

## ذاتية المصطلح في قانون العقوبات

الدكتور/ نوفل علي عبدالله الصفو  
أستاذ القانون الجنائي المشارك - كلية الحقوق  
جامعة الموصل

### ملخص:

يرتبط القانون الجنائي ارتباطاً وثيقاً بفروع القانون الأخرى من أجل تحقيق أهداف النظام القانوني، ويتمتع القانون الجنائي بذاتية لا تعني الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به فلا يتعارض مع غيره من فروع القانون في تنظيم الحياة في المجتمع، وأن هذه الذاتية هي أمر لا ينفرد القانون الجنائي بها وحده، وإنما هي مبدأ عام ينطبق على جميع فروع القانون. ويقصد بذاتية المصطلح الجنائي تطويع مفهوم عام ينطبق على جميع فروع القانون. ويقصد بذاتية المصطلح الجنائي تطويع مفهوم المصطلحات التي يتضمنها الجنائي إذ لا يتقيد القانون الجنائي بالمفهوم الفني للمصطلحات القانونية التي تنص عليها فروع القانون الأخرى إنما يتم تحديد وتفسير هذه التعابير والمصطلحات في البدء وفقاً للمعنى المحدد لها في القانون الأصلي إذ تخضع القواعد والمصطلحات غير الجنائية للقانون الذي ينظمها ويحكمها كأصل عام، ثم يطوع هذا المفهوم (اتساعاً أو ضيقاً) على النحو الذي يحقق أهداف القانون الجنائي لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وقيمتها وتحقق الغاية منها بما يؤدي إلى تحقيق السياسة الجنائية وحماية المصالح التي يهدف لحمايتها.

### مقدمة:

إن التجريم والعقاب في القانون الجنائي يتوقف على معيار الضرورة والتناسب ووفقاً لهذا المعيار لا يتدخل قانون العقوبات تبعاً لمعايير قانون غير جنائي، وإنما يكون تدخله بصفة أصلية حماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة إذا تطلبت الضرورة الاجتماعية ذلك ويقدر متناسب، لذلك فإن الحماية غير الجنائية للمصالح الناشئة عن المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها، لأن الحماية الجنائية مقيدة بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائي وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية نظراً لاختلاف مضمون كل من التدخل الجنائي والتدخل غير الجنائي، ويؤكد الفقه على ذاتية المصطلح الجنائي باعتبارها من أهم النتائج المترتبة على ذاتية القانون الجنائي وانكار تبعيته للقوانين الأخرى أو استقلاله، إذ يرتبط القانون الجنائي ارتباطاً وثيقاً بفروع القانون الأخرى من أجل تحقيق أهداف النظام القانوني، ولا تعني ذاتية القانون الجنائي الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع

القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به فلا يتعارض مع غيره من فروع القانون في تنظيم الحياة في المجتمع، وأن هذه الذاتية هي أمر لا ينفرد القانون الجنائي بها وحده، وإنما هي مبدأ عام ينطبق على جميع فروع القانون، إذ قد يستخدم القانون الجنائي في صياغة النصوص الجنائية العديد من المصطلحات الجنائية وغير الجنائية ولا تثير المصطلحات الجنائية أية إشكالية في تحديد مفهومها ومعناها بما يتلاءم مع أهداف وغايات القانون الجنائي، أما المصطلحات غير الجنائية التي يستخدمها القانون الجنائي والتي تضمنتها قوانين غير جنائية كالقانون المدني والإداري والتجاري أو كانت مصطلحات شرعية أو اجتماعية فتظهر فيها ذاتية المصطلح الجنائي، إذ يطوع القانون الجنائي المصطلحات غير الجنائية التي يستخدمها والتي تضمنتها قوانين أخرى (أوسعاً أو ضيقاً) على النحو الذي يحقق أهداف القانون الجنائي لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وقيمتها وتحقق الغاية منها إذ إن كل غموض في النص الجنائي ومصطلحاته من شأنه أن يؤدي إلى التحكم القضائي الخطر فغموض القوانين والمصطلحات الجنائية يؤدي إلى إساءة استخدام السلطة، لذلك يجب على السلطة التشريعية أن تصدر التشريع الجنائي بصورة خاصة بصورة واضحة ومحددة وهذا الوضوح يحقق الاستقرار القانوني ويؤكد على مبدأ المساواة أمام القانون في حين أن غموض النص ومصطلحاته يعني انفلاتها من ضوابطها وتعد تأويلاتها، ويترتب على الاعتراف بذاتية القانون الجنائي كمبدأ عام وبذاتية المصطلح الجنائي عدم تقييد القانون الجنائي بالمفهوم الفني للمصطلحات القانونية التي تنص عليها فروع القانون الأخرى وكذلك المفاهيم الشرعية أو الاجتماعية لبعض المصطلحات.

إذ يوفر النظام القانوني داخل الدولة الحماية للمصالح الجوهرية وذلك بفرض مجموعة من الالتزامات يجب على الأفراد والجماعات داخل الدولة مراعاتها، ويمثل القانون الجنائي الوسيلة الفعالة لتحقيق هذه الحماية، فالقانون الجنائي يحمي المصالح الأساسية للمجتمع<sup>(١)</sup>، والأصل أن القاعدة الجنائية تستأثر بتحديد أركان الجريمة وعقوبتها وأن القاعدة غير الجنائية لا تتدخل في تحديد نطاق التجريم والعقاب لأن المراكز القانونية الناشئة أو المحمية بالقاعدة غير الجنائية ليست محمية بالقاعدة الجنائية إلا بحكم الضرورة والتناسب، ومع ذلك قد تؤثر القواعد غير الجنائية في

(١) د. عبد الرحمن حسين علي علام، الحماية الجنائية لحق الإنسان في بيئة ملائمة، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، ب. ت، ص ٧.

نطاق التجريم والعقاب، وأن القول بأن هناك حماية في القوانين الأخرى يكون على سبيل الجواز أو الافتراض، والحقيقة أنه ليس هناك حماية فعالة سوى تلك التي تتضمنها القاعدة القانونية الجنائية، وهذه الحماية هي الحماية التي تترتب على وجود القاعدة الجنائية سواء قبل تطبيقها أو بعده، فالإنسان هو محور القانون الجنائي سواء أكان جانياً أم مجنياً عليه وذلك لأن وظيفة القانون الجنائي هي مكافحة الإجرام وهو ظاهرة اجتماعية إنسانية، فوظيفة القانون الجنائي في نهاية المطاف هي الرغبة في حماية الإنسان لهذا فإن الإنسان دون غيره من الكائنات هو الذي يصلح لأن يكون مجنياً عليه في الجريمة.

والجزء الذي يتضمنه النموذج الإجرامي الذي حدده المشرع لمن يخالف شق التكليف الذي يتضمنه النموذج الإجرامي هو الذي يضمن احترامه من قبل الأفراد<sup>(٢)</sup>، وقد عرف البعض الحماية الجزائية بأنها: (الأثر الناتج عن تضمين القاعدة القانونية جزاء مخالفتها سواء وقعت هذه المخالفة أو لم تقع)<sup>(٣)</sup>. ويعبر المشرع عن إرادته في فرض الحماية القانونية من خلال النصوص التي تتضمن قواعد قانونية، وهذه القواعد القانونية يمكن ردها إلى تقسيمات عديدة يتبع كل تقسيم فيها فرعاً من فروع القانون، وأساس هذا التقسيم هو المصلحة التي يحميها القانون بقاعدته<sup>(٤)</sup>، وقد تستأثر إحدى هذه القواعد بحماية مصلحة من المصالح وبيان مصطلحاتها ومعانيها مثال ذلك انفراد القانون الإداري بتعريف فكرة المرفق العام، ومن ناحية أخرى قد تتعدد الحماية القانونية للمصلحة نفسها وبيان ما يتعلق بها مثال ذلك اشتراك كل من القانون المدني والتجاري والجنائي في معالجة الإثبات وحمايته<sup>(٥)</sup>. فالمصالح تتعدد بتعدد القواعد القانونية، والعكس صحيح فالقواعد القانونية تتعدد بتعدد المصالح.

(٢) يتعدد الجزاء بتعدد فروع القانون ويتدرج في جسامته ويتفاوت في آثاره فمن الجزاء ما هو مدني (كالبلدان)، ومنه ما هو جنائي (كعقوبة السجن أو الغرامة)، ومنه ما هو إداري (كإنذار الموظف)، ومنها ما هو دستوري أو تجاري.

د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٦٧، ص ٣٥.

(٣) د. رفيق محمد سلام، الحماية الجنائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٦٨.

(٤) النظام القانوني أثناء تنظيمه للمصالح وتحديد الحماية المقدرة لها يفاضل بين المصالح المختلفة، فيعطي الأولوية لبعض المصالح على مصالح أخرى، فيضفي عليها الحماية القانونية.

د. عبد الرحمن حسين علي علام، المرجع السابق، ص ٥-٦.

(٥) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٤٤-٤٥.

إن البحث في موضوع ذاتية المصطلح في قانون العقوبات يجب أن يمهد له بالبحث في مبدأ ذاتية القانون الجنائي لأن الاعتراف بذاتية القانون الجنائي يترتب عليه الاعتراف بذاتية المصطلح الجنائي كأثر ونتيجة مهمة لهذا المبدأ في حين أن نفي ذاتية القانون الجنائي والقول بتبعيته يستتبع تبعية المصطلحات التي تضمنها القانون الجنائي وعدم اختلاف مفهوم المصطلح، لذلك فقد قسمنا البحث في هذا الموضوع إلى مبحثين يتناول أولهما البحث في ذاتية القانون الجنائي ويبحث ثانيهما في ذاتية المصطلح الجنائي وكما يأتي:

#### المبحث الأول: ذاتية القانون الجنائي.

المطلب الأول: التعريف بذاتية القانون الجنائي.

المطلب الثاني: نظريات ذاتية القانون الجنائي.

#### المبحث الثاني: ذاتية المصطلح الجنائي.

المطلب الأول: ذاتية مفهوم مصطلح المال.

المطلب الثاني: ذاتية مفهوم مصطلح الجنون.

المطلب الثالث: ذاتية مفهوم مصطلح العرض.

المطلب الرابع: ذاتية مفهوم مصطلح الموظف العام.

## المبحث الأول ذاتية القانون الجنائي

اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد الفرع الذي تتبع قواعده في حالة تعدد الحماية القانونية لمصلحة ما أو في حالة تعريف مصطلح من المصطلحات التي ترد في فرع من فروع القانون، وبخاصة إذا كانت القواعد الجنائية إحدى القواعد المتزامنة على حماية تلك المصلحة أو تعريف ذلك المصطلح، لذلك ثار الخلاف في الفقه حول القواعد الجنائية بين التبعية والاستقلال، وفيما إذا كانت القواعد والمصطلحات الجنائية مستقلة عن فروع القانون الأخرى فلا ترتبط بها بأي نوع من أنواع التعاون فتستقل بأحكامها وقواعدها ومصطلحاتها ولا تلزم بالمفهوم المحدد للمصطلحات الذي ورد في القانون الأصلي، أم أنها تابعة لغيرها فلا تتضمن أي تكليف أو حكم وإنما يقتصر دورها على عقاب من يخالف التكاليف التي تضمنتها قوانين أخرى فيكون القانون الجنائي قانوناً جزائياً بحتاً ولا يخالف ما تضمنته القوانين الأخرى من مصطلحات، أم أنه يتمتع بذاتية تمنحه خصوصية للقواعد والمصطلحات والأحكام التي يتضمنها فلا يكون تابعا لغيره مقتصرًا على فرض الجزاء ولا مستقلاً عنها استقلالاً تاماً لا يتعاون فيه مع فروع القانون الأخرى في ظل النظام القانوني.

لذلك سوف نبين في هذا المبحث موضع القانون الجنائي بين التبعية والاستقلال لفروع القانون الأخرى في النظام القانوني وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين وكما يأتي:

**المطلب الأول: التعريف بذاتية القانون الجنائي.**

**المطلب الثاني: نظريات ذاتية القانون الجنائي.**

### المطلب الأول التعريف بذاتية القانون الجنائي

القانون الجنائي فرع من فروع القانون العام ويتكون من مجموعة من النصوص القانونية، والنص الجنائي هو قالب الذي تصاغ فيه القاعدة الجنائية، وهو أداة المشرع ووسيلته التي يضمنها القاعدة الجنائية التي تمثل تطبيقاً لمبدأ الشرعية الجنائية، فالنص الجنائي هو الوعاء الذي يحتوي القواعد الجنائية التي يفرض بها إرادته على المخاطبين بالقاعدة الجنائية ويحدد السلوك المجرم، فالقاعدة الجنائية هي نتاج قيام المشرع بإفراغ فحوى مبدأ الشرعية الجنائية في قالب النص الجنائي، فالجريمة واقعة إنسانية قانونية نموذجية، فهي إنسانية باعتبار أنها حدث يرجع إلى سلوك الفرد ويقع في العالم

الخارجي وتخالف قاعدة جنائية يضمها القانون الجنائي، وهي واقعة قانونية لأن المشرع هو الذي ينظمها ويرتب عليها الآثار القانونية، ولا تكتسب الجريمة تلك الصفة القانونية إلا إذا تحقق التطابق التام بين الواقعة المسندة إلى الفرد والأنموذج القانوني الذي تتضمنه القواعد الجنائية التجريبية، والجريمة واقعة نموذجية إذ إن المشرع هو السلطة المختصة بخلق الجرائم عن طريق النص على نماذجها القانونية المجردة في القانون، ولا توصف الواقعة الإنسانية بوصف الجريمة (اللامشروعية الجنائية) إلا إذا طابقت الأنموذج القانوني المجرد في كافة أركانه وعناصره والذي يقصد به الحد الأدنى من العناصر المكونة واللازمة لوجود الجريمة، وله كما لكل قانون استقلال من نوع معين في علاقاته مع فروع القانون الأخرى، وقد ثار الخلاف في الفقه حول ذاتية المفاهيم والمصطلحات التي ينص عليها القانون الجنائي، فالقانون الجنائي كثيراً ما ينص على مصطلحات هي في أصلها تضمنتها فروع القانون الأخرى كالقانون المدني والإداري والتجاري، ومثال ذلك مصطلح الحيازة والملكية والموظف العام والمال والشيك والمال العام وغيرها من المصطلحات التي ينص عليها القانون الجنائي، لذلك ثار الخلاف حول مدى استقلال القانون الجنائي أو تبعيته، وحول تحديد طبيعة قواعده هل هي مجرد قواعد جزائية، أم أن لها وظيفة أخرى؟

وقبل أن نبين التوجهات الفقهية التي تنازعت الخلاف الدائر حول مدى استقلاله أو تبعيته، لا بد من الإشارة إلى أن جانباً من الفقه قد استعمل لفظي الذاتية (Particularism) والاستقلال (Autonomies) بعدهما لفظين مترادفين<sup>(٦)</sup> على الرغم

(٦) Bonzat (P), Traite de droit penal et de criminologie, T.1, 20 Edition, 1970, No.6, P.5.

أشار إليه د. مراد رشدي، النظرية العامة للاختلاس في القانون الجنائي، ط١، مكتبة نهضة الشرق، ١٩٧٦، ص٥٧.

ويعبر الفقهاء عن الاستقلال بذاتية القاعدة الجنائية، ويعبرون عن التبعية بالقول: إن القانون الجنائي هو قانون جزائي محض، أو ثانوي أو تكميلي، أو مصاحب لغيره أو مشتق، وذلك نظراً للقواعد الأخرى في القانون التي سوف تعد بالنظر إليه قواعد أصلية أو أولية أو مشتقة منها.

انظر: د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص٥٠ الهامش.

ويفرق البعض بين مصطلحي (استقلالية) و(استقلال) على اعتبار أن مصطلح استقلالية يدل على الاستقلال النسبي وبقاء العلاقات الأساسية للقانون مع فروع أخرى من العلم، فيكون مرادفاً بذلك لمصطلح الذاتية، وذلك على خلاف مصطلح الاستقلال الذي يعني شخصية متفردة بذاتها تكون علاقاتها محدودة مع فروع العلم الأخرى.

انظر: د. عبد الوهاب حومد، نظرات معاصرة على استقلالية القانون الجنائي، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة الرابعة والعشرون، ٢٠٠٠، ص١٣.

من أن هناك اختلافاً بينهما، فالاستقلال يعني الانفصال بينما لا تعني ذاتية القانون الجنائي الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به فلا يتعارض مع غيره من فروع القانون في تنظيم الحياة في المجتمع<sup>(٧)</sup>.

فذاًتية القاعدة الجنائية تعني أن يحدد قانون العقوبات قواعد يلزم القضاء الجنائي بتطبيقها، وهي تختلف عن أولوية القاعدة الجنائية التي يقصد بها تنظيم العلاقة بين القضاء الجنائي والقضاء المدني على نحو يجعل للأول قدم السبق كما في قاعدة أن الجنائي يقيد المدني أو قاعدة أن الجنائي يوقف المدني<sup>(٨)</sup>.

فاستقلال القانون الجنائي بمعناه الفني يقصد به العلاقة بين القاعدة الجنائية والقاعدة غير الجنائية حين تكون القاعدتان واجبتى التطبيق في الوقت ذاته، ولهذا الاستقلال أبعاد ثلاثة هي: الاستقلال العلمي والاستقلال التشريعي والاستقلال القاعدي<sup>(٩)</sup>.

أما الاستقلال العلمي، فيقصد به استقلال قواعد القانون الجنائي في نظرياته العلمية بحيث لا تستفيد من النظرية العامة للقانون أو مبادئه العامة، أو من النظريات التي تنشأ في ظل غيره من القواعد القانونية<sup>(١٠)</sup>.

أما الاستقلال التشريعي، فيتحقق بتجميع القواعد القانونية التي يتألف منها القانون الجنائي في مدونة واحدة، بحيث يكون لها استقلال تشريعي بالنظر إلى غيرها من القواعد القانونية. أما الاستقلال القاعدي، فيقصد به استقلال القاعدة الجنائية في بنائها القاعدي بحيث يكون لها خصائص ومبادئ خاصة بها تجعلها خاضعة لمبادئ ونظريات خاصة، وتجعل منها نظاماً قانونياً متميزاً<sup>(١١)</sup>.

ويمكن القول إن الاستقلال العلمي لقواعد القانون الجنائي بمفهومه السابق غير متحقق، وهو ليس من المسلمات كما يذهب لذلك البعض<sup>(١٢)</sup>، لأنه لا يمكن لأية قاعدة

(٧) د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٨) د. محمد علي علي سويلم، تكييف الواقعة الإجرامية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٣٠-١٣١.

(٩) د. عبدالعظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ١٨١.

(١٠) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٥٠.

(١١) د. عبدالعظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ١٨١؛ د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٥١.

(١٢) يذهب البعض إلى القول إن الاستقلال العلمي لقانون العقوبات من المسلمات؛ انظر: د. محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص ١٣٢.

قانونية أياً كان الفرع الذي تتبعه إلا أن تستفيد من المبادئ والقواعد التي تنشأ في الفروع الأخرى للقانون، لذلك فإنه لا يمكن للقواعد الجنائية إلا أن تستعين بالقواعد العامة أو المبادئ العامة التي تضمنتها فروع القانون الأخرى. كما لا يمكن القول إن قواعد القانون الجنائي تسمو على غيرها من القواعد القانونية الأخرى، إذ ليس للترفع والسمو مجال في البحث العلمي، وإذا كان القصد هو سمو التشريعي، فإن هذا سمو والترفع يتحقق لقواعد القانون الدستوري، لأنه يشغل مركز القانون الأساسي بالنظر إلى غيره من القوانين<sup>(١٣)</sup>.

أما فيما يتعلق بالاستقلال التشريعي، فعلى الرغم من أنه من المسلم به أن القانون الجنائي يتمتع بالاستقلال التشريعي، فإن هذا الاستقلال غير كافٍ في حد ذاته للقول باستقلال القواعد القانونية التي يعالجها التشريع الجنائي، فالقانون الإداري مثلاً لم تقنن قواعده بعد، ومع ذلك فإن له قواعد قانونية مستقلة في مواجهة غيرها<sup>(١٤)</sup>، إضافة إلى أن التقنين قد يعجز عن أن يضم جميع القواعد المستقلة بالفرع الذي يعالجه، ومع ذلك لا تفقد قواعده استقلالها، فضلاً عن أن الاستقلال التشريعي لا يكفي للقول باستقلال القواعد القانونية.

مما تقدم يمكن القول: إن مصطلحي الاستقلال والذاتية قد يستعملان باعتبارهما لفظين مترادفين، وهذا التوجه غير دقيق لأن مصطلحات الذاتية والتبعية والاستقلال ليست مترادفة، إذ تعني التبعية أن القانون الجنائي لا يتضمن إلا الجزاء على مخالفة التكاليف التي تتضمنها قوانين أخرى، أما الاستقلال فيعني الانفصال في حين لا تعني ذاتية القانون الجنائي التبعية أو الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به، وأن القانون الجنائي يتمتع بالذاتية في ظل النظام القانوني الواحد، وأنه لا يمكن التسليم بالاستقلال العلمي لقواعد القانون الجنائي لأنه لا يمكن لأي قاعدة قانونية أياً كان الفرع الذي تتبعه إلا أن تستفيد من المبادئ والقواعد التي تنشأ في الفروع الأخرى للقانون. وأن قواعد القانون الجنائي لا تسمو على غيرها من القواعد القانونية الأخرى، إذ ليس للترفع والسمو مجال في البحث العلمي على الرغم من تمييز قواعد القانون الجنائي لما لها من أهمية في حماية المصالح القانونية، وأنه على الرغم من أن القانون الجنائي يتمتع بالاستقلال التشريعي، فإن هذا الاستقلال لا يكفي للقول باستقلال القواعد القانونية للقانون

(١٣) د. عبدالفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٥٠-٥١.

(١٤) د. عبدالعظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ١٨١؛ د. عبدالفتاح الصيفي، المرجع السابق، ٥١.

الجنائي، إضافة إلى أن التقنين قد يعجز عن أن يضم كافة القواعد الجنائية ومع ذلك لا يعني ذلك فقدانها لاستقلاليتها.

## المطلب الثاني نظريات ذاتية القانون الجنائي

ثار الخلاف في الفقه حول الاستقلال القاعدي لقواعد القانون الجنائي، وهل تستقل هذه القواعد في بنائها القاعدي الذاتي أم تتبع غيرها في ذلك بحيث لا توجد إلا إذا وجدت قواعد أخرى غيرها تسبقها بحيث تعد القواعد الجنائية مكملة لها، أو ثانوية أو تابعة لغيرها؟

وقد تنازعت هذا الخلاف نظريات ثلاثة رئيسة، توجهت الأولى نحو التبعية المطلقة للقانون الجنائي، واتجهت الثانية إلى القول بالاستقلال الذاتي لقواعد القانون الجنائي، وتذهب الثالثة إلى أن تبعية هذه القواعد تكون مقيدة أو أن استقلالها يكون نسبياً، لذلك سوف نعرض لهذه النظريات الثلاث من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فروع ثلاثة كما يأتي:

الفرع الأول: نظرية تبعية القانون الجنائي.

الفرع الثاني: نظرية استقلال القانون الجنائي.

الفرع الثالث: النظرية التوفيقية.

## الفرع الأول نظرية تبعية القانون الجنائي

كان الفقهاء عامة في القرن التاسع عشر يعدون القانون الجنائي قانوناً تابعاً يسير على خطى القوانين الأخرى، وليس له في نظرهم كيان خاص مستقل به، وكان هذا مذهب الفيلسوف (جان جاك روسو) الذي يقول: (إن القوانين الجزائية ليست زمرة خاصة من القوانين، وإنما هي قوانين تتضمن معاقبة أو ضاع تتضمنها القوانين الأخرى)<sup>(١٥)</sup>.  
وذهب بعض الفقهاء<sup>(١٦)</sup> إلى أن القانون الجنائي له وظيفة جزائية بحتة،

(١٥) د. عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص ١٨.

(١٦) يعد الأستاذ بورتاليس (portalis) من أول المعارضين لذاتية القانون الجنائي، إذ أشار إلى أن القانون الجنائي هو مجموعة من القواعد الجزائية التي تطبق على مخالفة ما تقرره قواعد الفروع الأخرى للقانون.

د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٦٦.

فالمشرع الجنائي لا يفعل أكثر من النص على العقوبات الجنائية للاعتداءات التي تقع على حقوق أو مصالح نصت عليها قواعد قانونية أخرى كالقواعد المدنية أو الإدارية، لذلك فإن جميع المصطلحات والأفكار التي ترد في القانون الجنائي يجب أن يحدد مفهومها وفقاً للمفهوم الذي ورد في القانون الأصل الذي استحدثت منه، فإذا ورد مثلاً مصطلح المال المنقول أو الموظف العام، فعلى الباحث الجنائي أن يلجأ إلى القانون المدني أو الإداري ليحدد مفهوم تلك المصطلحات من أجل تفسير النص الجنائي على هديها ولا يخرج عليها<sup>(١٧)</sup>.

ويترتب على ذلك أن القانون الجنائي يتبع دائماً ودون استثناء قواعد فروع القوانين الأخرى لأن وظيفته تقتصر على عقاب من يخالف قواعد قانون آخر، فعدم المشروعية الجنائية لا يتميز عن غيره من صور عدم المشروعية في فروع القانون الأخرى، إنما هو عام يشمل النظام القانوني<sup>(١٨)</sup>.

وقد حمل لواء هذا الاتجاه الفقيه الألماني بيندنج (Binding)، ومن ثم تبعه الفقيه الألماني بيلينج (Beling)، والإيطالي جرسبيني (Grispigni)، فقد أنكر بيندنج وجود ما يسمى بالقواعد الجنائية، لأن وظيفة هذا القانون جزائية محضة، وهو يفرق في هذا المجال بين مسألتين هما: وجود قواعد غير جنائية تتولى تحديد التكليف، ووجود قانون جنائي يحدد العقاب في حالة مخالفة هذا التكليف، لذلك فإنه لا يتصور وجود قانون جنائي دون أن تلازمه قاعدة غير جنائية يتكفل بحمايتها في حالة عدم امتثال المخاطب بها للتكليف الذي تتضمنه، لذلك فإن القاعدة غير الجنائية تكون أسبق من القاعدة الجنائية. ويتفق الفقيه بيلينج مع هذا الرأي فيرى أن هناك تلازماً حتمياً بين القاعدة الجنائية والقاعدة غير الجنائية، لكن الفقيه جرسبيني يرى أن التلازم يكون بين التكليف الجنائي والتكليف غير الجنائي، لأنه يسلم بأن للقانون الجنائي قواعد قانونية، وأن هذه القواعد تتكون بدورها من شقين: شق التكليف وشق الجزاء، إذ تتكون القاعدة الجنائية التجريبية من شقين، شق التكليف (شق التجريم) وهو أمر أو نهي يتوجه به المشرع إلى المكلف بالخضوع للقاعدة القانونية وإطاعة مضمونها وهو الذي يتضمن النموذج القانوني المجرد للجريمة وهو الذي يثبت صفة اللامشروعية للواقعة نتيجة لتعارضها مع القاعدة القانونية، إذ أن إثبات صفة اللامشروعية للواقعة

(١٧) د. مأمون محمد سلامة، جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة في ضوء المنهج الغائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة ٣٩، ١٩٦٩، ص ١٥٥.

(١٨) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ١٣٢-١٣٣.

يتم في مرحلة سابقة تحقيق المسؤولية الجنائية على توقيع الجزاء أي في شق التجريم الذي يحوي التزاماً موجهاً للمخاطب بالقاعدة الجنائية في حين يتضمن شق الجزاء النتيجة القانونية المترتبة على مخالفة هذا الالتزام، إلا أنه يرى بأن كل تكليف جنائي لا بد من أن يتضمنه من قبل تكليف آخر غير جنائي صراحة أو ضمناً، لذلك فإن القواعد الجنائية تكون تابعة لقواعد غير جنائية<sup>(١٩)</sup>.

وقد استند أنصار هذه النظرية للأسانيد الآتية:

أولاً: التلازم بين القواعد الجنائية وغيرها من القواعد. إذ يذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه لا يتصور وجود قانون جنائي دون أن تلامزه قاعدة غير جنائية، إذ أن كل فعل غير مشروع جنائياً لا بد أن يعتبر كذلك في نظر قاعدة غير جنائية، فالجريمة فعل غير مشروع في نظر القانون الجنائي، ولا بد أن يكون كذلك في نظر فرع آخر من فروع القانون.

ثانياً: أسبقية القاعدة غير الجنائية على القاعدة الجنائية. فالتكليف غير الجنائي يسبق دائماً التكليف الجنائي، وأن هذه الأسبقية منطقية.

ثالثاً: الاستناد إلى أسباب الإباحة، إذ يذهب أنصار هذه النظرية إلى أنه يجب أن يكون هناك مواءمة بين فروع القانون، فإذا جرد أحدها الفعل من وصف عدم المشروعية وجب على القانون الجنائي بدوره إباحته واعتباره مشروعاً جنائياً، وترجع هذه المواءمة للتبعية المطلقة بين القانون الجنائي وغيره من أفرع القانون المختلفة<sup>(٢٠)</sup>.

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية إننا إذا أردنا أن نحدد مفهوم المصطلحات الواردة في القانون الجنائي، فلا بد أن لا نخرج عن حدود المفاهيم التي حددتها القوانين التي ورد فيها المصطلح وأن نلتزم بالتعريف الوارد في ذلك القانون.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد، إذ انتقدت الأسانيد التي استند إليها مؤيدو هذه النظرية وكما يأتي:

أولاً: انتفاء التلازم بين القواعد الجنائية وغيرها من القواعد غير الجنائية، فالقول بأن القانون الجنائي مجرد قانون جزائي بدون أحكام ليس دقيقاً إذ إن للقانون الجنائي وظيفة منشئة<sup>(٢١)</sup>.

(١٩) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها.

(٢٠) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ١٣٣-١٣٤.

(٢١) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ١٦٣.

ثانياً: انتفاء الحكمة من حتمية التلازم، إذ إن هناك حالات عديدة يبرز فيها القانون الجنائي وحده من دون أن تسبقه أو تعاصره قواعد قانونية أخرى كما هو الحال في الشروع أو الاتفاق الجنائي الذي لا يقتصر بالتنفيذ، وفي حالات أخرى يكون القانون الجنائي هو المتبوع ومثال ذلك في حالة الدفاع الشرعي إذ تصبح القاعدة غير الجنائية تابعة للقاعدة الجنائية<sup>(٢٢)</sup>.

ثالثاً: الخطأ في الاستناد إلى أسباب الإباحة، إذ استند أنصار نظرية التبعية في تبرير المواءمة بين فروع القانون إلى التبعية المطلقة بين القانون الجنائي وغيره من فروع القانون، وقد انتقد البعض هذه النظرية بالقول: إن القاعدة الجنائية تتميز من حيث طبيعتها بأنها من قواعد القانون العام وبأنها قاعدة أمرية وشرطية وبأن لها قوة جزائية معززة لحكم قاعدة أخرى غير جنائية وهذا ما يعبر عنه بقوة القانون الجنائي الجزائية المعززة ولهذه القوة وجهان:

**الوجه الأول:** إن كل سلوك محظور في قاعدة جنائية لا بد من أن يكون محظوراً كذلك صراحة أو ضمناً من قاعدة ما غيرها في قانون آخر غير القانون الجنائي وهذا ما يمكن أن يسمى بثنائية حكم القاعدة الجنائية.

**الوجه الثاني:** إن حظر السلوك الإجرامي طبقاً للقاعدة غير الجنائية يعتبر من الناحية المنطقية سابقاً على حظره في القاعدة الجنائية، وهذه الأسبقية منطقية ولا يلزم أن تكون زمنية، فالقانون الجنائي بطبيعته يعتبر مدعماً ومعزراً بجزائه الخاص حكم الفروع الأخرى للقانون، وهذه القوة الجزائية المعززة هي نتيجة منطقية للدور الذي يؤديه القانون الجنائي في المجتمع، ولم يفهم البعض هذه القوة الجزائية على حقيقتها فلم يفرق بين ذاتية القانون الجنائي وتبعيته فوصف القانون الجنائي بأنه مكون من محض أجزائية بدون أحكام وأنه لا يفعل سوى أن يمد بالجزاء أحكام قواعد القوانين الأخرى، ولكن هذا القول غير دقيق إذ إن القاعدة الجنائية ليست مكونة من شق الجزاء فقط وإنما تتكون من شق آخر هو شق التكليف، إضافة إلى أن القانون الجنائي ليس مجرد ناقل لأحكام القواعد الأخرى غير الجنائية، وإنما يؤدي وظيفة إنشائية للقواعد لها أهميتها القصوى، فليس صحيحاً أن كل سلوك محظور في أي قانون من القوانين يتناوله القانون الجنائي بالجزاء، فالقانون الجنائي لا ينقل قواعد غيره كما هي ليشملها بجزائه الجنائي دون تعديل مضمونها، إنما العكس هو الصحيح، إذ إن كل سلوك غير مشروع في نظر القانون الجنائي لا بد أن يشترك معه

(٢٢) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٥٧ وما بعده.

في هذا الاعتراف بعدم المشروعية قانون آخر غيره من القوانين المختلفة للدولة، إذ يمكن القول: إنه إذا كانت قوانين الدولة كلها تتمثل في دائرة كبرى، فإن القانون الجنائي تمثله دائرة صغرى تشترك مع الدائرة الكبرى في نفس المركز ولكنها لا تتفق معها في نفس المحيط لكون محيطها أضيق وقد وجه لنظرية القوة الجزائية المعززة للقانون الجنائي انتقادات، أولهما: إن القاعدة الجنائية في حظرها لسلوك ما كثيراً ما تسبق في الزمن الوقت الذي تصدر فيه قاعدة أخرى غير جنائية تتناول بالحظر السلوك نفسه، لذلك لا يمكن أن توصف القاعدة حينئذ بأنها تعزز قاعدة غير جنائية لم تصدر بعد، وثانيهما: إن هناك حالات يكون فيها السلوك محظوراً من القاعدة الجنائية وحدها دون أن يحظر في قاعدة أخرى غير جنائية، ولكن هذين الاعتراضين مردود عليهما لأنهما يغفلان طبيعة القاعدة الجنائية ذاتها بوصفها قاعدة قانونية، فالقاعدة الجنائية بالإضافة إلى وظيفتها الأمرة لها وظيفة أخرى يمكن تسميتها بالوظيفة الوزنية، إذ إن القاعدة الجنائية بتجريمها السلوك تكون قد عبرت عن إرادتها في اعتباره سلوكاً غير مشروع في نظر القانون عموماً، فما يكون جريمة يصبح في نظر هذه القوانين من باب أولى سلوكاً غير مشروع لأن الأكثر يحتوي دائماً على الأقل، أما الانتقاد الثاني فيرد عليه بأنه ليس صحيحاً وجود جريمة يكون الجزاء الجنائي هو الجزاء الوحيد فيها وليس لها جزاء غيره مقرر في قانون آخر غير جنائي، فكل جريمة أياً كانت لا بد من اعتبارها سلوكاً غير مشروع طبقاً لقانون آخر غير القانون الجنائي، ولا بد بالتبعية من قابليتها لتطبيق جزاء غير جنائي على فاعلها هو الجزاء الذي يقرره ذلك القانون، فالقانون الجنائي من حيث طبيعة قواعده بالقياس إلى قواعد القوانين الأخرى، لا يتعدى الصور الآتية:

- ١ - أن يكون السلوك محظوراً جنائياً ومحظور كذلك بنص صريح في قانون غير جنائي.
- ٢ - أن يقتصر القانون الجنائي على بيان الجزاء ويحيل في تحديد التكليف لقانون غير جنائي قائم فعلاً أو سوف يتم إصداره (القاعدة الجنائية على بياض).
- ٣ - أن يكون السلوك المحظور وجزاؤه محددتين في القانون الجنائي دون ذكر صريح لذلك السلوك في غير هذا القانون وإنما تستخلص الصفة غير المشروعة للسلوك بالنسبة لذلك القانون بصورة ضمنية من القانون الجنائي ذاته.
- ٤ - أن تكون القاعدة غير الجنائية والمحرمة للسلوك واحدة، وتتعدد مع ذلك القواعد

الجناية الخاصة بالسلوك ذاته لتحدد له في صورته المختلفة عقوبة تختلف باختلاف هذه الصور.

٥ - أن تكون القواعد غير الجنائية متعددة وتكون القاعدة الجنائية واحدة لكونها قد جعلت من مخالفة تلك القواعد كلها جريمة واحدة، والراجح أن التبعية تستلزم تدرجاً بين فروع القانون المختلفة التي تنتمي لنظام قانوني واحد وليس دقيقاً أن هناك تدرجاً بين فروع القانون المختلفة، فهي جميعاً تقوم على قدم المساواة باستثناء القانون الدستوري<sup>(٢٣)</sup>.

## الفرع الثاني نظرية استقلال القانون الجنائي

يتوجه أنصار هذه النظرية إلى أن القاعدة الجنائية لها استقلالها المطلق بالنظر إلى غيرها، ويبررون وجهة نظرهم بتحليل كل من القاعدة الجنائية وغيرها من القواعد، فقد توصلوا إلى أن التكليف الجنائي يختلف عن غيره من التكليف، لأنه يعنى بتحديد السلوك المعاقب عليه تحديداً دقيقاً، فضلاً عن تحديد ما يقتزن به من ظروف، ويختلف طرفا الرابطة القانونية التي تنشئها القاعدة الجنائية عن أطراف الرابطة التي تنشئها القاعدة الإدارية أو المدنية، فتكون الدولة بصفتها شخصاً معنوياً والجاني أطراف الرابطة القانونية التي تولدها الجريمة<sup>(٢٤)</sup>، ويستند أنصار هذه النظرية على حجتين أولاهما تحليلية والثانية عملية، فمن ناحية ينفرد التكليف الجنائي عن غيره من سائر أنواع التكليف، فيحدد السلوك الذي يؤدي لقيام الجريمة، إذ إن كل النصوص الجنائية تتضمن قواعد جنائية ولكن ليس كل القواعد الجنائية تتضمن عنصري التجريم والجزاء أو يجتمع فيها العنصران، فالنص الجنائي هو القالب الذي تصاغ فيه القاعدة الجنائية سواء وردت هذه القاعدة كاملة بشقيها (تامة) أو وردت مجزأة (موزعة)، فإذا كان من المتصور وجود نصوص غير كاملة أو غير مستوعبة، إلا أنه لا يمكن تصور وجود قواعد جنائية ناقصة أو غير كاملة أو غير تامة، وذلك لأن القاعدة الجنائية الأساسية تتكون دائماً من شقين تكليف وجزاء، والأصل أن يتضمن النص الجنائي قواعد جنائية تامة يجتمع فيها شقاً التجريم والجزاء في نص جنائي واحد وأن يتقدم شق التجريم شق الجزاء، ولا تتضمن كل القواعد الجنائية نماذج قانونية

(٢٣) د. محمد سويلم، المرجع السابق، ص ١٣٦؛ د. رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص ١٦٠-١٦٨.

(٢٤) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٠-٧١.

إنما التي تتضمن هذه النماذج هي القواعد الجنائية الأساسية المستقلة المجرمة الإيجابية، أما القواعد الجنائية التابعة فإنها لا تتضمن نماذج قانونية، لذلك تنقسم النصوص الجنائية بالنظر لاحتوائها على نماذج الجرائم إلى نصوص أساسية وتسمى النصوص الأم، ونصوص مساعدة تسمى النصوص التبعية، وتنقسم النصوص بالنظر لاجتماع عناصر القاعدة الجنائية إلى نصوص تامة كاملة، ونصوص غير تامة غير مستوعبة.

كما يبين الركن المعنوي الذي يجب توافره في مرتكب الجريمة، إضافة لتحديد ما قد يتصل به من ظروف، ومن الناحية التطبيقية يبرر الفقه استقلال القانون الجنائي بالقول: إن الغايات التي تهدف إليها القاعدة الجنائية تختلف عن غيرها في القواعد التي تضمنتها فروع القانون الأخرى<sup>(٢٥)</sup>، وأن طبيعة الجزاء الجنائي تختلف عن طبيعة أي جزاء آخر مقرر في فروع القانون الأخرى، فليس صحيحاً أن قانون العقوبات يتبع القوانين غير الجنائية وأن المصلحة المحمية جنائياً تطابق المصلحة التي يحميها القانون غير الجنائي، ذلك أن التجريم والعقاب في القانون الجنائي يتوقفان على معيار الضرورة والتناسب ووفقاً لهذا المعيار لا يتدخل قانون العقوبات تبعاً لمعايير قانون غير جنائي، وإنما يكون تدخله بصفة أصلية حماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة إذا تطلبت الضرورة الاجتماعية ذلك وبقدر متناسب، لذلك فإن الحماية غير الجنائية للمصالح الناشئة عن المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها، لأن الحماية الجنائية مقيدة بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائي وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية نظراً لاختلاف مضمون كل من التدخل الجنائي والتدخل غير الجنائي<sup>(٢٦)</sup>.

إلا أنه على الرغم من المزايا التي تحسب لنظرية الاستقلال المطلق ومنها إفساحها المجال أمام القانون الجنائي والقضاء الجنائي في بعض الأحيان لوضع قواعد جديدة<sup>(٢٧)</sup>، فإن هذه النظرية قد عرض لها النقد، فقد انتقدها جانب من الفقه بالقول: إن الاستقلال المطلق لا تفسير له إلا القول إن القانون الجنائي لا يكتسب بسائر الفروع القانونية التي تعمل معه داخل نظام قانوني واحد، وهذا سوف يؤدي إلى تصدع النظام القانوني، لذلك ينبغي أن يكون هناك تعاون وتناسق بين فروع

(٢٥) د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص ١٨٥.

(٢٦) د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٧١؛ د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط ٢، دار الشروق، ٢٠٠٢، ص ٦٦-٦٧.

(٢٧) د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص ١٨٦.

(٢٨) انظر د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٢-٧٣.

القانون المختلفة، وأن تتصافر فيما بينها للوصول إلى الغايات المشتركة التي تهدف إلى تحقيقها<sup>(٢٨)</sup>.

### الفرع الثالث النظرية التوفيقية

تتجه هذه النظرية إلى أن القانون الجنائي في علاقته بفروع القانون الأخرى يعد مستقلاً في بعض الأحيان، وتابعاً أحياناً أخرى لهذه القواعد، إذ تتخذ القاعدة الجنائية أحد الفروض الثلاثة الآتية:

١ - وجود القاعدة الجنائية بشكل منفرد في مجال التجريم من دون أن تشاركها قاعدة أخرى في حماية المصلحة، وهنا تكون القاعدة الجنائية لها استقلالها القاعدي المطلق<sup>(٢٩)</sup>.

٢ - قد توجد القاعدة الجنائية بوصفها جزءاً من النظام القانوني، مع وجود قاعدة قانونية أخرى تتبع نظاماً قانونياً آخر، فتقوم القاعدة الجنائية بتجريم مخالفة التكليف الذي حددته القاعدة الأخرى، وفي هذه الحالة تصبح القاعدة المحمية جنائياً تابعة للنظام القانوني العام، بعد أن كانت تابعة لنظام قانوني معين، مثال ذلك حماية القاعدة الجنائية لشق التكليف في قاعدة مدنية تحظر الاعتداء على حق الملكية<sup>(٣٠)</sup>.

٣ - اقتصار دور القاعدة الجنائية على مجرد العقاب، ويتحقق ذلك حينما تضفي القاعدة الجنائية جزاءها على شق التكليف في قاعدة أخرى تتبع فرعاً آخر من فروع القانون، فيقتصر دور القاعدة الجنائية على تحديد الجزاء فقط، فتكون لها صفة تبعية صرفة<sup>(٣١)</sup>.

وعلى الرغم من صحة الفرض الأول الذي تقوم عليه هذه النظرية نظراً لأنه من الممكن تحديد بعض القواعد الجنائية التي تنفرد بحماية مصلحة معينة، فإنها قد تعرضت للنقد في فروعها الأخرى، إذ لا يمكن التسليم بوجود قواعد قانونية محايدة لا تتبع نظاماً قانونياً معيناً، وإن القول بوجود قواعد جنائية يقتصر دورها على تحديد

(٢٩) د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٣٠) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٣.

(٣١) د. عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص ١٨٨.

(٣٢) د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٤.

الجزاء فقط يؤدي إلى الوقوع في الخطأ نفسه الذي وقع فيه أصحاب نظرية التبعية المطلقة، إذ إن كل جزء لابد وأن يحمي تكليفاً، ولا يمكن تصور وجود الجزء مجرداً عن قاعدة قانونية تحدد التكليف<sup>(٣٢)</sup>.

والأصل أن يتضمن النص الجنائي قواعد جنائية تامة يجتمع فيها شقاً التجريم والجزاء في نص جنائي واحد فيكون النص تاماً مستوعباً وكاملاً، إلا أن القاعدة الجنائية قد توجد مجزأة (موزعة) بين أكثر من نص تشريعي في قانون واحد أو قوانين مختلفة، فتكون الصياغة مجزأة أو موزعة بين أكثر من نص، فالمشرع هو الذي يتولى توزيع القاعدة الجنائية الموزعة على نصين جنائيين<sup>(٣٣)</sup>، فيتضمن أحد النصوص شق التجريم فيكون نصاً تجريمياً بحتاً، في حين يتضمن نص آخر نافذ وحال ومحدد شق جزاء مخالفة ذلك التكليف فيكون نصاً جزائياً بحتاً.

ويذهب جانب من الفقه إلى تسمية النص الذي يحوي أحد عناصر القاعدة الجنائية بالنص الجنائي الناقص أو غير الكامل، ويذهب جانب آخر من الفقه لتسميته بالنص غير المستوعب<sup>(٣٤)</sup>، في حين ينتقد البعض هذه التسمية بالقول: إنه لا يمكن التسليم بوجود قواعد جنائية ناقصة أو غير كاملة أو غير تامة، وذلك لأن القاعدة الجنائية شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية جميعها تتكون دائماً من شقين، تكليف وجزاء، وقد لا يستوعب النص القاعدة الجنائية بأكملها وإنما تتوزع عناصر القاعدة الجنائية بين أكثر من نص، والأدق تسمية القاعدة الجنائية التي لا يستوعبها نص واحد بالقاعدة الجنائية الموزعة<sup>(٣٥)</sup>، ونرى أنه لا يوجد خلاف حقيقي بين الآراء السابقة فالرأي الأخير يرفض تسمية القاعدة الجنائية الموزعة بالقاعدة الناقصة أو غير الكاملة في حين يتفق مع الآراء السابقة في وجود نصوص غير كاملة أو غير مستوعبة ومع ذلك فنحن نؤيد استخدام مصطلح (النصوص الموزعة أو غير المستوعبة) لكي لا يفسر استخدام مصطلح النصوص الناقصة إلى افتقاد القاعدة الجنائية لأحد شقيها وإن لم يتضمنه ذات النص، فالنص الجنائي هو القالب الذي تصاغ فيه القاعدة الجنائية وقد يكون تاماً إذا اجتمعت فيه عناصر القاعدة الجنائية، وقد يكون غير تام إذا لم تجتمع فيه عناصر القاعدة.

(٣٢) د. عصام عفيفي حسين عبدالصير، تجزئة القاعدة الجنائية، ط ١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٥٤-٥٧.

(٣٤) د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، ١٩٧٦، ص ١٠٥.

(٣٥) د. عبدالفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، المرجع السابق، ٣٩-٤٠.

ويجب التمييز بين النصوص غير المستوعبة أو غير التامة وبين صورة أخرى يطلق عليها الفقه تسمية (القاعدة على بياض)، إذ يحدد المشرع شق الجزء في النص الجنائي ويحيل في نفس الوقت إلى قانون آخر غير القانون الجنائي لتحديد شق التكليف الذي لا يكون قد وجد أو حدد لحظة وضع القاعدة على بياض، فشق التكليف لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض فيتولى المشرع في القاعدة غير المستوعبة توزيع شقي التكليف والجزء على نصين جنائيين في قانون واحد أو قوانين مختلفة ولكنها متعاصرة، وشق التكليف الذي تكتمل به القاعدة على بياض يرد دائماً في قانون آخر لاحق غير القانون الجنائي سواء كان قانوناً أو لائحة أو قراراً طالما أنه صدر بناء على قانون، فالقاعدة الجنائية في هذه الحالة تكون بمثابة قاعدة على بياض تكملها القاعدة غير الجنائية، فتجزئة القاعدة الجنائية ووضع قواعد جنائية على بياض لا يتنافى مع مبدأ الشرعية الجنائية لأنه كان بناء على قانون<sup>(٣٦)</sup>.

وكان للفقيه الإيطالي ديلوجو (Delogu) رأيه في هذه المسألة، إذ يفرق بين فرضين أولهما: إن القاعدة الجنائية قد تكون وحدها التي تحمي المصلحة محل الحماية بحيث لا تشاركها قاعدة أخرى بذلك، فتتفرد القاعدة الجنائية في هذه الحالة في حماية هذه المصلحة، مثال ذلك الاتفاق الجنائي. وثانيهما: إن تتداخل القاعدة الجنائية مع قاعدة أخرى غير جنائية في معالجة مركز من المراكز، وفي هذه الحالة أما أن يتدخل المشرع لتغليب تكييف على آخر من خلال تحديده مدى اعتماد القاعدة الجنائية على غيرها من القواعد غير الجنائية، وإما أن يسكت، وفي هذه الحالة يفسر سكوته على أن للقاعدة الجنائية استقلالها في مواجهة غيرها من القواعد، وينبني هذا الاستقلال على أساس المساواة بين فروع القانون جميعها، لا على أساس تبعية أحد الفروع لفرع آخر، وإذا كانت هناك تبعية بين فروع القانون فإنما تكون السيادة للقانون الدستوري والتبعية لما عداه من فروع القانون. وأن هذا الاستقلال بين فروع القانون هو استقلال قائم على التعاون بين الفروع، تعاوناً يقتضيه مبدأ وحدة النظام القانوني<sup>(٣٧)</sup>.

ويذهب الأستاذ Delogu إلى أن جميع فروع القانون تقوم على قدم المساواة،

(٣٦) ويخالف البعض هذا الرأي فيذهب إلى أن شق التكليف في القاعدة على بياض يمكن أن يرد في قانون جنائي أو غير جنائي ولا يقتصر على القانون غير الجنائي.

انظر د. عصام عفيفي عبدالصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط ١، دار ابو المجد للطباعة، القاهرة ٢٠٠٤، ص ٣٠٥ وما بعدها.

(٣٧) Delogu tullio, La loi penale et son application, Alexandria, 1956, P.228.

أشار إليه د. عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص ٧٤-٧٥.

فمن ناحية نجد أن القاعدة الجنائية ليس لها صفة تبعية لأن لها غاياتها الخاصة، وإن تماثلت المصلحة التي تحميها مع مصالح مماثلة تحميها فروع القانون الأخرى، كما لا يصح القول باستقلال القاعدة الجنائية لأن هذا الاستقلال يعني عدم اكتراث القاعدة الجنائية لما تتضمنه القواعد القانونية الأخرى من أحكام ومصطلحات، لذلك فإنه ينادي بالارتكاز لفكرة النظام القانوني التي تؤدي إلى التنسيق بين التكييفات القانونية وفقاً لفروع القانون المختلفة وذلك في إطار وحدة النظام القانوني وليس تبعية القانون الجنائي<sup>(٣٨)</sup>.

ويؤيد الدكتور عبد الفتاح الصفي هذا الرأي، فيذهب إلى أن كل قاعدة قانونية، جنائية كانت أو غير جنائية، تتكون من شقين: تكليف وجزاء، وأن هذين الشقين يختلفان من قاعدة لأخرى، فالجزاء الجنائي يختلف عن غيره من حيث الغاية والهدف<sup>(٣٩)</sup>، ويختلف عن غيره من الجزاءات من حيث الكم والكيف، لذلك فإن موقف المشرع تجاه هذه المسألة لا يخلو من أحد أمرين: فهو إما أن يحدد مضمون التكليف بشكل لا يختلف فيه عن غيره من القواعد الأخرى، وهنا نكون بصدد تعدد ظاهري للحماية القانونية، لأنه على الرغم من تطابق التكليفين فإن هناك اختلافاً بين القاعدتين من حيث أطرافها، فهما نظراً للقاعدة الجنائية الدولة والجاني، بينما أطراف القاعدة غير الجنائية هما الدولة بصفتها نظاماً قانونياً ومرتكب الفعل غير المشروع، أو أحد الأفراد ومرتكب الفعل غير المشروع. وإما أن يحدد المشرع مضمون التكليف بشكل مستقل، وهنا يظهر استقلال القاعدة الجنائية، إذ يلجأ القاضي إلى غايات القانون الجنائي وأهدافه من أجل تحديد هذا المضمون<sup>(٤٠)</sup>.

ويتوجه الرأي الغالب في الفقه<sup>(٤١)</sup> إلى تأكيد ذاتية القانون الجنائي وإنكار تبعيته

Delogu tullio, op, cit,p237.

(٣٨)

أشار إليه د. عبد الفتاح الصفي، المرجع السابق، ص ٧٤-٧٦.

(٣٩) إن الهدف من توقيع الجزاء الجنائي هو حفظ النظام وحمايته في المجتمع، بينما أساس الجزاء في القوانين الأخرى هو تحقيق مصلحة خاصة للمخاطبين بأحكام ذلك الفرع من القانون؛ د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٧١.

(٤٠) د. عبد الفتاح الصفي، المرجع السابق، ص ٧٦-٧٨.

(٤١) من المؤيدين لهذا الاتجاه، د. جلال ثروت، نظم القسم الخاص، الجزء الثاني، جرائم الاعتداء على المال المنقول، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ٧؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، ١٩٦٨، ص ١١٦؛ د. مأمون محمد سلامة، البحث السابق، ص ١٥٦؛ د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٧٣؛ د. عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص ٢٦.

للقوانين الأخرى، إلا أن هذه الذاتية التي يتمتع بها القانون الجنائي لا تعني الاستقلال، إذ مما لا ريب فيه أن القانون الجنائي مرتبط ارتباطاً وثيقاً بفروع القانون الأخرى، لأنها كلها في الأصل فروع شجرة واحدة، أو أفراد أسرة واحدة تقوم على التعاون فيما بينها من أجل تحقيق أهدافها.

ونحن نتفق مع هذا الاتجاه، فنرى أن للقانون الجنائي ذاتيته في مواجهة فروع القانون الأخرى، إلا أن هذه الذاتية تقوم على التعاون بين فروع القانون كافة من أجل تحقيق أهداف النظام القانوني، فكما سبق وأن بينا فإن ذاتية القانون الجنائي لا تعني الانفصال أو الاستقلال أو التبعية وإنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به بحيث لا يتعارض مع غيره من فروع القانون، ويتعاون معها في تنظيم الحياة في المجتمع، لذلك فإن الذاتية هي أمر لا ينفرد بها القانون الجنائي لوحده، إنما هي مبدأ عام ينطبق على جميع فروع القانون.

## المبحث الثاني ذاتية المصطلح الجنائي

تبين مما تقدم أن الرأي الراجح في الفقه يتوجه نحو تبني نظرية ذاتية القانون الجنائي، وهذه الذاتية ما هي إلا نتاج لوظيفة القانون الجنائي في المجتمع، فالقانون الجنائي يضطلع بعبء المحافظة على الكيان الاجتماعي والسياسي والاقتصادي للدولة من الأفعال التي تكون اعتداء على المصالح الجماعية الأساسية وبالتالي فوظيفته هي الدفاع الاجتماعي وقد وجد الفقه في الذاتية فكرة جديدة بالرعاية والتأييد لاتخاذها كأساس في تعقب الجناة في بعض الحالات التي تعجز القوانين الأخرى عن توفير الحماية الكافية للحقوق التي تقرها، لذلك كان من الواجب على المشرع الاهتمام بصياغة وضبط النصوص الجنائية بما يحدد مقاصده منها بصورة ينحسم بها كل خلاف حول حقيقتها.

ويترتب على التأكيد على هذه الذاتية نتائج عديدة، من أهمها: أن تعديل فروع القانون الأخرى لا يرتب تعديلاً مماثلاً في القانون الجنائي، إذ إن تعديل المسائل المشتركة بين القانون الجنائي وبقية فروع القانون الأخرى لا يرتب تعديلاً مماثلاً في القانون الجنائي لأنه في الأصل لا يلزم بمفهوم المصطلح الذي يحدد في القانون الأصل، بل إنه في حدود القانون الجنائي ذاته لا يرتب تعديل المصطلح مثال ذلك مفهوم المال والموظف العام في باب من الأبواب تعديلاً بشأنهما في بقية الأبواب تأكيداً لذاتية نصوص القانون الجنائي ذاته، إذ تختلف القواعد الجنائية عن القواعد غير الجنائية في العديد من الأمور أهمها:

١ - إن القاعدة غير الجنائية يقتصر دورها على تحديد المراكز القانونية وحمايتها في مجال أوسع من القاعدة الجنائية التي تحدد مجال الحماية الجنائية التي تضيفها على هذه المراكز في مجال ضيق يتحدد وفقاً لمعيار الضرورة والتناسب، وهو مجال أضيق مما تضيفه الحماية غير الجنائية لأن المشرع الجنائي يختار ما يراه من مصالح قانونية لكي يضيف عليها الحماية بالقدر الضروري المتناسب.

٢ - الأصل أن القاعدة الجنائية تستأثر بتحديد أركان الجريمة وعقوبتها وأن القاعدة غير الجنائية لا تتدخل في تحديد نطاق التجريم والعقاب لأن المراكز القانونية الناشئة أو المحمية بالقاعدة غير الجنائية ليست محمية بالقاعدة الجنائية إلا بحكم الضرورة والتناسب، ومع ذلك قد تؤثر القواعد غير الجنائية في نطاق

التجريم والعقاب إذ قد يؤثر المركز القانوني المفترض في وصف الجريمة أو عقوبتها، مثال ذلك صفة الموظف العام في جريمة الرشوة إذ يؤثر في وصف الجريمة وصفة الجاني في جريمة الاغتصاب إذ تعد ظرفاً مشدداً للعقاب.

٣ - إن التجريم والعقاب في القانون الجنائي يتوقف على معيار الضرورة والتناسب ووفقاً لهذا المعيار لا يتدخل قانون العقوبات تبعاً لمعايير قانون غير جنائي، وإنما يكون تدخله بصفة أصلية لحماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة إذا تطلبت الضرورة الاجتماعية ذلك وبقدر متناسب، لذلك فإن الحماية غير الجنائية للمصالح الناشئة عن المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها، لأن الحماية الجنائية مقيدة بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائي وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية نظراً لاختلاف مضمون كل من التدخل الجنائي والتدخل غير الجنائي.

٤ - تخضع المسائل غير الجنائية التي تنظمها القواعد غير الجنائية لطرق الإثبات في القانون الخاص وهو ما يؤكد على أن المسائل غير الجنائية لا تندمج في المسائل الجنائية.

٥ - تتضمن القاعدة الجنائية شقين، التكليف والجزاء، أما القاعدة غير الجنائية فإنها تحدد المراكز القانونية المترتبة على علاقة قانونية دون أن تندمج في التكليف الجنائي الذي تتضمنه القاعدة الجنائية<sup>(٤٢)</sup>.

إضافة إلى اختلاف الإجراءات المقررة لقانون العقوبات عن تلك الإجراءات المقررة لبقية فروع القانون الأخرى، فالدعوى المدنية تقام أمام المحاكم المدنية في الأصل وبيابرها من لحقه الضرر أو من يمثله قانوناً وله حق التنازل عن الدعوى في أية مرحلة كانت عليها وتسري على الدعوى المدنية أحكام قانون المرافعات المدنية فيسري على الدعوى المدنية في القانون العراقي أحكام قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، وكذلك بالنسبة للدعوى الانضباطية التي تحرك نتيجة للجريمة التأديبية أمام مجالس الانضباط أو لجان الانضباط وفقاً لقواعد وإجراءات تختلف عن تلك المتبعة أمام المحاكم الجنائية والتي تنشأ نتيجة لارتكاب الجريمة ويقوم الادعاء العام (النيابة العامة) نيابة عن المجتمع بمباشرتها والسير فيها حتى إصدار الحكم فيها وليس له التنازل عنها وتخضع الدعوى الجزائية لأحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٢) لسنة ١٩٧١.

(٤٢) د. رفيق محمد سلام، المرجع السابق، ص ٧٠؛ د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٦٥-٦٩.

إلا أن من أهم النتائج المترتبة على ذاتية القانون الجنائي هي ما يطلق عليه بذاتية المصطلح الجنائي إذ يطوع مفهوم المصطلح غير الجنائي التي تضمنها القانون الجنائي فلا تنقيد بالمدلول الفني للمصطلحات أو التعابير التي نصت عليها فروع القانون الأخرى أو المفهوم الشرعي لتلك المصطلحات. إذ يستخدم المشرع الجنائي في صياغته لنصوص القانون الجنائي المصطلحات القانونية، والصياغة القانونية<sup>(٤٣)</sup> تعتمد على الألفاظ والمصطلحات ويحاول عن طريقها المشرع الوصول إلى الأهداف التي يقصدها فالألفاظ قوالب المعاني، والنصوص القانونية الخاصة بالتجريم والعقاب هي تعبير عن مصالح اجتماعية حية ومنظورة<sup>(٤٤)</sup>. لذلك نتفق مع ما ذهب إليه

(٤٣) تعني كلمة (صاغ) في العربية (هياً ورتب) فيقال صاغ الكلام بمعنى هياه ورتبه، ويقال كلام حسن الصياغة بمعنى جيد ومحكم ويقال صيغ الكلام بمعنى تراكيبه وعباراته، وفي الإنجليزية، يعبر عن كلمة صاغ بالفعل draft ويقصد بها شكل وهيئة compose À prepare ويقصد بكلمة draftsman محرر أو صائغ الوثائق أي الشخص الذي يصوغ الوثائق القانونية وغير ذلك من المحررات الرسمية.

محمود محمد علي صبرة، أصول الصياغة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٢٠. ويعرف فن الصياغة القانونية بأنه مجموعة من الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والأحكام التشريعية بطريقة تيسر تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية؛ د. أحمد العزي النقشبندى، غموض النصوص الدستورية وتفسيرها، مجلة كلية الحقوق جامعة الزهراء، المجلد ٧، العدد ١٢، ٢٠٠٤، ص ١٧٢.

الأصل في المصطلح أن ينشأ مما تعارفت عليه الجماعة في نقل معنى شيء من أصل الوضع إلى معنى آخر يبلغ به المقصود، وهذا هو المراد بالمصطلح، فقد عرف المصطلح بأنه (اتفاق قوم على تسمية الشيء باسم ما ينقل عن موضعه الأول)، وعرف أيضاً بأنه (إخراج اللفظ من معنى لغوي إلى آخر لمناسبة بينهما، أو بأنه اتفاق طائفة على وضع اللفظ بإزاء المعنى)، فالمصطلح هو الوحدة الأساسية المكونة للغة المتكلم بها، فالمصطلح شأن داخلي ينبع من فكر جماعة معينة لما تراه من مناسبة بين معنى اللفظ المراد أصالة وبين المعنى الثاني الذي يخدم فكر الجماعة وقناعاتها. انظر محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر، بيروت، ط ١، ص ٢٣٩؛ علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الإبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ص ٤٤.

(٤٤) لذلك يجب على المشرع أن يكون دقيقاً في العملية التشريعية واعياً للمصالح والحاجات الحالية والمستقبلية، وأن يكون مرناً لكي يستجيب بسرعة لما تتطلبه المصلحة العامة للدولة دون الاعتداء على حقوق الأفراد المكتسبة، أو المساس بغير مقتضى بحرياتهم الشخصية، ويجب أن يكون مبصراً بمعنى أن يكون واعياً وعياً كاملاً وعلمياً بحقيقة الواقعة التي يراد تجريمها.

د. نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، السنة الثانية والعشرون، ١٩٩٨، ص ٢٠٥.

البعض<sup>(٤٥)</sup> من أن المفاهيم والمصطلحات التي تضمنتها القوانين الأخرى كالقانون المدني والتجاري والإداري وغيرها من فروع القانون التي يستخدمها المشرع الجنائي مثل الملكية والحياسة والمال والموظف والشيك والعقار والمنقول وغيرها من المصطلحات، لا يستقل بتحديداتها القانون الأصيل الذي وردت فيه هذه المصطلحات، ولا يقف المفسر لنصوص القانون الجنائي منها موقفاً سلبياً، فإذا كان أحد التعبيرات في فرع من فروع القانون له مفهوم واسع أو ضيق لا يكفي لضمان الحماية اللازمة للمصلحة التي يهدف المشرع الجنائي إلى حمايتها، فإنه لا يلتزم بهذا المفهوم ولا يتقيد به، إنما يتم تحديد وتفسير هذه التعبيرات في البدء وفقاً للمعنى المحدد لها في القانون الأصلي، ثم يطوع هذا التفسير (اتساعاً أو ضيقاً) على النحو الذي يحقق أهداف القانون الجنائي لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وقيمتها وتحقق الغاية منها، فالشارع يحرص على التنسيق بين الحماية التي يكفلها القانون الجنائي، والحماية التي تكفلها القوانين الأخرى التي قررت هذه الحقوق وحددت أحكامها، من أجل توفير حماية قانونية شاملة للمصلحة محل الحماية.

ولا تثير ذاتية المصطلحات الجنائية إشكالية بالنسبة لمفهوم المصطلحات التي ينص عليها ابتداءً أو يبتكرها القانون الجنائي إذ يحدد مفهومها بما يتناسب وغايات القانون الجنائي الذي تضمنها، إنما تظهر أهمية ذاتية المصطلح الجنائي من حيث عدم تقييده بمفهوم العديد من المصطلحات التي استخدمها القانون الجنائي ونصت عليها في الأصل قوانين أخرى غير جنائية كالقانون المدني أو التجاري أو الإداري أو غيرها من القوانين أو تضمنتها أحكام الشريعة الإسلامية، ويصعب الإحاطة بذاتية مفهوم كل المصطلحات غير الجنائية التي استخدمها القانون الجنائي في نصوصه في هذا البحث لذلك سوف يقتصر بحثنا على الإشارة لأهم هذه المصطلحات غير الجنائية وذاتية مفهومها في القانون الجنائي وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، كما يأتي:

**المطلب الأول: ذاتية مفهوم مصطلح المال.**

**المطلب الثاني: ذاتية مفهوم مصطلح الجنون.**

**المطلب الثالث: ذاتية مفهوم مصطلح العرض.**

**المطلب الرابع: ذاتية مفهوم مصطلح الموظف العام.**

(٤٥) انظر: د. جلال ثروت، المرجع السابق، ص٧؛ د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص٥٢؛ د. مأمون محمد سلامة، البحث السابق، ص١٥٦.

## المطلب الاول ذاتية مفهوم مصطلح المال

يترتب على الأخذ بذاتية المصطلح الجنائي أن المصطلحات والعبارات التي يستخدمها المشرع الجنائي إنما يجب أن تفسر على هدى الحماية الجنائية للمصالح في النص الجنائي بمعنى أنه إذا كان مفهوم المصطلح في القانون الإداري أو المدني أو التجاري أو غيره من القوانين له مفهوم ضيق لا يكفي لضمان الحماية اللازمة للمصلحة التي يبغى المشرع الجنائي حمايتها فإن المفهوم الجنائي للمصطلح لا يلتزم بهذا المفهوم سواء كان ضيقاً أو واسعاً ويتعين عليه أن يطوع مفهوم المصطلح ويعطي له المفهوم المناسب سواء كان أكثر اتساعاً أو ضيقاً كي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وقيمتها، وتظهر ذاتية المصطلح الجنائي في مفهوم مصطلح المال الذي تضمنه القانون المدني أو ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية، إذ يتوجه جانب من الفقه<sup>(٤٦)</sup> إلى أن مفهوم المال في القانون الجنائي أوسع من مفهومه في القانون المدني، إذ إن موضوع الاعتداء في جرائم الاعتداء على الأموال هو كل شيء له قيمة معينة سواء كانت هذه القيمة مادية أو معنوية مادام يمكن حيازته، فالقانون الجنائي قد بسط حمايته على المال أياً كانت طبيعته وسواء كان داخل دائرة التعامل أو خارجها، في حين أن القانون المدني قد توجه إلى تقسيم الأموال إلى أموال داخلة في دائرة التعامل وأخرى خارجة عنها لتحديد ما تجوز حيازته وما لا تجوز<sup>(٤٧)</sup>.

وعلى الرغم من ذلك فإن القانون المدني يدخل في مفهوم المال كل ما يجيز التعامل به قانوناً كالكحول أو لحم الخنزير أو المخدرات أو غيرها من الأشياء وإن لم

(٤٦) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٤٦٤ وما بعدها؛ د. مراد رشدي، المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها.

(٤٧) إذ تنص المادة (٦١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على: "١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

ويتوجه جانب آخر من الفقه إلى القول بعدم اختلاف دلالة المال في كل من القانونين المدني والجنائي، مستنداً في ذلك إلى مبدأ قانوني يقضي بأن كل تعارض بين قواعد فرعين من فروع القانون التي تتبع النظام القانوني نفسه يتعين إزالته، ويترتب على التسليم بهذه القاعدة عدم تصور وقوع جرائم الاعتداء على الأموال على الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون. د. عبد الفتاح الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ١٩٣ وما بعدها.

تعد مالاً متقوماً وفقاً للمفهوم الشرعي إذا نظم التعامل بها قانوناً فتعد أموالاً وفقاً لأحكام القانون المدني وتتمتع بالحماية المدنية فيلزم التعويض من الحق الضرر بهذه الأموال ووفقاً لهذا المفهوم يكون القانون المدني متفقاً مع المفهوم الجنائي للمال ومختلفاً مع المفهوم الشرعي للمال، فقد عرف الفقهاء المال شرعاً بتعاريف عديدة اختلفت في ألفاظها وتقاربت في معانيها، لأن الشارع لم يحدد له معنى خاصاً كما حدد معاني غيره من الألفاظ كالزكاة. فلفظ المال يطلق شرعاً على (كل ما يمكن أن يمتلكه الإنسان وينتفع به بشكل ما على الوجه المعتاد)<sup>(٤٨)</sup>، ويطلق على (كل ما له قيمة يباع بها وإن قلت، ويلزم متلفه بها)<sup>(٤٩)</sup>، وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية المال بأنه: "ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة"<sup>(٥٠)</sup>.

والأشياء التي ينتفع بها الإنسان على ثلاثة أنواع: ١- الأعيان: وهي الأشياء المادية التي لها مادة. ٢- المنافع: وهي الفائدة المرجوة من الأعيان. ٣- الحقوق: وهي كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع، وقد تكون متعلقة بمال كحق الشرب، وقد لا تكون متعلقة بمال كحق الزوج على زوجته<sup>(٥١)</sup>.

وقد اتفق الفقهاء على عد الأعيان من الأموال إذا أمكن حيازتها والانتفاع بها، واتفقوا على عدم عد الحقوق المتعلقة بغير المال من الأموال، في حين اختلفوا في الحقوق المتعلقة بالمال، والمنافع<sup>(٥٢)</sup>، ويذهب جمهور الفقهاء إلى عدّها من الأموال، لأن كل ما له قيمة مالية في عرف الناس يعد مالاً، لذلك هو يشمل الأعيان والمنافع والحقوق المتعلقة بالمال<sup>(٥٣)</sup>.

والشارع الإسلامي لا يرى كل مال صالحاً للانتفاع به، وإنما يقسم المال بحسب صلاحيته للانتفاع به وعدم صلاحيته إلى مال متقوم وغير متقوم.

(٤٨) محمد أمين بن عابدين، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير

الأبصار لابن عابدين، ج ٤، المطبعة الميمنية، القاهرة، ب. ت، ص ٣.

(٤٩) جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة عيسى البابي الحلبي،

القاهرة، ب. ت، ص ٣٥٤.

(٥٠) المادة (١٢٦) من مجلة الأحكام العدلية، تصحيح الشيخ يوسف الأسير، ط ٣، مطبعة الآداب،

بيروت، ب. ت.

(٥١) محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار

النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩، ص ٣٣١.

(٥٢) المرجع نفسه، ص ٣٣٢.

(٥٣) محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط ١، ب. م، ١٩٥٢،

ص ١٦٢ وما بعدها.

١ - المال المتقوم: هو كل ما له قيمة ويضمنها متلفه عند اعتدائه عليه، وهو لا يعد كذلك إلا إذا تحقق فيه شرطان:

أ - الإحراز، فالسّمك في الماء لا يعد مالاً متقوماً لعدم حيازته، فإذا ما تم اصطياده عُدّ مالاً متقوماً.

ب - إمكان الانتفاع به، وذلك بأن يجيز الشارع الانتفاع به على وجه ما حالة السعة والاختيار<sup>(٥٤)</sup>. وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية إلى ذلك بقولها: "المال المتقوم يستعمل في معنيين: الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به، والثاني بمعنى المال المحرز، فالسّمك في البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز"<sup>(٥٥)</sup>.

٢ - المال غير المتقوم: وهو المال الذي لم يتحقق فيه أحد الشرطين السابقين، فالميتة والخنزير والدم والخمر لا يدخل شيء منها في مسمى المال شرعاً، لأن وجه الانتفاع بها غير معتد به في حكم الشريعة الإسلامية<sup>(٥٦)</sup>، ودليل ذلك

(٥٤) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، ١٩٥٤، ص: ٦؛ أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، ١٩٨٦، ص: ١٤.

(٥٥) المادة (١٢٧) من مجلة الأحكام العدلية.

(٥٦) د. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ب. ت، ص: ٢٨٧.

ويقول الشيخ علي الخفيف أن ما لا يتناول اسم المال من الأعيان هو ما لا يصلح أن يكون محلاً للملك، كالميتة والخمر (للمسلمين بخاصة)، وكذلك كل ما يحرم الشارع تملكه والانتفاع به، وكل ما لا ينطبق عليه تعريف المال كالشمس والقمر والنجوم ونحوها.

الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٦٩، ص: ٥٠.

كما ذهب الإمام القرافي إلى القول أن من الأعيان والمنافع ما لا يقبل الملك وأن ذلك يرجع إما لعدم اشتماله على منفعة كالخشاش (هوام الأرض)، لأن الأذن بتملكه عبث، أو لاشتماله على منفعة محرمة كالخمر (للمسلم بخاصة عند فريق من الفقهاء، ومطلقاً عند الآخرين).

الإمام القرافي، الفروق، ط ١، ج ٣، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ١٩٤٧، ص: ٢٣٦-٢٣٨. غير أن ثمة استثناء من هذه القاعدة، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا تعامل المسلم مع غيره من أهل الكتاب فلا يجوز له أن يتلف أياً من هذه الأموال إذا ما امتلكها ذمي، أو أن يغتصبها منه، وإذا أُلّفها فهو ضامن حماية لحق الذمي، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، أما الشافعية والحنابلة، فقالوا بحرمة اغتصاب هذه الأموال من الذمي، وبوجوب ردها إن كان المال موجوداً، لكنهم لم يضمنوا القيمة عند التلف.

انظر: أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغنياني، الهداية شرح بداية المنتهى، ج ٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ب. ت، ص: ٢١.

قوله تعالى: ﴿حَرَّمَ عَلَيَّكَ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَنَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَفِقَةَ وَالْمُوفِقَةَ وَالْمُرْدِيَّةَ وَالنَّطِيحَةَ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾<sup>(٥٧)</sup>.

كما تتضح ذاتية المصطلح الجنائي من خلال عدم تقيدده بمفهوم المال العام الوارد في القانون المدني فيرى البعض<sup>(٥٨)</sup> أن مفهوم المال العام في القانون الجنائي يختلف عن مفهومه في القانون المدني، وأن هذا يعد نتيجة منطقية لذاتية القانون الجنائي، فالمشرع الجنائي قد توسع في مفهوم المال العام، بحيث أصبح مفهومه يشمل فضلاً عن الأموال العامة التي حددها القانون المدني أموالاً أخرى لا تعد وفقاً لأحكام القانون المدني من الأموال العامة، لأنه لا يمكن للقانون الجنائي أن يقصر حمايته على الأموال المخصصة للمنفعة العامة فقط، لذلك لم تستخدم النصوص التجريمية عبارة أموال عامة، بل استخدمت عبارة أموال الدولة لكي تشمل أموال الدولة كافة سواء أكانت مخصصة للنفع العام أم لم تكن كذلك.

## المطلب الثاني ذاتية مفهوم مصطلح الجنون

وتظهر ذاتية القانون الجنائي في بيان مفهوم بعض المصطلحات الطبية المتعلقة بالأمراض العقلية والنفسية. ومن أهم المصطلحات التي تضمنها القانون الجنائي المتعلقة بالأمراض النفسية والعقلية مصطلح الجنون الذي يعرف بأنه انعدام الكفاءة العقلية والانسجام النفسي الداخلي الذي يعرقل الانتاج الفردي أو حركة الجهاز الاجتماعي<sup>(٥٩)</sup>، والجنون هو زوال العقل وفساده<sup>(٦٠)</sup>، وفي الشريعة الإسلامية يعرف الجنون بأنه اختلال

= الإمامان موفق الدين ابن قدامة، وشمس الدين ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج ٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢، ص ٤٤٢ - ٤٤٣، الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع، ج ٢، المطبعة السلفية، ب. ت، ص ٢٣٢.

(٥٧) سورة المائدة، الآية ٣.

(٥٨) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٢٣ الهامش؛ مصطفى رضوان، جرائم الأموال العامة فقهاً وقضاء، ط ٢، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٧؛ د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٠٤ - ١٠٥؛ معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحريق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٤٥.

(٥٩) Liford Rees, Text Book of psychiatry, Exford University, 1996. p.105.

(٦٠) د. عبد المنعم الحفني، موسوعة الطب النفسي، المجلد الأول، الطبعة الثانية، مكتبة مدبولي، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٧٤.

القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقيحة المدركة للعواقب بأن لا يظهر آثارها وتتعلل أفعالها لنقصان جبل عليه دماغه في أصل الخلقة وهو إما ممتد أو غير ممتد<sup>(٦١)</sup>. كما عرف بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه، وهو تعريف يشمل الجنون والعتة وغيرها من الحالات المرضية والنفسية التي تؤدي لانعدام الإدراك<sup>(٦٢)</sup>.

ويفضل فقهاء القانون استعمال تعبير الجنون للدلالة على أشد أنواع المرض العقلي، فهو مظهر جنائي للعديد من الحالات التي تختل بها القوى العقلية على نحو قد لا يقع تحت حصر، إلا أن الحقيقة هي أن القانون قد حدد للجنون مفهوماً أوسع من مفهومه الطبي، لذلك تحاول التشريعات الجزائية أن توضح بشتى الطرق التشريعية بأن المقصود بالجنون ليس معناه الطبي<sup>(٦٣)</sup>، فقد تجنبت بعض التشريعات ذكر كلمة (الجنون) أصلاً مكتفية بتعابير (عاهة العقل) أو (الخلل العقلي) أو (الاضطرابات العقلية)، في حين أردف بعضها كلمة الجنون بعبارة عاهة العقل كقانون العقوبات المصري<sup>(٦٤)</sup>، أو إضافة عبارة (أو لأي سبب آخر يقرر العلم أنه يفقد الإدراك أو الإرادة) كقانون العقوبات العراقي<sup>(٦٥)</sup>. وقد توسع قانون العقوبات الفرنسي النافذ سنة ١٩٩٤ في مفهوم الاضطرابات العقلية فضم إلى المجنون بالمعنى التقليدي طائفة أخرى مصابة باضطرابات عقلية لم تلغ كلية ملكتي التمييز وحرية الاختيار، وألغى قانون العقوبات الفرنسي الجديد التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وجمعها في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول في المادة (١٢٢-١ وما بعدها) تحت عنوان (أسباب عدم المسؤولية) ليضم أسباب الإباحة وموانع المسؤولية دون

(٦١) أحمد فتحي بهنسي المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الحلبي وشركاؤه، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٢١٠.

(٦٢) انظر عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، المجلد الأول، مكتبة دار التراث، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٥٠١.

(٦٣) د. كامل السعيد، الجنون والاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية، ط ١، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٨٦، ص ٤١؛ د. ضاري خليل محمود، أثر العاهة العقلية في المسؤولية الجزائية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٢، ص ٥٤.

(٦٤) انظر المادة (٦٢) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

(٦٥) انظر المادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩. وكذلك المادة (٦٠) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ إذ نصت على (لا يسأل جنائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقداً للإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل أو غيبوبة ناشئة عن عقاقير أو مواد مخدرة أو مسكرة أياً كان نوعها أعطيت له قسراً عنه أو تناولها بغير علم منه بها أو لأي سبب آخر يقرر العلم أنه يفقد الإدراك أو الإرادة...).

تمييز بينهما، إذ نصت هذه المادة على: (لا يسأل جنائياً الشخص الذي كان مصاباً لحظة ارتكابه للأفعال المكونة للجريمة باضطراب عقلي أو باضطراب عقلي وعصبي أدى إلى إلغاء ملكة التمييز لديه والتحكم في أفعاله. أما الشخص الذي كان مصاباً لحظة ارتكابه الأفعال المكونة للجريمة باضطراب عقلي أو باضطراب عقلي وعصبي أثر على ملكة التمييز لديه دون أن يلغيها. وعلى قدرته على التحكم في أفعاله فيبقى مسؤولاً ومع ذلك يأخذ لقضاء في اعتباره هذا الظرف حينما يحدد العقوبة وكيفية تنفيذها).

وتجدر الإشارة إلى أن الجنون قد يكون عاماً شاملاً لجميع القوى الذهنية للمصاب أو معظمها كالشلل الجنوني العام وفي هذه الحالة قد يكون الجنون مستمراً أو مستغرقاً وقت المريض كله وهو ما يعرف بالجنون المطبق الذي يصاحب الإنسان منذ ولادته، أو يكون طارئاً عليه ويكون مستمراً بحيث يزيل العقل والتمييز ويسقط الإدراك كلياً ويسمى بالجنون الممتد، وقد يكون الجنون متقطعاً يأتي المريض على شكل نوبات تفصل بينها أوقات صحو وإفاقة ويسمى بالجنون غير الممتد أو المتقطع<sup>(٦٦)</sup>. وقد يكون الجنون متخصصاً أي متعلق بجانب فحسب من النشاط الذهني فتسيطر على المريض في نطاقه فكرة فاسدة في حين تكون سائر جوانب النشاط الذهني الأخرى عادية<sup>(٦٧)</sup>، يتضح مما تقدم ضرورة التمييز بين المفهومين القانوني والطبي للعاهة العقلية بشكل عام، وذلك لأن المفهوم القانوني لا يعني بما تكون عليه هذه العاهة من طبيعة مرضية أو تحت أية طائفة من الأمراض تقع، وإنما يهتم باستجلاء أعراضها وكشف درجة تأثيرها على الملكات الذهنية المكونة لقدرة الشخص على الإدراك والاختيار، وأن مصطلح الجنون ينضوي تحت مصطلح العاهة العقلية وليس مرادفاً له وأن ما ذهب إليه التشريعات الجنائية من استخدام مصطلح الجنون كمصطلح عام وشامل يحيط بكافة أنواع الأمراض العقلية والنفسية وللتعبير عن امتناع المسؤولية الجزائية هو محل انتقاد، إذ إن لفظ الجنون في مفهوم الطب العقلي لم يعد شاملاً لكل الاضطرابات العقلية التي تصيب الإنسان.

(٦٦) انظر: د. ضاري خليل محمود، المصدر السابق، ص ٥٦؛ أحمد فتحي بهنسي، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٦٧) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص ٥١٢.

## المطلب الثالث ذاتية مفهوم مصطلح العرض

ولا تقتصر ذاتية مصطلحات القانون الجنائي بعدم تقيدته بالمفاهيم والمصطلحات الواردة في القوانين الأخرى إنما تمتد لتشمل التعابير والمصطلحات الشرعية والاجتماعية، مثال ذلك ما يتعلق بتجريم الأفعال الماسة بالآداب والأخلاق العامة، ففيما يتعلق بالقوانين الجنائية الوضعية فإنها تقف من تجريم الأفعال الماسة بالعرض والآداب العامة عند حدود أقل اتساعاً من الحدود التي تقف عندها المعالجة الشرعية والاجتماعية لهذه الافعال، إذ لا يتبنى القانون الجنائي المفهوم الأخلاقي المطلق لفكرة صيانة العرض وكذلك الحال بالنسبة للمفهوم الشرعي، فمن الأفعال ما يعد خطيئة دينية ورتيلة أخلاقية ولكنه لا يخضع لنص تجريم قانوني فيعد فعلاً مباحاً من الناحية القانونية مع وجود قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ذلك أن قواعد الدين أو الأخلاق تخاطب في الإنسان ضميره وتحاسبه بالتالي على ما يخفيه، في حين لا يجوز للقانون أن يتدخل بعقابه إلا في الحدود التي يمكن فيها إقامة الدليل على انتهاك أوامره ونواهيه، وهذا ما لا يمكن الوصول إليه إلا من خلال وسائل يمتقتها المجتمع كالتجسس على أسرار الناس وخفاياهم مما يؤدي إلى حصول الضرر الذي يفوق الفائدة المرجوة من تطهير الخلق الفردي<sup>(٦٨)</sup>.

فالتشريعات الجزائية الوضعية تعد نقاء العرض وصيانتته حقاً فردياً، لذلك فقد استبعد المشرع الجزائي من حيث المبدأ أغلب الممارسات الجنسية الإرادية فلم يتدخل في تجريمها باعتبارها تتم بالرضا المعترف قانوناً، لأنها تدخل في نطاق ما يسمى بالحرية الجنسية، واقتصر تدخل المشرع الجزائي وفقاً للمفهوم الاجتماعي لحماية العرض عندما تكون الممارسات الجنسية غير المشروعة قد تمت مع انعدام الرضا أو عندما تكون الإرادة غير معتبرة قانوناً، كما لو وقعت تلك الممارسة بالحيلة أو بالإكراه المادي أو المعنوي أو كان المجني عليه لا يملك قانوناً أهلية الرضا<sup>(٦٩)</sup>، في حين أن الشريعة الإسلامية تهدف إلى حماية العرض في ذاته حرصاً منها على الأخلاق العامة وصيانة للفضيلة، لذلك فقد حرمت كافة الممارسات الجنسية غير المشروعة وإن كانت

(٦٨) د. عبد المهيم بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص٦٧٠ - ٦٧١؛ د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، ط٢، مطبعة التوني، ١٩٨٩، ٧٢٠ - ٧٢١.

(٦٩) د. محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الفنية للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ص١١ وما بعدها.

تلك الممارسة برضاء أطرافها، لذلك كان نطاق حمايتها أكثر اتساعاً من الحماية التي تقرها القوانين الوضعية.

وتظهر ذاتية المصطلح في القانون الجنائي عن مفهومها في الشريعة الإسلامية في مفهوم العديد من المصطلحات المتعلقة بالعرض وخاصة المتعلقة منها بجرائم الآداب والأخلاق العامة ومنها تعريف مصطلح الزنا والاعتصاب واللواط وغيرها لذلك كان لا بد من استعراض التعريفات المختلفة للزنا والمصطلحات الأخرى خاصة مع اختلاف المفهوم الأخلاقي والاجتماعي للعرض في الشريعة والقانون لبيان ذاتية هذه المصطلحات في القانون الجنائي.

إن حرمت الشريعة الإسلامية كل وطء خارج حدود علاقة الزواج وعاقبت عليه سواء حدث من متزوج أو غير متزوج، فكل وطء محرم في الشريعة هو زنا، والوطء هو تغييب حشفة الذكر في أحد فرجي المرأة أو في كليهما على خلاف بين الفقهاء<sup>(٧٠)</sup>. فقد عرف الحنفية الزنا بأنه "وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك"<sup>(٧١)</sup>،

وعرفه الشافعية بأنه "تغييب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما أو شبهة"<sup>(٧٢)</sup>، وعرفه الحنابلة بأنه "الوطء في القبل أو الدبر"<sup>(٧٣)</sup>، ويعرفه المالكية بأنه "وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين"<sup>(٧٤)</sup>. وعرفه الزيدية بأنه "إيلاج فرج حي في فرج حي قبل أو دبر بلا شبهة"<sup>(٧٥)</sup>. وعرفه الظاهرية بأنه "وطء من لا يحل النظر إلى مجردها مع العلم بالتحريم أو هو وطء محرمة العين"<sup>(٧٦)</sup>.

- (٧٠) د. أحمد علي المجذوب، الزنا بالمحارم في الفقه الجنائي الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، المجلة الجنائية القومية، العدد ٢-٣، المجلد الحادي والعشرون، ١٩٧٨، ص ١٢.
- (٧١) علاء الدين بن أبي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦، ص ٣٣.
- (٧٢) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٢٢٣.
- (٧٣) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، ج٩، مطبعة العاصمة، ص ٢٥.
- (٧٤) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٧٥، ص ٢٦٢.
- (٧٥) الإمام المهدي الدين لله أحمد المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج٥، ط١، ١٩٤٩، ص ١٣٩.
- (٧٦) أبي محمد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج١١، مطبعة الإمام، مصر، ص ٢٢٩.

يتبين من خلال التعاريف السابقة اختلاف فقهاء الشريعة فيما إذا كان مفهوم الزنا يشمل الوطء في القبل أو في الدبر، فيرى المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية أن الوطء في الدبر يدخل في مفهوم الزنا، أما أبو حنيفة فلا يرى الوطء في الدبر زنا وإنما يراه معصية يعزز فاعلها نظراً لاختلاف اسمي الفعلين، لأن الوطء من الدبر يسمى لواطاً، كما أن الزنا يؤدي إلى اشتباه الأنساب وتضييع الأولاد وليس الأمر كذلك بالنسبة للواط، وهذا رأي الظاهرية أيضاً فهم يتفقون مع أبي حنيفة فيما ذهب إليه لعدم ورود نص صحيح يعطي اللواط حكم الزنا<sup>(٧٧)</sup>.

ونرى أن التعريف الذي جاء به الحنفية والتوجه الذي ذهبوا إليه من قصر مفهوم الزنا على الوطء من قبل هو الأكثر دقة لقوة الأسانيد التي استندوا إليها، فيكفي انتفاء علة اختلاف الأنساب في جريمة اللواط لأنه لا يمكن تحققها، في حين تعد أهم أسباب تجريم فعل الزنا للتمييز ما بين الفعلين لذلك نرى أن فعل الزنا يقتصر على وطء المرأة في قبل عند انتفاء الشبهة وتوافر القصد، سواء كان محصناً أو غير محصن، وسواء تم الفعل برضا الطرفين، أو تم بدون رضا الأنثى، ففي كلتا الحالتين يعاقب الرجل، أما الأنثى فإنها لا تعاقب في حالة الإكراه على الفعل. ولا تدخل المباشرة في مفهوم الوطء، لأن المباشرة تسبق الوطء، وقد تؤدي إليه، ويدخل في مفهوم المباشرة للمس والتقبيل والعناق والنظر إلى الأعضاء التناسلية<sup>(٧٨)</sup>.

أما فيما يتعلق بموقف التشريعات الجنائية فإن أغلب التشريعات الوضعية لم تتبن المفهوم الأخلاقي للعرض فلم تجرم كل ممارسة جنسية غير مشروعة، بل تبنت المفهوم الاجتماعي للعرض باعتباره حقاً للفرد في حماية جسده من كل ممارسة جنسية تقع عليه دون إرادته المعتبرة قانوناً لما في ذلك من اعتداء على حرمة الجنسية.

لذلك تختلف القوانين الوضعية في نظرتها إلى الزنا عن نظرة الشريعة الإسلامية، إذ إنها لا تعد كل وطء محرم زنا، إذ لا تتعرض القوانين الوضعية للجرائم

(٧٧) انظر: محمود مطلوب أحمد ود. خالد رشيد الجميلي، الفقه الجنائي، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٤، ص ٢١ - ٢٢؛ يعقوب يوسف الجدوع ومحمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة النعمان، النجف، ١٩٧٢، ص ٢٨٧، ٢٨٨؛ د. ضاري خليل محمود، رضا المجني عليه في القانون الجنائي المقارن، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٧٧، ص ٢٦٢ - ٢٦٣.

(٧٨) د. أحمد علي المجذوب، البحث السابق، ص ١٣.

الأخلاقية إلا في الحدود التي تقتضيها المصلحة الاجتماعية، والقاعدة في ذلك أن الأفعال الشخصية المحضة لا يعاقب عليها إلا إذا تعدت إلى الغير بالإيذاء، فلم تجرم الأفعال الآثمة لذاتها وإنما وضعت ضوابط معينة عند التجريم، فقد جرم القانون الأفعال التي تعد اعتداء على الحرية الجنسية كما هو الحال في جرائم الاغتصاب وهتك العرض واللواط والفعل الفاضح غير العلني، وجرم الأفعال المنافية للآداب متى ارتكبت علناً لخدشها الحياء العام كما هو الحال في الفعل الفاضح العلني، وجرم الأفعال التي تنتهك الثقة في العلاقة الزوجية بتجريم الزنا، أما عدا ذلك فقد بقي خارج نطاق التجريم إن لم يكن فيه مساس بالنظام العام للدولة كما هو الحال في بعض الأنشطة الجنسية الخطرة كجرائم البغاء<sup>(٧٩)</sup>، فإذا ما تم الفعل مع امرأة بالغة عاقلة غير متزوجة ولم تكن محرماً ولم يكن الفعل خاضعاً لأحكام البغاء وحصل بالرضا في محل خاص فإنه لا يخضع لنص تجريم في القوانين الوضعية. ولم تتضمن القوانين الوضعية تعريفاً للزنا، تاركة الأمر للفقهاء لتحديد عبارات وصيغ مختلفة، إلا أنها نظمت أحكام جريمة الزنا والعقاب عليها على أساس حماية العلاقة الزوجية، إذ أنها لا تعد الواقعة زناً إلا إذا كان أحد طرفي العلاقة الجنسية متزوجاً، لذلك فإنها قد تناولت هذا الجريمة ضمن الجرائم التي تمس الأسرة على اعتبار أن الفعل ينتهك الرابطة الزوجية لما فيها من إخلال بواجبات الزواج الذي هو قوام الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في بناء المجتمع ونظامه.

وتكاد القوانين المعاصرة تجمع على اعتبار الزنا بهذا المفهوم فعلاً مجرمًا ينبغي التصدي له والعقاب عليه، باستثناء القانون الإنجليزي الذي يعد الزنا خطيئة أخلاقية ومدنية تجب الطلاق وطلب التعويض على أساس أن العقاب لن يردع الفاعل عن الإقدام على الفعل<sup>(٨٠)</sup>.

أما قانون العقوبات الفرنسي النافذ فقد استخدم مصطلح (الاعتداءات الجنسية) الذي جمع به المشرع جرائم الاعتداء على العرض حيث قسمها إلى ثلاثة أقسام: الأول عن (الاعتصاب)، والثاني (الاعتداءات الجنسية الأخرى)، وقد حل تعبير (التعري الجنسي) محل مصطلح الفعل الفاضح العلني، ومصطلح (الاعتداءات الجنسية الأخرى

(٧٩) د. عبد المهيم بكر، المرجع السابق، ص ٦٧١ - ٦٧٢.

(٨٠) د. عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا وجرائم الاغتصاب وهتك العرض والفعل الفاضح والدعارة، دار الفكر الجامعي، ١٩٨٩، ص ١.

غير الاغتصاب) محل مصطلح هتك العرض، إضافة إلى استحداثه مصطلح (التحرشات الجنسية) من أجل الدلالة على جريمة جديدة من الجرائم الجنسية.

ومن هذا المنطلق فقد عرف بعض الفقهاء الزنا بأنه (ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة برضاها حال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً)<sup>(٨١)</sup>.  
في حين تبنت بعض القوانين الوضعية كالقانون اليمني<sup>(٨٢)</sup> الاتجاه الذي تمثله الشريعة الإسلامية من حيث تحقق جريمة الزنا في حق كل شخص ذكراً كان أو أنثى محصناً كان أو غير محصناً مع اختلاف الحد في الحالتين.

واتجهت تشريعات أخرى على الرغم من أخذها بالاتجاه الذي يضيق من نطاق جرائم الاعتداء على العرض وقصرها الحماية على حالة الاعتداء على الحرية الجنسية، إلى تبني سياسة جزائية أقرب ما تكون إلى الاتجاه الذي تمثله الشريعة الإسلامية من خلال عقابها على فعل الزنا (على الرغم من بساطة العقوبة) سواء وقع بين متزوجين أو غير متزوجين، وهذا توجه القانونين اللبناني والأردني اللذين عاقبا مرتكب هذه الجريمة إلا أنهما لم ينصا عليها ضمن جرائم الاعتداء على العرض وإنما ضمن جرائم الأسرة؛ لأنهما أخذاً بالمفهوم الاجتماعي للعرض<sup>(٨٣)</sup>، إذ لا يعدان الزواج شرطاً للعقاب على فعل الزنا، لتعلق الجريمة بكيان الأسرة باعتبارها نواة المجتمع<sup>(٨٤)</sup>، وعلى هذا الأساس فقد عرف البعض جريمة الزنا بأنها (ارتكاب الوطء الطبيعي غير المشروع من رجل على أنثى غير متزوجة أو متزوجة برضاها، حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً، أو حال انعدامها بين الاثنين)<sup>(٨٥)</sup>. كما جرمت بعض التشريعات الوضعية أفعال مواقعة الشخص لإحدى محارمه برضاها المعتبر به قانوناً وهو الفعل الذي تقوم به جريمة الزنا بالمحارم أو كما يطلق عليها البعض<sup>(٨٦)</sup> جريمة وطء

(٨١) د. علي راشد، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ص ٦٥٦.

(٨٢) انظر نص المادة (٢٦٣) من قانون العقوبات اليمني، وهو ذات اتجاه قانون العقوبات السوداني المادة (١٤٥) عقوبات.

(٨٣) انظر المواد (٤٨٧ - ٤٨٩) من قانون العقوبات اللبناني لسنة ١٩٤٣، والمواد (٢٨٢ - ٢٨٦) من قانون العقوبات الأردني.

(٨٤) د. علي ابو حجيعة، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٨٥) د. محمد صبحي نجم، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الأردني، مجلة دراسات، المجلد الرابع عشر، العدد السابع، ١٩٨٧، ص ٢٢١.

(٨٦) د. محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠، ص ٢٦٢.

المحرمات. على الرغم من أن المشرع لم يورد ذكر ذلك بشكل صريح، إلا أن الفعل لا يدخل في مفهوم أي جريمة من جرائم الأخلاق والآداب العامة التي يشترط لوقوعها انعدام الرضا، لذلك عالجتها بعض التشريعات الجزائية ضمن الجرائم الاجتماعية وعلى الرغم من اتفاقنا مع التعريف الذي وضعه البعض<sup>(٨٧)</sup> لفعل الزنا إذ عرفه بأنه (مواقعة رجل لأنثى غير زوجه واقعة طبيعية برضاها الصحيح)، إذ أنه قصر تعريف على الفعل الذي يتوافر فيه رضی صحيح يعتد به قانوناً فاستبعد بذلك كل فعل يحصل مع انعدام الرضا أو مع الرضا غير المعتد به قانوناً لأنه يخضع لأحكام جريمة الاغتصاب، كما أنه قصر التعريف على الفعل الذي يقع من رجل على أنثى أي مع اختلاف الجنس فاستبعد بذلك الفعل الذي يتم مع اتحاد الجنس أي من ذكر على ذكر أو من أنثى على أنثى لأن الفعل سوف يخضع عندئذ لأحكام جرائم اللواط والسحاق بالنسبة للتشريعات التي تجرم هذه الأفعال، كما أنه جعل الفاعل في هذه الأفعال هو الرجل والمجني عليه هي الأنثى فاستبعد بذلك وقوع الفعل من أنثى على ذكر لأنه سوف يخضع عندئذ لأحكام جريمة هتك العرض إذا ما ارتكب الفعل مع انعدام الرضى، كما أنه قصر التعريف على فعل الواقعة الطبيعية أي الإيلاج من قبل فاستبعد بذلك كل فعل هو دون الواقعة أو الفعل الذي يتم بالواقعة غير الطبيعية أي الإيلاج من دبر لأن هذه الأفعال سوف تخضع لأحكام جرائم أخرى كهتك العرض أو الفعل الفاضح على حسب جسامة الفعل أو لأحكام جريمة اللواط إن حصل الفعل بالواقعة غير الطبيعية، كما أنه اشترط وقوع الفعل من رجل على أنثى غير زوجه فاستبعد بذلك وجود المشروعية التي تبيح الفعل.

إلا أننا لا نتفق مع هذا التعريف في قصره وقوع الفعل من رجل متزوج إذ إنه يقصر الأمر على جريمة زنا الزوجية فلا يشمل جريمة الزنا بالمحارم التي تقع من رجل على محرمه. لذلك يمكن أن نعرف فعل الزنا بأنه (مواقعة رجل لأنثى واقعة طبيعية برضاها الصحيح بصورة غير مشروعة).

إذ سوف يشمل هذا التعريف كل وطء محرم لا يدخل في مفهوم إحدى جرائم الاعتداء على العرض التي بينها القانون.

تبين لنا مما تقدم اختلاف مفهوم الزنا في الشريعة الإسلامية عنه في القوانين الوضعية لاختلاف المفاهيم والغاية من التجريم، إذ إن مفهومه في الشريعة هو أوسع

(٨٧) د. علي أبو حجيبة، المرجع السابق، ٣٥.

منه في القوانين الوضعية، وهناك أفعال أخرى للاعتداء على العرض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية قد تلتقي في بعض عناصرها مع فعل الزنا وخاصة في تحققها عن طريق الواقعة وتختلف عنه في عناصر أخرى مما يتطلب التفرقة بينها وهذه الأفعال هي:

## ١ - الاغتصاب:

لا يختلف مفهوم الاغتصاب عن فعل الزنا في الشريعة الإسلامية، لأن مفهوم الزنا في الشريعة يتحقق بكل وطء محرم سواء تم الفعل برضا الطرفين، أو تم بدون رضا الأنثى، ففعل الاغتصاب يدخل في مفهوم الزنا شرعاً ففي الحالتين يعاقب الفاعل أما المجني عليها فإنها لا تعاقب وفقاً للرأي الراجح لأنها أكرهت على الفعل<sup>(٨٨)</sup>.

أما في القانون الوضعي فإن مفهوم الاغتصاب يختلف عن مفهوم الزنا، فقد عرف الاغتصاب بأنه (اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضا صحيح منها بذلك)<sup>(٨٩)</sup>. فمن أهم أركان جريمة الاغتصاب هو وقوع الفعل مع انتفاء الرضا به سواء كان ذلك نتيجة الإكراه أو عدم اعتبار الرضا قانوناً، في حين يقتصر مفهوم الزنا في القانون الوضعي على الواقعة غير المشروعة التي تتم برضى صحيح معتبر قانوناً فيلتقي المفهومان في وقوع الفعل من رجل على أنثى عن طريق الواقعة الطبيعية غير المشروعة، ويختلفان في عنصر الرضا فيتم فعل الاغتصاب مع انعدام الرضا، أما فعل الزنا فيتم مع وجود الرضا الصحيح، لذلك كانت معالجة القوانين الوضعية لهذه الجرائم معالجة مختلفة، فنصت على جريمة الاغتصاب ضمن جرائم الاعتداء على العرض، في حين نصت على جريمة الزنا ضمن الجرائم الاجتماعية.

## ٢ - اللواط:

وهو عبارة عن علاقة جنسية غير طبيعية بين أشخاص من نفس الجنس من ذكر ضد ذكر آخر أو بين ذكر وأنثى بإتيانها في غير المكان الطبيعي للوطء<sup>(٩٠)</sup>، فهو فعل شاذ يتحقق بالواقعة غير الطبيعية بالوطء في دبر، ويقع على الأنثى كما يقع

(٨٨) انظر: في تفصيل ذلك: عبد الحميد إبراهيم المجالي، القتل لحماية الشرف ودفع العار في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، العدد ١، المجلد ١٥، ٢٠٠٠، ص ١٨٧ وما بعدها.

(٨٩) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٥٢٧.

(٩٠) د. محمود أبو زيد، المعجم في علم الإجرام والاجتماع القانوني والعقاب، دار الكتاب للنشر والتوزيع، ١٩٨٧، ص ٤٧٣.

على الذكر، وهو فعل قوم لوط الذي ذمه الله تعالى في كتابه الكريم بقوله ﴿أَتَأْتُونَ  
 الْفُلْجِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ﴾<sup>(٩١)</sup>. وقد اختلف فقهاء الشريعة كما  
 سبق وأن وضحنا في حكم اللواط وفيما إذا كان يدخل في تعريف الزنا؟ أم أنه  
 معصية يعزر فاعلها، فذهب جمهور الفقهاء إلى إدخال الوطء من دبر أي اللواط في  
 مفهوم الزنا، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة ففرق بين مفهوم الزنا الذي لا يتحقق عنده  
 إلا بالوطء في القبل ولا يقع إلا من رجل على امرأة وعقوبته الحد وهي الرجم  
 للمحصن والجلد لغير المحصن، ومفهوم اللواط وهو موافقة غير طبيعية تتحقق  
 بالوطء في الدبر ويقع من الذكر على الذكر أو من الذكر على الأنثى، وهو معصية  
 يستوجب التعزير الذي يقدره ولي الأمر<sup>(٩٢)</sup>.

أما في الفقه الوضعي، فإن فعل اللواط يتميز عن أفعال الزنا والاعتصاب وهتك  
 العرض، لأن تحقق الفعل يقتصر على حالة قيام الجاني بإيلاج عضو التذكير في دبر  
 المجني عليه أو المجني عليها مع انعدام الرضا<sup>(٩٣)</sup>. وعلى الرغم من ذلك نجد بعض  
 القوانين كقانون العقوبات العراقي<sup>(٩٤)</sup> قد ساوت في العقاب بين جريمة الاعتصاب  
 وجريمة اللواط فلم تفرد لها نصاً خاصاً وإنما نصت عليها ضمن النص الخاص  
 بجريمة الاعتصاب على الرغم من الاختلاف بينهما، إذ لا يمكن أن تستوي الجريمتان،  
 إذ إن الآثار التي تتركها جريمة الاعتصاب هي أشد جساماً إذ إنها قد تؤدي إلى  
 اختلاط الأنساب وهذا قد يؤدي إلى انهيار الأسس التي تقوم عليها الأسرة، لذلك كان  
 الأجدر بالمشرع العراقي أن يراعي هذا الاختلاف بين الجريمتين فيفرد لها نصاً  
 خاصاً للتجريم ويجعل عقوبتها أقل درجة من عقوبة جريمة الاعتصاب مراعاة  
 لجسامته كل جريمة على حدة.

وقد أخذ قانون العقوبات اليمني بذات الاتجاه، إذ على الرغم من عدم إدخاله فعل  
 اللواط ضمن مفهوم الزنا وإفراجه بنص خاص إلا أنه ساوى في عقاب الجريمتين على  
 الرغم من اختلافهما، فعاقب مرتكب الفعل (اللائط والملوط) بالرجم حتى الموت إن

(٩١) سورة الأعراف، الآية (٨٠).

(٩٢) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج٢، ط٥، ١٩٦٨،  
 ص٣٦.

(٩٣) انظر: د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٢، دار الكتب  
 للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٧، ص١١١-١١٢.

(٩٤) انظر: نص المادة (٣٩٣) عقوبات عراقي.

كان محصناً، وبالجلد مائة جلدة إن كان غير محصن مع جواز تعزيره بالحبس مدة لا تجاوز سنة<sup>(٩٥)</sup>، مع ملاحظة أن القانون اليمني قد تبني المفهوم الأخلاقي للعرض، فهو يعاقب على الفعل وإن تحقق مع توافر الرضا الصحيح على خلاف القوانين التي تبنت المفهوم الاجتماعي للعرض والتي تشترط كمبدأ عام انعدام الرضا للعقاب على فعل اللواط.

وكذلك فعل المشرع اللبناني حينما خرج على المبدأ العام الذي أخذ به فيما يتعلق بجرائم الاعتداء على العرض بتبنيه المفهوم الاجتماعي للعرض وعدم عقابه على الممارسة الجنسية الصادرة عن رضا معتبر قانوناً، إذ أخذ فيما يتعلق بالممارسات الجنسية غير الطبيعية كفعل اللواط بالمفهوم الأخلاقي للعرض عندما نص في المادة (٥٣٤) عقوبات لبناني على أن: "كل مجامعة على خلاف الطبيعة يعاقب عليها بالحبس حتى سنة واحدة"، إذ يرى البعض<sup>(٩٦)</sup> أن هذا النص قد جاء مطلقاً ليشمل كل مجامعة غير طبيعية سواء تمت برضا صحيح أو بدونه. في حين لم تنص بعض التشريعات كقانون العقوبات المصري والأردني على هذه الجريمة بشكل صريح، وإنما عدتها جريمة من جرائم هتك العرض إن وقعت بالإكراه أو الخداع أو الحيلة، أو على شخص لم يبلغ سن الحماية المقررة قانوناً في هذه الجرائم<sup>(٩٧)</sup>.

## المطلب الرابع

### ذاتية مفهوم مصطلح الموظف العام

ويمكن أن نلاحظ أيضاً ذاتية مصطلحات القانون الجنائي عن مفهومها في القانون الإداري ويظهر ذلك في اختلاف مفهوم العديد من المصطلحات أهمها اختلاف مصطلح الموظف في القانون الجنائي عنه في القانون الإداري، إذ لا يقتصر مفهومه في قانون العقوبات على معناه الضيق في القانون الإداري، إذ إن مفهومه يختلف في القانون الجنائي عنه في القانون الإداري، وهذا يعود إلى اختلاف طبيعة كل من القانونين وأهدافهما، فالقانون الإداري ذو طبيعة تنظيمية يهدف إلى تنظيم العلاقة بين الشخص والحكومة من حيث الحقوق والواجبات، أما القانون الجنائي، فهو ذو طبيعة جزائية غايته حماية الحقوق والحد من الجريمة.

(٩٥) انظر: نص المادة (٢٦٤) عقوبات يمني.

(٩٦) انظر: د. علي أبو حجيبة، المرجع السابق، ص ٢٠-٢١.

(٩٧) انظر: المواد (٢٦٨ - ٢٦٩) عقوبات مصري، والمواد (٢٩٦ - ٣٠٠) عقوبات أردني.

لذلك فقد توسع القانون الجنائي في مفهوم الموظف العام ليشمل جميع الأشخاص الذين يباشرون طبقاً للقانون جزءاً من اختصاصات الدولة بما يتلاءم والمصلحة المراد حمايتها بالشكل الذي يحقق غاية المشرع الجنائي. فقد توسع الفقه الجنائي في مفهوم الموظف بحيث أصبح المفهوم الجنائي أكثر شمولاً من مفهومه الإداري<sup>(٩٨)</sup>، فقد عرفه البعض بأنه: "كل شخص يعمل في مواجهة الأفراد باسم الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ويمارس إزاءهم في صورة طبيعية تستدعي ثقتهم أحد الاختصاصات التي خولها القانون لمرفق عام تديره الدولة أو الشخص المعنوي العام إدارة مباشرة"<sup>(٩٩)</sup>، وعرفه البعض الآخر بأنه: "كل شخص من الأفراد احتاجت إليه الحكومة في أداء واجباتها العامة وتنفيذ أوامرها فخولته جزءاً من سلطاتها العامة"<sup>(١٠٠)</sup>.

وهذا المفهوم واسع إذ لا يتقيد بالمعايير الإدارية، إذ لا يشترط أن يشغل الموظف وظيفة دائمة، بل يكفي أن يشغل وظيفة مؤقتة، فالموظف الفعلي يعد موظفاً عاماً، كما يعد موظفاً عاماً كل شخص تباشر الدولة عن طريقه جانباً من اختصاصها، ولو كان ما يربطه بها هو أحد عقود القانون الخاص مثال ذلك الخبير الأجنبي الذي تستعين به الدولة، إذ من غير الجائز إدارياً تعيينه في وظيفة دائمة<sup>(١٠١)</sup>. وقد عبرت بعض القوانين الجنائية بشكل صريح عن عدم تبنيها للفكرة الإدارية للموظف العام. إذ يمكن أن نلاحظ من خلال الرجوع إلى التشريعات الجنائية بصدد تعريف الموظف وجود ثلاثة اتجاهات:

(٩٨) يذهب الدكتور ماهر عبد شويش إلى أن النظرة الجنائية للموظف تشمل النظرة الإدارية له دون أن تقف عندها فكل من يعد موظفاً بالمفهوم الإداري يعد كذلك في المفهوم الجنائي.

د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٩٧، ص ٣٧.

(٩٩) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٩-٢٠.

(١٠٠) محمد حامد الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاً، ج ١، ط ١، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٤٨.

ويذهب البعض إلى أن المشرع الجنائي قد قصد الإحالة في تعريف الموظف العام على القواعد المستقرة في القانون الإداري، بعده القانون الأصل في تنظيم أحكام موظفي الدولة.

د. عبد المهيم بكر، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢-١٩٧٣، ص ٢٣ الهامش.

(١٠١) د. محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

## أ - الاتجاه الأول:

تشريعات لا تحدد مفهوم جنائي لمصطلح الموظف العام بعدم اعتمادها تطبيق ذاتية المصطلح الجنائي بصورة مطلقة. إذ ترجع هذه التشريعات إلى تطبيق المفهوم الإداري للموظف العام حيث يرجع فيها القاضي الجنائي للمفهوم الإداري ثم يطبقه كما هو في مجال القانون الجنائي ولا يورد المشرع الجنائي تعريفاً للموظف تاركاً ذلك للفقهاء، مثال ذلك قانون العقوبات الجزائري الصادر سنة ١٩٦٦ إذ لم يعرف الموظف في نص مستقل ولكنه بدوره استخدم ألفاظاً تدل عليه دون أن يعطي مدلولاً عاماً موحداً لها ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ١٤١ من قانون العقوبات الجزائري التي تقول: "كل قاضي أو موظف عام...." وما تنص عليه المادة ١٤٢ من ذات القانون في فقرتها الأولى: "كل موظف عام منتخب أو مؤقت...." مما يوحي أيضاً بوجود خلاف في مدلول كل من التعبيرين.

## ب - الاتجاه الثاني:

يتمثل بالتشريعات التي تحدد المفهوم الجنائي للموظف العام باعتمادها مبدأ الذاتية بصفة نسبية. وأن هذا الاتجاه وسطي فهو لا يرفض ذاتية المصطلح الجنائي بصفة مطلقة إلا أنه من ناحية أخرى لا يطبقها بصفة مطلقة، فهذه التشريعات لا تضمن نصوصها تعريفاً عاماً ومجرداً للموظف العام يطبق في جميع المسائل الجنائية أو جميع الوقائع التي تثور فيها تلك الصفة، بل تتضمن النص على بعض الطوائف وتعتبرهم موظفين عموميين في كافة المسائل الجنائية إذ يحدد المشرع الجنائي صفة الموظف العام في قانون العقوبات نظراً إلى جرائم معينة على الرغم من عدم تعريفه للموظف العام، ولا يؤخذ بهذا التحديد بالنسبة إلى الجرائم الأخرى، وقد أخذ بهذا التوجه قانون العقوبات الفرنسي الجديد والنافذ سنة ١٩٩٤ بموجب المادة (٤٣٢)، وقانون العقوبات المصري<sup>(١٠٢)</sup>.

(١٠٢) توجه المشرع المصري نحو تحديد الموظف العام في المادتين (١١١، ١١٩ مكرر) من قانون العقوبات، أما المادة (١١١) فتتعلق بتحديد صفة الموظف العام في خصوص الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون العقوبات بشأن جرائم الرشوة فنصت على أنه: ((يعد في حكم الموظفين في تطبيق نصوص هذا الفصل:

١ - المستخدمين في المصالح التابعة للحكومة أو الموضوعة تحت رقابتها.

٢ - أعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية سواء أكانوا منتخبين أم معينين.

٣ - المحكمون والخبراء ووكلاء الديانة والمصفون والحراس القضائيون)).

## ج - الاتجاه الثالث:

وفيه يضع المشرع الجنائي تعريفاً عاماً للموظف العام يؤخذ به في جميع الجرائم ولا يقتصر على طائفة معينة، ومن التشريعات العربية التي تأخذ بمبدأ الذاتية بصورة مطلقة قانون العقوبات الليبي في المادة (١٦) منه، والتونسي في المادة (٨٢) منه والقانون المغربي في المادة (١٧٩) منه، وجدير بالذكر أن قوانين العقوبات الثلاثة في كل من سوريا ولبنان والأردن بعد أن عرفت الموظف العام تعريفاً عاماً مجرداً قد أقرت نصوصاً تلحق المكاف بخدمة عامة بالموظف العام فيما يتعلق بقيامه بالمهمة

= أما المادة (١١٩ مكرر) فقد حددت من يعد موظفاً عاماً في خصوص الباب الرابع من الكتاب الثاني بشأن جرائم التعدي على المال العام، فنصت على أنه: "يقصد بالموظف العام في حكم هذا الباب:

- (أ) القائمون بأعباء السلطة والعاملون في الدولة ووحدات الإدارة المحلية.
  - (ب) رؤساء وأعضاء المجالس والوحدات والتنظيمات الشعبية وغيرها ممن لهم صفة نيابية عامة سواء كانوا منتخبيين أو معينين.
  - (ج) أفراد القوات المسلحة.
  - (د) كل من فوضته إحدى السلطات العامة في القيام بعمل معين وذلك في حدود العمل المفوض فيه.
  - (هـ) رؤساء وأعضاء ومجالس الإدارة والمديرون وسائر العاملين في الجهات التي اعتبرت أمورها عامة طبقاً للمادة السابقة.
  - (و) كل من يقوم بأداء عمل يتحمل بالخدمة العامة بناء على تكليف صادر إليه بمقتضى القوانين أو من موظف عام في حكم الفقرات السابقة متى كان يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين أو النظم المقررة، وذلك بالنسبة للعمل الذي يتم التكليف به.
- ويستوي أن تكون الوظيفة أو الخدمة دائمة أو مؤقتة بأجر أو بغير أجر طوعية أو جبراً ولا يحول انتهاء الخدمة أو زوال الصفة دون تطبيق أحكام هذا الباب متى وقع العمل أثناء الخدمة أو توافر الصفة".

ويذهب البعض إلى القول بأن المشرع قد وضع بموجب نص المادة (١١٩ مكرر) من قانون العقوبات مفهوماً مختلفاً للموظف العام يختلف عن مفهومه الإداري، كما يختلف جذرياً عن المفهوم الذي حدده بصدد جريمة الرشوة والجرائم الملحقة بها، فقد توسع القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٥ في مفهوم الموظف العام رغبة منه في حماية أموال الدولة والأموال الخاصة الكائنة في حيازتها إلى أقصى حد ممكن، بحيث شمل إلى جوار الموظف القانوني بالمعنى المحدد في القانون الإداري طوائف أخرى تستوعب ليس فقط الفئات التي نص عليها المشرع بالمادة (١١١) عقوبات والخاصة بالموظف الحكومي بل تستوعب كذلك فئات أخرى، بحيث يمكن القول بأن سائر من يعد موظفاً عاماً عند تطبيق أحكام الرشوة يعد كذلك عند تطبيق أحكام الباب الرابع بشأن جرائم التعدي على المال العام، والعكس غير صحيح.

د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ١٥١.

الموكلة اليه في الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة. ومن أمثلة هذه التشريعات قانون العقوبات اليمني والإماراتي<sup>(١٠٣)</sup>.

وأما قانون العقوبات العراقي فإنه على الرغم من أن المشرع الجنائي لم يعرف الموظف العام في نصوصه فإنه قد عرف المكلف بالخدمة العامة واعتبر الموظف من ضمن فئات المكلفين بالخدمة العامة، فقد نصت المادة (١٩ ف٢) من قانون العقوبات على أن: "٢ - المكلف بخدمة عامة: كل موظف أو مستخدم أو عامل أنيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها أو الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء ونوابه والوزراء وأعضاء المجالس النيابية والإدارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء ووكلاء الدائنين (السندكيين) والمصنفين والحراس القضائيين وأعضاء مجالس إدارة ومديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت التي تساهم الحكومة أو إحدى

(١٠٣) نصت المادة الأولى من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ على أن: "الموظف العام ومن في حكمه: يعد وفقاً لأحكام هذا القانون موظفاً عاماً رئيس الجمهورية ونائب الرئيس ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء وكل من تولى أعباء وظيفه عامة بمقابل أو بغير مقابل بصرف النظر عن صحة قرار تعيينه فيها ويشمل أعضاء السلطة القضائية وأفراد القوات المسلحة والشرطة وأعضاء الهيئات العامة وأعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية المنتخبين منهم والمعينين والمحكمين والخبراء والعدول والوكلاء والمحامين والحراس القضائيين الذين تعدل لديهم الأموال وأعضاء مجالس إدارة الشركات والبنوك وموظفيها التي تسهم الدولة في رأس مالها". وكذلك قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ إذ نصت المادة (٥) على: "يعتبر موظفاً عاماً في حكم هذا القانون:  
١: القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون في الوزارات والدوائر الحكومية.  
٢: أفراد القوات المسلحة.

٣: رؤساء المجالس التشريعية والاستشارية والبلدية وأعضاؤها.  
٤: كل من فوضته إحدى السلطات العامة القيام بعمل معين، وذلك في حدود العمل المفوض فيه.

٥: رؤساء مجالس الإدارة وأعضاؤها والمديرون وسائر العاملين في الهيئات والمؤسسات العامة.

٦: رؤساء مجالس الإدارة وأعضاؤها والمديرون وسائر العاملين في الجمعيات والمؤسسات ذات النفع العام.

ويعد مكلفاً بخدمة عامة في حكم هذا القانون كل من لا يدخل في الفئات المنصوص عليها في البنود السابقة، ويقوم بأداء عمل يتصل بالخدمة العامة بناء على تكليف صادر إليه من موظف عام يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين أو النظم المقررة وذلك بالنسبة إلى العمل المكلف به".

دوائرها الرسمية أو شبه الرسمية في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت. وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر أو بغير أجر.

ولا يحول دون تطبيق أحكام هذا القانون بحق المكلف بخدمة عامة انتهاء وظيفته أو خدمته أو عمله متى وقع الفعل الجرمي أثناء توافر صفة من الصفات المبينة في هذه الفقرة فيه".

وتورد النصوص العقابية بشكل عام<sup>(١٠٤)</sup> مصطلح (موظف) فضلاً عن مصطلح (المكلف بخدمة عامة) في حين أن نص المادة (١٩ ف٢) يشير إلى أن الموظف يدخل ضمن فئات المكلفين بخدمة عامة، مما يؤدي إلى القول بأن كل موظف هو مكلف بخدمة عامة، لذلك نرى أن نكر مصطلح (موظف) قد جاء زائداً في هذه النصوص، لأن الإشارة إلى المكلف بخدمة عامة سوف تغني عن ذكر الفئات التي تدخل ضمن تعريفه وفقاً لنص المادة السابقة، لذلك فإننا ندعو المشرع العراقي إلى إزالة الالتباس الذي قد يحدث نتيجة لتكرار المصطلحات في حين أن الإشارة إلى أحدها يغني عن الإشارة إلى غيرها.

يتضح مما تقدم أن المفهوم الجنائي للموظف في القانون الجنائي العراقي أوسع من مفهومه الإداري، إذ يدخل في مفهومه كل من له سلطة يقوم بها نيابة عن الدولة، أو من كلفته الدولة بممارسة جزء من نشاطها تجاه الجمهور، سواء أكان ذلك بصفة دائمة أم مؤقتة، بأجر أم بغير أجر. لذلك يمكن القول أن المشرع الجنائي قد أخضع فئات متعددة لأحكامه وفقاً لأسس مختلفة على النحو الآتي<sup>(١٠٥)</sup>:

- ١ - إذا استلزم توافر العنصر الشكلي في بعض الفئات كاشتراك التعيين في وظيفة عامة وفقاً لما تقرره القوانين أو الأنظمة التي تحكم قواعد التوظيف الحكومي كموظفي المصالح الحكومية.
- ٢ - فئات أخرى أخضعها لأحكامه على أساس صدور قرار أو أمر من جهة قضائية أو إدارية تباشر العمل استناداً إليه كما هو الحال بالنسبة إلى الحراس القضائيين والمحكمين والخبراء.

(١٠٤) انظر: على سبيل المثال المواد (٤٠، ٢٢٩، ٢٣١، ٢٣٣، ٢٣٨، ٢٤٠، ٢٥٠، ٢٦٠، ٢٧١،

٢٨٨، ٢٩٣، ٢٩٤، ٣٠٤، ٣٠٧، ٣٠٨) من قانون العقوبات العراقي.

(١٠٥) عبد الرحمن الجوراني، جريمة اختلاس الأموال العامة في التشريع والقضاء العراقي، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠، ص ٩٢-٩٣.

٣ - فئات أخرى أخضعها لأحكامه أخذاً بنظرية الوضع الظاهر وفكرة الضرورة، وهو ما اصطلح على تسميته بالموظف الفعلي.

٤ - فئات أخرى تمارس أعمالها باسم الدولة سواء أكانت تربطها بالدولة علاقة تنظيمية أم لا، وهي الفئات التي أشارت إليها المادة (١٩ ف٢) بنصها: "... وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر أو بغير أجر".

ونحن ندعو المشرع الجنائي بشكل عام والمشرع الجنائي العراقي بشكل خاص إلى أن يتبنى بصورة صريحة وواضحة في كل أحكام القانون الجنائي مبدأ ذاتية القانون الجنائي بشكل عام بكل ما يترتب عليه من نتائج وخاصة ما يتعلق بذاتية المصطلحات الجنائية وأن يطبق هذه الذاتية بصورة مطلقة من أجل تحقيق المصلحة التي يهدف القانون الجنائي لتحقيقها بما يخدم تحقيق أهداف السياسة الجنائية فيطوع المصطلحات غير الجنائية التي تضمنتها وابتكرتها القوانين الأخرى ولم يختص القانون الجنائي بالنص عليها ابتداءً أو ابتكارها فيطوعها اتساعاً أو تضيقاً بما يلائم حماية المصالح التي يهدف لحمايتها، على الرغم من توجه التشريعات الجنائية إلى الابتعاد عن إيراد التعاريف خوفاً من أن لا يكون التعريف جامعاً مانعاً أو خوفاً من جمود النص الجنائي وعدم مواكبته للتطور والتغير الحاصل في المجتمع، وذلك لأن معاني ومصطلحات القانون بشكل عام والجنائي بشكل خاص يجب أن لا تكون أسيرة لنصوصه الجافة أو حروفه الجامدة، وإنما تستخلص من خلال التفاعل مع الواقع والمستقبل بعوامله السياسية والاقتصادية والاجتماعية والغايات التي يهدف القانون لتحقيقها. مع منح القدرة للتشريع والفقهاء والقضاء على تطوير مصطلحات ومعاني القانون الجنائي بما يحقق غاياته، لأن القانون بحسب الأصل لا تنتهي صلاحيته بتاريخ معين.

### الخاتمة:

في ختام بحثنا في موضوع ذاتية المصطلح في قانون العقوبات نستخلص العديد من الاستنتاجات والتوصيات أهمها الآتية:

أولاً - لا يميز جانب من الفقه بين مصطلحي الاستقلال والذاتية وإنما يستعملان باعتبارهما لفظين مترادفين، وهذا التوجه غير دقيق لأن مصطلح الاستقلال يعني الانفصال في حين لا تعني ذاتية القانون الجنائي الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به وأن القانون الجنائي يتمتع بالذاتية في ظل النظام القانوني الواحد لا الاستقلال.

ثانياً - لا تستقل قواعد القانون الجنائي إذ لا يمكن التسليم بالاستقلال العلمي

لقواعد ومصطلحات القانون الجنائي والتي يقصد منها عدم الاستفادة من المبادئ والمفاهيم العامة للقانون أو نظرياته العامة لأنه لا يمكن لأي قاعدة قانونية أياً كان الفرع الذي تتبعه إلا أن تستفيد من المبادئ والقواعد التي تنشأ في الفروع الأخرى للقانون.

**ثالثاً -** لا تسمو قواعد القانون الجنائي على غيرها من القواعد القانونية الأخرى، إذ ليس للترفع والسمو مجال في البحث العلمي على الرغم من تمييز قواعد القانون الجنائي لما لها من أهمية في حماية المصالح القانونية، وإذا كان القصد هو سمو التشريعي فإن هذا سمو يتحقق لقواعد القانون الدستوري لأنه يشغل مركز القانون الأساسي بالنسبة لغيره من القوانين.

**رابعاً -** اختلف الفقه حول الاستقلال القاعدي لقواعد القانون الجنائي وقد تنازع الاختلاف نظريات رئيسية، توجهت الأولى نحو التبعية المطلقة للقانون الجنائي فتكون وظيفته جزائية بحتة فينص على العقوبات الجزائية للتكاليف التي تنص عليها قواعد قانونية غير جنائية، واتجهت الثانية إلى الاستقلال المطلق لقواعد القانون الجنائي نظراً لاختلاف أطراف الرابطة القانونية واختلاف الغاية التي تهدف القاعدة الجنائية لتحقيقها، وتذهب النظرية الثالثة إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين فتذهب إلى أن تبعية القواعد الجنائية تكون مقيدة وليست مطلقة أو أن استقلالها يكون نسبياً وليس مطلقاً.

**خامساً -** نتفق مع التوجه الغالب في الفقه الذي يؤكد على ذاتية القانون الجنائي وإنكار تبعيته المطلقة للقوانين الأخرى أو استقلاله، إذ يرتبط القانون الجنائي ارتباطاً وثيقاً بفروع القانون الأخرى من أجل تحقيق أهداف النظام القانوني، ولا تعني ذاتية القانون الجنائي الانفصال أو الاستقلال التام، إنما تعني أن لهذا الفرع من فروع القانون طابعاً ذاتياً خاصاً به فلا يتعارض مع غيره من فروع القانون في تنظيم الحياة في المجتمع، وأن هذه الذاتية هي أمر لا ينفرد القانون الجنائي بها وحده، وإنما هي مبدأ عام ينطبق على جميع فروع القانون.

**سادساً -** يترتب على الاعتراف بذاتية القانون الجنائي عدة نتائج مهمة من ضمنها اختلاف الإجراءات الجنائية المقررة لقانون العقوبات عن تلك الإجراءات المقررة لفروع القانون الأخرى، إضافة إلى أن تعديل فروع القانون الأخرى لا يترتب عليه تعديلاً مماثلاً في القانون الجنائي، إضافة إلى ذاتية المصطلح الجنائي إذ لا يتقيد القانون الجنائي بالمفهوم الفني للمصطلحات القانونية التي تنص عليها فروع القانون الأخرى (مثل ذلك مصطلح المال والموظف والشيك) وكذلك المفاهيم الشرعية أو

الاجتماعية لبعض المصطلحات (مثال ذلك مفهوم العرض)، وإنما يتم تطويع هذه المفاهيم (اتساعاً أو ضيقاً) على النحو الذي يحقق أهداف وغايات القانون الجنائي التي تختلف عن أهداف وغايات القوانين الأخرى لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وتحقق الغاية منها.

**سابعاً -** نظراً لأن أهداف القانون الجنائي تتميز عن أهداف القوانين الأخرى لذلك فإن كل تعديل في أحكام ومصطلحات القوانين غير الجنائية لا يفرض تعديلاً مماثلاً في أحكام ومصطلحات القانون الجنائي لأنه يعبر عن فلسفة مختلفة ما لم تكن تلك الأحكام غير الجنائية تندمج اندماجاً في شق التكليف الجنائي الوارد في القواعد الجنائية.

**ثامناً -** يقصد بذاتية المصطلح الجنائي تطويع مفهوم المصطلح الجنائي إذ يتم تحديد وتفسير هذه التعبيرات والمصطلحات في البدء وفقاً للمعنى المحدد لها في القانون الأصلي إذ تخضع القواعد والمصطلحات غير الجنائية للقانون الذي ينظمها ويحكمها كأصل عام، ثم يطوع هذا المفهوم (اتساعاً أو ضيقاً) على النحو الذي يحقق أهداف القانون الجنائي لكي تكون الحماية الجنائية للمصالح المختلفة لها فاعليتها وقيمتها وتحقق الغاية منها بما يؤدي إلى تحقيق السياسة الجنائية وحماية المصالح التي يهدف لحمايتها.

**تاسعاً -** إن ذاتية المصطلح الجنائي قد تظهر في حدود القانون الجنائي ذاته إذ قد لا يترتب على تحديد أو تعديل مفهوم مصطلح ما في باب من أبواب القانون تحديداً أو تعديلاً مماثلاً في الأبواب الأخرى إلا إذا نص القانون على ذلك، إنما قد تظهر خصوصية ذاتية مفهوم المصطلح الجنائي بين أبواب أو فصول القانون الجنائي التي تعالج جرائم مختلفة أو ما بين القانون الجنائي الموضوعي (قانون العقوبات) والقانون الجنائي الإجرائي (قانون الإجراءات الجنائية).

**عاشراً -** لا تثير ذاتية المصطلحات الجنائية إشكالية بالنسبة لمفهوم المصطلحات التي ينص عليها ابتداءً أو يبتكرها القانون الجنائي إذ يحدد مفهومها بما يتناسب وغايات القانون الجنائي الذي تضمنها، إنما تظهر أهمية ذاتية المصطلح الجنائي من حيث عدم تقييده بمفهوم العديد من المصطلحات التي استخدمها القانون الجنائي ونصت عليها في الأصل قوانين أخرى غير جنائية كالقانون المدني أو التجاري أو الإداري أو غيرها من القوانين أو تضمنتها أحكام الشريعة الإسلامية.

**أحد عشر -** ندعو المشرع الجنائي العراقي إلى التأكيد على مبدأ ذاتية القانون الجنائي بشكل عام والنتائج المترتبة عليه وخاصة ذاتية المصطلحات الجنائية، وذلك

من خلال ضرورة تعديل نص المادة (١٩) من قانون العقوبات وذلك بإضافة تعاريف للعديد من المصطلحات من أجل تحديد وبيان مفهوم أو تعريف المصطلحات غير الجنائية التي استخدمها القانون الجنائي وأشارت إليها أو تضمنتها قوانين أخرى كالقانون الإداري أو التجاري أو المدني أو القوانين الأخرى أو تضمنتها أحكام الشريعة الإسلامية بصورة تزيل عدم الوضوح أو عدم التحديد في المفهوم الأمر الذي يؤدي إلى عدم تحقيقها لغايات القانون الجنائي.

**ثاني عشر -** إن التشريع الجنائي يجب أن يصدر واضحاً ومحددًا بعيداً عن الغموض وعدم التحديد لذلك نقترح على المشرع الجنائي أفراد نصوص جنائية في بداية القوانين الجنائية يضمنها تحديد وبيان وتعريف دقيق للعديد من المصطلحات غير الجنائية يراعي فيها التأكيد على ذاتية المصطلح الجنائي وذلك من خلال تطويع مفهوم العديد من المصطلحات غير الجنائية التي لا يزال تحديد مفهومها يثير إشكالاً عند تفسير وتطبيق النصوص مهتدياً في هذا التحديد بذاتية القانون الجنائي من أجل تحقيق غاياته وأهدافه التي تختلف عن غايات وأهداف القوانين الأخرى على الرغم من توجه التشريعات الجنائية إلى الابتعاد عن إيراد التعاريف خوفاً من أن لا يكون التعريف جامعاً مانعاً أو خوفاً من جمود النص الجنائي وعدم مواكبته للتطور والتغير الحاصل في المجتمع.

## المصادر

### أولاً - كتب ورسائل:

- ١ - د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، ٢٠٠٢.
- ٢ - أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، ١٩٨٦.
- ٣ - أحمد فتحي بهنسي المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الحلبي وشركاؤه، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٤ - الإمام المهدي الدين لله أحمد المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمام، ج٥، ط١، ١٩٤٩.
- ٥ - القرافي، الفروق، ط١، ج٣، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ١٩٤٧.
- ٦ - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٦٦.
- ٧ - أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبدالجليل الرشداني المرغنياني، الهداية شرح بداية المنتهى، ج٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ب. ت.
- ٨ - أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة، المغني، ج٩، مطبعة العاصمة.
- ٩ - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٧٥.
- ١٠ - أبي محمد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج١١، مطبعة الإمام، مصر.
- ١١ - د. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ب. ت.
- ١٢ - جلال الدين بن عبدالرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ب. ت.
- ١٣ - د. جلال ثروت، نظم القسم الخاص، الجزء الثاني، جرائم الاعتداء على المال المنقول، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٤.
- ١٤ - د. ضاري خليل محمود، رضا المجني عليه في القانون الجنائي المقارن، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، ١٩٧٧.
- ١٥ - د. ضاري خليل محمود، أثر العاهة العقلية في المسؤولية الجزائية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٢.

- ١٦- د. فوزية عبدالستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
- ١٧- د. كامل السعيد، الجنون والاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية، ط١، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٨٦.
- ١٨- د. عبدالرحمن حسين علي علام، الحماية الجنائية لحق الإنسان في بيئة ملائمة، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، ب. ت.
- ١٩- عبدالرحمن الجوراني، جريمة اختلاس الأموال العامة في التشريع والقضاء العراقي، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠.
- ٢٠- د. عبدالعظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
- ٢١- د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، الإسكندرية، ١٩٦٨.
- ٢٢- د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٦٧.
- ٢٣- د. عبدالمهيمن بكر، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم الخاص، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢-١٩٧٣.
- ٢٤- د. عبدالمهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
- ٢٥- د. عبدالحميد الشواربي، جريمة الزنا وجرائم الاغتصاب وهتك العرض والفعل الفاضح والدعارة، دار الفكر الجامعي، ١٩٨٩.
- ٢٦- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، المجلد الأول، مكتبة دار التراث، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٢٧- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج٢، ط٥، ١٩٦٨.
- ٢٨- د. عبدالمنعم الحفني، موسوعة الطب النفسي، المجلد الأول، الطبعة الثانية، مكتبة مدبولي، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٢٩- د. عصام عفيفي حسين عبدالصير، تجزئة القاعدة الجنائية، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

- ٣٠- د. عصام عفيفي عبدالصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها، ط ١، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٣١- علاء الدين بن أبي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٦.
- ٣٢- الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، ١٩٥٤.
- ٣٣- الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الجبلأوي، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٣٤- د. علي راشد، المبادئ العامة في قانون العقوبات.
- ٣٥- علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق إبراهيم الايباري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١.
- ٣٦- د. رفيق محمد سلام، الحماية الجنائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- ٣٧- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨.
- ٣٨- د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، ١٩٧٦.
- ٣٩- د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٩٧.
- ٤٠- د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٤١- محمد أمين بن عابدين، حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، ج٤، المطبعة الميمنية، القاهرة، ب. ت.
- ٤٢- محمد حامد الجمل، الموظف العام فقهاً وقضاً، ج١، ط١، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٥٨.
- ٤٣- د. محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠.
- ٤٤- د. محمد علي سويلم، تكييف الواقعة الإجرامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠.

- ٤٥ - محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩.
- ٤٦ - محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط١، ب. م، ١٩٥٢.
- ٤٧ - محمد عبدالرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر، بيروت، ط١.
- ٤٨ - د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- ٤٩ - محمود محمد علي صبرة، أصول الصياغة القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧.
- ٥٠ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢.
- ٥١ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٥٢ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، ١٩٦٨.
- ٥٣ - د. محمود أبو زيد، المعجم في علم الإجرام والاجتماع القانوني والعقاب، دار الكتاب للنشر والتوزيع، ١٩٨٧.
- ٥٤ - د. مراد رشدي، النظرية العامة للاختلاس في القانون الجنائي، ط١، مكتبة نهضة الشرق، ١٩٧٦.
- ٥٥ - مصطفى رضوان، جرائم الأموال العامة فقهاً وقضاء، ط٢، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٠.
- ٥٦ - معوض عبدالنواب، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحريق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٩.
- ٥٧ - د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، ط٢، مطبعة التوني، ١٩٨٩.
- ٥٨ - د. محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، الفنية للطباعة والنشر، ١٩٨٥.
- ٥٩ - موفق الدين ابن قدامة، وشمس الدين ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢.

- ٦٠- موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع، ج٢، المطبعة السلفية، ب. ت.
- ٦١- محمود مطلوب أحمد و د. خالد رشيد الجميلي، الفقه الجنائي، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٤.
- ٦٢- يعقوب يوسف الجدوع ومحمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مطبعة النعمان، النجف، ١٩٧٢.

### ثانياً - البحوث:

- ١ - د. أحمد العزي النقشبندي، غموض النصوص الدستورية وتفسيرها، مجلة كلية الحقوق جامعة النهدين، المجلد ٧، العدد ١٢، ٢٠٠٤.
- ٢ - د. أحمد علي المجدوب، الزنا بالمحارم في الفقه الجنائي الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، المجلة الجنائية القومية، العدد ٢-٣، المجلد الحادي والعشرون، ١٩٧٨.
- ٣ - د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، العدد الثاني، المجلد السابع عشر، يوليو ١٩٧٤.
- ٤ - د. عبدالوهاب حومد، نظرات معاصرة على استقلالية القانون الجزائي، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة الرابعة والعشرون، ٢٠٠٠.
- ٥ - عبدالحميد إبراهيم المجالي، القتل لحماية الشرف ودفن العار في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مجلة مؤتمرات للبحوث والدراسات، العدد ١، المجلد ١٥، ٢٠٠٠.
- ٦ - د. مأمون محمد سلامة، جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة في ضوء المنهج الغائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة ٣٩، ١٩٦٩.
- ٧ - د. محمد صبحي نجم، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الأردني، مجلة دراسات، المجلد الرابع عشر، العدد السابع، ١٩٨٧.
- ٨ - د. نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، السنة الثانية والعشرون، ١٩٩٨.

### ثالثاً - القوانين:

- ١ - العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
- ٢ - قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧.

- ٣ - قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤.
- ٤ - القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- ٥ - قانون العقوبات الجزائري الصادر سنة ١٩٦٦.
- ٦ - قانون العقوبات الفرنسي الجديد النافذ سنة ١٩٩٤.
- ٧ - قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٩١.
- ٨ - قانون العقوبات اللبناني لسنة ١٩٤٣.
- ٩ - قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.
- ١٠ - قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧.
- ١١ - قانون العقوبات الليبي الصادر سنة ١٩٥٣.
- ١٢ - قانون العقوبات التونسي الصادر سنة ١٩١٣.
- ١٣ - قانون العقوبات المغربي لسنة ١٩٦٣.

#### رابعاً - مصادر أجنبية:

- 1 - Bonzat (P), Traite de droit penal et de criminologie, T1, 20 Edition, 1970, No.6.
- 2 - Liford Rees, Text Book of psychiatry, Exford University, 1996.