بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

نتيجة لإزدياد الظاهرة الإجرامية أصبحت العقوبة موضع إهتمام الباحثين و فقهاء القانون فعملوا على ايجاد مبادىء عديدة للحد من هذه الظاهرة وعدم تفاقمها, وبدأ الاهتمام بشخص المجرم بدلا من الجريمة ودراسة شخصيته من النواحي المختلفة والعمل على تأهيله وإصلاحه للحيلولة دون رجوعه إلى إرتكاب الجريمة مرة أخرى. حيث أظهرت الدراسة الجنائية الحديثة أن مجرد عقاب المجرم عما أقترفه من جرم لا يؤدي إلى مكافحة الجريمة ولا يحقق الأغراض المتوخاة من العقوبة, فظهرت بناء على ذلك مدارس عديدة في مجال علم العقاب تمخضت عنها مبادىء مختلفة وأصبحت للعقوبة أهداف مختلفة وأغراض عديدة ترمي إلى تحقيقها من خلال توقيع العقوبة.

ومن أهم ما توصل اليه الباحثون في هذا المجال عبر مراحل تطور القانون هو مبدأ تفريد العقاب أي إختلاف العقوبة بإختلاف ظروف الجاني وأحواله بحيث تتناسب مع الجريمة المرتكبة وتتلائم مع ظروف المجرم بعد دراسة حالته من النواحي البيولوجية والاجتماعية والنفسية كافة ...ومن أجل تحقيق العدالة أصبح لزاماً على المشرع أن يراعي هذا التناسب بين إيلام العقوبة الجزائية والجريمة المرتكبة[١].

ومن مظاهر تفريد العقوبة, هو تقدير المشرع سلفا بين حدين أعلى وأدنى للعقوبة حسب جسامة الجريمة ومادياتها والظروف التي توجب تشديد العقوبة أو تخفيفها أو الإعفاء منها وهو تقدير مجرد من ملابسات الواقع وهذا ما يطلق عليه التفريد التشريعي أو القانوني.

بيد أن المشرع لا يمكنه سلفا الاحاطة الكاملة بظروف كل مجرم وحالته قبل واثناء وبعد ارتكاب الجريمة لذلك, عمد إلى إعطاء القاضي صلاحيات واسعة من خلال نظم متعددة يستطيع بموجبها توقيع العقوبة المناسبة على الجاني, ومن هذه النظم التدرج الكمي والنوعي للعقوبة, أو تخفيفها إلى ما دون الحد الأدنى , أو تشديدها إلى ما فوق الحد الأقصى, أو حتى إيقاف

(١) للمزيد أنظر د. أمين مصطفى محمد, مبادىء علمي الاجرام والجزاء الجنائي, دار المطبوعات الجامعية-٢٠١٠, ص ٣٣٣.

تنفيذها حسب ظروف الجريمة وأحوال الجاني ودرجة خطورته, وهذا ما يعرف بالتفريد القضائي.

ولم يكتف المشرع بذلك بل منح سلطات تنفيذ العقوبة صلاحيات متعددة لجعل العقوبة أكثر ملائمة لشخص الجاني ومعاملة كل سجين حسب ظروفه وأحواله النفسية والاجتماعية, والعمل على إعادة تأهيله وضمان عدم رجوعه إلى أرتكاب الجريمة, وفي ضوء سلوكه وتصرفاته خلال مدة تنفيذ العقوبة شرَّع نظم متعددة لتحقيق الغاية نفسها منها نظام الإفراج الشرطي, ونظام البارول, والعفو عن العقوبة [١] .

وإن سبب اختياري لموضوع البحث هو طبيعة عملي كعضو في هيئة تدقيق الجنايات في رئاسة الادعاء العام حيث لوحظ بان معظم قرارات العقوبة ومدد الحبس في القضايا المتشابهة تكاد تكون موحدة على الرغم من التفاوت الواضح بين المجرمين في السن ودرجة الثقافة والذكاء والناحية الاجتماعية والبيئة التي عاشوا فيها, لذلك أحببت الخوض في هذا الموضوع وتسليط الضوء على احكامه والوقوف على ثغراته بغية عرضه على المعنيين لمعالجته .

إشكالية البحث :

تبرز إشكالية البحث في مدى نجاح وتوفيق القاضي في تطبيق مبدأ تفريد العقوبة وتنزيل النصوص القانونية المتعلقة بالتفريد على الحالات التي تعرض أمامه يوميا؟ وهل أن النصوص القانونية تلبي حاجة القاضي وتسعفه في حالة النطق بالحكم وإصدار القرار بالعقوبة؟ وبعبارة أخرى, هل أنَّ المشرع مكّن القاضي من خلال سن نصوص و قواعد قانونية ليستطيع القاضي تطبيق مبدأ التفريد ومعاقبة كل مجرم حسب ظروفه وحالته من النواحي المختلفة ؟

سوف نحاول قدر الإمكان معالجة هذه التساؤلات من خلال سطور بحثنا الذي سنقسمه إلى ثلاثة مباحث, نتناول في المبحث الأول ماهية التفريد العقابي وفي المبحث الثاني نتطرق إلى التفريد القضائي وسلطة القاضي بصدده ونخصص المبحث الثالث لتفريد العقوبة في الشريعة الاسلامية.

---

(١) أنظر في ذات المعنى: د. جمال ابراهيم الحيدري, الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات, مكتبة السنهوري, بلا سنة طبع ,ص ١٩؛ ٢٠١٤ د. خالد سعود بشيرالجبور, التفريد العقابي في القانون الأردني, دار وائل للنشر٢٠٠٩, ص ١٣ .

المبحث الأول

ماهية التفريد العقابي

إنّ قوام فكرة العقوبة هي الإيلام الذي يلحق بالمجرم, ولا عقوبة دون إرتكاب جريمة تطبيقاً لمبدأ الشرعية, فالعقوبة ترتبط بالجريمة وتوقع من اجلها, وينبغي أن تتناسب هذا الإيلام مع الجريمة المرتكبة لتحقق أغراضها, بيد أن الوصول إلى هذا التناسب ليس بالأمر السهل, فهناك معايير عدة يمكن الإعتماد عليها في هذا المجال: فالمعيار الموضوعي, يعتمد على التناسب بين جسامة ماديات الجريمة دون النظر إلى الإرادة الإجرامية ونصيبها من الخطأ. أما المعيار الشخصي فيعتمد في التناسب بين الإيلام والجريمة على الإرادة الإجرامية ودرجة الإثم المنسوب إلى المجرم دون النظر إلى ماديات الجريمة, ويمكن الاعتماد على المعيارين الموضوعي والشخصي في تحديد درجة التناسب والذي لا يتصور الوصول إليه الاَّ عند تحديد نوع العقوبة ومقدارها, أي في مرحلتي التفريد التشريعي والقضائي[١]. لقد كانت العقوبة في البداية تتسم بطابع القسوة والعنف ولم تكن لها أي غرض سوى الإنتقام من الجاني واستئصاله من المجتمع, وبعد التطور المنهجي الكبير الذي شهده دراسة السلوك الإجرامي أصبح الأهتمام بشخص المجرم أكثر جدية بدلا من دراسة جريمته, حيث ظهر مبدأ تفريد العقاب الذي يقوم على أساس مراعاة ظروف المجرم وحالته الشخصية عند تقرير عقوبته[٢] .

فليس من العدالة تقرير عقوبة واحدة لجميع المساهمين في الجريمة الواحدة ومعاقبتهم بالدرجة نفسها على الرغم من التفاوت والفوارق في شخصياتهم وأحوالهم المختلفة من حيث السن والذكاء والمستوى الثقافي والأجتماعي وسوابقهم وما إلى ذلك, لذا ينبغي إعطاء الصلاحيات الضرورية للقضاة وسلطات تنفيذ العقوبة لتحقيق التفاوت في المعاملة العقابية بين المجرمين حسب ظروفهم وهذا ما يطلق عليه مبدأ تفريد العقوبة[٣] .

وبعبارة أخرى جعل العقوبة ملائمة لحالة المجرم الشخصية المتمثلة بتكوينه البيولوجي والنفسي والاجتماعي ومراعاة جسامة الجريمة المادية والتي تظهر في طريقة ووسيلة ارتكابها

(١) أنظر: د. فتوح عبدالله الشاذلي, اساسيات علم الاجرام و العقاب, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٩, ص ٣٢٨ وما بعدها.

(٢) أنظر: د. عدنان الدوري, علم العقاب ومعاملة المذنبين, منشورات ذات السلاسل, الطبعة الأولى, ١٩٨٩, ص ٦ و ٧ .

(٣) أنظر: د . علي عبدالقادر القهوجي, قانون العقوبات –القسم العام, الدار الجامعية, ٢٠٠٠, ص ٨٠٦.

والأضرار الناجمة عنها, ومن اجل تحقيق مبدأ التفريد يجب تظافر وتعاون السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية في الدولة حيث تقوم السلطة التشريعية بسن القوانين وتحديد العقوبات ضمن مقاييس عامة وأخرى خاصة, وهذا ما يسمى بالتفريد التشريعي,ومن ثم تتولى السلطة القضائية بدورها توقيع العقوبة على المجرمين حسب حالتهم الشخصية وظروف الجريمة ضمن الحدود والمقاييس المحددة قانوناً والذي يطلق عليه التفريد القضائي. وبعد ذلك تقوم السلطة التنفيذية بتنفيذ العقوبة على المجرم ومعاملة كل منهم معاملة خاصة حسب حالته ضمن برنامج علاجي وإصلاحي يهدف إلى تأهيله وإعادته إلى المجتمع, وهذا ما يسمى بالتفريد التنفيذي[١] .

عليه سنقوم ببيان التفريد التشريعي و التفريد التنفيذي في مطلبين مستقلين ونخصص المبحث الثاني للتفريد القضائي لأهميته و تعلقه بموضوع بحثنا بشكل رئيس.

المطلب الأول

التفريد التشريعي (القانوني)

التفريد التشريعي أو القانوني هو التفريد الذي يقوم به السلطة التشريعية في الدولة أي المشرع, فيحدد العقوبات بوجه عام آخذاً بنظر الاعتبار كون العقوبة رادعاً قياساً على جسامة الجريمة والخطورة التي يهدد كيان المجتمع بغض النظر عن الحوادث, لأن المشرع لا يستطيع ان يلم بكل الحوادث, وجل ما يفعله هو تمكين السلطات الأخرى من جعل العقوبة ملائما لشخص الجاني وظروف الجريمة, حيث كانت تقدير العقوبة في الماضي من اختصاص القاضي فله أن يحكم بما يراه مناسبا دون أن يكون له مرشد أو يكون عليه رقابة, وبعد رسوخ مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص) خصوصاً بعد الثورة الفرنسية – جدير بالذكر ان الشريعة الإسلامية الغراء سبقت القوانين الوضعية في تبني هذا المبدأ وذلك في قوله تبارك و تعالى (...وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا)[٢] – تم تثبيت العقوبات ولكن لم يكن خيرا من سلفه فقد نص على عقوبات

(١) د. أكرم نشأت ابراهيم, القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن,الطبعة الثانية, مطبعة الفتيان-١٩٩٨ ص ٣٤٥.

(٢) سورة الاسراء, الاية /١٥.

ثابتة للجنايات بلا حد أقصى أو حد أدنى[١] ,حتى ظهور الدراسات في مجال علم الاجرام واهتداء الفكر الانساني إلى مبدأ تفريد العقوبة.

وقد ألقت هذه الدراسات وما تمخضت عنها من مبادىء عبئاً على عاتق المشرع عند تحديده للعقوبات الجزائية وهو مراعاة تدرجها حسب ظروف كل مجرم, فما يفترض تطبيقه من نص معين على شخص الجاني ليس وارداً تطبيقه على شخص آخر لنفس الفعل إذا وقع في ظروفٍ معينة, مثل ظروف التشديد, أو التخفيف, أو الأعذار المعفية أو المخففة للعقوبة.

إذن, التفريد التشريعي هو التفريد الذي يتولاه المشرع ويحاول عن طريقه أن يجعل العقوبة متناسباً ومتلائماً مع الخطورة المادية للجريمة بما تتضمنه من خطر على المجتمع, أو ما تحدث به أضراراً وتكون متناسباً أيضاً مع الظروف الشخصية للجاني المتوقع من قبل المشرع وقت تحديده للعقوبات[٢] .

وجدير بالذكر, أن تقدير جسامة ماديات الجريمة تتحدد بأمرين/ أولهما: مقدار الأهمية الاجتماعية للحق المعتدى عليه, فكلما ازدادت الأهمية ازدادت عقوبة الجريمة تبعاً لذلك, فعلى سبيل المثال فإن عقوبة القتل العمد أشد من عقوبة السرقة ذلك أن حق الحياة أهم لدى المجتمع من حق الملكية. وثانيهما: مدى جسامة الأعتداء على الحق, أي مقدار خطورة وسيلته, فجريمة القذف بطريق العلانية أشد عقوبة مما لو تجرد منها, وكذلك تتحدد جسامة الإعتداء بمقدار العقبات التي تؤدي إلى تحقيق الجريمة فكلما ازدادت العقبات وازداد النشاط الإجرامي والإصرار على المضي فيه اشتد العقاب تبعا لذلك, فالسرقة من مكان مسور بحائط أو مقفل أشد عقوبة من السرقة في الطرقات أو المحال المفتوحة[٣] .

وكذلك من بين الإعتبارات التي يضعها المشرع عند تقديره للعقوبات هي مدى الخطورة والإثم الذين يتميز بهما طوائف من المجرمين وإن كانت ماديات الجريمة متشابهة ومتماثلة, فكلما

---

(١) د. جندي عبدالملك, الموسوعة الجنائية, الجزء الخامس, منشورات الحلبي الحقوقية, ٢٠١٠, ص ١٧.

(٢) أمل المرشدي, نظام تفريد العقوبة, بحث منشور على الانترنيت بتاريخ ٢٠١٦/٩/٢١ أنظر الرابط التالي www.mohamah.net تاريخ الدخول ٢٠١٧/٩/٢

(٣) د.محمود نجيب حسني, شرح قانون العقوبات, القسم العام, المجلد الثاني, الطبعة الثالثة, منشورات الحلبي الحقوقية, بلا سنة طبع,ص١٠٧٧.

ازداد الإثم والخطورة اشتد العقاب, فالمجرم المتعمد أشد عقوبة من المجرم غير المتعمد والمجرم العائد أشد عقوبة من المجرم المبتدىء[١] .

ومن أهم مظاهر تفريد العقوبة تشريعياً, بعد تحديد مقدارها ذات حدين أعلى وأدنى, هي الظروف التي يقدر المشرع مسبقاً أنها توجب تشديد أو تخفيف العقوبة أو حتى الإعفاء منها, وسنبحث هذه الوسائل في الفروع التالية:

الفرع الاول

مقدار العقاب وحدوده القانونية

بما أن المشرع لا يستطيع الإلمام بكافة الظروف الشخصية للمجرم فيكتفي بتحديد العقوبة بين حدين أعلى و أدنى(بالنسبة لأغلب الجرائم) على أساس تناسبها مع ماديّاتها وما تحدثه من ضرر, فهو تحديد عام مجرد من الواقع, أذ لا يعرف أشخاصهم ابتداءاً ويتنبأ بأنّ العقوبة عادلة وملائمة لكل شخص يرتكب الجريمة نفسها, عليه فإن القاضي لا يمكنه تجاوز هذه الحدود المعينة سلفاً من قبل المشرع الاّ في الحدود التي يسمح له المشرع بذلك قانوناً . إضافة إلى ذلك يميز المشرع في مقدار العقاب بين المجرم البالغ والجانح الحدث من جهة وبين المجرم المتعمد وغير المتعمد من جهة أخرى[٢], وكذلك تحديد عقوبة خاصة لجرائم الشروع وفي حالات تعدد الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل[٣] .

يظهر مما سبق بأن القانون(المشرع) هو الذي يحدد موضوع العقوبة وطبيعتها ودرجة جسامتها, فمن حيث الموضوع يهدف إلى ردع المجرم أو إبعاده عن المجتمع أو إصلاحه, وهو الذي يحدد طبيعة العقوبة سواء كانت تصيب المجرم في حياته كالإعدام أو في حريته كالعقوبات المقيدة للحرية أو في ذمته المالية كالغرامة, وأخيراً يحدد العقوبة من حيث درجة جسامتها على ضوء سلوك المجرم ومدى خروجه على القيم الفكرية والاجتماعية والخلقية السائدة في الدولة[٤] .

---

(١) د. محمود نجيب حسني, المصدر السابق, ص ١٠٧٨.

(٢) د. أكرم نشأت ابراهيم, المصدر السابق, ص ٣٤٥.

(٣) أنظر: نص المادة ١٤١ من قانون العقوبات العراقي المعدل ونص المادة ١٣٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة١٩٧١ وتعديلاته.

(٤) د. محمد زكي أبو عامر, دراسة في علم الاجرام والعقاب, دار الجامعة الجديدة للنشر, ١٩٩٥, ص ٤٠٧ وما بعدها.

وعلة تحديد العقوبة بين حدين أدنى و أعلى هي تحقيق أقصى درجات العدالة, عليه فإن عـدم إعطــاء الصلاحيات للقاضي في تقديــر العقوبة تعتبر إخلالا بمبدأ المشروعية الجنائيـــــة ومجافاةً للعدالة, حيث أنّ سلطة القاضي في تقدير العقوبة لا يتنافى مع مبدأ المشروعية لأن سلطته ليست تحكمية شخصية بل شرعية قانونية مستمدة من رؤية المشرع عند تحديده للعقوبات إبتداءاً[١] . عليه, فإن الحدود القانونية للقاضي تتراوح ضمن المقادير المنصوص عليها في القانون وقد كرست محكمة تمييز العراق هذا المبدأ بالقول إنّ **(الحكم بالسجن لمدة(سبع عشرة سنة) مخالف لأحكام المادة ٢٥ من قانون العقوبات التي حددت عقوبة الجناية بالإعدام أو السجن المؤبد أو السجن أكثر من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة)**[٢] .

الفرع الثاني

الأعذار المعفية و المخففة للعقاب

الأعذار القانونية بنوعيها هي الأسباب التي يبينها القانون على سبيل الحصر من شأنها أن تعفي الجاني من العقوبة أو تخففها عند توافر شروطها وهي التي نص عليها المشرع العراقي في المادة ١/١٢٨ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل بقوله (الأعذار إما أن تكون معفية من العقوبة أو مخففة لها ولا عذر إلاّ في الاحوال التي يعينها القانون. وفي ما عدا هذه الأحوال يعتبر عذرا مخففا إرتكاب الجريمة لبواعث شريفة أو بناء على استفزاز خطير من المجنى عليه بغير حق)

يظهر من النص السابق بأنها تشمل كلا النوعين من الأعذار المعفية والمخففة وهما من طبيعة واحدة لأن المشرع أوجدها ونص عليها إلا أنّها لا تنتج الآثار نفسها, وتتسم الأعذار بنوعيها بأنها: **شرعية** أي نص عليها القانون صراحة مبيناً شروطهما بحيث لايجوز للمحكمة أن تأخذ بعذر لم ينص عليها القانون. وهي كذلك **ملزمة** أي, على المحكمة الأخذ بها عند توافر شروطها لذا, يجب على المحكمة تقصيها والبحث عنها (حتى من قبل محكمة التمييز), وبهذا

(١) جواهر الجبور, السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى, بحث منشور على الانترنت, أنظر الرابط التالي elibratry.mediu.edu, ٢٠١٣, ص ٤٢, تاريخ الدخول ٢٠١٧/٩/٨.

(٢) القرار المرقم ١٣٤/موسعة ثانية/٩١ بتاريخ ١٩٩١/١١/٣٠, أنظر: ابراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز, القسم الجنائي, الجزء الرابع, منشورات دار الكندي, بغداد, ١٩٩٨, ص ٦٩.

نصت المادة ٢/١٢٨ من قانون العقوبات العراقي المعدل (يجب على المحكمة أن تبين في أسباب حكمها العذر المعفي من العقوبة), وهي كذلك تبقي الجريمة رغم إزالة العقوبة أو تخفيفها, فالجريمة تبقى على عاتق مرتكبها ولا يتغير نوعها إذا كان العذر مخففاً, والعذر المعفي من العقوبة يمنع المحكمة من الحكم بأية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية كما نصت عليه المادة ١٢٩ من نفس القانون, أما العذر المخفف فقد بين آثارها المادتان(١٣٠ و ١٣١) من قانون العقوبات العراقي, وطالما أن الأعذار تتعلق بوقائع الدعوى فان محكمة الموضوع هي المكلفة بتقرير وجودها[١], وقد كرست محكمة تمييز العراق هذا المبدأ في إحدى قراراتها حيث قضت بتصديق كافة قرارات محكمة الجنايات القاضية بإدانة المتهم وفق المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات العراقي وخلوها من الظرف المشدد وسبق الإصرار وحكمت عليه بالحبس الشديد لمدة سنة واحدة استدلالا بالمادة ١٣٠ من قانون العقوبات مع إيقاف تنفيذ العقوبة لثبوت أن القتل وقع بدافع غسل العار وللظروف المحيطة بالمتهم[٢] .

وجدير بالذكر أن المشرع الكوردستاني لم يعتبر إرتكاب الجريمة بحق المرأة بذريعة بواعث شريفة عذرا قانونيا مخففاً لأغراض تطبيق احكام المواد ١٢٨ و ١٣٠ و ١٣١ من قانون العقوبات العراقي بموجب القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢[٣], وبرأي لم يوفق المشرع في ذلك, حيث أن الظروف والأسباب التي أدت بالمشرع العراقي الى تقرير هذا النص متواجدة في المجتمع الكوردستاني أيضاً وكان الأجدر عليه عدم تعديلها وإبقاءها على حالها.

ومن خلال البحث والتقصي ظهر لنا أن أغلب التشريعات إن لم يكن جميعها قد أخذت بهذه الاعذار وأدرجتها في موادها العقابية كالتشريع المصري واللبناني والأردني والسوري على سبيل المثال لا الحصر, وتعرف الأعذار المعفية في بعض هذه التشريعات بالأعذار المحلة للعقوبة. والعلة من تقرير هذه الأعذار تكاد تكون متشابهة في أغلب التشريعات, كأن يكون مقابل المنفعة التي يقدمها الجاني للمجتمع وذلك بالكشف عن الجريمة التي تقع أو المساهمين فيها أو تسهيل القبض عليهم قبل إرتكابها حسبما جاءت في المادة ٣١١ من قانون العقوبات العراقي والمادة ١٠٧ مكرر من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧). وقد يتقرر الإعفاء حفاظاً على صلة القربى

(١) د. فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي,شرح قانون العقوبات (القسم العام)-المكتبة القانونية ١٩٩٢,ص ٤٤٩.

(٢) أنظر القرار المرقم ٨١/هيئة موسعة ثانية/٨٧-٨٨ بتاريخ ١٩٨٨/١/١٧, نقلا عن, د.عبدالستار البزركان, قانون العقوبات , القسم العام بين التشريع والفقه والقضاء, بلا ذكر المطبعة وسنة الطبع, ص ٣٩٣.

(٣) أنظر نص القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ المنشور في وقائع كوردستان العدد ٣٤ بتاريخ ٢٠٠٢/٨/٢٤.

والوشائج العائلية كما هو الحال في إعفاء الأصول والفروع والأزواج والأخوة والأخوات في مسألة إيواء الهاربين المذكور في المادة ٣/٢٧٣ من قانون العقوبات العراقي والمادة ١٤٤ من قانون العقوبات المصري والمادة ١/٨٤و٢ من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠), وقد يتقرر الإعفاء بسبب إصلاح الجاني الضرر الذي أحدثه أو تشجيع الجاني على عدم المضي في عمله الإجرامي وذلك حسبما جاءت في المادة ٨/أ من قانون مكافحة الإرهاب لإقليم كوردستان العراق المرقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ والمادة ١٠٠ من قانون العقوبات المصري)[١] .

الفرع الثالث

الظروف المشددة القانونية

الظروف المشددة هي: الأسباب التي قرر القانون وجودها فإذا توفرت في إحدى الجرائم كانت سبباً لرفع العقوبة إلى ما فوق الحد الأقصى المقررة ابتداءاً للجريمة والتي جاءت بموازاة الأعذار القانونية المعفية والمخففة, فكلتاهما منصوص عليهما في القانون صراحة ولا مجال للقاضي في الإمتناع عن تطبيقهما أو التوسع فيهما[٢] .

وهي تختلف عن الظروف المشددة القضائية التي يجوز للقاضي الأخذ بها أو تركها عند النطق بالحكم والتي تقع ضمن التفريد القضائي للعقوبة سنأتي عليها في المبحث القادم حيث يلاحظ بأن المشرع العراقي لم ينص على الظروف المشددة العامة والتي يلزم القاضي بالأخذ بها وإنما أخذ بالظروف المشددة العامة الجوازية في نص المادة ١٣٥ من قانون العقوبات العراقي النافذ, يمكن نعتها بالظروف المشددة القانونية لأن المشرع نص عليها في القانون[٣] .

وتطبيقا لمبدأ قانونية العقوبة, فإن على القاضي الإلتزام بالحدين الأعلى والأدنى عند إصدار القرار, وقد يقترب في بعض الحالات من الحد الأقصى أو يصل إليها حسب ظروف الجريمة

---

(١) د. سلطان عبدالقادر الشاوي و د. محمد عبدالله وريكات, المبادىء العامة في قانون العقوبات, دار وائل, ٢٠١١, ص ٣٧١؛ د. اكرم نشأت ابراهيم, المصدر السابق, ص ٣٤٧؛ د. خالد سعود البشير, المصدر السابق, ص ٩١.

(٢) د. عباس الحسني, شرح قانون العقوبات العراقي الجديد-القسم العام, مطبعة الأزهر, ١٩٧٠, ص ٣٢٠.

(٣) عبدالستار البزركان, العذر القانوني والظرف القضائي, مجلة القضاء, العدد الأول,١٩٩٠ السنة ٤٥, ص ١.

والمجرم إذا وجد ما يستدعي أخذه بالشدة وهذا لا يعدّ من أسباب التشديد لكونه ألتزم أساساً بالحدود القانونية المسموح بها, ولكن المشرع قد يجد في بعض الحالات بأن العقوبة المقررة للجريمة لا تكون ملائمة لظروف وحالات تتعلق بالجريمة أو بالمجرم مما يقتضي أخذ المجرم بشدة أكثر ولذلك نص على أسباب تشديد العقوبة من أجلها إما بأكثر من الحد الأقصى المقررة للعقوبة أو بتغيير نوعها إلى نوع أشد. أذاً هي أسباب نص عليها المشرع ورتب عليها تشديد العقوبة, وجوباً أو جوازاً, بخلاف العقوبة المقررة إبتداءاً للجريمة, وهي أسباب قانونية لا تكون إلا بنص[١] .

ويعرفها الدكتور محمود نجيب حسني بقوله " إن أسباب التشديد هي حالات يجب فيها على القاضي–أو يجوز له– أن يحكم بعقوبة من نوع أشد مما يقرره القانون للجريمة أو أن يجاوز الحد الأقصى الذي وضعه القانون لعقوبة هذه الجريمة"[٢] .

ويستدل من هذا, أن اسباب التشديد تؤثر على السلطة التقديرية للقاضي, حيث تغير العقوبة من الحدود العادية المقررة إلى حدود أخرى تكون وجوبية وتلزم القاضي بتطبيق عقوبة أشد مما يقرره القانون, أو توسع من هذه السلطة حينما تكون جوازية بتمكين القاضي من الحكم بعقوبة أشد مما قرره القانون. وعلة تقرير هذه الأسباب هي: تحقيق الملائمة الكاملة بين العقوبة المفروضة على المجرم والظروف الواقعية للدعوى لتحقيق أقصى درجات العدالة, فوظيفة أسباب التشديد في النظام القانوني هي فسح المجال للقاضي وتمكينه لإستعمال أصوب للسلطة التقديرية التي منحه المشرع له[٣] .

ويمكن تقسيم الظروف المشددة إلى أنواع متعددة, فمن حيث مدى شمولها للجرائم تنقسم إلى **ظروف مشددة عامة** وهي: التي ينص عليها المشرع على سبيل الحصر وتشمل كافة الجرائم أو عدد كبير منها, ومن أبرزها حالة العود ونظام تعدد الجرائم التي نصت عليها أغلب التشريعات. أما **الظروف المشددة الخاصة** فهي: التي تشمل أو تلحق جريمة معينة أو عدد محدود من الجرائم ينص عليها المشرع كظرف سبق الإصرار في جريمة القتل العمد المذكور في المادة

(١) د. علي عبدالقادر قهوجي, المصدر السابق, ص ٨١٥.

(٢) أنظر: د . محمود نجيب حسني, المصدر السابق, ص ١١١٨.

(٣) المرجع نفسه, ص ١١١٩.

١/٤٠٦–أ من قانون العقوبات العراقي وظرف الليل في جريمة السرقة المذكور في المادة ٤٤٣ من القانون نفسه. ومن جهة أخرى تنقسم الظروف المشددة إلى مادية و شخصية, فالظروف المادية هي: التي تتعلق بالركن المادي للجريمة أو أحد عناصرها كالظروف المتعلقة بالمكان أو الزمان أو الوسيلة التي ارتكبت بها. اما الظروف الشخصية فهي: التي تلحق الجاني ولا تتعلق بالركن المادي للجريمة ومن أمثلتها القصد الإجرامي والخطورة الكامنة في شخص المجرم وعلاقته بالمجنى عليه والصفة الكامنة في شخصه كسرقة الخادم من مخدومه وقتل الفرع لأصوله وهكذا[١] .

المطلب الثاني

التفريد التنفيذي

يتحقق التفريد التنفيذي من خلال منح السلطات المختصة بتنفيذ العقوبات الصلاحيات اللازمة لتحديد المعاملة العقابية لكل محكوم بعقوبة سالبة للحرية على انفراد وتتمثل بإجراءات التصنيف والفحص والتهذيب والتعليم والتأهيل الإجتماعي, وعلى ضوء ما يبدو من سلوكه وتصرفاته خلال فترة التنفيذ, ومن أهم مظاهره: الإفراج الشرطي ونظام البارول والعقوبة غير محددة المدة التي أخذ بها التشريع المصري في المادة (٥٢ من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧). وقد أوصى المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات في باريس عام ١٩٣٧ بضرورة مساهمة القضاء مع الإدارة العقابية في إجراءات تنفيذ العقوبة ضماناً للحقوق الأساسية للمحكوم عليه والحيلولة دون تحكم الإدارة المكلفة بالتنفيذ, وبناء على هذه التوصية, فقد نص قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي في المادة ٧٢١ منه على تعيين قاضي تطبيق العقوبات, وأخذ به كل من القانون الإيطالي واليوغسلافي و البلجيكي[٢] .

---

(١) مركز راشيل كوري الفلسطيني لحقوق الانسان, الظروف المشددة في المسؤولية الجنائية, بحث منشور على الإنترنت بتاريخ٢٠١٥/١/٢٦, أنظر الرابط التالي rachelcenter.ps ,تاريخ الدخول ٢٠١٧/٩/١٥.

(٢) د. أكرم نشأت ابراهيم, المصدر السابق, ص ٣٨٤ وما بعدها.

ولكي يحقق التفريد في مرحلة التنفيذ مبتغاه يجب تصنيف السجناء على أساس جنسهم و عمرهم و سجل سوابقهم وأسباب إحتجازهم, حيث يسجن النساء في أماكن منفصلة عن الرجال و ينبغي مراعاة عدم الإختلاط بينهم فيما لو كانت المؤسسة تستقبل كلا الجنسين, وكذلك يتحتم فصل البالغين عن الأحداث والمحكوم عليهم عن الموقوفين ومراعاة نوع الجرائم والمدة التي يحكمون بها كذلك عزل السجناء المرضى في أماكن مخصصة حتى تزول مرضهم[١] .

أذن, التفريد التنفيذي أو الإداري هو التفريد الذي يتولاه السلطة التنفيذية في حدود المبادىء والقواعد العامة التي يحددها المشرع, فالأخير يعهد إلى الجهة القائمة بتنفيذ العقوبة وإدارة المؤسسات والمنشآت العقابية مهمة تفريد العقوبة عندما تكون هي الأجدر على تقدير ملائمتها لظروف الجريمة والمجرم من ناحية وتحقيق الغاية المتوخاة منها كما رسمها القانون من ناحية أخرى, ومن صورها نقل المحكوم عليه بعد فترة إلى أحد السجون العمومية بعدما يطرأ على شخصيته من التطور الإيجابي وكذلك إسقاط الجزء المتبقي من العقوبة بعد تنفيذها وفقاً لنظام الإفراج الشرطي بعد تحسين سلوكه وتصرفاته خلال فترة التنفيذ أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها[٢] .

المبحث الثاني

التفريد القضائي وسلطة القاضي فيه

يعدّ التفريد القضائي للعقوبة من أهم أنواع التفريد الذي يتولاه القاضي عندما يهم بإصدار العقوبة على المجرم وأن الأساس والمرحلة الحقيقية لتحقيق التفريد هي مرحلة النطق بالحكم لذلك, ينبغي على القاضي التحلي بالفطنة والعلم الكافيين بعد مساعدة المختصين له في إعداد الملف الشخصي للمجرم ولا يجب الإكتفاء بالإعتماد على سوابق المتهم أو أي قاعدة نظرية في ذلك, بل يجب عليه الإعتماد فضلاً عن ذلك على نتائج الفحوص الطبية(البيولوجية) والإجتماعية

(١) د. علي محمد جعفر, العقوبات والتدابير وأساليب تنفيذها, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع, الطبعة الاولى, ١٩٨٨, ص ١٣٨.

(٢) سعاد داودي, نظام تفريد العقوبة, بحث منشور على الانترنت بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٧, أنظر الرابط التالي www.startimes.com , تاريخ الدخول ٢٠١٧/٩/٢.

لشخص الجاني حتى يتمكن من الوصول إلى التفريد العقابي المناسب لحالته ضمن السلطة الممنوحة له من قبل المشرع[١], و هذه السلطة التقديرية تعني قدرة القاضي على الملائمة بين الظروف الواقعية لحالة الجريمة والمجرم والعقوبة التي يفرضها عليه وتتمثل في التحرك بين الحدين الأقصى والأدنى للعقوبة أو الوقوف عند أحدهما, والعلة في ذلك كثيرة **أولها:** التوزيع المنطقي أو التوازن بين سلطة المشرع وسلطة القاضي على وجه يحقق المصالح الإجتماعية والفردية معاً **وثانيها:** الحاجة إلى مراعاة الظروف الشخصية للجاني والأسباب التي دفعته إلى إرتكاب الجريمة ومن ثم تحديد العقوبة المناسبة التي تكون أساساً لمعاملةٍ تواجه تلك الأسباب التي دفع المجرم إلى إرتكاب الجريمة ويكون من شأنها تأهيله وتهذيبه وإعادته إلى حياة عادية وسوية مطابقة للقانون[٢] .

عليه, سنتناول في المطالب اللاحقة سلطة القاضي في تدريج وإختيار العقوبة وسلطته في تخفيف وتشديد العقوبة, وأخيرا نبين الرقابة القضائية على هذه السلطة.

المطلب الأول

سلطة القاضي في تدريج واختيار العقوبة

نتيجة للفكر العقابي الحديث والأفكار التي جاءت بها فقهاء الفلاسفة والقانون ألزمت المشرع بجعل النصوص القانونية مرنة بحيث تساعد القضاة على التطبيق السليم للقانون وذلك لتحقيق الأغراض المتوخاة من العقوبة وفرضها وفق ما يلائم كل حالة على حدة, وبهذا أصبحت العقوبة تتدرج في مقدارها ونوعها بحسب جسامة الجريمة وخطورة مرتكبها. ولدراسة سلطة القاضي في تدريج واختيار العقوبة نقوم ببحثها في فرعين مستقلين, نتناول في الفرع الأول التدرج الكمي للعقوبة, وفي الفرع الثاني الإختيار النوعي للعقوبة:-

(١) د. خالد سعود بشير الجبور, المصدر السابق, ص٩٩.

(٢) د. محمود نجيب حسني, المصدر السابق, ص ١٠٧٤.

الفرع الأول

سلطة القاضي في التدريج الكمي للعقوبة

إن معظم العقوبات المنصوص عليها في التشريعات الجنائية الحديثة تتراوح بين حدين أعلى وأدنى ليفسح المجال أمام القاضي لإختيار العقوبة المناسبة بين هذين الحدين, فسلطة القاضي في التدريج الكمي تعني ما يتمتع به القاضي الجنائي في تدريج العقوبات المطروحة أمامه واختيار القدر المناسب منها في حدودها الدنيا والعليا على ضوء الحالـــة المعروضـــة عليه وملابساتـــها وظروف المتهم[١]. علماً بأن التدريج في العقوبات يكون في العقوبات التي تقبل طبيعتها التبعيض, كالعقوبات السالبة للحرية أو المقيدة لها والغرامة حتى يتمكن القاضي من تقدير العقوبة بين حديها الأعلى و الأدنى, وهناك نوعين من التدريج الكمي للعقوبة وهي: **النوع الأول التدريج الكمي الثابت,** ويكون عندما يحدد المشرع حدين أعلى وأدنى ثابتين كحدين عامين أو حدين خاصين أو حد أدنى عام وحد أعلى خاص أو بالعكس. وجدير بالذكر أن القانونين العراقي والمصري يحتويان على العديد من العقوبات ذات الحد الأدنى العام والحد الأعلى الخاص وعدد قليل من العقوبات ذات الحدين الخاصين أو ذات الحد الأدنى الخاص والحد الأعلى العام ولكنها ازدادت بصدور عدد من قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل[٢] حيث احتوت على عقوبات ذات الحدين الخاصين. أما **النوع الثاني فهو: التدريج الكمي النسبي** ويكون محلها الغرامة فقط, فالغرامة هي العقوبة الوحيدة التي يحدد لها المشرع نطاقاً كمياً نسبياً ويكون موضوعياً عندما يحدد المشرع مقدار الغرامة قياساً بقيمة المال محل الجريمة أي قيمة الضرر المترتب عليها أو الفائدة التي حصل منها الجاني من جراء ارتكاب الجريمة, وهذه القاعدة تشمل فقط الغرامات النسبية المحددة بحدين أعلى وأدنى قياساً إلى قيمة الضرر أو الفائدة[٣], أو تحديد أحد حديها بهذه الطريقة والحد الأخر بمبلغ معين ثابت كحد خاص للغرامة, ويكون التدريج الكمي النسبي

---

(١) كريم هاشم, دور القاضي الجنائي في تقدير العقوبة, رسالة ماجستير, جامعة محمد خيضر, كلية الحقوق, ٢٠١٥, مشار إليه في الرابط التالي dspace.univ-biskra.dz , ص ٣١.

(٢) أنظر قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل ذات الرقم ٧٧ لسنة ١٩٨٢ والقرار المرقم ٥٧٠ لسنة ١٩٨٢

(٣) كالغرامة المقررة في المادة ٣/٢١ من قانون التنمية الصناعية رقم ٣١ لسنة ١٩٦١ العراقي والتي نصت على انه (يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة أضعاف الرسوم الكمركية المقررة ولا تزيد على عشرة أضعافها,كل من أستعمل المواد المشمولة بالاعفاء لغير مقاصد المشروع الذي استوردت لأجله تلك المواد).

شخصياً عندما يحدد تبعاً للدخل اليومي للجاني في بعض القوانين كالقانون السويدي والدنماركي والفنلندي[١] .

الفرع الثاني

سلطة القاضي في الاختيار النوعي للعقوبة

امتثالا للفكر العقابي الحديث فقد لجأ المشرعون إلى وضع عقوبات مختلفة الأنواع لجريمة واحدة في تشريعاتهم العقابية وذلك لمنح القضاة الحرية الكاملة في اختيار نوع العقوبة الملائمة للحالة المعروضة عليهم مراعياً في ذلك ظروف المجرم و ملابسات الجريمة, وتتمثل سلطة القاضي في الاختيار النوعي للعقوبة بنظامي العقوبات التخييرية والعقوبات البديلة الذين حققا نصراً لمبدأ تفريد العقاب.

أولا/ نظام العقوبات التخييرية:- ويعني هذا النظام ترك الحرية للقاضي في اختيار إحدى عقوبتين مختلفتي النوع (كالحبس أو الغرامة أو كليهما) أو عقوبة واحدة من بين ثلاث عقوبات مختلفة الأنواع (كالاعدام أو السجن المؤبد أو الغرامة أو العمل في بعض التشريعات) محددة للجريمة التي أرتكبها الجاني, وينبغي أن تكـون العقوبـات المحددة للجريمة الواحدة مختلفة النوع كالحبس أو الغرامـة فلا يمكن تصور هذا النظام في العقوبات المتماثلة أي من نوع واحد كالسجن المؤبد أو المؤقت لأنها من نوع واحد, وهذا النظام يمنح القاضي مجالاً واسعاً في اختيار نوع العقوبة الملائمة للمجرم على ضوء ملابسات الجريمة وظروف المجرم[٢] . وقد أخذ قانون العقوبات العراقي النافذ بنظام العقوبات التخييرية بنطاق واسع في عقوبات الجنح كالحبس أو الغرامة.

ثانياً/ نظام العقوبات البديلة:- يتم بموجبه تخويل القاضي سلطة تبديل عقوبة معينة بعقوبة أخرى من نوع مختلف يمكن الحكم بها أو تم الحكم بها على الجاني وفقاً للنصوص القانونية ويكون ذلك عندما يستحيل تنفيذ العقوبة الأصلية– في القانون العراقي– أو احتمال استحالة تنفيذها أو يكون العقوبة البديلة أكثر ملائمةً لحالة المجرم الشخصية بغض النظر عن نوع الجريمة, فالقاضي ابتداءاً يقرر العقوبة الأصلية في منطوق الحكم ثم يقوم باستبدال تلك العقوبة

(١) د. أكرم نشأت ابراهيم, المصدر السابق, ص ٣٥٧.

(٢) د. خالد سعود بشير الجبور, المصدر السابق, ص ١٠٨ وما بعدها.

إلى عقوبة بديلة عند تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية وتكون صنواً لها[١], ومن صورها استبدال عقوبة الغرامة بعقوبة سالبة للحرية[٢] أو استبدال العقوبة السالبة للحرية بعقوبة الغرامة(المادة ٤٤٦ من قانون العقوبات العراقي المعدل), وكذلك جواز الحكم على الحدث بالعقوبات البديلة الواردة في قانون رعاية الأحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل[٣] بدلاً من العقوبة السالبة للحرية المقررة أصلاً للجريمة.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تخفيف و تشديد العقوبة ومدى الرقابة عليها

إضافة إلى ما يتمتع به القاضي من سلطة تقدير العقوبة كمياً و نوعياً وفقاً لما بيناه سابقاً فإنه يتمتع أيضاً بسلطة استثنائية في تخفيف و تشديد العقوبة إلى ما دون الحد الأدنى أو ما فوق الحد الأقصى للعقوبة المقررة أصلا للجريمة, عليه سوف نبحث سلطته أولاً في الظروف القضائية المخففة وثانياً في الظروف القضائية المشددة ثم نلحق ذلك بفرع ثالث نبين فيه الرقابة القضائية على سلطة القاضي في تقديرهما على التوالي:

الفرع الأول

الظروف المخففة القضائية

الظروف القضائية المخففة أو ما يعرف في بعض التشريعات بالأسباب المخففة التقديرية هي أسباب تستدعي الرأفة بالمجرم وتسمح بتخفيف العقوبة بحقه في الحدود المرسومة لها بالقانون وهي تتناول كل ما يتعلق بمادية العمل الإجرامي في ذاته وبشخص المجرم الذي أرتكب هذا العمل وبمن وقعت عليه الجريمة, وكذلك كل ما أحاط ذلك العمل ومرتكبه والمجنى عليه من الملابسات

(١) قريمس سارة , سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة, رسالة ماجستير, جامعة الجزائر, كلية الحقوق ٢٠١١ – ٢٠١٢ , ص ١١٠.

(٢) أنظر نص المادة ٩٣ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٣) أنظر نصوص المواد (٧٢ إلى ٧٨) من قانون رعاية الأحداث العراقي المعدل.

والظروف بلا استثناء, وهو ما أصطلح على تسميته بالظروف المادية والظروف الشخصية, وهذه المجموعة المكونة من تلك الملابسات والظروف والتي ليس في الإستطاعة بيانها ولا حصرها بل هي التي ترك لمطلق تقدير القاضي أن يأخذ منها ما يراه موجباً للرأفة[١] .

إن مؤسسة الأسباب المخففة أو الظروف المخففة من أهم وأكثر المؤسسات ألتصاقاً بمبدأ تفريد العقاب وهي النتيجة البارزة التي توصل إليها الإتجاهات الحديثة في التشريعات المختلفة والتي تهدف إلى عدم فصل الجاني أثناء محاكمته عن ظروفه الاجتماعية والاقتصادية والنفسية والتي كانت السبب إلى حد كبير في ارتكاب الجريمة[٢] .

فقد منح المشرع للقاضي الجنائي صلاحية إستخلاص العوامل التي تؤدي إلى الرأفة بالمجرم من خلال ظروفه و ظروف الواقعة المعروضة عليه, وهو أمر متروك لتقدير المحكمة أي أنها ليست ملزمة بإجابة المتهم إلى طلبه أو الرد عليه, وهذه الظروف لم يذكرها المشرع في القانون[٣], ولم يبين ضوابطها بل ترك أمر تقديرها لسلطة المحكمة, إلاّ أنّه يتعين على المحكمة عند أخذها بالظروف المخففة النظر إلى مدى خطورة المجرم وتحديد مقوماته الشخصية والعوامل الدافعة إلى ارتكاب الجريمة وإلى امور كثيرة لا يمكن حصرها[٤]. ومن الأمور التي اعتبره القضاء العراقي سبباً لتخفيف العقوبة على سبيل المثال وليس الحصر كون المحكوم تجاوز سن الأحداث بسنين قليلة, وكون المحكوم شاباً في مقتبل العمر وتفاهة المسروق[٥] .

إن للظروف القضائية المخففة أهمية قانونية كبيرة تتجلى في تمكين القاضي من تطوير القانون وفقاً للمصالح الاجتماعية والنظريات العلمية بحيث إذا كانت العقوبات المقررة لبعض الجرائم شديدة فيتمكن القاضي وفقاً لهذه الظروف الإستجابة لها أو الإبقاء على العقوبة الشديدة المقررة تحقيقاً للردع العام[٦] .

---

(١) أنظر: د.جندي عبدالملك, المصدر السابق, الجزء الرابع, ص ٦٦٤.

(٢) د. عبود السراج, شرح قانون العقوبات, القسم العام, الجزء الثاني, جامعة دمشق, بلا سنة طبع, ص ١٧٦.

(٣) وردت في قانون العقوبات العراقي النافذ بعض الظروف المخففة والتي نص عليها المشرع العراقي في المواد ٤٥ و ١٨٣/ب و ١٨٧.

(٤) د. جمال ابراهيم الحيدري, المصدر السابق, ص ١٠٤٧.

(٥) أنظر: القرار المرقم ٦٤/هيئة عامة/٩٠ بتاريخ ١٩٩٠/١٠/١٥, والقرار المرقم ٨٣/هيئة عامة/٩٠ بتاريخ ١٩٩٠/١١/١٤, المشار إليهما في: إبراهيم المشاهدي, المصدر السابق,الجزئين الأول والثالث , ص ٧٩ و٦٣.

(٦) د. محمود نجيب حسني, المصدر السابق, ص ١١٠٩.

كما وأن لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية واسعة في إستنباط هذه الظروف من الواقعة المعروضة عليها ولا تكلف بتقديم الدليل على وجودها, وإنما يكفي القول بوصول قناعة المحكمة إلى توفر الظروف المخففة في وجدانها ولكن يتعين عليها إذا ما خففت العقوبة طبقاً لذلك أن تبين في أسباب حكمها الظرف الذي أقتضى هذا التخفيف عملاً بحكم المادة ١٣٤ من قانون العقوبات العراقي النافذ, وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز العراق في أحدى قراراتها بمضمون هذا المبدأ بالقول (**يعتبر نقصاً في قرار فرض العقوبة تخفيفها استدلالاً بالمادة ١٣٢ عقوبات دون ذكر بيان الظرف القضائي المخفف لها على نحو ما تقضي به المادة ١٣٤ من قانون العقوبات العراقي التي توجب على المحكمة بيان أسباب تخفيف العقوبة**)[١] .

ومن الجدير بالذكر, أن المشرع العراقي أخضع عقوبات الجنايات والجنح فقط لنظام الظروف المخففة وأن سلطة القاضي فيها محدودة وغير مطلقة حيث بينها نص المادتين ١٣٢ و ١٣٣ من قانون العقوبات العراقي, إذ تنص المادة ١٣٢ منه على ما يلي:

(إذا رأت المحكمة في جناية أن ظروف الجريمة أو المجرم تستدعي الرأفة جاز لها أن تبدل العقوبة المقررة للجريمة على الوجه الآتي:ـ

١ـ عقوبة الإعدام بعقوبة السجن المؤبد أو المؤقت مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة.
٢ـ عقوبة السجن المؤبد بالسجن المؤقت.
٣ـ عقوبة السجن المؤقت بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر.

وتنص المادة ١٣٣ منه على ما يلي(إذا توفر في الجنحة ظرف رأت المحكمة أنه يدعو إلى الرأفة بالمتهم جاز لها تطبيق أحكام المادة ١٣١), وتنص المادة ١٣١ على أنه:(إذا توفر في جنحة عذر مخفف يكون تخفيف العقوبة على الوجه الآتي: (إذا كان للعقوبة حد أدنى فلا تتقيد به المحكمة في تقدير العقوبة[٢] وإذا كانت العقوبة حبساً وغرامة معاً حكمت المحكمة بإحدى

(١) أنظر قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢١٣٤ بتاريخ ١٩٨٥/٩/٣٠ المشار إليه في: د. جمال ابراهيم الحيدري, المصدر السابق, ص ١٠٥٣.

(٢) تطبيقا لذلك قضت محكمة تمييز العراق بأن(الاستدلال بالمادة ١٣١ و ١٣٣ عقوبات لا يعطي الحق للمحكمة باستبدال عقوبة الحبس إلى الغرامة طالما أن عقوبة الجريمة مقيدة بحد أدنى وذلك هو مفهوم المخالفة للشق الثالث من المادة ١٣١ من قانون العقوبات العراقي الذي ينص على جواز الحكم بالغرامة بدلاً من الحبس إذا كانت العقوبة غير مقيدة بحد أدنى) أشار إليه د. جمال ابراهيم الحيدري,المصدر السابق, ص ١٠٥٦.

العقوبتين فقط, وإذا كانت العقوبة حبسا غير مقيد بحد أدنى حكمت المحكمة بالغرامة بدلاً منه)

.

يتبين من نص المادة ١٣٢ من قانون العقوبات العراقي بأن المشرع لم يحدد سلطة القاضي في تبديل العقوبة فيما لو كانت العقوبة تخييرية مثلاً بين السجن المؤبد والمؤقت وتظهر الإشكالية هنا, وقد ذهبت محكمتا تمييز العراق والإقليم إلى أعتماد العقوبة القصوى عند تطبيق نظرية الظروف المخففة في عدة قرارات لهما[١] وكان ذلك بداعي أن المشرع في المادة السابقة قد أعتمد أساساً بالنزول عن الحد الأقصى وليس الأدنى, وأن نوع الجريمة يحدد بنوع العقوبة الأشد المقررة لها في القانون[٢] .

ولكنّني أرى أنه بإمكان المحكمة اعتماد الحد الأدنى للعقوبة لتطبيق نظام الظروف المخففة وذلك للمبررات التالية, أولاً: لأن المشرع لم ينص عليه صراحة ولا يوجد مانع قانوني يمنع القاضي من الأخذ به ومن الصعب استظهار نية المشرع في اعتماده العقوبة القصوى, وثانياً: لدى استقراء المادة ٢٣ من قانون العقوبات العراقي نجد أنها تنص على تقسيم الجرائم من حيث جسامتها إلى الجنايات والجنح والمخالفات وهي تحديد نوعي للجريمة فيما لو كانت عقوبة الجريمة تخييرية مثلاً عقوبة جريمة ما هي السجن أو الحبس حيث يحدد الجريمة بأنها جناية إستناداً للمادة ٢٣ الآنف الذكر هذا من جهة, ومن جهة أخرى تظهر الإشكالية في بعض العقوبات التخييرية كعقوبة القتل العمد وفق المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات العراقي وهي السجن المؤبد أو المؤقت فلو عرضت على القاضي هذه الحالة وكانت ظروف الجريمة والمجرم تستدعي الرأفة به فلا يستفيد المجرم من هذه الظروف إذ أن العقوبة القصوى للجريمة هي السجن المؤبد وعند تطبيق نص المادة ٢/١٣٢ منه عليه, يتم تنزيل العقوبة إلى السجن المؤقت التي هي أساساً ضمن

---

(١) قرار محكمة تمييزإقليم كوردستان العراق عدد (٢٧/الهيئة العامة-الجزائية/٢٠١٥) في ٢٠١٦/٤/١٧, غير منشور, حيث جاء فيه (إن تخفيف العقوبة استدلالا بالمادة ٣/١٣٢ عقوبات في جريمة قتل العمد وفق المادة ٤٠٥ عقوبات لا يجوز بأي شكل من الاشكال لأن عقوبة جريمة القتل وفق المادة المذكورة هي السجن المؤبد حيث يحدد نوع الجريمة بنوع العقوبة الأشد المقررة لها في القانون بموجب المادة ٢٣ من قانون العقوبات العراقي . كما جاء في قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٤٥/هيئة موسعة ثانية/٩١ في ١٩٩١/٧/٣٠ بأن (إن الشق الثاني من المادة ٣١٥ عقوبات ينص على عقوبة السجن المؤبد أو المؤقت وحيث أن المادة ٢٣ عقوبات تنص على أنه يحدد نوع الجريمة بنوع العقوبة الأشد المقررة لها في القانون وأن المادة ١٣٢ عقوبات تعتمد أساسا بالنزول عن الحد الأقصى وليس الأدنى, لذلك فلا يجوز النزول في العقوبة إلى الحبس لأن العقوبة في هذه المادة السجن المؤبد أو المؤقت). أشار إليه: ابراهيم المشاهدي, المصدر السابق, ج٣, ص ٧٨.

(٢) أنظر: نص المادة ٢٣ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

السلطة التقديرية للقاضي المختص في توقيعها دون الإستدلال بالمادة ١٣٢ منه, عليه يبدو لي أنه بإمكان المحكمة تنزيل العقوبة بالإعتماد على الحد الأدنى للعقوبة المقررة للجريمة إن شاء ذلك ووفقاً لما يقتضيه ظروف الجريمة والمجرم وتلافياً لهذه الإشكالية وتحقيقاً لأغراض العقوبة التي تستهدف بالدرجة الأولى إصلاح المجرم وتأهيله .

وجدير بالملاحظة أن بعض التشريعات كالتشريع المصري أعطى الصلاحية للقاضي بأن يخفف العقوبة على أساس العقوبة الأخف فيما إذا كانت تخييرية, ولكن قيّدها في بعض الجنايات إذا كانت العقوبة الأخف لها حد أدنى مع عقوبة الجناية بحيث حدد لها النهاية الصغرى فلا يجوز لها النزول عن هذا الحد. أما بالنسبة للغرامة فلم يمنح المشرع المصري الصلاحية للقاضي بإستعمال ظروف الرأفة بالمتهم ذلك أن هذه الظروف تشمل العقوبات المقيدة للحرية فقط إستنادا إلى نص المادة (١٧) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ [١] .

أما عقوبة الغرامة في القانون العراقي –عندما تكون عقوبة أصلية– فلم ينص عليها المشرع في المادة (١٣٢) الآنفة الذكر ذلك أن الظروف المخففة لا تشمل المخالفات, وأن معظم عقوبة الغرامة إن لم نقل كلها هي من نوع جرائم المخالفات, ولكن يبدو لنا بأنه عندما تكون العقوبة مزدوجة(السجن والغرامة) في الجنايات والجنح فإنه بإمكان القاضي شمول عقوبة الغرامة أيضاً لنظام الظروف المخففة لعدم وجود نص يمنع ذلك خصوصاً عندما يكون الجاني معسراً.

الفرع الثاني

الظروف المشددة القضائية

سبق وأن أشرنا بشكل عام إلى الظروف المشددة في الفرع الثالث من المطلب الأول من هذا البحث, وبقي أن نقول: بأن الظروف المشددة القضائية نص عليها المشرع العراقي –بخلاف الظروف المخففة– في المادة ١٣٥ من قانون العقوبات العراقي النافذ, وهي (عبارة عن الحالات

(١) د. جندي عبدالملك, المصدر السابق, الجزء الرابع, ص ٦٨٠.

والأفعال الموضوعية أو الشخصية التي تؤثر أو يمكن أن تؤثر على تشديد العقوبة للجريمة المرتكبة يحددها المشرع, وعند اقترانها بالجريمة يجيز للقاضي تجاوز الحد الأعلى لعقوبة الجريمة أو احلال عقوبة أخرى من نوع أشد محلها)[١] , وهي تنقسم إلى نوعين ظروف مشددة عامة تتعلق بكل الجرائم وظروف خاصة تتعلق بجريمة واحدة أو بنوع معين من الجرائم, ومن الظروف المشددة العامة التي نص عليها المشرع العراقي : إرتكاب الجريمة بباعث دنيء وانتهاز فرصة ضعف إدراك المجنى عليه أو عجزه عن المقاومة أو استعمال طرق وحشية في ارتكاب الجريمة أو استغلال الجاني صفته كموظف في ارتكاب الجريمة, ومتى ما توفرت هذه الظروف في الجريمة جاز للمحكمة تشديد العقوبة بأكثر من الحد الأقصى المقررة للعقوبة أو إبدالها بعقوبة من نوع أشد, وكذلك من الظروف المشددة ارتكاب الجريمة بقصد الحصول على كسب غير مشروع [٢] وكانت تلك الجريمة لا يعاقب بالغرامة, فقد أجيز للقاضي الحكم بالغرامة فضلا عن العقوبة المقررة قانونا لتلك الجريمة بشرط أن لا تزيد على قيمة الأموال التي كسبها الجاني, وتشديد عقوبة المجرم العائد وفقا لاحكام المادتين ١٣٩ و ١٤٠ من قانون العقوبات العراقي.

ويلاحظ مما تقدم أن تأثير الظروف المشددة على العقوبة مسألة جوازية متروكة لتقدير المحكمة, وكان الأجدر بالمشرع جعلها مسألة وجوبية حيث أن هذه الظروف تعبر عن الخطورة الكامنة في نفس الجاني فضلاً عن الأضرار الإجتماعية التي تلحق بالمجتمع[٣] .

أما الظروف المشددة الخاصة, فأنها تتعلق بالجريمة الواحدة أو نوع معين من الجرائم كظرف سبق الإصرار في جريمة قتل العمد وظرف الليل في جريمة السرقة, وصفة الجاني كالطبيب في جريمة الإجهاض وما إلى ذلك[٤] .

وجدير بالذكر أن هناك ظروفاً قضائية غير منصوصة عليها في القانون وإنّما أفرزتها التطبيقات القضائية وهي على سبيل المثال, تراكم رصيد الجاني من الجرائم, والدور الفعال له في ارتكاب الجريمة والشراسة في طباعه, وعدم مبالاته لأرواح الناس.

---

(١) أنظر: د. أكرم نشأت ابراهيم, المصدر السابق, ص ٣٦٩.

(٢) أنظر: نصوص المواد ١٣٥ و١٣٦ و ١٣٨ من قانون العقوبات العراقي النافذ.

(٣) د. حميد السعدي, المصدر السابق, ص ٣٧٢.

(٤) د.أكرم نشأت ابراهيم, المصدر السابق, ص ٣٧٠ وما بعدها.

الفرع الثالث

الرقابة القضائية على سلطة القاضي

إن من أهم واجبات القاضي هي تحقيق العدالة واحترام حقوق الخصوم المقررة لهم قانوناً وإقناعهم بعدالة القضاء وإزدياد ثقتهم به ومن أجل تحقيق ذلك عليه تسبيب الأحكام والقرارات التي يصدرها لضمان احترام هذه الحقوق والمحافظة على حياديته ومهنيته في تطبيق نصوص القانون. لهذا نجد التشريعات تنص على وجوب تسبيب الأحكام الجزائية لكي يتمكن محكمة التمييز(النقض) من ممارسة سلطتها في الرقابة والتأكد من صحة إصدار القرار من قبل القاضي أو المحكمة سواء في تسبيب الحكم أو تقدير العقوبة على المتهم[١].

وبما أن الظروف القضائية المخففة غير مذكورة في القانون حصراً بل ترك أمر تقديرها واستخلاصها لسلطة المحكمة فهي غير خاضعة لرقابة محكمة التمييز وللمحكمة الأخذ بها من عدمها وهي غير ملزمة أبداً بتطبيقها ولا يكون قرارها موجباً للطعن مما ينبغي الإلتزام بها وفقاً للقانون بخلاف الأعذار القانونية التي هي مذكورة نصاً في القانون وعلى سبيل الحصر[٢] .

ولكن متى ما أخذت المحكمة بهذه الظروف المخففة فيكون قرار تسبيبها خاضعة لرقابة محكمة التمييز وفقاً للمادة ١٣٤ من قانون العقوبات العراقي, وبهذا قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان ـ العراق حيث قالت (في حالة لجوء المحكمة إلى تخفيف العقوبة عليها أن تبين في أسباب حكمها العذر أو الظرف الذي اقتضى التخفيف)[٣] .

أما في بعض التشريعات العربية كالقانون اللبناني, فإن للقضاء سلطة منح الظروف المخففة دون ذكر سببها ولا يكلف بتعليلها أو تحديدها بل يكفي القول بوجه عام أنه قدر توافر أسباب تقديرية مخففة حتى وإن لم يذكرها وأنما أكتفى بتوقيع عقوبة تقل عن الحد الأدنى المقررة للجريمة, يعني أنه قدر توافرها وأجرى التخفيف على أساسها ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة

---

(١) جواهر الجبور, المصدر السابق, ص ١٤٠.

(٢) د. حميد السعدي, المصدر السابق, ص ٣٧٣.

(٣) أنظر: القرار المرقم ٩١/هيئة جزائية/١٩٩١ بتاريخ ١٩٩١/٥/٢٣, أشار إليه:عثمان ياسين علي, المبادىء القانونية في قرارات محكمة تمييز إقليم كوردستان-العراق, القسم الجنائي, منشورات اتحاد قضاة اقليم كوردستان, ٢٠٠٨, ص ٢٠.

التمييز, ولكن لهذه القاعدة بعض الإستثناءات وذلك عندما يكون المتهم مكرراً(عائداً) أي في حالة العود وعندما تستبدل عقوبة الجناية بعقوبة الحبس سنة على الأقل وكذلك تحويل العقوبة الجناحية إلى عقوبة تكديرية[١], فقط في هذه الحالات يتعين على القاضي تبرير سبب التخفيف .

المبحث الثالث

تفريد العقوبة في الشريعة الإسلامية

بعد أن عرضنا نظام تفريد العقوبة بشكل عام وركزنا خلاله على القضاء العراقي وتطبيقاته بشكل خاص, سنتناول في هذا المبحث تفريد العقوبة في الشريعة الإسلامية الغراء, ليس من باب المقارنة, فشتان ما بين القانون الألهي والقانون الوضعي ولكن على سبيل الإستيضاح والكشف فحسب وما جرى عليه الباحثون من قبلي من ايراد أحكام الشريعة الإسلامية في المواضيع المختلفة, ولا يسعنا في هذا المقام بيان أحكام التفريد في الشريعة الإسلامية كافة إذ يحتاج ذلك إلى بحوث متعددة, وإنما نكتفي ببيان ماهية العقوبات وأنواعها في الشريعة الإسلامية ومن ثم نسلط الضوء على سلطة القاضي في ممارسة نظام التفريد حيال هذه العقوبات وذلك من خلال المطلبين التاليين:ـ

المطلب الأول

ماهية العقوبة وأنواعها في الشريعة الاسلامية

بغية الوقوف على ماهية العقوبة في الشريعة الإسلامية لابد من التطرق أولاً إلى مفهوم العقوبة في الشريعة الإسلامية ثم نوضح أنواع العقوبة فيها, وذلك من خلال فرعين مستقلين نخصص الفرع الأول لمفهوم العقوبة والفرع الثاني لأنواعها بشكل موجز وكالتالي:

(١) العقوبة الجناحية يكون حدها الأدنى عشرة أيام وحدها الأعلى ثلاث سنوات سواء كان مع التشغيل ام بدونها, أما العقوبة التكديرية, فحدها الأدنى يوم واحد وحدها الأقصى عشرة أيام ولا ينطوي على التشغيل, نقلاً عن: د. محمود نجيب حسني, المصدر السابق, ص ٩٩٠ و ١١١٢ وما بعدها؛ د. علي عبدالقادر قهوجي, المصدر السابق, ص ٨١٢.

الفرع الأول

مفهوم العقوبة في الشريعة الإسلامية

إن العقوبة في الشريعة الإسلامية مقررة لمصلحة الجماعة وإصلاح الأفراد يترتب على عصيان أمر الشارع, والهدف منه حماية البشر من المفاسد وإصلاح حالهم واستنقاذهم من الجهالة وكفهم عن المعاصي, ولتحقيق هذه الأهداف يجب أن تقوم العقوبة على أصول محددة تحقق هذا الغرض. ومن هذه الأصول أن تكون العقوبة مانعة بحيث تمنع الكافة من الوقوع في الجريمة وإذا ما وقعت تزجر غيره من اتيانها, وفي هذا يقول بعض الفقهاء عن العقوبات بأنها: (موانع قبل الفعل وزواجر بعده أي, العلم بشرعيتها يمنع الإقدام عليها ووقوعها بعده يمنع العود إليه). وإن إيقاع العقوبة ليس الغرض منه الإنتقام من المجرم وإنّما إصلاح حاله.

والعقوبات بشكل عام شرعت رحمة للخلق وإرادة الإحسان إليهم, ولهذا يجب لمن يعاقب غيره أن يقصد من وراءه الإحسان إليه والرحمة به كتأديب الوالد لولده, وكما يقصد الطبيب معالجة المريض[1] .

الفرع الثاني

أنواع العقوبة في الشريعة الإسلامية

تنقسم العقوبات في الشريعة الإسلامية إلى عقوبات الحدود والقصاص والدية وعقوبات التعازير والتي نبينها في فروع ثلاثة:

أولاً: عقوبات الحدود:ـ

وهي العقوبات المحددة نصاً في كتاب الله تعإلى وسنة رسوله محمد(صلى الله عليه وسلم) وهي محددة نوعاً ومقداراً وليست بين حدين أعلى وأدنى, فمتى ما وجبت بضوابطها وشروطها المقررة

(١) د. عبدالقادر عودة, التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي, الجزء الاول, دار الكاتب العربي, بلا سنة طبع,ص ٦٠٩.

فقهاً لا يملك القاضي حيالها سلطة تقديرية ومن هذه العقوبات المقررة لجرائم الحدود هي :

جريمة الزنا وعقوبتها الرجم إن كان محصناً والجلد والتغريب إن كان غير محصن[١], **وجريمة القذف** وعقوبتها الجلد ثمانين جلدة كعقوبة أصلية ولا تقبل شهادته كعقوبة تبعية[٢], **وجريمة السرقة** وعقوبتها قطع اليد بضوابط وشروط محددة في الفقه[٣], **وجريمة الحرابة أو السرقة الكبرى** وعقوبتها على حسب ظروف الجريمة هي القتل أو القتل مع الصلب أو القطع من خلاف[٤], **وجريمة شرب الخمر** وعقوبتها الجلد دون تحديد عددها والتي وردت في السنة النبوية, **وجريمة الردة** وعقوبتها القتل–على خلاف في الرأي بين الفقهاء لا مجال لذكرها في هذا البحث– استناداً للحديث(من بدل دينه فأقتلوه)[٥], وجريمة البغي أي الخروج على الحاكم المسلم وعقوبتها هي القتل استناداً للحديث (إنه ستكون هنات و هنات فمن أراد أن يفرّق أمر هذه الأمة وهي جميعٌ فأضربوه بالسيف كائناً من كان)[٦] .

ثانياً: عقوبات القصاص والدية :ـ

جرائم القصاص والدية هي: القتل العمد وشبه العمد والقتل الخطأ والجرح العمدي وغير العمدي ولها عقوبات متعددة هي القصاص والدية والكفارة والحرمان من الميراث والحرمان من الوصية, والقصاص يعني: أن يعاقب المجرم بمثل فعله, فمن قتل يقتل ومن جرح يجرح , وعقوبة القصاص هي لجرائم القتل العمد والجرح العمد وشرعيته من القرآن والسنة حيث يقول سبحانه وتعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيم** ﴾ [٧].

---

(١) سورة النور الاية ٢.

(٢) سورة النور الاية ٤.

(٣) سورة المائدة الاية ٣٨.

(٤) سورة المائدة الاية ٣٣.

(٥) رواه البخاري عن عكرمة, صحيح البخاري, بلا سنة طبع, كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم, باب حكم المرتد.

(٦) رواه مسلم عن عرفجة, صحيح مسلم, بلا سنة طبع, كتاب الإمارة, باب حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع.

(٧) سورة البقرة , الآية ١٧٨.

ويقول الرسول الأكرم محمد(صلى الله عليه وسلم): (من قُتل له قتيل فأهله بين خيرتين, إن أحبوا فالقود, وإن أحبوا فالعقل, أي الدية).

أما الدية فهي مقدار من المال تدفع للمجنى عليه ولا تدخل في خزينة الدولة وهي تشبه التعويض في هذه الناحية إلا أنها تختلف عنه بأنها عقوبة جنائية ولا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد, وهي مقررة كعقوبة أصلية لجرائم القتل والجرح شبه العمد والخطأ[١]. وشرعيته قوله سبحانه وتعالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةً فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾[٢] .

أما الكفارة كعقوبة أصلية هي عتق رقبة مؤمنة, فمن لم يجد أو يجد قيمتها يتصدق بها وعليه صيام شهرين متتابعين وهذه الاخيرة تعتبر عقوبة بدلية لا تنفذ إلا بعد إستحالة تنفيذ العقوبة الأصلية وشرعيته الآية ٩٢ من سورة النساء الآنف الذكر, أما الحرمان من الميراث والوصية فهما عقوبتان تبعيتان يتبعان القاتل تبعاً للحكم عليه بعقوبة القتل, وشرعيته قول الرسول الكريم محمد(صلى الله عليه وسلم): (ليس للقاتل من الميراث شيء)[٣].

ثالثاً: عقوبات التعازير:-

جرائم التعازير هي تلك المعاصي أو المنهيات التي لا حد فيها ولا كفارة, وقسم منها منصوص عليها في القرآن والسنة النبوية ولكن بدون تحديد نوعية العقوبة ومقدارها على غرار ما فعلت في جرائم الحدود والقصاص, وهذه الجرائم تركت لسلطة ولي الأمر في تجريم الأفعال التي يراه بأنها ضارة بمصلحة المجتمع والفرد, إلا أن هذه السلطة مقيدة بمبادىء الشريعة ومقاصدها ومصلحة المجتمع. وسلطة القاضي في عقوبات التعازير متنوعة حيث تبدأ بالإنذار والتوبيخ والإحضار أمام القاضي والحبس وقد تصل إلى القتل في بعض الأحيان في الجرائم التي تمس أمن

(١) د. عبدالقادر عودة, المصدر السابق, الجزء الاول, ص ٦٦٣ وما بعدها.

(٢) سورة النساء, الآية ٩٢.

(٣) أخرجه البيهقي والنسائي والدارقطني والطبراني وصححه الألباني في صحيح الجامع(٥٤٢٢).؛د. عبدالقادر عودة, المصدر السابق, ص ٦٨١.

المجتمع, ولكن هذه السلطة مقيدة بأن لا تبلغ عقوبة الحد عملاً بقول الرسول محمد(صلى الله عليه وسلم) (من بلغ حداً في غير حدٍ فهو من المعتدين)[١].

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تفريد العقوبة في الشريعة الاسلامية

أفسحت حكمة التشريع الألهي المجال واسعاً أمام القاضي لتطبيق نظام تفريد العقوبة حرصاً منه على حفظ كرامة الانسان حتى وإن أنزلق إلى هاوية الجريمة وسلك طريقها, فالتشريع الإسلامي يأخذ بنظر الإعتبار عند توقيع العقوبة شخصية الجاني وحالته وظروفه الشخصية وطبيعة الفعل الإجرامي(خصوصاً في جرائم التعازير) حيث يميل إلى التخفيف عن بعض المجرمين تشجيعاً لهم على التوبة ويميل في بعض الأحيان إلى التشديد على المجرم الخطير للمحافظة على المجتمع وأمنه وسلامته, حيث تُشدد العقوبة في بعض الحالات قياساً بالضرر الناجم جراء إرتكاب الجريمة, ففي جريمة قاطع الطريق أو الحرابة حيث تقطع يد الجاني ورجله من خلاف إذا أخذ المال ولم يقتل, وإذا لم يأخذ المال وقتل فإنه يقتل وهكذا حسب التفصيل الوارد في كتب الفقه, وكذلك تُشدد العقوبة في جريمة الزنا بذات محرم قياساً بدناءة البواعث والدوافع وجزاءه القتل سواء كان محصناً أو غير محصن, أما سلطة القاضي في جرائم التعازير فهي واسعة جداً حيث أتيح له اختيار ما يناسب المجرم من عقوبات متنوعة للتعازير تبدأ بمجرد التوبيخ أو الزجر أو تسويد الوجه أو اركاب الدابة مقلوباً أو الجلد أو الحبس أو النفي أو إتلاف المال أو الطرد أو القتل أحياناً ان كانت الجريمة تقتضي ذلك[٢].

وخلاصة القول, أن عقوبات التعازير تمتاز بمرونة كبيرة وهي غير محددة بحد أدنى ويمكن تطبيقها بأية وسيلة ممكنة شرط ان تتضمن على إيلام المجرم قولاً وفعلاً .

---

(١) أخرجه البيهقي(٣٢٧/٨), وأبونعيم في الحلية(٢٦٦/٧) عن النعمان بن بشير وضعفه الألباني في (السلسلة الضعيفة والموضوعة)(٧٢/١٠)؛ محمد تهامي دكير, خصائص العقوبة في الشريعة الاسلامية, بحث منشور على الانترنيت سنة ٢٠١٤ المشار إليه في الرابط التالي www.adelamer.com تاريخ الدخول ٢٠١٧/١٠/١٥.

(٢) د. عبدالقادر عودة, المصدر السابق, الجزء الاول,ص ٦٨٥. ؛ د. عدنان الدوري, المصدر السابق, ص ١٣٢ وما بعدها.

إن سلطة القاضي وصلاحيته في تفريد العقوبة في الشريعة الإسلامية تختلف تبعاً لنوع الجريمة فإن كانت الجريمة من جرائم الحدود فلا يستطيع القاضي الزيادة فيها أو النقصان أو استبدالها بغيرها من العقوبات, لأنها مقدرة نصاً ومقداراً, وهي عقوبات لازمة وحق لله تعإلى أي لا تنازل فيها أو إسقاطها لا من الافراد ولا من الجماعة, وهدفها كما بيّنا رفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والحماية لهم, ولكن القاضي يستطيع استبدال عقوبة الحد إلى عقوبة أخرى عند عدم توفر شروط الحد أو وجود شبهة فيها حيث تدرأ الحدود بالشبهات فعندئذٍ بإمكان القاضي استبدال عقوبة الحد إلى عقوبة تعزيرية(١).

وبناء عليه فإن سلطة القاضي في العقوبات المقررة في الشريعة الإسلامية والتي تكون ذات حد واحد هي سلطة مقيدة بحيث لا يستطيع تبديلها أو زيادتها أو نقصانها حتى وإن قبلت طبيعتها الزيادة والنقصان كالتوبيخ والنصح والجلد المقرر حداً, أما العقوبات التي هي ذات حدين فللقاضي الحرية الكاملة في اختيار القدر المناسب أو الملائم لحالة المجرم كالحبس والجلد في التعازير.

أما العقوبات المقدرة نوعاً ومقداراً فلا مجال للقاضي أن ينقص منها أو يزيد أو يستبدلها بغيرها وتسمى بالعقوبات اللازمة كما مر ذكرها, والعقوبات غير المقدرة نوعاً ولا مقداراً فللقاضي الحرية في اختيار نوع العقوبة المناسبة وتحديد كمها حسبما يراه من ظروف الجريمة والمجرم وتسمى بالعقوبات المخيّرة(٢).

والتعازير هي مجموعة العقوبات غير المنصوص عليها و غير مقدرة إبتداءاً ويمكن توقيعها على الجرائم كافة ما عدا جرائم الحدود والقصاص والديّة فلها عقوباتها الخاصة, عليه فأن سلطة القاضي فيها واسعة بحيث يختار من العقوبة ما يراه مناسباً لفعل الجاني وتبدأ بأخف العقوبات كالنصح والإنذار وتنتهي بأشدها كالحبس والجلد وقد تصل إلى القتل في بعض الجرائم الخطيرة, ولم يحدد الشريعة الإسلامية عقوبة معينة ومحددة لجرائم التعازير بخلاف القوانين الوضعية لأن تقييد القاضي بهذه العقوبات يمنعه من أداء وظيفتها في تفريد العقوبة ويجعلها غير عادلة في كثير من الأحيان, لأن ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافاً بيناً وما قد يصلح

(١) د. عبدالقادر عودة, المصدر السابق, الجزء الاول, ص ٦٣٤.

(٢) المرجع نفسه, ص ٦٣٣.

مجرماً قد يفسد غيره, ولذلك تركت هذه العقوبات لتقدير القاضي بأن يختار من بينها ما يناسب المجرم والتي يراها كفيلة بتأديب الجاني واصلاحه وله أيضاً أن يعاقب بعقوبة واحدة أو اكثر أو أن يخفف العقوبة أو يشددها وله أن يوقف العقوبة إذا كان ذلك يكفي لإصلاح الجاني وردعه, وجدير بالذكر إن هذه الصلاحية الواسعة لا يجعل القاضي أن يتحكم في العقوبة كيفما يشاء وليس ثمة خطر من هذا السلطان؛ لأن جرائم التعازير هي جرائم بسيطة والتساهل فيها يجعل الجاني يسلك سبل الصلاح بدلاً من سلوك سبل الجريمة والرذيلة[١] .

الخاتمة

تبين لنا من خلال البحث مدى أهمية مبدأ تفريد العقوبة الذي هو أحد إفرازات السياسة الجنائية الحديثة, وقد توصلنا من خلالها إلى الإستنتاجات والمقترحات التالية:-

(١) د. عبدالقادر عودة, المصدر السابق,الجزء الاول,ص ٦٨٦.

١- ظهر بأنَّ المشرع العراقي أبدى أهتماماً واضحاً بمبدأ تفريد العقوبة وتقرير العقوبات على ضوءه تماشياً مع أهداف السياسة الجنائية الحديثة.

٢- إنَّ السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي جديرة بالإهتمام والثقة والتي أصبحت من مرتكزات السياسة الجنائية الحديثة بما أنَّ المشرع ابتداءاً لا يسعه الاحاطة بكافة ظروف وملابسات الجريمة ونفسية المجرم وشخصيته.

٣- بينا الإشكالية الموجودة في الظروف القضائية المخففة (المادة ١٣٢) بأن المشرع لم ينص صراحة على سلطة القاضي فيما لو كانت العقوبة تخييرية.

٤- تبين بأن القاضي له الحرية الكاملة في الأخذ بالظروف القضائية المخففة من عدمه ولا يخضع قراره للطعن ولكنه في حالة الأخذ به فإنه يخضع للرقابة القضائية.

٥- أن المشرع العراقي عند تحديده للظروف المشددة العامة الواردة في المادة (١٣٥) من قانون العقوبات العراقي جعل الأمر جوازياً للمحكمة وكان الأجدر به إلزام المحكمة بذلك نظراً لما تنطوي هذه الظروف من خطورة في نفسية المجرم أثناء ارتكاب الجريمة.

٦- لم يوفق المشرع العراقي في عدم النص على شمول عقوبة الغرامة بظروف الرأفة .

المقترحات:ـ

١- جعل نصوص قانون العقوبات تمتاز بمرونة أكثر لتواكب وتلائم المستجدات التي تطرأعلى المجتمع من كافة النواحي إذ تنعكس على الجريمة أيضاً وذلك بمراعاة هذه النقطة عند أي تعديل تطرأ على موادها.

٢- تمكين رجال القضاء من قضاة المحاكم وأعضاء الادعاء العام من الإلمام بعلوم النفس والإجتماع وذلك بفتح دورات لهم وتثقيفهم من هذه الناحية لتساعدهم في فهم شخصية المجرم ودراسة نفسيته قبل النطق بالحكم ولتحقيق العدالة التي يتوخاها الجميع.

٣- نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة إلى المادة (١٣٢) من قانون العقوبات لتحديد سلطة القاضي فيما لو كانت العقوبة تخييرية وعدم الإعتماد على العقوبة القصوى كما درجت عليها التطبيقات القضائية.

٤- نقترح على المشرع العراقي شمول عقوبة الغرامة بظروف تخفيف العقوبة وفقاً للمادة (١٣٢) من قانون العقوبات والنص عليها صراحة.

٥- نقترح إستحداث عقوبة العمل للصالح العام وخصوصاً في الجرائم البسيطة أو عقوبات الحبس قصيرة المدة لما لهذه العقوبات من ضرر على الفرد والمجتمع سواء, حيث أن عقوبة العمل للصالح العام تجنب الفرد الذي ارتكب الجريمة لأول مرة بالإختلاط بالمجرمين الآخرين الذين اعتادوا الإجرام ومن جهة أخرى, فإنَّ العمل للصالح العام تدر دخلاً للجاني وعائلته ولا تتركهم عالة على المجتمع علاوة على إبعاده للجاني عن السير في مسالك الجريمة والإنخراط فيها ثانية.

أنتهى بعون الله وتوفيقه

فهرس المراجع

أولاً/ القرآن الكريم

ثانياً/ الكتب المطبوعة :

١- إبراهيم المشاهدي, المختار من قضاء محكمة التمييز, القسم الجنائي, الجزء الرابع, منشورات دار الكندي, بغداد-١٩٩٨.

٢- د. أكرم نشأة ابراهيم, القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن, مطبعة الفتيان, بغداد ١٩٩٨ .

٣- د. أمين مصطفى محمد, مبادىء علمي الإجرام والجزاء الجنائي, دار المطبوعات الجامعية, الأسكندرية,٢٠١٠.

٤- جندي عبدالملك , الموسوعة الجنائية – الجزء الخامس, منشورات الحلبي الحقوقية-٢٠١٠ .

٥- د. جمال إبراهيم الحيدري, الوافي في شرح أحكام القسم العام من قانون العقوبات, الطبعة الأولى, مكتبة السنهوري, بيروت, ٢٠١٢.
٦- د. خالد سعود بشيرالجبور, التفريد العقابي في القانون الاردني, دار وائل للنشر, ٢٠٠٩.
٧- د. سلطان عبدالقادر الشاوي و د. محمد عبدالله الوريكات , المبادىء العامة في قانون العقوبات – دار وائل – الطبعة الأولى – ٢٠١١ .
٨- د. عباس الحسني, شرح قانون العقوبات العراقي الجديد, القسم العام, مطبعة الازهر, بغداد,١٩٧٠ .
٩- د. عبدالستار البزركان, قانون العقوبات, القسم العام, بين التشريع والفقه والقضاء, بلا مطبعة وسنة طبع.
١٠- د. عبدالستار البزركان, العذر القانوني والظرف القضائي, مجلة القضاء, مجلة حقوقية فصلية تصدرها نقابة المحامين في العراق ع ١ –١٩٩٠, س ٤٥.
١١- د. عبدالقادر عودة, التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي, الجزء الاول, دار الكاتب العربي,بلا سنة طبع.
١٢- د. عبود السراج, شرح قانون العقوبات, القسم العام, الجزء الثاني, جامعة دمشق, بلا سنة طبع .
١٣- د. عدنان الدوري, علم العقاب ومعاملة المذنبين, منشورات ذات السلاسل, كويت, الطبعة الأولى, ١٩٨٩.
١٤- د . علي عبدالقادر القهوجي, قانون العقوبات, القسم العام, الدار الجامعية, ٢٠٠٠.
١٥- د. علي محمد جعفر, العقوبات والتدابير وأساليب تنفيذها, المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع, بيروت – لبنان– ١٩٨٨ .
١٦- عثمان ياسين علي, المبادىء القانونية في قرارات محكمة تمييز إقليم كوردستان–العراق, القسم الجنائي, منشورات اتحاد قضاة اقليم كوردستان, الطبعة الأولى,٢٠٠٨.
١٧- د . فتوح عبدالله الشاذلي, أساسيات علم الإجرام والعقاب , منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٩.
١٨- د. فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي, شرح قانون العقوبات, القسم العام, مطبعة الزمان, بغداد ١٩٩٢ .
١٩- د . محمد زكي أبو عامر, دراسة في علم الإجرام وعلم العقاب.دار الجامعة الجديدة للنشر–١٩٩٥ .
٢٠- د. محمود نجيب حسني, شرح قانون العقوبات, القسم العام, الطبعة الثالثة, بلا سنة طبع, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, المجلد الثاني.

ثالثاً/ الأبحاث والمقالات الإلكترونية :

١. أمل المرشدي, نظام تفريد العقوبة, بحث منشور على الإنترنيت بتاريخ ٢٠١٦/٩/٢١, المشار إليه في الرابط التالي www.mohamah.net .
٢. جواهر الجبور, السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى– بحث منشور على الإنترنت المشار إليه في الرابط التالي elibratry.mediu.edu.
٣. مركز راشيل كوري الفلسطيني لحقوق الإنسان, الظروف المشددة في المسؤولية الجنائية, بحث منشور في الإنترنت المشار إليه في الرابط التالي rachelcenter.ps بتاريخ٢٠١٥/١/٢٦.

٤. **سعاد داودي, نظام تفريد العقوبة, بحث منشور على الانترنت المشار إليه في الرابط التالي** www.startimes.com **بتاريخ** ٢٠١٤/٨/١٧.

٥. **قريمس سارة, سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة, رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة الجزائر ٢٠١١ – ٢٠١٢.**

٦. **كريم هاشم , دور القاضي الجنائي في تقدير العقوبة, رسالة ماجستير, جامعة محمد خيضر, كلية الحقوق, ٢٠١٥ المشار إليه في الرابط التالي** dspace.univ-biskra.dz .

٧. **محمد تهامي دكير, خصائص العقوبة في الشريعة الإسلامية, بحث منشور على الانترنيت سنة ٢٠١٤ على الرابط التالي** www.adelamer.com

رابعاً/ القوانين :

١- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٢- قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل.

٣- قانون العقوبات اللبناني رقم ٣٤٠ لسنة ١٩٤٣.

٤- قانون رعاية الأحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

٥- قانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ الصادر من المجلس الوطني لكوردستان-العراق المنشور في وقائع كوردستان عدد ٣٤ بتاريخ ٢٠٠٢/٨/٢٤.

محتويات

الموضوع	الصفحة
الآية القرآنية	**أ**
توصية المشرف	**ب**
شكر وتقدير	**ت**
المقدمة	**١– ٢**
المبحث الأول : ماهية التقريد العقابي	**٣**

المطلب الأول : التفريد التشريعي(القانوني)	٤– ٥
الفرع الأول : مقدار العقاب وحدوده القانونية	٦
الفرع الثاني : الأعذار المعفية والمخففة للعقاب	٧– ٨
الفرع الثالث : الظروف المشددة القانونية	٩– ١٠
المطلب الثاني : التفريد التنفيذي	١١
المبحث الثاني : التفريد القضائي وسلطة القاضي فيه	١٢
المطلب الأول : سلطة القاضي قي تدريج واختيار العقوبة	١٣
الفرع الأول : سلطة القاضي في التدريج الكمي للعقوبة	١٤
الفرع الثاني : سلطة القاضي في الاختيار النوعي للعقوبة	١٥
المطلب الثاني : سلطة القاضي في تخفيف وتشديد العقوبة ومدى القابة عليها	١٦
الفرع الأول : الظروف المخففة القضائية	١٦– ١٩
الفرع الثاني : الظروف المشددة القضائية	٢٠– ٢١
الفرع الثالث : الرقابة القضائية على سلطة القاضي	٢٢
المبحث الثالث : تفريد العقوبة في الشريعة الإسلامية	٢٣
المطلب الأول : ماهية العقوبة وأنواعها في الشريعة الإسلامية	٢٣
الفرع الأول : مفهوم العقوبة في الشريعة الإسلامية	٢٤
الفرع الثاني : أنواع العقوبة في الشريعة الإسلامية	٢٤– ٢٦
المطلب الثاني : سلطة القاضي في تفريد العقوبة في الشريعة الإسلامية	٢٧– ٢٩
الخاتمة والإستنتاجات	٣٠
المقترحات	٣٠– ٣١
فهرس المراجع	٣٢– ٣٣
المحتويات	٣٤