حكومة إقليم كوردستان – العراق

وزارة العدل

رئاسة الادعاء العام

دائرة الادعاء العام في كَرميان

حکومەتی هەریمی کوردستان

وەزارەتی داد

سەرۆکایەتی داواکاری گشتی

فەرمانگەی داواکاری گشتی لە گەرمیان

(الاخلال بمبدأ التناسب العقابي في القوانين الجنائية الخاصة)

بحث تقدم به

عضو الادعاء العام

گۆران فرج محمد صالح

الى مجلس القضاء في إقليم كوردستان / العراق

كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث الى الصنف الثاني من أصناف الادعاء العام

بإشراف عضو الادعاء العام

برهان احمد محمود

1446 هـ 2724 ك 2024 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا ﴾ سورة طه الآية ﴿١١٤﴾

صدق اللَّهُ العظيم

السادة : رئيس واعضاء لجنة مناقشة بحوث الترقية المحترمون

م / توصية المشرف

استناداً الى كتاب رئاسة الادعاء العام المرقم (٢٧٢/١) في ٢٠٢٤/٦/٢٦ المتضمن تسميتي مشرفاً على البحث الموسوم (الاخلال بمبدأ التناسب العقابي في القوانين الجنائية الخاصة المقدم من قبل عضو الادعاء العام السيد (كَوران فرج محمد صالح) كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث الى الصنف الثاني من اصناف الادعاء العام ، فقد اشرفت على البحث المذكور فوجدته مستوفيا للشروط الشكلية والموضوعية ، وان الباحث قد بذل جهدا كبيرا في اعداده وانه اصبح جاهزا للمناقشة ، للتفضل بالعلم .

مع التقدير...

القاضي

برهان احمد محمود

عضو الادعاء العام

الاهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا الى ...

روح والدي الغالي ووالدتي الغالية ...

رمز الوفاء والتضحية ورفيقة دربي التي لم تبخل في تقديم العطاء والدعم الدائمين لي زوجتي العزيزة ...

الاستاذ القاضي (برهان احمد محمود) عضو الادعاء العام الذي شرفني بالأشراف على بحثي من خلال معلوماته وخلفيته الفقهية والقضائية القيمة ...

كل من مد يد العون والمساعدة لي بتزويدي بالمصادر الضرورية لكتابة هذا البحث...

الباحث

شكر وتقدير

بعد ان اتممت بحثي هذا بعون الله تعالى ومشيئته لا يسعني الا ان احمده واشكره كما يجب ويليق بمقامه وبنعمه التي انعمها علي والتي لا تعد ولا تحصى ، ومن ثم أتقدم بخالص الشكر والعرفان للأستاذ الفاضل القاضي (برهان احمد محمود) عضو الادعاء العام لجهده المخلص في مسار إشرافه على بحثي فبتوجيهاته الصائبة أنار لي الطريق وكانت لها الأثر في تذليل الصعاب التي اعترضت سبيل كتابة هذا البحث .

المقدمة

ان ظهور القانون الجنائي مر بمراحل طويلة اذ تعاقبت مدة زمنية موغلة في القدم عليه ابتداء من ظهور وتكون المجتمع الى ان وصل الى صيغته الحالية ويرمي هذا القانون الى تحقيق حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه وكفالة المصلحة العامة وكذلك حماية حقوق وحريات الافراد ومصالحهم الخاصة، ان النظام القانوني الذي تسير عليه الدولة يقوم على التوازن بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة اخرى وهو ما يتحقق بالتناسب بين حماية كل من الاثنين.

ان المشرع الجنائي في مقام حمايته للحقوق والحريات يجب ان يراعي التوازن بين مقتضيات هذه الحماية وبينما يتمتع به الغير من حقوق وحريات وكذلك التوازن بين هذه الحماية وبين المصلحة العامة المتمثلة في النظام العام ولا شك ان الاصل في كل نظام قانوني هو تحقيق العدالة الجنائية من خلال مبدأ التناسب العقابي الذي يعد احدى المبادئ القانونية والدستورية، هذا من جهة ومن جهة اخرى يلتزم المشرع الجنائي بتطبيق هذه الفكرة في النصوص العقابية التي يصدرها.

ان المشرع الجنائي يخضع للرقابة الدستورية التي يمارسها القضاء الدستوري الذي يضطلع بمهمته المتمثلة بالقضاء والحكم بعدم دستورية القوانين والمواد العقابية التي يرد فيها إخلال بالتناسب بين العقوبة والجريمة، ولابد ان يراعي المشرع الجنائي في عملية اصدار القوانين الجنائية الخاصة سياسة ترشيد العقاب والحد من التجريم والاقتصاد فيه ويوازن بشكل كبير بين المصلحة العامة ومصالح وحقوق وحريات الافراد، وفي هذا السياق يجب عدم الاسراف والمبالغة في اصدار القوانين الجنائية الخاصة للحيلولة دون حصول الارباك القضائي والإخلال بمبدأ اليقين القانوني وتحقيقا للملائمة بين الجريمة والعقوبة المقررة لها.

ولا ريب انه من واجب القضاء الجنائي ممارسة صلاحياته من خلال استعمال الوسائل القانونية المتاحة تشريعياً من اجل تطبيق مبدأ التفريد العقابي على كل قضية معروضة عليه، وبالنتيجة تحقيق التناسب القضائي بين الجريمة والعقوبة المفروضة وتحقيق العدالة الجنائية ومن ثم تحقيق الردع العام والخاص المستهدف من توقيع العقاب على الجاني.

اولاً / اهمية البحث وسبب اختيار الموضوع :

تبدو أهمية هذا البحث في توضيح المشاكل الناجمة عن إصدار القوانين الجنائية الخاصة وإبراز مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي فيها نتيجة إصدار تلك القوانين رغم عدم وجود ضرورة ملحة للتجريم، وبيان السبل الكفيلة التي تسمح للقضاء بتحقيق التناسب القضائي للعقوبة في مرحلة تطبيق العقوبة في الدعاوى الجزائية المعروضةعليه، اما سبب اختيار هذا الموضوع فيكمن في بيان آلية حماية الحقوق والحريات الدستورية للفرد والمجتمع والتي أصبحت مهددة في ظل اللجوء غير المبرر لاصدار القوانين الجنائية الخاصة.

ثانياً / إشكالية البحث :

تكمن اشكالية البحث في عدم نجاح المشرع الجنائي الكوردستاني في تجسيد مبدأ التناسب العقابي عند تشريع بعض القوانين الجنائية الخاصة، وعدم توفيقه في ممارسة سياسة جنائية واضحة المعالم عند تشريعه لهذه القوانين مما يؤدي الى الازدواجية في التجريم والتعارض بين النصوص الجزائية المنظمة لموضوع معين مما يخل بذلك بمبدأ التناسب العقابي.

ثالثاً / منهجية البحث :

لبيان موضوع هذا البحث اعتمدنا المنهج التحليلي لدراسة ظاهرة الإخلال بالتناسب العقابي المصاحبة لإصدار بعض القوانين الجنائية الخاصة مع تحليل النصوص العقابية الواردة في هذه القوانين التي يكتنفها الإخلال بالتناسب العقابي، كما استخدمنا المنهج التطبيقي في تعزيز البحث والآراء القانونية الواردة فيه بالقرارات القضائية والاتجاهات الفقهية كلما امكن ذلك.

رابعاً / خطة البحث :

تناولنا موضوع بحثنا هذا من خلال تقسيمه إلى مبحثين، فخصصنا المبحث الأول لتعريف القوانين الجنائية الخاصة وانواعها والمشاكل الناجمة عن إصدارها وتمييزها عما يقاربها من خلال مطلبين، وقد تطرقنا في المطلب الأول منه الى تعريف القوانين الجنائية الخاصة وانواعها والمشاكل الناجمة عن إصدارها، ثم خصصنا المطلب الثاني منه لتمييزها عما يقاربها، اما في المبحث الثاني فقد تناولنا فيه مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في القوانين الجنائية الخاصة وذلك في مطلبين، فخصصنا المطلب الأول لدراسة مفهوم التناسب العقابي وتمييزه عن المفاهيم الأخرى أما المطلب الثاني فتطرقنا فيه الى مظاهر الإخلال في القوانين الجنائية الخاصة، وختمنا بحثنا بجملة من الاستنتاجات والمقترحات.

المبحث الأول

تعريف القوانين الجنائية الخاصة وانواعها والمشاكل الناجمة عن إصدارها

ان التطورات السريعة التي تشهدها المجتمعات أدت الى نشوء فكرة تشريع قوانين جنائية خاصة الى جانب قانون العقوبات، وذلك لمواجهة انواع جديدة من الجرائم والتي لم تتناولها مواد قانون العقوبات، أو تناولها بشكل غير كافٍ، عليه فسوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف القوانين الجنائية وأنواعها، ثم نتطرق في المطلب الثاني الى تمييز القوانين الجنائية الخاصة عما يقاربها .

المطلب الأول

تعريف القوانين الجنائية الخاصة وانواعها

سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع، نخصص الفرع الأول منه لتعريف القوانين الجنائية الخاصة، أما الثاني فنخصصه لأنواع القوانين الجنائية الخاصة، ثم نفرد الفرع الثالث لتناول المشاكل الناجمة عن اصدار القوانين الجنائية الخاصة.

الفرع الأول

تعريف القوانين الجنائية الخاصة

استخدم الفقه الجنائي العديد من التسميات ليطلقها على القوانين الجنائية الخاصة، فهناك من يطلق عليه تسمية (التشريعات الجزائية الخاصة)[١]، ومنهم من يطلق مصطلح (القوانين العقابية الخاصة) عليها[٢]، ومنهم من استخدم عبارة (القوانين المكملة لقانون العقوبات)[٣]، ومن جهة أخرى فقد أقر المشرع العراقي بفكرة وجود القوانين الجنائية الخاصة وفي هذا السياق استخدم مصطلحين للتعبير عن تلك القوانين، ليطلق عليها مرة اصطلاح الأنظمة العقابية الأخرى، أو القوانين العقابية[٤]، ومن الجدير بالذكر أن التشريعات لم تعرف القوانين الجنائية الخاصة ولم تحدد المقصود منها وهذا أمر محمود، لأن مهمة تعريف المصطلحات القانونية وبيان المقصود منها ليست من مهام المشرع، بل هي من وظيفة الفقه، فهناك من عرفها بأنها (مجموعة القوانين الجنائية التي تضاف إلى قانون العقوبات الاصلي او الاساسي لكي تحمي هي الاخرى مصالح هامة في المجتمع ولكنها مصالح متطورة ومتغيرة بما اقتضى النص عليها في القوانين المستقلة عن تقنين قانون العقوبات حتى يتسنى تغييرها او تعديلها بما يتلائم وطبيعة المرحلة

---

(١) فريد الزغبي، الموسوعة الجزائية، المجلد الأول، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٩٩٥، ص ٥٣.

(٢) د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات – القسم العام، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، ص٣.

(٣) د. محمود محمد مصطفى، شرح قانون العقوبات – القسم العام، ط ١٠، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٠، ص ٢٧.

(٤) المادة (١/١٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩).

التي يمر بها المجتمع أو تضمينها في نصوص خاصة بها لكي تحقق حماية أوفى وأقوى لتلك المصالح)[١]، ومن الفقهاء من عرف القوانين الجنائية الخاصة بأنها (النصوص الجنائية الموضوعية والإجرائية التي يرد النص عليها في تشريعات مستقلة عن التقنين الجنائي الأصلي، وتتضمن في بعض جوانبها خروجاً على الأحكام العامة الواردة في قانون العقوبات العام أو في قانون الإجراءات العام)[٢].

ويذهب جانب من الفقه الى عدم اقتصار القوانين الجنائية الخاصة على طائفة معينة من الجرائم، بحيث يخصص القانون بكامله للنص على هذه الجرائم، بل أن هذه القوانين يشمل نصوص التجريم والعقاب المذكورة في بعض التشريعات المتضمنة تنظيما مفصلاً لموضوع معين قبل نصوص التجريم والعقاب الواردة في قوانين الاحوال الشخصية وقانون العمل وقانون الشركات وقانون العلامات والبيانات التجارية رقم(٢١) لسنة (١٩٥٧) وقانون الدلالة رقم (٥٨) لسنة(١٩٨٧) [٣].

اما نحن فنذهب مع الرأي القائل بانه ليس من الصحيح اعتبار النصوص الجزائية الواردة في القوانين غير الجنائية، قوانين جنائية خاصة لأن تلك القوانين هي قوانين تنظيمية متعلقة بتنظيم مواضيع ومسائل غير جنائية وإن ايراد بعض النصوص القانونية الخاصة بالتجريم والعقاب لا تجعلها قوانين جنائية خاصة.

عليه وتأسيساً على ما سبق يظهر لنا بأن القوانين الجنائية الخاصة عبارة عن تلك النصوص الخاصة بالتجريم والعقاب والتي تتضمن قواعد موضوعية وإجرائية خاصة بتنظيم بعض صور السلوك وذلك بتجريمها لتحقيق غايات معينة وتحديد عقوبات لها بقصد تحقيق حماية أكبر لبعض المصالح المهمة والمتغيرة التي تتعلق بالقيم الجوهرية في المجتمع، ومن امثلة القوانين الجنائية الخاصة في النظام القانوني العراقي قانون رعاية الاحداث رقم (٧٦) السنة (١٩٨٣) وقانون مكافحة الارهاب رقم (١٣) لسنة (٢٠٠٥) وقانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم (٢٨) لسنة (٢٠١٢) وقانون المرور رقم (٨٦) لسنة (٢٠٠٤) المعدل و قانون مناهضة العنف الاسري رقم (٨) لسنة (٢٠١١) وفيما يتعلق بإصدار القوانين الجنائية الخاصة فأن الفقه الجنائي الحديث قد انقسم الى ثلاثة فرق، ففريق يؤيد اصدار القوانين الجنائية الخاصة، وفريق ثاني يعارض ذلك، اما الفريق الثالث فقد اتخذ موقفاً توفيقياً بين الفريقين السابقين وسوف نتكلم باختصار عن الفرق المذكورة على النحو التالي:

اولا: الفريق المؤيد لإصدار القوانين الجنائية الخاصة

ان هذا الجانب من الفقه الجنائي يستندون في تأييدهم لقيام المشرع الجنائي باصدار القوانين الجنائية الخاصة على تعدد وتنوع المصالح التي ينبغي حمايتها في عصرنا الحالي، ويعتقدون انه تتعدد قوانين العقوبات بتعدد المصالح التي تحميها، فعند هذا الفريق يسمى قانون العقوبات بقانون العقوبات المالي عندما يحمي المصالح المالية أو القانون الجنائي للعمل والذي يمثل تدخل الدولة بواسطة السلطة التشريعية في مجال تنظيم علاقات العمل بين اصحاب

(١) د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت،٢٠٠٢، ص٣٨.
(٢) د. احمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٦.
(٣) المصدر نفسه، ص ٣٩.

الاعمال والعمال، بل اكثر من هذا لم يكن هذا التفرع التشريعي الجنائي كافياً، حيث أن بعضاً من هذه الفروع ادت الى اشتقاق فروع أخرى من التشريعات الجنائية الخاصة، مثل القانون الجنائي للبنوك والائتمان المتفرع عن قانون جنائي خاص آخر الا وهو القانون الجنائي المالي والاقتصادي وكذلك الحال فيما يتعلق بالقانون الجنائي للشركات الذي يعتبر نوعاً من انواع القانون الجنائي التجاري(١).

ثانيا: الفريق المخالف لإصدار القوانين الجنائية الخاصة

يرى رواد ومناصري هذا الفريق ان المبالغة والتطرف في تجسيد مبدأ التخصص الذي يعتمده الفريق الفقهي الأول في تبنيهم لضرورة اصدار قوانين جنائية خاصة، يؤدي في النتيجة الى الخروج عن وحدة القانون الجنائي ذلك لأن حماية وحدة القانون الجنائي هو أمر لازم للحيلولة دون تحول القسم الخاص من قانون العقوبات الى مجموعة من قوانين جنائية خاصة وتبعثر نصوصها(٢).

وبمعنى آخر وعلى حد زعم انصار هذا الفريق، فأن اصدار القوانين الجنائية الخاصة والتوسع فيها يؤدي الى تشتت وحدة قانون العقوبات وقواعده، وعلى هذا الاساس وحفاظاً على هيبة قانون العقوبات فأنهم لا يرون داعياً للتمييز بين القسم الخاص من قانون العقوبات وبين القوانين الجنائية الخاصة، فالأحكام الخاصة بمجموعة من الجرائم او صنف خاص من المجرمين لا تستحق تنظيمها في قانون خاص مستقل، حيث يؤمنون بأن القسم الخاص من قانون العقوبات يشمل جميع الافعال التي تعتبر جرائم سواء تلك الواردة في قانون العقوبات ام تلك الواردة في القوانين الجنائية الخاصة(٣)، كما ويعتقد مؤيدي هذا الفريق أن اصدار القوانين الجنائية الخاصة يؤدي إلى زعزعة الانسجام الضروري مع قانون العقوبات الأساسي(٤).

ثالثا: الفريق التوفيقي لاصدار القوانين الجنائية الخاصة

يقف اصحاب هذه الفكرة موقفا وسطا بين الفريقين السابقين، فمن جهة يعتقدون ان تنوع القوانين الجنائية التي تحمي المصالح المتنوعة أمر لاينسجم مع الدقة العلمية حيث ان مهمة قانون العقوبات تتمثل في حماية المصالح الاجتماعية المتنوعة، وبمعنى اخر ان الميل الى تطبيق مبدأ التخصص يعتبر اتجاهاً حسناً الا ان المبالغة فيه يؤدي الى ظهور نتائج غير محمودة، فبرأيهم إن تنوع وتعدد القوانين بتنوع الجرائم المنصوص عليها فيها وحسب المصالح التي تحميها، يؤدي الى وجود قانون عقوبات مالي لحماية المصالح المالية وقانون عقوبات اقتصادي لحماية المصالح الاقتصادية وهذا لا يتفق مع المنطق العلمي السليم، لأن قانون العقوبات يحمي مصالح اجتماعية

---

(١) د. احمد عبد الظاهر، المصدر السابق، ص٥١.

(٢) د. ناهد العجوز، الحماية الجنائية للحقوق العمالية في قانون العمل في مصر والدول العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦ ص٩.

(٣) زينة عبد الجليل، ذاتية التجريم والعقاب في القوانين الجنائية الخاصة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩،ص ١٧.

(٤) د. احمد عبد الظاهر، المصدر السابق، ص ٦٠ .

متعددة ومتنوعة ولا يجوز تجزئته الى قوانين عديدة تتعدد بتعدد المصالح التي يحميها[١] ، ومع ذلك فأن اصحاب هذا المذهب يذهبون الى ترجيح اصدار القوانين الجنائية الخاصة فى إطار قانوني معقول شريطة عدم الإفراط فيه، فقد توجد ضرورة ملحة تدفع المشرع الجنائي الى اصدار قانون جنائي خاص لحماية مصالح صنف معين من الافراد او اصدار قانون جنائي خاص بوقائع معينة في المجتمع والتي لم يتناولها قانون العقوبات الأساسي[٢]، مثلما هو الحال في قانون مكافحة الارهاب وقانون عقوبات قوى الامن الداخلي و قانون مكافحة الاتجار بالبشر، فقانون مكافحة الارهاب جاء لمعالجة القصور التشريعي الموجود في قانون العقوبات العراقي بصدد بعض الجرائم التي لم يتناولها المشرع الجنائي العراقي في سنة (١٩٦٩) وهذا هو الحال ايضا في قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي وقانون العقوبات العسكري وقانون منع إساءة أجهزة الاتصالات.

الفرع الثاني
انواع القوانين الجنائية الخاصة

سوف نتناول في هذا الفرع انواع القوانين الجنائية الخاصة، فهناك ثلاثة انواع منها والتي هي القوانين الجنائية الخاصة بحسب الموضوع، والقوانين الجنائية الخاصة بحسب صفة الجاني، والقوانين الجنائية الخاصة بحسب الموضوع وصفة الجاني، وسوف ندرسه في ثلاثة محاور.

اولا: القوانين الجنائية الخاصة بحسب الموضوع

تتضمن هذه القوانين قواعد قانونية خاصة بمجموعة معينة من الجرائم، بشكل يورد المشرع الجنائي فيها مجموعة من النصوص الجنائية الخاصة في الجانب الموضوعي والإجرائي تتعلق بطائفة معينة من الجرائم [٣]، ومن الأمثلة البارزة على هذه القوانين، قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (١) لسنة (٢٠٢٠) الصادر في أقليم كوردستان والذي جاء بأحكام موضوعية وإجرائية خاصة فيما يخص جريمة الإتجار بالمخدرات وتعاطيها كما أن قانون مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (٣٩) لسنة(٢٠١٥) العراقي يمثل مثالا حيا آخر على هذا النوع والذي هو الآخر جاء بأحكام موضوعية و اجرائية للحد من ازدياد جرائم غسيل الأموال، واستخدامها في تمويل و دعم النشاطات و الجرائم الإرهابية.

---

(١) زينة عبد الجليل، المصدر السابق، ص ١٨.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، ط ٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٦.

(٣) د. احمد عبد الظاهر، المصدر السابق، ص٢٥ وما بعدها.

ثانيا : القوانين الجنائية الخاصة بحسب صفة الجاني

ويقصد بها القوانين الجنائية الخاصة التي تخاطب طائفة معينة من المجتمع وذلك مراعاةً لاعتبارات واسباب عديدة منها الخصوصية والصفات المحددة التي تميز طائفة معينة عن غيرها[١]، وعلى هذا الأساس أصدر المشرع العراقي قانوناً خاصا بإجرام فئة معينة من الجناة، مثل قانون رعاية الاحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣) فقد اورد فيه نصوصاً تتضمن مبادئ واسس هامة تعبر عن سياسة جنائية معاصرة توازي التطورات الحاصلة في المجتمع من جهة وإجراءات التعامل مع فئة الأحداث من جهة أخرى، فقد حدد المسؤولية الجزائية في هذا القانون بتسع سنوات كاملة والتي عدلت في إقليم كوردستان الى احدى عشرة سنة بموجب قانون تحديد سن المسؤولية الجزائية في إقليم كوردستان_العراق رقم (١٤) لسنة (٢٠٠١) الصادر من برلمان إقليم كوردستان.

ونرى ان تطبيق فكرة اصدار القوانين الجنائية الخاصة بحسب صفة الجاني وخصوصاً من خلال اصدار قانون رعاية الاحداث المذكور، خطوة ممتازة اتخذها المشرع الجنائي العراقي وأمر جدير بالتقدير.

ثالثاً: القوانين الجنائية الخاصة بحسب الموضوع وصفة الجاني

قد يصدر المشرع الجنائي قانوناً جنائياً خاصاً يعتمد فيه معياري الموضوع وصفة الجاني وهذا هو المقصود من القوانين الجنائية الخاصة حسب الموضوع وصفة الجاني، ومن الأمثلة البارزة على هذا النوع من القوانين الجنائية في النظام القانوني العراقي، قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٨) النافذ في اقليم كوردستان فقد تناولن هذا القانون نصوصاً خاصة بتجريم بعض التصرفات المخالفة للقانون الصادرة من منتسبي قوى الأمن الداخلي وطلاب كليات الشرطة والمعاهد والمدارس المرتبطة بقوى الأمن الداخلي.

الفرع الثالث
المشاكل الناجمة عن اصدار القوانين الجنائية الخاصة

ان اتساع رقعة اصدار القوانين الجنائية الخاصة في النظام القانوني العراقي صارت تخلف العديد من المشاكل القانونية وابرز تلك المشاكل هي الإخلال بمبدأ اليقين القانوني الجنائي وتوليد ظاهرة التضخم التشريعي الذي يصيب المنظومة التشريعية وتضارب القوانين فيما بينها، خصوصا اذا ما اصدرت تلك القوانين من اشخاص قليلي القدرة والخبرة اللازمتين في الصياغة التشريعية وعن عدم الالمام بالتشريعات السابقة على التشريع الجديد، كما يؤدي الاصدار المبالغ فيه للقوانين الجنائية الخاصة الى إرباك السلطة القضائية في مرحلة التكييف القانوني للجرائم.

---

(١) معالي حميد سعود الشمري، ظاهرة تشظي النصوص العقابية في السياسة الجنائية المعاصرة، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠١٩، ص٤٣ .

وعليه من الضروري تناول المشاكل القانونية الناجمة عن اصدار القوانين الجنائية الخاصة وفق المنوال الآتي:

اولا – الإخلال بمبدأ اليقين القانوني:

يعد اليقين القانوني من اهم عناصر الوصول الى غايات القانون وهو بدوره يلزم الدولة بإصدار قوانين متوقعة ومعلومة للمخاطبين به وهو بذلك يتطلب سن قوانين مستقرة ذات جودة عالية من حيث دقة المعنى وامكانية الوصول اليها، كما ان القانون الجنائي بسبب خصوصيته وتنظيمه لقواعد التجريم والعقاب وحماية الحقوق والحريات داخل المجتمع بحاجة ماسة الى وجود يقين قانوني في نصوصها[١]، وقد عرف اليقين القانوني بانه (ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية المختلفة بهدف اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية بحيث يتمكن الاشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب اوضاعها على ضوئها دون التعرض لمفاجئات او تصرفات مباغتة صادرة من السلطات العامة يكون من شانها زعزعة هذه الطمأنينة او العصف بمبدأ الاستقرار)[٢]، وهناك من عرف اليقين القانوني بانه (امكانية تنبؤ الافراد بالقانون وبالشكل الذي يحميهم من تدخل الدولة التحقيقي ويمكنهم من التخطيط لمستقبلهم)[٣].

عليه وتأسيسا على ما سبق يتبين بوضوح ان اصدار هذا الكم الهائل من القوانين الجنائية الخاصة يخل إخلالا جسيما بمبدأ اليقين القانوني الذي يشكل الدعامة الثانية لمبدأ الشرعية الجنائية خصوصا وان عدم الدقة في الصياغة التشريعية للقواعد القانونية المذكورة فيها وعدم نشرها بالسرعة اللازمة في المواقع الإلكترونية القريبة من المواطن يشكلان عبئا كبيرا على عاتق الافراد.

ثانيا– ظاهرة التضخم التشريعي :

قد ينعكس الاستقرار السياسي على السياسة التشريعية ويكون تأثيره بالغ الأهمية على الاستقرار القانوني ويمكن لنا في ظل الازمات السياسية ان نتوقع ازياد في القواعد القانونية وبالتالي ولادة ظاهرة التضخم التشريعي[٤]، ان هذه الظاهرة عارض مهم من العوارض التي تعرقل الامن القانوني، ويقصد بالتضخم التشريعي (اسراف المشرع في استخدام السلاح العقابي بغير ضرورة اجتماعية دون مبرر، او قد ينص المشرع على ذات الجريمة الواحدة في أكثر من قانون

---

(١) دنيا عثمان حميد، التفريع التشريعي في القانون الجنائي، رسالة ماجستير في القانون العام مقدمة الى جامعة التنمية البشرية –كلية القانون والسياسة، ٢٠٢٣، ص٥٢.

(٢) نقلاً عن خالد مجيد عبد الحميد وعبدالخالق عبد الحسين، الموائمة بين مبدأ اليقين القانوني والعدالة التشريعية، بحث منشور في مجلة اهل البيت، العدد٢٦، ص٥٧١، المتاح على الموقع الالكتروني https://abu.edu.iq:٨٠٨١/ar
تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٤/٨/٢٥،الساعة ١٢:٢٥ صباحاً.

(٣) د. محمد رشيد حسن، مظاهر الإنحراف التشريعي في القوانين الجنائية واثره في الاستقرار القانوني، بحث منشور في مجلة التنمية البشرية، مجلد ٤، العدد ١، السليمانية، ٢٠١٨، ص٤٢.

(٤) سيروان عثمان فرج، الامن القانوني الجنائي – دراسة تحليلية، ط١، المركز الاكاديمي للنشر، الإسكندرية، ٢٠٢٠، ص١٨١.

او في أكثر من قاعدة قانونية واحدة بحيث يكون السلوك الاجرامي المعين خاضعاً لنص جزائي واحد او أكثر)[١] وبعد عملية تحرير العراق في عام (٢٠٠٣) شهد العراق واقليم كوردستان صدور العديد من القوانين الجنائية الخاصة والتي تعرضت العديد منها الى انتقادات كثيرة من جهة الصياغة والمضمون لكثرة الثغرات والعيوب فيها ومعظمها تحتاج الى التدخلات التشريعية لتلافي ما فيها من قصور وعيوب بغية الحد من هذه الظاهرة.

فالهدف من القانون هو تحقيق الأمن والاستقرار داخل الدولة كغاية اساسية يراد الوصول إليها من خلال سن القوانين ويعتبر الاستقرار في القواعد القانونية من الأهداف الرئيسية لكل نظام قانوني، فالأمن والعدل والاستقرار هي قيم لا يمكن ولا يجوز الفصل بينها، وعليه يشترط في التشريعات نوعا من الثبات والاستقرار والابتعاد عن التعديل الدائم للنصوص القانونية وان الديمومة هي الأصل في تشريع القوانين، وهذا الاستقرار لا يعني الجمود والثبات دون التغيير بل هو ما يوجب على المشرع أن يضع القوانين بعد الدراسة المعمقة من طرف الخبراء والمتخصصين حتى يتجنب الإسهاب في التعديل.

ثالثا– الارباك القضائي في تكييف الجرائم:

ان الاسراف في اصدار العديد من القوانين الجنائية الخاصة يؤدي احيانا الى نشوء مشكلة التضارب والتعارض بين نصوص القوانين الجنائية، وهذا الامر يظهر جليا اثناء مرحلة التطبيق القضائي لنصوص القوانين المذكورة مما ينتج عنه ارباكا خطيرا للسلطة الفضائية وقد ينتج احيانا اضرارا بالعدالة الجنائية نتيجة عدم معرفة والمام القاضي الجنائي بالكم الهائل من القوانين والنصوص القانونية الجنائية المتعارضة التي يمكن تطبيقها على الواقعة الإجرامية المعروضة عليه، وان المقصود بالتعارض هو (ان يصطدم نص مع نص اخر بحيث لا يمكن الجمع بينهما لما بينهما من تعارض رغم وضوح كل منها منظورا اليه على حدة)[٢]، ومن الأمثلة على ذلك تعارض نص المادة (١) من قانون مكافحة البغاء العراقي مع نص المادة (٢/ اولا –أ) من الدستور العراقي الذي ينص على ان ((الاسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر اساس للتشريع أ:– لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الإسلام))، لأنه بإمعان النظر في نص المادة المذكورة من قانون مكافحة بغاء ان المواقعة واللواط بالرضاء لا يشكل جريمة البغاء الا اذا وقع باجر ومع اكثر من شخص واحد فاذا حدثت المواقعة واللواط بالرضا دون اجر لا يشكل جريمة البغاء كما ان الممارسات الجنسية المذكورة التي ترتكب بالرضاء الصحيح مع شخص واحد ولو كان باجر لا يشكل جريمة وفق القانون المذكور عليه فان نص هذه المادة يشكل تعارضا صريحا مع احكام وثوابت الشريعة الإسلامية [٣].

---

(١) المصدر نفسه، ص٢٦٨.

(٢) د. عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، منشورات زين الحقوقية، بيروت،٢٠١٧، ص٣٠١.

(٣) دنيا عثمان حميد، المصدر السابق، ص٧١.

المطلب الثاني

تمييز القوانين الجنائية الخاصة عما يقاربها

تتمتع القوانين الجنائية الخاصة بنوع من الاستقلالية الذاتية على الرغم من ارتباطها بفروع القوانين الأخرى وخاصة القسم العام من قانون العقوبات وذلك فيما يتعلق بالقواعد العامة، وهذا ما يطلق عليه ذاتية التفريع التشريعي[١] وقد اكد المشرع الجنائي العراقي على المبدأ المذكور في المواد (١، ١٦، ١٩) من قانون العقوبات، الا اننا وتجنبا للخلط بين القوانين الجنائية الخاصة وبين المفاهيم الجنائية القريبة منها، فسوف نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول منه موضوع تمييز القوانين الجنائية الخاصة عن التفويض التشريعي، ثم ندرس في الفرع الثاني تمييز القوانين الجنائية الخاصة عن القانون الجنائي الدستوري، وفي الفرع الثالث نتطرق الى التمييز بين القوانين الجنائية الخاصة والقوانين المؤقتة.

الفرع الأول

التمييز بين القوانين الجنائية الخاصة والتفويض التشريعي

من المسلم به أنه مع ظهور مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات اصبحت النصوص التشريعية هي المصدر الوحيد لقانون العقوبات والذي يشمل جميع النصوص المكتوبة التي تحتوي على قواعد عامة ومجردة صادرة عن السلطة التشريعية تحت لواء النصوص الدستورية [٢]، وأن هذا المبدأ بدوره يؤدي دوراً هاماً في تعزيز مبدأ سيادة القانون الذي صار مبدأ عالميا والذي يلعب دوراً مهما في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة التي تخضع إلى القانون نفسه والذي يحكمها ايضاً بعيداً عن ميول وأهواء هذه السلطة [٣].

إن السلطة التشريعية هي الجهة المختصة بإصدار القوانين الجنائية الخاصة، وأن الهدف من انفراد السلطة التشريعية بمهمة التشريع و العقاب يتمثل في حماية حقوق وحريات الأفراد من خلال نواب الشعب كون هذه السلطة مرتبطة بالشعب لضمان التوازن بين حقوق وحريات الأفراد وواجباتهم، وهذا يعني ان السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الاصيل ولا يجوز قيامها باشراك السلطة التنفيذية من خلال اللوائح التجريمية والعقابية الا في الحدود المنصوص عليه في الدستور ان وجد وهذا ما يطلق عليه التفويض التشريعي[٤]، الذي هو عبارة عن مباشرة السلطة التنفيذية لبعض من الاختصاصات التشريعية بعد تنازل السلطة التشريعية بشكل مؤقت عن بعض من صلاحياتها التشريعية وذلك في قضايا محددة ولفترة محددة، وبناء على هذا التكليف من السلطة التشريعية لها تكتسب قوة القانون

---

(١) زينة عبد الجليل عبد، المصدر السابق، ص ٥٦.

(٢) د فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، المصدر السابق، ص ٤٠.

(٣) د. محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ط٣، مكتبة الثقافة، عمان، ١٩٩٦م، ص٤٠.

(٤) د. عصام عفيفي حسين عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية – دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي، ط ١ دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ م، ص١٨٥.

ضمن الحدود والأطر المرسومة دستورياً، ويطلق عبارة القرارات التفويضية على القرارات المذكورة المتخذة على اساس قانون التفويض أو اللوائح التفويضية أو القرارات التنظيمية [١].

الفرع الثاني

التمييز بين القوانين الجنائية الخاصة والقانون الجنائي الدستوري

ترتكز وظيفة القانون الجنائي على ضمان حق الدولة في العقاب مع مراعاة مبادئ حقوق الانسان ومن الضروري ان يلتزم المشرع الجنائي بالعمل على تحقيق التوازن بين حماية المصالح والقيم الاجتماعية وبين احترام حقوق الانسان وحرياته وعدم اهدارها، كما يذهب المشرع الدستوري الى اعتبار حقوق وحريات الانسان من المبادئ الاساسية، وفي هذا السياق تعتبر المصالح العامة والمصالح الفردية سواء امام القانون الدستوري والقانون الجنائي ويتحقق بتحقيق التوازن بين هاتين المصلحتين[٢]، ومن الجدير بالذكر ان للتشريع الجنائي علاقة قوية بالدستور لأنه من أهم المجالات التي تتعرض للصراع والتناقض بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة، فمن جهة يقع على عاتق المشرع ومن اجل كفالة هذه الحماية احترام الضمانات المنصوص عليها في الدستور ومن جهة أخرى، فإن التشريع الجنائي وعن طريق التجريم والعقاب يحمي كلاً من حقوق الفرد والمصلحة العامة بحكم الضرورة الاجتماعية التي توجب هذه الحماية والالتزام بالجزاء الجنائي المناسب، وذلك بموجب معايير دستورية والتي تتمثل في ضمانات يلتزم المشرع الجنائي بتطبيقها، وفي هذا الإطار يعمل قانون العقوبات على تحقيق أقصى درجات الحماية التشريعية للقيم والمصالح الاجتماعية في وجهة نظر المشرع[٣]، سواء كانت هذه القيم والمصالح جديرة في ذاتها بالحماية أو يعتبرها المشرع جديرة بالحماية بحسب ظروف الزمان والمكان، عليه يقوم بتجريم كل اعتداء يلحق الضرر أو ينذر بالخطر على إحدى هذه القيم والمصالح مثل حق السلامة الجسدية وحق الحياة والحقوق الملكية والفردية وحق الأمن في الدولة [٤].

ومن المسلم به أن القانون الجنائي الخاص والقانون الجنائي الدستوري مشتركان في كونهما مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة، كما انهما يشتركان في انتمائهما الى القانون العام وأنه يسود العلاقة بينهما مبدأ التساند، والذي يعني ان تطبيق أحدهما يستلزم الرجوع إلى الآخر، اي أن تطبيق القانون الجنائي يقتضي الرجوع الى الدستور الذي يضع حدوداً على تطبيق النص الجنائي، أو قد يحيل الدستور صراحة الى القانون في تطبيق نصوصه، كنص المادة (٢/١٧) منه والتي تنص على ان ((حرية المساكن مصونة ولا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها الا بقرار قضائي وفقاً للقانون)) إضافة الى أن كل من القانون الجنائي الدستوري والقوانين الجنائية الخاصة يعملان على حماية

---

(١) علي عبد الله جاسم العرادي، تفويض الاختصاص التشريعي، دراسة تأصيلية تحليلية في الدستور البحريني والدساتير المقارنة، ط١ معهد البحرين للتنمية السياسية، ٢٠١٩، ص ١٨.

(٢) زينة عبد الجليل عبد، المصدر السابق، ص ٥٨.

(٣) د. عدي جابر هادى ومصطفى فاهم جفات، أثر النظام السياسي في صياغة النص الجزائي، دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٢، ص ٨٥.

(٤) د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، طبعة منقحة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص١١.

المصالح العامة، وفي هذا السياق يعمل الدستور على توجيه المشرع نحو تحديد المصالح المحمية التي يقرر تجريم الاعتداء عليها حين يرى ضرورة لهذا التجريم كما يجب ان يكون هناك تناغم بين القواعد الدستورية والقواعد الجنائية وبمعنى آخر فأنه لا يجوز ان يتضمن القانون الجنائي على قواعد متناقضة مع القواعد الدستورية، وفي حال وجود تناقض بين القاعدة الجنائية مع الدستور وجب تقرير عدم جواز تطبيقها [١].

الفرع الثالث

التمييز بين القوانين الجنائية الخاصة والقوانين المؤقتة

قد يتطلب في بعض الظروف الخاصة أن يصدر المشرع قوانين يحدد لنفاذها أجل معين ويسمي (بقوانين محددة الفترة)، بحيث يكون قانونا اشد من القانون السابق له و بانقضاء أجله يعود السلطان للقانون السابق الاخف[٢] فهي غالبا تصدر لمواجهة ظروف غير عادية كالأزمات الاقتصادية والظروف الصحية وحالة الحرب و اضطراب الأمن و بانقضاء هذه الظروف لا يعد للقانون ما يبرر استمرار العمل به، و مع ذلك إذا ارتكب شخص فعلاً مخالفاً للقانون المؤقت اثناء سريانه فان انتهاء فترة العمل بهذا القانون لا يحول دون تنفيذ العقوبة المحددة في هذا القانون المؤقت عليه جراء ما ارتكبه من جرائم خلالها[٣]، وهذا ما تؤيده المادة (٣) من قانون العقوبات العراقي على القوانين المؤقتة، حيث تنص على ان ((إذا صدر قانون بتجريم فعل أو بتشديد العقوبة المقررة له وكان ذلك في فترة محددة فان انتهاء هذه الفترة لا يحول دون تنفيذ العقوبة المحكوم بها ولا يمنع من اقامة الدعوى على ما وقع من جرائم خلالها))، ويشمل حكم هذه المادة، حالتين هما ؛ حالة ما إذا اقترف الفعل المجرم في ظل القانون المؤقت (الأشد) ثم انتهى أجل نفاذه قبل اقامة الدعوى الجزائية، في هذه الحالة و استثناء من مبدأ رجعية القانون الجنائي الأصلح للمتهم على الماضي، فأن انتهاء هذه المدة المحددة للقانون الاشد لا تحول دون امكانية اقامة الدعوى، والحالة الاخرى هي حالة ما إذا ارتكب الفعل المجرم في ظل القانون المحددة الفترة الاشد و اقيمت الدعوى في ظله وحكم على الجاني ثم انقضت فترة نفاذ هذا القانون قبل تنفيذ العقوبة المحكوم بها، ففي هذه الحالة و بانقضاء أجل نفاذ القانون الاشد قبل اكتساب الحكم الدرجة القطعية لا يحول دون تنفيذ العقوبة المحكوم بها[٤].

والقوانين المؤقتة نوعان : قوانين تحدد فيها بنص صريح مدة العمل بها وهذه المجموعة من القوانين المحددة الفترة تزول قوتها بانقضاء أجلها، دون الحاجة الى صدور تشريع يقرر الغاءها، فمثلاً قانون يحظر على سكان منطقة معينة مغادرتها لإنتشار وباء فيها، ويحدد المشرع فترة سريان هذا القانون بثلاثة أشهر، وهي الفترة التي قدر للقضاء

---

(١) د. محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢ ص١.

(٢) د. علي حسين خلف و د. سلطان عبدالقادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، المكتبة القانونية للتوزيع، بغداد، دون سنة النشر، ص٧٤.

(٣) د. فخري عبد الرزاق، المصدر السابق، ص١٢٢.

(٤) د. جاسم خريبط خلف، شرح قانون العقوبات – القسم العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، دون سنة نشر، ص٥٦ ومابعدها.

على الوباء خلالها، أما النوع الآخر وهو القوانين المؤقتة بطبيعتها، أي القوانين التي لا ينص الشارع فيها على مدة انقضائها وإنما يستفاد من طبيعة الظروف التي ينظمها ولا تنتهي قوتها الا بصدور تشريع لاحق ينص على الغائها[١].

وعلى الرغم من اعتقاد البعض بأن القوانين المؤقتة تقترب من القوانين الجنائية الخاصة، بحيث تتعلق هذه القوانين بالجرائم المصطنعة أو الجرائم الصرفة وبذلك يدرجها البعض ضمن طائفة القوانين الجنائية الخاصة[٢]، **الا اننا نؤيد الرأي القائل بان هناك اوجه اختلاف بين القوانين الجنائية الخاصة وبين القوانين المحددة الفترة(المؤقتة) من ناحية الاستقرار القانوني، حيث إن القوانين الجنائية الخاصة تقبل بطبيعتها التدخل المتكرر والمستمر من جانب المشرع لغرض إجراء التعديلات الضرورية، إلا أن ذلك لا يعني انها قوانين محددة الفترة إذ تتمتع القوانين الجنائية الخاصة بنوع من الثبات والاستقرار وإنها أكثر ثباتاً واستقراراً من القوانين المحددة الفترة**[٣].

كما إنهما يختلفان من حيث الخضوع لمبدأ رجعية القانون الجنائي الاصلح للمتهم، حيث ان القوانين الجنائية الخاصة تخضع لهذا المبدأ كما هو الحال في قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية في إقليم كوردستان رقم (١) لسنة (٢٠٢٠)، في حين أن القوانين المحددة الفترة لا تخضع لهذا المبدأ حيث تظل الجرائم المرتكبة في ظلها خاضعة للقانون الذي كان ساري المفعول وقت ارتكاب الجريمة على الرغم من انتهاء العمل به واباحة الفعل وفقا للقانون الجديد، لأنها قوانين تصدر في ظل ظروف استثنائية، فإذا كان الغاء القوانين المؤقتة يصاحبه الغاء الجرائم التي ارتكبت في ظلها اثناء فترة العمل بها فان هذه القوانين ستفقد قوتها الردعية[٤].

---

(١) د. علي حسين خلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المصدر السابق، ص٧٥.

(٢) زينة عبد الجليل، المصدر السابق، ص٦٣.

(٣) د. احمد عبد الظاهر، المصدر السابق، ص١٠٦.

(٤) دنيا عثمان حميد، المصدر السابق، ص٢٤.

المبحث الثاني

مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في القوانين الجنائية الخاصة

إن النظام القانوني الذي تسير عليه الدولة يقوم على التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى، وهو ما يتحقق بالتناسب بين حماية كل من الاثنين فإن المشرع الجنائي في مقام حمايته للحقوق والحريات يجب أن يراعي التوازن بين مقتضيات هذه الحماية وبين ما يتمتع به الغير من حقوق وحريات وكذلك التوازن بين هذه الحماية وبين المصلحة العامة المتمثلة في النظام العام، وبما أن هذا العمل التشريعي يدخل في إطار تحقيق مبدأ التناسب العقابي ونظرا لما يحصل من اختلالات وخروقات تشريعية لهذا المبدأ اثناء اصدار بعض القوانين الجنائية الخاص، بمعنى ادق إن المشرع الجنائي يقوم بتقييد تلك الحقوق والحريات كلما اقتضت الضرورة الاجتماعية إلى ذلك والتي تتحدد من خلال الهدف من هذه الضرورة، إن الحقوق والحريات لا يمكن المساس بها أو التعرض لها، إلا من خلال التجريم والذي يبغي المشرع في سبيل ذلك تحقيق هدف معين، وهو حماية المصلحة أو حقوق الآخرين التي قد تتعرض لأفعال تؤدي إلى الإضرار بها أو تعرضها لخطر، وما دامت تلك المصالح والحقوق جديرة بالاهتمام في نظر المشرع فإنه يهدف إلى حمايتها عن طريق التجريم والعقاب، ولا يتم ذلك إلا عن طريق التناسب الذي يوازن في القاعدة القانونية أو النموذج القانوني امر معين من غير مبالغة أو هوان، وعلى ذلك فان القانون الجنائي يقوم اساساً على التناسب بين تلك الحقوق والمصالح المتعارضة.

عليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص المطلب الأول لدراسة مفهوم التناسب العقابي وتمييزه عن المفاهيم الأخرى، ونخصص المطلب الثاني لدراسة مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في القوانين الجنائية الخاصة.

المطلب الأول

مفهوم التناسب العقابي وتمييزه عن المفاهيم الأخرى

سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع، ندرس في الفرع الأول مفهوم التناسب العقابي، ثم نخصص الفرع الثاني لموضوع تمييز التناسب العقابي عن ضرورة التجريم، ونتحول في الفرع الثالث الى دراسة تمييز التناسب العقابي عن السلطة التقديرية.

الفرع الأول

مفهوم التناسب العقابي

لدراسة مفهوم التناسب العقابي لابد من تناول مفهوم التناسب لغةً واصطلاحاً وذلك على الوجه الاتي :

اولاً– مفهوم التناسب لغةً: إن لفظ التناسب مشتق من أصل كلمة (نَسَبَ)[١]، وهي في ذلك قد تعني النسبة أو القرابة أو الشراكة أو المشاركة، ونسب واستنسب أي ذكر نسبه وناسبه أي شاركه في نسبه، وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم بصيغ متعددة كقوله تعالى :﴿ وَجَعَلُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجِنَّةِ نَسَبًا﴾[٢] كذلك في قوله تعالى :﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ المَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾[٣].

ثانياً – مفهوم التناسب اصطلاحا : إن واقع نشأة القانون الجنائي وتأريخه ذو طبيعة مزدوجة، فهو من جانب يحمل طابعا عقابيًا يهدف إلى تحقيق الأمن الجماعي بفرض احكامه على كل من ينتهكها، ومن جانب آخر ذو طابع إجرائي يهدف إلى ضمان الفرد برسم الطريق الذي يمكن الدولة من الوصول إلى فاعل الجريمة مع توفير السبل التي بواسطتها ينال الفرد حريته وحقوقه التي يتمكن معها من إظهار براءته[٤]، ومن خلال ذلك يتقوم النظام القانوني في الدولة من خلال التوازن بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى، وهو ما يتحقق بالتناسب بين حماية كل منهما، ومن خلال ذلك يقوم المشرع الجنائي من أجل حماية حقوق الافراد ومصالحهم والتي يراعي فيها التوازن بين هذه الحماية وبين ما يتمتع به الافراد من ممارسة تلك الحقوق والحريات[٥].

فقد عرف بأنه (الموائمة الظاهرة بين الفعل ونوع الجزاء المفروض على مرتكبه)[٦]، وهناك من يعرف التناسب بأنه (العدالة المتحققة من تنفيذ النصوص التشريعية وصولا الى الاهداف التي ابتغاها المشرع من خلال تشريعه للنصوص القانونية)، ويتضح من هذه التعاريف أن التناسب يشتمل على العلاقة بين طرفين أو شيئين الأول يكون ثابتا والآخر متغيرا يتمثل في درجة العلاقة بين هذين الشيئين، بمعنى آخر أن التناسب يمثل حالة وسطية بين طرفي العلاقة ومدى أو درجة أو توازن هذه العلاقة[٧].

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج٨، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٥٣١.

(٢) سورة الصافات، الآية (١٥٨).

(٣) سورة الفرقان، الآية (٥٤).

(٤) د. تميم طاهر الجادر وغانم سكر بدن، نظرية الضرورة في القانون الجنائي العراقي، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠، ص١٤٤.

(٥) د. سمير داود سليمان، التناسب وقرينة الدستورية في التشريع والقضاء الدستوري– دراسة تحليلية، مكتبة السنهوري، بيروت،٢٠٢١ ص٣٣.

(٦) محمد حميد عبد، الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل ٢٠١٤، ص١٣.

(٧) د. سمير داود سليمان، المصدر السابق، ص٣٣.

الفرع الثاني

تمييز التناسب العقابي عن ضرورة التجريم

إن المشرع الجزائي يمتلك سلطة التجريم والعقاب من أجل الحفاظ على القيم العليا والمصالح في المجتمع وخشية من تعرضها للانتهاك والعدوان المتمثل بالسلوك الإجرامي، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة بل يجب أن تكون محكومة بالتوفيق بين حماية المصالح العليا للمجتمع وقيمه الجوهرية وبين احترام حقوق وحريات الأفراد من خلال ما يتضمنه النص الجنائي من أوامر ونواهي وعقوبات، بعبارة اخرى يمكن ان يتحقق كل ما سبق من خلال الالتزام بمبدأ التناسب في داخل النص الجنائي بين شق التكليف وشق العقاب[١]، **ونرى بان التناسب العقابي يمر بمرحلتين أولهما التناسب التشريعي حينما يسن القانون الجنائي من قبل المشرع الجزائي، وثانيهما هو التناسب القضائي للعقوبة في مرحلة التطبيق القضائي للعقوبة من القاضي على الجاني من خلال مراعاة ظروف ارتكاب الجريمة وخطورة الجاني.**

ولا تكون العقوبة مشروعة من الناحية الدستورية إلا إذا كانت متلائمة مع الفعل المجرم أو الامتناع المؤثم، لذا ينبغي على المشرع الجزائي أن لا يغلو في العقاب ولا يركب متن الشطط في تقديره وإنما عليه ان يختار من العقوبات ما يكون على وجه اللزوم ضروريا لمواجهة الجريمة وما يترتب على اقترافها من آثار وما فيه من القدر الذي يكفي لردع الجاني وزجر غيره من أعضاء المجتمع ممن تسول له نفسه أن يقوم بذات فعله، وكل تجاوز لذلك يعد استبدادا من جانب سلطة العقاب ينبغي رفعه [٢]، لان ملائمة العقوبة مع الجريمة ليس مجرد قاعدة وضعية تأخذ بها أحد التشريعات الجزائية المطبقة بهذا البلد او ذاك بل تعد احد المبادئ الاساسية في مجال سياسة العقاب[٣].

اما ضرورة التجريم فإنها تعني اجراء المشرع الجزائي للموازنة بين الأهمية الاجتماعية للمصلحة المراد حمايتها من خلال التجريم وبين الاثر المترتب على ذلك التجريم فاذا كانت الأهمية الاجتماعية للمصلحة المراد حمايتها بحجم يكفي لتبرير الجزاء المترتب على تجريم ذلك الفعل او الامتناع توافرت ضرورة التجريم اما اذا كانت بحجم لا يكفي ذلك الجزاء وما يترتب عليه من فرض قيود على الحرية الفردية انتفت ضرورة التجريم، فيعمد المشرع الجنائي الى تقييد تلك الحريات الفردية كلما اقتضت الحاجة الى ذلك، وبمعنى ادق ان المشرع يقوم بتقييد الحقوق والحريات كلما اقتضت الضرورة الاجتماعية الى ذلك، والتي تتحدد من خلال الهدف من هذه الضرورة ويبغي المشرع في سبيل ذلك تحقيق هدف معين وهو حماية المصلحة او حقوق الاخرين التي قد تتعرض لأفعال تؤدي الى الاضرار بها وتعرضها للخطر، وما دامت تلك المصالح والحقوق جديرة بالاهتمام في نظر المشرع فانه يهدف الى حمايتها عن طريق التجريم والعقاب[٤] وهذا يعني ان ضرورة التجريم تمثل مبررات تجريم الفعل واصدار التشريع الجنائي كما انها ترتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ التناسب العقابي، فلا يمكن ان يتحقق التناسب بين الجريمة والعقاب الا في ظل وجود ضرورة تسبقه والتي

---

(١) عباس عبدالرزاق مجلي السعيدي، ضوابط استحداث النص الجزائي الخاص - دارسة تحليلية مقارنة، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، دون مكان النشر،٢٠١٨، ص١٧٥.

(٢) د. دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، الملائمة في اطار سياسة العقاب، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد،٢٠٢٠، ص٥.

(٣) د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٣، ص٧٣١.

(٤) د. تميم طاهر الجادر وغانم سكر بدن، المصدر السابق، ص١٤٤ وما بعدها.

تشكل اساسا يستند اليه المشرع في التجريم والعقاب فالمصلحة العامة تقتضي تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب وهذا التقييد تقتضيه ضرورة حماية المجتمع التي تمثل في ذاتها قيمة دستورية، ولكن لا يجوز أن يكون التجريم وسيلة للعزف بحقوق الأفراد وحرياتهم، ولوحظ أن المشرع كثيرا ما يلجأ الى التجريم والعقاب بلا ضرورة الامر الذي افضى الى التضخم العقابي[١].

إن تدخل المشرع بغير ضرورة الى اقصى الحدود الممكنة تطرح بجد إشكالية مدى صلاحية وملائمة إستعمال آلية التجريم في تحقيق هدفه المنشود وهو التصدي لظاهرة الجريمة وحل المشكلة الاجرامية، ومن الضروري القول بوجود العديد من الأسباب وراء الإخلال بالتوازن أثناء التشريع كإخفاق المشرع في تجسيد عملية الموازنة بين حماية المصالح العامة وحقوق الأفراد وحرياتهم، وبالنتيجة ينتج تضحية بالحقوق وحريات الأفراد دون وجه حق او ضرورة اجتماعية ملحة كما هو الحال في قانون مكافحة التدخين في اقليم كوردستان العراق رقم (٣٨) لسنة(٢٠٠٧)الذي أصدر دون اتباع معايير معقولة للتجريم، حيث انه لم تكن هناك ضرورة اجتماعية توجب استعمال التدخل الجنائي لإصدار هذا القانون، لأنه كان بالإمكان معالجة التدخين في الأماكن العامة باللجوء إلى إجراءات إدارية كتخصيص الاماكن الخاصة للتدخين فيها، ومن الامثلة الاخرى على اصدار قوانين جنائية خاصة دون وجود ضرورة للتجريم صدور قانون تنظيم المظاهرات في اقليم كوردستان رقم (١١) لسنة (٢٠١٠) لان المشرع الكوردستاني لم يراع في هذا القانون العدالة وإجراء الموازنة الدقيقة بين المصالح العامة وحقوق وحريات الأفراد المتمثلة بحق التعبير، بصورة ادى الى الإخلال بحقوق وحريات المواطن اضافة الى ان حق التظاهر السلمي يعتبر من الحقوق الدستورية، وأن القانون المذكور قد قيد هذا الحق الدستوري بصورة تجعل ممارسته من قبل الأفراد بحاجة الى اجازة السلطات الادارية وهذا امر مخالف للحرية الدستورية الممنوحة للمواطن وفق المادة (٣٨ /٣) من الدستور العراقي والتي نصت على ان ((تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام حق التظاهر السلمي))[٢] .

الفرع الثالث

التمييز بين التناسب العقابي والسلطة التقديرية

ان الدستور هو الذي يحدد لكل سلطة من السلطات العامة حدود اختصاصاتها وقد يترك لاحد هذه السلطات حرية العمل ضمن النطاق المحدد دستوريا، فعندما يتم تحديد اختصاص السلطة التشريعية فان الدستور قد يفرض عليها قيودا عند مباشرتها لهذه الاختصاصات ويختلف حجم هذه القيود من حيث السعة والضيق بحسب طبيعة الموضوع محل التنظيم[٣]، ومن البديهي ان التناسب سواء في مجال سياسة التجريم ام في مجال سياسة العقاب هو

(١) د. ميثاق غازي فيصل عبد الدوري، الامن القانوني الجنائي – دراسة تحليلية مقارنة، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر القاهرة،٢٠٢٣، ص٢١٢.

(٢) سيروان عثمان فرج، المصدر السابق، ص١٣٨ وما بعدها.

(٣) د. سمير داود سليمان، المصدر السابق، ص٣٦ وما بعدها.

خطوة اساسية ومهمة لتحقيق المساواة في القانون الجنائي، ولا يؤثر في تحقيقها الاختلاف في المعاملة الجنائية متى كان هذا الاختلاف متناسبا وبشكل معقول في ضوء الغاية من القانون او المصلحة العامة[١].

وهذا يعني ان التناسب هو نتيجة يتعين ان يحققها المشرع الجزائي عندما يلجأ الى استخدام سلطته التقديرية في مجال التجريم والعقاب او في مجال الإباحة او في مجال امتناع المسؤولية[٢]، بينما السلطة التقديرية فهي وسيلة المشرع للوصول الى التناسب المطلوب لتحقيق العدالة بين شقي النص الجزائي هذا اضافة الى ان السلطة التقديرية للمشرع الجزائي مثلها مثل اي سلطة اخرى ليست سلطة مطلقة وانها تهدف الى الوصول الى بديل اكثر اتساقا واكثر تحقيقا للمصلحة العامة، فان لم تنجح تلك السلطة في تحقيق مثل هذا التناسب فتتسم السلطة التقديرية للمشرع والحالة هذه بعدم الدستورية وهنا يأتي دور القضاء الدستوري للحد منها من خلال المبادئ الدستورية ويأتي في مقدمتها مبدأ التناسب[٣]، حيث ان قانون العقوبات يكون محكوما بنوعين من المبادئ الدستورية اولهما عام وهو يحكم كافة فروع القانون وثانيهما خاص بقانون العقوبات وحده وتمثل هذه المبادئ بنوعيها العام والخاص الدائرة الدستورية في قانون العقوبات[٤].

فمهما امتلك المشرع الجنائي من سلطة تقديرية في مجال صياغة النص الجنائي إلا أن عليه قيود ينبغي عليه أن يراعيها عند ممارسة تلك السلطة فإنْ تجاوزها واصدر تكليفا غير مناسبا نهض دور المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة ومن ثم الحكم بعدم دستورية النص الناقص لفقدان قرينة الكمال [٥]، وفي هذا الإطار قضت المحكمة الاتحادية العليا في العراق في قرارها المرقم (٥٧/ اتحادية /إعلام ٢٠١٧) في ٢٠١٧/٨/٣ بعدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٠) لسنة (١٩٩٤) الخاص بعدم اطلاق سراح المحكوم عليه عن جريمة الاختلاس او سرقة اموال الدولة او عن أية جريمة عمدية أخرى تقع عليها مع قضائه مدة الحكم ما لم تسترد منه هذه الأموال[٦].

ومن الجدير بالذكر أن السلطة التقديرية تتسع في القسم الخاص من قانون العقوبات لكون نصوصها تحكمها اعتبارات السياسة الجنائية التي يتبناها المشرع ومدى رؤيته الضرورة والتناسب كأساس في التجريم والعقاب في نطاق الحماية الدستورية القائمة على التوازن والتناسب بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة.

ونحن نذهب مع الرأي القائل بان السلطة التقديرية عبارة عن هامش من الحرية قد يتحقق او قد لا يتحقق أما التناسب فهو مبدأ وتحققه في كل التشريعات أمر لازم لا يقبل الريبة أو الشك، فهو مبدأ يعبر عن عدالة التشريع

---

(١) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٨٤.

(٢) د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، المصدر السابق، ص١.

(٣) د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الجنائية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٥, ص١٦٨.

(٤) د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المصدر السابق، ص٣٧٧.

(٥) د. عبيدة عامر العبيدي، نظرية كمال النص الجنائي ط١، مركز البحوث القانونية، أربيل، ٢٠٢٣، ص٢١٩.

(٦) القرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة الاتحادية العليا، المتاح على العنوان الالكتروني https://www.iraqfsc.iq/ethq تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٤/٩/٢٧.

وتحقيقه (أي التناسب) يعني تحقق ما أراده المشرع، بالإضافة الى ان السلطة التقديرية تسبق عملية التشريع او تسبق البدء بالعمل اما التناسب فانه يظهر بعد اتمام عملية التشريع وبعد صيرورته نافذا والتناسب يجب أن يتحقق سواء وجدت السلطة التقديرية أم لم توجد[1].

المطلب الثاني

مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في القوانين الجنائية الخاصة

لدراسة مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في القوانين الجنائية الخاصة، سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاثة أفرع، ندرس في الفرع الأول مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في قانون منع اساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان _ العراق رقم (٦) لسنة (٢٠٠٨)، ثم نتناول في الفرع الثاني مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في قانون مناهضة العنف الاسري في إقليم كوردستان _ العراق رقم (٨) لسنة (٢٠١١)، بينما في الفرع الثالث منه، سوف نتطرق الى دور الرقابة القضائية في تجسيد مبدأ التناسب العقابي.

الفرع الأول

مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في قانون منع اساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان رقم (٦) لسنة (٢٠٠٨)

بالنظر للتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي طرأت على حياة المواطنين في اقليم كوردستان وبالنظر لتطلع شبابه إلى تطورات التكنولوجيا في العالم وما ترافق هذه التطورات من سهولة الاتصالات بين الشعوب وحيث أن الهواتف الخلوية والبريد الإلكتروني ووسائل الاتصالات الحديثة هي ضرب من ضروب تلك التطورات وما تحمل تلك الوسائل من أمور قد تؤثر سلبا على سلوك الشباب والأفراد والاطفال وانطلاقا من نهج حكومة اقليم كوردستان في إقامة مجتمع مدني متحضر على أسس سليمة وبغية معاقبة مسيئي استعمال تلك الأجهزة ومنعهم من التأثير على حريات الأفراد وإفشاء أسرارهم الشخصية والإساءة إلى الأخلاق والنظام العام والآداب العامة[2]، عليه وللأسباب المذكورة اصدر المشرع الكوردستاني قانون منع اساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان، ومن خلال امعان النظر في نص المادة (٢) منه، نرى فيها إخلالا واضحا وصريحا لمبدأ التناسب العقابي الذي يعد من المبادئ الجوهرية المهمة في القانون الجنائي، ذلك لان المشرع قد اورد جملة من الجرائم المختلفة من حيث الجسامة والاضرار والاثار وفرض لها عقوبة واحدة دون مراعاة تباين جسامة تلك الجرائم واختلافها عن بعضها البعض، وهذا الامر محل انتقاد حيث انه من البديهي ان جسامة جريمة التهديد مختلفة عن جسامة جريمة القذف، كما ان جسامة جريمة

---

(١) د. سمير داود سليمان، المصدر السابق، ص٣٩.

(٢) الأسباب الموجبة لقانون منع اساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان رقم (٦) لسنة (٢٠٠٨).

القذف لا تساوي جسامة جريمة السب او نشر الصور المنافية للآداب والنظام العام او جريمة هكر وسائل الاتصالات للأخرين اي الاختراق الالكتروني، اضافة الى ذلك ان المشرع لم يأخذ بجسامة وخطورة الصور المتعددة للجريمة الواحدة، فعلى سبيل المثال لم يميز بين جريمة التهديد المصحوب بطلب او بتكليف بالأمر او الامتناع عن فعل معين وبين جريمة التهديد غير المصحوب بطلب او الامتناع عن فعل رغم اختلاف جسامة وخطورة تلك الجرائم عن بعضها البعض، وهذا امر منافي للعدالة ولمبدأ التناسب العقابي، كما وان المشرع الكوردستاني قد ساوى في المادة المذكورة بين عقوبة جريمة القذف العلني والقذف السري غير العلني وهذا امر غير محمود ومحل نظر وذلك لأنه من غير المعقول ان تترتب نفس الضرر والأثار عن الجريمتين المذكورتين في ارتكاب القذف عن طريق المواقع والصفحات الإلكترونية من حيث الجسامة والخطورة والآثار عن تلك التي ترتكب من خلال الاتصال المباشر من القاذف بالمقذوف عن طريق الهاتف الخلوي او بواسطة تطبيقات التواصل الاجتماعي التيليجرام والواتساب والفايبر الى اخره، وفي هذا المجال كان على المشرع الكوردستاني ان يسير على غرار المشرع العراقي فيما يتعلق بجرائم القذف والسب وان يميز بين صورهما المتعددة[1].

ومن المآخذ التي تؤخذ على هذا القانون انه لا جدوى من عبارة (مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد) لان المقصود منه هو البحث عن عقوبة اشد سبق وان قررها المشرع لذات السلوك الاجرامي هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فنحن امام قانون جديد اصلح للمتهم بحيث قرر فيه المشرع عقوبة اخف لذات السلوك وان تلك العبارة (عدم الإخلال بأية عقوبة اشد) في هذا القانون تتعارض مع قاعدة رجعية القوانين الجنائية الاصلح للمتهم كمبدأ جنائي درجت عليه جميع التشريعات الجزائية عموما والذي اخذ به القانون العراقي صراحة، كما ان هذه العبارة المستعملة في هذا القانون يشكل انتهاكا صارخا لمبدأ التناسب العقابي، وذلك لأنه يوحي ان المشرع غير مقتنع بصورة كاملة بالعقوبة المقررة للنص العقابي المقترن بهذه العبارة نظرا لإلزام القاضي بالبحث عن عقوبة اشد يكون قد قرره المشرع سابقا لذات السلوك الاجرامي.

وعلى المشرع في حال توفير الحماية الجزائية لمصلحة ما ان تحدد عقوبة متناسبة مع خطورة السلوك الاجرامي فاذا كان يرى ان العقوبة التي قررها في نص العقاب المقترن بهذه العبارة غير متناسبة مع تحقيق الحماية الجزائية التي من اجلها اصدر هذا النص الجديد، فلماذا قدر هذه العقوبة في الاصل واصدر النص العقابي الجديد وبما ان الهدف من العقوبة هو مكافحة السلوك المجرم وبما ان هناك اختلاف بين الافعال الإجرامية الواردة في هذا القانون حيث ان بعض منها جنحة والبعض الاخر جناية وكذلك طبيعة الحق المعتدى عليه، لذلك يستلزم تحديد عقوبة كل سلوك بمفرده بصورة تتفق مع خطورته وطبيعة الحق المعتدى عليه.

---

(١) دنيا عثمان حميد، المصدر السابق، ص١٠٤ وما بعدها.

الفرع الثاني

مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي

في قانون مناهضة العنف الاسري رقم (٨) لسنة (٢٠١١)

يعد العنف الأسري ظاهرة سلبية مخالفة لمبادئ الشرائع السماوية وحقوق الإنسان ولكون الأسرة اساس المجتمع ومن اجل حمايتها من التفكك وحماية أفرادها واتخاذ الإجراءات القانونية لسلامتها واستقرارها ومنع العنف الأسري بالطرق الوقائية قبل وقوعه وبحث الحلول الإصلاحية والعلاجية بعد وقوعه، لهذه الأسباب شرع المشرع الكوردستاني قانون مناهضة العنف الاسري[١]، وعلى الرغم من اعتبار التناسب العقابي من المبادئ الجوهرية في القانون الجنائي إلا اننا لا نلاحظ تطبيق هذا المبدأ الهام في قانون مناهضة العنف الاسري لعدم تناسب العقوبة الواردة فيه مع الجرائم المرتكبة بشكل يمكن ملاحظة علاقة طردية بين العقوبة والجرم المرتكب، ذلك لأن المشرع الكوردستاني قد اورد للجزء الأكبر من الجرائم المذكورة في هذا القانون عقوبة واحدة لجرائم زواج الشغار و تزويج الصغيرة واكراه الزوج لزوجته على البغاء واجبار الطفل على ترك الدراسة وقطع صلة الارحام والاكراه على الطلاق أو الزواج والانتحار أثر العنف الأسري والإجهاض... الى اخره[٢]، فقد جمع المشرع في هذا القانون بين الجريمة الماسة بحق الإنسان في السلامة الجسدية كالإيذاء مثلا والجريمة التي تحرم المجنى عليه من حماية كرامته كانسان مثل الاحتقار والإهانة والنظرة الدونية أو تحرمه حقا من حقوقه كالتعليم أو الزواج أو إبداء الرأي وأورد لهم عقوبة واحدة، فهذه الأنواع من السلوك الإجرامي ليس لها نفس الخطورة ويجب أن تكون لكل منها عقوبة تلائم خطورته وخطورة الفاعل وهذا ما يسمى بتفريد العقوبة حسب جسامة كل جريمة من الجرائم المختلفة[٣].

كما يؤخذ على هذا القانون انه لم يأت بالتصنيف والتوزيع الواردين في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل بشأن الإكراه على الزواج أو المنع منه فالمشرع العراقي في المادة (٩) من القانون المذكور قد فرق بين نوعين من الاكراه فالإكراه على الزواج الذي يتم من قبل الاقرباء من غير الدرجة الاولى والاغيار تكون عقوبتهم الحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة سنوات او السجن مدة لا تزيد على عشرة سنوات، اما بخصوص الاقارب من الدرجة الاولى فان عقوبتهم هي الحبس لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات، بينما في قانون مناهضة العنف الاسري فان عقوبة الإكراه على الزواج بنوعيه هي الحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على ثلاثة سنوات وبذلك فان العقوبة الواردة بشان الاكراه على الزواج في قانون مناهضة العنف الاسري أخف مما جاءت في قانون

---

(١) الأسباب الموجبة لقانون مناهضة العنف الاسري.

(٢) د. كاوان إسماعيل و د. مسعود حميد إسماعيل، شرح قانون مناهضة العنف الاسري رقم (٨) لسنة (٢٠١١)، مطبعة شهاب، أربيل ٢٠١٥، ص١١٩.

(٣) د. سردار علي عزيز، قراءة نقدية لقانون مناهضة العنف الاسري، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، السنة الأولى العدد الأول، أيلول، ٢٠١٣، ص١٢٣.

الاحوال الشخصية العراقي وهذا يجافي العدالة الجنائية لأنه لا يمكن المساواة بين نوعي جريمة الإكراه على الزواج أو المنع منه[1].

ونرى بان ورود عبارة (مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد) في هذا القانون هو الآخر يخل إخلالا جسيما بمبدأ التناسب العقابي حيث أنه يؤدي إلى اغلال يد القاضي واجباره على البحث عن نص عقابي أشد وهذا ما يمس بتطبيق مبدأ التفريد العقابي الذي يحول بالنتيجة دون تحقيق التناسب العقابي قضائيا بالقضايا الجزائية المعروضة عليه، وبذلك فأن المشرع الكوردستاني لم يكن موفقا في هذا التشريع كونه لم يراع مبدأ التناسب العقابي عند تحديده لمقدار العقوبة لاختلاف وتفاوت جسامة وأثار الجرائم المذكورة في المادة (٢) من قانون مناهضة العنف الأسري وعليه كان الأولى بالمشرع الكوردستاني ان يفرض عقوبات مختلفة لتلك الجرائم تتناسب مع خطورة وجسامة كل جريمة على حدة لكي يحقق بذلك مبدأ التناسب العقابي تشريعياً.

الفرع الثالث

دور الرقابة القضائية في تجسيد مبدأ التناسب العقابي

يلعب القضاء دورا هاما في تحقيق التناسب القضائي في مرحلة تطبيق العقوبة ومجال هذه الصورة من التناسب العقابي يكون في مرحلة تطبيق القاعدة الجنائية في المحاكم الجزائية سواء كانت محاكم الموضوع ام محاكم الطعن المختصة، ويتولى القاضي هذه المهمة فهو يختص بتحقيق هذه الملائمة وذلك من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له في إطار مبدأ التفريد، ومن هنا فإن الملائمة القضائية في مجال سياسة العقاب يتحقق في مقام اعمال القاضي لنصوص العقاب على الجناة، حيث ان القاضي يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية في اختيار العقوبة التي تتلائم في مقدارها ودرجة ايلامها مع جسامة الجريمة وإثم المجرم، وذلك في الحدود التي وضعها المشرع الجزائي سلفا ليتمكن بذلك من اختيار العقوبة الملائِمة والمناسبة لكل مجرم وفي كل ذلك يراعي القاضي جسامة الجريمة وشخصية المجرم في اختيار العقاب المناسب للمجرم.

وقد منح المشرع الجنائي العراقي سلطة تقديرية واسعة للقاضي الجنائي في فرض العقوبة المناسبة على الجاني بشكل يتناسب وخطورته الإجرامية ونوع الجريمة التي اقترفها، وقد يعبر المشرع عن هذه السلطة بإيراده حد ادنى وحد اقصى للعقوبة في المواد العقابية، وفي هذه الحالة فان هذين الحدين يمثلان حدود هذه السلطة التقديرية وبمقدار ما تبتعد المسافة بينهما تتسع هذه السلطة، وقد يعمل الشارع بأساليب اخرى على اتساع هذه السلطة للقاضي ففي حالات عديدة يضع تحت تصرفه من اجل جريمة واحدة عقوبات متنوعة ويكون له ان يختار من بينها العقوبة الملائمة للمتهم، وهو يسمح للقاضي حين تتوافر اسباب تخفيف او تشديد بان يتجاوز الحدود الموضوعة لسلطته ويعني ذلك المزيد من اتساعها وقد لا تقتصر سلطة القاضي على تجاوز مقدار العقوبة تخفيفا او تشديداً بل يكون له الحكم

---

(١) المصدر نفسه، ص١٠٨.

بعقوبة من نوع مختلف اخف او اشد، وقد يسمح للقاضي بان يحكم بالعقوبة ثم يوقف تنفيذها ويتضح الاتساع في سلطة القاضي حين يتعدد المساهمون في الجريمة اذ يستطيع ان يفرق بينهم في العقاب تبعاً لما يتبين له من اختلاف بينهم[١].

عليه ولبيان دور الرقابة القضائية في تجسيد مبدأ التناسب العقابي سوف نتناول الضوابط المحددة لكيفية استعمال القاضي لسلطته التقديرية ومن ثم نتحول الى دراسة الوسائل التشريعية الخاصة بالتناسب العقابي وذلك على الوجه الآتي:

اولاً/ الضوابط التي تحدد كيفية استعمال القاضي سلطته التقديرية : وهي الضوابط الموضوعية والضوابط الشخصية وتتمثل هذه الضوابط بمايلي :

١. الضوابط الموضوعية لسلطة القاضي التقديرية: وهي تلك الضوابط التي تتعلق بالجانب الموضوعي للجريمة والتي تتمثل بماديات الجريمة والتكييف الإجرامي – أي التكييف غير المشروع – وفقا لنصوص التجريم الذي يسبغه الشارع عليها، وبما أن الماديات الإجرامية من حيث ضررها وخطورتها تقبل التدرج ويقابل تدرجها تدرج مقابل في مقدار عدم المشروعية يتعين بعد ذلك أن يكون مقدار عدم المشروعية ضابطا لتحديد العقوبة لأنه بدورها تكون علتها، فينبغي أن تقاس بقدرها وعلى هذا النحو فإنه يتعين على القاضي حين يستعمل سلطته التقديرية إزاء متهم بجريمة معينة أن يجعل مقدار عدم المشروعية الذي يكمن في ماديتها احد اسس تحديد عقوبته وعليه سوف نتناول الضوابط الموضوعية المتعلقة لقياس عدم المشروعية وفق الترتيب الآتي:

أ. جسامة الاعتداء على الحق: لو علمنا بأن جريمة ما تنتج اعتداء على حق فان مقدار هذا الاعتداء يختلف من حالة الى أخرى، فقد تطول مدة سلب الحرية أو تقصر في جريمة القبض على شخص أو حبسه دون حق، ويتفاوت مقدار بذاءة عبارة القذف والسب وقد تكون قيمة المال المسروق كبيرة احيانا وضئيلة في احيان اخرى وللقاضي دون شك أن يجعل ذلك ضابطا لتقدير العقاب.

ب. أسلوب تنفيذ الفعل الإجرامي: هناك اعتبارات يجب على القاضي مراعاتها عند إصدار حكمه الجزائي منها مدى القسوة التي اتصف بها فعل الضرب أو الجرح ومقدار العنف الذي تميز به تنفيذ السرقة بالإكراه ونوعية الطرق الاحتيالية المستعملة في جريمة الاحتيال، فكل هذه الاعتبارات ترشد القاضي في استعمال سلطته التقديرية في تحديد العقوبة الملائمة[٢].

---

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدابير والاحترازية ط٨، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص٢١٩.

(٢) المصدر نفسه ، ص٩٠٥ وما بعدها.

ج. العلاقة بين المتهم والمجنى عليه : إن فحص هذه العلاقة تتيح استخلاص اعتبارات تميل بالقاضي إلى تشديد العقوبة أو تخفيفها، فاذا كانت الجريمة قد تضمنت إخلال المتهم بالثقة التي وضعت فيه لصيانة مصالح المجنى عليه كما لو ارتكب الضرب الوصي او القيم فإن ذلك يميل بالعقوبة الى التشديد، وكون المجني عليه هو الذي أتاح فرصة ارتكاب الجريمة كما لو كان القاصر هو الذي أغرى المتهم بهتك عرضه اعتبار يميل بالعقوبة نحو التخفيف كما أن خطأ المجنى عليه الذي ساهم في وقوع جريمة غير عمدية يدفع القاضي نحو التخفيف[١]، كما في حالة مرور المجنى عليه في الحوادث المرورية في غير الأماكن المخصصة للعبور.

٢. الضوابط الشخصية لسلطة القاضي التقديرية: إن هذه الضوابط متنوعة فمنها ما يتعلق بالخطورة الإجرامية للمتهم فالخطورة الإجرامية المتكشفة جريمة لها دورها في تحديد الجزاء على هذه الجريمة في المرحلة القضائية وفي المرحلة التنفيذية فضلا عن الدور الذي أدته في المرحلة التشريعية حين توقف عليها في كل جريمة نوع ومقدار العقاب الذي نص عليه القانون لهذه الجريمة، وباعتبار أن في كل فعل دلالة على فاعله وأنه كلما كانت آثار الفعل جسيمة كان فاعله أكثر خطورة، ففي المرحلة القضائية يتعين على القاضي لحظة النطق بالحكم أن يكون قد وزن شخص الجاني ووقف على ما إذا كانت خطورته الإجرامية في تلك اللحظة باقية على ما كانت عليه لحظة اقتراف الجريمة موضوع المحاكمة أم طرأ عليها بفعل إجراءات التحقيق والمحاكمة زوال كلي بحيث لا ينتظر من صاحبها اجرام في المستقبل فإذا كانت الخطورة الاجرامية في لحظة النطق بالحكم قد زالت أوقف القاضي تنفيذ العقوبة المستحقة عن الجريمة وذلك لفترة اختبار حددها القانون بثلاث سنوات للتأكد من خلالها من أن التحقيق والمحاكمة كان يمثل جزاءً كافياً قضى بمفرده على ما تكشف بالجريمة من خطورة، فإذا تأكد ذلك أنهى الحكم بالإدانة واعتبر كأن لم يكن واذا اتضح عكس ذلك على النحو الذي بينه القانون نفذ هذا الحكم بعد أن كان تنفيذه موقوفا[٢].

ثانياً/ الوسائل التشريعية الخاصة بالتناسب القضائي للعقوبة : يقصد بالتناسب القضائي للعقوبة بانه (عمل قضائي تكميلي يتولاه القاضي في مرحلة تطبيق العقوبة ليكمل ما بدأه المشرع الجزائي في مرحلة تقنينها بغية إخراجها من قالبها التشريعي المجرد إلى قالب واقعي محدد)[٣]، ويتحقق التناسب القضائي للعقوبة عن طريق الوسائل التشريعية الموفرة للقضاء الجزائي، وتتمثل تلك الوسائل بما يلي:

١. نظام الظروف القضائية المخففة والمشددة : منح المشرع الجزائي العراقي سلطة استثنائية للقاضي في مجال تخفيف العقوبة او تشديدها وتعد هذه السلطة من أهم الوسائل التي وضعها المشرع في متناول القاضي بغية تحقيق التناسب العقابي في مرحلة تطبيق العقوبة، فالظروف القضائية المخففة هي عناصر او وقائع او احوال موضوعية أو شخصية تضعف جسامة الجريمة وتكشف عن ضآلة خطورة الجاني وتسمح بتخفيف العقوبة المقررة قانونا للجريمة وفق المعيار الذي يحدده القانون، وبموجب هذا النظام التفريدي للعقوبة للقاضي إصدار حكمه في الدعوى الجزائية

---

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات_القسم العام، المصدر السابق، ص٩٠٧.

(٢) د. رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي . معيار سلطة العقاب تشريعاً وتطبيقاً، دار مصر للنشر والتوزيع، طبعة منقحة القاهرة، ٢٠٢٤، ص٣١٣ وما بعدها.

(٣) د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، المصدر السابق، ص٧٨.

على المتهم بعقوبة تقل عن الحد الادنى المقرر للجريمة، اضف الى ذلك إن أهمية تحديد هذه الظروف تبدو في مرحلة تطبيق العقوبة بوضوح لان ذلك يوسع من سلطة القاضي في تقدير العقوبة في هذا المجال من خلال حريته في استخلاص مثل هذه الظروف من وقائع وملابسات القضية المعروضة أمامه، ليحقق بالتالي أكبر قدر من التلاؤم بين شقي القاعدة الجنائية في مرحلة تطبيقها من خلال تحقيق الملائمة بين العقوبة التي تحكم بها وبين مختلف الظروف والملابسات في هذا المجال سواء ما تعلق منها الجريمة المرتكبة أو ما تعلق منها مرتكبها [١].

وفي هذا السياق اصدرت محكمة الجنح في كلار حكما في ٢٠٢٣/١١/٢٦ في الدعوى المرقمة (٨٠٠/جنح/٢٠٢٣) بالحبس البسيط على المدان (م. أ.م) لمدة ثلاثة أشهر استنادا الى حكم المادة السابعة من قانون مناهضة العنف الاسري رقم (٨) لسنة (٢٠١١) مستدلة بأحكام المادتين (١٣١ و١٣٣) من قانون العقوبات المرقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) لتوفر الظروف القضائية للتخفيف والذي صدق تمييزا وفق القرار التمييزي المرقم (٢٩ /تمييز جزائي/ ٢٠٢٤) في ٢٠٢٤/٣/٦ الصادر من محكمة استئناف كركوك / گرميان بصفتها التمييزية لكون العقوبة المفروضة على المدان المذكور متناسبة مع ظروف ارتكاب الجريمة[٢].

وينبغي عدم الخلط بين سلطة القاضي في نظام الظروف القضائية المخففة و سلطته في تقدير العقوبة بين حديها الأدنى و الأعلى ففي الحالة الأخيرة تكون سلطة القاضي محصورة بين حدي العقوبة دون أن يتمكن من تجاوز الحد الادنى المقرر قانونا للجريمة في حين تكون سلطته في تقدير العقوبة في مجال الظروف القضائية المخففة مزدوجة إذ يقدر اولا ان مرتكب الجريمة يستحق العقوبة في حدها الادنى المقرر قانونا ثم يقدر بعد ذلك بان هذا الحد الادنى لا يتناسب وجسامة الواقعة في عناصرها المادية وبما أحاط مرتكبها من ظروف فينزل عندئذ عن هذا الحد[٣].

وقد اقر المشرع العراقي نظام الظروف القضائية المخففة في جرائم الجنايات والجنح وذلك وفق المادتين (١٣٢ و١٣٣) من قانون العقوبات العراقي، وفي هذا الاطار ايضا ذهبت محكمة التمييز في اقليم كوردستان في قرارها المرقم (١١٠٥/الهيئة الجزائية–الاولى/٢٠١٩) في (٢٠١٩/١٠/٦) إلى أن (لتحصل أدلة مقنعة وقانونية بقيامه بمساعدة التنظيم الإرهابي بتوفير وجبة طعام لأفراد منهم ومن ضمنهم خاله الإرهابي وايصالهم بسيارته لذا قرر تصديق قرار التجريم اما بخصوص العقوبة الصادرة بحقه وهي السجن المؤقت لمدة خمس سنوات وشهر واحد فقد جاءت شديدة ولا تتناسب مع فعله الجرمي ولكونه شاب في مقتبل عمره وليس من أرباب السوابق وأنه بقيامه بتزويد

(١) د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، المصدر السابق، ص٩٠ وما بعدها.

(٢) القرار غير منشور.

(٣) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات – القسم العام، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص٥٢٥.

الأكل من وجهة نظر القرابة وهو قروي وبحكم الروابط العشائرية لذا واستنادا الى احكام المادة (٣/١٣٢) تقرر تخفيف العقوبة إلى الحبس الشديد لمدة سنتين)[١].

اما في مجال تشديد العقوبة فيلاحظ ان المشرع العراقي قد اعترف بهذا النظام ايضا ولكن في إطار اضيق لأنه خصص التناسب القضائي للعقوبة تشديدا بالظروف المشددة العامة الاستثنائية الجوازية لان الظروف المشددة العامة العادية والظروف المشددة الخاصة لا صلة لهما بالتناسب القضائي للعقوبة بل انهما وسيلتان تتعلقان بالتناسب التشريعي للعقوبة كونهما يؤديان الى تشديد العقوبة ضمن النطاق القانوني لها[٢].

٢. نظام العقوبات البديلة: ان هذا النظام يعطي للقاضي سلطة تقديرية في استبدال عقوبة اصلية بعقوبة بديلة سواء كان قد حكم بالعقوبة الأصلية ام لم يحكم بها بعد[٣]، ومن الجدير بالذكر ان العقوبة التي يمكن الحكم بها او تم الحكم بها والعقوبة التي يحلها القاضي محلها لا تعتبر صنوين فالأولى اصلية والثانية بديلة وهذه العقوبة البديلة هي وسيلة وفاء بالعقوبة الأصلية، فالقاضي يحدد اولاً العقوبة الأصلية سواء كان ذلك في ذهنه عند اعداد الحكم ام في منطوق الحكم ذاته وذلك في ضوء ظروف الجريمة والمجرم معا، ثم يخطو ثانيا نحو استبدال العقوبة الأصلية بالعقوبة البديلة عند تعذر او احتمال تعذر تنفيذها او لاعتقاده بملائمة العقوبة البديلة اكثر من العقوبة الأصلية لحاله المجرم الشخصية بغض النظر عن ظروف الجريمة التي ارتكبها[٤].

ورغم نجاعة نظام العقوبات البديلة وكونها وسيلة ممتازة في متناول القاضي الجزائي الا أن المشرع الجزائي العراقي والكوردستاني لم يأخذا به، وعليه ندعو المشرع العراقي والكوردستاني الى اعتماده وإضافته الى النظم الأخرى المذكورة في قانون العقوبات والقوانين الجنائية الخاصة لكي يتسنى للقضاء الجزائي تحقيق متسع من التناسب القضائي في دعوى الجزائية .

٣. نظام العقوبات التخييرية: بمقتضى هذا النظام يترك المشرع الجزائي للقاضي حرية الاختيار في الحكم على مرتكب الجريمة بإحدى عقوبتين مختلفتين النوع او بكلتيهما او بعقوبة واحدة او عقوبتين من بين ثلاث عقوبات او أكثر مختلفة نوع محددة للجريمة المرتكبة[٥]، وينبغي على القاضي اختيار العقوبة المناسبة حسب ظروف ارتكاب الجريمة وحسب شخصية الجاني وخطورته الإجرامية.

وعلى هذا الاساس فان المشرع الكوردستاني قد توسع الى حد كبير في اقرار هذا النظام في القوانين الجنائية الخاصة ومن تطبيقاته التشريعية ما جاء في المادة السابعة من قانون مناهضة العنف الاسري والذي اورد فيها المشرع

---

(١) محمد مصطفى محمود جاف، الجديد في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان – القسم الجزائي، ط١، مكتبة هولير القانونية، أربيل ص٢١١.

(٢) د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، المصدر السابق، ص٩٥.

(٣) المصدر نفسه، ص٨٦.

(٤) د.اكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨،ص١٠٩.

(٥) المصدر نفسه، ص١٠٨.

عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة وخير القاضي في اختيار احدى العقوبتين او كلاهما لتحقيق التناسب القضائي وهذا هو الحال ايضا في المادة (٢) من قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان.

وعلى هذا المنوال سارت محكمة استئناف اربيل بصفتها التمييزية في قرارها المرقم (٥٩ /ت-ج/ ٢٠١٣) في ٢٠١٣/٤/٢١ والذي نص على انه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية تقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على قراري الإدانة والعقوبة وجد انهما صحيحان وموافقان للقانون وذلك لثبوت ارتكاب المتهم التهمه المسندة اليه وفق احكام المادة (٢) من قانون منع اساءة استعمال اجهزة الاتصالات رقم (٦) لسنة (٢٠٠٨) الصادر من برلمان كوردستان حيث اعترف نفسه بالسب والشتم عن طريق جهاز الموبايل الهاتف النقال كما وان العقوبة المفروضة عليه مع ايقاف تنفيذها اتجاه صحيح من المحكمة لان العقوبة المفروضة متناسبة مع نوع الجريمة المرتكبة كما ان ايقاف تنفيذها له ما يبرره قانونا طالما ان ماضيه وسلوكه لا يبعث على الاعتقاد بانه يعود الى ارتكاب جريمة جديدة عليه تقرر تصديق قراري الإدانة والعقوبة)[١].

٤.نظام التدرج الكمي للعقوبة : يتمثل التدرج الكمي للعقوبة في تحديد المشرع الجنائي حداً اعلى وحداً ادنى للعقوبات ويترك للقاضي سلطة تقدير العقوبة بين هذين الحدين وترتبط سلطة القاضي في تقدير العقوبة بتصنيف العقوبات التي تتدرج حسب خطورة الجرائم المرتكبة من العقوبة الاشد الى العقوبة الاخف[٢]، ومن البديهي ان مقتضيات العدالة الجنائية في مجال سياسة العقاب تقتضي ان يكون هناك تغيراً في مقدار العقوبة ودرجة إيلامها تبعا لاختلاف الظروف المادية للواقعة الجرمية والظروف الشخصية لمرتكبها ومن هنا يعد نظام التدرج الكمي للعقوبة من اهم الوسائل التي يمنحها المشرع للقاضي الجزائي لتحقيق التناسب القضائي للعقوبة في مرحلة تطبيق النصوص الجزائية على مرتكبي الجرائم[٣].

وعلى هذا المنوال قضت محكمة استئناف كركوك/ كَرميان في قرارها المرقم (٤٥ /تمييز_جزائي /٢٠٢٤) بتصديق قرار محكمة الجنح في كلار بتاريخ ٢٠٢٤/٤/٢٢ في الدعوى الجزائية المرقمة (٩٠٢ /ك/ ٢٠٢٢) المتضمن الحكم البسيط على المدان (م.ق.ك) لمدة سنة واحدة وفق احكام المادة (٢) من قانون منع اساءة استعمال أجهزة الاتصالات لكون العقوبة المذكورة متناسبة مع ظروف ارتكاب الجريمة[٤].

ومن التطبيقات التشريعية لهذا النظام في القوانين الجنائية الخاصة العقوبة المقررة في المادة (١٥) من قانون الأسلحة رقم (٢) لسنة (٢٠٢٢) في اقليم كوردستان المتضمنة تحديد حد أدنى وحد اعلى لعقوبتي الحبس والغرامة الواردتين فيها.

---

(١) محمد مصطفى محمود، المختار من قضاء محكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية – القسم الجزائي، الجزءالأول، مكتبة هولير القانونية، أربيل، ٢٠١٧، ص٢٢٦.

(٢) جواهر الجبور، السلطة التقديرية للقاضي في اصدار العقوبة بين حديها الادنى والاعلى، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الأوسط – كلية الحقوق – قسم القانون العام، ٢٠١٣، ص٩٦، المتاح على الموقع الالكتروني https/:www.meu.edujo تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٤/٩/٢١.

(٣) د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، المصدر السابق، ص٧٩.

(٤) القرار غير منشور.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث توصلنا الى الاستنتاجات والمقترحات التالية:

اولاً : الاستنتاجات

١_ من المشاكل القانونية الناجمة عن الاسراف في اصدار القوانين الجنائية الخاصة الإخلال بمبدأ اليقين القانوني وظاهرة التضخم التشريعي والارباك القضائي في تكييف الجرائم، وكل هذا يتناقض مع ترشيد السياسة التجريمية وترشيق القواعد القانونية الجزائية ومنع تكرار النصوص العقابية الواردة في قانون العقوبات في القوانين الجنائية الخاصة.

٢_ هناك إخلال كبير وصريح لمبدأ التناسب العقابي في بعض القوانين الجنائية الخاصة منها قانون منع اساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان رقم (٦) لسنة (٢٠٠٨) لأنه لم يميز بين الصور المختلفة لجريمة التهديد المصحوب بطلب او بتكليف بأمر او الامتناع عن فعل معين وبين جريمه التهديد غير المصحوب بطلب او الامتناع عن فعل رغم اختلاف نوع وجسامة وخطورة تلك الجرائم عن بعضها البعض ، اضافة الى عدم مراعاة تباين جسامة جرائم القذف والهكر (الاختراق الالكتروني) والسب ونشر الصور المنافية للآداب والنظام العام .

٣_ لم يميز المشرع الكوردستاني في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات بين الافعال الاجرامية الواردة فيه حيث ان بعضآ منها جنحة والبعض الآخر جناية والذي يستلزم تحديد عقوبة كل سلوك بمفرده بصورة تتفق مع خطورته .

٤_ إن ورود عبارة (مع عدم الاخلال باية عقوبة اشد) في قانون منع إساءة أجهزة الاتصالات، يخل إخلالا جسيما بمبدأ التناسب العقابي وفي النفس الوقت يشكل تعارضاً مع مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم الذي استقرت عليه التشريعات الجزائية.

٥_ رغم نجاعة وأهمية نظام العقوبات البديلة وكونها وسيلة ممتازة في متناول القاضي الجزائي إلا أن المشرع العراقي والكوردستاني لم يأخذا بهذا النظام.

٦_ يؤخذ على قانون مناهضة العنف الأسري بأنه لم يأت بالتصنيف والتوزيع الواردين في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل بشأن صورتي الإكراه على الزواج أو المنع منه حيث انه قد ساوى بين عقوبة نوعي الإكراه على الزواج او المنع منه والمرتكب من الأقارب من الدرجة الأولى والأغيار، وبذلك فإن العقوبة الواردة فيه أخف مما جاءت في قانون الأحوال الشخصية العراقي فيما يتعلق بالجريمة المذكورة للأغيار والتي هي جناية وقد تم تنظيمها في المادة (٩) من قانون الأحوال الشخصية المعدل، اضافة الى قيام المشرع في هذا القانون بالجمع بين الجرائم الماسة بحق الانسان في السلامة الجسدية كالايذاء والجريمة التي تحرم المجنى عليه من حماية

كرامته كأنسان مثل الاحتقار والأهانة والنظرة الدونية وايراده لهم عقوبة واحدة على الرغم من تباين خطورة تلك الجرائم، وهذا يخل إخلالاً جسيماً بمبدأ التناسب العقابي.

٧_ ان القضاء الجزائي يلعب دورا بالغ الأهمية في تجسيد مبدأ التناسب العقابي في الدعاوى الجزائية المعروضة عليه نظرا للدور الايجابي الممنوح للقاضي في فرض العقوبة على الجاني وذلك من خلال الوسائل والآليات التشريعية الموفرة له والمتمثلة بالظروف القضائية المخففة والمشددة ونظام وقف تنفيذ العقوبة ليطبق بذلك مبدأ تفريد العقوبة فيما يتعلق بكل جاني على حدة.

٨_ لا تعتبر الظروف المشددة العامة العادية والظروف المشددة الخاصة والأعذار القانونية المخففة وسائل ونظم خاصة بالتناسب القضائي للعقوبة بل إنها وسائل ونظم خاصة بالتناسب التشريعي للعقوبة.

ثانياً: المقترحات

وعلى ضوء ما توصلنا اليها من استنتاجات نقدم المقترحات الاتية :-

١- نقترح على المشرع العراقي والكوردستاني النأي والابتعاد عن المبالغة والاسراف في اصدار القوانين الجنائية الخاصة واعتماد لجنة قانونية مشكلة من مجلس القضاء والأكاديميين المتخصصين في المجال الجزائي لإصدار القوانين الجنائية الخاصة كلما اقتضت ضرورة التجريم للحد من كثرة التجريم والعقاب .

٢- نقترح على المشرع العراقي والكوردستاني بالعمل الدؤوب للحيلولة دون الإخلال بمبدأ اليقين القانوني ومنع تولد ظاهرة التضخم التشريعي والارباك القضائي، وذلك عن طريق تجنب اصدار المزيد من القوانين الجنائية الخاصة دون ضرورة التجريم، والاكتفاء بتعديل النصوص العقابية الواردة في قانون العقوبات العراقي وبالتالي حماية مبدأ وحدة التشريع وازالة التكرار التجريمي الوارد في القوانين الجنائية الخاصة.

٣- ضرورة قيام المشرع الكوردستاني بالعمل على تجسيد مبدأ التناسب العقابي تشريعيا وذلك بإعادة النظر في المواد العقابية الواردة في قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان وقانون مناهضة العنف الاسري والغاء الجرائم المذكورة فيهما والتي تم ذكرها ومعالجتها جزائيا في قانون العقوبات، وتحديد عقوبات مختلفة للجرائم المختلفة الواردة فيهما.

٤- عدم ايراد عبارة (مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد) في القوانين الجنائية الخاصة ومنها قانون منع إساءة استعمال أجهزة الاتصالات بغية عدم المساس بمبدأ التناسب العقابي والإخلال التشريعي به، وعدم اغلال يد القاضي في تطبيق مبدأ التفريد العقابي وبالنتيجة تحقيق التناسب القضائي في الدعاوى الجزائية المعروضة عليه .

٥- تعديل نص المادة (٢) من قانون منع إساءة استعمال اجهزة الاتصالات وذلك بتفريد عقوبات مختلفة تتناسب مع جرائم الجنايات والجنح الواردة فيه وتجنب التكرار التشريعي للأفعال الجرمية التي جرمت في قانون العقوبات العراقي.

٦- التمييز بين الأفعال الإجرامية الواردة في المادة (الثانية) من قانون مناهضة العنف الأسري من خلال تعديل نص المادة السابعة منه وتحديد عقوبات مختلفة لتلك الجرائم بشكل تتناسب مع خطورة كل جريمة على حدة مع ضرورة التمييز بين جرائم التهديد وصورها وجرائم الإكراه على الزواج والمنع منه، والإبقاء على جنح الإكراه والمنع منه في القانون المذكور تحقيقاً لمبدأ التناسب العقابي، لكون جنايات الاكراه على الزواج والمنع منه قد تم تجريمها في قانون الأحوال الشخصية النافذ .

٧- إقرار نظام العقوبات البديلة واعتماده الى جانب نظم التناسب العقابي الاخرى المذكورة في قانون العقوبات وبعض القوانين الجنائية الخاصة لتحقيق متسع من التناسب القضائي في الدعاوى الجزائية.

٨- إلغاء قانون تنظيم المظاهرات وقانون مكافحة التدخين لعدم وجود ضرورة التجريم لصدور هذين القانونين والاكتفاء بإجراءات وجزاءات ادارية لمعالجة ظاهرة التدخين في الأماكن العامة وحالات التظاهر السلمي.

قائمة المصادر

*** القران الكريم**

اولاً : الكتب القانونية:

١- د.احمد عبد الظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، الكتاب الأول، دارالنهضة العربية القاهرة،٢٠١١.

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

٣- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، ط ٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.

٤- د.اكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٨.

٥- د.تميم طاهر الجادر والمدرس المساعد غانم سكر بدن، نظرية الضرورة في القانون الجنائي العراقي، دار السنهوري، بيروت،٢٠٢٠.

٦- د.جاسم خريبط خلف، شرح قانون العقوبات – القسم العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت، دون سنة نشر.

٧- د.دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، الملائمة في اطار سياسة العقاب، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد ٢٠٢٠.

٨- د.رمسيس بهنام، نظرية التجريم في القانون الجنائي . معيار سلطة العقاب تشريعاً وتطبيقاً، دار مصر للنشر والتوزيع، طبعة منقحة، القاهرة، ٢٠٢٤.

٩- د.سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الجنائية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

١٠- د.سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، طبعة منقحة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ٢٠١٤.

١١- د.سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٣.

١٢- د.سمير داود سليمان، التناسب وقرينة الدستورية في التشريع والقضاء الدستوري – دراسة تحليلية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠٢١.

١٣-سيروان عثمان فرج، الامن القانوني الجنائي – دراسة تحليلية، ط١، المركز الاكاديمي للنشر، الإسكندرية ٢٠٢٠.

١٤-د.عادل يوسف الشكري، فن صياغة النص العقابي، منشورات زين الحقوقية، بيروت،٢٠١٧.

١٥- د.عباس عبدالرزاق مجلي السعيدي، ضوابط استحداث النص الجزائي الخاص – دارسة تحليلية مقارنة، ط١ المركز العربي للنشر والتوزيع، دون مكان النشر، ٢٠١٨.

١٦- د.عبيدة عامر الربيعي، نظرية كمال النص الجنائي، ط١، مركز البحوث القانونية، أربيل، ٢٠٢٣.

١٧- د.عدي جابر هادي ومصطفى فاهم جفات، أثر النظام السياسي في صيانة النصر الجزائي، دراسة مقارنة ط١ منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٢٢.

١٨- د.علي حسين خلف و د. سلطان عبدالقادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، المكتبة القانونية لتوزيع، بغداد، دون سنة النشر.
١٩- د.علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية بيروت،٢٠٠٢.
٢٠- علي عبدالله جاسم العرادي، تفويض الاختصاص التشريعي، دراسة تأصيلية تحليلية في الدستور البحريني والدساتير مقارنة، معهد البحرين للتنمية السياسية، ٢٠١٩.
٢١- د.فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، شرح قانون العقوبات_القسم العام، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.
٢٢- د.فريد الزغبي، الموسوعة الجزائية، المجلد الأول، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٩٩٥.
٢٣-د.كاوان إسماعيل و د. مسعود حميد إسماعيل، شرح قانون مناهضة العنف الاسري رقم (٨) لسنة (٢٠١١) مطبعة شهاب، أربيل، ٢٠١٥.
٢٤-د.مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات – القسم العام، دار الفكر العربي، ١٩٧٩.
٢٥-د.محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، ط٣، المكتبة ثقافة عمان،١٩٩٦.
٢٦-د.محمود نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، دارالنهضة العربية القاهرة، ١٩٩٢.
٢٧- د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات_القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدابير والاحترازية، ط٨، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٨.
٢٨- د.ميثاق غازي فيصل عبد الدوري، الامن القانوني الجنائي – دراسة تحليلية مقارنة، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، القاهرة،٢٠٢٣.
٢٩- د.ناهد العجوز، الحماية الجنائية للحقوق العمالية في قانون العمل في مصر والدول العربية، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٦.

ثانياً : المعاجم اللغوية

١- ابن منظور، لسان العرب، ج٨، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣.

ثالثاً: الأطاريح والرسائل الجامعية

١- دنيا عثمان حميد، التفريع التشريعي في القانون الجنائي، رسالة ماجستير في القانون العام مقدمة الى جامعة التنمية البشرية – كلية القانون والسياسة، ٢٠٢٣.
٢- زينة عبد الجليل، ذاتية التجريم والعقاب في القوانين الجنائية الخاصة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩.
٣- محمد حميد عبد، الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل،٢٠١٤.

٤- معالي حميد سعود الشمري، ظاهرة تشظي النصوص العقابية في السياسة الجنائية المعاصرة، أطروحة دكتوراه جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠١٩ .

رابعاً : البحوث القانونية

١- د. سردار علي عزيز، قراءة نقدية لقانون مناهضة العنف الاسري، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، السنة الأولى – العدد الأول، أيلول، ٢٠١٣.

٢- د. محمد رشيد حسن، مظاهر الإنحراف التشريعي في القوانين الجنائية واثره في الاستقرار القانوني، بحث منشور في مجلة التنمية البشرية، مجلد ٤، العدد ١، السليمانية، ٢٠١٨.

خامساً: المصادر الالكترونية

١- جواهر الجبور، السلطة التقديرية للقاضي في اصدار العقوبة بين حديها الادنى والاعلى، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الأوسط – كلية الحقوق – قسم القانون العام، ٢٠١٣، ص٩٦، المتاح على الموقع الالكتروني https/:www.meu.edujo تاريخ اخر الزيارة ٢٠٢٤/٩/٢١.

٢- خالد مجيد عبد الحميد وعبدالخالق عبد الحسين، الموائمة بين مبدأ اليقين القانوني والعدالة التشريعية، بحث منشور في مجلة اهل البيت، العدد٢٦، ص٥٧١، المتاح على الموقع الالكتروني https://abu.edu.iq:٨٠٨١/ar تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٤/٨/٢٥.

٣- قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٥٧/اتحادية/اعلام٢٠١٧) في ٢٠١٧/٨/٣، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة الاتحادية العليا، المتاح على العنوان الالكتروني https://www.iraqfsc.iq/ethq تاريخ اخر زيارة ٢٠٢٤/٩/٢٧.

سادساً: الدساتير والقوانين

١- دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥).

٢- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩).

٣- قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣).

٤- قانون مكافحة الإرهاب في إقليم كوردستان رقم (٣) لسنة (٢٠٠٦).

٥- قانون مكافحة التدخين في إقليم كوردستان رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٧).

٦- قانون منع إساءة أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان في إقليم كوردستان رقم (٦) لسنة (٢٠٠٨).

٧- قانون عقوبات قوى الامن الداخلي رقم (١٤) لسنة (٢٠٠٨).

٨- قانون تنظيم المظاهرات في إقليم كوردستان رقم (١١) لسنة (٢٠١٠).

٩- قانون مناهضة العنف الاسري في إقليم كوردستان رقم (٨) لسنة (٢٠١١).

١٠-قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم (٢٨) لسنة (٢٠١٢).

١١-قانون مكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب رقم (٣٩) لسنة (٢٠١٥) العراقي.

١٢-قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية في إقليم كوردستان رقم (١) لسنة (٢٠٢٠).

١٣-قانون الأسلحة في اقليم كوردستان رقم (٢) لسنة (٢٠٢٢).

سابعاً: القرارات القضائية

١- قرار محكمة استئناف كركوك/ كَرميان بصفتها التمييزية المرقم (٢٩ /تمييز_جزائي/ ٢٠٢٤) في ٢٠٢٤/٣/٦ (غير منشور).
٢- قرار محكمة استئناف كركوك/ كَرميان بصفتها التمييزية المرقم (٤٥/تمييز_جزائي/٢٠٢٤) في ٢٠٢٤/٤/٢٢ (غير منشور).
٣- قرار محكمة الجنح في كلار بتاريخ ٢٠٢٤/٤/٢٢ في الدعوى الجزائية المرقمة (٩٠٢/ك/٢٠٢٢) (غير منشور).
٤- قرار محكمة الجنح في كلار بتاريخ ٢٠٢٣/١١/٢٦ في الدعوى الجزائية المرقمة(٨٠٠ /جنح/ ٢٠٢٣) (غير منشور).
٥- قرار محكمه التمييز فى اقليم كوردستان المرقم (١١٠٥ / الهيئة الجزائية -الأولى / ٢٠١٩) فى ٢٠١٩/١٠/٦ نقلا عن محمد مصطفى محمود جاف، الجديد في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان_القسم الجزائي، ط١، مكتبة هولير القانونية، أربيل،٢٠٢٠.
٦- قرار محكمه استئناف اربيل بصفتها التمييزية المرقم (٥٩/ت-ج/٢٠١٣) فى ٢٠١٣/٤/٢١ ، نقلا عن محمد مصطفى محمود، المختار من قضاء محكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية_القسم الجزائي، الجزء الأول، مكتبة هولير القانونية، أربيل، ٢٠١٧.

المحتويات

ت	الموضوع	ص
١	المقدمة	١
٢	المبحث الأول / تعريف القوانين الجنائية الخاصة وانواعها والمشاكل الناجمة عن إصدارها	٣
٣	المطلب الأول / تعريف القوانين الجنائية الخاصة وانواعها	٣
٤	الفرع الأول / تعريف القوانين الجنائية الخاصة	٣
٥	الفرع الثاني / انواع القوانين الجنائية الخاصة	٦
٦	الفرع الثالث / المشاكل الناجمة عن اصدار القوانين الجنائية الخاصة	٧
٧	المطلب الثاني / تمييز القوانين الجنائية الخاصة عما يقاربها	١٠
٨	الفرع الأول / التمييز بين القوانين الجنائية الخاصة والتفويض التشريعي	١٠
٩	الفرع الثاني / التمييز بين القوانين الجنائية الخاصة والقانون الجنائي الدستوري	١١
١٠	الفرع الثالث / التمييز بين القوانين الجنائية الخاصة والقوانين المؤقتة	١٢
١١	المبحث الثاني / مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في القوانين الجنائية الخاصة	١٤
١٢	المطلب الأول / مفهوم التناسب العقابي وتمييزه عن المفاهيم الأخرى	١٤
١٣	الفرع الأول / مفهوم التناسب العقابي	١٥
١٤	الفرع الثاني/ تمييز التناسب العقابي عن ضرورة التجريم	١٦
١٥	الفرع الثالث / التمييز بين التناسب العقابي والسلطة التقديرية	١٧
١٦	المطلب الثاني / مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في القوانين الجنائية الخاصة	١٩
١٧	الفرع الأول / مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في قانون منع اساءة استعمال أجهزة الاتصالات في إقليم كوردستان	١٩
١٨	الفرع الثاني / مظاهر الإخلال بمبدأ التناسب العقابي في قانون مناهضة العنف الاسري	٢١
١٩	الفرع الثالث / دور الرقابة القضائية في تجسيد مبدأ التناسب العقابي	٢٢
٢٠	الخاتمة	٢٨
٢١	قائمة المصادر	٣١
٢٢	المحتويات	٣٥