضا. وهي المضامين التي استعان بها "جاكوبس" لتبرير وجود هذا القانون وإضفاء نوع من الشرعية عليه.

في هذا الإطار، رصدت الباحثة "أحلام حناشي" في أطروحتها التي تحمل عنوان: "ازدواجية القانون الجنائي: القانون الجنائي للمواطن والقانون الجنائي للعدو"[77] هذه المضامين في فكر الأنوار، وفي بعض ممارسات الكنيسة الكاثوليكية، إضافة إلى بعض المضامين الفقهية والتشريعية في ألمانيا النازية...

لقد كان "روسو" يرى بأن الفرد الذي يعلن الحرب على الدولة، يصبح خائنا للوطن، ويتوقف بالنتيجة اعتباره عنصرا فيه، لأنه يكون بذلك قد أخل بالعقد الاجتماعي[78].

في نفس السياق أيضا يرى الفيلسوف الألماني "فيخته" بأن الفرد الذي يهجر العقد الوطني (الاجتماعي) في شموليته، أو يتعامل بحذر مع بعض بنوده بطريقة إرادية أو بعدم تبصر، يفقد كل حقوقه كمواطن وكذات إنسانية، ويدخل بالنتيجة في حالة غياب تام للحقوق[79].

---

[77] A. Hannachi,«Le dédoublement du Droit pénal. Le droit pénal du citoyen et le droit pénal de l'ennemi. Contribution à une approche critique de la doctrine du Gunther JACOBS», Thèse de Doctorat en droit pénal et politique criminelle, Univ. Panthéon Sorbonne, Paris 1, Décembre 2014, (Dir Ch. Lazerges).

[78] J.J rousseau, Du contrat social, livre IV, chap. V, Ed. Vrin, 2012 p 52

[79] Fichte entend que « celui qui abandonne le contrat citoyen dans sa totalité où comptabilise avec prudence certains termes du contrat, de manière volontaire ou par imprévision, perd tous ses droits comme citoyen et comme un être humain, et acquiert un état d'absence complète de droits ». Voir : A. Hannachi « La Théorie Du "Droit Pénal De L'ennemi"» disponible sur le site : https://www.village-justice.com/articles (Vu le 10/07/2016)

نفس الخلاصة توصل إليها قبل ذلك الفيلسوف الإنجليزي "هوبس"، الذي أقر بأن الإنسان الذي ينفصل عن الدولة، يسقط مباشرة في حالة الطبيعة، التي من خصائصها؛ هيمنة حالة الحرب، وحيث لا دولة ولا قانون. لذلك، فالإنسان الذي لا يخضع لقانون الدولة، ليس مواطنا فيها، وإنما عدو لها[80].

ونختم بالفيلسوف الألماني الكبير "إيمانويل كانط" الذي قرر بأن الذي لا يشترك في حياة "دولة مجتمعية شرعية"، يجب أن ينسحب منها أو يرغم على ذلك. ويعني ذلك، أنه يجب أن يقصى أو يتم إيقافه، عن طريق أحد تدابير الأمن. وفي جميع الحالات، فالإنسان الذي ينتهك العقد الاجتماعي لا يمكن أن يعامل ك "شخص" وإنما كعدو[81].

وتجب الإشارة إلى أن التاريخ الأوربي الوسيط يشهد على تطبيقات سياسية لهذه العقيدة، على رأسها ما قامت به الكنيسة الكاثوليكية التي أسست محاكم التفتيش[82]، وسمحت لها بارتكاب مجازر حقيقية ضد ملايين الأشخاص من مختلف الفئات المجتمعية في جميع أنحاء أوربا الغربية ما بين القرنين 12 و16م، بدعوى أنهم يتبنون أشكالا من المعرفة والسلوكات، تختلف عن تلك النماذج الحكومية الموجهة من طرف الكنيسة الكاثوليكية المقدسة[83].

وفي الأزمنة المعاصرة، تعد ألمانيا النازية كنظام كلياني، أول نموذج سياسي معاصر طبق نظاما شبيها بالقانون الجنائي للعدو، حيث أسست لقانون استثنائي طبق على فئة، تم اعتبارها مختلفة عن الشعب الألماني، واعتبرتها عدوا له. وخصصت مستوطنات خاصة لإبادة المختلفين عن الجنس الآري من يهود وغجر ومرضى عقليين وشواذ جنسيين ومدمنين ومعتادين على الإجرام... وقد عبر عن ذلك إدموند ميزكر بقوله: إن مهمة القانون الجنائي هي إبادة Ausmerzung العناصر الطفيلية المضرة بالشعب والعرق.[84]

ويعد الفقيه الألماني Carl Schmitt من أشهر المنظرين الذين أسسوا لهذا الاتجاه التشريعي بألمانيا النازية، وذلك عن طريق تمييزه بين الصديق Freund والعدو Feind وأسس قواعد لتطوير بناء

---

[80] T. Hobbes, Léviathan, (chap. XIV – Lois naturelles et des contrats), trad. M.ph.folit, 2002 p111-122 est disponible sur le site : htpp://perso.wanadoo.fr/philotra/ (vu le 05/07/2016)

[81] G. jacobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : lr droit pénal de l'ennemi » RSC, N°1, 2009, p.7s, spéc.

[82] L'Inquisition (du mot latin inquisitio signifiant enquête, recherche) est une juridiction spécialisée (autrement dit un tribunal), créée au XII° siècle par l'Église catholique et relevant du droit canonique, dont le but était de combattre l'hérésie, en faisant appliquer aux personnes qui ne respectaient pas le dogme des peines variant de simples peines spirituelles (prières, pénitences) à des amendes lorsque l'hérésie n'était pas établie.
Voir : J. Lavallée, Inquisitions religieuses d'Italie d'Espagne et de Portugal : depuis leur origine jusqu'à la conquête de l'Espagne, t. 1er, Paris, Richomme, Capelle et Renand, 1809, p 405.

[83] A. Hannachi,« La Théorie Du "Droit Pénal De L'ennemi"», https://www.village-justice.com/articles Op. Cit.

[84] E. mezgerkriminalpolitik auf kriminologischengrundlagen,AuflageGebundeneAusgabe : 1,3éd 1944

قانوني يتيح التمييز بين المواطن العادي الذي ينتمي للجنس الآري وقانون أشد قسوة وإقصاء يطبق إزاء الأعداء[85] المنتمين لباقي الأجناس البشرية الأخرى... بهدف تأسيس مجتمع الشعب الآري الذي لا مكان فيه لغيره سواء من الناحية القانونية أو حتى الجسدية... هذا البناء النظري هو امتداد للتمييز البيوسياسي الذي ساد في اليونان القديم زمن أرسطو بين المواطنين والعبيد، وأيضا في روما القديمة بين Civitas و Latins...

كما أن القانون الأمريكي patriotact الذي تم التصويت عليه من طرف الكونغرس ووقعه الرئيس الأمريكي الأسبق "جورج وولكر بوش" بتاريخ 26 أكتوبر 2001 تضمن عدة مقتضيات زجرية تسمح بانتهاك للحقوق الأساسية للأفراد بغية الحصول على أقصى حد من الأمن ضد أية هجمات إرهابية محتملة.

الفقرة الثانية: مدلول فكرة العدو في نظرية "القانون الجنائي للعدو" عند "غونترجاكوبس":

كما أشرنا سابقا، فالحديث اليوم عن فقه "القانون الجنائي للعدو" كاتجاه حديث في السياسة الجنائية المعاصرة، يحيلنا على فكر أستاذ القانون الجنائي وفلسفة القانون؛ الألماني "غونترجاكوبس" والنقاش الدولي الذي أحدثته محاولته الأولى، التي ظهرت أواخر تسعينيات القرن الماضي. نقاش لم يهتم فقط بمدى الصلاحية الأخلاقية لهذا الفقه، وإنما بمدى وجود هذا القانون أصلا، سواء من حيث ملامحه، محتواه، أو من حيث مفهوم "العدو" الذي اعتمده كبراديغم ومرجعية لبناء هذا القانون الجنائي الراديكالي[86]، ومن حيث غاياته المعلنة والخفية، المتمثلة بعضها، في نظر بعض الفقه، في فصل القانون الجنائي عن حقوق الإنسان[87].

للإشارة، فقد مر بناء نظرية القانون الجنائي للعدو عند "جاكوبس" بثلاث مراحل[88] هي:

[85] C. schmitt, the concept of the political, traduction à l'anglais de georgeschwarb, chicago 1932

[86] Geneviève Giudicelli-Délage, Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2010/1 (N° 1), pp 69 à 80.

[87] M. Amzazi, Essai sur le système pénal marocain, Centre Jaques-Berque, Ed. Le Fennec, Casablanca, 2013, P 129

[88] A. Hannachi « Le dédoublement du Droit pénal. Le droit pénal du citoyen et le droit pénal de l'ennemi. Contribution à une approche critique de la doctrine du Gunther JACOBS », Thèse de Doctorat en droit pénal et politique criminelle, Univ. Panthéon Sorbonne, Paris 1, Décembre 2014, (Dir Ch. Lazerges).

المرحلة الأولى: بدأت سنة 1985م، حيث تم تقديم النظرية بمناسبة محاضرة حول القانون الجنائي بفرانكفورت بألمانيا. وقد أبدى "جاكوبس" معارضته الشديدة لهذه العقيدة الدوغمائية الجديدة– القديمة، وانتقاده الشديد لتشديد القوانين، التي تم إنتاجها في ألمانيا على مدى العقود الأخيرة.

المرحلة الثانية: تمثل هذه المرحلة تطورا دلاليا في قبول هذه النظرية. فقد تحول "جاكوبس" من معارض لها، إلى مدافع جزئيا عنها، مطالبا بضرورة إضفاء شرعية جزئية عليها، كوسيلة لتقييد وضبط تضخم النظرية في شموليتها. وقد عبر عن هذا التحول سنة 1999م في مؤتمر أقيم بمدينة برلين حول القانون الجنائي للعدو.

المرحلة الثالثة: وهي مرحلة اتخذت من الأحداث الإرهابية التي ضربت مدينة نيويورك سنة 2001م منطلقا لها، حيث مر "جاكوبس" إلى الدفاع عن النظرية في شموليتها، ما يعتبر تحولا راديكاليا في مواقف "جاكوبس".

وتقوم هذه النظرية، حسب مصممها "جاكوبس"، على التمييز بين طريقتين لتطبيق القانون الجنائي؛ الأولى مخصصة لمعاملة المواطن Le Citoyen الذي يرتكب جرما ما، والثانية مخصصة للعدو L'Ennemi. وهو ما يعني وجود قانونين متلازمين في النظام الجنائي للدولة: **القانون الجنائي للمواطن والقانون الجنائي للعدو.**

فالقانون الجنائي للمواطن: هو مجموع القواعد القانونية الجنائية المخصصة لمعاملة المواطن المجرم جنائيا، بمجرد ارتكابه فعلا مجرما معاقب عليه في القانون الجنائي لدولة القانون.

إن تطبيق العقوبة على المجرم الذي لا زال يحافظ على مركز "المواطن"، وبالتالي على صفة "الشخص"، يتطلب وجود نص قانوني يحدد الجريمة وعقوبتها تحديدا مسبقا، بناء على مبدأ الشرعية الجنائية « nullumcrimen, nullapoena sine lege » كما يتطلب ضرورة اتباع إجراءات دقيقة تضمن التواجهية والحضورية... وبصفة عامة شروط المحاكمة المنصفة، المنصوص عليها في مسطرة جنائية قانونية، تحترم الكرامة الإنسانية المنصوص عليها في القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، بناء على مبدأ الشرعية الإجرائية. فاحترام الحق في الكرامة الإنسانية يعد من أهم مرتكزات دولة القانون والدولة الديموقراطية، لذلك فجميع **المواطنين**، بمن فيهم مرتكبو الجرائم، مهما كانت خطورتها، لهم هذا الحق.

ويكمن أساس هذا الاعتراف بالحق في الكرامة الإنسانية، في توفر المجرم المواطن على قرينة يطلق عليها "جاكوبس" "الحد الأدنى من الضمان الإدراكي اليقيني" «Une garantie cognitive»،ويقصد بها وجود علامات يقينية يخلص من خلالها المجتمع إلى إمكانية خضوع هذا المواطن المجرم للنظام القانوني مستقبلا، تتيح له إمكانية العودة إلى مكانه السوسيو سياسي من جديد، بعد إتمامه للعقوبة. ويعني ذلك، استمرار اعتباره كشخصية قانونية تؤدي دورا، وبالتالي استمرار اعتباره مواطنا، تمنحه الدولة فرصة ثانية لإصلاح خطئه وإرجاع الصلاحية للقاعدة القانونية المنتهكة، والعودة مجددا كعضو محمي من تعسف الدولة من جهة، ومن الانتقام الخاص، من جهة أخرى.

أما **القانون الجنائي للعدو**، فموضوعه هو المجرم "العدو" الذي يعرفه "جاكوبس" بأنه "الفرد العائد لارتكاب الجنايات بشكل دراماتيكي أو مستمر، أو هو المصر على ارتكاب جنايات تتضمن اعتداء على الدولة ووجودها في حد ذاته. فالذي يختار، عن **قصد** وعن **مبدأ**، مسلكا منحرفا، ولا يبدي أية ضمانة لسلوك موائم مع القانون، لا يمكن معاملته كمواطن، وإنما تجب محاربته كعدو"[89].

إن ما يميز "العدو"، حسب هذا الفقه، هو عدم احتفاظه بصفة "الشخص" « Sujet de droit » في نظر النظام الذي يهاجمه، وقد عبر عن ذلك "جاكوبس" حرفيا بقوله: « Feindesindaktuellunpersonen » "يصبح الأعداء لا أشخاصا" وهو ما قد يؤدي إلى اعتبارهم في أسوء الحالات مجرد كائنات حية أو أشياء تدخل ضمن مجال قانون الملكية[90]. وقد عبر عن ذلك PRANTL بقوله "إن "القانون الجنائي للعدو" ينظر إلى الإنسان كأبي الهول Sphinx نصف آدمي ونصف حيوان"[91].

يتضح مما سبق، أن من بين الخصائص المميزة لصفة "العدو "هجرانه للقانون وافتقاده "للحد الأدنى من الضمان الإدراكي اليقيني" في سلوكه. مما يفضي، حسب رائد هذه النظرية، إلى عدم منطقية مواجهته باستعمال وسائل "الأمن الإدراكي" التي تفتقر للإيلام بالنسبة إليه، والحديث هنا عن القانون الجنائي العادي كأهم وسيلة من وسائل هذا الأمن. من أجل ذلك، كان لابد لدولة القانون أن تلجأ إلى الوسائل الضرورية التي بحوزتها لمواجهة كل من يفترض فيهم أن يشكلوا بصفة مستمرة خطرا شديدا، أو يهددوا بشكل جدي السير العادي لتنظيمها الاجتماعي.

---

[89] G. Jakobs,« Aux limites de l'orientation par le droit : lr droit pénal de l'ennemi », Op. Cit. p 49-50

[90] F. M. Condé, « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? » RSC Janvier/Mars 2009 N°1 Spéc. , p 23- 24

[91] H. PRANTL, Der Terroristals Gesetzgeber: Wie man mit Angst Politikmacht, Ed. Droemer HC, München. 2008. In A. HANNACHI, Le dédoublement du droit pénal, « Le droit pénal du citoyen et le droit pénal de l'ennemi ». Contribution à une approche critique de la doctrine de Günther Jakobs., Op. Cit., p. 13.

فالعدو يصبح خطرا حالا تجب محاربته، لذلك هنالك مشروعية مستعجلة لحماية دولة القانون، باستعمال كل بنياتها، بل وباستباق ارتكاب الأفعال الإجرامية المتوقعة من العدو، استنادا إلى خطورته الإجرامية الظاهرة. هذه الخطورة يمكن تحديدها انطلاقا من الأعمال التحضيرية، التي يمكنه التفكير فيها داخل محيطه الخاص، الذي يتحرر فيه من كل رقابة للدولة.

إن العدو وفق هذا التحليل، يختلف عن المواطن، في كون هذا الأخير، بغض النظر عن جرمه، لا يهدد بالخطر استدامة النظام القانوني في الدولة، مما يجعله يستفيد من كل الضمانات القانونية المسطرية[92]، على عكس المجرم العدو الذي يعاقب بسبب خطورته والاحتمالية الشديدة لتكراره لجريمته، وليس بسبب إذنابه. لذلك، فالعقوبة يمكن أن تلحق أيضا "المرحلة التحضيرية للفعل" بهدف الحيلولة دون مروره إلى ارتكابه، ذلك لأن الهدف، ليس الضرر الواقع، بل المحتمل وقوعه في المستقبل، ومن ثم، فالعدو يتوقف اعتباره موضوعا للمسطرة الجنائية، ولا يجب عليه أن يعول على الضمانات التي تكفلها.

فالذي يرغب في أن يعامل كشخص Une»«personne ومواطن « un citoyen »، يجب أن يعطي، كمقابل، ضمانة إدراكية يقينية Une»«garantie cognitive للمجتمع، بأنه سيتصرف مستقبلا كشخص، وهو ما يفتقد بالنسبة للعدو.

فبدون هذه الضمانة يتحول القانون الجنائي من رد فعل مجتمعي ضد أحد من أفراده المواطنين، إلى رد فعل عقابي ضد عدو والأشخاص، وهو ما يعني تحول القانون الجنائي إلى سلاح حرب.

لذلك، فتدخل الدولة وفق هذا الطرح، يجد مرتكزه، ليس في المساطر القانونية التي تحفل بالضمانات والحقوق، التي تحفظ الكرامة الإنسانية للمتهمين، ولكن في المساطر المتبعة في قانون الحربهدف القضاءعلىالعدووتحييده.

وقد حاول هذا الفقه تحديد مفهوم العدو في نظر القانون الجنائي، بتقديم بعض النماذج والأمثلة، من بينها: العائدون لارتكاب جرائم خطيرة تهدد وجود الدولة في حد ذاته، والعائدون لارتكاب الجنايات بشكل دراماتيكي أو مستمر[93]، المنخرطون في المنظمات الإجرامية، مرتكبو الجرائم الجنسية، المجرمون الاقتصاديون، وبصفة خاصة الإرهابيون. وفي هذا الصدد يرى "سانشيز" بخصوص مفهوم "العدو" حسب هذا الفقه بأنه "ذلك الفرد الذي، من خلال سلوكه أو الوظيفة التي يشغلها أو من خلال انخراطه في

[92] G. Jakobs, Fundamentos do Direito Penal. São Paulo., éd. Revista dos Tribunais, Trad. André LuísCallegari, 2003, p. 111.

[93] G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : lr droit pénal de l'ennemi », Op. Cit. p 49-50

منظمة إجرامية، يهجر القانون بصفة دائمة على الأرجح، وليس فقط بشكل عارض. وفي كل الأحوال، فالعدو هو الذي يعجز عن منح المجتمع أي حد أدنى من "الأمن اليقيني الإدراكي" يتعلق بسلوكه وتصرفه الشخصي، ويظهر هذا العجز من خلال مسلكه[94].

لذلك يمكن تعريف "القانون الجنائي للعدو" بأنه مجموع القواعد القانونية الموضوعية والشكلية ذات الطابع الصارم، بسبب تأثرها بالخطاب السياسي، التي تخالف بذلك المبادئ والقواعد العامة للقانون الجنائي حسب الاتجاه الليبيرالي في السياسة الجنائية المتعارف عليه في دولة القانون. لمكافحة الجرائم المستحدثة والمتميزة الخطورة.

وعموما، يمكن إجمال مظاهر الاختلاف في المعاملة الجنائية بين المواطن والعدو فيما يلي:

- الاستناد في تحديد العقوبة إلى الجريمة بالنسبة للمجرم المواطن، بينما التركيز على الخطورة الإجرامية بالنسبة للمجرم " العدو"، حيث يمكن أن تقرر عقوبات قاسية بشأن جرائم ذات خطورة محدودة، قد تصل إلى السجن المؤبد أو الإعدام... « Les peines draconiennes » لذلك نجد من الفقه ما يطلق على هذا التيار الفقهي أيضا، عبارة فقه "القانون الجنائي للخطورة"[95].
- التناسب بين العقوبة وخطورة الفعل بالنسبة للمواطن، وبينها وبين خطورة الفاعل بالنسبة "للعدو"، لذلك هناك ما يطلق على هذا التيار، عبارة "القانون الجنائي للفاعل أو للمجرم".
- احترام مبدأ الكرامة الإنسانية بالنسبة للمواطن أو الشخص، بخلاف "العدو" الذي تنزع منه هذه الصفة، وبالتالي عدم انتفاعه من المبدأ.
- تعرض العدو لمسطرة جنائية خاصة وفارقية، تتميز بإلغاء أو تقليص الضمانات والحقوق الأساسية للمتهم العدو تلائم وتتماشى مع فرض عقوبة توصف بأنها تدبير من تدابير الأمن.
- الاستناد إلى مسطرة خاصة بالحرب في معاملة العدو، لأنه قد تنازل عن صفة المواطنة، وبالتالي عن مركزه القانوني، كموضوع للمسطرة الجنائية.

---

[94] A. Hannachi. Le dédoublement du droit pénal, « Le droit pénal du citoyen et le droit pénal de l'ennemi ». Contribution à une approche critique de la doctrine de Günther Jakobs., Op. Cit.
A voir aussi : L. O. Rocha, A Expansão do DireitoPenal : aspectos da políticacriminalnassociedadesPós-industriais, Sao Paulo., éd. Revista dos Tribunais, V. 11. 2002.

[95] Geneviève Giudicelli-Delage, « Droit pénal de la dangerosité — Droit pénal de l'ennemi » Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2010/1 (N° 1), PP 69 à 80

- اللجوء إلى تقنيات تجريم استثنائية كالتجريم الاستباقي أو التحوطي السباق[96] الذي لا يتناسب مع فلسفة التجريم في السياسة الجنائية وفق النموذج الليبيرالي، وبالتالي العقاب على سلوكات بسيطة لا تشكل خطرا حقيقيا على المصالح والحقوق الجديرة بالحماية الجنائية، ويدخل هذا النوع من التجريم والعقاب في إطار ما يسميه الفقه الجنائي الألماني بالمعاملة الجنائية الاستباقية Vorfeldkriminalisierung.

المطلب الثاني: المضامين القانونية لنظرية القانون الجنائي للعدو في بعض التشريعات الجنائيةالمعاصرة:

يؤكد "جاكوبس" على الوجود الفعلي للقانون الجنائي للعدو في بعض التشريعات الجنائية المعاصرة، وينطلق من بعض المضامين الجنائيةفي النظام الجنائي الألماني– ونضيف أيضا النظام الجنائي الإيطالي...– لإثبات هذا الوجود، بل ويعتبر أنه من الصعب تصور دولة تتحاشى اللجوء إلى قانون استثنائي ك"القانون الجنائي للعدو"، انطلاقا من فكرة أن دولة القانون في صورتها المثالية شيء وواقع الأمور شيء آخر، خاصة في فترات الاضطراب والضرورة. ويعبر عن ذلك بقوله "إذا أردنا من الواقع ألا يعاني يجب أن نكيف درجة مثالية دولة القانون"[97].

من علامات هذا القانون يذكر "جاكوبس"[98]مايلي:

- جسامة العقوبات الجنائية وعدم خضوعها لفكرة التناسبية.
- تجريم سلوكات لا تنطوي على خطورة كبيرة على الحقوق والمصالح الجديرة بالحماية الجنائية.
- إلغاءأو تقليص إلى الأدنى ضمانات المحاكمة المنصفة.

وقد ارتأينا أن نقف عند بعض المقتضيات التشريعية التي أثبت من خلالها جاكوبس وجود هذا القانون، سواء على المستوى الموضوعي (الفقرة الأولى) أو الشكلي (الفقرة الثانية).

---

[96] حسب الفقه الجنائي فالتجريم التحوطي السباق يكون سائغا فقط في حالة الشروع في الجنايات، وذلك حفاظا على الحياة وعلى سلامة البدن... ولا محل له في المراحل السابقة على هذا الشروع (المحاولة) والتي لا تتعدى العزم والتحضير، ما لم يكن العزم والتحضير موضع اتفاق اثنين عليه أو أكثر من اثنين (الاتفاق الجنائي) انظر رمسيس بهنام نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعا وتطبيقا، منشأة المعارف الاسكندرية، 1996، ص 270–271

[97] G. Jakobs,« Aux limites de l'orientation par le droit : Le droit pénal de l'ennemi » RSC Op. Cit. P 17

[98] F. M. Condé, « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? » RSC Janvier/Mars 2009 N°1 Spéc. P 20

الفقرة الأولى: على مستوى التجريم والعقاب:

سبق أن قلنا بإن معيار التمييز بين "العدو" و"المواطن" عند "جاكوبس" يقوم على فكرة "الشخص". فإذا كان المواطن المرتكب لجريمة ما يحتفظ بمركزه القانوني كشخص كامل له حقوق وعليه التزامات يحددها النظام القانوني لدولته، فإن "العدو" بسبب ارتكابه للجريمة يجرد من هذا المركز وهذه الصفة – ليس بالضرورة بشكل كامل– ويقترح للتفرقة بينهما معيارا شخصيا يتمثل في ما يسميه " الأمن الإدراكي الأكيد" ومفاده تيقن المجتمع من مدى إمكانية اتخاذ الجاني في المستقبل مسلكا متوافقا مع القانون[99]. أي أنه متى أثير شك، ولو بسيط، في أن هذا الجاني لا يتوفر على هذا الضمان، فهو يشكل مصدر خطر دائم مستقبلا على المجتمع، وبالتالي يتحول من مواطن وشخص إلى عدو يجب تجريده من هذه الصفة – صفة الشخص– التي تضمن له كامل حقوقه وحرياته الأساسية داخل المجتمع.

بناء على هذا التحليل، يضرب "جاكوبس" مثالين لإثبات وجود "القانون الجنائي للعدو" رغم انعدام أية إشارة تشريعية صريحة تؤكد وجوده: الأول متعلق بتدبير الوضع رهنالاحتجاز الأمني الوقائي: «Sicherungsverwahrung» والثاني مرتبط بالتجريم الاستباقي أو التحوطي السباق:«Vorverlagerungen der strafbarkeit»

أولا– تدبير الوضع رهن الاحتجازالأمني الوقائي:«Sicherungsverwahrung»

يتضمن القانون الجنائي الألماني ثلاث تدابير وقائية وإصلاحيةسالبةللحرية «massnahme der besserungundsicherung» وهي[100]:

- الوضع في مستشفى للأمراض العقلية (الفصل 63 ق.ج.أ)
- الوضع في مؤسسة للعلاج من الإدمان (الفصل 64ق.ج.أ)
- الوضع في إقامة الاحتجاز الأمني الوقائي (الفصل 66ق.ج.أ)

[99] « Nous assistons à une mutation de la personne en – pas nécessairement totalement- un ennemi. Bien évidemment, il n'y a pas de frontière mathématiquement exacte entre les deux. Toutefois, il est possible de proposer un critère de distinction : l'aspect personne fait un pas en arrière et l'aspect ennemi vient sur le devant de la scène, quand les droits de la personne sont réduits, parce qu'on ne peut plus attendre de la personne un comportement conforme à la loi dans l'avenir » Voir : G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : Le droit pénal de l'ennemi » RSC Op. Cit. P 12-13

[100] J. Leblois-Happe, X. Pin et J. Walther, Chronique de droit pénal allemand (période du 1er Janvier 2005 au 31 décembre 2005), Revue internationale de droit pénal, N° 2005/3-4, (Vol. 76), P 514

هذا التدبير الأخير أدخل في القانون الجنائي الألماني بموجب قانون 21 غشت 2002 وتقرر تطبيقه على العائدين لارتكاب الجرائم الذين أدينوا من أجل جرائم خطيرة، وتعذر علاجهم وتأهيلهم، وظهر احتمال تجدد نشاطهم الإجرامي بعد تنفيذهم للعقوبة[101]. وقد يتم النطق بهذا التدبير عند مرحلة النطق بالحكم أو بعدها، كما قد يكون إجباريا أو اختياريا، وذلك حسب الحالات الآتية:

يكون تدبير الوضع رهن الاحتجاز الأمني الوقائي إجباريا يجب على المحكمة النطق به، متى تحققت الشروط التالية:

- الحكم على المتهم بعقوبة سالبة للحرية لمدة لا تقل عن سنتين سجنا من أجل جريمة عمدية.
- تحقق العود، بأسبقية الحكم على المتهم بعقوبتين سالبتين للحرية على الأقل، تتجاوز مدة كل منهما سنة واحدة، وذلك من أجل جرائم عمدية.
- تحقق أسبقية قضاء المجرم لعقوبة السجن لمدة لا تقل عن سنتين أو أسبقية الخضوع لتدبير أمني سالب للحرية لنفس المدة.
- الخلوص بعد القيام بتقييم عام لشخصيته وأفعاله الجرمية إلى أنها خطيرة على المجتمع، بسبب الميول لارتكاب جرائم خطيرة من شأنها أن تخلف أضرارا نفسية أو جسدية أو اقتصادية وخيمة للضحايا (الفقرة 1 من الفصل 66ق.ج.أ).

ويكون اختياريا في حالة المجرم الفار من العدالة بعد ارتكابه عدة جرائم عمدية، وأسبقية الحكم عليه من أجل إحداها بعقوبة سالبة للحرية لمدة لا تقل عن 3 سنوات (الفقرة 2 من نفس الفصل 66ق.ج.أ)[102].

يتضح مما سبق أن هذا التدبير يستمد طابعه الاستثنائي من اختلافه عن العقوبة من جهة، وعن التدابير الاحترازية الأخرى من جهة أخرى، سواء من حيث الطبيعة أو الهدف أو من حيث شروطه العامة.

---

[101] « L'internement de sûreté (Unterbringung in die Sicherungsverwahrung) s'applique, lui, aux délinquants récidivistes qui ont été condamnés pour des infractions graves, sont considérés comme inaccessibles aux soins, et paraissent susceptibles de renouveler leurs méfaits après l'exécution de leur peine. »
Voir : J. Leblois-Happe, X. Pin et J. Walther, Chronique de droit pénal allemand (Période du 1er Janvier 2005 au 31 décembre 2005) Op. Cit, PP 514 - 515

[102] : J. Leblois-Happe, X. Pin et J. Walther, Chronique de droit pénal allemand (Période du 1er Janvier 2005 au 31 décembre 2005) Op. Cit, P 515 (Note 35)

إن تدبير الوضع رهن الاحتجاز الوقائي الأمني هو من التدابير المانعة التي تتخذ اتقاء جريمة أو جرائم متوقعة[103] أو محتملة، فهو لا يكافئ خطيئة ولا يعبر عن لوم كما هو الحال بالنسبة العقوبة[104]، ولا يهدف إلى إصلاح المجرم أو إعادة تأهيله كما هو حال باقي التدابير الاحترازية الأخرى، كالوضع في مؤسسة للأمراض العقلية أو للمعالجة من الإدمان... بقدر ما يهدف إلى وقاية المجتمع والحيلولة دون ارتكاب المجرم لجرائم أخرى مستقبلا. خصوصا وأن التوقع بالتزام معياري من قبله يفتقد لأسس يقينية إدراكية كافية حسب تعبير "جاكوبس"[105].

إن مرونة فكرة الشخص التي استند إليها "جاكوبس" لتأسيس نظريته في "القانون الجنائي للعدو" تجعل من أن هذا العدو لا يجرد بشكل كامل من هذه الصفة، فهو يستفيد فقط من الحقوق الأساسية الدنيا بوصفه إنسانا، كحقه في الحياة وفي السلامة الجسدية... أما باقي الحقوق فيجرد منها لصيرورته عدوا للمجتمع. لذلك فتدبير الوضع رهن الاحتجاز الأمني الوقائي ينفذ بعد الانتهاء من تنفيذ العقوبة السجنية استنادا لتقييم عام لشخصية الجاني يقرر على إثره أن المتهم لا تتوفر فيه الضمانة الإدراكية الأكيدة ولا يقدم للمجتمع الأمن اليقيني المطلوب لإطلاق سراحه وعودته لحياته العادية من جديد داخل المجتمع.

إن أساس هذا التدبير يكمن في الخطورة الإجرامية الكامنة في شخصية المجرم العدو، وهي خطورة تتميز بكونها متأصلة فيه لدرجة لا يرجى علاجها أو استئصالها منه، ولا حل معها سوى وقاية المجتمع منها بوضعه في إقامة للاحتجاز الأمني الوقائي بصفة دائمة ولمدة غير محددة، رغم إتمامه لمدة العقوبة السالبة للحرية. وهنا مكمن الاختلاف بينها وبين العقوبة من جهة، على اعتبار أن السياسة الجنائية الليبيرالية في دولة القانون تقتضي تحديد العقوبة بنص قانوني سابق وفق مبدأ لا عقوبة ولا تدبير إلا بنص قانوني سابق « NULLA POENA SINE LEGE » وعن سائر التدابير الاحترازية الأخرى من جهة أخرى على اعتبار أنها تنفذ كقاعدة عامة قبل العقوبة، وذلك عندما تسعى إلى تحقيق هدف علاجي (الفقرة الأولى من الفصل 67ق.ج.أ)[106].

---

[103] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بدون سنة طبع، ص 1244

[104] ينص الفصل 46 من القانون الجنائي الألماني في فقرته الأولى على أن الخطأ يعد الأساس في تحديد العقوبة.

[105] G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : Le droit pénal de l'ennemi » RSC Op. Cit. P 13

[106] : J. Leblois-Happe, X. Pin et J. Walther, Chronique de droit pénal allemand (Période du 1er Janvier 2005 au 31 décembre 2005) Op. Cit, P 515

ومن التطبيقات المعاصرة لهذا النوع من التدابير الوقائية الأمنية التي تستهدف وقاية المجتمع مما قد يرتكبه الجاني مستقبلا نستحضر هنا تدبير التدخل الطبي الوقائي « castration chimique » الذي أصبح مطروحا كتدبير أمني على المستوى الفقهي والتشريعي في الجرائم الجنسية الخطيرة، خاصة التي يتعرض لها الأطفال[107].

ونذكر أيضا القانون الأمريكي المسمى " قانون الضربات الثلاث" «threestrikeslaw» وهو مستوحى من لعبة كرة القدم الأمريكية "الباسبول" حيث يتيح أو يجبر القاضي على النطق بعقوبة السجن مدى الحياة في حالة المجرم العائد لارتكاب جريمة للمرة الثالثة.

ثانيا: التجريم الاستباقي أو التحوطي السباق:

لا يتدخل القانون الجنائي في الأنظمة الجنائية التي تتبع سياسة جنائية ليبيرالية إلا للضرورة، والفعل لا يعد جريمة وفق هذا المبدأ إلا إذا استنفذ جميع مراحل المسار الإجرامي IterCriminis أو على الأقل عند بلوغ الفاعل مرحلة متقدمة فيه تفضي مباشرة إلى ارتكابه، وهو ما عبر عنه المشرع الجنائي المغربي في الفصل 114ق.ج.م بقوله: " كل محاولة ارتكاب جناية بدت بالشروع في تنفيذها أو بأعمال لا لبس فيها تهدف مباشرة إلى ارتكابها... تعتبركالجنايةالتامةويعاقبعليهابهذهالصفة."

لكن القانون الجنائي للعدو لا يخضع لهذا المنطق القانوني الليبيرالي ويظهر طابعه الاستثنائي كلما تعلق الأمر بمجرم "عدو". ف"جاكوبس" يرى بأن دولة القانون ليس من مصلحتها انتظار هذه المرحلة المتأخرة، على اعتبار أن هذا النوع من المجرمين لا يستهدفون صلاحية قاعدة قانونية عامة ومجردة فقط، وإنما يهددون سلطة الدولة نفسها والتنظيم الاجتماعي بأكمله، لذلك فتحركها لمعاقبتهم حتى قبل ارتكاب أعمال تحضيرية بسيطة لجريمة محتملة يعد أمرا مشروعا. وهو ما يقف عليه في بعض المقتضيات الجنائية في القانون الجنائي الألماني.

من أجل إثبات ذلك، يورد "جاكوبس" مثالا يتعلق بتجريم تكوين عصابة إجرامية أو إرهابية. فمجرد الانخراط في هذه العصابة أو تزعمها بممارسة وظائف وأنشطة تنظيمية يعد جريمة، يعاقب عليها القانون

[107] يطلق على هذا التدبير الوقائي أيضا؛ العلاج المانع للرغبة الجنسية « Traitement inhibateur de libido » يعتمدها النظام الجنائي الأمريكي في بعض الولايات، على رأسها ولاية كاليفورنيا، التي بدأت تطبيقه منذ سنة 1996 على المجرمين العائدين لارتكاب جرائم جنسية على الأطفال .Pédophiles. انظر أطروحتنا: الاتجاهات الحديثة في السياسة الجنائية المغربية: دراسة نقدية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، الموسم الجامعي 2020/2019، ص 298

بعقوبة قد تصل إلى 15 سنة سجنا، وذلك دون الانتظار حتى المرور إلى الفعل الإجرامي. فهذا النوع من التجريم ومواجهته بعقوبة قاسية يعتبر حسب رأيه دليلا على وجود هذا النوع من القانون الجنائي[108].

إن تخصيص عقوبة تماثل في قسوتها تلك المقررة لبعض الجرائم الخطيرة التامة في القانون الجنائي الألماني، رغم أن الجريمة لا تعدو أن تكون صورة من صور الأعمال التحضيرية[109]، التي اتفق الفقه والقضاء على عدم جواز العقاب عليها، كقاعدة عامة –إلا إذا ارتبطت بالبدء في التنفيذ، الذي أشار له الفصل 114ق.ج.م السالف الذكر– إنما يدل، بما لا يدعو إلى الشك، على أن المشرع اعتبر ما قد ينجم مستقبلا من أفعال إجرامية خطيرة، كالقتل والاختطاف مثلا، جراء هذا التنظيم والإعداد... وكأنه حدث فعلا. وهو ما اعتبره "جاكوبس" تجريما استباقيا واستثنائيا لا ينسجم مع بعض المبادئ العامة للقانون الجنائي في دولة القانون في صورتها المثالية، كمبدأ "لا عقاب على مجرد النوايا" ومبدأ "الأصل في الأفعال الإباحة"...

إن التجريم الاستباقي أو التحوطي السباق وفق هذا التحليل يعني عدم انتظار المشرع إلى أن تحصل الأضرار بالمعنى المادي... فهو استباق للزمن وتصريح يقوم على الافتراض، وذلك باعتبار الفعل وكأنه أنجز فعلا، لمجرد ظهور مؤشرات ترجح بشدة إمكانية حدوثه، وأن حدوثه هذا سيؤدي لا محالة إلى أضرار خطيرة تستوجب التدخل للحيلولة دون حدوثها. واعتبر "جاكوبس" أن سبب تجريم هذا النوع من الأفعال، رغم كونها تدخل في باب الأعمال التحضيرية والنوايا، وتقرير عقوبة قاسية بشأنها هو استباق للمشرع يدخل في باب محاربة الجرائم الخطيرة، خصوصا الإرهابية، من المنبع، واعتبارها كما لو أنها ارتكبت، بهدف وقاية المجتمع والحفاظ على أمنه وسلامه العام[110].

---

[108] G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », Op. Cit. P. 14

[109] إذا كان المسار الإجرامي itercriminis يمر بخمس مراحل أساسية هي 1- التفكير 2- التصميم واتخاذ القرار 3- الأعمال التحضيرية 4-البدء في التنفيذ 5- إتمام الجريمة واستهلاكها، فإنه في نظرنا لا تصل الأفعال المكونة للركن المادي في جريمة تكوين عصابة إجرامية إلى مرحلة الأعمال التحضيرية، فهذه الأخيرة تقتضي التمظهر في الواقع على شكل أعمال ملموسة des actes exteriorisées والحال أنها لا تزال في مرحلة التصميم واتخاذ القرار، وما تجريمها من طرف المشرع إلا لأن هذا التصميم الجرمي قد خرج للعلن بعقد اتفاق بين شخصين أو أكثر أحدث اضطرابا اجتماعيا استوجب المعاقبة عليها باعتباره جريمة مستقلة بذاتها وليس مجرد محاولة. وهو استثناء استوجبته ضرورة حماية المجتمع. و"جاكوبس" يعتبر هذا التجريم دليل على وجود القانون الجنائي للعدو، ليس لوجود التجريم في ذاته، وإنما بسبب العقوبة القاسية التي أفردها المشرع الجنائي للجريمة.

[110] G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », Op. Cit. P. 14

في نفس السياق يأتي تجريم بعض الأفعال المرتبطة بالإرهاب، ونستحضر هنا تنصيص القانون الجنائي الإيطالي في الفصل 270 على جريمة التدرب على أنشطة ذات أهداف إرهابية والعقاب عليها بالسجن من 5 سنوات إلى عشر سنوات[111].

إن تقنيات التجريم هاته هي بمثابة تجريم مفترض لا يمكن القبول به إلا في ظل قانون استثنائي هو "القانون الجنائي للعدو" الذي يجب أن يكون قائما، حسب هذا الفقه، داخل المنظومة الجنائية للدولة بالتوازي مع القانون الجنائي العادي الذي يستهدف معاملة المجرم المواطن.

وعن مدى ملاءمة هذا النوع من التجريم مع دولة القانون، يعتبر "جاكوبس" أنه من حق أية دولة قانون أن تلجأ إلى الوسائل الضرورية لمواجهة أعدائها بإقرار قانون جنائي مواز يستمد قواعده من قوانين الحرب، التي تهتم بالنتيجة أكثر من اهتمامها بالوسيلة. فالضرورة تفرض على دولة القانون تكييف درجة مثاليتها مع الواقع، وإلا فإنها ستمكن أعداءها من الشروط المثالية الأساسية لممارسة أفعالهم الخطرة ضد دعائم وجود الدولة والمجتمع. ويرجع الى تاريخ القانون الجنائي، خاصة إلى تاريخ إقرار المعاقبة على الأعمال التحضيرية لبعض الجرائم ليبرهن على الأصول التاريخية لمثل هذه القواعد[112].

الفقرة الثانية: على المستوى الإجرائي:

كقاعدة عامة، لا يمكن اقتضاء دولة القانون حقها في العقاب إلا بعد استنفاذ مجموعة من المراحل الدقيقة في الدعوى العمومية تحترم فيها مجموعة من القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية، على اعتبار أن المتهم هو شخص من أشخاص الدعوى الجنائية Sujet de l' action publique) وبالتالي له مجموعة من الحقوق: حق الدفاع، حق التواجهية، حق الحضورية، الحق في الكرامة الإنسانية... غير أنه مع ذلك شخص سلبي Sujet passif لذلكفهذه

---

[111]M. Donini, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pou l'usage du droit comme arme? » RSC, N°1, Janvier/Mars 2009, P 37-38

[112] إن الأعمال التحضيرية، كقاعدة عامة، لم تكن معاقبة. فالقانون الجنائي البروسي لسنة 1851 وأيضا القانون الجنائي الألماني لسنة 1871 لم يكن ينصا على عقاب الأعمال التحضيرية كقاعدة عامة، باستثناء بعض الحالات الخاصة، كحالة الخيانة العظمى... لكن بعد الحرب الدينية (kulturkampf) بين بروسيا والكنيسة الكاثوليكية حول اعتماد العلمانية، تم اللجوء إلى هذا النوع من التجريم، على إثر تقديم أحد البلجيكيين عرضا لكل من أسقف باريس ورئيس اليسوعين في بلجيكا، يتعلق باغتيال الوزير الأول البروسي "بيسمارك ' مقابل مبلغ مالي كبير. ليقرر القانون الجنائي الألماني بعد ذلك عقوبات صارمة (من 3 أشهر إلى 5 سنوات سجنا) على الأعمال التحضيرية (التخطيط) لبعض الجرائم الخطيرة بسبب ما تحدثه من اضطراب على الأمن (السلام) العام، ما يعني أن أي فرد بتخطيطه يصبح خطرا على الأمن العام بل وأيضا عدوا بمجرد قيامه ببعض الأعمال التحضيرية التي تهدد كيان الدولة. وكمثال على ذلك في القانون الجنائي المغربي نجد جريمة المؤامرة المنصوص عليها في الفصل 175ق.ج الذي ينص على أن "المؤامرة هي التصميم على العمل، متى كان متفقا عليه بين شخصين أو أكثر"...

الحقوق لا تمثل سوى إحدى وجوه المسطرة الجنائية، ذلك أن الوجه الآخر للمسطرة هو خضوع هذا المتهم لمجموعة من المقتضيات التي تتضمن الإجبار والإكراه، كالاعتقال الاحتياطي وتدابير المراقبة المتخذة دون سابق علم منه، ودون الحصول على موافقته، كمراقبة اتصالاته، التنصت على محادثاته الخاصة، استخدام محقق سري (إجراء الاختراق)[113]...

هذه الإجراءات في نظر "جاكوبس" لا يمكن اتخاذها إلا في مواجهة من فقد جزءا من صفة "الشخص" بالمعنى القانوني الدقيق والكامل،أي في مواجهة من أصبح خطرا على السير العادي للدعوى الجنائية. وتظهر هذه الخطورة أكثر في الجرائم متميزة الخطورة حيث يصبح الفاعل عدوا قبل أن يكون مجرما، لذلك يجب قبل كل شيء تحييده وتعطيل مفعوله le neutraliser حتى قبل أن يعاقب، وذلك وفق منطق حرب قد يخلف اعتماده بعض الضحايا الأبرياء، بهدف إنقاذ الصالح المشترك في المجتمع.

وإذا كان هذا المنطق قد دفع الولايات المتحدة الأمريكية إلى استبعاد اللجوء إلى الطرق الجنائية ما أمكن في مجال مكافحة الإرهاب (باستثناء اللجوء إلى القضاء العسكري، والتدخل القضائي المتأخر بعد سنوات من الإحالة) واعتماد قواعد استثنائية، على اعتبار أن غاية العدالة التي يطمح إلى تحقيقها الطريق الجنائي لا ينسجم ووجود قصد الإضرار بضحايا أبرياء[114]... فإن معظم الأنظمة الأوربية قد اكتفت بالمقاربة الجنائية، عن طريق تطوير ترسانتها القانونية بإدخال مجموعة من القواعد الجنائية الصارمة التي يمكنها أن تخدم أهدافها في مجال مكافحة الإرهاب والجريمة المنظمة... وهي القواعد التي اعتمد عليها جاكوبس" لإثبات وجود "القانون الجنائي للعدو".

---

[113] يعد الاختراق من الإجراءات المستحدثة التي نصت عليها مسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربي في الباب الثالث المعنون ب "تقنيات البحث الخاصة" (المواد من 1-3-82 إلى 6-3-82 إضافة إلى المادة 296 والمادة 3-347 من مسودة المشروع) للاطلاع على المسودة يرجع للموقع الإكتروني لوزارة العدل المغربية: https://www.justice.gov.ma/ (تاريخ الاطلاع: 2020/02/01)

[114] لا يعتمد النموذج الأمريكي في مكافحة الإرهاب بالأساس على الطريق الجنائي، ولكن على إجراءات الأمن التي تقوم بها الشرطة، وعلى قواعد استثنائية لا تعد جنائية إلا من حيث الجوهر (سالبة أو مقيدة للحريات أو الحقوق) بينما هي من حيث الشكل إدارية، وأيضا على إجراءات عسكرية وشبه عسكرية... و بسبب الانتقادات الموجهة لهذه الإجراءات بسبب انتهاكاتها للحقوق الأساسية تم اللجوء إلى أشكال استثنائية عدة من أهمها: الاعتماد على أماكن أجنبية للاعتقال كمعتقل غوانتانامو تحت إشراف أعضاء من الجيش الأمريكي لا يخضعون فيه لسلطة القضاء الأمريكي... انظر في هذا الموضوع:

M. Donini, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénalecomme garantie contre ou comme justification pou l'usage du droit comme arme? » RSC, N°1, Janvier/Mars 2009, P 33-34

إن المتهم "العدو" في "القانون الجنائي المسطري للعدو"، كما في "القانون الجنائي الموضوعيللعدو"، يجرد من جل حقوقه، لأنه لا يمكن أن ينتظر منه أداء الالتزامات التي عليه. ويظهر هذا التجريد جليا في الجرائم متميزة الخطورة، كجرائم الإرهاب والجريمة المنظمة... حيث لمجرد ظهور مؤشر ما ولو بسيط يجرد من حقه في الاتصال بمحام أو بشخص ذو ثقة بالنسبة إليه، لتفادي الأخطار التي تهدد حياة أو حريات الأشخاص[115]...

من الأمثلة الواضحة على صرامة القواعد الإجرائية المعتمدة لمواجهة المتهمين الأعداء نذكر ما نص عليه الفصل 226 من قانون المسطرة الجنائية الإيطالية الذي تضمن آليات بحث سريعة لا تخضع لرقابة القضاء بشأن الوقاية من بعض الجرائم متميزة الخطورة كالجريمة الإرهابية والجريمة المنظمة... حيث يسمح هذا الفصل لوزير الداخلية ولوالي الأمن والقائد الإقليمي للدرك أو الجمارك، لدواع امنية ووقائية، بتقديم طلب إلى وكيل الجمهورية أو الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف قصد القيام بالتنصت الوقائي ولو قبل وقوع الجريمة، وهو الإجراء الذي لا يسمح به كقاعدة عامة إلا بموجب أمر قضائي وفي حالة ارتكاب جريمة[116].

في نفس السياق يسمح مرسوم "بيسانو" PISANU (قانون 2005/155) لوزير الداخلية أو للولاية اتخاذ قرار إداري بإبعاد الأجانب المشكوك في نشاطهم الإرهابي، في حالة عدم اعتقالهم، دون أن يعترض قرارهم هذا أي تدخل للقضاء الإداري[117].

إن هذه الإجراءات تبدو مسيئة ومرفوضة في دولة القانون، بسبب تعارضها مع مجموعة من المواثيق الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، لكنها حسب "جاكوبس" تعد ضرورية ومفيدة لحماية الدولة والمجتمع نفسه ضد أعدائه، أي ضد أفراد تخلفت لديهم قرينة الوفاء للقانون، وبالتالي فهم ليسوا مواطنين أو أشخاصا بالمعنى الدقيق للكلمة فينظرهذاالقانون، وإنما أعداء تجب معاملتهم وفق قواعد مسطرية صارمة كتلك المتبعة في المجال الحربي. ويضرب مثالا لتبرير ذلك بفكرة «kapital humain» فالربط بين الإنسان «l' homme» ورأس المال kapital يعد للوهلة الأولى أمرا مرفوضا وصادما، ويستحضر فكرة "كانط" التي تقول بعدم السماح بوضع الإنسان ضمن

[115] G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », Op. Cit. P. 16
[116] M. Donini, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pou l'usage du droit comme arme? » Op. Cit. P 38
[117] M. Donini, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pou l'usage du droit comme arme? » Op. Cit. P 39

أشياء قانون الملكية، لأن الشخصية الأصيلة الخاصة بكل إنسان تمنع معاملته كذلك. لكن بملاحظة المفهوم عن قرب يرى أن الأمر لا يتعلق بإنكار الشخصية الأصيلة، ولكن بقدرة هذا الشخص على المشاركة بعمله في الحياة الاقتصادية للمجتمع[118]. لذلك نرى اليوم انتشارا كبيرا واستعمالا دلاليا لفكرة "الرأسمال البشري" كشرط من شروط تحقيق التنمية البشرية في كافة المجتمعات.

عموما يمكن القول بأنه بالرغم من استماتة هذا التيار الفقهي في الدفاع عن فكرة "القانون الجنائي للعدو" إلا أنها لا زالت تلقى معارضة شديدة، خاصة من جانب الفقه الجنائي المتشبع بالفكر الحقوقي والذي يؤمن بقدرة النموذج الليبيرالي في السياسة الجنائية على مواجهة مختلف صور الجريمة سواء التقليدية أو المستحدثة.

خاتمـــــة:

إن الدراسة النقدية لعقيدة "القانون الجنائي للعدو"،تفضي إلى خلاصة عامة تجمل النتائج الخطيرة التي يمكن أن تحدث نتيجة التطبيق الحرفي والواسع لمضامينها.

فمن الناحية السياسية، يمكن أن يؤدي إلى إحياء أفكار"توماسهوبس" المعروف بدعمه للفكر المطلق، وهو فكر لا يتوافق وفكرة الديمقراطية، التي يقوم عليها الفكر السياسي المعاصر، المؤمن بمبادئ حقوق الإنسان والحرية والفصل بين السلط...

ومن الناحية القانونية، يمكن أن يؤدي هذا التطبيق إلى تقويض المبادئ والحقوق الأساسية المرتبطة بدولة القانون،لاسيما كرامة الإنسان، وقرينة البراءة، والشرعية والمساواة أمام القانون، وعدم التمييز، ومبدأ التناسب وحظر تجاوز السلطة في الإجراءات الجنائية...

لكن في المقابل، ونتيجة للمخاطر التي أصبحت تعيشها مجتمعاتنا اليوم، في ظل تعقد أشكال الجريمة وامتداد نطاق ارتكابها، أصبحت الدول أمام تحديات تفرض اتخاذها ما يلزم لمواجهة الخطورة الشديدة لبعض المجرمين. من أجل ذلك، وإذا استلزمت الضرورة اللجوء إلى بعض المقتضيات الجنائية الصارمة، فعلى دولة القانون الاحتياط من أن تطال بالهدم الدعائم الليبيرالية الكبرى للسياسة الجنائية المعاصرة، التي تهدف الموازنة بين الحقوق والحريات وبين المصالح المشتركة في المجتمع، خاصة في الحالات الإجرامية الاعتيادية.

[118]G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », Op. Cit. P. 7