



قانونية دراسات



دورية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية- الجزائر

العدد الخامس عشر (15) اوت 2012م/رمضان 1432

مدى اعتبار قرارات المنظمات الدولية مصدرا للقانون الدولي العام
قراءة في مصادر القاعدة القانونية الدولية

أ.امحمد سعادي

الاغتصاب داخل الأسرة و إمكانية إجهاض المرأة المختصة في القانون الوضعي

أ.بن عودة حسكر

مراد

المسؤولية المدنية عن تلوث المواقع بالنفايات الصناعية

د.حميدة جميلة

واقع العمالة في ظل العولمة

أ.ماموني فاطمة

الزهراء

دور الأمم المتحدة في مكافحة جريمة تبييض الأموال

أ.قسمة محمد

القانون الإتفاقي لحماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة

أ.بن سالم رضا

رئيس التحرير :

أ.د. فوزي أوصديق

oussedik@hotmail.com

نائب رئيس التحرير

أ. العربي بلحاج

larbibelhadj@hotmail.fr

المراسلات باسم مدير مركز البصيرة
46 تعاونية الرشد القبة القديمة - الجزائر

هــا : 021.28.97.78

فـا : 021.28.36.48

النقال : 0550.54.83.05

البريد الالكتروني:

dirassatcan@yahoo.fr

الموقع الالكتروني:

www.albasseera.net

حقوق الطبع محفوظة

ردم د: 7988.1112

التوزيع



دار الخلدونية للنشر والتوزيع
05، شارع محمد مسعودي القبة الجزائر.

ها/فا: 021.68.86.48

باسم الرحمن الرحيم

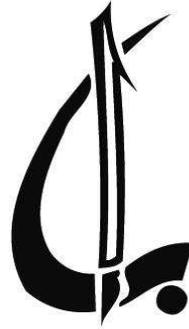
قانون دراسات
وإحصائيات

العدد الخامس عشر

15

دورية فصلية تصدر عن:

مركز البصيرة



للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية

بمساهمة:

المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني

إحدى المنظمات المتخصصة لمنظمة

المؤتمر الإسلامي

قواعد النشر

- 1 الالتزام بالتحليل والمنهجية العلمية.
- 2 تقدم الأبحاث إلى رئيس التحرير، أو من ينوبه ويبلغ أصحابها بالقرار المتعلق بالقبول أو الرفض أو التعديل.
- 3 لا يقل حجم البحث عن 20 صفحة.
- 4 يكون البحث مرفوقا بالمراجع.
- 5 يُكتب ببرنامج وورد (Word) مع خط Arabic Transparent بحجم 13 وباللغة العربية.
- 6 يُبلغ البحث في قرص مرن (Disquette, CD) مع نسخة مطبوعة على ورق (A4) 29.7/21
- 7 يكون البحث جديدا لم يسبق أن نُشر في أية نشرية أخرى.
- 8 يكون البحث ملخصا يُعبّر عن أهم نقاط البحث ولو في نصف صفحة.
- 9 لا تُنشر إلا الأبحاث المتخصصة في العلوم القانونية أو ذات العلاقة.
- 10 يبلغ صاحبه بقرار النشر قبل إصداره بإفادة.

مركز البصيرة يرحب بأبحاثكم واقتراحاتكم ونصائحكم.

آراء الباحثين لا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المركز

هيئة التحرير

أ.د. فوزي أوصديق
رئيس التحرير
أ. العربي بلحاج
نائب رئيس التحرير

الهيئة العلمية

أ.د. فوزي أوصديق	(عميد سابق لكلية الحقوق / جامعة البليدة)	رئيسا
أ. العربي بلحاج	(أستاذ القانون بكلية الحقوق جامعة بومرداس)	مقرا
أ.د. تونسي بن عامر.	(عميد كلية الحقوق / الجزائر)	عضوا
أ.د. محمد حمد العسبلي	(مقرر المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني بليبيا.)	عضوا
أ.د. موسى دويك	(مدير المعهد الفلسطيني للقانون الدولي الإنساني - فلسطين)	عضوا
أ.د. سيدي ولد الخباز	(رئيس جامعة نواكشوط)	عضوا
أ.د. بطاهر بوجلال	(أستاذ بجامعة ليون، مدير مركز التربية والتعليم حول حقوق الإنسان - فرنسا)	عضوا
د. بن شويخ الرشيد	(جامعة سعد دحلب البليدة)	عضوا
د. جمال محي الدين	(جامعة سعد دحلب البليدة)	عضوا
د. عبد الهادي بن زيطة	(جامعة أدرار)	عضوا
د. عجة الجيلالي	(جامعة الشلف)	عضوا
د. فزو محمد آكلي	(أستاذ القانون العام بكلية الحقوق / جامعة سعد دحلب - البليدة)	عضوا
د. أرزقي العربي أبرباش	(كلية الحقوق/جامعة الجزائر)	عضوا
د. سعيد بويزري	(جامعة تيزي وزو)	عضوا



دورية فصلية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث
والاستشارات والخدمات التعليمية- الجزائر
العدد الخامس عشر - أوت 2012م رمضان 1432هـ

محتويات

الصفحة	بقلم	الموضوع
7	د. فوزي أوصديق	الافتتاحية.
11	د/امحمد سعادي أستاذ القانون الدولي العام بمعهد الحقوق (المركز الجامعي بغليزان)	مدى اعتبار قرارات المنظمات الدولية مصدرا للقانون الدولي العام قراءة في مصادر القاعدة القانونية الدولية
43	أ/بن عودة حسكر مراد أستاذ مساعد(أ)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر .	الاغتصاب داخل الأسرة و إمكانية إجهاض المرأة المغتصبة في القانون الوضعي.
57	د/ حميدة جميلة أستاذة محاضرة بجامعة سعد دحلب البلدية	المسؤولية المدنية عن تلوث المواقع بالنفايات الصناعية

75	أ / ماموني فاطمة الزهراء كلية الحقوق جامعة	واقع العمالة في ظل العولمة
97	أ / قسمية محمد جامعة مسيلة	دور الأمم المتحدة في مكافحة جريمة تبييض الأموال
113	أ / بن سالم رضا . جامعة سعد دحلب البلدية	القانون الاتفاقي لحماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة
145	أ / ناشف فريد أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة سعد دحلب البلدية	مدى قبول الدليل غير المشروع في المحاكمة الجزائية دراسة مقارنة
159	د / بركات محمد أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة المسيلة	التعديل الدستوري بين سلطات الرئيس وصلاحيات البرلمان والسيادة الشعبية دراسة تحليلية مقارنة عن الجزائر وبعض الدول العربية وغير العربية

د. فوزي أوصديق عميد سابق في كلية الحقوق

إن العدد الحالي يتناول موضوعات متعددة في مجال العلوم القانونية، أولها للدكتور "محمد سعداوي"، وهو أستاذ القانون الدولي العام بمعهد الحقوق بالمركز الجامعي بغيلزان، يحاول فيه التساؤل حول قرارات المنظمات الدولية هل تعتبر مصدرا للقانون الدولي العام؟، من خلال قراءة أكاديمية لمصادر القاعدة القانونية الدولية بإعطاء المبادئ العامة المذكورة في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وتعريف المعاهدات الدولية وأنواعها، وبعد هذا المدخل يحاول الباحث التعرّيج على مختلف الاجتهادات الفقهية والقضائية لإبراز مكانة القانون الدولي العام بإسقاط بعض المبادئ العامة، ثم يأتي في مرحلة مولية ومكاملة لهذا المدخل للتساؤل حول قرارات المنظمات الدولية، بصفتها مصدرا للقانون الدولي العام أم لا؟ وإبراز الجدل الحاصل فقها وقضاء، سواء من يعتبره مصدرا مباشرا أو غير مباشر، وبين من ينفي له هذه الصفة.

لكن الباحث لم يخلص إلى رأي معين في الأخير بقدر ما كان عمله سردا، وترك القارئ للاستئناس لقناعته القانونية في هذا الشأن.

أما الدراسة الثانية فهي للأستاذ "بن عودة حسكر مراد" من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان. يتناول موضوعا شائكا ومعقدا وحساسا حول الاغتصاب داخل الأسرة وإمكانية إجهاض المرأة المغتصبة في القانون الوضعي، سواء من خلال التفرقة بين الاغتصاب والمصطلحات الشبيهة له كالعنف الأسري، أو من خلال التفرقة بين إجهاض المغتصبة وتمييزه عما يشابهه من مفاهيم، وسواء من حيث الدرجة أو من خلال مختلف التشريعات الوضعية. وعليه يواصل الباحث ذكر الآراء المختلفة، وشروط إجهاض

المرأة المغتصبة، محاولا الاستشهاد بقواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها لتبرير بعض الآراء والاتجاهات القانونية، علما أن المشرع الجزائري حاول أن يقنّن هذه المبادئ، وذلك لإعطاء فرصة جديدة للمرأة المغتصبة أن تعيش من جديد في أحضان المجتمع، فالبحث جدير بالاهتمام، ويعتبر مدخلا لكل من يريد أن يتبحّر فيه أمام انعدام الدراسات القانونية التي تعالج هذا الموضوع الحساس المشاركة في الحراك القانوني القائم، وذلك بإعطائه خطة حول التعديل الدستوري لسنة 2008 خاصة المتعلقة منها بإعادة انتخاب رئيس الجمهورية.

أما البحث الموالي فهو للأستاذة "حميدة جميله" المختصة في قانون البيئة، حول المسؤولية المدنية عن تلوث المواقع بالنفايات الصناعية. بدأت بتعريف النفايات الصناعية، مقارنة بالتشريع الفرنسي، ثم انتقلت لتقرير المسؤولية المدنية عن التلوث العقاري والمواقع، مع ذكر الصعوبة في تحديدها بصفة دقيقة، لتنتقل بعد هذا، وبكل جدارة، لمحور موالٍ تحدد فيه الطبيعة القانونية للنفايات الصناعية، والالتزامات التي تقع على منتجي النفايات الصناعية نظرا لخطورتها على البيئة والمجتمع.

وفي إطار التسلسل المنطقي والنهج القانوني تتناول في المحور الثالث المسؤولية التقصيرية المالكية ومستعملي المواقع الملوثة بالنفايات.

وأخيرا تتساءل: على من يقع عبء المسؤولية؟، ما يستوجب تساؤلات أخرى للإجابة على هذا السؤال الوجودي، من ذلك: هل يمكن تطبيق شروط المسؤولية عن فعل الأشياء؟ بهذا أبحرت بنا الباحثة في مجال ممتع بمنطقها وأسلوبها القانوني المتميز.

أما الدراسة الأخرى فهي للأستاذة "ماموني فاطمة الزهراء" من كلية الحقوق بجامعة مستغانم، حول موضوع كثيرا ما عرف الباحثون عن دراسته، وهو موضوع خاص بالقانون الاجتماعي أو قوانين العمل، ومما يزيد من أهمية البحث أنه يُتناول في ظل العولمة وواقع العمالة، حيث حاولت اسقاط الإفرازات الجديدة ومكونات سوق العمل على سوق العمل، وبالأخص مع ازدياد العمل غير النمطي وانعكاساته على سوق العمل. ثم تحاول شرح أنواع العمل غير النمطي وتحديد طبيعة كل نوع على حدة، وفي مرحلة أخرى تناولت مكانة الأنماط الجديدة للعمل في سوق العمل، والآثار المترتبة عنها كما أن الباحثة قد ترى أن ميدان الشغل يعيش أزمة عمل في ظل تراجع سياسات الاستخدام عن أهدافها في تأمين سوق العمل.

أما البحث الموالي، للأستاذ "قسمة محمد" من جامعة مسيلة، فهو حول دور الأمم المتحدة ومجهودها في محاربة جريمة تبيض الأموال، والتي تعني ببساطة: المصدر غير المشروع للأموال، وتقوم على الركنين الشرعي والمادي، ويحاول الباحث تعداد الأساليب التي تتنوع وتمر على مراحل عديدة بأسلوب وصفي، وفي مرحلة موالية يتكلم عن الآثار السلبية التي تتجم عنها، مما يجعل العديد من أشخاص المجتمع الدولي، وفي مقدمتها الأمم المتحدة، يضع آليات للمكافحة والاستجابة للقضاء على هذه الآفة، إلا أن أكبر تحدٍ على حد قول الباحث يعرقل تنفيذ المجهود هو الرد على السرية المصرفية إلى جانب عواقب أخرى ستكون محل دراسة في هذا البحث.

أما الأستاذ "بن سالم رضا"، فتصدى لموضوع في القانون الدولي العام يتعلق بالتحديد بـ "القانون الاتفاقي لحماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة" أي مجال من مجالات القانون الدولي الإنساني حيث بين القصور القانوني الاتفاقي الذي تكابده البيئة البحرية، ثم عرج على الجهود المبذولة لحماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة ليخلص إلى أن قواعد القانون الدولي الإنساني غير كافية لتوفير الحماية للبيئة البحرية في زمن النزاعات المسلحة، وعليه يتعين تطبيق القواعد الاتفاقية والعرفية للقانون الدولي للبيئة.

أما البحث السابع فهو للأستاذ "ناشف فريد" من جامعة سعد دحلب البليدة، وهو دراسة مدى قبول الدليل غير المشروع في المحاكمة الجزائية، حيث قام الباحث بمقارنة بين القوانين التي اختلفت توجهاتها في إمكانية الأخذ بهذه الأدلة وذلك اقتداءً بالمواقف المتخذة في هذا الشأن، وعدم الأخذ بها رغبة في الوصول إلى الحقيقة، وإمكانية التوسط بين الحالتين (الأخذ وعدم الأخذ بها).

أما بحث الدكتور "بركات محمد" من جامعة المسيلة، والموسوم "التعديل الدستوري بين سلطات الرئيس وصلاحيات البرلمان والسيادة الشعبية" فهو عمل بحثي بامتياز، حل فيه الباحث مسألة التعديل الدستوري في الأنظمة القانونية المقارنة، وكز على التجربة الجزائرية، من دستور 1963 إلى غاية آخر تعديل في سنة 2008، ثم خلص إلى توصيات في آخر عمله، شدد فيها على أهمية التصدي للثغرات الواردة في الدستور الجزائري مع تمكين الشعب من الإدلاء برأيه في مسألة التعديل الدستوري.

هذه مجموع البحوث للعدد الخامس عشر، ونعتذر عن باقي البحوث التي لم تنشر، والتي لا شك أنها ستكون في الأعداد القادمة، وذلك حتى يتسنى لنا بالعدل والإنصاف أن ننشر للجميع. والأولى لمن ينشر له لأول مرة، وهكذا بالنسبة لباقي البحوث الأخرى، ونتمنى أن العدد أدى غرضه العلمي من تطوير البحث القانوني وسدّ نوعاً ما عجز مجال الأبحاث، ودفع حركية البحث العلمي.

وأخيراً نتمنى التوفيق للجميع.

مدى اعتبار قرارات المنظمات الدولية مصدرا للقانون الدولي العام

قراءة في مصادر القاعدة القانونية الدولية

د/امحمد سعادي
أستاذ القانون الدولي العام
بمعهد الحقوق (المركز الجامعي بجليزان)

مقدمة:

إن القانون الدولي العام، طبعا، ليس مثله مثل بقية القوانين الأخرى، لاسيما القوانين الوطنية، التي تصدرها هيئات تشريعية وطنية فيتحدد مصدرها بالجهة المنشئة للقاعدة القانونية المعنية.

بينما القانون الدولي العام ليس له جهة معينة ومحددة تعمل على تكوينه، فقد تصدره مجموعة من الدول سواء في شكل معاهدات دولية أو ممارسة دولية تكون على مرور السنين الركن المادي للعرف الدولي فتصبح هذه الممارسة الدولية عبارة عن عرف دولي تتداول الدول على الأخذ به في علاقاتها ومعاملاتها بعضها مع بعض أو مبادئ عامة قانونية تجتمع الدول على الاعتراف والعمل بها.

بالإضافة إلى بعض ما سمي بالمصادر الاحتياطية، المتمثلة في قرارات القضاء الدولي واجتهادات الفقهاء ومبادئ العدل والإنصاف.

كل هذا شكّل في ذهن المشتغلين بالقانون الدولي العام ماهيته وهويته التي نعرفها اليوم، بينما ظهرت مسائل أخرى، كقرارات المنظمات الدولية، لاسيما هيئة الأمم المتحدة، اعتبرها البعض مصدرا آخر يضاف إلى بقية المصادر المذكورة في نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، ورفض آخرون الاعتراف بها بوصفها مصدرا آخر للقانون الدولي العام، وهو الأمر الذي سنتعرض له في بحثنا هذا.

ولكن قبل هذا، ما هي مصادر القانون الدولي العام؟

أولاً: مصادر القانون الدولي العام:

حددها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، التي لا تختلف في كل شيء عن المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة⁽¹⁾.

(1) د. صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام. دار النهضة العربية. القاهرة: 2007: ص. 177 و ص. 398.
أنظر أيضا: د. القانون الدولي العام: المدخل والمصادر. دار العلوم للنشر والتوزيع: الجزائر: 2005: ص. 53.

حيث عدت المصادر التي يلجأ إليها في حالة المعاملات أو وقوع نزاع بين الدول أو غيرها من أشخاص القانون الدولي العام، فأحصت المصادر الرئيسية المتمثلة في:

المصدر الأول: المعاهدات الدولية.

المصدر الثاني: العرف الدولي.

المصدر الثالث: المبادئ العامة للقانون.

والمصادر الثانوية المتمثلة في:

المصدر الأول: قرارات القضاء الدولي.

المصدر الثاني: اجتهادات الفقهاء.

المصدر الثالث: مبادئ العدل والإنصاف.

وعليه، فقد نصت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وهو نفس الرقم الذي حملته المادة ذاتها في المحكمة السابقة على أن:

" 1 - وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

أ - الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب - العادات الدولية المرعية بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

ج - مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة.

- أحكام المحاكم ومذاهب كبار الفقهاء في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا

وذلك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59.

2 - لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في

القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك".

وبناء على ذلك، فقد صنفت مصادر القانون الدولي العام إلى مصادر أصلية ومصادر احتياطية:

1 . المصادر الأصلية:

كان العرف الدولي يحتل المرتبة الأولى بين مصادر القانون الدولي العام، غير أنه حين تطور المجتمع الدولي وتعقدته وتشعبه ارتأى أن لا يترك معالجة قضاياها التي كثرت وتعددت وتتوعدت لأحكام العرف التي تصعب معرفتها كلها لاسيما إذا ما عرفنا بأن العالم اتسع

والعلاقات الدولية تكاثرت وتشتعت، فتراجع العرف الدولي في المرتبة الثانية خاصة لما قنن الكثير من قواعده ومبادئه⁽¹⁾.

وتتمثل مصادر القانون الدولي العام الأصلية في:

المصدر الأول: المعاهدات الدولية Les conventions internationales:

التي تعتبر من أهم مصادر القانون الدولي العام حالياً⁽²⁾، وهي مصدر التزامات للدول⁽³⁾. وقد بدأ الاهتمام بالمعاهدات منذ القرن 19 فقط حيث كان يعتمد أساساً على العرف الدولي⁽⁴⁾ كما سبق القول.

أ - تعريف المعاهدات الدولية: يرى "دافيد روزوي" بأنه لا يوجد تعريف رسمي للمعاهدات⁽⁵⁾ ويوافقته الفكرة "جو فرهوفن" حيث يقول بأنه لا يوجد تعريف قانوني للمعاهدة، بل حتى ما جاءت به المادة الأولى من معاهدة "فيينا" لسنة 1969 الخاصة بقانون المعاهدات فيما يخص تطبيق المعاهدات⁽⁶⁾ لم تعط تعريفًا كاملاً.

(1) إن سبب تفوق المعاهدة على العرف:

1 - عوامل تقنية:

المستجدات الدولية في القرن التاسع عشر واليوم خلفت العرف الدولي الذين كان يسير مواضع قديمة فلم يستطع الاستجابة لها. حيث تستجيب المعاهدة من خلال تقنياتها الكتابية (الوضوح والدقة في التعبير والسرعة في تكوين القاعدة القانونية) إلى المستجدات.

2 - عوامل سياسية:

العرف الدولي تكون في بيئة (أوروبا) بعيدة عن بيئة بقية الدول التي تكون المجتمع الدولي. مما دفع ببقية الدول، خاصة الاشتراكية والعالم الثالث إلى توجيه انتقاد كبير للأعراف الدولية التي لم تترك في تكوينها، حيث طالبت بنظام قانوني دولي مكتوب حصل على رضا الدول جميعاً. فأدى هذا إلى وضع معاهدة دولية تنظم قانون المعاهدات، تمثل ذلك في معاهدة فيينا المؤرخة في 23 ماي 1969، التي وصفت بأنها معاهدة المعاهدات.

أنظر: كمال زغوم: مصادر القانون الدولي. دار العلوم للنشر والتوزيع. الجزائر: 2004: ص. 47 / 48

(2) د. الشافعي محمد بشير: القانون الدولي لعام في السلم والحرب. الطبعة السابعة. منشأة الأسكندرية: مصر: 1999 / 2000: ص. 479.

(3) Joc Verhoeven: Droit international public. Editions Larcier. Bruxelles: 2000: p. 370.

(4) كمال زغوم: المرجع السابق: ص. 47

(5) David Ruzié: Droit international public. 14^e édition. Editions Dalloz Paris: 1999: p. 19.

(6) Joc Verhoeven: Ibid: p. 366.

ولكن، هذا لم يمنح الفقهاء من الاجتهاد في وضع تعريف للمعاهدات الدولية: فعرّفها "إميل روبيير بيران" بأنها "إجراء قديم ومتعدد الأشكال لإنشاء التزامات قانونية بين الدول"⁽¹⁾. وهي "اتفاق تحدد فيه دولتان أو أكثر القواعد التي تنوي استخدامها في حل مشكلة تتور في نطاق العلاقات الدولية" في نظر د. الشافعي محمد بشير⁽²⁾. كما يعرفها البعض بأنها "اتفاق بين أشخاص القانون الدولي لإحداث نتائج قانونية معينة"⁽³⁾. بينما تعرفها المادة الأولى من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات المؤرخة في 23 ماي 1969 بأنها "اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة ويخضع للقانون الدولي، سواء تم في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه". لذا، فمن الناحية الاصطلاحية تنطوي المعاهدة في اللغة الفرنسية traité أو في اللغة الإنجليزية treaty على معنى عام⁽⁴⁾.

(1) Emile-Robert Perrin: Les grands problèmes internationaux: Editions Masson: Paris / Milan / Barcelone: 1995: p. 164

بينما يعرفها جو فرهوفن بأنها "كل اتفاق لإرادات متدخلة بين دولتين أو عدة دول (أشخاص القانون الدولي)، من أجل أن يتفاهما لترتيب التزامات قانونية عليها".

أنظر: Joe Verhoeven: Ibid: p. 365

ويرى دافيد روزوي بأن المعاهدة تعرف فقها بأنها: "تحرك إرادات متوافقة خاصة بشخصين أو عدة أشخاص من القانون الدولي وموجهة لترتيب آثار قانونية طبقا لأحكام القانون الدولي".

أنظر: David Ruzié: Ibid: p. 19

كما يعرفها البعض بأنها: "هي اتفاق بين أشخاص القانون الدولي لإحداث نتائج قانونية معينة".

أنظر: كمال زغوم: المرجع السابق: ص. 49.

(2) د. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 479. د. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 479.

(3) كمال زغوم: المرجع السابق: ص. 49. كمال زغوم: المرجع السابق: ص. 49.

(4) د. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 480.

كما تنطوي أيضا اتفاقية convention على مفهوم أكثر عمومية.

د. الشافعي محمد بشير: المرجع نفسه: ص. 480.

لقد كانت فكرة المعاهدة موضوع تساؤلات كثيرة.

أنظر: Joe Verhoeven: Ibid: p. 366

من هنا يرى البعض بأن الاصطلاح القانوني: concordats يدل على معاهدات أبرمت بين دولة ما والبابا من أجل تنظيم الشؤون المسيحية الكاثوليكية في البلاد".

إن اصطلاح المعاهدة بهذا المفهوم الواسع يبقى أضييق من اصطلاح الاتفاق الدولي accord international المعتبر اتفاقيات بين الدول وأشخاص آخرين للقانون الدولي.

د. الشافعي محمد بشير: المرجع نفسه: ص. 480 / 482.

فهذا الاتفاق يتشابه مع "العقد" الموجود في القانون الداخلي ولكنه على مستوى دولي مهما اختلفت التسميات.

أنظر: Joe Verhoeven: Ibid: p. 365

هذا يوصلنا بأن: "المعاهدات تعني بصورة شاملة كل اتفاق لإرادة دولتين أو عدة دول تريد إنشاء، تغيير أو إنهاء علاقة قانونية".

أنظر: Joe Verhoeven: Ibid: p. 367

حتى ولو أن بعض المعاهدات تحمل أسماء خاصة: معاهدة إنشاء منظمة الأمم المتحدة: ميثاق charte، معاهدة فرساي لإنشاء عصبة الأمم: عهد (pacte)، اتفاقية (convention)، نظام concordat، statut، معاهدة مذكرة mémorandum وتبادل مذكرات échange de notes

وعليه، يخرج من مفهوم المعاهدة: الاتفاق المبرم بين دولة وشخص قانون خاص لا يعتبر معاهدة دولية (محكمة العدل الدولية في قضية النزاع الإنجليزي الإيراني في 22 جويلية 1952: "أن امتياز استغلال البترول لم يبرم بين دولتين وإنما بين دولة وشركة خاصة ومن ثم لا يعتبر معاهدة دولية")

بينما يعتبر البروتوكول من الناحية الفنية أقل أهمية من المعاهدة أو أكثر إيجازا منها، حيث يحدد فيه ما غمض في المعاهدة أو التعبير عن تحفظ معين في بنود المعاهدة.

أنظر: د. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 480 / 482.

د. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 480.

كما تطوي أيضا اتفاقية convention على مفهوم أكثر عمومية.

د. الشافعي محمد بشير: المرجع نفسه: ص. 480.

لقد كانت فكرة المعاهدة موضوع تساؤلات كثيرة.

أنظر: Joe Verhoeven: Ibid: p. 366

من هنا يرى البعض بأن الاصطلاح القانوني: concordats يدل على معاهدات أبرمت بين دولة ما والبابا من أجل تنظيم الشؤون المسيحية الكاثوليكية في البلاد".

إن اصطلاح المعاهدة بهذا المفهوم الواسع يبقى أضييق من اصطلاح الاتفاق الدولي accord international المعتبر اتفاقيات بين الدول وأشخاص آخرين للقانون الدولي.

د. الشافعي محمد بشير: المرجع نفسه: ص. 480 / 482.

فهذا الاتفاق يتشابه مع "العقد" الموجود في القانون الداخلي ولكنه على مستوى دولي مهما اختلفت التسميات.

أنظر: Joe Verhoeven: Ibid: p. 365

هذا يوصلنا بأن: "المعاهدات تعني بصورة شاملة كل اتفاق لإرادة دولتين أو عدة دول تريد إنشاء، تغيير أو إنهاء علاقة قانونية".

أنظر: Joe Verhoeven: Ibid: p. 367

حتى ولو أن بعض المعاهدات تحمل أسماء خاصة: معاهدة إنشاء منظمة الأمم المتحدة: ميثاق charte، معاهدة فرساي لإنشاء عصبة الأمم: عهد (pacte)، اتفاقية (convention)، نظام concordat، statut، معاهدة مذكرة mémorandum وتبادل مذكرات échange de notes

والمعاهدات أنواع:

ب. أنواع المعاهدات الدولية:

النوع الأول: المعاهدات الخاصة: أو المعاهدات العقدية، وهي معاهدات ثنائية تنعقد بين دولتين أو عدد محدود من الدول في أمر خاص⁽¹⁾ تتضمن مزايا متقابلة لكل طرف فيها⁽²⁾ وتهدف إلى إيجاد نتيجة قانونية خاصة بينها⁽³⁾ وتعتبر تقاهما مبرما بين المصالح الخاصة بين المتعاهدين⁽⁴⁾ وهي ملزمة للمتعاقدين فقط، فلا تتعدى أثارها إلا للدول الأطراف فيها، كمعاهدات التحالف ومعاهدات الصلح ومعاهدات تعيين الحدود والمعاهدات التجارية والمعاهدات الثقافية.⁽⁵⁾

إن المعاهدات الخاصة ليست بذاتها مصدرا لقواعد القانون الدولي العام ولكن يمكن أن تكون مصدرا غير مباشر في ثبوت قاعدة قانونية دولية كالمعاهدة التي تنظم أمرا معينا، والتي حين تتكرر في نفس الأمر بين دول أخرى تعطي الدليل على تعارف الدول عليها فيثبت ذلك كقاعدة عرفية مثل قاعدة عدم تسليم اللاجئين السياسيين⁽⁶⁾.

النوع الثاني: المعاهدات العامة: أو المعاهدات الشارعة، التي تكون في أغلب الأحيان متعددة الأطراف⁽⁷⁾، أو معاهدات جماعية تبرم بين عدد غير محدود من الدول في أمور تهم الدول جميعا، ويكون الغرض منها تنظيم علاقة دولية عامة⁽⁸⁾ أو إدارة مرفق عام أو تقرير وضع إقليمي لجزء من العالم⁽⁹⁾.

وعليه، يخرج من مفهوم المعاهدة: الاتفاق المبرم بين دولة وشخص قانون خاص لا يعتبر معاهدة دولية (محكمة العدل الدولية في قضية النزاع الإنجليزي الإيراني في 22 جويلية 1952: " أن امتياز استغلال البترول لم يبرم بين دولتين وإنما بين دولة وشركة خاصة ومن ثم لا يعتبر معاهدة دولية ")
بينما يعتبر البروتوكول من الناحية الفنية أقل أهمية من المعاهدة أو أكثر إيجازا منها، حيث يحدد فيه ما غمض في المعاهدة أو التعبير عن تحفظ معين في بنود المعاهدة.

أنظر: د. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 480 / 482.

(1) د. علي صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، منشأة الأسكندرية: مصر: 1995: ص. 17.

(2) د. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 479.

(3) كمال زغوم: المرجع السابق: ص. 57.

وأیضا: David Ruzić: Ibid: p. 19.

(4) Joe Verhoeven: Ibid: p. 370.

(5) د. علي صادق أبو هيف: المرجع السابق: ص. 17.

(6) المرجع نفسه: ص. 17.

(7) د. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 479 / 480.

(8) د. علي صادق أبو هيف: المرجع السابق: ص. 17.

(9) د. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 479 / 480.

وهي تبرم عادة على مستوى المنظمات الدولية لكي تضع تشريعا دوليا كاتفاقيتي لاهاي لسنتي 1899 و1907 وعهد عصبة الأمم لسنة 1919 وميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945 واتفاقيتي فيينا للعلاقات الدبلوماسية والقنصلية سنتي 1961 و1963.

والتي تطرح قواعد عامة⁽¹⁾ تعتبر قانونا عاما في العلاقات الدولية⁽²⁾.

وهي قريبة الشبه بالتشريعات حتى جرى العمل على تسميتها: " المعاهدات الشارعة " ، والتي لا تلزم سوى الدول التي أبرمتها⁽³⁾.

ولكنها، يمكن أن تصبح تشريعا دوليا حقيقيا⁽⁴⁾ بفعل الممارسة واتباعها من غير أطراف المعاهدة.

وقد جاءت لتستخلف العرف الدولي الذي لم يعد يلبي حاجيات المجتمع الدولي⁽⁵⁾ كما سبق معنا،

بل يمكن أن يكون لها نصيب كبير في ثبوت قواعد القانون الدولي العام، لأنها تضم عددا أكبر من الدول في الجماعة الدولية فتتضم إليها الدول لاحقا أو السير على منوالها.

وغالبا ما تبرم مثل هذه المعاهدات لإصباغ صفة التحديد والوضوح وحسم كل نزاع حول القاعدة العرفية مثل اتفاقية فيينا لسنة 1815 واتفاقية إكس لاشايل لسنة 1818 التي ضمت القواعد الخاصة بمراتب الممثلين الدبلوماسيين، ومعاهدة باريس لسنة 1856 التي عدلت وكملت القواعد العرفية الخاصة بالحرب البحرية، و تصريح لندن البحري لسنة 1909 الخاص بالحرب البحرية، واتفاقية جنيف لإغاثة جرحى الحرب لسنة 1864 والمعدلة سنتي 1868 و1929، واتفاقيات لاهاي لسنتي 1899 و1907 لتقنين القواعد الخاصة بالحرب وتسوية المنازعات الدولية سلميا، وعهد عصبة الأمم لسنة 1919، واتفاقية واشنطن لسنة 1922 الخاصة بتنظيم حرب الغواصات وتحريم حرب الغازات والحرب البكتيريولوجية، وميثاق باريس لسنة 1928 الخاص بمنع الحروب، ومعاهدة جنيف العامة للتحكيم لسنة 1928، وميثاق الأمم المتحدة 1945، واتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949 الخاصة بالقواعد الدولية الإنسانية في حالة النزاعات الدولية، واتفاقيتي فيينا 1961 للعلاقات والحصانات الدبلوماسية وسنة 1963 للعلاقات القنصلية، واتفاقية فيينا لسنة 1969 المتضمنة قانون المعاهدات،

(1) David Ruzié: Ibid: p. 19.

(2) Joe Verhoeven: Ibid: p. 370.

وأنظر أيضا: كمال زغوم: المرجع السابق: ص. 58 .

(3) د. علي صادق أبوهيف: المرجع السابق: ص. 17.

(4) د. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 479 / 480.

(5) Joe Verhoeven: Ibid: p. 370.

ومعاهدة مونتيغيويباي لسنة 1982 الخاصة بقانون البحار، وغيرها من المعاهدات الدولية التي تعالج قضايا وموضوعات القانون الدولي العام التي تعتمد عليها الدول في علاقاتها بعضها ببعض وعلاقاتها بالمنظمات الدولية.

وعليه، فقد أصبحت المعاهدات العامة ملزمة للجميع، لأنها تمس حقا جماعيا وليس حقا خاصا بالدول الأطراف في المعاهدة، وهذا ما جاءت به محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري في قضية معاهدة حظر الإبادة البشرية بتاريخ 28 ماي 1951.

تقول المحكمة: " في مثل هذه المعاهدة، ليس للدول المتعاقدة مصالح خاصة، بل لها جميعا حق مشترك، والمتمثل في الحفاظ على المبادئ العليا التي أوجدت المعاهدة".⁽¹⁾

ج- أهمية المعاهدات الدولية ضمن مصادر القانون الدولي العام: للمعاهدة الدولية دور بارز في بناء النظام القانوني الدولي هيكليا: فهي من أهم مصادر القانون الدولي العام⁽²⁾ باحتلالها للمكانة الأولى ضمنها⁽³⁾ سواء من جهة الكم أو من جهة الموضوع⁽⁴⁾.

وتعتبر الأداة المثلى للقانون الدولي العام⁽⁵⁾ والوسائل الحسنة للارتباط القانوني ضمن العلاقات الدولية بهدف التعاون الدولي وتجاوز الخلافات⁽⁶⁾ لتعاضد أهميتها كوسيلة من وسائل صياغة القواعد المنظمة للعلاقات الدولية⁽⁷⁾.

(1) Ibid: p. 371.

كما صنفت المعاهدات الدولية أيضا الى:

النوع الأول: المعاهدات الثنائية: التي تحتوي على طرفين.

النوع الثاني: المعاهدات المتعددة الأطراف: التي لها أطراف عديدة.

أنظر: David Ruzié: p. 19

وتصنف أيضا: النوع الأول: المعاهدة المبسطة: التي لا تحتاج إلى تصديق والتي لا تأخذ شكليات معينة تتوفر في المعاهدات الرسمية، فيتفاوض حولها ويصادق عليها مثل بقية المعاهدات الدولية ولكن دون الخضوع لتصديق السلطة المختصة لذلك فالدول تلتزم بها بمجرد التوقيع عليها.

أنظر: David Ruzié: Ibid: p. 19 و Joe Verhoeven: Ibid: p. 387

ود. الشافعي محمد بشير: المرجع السابق: ص. 484.

(2) د. محمد بوسلطان: فعالية المعاهدات الدولية: البطلان والإنهاء وإجراءات حل المنازعات المتعلقة بذلك. ديوان

المطبوعات الجامعية. الجزائر: 1995: ص. 10.

(3) د. صلاح الدين عامر: المرجع السابق: ص. 179.

أنظر أيضا: د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 54.

(4) د. محمد يوسف علوان: القانون الدولي العام: المقدمة والمصادر. الطبعة الثالثة. دار وائل للنشر. عمان (الأردن):

2003: ص. 111.

(5) المرجع نفسه: ص. 111.

(6) د. محمد بوسلطان: المرجع السابق: ص. 10.

(7) د. صلاح الدين عامر: المرجع السابق: ص. 179.

بل حتى المنظمات الدولية تعتمد على المعاهدات الدولية في إنشائها⁽¹⁾.
كما أنه اعتمد في تقنين الكثير من فروع القانون الدولي العام على المعاهدات الدولية⁽²⁾.
أيضا، ساهمت المعاهدات الدولية في إنشاء الأعراف الدولية⁽³⁾.

المصدر الثاني: العرف الدولي La coutume internationale:

أ - تعريف العرف الدولي: إن مسألة تعريف العرف الدولي مسألة صعبة⁽⁴⁾. ورغم ذلك، فقد عرّفه البعض بأنه: " مجموعة من قواعد السلوك الدولي غير المكتوبة تكونت من خلال اعتياد الدول على اتباعها بوصفها قواعد ثبت لها لدى المخاطبين بأحكامها صفة الإلزام القانوني "⁽⁵⁾.
وقد بينت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن العرف الدولي هو " برهان لممارسة عامة مقبولة كأنها قانون "⁽⁶⁾.
حيث عرّفته هذه الأخيرة بأنه تلك " العادات الدولية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال ".
إذا، فالعرف الدولي هو ممارسة عامة مقبولة كقانون حيث يمكن اعتباره كنتاج توافق الدول وتعبير عن قاعدة موضوعية⁽⁷⁾.

(1) د. محمد بوسلطان: المرجع السابق: ص. 11.

أنظر أيضا: د. حمد يوسف علوان: المرجع السابق: ص. 111.

(2) د. محمد بوسلطان: المرجع السابق: ص. 11.

(3) المرجع نفسه: ص. 11.

أنظر أيضا: د. صلاح الدين عامر: المرجع السابق: ص. 180.

(4) د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 230.

(5) المرجع نفسه: ص. 231.

و" هي قاعدة قانونية تنشأ عن طريق اتباع أشخاص القانون الدولي العام لسلوك معين مع توافر القناعة لدى تلك الأشخاص بأن اتباع ذلك السلوك إنما يتم على وجه الإلزام ".
أنظر: د. أحمد بلقاسم: القانون الدولي العام: المفهوم والمصادر. دار هومة للنشر والتوزيع. الجزائر: 2005: ص. 147.

وهي " قاعدة غير مكتوبة ولكن ذات طبيعة ملزمة لأشخاص القانون ".
أنظر: Dominique Carreau: Ibid: p. 358.

(6) Dominique Carreau: Droit international public. 6^e éditions. Editions Pedone. Paris: 1999: p. 359.

(7) David Ruzi: Ibid: p. 64.

ب. أنواع العرف الدولي:

النوع الأول: العرف العام: وهو " القواعد الملزمة لكل الدول التي تنظم مسائل عامة" (1)، فعلى الدول جميعها الأخذ بها دون الدخول في اختيار قاعدة عرفية والاعتراف بها دون غيرها من القواعد الأخرى (2).

ويكفي لوجود عرف دولي معترف به من قبل دول ممثلة وغير معترض عليها من قبل الدول الأخرى، فيطبق على جميع الدول فلا يمكن الإعتراض عليه أو التحفظ منه. وهو العمومية والعالمية التي أكدت عليهما محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969 (3).

النوع الثاني: العرف الخاص: أو ما يسمى بالعرف الإقليمي: الذي يتمثل في " الأعراف السائدة بين مجموعة من الدول في منظمة واحدة أو إقليم واحد أو تجمع بينها صلات تاريخية، عرفية وسياسية" (4) كدول أمريكا اللاتينية مثلا.

ويرى البعض بأنه لا يعني رفض محكمة العدل الدولية في قضية "هايا دو لا طورا" بتاريخ 20 نوفمبر 1950 ادعاءات أحد الطرفين بوجود قاعدة عرفية إقليمية ينفي وجود قواعد عرفية إقليمية، بل يجب تقديم البرهان على وجودها والعمل بها باستمرار (5).

والتي اعتبرت أعرافا محلية، حيث قبلت بها محكمة العدل الدولية في قضية حق المرور بين الهند والبرتغال بتاريخ 12 أبريل 1960، وأقرت بوجود قاعدة عرفية دولية محلية بين الدولتين المتنازعتين تسير شؤونهما، ولكنها محدودة على مسائل معينة، ففي هذه القضية اقتصر حق المرور من النوع العرفي على الأشخاص الخواص والبضائع فقط دون حق مرور القوات المسلحة البرتغالية بإقليم الهند المار عليه (6).

النوع الثالث: العرف الفوري أو "المتوحش": الذي قال به الفقيه الفرنسي "روني جون دوبوي" R. J. Dupuy، حيث تعتبر فكرة العرف المتوحش أو الآني أو الفوري فكرة جديدة (7).

(1) د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 242.

(2) ولدوك في: د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع نفسه: ص. 242.

(3) Dominique Carreau: Ibid: p. 375.

(4) د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 243.

(5) Dominique Carreau: Ibid: p. 376.

(6) Ibid: p. 377.

و د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 243.

(7) Dominique Carreau: p. 380.

وقد كانت نتاج ثلاث عوامل:

العامل الأول: العامل السياسي:

وهو رغبة دول العالم الثالث في ترقية نظام قانوني دولي جديد يكون في صالحها والذي يغير من القواعد التعاهدية القديمة أو العرفية.

العامل الثاني: العامل القانوني والاجتماعي:

المتمثل في تسارع التاريخ الذي يؤدي إلى تسارع مماثل في تكوين العرف الدولي كما قالت به محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969 وفي قضية المصيد الإيرلاندية سنة 1974.

العامل الثالث: العامل التقني:

ويعني هذا مساهمة المنظمات الدولية في البلورة السريعة للقواعد العرفية الدولية بواسطة قراراتها وبصورة عامة بواسطة أفعالها المنفردة⁽¹⁾.

ومن الأمثلة على العرف المتوحش: مسألة قانون البحار لاسيما مسألة المنطقة الاقتصادية الخالصة، التي اعترفت فيها محكمة الاستئناف ببران Rennes في قرارها Rego Sanles بأن قانونا عرفيا جديدا يستخلف قانون جنيف الموضوع في المسألة⁽²⁾.

مع الملاحظة بأنه يجب البرهان على وجود دليل لمثل هذا العرف الدولي في حالة إقراره.

ج. مكانة العرف الدولي ضمن مصادر القانون الدولي العام: لقد كان للعرف الدولي

المصدر الأساس للقانون الدولي العام ولم تنازعه المعاهدة الدولية سوى بداية من القرن التاسع عشر⁽³⁾ كما أسلفنا.

فقبل ظهور الدولة الحديثة كان العرف هو السائد، ولكن بعد ظهورها بدأ يتراجع، وهذا بظهور المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف التي تقنن للعرف الدولي ليضيف ظهور المنظمات الدولية دفعة قوية في تقنين العرف الدولي⁽⁴⁾.

(1) Ibid: p. 380 / 281.

(2) Ibid: p. 381.

(3) د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 229.

(4) Dominique Carreau: Ibid: p. 359.

حيث بدأ التقنين لقواعد القانون الدولي العرفية منذ معاهدة فيينا لسنة 1815 لتتأكد الحركة التقنينية في أعمال عصبة الأمم ثم هيئة الأمم المتحدة⁽¹⁾. فتراجعت القاعدة العرفية غير المكتوبة لتحل محلها القاعدة التعاهدية المكتوبة.

هذا لم يمنع العرف الدولي من الإبقاء على مكانته ضمن مصادر القانون الدولي العام بسبب صعوبة التفاهم الدولي حول تقنين بعض القواعد الدولية، بالإضافة إلى دوره الهام في تكوين القانون الدولي العام⁽²⁾ باعتباره المصدر المباشر الثاني لإنشاء القواعد القانونية الدولية⁽³⁾، بل لا يزال العرف الدولي يتمتع بالدور الخلاق والمؤثر في عملية تكوين القواعد القانونية الدولية⁽⁴⁾،

وهو أهم مصادر القانون الدولي العام، لأن العرف الدولي هو أساس القانون الدولي العام⁽⁵⁾ وهو أكبر مصدرة وأغزرها مادة⁽⁶⁾ وقد ثبتت أغلب القواعد الدولية بواسطة العرف الدولي،

وقد كان العرف عامل استقرار للقاعدة القانونية، حيث كلفت الجمعية العامة (المادة 13 / 1 من ميثاق الأمم المتحدة) بتقنين القواعد العرفية، فأنشأت لجنة القانون الدولي وعقدت مؤتمرات في هذا الشأن⁽⁷⁾.

وتكمن أيضا أهمية العرف الدولي في أن الدولة لا يمكنها أن تتحجج بأنها لم تشارك في إرساء القاعدة العرفية الدولية، حيث إنه يكفي قبولها الانضمام إلى الجماعة الدولية حتى تقبل بما تعارفت حوله هذه الجماعة الدولية، فعندما أصبح الصرب دولة بحرية بإعطائها منفذا على بحر الأدرياتيك التزمت بالقواعد التي أقرها العرف الدولي سابقا فيما يخص الشؤون البحرية، كما التزمت اليابان عند انضمامها إلى مؤتمر الدول الأوربية بقواعد العرف الدولي حتى قبل الحرب العالمية الثانية، وفي حالة عدم مراعاة دولة لقاعدة عرفية دولية ونتج ضرر عن تصرفها هذا تطالب الدولة المتضررة طبقا لهذا العرف بالتعويض.

كما كان للعرف الدولي دورا مهما في المواضيع المستجدة التي تتطلب مرونة، إذ إن العرف الدولي يوفر هذه المرونة التي تدفع بالدول إلى اللجوء إليه عادة، بل إن القاعدة

(1) د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 229.

(2) المرجع نفسه: ص. 230.

(3) الوسيط في القانون الدولي العام: دار الجامعة للنشر والتوزيع: بيروت: 1999: ص. 91.

(4) د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 230.

(5) د. محمد المجذوب: ص. 91 / 92.

(6) د. علي صادق أبو هيف: المرجع السابق: ص. 13.

(7) Dominique Carreau: Ibid: p. 377 / 378.

المكتوبة تتطلب وقتاً طويلاً لتعديلها، بينما العرف الدولي لا يتطلب ذلك، لأنه قادر على إدخال عنصر المرونة على تعديل القاعدة القانونية الدولية⁽¹⁾.

المصدر الثالث: المبادئ العامة للقانون *Principes généraux du droit*

أ - تعريف المبادئ العامة للقانون: هي "مجموعة المبادئ التي تركز عليها وتقرها معظم الأنظمة القانونية لمختلف الأمم المتعدية"⁽²⁾.

ويعرفها البعض بأنها تلك "المبادئ العامة للقانون تمثل في واقع الأمر مبادئ تم اعتناقها من النظم القانونية الوطنية"⁽³⁾.

فهي، إذا، مجموع المبادئ الأساسية التي تستند إليها وتقرها النظم القانونية في مختلف الدول المتطورة في منظوماتها القانونية.

(1) Ibid: p. 359.

(2) القانون الدولي العام: المفهوم والمصادر. دار هومة للنشر والتوزيع. الجزائر: 2005: ص. 171.
(3) د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: القانون الدولي العام: منشأة المعارف بالإسكندرية: مصر: 2003: ص. 139 / 140.

وهي "القواعد العامة والأساسية التي تهيم على الأنظمة القانون والتي تفرعت عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج الى حيز التنفيذ في صورة العرف والتشريع".

أنظر: د. مفيد شهاب: في: د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 254

وهي "تلك المبادئ التي تم اعتناقها في النظم القانونية ومثالها بعض المبادئ المتعلقة بالإجراءات القضائية ومبدأ حسن النية، ومبدأ قوة الشيء المقضي به".

أنظر: الأعمال التحضيرية لوضع النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة ومحاضر جلسات لجنة القانونيين بلاهاي سنة 1920: في: د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 137 / 138.

كما تأكد هذا المعنى (رأي اللورد فليمور) من جانب الأغلبية العظمى من أعضاء لجنة القانونيين المكلفة بوضع النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة، كما ذهب الى ذلك المندوب الفرنسي لابراديل: "المبادئ العامة المعتبرة قاعدة القانون الوطني تشكل أيضا مصادر للقانون الدولي".

أنظر: د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 138.

يقول قوادري Quadri: "إن المبادئ العامة ليست سوى المبادئ المرتكز عليها من قبل سلطة الرأي العام العالمي التي ظهرت في الأنظمة الوطنية، لأن التجربة القانونية الوطنية تعتبر قديمة وأكثر غنى من التجربة الدولية، لذا فالقانون الداخلي يجب عدم اعتباره بهذه الحالة كمصدر، ولكن مثل كمؤشر بسيط للضمير القانوني للدول، الذي حينما يكون هناك تشابه بين الحالات فإنه يمكن تطبيقه على النظام الدولي".

أنظر: د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 140.

وهي "مجموعة القواعد التي تتسم من ناحية بطابع العمومية، كما تتميز من ناحية أخرى بأنها مبادئ أساسية"

أنظر: د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 133.

وهي بما لها من صفة عامة وما تتمتع به من روح العدالة تمتد في تطبيقها إلى العلاقات الدولية والرجوع إليها في حالة عدم وجود اتفاق أو قاعدة عرفية، فقط يتوجب علي في مسار التحدث عن المبادئ العامة للقانون، وكما جاءت في نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية: "مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتعدنة"، سأتوقف عند لفظ "الأمم المتعدنة" *nations civilisées*:

وهي الفكرة التي جاءت على لسان العديد من الفقهاء الغربيين حين عرفوا القانون الدولي العام معتبرينه القواعد التي تسيّر علاقات الدول المتعدنة والتي اختلف حول تفسيرها الكثيرون: فذهب البعض إلى أن قصد الغرب من لفظ "الأمم المتعدنة" هو اقتصارها على الانتماء إلى التحضر الخاص بالأمم الغربية وحدها التي في الحقيقة كان من الواجب أن تختفي مثل هذه العبارة باحتفاء الاستعمار وتصبح "المبادئ العامة للقانون المعترف بها في النظم القانونية الداخلية للدول المستقلة"، لكونها أعضاء في الأمم المتحدة، وبالتالي أطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، كما يجب أن تستخلف عبارة "الأمم المتعدنة" بعبارة "الحضارات المختلفة"⁽¹⁾.

وقال البعض الآخر بأن عبارة "الأمم المتعدنة" تعد عبارة من عبارات التمييز العنصري الذي أرسته الظاهرة الاستعمارية عاكسة عهد القانون الدولي المسيحي المطبق على الدول الأوروبية المسيحية المعتمدة وحدها أما متعدنة.⁽²⁾

ورأى آخرون بأن القصد منها هو الدول ذات النظم القانونية المتكاملة وليس التمييز بين الأمم المتعدنة والأمم البدائية مع الاحتفاظ بهذه العبارة وإعطائها مدلولاً يتسق مع الحياة الدولية المعاصرة بمعنى وجود حكومة قادرة على إنصاف الأجانب الموجودين فوق إقليمها⁽³⁾. بينما قال "جوفرهوفن" بأن مفهوم "الأمم المتعدنة" معناه أن تؤخذ بعين الاعتبار القوانين الوطنية المتطورة التي تبدو مبررة للدعم الذي يبحث عنه القاضي الدولي⁽⁴⁾.

وذهب الفقيه فردروس Alfred Verdross إلى أنه: لمعرفة المقصود من العبارة يجب ربطها بالمادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة التي تعترف بالمساواة بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، وعليه تعني هذه العبارة لكي يصبح المبدأ عاما ينبغي أن يجد سنداً موضوعياً

(1) د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 255.

(2) د. محمد سامي عبد الحميد ود. عبد العزيز سرحان: في: د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة

حسين: المرجع السابق: ص. 136.

(3) Antoine Fabre و Jennings: د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 136 / 137.

(4) Joe Verhoeven: Ibid: p. 348.

متوافق المضمون في الضمير القانوني لشعوب العالم المختلفة⁽¹⁾، من هنا قال فيرالي Virally بأن هناك فئة خاصة من المبادئ العامة التي تخص القانون الدولي العام لوحده، التي نشأت ضمن تطور المجتمع الدولي والعلاقات القائمة بين أشخاصه⁽²⁾.

ب - مضمون المبادئ العامة للقانون: التي استمدت من المبادئ العامة للأنظمة القانونية الداخلية أو الوطنية ومنها ما استمد من أعمال هيئة الأمم المتحدة التي تعارفت حولها الدول الأعضاء⁽³⁾ وأعطتها من العمومية والتجريد مما جعلها مبادئ عامة للقانون⁽⁴⁾.

والتي تمثلت في المبادئ العامة التالية:

- العقد شريعة المتعاقدين.
- حسن النية وعدم مشروعية التعسف في استعمال الحق.
- احترام الحقوق المكتسبة.
- نظرية التقادم المسقط.
- إلزام المتسبب في الضرر بإصلاحه.
- المطالبة بوجود العلاقة السببية بين الحادث والضرر الناتج عنها.
- القوة القاهرة.
- حجية الشيء المقضي به.
- عدم جواز الجمع بين صفتي الخصم والحكم.
- تأمين المساواة بين الأطراف واحترام حق الدفاع.

(1) د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 137.

(2) المرجع نفسه: ص. 153.

(3) أرست الأمم المتحدة مجموعة من المبادئ أصبحت تطبق في القانون الدولي العام: نتعرض للمبادئ التي أرستها الأمم المتحدة أو أكدت على وجودها السابق عن طريق الميثاق أو ما صدر عنها من إعلانات (مبادئ تحكم سلوك الدول في علاقاتها بعضها مع بعض).

أنظر: د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 154.
(4) - الميثاق.

- قرار الجمعية العامة (14 ديسمبر 1960 الخاص بمنح الاستقلال للأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي والشعوب المستعمرة) - إعلان " مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون فيما بين الدول وفقا لميثاق الأمم المتحدة (الجمعية العامة بتاريخ 24 أكتوبر 1970): احتوى على سبع (07) مبادئ قال عنها تقرير اللجنة الخاصة حول مبادئ التعايش السلمي: يمكن لمبادئ التعايش السلمي ملء الثغرات الموجودة في مصادر القانون الدولي العام.

أنظر: Rapport du Comité Spécial sur les principes concernant les relations amicales et la coopération .
entre les Etats - Session du Mexico du 27 Avril au 1 Octobre 1964. ONU doc. A/ 5746

- احترام استقلال الدول وعدم التدخل في شؤونها.
- عدم اللجوء إلى استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية.
- تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية.
- واجب تعاون الدول مع غيرها وفقا للميثاق.
- احترام مبدأ المساواة في الحقوق.
- احترام مبدأ المساواة في السيادة بين الدول.
- حق تقرير المصير للشعوب.
- تفوق المعاهدة الدولية على القانون الداخلي.
- وعليه، نصل إلى المصادر الثانوية للقانون الدولي العام:

2 . المصادر الثانوية للقانون الدولي العام:

وهي المصادر القانونية التي ترجع إليها الدول وفقا للمادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في حالة عدم وجود مصدر أصلي، وهذا للاستئناس بها، والتي تتمثل في:

المصدر الأول: قرارات المحاكم الدولية واجتهاداتها: ويقصد بأحكام المحاكم تلك الأحكام الصادرة من محكمة العدل الدولية، سواء كانت أحكاما استشارية أو قضائية، والتي تفصل في المنازعات الدولية أو أحكام محاكم التحكيم الدولية التي اعتادت على تطبيق قاعدة قانونية دولية معينة وكيفية تفسيرها، المعتبرة بمثابة سوابق قضائية دولية يتعين على القاضي الدولي الرجوع إليها في حالة القضية المماثلة⁽¹⁾، والتي تقوم بدور تعريف وتحديد لقواعد القانون الدولي العام بل وبإمكانها تطوير القانون الدولي العام وتفسيره⁽²⁾، حيث تعتبر كمصدر احتياطي للقانون الدولي العام، يستأنس بها القضاة الدوليون والمتنازعون حتى يصلوا إلى القواعد القانونية التي جاء ذكرها في المعاهدات أو العرف أو المبادئ العامة للقانون.⁽³⁾

طبعاً، فالسوابق القضائية غير ملزمة، ولكن يمكن الرجوع إليها للاستدلال على ما هو قائم ومطبق من قواعد القانون الدولي العام وتفسير ما هو غامض منه⁽⁴⁾.

وبناء عليه، يرى البعض بأن القضاء الدولي لا ينشئ قواعد قانونية جديدة بقدر ما ينحصر دوره في تطبيق القاعدة القانونية⁽⁵⁾.

(1) د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 184.

(2) د. مفيد شهاب: في: د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 184.

(3) د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 184.

(4) د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 263.

(5) د. عبد العزيز محمد سرحان: في: د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 263.

المصدر الثاني: آراء فقهاء القانون الدولي العام:

أ - تعريف آراء فقهاء القانون الدولي العام: وهي الآراء الفقهية في تعريف القواعد الدولية وتحديد مداها، لكون الفقهاء يقومون بتفسير ما غمض من نصوص المعاهدات الدولية وتبيان ما أقره العرف الدولي والتعليق عليها، مساهمين بذلك في التعريف بالقواعد الدولية وتحديد مضمونها⁽¹⁾.

ب - أشكال الاجتهادات الفقهية الدولية:

الشكل الأول: اجتهادات الفقهاء الدوليين الفردي: حيث طورت جهود الفقهاء وأبحاثهم الكثير من قواعد القانون الدولي العام، والتي كان على رأسها الهولندي «غروسسيوس» (أبو القانون الدولي) والألماني «بوفندروف» اللذان عاشا كلاهما في القرن السابع عشر، والهولندي «بينكر شوك» والسويسري «فاتيل» والألماني «دي مارتن» في القرن الثامن عشر، وفقهاء العصر الحديث في القرن التاسع عشر والعشرين مثل «هولتزنديروف» و«تريبيل» و«شتروب» (ألمانيا) و«مانشيني» و«فيوري» و«آنزيلوتي» (إيطاليا) و«بنتام» و«لورنس» و«لوريمر» و«أوبنهايم» (انجلترا) و«هويتون» و«لورنس بيتش» و«تشيبي هايد» (أمريكا) و«ديسباني» و«برادي» و«فوديري» و«ليفور» و«فوشي» و«لابراديل» (فرنسا) و«بلنتشلي» (سويسرا) و«كفو» (الأرجنتين) و«بوليتيس» (اليونان) و«آفاراز» (تشيلي) و«بوستامانت» (كوبا).

الشكل الثاني: اجتهادات الفقهاء الدوليين الجماعي: فإلى جانب الجهود الفردية هناك جهود جماعية مشتركة تقدم القواعد القانونية وتعممها، وهي جمعيات وهيئات علمية في مختلف البلدان تصدر مطبوعات ومجلات دورية بغرض دراسة القانون الدولي العام ومتابعة تطوراتها ونشر مبادئه في أنحاء العالم.

تجسد ذلك في:

- معهد القانون الدولي (بمدينة جان البلجيكية 1873) الذي له كتاب سنوي من أعمال وقرارات يرجع إليها في مسائل القانون الدولي يسمى "الدفتري السنوي لمعهد القانون الدولي" L. annuaire de l'institut de droit international.
- المعهد الأمريكي للقانون الدولي (بواشنطن 1912).
- جمعية الولايات المتحدة الأمريكية للقانون الدولي.
- الجمعية الفرنسية للقانون الدولي.
- جمعية غروسسيوس (انجلترا).

(1) د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 185.

- مجمع القانون الدولي (ميلانو).
 - الجمعية المصرية للقانون الدولي (مصر)
 - والتي تصدر مطبوعات خاصة بالقانون الدولي العام:
 - The American journal of International Law (أمريكا) .
 - Revue de droit international public (فرنسا) .
 - Transaction of the gratissoriuty (بلجيكا) .
 - Revesita de diritto internazionale (إيطاليا) .
- كما تساهم معاهد عليا لتدريس القانون الدولي العام على وجه التعمق التي لها صفة عالمية تنظم محاضرات يلقيها رجال كبار الفقهاء من مختلف البلدان وتطبع هذه المحاضرات في مجلدات سنوية.
- والمتمثلة في:
- معهد الدراسات الدولية العليا بباريس (1921) .
 - أكاديمية القانون الدولي بلاهاي (1923) .

ج- مكانة الفقه الدولي ضمن مصادر القانون الدولي العام: يرى البعض بأن الفقه الدولي لا ينشئ قواعد دولية بل يفسر القواعد القانونية الدولية الموجودة والتعليق عليها ، فهو إذن ليس مصدرا منشئاً للقواعد الدولية⁽¹⁾ بقدر ما هو كاشف عن القواعد القانونية الدولية.⁽²⁾

وأرى بأن الفقه الدولي يمكن أن يساهم في تطوير قواعد القانون الدولي العام زيادة على شرح قاعدة قانونية دولية موجودة ، حيث يمكن للأعمال التفسيرية الفقهية أن تنشئ قاعدة دولية جديدة ، فتسير الدول على منوالها وتصبح قاعدة عرفية دولية ، أو تقرّها في المعاهدات الدولية فتضحى قاعدة قانونية دولية مكتوبة.

يدعم فكرتي هذه ما ذهب إليه د. "علي صادق أبو هيف" حين يرى بأن القانون الدولي العام في الواقع قام في بدء نشأته على أكتاف الفقهاء⁽³⁾ ، دون أن ننسى في هذا المقام ما قام به الفقيه الهولندي "غروسيوس" من اجتهاد في مسألة التأسيس لقواعد القانون الدولي العام ،

(1) المرجع نفسه: ص. 185.

(2) د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 264.

(3) د. علي صادق أبو هيف: المرجع السابق: ص. 23.

حيث يرجع للفقهاء الدولي للإستعانة به والتعرف على القواعد القانونية الدولية وفهمها وتفسيرها⁽¹⁾، لذا تكمن أهمية الفقه الدولي في شرح قواعد القانون الدولي العام⁽²⁾.

المصدر الثالث: مبادئ العدل والإنصاف:

أ - تعريف ومفهوم مبادئ العدل والإنصاف: " هي تلك القواعد التي يتم استخلاصها من خلال العقل وحكمة التشريع"⁽³⁾.

إن مفهوم العدل والإنصاف يعتبر من المعاني الغامضة وليس لها تعريف واضح ومتفق عليه، ولكن العدل والإنصاف معناه إعطاء كل ذي حق حقه، وعدم الظلم والانتقاص من الحق. وتعتمد هذه المبادئ في تحقيقها على ضمير الإنسان ومشاعره الإنسانية دون تحيز أو إبتعاد عن الحق، بل يبقى مفهوم العدالة ضمن القانون الطبيعي الذي ينبض به الضمير الإنساني ويكتشفه العقل في حالة موازنة الأمور باتجاه تغليب الجانب الإنساني في معنى الحق⁽⁴⁾.

ب - مكانة مبادئ العدل والإنصاف ضمن مصادر القانون الدولي العام: والتي ذكرتها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية لفتح المجال للقاضي الدولي لكي يجد الحلول المناسبة لحل المشكل المطروح عليه طبقا للعدالة الأزلية.

فقواعد العدالة مكملة للقانون الوضعي أو مفسرة للجانب الإنساني فيه أو ملائمة لسد الثغرة فيه⁽⁵⁾، وتطبيق العدالة يعتبر سببا في تحقيق المساواة وسببا في منح صاحب الحق حقه، حيث يتم اللجوء إلى قواعد العدل والإنصاف بغية استخلاص الحلول الواجب تطبيقها على المنازعات الدولية⁽⁶⁾، ولكن بتوفر بعض الشروط:

الشرط الأول: عدم وجود قاعدة قانونية لحل النزاع.

الشرط الثاني: رضا أطراف النزاع اللجوء إلى قواعد العدل والإنصاف⁽⁷⁾.

(1) د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 264.

(2) المرجع نفسه: ص. 264.

(3) د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 186.

و أنظر أيضا: د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 265.

(4) صلاح الدين احمد حمدي: دراسة في القانون الدولي العام، منشورات ELGA، مالطا: 2002، ص. 119.

(5) المرجع نفسه: ص. 119.

(6) د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 186.

(7) المرجع نفسه: ص. 186.

وأنظر أيضا: د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 265.

وتعد مسألة التعويض من أهم المسائل التي تلجأ إليها محاكم التحكيم في هذا الصدد مع العلم أن هذا لا يمنع القضاء الدولي من اللجوء إليها كما جاء في حكم محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969.⁽¹⁾ هذه هي المصادر، سواء ما صنف أصليا أو ثانويا، التي تعتمد عليها أشخاص القانون الدولي العام في تعاملاتها الإيجابية أو السلبية، بعضها مع بعض والتي جاءت بها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية دون ذكر من أي نوع كان لقرارات المنظمات الدولية بصفتها مصدرا للقانون الدولي العام.

فهل يحق لنا إدراج قرارات المنظمات الدولية، لاسيما قرارات منظمة الأمم المتحدة بصفتها التنظيم الأكثر تمثيلا عالميا والأكثر تأثيرا دوليا؟
وأي نوصفها؟ هل هي مصادر رئيسية أم مصادر ثانوية؟

ثانيا: قرارات المنظمات الدولية بصفتها مصدرا للقانون الدولي العام أو بلا صفتها مصدرا للقانون الدولي العام:

السؤال الذي يتبادر في ذهن للوهلة الأولى هو: هل تعتبر قرارات المنظمات الدولية مصدرا مباشرا أو غير مباشر للقانون الدولي العام؟ أم لا يمكن تصنيفها ضمن مصادر القانون الدولي العام ما دامت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية قد أغفلتها؟
ولكن، قبل هذا وذاك، نحاول التعرض لماهية قرارات المنظمات الدولية:

1. ماهية قرارات المنظمات الدولية:

في هذا الصدد، سنقتصر في التحليل على قرارات الأمم المتحدة، حيث يعرف قرار المنظمة الدولية على أنه: كل "تعبير من جانب المنظمة الدولية - يتم على النحو الذي حدده دستورها ومن خلال الإجراءات التي رسمها - عن اتجاه الإرادة الذاتية لها إلى ترتيب آثار قانونية معينة ومحددة سواء على سبيل الإلزام أو التوصية"⁽²⁾.

"ويشمل مصطلح المقررات كلا من القرارات الملزمة والتوصيات غير الملزمة"⁽³⁾.

(1) د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 186.

(2) د. محمد سامي عبد الحميد: القاعدة الدولية: الجزء الثاني من: أصول القانون الدولي العام، منشأة

الإسكندرية: مصر: 1999: ص. 128.

(3) د. محمد يوسف علوان: المرجع السابق: ص: 418.

فهو، إذا، " التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة للمنظمات الدولية بغية خلق التزامات على عاتق المخاطب أو المخاطبين بهذه التصرفات ".⁽¹⁾

من هنا، اتخذت قرارات الأمم المتحدة، كمنظمة دولية، شكلين:

الشكل الأول: القرار Décision: في الحقيقة، يتصف قرار منظمة الأمم المتحدة بطبيعتين قانونيتين، والصادر في أغلب الأحيان عن مجلس الأمن الدولي:

أ . الطبيعة القانونية الملزمة: فمجلس الأمن يملك إصدار قرارات ملزمة للدول الأعضاء في إطار تطبيق الفصل السابع من الميثاق (تهديد السلم والأمن الدوليين والإخلال بهما والعدوان).⁽²⁾

ب . الطبيعة القانونية غير الملزمة: أما القرارات التي يتخذها في إطار الفصل السادس (حل المنازعات حلا سلميا) فهي مجرد توصيات، غير ملزمة حتى ولو أطلق عليها اسم قرارات⁽³⁾.

فقد قالت محكمة العدل الدولية في قضية إقليم جنوب غرب أفريقيا: بأن قرار مجلس الأمن رقم 276 لسنة 1970 الذي أنهى انتداب جنوب أفريقيا لهذا الإقليم الذي أصبح اليوم دولة مستقلة بأنه قرار يحتوي على طبيعة إلزامية لصدوره وفقا للمادة 24 (حفظ السلم والأمن الدوليين) والمادة 25 التي تحت أعضاء الأمم المتحدة بقبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها⁽⁴⁾.

الشكل الثاني: التوصية Recommendation: فهي القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة التي لا تعتبر بطبيعتها القانونية قرارات ملزمة، والتي دخلت في عرف المنظمة بتسمية: التوصية، ولأن المنظمات الدولية، لاسيما هيئة الأمم المتحدة، توسعت في نشاطاتها الدولية، فإنها اتخذت أبعادا متعددة في الحياة الدولية.

2 . التطور الحاصل للمنظمات الدولية ودورها المتزايد في الحياة الدولية:

طبعاً، شهدت المنظمات الدولية، والأمم المتحدة على الخصوص، تطورا كبيرا ولافتا للأنظار، حيث توسعت لتشمل جميع ميادين الحياة الدولية، بل تدخلت حتى في الميادين الداخلية للدول، لاسيما في المسائل التي مست حقوق الإنسان بالمفهوم الواسع، مما جعل البعض يطالبون بإدراج قراراتها ضمن مصادر القانون الدولي العام، فتصدى لهم البعض بالرفض معتبرين ذلك مبالغ فيه في الوقت الذي وقضت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية نصا صريحا لا يقبل بذلك، لا ضمنا ولا صراحة.

(1) المرجع نفسه: ص: 418.

(2) المرجع نفسه: ص: 418 / 419.

(3) المرجع نفسه: ص: 418 / 419.

(4) المرجع نفسه: ص: 419.

من هنا، ثار الجدل حول مسألة كون قرارات المنظمات الدولية مصدرا للقانون الدولي أم ليست مصدرا له!

3. الجدل الحاصل حول قرارات المنظمات الدولية إن كانت مصدرا للقانون الدولي العام:

أ - الرأي المعترف أن قرارات المنظمات الدولية تشكل مصدرا من مصادر القانون الدولي العام، بحيث يعتبر د. "عبد العزيز قادري" بأن قرارات المنظمات الدولية تشكل مصدرا مباشرا من مصادر القانون الدولي العام، تلزم أعضاء المنظمات الدولية كما تلزم غيرها⁽¹⁾.

بعض حججهم تمثلت في أن الظرف الزمني، والبعيد نوعا ما، سنة 1920، الذي أنشئت فيه أول منظمة دولية شاملة المتمثلة في عصبة الأمم⁽²⁾ هو الذي جعل واضعي عهد العصبة وميثاق الأمم المتحدة فيما يغفل إدراج قرارات المنظمات الدولية كمصدر من مصادر القانون الدولي العام، وأن الأوان لإصلاح ذلك.

فيرى البعض بأن: "إغفال المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية للنص على التصرفات الفردية للمنظمات الدولية ضمن المصادر الشكلية للقانون الدولي، لا ينهض دليلا على نفي وجود هذا المصدر المتميز لقواعد هذا القانون، والسبب الحقيقي لهذا الإغفال هو أن النص المذكور حينما أعد في عام 1920 لم تكن ظاهرة المنظمات الدولية قد عرفت الانتشار الذي تشهده في الوقت الحاضر"⁽³⁾.

نفس الحجة يلجأ لها "دومنيك كارو" Dominique Carreau حين يتحدث عن قرارات المنظمات الدولية كمصدر من مصادر القانون الدولي العام، حيث يقول بأن: عدم ذكر قرارات المنظمات الدولية كمصدر من مصادر القانون الدولي العام في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يعود إلى الظروف التي أسست فيها المنظمة الدولية، لاسيما

(1) د. عبد العزيز قادري: الأداة في القانون الدولي العام (المصادر). دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع. الجزائر: 2009. ص. 511 إلى 522.

ولكنه يخلط أثناء عرضه للفكرة بين قرارات المنظمات الدولية وأحكام المحاكم الدولية
أنظر: عبد العزيز قادري: المرجع نفسه: ص. 519. التي تعتبر بفضل المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية من المصادر الاحتياطية للقانون الدولي العام.

(2) أكثر تفاصيل يمكن الرجوع إلى د. مبروك غضبان: التنظيم الدولي والمنظمات الدولية. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر: 1994.

(3) د. محمد يوسف علوان: المرجع السابق: ص: 418.

عصبة الأمم ومحكمة العدل الدولية الدائمة سنة 1920، حيث لم تكن المنظمة الدولية بهذا الحجم من التطور⁽¹⁾.

ويذهب د. "محمد يوسف علوان" في نفس الاتجاه إلى أن محكمة العدل الدولية قد طبقت "في أكثر من مناسبة قرارات صادرة عن منظمات دولية باعتبارها مصدرا مستقلا للقاعدة الدولية"، مثل الآراء الاستشارية الصادرة عن المحكمة الإدارية التابعة للأمم المتحدة 1954 وأحكام المحكمة الإدارية التابعة بمنظمة العمل الدولية 1956 وبعض نفاقات الأمم المتحدة (1962)⁽²⁾، كما يرتكز على الطبيعة القانونية للتوصية التي تصدر من طرف الأمم المتحدة، كمنظمة دولية، فيرى بأن "قبول الدول أو تعهدها مقدما باحترام التوصية، صراحة أو ضمنا، يجعلها ملزمة لها، فقد ذهبت المحكمة الدائمة للعدل الدولي إلى أن توصية مجلس عصبة الأمم الموجهة بتاريخ 10 ديسمبر 1927 إلى كل من لتوانيا وبولندا، والتي تدعو الدولتين إلى حل النزاع فيما بينهما عن طريق التفاوض، أصبحت ملزمة لهما بعد قبولهما بها"⁽³⁾. كما حدث في قضية مضيق الكورفو لسنة 1949 من طرف محكمة العدل الدولية التي رأت في قبول بريطانيا وألبانيا مقررات مجلس الأمن تجعل من هذه المقررات ملزمة للدولتين.

أيضا، قبول إيطاليا في معاهدات السلام لسنة 1947 بمقررات الجمعية العامة للأمم المتحدة الخاصة بمصير مستعمراتها في أريتيريا وليبيا وقبول الدول المعنية بقرار مجلس الأمن رقم 242 لسنة 1967 الخاص بالقضية الفلسطينية يعطيه قوة إلزامية⁽⁴⁾.

وعليه، ففي الحالات التي، كما أسلف، تتمتع بها التوصيات "بقيمة قانونية إلزامية (...)" تعد مصدرا مباشرا للقانون الدولي⁽⁵⁾.

ويذهب د. محمد طلعت الغنيمي إلى أن: "إغفال المادة (38) للقرارات كمصدر للقواعد القانونية الدولية، يرجع إلى أنها لا يمكن اعتبارها مصدرا منفصلا عن المصادر المذكورة في المادة 38"، لأن

(1) Dominique Carreau: Ibid: p. 237.

(2) د. محمد يوسف علوان: المرجع السابق: ص: 418.

(3) المرجع السابق: ص: 428.

أنظر أيضا: د. رجب عبد المنعم متولي: المعجم الوسيط في شرح وتبسيط قواعد القانون الدولي العام مقارنا بأحكام شريعة الإسلام. (مصر): 2007: ص. 145.

(4) د. محمد يوسف علوان: المرجع السابق: ص: 428.

(5) المرجع نفسه: ص: 428.

القرارات ليست سوى نوعا من الاتفاق بين الدول الأعضاء، لذا اعتبرت قرارات المنظمات الدولية مرادفة للاتفاقيات الدولية، فهي متفق عليها بين أعضاء المنظمة بصورة أو بأخرى.⁽¹⁾

يقول ليفين Livin: إن قرارات مجلس الأمن التي تتمتع بقوة إلزامية في مواجهة الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة لا تختلف عن الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف من حيث طبيعتها القانونية.⁽²⁾

هذا ما دفع بالدكتور محمد السعيد الدقاق إلى القول بأن: "التوصيات تخلق ما يمكن تسميته بالشرعية الدولية، على معنى أن الاقتضاء الذي تتطلبه التوصية من المخاطب بها يعد بمثابة تعبير عن رأي القانون الدولي بصدد المسألة التي صدرت التوصية بشأنها، وبعبارة أخرى فإن التوصية تخلق قرينة قانونية على شرعية السلوك الذي يتفق مع مضمونها (. . . لذا) لا يمكن قبول مخالفتها مخالفة صريحة (فإذا) امتنعت (الدولة) عن تنفيذ ما جاء في التوصية ظل موقفها هذا مشوبا بعدم المشروعية حتى تقدم الدليل على عكس ذلك"⁽³⁾.

نفس التوجه ذهب إليه د. صلاح الدين عامر حين ذكر بأن:

تطور المجتمع الدولي المعاصر وتكاثر عدد المنظمات الدولية يدفع إلى القول بأنه "لم يعد من المنطقي أن يظل القانون الدولي حبيس تلك النظرة التقليدية التي كانت تحدد مصادره على النحو الذي رسمته المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة الدائمة للعدل الدولي ثم محكمة العدل الدولية، وكان من المحتم أن ينظر الفقه إلى مصادر القانون الدولي نظرة واقعية تستوعب حقيقة أن القرارات التي تصدر عن تلك المنظمات الدولية قد باتت تسهم بدورها في إمداد القانون الدولي العام ببعض القواعد والأحكام التي تعتبر جزءا منه"⁽⁴⁾. مضيفا بأن: "حصار التنظيم الدولي المعاصر يكشف بوضوح عن أن عددا كبيرا من قرارات المنظمات قد أدى إلى إضافة قواعد قانونية دولية إلى القانون الدولي العام على نحو مباشر، وليس كمصدر غير مباشر."⁽⁵⁾

(1) في د، محمد طلعت الغنيمي ومحمد السعيد الدقاق: د. جمال محي الدين: القانون الدولي العام: المصادر القانونية. دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية (مصر): 2009: 275.

(2) في د، محمد طلعت الغنيمي ومحمد السعيد الدقاق: د. جمال محي الدين: المرجع نفسه: ص. 275.

(3) د. محمد السعيد الدقاق: في: د. محمد سامي عبد الحميد: المرجع السابق: ص. 129.

(4) د. صلاح الدين عامر: المرجع السابق: ص. 398.

(5) المرجع نفسه: ص. 399.

بل " يمكن أن تعد القرارات والتوصيات التي تصدر عن المنظمة الدولية في بعض الأحوال مصدرا شكليا مباشرا⁽¹⁾ من مصادر القانون الدولي ".⁽²⁾

خاتما موقفه بأنه: حتى تعد قرارات المنظمات الدولية مصدرا شكليا مباشرا للقانون الدولي العام يجب أن تتوفر على مجموعة من الخصائص: كالعمومية والتجريد والإلزام⁽³⁾ ب- الرأي المعترف أن قرارات المنظمات الدولية ليست مصدرا مباشرا للقانون الدولي العام:

يرى "د. رجب عبد المنعم متولي" بأنه لا يمكن اعتبار قرارات المنظمات الدولية مصدرا للقانون الدولي العام مثلها في ذلك مثل المصادر المذكورة في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، حيث يقول: " نؤكد على حقيقة هامة وهي أنه رغم أن إسهام قرارات المنظمات الدولية في خلق وإنشاء قواعد القانون الدولي العام إسهاما غير مباشر، فإنه إسهام أثرى العديد من القواعد القانونية الدولية مما دعا الفقه الدولي إلى التأكيد على دوره وأهميته الخلاقة في هذا الصدد حتى رغم عدم ورود ذكره ضمن مصادر القانون الدولي العام الوارد ذكرها في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ".⁽⁴⁾

فإذا ما فحصنا التوصية الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة، وبالخصوص توصيات الجمعية العامة، يقول د. محمد يوسف علوان بأن التوصية لا تعبر " عن قاعدة قانونية دولية بل عن مجرد رأي أو أمنية للمنظمة، ولهذا فهي لا تعد مصدرا للقانون الدولي والالتزام الدولي بمعناها الضيق، فللدول المخاطبة بالتوصية مطلق الحرية باتباعها أو لا، ولا يعد عدم مراعاتها خرقا لقاعدة دولية - ولا يترتب عليه المسؤولية الدولية، وهي ليست ملزمة بالنسبة للدول التي تصوت إلى جانبها ".⁽⁵⁾

(1) هو قرار المنظمة بإبرام معاهدة دولية تؤدي إلى نشأة قواعد قانونية دولية.

أنظر: د. صلاح الدين عامر: المرجع نفسه: ص. 407.

(2) د. صلاح الدين عامر: المرجع نفسه: ص. 406 / 407.

تعليق: في الحقيقة لا ناقش في بحثنا هذا القرارات التي تصدر عن المنظمات الدولية وبالخصوص منظمة الأمم المتحدة التي تحمل في موضوعها معاهدة دولية مثل العديد من المعاهدات، ولكن نتحدث في موضوعنا هذا عن القرارات التي تعالج مواضع معينة.

فلو ذهبنا هذا المذهب لكنا قد أخلطنا الموضوع الذي نحن بصدد البحث فيه.

(3) تفصيل ذلك في: د. صلاح الدين عامر: المرجع نفسه: ص. 407 إلى 417.

(4) د. رجب عبد المنعم متولي: المرجع السابق: ص. 145 / 146.

(5) د. محمد يوسف علوان: المرجع السابق: ص. 425.

من هنا، أجمع، تقريبا الكل ممن ينفون صفة مصدرية قرارات المنظمات الدولية للقانون الدولي العام، على أن قرارات المنظمات الدولية لا تعدو أن تكون تشكيلا آخر للقواعد العرفية الدولية:

يرى القاضي الدولي تانكا Tanaka في رأيه في قضية جنوب غرب أفريقيا سنة 1966 بأن العديد من قرارات الأمم المتحدة حول مسألة الميز العنصري شكلت عرفا دوليا فيما يخص المسألة.⁽¹⁾

ج- الرأي المعتبر أن قرارات المنظمات الدولية مصدرا غير مباشر للقانون الدولي العام: يرى البعض من الفقه أن قرارات المنظمات الدولية تعتبر مصدرا غير مباشر للقانون الدولي العام، حيث تساهم في تكوين القواعد العرفية الدولية التي تعتبر، بدورها، مصدرا مباشرا للقانون الدولي العام.

فدومينييك كارو Dominique Carreau يعتبر قرارات المنظمات الدولية بداية لتشكيل عرف دولي وليس مصدرا مباشرا للقانون الدولي العام، فيعتبرها مصدرا غير مباشر للقانون الدولي العام، لاسيما فيما يسمى، حديثا، " بالعرف المتوحش " coutume sauvage أو " العرف الفوري " أو " العرف الأنبي " coutume révolutionnaire. حيث يعطي أمثلة على ذلك: قرار الجمعية العامة رقم 1514 لسنة 1960 الخاص بمنح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة، حيث أصبح الاستعمار كله غير شرعي بعد أن كرّسه العرف الدولي القديم، وقرار الجمعية الهامة للأمم المتحدة رقم 1803 لسنة 1962 حول السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية والنشاطات الاقتصادية وغيرها كثيرة من قرارات المنظمات الدولية، مثل مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية CNUCED والاتفاق العام حول التعريف والتجارة GATT ومنظمة التجارة العالمية OMC فيما بعد.⁽²⁾

يسانده في ذلك د. محمد يوسف علوان حين يرى بأن التوصيات تساهم " بشكل متزايد في نشأة القواعد العرفية، فمعروف أنه حين ترغب الجمعية العامة للأمم المتحدة بلفت الانتباه إلى أهمية بعض المبادئ فهي تختار لتوصياتها التي تتضمن هذه المبادئ تسمية التصريح أو الإعلان بدل التوصية، والمبدأ هو أن الإعلانات ليست ملزمة بذاتها، ولا أدل على ذلك من أن المنظمة كثيرا ما تلجأ بعد إصدار الإعلان إلى وضع اتفاقية دولية تردد المبادئ الواردة في الإعلان مثلما حدث مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 تبعه العهدان الدوليان لسنة 1966 وإعلان مناهضة كافة أشكال التمييز تبعته الاتفاقية الدولية لمناهضة الميز العنصري لسنة 1965 (رأي القاضي الياباني " تاناكا " في قضية جنوب غرب أفريقيا سنة 1966) وإعلان المبادئ التي تحكم أنشطة الدول في مجال استكشاف واستغلال الفضاء الخارجي لسنة 1963 تبعه اتفاقية الفضاء الخارجي

(1) Dominique Carreau: Ibid: p. 254.

(2) Ibid: p. 252 / 256.

لسنة 1966 وإعلان حقوق الطفل لسنة 1959 تبعه اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، ولا يعني ذلك سوى أنها لا تريد أن يكون للتصريح أو الإعلان أثرا ملزما، فالإعلانات التي تتضمن قواعد جديدة لا تدخل في الأساس في عداد القانون القائم Lex lata، ولا يمكن لها أن تعدل قواعد هذا القانون، ولكن ينبغي أن تعهد لنشأة قانون جديد lege Ferenda⁽¹⁾.

مضيفا بأن: "الإعلانات قد تعدل سوابق صالحة لنشأة العرف إذا ما توفر لها عقيدة الشعور بالإلزام"⁽²⁾ مثلما حدث مع المنطقة الاقتصادية الخالصة قبل تقنينها في قانون البحار لسنة 1982 وتحريم الميز العنصري واستكشاف واستغلال الفضاء الخارجي⁽³⁾.

وقد تساهم التوصيات "في الكشف عن القانون العرفي والتأكيد عليه"، مثلما حدث مع إعلان مبدأ المساواة في السيادة ومبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول ومبدأ اعتبار الحرب جريمة دولية⁽⁴⁾. ثالثا: رأينا في الموضوع:

قبل إبداء رأينا في الموضوع، أوضح المسألة التالية:

حيث يجب التفرقة بين نوعين من القرارات الصادرة عن المنظمات الدولية، لاسيما منظمة الأمم المتحدة، فمنظمة الأمم المتحدة تصدر قرارات في مواضيع معينة وقرارات عبارة عن بداية اتفاقيات أو معاهدات دولية تنتظر فقط التصديق عليها أو الانضمام إليها من قبل عدد من الدول مطلوب في الاتفاقية لكي تصبح نافذة، ولكنها تصدر في شكل قرار كما رأينا، وهو أمر، في الحقيقة، يدخل ضمن شكليات التسيير الإداري الذي يطبع أفعال المنظمات الدولية، إذ لا يمكن للمنظمة الدولية، كهيئة تعمل ضمن جانبها الإداري التسييري، أن تصدر فعلا دون تجسيده ضمن أعمالها الروتينية، لذا لا يمكن اعتبار مثل هذه الاتفاقيات الدولية مجرد قرارات مثل بقية القرارات الدولية التي تصدرها المنظمة الدولية.

وعليه فإنه لا يمكن أن يتحول قرار صادر عن مجلس الأمن الدولي، الذي تبلوره مجموعة من الدول لاسيما الدول الدائمة التي تتحكم في دواليب المجلس ولها حق الاعتراض على أي قرار لا يتماشى ومصالحها الخاصة، إلى مصدر يتوجب على كافة الدول، والتي لم تشارك في صياغته أو ربما يتعارض مع مصالحها الوطنية، الخضوع له في معاملاتها الدولية، حتى لما تتحول مجموعة القرارات الصادرة عن أجهزة الأمم المتحدة إلى عرف متوحش أو عرف فوري

(1) د. محمد يوسف علوان: المرجع السابق: ص: 427.

(2) المرجع نفسه: ص: 427.

(3) المرجع نفسه: ص: 427 / 428.

(4) المرجع نفسه: ص: 429.

مستحدث حاليا بعد العمل به بصورة متكررة مكونا، بذلك، الركن المادي لتكوين العرف الدولي في صيغته الحالية، كما قلنا، عرفا آنيا، فإن قرارات المنظمة الدولية، في هذه الحالة، ليست مصدرا في حد ذاتها، وبمجرد صدورها، ولكن بعد تشكلها في هيئة عرف دولي حتى ولو كان متوحشا.⁽¹⁾

فتنشأ قاعدة عرفية دولية جديدة تهيئ لتقنينها فيما إذا أثبتت نجاعتها وضرورتها في أي مسألة من مسائل التعامل الدولي انطلقا من مجموع قرارات الأمم المتحدة، والتي في العصر الذي نحن فيه وفي ظل المتغيرات الدولية المؤثرة في سلوكيات الدول لا تحتاج إلى مدة زمنية طويلة مثلما كان يجري في القرون الأولى لتكوين العرف الدولي، حيث يشهد المجتمع الدولي تسارعا تاريخيا كبيرا.⁽²⁾

(1) تعليق: في الحقيقة لا نتحدث عن الحالة التي تساهم فيها قرارات الأمم المتحدة في نشأة القواعد العرفية مثلما يحدث مع نشأة ما يسميه الفقيه الفرنسي دوبوي "بالعرف المتوحش".
(2) يمكن أن تنشأ قاعدة عرفية دولية جديدة تهيئ لتقنينها فيما إذا أثبتت نجاعتها وضرورتها في مسألة التدخل الإنساني، انطلقا من مجموع الإعلانات والاتفاقيات والممارسة الدولية المتكررة والتي في العصر الذي نحن فيه وفي ظل المتغيرات الدولية المؤثرة في سلوكيات الدول لا تحتاج إلى مدة زمنية طويلة مثلما كان يجري في القرون الأولى لتكوين العرف الدولي، حيث يشهد المجتمع الدولي تسارعا تاريخيا كبيرا. وهذا ما تؤكد عليه محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969 حيث ترى بأنه: "لا يشكل مرور وقت قصير بالضرورة عائقا في وجه تكوين قاعدة جديدة للقانون الدولي العرفي انطلقا في الأصل من قاعدة اتفاقية محضة".
باختصار، ففي الممارسة الدولية، وحتى ينشأ عرف فهو لا يحتاج إلى الارتكاز على اعتراف جميع دول المجتمع الدولي، بل يكفي اعتراف الدول الأكثر تمثيلا بينهم. فالعرف اليوم يتكون بسرعة عنه من قبل حيث أكدت محكمة العدل الدولية في عدة مناسبات على إمكانية نشوء أعراف من مسار موضوعي في الإطار الخاص جدا بالمنظمات الدولية. فممارسة المنظمات الدولية تعتبر ممارسة ذات طبيعة لإنشاء القاعدة العرفية والتي لا تحتاج إلى موافقة جميع أعضائها ولا تحتاج إلى مدة زمنية طويلة، حيث جاء هذا في رأيها الاستشاري قضية ناميبيا سنة 1971.

لذا، ومن خلال ذلك، ينشأ العرف الدولي كنتاج للحياة الدولية الجماعية وكثمرة للأغلبية الممثلة لأعضاء المجتمع الدولي وكونولادته حسب مسار متسارع، حيث تجسدت سرعة نشوء القاعدة العرفية الدولية في مفهوم الجرف القاري الذي نادى به الرئيس الأمريكي ترومان سنة 1945 لتقبله الممارسة الدولية في مؤتمر جنيف لقانون البحار سنة 1958، ومفهوم المنطقة الاقتصادية الخالصة التي نودي بها سنة 1972 لتقبلها مجموع دول المجتمع الدولي وأدروها في أنظمتهم القانونية الداخلية وهذا قبل بلورتها في اتفاقية مونتيفوباي لقانون البحار سنة 1982، وفكرة التفضيل التجاري لصالح الدول النامية التي نودي بها سنتي 1967 / 1968 التي تجسدت في الممارسة الدولية للدول المصنعة ما بين سنوات 1971 و1975.

أنظر: Dominique Carreau: Ibid: p. 264 / 265 / 266

أيضا يمكن للتوصية التي تصدرها المنظمة الدولية باستمرار وبتكرار في مواضيع مختلفة والعمل بها من جانب الدول قد يسمح بإنشاء قاعدة عرفية دولية يكون لها صفة الإلزام.

وهو ما يؤكد د. صلاح الدين عامر⁽¹⁾ ويراها من فقهاء القانون الدولي العام بأن بعض القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة أدت إلى نشأة قواعد عرفية دولية فهي في هذه الحالة تعتبر مصدرا ماديا للقانون الدولي العام.⁽¹⁾ ، والذي تثنه محكمة العدل الدولية في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1969 حيث ترى بأنه: " لا يشكل مرور وقت قصير بالضرورة عائقا في وجه تكوين قاعدة جديدة للقانون الدولي العرفي انطلاقا في الأصل من قاعدة اتفاقية محضة "

باختصار، ففي هذه الحالة ، وحتى ينشأ عرف فهو لا يحتاج إلى الارتكاز على اعتراف جميع دول المجتمع الدولي، بل يكفي اعتراف الدول الأكثر تمثيلا بينهم، فالعرف اليوم يتكون بسرعة عنه من قبل.

أنظر: د. مصطفى حسين سلامة: في: د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 274.

فما لنا بقرار من مجلس الأمن ملزم إذا حاولنا قياس عليه مثل هذا الكلام.

وفي نفس المعنى يذهب د. محمد بوسلطان⁽²⁾ نفس المذهب حيث يقول: " إن تكوين القواعد العرفية يخضع لمعايير مطاطة جدا، تخضع كل قاعدة أو مجموعة من القواعد للظروف المحيطة بها، وذلك حسب أولويات طبيعية، منها ما يحتاج إلى سرعة فائقة، وأخرى تتكون بسرعة أقل، بينما تأخذ الأخرى مدة أطول، وكذلك بالنسبة لعدد الأطراف المشاركة في الممارسة وتتناسب ذلك مع وزنها السياسي، ودرجة أهمية مصالحها في المجال المعني بالتنظيم "

أنظر د. محمد بوسلطان: مبادئ القانون الدولي العام. الجزء الأول. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر: 1994: ص. 62 / 63. ثم يضيف: " والعمومية لا تقتضي مشاركة جميع الدول "

أنظر: د. محمد بوسلطان: المرجع نفسه: ص. 63.

وهو ما يجعله يرى في نقطة شرط الزمن في تكوين القاعدة العرفية حيث يقول: " أما بالنسبة للمدة التي يتطلبها تكون العرف، أو تواتر الممارسة في الزمن، فمن المتفق حوله عدم اشتراط مدة معينة، لكن درجة التواتر مضافا إليه عدد أطراف المشاركة ووزنها في الموضوع له دور كبير كما سبق الإشارة إليه، حيث لا توجد أعراف عريقة آتية من الأزمان الغابرة في مجال الفضاء والقانون الجوي (...). وفي وقت السرعة والتكنولوجيا أضحت التفاوضي عن عامل الزمن في تكوين العرف محبذا، حيث كثرت الحديث عن العرف الآني، أو العرف الوقتي، أو حتى العرف الوحيد الركن "

أنظر: د. محمد بوسلطان: المرجع نفسه. ص. 64.

حيث رأت محكمة العدل الدولية الدائمة منذ عام 1930 في قضية عضوية مدينة دانزينغ الحرة في منطقة العمل الدولية بأنه يكفي عشر (10) سنوات لتكوين العرف الدولي.

أنظر: د. محمد يوسف علوان: المرجع السابق: ص. 372.

في مسألة العرف الآني وسرعة تكوين القاعدة العرفية الدولية. أنظر أيضا:

د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 248 الى 252.

د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: المرجع السابق: ص. 126 الى 130.

(1) د. صلاح الدين عامر: المرجع السابق: ص. 407.

إذ أكدت محكمة العدل الدولية في عدة مناسبات على إمكانية نشوء أعراف من مسار موضوعي في الإطار الخاص جدا بالمنظمات الدولية، فممارسة المنظمات الدولية تعتبر ممارسة ذات طبيعة لإنشاء القاعدة العرفية والتي لا تحتاج إلى موافقة جميع أعضائها ولا تحتاج إلى مدة زمنية طويلة، وهو ما جاءت به محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري في قضية ناميبيا سنة 1971.

لذا، ومن خلال ذلك، ينشأ العرف الدولي كنتاج للحياة الدولية الجماعية وكثيرة للأغلبية الممثلة لأعضاء المجتمع الدولي وكولادته حسب مسار متسارع، وهو ما جسده سرعة نشوء القاعدة العرفية الدولية في مفهوم الجرف القاري الذي نادى به الرئيس الأمريكي ترومان سنة 1945 لتقبله الممارسة الدولية في مؤتمر جنيف لقانون البحار سنة 1958، ومفهوم المنطقة الاقتصادية الخالصة التي نودي بها سنة 1972 فتقبلها مجموع دول المجتمع الدولي وأدجوها في أنظمتهم القانونية الداخلية وهذا قبل بلورتها في اتفاقية مونتيجويباي لقانون البحار سنة 1982، وفكرة التفضيل التجاري لصالح الدول النامية التي نودي بها سنتي 1967 / 1968 التي تجسدت في الممارسة الدولية للدول المصنعة ما بين سنوات 1971 و1975.⁽¹⁾ أيضا يمكن للتوصية، التي تصدرها المنظمة الدولية باستمرار وبتكرار في مواضيع مختلفة والعمل بها من جانب الدول، أن تنشئ قاعدة عرفية دولية يكون لها صفة الإلزام.⁽²⁾ فما بالننا بقرار من مجلس الأمن ملزم إذا حاولنا القياس عليه.

لذا، لا يمكنني الاصطفاف مع غيري من فقهاء القانون الدولي العام الذين يذهبون إلى القول بأن قرارات المنظمات الدولية تشكل وتعتبر مصدرا للقانون الدولي العام. بل، أقول بأن قرارات المنظمات الدولية لا يمكنها أن تكون مصدرا من مصادر القانون الدولي العام، بقدر ما يمكنها أن تشكل الأرضية السانحة لأن تتراكم كممارسة دولية، في إطار المنظمات الدولية، مثل منظمة الأمم المتحدة، لتتحول إلى عرف دولي آني.

لأننا لو قلنا كذلك، واعتبرنا قرارات الأمم المتحدة مصدرا من مصادر القانون الدولي العام مثلها مثل بقية المصادر، لاسيما المصادر الرئيسية، كالمعاهدات الدولية والعرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، لظلمنا هذه المصادر ذاتها ولأصبح القانون الدولي العام يستقي قواعده القانونية من مصدر وطني، وإرادة وطنية تتجسد في إرادة الدول الكبرى الممثلة دوما في مجلس الأمن الدولي الذي، كما أسلفنا، تعتبر قراراته ملزمة لبقية الدول حتى ولو لم تشارك في صنعه طبعاً، وهذا أمر غير منطقي، لأن القانون الدولي العام يتميز عن غيره من القوانين الوطنية بكونه ينبع من إرادة جماعية تتمثل في إرادة الدول مجتمعة.

(1) Dominique Carreau: Ibid: p. p. 264 / 265 / 266

(2) د. مصطفى حسين سلامة: في: د. جمال عبد الناصر مانع: المرجع السابق: ص. 274.

طبعاً، ركزنا على قرارات مجلس الأمن الدولي، لأن الكثير من المعاهدات الدولية جاءت في صيغة قرارات صادرة عن الجمعية العامة حين تصدر معاهدات شارعة، وهي مسألة لا تعنينا في موضوعنا هذا.

من هنا، نستبعد أن تكون قرارات المنظمات الدولية، وقرارات الأمم المتحدة بالذات، مصدراً للقانون الدولي العام، وقد أصابت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية حين استبعدت قرارات المنظمات الدولية من مصادر القانون الدولي العام، وليس لإدعاء البعض بأن الصيغة التي جاءت بها المادة المذكورة والتي بقيت على صيغتها الأولى التي وضعت بها سنة 1920 حين إنشاء محكمة العدل الدولية الدائمة والتطور الذي لم يكن حاصلًا للمنظمات الدولية وقتئذ أي معنى. حتى، والمنظمة الدولية، من خلال جمعيتها العامة، حين تصدر قراراً بتبني معاهدة دولية، المعتبرة إحدى مصادر القانون الدولي العام الرئيسية والأولى، مثلما فعلت حين إصدارها لمعاهدة عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية واعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2391/د/23) في 26 نوفمبر 1968 ومعاهدة مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم 46/39 المؤرخ في 10 ديسمبر 1984، فإنها تقدمها لإمضاءات الدول التي تشترط فيها، أيضاً، أن يصل انضمام الدول إليها إلى عدد معين من الدول، حتى تصبح سارية المفعول.

إذا، نلاحظ بأن فعل المنظمة الدولية هذا يجب أن يمر باتفاق وتعاهد الدول، في شكل معاهدة أو اتفاقية، لكي يصبح مصدراً من مصادر القانون الدولي، ولكن في شكل معاهدة أو اتفاقية. من هنا، نرجع إلى بداية المصادر، بمعنى المعاهدات الدولية.

المراجع:

- د. أبو هيف، علي صادق: القانون الدولي العام. منشأة الإسكندرية: مصر: 1995.
- د. بلقاسم، أحمد: القانون الدولي العام: المفهوم والمصادر. دار هومة للنشر والتوزيع. الجزائر: 2005.
- د. بوسلطان، محمد: فعالية المعاهدات الدولية: البطلان والإنهاء وإجراءات حل المنازعات المتعلقة بذلك. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر: 1995.
- مبادئ القانون الدولي العام. الجزء الأول. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر: 1994.
- د. قادري، عبد العزيز: الأداة في القانون الدولي العام (المصادر). دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع. الجزائر: 2009.
- زعوم، كمال: مصادر القانون الدولي. دار العلوم للنشر والتوزيع. الجزائر: 2004.

- د. بشير، الشافعي محمد: القانون الدولي العام في السلم والحرب. الطبعة السابعة. منشأة الإسكندرية: مصر: 1999 / 2000.
- د. مانع، جمال عبد الناصر: القانون الدولي العام: المدخل والمصادر. دار العلوم للنشر والتوزيع: الجزائر: 2005.
- د. المجذوب، محمد: الوسيط في القانون الدولي العام: دار الجامعة للنشر والتوزيع: بيروت: 1999.
- د. محمد السعيد الدقاق / د. مصطفى سلامة حسين: مصادر القانون الدولي العام: منشأة المعارف بالإسكندرية: مصر: 2003.
- د. حمدي، صلاح الدين أحمد: دراسات في القانون الدولي العام. منشورات ELGA. مالطا: 2002.
- د. عامر، صلاح الدين: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام. دار النهضة العربية. القاهرة: 2007.
- د. عبد الحميد، محمد سامي: القاعدة الدولية: الجزء الثاني من: أصول القانون الدولي العام. منشأة الإسكندرية: مصر: 1999.
- د. علوان، محمد يوسف: القانون الدولي العام: المقدمة والمصادر. الطبعة الثالثة. دار وائل للنشر. عمان (الأردن): 2003.
- د. غضبان، مبروك: التنظيم الدولي والمنظمات الدولية. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر: 1994.
- د. متولي، رجب عبد المنعم: المعجم الوسيط في شرح وتبسيط قواعد القانون الدولي العام مقارنة بأحكام شريعة الإسلام. (مصر): 2007.
- _ Verhoeven, Joe: Droit international public. Editions Larcier. Bruxelles: 2000.
- _ Ruzić, David: Droit international public. 14° édition. Editions Dalloz Paris: 1999.
- _ Carreau, Dominique: Droit international public. 6 ° éditions. Editions Pedone. Paris: 1999.
- _ Emile-Robert Perrin: Les grands problèmes internationaux: Editions Masson: Paris / Milan / Barcelone: 1995.
- _ Rapport du Comité Spécial sur les principes concernant les relations amicales et la coopération entre les Etats - Session du Mexico du 27 Avril au 1 Octobre 1964. ONU doc. A/ 5746.

الاغتصاب داخل الأسرة وإمكانية إجهاض المرأة المغتصبة في القانون الوضعي.

أ/بن عودة حسكر مراد

أستاذ مساعد(أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

مقدمة:

حظيت الأسرة باهتمام خاص في جل الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع واللبنة الأساسية لتطوره وتماسكه وصلاحه. وعلى هذا الأساس حرصت التشريعات على إرساء قواعد خاصة لتنظيم العلاقات بين أفراد الأسرة الذين تجمع بينهم صلة الزوجية والقرابة، وهذا حفاظا على قيامها وتماسكها وتقرير أحكام الأسرة، لاسيما من الأفعال التي تمس بالمقومات الأخلاقية للأسرة. وأهم هذه الأفعال الاغتصاب باعتباره أحد أهم أنواع العنف الجنسي المرتكب على المرأة. ويزداد الأمر خطورة عندما يكون الجاني أحد أقرباء المرأة التي يفترض أن يسعى إلى حماية عرضها من اعتداء الآخرين عليه، فإذا هو يعتدي عليه بنفسه. كما أن صلة القرابة هذه تعني أن للجاني سلطة على المجني عليها فيسيء استعمالها، لاسيما وأن تلك الصلة تسهل للجاني ارتكاب الجريمة باعتباره قريبا للمجني عليها وتطمئن إليه ولا تخشاه ولا تحتاط إزاءه بأية احتياطات، فيرتكب جريمته الدنيئة دون أدنى عناء. ويزداد الأمر تعقيدا إذا نتج عن هذا الاعتداء حمل غير مرغوب فيه يخلّ بالتوازن الاجتماعي والنفسي للمرأة، ويبقى السبيل الوحيد لها هو التفكير في إجهاضه، إلا إنها تصطدم بأحكام قانون العقوبات الذي يجرم هذا الفعل. وعليه يطرح الإشكال حول إمكانية إعطاء الإذن للمرأة التي وجدت في هذه الظروف بإمكانية إجهاض نفسها؟. وعليه سنتناول في الفكرة الأولى العنف الأسري وعلاقته بالاغتصاب، وفي الفكرة الثانية إمكانية إجهاض المرأة المغتصبة.

أولا : مفهوم الاغتصاب وعلاقته بالعنف الجنسي الأسري:

يُعد الاغتصاب من أشد جرائم العنف الواقع على الأنثى لأنه يقع على عرض المرأة وشرفها، ولأن الجاني يأتي سلوكا قسرا لإرادة المجني عليها وضد منطلق الطبيعة في إشباع الشهوة الجنسية. فالإطار الملائم لقضية الاغتصاب هو إطار العنف وليس إطار الجنس، ذلك

لأن الاعتصاب هو فعل عنف وإهانة بالأساس، و يستخدم الجنس فيه كوسيلة للتعبير عن العنف وتفريغ طاقات عدوانية ضد الأنثى .

فالجاني يكره المجني عليها على سلوك جنسي لم تتجه إرادتها إلى مباشرته، الأمر الذي يشكل اعتداء على حريتها الجنسية التي هي محل حماية جنائية⁽¹⁾، بل إنه يتعدى ذلك، حيث يمس بعض الحقوق الأخرى بالاعتداء، فهو اعتداء على الحرية العامة للمجني عليها واعتداء على حصانة جسمها مما يترتب على إصابتها بأضرار بالغة في صحتها النفسية والعقلية، كما أنه اعتداء قد يكون من شأنه الإضرار بمستقبلها، فغالبا ما يقلل ذلك من فرص الزواج بالنسبة لها إذا كانت عذراء، أو قد يحرمها من حياة زوجية شريفة هادئة مستقرة إذا كانت متزوجة، أو قد يفرض عليها أمومة غير شرعية لا ترغب فيها بل تمقتها وتكرهها، وفي هذا الصدد نص القانون الجزائري في المادة 336 من قانون العقوبات وأغلب القوانين المقارنة كالتشريع المغربي في الفصل 486 من قانون العقوبات، والتشريع المصري في المادة 276/فقرة 1 وفقرة 2⁽²⁾ على تجريم الاعتصاب واعتباره جناية نظرا لخطورة الفعل.

غير أن المشرع الجزائري لم يقم بوضع تعريف دقيق للاغتصاب بل اكتفى بتبيان أركانه فقط في نص المادة 336 ق.ع بنصها على ما يلي: "كل من ارتكب جنسية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات. وإذا وقع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشرة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة"⁽³⁾.

(1) أنظر، عبيد هريدي، "الحماية القانونية للنساء ضد العنف"، المجلة الجنائية القومية، مصر، عددا 1، مجلد 16، 1973، ص 97.

- أنظر، محمد رشاد متولي، "الجرائم الواقعة على العرض"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 02، 1989، ص 181.

(2) تبنى التشريع الفرنسي الصادر في 1980/12/23 مفهوما جديدا للاغتصاب وعدل بالمادة 332 ثم بالمادة 223/222 من القانون الجديد المعمول به في 1994 بحيث أصبحت يشمل كل إيلاج جنسي مهما كانت طبيعته يقع على الغير بالقوة أو التهديد أو المباغطة.

أنظر، هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، "الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع"، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009، ص 363.

(3) لقد استعمل المشرع في النص العربي للمادة 366 لفظ هتك عرض قاصدا بها الاعتصاب غير انه بقرأة النص الفرنسي نجد مصطلح VIOL وهو ما يعادل اغتصاب في اللغة العربية وبالتالي فان المقصد الذي جاءت به المادة 336 ق.العقوبات هو الاغتصاب.

Art. 336 - Quiconque a commis le crime de viol est puni de la réclusion à temps, de cinq (5) à dix (10) ans. Si le viol a été commis sur la personne d.une mineure de seize ans, la peine est la réclusion à temps dedix (10) à vingt (20) ans.

ويشكل الاغتصاب صورة من صور العنف الجنسي. أما داخل الأسرة فيمكن تصوره في الحالة التي يكون فيها الاعتداء صادرا من الأصول ضد الفروع كحالة الأب ضد البنات أو من الإخوة ضد الأخوات⁽¹⁾.

فالعنف الجنسي هو عنف مرتبط بالجانب أو بالنشاط الجنسي لدى الإنسان وقد وردت عدة تعريفات فقهية لتحديد مفهومه، ذلك أن المشرع في أغلب القوانين المقارنة⁽²⁾ لم يورد تعريفا دقيقا، وإنما اقتصر على ذكر أهم الجرائم الجنسية كالتشريع التونسي في الفصلين 227 و227 مكرر، والفصلين 228 الخاص بالاعتداء، والفواحش والمواقعة بدون رضا، والتشريع المغربي في الفصول 486 و487 من المدونة الجزائية، و التشريع المصري في المواد 267 من قانون العقوبات.

غير أنه يمكننا تحديد تعريف للعنف الجنسي، وذلك باعتباره نشاطا ذا طبيعة جنسية يرتكب على شخص المجني عليه دون رضا صحيح صادر منه، مع اقترانه بالعنف المادي المتمثل في استخدام القوة أو الإكراه أو العنف المعنوي كالتهديد أو التخويف بالاحتجاز أو الاضطهاد النفسي أو التخويف من إساءة واستخدام السلطة، سواء تم ذلك ضد الشخص نفسه أو ضد شخص آخر⁽³⁾.

وكما سبق أن أشرنا فالاغتصاب هو أقصى حالات العنف الجنسي التي تقع على المرأة، ويزداد الأمر تعقيدا إذا كان صادرا عن أشخاص تربطهم بها علاقة قرابة كالأب أو الأخ أو الصهر.

ويزداد الأمر أكثر سوءا إذا نتج عن هذا الاعتداء حمل غير مرغوب فيه.

فالمرأة المغتصبة في هذه الحالة، تكون قد تضررت عندما ارتكب في حقها جريمة اغتصاب نتج عنها حمل غير مرغوب فيه مما يزيد في محنتها وحيرتها فلا تجد سبيلا لاسترجاع توازنها الاجتماعي، إلا بالتخلص من هذا الجنين بطريقة ما. ومن هنا ظهر تصور جديد للإجهاض، وهو إمكانية إجهاض المرأة المغتصبة ضحية جريمة الاغتصاب.

(1) أنظر، محمد عبد الرؤوف محمد أحمد، "أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008، الطبعة الأولى، ص 364.

(2) أنظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، بدون طبعة، 2000، ص 08.

(3) أنظر، حمود حجازي محمود، العنف الجنسي ضد المرأة في أوقات النزاعات المسلحة، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 22.

ثانياً: مفهوم إجهاض المغتصبة ونميينه عما يشبهه من مفاهيم:

تشير هذه المسألة عدة تساؤلات، وهذه التساؤلات مصدرها مجموعة فرضيات، فإذا ارتكبت جريمة الاعتصاب بحق المرأة فقد ينشأ عن ذلك جملة احتمالات، فقد يكون المجرم المغتصب مجهولاً، وقد يكون معلوماً، وقد يتناوب اغتصاب هذه الأنثى مجموعة أشخاص، وقد يموت المجرم المغتصب تاركاً ضحيته وما في بطنها في حيرة من أمرها لا تدري ماذا تفعل، والأكثر من ذلك قد يصدر حكم من محكمة الجنايات بإعدام الجاني الذي خطفها واغتصبها. فهل يقبل واقع المرأة الاجتماعي الطفل الناتج عن مثل هذا الحمل؟ هناك عدة عوامل تتحكم في نظرة القانون إلى مسألة إجهاض المرأة المغتصبة أهمها العوامل الدينية، والاجتماعية والثقافية، والأهم من ذلك مصلحة الجنين الذي سيخرج إلى الوجود ليصطدم بالمجتمع وهو نتاج لحظة آثمة، فهل من مصلحة هذا الجنين أن يخرج إلى الوجود؟

1/ مفهوم إجهاض المرأة المغتصبة:

إن تعريف إجهاض المرأة المغتصبة يتطلب منا تحديد معنى الإجهاض عامة، فمن الناحية الطبية: الإجهاض هو انتهاء الحمل قبل الأشهر الرحمية وهي الأشهر السبعة أو الستة من بدء الحمل⁽¹⁾

أما من الناحية القانونية فأغلب مشرعي الدول لم يضعوا تعريفاً محدداً وثابتاً للإجهاض، بل وإنهم اختلفوا في تحديد المصطلح، فالبعض يستخدم مصطلح الإجهاض كالقانون الجزائري في المادة 304 من قانون العقوبات والأردني في المواد 322/320 من قانون العقوبات والعراقي في المواد 418/417 من قانون العقوبات والسوداني في المادة 264 قانون عقوبات، والاتجاه الثاني استخدم مصطلح الإسقاط كالقانون المصري في المادة 260 قانون عقوبات، أما بالنسبة للفقهاء فقد وضع عدة تعاريف للإجهاض، فالفقه المصري عرفه على أنه إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، أو قتله عمداً في الرحم⁽²⁾ أما

(1) أنظر، حابس يوسف زيدات، " مفهوم الإجهاض وموضعه من السياسة الجنائية" www.egyptman.com

- عبد النبي محمد محمود أبو العينين، " الحماية الجنائية للجنين"، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص26.

(2) أنظر محمود نجيب حسين، "شرح قانون العقوبات- قسم خاص-"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1، 1978، ص298.

الفقه الأردني فقد عرفه على أنه القيام بأفعال تؤدي إلى إنهاء حالة الحمل لدى المرأة قبل الوضع الطبيعي إذا تمت تلك الأفعال بقصد إحداث هذه النتيجة⁽¹⁾.

وعليه، و بناء على كل هذه التعاريف، نقول إن إجهاض المرأة المقتنصة هو إنهاء حالة الحمل الناتج عن جريمة الاغتصاب التي ارتكبت بحق المرأة التي لا ذنب لها سوى أنها كانت ضحية للجاني. وكثيرا ما تختلط فكرة إجهاض المرأة المقتنصة ببعض المفاهيم المشابهة لها.

2/ تمييز إجهاض المرأة المقتنصة عما يشبهه من مفاهيم:

حتى يمكننا إعطاء صورة واضحة لمعنى ومفهوم إجهاض المرأة المقتنصة لابد من تمييزه عن بعض الأفعال الأخرى التي قد تتقارب وتتشترك معها في مجموعة من العناصر المتداخلة.

أ- تمييز إجهاض المرأة المقتنصة عن قتل الأم لطفلها الحديث العهد بالولادة: فقد يتفق إجهاض المرأة المقتنصة مع قتل الأم لطفلها الحديث العهد بالميلاد، من حيث الباعث عليها وهو اتقاء العار⁽²⁾، ومن حيث إن مصدر هذا الجنين في جريمة الاغتصاب هو فعل الاغتصاب، في حين أن مصدر الوليد في الجريمة الثانية عادة ما يكون نتيجة جريمة أخلاقية، فتعمد الأم إلى قتله اتقاء العار.

ب- الفرق بين إجهاض المرأة المقتنصة والإجهاض البسيط: فالكثير من التشريعات الجنائية العربية لا تفرق بين حكم إجهاض المرأة المقتنصة عن حكم الإجهاض البسيط، كقوانين دول الخليج العربي والقانون المصري وقوانين بلاد المغرب العربي سواء كانت المرأة المرتكبة لجريمة الإجهاض مقتصبة أم لا. فالأمر واحد من حيث العقوبة⁽³⁾ في حين أن بعض التشريعات الجنائية كالقانون الأردني والعراقي والسوري واللبناني اعتبرت إجهاض المرأة المقتنصة كعذر قانوني مخفف للعقاب، في حين أباح القانون السوداني إجهاض المرأة المقتنصة بشروط معينة حيث نصت المادة (1/135) من القانون الجنائي السوداني "يعد مرتكباً جريمة الإجهاض من يتسبب قصداً في إسقاط جنين لامرأة، إلا إذا حدث الإسقاط في أي من الحالات الآتية : ... (ب) إذا كان الحبل نتيجة لجريمة اغتصاب ولم يبلغ تسعين يوماً ورغبت المرأة في الإسقاط."

⁽¹⁾ أنظر، كامل السعيد، "شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعي على الإنسان"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 2006، ص350، 358.

⁽²⁾ أنظر، علي عدنان الفيل، "إجهاض المرأة المقتنصة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة العلوم الإنسانية، السنة السادسة، عدد 41، 2009، www.ULUM.NL.

⁽³⁾ أنظر، علي عدنان الفيل، المرجع السابق، ص05.

ثالثاً: التكييف القانوني لإجهاض المرأة المغتصبة .

إن التكييف القانوني هو إعطاء وصف قانوني للواقعة المطروحة أمام القضاء الجنائي، الغاية منه تفهّم الواقعة وتحديد عناصرها للوصول إلى تطبيق القانون تطبيقاً سليماً يتمشى مع روح ونية واضع القانون الجنائي⁽¹⁾.

وقد اختلفت القوانين الجنائية الوضعية في تحديد الطبيعة القانونية لإجهاض المرأة المغتصبة وانقسمت إلى عدة اتجاهات:

1 الاتجاه الأول:

وهو الذي جعل من إجهاض المرأة المغتصبة عذراً قانونياً مخففاً خاصاً، لأنه ورد في القسم الخاص من القانون الجنائي الوضعي. وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الأردني في نص المادة 324 من قانون العقوبات واللبناني في المادة 515 من قانون العقوبات والسوري في المادة 531 من قانون العقوبات والليبي في المادة 394 من قانون العقوبات⁽²⁾.

إن اعتبار إجهاض المرأة المغتصبة عذراً قانونياً مخففاً هو تطبيق لمبدأ التفريد التشريعي للعقاب، الذي أصبح معلماً بارزاً في السياسة العقابية الحديثة، والذي يقضي بجعل العقوبات ملائمة للحالة الشخصية للمرأة المغتصبة والباعث الذي دفعها إلى إسقاط جنينها مع مراعاة الأضرار الناشئة عنه بحق المجتمع⁽³⁾.

ويتبع ذلك أن تخفيف العقوبة هو وجوبي على المحكمة ضمن الحدود التي يوضحها النص القانوني، وليس للقاضي في هذه الحالة أية سلطة تقديرية بشأنها، كما أن اعتبار إجهاض المرأة المغتصبة عذراً قانونياً مخففاً قد يحول جريمة الإجهاض إلى مخالفة.

وما يلاحظ هو أنّ ما قرره هذا الاتجاه باعتبار إجهاض المرأة المغتصبة على أنه عذر قانوني مخفف خاص، ما هو إلا تأكيد للعذر القانوني المخفف العام، وهو الباعث (الدافع) الشريف على أساس أن إقدام المرأة المغتصبة على إجهاض نفسها قد تم بدافع المحافظة على الشرف واتقاء العار.

(1) أنظر، محمود عبد ربه محمد القبلاوي، التكييف في المواد الجنائية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 22

(2) أنظر نص المادة 324 من قانون العقوبات الأردني، و المادة 515 من قانون العقوبات اللبناني وللمادة 531 من قانون العقوبات السوري والمادة 394 من قانون العقوبات الليبي.

(3) أنظر، محمد زكي أبو عامر وعلي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، الطبعة الأولى، 1994، ص 353، 358.

2. الاتجاه الثاني:

اعتبر إجهاض المرأة المغتصبة ظرفاً قضائياً مخففاً خاصاً، وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون العراقي⁽¹⁾. إن ما قرره هذا الاتجاه يجعل هذا النوع من الإجهاض ظرفاً قضائياً مخففاً. قد أكد بدوره على مبدأ التفريد القضائي للعقاب، فالمحكمة لها كامل السلطة التقديرية عند توقيعها للعقوبة بحق المرأة المغتصبة تبعاً لحالتها الشخصية وظروف الجريمة المادية ضمن الحدود والمقاييس المقررة في القانون. وعلية فإن المحكمة غير ملزمة بتخفيف العقوبة، لأن التخفيف أمر جوازي له في مثل هذه الحالة، وهو ما يميز الظرف القضائي المخفف عن العذر القانوني المخفف، كما أن تطبيق مثل هذا الظرف القضائي المخفف لا يترتب عليه تغيير في وصف الجريمة بل تبقى كما هي.

إن القول بتوافر هذا الظرف القضائي المخفف الخاص هو ليس من شأن قاضي الموضوع، لأن القانون قد حدده سلفاً ومن ثم فإن تطبيقه يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض⁽²⁾.

فيجب على القاضي أن يبين في أسباب حكمه الظرف الذي استلزم التخفيف، بحيث يعد نقضاً في قرار فرض تخفيف العقوبة دون بيان الظرف القضائي المخفف، وهذا ما قرره القانون العراقي⁽³⁾.

3. الاتجاه الثالث:

يعتبر أنصار هذا الاتجاه أنّ إجهاض المرأة المغتصبة هو جريمة عادية شأنها شأن بقية جرائم الإجهاض، وأخضعها لذات أحكام جريمة الإجهاض. فسواء أكانت المرأة التي أجهضت نفسها قد حملت سفاحاً لزناً أو اغتصاباً، أو كان الحمل ثمرة اتصال جنسي شرعي، وسواء كان الباعث على الإجهاض قد تم بدافع المحافظة على الشرف واتقاء العار، أو كان بدافع الانتقام أو أي سبب آخر. فالإجهاض في نظر هذا الاتجاه هو واحد، وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المصري والقطري والبحريني والإماراتي والعماني والكويتي والتونسي والمغربي⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ نصت على ذلك الفقرة 04 من المادة 417 من قانون العقوبات العراقي، أنظر علي عدنان الفيل، المرجع السابق، ص 06.

⁽²⁾ أنظر، أكرم نشأت إبراهيم، "القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن"، مطبعة الفتيان، بغداد، الطبعة 1، 1998، ص 345، 352. محمد زكي أبو عامر وعلي عبد القادر قهوجي، المرجع السابق، ص 354، 358.

⁽³⁾ نصت المادة 134 من قانون العقوبات العراقي على أنه: "يجب على المحكمة إذا خففت العقوبة وفقاً لأحكام المواد 130، 131، 132، 133 أن تبين في أسباب حكمها العذر أو الظرف الذي اقتضى هذا التخفيف".

أنظر، علي عدنان الفيل، المرجع السابق، ص 06.

⁽⁴⁾ أنظر المواد (315 - 317) من قانون العقوبات القطري والمواد من (260 - 264) من قانون العقوبات المصري والمواد (174 - 177) قانون العقوبات الكويتي والمواد (321 - 323) من قانون العقوبات البحريني.

4. الاتجاه الرابع:

فهذا الاتجاه أباح الإجهاض ولكن بشروط معينة عملاً بتوصيات المؤتمر الدولي التاسع لقانون العقوبات المنعقد في هولندا بلاهاي سنة 1964⁽¹⁾ حيث جاء فيه بأنه ينبغي التوسيع في الحالات التي يباح فيها الإجهاض لا سيما في الدول التي تعاقب عليه.

وعليه يعتبر إجهاض المرأة المقتصة عذراً قانونياً معفياً من العقاب إذا تحققت شروط معينة، كأن يكون بمعرفة طبيب أو داخل مستشفى حكومي وغيرها من الشروط، وأخذت بهذا الاتجاه معظم القوانين الجنائية الغربية كالتشريع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد الصادر في 1992/7/22، والذي بدأ العمل به في مارس 1994، والذي عدل بالقانون رقم 2001 / 588 الصادر في 4 يوليو 2001م والقانون الإنجليزي في المادة 36 من قانون العقوبات الإنجليزي⁽²⁾.

موقف التشريع الجزائري:

إن مسألة إجهاض المرأة المقتصة طرحت في الجزائر بشكل جدي خلال العشرية السوداء في الجزائر، وذلك بعد اختطاف الجماعات الإرهابية المسلحة للنساء وسبيهن واغتصابهن في كثير من مناطق الوطن، وتشير الإحصاءات الصادرة عن وزارتي الداخلية والتضامن الوطني إلى وجود 1015 ضحية ما بين سنتي 1994 و1997 تتراوح أعمارهن ما بين 13 و45 عاماً، وقد تم تسجيل أكبر عدد من الحالات عام 1997. وأمام هذا الوضع قام المجلس الإسلامي في الجزائر بإصدار فتوى عام 2003

(1) أنظر، ادوارد غالي الذهبي، "شرح قانون العقوبات الليبي - قسم خاص -"، منشورات الجامعة الليبية، بنغازي، ليبيا، 1971، ص 141.

(2) إن مسمى جريمة الإجهاض في القانون الفرنسي قد تغير بصدر قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر في 1992/7/22م، والذي بدأ العمل به في أول مارس 1994م، والذي عدل بالقانون رقم 2001 / 588 الصادر في 4 يوليو 2001م، وأصبحت الجريمة تعرف باسم الإنهاء غير القانوني للحمل وذلك بعد أن أصبح الإجهاض أمراً مباحاً بشروط معينة أما القانون الإنجليزي فلم يعرف الإجهاض، شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات، وقد عرفه بعض الفقه⁽⁴⁾ بأنه: "إنهاء الحمل باستخدام وسيلة صناعية في أي وقت، قبل أن يبلغ الجنين مرحلة القابلية للحياة"، أما إذا تم إنهاء الحمل بعد مرحلة القابلية للحياة: فإن هذا الفعل تقوم به جريمة خاصة يطلق عليها: تدمير الطفل "Child Destruction"، وقد جعل القانون الدليل المادي أن الجنين بلغ مرحلة القابلية للحياة، وبالتالي فإن الاعتداء لا يعد إجهاضاً، وإنما جريمة تدمير الطفل، وذلك ببلوغه الأسبوع الثامن والعشرين، فعند بلوغه هذه المدة: فإنه يكون قادراً على أن يعيش مستقلاً عن أمه. أي إن القانون الإنجليزي قسم حياة الجنين إلى مرحلتين⁽⁶⁾: المرحلة الأولى: منذ بداية التلقيح الصناعي، وحتى بلوغ الجنين مرحلة القابلية للحياة، وجعل عقوبة الاعتداء على الجنين خلال هذه المرحلة يشكل جريمة الإجهاض. المرحلة الثانية: منذ بلوغه مرحلة القابلية للحياة، وتحقق ببلوغه الأسبوع الثامن والعشرين، وحتى تمام ولادته، ويشكل الاعتداء على الجنين في هذه المرحلة جريمة خاصة تسمى: "جريمة تدمير الطفل". أنظر، محمود نجيب حسن، المرجع السابق، ص 306، 308.

أجازت إجهاض المغتصابات ضحية الجماعات الإرهابية المسلحة⁽¹⁾ إلى حين إصدار ميثاق السلم والمصالحة الوطنية سنة 2005 الذي كان ينتظر منه الجميع أن يفصل في هذه المسألة وبشكل جذري، غير أن المذهل في الأمر أن هذا الميثاق لم ينص ولم يشر لهذه الفئة من الضحايا.

في حين أكد وزير العدل الجزائري أن ذلك راجع للحفاظ على الحياة الشخصية للمغتصابات حتى لا ينبذهن المجتمع مع حق تعويضهن ماديا بصفة معتبرة أكثر من غيرهن من الفئات الأخرى. وحاليا يناشد الكثير من الأطباء ولاسيما مجلس أخلاقيات الطب في الجزائر والعديد من القانونيين إلى ضرورة إعطاء رخصة للنساء المغتصابات لإجراء الإجهاض، وبالتالي عدم إدراج إجهاض المغتصابات في خانة التجريم.

فالمشروع الجزائري لا يزال يعتبر الإجهاض جريمة، سواء كان الحمل شرعيا أو نتج عن اغتصاب أو أي جريمة أخلاقية أخرى، وهو في هذا يساير الاتجاه الثالث الذي يجرم إجهاض المرأة المغتصبة لنفسها، وذلك طبقا للمادة 304 و309 من قانون العقوبات الجزائري.

رابعا: شروط إجهاض المرأة المغتصبة.

تتفق أغلب التشريعات التي تجيز إجهاض المرأة المغتصبة على ضرورة توافر شروط معينة حتى تستفيد هذه الأخيرة من الترخيص المخول لها بموجب القانون لممارسة حق الإجهاض بنفسها، وأهم هذه الشروط.

1. رضا وقبول المرأة المغتصبة الحامل أن تجهض جنينها. ومن ثم يتعين أن يكون الرضا صادرا من امرأة مدركة لطبيعة فعل الإجهاض، وأن تكون إرادتها حرة وحقيقية وغير خاضعة لأي ضغوط أو إكراه أو تدليس، علما بأن التشريعات الجنائية التي نظمت إجهاض المرأة المغتصبة لم تحدد سنا معينة يُعتد فيها برضا المرأة الحامل مكتفية بأن الأنثى التي تبلغ مبلغ المرأة يتحقق لديها الإدراك الكافي للأخذ برضاها، في حين أن بعض التشريعات الجنائية كالقانون الأردني والسوري والليبي لم يشترطوا لإجهاض المرأة المغتصبة الحامل تحقق رضاها واحترام رغبتها، فالفاعل يستفيد من حكم تخفيف العقوبة سواء كان الإجهاض برضا وقبول المرأة المغتصبة الحامل أو بدون رضاها⁽²⁾.

والسبب لأن الأصل هو أن الأركان العامة في جريمة الإجهاض البسيطة لا يعتد فيها برضا المرأة الحامل. لأن رضاها لا يُعد سببا لإجازة الإجهاض، فالنصوص القانونية المنظمة لجريمة

⁽¹⁾ أنظر، فتية بوروية، فتاوى تبيح إجهاض ضحايا الاعتداءات الجنسية www.ISLAMONLINE.com

⁽²⁾ أنظر، ادوارد غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 149.

- ضاري خليل محمود، "أثر رضا المجني عليه في المسؤولية الجزائية"، دار القادسية للطباعة، بغداد، طبعة 1، 1982، ص 19.

الإجهاض هي موجّهة لحماية حق الجنين في الحياة وحقّه في النمو الطبيعي، ومن ثم فليس للأُم التصرف بحق ليس لها سلطة التصرف فيه.

2. أن تقوم المرأة المغتصبة بإجهاض حملها بنفسها أو بواسطة الغير. وهذا الشرط يتطلب ارتكاب جريمة الإجهاض بركنيها المادي والمعنوي، وعناصر كل ركن وبغض النظر عن الوسيلة المستخدمة للإجهاض كتعاطي الأدوية وغيرها، وسواء كان الفعل إيجابياً بأن تقوم المرأة المغتصبة بإجهاض حملها بنفسها أو سلبياً بتمكين الغير من إجهاضها⁽¹⁾.

وهذا ما قرره القانون السوداني في المادة 136 من قانون العقوبات، إلا أنّ القانون العراقي حدّد الغير بأحد أقارب المرأة المغتصبة حتى الدرجة الثانية أو الدرجة الثالثة وفقاً للقانون الأردني، في حين أنّ القانون الليبي لم يحدد درجة معينة للقرابة، بل المهم لديه أن يكون ذلك الشخص قريباً للمرأة المغتصبة الحامل وإن كانت قرابته بعيدة.

3 يجب أن يكون الباعث الدافع على الإجهاض هو المحافظة على الشرف اتقاء للعار وسترا من الفضيحة، ومن ثم فإن كانت مثل هذه المرأة المغتصبة هي امرأة بغي وسيئة السمعة ولديها سوابق قضائية تمس الأخلاق فلا يتحقق هذا الشرط بالنسبة لها⁽²⁾.

وهذا الشرط أخذ به القانون الأردني والعراقي والسوري واللبناني والليبي⁽³⁾.

أن تكون هذه المرأة ضحية لارتكاب جريمة اغتصاب وكل اتصال جنسي لم ترض به المرأة رضا صحيحاً. كوقوع المرأة ناقصة الأهلية كالمختلة عقلياً والقاصرة والمخدرة والتي أجري عليها تلقيح صناعي دون رضاها. بمعنى إنها تحمل صفة المجنني عليها ومن ثم فإن لم تكن هذه المرأة الحامل مغتصبة وإن الجنين الذي يبطنها سببه جريمة أخرى كأن تكون زناً أو عدم وجود جريمة كحالة الزواج الشرعي، فلا يحق لها إجهاض نفسها، ومع ذلك لم تشترط بعض القوانين الجنائية الوضعية أن يكون الجنين ثمرة جريمة اغتصاب حصراً بل يمكن أن يكون ثمرة اتصال جنسي غير شرعي سواء كان برضاها أو بدون رضاها كحالة الزنا⁽⁴⁾ وهذا ما قرره القانون الأردني والعراقي

(1) أنظر، محمود نجيب حسن، المرجع السابق، ص 311- كامل السعيد، المرجع السابق، ص 359. - شريف بدوي، "جنايات وجنح الضرب والإجهاض في ضوء الفقه وقضاء النقض"، دار الثقافة للطباعة والنشر، طبعة 1، 1988، ص 266.

(2) ويرى الكثير من الفقه أن تطبيق مثل هذا الشرط هو أمر غير ميسور دائماً. - أنظر، علي عدنان الفيل، المرجع السابق، ص 08.

(3) حيث ود في المادة 324 من قانون العقوبات الأردني: ".....المرأة التي تجهض نفسها حفاظاً على شرفها....." والمادة 394 من قانون العقوبات الليبي: "..... صيانة لعرض الفاعل أو أحد ذوي قرباه....." والمادة 531 من قانون العقوبات السوري: "المرأة التي تجهض نفسها حفاظاً على شرفها.....".

(4) أنظر، كامل السعيد، المرجع السابق، ص 380.

واللبناني والليبي باستثناء القانون السوداني الذي اشترط صراحة تحقق جريمة الاغتصاب حصراً دون سواها لكي تتخلص المغتصبة من جنينها.

5. وجود حكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه يؤكد وقوع المرأة ضحية اغتصاب ويبين ظروف ارتكاب الجريمة. غير أنه من الناحية العملية أحياناً قد يتأخر صدور الحكم، وبالتالي تمرّ فترة الحمل وقد تتجب المرأة، ففي هذه الحالة يذهب الفقه إلى إمكانية إجهاض المرأة نفسها قبل صدور الحكم على أن تحتج به فيما بعد صدوره.

6. المدة الزمنية التي يحقّ فيها للمرأة المغتصبة أن تجهض نفسها: ففي هذا الإطار وجدت ثلاثة آراء فقهية لعلماء الشريعة الإسلامية ولاسيما علماء الأزهر الشريف عند مناقشتهم لمسألة إجهاض المرأة المغتصبة:

- فالاتجاه الأول يرى بأنه لا توجد مدة معينة ولا يرتبط حق المرأة المغتصبة بفترة نفخ الروح، بل يجوز أن يتم حال اكتشاف الحمل فيحق للمرأة المغتصبة أن تجهض نفسها سواء قبل نفخ الروح أو بعد نفخ الروح أو في جنينها مادام قد تم اغتصابها كرها وحملت سفاهاً⁽¹⁾.

- أما الاتجاه الثاني فيحدد المدة الأقصى بـ 120 يوماً حيث يجوز للمرأة المغتصبة أن تجهض بنفسها قبل انقضاء هذه المدة. لأن نفخ الروح هو الطور السابع من الأطوار التي ورد ذكرها في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ﴿١٣﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ﴿١٤﴾ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٥﴾ ومن ثم فإذا انقضت هذه المدة ولم يتسنّى لهذه المرأة أن تجهض بنفسها، فلا يحق لها بعد ذلك إذا علمت به وتركته بعد العلم مدة في بطنها. لأن الروح يتم نفخها بعد مضي هذه المدة من الحمل⁽²⁾.

- الاتجاه الثالث وهو الذي جعل مدة الإجهاض أربعين يوماً على الحمل، فإذا مضت مدة 40 يوماً وأجهضت هذه المرأة جنينها بعد ذلك فإنه يعد إزهاق نفس بريئة.

وهذا الرأي يستند إلى قول الرسول ﷺ: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه في أربعين يوماً ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه

⁽¹⁾ يتزعم هذا الرأي مجموعة من الفقهاء المصريين كالدكتور عبد الفتاح الشيخ. - أنظر، مجدي محمد، وسط موجة من الجدل مجمع البحوث الإسلامية يتجه للموافقة على مشروع قانون يجيز إجهاض المغتصبة قبل مرور 120 يوماً على حملها www.ISLAMONLINE.com

⁽²⁾ الآية 12، 13، 14، من سورة المؤمنون. أنظر، مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مؤسسة قرطبة، جزء 1، ص 382.

الروح ويؤمر بأربع كلمات رزقه وأجله وعمله وشقي أم سعيد فوالذي لا إله غيره إن أحدكم ليعمل بعمل أهل الجنة حتى ما يكون بينه وبينها إلا ذراع فيسبق عليه الكتاب فيختم له بعمل أهل النار فيدخلها وإن الرجل ليعمل بعمل أهل النار حتى ما يكون بينه وبينها إلا ذراع فيسبق عليه الكتاب فيختم له بعمل أهل الجنة فيدخلها" ⁽¹⁾ وفي حديث آخر رواه الصحابي حذيفة بن أسيد قال إن الرسول ﷺ قال: "إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة أرسل الله إليها الملك ويأمره بخلق لحمها وعظامها" ⁽²⁾.

و بناء عليه يجوز الإجهاض قبل 40 يوماً استناداً للأحاديث السابقة لأن الملك لا يبدأ تدخله إلا بعد 42 يوماً، هذا من الناحية الدينية، أما من الناحية العلمية الطبية، فالحقائق العلمية المعتمدة في علم الأجنة الحديث ترى أنّ الأطوار الثلاثة الأولى للجنين (النطفة، المعلقة والمضفة) كلها تقع في أربعين يوماً واحدة وإن نفخ الروح يكون بعد طور المضفة.

أما في القوانين الجنائية الوضعية فلم تحدد التشريعات الجنائية التي نظمت إجهاض المرأة المغتصبة حداً أقصى لإجهاض الجنين، إذ يتصور إجهاضه طوال الفترة التي تمتد خلالها حياة الجنين. ومن ثم فلا يشترط بلوغ الجنين درجة معينة من النمو، وعليه فالإجهاض قد يرتكب ولو لم تبقى على الولادة سوى ساعات قليلة ⁽³⁾.

باستثناء القانون السوداني الذي اشترط أن لا تمضي مدة 90 يوماً على بدء الحمل، وذلك لتأثره بأحكام الشريعة الإسلامية ⁽⁴⁾.

7. أن لا يؤدي فعل الإسقاط المكون للمركز المادي لجريمة الإجهاض إلى موت المرأة المغتصبة، لأن المحافظة على حياة الأم أولى من المحافظة على الجنين.

8. عدم قبول المرأة المغتصبة للمجرم الذي اغتصبها زوجها لها. بمعنى آخر: إذا وافقت المجني عليها في جريمة الاعتصاب على الزواج بالرجل الذي اغتصبها وحملت منه، عندئذ تنتمي الحكمة من تخلصها من حملها غير المرغوب فيه. لأنه ليس من المنطق والعقل إعطاؤها الحق بإجهاض جنينها، ومن ثم توافق بمحض إرادتها على الزواج بمن اغتصبها.

⁽¹⁾ أنظر، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ص 382.

⁽²⁾ أنظر، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، جزء 4، ص 2037.

⁽³⁾ أنظر، كامل السعيد، المرجع السابق، ص 353.

⁽⁴⁾ نصّت المادة (01/135) من القانون الجنائي السوداني: "يعد مرتكباً جريمة الإجهاض من يتسبب قصداً في إسقاط جنين لامرأة إلا إذا حدث الإسقاط في أي من الحالات الآتية:....ب- إذا كان الحمل نتيجة لجريمة اغتصاب ولم يبلغ تسعين يوماً ورغبت المرأة في الإسقاط".

ففي مثل هذه الحالة إذا تم عقد الزواج بينهما فلا يحق لها بعد ذلك التذرع والاحتجاج بحقها في إجهاض جنينها.

فإذا توافرت كل هذه الشروط أمكن للمرأة المغتصبة أن تجهض نفسها اتقاء للعار وحتى لا ترغم على قبول حمل هي لم ترده وإنما جاء نتيجة اعتداء جنسي غير مشروع.

الخاتمة:

إن ما يمكن استنتاجه أنّ العنف الأسري هو أحد الظواهر المنتشرة في جل مجتمعات العالم ويبقى العنف الجنسي يشكل أخطر أنواعه ولاسيما الاغتصاب الذي يفترض أن يقع على الأنثى، والذي قد يجرّها إلى حمل غير مرغوب مما يعني خلق طفل بدون هوية في المجتمع، لذا ينبغي أن لا تقتصر وظيفة ومهمة القانون الجنائي على بيان الأفعال التي تعدّ جرائمًا وتحديد عقوبتها، بل ينبغي أن يهدف إلى إيجاد حلول قانونية للمشاكل التي قد يقع الأفراد فيها ولاسيما مسألة حمل المرأة نتيجة اغتصاب وإمكانية الإذن لها بإجهاض هذا الحمل، وفعلاً تبنت العديد من الدول فكرة إجهاض المرأة المغتصبة كأحد الحلول لتبرير مشروعية الإجهاض الواقع في مثل هذه الظروف وكسبيل قانوني لإعطاء المرأة المغتصبة الحامل فرصة للتعايش من جديد في المجتمع، ونأمل أن يأخذ المشرّع الجزائري بهذه الفكرة عند تعديله لأحكام قانون العقوبات مع ضبط أحكام هذا الإجهاض وفق قواعد دقيقة حتى لا يتم التلاعب وتغيير مجرى الهدف المقصود من هذا الإجراء باعتباره ضرورة حتمية تفرضها ظروف اجتماعية ونفسية وقانونية كحلّ لمشكل اجتماعي.

قائمة المراجع:

الكتب والمؤلفات:

- 1- ادوارد غالي الذهبي، "شرح قانون العقوبات الليبي -قسم خاص -"، منشورات الجامعة الليبية، بنغازي، ليبيا، 1971.
- 2- أكرم نشأت إبراهيم، "القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن"، مطبعة الفتيان، بغداد، الطبعة 1، 1998.
- 3- حمود حجازي محمود، العنف الجنسي ضد المرأة في أوقات النزاعات المسلحة، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- 4- شريف بدوي، "جنايات وجنح الضرب والإجهاض في ضوء الفقه وقضاء النقض"، دار الثقافة للطباعة والنشر، طبعة 1.
- 5- صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، جزء 4.

- 6- ضاري خليل محمود، "أثر رضا المجني عليه في المسؤولية الجزائية"، دار القادسية للطباعة، بغداد، طبعة 1، 1982.
- 7- عبد النبي محمد محمود أبو العينين، "الحماية الجنائية للجنين"، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.
- 8- كامل السعيد، "شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعي على الإنسان"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية. 2006.
- 9- محمد رشاد متولي، "الجرائم الواقعة على العرض"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط02، 1989.
- 10- محمد زكي أبو عامر وعلي عبد القادر قهوجي، "قانون العقوبات القسم العام"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، الطبعة الأولى، 1994.
- 11- محمد عبد الرؤوف محمد أحمد، "أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة"، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2008، الطبعة الأولى.
- 12- محمود نجيب حسين، "شرح قانون العقوبات- قسم خاص-"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1، 1978.
- 13- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مؤسسة قرطبة، جزء 1.
- 14- هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، "الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع"، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009.

المقالات:

- 1- حابس يوسف زيدات، "مفهوم الإجهاض وموضعه من السياسة الجنائية" www.egyptman.com
- 2- عبير هريدي، "الحماية القانونية للنساء ضد العنف"، المجلة الجنائية القومية، عدد 1، مجلد 16، 1973.
- 3- علي عدنان الفيل، "إجهاض المرأة المغتصبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة العلوم الإنسانية، السنة السادسة، عدد 41، 2009، www.ULUM.NL.
- 4- فتيحة بورويبة، فتاوى تبيح إجهاض ضحايا الاعتداءات الجنسية. www.ISLAMONLINE.com
- 5- مجدي محمد، وسط موجة من الجدل مجمع البحوث الإسلامية يتجه للموافقة على مشروع قانون يجيز إجهاض المغتصبة قبل مرور 120 يوما على حملها www.ISLAMONLINE.com.

المسؤولية المدنية عن تلوث المواقع بالنفايات الصناعية

د/ حميدة جميلة

أستاذة محاضرة بجامعة سعد دحلب البلدية

إن السلوك البشري نحو البيئة، ونتيجة السيطرة والاعتداء المتماذي على مختلف العقارات والمواقع الطبيعية، أدى إلى انعكاسات وأضرار خطيرة لا يمكن تداركها أو قبولها، وهذا بسبب الاستخدام غير العقلاني وغير القانوني لهذه المواقع والعقارات، ومن المظاهر الجوهرية لهذا الاعتداء والممارسة غير القانونية، تلوث العقارات والمواقع الطبيعية بالنفايات السامة والخطيرة مما ترتبت عنها أضرار جسيمة بسبب عمليات نقلها وتخزينها وإلقائها في المواقع والعقارات.

وعليه ارتأيت من خلال هذا البحث التعرض إلى مسألة قانونية أراها ذات أهمية كبيرة، وهي تحديد المسؤولية المدنية الناتجة عن تنفيذ عمليات التخلص من النفايات والمخلفات، خصوصا الصناعية منها وتعويض الأضرار الناجمة عن هذه الممارسات، وأقصد بالدراسة مسؤولية مالكي العقارات وأصحاب المصانع الذين يمارسون نشاطات أساسية ذات طابع صناعي بالدرجة الأولى والذي يعتبر نشاطهم مصدرا أساسيا لإلقاء النفايات، بالإضافة إلى مسؤولية مستغلي مراكز التخزين لهذه النفايات الصناعية وإنتاجها ومعالجتها.

خصوصا أن القضاء الفرنسي طبّق العديد من النظريات الحديثة فيما يخص تقرير مسؤولية هؤلاء الأشخاص عن تلوث العقارات والأراضي الفلاحية بالنفايات الصناعية، واستطاع تطبيق - في العديد من القضايا المطروحة عليه- نظرية جديدة في مجال المسؤولية المدنية عن تلوث العقارات الصناعية تعرف بنظرية الامتداد المباشر لاستغلال النفايات، حيث تعتبر مسؤولية صاحب العقار والمنتج للنفايات قائمة ولا تنتهي حتى ولو انتقل العقار إلى شخص آخر (كالحائز، المستأجر، المشتري...)، وهذا نظرا لخطورة الأضرار التي يسببها تخزين هذه النفايات وعملية معالجتها والتخلص منها.

إن هذه المسؤولية إما أن تكون مسؤولية خطأية ناتجة عن الخطأ التقصيري، وإما أن تكون مسؤولية تعاقدية ناتجة عن الإخلال بالالتزام التعاقدية بين البائع والمشتري، أو بين المؤجر والمستأجر فيما يخص عقد الإيجار.

إن القوانين الفرنسية الخاصة بالقضاء على النفايات وحماية العقارات من الملوثة الصناعية، أقرت مسؤولية مستغلي مراكز النفايات والمنشآت الصناعية التي تفرز نفايات لها آثار ضارة عن المواقع والعقارات المجاورة نتيجة عملية التخلص أو التخزين.

و من خلال هذه الدراسة أردت التعرض إلى موقف القانون الجزائري من هذه المسألة خصوصا القوانين الحديثة التي صدرت مؤخرا بشأن تسيير النفايات بمختلف أنواعها.

ولقد طرحت عدة إشكاليات للدخول على أعتاب هذه الدراسة أهمها: ماهي الالتزامات التي تقع على عاتق مالك أو حائز العقار أو الموقع الملوثة؟ وماهي حدود مسؤولية البائع أو المؤجر للعقارات الملوثة بالنفايات الصناعية؟ وما دام أن عملية البيع أو التنازل عن العقار قد تتم دون علم المشتري وكان هذا العقار يحتوي على نفايات أو كان مركز لتخزين النفايات الصناعية من طرف البائع فهل تسقط مسؤولية المالك أو المؤجر إذا قام بإعلام المشتري بالمعلومات أو المعارف التقنية الخاصة بالعقار محل التصرف؟

كل هذه الإشكاليات ستكون محل إجابة مستفيضة من خلال هذه الدراسة.

أولاً- ماهي النفايات الصناعية؟

تعتبر النفايات الصناعية من أهم المصادر لتلوث المواقع والعقارات، ولعل من الأسباب الجوهرية للتلوث الصناعي يرجع إلى عدم احترام معايير الاستغلال وعدم صيانة منشآت الوقاية من التلوث ومكافحته، بالإضافة إلى نقص التكوين التقني، والإفراط في الاستغلال بالنسبة لبعض المنشآت، لذلك فقد ترتبت عن هذه التلوثات آثار كبيرة أدت إلى الإضرار بالعديد من المواقع والعقارات خصوصا تلك العقارات التي تعتبر مجالا لممارسة هذه النشاطات الصناعية، فقد أدت هذه النشاطات الصناعية إلى إحالة العقارات بتسممات إيكولوجية، وهذا بسبب سوء معالجتها أو تخزينها بطريقة غير مشروعة أو التخلص منها بطريقة تتنافى مع النصوص القانونية، بالإضافة إلى المساس بالمظاهر الجمالية والصحية للعديد من المواقع والعقارات والأراضي خصوصا الأراضي ذات الطبيعة الفلاحية.

وقبل أن نتعرض إلى تحديد مفهوم النفايات الصناعية، تجدر بنا الإشارة إلى المفهوم القانوني للنفايات، حيث عرفها المشرع الجزائري بأنها كلّ البقايا الناتجة عن عمليات الإنتاج أو التحويل أو الاستعمال، وبصفة أعمّ كل مادة أو منتج وكل منقول يقوم المالك أو الحائز بالتخلص منه أو بإزالته وهذا استنادا للمادة الثالثة (03)/02 من قانون 01/19⁽¹⁾ المتضمن تسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، في حين أنّ المشرع الفرنسي قد سبقه في ذلك حيث إن صدور قانون النفايات كان في سنة 1975، وتم تعديله سنة 1992 وفي هذا المجال تنصّ المادة الأولى (01) من قانون 16 جويلية 1975 الخاص بالقضاء على النفايات واسترداد المواد بأنه: "تعد نفاية كل مخلفات تنتج عن عملية إنتاج أو تحويل أو استخدام وكل مادة أو لوازم بناء أو منتج أو بصفة عامة كل مال منقول متروك أو يتخلّى عنه صاحبه"⁽²⁾.

وعليه، فثمة تشابه بين التعريفين لأن الغاية في كل من التشريع الفرنسي والجزائري تشترك في كونها من الأشياء غير المرغوب فيها، فمالكها أو حائزها يتخلص منها أو يتركها طوعا.

في حين أن القانون الجزائري لم يعرف النفايات الصناعية تعريفا دقيقا، وإنما قام بتصنيفها ضمن النفايات الخاصة وهي حسب المادة 05/03 كل النفايات الناتجة عن النشاطات الصناعية، والتي بفعل طبيعتها أو المواد التي تحتويها لا يمكن جمعها أو نقلها أو معالجتها بنفس الشروط التي يتم بواسطتها معالجة النفايات المنقولة وما شابهها من نفايات جامدة.

ونحن نعلم أن استغلال المنشآت الصناعية في مختلف الدول أدى إلى آثار سيئة وصحية خطيرة سواء في المواقع والعقارات التي يمارس فيها مثل هذه النشاطات أو المواقع المجاورة لهذه النفايات، والمستقر عليه في الفقه الحديث أن فكرة الجوار اتخذت تطورا وأهمية خاصة في العصر الحديث نظرا لتطور الحياة الاجتماعية وازدياد النشاطات التي تمارس خصوصا من طرف أصحاب المصانع والمنشآت التي تقوم باستغلال النشاطات الملوثة للبيئة⁽³⁾، ضف إلى ذلك أن الفقه الحديث لا يأخذ بالمفهوم الضيق للجوار، وإنما يأخذ بالمعنى الواسع للجوار، لأن الأنشطة الملوثة للبيئة لم تعد منحصرة في عقار الجوار أو ملكية الجوار بمفهومها

(1) القانون رقم 01/19 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتضمن تسيير النفايات وإزالتها، ج ر عدد 77 صادرة في 15 ديسمبر 2001.

(2) دكتورة نبيلة إسماعيل رسلان، الجوانب الأساسية للمسؤولية المدنية للشركات عن الأضرار البيئية.

(3) دكتور فيصل زكي عبد الواحد، أضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية المدنية عنها، مكتبة السيد عبد الله وهبة، مصر 1989.

الكلاسيكي، وإنما تعدى هذا المعيار لشخص، ليتضمن معيارا موضوعيا حديثا مفاده الأخذ بعين الاعتبار نوعية الأنشطة الضارة بالبيئة⁽¹⁾، وعليه فلا يمكن الأخذ بفكرة الجوار بنطاقها المكاني الضيق أي وفقا لموقع العقار، سواء كان مدينة أو أحياء سكنية أو أراضي فلاحية أو عقارات صناعية، وعليه فإن العبرة بالأضرار الناتجة عن استغلال النشاطات الصناعية، وما تفرزه من النفايات تؤدي إلى الإضرار بالغير، وبصفة عامة باعتبارها من الأملاك المشتركة⁽²⁾.

ثانيا- تقرير المسؤولية المدنية عن تلوث العقارات والمواقع

نظرا لخطورة النشاطات الصناعية والأضرار الناتجة عن النفايات التي تفرزها هذه النشاطات فإن هذه الآثار السلبية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بالمواقع والعقارات المجاورة وغير المجاورة، فإن معالجة هذا الإشكال يقتضي تحميل مستغل أو مستثمر النشاط الملوث المسؤولية المدنية عن الأضرار التي يتسبب فيها نشاطه، وقد استقر الفقه على أن مسألة تحميل مستغل للنشاط مصدر التلوث المسؤولية المدنية عن الأضرار عن هذا النوع من النفايات هي من المسائل التي لم يتم ضبطها بعد، بطريقة حاسمة ونهائية، سواء من طرف الفقه أو القضاء، والعديد من القضايا والمنازعات التي طرحت على القضاء تم معالجتها وفقا للقواعد التقليدية المنصوص عنها في القواعد العامة للقانون المدني، إلا أن جل التشريعات وفي مختلف دول العالم تقر مسألة ذات أهمية وهي إقرار المسؤولية المدنية عن الملوثات الصناعية استنادا لقاعدة تقليدية معروفة وهي مضرار الجوار غير المألوفة التي تستند إلى فكرة الضرر، بالإضافة إلى هذه النظرية فقد طبق الفقهاء نظرية حراسة الأشياء والمعدات ذات الطبيعة الخطرة والنشاطات الضارة ومنها المسؤولية الناجمة عن استغلال المصانع والوحدات التي تمارس نشاطات خطيرة⁽³⁾.

المعلوم أن القانون المدني في مجال استغلال النشاطات الخطرة وما يفرز عنها من نفايات عرف تقديما كبيرا وملحوظا، وهذا بسبب تطور الاتفاقيات والمشاريع الدولية، خصوصا

(1) دكتور محمد أحمد رمضان، المسؤولية المدنية عن الأضرار بيئية الجوار، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية (رسالة دكتوراه) سنة 1995.

(2) Jean yues chérot, Droit et l'environnement propos juré dix plinaires sur un droit en constructions D'AIX Marcelle.

(3) دكتور يحي أحمد مواجي، المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء الناشر منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 1992.

المشاريع الأوروبية في مجال تطبيق قواعد المسؤولية المدنية، وعليه، استنادا إلى قواعد المسؤولية المدنية بثوابتها المعروفة في القواعد العامة والكلاسيكية، أو بتطورها الملحوظ بسبب تطور الاتفاقيات والأعمال الدولية نظرا لتزايد المشاكل والقضايا الكبرى التي عرفها العالم ومنها مشكلة تلوث العقارات والمواقع الناجم عن مزاوله النشاطات الصناعية، سأحاول معالجة هذا الموضوع بالتعرض بداية إلى تحديد الطبيعة القانونية للنفايات الصناعية، ثم التعرف على الالتزامات التي تقع على كاهل منتجي ومالكي النفايات الصناعية؟

أولاً- الطبيعة القانونية للنفايات الصناعية

في الحقيقة ليس من السهل تحديد الطبيعة القانونية للنفايات الصناعية وذلك نظرا لأن التشريع لم ينظمها ضمن القواعد العامة للقانون المدني، فهناك اتجاه يرى أن النفايات بصفة عامة هي منتج بلا قيمة مالية، وهناك تعريف تبنته منظمة الصحة العالمية جاء فيه أن النفايات تعد من الأشياء، وهي من الأشياء التي لا يرغب فيها مالكها وفي وجودها في مكان وفي وقت ما⁽¹⁾، وهي أيضا من الأشياء التي ليست لها قيمة تجارية معروفة أو ملحوظة.

من خلال استقراءنا لهذا التعريف نستنتج أن النفايات تعد من الأشياء المتروكة والتي لا تتضمن قيمة مالية أو اقتصادية وهذا بسبب عدم صلاحيتها، كمنتوج، بينما ذهب القضاء الفرنسي في حكم صادر في 07 فيفري 1989 إلى أن المخلفات هي من حيث طبيعتها القانونية مال يتم التخلي عنه، وبما أن الرماد المنقول لم يتم التخلي عنه، ولم يخصص لتركه، وإنما تم استخدامه كردم لبعض مواقع العمل، وبالتالي فإن من شأن هذا الاستخدام أن يؤدي إلى استبعاد تطبيق المادة الأولى من قانون 16 جويلية 1975 التي تقضي بأنها⁽²⁾: "كل منقول متروك أو يتخلى عنه صاحبه"، فالملاحظ أن قانون البيئة بصدده تحديد الطبيعة القانونية للنفايات أخذ بمعيار التخلي عن الأشياء المتروكة طوعا، وعليه فهي ليست لها طبيعة مالية، وليست من الأشياء غير المرغوب فيها استنادا إلى هذا النص ولا ينطبق عليه هذا النص لأنه مال تستعاد قيمته الاقتصادية مادام أنه تم بيعه إلى شركة استخدمته في ردم بعض مواقع العمل، وعليه يفهم أن القضاء اعتبره من الأموال وليس من الأشياء.

(1) D/Michel Massenet- Droit de propriété et l'environnement- éditions DALLOZ- 2000.

(2) دكتورة نبيلة إسماعيل رسلان، المرجع المشار إليه سابقا.

إلا أن القضاء الفرنسي لم يستقر على موقفه هذا، حيث اتجه في قرار آخر صادر عن مجلس الدولة إلى اتجاه معاكس، إذ ذهب إلى أن "بيع مال مستخدم يفقده صفته كنفائية ما لم يخضع لأية معالجة تهدف إلى تجديده أو إعادة تصنيفه"، واستنادا لهذا القرار نستنتج أن النفايات الصناعية لا تعتبر ضمن الأموال وإنما ضمن الأشياء، ولكن إذا تم استعادة العناصر والمواد التي يعاد استخدامها كاستخدامها في توليد الطاقة أو مختلف النشاطات يتطلب تغييرا في طبيعتها إذ تتحول إلى مال، في حين بقائها كما هي في وقت التخلص منها والتخلي عنها تبقى تخضع لطبيعتها القانونية الأولى وهي اعتبارها من الأشياء غير المرغوب فيها...

ثانيا - الالتزامات التي تقع على عاتق منجمي النفايات الصناعية

إن خطورة هذا النوع من النفايات نظرا لكونها من النفايات الناتجة عن مختلف الصناعات، فقد اعتبرها المشرع الجزائري من النفايات الخاصة⁽¹⁾ مادام أنها تلحق أضرارا ذات طبيعة خاصة بالبيئة، وهناك تشريعات أخرى تعتبر النفايات الصناعية من النفايات الخطرة، لذلك فإن التشريعات في مختلف الدول تخضع كل من يستخدم المواقع والعقارات لمزاولة نشاطات صناعية إلى قواعد وإجراءات خاصة، وأهم هذه الإجراءات هو أنه لا يتم مزاولة هذه النشاطات إلا بترخيص يتقدم به مالك العقار أو حائزه يتضمن دراسة كاملة تعرف بدراسة التأثير⁽²⁾ أو جدوى المشروعات على حد تعبير بعض التشريعات، كما تحمّل التشريعات المستغل كلفة معالجة النفايات الصناعية والآثار البيئية المترتبة عنها.

كما تحمّل كل منتج للنفايات الصناعية أو حائزها اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لتفادي إنتاج هذه النفايات إلى أقصى قدر ممكن، كما يلتزم باستعمال التقنيات النظيفة⁽³⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإن التشريع الجزائري تخطر إيداع النفايات أو طمرها أو غمرها في غير الأماكن والمواقع والمنشآت المخصصة لها⁽⁴⁾.

بينما هناك التزامات خاصة أقرّها التشريع الجزائري فيما يتعلق باختيار المواقع والعقارات الخاصة بإقامة منشآت معالجة النفايات وتهيئتها وإنجازها وتعديل عملها وتوسيعها إلى التنظيم

(1) المادة من قانون الغابات.

(2) المرسوم الخاص بدراسة التأثير على البيئة، ج ر عدد 34 صادرة في 22 ماي 2007.

(3) المادة 06 من قانون 01/19 الخاص بالنفايات.

(4) المادة 20 من قانون 01/19

الخاص بدراسة للتأثير على البيئة⁽¹⁾ بل أكثر من ذلك ذهب المشرع الجزائري إلى أنه في حالة إقامة منشأة لمعالجة النفايات على أرض مستأجرة أو في إطار حق الانتفاع، يجب أن يتضمن طلب الحصول على القرار مراعاة دراسات التأثير على البيئة وجوبا، وثيقة تثبت بأن مالك الأرض على دراية بطبيعة النشاطات الخطرة⁽²⁾.

أما في حالة إنهاء الاستغلال أو الغلق النهائي لموقع استغلال النفايات فإن المستغل يقع عليه التزام يتضمن إعادة تأهيل الأماكن إلى حالتها الأصلية أو الحالة التي تحددها السلطة المختصة⁽³⁾.

ولكن السؤال الذي نطرحه هنا بصدد إعادة تأهيل الأماكن، هل يمكن إعادة العقار إلى الحالة التي كان عليها قبل استغلال العقار؟ سواء لمزاولة نشاطات صناعية أو للتخلص من النفايات الصناعية أو معالجتها التي تؤدي بالضرورة إلى المساس بالقيمة الاقتصادية لهذا العقار أو الموقع الذي كان محل الاستغلال هذا، وهل يمكن الإصلاح العيني للموقع بعد مزاولة هذا النشاط؟

إن إعادة التأهيل العيني يتطلب في الحقيقة التخلص من كافة آثار التلوث وإعادة الأماكن والمواقع للحالة التي كانت عليها قبل وقوع الضرر⁽⁴⁾ وهو صورة من الصور المميزة التي يتم عن طريقها إصلاح الضرر وهو ما يعرف لدى الفقه الفرنسي المعاصر بالإصلاح العيني.

وعليه فإن المشرع الجزائري كان منطقيا، فقد نصّ ضمنا على أن إعادة تأهيل الأماكن إلى حالتها الأصلية أو الحالة التي تحددها السلطة المختصة. لأنه في الواقع لا يمكن إعادة العقار أو الموقع إلى ما كان عليه قبل استغلال هذه النشاطات، ومنه نستنتج أن طبيعة وخطورة هذه النفايات تحول دون تحقيق هذا النوع من إصلاح الضرر، في حين قد يتطلب أمر السلطات العامة بتطهير العقار تطهيرا عاديا ودون الاستناد إلى تحاليل بيولوجية من شأنها أن تثبت مدى تخلص العقار من الآثار الناجمة عن الاستغلال، وعدم بقاء مواد سامة بهذه العقارات من شأنه أن يؤثر على استغلال العقار في مجالات أخرى.

(1) المادة 41 من قانون 01/19

(2) المادة 2/41 من قانون 01/19

(3) المادة 43 من نفس القانون

(4) D/CAROLE- HARMON: la réparation du dommage écologique- Revue d'actualité juridique de droit administratif. 21/04/2004.

لذلك فقد اتجهت نية وإرادة المشرع الجزائري بشأن استغلال العقارات والمواقع في معالجة النفايات إلى أبعد من ذلك، حيث هناك التزام آخر رتبته المشرع الجزائري عن المستغل وهو ضرورة اكتتاب تأمين لتغطية الأخطار الناجمة عن الأضرار التي تترتب عن هذه النفايات⁽¹⁾.

وفي الحقيقة أن هذه القواعد الخاصة بالتزامات منتجي ومستغلي النفايات لا تتنافى مع القواعد العامة الواردة في نصوص القانون المدني.

حيث نجد أن المشرع الجزائري أقرّ الالتزامات التي تقع سواء على البائع أو المؤجر، من ذلك ما نصت عليها المادة 361 من القانون المدني⁽²⁾ التي تقضي بأنه يقع التزام على البائع، وهو أن يقوم بما هو لا زم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا، وهنا قد يتساءل البعض: ما علاقة هذا النص بمالك العقار أو الموقع الذي كان محلا لاستغلال نشاط صناعي أو معالجة نفايات ذات طابع صناعي؟

إجابة عن هذا التساؤل أرى بأن العلاقة واضحة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة التي تضمنها قانون تسيير النفايات فهي علاقة تكامل ما بين النصوص، حيث إن البائع يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية أو الحق عسيرا أو مستحيلا، وهنا إذا قمنا بربط النصوص القانونية فمالك العقار الصناعي الذي استخدمه لمزاولة نشاط صناعي ملوث، إذا لم يتم بتظيف الأماكن وإعادة تأهيلها واستعادتها لقيمتها الاقتصادية فإن هذا يجعل نقل الحق مستحيلا، فهذا النص له علاقة وثيقة بنص المادة 45 التي ترتب التزاما يقع على عاتق المستغل الذي قد يكون المنتج الأصلي، وهو حسب قانون تسيير النفايات كل شخص طبيعي أو معنوي يسبب نشاطه في إنتاج النفايات وقد يكون حائزا، هذا الأخير عرفه المشرع الجزائري بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي بحوزته نفايات، يكون المنتج مالكا للعقار أو مجرد حائز في إطار عقود الإيجار التي تتضمن الانتفاع بالعقار محل الاستغلال.

بالإضافة إلى هذا النص، فقد نصّ القانون المدني في المادة 364 على أنه: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

وعليه فإن التصرف في النفايات محل الاستغلال الصناعي بالبيع يقتضي أن تتم حيازتها من طرف المشتري ضمن الشروط التي نصّت عليها القوانين الخاصة بتسيير النفايات.

(1) المادة 45 من قانون 01/19

(2) القانون المدني الجزائري والمتمم سنة 2007.

برجوعنا إلى القواعد العامة لعقد الإيجار نجدتها تتضمن بعض الأحكام المتعلقة بالالتزامات التي ترد على المؤجر، حيث تنص المادة 776 ق م ج على مايلي: "يلتزم المؤجر أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح للانتفاع المعد لها تبعاً للاتفاق الوارد بين الطرفين أو حسب طبيعة العين، وإذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذي أجزت من أجله أو طرأ على هذا الانتفاع نقص كبير جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض إذا اقتضى الأمر⁽¹⁾."

إن هذه النصوص تنطبق على الحالة التي يتم فيها إيجار الأماكن والمواقع التي تكون محل استغلال للمنشآت الصناعية، والتي قد توجد فيها بعض الآثار للنفايات الصناعية خصوصاً النفايات السامة، مما يجعلها غير صالحة للاستغلال، وبالتالي ففي هذه الحالة تقع التزامات على المؤجر أهمها أن يسلم العين في حالة تصلح للانتفاع بها حسب ما ورد في عقد الإيجار، فقد تحدث بعض الانفجارات بسبب وجود مواد سامة في العقار محل عقد الإيجار.

ولاشك أن مثل هذه الانفجارات قد تؤدي إلى الإنقاص من الانتفاع بالعقار، مما يتطلب ضرورة تطبيق المواد 476، 477 من القانون المدني المتعلقة بعقود الإيجار.

وبالمقابل أيضاً تقع التزامات على المستأجر، وهي ضرورة استعمال العين المؤجرة فيما أعدت له وحسب ما وقع عليه الاتفاق، فإن لم يكن هناك اتفاق فإنه يجب على المستأجر أن يستعملها بحسب ما أعدت له⁽²⁾، وفي هذا المجال أيضاً ينص قانون تسيير النفايات بأنه في حالة ما إذا كان محل عقد الإيجار هو استغلال العين المؤجرة لإقامة نشاط لمعالجة النفايات على الأرض المستأجرة وفي إطار حق الانتفاع فإنه مع ذلك يلتزم بتقديم وثيقة تتضمن الحصول على قرار مراعاة دراسة التأثير على البيئة وجوبا، ويثبت من خلالها بأن مالك الأرض المؤجرة على دراية تامة بطبيعة هذا النشاط الخطير الذي سيتم مزاولته على هذه الأرض⁽³⁾، أما في حالة إنهاء الاستغلال، فإنه يقع التزام على المستأجر يتضمن إعادة تأهيل الأماكن إلى حالتها الأصلية⁽⁴⁾.

(1) المادة 477 القانون المدني الجزائري.

(2) المادة 391 مدني جزائري

(3) المادة 41 قانون النفايات

(4) المادة 44 قانون النفايات

هذه بعض الالتزامات التي تتضمنها التصرفات القانونية التي يكون محلها استغلال المواقع أو العقارات في النشاطات الصناعية التي من شأنها أن تؤدي إلى تلويث هذه المواقع بالنفايات أو أن تستغل هذه الأماكن لمعالجة النفايات بما تحمله من آثار سلبية على البيئة.

ثالثاً: تقرير المسؤولية المدنية التقصيرية لمالك ومستغلي المواقع الملوثة بالنفايات:

إن الطبيعة الخطرة لاستغلال مثل هذه النشاطات من شأنها أن تؤدي إلى أضرار جسيمة على المواقع والعقارات التي تكون محلاً لاستغلال هذه النشاطات، وما تتركه النفايات الصناعية من آثار سلبية عليها، وعلى غرار هذه المخاطر فإننا نسعى في البحث على الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن الأضرار التي تقع على المالك ومستغلي العقارات والمواقع للاستغلال. والسؤال الذي يطرح: ما هو الإطار القانوني للأضرار التي تصيب هذه المواقع؟ وعلى من تقع المسؤولية؟ وما هو الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن تلوث المواقع والعقارات والنفايات الصناعية؟ وهل يمكن تكييف المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري أم الإخلال بالالتزام التعاقدية؟ خصوصاً أنها غالباً ما تكون هذه العقارات مجالاً لعقود الاستغلال سواء بالبيع أو بالإيجار، وهي عقود الانتفاع التي ترد على العقارات لاستغلالها في النشاطات الصناعية؟

برجعنا إلى القواعد العامة للقانون المدني الجزائري، خصوصاً التعديل الذي طرأ عليه سنة 2005، نجد أن المشرع الجزائري كان صارماً في تحميل المسؤولية المدنية بالنسبة للمنتجين عن الأضرار التي تسببها منتجاتهم، وتطبق هذه الأحكام خصوصاً على منتجي النفايات الصناعية.

حيث عرف المشرع الجزائري المنتج الصناعي بأنه كل مال منقول أو كان متصلاً بعقار لاسيما المنتج الزراعي والمنتج الصناعي... إلى آخر المادة، ويعتبر المنتج على حد تعبير المشرع الجزائري مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه، حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.

وفي نفس السياق ينص قانون تسيير النفايات على أن منتج النفايات هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتسبب نشاطه في إنتاج النفايات، كما يلتزم منتج النفايات بالامتناع عن استعمال المواد التي تشكل خطراً على الإنسان، كما يتحمل ضمان إزالة هذه النفايات على حسابه الخاص⁽¹⁾.

(1) المادة 02 من قانون النفايات

وعليه نخلص من قراءتنا لنصوص كثيرة إلى أن المشرع الجزائري رتب مسؤولية تقع على منتجي النفايات الصناعية بسبب طبيعتها الخطرة التي من شأنها أن تحدث ضررا حتى ولو كانت هناك علاقة تعاقدية.

بينما قانون النفايات الفرنسي تضمن في هذا المجال مبدءا صارما مفاده أن كل شخص يقوم بإنتاج النفايات أو يحتفظ بها في ظروف من طبيعتها أن تؤدي إلى إحداث آثار ضارة للتربة والزرع أو حتى للحيوانات أو إحداث تدهور في حالة المواقع أو تلوث الهواء بشكل عام تلحق الضرر بصحة الإنسان والبيئة أن يضمن القضاء على هذا المخلفات في ظروف خاصة تمنع وقوع هذه الأضرار⁽¹⁾.

من خلال قراءتنا لهذه النصوص سواء الأحكام الواردة في القوانين الجزائرية أو القانون الفرنسي نستنتج أن عدم الالتزام بهذه الأحكام المتعلقة بإنتاج النفايات يعد بمثابة خطأ تقصيري، وهذا الالتزام لا يقع فقط على عاتق منتج النفايات فقط وإنما تقع المسؤولية على الحائز لهذه النفايات، بالإضافة إلى ذلك فإن المسؤولية عن الخطأ التقصيري تقع أيضا على مستغلي مراكز تخزين النفايات وإنتاجها ومعالجتها أيضا، حتى وإن لم يكونوا مالكين لهذه المراكز.

أما بالنسبة للنفايات الصناعية التي تكون منتشرة في الطبيعة أو المخبأة في التربة مما يؤدي إلى التأثير على المكونات الأساسية للتربة، فإن المسؤولية التقصيرية تقع على عاتق صاحب العقار الملوث باعتباره الحارس الأصلي لهذه الأرض، وهذا استنادا للمادة 138 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه: "كل من يتولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير يعتبر عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"⁽²⁾.

وعليه فإن مالك العقار يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تحدثها هذه النفايات باعتباره المالك الأصلي للعقار، بالإضافة إلى الحائز للنفايات الذي عرفه المشرع الجزائري في قانون تسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي بحوزته نفايات.

لقد أخذ المشرع الجزائري بالخطأ التقصيري وهذا استنادا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأن كل فعل يرتكبه الشخص بخلطه ويسبب ضررا لغيره يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

(1) المادة 06 من قانون النفايات

(2) دكتورة نبيلة إسماعيل رسلان، المرجع السابق.

الجدير بالإشارة أن القضاء الفرنسي يستند إلى هذه المادة في العديد من القضايا التي طرحت عليه، ففي قضية طرحت على القضاء الفرنسي تتعلق دعوى ضد شركة صناعية تقوم بإنتاج الألمنيوم وكانت تنشر من مصانعها نفايات سامة أدت إلى الإضرار بالمحاصيل الزراعية للمزارعين المجاورين انتهت محكمة استئناف تولوز باعتبار أن الشركة مسؤولة عن الأضرار الناتجة عن انتشار نفايات الأراضي وعقارات المزارعين الذين قاموا برفع الدعوى ضد الشركة، وقد أسس القضاء الفرنسي تعويض هذه الأضرار على الخطأ التقصيري.

كما اعتمد المشرع الفرنسي في قانون النفايات مبدأ المسؤولية التضامنية، وهذا استناداً للمادة 11 من قانون 1975 التي تنص على أن كل شخص يسلم أو يعمل على تسليم النفايات المذكورة أنواعها في المادة (التاسعة) وتتضمن هذه المادة من بين النفايات المذكورة (الصناعية) لأي مستغل آخر لمنشأة غير معتمدة في القضاء على النفايات، يعد مسؤولاً متضامناً معه على الأضرار الناتجة عنها " إذن فهناك مسؤولية تضامنية بين منتج النفايات والمستغل للمنشأة غير المعتمدة في القضاء على النفايات، والمقصود بكونها غير معتمدة أي غير مرخص لها بهذا الاستغلال، وعليه فإن الأضرار الناتجة عن هذا الاستغلال غير المرخص به يتحملها كل من الشخص الذي قام بتسليم هذه النفايات والشخص الذي سلمت له (المستغل الثاني)، ويقابل هذا الالتزام والمسؤولية عن التسليم والاستلام في قانون تسيير النفايات الجزائري المادة 19/4 التي تقضي بأن كل من سلم أو عمل على تسليم النفايات الخاصة (ويقصد بها المشرع النفايات الصناعية)، وكذلك من قبلها فإنهم يتحملون المسؤولية عن الأضرار والخسائر المترتبة عنها، ويفهم من نص المادة أن طبيعة المسؤولية في هذه الحالة هي مسؤولية تضامنية.

مع العلم أن المشرع الجزائري أيضاً اعتبر تصرفاً غير مشروع القيام بتسليم النفايات الصناعية إلى منشأة غير مرخص لها بالاستغلال.

على من يقع عبء المسؤولية؟

بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للنفايات الصناعية، فإن عبء المسؤولية يقع بداية على مالك النفايات، وهذا وقت وقوع الضرر، وكذلك على صاحب المنتج الذي أصبح بعد ذلك نفاية صناعية، لأنه لا بد أن يتحمل المخاطر الناتجة عن القضاء على هذه النفايات.

بل حتى وإن قام بنقلها إلى جهة أخرى كالشركات الخاصة بمعالجة هذه النفايات وإزالتها، فإنه يتحمل المسؤولية ولا يخلصه ذلك من المسؤولية ما دام عالماً بهذه المخاطر.

وفي هذا المجال بودي أن أشير إلى أن القضاء الفرنسي بصدد تقرير هذا المشرع من المسؤولية، فقد استند إلى نظرية جديدة انتهى إليها اجتهاده في مثل هذه النزاعات وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة والخطرة للنفايات الصناعية وأثرها على المواقع والعقارات، ومفاد هذه النظرية هو الامتداد المباشر للمسؤولية، ومعنى ذلك أن مسؤولية منتج النفايات لا تنتهي عندما يعهد إلى جهة أخرى التكفل بهذه النفايات أو القضاء عليها.

هل يمكن تطبيق شروط المسؤولية عن فعل الأشياء؟

استادا إلى القواعد العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء، وبالنظر إلى خطورة النفايات الصناعية التي تنجم عن استغلال المنشآت الصناعية، فإن النفايات كما نعلم لا تعد من الأشياء غير المملوكة لأحد، وإنما تعتبر من الأشياء المتروكة التي يلتزم بالتخلي عنها بعدم صلاحيتها، إلا أن مالكاها يعتبر مسؤولا عن ذلك باعتبار أن تركها من شأنه أن يحدث ضررا، سواء للعقار محل الاستغلال كمخاطر الانفجارات مثلا الناجمة عن استغلال هذه العقارات أو الأضرار التي تصيب العقارات المجاورة من جراء انتشار هذه النفايات أو الاستغلال الناجم عنها.

إن المادة 138 يقتضي تطبيقها أن يكون للشخص سلطة حراسة الشيء، وله أيضا قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، فقد يكون الحارس هو المالك الأصلي لهذه النفايات والمنتج الأصلي لها، وقد رأينا أن المنتج الأصلي للنفايات هو أي شخص طبيعي أو معنوي يتسبب نشاطه في إنتاج النفايات، وقد يكون مالكا للعقار الذي توجد هذه النفايات به، وهنا يعتبر حائزا لهذه النفايات، أما إذا كانت النفايات الصناعية واقعة في منشأة خاصة للتخلص منها أو معالجتها أو إزالتها، فيعتبر المستغل هو حارس النفايات وليس المالك، لأن العبرة بالحياة، ومع ذلك فإنه بالنظر إلى خطورة الأضرار التي تنجم عن استغلال هذا النوع من النفايات فإن مالك هذا العقار الذي قد يكون ملوثا بهذا النوع من النفايات يعتبر مسؤولا، حتى ولو انتقل هذا العقار أو الأرض إلى شخص آخر، فالمالك يبقى مسؤولا عن الضرر الناتج عن استغلال هذه النفايات، وهنا أشير إلى قضية طرحت على القضاء الفرنسي في 05 مارس 1975 تتعلق بمنشآت تنازل عنها مالكاها، إلا أنه كانت هناك مادة كيميائية سامة في باطن الأرض أدت إلى تلويث المياه الجوفية، وفي هذه القضية قررت المحكمة مسؤولية المالك الأول لهذه المنشأة، وليس المستغل الجديد الذي انتقلت إليه ملكية تلك المنشأة الصناعية، والملاحظ في هذه

القضية أن المستغل الجديد لا يعتبر مسؤولاً عن الضرر وإنما المالك الأصلي، رغم أننا أشرنا سابقاً إلى أن المسؤولية في هذه الحالة هي مسؤولية تضامنية⁽¹⁾.

وفي قضية أخرى أيضاً قضت محكمة تولوز في قرار لها صادر في 12/12/1991 قبلت المحكمة مسؤولية شركة بترولية عن تلوث الأرض الناتج عن تسرب المواد الكربونية باعتبارها المنتج لهذه النفايات التي أدت إلى تلويث هذه الأرض، وهي بالتالي مسؤولة عن حراسة الأشياء وما ينتج عنها من ملوثات⁽²⁾.

وفي هذه الحالة لا يحتاج إلى إثبات الخطأ، وإنما يكفي أن تكون هناك علاقة سببية بين وجود شيء تحت الحراسة والضرر الناتج عن استعمال ذلك الشيء.

ولكن بصدد الأضرار الناجمة عن تلوث المواقع بالنفايات الصناعية بودي أن أشير إلى أنه نظراً لخطورة المواد السامة التي تتضمنها هذه النفايات وما ينتج عنها من أضرار بالمواقع والعقارات فإن هناك اتجاهات فقهية معاصرة تتادي بضرورة التفرقة بين حراسة الشيء وحراسة مكوناته، أي حراسة استعمال وسيطرة فعلية، وحراسة تكوين الشيء وتركيبه، ونقصد في هذا المجال التكوين البيولوجي للنفايات الصناعية، فحارس التكوين البيولوجي للنفايات هو المالك أو المنتج الأصلي الذي يسأل عن مكونات النفايات وعيوبها وانعكاساتها السلبية عن البيئة وعن العقارات والمواقع سواء المجاورة أو التي تستغل فيها النشاط الصناعي، وفي هذه الحالة لا تنتقل الحراسة كلية للحائز الجديد أو المالك الجديد إلا إذا استفاد من المعلومات الكافية حول طبيعة الاحتياطات الواجب اتخاذها بشأن معالجتها.

هذا ما يمكن استخلاصه من تطبيق قواعد المسؤولية عن فعل الأشياء في حالة الإضرار بالمواقع والعقارات بسبب النشاطات الخاصة باستغلال أو معالجة النفايات الصناعية.

رابعاً: المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية

لقد حرص القضاء خصوصاً في فرنسا على أن تتضمن العقود الخاصة بالتبادل بين المنشآت وبين العقارات التي تستغل فيها النشاطات الصناعية الخاصة بإنتاج النفايات، حرص أن يقوم طرفي العقد بتبادل كافة المعلومات اللازمة لقبول هذا العقد قبل توقيعه، وأحسن المشرع الفرنسي حينما عمل بمقتضى القوانين التي عدلت قانون النفايات لسنة 1975، وهو

(1) المادة 138 معدلة بمقتضى القانون المدني الجديد

(2) دكتورة نبيلة إسماعيل رسلان، المرجع السابق.

القانون الصادر سنة 1992 على إقرار العديد من الالتزامات للحصول على المعلومات الكافية لنقل هذه النفايات وما يترتب عنها من آثار ضارة.

ونشير في هذه الحالة على نوعين من العقود الآلية في التصرفات القانونية وهي كل من عقد البيع وعقد الإيجار.

ومن خلال هذه العقود يمكنني أن أعرج على مسؤولية الشركات والمؤسسات عن الأضرار الناجمة عن إبرام مثل هذه العقود كعقود إيجار المنشآت والمواقع والعقارات الصناعية الملوثة بالنفايات الصناعية السامة، بالإضافة إلى عقود البيع التي تتضمن نقل ملكية هذه المنشآت والأراضي المحملة بالنفايات السامة.

إن قانون النفايات الصادر سنة 1975، واستنادا للمادة الثانية (02) فتح المجال لإبرام العديد من العقود الخاصة وانتقال النفايات من شخص إلى آخر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وهي تسمح لمنتج النفايات السامة في تكليف غيره للقضاء عليها، وبالتالي بلا شك سيكون محل هذا التكليف مجموعة من العقود التي تبرم في هذا المجال، وهي ما يمكن تسميته بعقود أداء الخدمات، إلا أن هذا القانون لم ينص على أحكام دقيقة في هذا الشأن من شأنها أن تحمّل مبهم هذه الصفقات المسؤولية الناتجة عن هذه التصرفات أو الالتزامات التي تقع عليه، إلى أن صدر قانون 13 جويلية 1992 المعدل لقانون 1975 الذي نصّ على أن نقل النفايات وعمليات السمسة والإشهار في النفايات السامة والخطرة كلها تصرفات تخضع للتصريح من السلطة الإدارية إذا كانت تمثل مخاطر جسيمة للمصالح التي يحميها القانون ويكفي الإعلان عنها فقط إذا لم تكن هذه الخطورة.

بالإضافة إلى هذا الحكم الذي يتضمن قيودا صارما على عقود نقل الخدمات الخاصة بالنفايات، هناك قيد آخر، وهو يتضمن بقاء مسؤولية المنتج الأصلي قائمة ما دام أنه لم تقدم للشخص الذي انتقلت إليه ملكية الموقع أو العقار المعلومات التكنولوجية الكافية بشأن العقار محل التصرف، ونجد هذا الحكم أيضا في المادة 19 من القانون الخاص بتسيير النفايات 01/19 التي جاءت مطلقة، حيث نصّت على أن الشخص الذي يقوم بتسليم أو يعمل على تسليم النفايات المسؤولية يتحمل الأضرار والخسائر الناجمة عنها، ولم تنص على تحديد هذه المسؤولية في حالة ما إذا قام المعني بإعطاء معلومات كافية بشأن المخاطر الناجمة عنها.

كما ينص القانون الفرنسي على بعض الإجراءات التي يجب أن تتم قبل إبرام التصرفات الواقعة على العقارات الملوثة بالنفايات، إذ تقع على عاتق الشخص الذي يتنازل عن هذه العقارات التزاما يتضمن تنظيف المواقع والعقارات الملوثة قبل التصرف فيها، خصوصا إذا كانت موقعا أو محلا لاستغلال النفايات الخطرة الخاصة، وهو الذي يتحمل التكاليف المالية مقابل إجراءات التنظيف، أما إذا لم يكن البائع أو المتصرف في العقار هو المنتج الأصلي للنفايات، فقد لا يكون عالما بأن العقار المتصرف فيه هو مخبأ لنفايات خطيرة تم دفنها فيه من طرف المنتج الأصلي، وهنا يشترط لتحميله المسؤولية في هذه الحالة أن يكون عالما بحالة ووضعية ومكونات المكان أو العقار الملوث، أما إذا لم يكن عالما ففي حالة ما إذا رفعت عليه دعوى المسؤولية لتعويض الأضرار التي أصابت هذا العقار ويستطيع إدخال المنتج الأصلي في هذه الدعوى كي يتخلص من هذه المسؤولية، أما في قانون تسيير النفايات الجزائري فليس هناك نص صريح يقضي بهذا الالتزام إلا أنه يمكن أن نستخلص من المادة 43 من قانون 01/19 بأنه في حالة إنهاء الاستغلال يقع على المستغل التزام يقضي بإعادة تأهيل الأماكن إلى حالتها الأصلية، ويقصد بإعادة تأهيلها حسب النص هو تنظيفها وتخليصها من النفايات خصوصا إذا كانت نفايات خاصة أو خطيرة.

لكن في هذه الحالة أرى ضرورة الرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني خصوصا الأحكام المتعلقة بعقد البيع إذ تنص المادة 379 من ق م ج بأن البائع يكون ملزما بالضمان إذا كان المبيع يتضمن عيبا ينقص من قيمته أو ينقص من الانتفاع به، بحسب الغاية المقصودة منه، ولو لم يكن عالما بوجودها".

إن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى ترتيب المسؤولية على البائع، وبتطبيق هذا النص على بائع النفايات والعقارات أو المحلات الملوثة، فإنه يعتبر مسؤولا عن العيوب التي تظهر بعد البيع، كحدوث انفجارات في العقار أو الموقع من شأنها أن تؤدي إلى الإنقاص من قيمة العقار حتى ولو لم يكن على علم بذلك، ولا يكون للبائع في هذه الحالة إلا دعوى الرجوع على المنتج الأصلي للنفايات.

كما تنص المادة 140 من القانون المدني الجزائري، واستادا إلى التعديل الجديد الذي طرأ عليه سنة 2005 بمقتضى القانون 10/05 المؤرخ في 10 جوان 2005 فإن المنتج يعتبر مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه، حتى وإن لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، وعليه فبمفهوم المخالفة لهذا النص فإنه في حالة وجود علاقة تعاقدية تكون هذه المادة أيضا أولى بالتطبيق.

إن القضاء الفرنسي له أحكام وقرارات مستفيضة في هذا المجال، ففي قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية أيدت قرار القاضي بأن مستغل العقار (الأرض محل التصرف) يتحمل مسؤولية عند بيعها عن الأضرار الناتجة عن هذا الاستغلال ولا يمكن له التملص من هذا الالتزام في حالة بيعها أو انتقال ملكيتها إلى المشتري.

وقد يكون العقار الذي تستغل فيه مثل هذه النشاطات الصناعية خصوصا المتعلقة بإنتاج النفايات محل تأجير، فإن القانون المدني الجزائري تضمن بعض النصوص التي يصلح تطبيقها على العقارات الملوثة بالنفايات الصناعية.

حيث تشير المادة 02/481 إلى أنه إذا أصبحت العين المؤجرة في حالة لا تصلح للانتفاع الذي أعدت من أجله أو نقص هذا الانتفاع، نقص الثمن أو فسخ عقد الإيجار إذا لم يلتزم المؤجر برد العين إلى الحالة التي كانت عليها.

فإذا تم تأجير عقار يتضمن مواد ملوثة ثم حدث أن تدهورت وضعية العقار أكثر، مما أدى إلى الإنقاص من قيمته الاقتصادية، في هذه الحالة يمكن أن يطالب المستأجر بإعادة الموقع إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد، خصوصا أن الآثار الضارة للنفايات الخاصة والخطيرة كالنفايات الصناعية مثلا قد لا تظهر إلا بعد فترة زمنية طويلة وقد لا تظهر هذه العيوب إلا إذا وقعت حوادث مفاجئة كالاشتعال التي تقع في مكان كان مخبأ نفايات دفنت في فترة زمنية معينة، وكذلك في حالة ما إذا وجد بالعين المؤجرة عيب فإن المسؤولية تقع على عاتق المؤجر.

وبالمقابل فإن المستأجر أيضا يقع عليه التزام تسليم العين المؤجرة حسبما وقع عليه الاتفاق، وإذا لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة حسب ما وقع عليه الاتفاق⁽¹⁾.

والجدير بالإشارة أن القضاء الفرنسي كان صارما في هذا المجال، ففي 19 مارس 1993 طرحت قضية على القضاء الفرنسي أقر فيها المسؤولية المدنية لمدير شركة قام بتخزين نفايات سامة وخطرة في المكان الذي استأجرته الشركة، وقد حمل القضاء المسؤولية على اعتبار أن هذا التصرف يعد مخالفا للقوانين والأنظمة، ذلك أن الهدف الأصلي للشركة من استئجارها لهذا العقار كان محله هو استعادة النفايات الصناعية والقضاء عليها، وبالتالي فإن عملية التخزين كانت مخالفة للهدف والمحل.

(1) دكتورة نبيلة إسماعيل رسلان، المرجع السابق.

وفي قضية أخرى تتعلق بمستأجر أحد المواقع التجارية ترك فيها نفايات قابلة للاشتعال، يعد أن مرّت سنتان على إعادة العين المؤجرة، وقع انفجار رهيب حينما قام المؤجر الأصلي، بإشعال موقد في مكان وجدت فيه نفايات مخزنة (بعد القيام بالتحليل البيولوجي لذلك المكان) فقضت محكمة الاستئناف بمسؤولية المستأجر الذي كان يتعين عليه رد العين المؤجرة بالحالة التي كانت عليها قبل الإيجار وأن يستعملها بحسب ما أعدت له.

وإذا رجعنا إلى قانون تسيير النفايات فإنّ المشرّع الجزائري كان صارما في هذا المجال نظرا لخطورة التصرفات التي ترد بشأن العقارات الملوثة، فقد أخضع المشرع الجزائري مثل إقامة المنشآت الخاصة بمعالجة النفايات على أرض مستأجرة إلى الإجراء الخاصة بدراسة التأثير على البيئة.

في الواقع إن القضاء الفرنسي له قضاء مستفيض في مجال المسؤولية التعاقدية الناتجة عن العقارات الملوثة بالنفايات الصناعية، وحاولت من خلال هذه الدراسة أن أكتفي ببعضها لما لها من علاقة وثيقة بتحديد المسؤولية المدنية الناتجة عن إبرام التصرفات التي ترد على مثل هذه المواقع والعقارات.

وقد لاحظت من خلالها أيضا مدى صرامة المشرّع فيما يتعلق بالمسؤولية الناجمة عن استغلال المنشآت الخاصة بالنفايات الصناعية.

إنّ هذه المسؤولية يمكن أن تستند إلى الخطأ التقصيري الناجم عن عدم احترام الالتزامات التي تتصّر عليها القوانين الخاصة بتسيير النفايات، كما يمكن أن تستند أيضا إلى نظرية مخاطر الجوار للتأكيد على أن فكرة الجوار فيما يتعلق بالمخاطر الناجمة عن نشاط المنشآت المتعلقة بمعالجة النفايات تختلف عن نظرية الجوار المعروفة في الفقه الكلاسيكي، لأنها تتخذ معنى له علاقة وثيقة بالنشاطات الخطرة بطبيعتها.

ويمكن أن أخلص من هذه الدراسة بأنّ المشرّع الجزائري فرض التزامات كثيرة على عاتق منتجي النفايات الصناعية، ومن هذه الالتزامات: الالتزام بتنظيف المواقع والعقارات التي تكون محل تصرفات قانونية كالبيع والإيجار، بالإضافة إلى ضرورة إعادة المواقع إلى الحالة التي كانت عليها قبل الاستغلال، كذلك عدم تسليم النفايات إلى مستغل نفايات غير مرخص بها قانونا، بالإضافة إلى ضرورة تقديم دراسة التأثير للمكان أو الموقع الذي ستقام عليه منشآت استغلال النفايات ومعالجتها، وكذلك في حالة تأجير هذه المواقع فإن المشرّع يتطلب أيضا هذه الدراسة.

وفي الأخير فإن مخالفة هذه الالتزامات من شأنها أن تؤدي إلى آثار ضارة على المواقع والعقارات، مما يؤدي إلى ترتيب المسؤولية المدنية التي تقوم على الخطأ التقصيري في مثل هذه الحالات.

واقع العمالة في ظل العولمة

أ / ماموني فاطمة الزهراء
كلية الحقوق جامعة مستغانم،

مقدمة:

مما لا شك فيه أن التحولات التي يشهدها العالم في المجالين الاقتصادي والاجتماعي أفرزت تغييرات في خصائص العلاقات المهنية وفي المكونات الأساسية لسوق العمل، فعولمة الاقتصاد والتطور السريع للتكنولوجيا كان لهما الأثر المباشر وغير المباشر على العلاقات المهنية بفعل متطلبات الاستثمار، وضرورة ملاءمته مع واقع جديد يرتكز على أساسين: المعادلة بين العرض والطلب للشغل وبين تسويق السلع والخدمات من جهة، وبين مساهمة مقتضيات النجاح الاقتصادية للرفع من القدرة التنافسية للمؤسسة وضمان بقائها في حلبة تحديات العصر من جهة أخرى،

لقد أصبح كسب الرهانات التي يعيشها النسيج الاقتصادي مرتبطا إلى حد كبير باعتماد مرونة كمية خارجية تقوم على تغيير عدد الأجراء للمؤسسة حسب احتياجاتها، ولعل المرونة المقصودة هنا هي مرادفة لحرية الاستخدام والتسريح أيضا، فعلى مستوى التوظيف يكون المستخدم حراً في اختيار طبيعة عقود العمل⁽¹⁾، والذي غالبا ما ينصب على الأنماط الجديدة، كونها تساعده في الوقت نفسه على تلبية الحاجات المتغيرة للمؤسسة وخلق فرص العمل (المبحث الأول)، وإن كان من الثابت أنها لا تساعد على تحقيق معادلة أكبر بين مكونات سوق العمل، حيث أصبحت المؤسسات تفضل مصطلح شخص في حالة عمل بدلا من مصطلح عامل مأجور، وهذا كاف كمؤشر لإدراك جسامه الانعكاسات السلبية لهذه الأنواع غير النمطية من العمل (المبحث الثاني)،

(1) أما على مستوى التسريح، والذي لا يخص إلا الدائمين، فأصبح للمؤسسات مجالات أوسع لاعتماد تبريره بإعادة الهيكلة وضرورات التكيف الاقتصادي وتخفيض التكاليف. أنظر V: Mansour Hellal, Législation, social et promotion de l'emploi, Revue de la jurisprudence et de la législation n 4, Avril 2005, p. 29.

المبحث الأول: العمل غير النمطي وانعكاساته على سوق العمل:

تتضمن فئة العمل غير النمطي "Travail atypique" أشكالاً متنوعة ومتزايدة من العمل والاستخدام، تتسم بالمرونة وضعف الحماية، من بين هذه الأشكال: العمل بدوام جزئي، والعمل العرضي والموسمي، تقاسم العمل، العمل بعقود العمل محدودة المدة، العمل المؤقت عبر الوكالة، العمل من المنزل والعمل عن بعد والعمل للحساب الخاص والعمل الأسري المساهم، وتختلف أشكال العمل هذه عما اعتبر تاريخياً أنه نمطي أو معياري، أي العمل بدوام كامل، والاستخدام المضمون اجتماعياً لأجل غير محدد، حيث يتم الاستخدام على أساس دخل منتظم ومضمون لحساب صاحب عمل واحد، تجري أنشطته في موقع العمل التابع لصاحب العمل⁽¹⁾، ليكون طرفاً العمل النمطي هما المستخدمون بعقد ثابت وصاحب العمل⁽²⁾،

إن هذا المفهوم الكلاسيكي للعمل عرف مع هبوب رياح العولمة تغيراً جذرياً في طبيعته ومضمونه، يرجع هذا التغيير للاندفاع نحو تنفيذ السياسات الاقتصادية المعاصرة، بما فيها خصوصية المؤسسات والذي أظهر مفهوماً جديداً للتشغيل، وهذا بإحلال فكرة التشغيل الأمثل محل فكرة التشغيل الشامل من خلال التركيز على الأنشطة الاقتصادية التي تمتاز بكثافة رأس المال وقلة اليد العاملة، كان ذلك نتيجة التسابق المحموم في عالم المنافسة والسعي إلى تخفيض النفقات الإنتاجية والتهافت على تحقيق أكبر ربح ممكن وما استتبع ذلك من الاعتماد على أنماط إنتاجية جديدة تكفل تحقيق تلك الأهداف، بحيث تقوم أساساً على مستوى تكنولوجي وتقني متطور ومستوى تعليمي.

(1) هناك من يطلق على هذه الأصناف من العمل، مصطلح العمل غير المنتظم Travail informels أو Travail non structurée. لكن الأصح أن هذه الأعمال تصنف في إطار العمل غير النمطي أو غير المعياري كما عرفه بكل آثاره مكتب العمل الدولي سنة 2007، أنظر: نوع الجنس، العمل، الاقتصاد غير المنتظم. قاموس المصطلحات منظمة العمل الدولية. المكتب الإقليمي للدول العربية ص 2 و3.

V Ahmed akkache, renforcer la sécurité sociale: un moyen de réduire les effets négatifs de la mondialisation, Revue Algérienne du travail, Institut National du travail. N° 27/2002 p99. et l'emploi dans le monde 1996/1997. Rapport du Bureau international du travail, Genève. 1^{ère} édition 1997. P.26 et Sophie Boutillier, Travail et entreprise managemese règles libérales et « globalnt ». série clichés, collection l'esprit économique. Innoval. 2005, p 33.

(2) يستخدم أيضاً مصطلح المستخدم المنتظم، العامل الدائم. حسب التعريف الصادر عن مكتب العمل الدولي سنة 1994. أنظر قاموس المصطلحات، المرجع السابق، ص 17 وص 64.

وتدريبي متقدم لليد العاملة⁽¹⁾، إلى جانب معرفة المرشح بعالم الشغل وتمتعه بالقدرة على الإبداع وخلق المبادرة والقدرة على التكيف والتنظيم والتعاقد⁽²⁾، نتساءل في ظل هذه المتغيرات التي أصابت سوق العمل واحتياجاته من اليد العاملة والاتجاه نحو مبدأ التشغيل الأمثل بدلا من التشغيل الشامل عن أسباب هذا التغيير وأهدافه.

يقول أحد الاقتصاديين: "عندما تقرر مؤسسة ما تبني طرق جديدة للإنتاج وتحويل أنظمة العمل الخاصة بها، فإنها لا تقوم بذلك بغرض المتعة، ولا من أجل إلحاق الضرر بأجرائها، إنما تقوم بذلك من أجل مواجهة الصعوبات والضخمة ومواكبة المنافسة، خاصة مع عولمة الأسواق وضرورات احترام معايير الجودة وإدخال التكنولوجيا والإعلام، أما إذا ظهر بأن المؤسسات غير قادرة على مواجهة هذه المعطيات، فتكون مهددة بالزوال إلى جانب إلغاء مناصب الشغل"⁽³⁾، هذا ما حدث فعلا، حيث دفعت المنافسة الحرة المؤسسات إلى البحث عن أقصى الأرباح من خلال التخفيض المتواصل لتكاليف العمل، وهذا إما بالتخفيض الكلي للأجور وخصوصا بالنسبة لليد العاملة غير المؤهلة كما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية، وإما من خلال تقليص عدد الأجراء كما هو الوضع في الدول الأوروبية، حيث تجاوز عدد البطالين 10٪ من السكان العاملين، أي ما يعادل 4 ملايين في ألمانيا، 3 ملايين في إيطاليا، 3 ملايين في فرنسا،

إن هذا البحث القاصر فقط على رفع الإنتاجية، يؤدي حقيقة إلى خفض التكاليف، لكنه في المقابل يهدم معايير التشغيل، فالمؤسسات تصبح أكثر قدرة على المنافسة وتزداد أرباحها، في حين تنخفض القدرة الشرائية للعمال، ليكون هدف التنمية الاقتصادية في كل الدول حتى المتطورة ليس زيادة مناصب العمل ولكن القضاء عليها أو تخفيضها،

هذا ما يحدث أيضا في الجزائر حيث بلغ التسريح الجماعي للعمال الناتج عن حل أو غلق المؤسسات تطورا ملحوظا خلال السنوات الأخيرة، فتجاوز 30.000 أجير سنة 1994 و40.000 سنة 1995 و80.000 سنة 96 و130.000 سنة 1997 و160.000 سنة 1998 و40.000 سنة 1999،

(1) مقابل تراجع أهمية العمل اليدوي في كل مكان، وحلت محلها الرقابة على مختلف مراحل العمل والتحكم والترميز والعلامات المجردة يتطلب هذا الواقع الجديد فكرا تحليليا متميزا من قبل العمال. أنظر، روروب مستقبل العمل وعمل المستقبل. مجلة التواصل. مقاربات سوسيوولوجية للمجتمع الجزائري. عدد 6 جوان 2000 ص 237.

(2) V. Marion Del Sol. L'activité Salariée aujourd'hui et demain, Le droit en questions, ellipses, édition marketing. S.A, 1998 p.86.

(3) Des Nouvelles formes d'organisation du travail, Quelles flexibilités?. Animation nationale et européenne des projets ADAPT et objectif 4 février et avril 1999. Ouvrage collectif publication réalisée avec le soutien du fonds social européen, janvier 2000 p16.

لتنشر بذلك ما يعرف بالبطالة البنيوية⁽¹⁾ المستمرة والتي تصطبغ بالفقر الموسع في المجتمع، الأمر الذي يؤدي إلى أن تصبح المنافسة أشد وطأة وأكثر شمولاً، ليس في سوق السلع فقط، بل في سوق العمل أيضاً، حيث أصبحت أغلبية المؤسسات الجزائرية العامة والخاصة لا توظف العمال إلا لفترات قصيرة تحت شكل عقود محدودة المدة، ينتج عن ذلك نمو وانتشار لأنظمة مختلفة من العمل العرضي والمتقطع والعمال المتعاقدين بصفة مؤقتة والعاملون بالوقت الجزئي، وكل أنواع الأعمال غير الدائمة التي تمتاز بقلة الكفاءة وانخفاض الأجور والتي تصنف كأعمال غير نمطية لا تحظى بأي حماية قانونية، لكنها رغم ذلك تفرض كخيار وحيد على البطالين وتستخدم كغطاء لياس هؤلاء الذين فقدوا كل الآمال في الحصول على عمل دائم ومستمر في إطار العمل النمطي.⁽²⁾

المطلب الأول: صور العمل غير النمطي:

يشمل العمل غير النمطي صوراً عديدة، وهي عموماً تصنف إلى صنفين: العمل الهش والعمل غير المنتظم، العاملون في الاستخدام الهش هم إما:

- العاملون الذين يؤدي عقد عملهم إلى تصنيفهم في فئة العاملين العرضيين أو العاملين لأمد قصير أو العاملين الموسمين أو العاملين بالوقت الجزئي أو المؤقت أو المتقطع.
- العاملون الذين يخول عقد عملهم أصحاب عملهم من أفراد أو منشآت إنهاء هذا العقد بموجب إخطار عاجل، أو تبعاً لرغبة الجهة المشغلة، وذلك في نطاق الظروف الخاصة التي تحددها التشريعات الوطنية⁽³⁾، تبعاً لتصنيف مكتب العمل الدولي لفئات العمل الهش يشمل هذا الأخير الصور التالية:

- العمل العرضي: العاملون العرضيون "Travailleurs occasionnels" هم العاملون على أساس عقد عمل ضمني أو صريح لا يتوقع له الاستمرار أكثر من فترة قصيرة،

⁽¹⁾ مهما كان نوع البطالة المترتب عن سياسات إعادة الهيكلة والخصوصية، فإنها تشكل ظاهرة سلبية تهدد السلم والاستقرار الاجتماعي، باعتبار أن دخل الفرد من عمله، هو عنصر الأمان والاستقرار له والمجتمع، في حين أن البطالة والحرمان من الدخل يولدان الاستبعاد والتهميش الاجتماعي، ليمتد هذا الأثر ليصيب العلاقات العمالية ذاتها، فالبطالة تضعف قدرة العامل على المساومة، وتدفعه إلى التخلي عن الكثير من الحقوق المقررة له قانوناً، سعياً منه إلى الحصول على فرص عمل، وفقاً لشروط أدنى من تلك التي تنص عليها قوانين العمل. ومن ناحية أخرى فإن اتساع ظاهرة البطالة يعد سبباً رئيسياً في التحولات التي تصيب سوق العمل من خلال ظهور صيغ جديدة لعلاقات العمل، والتي لا يمكن للعاملين فيها الانتفاع بالحماية المقررة لهم في التشريعات العمالية، حيث يتم توظيفهم في أعمال أقل مهارة وأضعف أجراً. أنظر Gérard

Lyon Caen, Jean Pélissier, Alain supiot, « Droit du Travail » 20 édition Dalloz, 2000, p.28.

⁽²⁾ V Ahmed akkache, *op. cit.* p. 83 et 99

⁽³⁾ وهذا حسب تصنيف مكتب العمل الدولي للعمل الهش وأنواعه سنة 1994 أنظر: نوع الجنس، العمل، الاقتصادي غير المنتظم، قاموس المصطلحات المرجع السابق، ص 87.

حيث تحدد مدتها الظروف الوطنية، ويمكن تصنيف العاملين في هذا النمط كمستخدمين أو كعاملين لحسابهم الخاص وذلك تبعاً للسمات الخاصة بعقد العمل⁽¹⁾.

لم يتضمن تشريع العمل الجزائري أي أحكام خاصة بالعمل العرضي، في حين عرفته بعض تشريعات العمل العربية⁽²⁾ على أنه "العمل الذي لا يدخل بطبيعته فيما يزاوله صاحب العمل من نشاط ولا يستغرق إنجازه أكثر من ستة أشهر، إذن يتعين لاعتبار العمل عرضياً توافر شرطين، الأول: أن يكون العمل خارجاً بطبيعته عما يزاوله صاحب العمل من نشاط، أما إذا كان العمل يتصل بطبيعة الأعمال التي يزاولها صاحب العمل فإنه يكون عملاً أصلياً لا عرضياً، الثاني: ألا يستغرق إنجازه أكثر من ستة أشهر، إذ إن العمل لو استغرق مدة أكثر من ستة أشهر لم يكن عرضياً، فقد رأى المشرع أن العمل الذي يتجاوز هذه المدة لا بد وأنه يدخل في النشاط المعتاد لصاحب العمل ولو لم يكن في حقيقة الأمر كذلك.

- العمل الموسمي: العاملون في الاستخدام الموسمي هم العاملون على أساس عقد عمل ضمنى أو صريح يتأثر توقيته ومدته بشدة بالعوامل الموسمية مثل الدورات المناخية والحصاد ومواسم الأعياد، ويمكن تصنيف هؤلاء العاملين كمستخدمين أو عاملين لحسابهم الخاص، تبعاً للسمات الخاصة التي يتضمنها عقد العمل⁽³⁾.

اكتفى قانون علاقات العمل رقم 90-11 فيما يخص العمل الموسمي بالإشارة إليه كسبب من الأسباب التي تخول للمستخدم إمكانية اللجوء إلى إبرام عقود عمل محدودة المدة⁽⁴⁾، في حين يعرفه قانون العمل المصري على أنه "العمل الذي يتم في مواسم دورية متعارف عليها"، ويعتبر العمل موسمياً ولو كان يدخل في النشاط المعتاد لصاحب العمل، فقيام شركة السكر باستخدام عمال لنقل القصب إلى مصانعها في مواسمه، أو استخدام عامل في فندق أو مطعم في مصيف في موسم الصيف أو مشفى في موسم الشتاء يعتبر عملاً موسمياً، ولا تهم مدة العمل، فيعتبر العمل موسمياً مهما كانت مدته طالما أنه ينفذ في مواسم دورية منتظمة.

(1) يستخدم أيضاً مصطلح العامل غير الدائم، المؤقت، المتقطع حسب ما هو وارد عن مكتب العمل الدولي سنة 1994 نوع الجنس، العمل الاقتصادي، غير منظم المرجع السابق، ص 04.

(2) وهذا حسب التعاريف الواردة في نص المادة الأولى من قانون العمل المصري الجديد، أنظر: رمضان جمال كامل، شرح قانون العمل الجديد رقم 12 لسنة 2003 والقرارات التنفيذية الصادرة تقييداً له. المركز القومي للإصدارات القانونية الطبعة الخامسة 2008 ص 45.

(3) حسب التعريف الصادر عن مكتب العمل الدولي سنة 1994، أنظر نوع الجنس - العمل الاقتصادي غير المنتظم، المرجع السابق، ص 87.

(4) حيث نصت على ذلك المادة 12 المتممة بالمادة 2 "أ" رقم 96-21 و"يمكن إبرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو التوقيت الجزئي عندما يمر ذلك تزايد العمل أو أسباب موسمية".

-العاملين زأمد قصير: العاملون في الاستخدام القصير الأمد **Travailleurs pour périodes courtes** هم العاملون على أساس عقود عمل صريحة أو ضمنية يتوقع لها الاستمرار أكثر من الفترة المعتمدة لتعريف العاملين العرضيين، لكن أقصر من تلك التي تعتمد لتعريف المستخدمين المنتظمين، كما هو وضع المتعاقدين في إطار عقود مؤقتة في الجزائر، ويمكن تصنيف هؤلاء العاملين كمستخدمين أو عاملين لحسابهم الخاص، تبعاً للسمات الخاصة لعقد العمل⁽¹⁾.

- العمل المنقطع: يمارس العمل المنقطع (Travail intermittent) في كل قطاعات النشاط الاقتصادي وخاصة في مجال الخدمات، تعتمد خاصة المحلات التجارية الكبرى في فترات معينة كحفلات نهاية السنة، فترات تخفيض أسعار المنتوجات، أيام العطل الأسبوعية أو في فترات التخفيض المؤقت لعدد العمال الدائمين في فترة العطل السنوية، وقد سعى المشرع الفرنسي لتنظيم هذا النوع من العمل بتشبيهه قانونياً بالعمل بالوقت الجزئي، كما اعتبر عقد العمل المنقطع عقداً غير محدود المدة، والذي يجب أن يتضمن كتابة الخصائص المهنية للأجير، عناصر الأجر، المدة السنوية الدنيا للعمل وفترات العمل وتقسيم ساعات العمل خلال فترات العمل⁽²⁾، الأمر الذي أدى إلى ممارسة هذا النوع من العمل في إطار العمل الأسود أو السري⁽³⁾ بغية تهرب صاحب العمل من معايير العمل في إطار عقود غير محدودة المدة وأحكام الضمان الاجتماعي.

- تقسيم العمل: عرفت تقنية تقسيم العمل **Partage de travail** انتشاراً واسعاً منذ الأزمة الاقتصادية العالمية، إلا أنها ظهرت من جديد في نهاية سنوات السبعينات، وهذا نتيجة انتشار البطالة، حيث أصبح تقسيم العمل من أهم خصائص السياسة الاقتصادية والاجتماعية من حيث اعتماده كشكل جديد للتضامن ما بين الأجير والبطال، وهذا من خلال التنازل الكلي أو الجزئي للأجراء عن عملهم بالوقت الكامل، من أجل تشغيل البطالين، ليتم بذلك الربط من خلال تقنية تقسيم العمل، ما بين مرونة وقت العمل، تخفيض مدة العمل وخلق مناصب العمل.

إن فكرة التكافؤ بين الأفراد في العمل من خلال تقسيمه بينهم مجرد وهم، فالهدف الأساسي يكمن في تحسين الإنتاجية من خلال اعتماد نوعية العمل على أساس التكوين والخصائص المهنية والتكيف المهني، هذا فضلاً على أنها تقنية تتنافى ومبدأ الحرية الفردية

(1) يستخدم أيضاً العامل في الاستخدام القصير الأجل، حسب ما هو وارد عن مكتب العمل الدولي، أنظر: نوع

الجنس، العمل، الاقتصاد غير المنظم، قاموس المصطلحات المرجع السابق، ص 87 و88.

(2) أنظر المواد 31- 3123 L المقابلة للمادة 12- 4- L212 مقبرة 1 إلى المادة 15- 4- L212 المقابلة للمادة

37- L3123. من قانون العمل الفرنسي. لسنة 2008.

(3) Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jemaud, *op.cit*, p. 216 § 188 .

والتي تقتضي عدم قابلية العمل للتقسيم بين الأفراد، خاصة وأنه يتطلب إلى جانب تخفيض وقت العمل تخفيض الأجر أيضا، فضلا على أن المستخدم يملك صلاحية اللجوء إليه في إطار ممارسة لسلطة الإدارة الاقتصادية للمؤسسة والعمال في حالة الغلق المؤقت للمنشأة أو عند تخفيض المدة الأسبوعية للعمل بما يقل عن المدة القانونية لها⁽¹⁾.

المشرع الجزائري من جهة تضمن أحكاما خاصة بتقسيم العمل، وقد اعتمده كوسيلة لتفادي تقليص عدد العمال، حيث ترك تقرير اللجوء إليه للأطراف الاجتماعية، في المقابل أورد حدودا على نسب تخفيض الأجر المترتب على تقسيم العمل والتي يجب أن لا تتجاوز نسب تقليص وقت العمل، ليجد الأجير نفسه أمام تخفيض أجره وتقسيم عمله في وضعية شبه مستخدم، غير أن الواقع أن هناك تعديلا لعقد عمله، إذا قبل به يستفيد من فرصة تعليق أو تعديل مؤقت لعقد عمله، أما إذا رفض ذلك فللمستخدم صلاحية تسريحه لسبب اقتصادي.

إن تقسيم العمل وإن كان من صلاحيات المستخدم، إلا أنه بذلك يحتمل الأجير المخاطر الاقتصادية للمؤسسة سعيا لتصحيح الوضع الاقتصادي، كما يؤثر على مبالغ التعويض والتي يتم احتسابها على أساس الأجر الممنوح خلال 12 شهرا الأخيرة⁽²⁾، ولكن في هذه الوضعية الأخيرة لا يتلقى إلا أجرا يتم تخفيضه خلال فترة تسريحه.

-العمل بالوقت المجزأ:

أصبحت المؤسسات مع تطور تقنية تقسيم مهام الاستعمال والتسيير لليد العاملة، تلجأ إلى تقسيم الاستفادة من كفاءات العمال ووقت عملهم من خلال العمل بالوقت المجزأ Le travail a temps partagé، خاصة وأنها أصبحت بحاجة أكثر إلى الكفاءات والتوظيف في المجالات التقنية (الباحثين، المهندسين، ، ،)، الأمر الذي لا يتطلب تخصيص مناصب عمل دائمة لهؤلاء، من جهة العامل وأمام صعوبات إيجاد عمل دائم، أصبح يلجأ لممارسة عمله بنفس الكفاءة والقدرات لكن في أعمال مختلفة وعلى مستوى مؤسسات متعددة، حيث يدير وقت عمله بنفسه، من خلال توزيعه على امتداد كل السنة وفقا لما يعرف بالوقت الحر، وهذا حسب مهامه المختلفة والحاجة إليه نتيجة التنقل لفائدة العديد من المستخدمين، ومثال ذلك أن يظهر العامل في آن واحد كعامل في السكك الحديدية لصالح البلدية، عامل غابات لفائدة

(1) V. Jean Pélissier, Antoine Jammaud, Alain supiot, *op.cit.* P.272 §240 et P.198 § 173.

(2) وهذا طبقا لـ 22 من المرسوم التشريعي رقم 09/94 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن الحفاظ على الشغل وحماية الأفراد الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية والتي تنص على أنه: "يحول للاستفادة من نظام التأمين على البطالة، الحق في تعويض يساوي أجر ثلاثة أشهر يتحمل دفعها المستخدم عند التسريح. كما تنص المادة 23 من نفس المرسوم على أنه: رد تحسب التعويضات المشار إليها في المادة 22 أعلاه على أساس معدل الأجر الشهري الخام المتقاضى خلال الأثني عشرة (12) شهرا قبل انتهاء علاقة العمل.

مستثمر غابات، وسائق لفائدة مؤسسة ما، غير أنه ومهما كانت الحاجة للعمل بالوقت المجزأ على مستوى المنشأة أو اعتماده كوسيلة للنضال ضد البطالة، إلا أنه مع ذلك أقصد العمل الكلاسيكي خصائصه نتيجة لما يطلبه هذا النموذج من حركة بدنية وفكرية تقضي على الوحدة المتجانسة للعمال نتيجة تفكيك وحدة المكان ووقت العمل⁽¹⁾.

- العمل عن بعد: يتمثل العمل عن بعد **Télétravail** في إنجاز جزء من العملية الإنتاجية أو كلها أو تقديم بعض الخدمات خارج وحدات الإنتاج بالمؤسسة وهذا من خلال استعمال الكمبيوتر، وسائل الإعلام والاتصال للتحرر من قيد المسافة والوقت المرتبط بالعمل، إن هذا الوضع يوحي بأن العاملين عن بعد يتمتعون بدرجة عالية من روح المبادرة والإبداع، إلى جانب الكفاءة والخبرة المهنيين لضمان الجودة، كما يخص الأعمال التي تمتاز بسرعة الحركة⁽²⁾ (السكرتارية، كتابة وثائق، الترجمة، المحاسبة، الطبع، ...)، أكثر من ذلك قد يتضمن العمل عن بعد تحويل أو نقل النشاطات المعلوماتية وتحويل مركز الشركة نحو الفروع بواسطة الشاشة، كما يتم نقل بعض الأعمال على الشاشة من المؤسسات ومنحها لمصالح خدماتية مستقلة، يتعلق الأمر هنا بأعمال دقيقة، كتطوير أنظمة الحاسوب، البيع، مصلحة الزبائن والإدارة⁽³⁾.

يتمتع العامل عن بعد مقابل هذه الشروط باستقلالية واسعة أثناء تنفيذ نشاطه حيث لا يخضع لأي إجبار أو اتصال مباشر ومتواصل بصفة منتظمة مع المؤسسة، فضلا عن ذلك يشترط في تكييف العمل عن بعد ثبوت عدم ارتباط العامل عن بعد وتبعيته لمقدم العمل وتحمله لمخاطر النشاط واستفادته من الأرباح، ليغني بذلك العمل عن بعد المجال الجغرافي لممارسة المستخدم لصلاحياته في إدارة العمال وتحديد شروط تنفيذ عملهم، من ثمة إقصاء قانون العمل كضمان للحماية، خاصة وأن وضعية هؤلاء العمال في إطار نظام العمل الجديد لا يمكن تحديدها بناء على معايير التمييز الكلاسيكية (عامل أجير أو مستقل)، فحسب

(1) كرسست هذا النموذج من العمل غير النمطي الدول الأوروبية، حيث أصبحت الإطارات التجارية تعمل لفائدة ثلاثة أو أربعة مؤسسات في آن واحد. وقد وضحت بعض الدراسات أنه رغم سلبياته إلا أن 3/1 العمال بالوقت المجزأ يحضون بفرصة العمل بالوقت الكامل عندما تسمح الأوضاع بذلك. أنظر Des Nouvelles formes d'organisation du travail, Quelles flexibilités ? *op.cit.* p.23 et 26.

- وقد اعتمدت تقنية العمل بالوقت المجزأ حتى البلدان المتطورة اقتصاديا كما هو الشأن في البيان الذي اعتمد أخيرا هذه الطريقة رغم أن نسبة البطالة في هذا البلد ليست مرتفعة إذ لا يتجاوز 5 ٪. أنظر محمد صالح الشطي، الأنماط الجديدة للعمل، مجلة القضاء والتشريع، المرجع السابق ص 78.

(2) Des Nouvelles formes d'organisation du travail, Quelles flexibilités ? ouvrage collectif, *op.cit.* p. 24 et 80.

(3) د. ب. رورب. المرجع السابق ص 236.

الاستقلالية التي يتمتع بها العامل عن بعد في إطار عمله وكذا المسؤولية الملقاة على عاتقه وبالنظر أيضا إلى التبعية الاقتصادية التي تربطه بمقدم العمل، يكون وضعه في الوسط ما بين نوعين من الأشكال التقليدية لممارسة النشاط المهني، كما وصفه بذلك رجل الاقتصاد جاك برتلينك "Jacques Bartheling" "هو تكييف وسطي ما بين عقد العمل وعقد الوكالة أو عقد مؤسسة استنادا على علاقة شبه تبعية "Para subordination"⁽¹⁾

من خلال إشكالات العمل عن بعد يمكن القول إنه لا يعتبر أبدا وسيلة للتقليص من البطالة، إنما هو تنظيم جديد أفرزته تبعات مرونة العمل، ليعتبر بذلك فرصة لخلق مؤسسات جديدة غير المشروعة للمقاولة الفرعية⁽²⁾، ما يؤكد ذلك خصائص العمل عن بعد والتي تتلخص فيما يلي:

- الضغط على تكاليف الإنتاج: وهذا من خلال تجنب المؤسسة المستفيدة من العمل المنجز للتكاليف الناتجة عن توفير المحلات لممارسة النشاط وما ينتج عن ذلك من استهلاك للطاقة والمعدات والتجهيزات ومصاريف الصيانة وتعهده المحلات في دفع الضرائب.

- ترشيد طرق التصرف: حيث ينتج عن العمل عن بعد ترشيد واضح للتصرف من خلال اجتناب بعض المستلزمات ومسك الدفاتر والحسابات الناتجة عن تواجد العمال بمقرات المؤسسات، وكذلك تجنب كلفة التصرف في الموارد البشرية.

- الحد من كلفة اليد العاملة: لا شك وأن العامل عن بعد يكون أقل كلفة من العامل الذي ينجز عمله بمحلات المؤسسة المستفيدة من خدماته، ذلك أن العامل عن بعد يقبل أجرا أقل من نظيره الذي ينتقل إلى مقر العمل ويتحمل التكاليف نتيجة تنقله بين مسكنه ومقر عمله وتواجده بالمؤسسات طيلة مدة العمل القانونية⁽³⁾، هذا فضلا عن ارتفاع المردودية وضمان وقت عمل فعلي بنسبة 89% بالنسبة للمستخدم في المنزل مقابل 50% بالنسبة للمستخدم في مكتب عمل، غيايات أقل، إتقان للعمل، سرعة أكثر وجودة أكبر، في المقابل يترتب عن العمل عن بعد سلبيات بالنسبة للعامل من حيث ضرورة الاستخدام الجيد للتكنولوجيا والاتصال، الشيء الذي لا يتوافر إلا بالنسبة للبعض فقط وخطر الانعزال مقارنة بالعمل داخل

(1) V. Marion Del Sol. *op.cit*, p.95.

(2) تطور المقاولة الفرعية غير المراقبة أدت إلى زيادة العمل غير النمطي ومثال ذلك اللجوء لعمليات مقاولة فرعية من خلال تركيب سروايل Jeans مقابل أجور بالقطعة تقوم به نساء عاملات في المنزل. أنظر -V. Marie Ange Moreau, Normes sociales, droit du travail et mondialisation, Confrontations et mutations. Dalloz 2006, *op.cit.*, p. 52.

(3) أنظر: محمد صالح الشطبي. المرجع السابق. ص 73.

المؤسسة، مما يرتب فقدان الانتماء والاندماج الاجتماعي والإرهاق، نتيجة فرض الاستقلالية والقدرة على التكيف.⁽¹⁾

- العمل في المنزل: **Travail à domicile** هو عمل يؤديه

شخص يشار إليه باسم العامل في أو من المنزل.

- في منزله أو في أماكن أخرى يختارها، خلاف مكان عمل صاحب العمل.

- مقابل أجر ويؤدي إلى ناتج أو خدمة وفقا لمواصفات صاحب العمل، بصرف النظر عن الجهة التي تقدم المعدات والمواد أو سائر المدخلات المستخدمة، ما لم يكن هذا الشخص يتمتع بالدرجة اللازمة من الاستقلالية والاستقلال الاقتصادي لاعتباره عاملا مستقلا بمقتضى القوانين أو اللوائح الوطنية أو أحكام المحاكم.⁽²⁾

اتفق تشريع العمل الجزائري⁽³⁾ في تعريفه للعامل في المنزل مع التعريف الوارد في اتفاقية العمل في المنزل من حيث ضرورة توافر شروط ثلاثة: ممارسة العمل في المنزل، مقابل أجر لصالح المستخدم، ويستوي في ذلك ما إذا كان يعتمد في تنفيذ عمله على مواد أولية وأدوات عمل مملوكة لديه أو قدمت له من مستخدمه، وإن كان تعريف الاتفاقية أكثر وضوحا من حيث اشتراط عدم تمتع العامل من المنزل بدرجة كبيرة من الاستقلالية والتي تسمح بتكيفه على أنه عامل مستقل، في المقابل اشترط المشرع الجزائري أن لا يتولى هذا العامل في المنزل تشغيل أية يد عاملة مأجورة لأن هذا سيسمح بتكيفه على أنه مقاول فرعي.

رغم ذلك يعد العمل في المنزل عملا غير نمطي يفتقر للحماية والاستقرار والاندماج الاجتماعي، هذا ما أكدته إعلان "كاتماندو" والذي أبرز قضايا العاملين من المنزل في جنوب آسيا، ودعا إلى

(1) في حين تبقى الإيجابيات بالنسبة للأجير قاصرة على اقتصاد الوقت وتكاليف النقل، في حين تفتقد المؤسسة لحركة الموارد البشرية نتيجة تمركزهم داخل منازلهم أو أماكن بعيدة عن مقر المؤسسة أو مكان العمل المحدد من طرف المستخدم. V. Marion Del Sol. *op.cit*, p.92 et 93.

(2) حسب التعريف الوارد في اتفاقية العمل في المنزل رقم 177 الصادرة سنة 1996. يستخدم أيضا العمل من خلال المنزل. هذا ونشير إلى أن هذا الأخير يختلف عن العامل المنزلي. فالعمال المنزليون هم الأشخاص الذين توظفهم الأسر المعيشية حصرا للقيام بخدمات منزلية، مقابل أجر نقدي أو عيني. يندرج العامل المنزلي في دائرة العمل غير المنظم. نفس المرجع. ص 12.

(3) وهذا من خلال المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 97- 474 المؤرخ في 8 ديسمبر 1997 المحدد للنظام الخاص بعلاقات العمل التي تعني العمال في المنزل والتي تنص على أنه "يعتبر عاملا في المنزل بمفهوم هذا المرسوم كل عامل يمارس في منزله نشاطات إنتاج سلع أو خدمات أو أشغالا تغيرية لصالح مستخدم واحد أو أكثر مقابل أجره ويقوم وحده بهذه النشاطات أو يساعده أعضاء من عائلته باستثناء أية يد عاملة مأجورة ويتحصل بنفسه على كل أو بعض المواد الأولية وأدوات العمل أو يستلمها من المستخدم دون أي وسيط.

إلحاقهم بنظم الاقتصاد الوطني، تبعا لاتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 177 وذلك من خلال وضع سياسات وطنية بشأن فئة العاملين من المنزل في كل بلد من البلدان، كما دعا إلى تأمين الحد الأدنى من الحماية بما في ذلك حق التنظيم النقابي والحد الأدنى للأجور والسلامة والصحة المهنيان والحماية الاجتماعية والأمومة والعناية بالأطفال وتطوير المهارات المهنية ومحو الأمية، ودعا أيضا إلى تسيير النفاذ إلى الأسواق والموارد الاقتصادية بما في ذلك المواد الخام، التكنولوجيا، العروض والمعلومات وغيرها من الإجراءات،⁽¹⁾ وقد أسست على إثر إعلان «كاتماندوا» شبكة المنازل لجنوب آسيا تضم نساء عاملات من المنزل هدفها تسليط الضوء على هذه الفئة من العاملات وعلى مختلف قضاياهن، إلى جانب شبكة المنازل لجنوب شرق آسيا والتي تسبب إليها عاملات من المنزل من «تايلندا»، أندونيسيا والفيليبين وتضم نحو 45000 منتجة وعاملة من المنزل، تسعى هذه الشبكة إلى تحقيق عدد من الأهداف الخاصة بالعاملات من المنزل كتطوير تنظيمهن النقابي، حصولهن على ظروف عمل ومستوى معيشي أفضل، زيادة الدخل واستخدام أكثر انتظاما والنفاذ إلى الحماية الاجتماعية، تضمين قضاياهن وشؤونهن في السياسات الوطنية عبر تمثيلهن بصورة أفضل في الوكالات الدولية وهيئات المجتمع المدني وذلك على مختلف المستويات وبالنسبة لمختلف القضايا المتعلقة بشؤونهن.⁽²⁾

- عمل الشخص لحسابه الخاص: وظيفة المستخدم لحسابه الخاص travail indépendant

هي وظيفة يعتمد فيها الأجر اعتمادا مباشرا على الأرباح التي تتحقق أو الأرباح المحتمل أن تتحقق من السلع والخدمات المنتجة حيث يعتبر الاستهلاك الشخصي جزءا من الأرباح، ويتخذ شاغل الوظيفة القرارات التنفيذية التي تؤثر على حياة المنشأة أو يفوض اتخاذ هذه القرارات لآخرين، بينما يظل مسؤولا عما فيه مصلحة المنشأة، وفي هذا السياق فإن المنشأة تشمل العمليات التي يقوم بها شخص واحد، من ثمة فالعامل لحسابه الخاص هو الشخص الذي يشغل وظيفة مستخدم لحسابه الخاص، ويعمل فيها لحسابه الخاص أو مع شريك واحد أو عدد قليل من الشركاء، ولا يقوم فيها على أساس مستمر بتشغيل أي مستخدمين، مع ذلك

(1) عقد في أكتوبر سنة 2000 بكاتماندوا اجتماع جنوب آسيا للعاملات في الاقتصاد غير المنظم، حضره ممثلات وممثلون عن الحكومات والنقابات العالمية والمنظمات غير الحكومية من كل من الهند، تيبال، باكستان، بنغلادش، سريلانكا، أقر خلاله إعلان كاتماندوا. المصدر شبكة المنازل لجنوب آسيا سنة 2008، أنظر قاموس المصطلحات المرجع السابق، ص 47.

(2) أسست شبكة المنازل لجنوب شرق آسيا كجزء من المبادرة دون الإقليمية التي أطلقتها منظمة العمل الدولية بين العاملين 1988 و1996 بتمويل من منظمة "دانيا". بلورت هذه الشبكة عام 1997 واتخذت مانيفلا مقرا لها، المصدر شبكة المنازل لجنوب شرق آسيا سنة 2008 أنظر قاموس المصطلحات المرجع السابق، ص 38 و39.

قد يكون العامل لحسابه الخاص قام بتشغيل مستخدم أو أكثر لفترة قصيرة وعلى أساس غير مستمر دون إمكان تصنيفه صاحب عمل.⁽¹⁾

بمعنى أن العامل المستقل هو ذلك الشخص الذي يقدم عملاً أو نشاطاً مهنيًا في إطار عقد آخر غير عقد العمل ودون أن يكون تابعاً، من ثمة فالمقابل الذي يتقاضاه من ساعات العمل التي ينفذها لا يعتبر أجراً، وهو مقارنة مع الأجير، يكون هو المالك لوسائل العمل ويعمل لحسابه الخاص ويتحمل مخاطر نشاطه، مقابل الاستفادة من الأرباح، وهو لا يعمل في إطار مرفق منظم تحت السلطة السلمية.

ساهم في انتشار العمال الخواص هدف المؤسسات في رفع الإنتاجية وتخفيض التكاليف، فبالإضافة إلى سياسة التثخيف وتدمير التعاقد الاجتماعي القديم وخلق قوة عمل طارئة لبعض الوقت في إطار العمل الجزئي والعمل المؤقت، أصبحت الوسيلة الأخرى المحببة لدى الشركات هي تحويل المستخدمين إلى أفراد يعملون لحسابهم الخاص، حيث أصبح الملايين ممن كانوا مستخدمين في السابق يؤدون اليوم أعمالاً خاصة بصفتهم خبراء في الكمبيوتر أو مستشارين في الأسواق أو مسوّقي منتجات، وأصبحوا يقومون بأداء نفس المهام التي كانوا يؤدونها في السابق كأجراء، لكن مع فارق وهو أنهم لا يحصلون الآن على راتب ثابت، بل يحصلون على مكافآت تختلف من حالة لأخرى وعند الحاجة إليهم فقط، أي إن مخاطر السوق تقع على كاهلهم أنفسهم.⁽²⁾

أمام الآثار السلبية للعمل بالحساب الخاص أسست في إحدى الدول الآسيوية رابطة النساء العاملات لحسابهن الخاص "سيوا"، التي تهدف إلى تمكين أعضائها العاملات من الحصول على عمل يتمتع بالأمن الوظيفي وأمن الدخل والأمن الغذائي والضمان الاجتماعي (أو على الأقل الحصول على المسكن والعناية الصحية والعناية بالأطفال)، وخلال ربع القرن الأخير

(1) يستخدم أيضاً، وظيفته على أساس العمل الذاتي، التشغيل الذاتي، الاستخدام الذاتي، العمل للحساب الخاص، العمل المستقل، وظيفته صاحب عمله الخاص، عن مكتب العمل الدولي سنة 1993. أنظر قاموس المصطلحات، المرجع السابق ص 66 وص 58 و59.

(2) فيبعد أن هبت رياح التحول على عالم العمل اليومي حيث خسر 43 مليون عامل فرص عملهم بين عام 1979 وعام 1995 ارتفع عدد هؤلاء العمال ارتفاعاً كبيراً وسريعاً ففي الولايات المتحدة مثلاً يوجد أكثر من خمسة ملايين ينضمون إلى هذا النوع من العمل، وهم مكروهون على قبوله لأنه خال من الضمانات الاجتماعية، وكثير من هؤلاء يقدمون خدماتهم لأكثر من شركة، وهكذا أصبحت لدى الشركات طاقات احتياطية لا تكلفهم شيئاً يمكن الرجوع إليها والاستفادة منها عند الطلب حسب حاجة السوق، ليقضي بذلك على ما كان يعرف في السابق بالأجير اليومي. أنظر ضياء مجيد الموسوي. العولمة واقتصاد السوق الحرة ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2- 2007 ص70.

وضعت "سيوا" مجموعة متكاملة من الإستراتيجيات الرامية إلى مواجهة انتقاص الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لأعضائها.⁽¹⁾

- العمل بعقود محددة المدة: إن عقد العمل محدود المدة لا يمثل نمطا جديدا بالمعنى الكامل، باعتباره ورد ضمن تشريعات العمل منذ نشأتها، إنما أصبح اللجوء إليه أكثر انتشارا بعد أن أصبحت المؤسسات تلجأ إليه أكثر من ذي قبل تجنباً لتحمل تبعات التعاقد في إطار عقود العمل غير محدودة المدة، كالتعويضات المترتبة عن إنهاء عقد العمل والتي تشمل على الخصوص مكافأة نهاية الخدمة، أجل الإخطار بانتهاء عقد العمل وتعويضات الإنهاء التعسفي لعقد العمل، ومما لا شك فيه أن لذلك آثار سلبية من حيث انتهاك الحق في العمل بإلغاء نظام العمل الثابت، إضعاف قوة العمل المأجور على تحقيق عملية الاندماج الاجتماعي، هدم فكرة السلم الاجتماعي داخل المؤسسة وارتفاع حوادث الشغل المرن⁽²⁾.

- العمل بالوقت الجزئي: مع انتشار البطالة وتحول أنظمة العمل، أدى التناقض ما بين العمل بالوقت الكامل وبين البحث عن العمل بالتوقيت الكامل إلى فسخ المجال لوضعية وسطية ما بين العمل والبطالة، حيث أصبح العامل يميل إلى اختيار هذا الوضع الذي يبيح له فرصة تشغيله بالوقت الجزئي⁽³⁾، هذا ما كرسته المادة 03 من المرسوم التنفيذي المتعلق بالعمل بالتوقيت الجزئي والتي نصت على أنه "يمكن لصاحب العمل توظيف عمال بالتوقيت الجزئي في حالة نقص حجم العمل"، هذا ويلاحظ أن المشرع أطلق للمستخدم الحرية في اللجوء إلى هذا الأسلوب في التوظيف، حيث لا يحد من سلطته في ذلك إلا الكتابة التي تحول العقد إلى عقد غير محدد المدة، وهذا بعد أن أجازت المادة 07 / 02 لصاحب العمل الحق في توظيف العمال لمدة محدودة، وهذا استجابة للمرونة التي يتطلبها سوق العمل، حيث يعدّ العمل بالوقت الجزئي نتيجة مباشرة لانخفاض عقود العمل وعدم قدرة طالبي الشغل على إيجاد

(1) يستخدم أيضا جمعية النساء العاملات لحسابهن الخاص، وتعتبر هذه الرابطة كبرى منظمات العاملات الفقيرات في الهند، إذ تضم نحو سبعة مائة ألف عضو من مختلف القطاعات، يتولين تأمين العيش من عملهن الخاص أو من المشاريع الصغيرة خارج الوظائف المأجورة المنتظمة أو إعانات الرعاية. المصدر رابطة النساء العاملات ولحسابهن الخاص. سنة 2008 أنظر قاموس المصطلحات ص 65 و66.

(2) V Gérard Lyon- Caen, Le droit du travail. Une technique réversible, Dalloz, 1995, p. 29. et - Gérard Lyon Caen. Jean Pélissier. Alain supiot, *op. cit*, p.40 §43

(3) والذي يعرفه المشرع في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 473/97 المؤرخ في 08 ديسمبر 1997 المتعلق بالعمل الجزئي على أنه "يعتبر عملا بالوقت الجزئي كل عمل تقل مدته عن المدة القانونية للعمل، دون أن تكون المدة المتفق عليها بين صاحب العمل والعمال أقل من نصف المدة القانونية للعمل".

منصب عمل بالوقت الكامل⁽¹⁾ ، الأمر الذي يترتب انعكاسات سلبية على مجال العمل من حيث استهدافه لتخفيض تكلفة اليد العاملة، التهرب من دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي بنسبة قد تصل إلى 30 بالمائة، خاصة وأن فئاته تشمل النساء والعمال الأقل مهارة وكفاءة بنسبة 3/4 من العاملين بالوقت الجزئي مقارنة مع العمال المؤهلين وذوي الخبرة والكفاءة⁽²⁾، كما أن اعتماد العمل بالوقت الجزئي يهدف أساسا إلى التخفيض من كلفة اليد العاملة، هذا من خلال الملاءمة بين مدة العمل والحاجة الحقيقية لخدمات العامل والذي يتقاضى أجرا يتناسب ومدة العمل الجزئية التي تُنفذ العمل خلالها.

-العمل غير المنظم: يضم العمل غير المنظم Travail informel العدد الكلي

للو وظائف غير المنظمة، أكانت تزاوُل في منشآت القطاع المنظم، أو في منشآت القطاع غير المنظم، أو في الأسر المعيشية، خلال فترة زمنية مرجعية معينة، ويشمل أنواع الوظائف التالية:

- العاملون لحسابهم الخاص المتحققون بعمل في منشآتهم الخاصة في القطاع غير المنظم.
- أصحاب العمل المتحققون بعمل في منشآتهم الخاصة في القطاع غير المنظم.
- العاملون المساهمون من الأسرة، بغض النظر عما إذا كانوا يعملون في منشآت القطاع المنظم أو غير المنظم.
- الأعضاء في تعاونيات غير منظمة للمنتجين.
- المستخدمون الذين يشغلون وظائف غير منظمة إما في منشآت القطاع المنظم، أو في منشآت القطاع غير المنظم، أو كعاملين منزليين بأجر لدى الأسر المعيشية، ينبغي أن يستثنى من العمل غير المنظم المستخدمون- إن وجدوا- الذين يشغلون وظائف منظمة في منشآت القطاع غير المنظم.
- العاملون لحسابهم الخاص الذين يقومون بإنتاج السلع حصرا للاستعمال النهائي من قبل أسرهم المعيشية، إن اعتبروا ملتحقين بعمل.

المطلب الثاني: مكانة الأنماط الجديدة للعمل في سوق العمل:

عرفت الأنماط الجديدة للعمل انتشارا مكثفا في كل من الدول النامية والمصنعة وهذا نتيجة تضافر عدة عوامل، أهمها متطلبات السوق والمنافسة والشراكة الأجنبية والعولمة، فهل

(1) Gérard Lyon Caen, Jean Pélissier, Alain supiot, Op.cit. .p195 §170.

(2) هذا فضلا عن انتشار الأخذ به، حيث شهدت فرنسا سنة 1997 ارتفاع في نسبة العمل بالوقت الجزئي بنسبة 16,6 بالمائة مقارنة بالنسبة المسجلة سنة 1982، حيث قدرت 09,2 بالمائة. وقد كان للسياسة التشريعية دور في هذا الارتفاع. أنظر Marion Del sol. op.cit.p.69

سمح هذا الانتشار للعمل غير النمطي بإحداث مناصب الشغل والتقليص من حدة البطالة؟ مقابل تمكينه المؤسسات من ضبط مستوى الإنتاجية وفعاليتها والتحكم في تكاليف العمل،

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال ما يلي:

- **الأنماط الجديدة للعمل، آلية لإدخال الحركية في سوق العمل:** تمثل الأنماط الجديدة للعمل آليات ناجعة تهدف إلى إدخال حركية خارجية في سوق العمل، حيث تجعل مواطن الشغل غير ثابتة وتنتقل بين المؤسسات حسب حاجيات كل مؤسسة، وقد اعتبرت التشريعات الحديثة هذه الحركية الخارجية كهدف لتقنين العمل بالأنماط الجديدة للتشغيل، على أساس أنها تساهم في التكيف والحاجات المتغيرة للاستثمار المشغل للبيد العاملة من جهة، واعتمادها وسيلة للتشجيع على التشغيل من جهة أخرى،

الأنماط الجديدة للعمل وسيلة ملائمة بين حاجات المؤسسة وقدرتها على التشغيل: أصبحت المؤسسات تبرر لجوءها إلى هذه الأنماط الجديدة أو المستحدثة للعمل بحجة أنها أكثر قدرة على التأقلم مع متطلبات محيطها الاقتصادي والاجتماعي، وعلى تلبية حاجاتها المتغيرة التي أصبحت تتطلب اعتماد ظروف عصرية، تمكنها من إحكام التصرف في مواردها المالية والبشرية على حد السواء، لذلك نجد العديد من الدول اعتمدت في تشريعاتها هذه الصيغ للعمل غير النمطي لإدخال مزيد من المرونة على سوق العمل، مثل التشريع الفرنسي والألماني والإيطالي وحتى التشريعات العربية كالمشروع الجزائري والمشروع التونسي، وإن كان هذا الأخير وانطلاقاً من التعديلات الطارئة عليه سنتي 1994 و1996 يظهر بأنه أكثر مرونة، والتي مست خمسة مجالات للشغل، أهمها ما يتعلق بهذه الأنظمة الجديدة وتنظيم المقاول الفرعية للبيد العاملة ومجموعة الشركات والتسريح،⁽¹⁾

هذا كله تحت غطاء الملاءمة بين حاجة المؤسسة إلى اعتماد هذه المرونة بما يضمن قدرتها على الصمود في زمن تحكمه النجاعة الاقتصادية، وبين مساهمتها في المجهودات الرامية إلى النهوض بالتشغيل وخلق فرص العمل، مما يخلق تلازماً بين البعدين الاقتصادي والاجتماعي، غير أن هذا الهدف الأخير يظل محل نقاش، ذلك أن هذه الأعمال غير نمطية وإن كانت الخيار الوحيد أمام طالبي العمل، إلا أنها ليست الوسيلة الأمثل لتأمين الأهداف المرجوة من العمل، لتظل بذلك صورة من صور المرونة الكفيلة بدعم وديمومة المؤسسة، هذا ما أثبتته الآثار السلبية لهذه الأنماط الجديدة للعمل.

(1) أنظر في هذا الصدد محمد صالح الشطي المرجع السابق ص76.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن العمل غير النمطي:

إن هذه الصيغ التي تميزت بها مرونة قوانين العمل، تؤكد قدرة التشريع على التطور ومسايرة الأوضاع الجديدة الناتجة عن شدة المنافسة في الأسواق، إن هذه المرونة وان عززت قدرة المؤسسات على المنافسة، إلا أنها مع ذلك تسببت للعمال في تقليص أنظمة الحماية الاجتماعية إن لم نقل انعدامها،

تتشرك في هذه الآثار السلبية مختلف الدول التي تتأهب للاندماج في السوق العالمية، فبعد أن كان العمل المستقر الدائم هو المرجع والغاية التي يطمح إليها كل عامل في إطار عقد العمل غير محدود المدة، والذي يعتبر المدخل إلى الحماية الاجتماعية للعامل، أصبحت هذه الحقائق مع عولمة الاقتصاد مجرد وهم⁽¹⁾ بعد هبوب رياح التحول على عالم العمل اليومي، حيث فقد الملايين من العمال فرص عملهم، ورغم أن الغالبية العظمى منهم قد حصلوا على فرصة عمل جديدة، إلا أنه تعين على ثلثي هؤلاء الاقتناع برواتب أدنى وشروط عمل أسوأ، هذا ما حدث في الجزائر فعلا، فبعد أن فقد 480، 000 مناصب عملهم في الفترة ما بين سنتي 1994 و1999، تضاعف عدد الأجراء غير الدائمين حيث تجاوز 350، 000 في بداية سنة 1994 وتجاوز 800، 000 سنة 1997، وهذا بعد أن أصبحت المؤسسات العامة والخاصة، لا توظف العمال إلا لفترات قصيرة في إطار عقود محدودة المدة أو عقود مؤقتة بنسب 67 بالمائة في قطاع البناء، 41 بالمائة في الأعمال الفلاحية، 15 بالمائة في الأعمال الصناعية، وهذا حسب التقرير الصادر عن وزارة العمل، الأمر الذي يفسر انخفاض مستوى الأجور بالنسبة لهذه الأصناف من العمال، حوالي 85% من الأجراء غير الدائمين يحصلون على أجر 6000 دج شهريا، كما سجل أيضا انتشار التطور السريع للعمل في المنزل وأنشطة المقاوله الفرعية والعمل بالوقت الجزئي، حيث تجاوز العدد عشرات الملايين⁽²⁾، أمام هذا الانتشار للعمل غير النمطي يكون الوقوف عند آثاره الاجتماعية السلبية أمرا ضروريا، وتتمثل هذه الآثار فيما يلي:

المطلب الأول: تراجع سياسة الاستخدام عن هدفها في تأمين انتظام سوق العمل:

تحتل سياسة الاستخدام أهمية بالغة في مجالات التشغيل ومعالجة الاختلالات التي قد تحصل في سوق العمل، فهي تمثل أداة توازن وضبط بين السياسة الاجتماعية والاقتصادية لأي

(1) Sophie Boutillier, *op.cit.* p.112.

(2) Ahmed Akkache, *op.cit.* p. 98 et 99. et Ahmed Akkache, l'accord d'association avec l'union européenne et ses effets sur la relation de travail, Revue Algérienne du travail. 2002 p.35 et 39.

دولة، غير أن سياسة الاستخدام المنشودة في ظل العوامة تتطلب التحول من الجمود إلى المرونة⁽¹⁾ مما يؤدي إلى الإخلال باستقرار الاستخدام، طالما أن المرونة المقصودة هنا بأبعادها الأربعة (مرونة وقت العمل، أنظمة الإنتاج، نظام العمل وتنظيم العمال) أصبحت تستعمل كوسيلة لتحقيق أهداف المنافسة، ولو كان ذلك على حساب التنمية الاجتماعية.

يظهر ذلك من خلال جنوح المشاريع الاقتصادية نحو تحقيق أكبر قدر من الربح، دون الاكترات بالبعد الاجتماعي، مما أدى إلى سحق شريحة كبيرة جدا من اليد العاملة وإنقاص نسبة العمال المثبتين في وظائفهم بشكل دائم، مقابل تنمية نسبية العمال المؤقتين وأولئك الذين يعملون بعمل لمدة معينة، هروبا من تلك الحماية التي توفرها تشريعات العمل للمثبتين في أعمالهم بشكل دائم، هذا على أساس أن ذلك يؤدي إلى نفقات زائدة وبالتالي ارتفاع تكاليف الإنتاج وعدم القدرة على الانطلاق في عالم المنافسة.

كما أن انتشار البطالة واتساع ظاهرة الفقر شكلا عاملا ضغط على مستويات الأجور حيث أدت المنافسة الشديدة بين العمال والخوف من البطالة إلى القبول بأعمال أدنى مستوى وأقل أجرا⁽²⁾ تصنف في دائرة العمل غير النمطي، والتي توصف على أنها منطقة ضعف الحماية وتقلص الحقوق "La zone infra droit" لما تشمله من مخاطر عديدة مقارنة مع العمل الكلاسيكي. نلخصها فيما يلي:

❖ إن أصحاب هذه الأعمال غير النمطية لا يستفيدون من أي حماية اجتماعية أو قانونية، نتيجة عدم احترام الأجر الأدنى، مدة العمل، الراحة الأسبوعية والتصريح الإيجاري بالنشاط للضمان الاجتماعي تجنباً لدفع الاشتراكات، فضلا عن غياب الترقية وضعف النقابات⁽³⁾، كما يحظون بحماية أقل نتيجة تدني شروط وظروف العمل كمضاعفة ساعات العمل الإضافية وأوقات الإخضاع المستمر تحت تصرف المستخدم والتي غالبا ما تكون غير مأجورة،

(1) وإن كانت المرونة المطلوبة في سياسة الاستخدام هي المرونة التي تؤمن تحقيق الاستخدام الأمثل للأيدي العاملة وتأمين العمل لكل قادر عليه وراغب فيه، وبما يتناسب مع قدراته ومؤهلاته، لضمان تحقيق الحماية الاجتماعية للعاملين واطمئنانهم وتأمين دخولهم وتأكيد انتمائهم للمؤسسة. أكثر تفصيلا أنظر محمد عبد الله الظاهر، القرارات التي تفرضها سياسة الخوصصة في مجال علاقات العمل - منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2004

(2) أنظر محمد عبد الله الظاهر، المرجع السابق، ص 107 و 57 و 45.

(3) IBID et- Claude Durand. Alain Pichon, la puissance des normes, l'Pharmattan, Logique social 2003, p.185.

❖ تراجع البعد الجماعي لعلاقات العمل والحماية الفعلية للعمال من خلال تفكيك الاتحاد في العمل وتقليص التفاعل الجماعي ما بين الأجراء، وهذا بفضل انتشار الأنظمة التقنية في العمل وما تتطلبه من استقلالية،

❖ تخفيض تكاليف العمل وإلغاء الحماية في مجال أمن العمل

❖ تضادي الالتزامات التي تفرضها تشريعات العمل من خلال إنشاء أنظمة العمل المستقل والتي شهدت تصاعدا في الدول الجديدة في الاتحاد الأوروبي، الأمر الذي ترتب عنه إشكالات عديدة لأنه ساهم في قلب معايير قانون العمل وإحداث اضطرابات في مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص، فبالنسبة للعمال المستقلين الجدد مثلا، لا يمتلكون حماية كافية في حالة البطالة أو المرض، وقد ينتج عن ذلك فقر للأفراد المسنين بفعل حياة نشطة غير عادية، لأن نظام الحماية الاجتماعية يتأسس على فكرة أن غالبية العمال كانوا يتمتعون خلال أكثر من 40 سنة بعقد عمل عادي، في حين أن القواعد الحالية المطبقة على مدة العمل والتفاوض النقابي ليست رسمية بشكل كاف (لاستادها على الاتفاقيات وليس قواعد أمرة).

❖ تحميل العمال مخاطر المؤسسة وهذا بعد أن أصبح المستخدمون يفرضون عليهم إحراز النتائج، ويعتبر عدم تحقيقها سببا للتسريح.

❖ تكثيف العمل إلى جانب تطوير الرقابة التكنولوجية مما شكّل ضغطا نفسيا ومعنويا على العمال⁽¹⁾.

❖ ضرب هدف العمل المأجور في الاندماج الاجتماعي نتيجة الانعزال التقني والمهني خاصة في مجال العمال عن بعد.

❖ التحرش المعنوي أمام تعدد أسبابه من حيث الضغوطات التي يتعرض لها العمال في كل ما يتعلق بمشقة العمل وتدني ظروفه، مرونة ساعات العمل، الإلزام بالإحالة على الاستبعاد والتوقف عن النشاط، استدعاء العامل فقط عند الطلب،⁽²⁾ هذا وقد ثبت أن النساء العاملات أولى المتضررات من مواجهة التغيرات المرتبطة بالعمل، حيث ازدادت معاناتهن في

(1) Sophie boutillier, *op.cit.* p.31- 33 et l'emploi dans le monde 1996/1997, *op.cit.* p. 25.

(2) Jean Pélissier ,Alain supiot, *op.cit.* p 41et 43

إطار العمل غير النمطي، فهن يقلن بأجور منخفضة للعمل في الشركات متعددة الجنسيات، كما يتصدرن قائمة العمال المرشحين لإنهاء عملهم في حالة الأزمات⁽¹⁾.

تعتبر هذه الانعكاسات السلبية بالغة الخطورة خاصة إذا علمنا أن العمل غير النمطي أصبح يحتل الصدارة في أغلب الدول الصناعية، وإن كان بنسب مختلفة وبأشكال مختلفة وهذا منذ بداية السبعينات على النحو التالي:

- بالنسبة للعمل غير المأجور شهد تطورا سريعا مقارنة مع النماذج الأخرى للعمل غير النمطي خلال 30 سنة الأخيرة في كل الدول باستثناء بعض الدول الأوروبية كألمانيا، الدانمارك، فرنسا، الترويج والغابون⁽²⁾.

- ارتفاع في عدد العمال المستقلين حيث قدر عددهم سنة 2000 بـ 10% من قوة العمل الأوروبية، 1/4 منهم يعملون أقل من 35 ساعة أسبوعيا، يضاف إليهم رؤساء المؤسسات الصغيرة بنسبة 5، 5%، من بين العمال المستقلين لا نجد فقط الإطارات العليا، ولكن أيضا عددا متزايدا لأشباه الأجراء وأشباه البطالين مجبرين على اللجوء إلى العمل المتقطع بتكاليف منخفضة بالنسبة لمقدمي العمل، إلى جانب إعفائهم من اشتراكات الضمان الاجتماعي، كثافة العمل لمدة محدودة، حيث مثل العمل المتقطع سنة 1999 أكثر من 14% من قوة العمل، و11% يعملون بعقود محددة.

كما بلغ عدد الأجراء الأوروبيين العاملين بالوقت الكامل داخل المنزل سنة 2000 حوالي 810.000 وحدة، معتمدين في ذلك على الإعلام الآلي والذي من خلاله يتم بعث العمل إلى المؤسسة، أي ما يعادل 0، 6% من قوة العمل، في المقابل بلغ عدد العاملين عن بعد الذين ينتقلون بانتظام بين أمكنة عمل مختلفة 3، 7 مليون وحدة، ومن بين 4، 5 مليون عاملا مستقلا يوجد 3 ملايين عاملا من المنزل لمدة طويلة، و3 ملايين يعملون بصفة عرضية، في فرنسا مثلا كشفت الإحصائيات على أنه يتم اللجوء للعمل بالوقت الجزئي من طرف مستخدمين ثابتين بنسبة 55% ولكن 20% يعملون بالوقت الجزئي وبصفة مؤقتة، من بين 37

(1) كما هو الوضع بالنسبة للنساء العاملات في الفلبين على أثر الأزمة العالمية في مجال صناعة النسيج والمكسيك، هذا التدرج في الإقصاء الاجتماعي بعد أحد إقرارات العولة، تعاني منه كل الدول الصناعية وحتى النامية، أكثر تفصيل عن الآثار السلبية للعمل غير النمطي أنظر:

cit, p.48 et 49. V : Marie- Ange Moreau, op

(2) Le monde de travail 1996/1997, op.cit p. 26

مليون عامل فقير، نجد أن أغليبيتهم يعتبرون عاملين عرضيين، والذين يعانون من كثافة العمل والضغط، ثم يليهم العمال المستقلون وفي الأخير الأجراء العاملون بالوقت الكامل.

بالنسبة للدول السائرة في طريق النمو يعتبر العمل المؤقت أهم صور العمل غير النمطي انتشارا، حيث يشكل 64% من اقتصاد دولة نيبال والباكستان، 53% بالنسبة للبيرو، 67% روسيا وتزانيا، 51% الهند، كما أن معظم عمال القطاع غير النمطي هم مستقلون قدموا من المناطق الريفية متجهين نحو المدن، وقد مثلوا سنة 1990، 3/2 اليد العاملة الإفريقية و1/2 اليد العاملة في آسيا الجنوبية و3/1 في دول الشرق الأوسط و4/1 اليد العاملة في أمريكا اللاتينية، كما تشكل النساء العاملات الأكثر عددا في القطاع غير النمطي.⁽¹⁾

أما الدول العربية، إلى جانب الجزائر فيمكن أن نشير إلى التجربة التونسية حيث أصبح تشريع العمل لهذه الدولة أكثر مرونة بعد تعديلي 1964 و1996، ودليل ذلك انتشار عقود محدودة المدة الذي أصبح الأكثر اعتمادا من طرف المؤسسات، بل القاعدة في التوظيف، إلى جانب العمل بالوقت الجزئي، العمل المتقطع وما يعرف بتربص الاندماج في الحياة المهنية وعقود عمل التكوين⁽²⁾، ولقد أثبتت الدراسات أن العامل في إطار العمل غير النمطي أكثر إنتاجية من الأجير الدائم وهذا بنسبة 70 بالمائة على مستوى 21 مؤسسة، وأحسن إنتاجية بنسبة 26 بالمائة على مستوى 8 مؤسسات، وأقل إنتاجية من الدائم بنسبة 3، 4 بالمائة على مستوى مؤسسة واحدة.

أمام تراجع وزوال وحدة توقيت العمل ومكانه وتفكك مجموعة العمل، يثور التساؤل حول ما إذا كان تشريع العمل لا يزال يسمو بمطالب الحماية الاجتماعية وكرامة العمال في مواجهة كل أنواع التحرش المعنوي.

المطلب الثاني: التبعية في ظل العمل غير النمطي وأزمة مفهوم العمل:

إن تراجع نموذج العمل المأجور الدائم يعد نتيجة حتمية لعدم التكيف ما بين مفهوم التبعية القانونية والأنظمة الجديدة للعمل، خاصة أنها لا تأخذ بعين الاعتبار بما هو كاف

(1) Marie Ange Moreau, *op.cit*, p. 49.

(2) نلاحظ أن المشرع التونسي تبنى أنظمة أخرى للعمل غير النمطي. وان هذا الاختلاف يرجع لتغير مفهوم المرونة وأساليب وظروف العلاقات المهنية والأهداف والاستراتيجيات المعمول بها على مستوى المؤسسة وإن كانت كل التعاريف للمرونة تشترك في عنصر التكيف والتغيير. أنظر: Younes ghajati, *flexibilité de l'emploi et droit du travail*, *op.cit*, p. 43 et 51

لاستقلالية العامل التقنية والفنية، في ظل تلاشي التدرج السلمي للمؤسسة، مقابل تحميل العامل المسؤولية الشخصية عن تنفيذ عمله من خلال تحقيق النتائج المطلوبة.⁽¹⁾

فالأصل أن المستخدم هو من يتولى تنظيم إطار العمل بما فيه تحديد مكان العمل كضرورة جغرافية ذات أهمية لأنها تجذب معها عناصر أخرى في تحديد وقت العمل والأجر المناسب، التزود بالوسائل والمعدات، إلا أن انتشار العمل عن بعد من جهة، والالتزام بالبقاء تحت تصرف المستخدم والعمل في المنزل واستدعاء العامل فقط عند الطلب من خلال مؤسسات المقاولات الفرعية أو مؤسسات العمل المؤقت أفقدت مكان العمل مفهومه الكلاسيكي كأحد روابط التبعية،⁽²⁾ فضلا عن ذلك كان تحديد وقت العمل يعتبر أحد المعطيات اللازمة في العقود المتوالية للعمل، والتي من خلالها تسجل ضرورة أداء عمل من طرف الأجير، مشكّلة بذلك العنصر الذي من خلاله يفرض المستخدم سلطته في الإدارة ويفرض احترامه وتوقيع الجزاء في حالة النقص المترتب على الالتزام بالبقاء تحت تصرفه حسب التوقيت المحدد، إلا أن التنظيم الجديد لوقت العمل بكل مظاهره، الوقت الحر، العمل بالوقت الجزئي، العمل المتقطع، تغيير ساعات العمل خلال السنة، كلها مظاهر جعلت هذه المعايير أقل أهمية.⁽³⁾

أما فيما يخص التزود بالتجهيزات والمواد الأولية فالأصل أن تبعية العامل لمستخدمه تظهر أيضا خلال تزويد هذا الأخير بالعناصر الضرورية لإتمام العمل، أما عندما تكون الوسائل ملكا للعامل، فإن هذا الأخير ينتهي كمؤجر حقيقي للخدمات، وهذا ما لمسناه من خلال العمال من المنزل، والعامل للحساب الخاص، ، ، ،

بالنسبة للأجر: فبعد أن كان يتم دفع الأجر بالمدة، دون الأخذ بعين الاعتبار العمل المتمم مع تولي مراقبة النشاط، أصبح يتم دفعه بالقطعة أو بالنسبة المؤوية، مما لا يشكّل عاملا قاطعا للحكم بوجود عمل تابع لأن فيه تحميل لهذا الأخير مسؤولية المشاركة في الخسائر، مما يقضي على روابطه التبعية ما بين مقدم العمل ومستخدمه.⁽⁴⁾

إن تطور أنظمة العمل المرن أدت إلى تغيير في طبيعة العمل ومضمونه وليس التبعية في حد ذاتها، فالعمل النمطي كنموذج للعمل المأجور الثابت منذ الثورة الصناعية أصبح مهددا بالانقراض، فما يختفي اليوم ليس فقط العمل ولكن مفاهيم العمل ذاتها "بعد أن استبدل

(1) Marion Del sol, *op.cit.* p 88.

(2) Jean Pélissier, Alain supiot, Antoine Jeammaud, *op.cit.*, p. 154 § 132.

(3) أنظر ماموني فاطمة الزهراء. العامل والمؤسسة الاقتصادية محاولة لتحديد عنصر التبعية. 2004 ص 89 وما بعدها .

(4) Jean Pélissier, Alain supiot, Antoine Jeammaud, *op.cit.*, p. 156 § 13.

العمل الكلاسيكي بأنظمة جديدة في العمل غير النمطي، حيث اختفت معه معايير التمييز المعتادة ما بين المستخدم والأجير، الأمر الذي انعكس سلبا على تنظيم العمل والحماية الاجتماعية للعاملين⁽¹⁾.

لم يعد العمل أبدا البنية الاجتماعية الأساسية في المجتمع، ولا الانشغال الأهم لكل فرد من أفراد ولا المصدر الأساسي للثروة والرفاهية بعد أن اصطبغ من جديد بخصائصه المعروفة في ظل الحضارة الرومانية، حيث لم يكن العمل يهدف لا لتنفيذه للحساب الخاص ولا لإنشاء الرابطة الاجتماعية، خاصة بعد انتشار البطالة وظهور الأنظمة الجديدة للعمل غير النمطي، حيث أصبح من غير الممكن تأمين العمل الكامل لكل قادر عليه وراغب فيه ولا الاعتماد على السوق من أجل تأمين صفة عامل أجير بصفة ثابتة ومستمرة⁽²⁾، مما قضى على دور العمل في الاستقرار والإدماج الاجتماعي، بل قضى أيضا على مفهوم المؤسسة، فبعد أن كانت تبحث عن الولاء لعمالها وتعمل على حماية أجراءها المسنين وتأمين مستقبل الشباب منهم، معتمدة في ذلك على عقد غير محدود المدة كإطار لإثبات الوجود والانتماء والتعارف الاجتماعي وإثبات الذات⁽³⁾، أخذ مفهومها الحالي أبعادا أخرى، ولم تعد أبدا مكانا لتجميع العديد من الأجراء المنتجين، ولا مخزنا للمنتوج الذي يمكن بيعه لاحقا، بل تقلصت إلى نواة صلبة تصارع للبقاء والاستمرارية بكل الطرق، لينتج عن ذلك أن رب العمل اليوم أصبح مستخدما دون مستخدمين⁽⁴⁾.

خاتمة:

إن السرعة الفائقة التي تؤثر بها العولمة على أسواق العمل، ولاسيما فيما يتعلق بتهيئة فرص العمل وظروفه في كل من البلدان الصناعية والبلدان النامية، أدى إلى أن مفهوم العمل كمصدر للكرامة لم يقدر حق قدره، ذلك أن الاتجاه الفكري السائد فيما يتصل بالاقتصاد يعتبر اليد العاملة مجرد عامل إنتاج وينقص من قيمة العمل بالنسبة للأشخاص ولأسرهم وجماعاتهم المحلية وللمجتمع ككل، الأمر الذي جعل فكرة العمل اللائق اليوم أحد أهم انشغالات برامج منظمة العمل الدولية، كضرورة تقتضيها التنمية، وهذا من خلال سعيها إلى تقديم العمل في بعده الجديد كهدف يتجاوز الحساب الاقتصادي الضيق واعتباره مدخلا لإستراتيجية خلق الوظائف المنتجة ومكافحة الفقر والإقصاء الاجتماعي، بدلا من اعتباره غرضا في حد ذاته.

(1) L'emploi dans le monde 1996/1997 op-cit p25.

(2) Marion Del sol, op.cit, p. 123 et 124.

(3) Claude Durand , Alain Picho, op.cit.p.300

(4) Younes Ghajati , flexibilités de l'emploi et droit du travail, op.cit.p.52

دور الأمم المتحدة في مكافحة جريمة تبييض الأموال

/ قسمية محمد

جامعة مسيلة

مقدمة:

لما كانت الأموال تشكل عصب الاقتصاد الذي يعتبر أحد مقومات الأنظمة السياسية والاجتماعية السائدة في العالم، تأثرت حياة الفرد إلى درجة بعيدة بالتطور الاقتصادي والصناعي، فتطور نهج حياته كما تطورت علاقاته الاجتماعية والإنسانية فإرضاء أنماطا جديدة من السلوك والمواقف، وقد اتصف بعضها بالأنانية والمادية المطلقة بحيث أصبح الربح هاجسا سائدا بغض النظر عن المسائل الناتجة عن العمليات المؤدية إليه أو الأصناف المنتجة له⁽¹⁾.

وتشكل هذه الممارسات دليلا واضحا على ما وصل إليه التفاضل الاقتصادي والأساليب الملتوية التي تستعمل للوصول إلى غايات معينة، بغض النظر عن أخلاقيات التعامل ومصصلحة الأفراد والدول، فهذا الأمر هو الذي حمل المؤتمرات الدولية والوطنية على معالجة موضوع جرائم تبييض الأموال⁽²⁾.

ولا شك أن نظرية علم الإجرام القائلة ' إن الجريمة ترتكب لسببين: الجنس والمال' تنطبق على جريمة تبييض الأموال، إذ غالبا ما تتم عمليات تبييض الأموال تلك عبر القنوات المصرفية، ويعتبر مصطلح تبييض الأموال من المصطلحات القانونية الحديثة نسبيا، حيث ظهر هذا التعبير للمرة الأولى أمام القضاء الأمريكي سنة 1982⁽³⁾.

كما قامت تلك المافيا بإنشاء وشراء محلات غسيل آلية، ومنذ ذلك الحين أطلق على الأعمال التي تقوم بها المافيا لإخفاء مصادر أموالها وتحويلها إلى أموال مشروعة تسمية غسيل الأموال أو تبييضها⁽⁴⁾.

وقد استرعت ظاهرة تبييض الأموال انتباه المجتمع الدولي إلى ضرورة مكافحة هذه الآفة، والتي تتعارض أساسا مع المفاهيم الإنسانية والدينية، حيث جاء في القرآن الكريم، في الآية 188 من سورة البقرة ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَآ إِلَى الْحُكْمِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا

(1) نادر عبد العزيز شاي، تبييض الأموال (دراسة مقارنة). منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص 11، 12

(2) المرجع نفسه، ص 12، 13

(3) خالد سليمان، تبييض الأموال جريمة بلا حدود. المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 11، 12، 17

(4) المرجع نفسه، ص 17، 18

مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١﴾ ، ومن بين تلك الجهود سوف نتطرق إلى جهود الأمم المتحدة في مكافحة جرائم تبييض الأموال.

ولمعالجة كافة جوانب الموضوع، يمكن طرح الإشكالية التالية: ما مدى تدرج جهاز الأمم المتحدة في تجريم ومكافحة عمليات تبييض الأموال؟ وما هي الآليات التي وضعتها الأمم المتحدة بشأن تلك المكافحة؟

يمكن الإجابة عن هذه الإشكالية باعتماد المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بوصف جريمة تبييض الأموال، ثم بيان النصوص التي تتناولها، وفي هذه الدراسة سوف يتم التطرق إلى النصوص على مستوى الأمم المتحدة فقط.

كما يمكن استخدام المنهج المقارن في بعض المواطن، لاسيما بخصوص التضارب حول تعريف جريمة تبييض الأموال، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية جريمة تبييض الأموال:

تجمع العديد من المصادر المختصة على تعريف عمليات تبييض الأموال بأنها: " كل عمل أو إجراء يهدف إلى إخفاء أو تحويل أو نقل أو تغيير طبيعة أو ملكية، أو نوعية أو هوية الأموال المحصلة من أنشطة أو أعمال إجرامية، وذلك بهدف التغطية والتمويه، والتستر على المصدر الأصلي غير القانوني لهذه الأموال، ".

وفي هذا الشأن يمكن التطرق إلى جوانب جريمة تبييض الأموال كما يلي:

الفرع الأول: تعريف جريمة تبييض الأموال:

انقسمت الآراء الفقهية والقانونية بشأن تعريف جريمة تبييض الأموال إلى قسمين: تعريف ضيق وآخر واسع.

فالتعريف الضيق، يقتصر على الأموال غير المشروعة الناتجة عن تجارة المخدرات فقط، حيث تأتي الأموال الناتجة عن هذه الأخيرة في مقدمة الأموال القذرة بنسبة 70 % على مستوى العالم⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أنّ الأموال الناتجة عن تجارة المخدرات يدرك المجرمون أنها آتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من مخالفة للتشريع الخاص بالمواد والنباتات المرتبة ضمن المخدرات، وهذا ما جاء في المادة الجديدة 415 من قانون الجمارك الفرنسي رقم 88 - 1149 الصادر في 23 ديسمبر 1988⁽²⁾.

(1) حسني عبد الحافظ، غسيل الأموال القذرة جريمة دولية خطيرة، مجلة الأمن والحياة. صادرة عن أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، السنة التاسعة عشر العدد 214، يوليو 2000، ص 54، 55

(2) Dr. wilfrid jeandier ، droit pénal des affaires. 2^e edition ، dalloz ، 1996 ، p 207

وللإشارة: هذا التعريف اعتمده اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، أو ما يعرف باسم اتفاقية «فيينا» لعام 1988، حيث جرّمت كافة صور نشاط تبييض الأموال بنصها:

- تحويل أو نقل الأموال، مع العلم بأنها متحصلة عن جريمة مرتبطة بتجارة المخدرات أو أي فعل يجعل فاعله شريكا في مثل هذه الجرائم، كنقل المخدرات، استيرادها وتصديرها، السمسة في توزيعها... وغيرها، كذلك الأفعال التي يكون من بين أغراضها إخفاء المصدر غير المشروع للأموال أو مساعدة أي شخص في ارتكاب هذه الجرائم للتهرب من التبعات القانونية.
- إخفاء أو كتمان أو إظهار مظهر كاذب للتمويه على حقيقة الأموال، أو مكانها أو طريقة التصرف فيها وإيداعها وحركتها، أو الحقوق المتعلقة بها وملكيته.
- اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال، مع العلم في وقت تسلّمها بأنها مستمدة من إحدى جرائم المخدرات، أو مستمدة من أفعال الاشتراك فيها.

وطبقا للمادة الثالثة في الفقرة الأولى من اتفاقية «فيينا» فإن جريمة تبييض الأموال مستمدة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية والمتمثلة في: (1).

"إنتاج أي مخدرات أو مؤثرات عقلية، أو صنعها، أو استخراجها أو تحضيرها، أو عرضها للبيع، أو توزيعها أو بيعها أو تسليمها بأي وجه كان، أو السمسة فيها، أو إرسالها بطريق العبور أو نقلها أو استيرادها أو تصديرها" (2).

ويمكن الإشارة إلى أن المشرّع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الضيق في بداية الأمر، إذ وفقا للقانون رقم 04-15، المؤرخ في 2004/11/10 المعدل والمتمم لقانون العقوبات 66-156 المتضمن قانون العقوبات بادر بإدراج ضمن الفصل الثاني من قانون العقوبات المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأموال قسم سادس مكرر بعنوان "تبييض الأموال" بادئا بالمادة 389 مكرر، والتي بيّنت الأفعال التي تشكّل جريمة تبييض الأموال، وردت على سبيل الحصر، حيث نصّت على أنه يعتبر تبييضا للأموال:

- تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تآتت منه، على الإفلات من العقوبة القانونية.

(1) د. جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسل الأموال. دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة بلا، 2001، ص 55، 56

(2) راجع المادة الثالثة في الفقرة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988

- إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها، مع العلم بأنها عائدات إجرامية.
 - اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الشخص القائم بذلك وقت تلقيها، بأنها تشكل عائدات إجرامية.
 - المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المقررة وفقا لهذه المادة، أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها ومحاولة ارتكابها والمساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإسداء المشورة بشأنه.
- ويحدد القانون في المواد 389 مكررا 1 إلى 389 مكررا 4 العقوبات الأصلية لجريمة تبييض الأموال، كما يحدد في المواد من 389 مكررا 5 إلى 389 مكررا 7 العقوبات التكميلية التي تتخذ ضد مرتكبي جريمة تبييض الأموال.

وقد تطور المشرع الجزائري في مكافحة جرائم تبييض الأموال كالآتي:

- قانون 05- 01 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، تضمن ستة وثلاثين (36) مادة، والذي بموجبه إعطاء صلاحيات واسعة للجنة المصرفية التابعة لبنك الجزائر في إطار الرقابة المخولة لها لإبلاغ خلية الاستعلام المالي عن العمليات المصرفية غير المعتادة أو المعقدة، أو التي يبدو أن مصدرها غير مشروع.

- القانون 06- 01 المتعلق بمكافحة الفساد، والذي من بين تدابير منع تبييض الأموال، الذي هو من مهمة هيئة وطنية لمكافحة الفساد توضع لدى رئيس الجمهورية⁽¹⁾.

أما التعريف الشامل لجريمة تبييض الأموال فهو أكثر شمولية من سابقه، والذي يعني " محاولة إخفاء المصدر غير الشرعي أو غير القانوني، الذي تحققت في إطاره عمليات بناء وتراكم الثروات مثل: أرباح الاتجار في المخدرات وتهريب السلاح ومختلف الأعمال والأنشطة المجرمة قانونا، فعبّر هذه الأنشطة تتكون ثروات خيالية، ويحاول أصحابها أن يبيضوها لإخفاء مصدرها الإجرامي بمحاولة إدخالها في النظام المصرفي من خلال استثمارها مؤقتا في بعض الأدوات المادية كالأسهم والسندات... الخ⁽²⁾.

وقد نصّ المشرع الفرنسي على تبييض الأموال في المادة 324، في الفقرتين 1 و 2 من ق ع الفرنسي الجديد المضافة لقانون 392/96 الصادر في 13 ماي 1996 بقوله: "تبييض الأموال هو تسهيل التبرير الكاذب، بأي طريقة كانت لمصدر أموال أو دخول بفعل جنائية أو جنحة تحصل

⁽¹⁾ علي لشعب، الإطار القانوني لمكافحة غسل الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 71،

72، 73، 76، 77

⁽²⁾ الدكتور. فوزي زكي، المخاطر الناجمة عن عوامة الأسواق المالية، دراسات اقتصادية. العدد الثاني، 2000، ص 48

منها فائدة مباشرة أو غير مباشرة"، ويعتبر من قبيل تبييض الأموال وفقاً للفقرة الثانية من المادة 324 من ق ع الفرنسي، تقديم المساعدة في عمليات إيداع أو إخفاء أو تحويل العائدات المباشرة لجناية أو جنحة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أركان جريمة تبييض الأموال:

تقوم الجريمة على ثلاثة أركان بدءاً بالركن القانوني والمتمثل في نص التجريم إلى الركن المادي والذي قوامه النشاط الخارجي، ثم الركن المعنوي وقوامه الإرادة التي يقترن بها الفعل، هاته الأركان يمكن تبيانها فيما يلي:⁽²⁾

فالركن الشرعي يقصد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أنه لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون⁽³⁾.

ويترتب على هذا أن القاضي لا يملك أن يعاقب على فعل لم يجرّمه المشرّع، ولا أن ينطق بعقوبة غير منصوص عليها في القانون، أو يختلف نوعها أو مقدارها عما أورده المشرّع في النص القانوني، وتظهر أهمية مبدأ الشرعية فيما يسمى بالتكليف الجنائي أو المطابقة، ومؤداها أن يتم البحث في قانون العقوبات عن الوصف الجنائي الذي ينطبق على الفعل موضوع الواقعة.

أما الركن المادي لجريمة تبييض الأموال يتمثل في كل فعل يساهم في إخفاء أو تمويه مصدر الأموال والمدخيل الناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن إحدى الجرائم، وله ثلاثة عناصر مبينة على النحو الآتي:

- فعل الإخفاء أو التمويه، إذ يعبر البعض عن السلوك المكوّن لجريمة تبييض الأموال بلفظ الإخفاء لمصدر الأموال غير المشروعة، وهذا يعني الحيلولة دون كشف الحقيقة في أمر الجريمة الأصلية⁽⁴⁾.

ويجب فهم أنه لا عبرة بكون الإخفاء قد جرى سراً، كما لا يهم سبب الإخفاء حتى ولو كان بطريقة مشروعة، وبالتالي يختلف عن فعل التمويه الذي يعني اصطلاحاً مصدر مشروع غير حقيقي للأموال غير المشروعة، ومحل فعلي الإخفاء أو التمويه يتمثل في حقيقة الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الفتاح سليمان، مكافحة غسل الأموال. الطبعة الأولى، دار علاء الدين للنشر والطباعة، القاهرة، بدون سنة النشر، ص 8

(2) <http://www.Uluminsania/jandomag.htm>

(3) راجع: قانون العقوبات الجزائري. الطبعة الثالثة، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 2

(4) الدكتور كوركيس يوسف داود، الجريمة المنظمة. الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2001، ص 100

(5) رمزي نجيب القسوس، غسيل الأموال. دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص 24

- الشروع في جريمة تبييض الأموال، إذ من المعروف أنّ الجريمة لا تقع دفعة واحدة وإنما لابد أن تمر بثلاث مراحل قبل أن تقع تامة، وهذه المراحل مرحلة التفكير وعقد العزم، و تتميز هذه المرحلة بكون الفكرة ما تزال في رأس صاحبها لم تر النور بعد، وبالرغم من أنها تشكل نقطة انطلاق ضرورية لمرحلة ثانية وأن النية خلالها تشكل نواة الإرادة الجرمية، إلا أن التشريع والفقهاء يجمعان على عدم العقاب عنها، وبعدها المرحلة التحضيرية، والتي تعد وسطاً بين التفكير في الجريمة وبين الشروع فيها، ويذهب غالبية الشراح إلى القول بعدم تجريم الأعمال التحضيرية، بحجة أنها أفعال مبهمه لا تكشف عن نية إجرامية صريحة، ثم المرحلة التنفيذية (الشروع)، حيث تعتبر المحاولة محققة بمجرد القيام بعمليات مادية تمهيدا لارتكاب جريمة تبييض الأموال، شرط التشبث بأن العمليات المالية محل البحث والتحقيق قد تمت بهدف إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال الناتجة عن الأعمال غير المشروعة⁽¹⁾.

- الاشتراك في جريمة تبييض الأموال، حيث نصّت المادة 86 من قع الأردنني على أنه: "إذا ارتكب عدة أشخاص متّحدين جنائية أو جنحة، أو كانت الجنائية أو الجنحة تتكون من عدة أفعال فأتى كل واحد منهم فعلاً أو أكثر من الأفعال المكونة لها، وذلك بقصد حصول تلك الجنائية أو الجنحة، اعتبروا جميعهم شركاء فيها، وعوقب كل واحد منهم بالعقوبة المعينة لها في القانون كما لو كان فاعلاً مستقلاً لها"، إذا فالشريك هو من ساهم مع غيره في تنفيذ الجريمة، والمحرض هو كل من حمل غيره أو حاول حمله على ارتكاب الجريمة، أما المتدخل هو كل من ساعد على وقوع الجريمة بعمل لا يصل إلى ركنها المادي أو أعمالها الرئيسية، ويتركز الاشتراك الجرمي في هذه المجالات على (الشريك، المحرض، المتدخل)⁽²⁾.

وبخصوص الركن المعنوي هو الحالة النفسية الكامنة وراء ماديات الجريمة، فلا يمكن أن يحكم على أحد بعقوبة ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإرادة، فالركن المعنوي يتحقق بموقف الإرادة من الفعل المادي، هذا الموقف الذي يتخذ إحدى الصورتين القصد الجرمي أو الخطأ غير المقصود، والأصل في الجرائم أن تكون قصدية، والاستثناء أن تكون عن خطأ، ومن ثم إذا سكت النص عن بيان صورة الركن المعنوي في جريمة فمعنى ذلك أنها قصدية، أما في حالة تطلب الخطأ فلا بد من إفصاح النص عن ذلك، وكل من القصد والخطأ يفترضان القدرة على توجيه الإرادة نحو الركن المادي للجريمة⁽³⁾.

وهذا ما يقتضي البحث لمعرفة ما إذا كانت جريمة تبييض الأموال هي جريمة قصدية أو جريمة غير قصدية، فالمادة الثانية من اتفاقية «فيينا» لعام 1988 تطلبت ضرورة توفر الركن

(1) نادر عبد العزيز شالي، المرجع السابق، ص 46 - 48

(2) رمزي نجيب القسوس، المرجع السابق، ص 25 - 28

(3) راجع المادة الثالثة من قانون مكافحة تبييض الأموال في سلطنة عمان الصادر في 23 آذار 2002

المعنوي في جريمة تبييض الأموال فنصت على أن يكون الفعل بهدف إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال، مع العلم بأنها مستمدة من جريمة أو جرائم المخدرات، أي جريمة عمدية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مخاطر جريمة تبييض الأموال:

لهذه الجريمة عدة مخاطر متنوعة، والتي تعرّضت لبعضها اتفاقية «فيينا» لعام 1988 في ديباجتها، حيث نصّت على: "... وأن الأطفال يستغلون في كثير من أرجاء العالم باعتبارهم سوقا غير مشروعة للاستهلاك ولأغراض إنتاج المخدرات والمؤثرات العقلية وتوزيعها والاتجار فيها بصورة غير مشروعة، مما يشكل خطرا فادحا إلى حد يفوق التصور، وإذ تدرك الروابط بين الاتجار غير المشروع وما يتصل به من الأنشطة الإجرامية الأخرى المنظمة التي تقوّض الاقتصاد المشروع⁽²⁾".

وعلى ضوء هذا يمكن إبراز مخاطر اقتصادية لتبييض الأموال منها:

- تهديد الشفافية الدولية، إذ يهدد تبييض الأموال الشفافية الدولية في أسواق رأس المال، كما يهدّد السمعة الحسنة في أسواق المال ويعلم موظفيها الفساد، مما يخلق مناخا مناسباً لوجود أسواق سيئة السمعة وخفيفة المصادقية.

- تشويه صورة المؤسسات والأسواق المالية، إذ إن حاجة بعض الدول إلى رأس المال الأجنبي لاستثماره في مشاريعها التنموية، وتشجيع دخول تلك الأموال فيها من دون البحث عن مصادرها يؤدي إلى بثّ الفساد في المؤسسات المالية⁽³⁾.

- التأثير السلبي على العولة المالية، إذ عبّر إلغاء الرقابة على الصرف وحرية دخول وخروج الأموال عبر الحدود الوطنية دون معرفة من جانب السلطات، وانفتاح السوق المالي المحلي أمام المستثمرين الأجانب، انفتحت قنوات إضافية لتبييض الأموال القذرة وهذا في الحقيقة أمر خطير للغاية، ذلك أن تبييض الأموال يؤثر سلباً على الاقتصاد الكلي⁽⁴⁾.

كما تتجم عن تبييض الأموال أضرار اجتماعية، منها ما تنتج عن تبييض أموال المخدرات باعتبارها المصدر الغالب لتبييض الأموال وهي:

- إن زيادة أعداد متعاطي المخدرات، ينتج عنه زيادة الطلب غير المشروع للمخدرات، ويرافقه بالمقابل زيادة العرض غير المشروع لها، مما يؤدي إلى سرعة انتشار ظاهرة التعاطي والاتجار غير المشروع، ويترتب عن مثل هذه الحالة تراجع في القيم والعادات الاجتماعية الإيجابية⁽⁵⁾.

(1) نادر عبد العزيز شاي، المرجع السابق، ص 53 - 55

(2) نادر عبد العزيز شاي، نفس المرجع، ص 55

(3) د. محمد فتحي عيد، الإجرام المعاصر. الرياض، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، 1999، ص 285، 286

(4) Azazcenter.org/home/modules.php? Name http://www.new & new -topic=11

(5) نادر عبد العزيز شاي، المرجع السابق، ص 187

- يلجأ تجار المخدرات في بعض الحالات إلى إيجاد نفوذ قوي لهم من خلال قيامهم بمساعدة بعض الأشخاص في الوصول إلى مواقع اجتماعية، هم غير مؤهلين لها أصلاً عن طريق دعمهم بالمال للوصول إلى تلك المواقع، وبالتالي تصبح هذه الفئة من المنتفعين أداة طبيعية في أيدي تجار المخدرات ومصدر حماية لهم، وينتج عن ذلك انعدام ثقة الناس بمثل هؤلاء وحصول اختلال في التوازن الأخلاقي في المجتمع⁽¹⁾.

ومن بين مخاطر تبييض الأموال المتأتية من أنشطة غير مشروعة غير المخدرات نجد:

- استنزاف موارد الدولة في التصدي للجريمة وإعادة تأهيل ضحاياها أو التائبين منهم، وكذلك الاستنزاف المستمر للجهد البشري، والمفترض أن ينفق في مجال التنمية والتطور بدلا من أن يقع ضحية الأعمال الإجرامية⁽²⁾.

- تشويه سمعة المؤسسات المصرفية التي تمر من خلالها معظم مراحل هذه العمليات المشبوهة، مما يسيء إلى سمعة متعاملاتها والعاملين فيها⁽³⁾.

- انتشار الأوبئة، إذ تؤدي عمليات تبييض الأموال وخاصة الناتجة عن الفساد الإداري إلى نتائج سيئة في إنجاز مشروعات معالجة المياه والصرف الصحي وذلك من خلال عدم التمثيل الصحيح والدقيق لتلك المشاريع، رغبة في زيادة الأرباح الناتجة عنها⁽⁴⁾.

كما يمكن إبراز مخاطر سياسية، يمكن تبيانها كالآتي:

- اختراق وإفساد هيكل بعض الحكومات، ذلك أن ما يجنيه مبيّضو الأموال من أرباح طائلة وثروات هائلة مادية وغير مادية، منقولة وغير منقولة، مكنتهم من اختراق وإفساد هيكل بعض الحكومات⁽⁵⁾.

- تشويه المناخ السياسي في المجتمع وذلك عن طريق دخول بعض هؤلاء المفسدين بنفوذهم المادي في الانتخابات والصعود السياسي، والتمتع بالحصانة واستخدامها في المزيد من الحماية للاستقرار في القيام بالأنشطة غير المشروعة⁽⁶⁾.

(1) نادر عبد العزيز شافي، المرجع نفسه، ص 195، 196

(2) حسن اسماعيل عيد، جرائم غسل الأموال في عصر العولمة الاقتصادية، مجلة الشرطة. العدد 355، يوليو 2000، ص 45

(3) الدكتور صالح السعد، المخاطر الاجتماعية لغسل أموال المخدرات، مجلة الشرطة. السنة 29، العدد 241، 1999، ص 50، 51

(4) محمد حافظ الزهوان، عمليات غسل الأموال - مفهومها وخطورتها وإستراتيجية مكافحتها، مجلة الأمن

والقانون، السنة 10، العدد 2، يونيو 2002، ص 23

(5) زهير سعيد الربيعي، عمليات غسل الأموال، مجلة النور. العدد 230، يونيو 2004، ص 23

(6) محمد حافظ الزهوان، المرجع السابق، ص 23، 24

- الإضرار بالاستقرار السياسي، إذ إن الثراء الذي يتمتع به مبيّضو الأموال قد يحولهم إلى قوة اقتصادية داخل الدولة، تتدخل في توجيه القرارات السياسية والاقتصادية لخدمة أغراضها وعملياتها غير المشروعة، وهو ما يضر بشدة بالاستقرار السياسي والاقتصادي في الدولة⁽¹⁾.

ومن خلال ما تقدم، نستنتج أن أي تعريف لتبييض الأموال يتصور وقوعه في أكثر من دولة، لذا لا بد وأن يؤخذ في عين الاعتبار أن عملية تبييض الأموال لا تقتصر فقط على إخفاء المصدر غير المشروع للأموال، وإنما تتضمن أيضا معنى تمويه حقيقة هذه الأموال، ثم إن هذه العملية غالبا ما تأخذ الصفة الدولية، أي إن نشاط تبييض الأموال يتصور وقوعه في أكثر من دولة، وبالتالي تم التوصل إلى أن تبييض الأموال هو مجموعة العمليات المالية المتداخلة التي تتم داخل الدولة أو خارجها لإخفاء حقيقة الأموال أو طمس مصدرها غير المشروع، وإظهارها في صورة أموال متحصلة من مصدر مشروع.

كما أنه إذا تم الإقرار بضرورة تجريم تبييض الأموال كجريمة مستقلة، فإن تبييض الأموال كأي جريمة أخرى لا قيام لها بدون أركانها التي يجب استخلاصها من النص القانوني الذي يحددها على وجه الدقة، ونظرا لكون أغلب التشريعات تخلو من مثل هذا النص القانوني، فإنه تم استخلاص أن أركان الجريمة تتمثل في الركن المادي والركن المعنوي، فضلا عن ركنها المفترض وهو وقوع جريمة أولية سابقة عليها.

كما أن ارتباط جريمة تبييض الأموال بالعديد من الجرائم، وفي مقدمتها الجريمة المنظمة، رتب عنها آثار سلبية، اقتصادية واجتماعية، وثقافية.

المطلب الثاني: تدرج جهاز الأمم المتحدة في مكافحة جريمة تبييض الأموال:

تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، المعروفة باتفاقية «فيينا» أولى الجهود الدولية لمكافحة جرائم تبييض الأموال، كما أن هناك جهودا متعددة والتي يمكن تبيانها كما يلي:

الفرع الأول: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988:

تم الاتفاق في إطارها على تجريم عمليات تبييض الأموال الناتجة عن أنشطة غير مشروعة، والعمل على اتخاذ العديد من الإجراءات لمكافحة تبييض الأموال، ولقد نصّت المادة الثالثة من الاتفاقية على ما يلي :

⁽¹⁾ <http://www.lebarmy.gov.ib/article-asp?iN=ar&id id 1303>

يتخذ كل طرف ما يلزم من تدابير لتجريم الأفعال التالية في إطار قانونه الداخلي في حالة ارتكابها عمدا:

- إنتاج أي مخدرات أو مؤثرات عقلية أو صنعها أو استخراجها أو تحضيرها.
- تحويل الأموال أو نقلها مع العلم بأنها مستمدة من أية جريمة أو جرائم منصوص عليها في الفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقرة أو من فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجريمة أو الجرائم بهدف إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال، أو قصد مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب مثل هذه الجريمة أو الجرائم على الإفلات من العواقب القانونية لأفعاله.
- إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها، مع العلم بأنها مستمدة من جريمة أو جرائم منصوص عليها في الفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقرة أو من فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجريمة أو الجرائم⁽¹⁾.

وعليه فإن اتفاقية «فيينا» أولت أهمية بالغة للتعاون الدولي بهدف ملاحقة جرائم تبييض الأموال، كما تبنت إجراءات لمصادرة الأموال غير المشروعة، وكذلك لتسليم المجرمين وإجراءات لتجميد الأموال أي فرض الحظر المؤقت على نقلها أو تحويلها أو التصرف فيها أو تحريكها أو وضع اليد أو الحجز عليها بصورة مؤقتة بمقتضى أمر صادر من محكمة أو سلطة مختصة، واعتمدت اتفاقية «فيينا» مبدأ الإقليمية للاختصاص لمحاكمة مرتكبي نشاط تبييض الأموال فسواء وقعت جريمة تبييض الأموال على إقليم الدولة أو على متن سفينة ترفع علمها أو طائرة مسجلة فيها وقت حصول الجريمة، انعقد الاختصاص لمحاكم تلك الدولة، وفي نفس الوقت تبنت الاتفاقية مبدأ الشخصية في شقه الإيجابي فأجازت انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يقع في إقليمها محل الإقامة المعتاد للشخص مرتكب الجريمة، كما خولت الاتفاقية للدولة التي يوجد على إقليمها مرتكب الجريمة ملاحقته إذا كان يتمتع عليها تسليمه لدولة أخرى، إما لكون الجريمة ارتكبت على إقليمها أو على متن سفينة ترفع علمها أو على متن طائرة مسجلة وفقا لقوانينها وقت ارتكاب الجريمة، وإما لكون الشخص المنسوب إليه ارتكاب الجريمة هو أحد مواطنيها.

وفي مجال تسليم المجرمين اعترفت الاتفاقية بسلطة الدولة المطلوب فيها التسليم بحيث لم تعد تقتصر على تغليب أحكام تشريعها الوطني، بل خولتها سلطة تقديرية في رفض طلب التسليم عند وجود دواع كافية، تؤدي إلى اعتقاد سلطاتها المختصة بأن الاستجابة لطلب التسليم من شأنه ملاحقة أو معاقبة أي شخص على أساس عرقي أو ديني أو بسبب جنسيته أو معتقداته السياسية، كما خولت الاتفاقية الدولة المطلوب فيها التسليم سلطة تنفيذ العقوبات في مواجهة الشخص المطلوب تسليمه عند رفضها هذا التسليم، وإذا كان رفض التسليم مبنيا على أساس أن الشخص المطلوب تسليمه من

(1) محمد حافظ الزهوان، المرجع السابق، ص 25

مواطني الدولة المطلوب التسليم فيها، وأن هذه الدولة الأخيرة يكون لها تنفيذ العقوبة في مواجهة المتهم، ولكن ذلك مشروط بأن يتم بناء على طلب الدولة طالبة التسليم، وبشرط أن يسمح بذلك قانون الدولة المطلوب فيها التسليم، وأن يتعلق الأمر بتنفيذ العقوبة المحكوم بها بموجب قانون الدولة طالبة التسليم أو بما يتبقى من تلك العقوبة⁽¹⁾.

ومن جانب آخر لا يجوز طبقاً لهذه الاتفاقية آلية دولة عضو أن تمتنع عن تقديم المساعدة القانونية المتبادلة بحجة سرية الحسابات أو المعاملات المصرفية، لذا حثت الدول الأعضاء على تبادل المساعدة القانونية في مجالات عديدة منها أخذ شهادة الأشخاص وإقراراتهم وتبليغ الأحكام القضائية وإجراءات التفتيش والضبط وغيرها، كما دعت الاتفاقية إلى تعاون الدول الأعضاء للكشف عن هوية الأشخاص المشتبه في تورطهم في الجرائم المشار إليها، وكشف الأموال المتحصلة من تلك الجرائم ووسائل إخفاء هذه الأموال⁽²⁾.

وهذا يدل على أن موضوع تبييض الأموال يكتسي أهمية خاصة في مجال التعاون الدولي لمكافحة المخدرات، وكذا بين القضايا الهامة المعروضة على الساحة الدولية في الوقت الراهن⁽³⁾.

الفرع الثاني: قرارات لجنة الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات عام 1995:

عقدت هذه اللجنة اجتماعات الدورة الثامنة والثلاثين وبحثت التدابير الكفيلة بتعزيز التعاون الدولي في مجال مكافحة إساءة استخدام المخدرات، كما تطرقت إلى موضوع تبييض الأموال، وقد أصدرت اللجنة القرارين التاليين:

- ضرورة الإبلاغ عن الصفقات المشبوهة أو الغريبة إلى وحدة مركزية للتحليل المالي يتم إنشاؤها في كل دولة على حدة، مع تطوير الاتصالات الفعالة فيما بين أجهزة تنفيذ القوانين من أجل سهولة التحري عن أنشطة تبييض الأموال وإحالة من يقوم بها على القضاء، وقد أشار القرار إلى أهمية تشجيع الدول الأعضاء على الإبلاغ عن الصفقات، وإنشاء هيئة وطنية لتحليل البيانات والصفقات المشبوهة، وتكوين فرق عمل متعددة التخصصات تختص بالتحريات المالية.

- اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تعزيز التعاون بين برنامج الأمم المتحدة المهتم بمكافحة المخدرات وفرع منع الجريمة والعدالة الجنائية التابع للأمانة العامة للأمم المتحدة، وقد أشارت القرارات إلى بعض المجالات التي يمكن تقديم المساعدة فيها لمكافحة تبييض الأموال وهي:

(1) حسني عبد الحافظ، المرجع السابق، ص 56.

(2) خالد سليمان، المرجع السابق، ص 97، 98.

(3) راجع: المادتان 3 - 4 - 5 - 6 - 7 - 9 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988 الأنفة الذكر

- تضمين التشريعات الوطنية إجراءات جزائية وإدارية من أجل كشف جميع الإيرادات الناتجة عن الجرائم ذات الصلة بالمخدرات، ومكافحة غسلها بطرق ناجحة وفعالة.
- وضع تشريعات من أجل مصادرة العائدات غير المشروعة أو التحفظ عليها وإجراءات وقائية من أجل نشر المعايير الأخلاقية، وتدابير تعزيز التعاون بين القطاع المالي والاقتصادي والسلطات المنوط بها تطبيق التشريعات الجزائية، ثم عقدت اللجنة اجتماعا آخر في «فيينا» عام 1996 لبحث مكافحة المخدرات وأصدرت قرارا يطالب البنوك والمؤسسات المالية باتخاذ الإجراءات التي يمكن بواسطتها معرفة هوية أصحاب المعاملات التجارية، وتشديد الرقابة والقوانين التي تتعلق بالبنوك واستخدامها في تبييض الأموال، وفرض حظر على إيداع أموال في البنوك دون معرفة أسماء أصحابها⁽¹⁾.

الفرع الثالث: اتفاقية الأمم المتحدة لقمع تمويل الإرهاب سنة 1999:

حُتت اتفاقية الأمم المتحدة لقمع تمويل الإرهاب الموقعة في 9 كانون الأول 1999، الدول الأطراف على اتخاذ خطوات تمنع تمويل الإرهابيين والمنظمات الإرهابية، واعتبرت أن موضوع تمويل الإرهاب أصبح مصدر قلق للمجتمع الدولي بأسره، حيث يلاحظ أن عدد وخطورة أعمال الإرهاب الدولي يتوقفان على التمويل الذي يمكن أن يحصل عليه الإرهابيون، ويلاحظ أن التدابير المتخذة لمكافحة تمويل الإرهاب بموجب هذه الاتفاقية شبيهة بتلك المتخذة لمكافحة تبييض الأموال ومن بينها إلزام المؤسسات المالية بما يلي:

- التحقق من هوية العملاء المعتادين أو العابرين، وإيلاء اهتمام خاص بالمعاملات غير العادية أو المشبوهة والتبليغ عنها.
- وضع أنظمة تحظر فتح حسابات لعملاء مجهولي الهوية، والتحقق من هوية المالكين الحقيقيين.
- الإبلاغ عن المعاملات المالية الكبيرة غير العادية، أو التي ليس لها غرض اقتصادي ظاهر أو هدف قانوني واضح.
- الاحتفاظ بالسجلات المتعلقة بالمعاملات المالية المحلية والدولية لمدة خمس سنوات على الأقل حسب المادة الثامنة عشر منها.

⁽¹⁾ محمد سرير، الجريمة المنظمة وسبل مكافحتها. مذكرة ماجستير، تخصص علوم جنائية، نوقشت بجامعة الجزائر سنة 2002، ص40

وفي هذا الشأن، وعلى إثر هجمات الحادي عشر من أيلول 2001 التي استهدفت الولايات المتحدة الأمريكية، أصدر مجلس الأمن الدولي القرار رقم 1373 الذي دعا فيه الدول إلى منع ووقف وتجريم تمويل الأعمال الإرهابية، وتجميد أموال الأشخاص الذين يرتكبون أعمالاً إرهابية⁽¹⁾.

ويقرر بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة أنه على جميع الدول الامتناع عن تقديم أي شكل من أشكال الدعم الصريح أو الضمني إلى الكيانات أو الأشخاص الضالعين في الأعمال الإرهابية، كما أشار القرار إلى السلطة الوثيقة بين الإرهاب الدولي والجريمة المنظمة عبر الوطنية والاتجار غير المشروع بالمخدرات وغسل الأموال والاتجار غير المشروع بالأسلحة والنقل غير القانوني للمواد النووية والكيميائية، وغيرها من المواد التي يمكن أن تترتب عليها آثار مميتة، ويؤكد في هذا الصدد ضرورة تعزيز تنسيق الجهود على كل من الصعيد الوطني ودون الإقليمي والدولي تدعيماً للاستجابة العالمية في مواجهة التحدي والتهديد الخطيرين للأمن الدولي⁽²⁾.

الفرع الرابع: اتفاقية الأمم المتحدة لمحاربة الجريمة المنظمة عبر الحدود سنة 2002:

لا تزال هذه الاتفاقية والمعروفة باتفاقية (باليرمو) قيد التوقيع، ولقد فتح باب التوقيع عليها أمام جميع الدول من 2 إلى 15 كانون الأول في مدينة باليرمو الإيطالية، ثم في مقر الأمم المتحدة في نيويورك حتى 12 كانون الأول 2002 والتي تقضي باتخاذ إجراءات لمحاربة الجريمة المنظمة، وقد اعتبرت عمليات تبييض الأموال واحدة من أربعة أنواع رئيسية من الجرائم المرتبطة بعمليات الجريمة المنظمة، والمعاقب عليها بالسجن لمدة 04 سنوات فأكثر، وتوصي الاتفاقية الدول الأطراف باتخاذ تدابير تشريعية لتجريم تبييض عائدات الجرائم وذلك وفقاً للقانون الداخلي (المادة السادسة)، أو اتخاذ تدابير لمكافحة تبييض الأموال منها:

- أن تنشئ كل دولة طرف نظاماً داخلياً شاملاً للرقابة على المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية، وأن يشدد ذلك النظام على متطلبات تحديد هوية الزبون وحفظ السجلات، والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة.

(1) خالد سليمان، المرجع السابق، ص 186، 187

(2) أنظر المادتان 2 الفقرة (أ) والمادة 4 من قرار مجلس الأمن رقم 1373 الخاص بمكافحة الإرهاب وتجميد

أموال المنظمات الإرهابية

- اتخاذ تدابير مجدية لكشف ورصد حركة النقد والصكوك القابلة للتداول، ويجوز أن تستعمل هذه التدابير قيام الأفراد والمؤسسات التجارية بالإبلاغ عن تحويل الكميات الكبيرة من النقد والصكوك القابلة للتداول ذات الصلة عبر الحدود.
- الاسترشاد بالمبادئ التي تستخدمها المنظمات الإقليمية لمكافحة تبييض الأموال طبقاً للمادة السابعة من الاتفاقية⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن الأمم المتحدة صاغت قانوناً نموذجياً لمكافحة تبييض الأموال يقدم كمقترح إلى دول العالم لتستعين به عند وضعها قانونها الخاص بمكافحة جرائم تبييض الأموال، ويقترح القانون أحكاماً ترمي إلى تحسين فعالية تدابير تبييض الأموال والمعاقبة عليه، كما يوفر للدول آليات قانونية ملائمة تتصل بالتعاون الدولي واتخاذ إجراءات لمحاربة تبييض الأموال.

ولقد عرّف القانون تبييض الأموال بأنه: "كل تحويل أو نقل ممتلكات بهدف التكتّم أو التستر على المصدر غير المشروع لهذه الممتلكات أو التكتّم على مصدر وموقع هذه الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها".

أما الإجراءات الوقائية التي يحددها القانون لحماية الدولة من عمليات تبييض الأموال، فتتضمّن إلزام المؤسسات بالتحقق من هوية متعاملاتها وعناوينهم قبل أن تفتح لهم حسابات عادية أو دفاتر ادخار، وكذلك عندما تتطوي المعاملات المالية على مبالغ تتجاوز قيمة مبلغ معين تحدده الدولة، وتتم في ظروف معقدة بدرجة غير معهودة أو لا مبرر لها، أو يبدو أنه ليس لها أي مبرر اقتصادي أو غرض مشروع، وتلزم المؤسسة المالية بالحصول على معلومات عن مصدر الأموال وغايتها وغرض المعاملة وهوية الأطراف المستفيدة، وحدد القانون عدة سبل للكشف عن عمليات تبييض الأموال، منها وحدة التحريات المالية المحلية وعلاقتها بالوحدات الدولية والخارجية، وإبلاغ مختلف الجهات والمؤسسات المعنية عن الحالات المشتبه فيها، أما عن العقوبات المقترحة لجرائم تبييض الأموال فيوصي القانون بالعقوبات التحفظية، كتجميد رؤوس الأموال والمعاملات المالية المتعلقة بالممتلكات أياً كانت طبيعتها، كما حدّد القانون عقوبات جنائية تحددها الدولة تتمثل في الحبس والسجن وغرامات مالية⁽²⁾.

الفرع الخامس: اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد سنة 2003:

اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر 2003، صادقت عليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128،

(1) خالد سليمان، المرجع السابق، ص 99، 100

(2) خالد سليمان، المرجع نفسه، ص 101، 102

مؤرخ في 19 افريل 2004، ونصت هذه الاتفاقية على مجموعة من الإجراءات لمكافحة جرائم تبييض الأموال، وفي مقدمتها ما جاءت به في المادة الرابعة عشر، بأنه على كل طرف في الاتفاقية أن تنشئ نظاما شاملا للرقابة والإشراف على المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية، وعلى الهيئات الأخرى المعرضة بموجه خاص لتبييض الأموال من أجل ردع وكشف جميع أشكال تبييض الأموال.

كما نصت الاتفاقية في نفس المجال على تبادل المعلومات على الصعيد الوطني والدولي، وأن تنظر لتلك الغاية في إنشاء وحدة استخبارات مالية تعمل كمركز وطني لجمع وتحليل المعلومات المتعلقة بعمليات تبييض الأموال المحتملة، وكذا السعي إلى تنمية وتعزيز التعاون العالمي والإقليمي ودون الإقليمي والثنائي بين السلطات القضائية وأجهزة تنفيذ القوانين وأجهزة الرقابة المالية من أجل مكافحة تبييض الأموال.

كما دعت في مادتها الثالثة، كل دولة طرف أن تتخذ ضمن نطاق نظامها القانوني ما قد يلزم من تدابير للتمكن من مصادرة:

- العائدات الإجرامية المتأتية من أفعال مجرمة وفقا للاتفاقية، أو ممتلكات تعادل قيمتها قيمة تلك العائدات.
- الممتلكات المتأتية من تحويل العائدات الإجرامية، والتي بدلت بها جزئيا أو كليا.
- الممتلكات المكتسبة من مصادر مشروعة واختلطت بالعائدات الإجرامية في حدود القيمة المقدرة للعائدات المختلطة.

كما تحث الاتفاقية بأن تكفل كل دولة طرف في حال القيام بتحقيقات جنائية داخلية في أفعال مجرمة وفقا للاتفاقية، وإيجاد آليات مناسبة في نظامها القانوني الداخلي لتدليل العقوبات التي تنشأ عن تطبيق قوانين السرية المصرفية⁽¹⁾

ويمكن القول إن اتفاقية «فيينا» لعام 1988 هي الحجر الأساس لكل الجهود التي بذلت لمكافحة تبييض الأموال، سواء على المستوى العالمي أم الإقليمي، بل حتى على الصعيد الوطني، وعلى الرغم من كل ذلك بقيت مشوبة بالقصور، وذلك من خلال تحديدها للأموال محل التبييض الناجمة عن تجارة المخدرات، دون أن توسع في ذلك.

أمّا بالنسبة للقانون النموذجي للأمم المتحدة لمكافحة تبييض الأموال، فإن أحكامه الموضوعية وإن كانت لا تختلف كثيرا عما جاءت به اتفاقية «فيينا»، فيما يتعلق بالتوسع في مفهوم التجريم ومحل جريمة تبييض الأموال، إلا أنه تضمن بعض الأحكام المهمة.

(1) علي لشعب، المرجع السابق، ص 52-54

كما تمثلت جهود الأمم المتحدة في العديد من التوصيات والمبادرات التي قامت بها الهيئات واللجان التابعة لها ، فضلا عن العديد من المؤتمرات التي عقدت برعاية الأمم المتحدة.

وتأكيدا للحكمة القائلة "الوقاية خير من العلاج" يجب استحداث أساليب لمنع تبييض الأموال، وذلك من خلال التأكيد على دور النظام المالي في ذلك ، فضلا عن تطوير الأنظمة الوطنية من خلال التجريم والعقاب على تبييض الأموال ، وتقدير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية على غرار الأشخاص الطبيعية ، ومعالجة مشكلة الدول التي ليس لها قوانين لمكافحة تبييض الأموال.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة تم التوصل إلى أن تجريم تبييض الأموال أصبح ضرورة حتمية نظرا لخطورته وأثاره السلبية على كافة مناحي الحياة ، كما تولدت لدي جملة استنتاجات استخلصتها من خلال تأملي في عناصرها وجوانبها كافة والتي تتمثل في:

1- تتقدم وسائل ارتكاب هذه الجرائم بمستوى التقدم التكنولوجي والإلكتروني ، وكلما حصلنا على نظام إلكتروني جديد ومتطور اغتنم مبيّضو الأموال مزاياه ومعطياته واستغلوه في أنشطتهم الإجرامية.

2- قضية تبييض الأموال تستأثر يوما بعد يوم على اهتمام المجتمع الدولي ، نظرا لخطورتها والآثار السلبية التي تنتج عنها ، إذ إن مرتكبيها يبقون بمنأى عن الملاحقة والعقاب في معظم الأحيان ، وخير دليل على ذلك نسبة الأموال المبيضة المكتشفة سنويا من قبل السلطات الأمنية والقضائية.

وفي ظل هذا الوضع هناك اقتراحات لتكثيف العمل الكفاحي الفعال ضد جرائم تبييض الأموال على المستويين الدولي والوطني كما يلي:

1- ضرورة الوصول إلى اتفاقية دولية فعالة لمكافحة جرائم تبييض الأموال بمختلف أنشطتها ، وعدم الاقتصار على جريمة المتاجرة غير المشروعة بالمخدرات .

2- ضرورة تفعيل التعاون الدولي فيما يتعلق بمكافحة عمليات تبييض الأموال ، والاستفادة القصوى من تجارب بعض الدول المتقدمة ، التي حققت نتائج باهرة في مواجهة عمليات تبييض الأموال.

3- إيجاد تحالفات مع أجهزة المخابرات العالمية - التعاون السري - في مجال مكافحة جرائم تبييض الأموال.

4- إنشاء وحدة متخصصة لمكافحة عمليات تبييض الأموال تختص بالتحقيق في العمليات المشتبه بها ، على أن يتم تزويد هذه الوحدة بمختصين في كافة النواحي التي لها ارتباط بعمليات تبييض الأموال ، من جهة أمنية ومصرفية ومالية وقانونية وقضائية.

5- اشتراك وتعاون وتنافس أجهزة الأمن والضبط الوطنية لملاحقة المجرمين.

القانون الاتفاقي لحماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة

أ/ بن سالم رضا.
جامعة سعد دحلب البليدة

مقدمة:

تعتبر دراسة موضوع حماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة ومعرفة القانون الاتفاقي المتعلق بحمايتها من المواضيع الهامة والتي فرضت على المجتمع الدولي (ذلك أن الحروب تتسم باستعمالات متزايدة وواسعة للبحار والمحيطات)، كما أن التطور السريع في مجال الأسلحة بأنواعها الكيماوية، البيولوجية والنووية وغيرها، تسبب تدهور وتلوث للبيئة البحرية حين تشوب نزاعات مسلحة يكون ميدانها البحار، وكذلك تطور وسائل وأساليب القتال، كل هذا جعل البيئة البحرية بوضع غير مرضٍ في كثير من مناطق العالم بسبب الحروب.

إن استمرار هذه الحالة وتفاقمها على مر السنين، سيؤثر على خواص ونوعية الماء وتقليل منافعه، كما يعرض الاستعمالات البحرية والثروات الحية وصحة الإنسان والأماكن السياحية إلى المزيد من الأضرار، كما أن المساحات البحرية على سطح الكرة الأرضية تشكل نسبة كبيرة بالقياس إلى توزيع اليابسة، إلا أنها بطبيعتها تؤدي إلى توازن النظام البيئي.

لذلك فإن معرفة القانون الاتفاقي لحماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة يعتبر أهم الموضوعات لأنها هي أساس الحياة على وجه الأرض.

أقام القانون العريفي الذي نشأ قبل الحرب العالمية الثانية توازنا متناسبا بين الاحتياجات العسكرية والمقتضيات الإنسانية يتماشى مع الممارسات البحرية والمرائب الشرعية المعمول بها في القرن التاسع عشر، ولما كان ذلك العصر قد انقضى فإنه ينبغي تكييف القانون لكي يمكن صون التوازن نفسه، والأخذ في الوقت نفسه بالقواعد التي تتماشى مع المجرىات الحالية، ومن جهة أخرى، هناك عامل مهم آخر يجب أخذه في الحسبان عند كل صياغة جديدة للقانون المطبق في النزاعات المسلحة في البحار، وتقصّد بذلك أن مجالات أخرى للقانون الدولي أي قانون البحار والقانون الجوي وقانون البيئة قد أدخلت عليها تغييرات جذرية منذ الحرب العالمية الثانية.

ولا يقل تطور قانون النزاعات المسلحة في البرأهمية، لأن كل النزاعات المسلحة تشمل عمليات تتعاون فيها القوات البرية والبحرية والجوية تعاوناً وثيقاً، وليس من المنطقي بالتالي أن تكون المعايير المنطبقة على هذه القطاعات المختلفة مختلفة تماماً، وهذا ما جاءت به اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 وأيضاً البرتوكولين الإضافيين لها لسنة 1977.

ونتطرق في هذا البحث إلى قصور القانون الاتفاقي الإنساني عن حماية البيئة البحرية في المبحث الأول ثم إلى بداية الاهتمام الفعلي بحماية البيئة البحرية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: قصور القانون الاتفاقي الإنساني عن حماية البيئة البحرية. (الحماية غير المباشرة للبيئة البحرية):

يتعين هنا أولاً تعريف المقصود بالحماية غير المباشرة للبيئة البحرية، يتعلق الأمر ببساطة بمراعاة أنه حتى بداية أعوام السبعينات، كان القانون الدولي الإنساني يركز " من الناحية التقليدية على البشر من حيث نطاقه ومن حيث مجال دراسته "، لذلك فإن البيئة البحرية بوصفها هذا لم تذكر في هذه الصكوك (إذ لم تكن فكرة البيئة قد ظهرت بعد اعتماد معظم تلك الصكوك)، غير أنه يلاحظ أن بعض الأحكام والنصوص تحمي البيئة البحرية، ومنها على سبيل المثال الأحكام التي تتعلق بالممتلكات الخاصة أو بحماية الأعيان المدنية وأيضاً الأحكام الخاصة بتحريم استخدام بعض الأسلحة، وهذا ما نطلق عليه عبارة الحماية غير المباشرة للبيئة البحرية، ويمكن الإطلاع على مثل هذه الأحكام في عدة معاهدات دولية ومعظمها الآن ذات طابع عرقي.

وعليه نتطرق في هذا المطلب إلى نقطتين هامتين، الأولى تتعلق باهتمام القانون الاتفاقي الإنساني بالأفراد المدنيين في فرع أول ثم ثان إلى ضعف اهتمام القانون الاتفاقي الإنساني بالبيئة البحرية.

المطلب الأول: اهتمام القانون الاتفاقي الإنساني بالأفراد المدنيين:

منذ نشأة القانون الاتفاقي الإنساني فهو يركز على حماية البشر والمدنيين، وتنظيم أساليب وسائل الحرب، فلم يهتم بحماية البيئة لأنه مفهوم حديث النشأة، ولكن كل هذا لم يمنع من وجود أحكام تحمي البيئة بطريق غير مباشر، وعليه سنتطرق لهذه الأحكام وفق النقاط التالية:

1- اتفاقية "لهاي" الثالثة لعام 1899:

والتي جاءت تحت عنوان " كيفية تطبيق المبادئ الإنسانية على الحرب البحرية "، لم يسبق للمجتمع الدولي قبل هذه الاتفاقية أن تناول موضوع قواعد قانون الحرب في البحار، بل كان

التدوين جاريا حول تنظيم وسائل القتال التي تنطبق على الحروب البرية فقط، وهذه الاتفاقية نجدها قد نقلت مختلف المبادئ الإنسانية المعروفة في نطاق الحرب البرية إلى مجال تسيير الأعمال الحربية التي تجري في البحار، ومن ثمة وضعت الأسس لحظر التعرض لوسائل النقل البحري التي جاءت ما بين المادة الأولى وبين المادة الثالثة، وحظرت أيضا مهاجمة سفن المستشفيات التي يجهزها الأفراد أو جمعيات الإغاثة لنقل الجرحى والمرضى، وكل ما جاء في هذه الاتفاقية إنما يعبر عن التزامات باحترام الفرد الإنساني في ظروف الحرب البحرية⁽¹⁾، ولم تتناول المسائل المتعلقة بحماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة.

2- اتفاقية "لاهاي" لعام 1907:

خرج مؤتمر لاهاي 1907 بـ 13 اتفاقية أغلبها متعلقة بالحروب البحرية، وهي 8، ولكننا سنركز على الموضوعات الهامة التي جاءت بها هذه الاتفاقيات وهي:

أ - وضع السفن التجارية في الحروب: وقد نصّت عليها الاتفاقية السادسة والسابعة، بحيث تتعلق الاتفاقية السادسة بوضع السفن التجارية في حروب مسلحة للعدو عند بدء العمليات العدائية، حيث تقوم على مبدأ التمييز بين السفن التجارية والسفن البحرية عند انطلاق العمليات العسكرية، ولا ننسى أن الدول كثيرا ما تجنّد أساطيلها البحرية سواء كانت سفنا تجارية أو حربية، و الاتفاقية السابعة تتعلق بتحويل السفن التجارية إلى سفن حربية.

ولا ننسى أن هذه السفن التجارية أو الحربية تكون عرضة للقصف والتدمير من قبل الغواصات ثلاث نظريات وهي:

النظرية الأولى (وهي نظرية ألمانية): وتقول بإباحة حرب الغواصات إباحة مطلقة شاملة وذلك عملا بحق الضرورة ولأن الغواصات سلاح الأضعف بحريا أي لأنها سلاح دفاعي.

النظرية الثانية (وهي النظرية الانجليزية): وتقول بتحريم استعمال الغواصات ضد تجارة الأعداء، وذلك لأنها سلاح هجومي غادر ضد السفن لا يسمح بطبيعته باتخاذ التدابير التي ينص عليها قانون الغنائم البحرية (الإنذار، الزيارة، التفيتش، إنقاذ الركاب...).

النظرية الثالثة (و هي نظرية فرنسية): وتقول بوجوب تنظيم استعمال هذا السلاح ووضع قواعد قانونية لهذا الاستعمال.

⁽¹⁾ د/ صلاح الدين عامر، حماية البيئة إبان النزاعات المسلحة في البحار، م.م.ق.د، العدد 49 سنة 1993، ص 30.

فهذه هي المواقف النظرية قبل حرب 1914، وقد كانت هذه الحرب مناسبة لصراع هذه المفاهيم الثلاثة، أما ألمانيا فقد بدأت بين 1914 - 1916 باستخدام الغواصات في مناطق محدودة اعتبرت مناطق حربية يمكنها منها إغراق السفن المحايدة التي تدخل فيها دون إنذار (المياه حول الجزر البريطانية بما فيها مياه المانش)، ولكنها بدءاً من 01 فيفري 1917 أطلقت مبدأ حرب الغواصات الشاملة مستخدمة هذا السلاح كورقة أخيرة ضد الملاحة التجارية للحلفاء أعدائها وللمحايدين، وقد جرّ عليها هذا الموقف المخالف للأعراف الدولية في الحرب البحرية سخط الدول المحايدة، فقطعت الولايات المتحدة الأمريكية العلاقات الدبلوماسية معها ثم أعلنت الحرب عليها، وكذلك كان موقف الصين والبرازيل اللتين أعلنتا الحرب عليها لهذا السبب، وكانت الخسائر في حرب الغواصات كبيرة جداً، حيث بلغت 11 مليون طن في ذلك الحين، وكل هذه الكمية ساهمت في تلويث البحر إلى درجة كبيرة.

أما رد الحلفاء (فرنسا وبريطانيا على الأخص) فكان تديباً ثانياً مخالفاً أيضاً للقانون الدولي، إذ منعوا نقل البضائع التي يملكها محايدون من ألمانيا وإليها تحت طائلة إعادة البضائع أو مصادرتها مع التعويض.

لهذا كله وعلى ضوء تجارب الحرب العالمية الأولى طرح تنظيم استخدام الغواصات في مؤتمر تحديد السلاح البحري المنعقد في واشنطن عام 1921 - 1922، لكن معاهدة واشنطن الموقع عليها في 06 فيفري 1922 والتي منعت استخدام الغواصات لتدمير السفن التجارية لم تحظ بالتصديق، ولقد كان سبب إخفاقها قسوة النص الوارد في المادة الثالثة منها، والذي يجازي المخالفين بأحكامها بمعاملتهم كاصوص بحر، لهذا جاءت معاهدة لوندرة 1930 بنصوص متواضعة ولكنها قابلة للتطبيق، فلقد أخضعت هذه المعاهدة الغواصات إلى القواعد العامة التي تطبق على وحدات السطح، ولقد دخلت معاهدة لوندرة في النفاذ منذ 31 ديسمبر 1930 وعرضت نصوصها لانضمام الدول إليها في بروتوكول لوندرة لعام 1936 (06 نوفمبر)، وقبل الحرب العالمية الثانية كان هناك 48 دولة (بينها الدول الحربية الكبرى) مرتبطة كأطراف بالاتفاقية.

ولقد كان هناك - قبل الحرب العالمية الثانية - اعتقاد واسع يعتبر تدمير الغواصات للسفن التجارية عمل قرصنة وخرقاً لأنظمة القانون الدولي إذا لم يوافق مثل هذا العمل حماية كافية لركاب تلك السفينة وبحارتها على حد سواء.

ثم جاءت الحرب العالمية الثانية، وجاء معها عدد أكبر من الغواصات وطرق جديدة لتمويلها وإصلاحها ومد نطاق عملها، واتسمت هذه الحرب باستخدام واسع للغواصات في كل الدول المتحاربة، وكانت النتائج هائلة، إذ دمرت حمولة 39 مليون طن من أصل 69 مليون طن كان يملكها العالم في عام 1939 (تحملت U. S. A و U. K والترويج ثلاثة أرباع هذه الخسائر)، وإذ أغرقت 700 غواصة ألمانية وفقد 25 ألف بحار وأسر 5 آلاف من أصل مجموع 40 ألف بحار ألماني.

والذي يدعو للأسف أن النصوص الواردة في اتفاقية "لونردي" لم تحترم من الطرفين المتحاربين معاً، هذا مع العلم أن السفن التجارية التي تبحر تحت حماية السفن الحربية أو الطائرات الحربية يمكن مهاجمتها دون إنذار، وأن مثل هذا الإجراء يعتبر إجراءً قانونياً اليوم، كذلك السفن التجارية التي ألحقت بسفن الدول فإنها تعتبر سفناً حربية لاندماجها في المجهود الحربي⁽¹⁾.

وعليه نلاحظ أن الاتفاقيات التي جاء بها مؤتمر لاهاي لعام 1907 والتي غالبيتها تتعلق بالحرب البحرية لم تشر إلى حماية البيئة البحرية بشكل غير مباشر، ولكن كل هذا لم يمنع من أن تكون هذه البيئة عرضة للتلوث أثناء الحربين العالميتين الأولى والثانية كما لاحظنا سابقاً.

ب- زرع الألغام: والمرجع القانوني الوضعي بشأن الألغام واستخدامها هو الاتفاقية الثامنة من اتفاقيات لاهاي 1907، والألغام أنواع، ولقد تطورت صناعتها كثيراً بين اتفاقية لاهاي وبين اليوم، فالنوع القديم كان النوع الكهربائي الذي يتم توجيهه من مركز ملاحظة على البر، أما اليوم فالألغام المستخدمة تتم في الاتصال وهي أنواع: الألغام الثابتة أو المثبتة وكانوا يسمونها ألغام الحصار، والألغام العائمة وهي تلك التي تنفجر من مجرد الاصطدام مع أي عائق، والمغناطيسية وهي تلك التي تتشوق لمرور كتلة معدنية بقربها لتتدفع ألياً إليها، ولقد قدمت الولايات المتحدة الأمريكية في حصارها لشاطئ الفيتنام الشمالية (8 ماي و17 ديسمبر 1972) أنواعاً جديدة: مغناطيسية سمعية، وعاملة بالضغط، ومرتكنة إلى مرسة، وكلها ألقيت بالطائرات، وأكثر هذه الأنواع لا تشملها اتفاقية لاهاي الثامنة، لأنها لم تكن معروفة يوم توقيع الاتفاقية.

فلقد تجاوز هذا السلاح اتفاقية لاهاي، ومع هذا لا نرى بأساً في عرض أحكام هذه الاتفاقية بإيجاز، والخلاصة في هذا الشأن أن الاتفاقية تقيم تمييزاً بشأن الألغام مؤسساً على نوعها، فالألغام الثابتة (المربوطة بالحبيل) إذا ظلت خطيرة بعد قطع الحبال وكذلك الألغام العائمة يحرم استخدامها إلا إذا كانت مصنوعة على أساس انتهاء خطرها بعد ساعة من إضاعة زارعها سيطرته

⁽¹⁾ ولهذا برأت محكمة نورمبرغ الأميرال دونيتز في قضية الغواصات الألمانية غير المحدودة في الحرب العالمية الثانية، وذلك لأن السفن التجارية البريطانية قد ألحقت بالبحرية الملكية ولذلك فإنها تعتبر سفناً حربية.

عليها أو رقيبته لها، وتوجب الاتفاقية على المتحاربين اتخاذ كافة الاحتياطات لكفالة سلامة الملاحة السلمية (إعلان عن مناطق خطرة، إقامة خدمات إرشاد للمرور عبر حقول الألغام، مراقبة هذه الحقول...)، كما أنها توجب نزع هذه الألغام بعد انتهاء عمليات القتال، وتوجب الدلالة الدقيقة على أماكنها⁽¹⁾ (يتم هذا عموماً في اتفاقيات الهدنة حيث تلتزم الدولة المنهزمة بالدلالة على مواضع ألغامها وبإزالة هذه الألغام)، وهذا حتى لا تكون السفن التجارية الناقلة للبتروك خصوصاً عرضة للانفجار بهذه الألغام وما ينتج عنه من تلويث هائل للبحر بالبتروك.

ومن المفيد كذلك أن نذكر أن المادة الثانية من الاتفاقية بشأن استخدام الألغام تمنع الحصار عن طريق الألغام بزرعها أمام مداخل شواطئ وموانئ الدول المعادية بهدف منع الملاحة التجارية الدولية معها على الجميع (المحايدين والمحاربين)، ولهذا اعتبر الفقه أن عمل الولايات المتحدة الأمريكية بحصار موانئ وشواطئ فيتنام الشمالية عام 1972 هو عمل غير مشروع دون أدنى شك نظراً لما أحدثته من دمار هائل بالبيئة البحرية بهذه الدولة وسواحلها.

ويرد اليوم السؤال حول المسؤولية الدولية للدولة التي تسبب استخدام الألغام وتخل بأحكام الاتفاقية الثامنة، أما القضاء الداخلي للدول فيرفض تحميل دولة الألغام المسؤولية الدولية لأسباب عدة (أهمها مثلاً أن ذلك من أعمال السيادة لا يجوز للقضاء النظر فيه)، غير أن القضاء الدولي في قضية " مضيق كورفو " قد حمل ألبانيا مسؤولية انفجار ألغام انفجرت تحت المدمرات البريطانية في 1946/10/22.

والحقيقة: يطرح اليوم جدياً أمر تنظيم استخدام الألغام بعد أن كشفت الحربان العالميتان دورها المدمر الخطير في الدفاع⁽²⁾ والهجوم⁽³⁾ وأثرها على البيئة البحرية، ولا يوجد تنظيم

⁽¹⁾ هذا ما جاء في اتفاقية الهدنة الفرنسية الألمانية في الحرب العالمية الثانية وهي الهدنة الموقعة في 22 جوان 1940 بعد انكسار فرنسا، وهو عين ما جرى في تصريح برلين 5 جوان 1973 حول إنهاء القتال في فيتنام وقع على الولايات المتحدة الأمريكية عبه نزع الألغام وتدميرها مع احترام سيادة فيتنام الشمالية.

⁽²⁾ ردت الدولة العثمانية هجوم الحلفاء على الدردنيل في الحرب العامة الأولى (18 مارس 1915) بالألغام حيث حطمت المدرعة الفرنسية " بوفيه "، والمدرعتين البريطانيتين " المحيط " و" التي لا تقهر " irrésistible "، حيث خرجت من الصراع سفن حربية أخرى للإنجليز والفرنسيين، ونتيجة هذا التدمير تلوثت البيئة البحرية بشكل رهيب.

⁽³⁾ زرع الألمان في الحرب لعالمية الأولى 46 ألف لغم دفاعاً عن الشواطئ وهجوماً بعد ذلك، وقد زرعت بواسطة الغواصات البحرية بطريقة فنية خاصة أثبتت فعاليتها عندما أودت بالمدرعة الإنجليزية " Hamp ship " وبالمارشال كيتشنر وزير الحرب البريطاني، أما في الحرب العالمية الثانية فقد زرع المتحاربون 600 ألف لغم حيث كون بعضها سدود، يصعب النفاذ منها في بعض المناطق الحساسة، وكما نعلم فقد أدت هذه الألغام إلى تفجير عدة سفن تجارية منها الناقلة للبتروك التي أدت إلى تلويث كبير بالبيئة البحرية.

بهذا الصدد سوى معاهدة 11 أبريل 1971 التي منعت أن توضع أسلحة نووية أو أسلحة دمار شامل على قاع البحار والمحيطات وفي باطن أرضها منعا يسري بعد 12 ميلا من خط الأساس الذي يقاس منه البحر الإقليمي لكل دولة ، ومن المتمق عليه في الفقه أن الألغام هي أسلحة دمار شامل وأنها داخلة في المنع⁽¹⁾ ، و الاتجاه هو كسح الألغام التي يضعها أحد المتحاربين في البحر العالي، بل هو منعها وقمعها عند اللزوم باسم المصالح الحيوية للمجتمع الدولي وحركة الملاحة كما جرى في أحداث الخليج منذ سبتمبر 1987 إلى الآن.

ج - القصف البحري: وقد نظمتها الاتفاقية التاسعة من اتفاقيات لاهاي 1907 التي نقلت إلى الحرب البحرية قواعد القصف البرية التي تقوم على مبدأ التمييز بين المدن المفتوحة والمدن المحمية ، هذا مع العلم أن الفارق كبير بين المدن البحرية والمدن الداخلية ، فمن السهل جدا تحويل ميناء في ساعات معدودة من ميناء مفتوح إلى ميناء محمى وذلك بوضع نطاق من الألغام أمامه أو وصول قطع حربية إليه ، ومن الأفضل في الحرب البحرية أن يكون الضابط لجواز القصف تواجد أهداف عسكرية داخل المدينة أو في جوارها المباشر وعدمه.

وهناك تحفظان في الاتفاقية التاسعة يجيزان استثناء قصف المدن المفتوحة ، فقد أجازت الاتفاقية للقطع البحرية ضرب المدن المفتوحة لتدمير المنشآت العسكرية والسفن الحربية الموجودة في الميناء المفتوح كما أجازت القصف في حال رفض السلطات المحلية (سلطات الميناء) تنفيذ أمر بمصادرة المؤن والذخائر الضرورية لحاجات الأسطول المعادي الملحة ، غير أن الاتفاقية أوجبت في هاتين الحالتين الاستثنائيتين وجوب الحد من الإضرار ويتم ذلك بإنذار مسبق بالقصف وياحترام المستشفيات ومؤسسات الإحسان والمؤسسات العلمية والأثرية والأبنية الدينية التي يشير إليها سكان المدينة المقصوفة.

هذا هو القانون أما الواقع فهو شئ آخر ، فلم يحترم الأسطول الإيطالي قواعد لاهاي عندما أقدم في 25 فيفري 1912 على قصف مدينة (بيروت) رغم إعلان الدولة العثمانية كونها مفتوحة ، وذلك أثناء الحرب الإيطالية- العثمانية بشأن ليبيا ، وفي الحرب العالمية الأولى (1914) أقدم الألمان على قصف مدينتي "بونة" و " فيلبفيل" الجزائريتين رغم إعلان كونهما مفتوحتين ، وفي الحرب الأهلية الإسبانية (1936 - 1939) قصفت الوحدات الوطنية الانقلابية قسفا

⁽¹⁾ أسلحة الدمار الشامل تشمل ضمن الأسلحة الجرثومية والكيميائية وكل سلاح لا يمكن السيطرة على فعله بعد انطلاقه بحيث لا يمكن الحد من نشاطه في الزمان والمكان وبحيث يؤدي إلى تدمير شامل لكل كائن حي وبيئته تدميرا غير متناسب مع الهدف الذي أريد الحصول عليه.

وحشيا مدن شواطئ المتوسط الحكومية رغم إعلانها مدن مفتوحة (فلنسيا، برشلونة، كطلونيا)، وقد كان ذلك مخالفة صريحة لاتفاقية لاهاي وفي الحرب العالمية الثانية قصف الفرنسيون والإنجليز في 1940 و 1941 مدينة (جنوه) الإيطالية رغم إعلانها مدينة مفتوحة، كل هذا أدى إلى تدمير هائل للبيئة البحرية نتيجة لهذه المخالفات رغم عدم نص الاتفاقية على حماية البيئة البحرية، ولكن بصفة غير مباشرة نكتشف أن منع القصف العشوائي على المدن الساحلية وتخريب البنية التحتية للمدن هو حماية للمدنيين والأعيان ومن ضمنها البيئة البحرية، ولكن المخالفات لاتفاقية لاهاي كثيرة ومتعددة، وهذا وحده دليل على عدم فعالية النصوص وعلى عدم تلاؤمها مع الظروف الجديدة.

3- تقييم أحكام اتفاقيتي لاهاي بخصوص حماية البيئة البحرية:

وجهت عدة انتقادات لهذه الاتفاقيات من حيث قصورها على حماية البشر وبيئته من آثار الحروب وأيضا من حيث التطور الهائل والمتسارع لوسائل الحرب وأساليبها بحيث لا تستطيع هذه الاتفاقيات مواكبة هذا التطور، كما أن ربط البيئة البحرية بالأعيان المدنية أو ذات الطابع المدني لا يحقق نتيجة إيجابية من أجل حماية البيئة البحرية، لأن العدو أو أطراف النزاع يكون هدفهم إضعاف العدو بكل الوسائل حتى بيئته تستعمل لنفس الغرض، وعليه رغم أن نصوص اتفاقيات لاهاي حين تحرم استعمال سلاح معين بشكل عشوائي مثلا فهي تحمي السفن التجارية المحايدة وبالتالي تحمي البيئة البحرية من خطر التلوث سواء كان نفطيا أو إشعاعيا، ولكن هذا غير كاف.

ولكن الشيء الجديد في هذا المؤتمر هو ديباجة الاتفاقية الرابعة التي أشارت إلى أن الأطراف المتعاقدة قد وجدت أنه كان من المستحيل عليها أن تضع نصوصا تواجه بها جميع الحالات الواقعة التي قد تنشأ في الممارسة الفعلية، بيد أن هذه الحالات لا يجب أن تترك لتقدير ولتحكم القادة العسكريين، حيث تضمنت الديباجة ما يعرف بصيغة مارتيز التي تقرر أنه حتى يتم التوصل إلى تقنين كامل لقوانين الحرب، فإن الأطراف يعلنون أن المدنيين والمقاتلين يظلون في الحالات التي لا تشملها النصوص التي أقرها الأطراف تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي، كما استقر بها العرف ومبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام.

ومن نص الديباجة نلاحظ أنه يمكن تطبيق مبدأ مارتيز على البيئة البحرية لحمايتها، لأننا لا يمكن أن نتركها لتقدير وتحكم القادة العسكريين وجعلها أهدافا عسكرية أثناء الهجوم البحري، بل نطبق مبادئ القانون الدولي المتعلق بحماية البيئة البحرية.

ونجد أن الاتفاقية الرابعة المتعلقة بالقوانين وعادات الحرب البرية لعام 1907 تتضمن لائحة ملحقها بها، وجاء في هذه اللائحة حكما هو المادة 23 البند (ز) يجدر ذكره هنا، فهذه المادة توضح جيدا منهج "تركيز البشر" الذي أشرنا إليه، بيد أن المادة 23 التي تحظر "تدمير أو مصادرة ممتلكات العدو، فيما عدا الحالات التي تحتم فيها الظروف الحربية هذا التدمير والاستيلاء" تشكل إحدى أقدم قواعد حماية البيئة في فترة النزاع المسلح⁽¹⁾.

وأیضا لو رجعنا إلى الاتفاقيات الثمانية الخاصة بالحرب البحرية لا نجد لها تحمي البيئة البحرية مباشرة ولكنها تدخلها ضمن الأعيان المدنية التي لا يجوز تدميرها⁽²⁾.

المطلب الثاني: ضعف اهتمام القانون الاتفاقي الإنساني بحماية البيئة البحرية:

و نتناول في هذا المطلب اهتمام القانون الاتفاقي بالبيئة بصفة عامة كنقطة أولى ثم اهتمام القانون الاتفاقي بالبيئة البحرية كنقطة ثانية.

1- اهتمام القانون الاتفاقي بالبيئة بصفة عامة:

يتجسد هذا الاهتمام في بروتوكول جنيف لعام 1925، حيث أبرم في 17 جوان 1925، يتعلق بخطر الاستخدام الحربي للغازات الخانقة أو السامة أو ما شابهها والوسائل الجرثومية في الحرب بحيث جاء هذا البروتوكول بقيود وهي:

أ- القيود على الأسلحة الكيماوية وحماية البيئة البحرية: تناولت بعض قواعد القانون الدولي الإنساني موضوع البيئة بشكل غير مباشر، إلا أنه في نية واضعيها في ذلك الوقت أن يكون من بين الأهداف المقصودة من ورائها حماية البيئة في حد ذاتها، مثل ذلك القواعد الاتفاقية والعرفية التي تقيّد أو تحدّ من استخدام السموم في الحرب التي وضعت لتفادي أو لتجنب المعاناة غير الضرورية للمتحاربين، فضلا عن آثارها العشوائية التي تلحق بالمتحاربين وغيرهم، إلا أن من المؤكد بأنه لم يندرج ضمن اهتمامهم آنذاك الآثار الناجمة عن هذه السموم على النظام البيئي المحيطي بموقع استخدام هذه الأسلحة السامة⁽³⁾.

(1) أنظر لائحة الحرب البحرية الملحقه باتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907.

(2) جاء بكتبه، مبادئ القانون الدولي الإنساني، معهد هنري دونان، جنيف 1975، ص 5.

(3) د. رشاد السيد/ حماية البيئة في النزاعات المسلحة الدولية، مجلة القانون والاقتصاد القاهرة العدد 62، السنة 1992، صفحة 11.

وقد أعدّ الفقيه "جروسيوس" دراسة في قانون الحرب كشفت عن أن القيود المفروضة على استخدام السموم في الحرب كانت موجودة منذ الأزمنة القديمة⁽¹⁾، وهذا يمثل القيود التقليدية الأولى على الأسلحة الكيماوية، كما تطور هذا الخطر فيما بعد ليشمل مختلف الوسائل الكيماوية التي تستخدم في الحروب، ومما ورد في تحديد الوسائل الحربية الكيماوية في أنها تمثل الاستخدام المتعدد للسموم السائلة كانت أم الصلبة لإحداث وإيقاع إصابات⁽²⁾.

وقد برز الاهتمام الدولي لمعالجة هذا النوع من الوسائل القتالية في مؤتمر بروكسل عام 1874 عندما تبنت الدول المشاركة إعلانا دوليا بخصوص قوانين وأعراف الحرب، وتضمنت (المادة 1/13) من هذا الإعلان ما يلي: "إن الدول المشاركة تلتزم بالامتناع عن استخدام السم أو الأسلحة السامة"⁽³⁾، كما دعا إعلان لاهاي لعام 1899 المتعلق بالغازات السامة أو الضارة بالصحة⁽⁴⁾، وأعيد التأكيد على نفس المضمون في اتفاقية لاهاي الرابعة للقوانين وأعراف الحرب البرية لعام 1907 في المادة الثالثة والعشرين التي حظرت استخدام السم أو الوسائل القتالية السامة في الحرب⁽⁵⁾.

وعلى الرغم من الجهود الدولية السالفة، فقد تم استخدام الأسلحة الكيماوية في الحرب العالمية الأولى، فقد استخدم الألمان غاز الفوسيجين وغاز الخردل وكان ذلك عام 1918، وفي أعقاب ذلك اتفقت الدول على وضع بروتوكول يتعلق بخطر استخدام الغازات الخانقة أو السامة أو ما شابهها والوسائل البكتريولوجية في الحرب، وقد تم توقيعه في جنيف عام 1925⁽⁶⁾ وقامت دول عديدة بالتوقيع عليه ودخل حيز النفاذ في 3 نيسان 1928، إلا أن عددا من الدول الكبرى وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية لم توقع عليه إلا عام 1975 بعد أن استفذت كل أمل في كسب الحرب مع الشعب الفيتنامي، على الرغم من استخدامها أنواعا

⁽¹⁾ H. GROTIUS, DEJURE BELLI AC . PACIS . LIRRIS . TRES . CH. 4 et 15-16 , reprinted in 2classics of international law, 1964 pp 651 – 653 .

أشار إليه د. رشاد السيد، المرجع السابق، ص 12.

⁽²⁾ د. عمر إسماعيل سعد الله، تدوين القانون الدولي الإنساني، محاضرات أقيمت على طلبه الماجستير في كلية الحقوق، الجزائر، سنة 1997.

⁽³⁾ D.SCHINDLER et J. TOMAN , the laws of armed conflict

A collection of conventions and other documents 2 , ed 1981 , p 29

⁽⁴⁾ المرجع السابق، ص 100.

⁽⁵⁾ أنظر محاضرات د عمر سعد الله إسماعيل، المرجع السابق.

⁽⁶⁾ د. رشاد السيد، المسؤولية الدولية عن أضرار الحروب العربية الإسرائيلية، الجزء 2 عمان 1984، ص 266 – 267.

عديدة من الغازات السامة، الأمر الذي أدى في ذلك الوقت إلى تكثيف الجهود الدولية ضمن إطار منظمة الأمم المتحدة للتوصل إلى صيغة دولية لضبط استخدام الأسلحة الكيماوية وبشكل خاص الغازية منها.

وقد أسفرت الجهود عن إصدار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 5 كانون الأول عام 1966 القرار رقم (2162ب) الذي يدعو إلى مراعاة نصوص بروتوكول جنيف عام 1925 بشأن حظر استخدام الغازات السامة.

أما فيما يتعلق بموقف قواعد قانون النزاعات المسلحة من الأسلحة الكيماوية المتمثل في حظر استعمالها فتكثفه جوانب بيئية، وبشكل أساسي بالنسبة للأثار غير التمييزية الناجمة عن استخدامها، ذلك أن استخدام مثل هذه الأسلحة قد يحقق الهدف المرجو من ورائها المتمثل في القضاء على عدد كبير من الأفراد العسكريين، إلا أن هذا النوع من الأسلحة لا يمكن السيطرة عليه أو التحكم فيه، ذلك لأنه يتأثر في توجيهه بعدة عوامل منها حركة الرياح والمطر وغيرها والعوامل التي تتحكم في انتشاره ووصوله إلى الهدف العسكري، وليس من المستبعد أن تتحول إلى أهداف أخرى قد تكون مدنية.

إضافة إلى ما تقدم، فإن استعمال هذه الأسلحة تؤدي إلى الإضرار بالبيئة بأنواعها الثلاث البرية والجوية وأيضا البحرية، رغم أن أحكام هذا البروتوكول لا تعالج النزاعات المسلحة التي تدور في البحر فلم تبين أحكامه هل تطبق على النزاعات الدولية التي تدور في البحر أو في البر⁽¹⁾.

ب- القيود على استخدام الأسلحة الجرثومية وحماية البيئة البحرية: كشف التقدم العلمي عن إمكانية استخدام الكائنات الحية كوسيلة قتالية في الحرب، وقد عرف John Stone الوسائل القتالية الجرثومية بأنها "الاستخدام العسكري للكائنات الحية أو ما ينتج عنها من إفرازات سامة بهدف إحداث الوفاة أو الإعاقة أو الضرر للإنسان أو لحيواناته أو لمحاصيله"⁽²⁾.

وقد برزت المحاولة الأولى لحظر هذا النوع من الوسائل القتالية في بروتوكول "جنيف" لعام 1925 الذي اتفقت فيه الأطراف على توسيع نطاق الحظر ليشمل الأسلحة الكيماوية، وكذلك استخدام الأساليب والوسائل الجرثومية في الحرب.

⁽¹⁾ محاضرات الدكتور عمر سعد الله إسماعيل. مرجع سابق.

⁽²⁾ John Stone, Ecocide and the Geneva Protocol, Forien Affaires, (July 1974) P 711.

ويلاحظ من نصوص البروتوكول جنيف لعام 1925 أنه يحظر استخدام الوسائل الجرثومية إلا أنه لا يحظر إنتاج أو تخزين وتطوير مثل هذه الأسلحة⁽¹⁾، وقد تمت معالجة هذه الثغرة في الاتفاقية التي أبرمت عام 1972 والتي حظرت إنتاج وتطوير وتخزين الأسلحة الجرثومية⁽²⁾، وفي ضوء ذلك فقد أصبح الآن من الأمور غير المشروعة إنتاج وحيازة الأسلحة الجرثومية.

وتجدر الإشارة في هذا السياق أيضا أن السلاح يعتبر محرما بذاته إذا ما ورد نص على تحريمه في قاعدة دولية اتفاقية أو عرفية، وتحريم هذا السلاح مطلق في كل الظروف، مثال ذلك القاعدة الدولية التي تنص على الأسلحة الكيماوية أو الجرثومية، فاستخدام هذه الوسائل محظور في كل الظروف والأحوال سواء استخدمت ضد الأهداف العسكرية أو ضد الأهداف المدنية، إلا أنه وفي نفس الوقت لا بد من التفريق بين السلاح المحرم بذاته وبين الوسيلة، فإنه لا تقوم ضرورة إلى وجود قاعدة دولية، أما بالنسبة لتحريم الوسيلة، فإنه لا تقوم الضرورة إلى وجود قاعدة دولية بل يكفي أن تخالف هذه الوسيلة المبادئ الأساسية في قانون النزاعات المسلحة للقول بعدم مشروعيتها⁽³⁾.

ويمكن الكشف عن الآثار التي تطلال البيئة البحرية من جراء استخدام الوسائل الحربية البيولوجية في ضوء الدروس والعبر المستفادة من التجربة البريطانية في جزيرة (GRUINAR) والتي تم فيها إجراء تجارب على البكتيريا التي تسبب مرض (الجمرة) وهذه البكتيريا تسبب مرضا للإنسان والحيوان على حد سواء، وقد أدت هذه التجربة إلى جعل الجزيرة غير صالحة للسكن حتى اليوم، والسبب يعود إلى النمو والتكاثر الكبير لهذه المكروبات الدقيقة التي أدخلت إلى الجزيرة، والتي غدت أجزاء من نظامها البيئي⁽⁴⁾.

ونجد أن الأسلحة الجرثومية لا تستخدم على نطاق واسع في الحرب، وإذا ما أطلق العنان لاستخدامها فإن الأضرار التي ستلحقها بالبيئة عموما والبيئة البحرية بشكل أخص ستكون

⁽¹⁾ - Also SPIRI, the law of war and Dubions waepons (1975), P 5

Report on CBR (Chemical, Biological and Radiological warfare) H.R.Rep. N° 815

86 th cong 1 st Sess (1959) p, 56

أشار اليه الدكتور رشاد السيد، حماية البيئة في المنازعات المسلحة، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، العدد 62 السنة 1992، ص 62.

⁽²⁾ عقد اتفاقية حظر استحداث وتخزين الأسلحة البيولوجية والتكسينية وتدمير تلك الأسلحة في أفريل 1972 ودخلت حيز النفاذ في مارس 1975 : أيضا أنظر نص المادة الأولى منها .

⁽³⁾ أنظر د/ رشاد السيد، حماية البيئة في النزاعات المسلحة مرجع سابق ص 63.

⁽⁴⁾ أشار اليه د/رشاد السيد، المرجع السابق: Wering Enviromantal warfare 15 ENVTL. L 1985

مروعة جدا، حيث إنها بطبيعتها واسعة الانتشار وطويلة الأمد، ومن الصعوبة بمكان إزالة آثاره أو السيطرة عليها، فضلا عن كونها غير تمييزية وعشوائية الأثر، وتسبب معاناة غير لازمة للمقاتلين وغيرهم.

وتعتبر اتفاقية حظر الأسلحة البيولوجية (البكتريولوجية) أول اتفاقية تخص نزع السلاح، وهي الأولى المتضمنة إزالة فئة كاملة من الأسلحة، وهي إحدى أسلحة الدمار الشامل، كما أن هذه التسمية هي طويلة ومعقدة والبديل لها كما أسماها الدكتور إسماعيل عمر سعد الله هي الأسلحة الصامتة⁽¹⁾، وهذه التسمية نابغة من الطبيعة المحددة، وذلك لكونها تعالج أنواعا من الأسلحة غير المرئية، وأنها تعتبر أكثر خطورة من الأسلحة الكيماوية بل حتى أخطر من الأسلحة النووية ذاتها.

وعليه فإن بروتوكول جنيف لعام 1925 يمثل مرجعا هاما للاتفاقية الخاصة بالأسلحة البيولوجية والكيماوية، رغم أهميته فإن الدول تحتفظ بحق المعاملة بالمثل في حالة استخدام الأسلحة البيولوجية، ولكن نلاحظ أن الدول قد تخلت عن تلك التحفظات في السنوات الأخيرة ومنها: إيرلندا سنة 1972 سحبت تحفظها، أستراليا 1989، نيوزيلندا 1989، منغوليا 1990، تشيك سلوفاكيا سنة 1990، UK سنة 1991، إسبانيا 1992، روسيا 1992، جنوب إفريقيا 1996 بلجيكا 1997، ويمكن سرد مواقف بعض الدول:

روسيا: باعتبارها خليفة الاتحاد السوفييتي المنحل عام 1991 فإنها ورثت التزاما بتنفيذ هذه الاتفاقية، حيث قام الرئيس الروسي بورييس إيلتسين في عام 1992 بإصدار مرسوم أقر فيه بحظر تطوير بيولوجي وبكتيري في كل إقليم، وتضمن المرسوم عقوبات على انتهاكات الاتفاقية لسنة 1972 وجاءت في المادة 358 من قانون العقوبات الروسي، وهذه المبادرة هامة من دولة تملك عددا كبيرا من الأسلحة.

فرنسا: في عام 1972 كانت فرنسا قد أصدرت مرسوما يحظر هذه الأسلحة وما جاء في 1972 إلا انعكاسا للمرسوم وتكريسا لما جاء في مرسومها⁽²⁾.

(1) هذه التسمية وردت في محاضرات الدكتور عمر إسماعيل سعد الله، أقيمت على طلبة الماجستير قانون دولي سنة 1997 بعنوان تدوين القانون الدولي الإنساني. مطبوعة.

(2) القانون الفرنسي رقم 72 - 466 المؤرخ في 09/06/1972 يحظر الأسلحة البيولوجية والتكسيثية في أرضها، هذا القانون يماثل في أحكامه نص الاتفاقية 1925 تقريبا وفرض عقوبات جسيمة على المخالفين وهي غرامات والسجن، ونص على إجراءات معقدة تسمح من التأكد على مراعاة الخطر، وانظمت فرنسا إلى هذه الاتفاقية سنة 1984 وقامت بتحفظات على بعض بنود هذه الاتفاقية (1925).

2- اهتمام القانون الاتفاقي بالبيئة البحرية بشكل غير مباشر:

يتجسد هذا الاهتمام في اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، بحيث لا داعى لدراسة هذه الاتفاقية من حيث أساسها وهيكلها ولكن نشير إلى نص المادة 53، رغم أن هذه الاتفاقية لم تعالج موضوع حماية البيئة البحرية، فحينذاك لم تكن اعتبارات أو ضرورة حماية البيئة قد تبلورت بشكل يسمح بصياغتها في الاتفاقية، ومع ذلك فإن تلك الحماية لم تكن غائبة تماما عن الأذهان، حيث نصت المادة 53 من هذه الاتفاقية على أنه " يحظر على دولة الاحتلال أن تدمر أى ممتلكات خاصة أو ثابتة أو منقولة تتعلق بأفراد وجماعات أو بالدولة أو بالسلطات العامة أو المنظمات الاجتماعية أو التعاونية، إلا إذا كانت العمليات الحربية تقتضى حتما هذا التدمير.

وتعتبر المادة 147 من الاتفاقية المذكورة أيضا أن تدمير الأموال التى يتم على نطاق واسع يعد جريمة من جرائم الحرب.

ومنه نجد أن القيام بالتلويث المتعمد للبحار سواء بالبتترول أو القيام بتفجير الصواريخ النووية أو ضرب السفن الناقلة للبتترول بواسطة الأسلحة ذات التدمير الشامل المتجددة اعتداء على الأموال التي حظرت الاتفاقية تدميرها.

ويمكن أيضا اعتبار هذا التدمير بمثابة اعتداء على البيئة الطبيعية، فهناك شبه إجماع بين المختصين في علوم حماية البيئة على أن إهدار الثروات الطبيعية المتجددة أو غير المتجددة يعد اعتداء على البيئة الخاصة إذا ترتب عن هذا الإهدار أو الإضرار بالعناصر الأخرى للبيئة الطبيعية، وبالخصوص البيئة البحرية لأن التقدم العلمى والتكنولوجى للتقريب عن البترول أدى إلى اكتشافه والتقريب عليه في البحار حيث أقيمت منصات في البحار لذلك الغرض، لذلك فإن الاعتداء عليها يؤدي إلى إهدار الأموال وأيضا تلويث البيئة البحرية.

وخلاصة القول، نجد أن الاتفاقيات السابقة تربط البيئة البحرية بالأعيان المدنية، والأعيان المدنية هي كل الأهداف التي ليست أهدافا عسكرية، وهذا حسب تعريف نص المادة 25 من اتفاقية لاهاي لعام 1907 وعليه وفقا لهذا النص، فإن الأعيان المدنية يتم تحديدها بصورة سلبية، وارتباط البيئة البحرية بالأعيان المدنية يثير عددا من المشاكل لأنه لا يجوز الإضرار بها وتلويثها كالاستناد على الضرورة العسكرية، وذلك عن طريق الهجوم على السفن التجارية أو العسكرية بواسطة أسلحة الدمار المختلفة كالأسلحة الكيماوية

والجراثومية والتي تؤدي إلى تلويث كبير للبحار، وبالتالي تسقط الحماية الدولية للأعيان المدنية بمجرد الضرورة العسكرية، وهذا يعتبر قصورا كبيرا في حماية الأعيان المدنية.

المبحث الثاني: بداية الاهتمام الفعلي بحماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة (الحماية المباشرة للبيئة البحرية).

نتيجة لظهور مصطلح البيئة إثر مؤتمر ستوكهولم 1972، أدى إلى إجراء تعديلات على القانون الاتفاقي الإنساني وذلك لإعطاء الحماية للبيئة الطبيعية أثناء النزاعات المسلحة وهذا نتيجة لضعف اهتمام القانون العرفي التقليدي الإنساني عن إضفاء الحماية اللازمة للبيئة بحيث أن كل الاتفاقيات السابقة تركز الحماية على المدنيين والأعيان المدنية، وأن هناك موادا تحمي البيئة البحرية على العموم من التلوث الناجم عن استعمال الأسلحة المحرمة واستخدام أساليب ووسائل الحرب المختلفة والقصف العشوائي واستخدام الألغام البحرية وتدمير السفن التجارية البترولية وذلك بوضع قيود عليها.

وعليه نظرا لهذا التطور الحاصل في مفهوم البيئة أبرمت اتفاقيات دولية إنسانية تعالج موضوع حماية البيئة الطبيعية التي يتم دراستها وفق ثلاثة فروع هي:

1- اتفاقية حضر استخدام تقنيات تغيير البيئة لأغراض عسكرية أو لأي أغراض عدائية أخرى (اعتمدت في إطار الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1976 وتم التوقيع عليها سنة 1977) كفرع أول.

2- البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949 المعتمد في 1977 كفرع ثان.

ونشير إلى الروابط بينهما في فرع ثالث.

المطلب الأول: اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير البيئة لأغراض عسكرية (تحریم الاعتداء على البيئة):

نتطرق إلى مضمون الاتفاقية في نقطة أولى، ثم قصور الاتفاقية عن تحديد قواعد لحماية البيئة البحرية في النقطة الثانية.

1 - مضمون الاتفاقية:

تعتبر الممارسات التي قام بها الجيش الأمريكي في الهند الصينية والفييتنام والتي استخدم فيها وسائل قتالية مثل مبيدات الأعشاب والنباتات الخضراء واستمطار الغيوم أو بعثرة أو توزيع نوع من الضباب فوق المطارات ألحقت أضرارا بالغة بالبيئة وأثارت في نفس الوقت مخاوف

العديد من الدول في العالم⁽¹⁾، مهدت السبيل لوضع اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير البيئة لأغراض عسكرية تم اعتمادها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1976 بقرارها رقم (72/31)، وهي الاتفاقية المعروفة اختصاراً باسم (ENMOD) والتي جاء التوصل إلى اعتمادها خلال المفاوضات المتعددة الأطراف في مؤتمر جنيف للجنة نزع السلاح، ونتيجة لذلك القرار قام الأمين العام للأمم المتحدة بوصفه الوديع للاتفاقية في 8 ماي 1977 بعرض اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير البيئة لأغراض عسكرية أو أغراض عدائية أخرى للتوقيع والتصديق عليها⁽²⁾.

وتتضمن الاتفاقية مواداً وملحقاً له ذات قيمة، ويندرج في مقدمة الأحكام التي تضمنتها الاتفاقية نص المادة الأولى التي نصت على أنه:

1 - تتعهد كل دولة طرف في هذه الاتفاقية بعدم استخدام تقنيات التغيير في البيئة ذات الآثار الواسعة الانتشار أو الطويلة البقاء أو الشديدة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى كوسيلة لالتحاق الدمار أو الخسائر أو الإضرار بأي دولة طرف حربي.

2 - تتعهد كل دولة طرف في هذه الاتفاقية بالألا تساعد أو تشجع أو تحض أية دولة أو مجموعة من الدول أو أية منظمة دولية على الاضطلاع بأنشطة منافية لأحكام الفقرة 1 من هذه المادة".

ويتضح من هذا النص أن المحظور هو الاستعمال، فإذاً لا يندرج في نطاق الحظر التحقيق أو بالاستخدام، ولا يدخل كذلك التحضير لهذه النشاطات الممنوعة ولا البحوث المتعلقة بها، علماً بأن الواقع يشير إلى أن العسكريين متمسكون بمتابعة بحوثهم في هذا الميدان، وكان من الواجب أن تقوم بهذه البحوث أجهزة مدنية وأن تكون نتائجها معلنة⁽³⁾.

⁽¹⁾ للاطلاع على المزيد من المعلومات عن تاريخ هذه المعاهدة وسير مفاوضاتها أنظر:

Bothe, Michael

« War and Environnement » in Encyclopedia of public International , Vol , pp52- 53

Yve-Sonoz, Swinarski Zimmermann : Commentaire des protocoles additionnels de 8 juin 1977 aux Conventions de Genève de 12 Août 1949, Eds Genève 1986 . pp 415,416 s 1448

⁽²⁾ عقدت اتفاقية ENMOD في ماي 1977 بجنيف ودخلت حيز التنفيذ في أكتوبر 1978، أنظر سجل المعاهدات الدولية والاتفاقية الأخرى في ميدان الصادر عن برنامج الامم المتحدة للبيئة نيروبي، وثيقة 4 / INF / 16،

UNEP / G 6 ص 309 - 310

⁽³⁾ أنظر د. رشاد السيد، المرجع السابق ص 25.

والاعتداءات على البيئة التي تحضرها الاتفاقية هي التي تنجم عن استخدام أي تقنيات تستهدف تعديل ديناميكية الأرض أو تكوينها عن طريق تغيير متعمد في العمليات الطبيعية، وهذا ما أوضحته المادة الثانية من نفس الاتفاقية (ENMOD) على أنه:

" يقصد بعبارة تقنيات التغيير في البيئة كما هي مستعملة في المادة الأولى أي تقنية لإحداث تغيير عن طريق التغيير في العمليات الطبيعية، في ديناميكية الكرة الأرضية أو تركيبها أو تشكيلها، بما في ذلك جميع أحيائها المحلية (البيوت) وغلافها الصخري والمائي وغلافها الجوي، أو في ديناميكية الفضاء الخارجي أو تركيبه أو تشكيله."

والواضح من هذه النصوص المتقدمة أن ثمة معايير تحكم الضرر الذي يصيب البيئة نتيجة للعمل العسكري أو العدائي لكي يكون في ذاته محرماً بسبب ما يحدثه من أضرار بيئية، فما المقصود بوجوب أن يكون التغيير في البيئة منطوياً على آثار واسعة الانتشار أو طويلة البقاء أو شديدة؟.

لقد أثارت هذه التغييرات تساؤلات خلال مراحل المفاوضات وقدمت بشأنها تفسيرات عديدة من بينها ما تضمنته تفاهم خاص بالمادة الأولى من اتفاقية حظر استخدام تقنية التغيير في البيئة للأغراض العسكرية، أية أغراض عدائية أخرى، حيث قدم هذا التفاهم معيار اتساع الانتشار على أن المقصود به منطقة تشمل عدة مئات من الكيلومترات المربعة، وأن طول البقاء يشمل فترة عدة أشهر أو فصل على الأقل من فصول السنة، أما شدة الأثر فتعني أضراراً واضحة بالحياة الإنسانية والموارد الطبيعية والاقتصادية أو غيرها من الأصول على الرغم من أن التفاهم المشار إليه قد أشار بوضوح أنه قاصر على فهم الأطراف لنص المادة الأولى من اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة للأغراض العسكرية دون سواها، وأنه لا يقصد به تفسير ذات التعبيرات أو ما يشابهها والواردة في نصوص إتفاقيات دولة أخرى

2- قصور الاتفاقية عن تحديد قواعد لحواية البيئة البحرية:

قد تعرضت هذه المعايير والتفسيرات التي قدمت لها انتقادات شديدة، على أساس أنها تضعف الحماية المقررة لبيئة الإنسان في مواجهة استخدام القوة المسلحة في إطار نزاع مسلح أو مجرد محاولة المساس المتعمد بالبيئة لأغراض عسكرية أو عدائية⁽¹⁾.

(1) انظر: د/ صلاح الدين عامر. حماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة في البحار. مرجع سابق.

وعليه فإن الاتفاقية لا تشمل تغيرات البيئة الناشئة بشكل غير مباشر أو عرضاً من الوسائل الحرب التقليدية أو أسلحة الدمار الشامل، كما أن الاستخدام المحظور بموجب الاتفاقية كذلك مقصور على الأغراض أو الغايات العسكرية أو أية أغراض أخرى عدائية، وعليه فالحظر هنا يتبع النية وهي عنصر ذاتي.

كذلك الحال فإن أحكام الاتفاقية لا تحظر الاستخدام السلمي لهذه التقنيات⁽¹⁾، ذلك لأن الاتفاقية صُنفت على أنها تدير للحد من سباق التسلح، كما أن استخدام هذه التقنيات ليس محظوراً إلا بقدر ما تسببه من دمار وخسائر وإضرار للدولة الطرف في الاتفاقية، وهذا يعني أن أحكام هذه الاتفاقية لا تسري إلا على الدول الأطراف فيها فقط.

وقد أناطت هذه الاتفاقية بمجلس الأمن دوراً أساسياً في نطاق الرقابة على التزام دول الأطراف بأحكامها، حيث أتاحت المجال للدولة المتضررة من عدم التزام دولة أخرى بالاتفاقية أن تقدم شكوى لمجلس الأمن⁽²⁾، الذي له صلاحية التحري أو أن يقرر أن الدولة الشاكية متضررة أو أن هناك خطراً من تضررها نتيجة انتهاك الاتفاقية ويقع على عاتق كل الأطراف مساعدتها وفقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة.

وتنص المادة الثامنة من الاتفاقية على إجراءات مراجعة دورية لدراسة تطبيق الاتفاقية، وقد عقد المؤتمر الأول للمراجعة في جنيف عام 1984، وفي ضوء الأضرار التي لحقت بالبيئة أثناء حرب الخليج الثانية ثار الجدل بخصوص اتفاقية حظر تغيير البيئة، فضلاً عن بعض الانتقادات التي وجهت إلى الاتفاقية، ومن بينها أن مجال تطبيقها لا يغطي الأضرار اللاحقة بالبيئة بسبب وسائل القتال التقليدية، ثم عقد المؤتمر الثاني للمراجعة في أيلول عام 1992⁽³⁾، وحضرت هذا المؤتمر أربعون دولة طرفاً في الاتفاقية.

كما حصلت عشر دول غير طرف في الاتفاقية على صفة مراقبة، وكذلك ست منظمات متخصصة. أما في إطار الممارسات الواقعية التي تمت لتغيير البيئة فتتجلى فيما استخدمته الولايات المتحدة الأمريكية في حرب الفيتنام والهند الصينية، والتي من بينها استخدام تقنيات زرع

(1) انظر نص المادة الثالثة من الاتفاقية (ENMOD) سجل المعاهدات الدولية، المرجع السابق.

(2) انظر نص المادة الخامسة من الاتفاقية (ENMOD)، المرجع السابق.

(3) انظر الوثيقة الصادرة بتاريخ 03 أوت 1992 والتي تضمنت تلخيصاً لأعمال المؤتمر الأول (11/2) ENAMOD /CONF. ص 18 - 23 أنظر كذلك الوثيقة الصادرة بتاريخ 10 أفريل 1992 (11/1) ENAMOD /CONF.

السحب بنترات الفضة ومعالجتها باليود وبهدف استمطار الغيوم لأغراض عسكرية ضد الثوار الفيتناميين وما أدى إلى آثار كبيرة بالبيئة الطبيعية نتيجة تساقط تلك الأمطار.

و قد كشفت دراسة لعهد السلام الدولي في ستوكهولم عن أن استمطار الغيوم على نطاق واسع يمكن أن يؤدي إلى الفيضانات وتعرية التربة وإفساد الحياة البرية والبحرية وإلى وصول نترات الفضة واليود إلى سلسلة الطعام⁽¹⁾.

المطلب الثاني: بروتوكول جنيف الأول لسنة 1977:

جاء هذا البروتوكول لسد فراغ قانوني ظهر في اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، نتطرق إلى مضمونه في نقطة أولى، ثم إلى قصور البروتوكول عن تحديد قواعد لحماية البيئة الحربية في نقطة ثانية.

1 - مضمون بروتوكول جنيف الأول لسنة 1977 (تحرير الحرب اللايكلوجية).

يتضمن البروتوكول الأول مادتين تعالجان على وجه التحديد مسألة حماية البيئة في فترة النزاع المسلح الدولي، وتجدر الإشارة إلى أن هذه المسألة لم تظهر في مشروع البروتوكولين اللذين قدمتهما اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى المؤتمر الدبلوماسي لتأكيد وتطوير القانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة.

من هنا فإن هاتين المادتين هما ثمرة جهود المؤتمر الدبلوماسي نفسه، ويشهد وجودهما على إدراك أهمية احترام البيئة الذي اتسمت به بداية السبعينات⁽²⁾.

أ- توفير وتأمين الحماية للبيئة بذاتها: تنص الفقرة 3 من المادة 35 على أنه: " يحظر استخدام وسائل أو أساليب للقتال، يقصد بها أو قد يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضراراً بالغة واسعة الانتشار طويلة الأمد".

وتتعلق هذه المادة بالوسائل وأساليب القتال وهي تحمي البيئة في حد ذاتها، وعلى الرغم من التحفظات⁽³⁾ التي أبدتها بعض الوفود المشاركة في مؤتمر جنيف الدبلوماسي للعمل على إنماء

(1) SIPRI, Ecological consequences. Op. cit. p55.

ALSO, SIPRI, the law of war, op, cit, p40. -

(2) أنظر، د/صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة قانون النزاعات المسلحة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1976 ص 101 وما بعدها.

(3) أنظر في تلك المجلة الدولية للصليب الأحمر العدد 17 سنة يناير/فبراير 1991، الدول الأطراف في البروتوكول 8 جوان 1977 قائمة بالوضع في 31 ديسمبر 1990، ص 77، 81 معرفة الدول التي أبدتها الدول المصادقة على البروتوكول الأول.

وتطوير قواعد القانون الإنساني المطبقة على النزاعات المسلحة على نطاق تطبيق هذه المادة فإن من الواضح في ظلها أن أي أسلوب أو وسيلة من أساليب القتال يقصد بها أن تؤدي إلى أضرار جسيمة بالبيئة حتى ولو كان ذلك على نحو عرضي، تعتبر وسائل أو أساليب محرمة.

وهكذا يبدو أن هذا النص موجه ومخصص لتوفير وتأمين الحماية للبيئة بذاتها، وليس على النحو العرضي بمناسبة توفير الحماية للمدنيين أو للأعيان والممتلكات المدنية.

ب- **الالتزام بالاهتمام بحماية البيئة البحرية:** جاءت المادة 55 من البروتوكول الأول أيضا تؤكد واجب كل طرف في نزاع مسلح في احترام البيئة بنصها على أن:

"1. تراعى أثناء القتال حماية البيئة الطبيعية من الأضرار البالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد، وتتضمن هذه الحماية حظر استخدام أساليب أو وسائل القتال التي يقصدها بها أو يتوقع منها تسبب مثل هذه الأضرار بالبيئة الطبيعية ومن ثم تضر بصحة أو بقاء السكان.

2. تحظر هجمات الردع التي تشن ضد البيئة الطبيعية".

ومن المهم ملاحظة أن هذه المادة التي تستهدف حماية السكان المدنيين من آثار الأعمال العدائية تدخل في سياق أوسع، وهو سياق حماية الممتلكات ذات الطابع المدني التي يتناولها الفصل الثالث من الباب الرابع من البروتوكول الأول (المواد 52 إلى 56)⁽¹⁾.

لذلك فإن هذه المادة ليست مجرد تكرار للفقرة 3 من المادة 35، لأنها تتضمن التزاما عاما بالاهتمام بحماية البيئة الطبيعية أثناء إدارة الأعمال العدائية، لكن هذا الالتزام يعتمد على حماية السكان المدنيين، بينما الفقرة 3 من المادة 35 تستهدف حماية البيئة في حد ذاتها⁽²⁾.

ومن الناحية الأخرى تحظر بصورة منطقية الأعمال الانتقامية ضد البيئة بقدر ما تضر في النهاية بالبشرية جمعاء.

وقد عبرت التعليقات شبه الرسمية التي نشرتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر حول نصوص البروتوكولين، والتي أعدها خبراء اللجنة الدولية للصليب الأحمر عن الأهمية الحيوية للطبيعة والحاجة إلى إدخال بعض قواعد حمايتها المقررة في وقت السلم إلى قانون النزاعات⁽³⁾.

⁽¹⁾ أنظر المواد من 52 إلى 56 من البروتوكول جنيف الأول 1977.

⁽²⁾ أنظر نص التعليق بالإنجليزية في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 49 السنة 1993، ص 35.

أورد هذا النص الأستاذ صلاح الدين عامر في مقاله بعنوان حماية البيئة البحرية إبان النزاعات المسلحة في البحار

⁽³⁾ أنظر صلاح الدين عامر، نفس المرجع، ص 35.

وقد لاحظ بعض الفقهاء أن إغفال نص المادة 55 إضافة وصف المدنيين للسكان كان أمرا متعمدا، وقصد به التأكيد على أن الأضرار التي تصيب البيئة يمكن أن تصيب السكان المدنيين والعسكريين على السواء⁽¹⁾.

2- المبادئ العامة الأساسية التي احتواها البروتوكول:

تجدر الإشارة من الآن إلى أنه إذا كان مفهوم البيئة لم يظهر بمعناه المعروف الآن إلا في السبعينات وهذا سنة 1972 إثر انعقاد مؤتمر ستوكهولم، فإن عددا من القواعد والمبادئ العامة التي تضمنها القانون الدولي الإنساني كثيرا ما كانت سابقة على هذا العصر بفترة طويلة تسهم كذلك في حماية البيئة في فترة النزاع المسلح، ومن هذه المبادئ يوجد:

أ- حق الأطراف في أي نزاع مسلح في اختبار أساليب ووسائل القتال ليس حقا لا تقيده القيود: وقد أعلن هذا المبدأ لأول مرة في إعلان "سان بترسبورغ" عام 1868، وتؤكد عدة مرات في معاهدات القانون الإنساني وآخرها في الفترة 1 من المادة 35 من بروتوكول جنيف الأول لسنة 1977، وأعيد ذكره في دليل "سان ريمو" بشأن القانون الدولي المطبق في النزاعات المسلحة في البحار الذي أعده بعض القانونيين الدوليين والخبراء البحريين الذين دعاهم إلى اجتماع المعهد الدولي للقانون الإنساني برعاية اللجنة الدولية للصليب الأحمر سنة 1994 والذي جاء فيه في المادة 38 من الجزء الثالث المعنون: القواعد الأساسية والتمييز بين الأعيان أو الأشخاص المحميين والأهداف العسكرية، حيث تنص: "في أي نزاع مسلح، لا يكون حق أطراف النزاع في اختيار وسائل أو أساليب الحرب غير محدودة"

وعلى الرغم من التحفظات التي أبدتها بعض الوفود المشاركة في مؤتمر جنيف الدبلوماسي للعمل على إنماء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة على النزاعات المسلحة على نطاق تطبيق هذه المادة، فإن من الواضح في ظلها أن أي أسلوب أو وسيلة من وسائل القتال يقصد بها أن تؤدي إلى أضرار جسيمة بالبيئة، حتى لو كان ذلك على نحو عرضي، تعتبر

(1) فيما يتعلق بالروابط بين هاتين المادتين ومكانتهما في الهيكل العام للبروتوكول أنظر أيضا:

La protection de l'environnement et le droit humanitaire,
pédone, parie 1984 pp729-730 Les dimension internationales du droit humanitaire

Commentaire des protocoles, op. cit, p 416 ss 1449, p 681, par 2133

Both, op. Cit. pp 344- 345

انظر أيضا تقريرا قدمه في 8 جوان في باريس السيد بول توتو، وذلك في ملتقى مكرس للجوانب القانونية لازمة الخليج.

وسائل أو أساليب محرمة، وهكذا يبدو أن هذا النص موجه ومخصص لتوفير وتأمين الحماية للبيئة بذاتها وحماية المدنيين والأعيان والممتلكات المدنية.

ب - مبدأ التناسب: هذا المبدأ يميز عدة أحكام من القانون الإنساني، وينطبق هذا المبدأ شأنه شأن المبدأ الأول بدون أي شك أيضا بحماية البيئة في فترة النزاع المسلح.

وهذا ما نلاحظه في المادة 55 من البروتوكول الأول أيضا كى تؤكد واجب كل طرف في النزاع المسلح احترام البيئة بنصه على:

" 1 - تراعى أثناء القتال حماية البيئة الطبيعية من الأضرار البالغة الواسعة الانتشار والطويلة الأمد، وتتضمن هذه الحماية حظر استخدام أساليب أو وسائل القتال التي يقصد بها أو يتوقع منها أن تسبب مثل هذه الأضرار بالبيئة الطبيعية، ومن ثم تضر بصحة أو بقاء السكان.

2 - تحظر هجمات الردع التي تشن ضد البيئة "

ج - مبدأ التمييز: ورد هذا المبدأ في نص المادة 52 من البروتوكول الأول بنصها: "على أطراف النزاع أن تميز في كل وقت بين المدنيين أو غيرهم من الأشخاص المحميين والمقاتلين، وكذلك بين الأعيان ذات الطابع المدني أو التي هي في مآمن من الهجمات والأهداف العسكرية".

نجد هذا النص يوجب التمييز بين الأهداف العسكرية وغير العسكرية التي لا تمثل في حد ذاتها أهدافا عسكرية.

د - مبدأ حظر استعمال أسلحة تتسبب في إحداث أضرار بالبيئة الطبيعية: هذا المبدأ جاء النص عليه في البروتوكول الأول وقبله ورد النص عليه في مختلف الاتفاقيات التي تحظر استخدام الأسلحة التقليدية والنووية والجرثومية وغيرها، بحيث نجد نص المادة 2/35 من البروتوكول الأول 1977 ينص على: " تحظر استخدام الأسلحة والقذائف والمواد ووسائل القتال التي من شأنها إحداث إصابات أو آلام لا مبرر لها "

وحسب هذه المادة فإن استعمال هذه الألغام والأسلحة الأخرى التقليدية في النزاع المسلح ضد أهداف عسكرية مقرون بمراعاة حماية البيئة البحرية من خطر التلوث والتدمير.

و- ضرورة صون البيئة الطبيعية: ورد هذا المبدأ في الفقرة 3 من المادة 35 والفقرة 2 من المادة 55 من بروتوكول جنيف الأول لعام 1977، حيث تنص الفقرة 3: " بخطر استخدام وسائل وأساليب للقتال، يقصد بها أو قد يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضرارا بالغة وواسعة الانتشار وطويلة الأمد "

وتنص الفقرة 2: " تحظر هجمات الردع التي تشن ضد البيئة الطبيعية "

من هاتين الفقرتين نلاحظ أنهما موجودتان لحماية البيئة الطبيعية وصونها بذاتها، حيث الفقرة الأولى تضع معايير ثلاثة وهي الأضرار البالغة وواسعة الانتشار وطويلة الأمد لكي تستطيع القول إن الأساليب ووسائل القتال محظورة، ولكن هل ننتظر حتى يتم إجماع هذه المعايير الثلاثة لكي يتحرك المجتمع الدولي لمنع هذا الخرق لقواعد القانون الدولي الإنساني الخاص بحماية البيئة الطبيعية؟.

والفقرة الثانية من المادة 55 تحمي البيئة الطبيعية مباشرة بحيث تحظر هجمات الردع والانتقام التي تشن ضد البيئة الطبيعية، ولكن هذه الفقرة تصطدم بفكرة أخرى وهي الضرورة العسكرية التي تحتج بها الأطراف المتحاربة عادة في نزاعاتهم، ولكي نعطي فعالية لهذه القواعد علينا نشر وتبليغ هذه القواعد دون أن تحس الأطراف المتنازعة أنه تدخل في سيادتها الوطنية.

ي - ضرورة أخذ احتياطات أثناء الهجوم: ومن المبادئ الأساسية في القانون الدولي الإنساني مبدأ ضرورة أخذ الاحتياطات، حيث نجد المادة 57 فقرة 1 تنص: " تبذل رعاية متواصلة في إدارة العمليات العسكرية، من أجل تفادي السكان المدنيين والأشخاص والأعيان المدنية "، وتنص الفقرة 2 من نفس المادة: " تتخذ الاحتياطات التالية فيما يتعلق بالهجوم:

(أ) يجب على من يخطط لهجوم أو يتخذ قرارا بشأنه:

أولاً: أن يبذل ما في طاقته عمليا للتحقق من أن الأهداف المقرر مهاجمتها ليست أشخاصا مدنيين أو أعيانا مدنية وأنها غير مشمولة بحماية خاصة. "

ثانياً: أن يتخذ جميع الاحتياطات المستطاعة عند تخير وسائل وأساليب الهجوم من أجل تجنب إحداث خسائر في أرواح المدنيين، أو إلحاق الإصابة بهم أو الأضرار بالأعيان المدنية، وذلك بصفة عرضية، وعلى أي الأحوال حصر ذلك في أضيق نطاق "

وتنص الفقرة 4 من نفس المادة على أنه: " يتخذ كل طرف في النزاع كافة الاحتياطات المعقولة عند إدارة العمليات العسكرية في البحر أو في الجو، وفقا لما له من حقوق وما عليه من واجبات بمقتضى قواعد القانون الدولي التي تطبق في النزاعات المسلحة، لتجنب إحداث الخسائر في أرواح المدنيين وإلحاق الخسائر بالمتلكات المدنية.

من هذه الفقرات نلاحظ أن على أطراف النزاع مراعاة قاعدة الحماية المخصصة للبيئة الطبيعية أثناء النزاعات المسلحة قدر المستطاع لعدم التعرض أو تدمير البيئة أو لتجنب إحداث أضرار كبيرة للبيئة الطبيعية، ولكن هذه الفقرات لا يجب أن يفهم منها أنه يجوز شن هجومات مباشرة ضد البيئة الطبيعية، حيث نجد الفقرة 5 من المادة 57 تنص على أنه: " لا يجوز تفسير أي من أحكام هذه المادة بأنه يجوز شن أي هجوم ضد السكان المدنيين أو الأشخاص المدنيين أو الأعيان المدنية. "

3- قصور البروتوكول عن تحديد قواعد حماية البيئة البحرية:

تنص المادة 2/55 من البروتوكول على أنه: " تحضر هجمات الردع التي تشن ضد البيئة الطبيعية " من هذه الفقرة تظهر لنا قاعدة مهمة في القانون الدولي الإنساني ألا وهي قاعدة عدم تدمير أو الاعتداء على البيئة البحرية، التي تعطى أكبر ضمان لحماية البيئة البحرية ولكن هل هذه القاعدة تحترم أثناء اندلاع النزاعات المسلحة؟ وهل توجد استثناءات عليها؟.

و عليه ندرس في هذا الفرع مضمون قاعدة عدم التدمير أو الاعتداء على البيئة البحرية والإشكالات التي تثيرها في نقطة أولى ثم إلى عوارض هذه القاعدة في نقطة ثانية.

أ- قاعدة عدم التدمير والاعتداء: نتعرض لهذه القاعدة في نقطتين: فبين أولاً مضمونها ثم نوضح في نقطة ثانية الإشكالات التي تثيرها.

1) مضمون قاعدة عدم التدمير:

جاء النص على قاعدة عدم تدمير البيئة البحرية في النزاعات المسلحة في العديد من النصوص الواردة في هذا المجال، فالمادة 27 من اتفاقية لاهاي الرابعة لسنة 1907 والواردة في القسم الثاني المعنون " العمليات العدائية " تنص على عدم قنبلية المباني المخصصة للعبادة أو المعالم التاريخية... وهو نفس النص المقابل في المادة 53 من اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949 على أنه: " لا يجوز تدمير أية ممتلكات أو منقولة... "

ويستخلص من هذا الأمر كذلك من المادة 55 من البروتوكول الأول لسنة 1977 والمادة 15 من البروتوكول الثاني لسنة 1977، حيث يمنع أي عمل من شأنه أن يضر بالبيئة الطبيعية.

2) إشكالية قاعدة عدم التدمير:

يثير واجب عدم التدمير مشكلتين اثنتين، تتعلق الأولى بمفهوم الهجمات وكيفية مباشرتها وتتعلق الثانية باستعمال أحد أطراف النزاع لأسلحة الدمار الشامل.

• الهجمات:

يثير موضوع الهجمات نقطتين غامضتين، تتعلق الأولى بمفهوم الهجمات بحد ذاتها وتبرير الثانية مشكلة شروط الاحتياطات الواجب اتخاذها عند الهجوم.

- **غموض قانون الهجمات:** ينجم تدمير البيئة عادة عن طريق مباشرة الهجمات من قبل أحد أطراف النزاع، في حين نجد هذه الأخيرة غير معرفة بشكل واضح، فبالنسبة لمشكل التعريف، نصّت المادة 49 فقرة أولى من البروتوكول الأول لسنة 1977 على أن الهجمات هي أعمال عنف هجومية، أو دفاعية توجه ضد الخصم، وهذا النص الذي ينتقده الأستاذ "lionnel clasca" معتبرا إياه مجرد وصف⁽¹⁾. وبالنسبة لمشكل عدم منع بعض أنواع الهجمات، والتي تكون عمدية أو عشوائية⁽²⁾ أو انتقامية، هذه الأخيرة الممنوعة منعاً باتاً في إطار القانون الدولي الإنساني.

- **إشكالية شروط الاحتياطات الواجب اتخاذها عند القيام بالهجمات:** إن شروط مباشرة الهجمات بكافة أنواعها من شأنها أن لا يحقق الحماية في نظرنا ويبعدنا عن الهدف المراد تحقيقه، وهو حماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة.

فلقد جاء في المادة "57" من البروتوكول الأول سنة 1977 والمعنونة "الاحتياطات الواجب اتخاذها أثناء الهجمات" في فقرتها "2" أنه لمباشرتها يجب اتخاذ جملة احتياطات من بينها "اتخاذ كافة السبل، والطرق الممكنة، للتأكد من أن الأهداف ليست مدنية، وليست مشمولة بحماية خاصة".

وإننا هنا نتساءل هل من الممكن عمليا أن تتوفر لكل الدول كافة الإمكانيات والوقت اللازم للتحقق من أن هذه الاحتياطات تمت مراعاتها؟.

ومن جهة أخرى ما هو المعيار الذي على أساسه، نحكم على طرف متنازع أنه استعمل واستنفذ كافة السبل والطرق بعدم الاعتداء على المنطقة البحرية؟.

كذلك الفقرة "3" من المادة 57 تلزم الأطراف المتنازعة بالامتناع عن الهجمات إذا كانت من شأنها ألا تحقق مصلحة عسكرية أكيدة ومباشرة مقارنة مع الأضرار التي تسببها للأهداف المدنية.

⁽¹⁾ Clasca lionnel : La protection des biens publics, R.I.C.R (Genève) N° 726 , 1980 p 250

⁽²⁾ نصت على الهجمات العشوائية المادة 51 من البروتوكول الأول 1977 فقرة 5 أ وب.

وإننا نتساءل كذلك مرة أخرى: هل يمكن لكل الدول أن تعرف مسبقا، مهما كانت وسائلها متطورة، أنها مثلا، عندما تقصف هدفا عسكريا مجاورا للبحر أو على شاطئه، وما قد يسببه ذلك القصف من خراب وتلوث لتلك المناطق البحرية أنه سيحقق مصلحة عسكرية أكيدة أم لا؟ فالمعيار هنا شخصي ونسبي، كما أن اتباعه من الممكن جدا أن يترتب عليه الاعتداء على البيئة البحرية دون مساءلة الطرف المتنازع الذي سوف يجد دوما الحجج الوافية للتحلل من المسؤولية.

• إسئعمال أسلحة الدمار الشامل:

يرى الأستاذين " على جميع " و " حسن درويش " بأن قاعدة سير النزاعات المسلحة لا تسمح للأطراف المتنازعة باستعمال كافة الوسائل لتعطيم الخصم، فهناك أسلحة تتطوي على أعمال قسوة وهمجية تسبب آلاما لا طائل منها، لذلك وجب عدم استعمالها⁽¹⁾.

وأعيب على اتفاقية لاهاي الرابعة لسنة 1907 أنها لا تصلح كلية في الوقت الحاضر إذا نظرنا إليها من زاوية الأسلحة ذات الدمار الشامل، فيرى الأستاذ " Pietro Verri " أنها أثبتت عدم صلاحيتها بمجرد دخول الطائفة نطاق النزاعات المسلحة سنة 1911، فما بالك باستعمال الأسلحة النووية أو أسلحة الدمار الشامل⁽²⁾.

وفي نفس السياق نجد أن اتفاقية جنيف الأربع لعام 1949 لم تنص على أسلحة الدمار الشامل لذلك نجد المادة "36" من البروتوكول الأول لسنة 1977 تحاول تفتادي النقائص بنصها على أنه في حالة اكتساب سلاح جديد، وجب على الأطراف تحديد بأن استعماله ممنوعا بأحكام هذا البروتوكول، لأن استعمال الأسلحة النووية المدمرة من شأنه أن يصعد من الإشعاعات النووية في البحار ويقضى على الثروات الحية والحيوانية الموجودة بها ويجعلها عديمة الاستعمال أو الاستغلال الاقتصادي، و ذلك لعدم إمكانية التحكم في هذه الأسلحة أو صدها، وفي هذا المجال يرى الأستاذ " حامد سلطان " بأن القواعد الخاصة بتنظيم نزاعات مسلحة، لا تصلح لأخرى مستقبلية، يستعمل فيها الأسلحة النووية على نطاق واسع⁽³⁾.

(1) عبد العزيز علي جميع - حسن درويش: قانون الحرب، المكتبة الأنجلو مصرية، القاهرة 1952، ص 166.
(2) peitro Verri : le destin des diens culturels dans les conflits armé, 2eme partie, R.I.C.R (Genève), N° 753, 1985, P 130

(3) حامد سلطان: الحربي نطاق القانون الدولي م.م. ق. د مجلد 25، مطبعة النصر، الإسكندرية 1969، ص 288

ونأمل اليوم أن تقوم الدول بتطبيق فعلي لاتفاقية عدم انتشار الأسلحة النووية وأن تقوم بتدميرها وتفكيكها كلياً، وألا يكون امتلاكها مقصوراً على عدد قليل من الدول دون بقية دول العالم، فالمبدأ يجب أن يطبق على الجميع، وفي ذلك خير للبشرية جمعاء.

ب) عوارض قاعدة عدم الاعتداء أو التدمير: إذا كانت قوانين أحكام القانون الدولي الإنساني قد قررت قواعد لحماية البيئة البحرية متمثلة في عدم شن هجمات الردع عليها أثناء النزاعات المسلحة، فإن هذه القواعد تشوبها عوارض قد تجعل تطبيقها أمراً مستحيلاً، وتتمثل هذه العوارض في حالتين يمكن بفضلها الاعتداء على البيئة البحرية، أولهما: استخدام أحد أطراف النزاع لبيئته البحرية في أغراض عسكرية أو حربية، وثانيها: حالة الضرورات.

1- الاستخدام في الأغراض العسكرية أو الحربية:

عادة في الحروب أو النزاعات الدولية ما يستعمل أحد أطراف النزاع أهدافه المدنية في أغراض عسكرية أو حربية كاستعماله لمنشآت تحتوي القوة الخطيرة الموجودة على السواحل في أعراضه العسكرية، أو استعمال سفنه التجارية أو الناقلة للبترول كسفن حربية لتدعيم أسطوله البحري العسكري، ويؤدي ذلك إلى تعرضها لهجمات عسكرية من الطرف المتنازع الآخر والذي يؤدي إلى تلوّث كبير للبحار نتيجة قصف هذه الأهداف المدنية، وأيضاً نجد في الحروب الحديثة كثيراً ما تقوم الدول بإنشاء قواعد عسكرية بحرية في قاع البحار والمحطات تحتوي على صواريخ نووية، بحيث عند اكتشافها من الطرف الآخر يقوم بتوجيه ضربات عسكرية عليها من أجل تدميرها وذلك باستعمال مختلف الأسلحة الحديثة والتي تؤدي إلى تلوّث وإعدام تلك المنطقة البحرية.

وما يعطي للطرف المتنازع حق شن هجمات على تلك الأهداف المدنية نص المادة " 2/52 من البروتوكول الأول لعام 1977 علي أنه: " تقتصر الهجمات على الأهداف العسكرية فحسب، وتنحصر الأهداف العسكرية فيما يتعلق بالأعيان على تلك التي تسهم مساهمة فعالة في العمل العسكري سواء كان ذلك بطبيعتها أو موقعها أو بغايتها أو باستخدامها، والتي يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة ".

وأيضاً نص المادة 2/56 من نفس البروتوكول، على أنه: تتوقف الحماية الخاصة ضد الهجوم المنصوص عليه بالفقرة الأولى في الحالات التالية:

(أ) فيما يتعلق بالسدود والجسور إذا استخدمت في حيز استخداماتها العادية دعماً للعمليات العسكرية على نحو منتظم. . .

(ب) فيما يتعلق بالمحطات النووية لتوليد الكهرباء. . .

(ج) فيما يتعلق بالأهداف العسكرية الأخرى الواقعة عند هذه الأعمال الهندسية. . .

2- حالة الضرورات:

نتعرض أولاً للنصوص القانونية، ثم إلى بعض تعاريفها الفقهية.

أ- النصوص القانونية لحالة الضرورات: يختلف وصف حالة الضرورات من حيث كونها حربية أم عسكرية شأنها في ذلك شأن الأسباب التي تفرق بين الاحتلال العسكري والحربي، ولذلك نصف الضرورات أحياناً بالعسكرية وأحياناً أخرى بالحربية مثلما وردت في النصوص القانونية.

ولقد تم النص على فكرة الضرورات في العديد من النصوص القانونية، فديباجة اتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907 تنص على التقليل من آثار الحروب كلما سمحت الضرورات العسكرية بذلك، أما المادتين 27 و5 من اتفاقية لاهاي الرابعة والتاسعة لسنة 1907 فتستعملان عبارة قدر الإمكان، وتستعمل المادة 147 من اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949 عبارة دون وجود ضرورة حربية، وبصفة غير مشروعة تحكمه.

ولكن المادتين "53" و"16" من البروتوكول 1977 يلاحظ عليهما عدم نصهما على فكرة الضرورات، وهو سكوت يقول عنه الأستاذ Philippe breton: بأنه قد يؤدي إلى تأويل قانوني خاطئ⁽¹⁾.

وخلاصة القول إن هذه النصوص لم تقم بتعريف حالة الضرورات، ولكنها وصفتها بعبارات مختلفة، وإنما نتساءل ما الفرق بين ضرورات عسكرية ملحة، وضرورات عسكرية فقط؟ هل هو فرق في الدرجة؟

⁽¹⁾ Philippe breton: le problème des méthodes et moyens de guerre ou de combat dans les deux Protocoles additionnels aux convention de Genève de 1949, R.G.D.I.P. (pédone) paris T 249, 1978, p73

كل هذا يؤدي في رأينا إلى نقاش وجدل بين الأطراف المتنازعة، وعليه لا بد من الرجوع إلى بعض المحاولات الخاصة بالتعريف لحالة الضرورات.

ب - التعاريف الفقهية لحالة الضرورات: يعرف الأستاذ حسين إبراهيم صالح عبيد الضرورات الحربية بأنها: يتكرر فيها أحد المتنازعين لعادات الحرب في سبيل تنفيذ خطة حربية معينة⁽¹⁾.

أما الفقه الألماني التقليدي فإنه يعرفها بأنها: خطة يستعملها الطرف المتنازع كلما تعارضت النصوص القانونية مع المصلحة الوطنية⁽²⁾.

ويسرد الأستاذ مصطفى كامل شحاتة ثلاثة تعاريف للضرورات الحربية: الأول هو تلك الضرورات التي تنشأ عن حالة الحرب، والتي تبرز اتخاذ جميع وسائل العنف من أجل إخضاع العدو وهزيمته، والثاني هو تلك الظروف الاستثنائية للضرور العملية والتي توقعها التحفظات الصريحة الموجودة في العديد من النصوص الواردة في لائحة لاهاي و الاتفاقيات الأخرى ذات العلاقة بالنسبة لأعمال محظورة، أما التعريف الثالث فيقول فيه إن: " الالتزام باحترام قوانين وأعراف الحرب، يجوز أن ينحني جانبا في حالة الضرورات العاجلة عندما تتعرض قوات المحارب للخطر"⁽³⁾.

ونرى من خلال هذه التعاريف أن الفقهاء يركزون على فكرة الخروج عن القوانين باسم هذه الضرورات وذلك وفقا لأسباب يراها أحد الأطراف ويقرها بمفرده، فالمعيار هنا شخصي، ويسمح بالخروج على قواعد القانون الدولي الإنساني بمجرد وجود نزوات فردية.

المطلب الثالث: الروابط بين أحكام البروتوكول الأول وقواعد اتفاقية (ENMOD):

تجدر الإشارة أن هاتين المعاهدتين تحظران نوعين مختلفين تماما من العدوان على البيئة، فالبروتوكول الأول يحظر اللجوء إلى الحرب الإيكولوجية، أي استخدام وسائل القتال التي تخل بتوازنات طبيعية لا غنى عنها أما الاعتداءات على البيئة التي تنص عليها اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير البيئة فهي مختلفة، والأمر يتعلق هنا باللجوء إلى الحرب الجيوفيزيائية، التي تترتب

⁽¹⁾ حسين إبراهيم صالح عبيد: الجريمة الدولية: دراسة تحليلية وتطبيقية، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة 1979 ص 79.

⁽²⁾ Charles Rousseau: Le droit des conflits armés, pédone, paris 1983, p 131

⁽³⁾ مصطفى كمال شحاتة: الاحتلال الحربي وقواعد القانون الدولي المعاصرة، الجزائر 1983، ص 157

على التدخل المعتمد في العمليات الطبيعية مما يؤدي إلى ظواهر مثل الأعاصير أو الأمواج البحرية العنيفة، أو الهزات الأرضية وأيضاً هطول الأمطار وسقوط الثلوج⁽¹⁾.

إن هاتين المعاهدتين الدوليتين لا تتطويان على ازدواج مطلقاً، بل إنهما متكاملتان وإن كانتا تثيران بعض الأسئلة الحساسة بالنسبة للتفسير، تمس بصفة خاصة العلاقة المتبادلة بينهما، ترجع هذه الصعوبات بصفة خاصة إلى أن هاتين المعاهدتين تعطيان معنى مختلفاً لبعض المصطلحات التي ترد في كل منهما، وهكذا فالعنى الذي يقصد في البروتوكول الأول من عبارة بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد "لا يتطابق مع المعنى الذي يقصد من هذه المصطلحات في اتفاقية ENMOD 1976"، ونقتصر على مثال لهذه الصعوبات الاصطلاحية فنشير إلى أنه إذا كان مصطلح طويل الأمد بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة، بمعنى فترة عدة شهور أو نحو فصل واحد فإن المقصود به في البروتوكول الأول عدة عقود من السنين⁽²⁾.

وهنا يجب الإشارة إلى أن بروتوكول جنيف الأول في المواد (35، 55) منع استخدام أساليب أو وسائل القتال التي يقصد بها أو يتوقع منها تسبب أضرار بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد للبيئة الطبيعية، لكن أحكام الاتفاقية أوسع، لأنها تتطلب فقط واحدة من هذه الأوصاف، واسعة أو باقية أو خطيرة⁽³⁾. بمعنى آخر إذا كانت ظروف المدة والخطورة وانتشار تراكمية في أحكام البروتوكول الأول، فكل منها يكفي ليرتب عليه تطبيق اتفاقيات تقنيات تغيير البيئة⁽⁴⁾.

ومن جانب آخر، وفي إطار المقارنة بين اتفاقية تغير البيئة وبروتوكول جنيف الأول، يتبين لنا أن اتفاقية تغيير البيئة محددة في الوسائل التي تؤثر أو تؤدي إلى تغيير البيئة، بينما يشمل البروتوكول الأول أية وسيلة من الوسائل القتالية التي تقصد من وراء استخدامها أن تسبب أضرار للبيئة⁽⁵⁾.

ومن الناحية الثانية، فإن البروتوكول الأول يحكم العلاقات بين الأطراف المتحاربة، بينما اتفاقية (ENMOD) تضبط العلاقات بين الدول الأطراف في الاتفاقية.

⁽¹⁾ Commentaires des protocoles ,op,cit, p 649 ss 1454 , voir aussi pp 414-422 ss 1447

⁽²⁾ BOTH,op . cit . p 189 / commentaire des protocoles ,op .cit ,p 761 ss 2452 sur ces divergences terminologiques

⁽³⁾ أنظر: رشاده السيد، المرجع السابق ص 26.

⁽⁴⁾ أنظر أنطوان بوفيه، حماية البيئة الطبيعية في فترة النزاع المسلح، مجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 22، السنة 1991، ص 487.

⁽⁵⁾ ALSO .SIPRI .the law of war ,op . cit . p 63

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن هاتين الاتفاقيتين تحظران نوعين مختلفين تماما من أنماط الاعتداءات على البيئة، فالبروتوكول الأول يحظر اللجوء إلى أي استخدام لوسائل القتال يمكن أن يخلّ بتوازنات الطبيعة التي لا غنى عنها، أما الاعتداءات على البيئة التي نصت عليها اتفاقية (ENMOD) فهي مختلفة، حيث إن الأمر هنا يتعلق باللجوء إلى الوسائل التي تنصب على التدخل المتعمد في عمليات الطبيعة مما قد يؤدي إلى حدوث ظواهر مثل الأعاصير وسقوط الأمطار وإبادة النباتات وتلويث المحيطات والشواطئ⁽¹⁾، ومع ذلك فإن التدقيق في هاتين الاتفاقيتين يؤدي بنا إلى التأكيد على أنهما متكاملتان، وفي نفس الوقت لا تنطويان على ازدواجية في الوسائل والأهداف بغية حماية البيئة.

ومن المتعين التأكيد على أن اتفاقية تعديل البيئة لو لم تكن موجودة، لكانت الوسائل والأساليب لتغيير البيئة جائزة إذا كانت الضرورات العسكرية تقتضيها، إلا أن اتفاقية تعديل البيئة (ENMOD) تستبعد اللجوء إلى مثل هذه الأساليب في حالة الضرورة العسكرية بين الدول الأطراف فيها⁽²⁾.

خاتمة:

لا شك أن العمليات البحرية تتمتع بخصائص محددة يجب أخذها في الحسبان، لا سيما أن مصالح المحايدين هي أكثر تورطاً في البحر من العمليات البرية. وقد أدت كل هذه العوامل إلى حالة من الشك فيما يتعلق بمضمون القانون الدولي المعاصر المطبق في النزاعات المسلحة في البحار، وإذا كانت العمليات البحرية أقل شيوعاً بكثير من العمليات البرية، فإن العديد من النزاعات التي اندلعت مؤخراً أوضحت ضرورة توفر المزيد من التأكيدات بخصوص القانون المطبق في الحرب البحرية.

ولما كانت المشكلة هي حماية البيئة البحرية في أوقات النزاعات المسلحة، نجد أن هناك مصلحة عامة عالمية في الحفاظ على البيئة البحرية، وهي تعلق في زمن الحرب حتى على مصالح المتحاربين أنفسهم، وبالتالي يتوجب عليهم أن يأخذوا هذه المصلحة العامة في الاعتبار حين اختيار الأساليب والوسائل التي يتقاتلون بها، وهو ما أكدته من قبل قواعد القانون الدولي الإنساني من أمد يرجع إلى إعلان سان بترسبورغ لعام 1868، وحتى بروتوكول جنيف لعام 1977 م الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع لعام، 1949 إذ قررت هذه القواعد جميعها أن حق المتحاربين في اختيار أساليب ووسائل حروبهم ليس حقا بغير حدود.

⁽¹⁾ Voir Both ,Michael,op . cit. , p 291.

⁽²⁾ هذا ما يراه الأستاذ رشاد السيد، مرجع سابق، ص 62.

من خلال دراسة موضوع حماية البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة يمكن القول إن النظام القانوني المتعلق بهذه الحماية غير كاف، رغم تأكيد المبادئ الأساسية على ضرورة أخذ البيئة البحرية بعناية كبيرة، وأيضا الاتفاقيات الدولية التي تحمي البيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة نجدها من جهة تحمي البيئة البحرية على وجه التحديد ومن جهة أخرى على وجه غير مباشر، ولكن كل هذه القواعد و الاتفاقيات غير كافية لإعطاء أكثر حماية للبيئة البحرية أثناء النزاعات المسلحة.

ومن خلال هذا التقييم يستنتج مايلي:

1- أن قواعد القانون الدولي الإنساني غير كافية لتوفير الحماية للبيئة البحرية في وقت النزاع المسلح، وعليه يتعين تطبيق قواعد الاتفاقية والعرفية للقانون الدولي للبيئة، لأن القواعد تطوي على كثير من الالتزامات القانونية الدولية التي تستهدف حماية البيئة البحرية في وقت السلم.

وبالتالي فمن الأحسن تطبيق هذه القواعد على وقت الحرب البحرية، لحماية البيئة البحرية من مخاطر الحروب، فقواعد اتفاقية قانون البحار الجديدة لعام 1982 م، لا تسمح لأطراف النزاع المسلح باستخدام أعالي البحار في أغراض قتالية، كما تشمل قواعد هذه الاتفاقية أيضا مجموعة من الالتزامات تهدف حماية البيئة البحرية في وقت السلم.

كما أن الاتفاقية المتعلقة بحماية البيئة البحرية من التلوث النفطي، بها من الالتزامات القانونية ما يحظر أي تصريف معتمد للنفط في البحار، وعلى ذلك فإن الهجوم العسكري على ناقلات النفط الذي يؤدي إلى تدفقه في البحر، يعد فعلا غير مشروع دوليا سواء وقع الاعتداء على ناقلات تابعة للعدو أو ناقلات تابعة لدول محايدة.

وعلى الدول اليوم أن تتحمل التزاماتها تجاه مسألة آليات تحقيق عدم الاعتداء، فمفهوم السيادة اليوم تطور تطورا إيجابيا مع قواعد القانون الدولي، فلا بد من عدم موافقة الدول لولايتها لأن ذلك يشل النظام الموضوع لذلك شللا تاما.

2- وفي الأخير يجب تعديل البروتوكول الأول الإضافي لعام 1977 م وإدراج باب خاص بحماية البيئة الطبيعية وليس إدراجها ضمن عنوان: "السكان المدنيين".

حيث يتم فيه تدارك نقائص البروتوكول في حماية البيئة الطبيعية، وذلك بالاستعانة برجال القانون الدولي الإنساني، وخاصة خبراء حماية البيئة الطبيعية.

وعليه، ومن دون شك، لا يمكن استكمال عملية حماية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة إلا بإزالة بعض العوامل التي يشهدها عالمنا المعاصر اليوم، والتي تؤثر بطريق مباشر أو غير مباشر في مصير البيئة البحرية، وأهم هذه العوامل ازدياد ظاهرة العنف السياسي في العلاقات الدولية اليوم.

مدى قبول الدليل غير المشروع في المحاكمة الجزائية

دراسة مقارنة

أ/ ناشف فريد
أستاذ مساعد بكلية الحقوق
جامعة سعد دحلب البلدية

مقدمة:

إن القاعدة المستقرة في الفقه والتشريع والقضاء المقارن، أنه لقبول الدليل أمام القضاء الجنائي لا بد أن يكون مشروعاً، بمعنى تم الوصول إليه وتقديمه إلى القضاء بطريق مشروع في إطار احترام حقوق الدفاع وقيم العدالة وأخلاقياتها.

غير أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها، إذ إن قاعدة شرعية الدليل تعرف في المحيط الإجرائي المقارن ثلاثة مواقف متباينة:

الاتجاه الأول يطبق قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة بصورة جامدة ومطلقة، بحيث يجب استبعاد كل الأدلة المتحصل عليها بطرق غير مشروعة من ملف الدعوى، بينما الاتجاه الثاني يرى بأن المهم هو الوصول إلى الحقيقة وتعلق الدليل بالدعوى والواقعة المراد إثباتها بغض النظر عن كيفية الوصول والحصول على الدليل، سواء كان بطريق مشروع أو غير مشروع، بينما الاتجاه الثالث يقف في حل وسط فلا يتبين قاعدة عامة لكل الاتجاهات بحالتين ينظر إلى كل واقعة على حدة، فيمكن الأخذ بدليل غير مشروع إذا كان الاعتداء على مصلحة عامة للمجتمع، بينما لا يجوز الأخذ بالدليل غير المشروع إذا وقع الاعتداء على حقوق فردية عن طريق المواريث في مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد⁽¹⁾.

وقد كانت لهذه الاتجاهات الثلاثة المتباينة انعكاساتها على الفقه والتشريع، لذا سنحاول في فقرات ثلاثة التطرق إلى هذه الاتجاهات الثلاثة المختلفة.

المبحث الأول: الاتجاه الأول: قاعدة قبول الدليل غير المشروع:

لقد كان للاتجاه الفقهي المؤيد لقاعدة قبول الدليل غير المشروع أمام القضاء الجنائي عدة مبررات أثرت إلى أبعد حد على التشريع، وهذا ما سنبينه على النحو التالي:

(1) د/ أحمد عوض بلال - قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق يفر مشروعاً في الإجراءات الجنائية المقارنة - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2003 - ص 39.

المطلب الأول: مبررات مبدأ قبول الدليل غير المشروع:

ثمة عدة اعتبارات ومبررات يستند إليها أنصار مبدأ قبول الدليل أيًا كان مصدره لتدعيم هذا المبدأ والتأكيد على ملائمته في السياسة الشرقية المعاصرة وفائدته من الناحية العملية. ويمكن جمع أبرز الحجج والمبررات التي قدّمها الفقه المقارن في النقاط التالية:

أولاً: إذا كان احترام حقوق الإنسان من العناصر الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية في الوقت الحالي، فإن احترام هذه الحقوق لا يجب أن تكون مطلقة، ولا يمكن أن تقبل بانهيار النظام الاجتماعي بسبب احترام مبالغ فيه لهذه الحقوق والحريات، واحتراماً لهذه الحريات يجب أن يُتراجع أحياناً أمام ضرورات ملحة لحماية النظام الاجتماعي.

ثانياً: إن الدور الهام الذي تقوم به الدولة في حماية النظام الاجتماعي والمواطنين في ذات الوقت يقضي بالضرورة - بالسماح للسلطة أن تتمتع ببعض الاستثناءات في سبيل حماية المجتمع وذلك للمساس بحريات المواطن⁽¹⁾.

ثالثاً: لا خوف على استخدام الأدلة غير المشروعة أمام سيطرة نظرية الاقتران الحر للقاضي الجزائي في الوقت الراهن، فله أن يأخذ بأي دليل اطمأن إليه، وله أن يستبعد الدليل المشروع "شهادة شاهد"، وأن يأخذ بدليل تصريح متهم، ثم عن طريق تسجيل ميكروفون غير مشروع.

رابعاً: يرى البعض من مؤيدي مبدأ القبول أنه من غير المنطقي ومن غير الجائز إطلاق سراح جانٍ خطير لا لسبب إلا لأن دليل إدانته الوحيد قد تم الحصول عليه من خلال خطأ الضابط، هذا ما يؤدي إلى وجود المحكمة وتواجد خطأين، خطأ المتهم من ارتكاب الجريمة وخطأ الضابط الذي يباشر الإجراء المعيب والذي جعل المتهم يفلت من العقاب كفساد الدليل. الأمر الذي أدى بالبعض إلى القول بأنه في قاعدة الاستبقاء عند تطبيقها بحجة حماية الحريات الفردية يستفيد منها المجرمون وحدهم، وهذا ما يؤدي إلى إعاقة مكافحة الجريمة وملاحقة المجرمين⁽²⁾.

خامساً: إن استبعاد الدليل لمجرد مخالفته القانون الإجرائي عند البحث عنه أو الحصول عليه يؤدي إلى احتقار القانون من طرف الكافة ويهدم نزاهة القضاء ويؤدي إلى فقدان الجمهور الثقة في نظام العدالة الجنائية وفي السلطة العامة القائمة عليها.

(1) د/ أحمد عوض بلال - المرجع السابق - ص 168.

(2) د/ حسن علي حسن السموني - شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - 1983 - ص 702/703

المطلب الثاني: موقف التشريعات التي اعتنقت مبدأ القبول:

لقد كان للحجج التي قدمها أنصار قاعدة قبول الدليل غير المشروع عظيم الأثر على التشريعات التي أخذت بقواعد "الكومون لو" ونخص بالذكر في عرض هذه الدراسة التشريعين الإنجليزي والكندي، هذا ما يمكن إبرازه على النحو التالي:

الفرع الأول: موقف التشريع الإنجليزي:

اعتنق التشريع الإنجليزي منذ أمد بعيد سواء في إطار قواعد "الكومون لو" التقليدية غير المكتوبة أو وفقا لقانون الشرطة والإثبات الجنائي الصادر سنة 1984م مبدأ قبول الدليل غير المشروع أمام المحاكم الجنائية، وذلك اعتمادا على مبدأ الأخذ بالدليل المؤثر والذي له حجة قوية في موضوع الدعوى بغض النظر عن طريق الحصول عليه.

واستند القضاء الإنجليزي في هذا الشأن إلى ضرورة التوصل إلى الحقيقة أيًا كان الثمن، فالدليل غير المشروع يكون مقبولا أمام القضاء طالما كان مؤثرا ومتعلقا بموضوع الدعوى لاعتبارات الوصول إلى الحقيقة الأولى بالرعاية من اعتبارات أخرى.

ومن أهم التطبيقات القضائية لقاعدة قبول الدليل غير المشروع أمام المحاكم الإنجليزية ظهرت في طرح قضيتين: الأولى في إطار "الكومون لو" العرفية غير المكتوبة والثانية حدثت في إطار قانون الشرطة والإثبات الجنائي الصادر سنة 1984م، أين يظهر بوضوح أن المبدأ العام لقبول الدليل غير المشروع ظل راسخا في الاتجاه القضائي الإنجليزي.

ففي قضية علي وحسين Ali et Hussein التي حدثت سنة 1966م، وهما من رعايا باكستان حيث اتهمتا بالقتل وأدليا بأقوال تدينهما أثناء الحديث بلغة البنجاب، وذلك بعد أن أخذ البوليس ميكروفونا في غرفة مسكنهما بقصد مراقبة أحاديثهما دون إذن من السلطة القضائية المختصة، وعند عرض الموضوع أمام المحكمة وفي ردها على الدليل المتحصل عليه بطريقة غير مشروعة قبلت هذا الدليل، وقررت في حكمها "إن الدليل الذي يثبت التجريم مقبول أيًا كان مصدره ولا يهم في هذا ما إذا كان البوليس القائم بالتسجيل قد حصل على إذن من الجهات المختصة أم لم يفعل مادام لم يقم بأي عمل من أعمال القمع والقسوة*.

وفي قضية حديثة نسبيًا مؤرخة سنة 1966م وهي قضية R.V KHAN SULTAN كان شخص قد اتهم مع شخص آخر بجلبهما لكمية من مادة الهيروين وأطلق سراحه دون اتهام لعدم كفاية الأدلة، لكن الشرطة لحقته بعد ذلك في زيارة له لمنزل صديقه، ووضعت جهاز

* قضية Ali et Hussein 1966مذكورة في رسالة د/ حسن علي حسن السمني - المرجع السابق - ص 709

تصّت في منزل الجار دون علم هذا الأخير، ومن خلال تسجيل المحادثة اعترف الشخص المذكور بأنه كان مساهماً في جلب كمية الهيروين، وقد أخلّي سبيله لعدم كفاية الأدلة وقُدّم للمحاكمة واعترف أنّ صوته كان ضمن الأصوات المسجلة على الشريط. وقد اعتبر قاضي الموضوع أنّ الدليل المتحصل عليه يُعد دليلاً مقبولاً، وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم وهذا الرأي، غير أنّها سمحت للمتهم بالحق في الطعن أمام مجلس اللوردات تأسيساً على أن القضية تثير مسألة قانونية هامة، وهي مدى قبول الدليل المتحصل عليه من خلال محادثة هاتفية مسجلة بجهاز تنصت وضعته الشرطة في منزل جار دون علم المالك أو الحائز للمنزل. وقُدّم دفاع المتهم أمام مجلس اللوردات بوجوب استبعاد الدليل المتحصل عليه - المذكور أعلاه - تطبيقاً لأحكام المادة 78 من قانون الشرطة⁽¹⁾ والإثبات الجنائي على أساس أن الدليل قد تم الحصول عليه بطريق غير مشروع فيه انتهاك لحرمة الحياة الخاصة، وقبوله في الظروف المشار إليها يعد إخلالاً بحق المتهم في المحاكمة النزيهة، وهو الحق الذي تكرّسه الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. غير أنّ مجلس اللوردات أيد التحليل الذي جاءت به المحكمة مؤسساً ذلك على أن المحكمة قدرت أن الظروف التي تم فيها تحصيل الدليل، حتى ولو كانت تشكل خرقاً للحق في حرمة الحياة الخاصة، إلا أنها تنطوي على خطر الإخلال بنزاهة الإجراءات على نحو يتعين معه استبعاد الدليل وفقاً للمادة 78 المشار إليها. وبهذا الرأي الذي جاء به مجلس اللوردات كرّس مبدأ قبول الدليل غير المشروع في النظام القضائي⁽²⁾.

الفرع الثاني: موقف التشريع الكندي:

إن القاعدة في القانون الكندي كما كرّست المحكمة العليا الكندية هي قبول كافة أدلة الإثبات أمام القضاء الجنائي أياً كانت طريقة تحصيلها طالما كانت تلك الأدلة مرتبطة بالنزاع القائم، واستقر القضاء على إعطاء القضاة سلطة تقديرية في استبعاد الأدلة التي تنطوي على إضرار جسيم بالمتهم أو ذات القوة الإقناعية التافهة أو ذات قبول واه.

وقد أكد اتجاه القضاء الكندي بالأخذ بالدليل غير المشروع طالما كان منتجاً في الإثبات، وهذا في قضيتين: قضية *Sweitzere La Reine* سنة 1982م، وقضية *Sea boys* سنة 1991، إذ قررت المحكمة العليا فيهما قاعدة أصلية مفادها قبول كافة الأدلة طالما كانت منتجة في الإثبات ولو تم تحصيلها بطرق غير مشروعة، مع الاعتراف لمحكمة الموضوع بحقها في استبعاد الدليل الذي يؤدي قبوله إلى المساس بالعدالة.

(1) تقرر المادة 78 من قانون الشرطة والإثبات الجنائي للمحكمة سلطة تقديرية محدودة في استبعاد أدلة الإثبات التي يقدمها ممثل الإدعاء إذا كانت تلك الأدلة قد تم تحصيلها بطريق غير مشروع.

(2) أحمد عوض بلال - المرجع السابق - ص 78.

المبحث الثاني: الاتجاه الثاني: قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة:

لقد كان للمبررات الفقهية لقاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة عظيم الأثر في إقناع أغلب التشريعات اللاتينية والعربية وكذا الأمريكية، يتبنى قاعدة استبعاد الأدلة المتحصل عليها بطريقة غير مشروعة في المحاكمة الجزائية، كما جاء في أحكام القضاء المتواترة في تأكيد هذا المبدأ، بل الأكثر من ذلك، حمل المشرعان الفرنسي والجزائري المسؤولية التأديبية والجزائية لعدم الدليل غير المشروع الذي تم استبعاده. هذا ما سنحاول التطرق إليه في مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مبررات قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة:

يتجه أغلب الفقه الجنائي المقارن إلى قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة، بحيث لا يعتد في الحكم الجنائي لإدانة المتهم إلا على الأدلة التي تم الحصول عليها بطريق مشروعة باعتبار أن ذلك أنجع حماية لتحقيق سياسة جنائية فعالة تحقق التوازن بين حقوق الفرد في عدم انتهاك حقوقه الدستورية وحقوق المجتمع في الوصول إلى الحقيقة ومتابعة الجاني، ويقدمون في ذلك عدة مبررات يمكن جمعها في الآتي:

أولاً: إن حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوقه الأساسية بما فيها - بحق خاص - حقه في الحياة الخاصة وحقه في الدفاع، وهي حقوق لصيقة بالشخصية والتي لا يجوز التنازل عنها مما يقتضي بالضرورة استبعاد الأدلة غير المشروعة في مرحلة البحث عن الدليل والأخذ به.

ثانياً: إن السلطة القضائية القائمة على مباشرة التحقيق والبحث عن الأدلة للوصول إلى الحقيقة، فيها من الإمكانيات المادية والبشرية التي تمكّنها من تحقيق ذلك مقارنة بالمتهم، وهو أضعف بكثير منها بالرغم من أنه خصم في الدعوى المنظورة أمام المحكمة في مواجهة السلطة القضائية لإثبات الجريمة وإدانة المتهم بطرق غير مشروعة، إنما هو صورة واضحة للأنظمة البوليسية.

ثالثاً: إن الدولة ممثلة في محاكمها، فلا بدّ أن تعطي المثل الأعلى في احترام حقوق الإنسان، ولا يتأتى ذلك إلا إذا اعتمدت المحاكم في أحكامها على أدلة مشروعة. وبامتاع المحاكم عن الاستناد على الأدلة المتحصل عليها بطريق غير مشروع تحقق الوظيفة التربوية والأخلاقية للقانون.

رابعاً: إن إعمال قاعدة الاستبعاد للأدلة غير المشروعة يؤدي إلى ردع رجال الشرطة والقائمين على التحقيق وصرفهم عن مخالفة القانون وهم يمارسون مهامهم في جمع الأدلة، لأنهم يدركون أن الأدلة المتحصل عليها بطريقة غير مشروعة سيتم استبعادها.



المطلب الثاني: موقف التشريعات التي اعتمدت مبدأ استبعاد الدليل غير المشروع:

لقد كان للمبررات التي ساقها الفقه المقارن للأخذ بمبدأ استبعاد الأدلة غير المشروعة عظيم الأثر على التشريعات المقارنة وعمل القضاء، ويتجلى ذلك في بعض التشريعات التي يتم التطرق إليها في هذه الدراسة.

الفرع الأول: موقف التشريع الأمريكي:

بالرغم من أن التشريع الأمريكي ذا الأصل الأنجلوساكسوني المستمد من قواعد استبعاد الأدلة غير المشروعة، والذي تشكل عبر مراحل زمنية ساهمت فيه عدة ظروف، خاصة ازدواجية النظام القضائي ما بين الولايات على المستوى الفيدرالي⁽¹⁾، غير أنه كان في بدايته وفيها لقواعد "الكومون لو" الإنجليزي، والتي تأخذ بالدليل المنتج في الدعوى بغض النظر عن مدى مشروعية مصدره وكيفية الحصول عليه.

وقد كان لقضية Boyed V. United States لعام 1886م نقطة التحول في اتجاه التشريع الأمريكي، إذ أقرت حينها المحكمة الاتحادية العليا أن إجبار الشخص على اتهام نفسه يُعد مخالفة للتعديل الدستوري الخامس الذي يقرر الحصانة ضد تجريم الشخص، إلا أن هذا الحكم لا يجبر المحاكم الاتحادية الأخذ به، إذ في حكم شهير للمحاكم الاتحادية في عام 1904م، ذهبت إلى أنه يسوغ لأي محكمة اتحادية أن تقرر قبول أي دليل منتج في الدعوى دون البحث عن الوسيلة التي تم الحصول على الدليل من خلالها، وظل النظام الأمريكي يتسم بالازدواجية في مدى الأخذ بالدليل غير المشروع، وبالرغم من استقرار المحكمة الاتحادية العليا القائم على استبعاد الأدلة غير المشروعة باعتبارها مخالفة للتعديل الدستوري الرابع، وفي المحاكم الاتحادية التي ظلت وفيه لقواعد "الكومون لو"، وهو الأخذ بالدليل المحصل عليه بطريق غير مشروع إلى أن جاء حكما شهيرا سنة 1961 في قضية Tapp.V. Ohio، والذي ذهب فيه المحكمة الاتحادية العليا إلى أن التعديل الدستوري الرابع ينطبق كذلك على مستوى الولايات⁽²⁾ (المحاكم الاتحادية) وبالتالي يتحتم على هذه الأخيرة استبعاد الأدلة المتحصلة بطريقة غير مشروعة.

الفرع الثاني: موقف التشريع الفرنسي:

تميز التشريع الفرنسي بين نوعين من البطلان الذي يلحق بأعمال قاضي التحقيق عند البحث عن الأدلة، وهما البطلان القانوني والبطلان الجوهري⁽³⁾.

(1) أحمد عوض بلال - مرجع سابق - ص84

(2) رمزي رياض عوض - سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة - دار النهضة العربية - مصر 2004 - ص59.

(3) أ/ أحمد الشافعي - البطلان في قانون الإجراءات الجزائية - الطبعة الثالثة - دار هومة - الجزائر - 2006 ص37

فأما البطلان القانوني وهو ذلك النوع من البطلان الذي يتولى القانون وحده دون غيره تحديد حالاته مسبقاً جزاء عدم مراعاة الإجراءات الأساسية التي نص عليها القانون، وبالتالي لا يملك القاضي استبعاد دليل معين إلا إذا كان الذي قد تم تقديمه بمخالفة إجراءات جوهرية نص عليها القانون، وهذا تطبيقاً لقاعدة لا بطلان بغير نص.

أما البطلان الجوهري فهو ذلك البطلان الذي يلحق عمل قاضي التحقيق عند مخالفته لإجراءات الجوهريّة، وهي تلك الشكليات التي تمس سلامة المتابعة الجزائية، لا سيما عندما تنتهك حقوق الدفاع حسبما هو مقرر في المادة 172 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي والتي تنص على أنه: "يتحقق البطلان إذا خولفت النصوص الجوهرية في هذا الفصل.....".

غير أن المشرع الفرنسي بموجب تعديله للمادة 171 من قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون الصادر في 24 أوت 1993م إذ نصت على أنه: "يتحقق البطلان عندما يترتب على إغفال إجراء جوهري منصوص عليه في قانون الإجراءات الجنائية، أو نصّ إجرائي آخر فيه مساس بحقوق الطرف المعني". وبعدما كان المشرع الفرنسي يقصر طلب إلغاء الإجراء المشوب بعيب البطلان أو اعتماده على دليل ثم الحصول عليه بإجراءات غير مشروعة على قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية الذين لهما وحدهما طبقاً للمادة 171 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة طلب ذلك أمام غرفة الاتهام، إلا أنه بتعديل المادة 170 من قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 2.93 المؤرخ في 04.01.1993م، والتي أجازت لأطراف الدعوى خلال مرحلة التحقيق القضائي وحتى أثناء مرحلة البحث التمهيدي من إخطار غرفة الاتهام من أجل إلغاء إجراء من الإجراءات أو وثيقة معينة استبعاداً للدليل غير المشروع⁽¹⁾. وبالتالي فإن المشرع الفرنسي وكذا التطبيقات القضائية هناك تتشدد في كيفية الحصول على الدليل ومنه استبعاد كل الأدلة غير المشروعة من دائرة التعامل الإجرائي، بل الأكثر من ذلك يعتبر الاعتماد على دليل غير مشروع في إصدار الحكم مساساً بمبدأ النزاهة.

الفرع الثالث: موقف المشرع المصري.

يرتبط موقف التشريعات العربية ومنها المشرع المصري في دعوتها إقرار استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة حسبما هو مستقر عليه في التشريعات ذات الأصول اللاتينية والفرنسية على وجه الخصوص، وقد رتب المشرع المصري البطلان في المادة 331 من قانون

(1) art 170 du code de procédures pénales Français lois n:93-2 du 04-01-1993 « En toute manière la chambre d'accusation peut en cours de l'information ; être saisie aux fins d'annulation d'un Acte ou d'une pièce de la procédure par le juge d'instruction ou par le procureur de république ou par les parties »

الإجراءات الجنائية على عدم مراعاة أحكام القانون بأي إجراء جوهري دون تحديد ماهية الإجراء الجوهري⁽¹⁾ ، وبالتالي فإنه غني عن البيان ، إنَّ المشرّع المصري تبنى بصورة صريحة أن أي إجراء جوهري لم تتم احترامه في الخصومة الجزائية، سواء أثناء البحث عن الدليل أو الحصول عليه أو تقديمه إلى القضاء يؤدي إلى استبعاد هذا الدليل لعدم مشروعيتها، وبالتالي فشرط مشروعية الدليل أساس لإصدار الحكم القضائي الجنائي.

غير أن القضاء المصري لم يسر على وتيرة واحدة، إذ ظل متردداً بين قبول الأدلة المحصلة بطرق غير مشروعة من عدمه، إلى غاية صدور القانون رقم 1972/37 الخاص بالحريات العامة. ذلك أنه في قضية تهريب العملة المعروفة بقضية "حمص" طبقت المحكمة قاعدة الاستبعاد، وكانت التحريات قد دلّت على أن كل من المتهمين "رزق الله حمص" و"صبيحي مغربية" يقومان بتهريب العملة إلى الخارج، وقد أرسل المحققون مرشداً إلى المتهم "رزق الله حمص" وأقام معه صداقة، وفي يوم من الأيام التقى المرشد مع المتهم الأول "رزق الله حمص" في إحدى أروقة بنك، ودار بينهما حديث حول القيام بعملية تهريب العملة وقد تمكن المرشد من تسجيل الحديث في ميكروفون يخفيه تحت سترته، وكان هذا الاعتراف المدلى به والمسجل خفية هو الدليل الوحيد، إلا أن المحكمة عند نظرها لهذه القضية أهدرت الدليل واعتبرته لأخلاقياً، ويتعارض مع مبدأ الحرية المكفولة دستورياً⁽²⁾.

غير أنه في قضية أخرى طبقت المحكمة قاعدة قبول الدليل غير المشروع وتتلخص وقائع هذه القضية⁽³⁾ في أن دعوى رفعت أمام محكمة الجناح بتهمة إصدار شيك بدون رصيد، إلا أن المتهم أنكر توقيعه على الشيك وطعن بالتزوير في الإمضاء، لكن المجني عليه أكد توقيع المتهم على الشيك في تسجيل مقدم، سبق وأنه اعترف فيه بأنه أمسك القلم بأصبعيه السبابة والوسطى ووقع على الشيك، إلا أن التوقيع كان غير حقيقي.

حيث إن المحكمة اعتمدت على تسجيل صوت المتهم والذي تم خفية، واعتبرت أن اعترافه المسجل صحيح وأدائه بذلك، وعند استئناف الحكم تم تأييده أمام المحكمة الاستئنافية، وعند الطعن بالنقض أعاد دفاع المتهم بأنه تم تسجيل أقوال المتهم خلصة، ورغم ذلك رفض الطعن موضوعاً.

(1) د/سليمان عبد المنعم - أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقهاء - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - 1999 - ص 138.

(2) القضية رقم 794/سنة 1959 جناح عسكرية - قسم الموسيقي - القاهرة - أشار إليها حسن علي حسن السمني - المرجع السابق - ص 748.

(3) قضية رقم 1962/2733 جناح قسم الموسيقي - القاهرة.

ظل القضاء المصري يتردد في مبدأي القبول والاستبعاد للأدلة غير المشروعة إلى غاية صدور القانون رقم 1972/37 الخاص بالحريات العامة، والذي أضاف المادتين 309 مكرر* و309 مكرر، إلى قانون العقوبات، إذ تعاقب هاتان المادتان بالحبس كل من يعتدي على حرمة الحياة الخاصة عن طريق أجهزة استراق السمع أو التسجيل، مع مصادرة الأجهزة المستعملة، وبالتالي فإن المشرع المصري قد أقر استبعاد الأدلة غير المشروعة واستحالة الأخذ بها أمام القضاء. الأمر الذي يجعل شرط قبول الدليل أمام المحاكم المصرية لا بد أن يتم بالمشروعية في الحصول عليه وتقديمه للقضاء.

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري:

لقد اتجه المشرع الجزائري نفس وجهة المشرع الفرنسي والمصري، وذلك في استبعاد جميع الأدلة المتحصل عليها بطريق غير مشروع في إقامة الدليل أمام القضاء الجزائري، وقد ظهر ذلك جليا في تقريره لنوعي البطلان القانوني والجوهرية، وجسده في العبارات الواردة في العديد من النصوص القانونية: "تحت طائلة البطلان، يكون باطلا، ويعتبر ملغى، يترتب عنه البطلان، بكل إجراء تنص على وجوب احترامه".

ويكون البطلان قانونيا إذا كان الإجراء الذي اتخذته القاضي أو أطراف الدعوى مخالفا لشروط وشكليات ضرورية نص عليها القانون، مثل النص على عدم جواز اشتراك قاضي التحقيق للحكم في قضية سبق له وأن نظرها باعتباره قاضي التحقيق⁽¹⁾، وكذلك بطلان إجراءات التفتيش عند عدم مراعاة الشكليات والمواقيت الواردة في أحكام المادتين 45 و47 من قانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾، وكذلك من ضرورة تمكين المتهم عند استجوابه في

* المادة 309 مكرر قانون العقوبات المصري: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانونا أو بغير رضا المجني عليه:

أ- استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه محادثة جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون.

ب- التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

فيذا صدرت هذه الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضا هؤلاء يكون مفترضا.

و يعاقب بالحبس الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتمادا على سلطة وظيفته. ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصل عنها أو إعدامها".

(1) المادة 1/38 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: "تتأط بقاضي التحقيق إجراءات البحث والتحرري ولا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضايا نظرها بصفته قاضيا للتحقيق وإلا كان ذلك الحكم باطلا".

(2) المادة 48 ق.ج.ج: "يجب مراعاة الإجراءات التي استوجبها المادتان 45 و47 ويترتب على مخالفتها البطلان"

الحضور الأول من الحقوق الواردة في المادة 100 وتذكيره بها، والخاصة بإعلامه بالتهمة المنسوبة إليه، وحقه في الصمت واختيار محام مع منحه أجلا كافيا لذلك طبقا لأحكام المادة 105 في قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾.

ويكون البطلان جوهريا إذا كان الإجراء المتخذ من طرف القاضي فيه مساس خطير بحقوق الدفاع أو حقوق أطراف الدعوى، وهذا ما نصّ عنه المشرّع في أحكام المادة 159 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يترتب البطلان أيضا على مخالفة الأحكام الجوهرية المقررة في هذا الباب خلافا للأحكام المقررة في المادتين 100 و 105 إذا ترتب على مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع أو حقوق أي خصم في الدعوى".

وسواء كان الإجراء المعيب قد اتخذ صورة لمخالفة القانونية أو الجوهرية فإنه يؤدي إلى بطلان الإجراء المتخذ وجميع الإجراءات اللاحقة له، وفي سبيل ذلك تمارس المحكمة العليا رقابة شديدة سواء في تقريرها للبطلان المخالفة للإجراءات القانونية أو الجوهرية، أو في تفسيره لمفهوم الإجراء الجوهري.

ذلك أنه في قرار صدر عن المحكمة العليا الغرفة الجزائية الأولى بتاريخ 1983/11/29م ملف رقم 34094 بينت ما هية الإجراء الجوهري عندما قررت أنه: "يكون الإجراء جوهريا إذا كان يهدف إلى حماية حقوق الدفاع أو حقوق أطراف الدعوى الجزائية أو يرمي إلى حسن سير العدالة"⁽²⁾، كما اعتبرت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 1989/11/28 ملف رقم 58430 أن الشكلية تُعد جوهرية عندما تمس بحقوق من يتمسك بها"⁽³⁾.

كما قررت المحكمة العليا بصورة قطعية ترتيب البطلان على الدليل المستند إلى إجراء باطل وسحب هذا البطلان على كل الإجراءات اللاحقة له. وهذا ما أكدته في قرارها الصادر عن غرفة الجناح والمخالفات - القسم الأول - بتاريخ 1990/01/23 ملف رقم 59484، والذي قررت فيه على أنه: "فيعتبر إجراء جوهريا يترتب على مخالفته أو إغفاله البطلان لمساسه بحقوق الدفاع، استجواب المتهم قبل إصدار أمر إيداع ضده، وحق المتهم في اختيار محام للدفاع عنه، واستجواب المتهم والطرف المدني من طرف قاضي التحقيق بحضور كاتب ضبط، فالمعيار في تحديد الإجراء

(1) المادة 157 ق.إ.ج.ج: "تراعى الأحكام المقررة في المادة 100 المتعلقة باستجواب المتهمين والمادة 105 المتعلقة بسماع

المدعي المدني وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من الإجراءات".

(2) المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد 4 - سنة 1984 ص 62

(3) المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد 2 لسنة 1989 ص 8

الجوهري من غيره مرتبط بالمصلحة التي يحميها، سواء كانت هذه المصلحة عامة أو خاصة، و يترتب عن عدم مراعاة الإجراء الجوهري البطلان⁽¹⁾.

وقد عبّر المشرّع الجزائري بصورة صريحة على استبعاده للأدلة غير المشروعة لبناء حكم الإدانة⁽²⁾، وهذا في المادة 160 من قانون الإجراءات الجزائية حين قرر على أنه: "تسحب من ملف التحقيق أوراق الإجراءات التي أبطلت، وتودع لدى قلم كاتب المجلس القضائي ويحظر الرجوع إليها لاستنباط عناصر أو اتهامات ضد الخصوم في المرافعات، وإلا تعرّضوا لجزاء تأديبي بالنسبة للقضاة ومحكمة تأديبية للمحامين المدافعين أمام مجلسهم التأديبي".

ويقصّر المشرّع الجزائري - خلافاً للمشرع الفرنسي - حق طلب إبطال الإجراء المعيب أو أوراق التحقيق التي اعتمدت على إجراء أو دليل باطل على قاضي التحقيق بمناسبة تشويه الملف أو وكيل الجمهورية بمناسبة إبلاغه عن التحقيق، إذ لهما وحدهما (قاضي التحقيق ووكيل الجمهورية) رفع طلب الإبطال أمام غرفة الاتهام، وهذا بصريح المادة 158 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنصّ على أنه: "إذا تراءى لقاضي التحقيق أن إجراء من إجراءات التحقيق مشوب بالبطلان فعليه أن يرفع الأمر لغرفة الاتهام بالمجلس القضائي بطلب إبطال هذا الإجراء بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية وإخطار المتهم والمدعي المدني.

فإذا تبين لوكيل الجمهورية أن بطلانا قد وقع، فإنه يطلب إلى قاضي التحقيق أن يوافيه بملف الدعوى ليرسله إلى غرفة الاتهام ويرفع لها طلب البطلان، وفي كلتا الحالتين تتخذ غرفة الاتهام إجراءاتها وتعدّد بما ورد في المادة 191".

وقد جسّدت المحكمة العليا هذا التوجه التشريعي في قصر طلب إبطال الإجراء المعيب على قاضي التحقيق ووكيل الجمهورية في عدة قرارات لها، منها قرارها الصادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 02 - 02 - 2005 ملف رقم 362769⁽³⁾ الذي جاء فيه: "إن القانون لا يجيز للمتهم أو الطرف المدني طلب بطلان الإجراءات إلا أمام غرفة الاتهام بمناسبة عرض القضية برمتها على تلك الغرفة بعد أمر التسوية لقاضي التحقيق فإن طلب البطلان لا يكون إلا من طرف القاضي المحقق نفسه أو وكيل الجمهورية".

(1) المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد الأول - لسنة 1992 ص 200

(2) د/محمد محدة - السلطة التقديرية للقاضي الجزائري - مجلة البحوث والدراسات - العدد الأول - السنة

الأولى أبريل 2004 - دورية أكاديمية تعدها المركز الجامعي بالوادي.

(3) المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد 01 لسنة 2005 - ص 387

ويعتبر عدم تمكين المتهم والطرف المدني من تقديم طلب إبطال الإجراء المشوب بالبطلان أو المعتمد على أدلة غير مشروعة فيها مساس خطير بحقوق الدفاع، أمام غرفة الاتهام مثل وكيل الجمهورية يعتبر إجحافاً في حق جزء هام من أطراف الخصومة الجزائية وإهداراً لحق الرقابة التي يمارسها المتهم أو دفاعه أو الطرف المدني أو دفاعه على نزاهة البحث، والحصول على الدليل عماد المحاكمة العادلة والنزيهة.

ويظهر التناقض واضحاً في التشريع الجزائري عن جهة حرمان المتهم والطرف المدني من تقديم طلب إبطال الإجراء المشوب لعدم المشروعية، ومن جهة أخرى أجاز لهما حق التنازل عن التمسك بالبطلان، وهذا خروج على القواعد العامة التي مفادها "من يملك الحق يملك التنازل عنه" إذ نصّ في الفقرة 2 من المادة 157 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "ويجوز للخصم الذي لم ترع في حقه أحكام هذه المواد أن يتنازل عن التمسك بالبطلان ويصح بذلك الإجراء، ويتعين أن يكون التنازل صريحاً ولا يجوز أن يبدي إلا في حضور المحامي أو بعد استدعائه قانوناً". وكذا في الفقرة 3 من المادة 159 التي تنصّ على أنه: "ويجوز دائماً للخصم التنازل عن التمسك بالبطلان المقرر لمصلحته وحده ويتعين أن يكون هذا التنازل صريحاً".

من خلال تحليل مواد قانون الإجراءات الجزائية، وقرارات المحكمة العليا يتجلى بوضوح موقف المشرع الجزائري الذي ساير الاتجاه الفرنسي الذي يقضي بتبني قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة، بل يجعل استعمالها بعد تقرير بطلانها مسؤولية شخصية تقع على القاضي أو المحامي.

غير أنه أغفل تمكين المتهم أو دفاعه أو الطرف المدني أو دفاع هذا الأخير تقديم طلب إبطال الإجراء المشوب بعدم المشروعية الأمر الذي يجعل المشرع الجزائري قد حرم المتهم من أكبر حق من حقوق دفاع المتهم حماية لحقوقه الفردية.

المبحث الثالث: الاتجاه الثالث: الجمع بين مبدئي الاستبعاد والقبول:

خلافاً للاتجاهين السابقين، ظهر اتجاه في الفقه يناهز بضرورة عدم الاعتماد كلية وبصفة مسبقة على أي من الاتجاهين قاعدة الاستبعاد أو القبول، ويسوقون لذلك عدة مبررات، كما أثر هذا الاتجاه على بعض التشريعات.

المطلب الأول: مبررات اتجاه الجمع بين مبدئي الاستبعاد والقبول:

أولاً- يرى هذا الاتجاه أنّ الأخذ بأيّ من قاعدة الاستبعاد أو القبول أمر غير جائز، لأن ذلك يجعل من القاضي أداة للتنفيذ فقط يحرمه من سلطته التقديرية للاختيار والترجيح طبقاً لقاعدة حرية الاقتناع التي تقوم عليها التشريعات الحديثة.

ثانيا- إن عدم تقييد القاضي بأي من المبدئين يعطي للقاضي حق الموازنة في المصالح المتعارضة وترجيح المصلحة ذات الأهمية الكبرى بغض النظر عن الكيفية التي تم الحصول بها على الدليل سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة.

ثالثا- إن النزاع المتعلق بالمصالح الفردية تطبق بشأنه قاعدة الاستبعاد.

لذا يرى هذا الاتجاه الفقهي أن تحديد قاعدة ثابتة في هذا الشأن لا يجب الخروج عنها قد تؤدي إلى نتائج غير مقبولة وتهدر الحق العام في سبيل حماية شرعية مصلحة خاصة، لذلك فلا بد أن تكون مسألة القبول أو الاستبعاد متروكة كلياً لتقدير القاضي المناط لسلطته التقديرية.

المطلب الثاني: موقف التشريعات التي اعتمدت مبدأ الجمع بين قاعدتي الاستبعاد والقبول.

لم نعر خلال هذه الدراسة على التشريعات التي تبنت مبدأ الجمع بين مبدئي الاستبعاد والقبول إلا ما ذكره الأستاذ الدكتور "حسن علي حسن السمني" في رسالته للدكتوراه⁽¹⁾، من أن القانون الأسكتلندي اتجه هذا المسلك، إذ قرر أن القاضي غير مقيد باتجاه معين، بل يجوز له قبول دليل غير مشروع لإصدار الحكم بالإدانة على المتهم بالنظر إلى خطورة التعدي ومدى تأثيره على المجتمع، ذلك أنه يجوز للمحاكم أن تقبل الدليل الذي تم الحصول عليه بطرق غير مشروعة عندما يكون الاعتداء قد مسّ النظام الاجتماعي وتبرره حالة الضرورة.

أما إذا كان الدليل قد تم الحصول عليه بتصرفات غير مشروعة تمت بعد تفكير وتدابير ودون ضرورة وانعدام صفة الاستعجال، ففي هذه الحالة على المحاكم تطبيق قاعدة الاستبعاد.

وبالتالي فإن التشريع الأسكتلندي يوازن بين المصالح المتنازعة ويترك سلطة تقديرية للقاضي لتقييم الدليل مع تغليب المصلحة العامة، وحالة الضرورة مبدأ الحفاظ على النظام الاجتماعي. كما يعطي للقاضي الجزائي في النظام القضائي الأسكتلندي سلطة تقديرية واضحة في مدى قبول الدليل غير المشروع.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة المختصرة لمدى قبول الدليل غير المشروع في المحاكمة الجزائية نلاحظ أن التشريعات المقارنة وتحت ضغط القضاء ترسم الاتجاه الذي يؤخذ به المشرع.

كما أن المشرع الجزائري في أحكام المادة 158 من قانون الإجراءات الجزائية أن حق طلب إبطال الإجراء المشوب بعدم المشروعية لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق لتقديم طلب الإلغاء

(1) رسالة دكتوراه للأستاذ حسن علي حسن السمني - سابق الإشارة إليها في الهامش ص 02 من هذا البحث.



أمام غرفة الاتهام حتى وإن كان الإجراء غير المشروع مسّ حقوق المتهم، وهو أدرى بحمايتها، مما يقتضي بالضرورة ضرورة تعديل المادة 158 من قانون الإجراءات الجزائية على غرار ما تم في التشريع الفرنسي وهذا تحقيقا للغاية التي يستهدفها المشرع وهي استبعاد الدليل غير المشروع.

غير أنه من خلال استقراء النصوص القانونية لمختلف التشريعات المقارنة والتي أخذنا منها أهم التشريعات المؤثرة في النصوص القانونية والقضائية لمختلف دول العالم فإن مدى قبول الدليل غير المشروع يتراوح بين القبول والرفض وذلك حسب المصلحة الجديرة بالحماية، فإذا كانت المصلحة المعتدى عليها ذات أهمية قصوى لدى المجتمع سواء كانت عامة أو فردية فإن القضاء يتغاضى عن مدى شرعية الدليل ولو بمخالفة المشرع في ذلك.

قائمة المراجع:

أولا: قائمة الكتب.

- 1- أ/ أحمد الشافعي - البطلان في قانون الإجراءات الجزائية - الطبعة الثالثة - دار هومة - الجزائر - 2006
- 2- / أحمد عوض بلال - قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق يفر مشروعها في الإجراءات الجنائية المقارنة - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2003.
- 3- د/ حسن علي حسن السمني - شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - 1983.
- 4- رمزي رياض عوض - سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة - دار النهضة العربية - مصر 2004.
- 5- د/ سليمان عبد المنعم - أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقهاء - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - 1999.
- 6- د/ محمد محدة - السلطة التقديرية للقاضي الجزائي - مجلة البحوث والدراسات - العدد الأول - السنة الأولى أبريل 2004 - دورية أكاديمية تعدها المركز الجامعي بالوادي.

ثانيا: قائمة المجلات القضائية.

- 1- المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد الرابع - سنة 1984.
- 2- المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد الثاني - لسنة 1989.
- 3- المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد الأول - لسنة 1992.
- 4- المجلة القضائية للمحكمة العليا - العدد الأول - لسنة 2005.

ثالثا: القوانين.

- 1- قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
- 2- قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.
- 3- قانون العقوبات المصري.

التعديل الدستوري

بين سلطات الرئيس وصلاحيات البرلمان والسيادة الشعبية

دراسة تحليلية مقارنة عن الجزائر وبعض الدول العربية وغير العربية

د/ بركات محمد

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة المسيلة

ملخص:

يتناول هذا البحث موضوع التعديل الدستوري في الجزائر وبعض الأنظمة المقارنة، حيث يتطرق إلى جميع مراحل الأساسية وهي: **اقتراح المشروع** من طرف السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الدولة أو الملك، والبرلمان أو مجلس النواب، وتقديمه في شكل قواعد قانونية مضبوطة فنيا ولغويا، ثم عرضه على البرلمان سواء كان مشكلا من غرفة واحدة أو من غرفتين، ولقبوله منه ينبغي حصوله على نصاب معين، كما يمكن إحالة المشروع إلى الاستفتاء، وإقراره نهائيا يمكن إتباع أسلوب واحد من بين أساليب محددة حصرا في الدستور نفسه، حيث تقبل بشكل عام قواعد الدستور المراجعة، مع وجود بعض المبادئ المحصنة من التعديل، بالإضافة إلى ملاحظات قدمناها حول التعديل الدستوري في الجزائر لسنة 2008 خاصة المتعلقة منها بإعادة انتخاب رئيس الجمهورية، وكذا تصورنا للتعديلات في المستقبل.

مقدمة:

يعتبر الدستور الوثيقة الأساس أو (القانون الوضعي الأسمى) في الدولة الحديثة، الذي منه تستمد وجودها جميع القوانين والتنظيمات والقرارات على اختلافها وتووعها، إذ يجب أن تكون متوافقة معه ولا تخالفه في روحها وفحواها وإلا اعتبرت خارج دائرة المشروعية، وتعرضت للتعطيل فيها بعدم الدستورية.

فلا شك إذن بأن الدستور هو المنظم لسلطات الدولة وحيوية الأمة، فهذه الصفة عليه أن يجسد طموحات وآمال الشعب، وأن يواكب العصر ويستشرف المستقبل بما يكفل له الاستقرار والاستمرار والتطور والتقدم في آن معا.

ولضمان ذلك: فمن المنطق أن يمسه التكييف ويطل قواعده التعديل بصفة جزئية من حين إلى آخر، أو بصفة جذرية أحيانا أخرى كما هو مطلوب في الثورات السابقة أو تلكم التي تجتاح العالم العربي خلال العام 2011، وهو أمر متعلق بالدولة المعاصرة أيا كان شكلها ومهما كان النظام السياسي المتبع فيها.

لكن في حالات الاستقرار خصوصا يجب ألا يتم التعديل بصفة (ذاتية وشخصانية) ودون وعي ومن غير دراسة أو دراسات يقوم بها الخبراء والمختصون والمثقفون والسياسيون ومؤسسات المجتمع المدني وكل من له

صلة حتى وان تطلب الأمر إنشاء (جمعية تأسيسية) لذات الغرض، ولهذا ينبغي أن تتوفر الحصانة للدستور حتى لا يكون عرضة للتبديل والتغيير حسب الأمزجة والأهواء.

أهمية البحث والصعوبات:

تكمن أهمية البحث في كونه يتعرض لموضوع حساس وأساسي يتعلق بمراجعة قواعد الدستور التي تتصف عادة بالثبات دعما لاستقرار الأوضاع، وهو ما تشهده الأنظمة السياسية الحاكمة، لكن مقتضيات التطور المستمر وضبط علاقات الدولة بالدول والمؤسسات الأجنبية، ومواجهة الظواهر المستجدة، وتحقيق عناصر المواكبة، تقتضي حتما اللجوء إلى التعديل الدستوري، وهو مسألة تتفق بشأنها جميع الدول ويؤيدها جل الباحثين، غير أن خروجها عن الأهداف العامة أو محاولة التظليل من غير معايير وضوابط يشكّل تحديا حقيقيا للأجيال، ولهذا كانت صعوبات البحث في لممة الحقائق والخلفيات مسألة قائمة ولا شك خاصة شُحّ المواضيع المعالجة ذات الصلة على الأقل من وجهة النظر التي نريد، إذ تطلبت منا تحريا وحيطة ذكية، استعنت في التغلب عليها قدر الإمكان على الأقل بالاستئناس بالمنهج المقارن.

والإشكالية المطروحة التي نودّ معالجتها في هذه الدراسة تتمثل خاصة في الإجابة على الأسئلة التالية: حول مدى اختلاف الدساتير في الاستجابة للتعديل؟، وهل يتبع في ذلك أسلوب واحد أو أكثر ومن ثم هل توجد طريقة مثلى (ديمقراطية)؟، وما مدى حرية السلطة السياسية في اختيار أو تفضيل واحدة منها؟ وما مدى تأثير وقوة الرقابة الدستورية في هذا الشأن من حيث احترام الإجراءات المطلوبة ومن حيث الموضوعات المطروحة للتعديل؟، وهل توجد قواعد دستورية محصنة ضد أيّ تعديل مهما كان؟ وما موقع الشعب من كل ذلك باعتباره في أغلب الأنظمة السياسية المعاصرة صاحب (السيادة) الحقيقي؟ وهل يدخل التعديل الدستوري في الجزائر ضمن الإطار المذكور؟.

تلکم هي العناصر التي من خلالها نحاول التوصل إلى استجلاء الحقيقة معتمدين المناهج العلمية المناسبة (الوصف والمقارنة والتحليل) متبعين خطة سلسلة هي من مقتضيات الموضوع رغم الصعوبات الجمة في هذا المجال: إذ قسمنا الدراسة إلى مباحث ستة، وكل مبحث يتفرع عنه فرعان أو أكثر، وهو ما نجده في الخطة التالية:

مقدمة

المبحث الأول: من يملك حق المبادرة بالتعديل الدستوري

الفرع الأول: حق المبادرة بتعديل الدستور في الجزائر بيد رئيس الجمهورية والمجلس الشعبي الوطني

الفرع الثاني: حق المبادرة بالتعديل في بعض الأنظمة المقارنة

النموذج الأول: حق المبادرة بالتعديل تحتكره جهة واحدة

النموذج الثاني: المبادرة بالتعديل حق لأكثر من جهة

النموذج الثالث: حالة السكوت

الفرع الثالث: تقدير حق المبادرة بالتعديل

المبحث الثاني: أساليب التعديل الدستوري في الجزائر

الفرع الأول: إقرار التعديل بالاستفتاء

الفرع الثاني: إقرار التعديل من طرف البرلمان

المبحث الثالث: أساليب التعديل الدستوري في بعض الأنظمة المقارنة

الفرع الأول: إقرار التعديل من طرف البرلمان مع الاستفتاء

الفرع الثاني: إقرار التعديل من طرف البرلمان دون الاستفتاء

الفرع الثالث: مرحلة الإصدار

المبحث الرابع: الحصانة ضد التعديل الدستوري

الفرع الأول: الحصانة ضد التعديل الدستوري في الجزائر

الفرع الثاني: الحصانة ضد التعديل الدستوري في بعض الدساتير المقارنة

فقرة - 1 - لا حصانة لأحكام الدستور ضد التعديل

فقرة - 2 - الحصانة للمبادئ

المبحث الخامس: تسبيب مشروع التعديل الدستوري

الفرع الأول: أهمية ذكر أسباب التعديل

الفرع الثاني: تسبيب مشروع التعديل في بعض الدساتير المقارنة

المبحث السادس: التعديل الدستوري لعام 2008 في الجزائر

الفرع الأول: تسبيب مقترح التعديل

الفرع الثاني: ملاحظات حول التعديل الدستوري لعام 2008

الفرع الثالث: ملاحظات حول تعديل المادة 74 من الدستور

الفرع الرابع: هل التعديل متصل بشخص معين

الفرع الخامس: ضرورة تعديل مدة العهدة الرئاسية

خلاصة وتوصيات

الهوامش والمراجع

المبحث الأول: من يملك حق المبادرة بالتعديل الدستوري؟

هل المبادرة الهادفة إلى تعديل بعض قواعد الدستور مسالة متاحة للجميع، أم هي متعلقة بسلطات الدولة الثلاث، أم تحتكرها جهة واحدة؟ الواقع أن حق المبادرة بتعديل الدستور ينظمه الدستور نفسه

دون بقية القوانين، وهو أمر ضيق ومحدود جدا، يتوزع في الغالب بين السلطتين التنفيذية والتشريعية دون سواهما، وللتوضيح أكثر نفصل الموضوع في الفرع التالية:

الفرع الأول: حق المبادرة بتعديل الدستور في الجزائر بيد رئيس الجمهورية والمجلس الشعبي الوطني:

يعود حق تعديل الدستور الجزائري إلى السلطة التشريعية أو التنفيذية أو رئيس الجمهورية كما يعود لجمعهم، والسبب فيما يبدو هو الدستور نفسه المعبر عن النظام السياسي القائم والذي ينص على الجهة أو الجهات أو الشخص الذي يملك هذا الحق، وفي كل الأحوال لا بد أن تكون هذه الجهة سلطة سامية من سلطات الدولة المذكورة على سبيل الحصر، وهذا يعني انتفاء حق التعديل عن جهات أخرى داخلية أو خارجية، ذلك أن العمل الدستوري مسألة وثيقة الصلة بالسيادة، وهذه الأخيرة تعود بالأساس إلى (الشعب) في ظل المدنية الحديثة وقوانينها الوضعية، وهي أيضا متعلقة بالدولة وإلا اعتبرت محتلة أو ناقصة السيادة.

ينص أول دستور للدولة الجزائرية الحديثة على إمكانية مراجعة الدستور⁽¹⁾، فهو من الناحية القانونية مسألة مشروعة، ذلك أن المادة الثامنة والستين 68 من نفس الدستور تنص على: (ترجع المبادرة بالمراجعة الدستورية إلى رئيس الجمهورية والأغلبية المطلقة للمجلس الوطني معا).

فرئيس الجمهورية هو رأس الهرم وهو المسير والممثل للسلطة التنفيذية⁽²⁾ وبهذا المعنى فإن حق المبادرة بتعديل الدستور هنا ترجع إلى السلطة التنفيذية، وسيتم ذلك من خلال الحكومة - أو مجلس الوزراء - بمعونة ومساعدة أهل الخبرة والاختصاص، وهذا يدل على أن المبادرة بالتعديل يمكن أن تصدر عن الحكومة في جلساتها التي يرأسها رئيس الجمهورية ويتبناها هذا الأخير بنص الدستور.

والمجلس الوطني (باعتباره سلطة تشريعية في ذلك الوقت) يمكنه أيضا المبادرة بالمراجعة الدستورية بتحقيق الأغلبية البسيطة لأعضائه، وهذا توجه نحو الديمقراطية منذ البداية لم يكن هو المقصود في ذاته باعتقادنا، بدليل سرعة التراجع عنه في دستور 1976.

وأما هذا الأخير أي دستور الجزائر لسنة 1976، فقد نظم الأحكام المتعلقة بتعديل الدستور تحت عنوان (الفصل السادس / الوظيفة التأسيسية) معتبرا إياها من وظائف الدولة الأخرى: (الوظيفة التشريعية، الوظيفة التنفيذية، الوظيفة القضائية والوظيفة السياسية، ووظيفة المراقبة)، هذه الوظائف هي في الواقع ترجمة للنظام السياسي ذي التوجه الاشتراكي انطلاقا من كونه حسب نفس التوجه الإيديولوجي (اختيار الشعب الذي لا رجعة فيه)⁽³⁾.

(1) دستور الجزائر لسنة 1963

(2) المادة 34 من دستور 1963

(3) المادة 10 من دستور 1976

وقد مكن الدستور المذكور لرئيس الجمهورية (حق المبادرة بتعديل الدستور)⁽⁴⁾، وهو حق مطلق لا يشاركه فيه أحد بما فيها السلطة التشريعية ممثلة آنذاك في (المجلس الشعبي الوطني)⁽⁵⁾، وهذا يشكل برأينا تراجعا صارخا عما نص عليه دستور الجزائر لسنة 1963 السابق الإشارة إليه، الذي جعل حق تعديل الدستور مشتركا بين - رئيس الجمهورية والأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الوطني -.

إذن فهو الاختيار الاشتراكي لنظام الحكم الذي فيه تختزل الدولة والحزب في كيان واحد، وهو نظام سياسي شمولي⁽⁶⁾، تحتكر فيه الدولة كل شيء وتعتبر ملكيتها أعلى درجات الملكية، والقيادة السياسية منوطه بحزب وحيد، ورئيس الدولة أو رئيس الجمهورية هو الزعيم الأول للحزب الأول والأخير، وهو القائد الأعلى للقوات المسلحة، ورئيس الحزب ورئيس السلطة التنفيذية، إنها برأينا اختصاصات تجسد وظائف نافذة وحقيقية تجمل من حقه في المبادرة بالتعديل الدستوري مبررا من جهة، ومن جهة أخرى تجعل من الإجراءات والخطوات المتبعة في التعديل إلى نفاذه مجرد إجراءات شكلية لا روح فيها.

ولقد كرس أول دستور جزائري تعددي لسنة 1989 مبدأ - حق المبادرة بالتعديل - جاعلا إياه حكرًا على رئيس الجمهورية، رغم الانتقال الحاصل في الدستور المذكور من الأحادية إلى التعددية الحزبية⁽⁷⁾، وهذا يدل دلالة واضحة على أن الرغبة في التحول السياسي إبان ذلك الوقت وحتى في الفترة التالية لم تكن أكيدة ولا مرغوبة، بل أن الرجوع فيها كان قاب قوسين أو أدنى، لولا تأثير أحداث عالمية كبرى في مسيرة الكثير من الدول من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية بالإضافة إلى الثورة التكنولوجية وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالشبكة العنكبوتية، وظاهرة العولمة، وكذا انهيار الكتلة الشرقية بزوال الاتحاد السوفييتي أو - الإمبراطورية الشيوعية حسب تعبير الفكر الغربي - وتحطيم جدار برلين وتوحيد الألمانيّتين، ثم الثورات الشعبية العربية فضلا عن عوامل داخلية أخرى.

أما دستور 1996 المعدل الساري المفعول فقد سار على هديّ الدساتير السابقة مجسدا حق المبادرة بالتعديل في يد رئيس الجمهورية، كما تملك السلطة التشريعية نفس الحق في نطاق شروط خاصة. غير أننا نعتقد بأن السلطة التنفيذية هي التي تعتبر في كل الأحوال صاحبة الصلاحية في المبادرة بالتعديل من خلال رأسها⁽⁸⁾.

وهكذا يجسدّ المشرع الدستوري الجزائري بقوة سلطة المبادرة بالتعديل بيد رئيس الجمهورية منذ دستور 1963، فدستور 1976، إلى دستور 1989، ثم دستور 1996 المعدل سنتي 2002 و 2008، وذلك في ظل النظام الاشتراكي تماما كما هو الحال في النظام الليبرالي التعددي القائم الآن مع فارق بسيط.

(4) المادة 191 من دستور 1976

(5) المادة 126 من دستور 1976

(6) موريس ديفرجي - المؤسسات السياسية والقانون الدستوري - المدينة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

- فرنسا - طبعة أولى - 1992 - ترجمة جورج سعد.

(7) المادة 191 من دستور 1976 والمادة 163 من دستور 1989

(8) المادة 174 من دستور 1996

ونعتقد بأن احتكار المبادرة بالتعديل من الناحية الواقعية أمر غير مرغوب فيه، بل لم يعد من مقتضيات الدولة الحديثة المتطلعة إلى تحقيق تطور مستمر في شتى المجالات عبر الألفية الثالثة، وهذا يقتضي إحداث تبدل في الأذهان لدى الناظرين في النظام السياسي الجزائري بصفة خاصة ولدى النخبة من المثقفين وبقية أفراد الشعب، فهو مسألة هامة وأساسية من أجل إحداث تغييرات ايجابية بفكر تعددي منفتح يقبل الرأي المخالف من غير استخدام وسائل العنف، وهذا يعني بما نرى أن التوجه نحو الليبرالية كنظام سياسي واقتصادي بعقلية أحادية يعتبر ضربا من الخيال.

الفرع الثاني: حق المبادرة بالتعديل في بعض الأنظمة المقارنة:

لعلنا نستطيع من خلال هذه الدراسة تمييز نماذج من بين الجهات التي تملك حق المبادرة بتعديل الدستور بصفة احتكارية ومطلقة أو على التساوي فيما بين أكثر من جهة رسمية، أو السكوت عن ذلك.

النموذج الأول: حق المبادرة بالتعديل تحتكره جهة واحدة: هناك دساتير تمنح حق المبادرة بالتعديل لرئيس الدولة وحده دون منازع، وتشكل الجزائر هذا النموذج من خلال آخر دستور في الدولة الاشتراكية حسب النص الصريح للمادة 191 من دستور 1976، وأيضا من خلال أول دستور في النظام السياسي التعددي بحسب نص المادة 163 من دستور 1989، رغم أنه يمكن القول بأن الحكومة والسلطات العمومية الرسمية هي مصدر الوحي بفكرة التعديل على بعض أحكام الدستور، كما أن للفقهاء والباحثين دورا في هذا المجال بالدراسة والنقد والتوصيات، وجميعها تبقى في إطارها غير الملزم لرئيس الجمهورية، هذا الأخير هو صاحب الصلاحية والاختصاص الأصيل من دون منازع.

ونعتقد كما ذكرنا فيما سبق أن المشرع الدستوري لم يوفق في هذا المجال عندما تراجع في دستور 1976 عما كان معمولا به في دستور الجزائر الأول لسنة 1963، بحيث كرس سلطات واسعة لرئيس الجمهورية ومنها احتكار حق المبادرة بمراجعة الدستور، فما كان ينبغي أن تبقى الأوضاع على نفس الحال خاصة بعد خروج الجزائر من الأحادية نحو التعددية السياسية التي كرسها دستور سنة 1989، وقد تمت العودة إلى مبادئ الدستور الأول فيما نصت عليه المادة 177 من دستور 1996 الساري المفعول الذي منح حق الاقتراح بالتعديل - بعد رئيس الجمهورية كما كان سابقا طبقا للمادة 174 - إلى البرلمان بغرفتيه وفقا لتحقيق نصاب $\frac{3}{4}$ أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، بحيث لا يختص بذلك المجلس الشعبي الوطني وحده كما كان سابقا، وتبرير ذلك أن (السيادة) ملك للشعب يمارسها بواسطة ممثليه المنتخبين⁽⁹⁾، ولا شك أن ممثليه المنتخبين هم نواب الأمة في الغرفة الأولى، وهم باعتقادنا أيضا شيوخ الغرفة الثانية هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن مقتضيات التعددية والتوجه الديمقراطي في الدولة الليبرالية هو تفكيك احتكار سلطة واحدة لاختصاصات حاسمة ومنها حق المبادرة بالتعديل الدستوري.

غير أنه ينبغي التنبه باعتقادنا إلى أن شرط تحقيق نصاب $\frac{4}{3}$ أعضاء غرفتي البرلمان كما نصت على ذلك أحكام المادة 177 السالفة الذكر، هو شرط تعجيزي لا مبرر له لأن: اجتماع غرفتي البرلمان

(9) المادة 6 من دستور 1996

في شكل (مؤتمر) سيتم باستدعائهما من طرف رئيس الجمهورية، وهذا الأخير إذا لم يكن راغبا في التعديل فلن يفعل، كما أن اتفاق البرلمان بل اتفاق أعضاء كل غرفة على مشروع اقتراح التعديل أمر بالغ الصعوبة، فضلا على أن الوصول إلى نصاب 4/3 الأعضاء من الغرفتين معا مشكوك في القدرة على تحقيقه، إلا إذا كان من يتبناه هو رئيس الجمهورية، وهكذا تصبح المادة 177 المذكورة أعلاه ليست بذات جدوى، ولذلك يمكن تعديلها بحيث تكون المبادرة في مرحلتها الأولى من طرف عدد معين من الأعضاء في المجلس الشعبي الوطني فقط كما الحال في اقتراح مشاريع القوانين، أو تكون من عدد معين من أعضاء مجلس الأمة فقط، وعند ذلك وفي الحالتين يتم استدعاء البرلمان من طرف رئيس الجمهورية بناء على طلب مكثبي الغرفتين من خلال رئيسيهما، وفي الاجتماع المشترك بينهما تتم مناقشة المقترح ويعلن كتعديل وفقا للنصاب المطلوب .

ولعل الدستور الاتحادي للإمارات العربية المتحدة يشبه الدستور الجزائري المنقضي بمنحه جهة واحدة حق المبادرة بالتعديل وهي (المجلس الأعلى للاتحاد)، وهذا قياس مع الفارق من كون المجلس المذكور (كهيئة تداول) في تشكيل الدولة الاتحادية⁽¹⁰⁾ يعتبر في تقديرنا أكثر مصداقية من (رئيس الجمهورية كفرد).

كما أن المبادرة بالتعديل الدستوري للإمبراطورية اليابانية تعود للسلطة التشريعية من خلال البرلمان المشكل من مجلسين في إطار تحقيق نصاب الثلثين⁽¹¹⁾.

النموذج الثاني: المبادرة بالتعديل حق لأكثر من جهة: وفقا لهذا النموذج فإن الدستور يعطي حق المبادرة بالتعديل إلى رئيس الجمهورية أو الحكومة وكلاهما يجسد السلطة التنفيذية، وإلى جانب هذه الأخيرة يمنح الدستور نفس الحق إلى السلطة التشريعية، وقد أخذ بهذا النموذج الدستور الفرنسي⁽¹²⁾ الذي مكن لرئيس الجمهورية والبرلمان معا من حق المبادرة باقتراح التعديل على أن يتم ذلك بالنسبة للطرف الأول من الوزير الأول وبشرط موافقة غرفتي البرلمان على اقتراح التعديل، إنه نفس الأسلوب المتبع بشأن اقتراح القوانين ومشاريع القوانين التي تقدم من طرف الحكومة ومن قبل أعضاء البرلمان بغرفتيه على السواء. وينتمي إلى نفس النموذج الدستور الكويتي الذي يمنح حق المبادرة بالتعديل إلى الأمير وإلى مجلس الأمة عند تحقيق نصاب ثلث أعضائه⁽¹³⁾.

ويمتلك كل من رئيس الجمهورية العربية السورية وثلث 3/1 أعضاء مجلس الشعب حق المبادرة بالتعديل وهذا في ظل النظام السياسي لحزب البعث العربي الاشتراكي⁽¹⁴⁾، مع الأخذ في الاعتبار التغييرات التي قد تحصل بمناسبة الثورة الشعبية في سوريا مستقبلا، والدستور التونسي هو الآخر

(10) المادة 144 من دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971

(11) دستور اليابان لسنة 1946

(12) المادة 89 من الدستور الفرنسي لسنة 1958

(13) المادة 174 من دستور الكويت لسنة 1968

(14) المادة 149 من دستور سوريا لسنة 1973 المعدل



يمنح رئيس الجمهورية وثلاث 3/1 أعضاء مجلس الشعب حق المبادرة بتقحيح الدستور⁽¹⁵⁾ ، كان هذا هو المعمول به قبل الإطاحة بالنظام السياسي القائم منذ استقلال تونس إلى تاريخ رحيل الرئيس زين العابدين بن علي سنة 2011 من طرف ثورة الشعب السلمية التي كان شعلتها الفتى (محمد البوعزيزي) ، كما أن الدستور القطري يمنح حق المبادرة بتعديل الدستور للأمير ولثلاث 3/1 أعضاء مجلس الشورى⁽¹⁶⁾ ، وقد جاء الدستور العراقي مختلفا قليلا بنصه على إمكانية اقتراح التعديل الدستوري من طرف رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء كجهة واحدة ممثلة للسلطة التنفيذية ، كما أعطى نفس الحق وبدرجة متساوية إلى خمس 5/1 أعضاء مجلس النواب⁽¹⁷⁾ ، وبالنسبة لجمهورية مصر العربية فإن طلب تعديل الدستور عائد لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب دون مجلس الشورى⁽¹⁸⁾ ، وذلك قبل تعديل الدستور من طرف المجلس الأعلى للأمن (المجلس العسكري) نتيجة لثورة الشعب المصري في 2011 التي أدت إلى (تغيير...النظام السياسي القائم وتخلي الرئيس حسني مبارك عن مهام الرئاسة ، ويمنح الدستور الموريتاني رئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان حق المبادرة بمراجعة الدستور⁽¹⁹⁾ ، وضمن نفس السياق يتم تعديل مادة أو أكثر من دستور اليمن بناء على طلب رئيس الجمهورية ومجلس النواب⁽²⁰⁾ ، وأما دستور روسيا الاتحادية فإنه يوسع من دائرة حق المبادرة بتعديل الدستور الاتحادي ليشمل رئيس الاتحاد الروسي ومجلس الاتحاد ومجلس الدوما وحكومة الاتحاد⁽²¹⁾ ، وبالنسبة للمملكة الإسبانية فإن حق المبادرة بالتعديل الدستوري تعود إلى الحكومة والبرلمان معا⁽²²⁾ .

النموذج الثالث: حالة السكوت: في حالة السكوت كنموذج: لا ينص الدستور على جهة محددة يعود إليها حق المبادرة بالتعديل الدستوري ، مثل الدستور الأردني الذي سكت عن الجهة صاحبة الاختصاص في هذا المجال ضمن الأحكام المتعلقة بالتعديل⁽²³⁾ ، غير أننا نعتقد افتراضا بالاستناد إلى المبادئ الأساسية للنظام السياسي في المملكة الأردنية ، أن الجهة المبادرة بالتعديل هي الحكومة تحت سلطة الملك وليس البرلمان الأردني ، حتى وان سكت المشرع الدستوري كما ذكرنا في الفقرة أعلاه ، وإذن يبقى حق المبادرة بالتعديل من صلاحيات الحكومة باعتبارها ممثلة السلطة التنفيذية تحت سلطة الملك التي تآتمر بأوامره ، كما أن الدستور السوداني الانتقالي قد أجاز التعديل لكنه لم ينص على الجهة المبادرة به⁽²⁴⁾ ، والحالة في السودان تبين أن الدستور الانتقالي جاء تطبيقا لاتفاقية السلام

(15) المادة 72 من دستور تونس لسنة 1959 المعدل

(16) المادة 144 من دستور قطر لسنة 1972 المعدل

(17) المادة 122 من دستور العراق الأول لما بعد الاحتلال

(18) المادة 189 من دستور مصر لسنة 1971 المعدل

(19) المادة 99 من دستور موريتانيا لسنة 1991 المعدل

(20) المادة 156 من دستور اليمن

(21) المادة 134 من دستور روسيا الاتحادية لسنة 1993

(22) المادة 166 من دستور اسبانيا

(23) المادة 126 من دستور الأردن لسنة 1958 المعدل

(24) المادة 224 من دستور السودان لسنة 2005

الشامل المبرمة بين الشمال والجنوب، ورئيس الجمهورية الحالي (الفريق عمر البشير) ينتمي إلى جهة الشمال ومن مقتضيات المنطق ألا يمتلك لا هو ولا السلطة التشريعية الحالية حق المبادرة بالتعديل إلى حين صدور دستور دائم، علما بأن الجنوب انفصل في استفتاء 2011 منتها إلى تكوين دولتين من جغرافية السودان (الموحد) وهما: دولة الشمال التي يحكمها المسلمون كأغلبية، ودولة الجنوب التي يسيطر عليها المسيحيون باعتبارهم الأغلبية أيضا.

الفرع الثالث: تقدير حق المبادرة بالتعديل:

من خلال النماذج السابقة فإننا نخلص إلى أن حق المبادرة بالتعديل قد يتعلق بالدستور المرن أو الجامد، كما يتعلق بشكل الدولة فيما إذا كانت ملكية أم جمهورية، أو كانت شمولية أو ديمقراطية، و يتعلق أيضا بأوضاع وظروف أخرى، أي أن الأمر لا يتميز به جهة بعينها أو دولة بذاتها دون البقية.

فبالنسبة للنموذج الأول نجد فيه أن الإمارات العربية المتحدة بشأن تعديل دستور الاتحاد إنما تحتكره جهة واحدة كما أسلفنا هي المجلس الأعلى للاتحاد، وهذا يتماشى مع شكل الدولة (مجموعة من الإمارات اتحدت فيما بينها) مجسدة كيانا سياسيا شبيها بأي إمارة من هذا الاتحاد، والمجلس الأعلى هو السلطة العليا في الاتحاد المذكور الذي يتكون من مجموع حكام الإمارات المشكلة للاتحاد⁽²⁵⁾، فهو عبارة عن (مجلس رؤساء)، وما دام هو السلطة العليا بنص الدستور فلا غرابة إذن أن ينفرد باقتراح التعديل بسلطاته التقديرية.

وقد كان الحال مجسدا في دستور الجزائر لسنة 1976 أن رئيس الجمهورية وحده المحتكر لحق المبادرة بالتعديل، وهذا ينسجم مع توجه الدولة الاشتراكية ذات النظام السياسي الشمولي الذي لا يقبل التعددية الحزبية السياسية. كما أن الجزائر في ظل دستور 1989 الذي أباح التعددية الحزبية السياسية، بقي وفيما لدستور 1976 بشأن احتكار رئيس الجمهورية لحق المبادرة بالتعديل دون مشاركة له من طرف البرلمان. وهكذا يتجلى لنا الأمر بأن النظام السياسي التعددي كما كان النظام السياسي الشمولي الأحادي في الجزائر بقي فيه رئيس الجمهورية أو رئيس الدولة محتكرا لحق المبادرة بالتعديل الدستوري دون منازع.

أما النموذج الثاني الذي تناولناه فيما سبق فتنتهي إليه الجزائر حاليا، ومؤداه تقاسم حق المبادرة بالتعديل بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، ذلك أنه وفقا لمبادئ دستور 1996 المعدل فإن الجزائر - جمهورية ديمقراطية شعبية - والشعب فيها هو مصدر كل السلطات، والسلطة التأسيسية ملك للشعب، والسيادة الوطنية ملكه أيضا يمارسها عن طريق ممثليه المنتخبين، والتعددية السياسية وحق إنشاء الأحزاب السياسية مضمون بالدستور⁽²⁶⁾. فهذا باعتقادنا سوف يؤدي حتما إلى توزيع حق المبادرة

(25) المادة 46 وما بعدها من الدستور الاتحادي

(26) المادة الأولى وما بعدها، والمادة 42 من دستور 1996 المعدل

بالتعديل الدستوري بين السلطتين التنفيذية والتشريعية الأمر الذي أخذه المشرع الدستوري في الاعتبار بالرغم من الملاحظات التي أبديناها في الفقرات أعلاه⁽²⁷⁾.

والتوزيع مطبق في فرنسا باعتبارها جمهورية ديمقراطية لأثكية تزدهر فيها حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وهو مطبق في الكويت وهي دولة أميرية تتبنى التعددية الحزبية، وهو مجسد في سوريا وهي دولة نظامها جمهوري اشتراكي يتبنى الأحادية الحزبية، وهو مطبق في روسيا الاتحادية، وفي موريتانيا، وفي المملكة المغربية، وفي قطر، وهي دول ذات أنظمة سياسية مختلفة: فبعضها تتبنى النظام الجمهوري أو البرلماني الديمقراطي التعددي، وبعضها الآخر تتبنى الملكية الديمقراطية، وبعضها جمهوري غير ديمقراطي، وبعضها أميري ديمقراطي أو شبه ديمقراطي، ومنها الأنظمة الرئاسية وشبه الرئاسية والبرلمانية.

فبالرغم من هذا الاختلاف إلا أنها تتفق في تبنيها وأخذها بهذا النموذج، وهذا يؤدي بنا إلى القول بأن حالة أو نموذج تقاسم البرلمان مع السلطة التنفيذية لحق المبادرة بالتعديل الدستوري لا يتعلق بشكل النظام السياسي للدولة، إنما يتعلق باعتبارات أخرى قد يكون من بينها احترام السيادة الشعبية بالاستشارة المباشرة أو من خلال النواب حتى ولو كان ذلك في نظام سياسي غير تعددي.

وأما النموذج الثالث الذي عبرنا عنه (بحالة السكوت)، فهو في تقديرنا إما أنه يشكل حالة غريبة التي تمثل عدم الاكتراث بالجهة التي ستتولى اقتراح التعديل، سواء كانت السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية أو أي سلطة غيرهما، الأمر الذي قد يدفع بمسألة غاية في الجدية والخطورة إلى أيدي غير معروفة أو غير مأمونة أو غير مؤهلة دستوريا، أو أنه لا يشكل حالة منفصلة قائمة بذاتها وإنما هو مجرد مرحلة مدمجة ضمن الإجراءات القانونية المختلفة المتعلقة باقتراح ودراسة ومناقشة القوانين العادية والتصويت عليها، وهذا يعني أن المشرع الدستوري في الحالين لا يقيم وزنا لمرحلة الاقتراح التي برأينا لا تقل أهمية عن التشدد في الإجراءات المطلوبة التي تنتهي بالموافقة أو عدم الموافقة على مشروع التعديل.

المبحث الثاني: أساليب التعديل الدستوري في الجزائر:

يأخذ المشرع الدستوري الجزائري بطريقتين إجرائيتين مختلفتين كلاهما يوحي بأن الدستور الجزائري ينتمي إلى صنف الدساتير الجامدة⁽²⁸⁾، فهو يفصل بين عرض مشروع التعديل المقترح من طرف رئيس الجمهورية على البرلمان والتصويت عليه في نطاق نصاب معين، وبين عرض مشروع التعديل على الاستفتاء الذي هو أسلوب لممارسة السيادة من طرف الشعب، تلكم الإجراءات المعمول بها في دستور 1996 المعدل الساري المفعول، هي نفسها التي نص عليها دستور 1989 في المادة 163 والتي كان معمولا بها قبل ذلك في أول دستور للجزائر.

(27) المادتان 174 و 177 من دستور 1996 المعدل

(28) د شمس مرغني علي - القانون الدستوري - مطبعة دار التأليف 1978

الفرع الأول: إقرار التعديل بالاستفتاء:

وفي هذا الأسلوب يحيل رئيس الجمهورية نص مشروع التعديل إلى البرلمان وبداية إلى المجلس الشعبي الوطني باعتباره غرفة النواب، لكن ما هي صلاحية المجلس النيابي حيال مشروع التعديل؟ الواضح من النص الدستوري⁽²⁹⁾ أن التصويت يتم بنفس الصيغ والإجراءات والشروط المتبعة عند التعامل مع أي نص تشريعي، وهذا يعني أن الدستور اعتبر مشروع تعديله المقترح من طرف رئيس الجمهورية وليس من النواب مجرد نص تشريعي ولم يميزه بأي إجراءات استثنائية، وبالنتيجة يحق لنواب المجلس الشعبي الوطني، وشيوخ مجلس الأمة التصويت عليه حسب الإجراءات العادية المتبعة مع القوانين، ورغم ذلك نميز بين الحالتين التاليتين:

• إذا كان مشروع القانون مقترحا من النواب أو من الحكومة، فللجنة المختصة حق دراسته وتحليله وإعداد تقرير بشأنه وتقديمه ضمن جدول أعمال المجلس الشعبي الوطني ليناقشه ويصوت عليه، فالنص في هذه الحالة ليس محصنا من حيث إمكان تعديل فقرات مواده من النواحي الفنية والموضوعية بشرط ألا يخل ذلك بروح مشروع النص برمته.

• أما إذا كان لمشروع القانون صفة (درجة) قانون عضوي فإنه هو الآخر غير محصن من إمكانية تنظيمية و ضبطه فنيا وموضوعيا من طرف اللجنة المختصة ومن طرف المجلس رغم انه يتطلب نصابا معيناً لقبوله⁽³⁰⁾.

وقياسا على ذلك باعتقادنا فان مشروع تعديل الدستور وفقا لنص المادة 174 منه لا يملك هو الآخر أي حصانة مميزة له، فالإجراءات هي نفسها وسلطات اللجنة والنواب وهيئة المجلس واسعة من حيث التعديل والتصويب بالحدف والزيادة أو بالإلغاء، إنه أمر متاح للمجلس النيابي في غياب النص الدستوري الصريح خلافا لما نقول.

وتبقى حالة التشريع بأوامر من قبل رئيس الجمهورية بين دورتي البرلمان، التي تعرض على الغرفتين في أول دورة موالية، وتكون السلطة المخولة لكل منهما إما الموافقة عليه من غير تعديل أو رفضه كما هو. وباعتقادنا فإن مشروع تعديل الدستور لا يندرج ضمن سلطات البرلمان عند نظره حالة التشريع بأوامر وذلك لسببين على الأقل:

- لأن مشروع التعديل الدستوري لم يتم العمل به بين دورتي البرلمان، فلم يكن محلا للتطبيق، ولم يرتب أي أثر من الآثار القانونية قبل عرضه على البرلمان.
- ولأن نص المادة 174 مكنت البرلمان من التعامل مع مشروع النص باعتباره كأى نص تشريعي، فلم يميزه بأي إجراء استثنائي بنص صريح.

(29) المادة 174 من دستور 1996 المعدل

(30) المادتان 119 و 123 من دستور 1996 المعدل

والاستفتاء هو المرحلة الثانية التي تلي مرحلة التصويت من طرف البرلمان، إذ يحيل رئيس الجمهورية النص المذكور على الشعب بغرض استفتاءه فيه، ويكون ذلك في أجل الخمسين 50 يوما الموالية لإقراره، مستدعيًا الهيئة الناخبة ليوم محدد وهنا نكون أمام حالتين:

فإما أن يصوت الشعب لصالح التعديل بموافقة على النص المعروض على الاستفتاء، حيث تكفي الأغلبية المطلقة للأصوات المعبر عنها، ونتيجة لذلك يصدر رئيس الجمهورية مشروع التعديل في الجريدة الرسمية، ومن التطبيقات في هذا المجال كان الدستور الحالي لسنة 1996 قد صادق عليه الشعب في استفتاء 28 نوفمبر 1996، وصدر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 في الجريدة الرسمية عدد 76 لعام 1996. وأما إذا لم يحرز نص التعديل على الأغلبية المطلقة فذاك يعتبر رفضا له من طرف الشعب، ويصبح المشروع لاغيا، ولا يجوز عرضه مرة ثانية على الاستفتاء طيلة الفترة التشريعية للمجلس الشعبي الوطني⁽³¹⁾.

الفرع الثاني: إقرار التعديل من طرف البرلمان:

لقد أخذ بهذا الأسلوب الإجرائي دستور 1976 في ظل الدولة الاشتراكية، ناصا على إقرار (المجلس الشعبي الوطني) لمشروع التعديل بأغلبية ثلثي 3/2 أعضائه⁽³²⁾، أما إذا اتصل الأمر بتعديل الأحكام المتعلقة (بالتعديل نفسه) فالأغلبية المشترطة في هذه الحالة هي ثلاثة أرباع 4/3 أعضاء المجلس الشعبي الوطني.

ولقد سار على نفس المنوال دستور 1989، فالي جانب أسلوب الاستفتاء أخذ أيضا بإقرار التعديل الدستوري من طرف المجلس الشعبي الوطني من غير اللجوء إلى الاستفتاء، مع اختلاف بسيط وهو أخذ رأي المجلس الدستوري الذي يبيد نوعا من الرقابة القبلية التي يعلن فيها أن التعديل يمسّ أو لا يمسّ بالمبادئ الكبرى التي تحكم المجتمع وحقوق الإنسان والمواطن الجزائري وبالتوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات، وهي مسألة غامضة يصعب قبولها لصعوبة التحكم في عناصرها، إلا أنها من ناحية أخرى برأينا تعطي سلطة تقديرية (ظاهريّة) للمجلس الدستوري الذي يختص من حيث الأصل (بالرقابة على دستورية القوانين)، لكن في الواقع يعود الاختصاص لرئيس الجمهورية وللسلطة التنفيذية، فتمت ارتأت هذه الأخيرة أن مشروع التعديل المقترح (من طرف النواب مثلا أو من غيرهم ممن يملك هذا الحق) يمسّ بالتوازنات الكبرى فان المجلس الدستوري يعلن رفضه إياه بقرار معلل، وان ارتأت خلاف ذلك أي أنه لا يمسّ بها (البتة) فإنه عندئذ يمكن تمرير التعديل. أما النصاب المطلوب فهو إحراز التعديل المقترح على ثلاثة أرباع 4/3 المجلس الشعبي الوطني آنذاك.

ويستمر العمل بهذا الأسلوب في ظل دستور 1996 المعدل حيث يعرض مشروع التعديل على البرلمان المنعقد في (هيئة مؤتمر) بغرفتيه المشكلتين من المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة، ويعود لرئيس هذا الأخير صلاحية ترأس المؤتمر المذكور، وفي هذه الجلسة يشترط لإقرار المشروع إحرازه على ثلاثة 4/3 أرباع الأعضاء المصوتين من الغرفتين معا.

(31) المادة 175 من دستور 1996 المعدل

(32) المادة 192 من دستور 1976

ودور المجلس الدستوري في ظل الدستور الساري المفعول أيضا هو الرقابة القبلية على نص مشروع التعديل وذلك للتأكد من مدى مساسه بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، أو من عدم المساس بالتوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية المنصوص عليهما في البابين الأول والثاني على التوالي من نفس الدستور، فإذا تبين للمجلس الدستوري أن نص التعديل يتطابق مع مضمون المادة 176 من الدستور، أمكن رئيس الجمهورية إصداره من غير عرضه على الاستفتاء.

إن عدم عرض مشروع التعديل الدستوري على الاستفتاء برأينا منتقد:

- من كون ذلك لا يضيف على القواعد الدستورية محل التعديل أي سمو لها على المعاهدات والقوانين العضوية والقوانين العادية فكلها صناعة المشرع، بالرغم من أن تلك القوانين مدعوة لعدم مخالفة قواعد الدستور، وهذا لا يستقيم ما دامت جميعها من صنع المشرع من غير استفتاء كما أسلفنا.
- ومن كون عدم عرض مشروع التعديل على الاستفتاء يعتبر بمعنى من المعاني تجاوزا على سيادة الشعب، لأن الشعب إذا خول أعضاء البرلمان ممارسة سيادة نيابة عنه - كما تحتم مبادئ الديمقراطية من الناحية العملية البحتة -، فإن ذلك لا يعني سلبه هذه السيادة في أخطر بناء قانوني ألا وهو الدستور؟ الأمر الذي يجب أن يبقى دوما من اختصاص الشعب ومن بناء الأمة، و فقط على رئيس الجمهورية حمايته، كما يتوجب على البرلمان وكل السلطات والمؤسسات احترامه.

المبحث الثالث: أساليب التعديل الدستوري في بعض الأنظمة المقارنة:

تختلف الدول من حيث أساليب وإجراءات تعديل الدستور والمراحل التي يمر بها، فبعضها يأخذ بتصويت البرلمان مع الاستفتاء، والبعض الآخر يكتفي بتصويت البرلمان فقط، بينما تأخذ بعض الدساتير بالأسلوبين معا. فطورا يتم تعديل الدستور من طرف البرلمان باقتراح من السلطة التنفيذية ممثلة في رأسها (الأول) وذلك وفقا لإجراءات معينة منها ما يتعلق خاصة بوجوب تحقيق نصاب معين، وطورا آخر يصوت البرلمان على مشروع التعديل كمرحلة أولى ثم وفي المرحلة الثانية تكون الكلمة الأخيرة للشعب عن طريق الاستفتاء.

ومن هذه الدول الجزائر التي يأخذ دستورهما بالأسلوبين معا يجمع فيهما بين موافقة البرلمان على مشروع التعديل، وعند الموافقة عليه يحال المشروع على الاستفتاء الذي يحدد مصيره إما بالموافقة عليه أو اعتباره كأن لم يكن، واختيار أسلوب واحد فقط من بين الأسلوبين المذكورين عائد إلى السلطة التنفيذية ولو من خلال رئيس الجمهورية بسلطات تقديرية نافذة حتى وإن مُنح المجلس الدستوري ممارسة ما يسمى بالرقابة القبلية في الشأن المذكور.

الفرع الأول: إقرار التعديل من طرف البرلمان مع الاستفتاء:

لقد أخذ بهذا الأسلوب المشرع الدستوري **المصري**، حيث أن طلب التعديل سواء أكان مقدما من قبل رئيس الجمهورية أو كان مقدما من طرف ثلث 3/1 أعضاء البرلمان يحال على مجلس الشعب الذي يقوم بمناقشته⁽³³⁾، وهنا سيكون المجلس أمام أحد أمرين:

الأول: الموافقة على المادة أو المواد المعدلة ويكفي نصاب الأغلبية المطلقة لذلك، فإذا وافق المجلس المذكور على التعديل من حيث المبدأ يعود بعد شهرين من تاريخ الموافقة لمناقشة المواد المقترحة تعديلها، ويكفي عندئذ تحقيق نصاب الثلث 3/1 لعرض التعديل الدستوري على الاستفتاء.

الثاني: رفض طلب التعديل إذا لم يحرز على الأغلبية المطلوبة، وفي هذه الحالة لا يجوز إعادة طلب التعديل لنفس المواد قبل مضي سنة من تاريخ الرفض. كما يشترط أيضا موافقة مجلس الشورى على التعديل وذلك بإحالة مشروع التعديل عليه لمناقشته وإبداء ملاحظاته بشأنه⁽³⁴⁾.

وفي المملكة المغربية يسمح الدستور بتعديل بعض أحكامه، إذ يتم ذلك من طرف الملك الذي يملك صلاحية الذهاب إلى الاستفتاء مباشرة حول مشروعه من غير المرور بالبرلمان، أو رئيس الحكومة الذي عليه مناقشة مشروعه في مجلس الحكومة، أو مجلس النواب من خلال عضو أو أكثر، أو مجلس المستشارين من خلال عضو أو أكثر، ويشترط في الحالتين الأخيرتين موافقة 3/2 الأعضاء من كل مجلس على حدة.

ثم بعد ذلك يأخذ مشروع التعديل المقدم من الحكومة أو من النواب في كلي المجلسين المذكورين طريقه إلى استفتاء الشعب بموجب ظهير ملكي يستدعي فيه الناخبون للإدلاء بأصواتهم، وعندها يصبح ذلك المشروع نهائيا بإقرارهم إياه أو منتهيا بعدم الموافقة عليه.

ونعتقد في هذا المقام ولما لم ينص الدستور على الأغلبية المشروطة للأصوات المعبر عنها في الاستفتاء فذلك يعني أن الأغلبية المطلقة المحققة من طرف هيئة الناخبين المصوتين فعلا تكون كافية لإقرار التعديل⁽³⁵⁾.

وبالنسبة للجمهورية اليمنية فإن طلب التعديل يصدر عن رئيس الجمهورية كما يصدر عن مجلس النواب، وفي الحالة الأخيرة يشترط أن تتم الموافقة عليه من قبل ثلث 3/1 أعضاء المجلس. وسواء كان طلب التعديل صادرا عن رئيس الجمهورية أو مجلس النواب فإنه يجب عرضه على المجلس لمناقشته وإقراره بالأغلبية المطلقة أو رفضه، وعند ذلك لا يجوز تقديمه مرة ثانية قبل مضي سنة من هذا الرفض. فإذا وافق المجلس على تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، فإنه يقوم بمناقشتها بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة ويشترط لإقرار مشروع التعديل تحقيق نصاب 4/3 أعضاء المجلس. ثم

(33) المادة 189 من دستور 1971 المعدل

(34) المادة 194 من دستور 1971 المعدل

(35) الفصول: 172، 173، 174 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011

بعد ذلك يأخذ طريقه إلى الاستفتاء العام، وهنا تكفي الأغلبية المطلقة لعدد أصوات المصوتين كي يكون التعديل نافذاً بداية من تاريخ إعلان الاستفتاء⁽³⁶⁾.

أما الدستور **الموريتاني** فإنه يشترط تحقيق نصاب ثلثي 3/2 أعضاء الجمعية الوطنية، وثلثي 3/2 أعضاء مجلس الشيوخ من أجل الموافقة على مشروع التعديل، سواء أكان مقدماً من قبل رئيس الجمهورية أو كان مقدماً من طرف البرلمان، وعندها يستدعى الشعب للمصادقة عليه حيث تكفي الأغلبية المطلقة للأصوات المعبر عنها لاعتبار المراجعة الدستورية نهائية⁽³⁷⁾.

وفي نفس السياق فإن الدستور **العراقي** في ظل الاحتلال الأمريكي يسمح بتعديل أحكامه إذا ما تقدم بمشروع التعديل كل من رئيس الجمهورية ومجلس النواب مجتمعين، كما لخمس 5/1 أعضاء المجلس التقدم باقتراح التعديل ثم وكمرحلة أخيرة يقدم لاستفتاء الشعب، أما إذا كان التعديل قد يمسّ بانقصاص السلطات التشريعية في الأقاليم فيجب عندئذ موافقة أغلبية سكان الإقليم المعني على الاستفتاء⁽³⁸⁾.

وبالنسبة للمملكة **الاسبانية** فإنه لتعديل الدستور يجب الموافقة عليه من غرفتي البرلمان بتحقيق 5/3 كل مجلس، فإذا حصل خلاف بينهما يتم إنشاء لجنة برلمانية مشتركة متساوية الأعضاء لفضّ النزاع، وإذا لم يحصل الاتفاق عندئذ يجوز تمرير التعديل بأغلبية ثلثي 3/2 أعضاء مجلس النواب، وهكذا وعند إقراره من قبل البرلمان حسب النصاب المطلوب يقدم المشروع إلى الاستفتاء⁽³⁹⁾.

أما إجراءات المراجعة في الدستور **الفرنسي** فتتمثل في التصويت على مشروع التعديل من طرف الغرفتين الأولى والثانية، ولا تصبح تلك المراجعة نهائية إلا إذا تمت الموافقة عليها بالاستفتاء العام⁽⁴⁰⁾.

وتعتبر **إيران** من ضمن الدول التي يسمح دستورها بتعديل أحكامه، حيث تنص المادة السابعة والسبعون بعد المائة 177 من دستور جمهورية إيران الإسلامية على وجوب توفر (حالة الضرورة)، وأن يقوم (القائد) بالتشاور مع مجمع تشخيص مصلحة النظام بتوجيه خطاب (حكم) إلى رئيس الجمهورية باقتراح المواد التي تستوجب إعادة النظر فيها، وعلى الرئيس الدعوة إلى تشكيل (مجلس إعادة النظر في الدستور)، هذا الأخير يتكون من: أعضاء مجلس صيانة الدستور، ورؤساء السلطات الثلاث، والأعضاء الدائمين من مجمع تشخيص مصلحة النظام، وخمسة أشخاص من أعضاء مجلس خبراء القيادة، وعشرة 10 أشخاص يعينهم القائد، وثلاثة من أعضاء مجلس الوزراء، وثلاثة أشخاص من السلطة القضائية، وعشرة 10 نواب من مجلس الشورى الإسلامي، وثلاثة أشخاص من الجامعيين. ثم

(36) المادة 156 من دستور الجمهورية اليمنية

(37) المادتان 99 ، 100 من دستور موريتانيا لسنة 1991

(38) المادة 122 من دستور العراق لما بعد الاحتلال

(39) المواد 166 وما بعدها من الدستور الاسباني

(40) المادة 89 من الدستور الفرنسي المعدل لعام 1958

بعد مناقشة المشروع من قبل هذا المجلس وبعد موافقة القائد عليه يطرح للاستفتاء، وتكفي الأكثرية لإعلان التعديل بصفة رسمية⁽⁴¹⁾.

وما تجدر ملاحظته برأينا فيما سبق من أحكام التعديل حسب الدستور الإيراني هو:

أولاً: طول الإجراءات وتعقيدها، ذلك أن المبادرة بالتعديل يقوم بها القائد بمعية مجلس تشخيص مصلحة النظام، وهذا المجلس من خلال اختصاصاته الدستورية التي هي في الأساس اختصاصات القائد باعتبار هذا الأخير هو الوجه والمشرق العام لسياسة الدولة في جميع المجالات من خلال السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. وعندما يقرر القائد **(ضرورة)** التعديل ويتبين له المواضيع والمواد التي تستحق التعديل، يوجه حكماً **(أمراً)** إلى رئيس الجمهورية يأمره فيه بالقيام بإجراءات التعديل، وهذا الأخير بحكم وظيفته التنفيذية ومن كونه يأمر بأوامر وتوجيهات القائد يقوم باستدعاء مجلس إعادة النظر في الدستور إلى الانعقاد لمباشرة إجراءات التعديل من النواحي اللغوية والفنية والبيانية وفقاً لما أمر به القائد فهو من هذه الزاوية مجلس تنفيذي تقني، وعندما ينتهي هذا المجلس إلى نص التعديل المطلوب يعرضه على القائد ليباركه ويوافق عليه، ثم يصير الأمر إلى الاستفتاء، فإذا وافق عليه الشعب بإحرازه للأغلبية المطلقة أصبح نافذاً وفي الحالة العكسية يعتبر كأن لم يكن.

ثانياً: أن الجهة المكلفة بالتعديل من الناحية التقنية الفنية محددة حصراً في الدستور وهي (مجلس إعادة النظر في الدستور) إنها جهة واحدة ولا توجد جهة غيرها، وهذا يعني أن مشروع التعديل ليس من صلاحيات السلطة التشريعية (مجلس الشورى). فالأمر هنا مختلف بالنسبة لبقية الدول التي تعرضنا إليها حيث تتولى السلطة التشريعية التصويت على التعديل وفقاً لنصاب معين يكون بسيطاً في حال اقتراح المشروع، ويكون أكثر من ذلك في حال التعديل من غير استفتاء.

ثالثاً: أن الدستور الإيراني ينص على مشاركة السلطات الثلاث بحيث لا تتأثر بالتعديل السلطة التنفيذية كما هو تقليدي في الأنظمة المقارنة ولا السلطة التشريعية، وتشترك أيضاً مؤسسات أخرى، بالإضافة إلى الأجهزة المدنية والعسكرية، وهذا الذي تتميز به إيران وحدها التي تسمح للجيش كمؤسسة بالمساهمة في مناقشة التعديل بالنص الدستوري الصريح، كما يتميز باعتماده على الخبراء من كل الأجهزة ومن المتخصصين الجامعيين فهو مجلس تقني لا مجال فيه لغير المثقفين ومن في حكمهم.

رابعاً: إلا أنه من جهة أخرى يمكن اعتبار تعدد السلطات والأجهزة المختلفة، والشخصيات المدنية العسكرية المشاركة كما مر معنا في الفقرات أعلاه، محققاً لهدف واحد ووحيد هو الاحتكام في النهاية إلى رأي **(القائد)** الذي يعتبر أمراً واجب النفاذ، وذلك له تجسيداً لمبادئ نظرية **(ولاية الفقيه)** بالرغم من أن الأمر يحتاج هاهنا للتوسع أكثر وبشكل معمق في هذه الناحية، الحال الذي يبتعد عن منهج هذه الدراسة.

(41) المادة 177 من دستور إيران

الفرع الثاني: إقرار التعديل من طرف البرلمان دون الاستفتاء:

وهو الأسلوب الثاني الذي يقتضي مصادقة البرلمان وحده من دون الحاجة إلى استفتاء الشعب حول مشروع التعديل، فإذا كان البرلمان يتكون من غرفة واحدة فهي المختصة وحدها بالتصويت على المراجعة الدستورية حسب نصاب معين، أما إذا كان البرلمان مشكلاً من غرفتين فإنهما تتعقدان بجلسة مشتركة في شكل (مؤتمر)، وهذا يعني عدم إمكان حصول الموافقة على المراجعة أو التعديل من غرفة ثم تتم الإحالة إلى الغرفة الثانية التي قد توافق على المشروع كما قد ترفضه تماماً مثل الغرفة الأولى في الأحوال الشبيهة المتعلقة بالقوانين العادية.

ففي **الجزائر** فإن المادة 176 من دستور 1996 المعدل توجي بأن رأي المجلس الدستوري محوري في هذا الشأن، فإذا ارتأت هذا الأخير حسب نص المادة المذكورة في الفقرة أعلاه بأن موضوع التعديل لا يمسّ بالمبادئ العامة وبالتوازنات أمكن لرئيس الجمهورية إصدار قانون التعديل من غير عرضه على الاستفتاء، بعد موافقة البرلمان عليه حسب النصاب المطلوب المقدر بثلاثة 3/4 أرباع أعضاء المجلسين معاً.

وفي دولة **قطر** يناقش مجلس الشورى مشروع التعديل الدستوري مادة مادة، ويشترط لإقراره موافقة ثلثي 3/2 أعضاء المجلس، ويصبح **ساري المفعول بعد تصديق الأمير عليه ونشره في الجريدة الرسمية**، غير أنه يمكن تصور رفضه من طرف المجلس، سواء أكان الرفض من حيث المبدأ على التعديل نفسه، أو كان الرفض من حيث الموضوع أي على مضمون التعديل، وفي الحالة الأخيرة لا يجوز تقديم ذات المشروع قبل مضي سنة كاملة من تاريخ الرفض⁽⁴²⁾.

ونلاحظ منذ البداية أن صلاحية مجلس الشورى - بمناقشة مشروع التعديل مادة مادة بسلطات تقديرية - الجوهرية، وهي مسألة قلماً تتوفر بنفس الوضوح في دول أخرى بما فيها تلك التي تعتقد التعددية الحزبية وتعتبر من الديمقراطيات التقليدية.

أما مجلس الشورى ومجلس النواب في مملكة **البحرين** فهما يملكان اختصاص الموافقة على مشروع التعديل الدستوري بتحقيق نصاب أغلبية ثلثي 3/2 أعضائهما، بالإضافة إلى وجوب تصديق الملك، وفي حالة الرفض فإنه لا يجوز التقدم بمشروع تعديل جديد قبل مضي سنة من تاريخ الرفض⁽⁴³⁾.

وبالنسبة لدستور دولة **الكويت** فإن مجلس الأمة يناقش التعديل المقترح مادة مادة ويقرها بتحقيق نصاب ثلثي 3/2 أعضاء المجلس، ويصبح **نافذاً بعد تصديق الأمير عليه**، ويستطيع البرلمان الكويتي رفض التعديل سواء كان ذلك من حيث المبدأ أو من حيث الموضوع، وفي الحالة الأخيرة لا يجوز نظر تعديل جديد قبل مضي سنة من تاريخ الرفض⁽⁴⁴⁾، فالكويت إذن واعتباراً لما سبق تشكل برآنا حالة ديمقراطية متقدمة

(42) المادة 144 من دستور قطر

(43) المادة 120 من دستور مملكة البحرين

(44) المادة 174 من دستور دولة الكويت



تضفي نوعاً من المصادقية على مشروع التعديل الدستوري، ومن ثم فهي لبنة تتضافر إلى البناء الديمقراطي الذي يعطي البرلمان دوره المشروع، ويسهم في تحقيق الاستقرار للشعب الكويتي.

والدستور المغربي يسمح للملك أيضاً بعد عرض مشروعه بشأن تعديل الدستور على رئيس المحكمة الدستورية دعوة البرلمان للمصادقة عليه، ويكون مقبولاً بتحقيق نصاب 3/2 أعضاء الجلسة المشتركة للبرلمان.

كما يسمح الدستور السوري لمجلس الشعب بمناقشة التعديل وإقراره بأغلبية 4/3 أعضاء المجلس، ويجب لنفاذه موافقة رئيس الجمهورية⁽⁴⁵⁾، مع الإشارة إلى أحداث الثورة الشعبية الداخلية الجارية في سوريا الشام، لتي قد تسفر عن تعديل دستوري منتظر أو ربما أكر من ذلك.

وبالنسبة لدستور الولايات المتحدة الأمريكية فإن الدستور الاتحادي يجيز للكنقرس اقتراح تعديل الدستور إذا أقره ثلثا 3/2 الأعضاء من المجلسين، كما يتم اقتراح التعديل من طرف الهيئات التشريعية في ثلث 3/1 عدد الولايات (دول الاتحاد)، ولا يصبح اقتراح التعديل في الحالتين المذكورتين في الفقرة أعلاه نافذاً وجزءاً من الدستور إلا إذا تمت الموافقة عليه من قبل الهيئات التشريعية في 4/3 الولايات، أو بواسطة المؤتمرات في 4/3 الولايات⁽⁴⁶⁾.

ونلاحظ أن النظام السياسي الأمريكي والدستور الأمريكي مميّز، فلا يمكن مقارنته بأي نظام سياسي في العالم، سواء من حيث طريقة الانتخاب خاصة انتخاب رئيس الجمهورية الفدرالية، أو من حيث أسلوب اقتراح مشروع التعديل الدستوري وإقراره وهنا ما يجعلنا نعتقد بأنه أمر غير متاح لغير الولايات المتحدة الأمريكية.

أما دستور الجمهورية التونسية فإنه ينص هو الآخر في أحكامه على التعديل، ويشترط لكي تتم الموافقة على التنقيح الدستوري أن تتم قراءته قراءتين متتاليتين وبأغلبية ثلثي 3/2 الأعضاء بينهما فارق ثلاثة أشهر، ويختم رئيس الجمهورية نص الدستور المعدل⁽⁴⁷⁾.

وأما دولة الإمارات العربية المتحدة فإن إجراءات التعديل الدستوري فيها تتم تماماً كما إجراءات القوانين العادية، ويجب إقراره بموافقة ثلثي 3/2 أصوات الحاضرين من المجلس الاتحادي⁽⁴⁸⁾.

وفي المملكة الأردنية الهاشمية تتم الموافقة على مشروع التعديل الدستوري بأغلبية ثلثي 3/2 كل من مجلس الأعيان ومجلس النواب، ولا يعتبر نافذاً ما لم يصدّق عليه الملك⁽⁴⁹⁾.

كما أن دستور لبنان يسمح هو الآخر بتعديل أحكامه باقتراح من عشر نواب على الأقل، وتتم الموافقة على اقتراح التعديل من طرف المجلس بأغلبية ثلثي 3/2 أعضائه، ففي حال الموافقة يحيل قراره

(45) المادة 149 من دستور الجمهورية العربية السورية

(46) المادة 05 من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787 المعدل

(47) المادة 73 من دستور تونس

(48) المادة 144 من دستور الإمارات العربية المتحدة

(49) المادة 126 من دستور المملكة الأردنية

إلى الحكومة لتنظّمه في شكل مشروع كبقية مشاريع القوانين في شكل مواد منظمة بشرط الموافقة عليه من طرف ثلثي 3/2 أعضاء مجلس الحكومة، فإذا لم توافق عليه هذه الأخيرة وأصر عليه المجلس بأغلبية ثلاثة 4/3 الأعضاء يحال الأمر إلى رئيس الجمهورية الذي يستجيب له ويحلّ الحكومة، وفي كل الأحوال يصدر التعديل بتحقيق نصاب الثلثين من أعضاء المجلس⁽⁵⁰⁾.

والدستور الموريتاني أيضا يمنح رئيس الجمهورية حق عرض مشروع تعديل الدستور على البرلمان المجتمع في شكل مؤتمر دون اللجوء إلى الاستفتاء، ويصبح المشروع نافذا إذا ما أحرز على 5/3 الأصوات المعبر عنها⁽⁵¹⁾.

ونلاحظ بشكل جلي أن الدستور الموريتاني يأخذ بنفس الأحكام الدستورية المنصوص عليها في المادة 89 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل. بما فيها مقدار النصاب المطلوب للمصادقة على مشروع التعديل، ولعله تقليد محمود من دولة متخلفة لدولة من العالم المتطور.

والشيء نفسه في فرنسا التي يسمح دستورها لرئيس الجمهورية باستدعاء البرلمان للنظر في المراجعة الدستورية، وحتى يتم إقرار مشروع التعديل يجب أن يحظى بنصاب 5/3 أصوات أعضاء البرلمان المعبر عنها.

الفرع الثالث: مرحلة الإصدار:

وهي المرحلة الأخيرة التي يتوج بها التعديل الدستوري بجميع مراحلها الإجرائية والموضوعية، فالدستور المعدل حتى يصير نافذا في مواجهة الكافة يحتاج إلى إصدار بقرار أو مرسوم أو ختم في الجريدة الرسمية، من رأس الدولة سواء كان ملكا أو أميرا أو رئيسا للجمهورية.

المبحث الرابع: الحصانة ضد التعديل الدستوري:

إذا كانت الدساتير تختلف من حيث حق المبادرة بالتعديل ومن حيث الإجراءات والأساليب المتبعة في ذلك، فإنها تختلف أيضا من حيث عدم تحصين بعض المبادئ الدستورية من أن يطالها أي تعديل، وهذا ما سنبيّنه في الفقرات أدنا:

الفرع الأول: الحصانة ضد التعديل الدستوري في الجزائر:

لقد نص الدستور الجزائري الأول لسنة 1963 على المراجعة الدستورية في المادة الثامنة والستين 68 منه وما بعدها، لكنه لم ينصّ على المبادئ الأساسية التي لا يجوز اقتراح تعديلها بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة، وباعتقادنا أن الدولة الجزائرية الناشئة حديثا بعد الاحتلال الجغرافي والبشري والسياسي والاقتصادي والإدماجي من طرف الاستعمار الفرنسي كانت فاقدة للسيادة مدة تصل أو تزيد عن مائة واثنين وثلاثين سنة، والمتحصلة على استقلالها بتاريخ 03 جويلية سنة 1962 المنشأة بالدستور الأول

(50) المواد 76 إلى 79 من دستور لبنان

(51) المادة 101 من دستور موريتانيا

بتاريخ 08 أوت 1963 لم يمر على استقلالها أكثر من سنة⁽⁵²⁾، وهذه المدة ليست كافية لكي يتمكن النظام السياسي الثوري الحاكم من إنجاز دستور بمواصفات متوازنة كما الحال في الدول الكبرى العريقة مثل بريطانيا وألمانيا وروسيا واليابان وغيرهم.

وأما مواضيع التعديل وأهدافه وكذا الأحكام التي لا يجوز أن تطالها يد التعديل فإنها في ذلك الوقت من مهام النظام السياسي الحاكم المستند على مبدأ (الشرعية الثورية)، وهذا في اعتقادنا لا يشكل عيبا في الدستور الأول رغم أن النص على (التعديل) في حد ذاته أمر في غاية الأهمية.

وبالنسبة للدستور الثاني الصادر سنة 1976 فهو المؤسس من الناحية الدستورية والقانونية والسياسية للنظام الاشتراكي في الجزائر، وقد حظر الدستور المذكور الذي تبنى مبدأ التعديل أن لا يشمل هذا الأخير المساس بسلامة التراب الوطني، وبالصفة الجمهورية للحكم، وبدين الدولة، وبالاختيار الاشتراكي، وبالحرية الأساسية للإنسان والمواطن، وبمبدأ التصويت عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري⁽⁵³⁾.

وهذا الحظر فيما يبدو يتصف بالديمومة والثبات، فمن غير المنطقي أن يبيح الدستور التنازل عن جزء من جغرافية الدولة، وهو مبدأ مكرس في دساتير الدول الحديثة بحيث تضحي من أجله بالأنفس والأموال، وكذلك الحال بالنسبة للشكل الجمهوري دفعا لإمكانية إنشاء نظام سياسي ملكي أو أي نظام شبيه به، ونفس الشيء بالنسبة للإسلام دين الدولة (الذي هو دين الشعب) المستقر في ضمائر ونفوس الأغلبية الساحقة من الشعب الجزائري منذ قرون خلت، وكذلك الحريات والحقوق الأساسية للفرد حسبما عبر عنها إعلان ومواثيق الأمم المتحدة (مع الأخذ في الاعتبار التي تبديها الدولة)، كما قد يندرج النظام الاشتراكي ضمن هذا المنظور، لكن إلى أي مدى يمكن أن يصمد الاختيار الأخير وربما غيره ضد أي تعديل يطالها؟ الأمر الذي يطرح التساؤل حول الأحكام الدستورية المتضمنة مبادئ محصنة من أي تعديل تحصيلنا أبديا وليس مؤقتا؟.

كما قد نص الدستور التعدي الأول لسنة 1989 على (الحصانة) ضد التعديل الدستوري في المادة الرابعة والستين بعد المائة 164 منه، واضعا إياها ضمن سياق الرقابة الدستورية التي يقرها - المجلس الدستوري -، هذا الأخير له صلاحية رفض أي مشروع تعديل إذا كان يمس بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الإنسان والمواطن وحريةاتها، والتوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية.

فالمبادئ العامة المشمولة بالحظر ضد أي تعديل تم النص عليها في (الباب الأول) بهذا العنوان:
(المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري)، وهذا الباب مقسم إلى فصول: (الفصل الأول) بعنوان: (الجزائر)، وأحكامه تتناولها المواد من 01 إلى 05، وتتعلق - بشعار الدولة، والدين الإسلامي، واللغة العربية الرسمية، وعاصمة الدولة، والعلم، والخاتم، والنشيد الوطني - (والفصل الثاني) بعنوان:

(52) د . بوكرا إدريس - تطور المؤسسات الدستورية - الجزء الأول د - م - ج سنة 2005 .

(53) المادة 195 من دستور الجزائر لسنة 1976

(الشعب) وأحكامه تناولتها المواد: 06 إلى 10 وتتضمن على وجه الخصوص مبدأ: (الشعب مصدر كل السلطات)، (والفصل الثالث) عنوانه: (الدولة) وهو منظم ضمن المواد: 11 إلى 27، (والفصل الرابع) عنوانه (الحقوق والحريات) المنصوص عليها في المواد: 28 إلى 56، (والفصل الخامس) عنوانه: (الواجبات) المنصوص عليه في المواد: 57 إلى 66. تلکم هي الفصول الخمسة المتضمنة المبادئ الدستورية التي لا يجوز المساس بها، ولا يمكن أن يطالها أي تعديل دستوري مهما كان.

وأما التوازنات الأساسية فيتم البحث عنها في (الباب الثاني) المعنون: (بتتظيم السلطات) المكون من (الفصل الأول) وعنوانه: (السلطة التنفيذية) المنصوص عليها في المواد: 67 إلى 91، (والفصل الثاني) عنوانه: (السلطة التشريعية) المنظمة بالمواد: 92 إلى 128 (والفصل الثالث) عنوانه: (السلطة القضائية) منصوص عليها في المواد: 129 إلى 148.

إن استخدام المشرع الدستوري فيما نرى مصطلح (التوازنات الأساسية للسلطات) يمنح المجلس الدستوري سلطة تقديرية للكشف عن هذه التوازنات وتحديدها موضوعيا والبرهنة عليها علميا من خلال رأيه حول التعديل، ومنها حسبنا نعتقد: (مبدأ تجسيد رئيس الجمهورية لوحدة الدولة)، (ومبدأ استقلال القضاء)،

لكن رغم ذلك فإن عبارة **(التوازنات الكبرى)** على إطلاقتها مسألة فضفاضة من كونها في الواقع تعطي سلطة حقيقية للسلطة التنفيذية في مواجهة المجلس الدستوري، وبهذا المعنى فهي صاحبة الفصل في تقدير واعتبار أن هذه الأحكام أو تلك تمسّ بتوازن السلطات أو لا تمسّ بها، أي أن السلطة التنفيذية في هذه الحالة تشكل أحد وجهي العملة في حين يشكل المجلس الدستوري الوجه الثاني لها.

وبالنسبة للدستور الثاني التعديدي لسنة 1996 المعدل سنة 2002 وسنة 2008 فقد أخذ بنفس الأحكام السابقة المتعلقة بالحظر ضد التعديل الدستوري، التي نصت عليها المادة 164 من دستور 1989 مغيراً رقمها دون فحواها لتصبح المادة 178 مضيفاً إليها فقرة تتعلق بالديمقراطية والتعددية السياسية ونصها: (لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمسّ: الطابع الجمهوري للدولة، النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية، الإسلام دين الدولة، العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية، الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن، سلامة التراب الوطني ووحدته).

كما قد أخذ بنفس الأحكام المتعلقة بسلطات رئيس الجمهورية بشأن اقتراح التعديل وإقراره دون الاستفتاء، وهذا برأينا استمرار وتكريس لسلطات رئيس الجمهورية القوية في إصدار تعديل دستوري دون الذهاب إلى استشارة الشعب بطريق الاستفتاء بشرط موافقة المجلس الدستوري عليه، وهو كما نرى مسألة متاحة لرئيس الجمهورية ولا تكلفه أي جهد، ولا تثير له أدنى تخوف، بل النتائج محسومة كما يريد.

لكن هل أن الأحكام والمبادئ الدستورية المشمولة بالحظر ضد التعديل محصنة منه بصفة دائمة

أم مؤقتة؟



لمحاولة الجواب على هذا السؤال ينبغي في تقديرنا البحث في التجربة الجزائرية حول التعديلات الدستورية الحاصلة في هذا المجال، ومنذ البداية فإن الدستور الأول للدولة الجزائرية⁽⁵⁴⁾ يتكون من ثمان وسبعين 78 مادة حسب العناوين التالية: مبادئ ومهام رئيسية منصوص عليها في المواد: 01 إلى 26، ثم السلطة التشريعية نص عليها في المواد: 27 إلى 38، فالسلطة التنفيذية التي نص عليها في المواد: 39 إلى 59، ثم العدالة في المواد: 60 إلى 70، وتعديل الدستور في المواد: 71 إلى 74، وأخيرا أحكام انتقالية في المواد: 75 إلى 78. وما نستخلصه من هذا الدستور أنه لم ينص على أي حصانة ضد التعديل، الأمر الذي يبيح حصوله حتى بالنسبة إلى الأحكام التي يمكن اعتبارها مبادئ أساسية.

ثم بعد مرور أزيد من 13 سنة صدر دستور الجزائر لسنة 1976 الذي يتضمن 198 مادة، موزعة على: (الباب الأول) عنوانه: (المبادئ الأساسية لتنظيم المجتمع الجزائري)، ومنه (الفصل الأول) الذي عنوانه: (الجمهورية) منصوص عليها في المواد 01 إلى 09، (والفصل الثاني) عنوانه (الاشتراكية) ويتكون من المواد: 10 إلى 24، (والفصل الثالث) عنوانه: (الدولة) نص عليها في المواد: 25 إلى 38، (والفصل الرابع) عنوانه (الحريات العامة وحقوق الإنسان والمواطن) في المواد: 39 إلى 73، (والفصل الخامس) عنوانه: (واجبات المواطن) منصوص عليها في المواد: 74 إلى 81، (والفصل السادس) عنوانه: (الجيش الوطني الشعبي) نص عليه في المواد: 82 إلى 85، (والفصل السابع) عنوانه: (مبادئ السياسة الخارجية) في المواد: 86 إلى 93، (والباب الثاني) معنون (بالسلطة وتنظيمها) وفيه: (الفصل الأول) عنوانه: (الوظيفة السياسية) نص عليها في المواد: 94 إلى 103، (والفصل الثاني) عنوانه: (الوظيفة التنفيذية) منصوص عليها في المواد: 104 إلى 125، (والفصل الثالث) عنوانه: (الوظيفة التشريعية) نص عليها في المواد: 126 إلى 163، (والفصل الرابع) عنوانه: (الوظيفة القضائية) في المواد: 164 إلى 182، (والفصل الخامس) عنوانه: (وظيفة المراقبة) نص عليها في المواد: 183 إلى 190، (والفصل السادس) عنوانه: (الوظيفة التأسيسية) منصوص عليها في المواد: 191 إلى 196، (والباب الثالث) عنوانه (أحكام مختلفة) ويتضمن مادتين: 197 و 198. ومما سبق نسجل الملاحظات التالية:

الملاحظة الأولى حول الدستور السالف الذكر بعناوينه المختلفة نجده يعبر عن تأسيس جديد للدولة الجزائرية، التي بموجبه أصبحت دولة اشتراكية بحزب سياسي وحيد هو حزب جبهة التحرير الوطني المانع لأي تعددية سياسية.

والملاحظة الثانية أن الدستور الأول لسنة 1963 لم ينص على أي حصانة ضد تعديل أحكامه كلها أو بعضها، سواء بالحذف أو بالتعديل أو بالإضافة، ومن هذه الزاوية لا يمكن توجيه النقد لدستور 1976 من كونه تجاوز بنصوصه أحكام الدستور الأول الذي جاء (أي الدستور الثاني) منسجما مع فلسفة الميثاق الوطني المصادق عليه في استفتاء 27 يونيو سنة 1976 وذلك بتجديد الثورة منهجيا وترسيم

(54) د. بوكرا إدريس تطور المؤسسات الجزائرية - مرجع سابق - حول - دستور الجزائر لسنة 1963 الموقع من

طرف أحمد بن بلة أول رئيس جزائري منتخب بتاريخ 1963/09/10

إستراتيجيتها على ضوء الاختيار الاشتراكي الذي لا رجعة فيه؟، ويمثل الدستور أحد الأهداف الكبرى المسطرة في هذا الميثاق، من أجل أن تقييم الأمة دولة منظمة على أساس ديمقراطي⁽⁵⁵⁾.

والملاحظة الثالثة هي أن دستور 1976 كان قد احتفظ بالمبادئ الأساسية التي نص عليها الدستور الأول وهي مبدأ النظام الجمهوري، والإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغة رسمية، ومدينة الجزائر عاصمة للدولة، وممارسة السلطة من طرف الشعب، ثم أسس وفصل أحكاما دستورية متنوعة متعلقة بالاشتراكية كنهج ايديولوجي مختار، وتنظيم السلطات، وحقوق الإنسان والمواطن.

والملاحظة الرابعة هي أن دستور 1976 نص على مبدأ الحصانة ضد التعديل في المادتين 194 و 195 ويتعلق الأمر: بالصفة الجمهورية للحكم، وبدين الدولة، وبالاختيار الاشتراكي، وبالحرية العامة للإنسان والمواطن، و التصويت عن طريق الاقتراع العام المباشر السري، ووحدة وسلامة التراب الوطني. هذه المبادئ محصنة فلا يجوز تعديلها البتة، وهذا يعني أن مجرد تقديم مشروع بتعديلها غير وارد؟.

والملاحظة الخامسة هي أن دستور 1989 لم تصمد أمامه قواعد الحظر المطلق المتعلقة بمبدأ: الاشتراكية لا رجعة فيها، ومبدأ الأحادية الحزبية، ومبدأ حزب جبهة التحرير الوطني كحزب وحيد)، بل تم الرجوع فيها وعنهما جميعا، ولم تصبح فلسفة الميثاق الوطني قائمة وملزمة لرئيس الجمهورية والسلطات الدستورية، وهذا يؤكد بأن الحظر الدائم مسألة لا يمكن الجزم بها.

والملاحظة السادسة أن دستور 1989 ودستور 1996 أضافا مبدأين جديدين تعويضا للمبدأ المذكور في الفقرة أعلاه، ويتعلق الأمر بالاختيار الديمقراطي، ومبدأ التعددية الحزبية وأكد على تحصيلهما.

الفرع الثاني: الحصانة ضد التعديل الدستوري في بعض الدساتير المقارنة:

فقرة 1 - : لا حصانة لأحكام الدستور ضد التعديل: تعتبر الدساتير التي لا تحصن قواعدها ومبادئها ضد أي تعديل دستوري متماشية مع مبدأ سيادة الشعب، الذي بمقتضاه يمكنه ممارسة حق التعديل بما يتماشى وظروفه وواقعه وأهدافه الآتية والمستقبلية، وهذا الذي يعني بحكم المنطق أن رجال الثورة الفرنسية مثلا لم يحرموا الأجيال التي جاءت بعدهم من حق التعديل، إعمالا لمبدأ السيادة نفسه الذي تمارسه الأجيال الحية وليس المنتهية ولا التي لم توجد بعد، ولهذا يعتبر الفقهاء أن القواعد الدستورية التي تتضمن حظرا موضوعيا ضد أي تعديل هي في الحال نصوص ولدت ميتة لا ينبغي الالتفات إليها أو العمل بها⁽⁵⁶⁾، إنما يبقى التقدير في يد مؤسسات الشعب القائمة حسب القواعد الإجرائية الدستورية الواجبة الاحترام، وذلك من أجل تحقيق الأهداف وبلوغ مستويات من التطور المنشود.

وفي هذا الصدد لم تنص دساتير بعض الدول على مبدأ الحصانة المطلقة ضد أي تعديل دستوري يمس ببعض موادها وأحكامها الأساسية، مثل: نظام الحكم، واللغة الرسمية للدولة، وجغرافية الإقليم، ودين الدولة، ومنها: دستور الجمهورية العربية السورية فهو لا ينص في أحكامه المتعلقة بالتعديل على أية حصانة

(55) دستور 1976 (من التمهيد ..).

(56) د عبد العزيز شيحا القانون الدستوري طبعة 1983 الدار الجامعية للطباعة بيروت صفحة 162 وما بعدها.



ضد المراجعة الدستورية، ولا نعلم لذلك مبرراً في ظل دولة اشتراكية يفترض فيها أن تكون الأيدولوجية المتبعة ومقدمة الدستور والمبادئ الأساسية محصنة ضد أي تعديل، لكن من جهة أخرى بالنظر إلى فلسفة حزب البعث الملتف حول المبادئ الداعية للانتماء إلى **(الأمة العربية)** فإن ذلك بتقديرنا يعني بالضرورة أن لا حصانة للتعديل في جغرافية القطر العربي السوري، ولا حصانة ضد النظام السياسي القائم إذا كان ذلك يصب في مصلحة الوحدة العربية، وهكذا وفي هذا السياق وفقاً لما نعتقد تكمن هناك المبررات في عدم النص على القواعد الدستورية المحصنة من أن يطالها أي تعديل.

كما أن الدستور **اليميني** الذي يسمح بتعديل مواده تبعاً لإجراءات خاصة، إلا أنه هو الآخر لم ينص على أي حصانة مطلقة ضد التعديل الدستوري لبعض أحكامه، وكذلك الشأن بالنسبة لدستور جمهورية **مصر** العربية لسنة 1971 المعدل (قبل ثورة الشعب سنة 2011) فهو أيضاً لم ينص على أي حصانة ضد التعديل، والدستور العراقي الحالي لم ينص على أي حصانة ضد تعديل أحكامه، وهنا نقف متسائلين بالنسبة للدول الثلاث: **اليمن، مصر، العراق**، لماذا لم تتضمن دساتيرها مبدأ الحصانة ضد التعديل لبعض أحكام الدستور الأساسية ومنها على الخصوص الرقعة الجغرافية للدولة، ولغتها الرسمية، ودينها، ونظام حكمها؟.

فمصر مثلاً تناول دستورها إمكانية التعديل في ترايبها ويتم ذلك وفقاً لإجراءات خاصة، ولعل المسألة ممكنة أيضاً بالنسبة للغة الرسمية للدولة؟، لكن هل يمكن التراجع عن النظام الجمهوري والعودة إلى النظام الملكي ما دام الدستور يتيح اقتراح التعديل في هذا الشأن بصرف النظر عن استبعاد اقتراحه أو الموافقة عليه؟ **المسألة في اعتقادنا برمتها** (قبل ثورة الشعب سنة 2011) **تدخل في دائرة الإمكان لغياب المحذور.**

أما الجمهورية **اليمنية** فلا نجد لها مبرراً من كون نظامها السياسي ليس بعثياً لا يؤمن بالقطرية الضيقة، ولا هو ملكي، أو شيوعي، أو ما شابه من الأنظمة السياسية التي تتشبث بمبادئ الدستور الذي صنعه لما فيه من حصانة لها، لكن في كل الأحوال فإن عدم تحصين بعض مبادئ الدستور مسألة عائدة إلى المشرع الدستوري نفسه. بخلاف **العراق** الذي يسعى إلى إقامة دولة فدرالية ستكون مختلفة تماماً عن الدول العربية الأخرى وبنظام سياسي يتأسس بالتدرج برعاية الولايات المتحدة الأمريكية، قد يغري بعض دول المنطقة بالحدو مثله.

فقرة 2 - : الحصانة للمبادئ؛ فالحصانة ضد التعديل الدستوري برأي بعض الفقهاء، تتعلق بقيمة النصوص الدستورية ذاتها التي تعتمد **الحظر المؤقت أو الدائم** لبعض مبادئ الدستور، رغم أنهم يقرّون بتعارض الحظر مع مبدأ **سيادة الشعب**، فإذا وضعت أي أمة دستوراً لها فعلياً احترامه ومن تلك قواعد الحظر باعتبارها جزءاً من الدستور.

فالمملكة العربية السعودية ينص نظامها الأساسي في مادته الثالثة والثمانين 83 على: (لا يجري تعديل هذا النظام إلا بنفس الطريقة التي تم بها إصداره)، والسبب مبين في المادة الأولى من نفس النظام التي جاء فيها: (المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ولغتها هي اللغة العربية وعاصمتها مدينة الرياض.)، فلا يعقل إذن أن يتم النص والحديث عن التعديل الدستوري بهذا المصطلح، إلا أن النظام المذكور أعلاه الذي

يمكن اعتباره وثيقة دستورية بالمعاني المدنية والسياسية والدستورية في باقي الدول العربية وفي غيرها من دول العالم هو الذي يمكن تعديله، ووفقا للمادة الثالثة والثمانين 83 المذكورة أعلاه فإنها تسمح بالتعديل بنفس الأشكال التي أُصدر بها النظام، أما الأشكال المقصودة فيتم استخلاصها من مقدمة ذات النظام، ويتعلق الأمر باختصاص وصلاحيات وسلطة إصداره المنتهية إلى الملك، فهو وحده من يملك حق إصدار أي تعديل لهذا النظام، ومن حيث المبدأ لا توجد أية حصانة مانعة من تعديل بعض أحكامه ما دام لم ينص عليها صراحة في نفس النظام.

لكننا بالرغم من كل ذلك نستطيع استخلاص المبادئ التي لا يستطيع الملك التصدي لها بالتعديل، ويتعلق الأمر بالمبادئ العامة وبنظام الحكم المنصوص عليها في المادة الأولى إلى المادة السابعة من نفس النظام، فلا نتصور مثلا الانتقال إلى النظام الجمهوري، أو تبني الاشتراكية، أو العلمانية.

في هذا الشأن نجد المشرع الدستوري الفرنسي⁽⁵⁷⁾ ينص في الفقرتين الأخيرتين من المادة 89 على: (لا يجوز الشروع أو الاستمرار في أي إجراء يرمي إلى مراجعة الدستور عندما تمس سلامة التراب الوطني...، لا يمكن أن يكون موضوع مراجعة الطابع الجمهوري للحكم)، حيث من جهة ينص الدستور على وقف ومنع إجراء أي تعديل في حالة المساس بإقليم الدولة، ومن جهة أخرى يقطع الطريق عن أي تفكير في الرجوع إلى النظام الملكي الذي تم القضاء عليه من طرف الثورة الفرنسية نهائيا بإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي نهاية القرن الثامن عشر، أما المبادئ الأساسية الأخرى مثل اللغة الرسمية للدولة (الفرنسية وحدها بدون منازع)، وكذلك مبدأ العلمانية، فمن حيث المبدأ ليست محصنة في مواجهة اقتراح تعديل دستوري بشأنها، حتى ولو كانت المسألة من حيث الممارسة والواقع ورسوخ تلك المبادئ المرتبطة بالحرية والمساواة والتشبيث بالقيم الفرنسية تجعل من اقتراح تعديلها أمرا مستبعدا، لكنه بتقديرنا ليس مستحيلا لغياب الحظر الدستوري.

وينص دستور المملكة المغربية لسنة 1992 في الفصل مائة 100 على: (النظام الملكي وكذلك النصوص المتعلقة بالدين الإسلامي لا يمكن أن تتناولها المراجعة)، وقد استمر الحظر المذكور في دستور 2011 الذي أضافت في الفصل 175 من ذات الدستور إلى ما سبق: (...وبالاختيار الديمقراطي للأمة وبالمكتسبات في مجال الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور)، وهكذا بالنص الصريح يحصن دستور المملكة المغربية الدين الإسلامي والنظام الملكي والديمقراطية والحريات من أي اقتراح بالتعديل، ذلك أن المغرب دولة إسلامية سنية - شأنها شأن الدول المغاربية ذات السيادة: الجزائر وتونس وموريتانيا وليبيا، وكذلك الصحراء الغربية مستقبلا - لا توجد فيها ديانات أخرى كالمسيحية بمذاهبها وكاليهودية، وإن وجدت فلا تأثير لها في المجتمع، أما النظام الملكي فلم يكن محلّ منازعة من نظام سياسي للحكم كان قائما في السابق أو تم التحول عنه إلى النظام الملكي الحالي منذ الملك محمد الخامس إلى الآن، ولذلك يبقى تحصين النظام الملكي مبررا على الأقل من هذه الزاوية.

(57) المادة 89 من دستور 1958 المعدل



وبالنسبة للدستور التونسي فإن الحظر ضد التعديل حسب نص الفصل الثاني والسبعين 72 يتعلق فقط (بالنظام الجمهوري)، الذي تأسس غداة استقلال البلاد عن المستعمر الفرنسي، رغم أن المسألة تبدو مجرد تقليد للدستور الفرنسي الحالي لسنة 1958 المعدل. وأما دستور موريتانيا فقد نص على الحصانة ضد التعديل الدستوري في المادة التاسعة والتسعين 99 بقوله: (لا يجوز الشروع في أي إجراء يرمي إلى مراجعة الدستور إذا كان يطعن في كيان الدولة أو ينال من حوزة أراضيها أو من الصبغة الجمهورية للمؤسسات أو من الطابع التعددي للديمقراطية الموريتانية أو من مبدأ التناوب الديمقراطي على السلطة والمبدأ الملازم له الذي يحدد مدة ولاية رئيس الجمهورية بخمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، ...).

فهو برأينا يحاول التشبث بالنظام الديمقراطي التعددي الناشئ محاولاً تحصينه في مواجهة الانقلابات العسكرية المتكررة (مثل الانقلاب العسكري ضد الحكم المدني الذي وقع سنة 2008)، وبالنتيجة الدخول في ظل نظام استبدادي شمولي مهما كانت مبادئه المعلنة وإيديولوجيته الظاهرة.

كما أن دستور مملكة البحرين يأخذ بمبدأ الحصانة ضد أي تعديل دستوري في المادة العشرين بعد المائة 120 بقوله: (...، لا يجوز تعديل المادة الثانية من هذا الدستور، كما لا يجوز اقتراح تعديل النظام الملكي ومبدأ الحكم الوراثي في البحرين بأي حال من الأحوال، وكذلك نظام المجلسين، ومبادئ الحرية والمساواة المقررة في هذا الدستور)، ونص المادة الثانية المذكورة أيضاً المشمولة بالحظر هو: (دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ولغتها الرسمية هي اللغة العربية)، حيث يبدو لنا أنه شبيه في جزء منه بما نص عليه النظام الدستوري للمملكة العربية السعودية، ويختلف عنه في الجزء المتعلق بتشكيل السلطة التشريعية من مجلسين، وكذا مبادئ الحرية والمساواة.

والدستور القطري ينص في مادته الخامسة والأربعين بعد المائة 145 على: (الأحكام الخاصة بحكم الدولة ووراثته لا يجوز طلب تعديلها)، كما ينص دستور دولة الكويت في مادته الخامسة والسبعين بعد المائة 175 على: (الأحكام الخاصة بالنظام الأميري للكويت وبمبادئ الحرية والمساواة المنصوص عليها في هذا الدستور لا يجوز اقتراح تعديلها، ...)

فبالرغم أن الكويت وقطر تنزعان بوضوح نحو بناء مؤسسات دستورية ديمقراطية قائمة على التعددية السياسية ومبادئ الحرية، إلا أنهما تحتفظان بتحصين نظام الحكم الوراثي المنسجم مع طبيعة دول الخليج كلها، التي لم تكن منذ نشأتها الأولى أنظمة سياسية جمهورية، وهذا كما نرى هو مبرر التحصين ضد التعديل الدستوري في الدول المذكورة، فضلاً عن كون النظام الملكي وشبه الملكي لا يتعارض مع الديمقراطية ودولة العدل والحق والقانون، بل أن بريطانيا رائدة الدول الديمقراطية في العالم هي دولة ذات نظام ملكي.

المبحث الخامس: تسبیب مشروع التعديل:

الفرع الأول: أهمية ذكر أسباب التعديل:

لابد من الإشارة برأينا إلى أن مشروع التعديل الدستوري هو مثل أي مشروع تتقدم به الحكومة أو النواب وهذا يعني من هذه الناحية ضرورة تقديمه للمناقشة أو الاستفتاء أو هما معا، ومن المعروف أن

تلك المشاريع أيا كان مقترحها أو موضوعها ترفق بعرض تحليلي لأسبابها ليس مادة مادة فقط كما في شأن القوانين الأخرى، ولكن يتحتم الأمر ذكر الأسباب الموضوعية الداعية إلى التعديل: السياسية منها، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، والأمنية، والبيئية، والعلمية، ومن ثم بلوغ الهدف أو الأهداف الإستراتيجية للأمة. وهذا يعني بالمفهوم المخالف أن تلك الأهداف وجملة الأسباب الداعية إلى التعديل، لا يمكن أن تكون ذاتية وشخصية، أو فئوية، أو طبقية، أو جهوية، مما من شأنه بالنهاية الإضرار بالمصالح القومية العليا للبلاد بدلا من الحفاظ عليها والعمل على تحقيقها دوماً.

وهذا يعني أننا لا نتوقع - طرح مشروع تعديل دستوري - من غير عرض أسبابه، التي يسعى المبادر، أو المبادرون بتقديمها إلى السلطة التشريعية، سواء في البلدان التي تسمح دستورها بمناقشة مشروع التعديل بكل سيادة من طرف البرلمان، ومن هنا يستطيع هذا الأخير مناقشته من حيث التعديل بالزيادة أو بالحذف أو بالتقيح، أو بقبوله كما هو، أو برفضه على الحال الذي هو عليه، أو سواء في البلدان التي لا تسمح دستورها بمناقشة المشروع من طرف البرلمان الذي يملك فقط حق قبول أو رفض كامل النص وذلك لاقتناعها بضرورته، ولا يكون التعديل ضرورياً إلا إذا كان داعماً لوجود الدولة، وتطور ورفاهية المجتمع، ويستجيب لطموحات وآمال الأمة، وبهذا لا يشكل انتقاصاً من وضعها العام القائم فعلاً على علته.

الفرع الثاني: تسبب مشروع التعديل في بعض الدساتير المقارنة:

تنص بعض الدساتير على ضرورة تليل وتسبب مشروع التعديل، ويكون ذلك بذكر الأسباب الداعية إليه، سواء أكان بزيادة أحكام جديدة تضاف إلى قواعد الدستور، أو بإلغاء بعض الأحكام التي لم تعد تتماشى مع الأوضاع المختلفة للحياة في مختلف مؤسسات الدولة، أو أنها باتت تعيق تحقيق المسائل المرتبطة بالتوازنات الكبرى (كما عبر عنها المشرع الدستوري الجزائري) التي يرمي إليها الدستور وتقف حائلاً دون بلوغ الأهداف المسطرة، أو بتعديل أحكام سارية بحيث تتلاءم مع الغايات المستجدة .

إن مهمة عرض الأسباب تقع على عاتق الجهة صاحبة المشروع المقترح للتعديل، بغض النظر عمّن هي، سواء كانت رئيس الدولة، أو البرلمان، أو أي جهة أخرى. فمن حيث الصياغة اللغوية والفنية يجب اختيار العبارات والجمال والكلمات والأدوات والألفاظ التي تحمل المعنى بقوة، ومن حيث الموضوع المقصود بالمعالجة يتحمل أصحاب اقتراح التعديل تقديمه بالصورة التي تبين غاياته وتجلي حقيقته، من خلال النظر إليها وتأملها من زواياها المختلفة، ومن استقرارها بتمعن وتبصر من أنها تحقق الهدف أو الأهداف المقصودة، وأنها لا تخلّ بنسق منظومة المبادئ الكبرى، والقواعد الدستورية الأساسية، وأنها لا تثير أية مشاكل أو فوضى من أي نوع كانت، وأن التعديل الدستوري إنما ينسجم مع الطموحات المشروعة للشعب دون سواء.

وفي هذا الإطار فإن الجهة المبادرة بالتعديل في الحقيقة والواقع هي التي تفخر بالتداعيات والآثار الإيجابية له، وبالقدر نفسه أو أكثر تتحمل أوزار تبعاته السلبية في الآن والمستقبل.



ويبدو بأن المشرع الدستوري في بعض الدول يسير في هذا الاتجاه، فالمادة 156 من دستور اليمن تنص على: (...ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها، والأسباب والمبررات الداعية لهذا التعديل)، كما أن المادة 149 من دستور الجمهورية العربية السورية تنص في فقرتها الثانية على: (يتضمن اقتراح التعديل النصوص المراد تعديلها، والأسباب الموجبة لذلك)، وبالنسبة لجمهورية مصر العربية فإن المادة 189 من دستور 1971 المعدل تنص على: (...ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها، والأسباب الداعية إلى هذا التعديل)، وقد تم تعديل الفقرة الأخيرة من نفس المادة التي باتت تنص على إمكانية إصدار دستور جديد، كل ذلك يأتي ترجمة لثورة الشعب المصري السلمية وتحية الرئيس حسني مبارك، وأمور أخرى...، وكذلك الدستور الإيراني الذي يشترط لإجراء التعديل في المادة 177 منه توافر حالة الضرورة.

وهناك دول أخرى لا تشير دساتيرها بالنص الصريح إلى ضرورة ذكر أسباب التعديل، ومنها دستور فرنسا، والجزائر، وموريتانيا، وتونس، والعراق، والمغرب، والأردن، وغيرهم.

إلا أننا بالرغم من حالة عدم النص على تسبب التعديل نعتقد بأن عرض الأسباب والمبررات الداعية إلى التعديل مسألة مفترضة، إذ لا يعقل تقديم مشروع اقتراح تعديل دستوري أو حتى أي نص قانوني دونه من غير عرض الأسباب التي تكوّن المفتاح والسبيل إلى إقناع البرلمان به، أو نيل رضا المستفتين من الهيئة الناخبة، أو غيرهم. وأما المشروع من غير عرض أسبابه فهو برأينا شبيه بالأوامر الرئاسية التي يسري مفعولها بمجرد توقيعها من طرف رئيس الجمهورية، رغم أن ديمومتها مرتبطة في نهاية المطاف بموافقة البرلمان عليها، وإلا فطريقها إلى الزوال، كما نعتقد بأن عدم ذكر أسباب مشروع التعديل الدستوري يعتبر استخفافاً وسلباً لسلطة البرلمان وسيادة الشعب.

المبحث السادس: التعديل الدستوري لعام 2008 في الجزائر:

نعتقد كما سلف الحديث أن التعديل في قواعد الدستور يتسق مع مبدأ سيادة الشعب، الذي له الحق في مباشرة التعديل في الوقت الذي يريد، ومن هذا المنظور قد جري النقاش والحديث حول التعديل لبعض قواعد دستور الجزائر لعام 1996 المعدل سنة 2008 وهي:

5 و62 و74 و77 و79 و80 و81 و83 و84 و85 و86 و87 و90 و91 و116 و118 و119 و120 و125 و129 و137 و158 و176 و178 وإضافة المادة 31 مكرر، لكن رغم ذلك جرى التركيز على وجه اليقين والتحديد حول المادة 74 التي نصها: (مدة المهمة الرئاسية خمس سنوات. يمكن تجديد انتخاب رئيس الجمهورية مرة واحدة)، فإذا كان مقتضى الحال بتقدير مقترح التعديل (المفترض) هو تمكين رئيس الجمهورية الحالي من عهدة ثالثة فإننا نبدي حول ذلك بالملاحظات التالية:

الفرع الأول: تسبب مشروع التعديل:

لا شك برأينا في أن تسبب مقترح تعديل الدستور لذو أثر عظيم في نفوس أبناء الشعب بمكوناته المختلفة، ذلك أنه من الضروري بل من الواجب تقديم المبررات الكافية والكفيلة والمنطقية الداعية إلى التعديل من أجل إقناع الشعب به، فالمسألة هنا لا تتعلق بالسلطات الدستورية ومنها على الخصوص

المجلس الدستوري وعلى الأخص السلطة التشريعية فحسب، كما لا تتعلق بالأحزاب السياسية الحاكمة أيضا، أو التي في المعارضة، أو مؤسسات المجتمع المدني، أو أصحاب السلطة والنفوذ من المدنيين والعسكريين ومن المثقفين والباحثين وغيرهم، بل **المسألة مرتبطة بالسيادة**، وهذه الأخيرة متعلقة بالشعب بغض النظر عن مدى استيعاب وتقدير وفهم النظام السياسي الحاكم لمصطلح (سيادة الشعب)، وبصرف الانتباه عن مدى الاحترام المكفول لإرادة الشعب في الماضي والحاضر وربما في المستقبل.

إذن تقع المسؤولية بالجملة وبالتفصيل على من يتبنى مقترح التعديل الدستوري، حتى ولو اتصلت بمواد أخرى من الدستور غير تلك المشار إليها أعلاه.

أما المجلس الدستوري في الرأي 08/01 المؤرخ في 07 نوفمبر 2008 بناء على إخطار رئيس الجمهورية فقد قدم رأيه **في الإجراء الخاص بالتعديل** وخلص إلى: (اعتبارا أن المشرع الدستوري خول رئيس الجمهورية حق المبادرة بمشروع التعديل الدستوري دون عرضه على الاستفتاء... واعتبارا أن إخطار المجلس الدستوري...، جاء تطبيقا لأحكام المادتين 174 (فقرة أولى) و 176 ...، اعتبارا أنه يمكن رئيس الجمهورية بمقتضى المادة 176 من الدستور...، واعتبارا أن هذا الإجراء لا يستثني لجوء رئيس الجمهورية إلى الاستفتاء الشعبي إذا لم يحرز هذا القانون 4/3 أصوات أعضاء غرفتي البرلمان).

ومن حيث الموضوع: فإن المجلس الدستوري أعطى رأيه في نص كل مادة محل التعديل: فالمادة الخامسة 5 متعلقة **بالعلم الوطني** وبتحديد ألوانه باعتباره رمزا من رموز الثورة والجمهورية وهو ملك لجميع الجزائريين، وقد بات ضمن الفقرة 7 من المادة 178 الناصة على الحظر ضد التعديل.

والمادة 31 مكرر متعلقة **بترقية الحقوق السياسية للمرأة** التي يبررها من كونها مستمدة من الفقرة الثامنة 8 من ديباجة الدستور وهي تهدف في غاياتها إلى توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة وسيتم تحديد ذلك **بقانون عضوي**.

والمادة 62 أضيفت لها فقرة تتصل بكتابة التاريخ وتعليمه للأجيال وإسناد ذلك إلى مهام الدولة باعتباره رمزا مشتركا يتقاسمه جميع الجزائريين، وهدفه حفظ الذاكرة الجماعية للشعب الجزائري وتعزيز المبادئ التي تقوم عليها الأمة الجزائرية، والمستمدة في جوهرها من ديباجة الدستور والفصل الأول من الباب الأول – المعنون ب: الجزائر والمتضمن 5 مواد - .

والمادة 74 المتعلقة بتحديد مدة الرئاسة بخمس 5 سنوات ومن غير تحديد انتخاب الرئيس لأكثر من عهدين وجعلها مطلقة، وقد بررها المجلس الدستوري في رأيه بقوله: (اعتبارا أن تعديل المادة 74 الفقرة 2) من الدستور، يهدف إلى **تأسيس مبدأ قابلية انتخاب رئيس الجمهورية** بغرض منح السيادة الشعبية مدلولها الكامل، وتمكين التعبير عنها بكل حرية. واعتبارا أن الشعب بمقتضى المادة 6 هو مصدر كل السلطات، وأن السيادة الوطنية هي ملك للشعب دون سواه، يمارسها عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين من الشعب تطبيقا للمادة 7 الفقرة 3) من الدستور. واعتبارا أنه بمقتضى أحكام المادة 71 من الدستور ينتخب رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع العام المباشر السري، وأن تجديد انتخابه يخضع لنفس المبادئ الدستورية. واعتبارا أن تعديل المادة 74 يدعم قاعدة حرية الشعب



في اختيار ممثليه المنصوص عليها في المادة 10 من الدستور - نص المادة 10 : الشعب حر في اختيار ممثليه. لا حدود لتمثيل الشعب، إلا ما نص عليه الدستور وقانون الانتخابات -)، ويمرر السير العادي للنظام الديمقراطي الذي يقتضي بأن حائز عهدة رئاسية ملزم بأن يعيدها عند انقضائها إلى الشعب الذي يملك دون سواه سلطة التقدير بكل سيادة، كيفية تأدية هذه العهدة، ويقرر بكل حرية تمديد الثقة في رئيس الجمهورية أو سحبها منه. واعتبارا بالنتيجة أن تعديل هذه المادة لا يمسّ المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري.

كما أن تعديل المواد 77 و79 و85 و87 و90 مأخوذة مجتمعة لتناولها موضوع إعادة التنظيم الداخلي للسلطة التنفيذية، اعتبارا أن تنظيم السلطة التنفيذية من الداخل يهدف إلى استبدال وظيفة رئيس الحكومة بوظيفة الوزير الأول، وإخضاع توقيع المراسيم التنفيذية والتعيين في وظائف الدولة من قبل الوزير الأول إلى الموافقة المسبقة لرئيس الجمهورية، وإسناد رئاسة اجتماع الحكومة للوزير الأول بتقويض من رئيس الجمهورية، مع مراعاة أحكام المادة 87 من الدستور. كما يؤدي إلى حذف البند 2 من المادة 85 من الدستور وتعيين رئيس الجمهورية لأعضاء الحكومة بعد استشارة الوزير الأول وإحداث وظيفة نائب الوزير الأول بغرض مساعدة الوزير الأول في ممارسة مهامه، وكذا تخويل رئيس الجمهورية سلطة تعيين نائب أو عدة نواب للوزير الأول وإنهاء مهامهم. واعتبارا أن الأحكام المذكورة أعلاه، موضوع تعديل أو إضافة يهدف إلى إدخال تغييرات داخل السلطة التنفيذية بهدف ضمان انسجام أكبر وفعالية أفضل لمهامها. واعتبارا أن التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات تستمد من الآليات الدستورية المنصوص عليها في الدستور، لاسيما المواد 80 و81 و82 و84 و98 و99 و129 و135 و136 و137 منه. واعتبارا أن المواد المذكورة أعلاه موضوع تعديل أو إضافة، وطالما أنها تقتصر على اعتماد هيكلية جديدة داخل السلطات التنفيذية، فإنها لا تؤثر البتة على صلاحيات السلطات والمؤسسات الأخرى والآليات الدستورية التي يقوم على أساسها توازن السلطتين التنفيذية والتشريعية، مثلما يستتج من الباب الثاني (الباب الثاني عنوانه: تنظيم السلطات) من الدستور.

وفيما يخص المواد: 83 و84 و86 و91 و116 و118 و119 و120 و137 و158 من الدستور، مأخوذة مجتمعة لتناولها لاسيما استبدال وظيفة رئيس الحكومة بوظيفة الوزير الأول. اعتبارا أنه للأسباب المذكورة في البند الخامس من هذا الرأي - المنوه عنها في الفقرة أعلاه - وبغرض إضفاء الانسجام على صياغة جميع أحكام مشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، تستبدل لاسيما وظيفة رئيس الحكومة المذكورة في المواد المنوه عنها سابقا بوظيفة الوزير الأول.

لهذه الأسباب: أولا/ فيما يخص إجراء التعديل الدستوري: القول أن الإجراء الخاص بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري جاء وفقا للمادتين 174 و176 من الدستور. ثانيا/ فيما يخص المواد موضوع إضافة أو تعديل: القول أن مشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري الذي يبادر به رئيس الجمهورية في إطار المادة 176 من الدستور والمتمثل في: (لقد أتينا على ذكرها في الفقرات أعلاه) لا يمسّ البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري وحقوق الإنسان والمواطن وحريةهما، ولا يمسّ بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية.

فمن الواضح أن المجلس الدستوري بالاستناد إلى المادتين 174 و176 من الدستور يرى بأنه من حق رئيس الجمهورية المبادرة بمشروع تعديل الدستور وعرضه على البرلمان دون اللجوء إلى الاستشارة الشعبية إذا ما أحرز 4/3 أصوات البرلمان، وهذا واضح من النص الدستوري فهو مجرد ذكر للمواد التي تخول رئيس الجمهورية هذا الحق، وبذلك يمكن القول أن المجلس الدستوري لم يأت بأي اجتهاد أو رأي هنا فالسألة متعلقة بالشكل والأحكام الدستورية صريحة لا تأويل لها.

الفرع الثاني: ملاحظات حول التعديل الحاصل:

فالمادة الخامسة كانت تنص على ذكر العلم الوطني وخاتم الدولة والنشيد الوطني، وبعد تعديله أصبح النص: (العلم الوطني والنشيد الوطني من مكاسب ثورة نوفمبر 1954 وهما غير قابلين للتغيير، ...). واعتبرتهما رمزاً للجمهورية، وحددت الألوان الوطنية وشكل العلم، كما حددت النشيد الوطني - قسماً - بجمع مقاطعه.

ونلاحظ بأن تحديد العلم الوطني بألوانه الثلاثة الأخضر والأبيض والأحمر وهلاله الذي تتوسطه نجمة، وكذا تأكيد وترسيم (قسماً) باعتبارها نشيداً وطنياً، هو أمر محمود لا يجب أن يترك تقديره للقانون كما كان النص السابق قبل التعديل، وهو تقليد إيجابي للمشرع الدستوري الفرنسي الذي حدد بالنص الصريح في المادة الثانية من دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 المعدل النشيد الوطني (la Marseillaise) والعلم الوطني الفرنسي بألوانه الثلاثة معتبراً إياه رمزاً للجمهورية.

ونص المادة 31 مكرر يتعلق بترقية المرأة الجزائرية، وتمكينها بتوسيع حظوظها بالدخول في المجالس النيابية، وقد ترك هذه المسألة للقانون. وبذلك يذهب المشرع الدستوري بهذا التعديل مذهب المشرع الدستوري الفرنسي بل أقل منه الذي نص في المادة الثالثة الفقرة الأخيرة من دستور 1958 المعدل على: (القانون يشجع المساواة بين الرجال والنساء في ممارسة العهدة النيابية والوظائف الانتخابية)، كما تجدر الملاحظة أيضاً أن ممارسة الحقوق والحريات الأساسية للمواطن بما فيها حق الترشح والانتخاب هي أصلاً مكفولة قبل التعديل لحامل الجنسية الجزائرية سواء كان ذكراً أم أنثى فلا فرق بينهما، ويتأكد ذلك من خلال الممارسة والتطبيق من طرف الأحزاب السياسية، وهو مكرس في الوظائف العامة، وبذلك فإن النص المذكور لم يأت بجديد، بل يمكن اعتباره ذو أبعاد سياسية ظرفية ليس إلا، لأنه بإمكان الحكومة أن تعين نساء من بين أعضائها وقناصلها وسفرائها وولاتها ومديريها المركزيين وعلى رأس المؤسسات والهيئات العامة المختلفة والإدارية التابعة للدولة التي مازالت المرأة فيها قليلة الحظ، فكان أولى بالسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية تجسيد ذلك من الناحية الفعلية وهي مسألة متاحة ومشروعة قانوناً.

ونص المادة 62 قبل التعديل يتعلق بواجبات المواطن تجاه المجموعة الوطنية، وواجب الدولة بحماية رموز الثورة وأرواح الشهداء وكرامة ذويهم والمجاهدين، وقد أضيف إلي مهام الدولة في هذا الشأن (ترقية كتابة التاريخ وتعليمه للأجيال الناشئة)، ومن المعروف أن تعليم التاريخ وبقية المواد والأنشطة والمعارف يدخل ضمن مهام الحكومة كأى حكومة في بقية دول العالم التي تشرف على مختلف مؤسسات التعليم، وتزويجها

وتحديد برامجها ومحاورها، وتجنيد الوسائل المادية والبشرية الكفيلة بتطبيقها، ومنح الإجازات التكوينية والشهادات العلمية لمنتسبيها وفقا لمعايير بيداغوجية وعلمية، فما الجديد إذا؟.

الجديد فيما يبدو هو التأكيد على تدريس تاريخ الشعب الجزائري بكل مكوناته عبر الحقب والأزمان المستمرة من غير انقطاع ولا توقف، وهو بشكل مجمل ما يميز الشخصية الجزائرية من جهة ويحدد انتماءها من جهة أخرى حسب الإطار الذي حدده العلامة ابن باديس رحمه الله، وتضمنه نداء أول نوفمبر بقوله: **(إقامة الدولة الجزائرية الديمقراطية الاجتماعية ذات السيادة ضمن إطار المبادئ الإسلامية، ... تحقيق وحدة شمال إفريقيا في داخل إطارها الطبيعي العربي والإسلامي)**، وجسده الدستور في ديباجته: **(المكونات الأساسية للهوية الوطنية هي: الإسلام المرعبة الأمازيغية ... إن الجزائر أرض الإسلام وجزء لا يتجزأ من المغرب العربي الكبير وأرض عربية وبلاد متوسطة وإفريقية تعزز بإشعاع ثورتها، ...)**، لكن الذي ينبغي تدريسه برأينا هو ترسيخ مبادئ روح التضامن والحرية والإخاء والمساواة والمشاركة في الحكم وفي إدارة البلاد ومحاربة بل وتجريم الطبقية والتمييز المنصري، ومن ثم التطلع إلى المستقبل والعمل على التطور في شتى المجالات كل ذلك في إطار المبادئ الأساسية للمجتمع الجزائري.

وفي المقابل فإن تكفل الدولة بتدريس التاريخ للأجيال الناشئة ينبغي أن يساهم فيه الشعب الجزائري بمؤسساته ونخبه ومنهم الذين ساهموا في الثورة التحريرية بشكل مباشر من المجاهدين الذين ما زالوا على قيد الحياة، مع استثمار الوثائق التي في حوزتهم وكذلك الوثائق التاريخية التي لا زالت حبيسة لدى فرنسا الدولة المستعمرة بالأمس، كما أن ذلك وفي كل الأحوال يقتضي من الدارسين والباحثين الجزائريين والأكاديميين ومؤسسات البحث المتخصصة أن تساهم بفعالية بتحليل التاريخ وتقنيته وتنظيفه وإعطاء رأيهم في الأحداث والوقائع بأمانة وتجرد حسب مقتضيات المناهج العلمية.

وأما المادة 77 فإن التعديل الذي طالها يتعلق باستبدال تسمية **(رئيس الحكومة بالوزير الأول)**، الذي يستطيع رئيس الجمهورية أن يفوضه جزءا من مهامه، وكذا تعيينه لنائب أو نواب يعينونه في مهامه الحكومية.

وواضح أن مصطلح **- الوزير الأول -** يتسق والمادة الثامنة 8 من الدستور الفرنسي، إلا أننا نعتقد أيضا بأن تعيين نائب أو نواب للوزير الأول بالنسبة للجزائر مسألة غير مجدية، لأن الحكومة تقوم بالتنفيذ معتمدة التقسيم القطاعي والوظيفي لمهامها وبالتالي تقوم بوظائفها السياسية والإدارية والأمنية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها من المهام التي تدرج ضمن **وظائف الدولة الحديثة**، وستوزع تلك المهام على الوزراء تحت إشراف الوزير الأول وهو الأفضل، ومن هنا فإن نوابه سوف يكون لهم تأثير سلبي على الانفراد بسلطة التسيير الحكومي في يد واحدة، أو ستكون وظائفهم تشريفية أو استشارية وليست تنفيذية، ولا جدوى في الحالين.

غير أن الذي كان مأمولا برأينا هو النص على **نائب أو نواب لرئيس الجمهورية** بغرض مساعدته في مهامه الدستورية، وكذا تحديد طريقة تعيينهم إما بواسطة الانتخاب أو عن طريق التعيين من طرف رئيس الجمهورية حسب آليات يحددها الدستور.

وهناك أمثلة في هذا المجال من بعض دول العالم مثل: دستور **الجمهورية اليمنية** الذي تنص مادته الخامسة بعد المائة 105 على انتخاب رئيس الجمهورية، ولهذا الأخير أن يعين نائباً للرئيس، كما تنص المادة الثامنة والعشرون بعد المائة 128 على تشكيل مجلس الوزراء من رئيس ونواب له والوزراء، وبالنسبة للدستور الاتحادي للإمارات العربية المتحدة فهو ينص في مادته الخامسة والأربعين 45 على رئيس الاتحاد ونائبه، وينص دستور **الجمهورية العربية السورية** في مادته الخامسة والثمانين 85 على انتخاب رئيس الجمهورية، كما تنص مادته الخامسة والتسعون 95 على: (يتولى رئيس الجمهورية تسمية نائب له أو أكثر وتفويضهم ببعض صلاحياته ورئيس مجلس الوزراء ونوابه وتسمية الوزراء ونوابهم وقبول استقالتهم وإعفاءهم من مناصبهم)، أما رئيس الجمهورية **التونسية** فينتخب بموجب المادة التاسعة والثلاثين 39 من الدستور لمدة خمس 5 سنوات، وهو الذي يعين الوزير الأول وبقية أعضاء الحكومة طبقاً لنص المادة الخمسين 50 من نفس الدستور (قبل ثورة الشعب السلمية لسنة 2011)، وبالنسبة **اليابان** فإن رئيس مجلس الوزراء ينتخب من بين أعضاء مجلس النواب طبقاً لنص المادة السابعة والستين 67 من الدستور الياباني، وبالتالي فإن السلطة التنفيذية توكل إلى مجلس الوزراء، كما أن السلطة التنفيذية في المملكة **الإسبانية** تتولاها الحكومة التي يرأسها رئيس يساعده نواب ووزراء طبقاً لنص المادة الثامنة والتسعين 98 من الدستور، أما الملك فنص المادة السادسة والخمسين 56 من الدستور هو رئيس الدولة ورمز وحدتها، وتنص المادتان التاسعة والثمانون 89 والتسعون 90 على انتخاب رئيس الجمهورية الاتحادية في الأرجنتين ونائبه لمدة أربع 4 سنوات. كما أن دستور **الولايات المتحدة الأمريكية** لسنة 1787 المعدل ينص في مادته الثانية على انتخاب الرئيس لمدة أربع 4 سنوات وانتخاب نائبه للمدة نفسها، أما الدستور **الفرنسي** فهو ينص في مادته السادسة 6 على انتخاب رئيس الجمهورية لمدة خمس 5 سنوات، وتنص مادته الثامنة 8 من ذات الدستور على تعيين الوزير الأول من طرف رئيس الجمهورية، ولا ينص على نائب رئيس الجمهور كما لا ينص على نائب أو نواب الوزير الأول.

ومن استقراءنا للأمثلة السابقة وغيرها مما نصت عليه بعض الدساتير المقارنة يمكن تقسيمها بشأن نواب رئيس الدولة إلى:

القسم الأول / لا نواب للرئيس: ففرنسا مثلاً من الدول التي لا تأخذ بنواب رئيس الجمهورية، أو نواب الوزير الأول أو رئيس الحكومة، ومثلها تونس، وإسبانيا، واليابان، أما الجزائر فلا نواب لرئيس الجمهورية ...

القسم الثاني / لرئيس الدولة نواب: مثل الإمارات العربية المتحدة، والولايات المتحدة الأمريكية، وسورية، واليمن، ...

القسم الثالث / للوزير الأول نواب: مثل الجزائر، وسورية، واليمن، وإسبانيا، ...

القسم الرابع / للرئيس كما للوزير الأول نواب: مثل اليمن، وسورية، ...

المادة 79 تتعلق باختصاص رئيس الجمهورية في تعيين أعضاء الحكومة بعد استشارة الوزير الأول، هذا الأخير ينسق عمل الحكومة ويقوم بضبط مخطط عمله من أجل تنفيذ برنامج رئيس الجمهورية.

المادة 80 تنص على أن المخطط يخضع لمناقشة عامة من قبل المجلس الشعبي الوطني، ويمكن تكييفه بالتشاور مع رئيس الجمهورية. هذه الأحكام فيما يبدو من ظاهر النص تضيضي نوعاً من الحماية للوزير الأول الذي يعتبر منفذاً لبرنامج الرئيس وذلك في مواجهة النواب.

المادة 81 تعتبر أثرا مباشرا للمادتين السالفتي الذكر، بحيث إذا لم يحظ مخطط الوزير الأول بموافقة المجلس الشعبي الوطني قدم إلى الرئيس استقالة حكومته، الذي يعين حكومة بديلة عنها بنفس الشروط والأشكال.

المادة 85 تنص على الصلاحيات التي يمارسها الوزير الأول تحت رقابة الرئيس، وكلها ذات طابع تنفيذي وتنظيمي.

المادة 87 تنص على الصلاحيات والاختصاصات الدستورية لرئيس الجمهورية التي لا يجوز له تفويضها إلى الوزير الأول.

المادة 90 تنص على التدابير الدستورية عند خلو منصب الرئيس.

المادة 178 تنص على مبدأ الحظر الدستوري للمبادئ غير القابلة للتعديل ومنها العلم الوطني والنشيد الوطني.

أما المواد 83 وما بعدها فتستبدل فيها وظيفة رئيس الحكومة بوظيفة الوزير الأول.

تلكم المواد المعدلة مرتبطة باستبدال وظيفة رئيس الحكومة كما كان في السابق بوظيفة الوزير الأول حاليا، وبعض الصلاحيات ومنها علاقة البرلمان بالحكومة، ومن ثم فلن نتوقف عندها في هذه الدراسة.

الفرع الثالث: ملاحظات حول تعديل المادة 74 من الدستور:

نظرا لكون المادة 74 محل التعديل الدستوري تتصل بإطلاق تجديد عهدة رئيس الجمهورية، بدلا من تقييدها بعدم جواز انتخاب رئيس الجمهورية لأكثر من مرتين حسب النص السابق قبل التعديل، فهي فيما نرى على صلة موضوعية وثيقة ببعض المبادئ الدستورية مثل ما نصت عليه المادة الأولى من الدستور: (الجزائر جمهورية ديمقراطية شعبية...)، والمادة السادسة: (الشعب مصدر كل السلطات. السيادة ملك للشعب وحده)، والمادة السابعة: (السلطة التأسيسية ملك للشعب، ... يمارس الشعب هذه السيادة عن طريق الاستفتاء، ... لرئيس الجمهورية أن يلتجئ إلى إرادة الشعب مباشرة)، والمادة الثامنة: (...حماية الحريات الأساسية للمواطن، ...)، والمادة 14: (تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي، ...).

وهي مبادئ تتصل بالنظام الجمهوري وبالديمقراطية التي تعني في مفهومها سلطة الشعب، والحريات والحقوق الأساسية للفرد، وحرية الرأي والإبداع، والمشاركة في الحكم، والتداول على ممارسة السلطة بالوسائل السلمية، كما تتصل بالشكل الجمهوري للحكم الذي يمارس فيه الشعب سيادته بواسطة نوابه المنتخبين، وينتخب فيه رئيس الجمهورية إما مباشرة من طرف الشعب أو من خلال ممثليه.

وهذا يعني في مجمله أن انتخاب رئيس بعينه لمدة غير محدودة، أو لمرات متتالية، تشكل مخالفة للمبادئ الديمقراطية وللنظام الجمهوري، بل ستفرغ تلكم المبادئ من محتواها وتجعل من تأويل أحكام الدستور أمرا ميسورا في متناول أي شخص يصل إلى السلطة ويعمل على البقاء فيها بالوسائل السلمية.

وتبرير ذلك أن الجزائر اختارت التعددية الحزبية السياسية من خلال أول دستور تعددي لسنة 1989، وأطلقت الحريات العامة، ومكنت الفرد الجزائري من حقوقه الأساسية، وأصبحت بذلك منتمية إلى الأنظمة السياسية الليبرالية مثل الدول الغربية ومن سار على نهجها، مع التحفظات الممكن إبدائها المتعلقة بانتمائنا وثقافتنا والمتصلة كذلك بالدين الإسلامي باعتباره (دين الدولة)، وبذلك فهي لا تستطيع العودة إلى النظام السياسي الأحادي الذي كان سائدا في دستور الجزائر لسنة 1963، 1976، ومن هنا فالتعديل الدستوري للمادة 74 يشكل بتقديرنا عودة إلى ما قبل دستور 1996.

وفي هذا المضمار وللمقارنة إذا كان دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة 1958 المعدل ينص في مادته السادسة على انتخاب رئيس الجمهورية لمدة خمس سنوات عن طريق الاقتراع العام المباشر، فإنه في ظله وتطبيقا له كان قد انتخب - شارل دوغول - رئيسا للجمهورية الفرنسية في الانتخابات الرئاسية التي جرت بتاريخ 5 و 19 ديسمبر 1965، مع الإشارة إلى عهده الأولى بداية 1959، كما انتخب - جورج بومبيدو - رئيسا لفرنسا بتاريخ الفاتح و 15 جوان 1969، وانتخب - جيسكار ديستان - رئيسا بتاريخ 5 و 19 ماي 1974، وانتخب - فرانسوا ميتران - رئيسا بتاريخ 26 أفريل و 10 ماي 1981، وأعيد انتخاب - فرانسوا ميتران - رئيسا للجمهورية بتاريخ 24 أفريل و 8 ماي 1988، وانتخب - جاك شيراك - بتاريخ 23 أفريل و 7 ماي 1995، وأعيد انتخاب - جاك شيراك - رئيسا بتاريخ 21 أفريل و 5 ماي 2002، وقد انتخب - ساركوزي - في الانتخابات الرئاسية التي جرت سنة 2007⁽⁵⁸⁾.

وهكذا فإن الانتخابات الرئاسية الفرنسية التي جرت في مسيرة الجمهورية الخامسة تطبقا لدستور 1958 المعدل، لم تتم خلالها إلا إعادة انتخاب - ميتران، وشيراك - لمرتين، بما يسمى تجديد الانتخاب لمرّة واحدة، وأما الحديث عن إعادة انتخاب الرئيس لمرّة ثالثة فغير وارد البتّة، وهي ميزة الدول الغربية المتطورة الراقية التي تحترم حقوق الإنسان والمواطن ومبادئ الجمهورية والديمقراطية وسيادة الشعب، وتؤمن بل وتجسد مبدأ التداول على السلطة، وتؤدي فيها الأحزاب السياسية دورها الفاعل خدمة للأمة الفرنسية، وهذا الحال لا يتطابق (البتّة) مع الواقع العربي ومنه الجزائر في ظل الأوضاع المذكورة التي قد لا تتغير بسياسات عادية مأمولة كما في أوروبا وإلى أمد غير منظور.

فهلاً فكرنا يوما بأن التحول نحو الديمقراطية والتعددية السياسية الحزبية بموجب دستور 1989 على الأقل يكون تأسياً بما عليه الحال في فرنسا وأمريكا وألمانيا وبلجيكا وكندا وفي دول أخرى نصاً وواقعا وسلوكا؟، أم أن الخصوصيات والتقاليد والأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية وغيرها كثير... ستكون ذريعة لتكريس التمايز بيننا وبينهم بما يحقّ ما يريد بعضنا أو ما يحقّ رغبة البعض منا؟.

(58) Jean Paul jaque Droit constitutionnel et institutions politiques 4^e édition Dalloz 2000 p 184

Jean Gicquel Droit constitutionnel et institutions politiques 16^e édition Montchrestien 1999 Paris p 533 , 590



الفرع الرابع: هل التعديل متصل بشخص معين؟

بالرغم من التحليل السابق فمن الناحية الموضوعية يبدو بأن التعديل الدستوري متعلق بشخص رئيس الجمهورية الحالي (السيد عبد العزيز بوتفليقة)، الذي أشرف على نهاية العهدة الرئاسية الثانية في ذلك الوقت، وبذلك لا يجوز له حسب نص المادة 74 من الدستور (قبل التعديل الحاصل) الترشح لعهدة رئاسية ثالثة أو رابعة، فإن حصل ذلك وبمجرد تقديم ملف الترشح إلى المجلس الدستوري فإنه يستوجب الرفض من هذا الأخير بالاستناد إلى نص المادة 74 السالفة الذكر من غير أي عناء في البحث عن أسباب أخرى مانعة للترشح.

أما وقد تم التعديل فعلا فإنه كان يجب بتقديرنا أن يكون شخصيا و ظرفيا. **فشخصي:** بحيث يتم النص صراحة على أحقية فخامة رئيس الجمهورية الحالي في الترشح لرئاسة الجمهورية للمرة الثالثة أو الرابعة؟ لاعتبارات جدية خلافا لأحكام المادة 74 المذكورة أعلاه. **وظرفي:** بحيث لا يطال التعديل حذف الفقرة المتعلقة بجواز ترشح رئيس الجمهورية لمرّة ثانية دون سواها، التي يجب أن تبقى هي الأصل هذا من جهة. ومن جهة ثانية يجب أن تنتهي أحكام الفقرة المتعلقة بالعهدة الثالثة أو الرابعة؟ بانتهاء العهدة نفسها، فلا يجوز أن يستمر أثرها في المستقبل بعد ذلك، وهذا سيجعلها شبيهة بالأحكام الانتقالية المنتهية كما هو معروف في القوانين وفي الدستور فلا يحتج بها ولا يستند إليها في المستقبل من أي جهة كانت ومن أي مرشح مهما كان. علما بأن تمديد حق الترشح للرئاسة أو تولي العرش تحكمه اعتبارات جدية وخاصة لا يمكن تميمها.

والسبب فيما نرى أنه لا يجب الاحتجاج بهذا التعديل على الأجيال القادمة، فكل رئيس منتخب بعد ذلك تطبق بشأنه أحكام المادة 74 من الدستور وكأنها لم يمسه أي تعديل، وفي الواقع من هذه الزاوية وبالمفهوم الذي أوردناه في الفقرة أعلاه (شخصانية و ظرفية التعديل) يعتبر ما أسميناه تعديلا على الحال المذكور تأجيلا وتعطيلا لإعمال المادة 74 المذكورة، وهذا التفسير أفضل لمصلحة الدستور ولسد الباب أمام من قد يريد التمسك بالتعديل أو تسوّل له نفسه الوصول إلى السلطة والبقاء فيها تحت أي ظرف كان.

أما وقد حصل التعديل - على غير ما نعتقد كحل استثنائي مؤقت - بحيث بات نص المادة 74 المعدلة: (مدة المهمة الرئاسية خمس سنوات. يمكن تجديد انتخاب رئيس الجمهورية)، فإنه برأينا يجب أن تعدّل مرة أخرى بحيث يصار إلى نص المادة المذكورة قبل التعديل، (كونها قيد دستوري إيجابي)، كما يجب عندئذ أن تحصّن من أي تعديل يمكن أن يطالها في المستقبل، وهكذا ستكون الجزائر بنص الدستور بمنأى عن أي (بقاء في السلطة) من أي حزب سياسي أو قوة ضاغطة أو رئيس للدولة مهما كان، وفي أي زمن كان.

إذا لم يتحمل (السيد عبد العزيز بوتفليقة) الرئيس المنتخب في الانتخابات الرئاسية التي جرت في سنة 2009 مسؤولية التعديل بإعادة الأوضاع إلى طبيعتها، فإن الأجيال القادمة ستتولى ذلك بنفسها حتما مقضيا، وستستلم المسؤوليات من منظور التطلع نحو المستقبل ضمن الألفية الثالثة من غير استشارة الأجيال المنتهية إلى غير رجعة وتلكم هي سنة الله.

الفرع الخامس: تعديل مدة العهدة الرئاسية:

مدة الرئاسة حسب نص المادة 74 من الدستور المشار إليها أعلاه سواء قبل التعديل أو بعده هي خمس 5 سنوات، التي ينبغي تعديلها إلى أربع 4 سنوات أو أقل من ذلك، وهذه مدة طويلة تكفي رئيس الجمهورية لإنجاز برنامجه الانتخابي في دولة مستقرة، تضاعفها مدة التجديد المعمول بها حالياً في الجزائر إلى ثمان 8 سنوات، وهي أكثر من كافية إذا كان الضعف عشر 10 سنوات، وقد يصل إلى 15 سنة، بل إنها أكثر من كافية فعلاً اعتماداً على تجارب الدول الديمقراطية المتطورة، لكن بالنسبة للدول النامية والمتخلفة وأشباهاها فإن معيار الزمن لا قيمة له سواء طال أم قصر.

فالمادة 74 من الدستور الجزائري متطابقة مع المادة السادسة من دستور فرنسا لسنة 1958 المعدل من حيث مدة العهدة الرئاسية المقدرة بخمس سنوات، فإذا كان ذلك تقليداً للفرنسي فهو في هذه الحالة تقليد غير محمود، من كون فرنسا دولة لبرالية متطورة تنتمي إلى العالم المصنّع الأول وهي واحدة من الدول الأكثر غنى وتصنيعاً وتطوراً في العالم حسب المعايير المطبقة في هذا المجال، دولة مستقرة أمنياً واقتصادياً واجتماعياً (بالرغم من الأزمات الكبرى التي تحدث دورياً لأسباب تتجاوز إمكانيات الدولة الواحدة)، والحريات فيها مكفولة للراعي الفرنسيين، ومبادئ العدالة والحرية والمساواة بينهم محترمة، ومبدأ الفصل بين السلطات حسب قواعد الدستور الفرنسي قائم، وهي نموذج لمبدأ الاقتراع العام السري المطبق في انتخابات رئاسة الجمهورية والبرلمان والجماعات الإقليمية، فلا مجال للتأسي بها ومقارنتها مع الجزائر المنتمية أصلاً إلى العالم النامي، وفي أحسن الأحوال تجد مكانها في هذا العالم النامي حسب التصنيف الاصطلاحي المستخدم سابقاً، شأنها شأن مختلف دول العالم الثالث ومنه الدول العربية مع تفاوت نسبي في بعض المجالات (بصرف النظر عن الثروات الخام الباطنية وفي مقدمتها مواد الطاقة غير المتجددة)، ولذلك فإذا كانت مدة خمس سنوات تكفي رئيس الجمهورية الفرنسي لتنفيذ برنامجه الانتخابي كما الحال مع رئيس الجمهورية (ساركوزي) المنتخب سنة 2007 حسب برنامجه المبني على تحليل معين وافق عليه الناخب الفرنسي الذي لا يخلو من نقد موضوعي، فإنها في حال الجزائر أيضاً وفي كل الأحوال تبدو كافية بالنظر إلى الأهداف المسطرة، التي يجب لأجل نجاحها ليس طول المدة ولكن يفترض أن تكون أكثر واقعية وانسجاماً مع وسائل وأدوات وإمكانيات تحقيقها، وأن تكون مؤسسة تأسيساً علمياً منطلقاً من أهل الخبرة والاختصاص يراعي مختلف الظروف الداخلية والخارجية، كما يأخذ في الاعتبار الواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي.

بالإضافة إلى ضعف وبطء فعالية آليات الإصلاح الإداري والاقتصادي والمصرفي وأمور موضوعية كثيرة، هي بحاجة إلى تضافر جهود الجزائريين جميعاً بصدق وأمانة وعزم وتصميم لمواجهة الواقع الحالي والمستقبلي، وذلك بالاتفاق على مشروع متكامل برؤيا واضحة لإقلاع المركبة أو السفينة الجزائرية ليس بالبحث عن شاطئ نجا، ولكن من أجل خوض غمار التطور، فلا يعقل أبداً أن تبقى الجزائر على حالها رغم إمكانياتها البشرية وثرواتها المتنوعة ومساحتها البرية والبحرية الشاسعة ومجالها الجوي الرحب ومجاورتها لأوروبا وأفريقيا وآسيا عن طريق العالم العربي وعلاقتها بمختلف دول العالم وغيرها من الاعتبارات الإيجابية الكثيرة، وألاً تتبوأ - منذ الاستقلال التام عن الاستعمار الفرنسي سنة 1962 والى



الآن - مكاتنها المأمولة كدولة عصرية متطورة تمسك بأسباب الريادة بالعلم والتكنولوجيا ، بل أصبحنا نبحث في سياسة أسباب الحفاظ على الحال خشية من حصول التقهقر لأسباب كثيرة مع الأسف؟.

فإذا كانت المراجعة الدستورية تصب في اتجاه أهداف إستراتيجية طموحة تجعل من الجزائر كاسيانيا مثلا _ مع احتفاظنا بالتحليل المختلف حول الأزمة الاقتصادية والمالية العالمية التي اجتاحت وتجتاح أمريكا واليونان وإيطاليا وإيرلندا وفرنسا ، ... المهدهدة جديا لمنطقة الأورو والدول المحيطة به ذات العلاقات المميزة كالجزائر _ أقول جيدا إسبانيا التي كانت من أضعف دول أوروبا في الستينيات ها هي الآن تلحق بالركب الأوروبي ، أو كبلجيكا وهولندا وأستراليا وغيرها من الدول مثل النمرور الأسيوية التي لم تك شيئا مذكورا وقد حققت الآن درجات من التطور التكنولوجي المذهل **فذلك التعديل وتلك المراجعة الدستورية المنتظرة دوما تصبح أمرا مطلوبيا ولا ريب.**

وأن التعديل الذي يصبو إلى تحقيق الأهداف الواقعية المدروسة المحترمة المنسجمة مع إمكانيات البلاد من أجل التطور الاقتصادي والعلمي والسياسي والاجتماعي ومحاربة الفساد بشتى صورته⁽⁵⁹⁾ **هو تعديل مبرر سيصمد أمام الانتقادات** ، أما إذا كان التعديل مجرد تدعيم أو إعادة نظر فيما تم تحقيقه منذ فترة وجيزة ولو بموافقة الشعب المستفتى ، فإنه يصبح تكرارا لما سبق بل قد يطرح التساؤل حول مدى جدية ونجاعة وفاعلية الإمكانيات والأساليب والوسائل المادية والبشرية والقانونية المكرسة لتحقيقه ؟.

نحن نعتقد بالرغم من كل ذلك أن الوضع يقتضي إسناد الأمر إلى أهله إلى أشخاص يتمتعون بالكفاءة العلمية والخبرة العملية والنزاهة والمصدقية وتغليب المصالح العمومية على المصالح الشخصية الذاتية والجهوية والقئوية وما شابه ، وينسحب الأمر على أعضاء البرلمان بغرفتيه وعلى الحكومة وموظفيها السامين من المدنيين والعسكريين ، ومسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية المصرفية والاجتماعية ، والاحتكام إلى القانون واحترامه وتطبيقه على كل المستويات للدخول إلى **ساحة دولة القانون** المحققة لمبادئ الحرية والعدل والمساواة التي عبرت الشعوب الثائرة عن تمسكها بها في العالم وخاصة في الدول العربية مثل تونس ومصر وليبيا واليمن وسوريا ، ... مضطرة إلى افتكاك زمام المبادرة من كل المعنيين ، وهو أمر لا يستهان به ولا يمكن التقليل منه سواء تحت عنوان نظرية المؤامرة أو غيرها ، وكذا مواصلة الإصلاح الإداري والسياسي والاقتصادي الجاد بإشراك الجميع بروح من المسؤولية والثقة ومحاربة ظواهر الفساد المستشري في الدوائر العمومية والخاصة بحسب المعايير

(59) جريدة الخبر ليوم الأربعاء الموافق 24 سبتمبر 2008 السنة الثامنة عشرة عدد 5434 . تعنون (الجزائر أكلها الفساد ولا توجد إرادة سياسية لمحاربهه) مستندة إلى تقرير (منظمة شفافية دولية) ووفقا لذلك احتلت الجزائر المرتبة 92 من بين 180 دولة من حيث انتشار الفساد.

- جريدة الخبر ليوم السبت 11 أكتوبر 2008 عدد 5446 عنونت صفحتها الأولى بـ(الفساد يلتهم الجزائر) ، المفتشية العامة لا تنشر تقاريرها ومجلس المحاسبة تتحول إلى هيكل بدون روح ، برلمان الجزائر يشرع ولا يراقب ، وتذكر الصحيفة أن هذا الأخير لم يشكل سوى 3 لجان رقابية منذ نشأة أول برلمان تعددي سنة 2007 إلى الآن واحدة تخص تزوير الانتخابات والثانية حول التعدي على النواب والثالثة حول أحداث منطقة القبائل .

التي تعتمدها المؤسسات العالمية المتخصصة⁽⁶⁰⁾، حتى نبليغ المرامي ونحقق الأهداف المستمرة، فالجزائر والشعب الجزائري يستحقون أكثر من ذلك يستحقون التضحية والاحترام والتقدير، ...

خلاصة وتوصيات:

نخلص من هذه الدراسة إلى أن ما تتضمنه الدساتير من مبادئ وقواعد متعلقة بالدولة وتنظيم السلطات وحقوق المواطن وواجباته، ... يمكن أن تكون محل تعديل من حين إلى حين آخر، وهذا يستجيب إلى مبدأ سيادة الشعب بالمفهوم المدني وأشدّد على المفهوم المدني، الذي تمارسه الأجيال الحية وليس الماضية ولا المستقبلية، وبحكم المنطق فإن هذه الأخيرة يمكن أن تجري التعديلات والتقيحات اللازمة على قواعد ومبادئ الدستور حسب الحاجة إلى ذلك.

وفي هذا المجال فإن الدول بشكل عام لا تختلف من حيث ممارسة حق التعديل الذي يحتكره رئيس الدولة، والبرلمان، ويصدره الأول من غير استشارة الشعب حيناً، وطوراً يستفتى في مسألة التعديل بإتباع قواعد إجرائية محددة.

وأما التعديل الدستوري في الجزائر لسنة 2008 فأبرز المواد التي مسها تتصل بإطلاق تجديد انتخاب الرئيس، وتنظيم مركز الوزير الأول، وبعض الأمور الأخرى، حيث قد يعتبر ذلك من وجهة نظر مختلفة تراجعاً عما تحقق في ظل التحولات الديمقراطية التي جاء بها أول دستور تعددي لسنة 1989، لكن من المنتظر أن يجري تعديل دستوري هام تعزيزاً لمسار الإصلاحات التي أطلقها رئيس الجمهورية⁽⁶¹⁾ وقد تتبعه تعديلات أخرى في المستقبل، وما نوصي به في هذا الشأن هو أن تتصدى مراجعة الدستور للثغرات بشكل جدي ومدروس وذلك بتدعيم مبدأ الفصل بين السلطات فصلاً موضوعياً، والحد من هيمنة السلطة التنفيذية، وتجسيد فعالية الرقابة البرلمانية، والرقابة على الدستورية، ...، والتمسك بعهدة رئاسية واحدة كأصل وعهدتين متتاليتين كاستثناء، وتطبيق مبدأ العهد الواحد على نواب الشعب في الغرفة الأولى وحتى في الغرفة الثانية من البرلمان، وربما التحول كما نأمل نحو نظام برلماني بالرغم من تخوف البعض من ذلك بما عبروا عنه صراحة، وضرورة استشارة الشعب عن طريق الاستفتاء في مسائل مراجعة الدستور كأصل دون استثناء، هذه كلها وغيرها تحتاج إلى دراسة تفصيلية مستقلة وقد أنجزنا بعضاً منها بعون الله.

(60) جريدة الخبر اليومي لتاريخ الأحد 11 جانفي 2009 التي نشرة بعض ما تضمنه - تقرير المنتدى الاقتصادي العالمي - الذي صنف 134 دولة في مجالات فعالية البنوك ومدى استقلال القضاء وعدم استقرار السياسات والتضخم والتمويل والرشوة وكل ما يتعلق بمحيط المال والأعمال، حيث احتلت الجزائر المرتبة 100 في مجال فعالية البنوك.

(61) جريدة النصر اليومي لتاريخ الخميس 08/12/2011 عدد 13642 الصفحة الأولى والثالثة التي تضمنت تصريحاً لوزير الخارجية الجزائري السيد مراد مدلسي من باريس أعلن فيه حسب ذات الجريدة أن مراجعة منظرة في السداسي الأول من السنة 2012.



المراجع:

- موريس ديفرجي - المؤسسات السياسية والقانون الدستوري - المدينة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - فرنسا - طبعة أولى - 1992 - ترجمة جورج سعد
- د. شمس مرغني علي - القانون الدستوري - مطبعة دار التأليف 1978
- د. بوكرا إدريس - تطور المؤسسات الدستورية - الجزء الأول د- م- ج سنة 2005
- د عبد العزيز شيحا القانون الدستوري طبعة 1983 الدار الجامعية للطباعة ببيروت
- Jean Paul jaque Droit constitutionnel et institutions politiques 4^e édition Dalloz 2000
- Jean Gicquel Droit constitutionnel et institutions politiques 16e édition Montchrestien 1999 Paris
- جريدة الخبر ليوم الأربعاء الموافق 24 سبتمبر 2008 السنة الثامنة عشرة عدد 5434
- جريدة الخبر ليوم السبت 11 أكتوبر 2008 عدد 5446
- جريدة الخبر اليومي لتاريخ الأحد 11 جانفي 2009
- جريدة النصر اليومي لتاريخ الخميس 08/12/2011 عدد 13642
- دستور الجزائر لسنة 1963
- دستور الجزائر لسنة 1976
- دستور الجزائر لسنة 1989
- دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل
- دستور الإمارات العربية المتحدة لسنة 1971
- دستور اليابان لسنة 1946
- الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل
- دستور الكويت لسنة 1968
- دستور سوريا لسنة 1973 المعدل
- دستور تونس لسنة 1959 المعدل
- دستور قطر لسنة 1972 المعدل
- دستور العراق الأول لما بعد الاحتلال
- دستور مصر لسنة 1971 المعدل
- دستور موريتانيا لسنة 1991 المعدل
- دستور اليمن
- دستور اسبانيا
- دستور السودان لسنة 2005
- دستور إيران
- دستور مملكة البحرين
- دستور لبنان
- دستور روسيا الاتحادية لسنة 1993
- دستور الأردن لسنة 1958 المعدل
- دستور المملكة المغربية لسنة 2011

مركز البصيرة للبحوث والدراسات والظلمة العلمية

46، تعاونية الرشد القبة القديمة – الجزائر.

ها : 00.213.21.28.97.78 - 00.213.0550.54.83.05 فا : 021.28.36.48

البريد الالكتروني: markaz_bassira@yahoo.fr / markazbassira2009@hotmail.fr

الموقع الالكتروني: www.albassira.net

دفعاً لعملية البحث على مستوى المركز والتواصل العلمي مع مختلف المؤسسات البحثية والباحثين، يفتح المركز فضاءه العلمي، أمام كل القدرات العلمية الجادة من خلال الاشتراك أو الكتابة في دورياته المتخصصة: دراسات اقتصادية، دراسات إستراتيجية، دراسات إسلامية ودراسات أدبية، ودراسات قانونية ودراسات اجتماعية ودراسات نفسية أو من خلال التواصل العلمي مع المركز .

■ تصدر الدوريات فصلياً، أي أربع أعداد في السنة لكل دورية.

■ الاشتراك السنوي في الدورية الواحدة للأفراد: 1000 دج لكل دورية، وخارج الوطن: 14 دولار.
للمؤسسات في الجزائر: 1200 دج و خارج الوطن: 15 دولار.

قسمة الاشتراك السنوي

دورية دراسات إسلامية ودراسات إستراتيجية ودراسات اقتصادية ودراسات قانونية
ودراسات أدبية ودراسات اجتماعية ونفسية
تصدر أربع مرات في السنة

الاسم واللقب أو المؤسسة.....الهاتف.....

العنوان.....

- | | |
|--|--|
| <input type="checkbox"/> دراسات إستراتيجية | <input type="checkbox"/> دراسات أدبية |
| <input type="checkbox"/> دراسات قانونية | <input type="checkbox"/> دراسات إسلامية |
| <input type="checkbox"/> دراسات اجتماعية | <input type="checkbox"/> دراسات اقتصادية |
| | <input type="checkbox"/> دراسات نفسية |

يرسل الاشتراك إلى رقم الحساب الجاري : مؤسسة دار الخلدونية

Ccp : 7625589 clé 81

ملاحظة : ترسل قسيمة الاشتراك وصورة الحوالة البريدية يمكن تسديد
المباشر والاستلام المباشر على مستوى المركز.

تكاليف البريد مقدرة ضمن سعر المجلة

