



أكاديمية الشرطة
Police Academy



وزارة الداخلية
Ministry of Interior
دولة قطر • State of Qatar

مجلة الدراسات والقانونية والأمنية

JOURNAL OF LEGAL AND SECURITY STUDIES

مجلة علمية دورية محكمة نصف سنوية تصدر عن مركز البحوث والدراسات الأمنية - أكاديمية الشرطة



المجلد 3 - العدد 2 - يوليو 2023
ISSN 2789-1518



المشرف العام
المقدم د./ جاسم محمد الخميس العبيدي
مدير مركز البحوث والدراسات الأمنية

نائب المشرف العام
الرائد د./ خليفة أحمد بوهاشم السيد
مساعد مدير مركز البحوث والدراسات الأمنية

رئيس التحرير
أ.د./ عادل يحيى قرني علي

مدير التحرير
النقيب/ محمد راشد الدوسري
رئيس قسم الإصدارات العلمية بمركز البحوث والدراسات الأمنية

هيئة التحرير
أ.د./ عمرو إبراهيم الوقاد
أ.د./ مغلذ أرخص الطراونة
أ.د./ خالد محمد الحلبي
أ.د./ أناس عبدالعزيز المشيشي
د./ عبد الناصر عباس عبد الهادي
د./ عبد الرؤوف بن هادي اللومي
د./ عبدالصمد عبدالعزيز سكر

سكرتارية التحرير
م./ محمد محمود الكوار
كمال الدين حسن الإمام
التصميم والإخراج الفني
محمد عمر شحرور

الترجمة
جمال محمد الشرفي

مدقق لغة عربية
د./ مصطفى أصلان
محمد سمير الجيلاني

الطباعة
مطابع الشرطة - دولة قطر

للتواصل

هاتف: +974 2356049

بريد إلكتروني: pcjss@moi.gov.qa

المجلد 3 - العدد 2 - يوليو 2023
Vol. 3, No.2 - July 2023

محتويات العدد

كلمة العدد

البحوث والدراسات

المواجهة الأمنية لجرائم غسل الأموال (دراسة تطبيقية عن دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في مواجهة جرائم غسل الأموال في دولة قطر)
الرائد الدكتور/ دلهم ناصر الهاجري
عضو هيئة التدريس بكلية الشرطة - دولة قطر

الاختصاص بتفسير النصوص الدستورية في القانون المقارن وموقعاته في القانون القطري
الدكتور/ حمد حامد آل مایقة الحبابي
أستاذ القانون العام المساعد كلية القانون - جامعة قطر

تعريف جريمة الإبادة الجماعية في سياق القانون الجنائي الدولي
محمد أحمد العامري
باحث دكتوراه - حاصل على درجة الماجستير في القانون الجنائي الدولي - حقوق الإنسان الجامعة الأمريكية - كلية واشنطن للقانون - واشنطن دي سي

دور القضاء في التحكيم
مريم حمد الهاجري
باحث قانوني ثاني بالمكتب الفني في مكتب وزير الداخلية - دولة قطر

توظيف المنهج البراغماتي في تأويل النص القانوني والتحرر من أزمة الغموض - مقارنة عابرة للتخصصات
القاضي الدكتور/ سفيان عبدلي
خبير في القانون الدولي وحقوق الإنسان أستاذ القانون العام بجامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر

تعدد الجرائم وأثره على الإختصاص والمسؤولية الجنائية
الدكتور/ علي معيض الغياثين
المحامي أمام محكمة التمييز



مجلة
الدراسات القانونية والأمنية
JOURNAL OF LEGAL AND SECURITY STUDIES

الهيئة الاستشارية

سعادة اللواء الدكتور
عبدالله يوسف المال

المستشار القانوني لسعادة وزير الداخلية
المشرف العام على أكاديمية الشرطة

اللواء الدكتور
ناصر سعيد آل فهيد الهاجري

مستشار رئيس جهاز أمن الدولة
نائب رئيس اللجنة الوطنية لمكافحة الإرهاب

سعادة السيد
سلطان عبدالله السويدي

وكيل وزارة العدل

الدكتور
إبراهيم عبد الله الأنصاري
عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة قطر

العميد
عبدالرحمن ماجد آل شاهين السليطي
رئيس أكاديمية الشرطة
وزارة الداخلية

المقدم الدكتور
جاسم خالد جاسم الحمير
مساعد مدير الإدارة العامة للاتصالات
ونظم المعلومات (بالوكالة) - وزارة الداخلية

الدكتور
طلال عبدالله العمادي
عميد كلية القانون
جامعة قطر

كلمة العدد

في إطار الأهداف العامة لأكاديمية الشرطة بدولة قطر الواردة في نص المادة الثالثة من القرار الأميري رقم ٥١ لسنة ٢٠٢٢، الخاص بإنشاء وتنظيم الأكاديمية، والتي من بينها تشجيع ودعم البحث العلمي وروح الابتكار والابداع لمواجهة المستجدات على ساحة العمل الأمني والقانوني، وكذا المادة ٢٤ من ذات القرار المتضمنة أن مركز البحوث والدراسات الأمنية - وفي إطار السياسة العامة للدولة - يهدف إلى دعم وتعزيز الدراسات التخصصية واجراء البحوث العلمية والتطبيقية في المجالات الأمنية والقانونية والإدارية وغيرها من المجالات ذات الصلة بالعمل الشرطي، وكذا تطوير المعارف الأمنية ومتابعة التطورات الأمنية، فإن مركز البحوث والدراسات الأمنية (قسم الإصدارات العلمية) يُسعدنا أن يصدر العدد الثاني من المجلد الثالث يوليو ٢٠٢٣م من مجلة الدراسات القانونية والأمنية، تحت رعاية المجلس الأعلى للأكاديمية.

ويحرص كل من المركز وهيئة تحرير المجلة على تبني فلسفة خاصة بالنشر في المجلة تتعلق باختيار نوعية متميزة من البحوث القانونية والأمنية التي تواكب التطورات والمستجدات القانونية والأمنية التي يشهدها عالمنا المعاصر على المستويات الوطنية والإقليمية والعالمية، مع التأكيد على جودة مخرجات العملية البحثية والأمنية، والتي تتفق ومعايير التميز الأمني، وجودة الأداء المؤسسي، ورفع كفاءة العنصر البشري، والتي يتحقق من خلالها الارتقاء بمنظومة العمل الأمني بكافة مجالاته، والمساهمة في معالجة تحدياته المستقبلية.

وفي إطار ما سبق يصدر هذا العدد متضمناً الكثير من الموضوعات المتميزة التي تُلبّي تطلعات الباحثين والمهتمين في مختلف العلوم القانونية والأمنية وتثري الأفكار وتثير العقول بالعلم والمعرفة بمجالاتها كافة، ومن هذا المنطلق تدعو هيئة تحرير المجلة السادة الأساتذة وأعضاء هيئات التدريس بأكاديمية الشرطة والجامعات المختلفة، والخبراء والمتخصصين الأمنيين للإسهام بأرائهم وأفكارهم من خلال النشر في المجلة وفق الشروط والضوابط المتعلقة بها.

وبمناسبة اصدار هذا العدد من المجلة يطيب لهيئة تحرير المجلة أن تثنى كافة الجهود التي بذلت لإصدار هذا العدد المتميز، وبصفة خاصة أقسام مركز البحوث والدراسات الأمنية ووحدة العلاقات العامة بأكاديمية الشرطة، آمليين في تحقيق المزيد من التقدم والازدهار نحو الارتقاء بمنظومتنا العمل الأمني والقانوني.

البحوث والدراسات



المواجهة الأمنية لجرائم غسل الأموال

دراسة تطبيقية عن دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في مواجهة جرائم غسل الأموال في دولة قطر)

الرائد الدكتور / دلهم ناصر الهاجري

عضو هيئة التدريس بكلية الشرطة - دولة قطر

المواجهة الأمنية لجرائم غسل الأموال

(دراسة تطبيقية عن دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في مواجهة جرائم غسل الأموال في دولة قطر)

الرائد الدكتور/ دلهم ناصر الهاجري

عضو هيئة التدريس بكلية الشرطة - دولة قطر

المُلخَص

هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على واقع جرائم غسل الأموال، بالإضافة إلى التعرف على ماهية جرائم غسل الأموال، مع بيان خصائص جرائم غسل الأموال وما يميزها عن غيرها من الجرائم، والمراحل التي تمر بها هذه الجريمة، كما عرفت الآثار الأمنية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية المترتبة على جرائم غسل الأموال، كما سلطت الضوء على دور قسم جرائم غسل الأموال التابع لإدارة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في مكافحة هذه الجريمة، مع ذكر بعض الأمثلة العملية لقضايا جرائم غسل الأموال التي تمكنت هذه الإدارة من القبض على مرتكبيها.

وقد استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي، القائم على وصف الظاهرة موضوع الدراسة، وتوصلت الدراسة إلى مجموعة من الاستنتاجات، أبرزها أن جرائم غسل الأموال جريمة ذات طابع دولي، وبالغة الخطورة، وتعد جرائم غسل الأموال من الجرائم المتطورة، وتستخدم أفضل الوسائل التكنولوجية. كما أوصت الدراسة بعدد من التوصيات، أبرزها ضرورة سن قوانين دولية لمكافحة جرائم غسل الأموال، وإلزام الدول المساعدة والمتسترة على جريمة غسل الأموال بهذه القوانين، وأن يتم تزويد المؤسسات المالية والأجهزة الأمنية بالمعدات والتقنيات الحديثة، والعمالة الماهرة المتدربة لمكافحة مثل هذه الجرائم، بالإضافة إلى توقيع اتفاقيات دولية جماعية أو ثنائية بين الدول لتسليم المجرمين، وتبادل المعلومات.

الكلمات المفتاحية: المواجهة الأمنية، جرائم غسل الأموال، دراسة تطبيقية، دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية، مواجهة جرائم غسل الأموال في دولة قطر.

ABSTRACT

Security response to money-laundering offences

(Role of the Economic and Cyber Crime Department in combating money-laundering offences in Qatar)

Major Dr./ Dalham Nasser Al-Hajri - faculty member at the Police College - State of Qatar.

This study aims to identify the reality of money-laundering offences and what money-laundering offences are. It outlines the characteristics of money-laundering offences and what distinguishes them from the other crimes. The study also shows the stages of the crime and its security implications. It sheds light on the role of the Money-Laundering Section of the Economic and Cyber Crime Department in combating this crime, giving some real examples of money-laundering crime cases, in which the department succeeded in arresting the perpetrators. The author used the analytical descriptive approach based on the description of the phenomenon in question.

The study reached a set of conclusions, the most notable of which was that the money-laundering crime is of an international nature, extremely dangerous and sophisticated and uses the most advanced technologies. The study came up with a number of recommendations, the most important of which the enactment of international laws against money-laundering offenses and requiring States that assist and cover up money-laundering offences to respect these laws. It also recommends providing the financial organizations and the security agencies with the state-of-the-art equipment and technologies and well trained and skilled personnel to combat these offences, besides the signature of multilateral and bilateral agreements for the extradition of criminals and the exchange of information.

Key words: Security encountering- Money laundering- Role of cyber economic crime administration- Encountering money laundering crimes in Qatar.

المقدمة

مع كل ما يواكب التطور العلمي في مختلف مناحي الحياة بما يساعد في رقي البشرية وحفظ أمنها وسلامتها وتحقيق أهدافها، تتطور بالمقابل أساليب حديثة مضادة تهدف إلى تحقيق غايات خاصة لمجموعات أو أفراد من البشر تسعى للاستفادة من هذه الأساليب في انتهاك أمن وأمان باقي أعضاء المجتمع، وقد أصبح غسيل الأموال من المفاهيم التي أخذت تستحوذ على اهتمام صانعي السياسات الاقتصادية والمالية والأمنية، وبالتحديد القائمين على السياسات النقدية والمصرفية، سواء محلياً أو إقليمياً أو عالمياً، ورغم ذلك لا يمكن إيجاد تعريف متفق عليه لغسيل الأموال بسبب تعدد مصادر الأموال غير المشروعة، وتنوع طرق ووسائل الغسيل، وتباين وجهات النظر حول المصادر التي يجب أن تكون هدف التجريم في إطار المكافحة.⁽¹⁾

وقد استطاع هؤلاء الأفراد توظيف التكنولوجيا الحديثة لخدمة أغراضهم الخاصة في تسهيل قيامهم بجرائمهم ببسر وخديعة، واستخدموا التقنيات الحديثة أيضاً في إخفاء جرائمهم للإفلات من العقاب، ومع كل اكتشافات تكنولوجية جديدة تستخدم لأغراض التسهيل على الأفراد وتيسير أمورهم في أعمالهم وفي حفظ بياناتهم وأموالهم وأسرارهم، يقوم المجرمون باستغلال هذه الأدوات ذاتها للوصول إلى مخزن هذه الأسرار والأموال، فينقلون الأموال من الحسابات إلى حسابات أخرى وهمية؛ حتى تصل بالنهاية لجيوبهم، ويطلعون أو يسيطرون على مخزن الأسرار الخاصة بالأفراد متى ما دخلت هذه الأسرار على الشبكة العنكبوتية عبر حيل وأساليب مختلفة، وفي حالات مشابهة يستغلون هذه الشبكة للإيقاع بضحاياهم من أطفال أو من أي فئة أخرى، متستريين بأسماء أو حسابات وهمية، ويقومون تحت هذا الستار بغير ذلك من الجرائم المستحدثة على اختلاف أنواعها.⁽²⁾

وقد شكل موضوع غسل الأموال أيضاً قضية مهمة خلال السنوات الماضية، وقلما اجتمعت جهود الدول على موضوع مثلما اجتمعت عليه في هذا الموضوع، بحيث لم نعد نرى دولة من الدول يخلو تشريعها من تناول هذه القضية، وإن تفاوتت في مدى الشدة في المعالجة ومدى توسع دائرة التجريم بين تشريع وآخر، وهكذا أصبح موضوع غسل الأموال ومكافحته موضوعاً مهماً لرجال القانون والقضاء وأجهزة العدالة والأجهزة الأمنية.⁽³⁾

مشكلة الدراسة

هنالك العديد من الآثار السلبية لجرائم غسل الأموال على المجتمعات، فمنها التأثيرات الاجتماعية والاقتصادية والأمنية والسياسية، وكلها تؤثر على تقدم المجتمع وتطوره وتعمل على زعزعة استقراره، ورغم إنفاق دول العالم ما يزيد على (8) مليارات دولار سنوياً في مكافحة عمليات غسل الأموال فإنها قد فشلت في القضاء عليها، حتى أصبحت نسبة الأموال التي تدخل في هذه العمليات تتجاوز (5%) من حجم الاقتصاد العالمي، وفي عام 2017، قدر مكتب الأمم المتحدة المعني بالجريمة والمخدرات (UNOV)، قيمة عمليات غسل الأموال على مستوى العالم بنسبة تتراوح سنوياً ما بين 2 و5% من حجم الناتج الإجمالي العالمي، وهو ما قدر حينها بتريليوني دولار، وتتفق تقديرات صندوق

(1) عادل محمد السيوي، جريمة غسل الأموال تعريفها ومخاطرها والتطور التشريعي لمكافحتها، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة، 2008، ص: 23.

(2) بهاء شاهين، العولمة والتجارة الإلكترونية، عالم الكتب، القاهرة، ط. 1، 2000، ص: 77.

(3) محمد فتحي عيد، غسل الأموال ورجال الأعمال، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009، ص: 24.

النقد الدولي لحجم عمليات غسل الأموال في عام 2018م مع تقديرات الأمم المتحدة، إلا أن مؤشر «بازل» لمكافحة غسل الأموال، الصادر عن معهد «بازل» للحوكمة (مقره سويسرا)، قال في تقريره السنوي لعام 2017 إن حجم عمليات غسل الأموال في العالم يتراوح بين 500 مليار دولار وتريليون دولار سنويًا، وهو ما يشكل 1% من حجم الاقتصاد العالمي البالغ 85 تريليون دولار.

ودولة قطر من الدول التي تسعى إلى مكافحة جرائم غسل الأموال في المناحي كافة، ولعل إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية تسعى إلى مكافحة جريمة غسل الأموال؛ لما لها من تأثيرات سلبية على المجتمع القطري، وعليه تكمن إشكالية الدراسة في محاولة التعرف على دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية في مكافحة جرائم غسل الأموال.

وتحاول هذه الدراسة الإجابة على التساؤلات التالية:

- ماهية جرائم غسل الأموال؟
- ما خصائص جريمة غسل الأموال؟
- ما المراحل التي تمر بها جريمة غسل الأموال؟
- ما الآثار الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والأمنية المترتبة على جرائم غسل الأموال؟
- ما دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في مواجهة جرائم غسل الأموال؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة من الناحية النظرية في ندرة الدراسات والأبحاث التي تناولت موضوعها «دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في مكافحة جرائم غسل الأموال» - في حدود علم الباحث-، ولذلك ستسهم الدراسة في إغناء المكتبة القطرية وخصوصًا مكتبة كلية الشرطة بهذا النوع من الدراسات حول هذا الموضوع.

أما من الناحية العملية، فتكمن أهمية الدراسة في مساعدة أصحاب الاختصاص وصانعي القرار في وزارة الداخلية، خصوصًا إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية، لاتخاذ القرارات المناسبة فيما يتعلق بإجراءات مكافحة هذه الجرائم؛ بتوفير الكادر المدرب والمعد لمواجهتها، والتفاعل معها.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة للتعرف على الأمور التالية:

- ماهية جرائم غسل الأموال.
- خصائص جريمة غسل الأموال.
- المراحل التي تمر بها جريمة غسل الأموال.
- الآثار الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والأمنية المترتبة على جرائم غسل الأموال.
- دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في مواجهة جرائم غسل الأموال.

منهجية الدراسة

من أجل الوصول إلى النتيجة المرجوة من هذه الدراسة، ونظرًا لخصوصية جرائم غسل الأموال، سوف يتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي.

خطة الدراسة

المبحث الأول: ماهية جرائم غسل الأموال والآثار المترتبة عليها
المبحث الثاني: دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في مواجهة جرائم غسل الأموال

المبحث الأول ماهية جريمة غسل الأموال وآثارها

تمهيد:

لا يوجد تعريف موحد لغسل الأموال، وعليه سوف يتناول هذا المبحث مجموعة من تعاريف جريمة غسل الأموال، وسوف نتطرق أيضًا لخصائص هذه الجريمة، على النحو التالي:

المطلب الأول ماهية جريمة غسل الأموال

تعريف جريمة غسل الأموال

تعددت تعريفات جريمة غسل الأموال، فهناك من يرى أن غسل الأموال هو أي عملية من شأنها إخفاء المصدر غير المشروع الذي اكتسبت منه الأموال، وهذا التعريف على بساطته يشير إلى الأفعال التي يلجأ إليها المجرمون لتمويه المصادر غير المشروعة لأموالهم.⁽⁴⁾

وعرفه خبراء التدريب ببرنامج الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات وغسل الأموال، بأنه: «عملية يلجأ إليها من يقوم بالاتجار غير المشروع بالعقاقير المخدرة؛ بهدف إخفاء مصدره غير المشروع، أو استخدام الدخل في وجه غير مشروع، ثم يقوم بتمويه ذلك الدخل ليحمله يبدو وكأنه دخل مشروع، وهو أبسط التصرف في النقود بطريقة تخفي مصدرها وأصلها الحقيقيين».⁽⁵⁾

أما إعلان بازل فعرف غسل الأموال بأنه: جميع العمليات المصرفية التي تهدف إلى إخفاء المصدر غير المشروع والجرمي للأموال.⁽⁶⁾

وعرفه المشرع القطري في قانون رقم (20) لسنة 2019 بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، في الفصل الأول - المادة الثانية: يعد مرتكبًا لجريمة غسل الأموال كل من قام عمدًا بأي من الأفعال التالية:⁽⁷⁾

- تحويل الأموال أو نقلها مع العلم بأنها متحصلات جريمة أو أي من أفعال الاشتراك في هذه الجريمة، بقصد إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الأموال، أو مساعدة أي شخص قام بارتكاب هذه الجريمة على الإفلات من العواقب القانونية لأفعالها.
- إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها، مع العلم بأنها متحصلات جريمة.
- اكتساب الأموال أو حيازتها أو استخدامها مع العلم وقت تسلمها بأنها متحصلات جريمة.
- الاشتراك أو الارتباط أو التواطؤ أو المساعدة أو التحريض أو التسهيل أو تقديم المشورة أو التعاون

(4) د. عبد الصمد سكر، د. نشأت المعاسفة، الجرائم المستحدثة وآليات مكافحتها، مطابع الشرطة، الطبعة الأولى، قطر، 2015م، ص 62.

(5) محمد فتحي عيد، الإجراء المعاصر، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الطبعة الأولى، الرياض، 1999م، ص 279.

(6) د. منى الأشقر، تبييض الأموال الناتجة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات، مركز المعلومات القانونية بالجامعة اللبنانية، 1999م، ص 250.

(7) موقع الميزان، البوابة القانونية القطرية: <http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=188236&lawId=80856&language=ar> تاريخ الالتقاط 2021/6/1م.

أو الإسهام أو التآمر في ارتكاب أو الشروع في ارتكاب أي من الأفعال المحددة في هذه المادة، وتعد جريمة غسل الأموال جريمة مستقلة عن الجريمة الأصلية.

وعرفته اللجنة الوطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب: (8) «غسل الأموال هي إعادة تدوير الأموال الناتجة عن الأعمال غير المشروعة في مجالات وقنوات استثمار شرعية لإخفاء المصدر الحقيقي لهذه الأموال، ولتبدو كما لو كانت قد تولدت من مصدر مشروع. ومن أمثلة هذه الأعمال غير المشروعة (الأموال الناتجة عن تجارة المخدرات - الأسلحة). أما غسل الأموال العكسي فهو أن يكون هناك أموال من مصدر مشروع ويتم إنفاقها في مصدر غير مشروع، مثل تمويل العمليات الإرهابية أو شراء أسلحة محرمة دولياً».

وفي ضوء تلك التعريفات، يقترح الباحث تعريفاً لغسل الأموال بأنه: سلوك إيجابي يقوم من خلاله الشخص بإخفاء المصدر غير المشروع للأموال المتحصلة من الجرائم المنصوص عليها وفقاً للتشريعات والقوانين النافذة.

خصائص جريمة غسل الأموال

جريمة غسل الأموال العديد من الخصائص والمزايا، ومنها:

1. جريمة غسل الأموال جريمة عالمية وذات طابع دولي (9):

الوجه الغالب لجريمة غسل الأموال أنها ترتكب في إطار مكان يقع في إقليم دولة من الدول، إلا أن ثورة الاتصالات التي تفجرت خلال العقدين الأخيرين من القرن العشرين رافقها انتشار لظاهرة الجريمة عالمياً، بحيث أصبحت الجريمة الواحدة ترتكب على عدة أقاليم مختلفة ومتباعدة كثيراً في بعض الأحيان، وجريمة غسل الأموال من هذه الجرائم؛ حيث إنها تتضمن في مراحلها عمليات نقل وتهريب الأموال غير المشروعة من مكان إلى آخر ومن دول إلى أخرى، ويعتقد المجرم بأن هذه الأموال ستكون في مأمن فيها وأنها بعيدة عن الشبهات وعن عيون السلطات الرقابية (10).

وبالتالي فإن جريمة غسل الأموال أصبحت تتسم بالصبغة العالمية غير الوطنية؛ حيث يتجه العديد من غاسلي الأموال إلى تحريك العائدات الإجرامية خارج بلدانهم صوب الملاذات المالية الآمنة وتركيز الأنشطة الرامية إلى إخفاء المصدر الجرمي لهذه العائدات في البلدان التي تفتقر إلى التشريعات الجنائية الرادعة أو التي تضعف فيها إلى حد كبير آليات الإشراف والرقابة على حركة الأموال داخل وعبر حدودها الوطنية، لذلك غالباً ما تتجه الدول إلى تكثيف المؤتمرات الدولية للحماية والوقاية من الجرائم، وهو لفظ يستخدم للدلالة على الجرائم التي تتعدى حدود الدولة الواحدة؛ كالإرهاب والمخدرات وتجارة الرقيق الأبيض وكذلك جريمة غسل الأموال (11).

2. جريمة غسل الأموال جريمة منظمة:

تعتبر الجريمة المنظمة من أبرز التحديات التي تواجه المجتمع الدولي؛ حيث إنها تعتبر جريمة

(8) اللجنة الوطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب <http://www.namc.gov.qa/> تاريخ الانتقاط 17/05/2021.

(9) أروى الفاروعي وإيناس قطيشات، جريمة غسل الأموال (المدلول العام والطبيعة القانونية)، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2002م، ص 33-34.

(10) باكر الشيخ، غسيل الأموال آليات المجتمع في التصدي لظاهرة غسيل الأموال، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص 37.

(11) محمود محمد ياقوت، جرائم غسل الأموال بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 17.

عابرة للأوطان، الأمر الذي مكنها من ارتكاب بعض الأنشطة الإجرامية خارج حدود الدول لكي تعبت بأمنها واستقرارها وتساعد مرتكبيها في ذات الوقت على سرعة التخفي، وغالبًا ما يكون الهدف من ارتكاب الجرائم المنظمة هو تحقيق الربح المادي، وخصوصًا الأرباح الطائلة من الاتجار بالمخدرات، وبالتالي فإن الأموال المتحصلة من ممارسة الأنشطة الإجرامية تدخل النظام المالي العالمي، ولكن هنالك مشكلة تواجه المنظمات الإجرامية وهي إضفاء الشرعية على هذه الأموال غير المشروعة، لذلك فتتصافر الجهود لإضفاء هذه الصفة عليها⁽¹²⁾.

وبالتالي، فإن جريمة غسل الأموال وفقًا للطرق والاليات التي تتم بها لا يمكن أن تكون إلا جريمة منظمة، فكل ما يشترط لقيام الجريمة المنظمة متوافر بالنسبة لجريمة غسل الأموال؛ حيث يقوم بها عدد من المجرمين ذوي الخبرة والاختصاص، والسرية هي السمة التي تميز عمل هؤلاء، وإن عملهم لا ينتهي بمجرد القيام بعملية غسل أموال واحدة، وإنما يستمر باستمرار تدفق رؤوس الأموال غير المشروعة، فهذا الدور الذي يقوم به نشاط غسل الأموال يرتبط بإحدى السمات الأساسية للمنظمة الإجرامية وهي تحقيق الربح المادي⁽¹³⁾.

3. جريمة متطورة تقنيًا:

مما لا شك فيه أن التقدم الهائل في التكنولوجيا ساعد بشكل كبير في تطور عملية غسل الأموال، لأن غاسلي الأموال يستخدمون التكنولوجيا لتنفيذ صفقاتهم وعملياتهم⁽¹⁴⁾.

4. جريمة تبعية:

إن جريمة غسل الأموال جريمة تبعية يفترض وجود نشاط إجرامي سابق لها، فيحصل لذلك نشاط غسل الأموال الناتجة عن النشاط الأخير، فنشاط غسل الأموال يعد نشاطًا مكملًا لنشاط رئيسي سابق أسفر عن تحصيل كمية من الأموال، وسواء أكان هذا النشاط مشروعًا أم غير مشروع فعادة يتم الحصول على الأموال المراد غسلها من أنشطة غير مشروعة، مثل الاتجار في المخدرات والرشوة والاحتيال وغيرها.

مراحل جريمة غسل الأموال:

تمر جريمة غسل الأموال بثلاث مراحل رئيسية، وهي:

1. الإيداع:

وهي المرحلة التمهيديّة، وتبدأ بإدخال الأموال غير المشروعة في النظام المالي القانوني، أو بمعنى آخر تحويل المال السائل المستمد من جريمة إلى وسائل أخرى للدفع، أو إدخاله في دوائر مصرفية، كالإيداع في حسابات متعددة في مصرف واحد أو أكثر أو تحويله إلى أموال أخرى كالصفقات العقارية⁽¹⁵⁾، كما يمكن أن تتم هذه المرحلة من خلال تقسيم هذه الأموال إلى أدوات مالية كالحالات أو الشيكات، أو تبديل عملة بأخرى بمزجها مع أموال مشروعة، وذلك لنفي الشك

(12) بابتكر الشيخ. غسل الأموال آليات المجتمع في التصدي لظاهرة غسل الأموال، مرجع سابق، ص:38

(13) محمود محمد ياقوت، جرائم غسل الأموال بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سابق، ص:19

(14) مناهل مصطفى، وآخرون، بحث بعنوان دور المصارف لمواجهة عمليات الاحتيال المالي وغسل الأموال، منشورات جامعة بغداد، 2008م، ص: 10.

(15) محمد علي العريان، عمليات غسل الأموال وآليات مكافحتها، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2009م، ص: 42.

والريبة، ويتم توظيفها بشراء أوراق مالية نقدًا أو شراء شكل من أشكال التأمين، وذلك يتم لإبعاد الأموال غير المشروعة عن موقعها غير الشرعي، وتجنب اكتشافها من طرف السلطات المختصة⁽¹⁶⁾.

2. التمويه أو التفريق:

وتتم هذه المرحلة بعد دخول الأموال إلى القطاع المصرفي، وذلك من أجل فصل هذه الأموال عن مصدرها غير المشروع، وذلك عن طريق مجموعة من العمليات المعقدة والمتابعة من أجل إخفاء مصدر هذه الأموال، كما يمكن أن تتم هذه المرحلة من خلال اللجوء إلى إبرام الصفقات المالية المتتابعة لإخفاء مصدر المال غير المشروع، بعد القيام بإيداعه في المؤسسات المالية، كما يمكن أن تتم عن طريق وسائل أخرى مثل تكرار عمليات التحويل بين الحسابات البنكية، أو بوسائل التحويل الإلكتروني للأموال أو شراء أوراق مالية، أو أدوات استثمار قابلة للتحويل بسهولة، ولعل أهم أساليب الخلط والتمويه هي عمليات التحويل الإلكتروني التي تؤدي إلى تفادي النقل المادي للأموال، الذي قد يؤدي إلى سهولة اكتشافها⁽¹⁷⁾.

3. الإدماج:

وتعد المرحلة الأخيرة لجرائم غسل الأموال ويمتاز نشاطها بالعلانية؛ ويتم ذلك من خلال دمج الأموال غير المشروعة بالأموال المشروعة وخلطها في بوتقة الاقتصاد الكلي؛ بحيث يصعب معرفة مصدرها غير المشروع، كما تتم هذه المرحلة من خلال ضخ الأموال غير المشروعة في الاقتصاد المشروع بشراء الأصول كالعقارات أو الأوراق المالية أو غيرها، وتعتبر هذه آخر مرحلة؛ حيث يتم عن طريقها إضفاء الشرعية والقانونية على هذه الأموال، وهي من المراحل الخطيرة على الاقتصاد؛ حيث تمثل بر الأمان لغاسلي الأموال القذرة، كما يطلق عليها أيضًا اسم مرحلة التجفيف⁽¹⁸⁾.

المطلب الثاني

آثار جرائم غسل الأموال

يترتب على جريمة غسل الأموال العديد من الآثار السلبية على المجتمعات؛ كالآثار الأمنية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية، وكلها تؤثر على تقدم المجتمع وتطوره، وتعمل على زعزعة استقراره⁽¹⁹⁾:

الآثار الأمنية لجرائم غسل الأموال:

يؤدي غسل الأموال إلى زعزعة الاستقرار والأمن الداخلي، كما يساهم غسل الأموال في استغلال غاسلي الأموال لإحداث اضطرابات أمنية، بالإضافة إلى استغلال الأموال المغسولة في توفير الدعم المالي للإرهابيين، وتمويل شراء السلاح اللازم لزعزعة الأمن والاستقرار الداخلي، كما تساهم الأموال المغسولة في تجنيد الأفراد ضمن الجماعات المتطرفة والإرهابية⁽²⁰⁾.

(16) سمير الخطيب، مكافحة عمليات غسل الأموال، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 16.

(17) سمير الخطيب، مكافحة عمليات غسل الأموال، مرجع سابق، ص 17.

(18) محمد علي العريان، عمليات غسل الأموال وآليات مكافحتها، مرجع سابق، ص 44.

(19) صالحة العمري، بحث بعنوان: «جريمة غسل الأموال وطرق مكافحتها»، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2009م، ص: 18.

(20) محمد سفر، غسل الأموال، مكتبة عبيكان، الرياض، 2005م، ص 65.

كما تؤدي هذه الجريمة إلى:

1. ظهور أساليب جرمية حديثة وزيادة معدلات ارتكاب الجريمة:

إن زيادة القدرات المالية ووسائل التقنية لدى عصابات غسل الأموال والعصابات المنظمة يؤدي إلى تطوير أساليبهم الجرمية وزيادة أنشطتهم.

2. زيادة الإنفاق على مكافحة الجريمة:

وذلك بسبب تزايد عمليات غسل الأموال، مما يجعل الدولة توجه اهتمامها إلى القضايا الأمنية وزيادة الإنفاق عليها للحد من ارتفاع معدلاتها.

3. انتشار الفساد:

تلجأ عصابات غسل الأموال إلى رشوة ضعاف النفوس من العاملين والمسؤولين؛ ليأمنوا ملاحظتهم ويتم التستر عليهم، وذلك من خلال الرشاوى والسيطرة على الأجهزة الأمنية والنظام القضائي.

كما تؤدي جرائم غسل الأموال إلى (21):

- اختراق أجهزة الدولة الفعالة في مكافحة جريمة غسل الأموال.
- الهروب والإفلات من العقاب والجزاء.

الآثار الاجتماعية لجرائم غسل الأموال:

لقد أدت ظاهرة غسل الأموال إلى بروز جملة من الآثار السلبية على صعيد المستهلك والمجتمع؛ حيث عملت على تخريب منظومة العلاقات الاجتماعية وتخريب النسيج الأخلاقي، كما أدت إلى ظهور حالات الاختطاف والاعتيالات حتى بعد دفع المبالغ المالية، كما يؤدي غسل الأموال إلى اختلال توازن الهيكل الاجتماعي وتزايد حدة مشكلة الفقر وتدني مستويات المعيشة لدى الغالبية العظمى، كما ساهم غسل الأموال في انتشار الفساد والجرائم الاجتماعية والفساد الإداري والرشوة وغير ذلك، كما ساهمت في تخفيض المستوى المعيشي للمواطنين من خلال توفير السلع والخدمات المغشوشة التي تباع بأسعار مقاربة لمستويات الدخل، ولكنها لم تدم طويلاً لتصبح عبئاً على المستهلك نفسه، كما يؤدي غسل الأموال إلى تخريب المجتمع من خلال تجارة المخدرات والأسلحة، إضافةً إلى أن غسل الأموال يؤدي إلى ازدياد معدلات الجريمة وتنوعها وتشابكها (22).

الآثار الاقتصادية لجرائم غسل الأموال:

هناك مجموعة من الآثار الاقتصادية السلبية التي خلفتها ظاهرة غسل الأموال في المجتمع أثناء وقوع الجريمة؛ لأن معظم الأموال المغسولة إما سرقة من المصارف والبنوك، أو تهريب آلات ومعدات وسيارات وأثار إلى الخارج، أو دخول بضائع مغشوشة إلى الأسواق، وهذا كله يزيد من الآثار

(21) هاني عيسوي السبكي، غسل الأموال: دراسة في ضوء الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات الدولية والإقليمية والوطنية، دار الثقافة، عمان، 2015م، ص 167.
(22) ممدوح العنزي، دور الإدارة القانونية بوزارة الداخلية في مكافحة جرائم غسل الأموال، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2017م، ص 46.

الاقتصادية السلبية ويميز الظاهرة عن الظواهر العالمية على الرغم من حداثة الظاهرة، إلا أن تجاذب عوامل البيئة الداخلية والبيئة الخارجية أدى إلى انطلاقها بسرعة فائقة، ومن الآثار الاقتصادية أن غسل الأموال أدى إلى إضعاف الدخل القومي من خلال استنزاف رؤوس الأموال (العملات الصعبة) التي تمت سرقتها من المصارف وتحويلها للاستثمار خارج البلد، ومن خلال الآثار الناجمة عن تهريب المكائن والآلات والمعدات والمصانع إلى خارج البلد وبيعها بأسعار منخفضة، وهي تمثل رأس مال ثابتاً ومهمّاً، والمساهمة في تعطيل المشاريع الصناعية، مما يفقد البلد طاقتها الإنتاجية التي هي أصلاً منخفضة، ويضعف القطاعات الإنتاجية بسبب ضعف الادخار والاستثمار⁽²³⁾.

كما يؤدي غسل الأموال إلى هروب رؤوس الأموال إلى الخارج، وقد يؤدي ذلك إلى اختلال التوازن بين الادخار والاستهلاك، وهذا سيجعل الدولة ملزمة بالتحويل الخارجي، مما يزيد من المديونية ومن الآثار الاقتصادية لغسل الأموال وعدم الاستقرار النقدي (سعر الصرف) والخوف من التقلبات المستقبلية، مما يعني قيام الأفراد بشراء العملات الأجنبية وادخالها داخل أو خارج الدولة. ويؤدي غسل الأموال أيضاً إلى سوء توزيع الدخل وتركزه بيد فئة طفيلية قليلة، الأمر الذي يترك أثراً سلبياً على العدل الاجتماعي، كما يساهم غسل الأموال في إدخال السلع المغشوشة إلى السوق، مما يؤدي إلى قتل الصناعة الوطنية وفقاً لمبدأ ابن خلدون (السلعة الرديئة تطرد السلعة الجيدة)، ومن الآثار الاقتصادية الخطيرة لغسل الأموال تدهور قيمة العملة الوطنية، وانخفاض قدرتها الشرائية، بالإضافة إلى ارتفاع الأسعار وانخفاض القوة الشرائية للعملة والتضخم والفقر والبطالة⁽²⁴⁾.

الآثار السياسية لجرائم غسل الأموال:

من الآثار السياسية لغسل الأموال إمكانية استغلال غاسلي الأموال في إحداث اضطرابات سياسية، بالإضافة إلى استغلال الأموال في توفير الدعم المالي للإرهابيين، وتوفير الدعم المالي لحدوث الانقلابات العسكرية والسياسية، ومن الآثار السياسية لغسل الأموال سعي غاسلي الأموال إلى اختراق الأنظمة السياسية والإدارية والحكومية للتأثير على مراكز اتخاذ القرار، واستغلال أموالهم الضخمة في دعم الحملات الانتخابية لمرشحهم⁽²⁵⁾.

(23) صفوت عوض الله، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، مجلة الحقوق، 2005م، العدد 2، ص 77.

(24) نادر شافي، تبييض الأموال دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت، 2001م، ص 49.

(25) أشرف شمس الدين، تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص 82.

المبحث الثاني

دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في مواجهة جرائم غسل الأموال

تمهيد

يتناول هذا المبحث نشأة إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية واختصاصاتها، ومهام وصلاحيات هذه الإدارة، وبيان دورها في مكافحة جريمة غسل الأموال، مع ذكر بعض الأمثلة والقضايا لجرائم غسل الأموال التي تمكنت إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية من القبض على مرتكبيها.

المطلب الأول

نشأة الإدارة واختصاصاتها

كانت إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية قسماً تابعاً لإدارة البحث الجنائي عام 2004م، وفي عام 2018م أصبحت إدارة تابعة للإدارة العامة للمباحث الجنائية، ومدير هذه الإدارة عضو في اللجنة الوطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، بالإضافة إلى أن نائب رئيس اللجنة من مرتب وزارة الداخلية⁽²⁶⁾.

وتتولى الإدارة والقسم المختص المهام والصلاحيات التالية⁽²⁷⁾:

1. التحري عن العمليات التي يشتهب بأنها مرتبطة بغسل الأموال التي ترد من الجهات الخاضعة لأحكام القانون، وطلب أي معلومات لازمة لذلك وتحليلها، والاطلاع على أي سجلات أو مستندات ضرورية واتخاذ القرارات المناسبة بشأنها، واعتماد النماذج والوسائل الخاصة بالإخطار عن العمليات التي يشتهب بأنها مرتبطة بغسل الأموال.

2. وهنا يجب لنا أن نبين مفهوم التحري بأنه الإجراءات المتبعة وفقاً للقانون والعمل المنظم الذي تقوم به الأجهزة المختصة، وتكون هذه الإجراءات مشروعة، والهدف من ورائها جمع المعلومات والاستدلالات الصحيحة، وأن يكون القصد منها كشف النشاط الإجرامي ومعرفة حقيقة الأشخاص وجوانب الفعل وآلية ارتكابه⁽²⁸⁾، وبالتالي فإن مهمة إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية هي البحث والتحري عن جرائم غسل الأموال، وجمع كافة المعلومات اللازمة من المؤسسات المصرفية أو أي جهة أخرى حول الجريمة المشتبه بارتكابها.

3. تلقي البلاغات المتعلقة بالجرائم الاقتصادية والإلكترونية، وجمع الاستدلالات فيها والقيام بأعمال التحقيق التي تعهد إليها طبقاً للقانون. ويجب هنا أن نبين مفهوم البلاغات التي يجب أن تتلقاها إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية؛ بأنها عبارة عن إجراء أو مجموعة

(26) مقابلة مع النقيب/ محمد راشد الديباغ، رئيس قسم مكافحة جرائم غسل الأموال، يوم الخميس 24/06/2021م في تمام الساعة 09:00 صباحاً.

(27) النقيب/ محمد راشد الديباغ، المرجع السابق.

(28) داود صبحي سليمان، إجراءات التحري والمراقبة والبحث الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2012، ص4.

من الإجراءات يقوم بها شخص أو مجموعة من الأشخاص قد يكون لأي منهم مركز قانوني في الواقعة الإجرامية، مجنيًا عليه، أو مدعيًا بالحقوق المدنية، أو حتى المتهم، وقد لا يكون كذلك كما لو كان شخصًا عاديًا يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة أو الخاصة وبالتالي تحقيق العدالة، ويتم توجيه هذا الإجراء إلى السلطة المختصة لتقوم بواجبها في الوصول إلى الحقيقة⁽²⁹⁾، كما عرف أيضًا بأنه إخطار وإعلام الجهة المختصة؛ سواء أكانت هذه الجهة هي وكيل النيابة أم مساعديه بوقوع الجريمة، فالجهة التي يقدم إليها الإخطار هي موظفو الضابطة القضائية⁽³⁰⁾، وهنا يتضح لنا أهمية دور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في تلقي البلاغات الخاصة بجرائم غسل الأموال التي وقعت، ومن جانبنا نرى أنه يمكن لها أن تتلقى بلاغات في جرائم غسل الأموال المشتبه بوقوعها لإمكانية تفاديها.

4. ومن أدوار إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية التحقيق في جرائم غسل الأموال، وذلك ضمن ضوابط حددها المشرع في قانون الإجراءات الجزائية، وأبرزها أن يكون هنالك تفويض من النيابة العامة صاحبة الاختصاص في التحقيق.

5. البحث والتحري في الجرائم الاقتصادية: التزييف، والتزوير، والاستثمار دون ترخيص، والصرافة دون ترخيص، والاحتيال المالي، والبطاقات الائتمانية، والتعدي على حقوق الملكية الفكرية، وذلك بالتنسيق مع الجهات ذات الصلة واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة.

6. رصد الأموال المشبوهة من خلال تلقي التقارير الواردة حول هذه الأموال والتحري عنها، وكيفية استشعار الأخطار، والإبلاغ عن الأشخاص والأموال المشبوهة من خلال وضع برامج تدريبية خاصة، ومن خلال برامج توعوية للأفراد للإبلاغ عن المعاملات المشبوهة.

7. حيث يتم رصد الأموال المشبوهة من خلال تلقي تقارير عن هذه الأموال من عدة جهات، ولعل أبرز جهة هي المؤسسات المالية والمصرفية، التي تعتبر المكان الأكثر استخدامًا لغسل الأموال من قبل المجرمين، ومن خلال نظام الحوالات أيضًا؛ حيث شددت التشريعات الوطنية على ضرورة التعاون ما بين المؤسسات المالية والأجهزة المختصة برصد تلك الأموال المشبوهة، وأبرز تلك الجهات إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية.

8. إنشاء قاعدة بيانات يحفظ بها كل ما يرد إلى الإدارة من معلومات عن العمليات التي يشتبه بأنها مرتبطة بغسل الأموال، ومرتبطة بتحريف المستندات والشيكات وشهادة الأهلية، أو التأهيل، أو مستندات الهوية، أو بطاقات الصراف الآلي أو البطاقات الائتمانية، أو تزوير التوقيع والأختام، أو تزوير الأوراق النقدية.

9. وهنا يجب أن نشير إلى مفهوم قاعدة البيانات بأنها عبارة عن كمية كبيرة من البيانات والمعلومات التي يمكن الرجوع إليها وإجراء العمليات المختلفة عليها كعمليات البحث والتعديل والمقارنة، وذلك من خلال تكلفة بسيطة وسرعة عالية، وتمتاز هذه البيانات الرقمية بأنها بيانات ذات فهرسة وترتيب معين، وتعتبر لغة (SQL) هي اللغة الأكثر استخدامًا وشيوعًا

(29) سعود موسى، الحق في الشكوى، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 1992، ص32.

(30) غاندي ربيعي، دليل قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، رام الله، 2009، ص49.

في برمجة قواعد البيانات⁽³¹⁾، ومن هنا تتضح لنا أهمية إنشاء قاعدة بيانات لجمع كافة المعلومات حول العمليات المصرفية، والتي من خلالها يمكن تحديد الأشخاص المشتبه بهم، بالإضافة إلى تحديد المؤسسات المصرفية التي لا تلتزم بالمعايير الصادرة عن الجهات الرقابية على تلك المؤسسات، وذلك يتيح سهولة الوصول إلى تلك المعلومات لاتخاذ الإجراء المناسب بحق الأشخاص أو المؤسسات المصرفية.

10. تشجيع الأفراد على الإبلاغ عن حالات الاشتباه وتطوير آليات تسلم الشكاوى.

وهنا يجب أن نشير إلى أسباب إحجام المواطنين عن الإبلاغ؛ حيث يعتبر إبلاغ أجهزة الأمن عن الجرائم المرتكبة من أهم أركان التعاون في كشف الجريمة ومطاردة المجرمين من جانب أفراد الشرطة، والواقع أن حجم الحوادث الجنائية غير المبلغ عنها يفوق الحجم المبلغ عنه في مجتمعات كثيرة، وإن إحجام الكثير عن الإبلاغ عن الجرائم يعود إلى عدة عوامل منها⁽³²⁾:

- بساطة المشكلة.
- صغر سن مرتكب المشكلة.
- المركز الاجتماعي للجاني.
- تجنب الفضيحة والعار.
- الخوف من ضياع الوقت وطول الإجراءات.
- احتمال معاملة المسؤولين لهم بأسلوب جاف أو سؤالهم بطريقة اتهامية.
- إعداد التقارير السنوية والشهرية عن أنشطة مكافحة غسل الأموال، بما في ذلك أنشطة الوحدة على الصعيد المحلي والدولي.
- إعداد برامج توعوية في مجال مكافحة غسل الأموال، وإعداد وتنفيذ برامج التأهيل والتدريب للموظفين.

المطلب الثاني

الإجراءات العملية وآليات مكافحة غسل الأموال⁽³³⁾

الإجراءات العملية الخاصة:

نظرًا لأهمية عمل إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية، ودورها المحوري في مكافحة غسل الأموال، يعمل قسم مكافحة غسل الأموال وفقًا لاستراتيجية وزارة الداخلية والقوانين الوطنية المتماشية مع ما جاء بالمعايير الدولية وقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتعديلاته، كما تم إنشاء دليل إرشادي للعاملين في هذه الإدارة.

آليات مكافحة غسل الأموال على المستوى الوطني، ويتم ذلك من خلال الآتي:

(31) حيدر البرزنجي، محمود جمعة، تكنولوجيا ونظم المعلومات في المنظمات المعاصرة منظور إداري تكنولوجي، مطبعة ابن عربي، الرياض، 2013، ص 23.
 (32) عصام الأطرش، دور الشرطة المجتمعية في الوقاية من الجريمة، رسالة دكتوراه، جامعة مؤتة، 2016، ص 36.
 (33) النقيب/ محمد راشد الداغ، المرجع السابق.

7. الهيئة العامة للضرائب.

8. مصرف قطر المركزي.

ومن جانبنا فإننا نرى ضرورة الالتزام بالتوصيات الصادرة عن فرقة العمل المعنية بالإجراءات المالية بشأن غسل الأموال، وهي جهاز دولي حكومي أنشئ بمقتضى أحد مقررات القمة الاقتصادية السنوية الخامسة عشرة 1989 لرؤساء دول وحكومات الدول الصناعية الرئيسية السبع؛ حيث أصدرت الفرقة تقريرها عام 1990 متضمنة أربعين توصية تعزز وتكمل أحكام اتفاقية فيينا وبيان بازل لسنة 1989، وأهم ما ورد من التوصيات ما يلي⁽³⁵⁾:

- حث الدول على اتخاذ التدابير اللازمة لتجريم غسل الأموال المتأتية من المخدرات على النحو المبين في اتفاقية فيينا لعام 1988.
- إخضاع الشركات والمصارف المتورطة في عمليات غسل الأموال للمسؤولية الجنائية، إضافة إلى المسؤولية الجنائية لموظفيها.
- ضرورة قيام المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية بكشف هوية العملاء، والاحتفاظ بسجلات لهم لمدة (5) سنوات على الأقل بعد إقفال الحساب، على أن تكون هذه السجلات متاحة للسلطات المحلية المختصة عند أي ملاحظات جنائية.
- حث الدول على اليقظة والحذر فيما يتعلق بالمعاملات التي تكون كبيرة على غير العادة، والأنماط غير المعتادة للمعاملات، والتي ليس لها هدف اقتصادي أو قانوني واضح، والتي تكون محل شبهة، وذلك برفع تقرير عنها إلى السلطات المختصة.
- الطلب من المؤسسات المالية التي لها فروع في الدول التي ليس بها تشريع لمكافحة غسل الأموال أن تتخذ ما يلزم نحو تقييد تلك الفروع بالتوصيات التي وضعتها فرقة العمل.
- النظر في جدوى إنشاء نظام الإبلاغ عن صفقات العملاء على الصعيدين الدولي والمحلي والتي تزيد عن حد معين.
- رصد وتبادل المعلومات عن التدفقات النقدية والتطورات في تقنيات غسل الأموال.
- التشديد على ضرورة التعاون الدولي فيما يتعلق بمواجهة جريمة غسل الأموال، وما يرتبط بذلك من تعقب للمتصلات المتأتية من الجريمة وضبطها وتجميدها ومصادرتها.
- كما وضعت اللجنة الدولية للنظام البنكي والممارسات الإشرافية منذ عام 1988 مجموعة من المبادئ الإرشادية للحماية من جرائم غسل الأموال⁽³⁶⁾، وهي:
- التثبت من شخصية العميل ومعرفته معرفة شاملة تشمل معرفة سياسة عمله ونطاق نشاطه وتاريخه قدر الإمكان، وليس فقط معرفة شخصه، ويشمل ذلك العميل؛ سواء كان شخصية طبيعية أو معنوية.
- مراجعة المعلومات التي يدلي بها العميل والمعلومات التي قد يحصل المصرف عليها من مصادر أخرى، والحذر من العميل الذي يقدم معلومات غير كافية أو الذي يخفي معلومات.

(35) صقر المطيري، جريمة غسل الأموال دراسة حول مفهومها ومعوقات التحقيق فيها وإشكاليات تنسيق الجهود الدولية لمواجهتها، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص23.

(36) رنا العاجز، دور المصارف في الرقابة على عمليات غسل الأموال، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008، ص44.

- الانتباه إلى التغيير في الأنشطة التي من أجلها بدأ العميل التعامل مع البنك، وخاصة تغيير الزبائن لأنشطتهم بما لا يتلاءم مع أعمالهم الاعتيادية.
- سياسة مدروسة للتقارير الدورية حول النشاط المصرفي وتحليل مخرجاتها.
- تعميم ثقافة مكافحة غسل الأموال والإرشادات على جميع الموظفين على اختلاف مستوياتهم، وتدريبهم بشكل جيد، وافترض حالات لاختبار قدرتهم على التقاط الحالات المرعبة.

المطلب الثالث

دراسة تطبيقية لدور إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية في مكافحة جرائم غسل الأموال

الحالة الأولى: جريمة غسل أموال متحصلة من جريمة احتيال واحتيال إلكتروني 2018م:

منطلق القضية:

بتاريخ 26/12/2018م وردتنا شكوى من المدعو/ (ن.س.غ). - قطري بتعرضه لعملية نصب واحتيال من حسابه لدى أحد البنوك الوطنية، وذلك بمبلغ (490,000) ريال قطري؛ حيث وصلته رسائل عن طريق تطبيق (الواتس أب) توحى بأنها رسمية من طرف البنك، ومفادها حظر بطاقة الصراف الآلي الخاصة به وأنه يجب عليه تحديثها، وبالتالي طلب منه تزويدهم ببياناته الشخصية لغرض التحديث، وفي اليوم الثاني يتفاجأ بوجود رسائل على جواله من البنك تفيد بوجود (5) حوالات تمت من حسابه البنكي إلى حسابات أخرى، وبعد مراجعته البنك واستلام كشف حساب بنكي اتضح أن الحوالات ذهبت لحساب شخصين.

إجراءات البحث والتحري وجمع الاستدلالات:

- في الخطوة الأولى تم التواصل مع البنك ليؤكد الحادثة، واتضح أن الحسابين المحول لهما المبالغ تابعان لشخصين تم الاحتيال عليهم بنفس الطريقة تقريباً.
- قام البنك بحجز المبالغ المتبقية في الحسابات كإجراء أولي.
- بتاريخ 25/12/2018م حضر أحد المتورطين المدعو/ (ر.م.ص) للإبلاغ عن عمليات احتيال إلكتروني تتم بحسابه البنكي؛ حيث تبين أنه ورد لحسابه مبلغ 135,000 ريال قطري من حساب مجهول، سحب لنفسه منها مبلغ 35,000 ريال قطري نقدًا، ومبلغ 89,500 تم تحويلها إلكترونياً لسداد فواتير شركة اتصالات فودافون، ومبلغ 10,500 ريال قطري حجزت في حسابه، مع العلم بأنه أثناء حضوره للإبلاغ أحضر من المبلغ المسحوب له نقدًا مبلغ 25,000 ريال قطري، لذلك بقي لديه مبلغ 10,000 ريال قطري استغلها لمصلحته الشخصية.
- بتاريخ 30/12/2018م تقدم وكيل عن أحد الضحايا بشكوى ضد مجهول يستخدم أرقام هواتف مختلفة، ويقوم بالنصب والاحتيال على زوجته، فسحب منها مبلغ (35,000) ألف ريال قطري من حسابها البنكي، ومن خلال البحث والتحري تبين أن المبلغ تحول منه مبلغ 11,000 ريال قطري إلى حساب المدعوة/ (أ.ك.ب)، وبقيّة المبلغ 24,000 ريال قطري تم تحويلها لسداد فواتير اتصالات فودافون.

- بتاريخ 30/01/2019م حضر وكيل عن أحد البنوك التجارية لتقديم بلاغ ضد المدعوة (م.م.س) مدعيًا قيامها بالاحتيال على إحدى عمليات البنك بمبلغ (4,600) ريال قطري عبر برنامج (الواتساب)، ومن خلال التحقيقات تبين أن المدعوة (أ.ك.ب) هي من طلبت من صديقتها المدعوة (م.م.س) رقمها الشخصي ورقم حسابها وكلمة السر لغرض حاجتها لتحويل مبلغ إلى حسابها؛ نظرًا لأنها عاجزة عن استخدام حسابها، وبعد التحري تبين أن المبلغ حجز في حسابها من قبل البنك.
- بمتابعة التحريات والتحقيقات ثبت تورط أحد الضحايا المدعوة (أ.ك.ب). فليينية بجريمة غسل أموال؛ حيث ثبت سحبها لجزء من المبلغ نقدًا والاستفادة منه وتحويل الجزء الآخر منه إلى الهند عبر شركات الصرافة المحلية، واستعانت بأشخاص من الجنسية الهندية ومن جنسيتها لتحويل بعض هذه المبالغ أيضًا.
- بالتحري عن المستفيدين من التحويلات في الهند تبين لنا أنهم ربما يكونون هم المجرمين الرئيسيين في الجريمة، وهم: (R.S.S.O) و (S.S) و (I.R.N).
- تم إجراء تحليل مالي أولي بتاريخ 14/04/2019م واتضح أن الجريمة تقوم على مبدأ توريط أكبر قدر ممكن من الأشخاص، ومحاولة الحصول على أي نوع من أنواع التعاون منهم لغرض المساعدة في الجريمة؛ حيث يتم تحويل المبالغ بصورة إلكترونية إلى أي حسابات متوفرة لدى المجرم الخارجي تحصل عليها بنفس الأسلوب؛ حيث إن الحسابات التي يجد فيها أموالًا يتم التحويل منها، والحسابات التي لا يجد فيها أموالًا يتم التحويل إليها، وبعض المبالغ يتم سداد فواتير الاتصالات بها لأرقام الهواتف المستخدمة في عملية التواصل والاحتيال على الضحايا وبمبالغ كبيرة، والجزء الكبير من المبالغ يتم تحويله إلى حسابات خارجية بالطبع، بالتالي فنحن أمام جريمة منظمة عابرة للحدود عالية التخطيط يصعب تتبع المجرم الأصلي فيها.
- بمتابعة جمع الاستدلالات تبين أن المدعوة (أ.ك.ب) كانت بؤرة ووسيطًا لعدد من الاحتياالات الأخرى التي تمت محليًا بنفس الطريقة، وكان ضحيتها آخرين.
- بعد استيفاء كامل التحقيقات مع المتهم (أ.ك.ب) والضحايا والشهود والمتورطين، تم بتاريخ 30/07/2019م إحالة المتهم وملف القضية إلى النيابة لاستكمال التحقيقات.
- وتجري مواصلة التحقيقات الموازية من طرف إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية؛ إذ تم بتاريخ 18/06/2019م مخاطبة وحدة المعلومات المالية لغرض التزويد بجميع التعاملات المالية للمتهم والمتورطين وعمل التحليل المالي اللازم والربط بين الحسابات المختلفة.
- بتاريخ 19/07/2019م جاء رد وحدة المعلومات المالية بالتعاملات المالية، وعلى ضوءه تم عمل تحليل مالي.
- بتاريخ 17/11/2019م تمت مخاطبة نيابة الجرائم الاقتصادية وغسل الأموال بتقرير التحليل المالي.

النتائج:

- بتاريخ 12/01/2021م تمت إحالة ملف القضية إلى المحكمة المختصة.
- وبتاريخ 26/04/2021م قضت المحكمة بحبس المتهم (أ.ك.ب) خمس سنوات، وبتغريمها مبلغ (1,000,000) ريال قطري، وإبعادها عن البلاد بعد تنفيذ العقوبة.

الحالة الثالثة: عملية في جريمة غسل أموال عام 2020م

منطلق القضية:

بتاريخ 30/06/2019م ورد إلى إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية كتاب من وحدة المعلومات المالية يفيد بالاشتباه ضد المدعو (G.H.D) والمدعو (J.L) من ذوي الجنسية الأوروبية؛ حيث تم بتاريخ 01/07/2018 الاشتباه في تحويل مالي من حساب شركة (B.M.I) في بنما المملوكة للمدعو (J.L) إلى حساب المدعو (G.H.D) في قطر بقيمة (5,946,354) دولار أمريكي؛ أي ما يعادل (21,644,696) ريال قطري، ثم تحويل تلك الأموال باتجاه دول مختلفة.

التحري وجمع الاستدلالات:

- في الخطوة الأولى تم البحث والتحري في العناصر المحركة في قضية الحال؛ حيث تبين ما يلي:
- المدعو (G.H.D) دخل البلاد بتأشيرة فورية، وتحصل على إقامة على كفالة شركة (س.ل)، والمدعو (J.L) دخل البلاد عدة مرات بتأشيرة فورية، وقاما بفتح حساب لدى (بنك محلي)؛ بهدف نقل المحفظة المالية الخاصة بالمدعو (J.L) في بنما إلى قطر وقيمتها (3,500,000) يورو.
- تولى كل من ذوي الشبهة إنشاء عدد 3 حسابات بنكية لنفسه: 3 حسابات باسم المدعو (G.H.D)، و3 حسابات باسم المدعو (J.L) لدى المؤسسة المصرفية، وتبين أن المدعو (G.H.D) قام بتحريك الرصيد، وذلك عبر الإذن بإصدار عدد من الحوالات الخارجية باتجاه: فرنسا وسويسرا وإيطاليا والولايات المتحدة الأمريكية وبنما والبرازيل، والبهامس وبريطانيا وإسبانيا وأندورا، ولقائده مستفيدين مختلفين.
- أفضت التحريات بأن جميع هذه الحوالات تمت عبر «التطبيق الإلكتروني الخاص بالبنك» واستغلال هذا المنتج كقناة جذب لتحريك الأموال باتجاه فضاءات مالية متعددة، كما أن جزءاً من هذه الأموال تم سحبها عن طريق الصراف الآلي ونقاط البيع، وذلك عبر تعاملات مالية (داخلية وخارجية).
- بتاريخ 07/07/2019م تمت مخاطبة هيئته تنظيم مركز قطر للمال لإفادتنا بخصوص مدى قيام أي من ذوي الشبهة بالتقدم بطلب تسجيل شركة من عدمه؛ حيث إنّه بتاريخ 11/07/2019م وردنا الرد باتجاه عدم تقدم أي من المذكورين أعلاه بطلب ترخيص من هيئة تنظيم مركز قطر للمال.
- بتاريخ 18/07/2019م تمت مخاطبة إدارة التعاون الدولي بوزارة الداخلية؛ بهدف طلب معلومات أمنية من السلطات النظيرة في كل من بنما وفرنسا لإفادتنا عن الأسبقيات الجرمية للمذكورين أعلاه ونوع الأنشطة التجارية التي قد يمارسونها، وعن مصدر الأموال التي تم استلامها وتحويلها لخارج البلاد، وكذلك مخاطبة السلطات النظيرة في كل من (سويسرا، وإيطاليا، والولايات المتحدة الأمريكية، والبرازيل، والبهامس، وبريطانيا، وإسبانيا، وأندورا)؛ لإفادتنا عن بيانات المستفيدين من الحوالات وأسبقياتهم الإجرامية وعلاقتهم بذوي الشبهة.
- بتاريخ 25/07/2019م تمت مخاطبة وحدة المعلومات المالية لطلب ما يتوفر من معلومات عبر طلب تعاون دولي مع الوحدات النظيرة في كل من (فرنسا، وسويسرا، وإيطاليا، والولايات

المتحدة الأمريكية، وبنما، والبرازيل، والبهامس، وبريطانيا، وإسبانيا، وأندورا)، وإفادتنا عن بيانات المستفيدين من الحوالات وأسبقياتهم الإجرامية وعلاقتهم بالمشتبه بهم، وكذلك مصدر الأموال المنقولة من حساب شركة المذكور الثاني في بنما إلى حساب المذكور الأول في قطر، وبيانات الشركة المذكورة أعلاه وملاكها وعن طبيعة الأنشطة التجارية التي يمارسها المذكورون أعلاه.

- بتاريخ 28/07/2019م تم إعداد مذكرة لقسم مكافحة الجرائم الإلكترونية لموافاتنا بنتائج التحريات الإلكترونية. وبتاريخ 06/08/2019م تم الرد بأنه تم العثور على حساب على موقع التواصل الاجتماعي «الفييس بوك» للمذكور الأول، وتبين أنه خبير ومتخصص في السيارات الكلاسيكية والرياضية والفاخرة، ويملك مركزًا للسيارات في دبي.

- بتاريخ 29/07/2019م تم الرد من إنتربول أندورا بنتيجة سلبية.

- بتاريخ 12/09/2019م تم الرد من إنتربول واشنطن وبريطانيا وإسبانيا بنتيجة سلبية لا تفيد مجريات جمع الاستدلالات.

- بتاريخ 18/09/2019م تم الرد من إنتربول سويسرا بنتيجة سلبية لا تفيد مجريات جمع الاستدلالات.

- بتاريخ 12/09/2019م تم الرد من إنتربول مانشستر بنتيجة سلبية لا تفيد مجريات جمع الاستدلالات.

- بتاريخ 24/09/2019م تمت مخاطبة إدارة التعاون الدولي لاستعجال رد بقية الدول.

- بتاريخ 07/02/2020م ورد إلينا رد إنتربول فرنسا، ومفاده: أن المدعو (G.H.D) يعمل في تجارة السيارات الكلاسيكية من خلال شركته الكائنة «بديبي» وليس لديه أسبقيات جنائية، وبالنسبة للمدعو (J.L) تبين أنه كان يعمل بتجارة «التحف» وأن لديه سجلًا جنائيًا؛ حيث يدعي بأنه ضحية لقضية خيانة أمانة بتاريخ 22/09/2010م، وحاليًا يخضع للتحقيق في الجرائم التالية:

1. قضية تزوير ارتكبت من قبل عصابة منظمة بتاريخ 14/04/2011م في باريس.

2. قضية غسل أموال: عن طريق تقديم مساعدة استثمار وإخفاء لتحويل مالي ارتكب ضمن عصابة منظمة بتاريخ 14/04/2011م في فرنسا، وفي سياق القضية الأخيرة أفادوا بأنه سيتم إصدار إنابة قضائية دولية لشرح جوهر القضية بشكل رسمي، وخاصة التهمة الموجهة للمذكور الثاني، وكيفية تراكم ثروته بشكل مريب، والتي كانت مودعة جزئيًا في بنما تحت غطاء شركات تجارية، كما أنه سيتم التحقيق في شأن المستفيدين الفرنسيين من تحويلات المذكور الأول، وستتم موافاتنا بنتائج التحقيق، وما زلنا بانتظار ردهم.

- وبتاريخ 13/02/2020م تم الرد من إنتربول البرازيل بنتيجة سلبية.

- بتاريخ 04/03/2020م تم تسجيل بلاغ جنائي بتهمة غسل الأموال وعرض ملف الإجراءات على نيابة الجرائم الاقتصادية وغسل الأموال، وتم طلب إصدار توجيه بحجز المبالغ المتبقية في حسابات المذكورين أعلاه. وكذلك تم طلب استصدار أوامر قبض بحق المذكورين باعتبار إقامة (GHD) بقطر.

- بتاريخ 29/03/2020م تمت مخاطبة الوحدة لتزويدنا بجميع التعاملات المالية للمذكورين أعلاه، وكذلك استعجال رد الوحدات النظيرة وما زلنا بانتظار ردهم.

- بتاريخ 04/06/2020م تم الرد من إنتربول بنما بنتيجة سلبية.

النتائج:

- بتاريخ 06/04/2020م وردنا كتاب من البنك بأنه بأمر من النيابة وبطلب من الإدارة، تم حجز مبلغ قدره (15,473.89) ريال قطري ومبلغ قدره (158.51) دولار أمريكي بحسابات المدعو (G.H.D)، كما تم حجز مبلغ وقدره (541,820.64) ريال قطري ومبلغ وقدره (9,983.19) دولار أمريكي بحسابات المدعو (J.L).
- وما زالت الإجراءات منظورة أمام نيابة الجرائم الاقتصادية وغسل الأموال.

الخاتمة

تعد جرائم غسل الأموال من أخطر الجرائم التي تمثل تحديًا حقيقيًا أمام جميع مؤسسات الدولة وخاصة مؤسسات المال والأعمال والجهات الأمنية، وعليه يجب توحيد الجهود والتصدي لها على الصعيد المحلي والإقليمي والدولي؛ لما لها من آثار خطيرة تهدد أمن المجتمعات. وفي الختام خلصت الورقة البحثية إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج:

- يوجد قسم خاص لمكافحة جرائم غسل الأموال تابع لإدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية.
- يعتبر ضعف التشريعات والقوانين الخاصة بمكافحة غسل الأموال، وضعف التعاون الدولي في مجال مكافحة، وصعوبة إثبات المصدر غير المشروع للأموال، وهروب العديد من المطلوبين، من أبرز المعوقات التي تواجه العاملين في الأجهزة الأمنية.
- لجرائم غسل الأموال تأثيرات اقتصادية؛ حيث تؤثر على استقرار النظام المصرفي في المجتمع، وتؤدي إلى إساءة توزيع الدخل، مما يؤدي إلى انتشار البطالة في أوساط الطبقات الفقيرة.
- يعتبر تشديد العقوبة وإصدار القوانين الرادعة، والتعاون ما بين إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية والمؤسسات المالية المصرفية، من أبرز آليات مكافحة جرائم غسل الأموال.

ثانياً- التوصيات:

- العمل على نشر الوعي والثقافة الأمنية لدى المواطنين حول مخاطر وطرق مكافحة جرائم غسل الأموال من خلال المدارس والجامعات.
- تجنيد وتدريب العاملين في إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية على معيار التخصص المناسب لذلك؛ كالتخصصات ذات العلاقة بالحاسوب، والإنترنت، والعلوم المالية والمصرفية، والإدارة؛ لمكافحة جرائم غسل الأموال.
- التعاون بين إدارة مكافحة الجرائم الاقتصادية والإلكترونية ومؤسسات المجتمع المدني في مكافحة جرائم غسل الأموال.
- سن قوانين دولية لمكافحة جرائم غسل الأموال، وإلزام الدول المساعدة لجريمة غسل الأموال بهذه القوانين.
- يجب تطوير المؤسسات المالية والأجهزة الأمنية بالمعدات والتقنيات الحديثة والعمالة الماهرة المتدربة لمكافحة جرائم غسل الأموال.
- توقيع اتفاقيات مع الدول لتسليم المجرمين، وعمل اتفاقيات أمنية مع هذه الدول.
- إنشاء إدارة خاصة تابعة لوزارة الداخلية لمكافحة جرائم غسل الأموال.

قائمة المراجع:

الكتب:

1. أروى الفاعوري وإيناس قطيشات، جريمة غسل الأموال (المدلول العام والطبيعة القانونية)، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2002م.
2. أشرف شمس الدين، تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
3. بهاء شاهين، العولمة والتجارة الإلكترونية، عالم الكتب، ط، 1، القاهرة، 2000م.
4. صالحة العمري، بحث بعنوان «جريمة غسل الأموال وطرق مكافحتها»، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2009م.
5. صفوت عوض الله، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، مجلة الحقوق، العدد 2، 2005.
6. عادل محمد السيوي، جريمة غسل الأموال تعريفها ومخاطرها والتطور التشريعي لمكافحتها، نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة، 2008م.
7. عبد الصمد سكر، الدكتور نشأت المعاسفة، الجرائم المستحدثة وآليات مكافحتها، مطابع الشرطة، الطبعة الأولى، قطر، 2015م.
8. محمد سفر، غسل الأموال، مكتبة العبيكان، الرياض، 2005.
9. محمد علي العريان، عمليات غسل الأموال وآليات مكافحتها، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2009م.
10. محمد فتحي عيد، الإجرام المعاصر، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الطبعة الأولى، الرياض، 1999م.
11. محمد فتحي عيد، غسل الأموال ورجال الأعمال، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009م.
12. ممدوح العنزي، دور الإدارة القانونية بوزارة الداخلية في مكافحة جرائم غسل الأموال، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2017م.
13. مناهل مصطفى، وآخرون، بحث بعنوان دور المصارف لمواجهة عمليات الاحتيال المالي وغسل الأموال، منشورات جامعة بغداد، بغداد، 2008م.
14. منى الأشقر، تبييض الأموال الناتجة عن الاتجار غير المشروع بالمخدرات، مركز المعلومات القانونية بالجامعة اللبنانية، بيروت، 1999م.
15. نادر شافي، تبييض الأموال دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.

16. بابكر الشيخ، غسل الأموال آليات المجتمع في التصدي لظاهرة غسل الأموال، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
17. محمود محمد ياقوت، جرائم غسل الأموال بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
18. سمير الخطيب، مكافحة عمليات غسل الأموال، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
19. داود صبحي سليمان، إجراءات التحري والمراقبة والبحث الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2012.
20. حيدر البرزنجي، محمود جمعة، تكنولوجيا ونظم المعلومات في المنظمات المعاصرة منظور إداري تكنولوجي، مطبعة ابن عربي، الرياض، 2013.
21. سعود موسى، الحق في الشكوى، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 1992.
22. غاندي ربعي، دليل قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، رام الله، 2009.

الإنترنت:

1. موقع اللجنة الوطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب (تاريخ الالتقاط 17/5/2021) <http://www.namlc.gov.qa/>
2. موقع الميزان، البوابة القانونية القطرية (تاريخ الالتقاط 1/6/2021م). <http://www.almeezan.qa/LawArticles.aspx?LawTreeSectionID=18823&lawid=8085&language=ar>.

المقابلات:

- مقابلة مع النقيب/ محمد راشد الدباغ، رئيس قسم مكافحة جرائم غسل الأموال، يوم الخميس 24/06/2021م، في تمام الساعة 09:00 صباحًا.

الاختصاص بتفسير النصوص الدستورية في القانون المقارن ومعوقاته في القانون القطري

الدكتور / حمد حامد آل مایقة الحبابي
أستاذ القانون العام المساعد كلية القانون - جامعة قطر

الاختصاص بتفسير النصوص الدستورية في القانون المقارن ومعوقاته في القانون القطري

الدكتور/ حمد حامد آل مایقة الحبابي
أستاذ القانون العام المساعد كلية القانون - جامعة قطر

المُلخَص

أدى التطور التكنولوجي الذي نعيشه الآن، والذي يطلق عليه عصر ثورة المعلومات والبيانات إلى تناول الدستور الدائم لدولة قطر لعام 2004، في المادة 140، إيعاز دور الفصل في المنازعات الدستورية الخاصة بالرقابة على القوانين واللوائح إلى جهة قضائية واحدة، وأتى القانون رقم 12 لسنة 2008 ليخول المحكمة الدستورية العليا بهذا الاختصاص الأصلي علاوة على اختصاصات أخرى بموجب المادة 12 من ذات القانون؛ مثل تفسير القوانين إذا أثارَت خلافاً في التطبيق وليس مجرد خلافاً في الرأي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. وعلى الرغم من إيقاف العمل بقانون المحكمة الدستورية منذ تاريخ النشر، إلا أنه يفترض أن الاختصاص التفسيري منعدم في النظام القانوني القطري. إلا أن ما خلص إليه البحث من أن المذكرة التفسيرية التي لم نجد أنها خضعت للاستفتاء التأسيسي الذي خضع له الدستور وكانت نصوصه ملزمة لكافة سلطات الدولة، إلا أن ديباجة المذكرة التفسيرية ذكرت أن ما ذهبت إليه من تفسير يعد بالنسبة للدستور «...مرجعاً لتفسير أحكامه...». إضافة إلى ما تقدم، يتضح أن القضاء - متمثلاً في محكمة التمييز القطرية - لم ينعزل بالكلية عن التعرض لمسألة الدستورية؛ سواء كان تأصيلاً لمبدأ قانوني، أو أن يرد دفع الطاعن بعدم اتصاله بالنظام العام، وأن هذا الدفع لو كان جدياً لدفع به الطاعن أمام محكمة الموضوع. ويهدف البحث إلى تحديد التفسير الملزم لكافة سلطات الدولة في ظل الوضع الحالي للمحكمة الدستورية العليا في دولة قطر، وستتم الاستعانة في هذا الصدد بنماذج مقارنة تتمثل في جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأميركية ودولة الكويت، وإسقاط هذه النماذج على النظام القانوني القطري. ولهذا الغرض يقسم هذا البحث المقارن إلى أربعة مباحث، يتقدمها مبحث بيان ماهية التفسير في اللغة والاصطلاح، والتمييز بين الفروض المختلفة إزاء الاختصاص التفسيري، ثم يليه الأساس القانوني للاختصاص بتفسير النصوص الدستورية في الوثائق الدستورية المقارنة، ويتبعه اتجاهات القضاء الدستوري بتفسير نصوص الدستور في النماذج المقارنة، ثم نختم بمقدمات الدساتير وتفسير النصوص الدستورية في النماذج المقارنة.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص التفسيري، المحكمة الدستورية العليا، المذكرة التفسيرية، الديباجة، التوطئة، الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، المادة 140 من الدستور الدائم لدولة قطر لعام 2004.

ABSTRACT**Interpretative Jurisdiction of the Constitutional Texts in Comparative Law and its Obstacles in Qatari Law.**

Dr. Hamad bin Hamid Al-Mayqa Al-Hababi, Assistant Professor of Public Law, College of Law, Qatar University.

The Permanent Constitution of the State of Qatar of 2004 deals, in Article 140, with assigning the role of adjudicating constitutional disputes related to the oversight of laws and regulations to a single judicial authority, and Law No. 12 of 2008 came to authorize the Supreme Constitutional Court with this inherent jurisdiction in addition to other competencies under Article 12 of the same law is like the interpretation of laws if such laws raise a dispute in application and not just a difference of opinion between the legislative and executive authorities. Although the Constitutional Court Law has been suspended since the date of its publication, it is assumed that the interpretative jurisdiction is lacking in the Qatari legal system. However, the research concluded that the explanatory memorandum, which did not appear to have been subjected to the founding referendum to which the constitution was subjected, and its provisions were binding on all state authorities, except that the preamble to the explanatory memorandum stated that what it went to in terms of interpretation is considered in relation to the constitution "...a reference for the interpretation of its provisions..." In addition to the foregoing, it is clear that the judiciary, represented by the Qatari Court of Cassation, has not completely isolated itself from addressing the issue of constitutionality, whether it is rooting for a legal principle, or rejecting the appeal of the appellant by not having contact with the public order, and that if this defense was serious, the appellant would have pushed it before a court the matter. The paper aims to determine the binding interpretation of all state authorities in the absence of the role of the Supreme Constitutional Court in the State of Qatar. In this regard, comparative models will be used, represented in the Arab Republic of Egypt, the United States of America and the State of Kuwait, and the projection of these models on the Qatari legal system. For this purpose, this comparative paper is divided into four sections, preceded by the topic of clarifying the nature of interpretation in language and terminology and distinguishing between different assumptions regarding the interpretive jurisdiction, then followed by the legal basis for competence in interpreting constitutional texts in comparative constitutional documents, followed by the trends of the constitutional judiciary in interpreting the texts of the constitution in comparative models, then the paper concludes with the introductions to constitutions and the interpretation of constitutional texts in comparative models.

Key words: Interpretive jurisdiction, the Supreme Constitutional Court, the explanatory memorandum, the preamble, the preamble, the oversight of the constitutionality of laws and regulations, Article 140 of the Permanent Constitution of the State of Qatar of 2004.

المقدمة

صدر قانون الفصل في المنازعات الدستورية لعام 2007 ليشكل ضمن محكمة التمييز دائرة تسمى بالدائرة الدستورية، ولم يمضِ عام على قانون الدائرة حتى صدر قانون عام 2008 الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية العليا في قطر، وأصبحت المحكمة الجهة القضائية المختصة في النظر في مسائل الرقابة على دستورية القوانين واللوائح طبقاً لنص المادة 140 من الدستور الدائم لدولة قطر لعام 2004؛ حيث إنه ترك للقانون تحديد الجهة التي تنظر في مسائل الرقابة وأضاف القانون صلاحيات أخرى للمحكمة. وعلى الرغم من وجود التشريعات التي تتناول موضوع المحكمة الدستورية العليا التي بدأت في 2007، إلا أن قانون المحكمة الدستورية لعام 2008 أوقف العمل به⁽¹⁾، فلم تنظر المحكمة الدستورية العليا في أي دعوى دستورية. ولهذا، يفترض الواقع أنه لا توجد رقابة على دستورية التشريعات من ناحية النظر في الدعاوى أو التصدي لمسائل الدستورية من قبل محكمة التمييز، لذلك يتناول هذا البحث مسألة ما إذا كان الاختصاص التفسيري لنصوص الدستور متعين في المحكمة الدستورية أو أن المذكرة التفسيرية لها من الممكنة بالإضافة إلى محكمة التمييز الحق في ممارسة هذا الاختصاص.

وحتى يتضح ذلك، يجب أن نستعين بال نماذج المقارنة فيما يتعلق بدور المحكمة الدستورية العليا المرتبط بالاختصاص التفسيري ومدى اختصاصها دون غيرها بتفسير نصوص الدستور، أم أن هذا الاختصاص ليس متحققاً في جهة القضاء وحدها، وقد يكون ممارساً من قبل الديباجة أو المذكرة التفسيرية. ولأهمية النموذج المقارن، استعان الباحث بالتأصيل الدستوري فيما يخص الاختصاص التفسيري لنصوص الدستور في كل من جمهورية مصر العربية، والولايات المتحدة الأمريكية، ودولة الكويت، وإسقاط هذه النماذج على النموذج الحديث لدولة قطر فيما يتعلق بدور المحكمة الدستورية العليا المعطل على الرغم من نشر قانون المحكمة في الجريدة الرسمية، ولكن تم إيقاف العمل بقانون المحكمة الدستورية العليا بناءً على نص المادة 106 من الدستور القطري على أساس تحقيق المصالح العليا للبلاد، على الرغم من أن تطبيق المادة (106) يفترض أن يكون في ظل مجلس شوري منتخب، وتم ذلك فعلياً في عام 2021م.

إشكالية الدراسة

تهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على الجهة التي من المحتمل أن تمارس اختصاص تفسير النص الدستوري في ظل تعطيل قانون المحكمة الدستورية لعام 2008، الذي يقرر اختصاصها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، وأن الحاجة تدعو إلى الاستعانة بفهم وتفسير القضاء الدستوري للنصوص الدستورية أكثر من أي جهة أخرى حتى تتم، عن طريقه، إزالة التناقض الظاهر في الأنزعة المطروحة أمامه، أو الاستعانة به للتوفيق بين النصوص الدستورية الأخرى. وفي ظل تعطيل عمل المحكمة، ما هو التأصيل الدستوري لدور المذكرة التفسيرية، وكذلك محكمة التمييز في التطرق لتفسير النصوص الدستورية، ومدى إلزاميتها حال تفعيل دور المحكمة الدستورية

(1) يرجع إيقاف العمل بقانون المحكمة الدستورية القطرية لسنة 2008 إلى صلاحية الأمير التشريعية التي تخوله إيقاف العمل بأي قانون تحقيقاً للمصالح العليا طبقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة 106 من الدستور القطري التي تنص على أنه: «3- إذا رد مشروع أي قانون خلال المدة المبينة في البند السابق وأقره مجلس الشورى مرة ثانية بموافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس صدق عليه الأمير وأصدره. ويجوز للأمير عند الضرورة القصوى أن يأمر بإيقاف العمل بهذا القانون للمدة التي يقدر أنها تحقق المصالح العليا للبلاد، فإذا لم يحصل المشروع على موافقة الثلثين فلا يجوز إعادة النظر فيه خلال ذات الدورة.»

العليا؟ وهل ستلتزم المحكمة في أحكامها بما نصت عليه المذكرة التفسيرية وكذلك أحكام محكمة التمييز؟ وسيقوم البحث من خلال التطرق لهذه الموضوعات الاستعانة بالتأصيل الدستوري لمسألة تفسير النص الدستوري في كل من جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية ودولة الكويت، ومدى اختلاف النماذج الثلاثة في تعرضها لمسألة تفسير النص الدستوري والإشارة إلى اتجاهات الفقه الدستوري حول اختصاص المحكمة الدستورية في التفسير، وهل هنالك أي إمكانية في ممارسة القضاء، متمثلاً في المحكمة العليا، اختصاص التفسير الذي يعد اختصاصاً أصيلاً للمحكمة الدستورية العليا، وإسقاط هذا التحليل لهذه النماذج على النموذج القطري الحديث؟

منهج الدراسة

تتبع الدراسة المنهج التحليلي الوصفي لنصوص المصادر الأولية التي تتمثل في الدستور والتشريع وأحكام القضاء المتمثلة في المحكمة الدستورية العليا ومحكمة التمييز أو المحكمة العليا ونص المذكرة التفسيرية، بالإضافة إلى نص الديباجة. وإلى جانب ذلك، تستعين الدراسة بالمصادر الثانوية في تحديد ما انتهى إليه الوسط الفقهي من نتائج فيما يتعلق الاختصاص التفسيري في الدستور وإلى من عزاه بشكل أصيل وأن النص قابل للتأويل إذا لم يجر عمل القضاء على تفسير موحد. ومن المصادر الثانوية، اتجاهات الفقه في كل من جمهورية مصر العربية متمثلة في الدكتور فتحي محمد فكري والدكتور محمد حسنين عبدالعال وغيرهما، والولايات المتحدة الأمريكية متمثلة في Walter F. Murphy، وJohn Yoo وغيرهما، ودولة الكويت متمثلة في الدكتور رمزي الشاعر والدكتور عبد الفتاح حسن وغيرهما.

خطة الدراسة

ولهذا الغرض، يتفرع البحث إلى أربعة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: بيان ماهية التفسير في اللغة والاصطلاح والتمييز بين الفروض المختلفة إزاء الاختصاص التفسيري.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للاختصاص بتفسير النصوص الدستورية في الوثائق الدستورية المقارنة.

المبحث الثالث: اتجاهات القضاء الدستوري بتفسير نصوص الدستور في النماذج المقارنة.

المبحث الرابع: مقدمات الدساتير وتفسير النصوص الدستورية في النماذج المقارنة.

المبحث الأول

بيان ماهية التفسير في اللغة والاصطلاح والتمييز بين الفروض المختلفة إزاء الاختصاص التفسيري

سيقوم هذا المبحث بالإشارة إلى مدلول اللغة والاصطلاح لمفردة التفسير في (المطلب الأول)، ثم نطاق اختصاص القضاء الدستوري بالتفسير في (المطلب الثاني)، ثم التمييز بين الفروض المختلفة لاختصاص المحاكم التفسيرية في كل من النماذج المقارنة في (المبحث الثالث).

المطلب الأول

مدلول اللغة والاصطلاح لمفردة التفسير

يصلح علماء اللغة على أن التفسير يرادف معنى التبيين والتوضيح. فتقول العرب: فسر فلان الشيء؛ أي بينه ووضحه، وهذا يكثر في آيات القرآن الكريم، كما في قوله تعالى: (ولا يأتونك بمثل إلا جئناك بالحق وأحسن تفسيراً)⁽²⁾، وذهب إمام اللغة محمد بن أبي بكر الرازي إلى أن معنى التفسير هو البيان⁽³⁾، وتوسع الإمام جلال الدين السيوطي حين ميز بين التفسير والتأويل، فذكر أن التفسير يكون في معرض تبيين المقصود من الكلام على سبيل القطع، أما التأويل فينصرف إلى بيان المراد من الكلام على سبيل الظن⁽⁴⁾.

ويرى الدكتور سعيد أحمد بيومي، وإن تعددت اتجاهاتهم حول مفهوم التفسير، أن التفسير يعد عملية عقلية منطقية، وتدور حول إطار موضوعي منضبط؛ حيث يتم الكشف عن مضمون القاعدة القانونية التي يتضمنها النص⁽⁵⁾، واتجه الدكتور محمد أديب صالح إلى أن التفسير هو بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص. وهذا التعريف يكون متوافقاً مع الاصطلاح الشرعي لمفهوم التفسير⁽⁶⁾، وتوسع الدكتور طارق البشري في تحديد المفهوم؛ حيث بين أن التفسير يكمن في استخلاص دلالات فكرية من عبارات محددة بألفاظها، وترتيب نتائج على إثرها، وأن التفسير يعد إسقاط النص الثابت على الواقع الذي تتخلله ظروف وحالات متعددة⁽⁷⁾، والتفسير بعموم استعماله قد يقع على نص الدستور أو القانون وما إلى آخره من التشريعات، فقد عرف الدكتور عبدالرزاق السنهوري التفسير وخاصة لنص القانون على أنه: توضيح المبهم من الألفاظ، وإكمال النقص المتحقق في النص المقتضب، وتخريج ما نص من أحكامه، والتوفيق بين ما تعارض من أحكامه⁽⁸⁾، ويرى المستشار محمد وجدي عبدالصمد أن التفسير عبارة عن استظهار ما أراه النص من ثنایا الألفاظ والعبارات التي يتألف منها، تمهيداً لتطبيقه على نحو يتماشى مع تطور المجتمع، ويحقق أهداف النظام القانوني، دون التعرض لألفاظه أو

(2) القرآن الكريم: سورة الفرقان (25،33). أيضاً، انظر في مفردة التفسير في المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية - الطبعة الثانية، 1972، ص721.

(3) انظر الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الثانية، 1355هـ، ص303.

(4) انظر الإمام جلال الدين السيوطي، الإتيان في علوم القرآن، دار التراث بالقاهرة، ص59.

(5) د. سعيد أحمد بيومي، لغة القانون، مكتبة الآداب، الطبعة الأولى 2010، ص446.

(6) د. محمد أديب صالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، المكتب الإسلامي، الطبعة الرابعة 1993، ص59.

(7) المستشار طارق البشري، النص بين التشريع والإخبار، مقال منشور على الموقع الإلكتروني للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين على شبكة الإنترنت: www.iumsonline.net

(8) السنهوري وأبو سنيت، أصول القانون، ص235، طبعة 1972.

عباراته ودون تحريف إرادته عن المقصد الرئيس⁽⁹⁾، وذهب الدكتور محمد صبري السعدي إلى اعتبار أن التفسير ينصرف إلى أنه عملية ذهنية تتعلق بالمنطق، تحقق أغراضه عن طريق اتباع قواعد علمية، وبالتالي يختلف باختلاف حالة النص المراد تفسيره؛ حتى يتم استنباط حكمه ليتم تطبيقه على الحالات المماثلة⁽¹⁰⁾.

المطلب الثاني

نطاق اختصاص القضاء الدستوري بالتفسير

تجدر الإشارة قبل الشروع في التعرض للنماذج المقارنة فيما يتعلق بالاختصاص التفسيري في جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية ودولة الكويت وقطر، إلى ضرورة أن يبين نطاق النظام القانوني لحالات التفسير التي يعتمدها المشرع الدستوري في كل من الدول المقارنة ثم نسقته على النموذج الحديث للمحكمة الدستورية العليا⁽¹¹⁾.

الفرع الأول

التمييز بين الفروض المختلفة لاختصاص المحاكم التفسيرية في كل من النماذج المقارنة

يتبين من خلال استقراء التشريعات المقارنة أن القضاء الدستوري، متمثلاً في المحكمة الدستورية العليا أو المحكمة الفيدرالية، يتبنى اتجاهات متباينة إزاء الاختصاص التفسيري. وتتضح هذه الاتجاهات في النقاط التالية:

1. أن المحكمة الدستورية العليا في مصر ليس لها إحصائية التفسير في نطاق نصوص القوانين التشريعية التي تكون ابتداءً صادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية، ولا يجوز للمحكمة أن تفسرها إلا إذا أثارت هذه التشريعات خللاً في التطبيق وليس مجرد خلاف في الرأي، وكان من المهم أن يتم توحيد تفسيرها⁽¹²⁾، بيد أن المحكمة يمكن أن تباشر التفسير الدستوري في إطار ممارستها لسلطة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح؛ حيث إنها حتى تتمكن من الحكم على قانون بعدم الدستورية أو لائحة تنفيذية، فيجب أن يكون حكم عدم الدستورية مستنداً إلى تفسير نص دستوري⁽¹³⁾.

2. في المقابل، تتمتع المحكمة الدستورية العليا الكويتية باختصاص أوسع؛ حيث إن قانون المحكمة الدستورية في الكويت قد نص صراحة على اختصاص المحكمة بتفسير نصوص الدستور دون التشريع، ونص على الاختصاص بتفسير نصوص الدستور بالإضافة إلى اختصاصها الآخر المتمثل في الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح. فنجد أن النموذج الوحيد الذي نص صراحة على الاختصاص

(9) المستشار محمد وجدي عبدالصمد، الاعتذار بالجهل بالقانون، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى 1972، ص 875-874.

(10) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون الخاص، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1977، ص 22.

(11) تم إنشاء المحكمة الدستورية العليا القطرية بموجب قانون رقم 12 لسنة 2008، وكان هذا القانون قد سبقه قانون رقم 6 لسنة 2007 حيث أن المحكمة كانت تسمى الدائرة الدستورية التي كانت تعمل ضمن إطار محكمة التمييز القطرية.

(12) المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

(13) المادة 25 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

المتعلق بتفسير نصوص الدستور بين النماذج الأربعة هو النموذج الكويتي⁽¹⁴⁾.

3. يختلف الوضع بالنسبة لاختصاص المحكمة العليا الأميركية إزاء الاختصاص التفسيري؛ حيث إن الدستور الأميركي لا ينص على مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، إلا في حدود نصه على تنظيم حالات التعارض بين مجموعة من القوانين التي تصدر عن الولايات من جهة وبين القوانين الاتحادية والدستور الاتحادي من جهة أخرى، دون أن ينص الدستور الأميركي على تعارض القوانين الاتحادية مع الدستور الأميركي⁽¹⁵⁾، ومع هذا فقد انقسم الفقهاء حول أحقية المحكمة العليا الأميركية إزاء اختصاصها فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين، فقد ذهب رأي إلى أن المحكمة لا يحق لها أن تباشر الرقابة لعدم ورود نص في الدستور الأميركي، ولكن يذهب رأي غالبية الفقه، والذي نؤيده، إلى أن للمحكمة الحق في ممارسة هذه الاختصاص؛ حيث إنه ثبت النص على هذه المسألة في الدستور والأعمال التحضيرية. فقد نصت المادة الثالثة على إنشاء محكمة اتحادية عليا يكون لها الحق في الفصل في جميع المنازعات التي تنشأ في ظل هذا الدستور، وكذلك ما نص عليه الرئيس هاملتون في الأعمال التحضيرية بالتأكيد على مبدأ الرقابة بقوله «يجب على القضاة احترام الدستور بوصفه القانون الأسمى وتغليبه على القانون إذا وجد تعارض بينهما لا سبيل لإزالته»⁽¹⁶⁾.

4. ينص قانون المحكمة الدستورية في قطر على اختصاص المحكمة في تفسير نصوص القوانين إذا أثارت خللاً في التطبيق، وهو ما يتقاطع مع ما ذهب إليه النموذج المصري، إلا أن المحكمة الدستورية العليا لا يحق لها أن تباشر هذا الاختصاص إلا بطلب يقدم من رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى، وهذا يضع قيلاً على اختصاص المحكمة الذي نصت مادته على أنها لا تباشر هذه الصلاحية إلا بناءً على طلب مجلس الوزراء ومجلس الشورى⁽¹⁷⁾.

(14) المادة الأولى من قانون المحكمة الدستورية الكويتية رقم 14 لسنة 1973.

(15) د. سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص60، 1980.

(16) أ. نصرت منلا حيدر، طرق الرقابة على دستورية القوانين، مجلة المحامون، الأعداد 10-12، 1975، ص288. وكانت القضية الحاسمة فيما يتعلق بأحقية المحكمة العليا في ممارسة اختصاص الرقابة Marbury v. Madison في عام 1803.

(17) المادة 12 من قانون المحكمة الدستورية العليا القطرية رقم 12 لسنة 2008.

المبحث الثاني

الأساس القانوني للاختصاص بتفسير النصوص الدستورية في الوثائق الدستورية

سنتناول في هذا المبحث عرض الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية عبر الدساتير المصرية بدءاً من اللائحة الأساسية لعام 1882 من الناحية التاريخية في (المطلب الأول)، ثم نطرح تساؤلاً يدور حول من يملك تفسير دستور الولايات المتحدة الأميركية في (المطلب الثاني)، ثم نتناول موضوع المحكمة الدستورية الكويتية والاختصاص التفسيري لنصوص الدستور في (المطلب الثالث)، والجدل الدستوري حول مرجعية اختصاص المحكمة الدستورية في الدستور أو قانون المحكمة الدستورية في (المطلب الرابع)، وتعرض لمسألة تفسير نصوص الدستور في ضوء الدستور القطري في (المطلب الخامس).

المطلب الأول

الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية العليا في مصر

تتقيد المحكمة الدستورية العليا عند تعرضها لمسألة تفسير النصوص القانونية بالتفسير التشريعي⁽¹⁸⁾، فليس من اختصاصها التفسير الدستوري إلا ما حدده الدستور من اختصاصها بـ «الرقابة على دستورية القوانين واللوائح...»⁽¹⁹⁾، وهذا التقيد يرد في التشريعات الدستورية الحديثة، من أبرزها: الإعلان الدستوري الصادر في 30 مارس 2011؛ حيث تتولى المحكمة تفسير نصوص التشريع⁽²⁰⁾، وطبقاً للمادة رقم (192) من دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 المعدل في عام 2019، فإن الاختصاص التفسيري الخاص بالمحكمة الدستورية العليا يظل منصباً على نصوص التشريع⁽²¹⁾، أما دستور 2012 فقد سكت عن مسألة الاختصاص التفسيري الخاص بالمحكمة، وجعل أي اختصاصات أخرى للمحكمة خاضعة لتنظيم القانون⁽²²⁾. إذًا، فقد بدأ دور المحكمة الدستورية العليا التفسيري يتقلص مع صدور دستور 1971، ويؤكد هذا أن دستور الجمهورية العربية المتحدة الاشتراكي لعام 1964 يشاطر دستور 2012 مسألة السكوت عن النص على اختصاص المحكمة التفسيري بالاكْتفاء فقط بذكر أن القانون يتولى بترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها⁽²³⁾، أما اللائحة الأساسية لعام 1882 التي صدرت في عهد الخديوي محمد توفيق باشا، فلا تعد دستوراً بالمعنى الذي ينص على اختصاصات جميع السلطات، بل تقتصر نصوص الدستور على أحكام نظام المجلسين المكون من مجلس النواب ومجلس النظار⁽²⁴⁾، ويتناول دستور الدولة المصرية لعام

(18) المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 الذي ينص على أن: «تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها». وقد طرأ على قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 عدة تعديلات: من بينها: قانون رقم 168 لسنة 1998 بتعديل الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا، وقانون 184 لسنة 2008 في شأن تعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا، ومرسوم بقانون 48 لسنة 2011 بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979، وقانون رقم 26 لسنة 2014 بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا، وقانون رقم 91 لسنة 2015 بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا، وقانون رقم 78 لسنة 2019 بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون 48 لسنة 1979. فيما يتعلق بحدود التفويض المفروضة على المحكمة الدستورية حول التفسير التشريعي؛ يقرر المستشار عوض المر أنه: «ومن ثم لا يتباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصاتها بتفسير القانون تفسيراً تشريعياً، إلا في حدود التفويض الصادر لها بذلك من السلطة التشريعية: المستشار عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه-جان دوي للقانون والتنمية، 2003، ص79».

(19) المادة 175 من دستور جمهورية مصر العربية لعام 1971؛ حيث تنص المادة على أن: «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ويعين القانون الاختصاصات التي ترى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها».

(20) ينص الإعلان الدستوري بتاريخ 30 مارس 2011 على أن: «...وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون...». وتفسير النصوص التشريعية...».

(21) تنص المادة رقم 192 من دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 المعدل في عام 2019 على دور المحكمة في تفسير النص التشريعي...».

(22) تنص المادة 175 في الفقرة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية على أن: «...ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى...».

(23) المادة 61 من دستور الجمهورية العربية المتحدة لعام 1958؛ حيث تنص على أن: «يرتب القانون جهات القضاء، ويعين اختصاصاتها».

(24) دور مجلس النواب ومجلس النظار يمتد إلى عدم صدور اللائحة الأساسية إلا بعد إقرار المجلسين له. تنص ديباجة اللائحة الأساسية لعام 1882 على أنه: «بعد الاطلاع على أمرنا الصادر بتاريخ 11 ذي القعدة سنة 1298 الموافق 4 أكتوبر سنة 1881، وبناء على ما قرره مجلس النواب، وموافقة رأي مجلس نظارنا، نأمر بما هو آتي».

1923 فصل السلطة القضائية في شكل أحكام عامة تجعل من القانون محددًا لمسائل اختصاص المحاكم⁽²⁵⁾. ويؤكد الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة لسنة 1958 أن تترك حدود اختصاصات القضاء لتنظيم القانون⁽²⁶⁾. على الرغم من كون هذه الدساتير لا تعتمد إنشاء هيئة قضائية مستقلة تنظر في الموضوعات الدستورية كما هو الحال طبقًا للمحكمة الدستورية العليا التي نشأت وفقًا لقانون رقم 48 لسنة 1979، فإن القضاء يتصدى في بعض الحالات عن طريق الأداة القانونية في توسيع نطاق صلاحياته فيما يتعلق باختصاص تفسير نصوص الدستور، خارجًا عن دائرة تفسير نصوص التشريع أو قرارات رئيس الجمهورية. ومن أبرز الأمثلة التي رأى فيها القضاء، متمثلًا في المحكمة العليا التي مارست هذا الحق القانوني قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا، في قضية معروضة أمامها تدور حول تفسير المادة 96 من دستور جمهورية مصر العربية لعام 1971⁽²⁷⁾. وتتضمن وقائع القضية طلب وزير العدل ممثلًا لنائب وزير الداخلية من المحكمة «إصدار قرار تفسيري» يتعلق بنص المادة 94؛ للتأكد من مدى تحقق مضمون نص المادة الذي قد يمنع عضو مجلس الشعب الذي أسقطت عضويته طبقًا للمادة 96 من إمكانية ترشحه لمقعد المجلس الذي خلا عن طريق إسقاط العضوية عن ذات العضو في ذات الفصل التشريعي⁽²⁸⁾. وتسبب المحكمة الاتجاه الذي تبنته فيما يتعلق باختصاصها بتفسير نصوص الدستور، بأن تفسير المادة 96 كان اعتمادًا على الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا لسنة 1969؛ حيث إن النص يتضمن عبارة «تفسير النصوص القانونية»، والتي تجد المحكمة سبيلًا لاعتبار الدستور من ضمن ما أجملته الفقرة من النصوص القانونية⁽²⁹⁾. وطبقًا لدستور الجمهورية المصرية الصادر سنة 1956، فقد أورد موضوع اختصاصات القضاء دون ذكر ماهية هذه الاختصاصات، وعزا الدستور هذه المسألة لاختصاص القانون⁽³⁰⁾. وتختلف صياغة النص الخاص باختصاص جهات القضاء في دستور 1930 الذي أصدره الملك فؤاد الأول، ومنع تعديل الدستور ذاته إلا بعد مرور 10 سنوات مع الاختلاف البسيط في الصياغة، إلا أن اختصاص القضاء يتم تنظيمه بقانون⁽³¹⁾.

المطلب الثاني

من يملك تفسير دستور الولايات المتحدة الأمريكية

أثار فقيه القانون الدستوري Walter F. Murphy تساؤلًا يدور حول «من يفسر الدستور؟» في عام 1986⁽³²⁾، وهذا التساؤل جعل بحث Murphy حول موضوع التفسير الدستوري الأبرز بين جميع الباحثين. وهذا التساؤل الذي أثاره Murphy يعود به إلى تاريخ 1961؛ حيث إنه طرح فرضية من تأخذ

(25) تنص المادة 125 من الدستور المصري الصادر في أبريل 1923 على أن: «ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها يكون بقانون». انظر أمر ملكي رقم 42 لسنة 1923م بوضع نظام دستوري للدولة المصرية. انظر الوقائع المصرية العدد 42 «غير اعتيادي» في 20 أبريل سنة 1923.

(26) تنص المادة 61 من دستور الجمهورية العربية المتحدة على أن: «يرتب القانون جهات القضاء ويعين اختصاصاتها». انظر الجريدة الرسمية- العدد الأول الصادر في مارس سنة 1958. (27) انظر، حكم المحكمة العليا رقم 3 لسنة 8 قضائية التي تنص على أنه: «...وحسما للخلاف في تفسير نص دستوري له أهميته، وعملاً بأحكام الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 1969 التي تنص على أن تختص المحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها وأهميتها ضمانًا لوحدة التطبيق القضائي...». أيضًا، انظر د. فتحى فكرى، القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة، ص 381-379، 2000. أيضًا، انظر الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع/السنة الثامنة، ص 428، 2016.

(28) حكم المحكمة العليا رقم 3 لسنة 8 قضائية

(29) تنص المادة الرابعة، الفقرة الثانية من قانون رقم 81 لسنة 1969 بإصدار المحكمة العليا على أن: «تختص المحكمة العليا بما يأتي: (2) تفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمانًا لوحدة التطبيق القضائي، وذلك بناء على طلب وزير العدل، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزمًا».

(30) العدد الخامس، دستور الجمهورية المصرية، الصادر في يوم الاثنين 3 جمادى الثاني سنة 1375 الموافق لـ 16 يناير 1956. تنص المادة 176 من دستور 1956 على أن: «يرتب القانون جهات القضاء ويبين اختصاصاتها».

(31) أمر ملكي رقم 70 لسنة 1930 الخاص بنظام دستوري للدولة المصرية. تنص المادة 114 من دستور 1930 على أن «ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها يكون بقانون».

(32) (Walter F. Murphy, Who Shall Interpret? The Quest For The Ultimate Constitutional Interpreter, 48 Rev. POL. 401, 401 (1986)).

بقوله حول ما إذا كان المجلس التشريعي قد مرر قانوناً على اعتبار أنه دستوري، وانصراف المحكمة العليا إلى اعتبار ذات القانون غير دستوري؟⁽³³⁾

أجاب الفقيه أنه بطريق بدهي يعد القضاء مختصاً بتفسير نصوص الدستور، لكن هل القضاء المخول الوحيد في ذلك؟ وقد أشار الفقيه إلى أن اختصاص تفسير الدستور لا يقتصر على دائرة القضاء، بل يمتد ليشمل فئات أخرى مثل رئيس الولايات المتحدة الأميركية والكونغرس والشعب؛ ليكون لهم القدرة على أداء دور فيما يتعلق بالتفسير الدستوري. واتجه الفقيه إلى مثل هذا الرأي حتى يقرر قاعدة عدم وجود «مفسر دستوري مطلق»، ويرى أن هذا التصور يعد واقع الحياة السياسية الأميركية⁽³⁴⁾.

كان اتجاه Murphy حول أن سلطة التفسير المطلقة لا تكمن في القضاء، وقد تطرق إليه عدد من الفقهاء الدستوريين أمثال: Larry Kramer⁽³⁵⁾ و Mark Tushnet⁽³⁶⁾ و Louis Fisher⁽³⁷⁾ و David P. Currie⁽³⁸⁾ و J. Mitchell Pickerill⁽³⁹⁾ وفي المقابل، يذهب اتجاه آخر إلى اعتبار أن الكونغرس يفقد الأهلية المؤسسية فيما يتعلق بالتفسير الدستوري؛ حيث إننا نجد أن قاضي المحكمة العليا يبقى في منصبه حتى الوفاة. أما أعضاء الكونغرس فيتم انتخابهم بشكل دوري⁽⁴⁰⁾.

ويدعم كل من Elizabeth Garrett و Adrian Vermeule نظرية أن الكونغرس له الصلاحية فيما يتعلق بالتفسير الدستوري. وما يجعله يتمكن من تحقيق هذه المسألة، أنه يجب تزويد أعضاء الكونغرس بمعلومات كافية بشأن المسائل الدستورية المثارة في التشريع، ومنح الأعضاء الفرصة لمناقشة مثل هذه المسائل عبر مشاركة المختصين، وخلق توازن بين مناقشة المسائل والحاجة الماسة لسن التشريع دون تأخير⁽⁴¹⁾. وكي يتبين دور الكونغرس في عملية المشاركة الفعلية في المسائل الدستورية التي قد تمكنه من التفسير الدستوري، فقد تمت إصلاحات تشريعية منها: الدعوة إلى إنشاء مكتب للمسائل الدستورية Office on Constitutional Issues. وعليه، فسيؤدي إنشاء المكتب إلى خلق نوع من التوازن بين عمل الكونغرس السياسي وتطعيمه بفهم سليم للمسائل الدستورية.

أما بشأن Louis Fisher، فقد اشتهر بدفاعه عن نظرية كون الكونغرس لديه الأهلية الكافية كي ينخرط في المسائل الدستورية. ومن أبرز الدلائل الدالة على ذلك اعتبار أن أعضاء الكونغرس MCs مزودين بالمعلومات الكافية من قبل وكالات متعددة مثل: خدمة البحث التشريعية Congressional Research

(33) Courts, Judges, And Politics: An Introduction To The Judicial Process 433 (Walter F. Murphy & C. Herman Pritchett Eds., 1961) Murphy Stated, "In Case The Legislature Passes A Statute Which It Regards As Constitutional But Which The Supreme Court Regards As Unconstitutional, Whose View Is To Prevail?" Neal Devins And Keith E. Whittington Further Explain Murphy's Contributions As To Who Gets To Interpret The Constitution. See Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction To Congress And The Constitution 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington Eds., 2005).

(34) Walter F. Murphy, Who Shall Interpret? The Quest For The Ultimate Constitutional Interpreter, 48 Rev. POL. 401, 401 (1986).

(35) Larry Kramer, The People Themselves: Popular Constitutionalism And Judicial Review (2004).

(36) Mark Tushnet, Taking The Constitution Away From The Courts (1999). See also, Louis Fisher, The Legislative Veto: Invalidated, It Survives, Law & Contemp. Probs., Autumn 1993, At 273.

(37) Louis Fisher, Constitutional Dialogues: Interpretation As Political Process (1988). See Also Louis Fisher, Constitutional Conflicts Between Congress And The President (4th Ed., Univ. Press Of Kan. 1997) (1985); Louis Fisher, The Legislative Veto: Invalidated, It Survives, Law & Contemp. Probs., Autumn 1993, At 273.

(38) David P. Currie, The Constitution In Congress: Democrats And Whigs, 1829- 1861 (2005). See Also David P. Currie, The Constitution In Congress: The Federalist Period, 1789-1801 (1997); David P. Currie, The Constitution In Congress: The Jeffersonians, 1801-1829 (2001).

(39) J. Mitchell Pickerill, Constitutional Deliberation In Congress: The Impact Of Judicial Review In A Separated System (2004).

(40) Lee Epstein, Who Shall Interpret The Constitution, 84 TEX. L. REV. 1307, 1308 (2006).

(41) Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, Institutional Design Of A Thayerian Congress, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction to CONGRESS AND THE CONSTITUTION 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005), At 242.

Service⁽⁴²⁾، ومكتب المحاسبة الحكومي Government Accountability Office⁽⁴³⁾، ومكتب الموازنة التشريعية the Congressional Budget Office⁽⁴⁴⁾، ومجلس النواب القانوني Senate Legal Counsel⁽⁴⁵⁾، والمجلس العام للبيت House General Counsel⁽⁴⁶⁾.

أما الفقيه الدستوري John Yoo، الذي عمل كمستشار عام للجنة النواب القضائية من عام 1995 حتى 1996، والذي يعد من أكثر الفقهاء المتشددین فيما يتعلق بمسائل التعذيب التي تدور حول مسمى الإرهاب، فيرى أنه ينبغي التقليل من المخاوف كون الكونغرس لا يستطيع أن يجمع معلومات حول الشؤون الدستورية⁽⁴⁷⁾.

وأشار Bruce Peabody إلى تناول أعضاء الكونغرس مسألة الاختصاص الحصري للمحكمة العليا فيما يتعلق بموضوع المسائل الدستورية، وأغلب الأعضاء لا يؤيدون هذا التوجه المتعلق بكون المحكمة المخول الأوحده في الشؤون الدستورية⁽⁴⁸⁾. ومن بين الوسائل العملية في زيادة وعي الكونغرس بالمسائل الدستورية حتى تشكل قاعدة صلبة لإصدار القرارات بناءً عليها، فإن أعضاء الكونغرس يجدون فائدة كبيرة في تدعيم موقفهم في التدخل بالشؤون الدستورية، التي تتمثل في الاختصاص التفسيري، عبر اللجوء إلى الموظفين المختصين فيما يتعلق بالمسائل الدستورية. ويشكل مكتب خدمة البحث التشريعي النقيب الأكبر من هذه الاستشارات. بالإضافة إلى ذلك، يستعين الأعضاء بخبرة أساتذة القانون⁽⁴⁹⁾، ويتجسد ذلك في أهمية جلسات استماع اللجنة Committee Hearings؛ حيث إنها تساعد إلى الأعضاء حد كبير على تصنيف المسائل الدستورية⁽⁵⁰⁾.

وعلى الرغم من تأييد أغلبية الوسط الفقهي الدستوري لتدعيم موقف الكونغرس فيما يتعلق باختصاص المسائل الدستورية ومن بينها التفسير الدستوري، إلا أن البعض قد يزعم أن هذه المشاركة تعد اسمية ولا تعدو أن تكون مجرد منازعة القضاء في اختصاص التفسير. ولكن، يرى Keith Whittington أن الكونغرس لم يرد أن يباشر هذا الاختصاص اعتبارًا، بل يرى أنه عند مناقشته للمسائل الدستورية، فإنها لا تعد عملاً دورياً⁽⁵¹⁾، بل بالعكس يتمثل في أن الأعضاء يستحضرون الجدية في هذه المناقشات مما يشير إلى نتائج عملية تتعلق بهذه المسائل الدستورية، ومن بين هذه النتائج احتمالية عزل رئيس الدولة بعد الانخراط في جلسات الاستماع التشريعية وبعد تصويت الكونغرس.

(42) Louis Fisher, Constitutional Analysis By Congressional Staff Agencies, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction To Congress And The Constitution 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington Eds., 2005). At 68-73.

(43) Louis Fisher, Constitutional Analysis By Congressional Staff Agencies, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction To Congress And The Constitution 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington Eds., 2005). At 65-68.

(44) Louis Fisher, Constitutional Analysis By Congressional Staff Agencies, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction To Congress And The Constitution 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington Eds., 2005). At 73-74.

(45) Louis Fisher, Constitutional Analysis By Congressional Staff Agencies, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction To Congress And The Constitution 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington Eds., 2005). At 75-77.

(46) Louis Fisher, Constitutional Analysis By Congressional Staff Agencies, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction To Congress And The Constitution 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington Eds., 2005). At 77-81.

(47) John C. Yoo, Lawyers In Congress, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction to CONGRESS AND THE CONSTITUTION 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005), At 131.

(48) Bruce G. Peabody, Congressional Attitude Toward Constitutional Interpretation, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction to CONGRESS AND THE CONSTITUTION 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005).

(49) Id. At 51.

(50) Id. At 51.

(51) Keith E. Whittington, Hearing About The Constitution In Congressional Committees, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction to Congress And The Constitution 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005), At 87, 105.

ومع هذا العرض لآراء الفقه حول اختصاص الكونغرس في المسائل الدستورية، فإن الفقه أيضًا يشير إلى الدوافع التي تجعل الكونغرس يذهب إلى التمسك بهذا الاختصاص. ويوضح Garrett و Vermeule الأهداف التي دفعت الكونغرس إلى تبني قاعدة اختصاص المسائل الدستورية التي تكمن في: نشر رؤية أعضاء الكونغرس حول سياسة عامة نافعة، وإعادة الانتخابات، وخليط من أهداف عامة وشخصية، وتكمن إلى حد كبير إعادة الانتخابات وأهداف السياسة⁽⁵²⁾.

ويؤكد اعتبار أن أعضاء الكونغرس لديهم أهداف مختلفة عن بعضهم البعض بشأن الاختصاص الدستوري ما أثارته الفقيهة التشريعية Barbara Sinclair على أساس أن دوافع أعضاء الكونغرس المتعددة تؤثر على التشريع الذي يقرونه؛ حيث إنه قبل إقرار التشريع يجب أن ينظر في دستورية القانون ومدى ملاءمته للدستور وأحكام القضاء⁽⁵³⁾. وتجادل Sinclair حول أنه إذا كان دافع الأعضاء حول الاختصاص التفسيري بسبب شؤون إعادة الانتخاب، فإنه قد يكون هذا الدافع موضوعيًا إذا كان الأعضاء يستشهدون بالدستور الأميركي في دستورية القانون من عدمه⁽⁵⁴⁾.

المطلب الثالث

المحكمة الدستورية الكويتية والاختصاص التفسيري لنصوص الدستور

كان المشرع الدستوري الكويتي قد صرح بأن الدور الرئيس للمحكمة الدستورية الكويتية دون غيرها يتحقق في تفسيرها لنصوص الدستور، فقد أتى الدستور الكويتي لعام 1962 بتحديد الأطر التي من خلالها تختص المحكمة في ممارسة بعض الصلاحيات الدستورية، فالمادة 173 منه تنص على أن القانون يقوم بمفرده بتحديد الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح⁽⁵⁵⁾. وعلى الرغم من أن النص الدستوري لم يبين الجهة التي من الممكن أن تباشر هذا الاختصاص الدستوري، إلا أن الدستور أزم القانون بأن تكون في دائرة القضاء. ولم تحدد المادة أيضًا ما إذا كان هنالك تقييد فيما يتعلق بإمكانية إضافة اختصاصات دستورية أخرى لهذه الجهة القضائية. مع ذلك، بينت المادة الأولى من قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973، فحصرت الصلاحيات المذكورة في المادة 173 في المحكمة الدستورية. وأضاف القانون أيضًا في ذات المادة اختصاص المحكمة الدستورية «دون غيرها بتفسير النصوص الدستورية». وأوضحت المذكرة التفسيرية توجه المشرع الدستوري نحو أن تعهد هذه الاختصاصات إلى «محكمة خاصة» بدلًا من أن تتشتمت هذه الصلاحيات الدستورية بين المحاكم على اختلاف درجاتها⁽⁵⁶⁾. وتنص لائحة المحكمة على أن تفسير نصوص الدستور قد يكون مرجعه طلبًا من مجلس الأمة أو مجلس الوزراء⁽⁵⁷⁾. ونص اللائحة يعد موافقًا لما ذهب إليه قانون

(52) Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, Institutional Design of a Thayerian Congress, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction to Congress And The Constitution (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005). At 242.

(53) Barbara Sinclair, Can Congress Be Trusted With the Constitution? The Effects of Incentives and Procedures, Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction to Congress And The Constitution (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005). At 294.

(54) Id.

(55) تنص المادة 173 من دستور الكويت لعام 1962 على أن: «يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح. ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها. ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح. وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن.»

(56) نصت المذكرة التفسيرية عند تفسيرها للمادة 173 من الدستور الكويتي لعام 1962 على أنه: «أثر الدستور أن يعهد بمراقبة دستورية القوانين واللوائح إلى محكمة خاصة برأي في تشكيلها وإجراءاتها طبيعة هذه المهمة الكبيرة، بدلًا من أن يترك ذلك لإجتهد كل محكمة على حدة، مما قد تتعارض معه الآراء في تفسير النصوص الدستورية أو يعرض القوانين واللوائح للشجب دون دراسة لمختلف وجهات النظر والاعتبارات. فوفقًا لهذه المادة يترك للقانون الخاص بتلك المحكمة الدستورية مجال إشراك مجلس الأمة بل والحكومة في تشكيلها إلى جانب رجال القضاء العالي في الدولة، وهم الأصل في القيام على وضع التفسير القضائي الصحيح لأحكام القوانين، وفي مقدمتها الدستور، قانون القوانين.

(57) تنص المادة الأولى من المرسوم بإصدار لائحة المحكمة الدستورية، العدد 980، السنة العشرين، بتاريخ 12 مايو 1974، على أن: «الطلب الذي يقدم من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء بشأن تفسير النصوص الدستورية يجب أن يتضمن النص الدستوري المراد تفسيره والمبررات التي تستدعي التفسير.»

المحكمة الدستورية؛ حيث إنه نص في المادة الرابعة على أن «ترفع المنازعات إلى المحكمة الدستورية بإحدى الطريقتين الآتيتين: أ- بطلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء...». وذهب القانون أيضاً إلى توسيع دائرة من لهم الحق في رفع دعوى الدستورية؛ لتمتد لكل شخص طبيعي أو اعتباري في أن يقوم برفع دعوى أصلية مباشرة أمام المحكمة الدستورية فيما يتعلق بدستورية أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة⁽⁵⁸⁾. وعليه، فيجب التنبه إلى أن المحكمة الدستورية هي صاحبة الاختصاص الأصيل فيما يتعلق بتفسير نصوص الدستور، فلا ينافسها أصحاب السلطتين التنفيذية والتشريعية، ويأتي دورهما في تقديم طلب تفسير نصوص الدستور، والتي تتولى المحكمة تفسيرها. على الرغم من كون المحكمة الدستورية المختصة في تفسير النصوص الدستورية، إلا أن الجدل الفقهي يثور حول مرجعية هذا الاختصاص؛ سواء كان الدستور ذاته أم قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973.

المطلب الرابع

الجدل الدستوري حول مرجعية اختصاص المحكمة الدستورية في الدستور أو قانون المحكمة الدستورية

تشير المحكمة الدستورية إلى كون مرجعية اختصاصها بتفسير نصوص الدستور إلى الدستور، وبالأخص المادة 173. ومع هذا، لم تجد المحكمة سبيلاً للجزم بوجود هذا الاختصاص في ظل نص المادة 173، ولكنها عرجت على المذكرة التفسيرية في التأكيد على اختصاصها التفسيري⁽⁵⁹⁾. ويودر قرار المحكمة في طلب رقم 1 لسنة 1985 حول طلب وزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء من المحكمة بتفسير الفقرة الأولى من المادة 65 من دستور 1962. واستشهدت الحكومة بمحتوى المادة في مدى مشروعية نظر مجلس الأمة في الفصل التشريعي السادس في مشروعات القوانين المحالة من مجلس الوزراء إلى مجلس الأمة في الفصل التشريعي الخامس؛ حيث رأت الحكومة أنه من مصلحتها قبل أن يستأنف نظر مجلس الأمة التالي لهذه المشروعات، أن ترجع إلى مجلس الوزراء حتى يعيد النظر فيها ثم يعيها مرة أخرى للمجلس الجديد⁽⁶⁰⁾.

وهذا الاتجاه الذي اتخذته الحكومة كان سببه ما أرسله رئيس مجلس الأمة كتابة إلى رئيس لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بمجلس الأمة؛ بأن المجلس ينظر في مشروعات القوانين المحالة من الحكومة، ليس فقط في الفصل التشريعي الخامس، وإنما في أي فصل طالما أن المجلس لم يبت فيها واعتبر بأنها قائمة وسارية في الفصل التشريعي التالي⁽⁶¹⁾، وتذهب المحكمة إلى تبني رأي المجلس باعتبار أن المرسوم الذي يصدر من الأمير يعد «إرادة مستمرة» بغض النظر عن تعاقب الفصول التشريعية، طالما أن هذا التشريع لم يبلغ من قبل الأمير بإصدار مرسوم جديد يسحبه⁽⁶²⁾.

(58) انظر المادة الرابعة مكرراً من قانون المحكمة الدستورية رقم 14 لسنة 1973. أضيفت هذه المادة، رابعة مكرراً، على أساس نص المادة الأولى من القانون رقم 109 لسنة 2014 الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية، ونصت على أن: «تضاف إلى القانون رقم 14 لسنة 1973 المشار إليه مادة جديدة برقم «رابعة مكرراً»، ونشر بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد رقم 1196 السنة الستون بتاريخ 10/08/2014.

(59) حكم المحكمة الدستورية، طلب رقم 1 لسنة 1985. قضت المحكمة بأنه: «لما كان تفسير النص الدستوري قد أسند للمحكمة الدستورية بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 14 لسنة 1973 بإنشائها، وقد صدر ذلك القانون، بما تضمنته من أحكام، عملاً لنص المادة (173) من الدستور، والواضح مما ساقته المذكرة التفسيرية للدستور، عن تلك المادة، أنها أرادت أن تكون المحكمة الدستورية هي الجهة التي يوكل إليها أمر تفسير نصوص الوثيقة الدستورية، على نحو ملزم، يقضى على كل خلاف في الرأي حول تفسير قاعدة دستورية معينة، وإذ كان ذلك فيكون المشرع الدستوري هو الذي جعل المحكمة الدستورية المختصة وحدها بتفسير نصوص الدستور والقوانين الأساسية، ولم يكن ذلك من صنع قانون إنشاء المحكمة...» أيضاً، انظر د. عثمان عبدالملك الصالح، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، إصدار مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1986، ص 24. كذلك، انظر د. علي عبد العال سيد أحمد، دور القضاء في تفسير القاعدة الدستورية، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 1997، ص 242.

(60) حكم المحكمة الدستورية، طلب رقم 1 لسنة 1985. تم حلول الفصل التشريعي السادس في 9 مارس سنة 1985.

(61) تذكر المحكمة هذه الوقائع بنصها: «وأوردت المذكرة تبريراً لطلب التفسير، حاصله أنه بانتهاه الفصل التشريعي الخامس وحلول الفصل التشريعي السادس في 9 مارس سنة 1985 أرسل السيد/ رئيس مجلس الأمة بتاريخ 14/3/1985 كتاباً إلى رئيس لجنة الشؤون التشريعية والقانونية بالمجلس أورد فيه ما يلي: «إن المجلس جرى على تقليد مقضاه استمراره في نظر مشروعات القوانين التي تحال إليه من الحكومة في أي فصل تشريعي ولم يبت فيها واعتبارها قائمة بحالتها في الفصل التشريعي التالي.»

(62) تنص المحكمة في تنسيبها على أنه: «ولما كان من المسلم دستورياً أن المرسوم، وهو أداة تشريعية، يصدرها الأمير في إطار نصوص الدستور، تظل نافذة وقائمة، ترتب آثارها أمام مجلس الأمة، وتتضمن إرادة صاحب السمو في اقتراح القانون، وهي إرادة مستمرة أمام مجلس الأمة، مهما تعاقبت الفصول التشريعية، وهي لا تُلغى ولا تسقط طالما لم يصدر مرسوم جديد بإلغائها أو سحبها.»

وقد ردت المحكمة على قول الحكومة أنه بمجرد انتهاء الفصل التشريعي يحظر على المجلس التالي النظر في مشروعات القوانين المحالة من مجلس الوزراء إلى مجلس الأمة. وكان فحوى رد المحكمة أن عدم جواز نظر المجلس الجديد لا يتحقق إلا في اقتراحات القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الأمة السابق. وبالتالي، تسقط الاقتراحات عند انتهاء الفصل التشريعي⁽⁶³⁾.

قامت المحكمة بإشعار مجلس الأمة بطلب التفسير المقدم من الحكومة، ولكن مجلس الأمة أرسل ممثليه من المحامين المفوضين من قبله، فحضر المحامون حمد عبدالله الجوعان وعبدالله يوسف الرومي والدكتور يعقوب حياتي وحمد يوسف العيسى، وتقدموا باعتراض على كون المحكمة غير مختصة بنظر الطلب؛ حيث إن المادة 173 من دستور 1962 لم يمنحها سلطة تفسير نصوص الدستور تفسيراً خارجاً عن اختصاصها الخاص بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح⁽⁶⁴⁾. وكانت المحكمة قد اعتبرت أن هذا الرأي مردود؛ حيث إنها عززت مشروعية حكمها على أساس أن قانون المحكمة وكذلك نص المذكرة التفسيرية الخاص بالمادة 173 يؤكدان أحقية المحكمة بتقديم طلبات تفسير في نصوص الدستور⁽⁶⁵⁾.

المطلب الخامس

تفسير النصوص الدستورية في ضوء الدستور القطري

أشار الدستور الدائم لدولة قطر لعام 2004 إلى إيعاز الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين لجهة قضائية واحدة. ومع هذا، فلم يحدد الدستور في البداية طبيعة هذه الجهة، وإنما ترك تحديد الجهة لنص القانون⁽⁶⁶⁾، وقد صدر القانون في عام 2008؛ حيث كان التحديد واقعاً على المحكمة الدستورية العليا⁽⁶⁷⁾، وتطرق القانون في المادة 12 إلى أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا ليس فقط ما اقتصر عليه الدستور من الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، فقد أضاف القانون لاختصاص المحكمة بالرقابة ثلاثة اختصاصات أخرى. وهذا فيه اختلاف عما ذهب إليه نص الدستور وقف على اختصاص الرقابة. ولكن من خلال استقراء نص الدستور نجد أن الدستور مكن القانون من إضافة اختصاصات أخرى، وإنما كان اختصاص الرقابة الذي نص عليه الدستور على سبيل المثال لا الحصر. وما يدل على ذلك أن الجزء الذي يلي نص اختصاص الرقابة ذكر أن «...وبين صلاحياتها...»، وهذا يجعل للقانون اليد الطولى في إضافة اختصاصات أخرى خاصة بالمحكمة. وأشارت المادة 12 إلى أن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا تقرر في الفصل

(63) تذكر المحكمة أنه: «وأن انتهاء الفصل التشريعي يعتبر سبباً لزوال العضوية وفقاً لحكم المادة (83) من الدستور، وبذلك تسقط اقتراحات القوانين التي يتقدم بها الأعضاء عند نهاية الفصل التشريعي، أما بالنسبة لمشروع القانون المقدم من الحكومة فقد حرص المشرع على أن لا يتضمنه نص المادة (109) من اللائحة، وذلك قصداً منه وتسليةً باختلاف الوضع بينهما...» (64) ينص حكم المحكمة على أنه: «ولدى إشعار المحكمة لمجلس الأمة بحصول طلب التفسير - طبقاً لما هو مذكور لها، وفق أحكام لائحته - حضر المحامون حمد عبدالله الجوعان وعبدالله يوسف الرومي والدكتور يعقوب حياتي، وحمد يوسف العيسى موكلين من رئيس المجلس - بناء على التفويض المعطى له من قبل المجلس - وقد أبدوا الرأي في الطلب في الجلسة وبمذكرة لاحقة، بما خلاصته: أولاً أن المحكمة غير مختصة بنظر الطلب، لأن اختصاصها الأصلي طبقاً للمادة (173) من الدستور إنما ينصب على فحص دستورية القوانين واللوائح، ولم تسند هذه المادة للمحكمة أي اختصاص آخر خارج عن نطاق رقابته في هذا المجال، وأن رقابته على دستورية القوانين تقوم على بحث مطابقة القوانين واللوائح للدستور أو مخالفتها لأحكامه، فلا ينطوي، بدهاء، تفسير نص دستوري تفسيراً مجرداً خارج نطاق منازعة قائمة بالفعل، فاخصاص المحكمة المقيّد في مجال التفسير منوط بأمرين، يلزم تحقيقهما معاً، الأول وجود نص مكتوب يشوبه لبس أو إبهام أو غموض يثير خلافاً يستدعي تحليته تفسيراً حاسماً ملزماً، والثاني أن يكون هذا النص وارداً في الدستور لا في تشريع مادي، كما أن استناد الطلب إلى العرف لتقدير الوجهة التي يتبناها، يخرج بالطلب لاحقة، بما خلاصته: أولاً أن طلب تفسير حكم، ويستند إلى عرف حكومي، وهو ما يخرج، بلا مراء، عن حد اختصاص المحكمة الدستورية؛ إذ إن النص الدستوري المحدد لولايتها أو قانون إنشائها لم ينط بها سلطة إتيان عرف دستوري أو إقرار قوته الملزمة، وينفصم هذا العرف المدعى عن نص الفقرة الأولى من المادة (65) من الدستور، وإذ كان نص هذه الفقرة، من المادة المذكورة، والذي صور الطلب على أنه تفسير لها، واضحاً لا لبس فيه، ولم يثر بشأنه نزاع في التطبيق، ولا تختلف الأرقام في شأنه، وارتد الطلب المبدي من الحكومة فوق العرف المدعى إلى نص المادة (109) من اللائحة الداخلية لمجلس الأمة، واستخلص من نصها دلالة على عدم سقوط مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة بنهاية الفصل التشريعي، مستنداً ببلالة مفهوم المخالفة، وكل ذلك لا دليل عليه من نص الفقرة الأولى من المادة (65) المطلوب تفسيرها، وإنما يمتد إلى طلب نص قانوني يخرج عن نطاق اختصاص المحكمة الدستورية به.»

(65) قضت المحكمة بأن: «...أما عن القول بعدم اختصاص المحكمة فإنه لما كان تفسير النص الدستوري قد أسند للمحكمة الدستورية بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 14 سنة 1973 بإنشائها، وقد صدر ذلك القانون، بما تضمنه من أحكام، إعمالاً لنص المادة (173) من الدستور، والواضح مما ساقته المذكرة التفسيرية للدستور، عن تلك المادة، إنها أرادت أن تكون المحكمة الدستورية هي الجهة التي يوكل إليها أمر تفسير نصوص الوثيقة الدستورية، على نحو ملازم، يقضي على كل خلاف في الرأي حول تفسير قاعدة دستورية معينة، وإذ كان ذلك فيكون المشرع الدستوري هو الذي جعل للمحكمة الدستورية المختصة وحدها بتفسير نصوص الدستور والقوانين الأساسية، ولم يكن ذلك من صنع قانون إنشاء المحكمة...»

(66) تنص المادة 140 من الدستور الدائم لدولة قطر لعام 2004 على أنه: «يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها وكيفية الطعن والإجراءات التي تتبع أمامها، كما يبين القانون آثار الحكم بعد الدستورية.»

(67) تنص المادة الأولى من قانون رقم 12 لسنة 2008 الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية العليا على أنه: «تنشأ هيئة قضائية مستقلة تسمى (المحكمة الدستورية العليا) تكون لها موازنة مستقلة، ويكون مقرها مدينة الدوحة.»

في حالة التنازع الحاصل حول الاختصاص بتحديد الجهة التي تختص بالفصل في الدعوى الناشئة بين جهات القضاء أو أي هيئة ذات اختصاص قضائي. وكذلك، اختصاص المحكمة بالفصل في المنازعات الناشئة عن مسألة تنفيذ الأحكام النهائية الصادرة عن جهات قضائية أو جهات ذات اختصاص قضائي، ويجب أن يشوب هذه الأحكام نوع من التناقض. أيضًا، تفسير النص التشريعي ليس لمجرد حصول اختلاف في الرأي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وإنما يجب أن يكون هذا التفسير بناءً على تحقق خلاف في تطبيق نص التشريع، ويكون طلب التفسير مقدمًا من قبل رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى⁽⁶⁸⁾.

ومن خلال ما اشتمل عليه نص الدستور ونص القانون بشأن المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز للمحكمة أن تباشر تفسير نصوص الدستور، بل تقتصر على تفسير نص القانون إذا تحقق شرطان: أولهما، أن يكون تفسير نص القانون بناءً على خلاف في التطبيق. وثانيهما، أن يكون التفسير مقدمًا من رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى. وعليه، فإن المحكمة ليس لها اختصاص تفسير نصوص الدستور طبقًا لما نص عليه الدستور أو القانون، ولكن دور المحكمة في تفسير نصوص الدستور يكمن في دورها في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح دون التصدي لتفسير نص القانون دون وجود نزاع قائم.

ويتبين من خلال ما ذهبت إليه المحكمة في هذا الصدد، أن دورها فيما يتعلق بالتفسير ينحصر في المسائل التالية:

- أن قيام المحكمة بالفصل في الأنزعة التي تعرض عليها حتى يتم الوصول إلى الحق المنشود، يتطلب من القاضي في المقام الأول إنزال النص القانوني على الواقعة الخاصة بالدعوى المنظورة أمام المحكمة، وبالتالي، يكون دور المحكمة ليس فقط أعمال سلطتها في التفسير الخاص بتلك النصوص بما يزيل عنها عوائق غموضها أو إبهامها، بل أيضًا أن تختص بفرض سلطانها حول رقابة التشريعات التي قد تخالف ما ينص عليه الدستور من الناحية الموضوعية أو الشكلية.

- أن المادة 12 من قانون رقم 12 لسنة 2008 الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية العليا منحت المحكمة الدستورية العليا اختصاص رقابة التشريعات من ناحية تصادم القانون بكليته أو مادة منه مع قاعدة دستورية؛ حيث يكون دور المحكمة في هذا الصدد معالجة مسألة مخالفة النص التشريعي للقاعدة الدستورية. فالمشرع أقر هذا الاختصاص دون أن ينصرف إلى حالات التعارض التي تكون بين التشريعات الأصلية والفرعية، ولا حتى التعارض الحاصل بين التشريعات ذات المرتبة الواحدة، ولا حتى أن تترخص من أجل بحث موضوع الدعوى، فمن يتولى ذلك بشكل متفرد هو القضاء الموضوعي. فينحصر دور القضاء الموضوعي، دون المحكمة الدستورية العليا، بالبحث في مسألة التعارض الحاصل بين التشريعات التي تتساوى مراتبها.

- قيام القاضي بتطبيق النص القانوني الذي من المفترض أن يكون متصلًا بواقعة الدعوى المطروحة أمامه التي تتعرض لمسألة التفسير. ويقضي أن يحمل تفسير النص الحاكم للواقعة المطروحة عليه ما لا يخرج عن المعنى الأصلي للنص؛ حيث إن القاضي يجب أن يتوخى الحذر في تفسير النصوص حتى لا يعتري التفسير عيب الخروج عن معنى النص في الأساس⁽⁶⁹⁾.

(68) المادة 12 من قانون رقم 12 لسنة 2008.

(69) محكمة التمييز، الدائرة المدنية والتجارية، رقم الدعوى: 28/2015.

المبحث الثالث

اتجاهات القضاء الدستوري بتفسير نصوص الدستور

سنتطرق في هذا المبحث إلى النص التشريعي والقانوني ومدى اختصاص المحكمة الدستورية العليا التفسيرية في جمهورية مصر العربية في (المطلب الأول)، ثم نشير إلى تفسير السلطة التنفيذية لنصوص الدستور الأميركي الفيدرالي في (المطلب الثاني)، وتعرض لمسألة المحكمة الدستورية الكويتية واختصاصها بطلب التفسير طبقاً للمادة 173 في (المطلب الثالث)، ونشير إلى تفسير نصوص الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات في (المطلب الرابع)، ثم نتطرق إلى تفسير نصوص الدستور في ضوء أحكام القضاء القطري في (المطلب الخامس).

المطلب الأول

النص التشريعي ومدى اختصاص المحكمة الدستورية العليا التفسيرية في جمهورية مصر العربية

على الرغم من التقييد الشكلي الذي أورده قانون المحكمة الدستورية العليا لعام 1979 الخاص بتفسير نصوص التشريع أو قرارات رئيس الجمهورية، إلا أن صياغة نص تقييد المحكمة تقتضي تعطيل العمل بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين واللوائح التي أكدها دستور 2014 المعدل في 2019. ويتحقق التعطيل في قصور المادة عن الاختصاص التفسيرية الذي تمارسه المحكمة؛ حيث إنه يفترض في القاضي الدستوري اتباع إجراءات تتمثل في التالي: أولاً: تفسير النص التشريعي محل النزاع، وكذلك النص الدستوري الذي يحكمه. ثانياً: إعمال القاضي الدستوري السلطة التقديرية فيما إذا كان النص التشريعي مخالفاً للنص الدستوري من عدمه. وعليه، تعد سلطة التفسير للنص الدستوري والتشريعي ملزمة للقاضي الدستوري، مما يجعلها اختصاصاً أصيلاً⁽⁷⁰⁾ فدور المحكمة الدستورية العليا في التفسير الدستوري يبدأ عند وجود تعارض مدعى به بين نص تشريعي ونص دستوري، وذلك الاختصاص التفسيرية قد ينصب على الطعون الدستورية وطلبات تفسير النصوص الدستورية⁽⁷¹⁾.

لم يستقر الفقه الدستوري على رأي موحد حول الاختصاص الأصيل للمحكمة الدستورية العليا، فهناك اتجاه يرى اختصاص المحكمة الأصيل بتفسير النصوص التشريعية، وهناك اتجاه آخر يرى أن من ضمن ما يشير إليه الاختصاص بتفسير النصوص التشريعية هو تفسير نصوص الدستور التي تكون هي الحاكمة لحكم القضاء الدستوري⁽⁷²⁾. ولم يتناول الفقه الدستوري مسألة الاختصاص التفسيرية في الدساتير الأخيرة فيما يتعلق بدساتير 1971، 2012 و2014 المعدل في عام 2019، بل يرى الدكتور فتحي محمد فكري أن إشكال الاختصاص التفسيرية ليس مستحدثاً، وإنما تم التطرق له في فترة دستور 1956؛ حيث تناولت لجنة الخمسين الموكل إليها وضع مشروع الدستور ذاته⁽⁷³⁾.

(70) انظر د. عصمت عبد الله الشيخ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير، 2002، ص 92.

(71) تنص المحكمة الدستورية العليا على إعمال مبدأ التفسير في حالة تحقق وجود التعارض الظاهر بين النصين التشريعي والدستوري بقولها: «تفسير المحكمة الدستورية العليا للنصوص الدستورية، لا يكون إلا من خلال خصومة قضائية تدخل في ولايتها، وترفع إليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، وكلما كان إعمال النصوص الدستورية - في نطاق هذه الخصومة - لازماً للفصل في المسائل التي تثيرها، والتي تدعى هذه المحكمة لتقول كلمتها فيها، وأكثر ما يقع ذلك في الدعاوى الدستورية؛ إذ يتحدد موضوعها بالفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي وقاعدة في الدستور». انظر، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية، 5/2/1994، ج 6، ص 140. أيضاً، انظر، د. محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط ١، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008، ص 25.

(72) انظر: د. جرجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2005، ص 151 - 173. د فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998، ص 32 - 67.

(73) يذكر الدكتور فتحي فكري محمد في هذا الصدد: «أن المشكلة التي نحن بصدها ليست - كما قد يعتقد البعض - مستحدثة في نظامنا الدستوري. فقد كانت من بين اهتمامات لجنة الخمسين الموكل إليها وضع مشروع دستور 1956». انظر د. فتحي فكري محمد، القانون الدستوري، الكتاب الأول، 2004، ص 358. أيضاً، انظر د. دعاء الصاوي يوسف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، 2014، ص 126.

ويرى الدكتور محمد حسنین عبدالعال أن المحكمة الدستورية العليا لا تملك صلاحية تفسير نصوص الدستور كاختصاص أصیل، بل يشترط أن يكون التفسير منصباً على نزاع معروض على المحكمة؛ حيث يكون فصل المحكمة مبنياً على إخضاع النص محل النزاع لتفسير النص الدستوري⁽⁷⁴⁾.

في المقابل، يجزم فريق آخر بأحقية المحكمة الدستورية العليا بممارسة اختصاص التفسير علاوة على التشكيك في نص المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979، التي تنص على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها»⁽⁷⁵⁾. وقد نص الرأي المؤيد لاختصاص المحكمة الأصلي بالتفسير، على الرغم من الحجج المثارة ضده، على أنه «.. وهكذا فإن الحجج التي ثارت في وجه اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير الدستور، لم تزدنا - نتيجة الوهن الذي يعترها- إلا اقتناعاً بهذا الاختصاص.» أيضاً، مما أورده في هذا الصدد «.. ولما كان لواء معارضة اشمال قائمة اختصاصات المحكمة الدستورية تفسير نصوص الدستور لا يستند إلى دعائم مقنعة بدرجة كافية للانضمام تحته، فيحق لنا الشك في دستورية المادة 26 من القانون 48 لسنة 1979.» وعرج على موضوع اختصاص المحكمة على اعتبار أنه «وعلى ذلك، فإن الظروف التي أحاطت بالمحكمة العليا، والنظام القانوني الذي نقلت عنه، هي التي شكلت - على الأرجح - البواعث الحقيقية وراء حجب اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير الدستور. وكل هذه العوامل ذات طبيعة واقعية لا ترقى إلى مرتبة الوثيقة الدستورية التي تقرر - كما سبق البيان - هذا الحق للمحكمة. فهل ننتبه بعد أن توارت الاعتبارات السابقة إلى حقيقة اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، كما وردت في الدستور، لتعيد إليها اختصاصها المسلوب بتفسيره؟»⁽⁷⁶⁾.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الدكتور فتحي فكري؛ حيث إن التشريعات الدستورية في معرض تطرقها لمسائل مثل مرجعية تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية تختص به المحكمة الدستورية العليا، وهذا ما نصت عليه ديباجة دستور 2014 بأن: «نكتب دستوراً يؤكد أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع، وأن المرجع في تفسيرها هو ما تضمنه مجموع أحكام المحكمة الدستورية العليا في ذلك الشأن...»، ولكن من ناحية أخرى، ترى الدكتورة دعاء الصاوي أن هذا الاختصاص ليس شاملاً لجميع أحكام الدستور، وإنما فقط فيما يخص المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية⁽⁷⁷⁾.

وفي المجمل، وعلى الرغم من وجود المذاهب المؤيدة لكون المحكمة الدستورية العليا صاحبة الاختصاص الأصلي والمذاهب المعارضة لهذا الاتجاه، إلا أن المحكمة تقرر عبارات واضحة لا تقبل التأويل المغاير لنصها، على أنها لا تفسر نصوص الدستور إلا في خصومة قضائية وطلب التفسير الوارد من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية. كان هذا القرار بنص

(74) ينص الدكتور محمد حسنين عبدالعال على أنه: «إذا كانت وهي بصد مباشرة رقابتها القضائية على دستورية القوانين واللوائح تقوم بفهم وتفسير نصوص الدستور للحكم على دستورية النص المطروح أمامها» فإنها «لا تملك تفسير نصوص الدستور تفسيراً ملازماً». د. محمد حسنين عبدالعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998، ص 165. انظر أيضاً، د. محمد السناري، ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، دراسة تحليلية ونقدية لقانون وأحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، 1996، ص 98.

(75) انظر د. فتحي فكري محمد: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، 1998، ص 25 وما بعدها، أيضاً، انظر د. فتحي فكري محمد، القانون الدستوري، الكتاب الأول، 2004، ص 365 وما بعدها.

(76) د. فتحي فكري، القانون الدستوري، الكتاب الأول، 2004، ص 372 وما بعدها.

(77) د. دعاء الصاوي يوسف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ص 128، 2014.

المحكمة في جلسة أول مارس لعام 1980 مستندة على نص المادة 26 من القانون رقم 48 لسنة 1979؛ حيث قضت بـ «أن ولاية هذه المحكمة لا تمتد إلى تفسير نصوص الدستور الذي لم يصدر من أي من هاتين السلطتين وإنما أعلنته وقبلته ومنحته لأنفسها جماهير شعب مصر طبقاً لما جاء في وثيقة إعلانه وهو ما يتعين معه عدم قبول الطلب»⁽⁷⁸⁾.

والعامل الذي يساعد على تقليص صلاحيات المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بالاختصاص التفسيري لنصوص الدستور يكون سببه الحكومة. هل الحكومة في تاريخ جمهورية مصر العربية الدستوري لم تؤيد هذا الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية العليا؟ تتضح رغبة الحكومة المصرية في تأييد هذا الاختصاص في تبنيها لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا الذي أنهت صياغته في عام 1977⁽⁷⁹⁾. ثم أحوالت المشروع إلى مجلس الشعب في تاريخ 22 من شهر ديسمبر لعام 1978؛ حيث إن مشروع القانون يعبر عن رغبة الحكومة بمنح القاضي الدستوري حق تفسير نصوص الدستور تفسيراً ملزماً⁽⁸⁰⁾.

والسؤال الذي يبرز هنا: كيف للقاضي الدستوري أن يطبق نص الدستور الحاكم للنزاع دون تفسيره؟

رغم الجدل الفقهي في الوسط الدستوري، إلا أن المحكمة استمرت في تبني الاتجاه الذي يرى مشروعية اختصاص المحكمة الأصيل بتفسير نصوص الدستور. لذا، نجد المحكمة في أحد أحكامها تتطرق للتأصيل الدستوري الخاص بمنهجها في مسألة الاختصاص التفسيري. فتوضح المحكمة في معرض تطرقها لمسألة التفسير أن جميع تفسيرات نصوص الدستور يجب أن تكون متكاملة ومتألّفة بحيث لا يتم التعارض فيما بينها⁽⁸¹⁾. أيضاً، ترى المحكمة أنها صاحبة الاختصاص الذي يفصل في بيان مدلولات النص الدستوري، فتذكر أن «كلمتها في شأن دلالة النصوص التي يضمها الدستور بين دفتيه هي القول الفاصل...»⁽⁸²⁾ في حقبة دستور 1971، رأت المحكمة تفسيراً للمادة 40 من دستور جمهورية مصر العربية لعام 1971، التي قضت بأن «المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق

(78) مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الأول، الأحكام والقرارات التي أصدرتها حتى 30 يونيو 1981، ص 209.

(79) اختصاص مجلس الوزراء بوجه خاص في إعداد مشروعات القوانين منصوص عليه في الدستور المصري لعام 1971 في المادة 156 التي تنص على أن: «يمارس مجلس الوزراء بوجه خاص الاختصاصات الآتية:

أ- الاشتراك مع رئيس الجمهورية في وضع السياسة العامة للدولة والإشراف على تنفيذها وفقاً للقوانين والقرارات الجمهورية.

ب- توجيه وتنسيق ومتابعة أعمال الوزارات والهيئات التابعة لها والهيئات والمؤسسات العامة.

ج- إصدار القرارات الإدارية والتنفيذية وفقاً للقوانين والقرارات ومراقبة تنفيذها.

د- إعداد مشروعات القوانين والقرارات.

هـ- إعداد مشروع الموازنة العامة للدولة.

و- إعداد مشروع الخطة العامة للدولة.

ز - عقد القروض ومنحها وفقاً لأحكام الدستور.

ح- ملاحظة تنفيذ القوانين والمحافظة على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة.»

(80) اقتضرت مطالبات الجمعية العمومية لمحكمة شمال وجنوب القاهرة على حذف اختصاصها بتفسير نصوص الدستور دون بيان الأسباب التي تركز عليها تلك المطالبة. انظر: مجلة المحاماة المصرية - العدد (2، 1)، ص 58، 206.

(81) تنص المحكمة الدستورية العليا على المنهج التفسيري بقولها: «إن الأصل في النصوص الدستورية أنها تؤخذ باعتبارها متكاملة وإن المعاني التي تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة فيما بينها بما يرد عنها التناثر أو التعارض، هذا بالإضافة إلى أن هذه النصوص إنما تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متألّفاً متماسكاً بما مؤده أن يكون لكل نص منها مضمون محدد مستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنين الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز بالتالي أن تفسر نصوص الدستور بما يتعدى بها عن الغاية النهائية المقصودة منها، ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ، أو باعتبارها فيما مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي، وإنما يتعين دوماً أن تحمل مقاصدها بمرآة أن الدستور وثيقة تقدمية، لا تردت مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغتها الإرادة الشعبية، انطلاقاً إلى تغيير لا يصد عنه التطور أفاقه الرحية...» انظر: الحكم الصادر في 4 يناير سنة 1992 في القضية رقم 22 لسنة 8 ق دستورية، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، ص 89.

(82) تنص المحكمة في حكمها على أن: «كلمتها في شأن دلالة النصوص التي يضمها الدستور بين دفتيه هي القول الفاصل وضوابطها في التأصيل ومناهجها في التفسير هي مدخلها إلى معايير منضبطة تحقق لأحكام الدستور ومدنها العضوية، وتكفل الإنجاز لقيم الجماعة في مختلف مراحل تطورها وليس التزامها بإنفاذ الأبعاد الكاملة للشريعة الدستورية إلى أسراء حكم القانون في مدارجها العليا وفاء بالأمانة التي حملها الدستور بها، وعقد لها ناصية النهوض بتبعيتها، وكان حتماً أن يكون التقيد بأحكامها مطلقاً سارناً على الدولة والناس أجمعين وعلى قدم المساواة الكاملة وهو ما أثبتته المادة 49 من قانون هذه المحكمة.» حكم المحكمة الدستورية العليا قضية رقم 57 لسنة 4 ق، جلسة 2-1993، أيضاً، انظر عز الدين الدناصوري، د. عبد الحميد الشواربي، المدعى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001، ص 135-136.

والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة.» وفي حیثیات القضية، یرى المدعی السید محمد أسامة لطفی أنه تم الإجحاف بحقه الدستوری فی اللجوء إلى القضاء اعتراضًا على نص كل من الفقرة الأولى من المادة 104 والفقرة الثانية من المادة 119 من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم 47 لسنة 1972 والمعدل بالقانون رقم 50 لسنة 1973⁽⁸³⁾، حیث إن هذین النصین یضمنان حظر طعن أعضاء مجلس الدولة فی قرارات نقلهم وندبهم وتادیبهم. فبینت المحكمة برئاسة السید المستشار أحمد ممدوح عطیة التفسیر السلیم لمبدأ المساواة بین المواطنین بأن حظر التقاضي وتحصین القرار الإداری الصادر من مجلس الدولة من الرقابة القضائية یخالف مبدأ المساواة الذی یجعل حق التقاضي حق أصیل لجميع المواطنین⁽⁸⁴⁾. ورجوعًا إلى تفسیر المادة 40، فإن المحكمة قضت بأن مبدأ المساواة فی الحقوق «لا یعنی المساواة بین جمیع الأفراد رغم اختلاف ظروفهم ومراكزهم القانونية، ذلک أن المشرع یملك لمقتضیات الصالح العام وضع شروط عامة مجردة تحدد المراكز القانونية الذی یتساوى بها الأفراد أمام القانون.»

طبقًا لما تقدم، فإن المحكمة وإن فسرت نصوص الدستور، فإن هذا التفسیر ینحصر فی خصومة قضائية تنصب على تناقض بین نص تشریعی وقاعدة دستورية. وهذا ما أكدته المحكمة برئاسة السید المستشار الدكتور عوض محمد عوض المر؛ حیث إن المحامی فوزی محمد حشمت طالب المحكمة بتفسیر نصی المادتين 76 و77 من دستور 1971 اللتین تنص الأولى منهما على تنظیم مسألة ترشیح السلطة التشريعية لرئیس الجمهورية، وتنص الثانية منهما على أن الرئیس قد یرقی فی المنصب لمدد أخرى. طبقًا لهذین النصین، یرى فوزی أنهما یخالفان نصی المادتين 40 و62 اللتین تنصان على مبدأ المساواة بین المواطنین أمام القانون، وكذلك ضمان حق كل مواطن فی الانتخاب والترشیح وإبداء الرأی فی الاستفتاء وفقًا لأحكام القانون. ویرى المدعی أن دور المحكمة فی الرقابة على دستورية القوانين لا یقتصر فقط على التعارض الظاهر بین نص تشریعی وقاعدة دستورية، بل یمتد إلى احتمالية وجود تعارض ظاهر بین نصین دستوریین. ونؤید ما ذهب إليه فوزی؛ حیث إن الدستور فی نهاية الأمر یعد قانونًا أساسيًا فی سباق التشریع الأسمى، وبالتالي فإن التعارض الظاهر بین النصوص الدستورية دون توحید الفهم من المحكمة یؤدی إلى استفراء السلطات للتعدي على الحقوق الدستورية للمواطنین؛ عن طریق ممارسات تعارض ما ذهب إليه مفهوم القاعدة الدستورية⁽⁸⁵⁾.

وكان جمیع ما ذهب إليه فوزی مردودًا طبقًا لحکم المحكمة تأصیلًا لمبدأ أن المحكمة لا تنظر فی دعوی تفسیر نصوص دستورية دون أن یرى محل القضية خصومة قضائية تدور حول تعارض بین نص تشریعی وقاعدة دستورية. وقد قضت المحكمة بأنه:

وحيث إن المدعی توخى بطله الاحتیاطی أن تفسر المحكمة الدستورية العليا نص المادتين 76 و77

(83) تنص المادة 104 من قانون رقم 47 لسنة 1972 على أن: «تختص إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا دون غيرها بالفصل فی الطلبات الذی یقدمها رجال مجلس الدولة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وذلك عدا النقل والندب متى كان مبنى الطلب عبیا فی الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ فی تطبیقها أو تأویلها أو إساءة استعمال السلطة.»

كما تختص الدائرة المذكورة دون غيرها بالفصل فی طلبات التعویض عن تلك القرارات، وتختص أيضًا دون غيرها بالفصل فی المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لرجال مجلس الدولة أو لورثتهم، ولا يجوز أن یجلس للفصل فی هذه المسائل من كان عضوًا فی المجلس الأعلى لهیئات القضائية إذا كان قد اشترك فی القرار الذی رفع الطلب بسببه ولا تحصل رسوم على هذا الطلب.» وتنص الفقرة الثانية من المادة 119 من ذات القانون فیما یتعلق بالحکم التأديبی على أن: «ویكون الحکم الصادر فی الدعوی التأديبية نهائيًا غیر قابل للطعن فیہ بأي طریق من طرق الطعن.»

(84) انظر الدعوی رقم 10 لسنة 1 ق جلسة 16/5/1982، أشار إليه: أحمد هبة، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا فی الدعوی الدستورية، ط1، 1988، ص 145.

(85) یذكر الأستاذ فوزی محمد حشمت المحامی أن «إلا أن نصوص الدستور لا تحول دون نظر الدعوی الأصلية بعدم الدستورية باعتبار أن من كان مختصًا بالفرع یكون كذلك مختصًا بالأصل. هذا بالإضافة إلى أنه من غیر المنطقی أن یؤول إلى المحكمة الدستورية العليا أمر الرقابة الذی كانت للمحاكم على اختلافها مع حرمانها من مواجهة المسائل الدستورية عن طریق الدعوی الأصلية الذی تعتبر المجال الطبيعي لرقابتها، ولو كان الأمر المعروض عليها متعلقًا بالتعارض بین نصین فی الدستور أو بالتفسیر الصحیح لهما، إذ یتمد اختصاص المحكمة الدستورية العليا إلى هاتین الطائفتین باعتبار أن الدستور یعد قانونًا أساسيًا لا يجوز أن تعارض أحكامه فیما بینها، ولأن أعمال أحكام الدستور دون تناقض، أو تفسیرها بما یوفق بینها، لا یعتبر تعديلًا لها بل توكیدًا لمضمونها لضمان احترامها وتجانسها.» حکم المحكمة الدستورية العليا رقم 23 لسنة 15 قضائية، الجلسة المنعقدة فی یوم السبت 5 فبرایة 1994 الموافق 24 شعبان سنة 1414 هجرية.

من الدستور بما يزيل ما تصوره من تعارض بينهما وبين الأحكام، وحيث إن هذا الطلب مردود بأن تفسير المحكمة الدستورية العليا للنصوص الدستورية لا يكون إلا من خلال خصومة قضائية تدخل في ولايتها، وترفع إليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، وكلما كان أعمال النصوص الدستورية - في نطاق هذه الخصومة - لازماً للفصل في المسائل التي تثيرها والتي تدعي هذه المحكمة لتقول كلمتها فيها، وأكثر ما يقع ذلك في الدعاوى الدستورية؛ إذ يتحدد موضوعها بالفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي وقاعدة في الدستور. متى كان ذلك، وكان الطلب الاحتياطي المقدم من المدعي لا يطرح على المحكمة الدستورية العليا خصومة قضائية مما تقدم، بل يقوم في مبناه على قلة تصادم بعض النصوص الدستورية وتماحيها بادعاء تعارضها فيما بينها، فإن هذا الطلب يكون بدوره مجاوزاً ولاية المحكمة الدستورية العليا⁽⁸⁶⁾.

المطلب الثاني

تفسير السلطة التنفيذية لنصوص الدستور الأمريكي الفيدرالي

عند التطرق لمسألة تفسير السلطتين التشريعية والتنفيذية لنصوص الدستور فإنها تكون في سياق سبق للمحكمة العليا وإن أصدرت حكماً في الموضوع ذاته⁽⁸⁷⁾. ويعد مثال محافظ الولاية الأمريكية Orville Faubus أساتماً في منح عمدات الولايات رخصة للأزواج المثليين، فشبّه علماء القانون هذه الواقعة بواقعة المحافظ Faubus88؛ إذ قام المحافظ Faubus بمعارضة حكم المحكمة العليا في قضية *Brown v. Board of Education* ومعارضة القضاة الفيدراليين فيما يتعلق بإجراء تنفيذ الحكم القضائي. والتشابه الحاصل بين واقعة العمدة وكذلك Faubus في مسألة التمسك بحق السلطة التنفيذية في تفسير الدستور، في منأى عن الأحكام القضائية ومدى إلزاميتها⁽⁸⁹⁾.

نجد في الأحكام القضائية لمحاكم الولايات أحكاماً تؤيد وتعارض مدى إمكان تنفيذ الولايات من ممارسة اختصاص التفسير الدستوري. ونجد أن عدداً من محاكم الولايات ترى أحقية المسؤولين التنفيذيين بممارسة الاختصاص التفسيري متمثلاً في *New York Town Court*⁽⁹⁰⁾، ومحكمة *San Francisco County Superior Court*⁽⁹¹⁾، ومحكمة *Oregon Supreme Court in Cooper v. Eugene*، و *School District No. 4*⁽⁹²⁾. أما بالنسبة للمحاكم التي عارضت اختصاص التنفيذيين فيما يتعلق بالاختصاص التفسيري فهي: محكمة *California Supreme Court*⁽⁹³⁾، والمدعي العام الأسبق لولاية

(86) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 23 لسنة 15 قضائية، الجلسة المنعقدة في يوم السبت 5 فبراير سنة 1994 الموافق 24 شعبان سنة 1414 هجرية.

(87) See Larry Alexander & Frederick Schauer, On Extrajudicial Constitutional Interpretation, 110 Harv. L. Rev. 1359 (1997) (Challenging The Thesis That Nonjudicial Officials Do Not Need To Treat Supreme Court Opinions As Authoritative In Order To Comply With Their Duty To Obey The Constitution); Scott E. Gant, Judicial Supremacy And Nonjudicial Interpretation Of The Constitution, 24 HASTINGS CONST. L.Q. 359 (1997) (Defending A Constrained, But Independent, Role For Non-Judicial Actors In Constitutional Interpretation); Mark V. Tushnet, The Constitution Outside The Courts: A Preliminary Inquiry, 26 Val. U. L. Rev. 437 (1992) (Exploring The Congressional Response To Texas V. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) Striking Down Texas Ban On Flag Burning); Herbert Wechsler, The Courts And The Constitution, 65 Colum. L. Rev. 1001, 1008 (1965) (Developing Lincoln's Observation That Resistance To Constitutional Decisions Gives The Courts A Chance To Reconsider. But, "[W]hen That Chance Has Been Exploited And Has Run Its Course, With Reaffirmation Rather Than Reversal Of Decision, Has Not The Time Arrived When Its Acceptance Is Demanded, Without Insisting On Repeated Litigation?").

(88) See Also Michael J. Klarman, Brown And Lawrence (And Goodridge), 104 Mich. L. Rev. 431, 481 (2005) (Observing That The Actions Of The Mayors Made Them Locally Popular, "Much As Southern Governors Such As Orval Faubus And George Wallace Became Virtually Unbeatable Politically By Defying Federal-Court Integration Orders After Brown").

(89) Sylvia A. Law, Who Gets To Interpret The Constitution - The Case Of Mayors And Marriage Equality, 3 Stan. J. C.R. & C.L. 1, 28 (2007).

(90) *People V. West*, 780 N.Y.S.2d 723 (Just. Ct. New Paltz, 2004); *People V. Greenleaf*, 780 N.Y.S.2d 899, 899 (Just. Ct. New Paltz 2004).

(91) *Lockyer V. City & County Of S.F.*, 95 P.3d 459, 465-66 (Cal. 2004) (Describing The Superior Court's Ruling).

(92) *Cooper V. Eugene Sch. Dist. No. 4*, 723 P.2d 298 (Or. 1986).

(93) *Lockyer*, 95 P.3d 459.

نیویورک Spitzer (94)، والقاضي Bruhn من محكمة Ulster Country Court (95).

الفرع الأول

مجلس النواب في ولاية أركانسس وقضية Brown v. Board of Education

ردًا على حكم المحكمة العليا في قضية Brown v. Board of education، قام مجلس النواب في ولاية أركانسس بتعديل دستور ولاية أركانسس على سبيل معارضة ما وصفه بحكم المحكمة العليا غير الدستوري المؤدي إلى إلغاء التمييز العنصري.⁽⁹⁶⁾ وكان ذلك التوجه المعارض لحكم المحكمة العليا مستندًا إلى واقعة حدثت في ولاية أركانسس؛ حيث قررت إدارة مدرسة Central High School قبول طلب التحاق تسعة أطفال أميركيين من أصل أفريقي بالمدرسة، فقام المحافظ Faubus بتصعيد الوضع بإرسال National Guard حتى يتمكن من منع المدرسة من إلحاق الطلبة التسعة بالدراسة فيها.⁽⁹⁷⁾ وفي المقابل، كانت المظاهرات الغاضبة على قرار المحافظ Faubus واسعة الانتشار لدرجة أن الرئيس الأميركي Eisenhower أرسل القوات الفيدرالية Federal Troops إلى مدينة Little Rock لكي يفعل قرار المدرسة بشأن قبول الأطفال التسعة.⁽⁹⁸⁾ أما في عام 1958، فقد طلبت إدارة المدرسة من المحكمة الابتدائية الفيدرالية بأن تقوم بإجراء خطة إلغاء التمييز العنصري بسبب العدائية الشديدة تجاه هذا القرار الذي يعود مرجعه إلى الدور السلبي للمسؤولين وأفعال المحافظ ومجلس النواب أيضًا في الموافقة على خطة التمييز بين الطلبة⁽⁹⁹⁾ في يونيو، وافقت المحكمة الابتدائية على طلب التأجيل؛ حيث إنها سببت قرار التأجيل على أساس وجود حالات من «الفوضى والهرج والمرج والاضطراب»⁽¹⁰⁰⁾.

أما في شهر أغسطس فقد قامت محكمة الاستئناف للدائرة الثامنة بنقض حكم المحكمة الابتدائية الذي ينص على تأييد طلب التأجيل⁽¹⁰¹⁾. نظرت المحكمة العليا في القضية على أساس التعجيل في 11 سبتمبر 1958، وفي اليوم التالي، كانت المحكمة العليا بإجماع القضاة، على تأييد قرار المحكمة الابتدائية ونقض قرار محكمة الاستئناف، وذهبت المحكمة إلى تأكيد «مفهوم واسع» لسلطتها⁽¹⁰²⁾. وكان لحكم المحكمة العليا من القوة ما جعل قرارها يتم التوقيع عليه من قبل جميع القضاة per curium⁽¹⁰³⁾.

الفرع الثاني

المدعي العام Edwin Messe وتفسير المحكمة العليا لنصوص الدستور

في عام 1986، استشهد المدعي العام Edwin Messe بقضية Brown v. Board of Education على

(94) (N.Y. Op. Atty Gen., Informal Opinion No. 1, At 1-2 (March 3, 2004 2004)

(95) Kathianne Boniello, Ulster Wins Appeal To Prosecute Over Gay Vows, POUGHKEEPSIE J., Feb. 3, 2005, At 1

(96) Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 9 (1958).

(97) See Aaron V. Cooper, 257 F.2d 33, 35-38 (8th Cir. 1958). Faubus, Who Was Elected Governor Six Times And Served From 1954 Until 1966, Was Defeated After The Adoption Of The Voting Rights Act Of 1965. He Continued To Run For Governor, Unsuccessfully, Until He Was Defeated By Bill Clinton In 1986. In The 1970s, In Financial Distress, He Was Forced To Sell His Home And Take A Job As A Bank Clerk In Huntsville, Ark. Orville Faubus, The Anything Arkansas Encyclopedia, <http://www.anythingarkansas.com/Arkapedial/Pedia/Orvalfaubus/>.

(98) Aaron, 257 F.2d At 36.

(99) Cooper, 358 U.S. At 12.

(100) Cooper, 358 U.S. At 13.

(101) Cooper, 358 U.S. At 13.

(102) Cooper, 358 U.S. At 18. The Court Stated That "Declared The Basic Principle That The Federal Judiciary Is Supreme In The Exposition Of The Law Of The Constitution, And That Principle Has Ever Since Been Respected By This Court And The Country As A Permanent And Indispensable Feature Of Our Constitutional System. It Follows That The Interpretation Of The Fourteenth Amendment Enunciated By This Court In The Brown Case Is The Supreme Law Of The Land...Every State Legislator And Executive And Judicial Officer Is Solemnly Committed By Oath...To Support This Constitution."

(103) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law 255 N. 10 (3d Ed. 2000).

سبيل نقض مبدأ المحكمة القاضي بأن تفسير المحكمة العليا للدستور وكذلك الدستور ذاته بأنهما يعدان «القانون الأسمى في البلاد»⁽¹⁰⁴⁾. لم يسلم Messe بهذا المبدأ؛ مبرراً بأن المسؤولين قد قاموا في بعض الأحيان بمخالفة تصريحات المحكمة العليا. وبالتالي يعد دور المسؤولين في نقض أحكام وقرارات المحكمة العليا مخالفة للمبدأ المزعوم بالقانون الأسمى للبلاد⁽¹⁰⁵⁾.

من ناحية أخرى، اعتمد Messe في تأصيله لقاعدة عدم الأخذ بعبرة القانون الأسمى للبلاد على قضية Dred Scott؛ حيث إن هذا الحكم الذي صدر عن المحكمة العليا قضى بأن الكونغرس ليس له الصلاحية بمنع تمديد الاستعباد في الأقاليم، بسبب أن حق المواطنين البيض في تملك العبيد كان حق ملكية محميًا من قبل الدستور الأميركي⁽¹⁰⁶⁾. استشهد Messe كان منصبًا على اعتبار أن حكم المحكمة ليس معيبيًا فيما يتعلق بعبرة القانون الأسمى، وإنما سبب تحليله على أساس أنه لو كان مبدأ القانون الأسمى للبلاد معمول به بشكل دائم، فما كان للرئيس الأميركي Abraham Lincoln أن ينهي العبودية لأن حكم المحكمة العليا يخالف توجهه Lincoln⁽¹⁰⁷⁾.

ومن الاستشهادات القضائية الأخرى التي لم يذكرها Messe التي كان من الممكن أن تعزز من وجهة نظره الدستورية، قيام الرئيس Thomas Jefferson باعتبار The Alien and Sedition Act غير دستوري؛ حيث إنه عفا عن المتهمين طبقًا لهذا القانون، على الرغم من أنه لم تقم محكمة على الإطلاق باعتبار هذا القانون أنه غير دستوري⁽¹⁰⁸⁾. وعليه، يشير هذا التوجه إلى عدم اعتبار أن السلطة القضائية لديها الاختصاص المنفرد فيما يتعلق بالاختصاص التفسيري لنصوص الدستور. أيضًا، قيام الرئيس Andrew Jackson باستخدام حق النقض Veto بشأن مشروع القانون الذي ينص على إعادة تمويل بنك الولايات المتحدة الأمريكية، فاعتبره Jackson غير دستوري، على الرغم من أن المحكمة العليا قد قررت أن هذا المشروع يعد متوافقًا مع الدستور⁽¹⁰⁹⁾.

مع عرض وجهة نظر Messe حول عدم اقتصار الاختصاص التفسيري لنصوص الدستور على حكم القضاء، وكذلك دور المحكمة العليا فيما يختص بالتفسير أنه القانون الأسمى للبلاد، أثارت آراء Messe جدلاً نتجت عنه وقفة احتجاجية من قبل مجتمع الحقوق المدنية، والإعلام، والأكاديمية⁽¹¹⁰⁾. الأسباب التي دعت لهذا الاحتجاج على اعتبار أن موضوع قضية Cooper الذي أنهى الفصل العنصري في المدارس الحكومية المفروضة من قبل حكومة الولاية، كان هذا الفصل العنصري مهمًا؛ لأن الشعب الأميركي ليس مستعدًا لتقبل فكرة تغيير السياسة الخاصة بالتمييز العنصري في عام 1957⁽¹¹¹⁾. والسبب الثاني

(104) Edwin Meese, The Law Of The Constitution, 61 Tul. L. Rev. 979 (1987). See Also, Sylvia A. Law, Who Gets To Interpret The Constitution - The Case Of Mayors And Marriage Equality, 3 Stan. J. C.R. & C.L. 1, 30 (2007).

(105) See Also, Sylvia A. Law, Who Gets To Interpret The Constitution - The Case Of Mayors And Marriage Equality, 3 Stan. J. C.R. & C.L. 1, 30 (2007).

(106) Edwin Meese, The Law Of The Constitution, 61 Tul. L. Rev. 984 (1987).

(107) Edwin Meese, The Law Of The Constitution, 61 Tul. L. Rev. 984 (1987). Abraham Lincoln, Speech During The Lincoln-Douglas Senatorial Campaign (Oct. 1858), In 3 The Collected Works Of Abraham Lincoln 255 (Basler Ed. 1953); Abraham Lincoln, First Inaugural Address (Mar. 4, 1861), In 6 Messages And Papers Of The Presidents 5, 9-10 (Richardson Ed. 1897).

(108) Thomas Jefferson, Letter To Abigail Adams (Sept. 11, 1804), In 8 The Writings Of Thomas Jefferson 310 (Ford Ed. 1897). ("The Judges, Believing The Law Constitutional, Had A Right To Pass A Sentence Of Fine And Imprisonment; Because That Power Was Placed In Their Hands By The Constitution. But The Executive, Believing The Law To Be Unconstitutional, Was Bound To Remit The Execution Of It; Because That Power Has Been Confided To Him By The Constitution.")

(109) Andrew Jackson, Veto Message, (July 10, 1832), In 2 Messages and Papers Of The Presidents 576, 581-83 (Richardson Ed. 1896). The Supreme Court Had Upheld The Constitutionality Of The Bank In McCulloch V. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).

(110) See Stuart Taylor, Liberties Union Denounces Meese, N.Y. Times, Oct. 24, 1986, At A 17 (Quoting Eugene C. Thomas, The President Of The American Bar Association, Saying That Supreme Court Decisions Are Indeed The Law Of The Land And That "Public Officials And Private Citizens Alike Are Not Free Simply To Disregard Their Status As Law."); Ira Glasser, Executive Director Of The American Civil Liberties Union, Described Meese's Speech As "An Invitation To Lawlessness." Id.; See Also Paul Brest, Meese, The Lawman, Calls For Anarchy, N.Y. TIMES, Nov. 2, 1986, § 4 At 23; Anthony Lewis, Law Or Power, N.Y. Times, Oct. 27, 1986, At A23 (Quoting Yale President, Benno Schmidt, Saying That Meese Was Taking The Country On A "Disastrous Course"); Dan Ostrow, View That Court Doesn't Make Law Is Scorned, L.A. Times, Oct. 24, 1986, § 1, At 1.

(111) See Michael J. Klarman, Brown And Lawrence (And Goodridge), 104 Mich. L. Rev. 442, 449 (2005) (Observing That The Actions Of The Mayors Made Them Locally Popular, "Much As Southern

الذي دعا لمواجهة رأي Messe دفاعه عن المحافظ Faubus وكذلك مجلس نواب ولاية أركانسس بشأن نشر القوات المسلحة للولاية لمقاومة ليس فقط الحكم الصادر في قضية Brown، وإنما أوامر الحاكم الفيدرالية الراسخة التي استقرت عبر العقود الطويلة⁽¹¹²⁾. فوجد أن عددًا من الرؤساء الأميركيين أمثال جيفرسن ولنكون وجاكسن ورزوفلت، قاموا باستخدام سلطة الإقناع والتعبئة السياسية بدلاً من السلطة العسكرية الوحشية كتعبير عن اختلافهم مع تفسير المحكمة العليا للدستور في بعض المسائل⁽¹¹³⁾. العامل الأبرز في دفع مشروعية إمكانية اختلاف الحكومة الفيدرالية مع الكونغرس والمحكمة العليا يرجع سببه لكون Messe المستشار القانوني للرئيس Ronald Reagan⁽¹¹⁴⁾.

مع تطرق Messe إلى تطبيقات عملية توضح جواز اختلاف الحكومة الفيدرالية مع تفسير المحكمة العليا لنصوص الدستور⁽¹¹⁵⁾، فقد بين في خطاب لاحق له أن توجهه كان مجرد دفاع عن سياسة التناقش والتقاضى والتشريع حتى يسعى لجعل القضاء يعيد النظر في هذه المسائل⁽¹¹⁶⁾. ويرى فقهاء القانون أن Messe اعتمد على حجج قوية فيما يتعلق بالاستشهاد بأحكام المحكمة العليا؛ حيث إن الفقيه Laurence Tribe أشار إلى أن تفسير نصوص الدستور يخضع للخلاف المشروع؛ حيث إن المحكمة العليا ليست المتفردة في مسؤولية تحديد معنى نص الدستور، إلا أن المحكمة تكون صاحبة الكلمة الأخيرة بهذا الصدد⁽¹¹⁷⁾.

المطلب الثالث

المحكمة الدستورية الكويتية واختصاصها بطلب التفسير طبقاً للمادة 173

دار قرار المحكمة الدستورية في عام 1986 بشأن طلب تفسير تقدمت به الحكومة حول تفسير المادة 173 وما هو الاختصاص الصريح الذي تعتقده المادة 173 من دستور الكويت لعام 1962. كان التوجه العام لدى السلطة التنفيذية أن مضمون نص المادة 173 يذهب إلى اختصاص المحكمة فقط بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وأن هذا النص يعد قيداً يفهم معه عدم إمكانية تفسير المحكمة نص الدستور مستقلاً عما ذهبت إليه المادة 173. وبعد دفع الحكومة مردوداً من قبل المحكمة؛ حيث إن التوجه الذي تأخذ به المحكمة أن عبارة «المنازعة الدستورية» المنصوص عليها في المادة 173 من الدستور لا تقتصر على جانب الطعن في دستورية القوانين واللوائح، وإنما تتسع الدائرة لتشمل «تفسير النص الدستوري بصورة منفصلة عن موضوع الطعن»⁽¹¹⁸⁾.

(112) Sylvia A. Law, Who Gets To Interpret The Constitution - The Case Of Mayors And Marriage Equality, 3 Stan. J. C.R. & C.L. 1, 31 (2007).

(113) Sylvia A. Law, Who Gets To Interpret The Constitution - The Case Of Mayors And Marriage Equality, 3 Stan. J. C.R. & C.L. 1, 31 (2007).

(114) As Attorney General From 1985 To 1988, Meese "Developed Comprehensive And Detailed Constitutional Positions At Odds With Supreme Court Precedent On A Broad Range Of Issues, Including Abortion, Congressional Power, Federalism, And Affirmative Action." Dawn E. Johnsen, Functional Departmentalism And Non-judicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning?, 67 Law & Contemp. Probs. 105, 106 (2004). Meese Was Counselor To The President, Member Of The President's Cabinet And The National Security Council From 1981 To 1985, And Attorney General From 1985 To 1988. He Was The Subject Of Independent Counsel Investigation In 1984 And Again From 1984-1989, Though No Charges Were Presented To A Grand Jury. In 1983 Congress Placed Significant Limits On Official U.S. Assistance To The Nicaraguan Contras. In Late 1986 It Was Revealed That President Ronald Reagan's Administration Had Sold Arms To Iran, Then An Avowed Enemy Of The United States, And Diverted Proceeds From The Sale To The Contras. Both The Sale Of Weapons And The Funding Of The Contras Violated Stated Administration Policy As Well As Legislation Passed By The Democratic-Controlled Congress. The Cambridge Dictionary Of American Biography 492-93 (John S. Bowman Ed. 1995); Digital National Security Archive, Http://Nsarchive.Chadwyck.Com/Collections/lcintro.jsp.

(115) A Contemporaneous Editorial In The Washington Post, Why Give That Speech?, Urged Him To Repudiate The "Subtle, Unspoken" Message Of Endorsement Of The Governor's Actions And To Claim That Supreme Court Decisions Have No General Applicability. Editorial, Why Give That Speech?, Wash. Post, Oct. 29, 1986, At A18.

(116) Edwin Meese III, The Tulane Speech: What I Meant, Wash. Post, Nov. 13, 1986, At A20.

(117) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law 256 N. 10 (3d Ed. 2000).

(118) حكم المحكمة الدستورية، طلب رقم 3 لسنة 1986. تاريخ: 14/06/1986. قضت المحكمة في تسيبها أنه: «فإن المنازعة الدستورية التي أشارت إليها المادة (173) من الدستور ليست قاصرة على مجرد الطعن في دستورية تشريع ما، وإنما تتسع أيضاً لتشمل تفسير النص الدستوري بصورة مستقلة، وذلك لأن طلب تفسير نص دستوري إنما يحمل في نياحه وجود منازعة حوله وتباين وجهات النظر فيما تعنيه عبارته ويكفي في هذا الشأن أن يدور حول النص أكثر من رأي على نحو يعم معه إعمال حكمه، سواء فيما بين الجهات المعنية (مجلس الأمة والحكومة) أو في داخل أي منهما ليسوع معه الاتجاه إلى الجهة القضائية المختصة (المحكمة الدستورية) لتجلية غموضه، وذلك ضماناً لوحدة التطبيق الدستوري واستقراره، ويستند هذا الرأي أنه في بيان اختصاص الجهة القضائية صدر المشرع الدستوري المادة (173) المشار إليها

ويؤيد هذا الحكم ما ذهبت إليه المحكمة في عام 2003 في أن المحكمة لها الحق في أن تبأشر نظر طلب التفسير إذا كان مقدماً من الحكومة أو مجلس الأمة ومؤدى هذا الطلب افتراض وجود نزاع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية⁽¹¹⁹⁾. ومن البديهي أنه لا محالة سينشأ نزاع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، وهذا النزاع سيكون مرجعه تفسير السلطتين لنص أو أكثر تفسيراً مختلفاً عن السلطة الأخرى. وبالتالي، يأتي دور المحكمة في رفع هذا اللبس بتوضيح المبهم من العبارات التي تعد محلاً للنزاع القائم بين السلطتين⁽¹²⁰⁾. وتذهب المحكمة في قرارها في عام 2004 إلى أن دورها في قبول التفسير يجب أن يكون مرجعه نزاع بين السلطتين حول تطبيق النص الدستوري المراد تطبيقه، أو وجود غموض في مسألة كيفية إعمال حكمه، فتنتج عن هذا الاختلاف في التطبيق والإعمال اختلاف وتباين في الآراء حتى فيما بين أعضاء مجلس الأمة أو أعضاء مجلس الوزراء أو فيما بين مجلس الأمة ومجلس الوزراء. فيأتي دور المحكمة في تفسير النص طبقاً للطلب المقدم من الحكومة أو مجلس الأمة⁽¹²¹⁾.

المطلب الرابع

تفسير نصوص الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات

تشير المحكمة إلى أن اختصاصها بتفسير نصوص الدستور في عام 2006 ليس مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات؛ حيث إن مباشرتها في تفسير النصوص الدستورية في شكل طلب تفسير ليس من شأنه أن يزعج بها في صراع سياسي، أو أن دورها في تفسير نصوص الدستور يأخذ شكلاً من أشكال التشريع⁽¹²²⁾. أتى هذا الحكم بناءً على قرار مجلس الوزراء رقم 305/ رابعاً في 2004؛ حيث تقدم بطلب تفسير المادتين 100 و101 من الدستور الكويتي ومواد أخرى من قبل نائب رئيس مجلس الوزراء وزير الدولة لشؤون مجلس الوزراء ووزير الدولة لشؤون مجلس الأمة.

أودع مجلس الوزراء مذكرة إدارة كتاب المحكمة على خلفية طلب عضو مجلس الأمة مسلم

بعبارة «المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين» ثم استعمل في الفقرة الثانية - ككفالة حق الحكومة ودوي الشأن في تحريك الدعوى الدستورية - عبارة «الطنن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين» وواضح من مقارنة العبارتين أن الأولى أوسع معنى من الثانية، مما يعني أن الفقرة الأولى قصدت أن تكون المنازعة الدستورية شاملة طلب التفسير والطنن في دستورية التشريع. في حين أن ما عتته الفقرة الثانية قاصر على الطنن في الدستورية ليس إلا ولو كان المراد من النص الدستوري بقرينه، غير ذلك لاستعمل المشرع عبارة (تعنت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين) ليفصل بين الاختصاص بالرقابة والاختصاص بالتفسير، أو اقتصر على عبارة الفقرة الثانية (تختص بالفصل في الطنون في دستورية...)، لما كان ذلك وكان من صور التفسير للنص الدستوري الذي تقوم به المحكمة صور ثلاث الأولى فيما يطعن على التشريع بعدم مطابقته للنص الدستوري، بما يقتضي ذلك تفسيره لحسم الخلاف الذي تار حول التشريع المطعون فيه، والثانية إذا ما أريد الطنن على تشريع ما بعدم الدستورية فتقوم الحاجة للجوء إلى المحكمة الدستورية للتعرف أولاً على نطاق النص الدستوري وحدوده وضوابطه وصولاً لوجه الرأي في الخلاف الشاخر حول التشريع المشكوك في دستوريته لإمكان الطنن فيه، والثالثة إذا ما أريد إصدار تشريع ما التعرف على التفسير الصحيح للنص الدستوري المتصل به لإمكان إعداد مشروع القانون المقصود متطابقاً مع أحكام الدستور، وفي الصورة التي قال بها الخبير الدستوري بمناسبة الصياغة النهائية لنص المادة الأولى من القانون رقم 14/1973، أيضاً، انظر حكم المحكمة في طلب رقم 9 لسنة 2001، تاريخ: 30/01/2002؛ حيث إن المحكمة نصت على أن طلب التفسير يعد حقاً دستورياً قرره الدستور وقانون المحكمة⁽¹¹⁹⁾ حكم المحكمة الدستورية، طلب رقم 10 لسنة 2002، تاريخ: 2/02/2003؛ حيث إن المحكمة قضت بأنه: «وحيث إنه لما كان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن طلب التفسير لا يتسم بالطابع القضائي الذي يقوم على الادعاء والدفاع وحسم خلاف يثور بين طرفين، وإنما تبأشر المحكمة الدستورية نظر الطلب عندما يقدم لها من الحكومة أو مجلس الأمة لتفسير نص دستوري معين لاستجلاء معانيه ومقاصده لوجود لبس أو غموض لدى أي من هاتين السلطتين في كيفية تطبيقه وإعماله، وتباين الآراء والأفكار حوله، وليس بلازم أن يصل الأمر إلى حد الخلاف أو المنازعة بالمعنى المعروف في قانون المرافعات، بل يكفي أن يدور حول نص دستوري أكثر من رأي، على نحو يفهم معه إعمال حكمه، سواء فيما بين أعضاء مجلس الأمة، أو فيما بين أعضاء مجلس الوزراء أو فيما بين مجلس الأمة والحكومة ليسوع معه الالتجاء إلى المحكمة الدستورية بغية لتجلية الغموض الحاصل في هذا المجال، وذلك ضماناً لوحدة التطبيق الدستوري واستقراره».

(120) المرجع السابق؛ فضت المحكمة بأنه: «كما أنه من المقرر أيضاً، أن السلطة المخولة للمحكمة الدستورية - لدى تحريك اختصاصها واستنهاض ولايتها - في مجال تفسير نصوص الدستور، إنما تتحدد في توضيح ما أيهم من عبارات النص محل التفسير، واستخلاص دلالاته وفقاً لمناهج التفسير تحرياً لمقاصد هذا النص، ووفقاً عند الغاية التي استهدفت من تقريره، والغرض المقصود منه والذي يفترض أن يكون النص محل التفسير معبراً عنه، ومحمولاً عليه، وكان من المسلم به أن التوفيق بين النصوص كمنهج أصيل في التفسير يعني التقريب بين النصوص وتوجيه الفهم الذي لا يقوم به التعارض بين أي منهما والآخر؛ وفي إطار إعمال نصوص الدستور والتوفيق بين أحكامها جميعاً، فإن أصول التفسير توجب إعمال قواعد التخصيص والتقييد المتبادل بين أحكام الدستور، بما يجعل بعضها يفسر بعضاً، فالنصوص لا يفهم بعضها بمعزل عن البعض الآخر، وإنما تنأى دلالة أي منها في ضوء دلالة باقي النصوص، الأمر الذي يتطلب وجوب النظر إلى تلك النصوص جميعها بوصفها متآلفة فيما بينها، متجانسة معانيها، متضامرة توجهاتها، بما لا تغفلت معها متطلبات تطبيقها، أو يبتعد بها عن الغاية المقصودة منها».

(121) قرار المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2004، تاريخ: 11/04/2005. قضت المحكمة بأن: «وحيث إن مناط قبول طلب التفسير أن يكون ثمة نص دستوري معين أثار عند تطبيقه لبساً أو غموضاً في كيفية إعمال حكمه، فتعددت تأويلاته، وتباينت الآراء في فهمه، واختلفت وجهات النظر حوله فيما بين أعضاء مجلس الأمة أو فيما بين أعضاء مجلس الوزراء أو فيما بين مجلس الأمة ومجلس الوزراء، على نحو يقتضي معه استنهاض اختصاص المحكمة في هذا الشأن كي تبأشر وظيفتها لتجلية الغموض الحاصل وإزالة الإبهام الذي قد يلبس النص، وذلك بتفسيره بياناً لمدلوله، وتوضيحاً لمراده باستجلاء معانيه، واستكناه الغرض المقصود منه، الذي يفترض أن يكون معبراً عنه ومحمولاً عليه، بلوغاً إلى غاية الوقوف على صحيح حكمه واستقرار دلالته بما يحقق وحدة تطبيقه، وينقطع بذلك كل جدل في مضمونه...».

(122) حكم المحكمة الدستورية، طلب رقم 8 لسنة 2004، تاريخ: 09/10/2006. قضت المحكمة على أن «هذا وقد سبق لهذه المحكمة أن أكدت أن ما تبأشره من اختصاص في هذا الصدد لا يعد تحكيمياً في نزاع بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وليس من شأنه أن يزعج المحكمة في صراع سياسي، كما لا يحمل ما تبأشره على أنه من أعمال التشريع، أو يمس - من قريب أو بعيد - مبدأ فصل السلطات أو ينطوي على إحلاله، ولا سيما أن المحكمة تقوم بعملها وفق الإطار الذي رسمه لها الدستور». أيضاً، انظر قرار المحكمة الدستورية رقم 2 لسنة 2011، تاريخ: 21/02/2011.

محمد البراک باستجواب وزیر المالیة فی 2004، وكذلك عضو مجلس الأمة حسین سید القلاف باستجواب وزیر الصحة فی ذات التاريخ؛ حیث نشب الخلاف بین السلطین التشريعیة والتنفیذیة حول إمكانية قبول طلب الاستجواب المقدم من العضوین.

وكان الخلاف حول ما إذا كان عضو مجلس الأمة له الحق المطلق أو المقید فیما یتعلق باستجواب وزیر عن الأمور الداخلة فی اختصاصه طبقاً لنص المادة 100/1 من الدستور، وما إذا كان الاستجواب ینصب على الاختصاص المنصوص علیه فی الدستور فقط. أیضاً، أثیر الخلاف بین السلطین حول ما إذا كان یجب أن یكون مقدم طلب الاستجواب قد حدد الموضوعات والأسانید الخاصة بالاستجواب، أو ما إذا كان یمكن أن تضاف موضوعات وأسانید أخرى لم ینص علیها فی طلب الاستجواب. ثالثاً، احتمالیة عودة العضو الحدیث عن موضوع الاستجواب بعد الانتهاء منه والانتقال إلى جلسة طرح الثقة من وزیر. والمسألة الأخریة التی تكمن فی الأثر الدستوری الناتج عن انسحاب أو تنازل مقدم طلب طرح الثقة من وزیر الذی تم استجوابه. وكانت المحكمة قد قررت بأن الاستجواب یجب أن یكون موضوعه واضحاً، وكذلك یجب أن یكون موضوع الاستجواب منصباً على المسائل الداخلة فی اختصاصات وزیر. وعطفاً على ما تقدم، فإن اللجوء إلى المحكمة الدستوریة لا یكون مرجع طلب التفسیر لمجرد اختلاف بین السلطین فی تفسیر نصوص دستوریة محددة، وإنما یشرط أن ینشأ عن هذا الاختلاف فی وجهات النظر خلافاً فعلیاً فی تطبیق النص الدستوری، ویكون مرجع هذا الخلاف الذی یعتري النص الدستوری، فیتم اللجوء إلى المحكمة حیث⁽¹²³⁾.

المطلب الخامس

تفسیر نصوص الدستور فی ضوء أحكام القضاء القطری

على الرغم من نشر قانون المحكمة الدستوریة لعام 2008 فی الجریة الرسمية، إلا أن المحكمة لم تنظر أمامها قضیة خاصة بالرقابة أو من اختصاصاتها الأخری من تاریخ إنشائها حتى یومنا هذا. وقد یتساءل البعض حول تجمید دور المحكمة، هل له أساس قانونی؟ بحسب نصوص الدستور، فإنه یجوز للأمر أن یوقف العمل بالقانون ولو تم التصویت علیه من قبل أغلیبة الثلثین. والتسیب یرجع إلى تمكین الأمر من إیقاف العمل بالقانون لیس لمدة خاضعة لمعیار محدد، وإنما یخضع لتقدير الأمر الذی یرى إیقاف العمل بالقانون راجعاً لتحقيق المصلحة العلیا للبلاد⁽¹²⁴⁾. والحقیقة أننا نرى أن إیقاف العمل بالقانون ینبغی أن یكون فی ظل مجلس شوری منتخب ولیس معین⁽¹²⁵⁾. وعلى الرغم من عدم تعرض القضاء لمبدأ الرقابة، إلا أننا نرى أن محكمة التمییز تعرض أمامها دفع الطاعن فیما یخص عدم دستوریة قانون أو قرار إداری.

فتختص محكمة التمییز بمباشرة اختصاص مراقبة تطبیق القانون وتوحد طریقة تفسیره وتفهم مدلوله الذی تتولاه فی الفصل فی الأنزعة التی تنصب على واقعات مطروحة أمامها. ونرى

(123) حکم المحكمة الدستوریة، المطلب رقم 17 لسنة 2015، بتاریخ: 20/12/2015، حیث قضت المحكمة بأنه: «...لا یجوز اللجوء إلى المحكمة لطلب تفسیر نص لمجرد اختلاف وجهات النظر فی تفسیره، وإنما یتعین أن ینبغی هذا النص خلافاً فعلیاً فی تطبیقه مرجعه إلى غموضه الذی یفضی إلى تعدد تأویلاته، كما سبقت لهذه المحكمة أن أكدت فی هذا الشأن أیضاً أنها لا تقوم بهذه المهمة بوصفها جهة إفتاء، أو تقديم المشورة وإبداء الرأي فی مسألة تستقتنی فیها، لم تنحصر بعد لتدبر المستقتنی أمره فیها».

(124) تنص المادة 106 من الدستور القطری على أنه: 1- كل مشروع قانون أقره مجلس الشوری یرفع إلى الأمر للتصدیق علیه. 2- إذا لم یر الأمر للتصدیق على مشروع القانون، رده إلى المجلس فی غضون ثلاثة أشهر من تاریخ رفعه إلیه مشفوعاً بأسباب عدم التصدیق. 3- إذا رد مشروع أي قانون خلال المدة المبنیة فی البند السابق وأقره مجلس الشوری مرة ثانية بموافقة ثلثی الأعضاء الذین یتألف منهم المجلس صدق علیه الأمر وأصدره. ویجوز للأمر عند الضرورة القصوی أن یامر بإیقاف العمل بهذا القانون للمدة التی یقدر أنها تحقق المصالح العلیا للبلاد، فإذا لم یحصل المشروع على موافقة الثلثین فلا یجوز إعادة النظر فییه خلال ذات الدورة.

(125) تنص المادة 150 من الدستور على أن: «یلغى النظام الأساسی المؤقت المعدل المعمول به فی الدولة والصادر فی 19/04/1972، وتبقى ساریة الأحكام الخاصة بمجلس الشوری الحالي إلى أن یتم انتخاب مجلس الشوری الجدید».

أن محكمة التمييز تحيل التفسير الدستوري إلى المحكمة الدستورية العليا طبقاً لنص المشرع في المادة 12 من قانون المحكمة الدستورية عندما تعرضت لما أثاره الطاعنون في موضوع معادلة الشهادة، وأن عدم قيام وزارة التعليم بالمعادلة يعد مخالفة لمبدأ تكافؤ الفرص بين المواطنين⁽¹²⁶⁾، وترفض المحكمة المبدأ المتمثل بقيام الطاعن بإجبار المحكمة بالحكم لصالحه بناءً على دفع عدم دستورية قرار إداري، فالمحكمة تتنبه لمثل هذا الدفع بأن تحيل هذا الدفع للمحكمة الدستورية، وأنه مع وجهة هذا الدفع إلا أن الدستور لم يعط الصلاحية لمحكمة التمييز حتى في ظل إيقاف العمل بقانون المحكمة الدستورية حتى الآن⁽¹²⁷⁾.

ولكن مع التزام محكمة التمييز بالحيدة عن التفسير الدستوري؛ حيث إن ذلك ليس مناظاً بها، بل باختصاص المحكمة الدستورية العليا، إلا أننا نجد أنها قد تبأشر الاختصاص التفسيري من خلال التسبب القضائي في معرض ردها على الدفوع. وتبين وقائع الدعوى التي فسرت فيها محكمة التمييز نصوص الدستور في أن الطاعن دفع في طعنه على الشركة المطعون ضدها بأن تسلمه قيمة رواتبه من شهر سبتمبر من عام 2009 حتى يناير من عام 2010، ولكن الشركة المطعون ضدها ذكرت بأنها لم يكن الطاعن عاملاً لديها في الفترة المقررة بين العامين؛ حيث إن الطاعن لم يعد عاملاً منذ شهر أغسطس من 2009، وآخر يوم عمل هو 4/08/2009، ولكن المراد أن الطاعن أشار إلى خطأ في تطبيق القانون؛ حيث إن الدعوى تمت إحالتها إلى الدائرة العمالية، في حين أنه من المفترض أن يكون تكييف الدعوى ضمن الدائرة الإدارية، وأنها المختصة فقط بنظر هذه الدعاوى دون غيرها. فردت محكمة التمييز هذا الدفع، مشيرة إلى أنها صاحبة الولاية العامة والاختصاص الأصيل بأن تنظر في جميع المنازعات أيّاً كان نوعها، وقضت بأن مفاد نصوص المواد الدستورية 130، 135، 132، و135 تشير إلى هذا الاختصاص، مما يعني أن المحكمة تقوم بمباشرة التفسير بشكل ظاهر⁽¹²⁸⁾.

وفي عام 2013، لم تكثف المحكمة بالاستشهاد بنصوص الدستور على تأييد حكمها، بل ذهبت إلى أن تفسير المقصود من النص الدستوري ينصرف إلى معنى آخر. وقضت المحكمة في ردها على دفع الطاعنة التي تذكر بأن فسخ عقد الإيجار المؤبد من قبل لجنة فض المنازعات الإيجارية لم تتضمن بيانات ديباجته صدور الحكم باسم صاحب السمو أمير دولة قطر. فردت المحكمة على هذا النعي بأن تستشهد بنص المادة 63 من الدستور الدائم الذي ينص على أن «السلطة القضائية تتولاها المحاكم على الوجه المبين في هذا الدستور وتصدر الأحكام باسم الأمير». وذهبت المحكمة إلى تفسير هذا النص مشيرة إلى أن المشرع الدستوري اعتبر أن الأمير يعد السلطة العليا في البلاد، وأشارت إلى أن أمير البلاد يعد مصدر السلطات⁽¹²⁹⁾.

(126) حكم محكمة التمييز، المواد الإدارية، الطعن رقم 197 لسنة 2010، قضت المحكمة بالتالي: «...ولا يغير من ذلك القول بأن في ذلك إخلال بتكافؤ الفرص للمواطنين والمساواة بينهم المقررة بموجب المواد (19)، (34)، (35) من الدستور الدائم، لأن في ذلك ضرب من الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح والتي عهد الدستور بنص المادة (140) منه إلى القانون في تعيين الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، وبين صلاحياتها وكيفية الطعن والإجراءات التي تتبع أمامها، وأثار الحكم بعدم الدستورية، وكان المشرع - وبناء على هذا التفويض - قد أصدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (12) لسنة 2008 مبيّناً اختصاصاتها محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً مستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها».

(127) حكم محكمة التمييز، المواد الإدارية، الطعن رقم 2 لسنة 2015، قضت المحكمة بأنه: «...ومن المقرر أيضاً أن القول بمخالفة اللائحة لحق مقرر في الدستور إنما يعد ضرباً من الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح التي عهد الدستور والقانون رقم (12) لسنة 2008 إلى المحكمة الدستورية العليا وحدها والفصل فيها مانعاً أي جهة أخرى من ذلك مما يتمتع معه على المحاكم أعمال رقابة قضائية على اللوائح والقوانين السارية والامتناع عن تطبيق أي منها بدعوى عدم دستورتها».

(128) حكم محكمة التمييز، المواد المدنية والتجارية وكذلك المواد العمالية، الطعن رقم 32 لسنة 2011، قضت المحكمة بأنه: «...وحيث إن الطاعن ينعي بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقول إن الحكم صدر عن الدائرة العمالية حال إن الدائرة الإدارية هي وحدها المختصة بنظر النزاع، ما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه، وحيث إن هذا النعي غير سديد، وذلك أن مفاد نصوص المواد 130، 132، 135، 138 من الدستور الدائم، والمادة الرابعة من قانون المرافعات أن جهة القضاء هي صاحبة الولاية العامة والاختصاص الأصيل في نظر كافة المنازعات أيّاً كان نوعها، ولا يخرج عن هذا الأصل العام إلا ما استثنى بنص خاص في الدستور أو القانون».

(129) حكم محكمة التمييز، المواد المدنية والتجارية، الطعن رقم 35 لسنة 2013، قضت المحكمة بأنه: «...وحيث إن الطاعن ينعي بالسبب الثاني على الحكم المطعون بالبطان ذلك أنه قض بتأييد قرار لجنة فض المنازعات الإيجارية بفسخ عقد الإيجار مثار النزاع والإخلاء حال أن القرار المذكور لم تتضمن بيانات ديباجته ما يفيد صدوره باسم صاحب السمو أمير دولة قطر مما يوضحه بالبطان ويستوجب تمييزه، وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن النص في المادة (63) من الدستور على أن «السلطة القضائية تتولاها المحاكم على الوجه المبين في هذا الدستور وتصدر الأحكام باسم الأمير» وفي

وكانت المحكمة في عام 2015 قد نظرت في وقائع دعوى البنك الطاعن على ورثة آل إليهم مبلغ من المتوفى؛ حيث طالب البنك المطعون ضدهم بأن يؤديوا قيمة الدين متممًا الفوائد، فدفع المطعون ضده ثانيًا بعدم دستورية نص المادة 70 من قانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية، التي تنص على أن: «للمصرف ضبط أسعار العوائد والفوائد وشروط منح القروض وقبول الودائع في مختلف المؤسسات المالية. وتسري الفائدة أو العائد الذي يحدده المصرف على التسهيلات الائتمانية المتعثرة أو المعاد جدولتها، ما لم يتم الاتفاق بين المؤسسات المالية المقرضة وعملائها على سعر آخر». على اعتبار أن هذا النص يعد مخالفًا لمبدأ الشريعة الإسلامية الذي يحرم الفائدة، التي هي الأساس الذي تقوم عليه المؤسسات المالية الربوية. وكان الدفع مقررًا أن الشريعة تعد مصدرًا رئيسًا للدستور، وأن القانون المصرفي لا يتأتى له مخالفة مبادئ الشريعة القطعية الثبوت وقطعية الدلالة. ويرى المطعون ضده ثانيًا أن الطعن يجب أن يوقف وأن تحال مسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا⁽¹³⁰⁾.

لم تقبل المحكمة دفع إحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا؛ حيث إن الدفع غير متعلق بالنظام العام، وأن المطعون ضده ثانيًا لو كان دفعه جديدًا لكان قد أثاره أمام محكمة الموضوع وبالتالي يعد الدفع في غير محله⁽¹³¹⁾.

جرى عمل محكمة التمييز أن تتولى مسألة التفسير من خلال التأصيل الدستوري الذي تباشره من تلقاء نفسها، دون أن يثار أمامها لأول مره من قبل الطاعن أو المطعون ضده. وهذا ما يتبين لدينا أن المحكمة تباشر الاختصاص التفسيري بطريق غير مباشر وهو طريق تأصيل حكمها تأصيلًا دستوريًا. فنجد المحكمة في عام 2012، تقوم بتبرئة المطعون ضدهما على أساس أن اتهام المطعون ضدهما بالسرقة لم يتم بإذن من السلطة المختصة، وفي غير حالات التلبس. أما النيابة العامة، الجهة الطاعنة، فترى أن الاعتراف الصادر من المتهمين في مجلس القضاء يعد دليلًا مستقلًا علاوة على قيام المتهمين بمحاولة شراء الديزل المسروق الذي يعد هذا النوع من الشراء من قبيل الأعمال الإرادية ولا يتخللها تحريض أو خلق للجريمة⁽¹³²⁾. ونجد أن دور المحكمة في التأصيل الدستوري في تبرئتها للمطعون ضدهما على أساس المادة 36 من الدستور التي تنص على أن: «الحرية الشخصية مكفولة، ولا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون». نجد أن النيابة العامة لو كان أساس طعنهما على أن عدم دستورية نص تشريعي لمخالفته لمبدأ دستوري، فإن المحكمة لا ترد على الطعن باعتبار أن المحكمة

المادة(14) من قانون السلطة القضائية رقم 2003 لسنة 2003 على أن « تصدر الأحكام وتنفذ باسم الأمير» وفي المادة (69) من قانون المرافعات على أن « تصدر الأحكام وتنفذ باسم حاضرة صاحب السمو أمير دولة قطر « بدل على أن المشرع قد أوجب أن تصدر الأحكام باسم السلطة العليا في البلاد وهو حاضرة صاحب السمو أمير دولة قطر وبعد سموه مصدر السلطات ومنها السلطة القضائية وصدر الحكم باسم صاحب السمو أمير البلاد يؤكد أن القوة من وراء إصداره تستوجب تنفيذه وإذ لم يرد بدعاية الحكم ما يفيد صدوره باسم سموه فإن ذلك لا يتلأ من شريعته أو يمس دانيته لأن الواضح من نصوص الدستور والسلطة القضائية أن الشارع لم يتعرض فيها للبيانات التي يجب إثباتها في ورقة الحكم، والنص على أن الأحكام تصدر وتنفذ باسم صاحب السمو أمير البلاد يوضح عن أن هذا الصدور في ذاته أمر مقترض بقوة الدستور نفسه ولا يغير من ذلك إغفال إثباته بدعاية الحكم لأن ذلك يعتبر عملاً ماديًا لاحقًا كاشفًا عن ذلك الأمر المقترض وليس متممًا له حسبما يستفاد من نص المادة (126) من قانون المرافعات فإن غفل عن إثباته لا يؤدي للطلان ويضحي النص على غير أساس».

(130) حكم محكمة التمييز، الأحوال الشخصية والأسرة، الطعن رقم 109 لسنة 2015. تذكر المحكمة أنه: «وحيث إن مبنى الدفع المبدى من المطعون ضده ثانيًا بعدم دستورية نص المادة 70 من القانون رقم 13 لسنة 2012 بإصدار قانون مصرف قطر المركزي وتنظيم المؤسسات المالية باعتبار أن هذا النص مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدرًا رئيسيًا للتشريع وبالتالي لأحكام الدستور وهو ما يحوله طلب وقف الطعن وإحالة هذه المسألة للمحكمة الدستورية العليا للفصل فيها».

(131) الحكم السابق، فضضت المحكمة بأنه: «وحيث إن هذا الدفع غير مقبول، ذلك أنه لما كان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بعدم دستورية نص في القانون أو لائحة غير متعلق بالنظام العام ومن ثم فلا يجوز لصاحب الشأن إثارة لأول مرة أمام محكمة التمييز. وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده المذكور لم يدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية نص المادة المشار إليها ومن ثم فإن الدفع يكون غير مقبول».

(132) حكم محكمة التمييز، المواد الجنائية، الطعن رقم 194 لسنة 2012. فضضت المحكمة بأنه: «ومن حيث إن النيابة العامة تنعى على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، ذلك أنه قضى ببراءة المطعون ضدهما تأسيسًا على انتفاء حالة التلبس وما ترتب عليها من قبض وتفتيش باطلين واستئطالة البطلان لاعتراقات المتهمين في كافة مراحل التحقيق والمحاكمة، في حين أن حالة التلبس قد توافرت في الواقعة وتصح بالتالي كافة الإجراءات المترتبة والتالية لها، بحسبان أن محاولة الشراء التي تمت هي من قبيل الأعمال الإرادية ولا تعد تحريضًا أو خلقًا للجريمة، هذا إلى أن الاعتراف الصادر من المتهمين في مجلس القضاء هو دليل مستقل مثبت الصلة عن الإجراءات السابقة، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإنه يكون معنيًا بما يستوجب تمييزه».

المختصة في هذا الشأن هي المحكمة الدستورية العليا التي كانت في البدء دائرة دستورية بموجب قانون رقم 6 لسنة 2007، ثم أصبحت المحكمة الدستورية العليا طبقاً لقانون 2008.

المبحث الرابع

مقدمات الدساتير وتفسير النصوص الدستورية

سنتناول في هذا المبحث مسألة خلو التشريع الدستوري المصري من الإشارة إلى المذكرة التفسيرية للدستور في (المطلب الأول)، وسنشير إلى موضوع قضاء مصر الدستوري ومقدمة الدستور في (المطلب الثاني)، وسنتناول مسألة ديباجة الدستور الأميركي والتفسير الدستوري في (المطلب الثالث)، ثم ديباجة الدستور الأميركي والدور المحدود في (المطلب الرابع)، ثم نعرض موضوع حجية المذكرة التفسيرية فيما يتعلق بتفسير نصوص الدستور الكويتي في (المطلب الخامس). ثم نختم بعرض مسألة الدستور الدائم لدولة قطر والمذكرة التفسيرية في (المطلب السادس).

المطلب الأول

خلو التشريع الدستوري المصري من الإشارة إلى المذكرة التفسيرية للدستور

من خلال النظر في التاريخ الدستوري للوثائق الدستورية المصرية، اتضح أن السلطة التأسيسية لم تزيل الدستور بمذكرة تفسيرية تقوم على أساس تفسير الغامض من نصوص الدستور. وفي ذات الوقت، يتجه واضعو الدساتير المصرية إلى استهلال الوثيقة الدستورية التي تسمى بالديباجة أو التوطئة أو المقدمة التي تبين المسائل الرئيسة كالسياسة العامة للدولة التي تحدد هوية الدستور⁽¹³³⁾.

ومرورًا بأول دستور لجمهورية مصر العربية لعام 1923؛ حيث إن هذا الدستور أول دستور يهدف إلى مساندة أحدث الأنظمة الدستورية⁽¹³⁴⁾، والعبرة ليست بطول التوطئة من قصرها، وإنما باستنباط توجه المشرع الدستوري؛ حيث إن هذا التوجه في نص التوطئة سيوضح الأطر الأساسية التي ألزم المشرع نفسه بها، وبالتالي سيعيد هذا الالتزام تفسيرًا للدستور، بمعنى أنه لا يجوز له أن يفسر النصوص على غير مقتضى هذا الالتزام. فنجد أن المشرع الدستوري لدستور جمهورية مصر العربية لعام 1930 قد أخذ في الاعتبار عند وضعه لدستور 1930 بتجارب دستور 1923؛ حيث نص على أنه: «واعتبارًا بتجارب السبع السنين الماضية، وعملاً بما توجهه ضرورة التوفيق بين النظم الأساسية وبين أحوال البلاد وحاجاتها.» فنص التوطئة يشير إلى الأخذ بالاعتبار أن المشرع لم يرد أن يهجر بالكلية دستور 1923، بل إن دستور 1930 يعد مستمداً لشريعته بشكل أو بآخر منه⁽¹³⁵⁾، ومع ذلك لا تقتصر التوطئة على كون مرجعها في الدستور اللاحق على ما تضمنته نصوص الدستور السابق كما هو الحال في دستوري مصر لعامي 1923 و1930، وإنما تذهب بعض الدساتير مثل توطئة الدستور الفرنسي الصادر عام 1958؛ حيث تطرق إلى توطئة دستور 1946 وإلى المبادئ المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789⁽¹³⁶⁾.

(133) لم تذهب أغلب الدساتير العربية إلى الأخذ بمسمى التوطئة التي تعد ترجمة لمفردة Preamble؛ حيث إن المشرع الدستوري فضل مفردة مقدمة كما في دستور الإمارات العربية المتحدة، والديباجة في دستور جمهورية مصر العربية، والعراق، والجزائر، وموريتانيا، ومفردة تمهيد كما في دستور المملكة المغربية. ولكن نجد هذه المفردة قد استخدمت في دستور تونس في دستور غرة جوان لعام 1959. ونجد الأصل اللغوي يعود إلى الاشتقاق من فعل وطأ أي هيا. وفي ذلك يذكر ابن الأثير مفردة التوطئة أي التمهد. انظر في ذلك، د. عبد الله الأحمد، مفهوم توطئة الدستور وقيمتها السياسية والقانونية، على موقع: turers.com.

(134) انظر، د. وليد محمد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2014، ص 5.

(135) أمر ملكي رقم 70 لسنة 1930 بوضع نظام دستوري للدولة المصرية. الوقائع المصرية، العدد 98 «غير اعتيادي» في 23 أكتوبر سنة 1930.

(136) انظر، د. صلاح الدين فوزي، المحط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 2011، ص 474.

وبالنظر في دستور 1956، نجد أن أبرز المبادئ الدستورية في التوطئة التي يتبناها الدستور المصري تتمثل في القضاء على الاستعمار وأعدائه، والقضاء على الإقطاع، والقضاء على الاحتكار وسيطرة رأس المال على الحكم، وإنشاء جيش وطني قوي، وإقامة عدالة اجتماعية، وإقامة حياة ديمقراطية سليمة. أيضًا، تبنى دستور 1964 ما ذهب إليه دستور ثورة يوليو لعام 1952⁽¹³⁷⁾. وفي المقابل، اتجه دستور 1971 إلى تبني نظام مغاير لدستور 1956؛ حيث إنه أكد عدة مبادئ في التوطئة تتمثل في التأكيد على السلام وحرية الشعوب، والأمل في الوحدة العربية وضرورة التطوير المستمر للحياة في الأوطان، وتعد كرامة الفرد هي جزء من كرامة الوطن. فوجد هنا أن المشرع الدستوري في توطئة دستور 1956 اتجه إلى تضمين التوطئة مفردة «القضاء»، وتكررت هذه المفردة لتلزم كافة السلطات بتبني توجه هذه التوطئة⁽¹³⁸⁾.

أما الدستور المصري لسنة 2012 فقد أطل في التوطئة، وكان قد أشار إلى إحدى عشرة نقطة. ومن المبادئ التي نص عليها: «النساء شقائق الرجال»، وأيضًا «لا يعلو صوت على صوت الحق». هذه المبادئ تلزم السلطات العامة بتحويل صبغة الدستور إلى صبغة أقرب إلى الإسلامية.

المطلب الثاني

قضاء مصر الدستوري ومقدمة الدستور

يرى القضاء الدستوري في مصر أن أحكام الميثاق الصادر في 30 يونيو من عام 1962 ليست لها أي قيمة دستورية فيما يتعلق بإمكانية اعتبارها سندًا للطعن بعدم دستورية قانون قد خالف ما نصت عليه أحكام الميثاق⁽¹³⁹⁾. وتتجه المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى اعتبار مقدمة الدستور جزءًا لا يتجزأ منه وبالتالي تتمتع بالقيمة الدستورية الكاملة؛ سواء من ناحية التفسير أو إعمالًا لقاعدة الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح⁽¹⁴⁰⁾.

يقوم الميثاق على المبادئ الأساسية لثورة 23 يوليو 1952، والإشارة إلى أهمية الثورة، وتاريخ الثورة، وأسباب نكسة ثورة 1919، والمقومات الأساسية لديمقراطية حقيقية، والتعرض لمسألة الحل الاشتراكي، والإنتاج والمجتمع، وتطبيق مبدأ الاشتراكية، والوحدة العربية، والسياسة الخارجية للبلاد⁽¹⁴¹⁾، فتقرر المحكمة العليا على اعتبار أحكام الميثاق مرجعًا دستوريًا إذا تم وضعها في شكل نصوص دستورية محددة. فقضت المحكمة بأن: «...ومن ثم يتعين لإعطاء ما تضمنه الميثاق من مبادئ قوة الدستور أن نقن هذه المبادئ في نصوص دستورية تكون هي المرجع عن الفصل في دستورية القوانين...»⁽¹⁴²⁾.

ويشير حكم المحكمة الدستورية إلى أنه يقضي بعدم دستورية القرار الجمهوري بقانون رقم 50 لسنة 1969 فيما يتعلق بتعيين الحد الأعلى لملكية الأسرة والفرد في الأراضي الزراعية، تسببًا بأن

(137) انظر، د. وليد محمد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2014، ص 5.

(138) الجريدة الرسمية - العدد 36 مكرر «أ» الصادر في 12 سبتمبر سنة 1971. تم تعديله في سنة 1980 في العدد 26 في 26 يونيو سنة 1980، وتم تعديله في سنة 2005، في العدد 21 تابع (أ) في 26 مايو سنة 2005، وتم تعديله في سنة 2007 في العدد 13 (مكرر) في 31 مارس سنة 2007، وتم تعديله في سنة 2011 في العدد مكرر (أ) في 3 مارس سنة 2011.

(139) انظر د. صلاح الدين فوزي، المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 2011، ص 477. يعد اعتبار القضاء الدستوري في مصر أن أحكام الميثاق لا تتمتع بأي قيمة دستورية ولا سيما أن القضاء الأمريكي يرى أن «إعلان الحقوق» يعد مرجعًا رئيسًا بالنسبة للمراجع الدستورية. أيضًا، يلقي إعلان حقوق الإنسان والمواطن ترحيبًا من قبل القضاء الفرنسي باعتباره مرجعًا لأحكامها الدستورية. انظر، د. وليد محمد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2014، ص 128.

(140) انظر، د. وليد محمد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2014، ص 129.

(141) انظر، د. وليد محمد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2014، ص 129.

(142) قضية رقم 9 لسنة 4 قضائية المحكمة العليا «دستورية»، جلسة 5 من سنة 1975.

قرار سنة 1969 يخالف أحكام الميثاق الذي يقر أحكام القانون رقم 27 لسنة 1961؛ حيث جعل الحد الأقصى لتملك الفرد مئة فدان من الأرض الزراعية، وأقر تعديل الحد الأقصى أيضًا شريطة أن يتم التصرف فيما زاد على هذا الحد خلال فترة الثماني سنوات المشار إليها⁽¹⁴³⁾. وبالتالي، أعطى الميثاق الممتلك لهذه المساحة الزراعية حرية التصرف فيما زاد على الحد المذكور قبل حلول عام 1970. وفي عام 1969، وقبل دخول عام 1970، قام رئيس الجمهورية بإصدار القرار الجمهوري بقانون رقم 50 لسنة 1969؛ الذي حدد خمسين فدانًا للفرد ومئة فدان للأسرة⁽¹⁴⁴⁾.

اتجهت المحكمة إلى عدم تبني أحكام الميثاق على اعتبار أنها لا تمثل مصدرًا للدستورية، وسببت المحكمة في نص حكمها بأن أحكام الميثاق تتقاطع إلى حد كبير مع ما تتضمنه إعلانات الحقوق من النص على المبادئ الفلسفية والأهداف. أما المشرع الدستوري فقد أقر فقط أن نصوص الدستور تستمد شرعيتها من المبادئ والأهداف المنصوص عليها في الدستور وليس أحكام الميثاق⁽¹⁴⁵⁾، كما تطرقت المحكمة أيضًا إلى أن أحكام الميثاق تشير إلى معنى واحد يتمثل في «توجيه» أجهزة الدولة، وليس فرض إلزامية الميثاق. ونحن نتفق مع ما ذهب إليه المحكمة؛ حيث إن دستور 1971 تبني هذا الرأي بشكل غير مباشر في عدم التطرق إلى موضوع أحكام الميثاق أبدًا في نصوص الدستور.

المطلب الثالث

ديباجة الدستور الأميركي والتفسير الدستوري

نجد أن المحكمة العليا تضمن في نصوصها، فيما يتعلق بجانب الرقابة على دستورية القوانين، الإشارة إلى ديباجة الدستور الأميركي في سياق دعم ما ذهبت إليه المحكمة في حكمها بالدستورية أو عدم الدستورية. ففي حيثيات قضية *Jacobson v. Massachusetts*، تم اتهام المدعى عليه على خلفية رفضه للامتنال للتعليمات التي يفرضها قانون خاص بالتطعيم، طعن المدعى عليه في دستورية قانون ولاية ماساتشوستس⁽¹⁴⁶⁾. واللافت في خضم هذه القضية يتمثل في تأسيس المدعى عليه حيا ل طعنه في دستورية القانون، أنه أشار إلى الديباجة على اعتبار أنها مرجع ملزم فيما يتعلق بمسألة الجانب التفسيري، بحيث لا يتأتى للسلطات العامة مخالفة مضمون ما ذهبت إليه الديباجة⁽¹⁴⁷⁾. مع هذا، لم يلق هذا التوجه المقدم من المدعى عليه قبولاً من قبل القاضي Harlan؛ حيث نص على أن الديباجة لم يكن الاستناد إليها - فيما يتعلق بمسائل دستورية القوانين - إلزامياً، باعتبار أنها تشير إلى مبادئ عامة التي من أجلها أسس الشعب الأميركي وأصدر الدستور. بالإضافة إلى ذلك، أشار Harlan أن الاستشهاد بالديباجة بشكل عام في الشواهد التاريخية الدستورية لم يعتبر

(143) المرجع السابق.

(144) تذكر المحكمة أنه: «ومن حيث إن وجه الطعن المبنى على أن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 50 لسنة 1969 قد خالف الميثاق الوطني بتحديد الحد الأقصى للملكية بخمسين فداناً للفرد وبمائة فدان للأسرة قبل انقضاء فترة الثماني سنوات من تاريخ صدوره، هذا الوجه مردود بأن الميثاق وثيقة عبرت فيها ثورة 23 من يوليو سنة 1952 عن مبادئها وأهدافها وخطتها الشاملة لتحقيق هذه المبادئ والأهداف، وهو لا يخرج عن كونه دليلاً فكرياً يقود خطى الشعب إلى المستقبل حسيماً أفصحت عن ذلك مقدمة دستور سنة 1964، ومن ثم يتعين إعطاء ما تضمنه الميثاق من مبادئ قوة الدستور أن تلقن هذه المبادئ في نصوص دستورية تكون هي المرجع عند الفصل في دستورية القوانين، يؤيد هذا النظر أن الشارع عند ما أراد أن يجعل لمبدأ جماعية القيادة الذي تضمنه الميثاق قوة دستورية ملزمة أصدر في 27 من سبتمبر سنة 1962 إعلاناً دستورياً بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة مضيفاً مواد جديدة إلى الدستور المؤقت، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لذلك الإعلان، أنه بعد صدور الميثاق أصبح للنضال الوطني للشعب دليل عمل واضح كامل مستمد من خلاصة التجربة الوطنية ومن خلاصة الأمل الوطني معاً، وأنه أصبح محتماً أن تتلأم جميع أوضاع العمل الوطني في كل مجالاته مع مبادئ الميثاق وأحكامه وروحه المستلهمة من روح الشعب وإرادته وأن الميثاق قد حرص في أصوله المختلفة أن يضع للديموقراطية ضماناتها الأكيدة وفي مقدمتها جماعية القيادة وأنه انتقلاً بذلك كله من مجال المبادئ إلى مجال التنفيذ كان لا بد من إيجاد المؤسسات الجماعية التي يستند إليها نظام الحكم (وتأسيساً على هذا فليدرك أن لا بد من إضافة مواد جديدة إلى دستور الحكم المؤقت. - إعطاء هذه التنظيمات المستمدة من مبادئ الميثاق الذي ارتضاه الشعب قوة الدستور وذلك حتى يتم وضع الدستور النهائي للجمهورية العربية المتحدة) قضية رقم 9 لسنة 4 قضائية المحكمة العليا «دستورية» جلسة 5 من سنة 1975.

(145) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون الدستوري والمقارن، 2010، ص 84-83.

(146) 197. U.S. 11 (1905).

(147) The Defendant Claimed That The Statute Was "In Derogation Of The Rights Secured... By The Preamble To The Constitution Of The United States, And Tended To Subvert And Defeat The Purposes Of The Constitution As Declared In Its Preamble." 197. U.S. At 13-14

أنه مصدر سلطة جوهرية ممنوحة للحكومة أو أي إدارة من إدارتها⁽¹⁴⁸⁾. وعلى الرغم من رفض القاضي Harlan ما ذهب إليه المدعى عليه إلا أنه لم يستشهد بأي سابقة قضائية تنص على هذا التوجه. والأساس الذي اعتمد عليه القاضي في توجهه هذا يكمن في شروح القاضي Story في كتابه Commentaries on the Constitution⁽¹⁴⁹⁾، ولكن لم ينتبه Harlan إلى أنه قد خالف ما ذكره Story في تعليقه أنه لا يوجد في التشريع ما يمنع القضاة من الاستناد إلى نص الديباجة من أجل الفصل في مسائل التفسير الدستوري، إلا أنه يجب الأخذ في الاعتبار كون أن الديباجة لا تشكل حقوقاً ممنوحة من قبل الدستور الأمريكي. واستطرد Story في تعليقه على أنه من الممكن اللجوء إلى الديباجة في حالة وجود شكوك أو غموض يطرأ على الكلمات الخاصة بالجزء التشريعي. وعليه، يرى Story أنه من الممكن الأخذ بالديباجة كحجة فيما يتعلق بالجانب التفسيري لنصوص الدستور⁽¹⁵⁰⁾.

المطلب الرابع

الديباجة والدور المحدود

يتركز عمل القضاء في تفسير نصوص الدستور على الأخذ بمبدأ التفسير الأصولي Original Understanding، الذي تبناه الآباء المؤسسون للدستور الأمريكي. وفي مرحلة صياغة نصوص الدستور الأمريكي، يتضح أن الآباء لم يمنحوا الديباجة سلطة جوهرية غير محدودة، بل توقعوا أن الديباجة لن تحتل جزءاً كبيراً في مسألة الاختصاص التفسيري؛ حيث إن جل تركيزهم كان على نصوص الدستور. وفي مرحلة الاختصاص التفسيري في عمل المحكمة العليا، نجد في قضية Chisholm v. Georgia، أن الآباء المؤسسين لم ينصوا على الاختصاص الواسع للديباجة كأساس للتفسير، وطالما أن المحكمة العليا تبني معيار التفسير الأصولي الذي يكون تفسير المحكمة بناءً على ما اتفق عليه الآباء الذين أسسوا الدستور ويشترط أن يكون موافقاً لفهمهم للدستور، فيكون دورها موافقاً لما ذهب إليه اعتقاد الآباء المؤسسين فيما يتعلق بدور الديباجة في موضوع التفسير⁽¹⁵¹⁾.

تستقي الديباجة مشروعيتها من إعلان الاستقلال في عام 1776؛ حيث إنها تعد في مضمونها متوافقة مع الشروط المنصوص عليها في وثيقة الاستقلال الخاصة بكون الحكومة شرعية؛ مثل أن يكون الشعب مرجعية الحكومة فيما يتعلق بالسلطات، ويجب أن تضمن الحكومة حقوقاً محددة غير قابلة للتغيير⁽¹⁵²⁾.

والديباجة تتكون من سبع عبارات: "provide for the common defence" و «promote the General

(148) 197. U.S. 11, 22 (1905).

(149) 1. J. Story, Commentaries on the Constitution of the United States § 462 (2d Ed. 1851).

(150) 1. J. Story, Commentaries on the Constitution of the United States § 462, 459, At 326 (2d Ed. 1851). Story stated that "[I]t is an admitted maxim in the ordinary course of the administration of justice, that the preamble of a statute is a key to open the mind of the makers, as to the mischiefs, which are to be remedied, and the objects, which are to be accomplished by the provisions of the statute." In addition, He pointed out to the Fact That "We Must Guard Ourselves against an Error, Which Is Too Often Allowed to creep into the discussions upon this subject. The preamble... Cannot confer any power perse... Its true office is to expound the nature, and extent, and application of the powers actually conferred by the constitution, and not substantively to create them." See J. Story, Commentaries on The Constitution of The United States § 462, At 326 (2d Ed. 1851) Accord 1 W. Willoughby, The Constitutional Law Of The United States § 37, At 62 (1929) ("the value of the preamble to the constitution for purposes of construction is similar to that given to the preamble of an ordinary statute. It may not be relied upon for giving to the body of the instrument a meaning other than that which its language plainly imports, but may be resorted to in cases of ambiguity, where the intention of the framers does not clearly and definitely appear... That the preamble may not be resorted to as a source of federal authority is so well established as scarcely to need the citation of authorities." Jacobson V. Massachusetts, 197 U.S. At 22.

(151) 2 U.S. (2 Dali.) 419 (1793). See Also, Dan Himmelfarb, The Preamble In Constitutional Interpretation, 2 Seton Hall Const. L.J. 127, 130-131 (1991).

(152) The Declaration of Independence Para. 2 (U.S. 1776). See generally W. Berns, Taking the Constitution Seriously (1987) (arguing that constitution must be understood in light of principles of declaration); H. Jaffa, American Conservatism and the American Founding (1984).

و "Welfare" و "secure the Blessing of Liberty" و "We the people" و "from a more perfect Union" و "establish Justice" و "insure domestic Tranquility". وأصل العبارات الثلاثة الأولى أخذت من نصوص الكونفدرالية Articles of Confederation⁽¹⁵³⁾.

وهذه العبارات على الرغم من أنها تؤسس مبادئ عامة، فإن صائغي الدستور الأميركي لم يلتفتوا لموضوع الديباجة بشكل يتناسب مع مضمونها. وما يدل على ذلك، أنه لم تسجل مناقشات في التاريخ الدستوري الأميركي بشكل جلي حول موضوع الديباجة. والنقطة العملية في تقليل الحديث عن الديباجة يكمن في أن المؤسسين لم يروا أن المحاكم ستكرس جهدًا حول الاستشهاد بعبارات الديباجة بشكل فعال.

وفي المقابل، يرى Brutus، وهو أحد المخالفين للنظام الفيدرالي، الذي يخالف مفهوم عدم التفات المؤسسين لموضوع الديباجة، أنه على العكس، تعتمد المؤسسون في أن تكون صياغة الديباجة تحتوي عبارات فضفاضة حتى يتم استخدامها من قبل المحاكم الفيدرالية؛ كي يتم توسيع سلطات الحكومة وتضييق سلطات حكومات الولايات⁽¹⁵⁴⁾.

ويدعم William Crosskey اتجاه كون الديباجة تمنح الحكومة سلطات موسعة؛ وهذا الاتجاه التفسيري الذي تتضمنه الديباجة يدعم موقف الدستور. فدور الديباجة بشكل أساسي يرتكز حول إمكانية الاستشهاد بها كقاعدة لرفع أي لبس أو غموض يعتري نصوص الدستور⁽¹⁵⁵⁾. ومع ذلك، فإننا نرى أن المحكمة العليا تعترف بالدور التفسيري للديباجة؛ حيث إنها تستشهد بها في قضايا مهمة جدًا؛ مثل قضية Chisholm v. Georgia في عام 1793؛ حيث إن المحكمة، عن طريق عضوين منها، فسرت مفردة «الشعب» المنصوص عليها في الديباجة على أنها تنصرف إلى الولايات ومن بينها ولاية جورجيا في معرض خضوع الولاية لسلطة المحكمة الفدرالية العليا⁽¹⁵⁶⁾.

المطلب الخامس

حجية المذكرة التفسيرية فيما يتعلق بتفسير نصوص الدستور الكويتي

اعتاد المشرع الدستوري على أن يلحق بوثيقة الدستور مذكرة تفسيرية تقوم بتوضيح الغامض من النصوص؛ حتى لا ينشب خلاف حول تطبيق النص الدستوري. ولا يلزم من إضافة هذه المذكرة أن تماثل الوثيقة الدستورية من ناحية مراحل الإصدار؛ مثل أن يكون الدستور قد صدر بأسلوب المنحة أو العقد أو الجمعية النيابية التأسيسية أو الاستفتاء التأسيسي. بل قد لا تمر المذكرة، قبل إقرارها، عبر مراحل سن التشريع من اقتراح ومناقشه وحتى العمل بها⁽¹⁵⁷⁾.

وقد مرت المذكرة التفسيرية بمراحل تختلف عن مراحل سن التشريع، مثل: مرحلة الإعداد والمناقشة. ونجد أن لجنة إعداد الدستور تتألف من خمسة أعضاء، ممثلين في وزير الداخلية الشيخ

(153) Articles of Confederation, Mar. 1, 1781, Art. III ("the said states hereby severally enter into a firm league of friendship with each other, for their common defence, the security of their liberties, and their mutual and general welfare...").

(154) Brutus Stated That "The Judicial Power Will Operate To Effect... What Is Evidently The Tendency Of The Constitution... An Entire Subversion Of The Legislative, Executive And Judicial Powers Of The Individual States... This Constitution Gives Sufficient Colour For Adopting A [Broad] Construction, If We Consider The Great End And Design It Professedly Has In View-These Appear [In] Its Preamble... The Design Of The System Is Here Expressed, And It Is Proper To Give Such A Meaning To The Various Parts, As Will Best Promote The Accomplishment Of The End... See Essays Of Brutus No. 11 (Jan. 31, 1788), In 2 The Complete Anti-Federalist 417, 420-21 (H. Storing Ed. 1981).

(155) 1W. Crosskey, Politics And The Constitution In The History Of The United States 374, 378-79 (1953).

(156) Chisholm v. Georgia, 2 U.S. 419 (1793).

(157) انظر د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة، 1985، ص 344-344.

عبد الله السالم الصباح، وعبد اللطيف محمد الثنيان الغانم، ووزير العدل حمود الزيد الخالد، ويعقوب يوسف الحميضي، وسعود عبد العزيز عبد الرزاق. أما المناقشة، فقد تم عرض المذكرة للمناقشة على أعضاء المجلس التأسيسي في عام 1962 طبقاً للبند الثالث الخاص بجدول أعمال الجلسة الخاصة بالمذكرة التفسيرية للتصويت، ولكن تم تأجيل التصويت إلى 3 نوفمبر لسنة 1962⁽¹⁵⁸⁾. وعند اجتماع المجلس التأسيسي، أقر مشروع الدستور والمذكرة التفسيرية بتاريخ 8-11-1962؛ حيث رفع المشروع والمذكرة التفسيرية للشيخ عبد الله السالم الصباح، الذي صدق عليه في 11/11/1962⁽¹⁵⁹⁾.

وأما بشأن الفقه الدستوري، فلم يجمع على اعتبار أن المذكرة التفسيرية لها من الحجية ما يلزم المحكمة الدستورية بمباشرتها لاختصاص الرقابة على دستورية القوانين واللوائح. فعلى سبيل المثال، يرى الدكتور رمزي الشاعر أن دور المذكرة التفسيرية يعد تنمة لنصوص الدستور ويرى أنها ملزمة لكل الهيئات في الدولة، وأن هذه المذكرة وضعت بنفس طريقة وضع الدستور الذي وضع من نفس لجنة المجلس التأسيسي⁽¹⁶⁰⁾. ويتجه الدكتور عبد الفتاح حسن إلى أن المذكرة التفسيرية الكويتية ليست فقط توضيحاً لمدلول النص الغامض، وإنما تضيف أحكاماً جديدة جوهرية لنصوص الدستور⁽¹⁶¹⁾. ويشير الدكتور عثمان خليل عثمان إلى أن المذكرة التفسيرية الكويتية لم تمر عبر مراحل عادية تمر بها باقي المذكرات التفسيرية، وإنما مرت عبر مراحل انتهت بعرضها على المجلس التأسيسي ثم تصديق الأمير، مما يجعلها في وضع فريد بتخصيص جلسيتين في مبنى المجلس التأسيسي الذي وضع نصوص الدستور. ويستشهد الدكتور عثمان على إلزامية المذكرة بما نصت عليه «في ضوء ما سبق من تصوير عام لنظام الحكم، ووفقاً لهذه الإيضاحات المتفرقة في شأن بعض المواد على وجه الخصوص، يكون تفسير أحكام دستور دولة الكويت»⁽¹⁶²⁾. ويؤكد الدكتور وحيد رأفت على الوضع الخاص الذي تنفرد به المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي عن باقي المذكرات التفسيرية والإيضاحية؛ حيث إن هذا التفرد ينصرف إلى كون المذكرات الخاصة بالقوانين قد يترك موضوع صياغتها للإداريين والفنيين الذين يتبعون السلطة التنفيذية والتشريعية⁽¹⁶³⁾. ويذكر الدكتور عبد الملك الصالح في معرض تعليقه على المادة 98 من الدستور الكويتي أن المذكرة التفسيرية إذا فسرت نصاً دستورياً، فلا يجوز تجاوز هذا التفسير أو الخروج عن مقتضاه⁽¹⁶⁴⁾.

أما الرأي المعارض لمبدأ إلزامية المذكرة التفسيرية، فيشير الدكتور علي البار إلى أن المذكرة التفسيرية ليست إلا نوع من أنواع الأعمال التحضيرية. وبالتالي، ليست لها أي قوة ملزمة فيما يتعلق بالاختصاص التفسيري الملزم للسلطات العامة⁽¹⁶⁵⁾. ويخالف الدكتور بدر جاسم يعقوب الإجماع الخاص بإلزامية المذكرة التفسيرية كأساس لتفسير نصوص الدستور، ويبين أن مخالفته للإجماع مرجعها لكون أن المذكرة التفسيرية لا تعدو أن تكون كأي مذكرة تفسيرية لأي عمل تشريعي⁽¹⁶⁶⁾.

(158) انظر محاضر المجلس التأسيسي جلسة 26-62 المعقودة يوم السبت الموافق 3 نوفمبر 1962م ص 17.

(159) نشر في الجريدة الرسمية، في الكويت اليوم، عدد خاص بتاريخ 12-11-1962.

(160) دكتور رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري 1972م، ص: 303 و302.

(161) دكتور عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، 1968م، ص: 130 و131.

(162) دكتور عثمان خليل عثمان، دستورية القوانين - مذكرات على الآلة الكاتبة لطلبة الدراسات العليا بدبلوم القانون العام - كلية الحقوق والشريعة - جامعة الكويت، 1973م، 1974م، ص: 156.

(163) د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة 1985م؛ حيث أشار إلى فتوى د. وحيد رأفت، تاريخ 13/10/1981 الخاصة بالمادة 173 من الدستور، ص: 360-359.

(164) انظر مذكرة د. عبد الملك الصالح حول تطبيق المادتين 98 و104 من الدستور الكويتي الواردة بتقرير لجنة الشؤون التشريعية والقانونية المثبت بمضبطة الجلسة - 16 المعقودة يوم 20 مايو 1975م.

(165) الدكتور علي البار - السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، دراسة مقارنة، ص: 110.

(166) راجع بحث الدكتور بدر جاسم يعقوب: مدى القوة الملزمة للمذكرات الإيضاحية، المحامي إعداد إبريل ومايو ويونيه سنة 1983م، السنة السادسة، ص: 26، 53.

المطلب السادس

المذكرة التفسيرية للدستور الدائم والاختصاص التفسيري

يتضح من خلال المسمى أن مهمة المذكرة التفسيرية تكمن في جانبيين: الأول هو اختصاص التفسير، والآخر يتقرر في تفسير بعض مواد الدستور وليس جميعها. ويتضح اتجاه المذكرة التفسيرية في تبني الطريقتين فيما نصت عليه قبل بدء تفسير المادة الأولى من الدستور الدائم لدولة قطر بـ «تفسير بعض مواد الدستور»⁽¹⁶⁷⁾. وما يؤكد مبدأ الاختصاص التفسيري للمذكرة التفسيرية أن ما اتجهت إليه نية الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني أمير دولة قطر في فترة إصدار الدستور الدائم، بمعاونة لجنة إعداد الدستور، أن الغرض من إصدار المذكرة التفسيرية كان بهدف أن تكون مرجعًا لتفسير أحكام الدستور⁽¹⁶⁸⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المذكرة التفسيرية لم تتطرق في معرض تفسيرها لأي مادة من فصل السلطة القضائية، ولكن نجدها تشير إلى السلطة القضائية بشكل مقتضب فيما تذكر في الأساس السابع على أن المشرع الدستوري حرص على استقلال القضاء تأسيسًا على أن العدل هو أساس الملك، وأن القضاء لا يخضع إلا لسلطان القانون. وعرجت الفقرة الثانية أيضًا من الأساس ذاته على مبدأ الرقابة على دستورية القوانين؛ حيث إن القضاء يراقب السلطين التشريعية والتنفيذية في سياق العملية التشريعية.

مع الأخذ بمباشرة المذكرة التفسيرية للاختصاص التفسيري لبعض مواد الدستور الدائم، إلا أن هذا لا يعني وجود نقد لما توجه إليه أعضاء اللجنة في تفسيرهم لبعض المواد. ويظهر من المادة 98 من الدستور أنها تكفل علنية جلسات مجلس الشورى، ولكن ذهبت المذكرة التفسيرية لتفسير المادة خارج الإطار المعقول والمحدد؛ حيث ذكرت أن المراد بمفردة «العلنية» أن الدستور كفل للأشخاص المواطنين ووسائل الإعلام حضور جلسات المجلس، دون أن ينصرف المعنى إلى إذاعتها بواسطة الجهات الإعلامية. وقد استنتجت المذكرة التفسيرية أن بث الجلسة قد يتقرر شريطة أن يكون بموافقة ثلثي أعضاء المجلس الذي لم يرد في نص المادة 98⁽¹⁶⁹⁾.

(167) تم إصدار المذكرة التفسيرية في العدد السابع في الجريدة الرسمية بتاريخ 7 يوليو لسنة 2005.

(168) صدرت في الديوان الاميري بتاريخ 14/05/1426هـ، الموافق 21/06/2005م.

(169) حول هذا الموضوع، انظر أ.د. حسن بن عبد الرحيم السيد، وقفات دستورية محاولة لنشر الثقافة الدستورية في المجتمع القطري، ط1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 2008، ص31.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة موضوع تفسير النص الدستوري بين ما تبنته المذكرة التفسيرية وما ذهبت إليه أحكام القضاء، وأردنا التعرف على مدى اختصاص كل من المذكرة التفسيرية وأحكام القضاء، ولا سيما إذا كان الدستور ينص على اختصاص جهة واحدة بتفسير النص الدستوري أو التشريعي، وأيضاً دور الرقابة على دستورية القوانين واللوائح التي من خلالها يمكن لمحكمة التمييز أن تمارس اختصاص التفسير الدستوري، الذي قد ينبني على أساس تفسير نص دستوري لتقرر محكمة التمييز مبدئاً قضائياً. وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى عدد من الملاحظات والنتائج، نشير إليها ثم نورد بعض التوصيات فيما يلي:

أولاً: الملاحظات والنتائج:

1. رأينا أن قانون المحكمة الدستورية العليا قد خول المحكمة باختصاصات إضافية على ما نص عليه في نص المادة 140 من الدستور الدائم لدولة قطر لعام 2004، ولكن ترك الدستور للقانون صلاحية تحدد هذه الصلاحيات في عبارة «...ويبين صلاحياتها...».
2. وجدنا أن إيقاف العمل بالقانون طبقاً للمادة 106 من الدستور القطري لا يجوز أن تستعمل بشأن مجلس الشورى المعين الذي تطبق عليه أحكام مجلس الشورى الخاصة بالنظام الأساسي المؤقت المعدل لعام 1972، وإنما يفترض تطبيقها في ظل مجلس شورى منتخب.
3. تبين أن من النماذج التي تؤكد - صراحةً - التفسير الدستوري المخولة به المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية العليا يتجذر في النموذج الأميركي والكويتي، أما بالنسبة للنموذج المصري، فإنه لا يجوز للمحكمة أن تفسر من تلقاء نفسها نصوص الدستور، وإنما يتقرر ذلك بعد طلب وزير العدل بتفسير نص دستوري. أما بالنسبة للنموذج القطري الحديث، فإنه يتبنى ما ذهب إليه النموذج المصري من ناحية أن دور المحكمة الرئيس فيما يتعلق بالتفسير، ينصب على نصوص التشريع وليس الدستور.
4. اتضح في هذه الدراسة أن المذكرة التفسيرية في الدستور القطري تمارس دور تفسير الدستور، ويعد هذا التفسير حجة على الجميع، ولكن مع تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا القطرية سيوضح ما إذا كان تفسير المذكرة التفسيرية أو أحكام محكمة التمييز ستكون ملزمة للمحكمة الدستورية من عدمه. أما بالنسبة لدور محكمة التمييز، فإنه إذا أُثير دفع عدم الدستورية لمخالفة القانون لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإن المحكمة تشير إلى أن هذا الدفع ليس من النظام العام، وكان من المفترض أن يتم إثارة الدفع أمام محكمة الموضوع إذا كانت هناك جدية.
5. نعتقد أن المذكرة التفسيرية تخالف في بعض تفاسيرها نصوص الدستور، فتغير من مدلول نص الدستور الواضح الذي لم يكن من المفترض تفسيره لعدم وجود غموض، كما هو الحال بالنسبة لنص جلسات مجلس الشورى العلنية.

ثانيًا: التوصيات:

في ضوء البحث وما انتهت إليه الدراسة من نتائج، نوصي بالتالي:

1. يجب ألا تستخدم السلطة التنفيذية سلطة إيقاف العمل بالقانون طبقاً للمادة 106 من الدستور الدائم لدولة قطر لعام 2004؛ حيث إن هذه الصلاحية ليست ممنوحة إلا في حالة وجود مجلس شوري منتخب.
2. توضيح ما إذا كانت المذكرة التفسيرية ملزمة للمحكمة الدستورية من حيث التفسير، على الرغم من أن المذكرة التفسيرية لم تخضع للاستفتاء التأسيسي مثلما وقع الحال بالدستور ذاته، ويفضل التريث حتى تتبين رغبة المحكمة الدستورية العليا، عند تفعيلها، في تبني ما إذا كانت ستأخذ بالزامية المذكرة التفسيرية في أحكامها من عدمها.
3. ندعو محكمة التمييز إلى أخذ دور تفسير النص الدستوري الذي يعتريه الغموض حتى يتم تفعيل المحكمة الدستورية العليا، وأن تقرر محكمة التمييز مبدأً قضائياً أن التفسير في ظل غياب المحكمة الدستورية يعد من الأمور التي لا تحتاج إلى تأخير، وتحال هذه الأحكام إلى المحكمة الدستورية حال تفعيلها لتقوم المحكمة الدستورية بدورها بتبني هذه التفسيرات من عدمه.
4. أن يتم تعديل نص المادة 140 من الدستور القطري لكي يقيد الدستور القانون بأن يحدد أن تكون المحكمة الدستورية العليا الجهة الوحيدة المخولة بالتفسير الدستوري وليس التشريعي الذي قيدها القانون به، ويتم ذلك التعديل باقتراح من ثلث أعضاء مجلس الشورى أو الأمير.
5. أن يوضح المشرع القطري دور القاضي الدستوري عند تعرضه لمسألة عدم الدستورية؛ بأن يجعل دور القاضي مخولاً عن طريق القانون بالتفسير الدستوري الذي يجب ألا يقتصر فقط على تفسير القوانين التشريعية، وأيضاً أن يجيز للقاضي الدستوري التصدي لتفسير نصوص الدستور بتعديل القانون رقم 12 لسنة 2008 الخاص بالمحكمة الدستورية القطرية في اختصاصات المحكمة.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع العربية

- المستشار عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه-جان دبوي للقانون والتنمية 2003.
- د. فتحي فكري، القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة، 2000.
- الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع/ السنة الثامنة، 2016.
- د. عصمت عبد الله الشيخ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير، ص 92، 2002.
- د. محمد فوزي نوبجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط 1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008.
- د. جورج شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2005.
- د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998.
- د. دعاء الصاوي يوسف، القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، 2014.
- د. محمد حسنين عبدالعال، القانون الدستوري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998.
- د. محمد السناري، ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، دراسة تحليلية ونقدية لقانون وأحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، 1996.
- د. فتحي فكري محمد، القانون الدستوري، الكتاب الأول، 2004.
- مجلة المحاماة المصرية - العدد (1، 2)، السنة 58.
- عز الدين الدناصوري، د. عبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001.
- أحمد هبة، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية، ط 1، 1988.
- د. وليد محمد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2014.
- د. صلاح الدين فوزي، المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، 2011.
- د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون الدستوري والمقارن، 2010.

- د. عثمان عبد الملك الصالح، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، إصدار مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1986.
- د. علي عبدالعال سيد أحمد، دور القضاء في تفسير القاعدة الدستورية، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 1997.
- د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة، 1985م.
- محاضر المجلس التأسيسي جلسة 26-62 المعقودة يوم السبت الموافق 3 نوفمبر 1962م.
- دكتور رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري 1972م.
- دكتور عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، 1968م.
- دكتور عثمان خليل عثمان: دستورية القوانين - مذكرات على الآلة الكاتبة لطلبة الدراسات العليا دبلوم القانون العام - كلية لحقوق والشريعة - جامعة الكويت، 1973م، 1974م.
- د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة 1985م.
- د. عبد الملك الصالح حول تطبيق المادتين 98 و104 من الدستور الكويتي الواردة بتقرير لجنة الشؤون التشريعية والقانونية المثبت بمضبطة الجلسة 6- المعقودة يوم 20 مايو 1975م.
- الدكتور علي الباز - السلطات العامة في النظام الدستوري الكويتي، دراسة مقارنة.
- الدكتور بدر جاسم اليعقوب: مدى القوة الملزمة للمذكرات الإيضاحية، المحامي إعداد إبريل ومايو ويونيه سنة 1983م.
- انظر أ.د. حسن بن عبد الرحيم السيد، وقفات دستورية محاولة لنشر الثقافة الدستورية في المجتمع القطري، ط1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 2008.

ثانياً: المراجع الإنجليزية

- Walter F. Murphy, Who Shall Interpret? The Quest For The Ultimate Constitutional Interpreter, 48 Rev. POL. 401 (1986).
- Courts, Judges, And Politics: An Introduction To The Judicial Process 433 (Walter F. Murphy & C. Herman Pritchett Eds., 1961)
- Neal Devins & Keith E. Whittington, Introduction to Congress and The Constitution 1 (Neal Devins & Keith E. Whittington Eds., 2005).
- Larry Kramer, The People Themselves: Popular Constitutionalism And Judicial Review (2004).
- Mark Tushnet, Taking The Constitution Away From The Courts (1999).
- Legislative Veto: Invalidated, It Survives, Law & Contemp. Probs., Autumn 1993
- Louis Fisher, Constitutional Dialogues: Interpretation As Political Process (1988).

- Louis Fisher, *Constitutional Conflicts between Congress and The President* (4th Ed., Univ. Press Of Kan. 1997).
- David P. Currie, *The Constitution In Congress: Democrats And Whigs, 1829- 1861* (2005).
- David P. Currie, *The Constitution In Congress: The Federalist Period, 1789-1801* (1997)
- David P. Currie, *The Constitution In Congress: The Jeffersonians, 1801-1829* (2001).
- J. Mitchell Pickerill, *Constitutional Deliberation In Congress: The Impact Of Judicial Review In A Separated System* (2004).
- Lee Epstein, *Who Shall Interpret The Constitution*, 84 *Tex. L. Rev.* 1307 (2006).
- Neal Devins & Keith E. Whittington, *Introduction to Congress and The Constitution* (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005).
- Barbara Sinclair, *Can Congress Be Trusted With the Constitution? The Effects of Incentives and Procedures*, Neal Devins & Keith E. Whittington, *Introduction to Congress and The Constitution* 1, 6 (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005).
- Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian Congress*, Neal Devins & Keith E. Whittington, *Introduction to Congress And The Constitution* (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005).
- Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 *Harv. L. Rev.* 1359 (1997).
- Mark V. Tushnet, *The Constitution Outside The Courts: A Preliminary Inquiry*, 26 *Val. U. L. Rev.* 437 (1992)
- Herbert Wechsler, *The Courts And The Constitution*, 65 *Colum. L. Rev.* 1001 (1965).
- Michael J. Klarman, *Brown and Lawrence (And Goodridge)*, 104 *Mich. L. Rev.* 431 (2005).
- Sylvia A. Law, *Who Gets To Interpret The Constitution - The Case Of Mayors And Marriage Equality*, 3 *Stan. J. C.R. & C.L.* 1 (2007).
- *People V. West*, 780 N.Y.S.2d 723 (Just. Ct. New Paltz, 2004); *People V. Greenleaf*, 780 N.Y.S.2d 899 (Just. Ct. New Paltz 2004).
- *Lockyer V. City & County Of S.F.*, 95 P.3d 459 (Cal. 2004) (Describing The Superior Court's Ruling).
- *Lockyer*, 95 P.3d 459.
- 2004 N.Y. Op. Att'y Gen., *Informal Opinion No. 1* (March 3, 2004)
- Kathianne Boniello, *Ulster Wins Appeal To Prosecute Over Gay Vows, POUGHKEEPSIE J.*, Feb. 3, 2005.

- Laurence H. Tribe, American Constitutional Law 255 N. 10 (3d Ed. 2000).
- Edwin Meese, The Law Of The Constitution, 61 Tul. L. Rev. 979 (1987).
- Abraham Lincoln, Speech During The Lincoln-Douglas Senatorial Campaign (Oct. 1858)
- 3 The Collected Works Of Abraham Lincoln 255 (Basler Ed. 1953)
- Abraham Lincoln, First Inaugural Address (Mar. 4, 1861), In 6 Messages and Papers of The Presidents (Richardson Ed. 1897).
- Thomas Jefferson, Letter To Abigail Adams (Sept. 11, 1804), In 8 The Writings Of Thomas Jefferson 310 (Ford Ed. 1897).
- Andrew Jackson, Veto Message, (July 10, 1832), In 2 Messages and Papers Of The Presidents 576, 581-83 (Richardson Ed. 1896). The Supreme Court Had Upheld The Constitutionality Of The Bank In M'culloch V. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).
- Stuart Taylor, Liberties Union Denounces Meese, N.Y. Times, Oct. 24, 1986.
- Paul Brest, Meese, The Lawman, Calls For Anarchy, N.Y. Times, Nov. 2, 1986.
- Anthony Lewis, Law Or Power, N.Y. Times, Oct. 27, 1986.
- Dan Ostrow, View That Court Doesn't Make Law Is Scorned, L.A. Times, Oct. 24, 1986
- See Michael J. Klarman, Brown And Lawrence (And Goodridge), 104 Mich. L. Rev. 442 (2005)
- Dawn E. Johnsen, Functional Departmentalism And Non-judicial Interpretation: Who Determines Constitutional Meaning?, 67 Law & Contemp. Probs. 105 (2004).
- The Cambridge Dictionary Of American Biography (John S. Bowman Ed. 1995). Digital National Security Archive, [Http://Nsarchive.Chadwyck.Com/Collections/lcintro.jsp](http://Nsarchive.Chadwyck.Com/Collections/lcintro.jsp).
- The Washington Post, Why Give That Speech?, Urged Him To Repudiate The "Subtle, Unspoken" Message Of Endorsement Of The Governor's Actions And To Claim That Supreme Court Decisions Have No General Applicability. Editorial, Why Give That Speech?, Wash. Post, Oct. 29, 1986.
- Edwin Meese 111, The Tulane Speech: What I meant, Wash. Post, Nov. 13, 1986.
- Laurence H. Tribe, American Constitutional Law 256 N. 10 (3d Ed. 2000).
- 1J. Story, Commentaries On The Constitution Of The United States (2d Ed. 1851).
- Accord 1 W. Willoughby, The Constitutional Law Of The United States § 37 (1929).
- Dan Himmelfarb, The Preamble In Constitutional Interpretation, 2 Seton Hall Const. L.J. 127, 130-131 (1991).
- W. Berns, Taking The Constitution Seriously (1987).

- H. Jaffa, American Conservatism And The American Founding (1984).
- Essays Of Brutus No. 11 (Jan. 31, 1788), In 2 The Complete Anti-Federalist 417 (H. Storing Ed. 1981).
- 1 W. Crosskey, Politics And The Constitution In The History Of The United States 374 (1953).

ثالثاً: التشريعات:

- الدستور الدائم لدولة قطر لعام 2004.
- دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 المعدل في عام 2019.
- دستور جمهورية مصر العربية لعام 1971.
- دستور الكويت لعام 1962.
- المرسوم بإصدار لائحة المحكمة الدستورية الكويتية، العدد 980، السنة العشرون، بتاريخ 12 مايو 1974.
- قانون المحكمة الدستورية الكويتية رقم 14 لسنة 1973.
- الجريدة الرسمية في الكويت.
- دستور الجمهورية العربية المتحدة لعام 1958.
- دستور الجمهورية المصرية لعام 1956.
- الدستور المصري الصادر في أبريل 1923.
- الإعلان الدستوري بتاريخ 30 مارس 2011.
- ديباجة اللائحة الأساسية لعام 1882.
- قانون رقم 12 لسنة 2008 الخاص بإنشاء المحكمة الدستورية العليا القطرية.
- أمر ملكي رقم 70 لسنة 1930 الخاص بنظام دستوري للدولة المصرية.
- قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979.
- قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم 81 لسنة 1969.
- قانون رقم 168 لسنة 1998 بتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979.
- قانون 184 لسنة 2008 في شأن تعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا.
- مرسوم بقانون 48 لسنة 2011 بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979.
- قانون رقم 26 لسنة 2014 بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا.
- قانون رقم 91 لسنة 2015 بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا.

- قانون رقم 78 لسنة 2019 بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون 48 لسنة 1979.

- قانون رقم 47 لسنة 1972.

- الجريدة الرسمية في جمهورية مصر العربية.

- المذكرة التفسيرية القطرية في العدد السابع في الجريدة الرسمية بتاريخ 7 يوليو لسنة 2005.

رابعًا: الأحكام القضائية:

جمهورية مصر العربية:

- حكم المحكمة العليا رقم 3 لسنة 8 قضائية.

- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية، 5/2/1994، ج 6، ص 140.

- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الأول، الأحكام والقرارات التي أصدرتها حتى 30 يونيو 1981، ص 209.

- الحكم الصادر في 4 يناير سنة 1992 في القضية رقم 22 لسنة 8 ق دستورية، مجموعة المحكمة الدستورية العليا.

- حكم المحكمة الدستورية العليا قضية رقم 57 لسنة 4 ق، جلسة 1993-2-6.

- الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٦

- حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 23 لسنة 15 قضائية، الجلسة المنعقدة في يوم السبت 5 فبراير سنة 1994 الموافق 24 شعبان سنة 1414 هجرية.

- حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 23 لسنة 15 قضائية، الجلسة المنعقدة في يوم السبت 5 فبراير سنة 1994 الموافق 24 شعبان سنة 1414 هجرية.

- قضية رقم 9 لسنة 4 قضائية المحكمة العليا «دستورية»، جلسة 5 من سنة 1975.

- الولايات المتحدة الأمريكية:

- (Cooper V. Aaron, 358 U.S. 1, 9 (1958).

- (Cooper V. Eugene Sch. Dist. No. 4], 723 P.2d 298 (Or. 1986).

- (U.S. 11 (1905 197).

- Jacobson V. Massachusetts, 197 U.S.

دولة الكويت:

- حكم المحكمة الدستورية، طلب رقم 1 لسنة 1985.
- حكم المحكمة الدستورية، طلب رقم 1 لسنة 1985. تم حلول الفصل التشريعي السادس في 9 مارس سنة 1985.
- حكم المحكمة الدستورية، طلب رقم 3 لسنة 1986، تاريخ: 14/06/1986.
- حكم المحكمة في طلب رقم 9 لسنة 2001، تاريخ: 30/01/2002.
- حكم المحكمة الدستورية، طلب رقم 10 لسنة 2002، تاريخ: 2/02/2003.
- قرار المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2004، تاريخ: 11/04/2005.
- حكم المحكمة الدستورية، الطلب رقم 8 لسنة 2004، تاريخ: 09/10/2006.
- قرار المحكمة الدستورية العليا رقم 2 لسنة 2011، بتاريخ: 21/02/2011.
- حكم المحكمة الدستورية، الطلب رقم 17 لسنة 2015، بتاريخ: 20/12/2015.

دولة قطر:

- حكم محكمة التمييز، المواد الإدارية، الطعن رقم 197 لسنة 2010.
- حكم محكمة التمييز، المواد الإدارية، الطعن رقم 2 لسنة 2015.
- حكم محكمة التمييز، المواد المدنية والتجارية وكذلك المواد العمالية، الطعن رقم 32 لسنة 2011.
- حكم محكمة التمييز، المواد المدنية والتجارية، الطعن رقم 35 لسنة 2013.
- حكم محكمة التمييز، الأحوال الشخصية والأسرة، الطعن رقم 109 لسنة 2015.
- حكم محكمة التمييز، المواد الجنائية، الطعن رقم 194 لسنة 2012.

تعريف جريمة الإبادة الجماعية في سياق القانون الجنائي الدولي

محمد أحمد العامري

باحث دكتوراه - حاصل على درجة الماجستير في القانون الجنائي الدولي - حقوق الإنسان
الجامعة الأمريكية - كلية واشنطن للقانون - واشنطن دي سي

تعريف جريمة الإبادة الجماعية في سياق القانون الجنائي الدولي

محمد أحمد العامري

باحث دكتوراه - حاصل على درجة الماجستير في القانون الجنائي الدولي - حقوق الإنسان الجامعة الأمريكية - كلية واشنطن للقانون - واشنطن دي سي

المُلخَص

لقد جذب نطاق جريمة الإبادة الجماعية وتعريفها ومفهومها اهتمام العديد من خبراء القانون والباحثين في مجال القانون الجنائي الدولي.

وتتلخص مشكلة البحث بالبحث في بيان ماهية الإبادة الجماعية، وما كفاية المصطلح للتعريف بالجريمة.

وتنطلق أهمية الموضوع من أهمية دراسة الجهود المبذولة على المستويين لمكافحة جريمة الإبادة الجماعية، والعقبات التي تحول دون فعالية الآليات وإيجاد حلول وعقوبات رادعة لمن يرتكب هذه الجريمة.

وسيتبع الباحث في الدراسة المنهجين الوصفي التحليلي والمقارن؛ من خلال تعريف الإبادة الجماعية ونقد التعريف ومدى تعديله، والمقارنة بين الاتفاقيات الدولية المعنية بتعريف جريمة الإبادة الجماعية.

وينقسم البحث إلى مبحثين؛ الأول: تعريف الإبادة الجماعية والعوامل المسببة لها، وينقسم إلى مطلبين: الأول: تعريف الإبادة الجماعية، والثاني: العوامل المسببة للإبادة الجماعية، والمبحث الثاني: الانتقادات الموجهة لتعريف جريمة الإبادة الجماعية، وينقسم إلى مطلبين: الأول: نقد تعريف الإبادة الجماعية. والثاني: مدى الحاجة لتعديل مصطلح الإبادة الجماعية.

وقد توصل الباحث إلى نتائج هي: أنه منذ أوائل التسعينيات تم استخدام تعريف الإبادة الجماعية الذي قدمته الأمم المتحدة على نطاق واسع، إلى جانب الدعم والقبول على المستوى الدولي لإدانة العديد من مرتكبي هذه الجريمة وإنشاء سوابق قانونية.

واقترح الباحث توصيات تتمثل في: أن التوسع في إدراج المجموعات المحمية واستبعاد بعض العناصر المادية هو الحل الوحيد البسيط لمشكلة التعريف، ويجب التوسع في استخدام التقنيات الحديثة لوضع تعريف أكثر دقة للإبادة الجماعية.

الكلمات المفتاحية: الإبادة الجماعية - القانون الجنائي الدولي - مجموعة عرقية - التدمير المتعمد - الحق في الحياة - القتل السياسي - التدمير الكلي - الفكر الجماعي - حركة قسرية - التطهير العرقي - الأقليات الدينية - المحاكم المختصة - الأذى الجسدي - السلم والأمن الدوليين - الدولة ذات السيادة.

ABSTRACT**Defining the Crime of Genocide in the Context of International Criminal Law**

Mohammed Alamri - PhD candidate - Master's degree in International Criminal Law – Human Rights American University – Washington College of Law - Washington D,C

The scope, definition and concept of the crime of genocide have attracted the interest of many legal experts and researchers in the field of international criminal law.

The research problem is summarized in the research in explaining what genocide is, and the adequacy of the term to define the crime.

The importance of the topic stems from the importance of studying the efforts made at the two levels to combat the crime of genocide, the obstacles that prevent the effectiveness of the mechanisms, and finding solutions and deterrent penalties for those who commit this crime.

The researcher will follow the descriptive, analytical and comparative methods of the study, by defining genocide, criticizing the definition and the extent of its modification, and comparing the international conventions concerned with defining the crime of genocide.

The research is divided into two sections, the first: the definition of genocide and the factors causing it, and it is divided into two requirements: the first: the definition of genocide, the second: the factors causing genocide, and the second section: criticisms of the definition of the crime of genocide, and it is divided into two requirements: the first: criticism of the definition of genocide collective. The second: the need to amend the term genocide.

The researcher reached the following conclusions: Since the early 1990s, the definition of genocide given by the United Nations has been widely used, along with support and acceptance at the international level, to convict many perpetrators of this crime and to establish legal precedents.

Recommendations are: Expanding the inclusion of protected groups and excluding some material elements is the only simple solution to the definition problem, and we must expand the use of modern technologies to develop a more accurate definition of genocide.

Key words: Genocide - international criminal law - ethnic group - willful destruction - right to life - political killing - willful destruction - collective ideology - forced movement - ethnic cleansing - religious minorities - ad hoc courts - physical harm - international peace and security - the sovereign state.

المقدمة

لقد اجتذب نطاق جريمة الإبادة الجماعية وتعريفها ومفهومها اهتمام العديد من خبراء القانون والباحثين في مجال القانون الجنائي الدولي، وذلك لأن أهمية الإبادة الجماعية قد ازدادت خلال العقود القليلة الماضية، ويبدأ الاهتمام من جذور الإبادة الجماعية بصياغة التعريف العملي الذي يمكن أن يكون عملياً على المستويين النظري والعملي، ولم يثبت التعريف الوارد في اتفاقية الأمم المتحدة أنه كافٍ للتعامل مع هذه الجريمة بكفاءة في القرن الحادي والعشرين، بسبب وجود بعض أوجه القصور في التعريف، ومع ذلك فإن محاولة صياغة تعريف للإبادة الجماعية ليست عملية بسيطة على الإطلاق كما هو مفترض، إلا أنه من الملاحظ وجود تعريف رسمي محدد ومقبول في كل من المجالات القانونية الوطنية والدولية⁽¹⁾؛ حيث يتعلق الأمر بتدمير مجموعة قومية أو عرقية معينة بهدف الإبادة، كما تعد «الأفعال المعنية موجّهة ضد القدرات الفردية، ولكن كأعضاء في المجموعة الوطنية»⁽²⁾، وبينما اعتبر في البداية أن الإبادة الجماعية يجب أن تكون على المستوى الوطني، إلا أنه ثبت أنه لا يمكن تقييدها ببساطة داخل الحدود الوطنية⁽³⁾، لذلك تطلب الأمر عددًا من القضايا والأحكام والمعاهدات لتوضيح تعريف جريمة الإبادة الجماعية؛ بالرجوع إلى معايير وأهداف وأشكال سلوك محددة.

أهمية البحث

تتعلق أهمية الموضوع من أهمية حماية حقوق الإنسان عالمياً، وعلى الرغم من أن كل النظم القانونية تهدف إلى تنظيم حياة الإنسان وكفالة حقوقه وحمايتها من تعدي النظم الاستبدادية، كما يهدف القانون الدولي والاتفاقيات والقواعد الدولية ذات الصلة بهذا الخصوص، إلا أنه ما زال هناك ازدياد في ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، بالرغم من إقرار قواعد قانونية خاصة بتجريم الأفعال والمعاقبة عليها، وحتى بعد فرض عقوبات، إلا أن هذه العقوبات لم تكن رادعة بالشكل الملائم للحد من ارتكاب الجريمة، لذلك تتجلى دراسة الجهود المبذولة على المستوى الدولي لمكافحة جريمة الإبادة الجماعية، وماهية العقوبات التي تحول دون فعالية الآليات، وإيجاد حلول وعقوبات رادعة؛ لتفعيل مبدأ عدم الإفلات من العقاب تجاه من يرتكب هذه الجريمة

مشكلة البحث

تتلخص مشكلة البحث في أنه منذ انعقاد اتفاقية منع إبادة الجنس البشري في عام 1948م، والتي جاءت لتحمي الإنسان من جريمة الإبادة الجماعية، طرح عدد تساؤلات تتمثل في:

1. ما مدى كفاية تعريف جريمة الإبادة الجماعية في سياق القانون الجنائي الدولي؟
2. هل كان التعريف واضحاً؟
3. ما مدى كفاية هذا المصطلح للتعريف بالجريمة؟
4. ما الذي يثيره هذا التعريف من إشكاليات قانونية تحتاج لإيجاد الحلول ومقترحات لها؟

(1) Totten, S. & Parsons, W.S. (2004). A Century of Genocide: Critical Essays and Eyewitness Accounts. Oxford: Routledge.p.152.

(2) Totten, S. & Parsons, W.S. (2004). A Century of Genocide: Critical Essays and Eyewitness Accounts. Oxford: Routledge.p.153.

(3) Totten, S. & Bartrop, P.R. (2009). The Genocide Studies Reader. Paris: Lavoisier. P.211.

منهج البحث:

سيتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي والمقارن؛ إذ سيتبع المنهج الوصفي التحليلي من خلال بيان تعريف الإبادة الجماعية والنقد الموجه للتعريف ومدى الحاجة إلى تعديله، وسيتبع المنهج المقارن من خلال المقارنة بين الاتفاقيات الدولية المعنية التي أتت بتعريف جريمة الإبادة الجماعية، والنقد الموجه للتعريف الذي أتت به هذه الاتفاقيات.

الدراسات السابقة:

• دراسة بعنوان «الإبادة الجماعية في نظام المحكمة الجنائية الدولية»⁽⁴⁾، وقد تناولت الدراسة جريمة الإبادة الجماعية كجريمة موعلة في التاريخ، ودلت الدراسة على ذلك بما ورد في القرآن الكريم كنموذج لهذه الجريمة وتجريمها، وتحديداً في سورة البروج في «قصة أصحاب الأخدود» الذين أريدوا لأسباب دينية، وإن جريمة الإبادة الجماعية في نظام المحكمة الجنائية الدولية محرمة في السلم والحرب، وهي من جرائم القانون الدولي الجنائي. وقد خلصت الدراسة إلى أن نظام المحكمة الجنائية الدولية وضع لجريمة الإبادة الجماعية أحكاماً خاصة تتعلق بتجريم التحريض المباشر العلني على ارتكابها؛ حيث عد ذلك جريمة قائمة بذاتها، ولو لم تقع جريمة الإبادة الجماعية، كما بينت الدراسة حكم الشريعة الإسلامية من جريمة الإبادة الجماعية من خلال الأطروحات العلمية، والندوات والمؤتمرات الدولية، وفي المنظمات الدولية المعنية بهذه الجريمة، وأن الشريعة الإسلامية سباقة بتجريم هذا السلوك.

وأوصت الدراسة بأن تجعل المحكمة الجنائية الدولية الشريعة الإسلامية مصدرًا من مصادرها القانونية الأساسية، من خلال جهود الدول الإسلامية والعربية في إطار المحكمة، وأيضاً عدم قصر الحماية على الجماعات الموصوفة القومية، والإثنية، والعرقية، والدينية في جريمة الإبادة الجماعية، والتوسع فيها إلى الجماعات الإنسانية الأخرى، مثل الجماعات السياسية والثقافية والاجتماعية، والتطلع إلى انضمام وتصديق الدول الإسلامية والعربية التي لم تنضم إلى نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؛ كون هذا الانضمام لا يتعارض مع سيادتها على إقليمها؛ حيث إن نظام المحكمة الجنائية الدولية يقوم على مبدأ التكامل مع النظم القانونية الوطنية، فهو نظام مكمل وليس بديلاً لتلك النظم.

• دراسة بعنوان القصد الجنائي الخاص كسبب من أسباب قيام المسؤولية الجنائية الدولية لجريمة الإبادة الجماعية⁽⁵⁾، وقد تناولت الدراسة أسباب زيادة جريمة الإبادة الجماعية، وخلصت الدراسة إلى أن السبب في ذلك هو انتشار قوى عظمى في المجتمع الدولي تعلقوا على القانون الدولي، وأوصت الدراسة بضرورة التمسك باتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية لعام 1948م، والتعامل مع كافة أعضاء المجتمع الدولي على قدم المساواة، وإنشاء محاكم وهيئات -بعيداً عن التأثيرات السياسية- تعمل بالتنسيق مع المحكمة الجنائية الدولية، وذلك للحد من الانحياز للقوى العظمى في المجتمع الدولي، والهدف من هذه الهيئات هو مراقبة نزاهة الأحكام الصادرة

(4) تركي بن عبد الشرافي الدوسري، جريمة العدوان في ظل نظام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة الرياض، 2012م، ص 29.

(5) صبرينة العيفاوي: القصد الجنائي الخاص كسبب لقيام المسؤولية الجنائية الدولية في القانون الدولي الجنائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2012م، ص 89.

ومدى تنفيذ هذه الأحكام من الأطراف المعنية، وتوحيد كل المفاهيم الخاصة بجريمة الإبادة الجماعية، وذلك لتفادي وجود ثغرات قد يتخذها الجناة للإفلات من المسؤولية الجنائية.

ويتميز موضوع الدراسة الحالية عن سابقتها بتناول ومناقشة كافة الجهود المبذولة من قبل المجتمع الدولي، من خلال المواثيق الدولية؛ عن طريق عرض وتفسير كافة الاتفاقيات الدولية المختصة بجريمة الإبادة الجماعية والتطبيقات لكافة المحاكم الدولية، بالإضافة إلى ذلك سوف يتطرق الباحث إلى الجهود الوطنية من خلال التشريعات والمحاكم المختصة بذلك، مخالفاً بذلك معظم الدراسات التي تطرقت إلى الجهود الدولية فقط، دون ذكر الجهود الوطنية وتشريعاتها المختصة.

- دراسة بعنوان «دور المحاكم الجنائية الدولية الخاصة في تحديد جريمة الإبادة الجماعية والمعاقب عليها»⁽⁶⁾، وتناولت الدراسة جريمة الإبادة الجماعية؛ حيث اعتبرت أنها من الجرائم التي حظيت باهتمام المجتمع الدولي ولاسيما منظمة الأمم المتحدة التي دعت لمجموعة من الاتفاقيات التي جرمت ارتكاب أفعال إبادة الجنس البشري، وأهمها اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948م، وخلصت الدراسة إلى أنه لم تأخذ هذه الاتفاقية في تعريفها لجريمة الإبادة الجماعية بأن الإبادة الثقافية تمثل صورة من صور الإبادة الجماعية المعاقب عليها، على الرغم من أن الإبادة الثقافية لا تقل خطورة عن الصور التي تحدثت عنها الاتفاقية؛ حيث إن الإبادة الثقافية ستؤدي إلى فقد شخصية الجماعة المستهدفة وتدميرها كلياً أو جزئياً، وتوصلت الدراسة أيضاً إلى أنه لم يقتصر النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا، ولا النظام الأساسي لمحكمة رواندا، على المعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية، وإنما نص بتجريم التآمر على ارتكاب الإبادة الجماعية والتحريض المباشر والعلني على ارتكاب الإبادة الجماعية، والشروع والاشتراك في الإبادة الجماعية.

(6) حمد العبادي، دور المحاكم الجنائية الدولية الخاصة في تحديد جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، رسالة ماجستير، 2016م، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، مكان النشر غير محدد، 2016. صفحة 25.

المبحث الأول

تعريف الإبادة الجماعية والعوامل المسببة لها

لقد اجتذب نطاق جريمة الإبادة الجماعية وتعريفها ومفهومها اهتمام العديد من الباحثين؛ وذلك لأن أهمية الإبادة الجماعية قد ازدادت خلال السنوات القليلة الماضية، ويبدأ الاهتمام بالإبادة الجماعية بصياغة تعريف عملي، والذي يمكن أن يكون عملياً على المستويين النظري والعملي، إلا أن محاولة صياغة تعريف للإبادة الجماعية ليست عملية بسيطة على الإطلاق كما هو مفترض، وذلك لتعدد العوامل المسببة للإبادة الجماعية.

وسنعرض من خلال هذا المبحث تعريف الإبادة الجماعية والعوامل المسببة لها، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول

تعريف الإبادة الجماعية

المصطلح والتعريف

في عام 1943م ابتكر المحامي اليهودي (رافائيل ليمكين) مصطلح الإبادة الجماعية من خلال الجمع بين الكلمتين اليونانية (Genos) التي تعني القبيلة أو العرق، والكلمة اللاتينية (cide) التي تعني القتل، بعد أن شهد نتائج المحرقة وفقد جميع أفراد عائلته باستثنائه هو وشقيقه، وأكد الدكتور (رافائيل ليمكين) الاعتراف بالإبادة الجماعية كجريمة ضد الإنسانية بموجب القانون الدولي⁽⁷⁾؛ وقد عرّف الإبادة الجماعية بأنها: «تدمير مجموعة عرقية بشكل عام». ومن الملاحظ أنه قد لا تعني الإبادة الجماعية في الأساس التدمير الكامل والفوري لبلد ما، بغض النظر عما إذا كانت مصحوبة بقتل جماعي لجميع أعضاء البلد، وعلى ذلك تم الاعتراض على الإشارة إلى خطة منهجية لأفعال متميزة معارضة لتدمير الأسس الرئيسية لحياة الجماعات الوطنية بدافع تدمير الجماعات نفسها، وتهدف هذه الخطط إلى تفتيت الجماعات والمؤسسات السياسية والاجتماعية، واللغة والثقافة والدين والمشاعر القومية والوجود الاقتصادي لهذه المجموعات القومية، وهدم الحرية والأمن الشخصي والكرامة والصحة، وحتى الوجود الحي للأفراد الذين ينتمون إلى هذه الجماعات، وذكرت ذلك الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 96 لسنة 1946م، لذا فالإبادة الجماعية تعني: «إنكار حق وجود مجموعات بشرية كاملة»؛ لأن القتل يعني حرمان البشر من الحق في الحياة؛ مثل هذا الانتهاك للحق في الحياة الذي يحطم ضمير البشرية، كما أنه انتهاك للقانون الأخلاقي والقانون الطبيعي وكذلك لروح وأهداف الأمم المتحدة⁽⁸⁾. وأفسحت جهود الدكتور (ليمكين) الطريق أمام الأمم المتحدة لاعتماد اتفاقية بشأن الإبادة الجماعية في ديسمبر من العام 1948م؛ حيث تقدم المادة الثانية والمادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام 1948م التعريف القانوني لجريمة الإبادة الجماعية في القانون الدولي، كما تنص الاتفاقية على أن الإبادة الجماعية جريمة ضد الإنسانية، وهي جريمة بموجب القانون الدولي؛ سواء تم ارتكابها

(7) Ferreira, M. (2013). Genocide, and its Definition as the "Partial Elimination of a National Group". GSP, 8 (1), 5-19.

(8) Williams, S. (2013). A Defence of Raphael Lemkin's Definition of Genocide: To What Extent, If at All, Has the Definition of Genocide Developed Since Lemkin's Initial Conception of It? SSRN Electronic Journal. <http://doi.org/10.2139/ssrn.2358551>.

في زمن السلم أو أثناء الحرب.

تم تأكيد تعريف الإبادة الجماعية كجريمة بموجب القانون الدولي في الاجتماع الأول للجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1946م، بموجب قرار أعلن أنها جريمة، ولكن لم يتم تقديم التعريف القانوني لجريمة الإبادة الجماعية في أي مكان، وتم اعتماد اتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها في عام 1948م؛ حيث تم تعريف جريمة الإبادة الجماعية لأول مرة، كما تم اعتماد اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها في 9 ديسمبر 1948م من قبل الأمم المتحدة، ودخلت حيز التنفيذ في 12 يناير 1951م؛ إذ تتضمن تعريفًا معترفًا به دوليًا، وتم تضمينه أيضًا في التشريع الجنائي في العديد من البلدان⁽⁹⁾.

تشرح المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها عنصرين من مكونات جريمة الإبادة الجماعية⁽¹⁰⁾:

1. العنصر المعنوي، وهو يعني «نية التدمير الجزئي، أو الكلي لمجموعة قومية، أو إثنية، أو عرقية، أو دينية».

2. العنصر المادي، الذي يشمل جميع تلك الأفعال الخمسة الموضحة في الأقسام أ، ب، ج، د، هـ، وكما ذكر في الاتفاقية يجب أن يتضمن الفعل كلاً من هذه العناصر العقلية والمادية ليتيم تسميتها كجريمة إبادة جماعية.

تعرف المادة الثانية من اتفاقية الإبادة الجماعية (جريمة الإبادة الجماعية) على أنها جريمة الإبادة الجماعية بالمعنى المقصود في الاتفاقية الحالية، وتنص على أنه: «في هذه الاتفاقية تعني الإبادة الجماعية أيًا من الأفعال التالية المرتكبة على قصد التدمير الكلي، أو الجزئي لجماعة قومية، أو إثنية، أو عرقية، أو دينية، أو دنيّة، بصفتها هذه:

(أ) قتل أعضاء من الجماعة.

(ب) إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة.

(ج) إخضاع الجماعة، عمدًا، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كليًا أو جزئيًا.

(د) فرض تدابير تستهدف الحيلولة دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة.

(هـ) نقل أطفال من الجماعة، عنوة، إلى جماعة أخرى.»

وبموجب المادة الثالثة من اتفاقية الإبادة الجماعية، تم وضع خمسة أشكال من الإبادة الجماعية يعاقب عليها؛ حيث نصت تلك المادة على اعتبار الأفعال التالية أنها يجب أن يعاقب عليها بموجب هذه الاتفاقية:

(أ) الإبادة الجماعية.

(ب) التآمر على ارتكاب الإبادة الجماعية.

(9) De Waal, A. (2012). DEFINING GENOCIDE. RIOG, 34(1), 6-13.

(10) De Waal, A. (2005). DEFINING GENOCIDE. RIOG, 34(1), 6-13.

(ج) التحريض المباشر والعلني على ارتكاب الإبادة الجماعية.

(د) محاولة ارتكاب الإبادة الجماعية.

(هـ) الاشتراك في الإبادة الجماعية (11).

تضمنت الاتفاقية في مسودتها الأولى جريمة القتل السياسي، التي تم حذفها من المسودة بعد تسوية سياسية ودبلوماسية بعد اعتراضات من بعض الدول بما في ذلك الاتحاد السوفيتي (سابقاً)، وهو عضو دائم في مجلس الأمن، وقد كانت الدول الأخرى خائفة أيضاً من حقيقة أن إدراج الجماعات السياسية في نطاق التعريف سيؤدي إلى تدخل غير مرغوب فيه في السياسة الداخلية للدول، وقد أوضح مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة الغرض والهدف من الاتفاقية، وأن هذه الاتفاقية قد تم تبنيها بشكل أساسي للأغراض الإنسانية والحضارية، وهدفها هو حماية حياة مجموعات معينة من البشر وتوفير المبادئ الأساسية للأخلاق والإنسانية. عندما تم تبني هذه الاتفاقية بشأن الإبادة الجماعية، تم الإعلان عن أنها لا تنطبق فقط على أشكال الإبادة الجماعية الموجودة في ذلك الوقت فحسب، بل ستطبق أيضاً على أي من تلك الطرق التي قد تظهر في المستقبل مختلفة برأي أو مع هدف تدمير الوجود المادي للمجموعة، وأكدت ديباجة الاتفاقية أن الإبادة الجماعية قد شابت جميع فترات التاريخ، وأن الاعتراف بالمأسوي هو الذي يعطي مفهوم الإبادة الجماعية طابعه التطوري للتاريخ⁽¹²⁾. ويجب تفسير الاتفاقية بحسن نية ووفقاً للمعنى المحدد للمصطلحات الواردة فيها وفقاً لسياقها وللأهداف والأغراض التي من أجلها وضعت هذه الاتفاقية، علاوة على ذلك، يجب أن يتم فهم نص التعريف بطريقة تعطي سبباً ومعنى، ويمكن ربطهما أيضاً بكل كلمة في الاتفاقية، ومن الواجب عدم افتراض أي كلمة أو حكم على أنه غير ضروري، ما لم يصبح ذلك ضرورياً لتفعيل المصطلحات عند قراءتها ككل⁽¹³⁾.

ومن الجدير بالذكر أنه في عام 2007م أشارت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حكمها في قضية جورجيك ضد ألمانيا⁽¹⁴⁾ إلى أنه في عام 1992م تبني غالبية خبراء القانون وجهة النظر الضيقة التي كان القصد منها التدمير على النحو المنصوص عليه في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، والتي تعني أن الهدف هو التدمير البيولوجي والمادي لمجموعة ما، كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أشارت أيضاً إلى وجهة نظر أوسع قد اعتمدها أقلية من العلماء، فلم تعتبر هذه الوجهة من النظر أن التدمير البيولوجي والمادي ضروري لتحقيق جريمة الإبادة الجماعية؛ حيث يكفي لقيام الجريمة توافر النية على هدم جماعة عرقية أو قومية أو دينية، وفي نفس الحكم قامت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بمراجعة الأحكام الصادرة عن مختلف المحاكم الدولية والإقليمية، ووفقاً للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وقفت محكمة العدل الدولية جنباً إلى جنب مع المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، لتأخذ كلتا المحكمتين بالتفسير المحدود لتعريف الإبادة الجماعية، وعلى ذلك فالتدمير البيولوجي والمادي ضروري لفعل ما ليكون متوافقاً مع جريمة الإبادة الجماعية، كما رأت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. بخلاف المحاكم الألمانية التي اتخذت وجهة نظر أوسع في هذا الشأن.

(11) اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، 1951م.

(12) Bishop, W. (1951). Reservations to the Convention on Genocide. The American Journal of International Law, 45(3), 579.

(13) Jain, D. (2012). The Genocide Convention and Challenges to its Effective Application. SSRN Electronic Journal. <http://doi.org/10.2139/ssrn.2050892>.

(14) Nikolai Jorgi (No. 263) Bundesverfassungsgericht [2000] FCC, Fourth Chamber, Second Senate, 2 BvR 1290/99.

ومن الجدير بالذكر أنه على الرغم من وجود بعض القضايا التي تنظر في حالات الإبادة الجماعية سواء بموجب معاهدة أخرى، أو قوانين محلية للدول، إلا أنه لا توجد أي حالات حاولت فيها محاكم هذه الدول تحديد نوع الهمم الجماعي الذي يجب أن يكون الجاني قد استهدفه من أجل إدانته بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية⁽¹⁵⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أيضًا أن هذه العبارة ظلت جزئيًا أو كليًا موضع نقاش كبير بين علماء القانون الدولي، وقد وجدت المحكمة الدولية ليوغوسلافيا السابقة في قضية المدعي العام ضد (راديسلاف كرستيتش) (Prosecutor v. Radislav Krstic) أن الإبادة الجماعية قد تم ارتكابها بالفعل، وتناول الحكم عبارة «جزئيًا» في هذه القضية، ووجد أن الجزء يجب أن يكون جزءًا أساسيًا وحققيًا من تلك المجموعة، وأن الهدف والمغزى من اتفاقية الإبادة الجماعية هو منع التدمير المستهدف لجميع أعضاء الجماعات البشرية، وكذلك الجزء الذي يجب أن يكون مهمًا بدرجة كافية؛ بحيث يكون له تأثير على المجموعة ككل. كما تعمقت دائرة الاستئناف لهذه القضية في تفاصيل بعض القضايا الأخرى واقتراحات العلماء المحترمين بشأن اتفاقية الإبادة الجماعية لفهم كيفية توصلهم إلى الاستنتاج⁽¹⁶⁾، وذكر القضاة في الفقرة 12 أن تحديد متى يكون «الجزء» المستهدف مهمًا بدرجة كافية للوفاء بهذا الشرط قد يتضمن عددًا من النقاط، وأن المقياس العددي للفئة المستهدفة هو نقطة انطلاق ضرورية ومهمة، وإن لم يكن في جميع الحالات هو نقطة نهاية التحقيق، كما يجب تحديد عدد الأفراد المختارين ليس فقط بالأرقام الحقيقية، ولكن أيضًا بما يتناسب مع الحجم الحقيقي للمجموعة، وفيما يتعلق بحجم الجزء المختار، يمكن أن تكون أهميته داخل المجموعة مفيدة للنظر في الحقيقة، إذا كان جزء معين من المجموعة يمثل رمزًا للمجموعة بأكملها، أو كان حيويًا لوجودها، فقد يكون مدعومًا بشرط أن «الجزء» يتفق على كونه حقيقيًا ضمن المعنى.

وبموجب الفقرة 13، يشير القضاة أيضًا مسألة وصول الجناة إلى مجموعة الضحايا، وقدم التاريخ أمثلة على الإبادة الجماعية، التي توضح أيضًا أنه يجب فحص أسلوب سيطرة الجناة ونشاطهم وإمكانية وصولهم، إن هدف الهمم عندما يتبناه مجرم الإبادة الجماعية سيكون دائمًا مقيّدًا بالفرص الممنوحة له، فلن يقرر هذا الجزء فقط ما إذا كانت المجموعة المختارة جزءًا حقيقيًا من المجموعة⁽¹⁷⁾.

وقد أدانت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، لأول مرة، المدعو/ (جون باول أكاسيو)، رئيس بلدية تابا في رواندا، في 2 سبتمبر/ أيلول 1998م، وأدين (جون) بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية. وكانت هذه الحالة سابقة جديدة، والتي تعد أول موقف يشرح اتفاقية الإبادة الجماعية لعام 1951م، وقد ذكرت المحكمة أنه كان هناك هدف لهدم مجموعة التوتسي بالكامل، وحتى الأطفال حديثي الولادة لم يكونوا استثناءً، وفي نهاية عام 1998م، أدين ثلاثة أشخاص آخرين لارتكابهم جريمة الإبادة الجماعية، من بينهم رئيس وزراء رواندا السابق. وتعد هذه القضية أول حالة يتم فيها إدانة شخص بتهمة الإبادة على مستوى المحاكم الجنائية الدولية.

وفي أوروبا، تم عقد أول قضية إبادة جماعية في أغسطس/ آب 2001م؛ حيث أدين المدعو/ (راديسلاف كرستيتش)، وهو جنرال من صرب البوسنة، بتهمة الإبادة الجماعية عندما قتل ما يصل

(15) LeBlanc, L. (1984). The Intent to Destroy Groups in the Genocide Convention: The Proposed U.S. Understanding. The American Journal of International Law, 78(2), 369.

(16) Triffterer, O. (1999). Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such. Leiden Journal of International Law, 14 (2), 399-408.

(17) Gillett, M. The Call of Justice: Obligations Under the Genocide Convention to Cooperate with the International Criminal Court. SSRN Journal.

إلى 8000 مسلم في سريرينيتشا في عام 1995م، وقد قرر ملخص المحكمة أن القوات الصربية البوسنية عمدت إلى قتل جميع أفراد سريرينيتشا، وقد كان لديهم هدف واضح يتمثل في هدم كل الجالية البوسنية المسلمة التي تعيش في سريرينيتشا.

وفي عام 2001م، بدأت المحكمة مع الرئيس السابق لصربيا، (سلوبودان ميلوشيفيتش)، حيث تم اتهامه بالفعل بارتكاب جرائم ضد الإنسانية في البوسنة وكرواتيا وكوسوفو، وفي وقت لاحق أضيفت إلى هذه الاتهامات مزاعم أخرى بارتكاب جرائم إبادة جماعية، إلا أن الرئيس مات في عام 2006 قبل انتهاء المحاكمة.

وقد عرف أستاذ القانون الهولندي (بيتر إن دروست) مصطلح الإبادة الجماعية في عام 1959م بأنه التدمير المتعمد للحق في الحياة للأفراد بسبب كونهم أعضاء في أي مجموعة بشرية ما، وفي عام 1975م عرف عالم الاجتماع الأرميني (فاهاكن دادريان) الإبادة الجماعية بأنها ضربة ناجحة من قبل مجموعة قيادية تمنح بسلطة أو مع اعتراف كبير بموارد السلطة الكاملة، وذلك للتقليل إلى أدنى حد من استخدام الإكراه أو العنف ضد أفراد مجموعة أقلية المقصود اغتيالها بعد ذلك، ومن المفيد أن تكون مسؤولية تلك المجموعة القيادية نقطة مهمة للمساهمة في اتخاذ قرار الإبادة الجماعية.

وفي عام 1981م صرح الباحث في الإبادة الجماعية (ليو كوبر) بأنه سوف يدعم تعريف جريمة الإبادة الجماعية المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة، ولكن هذا لا يعني أنه يوافق على هذا التعريف؛ حيث إنه في المقابل يعتقد أن من ضمن العيوب الرئيسية لهذا التعريف هو إغفال إدراج الجماعات السياسية ضمن قائمة الجماعات المحمية من جريمة الإبادة الجماعية، وذلك لأنه في العصر الحديث تشكل الاختلافات في السياسة على الأقل أساساً لعمليات القتل والهدم؛ باعتبارها اختلافات عرقية أو قومية أو عرقية أو دينية، وحتى في هذه الحالة فإن الإبادة الجماعية التي ترتكب ضد الجماعات الإثنية أو القومية أو العرقية أو الدينية عادةً ما تكون نتيجة أو مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بنزاع سياسي، لذلك لا يرى (كوبر) أنه من المجدي وضع تعريفات جديدة لمصطلح الإبادة الجماعية في ظل وجود تعريف معترف به دولياً، ووجود اتفاقية الأمم المتحدة للإبادة الجماعية، والتي يمكن أن تصبح أساساً لفعل مناسب، مهما كان المفهوم الأساسي مقيداً، ولكن بما أن ذلك من شأنه أن يلغي التحليل لاستبعاد الجماعات السياسية، فإنه يجب أن يشير بحرية إلى أعمال التصفية أو الإبادة ضدهم⁽¹⁸⁾.

وفي الآونة الأخيرة؛ في عام 2007م، صرح عالم الاجتماع (مارتن شو) بأرائه في تعريف الإبادة الجماعية على أنها: «شكل من أشكال الاختلاف الاجتماعي العنيف، أو الحرب بين مجموعات القوة المسلحة التي لديها هدف، وهو تدمير الجماعات الاجتماعية المدنية، وتلك الجماعات وغيرها من الذين يقاومون هذا الدمار». إن تعريف أعمال الإبادة الجماعية كعمل هو: «أن تتعامل فيه مجموعات القوة المسلحة مع الجماعات المدنية والاجتماعية كأعداء، وتقرر هدم أصولها الاجتماعية المزعومة؛ عن طريق العنف والإكراه ضد الأشخاص الذين تعاملهم كأعضاء في هذه الجماعات»⁽¹⁹⁾.

(18) Hutten Bach, H. (2002). From the Editor: Towards a conceptual definition of Genocide. Journal Of Genocide Research, 4(2), 167-175.

(19) Shaw, M. (2007). The Order of Genocide. PPS, 5(03), 669.

المطلب الثاني

العوامل المسببة للإبادة الجماعية

لقد تم إيلاء اهتمام كبير لفهم العوامل التي تؤدي إلى الإبادة الجماعية، وقد تسبب ذلك في تبني الكثيرين مناهج نفسية تبرر أسباب الإبادة الجماعية؛ لأنه من خلال فهم العوامل المسببة للإبادة الجماعية، يمكن أن يمنعها القانون الدولي⁽²⁰⁾، وإن مثل هذه المساهمات تساعد لفهم أسباب الإبادة الجماعية مدفوعة بالحاجة إلى الكشف عن كيفية ارتكاب الأفراد لأعمال الإبادة الجماعية⁽²¹⁾، ويربط الكاتبان (ولف) و(هولسايزر) مثل هذا التحليل بالوقاية وتقييم المخاطر، مما يشير إلى أن «الخطر المتصاعد لإثارة العداة داخل مجموعة والموجه ضد أولئك الذين تم تعريفهم على أنهم» الآخرون» يمكن تقييمه من خلال فحص عدد لا يحصى من العوامل الكامنة وراء العنف الجماعي والإبادة الجماعية»، لذلك يجب أن يؤدي علم النفس دورًا في تحديد أسباب الإبادة الجماعية؛ لأنه من خلال تطبيق هذا النظام يمكن فهم مثل هذه القضايا بشكل أفضل، ومع ذلك فإن نطاق هذا التحليل ليس ضيقًا أو جامدًا، ويمكن أن يشمل التاريخ الثقافي والعوامل الاجتماعية والنفسية والشخصية، بالإضافة إلى العوامل الظرفية التي يمكن تقييمها بالرجوع إلى «السمات المميزة» مثل: «وصمة العار، التجرد من الإنسانية، حل الارتباط الأخلاقي، الإقصاء الأخلاقي، الإفلات من العقاب، تفاعل المتفرجين»⁽²²⁾.

جَدَّ اهتمام كبير بفهم كيفية انخراط الأفراد في أعمال الإبادة الجماعية التي تنطوي على التدمير العنيف لكائنات بشرية أخرى⁽²³⁾، وهكذا ينشأ الاتجاه الذي يمكن في ظله ملاحظة نزع الإنسانية وتبدد الشخصية، مما يسمح للأفراد بإبعاد أنفسهم عن السمات والخصائص التي تجعلهم بشرًا بالمعنى العام⁽²⁴⁾، أما في سياق التاريخ الثقافي، فقد لوحظ أن الثقافات العدوانية تميل إلى إبراز أنماط محددة؛ مثل اللجوء إلى العنف كطريقة معيارية لحل المشكلات⁽²⁵⁾، وهو الميل إلى عدم التسامح تجاه التنوع الثقافي و«الأيدولوجية الخاصة بالتفوق والتي تستند إلى تاريخ من التجريد من الإنسانية»⁽²⁶⁾، لذلك تم الاعتراف بأن مثل هذه الأنماط الموجودة في مجتمعات معينة يمكن أن تزيد بشكل كبير من احتمال وقوع الإبادة الجماعية⁽²⁷⁾، وقد وجد أيضًا أن مثل هذه الأنماط والعوامل الثقافية قد توجد أيضًا على مستوى ثقافي وطني واسع وعلى مستوى ثقافي محلي داخل منظمات أو مجموعات صغيرة⁽²⁸⁾، لذلك من المرجح أن تظهر عمليات الإبادة الجماعية في المجتمعات التي يكون فيها العنف والعدوان جانبًا طبيعيًا من جوانب الحياة اليومية⁽²⁹⁾.

تم توجيه الانتباه أيضًا إلى الاهتمام بمرتكبي جرائم الإبادة الجماعية، وذلك في محاولة لتحديد

(20) McDoom, O.S. (2012). 'The psychology of threat in intergroup conflict: emotions, rationality, and opportunity in the Rwandan genocide'. *International Security*, 37(2), 119-155.

(21) Waller, J. (2002). *Becoming Evil, How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*. New York: Oxford University Press.

(22) Woolf & Hulsizer, 2005: 101-102; Damaska, 2009.

(23) Clark, J.N. (2009). 'Genocide, war crimes and the conflict in Bosnia: Understanding the perpetrators'. *Journal of Genocide Research*, 11(4), 421-445.

(24) Savage, R. (2007). "Disease incarnate": Biopolitical discourse and genocidal dehumanisation in the age of modernity'. *Journal of Historical Sociology*, 20 (3), 404-440.

(25) Staub, E. (1989). *The roots of evil: The origins of genocide and other group violence*. Cambridge: Cambridge University Press.

(26) Woolf & Hulsizer, 2005: 102.

(27) Waller, J. (2002). *Becoming Evil, How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*. New York: Oxford University Press.

(28) Krieken, R. (1999). 'The barbarism of civilization: Cultural genocide and the 'stolen generations'. *British journal of sociology*, 50(2), 297-315.

(29) Krieken, R. (1999). 'The barbarism of civilization: Cultural genocide and the 'stolen generations'. *British journal of sociology*, 50(2), 297-315, 1989.

خصائصهم والعوامل التي تثير مثل هذا السلوك⁽³⁰⁾؛ على سبيل المثال، تتم دراسة هذه الحالة بالإشارة إلى واقعة الرجل الكمبودي (دوتش)، الذي أدين بالإبادة الجماعية خلال المحكمة الدولية الخاصة المكلفة بمحاكمة الخمير الحمر؛ حيث تم إجراء عدد من التقييمات النفسية والسريرية، وخلص إلى أنه لم يظهر أي علامات تدل على الجنون أو المرض العقلي أو اضطرابات الشخصية، ومع ذلك فقد أظهر توجهاً دقيقاً للغاية في العمل ودرجة من الاهتمام بالتفاصيل كانت أعلى من المتوسط⁽³¹⁾، وقد استنتج أولئك الذين قيموه أن دوافع سلوكه نحو الإبادة الجماعية كانت بسبب ارتباطه بجماعة معينة تغاضت عن أفعاله ووافقته بشكل مطلق على سلوكه⁽³²⁾. كان (دوتش) شخصاً عادياً بشكل نسبي، مما يدل على أن المرض العقلي أو السلوك النفسي المرضي ليسا الأسباب الوحيدة لسلوك الإبادة الجماعية، وقد يشمل أيضاً عدم وجود «خصائص شخصية مميزة»⁽³³⁾. لقد تم استخدام مثل هذه السمات السلوكية أيضاً لشرح سبب إطاعة أفراد معينين لأوامر الإبادة الجماعية، ولماذا قد لا يطيع آخرون، وتوضح دراسة ميلجرام (1963م) تأثير السلطة على السلوك البشري وفرض القسوة على الآخرين بأنه لن يطيع جميع الأفراد أوامر الإساءة وإلحاق الأذى على الأشخاص الأدنى منهم، ويشير هذا إلى أن «الأفراد العاديين» على ما يبدو يمكن أن يكونوا قادرين على الإبادة الجماعية؛ لأن «عددًا من العوامل الشخصية والاجتماعية والفرص وما إلى ذلك، تساهم في الظروف التي يشارك فيها الأفراد لانتهاك حقوق الإنسان»⁽³⁴⁾، وتشمل سمات الشخصية مستويات متزايدة من العدوان أعلى من الميول الاستبدادية الطبيعية، ودرجة عالية من النرجسية والهيمنة الاجتماعية، ويقال إن الهيمنة الاجتماعية قد تساهم بشكل خاص في ميول الإبادة الجماعية؛ حيث من المرجح أن يتصرف هؤلاء الأفراد بطريقة متحيزة تجاه الفئات المهشمة⁽³⁵⁾.

أما على المستوى الوطني للدول، فمن المرجح أن تؤدي عوامل مثل الافتقار إلى «المعلومات الاستخباراتية الجيدة» و«التبادل الحر للمعلومات الدبلوماسية»، مقترنة تلك العوامل بـ «اتجاه التهديد المتصور»، إلى الإبادة الجماعية⁽³⁶⁾. وإن الأنظمة السياسية والاجتماعية التي تتعرض لزعزعة الاستقرار تميل أيضاً إلى ممارسة الإبادة الجماعية؛ لأنها تنطوي على جماعات الكراهية التي تروج للسلوك السلبي والعنف تجاه الأقليات والجماعات العرقية الأخرى، ولقد أدى عدم الاستقرار تاريخياً إلى ظهور زعماء استبداديين، مما يساهم أيضاً في احتمال أن تنخرط الأمة في أنشطة الإبادة الجماعية⁽³⁷⁾، ويرجع هذا لأنه يمكنهم تضخيم أو تحويل بعض الظروف إلى «ثقافة متجانسة»⁽³⁸⁾.

إن التأثيرات والعوامل التي من شأنها أن تؤدي إلى جريمة الإبادة الجماعية لا يمكن استخدامها للقضاء على المفهوم القانوني للمسؤولية الجنائية الفردية، وهذا هو السبب في أن القانون الجنائي الدولي، كما سيثبت، موجه نحو محاكمة الأفراد الذين يرتكبون جريمة الإبادة الجماعية أو يشاركون فيها، هذا لا يعني أن الأسباب المذكورة أعلاه للإبادة الجماعية لم تكن معتمدة أو مقبولة من جانب

(30) Wilson, P. (2010). 'Do normal people commit genocide? Observations from the Cambodian Trial of "duch"'. *Psychiatry, psychology, and law*, 17(4), 495-502.

(31) Clegg, S., Pina e Cunha, M. & Rego, A. (2013). 'To the victors go the spoils! Distributed agencies, inhumanities, and the case of Comrade Duch of the Khmer Rouge' in FX de Vaujany & N Mitev (eds.), *Materiality and Space: Organizations, Artefacts and Practices*. Oxford: Palgrave Macmillan, 216-304.

(32) Wilson, P. (2010a). 'Observations of the Cambodian Trial of Duch'. *Current Issues Crim. Just.*, 22(4/73), 473-499.

(33) Wilson, P. (2010). 'Do normal people commit genocide? Observations from the Cambodian Trial of "duch"'. *Psychiatry, psychology, and law*, 17(4), 495-502.

(34) Wilson, P. (2010). 'Do normal people commit genocide? Observations from the Cambodian Trial of "duch"'. *Psychiatry, psychology, and law*, 17(4), 495-502.

(35) Straus, S. (2012). 'Destroy Them to Save Us': Theories of Genocide and the Logics of Political Violence'. *Terrorism and Political Violence*, 24(4), 544-560.

(36) Woolf & Hulsizer, 2005: 102.

(37) Semelin, J. (2013). *Purify and destroy: The political uses of massacre and genocide*. Columbia: Columbia University Press.

(38) Woolf & Hulsizer, 2005: 106.

المؤسسات القانونية الدولية، حتى المحكمة الجنائية الدولية، ومع ذلك فإن الدرجة التي ينبغي الاعتماد عليها مفتوحة للنقاش⁽³⁹⁾؛ على سبيل المثال، يقترح هذا النوع من الحجج المستندة على الشخصية «أن تكون محدودة بطبيعتها عند تطبيقها على الجرائم؛ مثل الإبادة الجماعية، التي تضم عددًا كبيرًا من الجناة»، من ناحية أخرى، يقترح (باوم)⁽⁴⁰⁾ أن العوامل النفسية الفردية ذات الصلة يجب أن تعطي على الأقل صلة بالحد الأدنى من حيث النضج العاطفي والنفسي للفرد المعني، وذلك لأن مرحلة التطور العاطفي والأخلاقي والنفسي للفرد يمكن استخدامها لتحديد دور ذلك الفرد المعني في الإبادة الجماعية، ويمكن تطبيق ذلك لتحديد ما إذا كان فرد معين قد شارك في الإبادة الجماعية كمتفرج أو منقذ أو مرتكب جريمة، كما اقترح (ديزاليا)⁽⁴¹⁾ أيضًا أن سلوك الإبادة الجماعية يمكن أن ينشأ من محاولة السعي إلى كسب الثروة، والموارد، والسلطة، وبالتالي فإن الأفراد سوف يفسرون سلوك المجموعة بطريقة معيارية.

يدفع التحليل أعلاه المرء إلى اعتبار أن الإبادة الجماعية ترتكب عادةً من خلال الفكر الجماعي، والذي يتم فرضه علاوةً على ذلك من خلال عقوبات داخل المجال الاجتماعي للفرد، وفي قضية (دوتش) - على سبيل المثال - ذكر المدعى عليه في أكثر من مناسبة أنه إذا لم ينخرط في مثل هذا السلوك في الإبادة الجماعية، فسيصبح الضحية على عكس الجاني⁽⁴²⁾. هذا يشير إلى أن العوامل التي تؤثر على الأفراد للانخراط في سلوك الإبادة الجماعية مستمدة من التأثيرات الفردية والاجتماعية بشكل أوسع، وقد ثبت أن هذا يمثل تحديًا للقانون الجنائي الدولي، لأن فرض المسؤولية على الأفراد ومقاضاتهم أمر واحد، واستهداف الأسباب الثقافية للإبادة الجماعية شيء آخر⁽⁴³⁾، ويشير التحليل بالفعل إلى أن العوامل السياسية والاجتماعية الأوسع لها تأثير أقوى بكثير على ارتكاب الإبادة الجماعية من العوامل الفردية⁽⁴⁴⁾. وهذا يوضح أن السعي لمنع الإبادة الجماعية يجب أن يكون موجّهًا نحو الحاجة إلى معالجة العوامل المنهجية في الأنظمة السياسية والاجتماعية ومنعها من الظهور، وفي هذا الصدد من المفارقات أن يتبنى القانون الجنائي الدولي نهجًا يستهدف الأفراد وليس الأنظمة أو الدول، ومع ذلك فمن الضروري النظر بالتفصيل في النهج الذي اعتمده القانون الجنائي الدولي تجاه الإبادة الجماعية، في محاولة لتحديد ما إذا كان يؤسس توازنًا مناسبًا بين فرض المسؤولية الفردية واستهداف الأنظمة السياسية التي تؤدي إلى الإبادة الجماعية.

(39) Clark, J.N. (2009). 'Genocide, war crimes and the conflict in Bosnia: Understanding the perpetrators. Journal of Genocide Research, 11(4), 421-445.

(40) باوم (2005) (40).

(41) ديزاليا (2009) (41).

(42) Elander, M. (2013). 'The victim's address: Expressivism and the victim at the extraordinary chambers in the courts of Cambodia'. International Journal of Transitional Justice, 7(1), 95-115.

(43) Bassiouni, M.C. (2011). Crimes against humanity: Historical evolution and contemporary application. Cambridge: Cambridge University Press.

(44) Semelin, J. (2013). Purify and destroy: The political uses of massacre and genocide. Columbia: Columbia University Press.

المبحث الثاني

الانتقادات الموجهة لتعريف جريمة الإبادة الجماعية

على الرغم من وجود تعريف رسمي محدد ومقبول في كل من المجالات الدولية⁽⁴⁵⁾؛ حيث يتعلق الأمر بتدمير مجموعة قومية أو عرقية معينة بهدف الإبادة، كما تعد «الأفعال المعنية موجهة ضد القدرات الفردية، ولكن كأعضاء في المجموعة الوطنية»، وبينما اعتبر في البداية أن الإبادة الجماعية يجب أن تكون على المستوى الوطني، إلا أنه تثبت أنه لا يمكن تقييدها ببساطة داخل الحدود الوطنية، لذلك وجهت بعض الانتقادات لتعريف جريمة الإبادة الجماعية.

وسنعرض من خلال هذا المبحث نقد تعريف الإبادة الجماعية، ومدى الحاجة إلى تعديله، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول

نقد تعريف الإبادة الجماعية

تم انتقاد تعريف مصطلح الإبادة الجماعية على النحو الوارد في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها مع مرور الوقت، ولكن ضمن هذا التعريف البسيط يوجد تشويش معقد في التعريفات القانونية، وقد أسفرت هذه التعريفات المتنوعة عن عدد من الآراء المتضاربة حول التعريف الدقيق للإبادة الجماعية؛ سواء كانت حركة قسرية أو قتلًا جماعيًا للناس، وتقدم المادة الثانية من اتفاقية الإبادة الجماعية التعريف القانوني لجريمة الإبادة الجماعية، كما يتم فرض واجب عام على الدول لمنع ومعاقبة الإبادة الجماعية بموجب الاتفاقيات، ومنذ اعتمادها تعرضت اتفاقية الأمم المتحدة لانتقادات من أماكن مختلفة، وخاصة من قبل الأشخاص المحبطين من فشلهم في تطبيقها على قضايا مختلفة⁽⁴⁶⁾.

إن حجة المنتقدين هي: أن التعريف ضيق للغاية، بينما وفقًا للآخرين يعد هذا نوعًا من تقلييل الشأن بسبب إساءة الاستخدام لهذا التعريف، كما يرى بعض المحللين أن تعريف الإبادة الجماعية ضيق للغاية لدرجة أنه لا يسمح بإدراج أي من أعمال القتل الجماعي التي ارتكبت منذ اعتماد الاتفاقية تحت هذا التعريف، ومع ذلك وبشكل عام، فإن الاعتراضات المختلفة التي أثرت بشكل متكرر ضد تعريف الإبادة الجماعية في الاتفاقية تشمل التالي:

- لقد استبعدت الاتفاقية الفئات السياسية والاجتماعية المستهدفة.
- يقتصر التعريف على الأفعال المباشرة ضد الناس، مع استبعاد تلك الأفعال المرتكبة ضد البيئة، والتي تساعد إما في الحفاظ عليها أو على تنوعها الثقافي.
- إن إثبات النية هو أمر بالغ الصعوبة.
- إن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة مترددة في فصل الأعضاء المخالفين أو التدخل لإزالة المخالفة، كما كان الحال في رواندا.

(45) Totten, S. & Parsons, W.S. (2004). A Century of Genocide: Critical Essays and Eyewitness Accounts. Oxford: Routledge.

(46) Gapotchenko, M. (2002). God, Gulliver, and Genocide: Barbarism and the European Imagination, 1492-1945. Essays In Criticism, 52(4), 347-355.

- لا يوجد جهاز من القانون الدولي يوضح المعايير الدقيقة للاتفاقية (ومع ذلك فإن هذه المعايير تتغير).

- الصعوبة تكمن في تعريف أو قياس العبارة «جزئياً»، وكذلك في إنشاء فكرة حول عدد القتلى نتيجة للإبادة الجماعية.

يبدو أن هذا التعريف للإبادة الجماعية قد فقد معناه وفقاً للسيد (ديستكسي)، فإن مصطلح الإبادة الجماعية قد أصبح جزءاً من التضخم اللفظي، كما هو الحال مع كلمة «فاشية»، وبالتالي فقد فقدت العبارة معناها الأصلي مع مرور الوقت وأصبحت شائعة (47).

على سبيل المثال، يشار أيضاً إلى الإبادة الجماعية بأنها استرقاق؛ حيث كانت ترتيباً للتدمير بدلاً من التخلص من الحياة، ثم في جمهورية الكونغو الديمقراطية في عام 2004م، استولى أحد القادة المتمردين على بلدة (بوكافو)، وقيل عنه إنه فعل ذلك لمنع الإبادة الجماعية، وقد اكتشف لاحقاً أن أقل من 100 شخص قد لقوا حتفهم.

إن التعريف القانوني للإبادة الجماعية المنصوص عليه في اتفاقية الإبادة الجماعية قد استبعد الجماعات الاجتماعية والسياسية، وبالتالي تم انتقاده في هذه النقطة من قبل بعض علماء الاجتماع والمؤرخين في هذا الصدد؛ على سبيل المثال في كتاب «الغزو السوفيتي» الذي قدمه (محمد كاكار) وأيضاً في الرد الأفغاني، قيل إن التعريف الدولي للإبادة الجماعية ضيق للغاية ومقيد، وإن الجماعات السياسية أو أي مجموعة أخرى، والتي تم تعريفها من قبل ينبغي إدراج الجاني بها، وقد تم الاستشهاد به من قبل (تسالك وجوناسون): أن الإبادة الجماعية هي نوع من أنواع المذابح من جانب واحد، يكون فيها لدولة أو سلطة أخرى نية تدمير تلك الجماعة، والتي تم تحديد المجموعة والعضوية فيها من قبل الجاني، على الرغم من وجود العديد من التعريفات للمصطلح، فقد ذكر (آدم جونز) أن غالبية علماء الإبادة الجماعية يعتبرون أن نية التدمير هي الشرط الأساسي لوصف أي فعل بأنه إبادة جماعية، وأنه من المقبول تدريجياً أن الحد الأدنى من المعايير لإدراج أي عمل في تعريف الإبادة الجماعية هو التدمير المادي.

وقد عرّف (تيد جور) و(باربرا هارف) الإبادة الجماعية بأنها: تعزيز وتنفيذ سياسات أمة أو وكلائها، والنتيجة هي موت جزء كبير من الجماعة، ولا سيما عندما يتم تعريف الجماعات المستغلة بشكل أساسي من حيث سماتهم وخصائصهم المجتمعية؛ أي الدين أو العرق أو الجنسية، لقد تم التمييز بين الإبادة الجماعية وتسييسها من قبل (هارف) و(جور)؛ من خلال الخصائص التي على أساسها تعترف الدولة بأعضاء المجموعة، وذلك لأنه في عمليات الإبادة الجماعية، يتم تعريف الجماعات المستغلة أساساً من حيث سماتها وخصائصها المجتمعية؛ أي الدين أو العرق أو الجنسية، وفي حالة التسييس يتم تعريف الجماعات المستغلة بشكل أساسي؛ إما من حيث موقعها الهرمي أو معارضتها السياسية للنظام والجماعات المهيمنة، ووفقاً (لدانيال دي بولسي) و(دون كيتس جونيور)، فإن التمييز الذي قدمه (هارف) بين الإبادة الجماعية والإبادة يتبعهما، والذي وصفه بأنها نوبات مؤقتة من قبل الجماهير، والتي غالباً ما تتجاهلها السلطات، ونادراً ما تستمر، ويضيف (هارف) أنه حتى إذا استمر العنف لفترة طويلة من الزمن، فإن التمييز بين التواطؤ والإدانة قد بدأ في الانهيار.

(47) Finkel, E., & Straus, S. (2012). Macro, Meso, and Micro Research on Genocide: Gains, Shortcomings, and Future Areas of Inquiry. *Genocide Studies and Prevention*, 7(1), 56-67.

ويقول (آر جي روميل) أنه يمكن اعتبار أن للإبادة الجماعية معاني مختلفة؛ منها: أولاً، المعنى المعتاد والعادي، وهو القتل الذي تقوم به الحكومة للأشخاص بسبب انتمائهم العرقي أو الإثني أو الديني أو القومي، ثانياً، التعريف القانوني للإبادة الجماعية، والذي يشير إلى الاتفاقية الدولية المتعلقة بالإبادة الجماعية، والتي تتضمن اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، كما يشمل هذا التعريف أيضاً صوراً من عدم القتل؛ مثل منع الإنجاب، أو النقل القسري للأطفال من فئة إلى أخرى، وفي نهاية المطاف إلغاء المجموعة بأكملها. إن المعنى المعتاد للإبادة الجماعية مشابه تماماً للمعنى العادي، باستثناء أنه يشمل أيضاً القتل العمد إلى جانب قتل المعارضين السياسيين للحكومة.

وقد سلط (أدريان غالغر) في تعريفه للإبادة الجماعية الضوء على إمكانية قيام الجهات الحكومية وغير الحكومية بارتكاب جريمة إبادة جماعية في القرن الحادي والعشرين؛ فعلى سبيل المثال يتم الحصول على أسلحة الدمار الشامل من قبل الدول الفاشلة والجهات الفاعلة غير التابعة للدولة، ونص تعريفه على أنه كلما كان مصدر القوة الجماعية، تستخدم الدولة عمومًا سلطتها بقصد تنفيذ عملية تدمير لإهلاك جماعة، والتي تم تحديدها من قبل الجاني، إما جزئياً أو كلياً، اعتماداً على حجم المجموعة، وركز هذا التعريف على النية والتفسير متعدد الأبعاد للتدمير، ووسع تعريف هوية المجموعة إلى ما هو أبعد من تعريف 1948م، لكنه لا يزال يزعم بأن جزءاً كبيراً من المجموعة يجب تدميره قبل أن يتم استدعاؤها وتصنيفها على أنها إبادة جماعية.

تلقت استجابة المجتمع الدولي بالنسبة للإبادة الجماعية في رواندا انتقادات قوية، مفادها بأنها كانت أكثر تفاعلية وليست استباقية، وقد طور المجتمع الدولي آلية لمحاكمة مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية، لكنها لم تطور الإرادة أو أي من الآليات للتدخل أثناء وقوع الإبادة الجماعية، ولقد أشار النقاد إلى الصراع في دارفور إلى أنه بعد النزاع إذا تمت إدانة أي شخص بارتكاب جريمة إبادة جماعية من خلال المحاكمات المرفوعة أمام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة أو المحكمة الجنائية الدولية، فسيتم تأكيد هذا التصور.

هل هذا التعريف للإبادة الجماعية كافٍ لمنع أو الحد من جريمة الإبادة الجماعية؟

بالرغم من وجود هذا التعريف في الاتفاقية، إلا أنه في أوائل التسعينيات وقعت مثل هذه الجرائم عدة مرات خلف ستائر أوروبا المتحضرة؛ حيث تم احتجاز المسلمين من قبل الصرب في معسكرات الاعتقال، والتي تشبه إلى حد كبير معسكرات الاعتقال النازية، ثم ليس من السهل كبح ووقف واستئصال الإبادة الجماعية كما كان يعتقد في الأصل، ويرجع ذلك إلى أن إحدى القضايا الرئيسية فيما يتعلق بمنع الإبادة الجماعية هي غياب أي تعريف لها⁽⁴⁸⁾.

ومع ذلك، فلا يخلو هذا التعريف من بعض العيوب: أولاً، كما اقترح (تسالك وجوناسون)، فقد تم تطبيق مصطلح الإبادة الجماعية على نطاق واسع على عدد من المواقف غير المتصلة، ويبدو أن هذا النوع من الفوضى هو نتيجة للعناصر المادية المحددة واسعة التعريف للمصطلح في الاتفاقية، وتتكون العناصر من (أ) إلى (هـ) من مزيج من الأفعال المميّنة وغير المميّنة، مما يسمح للعديد من الأفراد بمعارضة أفعال معينة (على سبيل المثال، فيما يتعلق بحظر دين أو لغة معينة، والاستيعاب

(48) Shaw, M. (2007). The Order of Genocide. PPS, 5(03), 669.

الثقافي، و تحديد النسل، وما إلى ذلك) لغرض الاحتجاج باتفاقية الإبادة الجماعية؛ مثال آخر على ذلك، يشير العديد من الأشخاص إلى أن سياسة الطفل الواحد في الصين هي إبادة جماعية؛ لأنها تضع قيودًا قد تؤدي إلى تقليل النمو السكاني لبعض شرائح معينة من المجموعات العرقية في الصين، ومع ذلك فمن الواضح أن الهدف الرئيسي للصين هو خفض معدل نمو عدد سكانها الضخم، وهنا يمكن الحديث عن النية وإثباتها، وهنا تكمن الصعوبة، وثمة نقطة أخرى هي أن (ج) و (هـ) تعكسان جزءًا من الإبادة العرقية في التعريف، وهو ما يرفضه العديد من العلماء. ثانيًا، هناك اعتقاد عام بأن التعريف الوارد في الاتفاقية لا يشمل سوى أربع مجموعات مشمولة بالحماية، ويزعم أن بعض الجماعات السياسية (الضحايا الرئيسيين منذ الحرب العالمية الثانية) يجب أن يتم إدراجهم أيضًا. ومن هذا السيناريو، يبدو أن مرتكبي الإبادة الجماعية التي تم ارتكابها في الحرب العالمية الثانية، كما تنبأ المندوبون الفرنسيون، حاولوا جعل الجماعات المحمية الأربعة ضحية لأسباب سياسية فقط⁽⁴⁹⁾.

لقد فشل التعريف الحالي في منع جريمة الإبادة الجماعية، ويبدو أن التعريف يستبعد المجالات المهمة لتحديد ومنع جريمة الإبادة الجماعية.

حالة عملية: الإبادة الجماعية في بوروندي

يمكن العثور على مثال بارز على الإبادة الجماعية والاستجابة القانونية الدولية لمثل هذا السلوك في حالة بوروندي؛ إن تاريخ بوروندي عامر بحالات الاضطرابات السياسية بسبب الطبيعة المتنوعة لسكانها من أصول عرقية مختلفة، وأدى تقسيم السكان (الهوتو) و(التوتسي) و(التوا) في بوروندي إلى تغذية الصراع على السلطة وما أسفر عنه من صراعات⁽⁵⁰⁾. كان النظام الملكي الأولي لبوروندي يعني أن محاولة الوصول إلى السلطة كانت محظورة بشدة، على الرغم من أن صعود الاستعمار كان بمثابة بداية «الجوع إلى السلطة»⁽⁵¹⁾، وقد فقدت الدولة شرعيتها حيث تأكلت الضوابط والتوازنات التي كانت قائمة قبل الاستعمار بسبب الاستخدام «الخام» لـ «سلطة الدولة المركزية... للدفاع عن الوضع الراهن»⁽⁵²⁾.

منذ استقلال بوروندي، نشأ هيكل سياسي طبقي وصلب في بوروندي سيطرت عليه مجموعة صغيرة نسبيًا من نخب (التوتسي)⁽⁵³⁾، ونشأ صراع الاستبعاد من محاولة الجماعات الخارجية الحصول على حصة من السلطة⁽⁵⁴⁾، والتي أدت إلى ولادة أيديولوجية (الهوتو)، التي تؤكد بأن (التوتسي) لا تحركهم سوى نية ارتكاب إبادة جماعية ضد (الهوتو)، والعكس صحيح؛ كانت النزاعات عادة تستهدف المواطنين، في حين أن الطبيعة المحافظة لثقافة بوروندي تعني أن الطاعة يمكن أن تتحقق بسهولة⁽⁵⁵⁾.

(49) CHALK, F. (1989). 'Genocide in the 20th Century'. *Holocaust And Genocide Studies*, 4(2), 149-160.

(50) Watt, N. (2008). *Burundi: Biography of a Small African Country*. Columbia: Columbia University Press.

(51) Berahino, C. (2011). 'Understand Obstacles to Peace in Burundi: Actors, Interests and Strategies' in M Baregu (ed), *Understanding Obstacles to Peace: Actors, Interests, and Strategies in Africa's Great Lakes Region*. New York: Fountain, 89-104: 39.

(52) Uvin, P. (2009). *Life After Violence: A People's Story of Burundi*. New York: Zed: 73.

(53) Lemarchand, R. (1996). *Ethnic Conflict and Genocide*. Cambridge: Cambridge University Press.

(54) Wilen, N. (2012). *Justifying Interventions in Africa: (de) Stabilising Sovereignty in Liberia, Burundi, and the Congo*. Oxford: Palgrave Macmillan.

(55) Watt, N. (2008). *Burundi: Biography of a Small African Country*. Columbia: Columbia University Press; Alusala, 2005.

إن تاريخ بوروندي حافل بالمذابح التي ارتكبت على الصعيد الوطني، والتي ارتكبت بشكل أساسي ضد الهوتو في أوائل السبعينيات من القرن الماضي، وقد نشأت الأزمة البوروندية الحديثة في أوائل التسعينيات عقب اغتيال رئيس (الهوتو) المنتخب، وقد أشعل هذا من جديد شرارة القتل الجماعي (للتوتسي) والقتل الجماعي من قبل الجيش (للهوتو) ردًا على ذلك؛ حيث استمر القتال على السلطة واندلعت الحرب الأهلية في المناطق الريفية، ولقد قيل إن السبب الحقيقي للوضع في بوروندي هو التلاعب السياسي بالجماعات العرقية البوروندية، وعدم المساواة في حصص الأراضي وعدم المساواة في الثروة⁽⁵⁶⁾. كما تم اقتراح أن بوروندي هي في الأساس دولة مفترسة تسببت في تطور دورة «الافتراس - التمرد - القمع⁽⁵⁷⁾». ومنذ عام 1993م ولاحقًا، بدأ المتطرفون (الهوتو) في السعي وراء السلطة من خلال الصراع المسلح، وكانت الحكومة البوروندية معادية للغاية لنشر قوات حفظ السلام في هذا الوقت، لأن التدخل كان يعتبر تهديدًا لهيمنة (التوتسي)⁽⁵⁸⁾.

كانت الاستجابة الأولى للإبادة الجماعية في بوروندي وقائية وإقليمية، وقد فرضت عدة دول في المنطقة المجاورة لبوروندي عقوبات مخصصة تهدف إلى معاقبة حكومة بوروندي، وفي الفترة بين عامي 1996م و1999م، تم انتهاك الحظر إلى حد كبير، وقد أثار هذا الوضع ردود فعل متباينة على نطاق المجتمع الدولي؛ حيث قامت فرنسا، على سبيل المثال، برفض المشاركة في الحظر على أساس أنها مبادرة أفريقية⁽⁵⁹⁾. وقد زعم الكثير بأن نظام العقوبات كان له «عواقب وخيمة على الوضع الإنساني في البلاد»؛ لأنه ركز بشكل أساسي على الأمن والشرعية وليس على الإنسانية⁽⁶⁰⁾، لكن الحكومة تفاوضت في نهاية المطاف.

عام 1998م تم التصديق على اتفاقيات (أروشا) التي أثارت بداية تشكيل نظام لتقاسم السلطة، ومع ذلك اشتدت الحرب بعد الاتفاق؛ حيث تمت إعادة تسليح الحكومة والمتمردين، مما جعلهم مستعدين لمزيد من الصراع والتضارب على السلطة، على الرغم من توقيع وقف إطلاق النار في عام 2002م، إلا أن القتال استمر نتيجة الاستفزاز العسكري، مؤكّدًا الحاجة إلى نشر قوات حفظ السلام في عام 2003م⁽⁶¹⁾.

لقد تحدى الوضع في بوروندي التعريف القانوني الدولي للإبادة الجماعية على النحو الوارد في اتفاقية الإبادة الجماعية، مما يتطلب إجراء تقييم للأحداث التي يمكن اعتبارها تقع في نطاق الاتفاقية، وكان هذا هو الحال بشكل خاص في سياق (الهوتو) و(التوتسي)، الذين كانوا يميلون إلى تبني تفسيرات مختلفة للإبادة الجماعية من أجل إنكار أو تبرير أفعالهم⁽⁶²⁾. يوضح هذا المشكلات التي تنشأ في محاولة تطبيق تعريف دولي للإبادة الجماعية عبر دول متميزة ثقافيًا واجتماعيًا، وتوضح بوروندي تجليات مثل هذه المشاكل؛ حيث لم يكن واضحًا تمامًا ما إذا كان يمكن القول إن الأحداث تدل على الإبادة الجماعية أو مجرد سلسلة من نوبات الغضب.

على الرغم من أن الوضع في بوروندي لا يمكن اعتباره مناسبًا تمامًا للتعريف القانوني النموذجي

(56) Jackson, S. (2006). The United Nations Operation in Burundi (ONUB) – Political and Strategic Lessons Learned. London: Peacekeeping and Best Practice.

(57) Ngaruko, F., & Nkurunziza, J.D. (2000). 'An economic interpretation of conflict in Burundi'. Journal of African economies, 9(3), 370-409; Daley, 2007.

(58) Wilen, N. (2012). Justifying Interventions in Africa: (de) Stabilising Sovereignty in Liberia, Burundi, and the Congo. Oxford: Palgrave Macmillan.

(59) Daley, P. (2007). 'The Burundi Peace Negotiations: An African Experience of Peace-making'. Review of African Political Economy, 34(112), 333-352.

(60) Wilen, N. (2012). Justifying Interventions in Africa: (de) Stabilising Sovereignty in Liberia, Burundi, and the Congo. Oxford: Palgrave Macmillan: 75.

(61) Jackson, S. (2006). The United Nations Operation in Burundi (ONUB) – Political and Strategic Lessons Learned. London: Peacekeeping and Best Practice.

(62) Lemarchand, R. (2009). The Dynamics of Violence in central Africa. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

للإبادة الجماعية، فقد أكدت الأمم المتحدة أنه يمكن مع ذلك تعريفها على أنها إبادة جماعية؛ لأنه تم استيفاء «نية التدمير» العنصر الذي تنص عليه المادة الثانية من اتفاقية الإبادة الجماعية، كما علقت الأمم المتحدة على أهمية الطبيعة المخطط لها، فضلاً عن حجم عمليات القتل في تبرير تعريفها على أنها إبادة جماعية⁽⁶³⁾، والحقيقة أن التخطيط لها يعني أنه يمكن تمييزها عن التطهير العرقي والقتل الجماعي.

هناك عوامل أخرى تعطي عددًا من الأدلة التي تشير إلى الأفعال التي تشكل إبادة جماعية، وقد سمح ذلك أيضًا بتوضيح نطاق تعريف الإبادة الجماعية؛ فعلى سبيل المثال، ساهمت حقيقة أن قتل قبيلة (الهوتو) كان بسبب وضعهم على أنهم من أفراد من (الهوتو)، وذلك في استنتاج أن عمليات القتل كانت إبادة جماعية، كما تم تأكيد النية في ارتكاب الإبادة الجماعية من خلال حقيقة أن عمليات القتل الجماعي (للهوتو) أعقبها السلام، مما يوحي بأن القضاء على (الهوتو) كان الدافع الوحيد لعمليات القتل، ولا يزال (التوتسي) ينكرون وقوع إبادة جماعية، بحجة أنهم قتلوا (الهوتو) لمجرد حماية قبيلة (التوتسي)، وقد عرّف آخرون الأحداث في بوروندي على أنها «أزمة» لأن كلا من (الهوتو) و(التوتسي) قتلوا، وعلى الرغم من أن هذا قد دفع الآخرين إلى الاستنتاج بأن الوضع كان حالة إبادة جماعية مزدوجة⁽⁶⁴⁾.

ومن الجدير بالذكر أن اتفاقية الإبادة الجماعية هي أحد الأحكام الدولية الأساسية التي تتناول جريمة الإبادة الجماعية، تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1948م، وقد حددت الاتفاقية معيارًا مرجعيًا لحماية حقوق الإنسان من خلال تقنين الحق في الحياة رسميًا، والحاجة إلى حماية الأقليات الدينية والإثنية والقومية والعرقية، كما شكلت، وأنشأت، وحددت هذه الاتفاقية مفاهيم أولية لمنع الإبادة الجماعية ومقاضاة مرتكبيها⁽⁶⁵⁾.

وهكذا، فقد تم الاعتراف رسميًا بالإبادة الجماعية باعتبارها جريمة دولية، على الرغم من أن الاتفاقية وضعت أيضًا الجرائم ضد الإنسانية على سلم التسلسل الهرمي، واستبعدت الإبادة الجماعية الثقافية من تعريف الإبادة الجماعية، وألغت حماية الجماعات السياسية من الملاحقة القضائية⁽⁶⁶⁾، ولقد كان الأساس المنطقي لإزالة هذه القيود في نهاية المطاف يستند إلى فكرة أن كلا من الاتفاقية وقدرتها على استهداف مثل هذا السلوك سيتم إحباطها إذا تعرضت لمثل هذه الاستثناءات⁽⁶⁷⁾، وعلى الرغم من هذه التطورات، فإن الاتفاقية لم تغلّت من النقد، على أساس أنها أصبحت غير فعالة بشكل متزايد لأنها تجسد فهمًا نظريًا للإبادة الجماعية يصعب وضعه موضع التنفيذ⁽⁶⁸⁾، ومع ذلك فهناك نقاش حول فعالية الاتفاقية، وهو نقاش يستحق الدراسة لتحديد ما إذا كانت الانتقادات أو دعم نهجها أكثر إقناعًا، ويتعلق هذا النقاش بالادعاء بأن الاتفاقية قد تطورت جنبًا إلى جنب مع تطورات القانون الجنائي الدولي، وأن الانتقاد الذي مفاده أن مصطلح الإبادة الجماعية قد أصبح ميسيًا، قد يحبط الأهداف العامة للاتفاقية وتأثيرها.

(63) Lemarchand, R. (2009). The Dynamics of Violence in central Africa. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

(64) Watt, N. (2008). Burundi: Biography of a Small African Country. Columbia: Columbia University Press: x.

(65) Schabas, W.A. (2012). 'Genocide and Crimes against Humanity: Clarifying the Relationship' in HG van der Wilt, J Vervliet & GK Sluiter (eds), The Genocide Convention: The Legacy of 60 Years. Netherlands: Martinus Nijhoff, 3-14.

(66) Shaw, M.N. (2008). International Law. Cambridge: Cambridge University Press.

(67) Schwarzenberger, G. (1957). International Law, Vol. 1. 3rd edn, London: Stevens & Sons.

(68) Chuter, D. (2003). War Crimes: Confronting Atrocity in the Modern World. New York: Lynne Rienner; Kitzrie, N.N., Hentz, J.M., Fisher, A. & Newell, K. (2015). International Crimes and Punishments. London: Kluwer.

في قضية الأنشطة المسلحة في رواندا (69)، جاء في حكم محكمة العدل الدولية رقم (227/99) أن حظر الإبادة الجماعية هو قاعدة أمرة تشكل جزءًا من القانون الدولي العرفي، ولقد حظي هذا الحكم بتأييد واسع النطاق، ولا سيما أنه يوضح «العلاقة الموضوعية» بين «معايير» الدول و«المبادئ الأخلاقية» (70). وتم تقنين هذه القاعدة في اتفاقية الإبادة الجماعية، التي قدمت إرشادات أكثر تفصيلاً حول كيفية التعامل مع مفاهيم المسؤولية الجنائية والنية الإجرامية للإبادة الجماعية وتعريفها، وكان للاتفاقية في هذا الصدد تأثير كبير على الطريقة التي فسّر بها المجتمع الدولي وطبق قاعدة القواعد الأمرة في سياق الإدانة والعقاب والمنع.

فيما يتعلق بمسؤولية الدولة عن الإبادة الجماعية فإن الاتفاقية غامضة إلى حد ما، وذلك لأن مصطلحات الاتفاقية تركز بشكل رئيسي على مقاضاة الأفراد، وبموجب المادة (6) من الاتفاقية، يطلب من الدول فقط تنفيذ التشريعات اللازمة ضمن إطار أنظمتها القانونية الوطنية من أجل معاقبة جريمة الإبادة الجماعية داخل أراضيها، كما أن الدول الأعضاء مطالبة بالمشاركة في منع الإبادة الجماعية، على الرغم من أنه من غير الواضح بشكل عام ما إذا كان هذا يفرض التزامًا بمنع الإبادة الجماعية خارج أراضيها، في حين قد تكون الدول مسؤولة عن عدم وفائها بهذه الالتزامات، فإن الاتفاقية لا تحدد على وجه التحديد مسؤولية الدولة فيما يتعلق بدورها في ارتكاب الإبادة الجماعية (71). هذا الجانب من الاتفاقية كان محلًا للنقاش الذي دار أثناء صياغتها؛ حيث فضلت بعض الدول مثل فرنسا والولايات المتحدة التركيز على المسؤولية الفردية دون الدولة، في حين أن دولًا أخرى مثل المملكة المتحدة علقت أهمية أكبر على مساءلة الدولة (72).

يقع على عاتق محكمة العدل الدولية تحديد متى يمكن تحميل الدولة المسؤولية بموجب الاتفاقية عن الفشل في منع الإبادة الجماعية؛ ففي قضية الإبادة الجماعية البوسنية (البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود)، قررت المحكمة أنه يمكن فرض مسؤولية الدولة إذا كان من الممكن العثور على «ازدواجية المسؤولية» بموجب القانون الجنائي الدولي (73)، وهذا يوضح اعتراف المحكمة بإمكانية فرض كل من مسؤولية الدولة والمسؤولية الجنائية الفردية فيما يتعلق بأفعال الإبادة الجماعية نفسها، بصرف النظر عما إذا كانت مسؤولية الدولة تتضمن عنصرًا من عناصر الجريمة. وتتطوي الاتفاقية بشكل خاص على واجب صريح بالامتناع عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، مما يشير إلى أن الدول لن تتحمل سوى المسؤولية عن الفشل في منع الإبادة الجماعية (74). لذلك، يركز نص الاتفاقية بوضوح على المسؤولية الجنائية الفردية، مما يشير إلى أنها موجهة بشكل أوثق نحو القانون الجنائي الدولي أكثر من قانون حقوق الإنسان الذي يطبق بشكل عام على أساس جماعي وليس فردي، علاوة على ذلك، عرضت على المحاكم المختصة (75) الحاجة إلى تحديد النية الإجرامية للإبادة الجماعية، وتحديدًا من أجل تحديد المسؤولية الجنائية، مما يشير إلى أن هناك عنصرًا يتعلق بسياسة جهة فاعلة من غير الدول أو الجهات الفاعلة غير الحكومية.

(69) DRC v Rwanda [2006] ICJ Judgment Communication 227/99.

(70) Lepad, B.D. (2010). Customary International Law: A New Theory with Practical Applications. Cambridge: Cambridge University Press.

(71) Kittrie, N.N., Hentz, J.M., Fisher, A. & Newell, K. (2015). International Crimes and Punishments. London: Kluwer.

(72) Schabas, W.A. (2000). Genocide in International Law: The Crimes of Crimes. Cambridge: Cambridge University Press.

(73) محكمة العدل الدولية [2007]، الفقرة 170.

(74) Simma, B. (2010). 'Genocide and the International Court of Justice' in C Safferling & E Conze (eds.), The Genocide Convention Sixty Years after Its Adoption. The Hague: T.M.C. Asser Press, 98-154; Bassiouni, M.C. (2011). Crimes against humanity: Historical evolution and contemporary application. Cambridge: Cambridge University Press.

(75) Verdirame, G. (2000). The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. International & Comparative Law Quarterly, 49(03).

لا جدال في أن مناقشة وتعريف الإبادة الجماعية بموجب القانون الجنائي الدولي يخلقان الحاجة إلى تحديد العناصر الضرورية لفرض المسؤولية أو المساءلة، كما يمكن تأكيد الإبادة الجماعية في القانون الجنائي في المقام الأول بالرجوع إلى التطابق بين العناصر المادية والمعنوية للجريمة، بدلاً من مجرد ارتكاب جرائم قتل على نطاق واسع⁽⁷⁶⁾، لذلك من المهم أن يثبت عنصر النية الإجرامية في الإبادة الجماعية بموجب الاتفاقية، وأن أفعال الجاني تكون مدفوعة بـ «نية التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية» (المادة 2)، وفي سياق النية العادية فإن حقيقة كون الضحية عضواً في مجموعة معينة وأن هذه العضوية غدت سبب القتل تعتبر ذات صلة؛ لأنها تفسر على أنها تطهير عرقي⁽⁷⁷⁾.

تم تعريف مفهوم القصد الجنائي الخاص بشكل أكثر وضوحاً في قضية (جان بول أكاييسو) في رواندا⁽⁷⁸⁾، مما سمح فعلياً بتمييزها بشكل أوضح عن باقي الجرائم ضد الإنسانية، وقد أدى ذلك إلى اتباع نهج مزدوج للقصد الجنائي الخاص: الأول، التفسير القائم على المعرفة، يستلزم أن يكون الجاني قد قتل الضحية لأغراض تحديد هوية المجموعة التي ينتمي إليها، وينشأ هذا التفسير عندما إمكانية تأكيد الوعي بحدوث إبادة جماعية وأن الفعل يساهم في تحقيق هذا الهدف النهائي، ويعتبر التفسير القائم على القصد أكثر تقييداً إلى حد كبير، ويتطلب أن يكون الفعل قد ارتكب بهدف محدد هو الإبادة الجماعية، مما يسمح بالتمييز بين المحرض والجاني⁽⁷⁹⁾. وتوضح هذه المقاربات المميزة أنه يمكن اعتبار الإبادة الجماعية جريمة منهجية أو جريمة كراهية بشكل واضح⁽⁸⁰⁾.

مؤخراً، أدت الأساليب الحديثة المستخدمة في جرائم الإبادة الجماعية إلى حدوث مشاكل؛ حيث واجهت المحاكم المختصة صعوبات عند السعي إلى تفسير مفهوم النية الخاصة أو القصد الجنائي الخاص، ويمكن ملاحظة ذلك بوضوح في أحكامها المتعلقة بالإبادة الجماعية في قضيتي رواندا ويوغوسلافيا؛ ففي قضية المدعي العام ضد (بليستش)⁽⁸¹⁾ على سبيل المثال، كان من الضروري اعتماد تفسير قائم على المعرفة من أجل إثبات جريمة الإبادة الجماعية، وهذا النهج سياتي إلى حد كبير، وقد قيل إن مثل هذا النهج قد يكون قاطعاً، وبالتالي ليس ضرورياً في الحالات التي تتضمن عمليات قتل أو إلحاق ضرر بدني⁽⁸²⁾. ومع ذلك، فإن تركيز المحاكم المختصة على العنصر الفردي بدلاً من العنصر المنهجي للجريمة من شأنه أن يعزز ميول الإبادة الجماعية إلى جرائم الإنسانية، الأمر الذي من شأنه أن يقوض الاتفاقية من خلال التسبب في تطور التسلسل الهرمي بين هذين النوعين من الجرائم.

وعلى الرغم من عدم الرغبة في مثل هذا النهج، إلا أنه كان هو الذي تفضله دوائر الاستئناف في المحاكمات الجنائية الدولية⁽⁸³⁾، ومع ذلك فإن هذا يسلط الضوء على مدى مرونة عناصر الإبادة الجماعية، التي تثبت بالإضافة إلى ذلك الأهمية التي تعلق على مدى خطورة أعمال الإبادة الجماعية،

(76) Shaw, M.N. (2008). International Law. Cambridge: Cambridge University Press.

(77) Simma, B. (2010). 'Genocide and the International Court of Justice' in C. Safferling & E. Conze (eds.), The Genocide Convention Sixty Years after Its Adoption. The Hague: T.M.C. Asser Press, 98-154.

(78) Prosecutor v Jean-Paul Akayesu [1998] ICTR-96-4-T.

(79) Marcus, J. (2012). 'Intent to Destroy: A Look at the Legal Ramifications of Intent in Genocide'. Undergraduate Transitional Justice Review, 3(1), 5-17.

(80) Kirsch, S. (2010). 'Distinguishing Macro Phenomena and Individual Misconduct' in The Genocide Convention Sixty Years after Its Adoption. C. Safferling & E. Conze (eds.), The Hague: T.M.C. Asser Press, 141-153.

(81) Prosecutor v Jelisić [1999] IT-95-10-T ICTY.

(82) Casse, A. (2010). 'The Policy Element of Genocide' in The Genocide Convention Sixty Years after Its Adoption. C. Safferling & E. Conze (eds.), The Hague: T.M.C. Asser Press, 133-141.

(83) Luban, D. (2006). 'Calling Genocide by Its Rightful Name: Lemkin's Word, Darfur, and the UN Report'. Chicago Journal of International Law, 7(1), 1-40.

بدلاً من التركيز على «الحالة الذهنية الدقيقة» لمرتكب الجريمة⁽⁸⁴⁾.

وأضاف نظام روما الأساسي إلى سياق المادة السادسة من اتفاقية الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها في محاولة للتغلب على نقاط الضعف والغموض المختلفة؛ على سبيل المثال، علق (مورينو كامبو)⁽⁸⁵⁾ على أن نظام روما الأساسي سعى إلى «إنهاء الإفلات من العقاب» على الجرائم الخطيرة مثل الإبادة الجماعية، و«المساهمة في منع مثل هذه الجرائم»؛ من خلال تيسير إنشاء نظام قانوني دولي أكثر قوة ومتانة، وعلى الرغم من أن نظام روما الأساسي يعكس تعريف الإبادة الجماعية على النحو الوارد في الاتفاقية، فقد طور بعض عناصر هذه الجريمة من أجل توضيح المعايير والمتطلبات التي يجب الوفاء بها. وربما كان نظام روما الأساسي هو الأكثر أهمية في تأكيد أهمية النية أو القصد الإجرامي، مقترحاً أنه ينبغي تطبيقه على أساس مخصص وفقاً للحقائق والظروف الخاصة بكل حالة⁽⁸⁶⁾.

يمكن القول بأن الاتفاقية ونظام روما الأساسي يعملان بطريقة متناغمة، ويزيدان من صلاحيات المحكمة الجنائية الدولية لاستهداف سلوك الإبادة الجماعية ومقاضاة مرتكبيه ومعاقبتهم. ويمكن تعريف الاتفاقية في هذا الصدد بأنها التزام إضافي مفروض على الدول للتعاون في التحقيق في الإبادة الجماعية وملاحقة مرتكبيها قضائياً⁽⁸⁷⁾.

وعلى الرغم من المشاكل التي تواجهها اتفاقية الإبادة الجماعية وأوجه ضعفها، إلا أنه يمكن الترحيب بها على أساس أنها لم تعطِ جريمة الإبادة الجماعية التي لم يتم تسميتها سابقاً اسماً فحسب، بل ألحقتها أيضاً بقاعدة دولية، ولقد تعرفلت أهداف الاتفاقية بشكل بارز بسبب مسألة التصديق؛ حيث أدى ذلك إلى جعل قضية مسؤولية الدولة غير واضحة، وبموجب الصياغة المخططة للاتفاقية، كان من الواضح أن الدول ملزمة بفعل أي شيء وكل شيء ممكن لمنع جريمة الإبادة الجماعية، ومع ذلك تفاوضت العديد من الدول على هذا العنصر، وأعدت ترسيخه كالتزام بفعل أي شيء تعتبره مناسباً لمنع الإبادة الجماعية؛ وقد أدى ذلك إلى إضعاف، إن لم يكن تآكل، المسؤولية المحتملة في التدخل في أراضي الدول الأخرى التي تحدث فيها الإبادة الجماعية⁽⁸⁸⁾، ومن الواضح أن الدول كانت مترددة في الخضوع لهذا الالتزام، وبالتالي فقد قيدت الأثر المحتمل للاتفاقية في دعوة الدول الأعضاء إلى التعاون لمنع الإبادة الجماعية.

لقد تسبب مصطلح الإبادة الجماعية منذ صياغته رسمياً بوصفه مصطلحاً قانونياً دولياً، في ظهور عدد من القضايا، ويتضح هذا بشكل خاص فيما يتعلق بالالتزام الدول بمنع الإبادة الجماعية، وكان من المخاوف أن يؤدي اكتشاف حدوث جريمة إبادة جماعية إلى فرض الضغط على الدول للتدخل في أراضي الدول الأخرى، ويتعلق هذا بالتأثير الأيديولوجي (الفكري) لمصطلح الإبادة الجماعية، فضلاً عن القناعات الأخلاقية التي يحملها⁽⁸⁹⁾. كما يمكن القول إن الاتفاقية قد فقدت بشكل عام معناها في خضم التطورات الاجتماعية والسياسية، وبالتالي فقد انخفضت الحماية الممنوحة للجماعات المستهدفة بالإبادة الجماعية تدريجياً. ومن ناحية أخرى، يمكن القول بأن الاتفاقية قد عززت تطوير

(84) Chuter, D. (2003). War Crimes: Confronting Atrocity in the Modern World. New York: Lynne Rienner: 84.

(85) مورينو كامبو (2012:27).

(86) Aydin, D. (2014). 'The Interpretation of Genocidal Intent under the Genocide Convention and the Jurisprudence of International Courts'. Journal of Criminal Law, 78(5), 423-441.

(87) Sluiter, G. (2010). 'Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the Al Bashir Case'. Journal of International Criminal Justice, 8(2), 365-382.

(88) Quigley, J. (2013). The Genocide Convention: An International Law Analysis. Harrington: Ashgate Publishing.

(89) Glanville, L. (2009). 'Is "genocide" still a powerful word?'. Journal of Genocide Research, 11(4), 467-486.

جريمة الإبادة الجماعية؛ من حيث دورها ومكانتها البارزة في القانون الجنائي الدولي، ويمكن العثور على مثال بارز على أوجه القصور بالاتفاقية في تطبيقها على الأحداث التي وقعت في كمبوديا بين عامي 1975م و 1979م، وقد دفعت الأحداث البعض إلى الاعتقاد بأن اتفاقية الإبادة الجماعية لا يمكنها الدفاع بشكل كامل عن ضحايا الإبادة الجماعية أو حمايتهم⁽⁹⁰⁾. فقد أدى نظام الخمير الحمر (الحزب السياسي الحاكم في كمبوديا آنذاك) في كمبوديا إلى مقتل ما يقرب من مليوني كمبودي⁽⁹¹⁾، في حين أنه قد يبدو بديهياً استنتاج أن عمليات القتل الجماعي يمكن تصنيفها على أنها إبادة جماعية، إلا أن هذا محل خلاف ومحل جدل؛ لأن عمليات القتل كانت مدفوعة بأهداف سياسية واجتماعية، وليس بعوامل قومية أو عرقية أو إثنية، وقد أدى هذا إلى انتقاد البعض لاتفاقية الإبادة الجماعية على أساس أنه لا يمكن تطبيقها قانونياً على الوضع في كمبوديا بسبب الطبيعة الطبقية والسياسية لعمليات القتل⁽⁹²⁾، وقد أبرزت هذه المشاكل الحاجة إلى توضيح نطاق جريمة الإبادة الجماعية وتعريفها وتطبيقها في القانون الجنائي الدولي.

(90) Kiernan, B. (2012). 'The Cambodian Genocide, 1975-1979' in S Totten & WS Parsons (eds.), Century of Genocide: Essays and Eyewitness Accounts. Oxon: Routledge, 317-354.

(91) Sadat, L.N. (2011). Forging a convention for crimes against humanity. Cambridge: Cambridge University Press.

(92) Kiernan, B. (2008). The Pol Pot regime: race, power, and genocide in Cambodia under the Khmer Rouge, 1975-79. New Haven, CT: Yale University Press.

المطلب الثاني

مدى الحاجة لتعديل مصطلح الإبادة الجماعية

في القرن الحادي والعشرين، هناك شعور بالحاجة إلى إعادة تعريف أو تعديل تعريف مصطلح «الإبادة الجماعية» المنصوص عليه في اتفاقية الأمم المتحدة لمنع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها؛ إذ تم انتقاد هذا التعريف للإبادة الجماعية من قبل العديد من العلماء مع مرور الوقت، (ورغم ما يربو على 70 عامًا على إقرار هذه الاتفاقية إلا أن الفقهاء يرون أنها فشلت)، وقد دخلت اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها حيز التنفيذ في عام 1951م، لكن العلماء يرون أنها فشلت في منع وقوع جريمة الإبادة الجماعية⁽⁹³⁾.

لقد انخرفت الأمم المتحدة في اتفاقية الإبادة الجماعية عن التعريف الأصلي للإبادة الجماعية الذي وصفه (رافائيل ليمكين)؛ حيث أبطت اتفاقية الإبادة الجماعية للأمم المتحدة الجماعات الثقافية والاقتصادية خارج تعريف الإبادة الجماعية في الاتفاقية؛ إذ إن الاتفاقية ركزت فقط على الأذى الجسدي، والذي كان وفقًا للجزء الأول من تعريف (ليمكين) الأصلي، ويقترح بعض الباحثين والمدافعين عن حقوق الإنسان أنه يجب استخدام المزيد من اللغة التفصيلية؛ لأن تعريف الأمم المتحدة ظل غير كافٍ لمكافحة الانتهاك المنهجي لحقوق الإنسان الذي يساوي جريمة الإبادة الجماعية، لذلك ولمنع الإبادة الجماعية، يجب تسمية أي قتل جماعي من قبل أي دولة أو أي سلطة أخرى بقصد تدمير جماعة مشبوهة أو أعضائها بالإبادة الجماعية بالمعنى المقصود في تعريف الإبادة الجماعية.

وفي الآونة الأخيرة، ردًا على قضايا الإبادة الجماعية الجديدة التي ترعاها الدولة، عملت محكمة العدل الدولية على توسيع نطاق ومعنى التعريف الأصلي للإبادة الجماعية، فقد أوصت المحكمة الدولية بإدراج الممارسات المعاصرة؛ مثل التطهير العرقي، والاعتصاب الجماعي، وأنماط الاختفاء القسري المتكررة الموجهة ضد الجماعات القومية، أو العرقية، أو الإثنية، أو الدينية. وإن قدرة المجتمع الدولي على اللجوء إلى المحاكم المختصة لمعالجة المسائل المتعلقة بالإبادة الجماعية وغيرها من الانتهاكات المنهجية ذات الصلة للقانون الدولي، قد تجلت بشكل جيد للغاية في المحاكمات الجارية بشأن جرائم الإبادة الجماعية في قضيتي رواندا ويوغوسلافيا السابقة؛ حيث كان الأفراد متهمين بجريمة الإبادة الجماعية على أساس أن مثل هذه الانتهاكات للقوانين الدولية تهدد السلم والأمن الدوليين. ومع ذلك، ووفقًا لمخطط (ليمكين) الأصلي، كانت الإبادة الجماعية جريمة دولية، يمكن بل ويجب أن تحاكمها المحاكم الوطنية للدول التي ارتكبت فيها مثل تلك الإبادة الجماعية، وإن دور الهيئات المحلية والدولية على حد سواء هو دور حيوي في مكافحة جريمة الإبادة الجماعية؛ حيث قامت كل من كندا والولايات المتحدة بمقاضاة الإبادة الجماعية في المحاكم المحلية لدولهم، معتمدين بشكل كامل على سلطاتهم المحلية والدولية⁽⁹⁴⁾.

لقد لاحظ العديد من المراقبين أنه تم التوصل إلى حل وسط خلف الكواليس أثناء المؤتمر بهدف استبعاد الجماعات السياسية، وكان الغرض الرئيسي من القيام بذلك هو الحصول على

(93) Hinton, A. (2012). Critical Genocide Studies. *Genocide Studies And Prevention*, 7(1), 4-15.

(94) Verdirame, G. (2000). The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals. *International & Comparative Law Quarterly*, 49(03).

تصديق أمن من قبل الدول الأعضاء، وإزالة الخوف من أن هزيمتهم الداخلية للخلافات ستعرض للتدخل الخارجي بموجب هذه الاتفاقية. لم يكن من الممكن لاتفاقية الإبادة الجماعية أن تكون أرضية واضحة بدون دعم الدول الأعضاء، ومع ذلك وفقاً (لكوبر)، كان الدافع الرئيسي للاتفاقية هو حماية الجماعات المتضررة من خلال تدخل الدولة ذات السيادة، وبالتالي يبدو أن استبعاد المجموعات السياسية من التعريف هو فشل للاتفاقية، ومن ثم يبدو أنه من الضروري تعديل تعريف الأمم المتحدة، وكذلك اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، وينبغي إدراج الجماعات السياسية في نطاق هذا التعريف، ولا يقتصر الأمر على ارتكاب المذابح التي أحياناً تكون مذابح داخلية، ترتكب تحت أي من الأسس الخمسة المذكورة أعلاه؛ بدافع القمع السياسي، وبالتالي لا يلاحظها العالم الخارجي على الإطلاق، ونتيجة لذلك لن يتدخل المجتمع الدولي إلا في حالة اتساع نطاق عمليات القتل، وكذلك عند استمرارها لفترة طويلة من الزمن؛ لذا فإن الإبادة الجماعية على نطاق صغير لا تغطيها الاتفاقية، وهذا لا ينبغي أن يحدث، علاوةً على ذلك، فإن التعريف العام للإبادة الجماعية، الذي يشبه ما يمكن تسميته بالهولوكوست (المحرقة) أو بعبارة أخرى، التدمير الكامل للعرق أو المجموعة أو البلد، فإن الاتجاه المتزايد هو أن التدمير المادي لأي جزء من المجموعة هو لا يفسر على أنه التعريف القانوني للإبادة الجماعية، ومع مرور الوقت اتخذ هذا التعريف التفسير الزائف الشكلي الذي يفهمه عامة الناس، ويساعد هذا المفهوم في تفسير مثل هذه الحالات؛ حيث يشار إلى تدمير مجموعة صغيرة باسم مذبح الإبادة الجماعية.

كما أن التوسع في إدراج المجموعات المحمية واستبعاد بعض العناصر المادية هو الحل الوحيد البسيط لمشكلة التعريف؛ حيث تم توجيه نقد كبير لتعريف الأمم المتحدة؛ لأنه تبين أنه كان نتيجة لتسوية سياسية، وبالتالي تم حذف المجموعات السياسية نتيجة لذلك، وكما يبدو أيضاً أن مثل هذا التعريف قد تم قبوله من قبل جميع الأطراف باستثناء مسألة واحدة فقط، وبالتالي يمكن الاستنتاج بلا شك أن الجماعات السياسية يجب أن تدرج في التعريف المثالي للإبادة الجماعية، دون التوصل إلى حل وسط⁽⁹⁵⁾.

وفي عصرنا الحالي، أضى من المهم جداً فهم كيفية تعريف مصطلح «مجموعة»؛ حيث يمكن للجناة استخدام هذا الغموض لإنشاء مجموعة، والتي على الرغم من أنها تبدو معادية للمجتمع فإنها قد تبدو مقبولة اجتماعياً، وبالتالي فهي عرضة للتدمير، وهنا في هذا المقال البحثي، يتم تعريف مصطلح «المجموعة» على أنها مؤيدة للمجتمع فقط وليست معادية للمجتمع؛ مثل اللصوص أو العصابات أو الإرهابيين، في هذا التعريف يتم تضمين المجموعات العرقية والسياسية والدينية والإثنية والقومية والاجتماعية الاقتصادية، على سبيل المثال لا الحصر⁽⁹⁶⁾.

ورغم صعوبة إثبات النية، إلا أن هذا هو العنصر المعنوي الأساسي في ارتكاب جميع الجرائم، وهو العنصر الذي يتعين إثباته، غير أنه لا يلزم إثبات النية الكتابية في بعض الظروف الاستثنائية. وإن الطابع المنظم أو الممنهج لتدمير الجماعة يتألف في الأساس من نية إجرامية وأفعال إجرامية، ويعني ضمناً العبارة الواردة جزئياً أو كلياً أنه في حالة فشل خطة تدمير جميع أعضاء المجموعة، فإن هذا التدمير الجزئي للجماعة يشكل أيضاً إبادة جماعية. وعلاوةً على ذلك، فإن أفراد الجماعة الذين

(95) Kabatsi, F. (2005). Defining or Diverting Genocide: Changing the Comportment of Genocide. *International Criminal Law Review*, 5(3), 387-400.

(96) Hinton, A. (2012). *Critical Genocide Studies. Genocide Studies And Prevention*, 7(1), 4-15.

عانوا من هذه الإبادة الجماعية يعتبرون ضحايا للإبادة الجماعية، ومن الممكن أن نفهم على سبيل المثال أنه رغم فشل هتلر في قتل كل اليهود وفقاً لخطته، ولكن يظل من الممكن أن يقال أنه ارتكب جريمة الإبادة الجماعية، وبعبارة أخرى إن خطة تدمير جزء من مجموعة ما تعتبر أيضاً إبادة جماعية، بل إذا فشلت الاتفاقية في وقف الإبادة الجماعية، فإن ذلك يرجع في المقام الأول إلى عوامل مثل مصلحة الدولة في التدخل وسيادة الدولة، فعندما يكون لدولة مثل الولايات المتحدة مصلحة في التدخل (على سبيل المثال: غزوها الأخير للعراق)، فقد تجد أسباباً مناسبة لذلك، بل على العكس من ذلك وبدون أي مصلحة من هذا القبيل، لا يمكن العثور على دليل كافٍ على الإبادة الجماعية، إلى أن يفوت الأوان لاتخاذ إجراء مناسب⁽⁹⁷⁾.

إن تقنيات الإبادة الجماعية تمثل نظاماً مفصلاً وعلمياً تطور إلى حد لم يسبق له مثيل من قبل أي دولة، وفي ذلك الوقت الذي كانت تصاغ فيه اتفاقية الإبادة الجماعية، لم يكن أحد يعتقد بأن السكان قد يساعدون في تدمير البلدان من خلال ممارسات قاسية تخلق أحلك صفحات تاريخ البشرية، إنه المهم للغاية وخاصة في أوروبا؛ حيث يوجد تباين في الأمة وهو ملحوظ لدرجة أنه حتى على الرغم من مبدأ تقرير المصير للسياسة والإرهاب، فقد يكون من الضروري لبعض المجموعات الوطنية العيش داخل حدود الدول الأخرى كأقليات، وأيضاً مطلوب حماية هذه الجماعات بشكل مناسب؛ لأنه في حالة عدم وجود حماية مناسبة وكافية، قد يؤدي ذلك إلى اضطراب دولي، ويجب التوضيح بمحاولة عقد معاهدة دولية متعددة الأطراف لتناول ذلك، وأيضاً يجب توجيه كل دولة لتضمينها في القانون الأساسي لأحكام القانون الجنائي الوطني لكل دولة، وذلك لمنع إساءة معاملة الأقليات، والتي يتعين عليهم مواجهتها بسبب العرق أو الدين أو الموطن، كما يجب أن يحتوي كل قانون جنائي على أحكام تتعلق بفرض عقوبات على ممارسات الإبادة الجماعية.

(97) Kabatsi, F. (2005). Defining or Diverting Genocide: Changing the Comportment of Genocide. International Criminal Law Review, 5(3), 387-400.

الخاتمة

عرضنا في الصفحات السابقة موضوع جريمة الإبادة الجماعية في سياق القانون الجنائي الدولي، وقد قسم البحث إلى مبحثين؛ المبحث الأول: تعريف الإبادة الجماعية والعوامل المسببة لها، وقسم لمطليين؛ المطلب الأول: تعريف الإبادة الجماعية، والمطلب الثاني: العوامل المسببة للإبادة الجماعية، والمبحث الثاني: نقد تعريف الإبادة الجماعية، ومدى الحاجة إلى تعديله، وقسم لمطليين؛ المطلب الأول: نقد تعريف الإبادة الجماعية، والمطلب الثاني: مدى الحاجة لتعديل مصطلح الإبادة الجماعية.

النتائج

- منذ أوائل التسعينيات، تم استخدام تعريف الإبادة الجماعية الذي قدمته الأمم المتحدة على نطاق واسع إلى جانب الدعم والقبول على المستوى الدولي؛ لإدانة العديد من مرتكبي جرائم الإبادة الجماعية وإنشاء سوابق قانونية.
- تضمن تعريف الإبادة الجماعية الذي قدمته الأمم المتحدة تعريفًا معترفًا به دوليًا، وتم تضمينه أيضًا في التشريع الجنائي في العديد من البلدان.
- أدى استخدام تعريف الإبادة الجماعية إلى توسيع نطاق قدرة الاتفاقية على منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها.
- جدد اهتمام كبير بفهم كيفية انخراط الأفراد في أعمال الإبادة الجماعية التي تنطوي على التدمير العنيف لكائنات بشرية أخرى.
- تم توجيه الانتباه أيضًا إلى الاهتمام بمرتكبي جرائم الإبادة الجماعية، وذلك في محاولة لتحديد خصائصهم والعوامل التي تثير مثل هذا السلوك.
- إن التأثيرات والعوامل التي من شأنها أن تؤدي إلى جريمة الإبادة الجماعية لا يمكن استخدامها للقضاء على المفهوم القانوني للمسؤولية الجنائية الفردية.
- تم انتقاد تعريف مصطلح الإبادة الجماعية على النحو الوارد في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها مع مرور الوقت.

التوصيات

- يلزم إجراء تعديلات في تعريف الأمم المتحدة؛ بسبب وجود العديد من المشاكل مع هذا التعريف؛ حيث يجب إدراج الجماعات السياسية ضمن قائمة الجماعات المحمية من جريمة الإبادة الجماعية.
- يجب أن يشير التعريف الخاص بالأمم المتحدة إلى أعمال التنصيف أو الإبادة ضد الجماعات السياسية والعرقية.
- يجب أن يشمل التعريف على الأفعال المباشرة ضد الناس، مع استبعاد تلك الأفعال المرتكبة

- ضد البيئة، والتي تساعد إما في الحفاظ عليها أو على تنوعها الثقافي.
- يجب العمل على إيجاد جهاز من القانون الدولي، يوضح المعايير الدقيقة للاتفاقية للأمم المتحدة في مجال الإبادة الجماعية.
 - يجب أن يشمل التعريف المجالات المهمة لتحديد ومنع جريمة الإبادة الجماعية، لذلك من المهم أن يثبت عنصر النية الإجرامية في الإبادة الجماعية بموجب الاتفاقية.
 - يجب أن تحدد الاتفاقية على وجه التحديد مسؤولية الدولة فيما يتعلق بدورها في ارتكاب الإبادة الجماعية.
 - يجب التوسع في استخدام التقنيات الحديثة لوضع تعريف أدق للإبادة الجماعية؛ حيث تمثل تقنيات الإبادة الجماعية نظامًا مفصلاً وعلميًا تطور إلى حد لم يسبق له مثيل من قبل أي دولة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

- اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، 1951م.
- باوم (2005).
- تركي بن عيد الشرافي الدوسري، جريمة العدوان في ظل نظام المحكمة الجنائية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة الرياض، 2012م.
- حمد العبادي، رسالة ماجستير، 2016م .
- ديزاليا (2009).
- صبرينة العيفاوي: القصد الجنائي الخاص كسبب لقيام المسؤولية الجنائية الدولية في القانون الدولي الجنائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2012م.
- مورينو كامبو (2012:27) .

ثانياً: المراجع الأجنبية

- A-G Israel v Eichmann (1968) 36 ILR 5.
- Alusala, N. (2005). 'Disarmament and the transition in Burundi: How soon?'. Institute for Security Studies Papers, (97), 16-28.
- Ambos, K. (2011). 'Criminologically Explained Reality of Genocide, Structure of the Offense and the 'Intent to Destroy' Requirement' in A Smeulers (ed.), Collective Violence and International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach. London: Intersentia, 153-173.
- Arbour, L. (2003). 'Will the ICC Have an Impact on Universal Jurisdiction?'. J. Int'l Crim. Just., 1(585), 585-622.
- Arsanjani, M.H. (1999). 'The Rome Statute of the International Criminal Court'. American Journal of International Law, 93(1), 22-43.
- Aust, H.P. (2011). Complicity and the Law of State Responsibility. Cambridge: Cambridge University Press.
- Aydin, D. (2014). 'The Interpretation of Genocidal Intent under the Genocide Convention and the Jurisprudence of International Courts'. Journal of Criminal Law, 78(5), 423-441.
- Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. [1970] ICJ Rep 3.
- Bassiouni, M.C. (1996). 'International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes'. Law and Contemporary Problems, 58(4), 63-74.
- Bassiouni, M.C. (1999). Crimes Against Humanity in International Criminal Law. The Hague: Kluwer Law International.
- Bassiouni, M.C. (2011). Crimes against humanity: Historical evolution and contemporary application. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bassiouni, M.C., & Blakesley, C.L. (1992). 'The Need for an International Criminal Court in the New International World Order'. Vand. J. Transnat'l L., 25(151), 151-189.
- BAUER, Y. (1988). 'REMEMBERING FOR THE FUTURE'. Holocaust And Genocide Studies, 3(3), 255-256.
- Baum, S. (2005). The Psychology of Genocide: Perpetrators, Psychology of Genocide: Perpetrators, Bystanders, and Rescuers. Cambridge: Cambridge University Press.
- Berahino, C. (2011). 'Understand Obstacles to Peace in Burundi: Actors, Interests and Strategies' in M Baregu (ed.), Understanding Obstacles to Peace: Actors, Interests, and Strategies in Africa's Great Lakes Region. New York: Fountain, 89-104.
- Beresford, S. (2001). 'Unshackling the paper tiger- the sentencing practices of the ad hoc international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda'. International Criminal Law Review, 1(1), 33-90.

- Bishop, W. (1951). Reservations to the Convention on Genocide. *The American Journal of International Law*, 45(3), 579.
- Boot, M. (2002). *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and The Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Vol. 12. New York: Intersentia.
- *Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro* [2007] ICJ 2.
- *Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia* [2007] ICJ Rep 266.
- Bottini, G. (2003). 'Universal jurisdiction after the creation of the international criminal court'. *NYUJ Int'l. L. & Pol.*, 36(503), 503-519.
- Boyle, A. & Chinkin, C. (2007). *The Making of International Law*. New York: Oxford University Press.
- Broomhall, B. (2003). *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. New York: Oxford University Press.
- Brown, B.S. (1998). 'Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals'. *Yale J. Int'l L.*, 23(383), 383-422.
- Brownlie, I. (2008). *Principles of Public International Law*. 7th edn, New York: Oxford University Press.
- Bruun, L.L. (1993). 'Beyond the 1948 Convention-Emerging Principles of Genocide in Customary International Law'. *Md. J. Int'l L. & Trade*, 17(193), 193-228.
- Caesius, A. (1999). 'The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections'. *European Journal of International Law*, 10(1), 144-171.
- Cases
- Cassese, A. (2010). 'The Policy Element of Genocide' in *The Genocide Convention Sixty Years after Its Adoption*. C Safferling & E Conze (eds.), The Hague: T.M.C. Asser Press, 133-141.
- CHALK, F. (1989). 'Genocide in the 20th Century'. *Holocaust And Genocide Studies*, 4(2), 149-160.
- Chung, C.H. (2007). 'The Punishment and Prevention of Genocide: The International Criminal Court as a Benchmark of Progress and Need'. *Case W. Res. J. Int'l L.*, 40(227), 227-258.
- Chuter, D. (2003). *War Crimes: Confronting Atrocity in the Modern World*. New York: Lynne Rienner.
- Clark, J.N. (2009). 'Genocide, war crimes and the conflict in Bosnia: Understanding the perpetrators'. *Journal of Genocide Research*, 11(4), 421-445.

- Clegg, S., Pina e Cunha, M. & Rego, A. (2013). 'To the victors go the spoils! Distributed agencies, inhumanities, and the case of Comrade Duch of the Khmer Rouge' in FX de Vaujany & N Mitev (eds.), *Materiality and Space: Organizations, Artefacts and Practices*. Oxford: Palgrave Macmillan, 216-304.
- CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic [2005] ICSID Case No. ARB/01/8.
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. (1951). *The American Journal of International Law*, 45(1), 7.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Daley, P. (2007). 'The Burundi Peace Negotiations: An African Experience of Peace-making'. *Review of African Political Economy*, 34(112), 333-352.
- Damaska, M. (2009). 'The International Criminal Court between Aspiration and Achievement'. *UCLA J. Int'l L. Foreign Aff.*, 14(19), 19-29.
- Danilenko, G.M. (1991). 'International Jus Cogens: Issues of Law-Making'. *Eur. J. Int'l L.*, 2(42), 42-58.
- De Waal, A. (2005). *DEFINING GENOCIDE*. *RIOC*, 34(1), 6-13.
- Demjanjuk v Petrovsky [1985] 603 F Supp 1468.
- DeZalia, R.P. (2009). 'Review Essay: A Sociocultural Perspective on Genocide: A Review of The Psychology of Genocide: Perpetrators, Bystanders, and Rescuers by Steven Baum Baum, Steven, The Psychology of Genocide: Perpetrators, Bystanders, and Rescuers'. *Culture & Psychology*, 15(3), 349-362.
- Dietrich, J. (2014). 'The Limited Prospects of Deterrence by the International Criminal Court: Lessons from Domestic Experience'. *International Social Science Review*, 88(3), 3-18.
- DRC v Belgium [2002] ICJ Rep 121.
- DRC v Rwanda [2006] ICJ Judgment Communication 227/99.
- Elander, M. (2013). 'The victim's address: Expressivism and the victim at the extraordinary chambers in the courts of Cambodia'. *International Journal of Transitional Justice*, 7(1), 95-115.
- Ferreira, M. (2013). Genocide, and its Definition as the "Partial Elimination of a National Group". *GSP*, 8 (1), 5-19.
- Finkel, E., & Straus, S. (2012). Macro, Meso, and Micro Research on Genocide: Gains, Shortcomings, and Future Areas of Inquiry. *Genocide Studies and Prevention*, 7(1), 56-67.
- France v Turkey [1927] PCIJ Ser A, No 10.

- Fry, J.D. (2002). 'Terrorism as a Crime Against Humanity and Genocide: The Backdoor to Universal Jurisdiction'. *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.*, 7(169), 169-188.
- Gapotchenko, M. (2002). *God, Gulliver, and Genocide: Barbarism and the European Imagination, 1492-1945. Essays In Criticism*, 52(4), 347-355.
- Gegout, C. (2013). 'The International Criminal Court: limits, potential and conditions for the promotion of justice and peace'. *Third World Quarterly*, 34(5), 800-818.
- Gillett, M. *The Call of Justice: Obligations Under the Genocide Convention to Cooperate with the International Criminal Court. SSRN Journal*.
- Glanville, L. (2009). 'Is "genocide" still a powerful word?'. *Journal of Genocide Research*, 11(4), 467-486.
- Guzman, A.T. (2008). *How International law works a rational choice theory*. New York: Oxford University Press.
- Hinton, A. (2012). *Critical Genocide Studies. Genocide Studies And Prevention*, 7(1), 4-15.
- Hutten Bach, H. (2002). *From the Editor: Towards a conceptual definition of Genocide. Journal Of Genocide Research*, 4(2), 167-175.
- Jackson, S. (2006). *The United Nations Operation in Burundi (ONUB) – Political and Strategic Lessons Learned*. London: Peacekeeping and Best Practice.
- Jain, D. (2012). *The Genocide Convention and Challenges to its Effective Application. SSRN Electronic Journal*. <http://doi.org/10.2139/ssrn.2050892>.
- Kabatsi, F. (2005). *Defining or Diverting Genocide: Changing the Comportment of Genocide. International Criminal Law Review*, 5(3), 387-400.
- Kiernan, B. (2008). *The Pol Pot regime: race, power, and genocide in Cambodia under the Khmer Rouge, 1975-79*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Kiernan, B. (2012). 'The Cambodian Genocide, 1975-1979' in S Totten & WS Parsons (eds.), *Century of Genocide: Essays and Eyewitness Accounts*. Oxon: Routledge, 317-354.
- Kirsch, P. (2001). 'The International Criminal Court: Current Issues and Perspectives'. *Law and Contemporary Problems*, 64(1), 3-11.
- Kirsch, S. (2010). 'Distinguishing Macro Phenomena and Individual Misconduct' in *The Genocide Convention Sixty Years after Its Adoption*. C Safferling & E Conze (eds.), The Hague: T.M.C. Asser Press, 141-153.
- Kittrie, N.N., Hentz, J.M., Fisher, A. & Newell, K. (2015). *International Crimes and Punishments*. London: Kluwer.
- Klein, P. (2002). 'Responsibility for Serious Breaches of Obligations Deriving from

Peremptory Norms of International Law and United Nations Law'. *European Journal of International Law*, 13(5), 1241-1255.

- Krieken, R. (1999). 'The barbarism of civilization: Cultural genocide and the 'stolen generations'. *British journal of sociology*, 50(2), 297-315.
- Kunz, J.L. (1953). 'The Nature of Customary International Law'. *American Journal of International Law*, 47(4), 662-669.
- Kuper, L. (1983). *Genocide: Its political use in the twentieth century*. Yale: Yale University Press.
- Kuper, L. (1989). 'The prevention of genocide: Cultural and structural indicators of genocidal threat'. *Ethnic and Racial Studies*, 12(2), 157-174.
- Leanos, B. (2011). 'Cooperative Justice: Understanding the Future of the International Criminal Court Through Its Involvement in Libya'. *Fordham L. Rev.*, 80(2267), 2267-2288.
- LeBlanc, L. (1984). *The Intent to Destroy Groups in the Genocide Convention: The Proposed U.S. Understanding*. *The American Journal of International Law*, 78(2), 369.
- Lemarchand, R. (1996). *Ethnic Conflict and Genocide*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lemarchand, R. (2009). *The Dynamics of Violence in central Africa*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.
- Lemkin, R. (1947). 'Genocide as a Crime under International Law'. *American Journal of International Law*, 41(1), 145-151
- Lepard, B.D. (2010). *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Luban, D. (2006). 'Calling Genocide by Its Rightful Name: Lemkin's Word, Darfur, and the UN Report'. *Chicago Journal of International Law*, 7(1), 1-40.
- Manaktala, M. (2012). *Defining Genocide*. *Peace Review*, 24(2), 179-186.
- Marcus, J. (2012). 'Intent to Destroy: A Look at the Legal Ramifications of Intent in Genocide'. *Undergraduate Transitional Justice Review*, 3(1), 5-17.
- May, L. (2005). *Crimes against Humanity: A normative account*. Cambridge: Cambridge University Press.
- McDoom, O.S. (2012). 'The psychology of threat in intergroup conflict: emotions, rationality, and opportunity in the Rwandan genocide'. *International Security*, 37(2), 119-155.
- Meron, T. (1996). 'The continuing role of custom in the formation of international humanitarian

- law'. *American Journal of International Law*, 1(12), 238-249.
- Milgram, S. (1963). 'Behavioural study of obedience'. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 67(4), 371-378.
 - Moreno-Ocampo, L. (2007) 'The International Criminal Court: Seeking Global Justice', Case W. Res. *Journal of International Law*, 40(215), 215-233.
 - Moreno-Ocampo, L. (2012). 'The Genocide Convention' in HG van der Wilt, J Vervliet & GK Sluiter (eds.), *The Genocide Convention: The Legacy of 60 Years*. Netherlands: Martinus Nijhoff, 1-26.
 - Ngaruko, F., & Nkurunziza, J.D. (2000). 'An economic interpretation of conflict in Burundi'. *Journal of African economies*, 9(3), 370-409.
 - Nieto-Navia, R. (2003). 'International peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law' in MF Graham & JF Hocking (eds.), *Man's inhumanity to man: Essays on international law in honour of Antonio Cassese*. The Hague: Kluwer Law International, 595-640.
 - Nikolai Jorgi (No. 263) *Bundesverfassungsgericht* [2000] FCC, Fourth Chamber, Second Senate, 2 BvR 1290/99.
 - Nsereko, D. (2013). 'The ICC and Complementarity in Practice'. *Leiden Journal of International Law*, 26(02), 427-447.
 - *Nulyarimma v Thompson* [1999] FCA 1192.
 - Orakhelashvili, A. (2006). *Peremptory Norms in International law*. New York: Oxford University Press, New York.
 - Overy, R. (2014). "Ordinary Men," Extraordinary Circumstances: Historians, Social Psychology, and the Holocaust'. *Journal of Social Issues*, 70(3), 515-530.
 - Paust, J.J. (2000). 'The Reach of ICC Jurisdiction Over Non-Signatory Nationals'. *Vand. J. Transnat'l L.*, 33(1), 1-1305.
 - *Prosecutor v Germain Katanga* [2009] ICC-01/04-01/07 OA 8.
 - *Prosecutor v Jean-Paul Akayesu* [1998] ICTR-96-4-T.
 - *Prosecutor v Jelusic* [1999] IT-95-10-T ICTY.
 - *Prosecutor v Ntuyahaga* [1999] ICTR-90-40-T.
 - *Prosecutor v Tadić* [1995] IT-94-1-62.
 - Quigley, J. (2013). *The Genocide Convention: An International Law Analysis*. Harrington: Ashgate Publishing.

- R (Al-Jedda) v Secretary of State for Defence [2006] EWCA Civ 327
- Randall, K.C. (1987). 'Universal jurisdiction under international law'. *Tex. L. Rev.*, 66(785), 785-790.
- Sadat, L.N. (2011). *Forging a convention for crimes against humanity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Safferling, C. (2010) 'The Special Intent Requirement in the Crime of Genocide' in C Safferling & E Conze (eds.), *The Genocide Convention Sixty Years after Its Adoption*. The Hague: T.M.C. Press, 163-183.
- Savage, R. (2007). "Disease incarnate": Biopolitical discourse and genocidal dehumanisation in the age of modernity'. *Journal of Historical Sociology*, 20(3), 404-440.
- Schabas, W. & Bernaz, N. (2011). *Routledge Handbook of International Criminal Law*. Oxford: Routledge.
- Schabas, W.A. (2000). *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, W.A. (2003). 'National Courts finally begin to prosecute genocide, the 'crime of crimes''. *Journal of international criminal justice*, 1(1), 39-63.
- Schabas, W.A. (2011). *An Introduction to the International Criminal Court*, 4th edn, Cambridge: Cambridge University Press.
- Schabas, W.A. (2012). 'Genocide and Crimes against Humanity: Clarifying the Relationship' in HG van der Wilt, J Vervliet & GK Sluiter (eds.), *The Genocide Convention: The Legacy of 60 Years*. Netherlands: Martinus Nijhoff, 3-14.
- Scharf, M. (1996). 'The letter of the law: The scope of the international legal obligation to prosecute human rights crimes. *Law and Contemporary Problems*, (1)41, 41-61.
- Scharf, M.P. (1998). *The International Criminal Tribunal for Rwanda (Vol. 1)*. New York: Transnational Publishers.
- Scheffer, D.J. (2004). 'How to Turn the Tide Using the Rome Statute's Temporal Jurisdiction'. *J. Int'l Crim. Just.*, 2(26), 26-36.
- Schiff, B.N. (2008). *Building the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schwarzenberger, G. (1957). *International Law*, Vol. 1. 3rd edn, London: Stevens & Sons.
- Seiderman, I.D. (2001). *Hierarchy in international law: The human rights dimension*. New York: Intersentia.
- Semelin, J. (2013). *Purify and destroy: The political uses of massacre and genocide*. Columbia: Columbia University Press.

- Shaw, M. (2007). *The Order of Genocide*. PPS, 5(03), 669.
- Shaw, M.N. (2008). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Simma, B. (2010). 'Genocide and the International Court of Justice' in C Safferling & E Conze (eds.), *The Genocide Convention Sixty Years after Its Adoption*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 98-154.
- Slaughter, A.M. (2004). 'Defining the Limits: Universal Jurisdiction and National Courts', in S Macedo (ed.), *Universal Jurisdiction*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 193-213.
- Sluiter, G. (2010). 'Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the Al Bashir Case'. *Journal of International Criminal Justice*, 8(2), 365-382.
- Staub, E. (1989). *The roots of evil: The origins of genocide and other group violence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Straus, S. (2012). "'Destroy Them to Save Us": Theories of Genocide and the Logics of Political Violence'. *Terrorism and Political Violence*, 24(4), 544-560.
- Totten, S. & Bartrop, P.R. (2009). *The Genocide Studies Reader*. Paris: Lavoisier.
- Totten, S. & Parsons, W.S. (2004). *A Century of Genocide: Critical Essays and Eyewitness Accounts*. Oxford: Routledge.
- Trahan, J. (2012). 'Is Complementarity the Right Approach for the International Criminal Court's Crime of Aggression? Considering the Problem of "Overzealous" National Court Prosecutions'. *Cornell Int'l LJ*, 45(569), 569-723.
- Triffterer, O. (1999). *Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such*. *Leiden Journal of International Law*, 14(2), 399-408.
- Uvin, P. (2009). *Life After Violence: A People's Story of Burundi*. New York: Zed.
- Van der Wilt, H. (2008). 'Equal standards? On the dialectics between national jurisdictions and the International Criminal Court'. *International Criminal Law Review*, 8(1), 229-272.
- Verdirame, G. (2000). *The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*. *International & Comparative Law Quarterly*, 49(03).
- Wald, P.M. (2007). 'Genocide and crimes against humanity'. *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, 6(621), 621-633.
- Waller, J. (2002). *Becoming Evil, How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*. New York: Oxford University Press.
- Watt, N. (2008). *Burundi: Biography of a Small African Country*. Columbia: Columbia University Press.

- Weisburd, A.M. (1988). 'Customary international law: the problem of treaties. *Vand. J. Transnat'l L.*, 21(1), 1-12.
- Werle, G. (2009). *Principles of International Criminal Law*. 2nd edn, New York: T.M.C. Asser Press.
- Werle, G., & Jessberger, F. (2014). *Principles of international criminal law*. New York: Oxford University Press.
- Wilen, N. (2012). *Justifying Interventions in Africa: (de) Stabilising Sovereignty in Liberia, Burundi, and the Congo*. Oxford: Palgrave Macmillan.
- Williams, S. (2013). A Defence of Raphael Lemkin's Definition of Genocide: To What Extent, If at All, Has the Definition of Genocide Developed Since Lemkin's Initial Conception of It? *SSRN Electronic Journal*. <http://doi.org/10.2139/ssrn.2358551>.
- Wilson, P. (2010). 'Do normal people commit genocide? Observations from the Cambodian Trial of "duch"'. *Psychiatry, psychology, and law*, 17(4), 495-502.
- Wilson, P. (2010a). 'Observations of the Cambodian Trial of Duch'. *Current Issues Crim. Just.*, 22(473), 473-499.
- Yarwood, L. (2006). 'Jus Cogens: Useful Tool or Passing Fancy-A Modest Attempt at Definition'. *BLJ*, 38(16), 16-33.
- Zompetti, J. & Zompetti, S. (2004). *The International Criminal Court: Global Politics and the Quest for Justice*. New York: International Debate Education Association..

دور القضاء في التحكيم

مريم حمد الهاجري

باحث قانوني ثاني بالمكتب الفني في مكتب وزير الداخلية – دولة قطر

دور القضاء في التحكيم

مريم حمد الهاجري

باحث قانوني ثاني بالمكتب الفني في مكتب وزير الداخلية - دولة قطر

المُلخَص

يعد التحكيم وسيلة حديثة لفض النزاعات بجانب القضاء الوطني، حيث ان التحكيم جاء ليتفادى العديد من السلبيات التي يعاني منها القضاء العادي، ومن ابرزها مشكلة بطء التقاضي، ولكن لا يستطيع التحكيم ان يقوم بهذا الدور بمفرده، حيث انه يحتاج في بعض الأحيان الى تدخل القضاء العادي في العملية التحكيمية تارة بالمساعدة وتارة بالتنفيذ، ولقد بينا ذلك في هذا البحث، فقد ناقش هذا البحث دور القضاء الوطني في العملية التحكيمية، وقد قسم هذا البحث على مبحثين رئيسيين تحدث كل مبحث فيهم عن احد الأدوار التي يتدخل بها القضاء في العملية التحكيمية، ففي المبحث الأول تحدثنا عن دور القضاء الوطني في اصدار التدابير الوقائية والتحفظية، وقد بينا في المطلب الأول مفهوم التدابير الوقائية والتحفظية باعتبارها تدابير تتسم بصفة مستعجلة ولا تمس اصل الحق، كما بينا في المطلب الثاني الأساس القانوني لسلطة القاضي الوطني في اصدار التدابير الوقائية والتحفظية ومنها المادة 26 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري والمادة 9 من قانون التحكيم القطري، وقد ناقشنا في المبحث الثاني دور القضاء في تنفيذ حكم التحكيم، وقد نوقش هذا المبحث في مطلبين رئيسيين، خصص المطلب الأول للحديث عن مفهوم حكم التحكيم الأجنبي، فيما خصص المطلب الثاني لشرح كيفية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

الكلمات المفتاحية: تحكيم، حكم تحكيم، تنفيذ حكم التحكيم، تدابير وقائية.

ABSTRACT

Defining the Crime of Genocide in the Context of International Criminal Law

Maryam Hamad Ahmed Almsifri AL-Hajri - The Minister of Interior's Office

Arbitration is a modern way to resolve disputes besides the national judiciary, as arbitration came to avoid many of the disadvantages suffered by the ordinary Judiciary, most notably the problem of slow litigation. However, arbitration cannot perform this role alone, as it sometimes needs the intervention of the ordinary judiciary in the arbitration process, sometimes with assistance and sometimes with execution, and we have shown this in this research.

The research has discussed the role of the national judiciary in the arbitration process. It is divided into two main chapters, each chapter addresses one of the roles that the judiciary plays in the arbitration process. In the first chapter, we talked about the role of the national judiciary in issuing temporary measures and we have explained the concept of provisional measures as urgent measures that do not affect the origin of the right. In the second chapter, we have also explained the legal basis for the authority of the National judge to issue provisional measures, including Article 26 of the Qatari civil and commercial proceedings law and Article 9 of the Qatari arbitration law. We have also discussed in this part the role of the judiciary in implementing the arbitration award, and this topic has been discussed in two main sections, the first one will address the concept of foreign arbitration award, while the second one will explain how the foreign

Key words: arbitration, arbitration award, implementation of the arbitration award, temporary measures.

المقدمة

إن التزايد المستمر للمشاريع والاستثمارات التي تقوم بها دول العالم جعلت الدول في حاجة إلى الابتعاد عن القضاء العادي لحل خلافاتها؛ لما للقضاء الوطني من عيوب قد تؤثر على استثمارات الدول بشكل واضح؛ حيث إن القضاء - كما يعرف عنه - يعيبه البطء الشديد في حل النزاعات، كما أنه يحتاج إلى وقت طويل وإجراءات معقدة لإنهاء الخصومة، ولا سيما فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام التحكيمية والبت في الطلبات المستعجلة.

فالتحكيم هو طريق استثنائي يسلكه الأطراف للابتعاد عن عيوب القضاء الوطني؛ سواء من ناحية البطء الذي يصيب القضاء في إصدار الأحكام التحكيمية، أو من ناحية تطبيق القانون الوطني على الطرف الأجنبي، وخصوصاً إن كان الطرف الأجنبي مستثمراً، فتطبيق القانون الوطني قد يدفع المستثمر إلى هجر الدولة، لذلك نشأ نظام التحكيم ليخفف من هذه الآثار، ولقد عرفت المادة الأولى من قانون التحكيم القطري رقم «2» لسنة 2017م مفهوم التحكيم؛ حيث نصت على أنه: (أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من اللجوء للقضاء، سواء كانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الأطراف، مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك).

ومما لا شك فيه أن التحكيم والقضاء قد يتشابهان في أمور عديدة؛ بوصفهما جهات تختص بالفصل في المنازعات بين الأفراد في المجتمع، وبما أن التحكيم أصبح طريقاً مسانداً للقضاء، يلجأ إليه أطراف النزاع في بعض الأحيان بدلاً من القضاء العادي، فكان لا بد للمحكم من أن يكون له معظم السلطات التي يتمتع بها القاضي الوطني، ومنها سلطات إصدار التدابير الوقائية والحفظية، والتي من شأنها أن تواجه حالة معينة أو جزءاً معين من أجزاء النزاع، والذي يكون في حاجة إلى إصدار أمر مؤقت بشأنه، إلى حين صدور الحكم النهائي من قبل هيئة التحكيم.

وكما نرى، فإن التحكيم كأداة فعالة في فض المنازعات، لا تستطيع أن تكون قادرة بمفردها على فض النزاعات بين الأطراف؛ حيث إن الواقع العملي يكشف لنا أن القضاء الوطني قد يتدخل من وقت لآخر في العمليات التحكيمية، وذلك تارة بالمساعدة وتارة بالتنفيذ⁽¹⁾.

وقد منح القانون القطري القاضي سلطة إصدار تدابير وقائية وتحفظية في الخصومة التحكيمية، تهدف إلى حفظ الحق المتنازع عليه، وذلك عن طريق استصدار قرارات لها قوة التنفيذ، بهدف حفظ الحق المتنازع فيه، كما يملك القاضي سلطة تنفيذ حكم التحكيم الصادر عن الهيئة التحكيمية⁽²⁾.

ولذلك فمن خلال هذا البحث سنحاول أن نسلط الضوء على سلطة القاضي الوطني في العملية التحكيمية، مقسمين بحثنا إلى مبحثين أساسيين؛ نبحث في المبحث الأول عن سلطة القاضي الوطني قبل إصدار حكم التحكيم؛ حيث يملك القاضي سلطة اتخاذ تدابير وقائية وتحفظية، كما أننا سنبحث في المبحث الثاني عن سلطة القاضي بعد إصدار حكم التحكيم؛ حيث يملك القاضي الاختصاص الأصيل في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

(1) الدكتور فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص12.

(2) راجع في ذلك نصوص المواد 9 و7 من قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017م.

إشكالية البحث

تتلخص إشكالية هذا البحث في التساؤل الآتي:

ما السلطات التي منحها القانون للقاضي الوطني التي تمكنه من الدخول في الخصومة التحكيمية وإصدار قرارات ملزمة سواء قبل إصدار حكم التحكيم أو بعد إصداره؟

خطة البحث

- المبحث الأول: سلطة القاضي الوطني في إصدار التدابير الوقائية والتحفيزية قبل إصدار الحكم في الخصومة التحكيمية
- المبحث الثاني: سلطة القاضي في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بعد إصدار الحكم في الخصومة التحكيمية.

المبحث الأول

سلطة القاضي الوطني في إصدار التدابير الوقائية والتحفظية قبل إصدار الحكم في الخصومة التحكيمية

منح قانون التحكيم القطري رقم «2» لسنة 2017م المحكمة الفرد سلطة إصدار تدابير وقائية وتحفظية، وذلك بموجب نص المادة «9» من قانون التحكيم القطري، التي تنص على أنه: (في الحالة التي تكون فيها هيئة التحكيم، أو أي شخص آخر يمنحه الأطراف صلاحية معينة، غير مختص أو غير قادر على التصرف بفاعلية في حينه، يجوز للقاضي المختص أن يأمر بناءً على طلب أحد الأطراف، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، بما في ذلك التدابير المنصوص عليها في المادة (17/بند 1) من هذا القانون، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، ولا يعتبر ذلك الطلب تنازلاً من الطالب عن التمسك باتفاق التحكيم).

وقد منح المشرع القطري للمحكمة هذه السلطة بهدف حفظ واقعة معينة يثور النزاع بين الأطراف عليها، ويكون الأطراف عند لجوئهم إلى التحكيم قد تركوا القضاء الوطني وعهدوا بسلطة الفصل في النزاع إلى هيئة التحكيم العادية، ولا شك في أن الظروف المحيطة بالقضية التحكيمية قد تدفع الأطراف إلى ضرورة استصدار تدابير وقائية وتحفظية، وذلك بهدف حفظ حق معين أو مراكز قانونية قد يتنازع عليها في المستقبل، أو تتنازع عليها بالفعل، وسواء تم ذلك قبل تشكيل هيئة التحكيم أو أثناء إنشاء هيئة التحكيم أو أثناء السير في إجراءات التحكيم.

كما أن سلطة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية مكفولة للقضاء الوطني، وهي سلطة يختص بها قاضي الأمور المستعجلة، وذلك بموجب نص المادة 26 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم «13» لسنة 1990م.

ومن خلال عرضنا لهذا المبحث سنحاول أن نناقش في البداية مفهوم أو تعريف التدابير الوقائية والتحفظية في القانون القطري، كما أننا سنبين أهمية هذه التدابير، وذلك من خلال المطالب الأول، ثم سنخصص المطالب الثاني للحديث عن التنظيم القانوني الذي وضعه المشرع القطري، والذي منح القاضي الوطني سلطة اتخاذ تدابير وقائية وتحفظية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

مفهوم وأهمية التدابير الوقائية والتحفظية وخصائصها

بالاطلاع على قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم «13» لسنة 1990م، نرى أن المشرع القطري لم يقيم بتعريف التدابير الوقائية والتحفظية، بل إنه اكتفى بما نصت عليه المادة (26) من هذا القانون، حيث جاء بها: (يكون قاضي الأمور المستعجلة أحد قضاة المحكمة الكلية أو الجزئية، وفقاً لقواعد الاختصاص المقررة للحق المتنازع عليه. وتتبع أمامه الإجراءات المقررة أمام تلك المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ويحكم قاضي الأمور المستعجلة بصفة مؤقتة، ومع عدم المساس بالحق، في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً بهذه المسائل إذا رفعت إليها بطريق التبعية. ويجوز عند الضرورة تكليف الخصوم الحضور أمام قاضي الأمور المستعجلة في منزله، وينظم بقرار من رئيس المجلس الأعلى

للحفاظ وسيلة اتصال رافع الدعوى بالكاتب والقاضي في هذه الحالة. ويرفع الاستئناف عن الأحكام الصادرة من قاضي الأمور المستعجلة أمام محكمة الاستئناف المختصة وفقاً للمادتين السابقتين).

فهذه المادة جاءت لتبين سلطة قاضي الأمور المستعجلة في الفصل في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها فوات الوقت، لذلك فهنا يمكن من وجهة نظرنا الشخصية تعريف التدابير الوقائية والتحفظية على أنها التدابير التي يخشى فوات الوقت عليها، فيلزم اتخاذها خلال مدة زمنية قصيرة.

ولعلنا في هذا الصدد نعود إلى بعض التعريفات التي أوردها شراح القانون، والتي عرفت التدابير الوقائية والتحفظية من عدة جوانب، ومنها مثلاً تعريف الأستاذ: مصطفى ناطق صالح مطلوب، الذي عرف التدابير الوقائية والتحفظية بأنها: «تلك التدابير المؤقتة التي تتسم بصفة مستعجلة ولا تمس أصل الحق، وتكون في صورة طلب تحفظي للحفاظ على إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل أو طلب مستعجل لتحقيق مصلحة آنية للطالب أو حمايتها»⁽³⁾.

ولعلنا نرى أنه لا يمكن أن يتم إيجاد تعريف جامع للتدابير الوقائية والتحفظية من الناحية العملية، وذلك لاختلاف المفهوم الخاص بهذه التدابير من دعوى إلى دعوى أخرى، كما أن التدابير الوقائية والتحفظية يختلف فيها الحق المحمي من دعوى إلى دعوى أخرى، لذلك فإننا لا نرى تعريفاً متفقاً عليه للتدابير الوقائية والتحفظية، ولعل هذا ما ذهب إليه المشرع القطري عندما لم يعرف التدابير الوقائية والتحفظية في قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، بل إن مشروع تحكيم الطوارئ الجديد المزعوم نشره في دولة قطر لم يأت هو الآخر بتعريف جامع مانع للتدابير الوقائية والتحفظية أيضاً.

أما فيما يتعلق بالأهمية القانونية للتدابير الوقائية والتحفظية، فلا شك في أن هذه التدابير المرتبطة بإجراءات التحكيم تعتبر من قبيل المسائل الدقيقة التي قد تتعاضد أهميتها في التحكيم وقضاء الدولة أيضاً، وتتجلى هذه الأهمية من خلال جوانب عديدة كطول إجراءات التقاضي، رغم أن نظام التحكيم أتى ليتجنب المشاكل والمخاطر التي يمر بها القضاء الوطني، وحتى مع المرونة والسرعة التي يتميز بها التحكيم بشكل عام، إلا أن هناك حالات تعجز القضايا العادية المتبعة أمام هيئة التحكيم من الفصل فيها، وهنا تكمن أهمية سلطة المحكم في استصدار التدابير الوقائية والتحفظية⁽⁴⁾.

أما عن الخصائص التي تتميز بها التدابير الوقائية والتحفظية، فإننا يمكن أن نقوم بتلخيصها في النقاط الآتية:

1. التدابير الوقائية والتحفظية تدابير مرنة: ونعني بذلك أن التدابير الوقائية والتحفظية يمكن أن تعهد إلى قاضي الأمور المستعجلة قبل عملية التحكيم، وذلك لطلب استصدار بعض التدابير الوقائية والتحفظية الخاصة بالنزاع الذي سيتم عرضه على هيئة التحكيم؛ حيث يتسم قضاء الدولة هنا وتحديداً قضاء الأمور المستعجلة بسلطة الفصل في الطلبات التي لا تحتمل التأخير، والتي يكون الأطراف بحاجة إلى اتخاذ تدبير بشأنها إلى حين عرضها على هيئة التحكيم للبت فيها بشكل نهائي، وقد تتجلى المرونة التي نحن بصدد شرحها الآن إلى وجود أمرين في هذه التدابير، وهما:

(3) الدكتور/ مصطفى ناطق صالح مطلوب، نظام التحكيم التجاري الطارئ، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018، ص115.
(4) الدكتور/ يوسف حسني الحر - منازعات التحكيم (الإجراءات الوقائية والتحفظية) - الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع - 2017 - ص40.

أ. أن التدابير الوقتية والتحفظية التي يتم طلبها من قاضي الأمور المستعجلة تكون بطرق أكثر سهولة من رفع الدعوى العادية، وذلك عن طريق تقديم عرضه إلى قاضي الأمور المستعجلة للبت في الحق، ولعل هذا ما أكدته المادة «35» من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري؛ بنصها على: (وميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة أربع وعشرين ساعة. ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة إلى ساعة، بشرط أن يتم الإعلان للخصم نفسه ويعتبر امتناع الخصم عن تسلم الإعلان في هذه الحالة بمثابة إعلان لشخصه، إلا إذا كانت الدعوى من الدعاوى البحرية)؛ حيث نصت الفقرة الثانية من المادة على أن ميعاد الحضور أمام قاضي الأمور المستعجلة هو 24 ساعة، وهذا ما يؤكد أن إجراءات هذه التدابير أسرع وأكثر مرونة من القضاء العادي.

ب. أن التدابير الوقتية والتحفظية تتسم بالسرعة؛ بحيث يقوم قاضي الأمور المستعجلة بالبت في الموضوع المعروض عليه، وهذا ما يجعل من التدابير الوقتية والتحفظية تدابير مرنة، وهذا ما يؤكد أيضاً نص المادة «35» من قانون المرافعات التي سبقت الإشارة إليها⁽⁵⁾.

3. الطابع المؤقت للتدابير الوقتية والتحفظية: فقاضي الأمور المستعجلة عندما يحكم في طلب معين فهذا الفصل لا يعتبر حكماً قضائياً، بمعنى أدق إن الهدف من التدابير الوقتية والتحفظية هو حفظ حق يخشى ضياعه بفوات الوقت، كما جاءت به المادة «26» من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري بقولها: (في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت). وقد تأتي هيئة التحكيم ذاتها بعد إصدار هذه التدابير وتقوم بإلغائها والحكم بما يخالفها.

4. التدابير الوقتية والتحفظية لا يمكنها أن تمس أصل الحق، وهذه الخاصية قمنا باستنتاجها من التعاريف الفقهية للتدابير الوقتية والتحفظية، وبالرجوع لنص المادة «26» من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري نجد أنها نصت على أنه: (ويحكم قاضي الأمور المستعجلة بصفة مؤقتة، ومع عدم المساس بالحق، في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت). لذلك فالتدابير الوقتية والتحفظية في الأصل لا تمس أصل الحق المتنازع فيه، ولكنها فقط تقوم بحفظ الحقوق لعدم ضياعها في المستقبل ولا تختص بأصل الموضوع نفسه، فحكم قاضي الأمور المستعجلة أو هيئة التحكيم في شأن التدابير الوقتية والتحفظية لا ينهي الخصومة⁽⁶⁾.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني لإصدار التدابير الوقتية والتحفظية

نصت المادة «26» من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم «13» لسنة 1990م، على اختصاص القضاء الوطني بالفصل في جميع المنازعات التي لا يحتمل الوقت لتأخيرها والتي يخشى ضياعها، والتي يختص بها قاضي الأمور المستعجلة؛ حيث نصت الفقرة الأولى من المادة «26» من قانون المرافعات القطري على أن: (يكون قاضي الأمور المستعجلة أحد قضاة المحكمة الكلية أو

(5) راجع ص 8.

(6) الدكتور / يوسف حسني الحر - المرجع السابق - ص 41 وما بعدها.

الجزئية، وفقاً لقواعد الاختصاص المقررة للحق المتنازع عليه، وتتبع أمامه الإجراءات المقررة أمام تلك المحكمة...).

ومن هنا نرى أن الاختصاص الأصيل لإصدار التدابير الوقائية والتحفظية يكون بحوزة القضاء الوطني، وهذا ما لم يتفق الأطراف على اختصاص هيئة التحكيم أو أي شخص آخر كمحكم الطوارئ⁽⁷⁾ باستصدار التدابير الوقائية والتحفظية، وفي حالة عدم اتفاق أطراف التحكيم (لا في شرط التحكيم ولا في مشاركة التحكيم) على اختصاص أي طرف في إصدار التدابير الوقائية والتحفظية، فيكون الشخص المسؤول عن إصدار هذه التدابير هو قاضي الأمور المستعجلة⁽⁸⁾.

ولعل ما يؤكد الاختصاص الأصيل لقاضي الأمور المستعجلة هو نص المادة «9» من قانون التحكيم القطري رقم «2» لسنة 2017م؛ حيث نصت المادة «9» على أنه: (في الحالة التي تكون فيها هيئة التحكيم، أو أي شخص آخر يمنحه الأطراف صلاحية معينة، غير مختص أو غير قادر على التصرف بفاعلية في حينه، يجوز للقاضي المختص أن يأمر، بناءً على طلب أحد الأطراف، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، بما في ذلك التدابير المنصوص عليها في المادة (17/بند 1) من هذا القانون، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، ولا يعتبر ذلك الطلب تنازلاً من الطالب عن التمسك باتفاق التحكيم).

فهنا نص المشرع القطري صراحةً على اختصاص القضاء الوطني باستصدار التدابير الوقائية والتحفظية بشكل واضح ما لم يعهد الأطراف بهذه السلطة إلى هيئة التحكيم ذاتها، ولكن قد تحتاج الأطراف إلى إصدار التدابير الوقائية والتحفظية حتى قبل إنشاء هيئة التحكيم وفي وقت قصير جداً؛ مثل: منع شخص من السفر أو حفظ بضاعة معينة من التلف، ففي هذه الأحوال يمكن للأطراف أن يقوموا باللجوء إلى شخص معين يسمى بمحكم الطوارئ، وهو شخص يتفق الأطراف على منحه اختصاص إصدار تدابير وقائية طارئة، وذلك كله في مرحلة ما قبل التحكيم العادي pre-arbitral⁽⁹⁾.

كما أن المادة «9» أعطت للأطراف سلطة طلب اتخاذ هذه التدابير؛ سواءً قبل إنشاء هيئة التحكيم أو حتى أثناء سير إجراءات التحكيم، وقد أفلح المشرع القطري - في رأينا - حينما نص على أن اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة أو محكم الطوارئ لا يعد في هذه الحالة إخلالاً باتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين.

وهذا ما نص عليه أيضاً المشرع المصري في نص المادة «14» من قانون التحكيم المصري رقم «27» لسنة 1994م، التي تنص على أنه: (يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة «9» من هذا القانون أن تأمر بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها).

ولقد أكدت هذا الأمر محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 12/12/1996م؛ حيث قضت بأن: «... من ذلك الاعتصام بما نصت عليه المادة «14» من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم «27» لسنة 1994م، التي نصت على أن «يجوز للمحكمة المشار إليها

(7) إن فكرة تحكيم الطوارئ تعد فكرة حديثة نسبياً، والتي يتم فيها تعيين محكم على وجه السرعة بهدف إصدار تدابير وقائية وتحفظية بشكل سريع، ولقد تبنت هذه الفكرة جل مراكز التحكيم حول العالم؛ مثل مركز ستوكهولم وغيره. راجع في ذلك الدكتور/ أحمد سيد محمود - تحكيم الطوارئ - بدون دار نشر - 2015م.
(8) راجع في ذلك الجريدة الرسمية العدد 3 الصادر بتاريخ 16/2/2017 الصفحة 3. نص المادة 9 من قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017م.
(9) الدكتور/ أحمد سيد محمود - تحكيم الطوارئ - بدون دار نشر - 2015 - ص 11.

في المادة «9» من هذا القانون أن تأمر، بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها...»⁽¹⁰⁾.

ولا شك في أن اتفاق الأطراف يؤدي دورًا جوهريًا ومحوريًا في اختصاص هيئة التحكيم بإصدار التدابير الوقائية والتحفظية؛ حيث قد يعهد الأشخاص إلى هيئة التحكيم بإصدار التدابير الوقائية والتحفظية وإبعاد سلطة القضاء الوطني من إصدار هذه التدابير، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة التاسعة سابقة الذكر، ولكننا إلى جانب نص المادة «9» من قانون التحكيم القطري نذكر نص المادة «17» من قانون التحكيم القطري أيضًا، والتي تبين الحالات التي يجوز فيها إصدار تدابير وقائية وتحفظية؛ حيث تنص المادة على أنه: (1- ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم بناءً على طلب أي من الأطراف، أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تصدر أحكامًا وقتية تفتضيها طبيعة النزاع أو بغرض توقي ضرر قد لا يمكن جبره، بما في ذلك أي مما يأتي:

1. إبقاء الحال على ما هو عليه أو إعادته إلى ما كان عليه لحين الفصل في النزاع.

2. اتخاذ أي إجراء يمنع حدوث ضرر حال أو وشيك أو المساس بعملية التحكيم ذاتها، أو منع اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب أيًا من ذلك.

3. توفير وسيلة للمحافظة على الموجودات التي يمكن بواسطتها تنفيذ أي قرارات لاحقة.

4. المحافظة على الأدلة التي قد تكون هامة أو جوهرية للفصل في النزاع.

ويجوز لهيئة التحكيم أن تطلب من الطرف الذي يطلب اتخاذ هذه الإجراءات، تقديم ضمان كافٍ لتغطية نفقات التدبير المؤقت الذي أمرت به أو الحكم الوقي الذي أصدرته.

يجوز لهيئة التحكيم أن تعدل أو تعلق أو تلغي تدييرًا مؤقتًا أمرت به أو حكمًا وقتيًا أصدرته، بناءً على طلب يقدمه أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها في حالات الضرورة، وذلك بعد إخطار باقي الأطراف.

يجوز للطرف الذي صدر أمر بتدبير مؤقت أو حكم وقتي لصالحه، بعد حصوله على إذن كتابي من هيئة التحكيم، أن يطلب من القاضي المختص أن يأمر بتنفيذ الأمر أو الحكم الصادر من هيئة التحكيم أو أي جزء منه. وترسل نسخ من أي طلب للحصول على الإذن أو للتنفيذ، بموجب هذه المادة، إلى باقي الأطراف. ويأمر القاضي المختص بتنفيذ الأمر أو الحكم المشار إليه، ما لم يكن مخالفًا للقانون أو النظام العام.

يتحمل الطرف الذي يطلب التدبير أو الحكم التكاليف والتعويضات عن أي أضرار قد يسببها ذلك التدبير أو الحكم لأي طرف، وذلك إذا قررت هيئة التحكيم في وقت لاحق أنه لم يكن ينبغي إصدار التدبير أو الحكم في تلك الظروف. ويجوز لهيئة التحكيم أن تلتزم ذلك الطرف بسداد التكاليف والتعويضات في أي وقت أثناء الإجراءات⁽¹¹⁾.

(10) أحكام محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1975 لسنة 66 قضائية، تاريخ الجلسة 12/12/1996.

(11) راجع في ذلك الجريدة الرسمية العدد 3 الصادر بتاريخ 16/2/2017 الصفحة 3 المادة 17 من قانون التحكيم القطري رقم 2 لسنة 2017م.

ومن هنا فقد أعطت هذه المادة الصلاحية للأطراف بأن يقوموا بمنح الاختصاص إلى هيئة التحكيم بإصدار التدابير الوقائية والتحفظية، وقد بينت هذه المادة صور التدابير الوقائية والتحفظية التي يمكن لهيئة التحكيم أن تتخذها بناءً على طلب أحد الأطراف، وحيث إن هناك ارتباطاً وثيقاً بين نص المادة «9» تحكيم قطري التي تنص في الأصل على اختصاص القضاء الوطني بإصدار التدابير الوقائية والتحفظية بجانب اختصاص هيئة التحكيم في حال اتفاق الأطراف على منحها هذه السلطة، أو اتفاق أطراف التحكيم على منح هذه السلطة إلى أي شخص آخر يتم اختياره كمحكم طوارئ⁽¹²⁾.

كما أن المادة «17» من قانون التحكيم القطري جاءت لتعطي الحق لهيئة التحكيم في إصدار التدابير بشكل مباشر إذا اتفق الأطراف على منحها هذه السلطة، أو طلب منها أحد الأطراف اتخاذ تدابير وقائية وتحفظية أثناء نظر الدعوى التحكيمية.

وقد اختلف العديد من الفقهاء⁽¹³⁾ حول الاختصاص المشترك للقاضي الوطني ولهيئة التحكيم في إصدار التدابير الوقائية والتحفظية، ولكن ما انتهى إليه المشرع القطري والمشرع المصري هو الاختصاص المشترك بين القضاء الوطني وهيئة التحكيم في إصدار التدابير الوقائية والتحفظية؛ حيث نص المشرع المصري على ذلك صراحة في المادتين «9 و 14» من قانون التحكيم المصري⁽¹⁴⁾، بالإضافة إلى القوانين الأجنبية؛ مثل المادة «23/1» من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة «26» من قواعد الاونيسترال، والمادة «47» من اتفاقية واشنطن، والمادة «17» من القانون النموذجي للتحكيم، فبمراجعة كل تلك القوانين نجد أنها منحت الأطراف سلطة الاتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة إصدار التدابير الوقائية والتحفظية.

(12) راجع في ذلك نص المادتين 9 و 17 من قانون التحكيم القطري، وانظر الدكتور/ أحمد سيد محمود، مرجع سابق، ص 48.
(13) الدكتورة/ فاطمة صلاح رياض، دور القضاء في التحكيم دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2016، ص 204 - والدكتور/ مصطفى ناطق صالح مطلوب، المرجع السابق، ص 141 - والأستاذ/ يوسف حسني الحر، المرجع السابق، ص 89.

(14) الدكتور/ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً لقانون رقم 27 لسنة 1994، بدون دار نشر، 2002، ص 143.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بعد إصدار الحكم في الخصومة التحكيمية

إن حكم التحكيم وإن كان صادرًا عن هيئة التحكيم بصيغة منجزة؛ أي أنه يصدر حائزًا قوة الأمر المقضي به، ولكنه لا يكون منوطًا بالتنفيذ؛ حيث إنه مازال لا يتمتع بالقوة التنفيذية بمجرد صدوره، فهو يعكس أحكام القضاء؛ إذ إنه لا يمكن اعتباره سنًا تنفيذيًا من الناحية العملية، فهو ما زال بحاجة إلى تدخل القضاء لمنحه القوة التنفيذية، فالمحكم وإن كان يستمد سلطته من إرادة الأطراف، فهو لا يملك سلطة إجبار الخصوم على تنفيذ حكم التحكيم⁽¹⁵⁾؛ إذ إن هذه السلطة ما زالت حكرًا من حيث الأصل للقضاء الوطني، وهذه الفكرة تؤكد سيادة الدولة وسلطانها على أرضها.

ولا يستطيع القاضي الوطني إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بشكل تلقائي، بل إن القانون قد وضع التزامات وشروطًا يجب اتباعها بهدف تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وقد رأى الفقه⁽¹⁶⁾ أن القضاء أثناء عملية إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ما زال يتمتع بسلطة في الرقابة على حكم التحكيم الأجنبي؛ حيث إن القضاء الوطني ينظر إلى حكم التحكيم بوصفه حكمًا صادرًا عن جهة غير قضائية، وإن المحكمين الذين أصدروا الحكم ليس لهم سلطة في إصدار هذه الأحكام.

لذلك فمن خلال هذا المبحث سنحاول أن نلقي الضوء على دور القاضي الوطني في إصدار الأمر القضائي لتنفيذ الحكم الأجنبي، بالإضافة إلى بحثنا عن سلطة القاضي في الرقابة على أحكام التحكيم، وذلك من خلال مطلبين أساسيين؛ ناقش في المطلب الأول مفهوم حكم التحكيم الأجنبي، بينما نخصص المطلب الثاني للحديث عن الآلية القانونية لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

المطلب الأول

مفهوم حكم التحكيم الأجنبي

بالعودة إلى اتفاقية نيويورك الصادرة عام 1958م، نجد أنها بينت في المادة الأولى منها مفهوم الأحكام الأجنبية؛ بقولها «تطبق هذه الاتفاقية على اعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها متى صدرت هذه القرارات في أراضي دولة خلاف الدولة التي يطلب الاعتراف فيها بهذه القرارات وتنفيذها.....»⁽¹⁷⁾.

يتبين لنا أن الاتفاقية الدولية سالفة الذكر وضعت ضابطًا يمكن الاستناد إليه للوقوف على ما إذا كان الحكم أجنبيًا من عدمه، وهو أنه إذا صدر الحكم في الدولة التي يطلب الاعتراف فيها بهذه القرارات وتنفيذها، ومن وجهة نظرنا الشخصية نرى أن هذا الضابط مناسب جدًا للترفة بين الأحكام الوطنية والأحكام الأجنبية، ويمكننا تسميته بمعيار دولة الإصدار، ومن الجدير بالذكر أن دولة قطر تعتبر إحدى الدول المنضمة إلى اتفاقية نيويورك 1958م.

كما أن اتفاقية بروكسل لعام 1968م، الخاصة بالاختصاص وتنفيذ الأحكام المدنية والتجارية

(15) الدكتورة/ فاطمة صلاح رياض، المرجع السابق، ص344.

(16) الدكتورة/ فاطمة صلاح رياض، المرجع السابق، ص349.

(17) اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها الصادرة عام 1958م.

الأجنبية والنافذة في فبراير 1973م، نصت على الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في الدول الأعضاء، وحسب هذه الاتفاقية فإن المقصود بالحكم القضائي الأجنبي أن يكون الحكم صادرًا من محكمة تابعة لدولة من الدول الأعضاء في الاتفاقية، بينما يكون تنفيذ هذا الحكم في دولة أخرى عضو في الاتفاقية؛ أي أن التنفيذ لن يكون في ذات الدولة التي أصدرت حكم التحكيم، فنجد أن الاتفاقية حصرت مجال تطبيقها على الدول الأعضاء فقط⁽¹⁸⁾.

ومن هنا نرى أن اتفاقية بروكسل قد اتبعت معيارًا قريبًا جدًا من المعيار المنصوص عليه في اتفاقية نيويورك 1958م، ولكننا نرى من وجهة نظرنا الشخصية أن التعريف الوارد في اتفاقية نيويورك كان أعم وأشمل وتمت صياغته بطريقة أفضل من الطريقة المدون بها اتفاقية نيويورك.

ولقد أكدت محكمة النقض المصرية مبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وفقًا لاتفاقية نيويورك 1958م، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ: 28/3/2011م؛ حيث قضت المحكمة بأنه: «أوجبت اتفاقية نيويورك الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية في المادة الثالثة منها على جميع الدول المتعاقدة الاعتراف بحجية الأحكام الصادرة منها والالتزام بتنفيذها إلا إذا قدم الخصم المراد اعترافه بحكم التحكيم أو تنفيذه في مواجهته ما يدل على إلغاء ذلك الحكم أو العدول عنه في الإقليم الذي صدر فيه حيث يكون الأمر حينئذ متعلقًا بمعدوم لا وجود له في الواقع، أو قدم الدليل على توافر إحدى الحالات المستثناة في نص المادة الخامسة من تلك الاتفاقية»⁽¹⁹⁾.

كما تم تأكيد فكرة دور القضاء الوطني في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وذلك من خلال إحدى القضايا التحكيمية المشهورة باسم قضية «Kis France» ضد «societe Generale»، التي قضت في نهايتها محكمة استئناف باريس بأن حكم التحكيم الأجنبي يمكن تنفيذه من خلال القضاء الوطني؛ إذ إن القضاء الوطني يمكنه التدخل بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية⁽²⁰⁾.

المطلب الثاني

كيفية تنفيذ القاضي الوطني لحكم التحكيم الأجنبي

بين قانون التحكيم القطري الصادر عام 2017م الإجراءات والطرق التي يتم من خلالها تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية؛ حيث بين ذلك نص المادة «34» من قانون التحكيم القطري، والتي نصت على أن:

1. تحوز أحكام المحكمين حجية الأمر المقضي به، وتكون واجبة النفاذ، وفقًا لأحكام هذا القانون، بصرف النظر عن الدولة التي صدرت فيها.

2. يقدم طلب تنفيذ الحكم، كتابة، إلى القاضي المختص، مرفقًا به صورة من اتفاق التحكيم، وأصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها، وترجمة الحكم إلى اللغة العربية من جهة معتمدة، إذا كان صادرًا بلغة أجنبية، وذلك ما لم يتفق الأطراف على وسيلة بديلة لتنفيذ الحكم.

3. لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم، إلا بعد انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان هذا الحكم).

(18) الأستاذ/ هشام مخلوف، اختصاص القضاء الوطني في تنفيذ الأحكام الأجنبية «دراسة مقارنة»، دار الوفاء للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2018، ص 219.

(19) أحكام محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1042 لسنة 73 قضائية، تاريخ الجلسة 28/3/2011م.

Paris. 31 oct. 1989. Rev. arb. 1992, p. 90 - (21)

يترتب على هذه المادة أن المشرع القطري اعترف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة خارج دولة قطر، وذلك عن طريق رفع دعوى قضائية إلى قاضي التنفيذ للمطالبة بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، كما بينت المادة سالفه الذكر الإجراءات المتبعة لتنفيذ حكم التحكيم، وهي تقديم عريضة لقاضي التنفيذ، مرفقًا بها صورة من اتفاق التحكيم، كما اشترط المشرع القطري في حالة صدور الحكم بلغة أجنبية، أن يقوم طالب التنفيذ بترجمة هذا الحكم إلى اللغة العربية قبل تقديمه إلى قاضي التنفيذ.

وقد أضافت الفقرة الثالثة من المادة سالفه الذكر ميعاد رفع دعوى التنفيذ، كما اشترطت المادة أن يتم رفع دعوى التنفيذ بعد انقضاء ميعاد دعوى البطلان، ونرى جديدًا هنا أن دعوى البطلان هي إحدى الدعاوى التي يختص بها القضاء الوطني أيضًا للمساعدة في العملية التحكيمية، ولكننا لم نذكرها في تقسيم بحثنا، ولا يخفى علينا أن الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الثالثة هو ميعاد كامل؛ أي أنه يجب الانتظار حتى انتهاء كامل فترة الطعن بالبطلان، ليتمكن بعدها الطرف طالب التنفيذ من رفع دعواه القضائية.

ونتهي هذا المطلب ببيان حكم المادة «35» من قانون التحكيم القطري، التي بينت أنه لا يجوز من حيث الأصل رفض الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية إلا في الحالات الخاصة التي نصت عليها المادة؛ حيث نصت المادة سالفه البيان على الآتي:

(لا يجوز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيم أو رفض تنفيذه، بصرف النظر عن الدولة التي صدر فيها، إلا في الحالتين الآتيتين:

1. بناءً على طلب الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده، إذ قدم هذا الطرف إلى القاضي المختص، الذي قدّم إليه طلب الاعتراف أو التنفيذ، دليلاً يثبت إحدى الحالات الآتية:

أ. أن أحد أطراف اتفاق التحكيم وقت إبرامه كان فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، أو أن اتفاق التحكيم غير صحيح، وفقاً للقانون الذي اتفق الأطراف على أن يسري على الاتفاق، أو وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم إذا لم يتفقوا على ذلك.

ب. أن الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم، أو تعذر عليه تقديم دفاعه لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

ج. أن حكم التحكيم قد فصل في أمور لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم المتعلقة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، يجوز الاعتراف أو تنفيذ أجزاء حكم التحكيم التي فصلت في الأمور التي يشملها اتفاق التحكيم أو لم تجاوز هذا الاتفاق.

د. أن تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين أو إجراءات التحكيم، قد تم بالمخالفة للقانون أو لاتفاق الأطراف، أو في حالة عدم وجود اتفاق أن يكون ذلك قد تم على وجه مخالف لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم.

هـ. أن حكم التحكيم لم يعد ملزماً للأطراف، أو قد تم إبطاله أو إيقاف تنفيذه من قبل إحدى محاكم الدولة التي صدر فيها ذلك الحكم أو وفقاً لقانونها.

2. أن يرفض القاضي المختص الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم، من تلقاء نفسه، في الحالتين الآتيتين:

أ. إذا كان موضوع النزاع مما لا يجوز الاتفاق على الفصل فيه عن طريق التحكيم وفقاً لقانون الدولة.

ب. إذا كان الاعتراف بالحكم أو تنفيذه يتعارض مع النظام العام للدولة. وإذا تبين للقاضي المختص أن حكم التحكيم المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه مطعون عليه بالبطلان أمام المحكمة في الدولة التي صدر فيها، يجوز له تأجيل الأمر بالتنفيذ بحسب ما يراه مناسباً، ويجوز له بناءً على طلب طالب الاعتراف أو التنفيذ أن يأمر الطرف الآخر بتقديم الضمان الذي يراه مناسباً.

3. يجوز التظلم من الأمر الصادر برفض تنفيذ حكم التحكيم أو بتنفيذه أمام المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الأمر. (

الخاتمة:

نؤكد في نهاية هذا البحث أن التحكيم - كنظام قانوني حديث إلى حد ما- لا يكفي بمفرده لتطبيقه داخل المجتمع، فالتحكيم من حيث الأصل ينشأ باتفاق الأطراف، فلا توجد سلطة قوية تستطيع أن تجبر الأطراف على تنفيذ الحكم، كما أن الإجراءات التحكيمية لا تكون كافية بذاتها لحل النزاع، فيلجأ الأطراف إلى القضاء لمساعدة التحكيم في حل الخصومة التحكيمية القائمة، فكما قال العلامة فتحي والي، أن القضاء دائماً ما يتدخل في الخصومة التحكيمية، تارة بالمساعدة وتارة بالتنفيذ.

كما أننا نذكر أن القضاء الوطني ليس له التدخل فقط بإصدار التدابير الوقائية والتحفظية والتنفيذ، بل إن القضاء الوطني يختص بأمر أكثر من ذلك في العملية التحكيمية، ولكننا ذكرنا التنفيذ والتدابير بوصفهما من أهم الأمور من وجهة نظرنا الشخصية.

وقد خلاص هذا البحث إلى النتائج الآتية:

النتائج:

1. لم يعرف القانون القطري بشكل عام مفهوم التدابير الوقائية والتحفظية تاركاً ذلك للفقه.
 2. يمتلك القاضي سلطة إصدار تدابير وقائية وتحفظية على الخصومة التحكيمية.
 3. اعترف المشرع القطري بتنفيذ جميع أحكام التحكيم الأجنبية إلا ما استثنى منها بنص خاص.
 4. لم يبين المشرع القطري مفهوم الأحكام الأجنبية تاركاً ذلك لاجتهادات الفقه.
- وقد خلاصنا من خلال هذا البحث إلى التوصيات الآتية:

التوصيات:

1. نوصي المشرع القطري بضرورة وضع تعريف واضح لمفهوم التدابير الوقائية والتحفظية.
2. نوصي المشرع القطري بضرورة تخصيص فصل كامل في قانون التحكيم لزيادة المواد المتعلقة بالتدابير الوقائية والتحفظية؛ نظراً لأهميتها في العملية التحكيمية بين الأفراد، وخصوصاً أن معظم الأفراد داخل المجتمع قد يلجؤون إلى هيئات تحكيمية في الوقت الحاضر لحل الخلافات والنزاعات التي تنشأ بينهم.
3. نوصي المشرع القطري بضرورة وضع تعريف خاص بالأحكام الأجنبية، وعدم ترك هذا الأمر للفقه.

قائمة المراجع:

المراجع القانونية:

1. - الدكتور: أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً لقانون رقم «27» لسنة: 1994م، بدون دار نشر، 2002م.
2. - الدكتور: أحمد سيد محمود، تحكيم الطوارئ، بدون دار نشر، 2015م.
3. - الدكتورة: فاطمة صلاح رياض، دور القضاء في التحكيم دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2016م.
4. - الدكتور: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى: 2007م.
5. - الدكتور: مصطفى ناطق صالح مطلوب، نظام التحكيم التجاري الطارئ، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى: 2018م.
6. - 10- الدكتور: يوسف حسني الحر، منازعات التحكيم (الإجراءات الوقتية والتحفظية)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2017م.
7. - الأستاذ: هشام مخلوف، اختصاص القضاء الوطني في تنفيذ الأحكام الأجنبية «دراسة مقارنة»، دار الوفاء للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2018م.

التشريعات والأحكام:

1. - الجريدة الرسمية العدد 3 الصادر بتاريخ: 16/2/2017م الصفحة 3، قانون التحكيم القطري رقم (2) لسنة: 2017م.
2. - الجريدة الرسمية العدد 13 الصادر بتاريخ: 1/1/1990م الصفحة «2967» قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم «23» لسنة: 1990م.
3. - قانون التحكيم المصري رقم «27» لسنة: 1994م.
4. - اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها الصادرة عام: 1958م.
5. - اتفاقية بروكسل لعام: 1968م، الخاصة بالاختصاص وتنفيذ الأحكام المدنية والتجارية الأجنبية والناهذة في فبراير: 1973م.
6. - أحكام محكمة النقض المصرية.



توظيف المنهج البراغماتي في تأويل النص القانوني والتحرر من أزمة الغموض - مقارنة عابرة للتخصصات

القاضي الدكتور / سفيان عبدلي

خبير في القانون الدولي وحقوق الإنسان أستاذ القانون العام بجامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر

توظيف المنهج البراغماتي في تأويل النص القانوني والتحرر من أزمة الغموض - مقارنة عابرة للتخصصات

القاضي الدكتور / سفيان عبدلي

خبير في القانون الدولي وحقوق الإنسان أستاذ القانون العام بجامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر

المُلخَص

توصف العلاقة بين «اللسانيات» و«تأويل القانون» بالتعقيد وتعرف العديد من التحديات. يأخذ إجراء التواصل المعرفي شكله المعقد حال الأخذ بالاعتبار النهج العملي للوصول إلى المتلقين له في سلسلة متصلة من الأشخاص العاديين إلى الخبراء. وبعيداً عن اختزالية الاتجاهات البنيوية والتوليديّة، تنتقل التداولية الاهتمام من اللغة في مستواها المجرد إلى اللغة المستعملة من قبل المتكلم، ليتحول الدرس اللساني إلى درس للإنجاز اللغوي؛ فهي تتجاوز كون اللغة مجرد وسيلة تواصلية، نحو محاولة التأثير الفعلي الملموس في العالم الخارجي بالإحداث أو التغيير أو الهدم.

واعتباراً لأزمة الغموض التي أضحت تهيمن على النصوص المعيارية، فقد جادلت هذه الدراسة بأن أدوات المنهج التداولي البراغماتي بإمكانها، إلى حدّ كبير، تفكيك النص المعياري القانوني، واستنطاق معانيه، تأويلاً وتطويراً، بالنظر لبحثه العلاقة الخارجية بين مصدر النص، والمخاطب به، و مؤوّله، دون أن تهمل السياق بمختلف تجلياته وتفاعلاته.

تجادل هذه الدراسة، من خلال هذا البحث العابر للتخصصات، أنه ولكون المنهج البراغماتي يركز على الفعل الكلامي؛ في حين تصب المناهج الأخرى اهتمامها على الخطاب بحد ذاته وليس على المضامين والمقاصد التواصلية المُصنّعة نتيجة الفعل الكلامي، فهو الأكثر قدرة على تفريغ أزمة الغموض التي يتخبط فيها النص المعياري.

وبرهنت الدراسة على أنّ منهج التأويل التطوري - كما نسمّيه - هو المنهج الخلاق الواعد، نظراً لإمكانية الهائلة التي تصل لحدّ بحث حياة جديدة في النص المعياري، بتطوير تطبيقاته المتجددة وخلق أبعاد متدفقة ومنفتحة على النص بمختلف تجلياته. ويضمن تطبيق هذا المنهج في مجال تأويل النصوص القانونية العديد من المزايا ومن أهمها تطبيق النصوص المعيارية على حالات ووضعيّات لم يتوقعها واضعو النصوص أنفسهم وقت صياغتها، ولعلّ مقارنة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحاكم الدستورية لهذا النهج وتبنيها له، لاسيما على المستوى الأوروبي، خير دليل على فعاليته القوي.

الكلمات المفتاحية: اللسانيات، التداولية، أزمة الغموض، التأويل، النص القانوني، التفسير التطوري.

ABSTRACT

Employing the Pragmatic Approach in Interpreting the Legal Text and Emancipation of Ambiguity Crisis - A Cross Disciplinary Approach

Judge Dr. Sufyan Abdali, Expert in International Law and Human Rights - Professor of Public Law at Mohamed Kheidar University in Biskra, Algeria.

Considering the crisis of ambiguity that has come to dominate the normative texts, this study argues that the instruments of the pragmatic method can, to a large extent, deconstruct the normative legal text, and interrogate its meanings, by interpreting and developing it, given its examination of what a speaker implies and a listener infers based on contributing factors like the situational context, the individuals' mental states, the preceding dialogue, and other elements.

The study demonstrated, through this multidisciplinary research, that because the pragmatic approach is based on the verbal act; While other approaches focus their attention on the discourse itself and not on the communicative contents and intentions manufactured as a result of the speech act, it is the most capable of relieving the crisis of ambiguity in which the normative text flounders.

The study also proved that the evolutionary interpretation approach is a promising creative approach, given its enormous potential that reaches the point of reviving new life in the normative text, by developing its renewed applications and creating flowing and open dimensions to the text in its various manifestations. The application of this approach in the field of interpretation of legal texts guarantees many advantages, the most important of which is the application of normative texts to cases and situations that the drafters of the texts themselves did not expect at the time of their drafting. Perhaps the approach of the European Court of Human Rights to this approach and its adoption of it at the European level is the best evidence of its maximum effectiveness.

Key words: Linguistics, pragmatics, crisis of ambiguity, interpretation, legal text, evolutionary interpretation.

المقدمة:

توصف العلاقة بين «اللسانيات القانونية» و«تأويل القانون» بالتعقيد وتعرف العديد من التحديات. ويأخذ إجراء التواصل المعرفي شكله المعقد حال الأخذ بالاعتبار النهج العملي للوصول إلى المتلقين له في سلسلة متصلة من الأشخاص العاديين إلى الخبراء.

يُظهر تحليل بعض النصوص القانونية والأحكام القضائية أن أنواعًا مختلفة من المعرفة، متعددة التخصصات، ضرورية من أجل تحقيق فعل تواصلٍ جيّد؛ بحيث يكون وجود درجة عالية من المعرفة المتخصصة ذا أهمية قصوى لتحقيق نتيجة دقيقة وفاعلة.

يتعامل كل من القاضي والمشرع مع اللغة القانونية ولكن نهجها مختلف تماما. يصوغ المشرع القواعد التي يفترض أن يلتزم بها الجميع بعد إقرارها. وخلال عملية الصياغة يستعمل المشرع السياقات اللغوية العامة والخاصة ويجب عليه البحث عن أفضل دقة -لغوية- ممكنة من أجل الوصول إلى اليقين القانوني؛ أي إطار قانوني يمكن التنبؤ به.

مع ذلك، يجب صياغة القاعدة بطريقة تجعلها قابلة للتطبيق أيضًا على التغييرات المجتمعية (والسياسية) غير المتوقعة. لذلك، فإن لغة القانون، كما أسلفنا الذكر سابقًا، غالبًا ما تكون «منفتحة» أو «غير دقيقة» أو «غامضة»، وبالتالي تتعارض مع مبدأ «تجنب الغموض» اللغوي.

مع الأخذ في الاعتبار الجانب البراغماتي للغة، يحتل السياق دورا بارزا في فهم المحتوى (الكلمات المستخدمة) لفعل اتصالي - قابل للتطبيق أيضًا في البيئات القانونية. فعندما يقرأ القاضي القواعد القانونية ويفسرها، عليه أن يجد القواعد التي تنطبق على القضية قيد النظر. ويرتكز تفسير القاضي على أساس بعض المبادئ العامة المطبقة في معظم الأنظمة القانونية. طرق التفسير النموذجية المطبقة هي قواعد نحوية (تركز على صياغة النص)، وتاريخية (التركيز على كيفية ظهور النص، وبعبارة أخرى البحث في الأعمال التحضيرية للعملية التشريعية)، منهجية (تركز على العلاقات المنطقية بين الحكم المطروح والأحكام الأخرى في النظام القانوني المعين)، وصولا إلى تقنية التفسير الديناميكي والغائي على وجه الخصوص.

هنا يبرز القاضي، من خلال حكمه، تفسيره للنص التشريعي. فلم يعد القاضي مجرد «فم للقانون» كما كتب مونتسكيو، بناءً على افتراض أن الكلمات لها معنى ثابت نسبيًا ومحددًا مسبقًا وهو ما يمكن الرجوع إليها بسهولة.

وبعيدًا عن اختزالية الاتجاهات البنيوية والتوليدية، تنقل التداولية الاهتمام من اللغة في مستواها المجرد إلى اللغة المستعملة من قبل المتكلم⁽¹⁾، ليتحول الدرس اللساني إلى درس للإنجاز اللغوي؛ فالتداولية -البراغماتية-، كفرع لعلم اللسانيات، تركز على الاستخدام الفعلي للكلمات في السياق، مما يجعلها تكون أساساً مناسباً لهذه الدراسة. ويشير القانونيون، في هذا الصدد، إلى ضرورة استعمال القدرات العقلية للمخاطب، إدراكا منهم أنّ اللغة مؤسّسة على الأعراف الاستعمالية؛ لذلك ينبغي فهم الخطاب القانوني لديهم في مقاصده على استدعاء ما يحيط باللفظ من عوامل غير لغوية، مثل: السياق، والافتراض المسبق، والكفاية التداولية، والمعرفة المشتركة بين أطراف الخطاب.

(1) MORRIS Ch. W., Foundations of the Theory of Signs, Chicago, Chicago University Press, 1938.

وهكذا، جاءت مقارنة هذه الدراسة على أساس المنهج التداولي الذي يهتم بالمعنى المراد في داخل السياق بين متكلم بعينه ومتلقي بعينه. ونظرا لترتيب البحث التداولي بعد البحث التركيبي والبحث الدلالي، نلاحظ اتساع مجالات البحث في التداولية، فالتداولية تعرض للمعنى الاستعمالي، وهذا يتضمن دراسة المنطوق اللغوي، وبعد ذلك دراسة المتكلم وكل ما يتصل به، وما هدفه أو قصده، ثم المتلقي وعلاقته بالمتكلم، ومعرفة العناصر الأخرى التي تؤثر في فهم المعنى وهو ما جعل الباحثين يؤكدون على أن التداولية تقوم على أربعة مرتكزات هي: الإشاريات (Deixis)، الافتراض السابق (Presupposition)، الاستلزام الحواري (Conversational implicature) الأفعال الكلامية (Speech acts).

وتزايد الاهتمام البحثي في السنوات الأخيرة بموضوع اللغة المعدة لأغراض خاصة (Language for Special Purposes) والخطاب المتخصص في العديد من الأدبيات المعاصرة. ويعدّ البحث في اللغة القانونية كواحد من فروع البحث في اللغة المعدة لأغراض خاصة (LSP) في سياق متعدد التخصصات⁽²⁾.

من هنا جاءت فكرة هذا البحث، العابر للتخصصات، الذي يهدف لمحاولة رصد العلاقة البيئية بين علمي القانون واللغة، من خلال التطبيق على واحد من أكثر المباحث التي يشتغل عليها العلماء في كلا الميدانين، وهو تأويل النصوص القانونية.

ولذلك، يتمحور المشكل الرئيس لهذا البحث في تحليل الدور الذي يمكن أن يلعبه منهج اللسانيات البراغماتية (التداولية) في تأويل النص المعياري (القانوني). وتبعاً لما سبق، صغنا الإشكالية الرئيسية لهذا البحث في السؤال التالي: إلى أي مدى يمكن لمنهج اللسانيات البراغماتية الإسهام في تحرير النص المعياري من أزمة الغموض؟ وما أثر أعمال أدوات هذا المنهج التأويلية على تطوير النص وتجديده؟

سنحاول معالجة مشكلة الدراسة من خلال البحث في إسهامات المنهج البراغماتي في تحرير النص المعياري من أزمة الغموض، ثم البحث في تفسير النص المعياري باستعمال أدوات المنهج البراغماتي لنصل إلى دراسة بعض تطبيقات التأويل التطوري للنص المعياري.

(2) - Kischel, Uwe (2009). Legal Cultures - Legal Languages. In: Frances Olsen, Alexander Lorz and Dieter Stein, eds. Translation Issues in Language and Law. New York: Palgrave Macmillan, 717. Goddard, Christopher (2010). Legal Linguistics: As (In) substantial as Ghosts and True Love? In: Davide Simone Giannoni and Celina Frade, eds. Researching Language and the Law. Textual Features and Translation Issues. Bern: Lang, 199-211. Poscher, Ralf (2012). Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation. In: Peter M. Tiersma and Lawrence M. Solan, eds. The Oxford Handbook of Language and Law. Oxford: Oxford University Press, 128-144. Engberg, Jan (2012). Word Meaning and the Problem of a Globalized Legal Order. In: Peter M. Tiersma and Lawrence M. Solan, eds. The Oxford Handbook of Language and Law. Oxford: Oxford University Press, 175-186. Bix, Brian H. (2012). Legal Interpretation and the Philosophy of Language. In: Peter M. Tiersma and Lawrence M. Solan, eds. The Oxford Handbook of Language and Law. Oxford: Oxford University Press, 145-155. Mattila, Heikki E.S. (2013). Comparative Legal Linguistics. Language of Law, Latin and Modern Lingua Franca (translated from the Finnish by Christopher Goddard). London: Ashgate.

المبحث الأول

إسهام المنهج البراغماتي في تحرير النص المعياري من أزمة الغموض

أولاً: المنهج البراغماتي: المفهوم والنطاق

التداولية مصطلح لسانيّ، أصله البراغماطية Pragmatique ، أو باللاتينية Pragmaticus وفي الإغريقية Pragmaticos ويشير إلى كل ما هو «عملي».

وقد ارتبط توظيفه في العصر الحديث بالفلسفة الأمريكية «الذرائعية» أو «النفعية»، ولكن في اللغة العربية يجب أن نفرّق في المصطلح بين «التداولية»، والذي نقصد به هذا الاتجاه اللغوي الجديد الذي يعنى بقضايا الاستعمال اللغوي ويقابله المصطلح الفرنسي Pragmatique والبراغماتية أو ما يُترجم أيضاً بـ«الذرائعية» أو «النفعية» أو غيرهما كمذهب فلسفي تجريبي عملي؛ تجاوز المذهب العقلاني وطور الاتجاه التجريبي، لا تقوم على معاني عقلية ثابتة أو تصورات قبلية ترتبط بالواقع التجريبي، تحاول أن تفسر الفكرة ليس بمقتضياتها العقلية أو الحسية بل بتتبع و اقتفاء أثر نتائجها «العملية» ويقابلها مصطلح Pragmatisme ومن روادها وليام جونز وجون ديوي وشيلر وغيرهم⁽³⁾.

ويفضل الأستاذ محمد محمد يونس علي ترجمة مصطلح pragmatics بعلم التخاطب، وليس بالتداولية، أو النفعية، أو الذرائعية كما يفعل عدد من اللسانيين العرب توهمًا منهم بأن pragmatics و pragmatism شيء واحد. والواقع أن المصطلح الأول يطلق على الدراسات التي تعنى بالمعنى في السياقات الفعلية للكلام، وهو ما يتفق مع معناها الحرفي، وهو «علم الاستعمال». وإذا نظرنا في تراثنا البلاغي، والأصولي فسنلاحظ أن الاستعمال -الذي يقابل الوضع عادة - يطلق على النشاط الذي يقوم به المتكلم في عملية التخاطب؛ ولذا فإن ترجمة pragmatics بعلم التخاطب يعتبر من حيث المبدأ من أنسب من الخيارات. أما pragmatism فهي مدرسة فلسفية ظهرت في أمريكا تذهب إلى أن الفكرة النظرية لا تجدي نفعاً ما لم تكن لها تطبيقات عملية. وعلى الرغم من وجود صلة منهجية بين المجالين (والمصطلحين) تكمن في التقليل من شأن المجرد، والعناية بما هو عملي، وسياقي، ومتحقق فعلاً؛ فإن اهتمام الحقل المسمى بـ pragmatics يقتصر على اللغة خاصة، في حين يعنى الحقل الآخر بالفلسفة، وإن امتدت آثاره إلى السياسة، وعلم الاجتماع، وغيرهما⁽⁴⁾.

وقد عرف jef verschueren البراغماطية -التداولية- بأنها: «علم علاقة العلامة بمؤوليهها، فإنه من التمييز الدقيق للتداولية أن نقول إنها تتعامل مع الجواب الحيوية لعلم العلامات، وهذا يعني كل الظواهر النفسية والاجتماعية التي تظهر في توظيف العلامات»⁽⁵⁾.

وتجد في هذا المذهب اللساني كما وافرا من الرؤى، والاتجاهات، والنظريات، يخضع على تنوعه لأساس يقوم على الخطاطة الاتية⁽⁶⁾: من يتكلم؟ من المتلقي؟ ما القصد من الكلام؟ كيف تتكلم بشيء وتسعى لقول شيء آخر؟ ماذا نفع لتجنب الإبهام والغموض في عملية التواصل؟ هل المعنى الضمني كاف لتحديد المقصود؟

(3) سيف الدين طه الفقراء، رؤى تداولية في الصرف العربي، دار اليازوري، 2020، ص.20. مجيد الماشطة، شظايا لسانية، الطبعة الأولى، مطبعة السلام، 2017، ص.59.

(4) محمد محمد علي يونس، مدخل إلى اللسانيات، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، 2004، ص.102.

(5) عيد بليغ، التداولية إشكالية المفاهيم بين السياقين الغربي والعربي، مجلة سياقات، العدد الأول، القاهرة، 2007، ص.36؛ مختار درقاي، التصور الأصولي للمعنى: مقارنة دلالية تداولية لآليات فقه الخطاب، دار الكتب العلمية، بيروت، 2016، ص.16.

(6) خالد حوير الشمس، البعد التداولي في النثر الصوفي، الطبعة الأولى، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2021، ص.1243.

وهذا يقود الى مشكلة أوسع حينما نقبل على التوظيف التداولي، أنقف عند هذا الحد أم نتعامل معها بأنها متطورة؟ ولا يمنع الثراء حينما يتم توسيع آلياتها، وأدواتها التحليلية، واضعين في الحسبان أن تداولية أفعال الكلام هي صورة متطورة للتداولية في نظر (هانسون) عند تقسيمه لها على ثلاث مراحل: تداولية الدرجة الأولى: وتقوم على دراسة الرموز الاشارية، وتداولية الدرجة الثانية: وتقوم على المعنى الحرفي، والمعنى التواصل، ثم تداولية الدرجة الثالثة: أفعال الكلام. والصورة المتطورة للتداولية في العصر الذي نعيشه اليوم هي الايمان بمقولاتها المتعددة من قبيل الملاءمة، والافتراضات المسبقة، والاستلزام الحواري، والاستدلال، فتتأطر بنظرية أفعال الكلام، ومبادئ التواصل، ونظريات الحجاج.

إنّ الدور الأساسي للسياق في تحقيق النمط التداولي للغة، أضى هو العامل المشترك بين مختلف النظريات المشكلة للتداولية، إلا أن درجة تدخل السياق في كل نظرية هو الذي يحدد ميزات كل منها، وأضى هذا التصور الخطوة الأولى في تنظيم و هيكله النظريات التداولية.

ويعدّ الهولاندي «هانسون» أول من جرب التوحيد بطريقة نظامية و تجزئة مختلف المكونات التي تطورت لحد الآن بطريقة مستقلة⁽⁷⁾:

1. التداولية من الدرجة الأولى أو نظرية الحديث:

إن أشهر من نظر لهذه النظرية العالم اللغوي الفرنسي إميل بنفيسيت (E.Benveniste) الذي أكد على ضرورة التمييز بين اللغة كسجل من الأدلة ونظام تتركب فيه هذه الأدلة و اللغة كمنشأ يتحقق من خلال وقائع الخطاب التي تخصصها علامات خاصة، تلك العلامات التي يسميها بنفيسيت «المؤشرات»، يكمن دورها في تصيير اللغة خطابا فعليا. هذا التعبير يسميه الحديث Enonciation وهو إجراء اللغة وتحقيقها من خلال فعل كلامي فردي. ويعكف الدارسون في هذا المستوى على دراسة البصمات التي تشير إلى عنصر الذاتية في اللغة.

2. التداولية من الدرجة الثانية أو نظرية قوانين الخطاب

وهي تتضمن دراسة الأسلوب الذي يرتبط بقضية مطروحة، حيث تكون هذه الأخيرة متباينة عن الدلالة الحقيقية للقول، وهي تدرس كيفية انتقال الدلالة من المستوى الصريح إلى مستوى التلميح، بالسعي وراء استنباط و معرفة العمليات المتسببة في ذلك فهذه النظرية تنظر إلى اللغة باعتبارها مجموعة من الاقتراحات المسبقة و من الأقوال المضمره و الاحتجاج.

3. التداولية من الدرجة الثالثة أو نظرية أفعال الكلام

تنطلق هذه النظرية من مسلمة مفادها أن الأقوال الصادرة عن المتكلمين، ضمن وضعيات محددة، تتحول إلى أفعال ذات أبعاد اجتماعية. و ترجع هذه النظرية في أول عهدها إلى الفلاسفة التحليليين الإنجليز أمثال أوستين (Austin) و تلميذه سيرل اللذان بينا أن اللغة ليست بنى و دلالات فقط، بل هي أيضا أفعال كلامية ينجزها المتكلم ليؤدي بها أغراضا، فهو عمل يطمح المتكلم من خلاله إلى إحداث تغيير معين في سلوك المخاطب بالفعل أو بالكلام. تقول أوركويوني في هذا الإطار: «إن الكلام هو بدون شك، تبادل للمعلومات، ولكنه أيضا إنجاز لأفعال مسيرة وفق مجموعة

(7) عمر بلخير، «مدخل إلى دراسة بعض الظواهر التداولية في اللغة العربية (الخطاب المسرحي نموذجا)»، مجلة إنسانيات، العدد 14-15، 2001، ص. 110-101.

من القواعد (بعضها كلية، حسب هابرماس (Habermas) من شأنها تغيير وضعية المتلقي و تغيير منظومة معتقداته و/أو وضعه السلوكي، و ينجز عن ذلك أن فهم الكلام و إدراكه يعني تشخيص مضمونه الإخباري و تحديد غرضه التداولي، أي قيمته و قوته الإنجازية».

ويتكون الفعل الكلامي، حسب أوستين، من: فعل لغوي *acte locutoire* و فعل إنجازي *acte illocutoire* والفعل التأثيري *acte perlocutoire*.

وقد وسع نظرية سيرل نظرية أفعال الكلام، فأوضح لكل فعل شروط إنجازه، ووضع مجموعة من القواعد تتحول بها الأفعال الكلامية المباشرة إلى أفعال غير المباشرة إضافة إلى هذه التقسيمات الثلاثة، هناك أخيراً، مجموعة من التحليلات اللغوية تندرج ضمن الدراسات التداولية وتهتم بالخطاب بصفته نصاً تحده قواعد معينة سواء أ كنا نهتم بالمحادثة أو بالمحاجة أو بالنصوص بمختلف أنواعها، حيث تطورت منذ سنوات قليلة دراسات يمكن إدراجها فيما يسمى اليوم اللسانيات النصية (*La linguistique textuelle*).

ولا غرابة أن يصف Rudolf Carnap التداولية بأنها «قاعدة اللسانيات»؛ لقد أضحت التداولية، كمنهج، حاضرة في كل تحليل لغوي، موجودة معها قرينة لها، ومع ذلك فإننا إذا تتبعنا اهتمام الدراسة اللسانية وجدنا أنفسنا أمام عتبات المفارقة أو الحدود، فبمجرد أن ينتهي عمل اللساني في دراسة اللغة (البنية)، يظهر إسهام التداولي في تملّي الأبعاد الحقيقية لتلك البنية المعلنة مغلقة، وتنفسخ من ثم على الأبعاد النفسية والاجتماعية والثقافية للمتكلم والمتلقي والجماعة التي يجري فيها التواصل، وهذا ما يقنعنا بأنّ التّدْاولية فعلاً استطالة للسانيات، نحو جانب جديد⁽⁸⁾.

وبرغم التعدد الاصطلاحي المرادف لمصطلح pragmatics، على غرار البراغماتية، التداولية، التّفعية، الذرائعية، السّياقية، المقاميّة، الوظيفيّة، علم التّخاطب... إلخ، ومن خلال خلاصة تحليلنا السابق، نقترح مصطلح «علم التّأويل النّفعاني» كمرادف لمصطلح pragmatics في المجال اللغوي بدلاً من مصطلح التداولية. وفي التعريف الذي نقترحه له يمكننا القول أنه: دراسة اللغة في سياقات الاستعمال الظرفية، تحت تأثير العلاقة بين المُخاطب والمؤوّل بتوظيف معارفهما ومعتقداتهما وتحليلها بشكل نفعي. وبعبارة مركزية، إنّه العلم الذي يهتم باستنطاق الفجوة بين معاني الكلمات ومقاصد المتكلم، باستخدام الذكاء التّأويلي.

إنّ تحليل اللغة في السياق الظرفي لنطق الكلمات، على ضوء معارف ومعتقدات كل من المتحدث والمتكلم والعلاقة بينهما، وقياس أثر ذلك السياق على إنتاج المعنى الخلفي الكامل بمختلف أغراضه التواصلية، هو التحليل البراغماتي بعينه.

ثانياً: الأسس المركزية في النظرية التداولية- البراغماتية⁽⁹⁾:

تمثل نظرية الفعل الكلامي أهم نظرية في الجهاز المفاهيمي التداولي، بالإضافة إلى متضمنات القول التي تمثل ما يمكن فهمه بالقرائن السياقية من الخطاب المنجز، وفي مقدمتها الافتراض المسبق أو الإضممارات التداولية (*pre-suposition*) ومفادها انطلاق المتخاطبين من معطيات معرفية قاعدية لتحقيق الفهم.

(8) نوري سعودي أبو زيد: المنهج التداولي في مقارنة الخطاب (المفهوم والمبادئ والحدود)، مجلة فصول، مجلة النقد الأدبي، مصر، العدد 77، 2010، ص 124.

(9) نعمان بوقرة، لسانيات الخطاب (مباحث في التأسيس والإجراء)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2012، ص 109-107.

يقدم جورج يول في هذا الصدد أربعة تعريفات للتداولية، تتأسس على مفاهيم مركزية، هي: القصد، والسياق، والإضرار التداولي، ومبدأ التعاون. ويمكن إدراج هذه التعريفات على النحو الآتي⁽¹⁰⁾:

1. التداولية هي دراسة المعنى الذي يقصده المتكلم: تشتغل التداولية على دراسة ما يعنيه الناس ألفاظهم أكثر من اشتغالها على ما يمكن أن تعنيه هذه الألفاظ وهي مستقلة.

2. التداولية هي دراسة المعنى السياقي: تفسر التداولية ما يعنيه الناس في سياق معين وتبين كيفية تأثير السياق في ما يُقال.

3. التداولية هي دراسة كيفية إيصال أكثر ممّا يُقال: تدرس التداولية الكيفية التي يصوغ من خلالها المتلقي استدلالات عن ما يُقال للوصول إلى تفسير المعنى الذي يقصده المتكلم. أي أنّها تبحث في كيفية إدراك قدر كبير ممّا لم يتم قوله على أنّه جزء ممّا يتم إيصاله.

4. التداولية هي دراسة التعبير عن التباعد النسبي: تركز وجهة النظر هذه على أنّ المتكلمين يحددون مقدار ما يحتاجون قوله بناءً على افتراض (قرب المستمع أو بعده مادياً أو اجتماعياً أو مفاهيمياً).

وفي السياق القانوني، فلو فرضنا أن النص التشريعي يقرّر عقوبة الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة لكل موظف يختلس أموالاً، أو سندات، أو وثائق، أو أشياء تقوم مقامها، سلمت إليه بحكم وظيفته. فالافتراض المسبق أن الجاني موظف عمومي، وإلا فلن يشمل النص التجريمي. وفي ذات السياق، فتوجيه القاضي للمتهم أمامه سؤالاً عن إختلاسه للمال العام ورد المتهم بالإيجاب، يفترض معه علم المتخاطبين (القاضي و المتهم) المسبق بأن المتهم موظف عمومي، بالضرورة، وإلا ما كان ليتابع باختلاس المال العام ولكن بالسرقة. وعلى ذات المنوال سؤال القاضي للزوج بجلسة الصلح: هل طلقتها شفاهة؟ وجوابه: بنعم، فسؤال القاضي يحمل افتراضاً مسبقاً بقيام العلاقة الزوجية.

ويتصل بالافتراضات المسبقة، الأقوال المضمرة (les sous-entendus) التي تمثلها جملة المعلومات الخطابية غير الظاهرة على السطح إلا بفعل التأويل السياقي للحديث. فالقول: «أن القانون يعاقب على قيادة السيارة دون ارتداء القناع الواقي» يتضمن دعوة إلى عدم ركوب السيارة دون كامامة، أو قصر العقوبة على سائق المركبة الذي لا يرتدي الكامامة، أو تجريم كل من يستقل سيارة دون الالتزام لتدبير وضع القناع الواقي. وفي نفس المنوال، فإذا نص المشرع أنه «يعاقب على السرقات بالحبس لمدة أكثرها 05 سنوات...»، فهذا الخطاب التشريعي يتضمن كتلة من المعلومات المضمرة، لا يمكن استنتاجها إلا من خلال فعل التأويل السياقي للنص. فهذا النص يحمل العديد من الافتراضات المضمرة: أنه يعاقب على سرقة المال والعقار، وأنه يعاقب على سرقة الأفكار، وأنه يعاقب على السرقة أي كان مقدار الشيء المختلس، وأنه يعاقب على السرقة ولو كانت بين الأصول والفروع أو بين الأزواج، وأنه يعاقب على السرقة مهما كانت ظروف الاحتياج، وأنه يعاقب على السرقة ولو كان المال المختلس مشاعاً في غير حرز، كما يعاقب على السرقة ولو كانت نية السارق استعمال المال المختلس لفترة زمنية ورده.

غير أن التأويل القضائي لفعل السرقة بأنه: «اختلاس، مال، مملوكٍ للغير، بنية تملكه»، يضبط المفهوم، ويقصي من كل من سرق مالا تبين أنه مملوك له، ويقص سرقة العقار و السرقة العلمية من نطاق الفعل المجرّم.

(10) جورج يول، التداولية، ترجمة قصي العنابي، الدار العربية للعلوم ناشرون، لبنان، ط 1، ص. 19-20.

إلا أن الفرق بين النوعين (الافتراضات المسبقة - الأقوال المضمرة) يبقى خافتاً أشبه ما يكون بالحاجز المائي؛ ذلك أن الأول متولد عن السياق الكلامي، بينما يتولد الثاني عن ملابسات الخطاب وفحواه نفسه، إنها باختصار مفايزة بين الداخلي والخارجي.

كما تدرس التداولية مسألة الاستلزام الحوارية (implication conversationnelle) الذي صاغ تصوراته الأساسية غرايس (Grice)، ويقوم على تعدد المعاني التي يقدمه الخطاب إذ تشي العبارة دائماً بمعنيين أحدهما ظاهر وحرفي دلالي، وثانيهما قضوي تستلزمه بشكل غير ظاهر.

وهكذا، فالنص التشريعي على معاينة « كل من اختلس أموالاً بالحسب من... إلى... » يقتضي بالضرورة أن يكون هذا المال مملوكاً للغير؛ فلا جريمة على من اختلس مالا وتبين أنه مالكة. كما أن عقاب النص فرضاً « كل حائز للمخدرات بغرض استهلاكها » يقتضي بالضرورة سيران النص على حائز الخمر، لعلم الفاعل المسبق بتأثيرها على العقل بالتخدير.

وسعياً إلى إدراك هذه الاستلزمات يقترح غرايس مبدأً آخر هو التعاون الحوارية، وهو ينهض على أربعة قواعد هي:

أ. قاعدة الكم، فالتواصل لا بد أن يبنى على قدر معين من المعلومات الإخبارية، إذ على المشارك في التخاطب أن يسهم بما يناسب من كمية الأخبار متوخياً الإيجاز.

ب. قاعدة الكيف، إذ يفترض ألا يتحدث المشارك إلا بما يعتقده مفيداً ومجدياً ومقنعاً وصادقاً.

ج. قاعدة الجهة، وتقتضي البعد عن الغموض وتحري الدقة التنظيمية في عرض المعلومات، مما يفرض نوعاً من الإيجاز في التواصل.

د. قاعدة الملاءمة، ومفادها ملاءمة المشاركة التواصلية للسياق التخاطبي.

والظاهر أن الاستلزام الحوارية هو محصلة خرق لهذه المبادئ الحوارية المنصوص عليها باعتبارها مقيدات للتعاون الحوارية. وكمثال على خرق قاعدة الملائمة، في السياق القانوني، سؤال القاضي للمدعى عليه: هل قمت بعقد الجمعية العامة المحاسبية للشركة؟ ورد المدعى عليه بأنه: صدر حكم قضائي بتصفية الشركة وتعيين خبير لذلك. فجواب المدعى عليه لا يتلاءم مع سؤال القاضي وهو يحمل في طياته معنيين؛ الظاهر وهو معنى إخباري: بأن القاضي أصدر حكماً بتعيين خبير لتصفية الشركة ومعنى ضمني: بأن المدعى عليه لم يقم بعقد الجمعية العامة المحاسبية للشركة.

وفي سياق القانون الجنائي، فسؤال القاضي للمتهم: هل قتلت الضحية بطلق ناري؟ وجواب المتهم: لقد كان مبيتاً حسب تقرير الطب الشرعي. إن جواب المتهم لا يتلاءم مع سؤال القاضي كماً وكيفاً؛ فالمتهم يقر ضمناً بإطلاق النار لكن على جثة هامة، وهو ينطبق من افتراض مسبق، في حوارته مع القاضي، بأن جريمة القتل تقتضي إزهاق روح إنسان حيٍّ، ومن ثم فهو يحاول الإفلات من النص العقابي بفعله الكلامي وباستعمال معرفة مشتركة -متخصصة- بأنه أطلق النار على جثة هامة وليس على إنسان حيٍّ.

كما وضح غرايس انقسام الدلالة التركيبية إلى معاني صريحة ومعاني ضمنية، فالمعاني الصريحة تشتمل على محتوى قضوي وقوة إنجازيه حرفية، بينما تشير المعاني الضمنية إلى معاني عرفية اقتضائية ومعاني حوارية استلزامية.

ولعلّ من النظريات التداولية الجديرة بالاهتمام كذلك نظرية الملاءمة التي صاغها كل من الإنجليزي ديردر ولسن (D.Wilson) والفرنسي دان سبربر (D.Sperber) وهي تقوم على معطيات نفسية إدراكية منها نظرية القالبية لفودور (Fodor) ومعطيات حوارية مستمدة من نظرية غرايس (Grice). وتتلخص مبادئها في المزوجة بين الترميز والاستدلال في عملية تأويل الخطابات، وذلك بإنتاج مثير واضح للمخاطب فيسعى إلى جعل مجموعة من الافتراضات واضحة أو أكثر وضوحاً بالنسبة إلى المخاطب. كما أن السباق في هذه النظرية ليس معلومات معطاة به هو بنية مولدة من افتراضات سياقية مستمدة من تأويل للأقوال السابقة من ناحية ومرتبطة بالمحيط الفيزيائي الذي أطر العملية التواصلية، وكذا المعلومات المستقاة من ذاكرة النظام المركزي بمدخلها الثلاث؛ المدخل المنطقي والمدخل المعجمي والمدخل الموسوعي.

ثالثاً: التداولية وتأويل النص القانوني

ترجع سيرورة التأويل وإجراءاته إلى مقولتين: أولهما غرابة المعنى عن القيم السائدة، القيم الثقافية والسياسية والفكرية، وثانيهما بث قيم جديدة بتأويل جديد، من خلال نقل جوهر المعنى الذي حملته النصوص في سياق ثقافي سابق إلى سياق ثقافي حديث لتؤكد أنّ لمعنى النص القدرة على الانفكاك عن سياقه الأول والاندماج في سياق جديد مع الحفاظ على هوية دلالية واحدة مفترضة. فيكون مسعى التأويلية هو الاقتراب من هذه الهوية الدلالية المفترضة بالاقتصار على آليتي الوصل السياقي والفصل السياقي على المعنى.

وبعدّ النص القانوني واحداً من نصوص ثلاثة مؤسّسة للتأويلية، وهذه النصوص الأصول تتالت لتشكّل متنا معرفياً للجهاز التأويلي، الأصل الأول هو النصوص الدينية، والأصل الثاني هو النصوص الفيلولوجية، لتكون النصوص القانونية أصلاً ثالثاً. فلا اشتغال لنصّ قانونيّ من دون مسطرة تأويلية، أي دون اجتهاد يقوم بالتجديد من خلال الثغرات التي يتركها القانون المكتوب وخصوصاً من خلال النوازل الجديدة التي لم يرد فيها نص... فقد أبرز الاجتهاد أن بُعد الشقّة الثقافية والزمينية ليست هوة تُردم بل وسطاً يُعبّر⁽¹¹⁾.

وتختلف عملية التفسير عن العملية التأويلية من خلال⁽¹²⁾:

1. التأويل عدول عن المعنى الظاهر للنص إلى معناه غير الظاهر لدليل يقتضي ذلك، أما التفسير فهو الكشف عن معنى النص.
2. التفسير قد يصدر من المُشرّع ويسمّى تفسيراً تشريعياً، وقد يصدر من الفقيه ويسمّى تفسيراً فقهيّاً، وقد يكون من القاضي ويسمّى تفسيراً قضائياً، أما التأويل فلا يتصور صدوره من المُشرّع.

(11) مرتضى جبار كاظم، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني: قراءة استكشافية للخطاب التداولي عند القانونيين، منشورات ضفاف، لبنان، 2015، ص. 135-136.

(12) نفسه، ص. 137-138.

3. القاضي مُلزمٌ بتفسير النص، إذ لا تطبيق للنص من دون تفسير، بخلاف التأويل فهو عملية اجتهادية خاضعة لسلطة القاضي التقديرية.

4. التفسير يجعل النص المفسّر قطعي الدلالة على المعنى، أما التأويل فهو ترجيح أحد الاحتمالات من دون قطع، أي أنّ النص المؤوّل يبقى ظني الدلالة في كلا معنييه الراجح والمرجوح.

5. الدافع للتفسير إزالة غموض النص، أما التأويل فباعثه مصلحة أو ضرورة تقتضي العدول بالنص عن معناه الظاهر إلى معناه غير الظاهر.

فالتفسير مجرد إظهار دلالات النص بما تقتضيه ألفاظها، يُحتكم في ذلك إلى الثابت من القوانين، ويستهدف إقرار حقيقة غير متعدّدة قصداً، ولا تتدخل الذات المفسّرة فيه بإخراج الكلام عن أصله. أما التأويل فيشتغل على إصابة أعماق الخطاب والكشف عن طاقاته لإدراك قصدية الخطاب، لا الاكتفاء بفك شفرته، بمعنى أنّ الذات المؤوّلة تسخّر كفاياتها المتنوعة وتتدخل لنقل الكلام عن موضعه، بغية تعيين القيمة القصدية للخطاب.

ويقترح «بول ريكور» في إطار نظريته التأويلية توزيعاً مختلفاً لمفاهيم الفهم والتفسير والتأويل، يمثّل ضبطاً لادّرتها المصطلحية، فالفهم لديه أكثر اتجاهاً نحو الوحدة القصدية للخطاب، في حين يرى التفسير أكثر اتجاهاً نحو البنية التحليلية للنص، إلى أن يصيرا قطبين متميزين في ثنائية متطورة، أما التأويل فمفهوم أوسع، ينطبق على كامل العملية التي تحيط بالفهم والتفسير⁽¹³⁾. فاستخلاص معنى النص هو الخطوة الأولى نحو الفهم، وإبلاغ معنى النص إلى الآخرين هو الخطوة الأولى على طريق التفسير، والذهاب والإياب في التفسير والفهم هو أول حركة التأويل.

وهكذا، يتم تنفيذ عملية فك التشفير بواسطة نظام لغوي مستقل بواسطة المحلل اللغوي أو وحدة إدراك اللغة. وبعد تحديد حافز صوتي معين على أنه لغوي، يقوم النظام بتطبيق سلسلة من الحسابات أو التعيينات النحوية القطعية، مما يؤدي إلى تمثيل الإخراج، وهو التمثيل الدلالي أو الشكل المنطقي للجملة أو العبارة المستخدمة في الكلام (...). النوع الثاني من العملية المعرفية هو العملية الاستنتاجية البراغمتية (المقيدة والموجهة بمبدأ التواصل) تدمج المساهمة اللغوية مع المعلومات الأخرى التي يمكن الوصول إليها بسهولة من أجل الوصول إلى فرضية تفسيرية مؤكدة تتعلق بالنية الإعلامية للمتحدث⁽¹⁴⁾.

إنّ المعلومات الدلالية هي معلومات مشفرة فيما يُلفظ (أي هي سمات لغوية مستقرة للجملة)، بجمعها مع أي معلومات خارج لغوية توفر قيماً (دلالية) لتعبيرات حساسة للسياق فيما يُلفظ. أما المعلومات البراغمتية هي معلومات (غير لغوية/خارج اللغة) تنشأ من فعل كلامي حال، وذات صلة بتحديد المستمع لما ينقله المتحدث. وفي الوقت الذي يتم فيه تشفير المعلومات الدلالية فيما يتم نطقه، يتم إنشاء وتوليد المعلومات البراغمتية بواسطة فعل نطقها، أو على الأقل جعلها ذات صلة بفعل نطقها⁽¹⁵⁾.

(13) بول ريكور، نظرية التأويل: الخطاب وفنائه المعنى، ترجمة سعيد الغانمي، الطبعة الثانية، المركز الثقافي العربي، 2006، ص 120-121.

(14) Carston, Robyn, 1999, "The semantics/pragmatics distinction: A view from Relevance Theory," in K. Turner (ed), The Semantics/Pragmatics Interface from Different Points of View, 1999, 85-125.

(15) Bach, Kent, 2004, "Pragmatics and the philosophy of language," in Horn and Ward (eds) 2004, pp. 463-87.

رابعاً: العيوب المنهجية للنظرية البراغماتية (التداولية)

خلص الباحثون في اللغة إلى أن المنهج التداولي يهتم بالعلاقة بين العلامة ومؤولها، في سياق تفاعلي مرتبط بالاستعمال. وهكذا، تتجاوز البراغماتية (التداولية) كون اللغة مجرد وسيلة تواصلية، أو رموزاً للتعبير عن الفكر، تهدف التداولية للتأثير الفعلي الملموس في العالم الخارجي بالإحداث أو التغيير أو الهدم.

وحال تطبيق المنهج التداولي على تحليل النصوص المعيارية، فلا مناص من دراسة تلك النصوص في سياقها التفاعلي (القضية/الحالة الواقعية)، بين مصدر النص (مُشرِّع النص) ومؤوله (القاضي/القانوني).

غير أن مؤول النص يجد نفسه أمام عدم عائق منهجي كبير في النظرية التداولية، فلا يمكنه، في جميع الحالات، تجاوز الألفاظ والعبارات المركبة للنص. ففي نهاية المطاف، تهدف عملية التأويل، وفقاً للمنهج التداولي، إلى اختيار أحد المعاني المتنازعة على النص، والذي يكون أكثر توافقية مع السياق التواصلي، مقالاً ومقاماً.

فالتأويل يهدف عموماً إلى استنتاج النص واستخراج طاقاته الكامنة المتجددة، بخلاف عملية التفسير التي تهدف إلى كشف معنى النص و تفكيك شفرته ومقاصده قبل تطبيقه.

وفي الوقت الذي يقوم فيه مفسر النص المعياري-التشريعي على سبيل المثال- بمحاولة الكشف عن معنى النص وإرادة واضعه، وإخراجه من دائرة الغموض، يسعى مؤول النص إلى تطوير المعنى، ولو بتجاوز إرادة واضعي النصوص، بما يضمن تطبيق النص على حالات لم يتوقعها واضعو النصوص أنفسهم.

ويختلف الهدف من التفسير بحسب مصدره. فالتفسير القضائي (الصادر عن القاضي) يهدف إلى استجلاء المعنى والكشف على إرادة المشرع بغرض تطبيق النص على النزاع. في حين يهدف التفسير التشريعي إلى توضيح مقصد المشرع ويكون بذات الطريقة التي صدر بها النص المُفسَّر. ويبقى التفسير الفقهي الصادر عن فقهاء القانون يرمي لتطوير الأدبيات القانونية ومساعدة القضاة في عملية التفسير.

وهكذا، لا يعقل أن يخرج المشرع في تفسيره للنص، عند الاقتضاء عما قصده للوهلة الأولى. كما لا يتصور صدور التأويل من المشرع مطلقاً، وإلا عدّ نصاً جديداً لا تأويلاً لنص موجود.

وقد أثار الفيلسوف مايكل ديفيت، في السنوات الأخيرة، قضية مثيرة للاهتمام حول عيب منهجي للعديد، إن لم يكن معظم، مناهج البراغماتية. يتمثل الخلل في الخلط بين ميتافيزيقا المعنى (دراسة ما يشكل معنى الكلام) ونظرية المعرفة للمعنى (دراسة كيفية تفسير المستمع لمعنى الكلام). وهكذا، تشمل الخصائص التقليدية للمعنى «ما يقال» و «ما هو متضمن» وغير ذلك، فالبحث عن تلك الخصائص مستقل تماماً عن كيفية اكتشاف المستمع لخاصية جديدة: تتشكل من خلال ما يفعله المتحدث من خلال الاصطلاحات التشاركية، والمقاصد التي تدور في ذهنه، والرسائل التي يقصد نقلها، وهذا هو المكان الذي نبحث فيها عن «ميتافيزيقيا

المعنى»، غير أن المؤكد، حسب ديفيت، أن خصائص المعنى هذه لا يتم تشكيلها من خلال فعل المستمع لدى محاولته تفسير ما يقال أو المعنى المقصود⁽¹⁶⁾. ويعزو ديفيت الخلط بين الميتافيزيقيا ونظرية المعرفة للمعنى إلى معظم المقترحات السياقية أو ما يسمى باللسانيات البراغماتية⁽¹⁷⁾.

بالإضافة إلى التمييز بين الميتافيزيقيا ونظرية المعرفة للمعنى، يجب، حسب نيل، أن نفكر أيضًا في: دراسة كيفية تشكيل المتحدث للخطة التي تؤدي في النهاية إلى إنتاج الكلام. فقد تؤثر معتقدات المتحدث حول قدرة المستمع على الفهم في ظروف الكلام، وعادة ما تؤثر على تكوينه للنوايا التواصلية، والتي بدورها تقيد ما يقوله وما يلمح إليه⁽¹⁸⁾.

وصفوة القول، أن البراغماتية المعاصرة تشكل مجال كبير، نشط، ومتعدد التخصصات. يواصل مؤسسو النظرية، لعب دور مهم في هذا المجال. البراغماتيون ذوو التوجه الفلسفي (إعطاء مصطلح قديم معنى جديدًا) عادة ما ينظرون في القضايا البراغماتية مع التركيز على القضايا الكبيرة في فلسفة اللغة وما بعدها. لكن في سياق ذلك، يقدمون تحليلات مفصلة وينظرون في مجموعة متنوعة من الحالات التي تستمر في تقديم الأفكار والإلهام للبراغماتيين من التخصصات الأخرى. توجد براغماتية رسمية وحسابية؛ براغماتية نظرية وتطبيقية. البراغماتية السريرية والتجريبية وحتى البراغماتية العصبية؛ هناك أيضا براغماتية متعدد الثقافات. البراغماتية بين اللغات وبين الثقافات؛ البراغماتية التاريخية وتاريخ البراغماتية. وهذه القائمة ليست حصرية.

(16) Devitt, Michael, 2013, "Three methodological flaws of linguistic pragmatism," in C. Penco and F. Domaneschi (eds.), What is Said and what is not. The Semantics/pragmatics Interface, Stanford: CSLI Publications, pp. 285–300. P288.

(17) Bezuidenhout, Anne, 2002, "Truth-Conditional Pragmatics," *Philosophical Perspectives*, 16: 105–34. Capone, Alessandro, 2012, "Between Scylla and Charybdis: The Semantics and Pragmatics of Attitudes De Se," in Alessandro Capone and Neil Feit (eds.), *Attitudes De Se: Linguistics, Epistemology, Metaphysics*, Stanford: CSLI Publications. Elugardo, Reinaldo and Robert J. Stainton, 2004, "Shorthand, Syntactic Ellipsis, and the Pragmatic Determinants of What is Said," *Mind and Language*, 19: 442–71.

Parikh, Prashant, 2010, *Language and equilibrium*. Cambridge, MA: MIT Press. Recanati, François; 2004, *Literal meaning*, Cambridge: Cambridge University Press. (Recanati's defence of a contextualist view on meaning.)

(18) Neale, Stephen, 1992, "Paul Grice and the philosophy of language," *Linguistics and Philosophy*, 15: 509–559. (Thorough review of Grice's *Studies in the way of words*). Neale, 2004, "This, that, and the other," in M. Reimer and A. Bezuidenhout (eds.) *Descriptions and Beyond*, Oxford: Oxford University Press, pp. 68–182. Neale, 2016, "Silent Reference," in G. Ostertag (ed.), *Meanings and Other Things: Essays in Honor of Stephen Schiffer*, Oxford: Oxford University Press, 229–344. Neale (forthcoming). *Linguistic Pragmatism*, Oxford: Oxford University Press.

المبحث الثاني النص المعياري من التفسير نحو التأويل

تفسير النص المعياري بين أزمة الغموض ومتطلبات الوضوح

حظي موضوع الغموض في الخطاب القانوني بنقاش كبير على مستوى الفقه القانوني. ويبدو أنه في المجال القانوني تعتبر الحجة الشائعة والتي مفادها أن الدقة، التي ينظر إليها على أنها نظير للغموض، ليست الطريقة المثلى لتنظيم المجتمع، وهي حقيقة يدركها المشرعون جيداً⁽¹⁹⁾. وفي هذا السياق جادل الكثير من العلماء حول «حتمية الغموض» *inevitability of vagueness* في الصياغة التشريعية؛ فاستعمال المشرع للمصطلحات الغامضة أمر لا مفر منه خاصة في الصياغة التشريعية⁽²⁰⁾.

لقد برهنت الدراسات، بشكل مقنع تمامًا، أن لغة القانون، وعلى وجه الخصوص مفاهيمه، يجب أن تكون غامضة أو (معنوية) و «مفتوحة» للسماح باستيعاب جميع الحالات، لأنه لا يمكن لأي مشرع أن يتنبأ بجميع الحالات والتطورات المستقبلية في المجتمع.

يجب أن تسمح الصيغ المختارة بتفسير ديناميكي لاحق وتطبيق يستوعب التغيرات المجتمعية. وهكذا سيتحول الغموض إلى تقنية مركزية وضرورية للنصوص المعيارية تهدف لتحقيق الغرض من هذه النصوص وهو ما يمكن التعبير عنه بالمرونة⁽²¹⁾.

كما تتميز اللغة القانونية بدرجة عالية من التجريد. ويمكن للمشرع، بفضل المنهج المجرد، أن يستهدف بالبساطة والإيجاز أحدًا اجتماعية متنوعة ولا نهائية دون تشويش الخطاب بتفاصيل غير مجدية، والتي تلعب في الواقع دورًا إيضاحيًا فقط في السياق التشريعي⁽²²⁾.

والقاعدة أنه «لا ضرورة لتفسير ما لا يحتاج إلى تفسير»⁽²³⁾. ذلكم هو ملخص نظرية العمل الواضح *La théorie de l'acte claire*. يتعين على القاضي دائمًا أن يتأكد من أن تفسيره لا يدع مجالاً للشك⁽²⁴⁾. وبحسب هذه النظرية، فاللجوء إلى التفسير لا يكون إلا في حالة الغموض الجدي، وقد سبق لمجلس الدولة الفرنسي إعمال هذه المبادئ⁽²⁵⁾.

حسب إجماع الفقه القانوني، فلا مجال للتفسير لما يكون النص واضحًا، فالقضاء عادةً يتمسك بالقاعدة الكلاسيكية التي مفادها أنه لا يمكن تفسير النصوص إلا لما تكون غامضة وملتبسة.

غير أنه ومتى كانت النصوص واضحة ومحددة فلا يمكن تفسير ما لا يحتاج إلى تفسير⁽²⁶⁾، وهو

(19) Endicott, Timothy A. O. (2001): Law is necessarily vague Legal Theory, 7(4), p.379.

(20) Tremblay, Richard (2006): L'abstraction au service de la clarté en rédaction législative. In: Anne Wagner and Sophie Cacciaguidi-Fahy, eds. Legal Language and the Search for Clarity. Bern: Lang, p.127.

(21) Endicott, Timothy A. O. (2005): The Value of Vagueness. In: Vijay Bhatia, Jan Engberg, Maurizio Gotti and Dorothee Heller, eds. Vagueness in Normative Texts. Bern: Lang, p. 28. Christie, George C. (1964): Vagueness and Legal Language. Minnesota Law Review, 48, p. 911.

(22) Tremblay, Richard (2006): L'abstraction au service de la clarté en rédaction législative. In: Anne Wagner and Sophie Cacciaguidi-Fahy, eds. Legal Language and the Search for Clarity. Bern: Lang, p.124.

(23) Manuel Gros. Droit administratif : l'angle jurisprudentiel. 4ème édition. L'harmattan. Paris. 2012. p.217.

(24) Antoine Masson. Droit communautaire : droit institutionnel et droit matériel. Op.cit. p.345.

(25) Nadine Poulet, Gibot Leclerc. Droit administratif : sources, moyens, contrôles. 3e édition. Bréal. 2007. pp.80-86.

(26) Emer De Vattel. Le droit des gens ou le principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains. Tome 2. Librairie diplomatique, française et étrangère. Paris. 1835. p. 2.

مذهب الفقيه السويسري Vattel؛ ذلك أنّ للتفسير نطاقاً خاصاً يقتصر أمره على النصوص التي يُلبسها غموض في المعنى أو التي تحتل ألفاظها أو تعبيراتها معانٍ متناقضة. وقد تطوّرت القاعدة المتقدّمة في مرحلة لاحقة بحيث أصبحت تدعو إلى وجوب اعتماد المعنى الطبيعي أو العادي للألفاظ وتفضيله عن غيره من المعاني التي تحتملها تلك الألفاظ⁽²⁷⁾.

إن الغموض هو منشأ العمل التفسيري، وهو الشرط المركزي لإعمال نظرية تفسير النصوص القانونية. فلا يمكن للمفسر أعمال تقنيات التفسير على نصوص واضحة بحد ذاتها ولا تحتاج للتفسير. ويبقى «مبدأ وضوح النص» هو الأصل.

هذا التوجّه القائل بعدم قابلية النصوص الواضحة للتفسير أضحى اليوم مُنتقداً. يذهب الفقه المعاصر إلى أنّ اعتبار نصّ قانونيٍّ معيّن واضحاً من عدمه هو في حدّ ذاته شكل من أشكال التفسير⁽²⁸⁾. بالنتيجة سرعان ما يختفي الإجماع العامّ لما يتعلق الأمر بتحديد ما هو النصّ الواضح. وهكذا، تبدأ عمليّة التفسير في اللحظة ذاتها التي يتمّ فيها تقدير مدى وضوح نصّ ما من عدمه. وهكذا، فالعمليّة الذهنيّة المؤدّية للقول بوضوح نصّ ما، لا يمكن اعتبارها إلا نتاج منطق تحليليّ وتفسيريّ، ومن ثمّ فالحكم على نصّ ما بأنّه على درجة معيّنة من الوضوح، هو في حدّ ذاته، نتيجة لتفسير متن هذا النصّ. إنّ الاعتراف بوضوح نصّ ما هو تفسير مسبق له.

كما أنّ لجوء القاضي لتطبيق النصّ بالمعنى المعتاد للمصطلحات يعتبر، في حدّ ذاته، «تفسيرًا» للنصّ، ففي نهاية المطاف يعتبر اختيار المعنى العادي للمصطلحات المشكلة للنصّ خياراً تفسيرياً واعترافاً ضمّنيّاً بقابلية النصّ لتحمل معانٍ أخرى، وبالنتيجة اعتراف بغموضه. فالقول بأن معنى النصّ واضح وجلي هو حكم على النصّ⁽²⁹⁾. ففكرة وجود «معنى معتاد» كميّار للقول ب«وضوح النصّ» مبنية بشكل غير صحيح على افتراض بوجود معجم يحتوي على قائمة شاملة بالمعاني المعتاد للمصطلحات المكونة للنصّ. ف«لا وجود لمثل هذا المعنى (العادي). فقط السياق والرغبة في إيجاد معنى «جيد» أو «معقول» فيما يتعلق بحالة معيّنة يحددان معنى الكلمات الفردية»⁽³⁰⁾. إن تفسير النصوص التشريعية، والذي يتعين على القاضي القيام به، هو البحث في الغالب عن المعنى السياقي من أجل اكتشاف ما يترتب على النصّ من نتائج في الوضعية القانونية الذي يكون فيها التفسير⁽³¹⁾.

وبالتالي، ومن منطلق عدم التحديد الدلالي للمصطلحات ضمن نطاق النصوص القانونية، ولا يبدو أنّ أي نصّ، من منظور تطبيقه، محصن ضد أي تفسير محتمل. وعلى حدّ تعبير ويليامز «ليست فقط بعض الكلمات، ولكن كل الكلمات قادرة على إحداث صعوبة في تطبيقها» و«لا شيء يمكن أن يمنع كلمة، تبدو دقيقة في المعتاد (دقيقة في سياق معتاد)، من الظهور بشكل غامض، وهذا الغموض غير قابل للاختزال دون قرار تعسفي إلى حد ما»⁽³²⁾. إن وضوح النصّ لا يتعلق بسياق النطق به فقط بل بسياق التطبيق الخاص

(27) صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام. مرجع سابق، ص. 276.

(28) Paul Martens, Bernadette Renauld. L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée. In : Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat. Actes du symposium du 21 octobre 2005. Brugge. La Charte. Bruxelles. 2006. p. 21-22.

(29) Maluex, L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique, Paris, 1908, p. 208 ; LL FULLER, Positivism and fidelity to law. A reply to Professor Hart, in Harvard Law Review, vol. 71, no 4, p. 663 : « Surely a paragraph does not have a « standard instance » that remains constant whatever the context in which it appears » ; P. LEGENDRE, L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique, Paris, 1974, p. 86.

(30) A. ROSS, On Law and Justice, Londres, 1958, p. 117.

(31) Engberg, Jan (2002): Legal meaning assumptions – What are the consequences for legal interpretation and legal translation? International Journal for the Semiotics of Law, 15, p. 375.

(32) GL WILLIAMS, Language and the Law, in The Quarterly Review, vol. 6, 1945, p. 181.

به فالمفهوم الواضح لا يمكن عزله عن سياقه لأنه يمكن في سياقات تطبيقية معينة أن يثير تطبيقه الجدل بشكل معقول⁽³³⁾.

وهكذا، قد تحمل ألفاظ النص عدّة معانٍ، بل قد تحمل ألفاظها عدّة معانٍ مُتناقضة. وهكذا، يجب طبقاً لهذه القاعدة التفسير وفق للمعنى العادي لألفاظ النص أن تفسّر الألفاظ في إطار المعنى العادي والطبيعي لها، وهو المعنى الأولي بالإعمال.

فالأصل أنّ التفسير يرتبط بالإستعمال اللغوي الشائع لدى الأطراف لألفاظ النص محلّ التفسير، وليس المعنى الخاصّ الذي يجتهد المفسّر، وذلك بإعتبار أنّ إرادة الأطراف قد إتجهت إليه عند إستعمال تلك الألفاظ، وعلى من يدّعي وجود معنى خاصّ وغير مألوف وتوجّه إرادة الأفراد إليه دون المعنى العادي، عبء إثبات ما يدعيه. والعبرة في تفسّير المعاهدات الدولية بإحترام المعنى العادي المقصود للنص الغامض هو المعنى السائد عادةً بين مستخدمي الألفاظ ذلك النص، وقت الإبرام وليس وقت تفسير تلك الألفاظ ولا يجوز لجهة التفسير أن تتجاوز المعنى العادي لفظ المستخدم من قبل الأطراف - في وقت ومكان وضعه - إلى معنى آخر غيره إلا إذا ثبت أنّ نيّة الأطراف قد إتجهت لذلك أو أنّ تفسير الكلمات على أساس قاعدة المعنى العادي يقود إلى نتيجة منافية للعقل، وهنا فقط يجب على المحكمة الرجوع لطريقة أخرى في التفسير والبحث عما يعنيه الأطراف من إستخدام تلك الكلمات⁽³⁴⁾.

ولا يبدو أن المعنى المعتاد يستجيب لتطلعات مفسري النصوص. فالقاعدة الذهبية للتفسير تجعل من المناسب الابتعاد عن التفسير الحرفي تمامًا عندما يؤدي ذلك إلى عواقب عبثية أو غير منطقية أو غير معقولة بحيث يبدو بديهيًا أن المشرع «لم يقصد ما قاله»⁽³⁵⁾.

إن فكرة وضوح أغلب النصوص القانونية وقابليتها للتطبيق الآلي، يبدو عبثيًا. ويؤكد بول لوكليرك بوضوح شديد عندما أعلن أن «مستشاري محكمة النقض قد تعلموا، خلال حياتهم المهنية التي كرسوها لدراسة القانون، أنه لا يوجد شيء نادر كنص قانوني واضح تمامًا»⁽³⁶⁾.

ويفتتح مجال التفسير القانوني إذا كانت «الصياغة المستخدمة من قبل المشرع لا تقدم بذاتها معنى واضحًا وملموسًا؛ إما بسبب المعنى الغامض إلى حدّ ما للمصطلحات، أو بسبب بناء الجملة المعيب إلى حد ما»؛ أو أن «هذه الصياغة، على الرغم من تقديمها معنى محددًا بوضوح، إلا أنها لا تعبر تمامًا عن فكر المشرع». فعلى الرغم من وضوح النص، يحتاج القانون إلى تفسير، لأن المشرع كان يمكن أن يكون قد أخطأ ولم يقل ما يريد⁽³⁷⁾.

وتفرض محكمة النقض الفرنسية، حسب الأستاذ Yves Chartier، تفسيرها للقانون بهدف توحيد تطبيق القاعدة القانونية في أراضي الجمهورية الفرنسية وأن تفسيرها الملزم هذا يجعلنا «نعترف لها

J. SALMOND, On Jurisprudence, 12e éd., par P.J. FITZ GERALD, Londres, 1966, p. 38.

JR. CAPELLA, El derecho como lenguaje. Un andlysis lógico, Barcelone, 1968, p. 249.

(33) Cf. Ch. PERELMAN, De l'évidence en métaphysique, in Le champ de l'argumentation, Bruxelles, 1970, p. 244

(34) عادل أحمد الطائي. قواعد التفسير القضائي الدولي للمعاهدات الدولية: دراسة في قانون المعاهدات الدولية. مجلة الشريعة والقانون. المجلد الخامس والعشرون. العدد السادس والأربعون. الإمارات العربية المتحدة. 2011. ص. 405-407.

(35) J. SALMOND, On Jurisprudence, 12e éd., par P.J. FITZ GERALD, Londres, 1966, p. 137. R.W.M. DIAS, Jurisprudence, 3e éd., Londres, 1970, p. 134.

(36) Conclusions de M. le premier avocat général Paul Leclercq, avant Cass., 9 février 1925, Pas., 1925, I, 135 ; cf. également W.J. GANSHOF van der MEERSCH, Réflexions sur la révision de la Constitution, in J.T., 1972, p. 478.

(37) AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, 4e éd., t. I, p. 130. R. PLANIOL et G. RIPERT, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 3e éd., Paris, 1946, p. 67.

ببعض الدّور الإنشائي للقانون»⁽³⁸⁾. وكان محكمة النقض تلعب دوراً -ولو جزئياً- في صُنع القاعدة القانونية، بفرضها تفسيراً معيّناً، تطبق على نحوه القاعدة القانونية.

إنّ هذا الدور الاجتهادي المتميّز لمحكمة النقض الفرنسية، نابغ عن كونها وحيدة في الجمهورية، ولا تحكم الوقائع مطلقاً ولكن مهمتها الحصريّة هي تفسير القانون فيما يخص الشكل أو الموضوع، ويرتكز تفسيرها على الإجابات التي تعطيها في حكمها على الوسائل المعروضة عليها، وبشكل محدّد أكثر على الوسائل التي تستند على مخالفة القانون، وطبقاً للمادة 05 من القانون المدني الفرنسي فإنه «يحظر على القضاة إصدار قرارات بشكل أحكام عامة و تنظيمية في الدعاوى المقدمة لهم»⁽³⁹⁾.

إن محكمة النقض بتناغمها مع المجتمع الفرنسي -والآن الأوروبي- تقوم بتحديد تطبيق القانون مكيفة إياه مع تطورات هذا المجتمع سواء السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، الدولية، التقنية... إن تنوع المسائل بخد ذاته، المطروح على محكمة النقض يعني أنه عليها أن تقدم جواباً منطقياً ومتوازناً لمعظم المشاكل المحتملة التي يثيرها تفسير القانون.

وتترك المرونة الناجمة عن ذلك، النطاق مفتوحاً، لقراءات جديدة، مع الوقت، لكيفية تفسير القانون، على ضوء التغيرات في المجتمع والطريقة التي يتم بها النظر إليها، وهي بشكل خاص، تمكّن من ملء ثغرات القانون الوضعي. إن المادة 04 من القانون المدني الفرنسي تمنع القضاة من رفض الحكم بسبب صمت، أو غموض أو عدم ملاءمة القانون. ويكون بالتالي لمحكمة النقض دور أساسي تلعبه في هذا الصدد. هناك بشكل أساسي تقنيتان من الممكن استعملهما لمواجهة صمت المشرع (صمت القانون).

الأولى، تتمثل في تطبيق النصوص على حالات لا يتوقعها المشرع نفسه، كمثال، تطبيق نصوص المسؤولية التقصيرية (الناجمة أساساً عن نصوص القانون المدني لسنة 1804) على ما يتعلق بسير السيارات.

والتقنيّة الأخرى، هي الاستناد إلى مبادئ عامّة في القانون (كمثال، القاعدة الشهيرة الغشّ يفسد كل أمر Fraus omnia corrumpit، نظرية الأثراء دون سبب، مبدأ حقّ الدفاع، قاعدة عدم إزعاج الجيران بشكل مبالغ فيه...)، لكن يجب أن لا يتعارض تطبيق هذه القواعد أو المبادئ العامة للقانون مع أي نصّ في القانون الوضعي ولهذه التقنيّة حدودها أيضاً: فأحياناً لا تسمح المصطلحات الحاليّة للقانون -بالرغم من أنها أصبحت كلية قابلة للنقاش والتعديل نتيجة لعدّة تطوّرات- بأيّ تعديل في تفسير القانون وبالتالي تشير محكمة النقض في تقريرها السنوي، إلى العواقب الناجمة عن الوضع الحاليّ للنصوص القانونية وتقترح تعديلات تشريعيّة⁽⁴⁰⁾.

يبدو أنّ مبدأ «القاضي ليس فم القانون» أضحى في أوروبا، غير قابل للمساومة، ويفتح الباب على مصريه لقاض مستقل وسيّد، يلتزم بالشرعية، وفي نطاق معيّن ينشئ القاعدة القانونية نفسها ويطبقها.

(38) Yves Chartier. La Cour de cassation. 2ème édition. Dalloz. Paris. 2001. p.72.

(39) Article 05 du code civil français.

(40) سفيان عبدلي. استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا. نور للنشر، ألمانيا، 2017. ص. 143-145.

المبحث الثالث

نحو التأويل التطوري للنص المعياري

تاريخياً، لطالما كان القضاء منبؤاً وغير مرحّب به في فرنسا وهو ما عبر عنه بدقّة الأستاذ: Jean FOYER في مقالة شهيرة وصفت بأنها «لن تُنسى من تاريخ الفقه الفرنسي» بعنوان: «القضاء: تاريخ سلطة مرفوضة». نعم لطالما رُفضت هذه السلطة. إنّ ذلك مبرّر تاريخياً «نفسية الشعب الفرنسي والنظام السياسي الذي يعبر عن هذه النفسية، لن يتقبل هذه الأحكام ولن يدعمها كونها صادرة من تعسف القضاة وليس من تطبيق القانون العام». وهناك مبرر تاريخي آخر وهو الخوف من شبح «حكومة القضاة»⁽⁴¹⁾. والأطروحة القائلة بأن القاضي هو مجرّد «فم للقانون» «bouche de la loi» وهو ما أعلنه رجال الثورة الفرنسيّة: «يجب أن يخضع (القاضي) دائماً للقانون، فالقول أن القاضي هو «فم القانون» يعني ببساطة أنه «صوت السلطة التشريعية» ورجال الثورة الفرنسية أرادوا حماية السلطتين التشريعية والتنفيذية من «أي تدخّل من قبل الهيئة القضائية» ومن طرف القضاة -الذين ساءت سمعتهم آنذاك- وقالوا بأنه وما دامت القوانين بسيطة، واضحة ومفهومة من قبل الجميع فإن القضاة ليس بإمكانهم تفسيرها ولكن فقط، تطبيقها، وليس بإمكانهم تأويلها أو تعديلها أو حذفها»⁽⁴²⁾.

فالقاضي لم يكن سوى «فمّ للقانون»، على حدّ تعبير مونتيسكيو ينحصر دوره في النطق بالقانون دون أن يتجاوز حرفية النص نحو تفسيره. وكان من الصعب الاعتراف له بدور تطوري للقانون، والأكثر صعوبة من ذلك تقبل فكرة أن تُسهم هيئة تابعة لنظام قانوني في التأثير على قواعد نظام قانوني مختلف؛ على غرار أن يكون القاضي الوطني مُطوّراً لقواعد القانون الدولي؛ وفي أحسن الحالات تمّ قبول فكرة قيام المحاكم الوطنية باستقبال قواعد القانون الدولي وتطبيقها (ولكن ليس تطويرها)⁽⁴³⁾.

أولاً: التأويل التطوري للنص المعياري التعاهدي

في مجال حماية حقوق الإنسان، تتطلب حماية الأفراد تفسيراً تطورياً لمعاهدات حقوق الإنسان. إنّ حقوق الإنسان ليست جامدة، وبالتالي فإن الحماية الفعّالة لهذه الحقوق تقتضي مراعاة التطوّرات في القانون والمجتمع. وكثيراً ما شددت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على ضرورة مراعاة التغيّرات التي تحدث في المجتمع والقانون، من خلال ممارسة التفسير الديناميكيّ *dynamique une interpretation* للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وقد اعتبرت أنّ الاتفاقية بمثابة «صك حيّ (...). يجب تفسيره على ضوء ظروف الحال الرّاهنة»⁽⁴⁴⁾.

وتجسيدا لهذا المبدأ، قرّرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، تأسيساً على هدف الاتفاقية وغرضها، بوصفها أداة لحماية الأفراد، أنّ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان «يجب تفسيرها وتطبيقها على نحو يضمن لها متطلبات الواقعيّة والفعاليّة (...). إنّ مبدأ كون الاتفاقية صكّ حيّ يجب تفسيره، في ضوء الظروف الرّاهنة له، جذور راسخة في السوابق القضائية للمحكمة (...). ويتربّب على ذلك

(41) Audrey Guinchard. La conception française de la séparation des pouvoirs. op.cit. p.06

(42) سفيان عبدلي، دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية، نور للنشر، ألمانيا، 2017، ص.113.

(43) سفيان عبدلي، القانون الدولي لحقوق الإنسان أمام المحاكم الوطنية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة: 2021، ص.595.

(44) نفسه، ص.579.

أنّ هذه الأحكام لا يمكن تفسيرها فقط وفقاً لنوايا أصحابها كما أعربوا عنها منذ أكثر من أربعين عاماً»⁽⁴⁵⁾.

إن تفسير نصوص معاهدات حقوق الإنسان يجب أن يتم بطريقة موضوعية ودينامية، مع مراعاة الظروف والتطورات الاجتماعية؛ فالأفكار والظروف السائدة في الوقت الذي صيغت فيه المعاهدات بالكاد تحتفظ بأيّ صلاحية مستمرة. وتعدّ الظروف الحالية أكثر أهمية لتفسير معاهدات حقوق الإنسان من الأفكار والقناعات والظروف في الوقت الذي صيغت فيه الأحكام ودخلت حيز النفاذ. من الواضح أنّ لهذا المبدأ حدوداً؛ فتفسير المعاهدة لا يمكن أن يؤدي إلى إنشاء حقوق جديدة.

ولا تشير ديباجة الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إلى حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية فقط، بل إلى تطورها كذلك. وتشير حماية تلك الحقوق والحريات إلى ضمان المحكمة لفعاليتها لا سيما مع تطور الظروف. ولئن كانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد استلهمت من قواعد التفسير التي أرسّتها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إلا أنّ البحث عن الفعالية كان الملهم الأساسي لمختلف تقنيات التفسير التي طوّرتها المحكمة. وتتيح الإشارة إلى «تطوير» الحقوق والحريات بديباجة الاتفاقية نحو درجة معينة من الابتكار والإبداع لإثراء نطاق الضمانات التي تقرّها الاتفاقية، لا سيما لحماية جوهر الحقوق والحريات⁽⁴⁶⁾.

وهكذا، تذهب قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي كرّست لفكرة التفسير التطوري «*interprétation évolutive*» لاتفاقيات حقوق الإنسان، إلى منح النصّ قراءة معاصرة ومتجدّدة تتجاوز مجرّد الكشف عن دلالات النصّ على ضوء إرادة واضعيه، فـ «الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان، هي صُكوك حيّة *des instruments vivants*، يتعين أن يكون تفسيرها متوافقاً مع التطورات الزمانية وعلى أوجه الخصوص مع ظروف الحياة المعاصرة»، وبعبارة أخرى يجب فهم واستيعاب المفاهيم المتولّدة عن الاتفاقية بمعناها الناتج عن المجتمعات الديمقراطية الحالية. ولئن كان مبدأ الفاعلية هو أساس التفسير التطوري فإنّ نظرية «الصكّ الحيّ» تشكّل البعد الزمني لهذا المبدأ⁽⁴⁷⁾.

إنّ التفسير التطوري هو تفسير توسّعي على الرغم من أنه جاء في عدّة حالات للتضييق من نطاق الحقوق المحميّة بموجب الاتفاقية. وهكذا، لا يعقل قيام المفسّر باجترار المعاني التي قصدها واضعوا النصوص قبل عشرات السنين، وقت إبرام الاتفاقية، لا سيما في ظلّ تطور ظروف الزمن الزاهن. فيجب تفسير اتفاقيات حقوق الإنسان على ضوء ظروف الحياة الفعلية السائدة، لحظة التفسير، وليس في ظلّ الظروف التي كانت سائدة وقت إبرام المعاهدة⁽⁴⁸⁾.

ختاماً، يمكن القول أنّ التفسير الأقرب إلى المعنى الحقيقي، هو الذي يؤدي إلى زيادة الأثر الإيجابي أو الفعّال للمعاهدة أي ما يزيد من فاعليتها في التطبيق، لأن ذلك هو ما يتفق مع افتراض أنّ الأطراف قصدوا - من المعاهدة - تعزيز علاقاتهم بموجبها، مما يقتضي أن يتجه التفسير إلى الدفع بتلك العلاقات إلى الأمام، وليس إلى تعطيل ذلك أو عرقلته. إذ ليس من المقبول الافتراض بأنّ الأطراف لم يقصدوا أيّ أثر لأيّ نصّ من نصوص المعاهدة مما يعني أنه من قبيل اللغو ليس أكثر!

(45) نفسه، ص. 580.

(46) سفيان عبدلي، المرجع السابق، ص. 581.

(47) نفسه، ص. 581-582.

(48) نفس المرجع السابق، ص. 583-584.

ولابد أن يساعد البحث أو التدقيق في ممارسات الدول -المتصلة بتنفيذ المعاهدة- على معرفة الغرض من إبرامها، وبالتالي على الوصول إلى التفسير الذي يتفق وذلك الغرض. كما أنّ القضاء الدولي - وفي كل قضية حسب ظروفها- يمكنه أن يعتمد تفسيراً تطويرياً للمصطلحات الخاضعة للتفسير طالما كان ذلك يساعد على الكشف - خلال فترة تطبيقه- عن القصد المشترك لواقعيها. ولأجل احترام رغبة الأطراف في ذلك أثناء إبرام المعاهدة؛ ينبغي أن يؤخذ بنظر الاعتبار المعاني التي اكتسبتها المصطلحات في كل مناسبة يجب فيها تطبيق المعاهدة. على أن ذلك لا يعني إمكانية ذهاب القضاء أبعد من ذلك بحيث يتداخل تفسيره النشط مع تحميل النص (المصطلح أو اللفظ) محل التفسير معنى لا يتسع له وقصدا لا يمكن استظهاره من سلوك الأطراف. وفي ذلك يملك القضاء سلطة التقدير فيما إذا كان النص يقتضي تفسيراً أكثر مرونة مما يدعيه كل من الطرفين مع مراعاة أنّ «واجب المحكمة هو تفسير المعاهدة وليس تعديلها»⁽⁴⁹⁾.

ثانياً: التأويل التطوري للنص المعياري الدستوري

في مجال القانون الدستوري تتنازع مسألة تأويل النص الدستوري مدرستين⁽⁵⁰⁾:

المدرسة الأصولية (الكلاسيكية) والتي تهتم بفهم وتطبيق الدستور كما تصوره الآباء المؤسسون وبالفهم الذي استقر لديهم؛ فتأويل الدستور رهينة باللحظة التاريخية التي وضع فيها؛ فالزمن الذي وضع فيه النصّ هو المرجع في حسم تضارب التفسيرات المحتمل لكون النص لحظة صياغته كان مُحتملاً بمجموعة من التصورات والمفاهيم والمعاني الثابتة في أذهان المؤسسين الأوائل ولا يمكن قراءة هذا النص بمعزلٍ عن سياقه التاريخي وإرادة واضعيه ومقاصدهم.

فالمعنى الحقيقي للنص، بحسب رواد هذا النهج، موجود «طيّ النصّ ذاته» كما حمله إياه واضعو النص؛ ولئن كان المعنى غير ظاهر إلا أنه بالرجوع للإعمال التمهيدية والبحث عن نية محرري النص واجراء التحليل النحوي للنص يمكن من استكشاف المقصود. فالتفسير هنا مجرد عمل معرفي بسيط يحدد القاضي من خلاله معنى النص.

غير أن الإقرار للحظة التأسيسية للدستور بامتداد زمني مستقبلي يحمل في طياته تجنّ ومصادرة لحق المؤولين المعاصرين في شحن النص بمعانٍ جديدة ومعاصرة للزمن وإضفاء طابع حديث ومتجدد على النص الدستوري يواكب التطورات الحديثة. فالتفسير الأصولي يعيد النص الدستوري إلى سياقه التأسيسي التاريخي ويجعله أسير لحظة وضعه.

أما مدرسة «الدستور الحيّ» living constitution فتروج لقراءة النص الدستوري على ضوء الاهتمامات المعاصرة الحالية؛ فليس من المعقول إخضاع الأحياء لأفكار الأشخاص الذي ماتوا قبل قرنين من الزمن⁽⁵¹⁾.

لقد أضحت النصوص الدستورية نصوصاً ديناميكية تتفاعل عبر الزمن، ومع مختلف الفاعلين

(49) سفيان عبدلي، المرجع السابق، ص 584-585.

(50) Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET. Droit Du Contentieux Constitutionnel. 11e édition LGDJ. Montchrestien, 2016. p.298. M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in Mélanges Eisenmann, 1975, p. 133. « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in P. AMSELEK (dir.), Interprétation et droit, Bruylant-PUAM, 1995, p. 242. M. TROPER, V.CHAMPEIL-DESPLATS, C.GRZEGORCZYK (dir.), Théorie des contraintes juridiques, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 2005. M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, Le droit ou les paradoxes du jeu, PUF, 1992 A. VIALA, Philosophie du droit, Ellipses, 2010.

(51) Louis Favoreu, Patrick Gaia Richard Ghevontian Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux Guy Scoffoni. Droit Constitutionnel. 21e édition. Dalloz. 2019. p.106.

والمؤسسات، بل وقد تصل تلك النصوص لتطوير المعاني الأصلية التي ولدت لحظة تأسيسها، بل وقد تتجاوز المقاصد الأصلية لواقعي النصّ أنفسهم.

وبحسب هذه المدرسة، فالمعنى لا يوجد في طيات النصّ فقط؛ هذا الأخير هو مجموعة من الرسوم البيانية المطبوعة على الورق؛ تحمل دلالاتٍ متباينة في أحسن الأحوال، لذلك، فالتفسير بالنسبة للقاضي هو الاختيار والاختراع وخلق معنى للنصّ. وهو بذلك يمنحه للنصّ قوته كقاعدة معيارية بالمعنى الدقيق والقوي للمصطلح. فالتفسير هنا فعل إرادي يحدّد القاضي بموجبه، وبكل حرية، معنى النصّ.

إنّ الدستور ليس نصّاً ميثاقاً متوقّف في اللحظة التي تمّ فيها تحريره، إنه عمل حيّ ومجال مفتوح على الخلق المستمر للحقوق وتطوير الحريات. ففكرة «الصك الحيّ»⁽⁵²⁾ تتيح قراءة ديناميكية للنص الدستوري؛ إنها قراءة متحررة من محددات النشأة تجعل منه وثيقة مفتوحة على الخلق والابداع والتجديد اللامتناهي للحقوق والحريات، وهو ما من شأنه خلق حقوق جديدة ومبتكرة لم يتوقعها واضعو الوثيقة الدستورية أنفسهم.

وبهذا يصبح مفسر النص وليس محرره هو المؤلف الحقيقي للقاعدة. ولما كان المشرع الحقيقي للنص التشريعي ليس البرلمان ولكنه مفسر القانون، فينفس المنطق فالمؤسس الحقيقي ليس واضع الدستور الأصلي ولكنها المحكمة الدستورية⁽⁵³⁾. إنّ خلو العمل القضائي من الفعل التفسيري للقاضي يجعل من النص الدستوري منزوع المعيارية⁽⁵⁴⁾.

وهكذا، فتعددية المعاني والخيار التفسيري فيما بينها هو من صميم العمل القضائي؛ فعندما يلتزم القاضي الدستوري باختيار المعنى المناسب للحظة الفصل، من بين المعاني المتنافسة، يمكن للدستور أن يظل نصّاً حياً، حيويًا وغنياً باستمرار بالحقوق الجديدة. وبالتالي، يتحول دور القاضي الدستوري إلى فاعل خلاق يضيف قيمة مضافة مبدعة على النص الدستوري.

ولئن كان الفكر التأويلي يعترف بأن النص لا وجود له إلا من خلال التفسير وفي التفسير فقط، وهو ما يندرج ضمن ما يسمى بالفلسفة التفكيكية، أين يعتبر التفكيك كمفهوم محدد على حد تعبير نيتشه؛ أي ليس مفهوماً يفجر النص أو يذيبه، ولكنه يشير إلى الطابع الذي لا ينضب للنص ويمنع التفسير من الادعاء بتقديم حقيقة مطلقة للنص⁽⁵⁵⁾.

إن كون النص لا ينضب لا يدل على استحالة بناء المعنى من النص؛ هذا يعني أن المعنى المعطى لا يستنفد النص؛ فالعملية التأويلية مجرد لحظة في تاريخ النص وهذا الأخير يستمر في الحياة، وبالتالي يمكن أن يكون محلاً لتفسيرات جديدة متطورة ومواكبة للعصر.

(52) Dominique Rousseau, Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation, 2015, Seuil, p. 64.

(53) M. Troper, « Interprétation », in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. Alland et S. Rials, PUF-Lamy, 2003) M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », RFDC, n°1, 1990, p. 31.

(54) Dominique ROUSSEAU, « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », Revue administrative, 1998, n° 301, pp. 202-203.

(55) Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET. Droit Du Contentieux Constitutionnel. Op.cit. p.299.

فلم يعد من المقبول إخضاع النص المرشح للتطبيق لسياقات قديمة وليس من المعقول إخضاع الأحياء لأفكار أشخاص قضى عليهم الموت منذ قرابة القرنين من الزمن؛ فالنص الدستوري لم يعد بمثابة معبد استعاري تسكنه الأشباح⁽⁵⁶⁾، كما كتب Georges Burdeau، فهو يتجاوز كونه هيكلًا فارغًا من المعاني نحو بناء قانوني حيّ وملموس، تتوالد في الحقوق، بفضل تقنيات التفسير التي تتيح تطوير حقوق جديدة متوائمة مع متطلبات المجتمع المعاصر.

وفقا لهذا النهج، يمارس القاضي وظيفة تختلف اختلافا جوهريا عن وظيفة المشرع، ولكن يمكن مقارنتها بوظيفة الناقد الأدبي. فعلى غرار الناقد، يجب على القاضي تقديم تفسير للنص لا يعبر عن تفضيلاته الشخصية وبعيدا عن رؤيته الخاصة، ولكن يجب أن يستجمع القاضي المفسر خاصيتين على الأقل⁽⁵⁷⁾: الأولى بأن يجعل النص المراد تفسيره يظهر في أفضل صورة له؛ من خلال تقديم التفسير الأمثل له. والثانية بأن يكون متوافقا مع أكبر قدر ممكن من المفاهيم المركزية للنظام القانوني المعني؛ وتأخذ بعين الاعتبار الظروف القانونية الفعلية والمرتبطة بالقضية المطروحة.

ولعل هذا الدور القضائي المتميز يجعل الدساتير الحديثة توصف بأنها دساتير توسعية للحقوق والحريات؛ فالنص الدستوري ليس نهائيا لحظة تبنيه من قبل الشعب؛ إنها دساتير الخلق والتوليد اللامتناهي للحقوق الجديدة⁽⁵⁸⁾.

وتبقى السلطة التشريعية ملزمة باحترام الحقوق الدستورية الجديدة التي ولدها القضاء الدستوري، من خلال تفسيراته للنص، تحت طائلة عدم دستورية القوانين؛ إنه اكراه القضاة للمشرعين ومنفذ المواطن للتمتع بحقوق دستورية جديدة؛ وهكذا يسطع القضاء الدستوري بحماية حقوق جديدة لم تكن ملزمة للمشرع إلا بفضل التفسير التوسعي للنصوص الدستورية.

بفضل منهج التفسير التطوري للنصوص، أضحت للقضاة الدستوريين سلطة معيارية متجاوزين مهمتهم التقليدية في تطبيق النصوص نحو خلق نصوص جديدة. لقد ساعدت اللسانيات البراغماتية القضاة على تجاوز السياقات التاريخية للنص نحو البحث عن معان جديدة من خلال «توظيف النص في السياقات الجديدة وبين مختلف الفاعلين والمخاطبين الجدد». من خلال هذه السلطة المعيارية، وجد المشرعون والمنفذون أنفسهم أمام مسؤولية احترام هذه الحقوق الجديدة التي ولدها تفسيرات القضاة، تحت طائلة بطلان تصرفاتهم.

وهكذا، تجاوز القاضي الدستوري دوره الكلاسيكي كمشرع سلبي أو كشريك للمشرع من خلال عمله الرقابي على دستورية القوانين؛ أين يقوم بتأويل النص القانوني والقول بمدى مطابقته للدستور من عدمه أو بتفعيل فكرة التحفظات التفسيرية من خلال عملية المراقبة وهو ما يسهم في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي سنها البرلمان وتحديد نطاق تطبيقها. إن تدخل القاضي الدستوري لتوجيه الفهم الصحيح للدستور بما يوجب على المشرع سنّ القاعدة القانونية على منوال معين أو بمضمون محدد أو بحذف مقتضى معين، يعني توجيه المشرع في منحى محدد ودقيق من قبل القاضي؛ لقد تحول القاضي الدستوري إلى مشرع فعلي.

(56) Ibid, p. 792.

(57) DWORKIN R., Revue Droit et Société, (1985-1986), no 1-2, p.66.

(58) Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET. Droit Du Contentieux Constitutionnel. Op.cit. p.300.

إن تضخم تدخلات القاضي الدستوري في مجال رقابة الدستورية هو في حقيقته تدخل في المجال النصي للتشريع: لفظاً وفحوى. ويتمظهر هذا التأثير الضاغط على عمل المشرع وتقييد سلطته التقديرية من طرف القضاة الدستوريين من خلال «الاشتغال على النص التشريعي»: عبر رسم معالم النص وحدوده ونطاقه وغاياته وهندسة مختلف المعاني المحتملة التي يمكن أن يحتويها النص.

وهكذا، ومن خلال تقنيات التدخل في «المضمون المادي للنص» المقضي بعدم دستوريته؛ أو تحديد النطاق الزمني للنص؛ تقنية توجيه تطبيق وفهم النص التشريعي في مجال معين ليتماشى مع الدستور، أصبح القاضي الدستوري شريكاً في تقرير ملائمة الخيارات التشريعية للمشرع بدلا من الاكتفاء بالدستورية. إنه ميلاد جديد للتشريع القضائي أو لتشريع القضاة.

إن ارتفاع سقف العمل التآولي للقاضي الدستوري، نحو ما يمكن تسميته بالتشريع الإيجابي غير المباشر من خلال التقنيات السالفة الذكر، وهي تقنيات تفسيرية في حقيقتها، ستجعل منه منافسا حقيقيا للمشرع.

ولم يعد العمل التآولي للنصوص الدستورية مرتبطا بغموضها. فالأطروحة القائلة بأن التفسير ضروري فقط عندما يكون النص غامضاً أو مبهماً، ولا ضرورة له عندما يكون النص واضحاً *in claris cessat interpretatio* لم يعد لها ما يبررها. تؤدي هذه الأطروحة في الواقع إلى مفارقة منطقية، لأنه من أجل التمكن من التأكيد على وضوح النص وعدم الحاجة لتفسيره، من الضروري معرفة معناه؛ ومعرفة هذا الأخير تتطلب أن يكون مفسراً⁽⁵⁹⁾.

كما أنّ القضاء الدستوري قد أضحى من خلال العملية التآولية للنصوص، فاعلاً جديداً ومؤثراً في الدستور، لقد أصبح الدستور شيئاً فشيئاً اجتهاداً قضائياً. وخلافاً للاعتقاد الشائع، فإن الدستور ليس نصاً ميتاً، تم تجميده يوم كتابته؛ إنه فعل حي، فضاء مفتوح للخلق المستمر للحقوق⁽⁶⁰⁾. إن القاضي الدستوري يبعث الحياة في النص الدستوري؛ بمواءمته باستمرار مع المتطلبات المستجدة التي تولدها الحياة السياسية بعد صدور النص⁽⁶¹⁾.

لقد اعتبرت القراءة القضائية للدستور بمثابة «نهاية السياسة» و«أولوية القانوني على السياسي». لقد أصبح تأويل القاضي الدستوري «القائد الموجه الذي تفرض إرادته على جمهور الفاعلين السياسيين»⁽⁶²⁾.

ومن المفيد هنا استرجاع مقولة رئيس المحكمة الأمريكية العليا في ثلاثينيات القرن الماضي تشارلز إيفانز هيوز: «لدينا دستور بالفعل، ولكن الدستور هو ما يقوله القضاة». إن القانون هو ببساطة سلوك القاضي؛ فالنص القانوني يفرزه القضاة كما أن اللأئى يفرزها المحار. وفي ذات السياق القاضي هولمز يصرح بأن: «ما أعنيه بالقانون ليس أكثر أو أقل من التنبؤ بما ستفعله المحكمة». لقد ذهب هذه الآراء بعيداً في القضاء على أي فكرة عن القانون باعتباره «نظاماً معيارياً مفاهيمياً للقواعد»⁽⁶³⁾.

(59) Francis Hamon, Michel Troper. Droit Constitutionnel. 35e édition. LGDJ, 2014. P.58.

(60) Dominique ROUSSEAU, « Une résurrection, la notion de constitution », RDP, 1990, p. 5-6. Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET. Droit Du Contentieux Constitutionnel. Op.cit. p. 810-811.

(61) Dominique ROUSSEAU, « Une résurrection, la notion de constitution », Op.cit. p.19.

(62) M. Guénaire, « La Constitution ou la fin de la politique », Le Débat, n°64, 1991, p. 146. C. Emeri, « Gouvernement des juges ou veto des sages ? », RDP, 1990, p. 340.

(63) C. Herman Pritchett, "Divisions of Opinion Among Justices of the U. S. Supreme Court, 1939-1941," American Political Science Review, 1941, vol. 35, no. 5, pp. 890-898.

في نهاية المطاف، يجب قراءة النصوص القانونية وتفسيرها في سياقها الكامل (المدلول النحوي، والدلالة العامة في ضوء الانسجام مع هيكلية النص العامة وموضوعه والغرض منه ونية واضعه). لقد أصبح القضاة، كمفسرين للنصوص القانونية يحجمون عن إعطاء النص تفسيرات أو تأويلات يمكن أن تؤدي بشكل واضح إلى نتائج ملموسة غير معقولة أو غير عادلة؛ وهو ما يعرف بالمنهج البراغماتي في تفسير القانون، من خلال الانطلاق من افتراض عدم رغبة المشرع في مثل تلك النتائج غير المتقبلة، حتى ولو كانت الصياغة القانونية للنص لا تفتح صراحة تلك المساحة التداولية للمفسر للدفع بالنص في ذلك الاتجاه؛ وهو ذاته المنهج التداولي في مجال الخطاب الأدبي⁽⁶⁴⁾.

(64) Pierre -André Côté, Stéphane Beaulac, Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Thémis, 2009. P.514.

الخاتمة

خلصت الدراسة، إلى النتائج التالية:

- من بين أهداف المنهج التداولي -البراغماتي- هي دراسة كيفية إيصال أكثر ممّا يُقال: أي أنّها تبحث في كيفية إدراك قدر كبير ممّا لم يتم قوله على أنّه جزء ممّا يتم إيصاله. وفي السياق التفسير القانوني للنصوص المعيارية لا يبدو أنّ «المعنى المعتاد» يستجيب لتطلعات مفسري النصوص، لذلك نجده يتعدون عن التفسير الحرفي لاسيما عندما يؤدي إلى عواقب عبثية أو غير منطقية، بحيث يبدو بديهياً أنّ المشرع «لم يقصد ما قاله»، وهنا نجد الحيز المشترك الأكبر بين اللغة والقانون وهو المجال الأخصب الذي يمكن للمنهج التداولي -البراغماتي- أن يخدم رجال القانون والقضاء والفقهاء ممن يشتغلون على تفسير النص القانوني.
- برهنت الدراسة، من خلال هذا البحث العابر للتخصّصات، أنه ولكون المنهج البراغماتي يركز على الفعل الكلامي؛ في حين تصب المناهج الأخرى اهتمامها على الخطاب بحد ذاته وليس على المضامين والمقاصد التواصلية المُصنّعة نتيجة الفعل الكلامي، فهو الأكثر قدرة على تفريغ أزمة الغموض التي يتخبط فيها النص المعياري. فالتداولية تتجاوز كون اللغة مجرد وسيلة تواصلية، أو رموزاً للتعبير عن الفكر، نحو محاولة التأثير الفعلي الملموس في العالم الخارجي بالإحداث أو التغيير أو الهدم.
- جادلت هذه الدراسة بأن أدوات المنهج التداولي البراغماتي بإمكانها، إلى حدّ كبير، تفكيك النص المعياري القانوني، واستنطاق معانيه، تأويلاً وتطويراً، بالنظر لبعثه العلاقة الخارجية بين مصدر النص، والمخاطب به، و مؤوّله، دون أن تهمل السياق بمختلف تجلياته وتفاعلاته.
- جاءت مقارنة هذه الدراسة على أساس المنهج التداولي الذي يهتم بالمعنى المراد في داخل السياق بين متكلم بعينه ومتلقي بعينه. ونظراً لترتيب البحث التداولي بعد البحث التركيبي والبحث الدلالي، نلاحظ اتساع مجالات البحث في التداولية، فالتداولية تعرض للمعنى الاستعمالي، وهذا يتضمن دراسة المنطوق اللغوي، وبعد ذلك دراسة المتكلم وكل ما يتصل به، وما هدفه أو قصده، ثم المتلقي وعلاقته بالمتكلم، ومعرفة العناصر الأخرى التي تؤثر في فهم المعنى وهو ما جعل الباحثين يؤكدون على أن التداولية تقوم على أربعة مرتكزات هي: الإشاريات (Deixis)، الافتراض السابق (Presupposition)، الاستلزام الحوارية (Conversational implicature) الأفعال الكلامية (Speech acts).
- حظي موضوع «الغموض» في الخطاب القانوني بنقاش كبير على مستوى الفقه القانوني. ويبدو أنه في المجال القانوني تعتبر الحجة الشائعة والتي مفادها أن «الدقة»، التي ينظر إليها على أنها نظير للغموض، ليست الطريقة المثلى لتنظيم المجتمع، وهي حقيقة يدركها المشرعون جيداً. وفي هذا السياق، جادل الكثير من العلماء حول «حتمية الغموض (inevitability of vagueness)» في الصياغة التشريعية؛ فاستعمال المشرع للمصطلحات الغامضة أمر لا مفر منه، بل وضروري، خاصة في الصياغة التشريعية.

- يجب قراءة النصوص القانونية وتفسيرها في سياقها الكامل (المدلول النحوي، والدلالة العامة في ضوء الانسجام مع هيكلية النص العامة وموضوعه والغرض منه ونية واضعه). لقد أصبح القضاة، كمفسرين للنصوص القانونية يحجمون عن إعطاء النص تفسيرات أو تأويلات يمكن أن تؤدي بشكل واضح إلى نتائج ملموسة غير معقولة أو غير عادلة؛ وهو ما يعرف بالنهج البراغماتي في تفسير القانون، من خلال الانطلاق من افتراض عدم رغبة المشرع في مثل تلك النتائج غير المتوقعة، حتى ولو كانت الصياغة القانونية للنص لا تفتح صراحة تلك المساحة التداولية للمفسر للدفع بالنص في ذلك الاتجاه؛ وهو ذاته المنهج التداولي في مجال الخطاب الأدبي.
- أثبتت الدراسة أنّ منهج التأويل التطوري - كما نسّميه - هو المنهج الخلاق الواعد، نظراً لإمكانيته الهائلة التي تصل لحدّ بعث حياة جديدة في النصّ المعياريّ، بتطوير تطبيقاته المتجددة وخلق أبعاد متدفقة ومنفتحة على النصّ بمختلف تجلياته. ويضمن تطبيق هذا المنهج في مجال تأويل النصوص القانونية العديد من المزايا ومن أهمها تطبيق النصوص المعيارية على حالات ووضعيّات لم يتوقعها واضعو النصوص أنفسهم، وقت صياغتها، ولعلّ مقارنة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لهذا النهج وتبنيها له على المستوى الأوروبي خير دليل على فعاليته القصوى.
- يمارس القاضي وظيفة تختلف اختلافاً جوهرياً عن وظيفة المشرع. ولكن، تقارن تلك المهمة في بعض الأدبيات بوظيفة الناقد الأدبي. فعلى غرار الناقد، يجب على القاضي تقديم تفسير للنص لا يعبر عن تفضيلاته الشخصية وبعيدا عن رؤيته الخاصّة؛ يجب أن يستجمع القاضي المفسر خاصيتين على الأقل: الأولى بأن يجعل النص المراد تفسيره يظهر في أفضل صورة له؛ من خلال تقديم التفسير الأمثل له. والثانية بأن يكون متوافقاً مع أكبر قدر ممكن من المفاهيم المركزية للنظام القانوني المعني؛ وتأخذ بعين الاعتبار الظروف القانونية الفعلية والمرتبطة بالقضية المطروحة.

المراجع

المراجع الأجنبية

- ROSS, On Law and Justice, Londres, 1958.
- VIALA, Philosophie du droit, Ellipses, 2010.
- Antoine Masson. Droit communautaire : droit institutionnel et droit matériel. Op.cit. p.345.
- Article 05 du code civil français.
- AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, 4e éd., t. I.
- Bach, Kent, 2004, "Pragmatics and the philosophy of language," in Horn and Ward (eds.) 2004.
- Bezuidenhout, Anne, 2002, "Truth-Conditional Pragmatics," Philosophical Perspectives, 16: 105–34.
- Bix, Brian H. (2012): Legal Interpretation and the Philosophy of Language. In: Peter M. Tiersma and Lawrence M. Solan, eds. The Oxford Handbook of Language and Law. Oxford: Oxford University Press, 145-155.
- Emeri, « Gouvernement des juges ou veto des sages ? », RDP, 1990.
- Herman Pritchett, "Divisions of Opinion Among Justices of the U. S. Supreme Court, 1939–1941," American Political Science Review, 1941, vol. 35, no. 5.
- Capone, Alessandro, 2012, "Between Scylla and Charybdis: The Semantics and Pragmatics of Attitudes De Se," in Alessandro Capone and Neil Feit (eds.), Attitudes De Se: Linguistics, Epistemology, Metaphysics, Stanford: CSLI Publications.
- Carston, Robyn, 1999, "The semantics/pragmatics distinction: A view from Relevance Theory," in K. Turner (ed.), The Semantics/Pragmatics Interface from Different Points of View, 1999, 85–125.
- Ch. PERELMAN, De l'évidence en métaphysique, in Le champ de l'argumentation, Bruxelles, 1970.
- Christie, George C. (1964): Vagueness and Legal Language. Minnesota Law Review. 48.
- Conclusions de M. le premier avocat général Paul Leclercq, avant Cass., 9 février 1925, Pas., 1925, I, 135 ; cf. également W.J. GANSHOF van der MEERSCH, Réflexions sur la révision de la Constitution, in J.T., 1972.
- Devitt, Michael, 2013, "Three methodological flaws of linguistic pragmatism," in C. Penco and F. Domaneschi (eds.), What is Said and what is not. The Semantics/pragmatics Interface, Stanford: CSLI Publications, pp. 285–300. P288.

- Dominique ROUSSEAU, « Une résurrection, la notion de constitution », RDP, 1990.
- Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN, Julien BONNET. Droit Du Contentieux Constitutionnel. 11e édition LGDJ. Montchrestien, 2016.
- Dominique Rousseau, Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation, 2015, Seuil.
- Dominique ROUSSEAU, « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », Revue administrative, 1998, n° 301.
- DWORKIN R., Revue Droit et Société, (1985-1986), no 1-2.
- Elugardo, Reinaldo and Robert J. Stainton, 2004, "Shorthand, Syntactic Ellipsis, and the Pragmatic Determinants of What is Said," Mind and Language, 19: 442-71.
- Emer De Vattel. Le droit des gens ou le principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains. Tome 2. Librairie diplomatique, française et étrangère. Paris. 1835.
- Endicott, Timothy A. O. (2001): Law is necessarily vague. Legal Theory. 7(4). p.379.
- Endicott, Timothy A. O. (2005): The Value of Vagueness. In: Vijay Bhatia, Jan Engberg, Maurizio Gotti and Dorothee Heller, eds. Vagueness in Normative Texts. Bern: Lang.
- Engberg, Jan (2002): Legal meaning assumptions – What are the consequences for legal interpretation and legal translation? International Journal for the Semiotics of Law. 15.
- Engberg, Jan (2012): Word Meaning and the Problem of a Globalized Legal Order. In: Peter M. Tiersma and Lawrence M. Solan, eds. The Oxford Handbook of Language and Law. Oxford: Oxford University Press, 175-186.
- Francis Hamon, Michel Troper. Droit Constitutionnel. 35e édition. LGDJ, 2014.
- G.L WILLIAMS, Language and the Law, in The Quaterly Review, vol. 6, 1945.
- Goddard, Christopher (2010). Legal Linguistics: As (In)substantial as Ghosts and True Love? In: Davide Simone Giannoni and Celina Frade, eds. Researching Language and the Law. Textual Features and Translation Issues. Bern: Lang, 199-211.
- J. SALMOND, On Jurisprudence, 12e éd., par P.J. FITZ GERALD, Londres, 1966.
- JR. CAPELLA, El derecho como lenguaje. Un andlysis lógico, Barcelone, 1968.
- Kischel, Uwe (2009). Legal Cultures - Legal Languages. In: Frances Olsen, Alexander Lorz and Dieter Stein, eds. Translation Issues in Language and Law. New York: Palgrave Macmillan, 7-17.
- LL FULLER, Positivism and fidelity to law. A reply to Professor Hart, in Havard Law Review, vol. 71, no 4, p. 663 : « Surely a paragraph does not have a « standard instance » that remains constant whatever the context in which it appears »

- Louis Favoreu, Patrick Gaïa Richard Ghevoñtian Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux Guy Scoffoni. Droit Constitutionnel. 21e édition. Dalloz. 2019. p.106.
- M. Guénaire, « La Constitution ou la fin de la politique », Le Débat, n°64, 1991.
- M. Troper, « Interprétation », in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. Alland et S. Rials, PUF-Lamy, 2003)
- M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », RFDC, n°1, 1990, p. 31.
- M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in Mélanges Eisenmann, 1975.
- M. TROPER, V.CHAMPEIL-DESPLATS, C.GRZEGORCZYK (dir.), Théorie des contraintes juridiques, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 2005.
- M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, Le droit ou les paradoxes du jeu, PUF, 1992
- Malueux, L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique, Paris, 1908.
- Manuel Gros. Droit administratif : l'angle jurisprudentiel. 4ème édition. L'harmattan. Paris. 2012.
- Mattila, Heikki E.S. (2013): Comparative Legal Linguistics. Language of Law, Latin and Modern Lingua Francas (translated from the Finnish by Christopher Goddard). London: Ashgate.
- MORRIS Ch. W., Foundations of the Theory of Signs, Chicago, Chicago University Press, 1938.
- Nadine Poulet, Gibot Leclerc. Droit administratif : sources, moyens, contrôles. 3e édition. Bréal. 2007.
- Neale (forthcoming). Linguistic Pragmatism, Oxford: Oxford University Press.
- Neale, 2004, "This, that, and the other," in M. Reimer and A. Bezuidenhout (eds.) Descriptions and Beyond, Oxford: Oxford University Press, pp. 68–182.
- Neale, 2016, "Silent Reference," in G. Ostertag (ed.), Meanings and Other Things: Essays in Honor of Stephen Schiffer, Oxford: Oxford University Press, 229–344.
- Neale, Stephen, 1992, "Paul Grice and the philosophy of language," Linguistics and Philosophy, 15: 509–559. (Thorough review of Grice's Studies in the way of words).
- P. AMSELEK (dir.), « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », Interprétation et droit, Bruylant-PUAM, 1995.
- P. LEGENDRE, L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique, Paris, 1974.
- Parikh, Prashant, 2010, Language and equilibrium. Cambridge, MA: MIT Press.

- Paul Martens, Bernadette Renauld. L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée. In : Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État. Actes du symposium du 21 octobre 2005. Brugge. La Charte. Bruxelles. 2006.
- Pierre -André Côté, Stéphane Beaulac, Mathieu Devinat. Interprétation des lois, 4e éd., Montréal, Thémis, 2009.
- Poscher, Ralf (2012): Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation. In: Peter M. Tiersma and Lawrence M. Solan, eds. The Oxford Handbook of Language and Law. Oxford: Oxford University Press, 128-144.
- R. PLANIOL et G. RIPERT, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 3e éd., Paris, 1946.
- R.W.M. DIAS, Jurisprudence, 3e éd., Londres, 1970.
- Recanati, François; 2004, Literal meaning, Cambridge: Cambridge University Press. (Recanati's defence of a contextualist view on meaning.)
- SALMOND, On Jurisprudence, 12e éd., par P.J. FITZ GERALD, Londres, 1966.
- Tremblay, Richard (2006): L'abstraction au service de la clarté en rédaction législative. In: Anne Wagner and Sophie Cacciaguidi-Fahy, eds. Legal Language and the Search for Clarity. Bern: Lang. p.127.
- Tremblay, Richard (2006): L'abstraction au service de la clarté en rédaction législative. In: Anne Wagner and Sophie Cacciaguidi-Fahy, eds. Legal Language and the Search for Clarity. Bern: Lang.
- Yves Chartier. La Cour de cassation. 2ème édition. Dalloz. Paris. 2001.

المراجع العربية

- بول ريكور، نظرية التأويل: الخطاب وفائض المعنى، ترجمة سعيد الغامري، الطبعة الثانية، المركز الثقافي العربي، 2006.
- جورج يول، التداولية، ترجمة قصي العتابي، الدار العربية للعلوم ناشرون، لبنان.
- خالد حوير الشمس، البعد التداولي في النثر الصوفي، الطبعة الأولى، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2021.
- سفيان عبدلي، استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا. نور للنشر، ألمانيا، 2017.
- سفيان عبدلي، القانون الدولي لحقوق الانسان أمام المحاكم الوطنية. الطبعة الأولى. دار النهضة العربية. القاهرة: 2021.
- سفيان عبدلي، دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية، نور للنشر، ألمانيا، 2017.
- سيف الدين طه الفقراء، رؤى تداولية في الصرف العربي، دار اليازوري، 2020.
- عادل أحمد الطائي. قواعد التفسير القضائي الدولي للمعاهدات الدولية: دراسة في قانون المعاهدات الدولية. مجلة الشريعة والقانون. المجلد الخامس والعشرون. العدد السادس والأربعون. الإمارات العربية المتحدة. 2011.
- عمر بلخير، «مدخل إلى دراسة بعض الظواهر التداولية في اللغة العربية (الخطاب المسرحي نموذجاً)»، مجلة إنسانيات، العدد 14-15، 2001.
- عيد بلبع، التداولية إشكالية المفاهيم بين السياقين الغربي والعربي، مجلة سياقات، العدد الأول، القاهرة، 2007.
- مجيد الماشطة، شظايا لسانية، الطبعة الأولى، مطبعة السلام، 2017.
- محمد محمد علي يونس، مدخل إلى اللسانيات، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، 2004.
- مختار درقاوي، التصور الأصولي للمعنى: مقارنة دلالية تداولية لآليات فقه الخطاب، دار الكتب العلمية، بيروت، 2016.
- مرتضى جبار كاظم، اللسانيات التداولية في الخطاب القانوني: قراءة استكشافية للخطاب التداولي عند القانونيين، منشورات ضفاف، لبنان، 2015.
- نعمان بوقرة، لسانيات الخطاب (مباحث في التأسيس والإجراء)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2012.
- نواري سعودي أبو زيد: المنهج التداولي في مقارنة الخطاب (المفهوم والمبادئ والحدود)، مجلة فصول، مجلة النقد الأدبي، مصر، العدد 77، 2010.

تعدد الجرائم وأثره على الاختصاص والمسؤولية الجنائية

الدكتور / علي معيض الغياثين
المحامي أمام محكمة التمييز

تعدد الجرائم وأثره على الاختصاص والمسؤولية الجنائية

الدكتور/ علي معيض الغياثين
المحامي أمام محكمة التمييز

المُلخَص

الأصل أنه إذا كانت الجريمة المرتكبة واحدة فإن الجاني يعاقب عليها بعقوبة أصلية واحدة، ولكن في حالة ارتكابه أكثر من جريمة نكون بصدد تعدد الجرائم الذي يستلزم معاملة قانونية مختلفة لجاني ارتكب جرائم أو أفعالاً مادية يكون كل منها جريمة قائمة بذاتها معاقباً عليها في القانون (تعدد مادي للجرائم) أو قد يرتكب الجاني فعلاً إجرامياً واحداً ينطبق عليه أكثر من نص قانوني فنكون بصدد (تعدد معنوي للجرائم)؛ ونظراً لما تقدم باتت نظرية تعدد الجرائم إحدى نظريات القانون الجنائي المهمة، التي تفرد لها التشريعات الجنائية جميعها أحكاماً مستقلة، وموجز هذه النظرية أنه إذا ارتكب الشخص أكثر من جريمة قبل الحكم عليه بواحدة منها، فإنه يعاقب بالعقوبة المقررة لكل منها، ويترتب على هذا الأمر كثير من الآثار الجنائية الموضوعية في مجال القواعد الموضوعية من القانون الجنائي.

ولا تقف آثار هذه النظرية عند هذا الحد بل تمتد لتدخل نطاق القواعد الشكلية من القانون الجنائي، أي نطاق قانون الإجراءات الجنائية، لترتب كثيراً من الآثار الإجرائية، ابتداء من تحريك الدعوى الجزائية، ثم التحقيق الابتدائي، ثم الإحالة والمحاكمة والطقن في الأحكام وأخيراً تنفيذها.

إذ يتعين على قاضي التحقيق إعمال قواعد الاختصاص الجنائي عند إصدار قراره بالإحالة على نحو تحدد فيه المحكمة المختصة نوعياً ومكانياً بنظر الدعوى، ولكن عندما يتعلق الأمر بتعدد الجرائم والتحقيق فيها، فإذا ذلك قد يؤدي إلى امتداد الاختصاص الجنائي لإحدى المحاكم وسلب الاختصاص من محكمة أخرى لاعتبارات تتعلق بعدم تجزئة دعاوى وتوزيع الاختصاص الجزائي بها على أكثر من محكمة؛ لأن حسن سير العدالة والاستغلال الأمثل للموارد تقضي بأن يفصل فيها قاضٍ واحد، فهنا يتم الخروج على القواعد العامة في الاختصاص الجنائي فينظر القاضي في دعوى لا يختص بالنظر فيها على وفق القواعد العامة في الاختصاص الجنائي بل امتد إليها اختصاصه للارتباط بين الجرائم.

وقد حاول البحث المائل القاء الضوء على انعكاسات نظرية تعدد الجرائم - فيما يتعلق بالاختصاص، والمسؤولية الجنائية - وتحليل موقف المشرع القطري في هذا الشأن.

وللإحاطة بهذه النظرية، تم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين: المبحث الأول: ماهية تعدد الجرائم، والمبحث الثاني: أثر تعدد الجرائم على الاختصاص والمسؤولية الجنائية.

الكلمات المفتاحية: تعدد الجرائم - قواعد المسؤولية - قواعد الاختصاص.

ABSTRACT**The Multiplicity of Crimes and its Impact on Jurisdiction and Criminal Responsibility****Dr. Ali Moayed Al-Ghayathin**

The original if the committed crime was one, then the offender is punished with one original penalty, but if he committed more than one crime, we are in the process of multiplicity of crimes and based on that, the rule of law in this case differs because the offender may commit several crimes or material acts, each of which is a separate crime punishable In the law, then we are in the process of a material plurality of crimes, or the offender may commit one criminal act to which more than one legal text applies, so we are in the process of a moral plurality of crimes, and based on the foregoing, the theory of multiplicity of crimes has become one of the important theories of criminal law, as all penal legislation singles out independent provisions for it, and requires This theory is that a person has committed more than one crime and before being sentenced for one of them, he is punished with the penalty prescribed for each of them, and this matter has many objective criminal effects whose scope is determined in the field of objective rules of criminal law.

The effects of this theory do not stop at this point, but extend to the scope of the formal rules of the criminal law, i.e. the scope of the Code of Criminal Procedure, to arrange many procedural effects, starting with the initiation of the criminal case, then the preliminary investigation, then referral, trial, appeal against judgments and finally their implementation.

As the investigative judge must implement the rules of criminal jurisdiction when issuing his decision, the referral is in a manner in which the competent court is determined qualitatively and spatially to consider the case. Not to divide the cases and distribute the criminal jurisdiction in them to more than one court, because the proper conduct of justice requires that one judge decides in them. to link the crimes.

The importance of the topic of research lies in shedding light on the most important procedural effects of the theory of multiplicity of crimes within the scope of the formal rules of the criminal law, on the grounds that its effects do not stop at the limit of the substantive rules of this law.

In order to understand this theory, this topic was divided into two sections: the first topic: the nature of multiplicity of crimes, and the second topic: the impact of multiplicity of crimes on jurisdiction and criminal responsibility.

Key words: multiplicity of crimes - rules of responsibility - rules of jurisdiction.

المقدمة

إذا كان ارتكاب الإنسان لجريمة ما مشكلة - متعددة الأبعاد القانونية والاجتماعية والاقتصادية- فإن ارتكابه لأكثر من جريمة مشكلة أكبر تستدعي تعامل مختلف يتلاءم مع ما قد يكشف عنه ذلك من خطورة إجرامية مضاعفة. والأصل إذا كانت الجريمة المرتكبة واحدة فإن الجاني يعاقب عليها بعقوبة أصلية واحدة، ولكن في حالة ارتكابه أكثر من جريمة نكون بصدد تعدد للجرائم، والذي قد يتخذ صورة ارتكاب الجاني لعدة أفعال مادية يكون كل منها جريمة قائمة بذاتها معاقبًا عليها في القانون فنكون عندئذٍ بصدد تعدد مادي للجرائم، أو قد يرتكب الجاني فعلًا إجراميًا واحدًا ينطبق عليه أكثر من نص قانوني، فنكون بصدد تعدد معنوي للجرائم، ولمعالجة ما تقدم باتت نظرية تعدد الجرائم إحدى نظريات القانون الجنائي المهمة، التي تفرّد لها التشريعات الجنائية جميعها أحكامًا مستقلة، ومقتضى هذه النظرية أن يرتكب الشخص أكثر من جريمة قبل الحكم عليه في أحدها، ويترتب على هذا الأمر كثير من الآثار الجنائية الموضوعية يتحدد نطاقها في مجال القواعد الموضوعية من القانون الجنائي.

ولا تقف آثار هذه النظرية عند هذا الحد بل تمتد لتدخل نطاق القواعد الشكلية من القانون الجنائي، أي نطاق قانون الإجراءات الجنائية، لترتب كثيرًا من الآثار الإجرائية، ابتداء من تحريك الدعوى الجزائية، ثم التحقيق الابتدائي، ثم الإحالة والمحاكمة والطقن في الأحكام وأخيرًا تنفيذها.

إذ يتعين على النيابة العامة إعمال قواعد الاختصاص الجنائي عند إصدار قرار الإحالة على نحو تحدد فيه المحكمة المختصة نوعيًا ومكانيًا بنظر الدعوى، ولكن عندما يتعلق الأمر بتعدد الجرائم والتحقيق فيها، فإن ذلك قد يؤدي إلى امتداد الاختصاص الجنائي لإحدى المحاكم وسلب الاختصاص من محكمة أخرى لاعتبارات تتعلق بعدم تجرئة دعاوى وتوزيع الاختصاص بها على أكثر من محكمة، لأن حسن سير العدالة يقتضي أن يفصل فيها قاضٍ واحد، فهنا يتم الخروج على القواعد العامة في الاختصاص الجنائي فينظر القاضي في دعوى لا يختص بالنظر فيها على وفق القواعد العامة في الاختصاص بل امتد إليها اختصاصه للارتباط بين الجرائم.

وتكمن أهمية موضوع البحث في إلقاء الضوء على أهم الآثار المتعلقة بنظرية تعدد الجرائم؛ إذ يؤثر تعدد الجرائم في الإجراءات الجنائية وفي المسؤولية الجنائية للمجرم، وموقف المشرع القطري منها وتقييمه عند الحاجة.

ولالإحاطة بهذه النظرية، فقد ارتأينا أن نقسم دراستنا وفقًا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: ماهية تعدد الجرائم

المطلب الأول: التعريف بتعدد الجرائم

المطلب الثاني: ذاتية تعدد الجرائم

المطلب الثالث: صور تعدد الجرائم

المبحث الثاني: أثر تعدد الجرائم على الاختصاص والمسؤولية الجنائية

المطلب الأول: أثر تعدد الجرائم على قواعد الاختصاص الجنائي

المطلب الثاني: أثر تعدد الجرائم على قواعد المسؤولية الجنائية.

المبحث الأول ماهية تعدد الجرائم

نظرية تعدد الجرائم من نظريات القانون الجنائي التي تحظى باهتمام التشريعات الجنائية كافة؛ وقد ألقى هذا الاهتمام بظلاله على الفقه الجنائي، الذي تناولها بالتأصيل والمعالجة ضمن المؤلفات العامة، أو بمؤلفات متخصصة تتعلق بها أو بها مع غيرها.

ولالإحاطة بهذه النظرية والوقوف على ماهيتها، فقد ارتأينا أن نقسم ذلك المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول التعريف بتعدد الجرائم

للوقوف على التعريف الدقيق لتعدد الجرائم يتعين أن نبين معنى التعدد في اللغة أولاً؛ ثم بيان معنى تعدد الجرائم اصطلاحاً، ويقضي هذا التقسيم المطلب إلى فرعين؛ نكرس تعريف تعدد الجرائم لغة (الفرع الأول)، ثم نكرس تعريف تعدد الجرائم اصطلاحاً (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف تعدد الجرائم لغة

التعدد لغة: التعدد مشتق من العد، وعد الشيء يعده عدًا، وتعدّدًا، عده وعدده (والاسم العدد والعيد) قال الله تعالى [وَأَخْصَى كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا⁽¹⁾]، وقيل العدد هو الكمية المتألّفة من الوحدات، فيخصّ بالمُتعدّد في ذاته⁽²⁾، أما الجريمة لغة فهي مشتقة من الجرم وهو الذنب، نقول من جرم وأجرم واجترم⁽³⁾ لبيان الكثرة.

الفرع الثاني: تعريف تعدد الجرائم اصطلاحاً

بعد أن بينا في معنى الجرائم في الاصطلاح اللغوي، سوف نبين معناه في الاصطلاح القانوني والفقهية. فعلى الصعيد القانوني اعتنت التشريعات الجنائية بتنظيم تعدد الجرائم، ومن ذلك معالجة المشرع القطري له في قانون العقوبات رقم 11 لسنة 2004⁽⁴⁾؛ وقانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 النافذ⁽⁵⁾، وقانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937⁽⁶⁾، وقانون العقوبات الفرنسي رقم 92-683 الصادر بتاريخ 22 يوليو 1992⁽⁷⁾.

ويؤكد البعض بحق⁽⁸⁾ القول بأن المنطق القانوني السليم يتطلب أن نبحث مسألة تعدد الجرائم في نطاق القواعد الموضوعية من القانون الجنائي ليس في نطاق القواعد الشكلية من القانون الإجرائي، على أساس أن مسألة تعدد الجرائم من المسائل التي تتعلق بالموضوع لا بالشكل.

(1) سورة الجن، الآية (28)

(2) محمد مرتضى الحسين الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 8، ط بيروت، لبنان، بلا سنة نشر، ص 353.

(3) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، المرجع السابق، ص 143.

(4) الفصل الرابع من الباب السادس من قانون العقوبات القطري المواد (84-90).

(5) الفصل السابع من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون العقوبات العراقي النافذ، المواد (141-144).

(6) القسم الثالث من الباب الثالث من الكتاب الأول من قانون العقوبات النافذ، المواد (32-39).

(7) المواد 132-2 حتى 132 - 7 من قانون العقوبات الفرنسي.

(8) د. علي حسين الخلف، نظرية تعدد الجرائم في القانون الجنائي المقارن، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1973، ص 23.

وهذا هو مسلك كل من المشرع القطري الذي قد تناول تعدد الجرائم ضمن القواعد الموضوعية من القانون الجنائي تحت عنوان «تعدد الجرائم والعقوبات»⁽⁹⁾ وكذا المشرع العراقي الذي تناول مسألة تعدد الجرائم والعقوبات ضمن القواعد الموضوعية من القانون الجنائي تحت عنوان «تعدد الجرائم وأثره في العقاب» فبالرجوع إلى قانون العقوبات العراقي النافذ نجد أن المشرع حدد نصوصاً واضحة من تعدد الجرائم⁽¹⁰⁾، والوضع ذاته في قانون العقوبات المصري النافذ.

أما على صعيد الفقه: يعرف البعض تعدد الجرائم بأنه ارتكاب أكثر من جريمة من دون أن يفصل بينها حكم بات⁽¹¹⁾، وهو تعريف لم يعالج فكرة التعدد المعنوي للجرائم، ويعرفه البعض بأنه ارتكاب الجنائي لأكثر من جريمة واحدة أو يرتكب جريمة لها أكثر من وضع قانوني واحد⁽¹²⁾، ويلاحظ على هذا التعريف أنه لم يشر إلى ضرورة عدم وجود حكم جنائي بات يفصل بين الجرائم، فعدم وجود مثل هذا الحكم هو الفيصل بين التعدد والعود.

وذهب رأي في الفقه إلى أن المقصود بالتعدد هو: أن يرتكب الجنائي عدة جرائم قبل أن يمتل أمام القضاء وقبل أن يحكم عليه نهائياً من أجل واحدة منها⁽¹³⁾.

في حين عرفه آخرون بأنه: ارتكاب شخص عدداً من الجرائم قبل أن يحكم عليه نهائياً في واحدة منها⁽¹⁴⁾. واستناداً إلى ذلك التعريف هناك ثلاثة شروط لتحقيق تعدد الجرائم وهي: وحدة الفاعل وتعدد الجرائم وعدم صدور حكم بات في واحدة من هذه الجرائم قبل أن يقوم على ارتكابه الجريمة التالية.

وقد عرّف التعدد أيضاً بأنه «حالة إذا ما ارتكب شخص عدة جرائم قبل الحكم عليه في إحدى هذه الجرائم نهائياً؛ وذلك بغض النظر عن نوع هذه الجرائم ودون اعتبار لما إذا كانت متماثلة أو مختلفة»⁽¹⁵⁾.

وهناك من الفقهاء من يعرفه بأنه: ينسب إلى الشخص سواء عن فعل واحد أم عدة أفعال أكثر من جريمة واحدة⁽¹⁶⁾.

كما عرّف بأنه: حالة ارتكاب الشخص لعدة جرائم قبل أن يحكم عليه نهائياً في واحدة منها⁽¹⁷⁾.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن المقصود بالتعدد هو: الحالة التي يرتكب فيها الشخص عدة جرائم قبل أن يحكم نهائياً في واحدة منها⁽¹⁸⁾.

ويسمى بعض الفقهاء تعدد الجرائم باجتماع الجرائم، ويعرفه بأنه: تعدد الجرائم مهما كان نوعها المسندة إلى ذات الشخص دون أن يتصل بينهما حكم مبرم⁽¹⁹⁾.

(9) تنص المادة (84) من قانون العقوبات القطري والصادر بالمرسوم رقم 11 لسنة 2004 وتعديلاته على أنه «إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، فيجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها». تنص المادة (85) من قانون العقوبات القطري والصادر بالمرسوم رقم 11 لسنة 2004 وتعديلاته على أنه «إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، فيجب اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة الأشد المقررة لأي من تلك الجرائم». تنص المادة (88) من قانون العقوبات القطري والصادر بالمرسوم رقم 11 لسنة 2004 وتعديلاته على أنه «إذا ارتكب شخص عدة جرائم قبل الحكم عليه في إحداها...»

(10) تنص المادة (141) من قانون العقوبات العراقي بأنه «إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد» وتنص المادة (142) بأنه «إذا وقعت عدة جرائم ناتجة عن أفعال متعددة عن أفعال متعددة ولكنها مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، وتنص المادة (143) بأنه «إذا ارتكب شخص عدة جرائم قبل الحكم عليه من أجل أحدها».

(11) د. محمود أحمد طه، الارتباط وأثره الموضوعي والإجرائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 23.

(12) د. عبود السراج، قانون العقوبات القسم العام، الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق، 1990، ص 452-453.

(13) د. عباس الحيني، شرح قانون العقوبات الجديد، مطبعة المعارف، بغداد، 1968، ص 336.

(14) د. عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الثانية، 2007، ص 482.

(15) د. علي راشد، القانون الجنائي، أصول النظرية العامة، مكتبة سيد عبد الله، وهبة سنة (1968-1969) ص 516.

(16) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، دار المعارف بالإسكندرية، سنة 1968، ص 1062.

(17) د. سعيد مصطفى السعيد، الاحكام العامة في قانون العقوبات، مطبعة الشعب بالقاهرة، الرابعة، سنة 1962، ص 780.

(18) د. محمد سعيد تمور، دراسات في فقه القانون الجنائي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص 117.

(19) د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص 475.

ولعل التعريف الأكثر دقة لتعدد الجرائم هو: ارتكاب شخص عدداً من الجرائم من دون أن يفصل بينها حكم بات (20).

فنكون أمام تعدد الجرائم؛ إذ يرتكب شخص عدداً من الجرائم قبل أن يحكم عليه نهائياً في واحدة منها (21). ويقوم تعدد الجرائم على ثلاثة عناصر هي وحدة المجرم، وارتكاب عدداً من الجرائم وعدم صدور حكم بات في أحدها قبل أن يقدم على جريمته الثانية (22).

وفي ضوء ما تقدم من تعريفات يمكن أن نعرف التعدد تعريفاً مفصلاً وشاملاً لتعدد الجرائم بنوعيه المادي والمعنوي بأنه: الحالة التي يرتكب فيها الجاني جريمتين أو أكثر أو يرتكب فعلاً إجرامياً واحداً ينطبق عليه أكثر من وصف قانوني دون أن يصدر بحقه في إحدى هذه الجرائم حكم قضائي بات.

المطلب الثاني ذاتية تعدد الجرائم

إذا كانت نظرية تعدد الجرائم تُعد من النظريات التي قد أفردت لها التشريعات الجنائية أحكاماً مستقلة؛ لذا يبغي عدم الخلط بين تعدد الجرائم وبعض الحالات التي تبدو للوهلة الأولى أنها مرادف لحالة التعدد، حيث قد يشبه التعدد بأوضاع قانونية أخرى تشترك معه في بعض المميزات والخصائص الأمر الذي يوجب البحث عن معايير أو ضوابط معينة يكون الاستناد إليها للتفريق بين التعدد وبين هذه الأوضاع، ومن ثم فلا بد لنا أن نميز بين تعدد الجرائم وكل حالة من تلك الحالات في فرع مستقل.

الفرع الأول: تعدد الجرائم والتنازع الظاهري للنصوص الجنائية.

يقصد بالتنازع الظاهري للنصوص الجنائية: التزاحم الظاهري لنصوص تجريم متعددة إزاء فعل واحد على نحو يتبين بعد تفسير صحيح لهذه النصوص أن أحدها فقط هو الواجب التطبيق والباقي متعين الاستبعاد (23)، واستناداً للتعريف السابق يتبين أن هناك تقارباً بين تنازع النصوص والتعدد فهو يتشابه مع التعدد المعنوي من حيث وحدة النشاط الإجرامي، إلا أنه يختلف عن التعدد الحقيقي؛ لأن هذا الأخير قوامه ارتكاب أكثر من جريمة، في حين في التنازع الظاهري للنصوص تكون الجريمة واحدة ويتنازع بشأنها أكثر من نص قانوني ويكون أحد هذه النصوص واجب التطبيق.

أما التعدد المعنوي للجرائم فإنه وإن اشترك مع التعدد الظاهري للنصوص الجنائية في أن الجاني لم يرتكب إلا نشاطاً إجرامياً واحداً، ولكن يمكن التمييز بين الاثنين بالقول بأن التفسير الدقيق للنصوص وإنزالها على النشاط الإجرامي المرتكب، يسفر في حالة التنازع الظاهري للنصوص، عن انطباق نص واحد على الواقعة المعروضة واستبعاد باقي النصوص، بينما يسفر في حالة التعدد المعنوي عن انطباق كل تلك النصوص على الحالة المعروضة، وبالتالي أعمال أحكام التعدد باعتماد الوصف الأشد للواقعة.

(20) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 850.

(21) د. فخري عبد الرزاق حليبي الحديدي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد، 1992، ص 482.

(22) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 850.

(23) د. خالد عبد العظيم، تعدد العقوبات وأثره في تحقيق الردع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، الطبعة الأولى، 2006، ص 17.

فالتنازع الظاهري للنصوص الجنائية هو خضوع الفعل الواحد لأكثر من نص جنائي يحقق عدة أوصاف جميعها يحمي مصلحة واحدة وبالتالي فلا وجود إلا لنص واحد من بينها هو واجب التطبيق وتستبعد باقي النصوص الأخرى⁽²⁴⁾، أي أن التنازع الظاهري هو تراحم ظاهري لنصوص تجريم متعددة إزاء فعل واحد على نحو يتبين، بعد التفسير الصحيح لهذه النصوص أن أحدها فحسب هو الواجب التطبيق وأن الباقي متعين الاستبعاد⁽²⁵⁾.

لذا ينبغي عدم الخلط بين تعدد الجرائم والتنازع الظاهري للنصوص الجنائية، إذ تتحقق الحالة الأولى عند خضوع الفعل الجنائي الواحد لأكثر من نص جنائي لا يحمي مصلحة واحدة؛ وإنما تتعدد الصالح المحمية بتعدد النصوص الواجبة التطبيق؛ ما يؤدي إلى تعدد الأوصاف ولا يطبق منها سوى وصف واحد هو الذي يتضمن العقوبة الأشد من باقي الأوصاف، وتتحقق الحالة الثانية عند خضوع الفعل الجنائي لأكثر من نص جنائي يحقق جميعها يحمي مصلحة واحدة⁽²⁶⁾.

ومن ثم نخلص مما تقدم أنه في حالة التعدد نكون أمام أكثر من نص جنائي كل منها يحمي مصلحة معينة، ومن ثم يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار النص الذي يقضي بعقوبة أشد، أما في حالة التنازع الظاهري فنكون أمام أكثر من نص جنائي كل منها يحمي نفسها المصلحة، وبالتالي فإن نصًا واحدًا هو الذي يجب أن يطبق وتستبعد باقي النصوص بصرف النظر عن شدة كل منها.

ولذلك قد نصت المادة (84) من قانون العقوبات القطري على أنه «إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، فيجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها»، وبناء عليه فإن الحد الفاصل بين التعدد الحقيقي والتنازع الظاهري هو أن الأول يرتكب الجاني فيه أكثر من جريمة ينطبق عليها أكثر من نص قانوني أي يكون هناك أكثر من واقعة في حين في التنازع الظاهري تكون هناك واقعة واحدة ينطبق عليها أكثر من نص قانوني، بمعنى آخر التعدد يعني جاني مرتكب لأكثر من جريمة، في حين التنازع الظاهري، هو ارتكاب فعل واحد يثير شبهة جواز انطباق أكثر من نص قانوني، ويتبين بعد التدقيق والتحليل انطباق نص واحد على ذلك الفعل.

الفرع الثاني: تعدد الجرائم والعود.

العود يعني: ارتكاب جريمة بعد الحكم نهائيًا على الجاني في جريمة أخرى⁽²⁷⁾، في حين يقصد بالتعدد: الحالة التي يرتكب فيها الجاني جريمتين أو أكثر أو يرتكب فعلًا إجراميًا واحدًا ينطبق عليه أكثر من وصف قانوني دون أن يصدر بحقه عن إحدى هذه الجرائم حكم قضائي بات، وفي ضوء ذلك يشترط التعدد شرطين: الأول أن يرتكب شخص واحد عدة جرائم أو جريمة واحدة ينطبق عليها أكثر من وصف قانوني، والثاني لا يكون قد حكم على الجاني نهائيًا من أجل واحدة من هذه الجرائم عند ارتكابه الجريمة الأخرى، في حين يشترط في العود ثلاثة شروط: الأول أن يكون الجاني محكومًا عليه بحكم سابق، والثاني أن يكون قد ارتكب جريمة جديدة لاحقة لهذا الحكم، والثالث أن يكون الحكم السابق والجريمة الجديدة على جسامته معينة يحددها القانون⁽²⁸⁾.

(24) د. عصام أحمد غريب، تعدد الجرائم وأثره في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 183.

(25) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 873.

(26) د. عصام أحمد غريب، مرجع سابق ص 183.

(27) د. عباس الحيني، شرح قانون العقوبات الجديد، مرجع سابق، ص 336.

(28) الأستاذ جندى عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، الجزء الخامس، 2005، ص 200.

ومن ثم تختلف حالة تعدد الجرائم يفترض عن العود من الناحيتين القانونية والشخصية، فمن الناحية القانونية نجد أن العود تفترض عودة الجاني إلى ارتكابها جريمة جديدة بعد تدخل القضاء الجنائي في العقاب على جريمة سبق ارتكباها لذا فإن وجود حكم بات وسابق على الجريمة التي ارتكباها الجاني هو الفيصل في التمييز بين تعدد الجرائم والعود من الناحية القانونية⁽²⁹⁾، ومع ذلك فإن وجود الحكم البات لا يحول من دون اجتماع نظامي التعدد والعود إذ ما توافرت شروط كل منها، كأن يرتكب شخص جريمة قتل فيحكم عليه بسببها وبعد أن يستوفي عقوبته ويطلق سراحه يرتكب عدة جرائم قتل أو عدة جرائم سرقة مثلاً، فهذا الشخص فضلاً على أنه في حالة عود فقد ارتكب جرائم متعددة أوجدت حالة تعدد الجرائم، ففي هذه الحالة تطبق في حقه قواعد العود أولاً ثم القواعد الخاصة بتعدد الجرائم ثانياً⁽³⁰⁾.

فالتعدد صفة لا ترتبط بشخص الجاني ولا يترتب عليها تشديد العقاب من حيث المبدأ، في حين العود هو وصف يرتبط بشخص الجاني نفسه، وبالتالي يستوجب تشديد العقاب عليه في الجريمة التي عاد لارتكابها⁽³¹⁾، فالجاني في حالة التعدد يكون أقل خطورة من الجاني في حالة العود؛ لأنه لم يحكم عليه في الحالة الأولى عن أية جريمة يرتكبها نهائياً في حين في الحالة الثانية يحكم عليه نهائياً؛ عن جريمة ارتكبها؛ وبذلك يكون قد تلقى إنذاراً من القضاء وتم تحذيره بعدم العود مجدداً لسوئه الآثم⁽³²⁾، وأرى أن الحد الفاصل بين التعدد والعود هو عدم صدور حكم نهائي بحق الجاني عن إحدى الجرائم المرتكبة، في حين في العود يصدر بحق الجاني حكم نهائي عن إحدى الجرائم المرتكبة، مع التأكيد على أن كل من التعدد الحقيقي والعود يفترض ارتكاب أكثر من جريمة.

الفرع الثالث: تعدد الجرائم وجرائم الاعتداء.

جرائم الاعتداء: هي جرائم يكون السلوك الإجرامي مكوناً لركنها المادي من تكرار أفعال أي من تكرار فعل واحد مرات متعددة يعد كل منها على حدة جريمة⁽³³⁾.

إذن لا يكفي الفعل الواحد لقيام جريمة الاعتداء وإنما يتعين تكراره لتوفر ماديات الجريمة على أساس أن العادة تفترض الانتظام والاضطراد في مباشرة نوع معين من السلوك، ومن ثم كان التكرار جوهرها وعندئذٍ فقط توصف الجريمة بأنها جريمة اعتداء⁽³⁴⁾، فتعدد الجرائم كما قلنا يفترض ارتكاب الجاني أفعال إجرامية عديدة يشكل، كل منها جريمة مؤتمة قانوناً، أما جرائم الاعتداء فنفس ارتكاب الجاني أفعال عديدة متشابهة ولا يشكل كل منها على حدة جريمة مستقلة لكن تكرار الفعل الجنائي هو الذي يجعل منه جريمة⁽³⁵⁾، فتعدد الفعل المادي في هذه الحالة لا علاقة له بتعدد الجرائم؛ لأن جريمة الاعتداء على الرغم من هذا التعدد تبقى جريمة واحدة⁽³⁶⁾، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه في حالة الاعتداء ينبغي ألا يفصل بين الفعل وتكراره فترة زمنية طويلة، بخلاف حالة التعدد فلم يشترط المشرع وقوع الجريمة التي تجعل مرتكبها في حالة تعدد في فترة زمنية معينة بعد ارتكاب الجريمة الأولى.

(29) د. عصام أحمد غريب، مرجع سابق، ص 71.

(30) د. علي حسين الخلف، نظرية تعدد الجرائم في القانون الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص 68.

(31) د. باسم محمد شهاب، تعدد الجرائم وأثره العقاب، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994، ص 41.

(32) د. عباس الجيني، شرح قانون العقوبات الجديد، مرجع سابق، ص 337.

(33) د. ماهر عبد شويش الدر، الأحكام العامة من قانون العقوبات، مطبعة ابن الأثير للطباعة والنشر، 1990، ص 367.

(34) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 324.

(35) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص 209، رقم 145.

(36) د. علي حسين الخلف، مرجع سابق، ص 43.

وعليه يتضح أن الحد الفاصل بين التعدد والاعتیاد هو أن التعدد يتحقق بارتكاب الجاني أفعالاً مادية متعددة يشكل كل منها جريمة قائمة بذاتها أو ارتكاب فعل مادي واحد ينطبق عليه أكثر من نص قانوني، في حين الاعتیاد لكي يشكل جريمة يستلزم تحقق تكرار الفعل من قبل الجاني أكثر من مرة.

الفرع الرابع: تعدد الجرائم والجرائم المتتابة

الجريمة المتتابة هي الجريمة التي تتجدد الأفعال فيها أو تتكرر بصورة متعاقبة أو متتابة أو متلاحقة، كضرب المجني عليه مرات عديدة⁽³⁷⁾، والجريمة المتتابة وإن كانت تقوم بأفعال متعددة إلا أنه يجمع بين هذه الأفعال وحدة الحق المعندي عليه ووحدة الغرض الإجرامي، لذا فإن ما يميز هذه الأفعال المتعددة أنها متماثلة وكل منها جريمة بذاتها ولو اكتفي الجاني به لعوقب لأجله⁽³⁸⁾، وقد تثير هذه الجريمة خلطاً مع حالة تعدد الجرائم على أساس أن المنطق يقتضي أن تعدد جرائم المتهم بقدر عدد الأفعال التي يرتكبها طالما أن كل فعل على حدة، لكن الواقع أن الجريمة المتتابة تعد جريمة واحدة في نظر القانون ويستحق مرتكبها جريمة واحدة⁽³⁹⁾، أما حالة تعدد الجرائم التي تفترض تعدد الأفعال الجنائية التي تشكل كل منها جريمة مستقلة ولا يمكن أن تعد جريمة واحدة حتى لو كانت مرتبطة مع بعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الجريمة المتتابة تفترض أن ترتكب الجريمة اعتداء على حق واحد، فوحدة الحق المعندي عليه عنصر من عناصر الجريمة المتتابة⁽⁴⁰⁾، أما تعدد الجرائم فلا تفترض ذلك بل أنها تفترض استقلال كل جريمة من الجرائم المتعددة عن بعضها البعض⁽⁴¹⁾، ومن جهة ثالثة فإن الأفعال المتعددة المكونة للجريمة المتتابة ينبغي أن تقع من فترات زمنية متقاربة وإلا تشكل كل منها جريمة قائمة بذاتها⁽⁴²⁾، فالتقارب الزمني الذي ترتكب فيه الأفعال المتكررة من القرائن التي تعين القاضي مدى توفر وحدة الغرض الإجرامي في الجريمة المتتابة⁽⁴³⁾، والمعيار في تحديد الزمن الفاصل بين الأفعال المتتابة هو معيار نسبي فلا يشترط وقوع الأفعال المتكررة جميعها في زمن واحد وإنما يجب أن تكون الأزمنة الفاصلة بين الأفعال المتكررة متقاربة⁽⁴⁴⁾، في حين أن حالة تعدد الجرائم لا تفترض هذا التقارب الزمني بين الجرائم المتعددة، فالشخص يكون في حالة تعدد مهما كانت الفترة الزمنية التي تفصل بين الجريمتين السابقة والجديدة طالما لم يصدر في حقه حكم جنائي في الجريمة السابقة.

الفرع الخامس: تعدد الجرائم والجريمة المركبة

الجريمة المركبة هي جريمة تتكون من أكثر من عمل مادي واحد؛ إذ لا يكتمل ركنها المادي إلا إذا وقعت هذه الأعمال المادية جميعها⁽⁴⁵⁾، فكل فعل من الأفعال المادية المتعددة التي تشكل

(37) د. عبود السراج، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 160.

(38) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 330.

(39) د. عصام أحمد غريب، مرجع سابق، ص 51.

(40) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 331، د. عبود السراج، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 160.

(41) د. عصام أحمد غريب، ص 53.

(42) د. عبود السراج، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 160.

(43) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 331.

(44) د. عصام أحمد غريب، ص 54.

(45) د. علي أحمد راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية، ج1، ص 216.

الجريمة المركبة يعد جزءًا من ركنها المادي ليس شرطًا مسبقًا لقيامها⁽⁴⁶⁾، وقد يحدث الخلط بين هذه الجريمة وحالة تعدد الجرائم؛ إذ لا يدل أن تعدد الفعل المادي في الجريمة المركبة على قيام حالة تعدد الجرائم⁽⁴⁷⁾؛ لذا يكون التعدد في الأفعال المادية لازمًا للبيان القانوني لهذه الجريمة⁽⁴⁸⁾.

وقد تتخذ الجريمة المركبة صورة تتكون فيها من العناصر الأساسية لجريمة معينة بالإضافة إلى عنصر جديد، ولو كان هذا العنصر لا يكون في ذاته جريمة، مثل جريمة القتل مع سبق الإصرار أو التردد؛ إذ إن سبق الإصرار مثلًا هو مجرد وهو ظرف نفسي لا يكون في ذاته جريمة من الجرائم، وهي بهذه الصورة لا تشكل حالة تعدد مادي للجرائم، لأنها لا تتضمن سوى عناصر جريمة واحدة، بالإضافة إلى عنصر آخر لا يكون في ذاته جريمة.

وقد تتخذ صورة تغيير في الوصف القانوني، أو تشديد فقط بالنسبة للعقوبة كما في جريمة السرقة بالإكراه التي يكون كل عنصر فيها جريمة مستقلة بشكل يشابه التعدد الحقيقي للنصوص، ولكن تدخل المشرع بالمزج بين هاتين جريمة جديدة، تخضع لنص قانوني مستقل، وفي تلك الفرضية الأخيرة يتحول التعدد المادي للجرائم إلى تعدد ظاهري للنصوص الجنائية؛ لأنه يكون أمامنا ثلاثة نصوص: النصين الخاصين بكل جريمة أصلية وهما في هذه الحالة الضرب والسرقة، والنص الجديد الذي يحتوى على عناصر الاثنين معًا. ويكون النص الواجب التطبيق هو النص المتضمن للجريمة المركبة؛ لأنه يحتوى على عناصرها.

المطلب الثالث

صور تعدد الجرائم

لتعدد الجرائم صورتان: إما أن يكون الفعل الواحد جرائم متعددة، ويعبر عن هذه الصورة بـ "التعدد المعنوي أو الصوري للجرائم" أو يفترض تعدد الأفعال الجنائية، وبالتالي تعدد الجرائم الناشئة عنها ويعبر عن هذه الصورة بـ "التعدد المادي أو الحقيقي للجرائم، وبناءً عليه سنعالج هاتين الصورتين في هذا المطلب، التعدد المعنوي أو الصوري للجرائم (الفرع الأول)، التعدد المادي أو الحقيقي للجرائم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعدد المعنوي أو الصوري للجرائم.

قد اختلف الفقهاء بشأن تحديد المقصود بالتعدد المعنوي فقد ذهب البعض إلى أنه يحدث حين يسلك الجاني سلوكًا إجراميًا واحدًا لكنه يخضع لأكثر من وصف قانوني واحد؛ إذ إن الأوصاف القانونية للأفعال الجنائية قد تتداخل فيما بينها وذلك لوجود عناصر مشتركة بين بعض الجرائم وبعضها الآخر، وهذا التداخل قد يكون بين جريمتين متحدثين في النوع أو مختلفتين، وبما أن هذا التعدد يعد صوريًا فإنه يتضمن تعددًا للأوصاف القانونية أي تعدد أسماء مختلفة لسلوك إجرامي واحدًا⁽⁴⁹⁾، في حين يحدد آخرون معناه بأنه: الحالة التي تنسب فيها إلى الجاني أكثر من جريمة

(46) د. عصام أحمد غريب، ص 66.

(47) د. علي حسين الخلف، نظرية تعدد الجرائم في القانون الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص 44.

(48) د. عصام أحمد غريب، ص 69.

(49) د. عباس الحيني، شرح قانون العقوبات الجديد، مرجع سابق، ص 338.

واحدة رغم أنه لم يرتكب إلا فعلاً مادياً واحداً نفذ به قرار إراديًا واحدًا⁽⁵⁰⁾، ويسمى تعددًا صوريًا؛ لأن الفعل المنسوب إلى الجاني في حقيقته فعل واحد من الناحية المادية وتعدد الجرائم الواقعة من الجاني يرجع إلى تعدد الأوصاف التي يضيفها القانون على هذا الفعل من الوجهة الجنائية بالنظر إلى الظروف التي ارتكب فيها، مثال ذلك ارتكاب جريمة هتك العرض في الطريق العام إذ تشتمل هذه الجريمة على فعل مادي واحد ولكنه يشكل أكثر من جريمة واحدة للظروف التي لابسته⁽⁵¹⁾.

ويرى بعض الفقهاء أن المقصود بالتعدد المعنوي: هو ارتكاب الجاني لفعل جرمي واحد مع خضوع هذا الفعل لأكثر من وصف قانوني ومن ثم انطباق أكثر من نص تجريمي عليه⁽⁵²⁾ ولكي تتحقق حالة التعدد المعنوي لابد من توافر عنصرين هما:

1. وحدة الفعل الجرمي: ويكون الفعل الجرمي واحدًا إذا لم تتعدد عناصره وهذه العناصر هي القرار الإرادي وتعدد الأفعال أو الحركات العضلية، فإذا تعدد القرار الإرادي وتعددت الحركات العضلية التي تعبر عن القرار الإرادي ففي هذه الحالة نكون بصدد أفعال جريمة متعددة ولو وقعت على مجني عليه واحد وكانت مستندة إلى دافع واحد مثال ذلك قيام الجاني بسرقة منزل المجني عليه وقيامه بعد ذلك بحرق هذا المنزل بدافع الحقد عليه.

2. تعدد التكييف القانوني للفعل: ويراد به تعدد الأوصاف القانونية التي تنطبق على الفعل الواحد عندما تكون مقررة بمقتضى نصوص قانونية متعددة، أما إذا كان أحد هذه الأوصاف يستبعد سائرهما، بحيث لا يخضع الفعل في النهاية إلا لنص واحد فلا يتحقق في هذه الحالة تعدد معنوي للجرائم وإنما تتحقق حالة تنازع النصوص الظاهري؛ إذ إن التعدد المعنوي يقوم على أن الأوصاف القانونية المتعددة التي يتصف بها الفعل الواحد لا يستغرق أحدها الآخر، وإنما يشترك معه في عنصر من العناصر ويختلف عنه في العناصر الأخرى، مثال ذلك ارتكاب جريمة هتك العرض على مرأى من الناس فإن هذه الجريمة تشترك مع جريمة هتك عرض في الطريق العام في النشاط الإجرامي فقط وتختلفان من حيث النتيجة والعلانية⁽⁵³⁾.

ومن ثم فهذه الصورة لتعدد الجرائم تفترض ارتكاب الجاني فعل إجرامي واحد ولكن هذا الفعل يكون جرائم متعددة تقع تحت طائلة نصوص قانونية مختلفة⁽⁵⁴⁾، لذا تعرف هذه الصورة لتعدد الجرائم بأنها تعدد الأوصاف الإجرامية للفعل الواحد⁽⁵⁵⁾، وهذا يعني أن الفعل الواحد ينطبق عليه أكثر من نص من نصوص قانون العقوبات⁽⁵⁶⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن للتعدد المعنوي ثلاث صور: تتمثل الأولى في ارتكاب فعل واحد تترتب عليه نتيجة إجرامية واحدة يصدق عليها وصفان إجراميان أو أكثر كمن يهتك عرضاً في مكان عام، وتتمثل الصورة الثانية في حالة ارتكاب فعل واحد أفضي إلى نتائج عديدة كمن يطلق رصاص واحد تقتل شخص وتجرح آخر وتتلصق بالثالث، وتتمثل الصورة الثالثة في حالة ارتكاب فعل واحد أفضي

(50) د. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص 1063.

(51) المرجع السابق، ص 1064.

(52) د. نظام توفيق المجالي، مرجع سابق، ص 478.

(53) المرجع السابق، ص 480.

(54) د. إسماعيل خليل جمعة، تداخل العقوبات وجيها، دراسة مقارنة في العقد الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، ط 1، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2000، ص 6.

(55) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 853.

(56) د. ماهر عبد شويش الدر، الأحكام العامة من قانون العقوبات، مطبعة ابن الأثير للطباعة والنشر، 1990، ص 497.

إلى نتائج عديدة متشابهة كما لو أطلق شخص رصاصة واحدة أصابت شخصاً فقتلته ثم نفذت منه فأصابت شخصاً ثانياً فقتلته أيضاً⁽⁵⁷⁾.

ولا تقوم هذه الصورة لتعدد الجرائم ما لم يتوفر عنصران: وحدة السلوك أو النشاط أي قيام الفاعل بنشاط واحد وانطباق عدة نصوص قانونية وذلك بأن يخرق الفعل الواحد نصوص قانونية عديدة مختلفة أو يخرق نصاً واحداً مرات عديدة⁽⁵⁸⁾، فوحدة الفعل وتعدد الأوصاف هما جوهر التعدد الصوري للجرائم على أساس أن وحدة الفعل تتكفل في التمييز بين هذه الصورة وصورة التعدد المادي، أما تعدد الأوصاف القانونية فهو العنصر الأساس لهذه الصورة ذلك أنه أكتفي التعدد في الأوصاف أي كان للفعل وصف واحد، فمعنى ذلك أنه تقوم به جريمة واحدة ومن ثم لا يكون محلاً لتعدد الجرائم⁽⁵⁹⁾.

من ناحية أخيرة؛ فقد اختلف الفقه الجنائي حول الطبيعة القانونية لهذه الصورة من صور تعدد الجرائم وظهرت آراء عديدة في هذا الصدد، منها ما ينكر على هذه الصورة بأنها من صور تعدد الجرائم مكتفياً بكونها تعددًا للنصوص الجنائية، ومنها ما يعدها صورة من صور الجريمة المركبة، ومنها ما يعدها جريمة واحدة ومنها ما يعتبرها صورة من صور التعدد الحقيقي للجرائم⁽⁶⁰⁾. وأياً كان الخلاف في هذا الصدد فإننا نميل إلى الرأي الذي يذهب إلى القول بأن التعدد الصوري هو صورة من صور تعدد الجرائم فلا وجود لتلازم حتمي بين عدد الأفعال وعدد الجرائم، فالمراد بالجريمة في مجال التعدد الوصفي الإجرامي فحسب لا الجريمة بأركانها المتعددة مجتمعة، وهذا الوصف هو مجرد تكييف قانوني مستخلص من نص التجريم ومن المتصور أن تتعدد تكييفات الفعل الواحد فتتعدد الجرائم في هذا المعنى⁽⁶¹⁾.

الفرع الثاني: التعدد المادي أو الحقيقي للجرائم.

اختلف الفقهاء في تحديد المقصود بالتعدد المادي للجرائم فقد عرفه بعض الفقهاء بالقول بأن الجرائم تتعدد تعددًا ماديًا عندما يرتكب الفاعل عدة أنشطة، مستقلة فيرتكب الركن المادي في جريمة ويرتكب ركنًا ماديًا آخر في جريمة مختلفة، وهذه التعدد قد يتخذ صورة التعدد البسيط، وقد يتخذ صورة الارتباط الذي لا يقبل التجزئة وقد يتخذ صورة الجريمة المتتابعة⁽⁶²⁾، ونأخذ على هذا التعريف خلطة لتعدد الجرائم مع الجريمة المتتابعة، وقد سبق وأن بينا الفارق بينهما⁽⁶³⁾.

وذهب البعض إلى أن تعدد الجرائم الحقيقي يحدث حين يرتكب الجاني عدة أفعال يكون كل منها جريمة قائمة بذاتها بصرف النظر عما إذا كانت من نوع واحد مثل ارتكاب عدة سرقات أو كانت من أنواع مختلف مثل ارتكاب جرائم سرقة وتزوير وخيانة أمانة، ولا يوجد تعدد للجرائم بالنسبة للأفعال الجرمية المتعددة التي يعدها القانون جريمة واحدة ويعاقب عليها بعقوبة

(57) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص854.

(58) الفونسن ميخائيل حنا، تعدد الجرائم وأثره في العقاب والإجراءات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1963، ص189، 197.

(59) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص853.

(60) لمزيد من التفصيل حول هذه الآراء ينظر: الفونسن ميخائيل حنا، تعدد الجرائم وأثره في العقاب والإجراءات، مرجع سابق، ص171 وما بعدها، د. علي حسين الخلف، مرجع سابق، ص71 وما بعدها.

(61) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص855.

(62) د. غنام محمد غنام، د. بشير سعد زغلول، شرح قانون العقوبات القطري، القسم العام، إصدارات كلية القانون، جامعة قطر، 2017، ص450-451.

(63) راجع ص 15-16 من البحث المائل.

خاصة وبذلك تكون جريمة واحدة⁽⁶⁴⁾ مثل السرقة بالإكراه. في حين رأي آخرون أن التعدد المادي للجرائم يتحقق إذا تعدد الحق المعتدى عليه وتعدد التصميم الجنائي وتعددت الحركات الجنائية تبعًا لذلك سواء كان المجني عليه واحدًا أم متعدّدًا، مثل ارتكاب جريمة سرقة ضد إنسان ثم قتل ذلك الإنسان وحرقة بعد ذلك فهذه الحركات الجنائية المتعددة أدت إلى تكوين جرائم متعددة وإن كان المجني عليه واحدًا، ويتحقق أيضًا هذا النوع من التعدد وإن كانت الأفعال الجرمية متماثلة كمن يطلق طلقات عدة على عدد معين من الأشخاص ويتحقق كذلك سواء كانت تلك الأفعال مرتبطة ارتباطًا بسيطًا نتيجة لوحدة الفاعل أم مرتبطة ارتباطًا غير قابل للتجزئة، وعليه فأن للتعدد المادي صورتين: الأولى تتمثل في الجرائم المرتبطة ببعضها البعض ارتباطًا قابلاً للتجزئة والثانية: تتمثل في الجرائم المرتبطة ببعضها ارتباطًا غير قابل للتجزئة⁽⁶⁵⁾، في حين يحدد جانب آخر من الفقه المقصود بالتعدد المادي هو: أن شخصًا واحدًا يقوم بارتكاب جريمتين أو أكثر من دون أن يكون قد صدر بحقه حكم قطعي من أجل إحدى هذه الجرائم⁽⁶⁶⁾.

وقد عالجت المادة (85) من قانون العقوبات القطري صورة التعدد المادي غير القابل للتجزئة وذلك بالنص على أنه « إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها ارتباطًا لا يقبل التجزئة، فيجب اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة الأشد المقررة لأي من تلك الجرائم»، وعالجت المادة 88 من ذات القانون صورة التعدد المادي البسيط فنصت على أنه « إذا ارتكب شخص عدة جرائم قبل الحكم عليه في إحداها، ولم تتوفر في هذه الجرائم الشروط المنصوص عليها في المادتين (84) و(85) من هذا القانون، فيحكم عليه بالعقوبة المقررة لكل منها، وتنفذ عليه جميع العقوبات المحكوم بها بالتعاقب..»

ومن ثم نفترض هذه الصورة لتعدد الجرائم تعدد الأفعال وتعدد النتائج والاستقلال هذه الأفعال كلها وهذه النتائج كلها عن بعضها البعض⁽⁶⁷⁾، لذا يعرف التعدد المادي بأنه ارتكاب الجاني عدة أفعال يكون كل منها جريمة قائمة بذاتها⁽⁶⁸⁾. فمجال التعدد المادي للجرائم هو تعدد الأفعال الذي يرتبط به بالضرورة بتعدد الأوصاف والجرائم⁽⁶⁹⁾، وهذه الصورة لتعدد الجرائم لا تقوم ما لم يتوافر عنصران: يتمثل الأول في ارتكاب نفس الفاعل عدة جرائم والثاني يتمثل في أن يكون ارتكاب هذه الجرائم قبل أن يصدر بحقه حكم نهائي في واحدة منها⁽⁷⁰⁾، وللتعدد المادي أو الحقيقي للجرائم صورتين: يطلق على الأول التعدد المادي البسيط وهذه الصورة تفترض أن يرتكب الجاني جرائم مستقلة بعضها عن بعض تمام الاستقلال كأن يرتكب جريمة سرقة ثم خيانة أمانة من دون أن يكون بينهما أية رابطة⁽⁷¹⁾، ومع ذلك تدخل في هذه الصورة بعض الحالات التي تحتفظ فيها الجرائم المتعددة باستقلاليتها ولكن في نفس الوقت لا تعدم نوعًا من العلاقة البسيطة تكون بمثابة خيط رفيع يصل بين الجرائم المتعددة قد يكون هذا الخيط أن تقع الجرائم المتعددة من الشخص نفسه

(64) د. عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص485.

(65) د. محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في التشريعين المصري، والسوداني، والطبعة العالمية، بالقاهرة، 1963، ص890.

(66) د. محمد سعيد تومر، دراسات في فقه القانون الجنائي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص126.

(67) د. عبود السراج، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص453.

(68) د. فخري عبد الرزاق حلي الحديثي، مرجع سابق، ص485.

(69) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص857.

(70) الفونس ميغانيل حنا، تعدد الجرائم وأثره في العقاب والإجراءات، مرجع سابق، ص314.

(71) د. علي حسين الخلف، نظرية تعدد الجرائم في القانون الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص94.

في وقت واحد⁽⁷²⁾، أما الصورة الثانية لتعدد الجرائم المادي غير القابل للتجزئة أو الارتباط الوثيق للجرائم من دون اندماجها من جريمة واحدة، وهذه الصورة تفترض أن يرتكب الجاني جرائم عديدة تجمع بينهم صلة وثيقة تبلغ حد اندماجها في وحدة قانونية واستحقاق مرتكبيها عقوبة واحدة⁽⁷³⁾، ويشترط لقيام هذه الصورة أن تقع الجرائم كلها تحقيقاً لغرض واحد وأن ترتبط بعضها ببعض، بحيث لا تقبل التجزئة⁽⁷⁴⁾.

(72) الفونس ميخائيل حنا، تعدد الجرائم وأثره في العقاب والإجراءات، مرجع سابق، ص322.

(73) د. محمود أحمد طه، الارتباط وأثره الموضوعي والجزائي، مرجع سابق، ص32.

(74) لمزيد من التفصيل ينظر: د. علي حسين الخلف، نظرية تعدد الجرائم في القانون الجنائي المقارن، مرجع سابق، ص97. وما بعدها، الفونس ميخائيل حنا، تعدد الجرائم وأثره في العقاب والإجراءات، مرجع سابق، ص325 وما بعدها.

المبحث الثاني

أثر تعدد الجرائم على الاختصاص والمسؤولية الجنائية

الاختصاص لغة: هو من اختص فلان بالأمر وتخصص له إذا انفرد، ويقال: خصه واختصه، أفرد به دون غيره⁽⁷⁵⁾، أو هو التفضيل والانفراد، أي قصر العام على بعض منه فيقال خصه بالشيء أي أفرد به به وصار خالصًا، والخاصة ضد العامة إذ يقال تخصص في علم كذا أي قصر عليه بحثه وجهده⁽⁷⁶⁾.

وقد جاء التشريع القطري خالصًا أيضًا من نص يشير إلى تعريف الاختصاص الجنائي بل اكتفى بتنظيم أحكامه ونص في القانون رقم (23) لسنة 2004 بإصدار قانون الإجراءات الجنائية في الكتاب الثاني "المحاكمة" في الباب الأول "الاختصاص".

أما على صعيد الفقه فقد تعددت التعاريف لمصطلح الاختصاص الجنائي، فيعرفه البعض⁽⁷⁷⁾ بأنه "السلطة التي يقرها القانون للقضاء في أن ينظر في دعاوى من نوع معين حدده القانون، ويعرف الاختصاص الجنائي أيضًا بأنه "السلطة التي خولها القانون لجهة أو محكمة"⁽⁷⁸⁾، وبصفة عامة يمكن القول بأن الاختصاص، هو صلاحية المحكمة للفضل في دعوى جنائية ما بالنظر لمعيار محدد مثل معيار نوع الجريمة أو مكان ارتكابها أو شخص الجاني أو المجني عليه أو بالنظر لولاية القضاء نفسه. وأعرض لهذا في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول

أثر تعدد الجرائم على قواعد الاختصاص الجنائي

الاختصاص الجنائي أربعة أنواع هي: الاختصاص الوظيفي، والاختصاص الشخصي والاختصاص النوعي والاختصاص المكاني:

أما الاختصاص الوظيفي: فيتعلق بولاية القضاء⁽⁷⁹⁾، ومناطه أن يكون الفصل في الدعوى داخلًا في ولاية القضاء الوطني أولاً والجنائي ثانيًا وأن يكون الاختصاص ثابتًا لجهة القضاء التي تتبعها المحكمة التي ترفع إليها الدعوى ثالثًا، فإذا انتفى الاختصاص على أي وجه من هذه الوجوه وجب على المحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها ولائيًا بنظر الدعوى⁽⁸⁰⁾.

أما الاختصاص الشخصي: فيتعلق بشخص مرتكب الجريمة، والمبدأ العام في التشريع الاجرائي الحديث هو خضوع الأشخاص جميعهم الذين ارتكبوا جريمة من نوع معين لذات القضاء، فلا تفرقة بين الناس تبعًا لجنسياتهم أو مراكزهم الاجتماعية من حيث الخضوع لقضاء معين، وهذا المبدأ يقرر زوال الامتيازات القضائية جميعها ويقرر إنكار الدفع بعدم الاختصاص لصفة المتهم، ومع ذلك فإن هذا المبدأ غير مطلق، فثمة اعتبارات أملت على المشرع الاعتداد بصفة المتهم في تحديد

(75) د. أحمد مطلوب، معجم المصطلحات البلاغية وتطورها، ج1، مطبعة المجمع العلمي العراقي، بغداد، 1983، ص74.

(76) الشيخ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، القاموس المحيط، ج2، بيروت، بدون سنة، ص300، محمد بن أبو بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1981، ص177.

(77) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص374، د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط12، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص351.

(78) عبد الأمير العكيلي، ود. سليم حرب، أصول المحاكمات الجزائية، المكتبة الوطنية، بغداد، 1981، ص27.

(79) المرجع السابق، ص27.

(80) د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص538.

القضاء المختص بمحاكمته⁽⁸¹⁾. فالاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ إما أن تُرد إلى القانون الداخلي أو قواعد القانون الدولي⁽⁸²⁾. فاهم الحالات التي يتوقف فيها تحديد القضاء المختص على النظر لشخص المتهم هي حالة صغر سن الجاني، فقد أناط المشرع بمحكمة خاصة هي محكمة الأحداث لتختص بالفصل في الجنايات والجرح والمخالفات التي يتهم بها حدث⁽⁸³⁾، والحال نفسها بالنسبة للموظفين والقضاة ورجال الجيش ورؤساء الدول الأجنبية ورؤساء الهيئات الدبلوماسية وزوجاتهم وأسرههم وأفراد القوات الأجنبية⁽⁸⁴⁾.

والاختصاص النوعي: يتعلق هذا النوع من الاختصاص الجنائي بنوع الجريمة المرفوعة عنها الدعوى الجنائية؛ لذا يعرف الاختصاص النوعي بأنه تحديد سلطة المحكمة بالفصل في الدعاوى من حيث نوع الجريمة جنائية أو جنحة أو مخالفة⁽⁸⁵⁾. فضايط هذا النوع من الاختصاص هو تقسيم الجرائم إلى جنائيات وجنح ومخالفات⁽⁸⁶⁾، فقد قدر المشرع أن حسن سير العدالة يقتضي تقسيم المحاكم التابعة لكل جهة من جهات القضاء إلى طبقات تختص كل منها بنظر دعاوى معينة⁽⁸⁷⁾.

وقد يجيز القانون بصورة خاصة لبعض المحاكم أن تحكم في نوعين من أنواع الجرائم كالجنائيات والجرح أو الجنح والمخالفات، وقد يسمح القانون لبعض المحاكم بأن تحكم في أنواع الجرائم جميعها كالجنائيات والجرح والمخالفات كما هو الحال في المحاكم الاستثنائية⁽⁸⁸⁾.

وقد أشار المشرع القطري إلى الاختصاص في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات الجنائية رقم (23) لسنة 2004 في المواد (162 إلى 174). فبعض المحاكم تختص بالجنائيات والبعض الآخر بالجرح والمخالفات بصورة عامة. وقد قسم المشرع القطري في قانون العقوبات في نص المادة (21) منه والتي تنص على أن "الجرائم ثلاثة أنواع: الجنائيات، والجرح، والمخالفات. ويحدد نوع الجريمة وفقاً للحد الأقصى للعقوبة المقررة لها في القانون".

وأخيراً: الاختصاص المكاني: ويتعلق هذا النوع من الاختصاص بمكان ارتكاب الجريمة أو بمكان إقامة المتهم أو إلقاء القبض عليه، فيعرف هذا النوع من الاختصاص بأنه جواز نظر المحكمة في الجرائم التي وقعت في المكان الذي حدد فيه اختصاص تلك المحكمة⁽⁸⁹⁾. وتقوم فكرة الاختصاص المكاني على تقسيم إقليم الدولة إلى مناطق تم توزيعها بين المحاكم التي تنتمي إلى ذات النوع والدرجة، وتوزيع إقليم الدولة على محاكم عديدة هو نتيجة حتمية لاتساع رفعة إقليم الدولة واستحالة أن تختص بها محكمة واحدة⁽⁹⁰⁾.

ولتحديد الاختصاص المكاني عمدت التشريعات الجنائية إلى وضع معايير متعددة منها معيار مكان ونوع الجريمة، ومعيار مكان وجود المجني عليه أو المال الذي ارتكبت الجريمة بشأنه، ومعيار

(81) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص386.

(82) عبد الأمير العكيلي، ود. سليم حرب، أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص28.

(83) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص386.

(84) عبد الأمير العكيلي، ود. سليم حرب، مرجع سابق، ص28.

(85) د. عادل محمد فريد قورة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص103.

(86) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص384.

(87) د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص541.

(88) عبد الأمير العكيلي، ود. سليم حرب، مرجع سابق، ص29.

(89) المرجع السابق، ص31.

(90) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص387.

مكان إقامة المتهم أو إلقاء القبض عليه⁽⁹¹⁾. وقد نص قانون نص المادة (164) من قانون الإجراءات الجنائية القطري على أنه "يتعين الاختصاص بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة، أو الذي يقيم فيه المتهم أو الذي يقبض عليه فيه".

ولبيان أثر تعدد الجرائم على قواعد الاختصاص الجنائي قسمت هذا المطلب للأفرع التالية:

الفرع الأول: امتداد الاختصاص الجنائي

امتداد الاختصاص حالة من الحالات الاستثنائية التي أجاز فيها القانون الخروج عن قواعد الاختصاص الجنائي⁽⁹²⁾، فامتداد الاختصاص معناه أن يصبح القاضي الجزائي مختصاً بنظر جريمة لا يختص بنظرها أصلاً وفق قواعد الاختصاص⁽⁹³⁾، أي بسط الاختصاص الأصلي للقاضي إذ يشمل إلى جانبه جريمة أخرى أي ليست من اختصاصه أصلاً⁽⁹⁴⁾، وتفترض فكرة الامتداد القانوني للاختصاص الجنائي التوسع في الاختصاص بتحويل القاضي الاختصاص لجرائم لم تكن القواعد العامة في الاختصاص تقرر اختصاصه بها، والعلة العامة لهذه الحالات هي تمكين القاضي من فحص مجموعة من المشروعات الإجرامية التي ترتبط فيما بينها ارتباطاً وثيقاً إذ يفسر بعضها بعضاً، فيخشي إذا توزع الاختصاص بها على عدد من القضاة أن لا يتاح لأي نهم أن يحدد لما اختص به التقدير الواقعي السليم أو التكييف القانوني الصحيح الذي قد يكون متاحاً لقاضٍ ينظر فيها مجتمعة⁽⁹⁵⁾.

الفرع الثاني: أثر التعدد المعنوي على الاختصاص الجنائي (المكاني والنوعي)

تعد حالة التعدد الصوري للجرائم من حالات عدم التجزئة التي تفترض امتداد الاختصاص الجنائي على أساس أن هذا التعدد في صورته الغالبة ارتكاب فعل واحد ترتبت عليه نتيجة واحدة ولكنهما يحملان أوصاف إجرامية متعددة⁽⁹⁶⁾، ولا تثير حالة التعدد الصوري للجرائم صعوبة فيما يتعلق بتحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظر الدعوى الجنائية، فقد تعدد الجرائم التي يتناولها التحقيق تعددًا صوريًا فيوصف الفعل الواحد بأوصاف إجرامية متعددة فيكون أحد الأوصاف جنائية والوصف الآخر جنحة أو يكون أحد الأوصاف جنحة في حين يكون الوصف الآخر مخالفة. وإذا تعددت الأوصاف القانونية للفعل الواحد وكان أحد هذه الأوصاف يدخل في الاختصاص النوعي لأحدى المحاكم، ويدخل وصف آخر في الاختصاص النوعي لمحكمة أخرى، كمن يغتصب أنثى في مكان عام، فهذا الفعل وصفان أحدهما جريمة اغتصاب وهي جنائية؛ والأخرى جريمة الفعل الفاضح العلني وهي جنحة، يتم تحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظر الدعوى الناشئة عن هذا الفعل هي المحكمة التي يقع في اختصاصها الفعل في الجريمة ذات العقوبة الأشد، وهي في مثلنا محكمة الجنائيات، لأن عقوبة جريمة الاغتصاب وهي جنائية أشد من عقوبة جريمة الفعل الفاضح العلني وهي جنحة ومن ثم فإن محكمة الجنائيات هي المختصة نوعياً بنظر الدعوى، وعند الرجوع إلى قانون العقوبات القطري يتضح أن المشرع يأخذ

(91) المرجع السابق، ص 388 وما بعدها، د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 744 وما بعدها.

(92) د. عبد الفتاح مصطفى الصفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، دار الهدي للمطبوعات، الإسكندرية، 2004، ص 484.

(93) د. كامل السعيد، شرح أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 687.

(94) د. عبد الفتاح مصطفى الصفي، مرجع سابق، ص 484.

(95) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 394.

(96) المرجع السابق، ص 397.

بعين الاعتبار الجريمة ذات العقوبة الأشد، ومن ثم يكون للجريمة ذات العقوبة الأشد دور في تحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظر الدعوى، ويعد هذا تطبيقاً للقاعدة التي تقرر أن من يملك الأكثر يملك الأقل، فتختص المحكمة الأعلى درجة بنظر الدعوى الناشئة عن جرائم لم تدخل أساساً في اختصاصها النوعي وإن دخلت استثناء لعدم التجزئة بين الجرائم المرتكبة⁽⁹⁷⁾.

وتكمن علة إدراج التعدد الصوري للجرائم ضمن حالات عدم التجزئة في أن وحدة الفعل ووحدة العقوبة تفرضان عرض الفعل على قاضٍ واحد، فثمة تعدد في الجرائم ولكنها اجتمعت في نشوئها من فعل واحد واقتضاؤها تبعاً لذلك عقوبة واحدة، وهذا يعني أن بينها رباط وثيق من عدم التجزئة ويبني عليه امتداد الاختصاص الجزائي، إذ ينظر قاضي في وصف إجرامي لم يكن مختصاً به لو عرض عليه استقلالاً⁽⁹⁸⁾.

من ناحية أخرى؛ فإذا اتحدت الأوصاف القانونية الناتجة عن فعل واحد بأن كانت كلها مخالفات أو جنح كلها فإن المحكمة المختصة مكانياً بإحدى هذه المخالفات أو بإحدى هذه الجنح تكون مختصة مكانياً بنظر الدعوى برمتها، وإذا اختلفت الأوصاف بأن كانت مخالفات وجنح معاً تكون المحكمة المختصة بنظر الجنحة أو إحدى الجنح هي المختصة بنظر الدعوى برمتها باعتبار أن الجنحة هي أشد أوصاف الفعل وستوقع عقوبتها على وفق القانون⁽⁹⁹⁾.

الفرع الثالث أثر التعدد المادي على الاختصاص الجنائي (النوعي والمكاني).

تنص المادة (22) من قانون العقوبات القطري على أن "الجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو الحبس المؤبد أو الحبس الذي يزيد على ثلاث سنوات. ولا يجوز أن تقل مدة الحبس المحكوم بها في الجنايات عن ثلاث سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". وتنص المادة (23) من قانون العقوبات القطري على أنه "الجنح هي الجرائم المعاقب عليها بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة التي تزيد على ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". وتنص المادة (24) من قانون العقوبات القطري على أنه "المخالفات هي الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التي لا تزيد على ألف ريال" وتنص المادة (25) من قانون العقوبات القطري على أنه "لا يتغير نوع الجريمة إذا استبدلت المحكمة بالعقوبة المقررة لها عقوبة من نوع أخف، سواء أكان لأعدار قانونية أم لظروف مخففة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

فقد يرتكب شخص جرائم عديدة تنتج عن أفعال متعددة ولم يحكم عليه لإحداها وكان بعضها يحمل وصف الجنائية والبعض الآخر وصف الجنحة، فكيف يتم تحديد المحكمة نوعياً بنظر الدعوى الناشئة عن هذه الجرائم؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من الإشارة أولاً أن حالة التعدد الحقيقي للجرائم هي من أهم حالات عدم التجزئة التي نفترض امتداد الاختصاص الجنائي لمحكمة فتتظر في دعوى لا تدخل في اختصاصها طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁰⁰⁾، ولحالة التعدد الحقيقي للجرائم صورتان: فهي إما أن تكون في

(97) د. عصام أحمد غريب، مرجع سابق، ص 51.

(98) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 398، د. صباح مصباح محمود السليمان، نظرية الاختصاص في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 1998، ص 110.

(99) الفونس ميخائيل حنا، تعدد الجرائم وأثره في العقاب والإجراءات، مرجع سابق، ص 281.

(100) د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 556.

صورة تعدد حقيقي غير قابل للتجزئة أو في صورة تعدد حقيقي بسيط، وتتضح الفرق بين الصورتين من حيث امتداد الاختصاص الجنائي، في أن الامتداد واجب في الصورة الأولى وجائز في الصورة الثانية(101).

ففي حالة التعدد الحقيقي غير القابل للتجزئة إذا كانت الجرائم المتعددة من درجة واحدة بأن تكون كلها جنائيات أو كلها جنح فالاختصاص النوعي في هذه الحالة متحد الجرائم كلها تختص بها محكمة واحدة، أما إذا كانت الجرائم المرتبطة مختلفة بأن كانت بعضها جنائيات وبعضها جنح فتكون المحكمة المختصة نوعيًا في هذه الحالة هي المحكمة المختصة بأعلى الجرائم درجة(102)، وهذا تطبيق للقاعدة التي تقرر أن من يملك الأكثر يملك الأقل فتخصص المحكمة الأعلى درجة بنظر الدعاوى الناشئة عن جرائم لم تكن لتدخل أساسًا في اختصاصها النوعي وإنما دخلت استثناء للارتباط بين الجرائم(103).

تجدد الإشارة هنا إلى أن قرار سلطة الاتهام أو التحقيق هذا غير ملزم للمحكمة التي رفعتها أمامها الدعوى عن الجرائم المرتبطة ارتباطًا بسيطًا(104)، بل يبقى حقها في التثبت من قيام الارتباط، فإن رأت أنه غير تام فصلت فيما تختص به وقضت بعدم اختصاصها بنظر الدعاوى الأخرى، ولها أن تسلك هذا المسلك حتى وأن كان هنالك ارتباط بسيط قدرت أنه لا يبرر الخروج عن القواعد العامة في الاختصاص الجنائي(105)، وبالرجوع إلى نص المادة (383) من قانون الإجراءات الجنائية المصري يلاحظ أنها أعطت لمحكمة الجنائيات في حالة إحالة الجثة مرتبطة بجناية إليها في أن تفصل الجثة وتحيلها إلى المحكمة المختصة ثم غير إلزامها ببيان أسباب ذلك(106). وإذا أحيلت إلى المحكمة الجنائية جنح عديدة مرتبطة ارتباطًا بسيطًا وبعضها يدخل على وفق القواعد العامة في الاختصاص لاختصاص محكمة أخرى فلا تعدد بقرار سلطة الاتهام ولها الحق في فصل الجثة التي ترى أنها تدخل في اختصاص جثة أخرى(107).

وذات النهج قد نهجه المشرع القطري حيث نص في المادة (152) على أنه «إذا ارتكب متهم جرائم متعددة مرتبطة ارتباطًا لا يقبل التجزئة من اختصاص محاكم من درجة واحدة تحال جميعًا إلى المحكمة المختصة مكانيًا بإحداها، فإذا كانت الجرائم من اختصاص محاكم من درجات مختلفة تحال إلى المحكمة الأعلى درجة». وكذا المادة (163) التي أكدت على أنه «إذا تبين لمحكمة الجنح أن الجريمة، المحالة إليها، ليست من اختصاصها تحكم، من تلقاء نفسها، بعدم اختصاصها، وتعيد الأوراق إلى النيابة العامة لإجراء شئونها فيها. وكذا نصت المادة (225) على أنه «لمحكمة الجنائيات إذا أحيلت إليها جنحة مرتبطة بجناية ورأت، قبل تحقيقها، ألا وجه لهذا الارتباط، تفصل الجثة وتحيلها إلى محكمة الجنح المختصة». وجاءت المادة (226) ونصت على أنه «إذا رأت محكمة الجنائيات أن الواقعة كما هي مبينة في أمر الإحالة وقبل تحقيقها بالجلسة تعد جنحة، فعليها أن تحكم بعدم اختصاص وتحيلها إلى محكمة الجنح. وإذا تبين لها

(101) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 396.

(102) الفونس ميخائيل حنا، تعدد الجرائم وأثره في العقاب والإجراءات، مرجع سابق، ص 466-467.

(103) د. عصام أحمد غريب، مرجع سابق، ص 51.

(104) د. محمود أحمد طه، الارتباط وأثره الموضوعي والجزائي، مرجع سابق، ص 149.

(105) د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 558. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 399.

(106) تنص المادة المذكورة على أنه «لمحكمة الجنائيات إذا أحيلت إليها جنحة مرتبطة بجناية ورأت قبل تحقيقها أن لا وجه لهذا الارتباط أن تفصل الجثة وتحيلها إلى المحكمة الجزئية».

(107) د. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 515.

ذلك بعد التحقيق فعليها أن تحكم فيها.

من ناحية أخرى؛ فإنه لا بد من الإشارة إلى أن التعدد الحقيقي للجرائم يؤثر تأثيرًا كبيرًا في قواعد الاختصاص المكاني ويتمثل هذا الأثر في الخروج عن قواعد الاختصاص المكاني في الأحوال التي ينعقد لأكثر من محكمة اختصاصها النوعي بالنسبة للجرائم المرتبطة وتختلف فيما بينها من حيث المكان الذي ارتكبت فيه الجرائم، عندئذٍ تحال الدعاوى جميعها الناشئة عن هذه الجرائم بأمر إحداهما إلى إحدى المحاكم المختصة مكانيًا بإحداها على وفق القواعد الاختصاص المكاني⁽¹⁰⁸⁾، وهذا يعني أن المحكمة التي تنظر في الدعوى الناشئة عن الجرائم المرتبطة قد تكون غير مختصة ببعضها مكانيًا لكن اعتبارات الارتباط التي تتمثل في اقتصاد المصاريف والوقت وتجنب صدور أحكام متعارضة تتغلب على الاعتبارات التي تقوم عليها قواعد الاختصاص المكاني الذي تتمثل غالبًا في تيسير العمل القضائي⁽¹⁰⁹⁾. ولكن ما هو المعيار الذي يمكن اعتماده في تحديد المحكمة المختصة مكانيًا في حالة تعدد الجرائم الحقيقي؟ يختلف الأمر على وفق ما إذا كانت الجرائم المرتبطة ذات درجة واحدة أو ذات درجات مختلفة، فإذا كانت الجرائم المرتبطة ذات رجة واحدة بأن كانت كلها جنائيات أو جنح أو مخالفات، فيتم تحديد المحكمة المختصة مكانيًا وفقًا لقواعد الاختصاص المكاني⁽¹¹⁰⁾، الذي يمنح الاختصاص لأية محكمة تقع الجريمة في دائرة اختصاصها أو يقع في محل إقامة المتهم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل إلقاء القبض على المتهم⁽¹¹¹⁾، فكل محكمة تقع ضمن دائرة اختصاصها الجريمة كلها أو أي فعل من الأفعال التنفيذية المكونة لركنها المادي أو النتيجة الإجرامية المترتبة على هذه الأفعال أو يقيم المهتم في دائرة اختصاصها أو يلقي القبض عليه في دائرة اختصاصها تكون مختصة مكانيًا بنظر الدعوى الناشئة عن الجرائم المرتبطة⁽¹¹²⁾.

أما إذا كانت الجرائم المرتبطة مختلفة الدرجة بأن يكون بعضها جنائيات والبعض الآخر من الجنح أو المخالفات أو يكون بعضها من الجنح والبعض الآخر من المخالفات فإن الاختصاص المكاني بنظر الدعوى يكون لمحكمة أعلى درجة إذ تحال الجنح أو المخالفات إلى محكمة الجنائيات متى كانت مرتبطة بجناية، وأساس ذلك أن للمحكمة الأعلى درجة ذات اختصاص شامل وعليه فمن يملك الأكثر يملك الأقل، وتأسيسًا على ذلك إذا كانت الجنحة المحالة إلى المحكمة الجنائية (محكمة الجنح) مرتبطة ارتباطًا لا يقبل التجزئة بجناية منظورة أمام محكمة الجنائيات وجب عليها الحكم بعدم الاختصاص المكاني لأن الاختصاص المكاني ينعقد في هذه الحالة للمحكمة التي نملك الحكم بعقوبة الجريمة ذات الوصف الأشد وهي هنا محكمة الجنائيات⁽¹¹³⁾، وهذا ما أشار المشرع المصري إليه في المادة (214) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه «إذا شمل التحقيق أكثر من جريمة واحدة من اختصاص محاكم من درجة واحدة وكانت مرتبطة تحال جميعها بأمر إحداهما إلى المحكمة المختصة مكانيًا بإحداها فإذا كانت الجرائم من اختصاص محاكم من درجات مختلفة تحال إلى المحكمة الأعلى درجة.

(108) د. عصام أحمد غريب، مرجع سابق، ص 508

(109) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 355.

(110) د. محمود أحمد طه، الارتباط وأثره الموضوعي والجزائي، مرجع سابق، ص 153.

(111) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 388.

(112) د. صباح مصباح محمود السليمان، مرجع سابق، ص 82-84.

(113) د. محمود أحمد طه، الارتباط وأثره الموضوعي والجزائي، مرجع سابق، ص 154، الفونس ميخائيل حنا، مرجع سابق، ص 471.

المطلب الثاني

أثر تعدد الجرائم على قواعد المسؤولية الجنائية

وسنعالج في هذا المطلب أثر التعدد المعنوي على العقوبة (الفرع الأول)، أثر التعدد المادي على العقوبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر التعدد المعنوي على العقوبة.

يثور التساؤل عن مدى تأثير التعدد المعنوي محل البحث على العقاب الذي يستحقه مرتكب الفعل ذي الأوصاف المتعددة: فهل تتعدد جرائمه وعقوباته بتعدد الأوصاف؟ أم لا تطبق عليه سوى عقوبة واحدة مرتبطة بأحد تلك الأوصاف؟

القاعدة أنه لا يعتد في التعدد المعنوي إلا بتكليف واحد، هو ذلك الذي يتضمن أشد العقوبات التي تشملها التكييفات المتعددة، إذ يبدو من المغالاة تقرير تعدد العقوبات في مواجهة مرتكب فعل واحد وقع مساساً بمصلحة أساسية واحدة، وجاء عاكساً لإرادة إجرامية واحدة. فالجاني لا يدان إلا عن التكليف المتضمن العقوبة الأشد ولا يدان عن غيره من الأوصاف.

ويراعى في تطبيق القاعدة محل البحث ما يلي:

1. لا يقضى في حالة التعدد المعنوي بالإدانة إلا عن وصف واحد، هو الذي ترتبط به العقوبة الأشد، ولا يلتفت إلى بقية الأوصاف الأخرى التي لا يحكم بالإدانة عنها ولا بالعقوبات المرتبطة بها.

2. أن تقرير العقوبة الأشد بالمعنى السابق يتم بالنظر إلى التدرج القانوني للعقوبات الأصلية التي تتضمنها الأوصاف المتعددة.

3. يترتب على وجوب الحكم في حالة التعدد المعنوي للجرائم بالعقوبة المقررة للوصف الأشد عدة نتائج مهمة من الناحيتين الموضوعية والإجرامية، فمن الناحية الموضوعية، تطبيق النص الذي يتضمن العقوبة الأشد يعنى تطبيق كافة العقوبات الأصلية والتبعية والتكميلية وكافة التدابير المنصوص عليها فيه، كما أنه يعني استبعاد كافة العقوبات والتدابير المرتبطة بالأوصاف الأخرى الأقل شدة التي تم استبعادها، ومن الناحية الإجرائية، ينعقد الاختصاص القضائي للمحكمة التي تدخل في اختصاصها الدعوى الناجمة عن الوصف الأشد، لأنها هي وحدها التي تستطيع النطق بالعقوبة المقررة لذلك الوصف: فإذا كان هذا الأخير جنائية انعقد الاختصاص لمحكمة الجنايات دون غيرها.

4. مؤدى تطبيق القاعدة محل التحليل هو وجوب تقرير الإدانة عن الوصف الأشد ولو تعدد المجني عليهم.

5. تطبيق الأحكام السابقة الخاصة بالتعدد المعنوي يفترض بالضرورة أن هناك وصفين على الأقل صالحين لكي يؤخذ بهما المتهم، كل على حدة لو قام بمفرده، فإذا لم تثبت نسبة أحد الوصفين إلى الجاني، لا يكون ثمة محل لتعدد معنوي.

وإذا ما تمتع المتهم بأحد الأسباب التي تؤدي إلى إعفائه من المسؤولية أو العقاب على الوصف الأشد، فلا يعد من الجائز مؤاخذه الجاني بالوصف الأخف الذي ينصهر في الوصف الأشد المشمول بالإعفاء.

الفرع الثاني: أثر التعدد المادي على العقوبة

نظمت المادة (85) من قانون العقوبات القطري حالة التعدد المادي غير القابل للتجزئة وبيّنت أثر هذا التعدد على مسؤولية الجاني الجنائية، فأكدت على اعتبار الجرائم المتعددة في ذلك الفرض كلها جريمة واحدة، يحكم فيها على أساس العقوبة الأشد المقررة لأي من تلك الجرائم.

ونظمت المادة (88) من قانون العقوبات القطري أثر التعدد المادي البسيط على المسؤولية الجنائية للجاني وأقرت مبدأ تعدد العقوبات الموقعة عليه في حالة إذا لم يتوافر في هذه الجرائم الشروط المنصوص عليها في المادتين (84 الخاصة بالتعدد المعنوي) و (85 الخاصة بالتعدد المادي غير القابل للتجزئة) وأكدت على تنفيذ كافة العقوبات المحكوم بها بالتعاقب، على ألا يجاوز ما ينفذ من مجموع مدد الأحكام الصادرة بعقوبة الحبس لجنائية أو جنحة مئة عشرين سنة، وألا يجاوز ما ينفذ من مجموع مدد الأحكام الصادرة بعقوبة الحبس لجنح عشر سنوات. وتجب عقوبة الجنائية بمقدار مدتها كل عقوبة مقيدة للحرية لجريمة وقعت قبل الحكم بعقوبة الجنائية المذكورة.

أي إنه في حالة وقوع عدة جرائم ناتجة عن أفعال متعددة مرتبطة ببعضها البعض ارتباط لا يقبل التجزئة فإنه يجب على القاضي الحكم بالعقوبة المقررة للوصف الأشد فقط دون غيرها، لكن ذلك لا يمنع من تنفيذ العقوبات التبعية والتدابير الاحترازية المقررة بحكم القانون، وفي حالة إذا تمت محاكمة المتهم عن جريمة ذات عقوبة أخف وبعد ذلك تمت محاكمته عن الجريمة ذات العقوبة الأشد فإن المحكمة تأمر بتنفيذ العقوبة المقررة في الحكم الأخير وإسقاط ما نفذ فعلاً من الحكم السابق صدوره.

في حالة تعدد الجرائم التي تكون غير مرتبطة ببعضها البعض فإنه يتم تنفيذ جميع العقوبات دون أن يزيد مجموع مدد السجن أو الحبس أو مجموع مدد السجن والحبس مئة على خمس وعشرين سنة⁽¹¹⁴⁾، فلو ارتكب شخص ثلاث جرائم معاقب عليها بالسجن والحبس الشديد والبسيط تعين أن يحكم القاضي على الجاني بهذه العقوبات وأن يتم تنفيذها بالتعاقب فيكون السجن أولاً ثم الحبس الشديد ثم الحبس البسيط وحين يحكم على شخص بعقوبة أشد أثناء تنفيذ هذه العقوبة وإخضاع المحكوم عليه لتنفيذ العقوبة الأشد فإذا تم تنفيذها أخضع مجدداً المتبقي من مدد العقوبة الأخف⁽¹¹⁵⁾، لكن لو تنوعت العقوبات الأصلية فإنه يتم تنفيذ العقوبات على النحو التالي:

1. إذا حكم على شخص بعقوبة لجريمة ارتكبت بعد صدور حكم عليه بعقوبة لجريمة أخرى نفذت كلتا العقوبتين عليه بطريق التعاقب مهما بلغ مجموع مدتيهما.

2. تجب عقوبة السجن بمقدار مدتها عقوبة الحبس المحكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم

(114) د. عباس الحيني، شرح قانون العقوبات الجديد، مرجع سابق، ص 341
(115) د. عبد الرزاق الحديدي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 486.

بعقوبة السجن المذكور ذلك لأن عقوبة السجن تجب بمقدار مدتها كل عقوبة سالبة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالسجن المذكور.

3. تنفيذ جميع عقوبات الغرامة والعقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية مهما تعددت على ألا يزيد مجموع مدد مراقبة الشرطة على خمس سنوات⁽¹¹⁶⁾.

ولقد أورد المشرع على قاعدة تعدد العقوبات قيدين هما:

أ. عدم تجاوز العقوبات حدًا معينًا:

فإذا كان مجموع العقوبات المحكوم بها يزيد عن الحد الأعلى الذي فرضه القانون يجب في هذه الحالة إسقاط القدر الزائد عن هذا الحد وهو عشرون سنة، وهذا الحد فرضه المشرع عندما يكون المحكوم عليه قد ارتكب جميع جرائمه قبل أن يحكم عليه من أجل واحدة منها، لكن لو ارتكب جريمة بعد أن حكم عليه نهائيًا من أجل جريمة سابقة فيجب تنفيذ العقوبات بالتعاقب.

ب. الجب:

تنفيذ العقوبة الأشد يعد في الوقت ذاته تنفيذًا للعقوبة الأخف، فلو حكم على شخص بالسجن مدة عشر سنين وبالحبس سنين فتنفيذ السجن يعد تنفيذًا لعقوبة الحبس، لأن عقوبة السجن تجب بمقدار مدتها من مجموع مدد الحبس وبحسب الترتيب في الشدة إذ تبدأ بالإعدام الذي يجب ما دونه (المادة 89 من قانون العقوبات القطري) وتجب عقوبة الجناية بمقدار مدتها كل عقوبة مقيدة للحرية (المادة 88 من قانون العقوبات القطري) فلو حكم على شخص بالحبس ست سنوات عن جناية، وبالحبس سنتين عن جنحتين في هذه الحالة تجب عقوبة الحبس عن الجناية كل عقوبة الحبس عن الجنحتين، ولإمكان تطبيق الجب يجب أن تكون الجرائم مرتكبة قبل الحكم عليه في إحداها. ويمكن تنفيذ العقوبات التكميلية والتبعية والتدابير الاحترازية المرتبطة بالجرائم ذات العقوبات الأخف⁽¹¹⁷⁾.

(116) د. عباس الحيني، شرح قانون العقوبات الجديد، مرجع سابق، ص344.

(117) د. عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص488.

الخاتمة

تناولت في هذا البحث ماهية تعدد الجرائم، وذلك بتعريفها لغة واصطلاحًا، ثم بينت ذاتية تعدد الجرائم، من خلال عرض تعدد الجرائم وما قد يختلط معه من حالات، مميّزًا بينها، ثم تعرضت لصور تعدد الجرائم، ببيان التعدد المعنوي أو الصوري الجرائم، وكذلك التعدد المادي أو الحقيقي الجرائم. ثم توصلت لعدد من النتائج والتوصيات كما يلي:

أولاً: النتائج

1. جاء التشريع القطري خاليًا من نص يشير إلى تعريف الاختصاص الجنائي بل اكتفى بتنظيم أحكامه.
2. يأخذ المشرع القطري في الاعتبار الجريمة ذات العقوبة الأشد، ومن ثم يكون للجريمة ذات العقوبة الأشد دور في تحديد المحكمة المختصة نوعيًا بنظر الدعوى، ويعد هذا تطبيقًا للقاعدة التي تقدر أن من يملك الأكثر يملك الأقل.
3. أن حالة التعدد الحقيقي للجرائم من أهم حالات عدم التجزئة التي نفترض امتداد الاختصاص الجنائي لمحكمة فتتظر في دعوى لا تدخل في اختصاصها طبقًا للقواعد العامة.
4. التعدد الحقيقي للجرائم يؤثر تأثيرًا كبيرًا في قواعد الاختصاص المكاني ويتمثل هذا الأثر في الخروج عن قواعد الاختصاص المكاني في الأحوال التي ينعقد لأكثر من محكمة اختصاصها النوعي بالنسبة للجرائم المرتبطة وتختلف فيما بينها من حيث المكان الذي ارتكبت فيه الجرائم.

ثانيًا: التوصيات

1. أوصي بتفصيل مسألة التعدد مع الارتباط غير قابل للتجزئة، بنص موضوعي على غرار بعض التشريعات، وعدم الاكتفاء بالإشارة إلى أثر الجرائم المرتبطة على بعض الإجراءات.
2. ربما هناك حاجة لإعادة النظر تشريعيًا في نص المادة 90 عقوبات والتي تجيز تنفيذ العقوبات الفرعية مهما تعددت؛ التزامًا بسياسة جنائية لا تفرط في الشدة بحسبان أن الغرض من العقوبة لم يعد الانتقام من الجاني، بل إصلاحه.
3. ضرورة التدخل بالنص لبيان حالة العفو الخاص إذا ما صدر بحق العقوبة الأشد، فهل تسقط الدعوى بالنسبة للجريمة الأولى مع بقاء الجريمة الثانية قائمة يتم المساءلة عنها.
4. ضرورة التدخل بتعريف الاختصاص الجنائي وعدم الاكتفاء بتنظيم أحكامه.

قائمة المراجع

1. أحمد مطلوب، معجم المصطلحات البلاغية وتطورها، ج1، مطبعة المجمع العلمي العراقي، بغداد، 1983.
2. إسماعيل خليل جمعة، تداخل العقوبات وجيها، دراسة مقارنة في العقد الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، ط1، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2000.
3. باسم محمد شهاب، تعدد الجرائم وأثره العقاب، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994.
4. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، الجزء الخامس، 2005.
5. خالد عبد العظيم، تعدد العقوبات وأثره في تحقيق الردع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، الطبعة الأولى، 2006.
6. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، دار المعارف بالإسكندرية، 1968.
7. سعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مطبعة الشعب بالقاهرة، الرابعة، سنة 1962.
8. الشيخ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشيرازي، القاموس المحيط، ج2، بيروت، بدون سنة،
9. صباح مصباح محمود السليمان، نظرية الاختصاص في قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، -1998 84.
10. عادل محمد فريد قورة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.
11. عباس الحيني، شرح قانون العقوبات الجديد، مطبعة المعارف، بغداد، 1968.
12. عبد الأمير العكيلي، وسليم حرب، أصول المحاكمات الجزائية، المكتبة الوطنية، بغداد، 1981.
13. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
14. عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الثانية، 2007.
15. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، تأصيل الإجراءات الجنائية، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 2004.
16. عبود السراج، قانون العقوبات القسم العام، مديري، الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق، -1990 453.
17. عصام أحمد غريب، تعدد الجرائم وأثره في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
18. علي أحمد راشد، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية، ج1.

19. علي حسين الخلف، نظرية تعدد الجرائم في القانون الجنائي المقارن، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1973.
20. علي راشد، القانون الجنائي، أصول النظرية العامة، مكتبة سيد عبد الله، وهبة سنة (1968-1969).
21. عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
22. غنام محمد غنام، بشير سعد زغلول، شرح قانون العقوبات القطري، القسم العام، إصدارات كلية القانون، جامعة قطر، 2017.
23. فخري عبد الرزاق حليبي الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطبعة الزمان، بغداد، 1992.
24. الفونس ميخائيل حنا، تعدد الجرائم وأثره في العقاب والإجراءات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1963، 197.
25. كامل السعيد، شرح أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
26. ماهر عبد شويش الدر، الأحكام العامة من قانون العقوبات، مطبعة ابن الأثير للطباعة والنشر، 1990.
27. محمد بن أبو بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1981.
28. محمد سعيد تمور، دراسات في فقه القانون الجنائي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.
29. محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في التشريعين المصري، والسوداني، المطبعة العالمية، بالقاهرة، 1963.
30. محمد مرتضى الحسين الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج8، ط بيروت، لبنان، بلا سنة نشر.
31. محمود أحمد طه، الارتباط وأثره الموضوعي والإجرائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
32. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط12، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
33. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
34. نبيل عبد الرحمن حياوي، قانون العقوبات وتعديلاته رقم (111) لسنة 1969، ط3، 1985، ط2 المنقحة، 2006.
35. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.



قواعد وضوابط النشر بالمجلة

Publishing Rules and Regulations

قواعد وضوابط النشر بالمجلة

ترحب المجلة بنشر البحوث والدراسات باللغات العربية والإنجليزية والفرنسية وفقاً للقواعد والضوابط الآتية:

(1) ألا يكون البحث المقدم للنشر قد سبق نشره بأية وسيلة نشر، وألا يتم تقديمه لأي جهة أخرى أثناء فترة تحكيمه، ويتعهد الباحث بذلك خطياً.

(2) أن يتسم البحث بالحدثة والمنهجية العلمية المطلوبة في تناول البحوث العلمية، مع سلامة اللغة، والمقارنة بالقانون القطري كلما كان ذلك ممكناً.

(3) ألا يكون البحث أو الدراسة جزءاً من رسالة ماجستير أو دكتوراه سبق أن تقدم بها الباحث، أو جزءاً من كتاب أو مؤلف سبق له نشره، أو أي عمل آخر منشور حفاظاً على حقوق الملكية الفكرية.

(4) الالتزام بقواعد وأصول البحث العلمي من حيث منهجية التقسيم، وقواعد التوثيق المرجعي، والأمانة العلمية، وأن يتضمن البحث خاتمة تشتمل على خلاصة البحث ونتائجه والتوصيات المقترحة، وأن يكون مصحوباً بقائمة المراجع التي اعتمدها الباحث.

(5) ألا يتجاوز عدد صفحات البحث أو الدراسة (40) صفحة. ورغم ذلك يجوز لهيئة التحرير - بصفة استثنائية - أن تتجاوز عن هذا الشرط إذا كانت طبيعة موضوع البحث أو الدراسة تقتضي ذلك.

(6) أن يقدم الباحث سيرة ذاتية حديثة تتضمن درجته العلمية.

(7) تكون الأولوية في النشر للبحوث والدراسات القانونية والأمنية المقبولة للنشر بحسب أسبقية ورود تقرير المحكمين بصلاحياتها للنشر.

(8) لهيئة التحرير استبعاد أي بحث أو دراسة مخالفة لقواعد وضوابط النشر بالمجلة، أو مقتضيات المصلحة العامة.

(9) تعبر البحوث والدراسات التي تنشر في المجلة عن آراء أصحابها ولا تمثل رأي المجلة، ويتحمل صاحب البحث أو الدراسة المسؤولية القانونية عن ذلك.

Publishing Rules and Regulations

The journal welcomes all researches and studies in Arabic, English and French according to the following rules and regulations:

- 1) The author pledges that the submitted work has never been published in any other means of publication and undertakes not to submit it to any other party during the period of its evaluation.
- 2) The work shall be characterized by modernity and scientific methodology required by scientific research, in addition to sound language and comparison with Qatari law when possible.
- 3) The work shall not be part of a Master or PhD Thesis, which has already been submitted by the author, of a previously published book or work or of any other published work in order to preserve the intellectual property rights.
- 4) The author shall abide by the rules and principles of scientific research in terms of segmentation methodology, referencing rules and scientific integrity. The work shall comprise a conclusion including a summary as well as the outcomes and the recommendations. It shall also include the list of references used by the author.
- 5) The number of pages of the work shall not exceed (40) pages. However, the Editorial Board may exceptionally waive this condition if the nature of the work requires so.
- 6) The author shall submit a recent curriculum vitae including his academic degree.
- 7) The priority in publishing will be given to the accepted security and legal works according to the date of reception of the reviewers' report stating their eligibility to be published.
- 8) The Editorial Board has the right to reject any study or research, which violates the publishing rules and regulations of the Journal or the requirements of the public interest.
- 9) The works published in the Journal express the sole opinions of their authors and not the opinion of the Journal. The author shall bear any legal responsibility for his study or research.

«تعبّر المواد التي تنشر في المجلة عن آراء أصحابها ولا تعبّر
بالضرورة عن رأي المجلة»

رقم الإيداع بدار الكتب القطرية

/

الترقيم الدولي الموحد للكتاب - ISBN

٩٧٨٩٩٢٧١٢٤٦٦٢

لقراءة وتحميل العدد
يرجى مسح الرمز

