گوڤارا ئەكاديمى يا زانكويا نەوروز (المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز)، پ.٩ ژ.٣، ٢٠١٩/٢٠٢٠
حقوق الطبع والنشر ©2017. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة
المشاع الايداعي النسبي – CC BY-NC-ND 4. 0.، e-ISSN: 2520-789X
https://doi.org/10.25007/ajnu.v9n3a704

الملائمة القضائية للعقوبة

"دراسة تحليلية مقارنة"

دلشاد عبدالرحمن يوسف، قسم القانون، جامعة نوروز، اقليم كوردستان العراق

مخلص

العقوبة في إطار التشريع الجزائي لاتحقق معنى العدالة مالم يقم القاضي بتحقق ملائمة بين مقدار العقوبة و درجة ايلامها وبين مختلف ظروف وملابسات القضية المعروضة امامه، فاتلملائمة القضائية هي اداة ينقل من خلالها القاضي العقوبة من قالبها التشريعي المجرد الى قالب واقعي محدد. فمن مفترضات الملائمة في مجال سياسة العقاب اجتماع صفتي الشرعية والقضائية في العقوبة التي تنفذ في حق المحكوم عليه ، فالعقوبة لن تكون عادلة ما لم تكن محددة مسبقاً من قبل المشرع وموقعة بحكم صادر من القضاء.ومن هذا المنطلق فن السياسة الجنائية الرشيدة والعقلانية ينبغي أن تراعي ترك مساحة للقاضي الجنائي يستخدم فيها سلطة التقديرية في تقدير العقوبة ، فالعقوبة لا تحقق معنى العدالة إلا إذا كانت متلائمة مع الجريمة.

1. المقدمة

1.1 مدخل تعريفي بموضوع البحث

للجريمة باعتبارها سلوكا غير مشروعا رد فعل قانوني يتمثل في العقوبة التي توقع على مرتكبيها كجزاء يقابلسلوكه غير المشروع . ومن أهم الآثار التي تترتب على الارتباط السببي بين الجريمة والعقوبة ، ضرورة أن يكون هنالك ملائمة بين إيلام العقوبة من ناحية وبين الجريمة المرتكبة ، لان العدالة الجنائية تقتضي أن تكون ردة الفعل تلك متلائمة مع االسلوك المسبب لها (الجريمة) .

ومن مفترضات الملائمة في إطار سياسة العقاب اجتماع صفتي الشرعية والقضائية في العقوبة التي تنفذ في حق المحكوم عليه ، فالعقوبة لن تكون عادلة ما لم تكن محددة مسبقاً من قبل المشرع وموقعة بحكم صادر من القضاء . لذا يلاحظ أن اغلب الدساتير تقرر ضرورة توافر هاتين الصفتين في العقوبة لكي تكون دستورية .

وهكذا السياسة الجنائية الرشيدة والعقلانية ينبغي أن تراعي ترك مساحة للقاضي الجنائي يستخدم فيها سلطة التقديرية في تقدير العقوبة ، فالعقوبة لا تحقق معنى العدالة إلا إذا كانت متلائمة مع الجريمة ، والملاءمة القضائية للعقوبة هي إحدى الادوات الفعالة التي تحقق في العقوبة معنى العدالة ، لانها تنقل العقوبة من التجريد الى التفريد.

2.1 نطاق البحث

ينحصر نطاق البحث على بحث ملائمة العقوبة في مرحلة مابعد تقنينها ، حيث يبدأ القاضي الجنائي بوزن ظروف وملابسات القضية المعروضة امامه ، ليقضي بالعقوبة التي تتلائم وتلك الظروف والملابسات.

3.1 مشكلة البحث

تكمن اشكالية هذه الدراسة في بيان الإطار القانوني للملائمة القضائية في إطار سياسة العقاب ، سيما وان مجال هذه الملائمة يظهر عند تطبيق النص الجنائي ، باعتبارها عملا مكملا للملبائمة التشريعة التي يجريها المشرع عند وضع وصياغة ذلك النص.

4.1 فرضية البحث

ينطلق هذا البحث من فرضية مفادها: إن القاضي الجنائي وهو بصدد وزن ظروف وملابسات القضايا المعروضة امامه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير العقوبة وتفريدها.

5.1 منهجية البحث

اعتمدنا في كتابة هذا الباحث على منهج استقرائي تحليلي استنباطي مقارن، وذلك من خلال استقراء نصوص القانون وتحليلها واستنباط الاحكام منها، ومقارنتها بنصوص بعض القانوانين المقارنة.

6.1 خطة البحث

لغرض الإحاطة بموضوع البحث ، ارتأينا تقسيمه وفق الخطة الآتية:

- المبحث الاول: مفهوم الملائمة القضائية للعقوبة
  - المطلب الاول: مدلول الملائمة القضائية للعقوبة
  - المطلب الثاني: تأصيل فكرة مدلول الملائمة القضائية للعقوبة
- المبحث الثاني :مظاهر الملائمة القضائية للعقوبة
  - المطلب الاول: نظام التدرج الكمي للعقوبة ونظام العقوبات التخييرية
  - المطلب الثاني: نظام العقوبات البديلة والظروف القضائية المخففة

2. المبحث الأول: مفهوم الملائمة القضائية للعقوبة

إن العقوبة بوصفها جزاءً جنائياً للجريمة لا يمكن أن تصل إلى مرحلة التنفيذ في حق المحكوم عليه ما لم تكن قد مرت بمرحلتين، وهما التقنين التشريعي والتطبيق القضائي. ففي مرحلة التقنين يقوم المشرع بتحديد وتقدير العقوبات لصور السلوك التي جرمها بمقتضى مبدأ الشرعية الجزائية، وفي مرحلة التطبيق يقوم القاضي بتوقيع وإنزال تلك العقوبات على مرتكبي صور السلوك هذه وفقاً لحالة كل مجرم وظروفه الشخصية ، والذي يهمنا في إطار هذه الدراسة المرحلة المتعلقة بالتطبيق لانها تحقق جوهر الملائمة القضائية في مجال سياسة العقاب. ومن هذا المنطلق سنقف في هذا المبحث على مدلول الملائمة القضائية للعقوبة وتأصيلها، وذلك في مطلبين، كما يأتي:

1.2 المطلب الاول: مدلول الملائمة القضائية للعقوبة

لقد كان من المنطقي أن تتبع مرحلة التحديد التشريعي للعقوبة مرحلة أخرى مكملة لها تضفي قدراً من الواقعية والخصوصية على النصوص العقابية التي تتميز بالتجريد والعمومية، هي مرحلة التطبيق القضائي للعقوبة، يعترف فيها للقاضي نظراً لما يتصف به من مزايا ، بسلطة تقديرية في تحديد نوع وكم العقوبة التي توقع على شخص معين كرد فعل للجريمة التي ارتكبها[1].

ومجال للملائمة القضائية للعقوبة يكون في مرحلة تطبيق القاعدة الجنائية أو تشخيصها، ويتولى القاضي هذه المهمة، فهو الذي يختص بتحقيق هذه الملائمة وذلك من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له في إطار مبدأ التفريد[2].

ومن هنا فان الملائمة القضائية في مجال سياسة العقاب تتحقق في مقام إعمال القاضي لنصوص العقاب على الجناة ، حيث إن القاضي يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية في اختيار العقوبة التي تتلائم في مقدارها ودرجة إيلامها مع جسامة الجريمة وإثم المجرم وذلك في الحدود التي وضعها المشرع الجزائي سلفا، ليتمكن بذلك من اختيار العقوبة الملائمة والمناسبة لكل مجرم[3]، معتمداً في كل ذلك على معيار مزدوج أو مختلط يجمع بين عناصر المعيار الموضوعي المستمدة من جسامة الجريمة ، وعناصر المعيار الشخصي المستمدة من شخصية المجرم[4].

وبهذا يتضح وجه الفرق بين هذه الصورة لتلاؤم العقوبة وبين الملائمة التشريعية ، فتحقيق هذا الأخير هو من مهمة المشرع وليس للقاضي في نطاقه دور يذكر ، في حين يكون للقاضي دور كبير في مجال تحقيق الملائمة القضائية للعقوبة .

إلا أن هذا لا يعني انعدام كل صلة بين هاتين الصورتين للملائمة في مجال سياسة

العقاب ، بل توجد صلة وثيقة وتكاملية بين الملائمة التشريعية للعقوبة وبين الملائمة القضائية لها، فالتناسب القضائي للعقوبة يدخل في إطار التناسب التشريعي لها ، لان ممارسة القاضي لسلطته التقديرية تكون داخل هذا الإطار[5] ، بهدف تكملة العمل التشريعي ، وذلك باستخراج التحديد الواقعي للعقوبة من التحديد المجرد لها ، بغية تحقيق الملاءمة بين ذلك التحديد التشريعي وبين مختلف الحالات الواقعية[6] . فالأداة التي يمتلكها القاضي لاختيار العقوبة التي تحقق جوهر الملائمة في مجال سياسة العقاب هي السلطة التقديرية التي منحها المشرع إياه في هذا المجال ، لضمان تحقيق الملائمة [7] .

والسلطة التقديرية في هذا المجال هي قدرة القاضي على الملاءمة بين ظروف الجاني والجريمة وبين العقوبة التي يقدرها فيها ، عند تطبيقه للنصوص القانونية المجردة في مجال يترك فيه المشرع للقضاء سلطة التقدير في حدود التنظيم القانوني[8]

وعلى هذا يمكننا أن نعرف الملائمة القضائية للعقوبة على النحو الأتي : عمل قضائي تكميلي يتولاه القاضي في مرحلة تطبيق العقوبة ، ليكمل به ما بدأه المشرع الجزائي في مرحلة تقنينها، بغية إخراجها من قالبها التشريعي المجرد إلى قالب واقعي محدد .

فالملائمة القضائية للعقوبة وفقاً لهذا التعريف تتصف بأمرين:

- **الأول** : انها عمل قضائي : فمحل هذه الملائمة هو تطبيق العقوبة وإعمال القاضي لسلطته التقديرية في هذا المجال بهدف اختيار العقوبة الملائمة لكل مجرم وفقاً لضوابط موضوعية وأخرى شخصية . بخلاف الملائمة التشريعية للعقوبة الذي يكون محله التشريع – تشريع العقوبة-.

- **الثاني** : انها عمل تكميلي : فهذه الملائمة هي عبارة عن آلية يلجأ إليها القاضي لإكمال ما بدأه المشرع في مجال تحقيق الملائمة التشريعية للعقوبة ، خصوصاً وانه من الصعوبة بمكان أن يحيط المشرع – في مرحلة تقنين العقوبة – بجميع الظروف والملابسات التي قد تقترن بالجريمة المرتكبة .

2.2 المطلب الثاني: تأصيل فكرة الملائمة القضائية للعقوبة

يمكن القول ان الفضل في تقرير فكرة ملائمة العقوبة للجريمة يعود للفيلسوف الايطالي بيكاريا (Beccaria) حين نشر كتابه (الجرائم والعقوبات) لأول مرة عام 1764 ، شارحاً فيه فكرة العقوبة من حيث تأصيلها وتبرير التجاء الجماعة إليها من الناحية الفلسفية والاجتماعية ، والغاية منها[9]. ويرتكز مذهبه في هذا المجال على فكرة الضرورة ، ومؤداها أن الدولة وقد آل إليها الحق في توقيع العقاب تنفيذاً لما ابرم بينها وبين المواطنين من عقد اجتماعي على النحو الذي افترضه جان جاك روسو ، أصبح من الواجب عليها أن تستهدف من استخدام هذا الحق تحقيق المنفعة العامة (L'utilita commune)[10] ، وهو ما لا يتحقق إلا بمراعاة فكرة الملائمة بين الجرائم والعقوبات ، لذا فانه يقرر أن هذه الفكرة تأبى توقيع عقوبة الإعدام نفسها على من يقتل طائراً بريأ ومن يقتل شخصاً ومن يزور محرراً هاماً ، حيث إن المساواة في العقوبة على هذه الجرائم المختلفة من شأنها ان تحطم الشعور بالعدالة والأخلاق[11] .

وهكذا كشف التطور الحديث الذي لحق بالسياسة الجنائية عن فكرة الملائمة في مجال سياسة العقاب ،[12] فالعقوبة من الناحية الدستورية لا تكون مشروعة إلا إذا كانت متلائمة مع الفعل المجرم أو الامتناع المؤثم ، لذا ينبغي على القاضي الجنائي أن لا يغلو في العقاب ولا يركب متن الشطط في تقديره ، وإنما عليه ان يتخير من العقوبات ما يكون على وجه اللزوم ضرورياً لمواجهة الجريمة وما يترتب على اقترافها من آثار ، وما فيه من القدر الذي يكفي لردع الجاني وزجر غيره من أعضاء المجتمع ممن تسول له نفسه أن يقوم بذات فعله أو يأتي نفس صنيعه ، وكل تجاوز لذلك يعد استبداداً من جانب سلطة العقاب ينبغي رفعه [13] .

وفي إطار احكام الشريعة الإسلامية نجد ان نظام التعزير ماهو إلا تجسيد لفكرة الملائمة القضائية للعقوبة ، والتعزير هو عقوبة غير مقدرة شرعاً تجب حقاً لله أو لأدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ، ويختلف مقدارها باختلاف أسبابه [14] .

فالشارع ترك تقدير العقوبة في هذا الإطار لولي الأمر دون أن يحددها مقدما ، وذلك يعد من أهم الأسباب التي تؤدي تحقيق الملائمة في مجال سياسة العقاب . فكانت خطة الشارع في هذا المجال ترك الباب مفتوحا على مصراعيه لوضع التعزيرات لكل جريمة ليس فيها عقوبة مقدرة بما يتلائم مع كل عصر وبيئته ، فبذلك تساير سياسة العقاب الزمن وتبقى متجددة على الدوام ، محافظة على كل المميزات التي تضمن لها البقاء والتفوق والصلاحية[15] .

وملائمة العقوبة في مجال التعزير يتطلب أسساً خاصة في تعيينها تختلف عن الأسس المعتمدة في الحدود والقصاص، باعتبار أن الهدف من التعزير هو التأديب الذي لا يتحقق إلا باختيار العقوبة متلائمة مع ظروف المجرم[16] . لذا فإن التعزير كعقوبة ينبغي أن لا يتعدى حدود المصلحة ، خصوصا بعد أن أقر الإسلام بأن الغاية الرئيسة من العقاب هي الإصلاح وليس الانتقام[17] .

ومن هنا جرى التشريع الجنائي الإسلامي على أن لا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة مقدرة – كما تفعل القوانين الوضعية – لان ذلك يعرقل دور القاضي في اختيار العقوبة المتلائمة التي يراها كفيلة بتأديب الجاني ، كما يجعل من العقوبة غير عادلة في كثير من الأحيان[18] . فالشارع قدر كل هذه الاعتبارات ، ثم وترك لولي الأمر حرية واسعة في مجال تقدير عقوبات التعازير .

وهكذا فإن التعزير يجب أن يكون بالقدر الملائم لكل حالة ، تبعا للمجرم والجريمة دون زيادة أو نقص . فالشريعة الإسلامية حريصة على الابتعاد عن كل جزاء فيه تعذيب للجاني

أو إهدار لآدميته[19] .

وبهذا فان الشريعة الإسلامية تفردت في مجال تلاؤم عقوبات التعازير ، فلم تفرض على القاضي عقوبات محددة مسبقاً ليقتصر دوره على تطبيقها ، بل أعطته حرية واسعة في تحديد وتقدير العقوبة التي تتلائم مع ظروف كل متهم على حدة ، على خلاف القوانين الوضعية التي قيدت القاضي بعقوبات محددة في هذا المجال ، ووقعت فيما يعرف باسم أزمة الشرعية الجنائية ، وبذلك يظهر تكامل النظام العقابي في الإسلام وتفوقه على الأنظمة العقابية الوضعية.

3. المبحث الثاني: مظاهر الملائمة القضائية للعقوبة

إذا كانت الملائمة القضائية في مجال سياسة العقاب تتحقق في مرحلة تطبيق العقوبة – كما اشرنا – فان المشرع الجزائي يحدد للقاضي في هذه المرحلة نظم ووسائل متعددة يستطيع بمقتضاها أن يحدد العقوبة المتلائمة[20] .

وما هذه النظم والوسائل إلا مظاهر تكشف عن الملائمة القضائية في مجال سياسة العقاب، وهذه الوسائل هي: نظام التدرج الكمي للعقوبة ، نظام العقوبات التخييرية ، نظام العقوبات البديلة ، الظروف القضائية المخففة والمشددة. و عليه سنلقي الضوء على هذه المظاهر مظهر من هذه المظاهر في مطلبين ، كما يأتي:

1.3 المطلب الاول: نظام التدرج الكمي للعقوبة ونظام العقوبات التخييرية

سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، نكرس الاول لبحث ودراسة نظام التدرج الكمي للعقوبة ، اما الثاني فسنعالج في إطاره نظام العقوبات التخييرية:

1.1.3 الفرع الاول: نظام التدرج الكمي للعقوبة

بدءا لا بد من الإشارة إلى أن مقتضيات العدالة الجنائية في مجال سياسة العقاب تقتضي أن يكون هناك تغايراً في مقدار العقوبة ودرجة إيلامها تبعاً لاختلاف الظروف المادية للواقعة – الجريمة – والظروف الشخصية لمرتكبها .

ومن هنا يعد نظام التدرج الكمي للعقوبة من أهم الوسائل التي يمنحها المشرع للقاضي الجزائي لتحقيق ملائمة العقوبة في مرحلة تطبيق النصوص الجزائية على مرتكبي الجرائم . ويقوم هذا النظام على تحديد المشرع حداً أدنى وحداً أعلى للعقوبات التي تقبل طبيعتها

التبعيض ، وتركه للقاضي سلطة تقدير العقوبة بين هذين الحدين[21] .

ونرى أن مقتضيات الملائمة في مجال سياسة العقاب تقتضي إعطاء القاضي سلطة تقديرية تمكنه من التدرج والتحرك بين حدي العقوبة المقررين سلفاً من قبل المشرع ، بغية اختيار العقوبة التي تتلائم في مقدارها ودرجة إيلامها مع جسامة الجريمة وخطورة مرتكبها .

وسلطة القاضي الجزائي في هذا المجال تتناسب تناسباً طردياً مع ما يحدده المشرع من اتساع ثابت أو نسبي للحيز الفاصل بين حدي العقوبة[22] . لذا يمكننا القول بأنه: كلما كان ذلك الحيز واسعا اتسعت سلطة القاضي في تقدير العقوبة ، والعكس صحيح .

وللتدرج الكمي للعقوبة صورتان :

أ. الصورة الأولى : التدرج الكمي الثابت

في هذه الصورة للتدرج يحدد المشرع الجزائي للعقوبة حداً أدنى وحداً أعلى ثابتين ، سواء كانا خاصين ، أم الأدنى عام والأعلى خاص ، أم الأدنى خاص والأعلى عام ، أم الأدنى والأعلى عامين[23] .

ب. الصورة الثانية : التدرج الكمي النسبي :

ينحصر تطبيق هذه الصورة للتدرج الكمي على عقوبة الغرامة النسبية[24] ، باعتبارها العقوبة الوحيدة التي يحدد لها المشرع الجزائي نطاقاً كمياً نسبياً ويلزم القاضي بالتدرج في مقدارها[25] . وهذا التدرج إما أن يكون استناداً إلى قيمة الضرر المترتب على الجريمة أو الفائدة التي حصل عليها المجرم ، فيسمى التدرج عندئذ بالتدرج الكمي النسبي الموضوعي[26] . أو يكون استناداً إلى الدخل اليومي لمرتكب الجريمة ، فيسمى التدرج عندئذ بالتدرج الكمي النسبي الشخصي[27] .

والفرق بينهما هو أن الأول يؤدي إلى تحقيق التلاؤم بين مقدار عقوبة الغرامة وبين قيمة الضرر الذي يترتب على الجريمة أو الفائدة التي يحصل عليها الجاني جراء ارتكابها ، وهو أمر ينتقده البعض[28] . أما الثاني فيؤدي إلى تحديد أقصى حد ممكن من تلاؤم عقوبة الغرامة مع خطأ المجرم وقدرته على دفعها ، وهو ما يضمن عقاباً عادلاً لكل محكوم عليه مهما كان مركزه الحالي[29] . وهذا ما أشار إليه قانون العقوبات السويسري لعام 1957 صراحة بقوله : (يحدد القاضي مقدار الغرامة تبعاً لحالة المحكوم عليه ، بكيفية تكون معها الخسارة التي تصيبه من العقوبة معادلة لجرمه ، والقاضي عند تقدير حالة المحكوم عليه يأخذ بنظر الاعتبار بصفة خاصة العناصر التالية : إيراده وثروته ، حالته المدنية وتكاليفه العائلية ، مهنته ودخله المهني ، عمره وحالته الصحية)[30] . وبذلك فإن هذه الصورة للتدرج الكمي للعقوبة أقرب إلى تحقيق الملائمة القضائية لها , كونها تستند في تقدير العقوبة على عناصر واقعية تسهم في تقدير مبلغ الغرامة بشكل عادل ومتلائم.

2.1.3 الفرع الثاني: نظام العقوبات التخييرية

يلعب نظام العقوبات التخييرية دوراً كبيراً في مجال تحقيق الملائمة القضائية للعقوبة ، فبمقتضاه يترك المشرع الجزائي للقاضي حرية الاختيار في الحكم على مرتكب الجريمة بإحدى عقوبتين مختلفتي النوع ، أو بكلتيهما أو بعقوبة واحدة أو عقوبتين من بين ثلاث عقوبات أو أكثر مختلفة النوع محددة للجريمة المرتكبة[31] . وعلى القاضي في هذا المجال اختيار العقوبة المناسبة وفقاً لمعيار مزدوج يجمع بين عناصر المعيار الموضوعي وعناصر المعيار الشخصي[32] . بغية توقيع العقوبة المتلائمة مع جسامة الجريمة المرتكبة وخطورة مرتكبها .

ولا يعد تطبيقاً لهذا النظام إقرار المشرع لعقوبة السجن المؤبد أو المؤقت على سبيل التخيير لبعض الجنايات ، وذلك لان هاتين العقوبتين من نوع واحد[33] ، فكلتا العقوبتين تنتميان إلى العقوبات المقيدة للحرية .

ولنظام العقوبات التخييرية هذا صورتين ، سنقف عند كل منها لبيان دورها في تحقيق الملائمة القضائية في مجال سياسة العقاب ، كما يأتي :

أ. الصورة الأولى : نظام العقوبات التخييرية الحرة

بمقتضى هذا النظام يتمتع القاضي الجزائي بحرية اختيار تامة في الحكم بالعقوبة التي يرتئيها من بين العقوبات المقررة للجريمة سواء كانت عقوبتين متنوعتين أم أكثر ، من دون أن يلزمه المشرع في هذا المجال بإتباع أية قاعدة في هذا الاختيار[34] . ولكن على المشرع الجزائي أن يكون معتدلاً في تقدير مجال التخيير ، بحيث يتحدد التخيير بين عقوبتين متتاليتين في الشدة بدرجة مناسبة ، لان مغالاة المشرع في توسيع هذا المجال قد يحير القاضي الجزائي ويربكه ، وربما يعرضه إلى التورط في اختيار عقوبة قاسية جداً أو تافهة جداً[35] ، وبالتالي فان من شأن مثل هذه المغالاة أن تعرقل دور القاضي في تحقيق التلاؤم في مجال سياسة العقاب .

ويلاحظ أن المشرع الجزائي العراقي قد توسع إلى حد كبير في إقرار هذا النظام ، وخصوصاً في مجال الجنح ، فحدد عقوبة اغلب هذه الجرائم بالحبس أو الغرامة[36] ، أو الحبس والغرامة أو إحداهما[37] ، واقر هذا النظام في مجال الجنايات أيضاً ولكن على نحو أضيق نسبياً ، فأعطى للقاضي حرية الاختيار بين عقوبة الإعدام والسجن المؤبد أو المؤقت في هذا المجال[38] .

وأدرك المشرع الجزائي المصري -من جانبه- أهمية هذا النظام في مجال تحقيق الملائمة القضائية للعقاب ، فأعطى القاضي الجزائي سلطة الاختيار بين العقوبات التي حددها بالنسبة لأغلب الجرائم ، كان يختار بين الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة[39] ، أو بين الحبس والغرامة أو إحداهما[40] ، وأخيرا بين الحبس أو الغرامة[41] .

فلا ريب إذن في أن نظام العقوبات التخييرية الحرة يعد أسلوباً متميزاً اقره المشرع لتمكين القاضي من تحقيق التلاؤم بين الجريمة والعقوبة في مرحلة التطبيق القضائية ، ليأتي حكمه منطوياً على عقوبة تتلائم في نوعها ومقدارها مع الظروف المادية للواقعة من ناحية، والظروف

الشخصية لمرتكبها من ناحية أخرى .

ومع ذلك وعلى الرغم من أهمية هذا النظام في تحقيق الملائمة القضائية في مجال سياسة العقاب ، نلاحظ أن بعض التشريعات قد ضيقت من نطاقه إلى حد كبير ، ليشمل فقط عدداً قليلاً من الجنح والمخالفات ، ،كالتشريع الجزائي اللبناني[42] ، والتشريع الجزائي السوري[43] .

ب. الصورة الثانية : نظام العقوبات التخييرية المقيدة

بمقتضى هذا النظام تكون سلطة القاضي في اختيار العقوبة مقيدة بالعديد من القواعد والمعايير: كالباعث ، والملائمة ، وجسامة الجريمة ، وخطورة المجرم ، فقد يعين المشرع عقوبتين متباينتي الشدة على سبيل التخيير مع إلزام القاضي بالحكم بالعقوبة الأشد دون الأخف عندما يكون الباعث على ارتكابها دنيئاً ، أو يلزمه بعدم الحكم بالعقوبة السالبة للحرية إلا بعد أن يظهر له عدم ملائمة الغرامة للجاني في ضوء ظروفه الشخصية وظروف جريمته الموضوعية ، أو يجعل إحدى العقوبتين استثنائية فلا يجيز للقاضي الحكم بها إلا إذا اقترنت الجريمة بظروف مادية مشددة تدل على جسامة الفعل أو كان المجرم بذاته خطراً على الأمن العام[44] .

ومن هنا يرى البعض[45] ، أن هذه الصورة لنظام العقوبات التخييرية يؤدي إلى قلب هذا النظام من وسيلة للتفريد القضائي إلى وسيلة للتفريد التشريعي ، لان إخضاع حرية القاضي في اختيار العقوبة إلى قيود مثل الباعث أو جسامة الجريمة وخطورة المجرم يخل بطبيعة التخيير في هذا المجال ، إذ لا يصح إلزام القاضي بإتباع معيار جزئي في اختيار نوع العقوبة ، لان ذلك يعني سلب المشرع من القاضي بيد ما أعطاه له بيده الأخرى ، وفي هذه الحالة نكون أمام تطبيق من تطبيقات الظروف المشددة الاستثنائية الوجوبية ، وهو من وسائل تفريد العقاب التشريعي لا القضائي .

ونحن بدورنا نتفق مع هذا التوجه ، فإذا كان نظام العقوبات التخييرية وسيلة من الوسائل التي منحها المشرع للقاضي الجزائي من اجل تمكينه من اختيار العقوبة التي يراها ملائمة لظروف الجريمة والمجرم من بين عقوبتين أو أكثر من العقوبات التي حددها للجريمة المرتكبة . فان حسن السياسة الجزائية في هذا المجال يقتضي عدم تقييد حرية القاضي في اختيار تلك العقوبة بمعايير تفرغ تلك الحرية من محتواها ، لتحول بالتالي بين القاضي وبين اختيار العقوبة التي تحقق جوهر مبدأ الملائمة في مجال سياسة العقاب .

2.3 المطلب الثاني: نظام العقوبات البديلة والظروف القضائية المخففة

سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، نكرس الاول لبحث ودراسة نظام العقوبات البديلة ، اما الثاني فسنكرسة لبحث ودراسة نظام الظروف القضائية المخففة:

1.2.3 الفرع الاول: نظام العقوبات البديلة

من الوسائل التي وضعها المشرع بين يدي القضاء الجزائي لتحقيق الملائمة في مرحلة تطبيق العقوبة ، نظام العقوبات البديلة الذي يجيز للقاضي إحلال عقوبة من نوع معين محل عقوبة من نوع أخر مقررة أصلاً للجريمة ، سواء كان ذلك قبل الحكم بالعقوبة المقررة أصلاً أم بعد الحكم بها طبقاً لما هو منصوص عليه في القانون ، وذلك عند تعذر أو احتمال تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية ، أو لملاءمة تنفيذ العقوبة البديلة أكثر من تنفيذ العقوبة الأصلية لحالة المجرم وظروفه الشخصية[46] .

إذن ؛ هذا النظام يعطي القاضي الجزائي سلطة تقديرية في استبدال عقوبة أصلية بعقوبة بديلة سواء كان قد حكم بالعقوبة الأصلية أم لم يحكم بها بعد[47] .

حري بالذكر أن العقوبة التي يمكن الحكم بها أو تم الحكم بها والعقوبة التي يجوز أن يحلها القاضي محلها لا تعتبران صنوين ، فالأولى أصلية والثانية بديلة ، وهذه العقوبة البديلة هي وسيلة وفاء بالعقوبة الأصلية ، فالقاضي يحدد أولاً العقوبة الأصلية سواء كان ذلك في ذهنه عند إعداد الحكم أم في منطوق الحكم ذاته ، وذلك في ضوء ظروف الجريمة والمجرم معاً ، ثم يخطو ثانياً نحو استبدال العقوبة الأصلية بالعقوبة البديلة عند تعذر أو احتمال تعذر تنفيذها ، أو لاعتقاده بملائمة العقوبة البديلة أكثر من العقوبة الأصلية لحالة المجرم الشخصية بغض النظر عن ظروف الجريمة التي ارتكبها[48] .

وبهذا يمكننا القول: إن نظام العقوبات البديلة يعد وسيلة مهمة قررها المشرع الجزائي في مجال سياسة العقاب ، يتاح للقاضي من خلالها تحقيق أكبر قدر من التلاؤم في مرحلة تطبيق العقوبة .

ويمكن القول ان استبدال عقوبة العمل بعقوبة الغرامة هو من اهم تطبيقات العقوبات البديلة ، فالعمل للنفع العام يعد أحد الأنظمة البديلة للعقاب ، والذي أخذت به بعض التشريعات الجزائية ، لتجير المشرع للقاضي الجزائي إحلال عقوبة العمل محل عقوبة الغرامة [49] .

وهذه الوسيلة عرفت منذ زمن بعيد ، وهي تتفق مع الأفكار الحديثة للسياسة الجزائية في مجال الإصلاح والتأهيل والرغبة في جعل الفرد عنصراً صالحاً وإعادته إلى الهيئة الاجتماعية[50] ، وهذا ما اقره المشرع الجزائري بمقتضى المادة (5) من القانون رقم 01/09 لعام 2009 المعدل لقانون العقوبات ، والتي تنص على أنه : (يمكن للجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام ..).

وهكذا فان منح القاضي الجزائي سلطة إحلال عقوبة العمل محل عقوبة الغرامة المتعذر تحصيلها أفضل من منحه سلطة استبدال عقوبة الحبس بعقوبة الغرامة في هذا المجال ، نظراً لإخلال الوسيلة الأخيرة بقاعدة المساواة أمام القانون ، إذ يدفع المؤسر الغرامة فينجو من

عقوبة الحبس البديلة بينما يزج المحكوم عليه المعسر في السجن لعدم قدرته على دفعها[51] .

ومن هذا المنطلق ندعو المشرع العراقي إلى استبدال عقوبة الحبس - التي قررها كعقوبة بديلة للغرامة في المادة (93) - بعقوبة العمل ، وذلك بتعديل هذه المادة ليصبح نصها كالأتي : (إذا حكم على مجرم بالغرامة فللمحكمة عند عدم دفعه لها أن تكلفه بأداء أعمال اجتماعية بدلاً عن الغرامة بمعدل يوم واحدعن كل (25000) خمسة وعشرون الف دينار من الغرامة على أن لا تتجاوز مدة العمل في جميع الأحوال على سنتين) . فذلك أقرب إلى تحقيق المساواة أمام القانون ، وتحقيق الملائمة في مجال سياسة العقاب .

وبهذا يتبين أهمية هذه الوسيلة في مجال تحقيق الملائمة القضائية للعقوبة ، فبدلا من أن يلجأ إلى عقوبة الحبس ويخل بمبدأ المساواة وبالتالي التلاؤم ، يكون بإمكانه أن يحكم بعقوبة العمل إذا ترأى له أن عقوبة الغرامة لا تتلائم مع ظروف المحكوم عليه الشخصية ويتعذر تحصيلها .

2.2.3 الفرع الثاني: نظام الظروف القضائية المخففة

إلى جانب ما يملكه القاضي الجزائي من السلطة العادية في تقدير العقوبة ضمن النطاق الكمي والنوعي المقرر أصلاً للجريمة ، فانه يتمتع بسلطة استثنائية في هذا المجال تسمح له بتجاوز هذا النطاق نحو التخفيف والتشديد بقدر متباين ، تبعاً لما تقرره التشريعات المختلفة[52] .

ومثل هذه السلطة الاستثنائية التي يمنحها المشرع للقاضي سواء في مجال تخفيف العقوبة أم تشديدها ، تعد من أهم الوسائل التي وضعها المشرع بين يدي القاضي لتحقيق التلاؤم العقابي في مرحلة تطبيق العقوبة .

فبالنسبة لسلطة القاضي في تخفيف العقوبة في هذا المجال ، يلاحظ أن غالبية التشريعات الجزائية تقر نظام الظروف القضائية المخففة[53] . والذي يخول القاضي – في نطاق قواعد القانون – الحكم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر للجريمة، وبذلك

يستطيع النزول بهذه العقوبة إلى دون حدها الأدنى الذي قرره القانون بناءً على ما يراه من ظروف ارتكاب الجريمة وأحوال المجرم وماضيه وباعثه على ارتكاب الجريمة[54] . ويلاحظ أن المشرع الجزائي لم يحدد هذه الظروف ، والسبب في ذلك يرجع إلى كونها كثيرة جداً ولا يمكن الإحاطة بها كلياً ، لذا يستقل القاضي وحده بتقريرها[55] ، ولا يخل بذلك قيام المشرع في بعض الأحوال بتحديد بعضها[56] .

وتبدو أهمية عدم تحديد هذه الظروف في مرحلة تطبيق العقوبة بوضوح ، لان ذلك يوسع من سلطة القاضي في تقدير العقوبة في هذا المجال ، من خلال حريته في استخلاص مثل هذه الظروف من وقائع وملابسات القضية المعروضة أمامه ، ليحقق بالتالي أكبر قدر من التلاؤم بين شقي القاعدة الجنائية في مرحلة تطبيقها ، من خلال تحقيق الملائمة بين العقوبة التي يحكم بها وبين مختلف الظروف والملابسات في هذا المجال ، سواء ما تعلق منها بالجريمة المرتكبة أم ما تعلق منها بمرتكبها .

وينبغي عدم الخلط بين سلطة القاضي في هذا المجال ، وسلطته في تقدير العقوبة بين حديها الأعلى والأدنى . ففي الحالة الأخيرة تكون سلطة القاضي محصورة بين حدي العقوبة دون أن يتمكن من تجاوز الحد الأدنى المقرر قانوناً للجريمة ، في حين تكون سلطته في تقدير العقوبة في مجال الظروف القضائية المخففة مزدوجة ، إذ يقدر أولاً أن مرتكب الجريمة يستحق العقوبة في حدها الأدنى المقرر قانوناً ، ثم يقدر بعد ذلك بان هذا الحد الأدنى غير متناسب وجسامة الواقعة في عناصرها المادية وبما أحاط بمرتكبها من ظروف ، فينزل عندئذ عن هذا الحد[57] .

ومن هنا فان نظام الظروف القضائية المخففة يحقق فائدة كبيرة في مجال سياسة العقاب، إذ انه يمكن القاضي من تقدير العقوبة المتلائمة لكل مجرم على انفراد تبعاً لحالته وظروف جريمته . إذ من المعلوم أن ظروف ارتكاب الجريمة وظروف مرتكبيها ليست واحدة ، فليس من العدل أن تكون العقوبة واحدة لا تتغير[58] . وخصوصاً أن بعض هذه الظروف تنال من جسامة الجريمة وتقلل من خطورة الجاني[59] ، لذا كان لابد من تمكين القاضي الجزائي من التصرف بالعقوبة بما يجعلها متلائمة مع ظروف الجريمة والمجرم[60] .

وقد تباينت التشريعات الجزائية في إقرار هذا النظام بالنسبة لنوع الجريمة . فبعضها اقر هذا النظام بالنسبة لجميع أنواع الجرائم (الجنايات والجنح والمخالفات)[61] ، وبعضها اقره في نطاق الجنايات والجنح دون المخالفات[62] ، في حين تقره تشريعات أخرى في مجال الجنايات فقط[63] .

وبالرجوع إلى موقف التشريع الجزائي العراقي من هذا النظام ، نلاحظ انه كان يقر هذا النظام في البدء في مجال الجنايات المعاقب عليها بالإعدام فقط ، وذلك في نطاق قانون العقوبات البغدادي الملغي[64] .

أما في ظل قانون العقوبات الحالي ، فيلاحظ أن المشرع قد أقر هذا النظام في مجال الجنايات والجنح دون المخالفات .

ففي مجال الجنايات يلاحظ أن المشرع قد أعطى للقاضي الجزائي سلطة تقديرية واسعة لتحقيق الملائمة في مرحلة تطبيق العقوبة ، وذلك بقوله : (إذا رأت المحكمة في جناية أن ظروف الجريمة أو المجرم تستدعي الرأفة جاز لها أن تبدل العقوبة المقررة للجريمة على الوجه الأتي :

- عقوبة الإعدام بعقوبة السجن المؤبد أو المؤقت مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة .
- عقوبة السجن المؤبد بعقوبة السجن المؤقت .
- عقوبة السجن المؤقت بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر)[65].

وفي مجال الجنح أيضاً قرر المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير العقوبة لتمكينه من تحقيق أكبر قدر من التناسب في هذا المجال ، إذ أجازت المادة (133) للمحكمة إذا رأت توافر ظرف يستدعي الرأفة بالمتهم أن تخفف العقوبة وفقاً لأحكام المادة (131) ، وبالرجوع إلى هذه المادة ، نلاحظ أن تخفيف العقوبة يكون على الوجه الأتي :

- إذا كان للعقوبة حد أدنى فلا تتقيد به المحكمة في تقدير العقوبة .
- إذا كانت العقوبة حبساً وغرامة معاً حكمت المحكمة بإحدى العقوبتين فقط .
- إذا كانت العقوبة حبساً غير مقيدٍ بحد أدنى حكمت المحكمة بالغرامة بدلاً منه .

فبهاتين المادتين إذن يكون المشرع العراقي قد وضع بين يدي القاضي الجزائي وسيلة مهمة من وسائل التفريد القضائي للعقوبة ليستعين بها من أجل الوصول إلى اكبر قدر من التناسب بين العقوبة التي يحكم بها وبين مختلف الظروف المادية والشخصية التي صاحبت ارتكاب الجريمة .

4. الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة التي عالجت موضوع ملائمة العقوبة من قبل القاضي الجنائي عند تطبيق النص الجنائي وفرض العقوبة على مرتكب الجريمة ، توصلنا الى جملة نتائج وتوصيات ، كما يأتي:

1.4 النتائج

كانت النتائج التي انتهينا اليه من خلال الخوض في فكرة الملائمة القضائية للعقوبة ، كالأتي:

- يوجد التزام مشترك على عاتق كل من المشرع والقاضي الجنائيين بان يحرص كل منهما في دائرة اختصاصه على تحقيق الملائمة بين الجريمة والعقوبة.
- يتمتع القاضي الجنائي بسلطة تقديرية واسعة في تحقيق ملائمة العقوبة عند تطبيق شق الجزاء ، ولكن تبقى سلطة في هذا الإطار ضمن الحدود التي رسمها له المشرع ابتداءا.
- ان الملائمة القضائية للعقوبة اداى مهمة من ادوات السلطة التقديرة للقاضي في مجال تقرير العقوبة، فالقاضي الجنائي قبل النطق بالعقوبة ملزم بأن يحقق من جانبه تلاؤما بين مقدارها ودرجة إيلامها وبين حالة كل متهم وظروفه الشخصية،.
- إن الملائمة القضائية للعقوبة تنقل العقوبة من قالبها التشريعي المجرد الى قالب واقعي محدد ، حسب ظروف وملابسات كل واقعة.
- ان الملائمة القضائية للعقوبة هي عمل مكمل للملائمة التشريعية للعقوبة.
- إن الشريعية الاسلامية قبل اكثر من اربعة عشر قرنا جسدت فكرة الملائمة القضائية ، وذلك من خلال اقرار تام العقوبات التعزيرية.
- هنالك ادوات عديدة وضعها المشرع تحت يد القاضي الجنائي يستطيع من خلالها ان يحقق ملائمة العقوبة في مرحلة تطبيقها.

2.4 التوصيات

ندعو المشرع العراقي الى ان يقرر عقوبة العمل كعقوبة بديلة تحقيقا لمزيد من الملائمة في مرحلة تطبيق العقوبة ، وذلك بأن يستبدل عقوبة الحبس البديلة لعقوبة الغرامة بعقوبة العمل ــ التي تقرها العديد من التشريعات الجزائية- فذلك أقرب إلى تحقيق المساواة أمام القانون وتحقيق التناسب في مجال سياسة العقاب . وذلك بتعديل المادة (93) من قانون العقوبات النافذ ليصبح نصها كالأتي : (إذا حكم على مجرم بالغرامة فللمحكمة عند عدم دفعه لها أن تكلفه بأداء أعمال تقويمية بدلاً عن الغرامة بمعدل يومين عن كل (50000) خمسين ألف دينار من الغرامة على أن لا تتجاوز مدة العمل في جميع الأحوال على سنتين) . وهذا التعديل المقترح يفرض علينا -تجنبا للتناقض- أن نقترح على المشرع تعديل نص الفقرة (3) من المادة (136) من ذات القانون ، ليصبح كالآتي : (إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الغرامة جاز الحكم بالعمل مدة يجوز أن تبلغ ضعف المدة التي يمكن أن يحكم بها طبقاً للقياس الوارد في الفقرة (2) من المادة (93) على أن لا تزيد مدة العمل على سنتين).

5. المصادر

1.5 المصادر العربية

1.1.5 الكتب

1. أبي الخطاب محفوظ بن احمد بن الحسن الكلوذاني ، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله احمد بن حنبل الشيباني ، شركة غراس للنشر والتوزيع ، الكويت ، 2004.
2. د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، ط4، دار الشروق ، القاهرة ، 2006 .
3. د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1998.
4. د. أكرم نشأت إبراهيم ، السياسة الجنائية – دراسة مقارنة ، ط3 ، بغداد ، 2006.
5. د. أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، ط2 ، مطبعة الفنيان ، بغداد ، 1998.
6. د. أمين مصطفى محمد ، علم الجزاء الجنائي بين النظرية والتطبيق ، ج2 ، دار الجامعة الحديث ، الإسكندرية ، 2007.
7. د. حسن علام ، العمل في السجون ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1960.
8. د. حمودي الجاسم ، التعديلات الواجب إدخالها في قانون العقوبات العراقي حول تحديد العقوبة ، مطبعة الشعب ، بغداد ، 1963 .
9. د. سامي عبد الكريم محمود ، الجزاء الجنائي ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،(ب.ت).
10. د. عادل عازر ، النظرية العامة في ظروف الجريمة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1967.
11. د. عبد العزيز عامر ، التعزير في الشريعة الاسلامية ، ط4 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1969.

12. د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، القاعدة الجنائية ، الشرقية للنشر والتوزيع ، بيروت ، 1967.
13. د. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، الكتاب الثاني – العقوبة ، ط2 ، دار الرسالة العالمية ، بيروت ، 2012.
14. د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مطابع الرسالة ، الكويت ، 1982.
15. د. مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات – القسم العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1979.
16. د. ماهر عبد شويش الدرة ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، مطبعة ابن الاثير للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1991.
17. د. محمد شلال العاني و د. عيسى صالح العمري ، فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية ، دار المسيرة ، عمان ، 1998.
18. د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات-القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974.
19. د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مناهج الإسلام لمكافحة الإجرام ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1986 .
20. محمد علي الياس العدواني، حكمة تشريع الحدود والتعزيز في الفقه الإسلامي ، ط1 ، منشورات جمعية رابطة علماء المسلمين ، الموصل ، 1986 .
21. هلا العويس ، شخصية عقوبة التعزير في الشريعة الاسلامية ، ط1 ، دار الفلاح للنشر ، بيروت ، 1997.

2.1.5 البحوث والدراسات:

1. د. باسم شهاب ، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة الشريعة ، س27 ، ع56 ، الجزائر ، 2013 .
2. د. علي جمعة محارب ، التفريد القضائي للعقاب ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، ع31 ، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية ، بغداد ، 2002.
3. سيزاري بيكاريا ، الجرائم والعقاب ، ج2 ، ترجمة: د. يعقوب محمد علي ، مجلة الحقوق ، (ع1-2) ، س8 ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت.
4. يلماز إبراهيم محمد ، الظروف القضائية المخففة والأعذار القانونية ، بحث منشور في مجلة العدالة ، ع2 ، 1979 .

3.1.5 الاطاريح والرسائل الجامعية

1. جنان جميل سكر ، ضوابط التقدير القضائي للعقوبة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1972.
2. د. محمود طه جلال ، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة – دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2004.

4.1.5 القوانين

1. قانون العقوبات الفرنسي لعام 1810
2. قانون العقوبات البغدادي الملغي لغام 1917.
3. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937.
4. قانون العقوبات السويسري لعام 1937.
5. قانون العقوبات اللبناني لعام 1943
6. قانون العقوبات السوري رقم 148 لسنة 1949
7. قانون العقوبات الليبي لعام 1953
8. قانون العقوبات الاردني رقم 16 لسنة 1960 ،
9. قانون العقوبات التونسي لعام 1964
10. قانون العقوبات الجزائري لعام 1966
11. قانون العقوبات الفرنسي الجديد لعام 1994.

2.5 المصادر الاجنبية

1. Joshua Dresster : Understanding criminal law, 3th edition , Lexi Nexis , U.S.A .
2. Bouly (J.): Principes de La re'formc actuelle du droit pe'nal Allemand, Rev, pe'n, 1958.

6. هوامش

(1) ينظر: د. سامي عبد الكريم محمود ، الجزاء الجنائي ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، (ب.ت) ، ص ص 267-268 .

(2) ينظر: د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، ط4، دار الشروق ، القاهرة ، 2006 ، ص250.

(3) ينظر: د. محمود طه جلال ، اصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة – دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2004. و جنان جميل سكر ، ضوابط التقدير القضائي للعقوبة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، 1972، ص35 .

(4) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، ط2 ، مطبعة الفتيان ، بغداد ، 1998 ، ص 354.

(5) د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، مصدر سابق ، ص250 .

(6) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات-القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974، ص1069 .

(7) ينظر: د. عادل عازر ، النظرية العامة في ظروف الجريمة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1967 ، ص438 .

(8) نوفل علي عبد الله الصفو ، سلطة القاضي في تخفيف العقوبة – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 1996 ، ص ص4-5.

(9) ينظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، القاعدة الجنائية ، الشرقية للنشر والتوزيع ، بيروت ، 1967، ص ص 190-191 .

(10) ينظر: د. محمود طه جلال ، مصدر سابق 2004 ، ص203 .

(11) ينظر: سيزاري بيكاريا ، الجرائم والعقاب ، ج2 ، ترجمة: د. يعقوب محمد علي ، مجلة الحقوق ، (ع1-2) ، س8 ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، ص ص 219-220 .

(12) ينظر: د. أمين مصطفى محمد ، علم الجزاء الجنائي بين النظرية والتطبيق ، ج2 ، دار الجامعة الحديث ، الإسكندرية ، 2007 ، ص78 .

(13) See: Joshua Dresster : Understanding criminal law, 3th edition , Lexi Nexis , U.S.A , p.50.

(14) أبي الخطاب محفوظ بن احمد بن الحسن الكلوذاني ، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله احمد بن حنبل الشيباني ، شركة غراس للنشر والتوزيع ، الكويت ، 2004 ، ص535 .

(15) ينظر: د. محمد شلال العاني و د. عيسى صالح العمري ، فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية ، دار المسيرة ، عمان ، 1998 ، ص ص 90-91.

(16) ينظر: د. هلا العويس ، شخصية عقوبة التعزير في الشريعة الاسلامية ، ط1 ، دار الفلاح للنشر ، بيروت ، 1997، ص ص 325-326 .

(17) ينظر: محمد علي الياس العدواني، حكمة تشريع الحدود والتعزيز في الفقه الإسلامي ، ط1 ، منشورات جمعية رابطة علماء المسلمين ، الموصل ، 1986 ، ص8 ؛ وكذلك: د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، مناهج الإسلام لمكافحة الإجرام ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1986 ، ص20.

(18) ينظر: د. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، الكتاب الثاني – العقوبة ، ط2 ، دار الرسالة العالمية ، بيروت ، 2012 ، ص734.

(19) ينظر: د. عبد العزيز عامر ، التعزير في الشريعة الاسلامية ، ط4 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1969 ، ص299.

(20) ينظر:: د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، ص67 ؛ وكذلك: جنان جميل سكر ، مصدر سابق ، ص36 .

(21) ينظر: د. علي جمعة محارب ، التفريد القضائي للعقاب ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، ع31 ، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية ، بغداد ، 2002 ، ص85 .

(22) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، مصدر سابق ، ص355 .

(23) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1998 ، ص71 .

(24) أشار المشرع العراقي إلى فكرة الغرامة النسبية في الفقرة (2) من المادة (92) من قانون العقوبات بقوله : (الغرامة النسبية يحكم بها بالإضافة إلى العقوبة الأصلية بنسبة تتفق مع الضرر الناتج عن الجريمة ...) .

(25) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، السياسة الجنائية – دراسة مقارنة ، ط3 ، بغداد ، 2006 ، ص139 .

(26) جدير بالذكر أن هذه الصورة لتدرج العقوبة لا تطبق على جميع الغرامات النسبية ، بل فقط على الغرامات النسبية التي جرى تحديد حديها الأدنى والأعلى على نحو متفاوت بالقياس إلى قيمة الضرر أو الفائدة ، كتلك المنصوص عليها في الفقرة (3) من المادة (21) من قانون التنمية الصناعية رقم 31 لسنة 1961 ، والتي تنص : (يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة أضعاف الرسوم الكمركية المقررة ولا تزيد عن عشرة أضعافها كل من استعمل المواد المشمولة ...) ، أو التي تم تحديد احد حديها بهذه الطريقة وجرى تحديد الحد الأخر بمبلغ معين ثابت كحد خاص للغرامة المقررة بالذات أو كحد عام لجميع الغرامات . أما الغرامات النسبية الأخرى التي حددها المشرع جملة بالقياس إلى قيمة المال محل الجريمة أو ما يدل على تلك القيمة أو قيمة الضرر أو الفائدة ، فإنها تعد من العقوبات ذات الحد الواحد والتي تحرم القاضي أي سلطة تقديرية في تحديدها . د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، مصدر سابق ، ص99 .

(27) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، مصدر سابق ، ص357 .

(28) وينطلق انتقاد هذه الصورة لتدرج العقوبة من كونها تلزم القاضي باتخاذ المعيار المادي مناطاً لتقدير مبلغ الغرامة ، وهو اتجاه تقليدي قديم لم يعد مستساغاً . ينظر في ذلك: د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، مصدر سابق ، ص104 .

(29) See: Bouly (J.): Principes de La re'formc actuelle du droit pe'nal Allemand, Rev, pe'n, 1958, p.495.
نقلاً عن د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، المصدر السابق ، 105 .

(30) الفقرة (2) من المادة (48) من هذا القانون .

(31) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، مصدر سابق ، ص108 .

(32) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، السياسة الجنائية ، مصدر سابق ، ص139 .

(33) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، مصدر سابق ، ص359 .

(34) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، المصدر السابق ، ص111 .

(35) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، مصدر سابق ، ص129 .

(36) تنظر على سبيل المثال المواد : (247 ، 267 ، 272 ، 285 ، 297 ، 306 ، 1/388 ، 2/389) من قانون العقوبات العراقي النافذ .

(37) تنظر على سبيل المثال المواد : (180 ، 1/182 ، 210 ، 213 ، 214 ، 215 ، 219 ، 220 ، 221 ، 292 ، 296 ، 299 ، 301 ، 305 ، 326 ، 327 ، 329 ، 331 ، 332 ، 334 ، 336 ، 337) من قانون العقوبات العراقي النافذ .

(38) تنظر على سبيل المثال المواد : (158 ، 165 ، 2/175 ، 1/197 ، 349 ، 354 ، 355) من القانون ذاته .

(39) تنظر على سبيل المثال المواد : (82/ب ، 86 مكرراً (أ) ، 92 ، 234) من قانون العقوبات المصري.

(40) تنظر على سبيل المثال المواد : (80 ، 80 هـ ، 81 أ ، 82 جـ ، 84 ، 106 مكرراً ، 109 مكرراً ثانياً ، 113 مكرراً ، 160) من القانون ذاته .

(41) تنظر على سبيل المثال المواد : (98 جـ ، 98 و ، 120 ، 128 ، 136 ، 138 ، 139 ، 133 ، 137 ، 148) من القانون ذاته .

(42) إذ ينحصر تطبيق هذا النظام في المواد : (402 ، 1/454 ، 555 ، 558 ، 680 ، 982 ، 708 ، 726 ، 745) من قانون العقوبات اللبناني النافذ .

(43) حيث يكاد ينحصر تطبيق هذا النظام في المواد : (1/540 ، 666 ، 668 ، 731) من قانون العقوبات السوري النافذ .

(44) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، مصدر سابق ، ص ص 123-126 .

(45) ينظر: المصدر نفسه ، ص ص 127-128 .

(46) د. أكرم نشأت إبراهيم ، السياسة الجنائية ، مصدر سابق ، ص ص139-140 .

(47) لذا يخرج من نطاق هذا النظام الحالات التي يوجب فيها القانون على القاضي استبدال نوع معين من العقوبات المحددة لبعض الجرائم بعقوبات من نوع أخر ، وكذلك الحالات التي يمنح فيها المشرع للجهة المكلفة بتنفيذ العقوبة سلطة استبدالها بعقوبة من نوع أخر ، ففي الحالة الأولى نكون أمام وســـــــيلة من وسائل التفريد التشريعي للعقوبة ، وفي الحالة الثانية نكون بصدد وسيلة من وسائل التفريد التنفيذي لها. د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، مصدر سابق ، ص ص135-136 . فمن أمثلة الحالات التي يوجب فيها المشرع على القاضي استبدال العقوبة ، ما نصت عليه الفقرة (2) من المادة (22) من قانون العقوبات العراقي النافذ : (يحل السجن المؤبد محل الإعدام في الجرائم السياسية) . ةومن أمثلة الحالات التي يعطي المشرع سلطة الاستبدال للجهة المكلفة بتنفيذ العقوبة ما نصت عليه المادة (1/49) من قانون العقوبات السويسري لعام 1937 المعدل : (يجوز لسلطة التنفيذ أن تسمح للمحكوم عليه بإيفاء الغرامة المعاقب بها بعمل يؤديه لحساب الدولة أو الولاية) .

(48) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، مصدر سابق ، ص109 .

(49) د. باسم شهاب ، عقوبة العمل للنفع العام في التشريع الجزائري ، بحث منشور في مجلة الشريعة ، س27 ، ع56 ، الجزائر ، 2013 ، ص87 .

(50) د. حمودي الجاسم ، التعديلات الواجب إدخالها في قانون العقوبات العراقي حول تحديد العقوبة ، مطبعة الشعب ، بغداد ، 1963 ، ص ص134-135 .

(51) د. حسن علام ، العمل في السجون ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1960 ، ص29 ؛ نقلاً عن : د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مصدر سابق ، ص141 .

(52) ينظر: د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، المصدر السابق ، ص154 .

(53) تعرف الظروف القضائية المخففة بأنها : (عناصر أو وقائع أو أحوال موضوعية أو شخصية ، تضعف من جسامة الجريمة وتكشف عن ضالة خطورة الجاني ، وتسمح بتخفيف العقوبة المقررة قانوناً للجريمة وفق المعيار الذي يحدده القانون) . د. ماهر عبد شويش الدرة ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، مطبعة ابن الاثير للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1991 ، ص495 .

(54) ينظر: د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات-القسم العام ، مصدر سابق ، ص1108.

(55) ينظر: نوفل علي عبد الله الصفو ، مصدر سابق ، ص64 .

ومع ذلك يلاحظ أن التشريعات الجزائية تتفاوت فيما بينها في مدى السلطة التي تمنحها لقاضي في مجال تحديد هذه الظروف ، فبينما تمنحه بعض التشريعات سلطة موسعة في تحديدها ، تمنحه أخرى سلطة مقيدة في هذا المجال ، في حين تمنحه تشريعات أخرى سلطة نسبية في هذا المجال . ينظر في هذا المعنى : د. أكرم نشأت إبراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة ، مصدر سابق ، ص ص 159-168 .

(56) مثال هذه الحالات في التشريع العراقي : الظرف المحدد بموجب المادة (45) من قانون العقوبات والمتعلق بتجاوز حدود الدفاع الشرعي ، والظرف المحدد بموجب المادة (183) من القانون ذاته ، وأخيراً الظرف المحدد بموجب المادة (187) من القانون ذاته .

(57) ينظر: د. مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات – القسم العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1979 ، ص525 ؛ وكذلك: نوفل علي عبد الله الصفو ، مصدر سابق ، ص67 .

(58) ينظر: د.ماهر عبد شويش الدرة ، مصدر سابق ، ص495 .

(59) ينظر: يلماز إبراهيم محمد ، الظروف القضائية المخففة والأعذار القانونية ، بحث منشور في مجلة العدالة ، ع2 ، 1979 ، ص509 .

(60) ينظر: د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مطابع الرسالة ، الكويت ، 1982 . ، ص458 .

(61) ومن هذه التشريعات : التشريع الجزائي الفرنسي- بمقتضى- المواد (132-18 ، 132-9) من قانون العقوبات الجديد ، والتشريع الجزائي السوري بمقتضى المواد (243 ، 244 ، 245) من قانون العقوبات النافذ ، والتشريع الجزائي اللبناني بمقتضى- المواد (253 ، 254 ، 255) من قانون العقوبات النافذ .

(62) ومن هذه التشريعات : التشريع الجزائي العراقي بمقتضى- المادتين (131 ، 132) من قانون العقوبات النافذ ، والتشريع الجزائي الأردني بمقتضى المادتين (99 ، 100) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960 ، والتشريع الجزائي الليبي بمقتضى المادة (29) من قانون العقوبات لعام 1953 .

(63) كالتشريع الجزائي المصري الذي أشار إلى ذلك صراحة في المادة (17) من قانون العقوبات النافذة بقوله : (يجوز في مواد الجنايات إذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من اجلها الدعوى العمومية رأفـــة القضاة تبديل العقوبة على الوجه الأتي :

- عقوبة الإعدام بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة.
- عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن.
- عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة بعقوبة السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور.
- عقوبة السجن بعقوبة الحبس الذي لا يجوز أن تنقص عن ثلاثة شهور) .

(64) حيث كانت المادة (11) من هذا القانون تنص : (إذا حكم على شخص في جريمة عقوبتها الإعدام ، فللمحكمة إن رأت أن ظروف التهمة تستدعي الرأفة بالمتهم ، أن تبدل عقوبة الإعدام بالأشغال الشاقة المؤبدة ، وتذكر في الحكم الأسباب الداعية لعدم إصدار عقوبة الإعدام .

(65) المادة (132) من قانون العقوبات النافذ .