الحق في تطبيق العقوبة المحكوم بها

هلس يونس عبدالعزيز

مدرس مساعد

المعهد التقني/ شيخان

doi:10.23918/ilic2018.14

المقدمة

تمثل مكافحة الظاهرة الإجرامية والحد منها الهدف الأسمى الذي يرمي إليه كافة المهتمين بتلك الظاهرة، وبلوغ تلك الغاية أو الفشل فيه مقياس على مدى نجاح السياسة الجنائية المتبعة داخل المجتمع. فالعقوبة لم تصبح انتقاماً كما كانت عليه سابقاً حيث كان قانون الغابة هو السائد، ولكن اصبحت الأداة أو الوسيلة لتحقيق العدالة داخل المجتمع وحمايته من كل من تسول له نفسه أنه في مأمن من العقاب[١]. ومن المسلم به أن الحق في العقاب يعتبر من أهم الخصائص في التشريعات الجنائية الحديثة، ويعني ذلك أن تكون العقوبة متناسبة مع الجريمة حيث إن هذا التناسب هو الذي يجعل من الأولى جزاءً عادلاً للثانية، كما أنه هو الذي يجعل العقوبة صالحةً لتحقيق الأغراض المراد تحقيقها منها، مثل الردع العام، والردع الخاص وإرضاء العدالة وتهدئة شعورها الكامن في النفس البشرية لكل فرد من أعضاء المجتمع الجريمة هي نتاج مجموعة من العوامل الشخصية والاجتماعية والنفسية، التي تتطلب المعالجة والإصلاح وتطبيق البرامج التأهيلية المناسبة أثنا مرحلة التنفيذ العقابي.

تثير مشكلة البحث في ان القاضي الجنائي لم يعد حراً في تطبيق العقوبة كما وردت في النص التشريعي بل اصبح ملزماً باختيار نوع العقاب الذي يتناسب مع ظروف الجريمة وشخصية الجاني وهو في استخدمه لسلطته التقديرية في تطبيق العقوبة المناسبة لكل جريمة مقيد ومحدد بضوابط ووسائل معينة يتعين عليه الالتزام بها ولذلك فلا بد من اختيار العقوبة المناسبة

[١] بن صغير هجيرة،، سلطة القاضي الجزائي في النظام القضائي الجزائري، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة قاصدي مرباح– ورقلة،٢٠١٥–٢٠١٦، ص١.

لكل جريمة. ولذلك فلا بد من الوقوف على وسائل سلطة القاضي التقديرية في تطبيق العقوبة وضوابطها واختيار العقوبة المناسبة في ضوء ما استقر عليه الاجتهاد الفقهي والقضائي وفي حدود ما قرره المشرع، وتبرز مشكلة الدراسة في ان هذه السلطة لا تخضع لأي رقابة الأمر الذي يخشى التعسف في استعمال سلطته التقديرية مما يستوجب ضرورة إحاطة هذه السلطة بضمانات تكفل اختيار العقوبة المناسبة للواقعة الجرمية. هيكلية البحث: تتناول موضوع الحق في تطبيق العقوبة المحكوم بها من خلال تقسيمه الى: مقدمة واربعة مباحث، وخاتمة" يتطرق المبحث الأول مفهوم الجريمة، المبحث الثاني انواع العقوبات وضماناتها، المبحث الثالث تطبيق العقوبة، المبحث الرابع سلطة القاضي في تقدير العقوبة. منهجية البحث: يعتمد البحث منهج الوصفي وذلك من خلال الإشارة الى الأحكام والنصوص الواردة في قانون العقوبات العراقي، وينصب البحث على دراسة النصوص التشريعية ذات الصلة بموضوع البحث.

المبحث الأول

مفهوم الجريمة

بما أنه يرتبط ظهور العقوبة بظهور الجريمة ذاتها الأمر الذي يدفعنا الى تعريف الجريمة وبيان تقسيماتها، وبذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف الجريمة واقسامها

جاءت غالبية قوانين العقوبات خالية من تعريف للجريمة، وهو مسلك محمود لها، ذلك لأن وضع تعريف عام للجريمة في القانون أمر لا فائدة منه طالما أن المشرع تطبيقاً لمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات يضع لكل جريمة نصاً خاصاً في القانون يحدد اركانها ويبين عقابها، بل أن محاولة وضع تعريف عام للجريمة في القانون لا تخلو من ضرر لأن هذا التعريف مهما بذل في صياغته من جهد لن يأتي جامعاً لكل المعاني المطلوبة وإن جاء كذلك في زمن فقد لا يستمر كذلك في زمن آخر، ومن هذه القوانين قانون عقوبات العراقي[٢].

(٢)د.علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة النشر، ص١٣٠.

الفرع الأول

تعريف الجريمة

تعريف الجريمة في اللغة والتي تأتي بمعنى الكسب والقطع، ويقصد بذلك المكسب المكروه، كما تأتي بمعنى الجرم وهو الذنب واكتساب الإثم. وتم تعريف الجريمة فقهياً (شرعاً) بأنها محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحدٍ أو تعزير أما في الاصطلاح القانوني فقد تم تعريفها : كل فعل أو امتناع مستوجب للمسؤولية الجنائية تكفَل القانون بيانه وفرض عقوبة مرتكبيه [٣]. أو هي كل فعل أو ترك يعاقب عليه القانون بعقوبة جنائية ولا يبرره استعمال حق أو أداء واجب. كما عرفها أيضاً بأنها "سلوك – فعل أو امتناع – غير مشروع أخل بمصلحة أساسية صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبيراً احترازياً"[٤]. كما تم تعريف المجرم بأنه: كل شخص ارتكب فعلاً يعتبر في نظر القانون جريمة، ولفظ المجرم لا يطلق على الفرد إلا إذا صدر بحقه إدانة من المحكمة بشرط ان يكون هذا الحكم غير قابل للطعن فيه[٥].

الفرع الثاني

تقسيم الجرائم من حيث جسامتها

يقوم هذا التقسيم على أساس مقدار جسامة الجريمة، ولذلك قسمت إلى ثلاثة انواع وهي: الجنايات:– وهي من أشد الجرائم جسامة واكثرها خطورة. والجنح:– وهي تلي الجنايات من حيث الجسامة والخطورة. ثم المخالفات:– وهي أقل انواع الجرائم جسامة واهونها خطورة على الحق الذي يحميه القانون. ويعتبر هذا التقسيم من أهم التقسيمات حيث أنه يتخذ أساساً لتطبيق عدد كبير من احكام القانون وقواعده الموضوعية وكذلك الشكلية، ولذلك أخذت به غالبية التشريعات الجنائية الحديثة ومنها القانون العقوبات العراقي، حيث قسم المشرع العراقي الجرائم من حيث جسامتها الى ثلاثة انواع ويحدد نوع الجريمة بنوع العقوبة الأشد المقررة لها في القانون وحددت المادة (٢٥) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ مفهوم الجناية بقولها (الجناية هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبات التالية:– الاعدام– السجن المؤبد – السجن اكثر من خمس سنوات الى خمس عشرة سنة) وكما حددت المادة (٢٦) الجنحة– بقولها (الجنحة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين:١– الحبس الشديد أو البسيط أكثر من ثلاثة أشهر الى خمس سنوات.

---

[٣]د.علي بن حامد العجرفي، تطبيق العقوبات على المجرمين وأثرها في حماية حقوق الإنسان، تقرير منشور على الرابط التالي:lawyer940@gmail.com

[٤] د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في القانون العقوبات،١٩٩٠، ص١٧٣.

(٥) د. علي بن حامد العجرفي، المصدر السابق.

٢– الغرامة)، أما المادة (٢٧) فقد مفهوم المخالفة بقولها (المخالفة هي الجريمة المعاقب عليها بإحدى العقوبتين التاليتين: ١– حبس البسيط من اربع وعشرين ساعة الى ثلاثة أشهر.٢– الغرامة التي لا يزيد مقدارها على ثلاثين دينار).

الفرع الثالث

تقسيم الجرائم بالنظر الى ركنها المادي

أولاً: الجريمة الايجابية والجريمة السلبية:– الجريمة الايجابية هي تلك الجريمة التي تتكون من فعل ايجابي له مظهر خارجي يتطلب حركة من الجاني يقع مخالفاً لما ينهي عنه القانون كالقتل والسرقة والحريق والضرب والخطف والاغتصاب والتزوير، والملاحظ ان الجرائم الايجابية هي التي تشكل غالبية الجرائم[٦]. أما الجريمة السلبية فهي هي كل امتناع عن القيام بفعل أوجبه القانون تحت طائلة العقاب[٧]، أي ان الجاني يتخذ موقفاً سلبياً ازاء عمل يأمر به المشرع. مثال ذلك جريمة الامتناع عن تسليم طفل لمن له حق حضانته المادة (٣٨٢) وجريمة الامتناع عن اغاثة ملهوف في كارثة أو مجنى عليه في جريمة المادة (٢/٣٧٠) وجريمة الامتناع عن حلف اليمين القانونية[٨] المادة (١/٢٥٩). وليس هناك تفرقة بين الجريمة الايجابية والسلبية من أهمية علمية إلا في موضوع الشروع، حيث لا يتصور الشروع في الجرائم السلبية لأنه لا يتصور لها بدء تنفيذ فهي أما أن تقع كاملة أو لا تقع[٩].

ثانياً:– الجريمة الوقتية والجريمة المستمرة:– الجريمة الوقتية هي التي تتكون من سلوك إجرامي يحدث في وقت محدد وتنتهي بمجرد ارتكابه، أي ان الجريمة تنتهي بوقوعه في وقت قصير محدد، كالقتل والسرقة والتزوير والاختلاس. واغلب الجرائم من هذا النوع. أما الجريمة المستمرة فهي التي تتكون من سلوك إجرامي متجدد ومستمر، أي من حالة جنائية تحتمل من طبيعتها الاستمرار والجريمة لا تنتهي إلا بانتهاء هذه الحالة، وهذه الجريمة قد تكون ايجابية كإخفاء لأشياء المسروقة واستمرارها لا ينتهي إلا بخروج الأشياء المسروقة من حيازة الجاني، وقد تكون سلبية كالامتناع عن تسليم طفل لمن له الحق في حضانته شرعاً.

---

[٦] د.ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في القانون العقوبات، (د.ن)، (د.م)، ١٩٩٠، ص٣٧١.

[٧] عبود السراج، شرح قانون العقوبات، ص٨٩ بحث منشور على الرابط التالي: www.uoanbar.edu.iq library details.com.

[٨] د.ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٣٧١.

[٩] المصدر نفسه، ص٣٧٢.

ثالثاً:– الجرائم البسيطة والجرائم الاعتياد:– الجريمة البسيطة هي التي يتكون السلوك الإجرامي فيها من فعل واحد، سواء كان ايجابياً أم سلبياً، مستمراً أم مؤقتاً، كجريمة القتل والسرقة، وحجز الأشخاص بدون حق، وامتناع الشاهد عن الشهادة[١٠].

أما جريمة الاعتياد فهي التي يتكون السلوك الإجرامي فيها من تكرار أفعال أي من تكرار فعل واحد مرات متعددة، لا يعتبر كل منها على حدة جريمة، فالعقاب إذن ليس على الفعل المادي وإنما مفروض على حالة الاعتياد على ارتكابه، ومثالها جريمة الاقراض بربا الفاحش في القانون المصري وجريمة زنا الزوج في منزل الزوجية في قانون العقوبات البغدادي الملغي المادة(٢٤١)[١١].

رابعاً:– الجرائم المتلبس بها والجرائم غير المتلبس بها:– ويراد بالجرائم المتلبس بها تلك الجرائم التي تكتشف حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة. أما الجرائم غير المتلبس بها فهي الجرائم التي يمضي وقت بين وقوعها وكشفها بحيث تصبح الأدلة فيها أقل وضوحاً[١٢].

الفرع الرابع

تقسيم الجرائم بالنظر الى ركنها المعنوي

أولاً:– الجريمة العمدية والجرائم غير العمدية:– هي الجريمة التي يتطلب القانون فيها توافر القصد الجنائي لدى الفاعل، أي نها الجرائم التي يتعمد الجاني ارتكابها بانصراف إرادته الى السلوك الإجرامي والى النتيجة الإجرامية، ومن أمثلتها جرائم القتل العمد والإيذاء العمد والخطف والحريق العمد والسرقة والاحتيال، وجميع الجنايات والجانب الأكبر من الجنح من الجرائم العمدية، كما أن هناك من المخالفات ما هو عمدي وهي المخالفات التي يتطلب القانون لتحققها توافر القصد الجنائي. أما الجرائم غير العمدية أو كما تسمى بالجرائم غير المقصودة أو جرائم الخطأ أو الإهمال، فهي تلك الجرائم التي يقوم ركنها المعنوي على خطأ غير العمدي وبالتالي لا يتطلب القانون فيها تحقق القصد الجنائي، وفيها تنصرف إرادة الجاني إلى السلوك دون النتيجة الإجرامية، كمن يقود سيارته بسرعة فيصدم أحد المارة ويقتله أو يحدث جراحاً بالغة[١٣].

---

[١٠] د.ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص ٣٧٢–٣٧٦.

[١١] المصدر نفسه، ص٣٧٦.

[١٢] د.علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص٣١٩.

[١٣] د.ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٣٧٩.

الفرع الخامس

تقسيم الجرائم بالنظر الى طبيعتها الخاصة وحق المعتدى عليه

أولاً: الجرائم السياسية والجرائم العادية:– ويراد بالجرائم السياسية بشكل عام، تلك الجرائم التي تنطوي على معنى الاعتداء على النظام السياسي للدولة سواء من جهة الخارج، أو من جهة أي المساس باستقلال الدولة وسيادتها أو من جهة الداخل، أي المساس بشكل الحكومة أو النظام السلطات فيها أو الاعتداء على حقوق الأفراد السياسية. أما الجرائم العادية تلك الجرائم التي لا تنطوي على هذا المعنى، لا فرق في ذلك بين أن ينصب الاعتداء فيها على الأفراد أو حتى على الدولة فإنها طالما تجرد موضوع الاعتداء من الصفة السياسية في معناها المتقدم ويجب عدم الخلط بين الجرائم السياسية والجرائم المضرة بالمصلحة العامة لأنه إذا صح إن الجرائم السياسية هي من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة فليس صحيحاً إن جميع المضرة بالمصلحة العامة تعتبر من الجرائم السياسية، فجريمة تجاوز الموظف حدود وظيفته وجريمة الرشوة وإن كانت من الجرائم المضرة بالمصلحة العامة إلا انها ليست من الجرائم السياسية[١٤].

ثانياً: جرائم القانون العام والجرائم العسكرية:– جرائم القانون العام– هي الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات والقوانين المكملة له والتي تقع من الأفراد اخلالا بنظام المجتمع ومصالح أبنائه. أما الجرائم العسكرية فهي التي تقع من أحد أفراد القوات المسلحة اخلالا بالأنظمة والأوامر العسكرية أو بالواجبات التي تفرضها عليهم صفتهم هذه. والجرائم العسكرية نوعان الأول يتصل مباشرة بالنظام العسكري وليس له مثيل في قانون العقوبات وهو ما يسمى بالجرائم البحتة، مثال ذلك تسليم الأماكن العسكرية المستحكمة المادة (٥٥) قانون العقوبات العسكري والهروب في النفير المادة (٥) والتعذيب المادة (٥٧) وإهانة الأمر المادة (٧٧) والاعتداء على الأمر المادة (٨٣). أما النوع الثاني فهو جرائم نص عليها قانون العقوبات العام ولكنها تأخذ الطابع العسكري لوقوعها من شخص له هذه الصفة، مثال ذلك معاونة العدو وتعدي حدود الوظيفة وإساءة استعمال الوظيفة، واتلاف المستندات وعدم الاخبار عن الجرائم والتأثير عن سير القضاء[١٥].

ثالثاً: الجرائم المضرة بالمصلحة العامة والجرائم المضرة بآحاد الناس:– هذا التقسيم ليس له أي أهمية تذكر في التشريع الحديث، وهو لا يخرج عن كونه خطة اتبعها المشرع من أجل ترتيب مواد القانون، ولكن هذا التقسيم كان له أهمية في التشريعات القديمة، حيث كان الأفراد هم الذين يقولون الادعاء في الجرائم التي تقع اعتداء على حق من حقوقهم وكانت

---

[١٤] د.علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص٢٩٧.

[١٥] د.ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٣٨٢.

العقوبات بمفهومها الصحيح لا تلحق إلا الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، أما التشريع الجنائي الحديث فإن الادعاء العام هو الذي يتولى الدعوى الجنائية سواء كانت الجريمة واقعة على مصلحة عامة أو جاءت مضرة بمصلحة معين[١٦].

المطلب الثاني

مفهوم العقوبة وأغراضها

العقوبة جزاء يوقع باسم المجتمع، حماية له وضمان لمصلحته، وهى جزاء يتناسب مع جسامه الواقعة الإجرامية ومقدار الخطيئة والإثم إعمالا لمبادئ العدالة. وعلى هذا فالعقوبة ضرورة حتمية تفرضها اعتبارات حماية النظام العام السياسي والاقتصادي والاجتماعي. سوف نبين في هذا المطلب تعريف العقوبة وأغراضها:

الفرع الأول

تعريف العقوبة وتميزه عن الجزاءات الأخرى

أولاً: تعريف العقوبة: يمكن تعريفه بأنه إيلام قسري مقصود، يحمل معنى اللوم الأخلاقي والاستهجان الاجتماعي، يستهدف أغراضا أخلاقيا ونفعية محددة سلفا، بناء على قانون، تنزله السلطة العامة في مواجهة الجميع بحكم قضائي على من ثبتت مسئوليته عن الجريمة بالقدر الذي يتناسب مع هذه الأخيرة [١٧]. أو هي جزاء يضعه المشرع لردع الناس عن ارتكاب النواهي وترك الأوامر[١٨]. والعقوبة بهذا المعنى يختص بالعذاب. قال تعالى : "وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم" [١٩]. والعقوبة هي الطريقة التي يعبر بها المجتمع عن كراهيته للجريمة وعن احترامه للمصالح المحفوظة[٢٠]. ولعل أدق التعريفات هو أن"العقوبة جزاء وعلاج يفرض باسم المجتمع على شخص مسئول جزائيا عن جريمة بناء على حكم قضائي صادر من محكمة جزائية

---

[١٦] المصدر نفسه، ص٣٨١.

[١٧] أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٣.

[١٨] د. فهد بن حمود العصيمي، العقوبات الشرعية على الجرائم والجنايات، ص١١٥.بحث منشور على الرابط التالي:www.bibliodtroit.com

[١٩] سورة النحل، الآية / ١٢٦.

[٢٠] عزام بن محمد بن سعد الشويعر، الأدلة الجنائية في جريمة القتل العمد واثرها في الحكم القضائي، رسالة الماجستير، قسم العدالة الجنائية، معهد الدراسات العليا/ الرياض، ٢٠٠٠، ص٥٤.

مختصة"[٢١].

ثانياً: التمييز بين العقوبة والجزاءات الأخرى:

١_العقوبة والجزاء المدني: تهدف العقوبة الى مكافحة الجريمة وذلك عن طريق إصلاح المجرم وتأهيله وردعه عن العودة الى إجرام. بينما يتجه الجزاء المدني المتمثل بالتعويض الى الماضي من أجل إعادة التوازن بين ذمتين. بما أن العقوبة ذات صيغة جنائية فهي تمس حقوقا متنوعة، بيمنا للتعويض طبيعة مالية فقط. تتعلق العقوبة بشخص الجاني، ولذلك يجري تفريدها وفقاً لظروفه الشخصية ولها طابع شخصي بحت فلا توقع إلا على ارتكب الجريمة في حين التعويض يمكن استيفاؤه من شخص آخر غير الذي تسبب في حدوث الضرر. لا تفرض العقوبة إلا بحكم ينفذ قسراً على المحكوم عليه، بخلاف الجزاء المدني يمكن الاتفاق عليه وتنفيذه باختيار المحكوم عليه. العقوبة جزاء مقرر لمصلحة المجتمع يطالب بتوقيعه ممثله وهو الادعاء العام وليس له حق التنازل عنه، أما التعويض فإن المتضرر هو الذي يطالب به وله حق التنازل عنه. العقوبة تصدر وتوقع بحق الجاني بناء على حكم صادر من المحاكم الجنائية، أما التعويض فتختص بإنزاله المحاكمة المدنية.

٢_ العقوبة والجزاء التأديبي: العقوبة يخضع لها أفراد المجتمع، في حين إن الجزاء التأديبي لا يخضع له سوى فئات معينة تخضع للنظام التأديبي وهي فئات الموظفين أو العاملين بالدولة ومؤسساتها. يتمثل العقوبة بأنه إيلام معين يتمثل بالمساس بحق الجاني وذلك بالحرمان منه كله أو جزء منه بخلاف الجزاء التأديبي فإنه يتمثل بقدر من الإيلام يتمثل بالإنذار أو الفصل أو تأخير العلاوة. العقوبة تقابل الجريمة بوصفها اعتداء على المصلحة العامة، بينما الجزاء التأديبي يقابل الخطأ التأديبي بوصفه اعتداء على مقتضيات الوظيفة يتولاه المحكوم عليه. تصدر العقوبة بحكم صادر من محكمة مختصة، بينما يصدر الجزاء التأديبي من السلطات الادارية عل ى شكل قرارات أو أوامر إدارية[٢٢].

الفرع الثاني

أغراض العقوبة

١_ تحقيق العدالة: نبه الفيلسوف الألماني (كانت) إلى أهمية اعتبار العدالة غرضا معنوياً للعقوبة حيث بين أن العدالة هي الغاية التي تسعى العقوبة إلى تحقيقها. والجريمة عدوان على العدالة كقيمة اجتماعية وهي كذلك عدوان على الشعور بها المستقر في ضمير كل فرد ومرجع هذه الصفة الى ما تنطوي عليه من ظلم باعتبارها حرماناً للمجنى عليه من حقه وتهدف العقوبة الى محو هذا العدوان في شقيه، بأن تعيد للعدالة كقيمة اعتبارها الاجتماعي وترضي الشعور بها ثلمته الجريمة.

---

[٢١] د. فؤاد عبد المنعم أحمد، العقوبة مفهومها وأنواعها في الأنظمة المقارنة، ص٥. بحث منشور على الرابط التالي: www.alukah.net

[٢٢] د.ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٤٥٥.

فالجريمة عدوان على حق المجنى عليه أياً كان وتأتي العقوبة لتعيد التوازن الذي اخلت به الجريمة وذلك بأن ترضي شعور المجنى عليه أو ذويه والمشاعر العامة بالعدالة، فالجريمة تخل بالعدالة والعقوبة تمحو هذا الإخلال وتعيد الوضع الى ما كان عليه قبل ارتكاب الجريمة بتحقيقها العدالة بالاقتصاص من الجاني[٢٣].

٢_ الردع العام: ينظر للعقوبة على أنها إنذار موجه للكافة من الناس، تنذرهم بسوء العاقبة في حالة تقليد المجرم في سلوكه. فالعقوبة هي المضاد الحيوي الذي يكبت نوازع الشر الطبيعية في كل نفس بشرية. فالعقوبة تمارس أثراً نفسياً تهديدياً، يقوى بواعث الخير تجاه بواعث الشر أو بواعث الجريمة ، بما يحقق الموائمة بين السلوك الجماعي وبين قواعد قانون العقوبات. فالعقوبة هي التي تمنع من تحول الإجرام الكامن إلى إجرام فعلي. ومهمة تحقيق الردع العام تقع بحسب الأصل على المشرع، وإليه يسعى دون الأهداف الأخرى للعقوبة، وذلك من خلال خلق القواعد التجريم وتقرير الأجزية المناسبة لكل جرم. فهو بهذا الخلق يوجه التحذير للكافة بتوقيع العقاب في حالة انتهاك القاعدة التجريمية. ولكي يطمئن المشرع إلى تحقيق هذا الهدف، فإنه يجب أن يستند إلى قواعد العدالة في التشريع. ولما كان أمر تحقيق العدالة موكول إلى القاضي، لذا فقد جرت التشريعات على تقرير العقوبات بين حد أدنى وحد أقصى، أو تقرير عقوبات تخيرية ذات جسامه متفاوتة، تاركة للقاضي حرية تقرير العقوبة المناسبة كماً وكيفاً حسب ظروف كل حالة[٢٤].

٣– الردع الخاص: يتمثل هذا الغرض (الإصلاح والتقويم) بأنه يستهدف استئصال الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص المجرم على المجتمع، – فقد قامت مسئولية المجرم على أساس من ضرورات " الدفاع الاجتماعي " ضد " خطورته الاجرامية[٢٥]، وأن هذا الدفاع ضد تلك الخطورة لا يتأتى بالزجر والردع وإنما بالإصلاح والتقويم والتهذيب بمعنى أن الردع الخاص له طابع فردي إذ ان العقوبة تهدف الى إصلاح المجرم وتأهيله وإعادته الى مجتمعه عنصراً نافعاً وبذلك يكون تحقيق هذا الردع مانعاً للجاني من العودة الى طريق الجريمة مرة أخرى[٢٦].

المبحث الثاني

---

[٢٣] المصدر نفسه، ص٤٥٨.

[٢٤] د.أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢، ص٤١٤.

[25] كنوز القانون الجنائي، تقرير منشور على الرابط التالي: ©2014-2016 www. konouz.com تاريخ آخر الزيارة ١٥/١/٢٠١٨.

[٢٦] د. ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٤٥٤ وما بعدها.

انواع العقوبات وضماناتها

إن التقسيم الأساسي للعقوبات الذي يكفل التمييز بين أنواع منها تختلف في أحكامها القانونية اختلافا واضحاً هو تقسيمها إلى عقوبات أصلية من ناحية، وعقوبات تبعية أو تكميلية من ناحية أخرى. سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، الأول يتناول انواع العقوبات والمطلب الثاني يتناول ضماناتها:

المطلب الأول

انواع العقوبات

للعقوبة الجنائية أقسام خمسة متنوعة ، فيمكن تقسيم العقوبات حسب جسامتها إلى عقوبات جنايات وعقوبات للجنح وعقوبات للمخالفات، وهو ما يعرف بالتقسيم الثلاثي للجرائم والعقوبات:

الفرع الأول

العقوبات الأصلية

يقصد بها العقوبة التي قررها نص القانون للجريمة بصفة عامة، كالإعدام والأشغال الشاقة والسجن والحبس والغرامة[٢٧].

١- عقوبة الإعدام: هو إزهاق روح المحكوم عليه، وهو من حيث خصائصه عقوبة جنائية فحسب، وهو من حيث دوره في السياسة الجنائية عقوبة استئصال إذ يؤدي إلى استبعاد من ينفذ فيه من عداد أفراد المجتمع وذلك على نحو نهائي لا رجعة فيه.

2- العقوبات السالبة للحرية: تلك التي يترتب عليها حرمان المحكوم عليه من حريته في الحدود التي يقرضها تنفيذ العقوبة. والعقوبات السالبة للحرية هي الأشغال الشاقة بنوعيها المؤبد والمؤقت والسجن والحبس:

أ_ الأشغال الشاقة: هي سلب حرية المحكوم عليه وإلزامه بأعمال شاقة طيلة حياته إن كانت العقوبة مؤبدة، أو المدة التي يحددها الحكم إن كانت مؤقتة[٢٨].

---

[٢٧] رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص٧٨١.

[٢٨] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص٧٠٢.

ب_ السجن: وهو سلب حرية المحكوم عليه وإلزامه بأعمال أقل مشقة من الأعمال التي يلزم بها المحكوم عليه بالأشغال الشاقة وذلك خلال المدة التي يحددها الحكم.

ج _ الحبس: وهو سلب حرية المحكوم عليه الذي يلتزم أحيانا بالعمل ويعفى أحيانا أخرى من هذا الالتزام، وذلك خلال المدة التي يحددها الحكم[٢٩].

٣_العقوبة المالية "الغرامة": هي الزام المحكوم عليه بأن يدفع الى الخزينة العامة المبلغ المعين في الحكم المادة (٩١) من قانون العقوبات. والغرامة في قانون العقوبات تؤدي الى ثلاث وظائف، فهي أما أن تكون عقوبة اصلية مباشرة وذلك في حالة كونها العقوبة الوحيدة لجريمة الجنحة أو المخالفة. أو أن تكون عقوبة أصلية اختيارية، وذلك في حالة ما إذا نص عليها في القانون كعقوبة اختيارية يحكم بها مع الحبس أو بدلاً عنه. أو أن تكون عقوبة تكميلية وتتحقق إذا نص عليها في القانون كعقوبة إضافية يحكم بها بالإضافة الى العقوبة أصلية[٣٠].

الفرع الثاني

العقوبات التبعية

هي التي تلحق المحكوم عليه بقوة القانون نتيجة للحكم عليه ببعض العقوبات الاصلية، ومن ثم لا يتطلب تطبيقها ان ينص عليها قرار الحكم الصادر في الدعوى، ومن ثم لا تجوز أن تفرض بمفردها أي انها لا تفرض إلا مع العقوبة الأصلية[٣١].
١_الحرمان من بعض الحقوق والمزايا: نصت قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ على أن (الحكم بالسجن المؤبد او المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره وحتى إخلاء سبيل المحكوم عليه من السجن حرمانه من الحقوق والمزايا التالية: (عدلت المادة أعلاه بقرار مجلس قيادة الثورة رقم٩٩٧ المنشور في الوقائع العراقية ٢٦٦٧ في ١٩٧٨/٨/٧) أ_ الوظائف والخدمات التي كان يتولاها. ب_ أن يكون ناخباً او منتخباً في المجالس التمثيلية. ج_ أن يكون عضوا في المجالس الادارية او البلدية او احدى الشركات او كان مديراً لها. د_ أن يكون وصياً او قيماً او وكيلاً. و_ أن يكون مالكاً او ناشراً او رئيساً لتحرير احدى الصحف[٣٢]. ٢– مراقبة الشرطة:_ يقصد بها اخضاع المحكوم عليه لملاحظة الشرطة مدة من الزمن للتحقق

---

[٢٩] المصدر نفسه، ص٧٠٥.

[٣٠] د. علي حسين الخلف و د. سلطان عبدالقادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة، ص٢٩٧.

[٣١] د. ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٤٧٥.

[٣٢] المادة (٩٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

سلوكه ومنعه من ارتكاب الجرائم بما يتطلبه ذلك من تقييده بالإقامة في مكان معين وبغير ذلك من القيود التي تساعد على تحقيق هذه الغاية. كما أنها من العقوبات المقيدة للحرية وإن كانت تنفذ خارج السجون[٣٣].

الفرع الثالث

العقوبة التكميلية

هي جزاءات ثانوية تتفق مع العقوبات التبعية في انها لا تأتي بمفردها، بل تابعة لعقوبة اصلية، ولكنها تختلف عنها (أي عن العقوبات التبعية) في انها لا تلحق المحكوم عليه حتماً وبقوة القانون، بل يجب لذلك أن ينص عليها القاضي صراحة في حكمه المتضمن للعقوبة الأصلية[٣٤]. والعقوبات التكميلية ثلاث انواع:

١_ الحرمان من بعض الحقوق والمزايا: أ– تولي بعض الوظائف والخدمات العامة، على أن يحدد ما هو محرم عليه منها بقرار الحكم وأن يكون القرار مسبباً تسبيباً كافياً. ب _حمل اوسمة وطنية او أجنبية. ج_ الحقوق والمزايا الواردة في الفقرة "ثانياً" من هذا القرار كلاً أو بعضاً)[٣٥].

٢_ المصادرة: هي استيلاء على أموال المحكوم عليه وانتقال ملكيته الى الدولة بدون أي تعويض[٣٦]. ويشترط للمصادرة قيام جريمة جناية أو جنحة وأن يصدر بها حكم قضائي وأن يكون الشيء مضبوطا، فهي عقوبة مالية عينية وهي تكميلية وتكون في إحدى حالتها جوازية، وفي الثانية وجوبية وفي الثالثة تعويضا في حالات يحددها القانون[٣٧].

٣_ نشر الحكم[٣٨]: لم يعد نشر الحكم وسيلة للتشهير بالشخص كما كان قديماً، بل ان هذا الإجراء اخذ يهدف لتحقيق اغراض مختلفة سواء كان الحكم قد تضمن الإدانة أو البراءة[٣٩].

المطلب الثاني

---

[٣٣] د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص٤٣٥.

[٣٤] المصدر نفسه، ص٤٣٦.

[٣٥] ينظر: المادة (١٠٠) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[٣٦] د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص٤٣٨.

[٣٧] محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص ٧٦٧.

[٣٨] ينظر: المادة (١٠٢) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[٣٩] د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص٤٣٨.

ضمانات العقوبة

يحدد الفقه الجنائي عادةً عدداً من الضمانات الأساسية التي تحكم العقوبة الجنائية عامةً، أياً ما كان نوعها أو درجتها، وبصرف النظر عن التقسيم الذي يتبعه المشرع أو الفقه في تحديد أنواع ودرجات العقوبة الجنائية. وللعقوبة ضمانات خمسة تحكمها، سواء في مرحلة وضع النص الجنائي أو في مرحلة التطبيق الفعلي للنص من قبل القضاء، أو في مرحلة التنفيذ العقابي:

الفرع الأول

شرعية العقوبة

ويقصد بذلك مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) والذي يسود القوانين العقابية ومؤداه عدم جواز معاقبة شخص على فعل لم ينص القانون على تجريمه أو معاقبته بعقوبة لا يعرفها القانون ويعد من المبادئ الاساسية التي لا يكاد يخلو منها دستور من دساتير العالم [٤٠]، وكذلك المادة (١) عقوبات العراقي، وبموجبه لا يستطيع القاضي تجريم فعل مباح أو الاتيان بعقوبة لم ينص عليها القانون وهو بذلك يعد وسيلة ضرورية لحماية حقوق الأفراد من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب وهي القانون[٤١]. وإذا كان تحديد العقوبة بالتالي هو عمل السلطة التشريعية، فإنها قد تفوض في ذلك السلطة التنفيذية في تحديد العقوبات لما يكون المشرع نفسه قد جرمه من أفعال، وهو ما يسمى بالتفويض التشريعي المنصب على ركن الجزاء، وعلى ذلك لم يعد صائبا القول أن "لا عقوبة إلا بقانون"، إنما الأصوب القول أن "لا عقوبة إلا بناء على قانون، أو لا عقوبة إلا بنص" ومن ثم يكون تطبيق عقوبات لم تصدر من السلطة التشريعية أو من السلطة التي فوضتها في ذلك عمل يمس بشرعية العقوبة مما يبطلها[٤٢]. بذلك يشكل مبدأ الشرعية ضماناً ضد تعسف السلطة، وللدفاع عن المجتمع ضد الإجرام[٤٣]. ويفرض مبدأ شرعية العقوبة (وكذلك شرعية الجريمة)، في ضوء مضمونه هذا، عدداً من الالتزامات في جانب المشرع وفي جانب القضاء:

أ_ الالتزامات المترتبة على مبدأ الشرعية من جانب المشرع: تلزم السلطة القائمة على تحديد العقوبات أن تبدأ بتحديد

---

[٤٠] وهو ما نص عليه المادة (١٩/ثانياً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ حيث جاء فيه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.....).

[٤١] د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ط١، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٩، ص٤٩.

[٤٢] د. أحمد لطفي السيد مرعي ، الحق في العقاب، ص٧٤, بحث منشور على الرابط التالي

http://www.majalisna.com/d/d.php?d=197

[٤٣] رنا العطور، إقتسام مكافحة الإجرام بين القانون والنظام في التشريع الجنائي الفرنسي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، المجلد رقم (٢٧)، العدد (٩)، ٢٠١٣، ص١٨٢٦ .

موضوع العقوبة ويقصد بهذا الموضوع قيام المشرع بتحديد قصده من العقوبة، وما إذا كان الهدف منها مجرد الإنذار أم أنه يقصد التقويم والإصلاح، أم يقصد أخيراً أن يكون لها طابع إقصائي. وهى كلها تندرج ضمن أهداف الردع الخاص. كما أن على المشرع أن يقوم بتحديد طبيعة العقوبة، أي تحديد الحق الذي تنال منه من بين حقوق المحكوم عليه. فمن العقوبات ما يسلب المحكوم حقه في الحياة (كالإعدام)، ومنها ما يسلب حقه في الحرية بصفة نهائية أو مؤقتة (كالعقوبات السالبة للحرية)، ومنها ما يقيد تلك الحرية (كالوضع تحت مراقبة الشرطة وخطر الإقامة)، ومنها ما ينال من الذمة المالية لهذا المحكوم عليه (كالغرامة والمصادرة)، ومنها ما يمس بالحقوق السياسية أو الوظيفية له (كالمنع من الترشيح لعضوية المجالس النيابية والعزل)، ومن العقوبات ما ينال أخيراً من الشرف والاعتبار (كالنشر في الصحف لبعض الأحكام كأحكام الإفلاس والغش التجاري مثلا). كما قد يؤدى تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية في ظهور أنواع أخرى من العقوبات، كسحب الرخص وغلق المنشأة التجارية أو الاقتصادية وحظر مزاولة مهنة أو نشاط تجاري أو اقتصادي لفترة مؤقتة أو دائمة[٤٤]. كما يجب على المشرع أن يراعي التناسب بين العقوبة وموضوعية الجريمة ومدى نصيب إرادة الجاني من الخطأ. وعلى هذا الأساس يقيم المشرع تفرقة مثلاً في العقوبة من حيث كونها عقوبة جناية أم جنحة أم مخالفة، وإقامته تفرقة عقابية داخل كل طائفة من هذه الجرائم[٤٥]

ب– الالتزامات المترتبة على مبدأ الشرعية في جانب القاضي: يفرض مبدأ الشرعية في جانب القاضي عدد من الالتزامات منها: الالتزام بالعقوبات المقررة للجرائم وفق ما تحدده نصوص التشريع ، طبقاً لدرجة وطبيعة العقوبة. فيمتنع عليه أن يضيف إلى النص عقوبات لم ترد به، ولا أن يطبق عقوبة من نوع أو مقدار مختلف. ولا يخل بذلك أن يكون المشرع بنفسه قد أعطى للقاضي سلطة للإعمال التفريد القضائي، إذا ما وضع له عقوبة بين حد أدنى وحد أقصى[٤٦]، أو يكون قد خيره بين أكثر من عقوبة ذات طبيعة ومقدار مختلف. فليس في ذلك عدوان على مبدأ الشرعية، لأن المشرع هو الذي أناب القاضي في أمر التحديد. كما على القاضي أن يمتنع عن إعمال القياس في تقرير العقوبات. فالقانون الجنائي لا يعرف التفسير بطريق القياس لا في مقام التجريم ولا مقام العقاب، فما سكت المشرع عن تجريمه فلا يجرم، وما سكت عن تحديد عقوبته فلا يتقرر له عقاب، حتى وإن بدا للقاضي أن هناك تجريم قريب يتحد في العلة مع السلوك الذي لم يوضح له المشرع عقاب. فما ترك على إباحته يظل مباح، وإلا فتحنا باب التحكم والهوى من قبل القضاء، ولا يخفى ما لذلك من أثر على حريات وحقوق المواطنين[٤٧].

الفرع الثاني

[٤٤] بديار ماهر، تفريد الجزاء الجنائي، ص١١، بحث منشور على الموقع التالي :www.shaimaaatalla.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١/٣ .

[٤٥] ينظر: المواد (٩،١٠،١١) عقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[٤٦] د. أحمد لطفي السيد مرعي، المصدر السابق، ص٧٥.

[٤٧] بديار ماهر، المصدر السابق، ص١١.

شخصية العقوبة الجنائية

أي أنه لا يجوز أن تمتد العقوبة إلى غير الشخص المسئول عن الفعل الإجرامي، ولا يصح أن تنال أحد أفراد أسرته، أو أحد أصدقائه أو أقاربه، كما لا يصح أن تنال المسئول بالمال فهذا الشخص تقام الدعوى الشخصية عليه، ويحكم بتعويضات مالية لها الصفة المدنية، ولا يشترط أن تمس العقوبة الفاعل الأصلي للجريمة فقط، بل هي تمس أيضا الشريك والمحرض والمتدخل والمخفي [٤٨] ولما كانت العقوبة شخصية فإن من الطبيعي أنه إذا توفى المتهم قبل الحكم عليه وأثناء نظر الدعوى فإن تلك الأخيرة تنقضي بوفاة المتهم، وإذا ما توفى بعد الحكم وقبل التنفيذ، سقط الحكم وامتنع التنفيذ[٤٩]. كذلك فإن المشرع العراقي يمنع تنفيذ حكم الإعدام على المرأة الحامل إلا بعد مضي اربعة أشهر من الوضع[٥٠] حتى لا يؤخذ الوليد بذنب أمه. وهذا الأمر هو ما حرص الدستور العراقي في المادة (١٩/ثامناً) على التأكيد عليه عندما قال" العقوبة شخصية" ولا يخل بمبدأ شخصية العقوبة كون تلك الأخيرة قد تُحدث في بعض الحالات الفردية أثاراً غير مباشرة تمتد إلى غير الجاني أو المحكوم عليه، فمثلاً كون حكم الإعدام الذي نفذ على شخص قد حرم أسره من عائلها الوحيد الذي كان ينفق عليها لا يعني أن مبدأ الشخصية قد تم المساس به، فهذه آلام غير مقصودة من المشرع أو من القاضي[٥١]. وتتجلى شخصية العقوبة من خلال كل من النص التشريعي والتطبيق القضائي ففي النص التشريعي الذي يحدد التجريم والعقاب يجب أن يكون واضحاً أن الجزاء من اعتبر مسئولاً عن ارتكاب الجريمة فلا تضامن في العقوبات ولا مسئولية عن فعل الغير[٥٢]. كما أنه إذا تبين للقضاء خطأه وأن العقوبة فرضت على شخص غير مسئول عن الجريمة فمن الواجب إيقاف تنفيذ العقوبة فوراً والتعويض على المحكوم عليه أو ورثته لقاء ما لحقه من أذى[٥٣].

الفرع الثالث

عمومية العقوبة

[٤٨] د. فؤاد عبد المنعم أحمد، المصدر السابق، ص٦.

[٤٩] د. أحمد لطفي السيد مرعي، المصدر السابق، ص٧٥.

[٥٠] ينظر المادة (٢٨٧ / أ– ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

[٥١] د. أحمد لطفي السيد مرعي، المصدر السابق، ص٧٥.

[٥٢] د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٣٩.

[٥٣] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، ط٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٦٦٩–٦٧٠.

بأن يتساوى جميع الناس أمامها[٥٤]. ومعنى ذلك أن عقوبة جريمة معينة هي واحدة بالنسبة لجميع الناس دون تفريق بينهم من حيث الجنس أو اللون أو الطائفة أو الطبقة أو الثروة. والمقصود بالمساواة هنا، المساواة في العقوبة بنص القانون[٥٥]. فالمساواة والعمومية في العقوبة لا تعني وجوب تطبيق ذات العقوبة على كل من يرتكب جريمة من نوع معين. فالقاضي له أن يعمل سلطته التقديرية في وزن العقوبة حسب ظروف الجريمة الموضوعية (المتعلقة بمادياتها) والشخصية (المتعلقة بشخص الجاني). فالمساواة في العقاب تعني أن القاعدة العقابية إذا كانت تقدر عقاباً مشدداً أو مخففاً، أو تقدر عقاباً بين حد أدنى وحد أقصى، فإن تلك الأمور تنطبق على الكافة وللكل أن يستفيد من ذات القاعدة[٥٦]. ومن الجدير بالذكر أن السلطة التي منحها المشرع للقاضي من أجل التفريق بين المجرمين حسب ظروفهم الشخصية لا تخل بهذه المساواة بل يمكن القول بأن المساواة في العقوبة لا تتحقق إلا بهذا التفريق[٥٧]. إن القانون الإسلامي الجنائي في تطبيقه لا يفرق بين الناس والطبقات فالكل سواء أمام القانون لا فرق بين شريف وضعيف ولا غني ولا فقير ولا عربي ولا عجمي ولا حاكم ولا محكوم فالناس يتفاوتون في العقل وكل ذي فضل له فضله ولكن في العقاب هم سواء إن كان منهم سبب للعقاب، ولقد أهتم قريش شأن المخزومية التي سرقت عقب فتح مكة والإسلام مازال جديد بين قريش فكلموا أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشفع في شأنها فقال (صلى الله عليه وسلم) أتشفع في حد من حدود الله ثم وقف خطيباً يقرر مبدأ المساواة بين الناس في أحكام الشرع الإسلامي فقال كلمته الخالدة " أيها الناس إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف فيهم تركوه وإذا سرق الضعيف قطعوه وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها". فهذا قول حازم قاطع بأنه لا تفاوت عن العقوبة إذا تفاوتت الأنساب لأن الجريمة واحدة وهي تضع صاحب النسب الشريف حتى يقتص منه[٥٨].

الفرع الرابع

قضائية العقوبة

[٥٤] وهذا ما نصت عليه (المادة ١٤) من الدستور العراقي الدائم (العراقيون متساوون أمام القانون) وتنص الفقرة السادسة من نفس المادة على أنه (لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية...)

[٥٥] د. فؤاد عبد المنعم أحمد، المصدر السابق، ص٦.

[٥٦] د. أحمد لطفي السيد مرعي، المصدر السابق، ص٧٦.

[٥٧] د. فؤاد عبد المنعم أحمد، المصدر السابق، ص٦.

[٥٨] د. فهد بن حمود العصيمي، المصدر السابق، ص٥٩.

إذا كانت شرعية العقاب تعني أن يترك للمشرع وحده أمر تحديد العقوبة كماً ونوعاً، فإن قضائية هذه الأخيرة تنصرف إلى أن يترك للقاضي وحده أمر تطبيقها. وهذه الضمانة تعد تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات في مجال القانون الجنائي. فالعقوبة بحسبانها نوعاً من الألم وانتقاص للأحد الحقوق اللصيقة بالشخصية الجوهرية، كان لابد من أن يوكل أمر تطبيقها إلى جهة محددة يتوافر بشأنها ضمانات الحيدة والنزاهة والاستقلال. وهو ما يوجب بداءة أن تكون جهة التطبيق محددة سلفاً في التشريع، لا أن تخلق خلقاً لمواجهة جرم ما بعينه[٥٩]. ولهذه الضمانة قيمتها الدستورية في النظام القانوني العراقي، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٧/ أولا –ب–) من الدستور العراقي حيث نصت على أنه (لا يجوز توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب قرارٍ قضائي) وفى ضوء ذلك اعتمد قانون أصول المحاكمات الجزائية في مادته (٢٨٠) ذات المبدأ على أنه "لا يجوز تنفيذ العقوبات والتدابير المقررة بالقانون لأية جريمة إلا بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر من محكمة مختصة". فمبدأ القضائية يحيط المتهم بضمانات اساسية لحقوقه وحرياته لأنه يتيح له فرصة المثول امام القاضي والدفاع عن نفسه ومناقشة أدلة الاتهام المثارة ضده[٦٠].

الفرع الخامس

إنسانية العقوبة

يقصد بإنسانية العقوبة الجنائية، ألا يكون للعقوبة أثر سالب لكرامة الإنسان. فليس لكون الفرد قد هوى في طريق الجريمة أن يعاقب ويعامل بما يهدر كرامته وأدميته. وإلى هذا أشار المشرع الدستوري لعام ٢٠٠٥ في المادة (٣٧/أولاً) "كرامة الإنسان مصونة" وكذلك المادة (١٩/ حادي عشر) بقوله " أـ يحظر الحجز. ب ـ لا يجوز الحبس أو التوقيف في غير الأماكن المخصصة لذلك ...) وكذلك المادة (٣٧) من الدستور نفسه ينص على أنه (يحرم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الإنسانية ....) وهذا أيضا ما رددته المادة (٩٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية حين نصت على أنه "لا يجوز القبض على أي شخص أو توقيفه إلا بمقتضى أمر... أو في الاحوال التي يجيز فيها القانون ذلك). إلا أن القانون اجاز إلقاء القبض من دون قرار أو أمر في حالات استثنائية لها مسوغاتها فيجوز لأي شخص ولو بغير امر من السلطات المختصة أن يقبض على متهم بجناية أو جنحة إذا كانت الجريمة مشهودة أو إذا كان قد فر بعد إلقاء القبض عليه قانونا، أو إذا كان

[٥٩] د. أحمد لطفي السيد مرعي، المصدر السابق، ص٧٦.

[٦٠] محمد علي السالم الحلبي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص٢٣٠– ٢٣٦.

محكوما عليه غيابياً بعقوبة مقيدة للحرية وكذلك يجوز القاء القبض على أي شخص من دون أمر إذا ما وجد في محل عام في حالة سكر بيّن واختلال واحدث شغباً أو كان فاقداً صوابه[٦١].

المبحث الثالث

تطبيق العقوبة

يقصد بتطبيق العقوبة، تحديدها– من حيث نوعها ومقدارها– بالنسبة لمجرم معين وفقاً للأسس التي يضعها المشرع. وتطبيق العقوبة هو من صميم عمل السلطة القضائية ولكنه يفترض عملاً يقوم به المشرع سابقاً عليه والذي يستمد منه نطاقه وضوابطه. ومن أهم وسائل تطبيق العقوبة وملائمتها لظروف الجاني، ما يسمى بالتفريد القانوني للعقوبة، كما أن المشرع قد اعطى القاضي سلطة جعل العقوبة ملائمة لظروف الجاني إن لم يكن التفريد القانوني يسعفه في ذلك– وذلك حسب سلطته التقديرية وهو ما يسمى بالتفريد القضائي [٦٢]. ونظراً لدور العقوبة المتمثل في الإصلاح فمن الطبيعي أن لا تبقى هذه العقوبة ثابتة بعد النطق بها حيث فتح المجال للإدارة المشرفة على تنفيذ العقوبة لكي تعيد النضر في العقوبة انطلاقا من تتبع سلوك الجاني.

المطلب الأول

أنواع تفريد العقابي

يتصل بضمانة العمومية السابق بيانها أن الفقه الجنائي الحديث لم يعد يعرف العقوبة الثابتة أو المحددة تحديداً جامداً. بمعنى أنه إذا كانت العقوبة معروفة مقدماً إلا أنها أصبحت متدرجة من حيث النوع والمقدار حتى تتلاءم مع جسامه الجريمة وخطورة الجاني. هذا الأمر الذي يعرف بتفريد العقوبة الجنائية.

الفرع الأول

[٦١] المادة (١٠٢) من قانون أصول محاكمات الجزائية. للمزيد من التفاصيل ينظر: سعيد حسب الله عبدالله، شرح قانون أصول محاكمات الجزائية، دار ابن الأثير، الموصل، ٢٠٠٥، ص١٥٣.

[٦٢])د. ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٤٧٥.

التفريد التشريعي

هو أول مرحلة لتفريد العقوبة يقوم بها المشرع عند وضع النص الجزائي لتحقيق التناسب بين إيلام العقوبة والجريمة في المرحلة التشريعية وفي ضوء فلسفة التجريم والعقاب التي تحكمه مع خطورة ذلك وجسامة النتيجة المادية له[٦٣]، وحين يراعي المشرع في إنشاءه للعقوبة تدريجها بحسب ظروف كل مجرم، فيفرض على القاضي تطبيق نص معين عقوبته أشد أو أخف من العقوبة العادية المقررة لنفس الفعل إذا وقع في ظروف معينة أو من جناة محددين[٦٤]. ومثال ذلك وجوب تشديد العقوبة إذا اتصل السلوك الإجرامي بواقعة إكراه مادي أو معنوي المادة (١٣٥) عقوبات العراقي، أو إذا وقع هذا السلوك من طائفة معينة (كالإجهاض الواقع من طيب أو صيدلي أو كيميائي أو قابلة المادة (٤١٨) عقوبات العراقي، ومثال ذلك تقرير الإعفاء من العقاب كل من بادر بأخبار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وعن المشتركين فيه قبل وقوع أية جريمة من الجرائم المتفق على ارتكابها وقبل قيام تلك السلطات بالبحث والاستقصاء عن اولئك الجناة المادة (٥٩) عقوبات العراقي. فمن أهم الواجبات التي تقع على عاتق المشرع الجنائي هي ضرورة أن يراعي عند إنشائه للجزاء تدرج ذلك الجزاء بين حدين أعلى وأدنى ليتناسب مع ظروف كل جاني، ويأتي بوسائل من شأنها إتاحة المجال للقاضي في تطبيق نص معين عقوبته أشد أو أخف من العقوبة المقررة للفعل نفسه إذا وقع في ظروف محددة أو من جناة محددين كالأعذار القانونية المعفية أو المخففة أو ظروف التشديد للعقوبة، ويبغي للمشرع من خلاله جعل العقوبة جزاءاً متناسباً ومتلائماً مع الخطورة المادية للجريمة ومع الظروف الشخصية للجاني التي يمكن أن يتوقعها أو يتنبأ بها وقت وضع القاعدة الجنائية ومن وسائله، التنوع في العقوبات إما لطبيعة الجرائم ذاتها أو جسامتها أو المصالح التي تمسها هذه الجرائم، وأيضاً وضع أكثر من عقوبة أصلية للجريمة الواحدة وتخيير القاضي في الجمع بينهما أو اختيار إحداها، وكذلك التمييز بين العقوبات التي تطبق على الاشخاص المعنوية والأشخاص الطبيعية، ووضع حدين أعلى وأدنى للعقوبات التي تشكل الزمن عنصراً في تنفيذها، ومن مظاهر التفريد التشريعي هي تقرير الأسباب للحالات التي توجب تشديد العقوبة أو تخفيفها أو حتى الاعفاء منه، وأحكام العقاب في حالة تعدد الجرائم، وأحكام تحديد مقدار العقوبة لحالة الشروع في الجريمة بأقل من ذلك الذي يوقع في حالة الجريمة التامة سواء أكانت الجريمة جناية أم جنحة [٦٥].

الفرع الثاني

---

[٦٣] عبدال محمد قادر، الموازنة بين المصالح في القانون الجنائي، رسالة الماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، ٢٠١٧، ص٨١.

[٦٤] بديار ماهر، المصدر السابق، ص٢٣.

[٦٥] عبدال محمد قادر، المصدر السابق، ص٢٩.

التفريد القضائي

يقوم بها القاضي الجنائي، حيث يضع له المشرع مجموعة من الوسائل يستطيع من خلالها القاضي ممارسة سلطته في تقدير العقوبة من حيث مقدارها ونوعها ضمن الاطار المقرر في القانون[٦٦]، ويكون التفريد قضائياً إذا تم عن طريق الإنابة من قبل المشرع. فالأخير يضع العقوبة بين حد أدنى وأخر أقصى ثم يترك للقاضي إعمال سلطته التقديرية بين هذين الحدين حسب ظروف الجريمة والمجرم. ومن صور التفريد القضائي أيضاً أن يترك المشرع للقاضي الخيرة بين عقوبتين من نوعين أو درجتين مختلفتين، كالخيرة بين الإعدام والسجن المؤبد في الجنايات، أو بين الحبس والغرامة في الجنح" أو إمكانية النزول بالعقاب درجة أو درجتين وفقا لما تقتضيه ظروف الجريمة[٦٧] المادة (١٥) عقوبات العراقي وصورة ذلك أيضاً الحكم بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها أو بنفاذها حسب الأحوال. وهو يعتبر من أهم أنواع التفريد ومن وسائله: التدرج الكمي والاختيار النوعي للعقوبة، والظروف المخففة والمشددة للعقوبة، كما ويمكن للقاضي استخدام سلطته في استبدال العقوبة بمعاملة عقابية أخرى، واستخدام بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة الأمد كوقف تنفيذ العقوبة وعدم النطق بالعقوبة والوضع تحت الاختبار، ونظام التوبيخ والاعفاء القضائي[٦٨]. ومن ثم فإن التفريد القضائي يتفق مع مبد المساواة وتتفق نصوص القانون بشأن الظروف المخففة أو المشددة مع مبدأ المساواة وتعد من أهم وسائل التفريد. ولهذا فإن انكار سلطة القاضي في تقدير الظروف المخففة ينطوي على انكار لمبدأ المساواة. ويلاحظ ان هذا التفريد يمكن أن تمارس النيابة العامة ملائمته من خلال الحفظ (أو الأمر بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية) لعدم الأهمية. كما أن هذا التفريد يمكن تحقيقه بضمان معرفة شخصية المتهم في أثناء التحقيق معه، ثم تحقيقه في مرحلة الحكم بالعقوبة ثم في مرحلة تنفيذ العقوبة[٦٩].

الفرع ثالث

التفريد التنفيذي

---

[٦٦] المصدر نفسه، ص٨١.

[٦٧] بديار ماهر، المصدر السابق، ص٢٣.

[٦٨] عبدال محمد قادر، المصدر السابق، ص٨١.

[٦٩] د. أحمد فتحي سرور، المصدر السابق، ص٢٣٩.

يقصد به قيام سلطة تنفيذ العقاب بتنفيذ العقوبة بطريقة مناسبة تنسجم وحالة المجرم والهدف من العقوبة[٧٠]، يكون التفريد تنفيذياً حين يتاح للإدارة العقابية نفسها، حال تنفيذها للحكم الصادر بالعقوبة، أن تعدل من طبيعة العقوبة أو من مدتها أو من طريقة تنفيذها حسب ما يطرأ على شخصية المجرم ومدى استجابته للتأهيل والإصلاح. فمثلا إذا كان نوع العقوبة يقتضي تطبيقها في الليمانات[٧١] فيمكن لجهة التنفيذ بعد فترة أن تنقل المحكوم عليه إلى أحد السجون العمومية إذا رأت أن التطور الايجابي الذي طرأ على شخصيته لم يعد يناسب ظروف الليمانات. ومثال هذا النوع من التفريد أيضاً إمكانية إسقاط الجزء المتبقي من العقوبة بعد فترة من البدء في تنفيذها وفقا لنظام الإفراج الشرطي أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها أو إبدالها بأخف منها، متى كان سلوك المحكوم عليه ينبئ عن عدم العودة إلى طريق الجريمة مرة أخرى[٧٢]وتأتي أهمية التفريد التنفيذي في تكملة كل من التفريد التشريعي والقضائي في جعل العقوبة الملائمة لإعادة تأهيل كل شخص، ومن مظاهر هذا التفريد المادة (٣٣١–٣٣٧) عقوبات[٧٣]. ولقد تطرق سالي (المؤسس الفعلي للمدرسة الحديثة) إلى هذه الوسيلة كنوع من التفريد حيث أشار في هذا الصدد إلى ضرورة إشراك إدارة السجون والاعتراف لها بسلطات واسعة تمكنها من ملائمة العقوبة للتطور الملاحظ على المجرم. فاذا كان قاضي الموضوع يحدد العقوبة نظرياً فان المدة الوجيزة التي يمثل فيها المتهم أمام القاضي لا تتعدى في أحسن الأحوال فترة المحاكمة فالعقوبة التي تصدر في فترة معينة من حياة الجاني لا يمكن أن تعكس شخصيته الحقيقية ومن هذا المنطلق وما دام هدف العقوبة هو إصلاح الجاني وتهذيبه فليس هناك ما يدعو إلزاما إلى تنفيذها إلى حيث تمامها كما حددها الحكم[٧٤].

المطلب الثاني

تفريد العقوبة في مرحلة التنفيذ

---

[٧٠] عبدال محمد قادر، المصدر السابق، ص٨١.

[٧١] ليمان كلمة يونانية تعني الميناء وهي السجون التي يتم فيها تنفيذ عقوبة السجن المؤبد والمشدد. د. أحمد لطفي السيد مرعي، المصدر السابق، ص١٦١.

[٧٢] بديار ماهر، المصدر السابق، ص٢٣.

[٧٣] عبدال محمد قادر، المصدر السابق، ص٨١.

[٧٤] خبالي حسن، مبدأ تفريد الجزاء، تقرير منشور على شبكة الانترنت الموقع التالي: www. marocdroit.com تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١/١٩.

ان جعل العقوبة ملائمة لظروف المجرم الشخصية، وحالته قبل وأثناء وبعد ارتكاب الجريمة, وطريقة ارتكابه الجريمة والوسائل المستعملة في ارتكابه, والإضرار التي أصابت المجني عليه أو المجتمع من جراء الجريمة المرتكبة, والباعث على ارتكابها, تعتبر من أهم مظاهر تفريد العقوبة، والتي على أساسها يقدر المشرع سلفا أنها توجب تشديد العقوبة أو تخفيفها أو حتى الإعفاء منها, ويلزم القاضي بالعمل بمقتضاها:

الفرع الأول

الظروف المشددة للعقوبة

يمكن تعريف الظروف المشددة: هي تلك الوقائع أو الملابسات التي إذا ما اقترنت بالجريمة شددت عقوبتها سواء كان هذا التشديد مغيراً لوصف الجريمة أو مبقياً لهذا الوصف[٧٥]. وبذلك فإن الظروف المشددة تؤدي الى تشديد عقوبة الجاني، وعند تحققها يلزم القاضي بإنزالها دون أن يكون له الخيار في ذلك. والظروف المشددة نوعان: عامة وخاصة:

–الفقرة الأولى الظروف المشددة العامة: وقد نصت على هذا النوع المادة (١٣٥) من قانون العقوبات بقولها(مع عدم الإخلال بالأحوال الخاصة التي ينص فيها القانون على تشديد العقوبة، يعتبر من الظروف المشددة ما يلي: ١_ارتكاب الجريمة بباعث دنيء. ٢– ارتكاب الجريمة بانتهاز فرصة ضعف ادارك المجني عليه او عجزه عن المقاومة. ٣– او في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه. استعمال طرق وحشية لارتكاب الجريمة او التمثيل بالمجني عليه.٤– استغلال الجاني في ارتكاب الجريمة صفته كموظف او اساءته استعمال سلطته او ٤– نفوذه المستمدين من وظيفته). وهذه الظروف تسري بالنسبة لجميع الجرائم دون أن يكون نطاق سريانها قاصراً على بعضها دون بعضها الآخر[٧٦].

ويتعلق الأمر بالعود حيث يمكن تعريفه يقصد أنه ارتكاب الشخص لجريمة بعد سبق الحكم عليه نهائياً من أجل جريمة أو جرائم أخرى. فالعود يعني تعدد الجرائم التي ارتكبها الجاني ذاته، ولكن بشرط أن يفصل بينها حكم قضائي أو قطعي. ويعتبر العود في معظم التشريعات سببا من أسباب تشديد العقاب عن الجريمة الجديدة ولو كانت من حيث الجسامة مماثلة للجريمة السابقة, وهذا ما يبرر تشديد العقوبة عليه أملا في ردعه وإصلاحه, فهو أخطر من الشخص الذي يرتكب الجريمة لأول مرة[٧٧].

ومن أنواع العود: أولاً: العود العام والعود الخاص: فالعود العام أو المطلق يتحقق لمجرد عودة المجرم الى ارتكاب جريمة

---

[٧٥] نوال عبد اللاوي، الظروف المشددة والاعذار المخففة لجريمة القتل العمد في القانون الجزائري، بحث منشور على شبكة الانترنت وعلى الموقع التالي: www.almaktabah.net تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٢/١٠.

[٧٦] د. ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٤٧٥.

[٧٧] المصدر نفسه، ص٤٦٤.

جديدة أياً كان نوعها، حيث لا يراعي فيه التماثل أو التشابه بين الجريمتين[٧٨]، مثال ذلك أن يحكم عليه في جناية سرقة ثم يعود ويرتكب جريمة قتل خطأ وقد اخذ به المشرع العراقي. أما العود الخاص فلا يتحقق إلا إذا حصل التشابه أو التماثل بين الجريمتين أي أن تكون الجريمة الثانية متماثلة أو متشابهة مع الجريمة الأولى التي ارتكبها المجرم نفسه. مثال ذلك أن يرتكب جريمة اختلاس ويحكم عليه بسببها ثم يعود الى ارتكاب جريمة اختلاس أخرى أو جريمة مماثلة أو مشابهة لها كجريمة سرقة أو احتيال أو خيانة أمانة أو غيره من الجرائم التي اعتبرتها الفقرة ثانياً من المادة (١٣٩) عقوبات جرائم متماثلة لأغراض التطبيق تطبيق أحكام العود وبذلك فإن قانون العقوبات العراقي أخذ بنوعين من العود في المادة (١٣٩) عقوبات[٧٩].

ثانياً: العود المؤبد والعود المؤقت: ويتحقق العود المؤبد لمجرد عودة المجرم لارتكاب جريمة جديدة مهما طال الزمن بينها وبين الحكم في الجريمة الأولى. أما العود المؤقت فلا يتحقق إلا إذا ارتكب المجرم الجريمة الجديدة في خلال مدة محددة من تاريخ الحكم الصادر عليه من أجل الجريمة الأولى[٨٠]. ويشترط لاعتبار الجاني عائداً حسب نص المادة (١٣٩) من قانون العقوبات العراقي هي:

١_ صدور حكم سابق: لتوافر العود ينبغي أن تكون الجريمة الجديدة قد ارتكبت بعد حكم سابق، فلا يكفي أن تكون قد ارتكبت بعد جريمة سابقة ذلك لأن علة التشديد في العود هي صدور الحكم السابق يعتبر كافياً لردع الخاص.

أ_ أن يكون صادراً بعقوبة جنائية من العقوبات الاصلية السالبة للحرية أو الغرامة.
ب_ أن يكون نهائياً قبل ارتكاب الجريمة الجديدة، لأن الحكم غير النهائي يكون قابلاً للإلغاء والتعديل ومن ثم فلا يجوز الاعتماد عليه واعتبار حالة العود والتشديد بناء عليها.
ج_ أن يكون قائماً وقت ارتكاب الجريمة الجديدة أي لا يكون الحكم النهائي قد سقط بالعفو العام أو برد الاعتبار أو بانقضاء مدة ايقاف التنفيذ إذا كان قد حكم بإيقاف تنفيذه. أما العفو عن العقوبة فلا يمنع من اعتبار الحكم سابقة في العود. ولا يعتبر الحكم سابقة في العود إذا صدر قانون جديد يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من اجله غير معاقب عليه.

د_ أن يكون الحكم النهائي صادراً من محكمة عراقية، إلا إذا كان صادراً في جرائم تزييف أو تقليد أو تزوير العملة العراقية أو الأجنبية فيعتد به عندئذ كسابقة أو العود[٨١].
٢_ارتكاب جريمة جديدة: ويشترط في الجريمة الجديدة أن تكون مستقلة عن الجريمة الأولى فالجاني الذي يهرب من السجن لا

---

[٧٨] د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص٤٤٨.
[٧٩] د. ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٤٨٧.
[٨٠] د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص٤٤٨.
[٨١] المصدر نفسه، ص٤٤٩ وما بعدها.

يعتبر عائداً لأن هربه الذي هو في ذاته جريمة مرتبط بالجريمة الأولى والغرض منه التخلص من عقوبة هذه الجريمة وليس الغرض ارتكاب جريمة جديدة. ولكن إذا عاد الهارب الى الهرب مرة ثانية بعد الحكم عليه من أجل الهرب في المرة الأولى فإنه يعتبر عائداً بالنسبة للهرب لا بالنسبة للجريمة الأولى.

٣_ أن تتوافر حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة (١٣٩) من قانون العقوبات العراقي وقد نصت على الحالتين (يعتبر الجاني عائداً: اولاً_ من حكم عليه نهائيا لجناية وثبت ارتكابه بعد ذلك وقبل مضي المدة المقررة لرد اعتباره قانونا جناية او جنحة. ثانياً_ من حكم عليه نهائيا وثبت ارتكابه بعد ذلك وقبل مضي المدة المقررة لرد اعتباره قانونا اية جناية او جنحة مماثلة للجنحة الاولى. وتعتبر الجرائم المبينة في بند واحد من كل من البنود التالية متماثلة لغرض تطبيق احكام هذه الفقرة. وتعتبر الجرائم المبينة في بند واحد من كل من البنود التالية متماثلة لغرض تطبيق احكام هذه الفقرة.

١_جرائم الاختلاس والسرقة والاحتيال وخيانة الامانة واغتصاب الأموال والسندات والتهديد واخفاء الاشياء المتحصلة من هذه الجرائم او حيازتها بصورة غير مشروعة. ٢_جرائم القذف والسب والاهانة وافشاء الاسرار. ٣_الجرائم المتعلقة بالآداب العامة وحسن الأخلاق. ٤_جرائم القتل والإيذاء العمد. ٥_ الجرائم العمدية التي يضمها باب واحد من هذا القانون). ويلاحظ من ناحية أخرى إن الجرائم التي ذكرها نص المادة (١٣٩) المذكورة آنفاً هي من نوع الجنايات والجنح وبالتالي فلا يمكن تصور العود في المخالفات[٨٢]. فاذا توافرت الشروط السابقة اعتبر الجاني عائداً ويجوز للمحكمة أن تشدد عليه العقوبة[٨٣]، فالأمر متروك لتقديرها. والتشديد يكون بأن تحكم المحكمة بأكثر من الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة على ان لا يؤدي التشديد الى تجاوز ضعف الحد الاقصى المقرر للعقوبة وفي جميع الأحوال يجب أن لا تزيد مدة السجن المؤقت على خمس وعشرين سنة ولا تزيد مدة الحبس على عشر سنين. ومع ذلك، أ– إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي السجن المؤقت مطلقاً أي دون تحديد مدته ولا حديه يجوز للمحاكم أن تحكم بالسجن المؤبد. ب_ إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الغرامة يجوز الحكم بالحبس[٨٤].

–الفقرة الثانية: الظروف المشددة الخاصة: وهي الظروف المنصوص عليها في القانون والتي ليست لها صفة العموم في الجرائم، بل أنها خاصة ببعض الجرائم، أي لا تسري سرياناً عاماً على جميع كما هو شأن في الظروف المشددة العامة بل أنها خاصة ببعض الجرائم ومن اجل ذلك ذكرها القانون في مواد متفرقة في المواضع التي قررها فيها كظرف وقوع السرقة ليلا أو

[٨٢] د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص٤٥٣.

[٨٣] راجع نص المادة (١٤٠) من قانون العقوبات العراقي.

[٨٤] وقد عرفت الشريعة الاسلامية نظام العود حيث إذا عاد المجرم الى الجريمة امكن تشديد العقوبة، فإن اعتاد الاجرام استؤصل من الجماعة بقتله أو بكف شره عنها بتخليده في الحبس. وقد أخذت الشريعة بمبدأ العود على اطلاقه دون تفرقة بين عام وخاص وبين مؤبد ومؤقت. نقلاً عن د. ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٤٩٢.

وقوعها بالإكراه. والظروف المشددة بشكل عام بعضها ما يتصل بنفس الواقعة الاجرامية وظروف ارتكابها ويطلق عليه الظروف المشددة المادية كالتسور والكسر من الخارج، والبعض الآخر يتصل بشخص الجاني ولا شأن لها بالفعل المادي المكون للجريمة كسبق الإصرار في جرائم القتل، وصفة الخادم في السرقة. وتبدو أهمية التفرقة بين النوعين في عقوبة الفاعلين للجريمة والشركاء فيها: فاذا ما تحققت الظروف المشددة المادية فإن أثر التشديد ينصرف الى جميع الجناة سواء من ساهم منهم في الواقعة بصفة فاعلا اصلياً أم شريكاً ومن كان يعلم بهذا الظرف المادي أم كان يجهله أو لم يتوقعه أو حتى لو حاول أن يدرأه وذلك تطبيقاً لقاعدة (من ساهم في جريمة فعليه عقوبتها) أما إذا تحققت الظروف المشددة الشخصية التي تتعلق بالأحوال الخاصة بأحد الجناة فإنها تقتضي تغير وصف الواقعة والقاعدة فيها إنها تسري على صاحبها فقط إذا كان فاعلاً أصلياً للواقعة ولا تسري حتى على صاحبها إذا كان مجرد شريك تطبيقاً لنظرية استعارة العقوبة، فإذا قام طبيب بإسقاط جنائي كانت الواقعة بالنسبة له جناية لا جنحة. أما إذا حرض الطبيب شخصاً غير طبيب على هذا الإسقاط فالواقعة جنحة بالنسبة للاثنين معاً للفاعل أصلي لعدم توفر الصفة المشددة المطلوبة فيه وللطبيب لأنه في الواقعة مجرد شريك يستعير عقوبته من الفعل الذي قام به غير الطبيب[٨٥].

– العقوبة في حالة وجود ظرف مشدد: لقد نصت على ذلك الأثر المادة (١٣٦) عقوبات عراقي، اذا توافر في جريمة ظرف من الظروف المشددة يجوز للمحكمة أن تحكم على الوجه الآتي: ١– اذا كانت العقوبة المقررة للجريمة في السجن المؤبد جاز الحكم بالإعدام.٢– اذا كانت العقوبة السجن او الحبس جاز الحكم بأكثر من الحد الاقصى للعقوبة المقررة للجريمة بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد على أن لا تزيد مدة السجن المؤقت في أي حال عن خمس وعشرين سنة ومدة الحبس على عشر سنوات.٣– اذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الغرامة جاز الحكم بالحبس مدة يجوز أن تبلغ ضعف المدة التي يمكن أن يحكم بها طبقاً للمقياس المقرر في الفقرة (٢) من المادة (٩٣) عقوبات العراقي[٨٦] على أن لا تزيد مدة الحبس في جميع الاحوال على أربع سنوات). وبذلك يتضح الأثر الذي يترتب على تحقق ظرف مشدد وهو الارتفاع بالعقوبة الى أكثر من الحد الأعلى المقرر للعقوبة.

الفرع الثاني

الظروف المخففة للعقوبة

[٨٥] د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص٤٤٦.

[٨٦] تنص الفقرة (٢) من المادة (٩٣) على أنه (إذا حكم على مجرم بالغرامة سواء أكانت مع الحبس أم بدونه فللمحكمة أن تقضي – بحبسه عند عدم دفعه الغرامة مدة معينة لا تزيد على نصف الحد الأقصى المقرر للجريمة إذا كانت معاقب اً عليها بالحبس والغرامة).

يمكن تعريف الظروف المخففة بانها عناصر أو وقائع، عرضية أو تبعية تضعف من جسامة الجريمة وتكشف عن ضآلة خطورة فاعلها، وتستتبع تخفيف العقوبة الى اقل من حدها الأقصى، أو الحكم بتدبير يناسب تلك الخطورة[٨٧]. وهي نوعان: أولاً: الأعذار القانونية: تنص المادة (١٢٨) على أن (الاعذار إما ان تكون معفية من العقوبة او مخففة لها ولا عذر إلا في الاحوال التي يعينها القانون. فالأعذار إذن هي أسباب التي نص عليها القانون حصراً والتي من شأنها تخفيف العقوبة أو رفعها كلية وهي لا توجد من غير نص حيث أن القانون ذكرها على سبيل الحصر وهي نوعان: – **الأعذار المعفية من العقاب:** عند تحقق العذر المعفي من العقاب فإنه يمنع الحكم بأية عقوبة اصلية أو تبعية أو تكميلية. المادة (١٢٩) من قانون العقوبات، والأعذار المعفية مقررة قانوناً لأسباب مختلفة، فقد تكون من اجل تشجيع الجناة على الاخبار عن الجرائم وتسهيل عمل السلطات المختصة للوصول الى بقية المجرمين. مثال على ذلك ما نصت عليه المادة (٥٩) بالإعفاء من العقوبة كل من بادر بأخبار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وعن المشتركين فيه قبل وقوع أية جريمة من الجرائم المتفق على ارتكابها وقبل قيام تلك السلطات بالبحث والاستقصاء عن اولئك الجناة. أما إذا حصل الأخبار بعد قيام تلك السلطات بذلك فلا يعفى من العقاب إلا إذا كان الأخبار قد سهل القبض على اولئك الجناة. وكذلك نص المادة (٣١١) على إعفاء الراشي أو الوسيط إذا بادر بإبلاغ السلطات المختصة أو اعترف بها قبل اتصال المحكمة بالدعوى وقد يكون الإعفاء من العقوبة مقررا للرغبة في المحافظة على صلة القربى والوشائج العائلية[٨٨] كما نصت عليه المادة (٢٧٣/ف٣). ويترتب على العذر المعفي رفع العقوبة عن الجاني ويمنع من الحكم بأية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية ولو إن شروط المسؤولية الجنائية متوفرة فيه، ويترتب على ذلك إن الفعل الذي وقع يبقى معتبراً جريمة في القانون، أي أن العذر المعفي لا يمحو الصفة الإجرامية للفعل. كما لا يستفيد من العذر سوى من توافر فيه العذر ممن أسهموا في الجريمة. كما أن المجرم المعفي من العقوبة لا يحكم ببراءته بل يقضي بإعفائه من العقوبة، ويترتب على ذلك إمكان قيام المسؤولية المدنية عن الأضرار التي ترتبت على الجريمة.

–**الاعذار المخففة للعقوبة:** يعرفها الفقه، بأنها وقائع أو عناصر تبعية توجب تخفيف العقاب الى اقل من الحد الادنى المقرر قانوناً خصها المشرع بنص صريح. مثال ذلك العذر الذي نص عليه المادة (٤٠٩) عقوبات "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فاجأ زوجته او احد محارمه في حالة تلبسها بالزنا او وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلهما في الحال او قتل احدهما او اعتدى عليهما او على احدهما اعتداء افضى الى الموت او الى عاهة مستديمة. ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر ولا تطبق ضده احكام الظروف المشددة". في حين إن عقوبة جريمة القتل العمد هي السجن المؤبد أو المؤقت المادة (٤٠٥) عقوبات. وقد اعتبرت المادة (١٣٨) ارتكاب الجريمة لبواعث شريفة او بناء على

[٨٧] د. ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٤٩٢

[٨٨] د. ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص٤٩٢.

استفزاز خطير من المجنى عليه بغير حق من الاعذار المخففة. والأثر الذي يترتب على تحقق العذر القانوني المخفف هو تخفيض العقوبة وجوباً بحكم القانون دون ان يكون للقاضي سلطة تقديرية في التخفيف من عدمه، وقد نصت المواد (١٣٠– ١٣١) على الأثر الذي يترتب على تحقق العذر في الجناية والجنحة ويمكن تلخيص حكم المادتين السابقتين بشأن الآثار بالنقاط التالية: ١– إذا كانت عقوبة جناية الإعدام نزلت العقوبة الى السجن المؤبد او المؤقت او إلى الحبس الذي لا تقل مدته عن سنة فإن كانت عقوبتها السجن المؤبد او المؤقت نزلت إلى عقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر. وهذا الحكم في الحالتين يجب التزام القاضي به مالم ينص القانون على خلاف ذلك. ٢– أما إذا كانت الجريمة جنحة وتحقق فيها عذر مخفف فاذا كان للعقوبة حد أدنى فلا تتقيد به المحكمة في تقدير العقوبة. واذا كانت العقوبة حبسا وغرامة معا حكمت المحكمة بإحدى العقوبتين فقط. واذا كانت العقوبة حبسا غير مقيد بحد ادنى حكمت المحكمة بالغرامة بدلا منه[٨٩].

ثانياً: الظروف المخففة: يمكن أن تعرف بأنها" بأنها الخصائص الموضوعية أو الشخصية غير المحدودة والتي يمكن أن تسمح في تخفيف العقوبة المقررة قانوناً للجريمة وفقاً للمعيار الذي نص عليه القانون". وهي أسباب تركها المشرع لتقدير القاضي. فالظروف المخففة تتفق مع الأعذار المخففة في إن كلا من النوعين مخفف للعقوبة، والفرق بينهما في إن الاعذار مبينة في القانون على سبيل الحصر، والتخفيف فيها وجوبي في الحدود التي بينها النص الذي يقررها. أما الظروف فغير مبينة بل إن القاضي هو الذي يقدرها والتخفيف فيها جوازي ومن أجل ذلك تسمى بالظروف القضائية المخففة. ونظام الظروف المخففة كبير الفائدة، إذ انه يمكن القاضي من تقدير العقوبة الملائمة لكل منهم على انفراد تبعا لحالته وظروف الجريمة. إذ من المعلوم أن ظروف ارتكاب الجرائم وظروف جناتها ليست واحدة، فليس من العدل أن تكون العقوبة واحدة لا تتغير وإلا صارت العقوبة ظالمة في بعض صورها وتمكين القاضي من التصرف في العقوبة بما يجعلها متلائمة مع ظروف الجريمة وظروف الجاني هو الوسيلة لجعل النصوص القانونية في شأن العقوبة متمشية مع متطلبات الواقع والسبيل لذلك هو تقرير نظام الظروف المخففة[٩٠]. هذا إن قانون العقوبات العراقي أخذ بالظروف المخففة فقد نص المادة (١٣٢) على أنه " اذا رأت المحكمة في جناية أن ظروف الجريمة او المجرم تستدعي الرأفة جاز لها أن تبدل العقوبة المقررة للجريمة على الوجه الآتي: ١–عقوبة الإعدام بعقوبة السجن المؤبد او المؤقت مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة. ٢–عقوبة السجن المؤبد بعقوبة السجن المؤقت. ٣– عقوبة السجن المؤقت بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر". وقد نصت المادة (١٣٣) على أنه "اذا توفر في الجنحة ظرف رأت المحكمة أنه يدعو إلى الرأفة بالمتهم جاز لها تطبيق احكام المادة (١٣١) ". من قانون العقوبات العراقي والتي تنص على أنه "اذا توفر في جنحة عذر مخفف يكون تخفيف العقوبة على الوجه الآتي: اذا كان للعقوبة حد أدنى فلا تتقيد به

---

[٨٩] المصدر نفسه، ص٤٩٤.

[٩٠] د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المصدر السابق، ص٤٩٥.

المحكمة في تقدير العقوبة. واذا كانت العقوبة حبساً وغرامة معاً حكمت المحكمة بإحدى العقوبتين فقط. واذا كانت العقوبة حبسا غير مقيد بحد ادنى حكمت المحكمة بالغرامة بدلا منه".

ثالثاً: إيقاف تنفيذ العقوبة: يمكن أن يعرف بأنه ذلك النظام الذي يخول للقاضي سلطة الحكم بإدانة المتهم وتحديد العقوبة المناسبة له مع الامر بوقف تنفيذها لفترة معينة يحددها القانون تكون بمثابة فترة للتجربة يطالب المحكوم عليه فيها بأن لا يعود الى ارتكاب جريمة جديدة, فان مرت هذه الفترة دون أن يرتكب جريمة جديدة اعتبر الحكم كأن لم يكن وتزول جميع أثاره الجنائية, أما اذا ارتكب خلالها جريمة جديدة فيجوز تنفيذ العقوبة الموقوفة اضافة الى ما يحكم به عليه بالنسبة للجريمة الجديدة. كما أن القاعدة الاساسية في نظام ايقاف التنفيذ التي تقرر عدم تنفيذ العقوبة اذا انقضت فترة التجربة تستند الى المبدأ الوضعي القائل بأنه " لا مجال لتوقيع تدبير اذا انقضت الخطورة الاجرامية". وقد نصت عليه المادة (١٤٤) من قانون العقوبات العراقي

المبحث الرابع

سلطة القاضي في تقدير العقوبة

لقد أصبح موضوع السلطة التقديرية من أهم المواضيع المتناولة في وقتنا الحاضر، نظرا لأهمية هذه السلطة وما قد يكون فيها من مساس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وتعد السلطة التقديرية للقاضي الجزائي من أصعب الدراسات نتيجة لاختلاف نطاق حرية الاختيار التي يملكها القاضي فيما يصدر من أحكام:

المطلب الأول

ماهية السلطة التقديرية ومعاييرها

إن مجرد وجود القاعدة القانونية لا يؤدي بالضرورة الى حل المشكلة التي وضعت القاعدة من اجلها، فلا بد من تفعيل تلك القاعدة من قبل السلطة القضائية، وذلك من خلال تطبيقها، تطبيقاً سليماً، تطبيقاً لقاعدة لا قانون بلا قاضي يطبقه وعليه فإن ولاية القضاء هي الأساس في منشأ السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي بغض النظر عن طبيعة النزاع الذي هو بصدد حسمه. فما هو مفهوم هذه السلطة وما هي معاييرها.

الفرع الأول

تعريف السلطة القاضي التقديرية

يمكن تعريف سلطة القاضي التقديرية بأنه "اختصاص القاضي في وجوب اختيار العقوبة الملائمة للتطبيق على المتهم بحسب النصوص القانونية "وحسب هذا التعريف فإن السلطة التقديرية تكون عندما يطبق القاضي الجزائي العقوبة الملائمة للمتهم[٩١] . وهناك من عرفها بأنها: الرخصة الممنوحة في اختيار العقوبة التي يراها مناسبة لحالة المتهم، وظروف ارتكاب الجريمة في ضوء الحدود المقررة بالقانون ومن ثم فهي القدرة على الملائمة بين الظروف الواقعية للحالة المعروضة والعقوبة التي يقررها القانون وهي في ابسط صورها، القدرة على التحرك بين الحد الدنى والاقصى للعقوبة لتحديدها بينهما أو عند تحديد إحداها، وهي عملية تطبيق النصوص القانونية المجردة في مجال يترك فيه المشرع للقضاء حرية التقدير في حدود التنظيم القانوني"[٩٢]. حيث أن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي إنما تنحصر أساساً في الموازنة بين المصالح المتعارضة مصلحة الفرد في المحافظة على حقوقه وحرياته، ومصلحة المجتمع فيصون أمنه ونظامه، وهذا ما ينبغي على القاضي الجزائي مراعاته عند النظر في الواقعة الجزائية المطروحة أمامه، وله في سبيل ذك الاستعانة بكافة الوسائل التي من شأنها تشكيل قناعته الوجدانية، والوصول الى الحقيقة وتطبيق العقوبة المناسبة. وكما أن حرية القاضي في استخدامه لسلطته التقديرية مقيده، بوقائع الدعوى وبأدلة اثباتها، فالقاضي يؤسس حكمه بصورة حيادية من خلال ما يطرح عليه من وقائع بطريقة قانونية، آخذاً بعين الاعتبار جميع الظروف والملابسات المحيطة بالواقعة ومرتكبها والقاضي يتمتع بنشاط ذهني واسع عند استعماله لسلطته التقديرية في الحكم بالواقعة المعروضة عليه، الا أن نشاطه الذهني في هذا المجال ينبغي ان يكون منتجاً ومحدداً ومحصوراً في نطاق الدعوى، ضمن الاعتبارات الاتية:

أ. الالتزام بالواقعة أو الوقائع المعروضة أمامه نصاً وروحاً بمعنى الالت ا زم بها وعدم الخروج عليها أو تعديلها.

---

[٩١] بن صغير هجيرة، المصدر السابق، ص٤.

[٩٢] جواهر الجبور، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣، ص٥٧ .

ب. استخلاص ما هو منتج من تلك الوقائع وفق قواعد الاثبات المقررة.

ج. الوصول الى اصدار الحكم في الوقائع المعروضة عليه ضمن القواعد الموضوعية والاجرائية، واصدار القرار المناسب وله في سبيل ذلك الاستعانة بما يراه مناسباً من اهل الخبرة والاختصاص [٩٣].

الفرع الثاني

معايير السلطة التقديرية

إن استخدام القاضي لسلطته التقديرية في الوقائع والنازعات التي تعرض عليه تعتمد اساساً على معياريين هما:

أولا: التقدير الموضوعي: يسود المعيار الموضوعي في حقل القانون المدني، ويقصد به الاستنتاج استناداً الى معايير عامة وقواعد ثابته غير قابلة للتغيير، وقائمة على التجربة المستخلصة من سلوك الرجل المتوسط، ومن الأمثلة على ذلك تحديد سن الرشد. ويفترض المعيار الموضوعي تجرد القاضي من مجموع الظروف الخاصة الخارجية والداخلية للواقعة المنظورة أمامه، فالقاضي يأخذ بعين الاعتبار العناصر ذات العلاقة بتلك الحالة، ويستبعد العناصر الخاصة بأشخاص النزاع، فعلى سبيل المثال تقدير الطيش والاهمال يستلزم وجود خطر ذو صلة بسلوك معين. ويعتمد القاضي في التقدير الموضوعي على السلوك المألوف للشخص المعتاد دون اغفال الظروف المكانية والزمانية، باعتبارها ظرف يمتد ليشمل عموم الناس ويرى الباحث أن دور القاضي وفقاً للمعيار الموضوعي هو استخلاص الوقائع في الدعوى من خلال نشاط ذهني ينصب على الوقائع والقانون معاً وهو بهذا الصدد يباشر سلطة تقديرية في اطار المسائل القانونية والواقعية على حد سواء متقيداً في ذلك بالأدلة المطروحة أمامه دون الالتفات الى الظروف الخاصة بالشخص الماثل أمامه[٩٤]والجانب العملي يطرح الخصوم أمام المحكمة مركزاً قانونياً يشكل محل التنازع طالبين التصدي له ومن ثم حسمه, وهذا المركز يكون في شكل مجموعة من الوقائع قد يسوقها الخصوم موصوفة من الناحية القانونية, وقد تطرح بلا وصف أمام المحكمة, ولهذه الأخيرة كلمة الفصل فيما يجب أن توصف به هذه الوقائع من تكييفات قانونية[٩٥].

ثانياً: التقدير الشخصي: على عكس التقدير الموضوعي فإن التقدير الشخصي يعتد بالعناصر الشخصية للفرد والتي يتعين على القاضي الجزائي اخذها بعين الاعتبار عند مباشرته لسلطته التقديرية، ومن هنا فيمكن القول بأن التقدير الشخصي يجد

---

[٩٣] فهد الكساسبة، وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في التفريد العقابي، مجلة جامعة عمان للعلوم الاسلامية والقانون، المجلد رقم ٤٢، العدد ١، ٢٠١٥، ص٣٣٩.

[٩٤] فهد الكساسبة، المصدر السابق، ص٣٤٠.

[٩٥] بديار ماهر، المصدر السابق، ص٣٠.

ميداناً رحباً في نطاق القانون الجنائي ذلك أن الخطأ الجنائي يهدف الى توقيع العقوبة لا الى تعويض المضرور، والعقاب بمفهومه المعاصر يهدف الى غاية تقويمية قوامها اصلاح الجاني وتأهيله. فالقاضي الجنائي لا يأخذ الواقعة بصورة مجردة، بل لا بد من أن يضع في اعتباره دور ملكات المتهم الذاتية والخاصة في احداث الواقعة الجرمية، فالمعيار الشخصي يقيس كل شخص بمدى فطنته ويقظته وما يتمتع به من حرية وادراك وما يواجهه من ظروف خاصة داخلية أو خارجية[٩٦]. ولقد اخذ المشرع العراقي بالتقدير الشخصي في المسائل الجزائية، فقد نص في المادة (١٤٤) من قانون العقوبات. ويتوقف سلامة التقدير الشخصي الذي يقوم به القاضي ال حد كبير على مدى نجاحه في استخلاص المصلحة محل الحماية القانونية من القاعدة القانونية ومن مجموعة الوقائع المعروضة عليه, ويتم ذلك عن طريق قيام القاضي ببحث المركز الواقعي المتنازع عليه, ليرى ما اذا كانت المصلحة محل الحماية متوافرة أم غير متوافرة, ويحدد طبيعتها وما اذا كانت عامة أو خاصة. ويتم ذلك من خلال النتيجة الأولية التي توصل إليها عبر تقديره السابق للقاعدة القانونية المحتملة التطبيق, ومن خلال توصيفه للأفعال أو الوقائع المعروضة عليه من الوجهة القانونية مع عدم حشر فيها ما ليس واردا بها أو استبعاد ما يعد مؤثرا في طبيعتها[٩٧].

المطلب الثاني

النطاق القانوني لسلطة القاضي في تقدير العقوبة

إذا اقترف الفاعل العمل الإجرامي وكان أهلا لإسناد الفعل اليه, قامت مسؤوليته وحق من ثم العقاب عليه, الا اذا حال دون ذلك أحد الأسباب التي خص بها القانون بعض الجرائم وهي ما يطلق عليه الأعذار المعفية من العقاب, فالمشرع يحدد لكل جريمة عقوبتها ولكنها ليست عقوبة ثابتة ذات حد واحد, وإنما هي عقوبة موضوعة بين حدين أحدهما أدنى لا يجوز للقاضي أن ينزله دونه, والأخر أقصى لا يجوز له أن يعتليه, وبين هذين الحدين متسع من المجال يتحرك القاضي فيه, ومن خلال الوقوف على ظروف المجرم وملابسات جريمته يحدد العقوبة التي تناسبه وبالتالي فقد وضع المشرع أكثر

[٩٦] فهد الكساسبة، المصدر السابق، ص٣٤٠.

[٩٧] بديار ماهر، المصدر السابق، ص٣١.

من عقوبة للجريمة الواحدة, ويجيز للقاضي أن يحكم بأحدهما أو أن يجمع بينهما, وقد يلزمه بذلك إلزاماً, فاذا اختار القاضي العقوبة ثار التساؤل عن القدر الذي يوقع منها:

الفرع الأول

اختيار العقوبة نوعاً

طبقا لهذا النظام يتسنى للقاضي حرية كاملة في الحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة من بين العقوبات التي رصدها المشرع للجريمة, مراعيا في ذلك شخصية المجرم وظروفه وملابسات جريمته ضمن موجبات السياسة الجنائية المعاصرة, ويحكم الاختيار النوعي للعقوبة نظامان هما:

أولاً _ النظام التخييري: من المعلوم أن معظم التشريعات لا تميل الى توسيع سلطة القاضي الجنائي في الاختيار النوعي للعقوبة بوجه عام, ومن المعلوم أيضاً أن بعض القوانين قد أخذ بعقوبة الإعدام وإن كان فقد أصبح التوجه العام الجديد نحو إلغاء هذه العقوبة من المنظومة القانونية للدول الا أنه يجب التأكيد أن هناك من المجال ما يمكن للقاضي أن ينطق بالعقوبة آخذاً في ذلك الظروف المخففة والمشددة للعقوبة فيمكن مثلا للقاضي أن ينطق بعقوبة المؤبد بدلاً من الإعدام وعقوبة السجن حتى عشرون سنة بدلاً من عقوبة المؤبد وهو في ذلك يطبق صريح النص وبالتالي في نظرنا فهذا جوهر النظام التخييري للعقوبة هذا في مجال الجنايات. أما في مجال الجنح فالتخيير بين العقوبة أوضح فنجد مثلا أن عبارة السجن أو الغرامة وبالتالي فالتخيير في النطق بالعقوبة مجاله واسع دون أن يتم الخروج عن نطاق أو مجال القانون[٩٨]. ومن المعلوم أن المشرع الجنائي العراقي قد اتبع طريقة تخصيص عقوبة واحدة لبعض الجرائم ويتعذر مع هذه الطريقة إعمال القاضي لسلطته في الاختيار وفي هذا تشدد من المشرع لا مبرر له يقتضي عليه إعادة صياغة النصوص بما يسمح بالتفريد القضائي للعقوبات[٩٩] . إلا أن أتبع أيضاً أسلوب التخيير فيما بين العقوبات في العديد من النصوص وخصوصاً تلك المتعلقة بالجنح والمخالفات فنجده ينص مثلاً على الحبس والغرامة أو بإحدى العقوبتين[١٠٠].

ثانياً – النظام الإبدالي: وهو إمكانية إحلال عقوبة من نوع معين محل عقوبة من نوع آخر بواسطة القضاء, ويستوي الإحلال ضمن الحكم القضائي بالعقوبة المقررة أصلا أم بعد الحكم بها طبقاً لما هو مقرر في القانون, وبعد هذا النظام من وسائط

---

[٩٨] بديار ماهر، المصدر السابق، ص ٣١– ٣٢.

[٩٩] ينظر المواد (١٥٩ ،١٦٠ ، ١٦١، ١٦٢، ١٩٥، ٢٢٣، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠) من قانون العقوبات العراقي.

[١٠٠] ينظر المواد (١٧١، ١٧٢، ١٧٦، ١٨٠، ١٨٢، ١٨٦، ٢٠٦، ٢٠٨، ٢١٠، ٢١١، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢) قانون العقوبات العراقي.

تفريد العقاب, وفي كنفه يتمتع القاضي بحرية تتفاوت من تشريع لآخر في عملية الإحلال العقابي ومن حالاته: استبدال العقوبات قضائياً يكون في إحدى الحالات الآتية: الحالة الأولى إذا تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية أو قام احتمال تعذر تنفيذها. الحالة الثانية إذا كانت العقوبة البديلة أكثر ملائمة من حيث التنفيذ بالقياس إلى العقوبة الأصلية منظوراً في ذلك إلى حالة المجرم الشخصية. ومثال ذلك: استبدال عقوبة سالبة للحرية بعقوبة الغرامة. أو استبدال عقوبة بدنية بعقوبة الغرامة. أو استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة سالبة للحرية[١٠١].

الفرع الثاني

اختيار العقوبة كماً

يمكن أن يعرف التقدير الكمي للعقوبة على أنه سلطة تقدير العقوبة بين حديها ضمن النص العقابي فالمشرع يضع العقوبات التي تقبل أن تكون بطبيعتها بين حديين أحدهما أدنى والآخر أعلى, ويخول القاضي سلطة تقدير العقوبة الملائمة بين هذين الحدين. وبالتالي فان القاضي الجنائي له سلطة تقدير العقوبة المناسبة غير مقيد في ذلك إلا بضرورة مراعاة الحديين الأعلى والادنى المنصوص عليها شريطة بيان الأسباب المبررة لتقديره, ومن ثم يمكنه أن يحكم بأي قدر بين الحديين أو بأحدهما حسب ما يبين له وفق وزنه لعوامل الرأفة أو موجبات التشديد, ولعل عدم وضع عقوبة خاصة لكل جريمة على الانفراد, يكمن في أن لكل جريمة ظروفها وأن لكل مجرم حالته الخاصة وبالتالي فانه نظراً لعدم تناهي هذه الظروف والأحوال التي تقترف فيها الجرائم, فكانت خطة المشرع بشأن تنويع العقوبات المقررة للجريمة الواحدة أحياناً, وجعل العقوبة تتراوح بين حديين في كثير من الأحيان, مع منح القاضي مكنة تقدير العقوبة الملائمة للمجرم من خلال الوقوف على ظروفه وملابساته[١٠٢]. وقد كان المشرع العراقي موفقاً (١٥٣/١٣٣) في قراره هذه القاعدة التي تحقق بشكل افضل الغاية المقصودة من نظام الظروف المشددة العامة الاستثنائية وهو ايجاد تقرير اكمل للعقاب يبسط المجال امام القاضي لتدريج كمي اكثر او اختيار نوعي اوسع للعقوبة. فالنسبة لعقوبتي الإعدام والسجن المؤبد فإن سلطة القاضي التقديرية تكاد تنعدم إذ تقتصر على مجرد تقدير أن الجريمة المرتكبة بظروفها تستحق إحدى هاتين العقوبتين طبقاً للقانون، ومن الواضح ان المشرعين قد اتجهوا نحو التقليل من عقوبتي الإعدام والسجن المؤبد وحصرهما في اضيق نطاق وفي حدود الجرائم التي تتسم

[١٠١] بديار ماهر، تفريد المصدر السابق، ص ٣١– ٣٢.

[١٠٢] المصدر نفسه، ص ٣٢.

بالجسامة والخطورة، وكان ذلك بفعل تأثير التيارات الفكرية الوسطية المتجهة نحو تفريد العقاب التي سمحت بسيادة نظام التدريج الكمي القضائي للعقوبات [١٠٣].

الخاتمة

لقد عنيت هذه الدراسة ببيان حدود ووسائل السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقدير العقوبة، فلم يعد دوره مجرد تطبيق النص القانوني كما ورد على الواقعة المعروضة عليه، بل اصبح ملزماً باختيار نوع العقاب المناسب الذي يتلاءم مع ظروف الجريمة وشخصية الجاني، و قد توصلنا من خلال دراسته هذه الى مجموعة من النتائج والتوصيات نعرضها في أدناه :

أولا: الاستنتاجات:

١.العقوبة هو جزاء وعلاج يفرض بأسم المجتمع على شخص مسئول جزائيا عن جريمة بناء على حكم قضائي صادر من محكمة جزائية مختصة: وعناصره وهي: العقوبة جزاء وعلاج، تفرض باسم المجتمع، العقوبة القانونية، العقوبة لا تفرض إلا من قبل محكمة جزائية مختصة، العقوبة شخصية، العقوبة يشترط فيها المساواة، العقوبة قابلة للرجوع فيها، العقوبة تتناسب في طبيعتها ومقدارها مع شخصية الجاني.

٢.ان التفريد القضائي للعقاب يعتمد على ما يتمتع به القاضي الجزائي من سلطة تقديرية في اختيار العقاب المناسب لكل واقعة تعرض عليه على حدة وبالتالي فهو ادق انواع التفريدالعقابي.

٣.يمكن للقاضي اذا اقتضت ظروف المتهم او ظروف ارتكاب الجريمة ان يخفض العقوبة عن حدها الادنى اذا كان هناك ما يدعو للرأفة بالمتهم وقد تقتضي تلك الظروف ان يشدد العقوبة المقررة للجريمة فيتجاوز حدها الاقصى استعمالاً منه للرئفة التي خولها له الشرع ويمكن له ان يأمر بوقف تنفيذ العقوبة اذا ما قدر انها اصلح للمتهم.

٤. أن وسائل القاضي الجزائية عند استعمال سلطته التقديرية في تحديد العقوبة محددة بمقتضى نصوص قانونية، وقد بين الفقه صورها بالتدرج الكمي والاختيار النوعي للعقوبة، فهذه الوسائل تمكن القاضي من اختيار العقوبة لكنه مقيد بالحدود القانونية التي رسمها له المشرع، وبالتالي فإن سلطته في هذا المجال ليست مطلقه بل مقيدة.

٥. ينبغي إخضاع سلطة القاضي التقديرية في اختيار العقاب المناسب للرقابة القضائية لا سيما عند تسبيب الحكم وعند اخذه بالأسباب المخففة، كما ينبغي إحاطتها بضمانات لعل من ابرزها الالتزام بمبدأ الشرعية الاجرائية وبالحدود التي رسمها المشرع والاسترشاد وبآراء المختصين بالدارسات النفسية والاجتماعية التي تساعده في الوصول الى اختيار الجزاء المناسب.

ثانيا: التوصيات:

[١٠٣] جواهر الجبور، المصدر السابق، ص٩٦.

١. على المشرع ضرورة مراعاة عند إنشاءه للجزاء تدرج ذلك الجزاء بين حدين أعلى وأدنى ليتناسب مع ظروف كل جاني، وأتيان الوسائل من شأنها إتاحة المجال للقاضي في تطبيق نص معين عقوبته أشد أو أخف من العقوبة المقررة للفعل نفسه إذا وقع في ظروف محددة أو من جناة محددين كالأعذار القانونية المعفية أو المخففة أو ظروف التشديد للعقوبة، ويبغي للمشرع من خلاله جعل العقوبة جزاءاً متناسباً ومتلائماً مع الخطورة المادية للجريمة ومع الظروف الشخصية للجاني التي يمكن أن يتوقعها أو يتنبأ بها وقت وضع القاعدة الجنائية ومن وسائله، التنوع في العقوبات إما لطبيعة الجرائم ذاتها أو جسامتها أو المصالح التي تمسها هذه الجرائم، وأيضاً وضع أكثر من عقوبة أصلية للجريمة الواحدة وتخيير القاضي في الجمع بينهما أو اختيار إحداها.

٢.يجب التمييز بين العقوبات التي تطبق على الاشخاص المعنوية والأشخاص الطبيعية، ووضع حدين أعلى وأدني للعقوبات التي تشكل الزمن عنصراً في تنفيذها.

٣.عند العمل بالظروف المخففة يفضل ان تمتد هذه الظروف الى العقوبات التكميلية حتى لا تكون العقوبات التكميلية اكثر شدة من العقوبات الاصلية.

٤.اما تشديد العقوبة على الشخص الذي ارتكب الجريمة وهو في حاله سكر فنجد ان هناك تناقص فيما يخص سياسه الدولة حيث انها عزمت على الغاء فرض الترخيص المسبق على تجاوز بيع الخمور بالجملة مما يسهل اقتنائه وهو يساعد على نشر الرذيلة واننا مجتمع عقيدته الشريعة الاسلامية.

٥.نتمنى من المشرع عند وضعه للنصوص القانونية وبيان العقوبات ألا يضع فارقاً كبيراً بين الحدين الأدنى والأقصى، أو على الأقل إذا كان ذلك وضع الضوابط الملائمة لمنع إمكانية تحكم القاضي أو إلحاق الضرر بالمحكوم عليه.

Abstract

The right in apply punishment considers between principle that turns back to courts in order to make punishments suitable with crime, take to consideration all circumstances around it. Who steals for starvation and differs from who steals to gain what others have without having right and who commits a crime in an anger moment, differs from who commits a crime intentionally or already through about. And who commits a crime by mistake differs from who commits it intentionally to hurt others. And who never commits any crime (who does not have record) differs from who along history of illegal events and criminal rules and according to this, including laws status, rules include that punishments

suit with crimes with consideration of circumstances around the events, the style which depends courts in order to unique the punishment uses criminal laws text. Which determines every crime a punishment includes choice whether putting in jail or paying a fine or both of them, and in huge crimes determines punishment execution or putting in jail forever or temporary, and the judge must evaluate the circumstances the case and choose the penalty to be imposed in accordance with the circumstances of the case the punishment shall be commuted to the those who didn't intend to harm or unintentionally misrepresent the case and to aggravate it to those who deliberately repeat or commit it. The law permitted the punishment of the offender to imprisonment or fine or both in accordance with gravity of the offense. The law also allows for the imposition of a suspended sentence or only for a certain period of time and some similar legislation has allowed the offender to be placed in rehabilitation centers or health care in drugs or alcohol abuse cases adopted by most legislation in this area where in many cases it has been distinguished in pronouncing the sentence between the cases it has been distinguished mentioned for example but not limited to, it is recognized that the right to punishment is one of the most important characteristics of modern criminal legislation, which means that the punishment is commensurate with the crime the penalty is to vary in order to suit the situation of each individual whose punishment is intended. The basis of this theory is that the punishment is the means of reforming the sentenced person. the penalty should not be applied in vain. It must be the same. In order to achieve this, punishment should not be defined in advance in a precise and rigid manner, nor should it be regulated in a manner that dose not accept change because its objective is individual. Access to it is done by means of a special policy appropriate to the circumstances and not by applying a law that is not aware of the types and situations elimination. This article examines the crime and its sections, the concept of punishment, its distinction from other penalties resulting from the crime, its types, purposes and guarantee, clarifying the uniqueness of the criminal penalty in the implementation phase, the judge is authority to assess the sentence as an abstraction, Etc

قائمة المصادر

*** القرآن الكريم**

أولاً : الكتب:

١. د. أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٢.د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢ .

٣ . أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٤. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.

٥. سعيد حسب الله عبدالله، شرح قانون أصول محاكمات الجزائية، دار ابن الأثير، الموصل، ٢٠٠٥.

٦.د.علي حسين الخلف ود. سلطان عبدالقادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة

٧.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

٨. محمد علي السالم الحلبي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

٩.د. ماهر عبد شويش الدرة، الأحكام العامة في القانون العقوبات، (د.ن)، (د.م)،١٩٩٠.

١٠. د. وعدي سليمان علي المزوري، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ط١، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٩.

ثانياً: البحوث والمقالات والتقارير:

١.رنا العطور، إقتسام مكافحة الإجرام بين القانون والنظام في التشريع الجنائي الفرنسي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية)، المجلد رقم (٢٧)، العدد (٩)، ٢٠١٣ .

٢.فهد الكساسبة، وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في التفريد العقابي، مجلة جامعة عمان للعلوم الاسلامية والقانون، المجلد رقم ٤٢، العدد ١، ٢٠١٥.

ثالثاً: رسائل الماجستير واطاريح الدكتوراه الجامعية:

١.بن صغير هجيرة،، سلطة القاضي الجزائي في النظام القضائي الجزائري، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة قاصدي مرباح– ورقلة،٢٠١٥–٢٠١٦.

٢.جواهر الجبور، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣.

٣.عزام بن محمد بن سعد الشويعر، الأدلة الجنائية في جريمة القتل العمد واثرها في الحكم القضائي، رسالة الماجستير، قسم العدالة الجنائية، معهد الدراسات العليا/ الرياض، ٢٠٠٠.

٤.عبدال محمد قادر، الموازنة بين المصالح في القانون الجنائي، رسالة الماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، ٢٠١٧.

رابعاً: الدساتير:

١.الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

خامساً: القوانين والأنظمة والأوامر:

١.قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .

٢. قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

سادساً: المصادر المنشورة على الانترنت:

١.د. أحمد لطفي السيد مرعي ، الحق في العقاب بحث منشور على الرابط التالي: http://www.majalisna.com/d/d.php?d=197

٢.بديار ماهر، تفريد الجزاء الجنائي، بحث منشور على الموقع التالي :www.shaimaaatalla.com

٣.خبالي حسن، مبدأ تفريد الجزاء، تقرير منشور على شبكة الانترنت الموقع التالي: www. marocdroit.com

٤. د.علي بن حامد العجرفي، تطبيق العقوبات على المجرمين وأثرها في حماية حقوق الإنسان، تقرير منشور على الرابط التالي: lawyer940@gmail.com

٥.د. عبود السراج، شرح قانون العقوبات، ص٨٩ بحث منشور على الرابط التالي:

www.uoanbar.edu.iq library details.com

٦. د. فهد بن حمود العصيمي، العقوبات الشرعية على الجرائم والجنايات .بحث منشور على الرابط التالي:

www.bibliodtroit.com

٧.د. فؤاد عبد المنعم أحمد، العقوبة مفهومها وأنواعها في الأنظمة المقارنة. بحث منشور على الرابط التالي:

www.alukah.net

٨.كنوز القانون الجنائي، تقرير منشور على الرابط التالي: © 2014-2016 konouz.com

٩. نوال عبد اللاوي، الظروف المشددة والاعذار المخففة لجريمة القتل العمد في القانون الجزائري، بحث منشور على شبكة الانترنت وعلى الموقع التالي:

www.almaktabah.net