الرافدين للحقوق مجلد (١/السنة الثامنة) **عدد** (١٦) **سنة** (٢٠٠٣)
[ص٢٤٥-ص٢٧٣]

السلطة التقديرية للقاضي الجنائي

د. محمد حسين الحمداني
مدرس القانون الجنائي
كلية القانون / جامعة الموصل

د. نوفل علي الصفو
مدرس القانون الجنائي
كلية القانون / جامعة الموصل

المقدمة :

تدور فسلفة التجريم والعقاب في عصرنا الراهن من حيث مفهومها وطبيعتها حول محور رئيس هو المجتمع. إذ نجد أن القانون الجنائي قد تحول عن طبيعته بوصفه مجرد نصوص جامدة تبين ما يعد من الأفعال جرائم والعقوبات التي تفرض من أجلها إلى سياسة جنائية هدفها الدفاع عن المجتمع ضد ظاهرة الجريمة. ولذلك فقد أصبح للقانون الجنائي وظيفة اجتماعية يسعى من خلالها إلى مكافحة الظاهرة الجرمية ، وذلك من خلال الوسائل التي هيأها المشرع لتحقيق هذا الهدف. لذلك اصطبغت مهمة القاضي الجنائي بصيغة اجتماعية ، بحيث أصبح يشارك مشاركة إيجابية في سياسة الدفاع الاجتماعي عن طريق التقدير العلمي والواقعي للعقوبة وذلك من خلال السلطة التقديرية التي منحه إياها المشرع ، مما وسع من نطاق وظيفته ، بحيث أصبحت مهمته اجتماعية إنسانية قوامها دراسة شخصية مرتكب السلوك الإجرامي دراسة موضوعية ، ومعرفة ظروفه وأحواله ، لكي يتوصل إلى الأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة ، مما يمكنه من اختيار ما هو ملائم من عقوبة أو تدبير بالشكل الذي يؤدي إلى تحقيق العدالة ، هذا وإن تنظيم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي يختلف بحسب القيود التي يضعها المشرع والمجال الذي يتركه لأعمال هذه السلطة ، فقد يترك المشرع للقاضي

حرية التصرف مع تنظيم هذه السلطة بقيود وشروط أو ضوابط تتعلق بكيفية ممارسة هذه السلطة وقد يحدد المشرع هذه السلطة بقيود يضعها بحيث لا يترك للقاضي مجالاً كبيراً للتقدير. ومن أجل الإحاطة بموضوع البحث وما يتمتع به من أهمية كبيرة فقد قسمناه إلى أربعة مطالب كما يأتي :

- المطلب الأول : التعريف بالسلطة التقديرية.
- المطلب الثاني : مسوغات منح القاضي السلطة التقديرية.
- المطلب الثالث : ضوابط منح القاضي السلطة التقديرية.
- المطلب الرابع : سلطة القاضي التقديرية في تحديد العقوبة.

المطلب الأول
التعريف بالسلطة التقديرية

على الرغم من اختلاف المدارس الفقهية في مدى نطاق السلطة التقديرية[1] للقاضي تبعاً للسياسة الجنائية التي ينتهجها المشرع فان وجود التقدير المنوط بالقاضي في تطبيق

[1] السلطة تعني القدرة والغلبة ، وتعني في الشريعة الإسلامية الولاية على الغير أو الشيء ، والسلطة في القانون تملك أو تمنح ، فولاية الدولة مملوكة لها قائمة بها لأنها تمثل ولاية الشعب على نفسه وهي ولاية ذاتية ، أما ولاية الوزارات والجهات الإدارية الأخرى ، فهي إنابة قانونية لجهة أو فرد بممارسة السلطة ، وفي الشريعة الأصل أنه لا ولاية لأحد على الأخر إلا ولاية الله على خلقه ، أو من فوض إليه ولاية الناس من رسله.

القانون بشكل يجعل العقوبة أو التدبير ملائماً لحالة الجاني اصبح أمراً مسلماً به في التشريعات المعاصرة. وقد أشارت مؤتمرات القانون الدولي المتعاقبة المتعلقة بهذا الموضوع إلى أن السياسة الجنائية الحديثة لتفريد العقاب تحتم منح القاضي سلطة واسعة في تقدير العناصر المختلفة للدعوى الجزائية ، وخاصة فيما يتعلق بتقدير الأدلة واثبات الإدانة ومن ثم تحديد العقوبات والتدابير ، مع العلم أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لا يتعارض مع منح القاضي هذه السلطة ، لأن هذه السلطة لا تعد سلطة تحكمية ، إذ يجب أن تمارس في نطاق القانون[1] ، والسلطة التقديرية تمارس في كل مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية ، فمنذ لحظة ارتكاب الجريمة إلى لحظة صدور الحكم وصيرورته نهائياً يمارس القاضي الجنائي سلطته التقديرية في اتخاذ القرارات ، وبعبارة أخرى السلطة التقديرية تكمن في قلب القضاء الجنائي[2].

إذ تعد السلطة التقديرية جزءً أو وسيلة من الوسائل التي تدخل في ممارسة الدولة لسلطة توقيع العقاب ، فمجال التقدير لا يكون إلا استعمالاً لسلطة. وذلك عندما يرخص

د. أحمد جمال الدين ، المصطلحات القانونية الجزائية في الأحكام والإجراءات والمحاكمات ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٩٦٥ ، ص٥٨-٥٩.

[1] د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة – دراسة مقارنة ، دار مطابع الشعب ، ١٩٦٥ ، ص ٥٦-٥٧.

[2] Divid W. Neubauer: Americas courts and the criminal justice system, Sed, Wadswarth publishing company, 1996, P.67-68.

القانون للسلطة بحرية التقدير[١]. فالنظام العقابي الذي يحدد مقدار العقوبة بصورة مطلقة ، أي يكون لكل جريمة مقدار واحد ومحدد من العقاب وليس للقاضي إلا أن يقضي به متى ما ثبتت له إدانة المتهم ، هو نظام قد عفا عليه الزمن[٢] ، لأنه لا يستجيب لمقتضيات العدالة التي تقتضي تناسباً دقيقاً بين العقوبة من حيث نوعها ومقدارها واسلوب تنفيذها من ناحية ، وظروف الجاني والجريمة من ناحية أخرى[٣] ، لذلك فقد حل محله نظام العقوبات المرنة التي تحدد ضمن إطار معين يكون لكل منها حداً أعلى وأدنى[٤] ، ويمكن للقاضي أن يمارس سلطته التقديرية في تحديد العقوبة بين هذين الحدين بالقدر الذي يراه ملائماً من أجل تحقيق الغاية من العقوبة ، أو قد يتجاوز هذه الحدود في حالة وجود ظروف مشددة أو مخففة للجريمة وفقاً لضوابط يحددها المشرع ، فالقاضي حين يمارس السلطة التقديرية ، قد يرى فرض العقوبة في إطار حدها الأدنى أو الأقصى ، ولكنه قد يرى أيضاً أن يتجاوز هذا الإطار بفرض عقوبة أخف أو أشد مما نص عليه القانون وأنه في هذه الحالة يستند إلى السلطة التي منحها له المشرع في النزول

---

[١] د. عبد الحميد الشواربي ، الظروف المشددة والمخففة للعقاب ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص٨٣.

[٢] د. محمد مصطفى القللي ، علم الاجرام وتطوره في مصر ، مجلة القانون والاقتصاد ، ع١ ، س٧ ، ١٩٣٧ ، ص١١٥.

[٣] د. محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص٧١.

[٤] د. حمودي الجاسم ، شرح قانون العقوبات البغدادي ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٦٣ ، ص٤٣٧.

بالعقوبة إلى ما دون حدها الأدنى أو بتشديد هذه العقوبة إلى ما يزيد عن حدها الأقصى ، وذلك وفقاً لضوابط وحدود يكون المشرع قد حددها سلفاً والتزم بها القاضي[1].

فالعمل التشريعي والعمل القضائي في تحديد العقوبة مرتبطان ومكملان بعضهما بعضاً ، فإذا كان العمل القضائي لا يتصور بغير عمل تشريعي سابق يستند إليه ويستمد منه حدوده وقواعده ، فان العمل التشريعي الذي لا يكمله عمل قضائي هو جهد نظري عاطل لا يحقق المنفعة الاجتماعية[2].

فالمشرع يدرك أنه لا يستطيع من خلال العمل التشريعي أن يحقق التناسب العادل بين العقوبة وبين ظروف الجاني والجريمة ، لأنه لا يعرف المجرمين بأشخاصهم ، ويستحيل عليه أن يحصر ظروفهم ، أو أن يتنبأ بكل الاعتبارات التي تحقق العدالة الجنائية ، لذلك فان من المناسب أن يمنح القاضي سلطة تقديرية لأنه ومن خلال بحثه في الوقائع والظروف والملابسات التي أحاطت بالجريمة والمجرم ، يكون وحده القادر على تحديد نوع العقوبة المناسبة ومقدارها ساعياً من وراء ذلك إلى تحقيق أغراض العقوبة ، فيجتهد في الملاءمة بين نوعها ومقدارها من جهة ، وبين الاعتبارات العامة أو الخاصة التي تحدد جسامة الجريمة وإثم المجرم من جهة

---

[1] د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، ج١ ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص٧٧٣.

[2] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات اللبناني ، القسم العام ، ط٢ ، دار النقري للطباعة ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ص٧٦٦.

أخرى[١]. وعلى هذا الأساس فان التطبيق القضائي للعقوبة بهذه الصورة هو من جنس التحديد التشريعي لها ، إلا أن الفارق بينهما ، أن التحديد التشريعي عام مجرد ، والتطبيق القضائي خاص واقعي[٢]. فالقانون الجنائي ليس مجرد قواعد تتحدد بموجبها الجرائم والعقوبات ، لأن مثل هذا الفهم بطبيعة الحال فهم ناقص ، ولكنه ليس اقل من فهم بعض فقهاء القانون الذين لا يرون في القانون أكثر من السلطة القائمة بتنفيذه ، فالقانون ينبع من داخل الجماعة نفسها ، فالدولة والقانون قد وجدا من أجل الإنسان وليس العكس[٣].

وقد عرف البعض السلطة التقديرية للقاضي بأنها : ((قدرة القاضي على الملاءمة بين الظروف الواقعية للحالة المعروضة عليه والعقوبة التي يقررها فيها ، وهي في أبسط صورها تعني مقدرة القاضي على التحرك بين الحدين الادنى والاقصى لتحديدها بينهما أو عند أحدهما))[٤] ، وعرفها البعض الأخر بأنها : ((القدرة القانونية لمثل الحكومة ، القاضي ، المدعي العام ، الشرطة ، في ممارسة اختياره في صنع القرار))[٥] ، وعرفها

---

[١] د. علي راشد ، القانون الجنائي ، المدخل وأصول النظرية العامة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص٧٠١.

[٢] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات اللبناني ، مصدر سابق ، ص٧٦٥.

[٣] يوجين جيرهات ، كنوز المحاماة ، ترجمه إلى العربية حسن الجداوي ومحمد عمر ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص١١١.

[٤] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص٨٤٩.

[5] David W. Neubauer, Op. Cit, P.408.

البعض بأنها : ((عملية تطبيق النصوص القانونية المجردة في مجال يترك فيه المشرع للقضاء حرية التقدير في حدود التنظيم القانوني))[1] ، ويمكن من خلال ما تقدم تعريف السلطة التقديرية بأنها : ((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 التي يمنحها المشرع يحاول القاضي تحقيق المساواة بين الجناة من خلال أخذه بعين الاعتبار ظروف الجاني والجريمة عند تقدير الادلة أو تحديد وصف الجريمة أو عند تقدير العقوبة عند تقديره للعقوبة لأن المساواة المطلقة في العقوبة ، على الرغم من الاختلاف في ظروف مرتكبي الجرائم وبواعثهم ، هو في حد ذاته عدم مساواة ، لذلك فقد ذهب بنتام (J. Bentham) إلى ضرورة تنويع عقاب كل جريمة تبعاً للاختلاف في أشخاص الجناة والمجنى عليهم ، ويرى أن القانون الذي يحدد لكل جريمة عقوبة واحدة وثابتة في نوعها ومقدارها دون النظر إلى اختلاف ظروف الجناة والمجنى عليهم ، يعد قانوناً معيباً[2] ، لأن كلاً من عمليتي تحديد المسؤولية والحكم يمكن أن نكتشف فيهما بصورة واضحة مجالاً للشرعية التي تهتم بالاجتهاد ، ففي الحكم الجنائي يستلزم القليل من الإجتهاد[3].

---

[1] د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص٨٣.

[2] د. فاضل نصر الله عوض ، قانون الجزاء في ماضيه وحاضره ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، ع٤ ، س٨ ، ١٩٨٤ ، ص١٧٧.

[3] Paul H. Robinson, Legality and Discretion in the distribution of criminal sanctions, Harvard journal on legislation volume20, No.2, 1988, P. 459.

ومن المؤكد أنه ليس لكل رجل قانون فكرة خاصة بـه عـن مـادة الموضـوع وحـدود مناسبة للإجتهاد القانوني فحسب ، ولكن له كذلك وجهة نظر ومنهج متأثران بشكل لا يمكن تجنبه بولائه وإخلاصه وافتراضاته تجاه قضية معينة ، وكـل هـذه الأمـور سـتتأثر بشكل من الأشكال بما يسمى في أيامنا هذه بـ(ايدولوجيته) أو طريقتـه الفكريـة في وضـع الآراء ، ولا يوجد أدنى شك بأن مثل هذه العوامل التصورية كثيراً ما تكون ضـمنية أكثـر من كونها معروفة أو مسلماً بها[1].

المطلب الثاني

مسوغات منح القاضي السلطة التقديرية

السلطة التقديرية كما سبق أن بينا ، تمارس في كـل مرحلـة مـن مراحـل الـدعوى الجزائية ، وقد ظهر خلاف في الرأي حول ملاءمة السلطة التقديريـة للنظـام القـانوني ، إذ ذهـب الـبعض إلى أن السـلطة التقديريـة يمكـن أن تـؤدي إلى الاسـتبداد والإجحـاف وخاصة إذا لم تكن هناك ضوابط تنظمها ، في حين يعـدها الـبعض الأخـر مرغوبـاً فيهـا ولكنها ليسـت ضـرورية وذلـك لأنهـا تمنـع الإجحـاف[٢]. لـذلك كـان لابـد مـن وجـود مسوغات تسوغ الأخذ بهذه السلطة ، ومن المسوغات التي يمكن القول بهـا أن اخـتلاف

---

(1) Dennis Lloyd, Introduction to Jurisprudence, second edition, 1965, London, P.1.

[٢] أنظر في تفصيل ذلك:

- David W. Neubauer, Op. Cit., P.68.

دوافع كل مجرم وظروفه عن غيره من المجرمين ، يستدعي اختلاف معاملته العقابية بما يضمن تحقيق جانب من أغراض العقاب المتمثل بالردع الخاص ، وبعبارة أخرى إعادة تأهيل واصلاح المجرم عن طريق مقاومة الدوافع الإجرامية الكامنة في شخصيته بأخرى مضادة لها ، وهذا ما اصطلح على تسميته بتفريد العقاب[1] ، أي جعله متلائماً مع كل شخصية اجرامية تعرض على القاضي ، وقد برزت صور التفريد العقابي بوضوح بعد قيام حركة الدفاع الاجتماعي الحديثة التي تميزت بالطابع الإنساني والتي ركزت على وجوب مكافحة ظاهرة الإجرام عن طريق إزالة أسبابها في المجتمع ، ويعد ذلك من أهم واجبات الدولة ، وقد دعا قادة هذه الحركة وفي مقدمتهم (جراماتيكا) و (مارك أنسل) إلى وجوب ملازمة التفريد العقابي لكل مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية ابتداءً بمرحلة التحقيق والمحاكمة وانتهاءً بعملية التنفيذ[2].

وإن تفريد النص الجنائي بحسب الظروف الخاصة بالجريمة ومرتكبيها يستتبع بالضرورة تقليل القيود المفروضة على حرية القاضي في التقدير لتمكينه من ملاءمة الواقع مع القانون وهذا يترتب عليه حتماً اختلاف الحكم باختلاف الصورة التي تقع فيها

---

[1] يقصد بتفريد العقاب ألا يكون العقاب عاماً موحداً لكل من اقترف جرماً واحداً ولكن يختلف من فرد إلى أخر وفقاً للاختلافات في الشخصية والدوافع وسائر الظروف التي تدفع إلى ارتكاب الجريمة داخلية كانت أم خارجية.

د. محمود أبو زيد ، المعجم في علم الإجرام والاجتماع القانوني والعقاب ، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٣٠٣.

[2] د. علي حسين الخلف ، الوسيط في شرح قانون العقوبات ، النظرية العامة ، ج١ ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٦٨ ، ص٧٥٤.

الجريمة في الواقع وباختلاف مرتكبيها[1]. ومما يدعم منح القاضي السلطة التقديرية الثقة التي يفترضها المشرع فيه وهي ثقة يستحقها القاضي لما يفترض فيه من علم وخبرة وتخصص[2] ، كما أن الجزاء يجب أن يرضي شعور الأفراد بالعدالة وهذا يقتضي حرص المشرع على تناسب العقوبة مع جسامة الجريمة ، لذلك انصرفت عناية التشريعات الجنائية تحت تأثير مفهوم السياسة الجنائية الحديثة إلى وسائل التفريد القانوني والقضائي والتنفيذي للعقاب ، بما يكفل تناسب رد فعل المجتمع مع الجريمة ومرتكبها، فلا مناص اذن من منح القاضي سلطة تقديرية[3].

وعلى الرغم من المسوغات التي يستند إليها المنادون بإعطاء سلطة تقديرية للقاضي الجنائي ، فان إعطاء القاضي هذه السلطة لا يخلو من العيوب ، فالاعتراف بها على نطاق واسع يؤدي إلى عدم الاستقرار القانوني ، فالمتهم لا يعرف قبل الحكم ما سوف يحكم به عليه ، وقد يفاجأ باختلاف كبير بين ما كان يتوقع وبين ما يحكم به عليه ، كما أن هذه السلطة قد تؤدي إلى عدم المساواة الواقعية بين المتهمين ، فقد تختلف حظوظ أشخاص ارتكبوا جرائم متماثلة تبعاً للاختلاف في تقدير القضاة الذين يحالون إليهم ، ولكن يمكن الحد من هذه العيوب عن طريق اهتمام المشرع بتحديد ضوابط استعمال هذه السلطة التقديرية ، ثم إن في طرق الطعن ما يسمح بإصلاح ما يشوب حكم القاضي من عيوب.

---

[1] د. حسين جميل ، نحو قانون عقابي موحد للبلاد العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص٢٦٣.
- David W. Neubauer, Op. Cit. P. 68-69.

[2] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، مصدر سابق ، ص٨٤٩.

[3] د. محمود محمود مصطفى ، نموذج لقانون العقوبات ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص١٢.

المطلب الثالث

ضوابط منح القاضي السلطة التقديرية

إن الخلاف حول نطاق سلطة القاضي من حيث التوسع أو التضييق مرده عدم التطابق بين الجانب النظري والجانب العملي لنصوص التجريم ، وذلك لأن المشرع لا يستطيع أن ينص على كل التغيرات والتفصيلات التي تلحق بالجريمة أو الصور المختلفة التي قد تتخذها ، لذلك فانه ينص على الحد الأدنى من العناصر المكونة واللازمة لوجود الجريمة ، وهذا الحد الأدنى هو ما يسمى بـ(النموذج القانوني المجرد للجريمة) ، وهو يختلف عن (النموذج الواقعي للجريمة) الذي يتضمن التغيرات والصور المختلفة التي تتحقق فعلاً بارتكاب الفعل وما يلحق به من أوصاف عند ارتكابه في العالم الخارجي ، وهو النموذج الذي يبحث القاضي في مدى خضوعه وتطابقه مع النموذج القانوني المجرد[1]. وهذا الواقع هو الذي فرض الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الجنائي حتى في ظل الشرعية المتشددة[2]. لذلك كان لابد من رسم الضوابط التي يستعين بها القاضي في ممارستها. ومن الجدير بالذكر أنه لم يكن لمثل هذه الضوابط محل في عهد السلطة المطلقة للقاضي الجنائي قبل الثورة الفرنسية ، ولا في عهد السلطة المقيدة

---

[1] د. عادل عازر ، النظرية العامة في ظروف الجريمة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص١٦-١٧.

[2] د. علي جمعة محارب ، دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية ، مجلة القضاء ، ع١-٢ ، ١٩٩١ ، ص٧٢.

للقاضي –في ظل قانون ١٧٩١– إنما كان لها محل في عهد السلطة النسبية للقاضي الجنائي التي بدأت فعلاً بصدور قانون العقوبات الفرنسي عام ١٨٣٢[١].

وضوابط التقدير القضائي هي المعايير أو المقاييس التي يمكن تقديمها للقاضي الجنائي ليستند إليها ويهتدي بها عند تحديده للعقوبة ، وهذه المعايير كثيرة ومتنوعة ، لذلك كان من أول أعمال المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في باريس عام ١٩٠٠ محاولة توحيد هذه المعايير[٢] ، وهي مسالة ليس من السهل تحقيقها ، لذلك ذهب البعض[٣] إلى القول (إن سلم العقوبات يستند إلى قاعدة قناعة المجتمع تبعاً لاختلاف الأزمنة والتقاليد ، فإذا أردنا أن تكون العقوبة مناسبة ، ليست بالقاسية ولا شديدة الليونة ، فيجب أن نبحث عن طرق تكفل احتفاظ العقوبة بالمستوى المطلوب).

وتستمد هذه الضوابط من وجود العمل على تحقيق أهداف العقوبة ازاء كل مجرم على النحو الذي تقتضيه ظروف شخصيته ، وأن أهم اعتبار يضعه المشرع في تقديره عند تحديد العقوبة هو مدى جسامة الماديات الإجرامية وتتحدد هذه الجسامة بأمرين : أولهما ، مقدار الأهمية الاجتماعية للحق المعتدى عليه ، فكلما ازدادت أهمية هذا الحق

---

[١] د. حسنين إبراهيم صالح عبيد ، النظرية العامة للظروف المخففة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص١٩٨.

[2] Roques (Georges). Lapplication Delaeine Parlejuge, P.54.

[3] Saleilles (Raymond), The Individualization of punishment, London, 1911, P. 238-239.

زادت شدة العقوبة ، فعلى سبيل المثال إن عقوبة جريمة القتل العمد[1] أشد من عقوبة جريمة خيانة الأمانة[2] ، ذلك لأن حق الحياة هو أهم من حق الملكية. وثانيهما ، مدى جسامة الاعتداء على الحق ، ومن الممكن تحديده من خلال خطورة الوسيلة التي استخدمها الجاني ، ومثال ذلك جريمة القتل باستخدام مادة سامة فعقوبتها أشد مما إذا ارتكب القتل بوسيلة أخرى ، كما يمكن تحديد جسامة الاعتداء من خلال مقدار العقبات التي يتعين على الجاني اجتيازها لارتكاب جريمته ، إذ كلما ازدادت العقبات وازداد المجهود والاصرار على ارتكاب الجريمة اشتد تبعاً لذلك العقاب ، ومثال ذلك أن العقاب على السرقة من مكان مسور هو اشد مما إذا كان من مكان غير مسور ، ويضع المشرع في تقديره اعتباراً ثانياً هو مدى الإثم والخطورة اللذين تتميز بهما فئات المجرمين وأن اتحدت الماديات الإجرامية ، وهذا الجانب مستمد من شخصية الجاني.

ويمكن تقسيم الضوابط التي تحدد كيفية استعمال القاضي الجنائي لسلطته التقديرية إلى قسمين : ضوابط موضوعية ، وأخرى شخصية ، سنتناول كلاً منها في فرعٍ مستقل.

---

[1] إذ نصت المدة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي المرقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ على : (من قتل نفساً عمداً ، يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت).

[2] إذ نصت المادة (٤٥٣) عقوبات عراقي على : (كل من أوتمن على مال منقول مملوك للغير ... يعاقب بالحبس أو بالغرامة ..).

الفرع الأول
الضوابط الموضوعية

الجانب الموضوعي للجريمة هو مادياتها ، والماديات الإجرامية من حيث ضررها وخطورتها تقبل التدرج ، ويقابل تدرجها تدرج في مقدار عدم المشروعية بالنظر إلى أن الضرر أو الخطر هو علة عدم المشروعية ، فينبغي أن يكون مقداره مقياساً لدرجتها ، ويتعين بعد ذلك أن يكون مقدار عدم المشروعية ضابطاً لتحديد العقوبة لأنه علتها فينبغي أن تقاس بقدره ، لذلك يتعين على القاضي حين يستعمل سلطته التقديرية إزاء متهم بجريمة معينة أن يجعل مقدار عدم المشروعية الذي يكمن في مادياتها أحد أسس تحديد العقوبة[1]. ويمكن تحديد ضوابط قياس عدم المشروعية بما يأتي :

١. جسامة الاعتداء على الحق أو المصلحة :

الجريمة في جوهرها اعتداء على حق أو مصلحة قدر المشرع جدارتها بالحماية الجنائية ، والاعتداء الذي تحدثه جريمة معينة قد تختلف درجة جسامته من حالة الى أخرى ، كما أن الضرر المترتب عليها تختلف درجة جسامته من حالة الى أخرى ، مما يقتضي من القاضي أن يجعل من درجة جسامة الاعتداء مقياساً يحدد مقدار العقاب على أساسه. فيكون التدرج في العقاب قائماً على أساس التفاوت في درجة جسامة الاعتداء[2].

---

[1] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، مصدر سابق ، ص٨٥٢.

[2] محمد هشام أبو الفتوح ، تقييد السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في مجال الجنح والجنايات المشددة ، المجلة الجنائية القومية ، ع٣ ، مجلد ٢٢ ، ١٩٧٩ ، ص٤٧.

ويتعين أن يدخل القاضي في اعتباره ما يطرأ بعد الجريمة من اعتبارات تؤثر في مقدار جسامة الاعتداء. سواء بالإنقاص أم بالزيادة ، فجهد المتهم لاصلاح ضرر الجريمة وعفو المجنى عليه اعتباران يخففان عنه العقاب في بعض القوانين ، كما يعد نكول الجاني عن مساعدة المجنى عليه ظرفاً يؤدي إلى تشديد العقوبة ، كما يأخذ بنظر الاعتبار درجة إصابة المجنى عليه في أثناء إصدار الحكم[1].

٢. كيفية تنفيذ السلوك الإجرامي :

يأخذ القاضي بنظر الاعتبار عند تقدير العقوبة الأسلوب الذي اعتمده الجاني لتنفيذ اعتدائه ، مثال ذلك مدى القسوة التي اتصف بها فعل الضرب أو الجرح ومقدار العنف الذي تميز به تنفيذ السرقة بالإكراه ، فكل هذه الاعتبارات ترشد القاضي عند استعمال سلطته التقديرية في تحديد العقوبة الملائمة[2].

٣. الرابطة بين الجاني والمجنى عليه :

يأخذ القاضي كذلك بنظر الاعتبار موقف المجنى عليه وعلاقته بالجاني ، فإذا كانت الجريمة قد تضمنت إخلال الجاني بثقة وضعت فيه لصيانة مصالح المجنى عليه ، كما لو ارتكبت الجريمة من وصي أو قيم فان ذلك يميل بالعقوبة إلى التشديد ، كما

---

[1] وقد أشارت المادة (٤١١) عقوبات عراقي ، والمادة (٢٥) من قانون المرور العراقي المرقم (٤٨) لسنة ١٩٧١ المعدل إلى أن نكول الجاني وقت الحادث عن تقديم أو طلب المساعدة للمجنى عليه مع تمكنه من ذلك يعد ظرفاً مشدداً يؤدي إلى تشديد العقوبة.

[2] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، مصدر سابق ، ص٨٥٣-٨٥٤.

أن استفزاز المجنى عليه للجاني دونما حق يؤدي إلى تخفيف العقوبة ، وهو اتجاه تذهب إليه كثير من التشريعات الجنائية[1] ، وبذلك يكون من الواضح أن موقف المجنى عليه وعلاقته بالجاني له تأثير كبير في تحديد العقوبة ، وأن على القضاء أن يجعل منها معياراً للتقدير باعتبار أنها قد تؤدي إلى تشديد العقوبة أو تخفيفها[2].

الفرع الثاني
الضوابط الشخصية

الضوابط الشخصية متنوعة ، منها ما يتعلق بالركن المعنوي للجريمة فيحدد مقدار ما انطوت عليه الإرادة الإجرامية للمتهم من إثم ، ومنها ما يحدد مقدار نصيبه من الأهلية للمسؤولية الجنائية ، ومنها ما تتضح به درجة خطورته على المجتمع ، ومنها ما يحدد مقدار تأثر المتهم بالعقوبة واستجابته لأساليب التهذيب والتأهيل فيها. ويتعين

---

[1] وقد نصت المادة (١٢٨) عقوبات عراقي على هذا العذر المخفف بقولها : (أو بناءً على استفزاز خطير من المجني بغير حق). كما نصت على هذا العذر العديد من التشريعات الجنائية ، إذ نصت عليه المادة (٢٤٢) من قانون العقوبات السوري المرقم (١٤٨) الصادر سنة ١٩٤٩ ، والمادة (٩٨) من قانون العقوبات الأردني المرقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ ، والمادة (٣٧٥) من قانون العقوبات الليبي الصادر سنة ١٩٥٣.

[2] جنان جميل سكر ، ضوابط التقدير القضائي للعقوبة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٢ ، ص٣١١-٣١٤.

على القاضي ملاحظة هذه النواحي لكي يكون بإمكانه التوصل إلى العقوبة المناسبة[1]. وفيما يأتي أهم الضوابط الشخصية :

١. مقدار ما تحتويه نفسية المجرم من إثم :

إذ يتعين على القاضي أن يأخذ بنظر الاعتبار الركن المعنوي للجريمة ومقدار ما ينطوي عليه من إثم ، وينطوي الركن المعنوي للجريمة على صورتين ، الأولى صورة القصد الجنائي ، والثانية صورة الخطأ غير العمد ، والركن المعنوي للجريمة يقبل التدرج من حيث مقدار ما يتضمنه من إثم ، فالقصد المباشر يتضمن مقداراً من الإثم يفوق ما يحتويه القصد الاحتمالي ، والخطأ مع التوقع يتضمن مقداراً من الإثم يفوق ما يحتويه الخطأ من دون توقع ، كما أن للباعث دوراً في تحديد مدى جسامة الإثم عندما ينص القانون على ذلك ، إذ إن العديد من التشريعات الجنائية أصبحت تعول على الباعث في تقدير الجزاء لأهميته ، فيعتبر ظرفاً مخففاً ارتكاب الجريمة تحت تأثير بواعث أخلاقية شريفة ، كما ان الباعث السيء يسوغ عقوبة أشد مما لو كان غير ذلك[2].

٢. مدى توفر عناصر المسؤولية الجزائية لدى المتهم :

---

[1] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ص٨٥٤.

[2] نوفل علي عبد الله الصفو ، سلطة القاضي في تخفيف العقوبة – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٦ ، ص١٣٢ وما بعدها ؛ جنان جميل سكر ، مصدر سابق ، ص٣٠٦.

تقوم المسؤولية الجزائية على عنصري الادراك وحرية الاختيار ، ومن ثم فان فقدانهما أو فقدان أحدهما يترتب عليه عدم مساءلة الجاني لتوافر مانع من موانع المسؤولية يحول دون هذه المساءلة عند توافر شروطها الأخرى[1]. لذلك فان توافر بعض هذه الشروط دون البعض الأخر لا يؤدي إلى منع المسؤولية ، غير أنه بالامكان تخفيفها ، فإذا توافرت بعض شروط حالة الضرورة مثلاً ، فان المسؤولية الجزائية لا تمتنع في هذه الحالة لعدم توافر الشروط كافة ، ولكن يمكن للقاضي أن يخفف العقوبة[2].

٣. مدى ما تحتويه شخصية المجرم من خطورة إجرامية :

يأخذ القاضي بنظر الاعتبار عند تقدير العقوبة مقدار ما تحتويه شخصية الجاني من خطورة إجرامية ، والوسط الذي عاش فيه وسيرته الماضية من حيث كونه معتاداً على الإجرام أم لا. فكل ذلك له اثر كبير في تحديد شخصية الجاني وعوامل إجرامه وتكشف عن مدى خطورته ويصح عدها من ثم معياراً لقياس الجزاء الذي ينبغي اتخاذه بحق الجاني ، والاعتبارات التي تحدد الخطورة الإجرامية متنوعة ، وتساعد على بيانها التصنيفات التي حددها الباحثون في علم الإجرام والعقاب ، والتي يبنى عليها

---

[1] موانع المسؤولية ، هي حالات تتجرد فيها الإرادة من القيمة القانونية ، أو هي الحالات التي ينتفي فيها الإدراك أو الاختيار أو كليهما.
د. علي حسين الخلف ، د. سلطان عبد القادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مطابع الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٢ ، ص٣٥٥.

[2] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، مصدر سابق ، ص٨٥٥-٨٥٦.

إدراج كل مجرم في فئة خاصة يتميز أفرادها بقدر خاص من الخطورة الإجرامية. وأهم هذه الاعتبارات :

آ. سوابق الجاني :

تهتم العديد من التشريعات الجنائية بالماضي الإجرامي للجاني وتعده معياراً لقياس العقوبة واضعةً إياه تحت تصرف القاضي يحكم بمقتضاه ، وإذا دل اهتمام تلك التشريعات بحياة المجرم وسيرته وظروف حياته على شيء فإنما يدل على ما لذلك كله من تأثير في تقدير العقوبة بمعيار واسع يشمل كل أحوال المجرم ، مما يجعل من تلك العقوبة جزاءً صالحاً لكل حالة محققاً الغاية من توقيعه على الوجه الأكمل[1].

ب. مدى إصرار المتهم على سلوكه الإجرامي :

إذ كلما ازداد إصرار المتهم على ارتكاب جريمته وتجاوز العقبات في سبيل ذلك بغية إنجاز مشروعه الإجرامي ، كان أجدر بتشديد العقاب ، أما إذا كان المتهم قد كشف عن ندمه واجتهد في تلافي حصول النتيجة الإجرامية أو سعى إلى الصلح مع المجني عليه ، فان ذلك يعد دليلاً على ضآلة خطورته.

ج. ظروف المتهم الإجتماعية :

ويأخذ القاضي بنظر الاعتبار الظروف الاجتماعية التي تحيط بالمتهم سواء ما تعلق منها بحالته الصحية أو الثقافية أو مركزه الاجتماعي وغيرها من ظروف حياته الفردية والعائلية والاجتماعية. فكون المتهم متزوجاً مثلاً يمكن أخذه بنظر الاعتبار عند تشديد

[1] نوفل علي الصفو ، مصدر سابق ، ص١٤٣-١٤٤.

عقوبته حين ارتكابه للجرائم الأخلاقية ، كما أن ارتكاب الجريمة تحت تأثير ظروف شخصية أو عائلية يعد ظرفاً مخففاً للعقاب[1].

د. مقدار تحمل الجاني ما تحدثه العقوبة من آلام :

إن درجة الإحساس بالإيلام الذي تسببه العقوبة تختلف من جان الى آخر ، تبعاً لمقدرته على التحمل. ومن ثم يتعين أن يحدد القاضي لكل شخص مقداراً من الألم الذي يستحقه تبعاً لهذه القدرة ، فقدرة احتمال الشيخ الكبير أو الرجل المريض أو المرأة هي قدرة ضعيفة بالقياس لأقرانهم. لذلك ينبغي على القاضي حين يقدر العقوبة أن يأخذ بنظر الاعتبار سن الجاني أو جنسه أو حالته الصحية بوصفه ضابطاً للتقدير عند تقديره للعقوبة ، لذلك فان اتجاه القاضي نحو تخفيف العقوبة المفروضة على الشيخ الطاعن في السن أو الرجل المريض أو المرأة يؤدي إلى أن ينالهم قدر من الإيلام يعادل ما تنزله عقوبة أشد بشاب قوي البنية شديد الاحتمال[2].

والاعتبارات السابقة التي يمكن أن يسترشد بها القاضي الجنائي عند استعمال سلطته التقديرية في تحديد العقوبة ليس لها طابع إلزامي عندما لا يوجد نص يلزم القاضي بالأخذ بها ، وإنما الأخذ بها متروك لفطنته وحسن تقديره ، وإن بإمكان القاضي أن ينسق بينها للوصول إلى تحديد العقوبة المناسبة وله أن يرجح بعضها على البعض بالنظر إلى ظروف الحالة المعروضة عليه على وجه قد لا يفعله إذا كان بصدد حالة أخرى.

---

[1] جنان جميل سكر ، مصدر سابق ، ص٢٦٣-٢٦٥.

[2] د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، مصدر سابق ، ص٨٥٧.

وبدورنا ندعو المشرع الجنائي العراقي ، إلى صياغة نظرية عامة للضوابط التي يمكن للقاضي الجنائي أن يأخذها بنظر الاعتبار عند تقديره للعقوبة سواء من حيث الجريمة في مجموعها – مادياتها ومعنوياتها– ، أو من حيث الجاني لكي يكون بإمكان القضاء الاستعانة بها عند تقديره للعقوبة المناسبة لظروف الجاني والجريمة ، فضلاً عن أن ذلك يتيح للفقه فرصة دراستها والتعمق فيها ، وقد انتهج المشرع الجنائي الإيطالي والليبي هذا النهج ، إذ بينا من خلال قواعد عامة الضوابط والتوجيهات التي يستطيع القاضي على ضوئها تقدير العقوبة من خلال الاستعمال السليم لسلطته التقديرية ، ونظراً الى أهمية هذه الضوابط نورد ما تضمنته تلك النصوص من ضوابط ، إذ نصت المادة (١٣٣) عقوبات إيطالي على أنه : ((يتعين على القاضي عند مزاولة السلطة التقديرية المخولة له أن يأخذ في الحسبان درجة خطورة الجريمة فيما يتعلق :

١. بطبيعة الواقعة ونوعها ووسائلها ومكانها وأي طابع أخر لها.
٢. جسامة الأضرار أو الخطر الذي وقع على الشخص المتأثر بالجريمة.
٣. شدة الألم ودرجة الجريمة.

ويتعين على القاضي أن يأخذ في الحسبان قدرة الجاني على ارتكاب الجريمة فيما يتعلق :

١. بدوافع الإجرام وخلق المجرم.
٢. السوابق الجنائية والقضائية ونوعيتها وسلوك وحياة المجرم قبل الجريمة.
٣. السلوك المعاصر واللاحق لارتكاب الجريمة.

٤. الحالة المعيشية الفردية والعائلية والاجتماعية للمجرم)).

وقد أورد المشرع الليبي مثل هذا النص تقريباً في نص المادة (٢٨) من قانون العقوبات الليبي النافذ إذ تضمنت : ((على القاضي أن يستند في تقديره للعقوبة وفقاً للمادة السابقة على خطورة الجريمة ونزعة المجرم للإجرام ، وتتبين خطورة الجريمة من الأمور التالية :

١. طبيعة الفعل ونوعه والوسائل التي استعملت لارتكابه وغايته ومكان وقوعه ووقته وسائر الظروف المتعلقة به.

٢. جسامة الضرر أو الخطر الناتج عن العمل.

٣. مدى القصد الجنائي سواء أكان عمدياً أو غير عمدي.

وتتبين نزعة المجرم إلى الإجرام من الأمور الآتية :

١. دوافع ارتكاب الجريمة وخلق المجرم.

٢. سلوك المجرم وقت ارتكاب الجريمة وبعده.

٣. ظروف حياة المجرم الشخصية والعائلية والاجتماعية)).

المطلب الرابع
سلطة القاضي التقديرية في تحديد العقوبة

إن سلطة القاضي الجنائي في تحديد العقوبة تتسع وتضيق تبعاً لسياسة المشرع في بيان العقوبة المقررة للجريمة[1] ، وتتمثل السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تحديد العقوبة في مدى ما يسمح له القانون به من اختيار لنوع العقوبة والتدرج فيها ضمن النطاق المحدد لعقوبة كل جريمة على حدة ، فيتناسب مدى سلطة القاضي في تحديد العقوبة تناسباً طردياً مع ما يحدده المشرع من اتساع ثابت أو نسبي للحيز الفاصل بين مدى العقوبة مع عدد ما يعينه من أنواع العقوبات لكل جريمة على سبيل التخيير أو التبديل[2]. ففي بعض الفروض يحدد المشرع العقوبة على سبيل القطع وذلك بالنص على عقوبة ذات حد واحد من دون أن يترك للقاضي أي قدر من الملاءمة في تحديدها ، ومثال ذلك عقوبة الإعدام ، إذ إن القاضي لا يمكنه تفريد النص الجنائي تبعاً للوقائع المادية المرتكبة أو تبعاً لشخصية مرتكبها ، ومعنى ذلك أن المشرع قد أدرج في الواقعة النموذجية المنصوص عليها جميع العناصر اللازمة للتقويم القانوني للأثر المترتب على ارتكابها وهو العقوبة ، فإذا كان المشرع في بعض الفروض يترك للقاضي اختيار العقوبة ما بين الحدين الأقصى والأدنى فلأنه يقدر أن هناك نوعيات مختلفة ومتعددة من صور ارتكاب الجريمة يمكن أن تتنوع معها العقوبة المطبقة فعلاً. ولا يستطيع المشرع تنظيمها سلفاً ، لذلك يترك تقدير ذلك للقاضي ، أما الجرائم التي ينص المشرع فيها على عقوبة

---

[1] د. علي جمعة محارب ، مصدر سابق ، ص٧٤.

[2] د. أكرم نشأت إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٦٦.

ذات حد واحد فهي وفقاً لنظرة المشرع تنطوي على جميع العناصر اللازمة للتقويم القانوني الذي تولاه المشرع نفسه[1].

وكذلك الحال بالنسبة للفروض التي تتحدد فيها العقوبة تحديداً قاطعاً من قبل المشرع وذلك بوضع معيار لها لا يسمح بأدنى سلطة تقديرية للقاضي وهذا يتحقق حينما يقرر المشرع أن العقوبة تتناسب مع جسامة الضرر أو الموضوع المادي للسلوك. ومثال ذلك الغرامات النسبية فهنا أيضاً نكون خارج نطاق السلطة التقديرية نظراً الى أن العقوبة تكون محددة عن طريق ضوابط مادية مرتبطة بالواقعة المرتكبة فحينما يحدد القاضي قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة فان العقوبة تتحدد بدورها بطريقة قاطعة دون أي تقدير من قبل القاضي ، ولكن يلاحظ أن تحديد قيمة الضرر هو من المسائل الموضوعية المتصلة بماديات الواقعة التي يستقل بتقديرها القاضي بعد التثبت منها بجميع طرق الاثبات ، ولذلك يمكن القول بأن القاضي يملك أيضاً في مثل تلك الفروض قدراً من الملاءمة في تحديد العقوبة استناداً إلى سلطته التقديرية في تحديد قيمة الضرر ، وهذا القول محل نظر لأن السلطة التقديرية لا تتعلق بالموضوع الذي تنصب عليه تلك السلطة وإنما تتعلق بضوابط التقويم القانوني للواقعة بالنسبة الى الأثر المترتب عليها فحينما يحدد القاضي الضرر لا يستطيع إلا أن يطبق عقوبة واحدة هي التي نص عليها المشرع وتولى وضع ضوابطها[2].

---

[1] د. مأمون محمد سلامة ، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص٩٢.

[2] المصدر نفسه ، ص٩٢.

وفضلاً عن الفروض السابقة هناك فروض أخرى لا تتحدد فيها العقوبة من قبل المشرع تحديداً قاطعاً يسري على جميع الأشكال المكنة للواقعة المادية ، وإنما يترك للقاضي ذلك التحديد في طار معين ينص عليه المشرع ويندرج تحت تلك الفروض الأحوال التي ينص فيها المشرع على عقوبات تخييرية يمكن للقاضي أن يطبقها مجتمعة ويمكنه أن يختار من بينها عقوبة واحدة ، وكذلك في الأحوال التي ينص فيها المشرع على عقوبات تكميلية جوازية ، وهنا نجد أن تحديد العقوبة أثراً قانونياً للواقعة المادية المرتكبة يتوقف أساساً على سلطة القاضي التقديرية ، في حين يخضع تحديد العقوبة سلطة القاضي التقديرية في الحالات التي يكتفي فيها المشرع بالنص على الحد الأقصى والحد الأدنى للعقوبة المقرر للجريمة ، فمقتضيات تفريد القاعدة التجريمية تقتضي أن يكون هناك تغاير في الأثر القانوني تبعاً لاختلاف ظروف الواقعة المادية وظروف مرتكبها الشخصية ، والحقيقة أن سلطة القاضي الجنائي التقديرية تجد في اختلاف صور ارتكاب الواقعة الإجرامية سبباً لوجودها ، فالمغايرة تتطلب الاختلاف في التقدير وهو ما لا يمكن أن يتولاه المشرع إزاء تطور المجتمع ، ومن ثم يترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية في إطار قانوني منظم. كما تظهر السلطة التقديرية بصورة أكثر وضوحاً في الأحوال التي يجيز فيها القانون للقاضي تجاوز الحد الأقصى أو النزول عن الحد الأدنى للعقوبة ، أو في حالة وقف تنفيذ العقوبة ، فهنا نجد أن تقويم الأثر القانوني للواقعة المرتكبة منوطة بتقدير القاضي إلى حد تعطيل ذلك الأثر ، إلا أن ذلك لا يسمح بالتحكم

طالما أن تلك السلطة تمارس في الإطار الذي حدده المشرع للقاضي حتى يتحقق التفريد الفعلي للقاعدة التجريمية على الواقعة المادية المرتكبة[1].

الخاتمة :

في ختام بحثنا هذا الذي تطرقنا فيه للسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي الجنائي ، يتبين لنا أهمية منح القاضي سلطة في تقدير ظروف الجاني والجريمة ، وهو الاتجاه السائد في مختلف التشريعات الجنائية الحديثة التي لم تعد مجرد نصوص قانونية مجردة تبين ما يعد من الأفعال جرائم والعقوبات التي تفرض من اجلها ، بل اصبحت في ظل هذه القوانين سلطة يمنحها المشرع للقاضي الجنائي يستطيع من خلالها ملاءمة ظروف الجاني والجريمة مع العقوبة التي يفرضها المشرع على تلك الجريمة ، بحيث تختلف العقوبة من حالة إلى أخرى باختلاف ظروف الجاني والجريمة المرتكبة. وقد عرفنا السلطة التقديرية بأنها : (قدرة القاضي على الملاءمة بين ظروف الجاني والجريمة وبين العقوبة التي يقررها المشرع عند تطبيق النصوص القانونية المجردة في مجال يترك فيه المشرع للقضاء حرية التقدير في حدود التنظيم القانوني). فمجال التقدير الممنوح للقاضي لا يكون إلا استعمالاً لسلطة يمنحها المشرع للقاضي عندما يرخص له بحرية التقدير والاختيار في حدود القانون وذلك عند قيامه بتطبيق النصوص على الحالة المعروضة عليه ، ولا وجود لهذه السلطة في ظل السلطة المقيدة للقاضي إذ يحدد المشرع

[1] المصدر نفسه ، ص٩٣-٩٤.

الأفعال المجرمة والعقوبات التي تفرض عليها دون أن يترك للقاضي أي حرية في التقدير ، إنما توجد في ظل السلطة النسبية للقاضي ، إذ تظهر هذه السلطة بشكلها المنظم بموجب نصوص تحدد تلك السلطة وتحدد الضوابط التي تنظم استعمالها بشكل قانوني بعيداً عن التحكم الذي كان سائداً في ظل السلطة المطلقة للقاضي الجنائي ، إذ لم يكن هناك أي ضابط يحد من سلطة القاضي الجنائي لذلك كان لابد من وجود ضوابط ومعايير توضع للقاضي كي يهتدي بها عند استعمال السلطة التقديرية ، وهذه المعايير كثيرة ومتنوعة وتختلف باختلاف الزمان والمكان ، لأن ما يعد سبباً للتخفيف أو التشديد في مكان ما قد لا يعد كذلك في مكان أخر أو في المكان نفسه ، ولكن في ظل أزمان مختلفة ، وهذه الضوابط إما أن تكون متعلقة بالجانب الموضوعي للجريمة أو متعلقة بالجانب الشخصي لها ، أي متعلقة بالجاني. وقد حددت بعض التشريعات بموجب نصوص قانونية هذه الضوابط للقاضي الجنائي لكي يكون بإمكانه الاستعانة بها عند تقديره للعقوبة المناسبة لظروف الجاني والجريمة ، كما هو الحال لدى المشرع الإيطالي والليبي ، ونحن بدورنا ندعو المشرع العراقي إلى تحديد هذه الضوابط بموجب نصوص قانونية صريحة ، لكي تنظم استعمال القاضي لهذه السلطة بالشكل الذي يجعل العقوبة متناسبة مع ظروف الجاني والجريمة حتى لا تكون هذه السلطة أداة تحكمية بيده. كما تبين أن سلطة القاضي الجنائي في تحديد العقوبة تتسع وتضيق تبعاً لسياسة المشرع في بيان العقوبة التي يقررها للجريمة ، وأنها تتناسب تناسباً طردياً مع ما يحدده المشرع من اتساع للحيز الفاصل بين الحدين الأقصى والأدنى للعقوبة مع عدد ما يعنيه من أنواع العقوبات لكل جريمة على سبيل التخيير أو التبديل.

وخلاصة القول ، إن سلطة القاضي التقديرية الجنائية لا تكون إلا استعمالاً لسلطة يمنحها وينظمها المشرع ، وهذه السلطة تجد في اختلاف صور ارتكاب الواقعة الإجرامية سبباً لوجودها ، فالمغايرة في صور ارتكاب الواقعة تتطلب الاختلاف في التقدير باختلاف ظروف الجاني والجريمة وهو ما لا يمكن أن يتولاه المشرع مع وجود التطور المستمر للمجتمع ، لذلك يمنح المشرع القاضي السلطة التقديرية في إطار معين لتحقيق التفريد الواقعي للعقوبة.

مصادر البحث :

أولاً. المراجع باللغة العربية :

آ. كتب ورسائل :

١. د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، دار ومطابع الشعب ، ١٩٦٥.

٢. د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، ج١ ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١.

٣. أحمد جمال الدين ، المصطلحات القانونية الجزائية في الأحكام والاجراءات والمحاكمات ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٩٦٥.

٤. جنان جميل سكر ، ضوابط التقدير القضائي للعقوبة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد ، ١٩٧٢.

٥. د. حسنين إبراهيم صالح عبيد ، النظرية العامة للظروف المخففة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠.

٦. د. حمودي الجاسم ، شرح قانون العقوبات البغدادي ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٦٣.

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

٨. د. عبد الحميد الشواربي ، الظروف المشددة والمخففة للعقاب ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٥.

٩. د. علي راشد ، القانون الجنائي ، المدخل واصول النظرية العامة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤.

١٠. د. علي حسين الخلف ، د. سلطان عبد القادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مطابع الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٢.

١١. د. علي حسين الخلف ، الوسيط في شرح قانون العقوبات ، النظرية العامة ، الجزء الأول ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٦٨.

١٢. د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات اللبناني ، القسم العام ، ط٢ ، دار النقري للطباعة ، بيروت ، ١٩٧٥.

١٣. د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣.

١٤. د. محمود نجيب حسني ، علم العقاب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧.

١٥. د. مأمون محمد سلامة ، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥.
١٦. د. محمود محمود مصطفى ، نموذج لقانون العقوبات ، القاهرة ، ١٩٧٦.
١٧. د. محمود أبو زيد ، المعجم في علم الإجرام والاجتماع القانوني والعقاب ، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٧.
١٨. يوجين جيرهات ، كنوز المحاماة ، ترجمه إلى العربية حسن الجداوي ومحمد عمر ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧.
١٩. د. عادل عازر ، النظرية العامة في ظروف الجريمة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٧.
٢٠. نوفل علي عبد الله الصفو ، سلطة القاضي في تخفيف العقوبة –دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون في جامعة الموصل ، ١٩٩٦.

ب. البحوث :

١. د. محمد مصطفى القللي ، علم الإجرام وتطوره في مصر ، مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الأول ، السنة السابعة ، ١٩٣٧.
٢. د. فاضل نصر الله عوض ، قانون الجزاء في ماضيه وحاضره ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع ، السنة الثامنة ، ١٩٨٤.
٣. د. علي جمعة محارب ، دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية ، مجلة القضاء ، العدد ١–٢ ، ١٩٩١.

٤. محمد هشام أبو الفتوح ، تقييد السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في مجال الجنح والجنايات المشددة ، المجلة الجنائية القومية ، عدد ٣ ، المجلد ٢٢ ، ١٩٧٩.

ج. القوانين :

١. قانون العقوبات العراقي المرقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
٢. قانون المرور المرقم (٤٨) لسنة ١٩٧١ المعدل.
٣. قانون العقوبات السوري المرقم (١٤٨) لسنة ١٩٤٩.
٤. قانون العقوبات الأردني المرقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.
٥. قانون العقوبات الليبي الصادر سنة ١٩٥٣.

ثانياً: المراجع الأجنبية :

1. David W. Neubauer, Americas courts and the criminal justices system, 5 ed, wadswarth publishing company, 1996.
2. Paul H. Robinson, Legality and discretion in the distribution criminal sanctions, Harvard Journal on legislation, Volume 20, No.2, 1988.
3. Dennis Lloyd, introduction jurisprudence, second edition, London, 1965.
4. Rogue (Georges), Lapplication de la peine parlejuge.
5. Saleilles (Raymond), the individualization of punishment, London, 1911.