



YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

**CEZA METİNLERİNİN YASAMA TASLAĞININ HAZIRLANMASINDA
MENFAATİN ROLÜ VE UYGULAMALARI
KARŞILAŞTIRMA ÇALIŞMASI**

ZMNAKO MAHMOOD HAJI MOHAMMED

Yüksek Lisans Tezi

NICOSIA
2021



جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

دور وتطبيقات المصلحة في الصياغة التشريعية للنصوص الجزائية
دراسة مقارنة

زمنكو محمود حاجي محمد

رسالة ماجستير

**CEZA METİNLERİNİN YASAMA TASLAĞININ HAZIRLANMASINDA
MENFAATİN ROLÜ VE UYGULAMALARI
KARŞILAŞTIRMA ÇALIŞMASI**

ZMNAKO MAHMOOD HAJI MOHAMMED

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

YRD.DOÇ.DR.TAVGA ABBAS TOWFIQ

NICOSIA
2021

دور وتطبيقات المصلحة في الصياغة التشريعية للنصوص الجزائية
دراسة مقارنة

زمنكو محمود حاجي محمد

جامعة الشرق الأدنى
معهد الدراسات العليا
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

الاستاذ المساعد الدكتور تافكه عباس توفيق

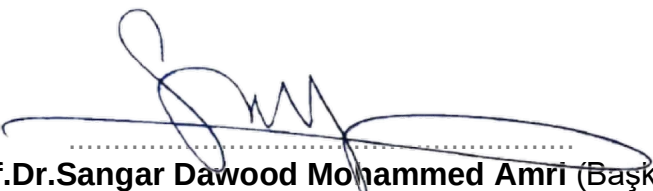
KABUL VE ONAY

Zmnako Mahmood Haji Mohammed tarafından hazırlanan “Ceza metinlerinin yasama taslağının hazırlanmasında menfaatin rolü ve uygulamaları - Karşılaştırma çalışması” başlıklı bu çalışma, 22/08/2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir

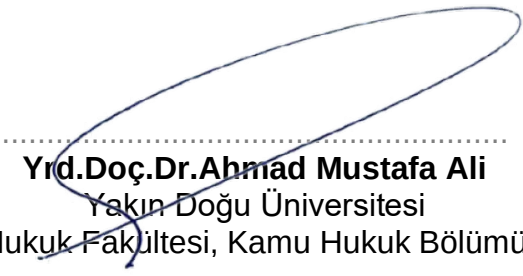
JÜRİ ÜYELERİ



.....
Yrd.Doç.Dr. Tavga Abbas Towfiq (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



.....
Prof.Dr.Sangar Dawood Mohammed Amri (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



.....
Yrd.Doç.Dr.Ahmad Mustafa Ali
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü

.....
Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Müdürü

قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير زماكو محمود حاجي محمد في رسالته الموسومة بـ " دور وتطبيقات المصلحة في الصياغة التشريعية للنصوص الجزائية - دراسة مقارنة" نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2021/08/22، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير

أعضاء لجنة المناقشة

.....
الاستاذ المساعد الدكتورة تافكة عباس توفيق (المشرف)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....
الاستاذ الدكتور سه نكه ر داود محمد عمرى (رئيس لجنة المناقشة)
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....
الاستاذ المساعد الدكتور احمد مصطفى علي
جامعة الشرق الادنى
كلية الحقوق، قسم القانون العام

.....
الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير
معهد الدراسات العليا
المدير

BİLDİRİM

Ben ZMNAKO MAHMOOD HAJI MOHAMMED olarak beyan ederim ki Ceza metinlerinin yasama taslağının hazırlanmasında menfaatin rolü ve uygulamaları - Karşılaştırma çalışması, başlıklı tezi ‘Yrd.Doç.Dr.Tavga Abbas Towfiq’ nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı, tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- ☐ Tezimin tüm içeriğine her yerden erişilebilir.
- ☐ Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- ☐ Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiç kimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine her yerden erişilebilir.

Tarih : 22/08/2021

İmza :

Adı ve Soyadı: ZMNAKO MAHMOOD HAJI MOHAMME

الاعلان

أنا زمناكو محمود حاجي محمد، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان دور وتطبيقات المصلحة في الصياغة التشريعية للنصوص الجزائية - دراسة مقارنة، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ المساعد الدكتور تافكه عباس توفيق، ولقد أعددتها بنفسى تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول إليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول إليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول إليها لمدة عامين (2). إذا لم أقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول إليها من أي مكان.

تاريخ: 2021/08/22

التوقيع:

الاسم واللقب: زمناكو محمود حاجي محمد

TEŞEKKÜR

Sabrın ve işi tamamlama yeteneğinin kutsanması için önce Yüce Allah'a şükredin ve övün, çünkü Tanrı bu nimetler için övgü olsun. Bu çalışmayı denetlemeyi tercih eden saygın YRD.DOÇ.DR. TAVGA ABBAS ALBUSTANY teşekkürü ve takdirimi sunuyorum. Ayrıca, çalışmaya devam etmeyi desteklemiş ve buna yardımcı olsak bile, Yakındoğu Üniversitesi'ne yüksek lisans eğitimi alma fırsatı verdikleri için teşekkür ve minnettarlığımı, Sayın Kavar Musa'ya teşekkür ederim.

شكر وتقدير

الشكر والثناء للرب أولاً على نعمة الصبر والقدرة على انجاز العمل، واتقدم بالشكر والتقدير الى استاذتي الفاضلة الأستاذة المساعدة الدكتورة تافكه عباس البستاني التي تفضلت بإشرافها على هذه الرسالة، ولكل ما قدمته لي من دعم وتوجيه وارشاد لإتمام هذا العمل على ما هو عليه فلها أسمى عبارات الثناء والتقدير، كما اتقدم بالشكر والتقدير الى الأساتذة الاعزاء الذين لم يدخروا جهداً في مساندتنا لمواصلة الدراسة وكان لهم العون في ذلك، واتقدم بالشكر والتقدير الى جامعة الشرق الأدنى لإتاحة الفرصة لي في دراسة الماجستير، كما اشكر الاخ كاوار موسى منسق القسم العربي على جهوده القيمة، كما اتقدم بالشكر والتقدير الى كل من ساهم في متابعة عملي

ÖZ

CEZA METİNLERİNİN YASAMA TASLAĞININ HAZIRLANMASINDA MENFAATİN ROLÜ VE UYGULAMALARI KARŞILAŞTIRMA ÇALIŞMASI

Faiz, insan ihtiyaçlarının maddi veya manevi bir ihtiyacını karşılayacağından, kanunlar yapılırken dikkate alınması gereken bir kriter olarak benimsenmiştir. İnsan bedeninin, canının, parasının, namusunun ve namusunun güvenliği, kanunlar uyarınca korunan menfaatlerdir. Hukuk kuralları ve dolayısıyla yasa koyucu istismarı suç haline getirmenin omuzlarına düşmüştür. Örneğin yasa koyucu cinayeti suç saymak istediğinde, yaşam hakkının menfaatini koruma altına alır. Kanun koyucu, belirli bir menfaati korurken, bu menfaatlerin bireylerin korunmasının gerekleriyle uyumlu olma kabiliyetini göz önünde bulundurmalıdır. Cezai mevzuat, toplum tarafından benimsenen temel çıkarlara karşı saldırganlık oluşturan eylemleri belirleme görevini üstlenmiştir, çünkü bu çıkarlar temelinde yalnızca topluluğun hayatta kalmasını değil, aynı zamanda sürekliliğini ve gelişimini de amaçlar ve çıkarlara zarar verir. Bireysel veya toplu olarak, suçun sadece hukukun üstünlüğünün ihlali olmadığı, aynı zamanda bu hukuk kuralının özü ve içeriği olan temel menfaatlerden birine karşı bir saldırı olduğu düşünülür. Ceza kanun koyucusu, menfaati korumaya yönelik ceza politikasında, suçlarda farklı bir ceza politikası benimsemiştir. Kişiye karşı işlenen suçlarda, bu fiilleri cezalandırma politikası kural ve hükümlerle geldiği için, fonları veya diğer çıkarları korumaktan farklı bir politika benimsemiştir. diğer suçların tabi olduğu suçlardan farklıdır. Dolayısıyla, metnin yasalaştırıldığı amaca ulaşamaması durumunda faizin önemli bir rol oynadığını söyleyebiliriz. Faiz temelinde, amacına ulaşamayan metinleri değiştirerek yasa koyucuya rehberlik edilebilir. kanun koyucunun kriminalize etmedeki ceza politikası ışığında amacına uygun olarak kanunlaştırılmıştır ve olmayanlar kanun metnine aykırıdır

Anahtar Kelimeler: çıkar, üslup, suç, unsurlar, ölçütler

ABSTRACT

THE ROLE AND APPLICATIONS OF INTEREST IN THE PREPARATION OF THE LEGISLATIVE DRAFT OF THE PENAL TEXTS COMPARISON STUDY

The interest was adopted as a criterion to be considered when legislating laws, because it would satisfy a material or moral need of human needs. The safety of the human body, life, money, honor and consideration are interests that have been protected in accordance with legal rules, and thus the legislator has fallen on the shoulders of criminalizing abuse. When the legislator wants to criminalize murder, for example, he bestows protection on the interest of the right to life. As the legislator, when protecting a specific interest, must take into consideration the ability of these interests to be compatible with the requirements of protecting individuals. The punitive legislation has taken upon itself to define the acts that constitute an aggression against the fundamental interests espoused by the society. Because these interests in their basis seek not only for the survival of society, but for its continuation and development, and prejudice the interests, whether individual or collective, on the grounds that the crime is not just a violation of a legal rule, but is also an aggression against one of the basic interests that are the essence and content of this legal rule. In his criminal policy to protect the interest, the criminal legislator adopted a different criminal policy in crimes. In crimes against persons, he adopted a policy that differs from the protection of funds or other interests, as his policy of criminalizing these acts came with rules and provisions that differ from those to which other crimes are subject. Thus, we can say that the interest plays a major role when the text fails to achieve the purpose for which it was legislated. On the basis of the interest, the legislator can be guided to amend texts that fail to achieve the purpose for which it was legislated, in a way that is consistent with the legislator's goal in the light of his criminal policy in criminalization and what is not. It contradicts the legal text.

Key words: interest, wording, crime, elements, criteria

الملخص

دور وتطبيقات المصلحة في الصياغة التشريعية للنصوص الجزائية دراسة مقارنة

اعتمدت المصلحة كمعيار يعتد به عند تشريع القوانين، لأن من شأنها إشباع حاجة مادية أو معنوية من الحاجات الإنسانية، فسلامة جسم الإنسان وحياته وأمواله وشرفه واعتباره هي مصالح تم حمايتها وفقاً للقواعد القانونية، وبذلك فقد وقع على عاتق المشرع تجريم الاعتداء عليها. فالمشرع عندما يريد تجريم القتل مثلاً فإنه يسبغ الحماية على مصلحة الحق في الحياة. إذ أن المشرع عندما يحمي مصلحة معينة يجب أن يأخذ بنظر الاعتبار قدرة هذه المصالح على الملائمة مع متطلبات حماية الأفراد. إن التشريعات العقابية قد أخذت على عاتقها تحديد الأفعال التي تشكل عدواناً على المصالح الجوهرية التي يتبناها المجتمع، لأن هذه المصالح في أساسها تسعى ليس إلى بقاء المجتمع فحسب بل إلى استمراره وتطوره، والإخلال بالمصالح سواء كانت فردية أم جماعية على اعتبار أن الجريمة ليست مجرد انتهاك لقاعدة قانونية بل هي عدوان أيضاً على مصلحة من المصالح الأساسية التي تعد الجوهر والمضمون لهذه القاعدة القانونية. إن المشرع الجنائي انتهج في سياسته الجنائية لحماية المصلحة سياسة جنائية مغايرة في الجرائم، ففي الجرائم الواقعة على الأشخاص انتهج سياسة تختلف عن حماية الأموال أو غيرها من المصالح، إذ جاءت سياسته في تجريم هذه الأفعال بقواعد وأحكام تختلف عن تلك التي تخضع لها الجرائم الأخرى. وبهذا نستطيع القول إن للمصلحة دوراً كبيراً عندما يعجز النص عن تحقيق الغاية التي شرع من أجلها، فعلى أساس المصلحة يستطيع المشرع أن يهتدي إلى تعديل النصوص القاصرة عن تحقيق الغاية التي شرعت من أجلها وذلك بشكل يتلاءم مع غاية المشرع على ضوء سياسته الجنائية في التجريم وبما لا يتعارض مع النص القانوني.

الكلمات المفتاحية: المصلحة، الصياغة، الجريمة، العناصر، المعايير

İÇİNDEKİLER

BİLDİRİM	i
TEŞEKKÜR	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
GİRİŞ	1
 Bölüm1	 4
İlgi ve yasama taslağı nedir	4
 1.1 Faiz nedir	4
1.1.1 Faiz ve unsurları.....	5
1.1.1.1 İlgi Alanı Tanımı	5
1.1.1.2 İlgi Alanları.....	6
1.1.2 Faiz Tanımlama Kriterleri ve Koşulları.....	8
1.1.2.1 Faiz Tanımlama Kriterleri	8
1.1.2.2 Faiz Koşulları.....	11
1.2 Ceza Kanunu'nda yer alan yasama iddaası nedir	12
1.2.1 Yasama dilinin tanımı ve önemi.....	13
1.2.1.1 Yasama Taslağının Tanımı	13
1.2.1.2 Yasama taslağının önemi.....	14
1.2.2 Yasama taslaklarının türleri ve avantajları ve dezavantajları	15
1.2.2.1 Sert ve esnek ifade kavramı	16
1.2.2.2 Sert ve esnek dil arasında ayırım	19
 Bölüm 2	 21
Ceza metinlerinin hazırlanmasında ilginin rolü	21
 2.1 Faizde ceza politikasının önemi	22

2.1.1 Önemli kurallar beyanına ilişkin ilginin rolü ve etkisi	22
2.1.1.1 Suç işleme ve cezalandırma kurallarının belirlenmesinde çıkar	22
2.1.1.2 Önemli kuralların geliştirilmesine ilişkin ilgi	24
2.1.2 Yasallaştırma nedenlerinin belirlenmesi ve bölünmesinde faizin rolü	28
2.1.2.1 Yasallaştırma nedenlerinin belirlenmesinde faizin rolü	29
2.1.2.2 Yasallaştırma nedenlerini bölmede ilginin rolü	30
2.2 Suçun koşulları ile personelini ayırt etmedeki çıkar rolü	33
2.2.1 Suç koşulları kavramı ve personeli	34
2.2.1.1 Suç Koşullarının Tanımı	35
2.2.1.2 Suç sütunları kavramı ve bölümleri	36
2.2.2 Suçun koşulları ile temelleri arasında ayırım için kriterler	39
2.2.2.1 Yasal Etki Standardı	39
2.2.2.2 Yasal Çıkar Standardı	40

Bölüm 3

Ceza hukukunda dikkate alınan menfaatin başvuruları

3.1 Kişilere karşı işlenen suçlarda dikkate alınan faiz başvuruları	42
3.1.1 Cinayet	42
3.1.1.1 Arkan Cinayeti	42
3.1.1.2 Suç işleme olarak kabul edilen faiz	46
3.1.2 Kasıtsız Adam Öldürme	47
3.1.2.1 Arkan Kasıtsız Adam Öldürme	47
3.1.2.2 Kasıtsız Adam Öldürmede Dikkate Alınan Faiz	49
3.1.3'unun ölümüne yol açan ağır suç dayacağı	49
3.1.3.1'nin Ölümüne Yol Açan Dayak Suçu	50
3.1.3.2 nin ölümüne yol açan darp suçlarında dikkate alınan faiz	52
3.2 Para suçlarında faiz başvuruları	52
3.2.1 Soygun	52
3.2.1.1 Personel Soygunu	53
3.2.1.2 Hırsızlığın Suç Sayılan Faizi	54

3.2.2 Suç işlemede dikkate alınan güven ve menfaat ihlali	56
3.2.2.1 Sahtekarlık	56
3.2.2.2 Kriminalizasyonda dikkate alınan faiz.....	59
3.2.3 Dolandırıcılık	60
3.2.3.1 Personel Dolandırıcılık Suçu	60
3.2.3.2 Dolandırıcılıkta dikkate alınan faiz.....	63
3.3 Usul kurallarında dikkate alınan faiz başvuruları	64
3.3.1 Sadece mağdurun şikayetiyle eylem getiren suçlar.....	64
3.3.1.1 Şikayet Dilekçesinde Genel Kurallar	65
3.3.1.2 Şikayet yoluyla davanın başlatılmasında dikkate alınan faiz	66
3.3.2 Soruşturma ve yargılamada dikkate alınan ilgi.....	67
3.3.2.1 Soruşturma aşamasında dikkate alınan faiz.....	68
3.3.2.2 Deneme aşaması'ne ilgi	70
Sonuç	73
Kaynaklar	76
intihal raporu	86

قائمة المحتويات

الاعلان	ا
شكر وتقدير	ب
الملخص	خ
قائمة المحتويات	د

المقدمة	1
الفصل الاول	4
ماهية المصلحة والصياغة التشريعية	4

1.1 ماهية المصلحة	4
1.1.1 المقصود بالمصلحة وعناصرها	5
1.1.1.1 تعريف المصلحة	5
1.1.1.2 عناصر المصلحة	6
1.1.2 معايير تحديد المصلحة وشروطها	8
1.1.2.1 معايير تحديد المصلحة	8
1.1.2.2 شروط المصلحة	11
1.2 ماهية الصياغة التشريعية في القانون الجنائي	13
1.2.1 تعريف الصياغة التشريعية وأهميتها	13
1.2.1.1 تعريف الصياغة التشريعية	13
1.2.1.2 اهمية الصياغة التشريعية	14
1.2.2 انواع الصياغة التشريعية ومزاياها وعيوبها	15
1.2.2.1 مفهوم الصياغة الجامدة والمرنة	16
1.2.2.2 التمييز بين الصياغة الجامدة والمرنة	19

الفصل الثاني	21
دور المصلحة في صياغة النصوص الجزائية	21

2.1 اهمية السياسة الجنائية في المصلحة	22
---	----

22	2.1.1 دور المصلحة وأثرها في بيان القواعد الموضوعية.....
23	2.1.1.1 دور المصلحة في وضع قواعد التجريم والعقاب.....
25	2.1.1.2 اثار المصلحة في وضع القواعد الموضوعية.....
29	2.1.2 دور المصلحة في تحديد وتقسيم أسباب الإباحة.....
30	2.1.2.1 دور المصلحة في تحديد أسباب الإباحة.....
31	2.1.2.2 دور المصلحة في تقسيم اسباب الإباحة.....
35	2.2 دور المصلحة في التمييز بين ظروف الجريمة واركائها.....
36	2.2.1 مفهوم ظروف الجريمة واركائها.....
36	2.2.1.1 تعريف ظروف الجريمة.....
37	2.2.1.2 مفهوم اركان الجريمة واقسامها.....
40	2.2.2 معايير التفرقة بين ظروف الجريمة وأركانها.....
41	2.2.2.1 معيار الأثر القانوني.....
41	2.2.2.2 معيار المصلحة القانونية.....

43 الفصل الثالث.....

43 تطبيقات المصلحة المعتبرة في القانون الجنائي.....

43	3.1 تطبيقات المصلحة المعتبرة في الجرائم الواقعة على الأشخاص.....
44	3.1.1 جريمة القتل.....
44	3.1.1.1 اركان جريمة القتل.....
48	3.1.1.2 المصلحة المعتبرة من التجريم.....
49	3.1.2 جريمة قتل الخطأ.....
49	3.1.2.1 اركان جريمة قتل الخطأ.....
51	3.1.2.2 المصلحة المعتبرة في جرائم قتل الخطأ.....
51	3.1.3 جنابة الضرب المفضي الى موت.....
52	3.1.3.1 اركان جنابة الضرب المفضي الى موت.....
53	3.1.3.2 المصلحة المعتبرة في جرائم الضرب المفضي الى موت.....
54	3.2 تطبيقات المصلحة في جرائم الأموال.....
54	3.2.1 جريمة السرقة.....
54	3.2.1.1 اركان جريمة السرقة.....
56	3.2.1.2 المصلحة المعتبرة في تجريم السرقة.....

58	3.2.2 خيانة الأمانة والمصلحة المعتبرة في التجريم
58	3.2.2.1 خيانة الأمانة
61	3.2.2.2 المصلحة المعتبرة في التجريم
62	3.2.3 جريمة الاحتيال
62	3.2.3.1 اركان جريمة الاحتيال
65	3.2.3.2 المصلحة المعتبرة في جريمة الاحتيال
66	3.3 تطبيقات المصلحة المعتبرة في القواعد الإجرائية
66	3.3.1 الجرائم التي لا تحرك الدعوى الا بشكوى المجني عليه
67	3.3.1.1 القواعد العامة في تقديم الشكوى
67	3.3.1.2 المصلحة المعتبرة في تحريك الدعوى عن طريق الشكوى
68	3.3.2 المصلحة المعتبرة في التحقيق والمحاكمة
69	3.3.2.1 المصلحة المعتبرة في مرحلة التحقيق
71	3.3.2.2 المصلحة في مرحلة المحاكمة
73	الخاتمة
76	المصادر
	تقرير نسبة الاستغلال..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معروفة.

المقدمة

اولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث:

ترتبط المصلحة التي يحميها المشرع بالقيم التي يستهدفها عن طريق حماية تلك المصالح، وهذه القيم هي الأساس الذي ذهب المشرع إلى حمايته. ان المشرع عندما يجرم سلوكاً معيناً فيعني ذلك انه تم الاخلال بمصلحة قانونية أسبغ عليها حمايته، وعلة ذلك أن المشرع يستهدف غاية معينة من خلال هذا التجريم هي حماية مصلحة أساسية من المصالح التي ترتبط بحياة المجتمع وتطوره، وبذلك فان العدوان على أية مصلحة من المصالح هو عدوان على مصلحة المجتمع ذات الوقت. وهكذا في كل الجرائم التي تخل بالمصلحة محل الحماية القانونية. ان الغاية التي يهدف إليها المشرع من حمايته للمصالح ليس من أجل حماية فرد معين او مجموعة افراد فقط، وإنما بسبب تواجد هؤلاء ضمن نطاق المجتمع، وهذا ما يجعل المشرع يجرم الفعل غير المشروع الذي يشكل إهداراً للمصالح أو تهديدها بالخطر، اذ ان المشرع عندما يسبغ حمايته على مصلحة معينة يجب ان يأخذ بنظر الاعتبار قدرة هذه المصالح على الملازمة مع متطلبات حماية الافراد. لقد وضعت التشريعات العقابية الأفعال التي تشكل عدواناً على المصالح الجوهرية التي يتبناها المجتمع، لان هذه المصالح في أساسها تسعى ليس إلى بقاء المجتمع فحسب بل إلى استمراره وتطوره، والإخلال بالمصالح سواء كانت فردية ام جماعية على اعتبار ان الجريمة ليست مجرد انتهاك لقاعدة قانونية بل هي عدوان أيضاً على مصلحة من المصالح الأساسية التي تعد الجوهر والمضمون لهذه القاعدة القانونية، وعلى هذا الأساس اعتمدت المصلحة كمعيار يعتد به عند تشريع القوانين، لان من شأنها إشباع حاجة مادية أو معنوية من الحاجات الإنسانية، فسلامة جسم الانسان وحياته وامواله وشرفه واعتباره هي مصالح تم حمايتها وفقاً للقواعد القانونية، وبذلك فقد وقع على عاتق المشرع تجريم الاعتداء عليها. فالمشرع عندما يريد تجريم القتل فانه يسبغ الحماية على مصلحة الحق في الحياة، وعندما يريد تجريم السرقة فانه يسبغ الحماية على الاموال، والواضح ان للمصلحة دور كبير في قانون العقوبات فهي ترتبط بفلسفة الدولة في التجريم من خلال السياسة الجنائية التي تنتهجها وترتبط بالفكر الذي تعتمده أساساً في مواكبة أمور الحياة في جميع النواحي ومنها النواحي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية. فمن خلال تعيين المصلحة واثار اضعاف الحماية لها يتم اعتماد التكييف القانوني المناسب للسلوك المجرم وما يفرضي هذا السلوك اليه من نتيجة ضارة أو خطرة، والوصول إلى العلة التي يستند عليها المشرع في التجريم.

ثانيا: أهمية البحث:

احتل موضوع المصلحة اهمية كبيرة في النظام القانوني الوضعي في تكوينه ذلك أن القانون ما وجد الا من اجل الانسان وحماية مصالحه. كذلك موضوع المصلحة يساهم بمعرفة الجرائم والوقوف على عناصرها التي تتفق والعلة من التجريم، وهذا ما شأنه أيضاً مساعدة القاضي عند تطبيق القانون من تكييف الواقعة من خلال المصلحة محل الحماية القانونية التي وقع عليها العدوان، وتوضح اهمية البحث كذلك من خلال معرفة ان الاعتداد بالمصلحة يوفر الطمأنينة واحقاق العدل في المجتمع لأنها مرتبطة بالقيم التي تعبر عن المصالح الضرورية لتطور المجتمع.

ثالثا: فرضية البحث:

تنتطق الدراسة من فرضية تحاول إثباتها، فحواها: ضرورة الابقاء على المصلحة كأساس في سن التشريعات وكذلك الاخذ بنظر الاعتبار بالمصلحة العامة والخاصة عند تشريع القوانين.

رابعا: اشكالية البحث:

وجدت القاعدة الجنائية لحماية القيم والمصالح، وهذا يعني أن النصوص التشريعية يجب ان تساهم في تطور المجتمع وان تتواءم مع التغييرات التي تطرأ على مفهوم المصالح والقيم محل الحماية، لان هذه المصالح تعبير عن ضمير الجماعة. ان المشكلة التي دفعتني لاختيار موضوع البحث للإجابة على السؤال الاتي هل اعتمد المشرع على المصلحة بصورة اساسية في تكييف الواقعة القانونية المجرمة؟ ويثار من ذلك السؤال اسئلة فرعية اخرى وهي؟ هل للمصلحة دور في الصياغة التشريعية للنصوص العقابية؟ وما هو المعيار الذي استند عليه المشرع في تحديد المصلحة التي تفرض لها الحماية القانونية؟

خامسا: منهجية البحث:

اعتمدنا في البحث على المنهج التحليلي والمنهج المقارن الذي يقوم على استعراض النصوص القانونية وتحليلها ومناقشتها لبيان مدى كفايتها لتحقيق التوازن بين المصالح الموازنة بين تلك المصالح.

سادسا: هيكلية البحث:

سوف نقسم هذه الدراسة الى ثلاثة فصول تحت عنوان ماهية المصلحة والصياغة التشريعية في الفصل الاول نتناول في المبحث الاول من هذا الفصل ماهية المصلحة من خلال مطلبين. اما المبحث الثاني تطرقنا فيه الى ماهية الصياغة التشريعية في القانون الجنائي ووضحنا فيه من خلال مطلبين تعريف الصياغة

التشريعية واهميتها وكذلك انواع الصياغة التشريعي ومزاياها. اما الفصل الثاني فقد جعلناه في دور المصلحة في صياغة النصوص الجزائية وتناولنا في المبحث الاول أهمية المصلحة في السياسة الجنائية ثم عرجنا في المبحث الثاني على دور المصلحة في التمييز بين ظروف الجريمة واركائها الجريمة. اما الفصل الثالث من هذه الدراسة فتناولنا فيه تطبيقات المصلحة المعتبرة في القانون الجنائي من خلال ثلاثة مباحث وضحنا في المبحث الاول تطبيقات المصلحة المعتبرة في الجرائم الواقعة على الاشخاص وتطرقنا في المبحث الثاني الى تطبيقات المصلحة في جرائم الاموال وخصصنا المبحث الثالث لبيان تطبيقات المصلحة في القواعد الاجرائية من خلال مطلبين لكل مبحث.

الفصل الاول

ماهية المصلحة والصياغة التشريعية

لا شك ان المجتمع مبني على اسس جوهريه يؤدي اخلالها الى زعزعة استقرار واستمرار المجتمع، ولا يمكن لهذا التكتل البشري ان يتوافق ما لم يكن حماية مصالح الجميع فوق كل اعتبار، وهو ما نادى به الانظمة والشرائع السماوية القديمة والحديثة.

1.1 ماهية المصلحة

ان سلوك الانسان دائماً محدد بغاية تهدف الى اكتساب فائدة او منع ضرر⁽¹⁾، بمعنى انه لا يوجد سلوك حيادي دون هدف، لذلك يعتبر سلوك الانسان موضوع جدلي ومحط اهتمام العلماء والفلاسفة منذ قديم الزمان. اهتم كل من الشرع والقانون الوضعي بقاعدة المصلحة ودورها الكبير في تحقيق الحاجات الانسانية، ففي الشريعة الاسلامية نجد المصلحة اساس التشريع الذي ينبني عليه الحق⁽²⁾، مصالح الدنيا والاخرة لا تعرف الا بالشرع، وهدف الشرع هو حماية المصلحة، لذلك فرضت الشريعة الاسلامية امور خمسة لكي يلتزم الانسان بها من اجل عدم الخروج من دائرة مصلحته ومصالح الآخرين، الامور هي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وحماية هذه المعايير بمثابة مصلحة والخروج عنها مفسدة⁽³⁾.

(1) ابرار محمد حسين زينل، الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامة في ضوء القانون الجنائي والدستوري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة بجامعة البصرة، 2014، ص4.

(2) د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده، رسالة دكتوراه، مطبعة جامعة دمشق، 1967، ص70.

(3) جمال شديد علي الخرباوي، حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية. المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016. ص21.

1.1.1 المقصود بالمصلحة وعناصرها

كما هو الحال بالنسبة الى مصطلحات عديدة في مجال القانون والمجالات الاخرى، انشغل اهل العلم بايجاد تعريف للمصلحة، ما وفقوا اليه هو ايجاد تقارب في تعريفاتهم من حيث المعنى واللفظ، كل يعرف المصلحة من وجهة نظره وفهمه للمبدأ، ثم ربط ذلك بباقي المجالات من اجل احاطة المبدأ بكل ما يمكن الاستفادة منه. اذ نلاحظ في اغلب التعاريف ان المصلحة كمبدأ عام يعكس فكرة جلب منفعة او دفع مضرة⁽¹⁾، بتعبير اخر، المصلحة هو تحصيل الفوائد او دفع المضار، ويتشابه مصطلح المصلحة مع مصطلح المنفعة لفظاً ومعناً⁽²⁾، فكل ما كان فيه نفع فهو جدير بأن يسمى بالمصلحة⁽³⁾.

اجتهد علماء الشريعة منذ القدم على تعريف المصلحة وكان من بينهم الامام الغزالي الذي اشترط وجود المصالح تحت المقاصد الشرعية مع مراعاة اعتبار الشارع لها، فهو يرى ان المصلحة هي كل سبب يؤدي الى النفع، فهو القائل "ان المصلحة هي السبب المؤدي الى مقصود الشارع اي الى نفع مقصود للشارع، وليس الى مطلق نفع في عرف الناس"⁽⁴⁾.

1.1.1.1 تعريف المصلحة

مصطلح المصلحة مشتق من الفعل "صَلَحَ" بمعنى الصلاح وهو ضد الفساد، والمصلحة واحدة المصالح⁽⁵⁾، فهذا المصطلح هو مصدر بمعنى الصلاح كقوله "صلح حال فلان" اي زال عنه الفساد واستقام الحال، اذاً المصلحة في اللغة السبب المؤدي الى النفع، لذلك يقال صلح يصلح وصلوحا، اي صلح الشيء وصار مناسباً او نافعاً وزال عنه الفساد⁽⁶⁾. وقد استعمال القران الكريم هذا المصطلح في مقابل الفساد في

(1) مسلم يوسف، مراعاة المصلحة العامة والخاصة في العقوبات التعزيرية. كتاب منشور على شبكة الألوكة، (ب. ت). ص8. من الموقع الالكتروني: <https://ketabpedia.com> تاريخ الاطلاع 2021/7/17.

(2) الجوهرى، الصحاح في اللغة والعلوم. ج1، 729.

(3) ابراهيم انيس وآخرون، المعجم الوسيط. دار احياء التراث العربي، بيروت، (ب. ت). ص522.

(4) الغزالي (416/1). المستقصى في علوم الاصول، تحقيق نجم، محمد يوسف 1995 دار صادر، بيروت، ص258.

(5) جمال الدين بن منظور، لسان العرب. الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، ص348.

(6) ابراهيم انيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج1. دار احياء التراث العربي، بيروت، (د. ت). ص522.

عدة مواضع منها كقوله تعالى {وَكَانَ فِي الْمَدِينَةِ تِسْعَةُ رَهْطٍ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ} (1) وقوله {وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ} (2).

اما تعريف المصلحة اصطلاحاً، فهي منذ القدم كانت وما تزال محط اهتمام الفقهاء والفلاسفة، فلو تصفحنا ما وصل إلينا من الكتابات اليونانية القديمة، لوجدنا المصلحة معيار لأفعالهم بناء على ما ينتج من نفع (3). ان الانسان بحسب قول الفيلسوف بنتام محكوم بقانون اللذة والالم، اذ يرى بأن اللذة ليست بالضرورة ان تكون حسية دائماً، القوة والصداقة والسمعة الطيبة كلها من اللذات ما دامت تشتغل على اشباع الحاجات البشرية (4). وعلى الرغم من التطور الذي طرأ على فلسفة المصلحة في الفكر القانون الغربي، الا ان نظرية روسكو باوند كانت الاكثر تطوراً في مجال المنفعة او المصلحة، اذ ضم حرية الاعتقاد والكرامة وغيرها من المفاهيم الى خانة المصالح التي يتكفل القانون بحمايتها، ثم قسم المصالح الاجتماعية الى ثلاث فئات، الملكية العامة والملكية الخاصة والحقوق العامة التي في ظلها يسعى القانون الى اشباع اكبر قدر ممكن من الحاجات الاجتماعية (5).

1.1.1.2 عناصر المصلحة

بعد ان تعرفنا على المصلحة وعرفنا بأنها اما جلب منفعة او دفع ضرر، وعرفنا القصد من المنفعة وقياسها باللذة او ما يؤدي اليها (6)، يمكن القول بأن المصلحة تقوم على ثلاثة عناصر اساسية تساعد في البحث عن اللذة والفرار من الالم، وهذه العناصر هي:

(1) سورة النمل، الآية 48.

(2) سورة البقرة، الآية 11.

(3) د.محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية. مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977، ص30.

(4) مجيد حميد العنكبي، اثر المصلحة في تشريع الاحكام بين النظامين الاسلامي والانجليزي. رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، 1971، ص21.

(5) د. عادل عازر. مفهوم المصلحة القانونية. بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، العدد 3، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، 1972، ص396.

(6) احمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الامام الشافعي. سلسلة الرسائل الجامعية، المعهد العالي للفكر الاسلامي، 1995، ص256.

أولاً: عنصر المنفعة:

يقصد بالمنفعة قابلية الشيء على إشباع حاجة إنسانية⁽¹⁾، بغض النظر عما إذا كانت خدمة أو سلعة. يقول بنتام "إن مبدأ الأخلاق هو المنفعة، والمنفعة علاقة بين الذات والموضوع، وهي علة اللذة، لا اللذة نفسها"، هنا يستند بنتام إلى حقيقتين؛ الأولى ذاتية، تفترض أن سعادة الإنسان هو الإنسان نفسه، والثانية موضوعية، أن الناس يشعرون في الشروط نفسها بلذة واحدة⁽²⁾. ولو انتقلنا بالزمن إلى القانون المعاصر، لوجدنا أن المصلحة ذات طبيعة شخصية قوامها الاعتقاد بصلاحية الشيء لإشباع الحاجة. إن المصلحة قبل أن تتولد ليست سوى صورة ذهنية للغرض الذي تمثله في المخيلة، ثم ترتبط بسلوك الإنسان للتحويل من فكرة إلى امر واقع، فإذا كان مختلفاً مع التقدير الاجتماعي العام، تعتبر مجردة عن المنفعة، وبالتالي غير معتبرة⁽³⁾.

ثانياً: عنصر الهدف:

الهدف باعتباره احد عناصر المصلحة يتمثل بإشباع الحاجة التي يسعى إليها الإنسان، وهو يقترن باللذة⁽⁴⁾، من وجهة نظر الامام الغزالي يعتبر الهدف من المصلحة "مقصود الشرع" اذ يقول "... لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع"⁽⁵⁾. وعلى نفس المنوال سار الفلاسفة عبر العصور للبحث عن الهدف الذي يسعى إليه الفرد والمجتمع، وتوصل الفقهاء إلى أن الهدف هو الامر الباعث للفاعل على الفعل⁽⁶⁾. ولما كان لكل انسان هدف يحاول بلوغه، كان لازماً أن يكون للقانون هدف يتمثل في وضع قواعد لأجل خدمة الإنسان وتحقيق الخير والرفاهية.

ثالثاً: عنصر المشروعية:

عنصر المشروعية هو الرابط أو التوافق بين المنفعة والهدف، بتعبير آخر، إذا وجد توافق بين المنفعة والهدف، تحققت المصلحة، والعكس صحيح⁽⁷⁾. من هذا المنطلق، يتحمل المشرع عبء حماية مصالح المجتمع

(1) حمودي، محمد عباس، نظرية المصلحة في الطعن الجنائي. دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2010، ص36.

(2) صليبا، جميل، المعجم الفلسفي. دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1973، ص499.

(3) حسنين ابراهيم صالح عبيد، شكوى المجني عليه. دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص252.

(4) محمد البياتي، محمد مردان علي، المصلحة المعتمدة في التجريم. رسالة دكتوراه، جامعة الموصل، 2002، ص10.

(5) الغزالي (416/1). المستقصى في علوم الاصول، تحقيق نجم، محمد يوسف، دار صادر، بيروت، 1995، ص258.

(6) جميل صليبا، المعجم الفلسفي. مصدر سابق، ص126.

(7) مجيد حميد العنكي، مصدر سابق، ص36.

مقدراً ضرورتها لاشباع الحاجات، قد يضطر المشرع الى التجريم او فرض العقوبات او ضمان الحريات وما الى ذلك من اجراءات قانونية جديرة بالحماية. وفي هذا الصدد يقول بنتام "فان الناس اختلفوا كثيراً في فهم المنفعة وتقديرها حق قدرها، ولذلك تشعبت مقدماتهم وتباعدت نتائجهم"(1). ويلعب القانون دوراً كبيراً في مشروعية الوسيلة في تحقيق المنفعة، اذ اشترط ان تكون الوسيلة لتحقيق المنفعة مشروعة وغير مخالفة للقانون، فإذا حصل المرء على الطعام بطريقة مخالفة كالسرقة، عندئذ استوجب فرض العقاب على فعلته، لأن الطريقة الوحيدة الممكنة هي الطريقة المشروعة وفق القانون (2).

1.1.2 معايير تحديد المصلحة وشروطها

مما لا شك فيه أنه ليس من اليسير بإمكان أي فرد أو أي قانون في دولة ما وضع مجموعه من القواعد يتم من خلالها التحكم في الآخرين بكل سهولة، وذلك لأننا ببساطه يمكننا أن نكافح الشر بطرق عديده منها التعليم، الأخلاق، الدين إلخ ولكن لابد من الاعتراف بأن الشر أكبر بكثير من قدره أي شخص يحاول التحكم فيه أما من ناحية القانون فهو ما هو إلا وسيلة للعدل والعقاب، كما يعرف القانون ايضاً بأنه مجرد مجموعه من القواعد المتداخلة والمتناسقة والتي من خلالها يتم التحكم في سلوك الأشخاص المتواجدين في المجتمع، ومن ناحية أخرى فإنه لابد من وضع معايير ما للفصل بين ما هو خير وما هو شر وذلك لأنه من المحتمل أن يختلط الجانبان معاً، وإذا كان الأمر الأكثر أهمية هنا يتعلق بما لك حق فيه وبما ليس لك حق فيه أكثر من كونه شر أم خير فإن ذلك يتطلب أن تكون المعايير أكثر دقة ووضوحاً (3).

1.1.2.1 معايير تحديد المصلحة

من المعروف أن لكل علم من العلوم معيار وهدف فعلى سبيل المثال وليس الحصر نجد أن معيار القانون هو المبادئ القانونية أي كانت طبيعة هذه المبادرة والقواعد سواء كانت عرفية أم وضعية وسواء كان مصدر هذه المبادئ هو معتقدات الفقهاء أو مبادئ العدالة والانصاف أو القواعد العامة أو التشريع..... إلخ أم غاية عن هدف القانون الذي يسعى لتحقيقه فهو ضبط الأفراد وتحقيق الأمن والاستقرار والعمل على تطبيق العدل ومصلحه الجماعة، أما عن معيار علم الأخلاق فهو الفضيل والانصاف والخير وهدفه هو ضبط سلوك

(1) احمد العوضي، حقيقة المصلحة وخصائصها في الشريعة الاسلامية والفكر الوضعي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد 1، الجامعة الاردنية، 2000، ص195.

(2) محمد مردان علي محمد البياتي. مصدر سابق، ص13.

(3) د. حسن عبد الحميد، فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1966، ص153.

النفس ، أما عن معيار علم المنطق فهو الصح والحق وهدفه هو التفكير السليم (1). وهنا سيتم تناول هذه المعايير كالتالي:

أولاً: المعيار القانوني:

يعرف أن معيار القانون ليس ثابتاً بل متغير نسبياً وله العديد من الصور والأشكال فأحياناً يأخذ صورته الأوضاع المستجدة وأحياناً يأخذ صورته الأوضاع المستقرة مثل العرف وأحداث الحياة وأحياناً صورته الظروف الغير معروفة سابقاً " الطارئة " (2)، " وذلك لأن الحياة تتطور بشكل مستمر وما يحدث اليوم ليس بالضرورة يحدث غدا وإن علم القران ن مثله مثل العلوم الأخرى التي تغير معاييرها باستمرار لمواكبة تطورات الحياة سواء المعايير الاقتصادية أو الاجتماعية أو التربوية، و أيضاً نجد أن المعايير القانونية تتغير لتوافق بين القانون بمبادئه الثابت وبين الحياة التي تتطور بمرور الزمن والتي تعد من أهم العوامل التي تساعد على تطوير القانون ليصبح أكثر توافقاً مع الواقع (3).

لذلك ومن خلال ما سبق لابد من التفرقة بشكل واضح بين كلم من التكيف القانوني والمعيار القانوني، فالأول هو امكانيه بيان طبيعة الواقعة القانونية التي وقعت وسندها إلى نظام قانوني يضبطها ويحكمها، أما الأخير فهو شيء محدد بشكل معين وذلك لمجرد تطبيق بعض المبادئ القانونية فقط وذلك حتى عند القيام بالتكيف أو بعده. لذلك يعرف المعيار القانون بأنه: " قواعد عامه ترشد القاضي عند الحكم ولا تفيده فهي مجرد قواعد تغطية فكره عن هدف القانون وغرضه " (4).

ثانياً: معيار المثالية:

إن وجود نزاع قائم بين الأفراد على المصالح الاجتماعية يتطلب الأخذ بمعايير أخرى بخلاف ما تم عرضه سابقاً الا وهي معايير المثالية لمعالجه هذا النزاع القائم وذلك لأن العديد من الفلاسفة وعلى رأسهم توما الاكويني أكدوا على ضرورة الوجود الاجتماعي وذلك باعتبار أن الفرد كائن اجتماعي ذات نزعه سياسية " (5)، فالهدف من الوجود الاجتماعي هو تحقيق الخير للجميع بما يسعد كافة الأفراد، وذلك يتوافق مع هدف

(1) فارس حامد عبد الكريم، المعيار القانوني، 2009، ص10. منشور على الموقع الالكتروني تاريخ الاطلاع 2021 / 7 / 17.

(2) فارس حامد عبد الكريم، مرجع سابق ، ص15.

(3) د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، مجلة القانون والاقتصاد، جزء الثاني، مصر، س2ع2، ص250.

(4) د. حامد زكي، مرجع سابق ، ص26.

(5) د. فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون وتطورها، دار النهضة العربية، 2002، ص153.

القانون وغايته التي تتمثل في تحقيق الخير العام لكافة الأشخاص المتواجدين في المجتمع ويقصد هنا بمفهوم الخير العام هو " إن المصالح التي يسعى إليها المجتمع بأسره تتجاوز بطبيعة الحال مصالح الأفراد ، لأنها ليست فقط هذه المصالح الشاملة ، بل هي مصلحة المجتمع ككل ، حيث أن المصلحة العامة لها الأسبقية على المصالح الخاصة لأفراد المجتمع وتطالب بإخضاع هذه المصالح لها دون تعارض معها (1)، لكنه ليس شاملاً ، بل على العكس ، فهو يرفض طمس شخصية الفرد لمجرد أنه ينتمي إلى المجتمع ، وطالما أن مصالح الفرد تتوافق مع المصلحة العامة ، فإنها تتوافق معها"(2).

وكان الدستور العراقي حريص أشد الحرص على التركيز على القواعد العامة التي تتعلق بالمساواة والعدل أمام القانون، ومن أهم هذه القواعد هي شرعية الجرائم والعقوبات، حيث أنه في عام 2005 نص الدستور العراقي وفقاً للمادة (19/ثانياً) على أنه " لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة اثناء ارتكابه القانون ".

ثالثاً: المعيار المنطقي:

إن السياسة التشريعية المعمول بها تحتوي على المبادئ والقواعد العامة فقط أما عن التفاصيل متناهية الصغر فهي مهمة القضاء يقوم بمعالجتها عند تطبيق تلك القواعد وذلك لأنه ليس من المنطقي الاعتقاد بأن القوانين تحتوي على كافة الحلول التفصيلية التي تعالج مختلف القضايا والمصالح والقيم والأخلاق في المجال التطبيقي ، فنجد أن النصوص والمبادئ القانونية تحتوي على الشواهد المنطقية فعلى سبيل المثال نجد " أن المادة (378/أ) من قانون العقوبات العراقي النافذ " تدل بالمنطق على أنه ليس من حق أي شخص أن يقوم بتحريك دعوى الزنا بخلاف الزوجين ولا يتم فيها أي إجراء إلا بناء على قيام الزوج الآخر بتقديم شكوى وهذا ما يتوافق مع المنطق وذلك باعتبار أن القيام بهذه الجريمة ماهي إلا قيام طرف (الزوج او الزوجة)بالاعتداء على حقوق الطرف الآخر (الزوج أو الزوجة)، أما النص الجزائي في القانون العراقي فإنه يشير إلى الموافقة على تقليل عقوبة الشروع بمعنى ان إذا قام الزوج برؤية زوجته أو إحدى محارمه على فراش رجل آخر فبادر بقتلهم معا ولكن حدث شيء ما اي كان ما حدث فإن النتيجة كانت عدم حدوث جريمة القتل

(1) د. سليمان مرقس، فلسفة القانون دراسة مقارنة، مكتبة صادر بيروت ، 1999، ص112.

(2) د. السيد عبد الحميد فوده، جوهر القانون، دار الفكر العربي، 2005، ص159.

فإذا حدث لهما. مثلاً عاهة مستديمة فإنه يتم تخفيف العقوبة وتكون على العاهة التي حدثت وليست على القتل.
(1)

رابعاً: المعيار العملي:

يمكن تلخيص هذا المعيار في أن لابد أن يقوم المشرع بالبحث عن كافة الحلول العملية التي تصلح لتحديد كافة المعايير المتعلقة بالمصالح والأخلاق والقيم وهو ما نادى به روسكو باوند باعتبار أنه من الطبيعي أن لا تكون كافة مصالح المجتمع عبر نفس المستوى لذلك نجد أن هذا الفقيه قام بوضع معيار عملي بشكل عام مضمونه هو أن يتم إشباع مقدار كبير من المصالح في مقابل أقل تضحية ممكنة (2) في هذا المعيار لقد تم تقسيم مصالح المجتمع الى ثلاثة أقسام، أولاً المصالح الفردية وتعرف المصالح الفردية بأنها لكل شخص كيانه المستقل الخاص به لذلك لابد من حماية هذه الخصوصية بما تمثله من ضروريات اجتماعية يكون الفرد في حاجة لها بما أنه معترف بها، ثانياً المصالح عامة تعرف المصالح العامة بأنها كافة الاحتياجات التي تعد معبره عن كافة مصالح الجماعة بوصفها شخصية قانونية (3)، أما المصلحة العامة فهي تعكس تطلعات الجماعة كشخصية اعتبارية. ثالثاً: الاهتمامات الاجتماعية تعرف المصالح الاجتماعية بأنها بما أن المجتمع مجتمعاً إنسانياً فالمصلحة الاجتماعية هي كل ما يعبر عن مطالب واحتياجات الجماعة، كما أن هذه المصالح تحتوي على شعور الجماعة بالأمان وحماية الثروة العامة ونشر الأخلاق والنظم الاجتماعية. (4)

من خلال ما سبق يتضح أن هناك اختلاف واضح بين مصالح المجتمع لذلك تعدد المعايير التي يتم من خلالها تقييم هذه المصالح وهو ما يستوجب على المشرع ألا يعتمد على معياراً واحداً فقط في تحديد وتقييم مصالح المجتمع فلكل مصلحة معياراً مختلفاً عن الأخرى ولابد من الأخذ بعين الاعتبار بدرجة مساس هذه المصلحة بالمصالح الأخرى سواء كانت عامه أو خاصة.

1.1.2.2 شروط المصلحة

لكي ينجح القانون في تحقيق المنفعة وحفظ توازن المجتمع وحماية المصالح، لابد من الاستناد الى شروط وضوابط من أجل تحقيق المصلحة للفرد والمجتمع، ويمكن حصر هذه الشروط فيما يلي:

(1) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة بغداد، 1986، ص 19.

(2) ينظر في ترجمته، روسكو باوند، مصدر سابق، ص 7.

(3) دنييس لويدي، فكرة القانون، ترجمة سليم الصويص، سلسلة عالم المعرفة، الكويت 1981، ص 252.

(4) د. احمد محمد خليفة، مرجع سابق، ص 115.

- 1- **الاستناد الى الحق:** من جملة الامور التي اشرنا اليها مسبقاً في تحديد المصلحة هو حق الانسان في الحياة، وما وجد القانون الا لخدمة الانسان في اطار يضمن عدم تعارض مصالح الفرد مع المصالح العامة، من هنا اقر القانون الكثير من الضمانات التي تعتبر حقوق للإنسان ومعيار لحماية المصلحة (1).
- 2- **اقترانها بالحماية:** كما هو معلوم لدى الجميع ان القواعد القانونية وجدت لتنظيم سلوك الانسان، لذلك اقتران المصلحة بالقانون تتطلب ربط المصلحة بحق معين او مركز قانوني تركز عليها الدولة في حماية المصلحة (2).
- 3- **مشروعية المصلحة:** لا يقدم القانون على حماية المصلحة ما لم يتوافق مع القانون ولا يتعارض مع النصوص والقوانين، فعندما يقوم المشرع بحماية المصلحة على دار سكنية، فالهدف منه هو التأكيد على تحقق المصلحة من استغلال الدار سواء للسكن او الاستئجار ما دام التعامل به لا يلحق ضرر بالآخرين ولا يخالف القوانين والآداب العامة (3).
- 4- **اقتران المصلحة بالذاتية:** من منطلق ان المصلحة هي وسيلة لإشباع الحاجات الانسانية، فهي حق يستأثر به الشخص عن مقومات مادية ومعنوية، لذلك ليس للفرد ان يطالب الا بما يحق له، وجود مصلحة مشروعة في حدوث انتهاك للحق أو حدوث شيء يتعارض مع ممارسة أو استخدام الحق (4).
- 5- **ان تكون المصلحة قادرة على اشباع حاجات معينة:** كما اقر القانون بأن حاجات الانسان اما ان تكون معنوية كالحق في الشرف او مادية كالحق في الحياة، وحرية العمل والعقيدة، وافر ايضاً بأن الحاجات ليست جامدة بل تنشأ حاجات جديدة طبقاً للتطورات السريعة في الحياة (5)، ومع ذلك، فإن إرضائها لا ينبغي أن يتعارض مع الأخلاق والصحة العامة (6).
- 6- **وقوع اعتداء:** اي وجود ضرر فعلي، او محتمل يمس المصلحة محل الحماية القانونية، بغض النظر اذا كان الضرر كلي او جزئي (7).

(1) عبدالفتاح الصيفي ، فتوح الشاذلي ، علي عبد القادر القهوجي، اصول المحاكمات الجزائية. الدار الجامعية، بيروت، ص197.

(2) محمد علي السالم عياد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية اثناء مرحلة التحري والاستدلال. جامعة الكويت، 1981، ص20.

(3) عز الدين الدناصورى، عبد الحميد الشورابي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء. الاسكندرية، 2000، ص126.

(4) مصطفى محمد، جمال، عبد الحميد محمد، القانون والمعاملات. الدار الجامعية، القاهرة، 1987، ص106.

(5) دينيس لويدي، فكرة القانون. ترجمة: الصويص، سليم. المجلس الوطني للثقافة والفنون والاداب، الكويت، 1981، ص252.

(6) محمد عباس حمودي، مرجع سابق ، ص45.

(7) رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية. مطابع المقهوي، الكويت، 1974، ص147.

1.2 ماهية الصياغة التشريعية في القانون الجنائي

تعد الصياغة القانونية لمضمون التشريعات الأساس الذي تبنى عليه القواعد القانونية، اذ يجب على المشرع عند صياغتها ان يراعي المصالح المرجوة من هذه القواعد وفقا للسياسة الجنائية المنشودة. وبالنتيجة تبرز هذه النصوص الى قواعد علمية صالحة للتطبيق الفعلي، تعد الصياغة جزءاً مهماً من تشكيل القاعدة القانونية، لأنها تعطي القاعدة الشكل الفعلي للتطبيق⁽¹⁾. وعلى اساس ذلك سنتناول دور الصياغة القانونية من خلال مطلبين نوضح في المطلب الاول ماهية الصياغة القانونية ثم نتناول في المطلب الثاني اساليب الصياغة القانونية ويتكون كل مطلب من فرعين وكالاتي:

1.2.1 تعريف الصياغة التشريعية وأهميتها

تتكون القواعد القانونية من مضامين تظهر على شكل قواعد معينة الهدف منها ضبط وتحديد النصوص لتكون متلائمة مع الغرض من التشريع، وبذلك فان صياغة النصوص القانونية يجب ان تكون جلية وواضحة بشكل لا يتقاطع ويتعارض مع عادات المجتمع واعرافه وتقاليده المتوارثة، فضلا عن ضرورة انسجامها مع القوانين الاخرى، لكي تساهم هذه القواعد في تطور المجتمع وبناء الدولة. لذلك فإن القانون الجنائي لكل المجتمعات يواجه ثلاث مشاكل، أولها مشكلة الثغرات، لأن النص ملموس، والحقائق غير واضحة، لأن الحياة متجددة ومتغيرة، والنص في القانون الجنائي ثابت وجامد، ثانيًا، يجب أن يتوافق القانون مع عالمية النص وخصوصية الحياة، ثالثًا إن مواكبة التطور المستمر وتغيرات الحياة هي الحاجة إلى التطوير القانوني.⁽²⁾ وبناء على ذلك سنتناول في هذا المطلب تعريف الصياغة التشريعية وأهميتها في الفرعين الآتين:

1.2.1.1 تعريف الصياغة التشريعية

تُعرّف الصياغة في اللغة بأنها إعداد وبناء الشيء. تأتي كلمة صيغة في اللغة من "قبل" ويتم التعبير عن الشيء بمعنى "جاهز" في مثال ومستوى مباشر، والكلمة عندما يتم بناؤها بواسطة كلمة أخرى في شكل معين الشعور.⁽³⁾ من وجهة نظر اصطلاحية، وهي مجموعة من الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار

(1) د. نوفل علي عبدالله الصفو، اساليب الصياغة القانونية للنصوص الجزائية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، مجلد 29، العدد 62، 2015، ص 235.

(2) د. نوفل علي عبدالله الصفو، اساليب الصياغة القانونية للنصوص الجزائية، مرجع سابق، ص 275.

(3) معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول، ط 2، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية القاهرة، 1972، ص 528

القانونية والنصوص التشريعية بما يعزز تطبيق القانون. ، أي استيعاب الحياة الواقعية في النصوص التشريعية لتحقيق الغايات التي تسعى إليها السياسة الجنائية. (1).

يتم تعريفه أيضاً على أنه ترجمة القيم التي تشكل عناصر القانون إلى قواعد قانونية قابلة للتطبيق في الممارسة (2)، كما يُعرّف بأنه مجموعة من الوسائل والقواعد لصياغة الأفكار القانونية والأحكام التشريعية بطريقة تسهل التطبيق العلمي للقانون من خلال استيعاب واقع الحياة في النصوص التشريعية. (3). يُعرف أيضاً باسم تحويل المواد الخام إلى قواعد انضباط محددة (4).

ويتضح لنا ان أساليب صياغة النصوص وان اختلفت في اللفظ فإنها تتفق من حيث المضمون والغاية التي يهدف لتحقيقها من ذلك التشريع، قد تكون الطريقة التي يصوغ بها المشرع نص المسودة واضحة أو محددة، أو قد تتضرر من غموض أو ارتباك نص المسودة، فتنشأ من عيوب الصياغة التشريعية، وتؤدي الصياغة غير الدقيقة إلى عيوب في الصياغة التشريعية. النص. وهذا بدوره يؤدي إلى أخطاء قضائية تتطلب التدخل التشريعي لتصحيح هذه النواقص (5).

1.2.1.2 أهمية الصياغة التشريعية

يمر التشريع الجنائي شأنه شأن التشريعات الأخرى بأساليب معينة بعضها نص عليه الدستور، والبعض الآخر نص عليه القانون، والتشريع يجب أن يمر بأربع مراحل، أولاً: اقتراح التشريع، ثم مراجعة التشريع، ثم مناقشته، والتصويت عليه، وإصداره نهائياً، وينبغي معرفة ان مرحلة الاعداد والصياغة هي من أهم مراحلها، لذا فإن كل خطأ في الصياغة يؤدي إلى خطأ تشريعي يؤدي بدوره إلى خطأ قضائي (6)، يجب أن يكون للتشريع لغته الفنية الخاصة ومفرداته وقواعد صياغة النصوص التي يحتويها. يثير إنشاء أي نص جنائي غامض أو غامض الشكوك حول تفسيره، مما يؤدي إلى إنشاء جرائم وتطبيق عقوبات لا يستهدفها

(1) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ط2، 1981، ص16.

(2) د. عبد الحميد محمد الجمال ود. مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1987، ص 64.

(3) الدكتور أنور سلطان المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1993، ص166.

(4) محمود محمد علي صيرة، أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، الطبعة الثانية، مصر، 2007، ص21.

(5) د. نوفل علي عبدالله الصفو، اساليب الصياغة القانونية للنصوص الجزائية، مرجع سابق، ص237.

(6) لذلك يصف الفقيه (دي كروسن) مفهوم الصياغة القانونية ، في حالة القانون الوقائي ، من الصعب جداً على أي شخص صياغة مبادئ وقواعد تنطبق على جميع الوقائع في أوقات وأماكن مختلفة ، كطريقة للصياغة القانونية. الاحتمالات محدودة ، وعلى المشرعين إثبات الحقائق بدقة واكتمال مناسبين في الصياغة القانونية. د. نوفل عبدالله الصفو، اساليب الصياغة القانونية، مرجع سابق، ص 238.

المشرعون. يجب أن يعبر التشريع بالضبط عما يعنيه. يجب أن تكون لغة التشريع واضحة وموجزة، لأنها تحدد الأساس القانوني للمعنى والمصطلحات، بحيث يتم التعبير عن القانون بوضوح. فيما يتعلق بأهمية الصياغة التشريعية، يمكن القول إنها عملية أو خطة صياغة تشريعات للسلطات المختصة بهدف تنفيذ أعلى سياسة عامة في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أي التعبير عنها وطبيعتها وآلية تحقيقها من خلال مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة الصادرة للتعبير عن تلك السياسة العامة، تتميز قواعدها بطابع التمكين من تنفيذ السياسة من جهة، وملزمة من جهة أخرى، وهو أمر يصعب تنفيذه إذا لم يتم دمجها في التشريع. تتمثل مهمة الصانع في تحويل المادة الأولية من أفكار ومقترحات إلى نص مكتوب في شكل نصوص قانونية، في شكل مشاريع قوانين، جاهزة للتصديق والتصديق من خلال سلسلة من الإجراءات الدستورية والقانونية.

تكمن أهمية الصياغة التشريعية في أنها الأداة الأساسية التي يستخدمها القانونون على الصياغة لتوصيل الغرض والغرض من التشريع المقترح من خلال فهم إرادة المشرع وتجسيدها في المعايير والجمال القانونية، فهم متطلبات القانون بشأن الحقوق والالتزامات، وتحديد مخرجات التشريع في التعامل مع الظواهر الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو المهنية من خلال آليات قانونية ملزمة، وتوضيح نطاق الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتشريعات، وتضييق نطاق الاختلاف تفسير من المتطلبات النصية والتطبيق (1). كما تتجلى أهمية الصياغة التشريعية كونها تساهم في تطور النظام القانوني للدولة، وتجعله أكثر وضوحاً واستقراراً. عدم استقرار التشريع بسبب كثرة المراجعات والتفسيرات، فضلاً عن حدوث تضارب في المصالح بين الفئات الاجتماعية المشاركة في أحكام القانون (2).

1.2.2 أنواع الصياغة التشريعية ومزاياه وعيوبها

الصياغة التشريعية تكون صارمة أو مرنة، وهذا يتوقف على درجة السلطة التقديرية التي يمنحها المشرع للسلطة القضائية، سنشرح في النص القانوني كل من هذه الصور في القسمين التاليين:

(1) د. ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، بحث منشور مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة للإصلاح والتطوير)، العدد 2، ج 1، س 5، 2017، ص 391.

(2) حيدر سعيد المؤمن، مبادئ الصياغة القانونية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

<file:///C:/Users/zaman%20computer/Downloads> تاريخ الاطلاع 2021/7 /16.

1.2.2.1 مفهوم الصياغة الجامدة والمرنة

يتعين على المشرع عند ممارسته في تطبيق نصوص التجريم والعقاب ان يحول دون وقوع تعارض بين النصوص التي تحدد الجرائم والعقوبات والحقوق، ووسيلته في ذلك للالتزام بالنصوص وعدم الانحراف عنها الى اهداف اخرى⁽¹⁾. وسنوضح انواع الصياغة الجامدة والمرنة من خلال النقطتين الاتيتين:

اولا: الصياغة الجامدة:

تعتمد صياغة القانون على الكلمات والمصطلحات التي يحاول المشرع من خلالها تحقيق أهدافه المنشودة ، اذ ان الالفاظ هي قوالب المعاني، فالنصوص القانونية التي تصدر من المشرع بشأن التجريم والعقاب ماهي الا تعبير عن مصالح اجتماعية حية ومنظورة، تُعرّف الصياغة الصارمة بأنها تعريف كامل لقرار قانوني ، أو قرار قانوني ملزم به ، بطريقة لا تترك مجالاً للتقييم ، سواء لمتلقي النص أو للقاضي الذي يطبق النص، إذا مُنع القاضي من اللجوء إلى استكمال النص الجنائي الناقص إلى الحد الذي يكون مخولاً له بخلق الجريمة والعقاب ووظيفته تطبيق النص والنص الجنائي ناقص. إذا كان تعريفه أو تعريفه للجريمة يفقر إلى الأركان الجوهرية أو بعضها، إذا أهمل المشرع تحديد العقوبة⁽²⁾.

تعتبر الصياغات القانونية جامدة عند مواجهتها بافتراضات محددة أو حقائق محددة ، وتتضمن حلاً ثابتاً لا يتغير بغض النظر عن الظروف والظروف المختلفة، ينطبق هذا بشكل خاص على القواعد التي تتضمن التواريخ والأرقام إذا اضطر القضاة إلى تطبيق الحلول أو الأحكام فور التنفيذ بطريقة آلية صارمة ، تسمى الجرائم المرتكبة على هذا الأسلوب بالجرائم (ذات الأشكال المحددة أو غير الحرة)⁽³⁾، إنها الأفعال الإجرامية التي يعتمد عليها المشرعون ، وتشمل النماذج القانونية القواعد والأعراف أو تفاصيل الأعمال النموذجية التي تشكل جريمة، عندما صاغ المشرعون نصوصاً تجريمياً تنص على مثل هذه الجرائم ، أشاروا بدقة كافية إلى النوع والنطاق والعناصر التي تشكل السلوك والأوصاف الأخرى التي تحدد بوضوح خصائص السلوك، يميل واضعو القوانين إلى الحد من معنى كلمات معينة عن طريق إضافة مصطلحات أو غير ذلك ، بسبب مخاوف من إساءة تفسير النصوص القانونية ، مما يؤدي إلى بذل جهود لتوضيح وتعريف معناها

(1) هيثم الفقي، الصياغة القانونية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <https://wasetlaws.com/pdf/mnhgya> تاريخ الاطلاع 2021 /7/17.

(2) د. انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط 4، دار النهضة العربية، بيروت، 1983، ص94.

(3) د. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001، ص 164.

والغرض منها للمشرعين من النص. خصائص الكلمات لتحديد ما تعنيه (1)، والجدير بالذكر أن المشرعين معنيون بتحديد العناصر الأساسية لهذا النوع من الجرائم، بما في ذلك ما يشكل تكييفاً وما يحتويه، لا يأخذ هذا النهج المعتمد في الحساب الاختلاف في كل حالة يتم تطبيقه فيها، نظراً لأن القضاء ليس لديه أي مجال للتقييم، وعادة ما يكون هذا في حالة جريمة رئيسية، أو ذات طبيعة لا تقبل الاختلافات في العناصر التي تحددها، دور القاضي في هذه القضية هو تطبيق النص القانوني (2). تستعمل التشريعات الوضعية طريقة الصياغة هذه في صياغة نصوص كثيرة، إلخ، في باب التنازل من قانون العقوبات العراقي، نص المادة (405) التي تحدد فعل القتل عن طريق: من يقتل نفساً عمداً (3).

وبالمثل، يمكن للمشرعين استخدام هذه الطريقة عند تحديد قسم العقوبة لأنه لا يمنح القضاة أي سلطة تقديرية لتحديد مقدار العقوبة. على سبيل المثال نص المادة (409) (4). وهذا يجعل قتل الزوج لزوجته أو أحد أقاربه عذراً مخففاً في الزنا المفاجئ. إذا ثبتت أركان الجريمة وظروفها، فلا خيار أمام القاضي سوى تخفيف العقوبة لأنه ليس لديه سلطة تقديرية لتحديد مقدار العقوبة.

ثانياً الصياغة المرنة:

بسبب انتقاد مبدأ الشرعية الجنائية. وفي مقدمتها عدم قدرة التشريع على الاستجابة للتطورات واستيعاب القضايا الجديدة والحقائق الجديدة الناشئة في المجتمع (5)، إلى جانب عدم التزامن بين تشريعات القانون الجنائي والمفهوم الحديث للتفويض القضائي وإضفاء الطابع الفردي على العقوبة، يواجه القانون

(1) د. عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني تفسير وصياغة التشريعات، دار شتان للنشر والبرمجيات، مصر، 2012، ص25.

(2) د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1968، ص154.

(3) تنظر المادة (405) من قانون العقوبات العراقي

(4) نصت المادة (409) من قانون العقوبات العراقي على ما يأتي:

يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فاجأ زوجته أو إحدى محارمه في حالة تلبسها بالزنى، أو قتل أحدهما، أو اعتدى عليهما أو على أحدهما اعتداء افضى الى الموت أو إلى عاهة مستديمة ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر وتطبيق ضده احكام الظروف المشددة. القانون رقم (3) لسنة 2015 قانون تعديل تطبيق قانون العقوبات العراقي رقم(111) لسنة 1969 المعدل في الاقليم المادة(1): يوقف العمل بحكم المادة (409) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل. المادة (2): على الجهات ذات العلاقة تنفيذ أحكام هذا القانون. المادة (3): ينفذ هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية (وقائع الاقليم). الأسباب الموجبة بغية ترسيخ العدالة وإيجاد مجتمع بعيد عن العنف والتمييز الجنسي، فقد شرع هذا القانون.

(5) د. نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية، دراسة في التشريع الاردني، مجلة الحقوق الكويتية، ع4، ص22، 1998، ص206.

الجنائي أزمة فيما يسمى بمبدأ الشرعية الجنائية، كانت السمة الأكثر خطورة للأزمة هي أساليب الصياغة الصارمة التي استخدمها المشرعون ، خاصة عندما يتعلق الأمر بتحديد كمية المواد في مسودات النصوص ، لأن القضاة يتمتعون بأقل قدر من السلطة التقديرية في هذه القضايا (1)، وردا على أزمة مبدأ الشرعية ، تجاوز المشرعون نقده بالحد من جمود المبدأ من خلال عدة قضايا وأساليب ، أهمها استخدام أساليب الصياغة المرنة سواء صياغة مبدأ الشرعية أو تبنيها. القواعد القانونية (2). يمكن تعريف الصياغة المرنة بأنها تعبر عن سيادة القانون بكلمات وعبارات واسعة، مما يسمح للحل بالتنوع حسب الظروف والظروف وتقديرات المسؤولين عن القانون المعمول به (3).

يتم تعريفه أيضًا على أنه تعبير لفظي فضفاض يعبر عن التزام قانوني، يستخدم لتحديد خصائص أو شروط أو عناصر الحقوق التي يتناولها القانون. لذلك يختلف معنى هذا التعبير حسب ما يغطيه (4).

صياغة مرنة للحالات والحقائق التي لا يمكن تحديدها بشكل فردي عند صياغة النص التشريعي، مثل تحديد مقدار الأضرار والتعويضات للآخرين (5).

والجدير بالذكر أن الصياغة القانونية تعتبر مرنة إذا تم استيفاء القواعد القانونية من خلال التفكير المنطقي والمنطق لمنح معايير مرنة للقضاة بناءً على تقديرهم، وتوجيهها إلى بلورة حل مناسب لكل قضية تعرض عليها، حسب الظروف والظروف المختلفة ووفقاً لمقتضيات العدالة (6). يعطي مرونة للقاعدة القانونية، مما يسمح له بالاستجابة للمواقف والظروف المختلفة، ويمنح القضاة سلطة تقديرية واسعة في تطبيقه، يوفر له معياراً متوسطاً يوجهه في تطبيق الأحكام، مما يسمح له بتنوع الحلول. تختلف الحالات من شخص لآخر. الصياغة المرنة تجعل القواعد القانونية سارية في كل مكان وفي أي وقت، وتمكن التشريع من العيش داخلها. التطبيق العملي للعملية الروحية (7). مثال على صياغة مرنة في قواعد القانون الجنائي تحدد الأحكام من خلال

(1) د. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001، ص 164.

(2) د. نظام توفيق المجالي، مرجع سابق ، ص 205.

(3) عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص 23.

(4) د. طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2002، ص 137.

(5) د. نظام توفيق المجال، مرجع سابق، ص 206.

(6) باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، اطروحة دكتوراه كلية القانون، جامعة بغداد، 2000، ص 55.

(7) د. عبد الفتاح مصطفى الصفي، المطابقة في مجال التجريم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 10.

وضع الحدود القصوى والدنيا، مع السماح للقاضي الجنائي بتطبيق العقوبة المناسبة بين تلك الحدود، اعتماداً على ظروف كل جريمة. بحسب نص المادة 453 من قانون العقوبات العراقي مثل خيانة الأمانة.

1.2.2.2 التمييز بين الصياغة الجامدة والمرنة

كل من الصيغ الصلبة والمرنة لها مزاياها وعيوبها. من مزايا الصيغ الجامدة الاستقرار وتأسيس الضمان الاجتماعي بتحقيق العدالة. لا يختلف القرار حسب تقدير القاضي، بالإضافة إلى تسهيل تسوية المنازعات، اجعل الجميع على دراية بوضعهم القانوني وتنظيم شؤونهم بناءً على المعرفة الراسخة والوضوح. تعمل الصياغة الصارمة أيضاً على استقرار المعاملات وتسهيل تسوية المنازعات، وبالتالي فإن دور القضاة في تطبيق القانون يكون تلقائياً دون الكثير من المتاعب، بالإضافة إلى هذه الصيغة التي تجعل أصحاب المصلحة على علم بذلك مقدماً، فإن أطراف العقد، على سبيل المثال، يعرفون أيضاً المحتوى الحاسم للأساس القانوني الذي يعتمدون عليه عند إبرام عقد أو إجراء قانوني (1).

لكنه متهم بصيغ جامدة تشترك في نفس العيوب العامة في وصفه لمبادئ الشرعية، وأهمها الجمود والصلابة، كلما كان المصطلح أكثر تحديداً وصرامة، زادت الفجوة بينه وبين الحقائق المتغيرة للحياة، حيث لا يمكن للمشرعين استباق جميع السلوكيات المستقبلية التي يجب حظرها عند صياغة نصوص مجرمة (2).

لا يوجد نظام قانوني في أي دولة، بغض النظر عن مدى تطوره، يمكنه مواجهة وتنظيم جميع الحالات والمواقف التي يمكن افتراض حدوثها على هذا النحو، ستستمر في مواجهة نقص التنظيم، الأمر الذي يتطلب تدخلاً تشريعياً لمعالجة هذا التطور، لا يمكن حماية المجتمع لأن مبدأ الشرعية الجنائية يركد القانون، لأن هذا المبدأ يتطلب من القضاة عدم توسيع التفسيرات القانونية استجابة لسلوكيات ضارة جديدة في المجتمع، وبالتالي فإن التشريع الوضعي يوصف بأنه قصور خلقي ولا يمكن وصفه بأنه تشريع أو كمال القانون (3).

كما تُلام الصياغة الصارمة على تحقيق هذه المزايا على حساب تطبيق العدالة لأنها تتجاهل خصوصيات وظروف كل قضية، وبسبب القصور الذاتي، من المستحيل متابعة التطورات والقضايا والحقائق الجديدة مع

(1) د. خالد الرويس ود. رزقي الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية مكتبة الشفري، الرياض، 1420هـ، ص124.

(2) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1975، ص 249. د. نوفل علي عبدالله الصفو، مرجع سابق، ص 238.

(3) هيثم الفقي، الصياغة القانونية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <https://wasetlaws.com/pdf/mnhgva> : تاريخ الاطلاع

الإصرار على تطبيق القواعد القانونية، فهو لا يأخذ في الحسبان الفروق الفردية لكل حالة، ولا يستوعب المتغيرات، لأنه تعبير يسعى إلى تحقيق العدالة المجردة وغير مكترث بالعدالة الفعلية الحقيقية (1).

وتتمثل ميزة الصياغة المرنة في أنها أكثر إنصافاً في تطبيقها، حيث يمكنها النظر في ظروف وظروف كل حالة على حدة، مع قدرتها على مواكبة وتيرة التطور الاجتماعي ومواجهة الحالات الجديدة. ومراعاة العدالة الشخصية. ومع ذلك، فإن القيام بذلك يأتي على حساب الأمن المدني للمعاملات بين الأفراد واستقرار المركز القانوني، لأنه يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة تجعله محكماً بدلاً من القانون الذي يعرف الناس حقوقهم فيه. القضاة والواجبات، وبالتالي تعزيز الفساد (2).

نتفق مع الفقه الجنائي على أن القانون الوضعي يتطلب تعايش الصيغتين الأوليين، فالأصل أن تكون القواعد القانونية منضبطة ومحددة، ومع ذلك، في كثير من الحالات، يجب تطوير هذه القواعد بطريقة مرنة للاستجابة للظروف المتغيرة والحقائق الناشئة. ومع ذلك، في بعض الأحيان يفضل تجار المجوهرات التخلي عن القواعد القانونية الصارمة لصالح المعايير المرنة. على سبيل المثال، يمكن لصانغ الذهب تحديد عدم الإنصاف في معاملة بنسبة مئوية من قيمة الشيء المعني (3).

(1) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مرجع سابق، ص 10.

(2) باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، نظرية البنين القانوني للنص العقابي، أطروحة دكتوراه كلية القانون، جامعة بغداد، 2000، ص 55.

(3) د. ليث كمال يعقوب نصر اوين، "متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني"، المنشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية في ملحق خاص، العدد رقم (2) الجزء الأول لشهر مايو 2017، ص 239.

الفصل الثاني

2. دور المصلحة في صياغة النصوص الجزائية

بما أن لمصالح المجتمع اهميه كبيره وفقا لما جاء في قانون العقوبات فإن القانون يستوجب حماية المصالح الاجتماعية بغض النظر عن رؤيه المشرع لأهمية هذه المصالح سواء كانت لها أهمية بالغه أم لا، لأن المساس بها يعد جريمة غير مشرع بها ويجب فرض عقوبة معينة على الجاني وهو بالفعل يستحقها، وهو بذلك يعني أنه يتم الاستعانة بمعتقد المصلحة في عدة أمور (1). لذلك من الضروري المعرفة التامة بضرورة وجود تلازم بين كل من المجتمع والقانون، فالأخير لا يعد مجرد شكل من أشكال سلطان الدولة على الجماعة إنما هو الذي يحكم مجرى الحياة في المجتمع كما أن القانون يمد المجتمع بكافة الضوابط اللازمة برسم حدود جميع الأنشطة المسندة لمختلف أفراده وبالتالي يعد مظهراً من مظاهر الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية (2) لذلك فإن التعدي على اي من المصالح التي تكفل القانون بحمايتها يعد جريمة يتم المعاقبة عليها (3).

وفي هذا الفصل سيتم دراسة دور المصلحة في صياغة النصوص الجزائية وذلك من خلال مبحثين المبحث الأول سيتم فيه طرح أهمية السياسة الجنائية في المصلحة، والمبحث الثاني سيتم فيه طرح دور المصلحة في التمييز بين ظروف الجريمة وأركانها.

(1) يعد مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بناءاً على قانون من اهم ضمانات الحرية الفردية وهو من ابرز سمات الديمقراطية الحديثة، والمشرع العراقي اقر هذا المبدأ في المادة (1) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل.

(2) د. منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1969، ص9.

(3) د. محمود طه جلال، اصول التجريم والعقاب في السياسة العقابية الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية، 2005، ص152.

2.1 أهمية السياسة الجنائية في المصلحة

إن شرعية العقوبات والجرائم تنحصر في مصادر العقاب المنصوص عليها في نصوص القانون المتعارف عليها وهذا يعني أن أي فعل قام به شخص ما لا يمكن القول بأنه يعد جريمة يعاقب عليها إلا إذا كان هناك نصا تم من خلاله تجريم هذا الفعل من قبل المشرع، كما أنه إذا ثبت إن هذا الفعل جريمة فلا عقوبة لها إلا ما نص عليه المشرع في النصوص القانونية نوعا ومقدارا، بمعنى أن المشرع هو الشخص الذي يقوم بعملية تحديد كون أي فعل من الأفعال التي يقوم بها الأشخاص تقع في نطاق الجريمة أم لا، كما أنه هو الذي يقوم بتحديد أركان هذه الجريمة وما العقوبة التي يستحقها الفاعل سواء كانت نوعا أو مقدارا ولا يجوز للقاضي أن يتدخل بأي شكل في ذلك فهذا يقع في نطاق المشرع فقط، فالقاضي ما هو إلا أداة تقوم بتطبيق ما وضعه المشرع من نصوص في الجرائم المطروحة عليه (1).

2.1.1 دور المصلحة وأثرها في بيان القواعد الموضوعية

إن منطلق القاعدة القانونية الخاصة بموضوع العقاب والجريمة تأتي من منطلق هذه الفكرة الأساسية التي مفادها هو ضرورة حدوث تعادل وموازنة بين كل من الحريات العامة والمصلحة العامة وذلك بشكل يهدف بصفة أساسية وفي نفس الوقت إلى حماية كلا الجانبين سواء كان جانب الحريات العامة أو المصلحة العامة، وبما أن المشرع هو الذي يقوم منفردا بالتشريع وتنظيم كافة الحريات العامة وحقوق الشعب وذلك لأن المشرع هو منتخب من الشعب وبذلك تكون في يده كافة هذه المسؤوليات السابق ذكرها ولا يكون للسلطة التنفيذية أي حق في التدخل في ما يقره المشرع من نصوص، لذلك فإن حماية المصالح العامة يتم إسنادها إلى المشرع أيضا، أما بالنسبة للحريات العامة فإنها تتجسد في طمأنينة الشعب والأمن المجتمعي وذلك من خلال قيام السلطة المختصة بنشر الوعي بين الأفراد حول الأعمال الغير المشروعة قبل الوقوع فيها دون أي تدخل من قبل السلطة التنفيذية (2) وبالتالي يكون القاضي غير قادرا على التحكم في حريات الأفراد الشخصية، وبذلك يتضح أن أهمية المصالح والقيم والأخلاق تترصد في حماية المجتمع والعمل على استقرار أوضاعه، كما أنها تعد بمثابة أسبابا لتبرير المبادئ الجنائية التي تسعى لتحقيق الحماية الكاملة لكافة المصالح والقيم

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط5، القاهرة، 1982، ص72.

(2) د. احمد فتحي سرور، نظريه الاختلاس في التشريع المصري، مجله اداره قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة الثالثة عشر، ابريل - يونيو

1969، ص15.

الاجتماعية ، ولذلك وبعد توضيح ما سبق طرحه يمكن القول إن " المصلحة القانونية هي أساس التجريم في القانون الجنائي "

2.1.1.1 دور المصلحة في وضع قواعد التجريم والعقاب

بما أن من ضمن اختصاصات المشرع هي تحديد المصالح كما قولنا سابقا فإن المشرع يقوم في البداية بتحديد المصالح الكلية ذات الحتمية الضرورية للمجتمع، ثم بعد ذلك يقوم بتوزيع هذه المصالح على الاقسام الرئيسية المختلفة هذه الأقسام تمثل في مجموعها قسم مختص في التقنين الجنائي، ويحتوى القسم الخاص بكل مصلحة من مصالح المجتمع يقوم المشرع بوضع عدد من القواعد أو المبادئ أو النصوص التي يكون الهدف منها هو الحفاظ على المصلحة التي تخص الأفراد من مختلف الجوانب (1)، فهناك قسم خاص مرتبط بكافة الجرائم التي تؤدي منذ القيام بها حتى الانتهاء منها إلى الاعتداء على المصلحة العامة، فهذه الجرائم لا تخص شخصا بعينه ولا تخص أيضا مجموعة من أفراد المجتمع وإنما تنصب في كافة الأحوال على المجتمع لذلك يطلق على هذه الجرائم مسمى " الجرائم المضرة بالمصلحة العامة " فعلى سبيل المثال نجد أن الجرائم التي تتعلق بنشر العدالة الاجتماعية أو الجرائم المخلة بالوظيفة الو تلك التي تتعلق بالمساس بأمن الدولة المعنية سواء كان أمنها الداخلي أو الخارجي فكل هذه الجرائم السابق ذكرها تنصب على المجتمع فقط وليس على أحد الأفراد أو جماعة بعينها، وهو ما نص عليه القانون العراقي رقم (111) حيث أنه في عام 1969 نص المشرع العراقي في قانون العقوبات وبالأخص البابين الاول والثاني في الكتاب الثاني في المواد (156- 222) هو القانون المعدل ويندرج ضمنه "الجرائم المضرة بالمصلحة العامة" بالإضافة إلى ذلك فهناك نوعا ما من الجرائم وهي التي طرحها المشرع العراقي ضمن قانون العقوبات الكتاب الثالث تحت مسمى " الجرائم الواقعة عبر الأشخاص " وهي كافة الجرائم التي تمس حياة الأفراد وسلامتهم داخل المجتمع أو تلك التي تتعلق بالمال فعلى سبيل المثال كافة الجرائم التي تتعلق بالتعدي على حق المواطن في الحياة أو تلك التي تتعلق بحقه في عدم تعدي الآخرين على جسده أو تلك التي تتعلق بحق المواطن في عدم تعدي الآخرين على حقوقه المالية أو تلك التي تتعلق بحق المواطن في حماية عرضه إلخ وبعد طرح هذه الجرائم يتبين لنا أن هذه الجرائم تقع على عاتق مواطن بعينه أو تقع على جماعة بعينهم دون الآخرين ولكني ينبغي أيضا توضيح أن هذه الجرائم التي تسمى بالجرائم الواقعة عبر الأشخاص فهي تقع أيضا على المجتمع ولكن بشكل غير مباشر أما الجرائم المسماة بالجرائم المشرع بالمجتمع فهي تقع على المجتمع بالفعل ولكن بشكل مباشر . إن الجرائم

(1) د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، المجلد السابع عشر، 1974، ص249.

المتماثلة تتميز بوحدة المصلحة،⁽¹⁾ كما أن كل الجرائم التي تحدث في المجتمع لها مصالح جزئية تتميز بها وتكون أكثر تخصيصاً بحيث تساهم معها في عامل أو أكثر، حيث أنه عند قيام أحد الموظفين العاملين بالدولة بجريمة مثل جريمة الاختلاس وأخذ الرشوة فهي تعد بمثابة اخلاص واضح بثقة الوظيفة الحكومية، وأخذ الأموال بالباطل تحت ما يسمى بأرباح الأعمال الوظيفية (الرشوة) والتي تكون من بينها المصلحة التي تقع في نطاق حمايه القانون هي مصلحة واحدة، بمعنى أن لكل جريمة لها مصلحة جزئية تختلف بشكل أساسي عن المصلحة التابعة للجرائم المختلفة الأخرى ، فالسبب في جعل اخذ الرشوة جريمة يعاقب عليها هي الحفاظ على الوظيفة الحكومية من التلاعب والاتجار بها، ومن ناحيه اخرى نجد أن سبب تجريم الواقعة الخاصة بالاختلاس هي الحفاظ على مال الدولة العام⁽²⁾. كما أن هذه المصالح التي تعد بمثابة مصالح جزئية تابعه عن الجرائم الواقعة والتي تقع ضمن الإطار القانوني السائد آنذاك تمثل جانباً من إحدى جوانب المصالح الأساسية التي يرغبها المشرع، ألا وهي قيام كافة الموظفين بالالتزام بالأعمال المسنودة إليهم وذلك وفقاً للأنظمة المقررة مما يمكن الإدارة أيضاً من أداء ما نسب إليها من مهام.

وبالتالي يظهر لنا أن المهمة الموكول المشرع بوضع معيار خاص بالتقسيمات العامة لكافة الجرائم يكون معتمداً في اختياره على إحدى المصالح التي تكون محددة بذاتها ولها أهمية مما يتطلب حمايتها، ثم تم التطرق إلى العديد من أشكال المساس بها، وذلك حسب الشكل الذي يأخذه الركن المعنوي أو المادي فمثلاً الركن المعنوي يتمثل في كون جريمة القتل مقصودة أو غير مقصودة أو متعددة القصد، أما الركن المادي فإن جريمة القتل التي تحدث بالطبع تؤدي إلى سلب المواطن من حقه في الحياة وهذا هو مضمون الركن المادي، أما من ناحية الجرائم التي تتعلق بالمال مثل النصب، السرقة. فإن المصلحة التي يتم الاعتداء عليها في مثل هذه الجرائم هي نفس المصلحة ألا وهي مال الآخرين، ولكن الاختلاف هنا يكون فيما بينها وذلك وفقاً للشكل الذي يأخذه الركن المادي وفقاً لكل جريمة.

(1) الجرائم المتجانسة هي مجموعة الجرائم التي تنضوي تحت نظام قانوني واحد تشترك في كثير من العناصر والأركان، ينظر د. حسنين ابراهيم صالح، مرجع سابق، ص250.

(2) د. حسنين ابراهيم صالح، مصدر سابق، ص250.

2.1.1.2 اثار المصلحة في وضع القواعد الموضوعية

إن الحدود التي يتم رسمها ويجري عليها القانون تتمثل في مبدأ الشرعية فهي بمثابة الأساس الأول الذي يجري عليه القانون ، فلا يوجد جريمة والتبعية لا عقوبة إلا بناء على نصوص القانون، حيث لن القانون يسير وفقاً لآراء المشرع التي تمثل المصلحة العامة وفي نفس الوقت تعمل على تحقيق الأهداف التي يسعى لتحقيقها إلا وهي الحفاظ على هذه المصالح من أي اعتداء يمكن أن يصل لها (1)، وهذا يعني أن لكي يتم الحفاظ على المصالح العامة فلا بد من أن تسند مهمة تحديد وقائع التجريم والعقاب إلى المشرع بمفرده دون أي تدخل من القاضي ، وذلك لكي يتحقق التوازن بين كل من حق الدولة في العقاب من ناحية والحريات والحقوق الفردية من ناحية أخرى (2)، بالإضافة إلى ذلك الحفاظ على المصالح الفردية التي تتعلق بمصالح أفراد المجتمع مثل مصالح المواطن في الحياة والحفاظ على أمواله وحماية جسده وعرضه من أي انتهاكات تمارس ضده كما أنه يتم حماية هذه المصالح إذا كانت متصلة في داخلها بأي شكل بمصالح الجماعة كمصلحة إجتماعية، ومن خلال ما سبق طرحه يمكن القول بأن المصلحة أي كانت طبيعتها تتحرك مع التجريم ذهاباً وإياباً أو وجوداً وعدماً (3).

كما أن لمبدأ الشرعية العديد من الآثار التي يرتبها على المصلحة من أهمها لا يجوز القياس بالتجريم بمعنى أنه لا يجوز للقاضي أن يقوم بقياس عمل لا يوجد له نص قانوني بتجريمه على عمل آخر يوجد له نص قانوني فيقوم القاضي بالحكم على الأول بالعقوبة التي من المفترض أنها مقررّة على الثاني باعتبارها جريمة وذلك بناء على التماثل بين الفاعلين أو قد تكون العقوبة الخاصة بالثاني وفقاً لما نص عليه القانون باعتبارها جريمة تحقق ذات المصلحة التي تحققها الأولى من خلال العقوبة عليه دون أي نصوص من القانون (4)، كما أنه ليس من حق القاضي أن يقوم بقياس جريمة لا يوجد لها أي قاعده قانونية ولا تستند على أي نصوص على العقوبة على أخرى ورد بشأنها نص قانوني وذلك بمنطق أن كلاهما يؤديان إلى تحقيق ذات المصلحة، وذلك لأن قيام القاضي بهذا القياس بالطبع سيؤدي إلى التوسع في نطاق الجرائم وذلك من خلال

(1) د. طلال عبد الحسين البدراني، الشرعية الجزائية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2002، ص79.

(2) د. محمد علي سالم عياد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال، جامعة الكويت، 1981، ص41.

(3) د. حسنين إبراهيم صالح، مصدر سابق، ص247.

(4) تنص المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل على ما يأتي (لأعقاب على فعل أو امتناع الابناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقتراه، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير لم ينص عليها القانون) ، وتقابلها المادة (1) من قانون العقوبات السوري رقم (148) لسنة 1949 والمادة (2) من قانون العقوبات اليمني رقم (12) لسنة 1994.

ابتكار جرائم أخرى لم تستند في ثنائياها إلى أي نصوص قانونية (1)، كما هو الحال في تشريعات الضرورة ، تتمتع السلطة التنفيذية بسلطة إصدار بند في الدستور ، إذا نشأ موقف بين دورتين للبرلمان يتطلب إجراءات عاجلة لا يمكن تأخيرها. (2) أو إسناد القانون إلى هيئة إدارية لديها سلطة إصدار الأوامر والقرارات، وسيعاقب القانون المخالفين. (3). أما الأثر الثاني فهو تحريم قياس الإدانة (4)، فعلى سبيل المثال أن القانون العراقي الخاص بالعقوبات لسنة 1969 رقم 111 المعدل ففي المادة رقم 456 مثلاً لا يجوز للقاضي أن يقوم بقياس وسيلة أخرى حديثة لم تستند إلى أي نص قانوني على وسائل الاحتيال لمنصوص عليها في هذه المادة.

أما القواعد الأخرى المتعلقة بـ "أسباب التقنين، ومعوقات المسؤولية أو رفع الدعاوى الجنائية، والأعذار القانونية والظروف المخففة". وهي التي تعد بمثابة قواعد قانونية ولكنها ليست تجريمية فإن معظم الفقهاء اتجهوا إلى إجازة القياس ولكن بشرط ألا يختلف ذلك القياس مع مبدأ الشرعية وذلك لأن في هذه الحالة إذا قام القاضي بالقياس فإنه بذلك يقوم باتساع حرية المتهم ويخرجه من إطار العقاب (5)، كما أن الفكرة القانونية الأساسية لأتاحه هذا القياس هي أن الأصل في الأشياء هو الإجازة وبالتالي فإن القياس يستند على أصل وليس على استثناء. (6).

وأما الثالث والتي تعد من أهم الآثار هي تحديد مصدر العقاب والتجريم وحصره في مبادئ ونصوص وقواعد القانون فقط، وهذا يعني أن المشرع يستوجب أن تكون مختلف العقوبات والجرائم مستندة على أساس قانوني، (7)، والمقصود من هذا هو مواجهه الحالات التي يتم فيها تفويض المشرع سلطته في تعيين الجرائم وتحديد العقوبات إلى جهة أخرى ، وهو ما نص عليه القانون في حالة التشريعات الضرورية فإن السلطة التنفيذية هي التي تقوم بإصدارها بناء على نص واضح وصريح في الدستور وذلك في حالة انعقاد البرلمان

(1) علي حسين خلف و سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، القاهرة، 2010، ص34.

(2) ينظر على سبيل المثال المادة (3/26) من دستور سنة 1925 في العراق والمادة (41) من دستور سنة 1923 في مصر.

(3) مثال ذلك المادة (240) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل إذ تنص على أنه (يعاقب أي شخص ينتهك أو لا يمثل لأمر صادر عن موظف أو رئيس خدمة عامة أو مجلس المدينة أو هيئة رسمية أو شبه رسمية ضمن سلطته القانونية بغرامة لا تتجاوز 6 أشهر أو بغرامة لا تتجاوز 100 دينار. مرسوم رقم (6) لسنة 2010 بتعديل مقدار الغرامات المحددة في قانون العقوبات).

(4) القياس هو اعطاء حالة غير منصوص عليها في القانون حكم حالة منصوص عليها فيه لاتفاق الحالتين في العلة ينظر: د. علي حسين الخلف و سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، ص45.

(5) د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، دار المعارف، الإسكندرية، 1964، ص44.

(6) د. احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص37.

(7) الاستاذ حسين جميل، حقوق الانسان والقانون، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات، ص241.

وحدث ما يستلزم ضرورة الإسراع في بعض الإجراءات التي لا تحتل أي تأخير أو إذا كان تفويض القانون إلى إحدى الجهات الأخرى (جهات الإدارة) التي يتم منحها سلطة إصدار القرارات والأوامر يتم من خلالها معاقبة الأشخاص المخالفون بالعقوبة التي يقررها النص القانوني (1).

أما الأثر الرابع لا يجوز إرجاع نصوص العقاب والتجريم على الأفعال الماضية بمعنى أن الفرد الذي يقوم بأفعال في أثناء القانون القديم فإن المركز القانوني له يتبلور بشكل نهائي عند قيامه بهذا الفعل، لأن الهدف من مبدأ الشرعية هي التحذير قبل القيام بالفعل، والتحذير لا يكون إلا في المستقبل (2). ولهذا المبدأ العديد من الأسس من أهمها:

أولاً: الحفاظ على الحرية الشخصية وحمايتها وذلك لأن هدف القانون الجديد هو الموازنة بين حماية الحرية الشخصية من أي اعتداء يقع عليها من ناحية وبين موجباتها من ناحية وكافة سبل الحماية لمصالح الجماعة من ناحية أخرى كما أن حماية الحرية الشخصية راجعه إلى القانون الأصلح يكون لصالح المتهم بعض النظر عن أي مصلحة اجتماعية وذلك لأن الأصل في القانون هي الإباحة وليس التجريم بمعنى أن ما كان مجرماً في الماضي لم يعد كذلك الآن (3).

ثانياً: النهي التام لكل من الضرورة الاجتماعية والتناسب في استمرار العقاب وذلك لأن إذا كان للقانون القديم فكر يعاقب على كل عمل مخالف له فقد اسقطها فكر جديد تبنته الجماعة ونصه " انتفاء الضرورة والتناسب في التجريم و العقاب " مما يعني أنه إذا كان هناك قانون جديد فيتعين اعاده الأوضاع كما كانت عليه سابقا قبل التجريم أو وضع أحكاما تكون في صالح المتهم _ وتعود الحرية إلى أصحابها كما في نصوص القانون القديم مع ارتداد هذا القانون لقيم ومبادئ القانون الجديد في كل من الضرورة والتناسب بما لا يخل بنظام الدولة العام (4). وذلك لأن إرجاع القانون الأصلح يستوجب تثبيته بدون انقراط عقده على تقدير أنه منذ بداية صدوره فإن أعماله تكفل حماية المواطنين المخاطبين بالقانون القديم والحفاظ على حرياتهم. (5)

(1) د. احمد فتحي سرو، مرجع سابق، ص38.

(2) د. احمد عبد الظاهر، رجعية القانون الأصلح للمتهم في القانون الجنائي الدستوري، القاهرة، 2004، ص3.

(3) د. احمد عبد الظاهر، مرجع سابق، ص50.

(4) د. ماهر عبد شويش الدرة، الاحكام العامة في قانون العقوبات، جامعة الموصل، 1990، ص100.

(5) د سامي النصرأوى، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ج1، ط1، 1977، ص44.

أما من ناحية القانون الأصلح فهو القانون الذي يخلق وضعاً أصح وأفضل للمتهم من القانون السابق وبالطبع يتحقق ذلك في حالة كون القانون القديم يضيف ركناً للجريمة أو يلغيها أو يقلل من عقوبتها أو يتخذ قراراً بالإعفاء من هذه المسؤولية الجنائية أو سبباً للإيجاز أو لامتناع العقاب، وذلك بدون أن يقوم بإنهاء الجريمة أو التقليل من عقوبتها (1) يتم تحديد أصل القانون من خلال شيئين ، أحدهما هو المعايير الموضوعية ، أي أن أفضل قانون للمدعى عليه يتم تحديده وفقاً لمعايير موضوعية ، لأنها قضية قانونية معترف بها من قبل القاضي ولكن تخضع لسيطرة المحكمة.

ولا يباح للقاضي أن يعبر عن رؤيته الشخصية، وإنما يستوجب عليه الاستعانة دائماً بالضوابط القانونية لتحديد الأصلح للمتهم (2). لذلك لا يباح للمتهم أن يطالب بتطبيق قانون معين على نفسه وذلك بحجة أنه يرى أن هذا القانون أصح له معيار واقعي بمعنى أنه يتم تحديد القانون الأصلح للمتهم ذلك من خلال النظر إلى كل تهمة بمفردها، فتحديد الأصلح هنا يتم من خلال النظر إلى كل تهمة على حدة، وليس من خلال المقارنة بين القانون الجديد والقانون السابق سواء كان ذلك من حيث النصوص أو من حيث الاتجاه، إنما يتم من خلال النظر إلى كل تهمة بمفردها نظره واقعية، وتكون المقارنة بين أحكام كل من القانون الجديد والقانون السابق له عند التطبيق على تهمة معينة من حيث أركانها وفقاً لظروفها المختلفة وشخصية المتهم ، فعلى سبيل المثال في حاله أن القانون السابق (تقديم) يتيح وقف تنفيذ العقوبة بينما الجديد لا يجيز وقف تنفيذ العقوبة، وتم انقضاء مدة العقوبة، يكون بذلك القانون السابق هو الأصلح للمتهم وذلك في حاله أن تكون شخصيته المتهم وظروف الواقعة تتطلب تنفيذ العقوبة التي تم الحكم بها على المتهم، وذلك بخلاف قضية أخرى لمتهم آخر لا يستحق إيقاف التنفيذ في هذه الحالة القانون الأصلح له هو القانون الجديد، وأيضاً إذا كان القانون السابق ينص على حبس المتهم وتقليل الحد الأدنى من الغرامة ، وكان القانون الجديد ينص على دفع الغرامة بدلاً من الحبس فإن الأمر متروك للقاضي بمعنى أنه في حالة أن القاضي يرى أنه يستحق الحبس وليس الغرامة يكون القانون السابق هو الأصلح للمتهم ، أما إذا رأى القاضي أن المتهم يستحق الغرامة وليس الحبس فيكون القانون الجديد هو الأصلح للمتهم (3).

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ص30.

(2) د. احمد عبد الظاهر، مرجع سابق ، ص50.

(3) د. سامي النصرأوى، مرجع سابق ، ص44.

يعتبر مبدأ ونص القانون الأصلح من المبادئ التي ذكرتها معظم الدساتير، فقد ذكرها الدستور العراقي الذي صدر عام 2005 في مادته (10-19) كالتالي " لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي إلا إذا كان أصلح للمتهم" كما أن في القانون العراقي الخاص بالعقوبات قرر المشرع أن يتم سريان القانون الأصلح للمتهم قبل صدور الحكم بشكل نهائي، أما في حالة أن القضية حكم عليها نهائياً قبل صدور هذه القانون فقد وجب المشرع على سريان القانون الأصلح للمتهم ، وفي حاله أن القانون الجديد جاء ليقول من العقوبة المستحقة فإن المشرع يتيح للقاضي الذي أصدر الحكم اعاده النظر في القضية بناء على القانون الجديد.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن عملية التوازن بين الصالح المرحوم من قبل المشرع العراقي تم تحقيقها، فالمصلحة العامة حققت عند استفادة المتهم من القانون الأصلح وذلك قبل الحكم على القضية نهائياً، لحماية المصلحة العامة، كما ان المشرع حافظ على المصلحة الخاصة في الاستثناء التالي وفقاً للمادة (3/2) التي تنص على "إذا صدر قانون بعد الحكم النهائي ، ينص على أن فعل المدعى عليه أو امتناعه عن الحكم لا يعاقب عليه بوقف تنفيذ العقوبة ، يتوقف أثر العقوبة. وقرار وقف تنفيذ العقوبة. يكون الحكم بناء على طلب المحكوم عليه أو النيابة العامة."

2.1.2 دور المصلحة في تحديد وتقسيم أسباب الإباحة

في ظل القانون الجنائي فهناك قول يجيز رفع الوصف غير المشروع عن العمل بمعنى أنه أجاز الفعل فأصبح مباحاً ويعود الإيجاز بخضوع هذا الفعل لإحدى نصوص القانون التي تكسبه الصفة الغير مشروعته وتجزمه، وهنا القانون يظهر دوره في الإباحة وذلك ليرفع هذا الفعل من دائرة التجريم ويرده إلى أصله من المشروعية (1)، وتسمى هذا المشروعية ب " المشروعية الاستثنائية" ذلك التفرقة بينها وبين " المشروعية العادية" والتي مفادها عدم جواز العقاب على الفع (2)، وذلك لأنه لا يوجد في نصوص قانون العقوبات الخاصة بالعقوبة والجريمة ما يتعارض مع الفعل (3).

وتجدر الإشارة إلى أن الشرعية صفة مرتبطة بانتهاك مصلحة محمية قانوناً، في حين أن السماح هو صفة مرتبطة بانتهاك مصلحة محمية ويعتبر دفاعاً عن المصلحة. يستحق العناية. ولا بد من توضيح الفرق بين المشروعية والإباحة، حيث أن المشروعية فما هي إلا صفة تلتصق بالفعل الذي تم فيه الاعتداء على إحدى

(1) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص150.

(2) د. محمد هشام ابو الفتوح، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1990، ص847.

(3) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص305.

المصالح التي يحميها القانون، أما بالنسبة للإباحة فهي صفة تلتصق أيضا بالفعل الذي تم الاعتداء فيه على مصلحه محمية من قبل القانون ولكن في ذات الوقت تعد حماية للسلوك الإنساني اهم بالرعاية، والذي من المحتمل أن يكون في ذات الوقت مشروعا أو غير مشروعا، فالشروع يكون بالنسبة المصلحة الأكثر جداره من ناحية المجتمع، وغير مشروعا من جانب المصلحة التي تم الاعتداء عليها وهي محمية (1).

2.1.2.1 دور المصلحة في تحديد أسباب الإباحة

أسباب الإباحة في القانون(2) ما هي إلا حالات تنفي شرعية الجريمة وذلك يكون راجع إلى قيود تعود إلى نصوص التجريم وتنفي منها بعض الأفعال، كما أن تلك القيود تحذر تطبيق النصوص في ظروف محددة، وتعرف هذه الأسباب بأنها هي التي تخرج سلوك معين من دائرة التجريم وذلك عن طريق إلغاء الصفة الغير مشروعه عنه وارجاعه إلى صفة المشروعية وذلك في حالة كون هذا السلوك مندرج تحت نص بعقاب عليه ويجرمه (3)، فيخرجه من هذه الدائرة ويصبح مشروع لا عقاب عليه، وهذا يعني أنه إذا غابت هذه الأسباب يصبح هذا الفعل جريمة ولا بد من العقاب عليها، فهذه الأسباب ترد الجريمة إلى أصلها وتزيل عنها الصفة الغير مشروعه فلا يتم العقاب عليها، كما نصوص التجريم تكون مقيدة في إطار معين وليست مطلقة هذه القيود هي التي ترفع افعالا كانت في نطاق الجريمة وذلك عن طريق إلغاء العنصر الثاني للجريمة من عناصر الركن الشرعي (4)، ولكي يمكن القول بأن هذا الفعل جريمة لا بد أن يكون راجعا لنص قانوني يجرمه ولا بد أن يكون هذا النص ساريا من ناحية مكان الجريمة وزمانها ومرتكبيها وان ألا يندرج تحت سبب من إحدى استنب الإباحة، وإن السبب في هذا التجريم يكون راجعا لرغبة المشرع في حماية حقوق ومصالح المواطنين، وبالتالي يتم إباحة الفعل في حاله عدم تعديه على حق ما، فالفعل يصبح مباحا في حالة إنهاء صفة التجريم عنه (5)، أما بالنسبة لعلة التجريم فإنها تنفي في حالتين:

-
- (1) د. محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1992، ص15.
 - (2) إن سبب التقنين بموجب قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 منصوص عليه في المواد (39-46) من القانون المذكور أعلاه (الحق في أداء الواجبات ، وحق الانتفاع ، والدفاع القانوني) ، في حين أن المشرع المصري استشهد بالمادة 58 من تعديل عام 1937. وترد في المواد (60-63) من القانون.
 - (3) د. غالب الداودي، شرح قانون العقوبات العراقي، القسم العام، ط1، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1968، ص187.
 - (4) د سامي جميل الفياض، رفع المسؤولية الجنائية في اسباب الاباحة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص47.
 - (5) د. ماهر عبد شويش، مرجع سابق، ص223.

الحالة الأولى: مباشرة: وهي الحالة الأولى التي ينفي فيها التجريم حينما يكون الفعل الذي تم فيه الاعتداء على حق ما في ظروف محددة لم يعد مهددا لهذا الحق (1)، فمثلا الاعتداء على الجسد فعلا مجرما ولكن في حالة العودة للطب والتأكد من سلامة الجسم وعدم المساس به فهنا يصبح مباحا، وينتفي عنه صفة التجريم نظرا لانتفاء وصف لاعتداء على هذا الحق (2).

الحالة الثانية: غير مباشرة: وتعرف أيضا بقاعدة " رجحان الحق " وهي الحالة الثانية والتي يكون فيها الفعل تم الاعتداء فيها على حق ما وفي نفس الوقت يحمي حقا آخر أهم بالحماية (3)، بمعنى أن القانون يباح فعل القتل في حاله ما يكون فيها مدفعا على عرضه أو ماله أو نفسه، ويجرم القانون هذا الفعل أيضا حماية لحق المجنى عليه في الحياة، ففي الحالة (التي يباح فيها القتل) فيكون حق المجنى عليه من وجهه نظر المجتمع أهم بالحماية من حق المجني عليه الذي أهدر حقة بنفسه، فقتل الجاني في حاله الدفاع الشرعي يخلق عنه تعدي على حق الجاني في الحياة ولكن في نفس الوقت يحمي حق المجنى عليه في الحياة، فالحق الأول أجدر عن المجتمع من الثاني فبالتالي تنفي عليه التجريم ويوجب إباحته.

2.1.2.2 دور المصلحة في تقسيم اسباب الاباحة

من الناحية الموضوعية يمكن تقسيم أسباب الإباحة إلى الأسباب العامة، وهي التي يتم فيها إباحة الفعل دون أي استثناء، مثل حالات الدفاع عن النفس والمال والعرض، فالنظر إلى أي منهما على حده يتصور انها جريمة إذا توفرت شروطها. الأسباب الخاصة، وهي التي تصبح سارية في إحدى الجرائم دون غيرها مثل حق الدفاع أمام المحكمة الموقرة، " اذ لا يبيح هذا الحق غير القذف والسب"، أما من الناحية الشخصية يتم تقسيم أسباب الإباحة إلى الأسباب المطلقة، وهي تلك الأسباب التي يستفيد منها كل المواطنين كما في حالة الدفاع الشرعي. الأسباب النسبية، فهي تلك الأسباب التي يستفيد منها مواطنين بعينهم دون غيرهم، مثل الموظف الذي نفذ أمرا بأمر من مديرة، مثل اخر الخصم الذي يخطأ بحق الطرف الآخر حين يقوم بالمرافعة.

(4)

(1) د سامي جميل الفياض، رفع المسؤولية الجنائية في اسباب الاباحة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص47.

(2) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص151.

(3) د. غالب الداودي، مرجع سابق، ص190.

(4) د. علي حسين الخلف وسلطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص242.

أما فيما يتعلق بمصدر الإباحة: والذي يعني درجة تدخل المشرع في تعيين حدود الإباحة وشروطها وأسبابها، فوفقاً لمبدأ الشرعية فإن المشرع هو الذي يحدد متى تكون الأفعال جرائم لأنها تمثل اعتداء على حقوق اجتماعية أهم بالحماية، إذن على المشرع بيان الظروف التي يباح فيها للمواطن التعدي على هذه الحقوق (1)، وهذا يعني أن هذه الأسباب ترجع على سبيل الحصر في القانون، ويؤدي ذلك إلى تقييد القاضي بالأسباب التي جاءت في القانون، بل إن الرأي الأكثر راحة أتاح للقاضي التوسع في القياس والتفسير، وأتاح له أيضاً النظر في المصادر الأخرى غير المكتوب في القانون، فمثلاً يتيح له النظر في العرف الذي يتفق مع غايات القانون، وذلك لا ينتج عنه أضافه جرائم جديدة، لا العرف مهما اختلف عبر الزمان إلا أنه يحدد الأسباب التي تم الاستقرار عليها سواء كانت أسباب الإباحة أو الأفعال، والتي أصبحت لا تضر بأي مصلحة، مثل مباشرة غير الأطباء لأنواع معينة من الجراحة الصغيرة (2).

وفي حالة وصف نصوص الإباحة من ضمن النصوص الأصلح للمتهم فإنه يجوز القياس عليها، وهي النصوص التي تضع سبباً لهذا الإيجاز أو تنهي جريمة، وذلك لأن هذا يتطابق مع رغبة المشرع ومقصدة التي مفادها إن القياس يكون في صالح المتهم (3).

أما بالنسبة لمفهوم الإباحة الذي يعطي سبباً للإباحة، فنجد أن القانون لا يستلزم أن يكون الحق أو المصلحة لصالح من يستفيد من الإباحة، لأنها من المحتمل أن تكون لمواطن آخر، مثال حق الطبيب في العلاج هنا المصلحة تعود إلى المجتمع والمريض من قبله وليس الذي يباشره، ولا بد أن تكون هذه المصلحة معترف

(1) د. علي حسين خلف و سلطان عبد القادر الشاوي ، المرجع السابق، ص244.

(2) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص152.

فيما يتعلق بالقياس، من المهم ملاحظة أنه مثير للجدل في الفقه لأن معظم التشريعات الجنائية لا تحظره أو تسمح به صراحة ، لذلك هناك ثلاثة اتجاهات:

أولاً: التدبير مرفوض نهائياً، سواء لمنفعة المتهم أو ضده، لأن تحريم المقارنات نتيجة منطقية لمبدأ الشرعية.

ثانياً: يعتقد أن القياس مباح مطلقاً، سواء لمنفعة المتهم أو ضده ، لأن القياس من الوسائل التي تفسر بها القواعد الجنائية أو ما يسمى بالتفسيرات التناظرية.

ثالثاً: يعتقد أن المقارنات التي تكون لمصلحة المدعى عليه مسموح بها ، والمقارنات غير المواتية للمدعى عليه محظورة. وهذا يعني أن القياس يقع في نطاق القانون الجنائي الذي يسمح بالعقوبة أو يخففها. المقارنات جائزه وهذه الآراء التي ذكرناها. ينظر د. فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص55.

القانون بها حتى يقر حمايتها وتصبح مباحه وبالتالي نجد أن المشرع حسم الموقف في اختيار المصالح بجعل منها سببا للإباحة (1).

وفي الوقت الذي نجد فيه ان أسباب الإباحة تعود إلى ممارسة الحرية الشخصية والحقوق الدستورية، فانها أيضا تلغي التجريم في نطاق هذه الممارسة، بمعنى أن الفعل لا يعتبر جريمة بشرط أن يقع في نطاق حدود التي أقرها القانون، وهذا يعتبر متعارضة مع موانع المسؤولية وذلك لأنها تعود إلى عناصر تؤثر على إدراك المواطن وبالتالي التأثير على شخصيته الإرادية، وليس إلى ممارسة حرية شخصية أو حقوق دستورية كما في حال أسباب الإباحة.

يوجد علاقة متينة بين كل من التجريم من ناحية والإباحة من ناحية أخرى، وذلك لأن الأصل في التجريم هو التوافق بين كل من الحريات والحقوق عن طريق التناسب بينهما، مثلما الحال في الإباحة لأنها تقوم على التعادل الذي يقوم على التناسب، فلا يمكن رؤية الحريات والحقوق التي يحميها التجريم بشكل مستقل عن تلك الحريات الحقوق التي يحميها القانون، فقد يحدث تعرض بين المصالح مما يؤدي إلى التنازل عن إحداها من أجل الحفاظ على الأخرى، وهنا يجيز المساس بالحق أو المصلحة التي تم التنازل عنها في مقابل الحفاظ على الأخرى لأنها أجدر بالحماية وهذا يعني أن في نفس الوقت قد يكون سلوكا معينا مشروعاً وغير مشروعاً، أي أنه مشروع من جانب المصلحة الأهم التي يحميها القانون وغير مشروع من جانب المصلحة التي تم الإعتداء عليها (المحمية بالتجريم) ، وهنا نجد أن الجانب المشروع يتغلب على الجانب الغير مشروع (2).

وهنا يظهر لنا أن عدم المشروعية هو شكل يلتصق بالفعل الذي يتم فئة الاعتداء على حرية أو حق أو مصلحة، محمية من قبل القانون، كما أن الإباحة أيضا هي شكل يلتصق بالفعل الذي يتم فيه المس بمصلحة معينة ولكن في نفس الوقت هذا الفعل يسهم في الحفاظ على حق أو مصلحة أخرى أهم بالحماية (3). ولتحقيق الاستقرار والأمن المجتمعي فإن القانون هو الذي يقوم بالتقدير بين المصالح المحمية محل الخلاف، فهذا الأمر غير متروك للمواطنين للمفاضلة بين هذه المصالح محل الخلاف والنزاع. ومن وجهة نظر بعض الباحثين أن الإباحة تعود إلى الأدوات المناسبة لتحقيق غاية معينة، بينما تتجسد وجهه نظرنا في أن هذه الأدوات هي

(1) د. محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العالي، جامعة الدول العربية، 1983، ص62.

(2) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص155.

(3) د. غالب الداوودي، مرجع سابق، ص200.

نفسها التي تحقق التناسب الذي بالطبع يتوخى التعادل بين كل من المصالح المتنازع عليها (المصالح محل الخلاف) (1)، ومع ذلك، نرى أن هذه الوسائل متناسبة بطبيعتها، وتسعى إلى تحقيق توازن بين المصالح المتضاربة.

من خلال ما سبق نجد أن استخدام الحق في التشريع العراقي قد حظى بالمركز الأول من أسباب الإباحة أي أنه أول سبب من هذه الأسباب التي تتيح الفعل، والذي يقصد به ليس أي فعل يعد مباحا إنما يعد فقط الحق الذي يكون في نطاق ما أقره المشرع تي كان مصدر هذا الحق من الدستور ذاته أو من التشريع (2)، فهذا هو الحق الذي يحافظ عليه القانون، أما بالنسبة لأداء الواجب فإن المشرع أضاف اتاحه بعض الممارسات التي قد تؤدي إلى الأضرار بمصالح أخرى محمية من قبل القانون بشرط أن يستهدف من هذا الممارسات تحقيق مصلحة اجتماعية، أي أن نظرا لتحقيق هذه المصلحة يصبح الفعل المحمي من القانون مشروعاً، والهدف من هذه المشروعية هي أن حماية هذه الممارسات التي تستهدف المصلحة الجماعية أهم بالحماية من المصالح الأخرى المهدورة، وذلك في حالة أن هذه الممارسات نابعة من ما يفرضه القانون من واجبات، بمعنى إن المساس بالحقوق التي تكون محمية من قبل القانون تعتبر أعمال يعاقب عليها من يرتكبها ولكن في حالة كون هذه الأفعال نتيجة واجب يفرضه القانون بهدف الحفاظ على مصالح أهم وأجدر من المصالح المهدورة، فإن هذه الأفعال تخرج من نطاق العقاب وتدخل دائرة الإباحة وهو ما يجعل هذه الأفعال مشروعة (3)، لقد كان هناك اختلاف بين الفقهاء في تحديد مدى مشروعية الدفاع الشرعي، فمنهم من قال أن الدفاع الشرعي يترتب بناء على العدالة، ومنهم من أقر بعدم وجود حرية المدافع في الانتقاء، وبعض الفقهاء قالوا أن الدفاع الشرعي نابع من الحفاظ على مصلحه أحق بالحماية والتي تتناسب مع غايات النظام القانوني هي مصلحة المجنى عليه، وفي الواقع نجد أن الدفاع الشرعي هو حق مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحرية الشخصية أو الحق موضع الحماية، ففي حاله كون الدفاع الشرعي حماية للجسد، أو الحق في الحياة، أو الحرية، أو الحق في الملكية، كان مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالحق أو الحرية موضع الحماية، كما أن للحفاظ على هذه الحريات

(1) المصدر نفسه ، ص 202.

(2) ينظر نص المادة (41) من قانون العقوبات العراقي "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون".

(3) ينظر نص المادة 39 من قانون العقوبات العراقي نصت "لا جريمة إذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون" ونص المادة (40) "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة في الحالات التالية أولاً: إذا قام بسلامة نية بفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو اعتقد أن إجراءه من اختصاصه، ثانياً: إذا وقع الفعل منه تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس تجب عليه طاعته أو اعتقد أن طاعته واجبة عليه .

أو الحقوق وعدم اهدارها يستوجب أن تكون حماية هذه الحريات والحقوق في نطاق الإطار الذي يحدده القانون (1).

2.2 دور المصلحة في التمييز بين ظروف الجريمة واركائها

من بديهيات وجود الجريمة أنها تتكون من أركان وهذه الأركان تؤثر في الجريمة وجوداً وعدماً، فكل جريمة لكي تعد مرتكبة يجب أن تتكون من أركان محددة وهي ضرورية لقيامها وينص عليها القانون، ومع ذلك فإن الجريمة قد تقتصر بعناصر معينة تؤثر في جسامتها إلا أنها غير داخلية في تكوينها لعدم لزومها لوجود الجريمة، إلا أن وجودها يؤثر في جسامتها الجريمة فيؤدي إلى تخفيف العقوبة أو تشديدها، أن وجود ظروف الجريمة يؤدي إلى زيادة أو نقصان في جسامتها الاعتداء على المصلحة القانونية ومن ثم تؤثر في الوصف القانوني بتحديداتها أثراً جديداً وفقاً لجسامتها الجريمة⁽²⁾. فعدم وجودها لا يؤدي إلى هدم الجريمة برمتها بل ينحصر التجريم والعقاب على وفق النموذج الأصلي لها، ومثال ذلك عقوبة جريمة السرقة عند اقترانها بظرف مشدد تخضع لنصوص عقابية مشددة على وفق نصوص المواد ذوات الأرقام (443-445) من قانون العقوبات العراقي⁽³⁾، أما عند عدم اقترانها بتلك الظروف فهي لا تدخل في نطاق الإباحة ولكن تكون جريمة خاضعة للنص الأصلي وفقاً لنص المادة (444) من قانون العقوبات المذكور آنفاً.

(1) ينظر نص المادة (42) من قانون العقوبات العراقي "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي".

(2) د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، مرجع سابق، ص 27.

(3) نصت المادة ذات الرقم 443 من قانون العقوبات العراقي على أنه (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين على السرقة التي تقع في أحد الظروف الآتية: أولاً- إذا ارتكبت بإكراه. ثانياً- إذا ارتكبت بين غروب الشمس وشرورها من شخص يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبأً. ثالثاً- إذا ارتكبت بين غروب الشمس وشرورها من ثلاثة أشخاص فأكثر. رابعاً- إذا ارتكبت بين غروب الشمس وشرورها في محل مسكون أو معد للسكن أو أحد ملحقاته. خامساً- إذا ارتكبت بين غروب الشمس وشرورها في مصرف أو حانوت أو مخزن أو مستودع دخله السارق بواسطة تسور جدار أو كسر باب أو أحداث فجوة أو نحو ذلك باستعمال مفاتيح مصطنعة أو انتحال صفة عامة أو الادعاء بأداء خدمة عامة أو بالتواطؤ مع المقيمين في المحل أو باستعمال أية حيلة) نصت المادة ذات الرقم 444 على أنه (مادة 444 يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس على السرقة التي تقع في أحد الظروف التالية: أولاً- إذا ارتكبت في محل مسكون أو معد للسكنى أو أحد ملحقاته أو محل معد للعبادة أو في محطة سكة حديد أو ميناء أو مطار. ثانياً- إذا ارتكبت في مكان مسور بحائط أو سياج دخل إليه السارق بواسطة كسر باب أو تسور جدار أو أحداث فجوة أو باستعمال مفاتيح مصطنعة أو انتحال صفة عامة أو الادعاء بأداء خدمة عامة أو بالتواطؤ مع أحد المقيمين في المحل أو باستعمال أية حيلة. ثالثاً- إذا ارتكبت من شخص واحد يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبأً. رابعاً- إذا ارتكبت من ثلاثة أشخاص أو أكثر. خامساً- إذا ارتكبت مع التهديد بالإكراه. سادساً- إذا ارتكبت من خادم بالأجرة إضراراً بمخدومه أو من مستخدم أو صانع أو عامل في معمل أو حانوت من استخدمه أو المحل الذي يشتغل فيه عادة. سابعاً- إذا انتهز الفاعل لارتكاب السرقة فرصة قيام حالة هياج أو فتنة أو حريق أو غرق سفينة أو أية كارثة أخرى.

2.2.1 مفهوم ظروف الجريمة واركائها

تختلف الجرائم الجنائية بحسب ظروف كل جريمة، وحتى إذا اتفقت بعض الجرائم في النتيجة الجرمية، إلا أنها تختلف معها في الجزاء وذلك تبعاً لظروف الجاني، بما أن ظروف الجريمة هي إحدى وسائل العقوبة الفردية في التشريع والقضاء، فإن التشريع الحديث يعتمد على دراسة حالة الجاني ويأخذ في الاعتبار ملائمة الجريمة في الحكم.

2.2.1.1 تعريف ظروف الجريمة

يعرف الظرف في اللغة بأنه الوعاء، وظرف الشيء: وعاءه⁽¹⁾، إنه يؤثر على مقدار ما يحتويه دون أن يصل إلى جوهره، أو أنه كل شيء آخر تحدده، على سبيل المثال، ظروف الزمان والمكان⁽²⁾. أما الفقه الجنائي فقد أورد تعريفات كثيرة لظروف الجريمة فقد عرفها الفقه الفرنسي بأنها عناصر ثانوية يقتصر أثرها على تخفيف أو تشديد العقوبة دون أن يكون لها أثر في نشأة أو تكوين الجريمة⁽³⁾، يتبين من هذا التعريف أن الفقه الفرنسي عد ظروف الجريمة عناصر ثانوية غير أساسية ينحصر أثرها في تخفيف العقوبة أو تشديدها وهي بذلك لا تدخل في تكوين الجريمة⁽⁴⁾. وعلى الرغم من ذلك فهي تعد من عناصر الجريمة ولكنها تعد ثانوية فإذا وجدت تعد عناصر ملحق للركن المادي أو المعنوي إذ يقتصر أثرها على تخفيف أو تشديد العقوبة

ثامناً- إذا ارتكبت من موظف أو مكلف بخدمة عامة أثناء تأدية عمله أو من شخص أنتحل صفة عامة أو ادعى أنه قائم أو مكلف بخدمة عامة. تاسعاً- إذا ارتكبت بكسر الأختام الموضوعة بأمر محكمة أو جهة رسمية أخرى. عاشراً- إذا ارتكبت أثناء الحرب على الجرحى حتى من الأعداء أو إذا استغل الفاعل مرض المجنى عليه أو حالة عجزه عن حماية نفسه أو ماله بسبب حالته الصحية أو النفسية أو العقلية. حادي عشر- إذا ارتكبت على شيء مملوك للدولة أو إحدى المؤسسات العامة = أو إحدى الشركات التي تساهم الدولة في مالها بنصيب. إذا توافر في السرقة ظرفان أو أكثر من هذه الظروف تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على عشر سنين. نصت المادة 445 على أنه يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة على السرقة التي ترتكب في أثناء خطر عام أو هياج أو فتنة أو كارثة من قبل أحد أفراد القوات المسلحة أو الحراس الليليين المكلفين بحفظ الأمن أثناء قيامهم بواجباتهم).

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ج3، باب الفاء، فصل الظاء والراء، دار الجيل، ص176. د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1969، ص 29.

(2) ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، فصل الظاء المعجمة، دار الفكر العربي، ص228.

(3) علي حمزة عسل: الظروف القضائية المخففة في التشريع العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1990، ص14.

(4) د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في تشريع العقابي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص23.

(1). وعرفت كذلك بأنها أمر يلحق بالجريمة بعد أن اكتمل أركانها، ويؤثر في عقوبتها سواء بالتخفيف أو التشديد أو الإلغاء (2).

والملاحظ على هذا التعريف على الرغم ما فيه من الوضوح لمعنى الظروف إلا أن المتتبع له يجد فيه كلمة الإلغاء، وبذلك قد ساوى بين الأعذار والظروف على الرغم من أننا في الفقه الجنائي نجد أن الظروف هي مخففة أو مشددة للعقاب ولا تلغي العقوبة أو تعفي منها وهذا الأمر خاص بالأعذار المعفية من العقاب. إذا فالظروف لا تلغي العقوبة، وإنما تخفف أو تشدد أو قد تستبدل بعقوبة أخرى كاستبدال الحبس بالغرامة أو الحبس المؤقت بالمؤبد (3)، من هذه التعريفات التي ساقها الفقه الجنائي نستطيع أن نعرف الظروف بأنها عناصر إضافية تلحق بالجريمة من شأنها أن تشدد العقوبة أو تخفيفها وتترك لسلطة القاضي التقديرية؛ إذ أن وجودها قد يؤثر في الوصف القانوني للجريمة أو تغيير العقوبة (4).

2.2.1.2 مفهوم اركان الجريمة واقسامها

يجب لتحقيق الجريمة والعقاب عليها أن تتوافر أركان معينة وان انتفاء هذه الأركان أو أحدها يؤدي إلى انتفاء الصفة الجرمية عن الفعل ومن ثم انتفاء المسؤولية والعقاب، وهذه الأركان تسمى بالأركان العامة للجريمة وهما الركن المادي والركن المعنوي، ويضيف بعض الفقه ما يسمى بالركن الشرعي للجريمة (5). وسنتناول هذه الأركان في النقاط الآتية:

-
- (1) د. فهد هادي حبتور، ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 45.
- (2) د. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الأردني، القسم العام، منشورات الجامعة الأردنية، ط1، عمان، 1988، ص 39.
- (3) د. فهد هادي حبتور، ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص 48.
- (4) د. خالد محمد عجاج، ظروف الجريمة وأثرها في العقوبة، دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه، قسم الدراسات القانونية، الجامعة الإسلامية، 2021، ص 50.
- (5) ويرد على هذا الرأي أنه ما دام الفعل جرمًا وفقاً لنص التجريم أي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص وهو المقصود بشرعية الجرائم والعقوبات لا يصح أن يكون عنصراً أو جزءاً منها فهو الذي بموجبه وجدت الجريمة وهو مبدأ التجريم والعقاب. كما انتقد هذا الرأي على أساس أنه سيكون من غير المنطقي التعامل مع نص الجريمة على أنها حجر الزاوية في الجريمة عندما يكون منشئها ومصدر وجودها. يتطلب معرفة الجاني أن يجرم القانون الفعل حتى يكون لديه نية إجرامية، مما يعني أنه لا يمكن استخدامه إذا كان الجاني غير مدرك للإدانة الجنائية للفعل، على الرغم من الاعتراف بأن الجهل بقانون العقوبات لا ينفي النوايا لا أعذار. ويضيف رأي آخر أن =إقحام الركن الشرعي وإدخاله مع أركان الجريمة سيولد منه إشكال يتعلق بالقصد الجرمي، إذ يعد كل من العلم والإرادة من عناصر القصد الجنائي، وعد الركن الشرعي ركنًا في الجريمة يتطلب ضرورة العلم به وهذا يتعارض مع القاعدة القانونية (الجهل بالقانون لا يصلح أن يكون دفاعاً فيما عدا بعض الحالات التي أوردها المشرع). لمزيد من التفاصيل يراجع: د. سليمان عبد المنعم ود. عوض محمد سليمان، النظرية العامة للقانون الجزائي اللبناني، مرجع سابق ص 101 وما

أولاً: الركن المادي للجريمة:

الأصل أن لكل جريمة مظهراً خارجياً يكشف عن ارتكابها ومن خلاله يمكن التوصل إلى الجناة، ويجعل من إقامة الدليل على وجوده ممكناً، يمكن تعريف العناصر المادية للجريمة على أنها كل شيء يدخل إلى الكيان الإجرامي وله جودة مادية تدركها الحواس ، أي أن الركن المادي للجريمة هو مادياتها، وعلى أساس ذلك لا يمكن محاسبة الناس على مجرد النيات والرغبات والأحاسيس ما دام أنه لم يصدر عنهم تصرف إلى العالم الخارجي يعبر عن هذه النيات والرغبات والأحاسيس⁽¹⁾، الركيزة المادية هي تجسيد للحالة العميقة لنفسية الفاعل ؛ لأنها تنقل الأفكار الداخلية إلى العالم الخارجي من خلال المادة الإجرامية، بالإضافة إلى أن الجريمة تركز على عناصر مادية ، فإن حقيقة أن الجريمة تركز على عناصر مادية تجعل من السهل والمتاح إثباتها ، حيث لا يكتسب الفعل صفة إجرامية حتى لو خالف النص. من القانون دون التعرض للعالم الخارجي، حددت المادة (28) من قانون العقوبات العراقي الركن المادي للجريمة على النحو التالي: "الركن المادي للجريمة هو فعل ارتكاب فعل أو الامتناع عن القيام بفعل منصوص عليه في القانون"، علماً أن الركن المادي للجريمة تشمل الجريمة كلاً من الفعل الإجرامي والجريمة العناصر الثلاثة للنتيجة والسببية.

ثانياً: الركن المعنوي:

من المعلوم أن توافر الركن المادي للجريمة لا يكفي وحده للقول بتحقيق الجريمة إذ يجب أن تتوافر إلى جانبه علاقة نفسية بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني وتتمثل هذه العلاقة بالركن المعنوي يشير إلى الجذور النفسية للمادية الإجرامية ، لذلك لم يسأل أحد عن المادية الإجرامية دون أن يكون لها أصول نفسية بمعنى أن تكون صادرة عن مسؤول عنها ويتحمل العقاب المقرر لها، ويمكن القول: إن الركن المعنوي هو تعبير عن الموقف النفسي حيال ما صدر عن سلوك خارجي الذي بتوافره تتوافر العقوبة⁽²⁾، ويعبر عن الركن المعنوي بالإرادة الإجرامية وتستمد الإرادة هذه الصفة من اتجاهها إلى ماديات غير مشروعة؛ إذ إن اشتراك الإرادة مع السلوك الخارجي هو السبب الذي أدى إلى ارتكاب الجريمة وهو ما يسمى بالعنصر النفسي أو الشخصي للجريمة. يحدد القانون شكل وطريقة هذا الاتجاه، أو الإرادة فيما يتعلق بالعمل. قد يتخذ الركن

بعدها؛ د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1981، ص29 وما بعدها؛ د. محمود نجيب حسيني، دروس في العقوبة، مرجع سابق، ص118 وما بعدها.

(1) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1981، ص29 وما بعدها.

(2) د. سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، الناشر: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2010، ص 287.

الأخلاقي شكل النية مع سبق الإصرار بحيث يوجد نية إجرامية، وتوصف الجريمة بأنها متعمدة ويعاقب عليها (1).

يمكن أن يأخذ العنصر الأخلاقي أيضاً شكل الخطأ غير المتعمد، لذلك توصف الجريمة بأنها غير مقصودة. والفرق الرئيسي بين النية الإجرامية والخطأ غير المتعمد هو درجة سيطرة الجاني على جوهرة الجريمة. وأنواع الجرائم من حيث ركنها المعنوي يمكن تقسيمها إلى جرائم عمدية وهي الجرائم التي يتوافر فيها القصد الجنائي الذي يمثل باتجاه إرادة الجاني لتحقيق الفعل والنتيجة كالقتل والسرقة والحريق العمد والاحتتيال. تنص المادة (34) من قانون العقوبات العراقي على ما يلي: "إذا كان الجاني قصداً جنائياً كانت الجريمة متعمدة، وإذا توقع الجاني العواقب الجنائية لأفعاله، وبالتالي استمر في ارتكاب الجريمة، فقد اعتبرت الجريمة أيضاً". أن تكون متعمداً، تقبل مخاطر حدوثها بالنسبة للجرائم غير المقصودة، أي الجرائم التي لا يشترط القانون وجود نية إجرامية فيها، يكفي أن تكون أفعال الجاني إهمالاً ووقائياً، أي ارتكاب فعل غير منطقي، مثل إطلاق النار على شخص بمسدس. نية اصطيد الطيور وإيذاء الناس، تنص المادة (35) من قانون العقوبات العراقي على ما يلي: "إذا كانت نتيجة الجريمة نتيجة إهمال الفاعل سواء كان هذا الإهمال أو اللامبالاة أو الغفلة أو عدم المنع أو عدم الامتنال، فهي جريمة غير مقصودة. القوانين واللوائح والأوامر"، ينبغي معرفة أنه قد ظهرت اتجاهات في البحث عن دور الإرادة في تكوين الجريمة.

فالاتجاه الأول الذي نادى به المدرسة الوضعية فهي تنكر دور الإرادة تماماً وتعزو سبب الجريمة إلى أن هناك عوامل طبيعية وبيئية وتكوينية هي التي تقود الشخص إلى ارتكاب الجريمة على أساس الخطورة الإجرامية، أما الاتجاه الثاني وهو الراجح بين الفقه فيذهب إلى أن الجريمة لا تقوم دون توافر العنصر النفسي إذ لا يمكن مساءلة شخص عن جريمة دون أن تتوافر لديه إرادة تدفعه إلى ارتكاب الجريمة. على أساس من ترجيح دور الإرادة نضع للقصد الجنائي التعريف الآتي (القصد الجنائي علم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو إلى قبولها)، يمكن تقسيم عناصر الركن المعنوي للجريمة على عنصرين وهما: الإرادة والعلم. ويقصد بالإرادة اتجاه إرادة الجاني نحو تحقيق أركان الجريمة ويشترط في هذه الإرادة شرطان وهما: التمييز ويقصد به قدرة الشخص على تمييز أفعاله وفقاً لنحو عقله وان يختار بين القيام بعمل أراد الامتناع منه (2). ولا يقصد بهذا الشرط المعروف بالتكليف القانوني للجريمة لان العلم بها مفترض وإنما المقصود فهم طبيعة الفعل وإدراك نتائجه، أما الشرط الثاني فيمثل الإرادة المختارة ويقصد بها قدرة الجاني

(1) د. سمير عالية، المرجع السابق، ص 288.

(2) د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 147.

على تحديد الوجهة التي تتخذها إرادته ومن ثم تحديد الفعل الذي يسلكه بفعله، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة فإذا انتفت القدرة على الاختيار لأسباب معينة كالإكراه أو لأسباب نفسية أو عقلية مما يتم عليه أن تتجرد هذه الإرادة من قيمتها القانونية وتمتنع المسؤولية الجنائية. أما العلم فيقصد به علم الفاعل بأركان الجريمة وعلم الفاعل بارتكابه الفعل المكون للجريمة هو عنصر من عناصر الجريمة لا تقوم من دونه⁽¹⁾، إن الركن المعنوي يتمثل بأن وقوع الجريمة ومن ثم العقوبة عليها تقتضي إلى جانب وقوع الركن المادي صدورهما عن إرادة أئمة إذ إن الجريمة ليست كياناً مادياً فقط بل هي كيان نفسي أيضاً، ويعد هذا الكيان النفسي الأساس في تحديد مسؤولية الشخص للجريمة⁽²⁾، وبعبارة أخرى يجب أن تقوم الجريمة بوجود علاقة بين السلوك الإجرامي والجاني وبموجب هذه العلاقة يتكون الركن المعنوي للجريمة في صورتين وهما القصد الجنائي (العمد) والخطأ (غير العمد) إن القصد الجنائي تنتج إرادة الجاني وبموجبه تتجه هذه الإرادة إلى القيام بعمل أو الامتناع من عمل يعاقب عليه القانون، كما تنتج إرادته إلى إحداث آثار والنتائج التي يفضي إليها سلوكه، أما الخطأ غير العمد فيقصد به اتجاه إرادة الجاني للفعل المكون للجريمة دون النتيجة الجرمية، وسبب ذلك أن الجاني قد أهمل في توجيه إرادته من شأنه أن يمنع وقوع الجريمة⁽³⁾.

2.2.2 معايير التفرقة بين ظروف الجريمة وأركانها

في الحقيقة لا يوجد معيار متفق عليه بين فقهاء القانون الجنائي لحسم مسألة التفرقة بين ظروف الجريمة وأركانها. لذلك نجد أن بعض الفقهاء ذهب إلى عدم وجود تفرقة بين الظروف والأركان. فقد ذهب قسم من فقهاء القانون الجنائي في فرنسا وإيطاليا إلى ذلك⁽⁴⁾. وبرروا عدم وجود التفرقة بأن القانون ينص في بعض الأحيان على الظروف بأنها أركان، وفي جريمة أخرى مجرد ظروف يقتصر أثرها في تشديد أو تخفيف العقاب⁽⁵⁾. وغني عن البيان أن ظروف الجريمة تتماثل في أكثر من موقف من الأركان، مما يؤدي إلى وقوع خلط بينهما. ولذلك بحث الفقه الجنائي في إيجاد معايير تمييز بين ظروف الجريمة من أركانها في الفرعين الآتيين:

(1) د. واثبة داود السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص102؛ يراجع محكمة الجراء في لبنان قرار رقم 252 في 1966/4/28، موسوعة عالية، رقم 1963، ص521.

(2) د. سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص295.

(3) د. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار النهضة، ط2، القاهرة، 1953، 413.

(4) من هؤلاء الفقهاء (ماريني، فروزالي وبوزا وجارسون وجالو).

(5) د. حسنين إبراهيم عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970، ص93 وما بعدها؛ د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، مرجع سابق، ص44 وما بعدها.

2.2.2.1 معيار الأثر القانوني

يذهب أنصار هذا المعيار إلى أن الأثر الذي يحدثه العنصر الجديد أو الإضافي في الجريمة هو المعيار الذي يميز ظروف الجريمة عن أركانها. فإذا أحدث العنصر تغييراً في وصف الجريمة فيعد ركناً مكوناً لها، أما إذا اقتصر أثره في تشديد أو تخفيف العقوبة فيعد ظرفاً لها. وقد نادى بهذا الرأي مجموعة من أساتذة الفقه الجنائي المصري (1). والواضح أن أنصار هذا الاتجاه متوافقون على أن الظرف هو الذي يقتصر تأثيره في العقوبة تشديداً أو تخفيفاً مع بقاء وصفه القانوني وبقاء ذات النص القانوني، إلا أن التعديل ينصرف إلى استحقاق الجاني للعقوبة بسبب هذه الظروف (2).

ويؤخذ على هذا الرأي عدم تقيده بالصياغة القانونية التي يتبعها المشرع في النص على العناصر الإضافية، وعدم الاعتماد في التفرقة بين الظروف والأركان على معيار مستمد من الطريقة التي يتبعها المشرع في صياغة نصوصه (3).

2.2.2.2 معيار المصلحة القانونية

ذهب أنصار هذا الاتجاه لتمييز ظروف الجريمة من أركانها على أساس أن المصلحة القانونية التي يراها المشرع ويعاقب كل من يعتدي عليها. إذ إن لكل جريمة عنواناً مستقلاً ونموذجاً متميزاً يمكن تمييزه من المصالح الأخرى، أما الظروف فتقتصر أحداثها على مجرد التغيير في جسامة الاعتداء الواقع على تلك المصلحة دون أن ينطوي في ذاته على اعتداء على مصلحة مغايرة (4).

إن الجريمة تتكون من عناصر عدة، ولتعرف طبيعة كل عنصر ينبغي البحث عن المصلحة القانونية التي يحميها هذا العنصر، فإذا كانت تغاير تلك المصلحة التي يحميها المشرع في نموذج الجريمة البسيطة يعد ركناً فيها. أما إذا اقتصر أثره على تحديد مدى تلك الحماية كان ظرفاً مثال ذلك جريمة السرقة بالإكراه، فنص التجريم في جريمة السرقة يحمي مصلحة هي المال المنقول وهو أصل التجريم في جريمة السرقة، أما عنصر الإكراه هنا فلا يحمي المصلحة نفسها وإنما يحمي مصلحة أخرى يرى المشرع ضرورة حمايتها وهي المصلحة في سلامة جسم الإنسان وسلامة إرادته وحريته إذا وقعت جريمة سرقة بإكراه، إذ إن غاية المشرع

(1) د. محمود نجيب حسين، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص42 وما بعدها؛ د. محمود مصطفى، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص24؛ د. رمسيس بهنام، علم الوقاية والتجريم، مرجع سابق، ص600.

(2) د. صباح عريس، الظروف المشددة للعقوبة-ط1-المغرب للطباعة والتصميم- بغداد -2002، ص39.

(3) د. فهد هادي حيتور، ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص85.

(4) د. حسنين إبراهيم عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، مرجع سابق، ص116.

في إضافة عنصر الإكراه إلى أركان جريمة السرقة هي حماية المجني عليه جسدياً وإرادياً، ونحن نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى أن معيار المصلحة القانونية هو الذي يفضل أن يكون أساساً للتمييز بين ظروف الجريمة وأركانها بشرط أن يخضع العنصر المضاف في الجريمة إذا كان ركناً فيها الجريمة لنص مستقل عن ذلك النص للجريمة في صورتها البسيطة، فتوصف الجريمة بذلك العنصر الذي يميزها عن غيرها من الجرائم العمدية⁽¹⁾. كما في جرائم القتل العمد وجريمة القتل مع سبق الإصرار، فجريمة القتل العمد من الجرائم العادية بصورتها البسيطة، أما وجود سبق الإصرار إضافة لها عنصر جديد أدى لخضوعها إلى نص عقابي آخر أكثر شدة⁽²⁾.

(1) د. فهد هادي حيتور، ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة، مرجع سابق، ص88.

(2) تراجع المادتان 405 و406 من قانون العقوبات العراقي.

الفصل الثالث

3. تطبيقات المصلحة المعتبرة في القانون الجنائي

لما كانت الجريمة سلوكاً من شأنه اهدار مصلحة قانونية محل الحماية القانونية، أو تهديد لها بالخطر لذا فان قانون العقوبات هو الوسيلة التي تتصدى للجريمة لإبقاء المجتمع مستقراً وسليماً، ومن خلال حماية مصالحه الأساسية⁽¹⁾. والجرائم من حيث كونها تشكل اهداراً لمصلحة قانونية أو تهديدها بالخطر تكون على نوعين وهي: جرائم الضرر⁽²⁾، وجرائم الخطر⁽³⁾. إن أهمية الاعتداد بـ (المصلحة القانونية)، باعتبارها محل الحماية القانونية في الجريمة⁽¹⁾، أي باعتبارها المضمون الذي يمثل (علة التشريع) في القاعدة المجرمة هي انتماء جرائم معينة الى نظام قانوني واحد وعندئذ يكون الاعتداد بالمصلحة القانونية وليس بأركان الجريمة⁽²⁾. تعتمد التشريعات على المصلحة كأساس في التجريم حين يتم تشريع القواعد القانونية، لما لها من دور جوهري في قانون العقوبات؛ إذ ان حمايتها يوفر الاستقرار للدولة ونظامها المتبع، وقد تكون هذه المصالح فردية أو جماعية، ذلك أن كل جريمة تشكل اعتداء على مصلحة، قدر المشرع أهميتها فأسبغ عليها حمايته الجنائية، لا بد إذاً من تحديد المصلحة القانونية محل الاعتداء لكل نموذج من الجرائم.

وعلى هذا الاساس سنتناول من خلال هذا الفصل تطبيقات المصلحة المعتبرة بثلاثة مباحث نوضح فيها تطبيقات المصلحة في الجرائم الواقعة على الاشخاص من خلال المبحث الاول، وتطبيقاتها في الجرائم الواقعة على الاموال في المبحث الثاني، وسنتناول تطبيقات المصلحة في القواعد الاجرائية في المبحث الثالث وكالاتي:

3.1 تطبيقات المصلحة المعتبرة في الجرائم الواقعة على الأشخاص

تختلف الصور التي ترتكب فيها جرائم القتل من جريمة الى اخرى فقد يكون الفعل مقترناً بنية القتل فيسمى القتل العمد، وقد يكون نتيجة اهمال او رعونة وبذلك يسمى القتل الخطأ وكلاهما يعاقب عليه الا ان

درجة العقاب تختلف من فعل الى اخر، وقد يكون الفعل نتيجة فعل الجاني دون ان يقصد ازهاق روح المجني عليه ويسمى بجريمة الضرب المقضي الى موت. وسنوضح هذه الجرائم وتطبيقات المصلحة المعتبرة فيها من خلال المطالب الآتية:

3.1.1 جريمة القتل

لم يشر المشرع الجنائي العراقي الى تعريف القتل صراحة الا ان فقهاء القانون لهم تعريفات كثيرة منها: ان قتل العمد هو اتجاه نية الفاعل الى ازهاق روح المجني عليه (1). وتعرف كذلك بانها ازهاق روح انسان بفعل انسان اخر مما يؤدي الى وفاته (2).

ونتفق مع التعريف الذي يرى انها ازهاق روح انسان دون وجه حق (3). وقد نص قانون العقوبات العراقي في المادة (405) على انه (من قتل نفساً عمداً يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت) وعلى اساس ذلك سنبين اركان جريمة القتل والمصلحة المعتبرة من العقوبة المفروضة من خلال الفرعين الآتيين:

3.1.1.1 اركان جريمة القتل

أولاً: الركن المادي:

ينقسم الركن المادي في جرائم القتل الى ثلاثة عناصر وهي الفعل المادي، والنتيجة الجرمية، وعلاقة السببية بينهما.

أ- **الفعل المادي (الاعتداء على المجني عليه):** ويقصد به السلوك المادي الخارجي الذي يقوم به الجاني بأي وسيلة كانت. فقد يتحقق القتل بوسائل كثيرة منها استخدام السلاح الناري او استخدام آلة قاطعه او واخزة. وقد يتحقق القتل كذلك بالاعتداء المباشر على جسم المجني عليه كأن يقوم بإلقائه من قمة جبل، أو إلقائه في البحر وقد يكون القتل باستخدام اليدين او استعمال مادة سامة (4). ولا يشترط ان تقع الوفاة فوراً فقد تحدث الوفاة بعد فترة من وقوع الاعتداء بفترة طويلة او قصيرة من الزمن مثال ذلك ان يقوم الجاني بإعطاء المجني عليه جرعات من عقار معين حتى تحدث الوفاة. ولا يشترط ان يحدث القتل بفعل مادي فقد يحدث القتل بفعل

(1) القاضي لطيف طه البر زنجي، الجرائم الواقعة على النفس والمال وتطبيقاتها القضائية، مكتبة ياد كار، السليمانية، العراق، 2014، ص9.

(2) د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص214.

(3) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص339.

(4) د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص20 وما بعدها.

معنوي كذلك كقيام الزوجة التي تعلم بسوء صحة زوجها فتقدم على اخباره اموره تزجه وتسبب له الم بقصد قتله. ولم يشترط المشرع وسيله معينة كما بينا سلفاً. فالوسيلة لاتهم المشرع مادامت تؤدي الى احداث النتيجة الجرمية التي كان يريد لها الجاني والتي يعاقب عليها المشرع (1).

ب- النتيجة الجرمية: وهي الاثر الذي يترك على السلوك او الفعل الاجرامي او هي العدوان الذي يقع على مصلحه يحميها القانون. (2) والنتيجة الجرمية امر لاحق على السلوك الاجرامي فمن يقوم بأطلاق النار على شخص اخر وادى ذلك الى وفاته فالنتيجة هنا هي ازهاق روح ذلك الشخص. فالنتيجة الجرمية امر لاحق على السلوك او الفعل الاجرامي ومتميز عنه الا انه مرتبط به بعلاقه سببيه. (3)

ج- علاقة السببية: ويقصد بها ان تكون هناك علاقة بين سلوك الجاني والنتيجة الجرمية. فعلاقه السببية هي الصلة التي تربط ما بين سلوك الجاني والنتيجة الجرمية (4). وتكون علاقة السببية واضحة بين الفعل والنتيجة اذا كان سلوك الجاني هو الذي ادى بمفرده الى احداث النتيجة. مثال ذلك ان يطعن شخص شخصاً اخر بسكين فيرديه قتيلاً. ولكن قد تنثور المشكلة عندما تتعدد الاسباب المؤدية الى احداث النتيجة الجرمية كأن تساهم عوامل اخرى متعددة في احداث نتيجة جريمة واحدة مثال ذلك ان يطلق شخص النار على اخر ويتم نقله الى المستشفى فيخطئ الطبيب في علاجه فيموت، او قد يموت الشخص نتيجة حريق في المستشفى. يرى اغلب الفقه في العراق ان قانون العقوبات العراقي اخذ بنظريه تعادل الاسباب (5).

وهذا ما نصت عليه المادة (29) في فقرتها الاولى حيث نصت على انه (لا ينبغي استجواب الشخص لعدم كونه نتيجة لفعله الاجرامية، ولكن حتى اذا كان هناك سبب آخر سابق أو معاصر أو لاحق، إلى جانب عمله الاجرامي، قد ساهم في الجريمة، حتى لو لم يكن يعلم شيئاً عنها).

-
- (1) د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص مرجع سابق، ص136.
 - (2) د. عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج1، النظرية العامة للجريمة، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص274.
 - (3) د. يسر انور علي، شرح الاصول العامة في قانون العقوبات، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص287.
 - (4) د. ابراهيم عبد نايل، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص210.
 - (5) د. فخري عبدالرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص200، د. علي جبار شلال، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط2، مكتبة زاكي، بغداد، 2010، ص100؛ د. علي حسين الخلف، د. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2010، ص145؛ د. واثبه السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، ط1، بغداد : شركة العاتك لصناعة الكتاب ؛ المكتبة القانونية، 201، ص98؛ د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص143.

وتنص الفقرة (2) من نفس المادة على أن الجناة في هذه القضية مسؤولون فقط عن الأفعال التي اقترفوها، وكما يتضح من المادة (29) فقرة 1 يتبنى قانون العقوبات العراقي نظرية تتناسب مع سبب الدعوى.. نصت المادة (29) فقرة 1 من قانون العقوبات العراقي على أن الجاني مسؤول عن الجريمة إذا كانت نتيجة أفعاله، حتى لو ساهمت في أفعاله أسباب أخرى سابقة أو معاصرة أو لاحقة، حتى لو لم يكن له ما يفعله. معها معروف.

اما الفقرة الثانية من المادة (29) فقد اكدت اقرارها لنظريه تعادل الاسباب ولكن لا يسأل الفاعل الا عن الفعل الذي ارتكبه وذلك على اساس عدم وجود علاقة سببيه بين فعل الجاني والنتيجة الجرمية ان يطلق شخص النار على اخر الا انه لم يمت ثم جاء شخص اخر وأجهز عليه وقتله فيسأل الاول عن شروع في القتل ويسأل الثاني عن جريمة القتل العمد. وقد نفت نظريه تعادل الاسباب علاقة السببية بين الفعل الاجرامي والنتيجة الجرمية في حاله إذا كان السبب الطارئ يتميز بعنصرين وهما الاستقلال والكفاية. اما القانون العراقي فقد اعتمد نظريه تعادل الاسباب مع التضيق من نطاقها، يتم ذلك عن طريق الحد من عدم وجود علاقة سببية بين الفعل الإجرامي وعواقب الجريمة، بشرط أن يكون السبب العرضي كافياً فقط في حالة عدم وجود شروط مستقلة. اما بالنسبة لمحكمة التمييز العراقية فقد ذهبت الى تطبيق نظريه تعادل الاسباب في تحدد علاقة السببية فهي لا تعترف بانثناء علاقة السببية بين سلوك الجاني والنتيجة الجرمية دون سبب قانوني واضح (1).

وهناك رأي يذهب الى ان محكمة التمييز تحاول في قضائها تطبيق نظرية السبب الملائم (2). اذ تتجه المحكمة الى عدم تحميل المتهم ما قد ينتج عندما تتواجد عوامل اخرى تتضافر مع سلوك الجاني في احداث النتيجة الجرمية حرصاً على تطبيق العدالة وهذا ما اكدته محكمه التمييز في بعض قراراتها (3).

(1) قرار محكمه التمييز رقم (37) و(89) في 1977/4/19 مجموعة الاحكام العدلية. ع. 2، س. 8، 1977، ص. 232. وقرار محكمة التمييز

رقم 1571 في 1975/2/3 مجموعة الاحكام العدلية ع. 6، ص. 249.

(2) د. عبد الستار الجميلي، جرائم الدم، ج1، مطبعة دار السلام، ط2، بغداد 1973، ص. 93؛ د. ضاري خليل محمود، البسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط1، الناشر صباح صادق جعفر الموسوي، بغداد، 2002، ص. 64 وما بعدها.

(3) قرار محكمه التمييز رقم 67/ح/227 في 25 مايس/1967. وقرار محكمة التمييز رقم 67/ح/259 في 5 اذار 1967.

ثانياً: محل الجريمة انسان على قيد الحياة:

يجب ان تقع جريمة القتل على انسان وهو على قيد الحياة ويتمتع بالصفات الخلقية الطبيعية للإنسان بما فيها مباشرة الوظائف العضوية المختلفة (1). ولكن متى تبدأ الحياة للإنسان، ومتى تنتهي. اختلف الفقهي مسألة بداية الحياة فمنهم من يرى ان الحياة تبدأ حينما تبدأ المرأة الحامل المخاض، ومنهم من يرى ان بداية الحياة تبدأ عندما تشرف عليه الوضع على نهايتها أي حينما يبرز جزء من الحنين، ومنهم من يرى ان الحياة تبدأ حينما يفصل الحنين بالكامل عن جسم الام الحامل (2). وهذا الرأي الاخير هو الذي اخذ به القانون العراقي حينما حدد بداية حياة الانسان في المادة (34) فقرة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 والتي نصت على انه (تبدأ شخصيه الانسان بتمام ولادة الانسان حياً وتنتهي بموته). وعلى اساس ذلك فإن حياة الانسان تبدأ بتمام الولادة وتنتهي هذه الحياة بوفاته. فإذا وقع الاعتداء على انسان ميت فهنا تقوم جريمة انتهاك حرمة الجثث. (3)

ثالثاً: القصد الجنائي:

يجب توافر القصد الجنائي لقيام جريمة القتل وان عدم توفر القصد الجنائي لدى الجاني فلا تقوم جريمة القتل خطأ او جريمة الضرب المفضي الى موت. وقد عرف الفقه القصد الجنائي تعريفات عديدة منها أن القصد الجنائي هو انصراف ارادة الجاني الى الفعل الذي يأتيه والى النتيجة المقصودة بالعقاب (4): تُعرّف المادة 33 من قانون العقوبات العراقي القصد الجنائي بأنه، لغرض نتيجة الجريمة أو أي عاقبة أخرى للجريمة التي تقع، يأمر الجاني بإرادة الجاني بارتكاب الفعل المكون للجريمة. وفقاً لذلك، يمكن تقسيم عناصر النية الإجرامية إلى عنصرين: المعرفة والإرادة.

1- العلم: ويقصد به ان يعلم الجاني في جرائم القتل ان فعل الاعتداء يقع على انسان على قيد الحياة. اما اذا وقع الفعل على انسان ميت فلا تقع جريمة القتل وانما يخضع لنصوص اخرى كما بينا سلفاً. وعلى اساس ذلك فمن يقوم بتنظيف مسدسه واثناء ذلك تنطلق منه اطلاقه فتقتل أحد الاشخاص فلا يسأل عن جريمة قتل عمد وانما يسأل عن جريمة قتل خطأ وذلك لانتفاء القصد الجنائي.

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص9.

(2) د. محمد سامي الشوا، د. حسام الدين محمد احمد، د. سامي عبد الكريم شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص862.

(3) جريمة انتهاك حرمة الجثث نصت عليها المادة (374) من قانون العقوبات العراقي.

(4) د. عبد الفتاح صيفي، الاحكام العامة للنظام الجزائي، مطابع جامعه الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1959، ص284.

وعلى اساس ذلك وحتى يسأل الشخص عن جريمة قتل عمد يجب ان يعلم الجاني بخطورة فعله على حياة المجني عليه وان يتوقع الجاني النتيجة الجرمية كأثر لفعله وهذه النتيجة هي ازهاق روح انسان على قيد الحياة ولا يؤثر ذلك على موضوع الجريمة فاذا توقع الجاني النتيجة الجرمية ثم اقدم على ارتكاب فعله فأن ذلك لا يؤثر على العقاب سواء كان القصد الجنائي محدد او غير محدد او ان موضوع الجريمة معلوم بالذات للجاني او غير معلوم فمن يقوم بإطلاق النار على مجموعة من الاشخاص هادفاً قتل بعضهم الا ان فعله ادى الى قتلهم جميعاً او بعضهم ففي كلنا الحالتين تتحقق جريمة قتل العمد.(1)

2-الارادة: ويعني ذلك توجيه الفاعل ارادته الى احداث النتيجة الجرمية. فمن يقوم بإطلاق النار على شخص اخر يجب ان تتجه ارادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة مع علمه بأن هذا الفعل من شأنه ان يحدث الوفاة. حتى يسأل عن جريمة القتل العمد. فيجب ان تتجه ارادة الفاعل الى ارتكاب الجريمة بإرادة مرة مختارة حتى تتم مساءلة الجاني فمن يقوم بارتكاب الفعل المكون للجريمة دون ارادة حره مختاره كأن يكون مكرهاً او بسبب قوة قاهره او تحت تأثير التنويم المغناطيسي فلا يمكن مساءلته لعدم توفر القصد الجرمي لدى الفاعل. (2)

3.1.1.2 المصلحة المعتبرة من التجريم

ان اعتبار المصلحة محلاً قانونياً هو الذي يبين جوهر العدوان، أي أن المصلحة التي يكون في اهدارها او تهديدها بالخطر جريمة من الجرائم، فالعلة من تجريم القتل هو حماية مصلحة الحق في الحياة، سواء اتم ذلك نتيجة لسلوك سلبي او ايجابي، بطريق عمدي او غير عمدي، او بفعل متعدي القصد، أي طبقاً للقصد الجنائي للجاني (3).

وفي المصلحة محل الحماية القانونية تستقطب مصلحة الحياة نظر المشرع فيعتمد الى تجريم كل ماله مساس بمصلحة الانسان في الحياة سواء اتخذ هذا المساس ركناً مادياً ام معنوياً في الجريمة (4)، ففي جريمة القتل تتمثل المصلحة محل الحماية القانونية في سلب حق الانسان في الحياة وهو جوهر الركن المادي. وهذا يعني أن المشرع يستند الى وحدة المصلحة محل الحماية القانونية، وبما ان القوانين العقابية تهدف، هدفها تنظيم علاقات الافراد وحماية المصالح التي يختارها المشرع والتي تتلاءم مع النظام السياسي والاجتماعي

(1) د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص147.

(2) مثال ذلك قيام شخص بتصويب بندقيته لغرض الصيد فيقتل انساناً. فلا يمكن مساءلته في هذه الحالة عن جريمة قتل عمد لأن ارادته لم تكن مره مختاره اثناء ارتكابه هذا الفعل او يسأل عن جريمة قتل خطأ؛ د. واثبه داود السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص102.

والاقتصادي، فإن التنظيم التي يستهدفه قانون العقوبات هو تحقيق المقاصد التي تتلاءم مع سير المجتمع وتحقق الحماية للمصالح التي اسبغ عليها حمايته (6)، يجادل البعض بأن لكل جريمة عنواناً منفصلاً ونمطاً فريداً يحمي مصلحة قانونية يمكن تمييزها عن جميع المصالح الأخرى التي يدعمها ويحميها قانون العقوبات. (7).

وبذلك فإن محل الاعتداء (المصلحة محل الحماية القانونية) في القتل هو الانسان الحي وهذا ما يهدف القانون الى حمايته (1)، وهذه الحماية لا تسري الا على الانسان، لان هدف قانون العقوبات عند تجريمه فعل القتل هو حماية حق الحياة (2).

3.1.2 جريمة قتل الخطأ

يعرف الخطأ إنه فشل في مراعاة جوانب الرعاية والحذر عند الانخراط في نوع خطير من السلوك، بدلاً من منع هذا السلوك من أن يؤدي إلى نتيجة إجرامية (3). كما يُعرّف بأنه: الإهمال الناتج عن تقصير الجاني في اتخاذ الاحتياطات اللازمة والحرص على التنبؤ بالآثار الضارة لأفعاله أو تجنبها (إذا كان قادراً على ذلك) (4). يتبين من التعاريف السابقة ان من يقوم بأي تصرف دون اتخاذ واجب الحيطة والحذر فينتج عن تصرفه هذا جريمة فيسأل عن هذا التصرف. اذ كان عليه توقع النتائج من هذا التصرف للحيلولة بينها وبين وقوعها وسنتناول في هذا المطلب اركان جريمة قتل الخطأ والمصلحة المعتبرة في العقوبة من خلال فرعين وكالاتي:

3.1.2.1 اركان جريمة قتل الخطأ

تتفق جريمة قتل العمد من حيث الركن المادي مع جريمة قتل الخطأ الا انها تختلف من حيث الركن المعنوي. في جريمة القتل العمد، يتجلى الركن الأخلاقي في النية الإجرامية. من بينها، يؤدي التقاط الصورة الخاطئة إلى قتل الصورة الخاطئة. وعلى اساس ذلك تكون اركان جريمة قتل الخطأ هي الركن المادي متمثلاً

(7) محمد مردان علي محمد البياتي، المصلحة المعتبرة في التجريم، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2002، ص 67.

(1) د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الزمان بغداد 1996 ص 104.

د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل، 1988، ص 156.

(2) د. عبد الستار الجميلي، جرائم الدم (الجرائم الواقعة على الاشخاص) مطبعة الرشاد، بغداد 1970، ص 36.

(3) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 179.

(4) د. ماهر عبد شويش الدرة، قانون العقوبات الخاص، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 202.

بعناصره، والركن المعنوي وهو الخطأ الذي ينسب الى الجاني. وسنتناول اركان هذه الجريمة من خلال النقاط الآتية:

أولاً-الركن المادي: ويتحقق من خلال ثلاث عناصر وهي:

أ- **الفعل الإجرامي:** ويتمثل بقيام الجاني بفعل او امتناعه عن فعل ادى الى احداث الوفاة⁽¹⁾. فمن يقود سيارته بسرعة فائقة في مكان مزدحم ويدهس أحد المارة يسأل عن جريمة قتل خطأ. لأنه كان عليه ان يتخذ واجب الحيطة والحذر للحيلولة دون وقوع الجريمة. ومن يحمل قضباناً ويسير في مكان مزدحم ويصيب أحد المارة في رأسه فيقتله فيسأل عن جريمة قتل الخطأ اذ كان عليه ان يتخذ واجب الحيطة والحذر.

ب- **النتيجة الجرمية:** لتحقق جريمة قتل الخطأ يجب ان تتحقق النتيجة الجرمية وهي الوفاة والتي هي نتيجة سلوك الجاني الخاطئ سواء أكان نشاط الجاني ايجابياً ام سلبياً. اما اذا كان نتيجة الفعل الاجرامي اذى فقط فتتحقق جريمة الايذاء الخطأ ولا يسأل عن جريمة قتل خطأ. فلا بد من تحقق الوفاة حتى يسأل الجاني عن جريمة القتل الخطأ⁽²⁾.

ج- **علاقة السببية:** ويقصد بها ان تكون الوفاة ناتجة عن سلوك الجاني الخاطئ سواء كان سلوك الجاني القيام بفعل او الامتناع عنه. وجدير بالذكر انه قد تتظاهر عناصر اخرى سابقة او معاصرة او لاحقة على فعل الجاني وتساهم في احداث الوفاة، فهل يسأل عن جريمة قتل خطأ كما لو ان شخصا اصاب احد المارة نتيجة السرعة الفائقة في السيارة وكان هذا الشخص مصابا بمرض السكر الذي يضاعف اثر الجروح وقد اهمل هذا الشخص بالعلاج مما ادى الى وفاته متأثراً بجرحه ومضاعفاته⁽³⁾. فهنا يسأل الجاني عن جريمة قتل الخطأ لأن هذه العوامل مجردة عن فعل الجاني وهي لا تقطع العلاقة السببية بين فعل الجاني والوفاة لأنها ليست كافية لوحدها لأحداثها وهذا الرأي حسب نظرية أعطى المشرعون العراقيون نفس أسباب المادة (29) من قانون العقوبات.

(1) د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، عمان، دار الثقافة للنشر، 2011، ص 150.

(2) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، مرجع سابق، ص162.

(3) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص179.

ثانياً-الركن المعنوي:

لتحقق الجريمة يجب ان يكون الفعل ناتجاً عن خطأ ارتكبه الجاني نتيجة اهماله وعدم اتخاذ واجب الحيطة والحذر، الذي كان على الشخص المعتاد ان يسلكه دون ارادة النتيجة الحاصلة. فأن حدث خطأ من الجاني فهنا يسأل عن جريمة قتل الخطأ. واما ان كان الفعل متعمداً فلا يعتبر هذا الفعل قتل خطأ وانما يسأل الجاني عن جريمة قتل عمد (1).

3.1.2.2 المصلحة المعتبرة في جرائم قتل الخطأ

يشكل الخطأ في جرائم قتل غير العمدية قاعدة اساسية فاذا انتفى الخطأ فلا عدوان على مصلحة الحق في الحياة، اما في حال توافر الخطأ على اية صوره من صوره التي نص عليها القانون، فيشكل اهداراً لمصلحة الحق في الحياة والتي تعد المحل القانوني الذي يسبغ عليه القانون حمايته، وبذلك تتجسد عناصر الخطأ جلية وهي الضرر من جهة ومن جهة اخرى هي العلاقة بين الفعل والنتيجة، فعنصر الضرر يتمثل في الضرر الناجم عن الاهمال او عدم الانتباه أو الرعونة أو عدم الاحتياط أو عدم مراعاة القوانين والانظمة، اما عنصر العلاقة بين الفعل والنتيجة فيكون في حالة عدم توقع الجاني النتيجة عن سلوكه الذي يؤدي إلى اهدار المصلحة القانونية مع استطاعته أو كان من واجبه ان يحول دون حدوثها، وفي حالة حدوثها توقعه النتيجة أي الوفاة من خلال ارتكاب الفعل. غير انه لم يرد ذلك وسعى إلى عدم حدوثها معتمداً على كفاءته أو مهارته أو ذكائه وحدثت النتيجة وهي الاخلال بمصلحة الحق في الحياة (2) أي أن المسؤولية هنا تكون متحققة رغم أنه لم يتوافر سوى الخطأ غير العمد (3).

3.1.3 جناية الضرب المفضي الى موت

الضرب حتى الموت جنائية، إذا ضرب الجاني أو جرح بعنف أو أعطى مواد ضارة أو ارتكب أفعالاً أخرى غير قانونية لمهاجمة الضحية، لكنه لا يقصد قتل الضحية، فهذا يشكل جنائية. هذا الفعل، لكنه أدى إلى وفاته (4). وتختلف جريمة الضرب المفضي الى موت عن جريمة قتل العمد. بأن الاولى تنعدم فيها نية القتل وتتوافر فيها نية الايذاء في جسم الانسان كما مبين في المادة (410) من قانون العقوبات.

(1) د. عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 434.

(2) د. علي محمد جعفر، مصدر سابق ص 123-124.

(3) محمد مردان علي محمد البياتي، المصلحة المعتبرة في التجريم، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2002، ص 75.

(4) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الاموال والاشخاص، مرجع سابق، ص 112.

اما في جريمة قتل العمد فإن نية القتل متوافرة لدى الجاني (1). وسنوضح اركان جريمة جناية الضرب المفضي الى موت والمصلحة المعتبرة منها في الفرعين الآتيين:

3.1.3.1 اركان جناية الضرب المفضي الى موت

اولاً: الركن المادي:

ويتحقق الركن المادي بعناصره الثلاثة وهي الفعل الاجرامي، والنتيجة الجرمية، وعلاقة السببية:

أ-الفعل الاجرامي: ويتحقق ذلك بقيام الجاني بالاعتداء على المجني عليه بالضرب، او العنف، او الجرح او اعطاء مادة ضاره، او أي فعل مخالف للقانون. يتبين من الصور الاربع ان يقع الفعل على جسم المجني عليه مباشرة (2)، كمن يقوم بضرب اخر بعصا على رأسه الا انه لم يقصد قتله. اما الصورة الخامسة وهي اي فعل اخر مخالفاً للقانون فقد اودها المشرع لتغطي الاعتداءات الاخرى التي يصعب ادخالها في الصور الاربع الاولى. والافعال المخالفة للقانون كثيرة، ولكن يشترط لتطبيق هذا النص ان ترتكب بغير قصد القتل. اي أن الجاني يقصد الاعتداء على المجني عليه ولا يقصد قتله، الا ان فعله افضى الى موت المجني عليه. مثال ذلك قيام الجاني بحبس المجني عليه بغرفة باردة وتركه من غير فراش او طعام فيموت من شدة البرد او الجوع، وفعله هذا مخالف للقانون وقد افضى الى موت المجني عليه (3).

ب-النتيجة الجرمية (الوفاة): لكي يسأل الجاني عن جريمة الضرب المفضي الى موت، يجب حدوث الوفاة للمجني عليه بأحدي الافعال المنصوص عليها في المادة (410) ولا يهم حصول الوفاة عقب هذه الافعال مباشرة او بعد مدة من الزمن طويله كانت او قصيرة، ف جرائم الضرب المفضي الى موت غالباً تستدعي انتظار ما ينتج عن علاج المجني عليه لتحديد وصف الإصابة والنتيجة، فقد يقوم الجاني بضرب المجني عليه ويحدث عن ذلك اصابات بالغه الا ان المجني عليه لا يموت، فلا يسأل عن جريمة الضرب المفضي الى موت. وعلى العكس فقد يكون الايذاء على المجني عليه بسيطاً الا ان المجني عليه يتوفى بعد ايام قليلة فيسرى نص المادة (410) على هذه الجريمة. (4)

(1) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص172.

(2) إبراهيم عيد نايل، مصطفى فهمي الجوهري، شرح القسم العام من القانون الجنائي – أسباب الإباحة، موانع المسؤولية، الاحكام العامة للعقوبات، 2013-2014، ص208 وما بعدها.

(3) د. واثية السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 131.

(4) تطبيق المواد من (412-416) وهي جنح الضرب البسيط.

ج- علاقة السببية: يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين سلوك الجاني ونتائج الجريمة، بحيث يمكن استجواب الجاني بشأن جريمة الضرب حتى الموت. يعني أن الوفاة نتيجة أحد الأفعال المحددة في المادة (410) من القانون أعلاه. وهذا هو المعيار الذي اخذ به قانون العقوبات العراقي وفقاً لنظرية تعادل الاسباب (1) وفقاً للمادة (29) من قانون العقوبات العراقي. فيسأل الجاني ان ساهم مع فعله بسبب اخر سابق او معاصر او لاحق ولو كان يجهله. (2) اما اذا ساهم مع فعل الجاني عامل اخر مستقل عنه وكاف بذاته لتحقيق الوفاة فلا يسأل الجاني عن الوفاة. وانما يسأل عن نتيجة الفعل الذي ارتكبه. كأن يقوم شخص بضرب اخر على قدميه بعضاً، وتبين ان وفاه المجني عليه نتيجة مرض اخر لا دخل لفعل الجاني فيه.

ثانياً: الركن المعنوي:

الاعتداء حتى الموت جريمة مع سبق الإصرار تتطلب نية إجرامية ومعرفة وإرادة عنصرية، فيجب ان تتصرف اراده الجاني الى احداث الفعل المكونة للجريمة مع علمه بأن هذا الفعل فيه خطورة على جسم المجني عليه او انه يؤدي الى اذيائه. وبمعنى اخر انصراف ارادة الجاني الى الفعل والنتيجة الجرمية. يشترط في جريمة الضرب حتى الموت أن يكون الجاني قد ارتكب فعلاً من الأفعال المنصوص عليها في المادة (410) من قانون العقوبات، وهو الضرب أو الإصابة أو العنف أو إعطاء مواد ضارة أو أي فعل آخر مخالف لعقوبته. الإرادة الحرة، وتعلم أن مثل هذا السلوك يعاقب عليه. دون ان يتوفر لديه نية القتل العمد. وجدير بالذكر ان جرائم الضرب المفضي الى موت من الجرائم ذات القصد الجنائي المتعدي (3). بمعنى ان تتجه ارادة الجاني الى احداث نتيجة معينة فيتعدى الامر الى احداث نتيجة اشد من هذا الفعل، كمن يقوم بإعطاء شخص مادة ضاره بقصد اذيائه الا انه هذه المادة تؤدي الى قتله.

3.1.3.2 المصلحة المعتبرة في جرائم الضرب المفضي الى موت

يعتبر الضرب المفضي إلى الموت من الجرائم المتعدية القصد والتي تكون فيها المصلحة محل الحماية القانونية هي حماية حق الحياة، شأنها شأن جرائم القتل العمدية، وشأن الجرائم غير العمدية، ومع ذلك ، فهو

(1) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص174؛ انظر قرار محكمة التمييز 1786/ج/1976 في 1977/2/28. وقرار اخر رقم 6/ج/1981 في 1981/2/17، قرارات محكمة = التمييز المنشورة في مجموعة الاحكام العدلية، العدل الاول - السنة الثامنة/ 1977. لمزيد من التفاصيل يراجع لطيف طه البرزنجي، دراسات قانونية، مرجع سابق، ص45.

(2) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأنه اذا لم يحدث الموت من الإصابة المباشرة بل من التهاب السحايا الذي اعقب الإصابة كاختلاط لها فتكون الجريمة ضرباً مفضياً الى موت. قرار رقم 2968 في 1973/12/22، انشره القضائية، العدد الاول، السنة الرابعة، ص495.

(3) د. واثبة السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص132.

ناتج عن فعل متعمد بقصد الإضرار بالسلامة الجسدية للضحية بالضرب أو الإصابة أو العنف أو إعطاء مواد ضارة أو أي انتهاك آخر للقانون ، وليس قتله (1)، ويعد الفعل في هذه الحالة اعتداءً على مصلحة الحق في الحياة وليس على مصلحة سلامة الجسم، أي أن كمية العدوان على المصلحة المهدورة تكون أكثر، فالحدث الثاني (العدوان على مصلحة الحق في الحياة) يكون أشد جسامة، من الحدث الأول (العدوان على سلامة الجسم) رغم أن الجاني اراد العدوان على سلامة الجسم غير أن النتيجة جاءت عدواناً على مصلحة الحق في الحياة التي تعد أشد جسامة(2).

3.2 تطبيقات المصلحة في جرائم الأموال

يحظى موضوع المصلحة المعتبرة في الجرائم الواقعة على الأموال بدور كبير في التشريع وذلك لاتصاله بالذمة المالية للمواطنين، ومن أجل التعرف على المصالح التي أسبغ المشرع العراقي حمايتها في قانون العقوبات في جرائم الاعتداء على الأموال ومعرفة حماية سنوضح بعض هذه الجرائم ونبين المصلحة المعتبرة من تشريعها في المطالب الآتية:

3.2.1 جريمة السرقة

تعرف المادة (439) من قانون العقوبات العراقي السرقة على أنها اختلاس متعمد لمنقولات مملوكة للغير. وسنوضح أركان جريمة السرقة والمصلحة المعتبرة من فرض العقوبة من خلال فرعين وكالاتي:

3.2.1.1 أركان جريمة السرقة

أولاً: الركن المادي (الاختلاس): ويقصد بالاختلاس ادخال مال مملوك الى الغير دون رضاه الى حيازة الجاني بقصد التملك (3). ويتحقق فعل الاختلاس بصورتين:

الصورة الأولى: أن يكون المال المنقول بحيازة الجاني أصلاً: وتتحقق هذه الصورة عندما يضع المالك المال بين يدي الجاني دون أن ينقل اليه حيازة هذا المال حيازة مادية او معنوية وهو ما يسمى باليد العارضة. مثال

(1) د. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات، المجلد الثاني، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مطبعة العاني بغداد، 1974، ص 63. محمد مردان علي محمد البياتي، المصلحة المعتبرة في التجريم، مرجع سابق، ص 88.

(2) د. جلال ثروت، مصدر سابق، ص 101.

(3) د. محمد سامي الشوا، شرح قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص 479.

ذلك ان يسلم البائع البضاعة الى المشتري ليعاينها ويقرر ان تكون من النوع الذي يريده ام لا. وهذا التسليم لا يقصد منه التمليك انما لغرض المعاينة او الاستعمال لذلك تسمى يد المستلم باليد العارضة.⁽¹⁾

الصورة الثانية: ان يقوم الجاني بنقل ملكية المال المنقول الى حيازته مادياً ومعنوياً: اذ يجب ان تكون له سيطرة فعلية على الشيء محل الحيازة اذ يقوم الجاني بالتصرف بالشيء محل الحيازة تصرف المالك سواء أكان ذلك بالاستعمال او بالاستهلاك.⁽²⁾ كأن يقوم الجاني بسرقة بيت أحد الاشخاص ويتصرف بالأشياء المسروقة تصرف المالك بعد ان حاز على ملكية هذه الاشياء حيازة مادية ومعنوية.

ثانياً: ان يكون محل الجريمة مال منقول: ويتكون هذا الركن من صورتين:

الصورة الاولى: ان يقع الاختلاس على مال ويقصد بالمال كل ما يصلح للتملك وتكون له قيمة مادية ويجب ان تكون لهذه الاموال قيمه مادية حتى وان كانت ضئيلة⁽³⁾. وكذلك لا يشترط ان تكون حيازة هذه الاموال بطرق مباحه لذلك فإن الجاني يسأل عن حيازة هذه الاموال سواء كانت هذه الاموال مشروعه ام غير مشروعه، فيعد سارقاً من حاز على مواد مخدره او سلعه مغشوشة او سلاح غير مرخص⁽⁴⁾، ويعد مختلساً ويتحقق نص جريمة السرقة بحقه من اختلس مالاً خسرته في لعب القمار.⁽⁵⁾

الصورة الثانية: المنقول ويقصد به كل شيء قابل بطبيعته للنقل من مكان الى مكان اخر. لذلك تتميز الاموال المنقولة عن الاموال الثابتة كالعقارات والتي لا يمكن نقلها وقد ادخلها المشرع بالحماية ضمن المواد (428-429) من قانون العقوبات.

ثالثاً: ان يكون المال المنقول مملوكاً للغير: يجب ان يكون المال المنقول مملوكاً للغير حتى تتحقق جريمة السرقة، لذلك لا تتحقق الجريمة اذا استولى شخص على مال منقول يكون مملوكاً له، كما لو كان قد انتقلت ملكيته اليه بالميراث، أو بأي سبب من اسباب اكتساب الملكية. ولو كان يجهله⁽⁶⁾

(1) ويعرف الفقيه كارسون الحيازة العارضة بأنها الشخص الذي يستلم الشيء لغرض معاينته او فحصه او لتقدير قيمته او لاستعماله تحت بصر ماله او اشرافه. لمزيد من التفاصيل انظر د. حميد السعدي، النظرية العامة لجريمه السرقة، 1968، ص35.

(2) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص385.

(3) د. طارق احمد فتحي سرور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاشخاص والأموال، دار النهضة العربية، 2010، ص 699.

(4) د. حسنين عبيد، الوجيز في قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة (مصر) دار النهضة العربية للطباعة والنشر 1995، ص 301.

(5) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص295.

(6) د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص16.

رابعاً: القصد الجنائي: تعتبر جريمة السرقة من الجرائم العمدية والتي تتطلب توافر القصد الجرمي فيها. ولا يكتفي القانون فيها بتوافر القصد الجرمي العام وإنما يشترط بالإضافة الى ذلك توافر القصد الجرمي الخاص. ويتحقق القصد العام في جريمة السرقة بتوافر عنصرين وهما العلم والارادة: فيجب ان يعلم الجاني بأنه يقوم باختلاس مال منقول مملوك للغير. وان تتجه ارادته الى القيام بفعل الاختلاس وتحقيق النتيجة الجرمية وهو حيازة مال مملوك للغير عمداً بدون رضا صاحبه (المجني عليه) واضافته الى حيازته. وعلى اساس ذلك لا يتحقق القصد الجرمي اذا كان لا يعلم بأنه يستولي على مال مملوك للغير او كان يعتمد ان ملكية هذا المال عائدة له. او اعتقد انه يستولي على مال مباح او متروك (1).

اما القصد الخاص: ويقصد به نية تملك المال المنقول فبالإضافة الى توافر القصد العام في جريمة السرقة وهو العلم بركان الجريمة وانصراف ارادة الجاني الى فعل الاختلاس يجب ان يتوفر القصد الخاص وهو حيازة المال المنقول من قبل الجاني بالكامل ومباشرة سلطات المالك عليه (2).

3.2.1.2 المصلحة المعتبرة في تجريم السرقة

تعد السرقة عدواناً على مال منقول مملوك للغير وهذا العدوان يستهدف المصلحة محل الحماية القانونية ولكن ما هي المصلحة التي أراد المشرع حمايتها من خلال السرقة؟ أم هي حماية ملكية صاحب المال المعتدى عليه؟ أم هي حماية حق هذا الشخص في حيازة ماله؟ هناك ثلاثة آراء للإجابة عن هذا التساؤل:

الرأي الأول:

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الحيازة (3) هي المصلحة التي قصد المشرع حمايتها بنص السرقة، ويستندون في ذلك إلى تعريف الأستاذ جارسون للاختلاس بأنه يتحقق بسلب الحيازة أو الاستيلاء عليها بعنصريها المادي والمعنوي بغير رضا المالك أو الحائز (4)، ولكن هذا الرأي منتقد لأنه يصطدم بتطبيقات فكرة الاختلاس في مجال جريمة السرقة نفسها، من ناحية أخرى، ينص القانون الجنائي العراقي على أن

(1) د. محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الاموال في قانون العقوبات اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1984، ص99.

(2) د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 276.

(3) نصت المادة (1145) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951. على ان الحيازة بأنها (وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق المالية).

(4) د. حسنين ابراهيم صالح عبيد، القصد الجنائي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص83.

السرقه تعتبر اختلاساً للممتلكات المنقولة التي تصدرها الجهات القضائية أو الإدارية أو المختصة. (1). فالسارق في هذا النص هو صاحب الحيازة الكاملة ولا يستقيم القول بأن المصلحة المحمية في هذا النص هي الحيازة كما ان قانون العقوبات العراقي ينص على أنه "اختلاس الأموال بأي شكل من الأشكال تحت سيطرة سلطة قضائية، حتى لو كان الاختلاس من قبل مالك المال، واختلاس الأموال الخاصة بمنفعة أو ضمان عيني أو حقوق مصادرة أو فيما يتعلق بحقوق الآخرين، حتى لو كانت مستمدة منها من المالك". فالسارق في هذه النصوص هو صاحب الحيازة الكاملة وبذلك لا يمكن القول بأن المصلحة المحمية في جريمة السرقة هي الحيازة فقط.

الرأي الثاني:

ويرى أصحابه أن المصلحة المحمية في نصوص السرقة هي حق الملكية (2)، أما الحيازة فالاعتداء عليها إنما يكون من اجل استطاعة الاعتداء على الملكية، فهو اعتداء عرضي غير مقصود لذاته، فالسارق مثلاً لم يكن يحوز من قبل المال الذي استولى عليه وهو يعتدي على حيازة المجنى عليه لكي يتاح له بعد ذلك الاعتداء على ملكيته (3).

الرأي الثالث:

يرون أن السرقة اعتداء على الملكية والحيازة معاً، والملكية هي المحل الأصلي للاعتداء، أما الحيازة فالاعتداء عليها هو من اجل استطاعة الاعتداء على الملكية، فالسارق لا يستطيع الاعتداء على الملكية إلا إذا اعتدى في الوقت نفسه على الحيازة (4). ونحن نتفق مع من ذهب إلى أن المشرع العراقي قد جرم فعل السرقة لأنه يشكل اعتداء على الحيازة والملكية في آن واحد لأن الحيازة تعدّ المظهر الخارجي للملكية، ومن ثم فإن حمايتها تعدّ خطوة أولى للدفاع عن الملكية وحمايتها، لأن رضا المالك أو الحائز بنقل الحيازة يمنع تحقق الركن المادي لجريمة السرقة، إذ ينعدم تحقق ركن الاختلاس، فيصبح صورة من صور مباشرة السلطات المادية، لكن يشترط في الرضا أن يكون سابقاً أو معاصراً لنقل الحيازة، أما اذا كان لاحقاً عليه فهو لا يمنع

(1) تنظر المادة (439) من قانون العقوبات العراقي.

(2) ينظر الشق الثاني من نص المادة (439) من قانون العقوبات العراقي.

(3) د. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته، القسم الخاص، المجلد الثالث، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مطبعة العاني، بغداد، 1974، ص 178.

(4) د. جلال ثروت، نظم القسم الخاص (جرائم الاعتداء على المال المنقول)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1984، ص 19.

من تحقق ركن الاختلاس، وبالتالي قيام الجريمة وبذلك فإن السرقة تشكل اعتداء على المصلحة الخاصة والعامة (1).

3.2.2 خيانة الأمانة والمصلحة المعتبرة في التجريم

تناول المشرع العراقي جريمة خيانة الأمانة بنص المادة 435 والتي نصت على انه: (كل من أوتمن على مال منقول مملوك للغير، أو سلم له لأي غرض كان فاستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفائدة شخص آخر، أو عهد به إليه بأية كيفية كانت، أو تصرف به بسوء قصد خلافا للغرض الذي عهد به إليه، أو سلم له من أجله حسب ما هو مقرر قانوناً، أو حسب التعليمات الصريحة أو الضمنية الصادرة ممن سلمه إياه أو عهد به إليه). وقد تقتزن هذه الجريمة بظروف التشديد الواردة في الشق الثاني من المادة نفسها (1)، والتي من شأنها التأثير في جسامه العقوبة لا في نشأة الجريمة أو تكوينها، فالمصلحة المحمية التي أهدرها العدوان لم يطرا عليها أي تغيير بل ان العدوان قد أهدر هذه المصلحة في ظل ظروف أخرى جعلت المشرع يلجأ الى تشديد العقوبة (1). وسنوضح في هذا المطلب من خلال فرعين اركان جريمة خيانة الأمانة والمصلحة المعتبرة في التجريم وكالاتي:

3.2.2.1 خيانة الأمانة

أولاً: الركن المادي:

ويتحقق بالصور التي حددتها المادة (453) من قانون العقوبات العراقي وهي الاستعمال والتصرف:

1- الاستعمال: ويقصد به استعمال الجاني للمال المنقول المؤتمن عليه خلافاً للغرض الذي عهد به إليه من أجله، ويتضح من نص المادة (453) من قانون العقوبات ان المشرع قصد استعمال المال المنقول بصفة مؤقتة وليس بنية التملك (2)، أي ان نيه الجاني تنصب على استعمال على قيمة الشيء فقط دون مادته. وقد يقوم الجاني باستعمال المال المنقول لنفسه كن يقوم باستعمال سيارة مؤمنة عنده، او قد يقوم بالاستفادة من هذا

(1) تتمثل المصلحة الخاصة بحماية الملكية والحياسة، وأما المصلحة العامة فإنها تتمثل لكون فعل السرقة يشكل خطر جدي على المجتمع يترتب عليه الإخلال بالأمن العام وطمأنينة الأفراد.

رنا عبد المنعم يحيى حمو الصراف، المصلحة المعتبرة في تجريم الاعتداء على الاموال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص52.

(2) عبد المعطي عبد الخالق، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الاموال (السرقة - النصب - خيانة الأمانة) والجرائم الملحق بها، دار النهضة العربية، 2011، ص279.

المنقول كمن يؤجر السيارة المؤمنة عنده لغرض الاستفادة المادية. او قد يكون الاستعمال لفائدة شخص اخر فمن يعطي شخصاً اخر آلة مؤمنة عنده لشخص اخر لغرض الاستفادة منها. وتكمن عله تجريم خيانة الامانة هي حماية الائتمان في المعاملات الخاصة وكذلك حماية الثقة التي عهد بها المجني عليه الى الجاني (1).

2-التصرف: ويقصد قيام الجاني بإخراج المال المؤمن عليه كلاً او جزءاً من حيازته وادخاله الى حيازة الغير، كأن يقوم ببيعه او الايصاء به او المقايضة عليه او اوهبته او اجراء اي حق عيني متفرع من الملكية كالرهن او التصرف (2). وقد اشترطت المادة (453) من قانون العقوبات ان يكون هذا التصرف مقترناً بسوء القصد، وهو انصراف اراده الجاني الى انه يقوم بفعل من شأنه التصرف بالمال على نحو يخالف شروط العقد او الاتفاق (3)، كما يجب ان يعلم بان من شأن فعله المساس بمال مملوك لغيره. (4)

ثانياً: محل الجريمة:

يتضح من نص المادة 454 من قانون العقوبات العراقي ان محل الجريمة يجب ان يكون مالاً منقولاً مملوكاً للغير. فالمال هو كل شيء له كيان مادي ملموس، وله قيمة سواء كانت هذه القيمة كثيرة ام قليلة، مادية ام معنوية، وسواء كانت حيازة هذا المال مشروعة ام غير مشروعة (5). ويشترط ان يكون هذا المال منقولاً كأن يكون منقولاً بطبيعته او عقاراً بالتخصيص اذا نزع ملكيته. كما ويشترط ان يكون هذا المال مملوكاً للغير سواء كان هذا الغير معيناً بالذات او بالاسم ام معيناً بصفته (6). وعليه فلا تقع الجريمة اذا قام الجاني باستعمال مالاً منقولاً او تصرف به ثم يتبين ان هذا المال تعود ملكيته له، اما اذا كان مؤتمناً على هذا المال وتصرف به فيعد مرتكباً لجريمة خيانة الامانة (7).

وجدير بالذكر ان المال المنقول قد يكون مملوكاً للجاني الا انه محجوز عليه قضائياً او ادارياً كأن تعين الجهة المختصة المالك حارساً على المنقول فيتصرف به فهنا تتحقق جريمة خيانة الامانة.

(1) قضت محكمة التمييز بأن استعمال مصلح السيارات بسوء قصد السيارة المودعة عنده التصليح لفائدته تشغيلها بالأجرة خلافاً للغرض الذي عهد اليه بها يكون خيانة امانة. قرار رقم 50/جزاء/يتميز به/73 في 16/4/1973 النشرة القضائية/العدد 3/السنة الرابعة.

(2) د. ماهر عبد شوش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 320.

(3) د. واثبه السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 188.

(4) د. ماهر عبد شوش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 321.

(5) د. واثبه السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 189.

(6) د. عبد المعطي عبد الخالق، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص 262.

(7) د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق ص 321.

وكذلك اذا ائتمن المرتهن المالك على المال المرهون فتصرف به بسوء قصد فهنا تتحقق جريمة خيانة الامانة كذلك (1). وهذه الاستثناءات نصت عليها المادة (454) من قانون العقوبات من اجل حماية حقوق الغير من استعمال او تصرف المالك بالمال المحجوز عليه والمرهون.

ثالثاً: التسليم:

عند وقوع جريمة الأمانة، يجب تسليم المنقولات أولاً سواء كان هذا التسليم قد تم من قبل المجني عليه او من قبل أي شخص اخر، وسواء تم هذا التسليم عن طريق المناولة اليدوية ام كان تسليمًا قضائياً او ادارياً بقصد حراسته (2). وعلى هذا الاساس يعتبر التسليم شرطاً لازماً لتحقيق جريمة الخيانة (3) الا ان هذا التسليم يجب ان يكون وفقاً لشروط معينة:

أ- ان يكون التسليم ارادياً: ويقصد به التسليم الصادر عن ارادة صحيحة لا يشوبها أي عيب، اذ ان القائم بالتسليم مدركاً مميزاً حراً في اختياره. اما اذ كان التسليم صادراً عن مجنون او صبي غير مميز او عن شخص مكره فتكون هنا امام جريمة سرقة لا جريمة خيانة امانة. لأن التسليم هنا يكون صادراً عن ارادة غير مختارة او عن اكراه لا ينفي الاختلاس.

ب- ان يكون التسليم ناقلاً للحيازة الناقصة: يجب ان يكون التسليم ناقلاً للحيازة الناقصة. فاذا كان التسليم ناقلاً للحيازة الكاملة فلا تعتبر جريمة خيانة الامانة قائمه. وعلى هذا سارت اغلب التشريعات الجنائية وهذا ما سار عليه القضاء العراقي على الرغم من انه اكتفى بأن يكون التسليم رضائياً، ولم يشترط ان يكون التسليم ناقلاً للحيازة الناقصة. (4)

رابعاً: الركن المعنوي (القصد الجنائي): الغدر جريمة مع سبق الإصرار وتتطلب نية عامة عنصرية (الإرادة والعلم). اذ يجب ان تتجه ارادة الجاني الى الاستعمال او التعرف في المال المسلم له من قبل المجني عليه،

(1) قضت محكمة التمييز بأنه (تعتبر جريمة استعمال المال المحجوز قضائياً من قبل المحتجز عليه بسوء قصد ولفائدته جريمة مخلة بالشرف) ويعتبر هذا الفعل خيانة امانه. قرار رقم 1555/ج/73 في 13/11/1973/النشرة القضائية/العدد الرابع/السنة الرابعة/ص433.

(2) لطيف شيخ طه البر زنجي، دراسات قانونية، مرجع سابق، ص171.

(3) قضت محكمة التمييز بأنه (اذا كان المشتكي قد سلم المال الى المتهم فلا يتحقق ركن الاختلاس وتكون الجريمة خيانة امانة وفقاً للمادة 453 تنقض بتنازل المشتكي عنها) قرار رقم 542 في 8/5/1973، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ص416.

(4) وفي هذا قضت محكمة التمييز بأنه (اذا لم يكن المدين من محترفي نقل الاشياء بل اشتغل حملاً بطريق الصدفة وبصورة مؤقتة فجريمته تنطبق على الجملة الاولى من المادة 453 عقوبات) قرار رقم 1232/تمييزه/ 1973 في 26/9/1973 / قرارات جنائية منشور في كتاب ابراهيم المشاهدي، ص159.

وهو يعلم بأنه يستعمل هذا المال لنفسه أو لفائدة شخص آخر. أو يتصرف فيها بما يخالف الغرض الذي تم تسليمه إليه من أجله، وفقاً لما يقتضيه القانون أو الاتفاق. ويكفي في القانون العراقي لتحقيق الجريمة القصد العام في جريمة خيانة الأمانة دون الحاجة الى تحقق القصد الخاص أي نيه تملك المال⁽¹⁾، طالما كانت نية الجاني هي استخدام الأموال والتصرف فيها لغرض يتعارض مع الغرض الذي أعطيت له من أجله ، فإن ذلك يشكل غدرًا.

3.2.2.2 المصلحة المعتبرة في التجريم

الراجع أن قصد المشرع من تجريم خيانة الأمانة هو حماية مصلحة المجنى عليه فضلاً عن حماية المصلحة العامة المتمثلة بحماية الائتمان كي تسود الثقة في التعامل بين الناس، وغلب المصلحة العامة لأن تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية للوصول بالمجتمع إلى أرقى المصاف تتطلب توافر الثقة ما بين الأفراد، كي يطمئن كل واحد للآخر⁽²⁾. مستندين في ذلك إلى نص المادة (453) من قانون العقوبات العراقي لأن الجريمة بموجب هذا النص تقوم بمجرد استعمال الشخص للمال المؤتمن عليه استعمالاً يخالف مقتضى الأمانة سواء كان هذا الاستعمال مقرون بنية التملك أم لا، فالمؤتمن على المال يخضع للنص العقابي بمجرد استعماله للمال استعمالاً مؤقتاً حتى ولو لم يظهر بمظهر المالك للشيء ولو قصد حماية الملكية فقط لجرم الفعل فقط في حالة اقتران الاستعمال بنية التملك أو الظهور عليه بمظهر المالك⁽³⁾.

(1) د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق ص324؛ ولكن هناك من يرى انها تستلزم توافر قصداً خاصاً وهو الاستعمال بسوء قصد لمنع الجاني أو لمنع غيره من التصرف بالمال، بسوء قصد خلافاً للغرض الذي سلم من أجله كما في القانون المصري؛ د. فوزيه عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص972؛ د. بكري يوسف بكري، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة: الأولى، 2014، ص220.

(2) رنا عبد المنعم يحيى حمو الصراف، المصلحة المعتبرة في تجريم الاعتداء على الاموال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص77.

(3) تتمثل المصلحة الخاصة بحماية الملكية والحيازة، وأما المصلحة العامة فإنها تتمثل لكون فعل السرقة يشكل خطر جدي على المجتمع يترتب عليه الإخلال بالأمن العام وطمأنينة الأفراد.

رنا عبد المنعم يحيى حمو الصراف، المصلحة المعتبرة في تجريم الاعتداء على الاموال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص52.

3.2.3 جريمة الاحتيال

ولم يعرف المشرع العراقي جريمة الاحتيال. وقد عرفها الفقه بأنها الاستيلاء بإحدى طرق الاحتيال على مال منقول مملوك للغير (1). كما يتم تعريفه على أنه استخدام أحد الأساليب الاحتيالية المصممة خصيصاً من قبل الجاني لإجبار الضحية على تسليم الجاني الممتلكات المنقولة التي يملكها آخرون (2).

3.2.3.1 اركان جريمة الاحتيال

يمكن تحديد اركان جريمة الاحتيال بالركن المادي والذي يتكون من الفعل المادي (فعل الاحتيال)، والاستيلاء على مال الغير، وتوفر العلاقة السببية. والركن المعنوي.

أولاً: الركن المادي: ويتكون من ثلاثة عناصر:

أ- **الفعل المادي ويتم:** باستعمال طرق احتيالية. او اتخاذ اسم كاذب او صفة غير صحيحة عن واقعه صحيحة. ***الطرق الاحتيالية:** لم يعرف المشرع الطرق الاحتيالية. الا انها تعرف في الفقه بأنها (الكذب الذي يكون مؤيداً بمظاهر خارجيه توهم المجني عليه بأمر من الامور التي حددها القانون). (3)

ومن الاساليب المستخدمة كطرق احتيالية الكذب المصحوب بأفعال ووقائع مادية توهم المجني عليه بصدق الجاني مما يدفعه الى تسليم ماله الى المجني عليه بإرادته واختياره. والطرق الاحتيالية غير متصور وقوعها بالامتناع او الترك اذ يجب لوقوعها ان تتم بعمل ايجابي. فاذا قام شخص بإخفاء معلومات معينة ترتب عليها تسليم مال المجني عليه الى الجاني فلا تقوم جريمة الاحتيال لان الاخفاء هو عمل سلبي لا تقوم به الجريمة. اذ يجب ان تقوم جريمة الاحتيال بفعل ايجابي كأن يقوم الجاني بالكذب سواءً بالقول ام بالكتابة ام الإشارة (4). ولم يحدد المشرع الطرق الاحتيالية، فهي من الوقائع التي لا يمكن حصرها فقد تختلف باختلاف الاشخاص الواقعة عليهم، وللمحكمة سلطة تقديرية في ذلك.

(1) د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1983، ص57.

(2) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص817.

(3) د. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص 822.

(4) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الاموال والاشخاص، مرجع سابق، ص452.

*اتخاذ اسم كاذب او صفة غير صحيحة عن واقعه صحيحة.

*** اتخاذ اسم كاذب:** ويقصد به ان يتخذ الجاني اسماً غير اسمه الحقيقي سواء كان هذا الاسم وهمياً ام اسماً لشخص حقيقي، ولا يشترط ان يتخذ الجاني مع الاسم الكاذب طرقةً احتيالية بل يكفي اتخاذ الاسم الكاذب وحده لتحقيق جريمة الاحتيال. وجدير بالذكر ان اسم الشهرة الذي اعتاد الجاني ان يسمى به نفسه وكان معروفاً به لا يعد من قبيل اتخاذ اسم كاذب.

*** اتخاذ صفة غير صحيحة:** ويقصد بها ان ينسب الجاني لنفسه صفة غير صحيحة كأسم عائلة مشهورة، او انتحال لقب او مركز غير صحيح. ويعتبر اتخاذ الصفة غير الصحيحة كافياً وحده لتحقيق جريمة الاحتيال متى كان من شأنه ايهام المجني عليه من اجل حمله على تسليم المال. وينبغي معرفة ان وقوع جريمة الاحتيال باتخاذ اسم كاذب او صفة غير صحيحة يقتضي ان يقوم الجاني بنشاط ايجابي اما اذا اتخذ الجاني موقفاً سلبياً فلا تقوم جريمة الاحتيال مثال ذلك ان يعتقد الغير بوجود صفة معينة في الجاني او باسم غير اسمه. كأن يقوم المجني عليه تسليم مبلغ من المال بالغلط الى شخص اخر وينبئه بأنه الشخص غير المقصود فلا تقوم جريمة الاحتيال.

*** تقرير امر كاذب عن واقعه معينه:** ويقصد بها ايهام المجني عليه بحصول واقعة معينة لم تحصل حقيقة. مثال ذلك ادعاء الجاني بأنه وكيل او الوسيط او رسول عن شخص اخر كما لو ادعى الجاني انه وكيل عن شخص اخر وابزر له وكاله مزورة. وكأن يدعي الجاني بحرق محله من اجل الحصول على مبلغ التأمين. وعليه فإن تقدير امر كاذب عن واقعة معينة يكفي وحده لتحقيق جريمة الاحتيال اذا ادى الى حمل المجني عليه للتسليم.

ب-العنصر الثاني: تسليم المال المنقول للجاني او الغير: يعتبر تسليم المال المنقول للجاني او لغيره بالاحتيال هو النتيجة الجرمية التي يكتمل بوقوعها الكيان المادي لهذه الجريمة ولتحقق هذا العنصر يجب ان تتحقق الامور الاتية:

*** ان يقع الاستيلاء على مال منقول ويجب ان يكون لهذا المال قيمة مادية كالنقود والسندات اما العقارات فلا تصلح ان تكون محلاً بجريمة الاحتيال.**

* ويجب ان يكون المال المنقول مملوكاً للغير وهو المجني عليه فإذا كان المال المنقول مملوكاً للجاني او كان مالاً مباحاً او متروكاً فلا تحقق جريمة الاحتيال. كأن يقوم المالك باسترداد ماله المنقول من سارقة بالاحتيال. (1)

ج-علاقة السببية: يجب ان تكون هناك علاقة بين وسيلة الاحتيال التي اتبعها الجاني وبين تسليم المال له من قبل المجني عليه حتى تتحقق جريمة الاحتيال. وعلى اساس ذلك لا يسأل الجاني عن جريمة احتيال الا اذا استعمل طرقاً احتيالية للحصول على مال المجني عليه. ويشترط ان يتم تسليم المال المنقول من قبل المجني عليه الى الجاني لاحقاً لوسيلة الاحتيال حتى تتحقق جريمة الاحتيال. فيجب ان يسبق عملية تسليم المال المنقول الخداع والكذب وايقاع المجني عليه في الغلط حتى يقوم بالتسليم.

اما اذا اكتشف المجني عليه وسائل الاحتيال ثم قام بتسليم المال المنقول الى الجاني فلا تحقق جريمة الاحتيال لانعدام رابطة السببية بين فعل الاحتيال وتسليم المال. (2)

ثانياً: الركن المعنوي (القصد الجنائي):

الاحتيال جريمة مع سبق الإصرار تتطلب نية إجرامية. لا يحدث الاحتيال إذا لم يكن هناك نية إجرامية (3). تتطلب جريمة الاحتيال في الواقع نية إجرامية عامة، ونية إجرامية خاصة، وتوافر نية إجرامية عامة، ويتم تحقيق النية الإجرامية العامة من خلال توافر المعرفة وعناصر الإرادة.

اذ يجب ان يكون الجاني عالماً بأنه يأتي فعلاً من شأنه ان يحقق الخداع والغلط لدى المجني عليه فيقوم على أثره بتسليم المال. اما اذا كان الجاني لا يعلم هو اصلاً بالاحتيال فلا تتحقق جريمة الاحتيال (4). كمن يعمل لدى شخص يستعمل طرقاً احتيالية في عمله من اجل معالجة المرضى.

والى جانب العلم يجب ان تتجه ارادة الجاني الى استعمال احدى طرق الاحتيال التي حددها القانون لتحقيق النتيجة الجرمية، وهي قيام المجني عليه بتسليم ماله او نقل حيازته للجاني (5). فإذا كان القصد من تسليم المال هو من اجل المزاح او الاستعمال المؤقت فلا تتحقق جريمة الاحتيال.

(1) د. نبيل مدحت سالم، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص66.

(2) فاروق الكيلاني، جرائم الاموال، ط1، مؤسسه الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2004، ص262.

(3) د. عبد المعطي عبد الخالق، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص216.

(4) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع السابق، ص395.

(5) د. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم النصب وخيانة الأمانة والتبديد، دار الفكر الجامعي، 1998، ص86.

ثالثاً: القصد الجنائي الخاص:

ويتحقق القصد الجنائي الخاص وفقاً للمادة (456) من قانون العقوبات بالإضافة الى توافر القصد الجنائي العام وهذا هو الاتجاه السائد لدى الفقه (1). فلا يكفي ان يكون الجاني على علم باحتياله ولكن يجب ان تنصرف نية الجاني الى سلب مال المجني عليه بنية تملكه وتحقق هذه النية بالتصرف بمال الغير الذي حصل عليه بالطرق الاحتيالية تصرف المالك فاذا توافر القصد الجرمي الخاص فلا يعتد بالبائع الذي دفع الجاني الى ارتكاب الجريمة سواء كان شريفاً ام دنيئاً (2).

3.2.3.2 المصلحة المعتبرة في جريمة الاحتيال

أن المشرع من خلال تجريمه الاحتيال قد حمى عدة مصالح، تتمثل بحماية مصلحة المجنى عليه وذلك بحماية ملكيته وما تخوله اياه من حق التصرف في الشيء واستعماله واستغلاله لأن المجنى عليه يقوم بتسليم ماله إلى الجاني برضاه وإن كان هذا الرضا معيباً لأنه صدر تحت تأثيره بوسائل الخداع فيجرمه من تلك السلطات وكذلك حماية حرية إرادته وسلامتها من التضليل والتصرف الضار به، كما يحمي المصلحة العامة المتمثلة بسيادة الثقة في التعامل بين الأفراد لأن من شأن العمليات الاحتيالية التأثير في الاقتصاد القومي سواء كان هذا التأثير بصورة مباشرة كما هو الحال في جرائم النصب التي تقع على البنوك أو شركات القطاعين العام والخاص، أو بصورة غير مباشرة كما هو الحال إذا وقعت على الفرد بوصفه عنصراً من عناصر الدخل القومي (3). فاذا وقعت على شركات القطاع العام يمكن أن تمتد آثار الجريمة إلى تدهور الثقة في التعامل مع الدولة ومؤسساتها إذا وقع الاحتيال تجاه إحدى تلك المؤسسات من قبل أحد الأفراد الذين يتعاملون مع الدولة في مختلف النشاطات الاقتصادية كالنصب الذي يقع من قبل بعض الشركات الخاصة التي تتعامل مع الدولة ومن ثم يؤثر هذا في الاقتصاد وينعكس بدوره على المصلحة العامة إلى التقيد بالشكليات في التعامل بين الأفراد لقلة الثقة فيما بينهم وهذا ما يؤدي إلى عرقلة الازدهار الاقتصادي والاجتماعي (4).

(1) د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 339.

(2) نصت المادة (38) من قانون العقوبات العراقي على انه (لا يعتد بالبائع على ارتكاب جريمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

(3) رنا عبد المنعم يحيى حمو الصراف، المصلحة المعتبرة في تجريم الاعتداء على الاموال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص 77.

(4) اياد حسين عباس العزاوي، جريمة الاحتيال في القانون العراقي: دراسة مقارنة، بغداد: مطبعة عصام، 1988، ص 47؛ د. فادية أبو شهبه، النظرية العامة للطرق الاحتيالية في التشريع المصري والمقارن، بحث مستل عن أطروحة دكتوراه منشور في المجلة الجنائية القومية، المجلد الثامن والعشرون، العدد 20، 1985، ص 94.

3.3 تطبيقات المصلحة المعتبرة في القواعد الإجرائية

تمت صياغة القواعد الإجرائية لرعاية سير الإجراءات القضائية لممارسة سلطة معاقبة الدولة، وبما أن هذه الإجراءات التي يحددها المشرع ليست تقنية بحتة، لأنها تؤثر على الحرية الشخصية للفرد، فهي لها جميع الآثار المترتبة على التهمة. العملية الجنائية وجميع الأدلة الموجهة ضدها تكشف الحقيقة التي تؤثر على حرية المتهم أو تعرضها للخطر (1) في حين أن مهمة قانون الإجراءات الجنائية هي ممارسة حق الدولة في معاقبة، لضمان تحقيق مصالح المجتمع من خلال تعزيز المعايير الإجرائية، هل هذه مصلحة عامة مباشرة، أم أنها مرتبطة بمصلحة الفرد كعضو في المجتمع (2)، لذلك سنتناول في هذا المبحث دور المشرع في كفالة تحقيق المصلحة الاجرائية من خلال المطالبين الآتيين:

3.3.1 الجرائم التي لا تحرك الدعوى الا بشكوى المجني عليه

تعرف الشكوى بأنها تبليغ من المجني عليه او من يقوم مقامه الى السلطات المختصة او ل احد اعضاء الضبط القضائي عن جريمة وقعت عليه (3). او انها " تصرف قانوني يقوم به المجني عليه (4) أو ممثلها القانوني، في غضون المهلة التي ينص عليها القانون، بما في ذلك إخطار السلطة المختصة لبدء دعوى جنائية، والتي حدثت فيها إحدى الجرائم التي يطلب القانون من الضحية فيها تقديم شكوى، وطلب رفع دعوى قضائية ضدها. الإجراءات الجنائية. الدعوى الجنائية الناتجة لمعاقبة الجناة." (5). وعلى اساس ذلك يمكن للسلطة القضائية تحريك الدعوى الجزائية اذا علمت بوقوع الجريمة، وغالبا ما يكون هذا العلم عن طريق المشتكي وهو المجني عليه او من يمثله (6). وسنتناول هذا المطلب من خلال فرعين وكالاتي:

(1) د. احمد فتحي سرور، الشرعية والاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص260.

(2) محمد مصطفى القللى، أصول قانون تحقيق الجنايات، مكتبة عبد الله وهبة، 1954، ص7.

(3) عبد القادر محمد القيسي، المخبر او المصدر السري، مرجع سابق، ص36.

(4) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص400.

(5) د. مأمون سلامة، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص92. د. سعيد حسب الله عبد

الله: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار ابن الأثير، الموصل، 2005، ص67.

(6) د. براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، 2017، ص16.

3.3.1.1 القواعد العامة في تقديم الشكوى

1. ان الشكوى تقدم من المشتكي وهو المجني عليه أو من يمثله قانوناً (1).
2. يجب ان يكون المشتكي اهلاً للتقاضي، فإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه فلا تقبل شكواه الا من يمثله قانوناً وهو الولي أو الوصي أو القيم عليه (2).
3. تقدم الشكوى من المشتكي إلى إحدى الجهات المختصة بتلقي البلاغات أو تقديم الشكاوى في مدة محددة وفترة زمنية محددة سواء أكانت نيابة عامة أم ضابطة قضائية أم موظفين عموميين (3). وتكون الشكوى جوازيه دائماً ويذكر اسم المشتكي الصريح وعنوانه وتولده في الأوراق التحقيقية. ومن الجدير بالذكر ان الشكوى وفق القانون تحرك من قبل المجني عليه أو أي شخص علم بوقوع الجريمة وفي حالة الجرم المشهود فقط (4).
4. للمشتكي حق متابعة الدعوى التي قدم الشكوى بموجبها ويجوز له أن يتنازل عن شكواه (5).
5. يستطيع المشتكي عند تقديم الشكوى بالمطالبة بتوقيع العقوبة على الجاني وكذلك المطالبة بالحق المدني (6).

3.3.1.2 المصلحة المعتبرة في تحريك الدعوى عن طريق الشكوى

في الواقع، هناك العديد من الجرائم التي سببها ببساطة شكاوى من الضحايا أو ممثليهم القانونيين. وترتب على ذلك عدم قدرة الادعاء العام أو أي جهة أخرى امكانية تحريك الدعوى الجزائية حتى اذا وصلت الى علمه دون قيام المجني عليه أو ممثله القانوني بتحريكها وهذا ما نصت عليه المادة (8) من قانون اصول المحاكمات الجزائية على انه (إذا نص القانون على وجوب إقامة الدعوى الجنائية، فلا يجوز اتخاذ أي إجراء

-
- (1) علي السماك، الموسوعة الجنائية، القضاء الجنائي العراقي، ج1، ط2، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص117.
 - (2) د. رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري، ط12، مطبعة جامعة عين شمس، 1978، ص9. د. فوزية عبد الستار، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1975، ص137 وما بعدها. د. نبيه صالح، الوسيط في شرح مبادئ الاجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص201.
 - (3) د. ابراهيم حامد طنطاوي، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص188. تنظر المادة الأولى من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.
 - (4) اجازة المادة (1) من قانون الادعاء العام رقم (159) لسنة 1979 الى كل من الضباط والمفوضين ومن له علاقة بالجريمة بتقديم شكوى عن الجريمة بحسب المادة (1) من قانون الادعاء العام.
 - (5) د. عمر محمد سالم، الوجيز في شرح قانون الاجراءات الجنائية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، 2012، ص354.
 - (6) د. علي السماك، الموسوعة الجنائية، القضاء الجنائي العراقي، ج1، ط2، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص18.

ضد الجاني قبل إقامة الدعوى إذا فشل المشتكي في مراجعة القضية لمدة ثلاثة أشهر دون أسباب مبررة ، فسيتم اعتبار أن المشتكي قد تنازل عن الشكوى بعد تقديم الشكوى ، وسيصدر قاضي التحقيق قرار الرفض وسيتم إغلاق القضية بشكل دائم). اما بالنسبة لهذه الجرائم فقد نصت عليها المادة (3/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية على انه (أ- لا يمكن رفع القضايا الجنائية إلا على أساس شكوى ضحايا الجرائم التالية أو ممثلهم القانونيين: -

1. زنا الزوجية او تعدد الزوجات خلافا ل قانون الاحوال الشخصية.
 2. التشهير أو الإهانة أو إفشاء الأسرار أو التهديد أو الأذى، إذا لم ترتكب الجريمة في سياق أو فيما يتعلق بأداء موظف عمومي لواجبات رسمية (1).
 3. السرقة أو الاغتصاب أو خيانة الأمانة أو الغش أو حيازة أشياء تم الحصول عليها منهم إذا كان المجني عليه زوج الجاني أو أحد شيوخه أو فروعه ولم تكن هذه الأشياء قيد الحجز القضائي أو الإداري أو استحقاق لأشخاص آخرين.
 4. - إتلاف الأموال أو إتلافها، باستثناء أموال الدولة، إذا كانت الجريمة غير مشددة.
 5. التعدي على حرمة الممتلكات، أو الدخول أو المرور على أرض مزروعة أو معدة، أو أرض بها محاصيل، أو السماح بدخول الحيوانات.
 6. رمي الحجارة أو الأشياء الأخرى على المركبات أو المنازل أو المباني أو البساتين أو الحظائر.
 7. جرائم أخرى ينص القانون على عدم جواز نقلها إلا اتهام الضحية.
- ب - لا يجوز رفع دعوى جنائية على جرائم ارتكبت خارج جمهورية العراق إلا بإذن من رئيس مجلس القضاء الأعلى.

3.3.2 المصلحة المعتبرة في التحقيق والمحاكمة

إن إجراءات المحاكمة وعمل التحقيقات تعد من أهم الإجراءات القانونية ، حيث يعتمد على هذه الإجراءات في تثبيت الواقعة أو تبرئ المتهم أو إدانته، وبذلك يستوجب على المشرع أن يعينها بشكل دقيق لحسم الأمر ومنعاً للوقوع في أي أخطاء وايضا حتى يطمئن قلب المتهم بعدم ضياع حياته وحرية بدون وجه حق،

(1) تم حذف عبارتي (بالقول، الخفيف) بموجب قانون رقم 9 الصادر من مجلس قيادة الثورة المنحل، كما تم حذف عبارة (الاخبار الكاذب) بموجب القانون رقم (20) الصادر من الجهة الانفة الذكر كذلك. مع ملاحظة انهما غير نافذتا التطبيق في اقليم كردستان لعدم التصديق عليهما في البرلمان.

بالإضافة إلى ذلك منح المتهم فرصته في الدفاع عن نفسه وعن التهمة الموجه إليه، كما أن المصلحة الاعتبارية تستوجب أثناء إجراء المحاكمة والتحقيقات الكشف عن الأدلة وتجميعها وهذه الإجراءات م تذكر في القانون علي سبيل الحصر وهذا يعني أنها كثيرة ومتعددة ومختلفة، ونظرا لتعدد هذه الإجراءات فإن الأمر هنا راجع للقاضي بحيث يكون له الحق في اتخاذ أي إجراء يكون في صالح التحقيقات وكشف الحقائق⁽¹⁾.

إن الإجراءات الجنائية قد تعرض الحريات الشخصية والحقوق إلى الخطر، وهنا تظهر أهمية تدخل القضاء⁽²⁾. لأن عن طريق هذا التدخل من المحتمل أن يتحقق التعادل والتوازن بين كل الحفاظ على الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق الأخرى من ناحية والمصلحة العامة من ناحية أخرى، وذلك من خلال محاكمه يتحقق فيها العدل وتراعي فيها كل الضمانات، وبذلك تتحقق الحماية القضائية للحرية من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن النظام القضائي يضمن نزول الجزاء الناتج عن عدم مشروعية الإجراءات والتي من المحتمل أن تحدث من المكلفين بتنفيذ القانون وتطبيقه، وبذلك يتم التأكد من سيادة القانون⁽³⁾. فالأصل هو أن المتهم برى حتى تثبت إدانته⁽⁴⁾، وهذا يعني أنها مسالة بسيطة قابلة لثبوت عكسها عن طريق الحكم القضائي الصادر بشكل نهائي الذي يكون بناء على إثبات وأدله محسومة وبالتالي يثبت العكس ألا وهي الإدانة، وبالتالي فإن هذه الحقيقة الجديدة تسقط حق المتهم في التمسك بالبراءة، حيث أنه لا يجوز التمسك بفرض البراءة لتضليل حقيقة مثبتة بالأدلة والبراهين⁽⁵⁾.

3.3.2.1 المصلحة الاعتبارية في مرحلة التحقيق

الأصل في القانون هو أن المتهم برى وذلك في كافة مراحل الدعوى من بداية اتخاذ خطوة جمع الأدلة والتحري في التحقيقات الابتدائية والتي تعتبر من أكثر الخطوات التي تشكل خطراً على حرية المواطن وذلك لأن الدعوى في البداية تحتاج أحيانا لاتخاذ إجراءات قسرية ضد المتهم ، ومرورا بإصدار حكم بات في الدعوى المرفوعة، كما أن فرض براءة المتهم هو مبدئي ينطبق على الجميع على المتهمين وشركائهم في التهمة ، وعلى المرتكبين المسجلين سابقا، وعلى المستجدين في ارتكاب الجرائم، وعلى كافة المجرمين سواء

(1) د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 243.

(2) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2016، ص 6.

(3) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2012 ص 145.

(4) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص 113.

(5) د. محمود نجيب حسني، مصدر سابق، ص 422.

كانوا اكثر خطورة أو أقل خطورة ، وعلى الجرح والمخالفات والجنايات (1) أن القرار الذي يتخذ المحقق بإحالة المتهم إلى المحكمة بناء على الأدلة التي تم جمعها سواء كانت ادله كامله او ناقصا أو مشكوك بها فإنه لا يعد مساسا بفرضية أن المتهم بريء وذلك لأن هذه الأدلة التي تم جمعها تعتبر تقدير أوليا ومبدئيا لا يستوجب فيه القانون أن تصل درجة الإقناع فيما لا يدع مجالا للشك، لانه مجرد تقديرا يعكس للقاضي صورة مبدئية عن الجريمة وليست إلزامية ونهائية. (2).

ونظرا للأهمية التي نالها هذا المبدأ فقد تم تطبيقه في التشريعات الجارية في العديد من الدول فمثلا نجد أن في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي اوضح المشرع هذا المبدأ في نصي المادة (182/ج/هـ) والمادة (203/ج) في ذاتي القانون وهما " تبين للمحكمة أن الادلة لا تكفي لإدانة المتهم فتصدر قرار بإلغاء التهمة والافراج عنه". " اذا اقتنعت المحكمة بأن المتهم لم يرتكب الجريمة المسندة اليه أو الأدلة لا تكفي لأدانتة فتصدر قرار بالأفراج عنه"

وقد أكدت محكمة التمييز الاتحادية العراقية على هذا المبدأ (مبدأ المتهم بريء حتى تثبت إدانته) بهذا النص " ان الأدلة مجرد قرائن قابلة للتأويل ولا ترقى الى مرتبة الدليل المقنع ما لم تؤيد بأي دليل آخر " بالإضافة إلى ذلك قولها "بأن القرائن التي استندت اليها محكمة الجنايات لا تكفي للإدانة فما دام احتمال استعمال البندقية الكلاشنكوف من قبل غير المتهم المدان وأراد، فان الشك يتسرب الى هذه القرينة " (3).

وقولها أيضا "ان الأدلة مجرد قرائن قابلة للتأويل ولا ترقى الى مرتبة الدليل المقنع ما لم تؤيد بأي دليل آخر" (4) وثانيا لابد ان الاحكام بالإدانة يجب ان تبنى على حجج قطعية تفيد الجرم واليقين، ولا يكفي مجرد الظن والاحتمال، بل يجب على المحكمة أن تضمن الحكم بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة يتضمن فيه اركان الجريمة والظروف التي وقعت فيها بصورة لا لبس فيها (5).

وفي القانون العراقي نصت المادة (171) التي مفادها تكليف اي مواطن للحضور أمام المحكمة لأداء شهادته، كذلك المادة (163) التي تكلف اي مواطن لدية معلومات تساعد المحكمة في الكشف عن الحقائق.

(1) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص 289.

(2) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ط2، القاهرة، ص100.

(3) قرار محكمة تمييز العراق رقم 648/جزاء اولي/ جنائيات/83/82 في 15/9/1982.

(4) قرار محكمة التمييز العراق 706/جزاء اولي/ تمييزيه/83/82 في 2/2/1983.

(5) د. سامي النصراوي، دراسة في قانون اصول المحاكمات الجزائية، ج1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1976، ص194.

وفي المادة (165) من القانون العراقي أيضا أتاح المشرع للمحكمة بعمل التحقيق وأجراء الكشف الازم في حاله وجود أن ذلك يساهم في كشف الحقيقة، وفي المادة (173) أتاح المشرع أن تحضر المحكمة أحد أعضائها للتحقيق أو سماع شهاده مواطن ترى ضرورة سماعها.

كذلك نجد أن من أهم القضايا التي سعى القضاء والقانون على تطبيقها هي أن يتم مواجهه المتهم وهو يمنع بحريه واسعه دون سلب هذا الحق منه في المواجهة، حتى تتحقق غايه توفير له الأضواء للدفاع عن نفسه، كما أن عدم حديث المتهم عند مواجهته بالتهمة تقع من ضمن دفاعه حتى يبني على علم بالتهمة الموجهة إليه (1)، كما أن القانون الصادر عام 1971 من أصول المحاكمات الجزائية في إحدى تعديله الاخير للمادة (123) تبعا لمذكرة سلطة الائتلاف رقم 3 القسم (4/ج) نص على أنه قبل إجراء أي تحقيق للمتهم لابد أن يكون على علم بما يلي " إن له الحق في السكوت، ولا يستنتج من ممارسة هذا الحق أي قرينة ضده " ، كما نصت مادته أخرى على عدم استخدام التعسف مع المتهم لإجباره على الحديث وهي المادة (126/ج) كالتالي " لا يجبر المتهم على الإجابة على الأسئلة التي توجه له " كما أن صمت المتهم لا يمكن اعتباره دليلا عليه، وفي المقابل نجد أن القانون أتاح للمتهم الصمت الجزئي للإجابة على بعض الأسئلة، كما أتاح له السكوت الكلي، ولا بد من التفرقة بين دور أعضاء القضاء وهم دورهم سؤال المتهم فقط أما محكمة العدل فهي التي يحق لها استجواب المتهم، وذلك لأن الخطوات الأولى للتحقيق هي التحري وجمع الأدلة ويقع السؤال ضمن التحري وجمع الأدلة، وجاءت المادة (127) من القانون السابق لتؤكد على حقوق المتهم ومنع استخدام أي وسيلة كالضرب وخلافه لأخذ أقواله.

3.3.2.2 المصلحة في مرحلة المحاكمة

إن الخصومة الجنائية في كل مراحلها تحكم بقواعد معينة لتحقيق التوازن بين المصالح والحقوق والحريات الشخصية من ناحية والمصالح العامة من ناحية أخرى ، وهذا يستوجب الحفاظ على حقوق المتهم أمام جميع هيئات القضاء التي ترغب في تحقيق الصالح العام، فإذا كانت هذه الهيئات تعمل بالفعل على كشف الحقائق وإقرار العقاب لتحقيق الصالح العام فإنها لا تقوم بهذا العمل إلا في نطاق نظام قانوني يحقق التعادل

(1) د. سامي النصراوي، مصدر سابق، ص169.

بين جميع الأطراف، ولكي يحقق القاضي العدالة فإنه يسعى لكشف الحقيقة، لكي يضمن صحة تطبيق قانون العقوبات وتعويض الطرف المضرور (1).

لكي يكون النظام المحكم به عادل لابد أن يعتمد على ركيزتين الأولى تتعلق بهدف المحاكمة والثانية الضمانات التي تمكن المحكمة من تحقيق التعادل، ويحتويها الدستور، وهذا ما أكدته دستور العراق لسنة 2005 في المادة 19 والمواد الأخرى التي تتكفل بهذا الضمن وهو أن الأصل هو براءة المتهم والضمان القانوني في الإجراءات الجنائية.

وضمانات الحكم العادل تظهر في الضمانات الجارية على كافة الإجراءات الجنائية ابتداء من الاتهام ومرورا بالتحقيق ووصولاً إلى المحاكمة، ولتحقيق الصالح العام لابد من الانتهاء من المحاكمة وتطبيق العقاب بشكل سريع وذلك في حالة الإدانة لتحقيق الردع العام وتقليل النفقات، أما من ناحية مصلحة المتهم فإنه تضع حداً لما يمس قدرة بين الناس للاتهامات الموجه إليه وبشكل خاص في حالة علانية إجراءات المحاكمة، (2)، إضافة إلى ذلك الأصل هو أن المتهم بريء فلا يستوجب ذلك الإطالة لعدم المساس بالمتهم ووضعه في موضع المتهم لوقت طويل، أما فيما يتعلق بضمانات المحاكمة العادلة في التحقيق الأخير الذي ينتهي بالحكم فقد ذكرت في المادة 19 في الدستور (سابعاً) ونصت على " لا عقوبة بغير حكم قضائي، تسبب الأحكام، عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة، تنفيذ الأحكام. " (3).

(1) د. احمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 413.

(2) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص 425.

(3) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص 148.

الخاتمة

في ختام البحث وصلنا الى عدة استنتاجات ومقترحات كالآتي:

أولاً: النتائج والاستنتاج:

- 1- تبين لنا أن كل جريمة وإن كانت تمس مصلحة فردية فإنها تشكل عدواناً على المجتمع، وإن كانت الحماية التي نص عليها القانون هي مصلحة خاصة بالفرد، إلا أن المصلحة غير المباشرة التي ينال منها العدوان في جميع الجرائم هي مصلحة عامة تمس المجتمع.
- 2- تبين لنا أن دائماً إن القاعدة الجنائية تتكون من شقين جريمة يقابلها عقوبة طبقاً لمبدأ دستوري وقانوني وهو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص حسب القاعدة الجنائية الأساسية.
- 3- اتضح لنا أهمية انتهاج المشرع الجنائي في سياسته الجنائية لحماية المصلحة سياسة جنائية مغايرة في الجرائم، ففي الجرائم الواقعة على الأشخاص انتهج سياسة تختلف عن حماية الأموال أو غيرها من المصالح، إذ جاءت سياسته في تجريم هذه الأفعال بقواعد وأحكام تختلف عن تلك التي تخضع لها الجرائم الأخرى.
- 4- تبين لنا أن المشرع الجنائي العراقي توسع في الحماية الجنائية للمصلحة، بغية عدم المساس بالمصالح محل الحماية الجنائية من أجل الوصول إلى الأهداف المنشودة فتناول هذه الحماية في قانون العقوبات وقوانين أخرى خاصة، فشرع قانون غسيل الأموال وقانون الاتجار بالبشر وقانون حماية المعلمين.
- 5- اتضح لنا أن المصلحة لها دور مهم في تفسير النصوص التجريبية وصولاً إلى حل المشكلات القانونية وإبراز قصور النص الحرفي في معالجة بعض الحالات التي لا تندرج ضمن القاعدة القانونية.
- 6- اتضح لنا أن لفكرة المصلحة دوراً هاماً في التفرقة بين ظروف الجريمة وأركانها، إذ إن الظروف عناصر طارئة ليس لها تأثير على تكوين الجريمة بينما الأركان هي عناصر ثابتة وأساسية في الجريمة حيث أن تخلف أي ركن من أركان الجريمة يكون نافياً لها، والظروف من نشأتها التأثير في تشديد العقوبة أو تخفيفها فقط.
- 7- اتضح لنا أن القاعدة الجنائية وجدت لحماية القيم والمصالح، وهذا يعني أن النصوص التجريبية من شأنها أن تعمل على تطوير المجتمع وتتماشى مع التغيرات التي تطرأ على مفهوم المصالح والقيم محل الحماية.
- 8- تبين لنا أن للمصلحة دوراً كبيراً في مرحلة التغيير عندما يعجز النص عن تحقيق الغاية التي شرع من أجلها، فعلى أساس المصلحة يستطيع المشرع أن يهتدي إلى تعديل النصوص القاصرة عن تحقيق الغاية

التي شرعت من اجلها وذلك بشكل يتلاءم مع غاية المشرع على ضوء سياسته الجنائية في التجريم وبما لا يتعارض مع النص القانوني.

9- تبين لنا ان المشرع جمع بعدة نصوص حماية مصلحة واحدة رغم اشتراك هذه الجرائم في ذات المصلحة محل الحماية القانونية، وهذا يعني أن هذه الجرائم تشكل اعتداءً على مصلحة قانونية يجمع بينها وحدة المصلحة المعتدى عليها، حيث أن كل نص من النصوص التجريبية يهدف الى حماية اساس معين من الاسس التي اعطى القانون الحماية لها.

ثانياً: المقترحات والتوصيات:

1- نوصي المشرع العراقي عند صياغة النصوص الجنائية ان يجمع بين الوضوح في التكييف وكمال التحديد للوقائع، فكل لبس او غموض يثير الشك في تفسير القواعد يؤدي الى خلق جرائم وتطبيق عقوبات لا يهدف اليها المشرع.

2- نقترح على المشرع العراقي بضرورة إعادة صياغة بعض النصوص القانونية بما ينسجم مع النصوص العقابية الموضوعية والاجرائية. سواء كانت في قانون العقوبات ام في القوانين العقابية الخاصة التي شرعت لمصلحة وموضوع معين، لما تنطوي عليه هذه النصوص من الشمول والانتساع حتى تكاد تشمل كل سلوك غير مشروع وهذا ما يتعارض مع مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات الذي يقتضي أن تتسم تلك النصوص بدقة التعبير ووضوح الألفاظ لكي يتسنى للمخاطب بها معرفة ما هو محظور عليه وما هو مباح له.

3- نقترح على القائمين على السلطة التشريعية في العراق وهي البرلمان تحديداً من خلال اللجنة القانونية تنظيم مشروع قانون عقابي موحد يضم جميع القوانين التي تم تشريعها وجمعها في تشريع واحد، مما يسهم في استقرار المنظومة القضائية والقانونية في مواجهة جميع الجرائم.

4- نوصي اهل الحل والعقد سواء السلطة التشريعية ام القضائية ام التنفيذية وذلك المختصين في المجالات القانونية من أكاديميين ونقابات ومراكز البحوث والدراسات القانونية إلى ضرورة اعطاء موضوع المصلحة المعتبرة في التجريم بعداً ومساحة أكبر، وذلك لأهمية المصالح محل الحماية.

5- نقترح على ضرورة اعتماد المصلحة معياراً في تبويب مواد قانون العقوبات، الذي يكون من شأنه بناء نظام قانوني للجرائم المتجانسة، وهذا يمكننا من دراسة كل جريمة بصورة مستقلة وتحليلها، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى القائمين بالبحث بالنصوص التشريعية الخاصة بكل جريمة من هذه الجرائم استناداً للنظام القانوني الذي تنتمي إليه هذه الجرائم من خلال الجمع بين المصلحة المشتركة والتوفيق بينها.

- 6- نقترح على المشرع العراقي ضرورة تقييم الجرائم مع مدى تعارضها مع مصالح المجتمع وتقسيمها على هذا الأساس وإعطاء حدود جديدة للتقسيم. مما يتطلب أن يكون هناك معيار يتصل بالمصلحة المراد حمايتها في كل نص تجريمي.

المصادر

بعد القرآن الكريم.

أولاً: معاجم اللغة:

1. ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، فصل الظاء المعجمة، دار الفكر العربي.
2. ابراهيم انيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج1. دار احياء التراث العربي، بيروت (ب.ت).
3. انيس ابراهيم وآخرون المعجم الوسيط. دار احياء التراث العربي، بيروت، (ب. ت).
4. جمال الدين بن منظور، لسان العرب. الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، (ب.ت).
5. الجوهري (729/1). الصحاح في اللغة والعلوم.
6. جميل صليبا، المعجم الفلسفي. دار الكتاب اللبناني، بيروت، (1973).

ثانياً: الكتب:

1. ابراهيم حامد طنطاوي، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
2. إبراهيم عيد نايل، مصطفى فهمي الجوهري، شرح القسم العام من القانون الجنائي – أسباب الإباحة - موانع المسؤولية- الاحكام العامة للعقوبات، 2013-2014.
3. احمد عبد الظاهر، رجعية القانون الأصلح للمتهم في القانون الجنائي الدستوري، القاهرة، 2004.
4. احمد فتحي سرور، الشرعية والاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
5. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2012.
6. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
7. احمد محمد خليفة، النظرية العامة للجريمة، دراسة في فلسفة القانون، دار المعارف في مصر، 1958.
8. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1993.
9. انور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط 4، دار النهضة العربية، بيروت، 1983.
10. اياد حسين عباس العزاوي، جريمة الاحتيال في القانون العراقي: دراسة مقارنة، بغداد: مطبعة عصام، 1988.

11. براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية، 2017.
12. بكري يوسف بكري، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة: الأولى، 2014.
13. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ط2، 1981.
14. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، دار المعارف، الإسكندرية، 1964.
15. جلال ثروت، نظم القسم الخاص (جرائم الاعتداء على المال المنقول)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1984.
16. جمال شديد علي الخرباوي، حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية. المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، (2016).
17. حسن عبد الحميد، فكرة القانون الطبيعي الكلاسيكي ومفهوم القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1966.
18. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1975.
19. حسنين ابراهيم صالح عبيد. شكوى المجني عليه. دار النهضة العربية، القاهرة، (1975).
20. حسنين ابراهيم صالح عبيد، القصد الجنائي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
21. حسنين ابراهيم عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، القاهرة، دار النهضة العربية. 1970.
22. حسنين عبيد، الوجيز في قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة (مصر) دار النهضة العربية للطباعة والنشر 1995.
23. حميد السعدي، النظرية العامة لجريمه السرقة، مطبعة الزهراء، بغداد، 1968.
24. خالد الرويس ود. رزقي الرئيس، المدخل لدراسة العلوم القانونية مكتبة الشفري، الرياض، 1420هـ.
25. خالد محمد عجاج، ظروف الجريمة وأثرها في العقوبة، دراسة مقارنة.

26. دينيس لويد، فكرة القانون. ترجمة: الصويص، سليم. المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، (1981).
27. رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية. مطابع المقهوي، الكويت، (1974).
28. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقصد الجنائي دار النهضة العربية القاهرة، 1978.
29. رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، منشأة المعارف في الإسكندرية، 1971.
30. رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري، ط1، مطبعة جامعة عين شمس، 1978.
31. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في تشريع العقابي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
32. سامي النصراوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ج1، ط1، 1977.
33. سامي النصراوي، دراسة في قانون اصول المحاكمات الجزائية، ج1، مطبعة دار السلام، بغداد، 1976.
34. سامي جميل الفياض، رفع المسؤولية الجنائية في اسباب الاباحة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005.
35. سعيد حسب الله عبد الله: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار ابن الأثير، الموصل، 2005.
36. السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار النهضة، ط2، القاهرة، 1953.
37. سليمان عبد المنعم ود. عوض محمد سليمان، النظرية العامة للقانون الجزائي اللبناني.
38. سليمان مرقس، فلسفة القانون دراسة مقارنة، مكتبة صادر بيروت، 1999.
39. سمير عالية، الوسيط في شرح قانون العقوبات، الناشر: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2010.
40. السيد عبد الحميد فوده، جوهر القانون، دار الفكر العربي، 2005.
41. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1968.
42. صباح عريس، الظروف المشددة للعقوبة-ط1-المغرب للطباعة والتصميم- بغداد -2002.
43. ضاري خليل محمود، البسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط1، الناشر صباح صادق جعفر الموسوي، بغداد، 2002.

44. طارق احمد فتحي سرور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاشخاص والأموال، دار النهضة العربية، 2010.
45. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته، القسم الخاص، المجلد الثالث، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، مطبعة العاني، بغداد، 1974.
46. عبد الباسط محمد سيف الحكيمي، النظرية العامة للجرائم ذات الخطر العام، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد 2000.
47. عبد الستار الجميلي، جرائم الدم (الجرائم الواقعة على الاشخاص) مطبعة الرشاد، بغداد 1970.
48. عبد الستار الجميلي، جرائم الدم، ج1، مطبعة دار السلام، ط2، بغداد 1973.
49. عبد العظيم مرسي وزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
50. عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج1، النظرية العامة للجريمة، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
51. عبد الفتاح صيفي، الاحكام العامة للنظام الجزائي، مطابع جامعه الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1959.
52. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
53. عبد الفتاح، الشاذلي الصيفي، فتوح، القهوجي، علي (ب.ت). اصول المحاكمات الجزائية. الدار الجامعية، بيروت.
54. عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.
55. عبد المعطي عبدالخالق، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الاعتداء علي الاموال (السرقه - النصب - خيانة الامانة) والجرائم الملحقه بها، دار النهضة العربية، 2011.
56. عز الدين الشورابي وعبد الحميد الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء. الاسكندرية، (2000).
57. على جبار شلال، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط2، مكتبة زاكي، بغداد، 2010.

58. علي السماك، الموسوعة الجنائية، القضاء الجنائي العراقي، ج1، ط2، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990.
59. علي السماك، الموسوعة الجنائية، القضاء الجنائي العراقي، ج1، ط2، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990.
60. علي حسين الخلف، د. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2010.
61. علي حسين خلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، القاهرة، 2001.
62. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
63. عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني تفسير وصياغة التشريعات، دار شتان للنشر والبرمجيات، مصر، 2012.
64. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
65. عمر محمد سالم، الوجيز في شرح قانون الاجراءات الجنائية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، 2012.
66. غالب الداودي، شرح قانون العقوبات العراقي، القسم العام، ط1، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1968.
67. الغزالي. المستصفى في علوم الاصول، تحقيق نجم، محمد يوسف (1995). دار صادر، بيروت، (416/1).
68. فاروق الكيلاني، جرائم الاموال، ط1، مؤسسه الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2004.
69. فايز محمد حسين، نشأة فلسفة القانون وتطورها، دار النهضة العربية، 2002.
70. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الزمان بغداد 1996.
71. فهد هادي حبتور، ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

72. فوزية عبد الستار، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1975.
73. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
74. القاضي لطيف شيخ طه البر زنجي، الجرائم الواقعة على النفس والمال وتطبيقاتها القضائية، مكتبة يد كار، السليمانية، العراق، 2014.
75. مأمون سلامة، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
76. ماهر عبد شويش الدرة، الاحكام العامة في قانون العقوبات، جامعة الموصل، 1990.
77. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل، 1988.
78. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ج3، باب الفاء، فصل الظاء والراء، دار الجيل.
79. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1981.
80. محمد سامي الشواء، د. حسام الدين محمد احمد، د. سامي عبد الكريم شرح قانون العقوبات، القسم الخاص.
81. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية. مؤسسة الرسالة، بيروت، (1977)
82. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، عمان، دار الثقافة للنشر، 2011.
83. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الأردني، القسم العام، منشورات الجامعة الأردنية، ط1، عمان، 1988.
84. محمد عباس حمودي، نظرية المصلحة في الطعن الجنائي. دار الجامعة الجديدة، الازرباطية، (2010).
85. محمد علي السالم عياد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية اثناء مرحلة التحري والاستدلال. جامعة الكويت، (1981).
86. محمد علي سالم عياد الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية اثناء التحري والاستدلال، جامعة الكويت، 1981.

87. محمد مصطفى القللى، أصول قانون تحقيق الجنايات، مكتبة عبد الله وهبة، 1954.
88. محمد هشام ابو الفتوح، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1990.
89. محمود طه جلال، اصول التجريم والعقاب في السياسة العقابية الجنائية المعاصرة، دار النهضة العربية، 2005.
90. محمود محمد علي صيرة، أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، الطبعة الثانية، مصر، 2007.
91. محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1992.
92. محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العالي، جامعة الدول العربية، 1983.
93. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة 1978.
94. محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الاموال في قانون العقوبات اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1984.
95. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ط2، القاهرة، دار النهضة العربية، 2016.
96. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط5، القاهرة، 1982.
97. محمود نجيب حسين، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963.
98. مسلم يوسف، مراعاة المصلحة العامة والخاصة في العقوبات التعزيرية. كتاب منشور على شبكة الانترنت، 2010.
99. مصطفى محمد جمال ود. عبد الحميد محمد جمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، 1987.
100. مصطفى محمد، جمال، عبد الحميد محمد. القانون والمعاملات. الدار الجامعية، القاهرة (1987).
101. معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية القاهرة، 1972.

102. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم النصب وخيانة الأمانة والتبديد، دار الفكر الجامعي، 1998.

103. منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1969.

104. نبيل مدحت سالم، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1983.

105. نبيه صالح، الوسيط في شرح مبادئ الاجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.

106. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001.

107. واثبه السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، ط1، بغداد: شركة العاتك لصناعة الكتاب؛ المكتبة القانونية، 2010.

108. يسر انور علي، شرح الاصول العامة في قانون العقوبات، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح الجامعية:

1. ابرار محمد حسين زينل، الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامة في ضوء القانون الجنائي والدستوري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة بجامعة البصرة، (2014).

2. احمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الامام الشافعي. سلسلة الرسائل الجامعية، المعهد العالي للفكر الاسلامي، (1995).

3. باسم عبد الزمان مجيد الربيعي، نظرية البنين القانوني للنص العقابي، اطروحة دكتوراه كلية القانون، جامعة بغداد، 2000.

4. رنا عبد المنعم يحيى حمو الصراف، المصلحة المعتبرة في تجريم الاعتداء على الاموال، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005.

5. طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2002.

6. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1969.

7. علي حمزة عسل: الظروف القضائية المخففة في التشريع العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1990.
8. فادية أبو شهبه، النظرية العامة للطرق الاحتياطية في التشريع المصري والمقارن، بحث مستل عن أطروحة دكتوراه منشور في المجلة الجنائية القومية، المجلد الثامن والعشرون، العدد 20، 1985.
9. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده، رسالة دكتوراه، مطبعة جامعة دمشق، (1967).
10. مجيد حميد العنكبي، اثر المصلحة في تشريع الاحكام بين النظامين الاسلامي والانجليزي. رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، (1971).
11. محمد مردان علي محمد البياتي، المصلحة المعتبرة في التجريم، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2002.

رابعاً: البحوث والدراسات والمقالات:

1. احمد العوضي، حقيقة المصلحة وخصائصها في الشريعة الاسلامية والفكر الوضعي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد 1، الجامعة الاردنية، (2000).
2. احمد فتحي سرور، نظريه الاختلاس في التشريع المصري، مجله اداره قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة الثالثة عشر، ابريل – يونيو 1969.
3. الاستاذ حسين جميل، حقوق الانسان والقانون، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات.
4. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، ج2، مجلة القانون والاقتصاد، مصر، س2ع2.
5. حسنين إبراهيم صالح عبيد، فكرة المصلحة في قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، المجلد السابع عشر، 1974.
6. عادل عازر، مفهوم المصلحة القانونية. بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، العدد 3، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، (1972).
7. ليث كمال نصر اوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الاصلاح القانوني، بحث منشور مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون اداة للإصلاح والتطوير)، العدد2، ج1، س5، 2017.

8. النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة.
9. نظام توفيق المجالي، الشرعية الجنائية كضمان لحماية الحرية الفردية، دراسة في التشريع الاردني، مجلة الحقوق الكويتية، ع4، س22، 1998.
10. نوفل علي عبدالله الصفو، اساليب الصياغة القانونية للنصوص الجزائية، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، مجلد 29، العدد62، 2015.

خامساً: القوانين:

1. قانون العقوبات المصري لسنة 1937
2. قانون العقوبات السوري لسنة 1949.
3. القانون المدني العراقي لسنة 1951.
4. قانون العقوبات العراقي لسنة 1969.
5. قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي لسنة 1971.
6. قانون العقوبات اليمني لسنة 1994.

سادساً: المصادر الالكترونية:

1. حيدر سعيد المؤمن، مبادئ الصياغة القانونية، بحث منشور على الموقع الالكتروني:
<file:///C:/Users/zaman%20computer/Downloads> تاريخ الاطلاع 2021/7 /16.
2. هيثم الفقي، الصياغة القانونية، بحث منشور على الموقع الالكتروني:
<https://wasetlaws.com/pdf/mnhgya> تاريخ الاطلاع 2021 /7/17.

CEZA METİNLERİNİN YASAMA TASLAĞININ HAZIRLANMASINDA MENFAATİN ROLÜ VE UYGULAMALARI KARŞILAŞTIRMA ÇALIŞMASI-ZMNAKO MAHMOOD HAJI MOHAMMED

ORIGINALITY REPORT

16%	15%	0%	10%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	www.law.nahrainuniv.edu.iq Internet Source	4%
2	docs.neu.edu.tr Internet Source	2%
3	Submitted to Al-Nahrain University Student Paper	1%
4	www.bnn-iq.com Internet Source	1%
5	Submitted to University of Duhok Student Paper	1%
6	Submitted to University of Babylon Student Paper	1%
7	site.eastlaws.com Internet Source	<1%
8	www.mohamah.net Internet Source	<1%