

تكامل القاعدة الجنائية

م. د. حيدر غازي فيصل

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المرحلة الثالثة

المادة المكف بتدريسها- قانون العقوبات / القسم

الخاص

المقدمة

تنشأ القاعدة الجنائية علاقة قانونية بين المخاطبين بها من جهة وبين الدولة من جهة أخرى. فالمخاطبون بالقاعدة الجنائية عليهم واجب الامتناع عن ممارسة اي نشاط مما يترتب عليه جزاء جنائي، كما ان الدولة لها الحق في المطالبة بتوقيع هذا العقاب على كل من يرتكب الجريمة. فاذا ارتكب الجاني الجريمة موضوع هذه العلاقة، اذ يلتزم بالخضوع للعقاب، ويحق للدولة عندئذ ان تطبق عليه العقاب. والاصل ان القاعدة الجنائية تتضمن بذاتها معنى التجريم والعقاب معاً، ولكنه في بعض الاحوال، ان النص التشريعي يوزع القاعدة الجنائية بشقيها على اكثر من نص قانوني، بالاضافة إلى ذلك، فقد يقتصر النص على العقوبة ويحيل في تحديد شق التجريم إلى نصوص أخرى، ويطلق على النص في هذه الحالة (القاعدة الجنائية على بياض). فما هو إذن مفهوم تجزئة القاعدة الجنائية؟ وما هو مدلول القاعدة الجنائية على بياض؟ وكيف يتم تكملة القاعدة الجنائية؟ وما هي الضوابط اللازمة لذلك؟ وما أهمية تجزئة القاعدة الجنائية وتكاملها؟

ولغرض الوقوف على تحديد تكامل القاعدة الجنائية سوف نقسم هذا البحث على خمسة مباحث، على النحو التالي:

المبحث الاول: مفهوم تجزئة القاعدة الجنائية.

المبحث الثاني: القاعدة الجنائية على بياض.

المبحث الثالث: تكامل القاعدة الجنائية.

المبحث الرابع ضوابط تكامل القاعدة الجنائية.

المبحث الخامس: أهمية تجزئة القاعدة الجنائية وتكاملها.

المبحث الاول

مفهوم تجزئة القاعدة الجنائية

تتضمن القاعدة الجنائية في صورتها المثلى على شقين هما: شق التجريم أو التكليف، وشق الجزاء. ويرتبط شقا التجريم والجزاء في القاعدة الجنائية بعلاقة منطقية وزمنية، ذلك ان التجريم يستتبع منطقيا الجزاء كوسيلة لاحترام نصوصه، اما العلاقة الزمنية فأساسها ان الجزاء يتبع زمنيا الانتهاك الفعلي لشق التجريم^(١). ويلاحظ ان المقصود بالتتابع الزمني بين شقي التجريم والجزاء هنا هو تتابع في التطبيق العملي لكلا العنصرين، بمعنى ان شق الجزاء لا يطبق عملياً الا بعد ان يسبقه شق التجريم. فاذن ليس المقصود بالتتابع الزمني هو حتمية التتابع في وضع كلا الشقين بواسطة المشرع، ذلك انه قد نجد احيانا ان شق الجزاء يسبق في وضعه زمنيا وضع شق التجريم، كما في القاعدة الجنائية على بياض وذلك على النحو الذي سنتطرق له تفصيلا فيما بعد.

واذا كانت الصورة المثلى للقاعدة الجنائية هي اشتمالها على شقي التجريم والجزاء في نص واحد، فان شقي القاعدة الجنائية قد لا يتواجدان معاً في ذات النص، فقد يتواجد شق التكليف في نص بينما شق الجزاء يتكفل به نص آخر^(٢).

فالقاعدة الجنائية قد توجد مجزأة بين اكثر من نص تشريعي في قانون واحد أو في قوانين مختلفة معاصرة. ويطلق على النص الذي يحتوي شقاً واحداً للقاعدة الجنائية النص الجنائي الناقص أو غير الكامل، بيد ان هذه التسمية كانت محل نقد جانب من الفقه، ويرجع ذلك إلى انه ليس من مهمة النص الجنائي ان يحتوي شقي القاعدة الجنائية^(٣).

وبناءً على ذلك يمكن تقسيم النص الجنائي اذن إلى نص جنائي مستوعب للقاعدة الجنائية وهو الأصل، ونص غير مستوعب لهذه القاعدة، لأنه اقتصر على تحديد حكمها تاركاً

(١) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - القاعدة الجنائية - دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر - الشركة الشرقية للنشر والتوزيع - لبنان - بيروت - ط١ - ١٩٦٧ - ص ٣٥.

(٢) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة القاعدة الجنائية - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي - دار النهضة العربية - القاهرة - ط١ - ٢٠٠٣ - ص ١٠٢. د. حسينة شرون - تجزئة القاعدة الجنائية - بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني - مجلة دورية تصدر عن قسم الكفاءة المهنية - جامعة محمد خيضر بسكرة - العدد (٧) - ابريل - ٢٠١٠ - ص ٧٨.

(٣) انظر: د. يسر انور علي - دراسة في الاصول العامة للقانون الجنائي - ١٩٦٩ - دار النهضة العربية - ص ٩٨. سيف صالح مهدي العكيلي - التوازن في القاعدة الجنائية - دراسة تحليلية - رسالة ماجستير - الجامعة المستنصرية - كلية القانون - ٢٠١٣ - ص ٧٤.

تحديد الجزاء على مخالفته لنص آخر، واما اقتصر على تحديد الجزاء تاركاً لنص غيره تحديد الحكم الذي يترتب هذا الجزاء على مخالفته^(١).

ففي الحالة الاولى يتوافر للقاعدة الجنائية عنصرها، غاية ما في الأمر ان يوجد احدهما في نص والثاني في نص آخر، مع قيام هذين العنصرين في نفس الوقت كل منهما في موضوعه ولا يشترط ان تكون هذه النصوص تنتمي إلى قانون واحد. ولكن هناك حالة لا يتوافر فيها للقاعدة الجنائية سوى عنصر الجزاء دون عنصر التجريم، وذلك حين تحيل هذه القاعدة في تحديد السلوك الموجب لعقوبتها إلى نص لم يصدر بعد، وانما من الممكن اصداره ليتولى هذا التحديد، وتسمى القاعدة في هذه الحالة بالقاعدة الجنائية على بياض.

وهو الأمر الذي جعل بانه من الادق وصف النص الذي يحتوي على شق التجريم فقط بالنص التجريمي المحض، ومن امثلته المادة (١٦٦) من قانون العقوبات المصري التي تحمي اتلاف الخطوط التليفونية التي تنشأها الحكومة كما احوالت إلى المواد الثلاث السابقة عليها لتحديد شق الجزاء حيث نصت على ان ((تسري احكام المواد الثلاث السابقة على الخطوط التليفونية التي تنشأها الحكومة او ترخص بانشائها لمنفعة عمومية)). واما النص الذي يحوي شق الجزاء فقط فهو نص جزائي بحت، ومن امثلته المادة (١٨١) من قانون العقوبات المصري التي تنص على أنه ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين كل من عاب باحدى الطرق المتقدم ذكرها في حق ملك أو رئيس دولة اجنبية)). وكذلك المادة (١٨٢) من قانون العقوبات المصري. فهاتان المادتان قد ورد فيها النص يحوي شق الجزاء، وأحال في بيان شق التكليف إلى نص آخر نافذ، وحال ومحدد في ذات القانون، وهو نص المادة (١٧٨) من قانون العقوبات المصري، وهنا تتجزأ القاعدة الجنائية بين أكثر من نص الأمر الذي دفع بعض الفقه ان يطلق على القاعدة الجنائية في هذه الحالة ((القاعدة الموزعة))^(٢).

يتضح من ذلك ان النص الجنائي قد لا يستوعب القاعدة الجنائية بأكملها، وهنا تتوزع القاعدة الجنائية بين اكثر من نص، اذ يحتوي واحد من هذه النصوص أحد شقي القاعدة الجنائية اما شق التكليف واما شق الجزاء فقط، ويحيل إلى نصوص أخرى امر تحديد الشق

(١) انظر: د. رمسيس بهنام- النظرية العامة للقانون الجنائي- منشأة المعارف بالاسكندرية- ط٣- ١٩٩٧- ص ٢٠١.

د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- تجزئة القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص ١٠٣.

(٢) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي- القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص ٣٩ وما بعدها.

د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- تجزئة القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص ١٠٤.

الآخر. فهنا توزعت القاعدة الجنائية بين اكثر من نص ولكن يجب عدم الخلط بين القاعدة الجنائية الموزعة والتي يتولى المشرع توزيعها على نصين جنائيين، وبين القاعدة الجنائية التي يطلق عليها الفقه المقارن بالقاعدة الجنائية على بياض^(١). وهي القاعدة التي يتضمن النص الجنائي فيها على العقوبة فقط ((شق الجزاء))، بينما يحيل تحديد التجريم إلى نصوص أخرى، اذ تتميز القاعدة على بياض بأن شق التكليف لم يصدر بعد، وانما من المنتظر اصداره ويكتمل تحديده في نص لاحق للنص الذي ورد به شق الجزاء^(٢).

اما القاعدة الجنائية المجزأة فان المشرع يتولى توزيعها على نصين جنائيين فحسب، وقد تكون مجزأة وموزعة بين اكثر من نص تشريعي في قانون واحد أو في قوانين مختلفة ولكنها متزامنة أو متعاقبة اي انه في هذه الحالة يتوافر للقاعدة الجنائية شقيها، غاية ما في الأمر ان يوجد احدهما في نص والثاني في نص آخر، مع قيام هذين الشقين معاً في نفس الوقت كل منهما في موضعه^(٣).

وبناءً عليه فالقاعدة المجزأة تأخذ صورتين، صورة القاعدة الجنائية البحتة والتي يكون فيها شق التجريم واضحاً ومحدداً، وان ورد في نص تشريعي اخر نافذ، وصورة القاعدة التجريبية المحضة التي يكون شق الجزاء فيها واضحاً ومحدداً ولكنه ورد في نص أو تشريع اخر نافذ.

بينما تعد القاعدة الجنائية على بياض صورة خاصة للقاعدة المجزأة على اعتبار أنها ترد في نص تشريعي جنائي يحتوي شق الجزاء فقط، ثم يكتمل تحديد شق التكليف لاحقاً، ويحيل المشرع في وضعه وتحديد معالمه إلى نص تشريعي اخر لم يصدر بعد^(٤).

(١) انظر: د. احمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦ - ص ١٤٧. د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - المصدر السابق - ص ٢٠٢. د. حسينة شرون - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ٧٩.

(٢) يقصر بعض الفقه امكانية تحديد شق التكليف الذي تكتمل به القاعدة على بياض على قانون آخر يكون غير القانون الجنائي، بحيث تملأ بياض القاعدة الجنائية قاعدة غير جنائية، ولكن الأمر لا يكون كذلك دائماً لان شق التكليف الذي تكتمل به القاعدة على بياض قد يوجد في نص تشريعي جنائي ايضاً. انظر في ذلك: د. أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - ط ٢ - القاهرة - دار الشروق - ٢٠٠٤ - ص ٦٧. د. حسينة شرون - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ٧٩.

(٣) انظر: د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - المصدر السابق - ص ٢٠٢. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ٤٠.

(٤) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - القاعدة الجنائية على بياض - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي - دار أبو المجد للطباعة - بالهرم - ٢٠٠٧ - ص ١٠٤.

يتضح مما تقدم إلى انه اذا كان من المتصور وجود نصوص غير كاملة أو غير مستوعبة،
فانه لا يمكن تصور وجود قواعد جنائية ناقصة أو غير تامة، وذلك لان القاعدة الجنائية تكون
دائماً من شقين، شق التكليف وشق الجزاء.

المبحث الثاني

القاعدة الجنائية على بياض

الاصل ان النص التشريعي يتضمن بذاته معنى التجريم والعقوبة معاً، ولكنه في بعض الاحوال قد يقتصر على العقوبة ويحيل في تحديد التجريم إلى نصوص أخرى. وفي هذه الحالة يطلق الفقه على هذا النوع من القواعد اسم القاعدة على بياض^(١). وتتميز القاعدة الجنائية على بياض بأن شق التكليف أو شق التجريم لم يصدر بعد وانما من المزمع اصداره ويكتمل تحديده في نص لاحق^(٢)، للنص الذي ورد به شق الجزاء. وقد ذهب البعض من الفقه إلى ان القاعدة الجنائية على بياض يكفي المشرع فيها بتحديد شق الجزاء في النص الجنائي ويحيل في نفس الوقت إلى قانون اخر غير القانون الجنائي تحديد شق التكليف وقد يكون هذا قائماً بالفعل أو من المزمع اصداره اي لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض^(٣). معنى ذلك- وفقاً لهذا الرأي- ان شق التكليف الذي تكتمل به القاعدة على بياض يرد دائماً في قانون اخر غير القانون الجنائي، ولا يكون موجوداً لحظة وضع القاعدة على بياض. ويؤخذ على هذا الرأي انه قصر إمكانية تحديد شق التكليف الذي تكتمل به القاعدة على بياض على قانون آخر غير القانون الجنائي في حين ان شق التكليف في القاعدة الجنائية على بياض كما قد يوجد في قانون غير جنائي، فانه قد يوجد في قانون جنائي أيضاً. مثال ذلك المادة (١٢٨) من قانون العقوبات المصري التي تعاقب كل موظف عمومي أو نحوه اذا دخل اعتماداً على وظيفته منزل شخص من أحاد الناس ((بدون مراعاة القواعد المقررة في القانون)). وهذه القواعد المحال اليها قد نظمها قانون آخر هو قانون الاجراءات الجنائية^(٤). وهو قانون جنائي بالطبع، ذلك ان وحدة الانتماء بين قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية قد جمعت بينها في كيان جنائي واحد دون اخلال مع ذلك بما لكل منهما من ذاتية خاصة مستقلة. فالاول تعبير عن القواعد الجنائية الاجرائية، بل قد توجد ضمن قانون الاجراءات الجنائية قواعد موضوعية كالنص على جريمة الامتناع عن

(١) انظر: د. أحمد فتحي سرور- الوسيط في قانون العقوبات- القسم العام- المصدر السابق- ص١٤٧. د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- القاعدة الجنائية على بياض- المصدر السابق- ص٩٨.

(٢) انظر: د. يسر انور علي- القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص٧٧.

(٣) انظر: د. رمسيس بهنام- الجريمة والمجرم والجزاء - منشأة المعارف بالاسكندرية- ١٩٧٣- ص٨٤. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي- القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص٤٠. د. احمد فتحي سرور- القانون الجنائي

الدستوري- المصدر السابق- ص٦٧.

(٤) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- تجزئة القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص١٠٧.

إداء الشهادة في المادة (٢٨٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري والمادة (١٢٦) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي. كما نجد ان قانون العقوبات يتضمن قواعد اجرائية كالنص على احكام الشكوى في جريمة الزنا في المادتين (٢٧٣ و ٢٧٤) من قانون العقوبات المصري والمادتين (٣٧٨ و ٣٧٩) من قانون العقوبات العراقي^(١).

ومن امثلة القاعدة الجنائية على بياض التي يحال في تحديد شق التكليف فيها إلى قانون اخر غير جنائي المادة (٥٠٣) من قانون العقوبات العراقي، التي تنص على عقوبة عقاب ((من امتنع من اصحاب الفنادق والنزل أو الخانات أو الغرف المؤثثة والمعدة لمبيت عدة اشخاص عن مسك سجل باسماء المسافرين أو الساكنين في الاماكن المذكورة حسب التعليمات الصادرة أو اهمل ذلك)) فالنص المذكور يتولى من جانبه تحديد شق الجزاء ويحيل في تحديد شق التكليف إلى التعليمات الصادرة بشأن امتناع أصحاب الفنادق والنزل أو الخانات أو الغرف المؤثثة والمعدة لمبيت عدة اشخاص عن مسك سجل باسماء المسافرين أو الساكنين في الاماكن المذكورة. وكذلك المادة (٣٢٥) من قانون العقوبات العراقي التي تفوض القانون الاداري في تحديد شق التكليف الخاص بجريمة تسخير الغير. وكذلك بالنسبة للمادة (٣٢٣) من قانون العقوبات العراقي وفيها تفويض للحكم الجزائي الصادر بادانة المتهم بان يتولى شق التكليف في هذه الجريمة وهي من الجرائم التي جاءت في الفصل الثالث من الباب السادس من قانون العقوبات تصدرها عنوان: ((تجاوز الموظفين حدود وظائفهم)).

ومن الامثلة أيضاً نص المادة (١٣١) من قانون العقوبات المصري التي تعاقب كل موظف عمومي اوجب على الناس عملاً (في غير الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك) أو استخدام اشخاصاً (في غير الاعمال التي جمعوا لها يمتضى القانون). فتفوض هذه المادة قانوناً اخر غير القانون الجنائي وقد يكون القانون الاداري في تحديد شق التكليف الخاص بهذه الجريمة (تسخير الغير)^(٢). ومن الأمثلة أيضاً ما جاء في القانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٧٦ بشأن تنظيم التعامل بالنقد الاجنبي، الذي فوض الوزير المختص في اصدار قرارات تبين الشروط

(١) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - النظرية العامة للقاعدة الاجرائية الجنائية - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - دون سنة نشر - ص ١٣.

(٢) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ٤٠. ولنفس المؤلف أيضاً: المطابقة في مجال التجريم - محاولة فقهية لوضع نظرية عامة للمطابقة - دار النهضة العربية - ط ٢ - ١٩٩١ - ص ٤.

والأوضاع التي يتم بها تحويل النقد، ونص على تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة (١٤) من هذا القانون، وذلك بالنسبة لمن يخالف هذه القرارات^(١).

ومثال ذلك أيضاً المادة (١٣١-١٦) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٩٢ والمعمول به من اول مارس ١٩٩٤ والتي تنص على انه ((تعين اللائحة المخالفات التي توقع فيها عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية اذا كان الفاعل شخصاً طبيعياً:

- ١- وقف ترخيص القيادة لمدة ثلاث سنوات على الاكثر.
- ٢- حظر حيازة او حمل سلاح يتطلب تصريحاً لمدة ثلاث سنوات على الاكثر.
- ٣- مصادرة سلاح أو عدة اسلحة يملكها المحكوم عليه أو يكون له حرية التصرف فيها.
- ٤- سحب رخصة الصيد مع حظر الحصول على رخصة جديدة مدة ثلاث سنوات على الاكثر.
- ٥- مصادرة الاشياء التي استخدمت أو كانت معدة لإستخدامها في ارتكاب الجريمة أو الاشياء المتحصلة منها^(٢).

نخلص من ذلك إلى ان القاعدة الجنائية على بياض هي: قاعدة وردت في نص تشريعي جنائي يحوي شق الجزاء فقط، بينما شق التكليف أو التجريم يكتمل تحديده لاحقاً ويحيل المشرع وضعه وتحديد معالمه إلى نص تشريعي آخر سواء كان ذلك النص الاخير جنائي أو غير جنائي^(٣).

معنى ذلك ان شق التكليف في القاعدة على بياض لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض^(٤). بل يكتمل تحديده في نص لاحق^(٥)، فيتكليف لقاعدة مستقلة

(١) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- تجزئة القاعدة الجنائية- المصدر السابق-ص١٠٨.

(٢) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- تجزئة القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص١٠٩ وما بعدها.

(٣) انظر:

Decocq (A): La structure de LA qualification Legale de droit penal approfondi, universite du caire ١٩٦٨-١٩٦٩, p.٦٢.

نقلاً عن: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- القاعدة الجنائية على بياض- المصدر السابق-ص١٠٢.

(٤) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي- القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص٤٠.

(٥) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها- دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الإسلامي- ط١- ٢٠٠٧- ص٣٠٩.

تحدد نطاقه فقط^(١). وبناءً على ذلك فالقاعدة على بياض تختلف عن القواعد الجنائية البحتة في ان شق التجريم في هذه الأخيرة حال ومحدد، وان ورد في نص أو تشريع آخر نافذ^(٢). وفيما يتعلق بالعلاقة بين القاعدة الجنائية على بياض والقاعدة الجنائية المجزأة، فان المشرع يتولى في الاخيرة توزيع شقيها على نصين جنائيين^(٣)، وقد توجد مجزأة أو موزعة بين اكثر من نص تشريعي في قانون واحد أو قوانين مختلفة ولكنها متعاصرة^(٤). اي انه بعبارة أخرى يتوافر للقاعدة الجنائية شقيها، غاية الأمر يوجد احدهما في نص والثاني في نص آخر، مع قيام هذين الشقين معاً في نفس الوقت كل منهما في موضعه^(٥). وعلى ذلك فالقاعدة الجنائية البحتة والتي يكون شق التجريم فيها حالاً ومحدداً، وان ورد في نص أو تشريع آخر نافذ، ما هي الا صورة من صور القاعدة الجنائية الموزعة شأنها شأن القاعدة الجنائية المحضة^(٦). وذلك بخلاف القاعدة الجنائية على بياض والتي ترد في نص تشريعي جنائي يحوي شق الجزاء فقط بينما شق التكليف يكتمل تحديده لاحقاً ويحيل المشرع في وضعه وتحديد معالمه إلى نص تشريعي آخر لم يصدر بعد وانما من الممكن اصداره ليتولى هذا التحديد، وسواء كان ذلك النص الاخير جنائياً أو غير جنائياً، كما يستوي ان يكون قانوناً أو لائحة أو قرار طالما أنه قد صدر بناءً على قانون^(٧).

(١) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ١١١.

(٢) انظر: د. يسر انور علي - القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ٧٧.

(٣) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ٤٠.

(٤) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ١١١.

(٥) انظر: د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - المصدر السابق - ص ٢٠٢.

(٦) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - القاعدة الجنائية على بياض - المصدر السابق - ص ١٠٤.

(٧) انظر: د. احمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - المصدر السابق - ص ٥٣ وما بعدها.

المبحث الثالث

تكامل القاعدة الجنائية

إذا كانت القاعدة الجنائية تتضمن شقين هما التكليف والجزاء معاً، فإنهما في بعض الأحيان قد ينفصلان، فيأتي شق التجريم في نص جنائي، ويأتي شق الجزاء في نص آخر، وقد يكون ذلك في قانون واحد أو قوانين مختلفة ولكنها معاصرة وحالة ومحددة ونافذة في القاعدة المجزأة، وقد يكون شق الجزاء محددًا بينما شق التجريم يكتمل تحديده في نص لاحق.

وقد اختلف الفقه حول تكملة القاعدة الجنائية على بياض، ويرجع ذلك إلى صعوبة تحديد طبيعة هذا النص أو الاجراء اللاحق الذي تكتمل به القاعدة الجنائية. فهل يكون هذا النص تشريعياً أم من الجائز ان يكون قرار ادارياً أو لائحة أو اجراء قضائياً؟
أولاً: دور القانون في تكملة القاعدة الجنائية:

يقصد بالقانون في هذا الشأن التشريع والذي يتولى اصداره السلطة التشريعية ويقصد بالتشريع كل النصوص المكتوبة التي تقرر قواعد عامة مجردة بشرط ان تكون صادرة عن سلطة مختصة بذلك طبقاً للدستور، على ذلك تستبعد القرارات الادارية الفردية التي تواجه حالات معينة بالذات. ويقصد بالنص التشريعي كل قاعدة قانونية مكتوبة صادرة عن سلطة مختصة بالتشريع.

فالأصل ان التشريع بصفته تعبيراً عن ارادة الشعب، هو الذي يمكن ان يكون مصدر للتجريم والعقاب. فلا يجوز انشاء جريمة أو تقدير عقوبة الا بتشريع تقره السلطة التشريعية. وبناء على ذلك يمتنع على القاضي ادانة متهم عن جريمة أو يوقع عليه عقوبة، ما لم يكن قد صدر بالجريمة والعقوبة تشريع معين. هذا بخلاف القاضي المدني، فانه اذا لم يجد نصاً في القانون يلجأ إلى مصادر أخرى، هي العرف ومبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة^(١).

ثانياً: دور اللائحة في تكملة القاعدة الجنائية:

(١) انظر: د. احمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - المصدر السابق - ص ٥٧. د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة العقوبة - دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤ - ص ١١٢.

إذا كان الاصل هو اختصاص السلطة التشريعية بوضع التشريع، فإن الدستور أو القانون قد يمنح السلطة التنفيذية سلطة تشريع محدودة، فتعد النصوص الصادرة عنها تشريعاً وتصلح بذلك مصدراً للتجريم والعقاب^(١).

معنى ذلك انه لا يشترط في النصوص التشريعية صدورها عن السلطة التشريعية وانما يكفي صدورها عن سلطة مختصة بالتشريع وفقاً للدستور أو القانون.

يتضح من ذلك ان النصوص التشريعية تقسم إلى نوعين هما: القوانين واللوائح. فالاولى تصدر عن السلطة التشريعية باعتبارها السلطة المختصة بالتشريع اصلاً، والثانية تصدر عن السلطة التنفيذية، وهي سلطة تختص بالتشريع استثناءً وقد تنبه واضعوا الدستور المصري إلى هذه الحقيقة، لذلك جاء نص المادة ٢/٦٦ من الدستور على النحو الذي يقضي بانه ((لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون)) حتى يفسح المجال للوائح لكي تكون مصدراً للتجريم والعقاب باعتبارها تصدر بناءً على قانون^(٢). وتضفي على مبدأ الشرعية طابعاً مرناً.

وعلى ذلك يعد تشريعاً جنائياً كل نص جنائي مدون له قوة الالزام اصدرة هيئة تملك إصداره. ويدخل في هذا المعنى اولاً: القوانين بمعناها الدستوري وهي التي تصدر عن السلطة التشريعية وفقاً للاوضاع الدستورية المقررة ويلحق بها المراسيم التي لها قوة القانون. ثانياً، اللوائح التي تصدر من جهات الادارة بتفويض من المشرع. والتفويض يكون على وجهين: الاول عام لم يحدد جهة معينة من جهات الادارة، كما هو الشأن في المادة (٣٩٥) من قانون العقوبات المصري والتي تم استبدالها بالمادة (٣٨٠). والثاني، خاص يصدر لجهة معينة من جهات الادارة وفي مسائل محددة. ومن امثلة ذلك ما جاء بالمادة (١٧) من المرسوم بقانون رقم (٩٦) لسنة ١٩٣٩ الخاص بالتدابير الاستثنائية التي تتخذ لتأمين سلامة البلاد ونصها ((يجوز لوزير الدفاع الوطني والداخلية حفظاً للنظام والامن العام ان يصدر قرارات تطبق في كل القطر أو في جزء منه ولا يجوز ان تتجاوز العقوبات المقررة للجرائم التي تقع مخالفة لهذه القرارات الحبس مدة ثلاثة اشهر أو غرامة عشر جنيتها))^(٣).

(١) انظر: د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة والعقوبة والتدبير الاحترازي - دار النهضة العربية - ط٥ - ١٩٨٢ - ص ٧٧. وانظر كذلك: نقض ١٩٥٩/١/١٢: مجموعة احكام النقض، س ١٠، رقم ١٠، ص ٣٥. نقض ١٩٥٩/٣/١٦: س ١٠، رقم ٧٠، ص ٣١٥. نقض ١٩٥٩/٣/٣٠: س ١٠، رقم ٨٥، ص ٣٧٧.

(٢) انظر: د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط٥ - ١٩٨٢ - المصدر السابق - ص ٧٧. د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ١١٥.

(٣) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ١١٦.

ويتضح من المثال ان المشرع يمكنه ان يفوض لجهة الادارة سلطة اصدار قرارات ايضاً تقوم بوضع الشق التجريمي تكملة لشق العقاب، الذي حددته المادة بما لايجاوز الحبس مدة ثلاث اشهر أو غرامة عشر جنيهاً.

فالأصل ان يكون التجريم والعقاب بيد السلطة التشريعية، الا ان الدستور قد خول السلطة التنفيذية في بعض الاحوال سلطة اصدار لوائح تكون مصدراً للجرائم والعقوبات في حدود معينة. ولهذا نصت المادة (٢/٦٦) من الدستور المصري على انه ((للاجريمة والعقوبة الابناء على قانون))، ولم يتطلب الدستور ان تكون الجريمة والعقوبة في القانون نفسه^(١).

وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا في مصر بتحديد السند الدستوري للترخيص للسلطة التنفيذية بناء على قانون في وضع نصوص تتعلق بالتجريم والعقاب، بانه نص المادة(٢/٦٦) من الدستور سالفة الذكر، واعتبرته المحكمة تفويضاً مقررراً بنص الدستور للمشرع في آن يعهد إلى السلطة التنفيذية بان تحدد بنفسها بعض ملامح التجريم والعقاب^(٢).

الا انه ليس للسلطة التشريعية ان تتخلى كلية عن ولايتها في تقرير نصوص التجريم والعقاب بان تعهد بها بأكملها إلى السلطة التنفيذية، وان كان يكفيها وفقاً لنص المادة (٦٦) من الدستور ان تحدد اطارا عاما لشروط التجريم وما يقارنها من جزاء، فلا يعتبر تدخلها عندئذ في المجال العقابي الا وفقاً للشروط والأوضاع التي نظمها القانون. ولا يعني ذلك ان للسلطة التنفيذية مجالاً تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فما زال دورها تابعاً للسلطة التشريعية ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتولاه بمبادرة منها ولا سند لها من قانون قائم^(٣). وهو ما يتطلب ان تكون احالة التشريع للسلطة التنفيذية واضحة، وان يتضمن التشريع التكليف الجنائي وحدود العقاب المقرر للمخالفة^(٤).

وتطبيقاً لذلك قضى بدستورية المادة (٣٢) من القانون رقم (١٨٢) لسنة ١٩٦٠ التي رخصت للوزير المختص (وزير الصحة) تعديل الجداول الملحقه بهذا القانون بالحذف

(١) انظر: د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم العام - المصدر السابق - ص ١٣٨.
(٢) أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٨/٢/٧: في القضية رقم (٤٠) لسنة ١٥ قضائية دستورية. وحكمها الصادر في ١٩٩٥/٥/٢٠: في القضية رقم (٥) لسنة ١٥ قضائية دستورية. وحكمها الصادر في ١٩٩١/٤/٦: في القضية رقم (١٧) لسنة (١١) قضائية دستورية. وحكمها الصادر في ١٩٩٢/٣/٧: في القضية رقم (٤٣) لسنة ٧ قضائية دستورية.

(٣) أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٥ يوليو سنة ١٩٩٧ في القضية رقم (٢٤) لسنة ١٨ قضائية دستورية، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩ يولية سنة ١٩٩٧، العدد (٢٩) وفي ذات المعنى نقض جنائي في ٢٩ يناير سنة ١٩٦٨، الطعن رقم ٤٠٠٢ لسنة ٣٧ قضائية.

(٤) انظر في هذا المعنى حكم المحكمة الدستورية الاسبانية رقم (١٢٠) لسنة ١٩٩٨ في ١٥ يونية سنة ١٩٩٨.

وبالإضافة أو بتغيير النسب الواردة فيها، وذلك تاسيساً على المادة (٦٦) من الدستور تقديراً من المشرع لما يتطلبه كشف وتحديد الجواهر المخدرة من خبرة فنية ومرونة في اتخاذ القرار يمكن معها مواجهة التغييرات المتلاحقة في مسمياتها وعناصرها تحقيقاً لصالح المجتمع^(١). وقضى بدستورية قرار وزير التموين رقم (٢٣٨) لسنة ١٩٨٦ لصدوره في حدود التفويض المنصوص عليه في المادة (٦٦) من الدستور، وبالتالي لا يعد تجريمه تداول بعض السلع أو التعامل فيها أو حيازتها بقصد الاتجار عملاً مخالفاً للدستور^(٢). وقضى بعدم دستورية البند (ب) من المادة (١٠) من قرار محافظ السويس رقم (٧٥) لسنة ١٩٨٥ لانه انطوى على اغتصاب سلطة عهد بها المشرع لوزير التموين في الحدود التي بينها المادة (٦٦) من الدستور^(٣).

ومن مظاهر قيام المشرع بتحويل السلطة التنفيذية في حالات معينة سلطة اصدار لوائح تكون مصدراً للتجريم والعقاب في حدود معينة، ما نصت عليه المادة (١٠٨) من الدستور المصري الحالي، وهو ما يسمى باللوائح التفويضية^(٤). حيث اجازت هذه المادة لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الاحوال الاستثنائية وبناءً على تفويض من مجلس الشعب باغلبية ثلثي أعضائه ان يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب ان يكون التفويض لمدة محدودة وان تبين فيه موضوعات هذه القرارات والاسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فاذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها، زال ما كان لها من قوة القانون^(٥). ويلاحظ ان هنا ان التفويض وان كان هو السند الدستوري لقيام السلطة التنفيذية بتنظيم مسألة مما تدخل في اختصاص السلطة التشريعية، الا ان ممارسة التفويض ذاته تتوقف على حالة الضرورة المصاحبة لضمانات فعالة تتمثل في المدة المحدودة لممارسة التفويض وبيان التفويض

(١) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في ٩ مايو سنة ١٩٨١ في القضية رقم (١٥) لسنة ١ قضائية دستورية منشور في الجريدة الرسمية في ٢٨ مايو سنة ١٩٨١، العدد (٢)، والقضية رقم (٢١) لسنة (١) قضائية ((دستورية)) والقضية رقم (٢٧) لسنة (٢٢) قضائية ((دستورية)) والقضية رقم (٣٠) لسنة (١) قضائية ((دستورية)) بنفس العدد المشار اليه في الجريدة الرسمية. ونقض جنائي في (٣١) مايو سنة ١٩٨١ الطعن رقم (١٨٦) لسنة (٥٠) قضائية.

(٢) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ في القضية رقم (١٢) لسنة (١٣) قضائية، منشور في الجريدة الرسمية في ديسمبر سنة ١٩٩٢، العدد (٤٩).

(٣) انظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في ٦ أبريل سنة ١٩٩١ في القضايا رقم (١٦) و (١٧) و (٢١) لسنة (٢١) قضائية دستورية.

(٤) انظر: د. أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - المصدر السابق - ص ٥٨ ومابعداها.

(٥) انظر: د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - المصدر السابق - ص ٧٨.

لموضوعات هذه القرارات والاسس التي تقوم عليها كل ذلك لتحقيق اهداف معينة من خلال السرعة والمرونة في اتخاذ القرار بقانون مناسب بناء على التفويض^(١).

وفي فرنسا نصت المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي الصادر في ٤ اكتوبر ١٩٥٨ على ان ((بيان الجنايات والجرح والعقوبات التي توقع على مرتكبيها من اختصاص السلطة التشريعية)). ونصت المادة (٣٧) من هذا الدستور على ان كل ما لا يدخل في المجال التشريعي يدخل في اختصاص السلطة الالائية. وفي ضوء هذين النصين نص قانون العقوبات الفرنسي في المادة (٢/١١١) على ان الالائة تحدد المخالفات وتضع في حدود القانون وما يقرره من تقسيمات للمخالفات، العقوبات المطبقة على المخالفين.

وجاء قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر عام ١٩٩٢ والمعمول به اعتباراً من اول مارس عام ١٩٩٤ فالغى عقوبة الحبس في المخالفات، مؤكداً المبدأ الذي سبق ان ارساه المجلس الدستوري الفرنسي. وواقع الامر، ان المجلس الدستوري الفرنسي لم يقتصر على تقييد السلطة الالائية في المسائل الجنائية، بل رأى انه من غير المفيد ابطال نص تشريعي نص على عقوبة الغرامة في مواد المخالفات، فقد رأى المجلس ان الدستور لم يقصد إلى تقرير عدم دستورية نص له طبيعة لالائية ورد في التشريع^(٢).

كذلك قد يحيل المشرع إلى الادارة في اصدار لوائح تنفيذية استناداً إلى المادة (١٤٤) من الدستور المصري الحالي مثال ذلك القانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٧٦ بشأن تنظيم التعامل بالنقد الاجنبي الذي فوض الوزير المختص في اصدار قرارات تبين الشروط والاوزاع التي يتم بها تحويل النقد، ونص على تطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادة (١٤) من هذا القانون على من يخالف هذه القرارات. فهنا حينما تقوم جهة الادارة ببيان الشروط والاوزاع التي يتم بها تحويل النقد الاجنبي فانها تقوم بوضع شق التكليف المكمل للقاعدة الجنائية، وذلك بتفويض من سلطة مختصة بالتشريع وبناء على قانون، وهو امر لم يفوت على المشرع الدستوري النص عليه حينما قرر في عجز المادة (١٤٤) من الدستور التي نصت على انه ((وبحوز ان يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه)). ولا شك ان مثل هذه القرارات التي تصدر تنفيذاً للقانون تعد نصوص تشريعية لانها استوفت المعيار المميز للنصوص التشريعية وهو كونها قواعد عامة مجردة، وليست قراراً ادارياً فردياً يواجه حالات

(١) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ١١٩.

(٢) انظر: د. احمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - المصدر السابق - ص ٦١ وما بعدها.

محددة بالذات. بالإضافة إلى كونها صادرة عن سلطة مختصة بذلك طبقاً للنظام القانوني العام للدولة كما يحدده الدستور^(١).

أما في العراق فقد نصت المادة (١) من قانون العقوبات على انه: ((لا عقاب على فعل أو امتناع الابناء على قانون ينص على تجرime وقت اقترافه، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون)).

والمعنى المقصود من عبارة ((الإبناء على قانون)) هو ان التجريم يمكن ان يأتي بواسطة القانون أو ما في حكمه ويمكن ان يأتي بتفويض من القانون للسلطة التنفيذية والهيئات الادارية. ومن قبيل ذلك نص المادة (٢٤٠) من قانون العقوبات حيث تنص على أنه ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر أو بغرامة لا تزيد على مائة دينار كل من خالف الأوامر من موظف او مكلف بخدمة عامة أو من مجالس البلدية أو هيئة رسمية أو شبه رسمية ضمن سلطاتهم القانونية أو لم يمثل أوامر أية جهة من الجهات المذكورة الصادرة ضمن تلك السلطات وذلك دون الاخلال باية عقوبة اشد ينص عليها القانون)). وقد حظيت فكرة التفويض التشريعي باهتمام بالغ من قبل المشرع العراقي في مجال الجرائم الاقتصادية حيث فوضت المادة (٧) من قانون اصلاح جنس الحيوان رقم (١١٦) الصادر سنة ١٩٢٦ وزير الزراعة والاصلاح الزراعي أو من يخوله اصدار التعليمات لغرض تسهيل تنفيذ احكام هذا القانون. في حين نصت المادة (٦) منه على معاقبة من يخالف احكامه. واجازت المادة (١١) من قانون المراعي وحماتها رقم (١٠٦) لسنة ١٩٦٥ اصدار انظمة وتعليمات لتسهيل تنفيذ احكامه وقضت المادة (١٠) من القانون نفسه بمعاقبة كل مخالفة لاحكامه أو الانظمة أو التعليمات الصادرة بموجبه وكذلك حصل في القوانين الخاصة بالمجال الاقتصادي الأخرى^(٢).

نخلص من ذلك إلى انه يشترط في اللائحة التي تتضمن التجريم والعقاب ان تكون صادرة بناء على تفويض التشريع للسلطة التنفيذية في الاختصاص فان كان الامر متعلقاً بالتجريم انفرد التشريع بتحديد الاهداف التي تنوخي اللائحة تحقيقها أو لتجديد المصالح التي يجب ان تحميها من وراء التجريم، وان كان الأمر متعلقاً بالعقاب انفرد التشريع بتحديد الحدين الأدنى والأقصى من العقوبات التي يمكن لللائحة ان تتحرك بداخلها. وليس له ان

(١) انظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- ط٥- ١٩٨٢- المصدر السابق- ص٧٦ وما بعدها.

(٢) انظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي- قانون العقوبات- الجرائم الاقتصادية- مطبعة جامعة بغداد- ١٩٨١- ص٩٧ وما بعدها. طلال عبدالحسين البدراني- المصدر السابق- ص١٤٥ وما بعدها.

يترك للأئحة في تحديد ما تختاره من عقوبات من حيث النوع أو الحكم، وإنما يجب ان يتم ذلك في الحدود التي يضعها المشرع في هذا الشأن، ومن ناحية أخرى، فإنه يشترط صفة معينة في مصدر اللائحة فمناطق الأمر متروك للمشرع نفسه في تحديد اختصاص السلطة التنفيذية من خلال اللوائح في التجريم والعقاب، ويجب على التشريع حين يسند للأئحة مهمة التجريم والعقاب ان ينص على ذلك صراحة في حدود المبادئ التي يحددها التشريع. ثالثاً: مدى امكانية قيام الحكم القضائي بتكملة القاعدة الجنائية:

ذهب رأي في الفقه إلى انه من الجائز أن يقوم الحكم القضائي بتكملة القاعدة الجنائية. بيد ان هذا الرأي لم يرق لجانب اخر من الفقه على سند من القول بانه يخلط بين اصدار القاعد القانونية وتطبيقها^(١). وهذا مما حدا بجانب ثالث من الفقه إلى القول بأنه ليس من المقبول عدم تصور امكانية ان يكون الاجراء المكمل للقاعدة الجنائية على بياض حكماً جنائياً، كأن يفوض المشرع القضاء في الحكم الصادر بأدانة المتهم بأن يتولى تحديد شق التكليف في القاعدة. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (٣٢٣) من قانون العقوبات العراقي التي تعاقب بالحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة عاقب أو أمر بعقاب محكوم عليه بأشد من العقوبة المحكوم بها عليه طبقاً للقانون أو بعقوبة لم يحكم بها عليه مع علمه بمخالفة عمله القانون. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فان القول بوجوب قصر الاجراء اللاحق دائماً على عمل من السلطة الادارية هو قول محل نظر، لان الجهة الادارية اقل مرتبة في تدرج التشريع من تلك التي اصدرت القاعدة^(٢)، كذلك فان ترك ذلك الامر للجهة الادارية دون وضع قيود وضوابط تشريعية من شأنه ان يفتح الباب لتعسف السلطة الادارية.

فاذا كان الدستور المصري قد خول السلطة التنفيذية سلطة اصدار لوائح في شأن التجريم والعقاب، فأجاز ان تكون الجريمة أو العقوبة بناء على قانون، مما يعطي السلطة للمشرع ان يسند للسلطة التنفيذية بواسطة اللائحة تحديد جوانب التجريم والعقاب. كذلك فان القانون قد يفوض إلى الحكم الجنائي الصادر بالأدانة أمر تكملة القاعدة الجنائية وتحديد شق التكليف. ولا شك ان الحكم الجنائي الصادر بالأدانة في هذه الحالة يكتسب الشرعية في الدخول على القاعدة الجنائية والاتصال بها لتكملتها بما يتولاه من تحديد شق التكليف، وهذه الشرعية اكتسبها الحكم من تفويض صدر اليه من سلطة مختصة بالتشريع، وهو المشرع وكان ذلك وفقاً للقانون وبناء عليه.

(١) أنظر: د. يسر انور علي - القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ٧٨.

(٢) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ٤١.

رابعاً: دور المصادر الأخرى في تكملة القاعدة الجنائية:

لقد ذكرنا إلى انه من الجائز ان يكون النص الذي يتولى تكملة القاعدة الجنائية قانوناً أو لائحة أو حتى حكماً قضائياً. ولكن هل تكفي هذه المصادر للقيام بهذا الغرض؟ وإذا كانت الاجابة بالنفي، فما هي المصادر الأخرى التي يمكن بها تكملة القاعدة الجنائية؟ وبعبارة أخرى، هل يمكننا القول بان العرف ومبادئ الشريعة الاسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لها دور في مجال تكملة القاعدة الجنائية؟ اجاب الفقه على هذا السؤال بالايجاب، على اعتبار ان هذه المصادر لها دور في مجال التجريم والعقاب، وتكملة القاعدة الجنائية. فقد يكون تحديد عناصر بعض الجرائم متطلباً تطبيق قواعد غير جنائية، فالسرقة تقتضي ثبوت كون الشيء مملوكاً للغير، والتحقق من هذا الركن وتوافره مرهون بتطبيق قواعد القانون المدني التي تحدد طرق اكتساب الملكية وانتقالها. وخيانة الامانة تقتضي وجود عقد من عقود الأمانة- كالايجار أو العارية أو الوكالة يربط بين الجاني والمجنى عليه، والفصل في توافر هذا الركن يقتضي تطبيق قواعد القانون المدني التي تحدد اركان هذه العقود واحكامها. ومن امثلة ذلك ايضاً جريمة اعطاء صك دون رصيد نستعين بالقانون التجاري الذي عرف الصك كورقة تجارية وشروط صحته وبياناته الالزامية حتى تحظى هذه الورقة بالحماية المقررة في قانون العقوبات. وغني عن البيان ان تحديد هذه القواعد وتفسيرها لا يعتمد على التشريع وحده، وانما يقتضي الاستعانة بسائر المصادر التي يعترف بها القانون المدني (ومن بينها الشريعة الاسلامية التي جعلها الدستور المصدر الرئيس للتشريع، وبذلك تستنفذ هذه المصادر إلى جانب التجريم والعقاب)^(١).

ويعني ذلك ان المشرع الوضعي عليه ان يراعي مبادئ الشريعة الاسلامية في التشريعات الوضعية، وهذا بالنسبة لقواعد التجريم والعقاب والاباحة والاعفاء. يتضح من ذلك ان الشريعة الاسلامية قد تكون مصدراً غير مباشر لنصوص التجريم، وذلك اذا كانت الواقعة المكونة للجريمة تقوم على عناصر قاعدية مستقاة من الشريعة الاسلامية. فجريمة الزنا مثلاً تتطلب في عناصرها القانونية قيام رابطة الزوجية بالنسبة للجاني، والشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي في محيط الاحوال الشخصية والتي يتحدد على هداها قيام رابطة الزوجية من عدمه^(٢).

(١) أنظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- تجزئة القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) أنظر: المصدر نفسه- ص ١٢٣.

كذلك للعرف اثره في تكملة النصوص التجريبية، من خلا ما يمارسه من دوراً مهماً في تكوين شق التكليف في القاعدة الجنائية حيث يمكن ان يكون هذا الاسهام في القاعدة الجنائية على بياض وفي القاعدة الجنائية ذات قالب الحر اذا صح التعبير.

فالقاعدة الجنائية على بياض هي قاعدة يحدد المشرع فيها شق الجزاء ويحيل في الوقت نفسه شق التكليف إلى قاعدة قانونية غير جنائية لتتولى تحديد هذا الشق الذي قد لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة على بياض^(١).

وابرز مثال على هذا النوع من القواعد هو القواعد الجنائية المتعلقة بالجرائم الايجابية المرتكبة بطريق سلبي. فقد نصت الفقرة (أ) من المادة (٣٤) من قانون العقوبات العراقي على انه ((تكون الجريمة عمدية اذا توفر القصد الجرمي لدى فاعلها وتعد الجريمة عمدية كذلك (أ) اذا فرض القانون او الاتفاق واجباً على شخص وامتنع عن ادائه قاصداً احداث الجريمة التي نشأت مباشرة عن هذا الامتناع)).

ويرتب القانون أو الاتفاق واجباً على الاشخاص ضمن المجتمع الواحد فان امتنع عن اداء هذا الواجب بقصد الوصول إلى النتيجة التي حدثت يكون قد ارتكب جريمة عمدية. والملاحظ ان هذه المادة لم تبين ماهية الواجب المطلوب القيام به بل تركت ذلك للقانون والاتفاق.

والعرف ابرز صورة من صور الاتفاق الجماعي فاذا قضى العرف مثلاً بان ترضع الام طفلها حديث الولادة وامتنعت عن ارضاعه بقصد قتله تكون قد ارتكبت جريمة القتل العمد بطريق الامتناع وهكذا الامر في باقي الالتزامات القانونية أو الاتفاقات العرفية ويتوقف عنصر من عناصر الجريمة في هذه الحالة على العرف وهو شق التكليف^(٢).

اما بالنسبة للتكليف الذي يصبه المشرع في قالب حر عندما يتعذر على المشرع ان يحيط بالوصف الدقيق للفعل المكون للجريمة نظراً لان طبيعته لا تسمح له بذلك مما يدفع المشرع إلى الركون إلى النتيجة الاجرامية فيحددها ويحدد معها الرابطة السببية اذ انه بتحديد النتيجة والرابطة السببية يتحدد الفعل الذي عنه تنبثق السببية فتربط بينه وبين النتيجة. وامثلة هذا النوع من القواعد الجنائية القاعدة المتضمنة النموذج القانوني بلجريمة السب في المادة (٤٣٤) من قانون العقوبات العراقي التي نصت على انه ((السب هو رمي

(١) انظر: طلال عبد حسين البدراني - الشرعية الجزائية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه - جامعة الموصل - كلية القانون - ٢٠٠٢ - ص ١٨٧.

(٢) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ٣٣٦.

الغير بما يחדش شرفه أو اعتباره أو يجرح شعوره وان لم يتضمن ذلك إسناد واقعة معينة)). فالصيغة الواردة هنا هي (بما يחדش الشرف والاعتبار أو يجرح الشعور) ويرجع في تحديد هذه الافعال إلى العرف والتقاليد السائدة ومجموعة الآراء والعواطف التي يحملها افراد البلد الواحد تمثل روحاً غير مرئية في ذاتها لكنها قوية الظهور في نتائجها أو عند المساس بها. حيث تعاقب بعض التشريعات الجنائية كل من ارتكب عمداً بقصد المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة اراضيها أو كان الفعل من شأنه ان يؤدي إلى ذلك^(١).

ويترك للعرف أيضاً تحديد الفعل الذي يجسم النموذج القانوني المجرد مثال ذلك ان بعض التشريعات تعرف القذف بأنه ((اسناد واقعة معينة إلى الغير باحدى طرق العلانية من شأنها لو صحت ان توجب عقاب من اسندت اليه أو احتقاره عند اهل وطنه))^(٢) كما تعاقب الموظف أو المكلف بخدمة عامة اذا ((استعمل القوة مع احد من الناس اعتماداً على وظيفته فأخل باعتباره أو شرفه أو احدث المأبذنه))^(٣).

وعادة ما يعمد المشرع إلى الاحالة في النصوص العقابية إلى العرف بخصوص الافعال ذات المضمون المتغير المتطور الذي يستمد تغيره وتطوره من ضمير الجماعة وتطور مفاهيمها الاجتماعية^(٤). فالمادة (٤٠١) من قانون العقوبات العراقي تعاقب كل من ارتكب مع شخص ذكر كان أو انثى فعلاً مخللاً بالحياء... وبعد الفعل مخللاً بالحياء امر نسبي يختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان ومن مجتمع إلى مجتمع تبعاً للاعراف السائدة فقد آثر المشرع في هذه الحالة تحديد الافعال هذه للعرف^(٥). وعندما تحيل القاعدة الجنائية صراحة أو ضمناً في بيان الواقعة التي تحكمها إلى فروع قانونية غير جنائية، يكون العرف مصدراً للقواعد القانونية فيها. وهذا ما يحدث بالنسبة لاستعمال الحق واداء الواجب كسبب من أسباب الاباحة. فالفرع القانوني الذي يقرر الحق أو يفرض الواجب بقواعده يكون للقاعدة العرفية اثرها فيه وبالتالي تؤثر على نطاق تطبيق القاعدة الجنائية^(٦).

(١) انظر: هذا ما نصت عليه المادة (١٥٦) من قانون العقوبات العراقي.

(٢) انظر: هذا ما نصت عليه المادة (١/٤٣٣) من قانون العقوبات العراقي والمادة (٣٠٢) من قانون العقوبات المصري.

(٣) انظر: هذا ما نصت عليه المادة (٣٢٢) من قانون العقوبات العراقي.

(٤) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ٣٣٨.

(٥) انظر: د. محمد صبحي نجم - قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - ط ٣ - ١٩٩٦ - ص ٤٥.

(٦) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ١٢٤.

واذا كان الأمر كذلك، فيمكن طرح التساؤل الآتي: هل من الممكن ان يكون العرف
القضائي مصدراً لتكملة القاعدة الجنائية؟

يقصد بالعرف القضائي في هذا المجال استقرار القضاء على تحديد معين لبعض
الافكار القانونية التي اغفل المشرع تحديدها، وهذه الافكار تعتمد عليها أركان بعض الجرائم
فيكون المرجع في تحديد هذه الاركان إلى ذلك العرف وفكرتي الضرر والمحرم في جريمة
التزوير، وفكرة الاختلاس في جريمة السرقة امثلة لهذه الافكار^(١).

(١) انظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- ط٥- ١٩٨٢- المصدر السابق- ص٨٧.

المبحث الرابع

ضوابط تكملة القاعدة الجنائية

انتهينا في المبحث السابق إلى انه يشترط في المصدر المكمل للقاعدة الجنائية أن يكون عاماً ومجرداً، فضلاً عن كونه صادراً عن سلطة مختصة بذلك طبقاً للنظام القانوني للدولة كما يحدده الدستور وتوافر هذين العنصرين في المصدر المكمل للقاعدة الجنائية هو الذي يضي عليه صفة الشرعية للاتصال بالقاعدة الجنائية وتكملتها. بالإضافة إلى ذلك، فإنه يجب ان يكون هذا المصدر منسجماً مع مبدأ الشرعية الجنائية، والا يتعارض معه. وبعبارة أخرى، يكفي ان يكون قد فوض إليه أو احيل إليه بحيث يستمد قوته القانونية في الخروج إلى حيز الوجود بناء على نص تشريعي في الدستور أو القانون، وعندئذ يكون هذا الاجراء أو النص صالحاً بذلك لان يكون مصدراً للتجريم والعقاب^(١).

كذلك يجب ان يستوفي هذا الاجراء أو النص المكمل - واستناداً للمبادئ العامة في التجريم والعقاب - الشروط الشكلية التي قد ينص عليها المشرع في الدستور أو القانون. فمثلاً ان ما يصدر عن رئيس الجمهورية من قرارات وفقاً لنص المادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور المصري تكون لها ذات قوة القانون من حيث الصلاحية كمصدر للتجريم والعقاب^(٢). وذلك بشرط مراعاة الضوابط التي اشترطتها هذه المواد وهي: ان يكون التفويض باغلبية ثلثي اعضاء مجلس الشعب، وان يكون لمدة محددة، وان تبين فيه موضوعات هذه القرارات والاسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في اول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فاذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها، زال ما كان لها من قوة القانون (المادة ١٠٨ من الدستور).

كما اشترطت الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من الدستور انه ((يجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها، اذا كان المجلس قائماً وتعرض في اول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته. فاذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، الا اذا رأي المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما يترتب على اثارها بوجه آخر))^(٣).

(١) انظر: نقض ١٩٥٢/١/١٢: مجموعة احكام النقض، س ١٠، رقم ١٠، ص ٣٥. نقض ١٩٥٩/٣/١٦: س ١٠ رقم ٧٠، ص ٣١٥. نقض ١٩٥٩/٣/٣٠: س ١٠ رقم ٨٥، ص ٣٧٧.

(٢) انظر: د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط ٥ - ١٩٨٢ - المصدر السابق - ص ٧٨.

(٣) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ١٢٦.

كذلك من الضوابط العامة التي يجب مراعاتها في مجال التجريم والعقاب وتكملة القاعدة الجنائية خاصة، هو مراعاة فكرة تدرج القواعد القانونية فاللائحة مثلاً تتقيد باحترام القانون فهي معيبة ان خالفته^(١)، فلا يجوز مثلاً لللائحة المحال اليها من المشرع في تكملة القاعدة الجنائية ان تقرر نصوصاً تخالف نصوص القاعدة أو الدستور، فهنا يكون النص الأقوى وفقاً لفكرة تدرج القواعد القانونية هو الأولى بالتطبيق.

فضلاً عن ذلك فإنه، اذا كان للسلطة التشريعية بوصفها السلطة المختصة بالتشريع ان تجرم أي فعل أو ان تقرر له أي عقوبة تقدر ملاءمتها، الا انه لا يجوز للسلطة التنفيذية ان تجرم غير افعال تدخل في المجال الذي تبشر فيه اختصاصها التشريعي المحدود، وعليها ان تلتزم في العقوبات التي تقدرها حدوداً معينة يتكفل القانون ببيانها^(٢). لذلك نجد المشرع الجنائي الفرنسي قد نص في المادة (١١١-٢) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٩٢ والمعمول به منذ اول مارس عام ١٩٩٤ على انه ((وتحدد اللائحة المخالفات وتحدد ايضاً العقوبات التي توقع على مرتكبيها في الحدود ووفقاً للقواعد التي يقررها القانون))^(٣).

والتفويض التشريعي أمر غير مرغوب في القانون، ولذلك يجب ان يكون بالقدر الضروري لحماية الدولة، ولا اعتراض عليه طالما انه لا يمس الحرية الشخصية. ولما كانت قاعدة شرعية الجرائم من اولى الضمانات للحرية الشخصية^(٤)، فان التفويض التشريعي في إنشاء الجرائم عمل غير مرغوب فيه. واخيراً قد تقتضي الاعتبارات العملية أو المحلية اقرار تفويض تشريعي بالتجريم ولاعطاء هذا التفويض الصبغة الدستورية صدرت الدساتير في مصر بالصيغة الآتية: ((لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون))^(٥).

ومن الضوابط الواجب مراعاتها ايضاً عند التعرض للتجريم والعقاب بصفة عامة، وعند تكملة القاعدة الجنائية بصفة خاصة، وجوب ان يكون النص المكمل الذي يضع شق التكليف واضحاً لا لبس فيه ولا غموض، وان يكون عاماً ومجرداً، وان يكون مبيناً للفعل المجرم واركانه، فان لم يتوافر فيه هذا الشرط فإن تطبيق القاضي له يعني الخروج على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. ولقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن ((نصوص التجريم غير

(١) انظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- المصدر السابق- ص ٧٩.

(٢) انظر: المصدر نفسه- ص ٧٩ وما بعدها.

(٣) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- تجزئة القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص ١٢٧.

(٤) انظر: د. محمود محمود مصطفى- شرح قانون العقوبات- القسم العام- دار النهضة العربية- ط ١٠- ١٩٨٣- ص ٧٣.

(٥) انظر: المصدر نفسه- ص ٨٠.

المحددة تتعارض مع المادة الثامنة من اعلان حقوق الانسان الصادر سنة ١٧٨٩)^(١). فاذا قام المشرع بتقرير عقوبة لفعل ولم يبين الفعل الذي توقع من اجله، فلا يمكن تطبيق هذه النصوص بغير الخروج على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات^(٢). ومن المتصور ان ينص القانون على الفعل بصورة مجملة، ثم يحدد عقوبته تاركاً للأئحة البيان التفصيلي لذلك الفعل^(٣). وقد يكتفي القانون بتحديد العقوبة تاركاً للأئحة بيان الفعل الذي توقع من اجله مثال ذلك: نص المادة (١٣١-١٦) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد.

وقد اخذ قانون العقوبات المصري بذات المبدأ، فقرر انه اذا خلت اللائحة من بيان العقوبة، فمن خالف احكامها كانت العقوبة الغرامة التي اختلف مقدارها من نص المادة ٣٩٥ عقوبات مصري التي تم استبدالها بالمادة ٣٨٠ عقوبات مصري الحالية. وعلى ذلك فان المشرع قد يعطي للسلطة التنفيذية دور ما في مجال وضع نصوص التجريم والجزاء، وقد يختلف هذا الدور من تشريع إلى اخر، الا انه يجب دائماً ان تمارس السلطة التنفيذية هذا الدور في اطار من الضوابط القانونية، أو بناء على قانون كما قررت ذلك المادة (٢/٦٦) من الدستور المصري^(٤).

مؤدى ما تقدم ان للدولة سلطة وضع القواعد القانونية، وسلطتها هذه غير مشروطة. والقول بانها غير مشروطة. فمؤداه ان للدولة تقدير ما اذا كان من الانسب وضع قواعد قانونية ام لا، ما اذا كانت ستحظر اتيان هذا السلوك أو تتركه مباحاً، ما اذا كانت ستستعمل سلطتها في التشريع ام لا. بل ان لها سلطة اختيار نوع الجزاء اذا ما استعملت سلطتها في وضع القواعد القانونية، واذا اختارت جزاء معيناً كان لها ان تحدد جسامته^(٥). الا انه اذا كان للدولة للدولة ممثلة في سلطتها التشريعية أو غيرها من السلطات- سلطة تقدير ما اذا كان من الأنسب

(١) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- تجزئة القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص ١٢٨.

(٢) انظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- ط ٥- ١٩٨٢- المصدر السابق- ص ٨٤. وانظر أيضاً:

Mayer (D): Principes constitutionnels et principe generaux applicables en droit penal francais R.S.C. ١٩٨٧, P. ٥٤.

(٣) أنظر: نقض ١٩٥٩/٣/٣٠: مجموعة احكام النقض، س ١٠، رقم ٨٥، ص ٣٧٧. نقض ١٩٦٧/١٠/٩: س ١٨، رقم ١٩١، ص ٩٤٦. نقض ١٩٦٨/١/٢٩، رقم ٢١، ص ١١٥.

(٤) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير- تجزئة القاعدة الجنائية- المصدر السابق- ص ١٢٩.

(٥) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي- حق الدولة في العقاب- نشأته وفلسفته- اقتضاؤه وانقضاؤه- دار الهدى للطبوعات- الاسكندرية- ١٩٨٥- ص ١٢٣.

وضع قواعد جنائية ام لا، حظر اتيان سلوك أم لا، فهذه السلطة التقديرية تنتفي وتزول بمجرد التصدي لوضع قواعد التجريم والعقاب.

فبمجرد التصدي لوضع قواعد التجريم والعقاب وجب مراعاة الضوابط والقيود التي تكفل الشرعية الجنائية. ولذلك يمكن القول بأن سلطة الدولة رغم كونها غير مشروطة، ولكنها مقيدة في مجال التشريع عموماً وفي مجال التجريم والعقاب خاصة، وذلك لأن هناك قيوداً توضع على سلطة الدولة- حينما تمارس التشريع- هذه القيود قد تكون داخلية، كما قد تكون خارجية، اما القيود الخارجية فترجع إلى بعض قواعد القانون الدولي العام، فاذا ابرمت الدولة مثلاً معاهدة وجب عليها الا تصدر من القواعد القانونية ما يتعارض وهذه المعاهدة أو يعطل من تنفيذها.

ومثال ذلك ان المشرع المصري اضاف إلى قانون العقوبات المادة (٢٥١) بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٤٠ ومؤداها تشديد عقوبة على من يعتدي على جرحى الحرب ولو كانوا من الاعداء، وهذا النص فرضته على المشرع المصري اتفاقية لاهاي سنتي ١٨٩٩، ١٩٠٧ واتفاقية جنيف عام ١٩٢٩، وقد حلت محلها اتفاقية عام ١٩٤٩، بخصوص أسرى وجرحى ومرضى الحرب^(١).

اما القيود الداخلية التي يضعها الدستور ولاسيما اذا كان الدستور جامداً، ومن القيود التي يضعها الدستور ما يتعلق بالشكل، كاشتراط اغلبية معينة أو النشر في الجريدة الرسمية أو تصديق رئيس الدولة على القانون، ومنها ما يتعلق بالموضوع، كعدم الالتجاء إلى عقوبات حظرها الدستور، مثل عقوبة المصادرة العامة التي تشمل كل اموال المدين الحال منها والمقبل، وعدم الخروج بالعقوبة عن اهدافها، وعدم تجريم الفعل اذا ارتكب ممارسة لحق من الحقوق الاساسية التي يقرها الدستور، وعدم سريان القانون الجنائي على الماضي اذا لم يكن في هذا صالح للمتهم^(٢).

ويذهب جانب من الفقه إلى ان هناك قيود غير شكلية ترد على سلطة الدولة التشريعية منها: وجوب مراعاة الأصول الاولية للعدالة، ومن امثلتها الا تفرط الدولة في العقاب فترتب الاشغال الشاقة جزاء للمخالفة في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى ان مثل هذه القيود

(١) انظر: د. علي صادق ابو هيف- القانون الدولي العام- ط٥- دون ذكر مكان وسنة الطبع- ص٦٧٧.

(٢) انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي- حق الدولة في العقاب- المصدر السابق- ص١٢٤

هي مجرد قيود اديبية لا يتقيد بها المشرع حينما يضع القواعد القانونية بصورة عامة والجنائية بصورة خاصة^(١).

كذلك من قبل الضوابط والقيود التي يجب على المشرع الجنائي الالتزام بها عند تصديه للتجريم والعقاب، ما نصت عليه المادة (١٤٤) من الدستور المصري الحالي، وذلك في شأن اللوائح التنفيذية التي تصدرها السلطة التنفيذية تنفيذاً للقانون معين. تلك المادة تتضمن في ثناياها قيوداً هاماً يرد على رئيس الجمهورية عند استعماله لحقه الدستوري في اصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، حيث نصت على انه ((يجدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو اعفاء من تنفيذها)).

فيجب وبناء على ذلك، الا يكون في النص المكمل للقاعدة الجنائية ما يتضمن تعديلها أو تعطيلها أو الاعفاء من تنفيذها والالتزام بها. بالإضافة إلى ذلك فانه بينما يمكن للقانون ان ينص على الجرائم والعقوبات، فإن اللائحة التنفيذية يمكنها النص على الجرائم وحدها، وليس لها ان تنص على العقوبات. ومع ذلك فقد ينص القانون على أطار العقوبات، ويترك لللائحة التنفيذية النص على العقوبات في هذا الاطار فاذا نصت اللائحة على جريمة لم ينص القانون على عقوبتها وجب توقيع العقوبة المقررة في المادة (٣٨٠) من قانون العقوبات المصري^(٢).

نخلص في ذلك إلى انه لا يلزم ان يكون المحتوى للقاعدة الجنائية قانوناً من حيث شكله أي لا يلزم ان يكون على الدوام صادراً مباشرة من السلطة التشريعية، بل يكفي ان تكون هذه السلطة مصدراً له ولو بطريق غير مباشرة، كأن يكون وعاء القاعدة لائحة اصدرتها السلطة التنفيذية، وانما بناء على تفويض من السلطة التشريعية، فاذا لم يكن وعاء القاعدة قانوناً يجب ان يكون على الاقل مبيناً ومرتكزاً على قانون، وهذا ما عبر عنه الدستور المصري بقوله انه لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون وفقاً للمادة (٢/٦٦)^(٣).

وفوق كل ذلك فإنه لا جدال في ان القضاء له ان يراقب القانون واللائحة من حيث الشكل، فان تبين ان احدهما قد خالف الشكل المطلوب كان واجبه الامتناع عن تطبيقه، فاذا لم يكن القانون صادراً عن السلطة التشريعية أو لم تستوف بالنسبة له الاجراءات الشكلية

(١) للمزيد من التفصيل حول هذه الازاء، انظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي - حق الدولة في العقاب - المصدر السابق - ص ١٢٥ وما بعدها.

(٢) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ١٣٢.

(٣) انظر: د. رمسيس بهنام - الجريمة والمجرم والجزاء - المصدر السابق - ص ٩٢.

اللازمة دستورياً لإصداره، أو ان اللائحة صادرة عن سلطة غير مختصة بالقضاء هنا ملزم بعدم الاعتراف بأيهما^(١). وتبرير ذلك ان الاجراءات الشكلية مطلوبة لنشوء القانون أو اللائحة، فاذا لم تستوف فقد انتفى الشرط المعلق عليه نشوؤهما، ولم يكن لايهما وجود قانوني.

ولا جدال كذلك في ان للقضاء ان يراقب اللائحة من حيث الموضوع فيتحقق من دستوريته وقانونيتها، فان ثبت انها مخالفة للدستور أو القانون فعليه ان يمتنع عن تطبيقها. وتبرير ذلك ان القضاء ملزم بتطبيق الدستور والقانون في نفس الوقت الذي يلتزم فيه بتطبيق اللائحة، فان تبين له ان ثمة تعارضاً بين الدستور أو القانون من ناحية وبين اللائحة من ناحية أخرى فانه يجب عليه ان يرجح النص الاعلى مرتبة، ويعني ذلك تغليب نصوص الدستور أو القانون على نصوص اللائحة، ولكن القضاء المختص بالرقابة على دستورية اللائحة هو المحكمة الدستورية العليا، من هنا ينحصر اختصاص محكمة الموضوع التي عهد اليها بتطبيق اللائحة في رقابة قانونية اللائحة دون دستوريته^(٢).

ولكن هل للقضاء ان يراقب القانون من حيث الموضوع، فيتحقق من دستوريته؟ يذهب الفقه التقليدي إلى انكار ذلك، واهم ما يحتج به هو مبدأ الفصل بين السلطات، فوظيفة القضاء مقتصرة على تطبيق القانون، فان جاوز ذلك إلى البحث في دستوريته فهو يجعل من نفسه رقيباً على السلطة التشريعية، فيهدر استقلالها ويمحو الفاصل بينه وبينها ويتحول إلى سلطة سياسية تعلق على سائر السلطات، بل وعلى ارادة الامة^(٣).

(١) انظر: د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط ٥ - ١٩٨٢ - المصدر السابق - ص ٨٠.
(٢) تجدر الاشارة إلى ان المشرع المصري قد قام باصدار القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الخاص بانشاء المحكمة الدستورية العليا لتكون دون غيرها المختصة بالفصل في دستورية القوانين واللوائح ((المادة ٢٥ من قانون المحكمة)). وتنص المادة (٢٦) من القانون نفسه على انه تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص = القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لاحكام الدستور وذلك اذا اثارته خلافاً في التطبيق وكان لها من الاهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها. ويقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الاعلى للهيئات القضائية وفقاً للمادة (٣٣) من ذات القانون. وكذلك مما لا شك فيه ان المحكمة الدستورية لا تتولى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح من تلقاء نفسها، وانما يكون ذلك بناء على طلب من المحكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو بناء على طلب احد الخصوم اثناء نظر الدعوى امام محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي وفق المادة (٢٩) من ذات القانون. وللزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر في ذلك: د. محمود محمود مصطفى - المصدر السابق - ص ٨٤ وما بعدها. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - المصدر السابق - ص ٨٣ وما بعدها.
(٣) انظر: د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط ٥ - ١٩٨٢ - المصدر السابق - ص ٨١.

ولكن الفقه الحديث يذهب إلى اعطاء الحق للقضاء في البحث في دستورية القانون: فغير صحيح القول بالتعارض بين مبدأ الفصل بين السلطات ورقابة القضاء لدستورية القانون، فالقاضي لا يجاوز اختصاصه لانه حين يمتنع عن تطبيق القانون مقررًا انه غير دستوري لا يفعل سوى ترجيح قاعدة قانونية على أخرى أدنى منها درجة، وهو في ذلك مباشر صميم اختصاصه، اذ لا يستطيع الفصل في النزاع ما لم يحدد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، وهو لا يستطيع عند التعارض بين قواعد متفاوتة في الدرجة سوى ان يرجح اعلاها مرتبة^(١). وبالإضافة إلى ذلك فليس هناك ثمة اعتداء على السلطة التشريعية لان القاضي لا يحكم بالغاء القانون، وانما يقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيقه. ويدعم مبدأ الشرعية مذهب الفقه الحديث، ويقرر هذا المبدأ خضوع الدولة بجميع سلطاتها للقانون، ويعني ذلك خضوع السلطة التشريعية نفسها للقانون، ومن ثم كانت اعمالها غير صحيحة ما لم تلتزم القواعد القانونية المفروضة عليها، وهي قواعد الدستور^(٢).

ويختلف موقف القضاء الجنائي تبعاً لاختلاف القوانين في هذه المسألة فالاتجاه السائد في القضاء الفرنسي هو جواز تعرض القضاء لهذا النوع من الرقابة حيث يعد الرقابة القضائية نوعاً من الاشراف القضائي على اعمال المشرع^(٣).

ويستند هذا الرأي إلى مبدأ الفصل بين السلطات ونص المادة (١٢٧) من قانون العقوبات الفرنسي التي تعاقب كل قاضي أو عضو نيابة يتدخل في اعمال السلطة التشريعية باتخاذ قرار من شأنه ان يعطل أو يوقف تنفيذ القانون بالإضافة إلى دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨ الذي انشأ لجنة دستورية لبحث دستورية القوانين^(٤).

اما في مصر فيذهب الرأي السائد إلى اعطاء حق الرقابة على دستورية القوانين للقضاء استناداً إلى ان هذا الحق هو ضمان دستوري لحماية الحقوق الفردية^(٥).

(١) انظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- ط٥- ١٩٨٢- المصدر السابق- ص ٨١ وما بعدها. وانظر في نسخ القانون ضمناً بقوة الدستور نفسه وبغير حاجة إلى تدخل من المشرع: نقض ٢٤ مارس سنة ١٩٧٥، مجموعة احكام محكمة النقض، س٢٦، رقم ٦٠، ٢١ يونيه سنة ١٩٧٩، س٣٠، رقم ١٥٣، ص٧٢٢.

(٢) انظر: د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- ط٥- ١٩٨٢- المصدر السابق- ص ٨٢.

(٣) انظر: د. محمد علي آل ياسين- القانون الدستوري والنظم السياسية- مطبعة شفيق- بغداد- ١٩٦٤- ص ١٠٤. طلال عبد حسين البدراني- المصدر السابق- ص ١٨٠.

(٤) انظر: د. سامي النصراوي- المبادئ العامة في قانون العقوبات- ج١- الجريمة- ط١- مطبعة دار السلام- بغداد- ١٩٧٧- ص ٢٣.

(٥) انظر: طلال عبد حسين البدراني- المصدر السابق- ص ١٨٠.

كما يعد نتيجة منطقية لاعتبار الدستور هو القانون الاعلى الذي يلزم كلاً من المشرع والقاضي، وقد اخذت محكمة القضاء الاداري العليا بذلك^(١). ثم صدر قانون رقم (٨١) لسنة ١٩٦٩ الذي أنشأ المحكمة الدستورية العليا لتتولى الرقابة على دستورية القوانين حيث اصبحت هي الجهة المختصة بالنظر في دستورية القوانين^(٢).

اما في ظل الدستور العراقي الحالي الصادر عام ٢٠٠٥، فانه تطرق صراحة إلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في نص المادة (٢/١٩) التي جاء فيها ((لا جريمة ولا عقوبة الا بنص...)) كما انشأ هذا الدستور المحكمة الدستورية العليا الاتحادية لتتولى اختصاصها في الرقابة الدستورية للقوانين، وقد تضمنت المادة (٩٣) من الدستور العراقي الحالي اختصاصات المحكمة وهي: ((أولاً- الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة)).

ومن خلال استقراء الفقرات الاخرى من المادة (٩٣) يتضح بأن رقابة المحكمة الاتحادية العليا تمتد لتشمل جميع القوانين العادية التي تصدرها السلطة التشريعية (مجلس النواب) بصفتها الجهة المناط بها دستورياً للقيام بهذه المهمة سواء أكانت هذه التشريعات صادرة عن السلطة التشريعية الاتحادية، أم السلطة التشريعية للأقاليم كما وتمتد هذه الرقابة الى تلك الطائفة من التشريعات الفرعية التي تتولى اصدارها السلطة التنفيذية.

(١) اصدرت محكمة القضاء الاداري المصري في جلسة ١٠ شباط عام ١٩٤٨ قراراً ينص على انه ((اذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم وقامت بذلك لديها صعوبة ماثراً أي القوانين هو الاجدر بالتطبيق وجب عليها بحكم وظيفتها القضائي لكنه بناء على ما تقدم ان تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الاعلى الاجدر بالاتباع. وهي في ذلك لا تتعدى على السلطة التشريعية، مادامت المحكمة لا تصنع بنفسها قانوناً، ولا تقضي بالغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه، وغاية الامر انها تفاضل بين قانونين قد تعارضا، واذا كان القانون العادي قد اهمل فمرد ذلك في الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين، تلك السيادة التي يجب ان يلتزم بها كل من القاضي والشارع على السواء)). أشار إليه د. محمود نجيب حسني- شرح قانون العقوبات- القسم العام- ط٥- ١٩٨٢- المصدر السابق- ص ٨٢.

(٢) انظر: د. سامي النصراوي- المصدر السابق- ص ٢٣.

المبحث الخامس

اهمية تجزئة القاعدة الجنائية وتكاملها

مما لاشك فيه أن فكرة تجزئة القاعدة الجنائية وفكرة القاعدة الجنائية على بياض وما يلحق بهما من افكار من الأمور التي اسفر عنها الواقع العملي، لما لها من فوائد ومزايا عديدة، تساعد قانون العقوبات على مواكبة روح العصر، وتلافي ابرز العيوب التي شابتها من جراء مبدأ الشرعية الجنائية وهو الجمود والعجز عن حماية الجماعة. ومن هنا تبرز اهمية فكرة تجزئة القاعدة الجنائية وما يلحقها من افكار، اذ انها تعد بمثابة الوسيلة التي تخرج قانون العقوبات من عثرته. ليس هذا فقط بل ان هناك من الاعتبارات ما يقتضي من المشرع الجنائي إلى تطبيق مثل هذه الافكار وذلك على النحو التالي: فمن ناحية، قد تقضي اعتبارات فن صياغة النص الجنائي وضرورة الايجاز فيها، وعدم التكرار إلى تبني المشرع الجنائي إلى فكرة تجزئة القاعدة الجنائية كما فعل المشرع المصري في المادة (١٦٦) من قانون العقوبات، والتي جزأها المشرع الجنائي حين احوال في بيان شق الجزاء فيها إلى المواد ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ومثال ذلك أيضاً المادة (١٣١-١٦) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٩٢، والمعمول به من اول مارس عام ١٩٩٤، والتي تنص على انه ((تعين اللائحة المخالفات التي توقع فيها عقوبة أو اكثر من العقوبات التكميلية))^(١).

كذلك فان وجود القاعدة الجنائية على بياض وتكاملتها باجراء أو نص لاحق، أمر تدعو اليه اعتبارات هامة اوجدها تغير الاحداث بتغير الازمان وفي هذا المجال يتميز قانون العقوبات الاقتصادي باتساع مجال التفويض التشريعي، فيقتصر دور السلطة التشريعية على اصدار نصوص على بياض ويعتمد إلى سلطات ثانوية بملئها. فمثلاً ينص على الالتزام بالاسعار المحددة، ويترك للوزير المختص تحديد عناصر الجريمة، فهو الذي يحدد السلع واسعارها ومدة سريان التسعير ويعدل في قائمة هذه السلع بالحذف والاضافة. وتطبيقاً لذلك قضي بدستورية قرار وزير التموين رقم ٢٣٨ لسنة ١٩٨٦ لصدوره في حدود التفويض المنصوص عليه في المادة ٦٦ من الدستور المصري، وبالتالي لا يعد تجرime تداول بعض السلع أو التعامل فيها أو حيازتها بقصد الاتجار عملاً مخالفاً للدستور^(٢)، كذلك قضي بدستورية المادة (٣٢) من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ التي رخصت للوزير المختص (وزير الصحة) تعديل الجداول الملحقه بهذا القانون بالحذف، وبالاضافة أو تغيير النسب الواردة فيها، وذلك تأسيساً على

(١) انظر: د. عصام عفيفي حسين عبد البصير - تجزئة القاعدة الجنائية - المصدر السابق - ص ١٣٧.

(٢) أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٢١/١/١٩٩٢: في القضية رقم (٢٢) لسنة ٨ قضائية دستورية.

المادة (٦٦) من الدستور، تقديراً من المشرع لما يتطلبه كشف وتحديد الجواهر المخدرة من خبرة فنية ومرنة في اتخاذ القرار يمكن معها مواجهة التغيرات المتلاحقة في مسمياتها وعناصرها تحقيقاً لصالح المجتمع^(١).

وإذا كان الفقه الجنائي لا يؤيد التفويض في مجال التجريم، كما تقدم، لان فيه مساساً بالحرية الفردية، وهو ما لا يجوز الا سلطة التشريع الاصلية، فان هذا الفقه قد أجاز مثل هذا التفويض في قانون العقوبات الاقتصادي بشأن تجريم الخروج على القوانين الاقتصادية. ذلك ان التشريع في هذا المجال يتطلب دراية فنية قد لا تتوافر الا للسلطة المفوضة، فضلاً عن ضرورة توفير المرونة في الاداة التشريعية حتى تستطيع مواجهة مفاجات الظواهر الاقتصادية بما يحقق نجاح السياسة الاقتصادية^(٢).

هذا وقد بحث مجلس الدولة الفرنسي مدى حق الحكومة في اصدار لوائح تحدد المخالفات وعقوباتها واقرب بوضوح سلطة الحكومة في هذا الشأن فقد عرض الامر على المجلس الدستوري في فرنسا فخلص إلى ان تحديد المخالفات وعقوباتها تدخل في المجال اللائحي طالما ان هذه العقوبات لا تتضمن تدابير مقيدة للحرية^(٣).

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول بأن تجزئة القاعدة الجنائية ووضع قواعد جنائية على بياض وتكاملتها بواسطة قواعد أخرى، من الافكار التي لا تتعارض ومبدأ الشرعية الجنائية طالما كان ذلك بناء على قانون وفي اطار من الضوابط السالف ذكرها.

وإذا كان تشريعنا الجنائي الوضعي لم يطبق هذه السياسة التطبيق الكافي والامثل للاستفادة منها، فتلك امور لا تنافي ومبدأ الشرعية الجنائية طالما ان المشرع الجنائي حين تصديه لتلك الامور قد راعى الضمانات سالفة الذكر، ولم يدخل على القاعدة الجنائية عند وضعها أو تطبيقها ما يعد خرقاً للشرعية الجنائية التي كفلتها نصوص الدستور وهي امور يقدرها المشرع الجنائي مع خضوعه في ذلك لرقابة القضاء^(٤).

(١) أنظر: حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٨١/٥/٩: في القضايا بأرقام: ١٥ و ٢١ و ٢٧ و ٣٠ لسنة ١ قضائية دستورية. وأنظر ايضاً: نقض جنائي في ١٩٨١/٥/٣١: الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٥ قضائية، نقض جنائي ١٩٧٠/٣/٢٥: الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٤٠ قضائية.

(٢) انظر: د. محمود محمود مصطفى - المصدر السابق - ص ٧٩ وما بعدها.

(٣) انظر: د. احمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - المصدر السابق - ص ٦١.

(٤) انظر: د. احمد فتحي سرور - الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية - دار النهضة العربية - ١٩٩٥ - ص ١٥٧ وما بعدها.