إقليم كوردستان – العراق
مجلس الوزراء
وزارة العدل
رئاسة الادعاء العام
دائرة الادعاء العام في أربيل

Judicial Council

نظرية القدر المتيقن بين الفقه الجنائي والتطبيق القضائي
-دراسة مقارنة-

بحث
مقدم إلى مجلس القضاء لإقليم كوردستان - العراق
من قبل عضو الادعاء العام

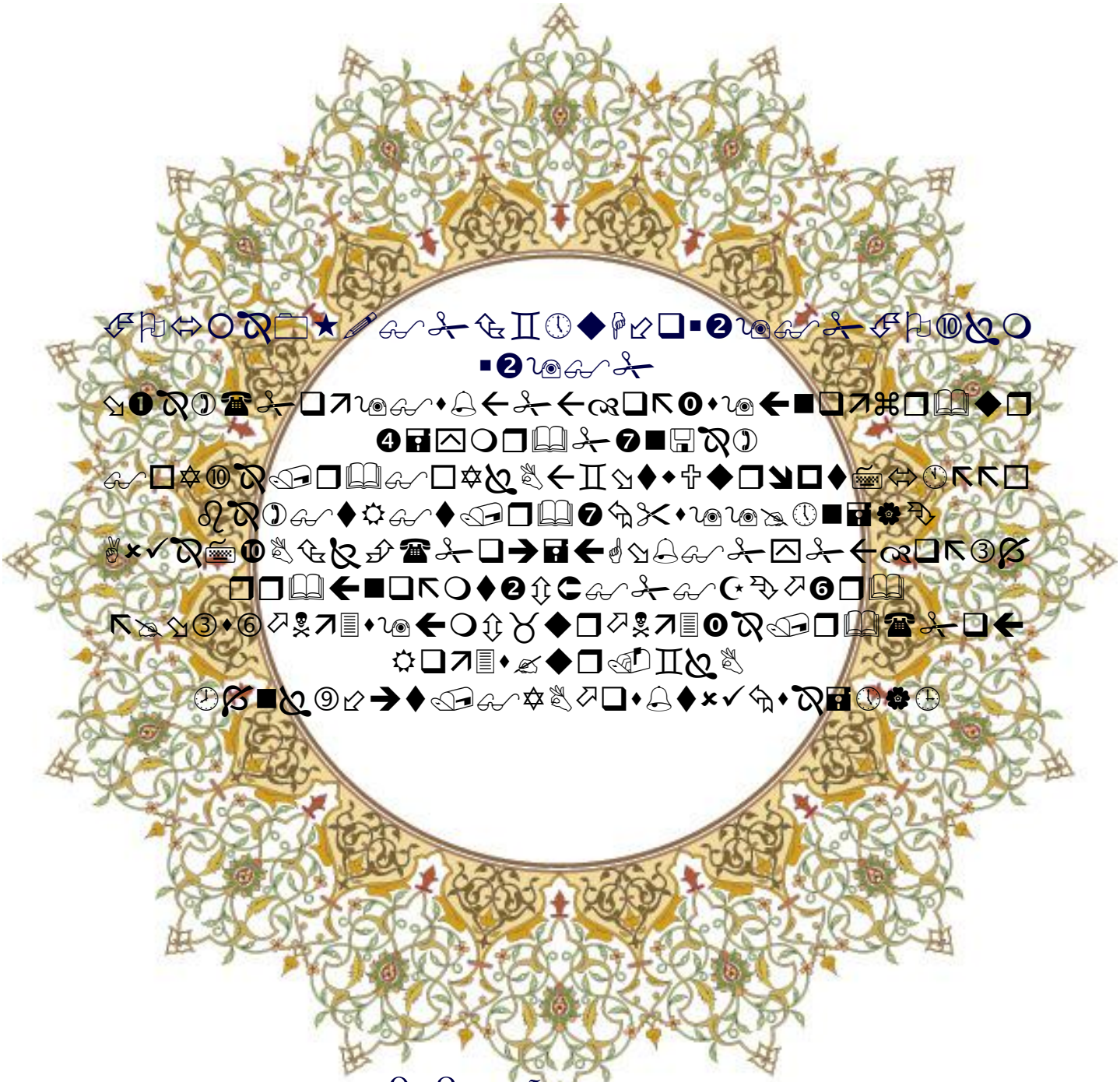
ماجد طاهر خليل

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

بإشراف
عضو الادعاء العام

مسعود عثمان محمد

□□□□ الهجرية □□□□ الكوردية □□□□ الميلادية



سورة يوسف: الآيتان: 8، 9

المقدمة

(من البديهي أنّ أي قانون لا يشرع إلاّ تلبية لحاجة اجتماعية تهدف إلى تنظيم العلاقة القائمة بين أفراده في المجتمع كلما مست الحاجة، واقتضت الضرورة اللجوء إلى هذا الإجراء نتيجة تضارب المصالح وتشعب المنازعات التي في الكثير من الأحيان لا يمكن حلها إلاّ باللجوء إلى القضاء والاحتكام إلى حكم القانون)[١].

(فمع ظهور الدولة ازدادت الحاجة لأحكام القوانين، حيث أصبح القانون في المجتمعات المعاصرة انعكاساً للنظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي السائد ولا ريب أنّ قانون العقوبات هو فرع مهم من فروع القوانين وتعكس السياسة الجنائية لأية دولة، فقانون العقوبات يحدد الأفعال المخلة بنظام الجماعة، والتي يعتبرها المشرع جرائم، ويبين شروط العقاب عليها ومقدار العقوبة التي تناسب كلاً منها وهي بذلك تضم القواعد الموضوعية للقانون الجنائي)[٢].

ومن هنا نستنتج أنّ عنصر التوازن الذي يحتاجه المجتمع لضمان أمنه واستقراره هو القانون، والقانون (التشريع) مصدر من المصادر التي يعتمد عليها القاضي لبناء الحكم، لكن المشرع غالباً ما يكون عاجزاً عن التنبؤ بما سيستجد في المستقبل، و (أنّ مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بناء على قانون قد ينتهك أحياناً من قبل القضاء الجنائي تحت وطأة وقائع وظروف وحيثيات لجرائم قد لا تحيط بها النصوص الجزائية ... وأنّ الحيكمة سينتابها الشك إزاء الوقائع الجنائية التي يصعب معها معرفة مرتكب السلوك الإجرامي ... أو تلك التي يتعذر معها تمييز الفاعل عن الشريك، أو في تلك الوقائع التي يتداخل فيها عامل أجنبي إلى جانب سلوك الجاني في أحداث النتيجة الجرمية .... فإنّها (أي المحكمة) تذهب عند التكييف القانوني لها إلى التحري عن الثابت يقيناً ارتكابه من الأفعال، وهو القدر المتيقن بحق كلّ واحد من الذين توافقوا أو اشتركوا في هذه الوقائع فتفرض عقوبة الشروع بدلاً من عقوبة الجريمة التامة وعقوبة الشريك بدلاً من عقوبة الفاعل) [٣]، وفي نفس الحالة (إذا حصل الشك مثلاً في قصد المتهم وتعذر إثبات نية القتل العمد عنده، فإنّ المحكمة ستلجأ إلى فرض عقوبة الضرب المفضي إلى الموت بدلاً من عقوبة القتل العمد، لأنّ القدر المتيقن في حق المتهم هو

---

(١) علي السماك، نظرية القدر المتيقن، مجلة القضاء، الأعداد (□-□)، □□□□، السنة السادسة والثلاثون، دار الحرية للطباعة، بغداد، ص:□□□.

(٢) أكرم نشأت إبراهيم، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، المكتبة الأهلية، □□□□، بغداد، ص: □.

(٣) د. محمد عباس الزبيدي، نظرية القدر المتيقن بين مبدأ الشرعية الجزائية والتطبيقات القضائية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد:□□، العدد (□□) السنة□□، ص:□□□، بتصرف من الباحث.

□

ارتكاب فعل الضرب أو الجرح، طالما أنّ الشك قد ساورها في نية القتل العمد، ولأنّ الشك يفسر لمصلحة المتهم...)[١].

فهل يصح (أن يلبس القاضي نموذجاً قانونياً لواقعة جنائية غير النموذج القانوني المنطبق على تلك الواقعة، بحجة عدم معرفة مَن مِنْ الجناة ارتبطت النتيجة الجرمية بسلوكه الإجرامي؟)[٢]، كما لو (فرض وضرب عدة جناة شخصاً واحداً بطريق الصدفة العرضية والتوافق البحت ولم يكن بينهم اتفاق سابق على ارتكاب الجريمة ولم تُعرف ضربة مَنْ مِن الجناة قتلت المجنى عليه أو أفضت إلى موته أو أحدثت به عاهة مستديمة)[٣].

(إنّ الذي أوجد هذه النظرية والطريقة التي عُرضت فيها ابتداءً، وهو الفقه الإيطالي وأبرزها إلى حيز التطبيق العملي وهو القضاء الجنائي الإيطالي بتطبيقاتها القضائية العملية على بعض الأفعال الجرمية المستخلصة من وقائع الجرائم المطروحة أمام المحاكم أثناء نظرها والفصل فيها من قبلها ... جعلت من هذه النظرية وبمرور الزمان حقيقة واقعة لا يمكن تجاهلها أو إغفالها)[٤].

ومن هنا أصبحت للنظرية المذكورة في الفقه الجنائي والتطبيق القضائي أهميتها، وذلك في ظلّ ندرة الوقائع التي ثارت وتثور أمام القضاء والتي تكون موضوعاً لتطبيق النظرية، وقلة البحوث المتطرقة إليها من جانب آخر.

لذا فقد ارتأينا الخوض فيها متبعين في بحثنا منهجين، المنهج التأصيلي التاريخي والذي يمثل مرتكزات هذه النظرية، والمنهج التطبيقي للقضاء الجنائي بصدد النظرية.

---

(١) د. محمد عباس الزبيدي، نفس المصدر، ص:□□□.

(٢) د. محمد عباس الزبيدي، نفس المصدر، ص:□□□.

(٣) علي السماك، نظرية القدر المتيقن، المصدر السابق، ص:□□□.

(٤) علي السماك، نظرية القدر المتيقن، المصدر السابق، ص:□□□، بتصرف من الباحث.

خطة البحث

لقد قسمنا هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول ونبحث فيه بشكل ملخص ومركز في الجريمة مفهوماً وتعريفاً ودلالة والأركان التي تستند إليها، وموقف التشريع العراقي من أركان الجريمة في معرض المطلب الأول منه، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى العقاب أو (الجزاء) وفكرة عامة عن مفهوم الجزاء وخصوصيته تبعاً لمفهومه وأسس فرض العقوبة وما تمتاز بها من خصائص والغرض من فرضها عموماً، ونظراً لما لمبدأ الشرعية من علاقة مباشرة بموضوع بحثنا فقد خصصنا له المطلب الثالث للكلام عن المبدأ كفرع من فروع الشرعية بوجه عام، والجذور التاريخية لمبدأ الشرعية وموقف القانون الجزائي – العقابي– منها عموماً وموقف الدستور العراقي وقانون العقوبات العراقي مِن المبدأ "مبدأ الشرعية الجزائية كما فضلناه تسميةً" فيما خصصنا المبحث الثاني لنظرية القدر المتيقن وسندها من حكم القانون، ممّا اقتضى تخصيص المطلب الأول منه للكلام عن التأصيل التاريخي للنظرية وأساسها الفقهي والقانوني عبر استقراء مراحل تطورها ثم نعرض في المطلب الثاني معاني ودلالات القدر المتيقن وتعريف النظرية من الناحية الاصطلاحية واللغوية والفقهية.

أما في المطلب الثالث فإنّ طبيعة البحث استلزم الوقوف على المتطلبات أو الأركان المطلوبة التي تجد لها مجالاً لتنطبق عليها النظرية عبر الإحاطة بتطبيقاتها القضائية الجنائية وذلك في المطلب الأول، والذي تتمثل في ثلاث حالات تثير كلّ منها نفسها وقت التطبيق وهي (مدى حضور النظرية في حالة الجناة غير المتضامنين) و (حالة تناثر أو شيوع النتيجة بين عدة أسباب) و (في حالة المساهمة الجنائية) وذلك في الفرع الأول، فيما سنتطرق إلى الأثار المترتبة على تطبيق النظرية في الفرع الثاني، ولاستكمال البحث لهدفه وغايته فقد أفردنا المبحث الثالث لمجالات تطبيق النظرية في أحكام القضاء، حيث نتطرق في المطلب الأول إلى تطبيقات القضاء الجنائي العراقي بشأن النظرية وموقف محكمة تمييز العراق منها، وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى تطبيقات القضاء الجنائي في إقليم كوردستان وموقف محكمة التمييز منها، فيما حاولنا في المطلب الثالث إبراز بعض الأمثلة التطبيقية للنظرية.

وفي الختام سوف نعرض جملة من النتائج والتوصيات تأسيساً لما تم عرضه في البحث، آملين أن يجد فيه الباحثون بعض مبتغاهم، والله الموفق

الباحث

المبحث الأول
في الجريمة والعقاب والركن الشرعي

المطلب الأول
الجريمة

الجريمة هي اعتداء على حق، وقد يكون هذا الحق للمجتمع في مجموعه إذ تستحيل نسبته إلى الفرد بالذات كحق الدولة في نزاهة الوظيفة العامة، وقد يكون الحق لفرد كالحق في الحياة أو سلامة الجسم [١]، ومن هنا نرى لزاماً وبصورة مختصرة تعريف الجريمة ورأي شراح القانون الجنائي فيها.

(فالجريمة في نظر ماكس ويل هي كلّ أمر معاقب عليه بمقتضى القانون أو العرف المتبع في هيئة اجتماعية منظمة) [٢]، ووجدنا أنّ بعض القوانين الأجنبية أوردت تعريفاً للجريمة ومنها القانون الفرنسي القديم، فقد عرفها أنّها (عمل ما تنهى عنه أو الامتناع عن عمل ما تأمر به القوانين التي ترمي إلى المحافظة على النظام الاجتماعي والأمن العام)[٣].

ولكن من الملاحظ أنّ القانون العراقي لم يُعرف الجريمة، بل اقتصر على بيان أنواعها وتحديد أركانها (وغني عن البيان أن نشير أنّه إذا أطلق لفظ الجريمة فقد ينصرف معناها إلى المدلول الجنائي باعتباره أهمها وضابط الجريمة في مدلولها الجنائي أنها فعل يفرض له القانون عقاباً يقرره الشارع لها)[٤].

والجريمة تستند على ثلاثة أركان هي (الركن المادي) و (الركن المعنوي) و (الركن الشرعي) فإذا انتفى ركن منها فلا تتحقق الجريمة ولا يمكن أن يسأل أحد جنائياً[٥].

وقد عرف قانون العقوبات العراقي المعدّل رقم/□□□ لسنة□□□□ الركن المادي في المادة (□□) منه بالقول أنّه: "سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون أو الامتناع عن فعل أمر به القانون" ويتمثل ذلك في الفعل أو الامتناع، ويتكون من الفعل الجنائي أو الامتناع والنتيجة الجنائية، والرابطة السببية بين الفعل والنتيجة.

أما الركن المعنوي فقد عرفه في المادة (□□) فقرة/ □ منه بالقول أنّه "توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكوّن للجريمة هادفاً إلى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة

---

(١) عبد الستار البزرگان، قانون العقوبات، القسم العام، بين التشريع والفقه والقضاء□□□□، ص: □.

(٢) د. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، المجلد الأول، القسم الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، الطبعة الثانية□□□□، ص: □□.

(٣) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج □، طبعة دار أحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة طبع، ص: □.

(٤) د. عباس الحسني، نفس المصدر، ص: □□.

(٥) گيلانى سيد أحمد، موجز عن نظرية القدر المتيقن مع التطبيقات القضائية، مطبعة جامعة صلاح الدين، أربيل□□□□، ص: □□.

جرمية أخرى". (والقصد الجنائي هو العنصر المميز لجميع الجرائم العمدية عن غير العمدية وتتمثل عناصره في إرادة الفعل المادي وإرادة النتيجة الجرمية، الناشئة عن الفعل، وعلم الجاني بعناصر الجريمة)[١].

المطلب الثاني
العقاب

العقاب أو ما يسمى (الجزاء) هو مبدأ من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها القانون الجنائي، فالعقاب عند علماء اللغة هو (ما فيه الكفاية) غير أنّ رجال القانون قصروا استعمال لفظة (الجزاء) على معنى العقوبة [٢]، عليه فالعقوبة (هي الجزاء الذي أقرّه المشرع في صيغة نصّ قانوني يطبقه القاضي بما فيه من مساس ببدن المحكوم أو حريته أو ماله أو اعتباره، حصل لديه من جراء ارتكابه الجريمة) [٣]، حماية لمصالح الجماعة وتوطيداً للنظام الاجتماعي.

وحيث انّ (لكلّ جريمة خصوصيتها وظروفها وملابساتها ودوافعها الخاصة ... فإنّ المشرع لم يكن يستطيع أن يحدد العقوبة المناسبة لكلّ جريمة ... باعتبار العقوبة هي الجزاء الذي يوقع على مرتكب الجريمة لمصلحة الهيئة الاجتماعية) [٤]، بحيث تنطبق أو تتلاءم مع كلّ الحالات و (وبحيث تكون مناسبة لظروف تلك الجريمة وملائمة لحالة مرتكبها، لذلك فقد لجأ المشرع العراقي إلى وضع عقوبتين فأكثر لمعظم الجرائم وجعل معظم العقوبات تتراوح بين حدها الادنى وحدها الأقصى) [٥]،وإنّ لمحكمة الموضوع الركون إلى الإعذار القانونية والظروف القضائية في المواد (□□□-□□□) عقوبات، أو الظروف المشددة الواردة في المواد (□□□-□□□) عقوبات، وأنّ (الأساس الذي يستند إليه حق العقاب لا يخرج عن مبدأين، الأول: المبدأ الأخلاقي ويقوم على فكرة العدالة والثاني هو المبدأ النفعي ويقوم على فكرة المصلحة العامة)[٦].

---

(١)گيلانى سيد أحمد، نفس المصدر، ص:□□.

(٢) د. عباس الحسني، المصدر السابق، ص□□□.

(٣) د. عبد الستار البزرگان، المصدر السابق، ص:□□□.

(٤)جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج□، ص: □.

(٥)أكرم نشأت إبراهيم، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، مذكور آنفاً، ص:□□□.

(٦)د. عباس الحسني، المصدر السابق، ص: □□□، وينظر كذلك عبد الستار البزرگان، نفس المصدر، ص:□□.

وتمتاز العقوبة بخصائص معينة أهمها (إنّ مصدرها المشرع، وإنّها مؤثرة ومؤلمة من حيث طبيعتها، وإنّها تفرض على مرتكب الجريمة ومن تكون له علاقة بها بصفته شريكاً فقط، وإنّ فيها جبراً لخواطر المجتمع، وفرضها يجب أن يتسم بالعدل من قبل محكمة الموضوع) وهي – أي العقوبة– (يتوخى تحقيق الحدّ من الجريمة أو مكافحتها، وإصلاح الجاني من خلال تنفيذ العقوبة، وتوفير الإحساس في فكر الجاني إنّ ارتكابه للجريمة أو العود يُعد انتهاكاً لفرص إيقاف تنفيذ العقوبة أو العفو منها)[1].

المطلب الثالث
مبدأ الشرعية

يقصد بمبدأ الشرعية التعبير عن القاعدة الشهيرة القائلة بأنّ (لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بقانون) وفي مجال بحثنا سوف نحدد المبدأ تحت مسمى (مبدأ الشرعية الجزائية) ... ذلك أنّ الشرعية الجزائية هي من فروع الشرعية بوجه عام، ويعد الركيزة الأساسية للقانون الجنائي، فضلاً عن كونه مبدأً دستورياً حرصت أغلب الدساتير ومنها الدساتير العراقية على تأصيله. (فأي نظام دستوري في العالم إنّما هو محاولة لحلّ تلك المشكلة المتأصلة وهي مشكلة التوازن بين السلطة الحاكمة وحقوق الشعب وحرياته ... ويظلّ الصراع قائماً إلى أن تحدث الموازنة بينهما حيث توضع الضوابط التي ترشد كلاً منهما إلى مجاله ... وهذه الضوابط هي ما يطلق عليه مبدأ الشرعية، أو مبدأ سيادة القانون)[2].

ولاشكّ أنّ هذ المبدأ يبسط سلطانه على القضاء الجنائي ولا يدع له مجاله للاجتها د أو التفسير أو القياس في نطاق التجريم أو العقاب، كما وإنّه يمثل احدى الدعائم والمبادئ الأساسية التي ترتكز عليها التشريعات الجنائية المعاصرة[3].

(فهذه القاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بقانون) لم تكن معروفة في العصور القديمة، وتقرير قانونية الجرائم والعقوبات ترجع إلى الثورة الفرنسية التي عبرت عن آراء فلاسفة القرن التاسع عشرو وقد ظهرت الحلقة الأولى منها أبان تلك الثورة حينما قرّر إعلان حقوق الإنسان

---

(١) عبد الستار البرزگان، المصدر السابق، ص:□□□-□□□، بتصرف من الباحث.

(٢) د. محمد فالح حسن، مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، مطبعة الشرطة، ط□، بغداد،□□□□، ص: □ و□□ بتصرف.

(٣) محمد عباس الزبيدي، نظرية القدر المتيقن بين مبدأ الشرعية الجزائية والتطبيقات القضائية، مجلة الرافدين للحقوق،، المجلد□□، العدد/□□، ص:□□□.

□

والمواطنة سنة/□□□□ هذا المبدأ ومن ثم نصت عليها المادة الرابعة من قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة/□□□□، ونقلت منه إلى التشريع المصري، والتشريع العراقي)[1].

ومن القواعد التي تحكم الجريمة في القضاء الجنائي، مبدأ الشك، وينصرف لصالح المتهم لا ضدّه– أي: بما فيه الأصلح للمتهم–.

فالأصل في المتهم براءته، وهذا ما نصت عليه المادة (□□)، خامساً من الدستور العراقي سنة/□□□□ وتناولت أنّ (المتهم برئ حتى تثبت إدانته) كما وأنّه لا مورد لصحة الأخذ بالقياس في النصوص الجزائية بمقتضى الفقرة/ ثانياً من نفس المادة فنصت أنّه (لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص ...).

وتبعاً لهذه القاعدة الدستورية نصت المادة/ □ من قانون العقوبات العراقي المعدّل رقم□□□/ لسنة/□□□□ على أنّ (لا عقاب على فعل أو امتناع إلاّ بناء على قانون ...). (ممّا يعني أنّ أنواع السلوك الإنساني الخارجة عن حدود النصوص الجزائية تبقى مباحة، ولا يترتب على إتيانها أية تهمة، ولا يطبق عليها أية عقوبة، ولا يفرض أي تدبير عن فعل إلاّ بسند شرعي يحرمه ويجرمه، ومن آثاره عدم رجعية القوانين الجزائية وعدم جواز القياس ومن ثم خضوع القاضي لقاعدةالتفسير الضيق للنصوص الجزائية)[2].

---

(١) جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج□، طبعة دار أحياء التراث العربي، مذكور آنفاً، ص: □□□ – □□□.

(٢) د. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، المجلد الأول، القسم الأول، ص: □□، د. محمد عباس الزبيدي، المصدر السابق، ص:□□□–□□□، بتصرف من الباحث.

المبحث الثاني
نظرية القدر المتيقن
وسندها من حكم القانون

المطلب الأول

الأصل التاريخي لنظرية القدر المتيقن

لا يخفى أنّ العديد من التشريعات الجزائية تخلو متونها من نصّ جزائي أو عقابي يعالج نظرية القدر المتيقن وفق الإشكالية والطريقة التي عرضت فيها ابتداءً من الفقه الإيطالي. (وتعدّ هذه النظرية فكرة دقيقة تستند إلى مفاهيم وقواعد قانونية متطورة إذ لا يمكن أن يَرِد إلاّ في مرحلة متأخرة من تاريخ القانون، غير أنّ المنعطف المهم الذي ينبغي التوقف عنده وهو القضاء الجنائي الإيطالي كأول من اجتهد في إرساء دعائم النظرية واستنبط من وقائعها المعروضة عليه الضوابط التي يمكن الركون إليها للحكم في الوقائع التي تتحقق فيها شروط هذه النظرية... لذا فقد استجاب المشرع الإيطالي)[1]، (فحبذ تطبيق عقوبة غير اعتبارية يحل المشكلة وهي تمثل ضرباً من العقوبة المعتدلة أو المناسبة وهي أقلّ من العقوبة التي يستحقها الفاعل الحقيقي، وأكثر من العقوبة التي تفرض عادة على الشارع في الجريمة والشريك فيها)[2].

وتصدى المشرع الإيطالي للنظرية في المادة / □□□ من قانون العقوبات لسنة/□□□□ وأورد ما يأتي: "على أنّه في مثل هذه الحالة التي لا يمكن التمييز فيها بين الفاعل والشريك في جرائم القتل والضرب المفضي إلى الموت والعاهة المستديمة يعاقب جميع المتهمين بعقوبة أقل من العقوبة التي كانت توقع على الفاعل الأصلي لو كان معلوماً)[3].

ودأب القضاء الإيطالي على تطبيق أحكامها، إلاّ أنّ قانون العقوبات الإيطالي الصادر سنة/ □□□□ تخلى عن المادة المذكورة بالإلغاء [4]، بعد إن كانت نظرية، وأصبحت قاعدة جنائية مقننة فضلاً عن كونها ملزمة للقضاء الإيطالي عند التطبيق للفترة من (□□□□-□□□□).

ثم أخذ بالنظرية الفقه الجنائي الفرنسي، حيث ذهب الفقيهان الفرنسيان فيدال ومانويل بصدد قتل شخص واحد برصاصة بندقية في وقت شوهد في محل الحادث عدة أشخاص مسلحين يتربصون لنفس الشخص، وكانت طلقة واحدة فقط قد ثارت دون معرفة أي منهم أطلقها، ذهب الفقيهان في هذا إلى القول بأنّه إذا فرضت عقوبة القتل التامة فإنّ العقوبة هذه

---

(١) د. محمد عباس الزبيدي، نظرية القدر المتيقن بين مبدأ الشريعة الجزائية والتطبيقات القضائية، مجلة الرافدين للحقوق، المجد (□□)، العدد (□□) السنة□□، ص:□□□، بتصرف من الباحث.

(٢) عبد الستار البرزكان، نظرية القدر المتيقن هل لها سند من حكم القانون؟ مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة (□□)، مطبعة الشعب□□□□، ص:□□.

(٣) د. محمد عباس الزبيدي، المصدر السابق، ص:□□□، وجندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج □، □□□□، ص:□□□.

(٤) عبد الستار البرزكان، نفس المصدر، ص:□□.

تكون شديدة بالنسبة للمتهمين الذين لم تصل طلقاتهم إلى جسم الضحية، وتصبح العقوبة مناسبة إذا تمت مسائلة الجميع عن الشروع في جريمة القتل العمد وهو القدر المتيقن لديهم، أما اتخاذ قرار الإفراج عنهم جميعاً فيعد إنكاراً للعدالة[١].

أما في مصر فقد أخذ الفقه الجنائي ومن ثم القضاء المصري بنظرية القدر المتيقن، (فالقضاء الجنائي المصري كان قد أخذ بها في ظلّ قانون سنة □□□□م في صورتي المساهمة وشيوع النتيجة الجرمية بين عدة جناة غير متضامنين بأوقات متقاربة) [٢]، وقد ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية في □/ □□/□□□□ إنّه (إذا أثبت أنّ المجنى عليه به عدة إصابات أحدثها عدة متهمين ولم يعرف بطريقة قاطعة مَنْ مِنْ هؤلاء المتهمين هوا لذي أحدث الإصابة التي أدت إلى الموت أو نشأت عنها العاهة المستديمة فلا يصح إسناد تهمة الضرب المفضي إلى الموت أو إلى العاهة إلى المتهمين جميعاً، وإنّما يجوز مؤاخذتهم عن الضرب البسيط على اعتبار أنّه القدر المتيقن في حق كلّ منهم)[٣].

المطلب الثاني
مفهوم القدر المتيقن وتعريفه

الفرع الأول
القدر المتيقن لغةً واصطلاحاً

□. تعريف القدر المتيقن لغةً:

القدر المتيقن بتسكين الدال يعني المقدار أو الكمية، والمتيقن معناه: الثابت الذي ليس فيه شك، وهو اسم مفعول ليقين.

واليقين: يعني العلم وزوال الشك، أو إزالته، فهو العلم الذي لا شكّ فيه[٤].

□. تعريف القدر المتيقن اصطلاحاً

وهنا سوف نتعرض لمفهوم وتعريف القدر المتيقن شرعاً وفق التأصيل الفقهي والتاريخي.

آ. مفهوم القدر المتيقن وتعريفه شرعاً.

---

(١) عبد الستار البزركان، المصدر السابق، ص:□□.

(٢) د. محمد عباس الزبيدي، المصدر السابق، ص:□□□

(٣) جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية، ج □، دار أحياء التراث العربي، دون سنة طبع، بيروت – لبنان، ص:□□□.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ج □، دار أحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة طبع، ص: □□.

وجدنا في الفقه الإسلامي لفظ (التمالؤ) والأصل فيه قضاء الخليفة عمر τ و تتلخص وقائعه إنّه (كان بصنعاء امرأة غاب عنها زوجها، وترك في حجرها ابناً له من غيرها يقال له أصيل، فاتخذت تلك المرأة بعد زواجها خليلاً، فقالت له: إنّ هذا الغلام يفضحنا فأقتله، فأبى فامتنعت عنه فطاوعها، فاجتمع على قتل الغلام خليل المرأة، ورجل آخر، وخادمها فقتلوه، ثم قطعوا أعضاءه وألقوا به في بئر، ولما ظهر أمر الحادث وظهر بين الناس أخذ أمير اليمن خليل المرأة فاعترف، ثم اعترف الباقون.

كتب الأمير إلى عمر بخبر ما حصل، فكتب إليه عمر إن اقتلهم جميعا، وثبت عنه أنّه قال: (والله لو تمالأ عليه – وفي رواية تمالأ فيه– أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً)[١].

وقد أطلق الفقهاء هذا اللفظ على حالة توافق إرادة اثنين فما فوق من الجناة على الفعل دون سابقة من تدبير أو اتفاق بينهم [٢]،وتبعاً لما سقناه من موقف الفقه الإسلامي، ففي عصره استظهر الفقهاء قاعدة (تيقن الفعل وشك في قليل أو كثير، حُملَ على القليل لأنّه المتيقن) واستعملت هذه القاعدة في مجال الجرائم، إذا واجه بها مشكلة توافق عدّة أشخاص على مقتل آخر، ولم يُعرف القاتل من بينهم، يسألون عن الجرح أو الضرب الذي تيقن منهم، إذا تدرأ العقوبة عمّا هو مشكوك فيه، وتصير المسؤولية عن الجرح، لأنّها القدر المتيقن من سلوك الجاني الذي تتوافر فيه أركان الجريمة، فيكون هذا الجزء قدراً متيقناً منه [٣]، ونحن إلى هذا الرأي نميل.

الفرع الثاني
تعريف القدر المتيقن في الفقه الجنائي

من بين الباحثين من قال أنّ القدر المتيقن هو (المقدار المعلوم من اليقين بحيث لا يختلف بشأنه اثنان)[٤]، وبيّن باحث آخر أنّها (الواقعة العرضية التي ينتفي فيها الاشتراك عند تعدد الجناة في الاعتداء على المجنى عليه ويتعذر الجزم بمعرفة دور كلّ منهم في ارتكاب

---

(١) محمد بن إسماعيل الكحلاني، سبل السلام – شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، المجلد (□)، ج □، دار الفكر، دون سنة طبع، ص:□□□.

(٢) وقد أخذ بهذا الرأي بعض فقهاء المذهب الشافعي والإمام أحمد، للمزيد: ينظر: ابن نجيم، الرائق شرح كنز الرقائق، ج □، دون سنة طبع، ص:□□□.

(٣) محمد ماضي جبر، قاعدة القدر المتيقن في التشريع والفقه والقضاء الجنائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، بغداد،□□□□، ص:□□.

(٤) گيلانى سيد أحمد، موجز عن نظرية القدر المتيقن مع التطبيقات القضائية، المصدر السابق، ص: □□.

الجريمة)[1]، وذهب جانب من الفقه الجنائي إلى أنّ النظرية إنّما هي (الوقائع التي يتعذر معها معرفة محدث الضربة القاتلة، مما ينبغي اعتبار جميع الجناة شركاء لفاعل مجهول بينهم)[2]. ومن الجدير بالذكر في هذا السياق أنّ الكُتاب، وجانب من الفقه قد ذهبوا إلى توصيف القدر المتيقن بـ (النظرية)، لأنّ القدر المتيقن لا زالت فكرة أو نظرية، ويراد بها البحث العقلي من خلال ربط النتائج بالمقدمات.

المطلب الثالث

متطلبات تطبيق نظرية القدر المتيقنوالآثار المترتبة عليها

درج بعض الباحثين والكتاب على إيراد المثال التقليدي الذي أوردناه في مقدمة بحثنا كلما تطرقوا لتطبيقات النظرية، كذلك اخضعوا حالات تطبيقها إلى نفس المتطلبات (الأركان أو الشروط) مع فارق بسيط [3]، مع أنّه طبقاً لاعتبارات الفقه الجنائي (الإيطالي والفرنسي والمصري) بشأن النظرية بما فيها تطبيقاتها لا مناط للقياس والمفاضلة بين شيئين غير متطابقينأو غير متشابهين.

ففي معرض بحثنا عند التطرق للتأصيل الفقهي والتاريخي للنظرية وجدنا:

١ -الفقه الجنائي الإيطالي كان يواجه مشكلة وجود فاعل للجريمة وشارع فيها في الأحوال التي وجدت لها النظرية حيزاً في التطبيق.

---

(١) علي السماك، نظرية القدر المتيقن، المصدر السباق، ص:□□□.

(٢) د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، □□□□، ص:□□□.

(٣) فالقاضي الأستاذ علي السماك في بحث له مذكور آنفاً أورد شروط معينة لتحقق النظرية وهي (حصول الاعتداء من شخصين فأكثر ووجوب قيام كل جان بفعل الاعتداء، ووجوب حصول الاعتداء بدون اتفاق سابق بينهم على ارتكاب الجريمة، وتعذر وجود الدليل لمعرفة دور كل جان في ارتكاب الجريمة، أما الأستاذ عبد الستار البرزگان في بحثه عن هذه النظرية مذكوراً آنفاً، فيقول إنّ من متطلبات النظرية (أن تكون الحادثة طارئة آنية، وأن يأخذ المدان صفة تعدد الأشخاص، وأن يطلق المدانون جمعيهم عبارات نارية على المجنى عليه، وأن يصاب المجنى عليه بطلق ناري واحد لا يعرف مصدره، وأن لا يثبت وقوع إصابة أخرى غير الطلق الناري المذكور).

ويزيد عليه الأستاذ القاضي كيلاني سيد أحمد شرطاً آخر وهو (أن يتطابق أوصاف الأسلحة المستخدمة في الجريمة) وذلك في بحثه عن النظرية.

٢ - بينما الفقه الجنائي الفرنسي لم يواجه هذه المشكلة، ذلك إنّ القانون الجنائي الفرنسي كان يُخضع الفاعل الأصلي والشريك لعقاب واحد سواء كانت الجريمة تامة أو ناقصة (المسؤولية واحدة في حالتي الجريمة التامة والشروع فيها)[١].

٣ - أما في الفقه الجنائي المصري فلمسنا الأخذ بالنظرية عند تعذر معرفة محدث الضربة المميتة، بوصف جميع الجناة هم شركاء لفاعل مجهول بينهم عن القدر المتيقن من أفعاله (صيغة الاشتراك) والشك يفسر لمصلحة المتهم.

في حين تتباين الآراء والاتجاهات بشأن التطبيقات القضائية للنظرية في الفقه الجنائي العراقي كما سيتم بحثها.

الفرع الأول

متطلبات تطبيق نظرية القدر المتيقنفي الفقه الجنائي العراقي

لبيان المتطلبات للحالات التي تنطبق فيها النظرية وتجد لها حيزاً في التطبيقات القضائية الجنائية في العراق، ينبغي ابتداءً الإحاطة بتلك التطبيقات، والتي لم تعد تقتصر على – المثال التقليدي سالف الذكر – وذلك على وفق ما يأتي:

أولاً: القدر المتيقن في حالة الجناة غير المتضامنين

عندما ترتكب الجريمة من عدة جناة دون أن تجمعهم رابطة تضامن، ويتعذر معرفة شخص الجاني صاحب السلوك الإجرامي الذي خلّف النتيجة الجرمية من بين الجناة الذين ساهموا في ارتكابها، فإنّ النظرية تجد لها حضوراً، لذلك يطبق القدر المتيقن من قبل القضاء في حالة الجناة من دون رابطة تضامن، فلا يُعرف أي من المتهمين هو الذي قارف الجريمة وذهبت محكمة التمييز في العراق إلى (أنّ الثابت من أقوال الشهود أنّ المتهم وأخوته الهاربين قد أطلقوا النار جميعاً على المجنى عليه فأصابته إحدى العيارات النارية في رأسه وأدت إلى مماته: فيكون القدر المتيقن في حق المتهم هو الشروع في قتل المجنى عليه ...) [٢]،ويترتب على ما تقدم (... إنّ النظرية لا يكون لها حضور عندما تتوفر الأدلة على معرفة محدث الإصابة في المجنى عليه)[٣].

---

(١) عبد الستار البزركان، نظرية القدر المتيقن هل لها سند من حكم القانون؟ المصدر السابق، ص:□□.

(٢) الموسوعة العدلية، عدد (□□) سنة□□□□، مطبعة الزمان، عن قرار محكمة تمييز العراق المرقم/ □□ هيئة عامة/□□□□ في□□/ □/□□□□، ص:□□.

(٣) إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، القسم الجنائي، مطبعة الزمان، بغداد، طبعة □□□□، عن القرار المرقم/□□□/ ت م /□□□□ في □/□□/□□□□.

ومما سبق نستقي أركان النظرية:

١ -انتفاء عنصر التضامن بين الجناة: (أي انعدام رابطة المساهمة الجنائية) فالتضامن بين الجناة يقوم على رابطة المساهمة الجنائية وهذا يعني (تعاون عدد من الأشخاص في جريمة واحدة وفي زمان واحد مع تواطؤ سابق، والمساهمة قد تكون أصلية وقد تكون تبعية) وهنا نلفت النظر إلى أنّ بعض التشريعات يطلق على المساهم تعبير الفاعل، وعلى المساهم التبعي لفظ الشريك، فالمادتين (□□ و□□) من قانون العقوبات المصري، يقابله المادتين، (□□ و□□) من قانون العقوبات العراقي في هذه الحالة[١].

٢ -تعدد الجناة: فالصورة العادية للجريمة هي ارتكابها من شخص واحد، فيكون الجاني منفرداً، والتعدد الذي يقوم في إطار جرائم الفعل الواحد، أي يحقق كلّ جاني بنفسه أركان الجريمة، هو التعدد المقصود وهو موضوع القدر المتيقن من الفعل[٢].

٣ -تعذر معرفة دور كلّ جان في ارتكاب الجريمة: وهي ركيزة أخرى تستند عليها النظرية في حالة انتفاء، عنصر التضامن بين الجناة، فإذا لم تتوصل المحكمة – على سبيل الجزم– مَنْ مِن الجناة صدر عنه الإصابة المميتة وتعذر معرفة محدثها، فيسأل الجناة عن جنحة الضرب – حيث ضرب الجناة المجنى عليه ضربات عديدة – ويؤاخذون عن جنحة الضرب مأخوذين من القدر المتيقن في حق كلّ منهم[٣].

٤ -مساهمة كل جاني في فعل الاعتداء: وهذا يعني أنّ كل واحد منهم – في واقعة محكومة بالقدر المتيقن–قد أسهم في فعل التجني والاعتداء، فلولاه ما كان كل جانٍ لينطبق سلوكه على نموذج تجريم...

ثانياً: القدر المتيقن في حالة تناثر النتيجة بين عدّة أسباب

لا يخفى أنه لا تظهر مشكلة عندما يمكن تعيين مصدر كلّ نتيجة جرمية، وبالتالي لا يثار القدر المتيقن، لأنّ التعيين يرتب آثاراً قانونية واضحة، عليه (فالمشكلة تكمن في حالة تعذر إسناد النتيجة الجرمية إلى سبب معين من بين عدّة أسباب، ومحل هذا التعذر أن لا

---

(١) مصطفى إبراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون، ج □، مطبعة أسعد – بغداد،□□□□، ص:□□□،□□□، بتصرف من الباحث.

(٢) محمد عباس الزبيدي، نظرية القدر المتيقن بين مبدأ الشرعية الجزائية والتطبيقات القضائية، المصدر السباق، ص:□□□.

(٣) محمد عباس الزبيدي، نفس المصدر السابق، ص:□□□.

يكون هناك تيقّن من نفي السببية مثلما لا يتوافر اليقين في قيامها، وبذلك نتناثر النتيجة بين أسباب عديدة)[1].

ويقصد بالسببية بوجه عام: إسناد أمر من أمور الحياة إلى مصدره، أما الإسناد في نطاق قانون العقوبات فهو على نوعين مادي ومعنوي).

فالإسناد المادي: يقتضي نسبة نتيجة ما إلى فعل إجرامي (توفر العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة) وبناء على ذلك، فإنّ المسؤولية تكون عن الشروع باعتبارها جريمة ناقصة– وليس عن القتل العمد وذلك في حالتين:

١ -تعذر الرابطة السببية: انقطاع بين الفعل والنتيجة الجرمية.

٢ -انقطاع الرابطة السببية بين السلوك والنتيجة، وهنا تنهض مسألة القدر المتيقن[2].

وقد صادقت محكمة تمييز العراق في قرار لها على قضاء المحكمة الكبرى في قضية تتلخص وقائعها في (أنّ المتهم ضرب المجنى عليها فكسر رجلها وتوفيت بعد رقودها في المشفى وورد في التقرير التشريحي مبيناً أنّ السبب في الوفاة ربما كان الكسر الذي ساعد على ضعف المجنى عليها وعجّل في وفاتها، لأنّها كانت مصابة بمرض الكليتين والقلب، وهذا التقرير لا يثبت رجوع الوفاة للمرض على سبيل الجزم، وإنّما تأرجحت النتيجة بين سببين لكلّ منهما آثاره القانونية، لذا قرّرت محكمة التمييز الوقوف بمسؤولية الجاني عند حدّ النتيجة التي حققها وهو الشروع تطبيقاً للقدر المتيقن)[3].

ومن خلال ما تقدّم يمكن أن نستنبط أركان أو شروط تطبيق النظرية على حالة تناثر النتيجة، بين عدّة أسباب وفق ما يأتي:

١) استقلال الأسباب: وهي حالة يستقل فيها كلّ سبب عن الآخر دون تعاضد بينهما، لأنّه لو تعددت الأسباب في حدوث النتيجة فتكون هذه النتيجة ثمرة لمجموع الأسباب فيسأل الجناة عن النتيجة بصرف النظر عن مدى تأثير دور كلّ منهم في أحداثها.

٢) تعدد الأسباب: وهي تُثار عندما تتداخل في حالة ما أسباب خارجية تُسهم مع نشاط الجاني في أحداث النتيجة.

---

(١) د. محمد عباس الزبيدي، نظرية القدر المتيقن بين الشرعية الجزائية والتطبيقات القضائية، المصدر السابق، ص:□□□.

(٢) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون، المصدر السابق، ص:□□.

(٣) قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الرابع، مطبعة الحكومة – بغداد،□□□□، عن قرار محكمة التميز العراقي، رقم□□□، ج□،□□□□، في□□/□/□□□□، ص:□□□.

٣) شيوع النتيجة (أو تناثرها) وتطبق النظرية في هذه الحالة[١].

ونحن بدورنا نتسأل: ما مدى حضور القدر المتيقن – فعلاً– في حالة شيوع أو تناثر النتيجة الجرمية بين عدّة أسباب؟

الحقيقة أنّ المعيار الذي يأخذ به قانون العقوبات العراقي في إقامة المسؤولية الجنائية، وفرض العقوبة هو معيار القصد الاحتمالي، وهذا معيار شخصي، فكيف يتحول إلى معيار موضوعي؟ وكيف يسوّغ للمحكمة تبني معيار موضوعي على أساس القصد الاحتمالي في الوقائع التي تطبق عليها القدر المتيقن؟

إنّ ذلك يتنافى في رأينا مع المادة ( ) من قانون العقوبات العراقي، فقد ورد فيها نصاً (يعاقب المساهم في جريمة – فاعلاً أو شريكاً– بعقوبة الجريمة التي وقعت فعلاً ولو كانت غير التي قصد ارتكابها متى كانت الجريمة التي وقعت نتيجة محتملة للمساهمة التي حصلت).

ثالثاً: مدى حضور النظرية في حالة المساهمة الجنائية

إنّ المساهمة الجنائية (الاشتراك الجرمي) بصفة أصلية تعني تعدد الفاعلين في ذات الجريمة الواحدة، فما مدى أثر هذا التعدد في مركز كلّ فاعل في حالة المساهمة؟ من حيث المسؤولية والعقاب لم نجد أثراً لحالة المساهمة على مركز كلّ فاعل [٢]، فالمشرع العراقي قد ساوى بين عقوبة الفاعل والشريك بمقتضى المواد (– – –) من قانون العقوبات، كما وحدد المساهمة الجنائية سواء من حيث المعيار أو من حيث التعبير، فمن حيث المعيار انفرد قانون العقوبات العراقي بتوسيع نطاق المساهمة الأصلية فاعتبر كلاً من الفاعل المعنوي والشريك الحاضر أثناء ارتكاب الجريمة مساهماً أصلياً، أما من حيث التعبير فاستخدم المشرع العراقي تعبير الفاعل كمعيار للمساهمة الأصلية [٣]، وهذا التمييز بين المساهمة الأصلية والتبعية يكشف عن الأهمية القانونية لهذا التمييز، ولهذه الاعتبارات القانونية نجد أنّ (إجرام الفاعل في حالة المساهمة الجنائية بصفة أصلية يتخذ إحدى صورتين: فأما أن يكون ارتكاب للجريمة تامة كانت أم ناقصة، وأما أن يكون

---

(١) د. محمد عباس الزبيدي، المصدر السابق، ص: .

(٢) د. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، المجلد الأول، القسم الأول، المصدر السابق، ص: .

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، ج ، المصدر السابق، ص: –.

دخولاً في ارتكابها، وترد هذه الصورة في حالة المساهمة الجنائية على أحد وجهين – ذكرتهما الفقرة/ من المادة/ عقوبات عراقي.

فالوجه الأول: أن يرتكب الجاني الجريمة وحده

والوجه الثاني: إذا ارتكب كلّ من الجناة الجريمة مع غيره بنفس القدر الذي يرتكبها به الآخرون سواء كانت الجريمة تامة أم شروعاً فيها [1]، وعلى هذا نصت الفقرة/ من المادة / من نفس القانون.

أما المساهم التبعي في الجناية (الفاعل عن طريق المساهمة في ارتكاب الجريمة)، فيستمدُ صفته الإجرامية من نشاط إجرامي آخر في ارتكاب الجريمة، وتتطلب حضور سلوك إجرامي أصلي معاقب عليه سواء كان تاماً أو ناقصاً – شروعاً– وإن يصدر منه نشاط ثانوي كالتواطؤ أو التحريض أو الإعانة كما ورد في المادة/ من قانون العقوبات، وإن تكون هناك صلة سببية بين فعل المساهم الأصلي والتبعي، والنتيجة الجرمية، وإن يتوفر العلم لدى المساهم إنّه يساهم في تنفيذ عمل غير مشروع[2].

فما مدى نصيب حضور القدر المتيقن في تطبيقات القضاء الجنائي العراقي، على الأقل في ضوء الأحكام السالفة الذكر، وموقف محكمة التمييز منها؟

ابتداءاً نقول: لكي تجد النظرية متسعاً لحضورها ففي هذه الحالة يجب:

١ -عدم توفر أي ركن من أركان الاشتراك.

٢ -عدم توفر أي ركن من أركان المساهمة الجنائية (الأصلية أو التبعية).

٣ -عدم تحقق القصد الاحتمالي وفق ما تقضي به نص المادة/ من قانون العقوبات.

ففي الأحوال التي تتوافر فيها حالة المساهمة الجنائية، فإنّ تطبيقات النظرية ليس لها نصيب من الحضور في القضاء العراقي. (فالقضاء العراقي قد حاول تطبيق النظرية في الأحوال التي لا يمكن فيها التمييز بين الفاعل والشريك، لذلك ذهبت محكمة التمييز في واقعة إلى أنّه يعد الجناة الذين أطلقوا النار على المجنى عليه هم شركاء في الجريمة بوصف أن عقوبة الفاعل والشريك واحدة، ورفضت ما ذهبت إليه محكمة الموضوع في فرض عقوبة الشروع بالقتل في حقهما أخذاً بالقدر المتيقن، لأنّ عقوبة الشروع أقل جسامة من عقوبة الجريمة التامة، لذا نقضت محكمة التمييز قرار محكمة الموضوع بالقول أنّه لا مجال للأخذ بالقدر المتقين إذا كان الفاعلون أرادوا عن علم قتل المجنى عليه وساعد كلّ منهما الآخر

---

(١) د. عباس الحسني، نفس المصدر السابق، ص:، بتصرف من الباحث.

(٢)د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، ج ، المصدر السابق، ص: -.

بإطلاق الرصاص عليه)[1]، كذلك وردت في قضية أخرى (إنّ نظرية القدر المتيقن التي طبقتها محكمة الجنايات ليست من الصحة في شيء الأخذ بها عند توفر الأدلة على محدث الإصابة القاتلة كما إنّه ليس صحيحاً الاستناد إليها في حالة توفر المساهمة الأصلية أو التعبية)[2].

في وقت ذهبت محكمة التمييز في العراق إلى مصادقة قرار آخر يقضي بتطبيق نظرية القدر المتيقن عند افتقاد ركن من أركان الاشتراك في حالة ارتكاب شخصين فأكثر أفعالاً ضدّ مجنى عليه دون اتفاق أو اشتراك إذ يصاب برصاص لا يعرف مصدره فيفسر الشك في هذه الحالة لمصلحة المتهمين جميعاً ويؤاخذون بالقدر المتيقن على وجه اليقين صدوره منهم وهو الشروع بالقتل) [3]، ثم عادت محكمة تمييز العراق في قضية أخرى لترفض اتجاه محكمة الموضوع في تطبيق القدر المتيقن بأنّ (ما توفر من الأدلة المتحققة ومنها اعتراف المتهم (ع) بأنّه أطلق من مسدسه عياراً واحداً يجعل من المتهم المذكور عوناً وسنداً للمتهم الهارب في ارتكاب جريمة قتل المجنى عليه وأنّ القتل –والقول لم يزل لمحكمة التمييز – يعتبر نتيجة محتملة لفعل إطلاق النار الذي ظهر من ظروف الحادث اتفاق المتهمين عليه، لذا يصبح كلّ واحد منهم مسؤولاً عن النتيجة التي حصلت)[4] و (هذا الاتجاه الاخير نسف لمنطلقات نظرية القدر المتيقن لأنّ محكمة التمييز قد أقرّت قيام حالة المساهمة الجنائية في هذه الواقعة، في الوقت الذي تفتقر فيه إلى توافر حالة المساهمة الجنائية أو قصد التداخل، وذلك لأنّ النتيجة المحتملة لا يمكن تصور حصولها إلاّ في حالة المساهم في الجريمة فاعلاً أو شريكاً)[5].

---

(١) د. محمد عباس الزبيدي، نظرية القدر المتيقن بين مبدأ الشرعية الجزائية والتطبيقات القضائية، المصدر السابق، ص:□□□ –□□□.

(٢)عبد الستار البزرگان، قانون العقوبات، القسم العام، بين التشريع والفقه والقضاء، المصدر السابق، ص:□□□ عن قرار محكمة التمييز/□□□ في □□ في □/ □/□□□□.

(٣) مجموعة الأحكام العدلية، العدد □/ سنة□□□□، بغداد، عن قرار محكمة التمييز المرقم/ □□□□/ ج / □□□□ في□□/ □/□□□□.

(٤) عبد الستار البرزگان، نظرية القدر المتيقن، هل لها سند من حكم القانون؟ المصدر السابق، ص: □□– □□.

(٥)د. محمد عباس الزبيدي، نظرية القدر المتيقن بين مبدأ الشرعية الجزائية والتطبيقات القضائية، المصدر السابق، ص:□□□–□□□.

الفرع الثاني
الآثار المترتبة على تطبيق نظرية القدر المتيقن

لما كانت نظرية القدر المتيقن مستمدة من مبادئ العدالة ومن الآراء المختلفة للفقه الجنائي نظراً للنقص التشريعي في النصوص العقابية النافذة، فإنّ أحكام القضاء أوجدت حيزاً لتطبقها في حالة توفر الشروط الموضوعية لها على الدعوى المنظورة [1]، وحيث إنّ كل من إيطاليا وفرنسا ومصر والعراق قد أخذت بالنظرية، وطبقها قضاء كلّ منهم في مورد أحكامه ... (فإنّ التكييف القانوني للجريمة في الدعوى يتغير بالنسبة لجميع المتهمين، وهذا يعني – قد تعلق الأمر بالقضاء الجنائي العراقي – إنّ الوصف القانوني لجريمة القتل العمد عند قيام النظرية يتحول من جناية قتل عمد وفق المادة/ □□□ عقوبات – التي حددت عقوبتها بالسجن المؤبد أو المؤقت إلى الشروع فيها بدلالة المادة/ □□ منه التي حُددت عقوبتها بالسجن لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة – إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة السجن والسجن مدة لا تزيد على نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة إذا كانت العقوبة السجن المؤقت، بينما الحدّ الأقصى لعقوبة الشروع بالقتل هو السجن مدة سبع سنوات ونصف السنة، كما وأنّ عقوبة الضرب المفضي إلى الموت وفق المادة/ □□□ عقوبات والعاهة المستديمة وفق المادة /□□□ عقوبات تستبدل بعقوبة المادة/□□□ عقوبات[2].

وهذا التكييف القانوني لمركز كلّ متهم ساهم في ارتكاب الجريمة لم يكن ناشئاً إلاّ عن عدم التحقق ابتداءاً من معرفة الدليل للوقوف على دور كلّ متهم في ارتكاب الجريمة، وعلى هذا فإنّ تطبيق النظرية لا يعني تخفيفاً للعقوبة، وإنّما مسائلة المتهمين عن فعل أقل جسامة من الفعل الذي تحقق به النتيجة، وأساس ذلك هو جهالة الفاعل الذي نجم عن فعله النتيجة الجرمية، فيؤخذ بالقدر المتيقن في حق كلّ منهم[3].

---

(١)علي السماك، نظرية القدر المتيقن، المصدر السابق، ص: □□□، وكذلك ينظر: د. محمد عباس الزبيدي، نفس المصدر، ص:□□□.

(٢) علي السماك، نظرية القدر المتيقن، المصدر السابق، ص:□□□.

(٣) د. محمد عباس الزبيدي، نفس المصدر السابق، ص:□□□. بتصرف من باحث.

المبحث الثالث
مجال تطبيق نظرية القدر المتيقن
في أحكام القضاء

المطلب الأول

تطبيقات القضاء الجنائي العراقيبشأن النظرية

طبق القضاء الجنائي العراقي النظرية حيناً واستبعدها حيناً ... فلم نلمس الاستقرار في الأخذ بها على نحو واحد:

١ -القرار المرقم/□□/ موسعة ثانية/ □□

تاريخ القرار:□□/□□/□□□□

(إنّ المتهمين كانوا قد أطلقوا النار من مسدساتهم نحو المجنى عليهما خلال مشاجرة آنية، دون أن يعرف منهم من أوقع الإصابة القاتلة بكلّ واحد منهما، لذا فإنّ فعل المتهمين مشمولة بأحكام الشروع بالقتل العمد وفق المادة/ □□□/□□ عقوبات من منطلق تطبيق نظرية القدر المتيقن)[١].

٢ -القرار المرقم /□□□□ / □□

تاريخ القرار/□□/ □/□□□□

(ترد نظرية القدر المتيقن في حالة ارتكاب شخصين فأكثر أفعالاً ضدّ مجنى عليه واحد دون اتفاق أو اشتراك حيث يصاب برصاص لا يعرف مصدره فيفسر الشك في هذه الحالة لمصلحة المتهمين جميعاً ويؤاخذون بالقدر المتيقن الذي ثبت على وجه اليقين صدوره منهم وهو الشروع في القتل)[٢].

٣ -القرار المرقم/ □□/ هيئة عامة/□□□□

تاريخ القرار□□/ □/□□□□

(إنّ الركون إلى النظرية لا يتلاءم وأحكام الدستور والقانون لأنّها لم ترد بشكل نص واجب التطبيق، فلا يصح قلب الوصف القانوني لواقع الجريمة إلى وصف آخر أقل مرتبة من وجهة نظر القانون، وبالتالي توقيع عقوبة الشروع بالقتل بدلاً من عقوبة جريمة القتل العمد التامة، فالجناة طالما كانوا قد أطلقوا النار نحو المجنى عليه، وكانت نيتهم مرصودة لقتله، وقد أصيب بإحدى الإطلاقات التي أودت بحياته دون أن يعرف من هو الذي أطلقها من بينهم في حادثة لم يكن مبيتاً لها من السابق، فإنّهم يؤاخذون جميعاً عن جريمة القتل العمد التامة سواء أعرف منهم من أوقع بالمجنى عليه الطلقة القاتلة أو لم يعرف، لأنّ وفاته كانت نتيجة محتملة لواقعة اطلاق النار التي باشرها كلّ واحد منهم، ولأنّ كلّ منهم ليس بصحيح استبعاد

---

(١) عبد الستار البرزگان، قانون العقوبات/ القسم العام، بين التشريع والفقه والقضاء، المصدر السابق، ص:□□□.

(٢) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الزمان، بغداد، □□□□، ص:□□□.

مسؤوليته عن النتيجة الإجرامية لفعله طالما كان قد أقدم على المخاطرة بحدوثها، ثم إنّ الشريك المساند والمؤازر للفاعل الأصلي بفعله والذي يكون حاضراً مكان ارتكاب الجريمة تنقلب صفته بحكم القانون من الشريك إلى الفاعل الأصلي في الجريمة)[1].

المطلب الثاني

تطبيقات القضاء الجنائي بإقليم كوردستانبشأن النظرية

حيث أنّ لمحكمة التمييز مكانة خاصة، ولقراراتها أهميتها في مجال حسن تطبيق القانون، لأنّها المرجع الذي توضح التطبيق السليم للنصوص الجزائية العقابية على ضوء الوقائع الجرمية المطروحة والقضايا المنظورة من قبلها، لذا فقد ارتأينا اختيار بعض المبادئ القضائية المهمة إكمالاً للفائدة.

١ -رقم القرار/□□□/ هيئة الجزائية/□□□□

تاريخ القرار: □□/□/□□□□ (لا حضور لنظرية القدر المتيقن في حالة توفر الأدلة ضدّ المتهمين لمساهمتهم الأصلية والتبعية في أحداث الإصابة بالمجنى عليه)[2].

٢ -رقم القرار/□□ هيئة جزائية □/□□□□

تاريخ القرار□□/□□/□□□□

(نظرية القدر المتيقن تطبق في حالة وقوع فعلين أو أكثر من شخصين أو أكثر دون اتفاق أو اشتراك وتعذر معرفة من ارتكب الجريمة التامة على وجه التعين)[3].

٣ -رقم القرار□□/ هيئة الجزائية/ □/□□□□

تاريخ القرار□□/ □/□□□□

(إذا تبين للمحكمة عدم وجود حالات المساهمة الأصلية والتبعية بموجب قانون العقوبات العراقي بين المتهمين الذين أطلقوا النار من بنادقهم وأصاب المجنى عليه بطلق ناري واحد أنتج موته فإنّ نظرية القدر المتيقن تجد لها حضورها في التطبيق بهذه القضية)[4].

---

(١) الموسوعة العدلية، العدد/□□ السنة□□□□ص:□□-□□.

(٢) عثمان ياسين علي، المبادئ القانونية في القرارات الجزائية لمحكمة تمييز إقليم كوردستان العراق – مطبعة أوفست، أربيل□□□□، ص:□□.

(٣) جاسم جزا جافر وكامران رسول سعيد، أهم المبادئ القضائية لمحكمة إقليم كوردستان العراق – مطبعة پەيوەند– السليمانية□□□□، ص:□□.

(٤) جاسم جزا جافر وكامران رسول سعيد: المصدر السابق، ص:□□.

المطلب الثالث

أمثلة تطبيقيةعن نظرية القدر المتيقن

١ -نظرية القدر المتيقن والقتل الخطأ في المادة/□□□ من قانون العقوبات العراقي:

ويتسأل البعض هل يجوز تطبيق النظرية على جرائم القتل الخطأ؟ هناك من يرى أنّه من الممكن حدوث ذلك، كما لو فوجئت الزوجة من قبل زوجها وأخيها معاً وهي متلبسة بالزنا، فأطلق كلّ منهما عياراً نارياً واحداً أصاب إحداهما رأسها فقتلها والثانية كتفها في جرح، ولم يعرف مَن من المتهمين أحدث الوفاة، فيعد كلّ منهما شارعاً في جناية قتل خطأ طبقاً لحكم المادة/□□□ بدلالة الفقرة/ د من المادة/□□ من قانون العقوبات العراقي[١].

غير أنّ هناك مثال آخر – عملي – لجريمة القتل الخطأ، كما لو (أنّ شخصان جالسين في مقهى يتفحصان مسدس تقديراً لثمنه وفي لحظة ما تتشابك يديهما فيحاول كلّ واحد منهما سحب المسدس من يد الآخر فتثور طلقة واحدة وتصيب شخصاً في مقتل ولم تتوصل الإجراءات التحقيقية والمحاكمة إلى الكشف عن أي منهما كان السبب في انطلاق العيار الناري الوحيد[٢].

٢ -نظرية القدر المتيقن والضرب المفضي إلى الموت في المادة/ □□□ من قانون العقوبات العراقي: ومن أجل توضيح الصورة (قد يحصل أن تتفق وقوع ضربات الجناة كلها أو بعضاً منها على مكان واحد من جسم المجنى عليه فتترك جروح أو آثار تكاد تكون متشابهة ويعتقد الطبيب العدلي إنّها ناشئة عن إصابة أو ضربة واحدة لم يلاحظ الطبيب ظهور آثارها على جسم المجنى عليه وأفضت إلى وفاته دون اتفاق سابق بين الجناة على ارتكاب الجريمة، وفي هذه الحالة تنطبق بشأنها حكم المادة/ □□□ عقوبات، والواجب يفضي فرض العقاب على كلّ واحد من الجناة المتواجدين في محلّ الحادث، وتكون العقوبة عقوبة جنحة الإيذاء المنصوص عليها في المادة/ □□□ عقوبات باعتبارها القدر المتيقن في فعل كلّ منهم[٣].

□

---

(١) علي السماك، نظرية القدر المتيقن، المصدر السابق، ص:□□□.

(٢) كيلاني سيد أحمد، موجز عن نظرية القدر المتيقن مع التطبيقات القضائية، المصدر السابق، ص: □□-□□.

(٣) علي السماك، نظرية القدر المتيقن، المصدر السابق، ص:□□□.

الخاتمة

أما وقد انتهينا وبعونه تعالى من هذا البحث، فوفقاً لما تم عرضه عن نظرية القدر المتيقن يجدر أن نسوق بعض النتائج، والتوصيات التي توصلنا إليها ووفق ما يأتي:

أولاً: النتائج

١ -إنّ أساس النظرية مستمدة من مبادئ العدالة، وارتكز على آراء الفقهاء، وتشخّص في الواقع التطبيقي طبقاً للضوابط والمعايير التي أرسى أسُسها القضاء الإيطالي ابتداءً، ثم صاغها المشرع الإيطالي وفق نص المادة/ □□□ من قانون سنة/ □□□□والحقيقة أنّ النظرية إجمالاً هي من صنع القضاء.

٢ -إنّ الدول التي طبقت النظرية، قد أخذت بها من باب مقتضيات العدالة، ومن ثم الشك يفسر لصالح المتهم.

٣ -إنّ شروط النظرية تختلف بحسب الوقائع الإجرامية التي تثير نفسها، والتي عند حضورها تطبق عليها النظرية، ناهيك من الأخذ بها حيناً والعزوف عنها حيناً آخر.

٤ -إنّ مجمل التطبيقات القضائية الجنائية للنظرية سواء في محاكم العراق أو محاكم الإقليم تتعارض تعارضاً صارخاً مع مبدأ الشرعية، ولا يتلاءم وأحكام الدستور، لأنّها لم ترد بشكل نص واجب التطبيق وعليه لا يصح أن نعد النظرية محوراً متوازناً للظفر بميزان عادل للعقوبة دون ترخيص من القانون.

ثانياً: التوصيات

إنّ مبادئ العدالة واستحضار أحكامها يستلزم التوفيق بين النظرية وبين المبدأ الدستوري (لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص) لذا ندعو إلى:

١ -استبعاد النظرية عن سوح القضاء الجنائي، والعزوف عن تطبيقه.

٢ -صياغة نص عقابي ضمن القواعد العامة لقانون العقوبات العراقي، بحيث يُضبط بموجبه قواعد المسؤولية ويحدد العقوبة الملائمة عند توافق كلّ من الفاعلين على الإجرام دون اتفاق أو تواطؤ أو إصرار سابق على تعمد إيقاع الأذى بالغير (بالمجنى عليه).

□

المصادر

- **الكتب الشرعية والمعاجم**

١ – ابن منظور، لسان العرب، دار أحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ج □، دون سنة طبع.

٢ – محمد بن إسماعيل الكحلاني، سبل السلام – شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، المجلد (□)، ج □، دار الفكر، دون سنة طبع.

٣ – مصطفى إبراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون، مطبعة أسعد – بغداد، □□□□.

- **الكتب القانونية:**

١ – إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، القسم الجنائي، مطبعة الزمان، بغداد، طبعة□□□□.

٢ – أكرم نشأت إبراهيم، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي، المكتبة الأهلية، □□□□، بغداد.

٣ – جاسم جزا جافر وكامران رسول سعيد، أهم المبادئ القضائية لمحكمة إقليم كوردستان العراق – مطبعة پەيوەند– السليمانية، □□□□.

٤ – جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية، الأجزاء (□–□)، دار أحياء التراث العربي، دون سنة طبع، بيروت – لبنان.

٥ – كيلاني سيد أحمد، موجز عن نظرية القدر المتيقن مع التطبيقات القضائية، مطبعة جامعة صلاح الدين – أربيل، □□□□.

٦ – عبد الستار البزركان، قانون العقوبات، القسم العام، بين التشريع والفقه والقضاء، طبع بموافقة وزارة الإعلام والرقابة بالعدد/□□□□ لسنة/□□□□.

٧ – د. عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، المجلد الأول، القسم الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، الطبعة الثانية، ط□، □□□□.

٨ – عثمان ياسين علي، المبادئ القانونية في القرارات الجزائية لمحكمة تمييز إقليم كوردستان العراق – مطبعة أوفست، أربيل، □□□□.

٩ – د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الزمان، بغداد، □□□□.

١٠ – د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، □□□□.

- **الأطاريح الجامعية**

١ – محمد ماضي جبر، قاعدة القدر المتيقن في التشريع والفقه والقضاء الجنائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، بغداد، □□□□.

٢ – د. محمد فالح حسن، مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، مطبعة الشرطة، ط□، بغداد، □□□□.

- **البحوث في المجلات الدورية**

١ – عبد الستار البزركان، نظرية القدر المتيقن هل لها سند من حكم القانون؟ مجلة القضاء، العدد/ □ السنة/□□ –□□□□، مطبعة الشعب – بغداد.

٢ – علي السماك، نظرية القدر المتيقن، مجلة القضاء، الأعداد (□– □)،□□□□، السنة السادسة والثلاثون، دار الحرية للطباعة، بغداد.

٣ – د. محمد عباس الزبيدي، نظرية القدر المتيقن بين مبدأ الشرعية الجزائية والتطبيقات القضائية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد:□□، العدد (□□) السنة□□.

- **الدوريات**

١ – مجموعة الأحكام العدلية، العدد/ □ – بغداد السنة/□□□□.

٢ – قضاء محكمة التمييز، المجلد/ □ مطبعة الحكومة – بغداد،□□□□

٣ – الموسوعة العدلية، العدد/□□ – بغداد، مطبعة الزمان،□□□□.

- **دستور العراق□□□□**

- **القوانين**

– قانون العقوبات العراقي معدّل – رقم□□□ لسنة□□□□.

– قانون العقوبات الإيطالي، سنة□□□□.

فهرست المحتويات

الموضوع	الصفحة
استهلال	أ
المقدمة	□
المبحث الأول: في الجريمة والعقوبة والركن الشرعي	□-□
المطلب الأول: الجريمة	□
المطلب الثاني: العقوبة	□
المطلب الثالث: الركن الشرعي (مبدأ الشرعية)	□
المبحث الثاني: نظرية القدر المتيقن وسندها من حكم القانون	□-□□
المطلب الأول: الأصل التاريخي لنظرية القدر المتيقن	□□
المطلب الثاني: مفهوم القدر المتيقن وتعريفه	□□
الفرع الأول: القدر المتيقن لغةً واصطلاحاً	□□
الفرع الثاني: تعريف القدر المتيقن في الفقه الجنائي	□□
المطلب الثالث: متطلبات تطبيق النظرية والآثار المترتبة عليها	□□
الفرع الأول: متطلبات تطبيق النظرية في الفقه الجنائي العراقي	□□
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق النظرية	□□
المبحث الثالث: مجال تطبيق النظرية في أحكام القضاء	□□-□□
المطلب الأول: تطبيقات القضاء العراقي بشأن النظرية	□□
المطلب الثاني: تطبيقات قضاء إقليم كوردستان بشأن النظرية	□□
المطلب الثالث: أمثلة تطبيقية عن النظرية	□□
الخاتمة	□□
أولاً: الاستنتاجات	□□
ثانياً: التوصيات	□□
قائمة المصادر والمراجع	□□-□□