

**الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية-\*****د. أحمد مصطفى علي****مدرس القانون الجنائي****كلية القانون والسياسة/ جامعة نوروز****د. دلشاد عبد الرحمن يوسف****مدرس القانون الجنائي****كلية القانون والسياسة/ جامعة نوروز****المستخلص**

ان عملية وضع و صياغة نصوص التجريم في اطار التشريعات الجنائية هي عملية غاية في التعقيد والصعوبة، خصوصاً وان هذه النصوص محكومة بمبدأ الشرعية الجنائية "لا جريمة ولا عقوبة الا بنص" لذا يكون واضعي مثل هذه النصوص امام تحدي واقعي كبير وهو جعل نصوص التجريم مستوعبة لما يمكن ان يطرأ في المجتمع من تطور في ميدان العلوم والتكنولوجيا والحياة وتنوع الجرائم تبعاً لذلك، ومن هنا كان المشرع الجزائري بحاجة الى ادوات للسياغة التشريعية السليمة التي تبعد نص التجريم عن مشكلة الجمود والتي قد يفرزها مبدأ الشرعية الجنائية، ومن ابرز هذه الادوات ترك منطقة فراغ تشريعي في القاعدة الجنائية الايجابية تمكن القاضي من اعطاءها مجالاً استيعابياً تشمل به صور عديدة من السلوك لم ترد الى ذهن المشرع وقت وضع تلك النصوص.

**Abstract**

The process of drafting criminalization within the framework of criminal legislation is one of the most complicated processes, as these provisions are governed by the principles of criminal legislation and no crime and no punishment without law. Therefore, the author of these provisions faces many challenges in making such provisions relevant to nowadays developments in science and technology and life and the diversity of crimes accordingly. Hence, the penal legislator needs to enact new relevant provisions that distinguish the provisions of criminalization from the inertia that may be produced by the principle of criminal legitimacy. The most prominent tool is leaving a legislative vacuum in the positive criminal base which will possibly give the judge more area of understanding that.

**المقدمة****أولاً: التعريف بموضوع البحث:**

قواعد التجريم والعقاب في اطار التشريع الجزائري محكومة بمبدأ الشرعية الجنائية، فلا جريمة ولا عقوبة الا بنص، وبالتالي ليس للقاضي ان يخلق جرائم او يقرر عقوبات جديدة، ومن هنا ذهب جانب من فقهاء القانون الجزائري الى القول ان مثل هذا المبدأ يفرز ازمة في اطار هذا التشريع وهي جمود النص الجنائي وعدم قدرته على مواكبة التطورات التي تحدث في المجتمع وما يبتدعه المجرمون من صور جديدة للسلوك الاجرامي لم ترد الى ذهن المشرع وقت وضع وصياغة نص التجريم.

(\*) أستلم البحث في ٢٠١٨/٢/١٨ \*\*\* قبل للنشر في ٢٠١٨/٢/٢٧.

ومن هذا المنطلق فان المشرع: وهو بصدد صياغة نصوص التجريم يحتاج الى الاستعانة ببعض الادوات لتجاوز مشكلة جمود النص الجنائي، ومن اهم وابرز هذه الادوات ترك منطقة فراغ تشريعي في اطار نص التجريم يمكن القاضي الجنائي من خلالها اعطاء ذلك النص مجالاً استيعابياً يشمل صوراً من السلوك لم يذكرها النص صراحة اما لانها لم ترد الى ذهن المشرع وقت وضع ذلك النص او لانها الصياغة التشريعية لا تسمح باللجوء الى الاسهاب في مضمون النص، ولكنها تحقق العدوان على ذات المصلحة المحمية بموجب ذلك النص، وتحقق ذات النتيجة الاجرامية.

#### ثانياً: هدف البحث:

تهدف هذه الدراسة الى تسليط الضوء على احدى ادوات الصياغة التشريعية للنصوص الجنائية والتي تتمثل بـ (الفراغ التشريعي)، لبيان دورها في اضعاف نوع من المرونة على نصوص التجريم وجعلها مستوعبة لصور عديدة من السلوك الاجرامي، سيما في اطار نصوص التجريم التي يكون المشرع في اطارها (قد قال أقل مما يريد)، ذلك كله بغية تجاوز ازمة جمود نصوص التجريم.

#### ثالثاً: نطاق البحث:

ينحصر نطاق هذه الدراسة على بحث فكرة الفراغ التشريعي في اطار القواعد الجنائية الايجابية من قانون العقوبات، اي القواعد المتعلقة بالتجريم والعقاب، دون ان يمتد الى القواعد الجنائية السلبية او القواعد الاجرائية في اطار قانون اصول المحاكمات الجزائية.

#### رابعاً: فرضية البحث:

تنطلق هذه الدراسة من فرضية مفادها: إن ترك منطقة فراغ تشريعي في القاعدة الجنائية لا يعد من قبيل النقص او القصور التشريعي، بل يعد اداة من ادوات الصياغة التشريعية السلمية التي تبعد نصوص التجريم عن مشكلة الجمود، مثل هذا الفراغ امر ايجابي اذ يعطي نص التجريم مجالاً استيعابياً يشمل به صوراً من السلوك لم ترد الى ذهن المشرع وقت وضع ذلك النص.

#### خامساً: اشكالية البحث:

تثير هذه الدراسة اشكالية مفادها: هل الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية هو بمثابة نقص او قصور في التشريع؟ ام انه اداة من ادوات الصياغة التشريعية، يستعين بها المشرع الجزائي عند صياغة نصوص التجريم لتفادي مشكلة او ازمة الجمود التي قد يثيرها تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية؟

#### سادساً: منهجية البحث:

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي والتحليلي، وذلك من خلال استقراء نصوص التجريم المتعلقة بموضوع الدراسة، وتحليلها للوقوف على الالية التي اعتمدها المشرع الجزائي في صياغتها ومدى لجؤه الى تطبيق فكرة الفراغ التشريعي في اطارها.

## سابعاً: هيكلية البحث:

بغية الاحاطة بموضوع هذه الدراسة، ارتأينا ان نبثه على وفق الخطة الآتية:

- المبحث الاول: مفهوم الفراغ التشريعي
- المطلب الاول/ التعريف بالفراغ التشريعي
- الفرع الاول/ مدلول الفراغ التشريعي
- الفرع الثاني/ مجال الفراغ التشريعي
- المطلب الثاني/ تمييز الفراغ التشريعي عن بعض المفاهيم الأخرى
- الفرع الاول/ الفراغ التشريعي والنقص في التشريع
- الفرع الثاني/ الفراغ التشريعي والغموض التشريعي
- المبحث الثاني: تطبيقات الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية ووسائل حله
- المطلب الاول/ تطبيقات الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية
- المطلب الثاني/ دور التفسير القضائي في سد الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية

## المبحث الأول

### مفهوم الفراغ التشريعي

تعد القاعدة الجنائية بمثابة الخلية الأولى للنظام القانوني الجنائي في الدولة، وهي المصدر الأساس للتشريع الجنائي، فيها يعبر المشرع الجنائي عن ارادته في تجريم صور معينة من السلوك - فعلاً أو أقتناعاً - ويقرر عقوبات على اتیان المخاطبين بها لتلك الصور من السلوك، وهي بذلك تتكون من شقين وهما التجريم والعقاب.

والقاعدة الجنائية الايجابية بما تتضمنه من تجريم و عقاب ما هي الا برهان من المشرع الجنائي على احترام مبدأ الشرعية الجنائية، وهذه القاعدة هي بمثابة تركيب فني للافصاح عن مضمون هذا المبدأ. فالمشرع الجنائي عندما يلجأ الى القاعدة الجنائية ليعبر بواسطتها عن ارادته في التجريم والعقاب انما يستجيب بذلك الى مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص<sup>(١)</sup>، وهذا يعني ان القاعدة الجنائية هي نتاج قيام المشرع بافراغ محتوى مبدأ الشرعية الجنائية في قالب النص الجنائي<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا الأساس يمكننا القول ان عملية صناعة المشرع الجنائي للقاعدة الجنائية ما هي الا تطبيق لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص.

(١) د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، المطابقة في مجال التجريم-محاولة فقهية لوضع نظرية عامة للمطابقة، ط٢،

النهضة العربية القاهرة، ١٩٩١، ص٣٩.

(٢) المصدر نفسه، ص٤٠.

ولكن تطبيق هذا المبدأ قد يفرز ازمة في النظام الجنائي للدولة مردها جمود النص الجنائي<sup>(١)</sup> ، فكان لا بد للمشرع الجنائي ان يستعين ببعض الادوات وهو بصدد صناعة القاعدة الجنائية ومنها ترك منطقة فراغ تشريعي في القاعدة الجنائية تضيضي عليها نوع من المرونة فتجعلها مستوعبة لجميع المستجدات في المستقبل.

ومن هنا سوف نكسر هذا المبحث للوقوف على مفهوم هذه الاداة من ادوات الصياغة التشريعية للقاعدة الجنائية وذلك مطلبين، على وفق الآتي:

المطلب الاول: التعريف بالفراغ التشريعي

المطلب الثاني: تمييز الفراغ التشريعي عن بعض المفاهيم الاخرى

## المطلب الاول

### التعريف بالفراغ التشريعي

سنكسر هذا المطلب لبيان مدلول الفراغ التشريعي وتحديد مجاله وذلك في فرعين على وفق ما يأتي:

الفرع الاول: مدلول الفراغ التشريعي

الفرع الثاني: مجال الفراغ التشريعي

## الفرع الاول

### مدلول الفراغ التشريعي

سنحاول في هذا الفرع الوقوف على مدلول الفراغ التشريعي تحديد مدلول هذا الفراغ يتطلب الرجوع الى الاصل اللغوي لمصطلح (الفراغ التشريعي) اولاً: ومن ثم الوقوف على معناه الاصطلاحي، على وفق الآتي:

اولاً: الفراغ التشريعي لغة:

(فَرَّغَ) أَصْ صحیح يدل على خُلُو (وَسَعَة) ذرع. من ذلك الفراغ خلاف الشغل، يقال فرغ فراغا الذي ينصب منه الماء وافرغت الماء: صببته وافترغت وافترغت اذا صببت الماء على نفسك، وفرس فريخ أي واسع المشي وسمي بذلك لانه كأنه خال من كل شيء فخف عدوه ومشيه<sup>(٢)</sup>.

(الفارغ): الخالي يقال: انا فارغ وقلب فارغ، (الفراغ): الخلو والمكان الخالي<sup>(٣)</sup>.

(١) د. عصام عفيفي عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الجنائي الاسلامي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٥٧.

(٢) أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د.ت، ١٩٧٩، ص٤٩٣.

(٣) أبي الحسن علي بن الحسن الهنائي، المنجد في اللغة، ط٢، تحقيق د. أحمد مختار عمر ود. ضاحي عبد الباقي، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٨، ص٥٧٨ - ٥٧٩.

## ثانياً: الفراغ التشريعي اصطلاحاً:

بدءاً لا بد من تحري الدقة في تحديد مدلول الفراغ التشريعي اذ ليس المراد منه خلو التشريع او النظام القانوني من حكم في بعض الوقائع، ولو كان الامر كذا لكننا بصدد تصور تشريعي، بل المراد بالفراغ هنا في حقيقة الامر هو خلو التشريع او النظام القانوني من نص خاص يبين الحكم تفصيلاً حيال فعل او واقعة معينة<sup>(١)</sup>.

ولو كان الامر خلو التشريع او النظام القانوني من حكم في بعض الوقائع او الافعال لكننا عندئذ اما نقص تشريعي، وهذا ما سنبينه عند الوقوف على ذاتية الفراغ التشريعي:

فالفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية الايجابية ليس نقصاً بل هو مجرد اغفال مقصود من جانب المشرع الجنائي في اطار القواعد الايجابية لأضفاء نوع من المرونة عليها لتكون مستوعبة لجميع المستجدات في المستقبل<sup>(٢)</sup>، ومن ثم فهو مجال استيعابي لكل امر يمكن ان يرد في اطار القواعد الجنائية الايجابية، من دون ان يترتب على شمولها بهذه القاعدة توسيع نطاق التجريم، وذلك لان صياغة النص الجنائي توجد منطقة فراغ تستوعب كل ما يصادف القاضي الجنائي من حالات تنطبق عليها ذات الاوصاف القانونية الواردة في النص الجنائي ومثل هذه الصياغة الدقيقة هي التي اوجدت لنا نوع من الفراغ التشريعي و فأعطت القاضي الجنائي نوع من السلطة التقديرية لمعالجة الازمة التي يفرزها مبدأ الشرعية الجزائية.

والفراغ التشريعي بهذا المعنى لا يجيز للقاضي اذا عرضت عليه واقعة ما ان ينفذ يده منها ويدير ظهره للمتقاضين بدعوى انها لا نص فيها، ذلك ان كونها كذلك لا يعني انه لا حكم فيها، بل على القاضي ان يجد في البحث عن ذلك الحكم<sup>(٣)</sup>، بل ان القانون يعاقب القاضي اذا امتنع عن الفصل في الدعوى لمثل هذا السبب ويعتبره مرتكباً لجريمة انكار العدالة<sup>(٤)</sup>.

وهكذا يكون من المستحسن ان تصاغ نصوص التشريعات العقابية التي تحدد الجرائم والعقوبات باللجوء الى الفاظ ومفردات مرنة تسهل مهمة القاضي الجنائي في ملاءمة النص الجنائي مع الضرورات الاجتماعية، بما يخلق قواعد عامة ذات مفاهيم مرنة تجعل سلطة القاضي التقديرية امراً لا مفر منه، فالمشرع من خلال مثل هذه الالفاظ يفسح منطقة فراغ تشريعي يترك من خلالها لفتنة القاضي الجنائي مهمة العناية بتحديد السلوك الاجرامي وفقاً لحاجات الحياة وتطور العلوم وتنوع الجرائم<sup>(٥)</sup>، فكل تقدم حضاري في المجتمع يقابله ظهور جرائم جديدة (الجرائم المستحدثة).

(١) د. عوض محمد عوض الفقه والقانون ومناطق الفراغ، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، (ب.ت)، ص ٦٥٩.

(٢) د. ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات - القسم العام، ط١، بغداد، ٢٠٠٢، ص ١٥.

(٣) د. عوض محمد عوض، المصدر السابق، ص ٦٦٠.

(٤) تنص المادة (٢٨٦)، من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، على انه: "لكل من طرفي الخصومة ان يشكو القاضي او هيئة المحكمة او احد قضاتها...٣- اذا امتنع القاضي عن احقاق الحق...".

(٥) د. رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية - دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٤٠١.

## الفرع الثاني

### مجال الفراغ التشريعي

يخضع قانون العقوبات لمبدأ الشرعية الجنائية، فهذا القانون يتتبع بالخطى الواقعة الاجرامية تجريمًا وعقابًا<sup>(١)</sup>، فمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة الا بنص"، يعد من الدعائم الاساسية التي يقوم عليها هذا الفرع من فروع القانون، ومؤدى هذا المبدأ انه على المشرع الجزائي ان يحدد سلفاً ما يعد من صور السلوك الصادرة عن الانسان جريمة، فيحدد لكل جريمة نموذجها القانوني، كما يحدد لكل عقوبتها<sup>(٢)</sup>، وهذا المؤدى يفرض على القاضي الجنائي عدم التوسع في تفسير نصوص هذا القانون ليتناول بالتجريم والعقاب صوراً من السلوك سهى المشرع عن تجريمها وقت وضع النص، لذا فان تبني هذا المؤدى بصورة مجردة من شأنه ان يصيب قانون العقوبات بعجز عن حماية الحقوق الاساسية للمجتمع<sup>(٣)</sup>.

ومن هنا كان لا بد للمشرع الجزائي ان يستعين ببعض الوسائل للتخفيف من وطأة هذا المبدأ، ومن هذه الوسائل - كما اشرنا - ان يترك للقاضي منطقة فراغ تمكنه من اي يجعل النص الجنائي مستوعباً لبعض صور السلوك التي سهى المشرع عن تجريمها وقت وضع النص، واصطلحنا على هذا الالية بـ (الفراغ التشريعي)، ولكن اين يجد مثل هذا الفراغ مجاله ضمن قواعد قانون العقوبات؟

اذا كان مبدأ الشرعية الجنائية يثير ازمة في اطار القواعد الجنائية الخاصة بالتجريم والتي يصطلح الفقه الجنائي على تسميتها بـ (القواعد الجنائية الايجابية)<sup>(٤)</sup>، فان مجال الفراغ التشريعي يظهر في اطار هذا النوع من قواعد قانون العقوبات.

ويراد بالقاعدة الجنائية الايجابية هي تلك القواعد التي تحظر الإتيان او الامتناع عن فعل يترتب عليه حدوث ضرر او يعرض للخطر مصلحة جوهرية قرر الشرع حمايتها عن طريق التجريم والعقاب<sup>(٥)</sup>.

ومن هنا كان المشرع الجزائي بحاجة الى ترك منطقة فراغ تشريعي في اطار هذه القواعد تمكن القاضي من استيعاب بعض صدر السلوك التي لم تتبادر الى ذهن المشرع وقت وضع النص الجنائي، فنصوص قانون العقوبات

(١) د. عصام عفيفي عبدالبصير، مبدأ الشرعية الجنائية - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الاسلامي، دار ابو المجد، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٢.

(٢) د. عصام عفيفي عبد البصير، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الاسلامي، ط ١، دار المجد، مصر، ٢٠٠٧، ص ٢٣، وفي هذا الصدد ينظر ايضاً:

PANTON, A TEXBOOK OF jurispruddnce, Fourth edition, 1972, p159.

(٣) المصدر نفسه، ص ١٦.

(٤) د. ماهر عبد شويش الدرة، الاحكام العامة في قانون العقوبات، ط ٢، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩١، ص ٥٦.

(٥) د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، بيروت ب، د، ١٩٦٧، ص ٣٨٤.

مهما كانت واضحة ومحددة الا انها تثير في كثير من الاحيان كثيراً من التساؤلات، فجريمة السرقة مثلاً طبقاً لنصوص قانون العقوبات لا تقع الا على ما منقول<sup>(١)</sup>، فهل يمكن ان ترد هذه الجريمة على معلومات الحاسب الالي في الوقت الحاضر؟! ومن هذا المنطلق يلاحظ لجوء المشرع الجنائي الى صياغة الكثير من نصوص قانون العقوبات بأسلوب مرن يمكن ان يتناول الكثير من الافعال وصور السلوك التي تتلاءم وتطور المجتمع محل الحماية الجنائية والتي لم تكن في ذهن المشرع وقت وضع النص العقابي<sup>(٢)</sup>، خلاصة القول ان مجال الفراغ التشريعي يتحدد في اطار القواعد الجنائية الايجابية من التشريع الجنائي كون ان هذه القواعد متعلقة بالتجريم والعقاب وبالتالي خاضعة "لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص"، اذ يكون المشرع الجزائي بحاجة الى ترك منطقة فراغ تشريعي للقاضي الجنائي ليستطيع من خلالها التغلب على مشكلة جمود النص الجنائي التي يفرزها هذا المبدأ، ومن ثم يتضمن النص العقابي مجال استيعابي لبعض صور السلوك التي لم ترد الى ذهن المشرع وقت وضع ذلك النص.

## المطلب الثاني

### تمييز الفراغ التشريعي عن بعض المفاهيم الأخرى

قد يحدث خلط بين الفراغ التشريعي بالمفهوم الذي تناولناه في المطلب السابق وبعض المفاهيم الأخرى في اطار القانون الجزائي كالنقص التشريعي والغموض التشريعي، لذا ارتأينا ان نخصص هذا المطلب لتمييز الفراغ التشريعي عن هذه المفاهيم، وذلك في فرعين، كما يأتي:

#### الفرع الأول: الفراغ التشريعي والنقص التشريعي

#### الفرع الثاني: الفراغ التشريعي والغموض التشريعي

### الفرع الأول

#### الفراغ التشريعي والنقص التشريعي

اشرنا فيما سبق ان الفراغ التشريعي هو عبارة عن مساحة فراغ يتعمد المشرع الجزائي تركها عند صياغة ووضع النص العقابي، ليتمكن القاضي من خلالها استيعاب بعض صور السلوك التي لم ترد الى ذهن المشرع وقت وضع ذلك النص، وهذا كله يساهم في الحد من جمود النص العقابي.

فالفراغ التشريعي بهذا المعنى يختلف جذرياً عن النقص في التشريع والذي يراد به اغفال حرف او كلمة او اكثر في النص العقابي مما يفضي الى اختلال المعنى الوارد به، بمعنى عدم اكتمال ذلك النص على النحو الذي ينبغي ان يكون عليه، ويؤدي ذلك الى تعذر فهم الحكم المستنبط من النص والمقصود منه والمراد به<sup>(٣)</sup>، فهو اذن حالة

(١) تنص المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩: ((السرقة هي اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً)).

(٢) د. عصام عفيفي عبدالبصير، ازمة الشرعية الجنائية، المصدر السابق، ص ٨٦.

(٣) د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ٣١١ -

عدم وجود نص او تنظيم يخص الواقعة المعروفة على القاضي<sup>(١)</sup> ، ومثل هذا النقص التشريعي لا يؤثر على مهمة القاضي الجزائي في تحقيق العدالة، فلا يمكن ان يوصف القاضي الجنائي بأنه قد انكر العدالة اذا ما قرر براءة المتهم لعدم توافر الصفة غير المشروعة لفعله بسبب عدم وجود نص عقابي يجرم الفعل الصادر عنه<sup>(٢)</sup> ، اما في حالة الفراغ التشريعي فيوصف القاضي الجزائي بأنه انكر العدالة اذا ما اذا امتنع عن الحكم بحجة عدم وجود حكم ينظم المسألة<sup>(٣)</sup> .

نخلص ما تقدم ان الفراغ التشريعي لا يمكن ان يوصف بأنه عيب في التشريع، بل هو وسيلة استعان بها المشرع الجزائي للتخفيف من وطأة مبدأ الشرعية الجنائية، اما النقص في التشريع فهو عيب يعتري النص العقابي وينبغي على الجهة المصدرة لذلك النص علاجه لان مثل هذا النقص سوف يؤدي الى افلات الجناة من الجزاء الجنائي، فليس بمقدور القاضي الحكم عليهم لانه محكوم بمبدأ لا جريمة و لا عقوبة الا بنص.

## الفرع الثاني

### الفراغ التشريعي والغموض التشريعي

يعد الغموض التشريعي احد ابرز عيوب صياغة النص العقابي، ويقصد بالنص الغامض ذلك النص الذي لا تدل صيغته على المعنى او الحكم المراد منه، بل يتوقف فهم هذا المعنى او الحكم على امر خارج عن عبارة النص او صيغته<sup>(٤)</sup> ، وللغموض التشريعي اقسام، فهو اما خفي، او مُشكل، او مجمل او متشابه<sup>(٥)</sup> .

ومعظم حالات الغموض التشريعي ترجع الى اسلوب صياغة النص العقابي، فقد تبدو الصياغة التشريعية غير مألوفة في سياق اللغة العادية، وقد تكون طريقة التعبير والاسلوب التشريعي اللذين يتبعهما المشرع الجزائي عاكسة لتقاليد الصياغة التي تملئها عليه اللغة المحلية او قواعد النحو والصرف اللغوية<sup>(٦)</sup> .

فالغموض في النص العقابي بهذا المعنى هو عيب تشريعي وينبغي معالجته بالوسائل المناسبة فهناك بعض صور الغموض يمكن ازالتها من قبل القاضي نفسه بالاستعانة بادوات عديدة وفي مقدمتها اللغة، وهناك بعض صور الغموض التي لا يمكن ازالتها الا من قبل الجهة التي اصدرت النص العقابي ابتداءً حين لا يمكن ان يوصف الفراغ في التشريعي بأنه عيب تشريعي، لانه كما اشرنا عبارة من منطقة فراغ يتعمد صانع النص العقابي تركها، لتكون مجال استيعابي لكل ما يمكن ان يستجد في المستقبل ولم يكن قد ورد الى ذهن المشرع وقت وضع ذلك النص<sup>(٧)</sup> .

(١) د. حيدر ادوم عبدالهادي، اصول الصياغة القانونية، ط١، دار الحامد، الاردن، ٢٠٠٩، ص ١٠٣.

(٢) د. عادل يوسف الشكري، المصدر السابق، ص ٣٥٩.

(٣) انظر ما سبق ص (٤) من هذا البحث.

(4) ALLEN, Law in the making, seveth Edition, 1964,p.65.

(٥) للتفصيل حول الموضوع: ينظر: د. رفاعي سيد سعد، المصدر السابق، ص ١٨٦ وما بعدها.

(٦) د. عادل يوسف الشكري، المصدر السابق، ص ٢٩٨ - ٢٩٩.

(٧) ينظر: صفحة (٤) في هذا البحث.



## المبحث الثاني

### تطبيقات الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية ووسائل حلها

سوف نكرس هذا المبحث لبيان ابرز تطبيقات الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية في احكام قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ النافذ، ثم نحاول الوقوف على السبل المتاحة للقاضي الجنائي لملء مثل هذا الفراغ، لذا ارتأينا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين، على وفق الآتي:

**المطلب الاول: تطبيقات الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية**

**المطلب الثاني: دور التفسير القضائي في سد الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية**

### المطلب الاول

#### اهم تطبيقات الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية

سنحاول ان نورد اهم التطبيقات التي استعان المشرع الجزائي العراقي في ظلها بفكرة (الفراغ التشريعي) لتجاوز ازمة مبدأ الشرعية الجنائية وذلك في ظل احكام قانون العقوبات العراقي النافذ، وذلك في ثلاثة فروع: على وفق الآتي:

**الفرع الاول: فكرة الفراغ التشريعي في اطار جرائم الضرب المفضي الى الموت**

**الفرع الثاني: فكرة الفراغ التشريعي في اطار النصوص المجرمة للايذاء**

**الفرع الثالث: فكرة الفراغ التشريعي في اطار جرائم الاموال.**

### الفرع الاول

#### فكرة الفراغ التشريعي في اطار جرائم الضرب المفضي الى الموت

عالج المشرع العراقي هذه الجريمة ضمن الفصل الثاني من الباب الاول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات الناقد وبالتحديد في المادة (٤١٠) فالمشرع العراقي وهو بصدد وضع وصياغة هذا النص، جسد فكرة الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية، اذ حرص على ترك منطقة فراغ تشريعي في إطار هذا النص وذلك من خلال (أو ارتكاب اي فعل اخر مخالف للقانون) ليتمكن القاضي الجنائي من اعطاء هذا النص مجالاً استيعابياً يشمل به صوراً من السلوك الاجرامي تحقق ذات النتيجة المجرمة بموجب ذلك النص دون ان يصدق عليها وصف الجرح او الضرب او اعطاء مواد ضارة، كما لو يتعمد شخص مصاب بمرض معدٍ ان ينقل عدواه -بأي طريقة كانت- الى شخص سليم يعانٍ من ضعف في جهازه المناعي فيتسبب ذلك المرض بموته، فسلوك الجاني هنا -نقل العدوى- لا يمكن ان يوصف بانه جرح او ضرب او اعطاء مواد ضارة ولكنه افضى الى ذات النتيجة المجرمة بموجب النص، لذا يكون بامكان القاضي ان يشمل به هذا النص من خلال عبارة (او بارتكاب اي فعل اخر مخالف للقانون).

## الفرع الثاني

### فكرة الفراغ التشريعي في اطار النصوص الجزية للايذاء

عالج المشرع العراقي جرائم الايذاء العمدي وغير العمدي ضمن الفصل الثالث من الباب الاول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات في المواد (٤١٢ - ٤١٦)، والمشرع في اطار هذه المواد استعان ببعض الالفاظ للتعبير عن افعال الاعتداء على سلامة جسم الانسان وهي<sup>(١)</sup>:

١. الجرح: وهو كل مساس بأنسجة الجسم يؤدي الى تمزيقها سواء كان التمزيق داخلياً او خارجياً.
٢. الضرب: وهو كل مساس بأنسجة الجسم عن طريق الضغط عليها مساساً لا يؤدي الى تمزيقها.
٣. اعطاء مواد ضارة: سلوك الجاني المساس بسلامة الجسم يتخذ صورة الاعطاء وموضوع ذلك الاعطاء هو مادة ضارة بالصحة.

ولكن ماذا لو لم يتخذ السلوك الصادر عن الجاني احدى هذه الصور، فماذا لو لم يكن ذلك السلوك جرحاً ولا ضرباً ولا عنفاً ولا اعطاءً لمواد ضارة لكنه يمس بحق الانسان في سلامة جسده؟!

قد يتبادر الى الذهن ان سلوك الجاني الماس بسلامة جسم الانسان لا يقع تحت طائلة احكام قانون العقوبات ان لم يكن في صورة جرح او ضرب او عنف او اعطاء مواد ضارة، والحقيقة ان المشرع هنا استعان بفكرة الفراغ التشريعي، فترك للقاضي مساحة فراغ يستطيع من خلالها تكييف سلوك الجاني بانه ايذاء وان لم يكن جرحاً او ضرباً او عنفاً او اعطاءً لمواد ضارة، وذلك بإيراده لعبارة "او بارتكاب اي فعل اخر مخالف للقانون"، فبهذه العبارة ترك المشرع للقاضي الجنائي منطقة فراغ تمكنه من ان يجعل القاعدة الجنائية تشمل اي سلوك مخالف للقانون اذا مس حق الانسان في سلامة الجسد وان لم يكن في صورة الجرح او الضرب او العنف او اعطاء مواد ضارة.

فالمشرع الجزائي يستهدف بنص التجريم غرضاً معيناً (علة النص) هو كفالة التنظيم القانوني لموضوع معين ويحدد هذا الغرض الاحكام التي يتضمنها النص، ليستهدف بها حماية حق معين قدر المشرع جدارته بالحماية الجنائية، وهنا يكون القاضي الجنائي اما التزام بان يحدد بدقة الحق الذي اراد المشرع حمايته بنص التجريم<sup>(٢)</sup>.

والامثلة كثيرة على الافعال التي تمس حق الانسان في سلامة جسده دون ان تعد جرحاً او ضرباً او عنفاً او اعطاءً لمواد ضارة، نذكر منها:

- قص الشعر من دون رضاه صاحبه، اذا لا يمكن اعتباره جرحاً ولا ضرباً ولا عنفاً ولا اعطاءً لمواد ضارة، بالمفهوم المحدد آنفاً.

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٤٣٢ - ٤٣٣؛ د. محمد احمد المشهداني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠١، ص ٦٩؛ د. ماهر عبد شويش الدرّة، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٨٥ وما بعدها.

(٢) جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦، ص ١١٩.

- توجيه اشعة الى جسم المجني عليه لا تصيب انسجة جسمه بتمزق، ولكنها تعوق السير الطبيعي لاحد اعضاء جسمه، كأن تنقص من افرازات بعض الغدد، فهنا ايضاً لا يمكن اعتبار هذا السلوك جرحاً او ضرباً او عنفاً او اعطاءً مواد ضارة<sup>(١)</sup>.
- الصراخ في اذن المجني عليه والتسبب في تلف غشاء الطبلية، فهذا السلوك ايضاً لا يمكن ان يندرج تحت الجرح او الضرب او العنف او اعطاء المواد الضارة.
- اخافة امرأة برمي احد الحيوانات الزاحفة عليها، فتفقد وعيها خوفاً، وهذا السلوك ايضاً لا يمكن ان يعد جرحاً او ضرباً او اعطاءً لمواد ضارة بالمفهوم الذي حددناه.

ولا جدال في ان التسليم بخروج مثل هذه الصور من السلوك من نطاق جرائم الايذاء يتضمن الاعتراف بعبء ونقص في التشريع، ولمثل هذا العيب وجهان: فهو من الناحية النظرية ينطوي على تناقض ينسب الى المشرع، فذلك يعني انه يحمي بعض عناصر الحق دون البعض الاخر على الرغم من ان الاخيرة ليست اقل اهمية من الاولى، فضلاً عن ان الارتباط بين عناصر الحق جميعاً يجعل من الاعتداء على العناصر التي لا يحميها المشرع وسيلة الى الاعتداء على تلك التي يحميها، اما من الناحية العملية فينطوي على اهدار جزئي للحق في سلامة الجسم، وعلى تعريض الافراد لانواع من الاعتداء يجب ان يحرص المشرع على حمايتهم منها<sup>(٢)</sup>.

لذا نرى ان المشرع العراقي كان موفقاً عندما استعان في صياغة النصوص الجنائية المجرمة للايذاء بعبارة "او بارتكاب اي فعل اخر مخالف للقانون"، اذ ترك من خلالها منطقة فراغ تشريعي للقاضي الجنائي، تمكنه من ان يجعل القاعدة الجنائية تشمل السلوك المكون لجريمة الايذاء وان لم يتضمن جرحاً او ضرباً او عنفاً او اعطاءً لمواد ضارة، دون ان يعتبر ذلك اخلاً بمبدأ الشرعية مادام القاضي لم يخلق بذلك جريمة جديدة، فكل ما في الامر انه يجعل للنص مجالاً استيعابياً لصورة سلوك لم ترد صراحة في النص ولكنها افضت الى ذات النتيجة التي جرمها المشرع في ذلك النص.

### الفرع الثالث

#### فكرة الفراغ التشريعي في اطار جرائم الاموال

عالج المشرع العراقي جرائم الاموال في الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون العقوبات، وبقدر تعلق الامر بموضوع دراستنا فالتنا سوف نحاول ان نقف عند فكرة انواع الفراغ التشريعي في اطار بعض هذه الجرائم، على وفق الآتي:

#### أولاً: الفراغ التشريعي في اطار جريمة السرقة:

عالج المشرع العراقي احكام هذه الجريمة في الفصل الاول من الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون العقوبات، وبالرجوع الى المادة (٤٣٩) من هذا القانون يلاحظ ان المشرع راعى في صياغتها نوع من المرونة ترك من

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، المصدر السابق، ص ٤٣٧ - ٤٣٨.

(٢) المصدر نفسه، ص ٤٣٨.

خلالها منطقة فراغ تشريعي تمكن القاضي الجنائي من اعطاء ذلك النص مجالاً استيعابياً لصور سلوك لم ترد الى ذهن المشرع وقت وضع النص، فعبارة (اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني) تضمنت من المرونة ما يكفي لاستيعاب اي سلوك ينطوي على اختلاس لاي مال منقول سواء كان ذو طبيعة مادية او معنوية، بل وحتى المعلومات الالكترونية يمكن ان تكون محلاً للاختلاس المكون للسرقة بمقتضى احكام هذا النص، وما هذه الصياغة الا تجسيداً لفكرة الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية، ولم يكتفي المشرع بذلك بل حرص ان يضمن هذا النص عبارة اخرى تجسد فكرة الفراغ التشريعي بقوله: "ويعتبر مالاً منقولاً لتطبيق احكام السرقة... القوى الكهربائية وكل طاقة او قوة محرزة اخرى... ومن قبيل " القوة المحرزة البيانات الالكترونية/ خطوط الانترنت... إلخ.

### ثانياً: الفراغ التشريعي في اطار جريمة اغتصاب الاموال:

عالج المشرع العراقي احكام جريمة اغتصاب الاموال ضمن الفصل الثاني من الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون العقوبات، وبالرجوع الى صياغة نص المادة (٤٥٢) من هذا القانون يلاحظ ان المشرع راعى في تلك الصياغة ترك منطقة فراغ تمكن القاضي الجنائي من ان يجعل للنص مجالاً استيعابياً وان لم يكن محل الاغتصاب نقوداً، اذ استخدم المشرع عبارة "أو اشياء اخرى غير ما ذكر في المادة السابقة"، وما هذه الصياغة الا تجسيداً لفكرة الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية.

## المطلب الثاني

### دور التفسير القضائي في سد الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية

اشرنا فيما سبق ان المشرع الجنائي وهو بصدد وضع وصياغة نصوص التجريم يتعمد ان يترك منطقة فراغ تمكن القاضي الجنائي من ان يجعل لتلك النصوص مجالاً استيعابياً لصور من السلوك لم ترد الى ذهن المشرع وقت وضع النص.

وهنا يأتي دور القاضي الجنائي في سد هذا الفراغ وذلك باللجوء الى التفسير، وهو عبارة عن نشاط فكري ومنطقي يبحث في معاني القاعدة الجنائية لتحديد مضمونها ومجالات تطبيقها على الحالات الواقعية<sup>(١)</sup>، وبمعنى ادق هو البحث عن المعاني الحقيقية التي يقصدها المشرع من وراء النص الذي يبدو غامضاً، بغية جعله صالحاً للتطبيق، بهدف تطبيقه تطبيقاً صحيحاً، على نحو يحقق ارادة المشرع من تقرير هذا النص بشأن المصلحة التي قصد حمايتها<sup>(٢)</sup>، فالتفسير القضائي اذن يستهدف تطبيق القانون على الوقائع العادية، وبالتالي لا يعد تفسيراً قضائياً الشروح التي يبديها القضاة للنصوص الجنائية بعيداً عن مناسبات الفصل في القضايا، وعلى هذا يكون التفسير عملية سابقة لتطبيق القانون على وقائع النزاع المعروض على القاضي الجنائي<sup>(٣)</sup>.

(١) د. رفاعي سيد سعد، المصدر السابق، ص ٣١.

(٢) د. عادل يوسف الشكري، المصدر السابق، ص ٣٣٠.

(٣) د. رفاعي سيد سعد، المصدر السابق، ص ١٢١.

والاصل وكنتيجة حتمية لتقرير مبدأ الشرعية الجنائية ان يكون تفسير نصوص القانون الجنائي تفسيراً ضيقاً، اي لا بد ان يكون تفسير نصوص هذا القانون مقيداً بهذا المبدأ؟، كي لا يفضي التفسير الى تجريم صور من السلوك لم يقصد المشرع تجريمها<sup>(١)</sup>.

فالاصل اذن في تفسير النص الجنائي هو التزام القاضي بمبدأ التفسير الضيق، وذلك للحد من سعة الالفاظ التي استعان بها المشرع في صياغة النص وحصرها في النطاق المطابق لإرادة المشرع، وذلك حين يكون النص الجنائي قد قال "اكثر مما اراد"<sup>(٢)</sup>.

ومن امثلة النصوص الجنائية التي "قالت اكثر مما تريد" نص المادة (٢٨٧/د) من قانون العقوبات العراقي النافذ والذي قرر بانه يعد تزويراً مادياً في المحررات: "اجراء اي تغيير بالاضافة او الحذف او التعديل او بغير ذلك في كتابة المحرر او الارقام او الصور او العلامات او اي امر اخر مثبت فيه"، ومن ذلك ايضاً ما جاء في نظام مكافحة التزوير في السعودية من انه: "من قلد أو زور توقيعاً أو ختماً لشخص اخر، أو صرف بطريق الحك أو الشطب أو التغيير سنداً أو أية وثيقة خاصة، عوقب..."<sup>(٣)</sup>، فالالفاظ التي استعان بها المشرع في صياغة هذا النص جاءت بصيغة العموم وعدم التخصيص، ليبدو ان من يغير الحقيقة باحدى الطرق التي حددها النص يقع تحت طائلة العقاب وان كان ذلك التغيير برضاء صاحب الشأن ولمجرد اثبات البراعة في التقليد او محاكاة الخطوط، ولكن هذا المدلول الظاهري للنصوص مخالف للمدلول الواقعي والمنطقي المتفق مع ارادة القانون، والذي يقضي ان يكون التزوير وتغيير الحقيقة قد تم بقصد الوصول الى غاية محددة وهو استعمال المحرر المزور فيما اعد من اجله، فاذا انتفت هذه الغاية فلا عقاب<sup>(٤)</sup>.

واذا كان الاصل في تفسير نصوص القانون الجنائي هو التفسير الضيق، فان مثل هذا التفسير قد يجعل القاضي الجنائي عاجزاً عن مواجهة بعض صور السلوك الاجرامي، فمثل هذا التفسير لا يسمح له باعطاء النص الجنائي مجالاً استيعابياً يشمل به تلك الصور من السلوك، سيما في اطار النصوص الجنائية التي يكون المشرع فيها قد قال "أقل مما يريد"<sup>(٥)</sup>.

(١) د. ضاري خليل محمود، المصدر السابق، ص ١٩.

(٢) د. عبدالفتاح خضر، الحكم حيث ينعدم النص الجنائي، بحث منشور على شبكة الانترنت وعلى الموقع

الالكتروني الآتي: [www.kotobarabia.com](http://www.kotobarabia.com) تاريخ الزيارة: ٢٠١٦/٧/١١

(٣) المادة (١٠) من نظام مكافحة التزوير السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١١٤) لسنة ١٣٨٠.

(٤) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الاسكندرية، ١٩٧٠، ص ٢٤٢؛ د. عبدالفتاح خضر، المصدر السابق، ص ١٦.

(٥) د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، ج١، بغداد، ١٩٧٠، ص ٥٣؛ د. عبدالفتاح خضر، المصدر السابق، ص ١٦.

اما في اطار النصوص الجنائية التي (يقول فيها المشرع اقل مما يريد) لا مناص من التفسير الواسع، ويكون التفسير واسعاً عندما يستفاد من علة النص الجنائي معنى اكثر اتساعاً من ذلك الذي تنبئ عنه الفاظ النص، بمعنى اخر انه يتمثل في الحالة التي يعطي فيها القاضي لالفاظ النص المعنى الذي يتفق والعلة من تقرير<sup>(١)</sup>.

ففي اطار النصوص المجرمة لافعال الايذاء<sup>(٢)</sup>، يستطيع القاضي الجنائي اللجوء الى التفسير الواسع لسد منطقة الفراغ التي تعمد المشرع الجزائي تركها لاعطاءها مجالاً استيعابياً لصور من السلوك تحقق العدوان على حق الانسان في سلامة الجسد وتحقق ذات النتيجة الاجرامية من دون ان يصدق عليها وصف الجرح أو الضرب أو اعطاء المواد الضارة من الناحية اللغوية، لان المشرع في اطار هذه النصوص "قال أقل مما يريد"، لذا لا مناص من لجوء القاضي الجنائي الى التفسير الواسع ليعطي بذلك للنص الجنائي معنى اكثر اتساعاً من ذلك الذي تكشف عنه ألفاظ النص، وبذلك يتمكن من سد منطقة الفراغ في القاعدة الجنائية من دون ان يشكل مسلكه هذا مخالفة لمبدأ الشرعية الجنائية، فهو لم يصل بتفسيره الواسع الى حد خلق جرائم جديدة، انما اعطى النص مجالاً استيعابياً شمل به صوراً من السلوك تحقق العدوان على ذات المصلحة المحمية بمقتضى تلك النصوص وتحقق ذات النتيجة الاجرامية (الايذاء).

وفي إطار النصوص المجرمة للسرقة والتي قال المشرع في إطارها ايضاً "اقل مما يريد" وترك بذلك منطقة فراغ تشريعي ليستوعب النص من خلالها صور من السلوك لا يمكن ان يستوعبها المعنى اللغوي لألفاظ النص، فعبرة (مال منقول) وعبرة (وكل طاقة او قوة محرزة اخرى) التي استعان بها المشرع العراقي في صياغة النص الخاص بتجريم السرقة<sup>(٣)</sup>.

فعبرة (مال منقول) وعبرة (وكل طاقة او قوة محرزة اخرى) تركت فراغاً تشريعياً في هذا النص الجنائي، ولا مناص للقاضي الجنائي من سده وذلك باللجوء الى التفسير الواسع واعطاء ألفاظ النص المعنى الذي يتفق والعلة من النص.

فماذا لو كان محل السرقة "الطاقة الجنسية للانسان أو الحيوان" أو "طاقة الهاتف" أو "معلومات الكترونية على الحاسب" و "رصيد الهاتف النقال" "خطوط الانترنت والواي فاي".

فاعتماد القاضي الجنائي على المدلول اللغوي لعبارة (مال منقول) قد لا يسعفه في تطبيق احكام السرقة في مثل هذه الاحوال، لذا يكون التفسير الواسع ضرورياً لسد منطقة الفراغ التشريعي واعطاء النص مجالاً استيعابياً لسلوك الاختلاس الذي يكون محله من هذا القبيل، وفي هذا الصدد يلاحظ ان محكمة النقض المصرية طبقت النص الخاص بالسرقة (٣١١) من قانون العقوبات المصري النافذ على شخص قام بتحويل مسار خط تليفوني خاص

(١) د. رفاعي سيد سعد، المصدر السابق، ص ٣٨٧ - ٣٨٨.

(٢) تنظر المواد (٤١٠ - ٤١٦) من قانون العقوبات العراقي، وينظر ما سبق شرحه في الصفحة (١٢) من هذا البحث.

(٣) تنص المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي: ((السرقة هي اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً، ويعتبر مالاً منقولاً لتطبيق احكام السرقة النبات وكل ما هو متصل بالارض أو مغروس فيها بمجرد فصله عنها والثمار بمجرد قطفها والقوى الكهربائية والمائية، وكل طاقة او قوة محرزة اخرى)).

بالغير الى منزله واستعمال هذا الخط طوال مدة تعطله في منزل المجني عليه، وذلك لانه يكون بسلوكه هذا قد استولى على الطاقة المغناطيسية التي تقوم بنقل الصوت عبر الأسلاك التليفونية<sup>(١)</sup>، وفي ذلك تقول المحكمة: ((إن المنقول في تعريف السرقة لا يقتصر على ما كان جسماً متميزاً قابلاً للوزن طبقاً لنظريات الطبيعة، بل هو يتناول كل شيء مقوم قابل للتملك والحياسة والنقل من مكان الى اخر))<sup>(٢)</sup>.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة وبحث فكرة الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية، فإن استكمال الغرض من هذه الدراسة يقتضي ان نعرض جملة من النتائج والتوصيات، كما يلي:-

### أولاً: النتائج

كشفت هذه الدراسة عن النتائج الآتية:

١. الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية لا يمثل نقصاً أو قصوراً تشريعياً، بل هو مجرد اداة من ادوات الصياغة التشريعية التي يستعين بها المشرع الجزائي وهو بصدده وضع وصياغة نصوص التجريم، بغية تجاوز مشكلة جمود النص الجنائي.
٢. الفراغ التشريعي في اطار نصوص التجريم التي يكون المشرع (قد قال فيها اقل مما يريد) يمكن القاضي الجنائي من اعطاء تلك النصوص مجالاً استيعابياً يشمل به صوراً من السلوك لم ترد الى ذهن المشرع وقت وضع تلك النصوص، ما دامت تحقق العدوان على ذات المصلحة المحمية بموجبها وتحقق ذات النتيجة المجرمة في اطارها.
٣. اعتمد المشرع الجزائي العراقي على هذه الاداة من ادوات الصياغة التشريعية عند وضع وصياغة العديد من نصوص التجريم في اطار قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، خصوصاً في اطار النصوص المجرمة للايذاء، وتلك المجرمة للعدوان على حق الانسان في التملك (جرائم الاموال).
٤. هنالك نصوص تجريم يقول فيها المشرع "اكثر مما يريد" ومثل هذه النصوص لا تتضمن فراغاً تشريعياً، والقاضي الجنائي في اطار هذه النصوص يلجأ الى التفسير الضيق لتطبيقها على الواقع المعروضة امامه.
٥. يعد التفسير القضائي الواسع وسيلة مهمة لسد الفراغ التشريعي في القاعدة الجنائية وذلك في اطار نصوص التجريم التي يكون المشرع الجزائي قد قال فيها "اقل مما يريد" ليجعل من النص الجنائي مستوعباً، فيعطيه معنى اكثر اتساعاً من ذلك الذي تكشف عنه ألفاظ النص، ما دام السلوك تحقق العدوان على ذات المصلحة التي وضع النص لحمايتها وتجريم الاعتداء عليها.

(١) د. رفاعي سيد سعد، المصدر السابق، ص ٣٩٠.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٩٤ في ١١/٧/١٩٨٠، مجموعة احكام النقض، س ٣١، ص ١٠٠٢، نقلاً عن:

د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٨١٧.

## ثانياً: التوصيات

ندعو المشرع الجزائي العراقي الى التوسع في الاستعانة بهذه الادوات من ادوات الصياغة التشريعية (الفراغ التشريعي) ليس فقط في صياغة نصوص التجريم الواردة في نطاق قانون العقوبات، بل ايضاً في اطار التشريعات العقابية الخاصة والمكملة لقانون العقوبات، اذ من المستحسن ان تصاغ نصوص التشريعات العقابية الخاصة في ألفاظ مرنة تسهل مهمة القاضي الجنائي في التوفيق والملائمة بين النص العقابي والضرورات الاجتماعية، فالمشرع مطالب في احيان كثيرة ان يترك لفتنة القاضي الجنائي مهمة تطبيق النص العقابي وفقاً لحاجات الحياة وتطور العلوم والفنون وتنوع السلوك الاجرامي.

## المصادر

## المصادر باللغة العربية

## أولاً: المعاجم

١. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د.ت، ١٩٧٩.
٢. أبي الحسن علي بن الحسن الهنائي، المنجد في اللغة، ط ٢، تحقيق د. أحمد مختار عمر و د. ضاحي عبد الباقي، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨٨.

## ثانياً: الكتب

٣. جواد الرهيمي، التكييف القانوني للدعوى الجنائية، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦.
٤. د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، ج١، بغداد، ١٩٧٠.
٥. د. حيدر أدهم عبدالهدي، أصول الصياغة القانونية، ط١، دار الحامد، الاردن، ٢٠٠٩.
٦. د. رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية - دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٧. د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٠.
٨. د. ضاري خليل محمود، الوجيز في شرح قانون العقوبات - القسم العام، ط١، دار الكتب القانونية، بغداد، ٢٠٠٢.
٩. د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.
١٠. د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، بيروت، ١٩٦٧.
١١. د. عبدالفتاح مصطفى الصيفي، المطابقة في مجال التجريم - محاولة فقهية لوضع نظرية عامة للمطابقة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
١٢. د. عصام عفيفي عبدالبصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الاسلامي، ط١، درا ابو المجد، مصر، ٢٠٠٧.



١٣. د. عصام عفيفي عبدالبصير، تجزئة القاعدة الجنائية - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الجنائي الاسلامي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٤. د. عصام عفيفي عبدالبصير، مبدأ الشرعية الجنائية - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الجنائي الاسلامي، دار ابو المجد، مصر، ٢٠٠٧.
١٥. د. عوض محمد، الفقہ والقانون ومناطق الفراغ، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، (ب،ت).
١٦. د. ماهر عبد شويش الدرة، الاحكام العامة في قانون العقوبات، ط٢، دار ابن الاثير جامعة الموصل، ١٩٩١.
١٧. د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.
١٨. د. محمد احمد المشهداني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠١.
١٩. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

#### ثالثاً: المصادر على شبكة الانترنت

٢٠. د. عبدالفتاح خضر، الحكم حيث ينعدم النص الجنائي، بحث منشور على شبكة الانترنت وعلى الموقع الالكتروني، [www.kototaratia.com](http://www.kototaratia.com)

#### رابعاً: القوانين

٢١. قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل.
٢٢. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٢٣. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

#### المصادر باللغة الاجنبية:

24. PANTON, A TEXBOOK OF JURISPRUDENCE, FOURTH EDITION, 1972.
25. ALLEN, LAW IN THE MAKING, SEVENTH EDITION, 1964.