الرافدين للحقوق مجلد (٨/السنة الحادية عشرة) **عدد**(٢٨) **سنة** (٢٠٠٦)
[ص٢٦٥-ص٣١٩]

الإخلال بمبدأ المساواة في القانون

د. نوفل علي عبد الله الصفو
أستاذ القانون الجنائي المساعد
كلية القانون / جامعة الموصل

مقدمة:

ان المساواة كانت وما زالت غاية سامية ومطلباً مهماً تسعى اليه المجتمعات والشعوب الحرة كافة من اجل تحقيق العدالة بين الافراد في المجتمع المتحضر ، فالمساواة في حقيقتها اساس لقيم كثيرة منها العدالة ، لان العدالة تقتضي تحقيق المساواة بين جميع افراد الشعب امام القانون ، وعدم التمييز بينهم في تطبيقه امام القضاء ، لان العدالة تقترن دائماً بالقضاء ، لانه وسيلة تحقيق العدالة .

وقد أثار طابع عدم المساواة الذي كان يميز الانظمة العقابية القديمة والقسوة البالغة في العقاب العديد من مفكري القرن الثامن عشر ، فانكروا قسوة وجسامة العقوبات التي لا تتفق وادمية الانسان ، وطالبوا بتخفيف حدة النظام العقابي برد العقاب الى اسس وضوابط تحول دون المبالغة والتحكم في فرضه ، وبإقامة مساواة في العقاب عن طريق الغاء القضاء الاستثنائي ، وقد مهدت اراء هؤلاء الفلاسفة والمفكرين الى تصحيح تجاوزات الانظمة العقابية القديمة ، الا ان هذا التصحيح كان من القوة بحيث حول القانون بسرعة من التحكم والاستبداد الى مساواة حسابية لا تأخذ بنظر الاعتبار ظروف الجاني والجريمة ، وانما هي مساواة مجردة تقوم على اساس عدم التمييز بين الافراد بسبب اللغة او الجنس او الاصل او العقيدة ، الا ان هذا المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة يصطدم بالواقع العملي لان الافراد مختلفون ومتمايزون من حيث قدراتهم

ومواهبهم وسماتهم الشخصية ، لذلك فان المساواة الحسابية بينهم على الرغم من التباين والاختلاف في ظروفهم يؤدي الى عدم تحقق المساواة الحقيقية الفعلية ، لذلك اكتسب مفهوم المساواة بعداً جديداً اوسع نطاقاً من المفهوم التقليدي ، وهذا المفهوم الجديد يرتبط بتطور وظيفة واهداف القانون الجنائي ، فلم يعد المقصود بالمساواة تلك المساواة الحسابية الجامدة القاصرة على التجريم والعقاب ، انما اتسع مفهومها ليشمل بالاضافة الى العقاب التأهيل الاجتماعي ، وذلك من خلال السعي الى تحقيق افضل سبل اصلاح وتأهيل المتهم . وعلى الرغم من حرص المشرع الجنائي على تقرير بعض الضمانات في القانون الجنائي التي تهدف الى تحقيق المساواة الفعلية الحقيقية بين الخاضعين لاحكام القانون الجنائي ، فانه توجد حالات اخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي ، بعضها قد يكون معروفاً ومقصوداً من قبل المشرع لذلك لا يتدخل لتصحيحها نتيجة لاعتبارات معينة ، وبعضها لا يكون مقصوداً من قبل المشرع وانما تكون كامنة في نصوص القانون الجنائي وتظهر اثناء التطبيق القضائي لتلك النصوص ولا تبررها اية اعتبارات ولا تهدف الى تحقيق اية غايات .

ومن اجل الاحاطة بموضوع الاخلال بالمساواة في القانون الجنائي الذي تظهر اهميته من اهمية مبدأ المساواة وتحقيق العدالة وهي غاية وهدف كل قانون وخاصة القانون الجنائي لانه قانون مساواة ، لذلك فقد قسمنا بحثنا هذا الى مبحثين كما يأتي :

المبحث الاول : مفهوم مبدأ المساواة

المطلب الاول : المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة

المطلب الثاني : المفهوم الجديد لمبدا المساواة

المبحث الثاني : حالات الاخلال بمبدأ المساواة

المطلب الاول : حالات الاخلال المقصود بمبدأ المساواة

المطلب الثاني : حالات الاخلال غير المقصود بمبدأ المساواة

المبحث الأول
مفهوم مبدأ المساواة

نتيجة للتوجه نحو حماية الحريات وحقوق الانسان ، وكرد فعل على السلطة المطلقة التي كان يتمتع بها القاضي خاصة قبل قيام الثورة الفرنسية ، فقد توجه القانون الجنائي نحو المساواة ، وقد كانت هذه المساواة شكلية مجردة ومطلقة وواحدة بالنسبة لجميع مرتكبي الجرم نفسه ، ففلاسفة القرن الثامن عشر عدوا هذه المساواة المطلقة تؤمن العدالة الكاملة ، وتحمي حقوق الافراد ، دون الاخذ بنظر الاعتبار ظروف الجاني ، الا ان التطبيق الفعلي للمساواة الحسابية ، ادى الى الاجحاف بمبدأ العدالة ، وبعد تطور وظيفة القانون الجنائي بعد الدعوى التي جاءت بها المدرسة الوضعية وانصار الدفاع الاجتماعي لتوسيع سلطة القاضي وللاخذ بنظر الاعتبار ظروف المجرم والجريمة لم يعد المقصود بالمساواة المساواة الحسابية المجردة ، وانما وظف التنوع في الجزاءات والاجراءات في خدمة المساواة من اجل الوصول الى مساواة فعلية حقيقية تراعى فيها ظروف الجاني والجريمة ، واتسع نطاقها فلم يعد يقتصر على التجريم والعقاب وانما امتد ليشمل العقاب والتأهيل الاجتماعي من اجل اصلاح وتقويم الجاني.

ومن اجل البحث في مفهوم مبدأ المساواة ، فان الامر يقتضي البحث في المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة ، والمفهوم الجديد لمبدأ المساواة ، لذلك فقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين ، كما يأتي :

المطلب الاول : المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة .

المطلب الثاني : المفهوم الجديد لمبدأ المساواة .

المطلب الأول
المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة

المساواة مشتقة من الفعل سوى ، والسواء (سوا) لغة هو العدل ، قال تعالى : (فانبذ اليهم على سواء)[١] ، وسواء الشيء هو وسطه ، قال تعالى : (فاطلع فرءاه في سواء الجحيم)[٢] ، والسواء هو المساواة مع الغير كالقول وهما في هذا الامر (سواء) او (سواءان) فهم (اسواء) و (سواسية) ، وخلافه القول (لا يساويه) أي لا يعادله ، وتأتي بمعنى الاستواء من الاعوجاج كالقول هذا رجل سوى أي (مُستوٍ) و (استوى) من اعوجاج[٣].

وقد عرف البعض[٤] المساواة بانها (محاولة لاعطاء الجميع فرصاً مماثلة بقدر الامكان لينتفع كل منهم بما قد تكون بين يديه من امكانات . ومن ثم تعني ان كل فرد

---

(١) سورة الانفال ، الاية (٥٨) .

(٢) سورة الصافات ، الاية (٥٥) .

(٣) محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص ص ٣٢٣-٣٢٤ .

(٤) د. نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص٣٨ هامش (١) .

سيعمل حسابه فيما يتخذ من قرارات في كل موضوع يمسه ، وان كل مكنه يقلدها القانون لمواطن غيره في مثل ظروفه ستلصق به هو ايضاً ، وانه متى قرر المجتمع معاملة البعض معاملة تتميز عن المعاملة التي يلقاها الاخرون فان تلك التفرقة يجب ان يكون لها سند من الصالح المشترك . فليس مما يخرج عن معنى المساواة قط تغليب الحاجات العاجلة على الحاجات غير العاجلة لدى الاخرين) .

والمساواة في صورتها المجردة او المثالية تعني عدم التمييز بين الافراد بسبب الاصل او اللغة او الجنس او الثروة او العقيدة ، لذلك فان الصلة بين المساواة وبين العدالة هي صلة وثيقة ومتينة ، فالمساواة في حقيقتها وصف من اوصاف العدالة ، لان العدالة تقتضي تحقيق المساواة بين جميع افراد الشعب امام القانون وعدم التفرقة بينهم متى ما اتحدت ظروفهم ومراكزهم القانونية[1].

الا ان هذا المفهوم المثالي يصطدم بصورة واضحة بالواقع العملي فالافراد مختلفون ومتمايزون من حيث القدرات والمواهب والامكانيات والاستعداد الفطري والسمات الشخصية الاخرى ، والثابت انه لا توجد مساواة طبيعية لان الناس خلقوا متفاوتين خلقا وخُلقا ولا مساواة في عرف الطبيعة الا من حيث بعض التكوين الاساسي والغرائز الفطرية[2]، فقد كشف التنوع الكبير للطبيعة البشرية عن عدد لا متناهي من التباين والاختلاف بين الافراد ، ولذلك فانه من اجل الوصول الى مساواة واقعية وحقيقية ، تشمل العدالة فيها الجميع وتكون مؤثرة وفعالة بالنسبة للجميع ، فانه

---

(١) انظر : د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص٩ .

(٢) د. صبحي المحمصاني ، اركان حقوق الانسان ، ط١ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٩ ، ص٢٥٠.

يجب على المشرع الجنائي ان يأخذ في اعتباره التباين والاختلاف بين المخاطبين باحكام القانون والتمايز بين الافراد من حيث قدراتهم وسماتهم الشخصية وان يكيف النصوص القانونية مع هذا الاختلاف للوصول الى المساواة الحقيقية الواقعية وعدم الاكتفاء بتحقق المساواة المثالية المجردة التي لا تؤدي الى تحقيق العدالة[١].

فمبدأ المساواة لا يتعارض مع اختلاف المعاملة الجنائية وفقاً لاختلاف المراكز القانونية التي تتحدد في ضوء الغاية من القانون او المصلحة العامة ، فالمشرع الجنائي له ان يقرر معاملة جنائية مختلفة بقدر اختلاف الافعال ذات الطبائع المختلفة[٢]، فالمساواة المطلقة في العقاب هي في حقيقتها عدم مساواة .

اذن فالمساواة الحسابية التي لا تفرق بين الخاضعين لاحكام القانون الجنائي لا يمكن ان تؤدي الى تحقيق العدالة المنشودة ، كما لا يمكن ان تتوافق مع مظاهر التنوع العقابي ومع تطور وظيفة القانون الجنائي . ولهذا يصح القول بان تنوع وسائل واهداف قانون العقوبات يتوافق مع مبدأ المساواة في مفهومه الجديد ، بل ان هذا التنوع جعل المبدأ يضمن للجميع فرصاً متساوية للتأهيل والاصلاح والتقويم ، فهذا التنوع في القانون الجنائي يشكل اداة التفريد في المعاملة الجنائية التي تهدف الى تحقيق افضل فرص التأهيل الاجتماعي لكل فرد[٣].

---

(١) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المساواة في القانون الجنائي ، ط٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢-٢٠٠٣ ، ص ص ٥-٦ .

(٢) د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، ط٢ ، دار الشروق ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص١٧٨ .

(٣) د. علي راشد ، القانون الجنائي المدخل واصول النظرية العامة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠ ، ص٧٠١ .

وقد كان القانون الجنائي يتبنى المساواة الشكلية المجردة التي تقوم على المساواة الحسابية في العقاب ، ولم تكن هذه المساواة تختلف عن تلك التي تقررت في النصوص ذات الطابع الدولي كاعلانات حقوق الانسان التي كانت تقضي صراحة بإخضاع جميع المخاطبين باحكام القانون الجنائي لذات العقوبات والاجراءات في ظروف متساوية[1].

فقد اكدت اعلانات حقوق الانسان المبدأ التقليدي للمساواة الجنائية ، فقد اكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر سنة ١٩٤٨ على المساواة القانونية بصفة عامة ، فنص في مادته الاولى على ان : (يولد جميع الناس احراراً ومتساويين في الكرامة والحقوق ، وهم قد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم ان يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الاخاء) ، ونص في المادة (٢) على ان : (لكل انسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الاعلان ، دونما تمييز من أي نوع ، ولا سيما التمييز بسبب العنصر ، او اللون ، او الجنس ، او اللغة ، او الدين ، او الرأي سياسياً او غير سياسي ، او الاصل الوطني او الاجتماعي او الثروة ، او المولد ، او أي وضع اخر) . ونص في المادة (٧) على انه : (الناس جميعاً سواء امام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز ، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الاعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز) ، اما الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان الصادرة سنة ١٩٥٠ فقد نصت في المادة (١٤) على : (يكفل التمتع بالحقوق والحريات المقررة في هذه المعاهدة دون تمييز اياً كان اساسه : كالجنس او العرق او اللون او اللغة او العقيدة او الرأي السياسي او غيره او الاصل القومي او الاجتماعي ، او الانتماء الى اقلية

(١) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، مصدر سابق ، ص٢٥ .

قومية ، او الثروة ، او الميلاد ، او أي وضع اخر) ، واشارت المادة (١٤) من الاتفاقية الدولية في شأن الحقوق المدنية والسياسية الصادرة سنة ١٩٦٦ الى المساواة في قانون الاجراءات الجنائية فنصت على ان : (جميع الاشخاص متساوون امام القضاء . ولكل فرد الحق عند النظر في اية تهمة ضده او في حقوقه والتزاماته في احدى القضايا القانونية في محاكمة عادلة وطنية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة استناداً الى القانون) ، كما كان من ضمن القضايا التي بحث بها المؤتمر الدولي الثاني عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات الذي عقد بمدينة هامبورج الالمانية في المدة من ١٦-٢٢ أيلول سنة ١٩٧٩ تناول فكرة المساواة في الحقوق الاجرائية بين اطراف الدعوى الجنائية حيث قرر حق المتهم في التمتع بمساواة حقيقية اثناء مباشرة الاجراءات الجنائية المختلفة ، وان تكفل له السبل الضرورية التي تمكنه من دحض ادلة الاثبات التي يقدمها الادعاء ، ووجوب اخبار المتهم بالحقوق المختلفة المكفولة له في كل مرحلة من مراحل الاجراءات الجنائية ، وان يكون لكل من ادين في جريمة الحق في ان يعاد بحث ادانته امام درجة قضاء اعلى وفقاً لما ينص عليه القانون .

كما حرصت الدساتير على النص على مبدأ المساواة ، فقد حرصت الدساتير العراقية المتعاقبة على التأكيد على مبدأ مساواة المواطنين امام القانون منذ القانون الاساسي العراقي الصادر عام ١٩٢٥ الذي نص في المادة (٦) على ان : (لا فرق بين العراقيين في الحقوق امام القانون وان اختلفوا في القومية والدين واللغة) ، ثم اكد هذا المبدأ في المادة (١٨) بقوله : (العراقيون متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة . لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الاصل او اللغة او الدين ...) ، كما اكد دستور ٢٧ تموز عام ١٩٥٨ مبدأ مساواة المواطنين في الحقوق امام القانون ومساواتهم في الواجبات العامة ، فقد نصت المادة (٩) على ان :

(المواطنون سواسية امام القانون في الحقوق والواجبات العامة ولا يجوز التمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس او الاصل او اللغة او الدين او العقيدة) ، كما نصت على ذات المبدأ المادة (١٩) من دستور ٢٩ نيسان عام ١٩٦٤، اذ نصت على ان : (العراقيون متساوون في الحقوق والواجبات العامة بلا تمييز بسبب الجنس او الاصل او اللغة او الدين او أي سبب اخر ...) ، وكذلك المادة (٢١) من دستور ٢١ ايلول عام ١٩٦٨ ، ثم جاء الدستور العراقي الحالي الصادر في ١٦ تموز ١٩٧٠ لكي يؤكد في المادة (١٩) منه مبدأ المساواة الذي تبنته من قبل الدساتير العراقية المتعاقبة ، فوفقاً لنص المادة (١٩) حاول الدستور عدم اغفال أي اساس يمكن اجراء تمييز ما استناداً اليه ، فهو قد حرم التمييز بين المواطنين على اساس الجنس او العرق او اللغة[١]، وقد حرص الدستور العراقي على تأكيد المبادئ العامة التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمساواة امام القانون الجنائي ، واهمها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، فقد نصت المادة (٢١) من الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ على انه : (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ولا تجوز العقوبة الا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة اثناء ارتكابه)[٢].

(١) وقد نصت الدساتير العربية على مبدأ المساواة في نصوصها ومن بينها على سبيل المثال : المادة (٤٠) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ ، المادة (٤) من الدستور السوري لعام ١٩٧٣ ، المادة (١٤) من دستور الامارات العربية المتحدة الموقت لعام ١٩٧١ ، المادة (٦) من الدستور التونسي لعام ١٩٥٩ ، المادة (٧) من الدستور اللبناني ، المادة (٦) من الدستور الاردني .

(٢) نصت معظم الدساتير العربية على هذا المبدأ منها : الدستور المصري (م٦٦) ، الدستور السوري (م١٠) ، الدستور اللبناني (م٨) ، دستور دولة الامارات العربية المتحدة (م٢٧).

وقد تبنت القوانين الجنائية الوضعية مبدأ الشرعية الجزائية الذي تؤدي النتائج المترتبة عليه الى تحقيق المساواة الجنائية ، فمبدأ الشرعية يضمن تحقيق المساواة بين جميع الناس امام القانون ، حيث ان حصر مصادر التجريم والعقاب في القانون يعني ان يفصل هذا القانون بين المشروع وغير المشروع فيأمن افراد المجتمع العقاب عند قيامهم بالفعل المشروع على نحو يمكنهم من المساهمة في نشاط المجتمع الذي ينتمون اليه ، وان الجميع سواء امام هذا النص[١].

ويعرف مبدأ الشرعية الجزائية بانه (مبدأ اساسي في القانون الجنائي مقتضاه انه لا يعد أي سلوك جريمة ولا تفرض عليه اية عقوبة او تدبير الا بسند شرعي من اثاره عدم رجعية القانون وعدم جواز القياس)[٢]، ويعد مبدأ الشرعية دستور قانون العقوبات[٣]، ويقتضي هذا المبدأ ان تقوم سلطات الدولة الثلاث بمراعاته في كل تصرفاتها واعمالها القانونية ، فمن ناحية لا يملك القاضي تجريم ما لم يرد نص بتجريمه ، او توقيع عقوبة لم يرد بها نص ، او استعمال القياس ، فالقاضي لا يملك خلق جريمة جديدة او عقوبة جديدة لجريمة قائمة ، ومن ناحية اخرى فان سلطة التجريم والعقاب تكون من اختصاص السلطة التشريعية ، ولا تملك السلطة التنفيذية

---

(١) Jean Roche: Libertes Publiques, 4 edition, Dalloz, 1976, p.60.

(٢) د. طلال عبد حسين البدراني ، الشرعية الجزائية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٢ ، ص٢٨ .

(٣) د. السيد محمد حسن شريف ، النظرية العامة للاثبات الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص٣٧٥ .

مباشرة هذا الاختصاص دون تفويض ، وعلى السلطة التشريعية ان تراعي عند وضع النص ان يكون محدداً ذا اثر مباشر فلا يرجع تطبيقه الى الماضي[١].

وتترتب على مبدأ الشرعية الجزائية نتائج عدة سواء من حيث التشريع او القضاء او التنفيذ ، وهي لا تعدو النتائج الاربع الاتية ، قصر مصدر التجريم والعقاب على التشريع فقط، وعدم رجعية القوانين الجنائية على الماضي ، وتقيد القاضي بقواعد معينة في التفسير الجنائي ، وحظر القياس في التجريم[٢].

ويمكن القول ان مبدأ الشرعية الجزائية سواء في روحه او في نتائجه يسمح ضمنياً بمبدأ المساواة ، وذلك لان مبدأ الشرعية يصدر عن مفهوم العمومية والتجريد للقانون ، اذ ان مبدأ المساواة يكشف عمومية قانونية العقوبات ، وان التجريد في القانون يعني استبعاد الاخلال بالمساواة[٣].

الا ان المساواة التي نبين علاقتها بمبدأ الشرعية هي ليست المساواة الطبيعية او المساواة الاجتماعية ، إذ لا توجد مساواة طبيعية او اجتماعية بين الافراد لان الناس خلقوا متفاوتين خلقاً وخلقا ، كما انهم درجات في الغنى والحسب والنسب وفي طرق كسب المعيشة وفي ملذاتهم والامهم ، وانما المساواة القانونية ، وهي مساواة الناس جميعاً امام القانون من ناحية الحقوق والواجبات والحماية القانونية ، وهي بهذا المعنى تكون قرينة الحرية ومن عناوين الحقوق الانسانية الاساسية[٤].

---

(١) د. رمسيس بهنام ، الجريمة والمجرم والجزاء ، ١٩٧٦ ، ص٨٩ .

(٢) د. طلال عبد حسين البدراني ، المصدر السابق ، ص١٧٠ .

(٣) د. احمد شوقي ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص٥٩.

(٤) د. طلال عبد حسين البدراني ، المصدر السابق ، ص٧٣ .

وقد حرص المشرع الجنائي على تقرير ضمانات معينة بهدف تحقيق مساواة فعلية حقيقية بين المخاطبين بالقاعدة الجنائية الموضوعية والاجرائية ، فقد صحح قانون العقوبات بعض حالات الاخلال بالمساواة الفعلية ، ويتجسد هذا التصحيح في صور عديدة اهمها حماية الضعفاء نفسياً او عضوياً ، وفي تحذير اصول المجني عليهم ، اذ يضع الضعف الذي يصاحب بعض الافراد كصغار السن والمصابين بنقص او قصور في قواهم العقلية في وضع غير متساو مع الاخرين الامر الذي دفع المشرع الجنائي الى مراعاة هذا الامر لضمان مساواة فعالة للجميع[1].

اذ اتجهت التشريعات الجنائية الى تشديد العقوبة في حالة كون المجني عليه عاجزاً عن الدفاع عن نفسه ، وقيام الجاني باستغلال هذه الحالة لارتكاب الجريمة ، الامر الذي يدل على خطورة الفاعل ، فقد نصت المادة (٢/١٣٥) من قانون العقوبات العراقي ذي الرقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ على انه : (يعتبر من الظروف المشددة العامة ارتكاب الجريمة بانتهاز فرصة ضعف ادراك المجني عليه او عجزه عن المقاومة او في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه) ، فالمشرع العراقي اخذ بنظر الاعتبار حالة المجني عليه في الظروف التالية :

١- ضعف ادراك المجني عليه

٢- عجزه عن المقاومة

٣- كون المجني عليه في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه

اذ يشدد المشرع العراقي العقاب على الجرائم التي تقع على المجني عليه صغير السن، وذلك لعجزه عن رد الاعتداء والمقاومة لصغر سنه وعدم قدرته على الدفاع عن

---

(١) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص٧٦ .

نفسه ، وفضلاً عن الظرف المشدد العام الذي تضمنته المادة (٢/١٣٥) عقوبات عراقي ، فان المشرع قد نص على ظروف مشددة خاصة في جرائم الاعتداء على القاصرين شدد فيها العقوبة على مرتكب الفعل الذي يستغل صغر سن المجني عليه[١]، كما شدد المشرع عقوبة الجرائم المرتكبة في حالة عجز المجني عليه عن المقاومة ، وذلك من اجل منح الشخص العاجز عن المقاومة حماية اضافية تتمثل في خوف الجاني من شدة العقوبة التي تلحقه من ارتكاب الجريمة ، ومن الامثلة على عجز المجني عليه عن المقاومة هو الاعتداء على جرحى الحرب[٢]. كما خص المشرع العراقي بموجب قانون رعاية الاحداث ذي الرقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ الاحداث بضمانات عديدة لحمايتهم ، منها جعل محاكمة الحدث في جلسة سرية خشية من التأثير في نفسية الحدث او في مستقبله[٣]، كما اخذ المشرع بنظر الاعتبار فقد الادراك او الارادة المعاصر لوقت ارتكاب الجريمة ، فجعل من الجنون او عاهة العقل مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية[٤]، وفرق المشرع بين المتهمين العاديين وبين الذين لهم سلطة خاصة تضعهم في مركز قوة بالنسبة للذين يخضعون لهم ، فشدد عقوبة الفاعل الذي يتمتع بهذه السلطة واستغلها في ارتكاب جريمته على الخاضع له ، مثال ذلك تشديد عقوبة الجرائم المخلة بالاخلاق والاداب العامة اذا كان الجاني من اقارب المجني عليه الى الدرجة الثالثة او كان من المتولين

---

(١) انظر نصوص المواد (٣٩٣ ، ٣٩٦) عقوبات عراقي ، ونص المادة (٢٦٨) من قانون العقوبات المصري ذي الرقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ .

(٢) انظر نص المادة (١٠/٤٤٤) عقوبات عراقي ، والمادة (٢٥١ مكررة) عقوبات مصري.

(٣) انظر نص المواد (٥٨،٥٩) من قانون رعاية الاحداث العراقي ، والمادة (٣٤) من قانون الاحداث المصري ذي الرقم (٣١) لسنة ١٩٧٤ .

(٤) انظر نص المادة (٦٠) عقوبات عراقي ، والمادة (٦٢) عقوبات مصري .

تربيته او ملاحظته او ممن له سلطة عليه[١]. كما أدى قانون الاجراءات الجنائية دوراً مهماً في تحقيق المساواة الفعلية من خلال القواعد التي قررها المشرع لضمان حياد القاضي وتقرير حق الاستعانة بمحام ، فالمحكمة هي الجهة الوحيدة التي نصبتها الدولة لكي يلجأ اليها الافراد لحل خصوماتهم ، دون ان تكون لهم الخيرة في اختيار القاضي الذي ينظر في الدعوى ، لذلك فان حياد القاضي من الشروط الاساسية لتحقيق المساواة والعدالة في الدعوى وللاطمئنان الى عدالة الحكم الصادر في القضية ، وقد عرف حياد القاضي بانه (ان ينظر الحاكم في القضية المعروضة عليه بصورة موضوعية مجردة بحيث لا تؤثر في حكمه مصلحته او أي تأثير اخر يخل بمهمته في احقاق الحق)[٢]، وقد نصت العديد من قوانين الاجراءات الجنائية على حالات عدم صلاحية القاضي للنظر في الدعوى[٣]، اما قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ذي الرقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ فانه لم ينص على حالات رد القاضي او تنحيه عن النظر في القضية ، وان كان قد اجاز نقل الدعوى من محكمة الى محكمة اخرى اذا كان ذلك يساعد على حماية الامن ، او على ظهور الحقيقة[٤]، الا ان عدم وجود نص في قانون اصول المحاكمات الجزائية

---

(١) انظر نص المواد (٢/٣٩٣ ، ٢/٣٩٤) عقوبات عراقي ، والمواد (٢/٢٦٧، ٢٦٨) عقوبات مصري .

(٢) د. حسين جميل ، حقوق الانسان والقانون الجنائي ، مركز البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص١٦٧ .

(٣) انظر على سبيل المثال : المواد (٢٤٧-٢٤٨) من قانون الاجراءات الجنائية المصري المرقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ ، المادة (٢٢٠) من قانون الاجراءات الجنائية الليبي .

(٤) انظر نص المادة (١٤٢) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ، والمادة (٤١٥) من قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري المرقم (١١٣) لسنة ١٩٥٠ ، والمادة (٢/٤١٨) من قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني لسنة ١٩٤٨ .

العراقي لرد القضاة وتنحيهم لا يعني عدم اعمال هذه المبادئ في الدعوى الجزائية وانما يتم الرجوع في حكم هذه المسألة الى القواعد العامة ، فيتم تطبيق احكام قانون المرافعات المدنية المرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ، باعتباره المرجع لقانون اصول المحاكمات الجزائية فيما لا نص فيه[١]، ولذلك فانه يتم تطبيق احكام النصوص المتعلقة برد القضاة وتنحيهم التي نص عليها قانون المرافعات المدنية[٢].

ويقتضي تحقيق مبدأ المساواة ان تشمل العدالة الجميع وكفالة حق الدفاع لأطراف الدعوى كافة وخاصة المتهم ، وذلك لان كفالة هذا الحق يعد من الضمانات الاساسية لتحقيق المحاكمة العادلة للمتهم ، ويقصد بحق الدفاع (تمكين الشخص من درء الاتهام عن نفسه ، اما باثبات فساد دليل خصمه ، او بإقامة الدليل على نقيضه وهو البراءة)[٣]، فالاتهام اذا لم يقابله الدفاع يعد ادانة لا اتهاماً ، وان احترام حق الدفاع يقتضي من المشرع ان يأخذ في اعتباره عدم قدرة المتهم على الاستعانة بمحام لضعف قدرته الاقتصادية ، الامر الذي يقتضي تدخل المشرع لانتداب محام لهذا المتهم تحقيقاً للعدالة وضماناً للمساواة بين اطراف الدعوى وحماية لحق المتهم والمجتمع ، لان اهدار هذا الحق قد يؤدي الى افلات المجرم الحقيقي او ادانة البريء ، وهذا يلحق الضرر بالمجتمع الذي تهمه تبرئة البري اكثر من افلات المجرم ، لذلك فقد حرصت

---

(١) اذ نصت المادة الاولى من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه : (يكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والاجراءات اذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة) .

(٢) انظر نصوص المواد (٩١-٩٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٣) د. عبد الفتاح مراد ، التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص١٦٨ .

قوانين الاجراءات الجنائية على تأكيد حق كل متهم بجناية في الاستعانة بمحام يختاره للدفاع عنه ، فاذا لم يستعن بمحام على نفقته وبناء على اختياره ينتدب محام للدفاع عنه تحدد المحكمة اتعابه عند الفصل في الدعوى وتتحملها[١].

المطلب الثاني
المفهوم الجديد لمبدأ المساواة

مع نهاية القرن التاسع عشر ، تطورت وظيفة القانون الجنائي تطوراً سريعاً تحت تأثير المدرسة الوضعية[٢] ثم انصار

(١) انظر نص المادة (١٤٤/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ، والمادة (٢/٢١٤) من قانون الاجراءات الجنائية المصري ، المادة (٢٠٨) من قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني المرقم (٩) لسنة ١٩٦١ ، المادة (٢٧٤) من قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري.

(٢) المدرسة الوضعية هي مدرسة عقابية جديدة شكلت ثورة في الدراسات العقابية ، ظهرت اواخر القرن التاسع عشر ، ونادت بافكار واراء مناقضة للمدرسة التقليدية الجديدة ، فدعت الى الاعتماد على المنهج العلمي التجريبي ، وتقوم اسس هذه المدرسة على رفض فكرة ارادة الاختيار لدى المجرم لترتيب المسؤولية عليه ، وان الجريمة هي نتيجة مقدمات وعوامل طبيعية مهدت لها ، وهذه المقدمات تنتج عن عوامل داخلية في التكوين العضوي والنفسي للفرد ، وخارجية تعود للبيئة والظروف المحيطة به ، لذلك رفض علمائها مبدأ التخيير ، وقالوا بالسببية وحتمية ارتكاب الجريمة حين تتوافر هذه العوامل ، ومن اهم رواد هذه المدرسة الطبيب الايطالي لومبروزو (G. Lombroso) صاحب كتاب (الانسان المجرم) ، وانريكو فيري (Enrico ferri) صاحب كتاب (العدالة الجزائية والافاق الجديدة) ، ورافايل جاروفالو (R. Garofalo) . انظر : د. هلا العريس، شخصية عقوبات التعزير في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة ، دار الفلاح للنشر ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ص٤٣ .

الـــــدفاع الاجتمـــــاعي[1]، وقـــــد تـــــرك هـــــذا التطـــــور اثـــــاره الواضحة المتمثلة في فكرة التفريد التي لا يمكن ان تتجسد الا من خلال تنوع وسائل واهداف القانون الجنائي للحد من المساواة التوزيعية الالية بين المخاطبين باحكامه ، وقد وظف هذا التنوع في وظيفة قانون العقوبات الحديث في خدمة المساواة[2]، فالعقوبة الحديثة ذات الطابع الانساني الساعية الى دور اجتماعي من خصائصها المساواة في العقوبة ، ولكنها المساواة تجاه القانون، وتجاه غاية العقاب ، وهو اصلاح المجرم ، أي ما يسميه البعض المساواة النفسية تجاه العقوبة وليست المساواة الحسابية[3]، فمبدأ المساواة في مفهومه الجديد يتسع نطاقه ليشمل الى جانب المساواة في العقاب المساواة في

---

(١) حركة الدفاع الاجتماعي ، اتجاه حديث في السياسات العقابية الخاصة بالقوانين الوضعية ، ظهرت بعد المدرسة الوضعية للبحث عن نظام جنائي حديث للحد من اتساع الظاهرة الاجرامية ، وقد تبنت هذه الحركة مفهوماً للدفاع الاجتماعي يعتمد المطابقة بين الدفاع الاجتماعي كهدف ، والجزاء كوسيلة يقصد بها اعادة تأهيل واصلاح المجرم ، بحيث يكون تأهيل واصلاح الفاعل دفاعاً اجتماعياً للحد من امكانية خطورته تجاه المجتمع ، واعادته فرداً صالحاً فاعلاً في المجتمع ، ولقد عرفت هذه الحركة اتجاهين اساسيين : الاول مع المفكر الايطالي فيليبو جراماتيكا (F.Gramatica) ، والثاني مع البروفسور الفرنسي مارك انسل (M.Ancel) ، فدعا جراماتيكا الى ارتكاز الدفاع الاجتماعي على تقدير الفاعل باعتباره ذاتاً والاهتمام بشخص الفاعل ، والى الغاء العقوبة كنظام قانوني والغاء مفهومي الجريمة والمجرم ، اما انسل فقد رفض الدعوة لالغاء قوانين العقوبات واعترف بالمسؤولية الاخلاقية كأساس للمسؤولية الجنائية ، واكد على اهمية دراسة شخصية المجرم كانسان وليس كظاهرة بيولوجية . انظر : د. هلا العريس ، المصدر السابق ، ص ص ٤٧-٥١ .

(٢) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص٢٥ .

(٣) Jean Pradel, Lindividualisation de La Sanction, essai dun bilan a La veille dun nouveau code penal, R.S.C, 1977,p.724.

التأهيل ، ويمكن تدارك الاختلاف والتباين الكبير بين الاوضاع والاشخاص عن طريق التنوع في وسائل التحقيق والتدابير التي يستطيع القاضي بفضلها اتخاذ القرار المناسب لكل مجرم[١]، فالتطور والتنوع في الاجراءات والتدابير والعقوبات الذي تضمنه القانون الجنائي يتوافق مع المفهوم الجديد للمساواة ، لانه يضمن فرصاً متساوية للتأهيل لجميع المجرمين . واذا كان المشرع هو الذي يحدد الجزاء المقرر للجريمة ، فان القاضي هو من يمارس السلطة التقديرية الممنوحة له بتطبيق هذه الجزاءات في الحدود والقدر الذي يراه ملائماً في تحقيق الغايات المرجوة منها ، ففي عصرنا الراهن اصطبغت مهمة القاضي الجنائي بصبغة اجتماعية ، بحيث اصبح يشارك مشاركة ايجابية في سياسة الدفاع الاجتماعي عن طريق التفريد العلمي والواقعي للعقوبة ، مما وسع من نطاق وظيفته بحيث صارت مهمته اجتماعية انسانية قوامها دراسة شخصية مرتكب الجريمة دراسة موضوعية ، ومعرفة ظروفه واحواله لكي يصل الى الاسباب التي دفعته الى ارتكاب الجريمة، مما يمكنه من اختيار ما هو ملائم من جزاء ، فالسياسة العقابية الحديثة تهدف الى تفريد العقاب ، بغية توقيع العقوبة المناسبة لجسامة الجريمة ولشخصية مرتكبها ، ويحدد القانون نطاق سلطة القاضي التقديرية التي يمارس عن طريقها التفريد ، ففي مجال قانون العقوبات يتمتع القضاء بسلطة في تقدير العقوبة ، وهذه السلطة التقديرية تعد وسيلة من الوسائل التي تدخل في ممارسة الدولة لسلطة توقيع العقاب ، فمجال التقدير لا يكون الا استعمالاً لسلطة ، وذلك عندما يرخص القانون للسلطة القضائية بحرية التقدير[٢].

---

(١) د. علي راشد ، المصدر السابق ، ص٧٠١ .

(٢) نوفل علي عبد الله الصفو ، سلطة القاضي في تخفيف العقوبة دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، ١٩٩٦ ، ص١ .

ومن اجل تحقيق المساواة الفعلية عن طريق التفريد ، فان هذا التفريد يقتضي تمتع القاضي الجنائي بسلطة واسعة لاختيار ما يلائم كل مجرم من حيث نوع ومقدار العقوبة من بين العقوبات التي يحددها المشرع في النص القانوني[1]، فالنظام العقابي الذي يحدد مقدار العقوبة بصورة مطلقة ، اذ يكون لكل جريمة مقدار واحد من العقاب ، وليس للقاضي الا ان يقضي به متى ثبتت ادانة المتهم ، هو نظام قد عفا عليه الزمن ، لانه لا يستجيب لمقتضيات العدالة التي تقتضي تناسباً دقيقاً بين العقوبة في نوعها ومقدارها واسلوب تنفيذها من ناحية ، وشخصية المجرم في ظروفها وبواعثها الى الاجرام من ناحية اخرى[2]، فالعمل التشريعي والعمل القضائي في تحديد العقوبة مرتبطان ، ومكملان لبعضهما البعض ، فاذا كان العمل القضائي لا يتصور بغير عمل تشريعي سابق يستند اليه ويستمد منه حدوده وقواعده ، فان العمل التشريعي الذي لا يكمله عمل قضائي هو جهد نظري عاطل عن المنفعة الاجتماعية[3]، فالشارع يدرك انه لا يستطيع ان يحقق المساواة الفعلية والتناسب العادل بين العقوبة وشخصية كل مرتكب للجريمة ، لانه لا يعرف المجرمين باشخاصهم ، ويستحيل عليه ان يحصر ظروفهم او ان يراعي كل الاعتبارات التي تحقق الجزاء العادل والملائم لكل منهم ، لذلك فقد ترك الامر للقاضي ، لانه وحده القادر على مراعاة تلك الاعتبارات[4]، وعلى هذا الاساس فان التطبيق القضائي للعقوبة بهذه الصورة هو من جنس التحديد التشريعي لها ، الا ان

---

(١) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص١٣٣ .

(٢) نوفل علي عبد الله الصفو ، المصدر السابق ، ص٣ .

(٣) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات اللبناني ، القسم العام ، ط٢ ، دار النقري للطباعة ، بيروت ، ص٧٦٦ .

(٤) نوفل علي عبد الله الصفو ، المصدر السابق ، ص٣ .

الفارق بينهما هو ان التحديد التشريعي عام مجرد ، بينما التطبيق القضائي لها هو خاص واقعي[١] ، وقد عرف البعض السلطة التقديرية بانها (القدرة القانونية لمثل الحكومة ، القاضي ، المدعي العام ، الشرطة ، في ممارسة اختياره في صنع القرار)[٢] ، وعرفها اخرون بانها (هي عملية تطبيق النصوص القانونية المجردة في مجال يترك فيه المشرع للقضاء حرية التقدير في حدود التنظيم القانوني)[٣] ، فسلطة القاضي التقديرية هي اذن قدرة القاضي على الملاءمة بين ظروف الجاني والجريمة وبين العقوبة التي يقررها فيها عند تطبيقه للنصوص القانونية المجردة في مجال يترك فيه المشرع للقضاء حرية التقدير في حدود التنظيم القانوني ، ومن خلال هذه السلطة الممنوحة للقاضي ، يستطيع تحقيق المساواة بين الجناة من خلال اخذه بنظر الاعتبار ظروف الجاني والجريمة عند تقدير العقوبة ، لان المساواة المطلقة في العقوبة رغم الاختلاف في ظروف بواعث مرتكبي الجرائم ، هو في ذاته عدم مساواة[٤] ، وتجد سلطة القاضي الجنائي التقديرية في تعدد صور ارتكاب الواقعة الاجرامية سبباً لوجودها ، لان المغايرة تتطلب الاختلاف في التقدير وهو ما لا يستطيع المشرع تحديده مسبقاً نتيجة للتطور المستمر في المجتمع ، لذلك فانه يترك تقدير ذلك الامر للقاضي ضمن حدود معينة[٥] ، وتظهر سلطة القاضي

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، المصدر السابق ، ص٧٦٥ .

(٢) David W. Neubauer: Americas Courts and Criminal Justice System, 5 ed, Wadsworth Publishing Company, 1996, p.408.

(٣) د. عبد الحميد الشواربي ، الظروف المشددة والمخففة للعقاب ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٦ ، ص٨٣ .

(٤) نوفل علي عبد الله الصفو ، المصدر السابق ، ص ص ٤-٥ .

(٥) د. مأمون محمد سلامة ، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص٩٣ .

الجنائي التقديرية بشكل واضح في الحالات التي يحدد فيها المشرع للعقوبة حدين اقصى وادنى تاركاً للقاضي سلطة تحديد العقوبة الملائمة في ما بين هذين الحدين بما يؤدي الى تحقيق التفريد القضائي الامثل للعقوبة ، وكذلك في الاحوال التي يجيز فيها المشرع النزول عن الحد الادنى استعمالاً لظروف الرأفة ، وفي حالة وقف تنفيذ العقوبة ، الا ان المشرع قد يحدد بصدد بعض الجرائم العقوبة على نحو لا يسمح فيه بسلطة وهو ما يبدو في حالات النص على عقوبة حدية كالاعدام ، او في حالة قيام المشرع بتحديد العقوبة تحديداً قاطعاً عندما يضع معياراً لا يسمح بادنى سلطة تقديرية ، وهو ما يحصل عندما يحدد المشرع العقوبة بشكل يتناسب مع جسامة الضرر المادي للسلوك الاجرامي كما في حالة الغرامات النسبية[1].

ويمكن نظام السلطة النسبية في تقدير العقوبة القاضي من تحقيق التفريد الامثل للعقوبة عن طريق ما يملكه من سلطة تقديرية في اختيار ما يلائم كل مجرم من حيث نوع ومقدار العقوبة[2]، وهذا الاختلاف في المعاملة العقابية مع اختلاف ظروف الجاني والجريمة تحقيقاً للغاية المرجوة من العقاب وهي اصلاح المجرم ، هو ما يصطلح على تسميته بتفريد العقاب ، ويقصد به تنوع العقوبة من حيث الكم والكيف للتناسب مع جسامة الجريمة وخطورة الجاني[3]، فلا يكون العقاب عاماً موحداً الى كل من اقترفوا جرماً واحداً ، ولكنه يختلف من فرد الى اخر على وفق الاختلافات في الشخصية

(١) المصدر نفسه ، ص ص ٩٢-٩٣ .

(٢) د. اكرم نشأت ابراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، دار ومطابع الشعب ، ١٩٦٥ ، ص٢٦ .

(٣) د. رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، ط٤ ، دار الفكر العربي ، مصر ، ص٧٦٦.

والدوافع وسائر الظروف التي تدفع الى ارتكاب الجريمة[١]، والتفريد انواع ، فهناك التفريد التشريعي[٢]، والتفريد القضائي[٣]، والتفريد التنفيذي[٤].

ويعد التفريد القضائي التفريد الحقيقي الاهم من بين الانواع الثلاث لتفريد العقوبة ، لان ممارسة سلطة القاضي الجنائي التقديرية تتجسد باوضح صورها في التفريد القضائي ، او كما يقول الدكتور محمود نجيب حسني بان الاعتراف بسلطة القاضي

---

(١) د. محمود ابو زيد ، المعجم في علم الاجرام والاجتماع القانوني والعقاب ، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٣٠٣.

(٢) التفريد التشريعي ، هو التفريد الذي يلزم فيه المشرع القاضي الجنائي بالاخذ باسباب التشديد او التخفيف او الاعفاء من العقاب تبعاً لتفاوت ظروف الجاني والجريمة ، وهو تفريد مجازي في واقع الحال لان المشرع ليس بوسعه معرفة الافراد الذين سيقدمون على ارتكاب الجريمة ليحدد العقوبة الملائمة لكل منهم ، وانما المهمة التي يؤديها في هذا المجال هي مجرد تخصيصه العقوبات المتنوعة للاصناف المتعددة من الجرائم . انظر : د. علي راشد ، موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب ، القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص٩٤.

(٣) التفريد القضائي ، وهو التفريد الذي يباشره القاضي وذلك عندما يعهد المشرع الى القاضي بتقدير حالة المجرم في مجموعها وحالته وقت ارتكاب الجريمة والمؤثرات التي تدفعه الى الاجرام ، واعمال سلطته في تقدير العقوبة لاختيار العقوبة التي تلائم المجرم وتصلحه . انظر : د. حسين جميل ، نحو قانون عقابي موحد للبلاد العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص٢٦٣ .

(٤) التفريد التنفيذي او الاداري ، هو التفريد الذي تقوم به الادارة العقابية القائمة على تنفيذ العقوبة ، وهدفه اصلاح حال المحكوم عليه من خلال اخضاعه لما يلائمه من معاملة في المؤسسات والمنشأت العقابية ، وذلك دون التعويل على الطبيعة القانونية للعقوبة التي حكم بها القضاء . انظر : د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص١٣١.

التقديرية يعني الاعتراف بالتفريد القضائي[1]، فهو وحده القادر على تجسيد وتحقيق المساواة الفعلية وذلك عن طريق الوسائل المتعددة التي يضعها المشرع تحت تصرف القاضي لتكون أساساً لمعاملة جنائية فعالة في مواجهة الاجرام ، وهذا يقتضي تمتع القاضي بسلطة واسعة لاختيار ما يلائم كل مجرم من حيث نوع ومقدار العقوبة من بين العقوبات التي يحددها المشرع في النص القانوني[2]، فالعدل هو في نهاية الامر في يد القاضي الذي يختاره التشريع ، اكثر مما هو في يد التشريع الذي يطبقه القاضي[3].

ويعتمد التفريد القضائي على وسائل متعددة ومتنوعة يضعها المشرع تحت تصرف القاضي لتحقيق فرص التقويم والاصلاح ، وقد تتقرر هذه الوسائل في مرحلة المحاكمة ، او في مرحلة تنفيذ العقوبة ، ومن اهمها نظام وقف تنفيذ العقوبة[4] ونظام الاختبار القضائي[5]، ونظام الافراج الشرطي[1]، ونظام البارول[2].

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط٥ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص٧٨٣ .

(٢) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص ص ١٣٢-١٣٣ .

(٣) نوفل علي عبد الله الصفو ، المصدر السابق ، ص١ .

(٤) وقف تنفيذ العقوبة هو نوع من المعاملة التفريدية ذات طبيعة مستقلة بمقتضاه يحكم القاضي بثبوت ادانة المتهم وينطق بالعقوبة المقررة في القانون، ثم يعلق تنفيذ العقوبة المحكوم بها على شرط واقف خلال فترة معينة، فاذا انقضت هذه المدة من دون ارتكاب المحكوم عليه جريمة جديدة، سقط الحكم بالادانة ويعتبر كان لم يكن، اما اذا ارتكب جريمة جديدة خلال هذه المدة وحكم عليه من اجلها، الغي هذا التعليق، ونفذت العقوبة الموقوفة .
BoSvehssoh: Criminal Justice Systems in Europe, Sweden, 1995, pp. 49-50.

(٥) يقوم نظام الاختبار القضائي على فكرة الافراج عن المجرم من دون الحكم عليه بالعقوبة اكتفاء بوضعه تحت الاختبار مدة معينة لكي يراعي خلالها السلوك القويم ، ويخضع في تلك الاثناء لنوع من الرقابة المنظمة، فاذا اخفق المجرم في اصلاح نفسه خلال فترة

وقد اكدت السياسة الجنائية الحديثة[٣] منح القاضي سلطة تقديرية واسعة ، على الرغم من تأكيدها على ضرورة الحيلولة دون جعل هذه السلطة تحكمية ، وذلك

الاختبار تعين الحكم عليه بالعقوبة ، وهو نظام ذو طبيعة ايجابية ، اذ انه يمنح المجرم فرصة لاصلاح نفسه وذلك بالمساعدة التي يقدمها له ، وقد استحدث هذا النظام لاول مرة في ولاية ماساشوستس الامريكية سنة ١٨٤١ .

Harvey Wallace, Cliff Robenson: Principles of Criminal Law, Longman Publishers, U.S.A, 1996, pp. 281-283.

(١) يقصد بالافراج الشرطي الافراج عن المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية بعد انقضاء مدة معينة منها ، افراجاً مقيداً بشروط محددة تتمثل في اخضاعه لمجموعة من الالتزامات التي تقيد حريته ، ويترتب على تنفيذها الافراج النهائي عنه ، اما اذا اخل بها فتسلب حريته مرة ثانية ويعود الى المؤسسة العقابية لتنفيذ المدة الباقية . د. عبد الرحمن محمد ابو توته ، اصول علم العقاب ، منشورات ELGA ، مالطا ، ٢٠٠١، ص٣٤٤.

(٢) البارول (Parole) هو اسلوب عقابي حديث مقتضاه الافراج عن المحكوم عليه بعد قضائه جزءاً من العقوبة اذا ما تبين حسن سلوكه ، وتعهد بان يلتزم في مسلكه سلوكاً غير مخالف للقانون ، قابلاً الخضوع للاشراف الاجتماعي ملتزماً بكافة ما يفرض عليه من شروط ، وهو نظام انجلوسكسوني يعود في نشأته الى القرن التاسع عشر ، ويتشابه نظام البارول مع نظام الافراج الشرطي في قيامهما على اسس واحدة حيث يفترض كل منهما ان يمضي المحكوم عليه جزءاً من العقوبة قبل الافراج عنه ليتمكن خلالها القائمون على المؤسسة العقابية من ملاحظة سلوكه وتحديد مدى جدارته بالافراج الشرطي او بالاستفادة من نظام البارول ، كما يتفقان فيما يتم فرضه من قيود على المفرج عنه ، وكذلك في الاثر المترتب على عدم التزامه بهذه القيود الا وهو الغاء الافراج واعادة المحكوم عليه الى المؤسسة العقابية، وينحصر الفارق بينهما في الدور الايجابي الذي يمارسه المشرف الاجتماعي في ظل نظام البارول حيث تتطلب مهمته مراقبة سلوك المفرج عنه وتقديم يد العون له ، واعداد تقارير دورية عن حالته لتمكين الجهات المختصة من اتخاذ القرار الملائم لتطورات سلوكه . د. عبد الرحمن محمد ابو توته ، المصدر السابق ، ص ص ٣٥١-٣٥٥ .

(٣) يرجع تعبير (السياسة الجنائية) الى الفقيه الالماني انسلم فون فوريرباخ (A.Von Feurbach) (١٧٧٥-١٨٣٣) ، الذي كان اول من استعمله في بداية القرن التاسع عشر ، ويقصد

يتحقق من خلال الزام القاضي بممارسة هذه السلطة الممنوحة له في حدود الضوابط التي تحددها[1]، وقد عبرت عن ذلك الاتجاه خير تعبير التوصيات التي تضمنتها قرارات المؤتمرين السابع[2]، والثامن[3] لقانون العقوبات ، واهم تلك التوصيات :

١- ان مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات الذي يشكل ضمان جوهري للحرية الفردية لا يمنع منح القاضي سلطة تقديرية .

٢- لا يجوز اعتبار السلطة الممنوحة سلطة تحكمية ، وانما يجب ان تمارس في نطاق قانوني ، طبقاً للمبادئ العامة للقانون وبما يحول دون التحكم .

٣- لتوفير السلطة المقررة للقاضي يجب ان يضع القانون تحت تصرفه مجموعة منوعة من العقوبات والتدابير ، بغية تمكينه من اختيار العقوبة او التدابير الاكثر ملاءمة .

بالسياسة الجنائية مجموعة الخطوط العامة التي تحدد اتجاه المشرع الجنائي والسلطات القائمة على تطبيق التشريع القائم وتنفيذه من اجل تحقيق الدفاع الاجتماعي ، وهي تقسم الى ثلاثة انواع : سياسة تشريعية ، سياسة قضائية ، سياسة تنفيذية . د.احمد فتحي سرور ، السياسة الجنائية ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الاول ، السنة ٣٩ ، ١٩٦٩ ، ص٣ وما بعدها .

(١) د. اكرم نشأت ، المصدر السابق ، ص٥٦ .

(٢) المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات ، عقدت جلساته في اثينا خلال المدة من ٢٦ ايلول الى ٢ تشرين الاول سنة ١٩٥٧ ، ومن المسائل التي تناولها المؤتمر الرقابة على سلطة القاضي التقديرية في تحديد العقوبات والتدابير الاحترازية .

(٣) المؤتمر الدولي الثامن لقانون العقوبات المنعقد في لشبونة خلال المدة من ٢١ الى ٢٧ ايلول ١٩٦١.

٤- ينبغي مراعاة شخصية المجرم عند تحديد العقوبة او التدبير ، لذا يلزم النص على وجوب بحث هذه الشخصية ، وتنظيم اضبارة خاصة باجراءته ونتائجه من قبل القاضي بالتعاون مع الاخصائيين[١].

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول ان السلطة النسبية الممنوحة للقاضي الجنائي المعاصر في تحديد العقوبة هي سلطة تقدير Pouvoir Dappreciation وليست سلطة تحكمية Pouvoir Arbitraire ، فالقانون لا يمنح القاضي قوة خلاقة ، بل يعد دوره تأكيداً لارادة المشرع ، اذ ليس من حقه مسايرة افكاره الخاصة في تقدير الحكم ، لان الحكم الجنائي لا يجوز ان يكون حقلاً للافكار الشخصية ، واذا كان المشرع قد منح القاضي حرية تفريد العقاب بالوسائل القانونية المتعددة التي وضعها تحت تصرفه ، فليس معنى هذا تمتع القاضي بحرية التصرف في هذه الوسائل تبعاً لاهوائه الذاتية كحريته في التصرف في شئونه الخاصة، وانما يتحدد نطاق الحرية الممنوحة له في هذا الشأن بالغاية الحقيقية للقانون وبما يؤدي الى تحقيق المصلحة الاجتماعية[٢]. وتميل قوانين العقوبات الحديثة الى اعطاء المزيد من حرية التقدير للقاضي الجنائي بخاصة بعدما لفتت المدرسة الوضعية الانظار الى اهمية دراسة شخصية المجرم ، وهذه الدراسة لا يمكن ان يلم بكل جوانبها الا القاضي وحده .

المبحث الثاني
حالات الاخلال بالمساواة في القانون الجنائي

(١) د. اكرم نشأت ، المصدر السابق ، ص ص ٥٦-٥٨.

(٢) المصدر نفسه ، ص ص ٥٩-٦٠ .

تبين لنا من بحثنا في مفهوم المساواة في القانون الجنائي ، أن مفهوم المساواة الجنائية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتطور وظيفة القانون الجنائي ، فاكتسب هذا المفهوم مفهوماً جديداً يتوافق مع تنوع وسائل واهداف القانون الجنائي ، فلم يعد المقصود بالمساواة تلك المساواة الحسابية الجامدة القاصرة على التجريم والعقاب ، بل اتسع مضمونها ليشمل بالاضافة الى العقاب التأهيل الاجتماعي ، وذلك من خلال السعي الى تحقيق افضل سبل اصلاح وتأهيل المتهم من اجل تقويمه وتهذيبه ، الامر الذي يدفعنا الى القول ان عدم تحقق المساواة الحسابية في بعض الحالات انما هو في حقيقته تحقيق للمساواة الفعلية الحقيقية فيها . وقد حرص المشرع على وضع العديد من الضمانات التي تحقق المساواة في القانون الجنائي ، الا انه مع ذلك توجد حالات تمثل خروجاً على مبدأ المساواة في القانون الجنائي لم يتدخل المشرع لتصحيحها ، مما يثير التساؤل عن الاسباب التي تجعله يتدخل لتصحيح بعض حالات الاخلال بمبدأ المساواة تحقيقاً لاعتبارات معينة يمكن تبريرها في احوال معينة ويصعب ذلك في احوال اخرى ، فالاخلال بمبدأ المساواة قد يتمثل في حالات مقبولة من المشرع فيدرك المشرع هذا الاخلال ويقبله عن قصد من اجل تحقيق غايات معينة ، وقد يتمثل في حالات غير مقصودة لا يقصدها المشرع ولا يسعى الى قبولها ، لذلك فقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين ، كما يأتي :

المطلب الاول : حالات الاخلال المقصود بمبدأ المساواة .

المطلب الثاني : حالات الاخلال غير المقصود بمبدأ المساواة .

المطلب الأول
حالات الاخلال المقصود بمبدأ المساواة

قد يكون خطر الاخلال[١] بالمساواة معروفاً ومقبولاً من المشرع ، فلا يرى ضرورة للتدخل لتصحيح هذا الاخلال نتيجة لاعتبارات عديدة قد لا يتلاءم بعضها مع مبدأ المساواة ، الا انه مع ذلك يبقى هذا الاخلال مقبولاً من المشرع تحقيقاً لتلك الاعتبارات التي يراها المشرع جديرة بالحماية ، ويتخذ هذا الخروج عن مبدأ المساواة مظاهر عديدة اهمها صورة الحصانات التي يقررها المشرع الجنائي لبعض الاشخاص الطبيعيين والاشخاص المعنوية، الا اننا سوف لا نبحث في هذه المظاهر لخروجها عن حدود بحثنا الذي يقتصر على البحث في حالات الاخلال بمبدأ المساواة وهي الاساس الذي تستند اليه هذه المظاهر ، وسوف نبحث في هذا المطلب في حالات الاخلال المقصود بمبدأ المساواة ، ومن حالات الاخلال بالمساواة امام القضاء الجنائي التي يقبلها المشرع عن ادراك حالات الضعف النفسي او العضوي وحالات الاعفاء من العقاب[٢]. فقد بينا سابقاً ان المشرع قد راعى الضعف الذي يصاحب بعض الافراد كصغار السن والمصابين بنقص او قصور في قواهم العقلية فوضعهم في وضع غير متساوٍ مع الاخرين لضمان المساواة الحقيقية للجميع ، وقد بينا ان عدم المساواة الحسابية بين الافراد في هذه الحالات لا يعد اخلالاً بمبدأ المساواة لانه يؤدي الى تحقيق المساواة الفعلية للجميع .

واذا كانت التشريعات الجنائية الحديثة قد اولت الاحداث الجانحين معاملة خاصة لحداثة سنهم ، فان اغلبها لم يأخذ في اعتباره حالات اخرى كسن الشيخوخة ، فمثل هؤلاء المسنين تضعف لديهم قابلية التحكم في تصرفاتهم ويصيب الضعف والوهن

---

(١) الاخلال (لغة) هو التقصير ، يقال اخل بالشيء أي قصر فيه ، واختل الامر أي وهن وفسد ، والخلل هو الوهن والفساد . لويس معلوف ، المنجد في اللغة والادب والعلوم ، ط١٩ ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت ، ص١٩٠ .

(٢) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص١٦٧ .

مختلف اعضاء الجسم بما فيها الدماغ الذي هو القوة المتحكمة في تصرفات الانسان ، ومع ذلك لم يفرد المشرع قواعد خاصة تضمن حمايته اذا كان مجنياً عليه بتشديد العقاب على الجاني ، او بالاخذ بالظروف المخففة وتخفيف العقاب عليه اذا كان متهماً ، وهذا الاغفال لحالة المسن بعدم الاخذ بنظر الاعتبار ضعفه العقلي والعضوي لا يؤدي الى تحقيق المساواة الفعلية بين الافراد .

وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي ، فعلى الرغم من ان المشرع العراقي لم ينظم حماية المسنين بموجب قانون خاص كما فعل مع الاحداث اذ افرد المشرع قانوناً خاصاً بهم هو قانون رعاية الاحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ ، او بموجب نصوص خاصة كما فعل مع فاقد الادراك او الارادة لجنون او عاهة في العقل[١] او جرحى الحرب[٢]، الا انه يمكن القول ان حماية المسنين في القانون العراقي تخضع للقواعد العامة ، اذ نصت المادة (٢/١٣٥) عقوبات عراقي على تشديد العقوبة على مرتكب الجريمة الذي ينتهز فرصة ضعف ادراك المجني عليه او عجزه عن المقاومة او كون المجني عليه في ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه ، وهذا الظرف المشدد العام يشمل حالة المسنين لعجزهم عن المقاومة ولضعف ادراكهم الذي قد يستغله الجاني لارتكاب جريمته ، اما فيما يتعلق بتخفيف العقاب عليه اذا كان متهماً ، فيمكن تخفيف عقوبة المتهم كبير السن بموجب السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الجنائي بموجب الظروف القضائية المخففة ، وهذه الظروف هي اسباب للتخفيف تخول القاضي في نطاق قواعد حددها القانون الحكم بعقوبة تقل عن الحد الادنى المقرر للجريمة ، ولم يحدد الشارع الظروف المخففة

(١) انظر المادة (٦٠) عقوبات عراقي .
(٢) انظر المادة (١٠/٤٤٤) عقوبات عراقي .

القضائية ولم يضع ضوابط تعين القاضي على استخلاصها ، بل ترك ذلك كله لفطنته وحسن تقديره ، فهي غير محددة عدداً وغير معروفة مضموناً ، والقانون العراقي لم يذهب الى تعداد الظروف القضائية المخففة او حصرها ، لذلك فان للقاضي ان يستمدها من كل ظروف الجريمة واحوالها وملابساتها ، ومن ضمنها الظروف الشخصية للمجرم كالشيخوخة ، وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها الى اعتبار كون المحكوم عليه يزيد عمره على الستين عاماً وانه فلاح ساذج ظرفاً مخففاً يؤدي الى تخفيف محكوميته[١].

واذا كانت اغلب التشريعات الجنائية لم تنص صراحة على مراعاة كبر سن الجاني بموجب نصوص خاصة ، الا ان بعض التشريعات قد اخذت بنظر الاعتبار السن في مراحله المتاخرة ، كالقانون البرتغالي الذي يوجب تخفيف العقوبة اذا تجاوز سن الجاني سبعين عاماً (م٣/٣٩)[٢]، والقانون الفرنسي الذي انتهج منهجاً اكثر تنظيماً وفعالية في حماية المسنين ، اذ يتميز نظام العقوبات في قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٩٢ بمنح القاضي سلطة كبيرة في تفريد العقوبة ، وقد اكد التقنين هذا الاتجاه بالنص صراحة في المادة (١٣٢-٢٤) عقوبات على انه : (في الحدود المقررة في القانون ، ينطق القضاء بالعقوبات ، ويحدد نظامها تبعاً لظروف ارتكاب الجريمة ، وشخصية الجاني) ، وهو بهذا يأخذ بمعيار مزدوج لتحديد المعاملة العقابية للجاني ، متمثلاً في ظروف الجريمة ، وشخصية الجاني ، وقد اخذ المشرع الفرنسي في اعتباره سن الشيخوخة ، على اعتبار ان الضعف الناتج عن تقدم العمر يضع الشخص في وضع غير

---

(١) قرار رقم ٢٦٤/هيئة عامة / ١٩٨٨ ، مجلة القضاء ، العدد الاول ، السنة الخامسة والاربعون ، ١٩٩٠ ، ص٦٢ .

(٢) د. حسنين ابراهيم صالح عبيد ، النظرية العامة للظروف المخففة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ص ٢١٩-٢٢٠ .

متساو مع الاخرين ، مما يبرر اظهار نوع من الرحمة والتسامح معه[1]، ولذلك فانه لا يحكم بالاكراه البدني ضد الذين بدأوا ببلوغ سن الخامسة والستين لحظة الحكم بالادانة[2]، ويخفف هذا الاكراه لصالح الذين بلغوا بالفعل الخامسة والستين من عمرهم[3]، فالهدف الاساسي لوضع قانون العقوبات الفرنسي الجديد هو حماية الانسان ، وتزداد جرعات هذه الحماية بالنسبة لبعض طوائف المجني عليهم الاكثر ضعفاً ، اذ يلاحظ من قراءة نصوص قانون العقوبات الفرنسي الجديد انه قد ركز الحماية على ثلاث طوائف من المجني عليهم وهم :

١- الاحداث . اذ اقام التشريع الجديد تفرقة دقيقة بين المراحل المختلفة للطفولة ، وذلك لحرص المشرع الفرنسي على توفير حماية جنائية اكبر للطفولة ، وذلك ببيان الجرائم التي تقع على الطفل في مراحله المختلفة ، او اعتبار صغر السن ظرفاً مشدداً للعقاب ، وقد قسم القانون الجديد عمر الحدث الى خمسة اطوار : (أ) الطفل ، (ب) الطفل الحدث ، (ج) الحدث، (د) الحدث الذي لا يزيد عمره عن ١٥ سنة ، (هـ) الحدث الذي تجاوز عمره ١٥ سنة وهي الفترة ما بين ست عشرة سنة ونهاية الثماني عشرة سنة حيث يصبح الحدث بالغاً .

٢- طائفة الاشخاص الاكثر ضعفاً من غيرهم ايا كان سبب ضعفهم ، ويدخل في هذه الطائفة كبر السن ، والمرض ، والاصابة بالعاهات ، والضعف الجسمي او العقلي ، وحالة الحمل، فقد وفر المشرع لهذه الطائفة نفس الحماية الجنائية التي وفرها

---

(١)Danti-Juan : Legalite en driot penal, edition cujas, 1987, No.95, p.76.

اشار اليه : د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص١٦٨.

(٢) انظر المادة (٣/٧١٨) من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي لسنة ١٩٥٨.

(٣) انظر المادة (٧٥١) من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي .

للحدث الذي لا يتجاوز عمره خمس عشرة سنة ، فقد اعتبر ان ضعف المجني عليه يعد ظرفاً مشدداً للعقاب بصفة عامة ، وتشدد العقوبة اذا وقعت الجريمة على المجني عليه بصورة معتادة[١] ويظهر هذا التشديد في جرائم القتل العمد[٢]، وجرائم الاعتداء على سلامة الجسم او العقل[٣]، وفي جرائم العرض[٤]، ويشترط لتشديد العقاب في هذه الحالة ان تكون حالة الضعف ظاهرة او معروفة لدى الفاعل .

٣- طائفة من الاشخاص يعدون هدفًا لارتكاب الجريمة ضدهم ، فبعض المهن تجعل اصحابها اكثر عرضة من غيرهم للاعتداء ، وهذا يتطلب توفير حماية اكبر لهم ، ومثال ذلك الجرائم التي تقع على القاضي او المحلف ، او المحامي او الموظف العام او المكلف بخدمة عامة ، اثناء ممارسته مهام وظيفته او بمناسبتها ، معتبراً ان صفة هؤلاء الاشخاص تعد ظرفاً مشدداً للعقاب[٥]، ويشترط لاعمال الظرف المشدد في هذه الحالة ان تكون صفة المجني عليه ظاهرة او معروفة للفاعل ، واشار القانون الفرنسي الجديد الى طائفة اخرى من المجني عليهم ، اعتبر صفتهم الخاصة ظرفاً مشدداً للعقاب ، ويتمثل افراد هذه الطائفة في الشاهد ، والمجني عليه في الجريمة ، والمدعي المدني ، وقد ربط المشرع تشديد العقاب بالغرض من

---

(١) انظر المادة (٢٢٢-٤) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٩٢ .

(٢) انظر المواد (٢٢١-٤ ، ٢٢١-٥) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

(٣) انظر المواد (٢٢٢-٣ ، ٢٢٢-٨ ، ٢٢٢-١٠ ، ٢٢٢-١٢ ، ٢٢٢-١٣ ، ٢٢٢-١٤) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

(٤) انظر المواد (٢٢٢-٢٤ ، ٢٢٢-٢٨) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

(٥) انظر المواد (٢٢١-٤ ، ٢٢١-٥ ، ٢٢٢-٣ ، ٢٢٢-٨ ، ٢٢٢-١٠ ، ٢٢٢-١٢ ، ٢٢٢-١٣) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

ارتكاب الجريمة ضد هؤلاء الافراد ، وهو اما منعهم من كشف الجريمة ، او من تقديمهم شكوى ، او من الادلاء بالشهادة امام القضاء ، او ان يكون الدافع لارتكاب الجريمة ضدهم هو كشفهم للجريمة او تقديمهم الشكوى ، او الشهادة امام القضاء[1].

اما فيما يتعلق بحالات الاعفاء من العقاب ، فتتضمن التشريعات الجنائية نوعين من الاعذار القانونية[2]، اعذار قانونية مخففة ، واعذار قانونية معفية من العقاب ، اما الاعذار المخففة فتعرف بانها (احوال وافعال وعناصر تبعية تضعف من جسامة الجريمة وتكشف عن درجة خطورة فاعلها ، خصها الشارع بالنص الصريح ، توجب تخفيف العقوبة الى اقل من حدها الادنى المقرر قانوناً ، او الحكم بتدبير يلائم تلك الخطورة)[3]، ومن الاعذار القانونية المخففة العامة في القانون العراقي ، عذر الباعث الشريف[4]، وعذر الاستفزاز[1]، وعذر نقص الادراك او الارادة[2]، اضافة اعذار مخففة خاصة نص عليها المشرع بخصوص بعض الجرائم[3].

---

(١) انظر : د. محمد ابو العلا عقيدة ، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ص ٨٨-٩٢ .

(٢) الاعذار القانونية هي اسباب وظروف ينص عليها القانون من شأنها ان تمحو العقوبة او تعمل على تخفيفها ، ولقد سميت هذه الاعذار بالاعذار القانونية ، لان مصدرها القانون وانها واجبة التطبيق وليس للقاضي الامتناع عن تطبيقها اذا توافرت في القضية ، كما انها واردة في القانون على سبيل الحصر . محسن ناجي ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص٤٨٨ .

(٣) د. فخري عبد الرزاق الحديثي ، الاعذار القانونية المخففة للعقوبة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ ، ص١٠٤ .

(٤) انظر نص المادة (١٢٨) عقوبات عراقي .

ولا تشكل الاعذار القانونية المخففة اخلالاً بمبدأ المساواة على الرغم من عدم المساواة الحسابية في العقاب بين المتهمين المرتكبين نفس الجريمة ، وذلك لاختلاف ظروف الجريمة الواحدة من حالة لاخرى ، اضافة لاختلاف ظروف المتهمين ، اذ ان خطورة الجاني ومدى قابليته للاصلاح تتفاوت بين مرتكبي ذات الجريمة ، ولذلك فان القاضي يحدد لكل مجرم العقوبة التي تتناسب مع ظروفه ، فاختلاف ظروف الجاني والجريمة من حالة لاخرى تبرر اختلاف العقاب بينهم وعدم المساواة الحسابية المجردة بين الجناة ، لذلك فان ذلك لا يعد اخلالاً بقاعدة المساواة في العقوبة ، فالمعنى الحقيقي للمساواة هو تماثل العقوبة عند تماثل الظروف والاوضاع ، ومن ثم لا تعارض بين مبدأ المساواة في العقوبة ومبدأ تفريدها ، فالهدف من المبدأين واحد وهو تحقيق التناسب في العقوبة من جهة والجريمة وفاعلها من جهة اخرى ، ولذلك فان الاعذار المخففة للعقوبة تتوافق مع مبدأ المساواة في مفهومه الجديد[٤].

اما الاعذار القانونية المعفية فهي اسباب ينص عليها القانون ومن شأنها ان تعفي المجرم من العقاب ، وهي لا تؤثر في اركان الجريمة ولا تمحو مسؤولية الجاني عنها ، انما ينصب اثرها على العقوبة فقط ، وللاعذار المعفية طابع الاستثناء ، باعتبارها تنتج اثراً على خلاف الاصل ، لذلك كان متعيناً ان يحددها القانون على

---

(١) انظر نص المادة (١٢٨) عقوبات عراقي .

(٢) انظر نص المادة (٦٠) عقوبات عراقي .

(٣) انظر نصوص المواد (٢٥٦، ٣١١، ١/٤٢٦ ، ٣٩٨ ، ٤٢٧ ، ٤٦٢) عقوبات عراقي .

(٤) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص١٧١ .

سبيل الحصر ، فلا عذر الا في الحالات التي يحددها القانون ، ويرتبط بهذا الطابع الاستثنائي وجوب ان تفسر نصوصها تفسيراً ضيقاً[1].

وعلة العذر المعفي هي اعتبارات نفعية مستمدة من سياسة العقاب مبناها تقدير الشارع ان المنفعة الاجتماعية التي يحققها عدم العقاب تفضل على المنفعة التي يحققها توقيع العقاب ، فيقرر المشرع بناء على ذلك الاعفاء من العقاب تحقيقاً للمنفعة الاهم اجتماعياً[2]، وبعض هذه الاعتبارات التي تقوم عليها الاعذار المعفية قد لا يتلاءم مع مبدأ المساواة ، ومع ذلك فان الشارع قد نص عليها تحقيقاً لتلك الاعتبارات ، فقد يتم التضحية بمبدأ المساواة في سبيل الاعفاء من العقاب كمكافأة لمن يقوم بالتبليغ عن بعض الجرائم او من اجل التعرف على بقية الجناة والقبض عليهم ، ومنها اعفاء من ارتكب جريمة من جرائم تقليد او تزوير الاختام او السندات او الطوابع او تزييف العملة وتزوير اوراق النقد والسندات المالية وتزوير المحررات الرسمية اذا اخبر بها السلطات العامة قبل اتمامها وقبل قيام السلطات بالبحث والاستقصاء عن مرتكبها وعرفها بفاعليها الاخرين ، ويعفى من العقوبة ايضاً كل من ارتكب جريمة من جرائم التقليد او التزييف او التزوير اذا اتلف مادة الجريمة قبل استعمالها وقبل الشروع في البحث عن مرتكبيها[3] ، وكذلك اعفاء الراشي او الوسيط من العقوبة اذا بادر بابلاغ السلطات القضائية او الادارية بالجريمة او اعترف بها قبل اتصال المحكمة بالدعوى[4]، وكذلك يعفى من العقوبة من بادر من الجناة بابلاغ السلطات العامة بكل ما يعلمه عن الجرائم المخلة بامن

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، المصدر السابق ، ص٧٩٢ .

(٢) المصدر نفسه ، ص٧٩٣ .

(٣) المادة (٣٠٣) عقوبات عراقي ، وانظر المادة (١/٢٠٥) عقوبات مصري .

(٤) المادة (٣١١) عقوبات عراقي ، وانظر المادة (١٠٧ مكرراً) عقوبات مصري .

الدولة الخارجي او المخلة بأمن الدولة الداخلي اذا حدث الابلاغ قبل البدء في تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق ، ويجوز للمحكمة الاعفاء من العقوبة اذا حصل البلاغ بعد تنفيذها وقبل البدء في التحقيق ، او اذا سهل المخبر للسلطات العامة اثناء التحقيق او المحاكمة القبض على احد مرتكبي الجريمة[١] ، وقد يرجع الاعفاء من العقاب الى توافر صلة القرابة بين الجاني وبين من تقرر الاعفاء لمصلحته مراعاة للروابط الاسرية ، وصلة القرابة تشمل قرابة الدم وقرابة المصاهرة ، وقد اضاف اليها المشرع الفرنسي في التقنين الجديد العلاقة بين الخليل وخليلته[٢] ، وهذه الحالة الاخيرة لا يمكن القبول بها في قوانينا ، وقد يرجع الاعفاء من العقاب الى تغليب الالتزام بعدم افشاء السر المؤتمن عليه الشخص على التزامه المستمد من نص التجريم[٣] .

وقد يفسر هذا الاخلال بمبدأ المساواة بصعوبة اثبات هذه الجرائم المهمة التي ترتكب في الخفاء وتتجرد من المظاهر المادية التي تلفت نظر السلطات العامة اليها ، الامر الذي دفع المشرع الى التضحية بمبدأ المساواة في العقاب وذلك تشجيعاً لمرتكبي هذه الجرائم الخطيرة التي تتسم بخطورة اثارها في المصلحة العامة فاعفى من العقاب من يقوم بالابلاغ عنها تحقيقاً للمنفعة الاهم اجتماعياً وهي منع ارتكاب هذه الجرائم او معرفة مرتكبيها .

ونحن لا نتفق مع من يرى ان هذه الاعذار المعفية لا يمكن تبرير الاعتبارات التي تقوم عليها وتجعلها تمس بمبدأ المساواة على اعتبار ان هذه الجرائم ليست هي الوحيدة التي تثير صعوبات في الاثبات ، وان الاستثناءات على قاعدة المساواة لن تساعد

---

(١) المواد (١٨٧ ، ٢١٨) عقوبات عراقي ، وانظر المادة (٨٤/أ) عقوبات مصري .
(٢) انظر المواد (٤٣٤-١ ، ٤٣٤-٦ ، ٤٣٤-١١) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .
(٣) انظر المادة (٤٣٤-١) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد .

او تسهم في بسط نفوذ وهيبة التشريع[1]، اذ ان موقف المشرع يمكن تبريره بالنظر الى خطورة هذه الجرائم وجسامة اثارها في المصلحة العامة وفي امن الدولة ، فضلاً عن ان المشرع لم يطلق هذه الاعذار المعفية بغير شروط ، وانما حدد فيها شروطاً معينة لا بد من توافرها للاستفادة من العذر المعفي ، واغلب هذه الشروط يتعلق بحدوث التبليغ قبل القيام بالجريمة مما يؤدي الى منع ارتكاب هذه الجرائم الخطرة وتحقيق منفعة اجتماعية اهم واعظم من العقاب على جريمة واقعة فمنع وقوع الجريمة اولى من العقاب عليها في حالة وقوعها ، وان هذه الاعذار المعفية المحددة على سبيل الحصر لا تمس بنفوذ وهيبة التشريع ، لانها مقررة اصلاً بموجب تشريع ، فلا عذر الا في الحالات التي يحددها القانون ، لذلك يمكن القول ان حماية المصلحة العامة تبرر الاخلال بمبدأ المساواة عند اعفاء الجناة من العقاب فترجح حماية المصلحة العامة على تحقيق المساواة في هذه الحالات للاعتبارات التي وضحناها سابقاً .

يتبين مما تقدم ان هناك حالات في القانون الجنائي تمثل خروجاً عن مبدأ المساواة لم يتدخل المشرع لتصحيحها اهمها حالات الضعف النفسي او العضوي وحالات الاعفاء من العقاب ، وان عدم تدخل المشرع في تصحيح الاخلال بمبدأ المساواة في هذه الحالات هو مقصود ، لان المشرع يقبلها عن ادراك واختيار تحقيقاً لاعتبارات معينة تبرر هذا الاختلاف في المعاملة ومراعاة لاختلاف ظروف الجاني والجريمة في كل حالة ، فصغر سن الجاني او كبر سنه او الضعف العقلي او النفسي للجاني يبرر اخضاعه لمعاملة خاصة او لقوانين خاصة تراعى فيها حالته ، وحماية المصلحة العامة وتحقيق المنفعة الاجتماعية يبرر الاعفاء من العقاب في بعض الجرائم .

---

(١) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص ص ١٧٣-١٧٤ .

المطلب الثاني
حالات الاخلال غير المقصود بمبدأ المساواة

تعد القاعدة الجنائية الخلية الاولى للنظام القانوني الجنائي والمصدر الاساسي للتشريع الجنائي ، ويمكن تعريفها بانها (تعبير يفرض به المشرع ارادته على اعضاء الجماعة ويحدد فيه انواع السلوك – ارتكاباً كان ام امتناعاً – التي يعدها جرائم ، كما يوضح الجزاءات القانونية التي يرتبها على مخالفة هذه الارادة)[١]، وتتميز القاعدة الجنائية بالخصائص العامة للقاعدة القانونية ، فهي قاعدة عامة ومجردة ، فهي لا ترتبط بحالات فعلية بل تضع تنظيماً موضوعياً للسلوك تنطوي فيه هذه الحالات الواقعية ، وتتصف ايضاً بالمساواة ، فالجميع سواء اما القانون ، وهي قاعدة امرة وشرطية ولها قوة جزائية وهي من قواعد القانون العام[٢].

وتجرد القاعدة الجنائية يؤدي الى استبعاد خطر الاخلال بالمساواة بين المخاطبين باحكام القاعدة الجنائية الموضوعية ، الا ان التجاوز في التجريد قد يؤدي بصورة غير مباشرة الى تنوع غير منطقي للحلول القضائية ، ففي حالات معينة يكون خطر الاخلال بالمساواة كامناً ومستتراً في صلب نصوص قانون العقوبات دون ان يقصد المشرع هذا الخطر ودون سعي من جانبه الى قبوله ، ومن حالات الاخلال بالمساواة امام

---

(١) د. يسر انور علي ، القاعدة الجنائية ، دراسة مقارنة في الاصول العامة للقانون الجنائي ، ١٩٦٩ ، ص٧٣ .

(٢) د. عصام عفيفي عبد البصير ، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، ط١ ، دار ابو المجد للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٣٣ .

القضاء الجنائي التي لم يقصدها المشرع ، رجعية قانون العقوبات الاصلح للمتهم ، والتفسير القضائي الدقيق لبعض النصوص الجنائية ، والشروع في الجريمة[١].

فالاصل ان القواعد الجنائية لا تطبق الا على الافعال التي تقع بعد تاريخ نفاذها ، ولا تطبق على ما سبق ذلك من افعال ، فقاعدة عدم رجعية النصوص الجزائية الموضوعية تعني ان نص التجريم لا يسري الا على الافعال التي ترتكب بعد لحظة نفاذه ، ولا يسري على الافعال التي ارتكبت قبل نفاذه[٢]، وقاعدة عدم رجعية القانون على الماضي ليست مطلقة وانما ترد عليها استثناءات هي القانون التفسيري ، والنص الصريح ، والقانون الاصلح للمتهم[٣]، اذ يسمح المشرع لهذه القواعد في حالات معينة ان تسري على الماضي اذا كانت اصلح للمتهم وهو ما يعرف (برجعية القوانين العقابية الاصلح للمتهم) ، وقد عرفت محكمة النقض المصرية القانون الاصلح للمتهم بانه (القانون الذي ينشئ للمتهم مركزاً او وضعاً يكون اصلح له من القانون القديم)[٤]، وعلة هذا الاستثناء ان سلطة المجتمع في توقيع العقاب محدودة بحدود فكرتي الضرورة الاجتماعية والفائدة الاجتماعية ، فان لم تكن للعقوبة ضرورة او فائدة فلا محل لتوقيعها ، واذا الغى القانون الجديد العقوبة او خفف منها فذلك اعتراف من الشارع بعدم جدواها ، فلا

---

(١) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص١٧٥ .

(٢) Garcon : code penal Annote, T1, Librairie de Recueil Sirey, 1952, No, 64.

(٣) انظر : د. مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج١ ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص٤٣٤.

(٤) ١٥ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام محكمة النقض ، س ٢٨ رقم ٩٥ ، ص ٥١٦ .

تبرير للاصرار على توقيعها[١]. ومع ذلك فان مبدأ المساواة قد يخل به عند تطبيق القانون الاصلح للمتهم بتجرد وتعميم في بعض الحالات ، فقد يحدث ان ترتكب جريمتان من شخصين في يوم واحد ، فيحكم على احدهما بالادانة قبل العمل بالقانون الجديد ، بينما لا يكون قد حكم على الاخر لسبب او لأخر فيشمل بالقانون الاصلح للمتهم ، وهذا من شأنه الاخلال بالمساواة بين المخاطبين باحكام القانون الجنائي ، ولا سبيل لتصحيح هذا الاخلال الا عن طريق العفو الجزئي ، او عن طريق التدخل التشريعي[٢]، ومن صور التدخل التشريعي ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (٣/٢-٤) من قانون العقوبات التي تقرر: (٣- واذا صدر بعد صيرورة الحكم نهائياً قانون يجعل الفعل او الامتناع الذي حكم على المتهم من اجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي اثاره الجزائية ولا يمس هذا بأي حال ما سبق تنفيذه من العقوبات ما لم ينص القانون الجديد على خلاف ذلك وعلى المحكمة التي اصدرت الحكم ابتداءً ان تقرر وقف تنفيذ الحكم بناءً على طلب من المحكوم عليه او الادعاء العام . ٤- اما اذا جاء القانون الجديد مخففاً للعقوبة فحسب جاز للمحكمة التي اصدرت الحكم ابتداءً اعادة النظر في العقوبة المحكوم بها على ضوء احكام القانون الجديد وذلك بناءً على طلب المحكوم عليه او الادعاء العام)[٣].

---

(١) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، المصدر السابق ، ص ص ١٠٣-١٠٤ .

(٢) د. احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص١٨٠.

(٣) يقابل نص المادة (٢ فقرة ٣) عقوبات عراقي نص المادة (٢/٥) عقوبات مصري ، المادة (٢/١٣) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم (٣) لسنة ١٩٨٧ ، المادة (٥) من قانون العقوبات الاردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ .

وقد يؤدي التفسير الدقيق للنصوص الجنائية الذي يحظر القياس في نصوص التجريم الى الاخلال بالمساواة بين المخاطبين باحكام القانون الجنائي ، فالتفسير هو تحديد المعنى الذي يقصده الشارع من الفاظ لجعله صالحاً للتطبيق على وقائع الحياة[1]، والتفسير قد يكون ضيقاً وذلك عندما يكون هناك تطابق بين الغاية من القاعدة وبين المعنى الحرفي للالفاظ المستخدمة والمستفاد مباشرة من هذه الالفاظ دون غيرها من المعاني التي تحتملها الالفاظ نفسها[2]وهذا التفسير الضيق يعني حظر القياس في نصوص التجريم ، فلا يجوز للقاضي الجنائي ان يقيس فعلاً لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه ويمد حكم الثاني على الاول لاتحادهما في العلة ، لتعارض ذلك مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ومثال ذلك حالة من يستأجر سيارة معدة للايجار مع علمه انه يستحيل عليه دفع الثمن ، اذ تدخل المشرع لتجريم هذه الافعال بموجب نصوص خاصة لانه لا يمكن اخضاع هذه الحالات للعقاب بالقياس على احكام السرقة او النصب او خيانة الامانة ، وذلك لانها لا تتضمن اختلاساً لمال منقول مملوك للغير دون رضاه لكي تخضع لاحكام السرقة ، ولا تتضمن وجود اعمال احتيالية لكي تخضع لاحكام جريمة الاحتيال ، ولا تتضمن عقداً من عقود الامانة لكي تخضع لاحكام جريمة خيانة الامانة ، وحيث انه لا يجوز القياس في نصوص التجريم على الرغم من اتحاد العلة ، لذلك لم يستطع القضاء اخضاع هذه الحالات للعقاب على اساس القياس ، لذلك تدخل المشرع لتجريم هذه الحالات بموجب نصوص خاصة الحقها المشرع العراقي بجريمة

(١) د. محمود نجيب حسني ، المصدر السابق ، ص٨٧ .

(٢) د. مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص٤٠.

السرقة[١] ، ومع ذلك فانه توجد حالات لا تخضع لهذه النصوص مثال ذلك حالة من يستخدم سيارة اسعاف فانه لا يخضع لاحكام هذه النصوص لان سيارة الاسعاف ليست معدة للايجار ، وقد قضت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية بتبرئة شخص كان قد استخدم سيارة اسعاف دون دفع الاجرة، وليس امام القاضي الجنائي لكي يحقق المساواة في العقاب في مثل هذه الحالات الا وسيلتان ، فهو اما أن يلجأ الى تفسير القانون وفقاً للنهج الغائي وذلك من خلال استخلاص الغاية من القاعدة الجنائية ، او ان يلجأ الى التفسير بطريق القياس بشرط ان يكون امتداد النص لمصلحة المتهم[٢] ، وكذلك حالة من يستعمل بدون حق مالاً منقولاً مملوكاً للغير دون ان يكون قاصداً اختلاس ذلك المال وانما ينصرف قصده الى مجرد استعمال ذلك المال الذي يكون غير قابل للاستهلاك كالمركبات على اختلاف انواعها والاجهزة الكهربائية وغيرها من الاموال ، اذ لا تخضع هذه الحالة لنصوص السرقة لان الجاني لا ينوي تملك تلك الاموال فلا توجد لديه نية تملك المال على الرغم من قيامه باختلاسه ، لذلك فقد تدخل المشرع لتجريم هذه الافعال بموجب نصوص خاصة ، اذ جرى النص على هذه الجريمة في كل من قانون العقوبات الاردني واللبناني والسوري[٣] ، اما قانون العقوبات المصري

---

(١) انظر نص المادة (٤٤٩) عقوبات عراقي ، المادة (٣٢٤ مكرر) عقوبات مصري .

(٢) د.احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المصدر السابق ، ص١٧٩ .

(٣) انظر نص المادة (٤١٦) من قانون العقوبات الاردني ، والمادة (٦٥١) من قانون العقوبات اللبناني رقم (٤٠) لسنة ١٩٤٨ ، والمادة (٦٣٧) من قانون العقوبات السوري رقم (١٤٨) لسنة ١٩٤٩ .

فقد قصر هذه الجريمة على السيارات فقط دون غيرها من الاموال المنقولة[1] ، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الجزائي العربي الموحد[2] .

اما المشرع العراقي فلم يجرم هذه الافعال الامر الذي يعد نقصاً تشريعياً اذ لا تخضع هذه الافعال لنصوص جريمة السرقة لانعدام نية تملك المال ، كما لا تخضع لنصوص الجرائم الملحقة بالسرقة وخاصة نصوص المواد (٤٤٩ ، ٤٥٠) عقوبات ، فالمال في هذه الحالة لم يتم استئجاره او لم يعد للايجار لكي يخضع لنص المادة (٤٤٩) عقوبات ، وكذلك فهو ليس بمال ضائع او وقع في حيازة الجاني خطأ او بطريق الصدفة لكي يخضع لنص المادة (٤٥٠) عقوبات ، لذلك نرى ضرورة معالجة هذا النقص التشريعي ولذلك نقترح اضافة النص الآتي الى الجرائم الملحقة بالسرقة في قانون العقوبات العراقي : **(من استعمل بدون حق شيئاً للغير بدون نية تملكه يعاقب بالحبس وبالغرامة او باحدى هاتين العقوبتين)** .

اما فيما يتعلق بالشروع ، فيعرف القانون الشروع بانه البدء في تنفيذ فعل اذ نصت المادة (٣٠) من قانون العقوبات العراقي على تعريف الشروع حيث جاء فيها :(وهو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية او جنحة اذ اوقف او خاب اثره لاسباب لا دخل لارادة الفاعل فيها.)[3]، الا ان المشرع لم يبين متى يعتبر العمل بادئاً في التنفيذ ولم يوضح الخصائص التي تميزه عن الاعمال التحضيرية ، وذلك لاهمية

---

(١) انظر نص المادة (٣٢٣) مكرر اولاً من قانون العقوبات المصري .

(٢) تنص المادة (٥٣٩) من القانون الجزائي العربي الموحد على : (من استعمل ناقلة ذات محرك بغير علم صاحب الحق فيها او رغم اعتراضه يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على ستة اشهر ، او بالغرامة او بهما معاً) .

(٣) يقابلها نص المادة (٤٥) عقوبات مصري ، المادة (٦٨) عقوبات اردني .

النتائج المترتبة على هذا التمييز ، حيث يعتبر الاول شروعاً وهو معاقب عليه بينما لا تعد الاعمال التحضيرية شروعاً وانما تدخل في نطاق الاعمال المباحة ولا عقاب عليها ، وقد اثارت هذه المسألة خلافاً كبيراً في الفقه ، فلم يتم الاتفاق على معيار لهذه التفرقة واختلفوا الى عدة آراء يمكن ردها الى مذهبين احدهما يعتد بطبيعة الفعل ويعرف بالمذهب المادي ، والآخر يعتد بقصد الفاعل ويعرف بالمذهب الشخصي[١].

وان توجه المشرع في عدم وضع معيار للتمييز بين البدء في التنفيذ والاعمال التحضيرية ادى الى تنوع وتعدد توجهات الاحكام القضائية في هذه المسألة وتأثير ذلك في عدم المساواة بين المخاطبين باحكام القانون الجنائي ، فقد اخذت محكمة النقض المصرية في بعض احكامها بالمذهب المادي[٢]، في حين اخذت احكام اخرى بالمذهب الشخصي[٣] ويميل الفقه المصري الى ترجيح المذهب الشخصي[٤]، اما فيما يتعلق بتوجه القضاء العراقي فيجري قضاء محكمة التمييز العراقية على هدى نص المادة (٣٠) التي عبرت صراحة عن تبني المشرع العراقي للمذهب الشخصي في مجال الشروع ، اذ لا

---

(١) انظر في عرض هذه المذاهب : د.ماهر عبد شويش الدرة ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٩٠ ، ص ص٢١٣-٢١٦ ؛ د.فخري عبد الرزاق الحديثي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، بغداد ، ١٩٩٢ ، ص ص٢١١-٢١٣ ؛ د.محمود نجيب حسني ، المصدر السابق ، ص ص٣٤٣-٣٤٦ .

(٢) نقض ٢٦ يونية سنة ١٩٢٢ المحاماة س٤ ، رقم ١٠ ؛ ٦ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة س٤ ، رقم ١٠ .

(٣) نقض ١٨ يناير سنة ١٩٣١ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج٢ ، رقم ١٥٩ ، ص٢١٧ ، ١٥ مايو سنة ١٩٣٩ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج٤ ، رقم ٣٩١ ، ص٥١٩ .

(٤) د.محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط٩ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٤، ص٢٩٩ .

يشترط في احكامها لتكييف الواقعة على انها شروع ان يأتي الفاعل فعلاً يدخل في تكوين الركن المادي للجريمة ، بل يكفي لان يعد المتهم شارعاً في ارتكاب جريمة ان يبدأ بتنفيذ فعل سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادي لها ومؤد اليها حتماً ، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال احكام محكمة التمييز[1].

وان تنوع التوجهات القضائية واختلافها في تحديد معيار الشروع عند عدم تحديد او تبني المشرع لمعيار محدد للتفرقة بين ما يعد عملاً تحضيرياً لا عقاب عليه وما يعد بدءاً في التنفيذ يعاقب عليه يكشف عن طابع تحكمي لدى القضاء الامر الذي يشكل تهديداً مباشراً لمبدأ المساواة امام القضاء الجنائي .

يتضح مما سبق ان المبالغة في تطبيق احكام القواعد الجنائية بشكل متجرد من قبل القضاء الجنائي قد يؤدي بصورة غير مباشرة الى تنوع غير منطقي للحلول القضائية ، ويؤدي الى ظهور حالات من الاخلال بمبدأ المساواة لم يقصد المشرع وجودها عند وضعه للقاعدة الجنائية ولا يقبل بوجودها لعدم وجود أي اعتبارات تبررها او مصالح تهدف الى تحقيقها ، انما هي حالات من الاخلال بمبدأ المساواة غير مقصودة تظهر في الواقع عند لجوء القضاء الى اسلوب التفسير الضيق او المقيد للنصوص القانونية ، في حين

---

(١) قرار رقم ٢٨٣٨ في ١٩٧١/١٢/٢٦ ، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، ١٩٧٣ ، ص١٨٩ ؛ قرار رقم ٣٦٩٦ في ١٩٧٥/٤/١٤ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ ، ص٢٦٣ ؛ قرار رقم ١٧٢٦ في ١٩٧٣/٩/٦ ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الرابعة ، ص٣٦٨ ؛ قرار رقم ٣٢٨٥ في ١٩٧٥/٧/٥ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ ، ص٢٤٧ .

يجب الا يكون للمفسر هدف سوى الكشف عن قصد الشارع وفقاً لرأي الفقه[١]، فان اقتنع بان ما يقول به يطابق قصد المشرع فلا اهمية بعد ذلك لكون هذا التفسير قد جاء ضيقاً او واسعاً ، فما طابق هذا القصد هو التفسير الصحيح للنص .

الخاتمة :

بعد الانتهاء من البحث في موضوع الاخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي ، نتطرق في هذه الخاتمة لعرض اهم الافكار الرئيسية التي اشتمل عليها البحث ، واهم النتائج الاساسية التي توصلنا اليها .

١- ان مفهوم المساواة الجنائية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتطور وظيفة القانون الجنائي ، فاكتسب هذا المفهوم مفهوماً جديداً يتوافق مع تنوع وسائل واهداف القانون الجنائي ، فلم يعد المقصود بالمساواة تلك المساواة الحسابية الجامدة القاصرة على التجريم والعقاب ، التي تعني في صورتها المثالية عدم التمييز بين المخاطبين باحكام القانون الجنائي بسبب الاصل او اللغة او الجنس او الثروة او العقيدة ، انما اتسع مفهومها ليشمل فضلاً عن العقاب التأهيل الاجتماعي ، وذلك من خلال السعي الى تحقيق افضل سبل اصلاح وتأهيل المتهم من اجل تقويمه وتهذيبه .

٢- حرص المشرع الجنائي على تقرير بعض الضمانات في القانون الجنائي تهدف الى تحقيق مساواة فعلية حقيقة بين الخاضعين لاحكام القانون الجنائي ، فقد صحح قانون العقوبات بعض حالات الاخلال بالمساواة الفعلية ويتجسد هذا التصحيح في صور عديدة اهمها حماية الضعفاء نفسياً او عضوياً ، وفي تحذير اصول المجني عليه

---

(١) انظر د.محمود نجيب حسني ، المصدر السابق ، ص٩٣ .

، اذ تتجه التشريعات الجنائية الى تشديد العقوبة في حالة كون المجني عليه عاجزاً عن الدفاع عن نفسه ، وقيام الجاني باستغلال هذه الحالة لارتكاب الجريمة.

٣- نؤيد القرارات التي نص عليها المؤتمر الدولي الثاني عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات الذي دعا الى اقرار حق المتهم في التمتع بمساواة حقيقية اثناء مباشرة الاجراءات الجنائية المختلفة ، وان تكفل له السبل الضرورية التي تمكنه من دحض ادلة الاثبات التي يقدمها الادعاء ، ووجوب اخبار المتهم بالحقوق المختلفة المكفولة له في كل مرحلة من مراحل الاجراءات الجنائية ، وان يكون لكل من ادين في جريمة الحق في الطعن امام درجة قضاء اعلى وفقاً لما ينص عليه القانون .

٤- ان النظام الجنائي يتضمن العديد من مظاهر الاخلال بمبدأ المساواة الفعلية بين المخاطبين باحكام القاعدة الجنائية فالمشرع قد يخرج بوعي وادراك عن مبدأ المساواة تحقيقاً لاعتبارات معينة يراها جديرة بالحماية ، ويتخذ هذا الخروج صورة الحصانات التي يقررها المشرع الجنائي لبعض الاشخاص الطبيعيين والاشخاص المعنوية ، مثال ذلك الحصانة البرلمانية والحصانة القضائية .

٥- ان المشرع قد وضع تحت تصرف القضاء العديد من الوسائل لتحقيق وتجسيد اهداف السياسة الجنائية الحديثة في التفريد بما يحقق فعالية كبيرة ومؤثرة بالنسبة للجاني والمجتمع ، اذ توسع نطاق السلطات التي يتمتع بها القاضي لكي يكون بامكانه مراعاة ظروف الجاني والجريمة عند تقديره للعقاب المناسب .

٦- ان الاخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي قد يكون معروفاً ومقبولاً من المشرع في بعض الحالات ، ولا يرى ضرورة للتدخل لتصحيح هذا الاخلال نتيجة لاعتبارات عديدة، اذ توجد حالات في القانون الجنائي تمثل خروجاً عن مبدأ المساواة لم

يتدخل المشرع لتصحيحها اهمها حالات الضعف النفسي او العضوي وحالات الاعفاء من العقاب ، وان عدم تدخل المشرع لتصحيح هذه الحالات هو مقصود ، لان المشرع يقبلها عن ادراك واختيار تحقيقاً لاعتبارات معينة تبرر هذا الاختلاف في المعاملة .

٧- توجد حالات من الاخلال بمبدأ المساواة في القانون الجنائي تظهر نتيجة المبالغة في تطبيق احكام القواعد الجنائية بشكل متجرد من قبل القضاء الجنائي الذي قد يؤدي بصورة غير مباشرة الى تنوع غير منطقي للحلول القضائية وهذا الاخلال لم يقصده المشرع ولا يقبل بوجوده لعدم وجود اية اعتبارات تبررها او مصالح تهدف الى تحقيقها ، انما هي حالات من الاخلال غير مقصودة تظهر في التطبيقات القضائية نتيجة للجوء القضاء الى اسلوب التفسير الضيق او المقيد للنصوص القانونية .

٨- ان التفسير الدقيق للنصوص الجنائية الذي يحظر القياس في نصوص التجريم ادى الى ظهور حالات غير معاقب عليها بموجب النصوص الامر الذي يؤدي الى الاخلال بالمساواة بين المخاطبين باحكام القانون الجنائي ، الامر الذي دفع المشرع لتجريم بعض هذه الحالات بموجب نصوص خاصة لانه لا يمكن اخضاع هذه الحالات للعقاب بموجب القياس على احكام جرائم اخرى كجرائم السرقة او الاحتيال او خيانة الامانة ، ومع ذلك توجد حالات لا تخضع لهذه النصوص ولم يتدخل المشرع لتجريمها كحالة من يستعمل بدون حق مالاً منقولاً مملوكاً للغير دون نية تملكه ، وهذا يعد نقصاً تشريعياً يجب معالجته ولذلك اقترحنا اضافة النص الآتي الى الجرائم الملحقة بالسرقة في قانون العقوبات العراقي : **(من استعمل بدون حق**

شيئاً للغير بدون نية تملكه يعاقب بالحبس وبالغرامة او باحدى هاتين العقوبتين) .

المصادر :

القرآن الكريم

اولاً : كتب ورسائل وبحوث :

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

٢-د.احمد فتحي سرور ، السياسة الجنائية ، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الاول ، السنة ٣٩ ، ١٩٦٩ .

٣- احمد شوقي عمر ابو خطوة ، المساواة في القانون الجنائي ، ط٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢-٢٠٠٣ .

٤- د.اكرم نشأت ابراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، دار ومطابع الشعب ، ١٩٦٥ .

٥- د. السيد محمد حسن شريف ، النظرية العامة للاثبات الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

٦- د.حسنين ابراهيم صالح عبيد ، النظرية العامة للظروف المخففة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .

٧- د.حسين جميل ، نحو قانون عقابي موحد للبلاد العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ .

٨- د.حسين جميل ، حقوق الانسان والقانون الجنائي ، مركز البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ .

٩- د.رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي ، ط٤ ، دار الفكر العربي ، مصر.

١٠- د.رمسيس بهنام ، الجريمة والمجرم والجزاء ، ١٩٧٦ .

١١- د.صبحي المحمصاني ، اركان وحقوق الانسان ، ط١ ، دار التعليم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٩ .

١٢- د.طلال عبد حسين البدراني ، الشرعية الجزائية ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، ٢٠٠٢ .

١٣- د.عبد الحميد الشواربي ، الظروف المشددة والمخففة للعقاب ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، ١٩٨٦ .

١٤- د.عبد الغني بسيوني عبد الله ، مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي ، منشأة المعارف بالاسكندرية .

١٥- د.عبد الرحمن محمد ابو توتة ، اصول علم العقاب ، منشورات EGLA ، مالطا ، ٢٠٠١ .

١٦- د. عبد الفتاح مراد ، التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ .

١٧- د.عصام عفيفي عبد البصير ، ازمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، ط١ ، دار ابو المجد للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

١٨- د.علي راشد ، القانون الجنائي المدخل واصول النظرية العامة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .

١٩- د.علي راشد ، موجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب ، القاهرة ، ١٩٤٩ .

٢٠- د.فخري عبد الرزاق الحديثي ، الاعذار القانونية المخففة للعقوبة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٩ .

٢١- د.فخري عبد الرزاق الحديثي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، بغداد ، ١٩٩٢ .

٢٢- لويس معلوف ، المنجد في اللغة والادب والعلوم ، ط١٩ ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت.

٢٣- د.ماهر عبد شويش الدرة ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، دار الحكمة للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٩٠ .

٢٤- د.مالك دوهان الحسن ، المدخل لدراسة القانون ، ج١ ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٢ .

٢٥- د.مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩ .

٢٦- د.مأمون محمد سلامة ، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥ .

٢٧- محسن ناجي ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٤ .

٢٨- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ .

٢٩- د.محمد ابو العلا عقيدة ، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

٣٠- د.محمود ابو زيد ، المعجم في علم الاجرام والاجتماع القانوني والعقاب ، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٧ .

٣١- د.محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط٩ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٤ .

٣٢- د.محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات اللبناني ، القسم العام ، ط٢ ، دار النقري للطباعة ، بيروت .

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

٣٤- د.نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة، ١٩٦٥ .

٣٥- نوفل علي عبد الله الصفو ، سلطة القاضي في تخفيف العقوبة دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل ، ١٩٩٦ .

٣٦- د.هلا العريس ، شخصية عقوبات التعزير في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة ، دار الفلاح للنشر ، بيروت ، ١٩٩٧ .

٣٧- د.يسر انور علي ، القاعدة الجنائية ، دراسة مقارنة في الاصول العامة للقانون الجنائي، ١٩٦٩ .

ثانياً : الاتفاقيات والمواثيق :

١- الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ .

٢- الاتفاقية الاوربية لحماية حقوق الانسان والحريات الاساسية لسنة ١٩٥٠ .

٣- الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ .

ثالثاً : مجموعة الاحكام والقرارات القضائية :

١- مجلة القضاء ، العدد الاول ، السنة الخامسة والاربعون ، ١٩٩٠ .

٢- مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ، س٢٨ ، ١٩٧٨ .

٣- مجلة المحاماة ، س٤ ، ١٩٢٣ .

٤- مجلة المحاماة ، س٤ ، ١٩٢٢ .

٥- مجموعة القواعد القانونية ، ج٢ ، ١٩٣١ .

٦-مجموعة القواعد القانونية ، ج٤ ، ١٩٣٩ .

٧- النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الثانية ، ١٩٧٣ .

٨- النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الرابعة .

٩- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ .

١٠- مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ .

رابعاً : قوانين :

١- القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ .

٢- الدستور العراقي لسنة ١٩٥٨ .

٣- الدستور العراقي لسنة ١٩٦٤ .

٤- الدستور العراقي لسنة ١٩٦٨ .

٥- الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ .

٦- الدستور المصري لسنة ١٩٧١ .

٧- الدستور السوري لسنة ١٩٧٣ .

٨- الدستور التونسي لسنة ١٩٥٩ .

٩- دستور الامارات العربية المتحدة لسنة ١٩٧١ .

١٠- الدستور اللبناني .

١١- الدستور الاردني .

١٢- قانون العقوبات العراقي ذي الرقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .

١٣- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ذي الرقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ .

١٤- قانون رعاية الاحداث العراقي ذي الرقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ .

١٥- قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

١٦- قانون العقوبات المصري ذي الرقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ .

١٧- قانون الاجراءات الجنائية المصري ذي الرقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ .

١٨- قانون الاحداث المصري ذي الرقم (٣١) لسنة ١٩٧٤ .

١٩- قانون العقوبات الاردني ذي الرقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ .

٢٠- قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني ذي الرقم (٩) لسنة ١٩٦١ .

٢١- قانون العقوبات السوري ذي الرقم (١٤٨) لسنة ١٩٤٩ .

٢٢- قانون اصول المحاكمات الجزائية السوري ذي الرقم (١١٣) لسنة ١٩٥٠ .

٢٣- قانون العقوبات اللبناني ذي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٤٨ .

٢٤- قانون اصول المحاكمات الجزائية اللبناني لسنة ١٩٤٨ .

٢٥- قانون العقوبات الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ذي الرقم (٣) لسنة ١٩٨٧ .

٢٦- قانون الاجراءات الجنائية الليبي .

٢٧- القانون الجزائي العربي الموحد .

٢٨- قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٩٢ .

٢٩- قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي لسنة ١٩٥٨ .

خامساً : المصادر الاجنبية :

1. Jean Roche: Libertes Publiques, 4 edition, Dalloz, 1976 .
2. Jean Pradel: Lindividualisation de La Sanction, essai dun bilan a La veille dun nouveau code penal, R.S.C, 1977.
3. David W. Neubauer: Americas Courts and Criminal Justice System, 5 ed, Wadswarth Publishing Company, 1996.
4. BoSvehssoh: Criminal Justice Systems in Europe, Sweden, 1995.
5. Harvey Wallace, Cliff Robenson: Principles of Criminal Law, Longman Publishers, U.S.A, 1996.
6. Garcon : code penal Annote, T1, Librairie de Recueil Sirey, 1952.