اشكالية عبارة «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر..» في التشريعات العقابية

دكتورة
رحاب عمر محمد سالم
مدرس القانون الجنائي
كلية الحقوق – جامعة القاهرة

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

مقدمة

1- تعريف بموضوع البحث:

يعد وضوح نصوص التجريم والعقاب من النتائج الأساسية لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، بما يعنيه من أنه لا جريمة ولاعقوبة إلا بناء على قانون (المادة 95 من دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014)، فلا يجوز أن يشوبها اللبس أو الغموض، كما يجب أن تكون منضبطة بغير عموم أو استرسال، وبحيث لا تنطوي على إفراط أو تفريط فيما يتعلق بمضمونها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا "..... إن غموض النصوص العقابية يعني انفلاتها من ضوابطها وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الأفعال التي منعها المشرع أو طلبها محددة بصورة يقينية، بل شباكا أو شراكا يلقيها المشرع متصيدا باتساعها أو إخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها....." [1].

وفي ذات السياق فإن تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة، يعد – كذلك – من نتائج مبدأ الشرعية، بل ويعد في ذاته مبدأ دستوريا. وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا في مصر ".... أن القانون الجنائي، وإن اتفق مع غيره من القوانين في سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض، وكذلك على صعيد علاقاتهم بمجتمعاتهم، إلا أن القانون الجنائي، يفارقها في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم ما لا يجوز، التسامح فيه اجتماعيا من مظاهر سلوكهم، وشرط ذلك أن يكون الجزاء الجنائي حائلا دون الولوج في الإجرام، ملبيا ضرورة أن يتهيأ المذنبون لحياة أفضل مستلهما أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها، نائيا بعقابهم أن يكون غلوا أو تفريطا بما يفقد فعالية القواعد التي تدار العدالة على ضوئها، ويتعين بالتالي أن يكون الجزاء الجنائي محيطا بهذه العوامل جميعها، وأن

(1) المحكمة الدستورية العليا، في 5 يولية 1997، في القضية رقم58 لسنة 18 قضائية " دستورية " الجريدة الرسمية، العدد 29 في في 19 يونية 1997.

يصاغ على هديها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره..... "[1].

وهذا يستوجب تواجد الجزاء الواجب التطبيق قرينا للفعل المؤثم، بصفة مجردة، ويفرده القاضي استنادا إلى العناصر الأخرى التي تبدو من التحقيقين الابتدائي والنهائي. ولا شك أنه من الضرورى، أن يثبت تناسب هذا الجزاء مع الإثم المرتكب على النحو الوارد في نص التجريم والعقاب. وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا "..... أن شرعية الجزاء – جنائيا كان أم مدنيا أم تأديبيا – مناطها أن يكون متناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع، أو حظرها أو قيد مباشرتها. فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضا أو عاتيا، أو كان متصلا بأفعال لا يجوز تجريمها، أو مجافيا بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسبا مع خطورة الأفعال التي نظمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده، ويصبح تقييدا للحرية ...." [2].

ولا شك أن الوصول إلى التناسب بين الجزاء الجنائي من ناحية، والفعل المرتكب، مقرونا بالإثم الجنائي من ناحية أخرى، يحتاج إلى العديد من الأدوات، لعل أهمها وضوح النص في تحديده لأركان الجريمة وعناصرها، وفي تحديده للجزاء الواجب التطبيق؛ عقوبة كان أو تدبيرا احترازيا، وكون هذا الجزاء هو الواجب التطبيق على الفعل المنصوص عليه ؛ بحيث لا يجد القاضي نفسه في حيرة من أمره ،أي جزاء يطبقه على الفعل المرتكب.

ولعل قيام المشرع بالنص في القوانين الخاصة – دائما – وعند حديثه عن العقوبات الواجبة التطبيق على ما يرتكب من أفعال جرمتها هذه القوانين بالقول " مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر،

(1) المحكمة الدستورية العليا في 5-8-2000، في القضية رقم2 لسنة 20 قضائية " دستورية"، مجموعة المبادئ، الجزء التاسع، ص688.

(2) المحكمة الدستورية العليا، في في 2-6-2001، القضية رقم 114 لسنة21 قضائية " دستورية "، مجموعة المبادئ، ج 9، ص986.

يعاقب على الجرائم المبينة في المواد التالية بالعقوبات المنصوص عليها فيها " هذه الصيغة، التي صارت سنة متواترة في كل التشريعات الجنائية الخاصة أو المكملة، تشكل نوعا من الغموض حول العقوبة الواجبة التطبيق، وهو ما قد يتنافى – على نحو ما سنرى – مع الوضوح اللازم لنصوص التجريم والعقاب، ويحول دون توافر العناصر اللازمة لتنساب العقوبة مع الفعل المؤثم.

وبالتالي فموضوع هذا البحث، إنما ينصب على هذه الصيغة المتواترة، لمعرفة مضمونها، وما إذا كان من المناسب العدول عنها، أو البحث عن صيغة أخرى مخالفة.

2 – إشكالية موضوع هذا البحث:-

لعل التساؤل الأول الذي تثيره هذه الصيغة المشار إليها عاليه، هو ما الذي يقصده المشرع من ورائها، هل تعني أن نصوص التجريم والعقاب الواردة في القوانين الخاصة والتكميلية، إنما هي نصوص احتياطية، لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا ثبت أن أن قانون العقوبات أو قوانين أخرى لا تجرم ذات الفعل؟؟؟ وإن جرمته، فإنه تطبق عليه عقوبات أقل شدة، بحيث يتعين على القاضى في هذه الحالة، أن يطبق النص الموجود في القانون الخاص؟؟؟ وبتعبير آخر هل معنى ذلك، أنه عندما ترتكب جريمة من هذه الجرائم، فإن القاضي يلتزم بإجراء بحث شامل في قانون العقوبات وفي القوانين الخاصة أو التكميلية قبل أن يقوم بتطبيق هذا النص؟؟؟ وأنه لا يملك تطبيق هذا النص إلا في أحد فرضين: الأول – ألا يجد الفعل قد جرم في قانون آخر، والثاني – أن يجد الفعل قد جرم في قانون آخر، وقرر له المشرع عقابا ولكن هذا العقاب أخف من العقاب المقرر في القانون الخاص ذات الصلة؟؟؟

وبصفة إجمالية هل تثير هذه الصيغة العلاقة بين النصوص الأصلية ونظيرتها الاحتياطية، وبالتالي فعند التنازع تطبق النصوص الأصلية، وفقا للمعيار الذي وضعه النص، وهو أن يكون النص الأصلي قد قرر عقوبة أشد؟؟؟؟

أم أن هذه الصيغة لا تخرج عن كونها تطبيقا وترديدا للقواعد الخاصة بالتعدد بين الجرائم، وتحكمه المواد الخاصة بالتعدد المادي والمعنوي والاستثناءات الواردة عليه؟؟؟ فإن كان الأمر كذلك، فما هي الفائدة من ورائها؟؟؟ وأليس من اللازم القيام بإلغائها، نظرا لما تولده من لبس وغموض، يتنافى مع ما يجب أن يتوافر في النص الجنائي من وضوح وتحديد وضبط وتناسب بين الجريمة والجزاء؟؟؟ هذه هي الإشكالية الأساسية لموضوع هذا البحث، والذي سنحاول الإجابة عليها عبر سناياه.

3- نطاق هذا البحث:

يتحدد نطاق هذا البحث، بتحديد مضمون الصيغة المشار إليها عاليه في القوانين أو التشريعات الجنائية الخاصة، دون البحث في هذه القوانين ذاتها والمصالح التي تحميها، والعقوبات التي تقررها في حالة الاعتداء على هذه المصالح. والذي نقصده بهذه القوانين، القوانين الجنائية التي تكمل النقص في قانون العقوبات الأصلي، أو تعدل بعض أحكامه، وذلك مقارنة بقانون العقوبات الأصلي أو العام، والذي يتضمن القواعد التي تحكم التجريم والعقاب في المجتمع، وتصدر في شكل مجموعة تحتوي على الأفعال المنهي عنها والعقوبات المترتبة على ارتكابها[1].

مع ملاحظة أن صيغة مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، لا تنفرد بها نصوص التشريعات الجنائية الخاصة، إذ قد يتضمنها التشريع الجنائي العام، ولعل أبرز الأمثلة على ذلك، ما نص عليه المشرع المصري في المادة 375 مكررا من قانون العقوبات، وذلك بخصوص جريمة الترويع والتخويف

(1) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2001، رقم 6، ص14 وما بعدها ؛ ولمزيد من التفاصيل حول مدلول التشريعات الجنائية الخاصة، انظر، د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، دار النهضة العربية، 2011، ص19 وما بعدها.

(البلطجة)؛ حيث جاء صدر هذه المادة مكررا ذات الصيغة بقوله " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد واردة في نص آخر....".

4- أهمية دراسة موضوع هذا البحث :

تبدو أهمية دراسة هذا الموضوع واضحة من الزاويتين النظرية والعملية؛ فمن الناحية النظرية تبرز هذه الأهمية، من حيث تحديد العلاقة بين القوانين أو التشريعات الجنائية الخاصة وبين قانون العقوبات. وبالتحديد بيان ما إذا كانت هذه القوانين تتمتع بذاتية مطلقة في مواجهة قانون العقوبات العام، أم أنها ليست كذلك، وأن تطبيقها مرتهن بعدم وجود نصوص تقرر عقوبات أشد.

ومن الناحية العملية، فإنها ترشد القضاء في تحديد القانون الواجب التطبيق. هل يتعين عليه تطبيق نص القانون الجنائي الخاص أو التكميلي مباشرة، استناد إلى قاعدة رجحان الخاص على العام، أم يتعين عليه أن يبحث – أولا – في التشريعات العقابية المختلفة لمعرفة ما إذا كانت هنالك نصوص أخرى تجرم ذات الفعل وتقرر عقوبات أشد أم لا؟؟؟ وفي هذه الحالة، يطبق هذه العقوبات الأخيرة، أم أنه يطبق قواعد التعدد المادي للجرائم، وربما قواعد التعدد المعنوي؟؟؟ فهذه الدراسة سنحاول من خلالها بيان الحل العملي الواجب اتباعه.

5- صعوبات إعداد هذا البحث:

لعل الصعوبة الأساسية التى واجهتنا في إعداد هذا البحث، تتمثل في ندرة الكتابات المباشرة حول هذا الموضوع، ومعالجته بصفة كاملة وعامة. فالثابت أن دراسته تمت بصفة جزئية من خلال ثلاثة زوايا، ودون أن يكون الموضوع في ذاته هو لب الدراسة ومحورها. فقد تناول هذا الموضوع دراسة مخصصة للبحث في الحماية الجنائية لحقوق الإنسان[1]؛ فمحور هذه الدراسة، هو الحماية الجنائية

(1) د. خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية، الإسكندرية، منشأة لمعارف،، 2008، ص519 وما بعدها.

لحقوق الإنسان، وتمت دراسة هذه الجزئية من خلال تأثيرها على حقوق الإنسان، إنما لم تدرس لذاتها.

ودرست هذه الجزئية – كذلك – من زاوية العلاقة بين التشريعات الجنائية الخاصة، وقانون العقوبات، وتأثير صياغة مع عدم الإخلال بعقوبة أشد، في مدى ذاتية العقوبات المطبقة في هذه القوانين وتطبيق القوانين الجنائية الخاصة عموما[1]. فمحور هذا المؤلف، هو القوانين الجنائية الخاصة برمتها، وأثيرت هذه الجزئية باعتبارها واحدة من مفردات هذا الموضوع الضخم الذي تناوله المؤلف.

ودرست هذه الجزئية – كذلك – من خلال البحث في تفسير النصوص الجنائية، والقواعد والضوابط الخاصة بهذا التفسير، وبالتحديد البحث في حسم تنازع النصوص الجنائية، حيث نظر إليها جانب من الفقه على أنها تعبير عن العلاقة بين النصوص الأصلية والاحتياطية، وأن وجودها يعني أن هذه النصوص تتمتع بالصفة الاحتياطية، بحيث إن تنازعت مع نصوص أخرى ذات طابع أصلي، فإن الغلبة تكون لهذه الأخيرة[2].

ومن الملاحظ أن تناول هذه الجزئية جاء في في إطار شروح القسم العام لقانون العقوبات، وليس تكريسا لدراسة هذا الموضوع بكافة عناصره وثناياه.

---

(1) د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، المرجع السابق،، ص735 وما بعدها.

(2) انظر على سبيل المثال د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، 1983، رقم 47، ص92 ؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، طبعة نادي القضاة، 2019، رقم1006، ص1094 وما بعدها ؛ د. أحمد بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، القاهرة، دارة النهضة العربية، 2011–2012، ص948، حيث ذكر سيادته أن الطبيعة الأصلية أو الاحتياطية للنص، إنما تستخلص من الصياغة ذاتها، وقد تستخلص من الفلسفة العامة التي يتبناها المشرع بشأن التجريم والعقاب في مجال معين ؛ د. عمر سالم، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010، رقم 499، ص779.

ومن هنا وجب علينا البحث في هذا الموضوع، مستندين في ذلك إلى هذه الدراسات الجزئية، محاولين تجميعها وتأصيلها، ومحاولين البحث في الآثار التي تترتب على تأييد اتجاه معين بصدد هذه الجزئية، ومحاولين الاستناد إلى مبدأ الشرعية ومقتضياته، وصولا إلى نتيجة نسأل الله جل في علاه أن تكون مرضية.

6- خطة إعداد هذا البحث:-

نعتقد – من خلال العرض السابق – أن بحث هذه الموضوع، يستوجب بيان نطاق استخدام عبارة "مع عدم الإخلال بأى عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر". ثم بيان المشكلات التي تثار بسبب استخدام هذه العبارة، وفي النهاية دراسة نطاق جدوى هذه العبارة. وهو ما سيتم تناوله من خلال فصلين، يسبقهما مبحث تمهيدي على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي – نطاق ذاتية عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر".

الفصل الأول – المشكلات التي تثيرها عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر".

الفصل الثاني – نطاق جدوى عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر".

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

المبحث التمهيدي
نطاق ذاتية عبارة مع "عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر"

تمهيد وتقسيم:

البحث في بيان مدى ذاتية عبارة مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يستوجب بيان تطبيقاتها التشريعية، ومحاولة تنقيتها من المفاهيم الأخرى التي قد تختلط بها، باعتبار أن هذا هو السبيل لسبر أغوارها وبيان المشكلات التي تثيرها، والتوصيات اللازمة لحلها. لذلك، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول – التطبيقات التشريعية لعبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر".

المطلب الثاني – محاولة تنقية عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر" ومضمونها مما قد يختلط بها.

المطلب الأول
التطبيقات التشريعية لعبارة
"مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر"

تعد عبارة، مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر من العلامات الأساسية في كل تشريع عقابي خاص، بل وجرى العمل على استخدام هذه الصيغة في النصوص المستحدثة في قانون العقوبات، والتي تواجه ظواهر إجرامية خاصة.

فنجد هذه الصيغة في المادة 40 من قانون الآثار[1]، حيث جرى نصها على

(1) القانون رقم 117 لسنة 1983، والمعدل بالقانون رقم 91 لسنة 2018 بإصدار قانون حماية الآثار.

أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقررها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب على مخالفة أحكام هذا القانون بالعقوبات المبينة في المواد التالية ....".

ونصت عليها المادة 31 من القانون الخاص بإصدار قانون الضريبة على العقارات المبنية[1]، بقولها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب بغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسة آلاف جنيه، بالإضافة إلى تعويض يعادل مثل الضريبة التي لم يتم أداؤها كل ممول يخالف أحكام هذا القانون بقصد التهرب من أداء الضريبة المستحقة عليه في الحالات الآتية:

(أ) تقديم أوراق أو مستندات غير صحيحة أو مزورة للجنة الحصر والتقدير أو للجنة الطعن أو إبداء بيانات على غير الواقع أو الحقيقة عند الحضور للمناقشة أمام هذه اللجان بقصد التأثير على قراراتها.

(ب) تقديم مستندات غير صحيحة بقصد الاستفادة بإعفاء من الضريبة بدون وجه حق.

(ج) الامتناع عن تقديم الإقرار بزوال سبب الإعفاء من الضريبة.

(د) تقديم مستندات غير صحيحة من شأنها إصدار قرار برفع الضريبة دون وجه حق."

ونص عليها قانون حماية الملكية الفكرية[2]، في مادتين مختلفتين؛ حيث نص عليها المادة 113 من هذا القانون بقولها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهرين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين:.... ".

(1) القانون رقم 196 لسنة 2008.
(2) القانون رقم 82 لسنة2002.

ونصت عليها المادة 114 من ذات القانون بقولها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين:.... ".

ونصت على هذه الصيغة المادة 74 من قانون المرور[1]، حيث نصت هذه المادة على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في أي قانون آخر، يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه من ارتكب فعلا من الأفعال الآتية..... " وكرر استخدام هذه الصياغة في المواد 74 مكررا، و74 مكررا أ، و75، و75 مكررا، و76، و76 مكررا أ، و 77، و81 مكررا 1، و81 مكررا 2، و81 مكررا 3، و81 مكررا 4.

ونصت على هذه الصيغة المادة 23 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني[2]، وذلك بقولها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

(أ) أصدر شهادة تصديق إلكتروني دون الحصول على ترخيص بمزاولة النشاط من الهيئة.

(ب) أتلف أو عيب توقيعا أو وسيطا أو محررا إلكترونيًا، أو زور شيئا من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحرير أو بأي طريق آخر.

(ج) استعمل توقيعا أو وسيطا أو محررا إلكترونيا معيبا أو مزورا مع علمه بذلك.

(د) خالف أيا من أحكام المادتين 19، 21 من هذا القانون.

(1) القانون رقم 66 لسنة 1973 والمعدل بالقانونين رقمي 155 لسنة 1999 و121 لسنة 2008.

(2) القانون رقم 15 لسنة 2004.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(هـ) توصل بأية وسيلة إلى الحصول بغير حق على توقيع أو وسيط أو محرر إلكتروني، أو اخترق هذا الوسيط أو اعترضه أو عطله عن أداء وظيفته. وتكون العقوبة على مخالفة المادة 13 من هذا القانون، الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه. وفي حالة العود تزاد بمقدار المثل العقوبة المقررة لهذه الجرائم في حديها الأدنى والأقصى. وفي جميع الأحوال يحكم بنشر حكم الإدانة في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، وعلى شبكات المعلومات الإلكترونية المفتوحة على نفقة المحكوم عليه"[1].

ونصت عليها المادة 24 من قانون حماية المستهلك[2]، ونصت عليها – كذلك – المواد 22، والفقرة الأخيرة من المادة 22 مكررا، و22 مكررا أ، و23 من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية[3].

ونصت عليها، المادة السابعة من قانون حماية الاقتصاد القومي من الآثار الناجمة عن الممارسات الضارة في التجارة الدولية[4].

ونصت عليها المادة 43 من قانون الضريبة العامة على المبيعات[5]، وذلك بقولها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يقضي بها قانون آخر، يعاقب على التهرب من الضريبة بالحبس مدة لاتقل عن شهر، وبغرامة لاتقل عن ألف جنيه، ولا تجاوز خمسة آلاف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويحكم على الفاعلين متضامنين بالضريبة والضريبة الإضافية وتعويض لا يجاوز مثل الضريبة".

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(1) يلاحظ أننا في بعض الحالات نعرض نص المادة كاملة، وذلك منعا للتكرار بعد ذلك، إذ أننا سنكون في حاجة لتفصيلات بعد المواد، لإبراز ذاتية التجريم في القانون الخاص، وأننا لسنا في حاجة إلى صياغة مع عدم الإخلال التي ترد في مقدمة هذه النصوص، وضرورة ترك الأمر لحكم القواعد العامة كما سنرى.

(2) القانون رقم 67 لسنة 2006 بإصدار قانون حماية المستهلك.

(3) قانون رقم 3 لسنة 2005 بإصدار قانون حماية المستهلك ومنع الممارسات الاحتكارية.

(4) القانون رقم 161 لسنة 1998.

(5) القانون رقم 11 لسنة 1991.

ونصت عليها المادة70 من قانون تنظيم الاتصالات[1]، بقولها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر، يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المواد التالية بالعقوبات المقررة فيها".

كما نصت عليها المادة 23 من قانون الكسب غير المشروع[2]، وإن كان بصياغة مختلفة، وذلك بقولها "لا تمنع العقوبات المقررة في هذا القانون من توقيع أية عقوبة أخرى أشد تكون مقررة في قانون آخر".

ونصت عليها المادة 38 من قانون مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها[3]، بقولها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون يعاقب بالسجن المشدد، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنية ولا تجاوز مائتى ألف جنيه كل من حاز أو أحرز أو اشترى أو سلم أو نقل أو زرع أو أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع جوهرا مخدرا أو نباتا من النباتات الواردة في الجدول رقم 5 وكان ذلك بغير قصد الاتجار أو التعاطي أو الاستعمال الشخصي وفي غير الأحوال المصرح بها قانونا.....".

ويلاحظ أن المشرع – هنا – قد قصر إمكانية تطبيق نص آخر على ذات القانون، وذلك عكس النصوص السابقة التي أجازت تطبيق العقوبات المقررة في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر. ويبدو ذلك من قول المشرع في هذه المادة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون......"، وذلك عكس ما ورد في نصوص قوانين أخرى؛ حيث ينص على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أخرى ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر".

(1) القانون رقم 10 لسنة 2003.
(2) القانون رقم 62 لسنة 1975.
(3) القانون رقم 183 لسنة 1960 وتعديلاته.

ونص المشرع على هذه الصيغة في المادتين 49 و50 من قانون شركات قطاع الأعمال العام[1]؛ إذ تنص المادة 49 من هذا القانون على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أو وصف قانوني أشد ينص عليه قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية:...."[2].

ونص ذات القانون على هذه الصيغة في المادة 50، وإن كان لم يذكر أي وصف قانوني أشد.

وفي ذات السياق، نصت على هذه الصيغة المادة 33 من قانون التأجير التمويلي[3]، وذلك بقولها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن عن خمسة آلاف جنيه، ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من قام بتغيير معالم المال المؤجر أو أوصافه المقيدة بالسجل الخاص بذلك أو طمس البيان المثبت لصفة المؤجر بالنسبة لهذا المال"[4].

ونصت على هذه الصياغة في صورتها التقليدية المادة 118 من قانون

(1) القانون رقم 203 بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال.
(2) من الواضح أن المشرع أضاف هنا أي وصف قانوني أشد، على الرغم من أن الوصف القانوني الأشد يفترض أن هنالك عنصرا جديدا أضيف إلى الواقعة منحها هذا الوصف المختلف، لمزيد من التفاصيل، أنظر، د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، النظرية العامة للظروف المخففة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 1970 ؛ د. عادل عاذر، النظرية العامة لظروف الجريمة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 1966.
(3) القانون رقم 95 لسنة 1995، المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2001.
(4) ويلاحظ على صياغة هذا النص أنه جاء أكثر عمومية من النصوص السابقة، حيث أنه ذكر أية عقوبة أشد دون تحديد ما إذا كان ذلك في قانون العقوبات أو قوانين أخرى أو حتى في ذات قانون التأجير التمويلي.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد بقولها[1]، "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب على الجرائم المبينة في المواد التالية بالعقوبات المنصوص عليها فيها".

وجاء قانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر[2]، ليقرر العديد من الجرائم دون أن يذكر هذه الصيغة في بداية الباب الرابع عشر الخاص بالعقوبات، وبعد أن سرد العديد من الجرائم وقرر عقوباتها باعتبارها عقوبات لا تتنازع مع غيرها، قرر في المادة 79 منه "أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه، كل من توسط في مصر في عقد عمليات تأمين أو إعادة تأمين، وكذلك كل من باشر مهنة الخبراء الاكتواريين أو خبراء التأمين الاستشاريين أو خبراء المعاينة وتقدير الأضرار، دون أن يكون مقيدا في السجلات الخاصة المنصوص عليها في هذا القانون. وتسري ذات العقوبة على المسئولين في شركات التأمين عن مخالفة أحكام المواد 67، 70، 74 من هذا القانون"[3].

وجاء قانون التمويل العقاري[4]، إلى الموضع المتعارف عليه لهذه الصيغة وهو أن تكون في صدر الباب أو الفصل المخصص للعقوبات المقررة في القانون الخاص؛ حيث نصت المادة 45، والتي جاءت في صدر الباب الثامن منه تنص على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب على الأفعال المبينة في المواد التالية بالعقوبات المنصوص عليها فيها".

(1) القانون رقم88 لسنة2003 المعدل بالقانونين رقمى 162 لسنة 2004 و93 لسنة 2005.
(2) القانون رقم 10 لسنة 1981.
(3) وهذا يدلل على أن المشرع المصري في القوانين الخاصة لا يلجأ إلى هذه الصيغة إلا في حالة كون ذات المصلحة يمكن أن تكون محمية بموجب نصوص متعددة. والغريب أنه بالنسبة للتأمين وإعادة التأمين لا يتصور، أن توجد نصوص أخرى تقرر حمايته خلاف هذا القانون.
(4) القانون رقم 148 لسنة 2001 بإصدار قانون التمويل العقاري.

واستخدم قانون الجمارك[1] هذه الصيغة في أكثر من موضع، فقد نص عليها في المادة 115 من الباب السابع المخصص للمخالفات الجمركية، وذلك بقوله "ودون إخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون، تفرض غرامة بواقع مائتي جنيه في الأحوال الآتية: 1- عدم تمكين موظفي الجمارك من القيام بواجباتهم وممارسة حقهم في التفتيش والمراجعة وطلب المستندات ....."[2].

ونص عليها في المادة 117 من ذات الباب، كما نص عليها في المادة 122 من الباب الثامن الخاص بالتهريب، وذلك بقوله "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يعاقب على التهريب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كان التهريب بقصد الاتجار، كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. كما يعاقب على حيازة البضائع المهربة بقصد الاتجار مع العلم بأنها مهربة بغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه ....."

وجاء قانون قمع التدليس والغش[3] لينص عليها، ليس في صدر مواده، وإنما في المادة السادسة منه التي جاء نصها "دون إخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، إذا وقع الفعل بالمخالفة لأحكام المواد

(1) القانون رقم66 لسنة 1963.

(2) والحقيقة أن الحيلولة بين الموظف العام عموما وبين أداء عمله قد جرمها المشرع المصري في المواد 136، 137مكررا أ والمادة 88 مكررا أ من قانون العقوبات، وهذه النصوص قد قررت عقوبات أشد مما نص عليه المشرع هنا، وبالتالي استنادا إلى هذه الصيغة، المفروض أن تطبق نصوص قانون العقوبات المشار إليها عاليه. ولكن المشرع استلزم هنا شرطا خاصا وهو أن يكون الموظف من موظفي الجمارك وبالتالي فنحن بصدد نص خاص، وما ورد في قانون العقوبات يعد نصا عاما والقاعدة التفسيرية تقضي برجحان الخاص على العام، مما يدلل على أن هذه الصيغة لا طائل من وراءها، انظر لا حقا ص 56 وما بعدها .

(3) القانون رقم 48 لسنة 1941 المعدل بالقانون رقم 281 لسنة1994.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

2، 3، 3 مكررا من هذا القانون، بطريق الإهمال أو عدم الاحتياط والتحرز والإخلال بواجبات الرقابة، تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة المنصوص عليها في المواد سالفة الذكر أو بإحدى هاتين العقوبتين"[1].

وجاء قانون مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها[2] ليقررها، فبعد أن عرض الجرائم والعقوبات المقررة فيه، وذلك في المادتين 17، 18 منه، جاء في المادة التاسعة عشرة وقرر "في الأحوال التي ينص فيها أي قانون آخر على عقوبة أشد، مما قررته النصوص السابقة، تطبق العقوبة الأشد دون غيرها"، ومن الواضح أن المشرع هنا، كان أكثر حسما، في تقريره باستبعاد العقوبات المنصوص عليها فيها حتما وفي كل الأحوال، طالما وجدت عقوبة أخرى أشد تعاقب على ذات الفعل.

والحقيقة أن هذا المنهج، اتبعته العديد من التشريعات العربية، مستخدمة ذات الصيغة التي اعتنقها المشرع المصري. وعلى سبيل المثال التشريعات الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة، والجمهورية السورية، ودولة الكويت، وسلطنة عمان..... [3].

وهذه الصياغة لم تعد مقصورة على القوانين الخاصة، إذ نراها حتى في قانون العقوبات؛ فقد ذكرها المشرع في المادة 375 مكررا من الباب السادس عشر

(1) والمواد السابقة المشار إليها تعاقب على هذه الأفعال إن وقعت عمدا، وجاء المشرع هنا وقرر العقاب عليها بوصف غير العمد، مع وضع هذه الصيغة حيث يمكن أن تتنازع هذه الحماية مع الحماية المقررة في قوانين خاصة أخرى مثل القانون الخاص بحماية المستهلك، أو القانن رقم 10 لسنة 1966 الخاص بمراقبة الأغذية وتنظيم تداولها

(2) القانون رقم 10 لسنة 1966.

(3) أنظر في ذلك، د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، دار النهضة العربية، 2011، ص737 وما بعدها ؛ المستشار الدكتور، خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2008، ص 519 وما بعدها.

من قانون العقوبات المصري، المضافة بالمرسوم بقانون رقم 10 لسنة 2011، الخاص بالترويع والتخويف والمساس بالطمأنينة. حيث استهلت هذه المادة بالقول "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد واردة في نص آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة....." [1]. وشدد المشرع العقوبات المقررة لهذه الجريمة بموجب نص المادة 375 مكررا أ من قانون العقوبات.

ونص قانون العقوبات على هذه الصيغة – كذلك – في المادة 242 مكررا من قانون العقوبات بقوله "مع مراعاة حكم المادة 61 من قانون العقوبات[2]، ودون الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تجاوز سبع سنوات كل من قام بختان لأنثى بأن أزال أيا من الأعضاء التناسلية الخارجية بشكل جزئي أو تام أو ألحق إصابات بتلك الأعضاء بدون مبرر طبي ....."

ونص عليها قانون العقوبات – كذلك – في المادة 109 مكررا ثانيا من قانون العقوبات بقولها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضي بها قانون العقوبات أو أي قانون آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من عرض أو قبل الوساطة في رشوة ولم يتعد عمله العرض أو القبول. فإذا وقع ذلك من موظف عمومي فيعاقب الجاني بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 104، وإذا كان ذلك بقصد الوساطة لدى موظف عمومي يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 105".

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(1) وغني عن البيان أن هذا النص الآخر قد يتواجد في قانون العقوبات – القسم الخاص – وهذا هو الوضع الغالب، باعتبار أن كافة الأفعال التي تقوم بها البلطجة نص عليها بصفة عامة قانون العقوبات، وقد يكون هذا النص في قانون عقابي خاص آخر.

(2) أي حالة الضرورة ؛ حيث تنص هذه المادة على أنه " لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى".

ونصت عليها المادة 88 مكررا أ من قانون العقوبات، بقولها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب بالسجن المشدد كل من تعدى على أحد القائمين على تنفيذ أحكام هذا القسم، وكان ذلك بسبب هذا التنفيذ، أو قاومه بالقوة أو العنف أو التهديد باستعمالهما معه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها....." [1].

فهذه الصياغة – إذن – قد أصبحت من الصياغات المعتادة في القوانين العقابية المصرية، سواء تعلق الأمر بقانون العقوبات، أو القوانين العقابية الخاصة.

وقليلة هي القوانين العقابية الخاصة التي تجنبت هذه الصياغة. ولعل من أهم هذه القوانين، القانون رقم 146 لسنة 1988 بإصدار قانون الشركات العاملة في مجال تلقي الأموال لاستثمارها؛ حيث جاء الباب الثالث منه والخاص بالجزاءات خلوا من هذه العبارة. ونجد ذات الملاحظة في قانون الزراعة، الصادر بالقانون رقم 53 لسنة 1966 ؛ حيث جاء الباب الثامن منه الخاص بالعقوبات، خاليا تماما من هذه الصيغة.

المطلب الثاني

محاولة تنقية عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر" ومضمونها مما قد يختلط بها

وغني عن البيان، أن هذه الصيغة، وما تثيره من مشكلات، لا يجوز أن تختلط بصيغة أخرى تجري عليها بعض النصوص، ويكون الغرض منها وجود جزاءات جديدة تطبق إلى جانب عقوبات مقررة في نصوص سابقة، سواء تمثلت هذه الجزاءات في عقوبات تكميلية، أو تدابير احترازية. ومثال ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 118 مكررا من قانون العقوبات بقوله "مع عدم الإخلال بأحكام

(1) القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، الخاص بالجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل.

المادة السابقة يجوز، فضلا عن العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في هذا الباب، الحكم بكل أو بعض التدابير الآتية:....."، فما تقرره هذه المادة وغيرها هو من باب حسن الصياغة، والتي لا يجوز أن تختلط بموضوع هذه الدراسة، أي الصيغة التي مؤداها "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد". وبيان ذلك، أنه بدلا من تكرار هذه الجزاءات، تأتي مثل هذه المواد وتقرر أن العقوبات المقررة للجرائم السابقة، لا تحول دون إمكانية تطبيق هذه الجزاءات إلى جانبها.

كذلك، يجب ألا تختلط المشكلة محل البحث، وهي الخاصة بمدلول وجدوى عبارة، مع "عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر"، مع فكرة أخرى تسود القوانين الخاصة، وهي فكرة الإحالة. ونعني بها الإحالة إلى نص آخر لبيان شق التجريم أو شق الجزاء أو حتي لبيان الشقين معا.

وبيان ذلك، أنه إذا كانت القاعدة العامة في التجريم والعقاب، أن يتضمن النص شقي التجريم والعقاب، إلا أنه قد يحدث، أن تتم الإحالة إلى نص آخر في ذات القانون لتحديد شق التجريم، مثال ذلك، ما ينص عليه البند 4 من المادة 135 من قانون الضريبة على الدخل[1]، من أنه يعاقب بغرامة مقدارها عشرة آلاف جنيه كل من خالف أحكام المادتين (78 بند 1 و83 فقره 3)، والمادة 14 مكررا أ من قانون مكافحة غسل الأموال والمضافة بالقانون رقم 17 لسنة2020، التي تعاقب أيا من يخالف أحكام المادة 12من ذات القانون.

وقد تكون الإحالة إلى جداول معينة تابعة لذات القانون، كما هو الحال في الإحالة إلى الجداول المقترنة بقانون مكافحة المخدرات أو قانون الأسلحة والذخائر. وقد تكون الإحالة إلى قانون آخر، كما هو الحال في المادة 37 مكررا ج من قانون مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها وألا تتجاوز فيها[2]، التي تنص على

(1) القانون رقم91 لسنة 2005 بإصدار قانون الضريبة على الدخل.
(2) القانون رقم 182 لسنة 1960 وتعديلاته.

إنه "تعد جميع البيانات التي تصل إلى علم القائمين بالعمل في شئون علاج المدمنين أو المتعاطين من الأسرار التي يعاقب على إفشائها بالعقوبة المقررة في المادة 310 من قانون العقوبات".

بل قد تكون الإحالة في شقي التجريم والعقاب، وفي اتجاهين مختلفين، مثال ذلك، ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 82 من القانون المصري رقم 127 لسنة 1955 في شأن مزاولة مهنة الصيدلة، بأن "كل مخالفة لأحكام المادة 76 يعاقب مرتكبها بالعقوبات المنصوص عليها في القانون رقم 163 لسنة 1950 المشار إليه ".

وقد تكون الإحالة كذلك إلى اللائحة التنفيذية للقانون، وذلك في شق التجريم، ومثال ذلك، ما تنص عليه المادة 67 من القانون رقم 95 لسنة 1992، بإصدار قانون سوق رأس المال، والتي تقرر "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب بغرامة لا تقل عن ألفي جنيه، ولا تزيد على مليون جنيه من يخالف أحد الأحكام المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

فالإحالة – إذن – تتمثل في قيام المشرع صراحة، بالتنبيه على أن شق التجريم أو الجزاء، يتم تحديده عن طريق نص آخر، أيا كان موضع هذا النص[1]. وذلك عكس ما يقرره المشرع بعبارة "مع عدم الإخلال بأيه عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر". فهذه العبارة الأخيرة تفترض أن شق التجريم والجزاء محددان في النص المقترن بهذه العبارة، ولكن المشرع، يفترض أنه ربما يكون هناك نص آخر يعاقب بعقوبة أشد، وفي هذه الحالة يلزمه بالبحث عنه وتطبيق العقوبة الموجودة

(1) انظر في فكرة الإحالة د. عمرو إبراهيم الوقاد، الحماية الجنائية لعلاقات العمل، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص104 وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص434 وما بعدها.

فيه، إذا تبين أنها أشد من العقوبة المقررة بالنص المقترن بهذه العبارة.

غني عن البيان، أن هذه الصيغة لا محل لها، إلا إذا وجد نص يعاقب على جريمة تمثل اعتداء على ذات المصلحة، وتتضمن ذات الأركان والشروط المفترضة[1]، إذ في هذه الحالة – وفيها وحدها – تثار مشكلة تطبيق هذه العبارة، أما إذا وجد اختلاف، فسنكون بصدد تعدد للجرائم، ويطبق حكم التعدد، والاستثناء الوارد عليه[2].

هذا العرض وتحديد نطاق المشكلة، كان الغرض منه بيان مدى شيوع هذه الصيغة في القانون العقابي المصري، وأنها ليست حالة خاصة أو نادرة، حتى يقال بأن تطبيقها نادر، ولا يستحق بحثا متخصصا. والسؤال الذي يثار الآن هو، ما هي المشكلات التي تثيرها هذه الصيغة؟؟؟ وهو ما سنعرضه في الفصل الأول من هذه الدراسة.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(1) انظر في تعريف الشرط المفترض:
د. حسنين إبراهيم صالح عبيد مفترضات الجريمة، مجلة القانون والاقتصاد، 1979، ص 537 وما بعدها
DOUCET (J.P.), La condition préalable à l'infraction, G.P., 1972, 11, Doctrine, p. 726

(2) انظر ص 59 وما بعدها .

الفصل الأول

المشكلات التي تثيرها عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر"

تمهيد وتقسيم:

يبدو أن هذه العبارة في ظاهرها لا تثير مشكلة ما، فمنطوقها يعني، أن القاضي قبل أن يطبق العقاب الوارد في النص الخاص، عليه أن يُعمل فِكره، ويقوم بجولة قانونية في رحاب قانون العقوبات القسم الخاص، وكذلك، القوانين الخاصة أو المكملة، فإن وجد فيها نصا يقرر عقوبة أشد طبقه، وإن لم يجد طبق النص الخاص الموجود أمامه.

ولكن إمعان النظر في هذا النص، يجده قد يصطدم بمجموعة من المفاهيم القانونية والقواعد المستقرة في القانون الجنائي. ولعل من أهم هذه القواعد، أن النص بصيغته السالفة الإشارة إليها قد يصطدم مع قواعد تطبيق قانون العقوبات من حيث الزمان، بل وقد يصطدم مع مبدأ الفصل بين السلطات، وفوق ذلك، قد تنطوي على خرق لواحدة من أهم نتائج مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهي ضرورة وضوح نص التجريم والعقاب وتحديده، وفي النهاية، قد يتعارض مع مبدأ التناسب في العقاب، بين الجريمة والجزاء المقرر لها[1]. ونبحث هذه المشكلات في أربعة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول– مدى تعارض عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد" مع القواعد الخاصة بتطبيق قانون العقوبات من حيث الزمان.

المبحث الثاني – مدى تعارض عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد" مع مبدأ الاستقلال بين السلطات.

---

(1) انظر في الإشارة إلى هذه المشكلات، د. خيري أحمد الكباش، المرجع السابق، ص520، وص521 ؛ د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، المرجع السابق، ص737.

المبحث الثالث– مدى تعارض عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد" مع ضرورة وضوح النص وتحديده.

المبحث الرابع – مدى تعارض عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد" مع مبدأ التناسب بين الجريمة والجزاء الجنائي.

المبحث الأول

مدى تعارض عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد" مع القواعد الخاصة بتطبيق قانون العقوبات من حيث الزمان

يحكم تطبيق قانون العقوبات من حيث الزمان، ثلاث قواعد، الأولى – تتمثل في عدم تطبيق القانون الذي يسيء إلى مركز المتهم بأثر رجعي، والثانية – تتمثل في تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي. والثالثة – وهي وضع حكم خاص بالقوانين المحددة الفترة، والتي ينظر إليها غالبا، على أنها استثناء من القاعدة الثانية[1].

وقد نص المشرع الدستوري المصري، على القاعدة الأولى وذلك في المادة 95 من دستور 2014، وذلك بقوله "العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون". وجاءت المادة الخامسة من قانون العقوبات موضحة

(1) انظر في ذلك، د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، 2016، رقم 74، ص155 وما بعدها؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام: النظرية العامة للجريمة، والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، 2019، رقم 84، ص115 وما بعدها، ؛ د. أحمد بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، 2011–2012، ص89 وما بعدها.

BOULOC (B.) Droit pénal général, 23 ème.. éd. Dalloz, 2013, n. 153, p. 149 et ss., BERNARDINI (R.) Droit pénal général, éd. Gualino, 2003, n. 239, p.213 et ss., DREYER (E.) Droit pénal général ,éd. Lexis Nexis, 2014, n. 1717,p.1157et ss.

نطاق هذا المبدأ وذلك بقولها "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها. ومع هذا، إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره. وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية. غير أنه في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور كم بالإدانة فيها، وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها".

وقد حرصت المحكمة الدستورية العليا في مصر، على تأكيد القيمة الدستورية للقاعدة الثانية، وهي الخاصة، بسريان القواعد الموضوعية الأصلح للمتهم بأثر رجعي، ومؤكدة على أن هذه الأخيرة، ليست مجرد استثناء من قاعدة عدم رجعية النصوص التي تسيئ إلى مركز المتهم، وإنما هي قاعدة تتضافر مع القاعدة الأولى، في تحديد نطاق سريان هذه القواعد العقابية الموضوعية، لأجل تحديد حكم تنازع القوانين العقابية من حيث الزمان.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا "..... إن إنكار الأثر الرجعي للقوانين الجزائية، يفترض أن يكون تطبيقها في شأن المتهم مسيئا إليه، فإن كانت أكثر فائدة لمركزه القانوني في مواجهة سلطة الاتهام فإن رجعيتها تكون أمرا محتوما. ومن ثم نكون أمام قاعدتين تجريان معا وتتكاملان: أولاهما – أن مجال سريان القانون الجنائي ينحصر أصلا في الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجعيا كلما كان أشد وقعا على المتهم، وثانيهما – سريان القانون اللاحق على وقائع كان يؤثمها قانون سابق، كلما كان القانون الجديد أكثر يسرا. وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه أن ثانيتهما لا تعتبر استثناء من أولاهما، ولا هي قيد عليها، بل فرع منها ونتيجة حتمية لها. وكلتاهما معا تعتبران امتدادا لازما لقاعدة شرعية الجرائم

والعقوبات، ولهما معا القيمة الدستورية ذاتها...."[1].

ولتأكيد أهمية قاعدة رجعية النصوص العقابية الأصلح للمتهم، تقرر المحكمة الدستورية في ذات الحكم "... على أن يكون مفهوما أن القوانين الجنائية، وإن كان سريانها على وقائع اكتمل بنيانها قبل نفاذها غير جائز أصلا، إلا أن إطلاق هذه القاعدة، يفقدها معناها، ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائي الأسوء، إلا أن هذا القانون يرعاها ويحميها إذا كان أكثر رفقا بالمتهم، سواء من خلال إنهاء تجريم أفعال أثمها قانون جنائي سابق، أو عن طريق تبديل تكييفها أو بنيان بعض العناصر التي تقوم عليها، بما يمحو عقوباتها كلية أو يجعلها أقل بأسا، وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم في مجال تطبيقها بالنسبة له....." [2].

ومؤدى ما سبق، أنه في حالة وجود قانون جديد، يجرم ذات الفعل أو الأفعال المجرمة قبل ذلك، ويحمي ذات المصلحة التي ارتآها جديرة بالحماية الجنائية، ولكن القانون الجديد غاير في مركز المتهم وجعله أكثر رفقا من سابقه، هذا القانون يجب تطبيقه، بأثر رجعي، باعتبار ذلك يمثل القاعدة الثانية، التي قررتها المادة الخامسة من قانون العقوبات، وتعتبر وفقا لحكم المحكمة الدستورية العليا، فرعا ونتيجة للقاعدة الأولى التي أقرتها المادة 95 من دستور 2014، والتي ردد دستور 1971 ذات حكمها.

وفي ضوء ما سبق، أن يأتي قانون خاص أو تكميلي، ويجرم ذات الفعل، الذي يشكل اعتداء على ذات المصلحة، ويقرر عقوبة أقل وطأة من العقوبة التي يقررها نص سابق لذات الفعل، أو يغاير في شروط التجريم والعقاب على نحو يقود إلى نفي الجريمة، فإن هذا القانون يجب تطبيقه دون تردد؛ نزولا على الاعتبارات

(1) المحكمة الدستورية العليا، في 22 فبراير 1997، في القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد 10 في 6مارس 1997.
(2) ذات الحكم المشار إليه عاليه.

الدستورية والقانونية المشار إليها عاليه.

وتفريعا من ذلك، فإنه إذا ارتكب الفعل في ظل القانون الجديد الخاص أو المكمل، وجب تطبيق هذا القانون عليه، نفاذا لقاعدة ضرورة تطبيق الجديد فور نفاذه، على الأفعال التي ترتكب في ظله، سواء أكان هذا القانون الجديد أشد على المتهم أو في مصلحته[1].

وإذا كان القانون الجديد يقرر عقوبة أشد، فإنه لا يمكن تطبيقه بأثر رجعي، على الأفعال التي ارتكبت قبل نفاذه، لأن في ذلك مخالفة صريحة لنص المادتين 95 من الدستور والمادة 5 من قانون العقوبات.

وإذا كان القانون الجديد يقرر عقوبة أخف، أو بصفة عامة يقرر مركزا قانونيا أصلح للمتهم من القانون السابق[2]، فإن هذا القانون يجب تطبيقه فور صدوره، على الأفعال المرتكبة قبل صدوره، باعتباره قانونا أصلح للمتهم، وذلك نفاذا للقواعد الدستورية المشار إليها عاليه، وللقاعدة التي قررها المشرع المصري في المادة الخامسة من قانون العقوبات.

أما وأن يأتي القانون الخاص أو المكمل، ويلزم القاضي، بالبحث في المنظومة العقابية كاملة، عن نص آخر يقرر عقوبة أشد، فإن وجده التزم بتطبيقه، فلا شك أن هذا المنهج يخالف القواعد الدستورية والقانونية المشار إليها عاليه[3]. ويوهن من قيمة هذا النص، بل وربما يعصف به في إتون عدم الدستورية. فتطبيق

(1) لمزيد من التفصيل، انظر، د. حسن جوخدار، تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق – جامعة القاهرة 1974
LEVASSEUR (G.) , Opinions hétérodoxies sur les conflits des lois représsives dans le temps, in Mélanges CONSTANT, Liege 1971, pp.189-254

(2) نقض 15 يونية 1994، مجموعة أحكام محكمة النقض، س45، ص756.

(3) انظر في هذا المعنى، المستشار الدكتور، خيري أحمد الكباش، المرجع السابق، 520.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

القواعد العامة، والمبادئ الدستورية كفيل بحل مشكلة تنازع النصوص، دون حاجة إلى هذه الصيغة.

بل وما يعقد من هذا الأمر أن قواعد التفسير لا يمكن أن تنقذ من هذه الإشكالية، ومرجع ذلك، أن الفرض الذي نناقشه هو أننا بصدد نص خاص أو مكمل، وأنه لاحق على تشريع سابق. والقواعد التفسيرية، تقود إلى ترجيح الخاص على العام، وترجيح الأحدث على الأقدم، كل ذلك، طالما هنالك وحدة في المحل[1].

بل إن اللجوء لقواعد التفسير، لحل إشكالية مثل هذه النصوص، قد يقود إلى تعارض لا يمكن تجاوزه، ويحدث ذلك، عندما تكون القاعدة القديمة والتي لا زالت سارية، وتحتوي على العقوبة الأشد، موجودة في قانون العقوبات، ويأتي هذا النص الخاص الجديد ويقرر "مع عدم الإخلال بعقوبة أشد يقررها نص عقابي آخر" هنا نكون أمام قاعدتين: الخاص في مواجهة العام، والأحدث في مواجهة الأقدم، فأيهما نطبق؟؟؟.

قد يقال نطبق النص الجديد في كل الأحوال باعتباره هو الذي استلزم هذا التطبيق، ونزولا على إرادة المشرع الصريحة في هذا الشأن، ولكن قد يصطدم هذا التطبيق بقواعد تطبيق قانون العقوبات من حيث الزمان كما أسلفنا.

فإذا كان القانون الجديد، هو الأصلح للمتهم، وجب تطبيقه، نزولا على القواعد الدستورية السابقة، ولذلك، فإن القول بوجود نص أشد موجود في قانون سابق، و امتناع تطبيق القانون الجديد، يعد مخالفة صريحة للقواعد الدستورية

(1) انظر في هذه القواعد، د. رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2008، ص81 وما بعها، د. أحمد بلال، المرجع السابق، 946 ؛ د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، بدون دار نشر، 1990، رقم 250 ==ص412، د. علي راشد، القانون الجنائي:المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، 1974، ص158 TROUSSE (P.E.): L'interprétation des lois pénales, R.D.P.C. 1952-1953, p. 415, ESCANDE (P.): L'interprétation par le juge des règles ecrites en matière pénale, R.S.C. 1978, p. 819.

والقانونية المشار إليها.

وإذا كانت السلطة التقديرية للمشرع في نطاق التجريم والعقاب تبدو أكثر اتساعا في نطاق القسم الخاص من قانون العقوبات، عنه في القسم العام، باعتبار أن هذا الأخير يخضع في الجزء الأعم من نصوصه للأسس الدستورية، عكس القسم الخاص، الذي تحكمه اعتبارات السياسة الجنائية التي يتبناها المشرع وتقديره للضرورة والتناسب كأساس للتجريم في كل حالة على حده[1]، إلا أنه حتى في إطار القسم الخاص فإن المشرع لا يمكن أبدا أن يخالف أهداف الدستور ومراميه، وللمحكمة الدستورية أن تستجلي هذه المخالفة عبر رقابتها التي عهد بها إليها[2].

المبحث الثاني
مدى تعارض عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد" مع مبدأ الاستقلال بين السلطات

يتمتع القاضي الجنائي بسلطة تقديرية كبيرة، في النطاق القانوني الذي كفله له المشرع ابتداء، "فالقاضي يحكم في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته"[3]. فهو في نطاق الحدود العينية والشخصية للدعوى التي دخلت في حوزته استنادا إلى أمر الإحالة أو ورقة التكليف بالحضور[4]، يمتلك سلطة تقديرية كبير – كقاعدة عامة – وذلك في قبول الأدلة وتقديرها، وعلى النحو الذي حدده القانون[5].

(1) ويبدو ذلك من باب أولى في إطار القسم الخاص المتخصص أو في إطار القوانين الخاصة أو المكملة.
(2) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، 2006، ص27.
(3) المادة 302 من قانون الإجراءات الجنائية.
(4) المادة307 من قانون الإجراءات الجنائية.
(5) د. محمود كبيش، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام، دار النهضة العربية، 2019، ص163.

كلية الدعوة
جامعة القاهرة

وأيا كان مقدار السلطة التقديرية للقاضي، إلا أنه لا يملك، خلق نص من نصوص التجريم، أو تقرير عقوبة لم يقررها المشرع ابتداء. لذلك، كان تحريم القياس في مجال التشريع والعقاب، ولعل ذلك يعد نتيجة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[1].

ويعد ذلك تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطتين؛ التشريعية والقضائية، باعتبار أن التجريم والعقاب هو دور السلطة التشريعية، وأن القضاء يقتصر دوره على تطبيق نصوص القانون وفي الحدود التي رسمها المشرع، بحيث لا تملك إحداهما الافتئات على الأخرى[2].

وغني عن البيان، أن القاضي في إطار الحدود الموضوعية والشخصية للدعوى[3]، يملك البحث عن إعطاء التكييف القانوني الصحيح للواقعة، ودون أن يتقيد في ذلك، بالوصف الذي أسبغته سلطة الاتهام عليها. وله – كذلك – إضافة الظروف المشددة استنادا إلى المادة 308 من قانون الإجراءات الجنائية التي تقرر "للمحكمة أن تغير في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند للمتهم، ولها تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة التي تثبت من التحقيق أو المرافعة في الجلسة، ولو كانت لم تذكر بأمر الإحالة أو بالتكليف بالحضور. ولها أيضا إصلاح كل خطأ مادي وتدارك كل سهو في عبارة الاتهام مما يكون في أمر الإحالة أو طلب

(1) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص228
ولمزيد من التفاصيل حول دور القياس في نطاق قانون العقوبات أنظر :
JIMENEZ DE ASUA (L.): L'analogie en droit pénal, R.S.C. 1949, p. 187 et ss.

(2) وهو ما أشارت إليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في 3 أغسطس 1996، الجريدة الرسمية، العدد 32 في 15 أغسطس، 1996، ص1833.

(3) لمزيد من التفاصيل أنظر، د. عبدالمنعم العوضي، قاعدة تقيد المحكمة الجنائية بالاتهام، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 1973 ؛ د.مصطفى علي خلف، الحدود الشخصية والموضوعية للدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، 2010.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

التكليف بالحضور. وعلى المحكمة أن تنبه المتهم إلى هذا التغيير، وأن تمنحه أجلا لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك".

وفي غير هذه الحدود لا يملك القاضي سلطة على الدعوى الجنائية، لذلك، فإن تكليفه هو – بل وسلطة الاتهام قبله – بالبحث عن وصف جديد للتهمة المعروضة عليه، ويكون هذا الوصف حاملا لعقوبة أشد، فيه مخاطرة الوصول إلى وصف جديد لم يقصده المشرع، وعلى نحو قد يقود إلى قياس غير مقبول. وبالتالي يحدث تداخل بين السلطتين التشريعية والقضائية، على نحو يخل بمبدأ الفصل بين السلطتين دون ضرورة، أو مبرر معقول[1].

ومما يولد خشية تحول القاضي إلى مشرع، أنه من الوارد أن يكون هناك اختلاف في المصالح المحمية، أو المال المعتدى عليه، وفي كل الأحوال إذا كان المشرع يريد عقوبة أخرى، فلماذا لا يقوم المشرع بنفسه بتحديد هذه العقوبة، ولا يترك ذلك للقاضي؟؟؟[2]. أليست هذه هي وظيفة المشرع في أن يحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها؟؟؟ وأليس في ترك هذه الوظيفة للقاضي، تخل عن العمومية والتجريد اللذين يحكمان التجريم والعقاب؟؟؟.

بل إن هذه الصيغة، من الممكن أن تستلزم من القاضي الجمع بين الجزاءات المنصوص عليها في المادة المشفوعة بهذه العبارة، والجزاءات المنصوص عليها في القانون الذي يقرر عقوبة أشد. وهو ما قد يحيد بالقاضي عن وظيفته تماما. وبيان ذلك أن المادة 43 من قانون الضريبة العامة على المبيعات[3] – وبصفة خاصة قبل الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى منها فيما تضمنته من وجوب

(1) انظر في ذلك، المستشار الدكتور، خيري أحمد الكباش، المرجع السابق، ص520 ؛ وانظر، د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، المرجع السابق، ص754.
(2) د. أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص762.
(3) القانون رقم 11 لسنة1991.

الحكم على الفاعلين متضامنين بتعويض لا يتجاوز مثل الضريبة[1]– تنص على إنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضي بها قانون آخر، يعاقب على التهرب من الضريبة بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويحكم على الفاعلين متضامنين بالضريبة والضريبة الإضافية وتعويض لا يجاوز مثل الضريبة ". فهذه الصيغة قد تعطي الانطباع، بأن يتعين على القاضي في حالة وجود نص أخر يقرر عقوبة أشد، أن يضيف إلى هذه العقوبة الجزاءات الأخرى المنصوص عليها في هذه المادة، وهي دفع الضريبة والضريبة الإضافية، فضلا عن التعويض الذي لا يجاوز مثل هذه الضريبة، وذلك قبل الحكم بعدم دستورية هذا الجزاء الأخير[2].

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(1) المحكمة الدستورية العليا في 4 نوفمبر 2007، في القضية رقم9 لسنة28 قضائية، الجريدة الرسمية، العدد45مكررا، في 13 –11– 2007.

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذه المادة، أنظر المستشار فايز اللمساوي، ود. أشرف فايز اللمساوي، التعليق على قانون ضريبة المبيعات، منشورات نادي القضاة، بدون تاريخ نشر ، ص751 ؛ د. محمد سعد الشربيني، جرائم التهرب من ضريبة المبيعات، دار النهضة العربية، 2002، ص243.

المبحث الثالث

مدى تعارض عبارة "مع عدم الإخلال بأيةعقوبة أشد"
مع ضرورة وضوح النص وتحديده

لعل من أهم النتائج التي تترتب على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ضرورة أن تكون نصوص التشريع واضحة ومحددة، سواء بالنسبة للأشخاص المخاطبين بأحكامها، أو القضاة الذين يلتزمون بتطبيقها. فغموض النص يعد آفة تحول دون تطبيقه، وتحقيق الغرض منه، بل قد يقود إلى تحكم غير مقبول[1].

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا "وحيث إن غموض النص العقابي مؤداه أن يجهل المشرع بالأفعال التي أثمها، فلا يكون بيانها جليا، ولا تحديدها قاطعا أو فهمها مستقيما، بل مبهما خافيا. ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بعلو مداركهم ولا يتسمون بانحدارها، إنما يكونون بين ذلك قواما، فلا يقفون من النصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حدسهم طريقا إلى التخبط في شأن صحيح مضمونها ومراميها، بعد أن أهمل المشرع في ضبطها بما يحدد مقاصده منها بصورة ينحسم بها كل جدل حول حقيقتها، مما يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها إخطارا معقولا fair notice بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يأتوه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم.

وهو ما يعني أن يكون تطبيق تلك النصوص من قبل القائمين على تنفيذها عملا انتقائيا، محددا على ضوء أهوائهم ونزواتهم الشخصية، ومبلورا بالتالي خياراتهم التي يتصيدون بها من يريدون، فلا تكون إلا شراكا لا يأمن أحد معها

---

(1) MERLE (R.) et VITU (A.): Traité de droit criminel Problemes, généraux de la science criminelle, Droit pénal général, paris Cujas, 1988, n. 176, p. 255.

مصيرا، وليس لأيهم بها نذيرا.

وحيث إن النصوص العقابية فضلا عن غموضها، قد تتسم بتميعها من خلال اتساعها وانفلاتها. وهي تكون كذلك إذا كانت – بالنظر إلى المعنى المعتاد لعباراتها – لا تنحصر في تلك الأفعال التي يجوز تأثيمها وفقا للدستور، بل تجاوزها إلى أفعال رخص بها الدستور أو كفل صونها بما يحول دون امتداد التجريم إليها، وهو ما يعني مروقها عن حد الاعتدال وإفراطها في التأثيم، فلا يكون نسيجها إلا ثوبا يفيض عنها، ولا يلتئم وصحيح بنيانها.

وحيث إنه من المقرر كذلك، أن وحدة التنظيم القانوني للجرائم التي ارتبط بها الجزاء الجنائي، لا ينال منها سريان هذا التنظيم في شأن أشخاص يختلفون فيما بينهم بالنظر إلى مضمون التزاماتهم التي عاقبهم المشرع على الإخلال بها عقابا جنائيا، إذ لا يعدو ذلك أن يكون تغايرا في الوقائع التي تقرر الجزاء الجنائي بمناسبتها وليس من شأن تباينها – مضمونا أو أثرا – أن يكون تحديد الجرائم وعقوباتها قد انتقل من المشرع إلى أيديهم"[1].

وفي حكم آخر قررت المحكمة الدستورية العليا "وحيث إنه من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية، أن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها في أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين منها في أية تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرا، ويتعين بالتالي – ضمانا لهذه الحرية – أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون تلك القوانين جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو انبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال

(1) المحكمة الدستورية العليا في 5 يوليو 1997، القضية رقم 24 لسنة 18 قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد29 في 29 يوليو 1997.

التي يتعين عليهم تجنبها. كذلك فإن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يحال بين محكمة الموضوع وبين إعمال قواعد منضبطة تعين لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيه.

وهى قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطارا لعملها لا يجوز تجاوزه، ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور هي أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيدها بها، ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين الجزائية، محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها لكى يدفعوا عن حقهم في الحياة وكذلك عن حرياتهم، تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة، بحيث لا يتم تجاوز الحدود التي اعتبرها الدستور مجالا حيويا لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها، وهو ما يخل في النهاية بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، وفقا لنص المادة 67 من الدستور"[1].

وفي حكم آخر قررت المحكمة الدستورية العليا "..... وحيث إن غموض النص العقابي يعني أن يكون مضمونه خافيا على أوساط الناس باختلافهم حول فحواه ومجال تطبيقه وحقيقة ما يرمي إليه، فلا يكون معرفا بطريقة قاطعة بالأفعال المنهي عن ارتكابها، بل مجهلا بها ومؤديا إلى إبهامها. ومن ثم يكون إنفاذه مرتبطا بمعايير شخصية قد تخالطها الأهواء، وهي بعد معايير مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه لحقيقة محتواه وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده، محل مراميه التي غالبا ما يجاوزونها التواء بها أو تحريفا لها لينال من الأبرياء.

وبوجه خاص فإن غموض النص العقابي يعوق محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة جازمة تحدد لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا لبس فيه، وهي

(1) المحكمة الدستورية العليا في 2 يونية 2001، القضية رقم 114 لسنة 21 قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد 24 في 14 يونية 2001.

قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطارا لعملها لا يجوز اقتحام حدوده. كذلك فإن غموض النص العقابي يحمل في ثناياه مخاطر اجتماعية لا ينبغي التهوين منها. ويقع ذلك لأن تطبيقه يكون انتقائيا منطويا على التحكم في أغلب الأحوال وأعمها، ولأن المواطنين الذين اختلط عليهم نطاق التجريم والتوت بهم مقاصد المشرع، يقعدون عادة – حذر العقوبة وتوقيا لها – عن مباشرة الأفعال التي داخلتهم شبهة تأثيمها. وإن كان القانون بمعناه العام يسوغها. بل إن الاتجاه المعاصر والمقارن في شأن النصوص العقابية يؤكد أن الأضرار المترتبة على غموضها، لا تكمن في مجرد التجهيل بالأفعال المنهي عنها، بل تعود – في تطبيقاتها – إلى عنصر أكثر خطرا وأبرز أثرا، يتمثل في افتقارها إلى الحد الأدنى من الأسس اللازمة لضبطها والتي تحول كأصل عام بين القائمين على تنفيذها وإطلاق العنان لنزواتهم أو سوء تقديراتهم..... وحيث إنه سواء كان النص العقابي غامضا أو متميعا، فإن إنبهامه أو مجاوزته لغاياته، يجمعهما التجهيل بحقيقة الأفعال المنهي عنها، وهو ما يناقض ضرورة أن تكون القيود على الحرية الشخصية التي تفرضها القوانين الجزائية محدده بصورة يقينية لا التباس فيها، ذلك أن هذه القوانين تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها كي يدفعوا عن حقهم في الحياة وكذلك عن حرياتهم تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة. ومن ثم كان أمرا مقضيا أن تصاغ النصوص العقابية بما يحول دون انسيابها أو القياس عليها أو تباين الآراء حول مقاصدها....." [1].

فهذه الأحكام وغيرها تؤكد على مبدأ أساسي، وهو ضرورة، وضوح النصوص وتحديدها، وألا تكون حمالة ذات وجوه؛ لأن كون النص كذلك، يحول بين القاضي وبين تطبيقه على النحو الذي يحقق مقاصد المشرع منه. فالغموض الذي قد

(1) المحكمة الدستورية العليا في 12 فبراير 1994، القضيو رقم 105 لسنة 12 قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، 3 مارس 1994، العدد 9 تابع.

يكتنف النص يجعله متعارضا تماما مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[1].

ولا شك أن عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر"، تجعل النص غير واضح المعالم، سواء بالنسبة للمخاطب بشقي العقاب والتجريم، أو بالنسبة للجهة القائمة على تطبيقه، وهو ما يعني أن هذه العبارة تتعارض مع نتيجة أساسية من نتائج مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهي ضرورة أن يكون النص واضحا ومحددا سواء في شق التجريم أو شق العقاب.

بل إنه مما يزيد من الغموض الذي تضفيه هذه العبارة على قصد المشرع أنه في الوقت الذي يتعين فيه على القاضي، أن يبحث عن نص آخر يقرر عقوبة أشد يتولى تطبيقها إن وجدت، يقرر المشرع في ذات النص، بأنه لا يجوز للقاضي أن يتجاوز العقوبة المقررة في هذا النص، أي النص الوارد في القانون الخاص أو في قانون العقوبات عموما. وهو ما أثار التساؤل لدى البعض، عن أى الخيارين يتعين الاتباع: هل هو البحث عن عقوبة أشد، أم عدم تجاوز ما أورد في النص المسبوق بهذه العبارة؟! إذ ما هو الحل الواجب الاتباع عندما يقرر المشرع "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد .... يعاقب كل من ..... بالحبس مدة لا تتجاوز .....، وغرامة أو غرامة لا تتجاوز....."، فهل يلزم القاضي بالنص الذي يبحث عنه ويقرر عقوبة أشد أم بالنص الموجود أمام عينيه، وبشرط ألا يتجاوز الحد

(1) د. أحمد بلال، المرجع السابق، ص51 ؛ د. أشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية للتجريم والعقاب فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية ،العدد13 ،السنة السادسة ،أبريل 2008 ، ص37؛ د. أحمد فتحى سرور، الوسيط فى قانون العقوبات القسم العام، رقم 62، ص129 ؛ د. عمر سالم، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 2010، رقم 17، ص36،
PRADEL (J.): Droit pénal géneéral, éd. Cujas, 2002-2003, n. 135, p. 132, CONTE (PH.) et PATRICK MAISTRE DU CHAMBON, Droit pénal général, éd. ARMAND COLIN.2000, n. 127, p. 75. STEFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.) Droit pénal général, éd. DALLOZ, 1994, n. 123, p. 116.

الأقصى للعقاب المقرر فيه؟![1].

وعلى الرغم من أن المتبع هنا هو أن القاضي في الحالة التي لا يجد فيها نصا آخر يقرر عقوبة أشد، فإنه يلتزم بتطبيق النص المشفوع بهذه العبارة وفي نطاق الحدين الأقصى والأدنى للعقاب، إلا أن اعتراضنا هنا، هو لماذا نضع القاضي في هذه العملية الحسابية التي تجاوز خطه الفكري، ونجعله كمن يحاول إيجاد معادلة كيميائية لحل المشكلة الموجودة أمامه، في الوقت الذي كان من المتعين – كما سنرى – أن يكتفي المشرع بالعقاب الوارد في النص المشفوع بهذه العبارة، بحيث لا يكون هنالك داع لها. خاصة أن قواعد تطبيق القانون من حيث الزمان كفيلة بتطبيق الحل الواجب الاتباع.

المبحث الرابع

مدى تعارض عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد" مع مبدأ التناسب بين الجريمة والجزاء الجنائي

يمكن القول بأن التناسب المقصود في مجال التجريم والعقاب، يتفرع إلى صورتين؛ الصورة الأولى – وتعني أن المشرع الجنائي لا يملك استخدام سلطة التجريم والعقاب بطريقة تعسفية، فهو لا يجرم إلا إذا كانت هنالك مصلحة جوهرية تستوجب تدخل المشرع الجنائي لحمايتها؛ "ذلك أن كل مجتمع من المجتمعات يعتمد على مجموعة من القيم والمصالح الأساسية المعترف بها بواسطة الضمير الاجتماعي، وهذه القيم يتم ترجمتها – بواسطة المشرع – إلى مجموعة من الأوامر والنواهي، التي يترتب على مخالفتها توقيع العقاب"[2].

والمشرع وحده وبطريقة عامة مجردة، هو الذي يقدر جدارة المصلحة

---

(1) انظر في ذلك، المستشار الدكتور، خيري أحمد الكباش، المرجع السابق، ص520، 521، د. أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، 762 و763.

(2) BADINTER (R.): Présentation du nouveau projet du code pénal, DALLOZ.1988.

بالحماية الجنائية، حتى ولو ترتب على ذلك التضحية بمصلحة أو مصالح أخرى يراها مرجوحة، فالترجيح بين المصالح من عمل المشرع، ولا تثريب عليه في ذلك، طالما استند إلى معايير عامة مجردة[1].

والصورة الثانية، تتمثل في ضرورة أن يكون الجزاء الجنائي، متناسبا مع الجريمة التي ارتكبت، بحيث لا يكون هنالك تفريط ولا إفراط، وفي هذا الصدد، فإنه حتي مع التسليم بأن سلطة المشرع في التجريم تتسم بالاتساع، إلا أن صياغته لهذه النصوص وتحديد العقاب الواجب التطبيق، ليست بهذا الاتساع والتقدير، وتخضع لرقابة صارمة من جانب المحكمة الدستورية العليا[2], وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عندنا عن هذا الفكر في العديد من المرات، والتي أكدت فيها ضرورة أن تكون العقوبة متناسبة مع الجريمة، وضرورة أن تكون هذه العقوبة مبررة اجتماعيا، ولا محل لها إلا إذا كانت معقولة.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا أنه "..... وحيث إن الأصل في النصوص العقابية، أن تصاغ في حدود ضيقة، تعريفا بالأفعال التي جرمها المشرع، وتحديدا لماهيتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها موطئا للإخلال بحقوق كفلها الدستور للمواطنين، كتلك التي تتعلق بحرية عرض الآراء وضمان تدفقها من مصادرها المختلفة، وكذلك بالحق في تكامل الشخصية، وأن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع. ولئن جاز القول بأن تقدير العقوبة، وتقرير

(1) MAYER (D.): De quelques aspects de la dépénalisation actulle en France: en matières de môeurs, R.S.C. 1989, p.450.

(2) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، رقم 69 ص175، د. أشرف توفيق شمس الدين، المقال السابق، ص32 ؛ د. خالد ناجي صفوت بهنساوي، ضوابط دستورية العقوبة الجنائية، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق – جامعة طنطا، العدد الحادي والسبعين، يوليو 2015، ص35 ؛ ولمزيد من التفاصيل حول الحقوق الدستورية، انظر، د. رمزي رياض عوض، الحقوق الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2002.

أحوال فرضها، مما يدخل في إطار تنظيم الحقوق، ويندرج تحت السلطة التقديرية للمشرع، إلا أن هذه السلطة تحدها قواعد الدستور. ولازمها ألا تكون النصوص العقابية شباكا أو شراكا يلقيها المشرع متصيدا باتساعها، أو بخفائها، من يقعون تحتها، أو لا يبصرون مواقعها. كذلك فإن الأصل في الجريمة، أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين كمسئول عنها. وهي بعد عقوبة يجب أن تتوازن "وطأتها" مع طبيعة الجريمة موضوعها. بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن جريرة الجريمة لا يؤخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، وأن "شخصية العقوبة"، "وتناسبها مع الجريمة محلها"، مرتبطتان بمن يعد قانونا "مسئولا عن ارتكابها". ومن ثم تفترض شخصية العقوبة – التي كفلها الدستور بنص المادة 66 (أصبحت المادة 95 من دستور 2014) – شخصية المسئولية الجنائية، وبما يؤكد تلازمهما. ذلك أن الشخص لا يكون مسئولا عن الجريمة، ولا تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلا لها أو شريكا فيها.....

وحيث إن من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، وأن الحرية في أبعادها الكاملة لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها، يناقض القيم التي تؤمن بها الجماعة في اتصالها بالأمم المتحضرة وتفاعلها معها. ولا يكفى بالتالي أن يقرر المشرع لكل متهم حقوقا قبل سلطة الاتهام توازنها وتردها إلى حدود منطقية، بل يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولا من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها – بل وفي مقدمتها – حق الدفاع بما يشتمل عليه من الحق في الحصول على مشورة محام، والحق في دحض الأدلة التي تقدمها النيابة العامة إثباتا للجريمة التي نسبتها إليه، بما في ذلك مواجهته لشهودها، واستدعائه

لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه[1].

وفي ذات الحكم قررت المحكمة أنه "..... وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن القانون الجنائي وإن اتفق مع غيره من القوانين في سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض وكذلك على صعيد علاقاتهم بمجتمعاتهم، إلا أن القانون الجنائي يفارقها في اتخاذه العقوبة أداة لتقويم ما لا يجوز التسامح فيه اجتماعيا من مظاهر سلوكهم. وشرط ذلك أن يكون الجزاء الجنائي حائلا دون الولوج في الإجرام، ملبيا ضرورة أن يتهيأ المذنبون لحياة أفضل، مستلهما أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها، نائيا بعقابهم عن أن يكون غلوا أو تفريطا بما يفقد القواعد التي تدار العدالة الجنائية على ضوئها فعاليتها. ويتعين بالتالي أن يكون الجزاء الجنائي محيطا بهذه العوامل جميعا وأن يصاغ على ضوئها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره.

..... وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرعية الجزاء – جنائيا كان أم مدنيا أم تأديبيا – مناطها أن يكون متناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها.

فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضا أو عاتيا، أو كان متصلا بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافيا بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسبا مع خطورة الأفعال التي أثمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية تعسفا؛ متى كان ذلك، وكانت الفقرة الثانية من المادة 48 تقرر عقوبة السجن على الاتفاق الجنائي على ارتكاب جناية، وكانت عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه،

(1) المحكمة الدستورية العليا في 2 يونيه 2001 القضية رقم 114 لسنة 21 قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، العدد24 في 14 يونية 2001.

ولا يجوز أن تنقص عن ثلاث سنوات ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا، بينما هناك جنايات كثيرة حدد المشرع العقوبة فيها بالسجن مدة تقل عن خمس عشرة سنة؛ كما تنص ذات الفقرة على أن عقوبة الاتفاق الجنائي على ارتكاب الجنح هي الحبس أي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه وحدها الأدنى أربع وعشرون ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا، بينما هناك جنح متعددة حدد المشرع العقوبة فيها بالحبس مدة تقل عن ثلاث سنوات؛ وهو ما يكشف عن عدم تناسب العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من النص المطعون فيه مع الفعل المؤثم، ولا وجه للمحاجة في هذا المقام بأن الفقرة الرابعة من المادة 48 المشار إليها تقضي بأنه إذا كان محل الاتفاق جناية أو جنحة معينة عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرة السابقة فلا توقع عقوبة أشد مما نص عليه القانون لتلك الجناية أو الجنحة، ذلك أن محل الاتفاق – كما سبقت الإشارة – قد يكون ارتكاب جناية أو جنحة غير معينة بذاتها وعندئذ توقع العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من المادة وحدها، وهي تصل إلى السجن خمس عشرة سنة أو الحبس ثلاث سنوات – حسب الأحوال – ولا شك أنها عقوبات مفرطة في قسوتها تكشف عن مبالغة المشرع في العقاب بما لا يتناسب والفعل المؤثم.

..... وحيث إنه لما كان الهدف من العقوبة الجنائية هو الزجر الخاص للمجرم جزاء لما اقترف، والردع العام للغير ليحمل من يحتمل ارتكابهم الجريمة على الإعراض عن إتيانها، وكانت الفقرة الرابعة من المادة 48 تقرر توقيع العقوبة المقررة لارتكاب الجناية أو الجنحة محل الاتفاق على مجرد الاتفاق على اقترافها حتى ولو لم يتم ارتكابها فعلا، فإنها بذلك لا تحقق ردعا عاما ولا خاصا، بل إن ذلك قد يشجع المتفقين على ارتكاب الجريمة محل الاتفاق طالما أن مجرد الاتفاق على اقترافها سيؤدي إلى معاقبتهم بذات عقوبة ارتكابها.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

..... وحيث إن السياسة الجنائية الرشيدة يتعين أن تقوم على عناصر متجانسة، فإن قامت على عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها، بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينها؛ تقديرا بأن الأصل في النصوص التشريعية – في الدولة القانونية – هو ارتباطها عقلا بأهدافها، باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصودا لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف؛ ومن ثم يتعين دائما استظهار ما إذا كان النص الطعين يلتزم إطارا منطقيا للدائرة التي يعمل فيها، كافلا من خلالها تناغم الأغراض التي يستهدفها، أم متهادما مع مقاصده أو مجاوزا لها، ومناهضا – بالتالي – لمبدأ خضوع الدولة للقانون المنصوص عليه في المادة 65 من الدستور؛ متى كان ذلك وكان المشرع الجنائي قد نظم أحكام الشروع في الباب الخامس من قانون العقوبات (المواد من 45 إلى 47) وهو الذي يسبق مباشرة الباب السادس الخاص بالاتفاق الجنائي، وكان الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها، وكان مجرد العزم على ارتكاب الجريمة أو الأعمال التحضيرية لذلك لا يعتبر شروعا، بحيث يتعدى الشروع مرحلة مجرد الاتفاق على ارتكاب الجريمة إلى البدء فعلا في تنفيذها، وكان الشروع غير معاقب عليه في الجنح إلا بنص خاص، أما في الجنايات فإن عقوبة الشروع تقل درجة عن العقوبة المقررة لارتكاب الجناية، أو بما لا يزيد على نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة التامة؛ فإذا أعقب المشرع تلك الأحكام بالنص في المادة 48 على تجريم مجرد اتحاد إرادة شخصين أو أكثر على ارتكاب أي جناية أو جنحة أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها، وتحديد العقوبة على النحو السالف بيانه بالعقوبة المقررة لارتكاب الجناية أو الجنحة محل الاتفاق، فإنه يكون منتهجا نهجا يتنافر مع سياسة العقاب على الشروع، ومناقضا – بالتالي – للأسس الدستورية للتجريم.

..... وحيث إن الفقرة الأخيرة من المادة 48 تقرر الإعفاء من العقوبات

المقررة لمن يبادر من الجناة بإخبار الحكومة بوجود الاتفاق الجنائي والمشتركين فيه قبل وقوع الجناية أو الجنحة محل الاتفاق، فإن حصل الإخبار بعد البحث والتفتيش تعين أن يوصل إلى ضبط الجناة، وذلك ابتغاء تشجيع المتفقين على الإبلاغ بإعفائهم من العقاب على النحو السالف البيان؛ إلا أن مؤدى النص أنه إذا ما تم الاتفاق ثم عدل المتفقون جميعا من تلقاء أنفسهم عن المضي في الاتفاق فإن جريمة الاتفاق الجنائي تكون قد وقعت متكاملة الأركان ويحق العقاب على المتفقين، فيغدو ارتكاب الجريمة محل الاتفاق – في تقدير المتفقين – ليس أسوأ من مجرد الاتفاق عليها ولا يكون لتجنب ارتكابها والعدول عن اقترافها فائدة ما، وهو ما يعني عدم تحقيق النص المطعون عليه للمقاصد التي ابتغاها المشرع.

..... وحيث إن الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن دستورية النصوص العقابية، تضبطها مقاييس صارمة، ومعايير حادة تلتئم وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية التي أعلى الدستور قدرها، مما يفرض على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية لضمان ألا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية، وأن تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوما للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، فلا يندرج تحتها مجرد رغبة الجماعة في إرواء تعطشها للثأر والانتقام، أو سعيها للبطش بالمتهم، كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من نصوصه العقابية شباكا أو شراكا يلقيها ليتصيد باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، وكان الجزاء الجنائي لا يعد مبررا إلا إذا كان واجبا لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها، ومتناسبا مع الفعل المؤثم فإن جاوز ذلك كان مفرطا في القسوة مجافيا للعدالة، ومنفصلا عن أهدافه المشروعة؛ متى كان ما تقدم جميعه، فإن المادة 48 المشار إليها تكون قد وقعت في حمأة المخالفة الدستورية لخروجها على مقتضى المواد 41 و65 و66 و67 من

الدستور"[1].

وفي حكم آخر، تؤكد المحكمة العليا هذه المعاني بقولها "..... وحيث إن الأصل في الجريمة أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين باعتباره مسئولا عنها، وهي بعد عقوبة يجب أن تتوازن "وطأتها" مع طبيعة الجريمة موضوعها. بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن جريرة الجريمة لا يؤاخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، وأن "شخصية العقوبة" "وتناسبها مع الجريمة محلها" مرتبطان بمن يعد قانونا "مسئولا عن ارتكابها"، ومن ثم تفترض شخصية العقوبة التي كفلها الدستور بنص المادة (66) – شخصية المسئولية الجنائية، بما يؤكد تلازمهما – ذلك أن الشخص لا يكون مسئولا عن الجريمة، ولا تفرض عليه عقوبتها إلا باعتباره فاعلا لها أو شريكا فيها.

..... وحيث إن القانون الجنائي وإن اتفق مع غيره من القوانين في تنظيمها لبعض العلائق التي يرتبط بها الأفراد فيما بين بعضهم البعض، أو من خلال مجتمعهم بقصد ضبطها، إلا أن القانون الجنائي يفارقها، في اتخاذه العقوبة أداة لتقويم ما يصدر عنهم من أفعال نهاهم عن ارتكابها، وهو بذلك يتغيا أن يحدد – ومن منظور اجتماعي – ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعيا ممكنا، بما مؤداه أن الجزاء على أفعالهم، لا يكون مبررا، إلا إذا كان مفيدا من وجهة اجتماعية، فإن كان مجاوزا تلك الحدود التي لا يكون معها ضروريا، غدا مخالفا للدستور[2].

وغني عن البيان، أن المشرع عندما يضع نص التجريم والعقاب، إنما يرى في هذا الأخير جزاء مناسبا للجرم الذي ارتكب، وضروريا لتحقيق أغراض العقاب

(1) المحكمة الدستورية العليا في 2 يونية 2001 في القضية رقم 114 لسنة 21 ق الجريدة الرسمية العدد 24 في 14 يونيو 2001.
(2) المحكمة الدستورية العليا في 14 يناير 2007 في القضية رقم 124 لسنة 25 قضائية دستورية.

في الوقت الذي وضع فيه هذا النص، فلا شك أن التجريم والجزاء صنوان لا يفترقان عادة، ويرتبطان بما هو سائد في المجتمع من قيم معينة، ويمثلان استجابة للرأى العام في لحظة محددة، باعتبار أن القيم السائدة، متجددة ومتطورة. وما يكون مقبولا اجتماعيا اليوم، قد لا يكون كذلك بالأمس وربما لا يكون كذلك غدا[1].

لذلك، فإنه يبدو غريبا، أن يضع المشرع نصا تجريميًا اليوم ويحدد له الجزاء المناسب استنادا إلى معطيات اللحظة، وإذا به يطالب القاضي، بالبحث عن جزاء آخر أكثر شدة من الجزاء الذي وضعه، على الرغم من أن هذا الجزاء الذي يتم البحث عنه، قد تحدد في ظل معطيات مختلفة. ولا شك أن تطبيق هذا الجزاء الذي بحث عنه القاضي ووجده لا يمكن أبدا أن يكون مناسبا للجرم المرتكب والمنصوص عليه في القانون الخاص، نظرا لاختلاف الظرف واللحظة، واللذين يرتبا دوما اختلاف في النتيجة، خاصة أنه طالما أن المشرع – وهذه هي وظيفته – لا يرى أن الجزاء الذي وضعه مع شق التجريم غير متناسب، فلماذا وضعه؟؟؟ وإن أراد غيره فلماذا لم يحدده ابتداء، ويبعد هذا العناء عن القاضي؟؟؟[2]. فالبحث عن جزاء آخر غير ما نص عليه مع شق التجريم، لا بد وأن يجعل منه جزاء مفتقدا لمعيار التناسب الذي عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا في أكثر من مناسبة.

بل إن عبارة " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أخرى أشد .... " أضحت تشكل منهجا مفترضا يلجأ إليه المشرع في كل حالة يقوم فيها بتجريم جديد، وكأنه يخشي دائما أن يكون العقاب الذي قرره لهذا التجريم غير فعال أو غير متناسب مع الجرم الذي نص عليه، والدليل على ذلك أنه في بعض الأحيان يتم استخدامه بغير فائدة، أو بفائدة شبه منعدمه. ويسوق صاحب هذا الرأى مثالا على ذلك، ما قرره المشرع

(1) في هذا المعنى، د. أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص31.
(2) د. خيري أحمد الكباش، المرجع السابق، ص521 ؛ د. أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص762.

المصري في المادة 38 من القانون رقم182 لسنة 1960 في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها وتعديلاته؛ إذ تنص هذه المادة على إنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتى ألف جنيه، كل من حاز أو أحرز أو اشترى أو سلم أو نقل أو زرع أو أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع جوهرا مخدرا أو نباتا من النباتات الواردة في الجدول رقم 5 وكان ذلك بغير قصد الاتجار أو التعاطي أو الاستعمال الشخصي وفي غير الأحوال المصرح بها قانونا. وتكون العقوبة السجن المؤبد وغرامة لا تقل عن مائتى ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه إذا كان الجوهر المخدر محل الجريمة من الكوكايين أو الهيروين أو أي من المواد الواردة في القسم الأول من الجدول رقم 1 ".

ووجه الغرابة هنا، أن العقوبة المقررة للجريمة بذاتها جسيمة، إذ هي السجن المشدد أو المؤبد. فطالما أننا وصلنا بالعقوبة إلى هذه الدرجة من الجسامة فما الذي يدفع المشرع إلى استخدام هذه العبارة، إلا إن كان يريد عقوبة الإعدام؟! وإن كان يريدها فلماذا لم ينص عليها ابتداء؟! [1].

يبدو مما سبق عرضه من آراء فقهية، وأحكام دستورية، أن عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أخرى أشد" تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، باعتبارها تنطوي على تكليف القاضي بأمور تخرج عن نطاق وظيفته، وتتعارض مع القاعدة الدستورية القاضية برجعية النصوص الجنائية الموضوعية الأصلح للمتهم. وتتعارض مع ما يقتضيه مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من وضوح النص ودقته، واحتوائه بذاته على معايير صارمة لضمان تطبيقه، وفي النهاية تتعارض مع مبدأ التناسب الذي لا بد وأن يحكم العلاقة بين شقي التجريم والجزاء. وفي ضوء ذلك،

(1) انظر د. خيري أحمد الكباش، المرجع السابق، ص523، د. أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص763 وص764.

يثار التساؤل حول جدوى هذه العبارة، وهو ما سنبحثه في الفصل الآتي.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

الفصل الثاني

نطاق جدوى عبارة "مع عدم الإخلال
بأية عقوبة أخرى أشد ينص عليها قانون آخر"

تمهيد وتقسيم:

من القواعد الأساسية في تفسير النصوص، قاعدة أن "إعمال النص خير من إهماله"، فلا بد عند القيام بالتفسير، تقدير أن المشرع منزه عن العبث، وأنه عندما يضع نصا أو لفظا في أحد النصوص، فإنما يريد من ورائه تحقيق غاية معينة، ودور المفسر هو محاولة استجلاء هذه الإرادة أو تلك الغاية، أما القول بأن عبارة معينة لا لزوم لها، أو أنها من قبيل التزيد، فهي كلمة حق يراد بها باطل، إذ تقود إلى نفي إرادة المشرع، وتعطيل النص بدلاً من محاولة كشف المقصود من النص وسبر أغواره[1].

وفي ضوء ذلك، وجب محاولة الوصول إلى المعنى الذي أراده المشرع، من وراء هذه العبارة، خاصة أنها تحولت إلى عرف تشريعي، أو منهج أساسي في التشريعات الخاصة، بل وفي كل حالة يتم فيها النص على تجريم جديد. فإذا لم تفلح محاولة الوصول إلى جدوى من تطبيق هذه العبارة، أو أن محاولة إعمالها ستصطدم بقواعد ومبادئ قانونية راسخة، وجب القول بضرورة إلغائها.

وفي هذا السياق، ذهب اتجاه فقهي إلى القول بالصفة الاحتياطية لهذه العبارة، واتجاه آخر يذهب إلى القول بأن هذه العبارة تشير إلى حالة التعدد في الجرائم، واتجاه ثالث يذهب إلى القول بضرورة إلغاء هذه العبارة من التشريعات العقابية. وهو ما سنتناوله تباعا في المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول – الصفة الاحتياطية للنص المصحوب بعبارة "مع عدم

---

(1) المستشار عليوة فتح الباب، أصول سن وصياغة وتفسير التشريعات، دراسة فقهية عملية مقارنة، الجزء الثاني، مكتبة كوميت، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر، ص1163.

الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر".

المبحث الثاني – عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر" تعد تقنينا للقواعد العامة في تعدد الجرائم والعقوبات.

المبحث الثالث – ضرورة إلغاء عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر".

المبحث الأول

الصفة الاحتياطية للنص المصحوب بعبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر"

ذهب اتجاه فقهي، في تبريره لعبارة مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، إلى أنه من بين القواعد التي تحسم التزاحم بين النصوص الجنائية، القاعدة التي تقضي برجحان النص الأصلي على النص الاحتياطي؛ فإذا ثبت أن المشرع قد قرر حماية إحدى المصالح الجديرة بالحماية الجنائية، تارة على نحو أصلي وتارة أخرى على نحو احتياطي، رغبة منه في تفادي فرار المتهم في حالة عدم توافر عناصر النص الأصلي؛ ففي هذه الحالة يتعين تطبيق النص الأصلي وليس النص الاحتياطي، ومن أمثلة ذلك، في قانون العقوبات المصري، أن المشرع يعاقب على جريمة الاستيلاء على الأموال العامة، إذا وقع بغير نية التملك[1]، ويعاقب – أيضا – على ذات الاستيلاء إذا وقع بنية التملك[2]. ففي هذه الحالة، فإن العقاب على الاستيلاء بغير نية التملك، يعد نصا احتياطيا للعقاب على الاستيلاء بنية التملك، والذي يعد نصا أصليا في هذا الشأن لحماية المال العام من

(1) الفقرة الثالثة من المادة 113 من قانون العقوبات.
(2) الفقرة الأولى من المادة 113 من قانون العقوبات.

الاستيلاء عليه[1].

ويبدو لنا، أن الأمر هنا ليس في حاجة للبحث عن نص احتياطي، ونص أصلي؛ إذ إننا في الحقيقة أمام جريمتين، تختلفان في أحد عناصرهما وهو هنا نية التملك، والقاضي هنا لا تثار أمامه ذات المشكلة التي تثار عند القول "مع عدم الإخلال بعقوبة أشد نص عليها قانون آخر"، بل إن المشرع نفسه لم يضع هذه العبارة في مثل هذه الفروض، ويبدو ذلك، عندما جرم الجرائم المختلفة الملحقة بجريمة السرقة، مثل جريمة اختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائيا أو إداريا ولو كان حاصلا من مالكها[2]، واختلاس الأشياء المرهونة[3]، والاستيلاء بدون وجه حق وبدون نية التملك على سيارة مملوكة للغير[4]، ونفس الحكم يطبق بصدد الجرائم الملحقة بخيانة الأمانة مثل جريمة اختلاس الأشياء المحجوزة من المالك المعين حارسا عليها[5].

ففي هذه الأمثلة وغيرها، لسنا بصدد المشكلة موضوع هذه الدراسة، فالفرض هنا أننا بصدد تكيفين لذات الواقعة بذات عناصرها، وذات المصلحة التي وقع عليها الاعتداء. ولذلك فإن هذه الأمثلة تخرج تماما من نطاق بحث المشكلة التي تثيرها عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر".

بيد أن هذا الاتجاه الفقهي، والمؤيد من جانب كبير من الفقهاء، يرون أن المشرع نفسه، يشير صراحة إلى فكرة النص الأصلي والاحتياطي، ويكون ذلك، في الحالات التي يستخدم فيها عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، رقم 1006 ص904 ؛ د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، 1974، رقم 47، ص92.
(2) المادة 323 من قانون العقوبات.
(3) المادة 323 مكررا من قانون العقوبات.
(4)المادة 323 مكررا أولا من قانون العقوبات.
(5) المادة 342 من قانون العقوبات.

قانون آخر"، فالنص المقترن بهذه العبارة، يعد نصا احتياطيا لا يطبق إلا إذا تبين عدم وجود النص الأصلي الذي يعاقب على ذات الفعل بعقوبة أشد[1].

وبتعبير آخر، يذهب البعض، إلى أنه قد يتضح من مطالعة نص عقابي معين، أنه لا يعاقب على الفعل إلا إذا ثبت أنه لم يخضع لعقاب نص آخر، في هذه الحالة نكون بصدد نص احتياطي لا محل لتطبيقه إلا إذا ثبت انتفاء النصوص الأخرى التي يمكن أن تتولى مهمة التجريم والعقاب، ويلجأ المشرع إلى هذا الأسلوب في القوانين الخاصة، حيث يربط العقاب على بعض الأفعال بعدم العقاب عليها بنصوص أخرى، أو قوله مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد نص عليها قانون آخر[2].

وعلى الرغم من أن فكرة اللجوء إلى النص الاحتياطي وقرينه الأصلي، لحل مشكلة تنازع النصوص الجنائية من القواعد المهمة في هذا الشأن، إلا أنها لم تقدم حلا جذريا لعبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد نص عليها قانون آخر". لو افترضا أن هذه العبارة تعني، أن النص المقرون بها، هو نص احتياطي، وأنه ربما يكون هناك نص أخر يقرر عقوبة أشد، فهذا النص هو النص الأصلي الذي يتعين البحث عنه وتطبيقه، وترك هذا النص الاحتياطي جانبا، إنما يبقى، أن هذا القول يقود إلى التعارض مع المبادئ القانونية الراسخة والتي سبق تبيانها عاليه. ولذلك وجب البحث عن محاولة أخرى لتحديد مضمون هذه العبارة ودلالتها، و على نحو لا يتعارض مع تلك المبادئ القانونية والدستورية.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(1) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، رقم1006، ص904، وانظر في ذات المعنى، د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، المر جع السابق، ص835 ؛ وقريبا من هذا الرأى، د.سامي عبد الكريم محمود، الجزاء الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010، ص302.

(2) د. عمر سالم، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010، رقم499، ص779.

المبحث الثاني

عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر" تعد تقنينا للقواعد العامة في تعدد الجرائم والعقوبات

يقصد بتعدد الجرائم، حالة الشخص الذي يرتكب عدة جرائم قبل أن يحكم عليه حكما باتا في واحدة منها، والتعدد قد يكون معنويا، وذلك في حالة قيام الشخص بارتكاب فعل أو نشاط واحد، ولكنه يخضع في ذات الوقت لأكثر من وصف أو تكييف إجرامي، مثال ذلك من يرتكب جريمة الزنا في مكان عام، فعلى الرغم من وحدة الفعل، إلا أنه ينطوي على خرق لنصين من نصوص التجريم؛ هما النص الخاص بالزنا[1]، والنص الخاص بالفعل الفاضح العلني[2]. ومن أمثلته من يحتج بمحرر مزور في مواجهة شخص للاستيلاء على أمواله، فهذا الفعل رغم وحدته، إنما يخضع للنص الخاص بجريمة النصب أو الشروع فيه[3]، وجريمة استعمال محرر مزور[4].

أما التعدد المادي أو الحقيقي، فيقصد به تعدد الأفعال الإجرامية، والتي تقوم بكل منها جريمة قائمة بذاتها، سواء أكانت هذه الجرائم تامة، أو وقفت عند حد الشروع فيها، وكان هذا الشروع معاقبا عليه، وسواء أكانت هذه الجرائم من نوع واحد، كما لو كانت كلها ضربا أو سرقة، أو كانت من أنواع مختلفة[5].

---

(1) المواد 274 –277 من قانون العقوبات.
(2) المادة 278 من قانون العقوبات.
(3) المادة 336 من قانون العقوبات.
(4) المادة 214 من قانون العقوبات.
(5) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، رقم 652، ص1075 وما بعدها ؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، رقم980، ص881 ؛ د. عوض محمد عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،، 2000، ص540 د. أحمد عوض بلال، المرجع السابق، 940 وما بعدها، وامزيد من التفاصيل حول تعدد الجرائم والعقوبات انظر: د. عبد العزيز رمضان سمك، تعدد الجرائم وأثره في العقاب، في الفقه الإسلامي والقانون المقارن الوضعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2008 ؛ د. علي حسن

كلية الحقوق جامعة القاهرة

وحدد المشرع المصري حكم التعدد بصورتيه، والقيود والاستثناءات التي ترد عليه في المواد من 32 إلى 38 من قانون العقوبات.

ويذهب أحد الفقهاء، إلى أن القائلين بالصفة الاحتياطية للنص المقررون بعبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر"، إنما يتبنون ضمنا، أن هذه العبارة تعني تطبيق فكرة التعدد المعنوي للجرائم[1]، أي الفقرة الأولى من المادة 32 من قانون العقوبات التي تنص على إنه "إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها.....". وبالتالي، يكون مدلول هذه العبارة هو تقنين لقاعدة التعدد المعنوي للجرائم، وأن النص المقترن بهذه العبارة يتعين استبعاده، إذا وجد نص آخر يقرر عقوبة أشد. ويضيف أنه يترتب على ذلك، أن قاعدة الخاص يقيد العام يجب استبعادها في هذه الحالة. ولكن المشكلة، ووفقا لرأيه، هي أنه عندما تكون نصوص التجريم الخاصة لها نظير أو مثيل في قانون العقوبات العام، مثل صور التزوير المخففة في محررات رسمية، والتي قد توجد في نصوص خاصة، ففي هذه الحالة فإن قاعدة النص الخاص يقيد النص العام يجب تطبيقها[2].

ومؤدى هذا التفسير – من وجهة نظرنا – استبعاد أثر عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، وفي ذات السياق، استبعاد حكم الفقرة الأولى من المادة 32 من قانون العقوبات، وتعطيل قول المشرع، ضرورة تطبيق العقوبة الأشد في حالة التعدد المعنوي. وهو ما يناقض ويتعارض تماما مع القاعدة التفسيرية القاضية بأن إعمال النص خير من إهماله، بل إن هذا التفسير، يقود

الخلف، تعدد الجرائم وأثره في العقاب في القانون المقارن، رسالة دكتوراه – حقوق القاهرة، الطبعة الأولى، مطبعة الاعتماد، مصر، 1954

DASKALAKIS (E.): La notion d'unitè et de pluralitè d, infractions et son rôle dans le procès pénal, th., paris, 1969.

(1) د. أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص756.

(2) د. أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص756، 757.

فعلا إلى تعطيل هذا النص وهو ما لا يجوز.

لذلك يذهب صاحب هذا الرأي إلى القول، بأن المشرع بهذه العبارة، لا يقصد صفة احتياطية للنص، وبالتالي، لا يقصد فكرة التعدد المعنوي التي قننتها الفقرة الأولى من المادة 32 من قانون العقوبات، وإنما يقصد بها التعدد المادي والارتباط الذي لا يقبل التجزئة. على النحو الذي قررته الفقرة الثانية من المادة 32 من قانون العقوبات، وذلك بقولها ".... وإذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة، وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة للجريمة الأشد". ويرى أن القول بغير ذلك، ينطوي على وصف المشرع ضمنا بالعبث، باعتبار أن القول باحتياطية النص، يتعارض مع مبدأ التفريد التشريعي للعقاب، ومع مبدأ التناسب بين الجريمة وعقوبتها[1].

فالجريمة التي قررها النص المقرون بعبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد نص عليها قانون آخر" تتعدد ماديا مع الجريمة الأخرى التي نص عليها المشرع، وقرر لها عقوبة أشد، وبالتالي تذوب بقوة الارتباط غير القابل للتجزئة، ويتعين تطبيق العقوبة المقررة للجريمة ذات الوصف الأشد[2].

ومفاد ذلك، أن فكرة احتياطية النص المقترن بعبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر"، وما تقود إليه من تطبيق فكرة التعدد المعنوي للجرائم، لا يمكن الأخذ بها نظرا لأنها تؤدي إلى نتائج مختلفة في العمل، وتتعارض مع قواعد تفسيرية أخرى، لعل أهمها قاعدة أن الخاص يقيد العام. وعلى العكس من ذلك فإن التعدد المادي والارتباط الذي لا يقبل التجزئة، هو المقصود بهذه

(1) د. أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص758 و759 ؛ وانظر كذلك، د. المستشار الدكتور، خيري أحمد الكباش، المرجع السابق ص520 وما بعدها.

(2) لمزيد من التفاصيل حول الارتباط بين الجرائم وأثره أنظر د. عبد العظيم مرسي وزير، عدم التجزئة والارتباط بين الجرائم وأثرهما في الاختصاص القضائي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988.

العبارة. وكأن هذه العبارة تعد تقنينا خاصا للفقرة الثانية من المادة 32 من قانون العقوبات، أو – إذا صح التعبير – تعد ترديدا لها.

ولكن الارتباط يفترض وحدة الغرض، ويفترض أن هناك مجموعة من الجرائم قد ارتكبت فعلا، ولكن الفرض الذي نواجهه في ظل هذه الصيغة، أننا في الحقيقة بصدد جريمة واحدة، جعل لها المشرع، جزاءين، أحدهما هو المقرون بعبارة "مع عدم الإخلال بعقوبة أشد...".

المبحث الثالث
ضرورة إلغاء عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر"

غني عن البيان، أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ولد التزاما على عاتق المشرع، بأن يكون نصه على التجريم والعقاب بغير تفريط ولا إفراط، وأن يكون بين ذلك قواما. ومن هنا هجر المشرعون فكرة، تجريم الاعتداء على حق من الحقوق، أيا كانت وسيلة الاعتداء على هذا الحق، فالذي كان سائدا في التشريع الروماني من تجريم الاعتداء على ثروة الآخرين، أيا كانت وسيلة هذا الاعتداء، تحول الآن إلى عديد من الجرائم، تحت وطأة الالتزام المشار إليه عاليه، بحيث لا نستطيع الحديث عن اعتداء على ملكية الآخرين إلا إذا توافر النموذج الذي نص عليه المشرع لهذا الاعتداء، أي إلا إذا ثبت أننا أمام سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو ربما جريمة من الجرائم الملحقة بهذه الجرائم الكبرى[1].

ومفاد ما سبق، أنه حتى بالنسبة للجريمة الواحدة، قد يجد المشرع من

(1) انظر في ذلك

BROUCHOT (H.): L, influence du résultat illicite sur la pénalité, th. Paris, 1905, p. 75 et ss., THEVENON (J.M.), L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction, contribution à l'éetude de leurs définitions et de leurs rapports, th. Lyon, 1942, p. 34 et ss.

المناسب، أن يلحق بها مجموعة من النماذج الأخرى التي قد لا تتوافر فيها جميع أركانها، وهو ما يطلق عليه الجرائم الملحقة. ولعل جريمة السرقة وخيانة الأمانة والنصب تمثل نماذج على ذلك. ففكرة النموذج القانوني للجريمة، أصبحت هي المنهج المتبع في التجريم والعقاب، وأنه لا محل للحديث عن جريمة إلا إذا ثبت أن الأفعال التي أتاها المتهم تدخل في نطاق هذا النموذج[1]، وهو ما يلقي على سلطة الاتهام، التزاما بالبحث عن القيد والوصف للواقعة التي يلقى بها على كاهل المتهم، وإن كان ذلك لا يلزم سلطة المحكمة بعد ذلك، إذ تملك تغيير ذلك، على النحو الذي نص عليه المشرع في المادة 308 من قانون الإجراءات الجنائية.

واستنادا إلى ما سبق، فإن المشرع يضع المصلحة الجديرة بالحماية الجنائية نصب عينيه، ويتصور الاعتداءات التي يمكن أن تقع عليها، فيقوم بصياغة ذلك في إطار نصوص جنائية، تحمل بين طياتها، أوامره ونواهيه للمخاطبين بها، وجزاء يطبق على المخالف. وهو في بحثه هذا، وفي صياغته للنصوص الجنائية، يضع في اعتباره، أنه بصدد صور جديدة لاعتداء على هذه المصلحة، أو أن هذه المصلحة مستحدثة، باتت عنصرا أساسيا من العناصر التي ينهض عليها بنيان المجتمع، فيحدد في نموذج التجريم سبب هذا الاعتداء أو التهديد به، وفقا لرؤيته من اعتبار الجريمة من جرائم الضرر أو من جرائم الخطر.

فكل نص إنما يحمي مصلحة محددة، ولا يتصور أبدا، أن تتماثل النماذج القانونية للجرائم المنصوص عليها في القانون العام والقانون الخاص؛ إذ دوما يوجد عنصر ما يمايز بين تجريم وآخر، وهو ما يقود في النهاية، إلى تمايز في

(1) أنظر في فكرة النموذج القانوني للجريمة، د. أمال عبد الرحيم عثمان، النموذج القانوني للجريمة، مجلة القانون والاقتصاد، 1972، ص 252 وما بعدها.

العقاب المقرر، وإن كان هذا المنهج لا يشكل قاعدة عامة[1].

والمشرع في نموذجه التجريمي لا بد، أن يضع الجزاء المناسب للاعتداء الذي وقع، واضعا في اعتباره، ما إذا كان الاعتداء عمديا أم غير عمدي، وواضعا في اعتباره تفريدا تشريعيا للعقاب المطبق، إذ لا يمكن أبدا أن يكون العقاب واحدا على كل النماذج الإجرامية، فالتفريد والتناسب من المبادئ ذات الطبيعة الدستورية، على النحو الذي سبق تحديده[2]. وهو ما يعني، أن المشرع لا يكرر. وهو ما يعني – أيضًا – أن المشرع هو من يحدد الجزاء المناسب للاعتداء، ولا يترك تحديدا لغيره بغير ضوابط صارمة.

فإن استبان له أن ذات الفعل يخضع لنصوص متعددة، بعضها يشدد وبعضها أقل شده، فقد وضع حلا لذلك، في الفقرة الأولى من المادة 32 من قانون العقوبات، وهو ما يطلق عليه حكم التعدد المعنوي، وإن تعدد فعل المتهم، متماثلا أو مختلفا، وارتبطت هذه الأفعال ارتباطا غير قابل للتجزئة مع وحدة الغرض، وكانت كلها تشكل مشروعا إجراميا واحدا، فقد وضع حكم ذلك في الفقرة الثانية من ذات المادة، وإن تعددت الأفعال دون رابط فيما بينها، فقد وضع حكم ذلك في المواد من 33 حتى 38 من قانون العقوبات.

فطالما كان الأمر كذلك، فما الذي يدعونا إلى صيغة "مع عدم الإخلال بأى عقوبة أخرى ينص عليها قانون آخر"؟؟؟ طالما أن المشرع وضع القواعد العامة التي تحكم هذه المشكلة فما الذي يدعونا إلى هذه العبارة؟؟؟ خاصة أنه لا جديد تضيفه، وخاصة أنه في الحقيقة لا تخرج عن ترديد معيب للقواعد العامة في قانون العقوبات، بل إن تطبيقها حرفيا يقود – كما أوضحنا – إلى تناقض مع مبادئ

(1) انظر المادتين 341 و342 من قانون العقوبات حيث قرر المشرع ذات العقوبة لجريمة خيانة الأمانة، وجريمة اختلاس المحجوزة من المالك المعين حارسا عليها، على الرغم من اختلاف المصلحة المحمية في الجريمتين.

(2) انظر سابقا ص 44 ومابعدها .

أساسية راسخة، وذات قيمة دستورية.

لذلك، فإننا نتوافق مع الرأى القائل بضرورة إلغاء هذه العبارة، وترك الحكم للقواعد العامة، والقواعد التفسيرية الراسخة في هذا الشأن[1].

وإذا كان المشرع بهذه العبارة، يريد كفالة حماية كاملة وجدية للمصلحة التي ارتأى جدارتها بالحماية الجنائية، إلا أنها في الحقيقة لا تضيف جديدا، بل، وكما تبين لنا تعقد تطبيق هذا النص. أما إذا أراد المشرع كفالة هذه الحماية بصورة أكثر فاعليه، فإن هذا لا يكون باللجوء إلى هذه العبارة، وإنما بتعطيل حكم الارتباط الذي لا يقبل التجزئة، أو حتى تعطيل حكم التعدد المعنوي للجرائم، ووضع استثناء، مؤداه أنه إذا ارتبطت هذه الجريمة بجرائم أو جرائم أخرى ارتباطا لا يقبل التجزئة مع وحدة الغرض، لا تطبق أحكام الارتباط المنصوص عليها في المادة 32 من قانون العقوبات. وهذا المنهج ليس بدعا على المشرع المصري فقد لجأ إليه بالنسبة لجريمة غسل الأموال. حيث قررت الفقرة الثانية من المادة 14 من القانون رقم 80 لسنة 2002 الخاص بمكافحة غسل الأموال، والمضافة بالقانون رقم 181 لسنة 2008 بأنه "..... تستثنى هذه الجريمة من تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة 32 من قانون العقوبات"، وهو ما يعني الخروج على قاعدة الارتباط غير القابل للتجزئة بصدد جريمة غسل الأموال وما يرتبط بها من جرائم، والعودة إلى قاعدة تعدد الجرائم والعقوبات[2].

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

(1) أنظر في هذا الرأى، د. خيري أحمد الكباش، المرجع السابق، ص 523 وما بعدها ؛ د. أحمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص764 وما بعدها.

(2) د. رحاب عمر سالم، القانون الجنائي الاقتصادي بين الذاتية المطلقة والذاتية النسبية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2016، ص235.

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

الخاتمة

حاولنا خلال هذه الدراسة البسيطة، بيان إشكالية العبارة، التي يستخدمها المشرع المصري كثيرا، وخاصة في نطاق القوانين الخاصة أو التكميلية، والتي تتمثل في قوله في العديد من النصوص "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب بـ .....". حيث قمنا بالإشارة إلى النصوص التي تتضمن هذه العبارة، موضحين مدى ذيوعها في التشريعات الخاصة، وفي بعض الحالات، في التشريع العقابي العام.

وقمنا بإبراز التفرقة بين هذه الإشكالية، وبين فكرة الإحالة في التشريع العقابي إلى نصوص أخرى في ذات القانون، أو إلى قانون عقابي آخر، أو اللائحة التنفيذية لذات القانون، سواء لبيان شق التجريم أو شق العقاب. واتضح لنا أن فكرة الإحالة تعني، التوجه إلى نص آخر لتحديد العقاب، أو لتحديد شرط التجريم، أما الموضوع الذي نعالجه، فإنه يفترض أن هنالك عقابا حدده النص الذي يقترن بهذه العبارة، ولكن المشرع يخشى وجود نص آخر، يقرر عقابا أشد، فيوجب على القاضي البحث عن هذا النص وتطبيقه إن وجد.

واتضح لنا، أن هذه العبارة تتعارض مع مبادئ قانونية ودستورية راسخة ؛ إذ تبين، أنها تتعارض مع قاعدة رجعية النصوص العقابية الأصلح للمتهم، وتتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، وبصفة خاصة بين السلطتين القضائية والتشريعية، وتتعارض مع نتائج مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وبصفة خاصة ضرورة تحديد نص التجريم والعقاب ووضوحه، وتتعارض مع مبدأ التناسب في العقاب، وتفريده التشريعي. وأكدنا على ذلك من خلال العديد من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وناقشنا بعد ذلك، محاولات إبراز المدلول الحقيقي لهذه العبارة، والغرض المبتغى من ورائها، فقمنا بمناقشة التيار الفقهي، الذي يرى أن هذه العبارة، تعني

احتياطية النص الذي تقترن به، وأن هذا النص لا يطبق إلا في حالة غياب نص آخر، هو النص الأصلي والذي يقرر عقوبة أشد. وأوضحنا مشكلة هذا التفسير. ثم قمنا ببيان وجهة النظر التي تقرر أن هذه العبارة تعبر عن فكرتي التعدد المعنوي والتعدد المادي، كتقنين خاص للقواعد العامة في هذا الشأن أو ترديدا لها. وفي النهاية أبرزنا الاتجاه القائل بعدم جدوى هذه العبارة.

وانتهت هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

أولا – إن عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر..." أصبحت من العبارات الشائعة لدى المشرع المصري، وبصفة خاصة في القوانين الجنائية الخاصة.

ثانيا – إن هذه العبارة تتعارض مع قاعدة رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم.

ثالثا– إن هذه العبارة تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية.

رابعا – إن هذه العبارة تتعارض مع نتائج مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وبصفة خاصة فيما يتعلق بوضوح النص وتحديده.

خامسا – إن هذه العبارة تتعارض مع مبدأ التناسب في العقاب.

سادسا – إن القول بدلالة هذه العبارة على احتياطية تطبيق النص الذي يقترن بها لا يحل المشكلات التي أثارتها.

سابعا – إن القول بأن هذه العبارة تعبير خاص عن القواعد العامة في التعدد المعنوي والمادي والارتباط الذي لا يقبل التجزئة، يجعلها ترديدا للقواعد العامة في قانون العقوبات.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

وانتهت هذه الدراسة إلى التوصيتين الآتيتين:

أولا – ضرورة إلغاء عبارة "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر أو نص آخر"، نظرا لتعارضها مع المبادئ الدستورية والقانونية المستقرة.

ثانيا – في حالة رغبة المشرع في كفالة أكبر قدر من فاعلية العقاب، حماية للمصلحة المحمية بموجب النص الذي تقترن به هذه العبارة، فيمكن تعطيل قواعد الارتباط الذي لا يقبل التجزئة، أسوة بما فعله في الفقرة الثانية من المادة 14 من القانون رقم 80 لسنة 2002 الخاص بمكافحة غسل الأموال، والمضافة بالقانون رقم 181 لسنة 2008.

تم بحمد الله وتوفيقه

والله من وراء القصد

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

قائمة بأهم المراجع

أولاً: اللغة العربية:

- د. أحمد بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، القاهرة، دارة النهضة العربية، 2011-2012.
- د. أحمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، دار النهضة العربية، 2011.
- د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، 2006.

- الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، 2016.

- د. أشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية للتجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا ، مجلة الدستورية ، العدد 13 ، السنة السادسة ، أبريل 2008 ،ص31 .
- د. أمال عبد الرحيم عثمان، النموذج القانوني للجريمة، مجلة القانون والاقتصاد، 1972،ص252 .
- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، بدون دار نشر، 1990.
- د. حسن جوخدار، تطبيق القانون الجنائي من حيث الزمان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق – جامعة القاهرة 1974 .
- د. حسنين إبراهيم صالح عبيد مفترضات الجريمة، مجلة القانون والاقتصاد، 1979 ،ص537.

- النظرية العامة للظروف المخففة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 1970.

- د. خالد ناجي صفوت بهنساوي، ضوابط دستورية العقوبة الجنائية، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق – جامعة طنطا، العدد الحادي والسبعين، يوليو 2015.
- م. د. خيري أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دراسة مقارنة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية والمواثيق الدولية، الإسكندرية، منشأة لمعارف،، 2008.
- د. رحاب عمر سالم، القانون الجنائي الاقتصادي بين الذاتية المطلقة والذاتية النسبية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2016.
- د. رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2008.
- د. رمزي رياض عوض، الحقوق الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 2002.
- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- د. سامي عبد الكريم محمود، الجزاء الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010.
- د. عادل عاذر، النظرية العامة لظروف الجريمة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 1966.
- د. عبد العزيز رمضان سمك، تعدد الجرائم وأثره في العقاب، في الفقه الإسلامي والقانون المقارن الوضعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2008.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

- د. عبد العظيم مرسي وزير، عدم التجزئة والارتباط بين الجرائم وأثرهما في الاختصاص القضائي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988.
- د. عبدالمنعم العوضي، قاعدة تقيد المحكمة الجنائية بالاتهام، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، 1973.
- د. علي حسن الخلف، تعدد الجرائم وأثره في العقاب في القانون المقارن، رسالة دكتوراه – حقوق القاهرة، الطبعة الأولى، مطبعة الاعتماد، مصر، 1954 .
- د. علي راشد، القانون الجنائي:المدخل وأصول النظرية العامة، دار النهضة العربية، 1974.
- م. عليوة فتح الباب، أصول سن وصياغة وتفسير التشريعات، دراسة فقهية عملية مقارنة، الجزء الثاني، مكتبة كوميت، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر.
- د. عمر سالم، شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، 2010.
- د. عمرو إبراهيم الوقاد، الحماية الجنائية لعلاقات العمل، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.
- د. عوض محمد عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،، 2000.
- م. فايز اللمساوي، ود. أشرف فايز اللمساوي، التعليق على قانون ضريبة المبيعات، منشورات نادي القضاة، مكتبة رجال القضاء ، بدون تاريخ نشر.
- د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2001.

كلية الحقوق جامعة القاهرة

- د. محمد سعيد الشربيني ، جرائم التهرب من ضريبة المبيعات ، دار النهضة العربية 2002 .
- د. محمود كبيش، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام، دار النهضة العربية، 2019.
- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، الطبعة العاشرة، دار النهضة العربية، 1983.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام: النظرية العامة للجريمة، والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، 2019.
- د. مصطفى علي خلف، الحدود الشخصية والموضوعية للدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، 2010.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

- BADINTER (R.): Présentation du nouveau projêt du code pénal, DALLOZ , 1988 .
- BERNARDINI (R.) Droit pénal général, éd. Gualino, 2003.
- BOULOC (B.) Droit pénal général, 23 ème.. éd. Dalloz, 2013.
- BROUCHOT (H.): L, influence du résultat illicite sur la pénalité, th. Paris, 1905.
- CONTE (PH.) et PATRICK MAISTRE DU CHAMBON, Droit pénal général, éd. ARMAND COLIN.2000.
- DASKALAKIS (E.): La notion d'unitè et de pluralitè d,

كلية الحقوق جامعة القاهرة

infractions et son rôle dans le procès pènal, th., paris, 1969.

- DOUCET (J.P.), La condition préalable à l'infraction, G.P., 1972, 11, Doctrine, p. 726
- DREYER (E.) Droit pénal général ,éd. Lexis Nexis ,2014.
- ESCANDE (P.): L'interprétation par le juge des rêgles ecrites en matière pénale, R.S.C. 1978, p.819.
- JIMENEZ DE ASUA (L.): L,analogie en droit pénal, R.S.C. 1949,p.187 .
- LEVASSEUR (G.) , Opinions hétérodoxies sur les conflits des lois représsives dans le temps, in Mélanges CONSTANT, Liege 1971.
- MAYER (D.): De quelques aspects de la dépénalisation actulle en France: en matières de môeurs, R.S.C. 1989,p.450 .
- MERLE (R.) et VITU (A.): Traité de droit criminel Problemes, généraux de la science criminelle, Droit pénal général, paris Cujas, 1988.
- PRADEL (J.): Droit pénal géneéral, éd. Cujas, 2002-2003.
- STEFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.) Droit pénal général, éd. DALLOZ, 1994.
- THEVENON (J.M.), L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction, contribution à l'éetude de leurs définitions et de leurs rapports, th. Lyon, 1942.
- TROUSSE (P.E.): L'interprétation des lois pénales,

R.D.P.C. 1952-1953, p. 415.