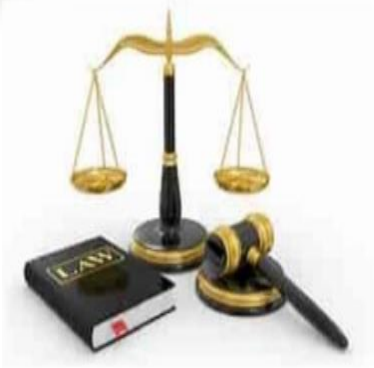
الرقم الدولي : ISSN: 2075-7220

الرقم الدولي العالمي : ISSN: 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية



مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الرابع 2024 السنة السادسة عشر

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220

Online ISSN : 2313-0377

Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Fourth issue 2024 Sixteenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	ــــــــــ
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	ــــــــــ
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	ــــــــــ
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	ــــــــــ
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	ــــــــــ

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
1	جريمة الاعتداء على ورقة الاقتراع دراسة في التشريع العراقي	أ.د. حسون عبيد هجيج	1 - 24
2	الآراء الافتائية للمحاكم الاقليمية	أ.د.صدام حسين وادي م.م.اغراس سليم حياوي	25 - 41
3	المعايير القانونية في النص على القيود التشريعية على حرية الارادة في المرحلة السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة)	أ.د.ميري كاظم عبيد الخيكاني م.م.علاء حسين حمد	42 - 74
4	اركان جريمة العبث بصناديق الاقتراع (دراسة مقارنة)	أ.د.لمى عامر محمود فاطمة عامر ناصر	75 - 87
5	النطاق القانوني لممارسة التاجر المفلس تجارة جديدة – دراسة مقارنة	أ.م.د.نهى خالد عيسى الكرار جاسم محيسن	88 - 106
6	جريمة عدم مسك الدفاتر في القانون العراقي	أ.م.د.احمد هادي عبد الواحد	107 - 129
7	الاساس القانوني لاستقلال السلطة القضائية – دراسة مقارنة	أ.م.د.عبد الحسين عبد نور هادي م.م.دعاء مازن نعيم	130 - 148
8	التزامات ومسؤولية الشاحن المستندي	م.م.محمد عباس كتاب	149 - 165
9	السلطة التقديرية للقاضي المدني في الاستعانة بالخبرة	م.م.مها خضر بهجت نور محمد رحمن	166 - 184
10	ضبط جلسة المحاكمة الجزائية (دراسة مقارنة)	م.م.ثامر ماهر حسون	185 - 209
11	شروط الادارة في عقد الضمان الصحي (دراسة مقارنة بين قوانين الضمان الاجتماعي)	أ.د.محمد قاسم عبد الحميد فاتن عبد الجبار لفته	210 - 235
12	الدول المهددة بالزوال جراء التغير المناخي ، تحديات جديدة أمام القانون الدولي	أ.م.د.سيروان حامد احمد أ.م.د.بيشرهو حمه جان عزيز ميران قادر احمد	236 - 265
13	اثر الصفة الوظيفية في الاباحة والتجريم في ضوء قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل	م.د.زهراء حاتم عبد الكاظم	266 - 295
14	نقل الاختصاص في المرفق التعليمي الكامن " قانون التعليم العالي الأهلي رقم (25) لسنة 2016 انموذجاً"	م.د.اثير ناظم حسين	296 - 325
15	الاقرار الضريبي الإلكتروني	م م. حنين حسين علي م.د.يوسف محمد نعمة	326 - 347
16	التنظيم القانوني لخلو منصب رئيس مجلس النواب في ظل دستور جمهورية العراق لعام 2005	مريم غالب سحاب أ.م.د. أحمد هادي عبد الواحد	348 - 364
17	الشروط والوظائف الواجب توافرها للتسبيب والمنطوق في كتابة الحكم القضائي المدني (دراسة تحليله)	ميسره محمد شرقي أ .د. احمد سمير محمد ياسين	365 - 388

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الرابع

السنة السادسة عشر

2024

البريد الالكتروني **https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues**

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

أثر الصفة الوظيفية في الاباحة والتجريم في ضوء قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل

م.د. زهراء حاتم عبد الكاظم
جامعة بغداد/ مركز التعليم المستمر
Email zahraa@cois.uobaghdad.edu.iq

تاريخ استلام البحث:2024/9/10 تاريخ قبول النشر:2024/11/31 تاريخ النشر:2024/12/16

الملخص

لما كان لمفهوم الموظف في القانون الجنائي دلالته الخاصة، ولما كانت الصفة الوظيفية وهي الصفة التي يتسم بها الموظف العام ولها من الأهمية المعتبرة بالنسبة للمؤسسات الإدارية من جهة ولعموم الناس من جهة أخرى، فسيدور يدور بحثنا هذا حول أثر هذه الصفة من حيث الاباحة تارة ومن حيث التجريم تارة أخرى وبما يجسد الأهمية التي أولاها إياها المشرع عند توافرها في جريمة ما من حيث سريان القواعد الموضوعية ما بين النصوص التي تبيح أفعال حاملها النصوص التي تبيح أداء الواجب والنصوص التي تعدها ركنا مفترضا وأخرى تشدد الأفعال التي تصدر من حاملها، مما يجسد خصوصية هذه الصفة -الصفة الوظيفية-، وهذا البحث لم يأت لبيان الجرائم التي يرتكبها ذو الصفة الوظيفية ، أو يبين العقاب الذي يفرض عليه عند ارتكابه جريمة تدخل صفته الوظيفية كركن أساسي فيها وانما يأتي هذا البحث لتسليط الضوء على أثر الصفة الوظيفية على توجهات المشرع اباحةً وتجريماً.

الكلمات المفتاحية: الصفة الوظيفية، الاباحة، التجريم، قانون العقوبات العراقي.

Impact of Employee statuson cause of justification and criminalization in Iraq's Penal Law no.111 of 1969

Dr. Zahraa Hatem Abd Al-Kadhim
Baghdad University/Continuing Education Center

Abstract

Since the concept of the employee in criminal law has its own significance, and since the job characteristic is the characteristic that characterizes the public employee and has significant importance for administrative institutions on the one hand and for the general public on the other hand, our research will revolve around the impact of this characteristic in terms of permissibility justification. Sometimes, in terms of criminalization, other times, and in a way that embodies the importance given to it by the criminal legislator when it is present in a crime, in terms of the application of substantive rules between texts that permit the actions of their bearer texts that permit the performance of duty, texts that consider them an assumed pillar, and others that tighten the actions that come from their bearer.

Keywords: Employee statuson, justification, criminalization, Iraq's Penal Law.

المقدمة

يظهر القانون الجنائي في كثير من المظاهر كامتداد ضروري لمختلف فروع القانون التي لم تستطع لوحدها أن تؤمن حماية المقتضيات التي تبتغيها وينعكس ذلك التصور على حقيقة مفادها ان الجانب الزجري للقانون الجنائي يمثل صمام امان لبقية القواعد القانونية التي تتضمنها فروع القانون الأخرى ومنها القانون الاداري سيما في مجال القواعد التي تنظم الوظيفة العامة ، وهذا المفهوم هو ما أكده القانون الجنائي العراقي من خلال ما يعكسه بوضوح من اهتمام بـ النظام العقابي للموظف والمكلف بالخدمة العامة وتظهر دلالة ذلك في ان المشرع عد ذو الصفة الوظيفية هو "المؤتمن على السلطة العامة " مما يبرهن بالدلالة القاطعة على تدخل القانون الجنائي لتطهير الحياة العامة من خلال الأدوات الزجرية التي يمتلكها عندما يتجاوز ذوو الصفة الوظيفية واجبات وظيفتهم العادية المسخرة لحماية المصالح الحيوية للمجتمع، وينحرف أو ينزلق بسلطته متجاوزا ما مقرر له من حدود الاباحة التي تمنح له لممارسة صلاحيات محددة. فطبيعة العلاقة التي تربط الموظف بالدولة هي علاقة محكومة منطقيا بمحدودية وشرعية، مما يفسح امام القانون الجنائي المجال المناسب لتصحيح كثير من الاختلالات التي قد تسيء لعلاقة الدولة بالموظف، وهذه نتيجة لا يمكن تحقيقها سوى بتحكيم منطق جنائي يضمن للدولة كل الحظوظ ليس فقط لتمتين سلطتها، ولكن بالأساس لتوظيفها فيما يحفظ لتدخلها مصداقيته ضمانا لأمن المجتمع واستقراره.

أهمية البحث: تظهر أهمية البحث من خلال ما تحتله الوظيفة العامة من مكانة في الدولة وما تجسده من مكانة مقدسة تفترض انتظاما مثاليا للقائمين بها وان الخروج على القوانين من طرف ذو الصفة الوظيفية الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة، يمثل مساسا بسمعة الوظيفة العامة مما يمثل مساسا بمؤسسات الدولة ككل مما يجسد تجاوز المتمتعين بالصفة الوظيفية لاختصاصاتهم الوظيفية والذي بدوره قد يسبب ارتكاب الجرائم بحق أشخاص آخرين مما حدا بالمشرع العراقي أن يفرد العديد من النصوص العقابية التي تنظم الجانب الجنائي لذي الصفة الوظيفية.

مشكلة البحث: تحدد مشكلة البحث في الإجابة على التساؤل الذي يتعلق بارتكاب الجريمة التي تلابسها صفة وظيفية، فضلا عن بيان الطبيعة القانونية للصفة الوظيفية في هذه الجريمة، بمعنى هل أن هذه الصفة تستحق ان ترتقي بحاملها الى مرتبة الاباحة التي يعد انتفاءها جزئية من جزئيات الركن الشرعي للجريمة ام تمثل ركنا أساسيا في بعض الجرائم ام تعد ظرفا يتعلق بالجريمة يغير من وصفها عندما يتوافر في الجاني، مما يغير الوصف القانوني للجريمة ويجعلها تخضع لنص دون النص الذي كانت ستخضع له الجريمة عند ارتكابها من شخص عادي لا تتوافر فيه هذه الصفة.

هيكلية البحث: من أجل الاحاطة موضوع البحث تم تقسيمه الى مبحثين، نتناول في المبحث الاول أثر الصفة الوظيفية في اباحة السلوك وسنقسمه الى مطلبين نبين في المطلب الأول منه مفهوم الاباحة في الاعمال الوظيفية، وفي المطلب الثاني حدود الاباحة في أداء واجب ذوي الصفة الوظيفية، في حين نتناول في المبحث الثاني أثر الصفة الوظيفية في التجريم، وسنقسمه الى مطلبين نبين في المطلب الأول منه الصفة الوظيفية كركن مفترض في الجريمة، وفي المطلب الثاني الصفة الوظيفية كظرف مشدد للجريمة، ثم نختم الدراسة بخاتمة تتضمن اهم النتائج والتوصيات التي ستظهر من خلال البحث.

والله ولي التوفيق...

المبحث الأول / أثر الصفة الوظيفية في اباحة السلوك

أسباب التبرير او أسباب الاباحة[1] هي ظروف موضوعية ترتبط بماديات السلوك والركن المادي للجريمة وليس لها علاقة بشخصية الجاني او نفسيته او الركن المعنوي للجريمة، ويعد انتفاء أسباب الإباحة عنصراً يقوم عليه الركن الشرعي للجريمة، ويعنى ذلك أن الفعل لا يوصف بأنه غير مشروع إلا إذا ثبت أنه لا يخضع لسبب إباحة، فالركن الشرعي للجريمة لا يعد متوافراً إلا إذا انتفت بالنسبة للفعل أسباب الإباحة فظل محتفظاً بالصفة غير المشروعة التي أكسبها له خضوعه لنص التجريم وبذلك يعد سبب الإباحة نافياً للجريمة وحائلا دون توقيع العقاب على مرتكب الفعل.[2]

وتنص اغلب التشريعات الجنائية على ان أداء الواجب يدخل في نطاق الاباحة وقد وردت احكام أداء الواجب في قانون العقوبات العراقي على قسمين الأول: مبدأ عام نصت عليه المادة 39 من القانون بالنص لا جريمة اذا وقع الفعل قياما" بواجب يفرضه القانون وهذا المبدأ لا يتقيد بجريمة معينة، ولا يلزم شخصا" معينا"، بل يفرض أداء الواجب على جميع الاشخاص سواء أكانوا موظفين ومن في حكمهم من المكلفين بخدمة عامة ، أو كانوا اشخاصا" عاديين القيام بما يفرضه القانون من واجب لتنتفي عنه المسؤولية الجزائية اذا نشأ عن فعله جريمة ما دام داخلا" في حدود النص القانوني ، كما لو دخل شخص منزلا" دون رضاء صاحبه لأغاثة مجنى عليه، ففي الظروف الاعتيادية يعد دخول المنازل بدون اذن جريمة يعاقب عليها القانون،[3] ولكن القانون قد حتم على أي شخص ان يهرع الى إغاثة أي ملهوف في كارثة او مجنى عليه في جريمة وعد ذلك من الواجبات العامة.[4]

اما القسم الثاني من اقسام أداء الواجب الذي تناوله قانون العقوبات العراقي بالتنظيم فهو يتعلق بصفة الموظف او المكلف بخدمة عامة، إذ تجسد الوظيفة العامة مرفقا مهما من مرافق الدولة يستهدف تحقيق المصلحة العامة لذلك منح القانون من يقوم بها في سبيل تسييره لهذا المرفق ميزة اباحة السلوك ولكن بشروط محددة وأهم الشروط اللازمة للتمتع بأداء الواجب كسبب اباحة تحقق الصفة الوظيفية بمعنى أن يكون مرتكب الفعل الذي يعده القانون مباحا هو نفس الشخص الذي حمله القانون بالواجب استنادا الى طبيعة وظيفته إذ ليس من المقبول أن يلزم القانون شخصا ما بالقيام بعمل معين ، ثم يعتبر هذا العمل في نفس الوقت فعلا غير مشروع جنائيا.[5]ولبيان أثر الصفة الوظيفية في اباحة السلوك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في المطلب الاول مفهوم الاباحة في الاعمال الوظيفية وفي المطلب الثاني سنبين حدود الاباحة في اداء العمل الوظيفي.

المطلب الاول /حالات الاباحة في الاعمال الوظيفية

ينطلق القانون الجنائي من مجموعة المصالح المجتمعية التي تجعل من اولى اهتماماته واجب التدخل لحماية الاجدر من بينها فهي أي المصالح على كثرتها وخصوصية كل نوع منها، جعلت القانون الجنائي مطالبا باحترام بعض الاعتبارات التي كانت تذهب به مرة إلى تغليب بعض المقتضيات السارية لتواكب مستجدات الظاهرة الإجرامية، وفق ما تمليه القيم التي استطاع الوعي المجتمعي ان يقبلها كأسلوب حضاري يتم تقييم السلوك وفقه، مما دفع بالمشرع الى أن يتخلى عن بعض المصالح لأنها أصبحت غير مسايرة للتوجه العام الذي اختاره المجتمع او لترجيح مصالح أخرى اجدر.[6]

فالقانون ينطلق من مجموعة المصالح المجتمعية وان اهتمامه التدخل لحمايتها، لكن اذا ما تتبعنا كل من القانونين الإداري والجنائي، نجد ان مقتضيات الحماية الخاصة لبعض المصالح الحيوية في المجتمع تستوجب في حالات معينة اباحة سلوك من يحمل صفة وظيفية معينة بحيث اذا صدر منهم سلوكا ينتقص من حقوق الاخرين يعد مباحا اذا كان في

حدود استعمال صفتهم الوظيفية، اذ شمل بالإباحة جانبا خاصا من الموظفين ليسمح لهم القانون بتمثيل سلطة الوظيفة بشكل ينتج عنه اختلاف تقنيات التجريم. وهذا الاختلاف يعتمد على مجموعة معطيات تختلف مضامينها من سلوك لأخر، تبعا لاختلاف طبيعة تلك المصالح المحمية، فالقانون الجنائي في بعده وفلسفته يهدف بالدرجة الأولى إلى مخاطبة صفة موظف السلطة وليس شخصه، ويركز على مدى ضرورة تسيير الشؤون العامة التي ترتبط بضرورة سير المرفق العام.

وهذه الاباحة المقررة في القانون الجنائي تقتصر على بعض أنواع السلوك المرتكب من قبل موظفي السلطة العامة الذين يتصرفون بمقتضى سلطتهم ، الأمر الذي يبرر توسع القانون الجنائي في تحديد مفهوم الموظف العام.[7]

فالمشرع لم يكتفي في مجال اباحة اداء الواجب كمبدأ عام والذي حدده نص المادة 39 مارة الذكر وانما اردفها بالمادة 40 التي تضمنت تطبيقات عملية للمبدأ المذكور بالنسبة لسلوك المكلفين بخدمة عامة ومن ضمنهم الموظفين، وتضمنت المادة اربع حالات يكمن ورودها في صورتين الأولى العمل الذي يقوم به الموظف و المكلف بخدمة عامة فيها قانونا، لقد ثار خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية لأداء الواجب فهناك من الفقهاء من يعول على الاعتبار الشخصي وعلة ذلك ان أداء الواجب بالنسبة للموظف هو سبب نسبي للاباحة يتعلق بالناحية الشخصية [8]

لان الجانب الشخصي واضحا في اداء الواجب خصوصا فيما يتعلق بمبدأ حسن النية الذي اشترطه المشرع عند اداء الواجب فضلا عن المصلحة او الغاية التي ينفذ العمل من اجلها، مما يثبت ان اداء الواجب يعتبر سببا عاما للإباحة لكن من طبيعة مزدوجة أي انها موضوعية وشخصية في الوقت ذاته. [9]

ولقد بينت المادة 40 من قانون العقوبات العراقي الحالات التي يباح فيها فعل الموظف او المكلف بخدمة عامة حيث يعد سلوكه مباحا في حالتين: الأولى: العمل الذي يقوم به الموظف والمكلف بخدمة عامة فيها قانونا العمل المشروع، والثانية: تنفيذه لأمر القانون بواسطة السلطة ويتجسد بالعمل غير القانوني غير المشروع. وسنبحث كل حالة بفرع مستقل.

الفرع الأول /العمل المشروع في أداء واجب ذوي الصفة الوظيفية

يعد العمل القانوني مشروعا ومن قبيل واجبات الوظيفة إذا كان مستمد مباشرة من نص القانون، او مستمداً من أمر الرئيس وكلاهما يعد من صور أداء الواجب وسبباً يبيح الفعل ويرفع عنه صفة التجريم، بمعنى إن سبب الإباحة في صورة العمل القانوني يعد متوافراً بتحقق شرط واحد سواء بتنفيذ أمر القانون أو بتنفيذ أمر الرئيس.[10]

وفي كلتا الحالتين يُفترض ان الفعل المرتكب قد تم في اطار السلطة القانونية المخولة للموظف او المكلف بالخدمة العامة أي يستفيد الموظف العام من الاباحة المقررة في نص المادة 39 من قانون العقوبات العراقي و لا يُشكل فعله جريمة متى كان ذلك ناشئا من ممارسته للسلطة على نحو قانوني أي تُرفع صفة الجريمة عن الفعل وتمتنع مسؤولية الموظف، و تغطي هذه الحالة أيضا تنفيذ الموظف او المكلف بخدمة عامة لأمر رئيس تجب طاعته اذا كان مطابقا للقانون وهذه الصورة تتطلب ان يكون امر الرئيس قانونيا حتى يجب على المرؤوس طاعته، مثل مأمور السجن الذي يحبس شخص بمقتضى امر كتابي صادر اليه من القاضي المختص.[11]

لإن طاعة الموظف او المكلف بخدمة عامة لأمر رئيسه تكون واجبة اذا الأمر الذي يصدره مشروعاً ، وبهذا تتحقق اطاعة أمر الرئيس وأمر القانون ليصبح تنفيذ الأمر تنفيذاً للقانون أيضاً، وذلك يتحقق عندما يكون أمر الرئيس قانونياً ومستوفياً لشروطه الموضوعية والشكلية، فمنفذ عقوبة الإعدام بناء على أمر صادر إليه لا يعد جريمة وان كان الإعدام ينطوي على ازهاق روح انسان اذا كان هذا الأمر صادراً وفق القانون ، فإن لم يكن الأمر كذلك سواء من حيث موضوعه أو من حيث الإختصاص بإصداره فإنه يندرج تحت اطار الإباحة ومن ثم لا يخضع لأحكامها.

فالفعل الذي يصدر تنفيذا لما امر به القانون اذا كان الموظف ملزما بتنفيذه فان القانون وبتحقق الشروط اللازمة له اذا وقع مستوفيا شروطه صار مباحا.

وعلة ذلك تتجلى في معرفة بتوجه المشرع الى التوفيق بين مقتضيات النظام العام والرغبة في حماية حقوق موظفي السلطة، فالمصلحة تقتضي أن يرجح جانب السلطة على جانب الحرية، فالسلطة او كما يصطلح عليها روح الإدارة هي المحتكرة والمتصرفة لما يسمى بالعنف المشروع، وتمارس ذلك بواسطة ادواتها موظفيها. (12)

وفي إطار ذلك يمكن القول إن أي انحراف للسلطة في قيامها باعمالها علته تجريم انحراف الموظف لواجب الحفاظ على النظام الذي يسمح باستعمال هامش من السلطة، والذي من شأنه أن يمس بحرية الأفراد لكن في حدود ما تسمح به نسبة الثقة في أجهزة الدولة القسرية، والالتزام العام يفرض احترام حقوق وحريات الأفراد من جهة وتمتع السلطة بحق القيام بواجباتها من جهة اخرى، فكلما اتسع هامش السلطة ليحيد عن ضرورة إقامة التوازن بين تلك المسألتين، كلما اتسم واجب ممارسة السلطة بالشطط الذي يوجب زجره فالجهاز الذي يجسد القوة أو السلطة القسرية ينطلق من حقوق وحرية الأفراد هي التي كانت من وراء خلقه وتأسيسه ارساءً للنظام العام. (13)

فإن الدولة ومن أجل حماية مؤسساتها وعندما اختارت من يمثلها من ذوي الصفة الوظيفية، اضطرت أن تتخلى لهم عن جزء من سلطتها مما يعني انها منحتهم امتيازا يرتقي لانتهاك الحقوق والحريات الفردية، ولكنها رسمت لهم مهاما تلاءم صفة الامتياز التي تنأى بهم عن مفهوم الأشخاص العاديين، وتوجب عليهم احترام الحدود التي يفرضها عليهم تمثيلهم للدولة، باعتبارها حامية لحقوق الافراد وحرياتهم، وكلما حاد ذوو الصفة الوظيفية عن الصفة التي تبرر الامتياز المشار اليه كلما أصبحت آثمة ومشتطة عن الصواب، مما يوجب سحب الثقة المجسدة بالصفة، و إعادة التوازن عن طريق الآلة الزجرية القانون. (14)

فالعمل الذي يقوم به ذو الصفة العامة ويدخل في نطاق الاباحة يتخذ صورة العمل القانوني المشروع اي مطابقا للقانون وفق احكام المادة ٤٠ في حالتين: الأولى: حالة ما اذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر رئيس تجب عليه طاعته، والثانية: حالة ما اذا ارتكب الفعل تنفيذا للقانون، وتتفق الحالتان في ان ذا الصفة الوظيفية يقوم بأداء واجب، لكن يختلفان في أنه في الحالة الثانية يتحمل مسؤولية العمل شخصيا في حين في الأولى يقتصر دوره على تنفيذ امرا يتحمل غيره مسؤوليته، لكن على اية حال يجب ان يكون العمل في الحالتين قانونيا أي مشروعا.

ففي حالة ارتكاب الفعل تنفيذا لأمر الرئيس فأنه يشترط في الأمر - حتى تجب على المرؤوس طاعته-، ان يكون قانونيا ففي المثالين السابقين منفذ عقوبة الاعدام بناء على امر صادر اليه فأنه يجب ان يكون هذا الامر صادرا وفق القانون، ومأمور السجن الذي يحبس شخصا بمقتضى امر كتابي يجب ان يكون هذا الأمر صادرا عن المحكمة المختصة وبحسب ما منصوص عليه قانونا وبخلاف ذلك فأن عمل ذوو الصفة الوظيفية لا يدخل في هذه الصورة وبالتالي لا يخضع لحكمها. (15)

اما في حالة وقوع فعل ذو الصفة الوظيفية تنفيذا لما امر به القانون فيأذن القانون له بارتكاب الفعل ، أي يرخص له ذلك حسب سلطته التقديرية، فله أن يأتي الفعل وله كذلك أن لا يأتيه وهي التي تكون فيها للشخص سلطة تقديرية في القيام بالفعل أو عدم القيام به ، كسلطة عضو النيابة في حبس المتهم احتياطيا أو تفتيش منزله، وما يقوم به في حدود هذه السلطة يعتبر مشروعا ، لأن القانون هو الذي يمنحه اياها ويرخص له أن يأتي من الأفعال ما هو داخل في نطاقها وفي هذه الحالة ، يجب أن يكون الشخص قد استهدف بفعله تحقيق الغاية التي من أجلها خوله القانون هذه السلطة ، فإن استهدف غاية

سواها ، كان فعله غير مشروع ، بمعنى أنه يجب ان يتوافر لدى الشخص حسن النية ، حتى لو تعلق الأمر بممارسة سلطة معترف بها له.[16]

وبذلك فإن ذا الصفة الوظيفية لا يعفى من العقوبة لمجرد ارتكاب الفعل تنفيذاً لأمر رئيسه بصرف النظر عن كون هذا الأمر قانونياً أم لا، بل يجب أن يكون الأمر في ذاته مشروعاً، أو يعتقد أنه مشروع لإباحة فعله لأن طاعة القانون أولى من طاعة الرئيس.[17]

فعمل ذو الصفة الوظيفية يكون مشروعا حينما يكون مفروضا عليه، وسند الإباحة هو أداء الواجب، فالموظف يستمد اباحة عمله من القانون مباشرة ، حتى في حالات منح المشرع سلطة تقديرية في ممارسته، طالما أنها مطابقة للقانون وتوافرت أسبابها، وصدر الأمر بها من الجهة المختصة، ، فقد يكون العمل القانوني متروكاً تقديره للموظف الذي نيط به العمل وحينئذ يكون العمل قانونياً ولا يسأل فاعله عنه إذا استعمل سلطته التقديرية تلك، وبذلك يمكن القول إنه متى وقع فعل الموظف مطابقاً للقانون وفي حدود سلطته التقديرية الممنوحة له فإنه يكون مباحاً.[18]

وبناءً على ذلك فإذا كان ذو الصفة الوظيفية نفذ أمرا غير مختص بإصداره، أو لم تتوافر شروطه، أو كان سيئ النية عند تنفيذه ولم يحقق في تنفيذه ذات الغاية التي أرادها القانون، فأن الفعل يعد غير مشروع ويخرج عن نطاق هذه الحالة التي توجب الاباحة.

فالقاضي الذي يصدر أمرا بالقبض على الرغم من عدم توافر حالة من الحالات التي تجيز إصدار مثل هذا الأمر، أو ضابط الشرطة الذي يصدر أمرا بإطلاق النار على المتظاهرين دون وجود تهديد يهدد الأمن وانما لمجرد الانتقام والتشفي حتى وأن توافرت مبرراته، يخرج عن نطاق المطابقة للقانون ويعد عملا غير مشروع وان كان تنفيذا لأمر رئيس تجب طاعته.

الفرع الثاني /العمل غير المشروع في أداء واجب ذوي الصفة الوظيفية

يتخذ ذو الصفة الوظيفية وضعية المؤتمن على المصالح العامة في الدولة وتفرض وضعيته في التبعية الهرمية عليه تنفيذ مهام الموكلة إليه وذلك مهما كانت رتبته في السلم الإداري لكونه مسؤول من رئيسه إلا إنه يحدث ان تكون هذه الأوامر غير مشروعة مما يوجب تفحص اباحة سلوك الموظف تحت إطار أداء الواجب الذي نص عليه المشرع.

ويعد السلوك الصادر من ذي الصفة الوظيفية عملا غير قانونيا في حالتين الأولى: حالة اذا كان الموظف او المكلف بخدمة عامة قد ارتكب العمل تنفيذا لأمر ليس من الأوامر الواجب عليه العمل بها، اما الحالة الثانية: اذا اخطأ الموظف في معرفة واجبه و ارتكب العمل بحسن نية اعتقادا منه انه من اختصاصه[19]، ويتحقق ذلك اذا نفذ ذو الصفة الوظيفية أمرا صادر من رئيس أعتقد إن طاعته واجبة عليه وتتحقق هذه الحالة قد ارتكب العمل تنفيذاً لأمر ليس من الأوامر الواجب عليه العمل بها ، أما لأن العمل المأمور به في ذاته غير جائز في القانون أو لأن الأمر به صدر ممن لا يملك اصداره أو لأن الموظف الذي أمر به ليس رئيساً له في الحقيقة لكن ذو الصفة الوظيفية يعتقد بصحة الأمر.[20] كما لو قبض الموظف بحسن نية على شخص بمقتضى أمر باطل أو كما لو أصدر قاضي التحقيق أمراً بالقبض على شخص نكاية به فحسب ، فنفذه المرؤوس بحسن نية.

وهذا ما ورد في المادة 40 عقوبات كشرط لإباحة فعل ذو الصفة الوظيفية وضمانة من ضمانات قيامه بالعمل الوظيفي، فلا يترتب على سلوكه غير المشروع المسؤولية الجنائية ولكن قيد ذلك بشروط محددة وهي ان يكون ذو الصفة الوظيفية حسن النية وان يعتقد مشروعية فعل واعتقاده بمشروعيته مبني على اسباب معقولة وان لا يرتكبه الا بعد اتخاذ الحيطة والحذر المناسبين.

فبالنسبة لحسن النية اشترط القانون ان لا يكون لذي الصفة الوظيفية قصدا وقد عبر المشرع عن ذلك بعبارة بسلامة نية وهو ما يقتضي ان يكون الموظف او المكلف بخدمة عامة حين ارتكاب الفعل جاهلا ما ينطوي عليه فعله من مخالفة القانون، فجهل الموظف بالمخالفة هو علة اباحة الفعل لأنه ينفي عنه القصد الجنائي، فاعتقاد ذو الصفة الوظيفية بمشروعية العمل هو حسن النية المطلوب هنا وهو يستلزم ان يكون الموظف او المكلف بخدمة عامة جاهلا ما انطوى عليه الامر الصادر اليه من مخالفة للقانون لان القانون لا يطلب من الموظف ان يطيع رئيسه فيما يعد جريمة، مما يترتب عليه انه اذا كان الموظف غير جاهل لما ينطوي عليه الأمر من مخالفة للقانون ورغم ذلك نفذه فأنه في هذه الحالة لا يستفيد من سبب الاباحة في أداء الواجب لان شرط حسن النية غير متوافر. [21]

والدليل الذي يؤخذ به في إثبات حسن النية هو أن يكون اعتقاد الموظف مبنيا على أسباب معقولة يتوقعها الشخص العادي اذا ما تواجد في مثل ظروف الجاني، وعلى ذلك فإنه حيث يكون وجه الجريمة في أمر الرئيس مفضوحا لا يمكن للمرؤوس بعد تنفيذه لهذا الأمر أن يتعلل بحسن النية، أي باعتقاده أن الطاعة واجبة، لأنه لا محل لطاعة رئيس فيما هو معصية ظاهرة للقانون، فلو أن ضابطا في حالة سكر اشار إلى شرطي يعمل تحت إمرته بإطلاق النار على مواطنين مسالمين كانوا يمرون أمامه، ونفذ الشرطي الأمر، فإن الجريمة تنسحب في هذه الحالة لا إلى الضابط وحده، وإنما إلى الشرطي المأمور كذلك ، إذ ليس لهذا الأخير أن يتذرع بالتزام الطاعة في أمر كان وجه الإجرام فيه مفضوحا.[22] اما الشرط الثاني لاستفادة ذو الصفة الوظيفية من الاباحة اذا صدر منه سلوك غير مشروع فيتمثل بان اعتقاده بمشروعية فعله مبنيا على اسباب معقولة فلا يكفي ان يحتج ذو الصفة الوظيفية بانه كان يعتقد مشروعية سلوكه وانما يتعين ان يكون هذا الاعتقاد مبنيا على اسباب معقولة، بحيث ان تكون ثمة مبررات موضوعية لاعتقاده هذا.[23]

ويرجع امر قياس مدى معقولية الأسباب التي يبني عليها الموظف اعتقاده الى ملابسات وظروف كل واقعة فضلا عن الاعتبارات الشخصية التي يتسم بها ذو الصفة الوظيفية من حيث مدى وعيه واستيعابه وظروفه الخاصة وحدود فهمه، فكل ذلك يعتد به كمبررات كافية لإقناع القاضي.[24]

اما الشرط الثالث الذي اشترطه المشرع لاعتبار السلوك غير المشروع أداء للواجب لذي الصفة الوظيفية فيتمثل باتخاذ الحيطة والحذر، ويعني ان يبذل جهدا مناسبا في سبيل التحقق من مشروعية السلوك الذي اتاه، أي يتحرى قبل ان يقدم على ارتكاب السلوك بأنه يقوم به تنفيذا لنص قانوني او امتثالا لأمر رئيسه، وتحريه هنا هو عمل الرجل العادي الذي يشغل نفس وظيفته او مركزه اذا ما طُلب منه الأمر.[25]

ولعل المشرع اشترط هذا الشرط حتى لا تنتفي المسؤولية الجنائية لمجرد إثبات حسن النية، وذلك لأن التحري واتخاذ الحيطة والتثبت هو الذي ينفي عنصر الخطأ عن سلوك الفاعل، كي لا تسند إليه الجريمة في صورتها غير العمدية التي يعاقب القانون على ارتكابها، ولهذا لا يغني توافر حسن النية لدى ذو الصفة الوظيفية عن ضرورة قيامه بالتثبت والتحري واتخاذ الحيطة في أداء واجبه حتى فلا يستفيد من حكم النصوص المتعلقة بالإباحة.[26].

فإن اتخاذ الحيطة المناسبة في التثبت والتحري ينفي الإهمال، فإذا ثبت قيام اعتقاد ذو الصفة الوظيفية على أسباب معقولة بعد البحث والتحري فلا يسأل كذلك مسؤولية غير عمدية.[27]

المطلب الثاني / حدود الاباحة في أداء الواجب

سنبين حدود الإباحة في سلوك ذوي الصفة الوظيفية في فرعين الأول الغلط والجهل في أداء واجب ذو الصفة الوظيفية والفرع الثاني تجاوز حدود اباحة سلوك ذوي الصفة الوظيفية.

الفرع الأول /الغلط والجهل في أداء واجب ذو الصفة الوظيفية

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

أولا: **الغلط في أداء الواجب**:

قبل بيان معنى الغلط في اداء واجب الموظف والمكلف بالخدمة العامة لا بد ان نبين معنى الغلط في القانون الذي يتمثل في ان ينصب غلط الجاني على نص قانوني فيؤوله تأويلاً مغلوطاً[28]، وهذا ما يميزه عن الغلط في الوقائع الذي يتمثل بأنه العلم بالواقعة على نحو يخالف الحقيقة،[29] لذا فأن الغلط في الواقعة هو عدم الإحاطة بها على وجهها الصحيح.

والغلط في الوقائع يمكن ان ينفي المسؤولية الجنائية بشرط ان يستند إلى حسن النية والأسباب المعقولة بالاقتران مع الحيطة والحذر، لكن الغلط في القانون لا يمكن الاعتداد به لنفي المسؤولية الجنائية.[30] ، ويمكن تصور الغلط الذي يصدر من ذي الصفة الوظيفية بأن يرتكب سلوكه متصورا اقترانه بسبب اباحة يتمثل في أداء الواجب الا انه في الواقع لا يتوافر لهذا السلوك ولا يقترن به سبب من أسباب الإباحة، اما لعدم استكمال شروطه او لعدم توفر عناصره، إلاّ أن ذي الصفة الوظيفية يعتقد على سبيل الغلط وجود سبب الإباحة أو إنه يقوم به اداءً لواجبه ولا يكون هذا السبب متوافرا إلاّ في ذهن الجاني وخياله وأوهامه على خلاف الواقع، فالغلط في الإباحة هو تصور مجافي للواقع ينشأ في ذهن الفاعل ومخيلته حيث يتوهم وجود سبب الإباحة بكل شروطه وعناصره، ولكن في الحقيقة لا وجود له ويطلق الفقه على هذا الوضع تسمية الإباحة الظنية. ومقتضى الاباحة الظنية أن يعتقد الفاعل أن فعله الذي أقدم عليه ينطوي تحت سبب من أسباب الإباحة التي أوردها القانون، واعتقاده هذا ناجماً عن غلط بسبب توهم خاطئ بوجود وقائع يستند إليها سبب الإباحة وهذا الاعتقاد مخالفا للواقع ونقيضاً للحقيقة. [31] ، ومن خلال استقراء النصوص التي تناولت اباحة فعل ذوي الصفة الوظيفية في القانون العراقي والتي حددت هذا الفعل بصورتين-كما ذكرنا- صورة العمل القانوني وصورة العمل غير القانون، وتنحصر الاباحة الظنية في فعل ذوي الصفة الوظيفية في العمل غير القانوني غير المشروع ، لأن العمل القانوني يكون الفعل الصادر من ذي الصفة الوظيفية مشروعاً وبهذا فلا محل لوجود الغلط فيه.

فاذا قام ذو الصفة الوظيفية بتنفيذ أمر القبض على شخص أو تفتيش منزل لكن في حقيقة الامر لم يصدر له أمر بذلك أو انه يعتقد صدر باطلا، فهنا لا يسأل عن الفعل المرتكب، وذلك لوقوع الغلط في اباحة أداء واجبه بشرط توافر حسن النية لديه وان اعتقاده بإباحة فعله مبنياً على أسباب معقولة.[32]

فقيام ذو الصفة الوظيفية بقهر الشخص الذي أبدى مقاومة ضده مما الحق بالأخير جروحا في سبيل القبض عليه، في حين لم يكن ذلك الشخص هو المقصود بأمر القبض وإن ذلك حصل بسبب التشابه الكبير بينه وبين الشخص المعني، هي صورة من صور الاباحة الظنية التي لا يُسأل معها ذو الصفة الوظيفية عن جريمة إيذاء الشخص الذي وقع عليه الاعتداء، اذا ثبت أن اعتقاده الخاطئ بالشخص كان مبنياً على أسباب معقولة تكمن في ذلك الشَبه الكبير بين الشخصين بالصورة التي تدفع الرجل الاعتيادي على الخلط بينهما.[33]

والجدير بالذكر ان الغلط في الإباحة لا يساوي سبب الإباحة ذاته من حيث الأثر المترتب ذلك ان أسباب الاباحة ذات طبيعة موضوعية في حين أن الغلط في الإباحة يتعلق بالجانب النفسي للجاني، فالسلوك المرتكب نتيجة الاباحة الظنية لا يعد مشروعا مباحا، فينصب تأثير الاباحة الظنية على زحزحة المسؤولية الجزائية العمدية عنه فحسب. [34]

الا ان الرأي المستقر في الفقه يذهب الى ان التكييف الصحيح لإنتفاء المسؤولية في هذه الحالة لا يرجع إلى انتفاء القصد لدى الفاعل، إنما يرجع إلى أن ذلك الغلط في الإباحة أي الاباحة الظنية إذا كان تصوره مبنياً على أسباب معقولة واتخذ الفاعل الحيطة والتثبت والتحري قبل ارتكاب الفعل أي ان الاباحة الظنية تعادل الاباحة وان فعله لا يكون تقصيريا غير عمديا بل ترقى الاباحة الظنية الى مستوى الاباحة. [35]

ويتبنى جانب من الفقه رأيا مفاده ان طبيعة الاعفاء في هذه الصورة سببها شخصي ، وهي لا تتعلق بذاتية الفعل لأن عنصر حسن النية وتكون الاعتقاد الخاطئ لدى ذو الصفة الوظيفية تتعلق بنفسيته ولا علاقة لها بالفعل [36] ويبرر هذا الرأي اقتصار الغلط في اباحة سلوك ذوي الصفة الوظيفية على المسؤولية الجنائية له دون اباحة فعله في أن الموظف يجب أن يكون أكثر حرصا من الافراد العاديين بالالتزام بالقواعد القانونية ، فاذا كانت القواعد العقابية تبيح سلوك ذوي الصفة الوظيفية لمنحهم فسحة من الصلاحيات لاداء واجباتهم الا ان ذلك لايبرر لهم الانحراف عن الغرض الذي رسمه المشرع. مما يعني ان المسؤولية غير العمدية لذوي الصفة الوظيفية في هذه الحالة تظل قائمة.[37]

بينما يذهب رأي آخر الى ضرورة التفرقة بين الغلط في الشروط المادية الحقيقية لسبب الاباحة وهو الغلط في الوقائع والغلط في سبب الاباحة نفسه[38]، فاذا توفر لدى ذي الصفة الوظيفية اسباب معقولة لغلطه بان يكون اعتقاده مبنياً على غلط حتمي يقع فيه الانسان العادي، فيعد الاثم منتفياً اذا كانت الظروف التي شكلت ارادته ودفعته بالاتجاه الى الارتكاب لم تكن ظروف طبيعية ، فضلا على ان تتوافر لديه سلامة النية وهي قيد شخصي يرد على ممارسة الحق في اداء الواجب ويعد متوافراً في كل حالة يرمي صاحب الحق عذر استعماله لذلك الحق تحقيق غاية هي نفس الغاية التي اراد المشرع تحقيقها وقائمة على اسباب تستند الى التحوط اللازم ، المعقولية ، حسن النية ، التحري والاستقصاء فالمشرع العراقي يعترف بهذا الحق ويجعل صيرورة الفعل مشروعة اذا كان في حدود القانون.

واتجاه المشرع العراقي صائب باعتبار ان هذه الصورة تعد من اسباب الاباحة وهي ذات طبيعة موضوعية [39] ونحن نؤيد ما ذهب اليه هذا الرأي لأنه أكثر دقة من الرأي الاول لأن الفعل ذو طبيعة موضوعية وهو أقرب لأسباب الاباحة منها الى موانع المسؤولية وأن كانت هذه الصورة تعتد بحسن النية ، والتثبت والتحري الا ان هذه العناصر لا تنفي الطبيعة الموضوعية لهذه الصورة ، كذلك لا ضير من اعفاء الموظف من بعض الافعال التي ترتكب وتكون غير مشروعة لتوفير مزيد من الطمأنينة لغرض القيام بواجباتهم.

ثانياً: الجهل في أداء الواجب:

الجهل بأمر هو انتفاء العلم به وبذلك يمثل الجهل وضعاً سلبياً قد يحصل لذي الصفة الوظيفية وهو يؤدي واجبات وظيفته ، واذا كان الجهل بالواقعة يعني عدم الإحاطة بها على الإطلاق، فأن الجهل بالاباحة يعني توفر سبب الاباحة مستوفيا كل الشروط التي يحددها القانون مع اعتقاد مرتكب الفعل غير ذلك فيعتقد انه ينفذ امرا مخالفا للقانون ولكن الواقع ان الامر صحيح ولا يخالف القانون، فاذا نفذ الموظف او المكلف بالخدمة العامة امرا صحيحا بالقبض او التفتيش على شخص ولكنه اعتقد انه اتى فعلا مجرما اثناء تنفيذه لأمر القبض يعد تنفيذه صحيحا ولا تثبت معه المسؤولية الجزائية حتى وان اعتقد خلاف ذلك، ذلك لأن اسباب الاباحة ذات طبيعة موضوعية وثبوت اداء الواجب كسبب اباحة بالنسبة لذي الصفة الوظيفية لا يعتمد على عناصر شخصية تتعلق بالعلم.[40] لذا فأن سبب الإباحة في اداء الواجب ينتج أثره في عدم مسؤولية ذي الصفة الوظيفية رغم جهله بتوافره.

لإن جهل الفاعل بوجودها لا يحول دون إستفادته منها إذا توافرت عناصرها وبناء على ذلك سواء كان الفاعل عالماً بسبب الإباحة أو جاهلاً له تظل الواقعة مبررة في كلا الصورتين، فاذا اعتقد ذو الصفة الوظيفية ان سلوكه في القبض او التفتيش يعد جريمة ولكن في حقيقة الامر انه مستفيد من سبب الاباحة في اداء واجباته الوظيفية فأن سلوكه مباحا واساس ذلك ان الجهل في الإباحة لا يحول دون توافرها ولا يمنع من أن تنتج أثرها في إخراج الفعل من نطاق التجريم وجعله مباحاً.

إن توافر سبب الإباحة في فعل ذي الصفة الوظيفية الذي يجهل توافر سبب الإباحة يفترض فيه أن يكون حسن النية وهو ينفذ واجبات وظيفته لأنه إذا فتّش ضابط الشرطة مسكناً جاهلاً صدور الأمر بذلك من الجهات المختصة وجاهلاً تبعاً لذلك إن مصلحة التحقيق تقتضيه ومستهدفاً صاحب المسكن شخصيا وبسوء نية يعد فعله جريمة.[41]

ويسمي الفقه الجهل بالإباحة الجريمة الظنية أو الوهمية وتفترض هذه الحالة توافر سبب الإباحة في الواقع مستكملاً لشروطه وعناصره ومقترناً بالسلوك الذي ارتكبه الجاني فعلاً، الا أن الجاني توهم واعتقد على سبيل الغلط عدم توافر ذلك السبب أو عدم استكماله لشروطه وعناصره، فالجريمة الظنية تعني توهم الفاعل تخلف السبب المبيح الذي أقرنه القانون بالسلوك رغم إنه في الواقع قائماً[42]

فلو قام رجل الشرطة بالقبض على شخص متلبس بالجريمة وهو يجهل أن القانون يخوّله القبض في أحوال التلبس او قيامه بإلقاء القبض على متلبس بالجريمة وهو يجهل حدوث واقعة التلبس ففي كل هذه الأحوال تعد الإباحة المقترنة بأداء الواجب متوافرة وواجبة التطبيق لتحقق شروطها رغم جهل ذو الصفة الوظيفية بها.

وعلى هذا الأساس يرى جانب من الفقه أن تفسير وتكييف انعدام مسؤولية ذو الصفة الوظيفية عند القيام بأداء الواجب والذي يعتد فيها صراحة بجهله في الاباحة و توهمه بتوافرها لا يرد إلى انتفاء القصد، إنما يرجع إلى أن جريمة الجاني تصبح -على الرغم من الاباحة الظنية- فعلا "مباحا" أيضاً، بشرط أن يكون ذلك الجهل مبنيا على أسباب معقولة وبعد التثبت التحري ، أي أن يكون غلطا غير تقصيري أما إذا لم يتوافر ذلك بأن كان الغلط تقصيريا أي لم ينبني على أسباب معقولة فمسؤولية الجاني عن فعله تقوم على أساس توافر الصورة العمدية بركنها المعنوي.[43]

الفرع الثاني / التجاوز في الاباحة

التجاوز يعني خروج الفعل من دائرة الاباحة بعد دخولها او هو تجاوز الحد المادي للظرف المبيح، مما يؤدي الى تخطي الحدود المقررة للإباحة قانوناً وتجاوزها لأن الاباحة والتجاوز مفهومان لمصداق واحد مفاده الخروج على حد التناسب الذي تشترطه الاباحة واساس ذلك هو ان الاباحة ليست مطلقة وانما لها حدود لا ينبغي لمن تثبت له تجاوزها.[44]

ويعد اداء الواجبات الوظيفية سببا للإباحة متى ما تم في حدود القانون وروعيت شروطه الشكلية والموضوعية، التي تتعلق بتنفيذ الواجب امتثالا للقانون او بإطاعة امر الرئيس.[45]

فعضو الضبط القضائي الذي يفتش منزل متهم امتثالا" لأمر صادر من سلطة مختصة، لا يرتكب جريمة انتهاك حرمة المسكن ، لا يعد متجاوزا" اذ له ان يتخذ أي اجراء يمكنه من اتمام مهمته ولو بطريق الاكراه او الجبر ، شرط ان لا يكون له غير ذلك من وسيلة اخرى لأداء اعمال وظيفته دون تجاوز.[46]

اما في حالة ما إذا تمادى في استعمال القوة مما نتج موتا" او جروحا" للمتهم، فيعد متجاوزا"، ويسأل عندئذ عن هذا التجاوز مسؤولية عمدية ان كان مقصودا" او مسؤولية غير عمدية ان كان ناتجا" عن اهمال او خطأ كأن يطلق رجل السلطة النار على المتهم الهارب لأتهامه بجريمة من جرائم الجنح.[47]

وعلة ذلك ان النموذج القانوني لاداء واجب ذو الصفة الوظيفية كسبب للاباحة هو صورة السبب المبيح المجرد اذا ما توافرت لها عناصرها التي حددها المشرع مسبقا والتي لها اثرها في رفع عدم مشروعية السلوك ، والتي بموجبها يتم تنظيم مُحددات الاباحة ، ومتى تظل الواقعة في حدود الاباحة ، فاذا خالفت الواقعة النموذج القانوني للاباحة بان تخطت الحدود المرسومة قانونا" تكون الواقعة قد جاوزت حدود الاباحة مما يرجع السلوك الى دائرة التجريم.

وفي هذا السياق ثمة صعوبة في تحديد المعيار المعتمد في قياس مدى تجاوز ذو الصفة الوظيفية حدود الاباحة في اداء الواجب اذ من الصعب وضع حدود معينة يلزم مراعاتها، ويترك ذلك لتقدير القاضي الذي يضع معايير عامة يستهدى

بها لتكييف التجاوز من عدمه، ولعل قاضي الموضوع يستنتج ذلك بالاستناد الى جملة عوامل موضوعية وشخصية فالموضوعية تتمثل في طبيعة الوظيفة فيما اذا كانت مدنية او عسكرية والشخصية تتمثل في المستوى التعليمي والثقافي للموظف فضلا عن مركزه الوظيفي.

فهناك من الوقائع التي تمتاز بالدقة التي يتعذر معها أحيانا ان يمتلك ذو الصفة الوظيفية الفطنة لمخالفتها، ويرجع للقاضي في هذا المجال تقدير الظروف والملابسات التي كانت تحيط بالواقعة.[48]

المبحث الثاني /أثر الصفة الوظيفية في التجريم

تؤثر الصفة الوظيفية تأثيراً كبيراً في التجريم اذ تؤثر في بنيانها وعقوبتها، فقد يبنى عليها الانموذج القانوني للجريمة[49] أي تكون ركنا خاصا فيها وبدونها لا يتحقق البنيان القانوني لها، مما يجعلها ركنا مفترضا يضاف الى الأركان التقليدية كصفة الموظف أو المكلف بخدمة عامة في جرائم الرشوة والاختلاس والاعتداء على الموظفين، أو قد تؤثر الصفة الوظيفية في العقوبة بأن تكون ظرفا مشددا فيها كصفة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في جرائم القتل والضرب والجرح والإيذاء وجرائم الاغتصاب وهتك العرض. وسنتناول هذه الاثار في مطلبين: الأول: أثر الصفة الوظيفية كركن مفترض في الجريمة، والثاني: أثر الصفة الوظيفية كظرف مشدد للجريمة.

المطلب الاول /الصفة الوظيفية كركن مفترض في الجريمة

غالبا ما تشترك الجرائم بأركان أساسية عامة، وهي الركن المادي والركن المعنوي، فضلا عن الركن الشرعي[50]، ولكن هذا الحال لا يستوي في جميعها، فثمة نوع من الجرائم تشترط لقيامها عناصر أخرى فلا تكتفي بهذه الأركان الثلاثة، بل أن بنيانها القانوني يتطلب فضلاً على ذلك توافر عناصر خاصة تميزها عن غيرها من الجرائم، وتتمثل بصفة في الجاني أو المجنى عليه، او تستلزم شروطا خاصة وتلك الصفات ترتبط بهذا النوع من الجرائم وجوداً و عدماً فإذا ما انتفت عن الجاني أو المجنى عليه قبل ارتكابها، أو تحققت بعد ارتكابها فإننا نكون أمام جريمة أخرى لتخلف احد اركانها، وتحقق الصفة الوظيفية يمثل ركنا مفترضا في بعض الجرائم بل ان بعض الجرائم لا تتحقق الا اذا تم ارتكاب الركن المادي فيها من قبل موظف او مكلف بخدمة عامة، وسنقسم هذا المطلب الى فرعين نبين في الفرع الأول منه مفهوم الركن المفترض بصورة عامة، وفي الفرع الثاني سنتطرق الى المصلحة المعتبرة في اشتراط الصفة الوظيفية في بعض الجرائم.

الفرع الأول /مفهوم الركن المفترض

تنطلق فكرة الركن المفترض من طبيعة الجريمة المرتكبة اذ لا بد ان تنسجم اركان الجريمة مع طبيعتها ففي بعض الاحيان يستلزم إضافة ركن خاص لها، كصفة الفاعل مما يستوجب ان يتحقق فيها ركنا خاصا يسبق تحقق أركانها العامة.

وفكرة الركن الخاص أو الركن المفترض أو ما يصطلح عليها فكرة الشرط المفترض في الجريمة هي موغلة في القدم وتجد اساسها ضمن نطاق القانون الخاص[51]، ثم انتقلت الى نطاق القانون الجنائي على يد الفقه الإيطالي الذي كان يشترط التفرقة بين العناصر التكوينية للجريمة و العناصر الضرورية لها فقد استندوا في ذلك على ان الواقعة الاجرامية تتكون من اجتماع العناصر الأولى بينما العناصر الثانية لا تدخل ضمن واقعة الجريمة وان كانت لازمة لوجودها.[52] مما يبين ان الفقه الإيطالي يذهب الى ان العناصر المفترضة للجريمة تخرج عن الواقعة الاجرامية وتستقل عن إرادة الفاعل ولكنها ضرورية لقيام الجريمة لأن تحقق هذه العناصر تعد ضرورة منطقية من اجل إرساء مقوماتها.[53]

وقد انتقلت فكرة العناصر المفترضة للجرمة الى الفقه الفرنسي على الفقيه أوتولان الذي اطلق عليها تسمية الظروف المكونة التي تقترن بعناصر أساسية في الجريمة كصفة بالجاني أو بالمجنى عليه، والتي تكون عناصر ضرورية لقيام الجريمة، فيشترط في جريمة اغتصاب الإناث أن يكون الفاعل ذكراً، ويشترط في جريمة الإخلاس أن يكون الفاعل ممن يحمل صفة وظيفية، وهذه الصفة تعد ركناً في الجريمة.[54]

وكان في مقدمة الفقهاء المهتمين بفكرة الشروط المفترضة للجريمة الفقيه الايطالي مانزيني، الذي تولى بلورتها وتطويرها بعد أن ربطها بأركان الجريمة وأكد على انه ثمة جرائم تستوجب الركن المفترض، وكان يطلق عليه تسمية بالشرط المفترض، وقد تبنى تقسيم الشروط المفترضة للجريمة على نوعين: الاولى: شروط مفترضة للجريمة ويقصد بها العناصر القانونية الموجودة مسبقاً اي تسبق إرتكاب الجريمة والتي يتوقف عليها وجود الجريمة من عدمه، بناءً على بنيانها القانوني ومايتضمنه الوصف المقرر لها في النص القانوني ، فإذا تخلفت فإننا نكون أمام جريمة أخرى وبوصف آخر، أما الثانية: فهي شروط مفترضة للواقعة ويقصد بها العناصر القانونية أو المادية السابقة على تنفيذ الجريمة أو المعاصرة لها التي يتطلبها القانون كي يطبق عليها، ويترتب على تخلفها عدم جواز توقيع العقاب على الواقعة للفعل.[55]

وقد عرف جانب من الفقه الركن المفترض بأنه مركز أو عنصر قانوني أو فعلي، أو واقعة قانونية أو مادية، ينبغي قيامها وقت ارتكاب الجريمة، ويترتب على تخلفها انعدام الجريمة، فهو العنصر الذي يفترض قيامه وقت مباشرة الفاعل لسلوكه، اي يشترط ان يكون سابق على السلوك وحتمي التحقق الوجود لكي يثبت لهذا السلوك الوصف الجرمي، وفي حالة ما إذا تخلف تتحقق جريمة أخرى، فصفة الموظف في جريمة الاختلاس تعد شرطا لقيامها بهذا الوصف، فاذا إنعدامت هذه الصفة لا تنتفي الجريمة، وإنما تتحقق به جريمة أخرى هي جريمة خيانة الأمانة.[56]

وعليه فإن الواقعة القانونية أو التصرف القانوني أو الإجراء القانوني يجب أن ينعكس على المركز القانوني الذي يشغله صاحب هذه الصفة لذلك فأن هذه المفترضات قد تتمثل بمواقف أو مراكز أو صفات تتوافر في شيء أو شخص ومن تطبيقات المفترضات المتمثلة بالمراكز القانونية، قيام دعوى أمام المحكمة والتي قد تنشأ عنها جريمة شهادة الزور[57] ومن تطبيقات المفترضات المتمثلة في الصفات القانونية، أن يفترض تحقق صفة قانونية معينة في الفاعل في جرائم ذوي الصفة الوظيفية ومن ضمنها جريمتي الرشوة والاختلاس فيفترض في مرتكبها أن يكون موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة، ولا يمكن تصور ارتكابها إلا من قبل ذي صفة وظيفية، مما يعني ان يضاف ركن آخر لأركان الجريمة المعروفة ألا وهو ركن الصفة، لأن الجرائم التي ترتكب من قبل ذوي الصفة الوظيفية تسمى جرائم الفاعل الخاص أو جرائم ذوي الصفة.[58] واشتراط الصفة الوظيفية في الجاني تبرز أهميتها في مجال المساهمة الجنائية، ذلك أن المشرع حينما يشترط في الجريمة صفة معينة في الجاني ويعدها ركناً مكوناً لها، فهو يلزم لقيام تلك الجريمة أن يكون من يتمتع بتلك الصفة هو الذي ارتكب الفعل المادي المكون لها طبقاً للأنموذج التشريعي للواقعة، وقد اتفق الفقه الجنائي على عد الموظف العام في حالة اشتراكه مع أحد الأفراد فاعلاً أصلياً وليس مجرد شريك لأنه هو الذي يملك زمام الأمور فيوجهها الوجهة التي تحقق مشروعه الإجرامي، وهو الذي يملك السلطة على الأموال العامة التي تقع عليها الجريمة، لذلك فإنه يكون دائماً فاعلاً أصلياً، أما الغير فيعد شريكاً يخضع العقوبة الموظف وفقاً لقواعد الاشتراك.[59]

الفرع الثاني /المصلحة المعتبرة في اشتراط الصفة الوظيفية في بعض الجرائم

تهدف التشريعات الجنائية الى حماية المصالح الاساسية في المجتمع لأن استقرار المجتمع هي الغاية التي يبتغيها، ووجود حد أدنى من المصلحة هو المبرر لتدخل المشرع لإصدار تنظيم قانوني[60]، وقد عملت الدول على سن التشريعات التي تكفل الحماية القانونية للوظيفة العامة لذلك انتهج المشرع الجنائي تجريم كل أنواع السلوك التي تمثل إخلالاً بواجبات

الوظيفة وغرضه من ذلك حماية مصلحة معينة جديرة بحمايته لما تسببه جرائم الوظيفة العامة من أضرار وأثار على الفرد والمصلحة العامة من جهة وعلى الوظيفة العامة ونزاهتها وحيادها من جهة أخرى. وتجريم بعض أنواع السلوك المتعلق بالوظيفة العامة انما جاء لتوفير حماية خاصة لبعض المصالح الحيوية في المجتمع لتتراجع من خلالها عمومية التجريم ويضيق مفهومه ليشمل جانبا خاصا من المخاطبين بالقاعدة التجريمية ليسمح للدولة بتمثيل سلطتها بشكل متميز حماية للمصالح المعتبرة، فهو في بعده وفلسفته يهدف بالدرجة الأولى إلى مخاطبة صفة الموظف او المكلف بالخدمة العامة، باعتبارها تجسيدا مباشرا لسلطة الدولة، وهذه المصلحة تتعلق بالوظيفة العامة وتتعلق بالدولة بشكل عام.

فبالنسبة الى المصلحة المعتبرة المتعلقة بالوظيفة العامة فأن هذه المصلحة تتجسد في ضرورة حماية أمانة الوظيفة العامة لأن الاختصاص الحقيقي للموظف يخوله قدرا من السلطات والواجبات التي يحددها القانون لتسيير المرفق العام ، ومصدر تلك السلطات والواجبات هو التشريعات أو اللوائح أو الأوامر الإدارية الصادرة من رئيس يخوله القانون حق اصدارها ، او ان تكون هذه الأعمال من مقتضيات الوظيفة المسندة للموظف فالعمل المنوط للموظف القيام بأدائه وفقا لنوعية ومضمون وظيفته مما يخوله السلطة الشرعية في القيام به مما يعني انه ثمة علاقة قانونية تربطه بهذا العمل الذي انيط القيام بأعبائه وفقا للعمل الوظيفي، وكل ذلك يتحدد بضابط الامانة التي يؤتمن عليها ذو الصفة الوظيفية لأن تخويله بالسلطات والواجبات الوظيفية ليس مطلقا وانما رسم القانون له الحدود.

وتجاوز ذو الصفة الوظيفية الحدود التي رسمها القانون لوظيفته واخلاله بالواجبات العامة والخاصة المفروضة لحسن سير العمل الوظيفي، من شأنه أن يسبب اضطرابا لجهة الإدارة العامة يترتب عليه فقدان ثقة الناس بأمانة الوظيفة العامة التي انتهكت، فالموظف العام هو الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام ، ضمن تسلسل وظيفي معين.[61]

لذلك فأن تعامل المشرع الجنائي مع الخلال الذي يقع من ذي الصفة الوظيفية لا يمكن أن يتم وفق المعطيات العادية التي يتأسس عليها منطق التجريم والعقاب، بل نراها تخضع في أكثر من جانب لمنهجية خاصة تمليها جملة اعتبارات، أهمها حضور الدولة كطرف معني له اعتبار خاص سواء في تصور طبيعة الجرائم فضلا عن تحديد العقوبات الخاصة بها، ولعل الغرض من ذلك الحفاظ على أمانة الوظيفة، بل ثمة من الفقه الجنائي من يغالي في التشديد فيذهب الى ضرورة أن يتشدّد قاضي الموضوع في تقدير مدى إخلال ذو الصفة الوظيفية بواجباته، وأن يتغاضى عن مبدأ -تفسير الشك لمصلحة المتهم- نظرا لخطورة الأفعال الجرمية المرتكبة من الموظف العام وخطورة عبثه بأمانة الوظيفة.[62]

واتصالا بذلك يبتغي المشرع مواجهة انحراف ذو الصفة الوظيفية في حال سعيه الى الكسب غير المشروع والاثراء على حساب واجبات وظيفته فأطلق المشرع وصف الفساد الإداري على كل فعل من شأنه الاخلال بشروط النزاهة الوظيفية.[63]

فضلا عن المساس بهيبة الدولة التي تتجسد في حسن سير العمل في المؤسسات، لأن حسن سير الإدارة ونزاهتها من أهداف الحكم الرشيد، وفي سبيل الوصول الى هذا الهدف تختار الدولة من بين أفرادها موظفين يتولون القيام بهذه المهمة لقاء أجر يحصلون عليه يتمثل في صورة الراتب، وإستغلال ذو الصفة الوظيفية لوظيفته ومحاولة الحصول على مقابل –غير مشروع- لقضاء حاجته عملاً يصيب الإدارة الحاكمة في الصميم وتمس التنظيم وحسن السير الطبيعي للإدارة العامة.[64]

المطلب الثاني /الصفة الوظيفية كظرف مشدد للجريمة

تدعو الصفة الوظيفية بقدر ما المشرع الجنائي إلى اعتبارها ظرفا مشددا في جانب الموظف عند ارتكابه لجرائم تصنف مبدئيا ضمن جرائم الشخص العادي، لأن المنطق نفسه يسري في حالة الاعتداء عليه حيث تتطلب ذات الصفة مزيدا من الحماية وبشكل يفوق حماية الشخص العادي.[65]

والمتعمق في القانون الجنائي العراقي يلحظ ان المشرع يعي أن الصفة الوظيفية وإن كانت تعرقل ربط جزئية تشديد العقوبة بخصوصية الانحراف الوظيفي الذي يبررها، فضلا عن الحيلولة دون الامتداد إلى فئات لا تحوز الصفة المذكورة الصفة الوظيفية، الا انه ليس ثمة ما يمنع - وبالنظر لطبيعة انحراف ذو الصفة الوظيفية-، من إخضاعه لعملية التشديد ليجد المشرع ان الصفة الوظيفية تأخذ تارة مقام العنصر التأسيسي في الجريمة، أي ترتبط بها وجودا وعدما، او تتخذ الصفة الوظيفية اعتبارا ادنى اذا شكّل السلوك المخل إجرام عادي، بحيث لا تحوز الصفة أدنى اعتبار، فبين هذه الوضعية وتلك، يعمد المشرع الى جعل الصفة الوظيفية من الظروف المشددة في بعض الأحيان وذلك ليس كعملية آلية بطبيعة الحال، ولكن كضرورة تفرضها حتمية تكييف الخطاب الزجري مع رد الفعل المجتمعي اذا صدر السلوك الاجرامي من قبل موظفا او مكلفا بخدمة عامة، ولبيان ذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين: نتناول في الأول: مفهوم الظروف المشددة، وفي الفرع الثاني: سنبحث في تطبيقات التشديد المتعلقة بالصفة الوظيفية.

الفرع الأول/مفهوم الظرف المشدد للجريمة

ظروف الجريمة هي عناصر قانونية عارضة لا تعد من اركان الجريمة ولا تحدد لها نموذجها القانوني وانما تحدد وصفها وتجسد التمييز بينها وبين جرائم تحمل ذات الاسم وتعتمد عين الاركان[66]، ويصطلح بعض الفقه الجنائي على الظروف تسمية العناصر القانونية العرضية للجريمة باعتبارها مجموعة من الوقائع المعدلة للأثر القانوني المترتب على الجريمة تشديدا أو تخفيفا.[67]

والظروف المشددة ليست ركن من اركان الجريمة[68] بل هي تلحق بها وتتبعها وتخرج عن نظامها فضلا عن انها تؤثر على نتيجة الجريمة وتزيد من خطورتها الاجرامية مما يترتب عليه تشديد العقوبة، وعطفا على ما ذكرنا مسبقا فإن الصفة الوظيفية مرة تكون ركنا، ومرة أخرى تكون ظرفا مشددا في الجريمة فيختلف المعيار الذي يمكن اتباعه في اعتبار صفة الموظف ركنا ام ظرفا في الجريمة من حيث ان الاثر الذاتي للركن هو العنصر الذي يلزم من وجوده وجود الجريمة، بمعنى انه لا وجود للجريمة بدونه حيث يترتب على تخلف هذا الركن عدم قيام الجريمة أو يؤدي الى تحولها الى جريمة اخرى مختلفة تماما عن الأولى[69]، كما هو الحال في جريمة الرشوة، فالعرض من قبل صاحب المصلحة دون قبول من قبل الموظف أو المكلف بخدمة عامة لا يحقق جريمة الرشوة وانما تكون امام جريمة عرض رشوة.[70]

فالظروف المشددة هي تلك الظروف المحددة بالقانون والمتصلة بالجريمة او بالجاني والتي يترتب عليها تشديد العقوبة المقررة للجريمة الى أكثر من الحد الأعلى الذي قرره القانون، فالظروف المشددة تؤدي الى تشديد العقوبة في الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على ذلك، ولا خيار للقاضي في الامتناع عن تطبيقها او بالتوسع في هذا التطبيق في غير الحالات التي حددها القانون لها شأنها في ذلك شأن الاعذار القانونية المعفية من العقوبة او المخففة لها.[71]

وقد اختلف الفقه الجنائي في تكييف الطبيعة القانونية للظروف المشددة فقد اختلف معيار تحديد ماهية ظروف الجريمة، وتباينت الاتجاهات في تحديد طبيعة تلك الظروف فذهب الاتجاه الأول منها إلى القول باستقلال الظروف عن الأنموذج القانوني للجريمة بمعنى أن الجريمة قد تقترن بظروف تشكل نموذجاً إجرامياً مستقلاً عن نموذج الجريمة

البسيطة، المجردة من تلك الظروف، ومن أنصار هذا الاتجاه كل من الفقيهين الايطاليين "غالو"، وسباتيني".[72] وذهب الاتجاه الثاني إلى القول بتبعية الظروف لشق التكليف، اي أن الظروف المشددة المقترنة بالجريمة لا تشكل جريمة جديدة، ولكن تتبع في وجودها النموذج البسيط للجريمة التي تقترن بها، أي إن الظروف المشددة تعد تابعة لشق التجريم لنموذج الجريمة، ومن أنصار هذا الاتجاه "سانتورو" و "غرسبيني". وفي رأيهما يقوم الظرف بوظيفة أساسية تتجسد في تحديد مدى التعديل الذي يطرأ على الجزاء، وبالتالي يخضع الظرف المشدد لمبدأ الشرعية.[73]

بينما ذهب اتجاهٌ ثالث الى تبعيتها لشق الجزاء، ويرى أنصار هذا الاتجاه ان الظروف المشددة تتبع النموذج البسيط للجريمة، ولكن تبعيتها ليست لشق التجريم، وإنما لشق العقاب او الجزاء، فتؤثر الظروف في الجانب العقابي للجريمة، لأنها تجسد جسامة الاعتداء على المصلحة التي أراد القانون لها الحماية.[74]

ورأى اتجاه رابع إلى القول بتأثر الظروف المشددة بالأنموذج الإجرامي ككل، فيرى أصحاب هذا الاتجاه، أن الظروف المشددة هي وسائل للصياغة التشريعية وأنها تجسد الحماية التي فرضها القانون على مصلحة معينة وهي لا تقتصر على أحد عنصري النموذج الإجرامي بصورة مستقلة؛ بل إنها تدخل على النموذج الإجرامي وتؤثر فيه ككل، مما يعني ان تصبح الجريمة المقترنة بظرف مشدد شكلاً جديداً للجريمة التي يسعى النموذج القانوني لحماية مصلحة محددة من خلالها.[75]

فيما ذهب الرأي الخامس إلى القول بأن الظروف عبارة عن وقائع قانونية مشدّدة وهذا الرأي قديم بقدم ظهور نظرية الوقائع القانونية الجزائية وقد ذهب اليه الفقه الروماني، وتعد الظروف المشددة وفقا لهذا الاتجاه بأنها حجج الوقائع المادية التي ينتج عنها أثاراً قانونية، وهي اما وقائع الطبيعية، او وقائع التبعية.[76]وقد تأثر بهذا الاتجاه جانب من الفقه الإيطالي وقد اسهمت نظرية الوقائع الجزائية في تأصيل العديد من المشكلات القانونية، سيما كشف الطبيعة القانونية لظروف الجريمة.[77] وينص القانون على الظروف المشددة العامة[78] بشكل محدد وعلى سبيل الحصر وتسري بالنسبة الى جميع الجرائم.[79]

وقد نص المشرع على عد استغلال الجاني صفته الوظيفية ظرفا مشددا عاما يشدد العقاب في جميع الجرائم ويرجع تشديد العقوبة بناء على الصفة الوظيفية الى الخطورة الاجرامية التي تنبعث من الجاني في حالة ارتكابه الجريمة بسبب أن الصفة الوظيفية تسهل ارتكابه الجريمة اذ يصبح ارتكابها أكثر يسراً مما لو ارتكبها الشخص العادي، مما يعني ان ظرف الصفة الوظيفية ظرفا شخصيا وليس ظرفا موضوعيا كونه يرجع الى صفة معينة في شخص الجاني. والى جانب ذلك تعد الصفة الوظيفية ظرفا مشددا خاصا في بعض الجرائم وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني/ تطبيقات التشديد المتعلقة بالصفة الوظيفية

أورد المشرع الكثير هي النصوص التي تجعل من صفة "الموظف او المكلف بالخدمة العامة" ظرفا مشددا[80]، بحيث يصح القول على الأقل بالنسبة للمصالح المحمية ذات الأولوية، أن هناك قناعة من طرف المشرع تتمثل في أنه خارج المجالات الخاصة بانحراف الموظف تشكل الصفة الوظيفية ظرفا يؤسس عليه التشديد في أنواع مختلفة من السلوك[81] وعلة ذلك ما تجسده الصفة من تعميق لخطورة الوضعية الإجرامية، شأنها في ذلك شأن بقية الظروف المشددة الأخرى.

والواقع أن تشديد العقوبة يشترط على الأقل هامشا إضافيا من الخطورة لا يمكن بأية حال أن يتم حصره بوضع محدد نظرا لاختلاف فرص تأزيم الوضعية الإجرامية باختلاف المجال الوظيفي، وهذه القناعة تقودنا إلى إقرار حقيقة مفادها أن أساليب التشديد التي تلتصق بالصفة الوظيفية لا بد وأن يكون لها من المرونة ما يكفي لتتبع انحراف الموظف في

كل واقعة يظهر فيها احتمال تراجع ادوات الزجر عن تحقيق الغرض المتوخى منها، مما فرض على المشرع احتواء كثير من مجالات التجريم؛ كالاعتداء على الأشخاص، الاعتداء على الأموال، جرائم العرض وغيرها، مما يجسد وبشكل واضح مظاهر التشديد الذي يلحق بالصفة الوظيفية من جانب المشرع[82]، مما دفعه إلى اعتبارها ظرفا مشددا في جانب الموظف عند ارتكابه لجرائم تصنف مبدئيا ضمن جرائم الشخص العادي.

ولكن علة التشديد المقترنة بالصفة الوظيفية هي ان يستغل الجاني الثقة العامة التي وضعت فيه، من خلال اخلاله بالواجبات التي عهدت اليه، مما يدل على الخطورة الإجرامية للشخص المعهود بها إليه، ولذلك يلجأ المشرع إلى تشديد العقوبة إذا توافرت تلك الصفة. ومن الجرائم التي يقوم بها الموظف انتهاك حرمة المساكن وتفتيشها من دون مسوغ قانوني، واحتجازه الأشخاص وتوقيفهم، أو ارتكابه السرقة مستغلاً وظيفته، أو استخدام بعض الأشخاص للعمل بحجة المنفعة العامة على غير حقيقة الامر، فضلا عن غير ذلك من الجرائم التي يعد المشرع توافر الصفة الوظيفية في مرتكبها ظرفا مشددا، للمساس الذي يلحق الوظيفة العامة التي يتوجب ان يتصف ممثلوها بالثقة وتنفيذ واجبات الخدمة العامة على أكمل وجه ويتمثل ذلك بإشباع الحاجات العامة، ومن أهمها إشباع حاجة الأمن والاطمئنان على الحقوق والحريات.

ومن تطبيقات ذلك ما جاء في قانون العقوبات العراقي في جنحة اختلاس او إخفاء الوثائق التي تقدم الى المحكمة او أي سلطة من سلطات التحقيق فقد عَدّ جريمة ذو الصفة الوظيفية جناية بحيث يتغير وصف جريمة اختلاس او اخفاء او اتلاف او تغيير وثيقة أو مبرزا او أي مادة جرمية مقدمة الى محكمة او سلطة من سلطات التحقيق بحيث تغير وصف الجريمة من جنحة إذا كانت صادرة من شخص عادي الى جناية إذا كانت صادرة من موظف او مكلف بخدمة عامة إذا عهدت اليه تلك الأشياء بحكم عمله.[83]

واتصالا بذلك يتغير وصف الجريمة بناءً على التشديد المرتبط بالصفة الوظيفية في جريمة إذاعة وقائع ملفقة او مزاعم كاذبة تؤدي الى هبوط قيمة أوراق النقد الوطني فتعد الجريمة جنحة اذا صدرت عن شخص عادي، بينما تعد جناية عقوبتها السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات اذا ارتكبها موظف او مكلف بخدمة عامة له صلة بتداول النقد او السندات.[84]

فضلا عن ذلك تعد الصفة الوظيفية ظرفا مشددا في جرائم الاغتصاب واللواط وهتك العرض، فاذا كان الجاني في تلك الجرائم من الموظفين او المكلفين بخدمة عامة او من رجال الدين او الأطباء واستغل مركزه او مهنته او الثقة به فتشدد العقوبة لتصل الى الإعدام، والحكمة من التشديد هذه الصورة تكمن في أن صفة الجاني قد سهلت عليه مهمة القيام بالفعل[85]، وبذلك يجب أن تكون لصفته صلة في ارتكاب الفعل، بمعنى أنه يجب أن تكون أعمال وظيفته أو مهنته هي التي سهلت له القيام بالركن المادي للجريمة مستغلا بذلك مركزه الذي يحوله إياه طبيعة عمله ومهنته.[86]

ومن التطبيقات ذات الأهمية في مجال تشديد الجرائم المرتكبة من قبل ذوي الصفة الوظيفية ما أورده المشرع العراقي من تشديد في جريمة السرقة اذا صدر فعلها المادي من ذي صفة وظيفية سيما مع المفهوم الواسع الذي تبناه المشرع في تعريف ذو الصفة الوظيفية[87]، فمفهوم السلطة الوظيفية من الجانب التشريعي يوحي بنوع من التوسع مما يوجب التوسع في مجال التشديد ليرقى إلى المفاهيم الشمولية التي تحقق الزجر ضد الشخص المكلف بمهمة مرفق عام اذا ما سهلت وظيفته ارتكابه جريمة السرقة وذلك ما ينسجم مع إرادة المشرع التي تتجه بالأساس إلى تشديد العقوبة بحق الأشخاص المكلفين بالخدمة العامة سواء كانوا موظفين او غيرهم.[88]

يستخلص مما تقدم ان المشرع قد جعل من الصفة الوظيفية ظرفا مشددا عاما تارة وظرفا مشددا خاصا يلحق البنيان القانوني لبعض الجرائم تارة أخرى وذلك يجسد توجه المشرع لتفعيل الجانب الزجري على هذه الصفة، ووضع

صيغة مختلفة لغرض تحديد الصفة العامة المشددة للجريمة تتبع شخص مرتكبها كونها قد تم ارتكابها من طرف شخص مؤتمن على السلطة العامة ومكلف بمهمة مرفق عام.

الخاتمة

بعد ان فرغنا من بحثنا الموسوم " أثر الصفة الوظيفية في الاباحة والتجريم في ضوء قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل" بمنة الله تعالى وفضله، آثرنا ان نجمل مضمون ما توصلنا اليه من نتائج، وصفوة ما نرتأيه من توصيات بالآتي:

اولاً: الاستنتاجات:

1- إن المشرع واعي للدور الاستراتيجي الذي تضطلع به القاعدة الجنائية كأداة زجرية فاعلة يمتد أثرها الى جميع فروع القانون، سيما القوانين الإدارية مما دفعه الى تنظيم العديدة من الاحكام المتعلقة بالوظيفة العامة في قواعد قانونية تنطوي على جزاء يعيد المعادلة الى نصابها في حال انحراف ذوي الصفة الوظيفية عن واجباتهم.
2- ان أسباب التبرير او أسباب الاباحة هي ظروف موضوعية ترتبط بماديات السلوك والركن المادي للجريمة، ويعد انتفاء أسباب الإباحة عنصراً يقوم عليه الركن الشرعي للجريمة.
3- يعد أداء الواجب سببا من أسباب الاباحة وقد وردت احكام أداء واجب ذوي الصفة الوظيفية في قانون العقوبات العراقي.
4- الحالات التي يباح فيها فعل ذوي الصفة الوظيفية هي حالتين: الأولى تتمثل بالعمل الذي يقوم به الموظف والمكلف بخدمة عامة بالعمل المشروع، والثانية تنفيذه لأمر القانون بواسطة السلطة ويتمثل بالعمل غير القانوني غير المشروع.
5- ان الغلط والجهل في تصور اباحة ذوي الصفة الوظيفية يمكن ان ينفي المسؤولية الجنائية بشرط ان يستند إلى حسن النية.
6- يعد اداء الواجبات الوظيفية سببا للإباحة متى ما تم في حدود القانون وتجاوز حدوده يؤدي الى قيام المسؤولية الجنائية على ذوي الصفة الوظيفية.
7- تؤثر الصفة الوظيفية التجريم فأما ان يبنى عليها الانموذج القانوني للجريمة أي تكون ركنا خاصا فيها، أو قد تؤثر الصفة الوظيفية في العقوبة بأن تكون ظرفا مشددا فيها.
8- المصلحة المعتبرة في اشتراط الصفة الوظيفية في بعض الجرائم المصلحة تتجسد في ضرورة حماية أمانة الوظيفة العامة.
9- المشرع عد استغلال الجاني صفته الوظيفية ظرفا مشددا عاما يشدد العقاب في جميع الجرائم وذلك للخطورة الاجرامية التي تنبعث من الجاني في حالة ارتكابه الجريمة بسببها.

ثانياً: المقترحات:

1- نقترح على المشرع ان يوجد مصطلحا موحدا لمدلول (ذوي الصفة الوظيفية) فمن خلال المادة 2/19 عقوبات استخدم المشرع مصطلح (المكلف بخدمة عامة) للدلالة على صفة (الموظف) بينما استخدم مصطلح (الموظف او المكلف بخدمة عامة) في بقية المواد في متن قانون العقوبات.
2- نقترح ضرورة تعديل النصوص العقابية التي تتناول الجرائم المخلة بالوظيفة العامة والتي يتضمنها قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وذلك بما يتناسب مع تطور الوسائل التي باتت تُتبع في ارتكاب الجرائم الوظيفية مما

يستلزم ضرورة التعديل الذي يضمن تدخل قانون العقوبات في تطهير الحياة العامة سيما الوظيفة العامة التي هدفها المصالح الحيوية للمجتمع.

3- نقترح على المشرع ضرورة تعديل القوانين التي تنظم احكام انضباط موظفي الدولة والقطاع العام بحيث تتكامل مع القانون العقابي لتشكّل نظاما قانونيا تكامليا تتناسق بموجبه القواعد القانونية الجنائية مع التشريعات الادارية لضمان عدم انحراف ذوي الصفة الوظيفية.

4- نوصي بضرورة تشديد عقوبة ذو الصفة الوظيفية الذي يمثل السلطة العامة ويرتكب جريمة القبض على شخص أو حبسه أو حجزه في غير الاحوال التي ينص عليها قانون العقوبات في المادة 322 بحيث تصبح جناية عقوبتها السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات.

5- في ظل التوجه الحكومي الجديد في مجال مكافحة الفساد وانسجاما مع انضمام العراق عام 2007 الى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 نقترح تشديد الرقابة على تعيين ذوي الصفة الوظيفية في وظائف الدرجات الخاصة وتفعيل مضمون نصوص أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم 55 لسنة 2004 الذي عُدّلت بموجبه المادة 136 عقوبات بإضافة الفقرة رابعا ومفادها ابعاد ذو الصفة الوظيفية عن الوظيفة نهائيا في حال ارتكاب إحدى جرائم الفساد وذلك بالتنسيق مع الهيئات الرقابية المختصة.

هوامش البحث

(1) تعرف أسباب الإباحة بانها حالات انتفاء الركن الشرعي للجريمة بناء على قيود ترد على نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال، وينحصر الدور القانوني لسبب الإباحة في اخراج الفعل من نطاق نص التجريم وخلع الصفة غير المشروعة عنه ورده الى أصله من المشروعية، ينظر في تفصيل ذلك: د. ماهر عبد شويش، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الموصل، العراق،1990 ، ص.322 و325.

(2) د. محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية - النظرية العامة للإباحة، المطبعة العالمية، القاهرة، .1962، ص14

(3) يعد ذلك ارتكابا لجريمة انتهاك حرمة المسكن وفق المادة 428/أ من قانون العقوبات العراقي.

(4) ومن تطبيقاته ما نصت عليه المادة 2/370 التي نصت على يعاقب بالحبس ... من امتنع او توانى بدون عذر عن اغاثة ملهوف في كارثة او مجني عليه في جريمة وبذلك فإباحة دخول المنزل بدون اذن جاءت تنفيذا" لحكم القانون في إطار أداء الواجب. أكرم نشأت، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، بغداد ، مطبعة الفتيان ، 1998 ، ص 136 . د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد ،ج1 ، بغداد ، مطبعة المعارف ، 1970 ، ص320. د. سامي النصراوي / المبادئ العامة في قانون العقوبات ، بغداد ، مطبعة دار السلام ، 1977 ، ص 146.

(5) د. محمود سليمان موسى قواعد التجريم واسباب الاباحة دراسة مقارنة في التشريعات العربية، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية 2012 ص335.

(6) MERLE Roger et VITU André, Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit., P. 206.

(7) استخدم المشرع العراقي مصطلح المكلف بالخدمة العامة الذي شمل في نطاقه الموظف العام، ينظر نص المادة 19/ 2 من قانون العقوبات العراقي.

(8) د. محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام سنة 1969 ص354.

(9) د. اسحق ابراهيم منصور، ممارسة السلطة واثارها في قانون العقوبات، القاهرة 1974 ص139.

(10) د . عوض محمد عوض قانون العقوبات - القسم العام ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1998 ، ص 110

(11) د. اكرم نشأت ابراهيم : موجز االاحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ،1969 ص56

(12)MERLE Roger et VITU André, Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. Paris : Éditions Cujas; 1981, P. 230

(13)DRISSI ALAMI MACHICHI Mohamed- Manuel de droit pénal général- Les Edition maghrebines, Casablanca, 1974,p23.

(14) PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel, Droit pénal spécial, Paris, Ed. CUJAS, 1995, P. 268

(15) د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، 1982، ص254.

(16) د. محمود سليمان موسى قواعد التجريم واسباب الاباحة دراسة مقارنة في التشريعات العربية، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية 2012 ص342.

(17) فخري عبد الرزاق الحديثي : شرح قانون العقوبات - القسم العام ،

(18) د. فوزية عبد الستار : شرح قانون العقوبات القسم العام , دار النهضة العربية , القاهرة , 1987 ,ص117

(19) د. اكرم نشأت ابراهيم : موجز الاحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ،1969 ص56.

(20) فخري عبد الرزاق الحديثي : شرح قانون العقوبات - القسم العام، المصدر السابق ص 122

(21) علي حسين الخلف و د. سلطان الشاوي : المصدر السابق ، ص 256

(22) د. محمود سليمان موسى، المصدر السابق ص 347.

(23) د. حكمت موسى سلمان ، طاعة الأوامر و اثرها في المسؤولية الجزائية / دراسة مقارنة، ط1 بغداد، ،1987 ص 80.

(24) د. محمد محمد مصباح القاضي، مبدأ حسن النية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1997، القاهرة، ص152.

(25) د. جلال ثروت، شرح قانون العقوبات/ القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص 286.

(26) د. محمود سليمان موسى، المصدر السابق ص 348.

(27) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات/ القسم العام النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص256

(28) د. علي بدوي، الاحكام العامة في القانون الجنائي، ج1، مطبعة البدوي ، القاهرة ، 1938، ص345 . و د.علي راشد، مبادئ القانون الجنائي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974، 410. د. محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط 8 ، القاهرة،1971، ص80 .

(29) د. محمود نجيب حسني النظرية العامة للقصد الجنائي دار النهضة العربية القاهرة 1974 ص87

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

(30) د. محمود نجيب حسني – أسباب الإباحة في التشريعات العربية – النظرية العامة للإباحة – المطبعة العالمية / القاهرة – 1962 – ص 34 ومابعدها.

(31) د. سامي النصراوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ج 1 الجريمة، مطبعة دار السلام، بغداد، 1977، ص142. و د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي، المصدر السابق، ص 247

(32) د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1997 ، ص177. د.كامل السعيد ، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2002 ، ص132 .

(33) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني/القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1998، ص 251.

(34) د.فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المكتبة القانونية ، بغداد، 2007، ص108.

(35) د. محمد زكي محمود، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2007 ، ص283

(36) د. علي أحمد راشد، القانون الجنائي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص365.

(37) ذهب أنصار نظرية الأركان السلبية للجريمة الى هذا الرأي، مزيدا من التفاصيل ينظر: - د. ضياء الدين مهدي الصالحي – أسباب الاباحة والجهل والغلط بها في القانون العراقي والألماني-بحث منشور في مجلة القانون المقارن العراقية-العدد/22-السنة/1990.ص 124- 126.

(38) نادى بهذا الرأي انصار نظرية المسؤولية المقيدة، ينظر في ذلك: د. رمسيس بهنام – النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 363. د. ابراهيم زكي أخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة،1969، ص 183. د. ضياء الدين مهدي الصالحي، المصدر السابق، ص 128.

(39) د. السعيد مصطفى السعيد، الاحكام العامة في قانون العقوبات، المطبعة العالمية، القاهرة،1953 ، ص182. د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي، المصدر السابق، ص 248.

(40) د. محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات - القسم العام، ط 3، 1973 ، المصدر السابق، ص 166.

(41) محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربي، القاهرة 1967، ص267.

(42) د. رمسيس بهنام-نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعيا وتطبيقيا، منشأة المعارف، الأسكندرية، 1971 – ص 364.

(43) محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربي، القاهرة 1967، ص285. مجيد خضر احمد عبد الله، نظرية الغلط في قانون العقوبات ـ دراسة مقارنة ـ ، أطروحة دكتوراه، كلية القانون / جامعة بغداد، 2003، ص271 وما بعدها.

(44) د. رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، ص.299 د. محمد عوض، قانون العقوبات – القسم العام، ، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية 1985 ، ص91

(45) د. عبود السراج/ قانون العقوبات-القسم العام ، دمشق ، جامعة دمشق،2000،ص354 .

(46) د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، السلطة الشرطية ومناط شرعيتها جنائيا" واداريا" ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، 1973 ، ص423 . د. عبدالحميد الشواربي اذن التفتيش في ضوء القضاء والفقه ،الاسكندريه ، منشأة المعارف ،دون تاريخ ،ص157.

(47) تنص المادة 322 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس كل موظف او مكلف بخدمة عامة قبض على شخص او حبسه او حجزه في غير الاحوال التي ينص عليها القانون..." وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في العراق اذ ادانت ضابط استخبارات مكافحة اجرام اليرموك على وفق المادة 410 من قانون العقوبات العراقي لقيامه بتعذيب المجني عليه كما حكمت على بقية المتهمين من افراد مفرزة المكافحة على وفق المادة 332 بدلالة المواد 49/48/47 من قانون العقوبات العراقي لثبوت استعمالهم القوة مع المجني عليه بضربه بأعقاب البنادق والمسدسات التي يحملونها معهم، ينظر قرار محكمة التمييز /1438/ الهيئة الجزائية الثانية/98 في 1998/5/30غير منشور.

(48) د. محمد زكي ابو عامر/الحماية الجنائية للحريات الشخصية،الإسكندرية ،منشأةالمعارف ،1979 ،ص113. علي حسن الشرفي / شرح الاحكام العامة في التشريع العقابي اليمني ، ج1 – النظرية العامة للجريمة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1992 ، ص190 وما بعدها .

(49) د. آمال عثمان، النموذج القانوني للجريمة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 14، العدد الأول لعام 1972، ص248 وما بعدها.

(50) يتجه بعض الفقه الى ان السلوك المرتكب يستلزم لاعتباره جريمة معاقب عليها ان يتحقق فيه الركن الشرعي ويعني ذلك ان يخضع السلوك لنص التجريم أي توفر الصفة غير المشروعة للفعل. د. محمود سليمان موسى قواعد التجريم واسباب الاباحة المصدر السابق، ص17، ص 22. د. محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي مبادئه العامة ونظرياته الأساسية/ دراسة مقارنة، المطبعة العالمية، القاهرة 1976 ص503 وما بعدها.

(51) د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، 1967، ص259.

(52) د. آمال عثمان، النموذج القانوني للجريمة، المصدر السابق ص210.

(53) د. عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص32.

(54) د. مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات / القسم العام، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة،١٩٩٠، ص435.

(55) عرف الفقيه ما نزيني الركن المفترض بأنه عنصر أو ظرف إيجابي أو سلبي يسبق بالضرورة وجود الجريمة أو الواقعة. ينظر في تفصيل ذلك: د. حسنين ابراهيم عبيد، مفترضات الجريمة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العددان 3- 4 ، 1979، ص536 وما بعدها. . عادل عازر، النظرية العامة في في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967، ص 23 وص212.

(56) د. رمسيس بهنام - الجريمة والمجرم والجزاء ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢، ص ٣١٦. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، المصدر السابق، ص259.

(57) تنص المادة 251 من قانون العقوبات العراقي على ان "شهادة الزور هي أن يعمد الشاهد بعد أدائه اليمين القانونية أمام محكمة مدنية أو إدارية أو تأديبية أو أمام محكمة خاصة أو سلطة من سلطات التحقيق إلى تقرير الباطل او انكار حق او كتمان كل او بعض ما يعرفه من الوقائع التي يؤدي الشهادة عليها". مما يعني ان القانون اشترط لوقوع الجريمة مركزا قانونيا معينا يتمثل بوجود دعوى امام محكمة مدنية او إدارية او غيرها.

(58) د. رمسيس بهنام – النظرية العامة للقانون الجنائي، المصدر السابق، ص558.

(59) د. نوفل علي عبد الله الصفو، ماهية مفترضات الجريمة، بحث منشور في مجلة الامن والقانون/ كلية شرطة دبي، مجلد 25، ع2، 2017 ص358.

(60) د. عادل عازر، مفهوم المصلحة القانونية، المجلة الجنائية القومية، العدد الثالث نوفمبر، 1972، ص396.

(61) غالب قرقز، المسؤولية الجزائية للموظف العام عن تجاوز أداء الواجب/ دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية/ الاردن، كلية القانون، 2013، ص2.

(62) د. فتوح عبد الله الشاذلي: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، مرجع سابق. 97 د. مأمون محمد سلامة قانون العقوبات - القسم الخاص، ج1، مرجع سابق 82.

(63) أصدرت سلطة الائتلاف المؤقتة في العراق الأمر رقم 55 لسنة 2004 المنشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 3981، ايار 2004 الخاص بإنشاء مفوضية عراقية معنية بالنزاهة العامة، وإن القسم 2/4/ 1 من الأمر قد أطلق وصف جرائم الفساد على الجرائم المخلة بالوظيفة العامة، المنصوص عليها في المواد من 307-341 عقوبات عراقي.

(64) د. مأمون محمد سلامة قانون العقوبات - القسم الخاص، ج1، مرجع سابق 82

(65) المواد 229- 232 عقوبات عراقي نظمت احكاما للحماية الجنائية للموظف العام، د. زهراء حاتم عبد الكاظم، الحماية الجنائية الموضوعية للموظف العام، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 29/ العدد 7/ 2021، ص 167 وما بعدها.

(66) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات/ القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩١ ص ٥٥٠.

(67) د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، 1969، ص29 وما بعدها.

(68) حسنين ابراهيم صالح عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، 1970، ص34

(69) د. صباح عريس، الظروف المشددة في العقوبة، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة القانونية، بغداد، 2002، ص39.

(70) المادة 313 من قانون العقوبات العراقي.

(71) د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المصدر السابق، ص445

(72) د. مصطفى عبد المحسن ودهاني عبد المحسن، مبادئ استحقاق العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 213. د. حسنين صالح عبيد النظرية العامة للظروف المخففة، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة كلية الحقوق، المصدر السابق، ص34.

(73) خالص العجيلي، الظروف المشددة للعقوبة، الطبعة الأولى، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009 ، ص 44. د. صباح عريس الظروف المشددة في العقوبة، المصدر السابق ص.30

(74) د. عمار عباس الحسيني، وظائف العقوبة/ دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، 2005، ص 333

(75) د. صباح عريس الظروف المشددة في العقوبة، المصدر السابق ص 31

(76) د. بكر عبد الفتاح السرحان، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2010، ص 297. د. محمد حسين منصور، نظرية القانون الدار الجامعية الجديدة للنشر، القاهرة،2009، ص50.

(77) د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، المصدر السابق، ص 25. د. مصطفى عبد المحسن ودهاني عبد المحسن، مبادئ استحقاق العقاب، المصدر السابق، ص 216.

(78) يقسم الفقه الظروف المشددة تقسيما تقليديا الة الظروف المشددة العامة والظروف المشددة الخاصة ينظر في تفصيل ذلك: د. صباح عريس، الظروف المشددة في العقوبة، المصدر السابق، ص 24. د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، المصدر السابق، ص 139.

(79) وقد حددتها المادة 135 من قانون العقوبات العراقي في أربعة ظروف وهي: ارتكاب الجريمة بباعث دنيء2.ارتكاب الجريمة بانتهاز فرصة ضعف إدراك المجني عليه او عجزه عن المقاومة في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه.3. استعمال طرق وحشية لارتكاب الجريمة او التمثيل بالمجني عليه.4. استغلال الجاني في ارتكاب الجريمة صفته كموظف او اساءته استعمال سلطته او نفوذه المستمدين من وظيفته.

(80) علي رسن ناصر، نظرية الظروف المشددة في الجريمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ الجامعة الإسلامية، لبنان، 2014، ص 89.

(81) د. جمال إبراهيم الحيدري، الوافي في شرح احكام القسم العام من قانون العقوبات/ الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، ص 1067.

(82) د. واثبة السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مطابع التعليم العالي، بغداد، 1989 ص 39 وما بعدها.

(83) تنص المادة 250 من قانون العقوبات العراقي "يعاقب بالحبس والغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين كل من اختلس او اخفى او اتلف او غير وثيقة او مبرزا او مادة جرمية مقدمة الى محكمة او سلطة من سلطات التحقيق وكان ذلك بقصد تضليل القضاء او سلطة التحقيق، وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات اذا كان الفاعل موظفا او مكلفا بخدمة عامة عهد اليه بتلك الاشياء او اؤتمن عليها بحكم عمله".

(84) تنص المادة 304 من قانون العقوبات العراقي" يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار او بإحدى هاتين العقوبتين كل من اذاع بطريقة من طرق العلانية وقائع ملفقة او مزاعم كاذبة وهو يعلم بتلفيقها او بكذبها وكان من شأن ذلك احداث هبوط في اوراق النقد الوطني او اضعاف الثقة في نقد الدولة او سنداتها او اية سندات اخرى ذات علاقة بالاقتصاد الوطني او الثقة المالية العامة.... وإذا ارتكب الجريمة موظف او مكلف بخدمة عامة له صلة بتداول النقد او السندات ... فاذا اجتمع هذان الظرفان المشددان تكون عقوبة الموظف او المكلف بالخدمة العامة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات".

(85) د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات/ القسم الخاص/ الطبعة الثانية، جامعة الموصل، العراق، 1997، ص109.

(86) تنص مادة 393 من قانون العقوبات العراقي "يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت كل من واقع انثى بغير رضاها او لاط بذكر او انثى بغير رضاه او رضاها. 2-يعتبر ظرفا مشددا اذا وقع الفعل في احدى الحالات التالية: ج – اذا كان الفاعل من الموظفين او المكلفين بخدمة عامة او من رجال الدين او الاطباء واستغل مركزه او مهنته او الثقة به".

(87) تنظر المادة 2/19 من قانون العقوبات العراقي.

(88) تنص المادة 444 من قانون العقوبات العراقي على: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس على السرقة التي تقع في احد الظروف التالية: ..... ثامنا – اذا ارتكبت من موظف او مكلف بخدمة عامة اثناء تأدية عمله او من شخص انتحل صفة عامة او ادعى انه قائم او مكلف بخدمة عامة".

المصادر

أولا: الكتب:

1- د. ابراهيم زكي أخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة،1969.
2- د. اسحق ابراهيم منصور، ممارسة السلطة واثارها في قانون العقوبات، القاهرة 1974.
3- د. اكرم نشأت ابراهيم، موجز الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، مطبعة المعارف، بغداد،1969.
4- د. أكرم نشأت، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، بغداد، مطبعة الفتيان، 1998.
5- د. السعيد مصطفى السعيد، الاحكام العامة في قانون العقوبات، المطبعة العالمية، القاهرة،1953.
6- د. بكر عبد الفتاح السرحان، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2010.
7- د. جلال ثروت، شرح قانون العقوبات/ القسم العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989.
8- د. جمال إبراهيم الحيدري، الوافي في شرح احكام القسم العام من قانون العقوبات/ الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012.
9- د. حكمت موسى سلمان، طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية / دراسة مقارنة، ط1 بغداد، ،1987.
10- د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، ج1، بغداد، مطبعة المعارف، 1970.
11- د. رمسيس بهنام - الجريمة والمجرم والجزاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٢.
12- د. رمسيس بهنام – النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
13- د. رمسيس بهنام-نظرية التجريم في القانون الجنائي، معيار سلطة العقاب تشريعيا وتطبيقيا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.
14- د. سامي النصراوي / المبادئ العامة في قانون العقوبات، بغداد، مطبعة دار السلام، 1977.
15- د. صباح عريس، الظروف المشددة في العقوبة،الطبعة الأولى، منشورات المكتبة القانونية، بغداد، 2002.
16- د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، 1967.
17- د. عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
18- د. عبد الحميد الشواربي، اذن التفتيش في ضوء القضاء والفقه، الإسكندرية، منشأة المعارف، دون تاريخ.
19- د. علي أحمد راشد، القانون الجنائي، ط2 دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
20- د. علي بدوي، الاحكام العامة في القانون الجنائي، ج1، مطبعة البدوي، القاهرة، 1938.
21- د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، الكويت، 1982.
22- د. عوض محمد عوض قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1998
23- د. فخري عبد الرزاق الحديثي : شرح قانون العقوبات - القسم العام.
24- د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
25- د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، السلطة الشرطية ومناط شرعيتها جنائيا" واداريا"، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1973.
26- د. مأمون محمد سلامة قانون العقوبات - القسم الخاص.
27- د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات/ القسم العام، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩١

28- د. ماهر عبد شويش، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الموصل، العراق،1990 ،
29- د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات/ القسم الخاص/ الطبعة الثانية، جامعة الموصل، العراق، 1997.
30- د. محمد حسين منصور، نظرية القانون الدار الجامعية الجديدة للنشر، القاهرة،2009.
31- د. محمد زكي ابو عامر/الحماية الجنائية للحريات الشخصية الإسكندرية، منشأة المعارف، 1979.
32- د. محمد زكي محمود، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2007.
33- د. محمد عوض، قانون العقوبات – القسم العام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1985.
34- د. محمد محمد مصباح القاضي، مبدأ حسن النية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1997، القاهرة.
35- د. محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي مبادئه العامة ونظرياته الأساسية/ دراسة مقارنة، المطبعة العالمية، القاهرة 1976.
36- د. محمود سليمان موسى قواعد التجريم واسباب الاباحة دراسة مقارنة في التشريعات العربية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 2012.
37- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 8، القاهرة،1971.
38- د. محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام سنة 1969.
39- د. محمود نجيب حسني – أسباب الإباحة في التشريعات العربية – النظرية العامة للإباحة – المطبعة العالمية / القاهرة – 1962.
40- د. محمود نجيب حسني النظرية العامة للقصد الجنائي دار النهضة العربية القاهرة 1974
41- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني/القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1998.
42- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات/ القسم العام النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، .
43- د. مصطفى عبد المحسن ودهاني عبد المحسن، مبادئ استحقاق العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
44- د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997.
45- د. واثبة السعدي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مطابع التعليم العالي، بغداد، 1989.
46- د.عبود السراج/ قانون العقوبات-القسم العام ، دمشق ، جامعة دمشق،2000.
47- د.فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المكتبة القانونية ، بغداد، 2007.
48- د.كامل السعيد ، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
49- علي حسن الشرفي / شرح الاحكام العامة في التشريع العقابي اليمني ، ج1 – النظرية العامة للجريمة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1992.
50- محامي خالص العجيلي، الظروف المشددة للعقوبة، الطبعة الأولى، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009 .
51- محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربي، القاهرة 1967.

ثانياً : الرسائل والاطاريح:

1- د.حسنين ابراهيم صالح عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، 1970.
2- د. عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، 1969.

3- د. عمار عباس الحسيني، وظائف العقوبة/ دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، 2005.
4- علي رسن ناصر، نظرية الظروف المشددة في الجريمة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق/ الجامعة الإسلامية، لبنان، 2014.
5- غالب قرقز، المسؤولية الجزائية للموظف العام عن تجاوز أداء الواجب/ دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية/ الاردن، كلية القانون، 2013.
6- مجيد خضر احمد عبد الله، نظرية الغلط في قانون العقوبات ـ دراسة مقارنة ـ ، أطروحة دكتوراه، كلية القانون / جامعة بغداد، 2003.

ثالثاً : البحوث والمقالات:

1- د. آمال عثمان، النموذج القانوني للجريمة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، السنة 14، العدد الأول لعام 1972.
2- د. حسنين ابراهيم عبيد، مفترضات الجريمة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، العددان 3-4، 1979 .
3- د. زهراء حاتم عبد الكاظم، الحماية الجنائية الموضوعية للموظف العام، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 29/ العدد 7/ 2021،
4- د. ضياء الدين مهدي الصالحي – أسباب الاباحة والجهل والغلط بها في القانون العراقي والألماني-بحث منشور في مجلة القانون المقارن العراقية/ جامعة ديالى-العدد/22-السنة/1990.
5- د. عادل عازر، مفهوم المصلحة القانونية، بحث منشور المجلة الجنائية القومية، جامعة القاهرة، العدد الثالث نوفمبر، 1972.
6- د. نوفل علي عبد الله الصفو، ماهية مفترضات الجريمة، بحث منشور في مجلة الامن والقانون/ كلية شرطة دبي، مجلد 25، ع2، 2017.

رابعاً : المصادر الأجنبية:

1- MERLE Roger et VITU André, Traité de droit criminel,Droit pénal spécial op. Paris : Éditions Cujas; 1981.
2- DRISSI ALAMI MACHICHI Mohamed- Manuel de droit pénal général- Les Edition maghrebines, Casablanca, 1974.
3- PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel, Droit pénal spécial, Paris, Ed. CUJAS, 1995.