

سلطة القاضي الجزائي في الاختيار النوعي وتدرج العقوبة

الدكتور/ راشد بن حمد البلوشي *

صفية بنت خليفة الجهورية *

المخلص:

لقد جعل المشرع الجزائي مهمة تحديد العقوبة موزعة بين القانون والقضاء؛ حيث جعل المشرع للعقوبة حددين في حالات معينة، وأعطى القاضي سلطة تقديرية بين هذين الحدين، إلا أنه في حالات معينة لم يترك للقاضي مجال للاختيار وذلك في حالة العقوبة المحددة بحد واحد؛ حيث يكون دور القاضي في هذه الحالة محصوراً في التحقق من توافر أركان الجريمة، وبالتالي تطبيق العقوبة المقررة، بالإضافة إلى ذلك جعل المشرع وسائل أخرى للقاضي عند تطبيق العقوبة؛ حيث يضع المشرع للجريمة أكثر من عقوبة واحدة، ويترك المجال للقاضي اختيار العقوبة المناسبة في ما يسمى بالتفريد العقابي.

لذلك نجد أن معظم التشريعات ومن بينها التشريع الجزائي العماني تضع وسائل قانونية محددة، تمثل النطاق القانوني لعمل القاضي الجزائي، وذلك عنده تقديره للعقوبة، ومن بين هذه الوسائل الاختيار النوعي للعقوبة، والتدرج الكمي لها.

هذا البحث سوف يسلط الضوء على موضوع سلطة القاضي الجزائي في اختيار وتدرج العقوبة "في ضوء أحكام القضاء العماني"، وبيان موقف المشرع العماني من ذلك. وتأتي أهمية هذا البحث من حيث إنه يلقي الضوء على موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقدير العقوبة، وهذا الموضوع من المواضيع الهامة على الصعيدين العلمي والعملية، ذلك أن السلطة القضائية هي التي تعطي الفاعلية للقانون بوجه عام من خلال تطبيقه، اعتماداً على ما تتمتع به من سلطة تقديرية، وهذه السلطة تتسع وتضيق وفقاً لنهج المشرع في بيان العقوبة المقررة للجريمة.

ولقد اتبع البحث المنهج الوصفي للنصوص القانونية والمنهج التحليلي؛ بهدف تتبع التطور التاريخي لموضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وكذلك تحليل مجالات ونطاق تطبيقها. وقد انتهى البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، كان من أهمها ضرورة توسع المشرع في العقوبات البديلة، فالأخذ بنظام العقوبات البديلة وإيجاد تنوع واختلاف في العقوبات غير عقوباتي السجن والغرامة من شأنه إيجاد عقوبة مناسبة لبعض المجرمين، وفقاً لظروفهم التي تحيط بارتكاب الجريمة، بالإضافة إلى ضرورة وجود قضاة متخصصين وملمين بالعلوم المساعدة للقانون الجزائي، كعلم النفس الجنائي وعلوم الإجرام والعقاب وغيرها؛ وذلك حتى يستطيع القاضي أن يكون قناعته بشكل واضح ودقيق.

الكلمات المفتاحية: السلطة التقديرية - العقوبة - الاختيار النوعي - التدرج الكمي.

* أستاذ القانون الجزائي المشارك - كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس.

* ماجستير القانون الجزائي - باحثة قانونية - مجلس المناقصات.



The Discretion's Criminal Judge In Qualitative Selection and Gradual Punishment

Dr. Rashid Hamed Al Balushi

Safiya Khalifa Al Jahwari

Abstract:

The legislator has divided the task of determining the punishment between the law and the judiciary, where the legislator outlined two limits for punishments in certain cases, and has given the judge the discretion between these two limits. In some cases, judges have not granted the authority to choose between punishments, as their role would be limited to identify the elements of the crime, and therefore the application of the appropriate punishment. In other cases, the legislator has provided judges with other means when applying the punishment in the sense that there are more than one punishment for a crime, and it is at the judge's discretion to choose the most suitable one. This is known as the doctrine of "individualization of punishment".

Therefore, we find that most legislation, including Oman's penal legislation, establishes specific legal means representing the legal scope of the work of the criminal judge and their discretion with regards to the punishment, and among these means is the qualitative selection of the punishment and its gradual quantification.

This research will shed light on the topic of the authority of the criminal judge in the selection and graduation of punishment, in light of the provisions of the Omani judiciary and clarifying the position of the Omani legislator.

The importance of this research is in that it sheds light on the subject of the discretion of the criminal judge in estimating the punishment. This topic is important from both a scientific and practical prospective, as it is the judiciary that gives the law effectiveness in general through its application, depending on its discretion, and this authority decrease or increase in accordance with the legislator's approach in stating the punishment prescribed for the crime.

The research followed the descriptive approach of the legal texts and the analytical approach, with the aim of tracking the historical development of the discretion of the criminal judge, as well as analysing the areas and scope of its application.

The research ends by many of results and recommendations, and it was the most important that the expanding legislation in alternative punishments, such as adopting alternative punishments and finding a variety and difference in punishments other than imprisonment and fines which would create more appropriate punishments for some criminals according to the circumstances surrounding the commission of the crime. Additionally, the need for specialized judges in the auxiliary sciences of criminal law such as criminal psychology, criminology, punishment, etc., so that the judge can be clear and accurate.

Keywords: Liability Discretion – Punishment - Qualitative Selection - Gradual Quantification.

المقدمة

لا يمكن البحث عن الحقيقة وكشفها بأي طريقه مهما كانت مشروعيتها، بل يجب استعمال الوسائل المشروعة، واستخدام الصلاحيات التي تكفل احترام حقوق الإنسان، وحرية وتحميه من تعسف القضاة، والكثير من التشريعات الجزائية في العصر الحديث تستند على مبدأ أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، ومن ضمن تلك التشريعات قانون الجزاء في سلطنة عُمان، إذ تنص المادة الثالثة منه على: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون".

ومبدأ الشرعية من المبادئ الأساسية التي تحكم القانون الجزائي، وهو ما تضمنه نص المادة (٢١) من النظام الأساسي للدولة، والمشرّع هو صاحب الاختصاص الأول في تحديد العقوبة لكل جريمة انطلاقاً من مبدأ قانونية العقوبات، إلا أن معظم القوانين المقارنة تسير في اتجاه تفريد العقاب الذي لا يتعارض مع قاعدة الشرعية، فالمشرّع يحدد عقوبة لكل جريمة بشكل مجرد دون الأخذ بعين الاعتبار شخصية المجرم وظروف ارتكاب الجريمة، مما جعل من الضروري وجود سلطة تقديرية للقاضي في تقدير عقوبة ملائمة لكل جريمة تتناسب مع شخصية المجرم وظروف ارتكابها.

ولا يعد تحديد المشرّع للعقوبة على هذا النحو ومنحه السلطة التقديرية للقاضي الجزائي^(١) اعتداءً أو مخالفة لمبدأ الشرعية الجزائية؛ إذ إن القاضي ينطق بالعقوبة التي نص عليها القانون، وهذه العقوبة تكون في أغلب الأحيان محدده بين حدين

(١) السلطة التقديرية للقاضي الجزائي: هي تنظيم قانوني لإعمال القواعد التجريبية موضوع التنفيذ بالنسبة لعملية المطابقة وما ينتج عنها من آثار، أيضاً بأنها: "مفهوم قانوني يتحدد في ضوء النصوص والقواعد التي تبين ضوابط استخدامها دون أن يؤثر وجود تلك القواعد القانونية على وجود السلطة التقديرية ذاتها، لمزيد من المعلومات انظر: د. صالح أحمد محمد حجازي، مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي، كلية الحقوق/ جامعة الاسراء، الأردن، ٢٠١٥م، ص ٤٦ وما بعدها.

أدنى وأعلى، ويكون على القاضي سلطة التقدير للعقوبة المناسبة ، وهناك من العقوبات تكون محددة بحد واحد فقط بنص المشرّع، وعندها لا يكون للقاضي هنا سوى سلطة إعمال النص، والقاضي حينما يختار العقوبة إنما يتوخى تحقيق العدالة للمجتمع من ناحية وللمجني عليه من ناحية أخرى، وذلك بإيقاع العقوبة المناسبة التي تحقق ردع الجاني وإصلاحه أو إيلامه - بحسب حجم خطورته الإجرامية - وكذلك كنتيجة لجريمته التي اقترفها، والتي أخلت بنظام المجتمع وأمانه واطمئنانه.

وإعمال القاضي لسلطته يجب أن تنطلق من احترامه لمبدأ المشروعية، وأنه لا يُعمل سلطته التقديرية في تقدير العقاب إلا من أجل إظهار إرادة المشرّع الحقيقة في وضع العقوبة التي تتمثل في تحقيق العدالة والاقتصاص من الجاني بعقوبة مساوية لمقدار الأذى الذي ألحقه بالفرد والمجتمع من جراء ارتكاب الجرم، حيث يقوم المشرّع بتحديد عقوبة لكل فعل تناسب الجرم المرتكب، وتعالج الخطورة الإجرامية، وتصلح الضرر الذي يصيب الأفراد والمجتمع، وإن كانت هذه هي مهمة المشرّع، إلا أنه يصعب عليه أن يحدد مقدار عقوبة بعينها لجرم معين؛ لأن المشرّع لا يستطيع أن يتنبأ بأساليب المجرمين وتطور مهاراتهم الإجرامية، ولا يستطيع أن يحيط بظروف المجرمين الشخصية؛ وذلك لكون عملة مجرداً من الواقعية، ولذلك انيطت هذه المهمة للقاضي من أجل تحقيق أغراض العقوبة، ومن أهمها عدالة العقوبة وشخصيتها (وهو ما يدور حوله موضوع التفريد العقابي)، وحتى يستطيع القاضي استعمال سلطته، فإن المشرّع وضع له من الوسائل والطرق التي يستطيع من خلالها تحديد العقوبة، إذ قام المشرّع بتحديد بعض الجرائم بحددين أدنى وأعلى، وترك للقاضي سلطة تحديد العقوبة المناسبة وفقاً لما يراه مناسباً لظروف ارتكاب الجريمة، وقد ينزل القاضي دون الحد الأدنى للعقوبة، وقد يرتفع فوق الحد الأعلى وفقاً لظروف معينة تستدعي تشديد العقوبة أو تخفيفها وفق الإطار القانوني الذي وضعه المشرّع^(٢)، فسلطة القاضي تتسع وتضيق وفقاً لسياسة المشرّع في تحديد

(٢) جواهر الجبور، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأعلى والأدنى، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط/ كلية الحقوق، الأردن، ٢٠١٣م، ص ٩٣.

العقوبة المقدرة للجريمة، ويتحدد نطاق السلطة التقديرية للقاضي في الحدود التي يسمح له القانون في اختيار نوع العقوبة والتدرج فيها.

ف نجد أن المشرّع قد جعل مهمة تحديد العقوبة موزعة بين التشريع والقضاء^(٣)، إلا أنه في حالات معينة لا يترك للقاضي مجالاً للاختيار، وذلك في حالة العقوبات المحددة بحد واحد فيكون دور القاضي هنا محصوراً في التحقق من توفر أركان الجريمة وتطبيق العقوبة المقررة، وهناك وسائل أخرى جعلها المشرّع تحت تصرف القاضي من أجل تحقيق التفريد العقابي من هذه الوسائل المنهج التخيري، إذ يضع المشرّع للجريمة أكثر من عقوبة، ويترك المجال للقاضي اختيار العقوبة المناسبة، كذلك نظام التدرج الكمي بحيث إن المشرّع يضع العقوبة بين حدين قد يكونان محددين بشكل ثابت أو أحدهما محدد والآخر غير محدد، وذلك على اختلاف سياسة المشرّع، فيحدد القاضي هنا العقوبة المناسبة من بين الحدود التي يحددها المشرّع، وكذلك في حالات أخرى قد يرى القاضي من المتهم حسن السيرة أو انعدام خطورته الإجرامية، ومن دراسة شخصية ما يوحي بعدم جدوى تنفيذ العقوبة في مواجهته، بل على العكس قد يؤدي تنفيذ العقوبة إلى نتائج عكسية نتيجة اختلاطه بالمجرمين الخطرين في المؤسسات العقابية، وفي هذه الحالة يكون للقاضي صلاحية الأمر بوقف تنفيذ العقوبة إذا رأى ضرورة ذلك.

وقد يكون اتباع الوسائل السابقة غير كافيه لتحقيق أغراض العقوبة، وذلك بسبب ظروف بعض الجناة وخطورتهم الإجرامية، وتعدد الجرائم المرتكبة، وهذا يستدعي ضرورة إعطاء القاضي مكنة لتشديد العقوبة والخروج عن الحدود المحددة قانوناً حتى يستطيع مواجهة الخطورة الإجرامية، ولا يكون هناك مساواة بين جميع المجرمين عند اختلاف ظروفهم، كذلك في المقابل هناك من الظروف التي تحيط بارتكاب الجريمة أو ظروف المجرم تجعل من العقوبة المقررة غير مناسبة لخطورته

(٣) المرجع السابق، ص ١٢٣.

الإجرامية، ولا تحقق أغراض العقوبة المرجوة؛ لذلك كان لابد من تخفيف العقوبة في حالات معينة يقررها المشرع، ويطبقها القاضي وفق السلطة الممنوحة له^(٤). لذلك نجد أن معظم التشريعات ومنها التشريع العُماني تتفق على وسائل قانونية محدده تمثل النطاق القانون لعمل القاضي الفعلي في تقدير العقوبة، وتتمثل هذه الوسائل في الاختيار النوعي للعقوبة، والتدرج الكمي وتطبيق الظروف المخففة والمشددة، وكذلك وقف التنفيذ^(٥).

مشكلة الدراسة:

إن لموضوع سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة أهمية كبيرة علمياً وعملياً، ذلك أن السلطة القضائية هي التي تعطي الفاعلية للقانون بوجه عام من خلال تطبيقه، اعتماداً على ما تتمتع به من سلطة تقديرية، إذ إن هذه السلطة تتسع وتضيق وفقاً لنهج المشرع في بيان العقوبة المقررة للجريمة، ولكون أن العقوبة ليست انتقاماً وإنما تحقيقاً للعدالة داخل المجتمع، وحماية أفراد من تعدي ضعاف النفوس والمجرمين؛ ونظراً لتطور مفهوم العقاب ظهرت فكرة أن يؤخذ بالاعتبار ظروف المتهم وظروف الجريمة عند توقيع العقوبة، وعليه تم منح القاضي السلطة في تقدير العقوبة وفق الضوابط التي ذكرها المشرع.

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي بشكل واضح في عقوبات السجن المؤقت والغرامة، ففي هذه العقوبات يحدد القانون حدين للعقوبة، (حداً أدنى وحداً أقصى)، يمثلان حدود السلطة التقديرية للقاضي، التي تتسع كلما باعد القانون بين هذين الحدين، وفي بعض القوانين لا تقتصر سلطة القاضي على تقدير العقوبة بين الحدين، بل تتجاوزها كما له أن يحكم بالعقوبة مع وقف تنفيذها في عقوبات

(٤) د. قريمس ساره، سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، ٢٠١١-٢٠١٢م، ص ٨٦.
(٥) فهد يوسف الكساسبة، وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في التفريد العقابي، دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، ٢٠١٥م، ص ٣٤٠.

الحبس والغرامة، وكذلك إبدال عقوبة بعقوبة أخرى، وهذا أسلوب يعكس الثقة الكبيرة التي منحها المشرع للقاضي.

وقد حدد المشرع العماني بعض الضوابط التي يمكن لها أن توجه سلطة القاضي التقديرية، على سبيل المثال ما جاء في المادة (٨٦) من قانون الجزاء، التي نصت على أنه: "إذا اجتمعت ظروف مشددة مع أعذار أو ظروف مخففة في جريمة واحدة كان تطبيقها على الترتيب التالي:

- الظروف المشددة المادية.
- الأعذار المخففة.
- الظروف المشددة الشخصية.
- الظروف المخففة.

وللمحكمة إذا تفاوتت الظروف المشددة والأعذار في أثرها أن تغلب أقواها. ولكن هناك غياب للمعايير الدقيقة التي يهتدي بها القاضي عند تقديره للعقوبة نوعاً وكماً، وهذا قد يفتح الباب على مصراعيه أمام القاضي عند تقديره للعقوبة، الأمر الذي قد يؤدي إلى الإخلال بمبدأ الحيطة والنزاهة. هذا البحث سوف يسلط الضوء على التباين الفقهي حول موضوع الاختيار النوعي للعقوبة والتدرج الكمي، وبيان موقف المشرع العماني من ذلك، وصولاً إلى الإشكالات التي يطرحها موضوع السلطة التقديرية للقاضي في الواقع العملي.

أهمية الدراسة:

إن أهمية هذه الدراسة تكمن في أنها تعد أول دراسة في موضوع سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة بعد صدور قانون الجزاء رقم (٧/ ٢٠١٨ م)، كما أن موضوع سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة، ينطوي على أهمية في الصعيدين العلمي والعملي، ذلك أن السلطة القضائية هي التي تعطي الفاعلية للقانون بوجه عام من خلال تطبيقه، اعتماداً على ما تتمتع به من سلطة تقديرية، وهذه السلطة تتسع وتضيق وفقاً لنهج المشرع في بيان العقوبة المقررة للجريمة.

منهجية البحث:

اتَّبَعَ البحث المنهج الوصفي للنصوص القانونية، والمنهج التحليلي بهدف تتبع التطور التاريخي لموضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وكذلك تحليل مجالات ونطاق تطبيق السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.

خطة البحث:

أعطى المشرِّع القاضي مجموعة من الوسائل يستطيع من خلالها ممارسة وظيفته بحرية، ويسعى من خلالها إلى إعمال النصوص القانونية بشكل سليم، ومن هذه الوسائل الاختيار النوعي للعقوبة؛ بحيث يكون للقاضي مطلق الحرية في اختيار نوع العقوبة المنصوص عليها على سبيل التخيير مراعيًا في ذلك ظروف المجرم وظروف ارتكاب الجريمة، وللقاضي أن يأمر بوقف التنفيذ، إذا ما رأى ضرورة ذلك، أيضًا من ضمن الوسائل القانونية للسلطة التقديرية هو التدرج الكمي للعقوبة، وذلك عندما تكون العقوبة موضوعة بين حدين (أدنى وأعلى)، وفي بعض الحالات يكون المشرِّع قد حدد العقوبة بحد واحد لا يقبل التغير، وذلك إذا ما رأى مناسبة ذلك لمصادر التشريع المستمد منها كالدين والعادات والأعراف^(٦).

عليه سوف يتم بحث موضوع سلطة القاضي الجزائي في اختيار وتدرج العقوبة من خلال بحثين، سوف يتناول المبحث الأول سلطة القاضي في الاختيار النوعي للعقوبة أو وقف تنفيذها، أما المبحث الثاني فسوف يتناول موضوع التدرج الكمي للعقوبة.

هذا وفي نهاية هذا البحث سوف يتم تقديم خاتمة بها عدد من النتائج والتوصيات.

(٦) مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة،

المبحث الأول

سلطة القاضي الجزائي في اختيار العقوبة أو وقف تنفيذها

حينما يكون هناك أكثر من جزاء للفعل الواحد فإنه يكون للقاضي الجزائي سلطة اختيار الجزاء المناسب، ويقوم القاضي بالمفاضلة بين العقوبات لتوقيع العقوبة الأكثر عدلاً لكل مجرم على حده، وحتى يتحقق التفريد القضائي بطريقة أكثر مرونة، فإن المشرّع يضع تحت تصرف القاضي في معظم الجرائم نظام الاختيار النوعي للعقوبة كوسيلة لتفريد العقاب، فمن خلال هذه الوسيلة يتمكن القاضي من اختيار العقوبة الملائمة للجاني بحسب ظروف الجريمة، وذلك يكون في الحالة التي يضع فيها المشرّع للجريمة أكثر من عقوبة، ويترك الخيار مسألة موضوعية، وهي حالة تقدير القاضي للعقوبة ضمن العقوبات التخيرية والبديلة، ففي ظل العقوبات التخيرية والبديلة تتيح للقاضي حرية واسعة في الاختيار النوعي للعقوبة من خلال اتساع سلطته في هذا الاختيار تماشيًا مع مبدأ تفريد العقاب.

كما تظهر سلطة القاضي في القانون الجزائي ليس فقط في اختيار نوع العقوبة كما أسلفنا، وإنما أيضًا في وقف تنفيذها، إلا أنه إذا أمر بذلك، عليه أن يتبع الشروط والضوابط التي حددها القانون.

بناء على ما سبق سوف نتناول في هذا المبحث سلطة القاضي الجزائي في اختيار نوع العقوبة، كذلك سلطته في وقف تنفيذها من خلال مطلبين أساسيين على النحو الآتي:

المطلب الأول: سلطة القاضي الجزائي في اختيار العقوبة.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائي في وقف تنفيذ العقوبة.

المطلب الأول

سلطة القاضي الجزائي في اختيار العقوبة

إن الاهتمام بدراسة نظام العقوبات التخيرية في السياسة الجنائية تزايد بشكل ملحوظ في التشريعات الجنائية المعاصرة^(٧)، وهذا ما نلاحظه في قانون الجزاء الجديد الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧ لسنة ٢٠١٨م)؛ وذلك تدعيماً لمبدأ تفريد العقوبة، واعترافاً من المشرّع بأهمية دور القاضي في اختيار العقوبة، فهو يعد من أفضل وسائل التفريد القضائي للعقاب لما يحققه من توسيع سلطة القاضي في مجال اختيار العقوبة الأكثر ملاءمة والذي هو جوهر سلطته^(٨).

والمقصود بالعقوبات التخيرية هو ترك الحرية للقاضي في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة لشخصية الجاني وظروف الجريمة من بين عقوبتين مختلفتي النوع أو بكليهما أو أكثر^(٩)، وقد أخذت معظم التشريعات المعاصرة بنظام العقوبات التخيرية باعتباره من النظم المساعدة للقاضي في مجال تفريد العقاب، إذ إن هذا النظام يمنح القاضي سلطة الاختيار بين عقوبتين أو أكثر؛ وذلك حتى يستطيع الوقوف على العقوبة الملائمة لحالة الجاني وظروف الجريمة، ففي هذا النظام قد يتمتع القاضي بحرية اختيار مطلقة أو باختيار مقيد بشروط قانونية.

أو قد يقوم القاضي باستبدال العقوبة بأخرى مختلفة، ويضع القانون لبعض الجرائم عقوبات بديلة يجيز بها أن تحل محل العقوبة المقررة أصلاً للجريمة كوسيلة تمكن القاضي من تفريد العقوبة، إذ إن هذا النظام يمنح القاضي سلطة إحلال عقوبة بديلة عن العقوبة المقررة للجريمة التي هي من نوع آخر؛ وذلك عند تعذر

(٧) د. أكرم نشأت، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ١٩٩٨م، ص ١٢٦.

(٨) د. محمد على الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة، دار المطبوعات الجامعية، مصر/الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٠٣.

(٩) د. فهد هادي حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، دار الثقافة والنشر، الأردن، ٢٠١٤م، ص ١٤٢.

تنفيذ العقوبة الأصلية أو عند ملائمة العقوبة البديلة لحالة الجاني وعدم ملائمة العقوبة الأصلية له، ويقوم القاضي بعملية الاستبدال في حدود النطاق القانوني المرسوم له وفقاً لمعايير إرشادية يضعها المشرع في بعض الأحيان، فمثل هذا النظام يعد وسيلة لتفريد العقاب^(١٠).

في هذا المطلب سنتحدث عن نوعين من الأنظمة التي من خلالها يختار القاضي العقوبة، وهي نظام العقوبات التخيرية ونظام العقوبات الإبدالية.

الفرع الأول

نظام العقوبات التخيرية

وفقاً لهذا النظام يقرر المشرع عدداً من العقوبات المتنوعة والمتدرجة في الشدة، يجعل للقاضي الخيار في أن يختار عقوبتين أو أكثر من هذه العقوبات بحرية تامة^(١١)، كما لو تضمن القانون عقوبتين، هما الحبس والغرامة، ومنح القاضي في أغلب مواده حرية اختيار العقوبة الملائمة من بين هذه العقوبات فقط^(١٢).

وتظهر سلطة القاضي الجزائي في التخيير بين الإعدام والسجن المطلق، وتتعدد الأمثلة لسلطة القاضي، ومثالاً على ذلك الجرائم الماسة بأمن الدولة من الداخل أو من الخارج، حيث نصت المادة (٩٥) من قانون الجزاء رقم (٧ لسنة ٢٠١٨م) على أن: "يُعاقب بالإعدام أو السجن المطلق كل من اعتدى بالقوة على السلطات التي يتولاها سلطان البلاد بحرمانه منها كلياً أو جزئياً أو بعزله أو إجباره على التنازل".

(١٠) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(١١) د. زكي إسماعيل النجار، الخطورة الإجرامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،

١٩٧٦م، ص ٢٨٦ وما بعدها.

(١٢) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ١١٢ وما بعدها.

كذلك المادة (٩٩) من الفصل ذاته التي نصت على أنه: "يعاقب بالإعدام أو السجن المطلق كل من حاول بالقوة أو العنف قلب نظام الحكم القائم في البلاد، أو تغيير شكل الحكومة فيها"، كذلك نصت المادة (١٢٥) على أنه: "يعاقب بالإعدام أو السجن المطلق كل من ارتكب عمداً فعلاً يؤدي إلى المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها"، والمادة (١٢٦) كذلك نصت على أنه: "يعاقب بالإعدام أو السجن المطلق كل عُماني التحق بأي وجه بقوات مسلحة أو تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية لدولة في حالة حرب مع البلاد أو بقوة مسلحة لجهة معادية لها أو حمل السلاح ضد البلاد".

وإذا كانت تلك الأمثلة أظهرت سلطة القاضي في الاختيار بين عقوبة الإعدام وعقوبة السجن المطلق، فإن المشرّع أفرد في حالات أخرى سلطة القاضي في الاختيار بين السجن المطلق والسجن المؤقت، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة (٣٠) من قانون الجزاء رقم (٧) لسنة (٢٠١٨م) في العقاب على الشروع، بقولها: "يعاقب على الشروع في ارتكاب الجناية بالعقوبات التالية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك:

أ. السجن المطلق، أو السجن لمدة لا تقل عن (٧) سبع سنوات إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة بالإعدام".

وإذا ما تطرقنا إلى القوانين المقارنة، نجد أن قانون العقوبات المصري وضع عدداً من العقوبات التخيرية، إذ يقرر للقاضي سلطة اختيار العقوبة من بين عقوبتين مختلفتين، مثال ذلك: ما نصت عليه المادة (٨٢ ب) التي أجازت للقاضي أن يختار الإعدام أو السجن المؤبد، والمادة (٩٥) التي أجازت للقاضي أن يختار السجن المشدد أو السجن، وفي الجرح يقرر المشرّع المصري في الغالب عقوبتي الحبس والغرامة كعقوبات تخيرية، ويترك للقاضي حرية الاختيار بينهما، مثال ذلك: ما تنص عليه المادة (١٣٨) التي تنص على أن: "كل إنسان قبض

عليه قانوناً فهرب يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه^(١٣).

ف نجد أن قانون العقوبات المصري أخذ بنظام العقوبات التخيرية في جرائم الجنايات والجنح، كما أن القانون المصري جعل من الغرامة عقوبة وحيدة في بعض جرائم الجنح في حدود ضيقة، كما أفرد الحبس عقوبة وحيدة لبعض جرائم الجنح، أما قانون الجزاء فإنه لم يجعل من السجن أو الغرامة عقوبة وحيدة في جرائم الجنح، وإنما يقرر فيهم السجن والغرامة معاً، أو تخيرية بأن ينطق بإحدهما.

ونظام العقوبات التخيرية وضع استثناءً للقاضي دون غيره أن يحكم بواحدة من العقوبات المقررة للجريمة، فلا يجوز للقاضي أن يفرض المتهم في اختيار العقوبة الموقعة عليه، فإذا ما قرر ذلك، فإنه حكم باطل يستوجب نقضه، ويسمى هذا النظام بهذه الصورة بنظام العقوبات التخيرية المطلق^(١٤).

وإذا كان هناك حالات يترك فيها المشرع السلطة للقاضي في الاختيار المطلق بين نوعي جزاء مختلفين، فإن هناك حالات أخرى يفرض فيها المشرع على القاضي توقيع عقوبة بعينها من بين هذه العقوبات، إذا ما توفرت ظروف معينة، أي أن نظام العقوبات التخيرية يضع أحياناً بعض القيود بشكل يمكن تسميته بنظام العقوبات التخيرية المقيد^(١٥)، وتكون العقوبات التخيرية مقيدة في الحالة التي يضع فيها المشرع للجريمة عقوبتين متباينتين في الشدة على سبيل التخير مع إلزام القاضي بأن يحكم بالعقوبة الأشد، أو منعه من الحكم بالعقوبة الأخف، وبخاصة عندما يكون الباعث على ارتكاب الجريمة دنيئاً، مثال ذلك: ما نص على قانون العقوبات المصري بالمادة (٢٣٤) التي تعاقب كل من قتل نفساً عمداً من غير

(١٣) د. أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ٣٢٥.

(١٤) د. فهد هادي حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، دار الثقافة والنشر، ٢٠١٤م، ص ١٤٥.

(١٥) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ١٢٣.

سبق إصرار ولا ترصد بالسجن المؤبد أو المشدد، ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالإعدام، إذا تقدمتها أو اقترنت بها أو تلتها جناية أخرى، وأما إذا كان القصد منها التأهب لفعل جنحة أو تسهيلها أو ارتكابها بالفعل، أو مساعدة مرتكبها أو شركائهم على الهرب أو التخلص من العقوبة، فيحكم بالإعدام أو بالسجن المؤبد^(١٦)، وهذه الصورة تظهر فيها سلطة القاضي محدودة ومقيدة، والسلطة الأكبر متروكة للمشرع؛ لأن القاضي فيها لا يملك إلا أن يوقع العقوبة الأشد متى ثبت أن الباعث دنيء، فتكون سلطة القاضي في الاقتناع بالأدلة والبحث عن الباعث والاقتناع به، ومن ثم تنفيذ العقوبة.

وإذا ما تطرقنا إلى المشرع العُماني، نجد في المادة (٣٠٤) من قانون الجزاء نصت على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (٧) سبع سنوات كل من حرض شخصاً على الانتحار، أو ساعده على قتل نفسه، إذا أفضى ذلك إلى الوفاة.

وإذا كان المنتحر لم يكمل (١٨) الثامنة عشرة من عمره، أو كان ناقص الإرادة أو الإدراك عوقب الجاني بالسجن مدة لا تقل عن (٥) خمس سنوات، ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات.

وإذا كان المنتحر فاقد الاختيار أو الإدراك، عوقب الجاني بالسجن مدة لا تقل عن (٧) سبع سنوات، ولا تزيد على (١٥) خمس عشرة سنة. وفي جميع الأحوال، إذا لم تحدث الوفاة ونجم عن المحاولة أي أذى، فتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على سنة".

(١٦) د. زكي إسماعيل النجار، مرجع السابق، ص ٢٨٦.

الفرع الثاني

نظام العقوبات الإبدالية

يقصد بنظام العقوبات الإبدالية هي أن يقوم القاضي الجزائي باستبدال عقوبة بعقوبة أخرى في حدود النطاق القانوني المرسوم له، أي أن إجراء التبديل النوعي للعقاب من القاضي يكون فقط في الجرائم المشمولة بهذا النظام دون سواها، أي أن القاضي في بداية الأمر يقوم بتحديد العقوبة الأصلية للجريمة، وإذا رأى عدم ملائمتها للمجرم لأي ظرف رآه أو تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية، فإنه يقوم باستبدال العقوبة المحددة بعقوبة أخرى، فمثلاً يستبدل عقوبة سالبة للحرية بالغرامة أو استبدال الغرامة بعقوبة العمل على سبيل المثال، ويخرج من هذا الإطار الحالة التي تمنح فيها الهيئات المنفذة للعقوبة سلطة استبدال العقوبة عند عدم ملائمتها، وهو ما يسمى "العقوبات البديلة التنفيذية"، فيمكن تعريف العقوبات البديلة التنفيذية بأنها تلك العقوبات التي تقررها السلطة التنفيذية في مرحلة تنفيذ العقوبة (أي بعد مرحلة المحاكمة)، إذا ما رأت عدم ملائمة العقوبة المقررة للتنفيذ، فهذه العقوبات لا تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية، فسلطة القاضي تكون في العقوبات البديلة القضائية، وهي تلك العقوبات التي يضعها المشرع أمام القاضي ليستعمل سلطته في الإبدال بينها^(١٧)، ونحن نرى أنه لا يمكن أن يترك للقاضي السلطة المطلقة في تغيير العقوبة المنصوص عليها في القانون، إذ إن فيه مخالفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إلا إذا نص القانون على ذلك.

بناءً عليه، يخرج عن نطاق السلطة التقديرية، حالات الاستبدال التشريعي ويقصد به تلك الحالات التي يلزم فيها المشرع القاضي بإجراء الاستبدال عند توفر ظروف معينة، كما هو الحال في حالة الاستبدال الوجوبي الذي كان مقرراً في المادة (٧٢) من قانون العقوبات المصري في شأن المجرمين الأحداث في سن

(١٧) قريمس سارة، مرجع سابق، ص ١١٠.

الخامسة عشرة إلى سن السابعة عشرة، إذ يعد ذلك من قبيل التفريد التشريعي^(١٨)، على اعتبار أن سلطة الاستبدال هنا يجب أن لا تكون مقيدة أو مشروطة بتوفر أحوال معينة نص عليها القانون حتى تكون إحدى صور التفريد القضائي، ومن ثم فإن تقدير الاستبدال العقابي في نطاق هذا النظام يخضع لقاضي الموضوع حسب ظروف كل حالة.

جدير بالذكر أن قانون العقوبات المصري لم ينص بصورة صريحة على إعطاء القاضي سلطة تقديرية في استبدال العقوبة في حدود النطاق القانوني المرسوم له، مثال ذلك: ما تنص عليه المادة (١٨) في الفقرة الثانية "لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز الثلاثة شهور أن يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن طبقاً لما تقرر من القيود بقانون تحقيق الجنايات إلا إذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار"، بينما ذهب البعض إلى أن المادة (٢/١٨) من قانون العقوبات المصري هي من حالات الاستبدال التنفيذي؛ لعدم ملاءمتها لحالة المحكوم عليه، ومن ثم تعد من قبيل إجراءات التفريد التنفيذي^(١٩).

كذلك أخذ المشرع الجزائري بالنظام الإبدالي للعقوبات حيث نص في المادة (٥ مكرر ١) "يمكن للجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر...."، فيجوز للقاضي هنا أن يستبدل عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام^(٢٠).

أما المشرع العُماني، وبعد استعراض نصوص قانون الجزاء، وجدنا أنه لم يمنح سلطة للقاضي الجزائري في استبدال العقوبة إلا في حالة واحدة فقط، وهي التي نص

(١٨) د. عبد الفتاح خضر، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(١٩) المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٢٠) قريمس ساره، مرجع سابق، ص ١١٣.

عليها بالمادة (٣٠٢)، بقولها: "يعاقب بالإعدام، إذا توفرت في واقعة القتل العمد إحدى الحالات الآتية:

- أ. سبق الإصرار، أو التردد.
- ب. إذا وقع القتل على أحد أصول الجاني.
- ج. إذا وقع القتل باستعمال التعذيب أو مادة سامة أو متفجرة.
- د. إذا كان القتل تمهيداً لجناية أو جنحة أو مقتراً أو مرتبطاً بهما.
- هـ. إذا وقع القتل على موظف عام في أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته.
- و. لسبب دنيء.

ز. على (٢) شخصين أو أكثر.

وتستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة السجن المطلق أو السجن مدة لا تقل عن (٥) خمس سنوات، ولا تزيد على (١٥) خمس عشرة سنة، إذا عفا ولي الدم أو قبل الدية في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أو قبل تمام التنفيذ".

ونحن نرى أنه وفقاً لصراحة نص المادة (٣٠٢) يستبدل القاضي الجزائي عقوبة الإعدام في جرائم القتل العمد إلى عقوبة السجن المطلق أو المؤقت مدة لا تقل عن (٥) خمس سنوات، ولا تزيد على (١٥) خمس عشرة سنة، إذا عفا ولي الدم أو قبل الدية في أي مرحلة من مراحل الدعوى أو قبل تمام التنفيذ، وهذه الحالة استثناء على القاعدة العامة في عدم جواز استبدال العقوبة وفقاً لقانون الجزاء الجديد، ولعل مرد هذا الاستثناء أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالقصاص.

المطلب الثاني

سلطة القاضي الجزائي في وقف تنفيذ العقوبة

بدأ نظام وقف التنفيذ في القانون الفرنسي الصادر سنة (١٨٩١م) والمسمى بقانون "بيرناجير"^(٢١)، وهذا النظام هدفه هو إصلاح المتهم خارج أماكن حجز المتهمين، وهناك عدد من الأنظمة العقابية شبيهة بهذا النظام تنفذ خارج السجن منها^(٢٢).

- نظام الاختبار القضائي: هذا النظام يقوم على وضع المتهم تحت الإشراف والرعاية من غير الحكم عليه بأي عقوبة، ومن غير إدخاله السجن خلال فترة معيّنة، وإذا فشل هذا البرنامج في إصلاح المتهم يُحكم عليه بالعقوبة حينئذٍ، ظهر هذا النظام في أمريكا وإنجلترا وبعض الدول الأوروبية.
- نظام وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار: في هذا النظام يحكم على المتهم بوقت تنفيذ العقوبة إضافة إلى وضعه تحت الاختبار والمراقبة إلى حين انتهاء مدة العقوبة، وقد أخذ بهذا النظام القانون الفرنسي.
- نظام وقف التنفيذ مع الالتزام بالعمل للمنفعة العامة: في هذا النظام يتم الحكم بوقف تنفيذ العقوبة إضافة إلى الحكم على المتهم بالقيام ببعض الأعمال التي تعود بالنفع على الدولة^(٢٣).

ووقف تنفيذ العقوبة هو جزء من سلطة القاضي عند اختياره العقوبة ونوع من صلاحياته في ما يراه مناسباً اتجاه متهم معين بأن يبقى خارج المؤسسة العقابية، واختيار القاضي لهذا الإجراء مرتبط بشروط معيّنة يقدّرها القاضي سنذكرها لاحقاً عند تناول موضوع النظام القانوني العُماني، حيث أشار الفصل الرابع من قانون

(٢١) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ١٠٤٧.

(٢٢) المرجع السابق، ص ١٠٤٨.

(٢٣) المرجع السابق، ص ١٠٤٧.

الجزء الجديد رقم (٧) لسنة (٢٠١٨م)، على حالات وقف تنفيذ العقوبة، كما حددت الضوابط وسلطة قاضي الموضوع في الأمر به أو الغاءه، وذلك في المواد من (٧١) إلى (٧٥) منه.

وبالنظر إلى مواد القانون نجد أن للقاضي الجزائي سلطة جوازيه في حالة الأمر بوقف التنفيذ أو الأمر بإلغائه، ونعرض لسلطة القاضي الجزائي الجوازية في الأمر بوقف التنفيذ على النحو الآتي:

الفرع الأول

السلطة الجوازية للقاضي في الأمر بوقف التنفيذ

نصت المادة (٧١) من قانون الجزاء على أن: "للمحكمة عند الحكم بعقوبة الغرامة أو السجن مدة تقل عن (٣) ثلاث سنوات، أن تأمر في الحكم بوقف التنفيذ، إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه، أو ماضيه أو سنه، أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة، متى كان له محل إقامة معلوم.

وللمحكمة أن تجعل وقف التنفيذ شاملاً الآثار الجزائية المترتبة على الحكم، أو أي عقوبة تبعية أو تكميلية عدا المصادرة".

فمن خلال نص المادة سألغة الذكر قد منح المشرع للقاضي الجزائي سلطة جوازيه في الأمر بوقف التنفيذ من عدمه، وقد قضت المحكمة العليا: "إن وقف التنفيذ جزئياً أو كلياً مبرر لمعالجة حالات خاصة في المحكوم عليه وظروف الفعل الجرمي، وترك تقديرها جميعاً لسلطة قاضي الموضوع، وحيث إن الأخذ بأسباب وقف التنفيذ الجزئي أو الكلي من الأمور العائدة لمحكمة الموضوع وهو أمر جوازي

تقدر أسبابه ومبرراته^(٢٤) إلا أنه إذا ما قرر القاضي الأمر بوقف التنفيذ، فإنه يتقيد بعدة ضوابط أو شروط، يأتي في مقدمتها الشروط المتعلقة بالمحكوم عليه، وشروط أخرى متعلقة بالجريمة ذاتها التي يستعمل القاضي الجزائي سلطته في وقف تنفيذها، أخيراً مدة وقف التنفيذ^(٢٥)، نفصل ذلك على النحو الآتي:

أولاً- الشروط المتعلقة بشخص المتهم:

يتعين على القاضي حتى يأمر بوقف التنفيذ وفقاً لنص قانون الجزاء أن يتحقق من الشروط التي نصت المادة (٧٠) من قانون الجزاء والمتعلقة بشخص المتهم وهي:

١- أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة.

٢- أن يكون للمحكوم عليه محل إقامة معلوم في السلطنة، فإذا لم يكن له محل إقامه معلوم فلا يستفيد من نظام وقف التنفيذ^(٢٦).

والمقصود بأخلاق المتهم هو ماضيه وسلوكه في الحياة العامة وبين أسرته وجيرانه وزملاءه في العمل، وبما هو مشهود له من فضائل حميدة وشهرته بينهم بنبذ العنف، كذلك وضعه الاجتماعي والوظيفي، بحيث يبعث بالاعتقاد لدى المحكمة أنه لن يعود إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى، كذلك كما لو ثبت أن ارتكابه للجريمة لم يكن إلا

(٢٤) الطعن رقم ٣٠٣/٢٠٠٦ جزائي علنيا جلسة ٢٠٠٦/١١/٧، المكتب الفني، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية، المبدأ رقم ٥٠، س ق ٧، ص ٢٢٠.

(٢٥) د. أمين مصطفى محمد، نظام الامتناع عن النطق بالعقاب في القانون الكويتي، دراسة مقارنة بنظام الاختبار القضائي في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٥م، ص ٦٣.

(٢٦) د. عادل العاني، شرح قانون الجزاء العماني / القسم العام، دار الأجيال، الطبعة الأولى، عُمان، ٢٠١٨م، ص ٤٩٢.

لسوء حظه أو نتيجة صدفة، مثل جرائم حوادث المرور كالجرح أو إحداث أذاً غير محسوس عن غير قصد^(٢٧).

فضلاً عن تحقق القاضي من ماضي المتهم، والمقصود بماضي المتهم هو النظر إلى سوابقه الإجرامية، وما إذا كانت الجريمة المسندة إليه تمثل السابقة الأولى أو لا، فإذا سبق ارتكابه لجريمة سابقة فلا بد من النظر إلى طبيعتها وظروف ارتكابه لها والعقوبة التي خضع لها وهل كان لها أثر على ردعه أو لا، كل تلك الأمور تضعها المحكمة في اعتبارها عند تقدير مدى ملائمة التقرير بوقف التنفيذ من عدمه، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع المحكمة من التقرير بوقف تنفيذ العقوبة قبل المتهم حتى لو ثبت لديها أنه عائد، طالما توفر لديها ما يبعث بالاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى^(٢٨).

كما أن القاضي يبحث أيضاً في سن المتهم، إذ إنه إذا كان المتهم في سن مبكر، أي لم يتجاوز سن ١٨ سنة أو تجاوزها بقليل، وكان إقدامه على الجريمة نتيجة طيشه، والسعي وراء غرائزه مثل جرائم (التعدي الخفيف والمقاومة)^(٢٩)، أو كان الطفل حدث منحرف أو مائل للجنوح وهو من بلغ ٧ سنوات إلى ١٨ سنة^(٣٠).

(٢٧) د. عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، الطبع الأولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص ٩٩.

(٢٨) د. أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٢٩) د. كوسرت حسين أمين البرزنجي، المسؤولية الجنائية للأحداث، دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٦م، ص ١٣٧.

(٣٠) د. محمود سليمان موسي، الإجراءات الجنائية للأحداث الجانحين، دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانون الفرنسي، في ضوء الاتجاهات الحديثة في السياسة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨م، ص ٦٢. كذلك الدكتور/ هلاي عبد اللاه أحمد، الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة، في النظام القانوني المصري والبحريني والفرنسي، والفكر الجنائي الإسلامي، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٥م، ص ٤٢.

وقد نصت المادة (٢٨) من قانون مساءلة الأحداث^(٣١) بالنسبة إلى الحدث الذي أتم (١٦) سنة ولم يبلغ (١٨) سنة، فإنه إذا ارتكب جناية عقوبتها الإعدام أو السجن المطلق، فالمحكمة تحكم عليه بالسجن مده لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على ١٠ سنوات، وفي تلك الحالة لا يستفيد الحدث من نظام وقف التنفيذ، حيث حددت المادة (٧١) من قانون الجزاء حداً أقصى للجريمة المطلوب وقف تنفيذها وهو ٣ سنوات.

أما بالنسبة إلى الحدث الذي ارتكب جريمة عقوبتها السجن المؤقت أو السجن، حكم عليه بالسجن مدة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للمدة المقررة قانوناً للجريمة المرتكبة، وبما لا يقل عن ثلاث سنوات في الجنايات، ومن ثم نجد أن المشرع العُماني قد حصر وقف التنفيذ على الجنايات جميعها؛ لأن الحد الأدنى في بالنزول بالعقوبة فيها يكون (٣) سنوات، من ثم يكون خارج عن نطاق وقف التنفيذ الذي يستلزم أن تكون العقوبة في حدها الأقصى (٣) سنوات^(٣٢).

أما إذا كان المتهم طاعناً في السن يجوز للمحكمة أن تأخذ سنه بعين الاعتبار عند وقف تنفيذ العقوبة، إذا كان لا يقوى على تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، بشرط عام وهو أن تقتنع المحكمة أن المتهم لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى^(٣٣).

فضلاً عن ذلك يبحث القاضي الجزائي بمناسبة إقراره لوقف تنفيذ العقوبة في الظروف التي ارتكب فيها جريمته، ويقصد بالظروف في أغلب الأحوال بالبائع الدافع إلى ارتكاب الجريمة، فالبائع وإن كان ليس له أثر في أركان الجريمة إلا أن

(٣١) وقد أحال قانون الطفل الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤م بشأن المساءلة الجزائية للطفل رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٨م، بموجب المادة ٥٤ منه على قانون مساءلة الأحداث، حيث نصت المادة ٥٤ من قانون الطفل الجديد على أن: "تكون معاملة الطفل المعرض للجنوح أو الجانح ومساءلته جزائياً وفقاً لأحكام قانون مساءلة الأحداث".

(٣٢) وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٨ من قانون مساءلة الأحداث العماني رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٨م.

(٣٣) د. أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ٦٩.

له أثره الواضح في وقف التنفيذ، فظروف الشخص الذي يسرق لأجل حاجة ملحة تختلف عن السرقة من غير حاجة أو ضرورة أو من أجل ارتكاب جريمة أخرى^(٣٤).

وهنا نرى أنه يكفي توفر أحد تلك الشروط السابقة وليس جميعها لجواز تقرير وقف تنفيذ العقوبة، إذ إن المشرع استعمل حرف (أو) للتنوع والمغايرة، الأمر الذي ينعكس بالضرورة على الاكتفاء بحالة واحدة فقط لتقرير وقف التنفيذ، كما لو أوقف القاضي الجزائي تنفيذ العقوبة فقط لأخلاق المحكوم عليه.

ثانياً - الشروط المتعلقة بالجريمة ذاتها:

١ - السلطة التقديرية للمحكمة في عدم الاستجابة لطلب وقف التنفيذ من غير إبداء أسباب:

إن التقرير بوقف تنفيذ العقوبة عند توفر شروطه من سلطة محكمة الموضوع، وهو أمر جوازي لها، فلا تثريب عليها إذا لم تقض به، فهي غير ملزمة ببيان الأسباب التي دعتها إلى ذلك، وهو ما قضت به المحكمة العليا^(٣٥)، من ثم فنظام وقف التنفيذ هو مجرد خيار يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فله أن يرفض القضاء به دون أن يكون ملتزماً بتسبيب ذلك في حكمه، ومن ثم لا

(٣٤) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة لجريمة، والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، ط ٨، دار النهضة العربية، ٢٠١٦م، ص ٩٦٨.

(٣٥) حيث قضت المحكمة العليا بأنه: "إن الأخذ بأسباب وقف التنفيذ الجزئي أو الكلي من الأمور العائدة لمحكمة الموضوع، وهو أمر جوازي تقدر أسبابه ومبرراته محكمة الموضوع، وهي غير ملزمة بالإفصاح عن تلك الأسباب والمبررات، فلا يجب أن تأمر به حتى ولو قامت الأحكام والشروط المنصوص عليها في المادة.... سالف الذكر في حق المحكوم عليه، فسلطتها في تقدير العقوبة على المحكوم عليه إنما يعود إليها وحدها ولا معقب عليها من المحكمة العليا". الطعن رقم ٣٠٣ / ٢٠٠٦ جزائي عليا جلسة ١١/٧/٢٠٠٦م، المكتب الفني، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية، المبدأ رقم ٥٠، س ق ٧، ص ٢٢٠.

يؤاخذ القاضي الجزائي عن عدم تسبیب رفضه وقف تنفيذ العقوبة، كما لا يكون الحكم الصادر برفض وقف التنفيذ محل طعن أمام المحكمة الأعلى درجة^(٣٦).

٢- خضوع محكمة الموضوع لرقابة المحكمة العليا عند تقريرها بوقف تنفيذ العقوبة:

رغم السلطة الجوازية للمحكمة في إقرارها وقف التنفيذ من عدمه، إلا أنه إذا ما قضت به، لا بد أن تلتزم بالضوابط التي نص عليها في قانون الجزاء، فالتزام محكمة الموضوع بالشروط المحددة قانوناً والتي يلزم أن تؤدي عقلاً ومنطقاً إلى الاعتقاد بأن المتهم لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى^(٣٧).

وعليه نرى أنه إذا اتهم رجل مسن بهتك عرض طفل على سبيل المثال، وانتهت المحكمة إلى وقف التنفيذ نظراً لسنة، فإنه يجوز للمحكمة العليا إلغاء وقف التنفيذ، إذ إن أول الأسباب التي أشارت إليها المادة (٧١) من قانون الجزاء هي "الأخلاق"، من ثم فإن تطبيق وقف التنفيذ مشروط بما وضعت نص المادة من ضوابط، وعلي خلاف عامل "السن" الذي ذكر ثالث تلك الأسباب، حيث نصت المادة (٧١) من القانون ذاته على أن: "المحكمة عند الحكم بعقوبة الغرامة أو السجن مدة تقل عن (٣) ثلاث سنوات، أن تأمر في الحكم بوقف التنفيذ إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه، أو ماضيه أو سنه،".

٣- تقييد محكمة الموضوع عند تقريرها بوقف التنفيذ بالثابت بالأوراق:

يقصد بتقييد محكمة الموضوع عند تقريرها بوقف التنفيذ بالثابت بالأوراق هو أن يكون الحكم الصادر بوقف التنفيذ مطابقاً لما جاءت به أوراق القضية، ومبنياً عليه؛ لذا إذا ثبت في حق المتهم مقارفته لجريمة جلب مادة مخدرة بقصد تعاطيها وتهريبها

(٣٦) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص ٩٦٩.

(٣٧) د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٤م،

جمركياً، وتذرعت المحكمة بخلو مستنداته وأوراقه من سوء سلوك أو جرائم سابقة، فإنه يجوز للمحكمة العليا أن تلغي وقف التنفيذ، إذا فحصت أوراق المتهم ووجدت أنها مجرد أوراق لا تحتوي إلا على شهادات ميلاده وأولاده، وكانت خالية مما يثبت أنه لم يرتكب أي سلوك شائن من قبل، ومن ثم لا يوجد ثمة دليل يبعث بالاعتقاد أن المتهم لن يعاود ارتكاب الجريمة مرة أخرى^(٣٨).

٤ - تقييد محكمة الموضوع عند تقريرها لوقف التنفيذ بالاستناد إلى الوقائع الصحيحة:

لا يجوز للمحكمة أن تستند لوقائع لاحقة على وقوع الجريمة، من ثم نرى أنه لا يصلح تنازل المجني عليه أو الصلح أو العفو سبباً للتقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب؛ إذ إنها وقائع لاحقة على ارتكاب الجريمة، ولم ترد في نص المادة (٧١) من قانون الجزاء.

٥ - إشكالية حضور المتهم أثناء الحكم بوقف التنفيذ:

بالنظر إلى المادة (٧١) من قانون الجزاء، نجد أنها لم تضع شرط حضور المتهم أمام المحكمة لتقرير وقف التنفيذ، من ثم لا يوجد مانع من أن تقضي المحكمة غيابياً بالتقرير بوقف تنفيذ العقوبة قبل المتهم الذي لم يحضر أمامها. ونرى أن المشرع العماني قد جانبه الصواب، إذ يفترض أن يكون الحضور إجبارياً؛ لأنه يعبر عن أخلاقيات المتهم، ويسهم في تكوين عقيدة القاضي بأنه لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى من خلال مناقشته له في الجريمة وظروفها، كما أن مظهر المتهم وأسلوبه في مناقشة المحكمة مدعاة للحكم بوقف التنفيذ من عدمه؛ إذ من خلال التزامه تظهر قناعاته الشخصية، من ثم كان من الأجدر أن يشترط المشرع حضور المتهم جلسة المحاكمة أو ممثل للشخص المعنوي كي تقرر المحكمة وقف تنفيذ العقوبة، وإلا كان الحكم باطلاً.

(٣٨) د. أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص ٨٢.

الفرع الثاني

السلطة الجوازية للقاضي في إلغاء الأمر بوقف التنفيذ

إن وقف التنفيذ وضع لمصلحة المحكوم عليه وإعادة اندماجه في المجتمع مرة أخرى، وتجنبيه التعرض لعقوبات سالبة للحرية^(٣٩)، إلا أن ذلك مشروطاً بأن يتوخى المحكوم عليه الحذر، وأن يلتزم بعدم ارتكاب أي جريمة تزيد مدة عقوبتها على ٣ أشهر، وإلا كان ليس أهلاً لوقف التنفيذ؛ لذا يجوز للمحكمة إلغاء وقف التنفيذ ومعاودة تنفيذه للعقوبتين، العقوبة الأولى التي أمر بوقف تنفيذها، والثانية المرتكبة في مدة الوقف.

وهو ما نصت عليه المادة (٧٤) من قانون الجزاء بقولها: "يجوز الأمر بإلغاء وقف التنفيذ:

أولاً: إذا صدر ضد المحكوم عليه خلال مدة الوقف حكم بالسجن مدة تزيد على (٣) ثلاثة أشهر عن جريمة عمدية وقعت قبل الأمر بالإيقاف أو بعده.

ثانياً: إذا ظهر خلال مدة الوقف أن المحكوم عليه صدر ضده قبل الوقف حكم كالمنصوص عليه في البند السابق، ولم تكن المحكمة قد علمت به".

ويصدر الأمر بإلغاء وقف التنفيذ من المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم؛ وذلك بناء على طلب الادعاء العام بعد تكليف المحكمة عليه بالحضور^(٤٠).

ولعل من الأمثلة الجرائم التي قد يرتكبها المحكوم عليه، ولا تؤثر في إلغاء وقف تنفيذ عقوبته، كافة الجرائم التي لا تزيد العقوبة فيها على ثلاثة أشهر، ومن بينها ما نصت عليه المادة (١٥٨) من قانون الجزاء، والتي تنص على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على (٣) ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن (٥٠٠)

(٣٩) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص ٩٧٠. كذلك الدكتور، سليمان عبد المنعم، النظرية

العامة لقانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٤م، ص ٦٧٤.

(٤٠) وهو ما نصت عليه المادة ٧٥ من قانون الجزاء رقم ٧ لسنة ٢٠١٨م.

خمسمائة ريال عماني، ولا تزيد على (١٠٠٠) ألف ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب خطأ بإحداث حريق في مال مملوك للغير.

وإذا لم تتجاوز قيمة الأشياء المحروقة (١٠٠) مائة ريال عماني، ولم يكن هنالك خطر على الأشخاص أو إلحاق ضرر بأشياء أخرى، يعاقب الجاني بالسجن مدة لا تقل عن (١٠) عشرة أيام، ولا تزيد على شهر، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال عماني، ولا تزيد على (٥٠٠) خمسمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

كذلك ما نصت عليه المادة (٢٥١)، حيث نصت على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (١٠) عشرة أيام، ولا تزيد على (٣) ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال عماني، ولا تزيد على (٣٠٠) ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أقدم على تمزيق أو نزع أو إتلاف الإعلانات الرسمية".

كذلك المادة (٢٥٦) والتي تنص على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (١٠) عشرة أيام، ولا تزيد على (٣) ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال عماني، ولا تزيد على (٣٠٠) ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أتى علناً فعلاً أو قولاً مخللاً بالحياء".

إذاً تلك الجرائم وإن ارتكبت من المحكوم عليه خلال مدة الوقف التي حددها القانون وهي ثلاث سنوات من تاريخ اعتبار الحكم باتاً لا تؤثر على وقف التنفيذ، ولا تملك المحكمة سلطه في إلغاء أمرها بوقف التنفيذ، وفقاً لصراحة نص المادة (٧٤) الذي تطلب ان تكون الجريمة المرتكبة صدرت ضد المحكوم عليه سواء قبل أم بعد الأمر بوقف التنفيذ، وتزيد عقوبتها على ثلاثة شهور.

جدير بالذكر أن المشرع العماني قد حدد بداية مدة الوقف ونهايته في المادة (٧٣) من قانون الجزاء، فهو يبدأ من تاريخ اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً إلى انتهاء ٣ سنوات، فإذا ارتكب المحكوم عليه جريمة معاقب عليها بثلاثة أشهر فأكثر، جاز لقاضي الموضوع أن يلغي وقف التنفيذ، الأمر الذي يترتب عليه أن

ينفذ على المحكوم عليه عقوبتين، العقوبة الموقوفة، والتي ارتكبها أثناء الوقف، أما إذا مضت تلك المدة ولم يرتكب المحكوم عليه أية جرائم، أو كانت الجرائم التي ارتكبها عقوبتها أقل من ٣ أشهر، عُد الحكم كأن لم يكن، أي كأن الجريمة لم تحدث، وكأن الحكم لم يقع، فلا يكون للمحكوم عليه سابقة جنائية، ولا يتأثر بأحوال العود في تشديد العقوبة؛ لأن عُد الحكم كأن لم يكن هو محور للقضية بأكملها. أخيراً للمحكمة أن تجعل وقف تنفيذ الحكم مشروطاً بالرد أو بأداء المبالغ المحكوم بها، وذلك خلال أجل يحدد في الحكم، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (٧٢) من قانون الجزاء.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في التدرج الكمي للعقوبة

لم يقيد المشرع سلطة القاضي الجزائي بوضعة عقوبة واحدة لجريمة واحدة في جميع الجرائم، فهذا الأمر يتعارض مع السياسة الجنائية الحديثة، وبالنظر إلى النصوص الجزائية، نجد أن هناك تفاوت في كم العقوبة المقررة حتى ولو كان نوع الجريمة واحداً، من ثم يتمتع القاضي الجزائي بسلطة تقديرية في تدرج كم الجزاء المقرر، في إطار الحدود القانونية التي حددها المشرع لكل جريمة على حدة، وهذا يظهر عندما يضع المشرع للعقوبة حدين، (حداً أدنى وحداً أعلى)، أو عندما يضع المشرع أكثر من عقوبة للجريمة الواحدة، ويجوز للقاضي أن يحكم بإحدهما، أو أن يجمع بينهما.

وبهذا فإن نطاق التدرج الكمي للعقوبة من أهم وسائل تفريد العقاب القضائي التي تبرز سلطة القاضي الجزائي في الانتقال من الحد الأقصى إلى الحد الأدنى للعقوبة، والعكس^(٤١).

(٤١) د. أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق، ص ٦٦.

وفي هذا المبحث سنتناول التدرج الكمي للعقوبة في مطلبين أساسيين، المطلب الأول يتناول نظام التدرج الكمي الثابت، أما المطلب الثاني يتناول نظام التدرج الكمي النسبي، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: نظام التدرج الكمي الثابت.

المطلب الثاني: نظام التدرج الكمي النسبي.

المطلب الأول

نظام التدرج الكمي الثابت

يكون التدرج الكمي للعقوبة ثابتاً عندما يحدد المشرع للعقوبة حداً أدنى وحداً أعلى ثابتين سواء أكانا خاصيين أم الأدنى عامّاً والأعلى خاصاً، أم الأدنى خاصاً والأعلى عامّاً، أم الأدنى والأعلى عامين^(٤٢)، وهكذا تبرز أمامنا صور التدرج الكمي الثابت، وهي أربع على النحو الآتي:

^(٤٢) ويقصد بالحد الأدنى الخاص: هو اضطلاع المشرع بتحديد حد أدنى للعقوبة لا يجوز للقاضي الجزائي تجاوزه إذا ما استعمل سلطته في إنزال العقاب وفقاً لظرف مخفف.

ويقصد بالحد الأعلى الخاص: هو اضطلاع المشرع بتحديد حد أقصى للعقوبة لا يجوز للقاضي الجزائي تجاوزه إذا ما استعمل سلطته في تشديد العقوبة، إلا إذا استثنى المشرع حالات معينه في التشديد. والمقصود بكلمة خاص أن هذا الحد مرتبط بنوع جريمة معينه، ولا يمكن سريانه على كافة الجرائم، د. فهد هادي حبتور، مرجع سابق، ص ١٤٢.

ويقصد بالحد الأدنى الخاص: هو اضطلاع المشرع بتحديد حد أدنى للعقوبة لا يجوز للقاضي الجزائي تجاوزه إذا ما استعمل سلطته في إنزال العقاب وفقاً لظرف مخفف.

ويقصد بالحد الأعلى الخاص: هو اضطلاع المشرع بتحديد حد أقصى للعقوبة لا يجوز للقاضي الجزائي تجاوزه إذا ما استعمل سلطته في تشديد العقوبة، إلا إذا استثنى المشرع حالات معينه في التشديد. والمقصود بكلمة خاص أن هذا الحد مرتبط بنوع جريمة معينه، ولا يمكن سريانه على كافة الجرائم، د. فهد هادي حبتور، مرجع سابق، ص ١٤٢.

الفرع الأول

العقوبات ذات الحدين الأدنى والأعلى الخاصين الثابتين

في العقوبات ذات الحد الأدنى الخاص الثابت والحد الأعلى الخاص الثابت يضع المشرع العقوبة بين حدين لا يخرج منهما القاضي، ومن ثم فإن سلطته التقديرية تنحصر باختيار عقوبة بين هذين الحدين، وهذا النظام يشكل القاعدة العامة وفقاً لقانون الجزاء الجديد، ويمكن القول إن هذا النظام يكفل تحقيق العدالة بشكل عام.

وفي هذه الصورة يتولّى المشرع تعيين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة لكل جريمة على حدة، ومثال ذلك: جرائم الاشتراك في الأفعال الماسة بأمن الدولة، أو عدم الإبلاغ عنها، وهو ما نصت عليه المادتان (٩١ و ٩٢) من قانون الجزاء، حيث قضت المادة (٩١) بأنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (٧) سبع سنوات كل من:

أ. اشترك في اتفاق جرمي بغرض ارتكاب إحدى الجنايات المنصوص عليها في هذا الباب، أو اتخذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود من الاتفاق الجنائي.
ب. دعا إلى ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب، ولو لم تُقبل دعوته".

أما المادة (٩٢) من القانون ذاته نصت على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات، كل من علم بارتكاب جريمة من الجرائم الماسة بأمن الدولة، ولم يسارع إلى إبلاغ السلطات العامة بها".
والجدير بالذكر أن سلطة القاضي الجزائي في اختيار كم العقوبة الأنسب من تلك التي نص عليها في القانون تعتمد في أغلب الأحوال على ظروف الواقعة وملابساتها، وهو ما يتبنّى من خلال جلسات التحقيق وجمع الأدلة والبحث والتحري، فضلاً عن ترقب الأدلة المادية التي أرفقت بملف الدعوى^(٤٣).

(٤٣) د. فهد هادي حبتور، مرجع سابق، ص ١٤١.

وسلطة القاضي في تدرج العقوبة، لا يمكن بحال أن تتجاوز ما قد نص عليه المشرع من حدود قانونية، فلا يمكنه في هذا النوع من التدرج أن ينزل القاضي عن الحد الأدنى المقرر بالفعل بنص المادة، كذلك لا يمكن أن يُنزل عقوبة حدها الأقصى يزيد عما هو مقرر بنص المادة إلا في الأحوال التي ينص عليها المشرع ويسمح بذلك^(٤٤).

ومن الأمثلة على تلك الحالة نص المشرع في أكثر الجرائم على حدين في العقوبة، كالجرائم المتعلقة بهروب المتهمين والمحكوم عليهم حيث نصت المادة (٢٤٢) من قانون الجزاء على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على سنة كل شخص قبض عليه قانوناً فهرب، وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات، إذا كان الهارب محبوباً أو مسجوناً، أو وقع الهروب من أكثر من شخص، أو بالتهديد، أو بالقوة أو بالعنف...".

كذلك جرائم التأثير في القضاء والإساءة لسمعته، حيث نصت المادة (٢٤٨): "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من أخل علانية بالاحترام الواجب للقضاء على نحو يشكك في نزاهته أو التزامه بأحكام القانون".

فضلاً عن جرائم فك الاختام وإتلاف الإعلانات الرسمية، حيث نصت المادة (٢٥٢) على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من نزع أو أتلّف أو استولى بغير حق على أوراق أو مستندات أو أشياء محجوز عليها قضائياً أو إدارياً، أو مودعة بناء على حكم أو أمر قضائي أو إداري في الأماكن المعدة لحفظها أو مسلمة إلى شخص كلف بالمحافظة عليها".

(٤٤) د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٦٥٠.

ذلك بالإضافة إلى جرائم البغاء والفجور، حيث نصت المادة (٢٥٦) على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من مارس البغاء أو الفجور نظير أجر بغير تمييز"، وغيرها من النصوص القانونية. وقد نصت معظم القوانين المقارنة على التدرج الكمي الثابت، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٨٠/أ) من قانون العقوبات المصري على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، ولا تزيد عن خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه، ولا تجاوز خمسمائة جنيه:

- كل من حصل بأية وسيلة غير مشروعة على سر من أسرار الدفاع عن البلاد، ولم يقصد تسليمه أو إفشائه لدولة أجنبية أو لأحد ممن يعملون لمصلحتها.
- كل من أذاع بأية طريقة سراً من أسرار الدفاع عن البلاد.
- كل من نظم أو استعمل أية وسيلة من وسائل التراسل بقصد الحصول على سر من أسرار الدفاع عن البلاد أو تسليمه أو إذاعته، وتكون العقوبة السجن إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب".

ففي هذا النص يلاحظ أن المشرع المصري قد عين حدين أدنى وأعلى لعقوبتي الحبس والغرامة خاصين بهذه الجريمة، وهنا تكمن سلطة القاضي التقديرية بين هذين الحدين الخاصين، فلا يجوز له أن يتجاوزهما، مهما كانت أحوال الجاني وظروف الجريمة ما تستدعي تشديد العقاب أو تخفيفه خلاف هذين الحدين إلا ما استثناه المشرع بوجوب تشديد العقوبة إلى السجن، إذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب فقط، وهذا خارج نطاق السلطة التقديرية باعتباره تقييداً تشريعياً يستوجب تشديد عقوبة هذه الجريمة في زمن الحرب إلى السجن بدلاً من الحبس والغرامة^(٤٥).

(٤٥) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ٧١، ٧٥.

الفرع الثاني

العقوبات ذات الحد الأدنى العام والحد الأعلى الخاص الثابتين

في هذه الصورة يتولّى المشرّع تعيين حد أعلى خاص لعقوبة جريمة معينة يكون في الغالب أقل من الحد الأعلى العام^(٤٦)، وتعد هذه الصورة أكثر الصور التي تمنح للقاضي فيها سلطة في تطبيق العقوبة، إذ هو غير مقيد إلا بحد أقصى يقرره القانون لكل جريمة، فقد جرى هذا النظام على وضع حد أقصى خاص فقط لعقوبة السجن المؤقت والغرامة المقررة فيه^(٤٧)، وبالرغم من أن هذا النظام يهدف إلى الحد من خطر الخطأ القضائي في الارتفاع بمقدار العقوبة والإفراط في تقديرها، ومن ثم يقي الحرية الفردية من التعسف والتحكم، إلا أنه يؤدي إلى كثرة الأحكام بالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وهذا لنظام له مساوئ وخيمة على السياسة العقابية^(٤٨). وتعد هذه الصورة من نظام التدرج الكمي الثابت للعقوبة هي الأكثر شيوعاً في العديد من النظم القانونية، وإن كان المشرّع العماني لم يتطرق إلى كثير منها وفقاً لقانون الجزاء رقم (٢٠١٨/٧م)، ويمكن ذكر مثال ذلك ما نصت عليه المادة (٦٢) بأنه: "إذا خالف المحكوم عليه الأحكام والأوامر الصادرة تطبيقاً للمادتين (٥٧)، (٥٨) من هذا القانون جاز للمحكمة إصدار أمر بسجنه مدة لا تزيد على شهر"^(٤٩).

(٤٦) د. صالح أحمد صالح كنعان، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٤٧) د. زكي إسماعيل النجار، الخطورة الإجرامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٦م، ص ٢٧٩.

(٤٨) د. حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ١٩٦.

(٤٩) حيث نصت المادة (٥٧) من قانون الجزاء رقم (٢٠١٨/٧م) على أنه: "العقوبات التبعية والتكميلية هي: أ. الحرمان من كل أو بعض الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (٥٨) من هذا القانون. ب. المصادرة. ج. منع الإقامة في مكان معين أو ارتياده. د. الحرمان من مزاوله المهنة. هـ. إلغاء الترخيص. و. إبعاد الأجنبي. ز. إغلاق المكان أو المحل. ح. حل الشخص الاعتباري. ط. الوضع تحت مراقبة الشرطة. ي. نشر الحكم. ك. التكليف بأداء خدمة عامة.

أما المادة (٥٨) نصت على أنه: "الحكم بعقوبة نافذة في جناية يستتبع بقوة القانون من وقت صدوره حرمان المحكوم عليه مدة تنفيذ العقوبة، ومدة سنة واحدة تالية؛ وذلك من الحقوق ==

وكذلك ما نصت عليه المادة (١٥٤) من القانون ذاته التي نصت في فقرتها الثانية على أنه: "... وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على (٧) سبع سنوات، إذا كان من شأن ذلك تعريض حياة الناس للخطر".

وقد أخذت بهذا النظام معظم التشريعات العربية منها التشريع الليبي والمصري والتونسي والكويتي، نذكر منها على سبيل المثال قانون العقوبات المصري نص المادة (١٣٩) على أنه: "كل من كان مكلفاً بحراسة مقبوض عليه أو بمرافقته أو بنقله وهرب بإهمال منه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري، إذا كان المقبوض عليه الذي هرب محكوماً عليه بعقوبة جنائية أو متهماً بجناية، وأما في الأحوال الأخرى فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو غرامة لا تتجاوز مائتي جنيه مصري".

ووفقاً لهذا النظام فإن القاضي الجزائي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة حين يحدد المشرع للعقوبة حداً أعلى خاصاً ويترك الحد الأدنى عاماً ليعمل القاضي سلطته التقديرية، فيمكن للقاضي النزول بالعقوبة إلى الحد الأدنى العام المقرر قانوناً، فمثلاً في قانون العقوبات المصري يمكن للقاضي المصري بواسطة هذا النظام كوسيلة لتفريد العقوبة أن ينزل بالحبس إلى أربع وعشرين ساعة استناداً للنص ذاته وأحكام المادة (١٨) التي حددت الأحكام العامة لعقوبة الحبس، وأيضاً لا يجوز له أن يتجاوز الحد الأعلى الخاص للحبس المقرر مثلاً في المادة (١٣٩) وهو سنتان^(٥٠).

== والمزايا الآتية: أ. تولي الوظائف العامة. ب. عضوية المجالس والهيئات والمؤسسات العامة، ومجالس إدارة شركات المساهمة العامة أو أن يكون مديراً لها. ج. حق الترشيح والانتخاب. د. ملكية ونشر وتحرير الصحف. هـ. تولي الوصاية أو القوامة عن القصر، ومن في حكمهم. و. إدارة المدارس والمؤسسات التعليمية، وممارسة أي نشاط تعليمي فيها. ز. حمل الأوسمة والميداليات والألقاب الفخرية. ح. حمل السلاح.

(٥٠) د. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات العام، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨م، ص ١٩٢.

الفرع الثالث

العقوبات ذات الحد الأدنى الخاص والحد الأعلى العام الثابتين

في هذه الصورة يقوم المشرّع بتعيين الحد الأدنى الخاص لعقوبة الجريمة، ويترك الحد الأعلى من غير تحديد مكتفياً بالحد الأعلى العام المنصوص عليه في القانون، فمن خلال هذا النظام يجوز للقاضي أن يرتفع بما يحكم به من عقوبة إلى الحد الأعلى العام المقرر للجرائم المشمولة به في النصوص العقابية^(٥١)، أي أن الحد الأعلى للعقوبة المقرر لتلك الجرائم المشمولة بهذا النظام هو سلطة تقديرية للقاضي، فله أن يشدد العقوبة إلى الحد الأعلى العام المقرر قانوناً، فإن ذلك يدخل ضمن سلطته التقديرية الممنوحة له من قبل القانون، لكن في المقابل لا يجوز للقاضي أن يتجاوز الحد الأدنى الخاص، إذا ما أراد أن يخفف العقوبة^(٥٢).

وفي هذه الصورة من التشريع الذي يضعه المشرّع غالباً ما يهدف إلى زيادة الحماية الجنائية لجرائم تقع على مصالح عامة أو اجتماعية كالجرائم الماسة بأمن الدولة أو اقتصادها، أو تلك الجرائم التي تشكل خطورة على أمن المجتمع، وحتى يستطيع المشرّع الحد من العقوبات قصيرة المدة بهذا النظام في مثل هذه الجرائم، وذلك بأن يقيد القاضي بحد أدنى خاص لتحقيق التناسب بين الجرم المرتكب والعقوبة ويحقق الغاية من سياسته العقابية، وهذا النمط يوجد في حدود ضيقة في القوانين المعاصرة، وأن كانت بعض القوانين تتضمن عدداً من العقوبات بهذه الصورة، مثال ذلك: قانون الجزاء حيث نصت المادة (٣١٠) على أنه: "إذا اشترك عدة أشخاص في مشاجرة، ونجم عنها قتل أو إيذاء، وتعدّر معرفة الفاعل، عوقب كل من اشترك منهم بنصف العقوبة المقررة قانوناً للجريمة المقترفة....."

(٥١) د. حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٥٢) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ٨٥.

وإذا كانت الجريمة تستوجب الإعدام قضى على المجرمين بالسجن (٧) سبع سنوات على الأقل...".

وبالرجوع إلى قانون الجزاء العماني رقم ٧٤/٧ نجد المادة (١٣٦) نصت على أن: "يعاقب بالسجن عشر سنوات على الأقل كل من أقدم: ١. على خطف طائرة عمانية وإرغامها على النزول في غير المطار الذي تقصده. ٢. على خطف طائرة أجنبية وإرغامها على النزول في أحد المطارات العمانية...".

الفرع الرابع

العقوبات ذات الحدين الأدنى والأعلى العامين الثابتين

في هذه الصورة لا يضع المشرع الحدين الأدنى والأعلى للعقوبات بشكل خاص، وإنما يتركها للحد العام على اختلاف أنواعها، وهنا يجب على القاضي ألا يجاوز هذين الحدين، وفي ظل هذا النظام تتسع سلطة القاضي التقديرية في اختيار العقوبة التي يراها مناسبة تبعاً لخطورة المتهم الإجرامية، ومدى جسامة الجريمة من غير تجاوز حديها الأدنى والأعلى العامين، إذ يرى البعض أن الواقع وما يتفق مع سياسة التفريد العقابي هو عدم تقييد المشرع لسلطة القاضي الجنائية بوضع حد أدنى خاص أو حد أقصى خاص، وإنما عليه أن يكتفي بالحدين الأدنى والأقصى العامين للعقوبة^(٥٣).

غير أننا نرى أن هذا الرأي قد جانبه الصواب، إذ إن هناك من الجرائم الخطيرة تسبب ضرراً جسيماً يجب وضع حد أدنى خاص لها يجعل من عقوبتها رادعة تحقيقاً لأغراض العقوبة، كما يجب أيضاً وضع حد أعلى خاص تجنباً من تعسف القضاة أو الخطأ في التقدير، وكذلك هناك من الجرائم التي لا تقبل التقدير، ومن

(٥٣) د. نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تحديد العقوبة والتدبير الاحترازي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨م، ص ١٨٥.

ثم يجب أن تكون عقوبتها محدده حماية لمبادئ معينة، وكذلك لكي تكون العقوبة مناسبة أيضاً لظروف المجرم والجريمة المرتكبة، وهذا ما يتفق والسياسة العقابية للمشروع من تطبيق مبدأ تفريد العقاب الذي يهدف إلى جعل العقوبة ملائمة لأحوال الجريمة، ومحققه للعدالة.

ولما كان المشرع في هذه الصورة يضع العقوبة دون أن يحدد مقدارها في النص الخاص الوارد بها، ويترك للقاضي سلطة تقديرها في إطار الحدين الأدنى والأعلى العامين المنصوص عليهما قانوناً، فإن هذا النظام يترك قدراً معقولاً للتفريد القضائي للعقوبة، ويترك حماية الحقوق لنزاهة القضاة وحيادهم^(٥٤).

ولقد نصت معظم التشريعات العقابية العربية على عدد متباين من العقوبات المقررة على هذه الصورة كقانون العقوبات المصري.

وبالرجوع إلى قانون الجزاء نجد أن نصوصه لم تحتو على العقوبات المقررة بهذه الصورة، وهو ما لم يتفق مع مسلك القوانين العربية السابقة بأن يضع المشرع العقوبة دون أن يحدد لها حداً أدنى خاصاً أو حداً أعلى خاصاً في النص المقرر بشأنها، أو أن يقتصر عند تحديده للعقوبات المقررة لبعض الجرائم على تعيين الحد الأعلى للعقوبة دون أن يشير إلى حدها الأدنى، والحد الأعلى هنا هو الحد الأعلى العام المنصوص عليها في القانون كالسجن عشر سنوات كحد أعلى عام وأربع وعشرين ساعة كحد أدنى عام^(٥٥).

ولخطورة هذه الصورة في استعمالها بطريقة غير عادلة لا تتفق مع السياسة العقابية للمشروع من التفريد الكمي للعقوبة، فقد ذهب البعض إلى أهمية المحافظة على نظام التدرج الكمي الثابت للعقوبات مع تجنب ترك فرق كبير بين حدي العقوبة فإن الاتساع الكبير بين حدي العقوبة قد يضلّل، ويربك القضاة، ويفسح

(٥٤) د. حاتم موسى حسن بكار، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٥٥) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ٨٧.

المجال لتحكم الأهواء، فينتج زيادة في الرأفة أو المغالاة في القسوة، مما يؤدي أحياناً إلى تباين واضح بين الأحكام الصادرة من محاكم مختلفة^(٥٦). ونحن نرى أن هذا الرأي وأن كانت هذه الصورة من التدرج الكمي الثابت للعقوبة تعد مكنة عظيمة تساعد القاضي على اختيار العقاب الملائم لكل حالة، إلا أن سوء استعمالها يؤدي إلى خلل في موازين العقاب مما يخل بالعدالة، وهو ما يؤثر سلباً على حسن سير السياسة العقابية.

المطلب الثاني

نظام التدرج الكمي النسبي

يعرف نظام التدرج الكمي النسبي بالغرامة النسبية، فيطبق نظام التدرج الكمي النسبي في تقدير العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى في عقوبة الغرامة، ومن المعلوم أن المشرّع يحدد الغرامة بشكل يتناسب مع قيمة المال محل الجريمة أو المال الذي وقع عليه الاعتداء سواء كان مالاً عينياً أم أموالاً ثابتة، وهي العقوبة الوحيدة التي يعيّن المشرّع نطاقها الكمي أحياناً بشكل يلزم القاضي بتدرج مقدارها بالنسبة لقيمة المال محل الجريمة، وتختلف الغرامة النسبية عن الغرامة العادية، فالغرامة العادية يقررها المشرّع تعويضاً عن الضرر أما الغرامة النسبية هي عقوبة تضاف إلى العقوبة المقررة، وينقسم التدرج الكمي النسبي موضوعي وشخصي^(٥٧)، وذلك على النحو الآتي:

- أولاً: التدرج الكمي النسبي الموضوعي.
- ثانياً: التدرج الكمي النسبي الشخصي.

(٥٦) المرجع السابق، ص ٩٦.

(٥٧) د قريمس سارة، مرجع سابق، ص ١٠٠.

الفرع الأول

التدرج الكمي النسبي الموضوعي

في معظم التشريعات يتجه المشرع إلى تحديد عقوبة الغرامة في الجرائم التي يكون محلها مالا، كالجرائم المتعلقة بالسرقة والاختلاس، وجرائم الرشوة، والجرائم الاقتصادية بشكل عام، ويقاس الغرامة بقيمة الضرر المترتب، أو بقيمة المال الذي حصل عليه الجاني من الجريمة أو اتجهت إرادته للحصول عليه، فهذا النوع بالغرامة النسبية.

الجدير بالذكر أن الغرامة النسبية لا تخضع جميعها لقاعدة التدرج الكمي النسبي الموضوعي، فهذه القاعدة تشمل فقط الغرامة النسبية التي تم تحديد حديها الأدنى والأعلى على نحو متدرج ومتفاوت، وذلك بالمقارنة مع قيمة الضرر أو الفائدة المتحصلة من الجريمة، أو تم تحديد أحد حديها بهذه الطريقة، وتم تحديد الحد الآخر بمبلغ معين ثابت كحد خاص للغرامة المقررة بالذات أو كحد عام لجميع الغرامات، فنجد أن هناك أشكالاً مختلفة للتدرج الكمي النسبي الموضوعي نوضحه في النقاط الآتية^(٥٨):

أولاً- الغرامات النسبية التي لا يحدد لها المقدار سلفاً:

وهي تلك الغرامات التي لا تتحدد بحد معين لا أدنى ولا حد أقصى، وإنما يجعل المشرع من مقدارها بأن تكون مساوية لقيمة ضرر المترتب من الجريمة أو القيمة التي حصل عليها الجاني من الجريمة، وفي هذه الحالة تكون الغرامة نسبية كاملة، فهي في هذه الحالة يمكن عدها من العقوبات ذات الحد الواحد، إذ إنها تتحدد بقيمة المال محل الاعتداء في كل جريمة على حده، ومن ثم فإن القاضي لا يتمتع بأي سلطة تقديرية في تحديدها، حسب كل جريمة^(٥٩)، ومثال ذلك: نص المادة (١٥٧)

(٥٨) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها.

(٥٩) د. أكرم نشأت، المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها، د. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، المسؤولية والجزاء الجنائي، دار الهدى للطبوعات بالإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٢٧٦ وما بعدها.

من قانون الجزاء العماني رقم (٧٤/٧)، التي تعاقب إلى جانب الحبس بغرامة تساوي قيمة الرشوة التي قبلها الموظف العام بعد قيامه بالعمل الذي توخاه الراشي. وكذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢١٣) من قانون الجزاء الجديد، على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (٥) خمس سنوات، وبغرامة مساوية لقيمة المال موضوع الجريمة كل موظف عام اختلس أموالاً عامة أو خاصة أو ما في حكمها مما هو في حيازته أو تحت إدارته بسبب وظيفته أو بمقتضاها، وإذا حصل الاختلاس بالتزوير أو استعمال محرر مزور تكون العقوبة مدة لا تقل عن (٥) خمس سنوات، ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات".

ثانياً- الغرامات ذات الحدين الأدنى والأعلى النسبيين:

في هذا النوع من الغرامة يحدد المشرع حدين أدنى وأعلى للغرامة، وذلك بالمقارنة مع قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة، أو الفائدة التي حصل عليها الجاني من الجريمة أو التي أراد الحصول عليها، ويمكن ذكر مثال لذلك في القوانين المقارنة ما نص عليه القانون المصري بشأن الغرامة الضريبية على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة بما لا يقل عن ٢٥% ولا يزيد عن ثلاثة أمثال ما لم يؤد من الضريبة^(٦٠)، واتجه الفقه إلى أن هذا النوع من الغرامات كما في المثال السابق يجمع بين صفة الغرامة وصفة التعويض، بينما هناك جانب آخر من الفقه اتجه إلى أن هذا النوع من الغرامات لا يمكن أن يتشابه مع التعويض المدني، فالغرامة الضريبية هي غرامة جنائية، ومن ثم فهي عقوبة تتميز بخصائص الغرامة كعقوبة فتقضي بها المحكمة دون إثبات ركن الضرر^(٦١)، وأتفق مع الرأي الأخير بأن مثل هذه الغرامة تأخذ صفة الغرامة الجنائية كعقوبة، إذ إنها تهدف إلى الردع مثل بقية

(٦٠) د. هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠٠٦م، ص ٢٣٥.

(٦١) المرجع السابق، ص ٢٣٥.

العقوبات، ولم يتطرق المشرّع العماني إلى مثل هذا النوع من الغرامة في نصوص القانون.

ثالثاً- الغرامات ذات الحد الأدنى الثابت والحد الأعلى النسبي:

وهي الغرامات التي يضع لها المشرّع حداً معيناً كحد أدنى ثابت، ويترك حدها الأعلى بدون تحديد مبلغ معين، وإنما يتحدد بالقياس إلى قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة أو الفائدة التي حصل عليها الجاني أو التي كان يريد الحصول عليها من الجريمة، ومثال ذلك المادة (٢٠٧) من قانون الجزاء التي نصت على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (٥) خمس سنوات، وبغرامة تساوي على الأقل ما أعطي له أو وعد به، ويعزله عن الوظيفة، والحرمان من تولي الوظائف العامة بصورة مطلقة، كل موظف عام طلب أو قبل لنفسه أو لغيره أي مقابل كان، أو أخذ وعداً بذلك من أجل القيام بعمل من أعمال وظيفته أو بواجب من واجباتها، أو الامتناع عن القيام بعمل واجب عليه الامتناع عنه، ويسري حكم هذه المادة، ولو كان العمل المنصوص عليه في الفقرة السابقة لا يدخل في أعمال وظيفة الجاني"، فنجد في هذه المادة أن المشرّع حدد الحد الأقصى بشكل نسبي بحيث إنه يترك تحديدها لقياس القاضي، انطلاقاً من الحد الأدنى الذي يجب أن يساوي المال المتحصل عليه من الجريمة على الأقل.

رابعاً- الغرامات ذات الحد الأدنى النسبي والحد الأعلى الثابت:

وهي الغرامات التي يحدد المشرّع حدها الأدنى بالقياس إلى قيمة الضرر الناجم عن الجريمة أو الفائدة التي تحصّل عليها الجاني، ويجعل حدها الأعلى هو الحد الأعلى العام المقرر في القانون، ومثال ذلك ما نصت المادة (٢٠٧) من قانون الجزاء، وكذلك ما نص عليه في قانون الجزاء العماني رقم (٧٤/٧)، حيث اتخذ المشرّع هذا النمط من الغرامة النسبية في المادة (١٥٥) وتنص على أن: "كل موظف قبل رشوة لنفسه أو لغيره مالا أو هدية أو وعداً أو أي منفعة أخرى ليقوم بعمل شرعي من أعمال وظيفته... يعاقب بغرامة تساوي على الأقل ما أعطي له أو وعد به...."، والمادة (١٥٦) التي تنص على غرامة تساوي على الأقل قيمة الرشوة،

وكذلك المادة (١٥٩) من القانون نفسه في الاختلاس الذي يعاقب الموظف المختلس بغرامة أقلها قيمة ما اختلس.

الفرع الثاني

التدرج الكمي النسبي الشخصي

وفقاً للتدرج الكمي النسبي الشخصي لعقوبة الغرامة يتم تحديد العقوبة تبعاً للدخل اليومي لمرتكب الجريمة، حيث إنه وفقاً لهذا النظام يتم تحديد الغرامة فيها بوحدة نسبية تسميها "أيام غرامات"، وهو المبلغ الذي يستطيع المحكوم عليه توفيره يومياً وهو القيمة النقدية لكل وحدة "لكل يوم غرامة"، وقد حددت هذه القوانين الحد الأدنى والحد الأعلى للغرامة التي يلتزم المحكوم عليه بدفعها، وهي عبارة عن المبلغ الذي يمكن التنفيذ عليه.

وقد اختلف الفقه في مدى فعالية هذا النظام، فهناك جانب من الفقه^(٦٢) يرى أن هذا النظام يشوبه بعض العيوب، منها إلزام القاضي اتخاذ المعيار المادي مناطاً لتقدير مبلغ الغرامة وهو اتجاه تقليدي قديم لم يعد مستساغاً ولا فاعلاً بعد أن تطورت الأساليب الإجرامية وتباينت الخطورة الإجرامية التي تحتاج إلى معالجة سليمة فاتضحت ضرورة إحلال المعيار الشخصي، وقد تطرق قانون العقوبات الفرنسي إلى هذا النظام في المادة (٣١ - ٥) حيث حدد نطاق توقيع هذه العقوبة وضوابط تطبيقها، فقد نصت على أنه: "إذا كانت الجنحة معاقباً عليها بالحبس يجوز للمحكمة أن تقضي بعقوبة الغرامة اليومية لمدة عدد معين من الأيام إلى الخزانة العامة، ويتحدد مبلغ كل يوم من أيام الغرامة مع مراعاة دخل المتهم وأعبائه، ولا يجوز أن يزيد على ألفي فرنك، كما يتحدد عدد أيام الغرامة بالنظر إلى ظروف الجريمة، ولا يجوز أن يزيد على ثلاثمائة وستين يوماً"، كما نصت المادة (١٣١ - ٢٥) من قانون العقوبات الفرنسي على أنه: "في حالة الحكم بعقوبة الغرامة اليومية فإن المبلغ الإجمالي للغرامة يكون مستحقاً في نهاية المدة المطابقة مع عدد

(٦٢) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ١٠٢.

أيام الغرامات المحكوم بها، وعدم الدفع الكلي أو الجزئي لهذا المبلغ يؤدي إلى حبس المحكوم عليه لمدة تساوي نصف عدد أيام الغرامة التي لم يتم دفعها، وينفذ كما في مواد الإكراه البدني، ويخضع الحبس في هذه الحالة لنظام عقوبة الحبس^(٦٣)، فعلى الرغم مما قيل من كون هذا النظام يحقق أقصى حد ممكن من تناسب العقوبة مع خطأ المجرم وقدرته على دفعها، ومن ثم يمكن أن يضمن هذا النظام عقاباً عادلاً لكل محكوم عليه مهما كان مركزه المالي، إلا أن هذا النظام محاط بالتعقيد الحسابي والتقييد الدقيق اللذين يلازمان تطبيق هذا النظام، وهذا يرهق القاضي ويهدر وقته، فضلاً عن تعذر تطبيق هذا النظام في الأحوال التي لا يمكن فيها توفير أي مبلغ من الدخل اليومي للمحكوم عليه، أو لا يكون له دخل على الإطلاق^(٦٤).

وهناك جانب آخر من الفقه يرى أن العيوب التي يراها الرأي السابق في هذا النظام تعد مزايا له، حيث إن كلا النظامين يكمل كل منهما الآخر، فنظام التدرج الكمي النسبي الموضوعي يكمل نظام التدرج الكمي الشخصي، ويأخذ كل منهما في تقدير الغرامة زاوية معينة، فالنظام الأول: ينظر عند تقديره للغرامة إلى المال محل الجريمة، والفائدة التي حصل عليها الجاني من ارتكاب الجريمة، والنظام الثاني: يراعى الدخل اليومي للجاني الذي يمكن التنفيذ عليه، أي يتم تقسيط الغرامة بما يتناسب مع الدخل اليومي للجاني، ومن ثم فإن كلا النظامين يكمل كل منهما الآخر، ويتعين الأخذ بهما معاً عند تقدير الغرامة، ليكون لهما رد فعل مؤثر على مرتكب الجريمة^(٦٥).

(٦٣) د. شريف سيد كامل، تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد، القسم العام، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٨م، ص ١٤٢ وما بعدها.

(٦٤) د. أكرم نشأت، مرجع سابق ص ١٠٤ وما بعدها.

(٦٥) د. محمد عبد العزيز قناوي، نظرية التفريد القضائي للجزاء الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٣٠.

الخاتمة

لقد تناول هذا البحث موضوع سلطة القاضي الجزائي في اختيار وتدرج العقوبة، معتمداً بشكل أساسي على أحكام القضاء العُماني مع بيان موقف المشرّع العماني من هذا الموضوع، ولقد انتهى البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نلخصها في الآتي:

أولاً- النتائج:

١. إن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي أصبحت من المسلمات في الوقت الحالي؛ كون أن التشريعات الجنائية مرت بتطورات عدة لمواجهة الخطورة الإجرامية لدى المجرمين.
٢. إن من مقتضيات تحقيق العدالة وتحقيق الهدف من وجود العقوبات هو تمكين القاضي من أعمال سلطته التقديرية، حيث إن هذه السلطة هي الوسيلة للوصول الى الحقيقة.
٣. إن المشرّع العماني أعطى القاضي سلطة تقديرية واسعة، في صور متنوعة ومتعددة بما يحقق الموائمة بين عمل المشرّع وعمل القضاة في فرض العقوبة المناسبة لكل جرم.
٤. إن المشرّع العماني منح القاضي سلطة تقدير العقوبة بين حدين أدنى وأعلى، وقد اتبع المشرّع هذا النهج في غالبية العقوبات التي نص عليها، كونه أراد أن يترك المجال أمام القاضي حتى يستطيع دراسة الواقع واختيار الجزاء المناسب.
٥. إن السلطة التقديرية للقاضي تخضع لضوابط، يسترشد بها القاضي عند اختيار العقوبة منها ما هو متعلق بالمجرم ذاته، ومنها ما هو متعلق بظروف الجريمة.

٦. إن وسائل القاضي الجزائي في استعمال سلطته محددة وفق نصوص قانونية، ومن صورها: التدرج الكمي، والاختيار النوعي للعقوبة، وسلطة وقف تنفيذ العقوبة.

ثانياً- التوصيات:

١. يوصي البحث بضرورة توسع المشرّع في العقوبات البديلة، فالأخذ بنظام العقوبات البديلة وإيجاد تنوع واختلاف في العقوبات غير عقوبتي السجن والغرامة من شأنه إيجاد عقوبة مناسبة لبعض المجرمين تناسب الظروف التي تحيط بارتكاب الجريمة.
٢. ضرورة وجود قضاة متخصصين وملمين بالعلوم المساعدة للقانون الجزائي، كعلم النفس الجنائي وعلوم الإجرام والعقاب وغيرها؛ وذلك حتى يستطيع القاضي أن يكوّن قناعته بشكل واضح ودقيق.
٣. يوصي البحث المشرّع بأن يضع نصوصاً قانونية تتميز بوجود فرق كبير بين الحد الأدنى والأعلى، وأن يضع ضوابط محددة لتطبيق النص؛ حتى لا يكون هناك استغلال لثغرات القانون.
٤. يوصي البحث المشرّع أن يضع صياغة عامة لضوابط تقدير العقوبة بحيث يأخذها القاضي بعين الاعتبار عند تقديره للعقوبة.
٥. يوصي البحث بضرورة النص على وجوب حضور المتهم أمام المحكمة في الجلسة التي يقرر القاضي وقف تنفيذ العقوبة فيها.

قائمة المراجع

- (١) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوه، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣م.
- (٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات / القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م.
- (٣) د. أحمد محمد بونه، دور القاضي في تخفيف العقوبة في قانون العقوبات الليبي والقانون الجنائي المغربي أنموذجاً، ليبيا، دار شتات للنشر والتوزيع، ٢٠١٠م.
- (٤) أكرم إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة، عمان، ط١، ١٩٩٨م.
- (٥) جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٣٣٩هـ.
- (٦) د. حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢م.
- (٧) خالد الجبور، التقريد العقابي، دار وائل للنشر والتوزيع، ط١، الأردن، ٢٠٠٩م.
- (٨) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧م.
- (٩) د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠م.
- (١٠) سيد مصطفى داماد، الظروف المخففة في قانون العقوبات الأردني، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الشهيد بهشتي، الجزائر، العدد الثاني عشر، ٢٠٠٥م.
- (١١) صالح أحمد كنعان، حدود سلطة القاضي التقديرية في التقريد العقابي في ظل التشريعات الجزائية الأردنية، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، ٢٠١٤م.

- ١٢) د. صالح أحمد محمد حجازي، مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي، كلية الحقوق/ جامعة الإسراء، الأردن، ٢٠١٥م.
- ١٣) د. طاهر صالح العبيدي، الأحكام العامة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشرعية.
- ١٤) عادل عبد إبراهيم العاني، شرح قانون الجزاء العماني القسم العام، دار الأجيال، عُمان، ٢٠١٨م.
- ١٥) د. عبد العزيز محمد محسن، الأعدار القانونية المخففة من العقاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
- ١٦) د. علي أحمد راشد، موجز القانون الجنائي، دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة، ١٩٥١م.
- ١٧) د. عمارة فوزي، قاضي التحقيق، أطروحة رسالة دكتوراه، جامعة الاخوة منتوري، الجزائر، ٢٠١٠م.
- ١٨) د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٧م.
- ١٩) د. فهد هادي حبتور، ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة، جامعة عدن، دار الجامعة الجديدة، اليمن، ٢٠١٠م.
- ٢٠) فهد يوسف الكساسبة، وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في التقريد العقابي، دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، ٢٠١٥م.
- ٢١) د. قريمس ساره، سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، ٢٠١١-٢٠١٢م.
- ٢٢) د. مأمون سلامه، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.

- (٢٣) د. مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥م.
- (٢٤) د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأموال، ط٢، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠م.
- (٢٥) د. محمد أحمد المشهداني، أصول علمي الإجرام والعقاب في الفقهين الوضعي والإسلامي، جامعة الزرقاء الأهلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٨م.
- (٢٦) د. محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، منشورات الجامعة الليبية، ليبيا، ١٩٧٢م.
- (٢٧) د. محمد عبد الرحمن بو زبر، التطبيق التقديري للعقوبات الجزائية، دراسة في سلطات القاضي الجزائي في تقدير العقوبة في قانون الجزاء الكويتي، كلية الحقوق/ جامعة الكويت، الكويت، ٢٠١٣م.
- (٢٨) د. مزهر جعفر عبيد، الوسيط في شرح قانون الجزاء العماني القسم الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، ٢٠١٤م.
- (٢٩) د. مصطفى فهمي الجوهري، تفريد العقوبة، في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- (٣٠) د. ممدوح خليل البحر، القيود الواردة على سلطة القاضي الجزائي في وزن الأدلة، كلية القانون، جامعة الشارقة، ٢٠٠١م.
- (٣١) د. هجير بن صغير، سلطة القاضي في النظام الجزائي، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٥م.
- (٣٢) د. هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.

حماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة: أشكال الحماية والانتهاكات

الدكتور/ عادل مساوي*

المخلص:

من المعروف أن الممتلكات الثقافية تظل مشمولة بالحماية كأعيان مدنية في منظور القانون الدولي الإنساني، وتستند حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة على مبادئ ومقتضيات قانونية منصوص عليها في اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م، وعلى رأس هذه المبادئ هي أن الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب "تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء".

ووفق هذا الأساس، فإن الدراسة تروم تناول أشكال الحماية لهذه الممتلكات التي توفرها اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م كما ستقف عند التبعات والنتائج المترتبة عن انتهاك حماية هذه الممتلكات الثقافية أثناء نشوب النزاعات المسلحة والمسؤولية المترتبة عنها سواء كانت دولية أم فردية جنائية.

الكلمات المفتاحية: التراث الثقافي - الممتلكات الثقافية - النزاعات المسلحة - الحماية - الانتهاكات.

*أستاذ القانون الدولي العام - جامعة محمد الخامس بالرباط - المغرب.



The Protection of Cultural Property in Armed Conflict: Protection and Violations

Dr. Adil Moussaoui

Abstract:

The conduct of hostilities has often resulted in the destruction of irreplaceable cultural property. Recognizing the significance of this loss to the cultural heritage of humanities, the international community adopted the 1954 Hague Convention protecting cultural property.

This treaty constitutes one of the most importance tools for the protection of cultural property under International Humanitarian Law (IHL). This articles retraces all the kinds of the protection concerning this cultural property during the armed conflict, it shows also the situation emanated by the violation of the IHL rules and its legal consequences: State responsibility, individual responsibility.

Keywords: Cultural Heritage - Cultural Property - Armed Conflict - Protection - Violation.

"كل شيء ذي قيمة يظل بلا دفاع"^(١)

المقدمة

من المعلوم أن الممتلكات الثقافية تظل مشمولة بالحماية كأعيان مدنية في منظور القانون الدولي الإنساني، وتستند حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة على مبادئ ومقتضيات قانونية منصوص عليها في اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م، وعلى رأس هذه المبادئ هي أن الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب "تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء".

ويستشف من هذا الأمر، أن العين الثقافي Le Bien Cultural Propret Cultural- يحيل إلى واجب كوني يلزم جل أعضاء الجماعة الدولية قاطبة^(٢)، فعندما تدمر هذه الممتلكات الثقافية وتصاب بأضرار ليس لكونها تحمل طابعاً ثقافياً فقط، بل لأنها تضرب جانباً رمزياً يتجسد أساساً في الهوية والاعتراف بالآخر^(٣). فعلى مدار العقود والحقب الماضية، لم تسلم المواقع الثقافية والأعمال الفنية من آثار التدمير والخراب جراء الحروب والنزاعات المسلحة، فبالرغم من أشكال الحماية الذي فرضته الأعراف الدولية منذ العصور الأولى للحضارة^(٤)، فقد دفع الدمار الذي خلفته الحرب العالمية الثانية المجتمع الدولي إلى اتخاذ التدابير اللازمة، ووضع قواعد قانونية تروم منح الحماية الخاصة لهذه الممتلكات الثقافية.

(١) مقولة للشاعر الهولندي "ليسيرت".

(٢) Manlio, Frigo (2004) « Cultural property v. cultural heritage: A battle of concepts in international law?», International Review Of the Red Cross, June, Vol 86 , N° 854, p. 368.

(٣) Robert Layta, Peter G stone, Julian Thomas, Destruction and conservation of Cultural property (2001) Routledge, p. 22.

(٤) د. شريف عتلم، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١١-١٦.

من هنا جاءت اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م؛ لتُلزم كل دولة باتخاذ إجراءات في سبيل صيانة ممتلكاتها الثقافية الخاصة من الهجمات المسلحة، ويتم ذلك عن طريق نقل تلك الممتلكات بعيداً عن العمليات العسكرية المحتملة أو الدائرة، أو تفادي إقامة أهداف عسكرية بالقرب منها في حالة المواقع التاريخية، ولا يجوز للأطراف المشاركة في النزاعات المسلحة توجيه العمليات العدائية ضد الممتلكات الثقافية وعليها تفادي وقوع أضرار عرضية ضد تلك الممتلكات، كما يحظر القانون الدولي الإنساني استعمال هذه الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية.

بالرغم من كل ذلك استمرت هذه الأضرار بالممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة حتى بعد توقف الحرب الباردة، فخلال حرب البوسنة والهرسك في مطلع التسعينات تم تدمير مدينة "دوبروفنيك" الأثرية وجسر "موستار" المصنفان تراثاً إنسانياً من طرف منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة "اليونسكو"^(٥)، إضافة إلى تدمير تمثالي بوذا في مدينة "باميا" الأفغانية من جهة حركة طالبان في بداية الألفية الجديدة.

وتتمتع الممتلكات الثقافية بالحماية أثناء نشوب النزاعات المسلحة بطريقتين: فمن جهة تنطبق عليها أحكام القانون الدولي الإنساني التي تمنح الحماية للممتلكات المدنية، إذا كانت مدنية بطبيعتها، ومن جهة ثانية تكرر الاتفاقية المذكورة في أعلاه بحماية الممتلكات الثقافية أثناء اندلاع ونشوب النزاعات المسلحة، وسيجري تعزيز هذه الاتفاقية بالبروتوكولين الملحقين ١٩٧٧م لاتفاقية جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م، فهكذا أضحت الاتفاقية جزءاً من القانون الدولي العرفي الإنساني.

وجاءت اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م بالعديد من الالتزام، تلزم بموجبها الدول باتخاذ عدة تدابير من أجل صيانة الممتلكات الثقافية الخاصة من الهجمات المسلحة، ويتم ذلك عن طريق نقل هذه الممتلكات بعيداً عن العمليات العسكرية المحتملة أو

(٥) تجدر الإشارة إلى أن منظمة اليونسكو مسئولة عن تصنيف هذه المنشآت الثقافية كتراث عالمي

إنساني بموجب اتفاقية باريس للتراث العالمي لعام ١٩٧٢م.

الدائرة، أو تفادي إقامة أهداف عسكرية بالقرب من المواقع الأثرية والتاريخية، إضافة إلى إلزام الدول الأطراف بعدم استعمال الممتلكات الثقافية كأهداف عسكرية، وفي الوقت نفسه أقرت اتفاقية "لاهاي" مشروعية شن الهجمات على الممتلكات الثقافية، إذ تم تحويل هذه الممتلكات إلى أهداف عسكرية إعمالاً لمبدأ الضرورة العسكرية الملحة.

وتعزز الإطار القانوني لحماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة إلى جانب اتفاقية "لاهاي" ١٩٥٤م، والبروتوكول الأول لعام ١٩٥٤م، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بإضافة بروتوكول ثاني عام ١٩٩٩م لاتفاقية "لاهاي".

من أجل كل ذلك، ستحاول هذه الورقة أن تجيب عن الإشكالية الآتية: إلى أي مدى يسهم القانون الدولي الإنساني، في توفير الحماية للممتلكات الثقافية على غرار الفئات المحمية الأخرى أثناء نشوب النزاعات المسلحة؟ وإلى أي حد يترتب عن انتهاك مبادئ هذه الحماية إقرار المسؤولية الجزائية لدى مرتكبيها؟

وبناء على ما تقدم، سنقسم هذه الورقة إلى مبحثين أساسيين: الأول سنتناول فيه الإطار القانوني أو المصادر القانونية التي توفر أشكال الحماية لهذه الممتلكات الثقافية بدءاً من الحماية العامة مروراً بالحماية الخاصة، وصولاً إلى الحماية المعززة، أما في المبحث الثاني فسنستوقف عند التكييف القانوني المتعلق بإقرار المسؤولية الدولية والجزائية والجنائية المترتبة عن انتهاك حماية هذه الممتلكات الثقافية، وعدم صونها أثناء اندلاع النزاعات المسلحة.

المبحث الأول

الإطار القانوني الدولي لحماية الممتلكات الثقافية

من نافلة القول، إن أحكام القانون الدولي الإنساني، تشير إلى "الأعيان المحمية" والمقصود منها عادة العقارات والمنقولات والمناطق التي لا تشترك في الأعمال

العسكرية ومن ثم تتمتع بحماية القانون الدولي الإنساني، ويمكن تقسيم هذه الأعيان إلى: أعيان ذات صلة بالفئات المحمية، ومناطق محمية وممتلكات ثقافية وأشغال هندسية ومنشآت تحتوي على قوى خطرة، وأخيراً البيئة الطبيعية^(٦). وتعكس هذه الحماية التوسع الذي لحق بنظام القانون الدولي الإنساني؛ حيث لم يعد قاصراً كما كان عليه الحال حتى منتصف القرن الماضي، على حماية ضحايا الحروب من الأفراد وتخفيف معاناتهم، بل امتد نطاقه ليكفل الحماية الخاصة للممتلكات الثقافية في فترات الحروب، وقد جاء هذا التوسع في نطاقه ليشمل كنتيجة طبيعة لما خلفته الحروب سواء الدولية فيها أم غير الدولية على مر العصور للعديد من الدمار والسلب والنهب للممتلكات الثقافية بمختلف أنواعها^(٧).

المطلب الأول

أهمية التراث الثقافي وحمايته

إن التراث الثقافي لأية دولة لا يمثل ملكاً خالصاً لفرد أو شعب أو دولة من الدول على وجه الحصر، إنما يمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية^(٨) جمعاً، فالفكرة المحورية التي يقوم عليها هذا المفهوم في القانون الدولي هو أن الأجيال الحاضرة ما هي سوى جزء من حلقة يجب ألا تنقطع، فهناك إذن تضامن عالمي في الزمان بين الأجيال المتعاقبة وفي المكان أيضاً بين الشعوب قاطبة، مما يتماشى مع منطوق اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م إن الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب كان تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء، فكل شعب يساهم بنصيبه في

(٦) د. شريف عتلم، المستشار خالد غازي، دليل تدريب القضاة على أحكام القانون الدولي الإنساني،

اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، ٢٠٠٨م، ص ٣٧.

(٧) David Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 215.

(٨) د. عبد القادر القادري، مفاهيم القانون الدولي، دار تويقال للنشر، ١٩٩٠م، ص ٦٩.

الثقافة العالمية ولاعتبارها أن في المحافظة على التراث الثقافي فائدة عظيمة لجميع شعوب العالم وأنه ينبغي أن يكفل لهذا التراث حماية دولية^(٩).

وترى لجنة القانون الدولي أن التراث الثقافي يشمل الممتلكات التي تشكل جزءاً من التراث الثقافي، ويجوز أن تكون ممتلكات الدولة مشمولة في التراث الثقافي الوطني، وبضم التراث الوطني جوانب عديدة منها الآثار والمباني والمواقع، بينما يشير التراث الطبيعي إلى السمات والمواقع الطبيعية، (التشكيلات الجيولوجية والطبيعية)، التي لا يمكن تحديد قيمتها النقدية بسهولة، بل تكمن قيمتها في أهميتها المعنوية والتاريخية أو الفنية أو العلمية أو الجمالية، أو في حفظها أو في جمالها الطبيعي^(١٠).

ووضعت اتفاقية حماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي لعام ١٩٧٢م تعريفاً شاملاً للتراث الثقافي موضحة مكوناته^(١١)، وعرفته أنه المعالم الطبيعية المكونة من تشكيلات طبيعية أو جيولوجية أو مجموعات لهذه التشكيلات، والتي تتميز بقيمة عالمية فائقة من الزاوية الجمالية أو العلمية أو زاوية الحفظ أو الجمال الطبيعي، كما

(٩) انظر: ديباجة اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤م لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.

(١٠) سلامة صالح الرهايفة، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، دار الحامد للنشر ٢٠١٢م، ص ٥٤.

(١١) تعريف المادة: ١ التراث الثقافي لأغراض الاتفاقية:

المعالم الأثرية: أعمال الهندسة المعمارية وأعمال النحت والزخرفة والعناصر أو الهياكل الأثرية الطابع والنقوش، والكهوف السكنية ومجموعات المعالم التي تتميز بقيمة عالمية فائقة من الزاوية التاريخية أو الفنية أو العلمية.

مجموعات المباني: المباني المستقلة أو المتصلة التي تتميز بقيمة عالمية فائقة من الزاوية التاريخية أو الفنية أو العلمية بسبب فيها المعماري أو مكانتها في المنظر الطبيعي.

المواقع: الأعمال التي أنجزها البشر أو الأعمال التي صنعتها الطبيعة والبشر، والمناطق التي توجد بها مواقع أثرية ذات قيمة عالمية فائقة من الزاوية التاريخية أو الجمالية أو الانثولوجية أو الانثروبولوجية.

يشمل التراث الثقافي العالمي أيضاً: المتاحف والمؤسسات الثقافية، المباني التاريخية والمواقع الأثرية، هذا فضلاً عن التراث الثقافي غير المادي الذي يتضمن الأعمال الفنية بمعناها الواسع، كما أن اتفاقية التراث الثقافي والطبيعي لعام ١٩٧٢م أشارت إلى أن الحيوانات والنباتات المهددة تعد جزءاً من التراث الثقافي العالمي.

وتنص اتفاقية اليونسكو لعام ١٩٧٠م على مبادئ أساسية لحماية التراث العالمي، وتخول لكل دولة الحق في إقرار تراثها الثقافي وحمايته، وفي هذا الخصوص تتضمن الاتفاقية أقل التعليمات المطلوبة لتحقيق حماية أفضل للتراث الثقافي المحلي والأجنبي، وللحيلولة من غير استيراد وتصدير التراث الثقافي بطريق غير مشروع، وتلتزم الدول الأعضاء بتسليم التراث الثقافي الذي تم إدخاله بشكل غير شرعي بناء على طلب من الدولة الأصلية (الطرف في الاتفاقية)، المالكة لهذا التراث^(١٢).

اللافت أن التراث الثقافي يعد عنصراً مهماً للهوية الثقافية للأفراد والمجتمعات والدول، ويترتب على تدميره المتعمد نتائج ضارة بالكرامة البشرية وبحقوق الإنسان^(١٣)، وينبغي للدول عندما تشتبك في نزاع مسلح، سواء أكان ذا طابع دولي أم غير دولي، بما في ذلك في حالة الاحتلال، أن تتخذ جميع التدابير الملائمة من أجل القيام بأنشطتها على نحو يكفل حماية الممتلكات الثقافية وفقاً لمبادئ وأهداف الاتفاقات الدولية والقانون العرفي، والمتعلقة بحماية ذلك التراث أثناء أعمال القتال^(١٤).

وتسعى الاتفاقيات الدولية المعنية وقواعد العرف الدولي إلى حماية الممتلكات الثقافية باعتبارها جزء من التراث الإنساني، وتؤدي النزاعات المسلحة عادة إلى عدم الإضرار بالمدينين فقط وحققهم في الحياة وغيرها من الحقوق المعترف بها دولياً وداخلياً، بل تمتد إلى تدمير الممتلكات الثقافية والحضارية للشعوب.

(12) Toman, Jiri , La protection des biens culturels en cas de conflit armé, Ed, UNESCO 1994, p. 230.

(13) نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م.

(14) إعلان اليونسكو بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي لمؤتمر منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة المنعقد في دورته الثانية والثلاثين في باريس عام ٢٠٠٣م، ص ١.

وتحدد المعايير العامة المستعملة لتحديد الممتلكات الثقافية المحمية على أساس الأهمية الفنية أو التاريخية أو الأثرية لهذه الممتلكات، وضمن هذا النطاق، هناك مصلحتان أساسيتان تتحققان عند القيام بالحماية، هما: مصلحة الدول منفردة، ومصلحة شاملة "مصلحة المجتمع الدولي"^(١٥)، وتتطلب حماية الممتلكات الثقافية والحضارية السير في اتجاهين هما:

الاتجاه الأول مادي: ويشمل الصيانة، والترميم، والحماية، والحفظ، والتوثيق، وإعداد الدراسات الاستكشافية والتحليلية، وتأسيس المؤسسات أو المصالح المتخصصة في مجال الرعاية والحفظ، وتوفير العناصر البشرية والفنية، ودعمها بالأموال المطلوبة للقيام بدورها.

أما الاتجاه الثاني فهو قانوني: ويتعلق بإصدار وتطوير التشريعات القانونية الوطنية والدولية من أجل الحفاظ على تلك الممتلكات بما فيها إنشاء أجهزة أمنية وقضائية؛ لتنفيذ ومتابعة تلك القوانين، والحرص على سلامة المواقع الأثرية والتاريخية، ومنع الاعتداء على الآثار وسرقتها وتخريبها أو الاتجار بها.

ولا بد من الإشارة إلى أن الأولوية في أي نزاع مسلح تكون عادة في توفير الحماية للمدنيين بالدرجة الأولى، وللأشخاص، والأعيان التي لا تشارك بشكل مباشر في القتال، ويؤدي اعتماد مبدأ التمييز بين الأهداف العسكرية والأعيان المدنية إلى توفير هذه الحماية القانونية.

والحقيقة أن الاهتمام لم ينصب على تبني قواعد تحمي الممتلكات الثقافية في حالة الحرب في حقبة حديثة العهد نسبياً، وتم ذلك في البداية من خلال المبدأ الأساسي القائل بالتمييز بين الأهداف العسكرية، والممتلكات المدنية، ويرجع الفضل في ذلك إلى "جان جاك روسو" الذي كان له السبق في طرح مبدأ التمييز بوضوح، إذ قال: "إن الحرب ليست علاقة بين شخص وآخر، وإنما بين دولة وأخرى، يكون فيها الأفراد أعداء بالصدفة، وليس كأشخاص أو مواطنين وإنما كجنود"، ويشمل مبدأ التمييز بين الأهداف

(١٥) نفس المصدر، ص ٦.

العسكرية والممتلكات المدنية جميع قوانين الحرب وأعرافها، لاسيما القواعد المتعلقة بسير العمليات العدائية^(١٦).

وتتمتع الممتلكات الثقافية من جانبين: الجانب الأول بحكم طابعها المدني، أما الجانب الثاني كونها جزءاً من التراث الثقافي أو الروحي للشعوب، ومن ثم، فإنها تحظى بحماية مزدوجة: فهي محمية من جهة بصفتها ممتلكات مدنية وتسري عليها جميع الأحكام المتعلقة بحماية الممتلكات أو الأهداف المدنية، ومن جهة أخرى تخضع لحماية خاصة بموجب الأحكام المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح، وليس هناك تناقض بين النوع الأول والثاني من الحماية، بل هما متطابقان^(١٧).

ويجب أن يتم تبني التدابير اللازمة لحماية الممتلكات الثقافية في أوقات النزاعات المسلحة، في أوقات السلم، وذلك باتخاذ الخطوات المناسبة التي تدعم تبني تشريعات مناسبة من الدول؛ لتحديد المسؤوليات، ووضع خطة واضحة ومفصلة بشكل دقيق لحماية الممتلكات الثقافية، إلى جانب تبني برامج مدروسة؛ للتعريف بأهمية هذه الممتلكات وقيمتها الكبيرة للبشرية جمعاء، وأهمية الحفاظ عليها من جانب كل الأفراد والهيئات والمؤسسات الرسمية وغير الرسمية؛ لضمان حمايتها واحترامها من جميع الأفراد ولدرء خطر مهاجمتها من جهة اللصوص والعابثين^(١٨).

وظل تملص عدم تصديق عدد من الدول على بعض معاهدات القانون الدولي الإنساني المهمة فقد شرعت اللجنة الدولية للصليب الأحمر مع مجموعة من الخبراء البارزين في إجراء دراسة دولية متخصصة حول ممارسات الدول الراهنة فيما يتعلق

^(١٦) فرنسو بونيون، نشأة الحماية القانونية للممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح ضمن إطار القانون الدولي الإنساني التعاقدى والعرفي - اجتماع الذكرى الخمسين لاتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤م، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠٠٤م، ص ٧.

^(١٧) Protection of Culture Property in the event of armed conflict- Report on the meeting of experts-Advisory service on inter on international humanitarian law- International Committee of the Red Cross- Geneva 2002, p. 8.

^(١٨) Protection of Culture Property, Op.cit., p. 9.

بالقانون الدولي الإنساني بهدف تحديد قواعد القانون العرفي في هذا المجال، وقد تم إنجاز هذا العمل الكبير، ونشره في عام ٢٠٠٧م، وفي القواعد المتعلقة بالأشخاص والأعيان المشمولة بعناية خاصة أشار الخبراء إلى مجموعة من القواعد العرفية المعنية بحماية الممتلكات الثقافية وتتضمن ما يأتي:

- يجب إيلاء اهتمام خاص في العمليات العسكرية؛ لتجنب الأضرار بالمباني المخصصة لأغراض دينية، أو فنية، أو علمية، أو تربية، أو خيرية، وبالأثار التاريخية ما لم تكن أهدافاً عسكرية.

- يجب أن لا تكون الممتلكات ذات الأهمية العظيمة للتراث الثقافي لأي شعب محلاً للهجوم إلا في الحالات التي تستلزمها الضرورة العسكرية القهرية.

وتتم ممارسة الدول لهذه القواعد كإحدى قواعد القانون الدولي العرفي المطبقة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وبينما يتعين أن تتخذ، في أي هجوم ضد هدف عسكري، الاحتياطات الممكنة كافة لتجنب التسبب بأضرار عرضية للأعيان المدنية، وفي كل الأحوال حصرها في الحد الأدنى، يتطلب إيلاء اهتمام خاص لتجنب الإضرار ببعض أكثر الأعيان المدنية قيمة، وقد أقر هذا المبدأ سابقاً في مدونة ليبر، وفي إعلان "بروكسيل" ودليل لائحة "لاهاي"^(١٩).

وتتسبب الحروب التي تحدث في مختلف مناطق العالم بحدوث الاضطرابات والقتل والدمار، والإضرار بالاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدول، ولا تنحصر آثارها على ذلك فقط، بل تؤدي إلى تدمير وفقدان وتشويه ذاكرة البشر

^(١٩) لويز دوزوالد بك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول، القواعد - اللجنة الدولية

للمصليب الأحمر، القاهرة ٢٠٠٧م، ص ١١٤.

المتعلقة بهويتهم الثقافية وارثهم الحضاري^(٢٠)، وذهب أيضاً إلى أن هذه الأعمال يمكن أن تؤدي إلى وضع أشبه "باحتلال التاريخ"^(٢١).

وتتمثل القاعدة الأساسية المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية في أوقات النزاعات المسلحة في اعتماد مبدأ مهم يدعو الأطراف المتنازعة إلى عدم اتخاذ هذه الأماكن هدفاً للهجوم ما دامت تمثل أعياناً مدنية، ويمكن مهاجمتها فقط في حال اكتسبت صفة الهدف العسكري "في حالة الضرورة العسكرية"^(٢٢)، ويرجع واجب إبلاء اهتمام خاص لتجنب الإضرار بالمباني المخصصة لأغراض دينية أو فنية أو علمية أو تعليمية أو خيرية والآثار التاريخية شريطة أن لا تستعمل لأغراض عسكرية، في الكثير من كتيبات الدليل العسكري، وتنص تشريعات العديد من الدول على أن مهاجمة هذه الأعيان يشكل جرماً يعاقب عليه القانون، وقد أدانت الدول، ومنظمة الأمم المتحدة ومنظمات دولية أخرى الهجمات ضد هذه الأعيان في نزاعات جرت على سبيل المثال في أفغانستان كما حدث عند تدمير تماثيل "بوذا" في "باميان" التي كان لها أثر في المجتمع الدولي بأسره، وقد أعرب مجلس الأمن الدولي ومنظمة اليونسكو في هذا الصدد عن قلق المجتمع الدولي العميق إزاء تزايد أعمال التدمير المتعمد للتراث الثقافي وعن دعوتها إلى الكف عن تدمير التراث الثقافي، إلى الإنسانية، وأشارت اليونسكو إلى أن أي دولة تقوم عمداً بالتدمير أو تمتنع عمداً عن اتخاذ التدابير الملائمة لحظر، ومنع ووقف ومعاينة أي تدمير عمدي لتراث ثقافي ذي قيمة عظيمة بالنسبة للإنسانية، سواء أكان ذلك التراث مدرجاً في قائمة تحتفظ

(20) Le Goff (J), Patrimoine et passion identitaire du patrimoine, Ed. Fayard 1998, p. 24.

(21) حسن جوني، تدمير الأعيان الثقافية أو احتلال التاريخ، مجلة الإنسانية، عدد ٤٧، شتاء ٢٠٠٩/٢٠١٠م.

(22) المادة: ٤ من اتفاقية لاهي لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة ١٩٥٤م.

بها اليونسكو أو أي منظمة دولية أخرى أم لم يكن تتحمل المسؤولية عن ذلك التدمير ضمن الحدود التي يقرها القانون الدولي^(٢٣).

وكذلك تدمير المتحف الوطني العراقي عند احتلاله في عام ٢٠٠٣م، فضلاً عن تدمير الأضرحة ودور العبادة، وتدمير الضريح المقدس للإمام العسكري في سامراء الذي كان في حماية قوات الاحتلال، والذي جرى تفجيره بالكامل وسرقة كل مقتنياته الأثرية، وكما حدث أيضاً في التراث الثقافي في يوغوسلافيا السابقة عام ١٩٩٩م^(٢٤).

وتلزم قواعد القانون الدولي القوات المحتلة بوقاية واحترام الممتلكات الثقافية والحفاظ عليها على الأقل، وبشكل لا يقبل الجدل منذ تبني اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م، واتفاقية "لاهاي" لحماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة لعام ١٩٥٤م^(٢٥).

من هنا تأتي أهمية التوقف والتدقيق في الأساس القانوني الذي يكفله القانون الدولي الإنساني من أجل ضمان الحماية القانونية، وأشكالها على الممتلكات الثقافية أثناء نشوب النزاعات المسلحة، وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني من المبحث الأول.

المطلب الثاني

آليات وأشكال الحماية الدولية للممتلكات الثقافية

يظل مفهوم الحماية القانونية للممتلكات القانونية لا ينطوي على معنى واحد في الوثائق الدولية، فالمدلول الضيق لكلمة "الحماية" هو عدم تخريب الممتلكات

(٢٣) إعلان اليونسكو بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي، الدورة الثانية والثلاثين، باريس ٢٠٠٣م، ص ٣.

(24) Bahrani Zainab(2003), Iraq's cultural heritage: Monuments history and loss, The Art Journal Vol 62, December, p. 17.

(٢٥) المادة: ٤ الفقرة: ٣ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤م.

الثقافية المادية، ومنع تدمير الممتلكات الثقافية غير المادية وحماية حقوق مؤلفيها وحماية حقوق مستخدميها، أما المعنى الواسع "الحماية" فإن حماية الممتلكات الثقافية لا تفترض صيانتها وتأمين أداء مهامها فقط، إنما المساعدة على تطور هذا النوع من النشاط الإبداعي واتساع رعايتها الثقافية.

إن ما ينبغي الإشارة إليه في هذا المجال، أن آلية الحماية والمتمثل في الاتفاقيات الثقافية، تعمل في الوقت الحاضر في ثلاثة اتجاهات رئيسية: إذ يتضمن الاتجاه الأول، العمل القانوني الدولي والمتمثل في الاتفاقيات النافذة والوثائق الأخرى ذات الطابع العام أو الإقليمي.

أما الاتجاه الثاني، فيشمل القرارات والتوصيات الصادرة عن اليونسكو وغيرها من المنظمات الحكومية وغير الحكومية.

وأخيراً الاتجاه الثالث الذي يتمثل في العمل الدولي المشترك من مؤتمرات ووثائق دولية، أو حتى مشاريع الاتفاقيات والقوانين التي تؤمن تنظيم هذه المسألة.

وما تجدر الإشارة إليه، إن لهذه المسألة جذوراً تاريخية ترجع إلى الاتفاقية العامة لحماية البعثات العلمية المبرمة في عام ١٨٨٥م، وإلى اتفاقية "برن" لحماية المصنفات الأدبية والفنية لعام ١٨٨٦م، وكذلك لاتفاقيتي "لاهاي" لعامي ١٨٩٩م و١٩٠٧م فيما يتعلق منها بحماية الممتلكات الثقافية في أوقات الحرب، ثم اتفاقية سان جيرمان الموقعة عام ١٩١٩م ومعاهدة نبد الحرب "معاهدة باريس لعام ١٩٢٨م" ^(٢٦).

غير أن اتفاق رويرش الذي وقعته الدول الأمريكية عام ١٩٣٥م، يعد أول وثيقة قانونية دولية تنظم مسائل حماية الممتلكات والمؤسسات الثقافية، كذلك خال اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح، تعد الوثيقة القانونية الأساسية التي جاءت مكملة لجهود "ميثاق رويرش" ^(٢٧).

^(٢٦) علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، "دراسات تطبيقية

مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩م، ص ٢٤.

^(٢٧) انظر المصدر نفسه، ص ٢٤.

فبموجب اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٠٧م في حالات الحصار أو القصف يجب اتخاذ كافة التدابير اللازمة لنفاذي الهجوم، قدر المستطاع، على المباني المخصصة للعبادة، والفنون، والعلوم، والأعمال الخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات، والمواقع التي يتم فيها جمع المرضى والجرحى شريطة ألا تستخدم في الظروف السائدة آنذاك لأغراض عسكرية، ويجب على المحاصرين أن يضعوا على هذه المباني أو أماكن التجمع علامات ظاهرة محددة يتم إشعار العدو بها مسبقاً^(٢٨).

وفي نفس الإطار نفسه تضمنت معاهدة "لاهاي" لعام ١٩٠٧م مقتضيات تشير إلى أن: "امتلاك البلديات والمنشآت المخصصة لممارسة العبادة ولأعمال البر والتعليم والفنون، حتى تلك التي تكون مملوكة للدولة يجب عدها كالممتلكات الخاصة، وأن كل حجز أو أضرار متعمدة لهذه المنشآت والآثار التاريخية والأعمال الفنية والعلمية هو أمر ممنوع وتتعين ملاحقته"^(٢٩).

وستتواصل عملية تعزيز الآليات القانونية لضمان مبدأ حماية الممتلكات الثقافية في الاتفاقيات الدولية المتعاقبة، ولاسيما في البروتوكولات الملحق لاتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م والموقعة في عام ١٩٧٧م.

"تحظر الأعمال الآتية، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية "لاهاي" المتعلقة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح المعقودة بتاريخ ١٤ أيار / مايو ١٩٥٤م، وأحكام المواثيق الدولية الأخرى الخاصة بالموضوع:

(أ) ارتكاب أي من الأعمال العدائية الموجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب.
(ب) استخدام مثل هذه الأعيان في دعم المجهود الحربي.

(٢٨) انظر المادة ٢٧ اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧م المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية.

(٢٩) انظر المادة ٥٦ اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧م المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية.

(ج) اتخاذ مثل هذه الأعيان محلاً لهجمات الردع^(٣٠).

فكلا البروتوكولين الإضافيين قاما بتعريف الممتلكات الثقافية على أنها الآثار التاريخية، أو الأعمال الفنية وأماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب، بينما السريان ينسحب على النزاعات الدولية حسب البروتوكول الأول وعلى النزاعات غير الدولية حسب البروتوكول الإضافي الثاني، في حين يتم تكريس هذه الحماية لهذه الممتلكات بحظر استخدامها الثقافية في دعم المجهود الحربي، أو اتخاذها محلاً لهجمات الردع.

وتتوقف هذه الحماية عندما تصبح الممتلكات الثقافي هدفاً عسكرياً^(٣١)، وتشمل هذه الأهداف العسكرية ما يأتي:

- الأعيان التي تسهم مساهمة فاعلة في العمل العسكري.
- يكون إسهامها هذا ناتجاً عن طبيعتها أو موقعها أو غايتها أو استخدامها.
- يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة^(٣٢).

وبعد هذا المدخل الضروري الذي يرسم الإطار العام لهذه المسألة، لا بد لنا من استعراض مدلول الحماية وقت الحرب للممتلكات الثقافية في ضوء الأفكار الجديدة التي جاءت بها اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م، والحقيقة أن الاتفاقية استلهمت في ديباجتها بعض الأحكام المبدئية الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية، فبصدد الحكم

(٣٠) انظر كل من المادة: ٥٣ من البروتوكول الإضافي الأول والمادة: ١٦ من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧م.

(٣١) لقد أكد القضاء الدولي على هذا السبب لزوال الحماية المقررة على الممتلكات الثقافية. ففي حكمها في قضية Blaskic indictment ذهبت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة إلى وجوب ألا تستخدم الممتلكات الثقافية وأماكن العبادة لأغراض عسكرية، وألا تكون على مقربة من الأهداف العسكرية.

(٣٢) انظر نفس المرجع السابق.

الأول فقد ورد: "أن الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب كان، تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء، فكل شعب يسهم بنصيبه في الثقافة العالمية"^(٣٣).

أما الحكم الآخر فيتعلق بفاعلية هذه الممتلكات، من حيث ضرورة تنظيمها منذ وقت السلم باتخاذ الإجراءات اللازمة سواء أكانت وطنية أم دولية^(٣٤)، ومن الجدير بالذكر، أن اتفاقية "لاهاي" تتناول صنفين من الحماية للممتلكات الثقافية هي: الحماية العامة، والحماية الخاصة^(٣٥).

وبعد النجاح المحدود لهذين النظامين، استحدثت بروتوكول ١٩٩٩م نظاماً جديداً وثالثاً أطلق عليه "الحماية المعززة"^(٣٦) للممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً ثقافياً على أكبر جانب من الأهمية.

أولاً- الحماية العامة: حددت المادة الثانية من الاتفاقية نوعين أساسيين من الحماية العامة للممتلكات الثقافية هما الوقاية والاحترام، فالوقاية تستوجب من الدول أن تتخذ منذ وقت السلم من الإجراءات الكفيلة بذلك وفقاً لما تراه مناسباً لها^(٣٧).

وينبغي التنويه على مسألة مهمة، هي أن الاتفاقية عندما تبنت نوعي الحماية العامة للممتلكات الثقافية، تأخذ بنظر الاعتبار مسألة التباين ما بين الوقاية والاحترام كما يأتي:

- إن معنى الوقاية يقتصر على التدابير الوقائية التي تتخذها كل دولة داخل إقليمها لحماية الممتلكات الثقافية، منذ وقت السلم، في حين أن الاحترام يعني

(٣٣) علي خليل إسماعيل الحديثي، مرجع سابق. ص ٥٦.

(٣٤) انظر: ديباجة اتفاقية لاهاي ١٩٥٤م.

(٣٥) انظر: المواد ٢، ٨ من اتفاقية لاهاي ١٩٥٤م.

(٣٦) انظر: المادة ١٠ من البروتوكول الإضافي الثاني لسنة ١٩٩٩م الاتفاقية لاهاي ١٩٥٤م.

(٣٧) انظر المادة ٢ من الاتفاقية.

الالتزامات المترتبة على عاتق الدولة، والدولة الخصم في احترام الممتلكات الثقافية الكائنة في أقاليمها وقت الحرب.

- إن الوقاية تفترض اتخاذ التدابير والإجراءات المناسبة، أما الاحترام فهو يفترض التحفظ من أية تدابير انتقامية وأعمال عدوانية قد تعرض الممتلكات الثقافية للتدمير أو التلف أو التخريب^(٣٨).

- إن التباين يكمن -أيضاً- في أن احترام الممتلكات الثقافية قد لا يلتزم به فيما إذا كانت هناك ضرورات حربية، تستلزم ذلك، وتجدر الإشارة -أيضاً- إلى أنه لا يحق للدولة التحلل من الالتزام باحترام الممتلكات الثقافية حتى وإن لم تتخذ الدولة الخصم التدابير اللازمة لوقايتها^(٣٩).

هذا وتشمل التدابير الوقائية التي تتخذها الدولة أيضاً كل الإجراءات التي من شأنها، أن تلزم أفراد قواتها المسلحة على احترام الممتلكات الثقافية إبان الحرب، وذلك من خلال اللوائح والتعليمات العسكرية^(٤٠)، وغير ذلك من الإجراءات الأخرى، كالمعمل على إعداد الأقسام وإنشاء الدوائر الخدمية في صفوف القوات المسلحة التي تعنى بهذه المسألة وتكون على صلة بالسلطات المدنية ذات العلاقة^(٤١).

أما احترام الممتلكات الثقافية إبان الحرب يفترض هو الآخر بعض الإجراءات إلى جانب تلك المذكورة آنفاً، ولعله من المفيد بمكان، الاستدلال بنص المادة ٤ من الاتفاقية التي تسير إلى ضرورة الامتناع عن استخدام الممتلكات الثقافية أو الوسائل المخصصة لحمايتها، في الأغراض العسكرية، ومن ثم التحفظ من أعمال النهب والتدمير وغيرها من الأعمال العدائية الموجهة إزاء هذه الممتلكات.

(٣٨) راجع المادة ٤ من الاتفاقية، الفقرات ١-٢-٣.

(٣٩) انظر المادة ٤ من الاتفاقية الفقرات ٢ و٥.

(٤٠) انظر الفقرة الأولى من المادة: ٧.

(٤١) راجع الفقرة الثانية من المادة نفسها.

في حين تتناول المادة ٥ من الاتفاقية هذه المسألة في ظل الاحتلال، وما نلاحظه في هذا الصدد أن مفهوم الاحتلال لم يلق ذلك التحديد الدقيق، مما ينبغي القيام به للإحاطة به وصولاً إلى تحديد فعل المادة ٥ تحديداً دقيقاً. فالقانون الدولي ينظر إلى الاحتلال العسكري، كحدث مادي وقتي وذو نتائج قانونية^(٤٢)، أقرتها اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٠٧م، وأقرتها التشريعات الداخلية لمعظم الدول^(٤٣)، كما أقرتها اتفاقية "جنيف" لعام ١٩٤٩م لحماية السكان المدنيين إبان الحرب^(٤٤).

ويتضح من خلال المادة: ٥ من اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م أنها تقوم على مبدأ مفاده أن مسؤولية وقاية الممتلكات الثقافية والمحافظة عليها تقع على عاتق دول الاحتلال، والدولة المحتلة على حد سواء. وتتص الاتفاقية أيضاً على تكريس هذه الحماية العامة باحترام الشعار المميز أثناء نشوب النزاعات المسلحة^(٤٥)، ويترك وضع الشعار ودرجة ظهوره^(٤٦) للسلطات المختصة لكل طرف أسهم في الاتفاقية انظر: الصورة (١).

(٤٢) وتتنحصر هذه النتائج القانونية بقاعدتين: أ- الاحتلال الحربي لا يؤدي إلى نقل السيادة إلى دولة الاحتلال. ب- أنه يؤدي إلى انتقال بعض الاختصاصات مؤقتاً من الدولة المحتلة إلى الدولة القائمة بالاحتلال.

(٤٣) علي خليل إسماعيل الحديثي، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٤٤) انظر المادة ٣٣ و ٥٣ من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية السكان المدنيين وقت الحرب.

(٤٥) راجع المادة ٢٠ من الاتفاقية المذكورة.

(46) Jan Hdadik (2004), Making of cultural property with the distinctive emblem of 1954 for the protection of cultural property in the event of armed conflict, IRRC, June Vol 86, N° 854 pp. 379-387.



الصورة (١): الشعار المميز الخاص بالمتلكات الثقافية

ثانياً - الحماية الخاصة:

لعل من جملة التدابير التي تتفق فيها نوعا الحماية، وهو ما يتصل بالتحفظ من استخدام المتلكات الثقافية أو الوسائل المخصصة لحمايتها للأغراض العسكرية، ومع ذلك فما يفرق بينهما حقاً هو ما تفرضه الحماية العامة من اتخاذ التدابير والإجراءات الوقائية إزاء المتلكات الثقافية المنقولة والثابتة منها.

في حين أن ما نجده في الحماية الخاصة، أنها تمنح لعدد محدود من الملاجئ المخصصة لحماية المتلكات الثقافية المنقولة، وكذلك لمراكز الأبنية التذكارية والمتلكات الثقافية الثابتة التي تكون على درجة كبيرة من الأهمية^(٤٧).

وهذه الحماية لا تتجسد في التحفظ من استخدام المتلكات الثقافية الثابتة أو الوسائل المخصصة لحماية المتلكات الثقافية المنقولة وحسب، بل في التحفظ من أي عمل عدائي موجه نحو هذه المتلكات^(٤٨)، إذا ما روعيت فيها الشروط الآتية:

- أن تكون على مسافة من أي مركز صناعي كبير أو هدف مهم كالمنشآت العسكرية، والمطارات، ومحطات الإذاعة، والموانئ، ومحطات السكك الحديدية، وشبكات الطرق الرئيسية المهمة.

^(٤٧) راجع المادة ٨ من الاتفاقية.

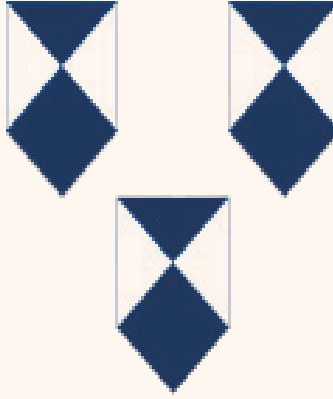
^(٤٨) راجع المادة ٩ من الاتفاقية.

- لا تستخدم للأغراض العسكرية، وجدير بالذكر أن الحراس المسلحين الذين وضعوا خصيصاً لحراسة الممتلكات الثقافية، أو وجود قوات أمنية مهمتها الطبيعية صيانة الأمن العام، لا يعد استخداماً لأغراض عسكرية.
- تسجيلها في السجل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة^(٤٩).

من زاوية أخرى، فإن عدم الالتزام بهذه الشروط من جانب أحد الأطراف في الاتفاقية، سيكون مدعاة للاعتراض على التسجيل من جهة الأطراف الأخرى، ومن ثم الشطب من السجل^(٥٠).

ونود أن نشير إلى مسألة مهمة أخرى، إلى جانب التسجيل في السجل الدولي، وعي وضع شعار الاتفاقية (انظر الصورة الثانية) على الممتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة لعدد محدود من الممتلكات والمؤسسات الثقافية، كما يضاف إلى شكلي الحماية الأولى والثانية حماية ثالثة أكثر تحديداً من ناحية الشروط وتسمى "الحماية المعززة".

-
- (٤٩) تنص المادة ١٢ وهي إحدى مواد اللائحة التنفيذية من هذه الاتفاقية على ما يأتي:
- ينشأ سجل دولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت الحماية الخاصة.
 - يتولى المدير العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم أعمال هذا السجل وعليه أن يسلم صوراً منه لكل السكرتير العام لهيئة الأمم المتحدة، والأطراف السامية المتعاقدة.
 - ينقسم السجل إلى فصول يحمل كل منها اسم طرف سام متعاقد، وينقسم كل فصل إلى ثلاث فقرات بالعناوين التالية: مخابئ، مراكز أبنية تذكارية، ممتلكات ثقافية ثابتة أخرى. ويحدد المدير العام محتويات كل فصل.
- (٥٠) راجع المادة ١٦ من اللائحة التنفيذية للاتفاقية.



الصورة (٢): الشعار المميز الخاص بالممتلكات الثقافية المشمولة بنظام الحماية الخاصة

ثالثاً - الحماية المعززة:

يجوز وضع الممتلكات الثقافية تحت نظام الحماية المعززة وذلك في الحالات الآتية:

- أن تكون تراثاً ثقافياً على أكبر جانب من الأهمية بالنسبة إلى البشرية.
- وأن تكون محمية بتدابير قانونية وإدارية مناسبة على الصعيد الوطني تعترف لها بقيمتها الثقافية والتاريخية الاستثنائية، وتكفل لها أعلى مستوى من الحماية.
- وأن لا تستخدم لأغراض عسكرية أو كدرع لوقاية مواقع عسكرية، أن يصدر الطرف الذي يتولى أمر مراقبتها إعلاناً يؤكد على أنها لن تستخدم على هذا النحو^(٥١).
- إذا أصبحت هذه الممتلكات بحكم استخدامها هدفاً عسكرياً، وبشرط:
- إذا كان الهجوم هو الوسيلة الممكنة الوحيدة لإنهاء استخدام الممتلكات على هذا النحو.

(٥١) راجع البروتوكول الإضافي الثاني ١٩٩٩م لاتفاقية لاهي ١٩٥٤م.

- إذا اتخذت جميع الاحتياطات الممكنة في اختيار وسائل الهجوم وأساليبه؛ بهدف إنهاء ذلك الاستخدام وتجنب الإضرار بالمتلكات الثقافية، أو على أي الأحوال حصره في أضيق نطاق ممكن.

ما لم تتح الظروف نتيجة لمتطلبات الدفاع الفوري عن النفس، يصدر الأمر بالهجوم عن أعلى المستويات التنفيذية للقيادة، ويصدر إنذار مسبق فعلي إلى القوات المجابهة بطلب إنهاء الاستخدام للممتلك المحمي، وإتاحة فترة معقولة من الوقت للقوة المجابهة تمكنها من تصحيح الوضع، أما الجمع بين الحماية الخاصة والحماية المعززة في حال مُنحت إحدى المتلكات الثقافية حماية خاصة وحماية معززة، أيهما يطبق؟ فإننا نطبق أحكام الحماية المعززة فقط^(٥٢).

المبحث الثاني

المسؤولية المترتبة عن انتهاكات المتلكات الثقافية

من أجل صون المتلكات الثقافية وإقرار حمايتها من المخاطر السالفة الذكر، فقد استشعر فقهاء القانون الدولي أن الوسيلة الفاعلة لضمان حماية المتلكات الثقافية في فترات النزاعات المسلحة يجب أن يكون من خلال تقرير المسؤولية الدولية في حالة مخالفة القواعد المقررة لحمايتها، فإذا وقع ما يثبت حدوث المخالفة، وترتب عليها ضرراً ما استوجب ذلك إصلاحه سواء عن طريق تقديم التعويض العيني أم المالي، ولما كان انتهاك قواعد حماية المتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة ليس قاصراً على الدول، وإنما يمكن أن يرتكب بواسطة الأفراد شأنه في ذلك شأن مخالفة أية قاعدة من قواعد القانون الدولي الإنساني، تم إقرار مبدأ المسؤولية الجنائية لمرتكبي

(٥٢) راجع بروتوكول لاهاي ٢، "م.٤/فق.ب".

الأعمال العدائية ضد الممتلكات الثقافية باعتبار هذه الانتهاكات تشكل جريمة من جرائم الحرب التي توجب إنزال العقاب بمرتبتها^(٥٣).

المطلب الأول

إقرار المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية

تعد القواعد المتعلقة بالمسؤولية الدولية في القانون الدولي عامة والإنساني خاصة نظاماً قانونياً أساسياً؛ نظراً لما تقرره من ضمانات تكفل احترام الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي على أشخاصه، وما ترتبه من جزاءات على مخالفة هذه الالتزامات وعدم الوفاء بها، وبذلك تساهم أحكام المسؤولية الدولية في حماية الممتلكات الثقافية ضد كل أشكال التهديد كالسرقة، والتدمير، وسوء استخدام السارة المميزة باعتبارها أفعالاً مجرمة^(٥٤).

أولاً- **تثبيت المسؤولية الدولية:** تقوم المسؤولية الدولية عموماً على أساس الخطأ، المخاطر أو الفعل غير المشروع، والمقصود بالخطأ كأساس للمسؤولية الدولية أن يصدر من أحد أشخاص القانون الدولي فعل خاطئ يضر بغيره من الأشخاص، سواء كان الفعل متعمداً أم نتيجة إهمال (غير متعمد)، بمعنى آخر عدم تنفيذ واجب كان بالإمكان أو في الوسع احترامه^(٥٥).

وكما هو معروف فإن هدف كل طرف في نزاع مسلح هو إضعاف الطرف أو الأطراف المتنازعة الأخرى، ولو تطلب الأمر استعمال وسائل وأساليب قتالية جديدة

^(٥٣) لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع راجع: تيطاوي شهرزاد، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٣-٢٠١٤م.

^(٥٤) حفيظة مستاوي، المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد ١٣، جوان ٢٠١٦م، ص ١٢٨.

^(٥٥) انظر المرجع نفسه.

وأشد تدميراً، لكن الأطراف المتنازعة لا تضع في حساباتها الأضرار التي قد تصيب الممتلكات الثقافية من وراء ذلك، وقد تحتج بالضرورة العسكرية لإثبات شرعية أعمالها في حال إثبات الخطأ عند قيام مسؤولية أحد أطراف النزاع عن التعرض لممتلكات ثقافية مادية، ومن ثم لا يمكن الاعتماد بنظرية الخطأ كأساس لقيام المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية رغم أن اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م أخذت بهذا الأساس الذي لا يحقق حماية فعلية لهذه الممتلكات في النزاعات المسلحة، إلى جانب أساس آخر هو خرق قواعد الحماية المقررة للممتلكات الثقافية بموجب نصوص الوثائق المعنية (فعل دولي غير مشروع).

أما الفعل غير المشروع كأساس للمسؤولية الدولية، فمفاده الإخلال بقاعدة قانونية دولية أيّاً كان مصدرها اتفاقياً أو عرفياً، وقد اعتمدت لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة، مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال الدولية غير الشرعية في ١٢ ديسمبر ٢٠٠١م بما فيها المسؤولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني المادة ٥٠^(٥٦).

ويشترط لقيام المسؤولية الدولية أن تنسب تلك الانتهاكات إلى شخص من أشخاص القانون الدولي، وبذلك يكون الاعتداء على الممتلكات الثقافية المادية في نزاع مسلح وبأي شكل كان، فعلاً غير مشروع دولياً تؤسس عليه المسؤولية الدولية للطرف المخالف، بغض النظر عن وقوع ضرر من عدمه، لأن انتهاك القانون الدولي الإنساني وفقاً للجنة القانون الدولي وحده كاف لتبرير حق الطرف الضحية، وإن كان الضرر يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض^(٥٧)، حينما لم يركز على الضرر كشرط لازم لقيام المسؤولية الدولية انطلاقاً من أن الضرر المعنوي موجود دائماً حتى ولو لم يوجد الضرر المادي.

(56) Résolution adoptée par l'Assemblée générale, « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite » Cinquante-sixième session, 12 Décembre 2001, document N°A/RES/56/83.

(٥٧) راجع المادة ١٥ من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية لاهاي ١٩٩٩م.

ثانياً- موانع المسؤولية الدولية: إن لجنة القانون الدولي تقن مجموعة ظروف تستبعد شرعية انتهاكات القانون الدولي الإنساني من أهمها:

- القبول (الرضا)، فلا يمكن لأي طرف في نزاع مسلح أن يقبل انتهاك القواعد الإنسانية التي تحمي الممتلكات الثقافية، ومن ذلك مثلاً أنه لا يجوز عقد اتفاق خاص من شأنه الحد من الحماية التي تكفلها اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م للممتلكات الثقافية وللموظفين المكلفين بحمايتها^(٥٨).

- الدفاع الشرعي^(٥٩)، فلا يستبعد الدفاع عن النفس عدم شرعية السلوك بالنسبة إلى الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي الإنساني، ورغم ذلك كثيراً ما بررت إسرائيل استهدافها للممتلكات الثقافية الفلسطينية تحت هذا الظرف.

- التدابير المضادة، حيث يحظر مشروع المادتين ٢٢ و ٥٠ من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال الدولية غير الشرعية، الأعمال الثأرية أو الانتقامية التي تؤثر على الالتزامات ذات الطابع الإنساني التي تحظر تدابير الاقتصاص عند الممتلكات الثقافية^(٦٠).

- الضرورة، فلا يدفع بالضرورة العسكرية للتوصل من التقيد بأحكام القانون الدولي الإنساني إلا فيما تنص عليه هذه الأحكام صراحة بخلاف ذلك، كنوع من القيود المفروضة على الأطراف المتنازعة حتى لا تتسبب في تقويض الحضارة الإنسانية لشعب ما بأثر رجعي، على الرغم من غموض مفهوم الضرورة العسكرية.

(٥٨) حفيظة مستاوي، مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٥٩) راجع المادة ٥١ من ميثاق الأمم المتحدة.

(٦٠) Etienne Clement et Fabrice Quinto, « La protection des biens culturels au Cambodge pendant la période des conflits armés à travers l'application de la convention de la Haye 1954 », Revue Internationale de La Croix Rouge, N° 854 , Vol 86 Juin 2004, pp. 389-398.

المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية الفردية

غني عن البيان أن محاكمات الحرب العالمية الثانية لكل من طوكيو ونورمبرغ كان أول تنفيذ لمبدأ المسؤولية الجنائية الدولية الفردية، دونما أي اعتبار للحصانة أو كون الشخص قد تصرف بتكليف من الحكومة أو بأمر من الرئيس كسبب للإعفاء من المسؤولية أو التخفيف من العقوبة، ودونما تمييز من ارتكب جرائم دولية ماسة بالمتلكات الثقافية فعلياً أو بشكل غير مباشر عن طريق التخطيط أو التحريض، وهو ما أيدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها الصادر بتاريخ ١١ دجنبر ١٩٤٦م، وبالتالي فإن الأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الخاصة بنورمبرغ فيما يتعلق بحماية الممتلكات الثقافية المادية أثناء النزاعات المسلحة، فقد شكلت سابقة قضائية في هذا المجال، حيث اعتبرت المحكمة أن التعرض لأماكن العبادة يشكل جريمة دولية كما أدانت بعض قادة الجيش الألماني في روسيا لقيامهم بتدمير أماكن العبادة والكنائس في بعض المدن الروسية المحتلة^(٦١).

شكل النظامان الأساسيان لكل من المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بروندا، تطبيقاً أسس لصياغة تدريجية دقيقة وبداية تجميعية للمبادئ والقواعد التي تشكل القانون المتعلق بالمسؤولية الجنائية الدولية للفرد بمقتضى القانون الدولي الإنساني، ففي محاولة من محكمة يوغوسلافيا السابقة لجرائم الحرب تنفيذ قواعد حماية الممتلكات الثقافية المادية، نصت المادة: ٣ من النظام الأساسي على تجريم أي مساس بهذه الممتلكات، معتبرة أن أي مصادرة أو نهب أو تدمير أو إضرار متعمد بالمؤسسات المكرسة للأنشطة الدينية والأعمال

(٦١) حفيظة مستاري، مرجع سابق، ص ١٣٠.

الخيرية والتعليم والفنون والعلوم والآثار والأعمال الفنية والعلمية ، يعد جريمة حرب^(٦٢).

كما أشارت محكمة يوغوسلافيا إلى جريمة التدمير أو الإضرار العمدي بالآثار التاريخية من خلال القصف المستمر لمدينة Dubrovnik، وقد عد فتح الملف من جديد في فبراير ٢٠٠١م حدثاً هاماً؛ لأنه لأول مرة تتم الإشارة لهذا الاتهام في حالة النزاع المسلح غير الدولي، فقد أعلن مدير اليونسكو السابق "كواشيرو ماتسورا" عن سعادته بالمحكمة قائلاً "إن هذا يمثل" سابقة تاريخية" وأضاف: "إنها المرة الأولى منذ أحكام طوكيو ونورمبرغ التي تصدر فيها محكمة دولية حكماً على جرائم ترتكب ضد الممتلكات الثقافية"^(٦٣).

بالإضافة إلى تقديم الرئيس الصربي السابق كارتزيتش للمحكمة يوغوسلافيا في ٢٠٠٨م قد أدى إلى إثارة الجرائم التي مست القيم الثقافية البوسنية خاصة في مدينة Srebrenica.

أما نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨م، فقد أقام المسؤولية الجنائية للأفراد على أساس ارتكابهم جرائم حرب ثقافية، بحيث يقتصر اختصاص المحكمة على الأشخاص الطبيعيين فيكون الشخص مسؤولاً عن الجرائم بصفته الشخصية سواء ارتكبها بنفسه أم بالاشتراك مع غيره أم عن طريق شخص آخر، أم بالأمر أم بالإغراء على ارتكابها.

وبالرجوع إلى نص المادة ٨ من نظام روما الأساسي المتضمنة جرائم الحرب المعاقب عليها، تنص فقرتها الثانية منها تحديداً، على اعتبار تعدد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية والآثار التاريخية جريمة حرب شريطة ألا تشكل هذه الممتلكات أهدافاً عسكرية، كما

(٦٢) علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، دراسة تطبيقية

مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩م.

(٦٣) حفيظة، مرجع سابق.

أعاد نظام روما الأساسي التأكيد على اعتبار الأفعال المذكورة انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م، وبذلك يجرم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أي مساس بالممتلكات الثقافية، في كل النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء^(٦٤).

غير أن التطبيق العملي لممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها بالجرائم المرتكبة في أقاليم الدول الأطراف في نظامها الأساسي، عدم تعرض المحكمة لمسألة الانتهاكات الجسيمة بحق الممتلكات الثقافية.

المطلب الثالث

الجزاء المترتبة عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية

وضعت أحكام القانون الدولي الإنساني لتجريم الأفعال المرتكبة ضد الممتلكات، ذلك أنها عدت تلك الأفعال من بين الانتهاكات الجسيمة لقوانين وأعراف الحرب، (أي إخلال بأحكام القانون الدولي الإنساني)؛ نظراً لتوفر عنصر الضرر المادي: سرقة، تدمير، ومن ثم فهي تشكل جريمة حرب ثقافية، تؤدي إلى محاكمة المتهمين بارتكابها وتوقيع العقوبات عليهم في حال ثبوت الإدانة، تاركة تحديد نوع العقوبة ومقدارها للقوانين الوطنية، أو أوكلت هذه المهمة للمحاكم الدولية المختصة بالنظر في انتهاكات القانون الدولي الإنساني^(٦٥).

فقد نصت المادة ٥٦ على اتخاذ إجراءات المتابعة بحق مرتكبي الانتهاكات ضد الممتلكات الثقافية، كما نصت المادة ٢٨ من اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م على

^(٦٤) المستشار محمد أمين المهدي وآخرون، الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية،

اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، ٢٠١٣م.

^(٦٥) سلامة صالح الرهايفة، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، دار الحامد

للنشر، ٢٠١٢م.

أن تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ في نطاق تشريعاتها الجنائية كافة الإجراءات التي تكفل محاكمة الأشخاص الذين يخالفون أحكام هذه الاتفاقية أو الذين يأمرهم بما يخالفها، وتوقيع جزاءات جنائية أو تأديبية عليهم مهما كانت جنسياتهم، وهو نفسه ما ذهبت إليه المادة ١٥ من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية "لاهاي" ١٩٩٩م.

وكما تقدم فإن مسؤولية الفرد جنائية، ولذلك تطبق عليه جزاءات جنائية: بدنية كالعقوبات السالبة للحرية (الحبس والسجن)، أو مالية (الغرامات المالية والمصادرة)، وفقاً لما هو منصوص عليه في التشريعات الوطنية سواء في قوانين العقوبات أم في القوانين العسكرية، وإذا كانت تشريعات العديد من البلدان لا تلتزم بذلك. أما بالنسبة إلى الدولة فتكون الآثار المترتبة على أعمال نظام الحماية القانونية للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، في قيام مسؤوليتها المدنية حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء والعمل الدولي عن الانتهاكات الإنسانية المنسوبة إليها من خلال مطالبة الدولة المعنية يجبر الأضرار التي لحقت بالممتلكات الثقافية المحمية مع استبعاد الأعمال الانتقامية بحق تلك الممتلكات كحل قمعي^(٦٦).

(66) Henckaerts(Jean-Marie) & Doswal- Beck louise, Custmory International Humanitarian Law, Volume II: Practice, second published, international committee of the red cross: Cambridge university press 2005, p. 393.

الخاتمة

إن قواعد القانون الدولي الإنساني اهتمت بحماية الأعيان والممتلكات التي تمثل حاجة الإنسان الروحية، والمعنوية كتراث ثقافي، فقد استقر في القانون الدولي العام أن لكل بلد في العالم هوية ثقافية متميزة، وممتلكات ثقافية خاصة هي جزء من مكونات شخصيتها المستقلة، تجسد عبقيتها، وتمثل ثمرة الإبداعي المادي والمعنوي لأبنائها على امتداد التاريخ الإنساني.

ولذلك تلتزم الدول حال دخولها في أي نزاع مسلح بالامتناع عن استهداف الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية، تحت طائلة المسؤولية الجنائية المترتبة على هذا الفعل بموجب الفصل الرابع من البروتوكول الإضافي لعام ١٩٩٩م الملحق باتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م، وبموجب المادة ٨ من نظام روما الأساسي، حيث إن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ودخولها حيز النفاذ سد ثغرة في القانون الدولي، وأحدث تطوراً ملموساً نحو متابعة مسؤولي الجرائم الدولية بما فيها الماسة بالقيم الثقافية، بعيداً عن الاعتبار السياسية، وذلك على الرغم من اقتصارها على المسؤولية الجنائية الفردية مع أن الفرد عادة ما يرتكب الجريمة باسم الشخص المعنوي أو لصالحه.

وبالرغم من الجهود المبذولة لحماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة لا تزال تحتاج إلى المزيد من بذل الجهد من طرف الجماعة الدولية، فمع مرور نصف قرن على اعتماد اتفاقية "لاهاي" ١٩٥٤م، إلا أن عدد الدول الأطراف في المعاهدة لم يتجاوز ١٠٣، ولم ينضم إلى بروتوكولها الأول سوى ٨٥ دولة، كما لم تصادق إلا ١٥ دولة منذ تاريخ تبني البروتوكول الثاني لعام ١٩٩٩م^(٦٧).

(٦٧) تنص المادة: ٤٣ من البروتوكول الثاني لعام ١٩٩٩م على تصديق عشرين دولة لدخوله حيز النفاذ.

- كما تجدر الإشارة، إلى أن هناك عدداً من الدول الكبرى، بعضها يتمتع بشغل مقاعد دائمة بمجلس الأمن لا ترغب في الانضمام إلى هذه الاتفاقية وبروتوكولها الإضافيين؛ كالصين وكندا واليابان وجنوب إفريقيا والولايات المتحدة^(٦٨).
- ولتعزيز فعالية نظام المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية في نزاع مسلح يمكن تفعيل التوصيات الآتية:
- تعزيز مبدأ الاختصاص القضائي العالمي ليطال الانتهاكات التي تطال الممتلكات لثقافية أثناء النزاعات المسلحة حتى لا يكون القضاء الوطني مقيداً فقط بالجرائم التي تمس بالممتلكات الثقافية والواقعة فوق إقليمه.
 - تحفيز الدول على التصديق على نظام روما الأساسي لعام ١٩٩٨م الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية من أجل ردع الانتهاكات التي تطال القانون الدولي الإنساني، وكذلك لتعزيز مبدأ التكاملية الذي تفوق عليها المحكمة الجنائية الدولية.
 - تطوير القواعد التي تضمنتها اتفاقية "لاهاي" ١٩٥٤م بما يتناسب والتطورات اللاحقة على المستوى التشريعي الدولي سواء بسبب تبني البروتوكول الأول ١٩٧٧م، أم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ١٩٩٨م.
 - العمل على تعزيز الحماية المقررة للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح في أشكالها الثلاثة.
 - التأكيد على ضرورة التزام الدول الأطراف باتخاذ التدابير الاحتياطية، ونشر المعلومات الواردة باتفاقية "لاهاي" ١٩٥٤م وبروتوكولها الإضافيين، وطرح العديد من الأمثلة الخاصة بسبل تنفيذ هذا الالتزام.
 - الحرص على التعريف بالانتهاكات الخطيرة ضد الممتلكات الثقافية التي تستوجب عقاب مقترفيها لمحاولة الحد من الإفلات من العقاب.

(٦٨) د. محمد سامح سرور، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح، مذكور في عمر مكي القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٦م، ص ٢١٠.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب والمؤلفات:

- (١) د. شريف عتلم، المستشار خالد غازي، دليل تدريب القضاة على أحكام القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، ٢٠٠٨م.
- (٢) د. شريف عتلم، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي-القاهرة ٢٠٠١م.
- (٣) د. عبد القادر القادري، مفاهيم القانون الدولي، دار توبقال للنشر ١٩٩٠م.
- (٤) د. محمد سامح سرور، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح، مذكور في عمر مكي القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ٢٠١٦م.

ب- الرسائل الجامعية:

- (١) سلامة صالح الرهيفة، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، دار الحامد للنشر ٢٠١٢م.
- (٢) علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي (دراسة تطبيقية مقارنة) دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٩م.
- (٣) علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، "دراسات تطبيقية مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٩م.
- (٤) فرنسوا بونيون، نشأة الحماية القانونية للممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح ضمن إطار القانون الدولي الإنساني التعاقدية والعرفي، اجتماع الذكرى الخمسين لاتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ٢٠٠٤م.

- ٥) المستشار محمد أمين المهدي وآخرون، الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي ٢٠١٣م.
- ٦) تيطاوني شهرزاد، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٣ - ٢٠١٤م.

ج- المقالات:

- ١) أ/حفيظة مستاوي، المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد ١٣ جوان ٢٠١٦م.
- ٢) حسن جوني، تدمير الأعيان الثقافية أو احتلال التاريخ، مجلة الإنسان، عدد، ٤٧ شتاء ٢٠٠٩/٢٠١٠م.

د- الوثائق:

- ١) ميثاق الأمم المتحدة ١٩٤٥م.
- ٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨م.
- ٣) اتفاقيات جنيف الأربع ١٩٤٩م.
- ٤) البروتوكولين الملحقين لعام ١٩٧٧م.
- ٥) اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.
- ٦) البروتوكول الأول لمعاهدة "لاهاي" لعام ١٩٥٤م.
- ٧) البروتوكول الثاني ١٩٩٩ الملحق لمعاهدة "لاهاي" ١٩٥٤م.

ثانياً- المراجع باللغة الأجنبية:

Books and Reports:

- 1) David Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- 2) Henckaerts (Jean-Marie) & Doswal-Beck louise (2005), Custmory International Humanitarian Law, Volume II: Practice, second published, international committee of the red cross: Cambridge university press.
- 3) Le Goff (J), Patrimoine et passion identitaire du patrimoine, Ed, Fayard, 1998.
- 4) Leturcq (JG), Patrimoine en temps de guerre, CEDEJ, 2006.
- 5) Robert Layta (2001), Peter G stone, Julian Thomas, Destruction and conservation of Cultural Property Routledge.
- 6) Toman, Jiri, La protection des biens culturels en cas de conflit armé, Ed, UNESCO 1994.
- 7) Protection of Culture Property in the event of armed conflict-Report on the meeting of experts-Advisory service on inter on international humanitarian law-International Committee of the Read Cross-Geneva, 2002.

Articles:

- 1) Etienne Clement et Fabrice Quinto, «La protection des biens culturels au Cambodge pendant la période des conflits armés à travers l'application de la convention de la Haye 1954 », Revue Internationale de La Croix Rouge, N° 854, Vol 86 Juin 2004.
- 2) Bahrani Zainab (2003), Iraq's cultural heritage: Monuments history and loss , The Art Journal Vol62 December.
- 3) Jan Hdadik (2004), Making of cultural property with the distinctive emblem of 1954 for the protection of cultural

property in the event of armed conflict, IRRC, June Vol 86, N° 854.

- 4) Manlio, Frigo (2004) «Cultural property v, cultural heritage: A battle of concepts in international law?», International Review Of the Red Cross, June, Vol 86, N° 854.

Documents:

- 1) Résolution adoptée par l'Assemblée générale, «Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite» Cinquante-sixième session, 12 Décembre 2001, document N°A/RES/56/83.