المبحث الاول

فكرة الشروط المفترضة وذاتيتها وموضعها في البنيان القانوني

المطلب الاول

نشأة فكرة الشروط وذاتيتها وتطبيقاتها

الفرع الاول

نشأة فكرة الشرط المفترض وذاتيته (تعريفه وخصائصه وتمييزه)

اولا : نشأة فكرة الشروط المفترضة

1 . الفقه الإيطالي : نشأت فكرة الشروط المفترضة اولا في ظل القانون الخاص ثم اخذها الفقه الجنائي الايطالي وطورها ثم انتقلت الى القانون الخاص والعام ويرجع الفضل في تأصيل هذه الفكرة في الفقه الإيطالي الى الفقيه مانزنيت الذي قسمها الى شروط مفترضة (للجريمة و للواقعة)

2 . الفقه الفرنسي : كان الفقه الفرنسي يميز ضمنيا بين ما يعد شرطا مفترضا وبين اركان الجريمة عن طريق التمييز بين العناصر الاساسية والاضافية كما فرق القضاء الفرنسي ضمنيا بين اركان الجريمة وشروطها المفترضة فيما يتعلق ببعض الجرائم وذهب الفقه الفرنسي الى التحفظ ازاء فكرة الشروط بحجة عدم اليقين اضافة الى ان التفرقة بين الاركان والعناصر المفترضة يحمل مخاطرة طمس بعض حقائق قانون العقوبات الخاص

3 . الفقه المصري : الفقه المصري لم يتعرض الى فكرة الشروط المفترضة مكتفيا بمعالجة ما يقابلها في قانون العقوبات الخاص تحت عنوان اركان الجريمة او الاركان الإضافية ومن تعرض لها اما ينكر عليها الذاتية او يعترف لها بتمييزها عن الاركان وبالتالي استقلالها عنها فمن ينكر ذاتيتها يذهب الى القول بان كل ما يميز الشرط المفترض هو اسبقيته في وجوده على ارتكاب الجريمة وان هذه الاسبقية غير ذات اهمية قانونية فما هو الا علة توافر الركن الشرعي للجريمة.

ثانيا : تعريفه

1 . في اللغة : الشرط هو الزام الشيء والتزامه ، وشروط الشيء اوائله او العلامات التي تتقدمه

2 . في الفقه : عرفه **الفقه الايطالي** بانه عنصر او ظرف ايجابي او سلبي يسبق بالضرورة وجود الجريمة . وعرفه **الفقه الفرنسي** بانه العنصر الذي يحدد المجال الذي يمكن ان ترتكب فيه الجريمة . وعرفه **الفقه المصري** بانه العنصر الذي يفترض قيامه وقت مباشرة الفاعل لنشاطه . وعرفه **الفقه العراقي** بانه حالة واقعية او قانونية يحميها القانون ويفترض توافرها وقت وقوع الجريمة .

والتعريف الاصح (هو مركز قانوني تحميه القاعدة الجنائية) لأنه لا يصطدم مع اورده الفقه من تطبيقات لفكرة الشروط المفترضة .

ثالثا : خصائصه

1 . عنصر مستقل عن نشاط الجاني

ان الشروط المفترضة تسبق ارتكاب الجاني للنشاط الجرمي فهي تستقل بذلك عنه وبذلك تستقل عن علاقة السببية مع السلوك.

2 . الشرط المفترض عنصر لازم للوجود القانوني للجريمة

حيث يلزم للشرط المفترض ان يعاصر النشاط ويستمر معه حتى ارتكاب الجريمة (ان كانت تامة) او حتى يتوقف النشاط عند حد الشروع (ان كانت غير تامة) .

3 . الشرط المفترض مركز قانوني تحميه القاعدة الجنائية

عند تحليل القاعدة الجنائية الى (الفرض والاثر القانوني) فالفرض هو تحديد السلوك الذي يشكل عدوانا على المصلحة القانونية اما الاثر فهو الجزاء الجنائي (عقوبة او تدبير) الذي يترتب على تحقق الفرض

فاذا افترضنا ان المصلحة القانونية التي تحميها القاعدة الجنائية تكون لصيقة بمركز قانوني فالسلوك سيشكل عدوانا عليه ايضا فيصبح بذلك المركز القانوني شرطا مفترضا لوقوع الجريمة ولتوضيح ذلك فان الفرض في القاعدة الجنائية يضم امرين هما **السلوك** الذي يمثل عدوانا على المصلحة و**المصلحة القانونية المحمية** اي (اركان الجريمة وشروطها المفترضة)

فتكون الشروط المفترضة هي الشروط الازم توافرها لقيام المركز القانوني الذي يحميه المشرع بالقاعدة الجنائية اي الشروط الازم توافرها مسبقا حتى يترتب على وقوع الاركان عليها قيام الجريمة وانطباق القاعدة الجنائية

والخلاصة **ان الشرط المفترض** هو مركز قانوني تحميه القاعدة الجنائية اما **الاركان** فهي العدوان على هذا المركز بفعل او امتناع (وهو الركن المادي) عمدي (وهو الركن المعنوي)

رابعا : تمييزه عما يشتبه به

1 . تمييزه عن شرط العقاب

شرط العقاب او الشروط الموضوعية لإمكانية العقاب : هي عناصر مستقلة عن ارادة الجاني يعلق المشرع على وجودها استحقاق العقاب بعد ان تكون مقومات الجريمة قد اكتملت . **مثالها** توقف التاجر عن الدفع قبل ارتكاب جريمة الافلاس بالتدليس وتنبيه المدين بنفقة بالدفع قبل ارتكاب جريمة الامتناع عن السداد وحالة التلبس وتتميز الشروط المفترضة عن شروط العقاب بالتالي

1. القانون يتطلب الشروط المفترضة ليتوافر للجريمة بنيانها القانوني ويتطلب شروط العقاب لاستحقاق العقاب المقرر لها
2. الشروط المفترضة تمثل المصلحة القانونية المحمية بينما شروط العقاب لا تنتمي للمصلحة القانونية المحمية
3. الشروط المفترضة تعد عنصر في البنيان القانوني للجريمة ومن مكونات نموذجها القانوني اما شروط العقاب فلا تدخل في تكوين النموذج القانوني
4. يشترط في الشروط المفترضة ان يكون الجاني عالما بها لتنتج اثرها اما شروط العقاب فلا يشترط ذلك وتنتج اثرها حتى ولو كان الجاني يجهلها
5. يشترط في الشروط المفترضة ان تسبق السلوك وتعاصره الى حين اكتماله او توقفه اما شروط العقاب فتلحق بالجريمة ويترتب عليها استحقاق العقاب
6. ان دراسة الشروط المفترضة تدخل في دراسة النظرية العامة للجريمة اما دراسة شروط العقاب فتدخل في دراسة النظرية العامة للعقوبة.

2 . تمييزه عن الشروط المفترضة للظروف

اشار البعض الى وجود ما يسمى بمفترضات الظروف وهي عناصر سابقة في وجودها على الواقعة المكونة للظرف و لا ترتبط بقيام الجريمة ذاتها بل بقيام ظروف لها نص عليها المشرع وهي على نوعين

مفترضات الظروف المخففة مثل صفة الزوج في جريمة قتل الزوج الزانية في حالة التلبس بالزنا حيث تعتبر صفة الزوج شرطا مفترضا لتحقق عذر الاستفزاز

ومفترضات الظروف المشددة مثل صفة الخادم في سرقة مخدومه حيث تعد صفة الخادم شرطا مفترضا لتحقق الظرف المشدد على السارق

وتتميز الشروط المفترضة للظروف عن الشروط المفترضة للجريمة بالتالي

1. الشروط المفترضة تعد عنصر في البنيان القانوني للجريمة ومن مكونات نموذجها القانوني اما مفترضات الظروف فلا تدخل في البنيان القانوني للجريمة ولا يعتد بها الا بعد اكتماله وينحصر دورها في تقدير الجزاء
2. يشترط في الشروط المفترضة ان تسبق نشاط الجاني وتعاصره الى حين اكتماله او وقوفه عند حد الشروع بينما مفترضات الظروف تسبق نشاط الجاني وتعاصره وتلحق به.

الفرع الثاني

التطبيقات الفقهية للشروط المفترضة

الفقه يتبعه القضاء أو يسبقه يتخذ تطبيقات للشروط المفترضة قد تتمثل في أعمال قانونية أو وقائع قانونية ، أو صفات قد تكون قانونية وقد تكون مادية تتعلق بالجاني أو المجنى عليه أو بموضوع الجريمة

اولا : الشرط المفترض المتمثل في عمل قانوني

قد يتمثل الشرط المفترض في عمل قانوني . والعمل القانوني قد يكون **تصرفاً قانونيا أو إجراء قانونياً .** ويعرف **التصرف القانوني** في فقه القانون الخاص بانه الإرادة المتجهة إلى إحداث أثر قانوني معين ، فيرتب القانون عليها هذا الأثر مثل العقد والوصية . والتصرف القانوني قد يصدر عن إرادة واحدة أو عن التقاء إرادتين .

ومن امثلة الشرط المفترض المتمثل في **تصرف قانوني صادر عن إرادة واحدة** صدور أمر من الحكومة بتسريح قسم من الجنود في جريمة استبقاء الجنود تحت السلاح . فأمر التسريح يعد شرطاً مفترضاً . **ومن أمثلة** الشرط المفترض المتمثل في **تصرف قانوني صادر عن إرادتين** جريمة خيانة الأمانة حيث ان الشرط المفترض فيها تسليم المال بناء على عقد من عقود الأمانة التي يحددها المشرع **ومن امثلة** الشرط المفترض المتمثل في إجراء قانوني : **قيام الدعوى** في الجرائم التي يفترض وقوعها قيام دعوى قضائية مثل جريمة الاخلال بمقام قاض أو هيبته أو سلطته وجريمة شهادة الزور وكذلك **قيام الحجز القضائي** أو الإداري في جريمة تبديد أو اختلاس الأشياء المحجوزة. و **صدور حكم قضائي** على المتهم بإلزامه بدفع نفقة عائلية في جريمة الامتناع عن دفع النفقة وكذلك صدور حكم قضائي في حضانة الطفل أو حفظه في جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في طلبه أو خطفه ممن له حق حضانته أو حفظه.

ثانيا : الشرط المفترض واقعة قانونية

الواقعة القانونية هي (واقعة مادية يرتب القانون عليها أثراً . وقد تكون **طبيعية** لا دخل لإرادة الإنسان فيها كالموت، وقد تكون **اختيارية** حدثت بإرادة الإنسان كالبناء والغراس) . وإذا كانت الواقعة **اختيارية** فقد يقصد الانسان من ورائها إحداث الأثر المترتب عليها (كالاستيلاء والحيازة) وقد لا يقصد هذا الأثر (كدفع غير المستحق) وقد يقصد عكس هذا الأثر كالعمل غير المشروع. وهي واقعة مادية وليست إرادية كما هي الحال في التصرف القانوني.

والفارق بين الواقعة القانونية الاختيارية وبين التصرف القانوني هو أن القانون في الواقعة القانونية يعتمد على الحدث في ذاته بصرف النظر عن قصد من صدر عنه الفعل اما التصرف القانوني فإنه يعتمد على الارادة وحدها في ترتيب الاثر لا على الفعل المصاحب لها .

ويرتب الفقه الجنائي على ذلك أن الشرط المفترض قد يتمثل في **واقعة قانونية مدنية** ومثالها وضع اليد القانوني بالنسبة لجريمة انتهاك حرمة ملك الغير إذ يشترط لقيامها أن يكون هناك من يشغل المسكن بصورة قانونية أيا كان سندها كما قد يتمثل في **واقعة قانونية جنائية** مثالها أن يشترط المشرع لقيام الجريمة سبق وقوع جريمة أخرى تعتمد عليها وتستمد منها بعض عناصرها مثال ذلك جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جناية أو جنحة

ثالثا : الشرط المفترض المتمثل في صفة قانونية أو مادية تتعلق بفاعل الجريمة أو بالمجنى عليه أو بمحل الجريمة

1 . فاعل الجريمـة : مثال الشرط المفترض المتمثل في **صفة قانونية تتعلق بفاعل الجريمة** هي صفة الموظف العام أو من في حكمه في جريمة الرشوة وجرائم اختلاس الأموال الأميرية ومثال الشرط المفترض المتمثل **بصفة مادية او طبيعية تتعلق بفاعل الجريمة** هي صفة الذكورة في الاغتصاب , وهناك جرائم تستلزم **ارتباط فاعلها بالمجنى عليه برابطة قانونية معينة** مثل رابطة الزوجية في الزنى وتعدد الزوجات ، والجرائم التي تستلزم صفة معينة بالفاعل كشرط مفترض تسمى بالجرائم الخاصة

2 . المجنى عليه : مثال الشرط المفترض المتمثل في **صفة قانونية عالقة بالمجنى عليه** صفة الموظف في جريمة الاعتداء عليه اثناء الواجب وصفة القاضي في جريمة الاخلال بمقامه ومثال الشرط المفترض المتمثل في **صفة طبيعية عالقة بالمجنى عليه** صفة الانثى في الاغتصاب وصفة السن في جريمة هتك العرض على صبي او صبية

3 . محل الجريمة : المحل المادي للجريمة هو الشخص او الشيء الذي يقع عليه السلوك اما المحل القانوني لها فهو المصلحة او المال الذي تحميه القاعدة الجنائية

ومثال الشروط المفترضة المتمثلة **بصفة قانونية متعلقة بمحل الجريمة** صفة الشيء المرهون في جريمة اختلاس الاشياء المرهونة , وصفة الشيء المحجوز في جريمة اختلاس الاشياء المحجوزة ومثال الشروط المفترضة المتمثلة **بصفة طبيعية متعلقة بمحل الجريمة** صفة حداثة العهد بالولادة وصفة الوفاة الجنائية لجثة المتوفي

رابعا : وما لا يعد من الشروط المفترضة هي

1 .قاعدة التجريم ان القاعدة الجنائية لا يمكن ان تعتبر ركناً شرعياً للجريمة ولا شرطاً مفترضاً فيها فإذا اعتبرنا الجريمة كياناً واقعياً فإن القاعدة الجنائية لا يمكن أن تدخل في تكوينها ، وإذا اعتبرناها كياناً قانونياً فإن القاعدة ليست من مكوناتها إذ هي التي تخلق الجريمة وتحدد مكوناتها وباعتبارها كذلك فإنها تبقى خارجة عنها فهي تلعب دوراً أكبر من مجرد كونها عنصراً في الجريمة أو شرطاً مفترضاً فيها

2 . الجاني المسؤول جنائي

3 . صفة الجاني او المجنى عليه عندما لا تقابل مركزا قانونيا تحميه القاعدة الجنائية فاذا كانت الصفة لا تختلط بمركز قانوني فأنها لا تعد شرطا مفترضا مثل صفة الاصل او الفرع في جريمة قتل الاباء في القانون

4 . وسيلة السلوك لا يمكن ان تعتبر الوسيلة المستخدمة في ارتكاب الجريمة شرطا مفترضا فوسيلة السلوك امر لا يمكن فصله عنه

5 . المحل المادي للجريمة لأنه عنصرا من عناصر ركنها المادي

المطلب الثاني

موضع الشروط المفترضة في البنيان القانوني

السائد بين الفقهاء الذين يأخذون بفكرة الشروط المفترضة في الجريمة. وأولئك الذين تناولوها دون أن يسلموا بذاتيتها أن هذه الشروط تدخل في البنيان القانوني للجريمة ، وتعد من عناصر النموذج القانوني ، ولكنهم يختلفون بعد ذلك في تحديد موضع هذه الشروط داخل هذا النموذج ويمكن أن نميز في هذا الشأن بين اتجاهين حول تبعيتها او استقلالها عن اركان الجريمة

الفرع الاول

تبعية الشروط المفترضة للواقعة الاجرامية

يردها البعض ضمن هذا الاتجاه الى الاركان العامة او الخاصة ويرها البعض الاخر الى ملابسات السلوك الاجرامي بينما يقيم البعض صلة ما بينها وبين المحل القانوني للجريمة

اولا : تبعية الشروط المفترضة لأركان الجريمة : يذهب البعض الى القول بتبعية الشروط المفترضة للأركان العامة للجريمة وانكار ذاتيتها وحجته ان ما يميز هذه الشروط هو اسبقيتها في الوجود على ارتكاب الفاعل لنشاطه وهذه الاسبقية غير ذات اهمية قانونية وما يساق لها من امثلة يسهل ادخاله في احد الاركان العامة للجريمة

وفي الرد على هذا الاتجاه فان الشروط المفترضة بالإضافة الى تميزها بسبقها الزمني على الجريمة تتميز كذلك باعتبار قانوني وواقعي في ان واحد نتيجة هذه الاسبقية كما انها مستقلة عن ارادة الفاعل خلافا لأركان الجريمة. ، كما ان الاخذ بهذه الفكرة يعد ضرورة منطقية في سبيل تحليل عناصر الجريمة

وذهب البعض الى اعتبارها بمثابة اركان الخاصة او اركان اضافية وينتقد البعض هذا الاتجاه بقوله ان هناك تعارضا بين فكرة الشرط وفكرة الاركان الخاصة لان الركن الخاص يفترض وجود مصلحة اضافية يتكفل المشرع بحمايتها فالفارق بينهما

1. الشرط المفترض يسبق الجريمة ويستقل عن ارادة الفاعل كما انه لا يتعلق بمصلحة اخرى تختلف عن المصلحة التي يشكل السلوك عدوانا على عليها
2. عبء الاثبات يقع على سلطة الاتهام في حالة الاركان ويقع على المتهم اذا نازع في وجوده او انتفاءه .

ثانيا : تبعية الشروط المفترضة لملابسات السلوك الاجرامي

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن انها تتصل بالركن المادي في الجريمة باعتبارها من ملابسات السلوك الإجرامي . فلا يعتبرونها عناصر مستقلة عن الركن المادي في الجريمة إذ يدخل في تكوينها كل عنصر يعد في ذاته جزءاً من السلوك الإجرامي أو من الملابسات المحيطة به.

واصحاب هذا الرأي يحللون الجريمة الى عناصر مادية وقانونية او وقائع قانونية ولا يرون في الشروط المفترضة عناصر لها ذاتيتها والواقع ان اعتبار الشروط المفترضة من ملابسات السلوك الاجرامي يعد تحليل سليم الا انه لا يحدد موضعها في ملابسات السلوك الاجرامي .

ثالثا : صلة شروط المفترضة بالمحل القانوني للجريمة

اتجه جانب من الفقه إلى رد الشروط المفترضة في الجريمة إلى محلها القانوني أي اعتبارها المصلحة أو المال محل حماية القاعدة الجنائية

وقد لقي هذا الاتجاه اعتراضاً من جانب البعض تأسيساً على أنه إذا كان المحل القانوني للجريمة يتصل بالقاعدة الجنائية المجرمة لأنه المال أو المصلحة اللذين يحميهما المشرع بواسطة هذه القاعدة ، فإن استبعاد القاعدة الجنائية من أن تكون شرطاً مفترضاً في الجريمة يؤدي الى استبعاد المحـل القانوني أن يكون شرطاً مفترضاً في الجريمة

ومن ايد هذا الاتجاه دون ان يأخذ به على اطلاقه حاول ايجاد الصلة بين الشرط المفترض للجريمة ونتيجتها لكن الصلة بين الشروط المفترضة والنتيجة لا تبدو واضحة الا عند ارتكاب الجريمة في حين ان تحديد موضع الشروط في البنيان يجب ان يكون في مرحلة سابقة على الجريمة وهنا تظهر ذاتية الشروط كأحد مكونات البنيان القانوني والصلة بين الشروط المفترضة للجريمة وبين محلها القانوني هي صلة غير مباشرة

الفرع الثاني

استقلال الشروط المفترضة عن اركان الجريمة

هناك اتجاهاً فقهياً حديثاً يذهب إلى استقلال الشروط المفترضة عن أركان الجريمة إذ يعترف لها **بصفة مقومات الجريمة** التي لا توجد بدونها ، و يعترف لها بعد ذلك **بإمكانية عزلها** عن أركان الجريمة تأسيساً على كونها سابقة عليها من الناحية الزمنية والمنطقية . والواقع أن استقلالها عن أركان الجريمة له اهمية في تأصيل بعض أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية

اولا : خروج الشروط المفترضة عن أركان الجريمة :

يقوم هذا الاتجاه على أساس أن الشرط المفترض ليس فقط سابقاً على نشاط الجاني و مستقلا بالتالي عن إرادته بل وخارجاً عن أركان الجريمة . فالشرط المفترض وإن كان يدخل في مجموع الوقائع التي يجب على القاضي الجنائي أن يفحصها باعتباره عنصرا يدخل في البنيان القانوني للجريمة إلا أنه لا يظهر بين الأعمال المجرمة التي تنسب إلى المتهم .

ونقطة البدء في هذا الاتجاه هي ما سبق قوله عن تحليل القاعدة الجنائية إلى فرض وأثر قانوني . فالفرض يشمل شروط انطباق القاعدة الجنائية أي تحديد السلوك الذي يشكل العدوان على المصلحة القانونية . واذا افترضنا أن المصلحة القانونية التي تحميها القاعدة الجنائية (المحل القانوني للجريمة) لصيقة بمركز قانوني يعد السلوك (جوهر الركن المادي) عدواناً عليه ، ترتب على ذلك أن يكون المركز القانوني (المصلحة المحمية) شرطاً مفترضاً في الجريمة يسبق النشاط ويستقل عن إرادة الفاعل . وبذلك يكون خارجاً عن أركان الجريمة. وما يؤكد ذلك أن الشرط المفترض كما واضح من التطبيقات الفقهية أمر مشروع في ذاته بل أن المشرع قد ساق القاعدة الجنائية لحمايته

ثانيا : نتائج صفة الخروج عن اركان الجريمة

1 . الشرط المفترض باعتباره خارجاً عن أركان الجريمة فهو بالتالي خارج عن قانون العقوبات إذ يكون انتماؤه في الأصل إلى فرع آخر من فروع القانون غير الجنائية

2 . وجود الشرط المفترض في البنيان القانوني للجريمة لا يؤدي بالنظر إلى هذا الخروج وحده إلى اعتبار الجريمة مركبة

والخلاصة إذن أن الشرط المفترض باعتباره مركزاً قانونياً تحميه القاعدة الجنائية يستقل ويتميز عن أركان الجريمة التي تعد في نهاية الأمر انتهاكا لهذا الشرط وعدواناً عليه

ثالثا : تسمية الشروط المفترضة : بعد ان استظهر الفقه وجود مقومات داخل البنيان القانوني للجريمة غير تلك التي تتألف منها أركانها ، وضع لهذه المقومات التي عدة تسميات من بينها تسمية (الشروط المفترضة) . وفضلت هذه التسمية لأنها تخدم البحث في تأصيل هذه المقومات من أكثر من زاوية . فهو من ناحية يكشف عنها ويتفق مع خصائصها حيث ان الشروط المفترضة تسبق النشاط وتستقل عن إرادة فاعله وذلك يتفق مع المعنى اللغوي للشرط (فشروط الشيء هي أوائله أو العلاقات التي تتقدمه) ومن ناحية اخرى فان مضمون الشرط منطقيا باعتباره أمراً خارجاً عن الحدث الذي يتوقف وجوده على توافره هو الذي يعيننا في الكشف عن موضع الشروط المفترضة داخل بنيان الجريمة.

المبحث الثاني

نطاق الشروط المفترضة وتقسيماتها

المطلب الاول

نطاق الشروط المفترضة

ظهر اتجاهان في هذا المجال الاول يقصرها على جرائم معينة والثاني يبسطها على الجرائم كافة

الفرع الاول

الاتجاه الى قصر الشروط المفترضة على جرائم معينة

اولا : مضمون الاتجاه

وهو الاتجاه الغالب لدى الفقهاء الذي يسلمون بفكرة الشروط المفترضة **ويرى** هذا الاتجاه ان فكرة الشروط المفترضة قاصرة على جرائم معينة ولا وجود لها في جرائم اخرى وما يؤيد هذا الاتجاه احكام القضاء التي تتبع منطق الفكرة دون الافصاح عنها

ومبرره هو غياب التأصيل الكافي لفكرة الشروط المفترضة حيث يتحدث هذا الاتجاه (وخاصة في جرائم قانون العقوبات الخاص) عن تلك الشروط فقط عندما تكون واضحة حين يلاحظ انفصال احد العناصر عن النشاط الارادي الذي تتحقق به الجريمة فيكتفي بتكييفه كشرط مفترض والذي يتطلب المشرع فيه اسبقيته على الجريمة واستقلاله عن ارادة الفاعل وخروجه عن اركان الجريمة . **ومثاله** واقعة تسليم المال بناء على عقد ائتمان في جريمة خيانة الامانة وقيام الزوجية في جريمة زنا الزوجية حيث ان صفات السبق والاستقلال والخروج واضحة وجلية اما الجرائم التي يكون فيها انفصال هذه الشروط غير واضحا عن النشاط الارادي فلا يتحدثون الفقهاء عنها صراحة حول وجود شروط مفترضة فيها

ومثالها الجرائم التي تتطلب صفة خاصة في الجاني او المجنى عليه او محل الجريمة او وسيلة ارتكابها ويقسم هذا الاتجاه الشروط المفترضة الى واضحة وغير واضحة الانفصال عن الجريمة

1 . الحالات التي لا يبدو احد عناصر الجريمة واضح الانفصال عن اركانها وهي

أ . صفة الجاني والمجنى عليه : حيث يزداد عدم وضوح هذه الصفات كلما ازداد التصاقها بشخص من يتطلبها المشرع فيه لوقوع الجريمة . **ومثالها** صفة الموظف في جريمة الرشوة وهي صفة مكتسبة وتكون اوضح من صفة الذكورة في جريمة الاغتصاب وهي صفة طبيعية لان صفة الموظف اقل التصاقا من صفة الذكورة

ب . محل الجريمة ووسيلتها : وسبب عدم الوضوح في هذه العناصر ان صلتها باركان الجريمة لا تكون في جميع الحالات واحدة ولتحديد هذه الصلة هناك حالتين

الاولى ان تحديد الركن المادي فيها هو تحديد لمحل الجريمة او وسيلتها في ذات الوقت **ومثالها** دخول المال المنقول المملوك للغير وهو محل الجريمة في تعريف الاختلاس وهو الركن المادي للجريمة ودخول وضع النار وهو (وسيلة الجريمة) في تعريف الاحراق وهو الركن المادي للجريمة .

والثانية ان تحديد محل الجريمة او وسيلتها هو تحديد للمجال الذي يمكن ان تقع فيه الجريمة **ومثالها** ففي جريمة الابلاغ الكاذب يتعين ان يبدئ البلاغ امام سلطات معينة وفي جريمة النصب عن طريق ادعاء اسم كاذب او صفة غير صحيحة .

2 . موقف الفقه ازاء هذه الحالات

لا توجد صعوبة في تكييف هذه الحالات بالنسبة للفقهاء الذين لا يسلمون بذاتية الشروط المفترضة ويرون انها ترد الى (الواقعة الاجرامية بمعناها الواسع)

ولكن هناك صعوبة في تكييفها بالنسبة للفقهاء الذين يسلمون بذاتية الشروط المفترضة والسبب في ذلك عدم وضوح انفصالها عن اركان الجريمة او الجاني او المجنى عليه حيث ان صفات السبق في الوجود والاستقلال عن ارادة الفاعل والخروج عن الاركان غير واضحة وعليه يتخذ هؤلاء الفقهاء ازاء تلك الحالات موقفين

الاول : رأي يتناولها بما يتماشى مع مضمون الشروط المفترضة دون اضفاء هذه الصفة عليها بصراحة لعدم وضوح انفصالها عن اركان الجريمة

الثاني : رأي يذهب الى ان يتم التفرقة بين بين نوعين من الشروط المفترضة للجريمة وهي :

النوع الاول يطلق عليه تعبير **(شروط مفترضة بالمعنى الضيق)** وهي العناصر التي يبدو انفصالها عن الاركان وسبقها عليه واضحا **مثالها** قيام الزوجية في جريمة تعدد الزوجات والعقد في جريمة خيانة الامانة .

النوع الثاني ويطلق عليها (**شروط مفترضة من نوع خاص)** وهي العناصر التي لا يبدو انفصالها عن الاركان او سبقها عليها واضحا **ومثالها** صفة الجاني او المجنى عليه .

والخلاصة ان هناك طائفة من العناصر ليس من السهل وصفها بالشروط المفترضة لان صفاتها (السبق والاستقلال والخروج) غير واضحة وخاصة صفة الخروج عن الاركان

ثانيا : معيار التفرقة وتقديره : لم يتوصل الفقه الى معيار ثابت لهذه التفرقة والسبب هو عدم الاتفاق على طبيعة الشرط المفترض ومن تلك المعايير

1 . التفرقة على اساس تقسيم الجرائم عند تحليلها الى جرائم مركبة وبسيطة فالمركبة تحوي شرطا مفترضا ام البسيطة فلا تحوي ذلك الشرط وهذا المعيار منتقد كونه ليس محل اجماع الفقهاء الذي يسلمون بان الجريمة المركبة يتألف ركنها المادي من جملة افعال او وقائع مختلفة عن بعضها **ومثالها** جريمة النصب التي تتألف من (اتباع وسيلة من وسائل الاحتيال , و الاستيلاء على كل او بعض مال الغير) لذا فان وجود الشرط المفترض لا يترتب عليه ان تصبح الجريمة مركبة ما لم تكن كذلك بطبيعتها

2 . التفرقة على اساس تحديد نطاق الشروط المفترضة بطائفة الجرائم التي ينقسم بنيانها القانوني الى قسمين **القسم الاول** وتبدو فيه الشروط المفترضة بان لها صفة السبق على الجريمة والاستقلال عن ارادة الجاني والخروج عن الاركان **والقسم الثاني** تبدو فيه الشروط المفترضة هي الاركان التي تقوم بها الجريمة وهذا المعيار منتقد لأنه يقسم البنيان القانوني الى قسمين للتفرقة بين الجرائم التي تتضمن شروطا مفترضة والجرائم التي لا تتضمنها حيث ان هذا الانقسام هو نتيجة لوجود الشروط المفترضة في الجريمة

الفرع الثاني

الاتجاه الى بسط فكرة الشروط المفترضة على الجرائم كافة

اولا : مضمون الاتجاه

يذهب هذا الاتجاه ان كل جريمة تتضمن في ثناياها شرطا مفترضا قد يكون ظاهر الانفصال عن الاركان وقد يكون غير ظاهر الانفصال عن الاركان وهو الذي يحاول مؤيدوه التأكيد عليه عن طريق تحليل القاعدة الجنائية الى فرض واثر قانوني لبسط الفكرة على كافة الجرائم.

ثانيا : المراكز القانونية في القانون الخاص

1 . فكرة المركز القانوني

كانت فكرة الحق لدى انصار المذهب الفردي اساسا لمبادئ القانون الخاص ونظرياته فكانت الدراسات في فقه القانون الخاص تقوم على المقابلة بين القاعدة القانونية (التي تتصف بالعمومية والتجريد والالزام) وبين الحق (الذي يتصف بالخصوصية والانفراد) بينما انصار المذهب الاجتماعي انتقدوا فكرة الحق ذهبوا الى احلال فكرة المركز القانوني محل فكرة الحق و تقسم المراكز القانونية الى

أ . المراكز القانونية الموضوعية : وعرفت بانها المراكز التي تنشأ عن القاعدة القانونية بطريق مباشر او غير مباشر اي عن طريق عمل ارادي يحدده القانون. وتتصف بانها عامة ودائمة كالقاعدة القانونية **ومثالها** المركز القانوني الموضوعي للمالك والزوج والمواطن في الدولة بما يفرض عليه من واجبات الخدمة العسكرية واداء الضرائب وهناك نوعين من المراكز القانونية الموضوعية

النوع الاول : المراكز التنظيمية : وهي التي ينظم المشرع بها حالة الاشخاص ويرتب عليها نتائج قانونية معينة يحددها مسبقا ويغلب فيها مفهوم الواجب على مفهوم الحق

وقد تقوم تلك المراكز **بناءا على واقعة معينة (مثل واقعة الميلاد)** وقد تقوم **بناءا على ارادة الفرد وتصرفه (مثل ابرام الزواج)** ولكن دور الفرد يتوقف عند قيامه بإرادة أبرام الزواج دون ان يكون له دور في تنظيمه لان القانون هو من يحدد (مضمونه وسلطات وواجبات اطرافه) **ومثالها** مركز الزوج الذي يفرض عليه واجب الانفاق والمعيشة المشتركة والاخلاص ومركز الاب الذي يفرض عليه واجب الانفاق والرعاية والتربية.

النوع الثاني : المراكز الادعائية : وتتمثل هذه المراكز فيما ينشأ من دعاوى قضائية ينظمها القانون ازاء وقائع معينة ومن **امثلتها** (دعوى المسؤولية ودعوى الابطال)

والخلاصة ان جميع المراكز الموضوعية لا تمثل اي حق سابق او قائم قبلها فالمراكز التنظيمية تكون قائمة ومنظمة من قبل المشرع سابقا وتقتصر ارادة الفرد على امكانية الدخول فيها والمراكز الادعائية فتكون عن طريق الدعوى القضائية التي تؤدي الى إنشاء حق خاص (كتعويض عن الضرر مثلا) وهنا ينبغي التمييز فيها بين (الحق وبين مصدر هذا الحق وهو المركز الادعائي الذي كان سببا في نشأته)

كما ان المراكز الموضوعية بصفة عامة تتمثل في **سلطات عامة** مثل (سلطة الزوج والاب والوصي) او **واجبات** وتكون اما عامة مثل (واجب الموظف العام او المواطن) او خاصة مثل (واجب الاب في الرعاية وواجب الزوج في الاخلاص) وتتميز هذه المراكز الموضوعية (بعدم امكان شاغلها التنازل عنها لأنها تمثل حق وليس سلطة او واجب)

ب . المراكز القانونية الشخصية : هي تطبيق للقاعدة القانونية في حالة فردية , اي هي المظهر الشخصي للقاعدة القانونية **ومثالها** (العقد) **ويرى اصحاب المذهب الاجتماعي** انها عبارة عن واجب تفرضه القاعدة القانونية على الطرف السلبي بأداء بعض التصرفات او الامتناع عنها او هي عبارة عن سلطات او مزايا للطرف الايجابي المستفيد فلا وجود فيها لحق شخصي اما **اصحاب فكرة الحق** فيفضلون التعبير عن هذه المراكز الشخصية بتعبير(**الحقوق الخاصة**)

ج . الحريات العامة والرخص : الى جانب المراكز القانونية بنوعيها يضيف العميد روبييه بعض المكنات الفردية الاخرى وهي على نوعين **النوع الاول** هو **الحريات** وهي مكنات تمارس في مواجهة الدولة ولا يجوز التنازل عنها او التصرف فيها مثل حرية العمل والزواج **والثاني** هو **الرخص** وهي مجرد رخص يكون لصاحبها ان يستعملها او لا مثل رخصة الشفعة.

2 . الخصائص العامة للمراكز القانونية

أ : المشروعية يستمد المركز القانوني صفة المشروعية من مطابقته للقواعد القانونية .

ب : حجية المركز القانوني والمراد بها امكانية صاحب المركز القانوني الاحتجاج به على الغير.

ج : الحماية القضائية يقرر المشرع الحماية القضائية لصاحبها في اللجوء الى القضاء

ثالثا : الحماية الجنائية للمراكز القانونية

حيث تتمثل **أبعاد الحماية الجنائية للمراكز القانونية** في عدم اقتصارها على طائفة دون أخرى من المراكز القانونية . فالمشرع الجنائي يضفى حمايته على جميع المراكز القانونية اما **صورها** فلها صورتين هما (**الحماية الجنائية المستندة الى مركز قانوني** و **الحماية الجنائية المتصلة بمركز قانوني**) وبخصوص **كيفية تقريرها** فينتهي أنصار الاتجاه إلى بسط فكرة الشروط المفترضة على كل الجرائم حيث أن كل تجريم يستند أو يتصل بمركز قانوني . و لما كانت هذه المراكز القانونية مختلفة في طبيعتها فإن تلك الكيفية تختلف بدورها الأمر الذي يؤدي الى اختلاف الصورة التي يمكن أن يرد بها المركز القانوني في القاعدة الجنائية .

اما عن **مدى الارتباط بين القواعد القانونية والشروط المفترضة** فقد تناولنا فيما سبق التحليل الذي ساقه أنصار الاتجاه إلى بسط فكرة الشروط المفترضة على كل الجرائم للتدليل على أن كل تجريم إنما يتضمن شرطاً مفترضاً . فعندهم المشرع بتجريمه سلوكاً معنياً إنما يحمي بذلك قيمة اجتماعية وتكون هذه القيمة من الناحية الموضوعية في قاعدة قانونية غير جنائية تكون أحد عناصر البنيان القانوني للجريمة أو تكون بمثابة الفرض في القاعدة الجنائية . وتأخذ هذه القيمة من الناحية الشخصية شكل مركز قانوني هو الشرط المفترض في الجريمة .

المطلب الثاني

تقسيم الشروط المفترضة

إن المراكز القانونية التي تقوم عليها الشروط المفترضة ليست من طبيعة واحدة وهي في الغالب تستمد من قوانين غير جنائية إلا أن البعض منها يمكن أن ينشأ من قانون العقوبات ذاته . وبالتالي يختلف الدور الذي يؤديه الشرط المفترض في بنيان الجريمة . لذا حاول بعض الفقهاء أن يجرى على الشروط المفترضة عدة تقسيمات .

الفرع الاول

الشروط المفترضة الإيجابية والشروط المفترضة السلبية حسب طبيعتها

يجرى تقسيم الشروط المفترضة إلى إيجابية وسلبية بالنظر إلى صلة مرتكب الجريمة بالمركز القانوني الذي تحميه القاعدة الجنائية

أولا ـ الشرط المفترض الايجابي

يكون الشرط المفترض إيجابياً إذا كان يقابل مركزاً قانونياً يضفى عليه المشرع حمايته ضد الاعتداءات التي يمكن أن تقع عليه **من أحد أطرافه أو من شاغله** وهذه الشروط يمكن أن تقابل مراكز موضوعية أو مراكز شخصية واجبة الأداء

فالمشرع قد يقرر للمركز الموضوعي حماية جنائية ومثال ذلك جريمة تعدد الزوجات وجريمة الزنا التي لا يتصور وقوعها إلا ممن يشغل المركز القانوني للزوج ، وجريمة الرشوة التي لا تقع إلا ممن يشغل الوظيفة العامة كمركز قانوني

والمشرع قد يقرر حمايته لمركز قانونى شخصي واجب الأداء كما هو الحال في المركز الائتماني في جريمة خيانة الأمانة التي لا يتصور وقوعها إلا من الأمين الذي يقع عليه الالتزام بالرد الناشئ عن تسليم الشيء بموجب عقد أمانة

ثانيا : الشرط المفترض السلبي :

يكون الشرط المفترض سلبياً إذا كان يقابل مركزاً قانونياً يضفى عليه المشرع حمايته ضد اعتداءات التي يمكن ان تقع عليه **من الغير** وهذه الشروط يمكن أن تقابل **مراكز موضوعية** مثالها مهنة الطب وغيرها من المهن عند ممارستها من غير اصحابها أو **مراكز شخصية واجبة الاحترام** مثل الحقوق العينية والدائنية كحماية الحق العيني للمنقول بتجريم حالة السرقة اي ان يقع الفعل على مال منقول (مملوك للغير) .

الفرع الثاني

الشروط المفترضة الجنائية والغير جنائية حسب مصدرها

معيار هذا التقسيم هو مصدر الشرط المفترض أي طبيعة القاعدة القانونية المنشئة للمركز القانوني الذي يضفى عليه المشرع الجنائي حمايته

اولا : الشروط المفترضة الجنائية وصورها

1 . مفهوم الشروط المفترضة الجنائية

تتضمن الشروط المفترضة الجنائية واجبات غير مقررة صراحة في أي فرع من فروع القانون غير الجنائي ، الأمر الذي يؤدي الى القول بأن هذه الواجبات عند تجريم المشرع لانتهاكها تعد ناشئة عن قانون العقوبات وبالتالي فهي شروطاً مفترضة جنائية .

2 . صورها

أ . الشرط المفترض النابع من النظام القانوني : وتتحقق هذه الصورة حين يعاقب المشرع الجنائي على انتهاك حقوق أو واجبات نابعة من النظام القانوني دون أن يتكفل بها صراحة أي فرع من فروع القانون الأخرى غير القانون الجنائي ، **ومثالها** المعاقبة على إزهاق الروح بعقوبة القتل العمد أو الضرب المفضي إلى الموت

ب . الشرط المفترض الناشئ عن القاعدة الجنائية : وتتحقق هذه الصورة عندما تتضمن الشروط المفترضة مراكز قانونية أو واجبات تنشئها القاعدة الجنائية وحدها دون غيرها من القواعد القانونية ، فتبدو الذاتية الجنائية للشرط المفترض الذي يقابل هذا المركز أو ذاك الواجب واضحة **ومثالها** جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جناية أو جنحة وجريمة الامتناع عن تقديم العون إلى شخص في خطر.

ج . الشرط المفترض المستند إلى مركز قانوني قائم : وتتحقق هذه الصورة عندما يتضمن الشرط المفترض التزاماً خاصاً ينشئه قانون العقوبات على من يشغلون مراكز قانونية تنظمها قوانين غير قانون العقوبات . **مثالها** جريمة هتك العرض الواقع من الأصل على الفرع البالغ أكثر من خمس عشرة سنة .

ثانيا : الشرط المفترض غير الجنائي وصوره

1 . مفهوم الشرط المفترض غير الجنائي :

تتضمن الشروط المفترضة غير الجنائية مراكز قانونية أو واجبات موضوعية متفرعة عنها من طبيعة غير جنائية ، يمكن أن تكون نقطة بدء في ارتكاب الجريمة ففي اطار هذه الشروط يبدو الدور الجزائي لقانون العقوبات حين يضفي حمايته على تلك المراكز القانونية والواجبات الموضوعية

الأمر الذي بصدق معه القول بأن كل تجريم من هذا النوع إنما يتضمن شرطاً مفترضاً يبدو في شكل مركز قانوني تحميه القاعدة الجنائية بشق الجزاء فيها.

2 . صوره

أ . الشرط المفترض المنفصل عن اركان الجريمة : نصادف هذا النوع من الشروط المفترضة في الحالة التي يمكن فيها تقسيم البنيان القانوني للجريمة إلى شطرين يبدو في الأول المركز القانوني المحمي ، وهو ما يقابل الشرط المفترض ، وفي الثاني الفعل الذي يعد عدواناً على هذا المركز **ومثاله** نجده في جريمة مثل خيانة الأمانة أو جريمة تعدد الزوجات والزنا

ب . الشرط المفترض المتصل بأركان الجريمة : نصادف هذا النوع عندما تكون المادة التي يقوم عليها الشرط المفترض هي الموضوع الذي تقع عليه الجريمة **ومثاله** جريمة السرقة التي تنصب على الملكية .

الفرع الثالث

الشروط المفترضة لوجود الجريمة والشروط المفترضة لوقوع الجريمة حسب دورها

يقوم هذا التقسيم على أساس الدور الذي يمكن للشرط المفترض أن يؤديه في البنيان القانوني للجريمة

اولا : الشروط المفترضة للوجود القانوني للجريمة

تعد هذه الشروط شرطاً للوجود القانوني للجريمة ، وهو الدور العام لكل الشروط المفترضة ومعنى ذلك عدم وجود علاقة فعلية بين الشرط وبين ارتكاب الجريمة . وبعبارة أخرى يمكن القول بأن ارتكاب الجريمة كحقيقة واقعية و قانونية لا يتوقف على المركز القانوني . فاصطلاح الشرط يفيد في تمييز المركز القانوني عن الأركان واصطلاح المفترض يفيد لزم وجود الشرط لوجود الجريمة . ويتحقق دور الشرط المفترض كشرط لوجود الجريمة إذا تعلق الأمر بمركز موضوعي أو مركز شخصي واجب الاحترام وذلك حسب التفصيل الاتي:

1 . المراكز القانونية الموضوعية : تكون الشروط مفترضة للوجود القانوني للجريمة إذا ما تقررت الحماية الجنائية للمركز الموضوعي في ذاته أو تقررت لواجبات أو لسلطات موضوعية متفرعة منه كالاتي

أ . المركز الموضوعي ذاته : يعد الشرط مفترضاً لوجود الجريمة إذا قابل مركزاً موضوعياً اضفى عليه المشرع حمايته الجنائية ، يستوى في ذلك أن يستمد هذا المركز من القانون العام أو القانون الخاص. فالمشرع حين يعاقب على الهروب من الجندية أو انتهاك سر المهنة أو تعدد الزوجات فهو بذلك يسعى إلى حماية « النظام العسكري » « والنظام المهني » أو « نظام الزواج » ، أي إلى حماية مراكز قانونية موضوعية في ذاتها .

ب . السلطات والواجبات الموضوعية : ويعد الشرط مفترضاً أيضاً لوجود الجريمة إذا قابل سلطة أو واجباً موضوعياً . ويمكن للسلطات أو الواجبات الموضوعية أن تتفرع إلى طائفتين **الأولى** واجبات ينشئها قانون العقوبات ذاته **مثالها** حظر إخفاء جثة قتيل **والثانية** واجبات وسلطات موضوعية تتفرع عن مراكز موضوعية **مثالها** الزواج ، كمركز قانوني موضوعي ، يتفرع عنه واجبات موضوعية تلقى على عاتق كل زوج بالإخلاص لزوجه بحيث يعاقب بعقوبة الزنا من ينتهك هذا الواجب

2 . المراكز القانونية الشخصية واجبة الاحترام : تضم هذه الطائفة الحقوق العينية وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية ويميزها جميعاً خاصية الاستئثار التي تجعل من الشروط المفترضة شروطاً للوجود القانوني للجريمة . **مثالها** حماية ملكية المال المنقول بتجريم السرقة وحماية الحق في العلامة التجارية بتجريم تقليدها أو استعمالها بدون وجه حق

ثانيا : الشروط المفترضة لوقوع الجريمة

1 . مفهومها : وتحكم هذه الشروط الوجود القانوني للجريمة كما تحكم تحققها المادي فالشرط المفترض للواقعة يقابل مركزاً واجب الاداء ينبع وجوب الأداء فيه من عمل قانونى او من واقعة قانونية ومن هنا يفهم الازدواج في التركيب وفى الدور الذي تتميز به هذا النوع من الشروط . فالشروط المفترضة لوقوع الجريمة تتضمن جانبين : أحدهما قانوني محض والآخر قانونى ومادي في ذات الوقت.

2 . جوانبها

أ . الجانب القانوني للشرط المفترض لوقوع الجريمة : يقابل هذا الجانب العمل القانوني أو السند المنشئ للمركز واجب الاداء والذي يأخذه قانون العقوبات في الاعتبار (مثل عقد الوكالة أو الوديعة في جريمة خيانة الأمانة) فهذا الجانب لا يحكم سوى الوجود القانوني للجريمة .

پ . الجانب المادي القانوني للشرط المفترض لوقوع الجريمة : يقابل هذا الجانب الواقعة القانونية المنشئة للالتزام . وهذه الواقعة في جانبها المادي تعنى **تسليم الشيء** ، وفى جانبها القانوني تعنى **الالتزام بالرد** ، وبدون هذه الواقعة لا ينشأ الالتزام رغم وجود الجانب القانوني للشرط المفترض وهو العمل القانوني . والذي يميز هذا الجانب أنه يؤدى دورين فهو يحكم تكييف الجريمة ، كما يحكم أيضاً وجودها المادي.