

## المقدمة

عادة تنص القوانين الجزائية على صلاحيات تمنح الى محاكم الموضوع بغية تقدير الادلة وترجيح بعضها على بعض، وتحديد العقوبة التي تنزل على المدان او المجرم سواء كانت العقوبات مقيدة للحرية كالحبس والسجن او ترد على الذمة المالية كالغرامة وكيفية اختيار الانسب منها، وتتضمن اكثرية نصوص قانون العقوبات حدودا اعلى وادنى للعقوبة كما وتخير قاضي الموضوع بين الاخذ بالعقوبة المقيدة للحرية والغرامة او بكلتيهما، وهذا الافق القانوني الواسع الذي يضعه المشرع بين يدي قاضي الموضوع يسمى بالسلطة التقديرية للمحكمة.

ان السلطة التقديرية الممنوحة الى قاضي الموضوع يتم ممارستها من خلال حالة ذهنية ذاتية تتبع من ضمير القاضي الذي ينبغي ان يتسم بالنقاء ومن تفكير ينطلق من المنطق اساسا له حيث يكشف الحقيقة من خلال تقييمه للادلة المتوفرة امامه والحكم بمقتضاها، بمعنى اخر ان السلطة التقديرية تعبر عن حرية القاضي المنظمة بموجب نصوص قانونية كي يختار وفقا لضميره وعلمه ما يراه عادلا حين تقديره للادلة وتحديد العقوبة، ومع ذلك ينبغي على قاضي الموضوع ان يدرك خطورة هذه السلطة الى جانب اهميتها، وان يعرف كيف يستخدمها واين ومتى يمارسها لتحقيق العدالة التي ابتغاها المشرع حينما منح تلك السلطة التقديرية وقننها في نصوص قانونية ، وقد وضع المشرع وسائل قانونية تساعد قاضي الموضوع في استعمال سلطته التقديرية الا انه ورغم الحجم الكبير لهذه السلطة فأنها ليست مطلقة بل انها مرتبطة بحدود دنيا وعليا محددة في النص القانوني وتخضع ايضا لرقابة محكمة التمييز .

وتكمن اهمية هذا البحث في اهمية متغيراته، حيث ان المذاهب الحرة في التشريع وسعت من سلطات محاكم الموضوع التقديرية حيث ان المشرع العراقي ومن خلال القوانين الجزائية وعلى رأسها قانون العقوبات واصول المحاكمات الجزائية اخذ بالمذهب الحر، فالمواد ((٢١٤-٢٢٠)) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي اعطت السلطة للمحكمة في مسألة تقدير الاعتراف والشهادة وتقييم كافة محاضر التحقيق ومستنداته وبناء قناعتها لاصدار الحكم، ومع ذلك ان السلطة الممنوحة للمحكمة ليست مطلقة حيث ان المادة ((٢١٢)) قيدت تلك السلطة وذلك بعدم جواز استناد الحكم على دليل او ورقة لم يطرح للمناقشة ولم يتم الاشارة اليه في محضر الجلسات وكذلك عدم الجواز الحكم بناءا على العلم الشخصي للقاضي وان مانص في تلك المادة

تعتبر قيда على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وتتيح لمحكمة التمييز ممارسة رقابتها لنقض القرارات المستندة على السلطة التقديرية للقاضي وفيها تجاوز على تلك السلطة.

ويتمحور اشكالية البحث في الجواب على اسئلة صعبة تواجه الباحثين في موضوع سلطة القاضي التقديرية في تشديد العقوبة وهي: هل ان التشريع العقابي العراقي اطلق يد قاضي الموضوع في تشديد العقوبة ام لا ؟ وماهي دواعي تشديد العقوبة ؟ وهل ينبغي ان يتعامل قاضي الموضوع مع جميع الحالات المشابهة المعروضة عليه بنسق واحد ؟؟ وفي محاولة للاجابة على هذه الاسئلة الصعبة سوف نتطرق الى كيفية ركون محكمة الموضوع الى الاخذ بالظروف التي تدعو الى التشديد مع المتهم ونعرض مواد قانون العقوبات والنصوص العقابية في بعض القوانين الاخرى.

وقد تضمنت المواد (١٣٠ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٤٤) من قانون العقوبات العراقي هذه الصلاحيات والسلطات التقديرية لقاضي الموضوع وتعتبر اعترافا من المشرع العراقي بأنه لايمكن تصور جميع الحالات والاحاطة بكل الامور وظروف وملابسات كل قضية على حدى، وان قاضي الموضوع هو الاقرب الى الواقعة الجرمية وهو المطلع على المشاركين فيها ومرتكبيها عليه فهو الاقدر على تحديد العقوبة ومراعاة ظروف الجريمة سواء كانت باتجاه التشديد او التخفيف. وبشكل عام فان منهجية البحث يتبنى منهج التحليل الوصفي لمواد القانون ويهدف الى التعرف على طبيعة الاجراءات التي تتخذها محكمة الموضوع حين استخدام سلطتها التقديرية لتشديد العقوبة وكذلك معرفة صلاحيات قاضي الموضوع في تشديد العقوبة بحق المتهمين والتعرف على دور السلطة القضائية المتمثلة في محكمة الموضوع حين تقدير العقوبات بحق المتهمين بعد تقييم الظروف المحيطة بالجريمة والادلة المتحصلة منها.

وقد قسمنا البحث الى ثلاثة مباحث، حيث تضمن المبحث الاول مراحل تطور مفهوم تقدير العقوبة في الماضي والحاضر اضافة الى تعريف وخصائص ظروف الجريمة وتأثير الظروف على وصف الجريمة اما في المبحث الثاني فقد بحثنا في انواع الظروف المحيطة بالجريمة واسباب تشديد العقوبة من اسباب عامة وخاصة وتطرقنا الى سلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة وحدود سلطة قاضي الموضوع واستخدام السلطة حين وجود الظروف المشددة، اما المبحث الثالث فقد خصصناه لبحث مصادر سلطة قاضي

الموضوع في تشديد العقوبة من قانون ومبادئ الشريعة الإسلامية والعدالة والسوابق القضائية وتطرقنا أخيراً إلى الرقابة التمييزية على سلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة.

وفي الخاتمة توصلنا إلى عدد من الاستنتاجات والمقترحات حاولنا خلالها عرض مختصر عن ما توصلنا إليه خلال البحث والتقصي للإجابة على الأسئلة التي تضمنتها إشكالية البحث هذا، وقد اعتمدنا على عدة مراجع ومصادر واستفدنا كثيراً من التطور التكنولوجي عبر استخدام ماكينة البحث على شبكة الإنترنت وفي كل هذا التزمنا بالحدود والسياقات المتبعة بخصوص بحوث الترقية من حيث ملاحظات المشرف وأعضاء لجنة المناقشة والإطار العام للبحث وعدد صفحاته للوصول إلى الصيغة المثلى لبحوث الترقية والله من وراء القصد .

## المبحث الاول

### مراحل تطور مفهوم الظروف المشددة للعقوبة وتقديرها

نتناول في هذا المبحث مراحل تطور مفهوم العقوبة تاريخيا في الماضي والحاضر حيث خصصنا لذلك مطلبا متكونا من فرعين كما ونبحث في تعريف وخصائص ظروف الجريمة في فرعين الاول لتعريف ظروف الجريمة والثاني لخصائص ظروف الجريمة ونشير في هذا الفرع الى خمسة خصائص باسهاب.

## المطلب الاول

### مراحل تطور مفهوم تقدير العقوبة

قسمنا هذا المطلب الى فرعين بحيث نتناول في الفرع الاول مفهوم تقدير العقوبة في الماضي وتاريخ بدء مفهوم تقدير العقوبات اما في الفرع الثاني فنتطرق الى مفهوم تقدير العقوبة في الحاضر والمدارس التي تبنت المفهوم بشكله الحديث.

## الفرع الاول

### مفهوم تقدير العقوبة في الماضي

يرجع تاريخ بدء تقدير العقوبة إلى القرن الثامن عشر حيث ساد في هذا الوقت وفي أعقاب الثورة الفكرية فكرة السياسة العقابية، حيث كانت السياسة في تقدير العقاب شديدة وقاسية فاتسمت العقوبات بالقسوة حينها ووسائل التعذيب التي ترافق تنفيذها دون النظر إلى مقدار اللذة المقترفة من الجريمة ومقدار الألم الواقع على الجاني من وجهة نظر الفقهاء في هذا الوقت وفي هذه المدة ظهر الاخصائي الإيطالي في الجريمة سيزاري ماركيز بيكاريا(١٧٣٨-١٧٩٤)، وهاجم بيكاريا في اطروحته حول الجرائم والعقوبات صرامة العقوبات وقسوتها، وأعلن عن نظرية لارتكاب المجرم للجريمة حيث قال أن المجرم إنما يرتكب الجريمة بعد موازنة يجريها بين اللذة التي يحصل عليها وبين الألم الذي قد يتعرض له بتوقيع العقاب عليه وحصيلة هذه الموازنة هي سبب الجريمة الذي يدفع الجاني إلى ارتكاب جريمته<sup>(١)</sup>:

ورأى بيكاريا أنه لا بد من وجود تناسب بين اللذة التي يحصل عليها المجرم من اقترااف جريمته وبين العقاب المطبق عليه ويعني التناسب هنا زيادة العقاب عن حد اللذة ولكن لا يجب أن تزيد العقوبة عن الغرض

(١) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص ٩٨

المطلوب منها وإلا أصبحت العقوبة تنكية وتعذيب تقشعر منه الأبدان، أنه لا بد من المساواة بين المجرمين وذلك حتى يمكنه استبعاد تحكم القضاة واستبدادهم حتى يمكنه الشعور بالعدالة، ومقتضى ذلك أن يحدد القانون عناصر الجريمة وأن يحدد العقاب، فلا يتمكن القاضي إلا من التأكد من وجود نص مدون لعقوبة الجريمة ويقوم بتطبيقه<sup>(١)</sup>.

ولا بد من إعلان العقوبة المقررة للجريمة، حتى يكون أمام المجرم فرصة للتردد في ارتكابها عند موازنته بين ألم العقوبة ولذة الجريمة التي ينوي الإقدام عليها وعلى ذلك فلم يهتم (بيكاريا) بظروف الجريمة ولكنه ساوى بين الجاني الذي ارتكب جريمة لتحقيق مطمع خاص وبين الجاني الذي ارتكب الجريمة بسبب ظروف معينة تخفف من مطامع الجريمة، وأيضاً ساوى بين من ارتكب جريمة وحشية بأبشع الأساليب لتحقيق غرض ما وبين من ارتكب جريمة بأساليب عادية لتحقيق نفس الغرض ولكن أرجع ببيكاريا العقوبة إلى مقدار اللذة التي اقترفها الجاني من جريمته وسميت هذه المدرسة بالمدرسة التقليدية القديمة ومن أهم مبادئ هذه المدرسة<sup>(٢)</sup>:

١- ضرورة العقوبة للردع العام والخاص على حد سواء .

٢- استبعاد القسوة والتعذيب في العقاب.

٣- تقييد سلطة القاضي في اختيار العقوبة.

٤- لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

٥- المساواة بين مرتكبي الجرائم في المسؤولية والعقاب.

٦- عدم التأثر بشخصية الجاني أو ظروفه عند فرض العقوبة (مبدأ التأديب).

٧- شخصية العقوبة، فلا تطبق إلا على الجاني.

وعلى ذلك لم تهتم المدرسة التقليدية القديمة بشخصية الجاني أو ظروف جريمته وكان الإهتمام الأول والأخير على ماديات الجريمة دون ظروفها أي أن الجريمة كانت كيان قانوني منفصلاً عن الجاني وظروفه، وكان من نتاج ذلك عدم تفريد للقاضي في تقديره للعقوبة فكان القاضي ينفذ عقوبة الجريمة المدونة نصاً دون النظر إلى أي ظروف فهو مقيد بعقوبة معينة استناداً إلى تساوي الجناة، وأعتبر رواد هذه المدرسة أن العقوبة للردع الخاص والعام ، وأن هذا هو أهم ما تهدف إليه ولكن على العكس من ذلك فالغرض الأساسي للعقوبة

(١) احمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٩٩

(٢) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، ١٩٩٦، ص ٨٣

هو إصلاح الجاني بالإضافة إلى الردع، ويذكر لهذه المدرسة أنها منعت تحكم القضاة وجعلت فرض العقوبة وتحديد الجريمة للمشرع وحده، وأقرت مبدأ شرعية الجرائم بمعنى ضرورة وجود نص عقابي لتطبيقه على الجريمة وحالت دون العقوبة القاسية غير المبررة<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### مفهوم تقدير العقوبة في الحاضر

ظهر تقدير العقوبة الحديثة في النصف الأول من القرن التاسع عشر واختلفت عن السياسة الجنائية القديمة، حيث تأثرت هذه المدرسة بفكرة العدالة والعدالة عندهم هي أن الجريمة شر والعقوبة شر يقابله، فمقابلة الشر بالشر يرضي الشعور بالعدالة، والعدالة هي إحساس مستقر في ضمير المجتمع وحيث بدأت عيوب المدرسة التقليدية الأولى في الظهور وبدأت تورث آثارا سيئة، أهمها الطابع الموضوعي المجرى الذي أهمل ظروف الجاني وأوضاعه الاجتماعية مما نتج عنه استياء عام بدأ يتشكل في الساحة اتجاه جديد يستفيد من إيجابيات القديم ويحاول تفادي النص الذي أعتري القديم<sup>(٢)</sup>.

وقد ظلت المدرسة التقليدية الجديدة على ولائها للمدرسة التقليدية القديمة من حيث أن حرية الإختيار هي وليدة موازنة الجاني بين اللذة التي يحصل عليها من الجريمة وبين الألم المترتب عليها بالعقاب، ولذلك فإن العقوبة وحدها هي السبيل لمكافحة الجريمة غير أنهم اهتموا بمسألة الإختيار بين الألم وبين الجريمة، فوجدوا عدم وجود تساوي بين الأفراد في مقدار الألم إذ أنهم يختلفون في مدى الموازنة بين اللذة والألم، بمعنى وجود تفاوت على مقاومة دوافع الشر التي تؤدي إلى الجريمة، فمن يفقد القدرة على مقاومة البواعث الشديدة تنتفي عنه المسؤولية الجنائية، ولذلك نادى المدرسة التقليدية الحديثة استنادا على التفاوت الموجود في الاختلاف بين الأشخاص في مسألة الإختيار بين الألم وبين الجريمة فنادت المدرسة التقليدية الجديدة إلى ضرورة تفريد العقاب على أساس درجة حرية الفرد في الإختيار وعلى ذلك جاءت الظروف المخففة وبالتالي ضرورة تخفيف العقاب حتى يتفق مع درجة المسؤولية فكانت المدرسة التقليدية الجديدة هي السبب وراء ظهور قانون العقوبات الفرنسي عام ١٨١٠ والذي أقر بتمتع القاضي بسلطة تقديرية في توقيع العقوبات، وحدد لبعض العقوبات حدها الأدنى وحدها الأقصى، وأعترف بنظرية الظروف المخففة كما أثرت النظرية أيضا في قانون

(١) د.أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة - دراسة المقارنة، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٨، ص ٧٣

(٢) د.أكرم نشأت إبراهيم، نفس المصدر السابق، ص ٧٤

العقوبات الألمانية الصادر عام ١٨٧٠ والإيطالي الصادر عام ١٨٨٩ كما ساهمت في تقرير حالات إعفاء الجاني إذا عرض له سبب يزيل حرية الاختيار لديه بالمفهوم الذي وضعته لها أو تخفيف العقوبة عليه إذا توفر سبب مشروع لذلك، وفسحت المجال للخبرة القضائية، وساعدت المحلفين على تحديد درجة المسؤولية، فدخلت بذلك العلوم الاجتماعية لأول مرة في الهيئات القضائية، وكانت أغراض المدرسة التقليدية الجديدة تحقيق العدالة من جهة وتحقيق الردع العام من جهة أخرى<sup>(١)</sup>:

## المطلب الثاني

### تعريف ومميزات ظروف الجريمة

نتطرق في هذا المطلب الى تعريف ظروف الجريمة ونخصص له فرعا مستقلا اما في الفرع الثاني فأننا نتعرض الى خصائص ظروف الجريمة ونبحثها باسهاب من خلال خمسة نقاط.

### الفرع الاول

#### تعريف ظروف الجريمة

تعرف ظروف الجريمة بحسب زاوية النظر إليها فإذا نظر إلى ظروف الجريمة من الناحية اللغوية فتعرف كلمة ظروف بأنها الحال، وعبارة أي كانت الظروف أي بأي حال من الأحوال، وعبارة حسب الظروف، تعني في أصعب الظروف أي في أوقات الشدة، وظرف الجريمة هو الظرف الذي يؤدي إلى تخفيف العقوبة، وعكسه ظرف مشدد، وظروف التخفيف تعني ملابسات تستدعي تخفيف الحكم على المتهم، وظروف التشديد تعني تشديد العقوبة على المتهم. وإذا نظرنا إلى ظروف الجريمة من الناحية الفقهية نجد أنها (عناصر ثانوية أو تبعية لا تدخل في التكوين القانوني للجريمة وإنما تؤثر فقط على جسامتها أو على مقدار العقوبة المقررة لها). وتعرف أيضا بأنها (واقعة تبعية تضاف إلى الجريمة بعد اكتمال مقوماتها فتصيب بالتعديل أو بالاستبعاد لأهم الآثار المترتبة على الجريمة وهي العقوبة)، وعرفت أيضا بأنها (وقائع عارضة يتولى تحديدها القاضي في كل جريمة على حدة ويقدر أثرها القانوني على العقوبة الواجب تطبيقه<sup>(٢)</sup>).

ولقد جرت التشريعات الحديثة على وضع عقوبات محددة بنوعها ومقدارها، ضمن نصوص قانونية يلتزم القاضي بتطبيقها كما وردت، إلا أن هذه التشريعات متأثرة بنظرية تفريد العقاب، حيث ينطوي هذا النظام على

(١) السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثالثة - دار المعارف، ١٩٥٧، ص ٦٤

(٢) جميل عبد الباقي الصغير، النظرية العامة للعقوبة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٧٥

نسبية معينة بالنسبة للعقوبات، فوضعت لكل جريمة عقوبة ذات حدين، حد أقصى وحد أدنى. وتركت للقاضي سلطة تقديرية للحكم بالعقوبة المناسبة فيكون له أن يخفف من مقدار العقوبة، أو يشدد من هذه العقوبة وفقا لما يراه ملائمة للوقائع المعروضة عليه، وحسبما يراه محققا للمصلحة بناء على ظروف كل دعوى وأحوالها<sup>(١)</sup>. وحيث ان موضوعنا البحثي يتمحور حول سلطة القاضي في تشديد العقوبة فلا بد من ايراد تعريف للظروف المشددة حيث تعرف بأنها الاحوال التي يجب على القاضي أو يجوز له أن يحكم بعقوبة من أشد مما يقرره القانون للجريمة المعروضة، و هي قد تكون موضوعية و قد تكون شخصية، بمعنى أن بعضها يعود لحالة المجني عليه، وكثيرا منها ينبثق عن الجريمة نفسها، وهناك ظروف منشؤها جرائم سابقة أو جرائم لاحقة للجريمة الواجب تشديد عقوبتها، فالظروف المشددة تؤدي إلى تشديد العقوبة في الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على ذلك، والخيار للقاضي في الامتناع عن تطبيقها أو بالتوسع في هذا التطبيق في غير الحالات التي حددها القانون لها ، شأنها في ذلك شأن الاعذار القانونية المعفية من العقوبة أو المخففة لها<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### مميزات ظروف الجريمة

للبحث في مميزات ظروف الجريمة حددنا خمسة نقاط ، وكما يلي :

#### اولاً : ظروف الجريمة هي عناصر عارضة :

تتميز ظروف الجريمة بأنها عارضة أو طارئة، أي أنها غير مستقرة في النموذج الإجرامي، إذ قد توجد في نموذج إجرامي ما وقد لا تتواجد في نموذج آخر، فقد تتصف الجريمة عند ارتكابها بصفات معينة أو ترتكب في ظروف وملابسات تؤثر في جسامتها، ومع ذلك فإن الظروف لا تدخل في تكوينها وذلك لعدم لزومها لوجود الجريمة، ويهتم القانون بتحديد أكثر هذه الظروف شيوعا وأهمية وهي التي متى ما اقترنت بالجريمة أدت إلى زيادة أو نقص جسامته الاعتداء على المصلحة القانونية محل الحماية، فإنه متى ما وجدت تلك

(١) جندي عبد الملك بك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع رشوه، ظروف الجريمة، مطبعة الاعتماد، ١٩٤١م - ١٣٦٠هـ، الطبعة الأولى، ص٧٦.

(٢) معوش عثمان، الظروف المخففة والظروف المشددة ، بحث لنيل شهادة الماجستير، جامعة عبدالحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٩، منشور على شبكة الانترنت الموقع <http://e-biblio.univ-mosta.dz/bitstream/handle>، ص٥-٦.



الظروف بغض النظر عن التباين في خصوصيتها كعارضة أو ملحقة أو تابعة أو مضافة فإن الجريمة تبقى على جسامتها وفق الضوابط التشريعية دون تغيير<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: تعتبر عناصر إضافية:

تعتبر هذه الميزة نتيجة طبيعية لكون الظروف عناصر طارئة وعارضة حيث أن الظروف تلحق بأحد عناصر الجريمة وتضفي عليه وصفاً أو تحديداً إضافياً تلحق بالعناصر الأساسية المكونة للجريمة. فالظروف دائماً عناصر إضافية فإنها تلحق بالقاعدة الأساسية الأمرة سواء كانت ظروف مشددة أو مخففة فإن القاعدة الأمرة الأساسية هي قاعدة التجريم، وهي النهي عن إتيان الأفعال المحظورة عن إتيانها، مثل تجريم السرقة والقتل وغيرها من المحظورات غير أن الظروف لا يقتصر أثرها على القاعدة الأمرة كما يرى البعض، بل يمتد إلى القاعدة الثانوية وهي القاعدة العقابية بالتشديد الجزائي، أو التخفيف، لأن أثر الظروف على القاعدة الأمرة يختلف عنها في القاعدة العقابية، لأن وجود تلك الظروف مع القاعدة الأمرة تعتبر عناصر زائدة أو إضافية تلحق بنموذج الجريمة سواء مشددة أم مخففة، أما أثر الظروف على القاعدة الثانوية العقابية فهي قد تؤدي إلى تشديد العقوبة وقد تؤدي إلى تخفيفها، ولهذا فإن ظروف الجريمة تتخذ خاصية أخرى وهي أنها ظروف إضافية تلحق بعناصر الجريمة المكونة أو بالقاعدة الأساسية الأمرة<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: التأثير في جسامه الجريمة:

اختلف الفقهاء في تأثير الظروف بين تأثيرها على الجريمة وبين تأثيرها على العقوبة فذهب البعض إلى أن الظروف تؤثر في جسامه الجريمة إضافة إلى تأثيرها في العقوبة بالتشديد أو التخفيف، لكون الظروف تتعلق بالجريمة فتؤثر في جسامتها ثم عقوبتها، بينما ذهب رأي آخر إلى اقتصار أثر الظروف على العقوبة فقط ويرى أصحاب هذا الرأي أن الظروف ركن من أركان العقوبة، مع الاختلاف في ماهية وصف الجريمة. ويرى البعض الآخر أن الظروف التي تؤثر في جسامه الجريمة، هي ظروف داخلية في تكوين الجريمة والخاصة بظروف ارتكابها، أي التي تكون سابقة على الجريمة أو معاصرة لها مثل سبق الإصرار في القتل، الإكراه في السرقة، وصفة الطبيب في الإجهاض، أما الظروف الخارجة فهي لا تعتبر عناصر داخلية في الجريمة وإنما هي وقائع خارجة عنها، مثل علاقة الجاني بالمجني عليه كعلاقة الأصل بفرعه في جريمة هتك

(١) حاتم حسن موسى، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٨٥.

(٢) رمضان الألفي، الخطورة الإجرامية - دراسة مقارنة، جامعة القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢٤.

العرض، وكذلك النتائج اللاحقة على ارتكاب الجريمة التي يرتب عليها القانون أثراً مشددة أو مخففة كسلوك الجاني<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً : التأثير في العقوبة :

من مميزات الظروف أنها تؤثر في العقوبة المقررة أصلاً للجريمة في ظروفها العادية، ويكون تأثير الظروف في تلك العقوبة إما بالتشديد أو بالتخفيف، والظروف ينصب أثرها في العقوبة وذلك عند تشريعها أو تطبيقها، فإن الظروف القانونية التي يضعها المشرع فإنها إما أن تشدد أو أن تخفف من العقوبة. التي يطبقها القاضي، فنظام الظروف القضائية يمنح القاضي سلطة النزول بالعقوبة أو تشديدها، أو إحلال عقوبة أخرى من نوع أخف محلها عندما تتوافر في الجريمة الظروف المخففة، التي يبدو أحياناً التباسها مع الأعدار القانونية المخففة، ومن المعروف أن ظروف الجريمة لا تدخل في تكوينها، فمن باب أولى أنها لا تؤثر فيها سواء من وجودها، ولهذا فإن الإجماع الفقهي منعقد على أن الظروف لا تدخل في تكوين الجريمة ويقتصر مفعولها على العقوبة فقط، ولذلك فإن أثر الظروف ينصب على العقوبة بغض النظر عن نوع الجريمة أو جسامتها، فنلاحظ أن اغلب القوانين العقابية للدول العربية قد قسمت الجرائم إلى جنایات وجنح حسب نوعها وأفرد لكل نوع عقوبات تتميز بها<sup>(٢)</sup>.

#### خامساً: الظروف عناصر يستعان بها في تفريد العقاب:

تعد الظروف من أهم وسائل التفريد القضائي والتشريعي للعقاب التي يستعين بها المشرع والقاضي في تفريد العقوبة حيث تعتبر المظهر الحقيقي الملموس ويظهر ذلك في تفريد العقوبة، حيث يستطيع القاضي أن يقدر العقوبة وفقاً للضوابط التي يرسمها المشرع، بمعنى أن ظروف الجريمة تعد مظهراً من مظاهر تفريد العقاب، فمنها ما هي ملزمة للقاضي وهي تلك الظروف التي يقرها المشرع سلفاً، وتتطلب التشديد أو التخفيف، ويلزم القاضي بالعمل بمقتضاها، أما إذا كانت تلك الظروف التي نص عليها الشارع جوازية فإنها متروكة لقناعة القاضي في التقدير عند العقاب، وهناك من الظروف ما تترك سلطة القاضي في استظهارها من خلال وقائع الدعوى الجزائية المطروحة أمامه، وهي الظروف القضائية سواء مخففة أم مشددة للعقوبة والحكمة من تحويل القاضي الحرية المطلقة في تقدير العقوبة الملائمة بين التحديد التشريعي للعقوبة نوعاً ومقداراً من جهة وبين

(١) سيد حسن البغال، الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، ١٩٨٢، ص ٣٥

(٢) طارق عبد الوهاب سليم، المدخل في علم العقاب الحديث، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ٤٢

العوامل الشخصية والاجتماعية التي تحدد جسامة الجريمة وإثم المجرم من جهة أخرى، بحيث يكون تحديد العقوبة متفقة والعوامل الذاتية والاجتماعية التي ساقط المجرم إلى الجريمة، ويكون من شأنها إصلاح المجرم وتهذيبه واعداده لحياة تتسجم مع القانون وذلك بالاستعانة بظروف الجريمة كسبب للتشديد أو التخفيف<sup>(١)</sup>.

---

(١) عادل عازر، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية القاهرة ١٩٦٧، ص ٣٤

## المبحث الثاني

### انواع الظروف المحيطة بالجريمة واسباب تشديد العقوبة

نتطرق في هذا المبحث الى انواع الظروف المحيطة بالجريمة واسباب تشديد العقوبة وخصصنا لها ثلاثة مطالب وتناولنا انواع الظروف المحيطة بالجريمة في ثلاثة فروع، اما اسباب تشديد العقوبة فقد بحثناها في فرعين، وخصصنا المطلب الثالث لسلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة وتناولنا هذا الموضوع في ثلاثة فروع لاهميتها.

### المطلب الاول

#### انواع الظروف المحيطة بالجريمة

قسمت ظروف الجريمة من حيث طبيعتها إلى ظروف مادية وظروف شخصية، حيث يقوم هذا التقسيم على أساس اختلاف هذه الطبيعة، وهو أهم تقسيم لكونه يقوم على أساس دراسة طبيعة الظروف نفسها، وتختلف طبيعة الظروف باختلاف طبيعة ركن الجريمة التي تتصل به.

### الفرع الاول

#### ظروف من حيث طبيعتها

نحاول في هذا الفرع ان نبحت في الظروف من حيث طبيعتها بشكل مسهب وذلك من خلال لقاء الضوء عليها في نقطتين مستعينين في ذلك بمواد ونصوص من قانون العقوبات العراقي .

#### اولاً: الظروف المادية:

تعد الظروف المادية للجريمة هي الظروف التي تقترن بعنصر من عناصر الركن الموضوعي المكون للجريمة وتؤدي إلى التأثير في جسامه الجريمة والعقوبة وتنص المادة (٥١) من قانون العقوبات العراقي على ((اذا توافرت في الجريمة ظروف مادية من شأنها تشديد العقوبة او تخفيفها سرت آثارها على كل من ساهم في ارتكابها فاعلاً كان او شريكاً. علم بها او لم يعلم. أما إذا توافرت ظروف مشددة شخصية سهلت ارتكاب الجريمة فلا تسري على غير صاحبها إلا إذا كان عالماً بها.أما ما عدا ذلك من الظروف فلا يتعدى أثرها شخص من تعلقت به سواء كانت ظرفاً مشددة او مخففة)). وأيضاً عرفت الظروف المادية بأنها ظروف كائنة خارج شخص المجرم والظروف العينية هي ظروف تتعلق بالجانب المادي للجريمة، وتفترض ازدياد خطورتها أو تضائلها، وقوام هذا الجانب هو الفعل والنتيجة والعلاقة البينية بينهما، والظروف العينية أو

المادية تتعلق بجانب الجريمة المادي، أي أن الظروف المادية قد تتصل بالفعل وتفترض تغيراً في مقدار خطورته، وقد يرجع ذلك إلى استعمال وسيلة معينة في ارتكابه كاستعمال السم في القتل<sup>(١)</sup>، وكذلك حين يتم ارتكابه في مكان معين كوقوع السرقة في محل مسكون أو محل عبادة، أو إلى وقوعه في زمان محدد كارتكاب السرقة ليلاً، أو في زمن الحرب، وقد تتصل الظروف المادية بالنتيجة، كإفضاء الضرب والجرح إلى عاهة المستديمة.

### ثانياً: الظروف الشخصية:

تعرف الظروف الشخصية بأنها جميع الأوصاف والشروط التي تتوفر في شخص الجاني أو تتعلق به ويعتد بها القانون ويرتب عليها آثار صغيرة لجسامة الجريمة والعقوبة. وتعتبر هذه الظروف عن ازدياد خطورة الإثم أو ازدياد خطورة الشخصية الإجرامية، هذه الظروف التي ينص عليها قانون العقوبات لجميع الجرائم<sup>(٢)</sup> قد تصاحب تنفيذ الجريمة في بعض الأحيان، فتوفر ظروف لصيقة بشخص ما، تتبني عن احتمال وقوع أضرار أو خسائر أشد جسامة في حالة ارتكابها من قبل شخص آخر، وتؤكد في الوقت نفسه على خطورة الجاني مما يستوجب معه التشديد.

### الفرع الثاني

#### ظروف من حيث تأثيرها على تحديد العقوبة

في هذا الفرع نتناول الظروف من حيث تأثيرها على تحديد العقوبة في فرعين بحيث نتطرق إلى الظروف المشددة في الفرع الأول ونبحث في الظروف المخففة في الفرع الثاني وكما يلي:

#### أولاً: الظروف المشددة :

هي الحالات والأفعال الموضوعية والشخصية التي تؤثر أو يمكن أن تؤثر على تشديد العقوبة ، وقيل بأن الظروف المشددة هي ظروف حددها القانون من شأنها تشديد الجريمة ورفع عقوبتها ، وبأنها الوقائع المنصوص عليها في القانون والتي من شأنها أن تزيد في جسامة الجانب المادي أو المعنوي في الجريمة، وبالتالي في مقدار العقوبة ، وأيضاً بأنها حالات ينبغي فيها على القاضي أو يجوز له أن يحكم بعقوبة من

(١) د. مأمون محمد سلامة / حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٥، ص ٨٦ وما بعدها.

(٢) أ.د. عبد الأمير العكيلي و د. سليم إبراهيم حربة / اصول المحاكمات الجزائية، ج ٢، بغداد، جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص ٢١٥.

نوع أشد مما يقرره القانون للجريمة أو يجاوز الحد الأقصى الذي وضعه القانون العقوبة الجريمة وبأنها الظروف التي تؤثر في جسامه الجريمة بالزيادة وبالتالي تحدث تأثيرا في جسامه العقوبة الواجبة التطبيق. وقيل بأنها الظروف المنصوص عليها في القانون والتي تترتب عليها زيادة جسامه مسؤولية الجاني عنها، وبالتالي زيادة العقوبة المقررة لها، وقد قيل أخيرا بأنها عناصر أو وقائع تبعية معدلة<sup>(١)</sup>. ونرى أن الظروف المشددة هي ظروف رأي المشرع أن توافرها يدل على جسامه أكثر في الفعل أو على خطورة أكبر لدى الجاني، لذلك عمد إلى تشديد المسؤولية عند توافرها وبالتالي تشديد العقوبة وهذا التشديد قد يكون إما بتجاوز الحد الأقصى المقرر للعقوبة أصلا حتى تصبح رادعة، وأما بالنص على عقوبة أخرى أكثر جسامه.

### ثانياً: الظروف المخففة :

إلى جانب ما يملكه القاضي من سلطة في تقدير العقوبة ضمن النطاق النوعي والكمي للعقوبة المقررة أصلا للجريمة، فإنه يتمتع بسلطة استثنائية في هذا المجال، تسمح له بتجاوز هذا النطاق المحدد أساسا نحو التخفيف أو التشديد، بقدر متباين، تبعا لما تقررها التشريعات المختلفة. ففي حالة توافر الظروف المخففة يجوز للقاضي النزول بالعقوبة المقررة إلى ما دون حدها الأدنى المنصوص عليه، أو الحكم بعقوبة أخرى أخف نوعا منها، فالظروف المخففة هي أسباب لتخفيف العقاب لم يحددها المشرع على سبيل الحصر، وإنما ترك تحديدها للسلطة التقديرية للقاضي استنادا إلى ظروف كل واقعة وما أحاط بها من ملايسات.

وأیضا تعتبر الظروف المخففة هي أسباب للتخفيف تخول القاضي في نطاق قواعد حدها القانون الحكم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر للجريمة، ولم يحدد المشرع الظروف المخففة ولم يضع ضوابط تعين القاضي على استخلاصها، بل ترك ذلك كله لفظته وحسن تقديره، ومن ثم كانت غير محددة عددا وغير معرفة مضمونة ، وقد وضع المشرع في القضاء ثقة كبيرة عن طريق نظام الظروف المخففة، فحوله أن يستظهرها من أي عنصر للدعوى وقرر له مجال تخفيف متسع جدا ولم يلزمه بتعليل قراره بمنح هذه الأسباب، ولكن ذلك لا يعني إطلاق سلطان القضاء في غير حدود فهو لا يستطيع أن يجاوز في التخفيف حدودا يرسمها المشرع. فالأصل أن الظروف المخففة تعمل على تخفيف العقوبة، وقد يصل بها القاضي إلى

(١) أ.د. عبد الأمير العكيلي و د. سليم ابراهيم حربة / المرجع السابق، ص ٢١٧.

حدها الأدنى المقرر للجريمة أو إلى حد العقوبة الأدنى المقرر قانوناً، فنلاحظ مثلاً من نصوص قانون العقوبات العراقي أنه في كثير منها لم يحدد الحد الأدنى الخاص لبعض الجرائم ويكتفي بالنص على الحد الأقصى، فإن الحد الأدنى يعتبر سلطة تقديرية للقاضي فيمكن القاضي النزول بعقوبة الحبس إذا كانت هناك ظروف مخففة وإن كانت الجريمة جسيمة، فإن العقوبة تخفف وتظل الجريمة جسيمة وفقاً للوصف القانوني لها، ووردت الإشارة إلى الظروف المخففة في قانون العقوبات العراقي في المادة (١٣٢) حيث نصت على : ((إذا رأت المحكمة في جناية أن ظروف الجريمة أو المجرم تستدعي الرأفة جاز لها أن تبدل العقوبة المقررة للجريمة على الوجه الآتي:

١- عقوبة الإعدام بعقوبة السجن المؤبد أو المؤقت مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة.

٢- عقوبة السجن المؤبد بعقوبة السجن المؤقت.

٣- عقوبة السجن المؤقت بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر.)) (صدر قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٥٩ في ١٢/١/١٩٨٢ حول عدم اعتبار تنازل ذوي المجني عليه عن حقهم الشخصي في التعويض ظرفاً قضائياً مخففاً). ومن أمثلة الظروف المخففة التي تبناها القضاء العراقي في تخفيف العقوبة ، تقاها الضرر الناشئ عن الجريمة وقلة خطورة الفعل الإجرامي، وخلو صحيفة المتهم من السوابق الجنائية، وأيضاً ندم الجاني على ما ارتكبه من إثم، خلال اجتهاده في إصلاح الضرر الذي تسبب فيه، أو إسعاف المجني عليه، وأيضاً سن الجاني كأن يكون في مقتبل العمر فيما لم يسعفه عذر صغر السن حيث يكون الجاني في سن متقدم ويتمتع بسمعة طيبة وحسن سلوكه وغيرها من الظروف التي لا حصر لها.

### الفرع الثالث

#### الظروف من حيث التأثير على وصف الجريمة

تقسم الظروف من حيث نطاق تطبيقها أو سريانها إلى ظروف مشددة عامة وظروف مشددة خاصة، فللمشرع في سريان هذه الظروف أن يسلك أحد الطريقتين فهو إما أن يضع تنظيم عام للظروف التي تلحق بكل الجرائم أو بطوائف معينة منها، وإما أن يقتصر على النص على ظروف خاصة تلحق كل منها بجريمة معينة.

## أولاً: الظروف المشددة العامة :

يقصد بالظروف المشددة العامة بأنها هي تلك الظروف التي إذا ما اقترنت بأي جريمة عدت سببا من أسباب التشديد ، حيث تشدد من العقوبة بناء على نص تشريعي وتنقسم إلى ظروف مشددة عامة وظروف مشددة خاصة ويسري التشديد فيها على جميع الجرائم، أي يتسع نطاقها ليشمل جميع الجرائم أو أغلبها وهذه الظروف منصوص عليها في عدة اماكن من قانون العقوبات العراقي والنصوص العقابية في القوانين الاخرى، وهناك ظرف آخر من الظروف المشددة العامة نصت عليه المادة (١٤٠) من قانون العقوبات العراقي وهو ظرف العود، والعود هو أن يرتكب الفاعل جريمة أو أكثر بعد أن حكم عليه نهائيا عن جريمة أخرى، وهو ظرف يتعلق بشخص الجاني، فهو دليل على عدم كفاية عقوبة الجريمة الأولى في ردع الجاني، الأمر الذي يدل على أن العائد أخطر من المجرم المبتدئ وعليه فالعود ظرف شخصي عام يشدد العقوبة لمن توافر فيه سواء كان فاعلا أصليا للجريمة أم شريكا فيها.

## ثانياً: الظروف المشددة الخاصة :

وهي تلك الظروف التي ينص عليها القانون والتي لا يسري التشديد فيها على جميع الجرائم، بل إنها خاصة بجريمة معينة أو بعدد قليل من الجرائم ، كظرف الليل في السرقة أو تعدد الجناة ، حيث تنص المادة ٤٤٠ من قانون العقوبات العراقي على يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية: (صدر قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١٦٣١ في ١٠/٣٠/١٩٨٠ بتشديد عقوبة مرتكب الجرائم المنصوص عليها في المادة ٤٤٠ والفقرتين رابعا وخامسا من المادة ٤٤٣، نشر بالوقائع العراقية عدد ٢٨٠٢ في ١٠/١١/١٩٨٠)، وشددت عقوبة مرتكب السرقة المقترنة بالظروف المشددة الواردة في المواد من (٤٤٠) الى (٤٤٣) الى السجن مدى الحياة التي لا تنتهي العقوبة الا بوفاة المحكوم عليه اذا كان قد استخدم العنف اثناء قيامه بسرقة وسيلة من وسائل النقل. جاء ذلك في الامر الصادر عن السلطة الائتلافية المؤقتة رقم ٣١ القسم ٥ الفقرة (١) المؤرخ في ١٣ ايلول ٢٠٠٣ :

١ - وقوعها بين غروب الشمس وشروقها.

٢ - من شخصين فاكثراً.

٣ - ان يكون احد الفاعلين حاملا سلاحا ظاهرا او مخبأ.



٤ - ان ترتكب السرقة في محل مسكون او معد للسكن او في احد ملحقاته وان يكون دخوله بواسطة تسور جدار او كسر باب او نحوه او استعمال مفاتيح مصنعة او انتحال صفة عامة او الادعاء باداء خدمة عامة او بالتواطؤ مع احد الساكنين في المحل او باستعمال اية حيلة.

فالظروف الخاصة دائما ما ينص عليها القانون لا سيما الظروف المشددة، أما الظروف المخففة فدائما ما يتركها المشرع للقاضي، وقد ينص القانون على بعضها دون إلزام المحكمة بأعمالها عند توافرها، أو قد يترك للمحكمة مهمة استخلاصها من وقائع الدعوى<sup>(١)</sup>، وهي ليست ملزمة بها أيضا، وتتفق الظروف المخففة مع الأعدار القانونية المخففة في أن كلا منهما يؤدي إلى تخفيف العقوبة ولكن الفرق يبقى بينهما، إذ إن الأعدار ترد في القانون حصرا، والتخفيف عند توافرها يكون وجوبية وليس للمحكمة سلطة تقديرية في ذلك، على حين لا يبين القانون كقاعدة عامة الظروف المخففة، وثم فإن القاضي هو الذي يقدرها، والتخفيف فيها يكون جوازياً.

## المطلب الثاني

### اسباب تشديد العقوبة

لتشديد العقوبة أسباب بعضها يرجع إلى الجريمة المرتكبة والبعض الآخر يرجع إلى شخصية الجاني وخطورته الإجرامية وهناك مظاهر عديدة للتشديد ولكن تندرج هذه الأسباب تحت الظروف المشددة العامة والظروف المشددة الخاصة.

### الفرع الاول

#### الاسباب العامة الموضوعية المادية

الظروف المشددة العامة هي تلك الظروف التي إذا ما اقترنت باية جريمة عدت سببا من أسباب التشديد، دون أن تلحق بالجريمة في النص التشريعي الخاص بها ويرجع ذلك إلى صعوبة حصر هذه الظروف العامة ولكن اكتفى المشرع بالخطوط العريضة التي يسير عليها القاضي فلم يلحق المشرع الجريمة بالنص التشريعي مثل الظروف المشددة الخاصة فالظروف المشددة العامة مثل ظرف العود الذي نص عليه المشرع في المادة (١٤٠) من قانون العقوبات العراقي، والعبارة من نص المشرع على العود كظرف مشدد، هو

(١) د. سامي النصراري، دراسة في اصول المحاكمات الجزائية، ج٢، بغداد، مطبعة دار السلام، ١٩٧٦، ص ٢٦٠.

أن بعد إنذار الجاني بالإقلاع عن الجريمة، فإذا أستخف بهذا الإنذار وعاد إلى ارتكاب جريمة أخرى فقد دل بذلك على أنه يطوي بين جنبيه شخصية خطيرة لم يجد في تقييمها الإنذار العام ممثلاً في نص التجريم ولا الإنذار الخاص ممثلاً في الحكم القضائي الأول، فاستحق بذلك أن تزداد له جرعة العقاب عن جريمته الثانية إما في قدرها أو في نوعها، على تقدير أن الجرعة الأولى إذا كانت لم تغلح في ردهه فالمأمل أن تغلح الثانية، ويتضح من هذا أن القدر الزائد في عقوبة العائد لا علاقة له بجسامة جريمته التالية، فهذه الجريمة منظورة إليها في ذاتها لا تزيد في ضررها الاجتماعي عن مثيلاتها التي تقع من مبتدئ، وإنما القدر الزائد مقرر لعله تخص العائد وحده، فهو مقابل العودة.

أن أغلب الظروف تتصل بالجانب المعنوي في الجريمة أو غير ذلك من الصفات أو العوامل الشخصية في مرتكب الجريمة وقد تكون عامة تشمل جميع الجرائم أو معظمها ونرى أن هناك اشتراك بين الظروف المشددة العامة وبين الظروف المشددة الخاصة في أسباب التشديد فهي في أغلب الأمور تكون بحسب خطورة الجاني وخطورة إرادته وأيضاً جسامة خطأ الجاني وجسامة الضرر، حيث أن الظروف الخاصة بإضافتها إلى الأركان المكونة للجريمة تشدد إجرامها وعقوبتها.

## الفرع الثاني

### الاسباب الخاصة العود وتعدد الجرائم وتعدد العقوبات

الظروف المشددة الخاصة هي الظروف المنصوص عليها في القانون والتي ليست لها صفة العموم في جميع الجرائم، بل إنها خاصة ببعض الجرائم، أي لا تسري سريانا عاما على جميع الجرائم كما هو شأن الظروف المشددة العامة بل إنها خاصة ببعض الجرائم، ومن أجل ذلك ذكرها القانون في مواد متفرقة في المواضيع التي قررها فيها. وهي كظرف وقوع السرقة ليلاً، أو وقوعها بالإكراه والظروف المشددة بشكل عام بعضها ما يتصل بنفس الواقعة الإجرامية وظروف ارتكابها ويطلق عليه الظروف المشددة المادية والكسر من الخارج، والبعض الآخر يتصل بشخص الجاني ولا شأن لها بالفعل المادي المكون للجريمة ويطلق عليه الظروف الشخصية، سبق الإصرار في جرائم القتل، وصفة الخادم في السرقة وتبدو أهمية التفرقة بين النوعين في عقوبة الفاعلين للجريمة والشركاء فيها، فإذا ما تحققت الظروف المشددة المادية، فإن أثر التشديد ينصرف إلى جميع الجناة سواء من ساهم منهم في الواقعة بصفته فاعلاً أصلياً أو شريكاً، ويشترط أن يكون مرتكب

الجريمة عالما بالظرف المشدد وهذا ما نص عليه قانون العقوبات العراقي في المادة (٥١) على أن يستفيد جميع المساهمين من الظروف المادية المخففة علموا بها ام لم يعلموا، أما إذا تحققت الظروف المشددة الشخصية التي تتعلق بالأحوال الخاصة بأحد الجناة فإنها تقتضي تغيير وصف الواقعة بمعنى أنها تتطلب تطبيق مادة أو فقرة بدلا من أخرى، والقاعدة فيها أنها تسري على صاحبها فقط إذا كان فاعلا أصليا للواقعة ولا بد ان يكون على علم بها، ولا تسري حتى على صاحبها إذا كان مجرد شريك تطبيقا لنظرية استعارة العقوبة فالظروف المشددة الخاصة في ظروف تتعلق بجريمة أو بجرائم محددة اختصاصها المشرع في القانون بحيث عند اقترانها بجريمة محددة شددت من العقوبة ويستدل أحيانا من ارتكاب الجريمة بواسطة شخص ذي صفة معينة على الخطورة الشخصية الإجرامية للجاني ومن ثم فبسبب ذلك يلجا المشرع إلى التشديد في العقوبة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٣١٦) من قانون العقوبات العراقي في تشديد العقوبة بسبب شخصية الجاني : ((يعاقب بالسجن كل موظف او مكلف بخدمة عامة استغل وظيفته فاستولى بغير حق على مال او متاع او ورقة مثبته لحق او غير ذلك مملوك للدولة او لاحدى المؤسسات او الهيئات التي تسهم الدولة في مالها بنصيب ما او سهل ذلك لغيره، تكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين اذا كان المال او المتاع او الورقة او غيره مملوكا لغير من ذكر في الفقرة المتقدمة)).

### المطلب الثالث

#### سلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة

يفرض المشرع عقوبة معينة لكل فعل يوصف بأنه جريمة وغالبا ما يضع المشرع عقوبة تتراوح بين حدين، حدا أقصى وحدا أدنى، ويترك للقاضي السلطة التقديرية في اختيار القدر اللازم من العقوبة بين هذين الحدين بهدف إتاحة الفرصة له لتفريد العقوبة على نحو يناسب شخصية الجاني وأحواله الصحية والنفسية وخطورته الإجرامية، فقد يرتكب شخصان كل على حدى جريمتين متشابهتين، وعند إجراء المحاكمة يتبين للقاضي أن لكل منهما ظروف خاصة به، تستدعي تشديد العقوبة الجنائية فيعطي لكل منهما عقوبة قد تكون مختلفة على الرغم من أن كليهما قد ارتكب الجريمة نفسها ، ولسلطة القاضي التشديدية بعض الضوابط والحدود ونتناولها في ثلاثة فروع.

## الفرع الاول

### شروط وحدود سلطة قاضي الموضوع في التشديد

يعد تشديد العقوبة من أخطر الصلاحيات التي أعطيت للقاضي الجنائي ولكن المشرع لم يترك هذا التشديد بلا قواعد تحكمه فنص على الضوابط التي يتبعها القاضي أثناء تشديده للعقوبة وسنتناول سلطة القاضي الجنائي في تشديد العقوبة على النحو الآتي:

#### أولاً: التشديد بسبب خطورة إرادة الجاني:

قد ترجع أسباب التشديد الخاصة إلى خطورة إرادة الجاني مثل التشديد في حالة تصميم الجاني على ارتكاب الجريمة مع سبق الإصرار والترصد أو في حالة الاقتران الجرمي أو في حالة ارتباط الجرائم ومثال ذلك في نص المادة (٤٠٦) من قانون العقوبات العراقي حيث شددت عقوبة القتل المقترن بجريمة أخرى أو المسبوقة بالإصرار والترصد، وأيضا تتمثل خطورة إرادة الجاني في المادة (٤٤٣) من قانون العقوبات العراقي والخاصة بظرف السرقة السابق بيانه فالجريمة فيه لم تقتصر على السرقة فحسب ولكنها اقترنت ببعض الأفعال التي تدل على خطورة شخصية الجاني، فالجاني في نص المادة السابقة قد اقترف أفعال تدل على الإجرام الداخلي فوجب التشديد في هذه الظروف المذكورة. وقد ترجع خطورة إرادة الجاني إلى دناءة الباعث على ارتكاب الجريمة حيث بأنه يرتكب الجريمة لباعث دنيء ، ومثال ذلك الفقرة (ج) من نص المادة (٤٠٦) من قانون العقوبات العراقي.

#### ثانياً : جسامه خطأ الجاني:

الهدف من العقوبة هو مكافحة الجريمة فمن أهم الضوابط التي يأخذ بها القاضي في التشديد هي أن يكون الجاني قد ارتكب خطأ جسيماً، لأن الجريمة سلوك إنساني يجرمه القانون<sup>(١)</sup>، نظراً لما لها من الأضرار بمصلحة المجتمع والأفراد، وأن التناسب بين الجزاء وبين جسامه الجريمة إنما يكشف تبعاً لمدى جسامتها ويكشف أيضاً عن مدى خطورة الخطة المرتكبة، ونرى أن أغلب المواد القانونية التي نص المشرع العراقي فيها على تشديد العقوبة هي جرائم تتم عن جسامه خطأ الجاني، فالخطأ الجسيم يستوجب دائماً التشديد في العقوبة، لأن من مبادئ العقاب التناسب مع جسامه الخطأ، بمعنى أنه كلما كان الفعل الإجرامي يمثل خطأ

(١) قرار رقم ٣٦٢ / ٣٦٣ / الهيئة الجزائية الثانية / ٢٠٠٢ في ٣١ / ٣ / ٢٠٠٢ (غير منشور)

جسيما، كلما شدد قاضي الموضوع العقوبة، وتعد هذه الصورة من الصور المستحدثة التي طرأت على نظرية الخطورة الإجرامية والذي جعل منها وسيلة لتحديد الجزاء الجنائي.

**ثالثاً: خيانة الجاني للثقة التي وضعت فيه أو إساءة استخدامه السلطة التي خولت له أو إخلاله بالواجب الذي التزم به:**

من أهم ضوابط التشديد التي يستند إليها القاضي عند تشديده للعقوبة هي خيانة الجاني للثقة التي وضعت فيه، فبعض الأوقات يحظى الجاني بثقة من قبل المجني عليهم ويخون هذه الثقة التي حازها، مثل من يقوم بهتك عرض أحد أقاربه، وأيضا من يقوم بهتك العرض مستغلا الثقة فيه، أو طبيعة مهنته إذا كان الجاني من رجال الدين، أو ممن هم مكلفين بخدمة عامة ، أو الأطباء، واستغل الثقة التي وضعت فيه ليرتكب تحت ظلها جريمة هتك العرض وفقا لنص المادتين (٣٩٦-٣٩٧) من قانون العقوبات العراقي، والحكمة هنا من التشديد هي أن الجاني قد خان الثقة وأساء استخدام سلطته أو أخل بواجب أو التزام من الالتزامات المفروضة عليه ، وأيضا في نص المادة (٣١٦) من نفس القانون فلقد شدد المشرع العقوبة إذا وقعت من موظف عام ويرجع هذا التشديد إلى الثقة التي وضعتها الدولة في الموظف العام، ليخدم بها المجتمع، ولكنة انتهز هذه الثقة في ارتكاب الجرائم.

## الفرع الثاني

### حدود سلطة قاضي الموضوع

سلطة قاضي الموضوع هي تلك الرخصة التي منحها إياه المشرع أثناء توقيع العقوبة على الجاني وفق ما لا يزيد عن حد العقوبة الأقصى، ولا يقل عن حد العقوبة الأدنى، ففي قانون العقوبات العراقي حدد المشرع عقوبة لكل جريمة على أساس التناسب بين الخطورة والضرر، ويكتفي المشرع بتحديد العقوبة العادلة والملائمة إزاء شخص عادي ذو ظروف عادية، مسلما في الوقت ذاته بأنه قد يرتكب الجريمة شخص ذو ظروف غير عادية تستلزم جريمته تشديد العقوبة عليه.

فعمل القاضي محصور في حدود القانون وما ينص عليه من تجريم وعقاب، حتى في حالة وجود جريمة تخرج عن المألوف فان القانون يقيد القاضي بالحد الأقصى للعقوبة، إلا أن المشرع العراقي أباح لقاضي الموضوع إنزال عقوبة مشددة بسبب ظرف عام أو خاص، ويمكن القاضي في هذه الحالة من الارتقاء بالعقوبة وفق ما نص عليه قانون العقوبات العراقي في المادة (١٣٥) منه ، حيث يعتبر من الظروف المشددة

للجريمة ارتكابها لبواعث دنيئة، أو ارتكاب الجريمة بانتهاز فرصة ضعف ادراك المجني عليه أو عجزه عن المقاومة أو في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه، أو اتخاذ طرق وحشية لارتكاب الجريمة أو التمثيل بالمجني عليه أو استغلال الجاني في ارتكاب الجريمة صفته كموظف أو اساءته استعمال سلطته أو نفوذه المستمد من وظيفته.

فإن توافر ظرف من الظروف السالف ذكرها أصبح للقاضي سلطة التشديد في العقوبة استنادا للمادة (١٣٦) قانون العقوبات العراقي وعلى النحو الآتي:

١ - إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي السجن المؤبد جاز الحكم بالإعدام.

٢ - إذا كانت العقوبة السجن أو الحبس جاز الحكم بأكثر من الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد على أن لا تزيد مدة السجن المؤقت في أي حال عن خمس وعشرين سنة ومدة الحبس على عشر سنوات.

٣ - إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الغرامة جاز الحكم بالحبس مدة يجوز أن تبلغ ضعف المدة التي يمكن أن يحكم بها طبقا للمقياس المقرر في الفقرة ٢ من المادة ٩٣ على أن لا تزيد مدة الحبس في جميع الاحوال على أربع سنوات.

يتضح أن المشرع العراقي منح الصلاحية الملائمة للقاضي الجنائي بين الظروف الواقعية للحالة الإجرامية والعقوبة المقررة لها ومقدرته على التحرك بين الحد الأدنى والأقصى وإمكانية التشديد بسبب ظرف عام أو خاص وعلّة ذلك هو التوزيع المنطقي والمتوازن للاختصاص<sup>(١)</sup> بين المشرع والقاضي على وجه يتحقق فيه المصالح الاجتماعية والفردية مع مراعاة ظروف الشخصية الإجرامية وطرق تهذيبها واعدادها لحياة صالحة من الناحية القانونية.

### الفرع الثالث

#### استخدام السلطة حين وجود الظروف المشددة

هناك حالات معينة ينص عليها القانون يترتب على توافرها تشديد العقاب، نتيجة تغيير وصف الجريمة فيجعلها جنائية بدلا من جنحة إذا توافرت ظروف مشددة قد يكون هناك بعض الظروف في الدعوى الجزائية

(١) قرار رقم ٢١٤ / هيئة موسعة ثانية / ٨٠ في ١٢ / ٧ / ١٩٨٠. مجموعة الاحكام العدلية، ع٣، س١١، ١٩٨٠، ص ٧٦

تدعو إلى الارتفاع عن الحد الأدنى الذي يقرره القانون لعقوبتها، لكن ذلك لا يعني إلا تطبيق العقوبة في حدودها القانونية، إلا أن المشرع قد ينص على تشديد العقوبة بقدر يزيد عن الحد الأقصى المقرر لها أصلاً، ويكون ذلك وفقاً لظروف لها علاقة بالدعوى المنظورة أمام القاضي، وفي بعض الأحيان قد يجعل المشرع في بعض الظروف وجهاً للتغيير القانوني للجريمة فتتحول من جنحة إلى جناية. وقد يقتصر على رفع الحد الأدنى أو الأقصى للعقوبة أو يضيف عقوبة أخرى إليها، وعلي ذلك فإن الظروف المشددة هي أحوال توجب على القاضي أو تميز له متى توفرت أن يقوم بتشديد العقوبة من الناحية النوعية مما يقرره القانون للجريمة الواقعة أمامه، والطبيعي والمتعارف عليه أن هناك اختلاف بين سلطة القاضي حيال كل حالة أمامه، كما يختلف النظر من تشريع إلى آخر، فالظرف المشدد يعتبر إحدى الوسائل التي يسعى من خلالها المشرع لتحقيق الردع من العقاب، ومن شأنها إفساح المجال أمام القاضي لمواجهة الحالات التي تنتم بالخطورة وتقتضي مزيداً من الشدة لا يقوى عليها نص التجريم الأصلي، وهي تتغير من جريمة إلى أخرى حسب إرادة المشرع، ومنها ما يرتد إلى ظروف ارتكاب الجريمة، أو كيفية تنفيذها مثل استعمال العنف ضد الأشياء أو الأشخاص أو استعمال مفاتيح مصطنعة في السرقة<sup>(١)</sup>. أو اقرارها ليلاً أو ما يتسم منها بجسامة القصد الجنائي كالإصرار السابق على ارتكاب الجريمة، أو التردد كما في جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد، أو ما يكون مرجعه إلى صفة الفاعل كصفة الخادم في جريمة السرقة أو أن الجاني من أصول المجني عليها أو من القائمين على تربيته أو ملاحظته، وهذه الظروف ينظمها القانون، ويلزم القاضي بالتحقق من توافرها، وتوافر شروطها كي يتسنى له ترتيب الآثار الناشئة عنها، وأهمها تشديد العقوبة سواء بتجاوز حدها الأقصى أو بإضافة عقوبة أخرى إليها، ومع ذلك فإن التشديد يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي، مع إمكانية اختلاف الحالات المعروضة على القاضي وفق ظروف كل منهم على حدة، وتكون سلطة القاضي الجنائي التشديدية أمام تقدير العقوبة عند توافرها إظهاراً لحقوق المجني عليه، ويكون ذلك بزيادة مقدار العقوبة المقررة على الجاني بزيادة مقدارها أو رفع حدها، وبناء على ذلك ينبغي على المحكمة أن تلجأ إلى التشديد متى توافرت الشروط الخاصة به في القانون وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تحققت شروط العود لأية جريمة وحسب المادة (١٤٠) من قانون العقوبات العراقي يجوز للمحكمة أن تحكم بأكثر من الحد

(١) د. احمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص

١١٣ وما بعدها

- الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة قانونا بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد وعلى أن لا تزيد مدة السجن المؤقت بأي حال من الاحوال على خمس وعشرين سنة ولا تزيد مدة الحبس على عشر سنين ومع ذلك.
- ١ - إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي السجن المؤقت مطلقاً من أي قيد جاز الحكم بالسجن المؤبد.
- ٢ - إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الغرامة جاز الحكم بالحبس.

ويتبين من نص هذه المادة التي توضح حدود سلطة قاضي الموضوع وحدود جواز توقيع العقوبة أن ذلك يعتبر نص عام يقيد النصوص الخاصة بالتشديد ويجعلها بحرية القاضي ويعتبر ذلك حدود القاضي وحتى يستطيع القاضي استخدام هذه الصلاحيات، فلا بد أن تتوفر فيه بعض الشروط حتى يستطيع القيام بالتطبيق الصحيح لتقدير العقوبة أولها الحياد النفسي للقاضي، أي بمعنى تجرد القاضي تجاه النزاع المعروض عليه من أية مصلحة ذاتية تؤثر في البت في موضوع الدعوى حتى يستطيع أن يحكم بشفافية، وأيضاً يجب أن يتجرد القاضي من أي ميول ذاتية وذلك لأن جوهر حياد القاضي يتوفر في الابتعاد عن عوامل التأثير الذاتية، وقطعا فإن الميل نحو اتجاه أو خصم معين يعد حالة نفسية من العسير الوقوف عليها، لأن القاضي في هذه الحالات السابق الإشارة إليها تكون له صلاحيات واسعة في التشديد فإذا لم تتوفر هذه الشروط في القاضي والخاصة بالحياد النفسي والتجرد من الميول الذاتية لأدى ذلك إلى وقوع الظلم على مرتكب الجريمة.

ونرى أنه عند تقدير القاضي للعقوبة إذا توافرت أسباب التشديد فإنه ينبغي عليه إتباع التشديد ولكن لا بد أن يستخدم حد العقوبة المناسب لجسامة الجريمة، ولا يستخدم الحد الأقصى إلا في الأمور التي تحتاج ظروف الجريمة إلى تشديد يصل إلى حد الجريمة الأقصى، فالمعروف أن الجريمة والعقوبة تتأثر بالعوامل الداخلة عليها، وهذا مايدع للقاضي الفرصة لكي يكيف الجريمة ويعطيها العقوبة المناسبة وهذا لن يأتي إلا بالتسبيب، فالتسبيب هو وسيلة الخصوم ليتحقق علمهم بالحكم الصادر ضدهم أو لصالحهم.

ومن الجدير بالذكر أن التسبيب له أهمية كبيرة بالنسبة للقاضي لأنه في حقيقته يعتبر إظهاراً لما دار في ذهن القاضي وما أستقر عليه رأيه فهو المظهر لجوهر قضائه والمثبت أيضاً لحق الخصوم ولكل مطلع على الحكم وابتعاده عن التحكم<sup>(١)</sup>، فبيان الأسباب بالنسبة للقاضي هو الوسيلة التي يكشف بها عن وجه قضائه فيما

(١) عبد الأمير العكيلي و د. سليم ابراهيم حربة / المرجع السابق، ص ٢١٨.



قضى فيه، وأيضاً تعتبر وسيلة لبيان مدى حياد القاضي ويؤكد على كونه ميزاناً للعدالة قائمة على التجريد والحياد فيكون في فهمه للواقعة والتدليل على ثبوتها واضحة متوازنة.

ومن السوابق القضائية في القضاء العراقي فقد ورد في احدى قرارات محكمة التمييز مايلي : ((يجب أن يشتمل صياغة قرار الحكم عند فرض العقوبة أن تتضمن الصياغة لفظة الحكم بالإعدام شنقاً حتى الموت و ليس بعبارات أخرى مثل تشديد العقوبة أو إبلاغها إلى الإعدام<sup>(١)</sup>))

ومن السوابق الأخرى أيضاً: ((لا يجوز للهيئة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية إعادة الدعوى الى محكمتها للتشديد الا لمرّة واحدة واذا ما أصرت المحكمة على قرارها السابق او أن العقوبة لازالت خفيفة فيصار الى اعادة الدعوى على الهيئة الموسعة الجزائية<sup>(٢)</sup>)).

---

(١) رقم القرار ١١٩/صياغة قرار الحكم/٢٠٠٦، صادر من محكمة التمييز الاتحادية في ٢٩/١١/٢٠٠٦، منشور في موقع مجلس القضاء العراقي

(٢) رقم القرار ٩٤/٢٠١٤، صادر من محكمة التمييز الاتحادية في ٢٠/٤/٢٠١٤، منشور في موقع مجلس القضاء العراقي

## المبحث الثالث

### مصادر سلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة والرقابة عليها

نتناول في هذا المبحث المصادر التي يعتمد عليها او يؤسس عليها قاضي الموضوع سلطته حين تشديد العقوبة ونقسم هذا المبحث الى مبحثين حيث نتطرق فيهما وباسهاب الى ماهية مصادر سلطة قاضي الموضوع والرقابة التمييزية على سلطة قاضي الموضوع.

## المطلب الاول

### ما هية مصادر سلطة قاضي الموضوع

تتفق غالبية التشريعات على وسائل قانونية محددة يتوجب على القاضي مراعاتها وتطبيقها عند استخدام سلطته التقديرية في اختيار العقوبة المناسبة، وتتمثل هذه الوسائل في التدرج الكمي للعقوبة وأما الثاني والاختيار النوعي للعقوبة، وقد يستخدم القاضي سلطته التقديرية في تخفيف العقوبة او تشديدها، وهذا ما سيتناوله الباحث في الفروع التالية:

## الفرع الاول

### القانون

من اهم المصادر التي يعتمد عليها قاضي الموضوع حين اصداره للاحكام وتشديد العقوبة هي النصوص القانونية التي يعتمد عليها بالدرجة الاساس وهنا يتبين مدى الارتباط والتناسق بين عمل الجهة التشريعية وعمل الجهة القضائية، فالعمل التشريعي والعمل القضائي في تحديد العقوبة مرتبطان ومكملان بعضهما بعضاً ، فإذا كان العمل القضائي لا يتصور بغير عمل تشريعي سابق يستند إليه ويستمد منه حدوده وقواعده ، فان العمل التشريعي الذي لا يكمله عمل قضائي هو جهد نظري عاطل لا يحقق المنفعة الاجتماعية ، فالمشرع يدرك أنه لا يستطيع من خلال العمل التشريعي أن يحقق التناسب العادل بين العقوبة وبين ظروف الجاني والجريمة ، لأنه لا يعرف المجرمين بأشخاصهم ، ويستحيل عليه أن يحصر ظروفهم ، أو أن يتنبأ بكل الاعتبارات التي تحقق العدالة الجنائية ، لذلك فان من المناسب أن يمنح القاضي سلطة تقديرية لأنه ومن خلال بحثه في الوقائع والظروف والملابسات التي أحاطت بالجريمة والمجرم ، يكون وحده القادر على تحديد نوع العقوبة المناسبة ومقدارها ساعياً من وراء ذلك إلى تحقيق أغراض العقوبة ، ومن خلال

هذه السلطة التي يمنحها المشرع يحاول القاضي تحقيق العدالة بين الجناة من خلال أخذه بعين الاعتبار ظروف الجاني والجريمة عند تقدير الأدلة أو تحديد وصف الجريمة أو عند تقدير العقوبة عند تقديره للعقوبة لأن المساواة المطلقة في العقوبة ، على الرغم من الاختلاف في ظروف مرتكبي الجرائم وبواعثهم ، هو في حد ذاته عدم مساواة<sup>(١)</sup>. وتنتظر إلى القوانين التي تعتبر مصدرا لسلطة قاضي الموضوع حين تشديد العقوبة في فرعين.

### أولاً : قانون العقوبات :

يعرف قانون العقوبات بأنه مجموعة القواعد التي تقرها الدولة وتقترب بتدابير قسرية توقعها على من يخل بها. تضم القواعد العامة التي تخضع لها الجرائم والعقوبات على اختلاف أنواعها ، وتسمى مجموعة هذه القواعد ((قانون العقوبات /القسم العام )) وقد تضمنها الكتاب الأول من قانون العقوبات ١١١ لسنة ١٩٦٩ تحت عنوان (( المبادئ العامة )) في المواد ١ إلى ١٥٥ ، أما القسم الآخر من القانون فتضم القواعد التي تحدد كل جريمة على حده من حيث بيان أركانها الخاصة وعقوباتها والظروف الخاصة بها، وتسمى مجموعة هذه القواعد ((قانون العقوبات القسم الخاص)) وقد تضمنها قانون العقوبات مار الذكر في الكتب ؛ الثاني والثالث والرابع في المواد من ١١٦ إلى ٥٠٣.

ولقانون العقوبات صلة وثيقة بجميع فروع القانون الأخرى، وهي تظهر كلما دعت الحاجة إلى تدعيم قواعدها بالجزاء لحمايتها ، كما له صلة بقواعد الأخلاق، فهو يتصل بالقانون المدني حيث يحمي حق الملكية بعقابه على السرقة والنصب وخيانة الأمانة والحرق والأتلاف.

و يتصل بقوانين الأحوال الشخصية ، حيث يحمي حقوق الزوجية بعقابه على الزنا وهجر العائلة ويحمي حق الحضانة بعقابه على من يمتنع عن تسليم الطفل إلى من له حق حضانته.

ويتصل بالقانون الدستوري والقانون الإداري حيث يحمي حقوقا للدولة يقرها القانونان كحماية حق الدولة في أن تحتفظ بشكل الحكم الذي يحدده الدستور. وهو يتصل بالقانون التجاري ، حيث يحمي التعامل بالصكوك بعقابه على من يسحب صكا على مصرف بدون رصيد.

(١) د. د. محمد حسين الحمداني و د. نوفل علي الصفو، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق منشور على الانترنت،

موقع <http://library.nawroz.edu.krd> العدد ١٦ لسنة ٢٠٠٣، الصفحة ٢٤٦-٢٤٨

وهو يتصل بالقانون الدولي العام في تنظيم التضامن بين الدولة لمكافحة الإجرام وتعقيب المجرمين عن تحديد سلطان قانون العقوبات بالنسبة للجرائم والمجرمين في أراضي الدولة وخارجها. ويعتبر هذا القانون المصدر الاساسي لسلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة .

### ثانياً : النصوص العقابية في القوانين الخاصة:

هناك نصوص عقابية نصت عليها بعض القوانين الخاصة المنظمة لقطاع او لموضوع معين وتأتي هذه النصوص العقابية كجزاء عن مخالفة او خرق بعض نصوص تلك القوانين وتتضمن النصوص العقابية ظروفًا تؤدي الى تشديد العقوبة على مرتكب المخالفة وبالتالي تعطي للقاضي سلطة في تطبيق التشديد في العقوبة والمثال على ذلك أولاً : ما نص عليه في قانون الكمارك العراقي رقم(٢٣) لسنة ١٩٨٤ في المادة (١٩٤):  
اولا : مع عدم الاخلال بأية عقوبة اشد تقضي بها القوانين النافذة يعاقب عن التهريب وما في حكمه وعلى الشروع في اي منهما بما يأتي:

أ- السجن المؤبد او المؤقت وتكون العقوبة الاعدام اذا كان التهريب واقعا على لقي اثارية او بحجم كبير يلحق ضررا فادحا ومخربا بالالاقتصاد الوطني<sup>(١)</sup>.

ب- غرامة كمركية، تكون بمثابة تعويض مدني لادارة الكمارك، وفق اي من النسب الاتية:

١ - ستة امثال القيمة عن البضائع الممنوعة المعينة.

٢ - ثلاثة امثال القيمة والرسوم معاً عن البضائع الممنوعة او الموقوفة او المحصورة.

٣ - اربعة امثال الرسوم عن البضائع الخاضعة للرسوم اذا لم تكن ممنوعة او موقوفة او محصورة على ان لا تقل عن قيمتها.

٤) ٢٥% من قيمة البضائع غير الخاضعة للرسوم والتي لا تكون ممنوعة او موقوفة او محصورة.

ج - مصادرة البضائع موضوع جريمة التهريب، او الحكم بما يعادل قيمتها عند عدم حجزها، ويجوز الحكم بمصادرة وسائل النقل والادوات والمواد التي استعملت في التهريب وذلك فيما عدا السفن والطائرات ما لم تكن قد أعدت واستؤجرت لهذا الغرض، او الحكم بما يعادل قيمتها عند عدم حجزها.

ثانيا : يجوز الحكم بضعف العقوبات المشار اليها في البندين (أ) و(ب) من الفقرة (اولا) من هذه المادة عندما يكون المسؤولون عن التهريب من ذوي السوابق فيه.

(١) تعدلت الفقرة (أ) من هذه المادة بموجب قرار تعديل قانون الكمارك رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٤ ، رقمه ٧٦ صادر بتاريخ ١/١/١٩٩٤.

وثانياً : مانص عليه قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ من تشديد عقوبة حين العود وتكرار ارتكاي المخالفة في المادة (٩٩) منه :

اولا - كل من يخالف احكام هذا القانون او الانظمة او التعليمات او البيانات الصادرة بموجبه يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على ثلاثة الاف دينار او بالحبس مدة لا تقل عن شهر واحد ولا تزيد على سنتين او بكلتا العقوبتين وعند ارتكابه عملا يخالف احكام هذا القانون مرة اخرى تكون العقوبة الحبس وتلغى اجازته الصحية نهائيا.

ثانيا - تتم احالة الموظف المخالف لاحكام هذا القانون الى المحاكم دون اذن من الوزير المختص.

## الفرع الثاني

### مبادئ الشريعة الاسلامية والعدالة

لقد عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات ، فلا جريمة ذات عقوبة مقدره الا وهناك نص يأتي بها ويحدد العقوبة وقدرها كما هو الحال في جرائم الحدود والقصاص والدية ، هذا بالإضافة إلى النصوص العامة في القرآن الكريم التي يستدل منها على مضمون هذا المبدأ من أمثلة هذه النصوص (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا<sup>(١)</sup>).

تبرير المبدأ : أن الغرض الأول من مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات هو كفالة حقوق الأفراد وضمان حريتهم في تصرفاتهم فلو ترك أمر التجريم للقاضي لأضحى الأفراد في حيرة من أمرهم لا يعرفون بصفة قاطعة ما هو مباح لهم و ما هو محظور عليهم ، والمبدأ فوق ذلك مما تقتضيه العدالة والمنطق فمن العدالة والمنطق أن يعرف الإنسان مقدما ما هو محرم لتجنبه والمبدأ مما تقتضيه المصلحة العامة ذلك لما فيه من الضمان لوحده قاضي الموضوع وعدم تناقضه أو تفاوته تفاوتاً يذهب هذه الوحدة<sup>(٢)</sup>.

نقد المبدأ : وغالبا ما ينتقد مبدأ الشرعية بأنه أصبح رجعياً لأن المشرع يحدد العقوبة على أساس جسامه الجريمة ، بينما النظريات الحديثة تركز الاهتمام على شخصية الجاني وتدعو إلى تفريد العقوبة و لا يمكن للمشرع أن يتنبأ مقدما بظروف كل مجرم على حده ويقرر العقوبة المناسبة له ، والحق أن هذه الانتقادات

(١) القرآن الكريم، سورة الاسراء، الاية ١٥

(٢) د. فهد هادي حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، ٢٠١٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص ٨٤.

ليست حاسمة فالسلطة التقديرية الواسعة التي يمنحها المشرع للقاضي من تفريد العقوبة وموائمتها لشخص الجاني ، والواقع أن هذه الانتقادات عديمة القيمة في مقابل ما يحققه هذا المبدأ من ضمانات واستقرار أدت إلى أن أصبح مبدأً عالمياً إذ تنص عليه جميع العقوبات الحديثة إلا ما ندر .

### الفرع الثالث

#### السوابق القضائية

كثيرا ما نجد ان هذا الحكم قد ارثته السوابق القضائية وسارت عليه المحاكم في احكامها , لذا وجب علينا ان نعرف ماهي السوابق القضائية ومن ثم نتعرف على الاسس التي تقوم عليها السوابق القضائية ومبررات وفوائد الاخذ بالسوابق وعيوبها.

فقد عرفت السوابق القضائية بعدة تعريفات، فعرفها عبد الفتاح مراد في معجم مراد القانوني والاقتصادي والتجاري بأنها : قضية مفصول فيها، أو قرار محكمة يعتبر مثلاً أو مرجعاً لحالة مطابقة أو مماثلة فيما بعد تنشأ عن مسألة قانونية مماثلة وتحاول المحاكم أن تفصل في القضايا على أساس المبادئ الراسخة في الحالات السابقة<sup>(1)</sup>.

وعرفها عبد الواحد كرم في معجم المصطلحات القانونية بأنها: قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعتبر قاعدة أو مرجعاً قانونياً لما تلاها من القضايا المماثلة.

وعرفها حارثي سليمان فاروق في قاموس فاروق القانوني بأنها : أثر قضية مفصول فيها من محكمة مختصة تعتبر قاعدة أو مرجعاً قانونياً لما تلاها من القضايا المماثلة من حيث الموضوع والنقاط الجوهرية.

وعرفها الشيخ عبد الله آل خنين بأنها : ما صدر من الأحكام القضائية على وقائع معينة مما لم يسبق تقرير حكم كلي لها.

فالقاضي عادة يستدل في الكثير من الاحيان بالسوابق القضائية ويقيس عليها الواقعة كي يتوصل الى حكم مشابه تقريبا بحيث يأخذ من السابقة حالة التشديد ويطبقها على الفعل الجرمي المرتكب وعلى اساسه يقوم بتحديد العقوبة. ومما يعاب على العمل بالسوابق القضائية :

(1) هيثم الاصبحي، تعريف السوابق القضائية، مقالة منشورة على الانترنت في موقع [www.facebook.com/MbadrtRwafdAlabda/posts](http://www.facebook.com/MbadrtRwafdAlabda/posts)

- (١) أن سرعة التغيير والتطور يضعف من قابليتها للانطباق على القضايا الحديثة التي قامت في ظل ظروف اجتماعية واقتصادية اختلفت على مرّ السنين.
- (٢) أن الاعتماد على نظام السوابق يجعل القضاء يقوم بمهمتين : التشريع والقضاء ، وفي هذا خلط بين السلطات واعتداء على مهمة السلطة التشريعية.

## المطلب الثاني

### الرقابة التمييزية على سلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة

نتطرق الى هذا الموضوع لاهميته في هذا البحث حيث ان سلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة يخضع لرقابة محكمة التمييز ونبعث الموضوع في فرعين .

#### الفرع الاول

#### رقابة محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية على قاضي الجرح

محاكم الاستئناف هي الهيئة القضائية العليا لمحاكم محافظة او اكثر وتتألف من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والقضاة ، وتمارس أعمالها وفق أحكام القانون إن الصلاحيات التمييزية لمحكمة الاستئناف بصفتها التمييزية منحت لها بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٤ لسنة ١٩٨٨ ، حيث بموجبه حلت محل محكمة التمييز في الطعن الواقع امامها وبناء على القرار المذكور تم تشكيل هيئة جزائية في كل محكمة استئناف لتختص بالنظر في الطعون التمييزية، واصبحت تتمتع بجميع الصلاحيات التمييزية ولها حق اصدار جميع القرارات التي تصدرها محكمة التمييز الواردة في المادتين ٢٠٩ و ٢٩٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية اضافة الى جميع الصلاحيات الأخرى ، وتجري عليها ذات الأحكام التي تجري على محكمة التمييز الواردة في المواد ( ٢٤٩ - ٢٦٥ ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية ، اما اذا كان الطعن مقدم الى محكمة التمييز الاتحادية هو من اختصاص محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ففي هذه الحالة تقوم محكمة التمييز الاتحادية بإحالة طلب الطعن إلى محكمة الاستئناف للنظر فيه حسب الاختصاص النوعي<sup>(١)</sup> .

(١) د.براء منذر عبداللطيف، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار الحامد للنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٨، ص ١٦١

وحيث ان محاكم الاستئناف قد منحت سلطات محاكم التمييز فأنا نشير الى نطاق الرقابة التمييزية والمحددة بما جاء في (المادة ٢٤٩/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية من حالات والتي تدخل ضمن مفهوم التمييز الاختياري وكما يلي:

**أولاً-مخالفة القانون :** وهي تشمل اي قرار في الدعوى مخالف لنص تشريعي واجب الاتباع سواء كان النص مدنيا أم جزائيا مثل صدور حكم بإدانة شخص غير مسؤول جزائيا رغم تمتعه بمانع من موانع المسؤولية او بسبب من أسباب الأباحة او ان تخطأ المحكمة في التكيف القانوني للواقعة كان تعتبر الفعل الصادر من المتهم ضربا مفضيا للموت في حين انه يكيف بأنه قتل عمدي أو باعتبار فعله جريمة سرقة تامة في حين أنها جريمة شروع في السرقة أو أن تقبل الصلح عن جريمة لا يجيز القانون الصلح عنها أو صدور حكم بالتعويض المادي لشخص لم يكن يعيله القتل أو فرض عقوبة لم ينص عليها في المادة العقابية أو وفق مادة عقابية تختلف عن مادة الادانة او التجريم<sup>(١)</sup>.

**ثانياً-الخطأ في تطبيق القانون :** ويعني أن المحكمة طبقت مادة قانونية على واقعة غير المادة الواجب تطبيقها - ويحصل هذا الخطأ إذا كيفت المحكمة مثلا جريمة السرقة باكره التي تنطبق واحكام المادة ٤٤٣ / أولاً عقوبات بأنه غصب وفق المادة (٤٥٢) عقوبات وكان الجاني هو الذي استولى على مال المجني عليه.. في حين أن مادة الغصب تطبق وفق المادة (٤٥٢) عقوبات إذا سلم المجني عليه ماله الى الجاني وهو تحت تأثير الأكره.. ويحصل هذا الخطأ ايضا بان تعتبر المحكمة مجرد استفزاز المجني عليه عذرا قانونيا مخففا للعقوبة وفق المادة (١٣٠) عقوبات في حين أن العذر القانوني المخفف للعقاب والذي يطبق في هذه الحالة وطبقا للمادة (١٢٨) عقوبات أن يرتكب الجاني الجريمة بناء على استفزاز خطير( وليس مجرد استفزاز من المجني عليه بغير حق). أما إذا كان بحق فلا يستفيد الجاني من التخفيف. ويمكن اعتباره من اسباب التخفيف القضائي ( الظرف القضائي المخفف ) وفق المادة (١٣٢) عقوبات.

**ثالثاً-الخطأ في تأويل القانون :** أن التأويل نوع من التفسير. ويقصد به صرف المعنى الظاهر للفظ الى معنى آخر لمناسبة بينهما ، ويكون التأويل اما صحيحا او فاسدا. ويقصد بالتأويل الصحيح للنص صرف المعنى الظاهر لالفاظه الى معنى آخر استنادا الى دليل يؤيده. أما إذا لم يكن اللفظ محتملا المعنى الذي صرف اليه النص او كان المعنى محتملا ولكن لم يظهر دليل يؤيده فالتأويل فاسد فاذا أولت المحكمة النص

(١) جمال محمد مصطفى، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٤، ص ١٧٢



تأويلا فاسدا كان الحكم خاطئا حتى لو طبقت النص تطبيقا صحيحا وفق المعنى الذي أولته فاعتبرت أنه المقصود بالنص ، لأن ما يبني على الفاسد فاسد ، ومثال التأويل الصحيح تفسير لفظ الاختلاس الواردة في تعريف السرقة في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي فالاختلاس في اللغة يعني أخذ المال مخالطة وبسرعة أي أستغفالا لصاحب المال أو بدون علمه فإذا فسر هذا النص بظاهر لفظه فقد أستبعدت منه السرقة باكره لأن الاكراه لا يكون إلا بمواجهة صاحب المال، وعليه فيقتضي تأويل لفظ الاختلاس تأويلا صحيحا أستنادا الى النصوص القانونية الأخرى وذلك بان يفسر الاختلاس في هذا النص بأنه الاستيلاء على المال المنقول دون وجه حق بقصد التصرف تصرف المالك.. ومثال التأويل الصحيح أيضا تأويل نص عدم المحاكمة الوارد في الفقرة (١) من المادة (٢٥٦) عقوبات بانه أحد القرارات الفاصلة التي يصدرها قاضي التحقيق عدا الأحالة على المحكمة الجزائية كالافراج ورفض الشكوى وقبول الصلح لأن النصوص الأخرى تؤيد هذا التأويل. ويلحق بالتأويل الصحيح التفسير الواسع والتفسير الضيق لمصلحة المتهم. أما التأويل الفاسد فمثاله تفسير لفظة ( صاحب ) الواردة في المادة (٤٢٨) عقوبات بان المقصود به المالك فقط ولا يشمل الحائز بسبب مشروع كالمستاجر وذلك لأن قانون العقوبات عندما يقصد ( المالك ) بالذات يورد هذا اللفظ صراحة مثل الوارد بالمواد (٤٣٩ و ٤٥٣ و ٤٥٤ و ٤٥٥). فلو اراد قصر النص في المادة ٤٣٨ عقوبات على المالك لنص عليه (١).

رابعاً-**الخطأ الجوهري في الإجراءات** : يقصد بالخطأ الجوهري في الإجراءات الأصولية التي تؤثر في الحكم والتي تسبق صدوره، هو مخالفة القواعد الإجرائية التي يقصد منها المحافظة على المصلحة العامة أو مصلحة المتهم أو غيره من ذوي العلاقة بالدعوى بشرط أن تكون مخالفة القواعد الإجرائية من شأنها أن تؤثر على الحكم الصادر من المحكمة، فالخطأ يجب ان يكون مؤثرا في الحكم على حد تعبير المادة ٢٤٩ والذي يضر بحقوق أحد أطراف الدعوى، ومثاله اصدار قرار بالإدانة وفق مادة أشد من مادة التهمة او وفق مادة تختلف عنها في الوصف القانوني في الأحوال التي يجيزها القانون او اصدار حكم في دعوى موجزة بعقوبة تزيد على المخالفة أو عدم تعيين المحكمة من يتولى الادعاء بالحق نيابة عن المجني عليه القاصر الذي ليس له ولي أو عدم انتداب محام عن المتهم الذي ليس له محام في جنائية او اعتماد المحكمة على اعتراف صادر من المتهم عن جهة غير مخولة قانونا بقبوله.

(١) جمال محمد مصطفى، نفس المصدر السابق، ص ١٧٣

**خامساً - الخطأ في تقدير الأدلة :** ويراد به صدور قرار بخلاف ما تقتضيه الأدلة المتحصلة من اثبات الفعل المسند الى المتهم او نفيه او اثبات لظروف الواقعة او نفيها، ومثاله صدور قرار بالإدانة استنادا الى أدلة تقل عن النصاب القانوني كالشهادة المفردة او السي أدلة ظاهرة او الى ادلة ظاهرة التناقض او صدور قرار بالبراءة او الافراج رغم كتابة الأدلة الصحيحة للإدانة، ولا يصحح هذا الخطأ ايراد المحكمة في قرارها أنها أفتتعت بالأدلة أو لم تقتنع لأن الاقتناع لا يعتد به إذا لم تكن الأدلة صحيحة يتم بها النصاب، كما لا يعتد بعدم الاقتناع مع كفاية الأدلة الصحيحة لان الاقتناع ليس مسألة شخصية صرف.. حيث أن محكمة الموضوع ولو كانت حرة في تقدير الوقائع التي تطرح امامها ووزن الأدلة التي تقدم من الخصوم والانتهاى إلى النتائج الموضوعية التي تظمن إليها إلا أنه يجب أن يكون الاستنتاج وفق المنطق والعقل وان لا يكون هناك تناقض بين النتيجة التي انتهت إليها والوقائع التي أثبتتها. فاذا وجد عيب من هذا القبيل كان الحكم محلا للنقض.

**سادساً- الخطأ في تقدير العقوبة :** ويتم ذلك حينما ترى محكمة الموضوع أن الواجب يقضي عليها بتطبيق عقوبة معينة ولأسباب تقول بها، بينما ترى محكمة التمييز أن تلك الأسباب لا تستوجب تطبيق تلك العقوبة وإنما يجب أن تطبق عقوبة أخرى، أخف أو أشد من الأولى التي قالت بها محكمة الموضوع ، ويعتبر الخطأ في تقدير العقوبة حاصلًا إذا كانت العقوبة التي فرضتها المحكمة غير مناسبة من حيث النوع والمقدار الظروف الجريمة او ظروف المتهم في شدتها أو خفتها، مثال ذلك فرض الحد الأقصى للعقوبة مع وجود اسباب للتخفيف بموجب العذر القانوني المادتين (١٢٩ و ١٣٠) من قانون العقوبات العراقي أو التخفيف القضائي المادة (١٣٢) من نفس القانون، او فرض عقوبة بسيطة مع أن المتهم من محترفي الاجرام أو مع تحقيق أحد أسباب التشديد المنصوص عليها في المادة (١٣٦) عقوبات الظروف المشددة أما الفقرة ( ب ) من المادة (٢٤٩) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي فقد نصت بأن ( لا يعتد بالخطأ في الاجراءات إذا لم يكن ضارة بدفاع المتهم ). مثال ذلك أستماع المحكمة شهود دفاع المتهم قبل توجيه التهمة له واصدار قرارها ببرائته من فهذا الاجراء الخاطئ لا يستوجب نقض القرار لأنه غير ضار بالمتهم، ولكنها إذا لم تنتدب له محام في الجناية التي يحاكم ( المتهم ) بموجبها وأصدرت قرارها بإدانته فهذا الخطأ يعتبر خطأ جوهرية وضارة بدفاع المتهم - أما إذا صدر قرارها بالافراج أو البراءة فلا يستوجب نقض القرار لأن هذا الاجراء الخاطئ غير ضار به، وكذلك في الأمور التنظيمية التي لم تتبعها المحكمة ولم يترتب عليها ضرر

بدفاع المتهم مثال ذلك عدم ذكر محل اقامة المتهم في قرار الإحالة طبقاً للمادة ١٣١ منه وهكذا حسب ظروف كل قضية<sup>(١)</sup>.

عليه يتبين وجه الرقابة التمييزية التي تمارسها محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية وهي تنظر الطعون الجارية على قرارات محاكم الجرح وسوف نتطرق الى صلاحيات محكمة التمييز والتي تملكها محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية في المبحث اللاحق.

## الفرع الثاني

### رقابة محكمة التمييز على هيئة الجنايات

تمارس محكمة التمييز اختصاص محكمة الموضوع، أي تكون لها اختصاصات محكمة الجنايات أو محكمة الجرح أو محكمة الأحداث بحسب نوع الدعوى التي تقوم بنظرها، وذلك في حالة ما إذا طعن أمامها للمرة الثانية في الحكم الصادر في نفس الدعوى، أذ نصت المادة (٢٦٣/ب) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنه: (( إذا أصدرت المحكمة حكماً بعد إعادة النظر ثم رفعت إلى محكمة التمييز فلهيئة الجراء فيها أن تصدق الحكم إذا وجدته موافقاً للقانون أو تخفف العقوبة، أما إذا تراءى لها لزوم صدور قرار بإدانة المتهم الذي برأته المحكمة أو زيادة العقوبة التي فرضتها عليه فتحيل الدعوى على الهيئة العامة لمحكمة التمييز ولهذه الهيئة إصدار القرار بالإدانة أو بالعقوبة التي تفرضها أو تصديق الحكم الصادر من محكمة الموضوع)). أن محكمة التمييز عند نظرها في الدعوى بصفتها محكمة موضوع فإن لها حق إحضار المتهم أو إدخال متهمين جدد أو التصدي لوقائع جديدة، وكذلك إحضار من يكون حضوره ضرورياً إلى التحقيق، إن إعطاء محكمة التمييز حق الجمع بين سلطي النقض وحق الحكم كما ورد فيما تقدم، تعد سمة يتميز بها القانون العراقي عن غيره من القوانين<sup>(٢)</sup> التي لا تعد محكمة التمييز فيها درجة من درجات المحاكم، وإنما هي هيئة يراد منها تمييز عمل القضاة وتدقيق القرارات من حيث موافقتها للقانون ولا تكتسب هذه المحكمة صفة محكمة الموضوع، ولاسيما أن الذي يثار أمامها ليس الوقائع التي نظرت فيها محاكم الجراء، وإنما هو صحة الإجراءات المتخذة والحكم ومقدار مطابقته للقانون.

(١) عبدالامير العكلي و د. سليم ابراهيم حربة، المصدر السابق، ص ١٣٩.

(٢) د. سامي النصراني، المصدر السابق، ص ٢٤٨.

بناءً على ذلك وكأثر لهذه الرقابة من قبل محكمة التمييز باعتبارها الهيئة القضائية العليا التي يحتكم لديها في جميع الاحكام والقرارات المخالفة للقانون ، فإن لها بعد تدقيق اوراق الدعوى ان تصدر قرارها على وجه من الوجوه التي بينها المادة (٢٥٩/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية، فلها تصديق الحكم بالإدانة او البراءة او تخفيف العقوبة، كأن تجد ان قرار الادانة او البراءة كان صحيحا وموافقا للقانون ، كأن يكون صاحب الحق قد التزم الحدود القانونية عند ممارسته لحقه ، ومن ذلك مثلاً ما قضت به محكمة التمييز في العراق في قرار لها ( وحيث ان الظروف التي وجد فيها المتهم عند اطلاقه النار على اللص ينطبق على الفقرة (٤) من (المادة ٤٤) من قانون العقوبات ، لذلك يكون قرار المحكمة القاضي بعدم مسؤولية المتهم (ع) عن جريمة قتل (ح) عمداً ، وقرارها القاضي بإلغاء التهمة والافراج عن المتهم (أ) وكافة القرارات الاخرى المتخذة في الدعوى صحيحة وموافقة للقانون قرر تصديقها<sup>(١)</sup>.

كما ان لمحكمة التمييز ان تبدل الوصف القانوني للجريمة إلى وصف اخر على وفق المادة التي ينطبق عليها الفعل. فقد قضت محكمة التمييز في قرار لها قائلة: (وحيث ان المحكمة ادانت المتهم وفقاً للمادة ٤٠٥ من قانون العقوبات ، فيكون هذا القرار صحيحاً وموافقاً للقانون قرر تصديقه الا ان المحكمة حددت العقوبة استدلالاً بالمادتين ١٢٨ و ١٣٠ من قانون العقوبات ، وهذا غير صحيح فالمتهم وقد نهض من نومه ليلاً وشاهد المجنى عليه داخل داره عارياً من الملابس ، فيكون في حالة دفاع شرعي طبقاً لنص الفقرة (٣) من المادة (٤٤) من قانون العقوبات العراقي ، اما وان المجنى عليه قد هرب من الدار ، وان المتهم لاحقه وقتله خارجها ، فيكون قد تجاوز عمداً حالة الدفاع الشرعي وفقاً للمادة ٤٥ من قانون العقوبات بدلاً من المادتين ١٢٨ و ١٣٠ منه ، وحيث ان سائر القرارات الاخرى المميزة صحيحة وموافقة للقانون باستثناء وصف الجريمة قرر تصديقها، اما الوصف فان المحكمة اعتبرت الجريمة جنحة عادية غير مخلة بالشرف ، مع ان المادة ٢٤ من قانون العقوبات اوجبت عدم تغير نوع الجريمة اذا استبدلت المحكمة بالعقوبة المقررة لها عقوبة من نوع اخف، لذلك قرر وصفها جنائية عادية غير مخلة بالشرف<sup>(٢)</sup>). نستخلص من ذلك ان لمحكمة التمييز سلطة المبحث في الموضوع فضلاً عن كونها سلطة قانون في حدود استثنائية، حينما ترى ضرورة

(١) قرار رقم ٢١٤ /هيئة موسعة ثانية / ٨٠ في ١٢ / ١٩٨٠ - مجموعة الاحكام العدلية، العدد ٣، السنة ١١، ١٩٨٠، ص ٧٦.  
(٢) قرار رقم ٢٥٩ و ٢٦٠ / تمييزية / ٩٧٨ في ١٥ / ١٩٧٨ - مجموعة الاحكام العدلية، العدد ١، السنة ٩، ١٩٧٨، ص ١٨٦.

ادانة المتهم الذي برأته محكمة الموضوع واصرار الاخيرة لمرتين على قرارها<sup>(١)</sup>، ذلك انه ليس لمحكمة التمييز تشديد العقوبة، وانما تقرر نقض الحكم واعادة الاوراق إلى المحكمة لإعادة المحاكمة مجدداً، لكي لا يفاجأ المتهم دون سماع دفاعه. وبهذا الصدد يذهب جانب من الفقه، إلى القول ( لمحكمة النقض ان تراقب قاضي الموضوع في تقديره للوقائع وان تراجع فيه اذا كانت المقدمات التي ساقها في حكمه واستخلص منها ثبوت الواقعة لا تؤدي عقلاً" إلى النتيجة التي انتهى اليها ، ففي هذه الحالة يجوز الطعن بالنقض ويكون وجه الطعن هو بطلان الحكم لعيب في التسبب لا الخطأ في تقدير الوقائع<sup>(٢)</sup> ). كما يرى جانب آخر من الشراح ، (ان القانون يحكم الواقع، بمعنى ان الوقائع ذاتها هي موضوع تطبيق القانون وهي ليست بمنأى كلية من رقابة محكمة التمييز، وانما تخضع لرقابة استثنائية، فالمبحث في الواقع اذا" شأنه شأن المبحث في القانون يمكن ان يلحقه عيب الخطأ في القانون).

ومسيرة للاتجاهات الفقهية سالفه الذكر ، فأنا نتفق وذلك الرأي الذي يذهب إلى ان لمحكمة ( التمييز) بالإضافة إلى رقابتها على صحة تطبيق القانون في حالة التجاوز، ان تراقب مدى صحة استخلاص او استظهار محكمة الموضوع لهذا التجاوز، فاذا كان في الوقائع الثابتة في الحكم ما يدل على ان المتهم كان في حالة تجاوز لحدود حقه، ولكنها استخلصت ما يخالف ذلك فيكون لمحكمة (التمييز او النقض) ان تصحح ذلك الاستخلاص بما يقضي به المنطق والقانون.

---

(١) سامية عبدالرزاق خلف، رقابة محكمة التمييز على سلطة محكمة الموضوع في تقدير التجاوز، بحث منشور على الانترنت على موقع مرجع دوت كوم <https://almerja.net/reading> ، ٢٠١٧.

(٢) د. عمر السعيد رمضان - مبادئ قانون الاجراءات الجنائية، ج٢، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص٣٢٠.

## الخاتمة

لقد عنيت هذه الدراسة ببيان السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تشديد العقوبة، فلم يعد دوره مجرد تطبيق النص القانوني كما ورد على الواقعة المعروضة عليه، بل اصبح ملزماً باختيار نوع العقاب المناسب الذي يتلاءم مع ظروف الجريمة وشخصية الجاني، وقد توصلنا من خلال هذا البحث الى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات التي يمكن ايجازها في ما يلي:

### اولاً: الاستنتاجات :

١. ان التفريد القضائي (مراعاة القاضي لظروف الجاني وشخصيته عند تحديده للعقوبة) للعقاب يعتمد على ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية في اختيار العقاب المناسب لكل واقعه تعرض عليه على حدى وبالتالي فهو ادق انواع التفريد العقابي.
٢. أن وسائل قاضي الموضوع عند استعمال سلطته التقديرية في تحديد العقوبة محددة بمقتضى نصوص قانونية، وقد بين الفقه صورها بالتدرج الكمي والاختيار النوعي للعقوبة، فهذه الوسائل تمكن القاضي من اختيار العقوبة لكنه مقيد بالحدود القانونية التي رسمها له المشرع، وبالتالي فإن سلطته في هذا المجال ليست مطلقة بل مقيدة.
٣. ان من أهم مقتضيات استخدام قاضي الموضوع لسلطته التقديرية في التشديد هي الاخذ بالأسباب والظروف المشددة القانونية واذا ما اخذ القاضي بالأسباب فعليه ان يسبب حكمه والا كان معيباً قابلاً للنقص.
٤. لعل من أهم مقتضيات استخدام السلطة التقديرية لقاضي الموضوع حين تقديره للعقوبة استعماله لسلطته التقديرية في اختيار بدائل العقوبات السالبة للحرية كوقف التنفيذ والغرامة وغيرها سواء كانت مقيدة للحرية او بدائل عينية.
٥. ينبغي إخضاع سلطة القاضي التقديرية في اختيار العقاب المناسب للرقابة القضائية لا سيما عند تسبيب الحكم ، كما ينبغي إحاطتها بضمانات لعل من ابرزها الالتزام بمبدأ الشرعية الاجرائية وبالحدود التي رسمها المشرع والاسترشاد وبآراء المختصين بالدراسات النفسية والاجتماعية التي تساعده في الوصول الى اختيار الجزاء المناسب.

٦. ان استعمال القاضي لسلطته التقديرية تعتمد في جانب كبير منها على فطنته وتمرسه، الامر الذي يستوجب ضرورة تخصص قاضي الموضوع والمحافظة على استقراره الوظيفي، وهذا سينعكس حتماً على إكتسابه مزيداً من الخبرة والتمرس واستخدام سلطته على أسس سليمة ومدروسة.

### ثانياً : المقترحات :

١. إعادة النظر في العقوبات المقررة لبعض الجرائم والتي تشكل خطورة على المجتمع وذلك برفع حدها الأدنى والأعلى وعلى ان لا يكون الفرق كبيراً بين هذين الحدين، بحيث تأتي العقوبة مناسبة حتى لو استخدم قاضي الموضوع سلطته التقديرية.

٢. ضرورة تبني بدائل العقوبات السالبة للحرية وعلى غرار ما هو معمول به في كثير من التشريعات لما في ذلك من أثر على عملية الإصلاح والتأهيل والتخفيف من مشكلة ازدحام السجون وبما يعود بالفائدة على التقريد التنفيذي للعقوبة.

٣. ضرورة الأخذ بنظام قاضي تنفيذ العقوبات وعلى غرار ما هو معمول به في بعض الدول رغم اننا لم نتطرق الى هذا الموضوع في هذا البحث الا ان الضرورة القانونية يتحتم علينا ان نشير اليها، إذ أن له دور كبير قد يسترشد به قاضي الموضوع عند اختيار العقوبة المناسبة إضافة الى دوره الكبير في مرحلة تنفيذ العقوبة.

٤. ضرورة الأخذ بمبدأ تخصص القاضي الجزائي وذلك من خلال اختياره ضمن شروط ومواصفات معينة مع ضمان استقراره الوظيفي إذ أن وظيفة القاضي الجزائي ليست بالمهمة اليسيرة وتتطلب خبرات وتجارب ومهارات قانونية لا يمكن اكتسابها إلا من خلال التخصص في نوع أو أنواع محددة من القضايا.

المراجع :

القرآن الكريم

أولاً : الكتب والمصادر القانونية

- ١- أ.د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٨
- ٢- أحمد فتحي سرور ، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٧٢
- ٣- أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، ١٩٩٦
- ٤- جمال محمد مصطفى ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، مطبعة الزمان ، بغداد، ٢٠٠٤
- ٥- جميل عبد الباقي الصغير ، النظرية العامة للعقوبة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠
- ٦- جندي عبد الملك بك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع رشوه، ظروف الجريمة، مطبعة الاعتماد، ١٩٤١م - ١٣٦٠هـ، الطبعة الأولى
- ٧- حاتم حسن موسى، سلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢
- ٨- د. احمد السيد صاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٤
- ٩- د. سامي النصاروي / دراسة في اصول المحاكمات الجزائية ، ج ٢ ، بغداد ، مطبعة دار السلام ، ١٩٧٦
- ١٠- د. عباس الحسني ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية الجديد ، مج ٢ ، بغداد ، ١٩٧٢
- ١١- د. عمر السعيد رمضان - مبادئ قانون الاجراءات الجنائية ، ج ٢ ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٤
- ١٢- د. فهد هادي حبتور ، التقريد القضائي للعقوبة، ٢٠١٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان.
- ١٣- د. مأمون محمد سلامة / حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون ، القاهرة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٥.
- ١٤- د.براء منذر عبداللطيف ، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، دار الحامد للنشر ، عمان ، الاردن، ٢٠٠٨.
- ١٥- رمضان الألفي، الخطورة الإجرامية - دراسة مقارنة، جامعة القاهرة ، ١٩٦٦
- ١٦- السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة الثالثة - دار المعارف، ١٩٥٧
- ١٧- سيد حسن البغال، الظروف المشددة والمخففة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي، ١٩٨٢



- ١٨- طارق عبد الوهاب سليم، المدخل في علم العقاب الحديث، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦
- ١٩- عادل عازر ، النظرية العامة في ظروف الجريمة، المطبعة العالمية القاهرة ١٩٦٧
- ٢٠- عبد الأمير العجيلي و د. سليم ابراهيم حرب / اصول المحاكمات الجزائية ، ج ٢ ، بغداد ، جامعة بغداد ، ١٩٨٨.

#### ثانيا : القوانين العراقية :

١- قانون العقوبات العراقي رقم ١١ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته

٢- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته

٣- قانون الكمارك رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته

٤- قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١

#### رابعاً : المجالات والاحكام القضائية والمواقع الالكترونية:

١. احكام وقرارات محكمة التمييز منشورة على مجموعة الاحكام العدلية العددان(١) لسنة ١٩٧٨ و(٣) لسنة ١٩٨٠.

٢. د. محمد حسين الحمداني و د.نوفل علي الصفو ، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق على الانترنت، العدد ١٦ لسنة ٢٠٠٣

٣. سامية عبدالرزاق خلف ، رقابة محكمة التمييز على سلطة محكمة الموضوع في تقدير التجاوز، بحث منشور على الانترنت على موقع مرجع دوت كوم ، ٢٠١٧.

٤. موقع مجلس القضاء الاعلى [www.hjc.iq](http://www.hjc.iq)

٥. هيثم الاصبحي، تعريف السوابق القضائية، مقالة منشورة على الانترنت في موقع [www.facebook.com/MbadrtRwafdAlabda/posts](http://www.facebook.com/MbadrtRwafdAlabda/posts) ، ابريل ٢٠١٣

٦. معوش عثمان، الظروف المخففة والظروف المشددة ، بحث لنيل شهادة الماجستير، جامعة عبدالحميد بن باديس مستغانم،كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٩، منشور على شبكة الانترنت الموقع [http://e-biblio.univ-](http://e-biblio.univ-mosta.dz/bitstream/handle)

[mosta.dz/bitstream/handle](http://e-biblio.univ-mosta.dz/bitstream/handle)

## الفهرست

رقم الصفحة	الموضوع	ت
٣-١	المقدمة	١
٤	المبحث الاول : مراحل تطور مفهوم الظروف المشددة للجريمة وتقدير العقوبة	٢
٤	المطلب الاول : مراحل تطور مفهوم تقدير العقوبة	٣
٦-٤	الفرع الاول : مفهوم تقدير العقوبة في الماضي	٤
٧-٦	الفرع الثاني : مفهوم تقدير العقوبة في الحاضر	٥
٧	المطلب الثاني : تعريف ومميزات ظروف الجريمة	٦
٨-٧	الفرع الاول : تعريف ظروف الجريمة	٧
١١-٨	الفرع الثاني : مميزات ظروف الجريمة	٨
١٢	المبحث الثاني : انواع الظروف المحيطة بالجريمة واسباب تشديد العقوبة	٩
١٢	المطلب الاول : انواع الظروف المحيطة بالجريمة	١٠
١٣-١٢	الفرع الاول : ظروف من حيث طبيعتها	١١
١٥-١٣	الفرع الثاني : ظروف من حيث تأثيرها على تحديد العقوبة	١٢
١٧-١٥	الفرع الثالث : ظروف من حيث التأثير على وصف الجريمة	١٣
١٧	المطلب الثاني : اسباب تشديد العقوبة	١٤
١٨-١٧	الفرع الاول : الاسباب العامة الموضوعية المادية	١٥
١٩-١٨	الفرع الثاني : الاسباب الخاصة العود وتعدد الجرائم وتعدد العقوبات	١٦
١٩	المطلب الثالث : سلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة	١٧

رقم الصفحة	الموضوع	ت
٢١-٢٠	الفرع الاول : شروط وحدود سلطة قاضي الموضوع	١٨
٢٢-٢١	الفرع الثاني : حدود سلطة قاضي الموضوع	١٩
٢٥-٢٢	الفرع الثالث : استخدام السلطة حين وجود الظروف المشددة	٢٠
٢٦	المبحث الثالث : مصادر سلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة	٢١
٢٦	المطلب الاول : ماهية مصادر سلطة قاضي الموضوع	٢٢
٢٩-٢٦	الفرع الاول : القانون	٢٣
٣٠-٢٩	الفرع الثاني: مبادئ الشريعة الاسلامية والعدالة	٢٤
٣١-٣٠	الفرع الثالث: السوابق القضائية	٢٥
٣١	المطلب الثاني : الرقابة التمييزية على سلطة قاضي الموضوع في تشديد العقوبة	٢٦
٣٥-٣١	الفرع الاول : رقابة محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية على قاضي الجرح	٢٧
٣٧-٣٥	الفرع الثاني : رقابة محكمة التمييز على هيئة الجنايات	٢٨
٣٨	الخاتمة	٢٩
٣٩-٣٨	اولاً : الاستنتاجات	٣٢
٣٩	ثانياً : المقترحات	٣٣
٤١-٤٠	المراجع	٣٤