

مبدأ تفريد العقوبة تعليق على حكم المحكمة الدستورية الكويتية رقم ١ لسنة ٢٠١٨ "دستوري" الصادر بتاريخ ٢٤ أكتوبر ٢٠١٨

الدكتور/ أحمد حمد القحطاني*

الدكتور/ محمد ناصر التميمي**

ملخص:

في سابقة هي الأولى من نوعها منذ نشأتها، أبطلت المحكمة الدستورية في الحكم رقم ١ لسنة ٢٠١٨ نصاً قانونياً جزائياً استناداً لمبدأ تفريد العقوبة المعترف به في أغلب الأنظمة القانونية الجزائية، فتواءمت الظروف والمعطيات لتستجلي المحكمة عن الأساس الدستوري لهذا المبدأ ومفهومه ونطاقه، ما استتبعه طرح هذا الحكم على بساط التحليل والتعليق مستعينين في ذلك بما ورد في كتابات الفقه العربي والأجنبي حول هذا المبدأ وبعض تطبيقاته في القانون الكويتي. يقدم هذا التعليق نقداً للمفهوم والأسس الدستورية التي استندت عليها المحكمة في هذا المبدأ، مع بيان ما اكتنف تسببها من ضعف وعوار، مع اقتراح رؤى وفلسفة دستورية أخرى أكثر تجانساً وأصلب ارتكازاً لهذا المبدأ.

مقدمة:

التعريف بواقعات الحكم:

تتلخص واقعات الحكم في أن أحد المتهمين أمام دائرة الجنايات بالمحكمة الكلية طعن على دستورية المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب^(١) التي تنص على أنه: «لا تسقط بمضي المدة الدعوى الجزائية أو العقوبة المحكوم بها في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون. ولا يجوز تطبيق أحكام المادتين ٨١ و٨٢ من قانون الجزاء في شأن هذه الجرائم».

وكان الطاعن متهماً بناء على المادة ٣٧ من قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب التي تنص على أنه: «يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن

(*) الباحث الرئيس: قسم القانون الجزائي، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

(**) الباحث المشارك: قسم القانون الجزائي، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

(١) قانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الكويت اليوم، العدد ١١٣٣، السنة التاسعة والخمسون، ٢٦/٥/٢٠١٣، ص ٦.

نصف قيمة الأموال محل الجريمة ولا تجاوز كامل قيمتها أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يخالف أحكام المادة ٢٠^(٢) أو يقدم إفصاحاً كاذباً عن العملة أو الأدوات القابلة للتداول لصالح حاملها، أو يخفي عن عمد أو إهمال جسيم وقائع ينبغي الإفصاح عنها، وإذا كان مرتكب المخالفة شخصاً اعتبارياً يعاقب بغرامة لا تقل عن قيمة الأموال محل الجريمة ولا تجاوز ضعفها».

وأسس الطاعن طعنه على سند من أن المادة ٤٢ من القانون المذكور - المطعون بعدم دستوريته - قد حرمته من فرصة أن يستفيد من المادتين ٨١^(٣) و ٨٢^(٤) من

(٢) تنص المادة ٢٠ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب على أنه: "يتعين على كل شخص يدخل دولة الكويت أو يغادرها - تكون بحوزته عملات أو أدوات مالية قابلة للتداول لصالح حاملها أو يترتب لنقلها داخل دولة الكويت أو خارجها من خلال شخص أو خدمة بريد أو خدمة شحن أو بأي وسيلة أخرى - أن يفصح للإدارة العامة للجمارك عند الطلب عن قيمة تلك العملات أو الأدوات المالية القابلة للتداول لصالح حاملها، وللوحدة أن تطلع على هذه المعلومات متى طلبت ذلك. ويجوز للإدارة العامة للجمارك طلب معلومات من الناقلين من منشأ هذه العملة أو الأدوات المالية القابلة للتداول لصالح حاملها وعن أغراض استخدامها، كما يجوز لها ضبط بعض أو كل مبلغ العملة أو الأدوات المالية القابلة للتداول لصالح حاملها في أي من الحالتين التاليتين: أ - إذا كانت هناك دلائل كافية للاشتباه في أنها متحصلة من جريمة أو إنها أموال أو أدوات متعلقة أو لها صلة أو سيتم استعمالها للقيام بعمليات غسل الأموال أو تمويل الإرهاب. ب - في حالة الامتناع عن الإفصاح أو عن تقديم المعلومات عند الطلب، أو كان الإفصاح أو المعلومات خاطئة. ويصدر قرار من وزير المالية بالقواعد والإجراءات المتعلقة بتنفيذ هذه المادة".

(٣) تنص المادة ٨١ من قانون الجزاء الكويتي الصادر سنة ١٩٦٠ على أنه: "إذا اتهم شخص بجريمة تستوجب الحكم بالحبس، جاز للمحكمة، إذا رأت من أخلاقه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته أو تفاهة هذه الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام، أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب، وتكلف المتهم تقديم تعهد بكفالة شخصية أو عينية أو بغير كفالة، يلتزم فيه مراعاة شروط معينة والمحافظة على حسن السلوك المدة التي تحددها على ألا تجاوز سنتين، وللمحكمة أن تقرر وضعه خلال هذه المدة تحت رقابة شخص تعينه، ويجوز لها أن تغير هذا الشخص بناءً على طلبه وبعد إخطار المتهم بذلك. وإذا انقضت المدة التي حددتها المحكمة دون أن يخل المتهم بشروط التعهد، اعتبرت إجراءات المحاكمة السابقة كأن لم تكن، أما إذا أخل المتهم بشروط التعهد، فإن المحكمة تأمر - بناءً على طلب سلطة الاتهام أو الشخص المتولي رقابته أو المجني عليه - بالمضي في المحاكمة، وتقضي عليه بالعقوبة عن الجريمة التي ارتكبها ومصادرة الكفالة العينية إن وجدت".

(٤) تنص المادة ٨٢ من قانون الجزاء الكويتي على أنه: "يجوز للمحكمة إذا قضت بحبس المتهم مدة لا تجاوز سنتين أو بالغرامة، أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم، إذا تبين لها من أخلاق المتهم أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته ما يحمل على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام، ويوقع المحكوم عليه تعهداً بذلك مصحوباً بكفالة شخصية أو عينية أو بغير كفالة حسب تقرير المحكمة. ويصدر الأمر بوقف التنفيذ لمدة ثلاث سنوات تبدأ من يوم =

قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ واللتين تمنحان القاضي مكنة استخدام الرأفة والتخفيف من العقوبة عن طريق التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب أو الأمر بوقف تنفيذ العقوبة، وبالتالي يتضمن هذا الحرمان تقييد سلطة القاضي الجنائي في تفريد العقوبة، فيعمم هذه العقوبة على جميع المحكومين دون مراعاة للظروف الشخصية والموضوعية التي تتوافر أثناء ارتكاب الجريمة.

قبلت دائرة الجنايات في المحكمة الكلية هذا الدفع بعد أن استشفت جديته، فقضت بجلسة ١٧ ديسمبر ٢٠١٧، بوقف الدعوى أمامها وإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل فيه، وقيدت هذه الأخيرة الطعن، وأخطرت بذلك الطاعن والنيابة العامة وإدارة الفتوى والتشريع.

قدم الطاعن مذكرتين صمم فيهما على صحة دفعه، وأودعت النيابة العامة مذكرة في القضية - بصفتها جهة الاتهام ولتعلق المنازعة الدستورية بشق جزائي - انتهت فيها إلى رفض الدفع بعدم الدستورية؛ وأثناء نظر الدعوى قدمت إدارة الفتوى والتشريع - باعتبارها من نوي الشأن طبقاً للمادة ٢٠ من قانون إنشاء المحكمة الدستورية - مذكرة دفاع ختمتها بطلب رفض الدعوى.

استجابت المحكمة الدستورية لطعن المتهم، وحكمت بعدم دستورية المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب بما تضمنته من النص على أنه: «ولا يجوز تطبيق أحكام المادتين ٨١ و ٨٢ من قانون الجزاء في شأن هذه الجرائم».

المبدأ المستنتج من الحكم:

يستنتج من الحكم أنه يجب على المشرع، عند تحديده للعقوبة، أن يمنح القاضي مكنة تخفيف العقوبة والرأفة بالجاني؛ لذا فإن حرمان المشرع للقاضي الجنائي من وسائل تخفيف العقوبة الواردة في المادتين ٨١ و ٨٢ من قانون الجزاء يترتب عليه

= صيرورة الحكم نهائياً، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يصدر حكم بإلغاء وقف التنفيذ، اعتبر الحكم الصادر بالعقاب كأن لم يكن. ويجوز إلغاء وقف التنفيذ إذا صدر ضد المحكوم عليه، خلال مدة الوقف، حكم بالحبس من أجل جريمة ارتكبت خلال هذه المدة أو قبلها ولم تكن المحكمة تعلم بها عند الأمر بوقف التنفيذ، ويجوز إلغاء وقف التنفيذ أيضاً إذا تبين صدور حكم بالحبس قبل الأمر بالوقف ولم تكن المحكمة عالمة به، فإذا حكم بإلغاء الوقف، نفذت على المتهم العقوبة المحكوم بها، وصودرت الكفالة العينية إن وجدت، وتختص بإلغاء وقف التنفيذ المحكمة التي أمرت بالوقف، وكذلك المحكمة التي أصدرت ضد المحكوم عليه حكماً بالحبس خلال مدة الوقف، ويصدر الحكم بإلغاء الوقف بناءً على طلب سلطة الاتهام أو المجني عليه".

تعميم العقوبة على جميع المتهمين دون مراعاة ظروف الجريمة وملابساتها، ودون مراعاة ظروف المتهمين ولا سماتهم الشخصية، وهذا يخالف مبدأ تفريد العقوبة الذي يعد أحد المبادئ الدستورية التي تحكم قانون الجزاء.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية في الحكم موضوع التعليق إن: «السلطة التقديرية التي يباشرها القاضي في مجال تفريد العقوبة لا تقتصر - فحسب - على مجرد حقه في اختيار العقوبة المناسبة بين حديها الأقصى والأدنى إما بعقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن نصف قيمة الأموال محل الجريمة ولا تتجاوز كامل قيمتها، أو بإحدى هاتين العقوبتين طبقاً للمادة ٣٧ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، أو استعمال الرأفة في حق المتهم بالنزول بعقوبة الحبس إلى ثلث الحد الأقصى المقرر للجريمة طبقاً للمادة ٨٣ من قانون الجزاء، بل يتعين أيضاً أن تشمل تلك السلطة لزوماً حقه في التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب، أو الأمر بوقف تنفيذ العقوبة مراعاة لظروف الجريمة وملابساتها وسمات الجاني الشخصية».

وبينت أن: «النص المطعون فيه منع القاضي من استعمال سلطته التقديرية في التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب أو الأمر بوقف تنفيذ العقوبة، فيكون بذلك قد أهدر جوهر الوظيفة القضائية في شأن الجريمة محل الدعوى الجزائية بحرمان القاضي من تقدير العقوبة التي تناسبها، كما يكون هذا النص على ما سلف قد أخل بنظام التقاضي وأهدر ضوابط المحاكمة المنصفة للمتهم في مجال فرض العقوبة».

وأضافت المحكمة بالقول إنه: «كما يمثل هذا الأمر تدخلاً محظوراً من السلطة التشريعية في شؤون القضاء واستقلاله، مما يَصِمُّ ذلك النص بعيب مخالفته لأحكام المواد ٤٣ و ٥٠ و ١٦٣ من الدستور، ومن ثم فقد حَقَّ القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه، وذلك فيما تضمنه من عدم جواز تطبيق أحكام المادتين ٨١ و ٨٢ من قانون الجزاء في شأن الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب».

أهمية الحكم

يظهر حكم المحكمة الدستورية موضوع هذا التعليق أهمية بالغة من عدة جوانب؛ فمن ناحية، إن مسألة تفريد العقوبة التي نجد بعض تطبيقاتها في نصوص تشريعية جزائية متفرقة منذ صدور قانون الجزاء ١٩٦٠ والقوانين المكملة له قد اكتسبت مكانة دستورية بشكل واضح وجلي بناء على هذا الحكم، ولأول مرة تتطرق المحكمة الدستورية الكويتية في هذا الحكم لماهية مبدأ تفريد العقوبة، وتحدد المواد

الدستورية التي يستند عليها هذا المبدأ، ولأول مرة كذلك تبطل نصاً تشريعياً بذريعة مخالفته لمبدأ تفريد العقوبة بعد أن جعلت هذا الأخير في مصاف المبادئ الدستورية. ومن ناحية أخرى، تظهر أهمية هذا المبدأ في أن المحكمة الدستورية قد أعلت شأنه وجعلته ذا مرتبة دستورية تأسيساً على عدة مواد في الدستور، في حين أن تلك المواد جاءت خالية من الإشارة لذلك المبدأ بشكل جلي وواضح.

وأخيراً وليس آخراً، فإن الأهمية الكبرى في هذا الحكم تظهر في أثره، وهو أن أي نص قانوني يحرم القاضي الجنائي من استعمال وسائل الرأفة المنصوص عليها في المادتين ٨١ و٨٢ من قانون الجزاء سيكون بحكم اللزوم والمنطق عرضة للإبطال من قبل المحكمة الدستورية لمخالفته لمبدأ تفريد العقوبة.

منهجية وخطة التعليق على الحكم:

لما كان هذا الحكم الدستوري هو الأول من نوعه في أحكام المحكمة الدستورية الكويتية الذي يتطرق لمبدأ تفريد العقوبة من حيث التعريف والأسس الدستورية التي يقوم عليها، فلا بد لنا إذن أن نتطرق في تعليقنا على هذه المسائل بمنهج التحليل النقدي.

وارتأينا كذلك في معرض التعليق على هذا الحكم، استعراض موقف المجلس الدستوري الفرنسي في المبدأ ذاته وذلك لسببين: أولهما الثراء القانوني للتجربة الفرنسية في شأن مبدأ تفريد العقوبة، وثانيهما التقارب التشريعي بين القانونين الكويتي والفرنسي، ويعزز من ذلك أن مبدأ تفريد العقوبة في فرنسا باعتباره مبدأ دستورياً، يعتبر من المبادئ الحديثة نسبياً، وذلك بعد اعتراف المجلس الدستوري الفرنسي به بشكل صريح في سنة ٢٠٠٥، وكان ذلك بالإشارة إليه بمناسبة تعدادة لأهم المبادئ الدستورية في الشق الجزائي والتي يجب أن تحترم عند اختيار المشرع للمحاكمة الجزائية الموجزة التي تلي إقرار المتهم بالذنب.

ولا يفوتنا أخيراً أن نذكر أننا سنستعين بكتب الفقه الكويتي والعربي والأجنبي في نقدنا على الحكم الدستوري الكويتي محل التعليق.

وعليه سنتناول مفهوم مبدأ تفريد العقوبة (المبحث الأول) قبل أن نعرض على الأسس الدستورية التي يقوم عليها ذلك المبدأ (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم تفريد العقوبة

رسمت المحكمة الدستورية في حكم سابق لها معالم لمصطلح «تفريد العقوبة» بالقول إنه: «يبقى دور القاضي الجنائي قائماً، بتفريد العقوبة لتطويعها بما يكفل تناسبها مع الجريمة محلها، واتساقها وأحوال مرتكبيها، على ضوء دور كل منهم فيها، ومدى محاولة كل منهم الصادقة والجادة لدفعها، وبذله العناية الواجبة في ذلك، فلا يكون جزاء الجناة عن جريمتهم إلا موافقاً لخياراتهم بشأنها^(٥)؛ في حين أن الحكم القضائي الدستوري محل التعليق لم يعرف مبدأ تفريد العقوبة في ألفاظ مباشرة ومتصلة فيما بينها، لكن ذلك لم يحل دون القدرة على استنباط مفهوم هذا المبدأ من مجموع أسباب الحكم.

لذا من الممكن القول إن مبدأ تفريد العقوبة يقصد به - وفقاً لهذا الحكم القضائي - سلطة القاضي الجنائي في تخفيف عقوبة المدان عن طريق الأمر بوقف تنفيذها أو عدم النطق بها، والتي يجب على المشرع أن يمنحها للقاضي ليتمكن هذا الأخير من تقدير العقوبة بناء على جملة من العوامل الموضوعية المتصلة بالجريمة في ذاتها من جهة، وبالعناصر الشخصية التي تعود إلى مرتكبها من جهة أخرى. والحقيقة أنه بالنظر إلى قانون الجزاء الكويتي والكتابات الفقهية القانونية العربية منها والأجنبية، سيتبين لنا التصور القاصر لمبدأ تفريد العقوبة في الحكم الدستوري محل التعليق؛ لذا كان لزاماً علينا التوقف لتناول مفهوم تفريد العقوبة في الفقه ثم صوره في القانون الكويتي (المطلب الأول)، حتى نتمكن من إظهار القصور الوارد في الحكم محل التعليق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تفريد العقوبة في الفقه وفي القانون الكويتي

مع ظهور مبدأ الشرعية الجزائية في الوثائق الدستورية والذي يحصر حق تحديد الجريمة والعقوبة إلى السلطة المخولة بتشريع القوانين وفقاً للشكل والإجراءات الدستورية، دعت الكتابات الفقهية المتخصصة في قانون الجزاء المشرع إلى منح

(٥) المحكمة الدستورية، جلسة ١٤ نوفمبر ٢٠١١، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ "دستوري".

القاضي درجة من المرونة، وذلك أثناء اختياره للعقوبة وكيفية تحديدها وطريقة تنفيذها بغية تحقيق الهدف من وراء العقاب، ويكمن هذا الهدف بإقامة العدالة بحيث يشعر أفراد المجتمع بأن القانون يسري على الجميع، ويؤمن المحكوم عليه بأن ما ناله من عقاب سيطبق على كل فرد إذا ما ارتكب الفعل الذي ارتكبه، وكذلك تهدف العقوبة إلى الردع بصورتيه: الردع العام والردع الخاص^(٦)، حيث تمكن هذه المرونة من مراعاة الجوانب والظروف المحيطة بالواقعة الإجرامية أو المرتبطة بشخص فاعلها سواء أكان ذلك في تخفيف العقوبة أم تشديدها، وبالتالي يتم بذلك اختيار العقوبة المناسبة «للفرد» الجاني بعد إدانته.

إن مبدأ تفريد العقوبة، باعتباره مفهوماً قانونياً، نشأ إذن بفضل المشرع الجزائي صاحب الاختصاص الحصري في التجريم والعقاب بناء على دعوة وتنظير الفقه لهذا المفهوم (الفرع الأول)، ولم يكن المشرع الكويتي بدعاً من ذلك، حيث ترجم مبدأ تفريد العقاب في سياسته الجزائية في مواضع عدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

رؤية الفقه لمسألة تفريد العقوبة

استطاع فقهاء وفلاسفة القانون المعاصرون أن يقسموا طرق تفريد العقوبة التي تراعي جسامته الجريمة وشخصية المدان وظروفه إلى أنواع (ثانياً)، ولم تكن القدرة باستخلاص هذا التقسيم إلا بعد استيعاب مفهوم تفريد العقوبة الذي طرحه الفلاسفة في القرنين التاسع عشر والعشرين (أولاً).

أولاً - نشأة مبدأ تفريد العقوبة على يد الفقه:

لم يكن مصطلح تفريد العقوبة معروفاً لدى الفقه والقانون الجنائي قديماً، بيد أن فكرته كانت كانت متداولة تطبيقياً ومتناولة نظرياً تحت موضوع التناسب بين كل من العقوبة وأغراضها وظروف الجريمة وشخصية الجاني.

فمن الناحية العملية، كانت تقريباً جميع الأنظمة القانونية تتيح للقاضي قدراً من السلطة التقديرية تمكنه من اختيار العقوبة وفقاً لجملة معطيات سواء ظرفية موضوعية أو ظرفية شخصية؛ أما من الناحية النظرية، فتتفاوت الآراء والمدارس الفقهية القانونية حول ضرورة وجود هذا المبدأ وحول تأصيله.

(٦) انظر في موضوع الهدف من العقوبة: فايز عايد الظفيري، القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي (نظرية الجريمة والعقوبة)، الطبعة السادسة، ٢٠١٧/٢٠١٨، ص ٦٤٤ وما بعدها.

في كتابه المعلنون بـ "الجرائم والعقوبات" الصادر عام ١٧٦٤، دعا الفيلسوف الإيطالي بيكاريا المنتمي للمدرسة التقليدية في علوم الجريمة والعقاب - وهو أحد أبرز منظري مبدأ الشرعية الجزائية - إلى أن تكون القوانين الصادرة من الأمة عبر ممثلها هي وحدها التي تنص على العقوبات للجرائم^(٧)، وما دور القاضي في ذلك إلا التأكد من وجود القانون وانطباقه على الواقعة المعروضة أمامه وإصدار الحكم بالبراءة أو الإدانة فقط، دون أي مجال آخر لتحديد التجريم والعقاب، وغاية ذلك كما يقول بيكاريا، حتى لا تقع ضحايا لمزاجية القاضي من ناحية، ولا نرى المحكمة إياها تصدر في أوقات مختلفة عقوبات مختلفة على الجرائم نفسها من ناحية أخرى^(٨).

في الحقيقة إن فكرة بيكاريا، فيما يتعلق بثبات نوع ومقدار العقوبة مجردة عن شخصية الجاني^(٩)، كانت محل رفض من قبل المدارس العقابية المختلفة سواء السابقة لعصره أو اللاحقة، وذلك لتجاهلها التام للأحوال والظروف الشخصية للجاني.

فعلى مستوى الأديان والحضارات القديمة، عرفت اليهودية اختلاف العقوبة على حسب المكانة الاجتماعية للمذنب، فكانوا يقيمون العقاب على الضعيف دون الشريف^(١٠)، وكان للرومان نظام للعقوبات خاص للمواطنين «jus civile» تختلف فيه العقوبات عن الأجانب والعبيد «jus getium»^(١١)، أما بالنسبة للإسلام، فإن تفريد العقوبة يجد مجاله في الجرائم التعزيرية، مصداقاً لقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم:

(٧) تشيزاري بيكاريا، الجرائم والعقوبات، ترجمة يعقوب محمد حياتي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، إدارة التأليف والترجمة، ١٩٨٥، ص ٣٢.

(٨) تشيزاري بيكاريا، الجرائم والعقوبات، مرجع سابق، ص ٣٤ و ٣٥.

(٩) الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي بعد الثورة الفرنسية قد قنن فكرة بيكاريا في قانونه الجزائي الصادر عام ١٧٩١؛ حيث تبني هذا القانون نظام العقوبات الثابتة "le système de la fixité des peines" التي تحدد عقوبة واحدة في النوع والمقدار لكل جريمة دون إعطاء المحكمة أي مجال للاختيار، إلا أنه تخلى عن هذه الفكرة مع صدور القانون الجزائي لعام ١٨١٠. انظر في ذلك:

Jean-Marie Carbasse, Introduction historique au droit pénal, collection Droit fondamental, Puf, 1990, n° 192; André Giudicelli, Le principe de la légalité en droit pénal français, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (RSC), 2007, 509.

(١٠) محمد العايب، تفريد العقوبة الجزائية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة ١، ٢٠١٥/٢٠١٦، هامش ص ٣٩.

(١١) المرجع السابق.

«أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود»، وبناء على هذا الأثر دعا الفقه الإسلامي إلى ضرورة مراعاة حال المذنب عند توقيع العقوبة التعزيرية عليه^(١٢).

وعلى صعيد المدرسة التقليدية نفسها التي ينتمي لها بيكاريا، رفض المفكر والفيلسوف بينتام ما أخذ به قرينه بيكاريا فيما يتعلق بثبات نوع العقوبة ومقدارها، فقرر بينتام أن القانون الذي يضع عقوبة لجريمة دون النظر للعوامل المحيطة بها والتي من بينها شخصية الجاني، هو قانون غير عادل، ظاهره المساواة وباطنه الإجحاف^(١٣). وبهذا الرأي انطلقت فكرة تفريد العقوبة واهتم بها رجال المدرسة التقليدية الحديثة في القرن التاسع عشر، فكانت دائماً شخصية المجرم محل اعتبار في اختيار العقوبة.

وكان للتقليديين الجدد الفضل في وضع العقوبة بين حدين أقصى وأدنى ليتمتع القاضي بقدر من الحرية في اختيار العقوبة التي تتناسب مع شخصية الجاني، وكذلك ظهور نظام الظروف المخففة والمشددة التي تستند بشكل أساسي على شخصية المجرم^(١٤).

على أية حال، فإن المدرسة التقليدية في طورها الأول والحديث، تمسكت بفكرة أن القانون وحده هو صاحب السيادة في فلسفة تفريد العقوبة، وأنه يجب على القاضي الالتزام بما يتيح له القانون من سلطة تقديرية في مجال العقوبة، مع الرفض التام لإعطائه سلطة مطلقة في تشديدها أو تخفيفها.

بمقابل المدرسة التقليدية، ظهرت المدرسة الوضعية العلمية بزعامة أستاذ الطب الشرعي لمبروزو، التي رأت أن المدارس التقليدية تنطلق من أسس نظرية وفلسفية بحتة، تتصادم مع التجربة، ولا تقي من الجريمة والعود إلى ارتكابها.

ومع الاهتمام بدراسة سلوك الإنسان، تؤكد المدرسة الوضعية على ضرورة

(١٢) حول تفريد العقوبة في الفقه الإسلامي، انظر: عماد محمد رضا التميمي، التفريد الجزائي: مفهومه وتأصيله الشرعي على ضوء مقاصد الشارع من العقاب، دراسة فقهية قانونية مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد ١٢، العدد ٢، ٢٠١٦، ص ١٢١. انظر كذلك: حسن بن علي آل حامد الفقيه، تفريد العقوبة التعزيرية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٨ هجري.

(١٣) جيريمي بنتام، أصول الشرائع، الجزء الأول، ترجمة أحمد فتحي زغلول، القاهرة، ١٣٠٩ هجري، ص ٤٧ و ٤٨.

(١٤) سليمان عبد المنعم، أصول علم الإجرام والجزاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ٤٤١ و ٤٤٢.

الأخذ بالاعتبار شخصية المجرم عند تحديد العقوبة، ليس لأن الجريمة سلوك يختاره الإنسان، وإنما لأنها نتيجة عوامل نفسية واجتماعية وكذلك بيئية^(١٥)؛ وهكذا فإن مسألة تفريد العقوبة لديهم تنطلق على أساس الردع الخاص دون أهمية للردع العام؛ لأن الجريمة ليست خياراً إنسانياً، وإنما نتيجة حتمية لعوامل داخلية وخارجية يختلف تأثيرها من جانبٍ لآخر^(١٦)، بالتالي لا يتصور لديهم وضع حدود للعقوبة يتقيد بها القاضي، فكل مجرم له جزاء يناسبه حسب تأثير العوامل المختلفة عليه.

وفي إطار المدرسة الوضعية كذلك، ظهرت مدرسة حركة الدفاع الاجتماعي على يد الإيطالي فيليبو جراماتيكا الذي تبنى فكرة سياسية اجتماعية لمواجهة الجريمة بدلاً من النظام القانوني، وذلك بسبب تركيز اهتمامه على شخص الفرد المجرم، فيرى أن الدولة لا يجب أن يكون لها الحق في العقاب بحجة الردع العام والخاص لمرتكبي الجريمة، بل يجب عليها إصلاح وتأهيل أفراد المجتمع الجانحين والارتقاء بهم^(١٧).

إلا أن هذه الفلسفة شذبت نفسها على يد رجالها بعد الحرب العالمية الثانية، وخاصةً عبر الفرنسي مارك آنسل في كتابه الشهير «الدفاع الاجتماعي الجديد»، حيث قام بتهديب مبادئ الحركة في إطار الشرعية القانونية والإجرائية، فقد جمع في كتابه هذا الأسس التي تنطلق منها المدرسة الوضعية في الاهتمام بشخص الجانح ومراعاة ظروفه الاجتماعية والنفسية عند تقدير العقوبة أو عند اتخاذ التدابير الاحترازية، على أن يتم تطبيق العقوبات والتدابير مع ضرورة الاحترام لمبدأ الشرعية وسيادة القوانين التي تحمي الحقوق والحريات^(١٨).

إن جميع آراء الفقه والمدارس السابقة، وإن كانت قد اهتمت بشخصية مرتكب الجريمة أثناء تقدير العقوبة، فإنها لم تتناول مسألة تفريد العقاب بدراسة قانونية اجتماعية مستفيضة إلى أن ظهر أستاذ القانون رايمون سالاي.

ففي عام ١٨٩٨ ألف سالاي كتابه «تفريد العقوبة: دراسة في الجرم الاجتماعي»

(١٥) انظر: حسن أكرم نشأت، علم الانثروبولوجيا الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٣٣ وما بعدها.

(١٦) رؤوف عبيد، أصول علمي الإجرام والعقاب، دار الجيل للطباعة، مصر، دون سنة نشر، ص ١١٢ وما بعدها.

(١٧) انظر للتفصيل: Filippo Gramatica, Principes de défense sociale, CUJAS, Paris, 1964, p. 30 et s.

(١٨) انظر للتفصيل: Marc Ancel, La défense sociale nouvelle, 3e édition, CUJAS, Paris, 1981.

وأعاد طبعه مرتين مع بعض الإضافات في عامي ١٩٠٨ و ١٩٢٧^(١٩)، حيث استعرض في كتابه الأصول التاريخية والأسس الفنية التي تقوم عليها مسألة تفريد العقاب لتتناسب مع شخصية من ينطبق عليه العقاب، وبين كذلك كيفية إدراج هذا التفريد في القوانين بحيث تطرق لمسألة التفريد التشريعي الذي يقوم به المشرع أثناء تحديد العقوبات للجرائم، ودعا وشدد أيضاً حول ضرورة إتاحة المجال للقاضي لممارسة التفريد وأسماء التفريد القضائي، دون نسيان ضرورة إتاحة التفريد للمؤسسات العقابية المتخصصة بتنفيذ العقوبات لتمارس ما سماه بالتفريد التنفيذي للعقوبة؛ بعد هذا المؤلف، دأب الفقه إلى تعداد هذه الأنواع الثلاثة التي يكون فيها مراعاة لشخصية الخاضع أو من سيخضع للعقوبة الجزائية.

ثانياً - أقسام تفريد العقوبة:

منذ أن ظهر الاهتمام بشخصية المجرم والمحاولة في وضع معادلة عقابية لكل مجرم على حدة، وذلك هو موضوع نظام تفريد العقوبة، استطاع الفقه أن يقسم كيفية هذا النظام من حيث مراعاة شخصية الجاني وظروفه إلى أقسام ثلاثة متفق عليها.

١ - التفريد التشريعي للعقوبة:

يقصد بالتفريد التشريعي هو أن يخصص المشرع العقوبات المتنوعة وتعدد طرق تنفيذها للجرائم المختلفة مراعيًا ضرورة وجود معايير متعلقة بشخصية الجاني^(٢٠).

فالمشرع عندما يحدد عقوبة لجريمة ما، يأخذ في الاعتبار مدى جسامته الفعل واعتدائه على مصالح المجتمع في المقام الأول دون أن يهتم بشخصية مرتكب الجريمة بشكل أساسي، حيث يترك تناسب العقوبة بالنظر إلى شخصية الجاني، في أغلب الأحوال، إلى القاضي.

فعندما يحدد المشرع حداً أدنى وحداً أعلى للعقوبة، ويقدر ظروف مشددة

(١٩) أعيد نسخ الطبعة الثالثة عام ٢٠٠١ مع بعض المقالات التي تتناول التعليق على الكتاب. انظر: L'individualisation de la peine: De Saleilles à aujourd'hui, sous la direction de Reynald Ottenhof, érès, Ramonville Saint-Agne, France, 2001.

(٢٠) أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٦ وما بعدها؛ خالد سعود الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني، دراسة مقارنة: مصر، فرنسا، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، ٢٠٠٧، ص ٨ وما بعدها.

ومخففة لها، فهو بذلك يفرد العقوبة بشكل عام تاركاً للقاضي التفريد الخاص، وفي بعض الأحوال، يتدخل المشرع ليشدد العقوبة أو يخففها بالنظر إلى شخصية الجاني أو حالته النفسية والاجتماعية، مثل تخفيف عقوبة الأحداث وتخفيف العقوبة أو تشديدها بناء على درجة القرابة في الجرائم الجنسية.

ويرى البعض أن هذا التفريد يعتبر تفريداً مجازياً غير حقيقي^(٢١)، لأن المشرع لا يستطيع معرفة المتهم ولا حالته البيولوجية والنفسية والاجتماعية بشكل دقيق، بالتالي فإن ما يقوم به المشرع هو تفريد مجرد يخلو من التطبيق على شخص معين بذاته، وما هذا إلا اتجاه عام في تقدير العقوبة لتناسب مع خطورة المجرم.

٢ - التفريد القضائي للعقوبة:

تتنوع التعريفات الفقهية التي تتناول مفهوم التفريد القضائي للعقوبة تبعاً للفلسفة التي يتبناها الفقيه^(٢٢)، ويقصد به في المجمل ملائمة الاختيار التي يقوم بها القاضي في تقديره للعقوبة من حيث نوعها وكيفية تنفيذها ومدتها ووفقاً لظروف الجريمة وحالة مرتكبها الشخصية بالذات، وله في ذلك الاستعانة بمن يراه من الخبراء والباحثين وغيرهم، إلا أنه يجب عليه في ذلك الالتزام بالحدود القصوى والدنيا للعقوبة المقررة في القانون احتراماً لمبدأ الشرعية.

٣ - التفريد التنفيذي للعقوبة:

ويقصد به قيام المؤسسات القائمة على تطبيق العقوبة بتنفيذها بطريقة مناسبة تنسجم مع حالة المجرم^(٢٣).

ويعتبر هذا النوع من التفريد ذا أهمية كبرى باعتباره يسد نقص التفريد التشريعي والقضائي، فمن خلاله يُتنبأ بحالة الفرد المجرم المستقبلية ودرجة خطورته ومدى إصلاحه وكيفية إعادة دمجه بالمجتمع.

(٢١) Raymond Saleilles, L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale, in

L'individualisation de la peine: De Saleilles à aujourd'hui, sous la direction de

Reynald Ottenhof, érès, Ramonville Saint-Agne, France, 2001, p. 27;

أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٦ وما بعدها.

(٢٢) فهد هادي حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤، ص ٢٥ وما بعدها.

(٢٣) هشام علالي، التفريد التنفيذي للعقوبة السالبة للحرية بين القانون والواقع، مجلة القضاء الجنائي، الرباط، العدد ٥-٦، ٢٠١٧، ص ٣١.

ومما يجدر ملاحظته والتنويه عليه في هذا المقام أن مسألة التفريد بصورها الثلاث لا تعني بالضرورة تخفيف العقوبة فقط، وإنما تشمل كذلك، بالنظر لشخصية الجاني وأفعاله، الحرمان من الاستفادة من تخفيف العقوبة أو تشديدها أيضاً. إن مسألة التفريد العقابي بهذه الصور الثلاث المذكورة أعلاه تجد لها صدى في جميع الأنظمة القانونية المعاصرة تقريباً ومن ضمنها النظام القانوني في الكويت.

الفرع الثاني

تبني القانون الكويتي لنظام تفريد العقوبة

من السهولة لمتصفح القانون الكويتي أن يجد حضوراً واضحاً لمبدأ تفريد العقوبة بأقسامه الثلاثة، منها ما ورد في القسم العام (أولاً) والقسم الخاص (ثانياً) من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ والقوانين المكملة له، وفي قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ (ثالثاً).

أولاً - تفريد العقوبة في القسم العام من قانون الجزاء:

احتوى القسم العام من قانون الجزاء على الثلاثة أقسام من مبدأ تفريد العقوبة التي ذكرناها آنفاً، وهي التفريد التشريعي والتفريد القضائي والتفريد التنفيذي.

ففيما يتعلق بالتفريد التشريعي، فإن المشرع الكويتي قدر عقوبات مخففة أو مجرد تدابير بالنسبة للأحداث الذين تجاوزت أعمارهم سن الخامسة عشرة ولم تتجاوز الثامنة عشرة، وذلك مراعاة لضعف تقدير نتائج الأفعال التي يقوم بها الجانح في هذا السن؛ بل أكثر من ذلك وإمعاناً في تشخيص العقوبة وتفريدها، فالأحداث الذين تقل أعمارهم عن الخامسة عشرة ليسوا محلاً للعقوبات الجزائية بل يطبق في شأنهم تدابير أوردها المشرع على سبيل الحصر.

كذلك يعد من حالات التفريد التشريعي حالة جواز تخفيف العقوبة عن الشخص الذي تعدى حدود الدفاع الشرعي بحسن نية.

ويعد أيضاً من التفريد التشريعي للعقوبة المنصوص عليه في القسم العام من قانون الجزاء الصادر ١٩٦٠ حالة الإعفاء الوجوبي للعقوبة في جريمة الاتفاق الجنائي المنصوص عليها في المادة ٥٦ التي تنص على: «ويعفى من العقاب كل من بادر بإخبار السلطات العامة بوجود اتفاق جنائي وبمن اشتركوا فيه، قبل قيامها بالبحث والتفتيش وقبل وقوع أية جريمة، فإذا كان الإخبار بعد البحث والتفتيش، تعين أن يوصل فعلاً إلى القبض على المتفتشين الآخرين».

وفيما يتعلق بالتفريد القضائي للعقوبة، وهي مكنة القاضي لاختيار العقوبة بناءً على شخصية المتهم والظروف التي ارتكبت فيها الجريمة، فالقسم العام من قانون الجزاء آنف الذكر خصص لها خمس مواد تتعلق بتخفيف العقوبة أو تشديدها أو عدم نفاذها أو عدم النطق بها؛ وفيما يتعلق بالتشديد، فالمادتان ٨٥ و ٨٦ من هذا القانون تتيحان للمحكمة - وفقاً لبعض الشروط - تشديد العقوبة على الجاني إذا كان عائداً للجريمة بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة بشرط عدم مجاوزة ضعف هذا الحد؛ أما فيما يتعلق بالتخفيف، فالمادة ٨٣ من قانون الجزاء تتيح للمحكمة أن تستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الحبس المؤبد أو الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن عشر سنوات، وأن تستبدل بعقوبة الحبس المؤبد الحبس المؤقت الذي لا تقل مدته عن سبع سنوات، ويجوز أن تقل عقوبة الحبس المؤقت عن الحد الأدنى المقرر للجريمة بشرط ألا تقل عن ثلث الحد الأقصى المقرر للجريمة، والمادة ٨١ تجيز للمحكمة أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب بدلاً من توقيع عقوبة الحبس، في حين أن المادة ٨٢ تعطي المحكمة الحق في أن تأمر بوقف تنفيذ العقوبة إذا قضت بحبس المتهم مدة لا تجاوز سنتين أو بالغرامة.

وبالنسبة للتفريد التنفيذي للعقوبة، فالقسم العام من قانون الجزاء الكويتي نظم في المواد من ٨٧ حتى ٩١ نظام الإفراج الشرطي عن المحكوم عليه بعقوبة الحبس إذا حسنت سيرته وسلوكه خلال فترة حبسه؛ ويقصد بهذا النظام وفقاً للمادة ٨٧ إطلاق سراح المحكوم بالحبس إذا قضى ثلاثة أرباع المدة في حالة الحبس المؤقت أو عشرين سنة في حالة الحبس المؤبد. ويعتبر هذا النظام من وسائل التفريد التنفيذي لأن القائم على تطبيقه هو النائب العام الذي يختص بمتابعة تنفيذ العقوبات وإصدار أوامر الإفراج الشرطي.

ثانياً - تفريد العقوبة في القسم الخاص من قانون الجزاء:

يعبر القسم الخاص من قانون الجزاء الصادر رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ عن القيم والمصالح التي يرى المشرع وجوب حمايتها بمعاقبة من يعتدي عليها، وخضوعاً لمبدأ الشرعية، يحدد المشرع العقوبات المناسبة لانتهاك هذه القيم مراعيًا بذلك تناسب العقوبة بالنظر إلى جسامة الانتهاك والأضرار المترتبة عليه من ناحية، وتناسبها بالنظر إلى حال وشخصية مرتكبها من ناحية أخرى.

إلا أن مراعاة شخصية الجاني غير متصورة في غالب الأحوال؛ لأن المشرع لا يمكنه معرفة الجاني، لذلك من الأجدر، والحال غالباً كذلك، أن تكون مسألة تفريد العقوبة وتشخيصها في هذه الحالة بيد القاضي، وتكون وسيلة المشرع في تفريد

العقوبة في هذا الموضع هي وضع عقوبة مرنة بيد القاضي تتناسب مع جميع الشخصيات المحتملة لمرتكبي الجرائم.

إذن فوجود تفريد العقوبة التشريعي في القسم الخاص من قانون الجزاء يكمن بصورة أساسية في وجود حد أعلى وحد أدنى للعقوبات، وهذا هو الملاحظ في أغلب الجرائم الواردة بالقسم الخاص؛ وفي إطار اختيار العقوبة بين حديها من قبل القاضي، نجد التفريد القضائي هو الذي يبرز عند اختيار العقوبة بعد قيام الإدانة ضد مرتكب الجريمة.

علاوة على ذلك، نجد في القسم الخاص، بعض الصور التي نستجلي منها أن المشرع قام بتفريد العقوبة بشكل مباشر وأخذ في الاعتبار الظروف الشخصية لمرتكب الجريمة، سنذكر منها بعض الصور على سبيل المثال وليس الحصر.

فمثلاً، نجد صورة من صور تفريد العقوبة تتمثل في إعفاء مرتكب الجريمة من العقوبة إذا ساهم في مساعدة السلطات عن كشف مرتكبي الجريمة الآخرين معه أو كشف عن الأدلة.

وقد يكون هذا التفريد تفريداً تشريعياً بحيث يكون الإعفاء مباشرة من المشرع، أو قد يكون تفريداً قضائياً بحيث يجيز القانون للقاضي أن يعفي المجرم من العقاب دون أن يكون ملزماً بذلك؛ ومن أمثلة ذلك ما ورد في المادة ٣٩ من القانون ٣١ لسنة ١٩٧٠ المعدل لبعض مواد قانون الجزاء التي تنص على وجوب إعفاء الراشي أو الوسيط من العقوبة إذا أخبر السلطات بجريمة الرشوة ولو بعد تمامها. وكذلك المادة ٣١ من قانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب التي تجيز للمحكمة أن تعفي مرتكب جريمة غسل الأموال أو تمويل الإرهاب من العقوبة إذا بادر بإبلاغ الشرطة أو النيابة العامة أو المحكمة المختصة بمعلومات لم تستطع الحصول عليها بطريق آخر، وذلك لمساعدتها في منع ارتكاب جريمة غسل أموال أو تمويل إرهاب أو الحصول على أدلة بشأنها أو الحد من آثارها.

وإمعاناً في تفريد العقاب بناء على شخصية الجاني، نص المشرع في المادة ١٤٩ مكرر من قانون الجزاء، على عقوبة الإعدام لمن استخدم الجواهر السميّة في جريمة القتل العمد على خلاف القتل بوسيلة أخرى التي من الممكن أن تكون عقوبتها الإعدام أو الحبس المؤبد، والسبب في ذلك كما أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الجزاء - الذي أضاف هذه المادة - أن جريمة القتل بهذه الوسيلة تكشف عن روح الغدر والخيانة لدى مرتكبها؛ وفي جريمة القتل كذلك، ونظراً لحالة مرتكب الجريمة الشخصية، خفف المشرع في المادة

١٥٣ من قانون الجزاء عقوبة القتل وجعلها جنحة بدلاً من جناية في حالة الرجل الذي يقتل أمه أو زوجه أو أخته وهي متلبسة بجريمة الواقعة أو الزنا.

بشكل عام، من الممكن أن يدخل في مفهوم التفريد التشريعي للعقوبة، جميع الظروف سواء تلك التي تشدد العقوبة أو تلك التي تخففها المرتبطة بشخص الجاني أو بشخص المجني عليه، فعندما يشدد المشرع العقوبة على من يرتكب جريمة واقعة بقاصر أو بمجنونة، فقد راعى هنا ليس فقط مسألة ضعف الإدراك لدى المجني عليها وإنما أيضاً درجة الخطورة الإجرامية لدى الجاني بحيث لم يراعِ ضعف صحته.

ثالثاً - تفريد العقوبة في قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية:

في مرحلة ما بعد المحاكمة والإدانة، يظل مبدأ تفريد العقوبة ملازماً للشخص المحكوم عليه ولا ينتهي حتى تنقضي آثار الحكم الجنائي كاملاً، ينتج عن ذلك العديد من وسائل تفريد العقوبة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، وهذه الوسائل إما أن تكون من وسائل التفريد التشريعي أو التفريد القضائي أو التفريد التنفيذي.

فمن وسائل التفريد التشريعي التي أخذ المشرع فيها الاعتبار بالنظر إلى شخصية المجرم، رد الاعتبار القانوني الوارد في المادة ٢٤٥ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠، فمن خلاله يرى المشرع أن مرور مدة زمنية محددة - عشر سنوات بالنسبة لعقوبة الجناية وخمس سنوات لعقوبة الجنحة - بعد تنفيذ العقوبة أو سقوطها بالتقادم أو العفو عنها كفيل بأن يجعل المحكوم حسن السيرة، فتزول جميع آثار العقوبة بالنسبة للمستقبل. يعد أيضاً من التفريد التشريعي، بسبب الحالة الاجتماعية للمجرم، ما ورد في المادة ٢١٨ من قانون الإجراءات من عدم جواز تنفيذ الحكم بالإعدام على المحكوم عليها الحامل ووضعت جنينها حياً.

أما عن وسائل التفريد القضائي، والتي ينظر من خلالها القاضي إلى الحالة الشخصية للمتهم، نجد وسيلة رد الاعتبار القضائي، فبالنظر إلى حسن سيرة المحكوم بعد مدة من تنفيذ العقوبة أو تقادمها أو العفو عنها - خمس سنوات بالنسبة لعقوبة الجناية أو ثلاث سنوات بالنسبة لعقوبة الجنحة - يجوز للقاضي منح رد الاعتبار إلى المحكوم عليه ومحو آثار إدانته.

ويدخل أيضاً في وسائل التفريد القضائي تلك السلطة الممنوحة للقاضي في المادة ٢٢١ من قانون الإجراءات والتي من خلالها يجوز للقاضي أن يأمر بتدخل تنفيذ عقوبة الحبس مع عقوبة حبس أخرى إذا رأى أن تطبيق العقوبة الأشد كفاياً لإصلاح السجين دون تطبيق للعقوبات الأخف.

أما تفريد عقوبة الغرامة القضائي، فنجد سنده في المادتين ٢٣٠ و ٢٣٣ من قانون الإجراءات الجزائية آنف الذكر، التي يكون فيها للقاضي السلطة في أن يمنح المحكوم عليه أجلاً لسدادها أو تقسيطها متى ما رأى أن ظروف المحكوم عليه تبرر ذلك.

وفيما يتعلق بالتفريد التنفيذي للعقوبة، تنص المادة ٢٣٥ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية على أن لمدير السجن أن يستبدل عقوبة الحبس البسيط التي لا تتجاوز ستة أشهر، أو يستبدل الأمر بالإكراه البدني لمن لم يسدد عقوبة الغرامة بالعمل لصالح الحكومة، وأيضاً في المادة ٢٣٠ من هذا القانون يجوز لرئيس الأمن العام وهو وزير الداخلية أن يمنح المحكوم عليه بالغرامة أجلاً لسدادها أو تقسيطها متى ما رأى أن ظروف المحكوم عليه تبرر ذلك.

وأخيراً يعد العفو الأميري عن العقوبة الوارد في المادة ٢٣٩ من قانون الإجراءات الجزائية من أهم الوسائل في القانون الكويتي التي من خلالها يكون لسلطة تنفيذ العقوبة ممارسة تفريد العقوبة.

بعد أن تناولنا مفهوم مبدأ تفريد العقوبة ونشأته وصوره في القانون الكويتي، يمكننا إذن أن نستعرض موقف حكم المحكمة الدستورية محل التعليق من ذلك.

المطلب الثاني

نقد مفهوم تفريد العقوبة في الحكم رقم ١ لسنة ٢٠١٨

بالنظر إلى مبدأ تفريد العقوبة، يقرر الحكم الدستوري محل التعليق أنه حتى تكون العقوبة مشروعة دستورياً، فإنه يتعين على المشرع أن يترك للقاضي تقدير العوامل الموضوعية المتصلة بالجريمة والعناصر الشخصية المرتبطة بشخص مرتكبها، وفي حال مخالفة ذلك، يكون المشرع قد وضع عقوبة بغير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها.

وتطبيقاً لذلك، قررت المحكمة الدستورية في الحكم المعلق عليه أنه حتى تكون العقوبة مشروعة يجب أن يباشر القاضي سلطته في مجال التدرج بها وتجزئتها والتقرير بالامتناع عن النطق بها أو الأمر بوقف تنفيذها في الحدود المقررة قانوناً.

الحقيقة أن هذا المفهوم جدير بالنقد لسببين: أولهما المماهة والمزج بين مبادئ قانونية مختلفة شكلاً وجوهرًا، وهي مبدأ تفريد العقوبة ومبدأ ضرورة وتناسب العقوبة (الفرع الأول)، وثانيهما التناقض بين عناصر تركيبه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الخلط بين مبدأ تفريد العقوبة ومبدأ ضرورة وتناسب العقوبة

مبدأ ضرورة العقوبة La nécessité de la peine هو أن يقوم المشرع الجزائي بالانتقاص من حقوق وحرّيات الأفراد من أجل حماية مصلحة جماعية أو قيمة معينة أولى في الاعتبار، إلا أن هذا المبدأ يرتبط ارتباطاً وثيقاً مع مبدأ آخر وهو مبدأ تناسب العقوبة La proportionnalité de la peine، ويقصد به أنه يجب على المشرع، حين يقرر ضرورة العقاب، أن يوازن بين الانتقاص من الحقوق والحرّيات بالقدر اللازم لحماية المصلحة أو القيمة.

ويجد هذان المبدآن أساسهما في مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة المنصوص عليه في المادة ٣٢ من الدستور؛ وتعتبر المحكمة الدستورية في أحكام سابقة لها عن ذلك بقولها إن: "مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة الذي يخول المشرع بموجب سلطته التقديرية - التي يمارسها وفقاً للدستور - الحق في إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها، وإن اتخذ هذا المبدأ من كفالة الحرية الشخصية بنياناً لإقراره، وأساساً لتأكيد، إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد محتواه ومضمونه، بحيث لا يكون إنفاذه إلا بالقدر اللازم الذي يكفل صونها^(٢٤)."

فبعد أن يحدد المشرع السلوك المجرم الذي يقدر أنه يضر بمصلحة أو قيمة معتبرة، يقدر ما يتناسب معها من عقوبة رادعة وفعالة في حمايتها، وفي إطار بحثه عن العقوبة المناسبة، فهو في الحقيقة يملك سلطة تقديرية واسعة باعتباره معبراً عن إرادة الشعب، فلا أحد يمكنه مثلاً أن ينازع المشرع في سبب اختياره لنوع عقوبة الغرامة بدلاً من الحبس أو العكس، ولا يجوز لأحد منازعته في مقدارهما ولا في تحديد حديهما الأقصى أو الأدنى، أو في تحديد ظروف التخفيف أو التشديد عن العقوبة وهكذا.

فهذه السلطة تدخل ضمن مفهوم السياسة في كيفية مواجهة الظواهر الإجرامية وفي كيفية معالجة الاعتداء على المصالح المحمية من قبل المشرع، ولا شك أننا حين نتحدث عن سياسة شأن من الشؤون، فإن الاختصاص فيه يكون للسلطات السياسية

(٢٤) المحكمة الدستورية، جلسة ٢٢ أبريل ٢٠٠٨، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٦) لسنة ٢٠٠٧ "دستوري"؛ المحكمة الدستورية، جلسة ٢٦ يوليو ٢٠٠٦، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٦) لسنة ٢٠٠٦ "دستوري".

في الدولة - أي السلطتين التشريعية والتنفيذية - في الحدود المرسومة لهما وفقاً للدستور، بالتالي لا يجوز في هذه الحالة أن تحل السلطة القضائية محل السلطات السياسية لتراقب مدى مناسبة العقوبة مع جسامه الفعل.

فعلى سبيل المثال، لا يجوز للمحكمة الدستورية أن تبطل نصاً تجريمياً بذريعة أن العقوبة التي فرضها المشرع على ارتكاب الفعل لا تلائم الضرر المترتب عليها باعتبارها عقوبة غير رادعة، وكذلك لا يجوز لها إبطال نص تجريمي بحجة أن العقوبة التي وضعها المشرع عقوبة مغالية، فإن هي فعلت ذلك، فقد زحفت على حق المشرع في تقديره السيادي للملاءمة ولسياسته الجزائية؛ وذلك لأن المشرع الجزائي، في سبيل اختيار العقوبة المناسبة، يراعي مدى جسامه الفعل وما ينتج عنه من مساس بالمصالح والقيم والعوامل والظروف الموضوعية التي تحيط به، وله كذلك أن يراعي الظروف الشخصية إذا ما أراد كما بينا في المطلب الأول.

وبناء عليه فإن ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية من القول إن القاضي هو الذي يراعي العوامل الموضوعية يكون قد خلط بين مبدأ تناسب العقوبة ومبدأ تفريد العقوبة.

والتساؤل المطروح في هذا المعرض يتمحور حول كيفية احترام مبدأ تفريد العقوبة من قبل المشرع وخاصة فيما يتعلق بالتفريد القضائي للعقوبة من جهة؟ وكيفية الموازنة بينه وبين حقه في اختيار العقوبة المناسبة من جهة أخرى؟

أجاب عن هذا السؤال المجلس الدستوري الفرنسي بمناسبة سؤاله حول مدى مشروعية وضع حد أدنى لا يجوز النزول عنه، وحد أقصى لا يجوز التجاوز عليه في عقوبات الغرامة في بعض الجرائم، فقرر المجلس الدستوري أن «مبدأ تفريد العقوبة لا يكون عقبة أمام المشرع في وضع الضوابط التي يرى أنها لازمة لجعل العقوبة فعالة ورادعة، وبما أن المشرع قد منح القاضي حرية اختيار العقوبة بين حدين: أقصى وأدنى، حيث يراعي القاضي في هذا الإطار جسامه الفعل وظروف وقوعه والحالة الشخصية والمادية للمتهم، فإن المشرع لا يكون بذلك قد انتهك مبدأ تفريد العقوبة^(٢٥).

وقد عبر المجلس الدستوري الفرنسي في أحكام سابقة له عن ضرورة احترام حق المشرع في وضعه للسياسات الجزائية لمكافحة الجريمة، فقد أكد أنه لا يحق

للمجلس الدستوري أن يحل محل البرلمان في تقديره لمدى تناسب العقوبة مع موضوع الجريمة^(٢٦) باعتبار أن حق المشرع هذا يستمد من صفته بتمثيل الشعب^(٢٧).

أما في الحكم الدستوري محل التعليق، يظهر الخلط بين مبدأي تفريد العقوبة وتناسب العقوبة، والذي أدى إلى تدخل المحكمة الدستورية في تقدير ملائمة العقوبة مع الفعل المجرم الذي هو أساساً حق سيادي للمشرع، فالمشرع لم يبلغ حق القاضي بتفريد العقوبة في الجريمة محل الحكم الجنائي، وإنما حد من سلطة القاضي في التفريد بناء على حقه السيادي، أي المشرع، في اختيار العقوبة التي تتناسب مع خطورة الفعل.

وبناء عليه، قدر المشرع الكويتي أن جريمة عدم الإفصاح من ناقل العملات عبر المنافذ المنصوص عليها في المادة يعاقب عليها إما بالحبس الذي لا تزيد مدته على سنة والغرامة التي لا تقل عن نصف قيمة الأموال محل الجريمة ولا تزيد على كامل قيمتها أو إحدى هاتين العقوبتين، ومن وجهة نظر المشرع أن الاختيار بين هذه الأنواع من العقوبات واختيار قدرها مع منع القاضي من سلطة التخفيف الواردة في المادتين ٨١ و٨٢ من قانون الجزاء كفيل بجعل هذه العقوبات تتناسب مع خطورة الفعل؛ ويعد هذا الخيار من المشرع بتقليل استخدام الرأفة في قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ نظراً لما تمر به الدول العربية من تركيز لبعض المنظمات الإرهابية واستخدامها لعمليات نقل وغسل الأموال، مما يستدعي نوعاً من الحزم والحسم مع مرتكبي مثل تلك الأفعال.

وفيما يتعلق باحترام مبدأ تفريد العقوبة، فإن المشرع لم يتجاوزه، وذلك عبر منح القاضي حرية اختيار العقوبة سواء الحبس أو الغرامة أو كليهما بين حدين أقصى وأدنى، وهو ما يؤكد بقاء مكنة التفريد بيد القاضي، وذلك بالنظر إلى شخصية مرتكب الجريمة، فوسائل تفريد العقوبة القضائي كما ذكرنا في المطلب الأول تكمن في اختيار نوع العقوبة وقدرها وكيفية تنفيذها، وحرمان المشرع للقاضي من وسيلة من هذه الوسائل لا يعد اعتداء على مبدأ التفريد ما دام أنه لم يحرم القاضي من كافة وسائل التفريد.

(٢٦) Par exemple, v. Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, n° 80-127 DC; Conseil constitutionnel, 16 juillet 1996, n° 96-377 DC; Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, n° 80-127 DC; Conseil constitutionnel, 7 août 2014, n° 2014-696.

(٢٧) Emanuel Dreyer, Droit pénal général, quatrième édition, 2016, p. 176.

فمبدأ تفريد العقوبة القضائي ليس مطلقاً من القيود والتي من ضمنها حق المشرع في اختيار العقوبة وطريقة تنفيذها بما يتناسب مع ضرر الجريمة الذي يجد سنده في مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

الفرع الثاني

التناقض بين عناصر مفهوم تفريد العقوبة

يورد الحكم الدستوري - محل التعليق - على أن: "العقوبة التي يحددها المشرع في شأن جريمة معينة حدد أركانها إنما يرتبط تقديرها بعوامل موضوعية تتصل بالجريمة في ذاتها وبعناصر شخصية تعود إلى مرتكبها، وكان تقدير هذه العناصر جميعها أمراً يتولاه القاضي بمقتضى سلطته في مجال تفريد العقوبة، فالأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها...".

إن هذه العبارة عصية على الفهم اليسير، ويصعب الجمع بين معاني كلماتها بمفهوم منسجم ومتناسق، فكيف يمكن الجمع بين جملة أن المشرع هو الذي يحدد العقوبة بناء على تقدير العوامل الموضوعية والعناصر الشخصية، وبين جملة أن القاضي هو من يتولى تقدير هذه العناصر؟

إن عبارة «تفريد العقوبة» تعني بالضرورة العناصر الشخصية فقط دون العناصر الموضوعية، فالمعنى اللغوي لكلمة التفريد "individualisation" يرجع اشتقاقها إلى كلمة فرد "individu"، أي الإنسان الفرد، بالتالي يفترض ألا يدخل في هذا التصنيف أية عوامل خارجية غير شخصية أو ما يعد شخصاً غير إنساني لأنه ليس فرداً، لذلك استخدم المشرع الفرنسي في قانون الجزاء مصطلح تشخيص العقوبة "personalisation" بدلاً من تفريد العقوبة؛ لأن في ذلك شمولاً لمراعاة حالات الأشخاص القانونية من غير الأفراد الذين يتمتعون بالشخصية المعنوية، لا سيما وأن المشرع الفرنسي يعترف بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي^(٢٨).

فالقول بالتفريد أو التشخيص لغوياً يفترض مراعاة العوامل والظروف والأحوال الشخصية للفرد مرتكب الجريمة دون أي عوامل موضوعية أخرى تتصل بالسلوك الجرمي، وهو ما قاله الحكم الدستوري المعلق عليه حين قرر أن الأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، ولا يصح - دون الوقوع في التناقض - أن يؤكد الحكم التفريد دون

(٢٨) V. Evelyne Bonis-Garçon et Virginie Peltier, Droit de la peine, deuxième édition, LexisNexis, 2015, p. 159.

التعميم بعد تقريره أن العوامل الموضوعية تدخل في سلطة القاضي الجزائي بمقتضى مبدأ تفريد العقوبة، فالموضوعية تعني الحياد والتجرد من الذاتية والشخصية، وهذا يقتضي بالضرورة التعميم مما يؤدي إلى المعنى المعاكس تماماً لمفهوم التفريد.

والمعنى الاصطلاحي لمبدأ تفريد العقوبة كما قرره منظره الأول ريمون سالاي يتناول ملائمة العقوبة مع شخصية الجاني دون النظر إلى العوامل الموضوعية، مثل الضرر المترتب على فعلته أو طريقة التنفيذ أو الشروع أو الاشتراك... إلخ^(٢٩)؛ وقريب من هذا المعنى، يذكر معجم المصطلحات القانونية، المشهور بمعجم كورنو "Cornu" أن تفريد العقوبة يعني ملائمة الإجراء مع الشخصية والوضع الخاص للفرد^(٣٠)، وأغلب الفقه العربي يتناول تفريد العقوبة بحسب العوامل الشخصية.

فعلى سبيل المثال، من الفقه العربي من قال إن: «الفردية في مجال العقوبات، يراد بها أن يجعل الشارع للجريمة حدين يتراوح بينهما تقدير القاضي تشديداً أو تخفيفاً، أو أن ينص على ظروف مشددة أو أضرار مخففة يعمل بها القاضي اختياراً لا إجباراً تبعاً لما يراه من ظروف الحال، أو أن ينص على نظام اختياري لوقف تنفيذ العقوبة، وجعل هذا التنفيذ معلقاً على شرط كوسيلة لتهديد المجرم، حتى يقلع عن الإجرام طمعاً في الإفلات من العقوبة المحكوم بها عليه^(٣١)، ومنهم من قال إن: «تفريد العقوبة هو ملائمة العقوبة للفرد^(٣٢)، وكذلك من يقول عن التفريد أنه اختلاف العقوبة باختلاف ظروف الجاني وأحواله وطبيعة شخصيته، وذلك بغية إصلاحه^(٣٣) أو المواءمة بين العقوبة وبين حالة كل مجرم حتى تتناسب مع وضعه النفسي الخاص وتصلح ما فسد فيه، والتفريد يكون في التشريع نفسه وفي القضاء، ومن حيث أسلوب تنفيذ العقوبة^(٣٤).

(٢٩) Raymond Saleilles, L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale, in L'individualisation de la peine: De Saleilles à aujourd'hui, sous la direction de Reynald Ottenhof, érès, Ramonville Saint-Agne, France, 2001, p. 28.

(٣٠) Gérard Cornu, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, neuvième édition, 2011, p. 538.

(٣١) علي أحمد راشد، الموجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٤٩، ص ٩٦.

(٣٢) أكرم نشأت إبراهيم، السياسة الجنائية "دراسة مقارنة"، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ١٣٧.

(٣٣) خالد سعود الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني، دار وائل، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٣.

(٣٤) رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم في الواقع الكوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥/١٩٩٦، ص ٦٣.

علاوة على ذلك، إن المادتين ٨١ و ٨٢ من قانون الجزاء اللتين قررتا الحكم على عدم جواز حرمان القاضي من تطبيقها باعتبارهما تعبران عن مبدأ تفريد العقوبة القضائي لا تحتويان على أية عوامل موضوعية، فكلتا المادتين تتحدثان عن عناصر مرتبطة بشخص المتهم تولد لدى القاضي القناعة والاعتقاد أن المتهم لن يعود إلى الإجرام، وعندما نقرر بأن شخصاً ما لن يعود إلى الإجرام فهذا لا يتصور إلا بالنظر إلى ظروفه الخاصة دون أية عوامل موضوعية وإنما عن القناعة الذاتية للقاضي، إذن فإدخال العناصر الموضوعية في مبدأ تفريد العقوبة أمر يشوبه التناقض.

ومما يعد من التناقض الوارد في الحكم الدستوري محل التعليق، أنه قصر اختيار العقوبة على ما يتم من القاضي أثناء تحديد العقوبة بعد الإدانة، متجاهلاً بذلك ما يملكه المشرع من اختيار للعقوبة المناسبة بالنظر إلى خطورتها وموضوعها، ويترتب على ذلك أنه عد مبدأ التفريد مبدأ مطلقاً لا يجوز تقييده في جميع الأحوال، وهذا يناقض سلطة المشرع السيادية في تشريع القوانين.

فكما هو معلوم أن مبدأ الشرعية ما وضع إلا للحد من سلطة القضاة في خلق الجريمة والعقوبة، لذلك كان يعبر عنه بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، وتحديد العقوبة من قبل المشرع يخضع لتقديراته لما هو لازم للحد من انتهاك المصالح والقيم التي يريد حمايتها بفاعلية، فإذا وضع المشرع حداً أدنى أو حداً أعلى لعقوبة ما أو وضعها بين حدين، فإنه يمارس بذلك سلطته في تحديد العقوبة المناسبة والفعالة لتحقيق غايتها، ويجد حقه ذلك استناداً على أنه صاحب سلطة تشريع القوانين المنصوص عليها في مبدأ الشرعية.

صحيح أن الحكم الدستوري قد أشار إلى هذا المعنى بقوله إن القاضي يمارس سلطته بمجال العقوبة في الحدود المقررة قانوناً، إلا أنه في تطبيق هذا المعنى على المادة ٤٢ من قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب - محل الطعن - انحرف عن هذا المفهوم ولم يعترف بالحدود المقررة قانوناً؛ نتج عن ذلك أنه ألغى الحدود المقررة والتي تقضي بعدم تطبيق الامتناع عن النطق بالعقاب أو وقف التنفيذ، وجعل للقاضي حدوداً أخرى غير تلك المرسومة في القانون المذكور. والحقيقة أن المشرع أراد بهذه المادة التي ألغاهما الحكم الدستوري التأكد من تطبيق العقوبة على مرتكبي جرائم غسل الأموال أو تمويل الإرهاب نظراً لخطورتها، وترك اختيار مقدار العقوبة ونوعها، دون كيفية تنفيذها، للقاضي ليمارس التفريد وفق ما يترأى له من معطيات، بصيغة أخرى، فإنه قد قيد مبدأ تفريد العقوبة بمبدأ تناسب العقوبة الناتج من مبدأ شرعية

الجرائم والعقوبات، وهذا ما يدخل حقيقةً في الاختصاص الحصري للمشرع ولا يجوز مصادرته أو قصصته.

أما إذا كان مبدأ تفريد العقوبة مبدأ مطلقاً ولا يحد بقيد مبدأ الشرعية، فما الحاجة إذن إلى تحديد العقوبة من المشرع؟ ألا يكفي هكذا أن يخلق المشرع جريمة دون أن يحدد عقوبتها ويتركها للقاضي بحجة ممارسته لسلطة تفريد العقوبة؟ أو هل يجوز مثلاً للقاضي أن يرى أن المشرع قد حدد عقوبة مخففة للجاني لا تتلاءم مع خطورته، فيكون للمحكمة الدستورية في هذه الحالة إبطال الحد الأعلى لعدم احترام المشرع لسلطة التفريد القضائي؟ وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية، بالطبع ستكون الأجوبة عن هذه الأسئلة بالنفي؛ مما يفيد أن مبدأ شرعية العقوبة وتناسبها يشكل قيداً على مبدأ تفريد العقوبة، وهو ما عبر عنه المجلس الدستوري الفرنسي بأن مبدأ تفريد العقوبة لا يعد عقبة أمام المشرع من اختيار العقوبة الفعالة ونظامها^(٣٥).

بعد تناول مفهوم مبدأ تفريد العقوبة ونقده في هذا الحكم، يجب علينا أيضاً مناقشة الأسس الدستورية التي بنى عليها الحكم الدستوري هذا المبدأ.

(٣٥) انظر: الأحكام الدستورية المشار إليها سابقاً.

المبحث الثاني

الأسس الدستورية لمبدأ تفريد العقوبة

لم تتطرق المحكمة الدستورية، قبل هذا الحكم محل التعليق، لمبدأ تفريد العقوبة باعتباره مبدأً دستورياً، وإنما كان وجود الصور والحالات المتناثرة في قانون الجزاء والإجراءات الجزائية لتفريد العقوبة تعبر عن سياسة وفلسفة تشريعية عقابية خالصة، لذا لم يتناول الفقه مفهوم التفريد باعتباره مبدأً دستورياً وإنما باعتباره ذا مكانة تشريعية يتيح للقاضي الأخذ بالاعتبار ظروف الجريمة والجاني عند تحديد العقوبة^(٣٦). أما في الحكم الدستوري محل التعليق، استندت المحكمة الدستورية على عدة نصوص دستورية لجعل مبدأ تفريد العقوبة ذا قيمة دستورية، بحيث لا يجوز للنصوص التشريعية مخالفته، إلا أن المحكمة لجأت في ذلك إلى نصوص دستورية غير مناسبة لتأصيل هذه المكانة الدستورية ولتدعيم ركائز الحكم، مما يدعونا إلى نقدها وتفنيد عدم مناسبتها (المطلب الأول).

بيد أن ذلك لا يشغلنا عن الاعتراف بالقيمة الدستورية لمبدأ تفريد العقوبة وفق منطق دستوري آخر يؤطر أصوله وحدوده (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نقد الأسس الدستورية الواردة في الحكم المعلق عليه

حتى تبطل المحكمة الدستورية نص المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ في شأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب فيما تضمنه من عدم جواز تطبيق أحكام المادتين ٨١ و٨٢ من قانون الجزاء، وذلك بسبب مخالفتها لمبدأ تفريد العقوبة القضائي، استندت المحكمة الدستورية على المواد ٣٤ و٥٠ و١٦٣ من الدستور الكويتي. وتنص المادة ٣٤ على أن: «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع، ويحظر إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً». وتنص المادة ٥٠ على أن: «يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في هذا الدستور». وتنص المادة ١٦٣

(٣٦) فاضل نصر الله، شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي في ضوء الفقه والقضاء: الجريمة والعقوبة، الطبعة الخامسة، ٢٠١٣-٢٠١٥، جهة النشر غير محددة، ص ٤٨٩.

على أن: «لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضائه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استقلال القضاء ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل».

إذن، فالمبدأ الدستوريان لتأسيس المكانة الدستورية لمسألة تفريد العقوبة هما: مبدأ الفصل بين السلطات (الفرع الأول)، ومبدأ المحاكمة المنصفة (الفرع الثاني).

الفرع الأول الفصل بين السلطات

في تسبب الحكم الدستوري المعلق عليه، ولربط مسألة تفريد العقوبة بمبدأ الفصل بين السلطات وعدم جواز التدخل في سير القضاء، يورد الحكم على أنه: «إذا كانت مشروعية العقوبة من الناحية الدستورية مناطها أن يباشر كل قاضٍ سلطته في مجال التدرج بها وتجزئتها والتقرير بالامتناع عن النطق بها أو الأمر بوقف تنفيذها في الحدود المقررة قانوناً، فإن حجب القاضي عن ممارسة هذه السلطة التقديرية وحرمانه من مباشرة حقه في هذا الشأن، هو افتئات على عمل السلطة القضائية، واعتداء على استقلالها، وتعطيل لدورها، من شأنه أن يخل بالحقوق المرتبطة بالوظيفة القضائية، ويعد انتهاكاً لمبدأ فصل السلطات المنصوص عليه في الدستور...».

إن الاستناد على مبدأ الفصل بين السلطات لتبرير عدم جواز حرمان القاضي من الامتناع عن النطق بالعقوبة أو الأمر بوقف تنفيذها يعد فساداً في الاستدلال على المكانة الدستورية للتفريد من عدة وجوه:

أولاً: إن المحكمة الدستورية تناولت مبدأ الفصل بين السلطات من زاوية السلطة القضائية وعدم جواز التدخل في عمل القضاء فقط، دون أن تنظر لمبدأ الفصل بين السلطات من زاوية السلطة التشريعية، وعدم جواز التدخل في شؤون العمل التشريعي، ونتج عن ذلك ظهور تفسير غير متوازن لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث يرجح اختصاصات السلطة القضائية على اختصاصات السلطة التشريعية، فمبدأ الفصل بين السلطات يفرض على القاضي أن يلتزم بتطبيق القانون الذي يصدره المشرع، وهنا تحد حدود القضاء عند تطبيق القانون دون زيادة أو نقصان^(٣٧)، فإذا كان الدستور الكويتي قد منح سلطة إنشاء الجرائم والعقوبات للسلطة التشريعية بنص

(٣٧) انظر عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية: دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ١٨٥ و ٢١٩.

المادة ٣٢ التي تقرر مبدأ الشرعية الجنائية: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»، فإن التدخل بسلطة المشرع هذه من قبل أي سلطة أو مؤسسة أخرى وتغيير العقوبة التي يختارها للجريمة التي أنشأها المشرع، سواء بالزيادة أو النقصان على مقدارها أو تغيير نوعها، يعد افتئاتاً على مبدأ الفصل بين السلطات، وتدخل بسلطات المشرع الممنوحة له وفقاً للمادة ٣٢ سالف الذكر، بناء على ذلك فإن القاضي حين يمارس سلطته في تفريد العقوبة - أي اختيار نوع أو مقدار العقوبة المناسبة للواقعة المعروضة أمامه ولشخصية مرتكبها - فإنه يمارسها من خلال النصوص القانونية التي يقرها المشرع، وبقدر ما تسمح به هذه النصوص من سلطة تقديرية في مجال التفريد بقدر ما يكون هذا التفريد من حيث الضيق والانتساع، فإذا التزم القاضي هذا النطاق القانوني، وفقاً للحدود والإمكانات التي رسمها المشرع، يكون قد وافق مبدأ الشرعية^(٣٨) وبالتالي احترام مبدأ الفصل بين السلطات وعدم التدخل في العمل التشريعي؛ وحيث إن المحكمة الدستورية في الحكم محل التعليق تجاهلت سلطة المشرع واختصاصه في خلق الجرائم والعقوبات المنصوص عليها في المادة ٣٢ من الدستور حين تناولها لمبدأ الفصل بين السلطات، فإنها تكون قد انتقصت جزءاً من مبدأ الفصل بين السلطات من جهة المشرع، ومنحته للسلطة القضائية؛ ذلك لأن المشرع عندما حظر في المادة ٤٢ من قانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب إيقاف تنفيذ العقوبة أو الأمر بعدم النطق بها أراد بذلك تحقيق مزيد من الردع العام بواسطة عدم استخدام مواد الرأفة الواردة في المادتين ٨١ و٨٢ من قانون الجزاء، بذلك فالمشرع يمارس تحديد العقاب بما له من سلطة بناء على المادة ٣٢ من الدستور.

ثانياً: إن المحكمة الدستورية لجأت إلى المادتين ٥٠ و١٦٣ من الدستور، وللتين تتعلقان بمبدأ الفصل بين السلطات وعدم التدخل في عمل القضاء، حتى تخلص إلى أن منع القاضي من استخدام مكنة التفريد المنصوص عليها في المادتين ٨١ و٨٢ من قانون الجزاء، التي تمنح القاضي بعض سلطات تفريد العقوبة، هو تدخل في عمل القضاء ومخالف لمبدأ الفصل بين السلطات، إن هذا التسبب فيه خلط بين المبادئ الدستورية والقواعد التشريعية، فالمادتان ٨١ و٨٢ من قانون الجزاء هما قواعد تشريعية وليست مواد واردة في الدستور حتى يمكننا القول إن منع القاضي من تطبيقها هو مخالفة دستورية،

(٣٨) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٢٤.

إضافة إلى أن تفريد العقوبة المتمثل جزئياً في المادتين ٨١ و ٨٢ من قانون الجزاء لا يجد له سنداً صريحاً مباشراً من الدستور، على عكس اختصاص السلطة التشريعية في سن القوانين واحترام مبدأ الشرعية الجنائية؛ لما كان ذلك وكان المشرع هو أساساً مَنْ وضع هاتين المادتين، وهو بذلك منح القاضي هذه السلطة من التفريد العقابي، فهو إذن مَنْ يملك منع تطبيقها - لمواجهة ظواهر إجرامية معينة - باعتبار أن مَنْ يملك المنح يملك المنع؛ علاوة على ذلك، على افتراض أن المشرع لم يضع في قواعد قانون الجزاء المادتين ٨١ و ٨٢، أو أنه غير من مضمونهما بحيث اختلف تطبيقهما عن تطبيقهما الحالي، فكيف سيررر الحكم الدستوري محل التعليق إلغائه للمادة ٤٢ من قانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب؟

يتضح إذن أن المحكمة الدستورية في الحكم المعلق عليه طوعت بشكل مستغرب المادتين ٥٠ و ١٦٣ من الدستور لتمنح القضاء سلطة دستورية لا يملكها، وأعطت بذلك المادتين ٨١ و ٨٢ من قانون الجزاء مكانة دستورية، مخالفةً بذلك مبدأ تدرج القواعد القانونية.

ثالثاً: إن المحكمة الدستورية في الحكم محل التعليق تغافلت حق المشرع في تقديره للعقوبة باعتباره سلطة سياسية ويعبر عن إرادة الأمة ويحمي مصالحها بالكيفية الفعالة من وجهة نظره، وبالتالي يمكننا القول إن المشرع في مجال اختيار العقوبة يمارس أوضح خصوصيات سلطته التقديرية، فإذا كانت المحكمة الدستورية راقبت كيفية اختياره للعقوبة فهي بذلك انتهكت مبدأ الفصل بين السلطات بحسبان أنها تعدت المجال القانوني إلى المجال السياسي، وبالتالي شاركت السلطة التشريعية في سلطاتها، بل والحدول محلها بأن جعلت للجريمة الواردة في المادة ٣٧ من قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب طريقة تطبيق للعقوبة غير تلك الطريقة التي نص عليها المشرع في القانون ذاته، وهي بذلك تكون قد مالت لمبدأ الملاءمة بدلاً من الثبات على مبدأ التفريد.

إذن فمبدأ الفصل بين السلطات الذي اتكأت عليه المحكمة في حكمها لتدعيم تسبيبها هو في الحقيقة المبدأ ذاته الذي كان يجب عليها أن تحترم تخومه وحدوده.

الفرع الثاني

المحاكمة المنصفة

في تسبيب الحكم المعلق عليه، استندت المحكمة الدستورية بأن تقييد حق القاضي في تفريد العقوبة الوارد في المادة ٤٢ من قانون غسل الأموال وتمويل

الإرهاب بما تضمنه من منع القاضي الجنائي من استخدام المادتين ٨١ و ٨٢ من قانون الجزاء يخالف المادة ٣٤ من الدستور، وتشير هذه المادة إلى الحق في الخضوع لمحاكمة قانونية منصفة، وقررت المحكمة الدستورية في الحكم محل التعليق أن حرمان القاضي من استخدام مادتي الرأفة ٨١ و ٨٢ من قانون الجزاء قد أهدر ضوابط المحاكمة المنصفة للمتهم في مجال فرض العقوبة.

إن الاستناد إلى هذا المبدأ الدستوري لا يقيم في ذاته حجة، على اعتبار أن هذا المبدأ ذو نطاق إجرائي يُعنى بالضوابط الإجرائية والشكلية في المحاكمة دون أن يلقي بظلاله على النطاق الموضوعي للتجريم والعقاب وأخصه مبدأ تفريد العقوبة.

فبالنظر إلى الدستور الكويتي، من الممكن ملاحظة الترتيب المنطقي فيه للمسائل الدستورية الجزائية وكيفية المساس المشروع بالحرية الشخصية عن طريق العقاب.

فبعد أن قرر الدستور أن الأصل هو الحرية الشخصية في المادة ٣٠ منه، أتت المادة ٣١ لتقرر أنه في المرحلة الأولى من المحاكمة الجزائية - أي مرحلة التحريات والتحقيق - لا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون، ولا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ثم انتقل المشرع الدستوري في المادتين ٣٢ و ٣٣ من الدستور إلى موضوع المحاكمة الجزائية عبر تبني مبدأ الشرعية الجزائية ومبدأ عدم رجعية القانون الجزائي ومبدأ عدم امتداد العقوبة إلى غير مرتكبها، وبعد ذلك قرر المشرع الدستوري الكيفية الإجرائية المشروعة لمناقشة المحاكمة، وذلك بأن قرر في المادة ٣٤ من الدستور بأن هذه المحاكمة يجب أن تتم بناء على قرينة براءة المتهم، وأن يمكن هذا المتهم من تقديم دفاعه لتكون محاكمته قانونية ومنصفة.

ومما يؤكد أن المادة ٣٤ من الدستور تتناول المسائل الإجرائية دون الموضوعية، فقد قررت المحكمة الدستورية في أحكام سابقة لها أن المحاكمة المنصفة هي مجموعة من القواعد الإجرائية التي تعكس نظاماً متكاملاً يتوخى الأسس التي يقوم عليها صون كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية^(٣٩)، وهو ما يؤكد كذلك الفقهاء العربي والفرنسي، اللذان يتناولان مبدأ المحاكمة المنصفة في طي المواضيع التي

(٣٩) المحكمة الدستورية، جلسة ٣١ ديسمبر ٢٠٠٢، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ "دستوري"؛ المحكمة الدستورية، جلسة ٢٢ يونيو ٢٠٠٥، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٢) لسنة ٢٠٠٥ "دستوري".

تختص بالجانب الإجرائي^(٤٠)، مثل المساواة في حقوق الدفاع وحق اللجوء إلى القاضي الطبيعي وحياد القاضي والمحاكمة العلنية والحضورية والطعن في الأحكام.

في مقابل ذلك، فإن مبدأ تفريد العقوبة لا يتعلق أبداً بالجانب الإجرائي من قانون الجزاء، فتفريد العقوبة مسألة لاحقة على إجراءات المحاكمة التي تتوافر فيها ضمانات المحاكمة العادلة، فإذا ما خضع الشخص إلى محاكمة منصفة وتمت إدانته، تأتي مرحلة تفريد العقوبة ليمارس القاضي من خلالها تقدير العقوبة المناسبة دون أن يحتاج إلى جوانب إجرائية معينة، وإنما يلجأ مباشرة إلى النص الموضوعي المنشئ للجريمة والمحدد لعقوبتها ليتمكن من اختيار الجزاء المناسب للمدان.

علاوة على ما سبق، فإن الاستناد إلى المادة ٣٤ من الدستور يعتبر ضعيفاً؛ وذلك لتعلق هذه المادة بالمتهم لا المدان، في حين أن مبدأ تفريد العقوبة مرحلة لاحقة على مرحلة الاتهام، حيث إن موضوعه يتمحور حول المدان وكيفية خضوعه للعقوبة المناسبة، يظهر من ذلك إذن أن موضوع المادة ٣٤ من الدستور لا يصلح أن يكون سنداً وأساساً لغير موضوع المتهم.

ومما ينفي كذلك ملائمة المادة ٣٤ بتسنيده الحكم هو أن مبدأ المحاكمة المنصفة في الدستور الكويتي ذكر ثلاثة عناصر تشكل جوهر ومضمون مبدأ المحاكمة المنصفة وفق نص المادة ٣٤ وهي قرينة البراءة، وحق الدفاع، وعدم جواز إيذاء المتهم؛ والتساؤل المطروح هنا: في ظل تعداد المشرع الدستوري للعناصر المكونة لمبدأ المحاكمة المنصفة على سبيل الحصر في صياغته للمادة، هل يتصور ويقبل بناء على ذلك إضافة عناصر أخرى مختلفة عن تلك التي أوردتها المادة سائلة الذكر، وتكمل بطبيعتها مفهوم المحاكمة المنصفة؟ ويجرنا ذلك لتساؤل آخر: هل كل ما

(٤٠) انظر على سبيل المثال، في الفقه العربي: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري: الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٢٦؛ ناهد يسرى العيسوي، ضمانات المحاكمة الجنائية المنصفة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١٢ وانظر على سبيل المثال في الفقه الفرنسي:

Fallon Damien, " Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable: à propos de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et a.," RFDC, 2011/2, n° 86, p. 265; Serge Guinchard, " Le procès équitable: garantie formelle ou droit substantiel," in Philosophie du droit et droit économique: quel dialogue? mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Frison-Roche, 1999, p. 139.

يتراءى لنا عدلاً ومنصفاً ستكون له بحكم اللزوم القيمة الدستورية؟ فلو أن المشرع جعل التقاضي على درجة واحدة بدلاً من درجتين، هل يكون هذا التوجه مخالفاً للدستور باعتباره مخالفاً لمبدأ المحاكمة المنصفة؟ إن الإجابة عن هذا السؤال الأخير ستكون قطعاً بالسلب؛ لأن مكنة التقاضي على درجة أو درجتين من الأمور التي تدخل في إطار السلطة التقديرية للمشرع^(٤١)، ولا تثير مخالفة لمبدأ المحاكمة المنصفة، مع أن التقاضي على درجتين يبدو - ولو بالشكل على الأقل - أكثر إنصافاً من التقاضي على درجة واحدة.

حقيقةً نريد بهذه الأسئلة والمثال المطروح أن نوكد على أن ليس كل ما يعتبر عادلاً ومنصفاً بالنسبة لطرف، قد لا يعد بحكم اللزوم كذلك بالنسبة للطرف الآخر، وليس كل إجراء أو قرار متخذ هو عادل ومنصف بالنسبة للكافة، فالعدالة والإنصاف مسألة تقديرية خاضعة للجدال؛ فمثلاً المحكمة الدستورية رأَتْ في الحكم محل التعليق أن حرمان القاضي الجزائي من استخدام التقرير بعدم النطق بالعقاب أو وقف التنفيذ في جرائم غسل الأموال وتمويل الإرهاب يخالف الإنصاف، في حين أن المشرع يرى أن هذه المادة لا تخالف الإنصاف نظراً لخطورة الجرائم في هذا القانون، وتحقيقاً للردع العام وحماية للمجتمع.

يترتب على ذلك صعوبة الادعاء والجزم أن هذا الإجراء أو ذاك المسلك منصف وعادل، وبالتالي يكون ذا مكانة دستورية استناداً على مبدأ المحاكمة المنصفة لا سيما مع عدم وجود تعريف منضبط لمبدأ المحاكمة المنصفة^(٤٢)، إذن فالمحكمة الدستورية استندت في الحكم المعلق عليه على مبدأ ضبابي لا يكفي لحمل مسألة تفريد العقوبة باعتبارها مبدأ دستورياً.

إن مخالفتنا للأسس الدستورية التي استندت عليها المحكمة الدستورية في حكمها المعني بدستورية مبدأ تفريد العقوبة لا تحول دون إقرارنا بدستورية هذا المبدأ وفق منطقٍ دستوري آخر ألحن بالحجة وأصلب دعائم.

(٤١) المحكمة الدستورية، جلسة ٧ أبريل ٢٠٠٩، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٨ "دستوري".

المطلب الثاني

المنطق الدستوري المقترح لإضفاء المكانة الدستورية لمبدأ تفريد العقوبة

يجد مبدأ تفريد العقوبة مكانته الدستورية في اشتقاقه من المبدأ الدستوري المتعلق بضرورة التجريم وتناسب العقوبة، وهو ما أشار إليه الحكم الدستوري محل التعليق بقوله: «الأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، ولذا فإن الخروج عن هذا الأصل - أيًا كانت الأغراض التي يتوخاها المشرع من ذلك - مؤداه التسليم بأن ظروف الجناة قد تماثلت بما يقتضي توحيد العقوبة التي توقع على كل منهم، وهو الأمر الذي تفقد معه العقوبة تناسبها مع ظروف الجريمة وملابساتها وسمات الجاني الشخصية، بما مؤداه توقيع عقوبة في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها».

لكن هذه الإشارة غير كافية؛ لأنها لم تستند إلى مادة دستورية تقرر مكانة مفهوم ضرورة وتناسب العقاب، لذا كان إلزاماً علينا، للاعتراف بالمكانة الدستورية لتفريد العقوبة، أن نؤصل دستورياً لمبدأ ضرورة وتناسب العقاب (الفرع الأول)، مع ذلك، فإن هذا الأساس الدستوري لتفريد العقوبة ليس مطلقاً، إنما تحده مبادئ دستورية أخرى تؤطر معناه ونطاقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دستورية مبدأ تفريد العقوبة بالاستناد على مبدأ ضرورة وتناسب العقوبة ومبدأ المساواة

تنص المادة ٣٢ من الدستور الكويتي على أنه: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»، فيظهر من هذه المادة أن الدولة لا تملك حق العقاب إلا بناء على قيد شكلي، وهو استناد الجريمة والعقوبة إلى قانون صادر بشكل صحيح ووفقاً للإجراءات المقررة في الدستور.

إلا أنه قبل هذا القيد الشكلي، فإن المختص بإصدار القانون -وهي السلطة

(٤٢) Jean Pradel, Procédure pénale, 19e édition, CUJAS, 2017, p. 70; Jean Barthélemy et Louis Boré, "Constitution et procès équitable", Constitutions, n° 1, 2010, p. 67.

التشريعية في الأصل^(٤٣) - يجب أن يجد المبرر الكافي لاستخدام حقه في العقاب لما يشكله من تقييد نطاق ممارسة الحقوق والحريات، فإذا أصدر المشرع قانوناً يحد فيه من حقوق الأفراد وحرياتهم، فيجب أن يبتغي من ذلك حماية مصلحة عامة حتى تكون قيوده على الأفراد مقبولة ومبررة^(٤٤). وهذا ما يطلق عليه مبدأ ضرورة التجريم^(٤٥).

ومبدأ ضرورة التجريم يجد أساسه في أن الأصل هو ممارسة الأفراد لحرياتهم وحقوقهم وأن الاستثناء هو الحد من هذه الممارسة وتأثيرها عن طريق التجريم، لذا يمكننا القول إن الأساس الدستوري لهذا المبدأ يجد أصله ابتداءً في المادة ٣٠ من الدستور التي تنص على أن: «الحرية الشخصية مكفولة»، ثم ينطلق أصله الدستوري بعد ذلك في المواد التي تقرر حقوق وحريات الأفراد بشكل خاص مثل حرية الاعتقاد (مادة ٣٥)، وحرية البحث العلمي (مادة ٣٦)، وحرية الصحافة والنشر (مادة ٣٧)، والحق في الاجتماع والتجمع (مادة ٤٤) إلخ؛ بالتالي فإن أي تجريم يحد من الحقوق والحريات يجب أن يكون ضرورياً حتى يكتسب المشروعية، ومن هنا يكون الأساس الدستوري لمبدأ ضرورة التجريم هو الجمع وعمل التوازن بين حق المشرع في التجريم المنصوص عليه في المادة ٣٢ من الدستور، واحترامه للحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور.

وقد أكدت هذا المعنى المحكمة الدستورية في أحكام سابقة لها، فكانت تشير إلى أن ضرورة وجود التوازن بين المواد الدستورية التي تضمن حقوق وحريات الأفراد وبين حق المشرع في إنشاء الجرائم وتحديد العقوبات التي تناسبها، بحيث يكون حقه هذا غير نافذ في مواجهة الحقوق والحريات إلا بالقدر اللازم الذي يكفل صونها^(٤٦).

(٤٣) لأنه يجوز في بعض الأحوال أن يصدر الأمير مراسيم ضرورة تحوز قوة القانون، وذلك بناء على المادة ٧١ من الدستور.

(٤٤) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري: الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٤٧ وما بعدها؛ أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤٩٧ وما بعدها.

(٤٥) Christine Lazerges, La politique criminelle, PUF, 1987, p. 6; Raphaële Parizot, "Pour un véritable principe de nécessité des incriminations, in Politique(s) criminelle(s), Mélange en l'honneur de Christine Lazerges, Dalloz, 2014, p. 245.

(٤٦) انظر مثلاً: المحكمة الدستورية، جلسة ٢٦ يوليو ٢٠٠٦، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٦) لسنة ٢٠٠٦ "دستوري"؛ المحكمة الدستورية، جلسة ٢٢ إبريل ٢٠٠٨، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٦) لسنة ٢٠٠٧ "دستوري"؛ المحكمة الدستورية، جلسة ١٥ مارس ٢٠١٠، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (١٢) لسنة ٢٠١٠ "دستوري".

لما كان ذلك وكانت الضرورة تقدر بقدرها، بحيث لا تتجاوز الهدف والغاية من إنشائها، فإن المشرع إذا جرم فعلاً ما، يجب أن يحدد هذا الفعل على وجه الدقة حتى يحقق الحماية للمصلحة التي يبتغيها دون أن يشمل ذلك توسعاً في التجريم لا يتناسب مع هذه الغاية، وحتى تقدر الضرورة بقدرها أيضاً، يجب على المشرع أن يختار عقوبات تتناسب مع مقدار الضرر الذي يمس المصلحة المحمية، فيجب ألا تكون العقوبة غير مناسبة، سواء بالشدة أو الليونة، لحجم الاعتداء الواقع على المصلحة المحمية، ومن هنا ارتبط مبدأ تناسب العقوبة ارتباطاً متلامزماً من غير انفكاك مع مبدأ ضرورة التجريم.

وحتى يقيم المشرع تمام التناسب بين العقوبة والفعل المجرم، فإنه من الواجب عليه أن يأخذ في الاعتبار ليس فقط الضرر الواقع على المصلحة المحمية، بل إن المنتهكين لهذه المصلحة ليسوا على نمط واحد وثابت من الأحوال، وإنما هناك فوارق سواء في ظروف ارتكابهم للجريمة أو في شخصياتهم الجانحة، لذا حتى تتناسب العقوبة مع مقدار جرمهم، وتحقق الردع بعدم عودتهم للجريمة، فإنه ينبغي أن تكون العقوبة على درجة من المرونة بحيث تراعي أن المذنبين جميعهم لا تتوافق ظروفهم، وهنا يجد مبدأ تفريد العقوبة أساسه الدستوري الآخر في مبدأ المساواة.

فمبدأ المساواة يفترض فيه أن يتم التوحيد في التعامل مع المتماثلين في المراكز القانونية، وأيضاً عدم توحيد التعامل مع المختلفين في المراكز القانونية، وهذا ما تقرره المحكمة الدستورية بقولها إن: "المساواة في جوهرها تعني التسوية في المعاملة بين المتماثلين وضعاً أو مركزاً، والمغايرة في المعاملة بين المختلفين وضعاً أو مركزاً"^(٤٧)، وتضيف أيضاً إن: "مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٧ من الدستور مؤداه التمييز التحكيمي بين أصحاب المركز القانوني الواحد، والأصل فيه كذلك عدم معاملة فئات المواطنين فيما بينها من تفاوت في مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة"^(٤٨).

ولما كان مبدأ المساواة يعني بالضرورة عدم المعاملة المتماثلة بين المختلفين في المراكز القانونية، وكانت وظيفة الردع الخاص للعقوبة تختلف باختلاف شخصية

(٤٧) المحكمة الدستورية، جلسة ١٠ ديسمبر ٢٠٠٧، الدعوى المقيدة بسجل المحكمة الدستورية برقم (٧) لسنة ٢٠٠٧ "دستوري".

(٤٨) المحكمة الدستورية، جلسة ٢٩ مايو ٢٠٠٦، الدعوى المقيدة بسجل المحكمة الدستورية برقم (١١) لسنة ٢٠٠٥ "دستوري".

مرتكب الجريمة وظروفه وأحواله حتى تكون العقوبة متناسبة، فإن إنكار تنوع العقوبة في مقدارها أو نوعها أو كليهما معاً، ومنع القاضي من القدرة على اختيار العقوبة المناسبة لشخص المذنب يعد إنكاراً للمساواة؛ لأن المشرع في هذه الحالة يعامل المذنبين المختلفين بالمراكز القانونية معاملة متماثلة على الرغم من استحالة التماثل بينهم؛ وذلك لأن وظيفة الردع الخاص للعقوبة لا يمكن أن تتماثل لاختلاف شخصيات الجانحين وأحوالهم^(٤٩).

إلا أنه وحتى يكتمل البنيان للمكانة الدستورية لمبدأ تفريد العقوبة، فإنه يتوجب علينا أن نضع له نطاقاً يجيب عن بعض التساؤلات التي من الممكن أن تطرحها بعض المبادئ الدستورية الأخرى.

الفرع الثاني

أثر ونطاق مبدأ تفريد العقوبة على تحديد العقوبة

يترتب على اعتبار مبدأ تفريد العقوبة أثراً من مبدأ ضرورة وتناسب العقوبة ألا يساوي المشرع بين كافة مرتكبي الجريمة، بحيث يجعل العقوبة ذات تطبيق مباشر وآلي خالية من التشخيص الفردي للمدان.

فيجب على المشرع أن يضع العقوبة آخذاً في الاعتبار اختلاف شخصيات مرتكبي الجريمة، بالإضافة إلى تقديرها على أساس ما تمسه من اعتداء على المصلحة التي يحميها التجريم، وبهذه الطريقة التي تجمع بين الجوانب الموضوعية والجوانب الشخصية يحقق المشرع أغراض العقوبة المتعددة، فحين يحدد العقوبة بالنظر إلى مدى اعتدائها على المصلحة المحمية يبتغي من ذلك تحقيق الردع العام، وهو إنذار الجاني والناس كافة بسوء عاقبة الجريمة كي يجتنبوه^(٥٠)، وحين يضع المشرع للعقوبة مقداراً من المرونة حتى يتيح للقاضي تطبيقها بشكل متناسب مع الظروف والبواعث الشخصية لمرتكبها، فهو يحقق بذلك الردع الخاص وهو منع المجرم من الإضرار بمصالح المجتمع في المستقبل، وعدم عودته للجريمة من خلال تهذيبه وإصلاحه وإعادة تأهيله، وبالجمع بين هذين الغرضين للعقوبة يتحقق غرض العدالة

(٤٩) Michel Danti-Juan, L'égalité en droit pénal, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1987, p. 123.

(٥٠) محمود نجيب حسني، علم العقاب، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣٣.

من خلال إرضاء الشعور العام للمجتمع بأن العقوبة ستؤدي دورها في حمايتهم من المعتدين على حماية المجتمع.

ولتحقيق تلك الأغراض، يملك المشرع العديد من الوسائل، منها: تحديد حد أدنى وأعلى للعقوبة بحيث يختار القاضي المقدار المناسب منها، والظروف المشددة والمخففة للعقوبة سواء الوجوبية أو التخيرية، والتخيير بين عدة عقوبات، واستبدال العقوبة، وإيقاف تنفيذ العقوبة، والتقرير بعدم النطق بها، أو النزول عن حدها الأدنى.

ولكن، يثور السؤال حول ما مدى إلزامية أن يوفر المشرع هذه الوسائل التي تعبر عن التفريد العقابي؟ بصيغة أخرى، هل حرمان المشرع للقاضي من بعض وسائل التفريد يعني عدم دستورية هذا الحرمان لمخالفته لمبدأ تفريد العقوبة؟ وأكثر تحديداً، هل منع المشرع القاضي من استخدام تقرير عدم النطق بالعقاب أو إيقاف تنفيذ العقوبة كما هو الحال في واقعة الحكم المعلق عليه يعد اعتداء على مبدأ تفريد العقوبة كما قرر الحكم؟

إن مبدأ تفريد العقوبة يعني اختيار العقوبة المناسبة لكل مدان بالنظر إلى فعلته وضررها، وبالنظر إلى مدى خطورته الإجرامية، وبتقدير القاضي عند اختياره للعقوبة بما هو منصوص عليه في القانون دون أن يتجاوزه احتراماً لمبدأ الشرعية الجزائية الذي يقرر ألا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، وعليه يكون الحد الذي يجب احترامه من قبل القاضي عند ممارسته لتفريد العقوبة هو مبدأ الشرعية الجزائية الذي يتيح للمشرع تحديد العقوبة وفقاً لما يراه مناسباً لحماية مصالح المجتمع.

فالمشرع عند تحديده لنوع العقوبة ومقدارها وكيفية تطبيقها يمارس حقه المنصوص عليه في الدستور باعتباره ممثلاً عن المجتمع في حماية مصالحه، والتي منها تحقيق غرض العقوبة في الردع العام والردع الخاص وتحقيق العدالة، فعندما يقوم المشرع بتضييق الوسائل التي تحقق مبدأ تفريد العقوبة، كأن يقوم مثلاً بمنع القاضي من استخدام تقرير عدم النطق بالعقاب أو إيقاف تنفيذ العقوبة بالنسبة لجرائم محددة، فهو في الحقيقة يمارس حقه المخول له في الدستور، من هنا، وكما يقول أحد الفقهاء الفرنسيين في معرض تعليقه على إجبار القاضي الجنائي الفرنسي بعدم النزول عن الحد الأدنى للعقوبة المقرر للمدان العائد للجريمة، إن مبدأ تفريد العقوبة هو في حقيقته على مستوى ثان من مستويات المبادئ الدستورية التي يجب مراعاتها؛ لأن المشرع - بما له من سلطة بناء على مبدأ الشرعية الجزائية - يملك

إعمال وسائل تطبيق مبدأ تفريد العقوبة بشكل كامل أو بشكل جزئي وفقاً لما يراه مناسباً لمواجهة الظواهر الإجرامية^(٥١).

من ناحية أخرى، إن مبدأ تفريد العقوبة لا ينظر فقط إلى حالة الجاني وظروفه الشخصية وظروف ارتكابه للجريمة والتي أفضل من يطبقها هو قاضي الموضوع عند ممارسته لحق التفريد القضائي، وإنما يتضمن أيضاً مدى الضرر والخطر الواقع على المصلحة التي يحميها المشرع بواسطة التجريم، فالمشرع عند تحديده لعقوبة ما، يمارس جزءاً من تفريد العقوبة، وهو ما يسمى بالتفريد التشريعي عن طريق تقديره للعقاب المناسب لمن يعتدي على مصلحة المجتمع، لما كان ذلك وكانت عملية تحديد العقوبة بناء على شخصية المدان وظروف ارتكابه للجريمة ليست إلا أحد معايير تطبيق مبدأ تفريد العقوبة وليست الوحيدة، فالمشرع يملك بما له من سلطة تفريد تشريعي للعقوبة أن يحد من المعايير الشخصية لاختيار العقوبة مرجحاً عليها المعايير الموضوعية والتي من ضمنها مثلاً خطورة الجريمة على مصالح وقيم المجتمع^(٥٢).

بناء على ما سبق، فإن المشرع يحق له إذن أن يمنع بعض وسائل تطبيق مبدأ تفريد العقوبة التي يملكها القاضي، مثل منع القاضي من تقرير عدم النطق بالعقاب، أو إيقاف تنفيذ العقوبة، أو عدم النزول عن الحد الأدنى للعقوبة، وفقاً لحقه في تحديد العقاب المناسب للمعتدي على مصالح المجتمع، واختيار السياسة الجزائية المناسبة لمواجهة الظواهر الإجرامية المختلفة.

ولكن إذا كان للمشرع أن يمنع بعض وسائل التفريد فليس له أن يلغيها كلية؛ لأن ذلك يعد إلغاءً لأحد المعايير المهمة لتطبيق مبدأ تفريد العقوبة وهو معيار شخصية المدان وظروف ارتكابه للجريمة والتي لا يستطيع ممارستها إلا القاضي في المحاكمة عند اختياره للعقوبة، فيجب إذن على المشرع، احتراماً لمبدأ تفريد العقوبة الدستوري، أن يترك مجالاً للقاضي ولو جزئياً يمارس فيه سلطة تقديرية لتحديد العقاب المناسب لظروف المدان الشخصية، فلا يجب أن تكون العقوبة آلية التطبيق بمجرد الإدانة دون وجود أي وسيلة لتفريدها، مثل أن يضع المشرع عقوبة واحدة

(٥١) Hugues Moutouh, Des peines planchers pour prendre le droit pénal au sérieux, Recueil Dalloz, 2006, p. 2940.

(٥٢) Bertrand de Lamy, Principe d'individualisation des peines: la personnalité du condamné n'est qu'un critère parmi d'autres, Revue Sciences criminelles, 2008, p. 136.

ليس بها حدان أعلى وأدنى، ولا يجوز إيقاف تنفيذها، ولا عدم النطق بها، في هذه الحالة يكون المشرع قد انتهك مبدأ تفريد العقوبة لئلا يكره المعيار الشخصي في اختيار العقوبة.

تطبيقاً لذلك، إذا رأى المشرع أن مواجهة ظاهرة إجرامية خطيرة مثل غسل الأموال وتمويل الإرهاب - كما هو الحال في الحكم المعلق عليه - تتطلب أحكام الإغلاق لكل المنافذ التي يتصور أن تنفذ منها مثل هذه الظاهرة، أن يشدد العقوبة برفع الحد الأدنى للعقوبة المطبقة في النص الجزائي مع وجود حد أعلى، ويمنع القاضي من استعمال نصوص الرأفة الواردة في قانون الجزاء؛ حتى يتماشى ذلك مع الظروف الحرجة التي يقدرها المشرع لمواجهة الظواهر الإجرامية الخطيرة التي تتطلب نوعاً من الحزم والحسم بتعطيل خيارات الرأفة مع مرتكبي الجرائم التي تدخل في إطار مكافحة ظاهرة معينة.

الخاتمة:

استعرضنا من خلال التعليق على حكم المحكمة الدستورية رقم ١ لسنة ٢٠١٨ المقصود بمبدأ تفريد العقوبة، والفلسفة والأسس التي يقوم عليها، وبعض نماذج في القانون الكويتي. وهو المبدأ الذي أقامت المحكمة الدستورية قضاءها عليه في هذا الحكم المعلق عليه، فحكمت بناء على ذلك بإبطال شق من المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١٣ بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والمتعلق بمنع القاضي الجزائي من أعمال نصوص المادتين ٨١ و٨٢ من قانون الجزاء اللتين تتيحان للقاضي الحق بوقف تنفيذ العقاب أو التقرير بعدم النطق بالعقاب.

وقد سمح لنا تعليقنا على هذا الحكم بالوصول إلى النتائج التالية: أولاً، إن التعريف الوارد في الحكم لمبدأ تفريد العقوبة تعريف ذو غرابة وتناقضات لصعوبة تطبيقه في نظام قانوني يحكمه مبدأ الشرعية الجزائية. ثانياً، إن هذا الحكم قد منح مبدأ تفريد العقوبة مكانة المبادئ الدستورية لأول مرة بعد أن كان ذا مكانة تشريعية فقط. ثالثاً، أسس الحكم الدستوري المعلق عليه مبدأ تفريد العقوبة على أسس واهنة لا تصلح لتأسيس مكانة دستورية لمبدأ تفريد العقوبة. رابعاً، إن المحكمة الدستورية قد وسعت من الدور المناط بها على حساب سلطة المشرع في اتخاذ السياسات الجزائية اللازمة لمكافحة الظواهر الإجرامية بأن قيدت سلطته في منع وسائل تخفيف العقوبة. خامساً، إن الحكم قد أعطى نصوص المادتين ٨١ و٨٢ من قانون الجزاء مكانة دستورية باعتبارها تعبيراً لمبدأ تفريد العقوبة لا يجوز للمشرع أن يمنع القاضي من تطبيقها.

أخيراً لم يكن هدفنا من هذا التعليق مجرد نقد الحكم بهدم أسبابه وبيان نواقضه وتوضيح العوار الذي أصابه، وإنما قدمنا لمبدأ تفريد العقوبة أسساً بديلة ونطاقاً أوضح ودعائم أصلب على أمل أن تعدل المحكمة الدستورية عن اتجاهها في شأن مفهوم مبدأ التفريد والأسس الدستورية التي استندت إليها في عزو القيمة الدستورية له، ولذا نوصي المحكمة الدستورية في الكويت بالتالي: أولاً، بالعدول عن هذا الحكم بما تضمنه من مساس بحق المشرع في اتخاذ سياسات تشريعية جنائية تهدف إلى تشديد العقوبات على الظواهر الإجرامية المختلفة أخصها مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب. ثانياً، التمسك بمبدأ تفريد العقوبة باعتباره مبدأً ذا مكانة دستورية. ثالثاً: إسناد المكانة الدستورية لمبدأ تفريد العقوبة على المواد الدستورية المتعلقة بالشرعية الجزائية وما تضمنته من مبدأي ضرورة العقوبة وتناسب العقوبة، وكذلك على مبدأ المساواة بما تضمنه من المغايرة في الأحكام بين المتغايرين في المراكز القانونية.

المراجع

المراجع العربية:

- أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠.
- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري: الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
- أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري: الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
- أكرم نشأت إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.
- أكرم نشأت إبراهيم، السياسة الجنائية " دراسة مقارنة"، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.
- تشيزاري بيكاريا، الجرائم والعقوبات، ترجمة يعقوب محمد حياتي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، إدارة التأليف والترجمة، ١٩٨٥.
- جيريمي بنتام، أصول الشرائع، الجزء الأول، ترجمة أحمد فتحي زغلول، القاهرة، ١٣٠٩ هجري.
- حسن أكرم نشأت، علم الأنثروبولوجيا الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
- حسن بن علي آل حامد الفقيه، تفريد العقوبة التعزيرية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢٨ هجري.
- خالد سعود الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني، دار وائل، عمان، ٢٠٠٩.
- خالد سعود الجبور، التفريد العقابي في القانون الأردني، دراسة مقارنة: مصر، فرنسا، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، ٢٠٠٧.

- رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم في الواقع الكوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥/١٩٩٦.
- رؤوف عبيد، أصول علمي الإجرام والعقاب، دار الجيل للطباعة، مصر، دون سنة نشر.
- سليمان عبد المنعم، أصول علم الإجرام والجزاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٥.
- عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية: دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ١٨٥.
- علي أحمد راشد، الموجز في العقوبات ومظاهر تفريد العقاب، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٤٩.
- عماد محمد رضا التميمي، التفريد الجزائي: مفهومه وتأصيله الشرعي على ضوء مقاصد الشارع من العقاب، دراسة فقهية قانونية مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد ١٢، العدد ٢، ٢٠١٦، ص ١٢١.
- فاضل نصر الله، شرح القواعد العامة لقانون الجزاء الكويتي في ضوء الفقه والقضاء: الجريمة والعقوبة، الطبعة الخامسة، ٢٠١٣-٢٠١٤، جهة النشر غير محددة.
- فايز عايد الظفيري، القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي (نظرية الجريمة والعقوبة)، الطبعة السادسة، ٢٠١٧/٢٠١٨.
- فهد هادي حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤.
- محمد العايب، تفريد العقوبة الجزائية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، رسالة دكتوراة، جامعة باتنة ١، ٢٠١٥/٢٠١٦.
- محمود نجيب حسني، علم العقاب، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.
- ناهد يسري العيسوي، ضمانات المحاكمة الجنائية المنصفة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠١٢.
- هشام علالي، التفريد التنفيذي للعقوبة السالبة للحرية بين القانون والواقع، مجلة القضاء الجنائي، الرباط، العدد ٥-٦، ٢٠١٧.

أحكام المحكمة الدستورية الكويتية:

- المحكمة الدستورية، جلسة ٣١ ديسمبر ٢٠٠٢، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة ٢٢ يونية ٢٠٠٥، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٢) لسنة ٢٠٠٥ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة ٢٩ مايو ٢٠٠٦، الدعوى المقيدة بسجل المحكمة الدستورية برقم (١١) لسنة ٢٠٠٥ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة ٢٦ يوليو ٢٠٠٦، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٦) لسنة ٢٠٠٦ "دستوري"؛ المحكمة الدستورية.
- المحكمة الدستورية، جلسة ١٠ ديسمبر ٢٠٠٧، الدعوى المقيدة بسجل المحكمة الدستورية برقم (٧) لسنة ٢٠٠٧ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة ٢٢ أبريل ٢٠٠٨، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٦) لسنة ٢٠٠٧ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة ٧ أبريل ٢٠٠٩، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (٤٢) لسنة ٢٠٠٨ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة ١٥ مارس ٢٠١٠، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (١٢) لسنة ٢٠١٠ "دستوري".
- المحكمة الدستورية، جلسة ١٤ نوفمبر ٢٠١١، الدعوى المقيدة في سجل المحكمة الدستورية برقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ "دستوري".

المراجع الأجنبية:

- Ancel Marc, La défense sociale nouvelle, 3e éditon, CUJAS, Paris, 1981.
- Barthélemy Jean et Boré Louis, «Constitution et procès équitable», Constitutions, n°1, 2010, p. 67.
- Bonis-Garçon Evelyne et Peltier Virginie, Droit de la peine, deuxième édition, LexisNexis, 2015.
- Carbasse Jean-Marie, Introduction historique au droit pénal, collection Droit fondamental, Puf, 1990.

- Cornu Gérard, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, neuvième édition, 2011.
- Damien Fallon, «Précisions sur le droit constitutionnel au procès équitable : à propos de la décision du Conseil constitutionnel 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 Consorts C. et a.», RFDC, 2011/2, n°86, p. 265.
- Danti-Juan Michel, L'égalité en droit pénal, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1987.
- Dreyer Emanuel, Droit pénal général, quatrième édition, 2016.
- Giudicelli André, Le principe de la légalité en droit pénal français, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (RSC), 2007, 509.
- Gramatica Filippo, Principes de défense sociale, CUJAS, Paris, 1964.
- Guinchard Serge, «Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel», in Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Frison-Roche, 1999, p. 139.
- Lazerges Christine, La politique criminelle, PUF, 1987.
- Ottenhof Reynald, L'individualisation de la peine : De Saleilles à aujourd'hui, sous la direction de Reynald Ottenhof, ères, Ramonville Saint-Agne, France, 2001.
- Parizot Raphaële, «Pour un véritable principe de nécessité des incriminations», in Politique(s) criminelle(s), Mélange en l'honneur de Christine Lazerges, Dalloz, 2014, p. 245.
- Pradel Jean, Procédure pénale, 19e édition, CUJAS, 2017.
- Saleilles Raymond, L'individualisation de la peine : Étude de criminalité sociale, in L'individualisation de la peine : De Saleilles à aujourd'hui, sous la direction de Reynald Ottenhof, ères, Ramonville Saint-Agne, France, 2001, p. 28.

قرارات المجلس الدستوري في فرنسا:

- Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, n°80-127 DC.
- Conseil constitutionnel, 16 juillet 1996, n°96-377 DC.
- Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, n°80-127 DC.
- Conseil constitutionnel, 7 août 2014, n°2014-696 DC.
- Conseil constitutionnel, 16 septembre 2011, n°2011-162 QPC.

The Principle of the Individualisation of Punishment An Examination of the Kuwaiti Constitutional Court's Judgment Issued on 24 October 2018

**Dr. Ahmad Alqahtani
Dr. Mohamed N. Altamimi**

For the first time since its creation, the Kuwaiti Constitutional Court has abolished by its judgment (No.1/2018) a criminal law provision whereby, according to a well-known principle present in different jurisdictions that punishment is individualised according to the circumstances of each case. This lawsuit was a great opportunity for the Kuwaiti Constitutional Court to determine the constitutional basis of the principle of the individualisation of punishment and its scope and definition. Therefore, it is important to analyse this judgment relying on Arab and Western jurisprudence regarding this principle with reference the exercising of this principle in the Kuwaiti legal. Accordingly, this analysis aims first, to critically examine the basis and the arguments for the Kuwaiti Constitutional Court's decision, and secondly, a constitutional solution will be suggested that is more suitable and compatible with the principle of the individualisation of punishment.

