

تعليق على حكم التمييز رقم ٢٥٢/١٩٨١ (جزائي)
الصادر بتاريخ ٢ ربيع الأول ١٤٠٣ هـ الموافق ٢٨ ديسمبر
١٩٨١

من دائرة التمييز بمحكمة الاستئناف العليا^(١)

الدكتور يعقوب محمد علي حياتي
قسم القانون الجزائي - كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة

في أي مجتمع تسود فيه الشرعية ، يرتبط التشريع والفقهاء والقضاء ببعضهم البعض ارتباطاً عضوياً وعلمياً وثيقاً غير قابل للانفصام ، إذ يعتبر القانون ، بمدلوله

(١) إن حكم التمييز رقم ٢٥٢/١٩٨١ (جزائي) ، وهو موضوع هذا التعليق ، قد صدر بتاريخ ٢ ربيع الأول ١٤٠٣ هـ . الموافق ٢٨ ديسمبر ١٩٨١ ، من دائرة التمييز بمحكمة الاستئناف العليا ، وقد نشر هذا الحكم (بدون الوقائع وأسانيد النيابة العامة في الطعن بالحكم محل التمييز) في القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في الفترة من ١٥/٧/١٩٨١ حتى ٣٠/١/١٩٨٢ - العدد العاشر - ص ٩٩ - ١٠٠ (طعن بالتمييز رقم ٨١/٢٥٣ جزائي - جلسة ٢٨/١٢/١٩٨١) . وهذه القواعد القانونية تصدر بعد ذلك في كتاب خاص يحمل عنوان « مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز » ويتولى المكتب الفني في محكمة الاستئناف العليا نشر هذه المجموعة وهذه القواعد . وجدير بالذكر أن هذا الحكم الصادر من دائرة التمييز يحمل رقم (٢٥٢ . . .) في حين أن نشرة القواعد القانونية السالفة الذكر التي نشرت هذا الحكم ، أوردت له رقماً مختلفاً وهو (٢٥٣) وفي اعتقادي أن الرقم الصحيح للحكم هو ٢٥٢ ، إذ ورد هذا الرقم في كل صفحات الحكم الأصلي كما صدر من المحكمة ، وليس رقم ٢٥٣ كما ورد في نشرة القواعد القانونية حيث أن الأمر لا يتعدى الخطأ المطبعي في نقل الرقم الصحيح للحكم ولهذا فقد اقتضى التنويه .

الواسع ، القاسم المشترك الذي يشد الفقه والقضاء فيجعلهما ، من خلال موضوعاته وأنظمتها وأشخاصه ، أعضاء في منتدى فكري ومهني واحد . فالمشرع من صناعته سن التشريعات وإصدار القوانين ، والقاضي من وظيفته تطبيق التشريعات وإصدار الأحكام في المنازعات ، والفقيه من واجبه شرح القوانين وتجلية التشريعات ومتابعة أحكام القضاء والتعليق عليها .

وفي سبيل تطوير القانون والمجتمع معا ، جنبا إلى جنب ، فإنه لا غنى لأي واحد من هذه العناصر الثلاثة عن الآخر بأي حال من الأحوال. فهم ، إذا جاز التعبير ، حلقات ثلاثة متواصلة ومتشابكة في سلسلة العدالة التي هي من دعائم المجتمع الانساني المتحضر ومن أهم ركائزه . ويرتبط الفقهاء بالقضاء ارتباطا علميا وثيقا بجانب الارتباط المهني ، حيث أن القضاء وهو يتعبد لارساء قواعد العدل في المجتمع، يكون في ميسر الحاجة إلى الفقهاء الذين يتولون إنارة طريق العدل أمامه كي يتسنى له المضي قدما ، بثبات وإيمان ، في تشييد صرح العدل ، حينما يتصدي بالقسط ، لاعطاء كل ذي حق حقه وإجراء الموازنة بين الرغبات المتنازعة وتنظيم الحقوق والواجبات المتباينة .

والذي ينبغي أن نؤكد من جانبنا ان تعليق فقهاء القانون وشراحه على أحكام القضاء ليس دوما وبالضرورة حاويا لانتقادات أو لمطالبات بالتوافق مع نصوص القانون ، فقد يكون الغرض من التعليق الفقهي تصحيح مسار القضاء على أساس أن القضاء هو ، بشكل آخر ، مجموعة من البشر معرضون بطبيعتهم الخلقية ، للخطأ والنسيان اللذين هما من أظهر طبائع بني الانسان ، أو قد يكون الهدف منه تأكيد مسار القضاء وتوطيد دعائمه إذا تنامت في نفسه قناعة تامة بأن هذا القضاء تتوافق أحكامه مع أحكام التشريع ، نصا وروحا ، وتتناغم مع أهداف العدالة .

وبالإضافة إلى تلك الأهداف فقد يكون الغرض من التعليق ، في أحيان أخرى ، عرض وجهة نظر مختلفة لتلك التي تبناها القضاء عندما أصدر حكما من

الأحكام القضائية ، بحيث لا يكون مضمون هذا التعليق عرضا للجوانب السلبية في الحكم القضائي ، كما هو مألوف في التعليقات الفقهية التي تتأرجح بين الاختلاف والاتفاق مع الحكم ، أو تقديم حل أو تخريج آخر غير ذلك الحل أو التخريج الذي انتهجه القضاء كأساس للحكم . والحق أن سبب اختيارنا هذا الحكم ، كموضوع للتعليق ، هو أننا رمينا إلى هدفين وهما : عرض وجهة نظر فقهية مختلفة عن تلك التي تبناها القضاء ، والآخر القاء بعض الضوء على بعض الموضوعات النادرة التي لا تصدر فيها الأحكام القضائية بشكل دائم ومألوف ، وذلك أنه يلاحظ أن موضوع « العود » من الموضوعات الجنائية النادرة المبصرة التي لا تتكرر في شأنه هذه الأحكام . فمن استقراء الأحكام في التمييز واستعراض القواعد القانونية والمبادئ التي أرستها هذه المحكمة نستطيع أن نجزم بأن أحكام القضاء في مجال العود قليلة للغاية ، وهذا مرجعه لأسباب قد يكون من أظهرها الابعاد الاداري لغير المواطنين بعد تنفيذ الحكم الأول عليهم ، والغاء السابقة الجزائية الأولى في شأن الجانحين الكويتيين^(٢) .

وجدير بالذكر بأن النهج الذي اتبعناه في عرض جوانب هذا التعليق يتحدد على النحو التالي :

- أولا : الوقائع .
- ثانيا : أسانيد النيابة العامة في الطعن .
- ثالثا : حيثيات حكم التمييز .
- رابعا : التعليق على الحكم .
- خامسا : خاتمة .

(٢) انظر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٧١ في شأن عدم اثبات السابقة الجزائية الأولى المنشور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد ٨٢٤ سنة ١٩٧١ .

أولا : الوقائع

تجمل وقائع الدعوى الجزائية في أن النيابة العامة قد أسندت إلى المتهم أنه في ليلة ١٢/٢/١٩٨١ بدائرة (مخفر السالمية) قد سرق من محل المجني عليه مبلغا من النقود بالإضافة إلى جهاز راديو المذكورين عددا ووصفا وقيمة كما هو وارد بالتحقيقات .

ولما كان المتهم عائدا ، إذ قد سبق وأن صدر بحقه في قضية الجناية رقم ١٩٧٦/٦١١ (١٣ / ١٩٦٧ سلوى) بتاريخ ١٩٧٦/٧/٧ حكم بالحبس لمدة ستة أشهر مع الشغل لارتكابه سرقة عن طريق الكسر ، فقد طالبت النيابة العامة معاقبته بالمادتين ٨٦ و ١/٢٢٢ (ثانيا) و^(٣) من قانون الجزاء .

وأصدرت محكمة الجنايات بتاريخ ١٢/٤/١٩٨١ ، حكما بادانة المتهم حيث قضت بحبسه سنتين مع الشغل والنفاذ ، استأنف كل من المتهم (المطعون ضده) والنيابة العامة (الطاعنة) الحكم الصادر من محكمة الجنايات أمام محكمة الاستئناف العليا .

وقضت الدائرة الجزائية في محكمة الاستئناف العليا في موضوع الاستئنافين بأن عدلت الحكم المستأنف وقضت بحبس المتهم (المطعون ضده) مدة سنتين وأربعة أشهر مع الشغل .

(٣) تقضي المادة ١/٢٢٢ ثانيا بما يلي : « يعاقب على السرقة بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة

لا تتجاوز خمسة آلاف روبية أو باحدى هاتين العقوبتين في كل من الحالتين الآتيتين : -

أولا : إذا وقعت السرقة في مكان مسور ، وكانت وسيلة الدخول لارتكاب السرقة أو وسيلة الخروج بالمسروقات هي كسر السور الخارجي أو تسوره أو استعمال مفاتيح مصطنعة أو أية وسيلة أخرى غير عادية .

ثانيا : إذا وقعت السرقة عن طريق تخطيم وعاء أو حرزا أيا كان ، أو عن طريق اقتحام غرفة بكسر بابها أو تسوره أو باستعمال مفاتيح مصطنعة أو بأية وسيلة أخرى غير عادية لدخولها أو للخروج منها » .

فإذا وقعت السرقة ليلا في احدى الحالتين السابقتين ، كانت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سبع سنوات ، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تتجاوز سبعة آلاف روبية .

ثانيا : - أسانيد النيابة العامة في الطعن

لم ترتض النيابة العامة هذا الحكم الصادر من الدائرة الجزائية في محكمة الاستئناف العليا ، وطعنت فيه بطريق التمييز أمام دائرة التمييز في محكمة الاستئناف العليا . وقد استندت النيابة العامة في طعنها بأنها تنعي على هذا الحكم المطعون فيه أنه قد قضى بمعاقبة المطعون ضده بالحبس لمدة سنتين وأربعة أشهر وهذا ينطوي على خطأ في تطبيق القانون ، وذلك أنه وقد انتهى الحكم إلى توافر ظرف العود في حق المطعون ضده وفقا لنص المادة ٨٦ من قانون الجزاء ، وكان العود يعد ظرفا شخصيا مشددا يترتب عليه تغيير العقوبة والارتفاع بها عن الحد الأقصى المقرر قانونا بشرط عدم تجاوز هذا الحد بأكثر من نصفه ، ومن ثم فإنه لما كانت العقوبة المقررة أصلا وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٢ من قانون الجزاء هو الحبس مدة لا تتجاوز سبع سنوات . فإن عقوبة الحبس التي يمكن للمحكمة أن تقضي بها على المتهم العائد بمقتضى المادة ٨٦ المذكورة هي تلك المدة مضافا إليها نصفها ، أي الحبس عشر سنوات ونصف ، ويكون هذا القدر الأخير هو الحد الأقصى المقرر للجريمة طالما أنه أصبح من الجائز قانونا للمحكمة أن تصل بالعقوبة إليه ويكون تبعا لذلك هو الحد الأقصى الذي يتعين اعتباره عند أعمال الفقرة الأخيرة من المادة ٨٣ من قانون الجزاء بحيث لا يجوز أن تقل مدة الحبس عن ثلث هذا الحد الأقصى الذي أصبح مقررا من المشرع للجريمة في حالة العود أي الحبس لمدة ثلاث سنوات ونصف ، ولا يمكن أن يحول دون الأخذ بهذا النظر القول بأن تجاوز الحد الأقصى المقرر ابتداء إلى الحد الأقصى الذي أصبح جائزا الوصول إليه عند توافر ظرف العود هو أمر جوازي للمحكمة ، إذ أن ذلك مؤداه أن أخذ المتهم بالرفقة عملا بالمادة ٨٣ المشار إليها من شأنه تعطيل العمل بأحكام العود المنصوص عليها في المادتين ٨٥ ، ٨٦ من قانون الجزاء ، ذلك بالمساواة عند الأخذ بالرفقة بين المتهم العائد وغير العائد فيما يمكن النزول إليه من عقوبة الحبس المؤقت وهو أمر غير مقبول ، كما أن فيه تفويتا للحكمة التي توخاها المشرع في سياسة العقاب من التشديد على المتهم العائد تشديدا يتعين أخذه في الاعتبار عند النزول بالعقوبة إلى

ثلث الحد الأقصى المقرر للجريمة ، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر حين نزل بالعقوبة المقضي بها عن الحد الأدنى الجائز قانونا يتعين تمييزه تمييزا جزئيا وتصحيحه بما يتفق وصحيح القانون .

ثالثا : حيثيات حكم التمييز : -

وقد استندت دائرة التمييز في حكمها بأن المشرع نظم بمقتضى المادتين ٨٥ و ٨٦ من قانون الجزاء حالي العود إلى ارتكاب الجرائم اللتين يترتب على توافر شروط تطبيق أيهما تشديد العقوبة المقررة في القانون للجناية أو الجنحة على المتهم العائد . فقد نصت المادة ٨٥ منه على أنه « يعد عائدا من سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية وثبت بعد ذلك ارتكابه جنائية أو جنحة بشرط عدم مجاوزة ضعف هذا الحد » . كما جرى نص المادة ٨٦ من ذات القانون بأنه « إذا سبق الحكم على المتهم بعقوبة الجنحة لارتكابه سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو تزوير أو شروع في إحدى هذه الجرائم ، وثبت ارتكابه خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم المذكور جريمة من الجرائم السابقة أو الشروع في إحداها ، جاز للمحكمة أن تقضي عليه بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانونا بشرط عدم مجاوزة هذا الحد بأكثر من نصفه » .

ومؤدى هذين النصين ، والقول مازال لدائرة التمييز ، أن تشديد العقوبة تطبيقا لهما أمر جوازي لمحكمة الموضوع ويخضع لاختيارها إذ أن القانون لا يوجب عليها أن تغلظ العقاب بمقتضاها على المتهم العائد ، بل ترك ذلك لتقديرها على حسب ظروف كل دعوى وملاساتها ، فلها أن شاءت القضاء بالعقوبة المغلظة المنصوص عليها فيهما ، وإن شاءت حكمت بالعقوبة المقررة للجريمة في الأحوال العادية التي لا يتوافر فيها ظرف العود المشدد ، وقد روعي في ذلك تمكين القاضي من توقيع العقوبة التي يراها ملائمة لظروف كل متهم خاصة وإن علة التشديد إنما ترجع إلى شخص الجاني وليس للفعل المرتكب . ومن ثم فإنه إذا رأت محكمة الموضوع أن تكتفي في قضائها بالعقوبة المقررة أصلا للجريمة التي ثبت ارتكاب

المتهم لها مجردة من ظرف العود المشدد وأعملت في حقه حكم المادة ٨٣ من قانون الجزاء ملتزمة ثلث الحد الأقصى لتلك العقوبة - كما هو الحال في الدعوى المطروحة فإن حكمها يكون بريئا من الخطأ في تطبيق القانون ، وبناء عليه فإن الطعن يكون على غير أساس مما يتعين رفضه موضوعا .

رابعاً : التعليق على الحكم : -

من الناحية الفقهية النظرية ، فإن هذا الحكم يدور ، في جزء منه ، حول الأساس الفقهي أو الاتجاه النظري الذي ارتكز عليه الحكم الصادر من دائرة التمييز . وكما هو ظاهر ، فإن هذا الحكم يدور حول تأثير ظرف العود على الواقعة المطروحة أمام القضاء ، فهل يحيلها إلى جنائية تحت تأثير التشديد ، أم يبقها على أصلها كجنحة ، دونما أي تبديل في وصفها . فكل المسألة ، في بعض حيثيات الحكم تنحصر في تأثير العود على وصف أو على تكييف الجريمة .

والحق فإن ظرف العود بخلاف غالبية الظروف الشخصية المشددة ، تتنازعه ثلاثة اتجاهات فقهية تسير في مسارات متعارضة ولا تتفق فيما بينها على نظرة موحدة للعود وطبيعته . ولهذا يتعين علينا ابتداء ونحن في معرض التعليق على هذا الحكم ، أن نستعرض هذه الاتجاهات الفقهية ، ثم نشير إلى الاتجاه الفقهي الذي اعتمدته دائرة التمييز في حكمها ، ثم نعرض لتبيان رأينا في الموضوع وذلك على النحو التالي :

١ - الاتجاهات الفقهية في تكييف العود : -

تتوزع مواقف الفقهاء في تكييف العود على ثلاثة اتجاهات فقهية وهي :

الاتجاه الفقهي الأول^(٤) : ويذهب انصار هذا الاتجاه إلى القول بأن الواقعة

(٤) من أنصار هذا الاتجاه الفقهي الأول : السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، دار المعارف بمصر ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦٢ ، ص ٥١ ، رؤوف عبيد ، المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية ، دار الفكر العربي ، الجزء الأول ، طبعة ثانية ، ص ٨٣ ،

التي تنسب إلى العائد يجب أن توصف على أنها من الجنح في جميع الظروف والأحوال ، إذا كانت بطبيعة الحال ، بالأصل ، من الجنح ، وقد استند هذا الاتجاه في تدعيم رأيهم على أن التشديد بتطبيق عقوبة الجنحية لم يعمل به لأمر راجع إلى الطبيعة المادية الخالصة للركن المادي في الجريمة . فهذا الفعل لم يدخل عليه أي تعديل فيما يخص طبيعته المادية وجوهر الركن المادي فيه ، وكل ما في الأمر أن موضوع التشديد إنما يرجع إلى شخص الفاعل في الواقعة فحسب . ومن المعروف أن موضوع تقسيم الجرائم إلى الجنائيات والجنح والمخالفات (أو إلى الجنائيات والجنح) يقوم أساسا على جسامه الأفعال المكونة لهذه الجرائم ولا يعتد بالجوانب الشخصية الملازمة لأشخاص الفاعلين في هذه الجرائم ، فالعبرة في علة التشديد عندهم تكون في ماديات الجريمة ، والعود مسألة شخصية وليست مادية ، فلا يغير من وصف الفعل الذي يبقى على أصله وهو جنحة .

أما الاتجاه الفقهي الثاني : فيتجه القائلون به^(٥) إلى مسار معاكس للاتجاه

عبد الوهاب حومد ، شرح قانون الجزاء الكويتي ، القسم العام ، طبعة ثانية ، ١٩٧٥ ، ص ١٢٨ ، محمد كامل مرسي والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصري الجديد ، الناشر : مكتبة عبدالله وهبة ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٣٦٢ هـ - ١٩٤٣ م ، ص ٦٦ ، محمد الفاضل ، المبادئ العامة في التشريع الجزائي ، مطبعة الداودي - دمشق - ١٣٩٥ - ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ ، ص ٦٤ - ٦٥ ، رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، طبعة ثالثة ، ١٩٧١ ، ص ٦٥٣ ، سامي النصراري ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، الجزء الأول ، الجريمة ، مطبعة دار السلام - بغداد ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٧ ، ص ٢٣٥ - ٢٣٦ ، علي راشد ، القانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية (منقحة) ، ١٩٧٤ ، ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .

(٥) ومن القائلين بهذا الاتجاه الفقهي الثاني : محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات (القسم العام) دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٣ ، بند ٤٩ ص ٦٦ ، محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) مطبعة جامعة القاهرة ، الطبعة التاسعة ، ١٩٧٤ ، بند ٢٨ ، ص ٥٠ ، أحمد عبد العزيز الألفي ، العود إلى الجريمة والاعتقاد على الاجرام (رسالة دكتوراه) من منشورات المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، المطبعة العالمية ١٦ و ١٧ شارع ضريح سعد بالقاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ٣٨١ ، ص ١٠١ ، عوض محمد عوض ، الوجيز في قانون العقوبات ، القسم العام ، الجزء الأول ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٧٨ ، ص ٣٧ ، سمير الجنزوري ، مبادئ قانون العقوبات (القسم العام) مقارنا بأحكام الشريعة الاسلامية ، الطبعة الأولى ، ١٩٧١ ، فقرة ٧ ، ص ٦٣ .

الفقهي الأول ، إذ أنهم يرون أن الفعل يتحول من جنحة إلى جناية إذا كان مرتكبه من العائدين وهم يخرجون رأيهم تخريجا ينسجم مع المعيار الذي اعتنقه القانون وهو العقوبة حينما تصدى المشرع إلى تقسيم الجرائم تقسيما ثلاثيا أو ثنائيا ، على حسب فلسفة كل تشريع على حدة . وتبرير هذا الموقف عندهم أن التشديد في جريمة الشخص العائد ، وفق القواعد القانونية ، مسألة جوازية حيث يكون للقاضي الخيار أو الجواز أما أن يطبق عقوبة الجنحة ، وكأن ليس في الواقعة أي أثر للعود ، أو يقضى بعقوبة الجناية ، أعمالا للسلطة التقديرية الموكولة إليه وفق نصوص القانون . وبعبارة أخرى فكأن المشرع قد أوجب على الفعل الصادر من العائد عقوبتين ، أحدهما عقوبة الجنحة كحد أدنى والأخرى عقوبة الجناية كحد أقصى ، ولذلك وفي الحالات التي ينص فيها المشرع على عقوبتين من طبيعتين مختلفتين ، فإن العبرة في تحديد نوع أو وصف الجريمة بالعقوبة الأشد ، أي بعقوبة الجناية . ولذلك ، فإن الفعل عند أصحاب هذا الاتجاه هو من قبيل الجنايات بتأثير ظرف العود^(٦) .

أما الاتجاه الفقهي الثالث : فيذهب القائلون به^(٧) إلى أن جريمة الشخص العائد مسألة لا يمكن الوقوف على طبيعتها ابتداء وإنما تحدد العقوبة التي ينطبق بها القاضي طبيعة هذا الفعل الصادر من العائد . فلو حكم القاضي على العائد

(٦) يرد المناصرون للاتجاه الفقهي الثاني على مضمون الاتجاه الفقهي الأول بمقولة أن المشرع ، حينما يحدد درجة جسامه أي جريمة من الجرائم ، لا يكتفي بالاعتداد بماديات الفعل فقط ، وإنما يدخل المشرع في حساباته مختلف الظروف وكافة الاعتبارات التي من دأبها أن تحدد خطورة الفعل وجسامته ، ولاشك أن العوامل الشخصية هي من بين الأسس التي تسهم في أظهار جوانب الخطورة في الجريمة (انظر هذه المناقشة في : محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، بند ٤٩ ص ٦٦ ، ويبادر بعض المؤيدين للاتجاه الفقهي الأول ، وبالمثل ، بالرد على القائلين بالاتجاه الثاني بالقول أن « الجواز في العقوبة لا يدلل بشكل قاطع على التكييف حيث يستطيع القاضي في غالبية الجنايات ، أن يحكم بعقوبة الجنحة وذلك أعمالا للظروف القضائية المخففة » انظر هذا الرد في : رؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص ٧٧ .

(٧) من الفقهاء الذي يتبنون هذا الاتجاه الفقهي : Faustin Hêlie-Traite de l'instruction criminelle, Tome 2, deuxième edition-1866-p. 676No. 1057 .

وقد أشار اليه محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٥٠ هامش ٢ .

بعقوبة الجنحة ، فإن الفعل يوصف بأنه جنحة ، وإذا أوجب عليه حكماً بعقوبة الجنائية ، فإن الفعل يغدو جنائية ، فالعبرة دوماً بما ينطق به القاضي من نوع العقوبة . وعلى حسب نوع العقوبة يتحدد وصف الجريمة ، وقد تبنت محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها هذا الاتجاه الفقهي^(٨) .

٢ - موقف دائرة التمييز من هذه الاتجاهات الفقهية :

وبتقريب هذه الاتجاهات الفقهية الثلاثة في العود إلى مضمون وحشيات حكم التمييز محل التعليق ، فإننا نجد بأن دائرة التمييز في هذا الحكم إنما تتبنى الاتجاه الفقهي الأول الذي يرى بأن العود لا يؤثر على طبيعة الفعل الذي يبقى على وضعه وهو جنحة في جميع الأحوال ، دون الاتجاه الثاني والاتجاه الثالث ، ولقد استند قضاء التمييز على ذات الحجة التي استند إليها أنصار الاتجاه الفقهي الأول استناداً صريحاً ومباشراً حينما أسس حكمه على العبارة التالية « . . . إن علة التشديد إنما ترجع إلى شخص الجاني وليس للفعل المرتكب . . . » .

إذن فإن حكم دائرة التمييز في دولة الكويت ، أو بعبارة أخرى أدق فقضاء التمييز صريح وليس فيه لبس ولا إبهام في اعتناق الاتجاه الفقهي الأول الذي يكيف فعل العائد على أنه من قبيل الجنحة دوماً .

(٨) وتبنت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في بعض أحكامها فقضت « بأن عمل القاضي نفسه هو الذي يكيف وصف الجريمة فيجعلها جنائية أو جنحة ، إذ أن الجريمة هنا قلقة النوع ، إذ هي تكون جنابة أو جنحة تبعاً لنوع العقوبة التي تقضي المحكمة فيها » انظر هذه الأحكام الصادرة من محكمة النقض المصرية : نقض ١٩٢٩/٢/٢١ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ رقم ١٦٧ ص ١٦٨ ، وأيضاً : نقض ١٩٣٢/٢/١ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٢ رقم ٣٢٧ ص ٤٤٧ ، وحكم نقض آخر ١٩٣٢/٢/١٧ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٥ رقم ٢١١ ص ٣٩٩ . وقد انتقد هذا الاتجاه الفقهي الثالث من قبل الفقهاء الذين يعارضون الاتجاهين الأول والثاني بحجة أنه اتجاه ابتداعي من شأنه أن يوجد تصنيفاً رابعاً للجرائم وهي الجرائم القلقة النوع ، بينما لا يعرف القانون إلا التقسيم المألوف للجرائم وهو تقسيم الجرائم إلى جنابات وجنح ومخالفات . كما أن هذا الاتجاه لا يمكن التعويل عليه في حسم بعض الأمور الهامة مثل حساب مدد التقادم واختصاصات المحاكم واجراءات التحقيق وغيرها من المسائل التي يتراخى فيها هذا الاتجاه .

ويعضد بعض شراح قانون الجزاء الكويتي هذا الاتجاه الفقهي الأول الذي يجد فيه قضاء التمييز سنداً قوياً ومحكماً لحكمه ، إذ ينجح إلى القول بأن العود لا يغير من وصف الجنبنة ، حتى ولو دخلت العقوبة في مجال الجنبنة بعد تقرير التشديد سواء في ذلك ، عند هذا الفريق من الفقه ، أن يكون التشديد أمراً وجوبياً أم كان مسألة اختيارية بالنسبة للمحكمة ، تأسيساً على أن ظرف العود هو ظرف شخصي بحث ، علاوة على أن التشديد اختياري في القانون الكويتي^(٩) .

٣ - رأينا في الموضوع : -

ونحن في حقيقة الحال ، لا نتفق مع ما ذهب إليه محكمة التمييز في حكمها ومع ما ذهب إليه بعض الفقه في الاتجاه الأول بشكل عام ، وبعض شراح قانون الجزاء الكويتي على نحو خاص ، من اعتبار جريمة العائد هي دوماً من الجنب ولا تتغير ، بحسب رأيهم السابق ، طبيعتها في كل الأحوال .

وفي رأينا الشخصي ان اطلاق المواقف بهذا الشكل المجرد المتسم بالعمومية دوماً تحديد قد لا يتفق مع نصوص القانون بشكل عام ، وطبيعة المعيار المعمول به (معيار العقوبة) في إظهار تكييف الجرائم بشكل خاص . فالموقف العام والمجرد قد لا يصلح ، هنا ، في استجلاء طبيعة الجريمة ، وانما نميل إلى الرجوع دائماً إلى نصوص التشريع وفق كل حالة على حدة واستعراض كل نص بانفراد ، على ضوء المعيار المعمول به والمتفق عليه ، فحالات العود ليست دائماً من الحالات البسيطة ، بل أن هنا حالات ينبغي أن يتوقف الباحث عندها ملياً قبل أن يضيف عليها تكييفاً معيناً صالحاً لبعض الصور من الجرائم ، وغير صالح لصور أخرى منها .

والحق أن ظرف العود ، نظراً لطبيعته الشائكة ، يعتبر من بين كافة الظروف الشخصية المشددة وأكثرها إثارة للتساؤلات خصوصاً في شأن موضوع التكيف في الجرائم .

(٩) يتبنى هذا الرأي في قانون الجزاء الكويتي : عبد الوهاب حومد ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ .

ولإظهار التأثير الحقيقي للعود على الواقعة ، فإنه يلزم الرجوع إلى النصوص التشريعية المنظمة لأحكام هذا الطرف الشخصي في قانون الجزاء الكويتي . فعلى ضوء المادتين ٨٥ و ٨٦ السالفتين الذكر فإن المرء يعتبر عائداً في حالتين^(١٠) ، الحالة الأولى : أن يحكم على الشخص بعقوبة الجناية ثم يقترب بعد ذلك جناية أو جنحة (وهي حالة العود المنصوص عليها في المادة ٨٥ من قانون الجزاء) .

والحالة الأخرى أن يحكم على الفرد بعقوبة جنحة في جريمة سرقة أو نصب أو خيانة أمانة أو تزوير أو شروع في إحدى هذه الجرائم وثبت خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم المذكور ارتكابه جريمة من الجرائم السابقة أو الشروع في إحداها (وهي حالة العود المنصوص عليها في المادة ٨٦ من قانون الجزاء) .

وهذان النصان القانونيان ، وإن تناولوا العود بنوعيه العام والخاص وشروطهما ، إلا أنها يختلفان في مسألة جوهرية أساسية ، بجوار المسائل الأخرى ، قد تكون ذات شأن خطير في استجلاء التكييف ، فنص المادة ٨٥ من قانون الجزاء في الحالة الأولى ، يرخّص فيها المشرع للقاضي بجواز تشديد العقوبة بشرط عدم مجاوزة ضعف الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة ، أي إذا كانت الجريمة الثانية التي ارتكبها العائد ، على سبيل المثال ، يعاقب عليها بسنة أو سنتين أو ثلاث سنوات ، فإن القاضي له أن يشدد العقوبة فيهما بما لا يجاوز السنتين أو الأربع سنوات أو الست سنوات وهكذا ، والعلة في ذلك ظاهرة لأن العائد لم يرتدع من العقوبة الأولى في الجناية الأولى التي ارتكبها فرؤى جواز تشديد العقوبة بشرط عدم مجاوزة الضعف .

بينما في الحالة الثانية فإن نص المادة ٨٦ من قانون الجزاء يميز فيها المشرع للقاضي تشديد العقوبة في الجرائم المذكورة أو الشروع في إحداها بأكثر من الحد

(١٠) انظر في حالي العود في قانون الجزاء الكويتي : حسن المرصفاوي ، الأحكام العامة في قانون الجزاء ، ١٩٦٨ ، مذكرات مطبوعة على الآلة الكاتبة ، ص ٢٠١ ، وعبد الوهاب حومد ، المرجع السابق ، ص ٣٧٧ و ٣٨١ .

الأقصى المقرر قانونا بشرط عدم مجاوزة هذا الحد بأكثر من نصفه . فعلى سبيل التوضيح ، فإذا كانت إحدى هذه الجرائم المذكورة معاقب عليها بالحبس لمدة سنة أو سنتين أو ثلاث سنوات أو أربع سنوات ، فإن القاضي يشدد ، ان أراد ، في حدود السنة والنصف أو الثلاث سنوات أو أربع سنوات ونصف أو ست سنوات . وهكذا ، فالفرق بين النصين يكمن في أن الأول يميز مضاعفة العقوبة والثاني يميز عدم مجاوزة الحد المقرر قانونا بأكثر من نصفه .

وفي شأن العود فنحن نرى ضرورة اعمال المعيار المتفق عليه في التكييف ألا وهو معيار العقوبة التي ينص عليها المشرع ، ولكن ، قبل كل شيء ، فإنه ينبغي على الشخص الذي أوكلت اليه مهمة استظهار التكييف الحقيقي للجريمة ، ان يجري في دخيلة نفسه عملية حسابية ذهنية يكون من عناصرها ادخال العقوبة القصوى المقررة اصلا للجريمة بالاضافة إلى مضاعفة هذا الحد الأقصى ، أو عدم مجاوزة هذا الحد بأكثر من نصفه على حسب كل حالة على حدة ، فإن صارت العقوبة لجريمة العائد ، بعد هذه العملية الحسابية الذهنية ، تقع ضمن حدود العقوبة المقررة للجنحة ، أي الحبس المؤقت أقل من ثلاث سنوات بعد مضاعفة العقوبة أو عدم مجاوزتها للحد الأقصى الأكثر من النصف ، فإن الفعل يكيف على أساس أنه جنحة ، واما ان صارت العقوبة ضمن اطار العقوبة المقررة للجناية وهي الحبس المؤقت أكثر من ثلاث سنوات فإن الفعل يكيف على أساس أنه جناية .

ولتوضيح ما سبق ، فإن الأمر يستوجب ضرب بعض الأمثلة في شأن حالتي العود :

فبالنسبة للحالة الأولى للعود المنصوص عليها في المادة ٨٥ : فإذا ارتكب العائد جناية ، فإن الأمر لا يثير أي اشكال في التكييف لوضوح هذا الفرض . ولكن إذا ارتكب جنحة كما يقضي النص في بعض الأحيان ، فهنا تدق المسألة ، ونحتاج إلى اجراء العملية الحسابية الذهنية السالفة الذكر ، فمثلا لو ارتكب العائد

جنتحة السب الواردة في المادة ٢١٠^(١١) من قانون الجزاء والمعاقب عليها بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبالغرامة التي لا تتجاوز ألف روبية (أو بإحدى هاتين العقوبتين) فإن القاضي ، على حسب المادة ٨٥ من قانون الجزاء ، لا يستطيع ، إذا أراد جوازا ، إلا أن يوقع عقوبة مضاعفة لهذه الجريمة أي الحبس سنتين ليس أكثر ، فالفعل إذن ، على حسب المعيار المعمول به ، يعتبر جنتحة ولا يتغير وصفه لأنه ، حتى بعد التشديد ، واقع ضمن الحدود المقررة للجنة وهي العقوبة بالحبس ثلاث سنوات فأقل .

ويختلف الحكم في مثال آخر ، فلو ارتكب العائد جنتحة القذف المنصوص عليها في المادة ٢٠٩^(١٢) من قانون الجزاء والمعاقب عليها بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز ألف روبية (أو بإحدى هاتين العقوبتين) فإن المشرع يجيز للقاضي مضاعفة العقوبة ، إذا أراد ، أي أن تحسب العقوبة من السنتين إلى الأربع سنوات فهنا يختلف الوضع ، إذ أن الفعل قد دخل في حدود العقوبة المقررة للجناية وهي الحبس ثلاث سنوات بأكثر . فالفعل المنسوب إلى العائد بحسب المعيار قد صار جنائية اعمالا لمعيار العقوبة . وهكذا في كل الفروض والأحوال .

أما بالنسبة للحالة الثانية للعود المنصوص عليها في المادة ٨٦ : فإننا نرى اعمال نفس المعيار بنفس الكيفية التي أجريت مع ملاحظة أن التشديد في هذه الحالة لا تصل إلى الضعف ، كما هو الحال بالنسبة للحالة الأولى ، وإنما يجيز المشرع للقاضي أن لا يجاوز نصف الحد الأقصى المقرر للقانون لجريمة السرقة أو النصب أو

(١١) تنص المادة ٢١٠ من قانون الجزاء على ما يلي « كل من صدر منه ، في مكان عام ، أو على مسمع أو مرأى من شخص آخر غير المجني عليه ، سب لشخص آخر على نحو يندش شرف هذا الشخص أو اعتباره ، دون أن يشتمل السب على اسناد واقعة معينة له ، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تتجاوز ألف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين » .

(١٢) تنص المادة ٢٠٩ من قانون الجزاء على ما يلي « كل من اسند لشخص ، في مكان عام أو على مسمع أو مرأى من شخص آخر غير المجني عليه ، واقعة تستوجب عقاب من اسندت إليه أو تؤذي سمعته ، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز ألفي روبي أو بإحدى هاتين العقوبتين » .

خيانة الأمانة أو التزوير أو الشروع في إحداها . وهنا ينبغي عرض كل جريمة من الجرائم المذكورة في النص على حدة لتبيان تأثير العود عليها ، وما إذا كانت تشديد العقوبة فيها يرفعها إلى مصاف الجنايات أم يبقاها في طائفة الجناح .

وباستعراض النصوص الخاصة بجناح السرقة (المادتان ٢١٩^(١٣) و ٢٢١^(٢) من قانون الجزاء) فإننا نجد بأن الجريمة الواردة في المادة ٢١٩ ، تصبح العقوبة فيها من سنتين إلى ثلاث سنوات ولذلك فهي تبقى على أصلها جناحة ولا يتغير وصفها . في حين أن الجريمة الواردة في المادة ٢٢١ تصبح من الجنايات وذلك أن العقوبة فيها ترتفع من ثلاث سنوات إلى أربع سنوات ونصف فالتشديد يؤثر على تكييف الثانية ولا يؤثر على تكييف الأولى .

(١٣) تنص المادة ٢١٩ من قانون الجزاء الكويتي على ما يلي « يعاقب على السرقة بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز ألفي روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك » .

(١٤) تنص المادة ٢٢١ من قانون الجزاء على ما يلي : « يعاقب على السرقة بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا اقترنت بالظروف الآتية :-

اولا : إذا وقعت السرقة في مكان مسكون أو معد للسكنى أو في ملحقاته .

ثانيا : إذا وقعت السرقة في مكان معد للعبادة .

ثالثا : إذا وقعت السرقة على شيء تنقله إحدى وسائل النقل البرية أو البحرية أو الجوية ، أو على

شيء مودع في مخزن لحفظ هذه الأشياء أو على شيء يعتبر جزءا من ميناء بحري أو جوي .

رابعا : إذا وقعت السرقة على شيء مودع في محل تحوزه الدولة ، سواء أكان ملكا لها أم كان ملكا لغيرها .

خامسا : إذا وقعت السرقة ليلا .

سادسا : إذا وقعت السرقة مع حمل السلاح ، ظاهرا أو مخبأ ، أو وقعت من شخصين فأكثر .

سابعا : إذا وقعت السرقة من خادم اضرارا بمخدومه ، أو من عامل أو مستخدم في المكان الذي يشغل فيه عادة » .

أما بالنسبة لجريمة النصب الواردة في المواد ٢٣٢(١٥) و ٢٣٣(١٦) و ٢٣٤(١٧)، فإن تشديد العقوبة فيها ، تحت تأثير العود ، بما لا يتجاوز نصف الحد الأقصى المقرر لها قانونا يدخلها جميعا في دائرة العقوبة المقررة للجناية ، أي في حدود أكثر من ثلاث سنوات بعد التشديد ، فهي تعتبر بموجب التشديد بفعل العود من الجنايات اعمالا لمعيار العقوبة .

أما بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة الواردة في المادة ٢٤٠(١٨) من قانون الجزاء فإنها تعاقب عليها بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات أو ثلاثة آلاف روبية (أو بإحدى هاتين العقوبتين) وبعد التشديد بفعل العود فإنها تصبح أربع سنوات ونصف أي أنها كذلك تدخل في ضمن دائرة العقوبة المقررة للجناية ، فهي تصبح كذلك بعد التشديد من الجنايات وفقا للمعيار المعمول به .

-
- (١٥) تنص المادة ٢٣٢ من قانون الجزاء على ما يلي : « يعاقب على النصب مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين » .
- (١٦) تنص المادة ٢٣٣ من قانون الجزاء على ما يلي « يحكم بالعقوبات السابقة على كل من حمل غيره ، عن طريق التدليس ، على توقيع أو ختم أو وضع بصمة على سند منشئ أو مسقط أو ناقل لحق ، أو حمله على إتلاف السند ، أو على تحرير ورقة به ، أو على إحداث تعديل فيه » .
- (١٧) تنص المادة ٢٣٤ من قانون الجزاء على ما يلي : « يعاقب على النصب بالحبس مدة سنتين وبغرامة لا تتجاوز ألفي روبية أو بأحدى هاتين العقوبتين في الحالتين الآتيتين :
- اولا : إذا كان المجني عليه ملتزما أو عازما من قبل تسليم مال في حيازته ، فحمله الفاعل عن طريق التدليس على تسليمه ، أو تسليم غيره ، مالا أكبر قيمة .
- ثانيا : إذا كان الجاني والمجني عليه طرفين في عقد ، فاستعمل الجاني التدليس ، أثناء إبرام العقد أو أثناء تنفيذه للحصول على شروط ومزايا أكثر مما كان يحصل عليه بغير هذا التدليس » .
- (١٨) تنص المادة ٢٤٠ من قانون الجزاء على ما يلي : « كل من حاز مالا مملوكا لغيره ، بناء على وديعة أو عارية أو إيجار أو رهن أو وكالة أو عقد آخر يلزمه بالمحافظة على المال ورده عينا أو باستعماله في امر معين لمصلحة مالكه أو أي شخص آخر وتقدير حساب عن هذا الاستعمال ، أو بناء على نص قانوني أو حكم قضائي يلزمه بذلك ، فاستولى عليه لنفسه أو تصرف فيه لحسابه أو تعمد اتلافه يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة سنوات وبغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين . ويعد مالا ، في حكم الفقرة السابقة ، المستندات التي تثبت لصاحبها حقا أو تبرأ ذمته من حق » .

وفي خصوص جريمة التزوير في المحررات العرفية الواردة في المادة ٢٥٨ (١٩)، فإنها تصبح من الجنايات بعد التشديد ، بعد أن كانت جنحة ، إذ تصبح العقوبة فيها من ثلاث سنوات إلى أربع سنوات ونصف فتدخل في زمرة الجنايات تجسيدا للمعيار المعمول به .

أما بالنسبة للشروع في هذه الجرائم ، فإنها تطبق بحققها ذات القواعد السابقة ، فتبقى في دائرة الجنح إذا كانت العقوبة فيها بعد التشديد هي من قبيل العقوبة المقررة للجنحة وهي الحبس ثلاث سنوات فأقل ، بينما تصبح من الجنايات إذا دخلت العقوبة في الشروع في هذه الجرائم في مجال العقوبة المقررة للجناية وهي الحبس أكثر من ثلاث سنوات كما هو معروف .

وفي خصوص الشروع في هذه الجرائم ، فإنه لا ينبغي أن يغيب عن بالنا ، عند اعمال تلك القواعد السابقة ، الأصل العام الوارد في المادة ٤٦ من قانون الجزاء التي تقضي بأنه « يعاقب على الشروع بالعقوبات الآتية ، إلا إذا قضى القانون بخلاف ذلك : الحبس المؤبد إذا كانت عقوبة الجريمة التامة الاعدام ، والحبس مدة لا تجاوز خمس عشرة سنة إذا كانت عقوبة الجريمة التامة الحبس المؤبد ، الحبس مدة لا تجاوز نصف الحد الأقصى المقرر للجريمة التامة ، الغرامة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة التامة » .

وبناء على ما سبق فأنا أميل ، بعد استقراء حالتي العود في مضاعفة العقوبة أو عدم مجاوزة نصف الحد الأقصى ، والمجالات التي يطبق فيها نصا العود واستعراض كل جريمة على حدة وتطبيق المعيار المعمول به عليها ، إلى اعتبار الفعل الصادر من العائد من قبيل الجنايات إذا كانت العقوبة فيه تدخل في مجال العقوبة المقررة للجناية بعد التشديد ، وأما إذا كان اعمال المعيار يبقيه في نطاق الجنح ، فإنه يبقى على أصله ويعد من الجنح .

(١٩) تنص المادة ٢٥٨ من قانون الجزاء على ما يلي : « كل من ارتكب تزويرا يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز ثلاثة آلاف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين » .

ولما كانت الحالة الأعم والأكثر شيوعاً ، ان الفعل الصادر من العائد ، بعد التشديد ، سواء بمضاعفة العقوبة أو بعدم مجاوزة نصف الحد الأقصى ، تنتقل العقوبة فيه إلى مجال العقوبة المقررة للجناية ، فإننا نرى أن فعل العائد هو من قبيل الجناية ، إلا في بعض الحالات النادرة وكما هو الوضع بالنسبة للشروع في هذه الجرائم ، حيث تبقى على أصلها فلا يتغير وصفها .

وفي الحقيقة فإننا ، بخلاف ما ذهب إليه الحكم الصادر وأصحاب الاتجاه الأول ، نعضد رأينا بالحجج الآتية :

١ - لما كان التشديد في مجال العود جوازي للقاضي ، فإن شاء اعلم القاضي ظروف التشديد ، وان أراد اعتبر ظرف العود كأن لم يكن ، فإننا نرى بأن العقوبة المقررة لفعل العائد تتأرجح بين حدين ، الحد الأول حد منظور وهو الحد المقرر في النص الذي يجرم فعل العائد قبل التشديد ، والحد الآخر هو حد غير منظور يعود إما إلى اعمال التشديد أو عدم اعماله بحسب تقدير القاضي . فإذا كان التشديد من الناحية النظرية الحسابية الصرفة ، ينقل الفعل إلى مصاف الجناية تبعا للمعيار صار الفعل جنائية ، واما ، أيضا ، من الناحية النظرية الحسابية الصرفة ، أن يبقى التشديد الفعل على ما هو عليه من الوصف أي جنحة . وقد يقول قائل بأن مسألة جواز التشديد قد يضعف من هذا الرأي ، فنقول بأن الجواز أو عدم الجواز في التشديد مسألة لا تدخل في الاعتبار ، وذلك لأن عدم التشديد من جانب القاضي هو مجرد أمل للعائد قد يتحقق وقد لا يتحقق على حسب ظروف كل واقعة على حدة ، فالعبرة بأسوأ الاحتمالات وليس بأخفها . وقد يقول قائل آخر بأن هذا الرأي يقترب من الرأي الثالث الذي يرى بأن وصف الفعل إنما يكون بحسب العقوبة التي ينطق بها القاضي ، ونقول بأن الفواصل بين هذين الرأيين بارزة ، منها ان

هذا الرأي الفقهي الثالث يتراخى في تقرير وصف التكييف الحقيقي للفعل إلى ما بعد صدور الحكم في حين أن الرأي الذي نعضده يحسم مسألة التكييف ، ابتداء ، عند ذلك الشخص أو الجهة التي أوكلت إليها مهمة استجلاء التكييف ، مثل الفقيه أو المحقق (أو قاضي الإحالة في بعض التشريعات) وذلك قبل صدور الحكم في الواقعة وليس بعده ، فهو في عملية التكييف واستظهار الوصف عليه أن يجري في ذهنه تلك العملية الحسابية الذهنية في قياس العقوبات قبل التشديد وليس بعدها ، فيتضح بعد هذه العملية الحسابية ، ما إذا كان الفعل من الجنايات أو من الجنح ، بعد تطبيق المعيار المتفق عليه في التكييف وهو معيار العقوبة بأقل من ثلاث سنوات أو أكثر من ثلاث سنوات كما تقضي المادة ٣(٢٠) والمادة ٥(٢١) من قانون الجزاء في التمييز بين الفعل الذي يعد من قبيل الجناية أو من الجنحة .

وعلى أي الأحوال ، فإن رأينا لا ينبع من فراغ فقهي بل هو يسير في ركب الاتجاه الفقهي الثاني الذي يرى بأن الفعل الصادر من العائد هو من قبيل الجناية إذ أن القانون يوجب له عقوبتين أولهما عقوبة الجنحة والثانية عقوبة الجناية ، وحيث أن الأساس في تحديد وصف وتكييف الجريمة أمر مرجعه إلى العقوبة الأشد ، فلا مناص من اعتبار فعل العائد من قبيل الجناية إذا كان يدخل في نطاق المعيار . والعبرة في تحديد الأوصاف في الجرائم دوماً بنص القانون وليس بما ينطق به القاضي في حكمه كما هو ثابت ومعروف .

(٢٠) تنص المادة ٣ من قانون الجزاء على ما يلي : « الجنايات هي الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام أو بالحبس المؤبد أو بالحبس المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات » .

(٢١) تنص المادة ٥ من قانون الجزاء على ما يلي : « الجنح هي الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين » .

٢ - لا يمكن النظر إلى طبيعة فعل العائد ، دون الأخذ بعين الاعتبار فلسفة التشديد في العود . فالعود يدلل على حسب النظريات المختلفة التي تعترف به^(٢٢) على أن العائد أكثر خطورة من الناحية الجرمية وإذنابا من غيره ، بالإضافة إلى أنه قد تمس على انتهاك النصوص الواردة في النظام العقابي بحيث يعرض المصلحة العامة والسكينة العامة للخطر . وهذه المظاهر المختلفة ، سواء كانت شخصية قائمة على شخص الفاعل أو موضوعية مؤسسة على درجة الأذنا ب في الجريمة ذاتها ، لا يمكن فصلها بأي حال من الأحوال عن الفعل الصادر من الجاني الذي هو شخص لم يرتدع من العقوبة لأول مرة ، بل استمر على عناده ، وعاود ارتكاب الجرم مرة أخرى غير مكترث بخطورة جرمه على النظام القانوني في المجتمع . وفي تصوري أن اصحاب الاتجاه الفقهي الأول قد نظروا في طبيعة الفعل نظرة منفصلة ومجردة عن شخص الفاعل الذي ارتكب الفعل ، فأضفوا عليه صفة الجنحة . والحق أن اطلاق التكييف والأوصاف لا ينبغي أن ينعزل أو ينفصل عن بقية الظروف الموضوعية والشخصية التي تسهم في الكشف عن التكييف الحقيقي للفعل ذاته . ولذلك فإن العوامل الشخصية والموضوعية الأخرى ، بالإضافة إلى طبيعة الجرم ذاته ، إذا ما أضيفت إلى بعضها البعض وأخذت بعين الاعتبار ككل متجانس ، بالإضافة إلى الاعتبارات المتعلقة برجحان الصالح العام على الصالح الذاتي لشخص الفرد ، إذا اقتضت دواعي السلامة العامة ذلك ، يستدعي القول بأن فعل العائد ينبغي أن ينظر إليه على أنه فعل أشد

(٢٢) انظر هذه النظريات في : احمد عبد العزيز الالفي ، العود إلى الجريمة والاعتداء على الاجرام (رسالة دكتوراه) المرجع السابق ، ص ١٠٤ - ١٥٥ ، وأيضا احمد حبيب السماك ، ظاهرة العود إلى الجريمة في الشريعة الاسلامية والفقهاء الجنائي الوضعي (رسالة دكتوراه مطبوعة على الآلة الكاتبة ، مقدمة إلى جامعة الأزهر في كلية الشريعة والقانون) ١٩٨٣ ، ص ٢٤٠ - ٢٥٥ .

جسامة من ذلك الفعل الذي وقع من الشخص لأول مرة . ومسألة أخذ الظروف الشخصية في الاعتبار ليست مسألة ابتداعية في القانون الجزائري ، بل هي مسألة شائعة سواء في مجال التشديد أو في مجال التخفيف وفي مجالات أخرى مثل رد الاعتبار والافراج الشطري والعفو ، فالفهم المنطقي والدقيق لفلسفة تأثيم العود وتشديد العقوبة فيه قد يجعل القول بأرجحية الرأي الذي يري أن الفعل هو من قبيل الجناية على ذلك الرأي الذي يري بأن الفعل هو جنحة دوما .

خاتمة

ومن جانب فإنه لا يمكن لنا أن ندعي بأن الحكم الصادر من دائرة التمييز هو حكم قد جانب الصواب كلية ، بل هو حكم يستند إلى رأي فقهي محل اعتبار ، له أسسه وحججه وأنصاره .

ومن جانب آخر ، فإننا لا نتفق مع موقف المحكمة في حكمها الصادر للحجج التي سبق عرضها ، عارضين وجهة نظر مختلفة لبعض الفقه ولرأي المحكمة .

وفي مجال الحقائق النظرية غير الثابتة ، فإن كل الآراء نسبية ، تحتل الصواب كما تحتل الخطأ . ولذلك فإننا نقول بأن رأي المحكمة صواب يعتريه الخطأ أو هو خطأ يداخله الصواب ، تماماً كما أن رأينا هو صواب يميل إلى خطأ ، أو خطأ ينجح إلى الصواب ، سواء بسواء .

ولكن يحق لنا أن نتساءل هل صدور حكم واحد أو اثنين ، في هذا الخصوص ، يدل ، بحق وبصدق ، على ان اتجاه القضاء في الكويت يسير في اعتبار الفعل الصادر من العائد من قبيل الجنحة . في اعتقادي أن حكماً واحداً أو أكثر لا يجعلنا نقول بأن القضاء يمثل هذا الاتجاه . ومن يدري فقد تصدر أحكام تالية تتبنى وجهة النظر الأخرى التي أشرنا إليها استناداً على أسس وتبريرات غير تلك التي استندت عليها المحكمة . وعلى أي الأحوال فحتى تكون الإجابة بالإيجاب أو بالنفي فنحن في انتظار أحكام أخرى في هذا الشأن ، تعزز هذا الحكم أو تخرج عليه .