



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن: -مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الدكتور الطاهر مولاي/سعيدة- الجزائر

2014

العدد الاول

منشورات

مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والوطنية
وواقعها في الجزائر

طباعة

مكتبة النشر والدراسات
شارع السكة الحديدية/ سيدي بلعباس/ الجزائر

الهاتف والفاكس 048 54 66 07

الهاتف 040 41 17 96

المحمول 07 73 394265



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن: -مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الدكتور الطاهر مولاي/سعيدة- الجزائر

2014

العدد الاول

مدير المجلة

الدكتور أسود محمد أمين (مدير المخبر)

رئيس التحرير

الدكتور ساسي محمد فيصل

الهيئة العلمية للمجلة

الدكتور أسود محمد أمين	جامعة سعيدة/الجزائر (رئيس الهيئة العلمية للمجلة)
الدكتورة منادي مليكة	جامعة سعيدة / الجزائر.
الدكتور بوكلي حسن شكيب	جامعة سعيدة / الجزائر.
الدكتورة بدري مباركة	جامعة سعيدة / الجزائر.
الدكتور قوادري مختار	جامعة سعيدة / الجزائر.
الدكتور هامل هواري	جامعة سعيدة / الجزائر.
الدكتور مغربي قويدر	جامعة سعيدة / الجزائر.
الدكتورة نوارى أحلام	جامعة سعيدة / الجزائر.
الدكتورة عمارة فتيحة	جامعة سعيدة / الجزائر.
الأستاذ الدكتور بن سهلة ثاني بن علي	جامعة تلمسان/الجزائر.
الأستاذ الدكتور مازن ليلوراضي	جامعة دهوك / العراق .

جامعة تلمسان / الجزائر.	الأستاذ الدكتور رايس محمد
جامعة وهران / الجزائر.	الأستاذ الدكتور بوسلطان محمد
جامعة الجزائر / الجزائر.	الأستاذ الدكتور البقيرات عبد القادر
جامعة خميس مليانة / الجزائر.	الدكتور رواب جتمال
جامعة خميس مليانة / الجزائر.	الدكتور تيطواني الحاج
جامعة وهران / الجزائر.	الدكتور المدهون محمد
جامعة دمشق / سوريا.	الأستاذة الدكتورة أمل يازجي يعقوب
جامعة دمشق / سوريا.	الأستاذ الدكتور محمد حاتم بيّات
المركز الجامعي عين تموشنت / الجزائر.	الأستاذ الدكتور حاشي يوسف
جامعة سيدي بلعباس / الجزائر.	الدكتور الزين ميلوى
جامعة باتنة / الجزائر.	الدكتور مخلوفي عبد الوهاب
جامعة تيزي وزو / الجزائر.	الأستاذ الدكتور تاجر محمد
جامعة سطيف / الجزائر.	الدكتور بن زبوش مبروك
جامعة أدرار / الجزائر.	الدكتور كيحل كمال
جامعة البليدة / الجزائر.	الأستاذ الدكتور بلقاسم أحمد

هيئة تحرير المجلة

جامعة سعيدة / الجزائر (رئيس التحرير).	الدكتور ساسي محمد فيصل
جامعة سعيدة / الجزائر.	الأستاذ عصموني خليفة
جامعة سعيدة / الجزائر.	الأستاذة فصراوي حنان
جامعة سعيدة / الجزائر.	الأستاذة خاطر خيرة
جامعة سعيدة / الجزائر.	الأستاذ خرشي عمر معمر



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن: -مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة الدكتور الطاهر مولاي/سعيدة- الجزائر

العدد الأول

2014

شروط النشر في المجلة

ترحب المجلة بإسهامات الأساتذة والباحثين من داخل وخارج الجزائر، كما تحدد مجموعة من الشروط العلمية للدراسات والمقالات المرشحة للنشر فيها، وهي كالتالي :

- تختص المجلة بنشر المقالات والبحوث القانونية في مختلف الفروع القانونية باللغتين العربية والفرنسية.
- احترام القواعد الشكلية والموضوعية والعلمية للنشر.
- تكتب الورقة البحثية بأسلوب علمي و أكاديمي.
- لا تقبل إلا الأبحاث التي لم يسبق نشرها والتي لا تكون جزءا من رسائل أو أطروحات.
- تكتب الورقة البحثية بنظام "الورد" Word على أن تبعث عبر البريد الإلكتروني إلى عنوان المجلة وترسل في قرص مضغوط مصحوب بنسختين على ورقة 4 a.

- تكتب البحوث باللغة العربية بالخط " Traditional Arabic " بمقياس 16 والهامش بنفس خط المتن مقياس 12 ، أما باللغة الفرنسية فبخط " times new roman " مقياس 12، على ألا يتجاوز عدد الصفحات 25 صفحة.
- أن يكون التهميش وفقا لمناهج البحث العلمي المتبع في صياغة رسائل الدكتوراه، ويجب أن يكون في آخر المقال وأن لا يكون أليا بل بشكل عادي .
- يتبع عنوان المقالة باسم ولقب الباحث ورتبته العلمية والمعلومات الشخصية الأخرى كعنوان المؤسسة، البريد الالكتروني ورقم الهاتف و الفاكس إن وجد .
- البحوث تخضع للتحكيم العلمي بحيث تفحص من طرف هيئة علمية متخصصة ولها أن تقبل البحث أو ترفضه حسب أهميته وقيمتة العلمية ولها أن تطالب صاحب البحث بإجراء التعديلات اللازمة.
- البحوث المنشورة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها.



توجه جميع الأعمال والمراسلات إلى العنوان التالي :

مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية
وواقعها في الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية/جامعة الدكتور الطاهر مولاي/ص ب 138

حي النصر/سعيدة 20000

أو البريد الالكتروني: madhone111_hotmail.com

أو favdroit2@yahoo.fr



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن: -مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية.جامعة الدكتور الطاهر مولاي/سعيدة- الجزائر

2014

العدد الاول

فهرس المحتويات

	الموضوع
9	- المسؤولية الجزائرية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها. أ. زهدور أشواق
67	- ضمانات استقلالية البلدية في الجزائر من منظور المادة 61 من القانون 10/11. أ. ثابتي بوحانة
107	- مدى مشروعية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر. د. أسود محمد الأمين
129	- حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري عبد النور أحمد
159	- جهود الجزائر في إطار المحافظة على أمنها البيئي أ. محمد عبد الفتاح سماح
183	- ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي أ. باسود عبد المالك
207	- المعايير الدولية للمحاكمة العادلة في القانون الدولي لحقوق الإنسان أ. شريف أمينة

229	حدود سلطة الدولة في قبول المساعدات الإنسانية د. : جمال رواب
251	- إشكالية تعريف وإقرار وقوع جريمة العدوان في المواثيق والعهود الدولية. أ. فار فيصل
277	- إجراءات التحري والتحقيق في جرائم تكنولوجيات الإعلام والاتصال في التشريع الجزائري (قانون 04-09) أ. صالح شنين



افتتاحية العدد

شاء العلي القدير أن أحظى بشرف كتابة افتتاحية العدد الأول من مجلة الدراسات الحقوقية، والتي تصدر في إطار مخبر البحث الموسوم بحماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة دالطاهر مولاي بسعيدة، تحت رئاسة الدكتور الفاضل أسود محمد الأمين، فهنئنا لنا بهذا المولود الجديد، وجعله الله راية خفاقة في عالم العلم والمعرفة.

والحقيقة، أن هذا فضل ومنة منه عز وجل، فله كل الحمد والشكر على جزيل فضله وعطائه، كما لا يفوتنا في هذا المقام أن نشيد بالدور الريادي الذي بذله وببذله السيد رئيس المخبر، جزاه الله عنا خير الجزاء، وأعاده إلى أرض الوطن سالما غانما بإذنه تعالى، إذ يكفي أنه أطلق هذه المبادرة الطيبة، محققا بذلك حلم أساتذة الكلية الغيورين على البحث العلمي، فاتحا أمامهم وأمام جميع الباحثين والأساتذة من مختلف الجامعات أفقا من أفاق العلم والإبداع خدمة للمعرفة بغية الرقي بالبحث العلمي الجاد، بالنظر لواقع الباحث الذي أصبح رهين التهميش أو المساومات بسبب انسداد أفق النشر، وقصره غالبا على مجموعة من الأشخاص في دائرة ضيقة بدافع المحسوبة أو السمسرة.

والواقع أن توجهات المخبر تنصرف إلى موضوع غاية في الأهمية على الصعيدين الداخلي والدولي، ألا وهو موضوع حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مما جعل الدول تتكفل بحماية الإنسان من خلال دساتيرها وقوانينها الداخلية، وقبلها المجتمع الدولي الذي حرص على استحداث العديد من الصكوك الدولية تكريسا لنفس المبدأ، الأمر الذي ينعكس بذات القدر من الأهمية على موضوع حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والوطنية وواقعها في الجزائر، بتسليط الضوء على موقف النظام الدستوري الجزائري من مسألة الحقوق والحريات العامة، وكيفية تجسيدها في إطار التشريعات الداخلية، بفضل ما رصدته من آليات قانونية تضمن تجسيد هذه الحماية، والوقوف على مدى انسجام هذه النصوص الوطنية مع النصوص الدولية.

وفي الأخير، لا يسعنا إلا أن نسأل الله عز وجل أن يوفقنا في مسعانا الرامي إلى العمل على خلق فضاء علمي ومنبر حقيقي لنشر مختلف الدراسات والبحوث العلمية الجادة، وأن يكلل هذا المسعى بالاستمرارية والديمومة من أجل تحقيق الأهداف المرجوة، وأن يمنح القائمين على هذه المجلة الإخلاص والمثابرة ويشملهم بالرعاية والحفظ، والله من وراء القصد.

د. منادي مليكة : رئيس فرقة بحث

المسؤولية الجزائية للطبيب

الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الاتجار بها.

بقلم الأستاذة : زهدور أشواق
جامعة مستغانم/ الجزائر.

مقدمة:

أدى التطور العلمي والتقني للطب إلى بروز العديد من الانجازات الحديثة كالتلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري وكذا عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. وقد نجم عن هذا التطور العديد من الصعوبات وأثار جدلا كبيرا من حيث مشروعيته ونطاق تطبيقه. ورغم هذا التطور السريع في المعرفة العلمية فإن هناك عدة أمراض لم يتوصل العلم الحديث إلى الوقاية منها أو إيجاد شفاء لها، مما يترتب عليها اختلال في وظائف الجسم أو تعرضه بمرض مزمن يصيب عضوا حيويا لا سبيل لنجاته إلا بإجراء جراحة يتم من خلالها نقل عضو آخر إليه أي استبدال العضو المصاب بآخر سليم.

ورغم ما تحققة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من إيجابيات و مصالح اجتماعية وفردية، إلا أنها أثارت عدة مشكلات قانونية تتصل بكرامة الإنسان و حرمة جسمه وذلك حول فاعلية رضا المتبرع وما إذا كان هذا الرضا وحده كافيا ، مما يقتضي وضع ضوابط و قيود تحكم عملية النقل و الزرع بما يحفظ كرامة الإنسان و يبعد هذه العمليات عن التجارة، خاصة وأنه قد ظهرت في السنوات الأخيرة ظواهر إجرامية مستحدثة ذات صلة وثيقة بجسم الإنسان كظاهرة الاتجار بالبشر و الأعضاء البشرية.

وتثير هذه العمليات عدة تساؤلات حول المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن مخالفة القيود و الضوابط التي تحكم عمليات نقل

وزرع الأعضاء البشرية، خاصة أن المشرع الجزائري قد نظم حديثا هذه المسألة من الناحية الجزائية إثر تعديله لقانون العقوبات سنة 2009⁽¹⁾ في المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 منه الذي جرم الاتجار بالأعضاء البشرية.

وعليه يقتضي موضوع المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والإتجار بها الإجابة على التساؤلات الآتية: ما المقصود بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية؟ وهل حدد المشرع الجزائري نوع الأعضاء البشرية القابلة للنقل و الزرع؟ هل تقتصر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على الأحياء؟ أم تمتد إلى جثث الموتى؟ ماهي الشروط الواجب توافرها لإباحة هذه العمليات وإخراجها من دائرة التجريم؟ ما هي أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية؟ ومتى تقوم هذه المسؤولية؟ وأخيرا هل اقتصر المشرع الجزائري على تحديد المسؤولية الجزائية للطبيب من جراء قيامه بهذه العمليات فقط؟ أم تعدى ذلك لتشمل مسؤوليته الجزائية عن الإتجار بالأعضاء البشر

وعليه سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال فصلين، نتناول في الأول مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو التي تتم من جثث الموتى، أما الفصل الثاني نتناول فيه مسؤولية الطبيب الجزائية في حالة مخالفته ضوابط القيام بهذه العمليات وكذا في حالة الاتجار بالأعضاء البشرية.

الفصل الأول: نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري.

لقد أمدت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية المرضى المهديين بالموت بالأمل في حياة كانوا قد فقدوا أسبابها هذا ما دفع دولا أجنبية و

عربية وإسلامية إلى وضع تشريعات تنظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. وقد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في قانون حماية الصحة وترقيتها⁽²⁾ في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان "انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها" في المواد من 161 إلى 168 منه.

وتناول المشرع الجزائري كذلك طائفتين من هذه العمليات، الأولى تتناول عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها (ق ح ت)، أما الثانية فتخص نقل الأعضاء من جثث الموتى وذلك في المادتين 164 و 165 من ق ح ت.

المبحث الأول: نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

رغم الدور الفعال الذي لعبه الفقه لتبرير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا أن مختلف النظريات عيب عنها قصورها في وضع معيار شامل وصالح قابل للتطبيق على كل حالات النقل و الزرع. هذا ما دفع بالمشرع في مختلف الدول إلى النص صراحة على إجازة عمليات نقل الأعضاء و وضع الضوابط الواجب احترامها لحماية جميع الأطراف المعنية بهذا النوع من التدخلات الطبية. وهو ما نهجه المشرع الجزائري بإصداره قانون حماية الصحة وترقيتها في بابه الرابع الذي نظم عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها.

وما تجب الإشارة إليه كذلك هو أنه قبل صدور هذا القانون استند الأطباء المختصون في هذا المجال في الجزائر على فتوى المجلس الإسلامي الأعلى التي أجازت نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، حيث شكلت هذه الفتوى الأساس الشرعي لإباحة عمليات نقل الأعضاء البشرية⁽³⁾.

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها لنقل وزرع الأعضاء البشرية.

وتتمثل في الشروط العامة و الشروط الطبية وكذا الشروط الإدارية.

الفرع الأول: الشروط العامة لإجازة نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وتتمثل في الشروط العامة لمشروعية الأعمال الطبية والجراحية والمتمثلة في الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب ورضا المريض وقصد العلاج و كذا احترام الأصول المتبعة في الطب. غير أنه في مجال نقل الأعضاء البشرية و زرعها تضاف بعض الشروط الأخرى والتي سنتناولها تبعا.

أولاً: المأذون له بالجراحة في عمليات نقل الأعضاء (صفة

الطبيب). ما دام أن العمل الطبي و خاصة الجراحي منه يمارس على جسم الإنسان و الذي قد يؤثر على صحته و حياته إيجابا أو سلبا فقد اشترط المشرع كفاءات و مؤهلات معينة في من يمارس مهنة الطب، وذلك حسب ما جاء في المادتين 197 و 198 من ق ح ت⁽⁴⁾. غير أنه في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية فلا يكفي للطبيب الجراح أن يكون مرخصا له بممارسة العمل الطبي فحسب، بل يجب زيادة على ذلك أن تكون له مهارات خاصة في هذا النوع من الجراحة⁽⁵⁾.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه و من خلال سنه للأحكام المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء البشرية لم يحدد طائفة الأطباء المختصة للقيام بمثل هذا النوع من الجراحة، و عليه فإنه يتم الرجوع إلى أحكام المادتين 197 و 198 ق ح ت ، على خلاف بعض التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسي الخاص بنقل الأعضاء بحيث يولي عملية اقتطاع الكلى إلى الأطباء المختصين بالمسالك البولية⁽⁶⁾، في حين أن المشرع الجزائري اكتفى فقط في المادة 165 ق ح ت على منع الأطباء الذين سيباشرون اقتطاع العضو أو الزرع من الاشتراك في التأكد من موت الشخص المراد أخذ العضو منه .

ثانياً: رضا المستقبل (المريض) و رضا المتبرع. يعتبر رضا المريض كأصل عام شرطاً أساسياً لإباحة تدخل الطبيب على جسمه، غير أنه في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية تتعدد الأطراف المعنية بعملية النقل والزرع فإلى جانب المريض (مستقبل العضو) يوجد شخص المتبرع الذي لا يحتاج من الناحية الطبية إلى هذا التدخل وليس في صالحه، ومع ذلك يعرض سلامته الجسدية إلى الأخطار المحتملة المنجزة عن هذه العمليات و لذلك يجب أن تكون موافقته قد أعطيت عن إرادة حرة و متبصرة⁽⁷⁾.

ثالثاً: عدم مخالفة النظام العام و الآداب العامة. إن رضا المستقبل و المتبرع لا يبيح إجراء العمليات الخاصة بنقل و زرع الأعضاء البشرية بصفة مطلقة وإنما يجب أن تتم هذه العمليات في إطار احترام قواعد النظام العام و الآداب العامة، فإذا تعارض رضا المستقبل و موافقة المتبرع مع هذه القواعد فقد رضا الطرفين أثره. و من القواعد الأساسية التي يقوم عليها عدم تعارض عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية مع النظام العام و الآداب العامة أن يكون الغرض من هذه العمليات علاج المريض المراد إنقاذ حياته أو صحته، و ألا يترتب عليها تضرر المتبرع من هذا الاستئصال و ألا يترتب على بعض هذه العمليات اختلاط الأنساب.

رابعاً: توافر الضرورة المتطلبية لإجازة نقل الأعضاء. يظهر من المادتين 166 و 162 ق ح ت أنه لا يجوز القيام بعملية نقل الأعضاء و زرعها إلا لضرورة الحفاظ على حياة المستقبل أو سلامته البدنية و ألا تعرض في نفس الوقت سلامة و صحة المتبرع لأخطار جسيمة. وحتى تتحقق حالة الضرورة في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية فيجب توافر بعض الشروط في الخطر الذي يهدد المريض مستقبل العضو وكذا في

الفعل الضروري لمواجهة الحالة أي ما يجب توافره للاقتطاع من المتبرع الحي.

أ . شروط الخطر الذي يهدد المستقبل: يشترط في الخطر الذي تتحقق به حالة الضرورة أن يكون جسيما و حالا و ألا يتسبب المريض شخصا في إحداثه عند بعض الفقهاء.

ب . شروط الاقتطاع من المتبرع الحي: ويشترط في فعل الاقتطاع أن يكون الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض أو صحته و ألا يترتب على اقتطاع العضو أي خطر جسيم للمتبرع.

خامسا: أن يكون التبرع بدون مقابل. و مفاد هذا الشرط ألا يكون انتزاع العضو أو النسيج من جسم الإنسان موضوع معاملة مادية و بدون مقابل مالي ذلك أن أعضاء الجسم الإنساني لا يمكن أن تكون محل بيع أو شراء⁽⁸⁾ إذ من غير المقبول أخلاقيا و قانونا التعامل مع جسم الإنسان على أنه سلعة من بين السلع التي تدخل في دائرة المعاملات المالية. و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 161 ق ح ت في فقرتها الثانية ، و هو ما أكده المشرع كذلك من خلال تعديله لقانون العقوبات في نص المادة 303 مكرر 16 ، إذ جرم عملية نقل الأعضاء البشرية إذا تمت بمقابل مالي ورتب المسؤولية الجزائية على كل من ارتكب هذا الفعل مطبقا عليه العقوبات اللازمة لذلك.

الفرع الثاني: الشروط الطبية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

إلى جانب الشروط العامة و التي سبق لنا تفصيلها في الفرع السابق فإنه يجب توافر شروط أخرى ذات طبيعة طبية .

أولاً: الحالة الصحية للمتبرع و المستقبل.تتوقف نسبة نجاح عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية أو فشلها على سن الأطراف المعنية بالعملية حسب ما أثبتته الإحصائيات في هذا المجال، و على هذا الأساس يشترط الأطباء المتخصصون ألا يتجاوز سنهما الخمسين سنة و ألا يقل عن العشر سنوات⁽⁹⁾ ، إلا أن ذلك لا يمنع من إمكانية مباشرة هذه العمليات لدى المرضى الذين يقل أو يزيد سنهم عن هذا الحد كل ما في الأمر أن نسبة النجاح تقل أو تزيد بالنظر إلى الظروف الصحية للأطراف المعنية. كما يشترط في المتبرع أن يكون خاليا من الالتهابات البكتيرية أو الفيروسية و الفطرية و يجب في مجال نقل الكلى تصحيح أي عيب خلقي في المسالك البولية لدى المتبرع قبل مباشرة عملية الاقتراع، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 162 ق ح ت .

ثانياً: توافق أنسجة المتبرع و المستقبل. من أهم المظاهر التي ترهن نجاح عملية النقل هي ظاهرة " لفظ الأجسام الغريبة أو رفضها"، إذ يجب لتجنب هذه الظاهرة التحقق من مدى توافق أنسجة المتبرع بالعضو و المستقبل له و ذلك قبل مباشرة عملية نقل العضو و زرعه. أما فيما يتعلق بالقانون الجزائري فقد ترك المشرع الشروط الطبية للسلطة التقديرية للهيئات الطبية المختصة و منها اللجنة الطبية المختصة بالقيام بعملية استقطاع العضو و زرعه المنصوص عليها في المادة 167 ق ح ت. فعلى هذه اللجنة التأكد من ضرورة الزرع و مدى صلاحها للمريض و كذا الالتزام بالأصول العلمية الثابتة.

ثالثاً: حفظ العضو المنقول. و مفاد هذا الشرط أنه لا بد من احترام المدة اللازمة للحفاظ على صلاحية العضو المراد نقله حيث تتفاوت هذه المدة حسب التكوين التشريحي للعضو المنقول. فمن الناحية الطبية نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: وهي الحالة المتعلقة بنقل بعض الأنسجة البسيطة كالشرايين و الأنسجة العظمية، إذ بإمكانها البقاء لمدة ساعات طويلة دون تزويدها بالدم وذلك دون أن يصيبها أي تلف.

الحالة الثانية: وهي الحالة المتعلقة بالأعضاء المركبة كالكلب والكلى والتي تتعرض للتلف في فترة زمنية قصيرة لا تتعدى بضع ساعات إذا ما تعرضت لنقص الدم.

الفرع الثالث: الشروط الإدارية لنقل وزرع الأعضاء البشرية.

نظرا لأهمية نقل وزرع الأعضاء البشرية وحساسيتها فقد خصت التشريعات المختلفة هذا النوع من العمليات بتنظيم خاص من خلال تحديد المؤسسات الصحية التي لها صلاحية إجراء هذا النوع من العمليات وذلك بغية ضمان احترام القوانين المتعلقة بحماية المتبرعين وكذا منع التصرفات غير المشروعة كالاتجار بالأعضاء البشرية وغيرها. وهو ما انتهجه المشرع الجزائري من خلال تحديده للمؤسسات الخاصة بهذا الغرض وذلك في نص المادة 1/167 ق ح ت ، بحيث لا يجوز مباشرة عمليات نقل الأعضاء إلا في المستشفيات الصحية التي لها ترخيص بذلك من وزير الصحة، ذلك أن المستشفيات هي المكان الطبيعي لإجراء هذه العمليات والتي تتحمل المسؤولية الجزائية والمدنية في حالة مخالفتها القواعد القانونية الخاصة بهذا الغرض.

و تطبيقا للمادة 167 ق ح ت صدر عن وزير الصحة بتاريخ 23 مارس 1991 قرارا وزاريا تضمن أسماء المؤسسات الصحية الجزائرية المرخص لها القيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتي ذكرت على سبيل الحصر و بتاريخ 2002/10/02 أصدر وزير الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات قرارا جديدا ألغى بموجبه القرار السابق و تضمن

في مادته الثانية قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل الأعضاء البشرية .

غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري ذكر المستشفيات الخاصة للقيام بثلاث أنواع من عمليات الزرع والمتعلقة بالقرنية والكلى والكبد دون غيرها من الأعضاء البشرية أو حتى الأنسجة الأخرى، مما يترك المجال مفتوحا عندما يتعلق الأمر بأعضاء أخرى غير تلك المذكورة في القرار السالف الذكر. وبالتالي على المشرع ملئ هذا الفراغ القانوني الذي يفتح المجال للقيام بعمليات نقل الأعضاء غير المذكورة في القرار خارج الإطار القانوني المحدد لمثل هذا النوع من العمليات.

المطلب الثاني: قيود إباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء

البشرية.

يظهر من خلال ما تم دراسته في المطلب الأول أن اقتطاع الأعضاء البشرية أمر جائز بشرط مراعاة الشروط القانونية التي حددها التشريع المنظم لهذا النوع من العمليات، بالإضافة إلى تلك الشروط هناك شروطا أساسية يتوقف عليها تنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وهي الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة لكل من المريض المستقبل للعضو والشخص المتبرع به، أما إذا كان الاقتطاع من جثة ميت فيجب التأكد من موافقة المتوفى على هذا الاقتطاع أو موافقة أقرابه إن لم يعبر عن موقفه أثناء حياته. إذ يعتبر شرط الرضا مظهرا من مظاهر الحصانة المقررة لجسم الإنسان. وحتى يحقق رضا الشخص على التدخلات الطبية الماسة بجسده الحماية المقررة لهذا الجسد يجب أن يتسم بمجموعة من المواصفات القانونية ويصدر وفقا للشكل الذي حدده القانون سواء تعلق الأمر برضاء المتبرع بالعضو أو المستقبل له.

الفرع الأول: الأحكام العامة لرضا المتبرع.

من المبادئ المستقرة في المجال الطبي ضرورة الحصول على موافقة المريض على العلاج الذي يقترحه الطبيب و في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية فإن الرضا ضروري بالنسبة للمتبرع أي مانح العضو السليم. وقد استقرت معظم التشريعات التي نظمت عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية على ضرورة الحصول على رضا المتبرع لإباحة هذه العمليات ، و هو ما انتهجه المشرع الجزائري حيث نص على ضرورة الحصول على الموافقة المتبصرة من المتبرع و كذا موافقته الصريحة تحمل المخاطر أو الأضرار الناتجة عن العملية، مع العلم أن هذا الرضا يجب أن يتخذ شكلا معينا و أن يكون المتبرع أهلا له.

أولا: صور التعبير عن الإرادة. اشترط المشرع الجزائري طبقا للمادة 2/162 ق ح ت في من يتبرع بعضو من أعضائه أن تتم موافقته في شكل كتابي، لأن الكتابة تشكل دليلا مهما على حصول الطبيب على موافقة المتبرع فلا يجوز للطبيب مباشرة عملية الاقتطاع إلا بعد حصوله على وثيقة الرضا. إلى جانب حضور شاهدين اثنين ولم يحدد هنا الشروط التي يجب توافرها في هذين الشاهدين. غير أنه بالرجوع إلى الأحكام العامة فيشترط في هذين الشاهدين أن يكونا شاهدا عدل مما يقتضي توافر الأهلية الكاملة و القدرات العقلية لديهما، مع العلم أن اشتراط حضور الشاهدين يعني توقيعهما على وثيقة الرضا إلى جانب توقيع المتبرع. كما اشترط المشرع أن تودع هذه الموافقة لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة و هي ضمانة أخرى للمتبرع إذا ما أراد العدول عن رضائه⁽¹⁰⁾.

ثانيا: محل الرضا. حتى يعتد برضا المتبرع في مجال نقل الأعضاء البشرية من الناحية القانونية يجب أن ينصب على أمر جائز شرعا و قانونا، إذ لا يجوز نقل هذه الأعضاء و زرعها في جسم إنسان آخر إلا

وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون. وقد ظهرت في مجال تحديد محل الرضا ثلاث اتجاهات، الأول يحدد عضو الكلية بمحل الرضا، أما الثاني فيحدد محل الرضا بالأعضاء المزدوجة بجسم الإنسان، أما الاتجاه الأخير فإنه يرى أن محل الرضا غير محدد، وقد سائر الاتجاه الثالث المشرع الجزائري في المادة 161 ق ح ت التي جاء فيها: " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية...".

إذ يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت خالية من ذكر أي عضو بعينه يكون محلا للاقتطاع، و مادامت النصوص الحالية جاءت خالية من تحديد محل بذاته فإنه يتم الرجوع إلى اجتهاد فقهاء القانون الجنائي الذين توصلوا إلى إباحة التنازل عن الأعضاء المزدوجة كالكلية والرئة وقرنية العين حتى يقوم العضو المتبقي بالوظيفة التشريحية للعضو المستأصل. وحتى يكون الرضا منتجا لأثاره لابد من أن تتوافر فيه بعض الخصائص و المميزات التي تميزه عن غيره في المجالات الأخرى، ومنها أن يكون الرضا متبصرا و أن يكون حرا، و أخيرا يجب أن يصدر من ذي أهلية.

ثالثا: جواز عدول المتبرع عن رضائه. يعتبر الحق في العدول عن الرضا من الحقوق المتعلقة بالنظام العام لتعلقه بحماية الكرامة الإنسانية و التي تمنع أن يفرض على الإنسان التصرف في جسده بحيث لا إلزام على اقتطاع جزء من جسم إنسان. فللمتبرع أن يمارس حقه في العدول عن موافقته في أي وقت قبل إجراء العملية الجراحية و رجوعه عن رضائه هو أمر تحكمي يجري على حسب إرادته و لا يتوقف على رضاء الطبيب أو المريض المستقبل للعضو. و في هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 162 فقرة أخيرة ق ح ت على ما يلي: "... يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة"، إذ يظهر أن

المشرع أجاز للمتبرع العدول عن رضائه حتى لا يجد نفسه ضحية أي نوع من أنواع الضغوط المادية، فمتى رجع المتبرع عن تصرفه فإنه لا يلتزم بدفع مبلغ نقدي بدلا من التنفيذ العيني⁽¹¹⁾.

الفرع الثاني: الأحكام العامة لرضا المستقبل.

من المستقر عليه فقها وقانونا وقضاء أنه لا يجوز إجبار المريض على العلاج أو أي عمل من شأنه المساس بتكامله الجسدي إلا في حالات استثنائية، كالحالات التي تقتضيها ضرورة المحافظة على الصحة العامة كالنطعيم أو العلاج الإجباري كما هو الحال في الأمراض المتفشية كالسل والكوليرا⁽¹²⁾.

ومن المبادئ المستقرة في الأعمال الطبية التقليدية ضرورة الحصول على رضا المريض لمباشرة العلاج على جسمه، كما أن الحصول على هذا الرضا يعد أمرا ضروريا في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها مستقبل العضو المنقول مستقبلا. و عليه سنحاول التعرض لأهم الإشكالات التي يثيرها رضا المستقبل من خلال النقاط الآتية.

أولا: ضرورة الحصول على رضا المستقبل. اشترط المشرع الجزائري من خلال المادة 1/166 ق ح ت موافقة المستقبل بإرادته الحرة على عملية الاقتراع بحيث يعتبر رضا المستقبل شرطا ضروريا لا غنى عنه في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية ذلك أن الهدف من هذا الرضا تنبيه المستقبل بأهمية العملية الجراحية التي سيخضع لها و ما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها مستقبلا⁽¹³⁾. كما توجب هذه المادة أن تتم موافقة المستقبل بطريقة كتابية و أمام رئيس المصلحة الصحية الموجود بها المريض و بحضور شاهدين اثنين، رغبة من المشرع في إشراك

مستقبل العضو في عملية اتخاذ القرار بشأن صحته و كل ذلك للقضاء على المشاكل التي قد تثور مستقبلا في حالة عدم نجاح العملية.

غير أن الملاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم أن يشهدوا على موافقة المريض مما يعني أن الشاهدين يمكن أن يكونا من أهل المريض أو من غيرهم من الأشخاص الموجودين في المصلحة الطبية ممن تعاملوا مع المريض. وإذا كانت الحالة الصحية للمريض لا تسمح له بالتعبير عن إرادته فطبقا للمادة 2/166 ق ح ت يجوز الحصول على الموافقة الكتابية بشأن العملية من أحد أقربائه حسب الترتيب الوارد في المادة 2/164 ق ح ت و الذي جاء كالآتي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت.

واستثناء لما سبق استغنى المشرع عن رضا المستقبل و ذلك في حالة الاستعجال إذ يجوز للطبيب التدخل بالعمل الجراحي لزرع العضو دون موافقة المستقبل إذا كان هذا الأخير في حالة خطر حقيقي وحال و كان في حالة نفسية و عضوية لا تسمح له بمناقشة ضرورة هذه العملية من عدمها، واشترط المشرع أن يؤكد هذه الحالة الاستعجالية رئيس المصلحة و كذا شاهدين اثنين.

ثانيا: مبدأ الالتزام بتبصير المستقبل. حتى يكون رضا المستقبل صحيحا فإنه يقع على عاتق الطبيب التزام بإحاطته علما بطبيعة العلاج و مخاطر العملية الجراحية، و يجب أن يكون رضائه كافيا بقدر كاف وإلا كان الطبيب مسؤولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله و لو لم يرتكب خطأ في عمله و على المريض أن يثبت أنه لم يتم إعلامه بمخاطر العملية. و بذلك فإنه في مجال زرع الأعضاء البشرية يقع على عاتق الطبيب التزام بتبصير مستقبل العضو حول مخاطر العملية و يجب أن يشرح له النقل المقترح للأعضاء و الأخطار التي يتضمنها و الفوائد التي

يمكن الحصول عليها⁽¹⁴⁾ حتى يستطيع التعبير عن موافقته بشكل واضح طبقا للمادة 5/166 ق ح ت.

ثالثا: : صدور رضا المستقبل عن إرادة حرة. حتى يكون رضا المستقبل مقبولا قانونا يجب أن يصدر عن إرادة حرة و مدركة إذ أن مستقبل العضو هو وحده الذي يملك تحديد ما تستوجبه مصلحته ، ومن ثم فلا يجوز للطبيب أن يحل محله لاتخاذ القرارات الطبية أو الجراحية أو يفرض عليه علاجا أو تدخلا جراحيا حتى ولو أدى ذلك إلى تحسن حالته الصحية متى رفض مستقبل العضو هذا التدخل الجراحي ، كما تتطلب الموافقة الحرة أن تصدر عن المريض بعيدا عن الضغوط العائلية التي كثيرا ما تشكل مصدر إكراه على المريض.

رابعا: أهلية مستقبل العضو. سبقت الإشارة إلى ضرورة صدور الرضا من المستقبل شخصا، غير أنه مبدأ غير مطلق فقد يصدر الرضا من أهل المستقبل أو ممثله الشرعي وهذا في حالة ما إذا كان المستقبل عديم الأهلية فالمريض الذي لم يبلغ سن الرشد بعد أو بلغه ولكنه يعاني من سفه أو عته أو لا يملك القدرة على فهم و تقدير عملية زرع العضو بسبب حالته الصحية المتدهورة، فإنه يخضع في هذه الحالة لحماية القانون الذي حدد الأشخاص الذين يتولون الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة به ومنها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، فعدم القدرة على الموافقة في هذه الحالات مرده عدم اكتمال الأهلية القانونية (القاصر و من في حكمه) أو افتقار المريض إلى الأهلية الفعلية (أي الحالة الصحية للمريض التي لا تسمح له بالتعبير عن إرادته). وبالتالي فإن عدم الأهلية إما أن يكون عدم أهلية قانونية أو عدم أهلية فعلية.

أ- عدم الأهلية القانونية: يتضح من المادة 3/166 ق ح ت أنه إذا كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقد الوعي انتقل حق

الموافقة على عملية الزرع إلى صاحب السلطة القانونية عليه وهو الأب وفي حالة عدم وجود الأب تنتقل هذه السلطة إلى الأم، أما في حالة فقدان الأب والأم معا ينتقل هذا الحق للولي الشرعي.

والملاحظ أن المشرع استثنى من دائرة عديبي الأهلية القاصر الذي خصص له فقرة أخرى من نفس المادة 166 ق ح ت فقد جاء في الفقرة الرابعة ما يلي: "... أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي"، مما يعني أن التدخل الطبي على القاصر مشروط بموافقة الأب أو الولي الشرعي وهو تكرار لحكم عديم الأهلية. فسواء كان المريض ناقص الأهلية أو عديمها تنتقل سلطة الموافقة على الأعمال الطبية الماسة بسلامته الجسدية إلى ممثليه الشرعيين وهم الأب أو الأم أو الولي الشرعي.

ب- عدم الأهلية الفعلية: قد يكون مستقبل العضو كامل الأهلية القانونية غير أنه لا يكون في حالة يستطيع ممارستها أو يكون في حالة صحية تمنعه من التعبير عن إرادته الفعلية بشأن عملية الزرع كأن تكون صحته متدهورة إلى حد كبير أو يكون فاقدا للوعي، ففي هذه الحالة حددت المادة 2/166 ق ح ت الأشخاص الذين يمكنهم النيابة عنه في إعطاء هذه الموافقة حيث جاء فيها: "... وإذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا".

وبالرجوع إلى المادة 164 ق ح ت نجدها أنها رتبت الأشخاص الذين يجوز لهم الموافقة مكان المريض كالاتي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت. ومن الطبيعى أن يخص المشرع الجزائري أقرباء المرضى بحق الموافقة على العمليات الخطيرة التي يحتاج إليها قريبهم باعتبارهم المعنيين الأوائل بصحة هذا الأخير.

و استثناء و طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 166 ق ح ت فإنه يمكن الاستغناء عن الرضا إذا كان مستقبل العضو في وضع يقتضي التدخل السريع دون انتظار أخذ رأيه أو رأي ممثليه أو أقاربه. فقد تتطلب حالة المريض تدخلا طبيا سريعا بسبب تدهور حالته الصحية أو بسبب الحصول على العضو الذي يجب مباشرة زرعه لدى المريض لذلك أجازت الفقرة الأخيرة من المادة 166 ق ح ت مباشرة عملية الزرع و لكن بشرط إثبات هذه الحالة من قبل رئيس المصلحة وبحضور شاهدين اثنين، والملاحظ أن المشرع لم يحدد صفة هؤلاء الشهود غير أن طبيعة الشهادة المطلوبة تتطلب أن يكونا من أهل الطب، كما يظهر من هذه الفقرة أن المشرع جعل الطبيب رئيس المصلحة ممثلا طبيعيا للمستقبل في حالة الاستعجال.

وإذا رأى الطبيب الجراح أن إجراء العملية الجراحية تسبب خطورة على المريض فعليه الامتناع عن إجرائها ولوحصل على الموافقة بإجرائها من طرف المريض أو أسرته باعتباره المسؤول الأول عن تقدير ضرورة إجراء العملية الجراحية وهو ما نصت عليه المادة 163 ق ح ت .

المبحث الثاني: نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى.

يعد الحق بالتكامل الجسدي من أحد الحقوق الجوهرية للشخص و يستمر هذا الحق حتى بعد وفاته، إذ أن حماية حق الإنسان في تكامل جثته ومعصوميته و حرمتها أكدته الشرائع السماوية والوضعية فجرم القانون الجزائري الاعتماد على جثة المتوفى في المواد من 150 إلى 154 ق ع.

غير أنه و من جهة أخرى و نظرا للقضايا الطبية والجراحية المستحدثة فقد أجازت التشريعات الاستخدام العلمي والعلاجي للجثث الأدمية وفقا لشروط و ضوابط قانونية و منها مسألة نقل الأعضاء

البشرية من جثث الموتى وزرعها في أجسام الأشخاص الأحياء الذين هم في حاجة إليها ، ذلك أنه ثبت علميا إمكانية الاستفادة ببعض الأعضاء عقب الموت مباشرة واستغلالها لدى شخص مريض هو في أمس الحاجة إليها. وهو ما انتهجه المشرع الجزائري حيث نظم مسألة اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى في المادتين 164 و 165 ق ح ت حيث أجاز الاقتطاع بمراعاة شروط و ضوابط محددة سنتولى تفصيلها.

ولا تثير عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء مشاكل كنتلك التي تثيرها عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء، ففي هذه الأخيرة لا يجوز انتزاع عضو تتوقف عليه حياة الشخص كالقلب في حين لا ضرر إن نزع هذا العضو من جثث الموتى لأن الوفاة محققة. غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها حيث تعترض عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى العديد من المشكلات و التي تتمثل في تحديد المقصود بالوفاة لعدم وضوح موقف التشريعات الوضعية في تحديدها و كذا في مدى جواز المساس بالجثة من أجل إجراء عمليات الاقتطاع، و في مدى حق الإنسان في التصرف في جثته أو بأجزاء منها و حق أقاربه من بعده خاصة ما توصلت إليه التقنيات الحديثة في الإبقاء على امتداد الحياة بواسطة الأجهزة الصناعية.

المطلب الأول: المقصود بالموت.

الموت هو اللحظة الحاسمة القاسية التي يغادر فيها الإنسان الحياة ويستقبل الآخرة و رغم بديهية المقصود بالوفاة إلا أن تحديد لحظتها أثار جدلا فقهيًا واسعًا، ليس فقط بين علماء الطب و القانون ولكن بين كل طائفة بحد ذاتها من هؤلاء⁽¹⁵⁾ و ذلك بالنظر إلى التقدم العلمي الكبير الذي عرفته العلوم الطبية بما في ذلك عمليات نقل و زرع

الأعضاء البشرية. و حتى وقت قريب كانت مسألة تحديد الوفاة من اختصاص الطبيب وحده عن طريق معيار يعتمد عليه في تحديد الوفاة و هو ما يسمى الآن بالمعيار التقليدي و الذي يعتمد على التوقف النهائي للقلب و الدورة الدموية، ولكن و بالنظر إلى التقدم العلمي في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية ظهرت دراسة جديدة ترى قصور المعيار التقليدي في تحديد لحظة الوفاة نظرا لظهور وسائل جديدة للإنعاش كتدليك القلب و الصدمة الكهربائية و التي من شأنها أن تعيد الحياة لمن يعتبر في حكم الموتى و هو ما أدى إلى ظهور معيار حديث لتحديد لحظة الوفاة.

الفرع الأول: تعريف الموت.

الموت عامة هو انقطاع الحياة و التي يترتب عنها انتهاء الشخصية الطبيعية للإنسان إما بالموت الحقيقي أو الموت الحكي بحيث تجهل حياته و مماته⁽¹⁶⁾ ، غير أن الموت الحكي يخرج من نطاق عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية لذلك فإن دراسة موضوعنا هذا تقتصر فقط على الموت الطبيعي.

أما من الناحية الطبية فإن موت الإنسان يمر عبر ثلاث مراحل تعتمد على موت ثلاث أعضاء حيوية في الجسم هي المخ و القلب و الرئتان ثم موت خلايا الجسم، و ذلك على النحو التالي:

المرحلة الأولى: الموت الإكلينيكي. و فيها يتوقف القلب و الرئتان عن العمل فيتوقف دوران الدم في الجسم و يتوقف وصوله إلى المخ، وتستمر هذه الفترة أقل من خمس دقائق و هي أقصى مدة يتحمل المخ فيها الحرمان من الأوكسجين و الجلوكوز المحملين له عن طريق الدم و في هذه المرحلة يكون:- القلب و التنفس متوقفان.- خلايا المخ سليمة.- خلايا الجسم سليمة. فإذا أمكن استعادة تشغيل القلب و التنفس

خلال هذه الفترة سواء كان ذلك ذاتيا أو بالأجهزة الصناعية فإن الإنسان يظل مستمرا بعدها على قيد الحياة ولا يعتبر ميتا بالإجماع⁽¹⁷⁾.

المرحلة الثانية: الموت الجسدي. إذا تعدت فترة توقف القلب

وحرمان المخ من الأوكسجين أكثر من خمس دقائق فإن خلايا المخ تموت بما فيها الخلايا المسؤولة عن تشغيل القلب و الرئتين، و بالتالي ينعدم الأمل في أية عودة ذاتية للقلب والتنفس و يدخل الإنسان في موت جسدي حقيقي لا رجعة منه و في هذه المرحلة يكون: القلب و التنفس متوقفان. . خلايا المخ ميتة.. خلايا الجسم سليمة. فإذا أمكن وضع هذا الإنسان بسرعة على أجهزة التنفس الصناعي فإن الدورة الدموية والتنفس يعودان إلى الاستمرار و يستمر وصول الأوكسجين إلى خلايا الجسم فتظل حية بالرغم من موت خلايا المخ. و بنهاية هذه المرحلة يكون قد مات ككائن بشري موتا لا رجعة منه و ذلك لموت خلايا المخ ولكن خلايا جسده تظل سليمة ما دام موضوعا على الأجهزة الصناعية وذلك لفترة لا يعلمها إلا الله. وتعرف هذه الفترة بالحياة الخلوية و تشبه وضع خلايا الجنين في بطن أمه قبل نفخ الروح فيه، فهي خلايا حية في كائن ليس فيه روح.

المرحلة الثالثة: الموت الخلوي. إذا انتهت المرحلة الثانية و مات المخ و لم

يوضع الإنسان على أجهزة التنفس الصناعي فإن الدورة الدموية تتوقف و بالتالي يتوقف الدم نهائيا عن الوصول إلى جميع أجزاء الجسم و تبدأ خلايا الجسم في الموت و التحلل، و في هذه المرحلة يكون:- القلب و التنفس متوقفان.- خلايا المخ ميتة و خلايا الجسم ميتة. فالخلية تظل حية ما دامت مزودة بمادتين أساسيتين للحياة هما الأوكسجين و الجلوكوز اللذان يصلان إليها عن طريق الدم، وعندما يتوقف وصول الدم إليها فإن كل خلية يكون فيها كمية من هاتين المادتين تظل في أداء عملها إلى أن تستهلكها فتبدأ في الموت و التحلل وهذا هو الموت الخلوي.

والملاحظ أن الحديث عن المرحلة الأولى (الموت الإكلينيكي) والمرحلة الثالثة

(الموت الخلوي) لا خلاف فيه لأن الأولى يكون الإنسان فيها حيا بالاتفاق و في الثالثة

يكون فيها ميتا و بالاتفاق. لكن الخلاف والجدل يثور حول المرحلة الثانية (الموت الجسدي) ، و الخلاف هنا هل ذلك الإنسان حي أم ميت؟. فالخ حينما يتوقف عن العمل لا يشترط أن تكون خلاياه قد ماتت ففي بعض الحالات يكون ذلك التوقف لسبب غير موت الخلايا و قد يكون ذلك السبب قابلا للزوال فيعود المخ إلى العمل كحدوث نزيف أو الإصابة بجلطة أو بورم سرطاني ولو تم التعامل مع ذلك الورم بالعلاج لصغر حجمه و عادت هذه المراكز للعمل مرة أخرى، ففي هذه الحالات يتوقف المخ عن أداء وظائفه لكنه لا يكون ميتا لبقاء خلاياه حية.

الفرع الثاني: المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة.

تعددت مسميات هذا المعيار فهناك من يطلق عليه معيار الموت الظاهري و هناك من يعرفه بالموت الإكلينيكي إلا أنها تتحد كلها في معنى واحد وهو " توقف العمليات الحيوية لدى جسم الإنسان و المرتكزة في القلب والتنفس" فالوفاة طبقا لهذا المعيار حدث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في آن واحد ، و من ثم فلا يجوز للطبيب الجراح اقتطاع أي عضو من جسم شخص قبل التوقف النهائي للقلب عن العمل وموت خلاياه و توقف التنفس لأن توقف القلب والتنفس يترتب عليه حرمان المخ و سائر الأعضاء من سريان الدم إليها. و طبقا لهذا المعيار يمكن تمييز إشارات تشخيص الموت إلى فئتين: العلامات السلبية للموت و كذا العلامات الايجابية للموت.

أولاً: العلامات السلبية للموت. و هي علامات نسبية لإمكانية عودة الحياة أحيانا رغم وجودها و تتمثل فيما يلي: - إلغاء النشاط التنفسي الذي يوضح إما باختبار المرآة أمام الفم فإذا لم يشوش البخار وجه المرآة فيمكن استنتاج توقف التنفس- اختفاء أي نشاط للجهاز العصبي المركزي بحيث يلاحظ فقدان حيوية العضلات كانهضاض الفك عند الإنسان وتمدد عضلات الحدقة - توقف دوران الدم و يتجلى بتوقف القلب عند كشفه بالسمع.

ثانياً: العلامات الإيجابية للموت. و ترجع هذه العلامات لظاهرة وجود الجثة التي تشكل العلامات المؤكدة للموت بحيث يسمح تطور هذه العلامات بتقدير زمني للموت موازاة مع تطورها و تتمثل هذه العلامات فيما يلي:- برودة الجثة- دكنة الجثة - قسوة الجثة- جفاف الجثة - تعفن الجثة .

ورغم العلامات التي أتى بها هذا المعيار سواء الإيجابية أو السلبية للوفاة إلا أنه تعرض للانتقاد باعتباره معياراً قديماً لم يعد يتماشى والتقدم الطبي الحديث الذي أثبت أن توقف جهازي القلب و التنفس عن العمل لا يعني بالضرورة أن صاحبها قد مات، إذ يستطيع الطبيب ومن خلال اللجوء إلى وسائل الإنعاش الصناعي أو إلى الصدمة الكهربائية و تدليك القلب إلى إعادته للعمل، و في هذه الحالة تبقى خلايا المخ حية حتى بعد توقف القلب والجهاز التنفسي طالما يستمر إمداد هذه الخلايا صناعياً بالدم المحمل بالأوكسجين. و ما دام أن جسم الإنسان لا يموت في لحظة واحدة و إنما على مراحل . والتي سبق لنا الإشارة إليها . فإن هذا المعيار لا يصلح لتحديد لحظة الوفاة.

الفرع الثالث: المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة.(mort cérébrale)

استقر الطب الحديث على أن الموت الكامل لخلايا المخ الذي يؤدي إلى توقف المراكز العصبية عن العمل هو المعيار الشرعي والقانوني لموت الإنسان موتاً حقيقياً لا رجعة فيه⁽¹⁸⁾، إذ تتجه أغلب الآراء في الوقت الحاضر إلى الربط بين حدوث الوفاة و موت خلايا المخ بما في ذلك جذع المخ حتى و لو ظلت خلايا القلب أو الرئتان حية. فمتى ماتت خلايا المخ بصفة نهائية فإنه يستحيل عودتها إلى الحياة و بالتالي عودة الإنسان إلى الحياة الطبيعية، و تنفس الشخص أو نبض القلب في حالة

استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي ليس إلا مظهرا للحياة الصناعية وليس دليلا على حياة الإنسان.

والمقصود بموت المخ كلية الغيبوبة النهائية التامة حيث تتوقف مراكز الاتصال و التفكير و الذاكرة و السلوك عن العمل، و يخرج من هذا النطاق موت جزء من خلايا المخ فقط⁽¹⁹⁾، فالمقصود هنا ليس المخ بأكمله و إنما هناك جزء محدد فيه تقع فيه مراكز القلب و الدورة الدموية و التنفس وغيرها و هو المسى بجذع المخ.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع لم يحدد المقصود بالموت على أساس أن الموت مسألة طبية و لم يحدد بصفة دقيقة اللحظة التي يمكن الحكم فيها بأن الشخص أصبح جثة هامة. ففيما يخص مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية نجد أن المشرع في المادة 164 ق ح ت أحال هذا الموضوع إلى الوزير المكلف بالصحة لتحديد المعايير التي يمكن اعتمادها في إثبات الوفاة، و هي إشارة إلى إسناد هذه المهمة إلى المختصين من أهل الطب.

وفي هذا الإطار أصدر وزير الصحة قرارا بتاريخ 1989/03/26 حدد فيه المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بزرع الأعضاء و ذلك في مادته الأولى بحيث تثبت الوفاة بالمعايير التالية: المعايير الإكلينيكية، المعايير المتعلقة بانعدام الوعي، المعايير الكهربائية (باستخدام رسم المخ الكهربائي) بالإضافة إلى الفحوص الأخرى الخاصة. غير أن هذا القرار تعرض للنقد من طرف الأطباء الجزائريين على أساس أن وزير الصحة قد اعتمد في وضعه لهذه المعايير على مقاييس دولية متطورة لا يمكن تطبيقها في الجزائر نظرا لانعدام أو قلة الأجهزة الطبية المتطورة في مناطق كثيرة من الوطن.

غير أن ذلك لم يمنع المشرع الجزائري من إضفاء الصبغة القانونية على المعايير التي يجب اعتمادها للتأكد من الوفاة في مجال نقل و زرع الأعضاء حيث صدر بتاريخ 2002/11/19 عن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات قرار وزاري جديد نص على معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة لغرض انتزاع الأعضاء من جثث الموتى. و طبقا للمادة الثانية منه تتمثل هذه المعايير فيما يلي: الانعدام التام للوعي، غياب النشاط العفوي الدماغى، التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار hypercapnie، التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين و من إنجاز طبيبين مختلفين.

أما فيما يتعلق بالشخص المؤهل بإثبات الوفاة طبقا للمادة 3/167 ق ح ت تكون من قبل طبيبين على الأقل عضوان في اللجنة الطبية التي تنشأ في الهيكل الاستشفائي و التي تقرر ضرورة الانتزاع والزرع و تأذن بإجراء العملية طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة، بالإضافة إلى طبيب شرعي تدون خلاصاتهم الإثباتية في سجل خاص بذلك.

المطلب الثاني: كيفية التصرف في جثة المتوفى.

إن الطبيب المختص بعمليات اقتطاع الأعضاء البشرية من جثث الموتى لا يمكنه القيام بهذه العمليات و لو كان متأكدا من الوفاة إلا بعد الحصول على الإذن للمساس بجثة المتوفى، بحيث يجد الطبيب نفسه في هذا المجال أمام وضعيتين أولهما يكون فيها المتوفى قد منح الإذن بالتصرف في جثته قبل وفاته باقتطاع عضو أو أعضاء محددة أو غير محددة، و ثانيهما يسبق فيها الموت الشخص المريض دون أن يحدد كيفية التصرف في جثته، و في هذه الحالة الأخيرة إما أن يقدم الإذن من

طرف أقارب المتوفى و أسرته للشروع في عملية الاقتطاع و إما أن يجد الطبيب نفسه مضطرا للتصرف في جثة هذا المتوفى دون إذن أحد.

الفرع الأول: شروط اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى.

تجد عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى أساسها في المادة 164 ق ح ت حيث أجازت صراحة اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى قصد زرعها لأشخاص أحياء شريطة مراعاة الشروط القانونية، خاصة ما تعلق منها بموافقة المتوفى أثناء حياته أو أسرته بعد مماته ذلك حسب الترتيب الأولي الوارد في نص المادة أعلاه.

وقد استثنى المشرع الجزائري ضرورة الحصول على موافقة الميت أو أهله فيما يتعلق بانتزاع القرنية والكلية وذلك في الحالات التي لا يمكن فيها الاتصال بهؤلاء في الوقت المناسب و يخشى أن يؤدي التأخير في الاقتطاع إلى حين الحصول على هذه الموافقة إلى فساد العضو أو عدم صلاحيته للزرع⁽²⁰⁾. و السؤال المطروح هنا لماذا قصر المشرع الجزائري هذا الاستثناء على القرنية والكلية فقط؟ مع العلم أن هناك أعضاء أخرى سريعة التلف و يترتب على عدم نقلها بسرعة عدم صلاحيتها للزرع.

يظهر كذلك من استقراء المادة 164 ق ح ت أنها تناولت مسألة ضرورة إثبات الوفاة من الناحية الطبية والشرعية حتى يمكن القيام بعملية انتزاع الأعضاء، ذلك أن الانتزاع من الجثة غالبا ما يتناول الأعضاء المنفردة التي تتوقف عليها حياة الإنسان كالقلب مثلا، عكس الأحياء الذي يقتصر الانتزاع على الأعضاء المزدوجة كما سبق لي الإشارة إليه.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري و في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية قد أجاز الاقتطاع من جثث الموتى لغرض العلاج فقط و هو ما

يستفاد من المادة 161 ق ح ت حيث وضع المشرع من خلال هذه المادة قاعدة عامة سواء بين الأحياء أو الأموات ، وبالتالي فإن المساس بالجثة لأجل انتزاع عضو منها قصد زرعه لشخص حي يجب أن يكون لغرض علاجي و أن يكون المساس بالجثة الوسيلة الوحيدة للعلاج حسب ما نصت عليه المادة 166 ق ح ت بقولها: " لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية"، مما يعني أن الاقتطاع من الجثث في التشريع الجزائري مرهون بعدم وجود بدائل علاجية أخرى، فإن وجدت هذه البدائل حاضرا أو مستقبلا كاختراع أعضاء صناعية مثلا تبقى للجثة حرمتها ولا يجوز المساس بها⁽²¹⁾.

ولاقتطاع الأعضاء من الجثة شروطا نصت عليها أغلبية التشريعات التي نظمت عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و هو ما يعرف بالشروط العامة، كما نجد شروطا أخرى انفردت بها بعض التشريعات دون غيرها و هي الشروط الخاصة و التي سنتناول كلاهما تبعا.

أولا: الشروط العامة.

1- يجب أن تتم عمليات اقتطاع الأعضاء من الجثث و زرعها للأحياء في المستشفيات التي يحددها و يحدد شروطها وزير الصحة بقرار صادر عنه طبقا لما أشارت إليه المادة 167 ق ح ت. و قد تناول هذا الشرط كل من التشريع اللبناني و الكويتي و الاسباني و الألماني والأرجنتيني و التونسي و المغربي.

2- عدم مشاركة الفريق الطبي الذي قام بالتحقق من حالة الوفاة في عمليات الانتزاع و نقل الأعضاء، و هو الشرط الذي نصت عليه

المادة 3/165 ق ح ت بقولها: "...ولا يمكن للطبيب الذي عين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع". وقد تناول هذا الشرط كل من التشريع الأرجنتيني والبرتغالي والتونسي والمغربي.

3- عدم جواز الإعلان عن اسم المتبرع للمستقبل أو لأسرته وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 165 ق ح ت بقوله: "...كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية الأخير لعائلة المتبرع". وقد نص عليه أيضا كل من التشريع البرتغالي والألماني.

4- عدم جواز إجراء عمليات الاقتطاع من جثث الموتى إذا كان هناك شبه جنائية اقترنت بحالة الوفاة إلا بعد الحصول على إذن الطبيب الشرعي المختص، وهو الشرط المنصوص عليه في التشريع البرازيلي والاسباني والفرنسي والبرتغالي والألماني. أما المشرع الجزائري فقد أغفل هذا الشرط غير أن الملاحظ هو التطبيق التلقائي لهذا الشرط في الواقع العملي.

ثانيا: الشروط الخاصة. وهي الشروط التي تناولتها بعض التشريعات المقارنة دون البعض الآخر وتمثل فيما يلي⁽²²⁾:

1- عدم جواز القيام بعمليات اقتطاع الأعضاء من الجثة إلا بعد التحقق من موت المتبرع خاصة إذا كانت الأعضاء المراد اقتطاعها ضرورية للحياة كالقلب مثلا ويجب انتظار مدة معينة على الإعلان عن الوفاة، هذه المدة تختلف بين مختلف التشريعات و تقدر بحوالي ساعتين في التشريع التشيكي (لسنة 1978) وحوالي 24 ساعة في كل من التشريع الكويتي .

2- الالتزام بالسر المهني في عمليات نقل الأعضاء، إذ لا يجوز صدور أي بيان عن هذه العمليات إلا عن الطريق المختص بذلك قانونا وهو إدارة المستشفى، حسب ما جاء في التشريع البرتغالي.

3- قصر اقتطاع الأعضاء على جثث رعايا الدولة المنظمة لهذه العمليات ما لم يعبر المتوفي الأجنبي على عكس ذلك صراحة. و الملاحظ

أن هذا الشرط يطبق على الرعايا الجزائريين بحكم تنظيم نقل و زرع الأعضاء البشرية بموجب قانون حماية الصحة و ترقيتها باعتبار أن الجزائر تدخل في عداد الدول المنظمة لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و بالتالي تستفيد من هذا الشرط.

الفرع الثاني: الرضاء على اقتطاع الأعضاء من حث الموتى

يعتبر الرضا في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية ضروريا لشرعية المساس بجسم المتبرع فإن كان كذلك و هو على قيد الحياة فإنه ضروري كذلك للاقتطاع من جثته بعد مماته، ففي كل الأحوال يجب احترام إرادة المتبرع سواء كان حيا أو ميتا. فإذا عبر الشخص أثناء حياته و هو كامل الأهلية و متمتع بكامل قواه العقلية عن رغبته في الاستفادة من أعضائه بعد مماته فلا مانع من التصرف في جثته بما يتفق و إرادته و في حدود ما يسمح به القانون، أما إذا عبر عن رفضه لأي مساس بجثته فلا يجوز كأصل عام المساس بهذه الجثة و لو تم ذلك بموافقة أسرته. غير أنه قد يحدث و أن يتوفى الشخص و لم يعرف له موقف من عملية الاقتطاع أو المساس بجثته، ففي هذه الحالة يثور التساؤل بشأن الأشخاص أو الجهة التي ينتقل إليها الحق في الموافقة على التصرف في هذه الجثة؟.

أولا: إذن المتبرع قبل وفاته. نجد بعض التشريعات لم تعتمد نموذجا محددا للتعبير عن إرادة المتوفى للتصرف في جثته بينما ذهب البعض إلى اشتراط الشكلية لإثبات موافقة المتوفى على التصرف في جثته كأن يتم ذلك عن طريق الوصية و منها من اشترط الشكل الكتابي للتعبير عن رفضه المساس بجثته بعد وفاته. في حين لم تشترط تشريعات أخرى أي شكل كتابي للتعبير عن موافقة المتوفى سواء في حالة قبول اقتطاع الأعضاء منه أو رفضه ذلك، وهناك اتجاه ثالث يرى وجوب اعتماد بطاقات خاصة بالبرع⁽²³⁾.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع حدد من خلال المادتين 164 و 165 ق ح ت طرق التعبير عن إرادة صاحب الجثة بخصوص اقتطاع الأعضاء منها وذلك وفق ما يلي:

1- عدم اشتراط الشكلية للتعبير عن موافقة المتوفى: يتضح من

استقراء المادة 164 ق ح ت أن المشرع الجزائري سائر الاتجاه الذي لم يشترط الرسمية في الحصول على موافقة الشخص للاقتطاع من جثته، وبالتالي يمكن للمتبرع بأعضائه بعد الوفاة أن يعرب عن موافقته كتابيا أو شفويا أو بأي إشارة تدل عرفا على القبول، كما يجوز له أن يعرب عن رغبته بالتبرع بأعضائه لأهله و إيصائهم بعدم الاعتراض على هذا الاقتطاع بعد وفاته، كما يمكنه تحديد الأعضاء التي يريد التبرع بها.

2- اشتراط الشكلية للتعبير عن رفض المتوفى: خلافا لحالة

القبول فإنه في حالة الرفض اشترط المشرع الجزائري الرسمية للتعبير عن رفض الشخص الاقتطاع من جثته بعد وفاته حسب ما نصت عليه المادة 165 ق ح ت. وعليه فإن الاقتطاع من الجثة مشروط بعدم رفض المتوفى كتابيا لمثل هذا التدخل الطبي، أو عندما يحتمل أن يؤدي الاقتطاع من الجثة إلى إعاقة التشريح الذي يقوم به الطبيب الشرعي خاصة على جثث ضحايا جرائم العنف وغير ذلك من الحالات التي تتطلب بحث الأسباب الحقيقية للوفاة.

خاص بالاقتطاع لغرض الزرع و هو ما يعني إجازة الاقتطاع إذا كان لأي غرض آخر غير الزرع كالاقتطاع لأغراض علمية، بمعنى أنه يجوز للطبيب طبقا لهذه المادة مباشرة الاقتطاع من الجثة حتى ولو رفض صاحبها صراحة أثناء حياته (كتابيا) المساس بجثته بشرط ألا يكون ذلك الاقتطاع بغرض الزرع وإنما بغرض علمي، و هو ما أكدت عليه المادة 168 ق ح ت . مع الإشارة إلى أنه وبالرجوع إلى قانون حماية

الصحة و ترقيتها نجد أن المشرع الجزائري لم يبين شكل الكتابة ولا الجهة التي يتم إيداع وثيقة الرفض لديها مما يتوجب على المشرع تدارك هذا النقص و تبين نوع الكتابة و الجهة التي يتم عندها إيداع وثيقة الرفض.

ثانياً: عدم تحديد المتوفى لكيفية التصرف في جثته. إذا أوصى الشخص بعدم المساس بجثته بعد وفاته أو بأي أجزاء منها لمرضى آخرين فيجب على الطبيب الجراح و أقاربه احترام إرادته هذه و تنفيذها أما إذا مات و لم يعترض حال حياته على مسألة التصرف في جثته و ترك المجال مفتوحاً فإن ذلك الحق ينتقل إلى أسرته لإبداء الموافقة من عدمها، غير أن هناك حالات استثنائية يجوز فيها الاقتطاع من الجثة دون موافقة أحد، و هو ما سنحاول شرحه تبعا.

أ- انتقال الحق في التصرف إلى أقارب المتوفى. أوجب المشرع الجزائري طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 164 ق ح ت الموافقة الصريحة لأقارب المتوفى لإمكانية الاقتطاع حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة.

غير أن المشرع لم يحدد الشكل الذي يجب تقديم الموافقة المطلوبة فيه، و عليه فإنه يجوز لعضو الأسرة الذي تكون له الأولوية في تقديم هذه الموافقة أن يعبر عنها كتابياً أو شفهيًا أو التوقيع على الوثيقة المعدة مسبقاً من المؤسسة الصحية لهذا الغرض. كما أغفل المشرع الجزائري الشروط التي يجب توافرها في القريب الذي يمكنه الحلول محل المتوفى في الموافقة، و طبقاً للقواعد العامة يجب أن يكون كامل الأهلية و متمتعاً بقواه العقلية.

ب- الحصول على الأعضاء من الموتى دون موافقة أحد. لا يجوز كقاعدة عامة المساس بجثث الموتى إلا بموافقة المتوفى قبل وفاته أو موافقة أقاربه حسب الطرق التي حددتها التشريعات في مختلف الدول. غير أن بعض التشريعات أجازت الاقتطاع من الجثث دون موافقة المتوفى أو أقاربه وذلك استنادا إلى فكرة تأميم الجثث، في حين استندت تشريعات أخرى إلى حالة الاستعجال لتبرير هذا الاقتطاع وعليه سنحاول دراسة هاتين الحالتين مبينين موقف المشرع الجزائري.

1- تأميم الجثث: المقصود بتأميم الجثة اعتبار الجثة ملكا للدولة تتصرف فيها كما تشاء ضمن إطار المصلحة العامة⁽²⁴⁾ وقد نادى بفكرة تأميم الجثث الفقيه الايطالي جيوفاني (Giovanni) الذي يرى ضرورة مساندة القانون للتقدم العلمي وترجيح المصلحة الإنسانية العامة والمؤكد على مصلحة الأسرة، فلا مجال هنا للموازنة بين حرمة الجثة و ضرورة إنقاذ حياة المريض لأنه من البديهي تغليب مصلحة المريض باعتبارها الأرجح ولا يمكن الخروج عن هذه القاعدة إلا إذا اعترض الشخص كتابيا أثناء حياته على المساس بجثته. ومن التشريعات التي أخذت بنظام تأميم الجثث التشريع البولندي الذي لا يشترط موافقة الأقارب للاقتطاع من الجثث.

2- الاقتطاع في حالات الاستعجال: أجازت بعض التشريعات الاقتطاع من الجثث بدون موافقة المتوفى أو أقاربه عندما يتعلق الأمر بحالة الاستعجال التي لا تقبل التأخير، كأن يتعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المناسب أو يخشى فساد العضو المراد نقله أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمستقبل التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته.

ومن التشريعات التي استندت على فكرة الضرورة أو حالة الاستعجال لتبرير الاقتطاع دون موافقة الأقارب التشريع الجزائري وذلك

في الفقرة الأخيرة من المادة 164 ق ح ت، فإذا لم يكن بالإمكان الحصول على موافقة أفراد أسرة المتوفى فيجوز للطبيب القيام بعملية الاقتطاع من الجثة، مع الإشارة إلى أن الاقتطاع وحسب نص المادة 164 ق ح ت يشمل عضوين اثنين فقط هما الكلية وقرنية العين فيكون الاقتطاع دون موافقة أحد. ولكن يجب التنبيه هنا إلى أن إجازة اقتطاع القرنية والكلية بدون موافقة الأقارب مشروطة بحالة الاستعجال التي تثبتها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 ق ح ت. والغرض من اشتراط إثبات حالة الاستعجال من قبل اللجنة الطبية هو تجنب التجاوزات كالاقتطاع من الجثث لأسباب غير مشروعة.

الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية.

لقد استثنت مختلف التشريعات الأعمال الطبية بصفة عامة وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بصفة خاصة من نطاق التجريم، فأجازت المساس بالسلامة البدنية للإنسان حفاظاً على صحة الأفراد وعلاجها من الأمراض بشرط الالتزام بالضوابط والشروط القانونية التي حددتها مختلف الدول. غير أنه وبالرغم من أن كثيراً من القوانين والفتاوي تبيح التبرع بالأعضاء البشرية إلا أن ذلك لا يسد الحاجة إلى الأعضاء اللازمة لنقلها إلى المرضى وذلك بسبب الإحجام عن التبرع أو الوصية بهذه الأعضاء لأسباب اجتماعية وفكرية في المجتمع، وبالتالي ونظراً لعدم إمكان الحصول على الأعضاء البشرية قد يلجأ بعضهم لعرض مبالغ من المال لشراء هذه الأعضاء.

وقد يلجأ البعض منهم إلى القيام بعدة أفعال مجرمة بغية الحصول عليها، وهو ما يشكل خروجاً عن الضوابط التي رسمتها مختلف التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حيث تخرج

من نطاق الإباحة لتدخل في نطاق التجريم. و هو ما جرمه المشرع الجزائري سنة 2009 إثر تعديله لقانون العقوبات، حيث اعتبر أي إخلال بشرط الموافقة المنصوص عليها في قانون حماية الصحة و ترفيتها و كذا الإخلال بمبدأ مجانية هذا الانتزاع يشكل جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وقد نظم المشرع أحكامها في المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 ق ع.

والملاحظ أنه قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009 لم تكن هناك نصوص جزائية خاصة تطبق في حالة الإخلال بشروط وضوابط عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية حتى أنه بالرجوع إلى قانون حماية الصحة و ترفيتها فإن المشرع لم يتعرض من خلاله إلى تجريم اقتطاع الأعضاء البشرية دون احترام الشروط المتطلبية لذلك، و اكتفى بالنص على ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة للمتبرع مبينا شكلها (المادة 162/2 ق ح ت) وأن يكون غرض الانتزاع علاجيا (المادة 161 ق ح ت). و على إثر ذلك كانت تطبق فقط الأحكام الجزائية العامة الواردة في قانون حماية الصحة و ترفيتها المنصوص عليها في المواد 234 إلى 240 ق ح ت.

و بالرجوع إلى هذه المواد نجد المادة 239 ق ح ت و التي جاء فيها: "يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو مساعد طبية على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته. و إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر يكتفى بتطبيق العقوبات التأديبية".

يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع يحيل إلى تطبيق المادتين 288 و 289 ق ع بشأن الجرائم المرتكبة من قبل العاملين في مجال

الصحة و التي تخلف ضررا بالسلامة البدنية للأشخاص أو بصحتهم. وبالتالي فقد أحسن المشرع الجزائري حين تعديله لقانون العقوبات ونصه على جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية حيث وسع من نطاق الحماية لتتجاوز عاملي الصحة و تتسع لتشمل أي شخص مهما كانت صفته يقوم بعمليات انتزاع الأعضاء البشرية دون احترام ضوابط القيام بها.

غير أنه و إلى جانب المسؤولية الجزائية للطبيب عن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وفق قانون العقوبات المستحدث سنة 2009 ، فإنه تقوم كذلك مسؤوليته الجزائية الطبية في حالة مخالفته للضوابط و الشروط المتطلبة للقيام بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية طبقا للقواعد العامة.

وعليه سنحاول التطرق إلى المسؤولية الجزائية الطبية بصفة عامة ، ثم الحالات التي تقوم من خلالها هذه المسؤولية في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية سواء ما تعلق منها بخطأ الطبيب حين قيامه بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، أو خطأ الطبيب العمدي حين ارتكابه جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية.

المبحث الأول: أركان المسؤولية الجزائية الطبية.

تقوم المسؤولية الجزائية بصفة عامة عند قيام شخص ما بفعل يجرمه القانون أو يمتنع عن فعل يوجب القانون القيام به، و بالتالي تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب عند إخلاله بالتزام أو واجب تفرضه عليه الأنظمة المتعلقة بمهنة الطب، هذه الأنظمة التي سنت من جهة لحماية حياة المرضى مما قد يصدر من الأطباء من أخطاء تنتج عنها آثار سلبية، ومن جهة أخرى لتوفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم، بحيث تهدف هذه الأنظمة إلى حماية مصلحتين، مصلحة الطبيب من جهة و مصلحة المريض من جهة أخرى.

و قد تطورت قواعد المسؤولية الطبية تطورا ملحوظا فبعد أن كانت مسؤولية الطبيب تقوم على الأخطاء العمدية أصبحت تقوم كذلك في حالة الإهمال و الخطأ الجسيم⁽²⁵⁾ و أصبح التزام الطبيب التزاما ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة باستثناء بعض الحالات التي يكون فيها الالتزام بتحقيق نتيجة كالحالات التي لا تمثل أدنى صعوبة بالنسبة للطبيب العادي نظرا للتقدم العلمي الذي وصل إليه الطب كإجراء التحاليل الطبية.

وعليه فإن المسؤولية الجزائية للطبيب يمكن تحديدها بالالتزام القانوني القاضي بتحمل الطبيب الجزاء نتيجة قيامه بفعل أو امتناعه عن فعل يشكل مخالفة للقواعد والأحكام التي قررتها القواعد الطبية ، و بالمقابل تمتنع مسؤولية الطبيب إذا كان فعله يستند إلى أساس قانوني توافرت فيه الشروط التي حددتها التشريعات لمشروعية العمل الطبي وبالتالي فمتى خالف الطبيب التزاما من بين الالتزامات الملقاة على عاتقه يقال أنه قد ارتكب خطأ يختلف بحسب الالتزام⁽²⁶⁾. و لتحقق المسؤولية الجزائية للطبيب عن خطأه الطبي لا بد من قيام ثلاث أركان هي: الخطأ الطبي، و النتيجة و علاقة السببية بين الخطأ و النتيجة.

المطلب الأول: الخطأ الطبي.

يعرف الخطأ الطبي بأنه "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد و الأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي ، أو إخلاله بواجبات الحيطة و اليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالمريض"⁽²⁷⁾.

يظهر من خلال هذا التعريف أنه تناول معيارين أساسيين للمساءلة الطبية و هما معيار الخطأ العادي و معيار الخطأ المهني، فالأول هو ما

يرتكبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لمهنة الطب⁽²⁸⁾ كأن يجري عملية جراحية وهو سكران ، أما الثاني (الخطأ المهني أو الطبي) فهو الذي يرتبط بالقواعد الطبية و الأصول المهنية التي تحكم مهنة الطب.

وقد اختلفت الآراء حول درجة الخطأ الطبي المطلوب لقيام المسؤولية الجزائية حيث انقسم الفقه إلى رأيين، رأي يقول بعدم كفاية الخطأ البسيط لقيام المسؤولية ويشترطون أن يكون الخطأ جسيما ، ورأي آخر يقول بقيام المسؤولية مهما كانت درجة الخطأ بسيطا أو جسيما. غير أن الرأي الراجح يذهب إلى القول بأن المعيار المختلط هو المعيار الأنسب الذي يقاس به سلوك الطبيب المخطئ، ويقصد به المعيار الذي يقوم على السلوك المألوف من طبيب وسط في نفس فئة الطبيب المخطئ ومستواه، مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به، فإذا انحرف عن سلوك الطبيب العادي عد مخطئا.

المطلب الثاني: الضرر والعلاقة السببية.

إن مفهوم الضرر في المسؤولية الجزائية للأطباء يختلف في مضمونه عن الضرر في بقية الالتزامات بتحقيق نتيجة، ذلك أن المبدأ في التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية الطبيب العادي في نفس الظروف والأحوال، و قد استقر غالبية الفقه على تعريف الضرر بأنه " حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض و قد يستتبع ذلك نقص في حالة المريض أو في معنوياته أو عواطفه " (29) ، ويشترط فيه أن يكون مباشرا ومحققا وأن يمس مصلحة مشروعة.

أما العلاقة السببية فيقصد بها وجود رابطة مباشرة بين الخطأ المرتكب من قبل الطبيب و الضرر الذي أصاب المريض، و العلاقة السببية في الأعمال الطبية شديدة التعقيد من حيث وجودها و قيامها نظرا لما يتميز به الجسم الإنساني من النواحي الفيزيولوجية و التشريحية الوظيفية و تغير حالاته المرضية، حيث تتعدد أسباب حدوث الضرر أحيانا عند المريض و تتداخل تلك الأسباب

أحيانا أخرى أو قد يكون مصدر ذلك الضرر أشخاصا آخرين أو متعددين كما قد يكون سببه المريض ذاته.

غير أن الفقه والقضاء قد استقر في مسألة تعدد الأسباب على نظرية السبب المنتج أو الفعال ومفادها أنه إذا تعددت الأسباب المؤدية للضرر وتداخلت فإنه يجب إجراء عملية فرز الأسباب والتفرقة بين الأسباب الفرضية والأسباب المنتجة حيث تعتبر هذه الأخيرة وحدها سبب الضرر، ويكون السبب منتجا إذا كان يؤدي عادة. بحسب المجرى العادي للأمر. إلى وقوع مثل الضرر الذي وقع.

المبحث الثاني: حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب في مجال انتزاع الأعضاء البشرية.

قد تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب عن خطئه الطبي عند قيامه بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في حالات معينة، كما قد تقوم مسؤوليته الجزائية عن فعله العمدي عند القيام بالإتجار بهذه الأعضاء. وعليه سنحاول دراسة هاتين الحالتين تبعا.

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية للطبيب عن الخطأ الطبي عند انتزاع الأعضاء البشرية.

من خلال ما تم دراسته في الفصل الأول و ما تطلبه المشرع الجزائري من شروط للقيام بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، فإنه قد تنتج حالات معينة تقوم من خلالها المسؤولية الجزائية للطبيب نتيجة إخلاله بالضوابط التي فرضها المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها، و تتمثل هذه الحالات فيما يلي:

الفرع الأول: مسؤولية الطبيب عن إهماله إجراء الفحوص الطبية.

من المعلوم أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية أو التكميلية للمريض يعد أمراً ضرورياً قبل إجراء العملية الجراحية أو تنفيذ العلاج، وأن إهمال الطبيب إجراء مثل هذه الفحوص يشكل خطأً تقوم به مسؤوليته. فمن واجب الطبيب حين قيامه بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن يتأكد من خلو كل من المتبرع بالعضو والمستفيد منه من الأمراض التي يكون لها تأثير مباشر في عدم نجاح العملية كأمراض القلب والسكري⁽³⁰⁾.

كما أنه على الطبيب أن يتأكد من توافق فصيلة الدم ما بين مانح العضو ومستقبله وذلك بأن يقوم بفحص فصيلة دم كل منهما لمعرفة مدى توافقهما مع بعضهما البعض لأن الخطأ في ذلك قد يؤدي إلى رفض الجسم المستقبل العضو المنقول. و بالإضافة إلى فحص الدم يجب على الطبيب إجراء فحص لأنسجة كل من المتبرع بالعضو والمستفيد منه لمعرفة مدى تطابقهما لأنه حتى ولو كان كل منهما خالياً من الأمراض وتطابقت فصيلة دم كل منهما إلا أن أنسجة كل منهما غير متوافقة فلا تتم عملية النقل بنجاح، وإنما سيقوم جسم المستقبل بلفظ العضو المنقول وبالتالي يكون الطبيب قد وقع في خطأ طبي جسيم تترتب مسؤوليته الجزائية على نتيجة هذا الفعل.

الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب عن خطئه في تنفيذ عمليتي

نقل وزرع الأعضاء البشرية.

إن من واجب الطبيب بعد إجراء الفحوص اللازمة لكل من المتبرع ومستقبل العضو أن يلتزم بالرعاية والحيطة عند إجرائه لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية وذلك نظراً لدقة هذا النوع من العمليات، بل

على الطبيب كذلك أن يتابع بدقة حالة المريض أثناء فترة النقاهة وذلك لتجنب المضاعفات و لاتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب لمنع تفاقم الأضرار. فإذا أخطأ الطبيب في تنفيذ عملية النقل أو الزرع وذلك بإغفاله الإشراف على المريض و تتبع حالته الصحية يعد خطأً تنعقد به مسؤوليته الجزائية.

الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب في حالة تخلف الغرض العلاجي.

يشترط لإباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية أن تكون لغرض العلاج و أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الوحيدة التي لا بديل لها لإنقاذ حياة المريض أو إنقاذ صحته من التدهور، ذلك أن الطبيب حين يمارس نشاطه الطبي بنقل العضو البشري لا يقصد سوى علاج علة مرضية⁽³¹⁾ دون الوصول إلى هدف آخر كالتجربة الطبية أو الانتقام من المريض. فإذا حاد الطبيب عن قصد العلاج قامت مسؤوليته الجزائية ولو توافر رضا المريض.

الفرع الرابع: مسؤولية الطبيب في حالة إجراء عمليات انتزاع الأعضاء في غير الأماكن المرخص لها بذلك.

لقد حدد المشرع الجزائري حين تنظيمه لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية المستشفيات المرخص لها بإجراء هذا النوع من العمليات فيما كما سبق الإشارة إليها في الفصل الأول، و بالتالي إذا قام الطبيب بانتزاع أو زرع عضو من الأعضاء البشرية في غير هاته الأماكن قامت مسؤوليته الجزائية.

كما تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة مخالفته شروط نقل الأعضاء من جثث الموتى.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب عن الاتجار بالأعضاء البشرية.

تجب الإشارة بداءة إلى أنه يقصد بالمسؤولية الجزائية الناجمة عن الاتجار بالأعضاء البشرية المسؤولية المترتبة عن الإخلال بضوابط وشروط نقل وزرع الأعضاء البشرية وفق قانون العقوبات ، حيث يظهر من خلال المواد المتعلقة بجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية أن هذه الجريمة تقوم عند الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية حسب ما تنص عليه المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 18 ق ع ، وكذا عند الإخلال بشرط الموافقة المطلوبة بشأن انتزاع الأعضاء البشرية حسب ما جاء في المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 19 ق ع.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا لهذه الجريمة إلا أننا سنحاول التطرق إلى مفهومها مقسمين هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول مفهوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية مبينين خصائصها و أركانها أما الفرع الثاني نتناول فيه المسؤولية الجزائية المترتبة عن الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بهذه الأعضاء أو في حالة الإخلال بشرط الرضا أو الموافقة.

الفرع الأول: مفهوم الاتجار بالأعضاء البشرية.

إن التقدم الذي بلغته العلوم الطبية أفضى إلى إمكانية القيام بالكثير من العمليات التي ما كان أمر إجرائها سهل المنال، و بالتالي أصبح في متناول الأطباء الاستفادة من أجزاء جسم الإنسان لعلاج شخص آخر كما هو الحال بالنسبة لعمليات نقل الأعضاء البشرية. غير أن عدم توافر هذه الأعضاء و عزوف المتبرعين عن التبرع بها أدى إلى انتشار ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية وهي تجارة تمس الطبيعة الإنسانية

للشخص حيث تصبح هذه الأعضاء بمنزلة أدوات احتياطية شأنها شأن الآلات و أدوات الغيار. وتعد ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية ظاهرة حديثة مقارنة مع الظواهر الإجرامية الأخرى⁽³²⁾، حيث ترجع نشأة الاتجار بالأعضاء البشرية إلى ما بعد النصف الثاني من القرن العشرين أين تخطت زراعة الأعضاء مرحلة التجارب إلى مرحلة التطبيق. وقد أدى إلى انتشار هذه الظاهرة عدة أسباب كالحاجة إلى المقابل المالي المتحصل عليه من منح الأعضاء البشرية نتيجة للأوضاع الاقتصادية السيئة لبعض المجتمعات مما جعل الناس تقوم ببيع بعض أعضاء جسدنا بسبب الحاجة، وكذا كثرة الأطفال غير الشرعيين وأطفال الشوارع و المجانين مما جعلهم عرضة للخطف و السرقة و بالتالي سرقة أعضائهم، بالإضافة إلى عدم وجود بدائل صناعية لبعض أعضاء جسم الإنسان الأمر الذي صعب استمرار حياة الأفراد المحتاجة لهذه الأعضاء.

أولاً: أركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية. لم يتناول المشرع الجزائري حين تعديله لقانون العقوبات سنة 2009 و استحدثه لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية. كما سبق لنا ذكره. تعريف هذه الجريمة، وإنما اكتفى بمعاينة الشخص الذي يتحصل على هذه الأعضاء مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وكذا معاقبته إذا تم هذا الانتزاع بدون الموافقة المطلوبة لذلك سواء تعلق الأمر بالأحياء أو الأموات.

وبالرجوع إلى المواد التي تناولت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وهي المواد 303 مكرر 16 و 303 مكرر 17 و 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 ق ع فإننا سنحاول إعطاء تعريف موجز لهذه الجريمة بحيث يمكن تعريفها بما يلي: " كل فعل يكون الغرض منه الحصول على أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية أو أي مادة من جسم إنسان حيا كان أو ميتا يتم مقابل منفعة أيا كانت طبيعتها سواء مالية أو غيرها، و بدون احترام الرضا المتبصر لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع".

وعليه سنحاول التطرق لأركان جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وفق ما يلي:

1- الفعل المكون للجريمة. و يتمثل في قيام الجاني أو الجناة بعدد من الممارسات الإجرامية يكون الغرض الوحيد منها الحصول على العضو أو النسيج البشري، و ذلك دون احترام مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية و شرط موافقة صاحب العضو أو النسيج المنصوص عليها في قانون حماية الصحة و ترقيتها.

وقد تتخذ هذه الممارسات الإجرامية عدة صور منها خطف الأشخاص وخاصة الأطفال و المجانين منهم والاستيلاء على بعض أعضائهم، وابتزاز بعض الضحايا في الحصول على بعض الأعضاء من خلال التعذيب و تهريب الأعضاء البشرية بالتعاون مع بعض موظفي الحدود أو مع بعض العصابات و المافيا، و غيرها من الأفعال الإجرامية حيث لم يحدد المشرع الجزائري طريقة معينة لكيفية الحصول على هذا العضو أو النسيج وإنما ترك المجال واسعا. فكل فعل من شأنه الحصول على عضو أو خلية أو نسيج بشري أو أي مادة من جسم الإنسان يتم بمقابل (مادي أو غيره) و بدون موافقة صاحب العضو أو النسيج يعد اتجارا بالأعضاء البشرية.

وما يميز جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية أن الجاني فيها يمكن أن يكون فردا واحدا و يمكن أن يكون جماعة. و قد يحمل إحدى الصفات الآتية: التجار، الأطباء (وهم فئة الأطباء الذين يخالفون ضميرهم الإنساني و يقومون أثناء قيامهم بالعمليات الجراحية بانتزاع الأعضاء البشرية من الضحايا دون موافقتهم و نقلها و زرعها في المحتاجين المرضى، أو الذين يقومون بإجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية مع علمهم بأن هذه الأعضاء تم الحصول عليها مقابل مبلغ مالي أو من خلال

ضحيا مخطوفين أو ناقصي الأهلية. كما قد يقوم بعض الأطباء بدور التاجر بالترويج والتوزيع و بالتالي الحصول على نسبة من عملية المتاجرة و البيع. وقد اعتبر المشرع الجزائري صفة الجاني المسهلة لعملية الاتجار ظرفا مشددا - المادة 303 مكرر 20 ق ع-)، بعض الجناة المساعدين كمساعدي الأطباء والممرضين و رجال الحدود و الجمارك، المرضى أنفسهم) وهم المرضى المستفيدون من الأعضاء أو الخلايا أو الأنسجة البشرية و الذين يعلمون أن الأعضاء المراد زرعها لهم تم الحصول عليها من خلال إجراءات غير شرعية أو أنهم بأنفسهم من دفعوا مقابلا ماليا أو غيره بغية الحصول عليها).

ويجب التنبيه في هذا الصدد إلى أن صاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع و الذي قام ببيع عضوه أو نسيجه البشري مقابل مبلغ مالي أو تحصل على أي منفعة أخرى فإنه غير مشمول بالمواد المعاقب بها على جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية و هو ما يستشف من خلال المادة 303 مكرر 16 ق ع. و عليه فإن الشخص المعاقب هو الذي يتحصل على العضو بمقابل و ليس الشخص صاحب العضو الذي باعه، وإن كان الأجدر بالمشرع أن يشمل بالعقاب كذلك صاحب العضو حتى لا تصبح أعضاء الإنسان محلا للمزايدة.

2- القصد الجزائي. تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية جريمة عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجزائي، أي لا بد أن يتوافر لدى مرتكب الركن المادي نية إجرامية بحيث لا يمكن تصور وقوع هذه الجريمة عن طريق الخطأ. و يتحقق القصد الجزائي باتجاه إرادة الجاني إلى الاستيلاء على أعضاء الجسم البشري من خلال عمليات غير شرعية و بيعها بمقابل مالي أو أي منفعة أخرى، و هو ما يتنافى مع الطبيعة الإنسانية و كرامة الإنسان و حرمة كيان جسمه البشرية. كما يتحقق القصد الجزائي باتجاه إرادة الجاني إلى انتزاع الأعضاء أو

الأنسجة أو الخلايا البشرية أو أي مادة من جسم الإنسان بأي طريقة كانت دون الحصول على الموافقة المتبصرة لصاحب العضو أو النسيج أو الخلية ، وهو ما يتعارض مع طبيعة المهن الطبية التي تتصف بأنها من المهن الإنسانية التي تتسم بالصدق و الرحمة و المساعدة وليس المتاجرة، وهو ما يحولها إلى مهن غير إنسانية.

ثانياً: خصائص جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية. تمتاز جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية ببعض الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

1- جريمة مستحدثة: إن الظواهر الإجرامية المستحدثة هي ما ظهر في الفترة الأخيرة من نوعيات حديثة للإجرام أو أساليب حديثة لارتكاب الجرائم، و تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية أحد الجرائم المستحدثة نظراً للاستحداث المتواصل في أساليب و أدوات المجرمين في هذه التجارة.

2- جريمة تعمل على إساءة استعمال التقنيات العلمية: من المسلم به أن كثيراً من التقنيات العلمية و التكنولوجية وجدت في الأصل لخدمة الإنسان و المجتمع البشري إلا أن تجار الأعضاء البشرية أساءوا استخدام هذه التقنيات المتعلقة بنقل الأعضاء البشرية و زرعها واعتبروها وسيلة لأعمالهم الإجرامية.

3- جريمة تعمل على إفساد القيم الأخلاقية و العلاقات الاجتماعية و الأسرية: فمن شأن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية خلق النزاعات و التوترات بين الأسر و إهدار جميع القيم الأخلاقية القائمة على حرمة الكيان البشري.

4- جريمة ذات طابع دولي: تعتبر جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية جريمة دولية تتأثر بمظاهر العولمة، حيث أصبحت هذه الجريمة في ظل العولمة ذات طابع دولي أكثر منه محلي أو إقليمي حيث ساعد نظام

العولة في تكوين التقدم العلمي في المعلومات ووسائل النقل، الأمر الذي جعل من الفقراء من شعوب الدول النامية تحت وطأة و زعماء المافيا وعصابات الاتجار بالأعضاء البشرية.

5- جريمة ذات سلوكيات إجرامية متعددة: معنى ذلك أن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تقوم من خلال جرائم فرعية أخرى قد تتمثل في الاحتيال أو الخطف أو السرقة أو الابتزاز أو الاستغلال أو النصب و التزوير أو التهريب وغيرها.

6- جريمة فيها اعتداء على حرية إرادة المجني عليه: و ذلك بتأثير طرق الاحتيال و الخطف التي يلجأ إليها الجاني.

7- جريمة ماسة بالكرامة الإنسانية للفرد و حرمة كيانه البشري.

الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب الناتجة عن انتزاع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية.

سنحاول التطرق إلى المسؤولية الجزائية للطبيب المترتبة عن انتزاع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية قبل و بعد تعديل قانون العقوبات سنة 2009.

أولاً: المسؤولية الجزائية قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009. ما تجب الإشارة إليه بدءاً هو أنه قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009 لم تكن هناك نصوص جزائية خاصة تجرم الحصول على الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية بطرق غير مشروعة. وإنما كانت هناك فقط نصوص جزائية منصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها، و هي نصوص خاصة بسلك الأطباء فقط تجرم انتزاع الأعضاء البشرية دون احترام الضوابط

الخاصة بذلك، حيث تحيل هذه النصوص الجزائية إلى تطبيق مواد قانون العقوبات المتعلقة بحماية حياة الأفراد وذلك طبقاً للمادتين 288 و 289 ق.ع.

وطبقاً للأحكام العامة يعتبر تدخل الطبيب بدون موافقة المريض خطأ مهنياً يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية والمدنية على السواء⁽³³⁾ وإذا كان إثبات خطأ الطبيب و الضرر الناتج عنه في الممارسات الطبية العادية يطرح صعوبات بالنسبة للمريض فإن إثباتها في عمليات نقل الأعضاء أكثر يسراً بحكم أن الحصول على موافقة المريض المستقبل والمتبرع بالعضو تتم وفقاً لشكلية معينة ، وبالتالي من السهل التأكد من مدى احترام الطبيب لهذه الضوابط بشأن الحصول على هذه الموافقة. كما أن الضرر الذي يلحق المتبرع من جراء انتزاع العضو بدون موافقته يعتبر ضرراً محققاً يفضي إلى عاهة مستديمة إن لم يؤدي إلى الوفاة⁽³⁴⁾.

وصورة الخطأ في هذه الحالة عدم مراعاة الطبيب للأنظمة المعمول بها و المتمثلة في وجوب حصوله على الرضا المتبصر وفقاً للضوابط المحددة في قانون حماية الصحة و ترقيتها سواء بالنسبة للمريض مستقبل العضو أو الشخص المتبرع به. فإذا حدثت الوفاة إثر انتزاع الطبيب لعضو من الأعضاء المزدوجة لدى الشخص بدون موافقته الصريحة وضمن الشروط التي حددها القانون، يتابع الطبيب على أساس القتل خطأً طبقاً لنص المادة 288 ق.ع. و لكن إذا التزم الطبيب في مثل هذه الحالة بجميع الأصول و الضوابط المتطلبية في إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية فلا مجال لمساءلته عن النتيجة و لو كانت وفاة المتبرع.

أما إذا قام الطبيب باقتطاع عضو يترتب عليه وفاة الشخص المنقول منه، مع علمه بذلك، كإقتطاع القلب مثلاً لأجل زرعه لآخر، ففي هذه الحالة يسأل الطبيب عن جريمة قتل عمدية سواء تم الاقتطاع بموافقته أو بدون موافقة المتبرع، و لا يمكن الاحتجاج بالغرض العلاجي من هذا

الاقتطاع بالنسبة للمستقبل. أما إذا حدث للشخص عجز مستديم من جراء اقتطاع العضو بدون موافقته فمن الصعب تطبيق المادة 289 ق ع لأن اقتطاع العضو يؤدي بطبيعته إلى ضرر جسيم مهما كانت الاحتياطات التي يتخذها الطبيب أثناء تدخله، في حين حددت المادة 289 ق ع صورتين فقط للجرح الخطأ وهما الرعاية وعدم الاحتياط. وبالتالي لا مجال لتطبيق هذه المادة لأن الضرر يتحقق بمجرد استئصال العضو ولا يرجى من ذلك الاقتطاع أي غرض علاجي بالنسبة للمنقول منه، ولا يمكن إثبات الخطأ في هذه الحالة بالاستناد إلى الرعاية أو عدم الاحتياط إذا كان القائم بعملية الاقتطاع جراح مختص و نفذ العملية حسب الطرق المعمول بها، فالخطأ في إطار المسؤولية الجزائية ليس مفترضا وإنما يجب إثباته لقيام مسؤولية الطبيب.

وعليه يظهر قصور نص المادة 239 ق ح ت في تحقيق الحماية الجزائية اللازمة للسلامة البدنية للأشخاص في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. كما يلاحظ من خلال ما تم سرده أن المادة 239 ق ح ت لا توفر كذلك الحماية اللازمة لكرامة الإنسان و حرمة كيانه الجسدي ذلك أن هذه المادة اقتصرت فقط على الطبيب الذي يقوم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دون احترام شرط الموافقة فقط. وأغفل المشرع الحالات التي يتم فيها انتزاع الأعضاء البشرية من قبل أشخاص لا علاقة لهم بميدان الطب هذا من جهة، و من جهة أخرى لم يتم النص على الجزاء المطبق في حالة مخالفة نص المادة 2/161 ق ح ت حينما يكون الانتزاع موضوع معاملة مالية، حيث اكتفى المشرع بالنص على أنه "لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية".

و نتيجة لكل هذه النقائص كان من الضروري على المشرع التدخل لوضع نصوص جديدة خاصة بالجرائم التي أفرزها هذا النوع من العمليات ومنها جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

ثانياً: المسؤولية الجزائية للطبيب عن انتزاع الأعضاء والأنسجة و الخلايا البشرية وفق قانون العقوبات لسنة 2009. فرق المشرع الجزائري حين استحدثه لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات سنة 2009 بين المسؤولية الجزائية المترتبة عن انتزاع الأعضاء البشرية وبين تلك المترتبة عن انتزاع الخلايا والأنسجة البشرية، فشد العقوبة في الحالة الأولى مقارنة بالثانية سواء تعلق الأمر بخرق مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية أو بشرط الموافقة المتطلبة للقيام بعملية الانتزاع. نع الإشارة هنا إلى أن نصوص قانون العقوبات لم تخص بالذكر الطبيب فقط وإنما كل شخص يرتكب هذه الجريمة بما في ذلك الطبيب.

1- حالة الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية. من المعلوم أن جل التشريعات العربية و الأجنبية و كذا الفتاوى الشرعية أجازت انتزاع الأعضاء البشرية و الانتفاع بها على وجه التبرع، غير أن الآراء الفقهية القانونية تعددت بشأن عملية بيع الأعضاء البشرية فهناك من أجاز عقد بيع الأعضاء البشرية، و هناك من حرم بيع الأعضاء شرعا وقانونا.

أ- الرأي القائل بجواز بيع الأعضاء البشرية: يبرر هذا الرأي موقفه من جواز بيع الأعضاء البشرية بالاستناد إلى الحجج الآتية:

- يعتبر عقد بيع العضو البشري صحيحا و لا أثر للثمن عليه، لأن الثمن يعتبر مقابل العضو و بيع العضو المزدوج لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية و إنما يعتبر حماية إنسان آخر من خطر الموت أو العجز.

- إن بيع جزء من الجسد كالدّم و الجلد يعتبر من الأعضاء المتجددة و هو لا يتنافى مع حرمة الكيان الجسدي بشرط ألا يترتب عن

بيع العضو أي عاهة جسدية دائمة كما يجب ألا يكون البيع بدافع الشهرة.

غير أنه وبالرغم من الحجج التي يستند عليها هذا الرأي يبقى بيع الأعضاء البشرية منافيا للكرامة الإنسانية بحيث يجعل من الأعضاء البشرية سلعا تجارية تباع وتشتري وهو ما ينافي التكريم الذي كرم الله به جسم الإنسان.

ب - الرأي القائل بعدم جواز بيع الأعضاء البشرية: يرى هذا الرأي بأن عقد بيع الأعضاء البشرية هو عقد باطل شرعا وقانونا لأنه ينصب على محل ليس المال وإنما النفس أو الجسم البشري، كما أنه تصرف مخالف لقواعد النظام العام والآداب العامة. فبيع هذه الأعضاء يعبر عملا غير أخلاقيا يرفضه العقل البشري مهما كانت دوافعه⁽³⁵⁾.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع اكتفى في المادة 2/161 ق ح ت بالنص على عدم جواز انتزاع الأعضاء البشرية أو الأنسجة بمقابل مالي، ولم يبين الجزاء المترتب على هذا الإخلال إذ نص على مبدأ عام دون تفصيل. وهو ما تداركه المشرع الجزائري حين تعديله لقانون العقوبات سنة 2009 حيث نص على الجزاء المطبق في حالة الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية وكذا الأنسجة والخلايا والأنسجة البشرية وذلك في المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 18 ق ع، حيث ميز بين حالتين: الأولى وتتعلق بالأعضاء البشرية حين يتم الحصول عليها بمقابل، أما الثانية فتتعلق بالخلايا والأنسجة البشرية ومواد الجسم المختلفة حيث جعل العقوبة أشد في الأولى مقارنة بالثانية.

1- بالنسبة للأعضاء البشرية: اعتبر المشرع الجزائري أن كل شخص أيا كانت صفته يتحصل على عضو بشري من جسم إنسان سواء كان هذا العضو من الأعضاء البشرية المزدوجة أو المنفردة التي تتوقف عليها حياة الإنسان، و بأي طريقة كانت سواء كانت شرعية أو غير ذلك، و منح مقابلا ماليا أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، يعد مرتكبا لجنحة الاتجار بالأعضاء البشرية حيث اعتبرها المشرع جنحة مشددة.

ويلاحظ من خلال الفقرة الثانية من المادة 303 مكرر 16 ق ع أن القانون يعاقب كذلك على كل من يتوسط عملية الحصول على الأعضاء البشرية بمقابل، سواء كان ذلك عن طريق تشجيع الحصول على هذه الأعضاء أو تسهيل الحصول عليها حيث يعاقب بنفس العقوبة المقررة للفاعل الأصلي، إذ تطبق على هذا الوسيط أحكام الشريك في الجريمة غير أن الملاحظ من خلال المادة 303 مكرر 16 ق ع أن المشرع اعتبر الشخص الذي يتحصل على العضو البشري مرتكبا لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية دون أن يعاقب الشخص صاحب العضو الذي يقوم بخرق مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية.

2- بالنسبة للأنسجة و الخلايا و المواد المختلفة من جسم

الإنسان: يظهر من خلال المادة 303 مكرر 18 ق ع أن المشرع الجزائري فرق بين فعلين اثنين، و هما انتزاع الأنسجة و الخلايا و كذا جمع مواد جسم الإنسان، فكل من قام بانتزاع الأنسجة أو الخلايا البشرية و دفع مقابلا ماديا أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها يعد مرتكبا لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، كما أن كل من قام بجمع أي مادة من جسم الإنسان كنخاع العظام مثلا يعد مرتكبا لنفس الجريمة.

و يلاحظ على هذه المادة كذلك أن الشخص المعاقب هو الذي يقوم بفعل الانتزاع أو فعل جمع المواد مهما كانت صفته سواء كان

طبيبا، و ذلك حين قيامه بالعمليات الجراحية المتعلقة بهذا المجال، أو كان شخصا آخر يقوم بهذين الفعلين. و أخرج المشرع بذلك من دائرة التجريم صاحب الأنسجة و الخلايا أو مواد الجسم الذي يمنح هذه الأنسجة و الخلايا و المواد بمقابل. و يظهر من خلال الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه أن المشرع طبق نفس العقوبة المخصصة لهذه الجنحة البسيطة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد جسم الإنسان.

وتجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن مصطلح " مواد جسم الإنسان" يشمل من الناحية الطبية أي عضو أو نسيج أو خلية بشرية حيث أنه مصطلح عام يضم كل هذه المعاني.

2- حالة الإخلال بشرط الرضا أو الموافقة. ميز المشرع الجزائري

بين انتزاع الأعضاء البشرية (المادة 303 مكرر 17 ق ع) و انتزاع الأنسجة و الخلايا أو جمع مواد الجسم البشري الذي يتم بدون رضا صاحب الشأن (المادة 303 مكرر 19 ق ع) فشدت العقوبة في الحالة الأولى و اعتبرها جنحة مشددة، و اعتبر انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم دون احترام شرط الرضا أو الموافقة جنحة بسيطة.

حيث يظهر من استقراء المادتين المذكورتين أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على وجوب احترام القواعد القانونية المتعلقة بالموافقة المتطلبية لانتزاع الأعضاء والأنسجة و الخلايا البشرية المنصوص عليها في قانون حماية الصحة و ترقيتها، سواء تعلق الأمر بالأحياء أو الأموات، و أي خرق لهذه القواعد يشكل جريمة معاقب عليها قانونا، وبالتالي يدخل ضمن ذلك ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع.

فبالنسبة للموافقة المتطلبة من صاحب العضو أو الخلية أو النسيج الحي تتم موافقته بشكل كتابي وبحضور شاهدين اثنين حسب ما تنص عليه المادة 2/162 ق ح ت، ويجب أن تودع هذه الموافقة لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة، كما يجب أن تصدر الموافقة من متبرع ذي أهلية وأن يكون كامل الحرية.

أما بالنسبة لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المتوفى فإنه طبقا لنص المادة 164 ق ح ت يجب أن يعبر المتوفى قبل وفاته عن قبوله الانتزاع، أما إذا وافته المنية قبل صدور موافقته الشخصية فلا بد من موافقة أعضاء أسرته.

كما يظهر من استقراء المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 19 ق ع أن المشرع الجزائري لم يحدد الغرض من انتزاع العضو أو النسيج أو الخلية بدون موافقة صاحبها وبالتالي تقوم جريمة الاتجار في هذه الحالة سواء كان الانتزاع لغرض الزرع لدى مريض آخر أو لأي غرض آخر غير علاجي كالبيع مثلا. كما تقوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية مهما كانت صفة القائم بهذا الانتزاع سواء كان الطبيب المختص بمثل هذا النوع من العمليات الجراحية أو أي شخص آخر.

الخاتمة.

يظهر في ختام هذه الدراسة أن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية تعد من أهم ما توصل إليه العلم في المجال الطبي كوسيلة لإنقاذ حياة المرضى من الموت أو على الأقل التخفيف من آلامهم. فبالرغم من أن مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان يعد من أهم المبادئ المستقر عليها شرعا و قانونا، إلا أن ظهور الممارسات الطبية والعلمية الحديثة التي تستعمل أعضاء جسم الإنسان كوسيلة للتغلب على الأمراض غيرت مفهوم هذا المبدأ و دفعت بالعديد من الدول إلى تبرير المساس بهذا الجسم البشري.

وهو ما انتهجه المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة و ترقيتها سنة 1985، حيث أجاز انتزاع الأعضاء البشرية إذا تم ذلك وفق الشروط والضوابط المنصوص عليها قانونا، إذ تشكل هذه النصوص الأساس القانوني لإباحة هذه العمليات، و إن كانت الجهات الإدارية و الطبية قبل هذه المرحلة والمعنية بعمليات نقل الأعضاء في الجزائر قد اعتمدت آنذاك على الفتوى الصادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1972 والتي أجازت هذا النوع من العمليات ضمن ضوابط شرعية و طبية.

وقد توصلنا من خلال تحليلنا للمواد المتعلقة بتنظيم عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية إلى جمع أهم الشروط و الضوابط الواجب توافرها لمباشرة هذا النوع من العمليات على النحو الآتي:

- وجوب تمتع الطبيب المكلف بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بكفاءة و خبرة معتبرة لضمان نجاح العملية.

- عدم تعارض عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية مع النظام العام و الآداب العامة و لو وافق على ذلك المتبرع أو مستقبل العضو.

- وجوب توافر حالة الضرورة للاقتطاع و الزرع من خلال التأكد من توافر عناصرها أي الخطر الذي يهدد المريض مستقبل العضو والفعل الضروري لمواجهة الحالة.

- عدم استفادة المتبرع أو ورثته من مقابل مادي من جراء تنازله عن العضو حتى لا يصبح جسم الإنسان من قبيل المعاملات المالية.

- وجوب مراعاة الحالة الصحية لكل من المتبرع و المستقبل و مدى توافق الأنسجة لديهم حيث لا يشرع الطبيب في عملية الاقتطاع إلا بعد التأكد من أن صحة المتبرع تسمح بمباشرة العملية و لا تشكل أي خطر على صحته سواء حاليا أو مستقبلا.

- وجوب إجراء هذا النوع من العمليات في الأماكن المرخص لها بذلك و التي يحددها الوزير المكلف بالصحة.

- وجوب التحقق من الوفاة عندما يتعلق الأمر بالاقتطاع من جثث الموتى، و ذلك من خلال احترام المعايير الحديثة للوفاة التي تأخذ بموت جذع المخ، بشرط ألا يكون الطبيب الذي عين الوفاة ضمن الفريق المكلف بزرع العضو لدى المريض.

- الحصول على الموافقة المتبصرة لكل من المريض و المتبرع الحي أو ورثته إذا كان الاقتطاع من جثته على أن تتسم هذه الموافقة بمجموعة من المواصفات القانونية.

كما يظهر من خلال هذه الدراسة أن الغرض من تنظيم المشرع لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية تنظيما تشريعيًا هو ضمان وفرض الحماية القانونية لكل من يود التبرع بأعضائه ، إذ تشكل هذه النصوص حصانة تضمن عدم انحراف عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية عن أهدافها النبيلة.

إلا أنه و رغم هذه الحصانة و نظرا لإحجام الأشخاص عن التبرع بأعضائهم ظهرت في الآونة الأخيرة ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية، و هو ما دفع بالمشرع إلى تجريم هذه الظاهرة من خلال تعديله لقانون العقوبات سنة 2009 و ذلك لملئ الفراغ القانوني الذي كان سائدا قبل هذه الفترة حيث لم تكن هناك نصوص جزائية تتعلق بمخالفة الشروط و الضوابط المتعلقة بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية.

ورأينا من خلال دراستنا للأحكام المتعلقة بهذه الجريمة المستحدثة في التشريع الجزائري أن المشرع سعى من خلال هذه الأحكام إلى حماية جسم الإنسان و صون كرامته و إبعاد أعضائه البشرية من إطار المعاملات المالية حتى لا يصبح الإنسان محلا للمزايدات و لم يقتصر المشرع في معاقبته مرتكب هذه الجريمة على الطبيب المخالف لضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية مرتبا بذلك قيام مسؤوليته الجزائية عن فعل الاتجار بهذه الأعضاء، و إنما شمل النص كل شخص مهما كانت صفته يتحصل على هذه الأعضاء دون موافقة صاحبها أو مقابل دفع منفعة مالية أو غيرها.

اليوامش:

- (1) قانون 01-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، ج رعدد 15 لسنة 2009.
- (2) قانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المعدل و المتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 17 يوليو 1990، ج رعدد 176 لسنة 1985.
- (3) فتوى المجلس الإسلامي الأعلى بالجائر الصادرة بتاريخ 20-04-1972 الموافق لربيع الأول 1392هـ.
- (4) معاشو لخضر، المسؤولية الجنائية للأطباء عن نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، 2005-2006، ص 112.
- (5) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006، ص 470.
- (6) أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999، ص 104.
- (7) سيتم دراسة هذا الرضا بصورة تفصيلية ضمن المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول.
- (8) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 225.
- (9) مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، ج1، دار هومة، 2003، ص 138.
- (10) مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 194.
- (11) أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 328.
- (12) سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1999، ص 152.
- (13) مشكور خليفة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، 2000-2001 ص 49.

- (14) منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق و الشريعة، العدد الثاني، السنة 5، جامعة الكويت للحقوق و الشريعة، جوان 1981، ص 20.
- (15) تدريست كريمة، تحديد لحظة الوفاة و المسؤولية الجنائية للطبيب، ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية، 23 و 24 جانفي 2008، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 1.
- (16) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1995 ص 141.
- (17) رضاء الطيب، نقل الأعضاء الأدمية بين التحليل و التحريم - جذع المخ بين الحياة و الموت-، ص 16. راجع الموقع: www.islamest.com
- (18) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الكويت، 1983، ص 158-159.
- (19) بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القانون الطبي الجزائري و الفتاوى الطبية المعاصرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 31.
- (20) مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 393.
- (21) مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 469.
- (22) مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 406.
- (23) سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 303.
- (24) مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 440.
- (25) محمود قبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 2-3.
- (26) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 135.
- (27) أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1990، ص 224.
- (28) عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف ، 2000، ص 205.

- (29) منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2004، ص 55.
- (30) ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 257.
- (31) عبد القادر الشبخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية و عقوبتها في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و القانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009، لبنان، ص 279.
- (32) عبد الحافظ عبد الهادي عبد الحميد، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالأشخاص، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية 2005، ص 353.
- (33) مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 168.
- (34) طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2001 ص 245.
- (35) عبد القادر الشبخلي، تجريم الاتجار بالأعضاء البشرية في القوانين و الاتفاقيات الدولية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005، ص 235-238.

ضمانات استقلالية البلدية في الجزائر من منظور المادة 61 من القانون 10/11.

الأستاذة: ثابتي بوحانة

جامعة الدكتور الطاهر مولاي / سعيدة / الجزائر.

من الطبيعي أن تتجسد اجتماعات المجالس للداولية البلدية بمداولات، منها ما تكون نافذة بقوة القانون بعد مرور فترة 21 يوم⁽¹⁾. ومواضيع أخرى يكون نفاذها موقفاً على تصديق من السلطة الوصية⁽²⁾، كما أن هذه الأخيرة ومناسبة ممارستها لرقابتها يمكن لها أن تقضي بطلان المداولات أو إثارة ذلك⁽³⁾. ومن ثم فإن الإشكالية قد تطرح في حالة ما إذا رفضت السلطة المختصة المصادقة على تلك المداولات أو تم الإقرار بطلانها، وخصوصاً إذا نظرنا إلى أهمية مواضيعها بالنسبة للمواطن المحلي، وما قد ينجر عنه من تعطيل لمصالحه، فما العمل في هذه الحالة؟.

وفي هذا المجال نجد أن القوانين المدونة لمنظمة للبلدية والولاية في الجزائر تكلمت عن آليات بمقتضاها يتم مهاجمة القرارات القضائية برفض التصديق وطلان المداولة، والتي تعد في ذات الوقت من أهم ضمانات تفعيل مبدأ الاستقلالية، إذ اتفق على من الأمر رقم 24/67⁽⁴⁾، على المدونة، والقانونان 08/90⁽⁵⁾ و 10/11⁽⁶⁾ على إعطاء الحق للبلدية في الطعن أمام القضاء المدون ضد قرارات الوالي الراضية للتصديق والمدونة بطلان المداولات المجلس الشعبي البلدي. ومن ثم وفي إطار هذه الدراسة سنتناول النظام القانوني للطعن القضائي، ومدى اعتباره من وسائل ضمان استقلالية الجماعة الإقليمية (المحور الأول)، كما سنتطرق إلى ما يعرف بالقلم الإداري، على اعتبار أن

المادة 61 من القانون رقم 10/11 أقرته كآلية طعن يستعملها إلى جانب الطعن القضائي رئيس المجلس الشعبي البلدي أمام الوالي بنصها: "يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي وفقا للشروط والأشكال المخصوص عليها قانونا، أن يرفع إما تظلم إداريا، أو دعوى قضائية أمام الجهات المختصة ضد قرار الوالي الذي يثبت بطلان أو رفض المصادقة على مداولة"،.، فيأى مدى يمكن اعتباره ضمانا لمبدأ الاستقلالية؟ هذا ما سيكون فحوى (المحور الثاني).

المحور الأول: ضمانات الطعن القضائي في قرارات الوالي الوصائية⁽⁷⁾.

يعد حق اللجوء إلى القضاء من أهم الحقوق الأساسية أو من حقوق الطبيعية للإنسان التي من شأنها أن تؤمن الحماية لحقوق أخرى، فلا يمكن أن نتصور دولة قانون دون أن تؤمن الضمانة القضائية لهذه الحقوق، وتجدر الإشارة أن حق مراجعة القضاء لا يعد حقا بقدر ما يعد واجبا في بعض الأحيان، لذا ينبغي على الدولة تسهيل مهمة الأفراد والهيئات باللجوء إلى القضاء عن طريق التيسير من إجراءاته، ومن ثم تأمين واجب الحماية القضائية⁽⁸⁾.

ومن ثمة، فيتعين على الإدارة العامة بصفة عامة التهديد بالمشروعية عند القيام بنشاطاتها، كون أن خرقها يوتب نتائج قانونية هامة، أهمها إمكانية إلغاء القرارات غير المشروعة وحق إلزام الإدارة بدفع تعويض عادل عن الأضرار الناجمة عنها، بالإضافة إلى غضب الرأي العام وثورته على السلطة باعتبار أنها مرآة لها وممثلها الشرعي.

انطلاقا من ذلك، تظهر جليا أهمية فرض الرقابة القضائية في شقها الخاص بإلغاء قرارات السلطة الوصية القاضية برفض التصديق وبطلان المداولات، وعلى هذا الأساس تعد الرقابة القضائية على أعمال

الإدارة الوصية من أفضل وأنجع أنواع الرقابة، إذ و من أهم الضمانات الجوهرية الم مقررَة لكفالة مبدأ استقلال الجماعات الإقليمية، حيث يمكنها اللجوء إلى القضاء إذا ما تعسفت المصلحة الوصية الم تدخل لها عملية الرقابة في استعمال حقها في رفض التصديق على الم مداولات الخاضعة لذلك للإجراء، أو في إقرارها لبطان الم مداولات.

على أن الم مشرع الجزائري في أغلب النصوص الم مظمة البلدية، سواء الصادرة في إطار التعددية السياسية وقبلها الأخادية الحزبية، اعترف لها بحق ممارسة هذه الضمانة - حق اللجوء إلى القضاء للطعن في القرارات السلطة الوصية- وإن كان من أجل تحفظ على نص المادة 61 من القانون 10/11 سنتطرق إليه لاحقاً.

ومعوماً وإن كان نص المادة المذكورة أنفاً، قد جاءت صياغته بصفة العموم لعدم توضيحها لنا طبيعة الطعن القضائي إلا أنه في غالب الأمر ما يكون إلغاء. ويقصد بقضاء الإلغاء بأنه ذلك القضاء الذي يكون للقاضي بموجبه حق فحص مشروعية القرار في حالة مخالفته للمشروعية⁽⁹⁾.

ولدراسة هذه المسائل بالتفصيل ينبغي علينا معرفة آليات ممارستها، من خلال تعرضنا لمجموعة الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لإلغاء القرار الصادر عن الوالي والقاضي برفض الم مصادقة على إحدى الم مداولات المنصوص عليها في المادة 55، أو القاضي بطلانها من طرف القاضي الم مختص وذلك كما يلي:

-أولاً: الشروط الشكلية لدعوى إلغاء قرار الوالي الوصائي.

مقد الشروط الشكلية أو الشروط الم معلقة بقبول الدعوى الإدارية، من الشروط الضرورية التي يستوجب توفرها لعرض القضية

على القاضي الإداري، والتي تسمح له وتلزمه في ذات الوقت على الفصل في موضوع النزاع، لينتج عن عدم احترام أحدهما علم قبول الدعوى الإدارية شكلاً. مما يعني معه عدم تطوق القاضي الإداري لموضوع القضية. حق ولو اتضح أن طلب الم دعي مؤسس⁽¹⁰⁾، تتمثل هذه الشروط عامة في:

1- ضرورة أن يكون موضوع دعوى الإلغاء قراراً

إدارياً⁽¹¹⁾، تتمثل في القرار الصادر عن الوالي والم، تتضمن رفضه للمصادقة على الم داولة أو الإقرار بطلانها، على أن هذا الشرط يهد من للظام العام.⁽¹²⁾، وهو الشرط ذاته الذي تضمنته المادة 61 من القانون رقم 10/11 بقولها: " ضد قرار الوالي الذي ثبت بطلان أو رفض الم مصادقة على الم داولة".

وعلى العموم، فمتى تقرر الطعن ضد قرارات السلطة الوصية فإنه يلزم على رئيس المجلس الشعبي البلدي خاصة إرفاق عريضة الإلغاء بالقرار الإداري الصادر عن الوالي والم، تتعلق بإثبات البطلان أو رفض الم مصادقة على الم داولة، ما لم يوجد مانع مبرر، وهذا تملما ما نصت عليه المادة 819 من القانون رقم 09/08 مظم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها⁽¹³⁾: " يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير أو تقدير مدى مشروعية القرار الإداري، تحت طائلة عدم القبول القرار الإداري المطعون فيه، ما لم يوجد مانع مبرر، وإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتع الإدارة من تمكين الم دعي من القرار المطعون فيه، أمرها القاضي الم دقر بتقديمه في أول جلسة، ويستخلص النتائج القانونية الم ترتبة على هذا الامتناع".

2- أن يتم تقديم الطعن بالإلغاء من طرف من له صفة ومصالحة: وهو ما تضمنته المادة 13 من القانون رقم 09/08 مظم لقانون

الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: " لا يجوز لأي شخص القاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه. كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون".

وإن كانت دراسة شرطي الصفة والمصلحة في هذا المجال لا تشير أي إشكال إذا ما تم رفع الطعن من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، لاعتراف المادة 61 من القانون رقم 10/11 سالف الذكر لهذا الأخير بهذا الحق (14) ، فإن التساؤل يطرح في حال ما إذا تم تقديم ذلك الطعن من طرف أي عضو آخر من أعضاء المجلس الشعبي البلدي غير رئيسهم بصفتهم الانفرادية، فهل يتحقق شرط الصفة والمصلحة في هذه الحالة؟ موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة؟.

من أجل الإجابة على هذا التساؤل والم يتعلق بموقف المشرع الجزائري، نجد أن المادة 61 سالف الذكر وعلى غرار نظيرتها المادة 46 من القانون رقم 08/90 تتم والم يتعلق بالبلدية⁽¹⁵⁾، جاءت فقط كتأكيد لاجق لما ورد في المادة 828 من القانون رقم 09/08 سالف الذكر بنصها: "مع مراعاة البصوص الخاصة عندما تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في الدعوى بصفة مدعى أو مدعى عليه، مقل بواسطة: الوزير المعني، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي، والم مقل القانوني بالنسبة للمؤسسة ذات الصبغة الإدارية". إن هذه المادة جعلت ممارسة ذلك الحق يقتصر على رئيس المجلس كصاحب مصلحة (باعتبارها مملا للبلدية)، وهو ما يوضح بجلاء نية المشرع في التضييق من حجم الحرية الممنوحة للبلدية في ظل قانونها الحالي. لجوء إلى القضاء، مقارنة بالأمر رقم 24/67 عدل والم تتمم الذي وإن كانت استقلالية البلدية في ظلها تتمم بالبساطة لشدة آليات الرقابة، إلا أنه في مادته 106 أجازت للمجلس الشعبي البلدي ولكي

شخص آخر يعنيه الأمر أن يطعن في قرار عامل العمالة "الوالي" القاضي بإلغاء مداولة المجلس البلدي⁽¹⁶⁾.

3- أن يتم رفع الطعن القضائي أمام الجهة المختصة: ففي ظل العظم الم، تبني للقضاء الم، وزيوج عادة ما يعهد الم، مشرع للقضاء الإداري مهمة الرقابة على أعمال الإدارة بما في ذلك قراراتها، وهو ما تبناه الم، مشرع الجزائري عقب التعديل الدستوري لسنة 1996⁽¹⁷⁾ عند إقراره للازدواجية القضائية من خلال المادة 02/152 منه بقولها: "يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية"، وأيضاً بمقتضى القانون 09/08، وتعفى بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن ثمة، فتعتبر المحاكم الإدارية في الجزائر صاحبة الولاية العامة في مجال الم، ونازعة الإدارية إلا ما أسنده القانون صراحة لغيرها، وهو ما نصت عليه المادة 800 من ذات القانون أي القانون رقم 09/08 - بقولها: "حاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في الم، ونازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى الم، ومؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

انطلاقاً من ذلك، فتختص المحاكم الإدارية في الطعون الم، مقدمة من طرف رؤساء المجالس الشعبية البلدية ضد القرارات الصادرة عن الولاية والقاضية بإثبات، بطلان الم، وداولة أو الرفض على الم، وصادقة عليها، وهو ما تناولته المادة 801 من القانون رقم 09/08، تتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "تختص المحاكم كذلك بالفصل في:

- دعاوى الإلغاء للقرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية
- دعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الم، ومركزة للدولة على مستوى الولاية.

- البلدية والمصالح الإدارية، الأخرى البلدية.....".

4- يجب أن يرفع رئيس المجلس الشعبي البلدي طعنه القضائي في الميعاد المقرر قانوناً: إذا كانت الدعوى في ظل أحكام القانون المدني ترتبط بالحق الذي تحميه فلا ينالها السقوط إلا إذا انقضت المدة المخصصة للقيام والمنصوص عليها قانوناً، فإن الوضع خلاف ذلك بالنسبة للدعوى الإدارية، إذ أنه ضماناً لتأمين استقرار الوضعيات القانونية الناجمة عن القرارات الإدارية، فقد تم تحديد ميعاد محدد لرفع دعوى إلغائها من خلاله حاول المشرع الموازنة بين مصلحتين متناقضتين، فلا يضيق الخناق على الأفراد بميعاد قصير وفي ذات الوقت لا يطيله بحيث تبقى أعمال الإدارة مهددة بالطعن ما قد يؤثر سلباً على سير المرافق العامة⁽¹⁸⁾.

ومن ثمة، فيجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي رفع طعنه القضائي المعلق بإلغاء قرار الوالي الصادر رفضاً للمصادقة أو بطلان المداولة أمام المحكمة الإدارية خلال أربعة أشهر من تاريخ التبليغ أو النشر، وهذا ما قضت به المادة 829 من القانون رقم 08/09 سالف الذكر بقولها: "يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر، تسري من تاريخ التبليغ الشخصي، بنسخه من القرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".

وعلى ذلك، فيبدأ سريان الميعاد القانوني من وقت وصول قرار الوالي برفض المصادقة على المداولة أو إثبات بطلانها إلى علم رئيس المجلس الشعبي البلدي، وذلك لا يكون إلا بعد تبليغه أو إعلانه ببوليتي فتحسب المدة القانونية كاملة، إذ تكون البداية من اليوم الموالي للإعلان وتكون النهاية في اليوم الموالي لسقوط الميعاد مع ضرورة أخذنا بعين الاعتبار حالات امتداد الميعاد القانوني⁽¹⁹⁾.

ولأن مي عا د رفع الدعاوى الإدارية عامة ودعوى الإلغاء خاصة من للظا م العا م، فلا يجوز رفع هذه الدعاوى قبل أوا نها ولا حتى بعد فوا ته، وهذا ما قرره مج لس الدولة الجزائري في قرا راته، إذ قضى بعدم قبول الطن من نا حية الشكل المرفوع من طرف السيد بن دق موس، محمد بلقاسم في القرار الصادر عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة بتاريخ 22 أوت 1998م، تضمن وضع السيد سليمان حميد في حالة ديمومة لدى المجلس الشعبي الولا ئي لولاية المسيلة بسبب رفعه لطنه قبل بداية الميعاد المقرر⁽²⁰⁾.

ومن ثم، فمق توافرت الشروط الشكلية سابقة الذكر، انعقد الاختصاص للقاضي الإداري في للظر في دعوى إلغاء قرار الجهة الوصية، ممثلة في الولا ئي، والرافض للمصادقة على الم «ساو لة أو «مشب لجلانها لينتقل في للبحث عن أوجه الإلغاء، وهي للتي سنتناولها فيما يلي.

- ثانيا: حالات إلغاء قرا رات السلطات الوصية:

مق تحقق القاضي الإداري من توفو الشروط الشكلية سالفه الذكر، انتقل للبحث في أوجه الإلغاء أو كما تعرف بوسائل المشروعية أو وسائل الإبطال، أو كما يدعواها البعض بحالات افتتاح دعوى تجاوز السلطة⁽²¹⁾، وهنا يبحث القاضي في أوجه عدم الم «شروعية القرار المطلق فيه الصادر عن الولا ئي باعتباره سلطة وصية، حيث يستند فيه رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته الطعن إلى عيب أصاب هذا القرار في أي «ركن من أركانه. كما يمكن أن يتأسس على العديد من العيوب التي تصيبه سواء كانت تمس المشروعية الخارجية أو الداخلية. وفي ذات المجال فله يجوز لقاضي المحكمة الإدارية وهون أن يتقيد بمقلمه رئيس الم «جلس الشعبي البلدي من أسباب، أن «يثير أي عيب من تلقاء نفسه إذا ما كان «متعلقا بالظا م العا م حتى ولو لم يثره الخصم.

وتعد أسباب إلغاء القرار الإداري عامة، هي ذاتها الحالات التي «يمكن أن تمس القرار الصادر عن السلطة الوصية والخاص برفضها

للمصادقة على المداولات أو إثبات بطلانها، والمخ، تؤدي به إلى الحكم بإلغائه بسبب عدم مشروعيته، ويمكن تقسيم هذه الوسائل إلى حالات تمس المشروعية الخارجية والأخرى تتعلق بالمشروعية الداخلية، وذلك كما يلي:

1- عدم المشروعية الخارجية لقرار الوصية:

نكون بصدد عدم المشروعية الخارجية إذا ما تواجدنا أمام عيب الاختصاص بحالاته المد، مختلفة أو أمام عيب الشكل والإجراءات، وذلك كما يلي:

أ- عيب عدم الاختصاص:

عادة ما يتدخل المد، مشرع ويوضح لنا الجهة الوصية المد، دخل لها إصدار القرار القاضي برفض المد، مصادقة على المدولة أو إثبات بطلانها، ولذلك يتعين على ذات الجهة الالتزام بحدود اختصاصاتها المد، محددة تشريعا، كما يتعين على الجهات الإدارية، الأخرى الالتزام بهذا التحديد وعدم خروجها عليه أو الاتفاق على تعديله أو التنازل عنه، وإلا كانت تصرفاتها مشوبة بعيب عدم الاختصاص. ولأن هذا الأخير من النظام العام، فيمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ويجوز للقاضي التعرض له من تلقاء نفسه حتى ولو لم يدفع به الطاعن.

وقد وردت عدة تعريفات لعيب عدم الاختصاص فعرفه، الأستاذ لافيرير بقوله: "هو عدم الأهلية الشرعية لسلطة إدارية لاتخاذ القرار، أو إبرام عقد لا يدخل ضمن صلاحياتها"، أما الأستاذ Chapus فقدم لنا تعريفا، مطولا عن هذا العيب بأن قال: "نكون بصدد عدم الاختصاص عندما تتخذ سلطة إدارية ما قرارا أو تمضي عقبا دون أن تكون لها الصفة لفع ل ذلك، أي عندما لا تكون، مؤهلة قانونا

بالتصرف كما فكت، ويمكن أن يكون القرار المـ يتخذ مشروعاً حسب
وجهاً للظـر المـ متعددة، لكنه لم يتم اتخاذه من النـي كان يستطيع
إصداره" (22).

وباستقراء هذه التعريفات يمكن القول بأن عيب عم
الاختصاص يشوب كل تصرف صادر عن الإدارة، حتى ولو كان عقلاً بما
في ذلك الأعمال الإدارية المـ منفردة أو القرارات الإدارية بمخـف
مستوياتها، حتى تلك الصادرة من طرف السلطة الوصية على الجماعات
الإقليمية والقاضية برفض التصديق على مداولات هذه الكيانات أو
إثبات بدطلانها، وفي هذا المجال يمكن تعريف عيب عم الاختصاص
والمقصود في دراستنا هذه بأنه: "صـور قرار يقضي برفض المـ صادقة
على المـ مداولات المجلس الشعبي البلدي الموضحة قانوناً أو المثبت
لطلانها عن هيئة لا ولاية لها بإصداره كونه لا يدخل في اختصاصاتها
سواء من الناحية المـ موضوعية أو الزمنية".

ويأخذ عيب عم الاختصاص النـي يمكن أن يشوب القرار
الصادر برفض المـ صادقة على مداولات المجلس الشعبي البلدي أو إثبات
بدطلانها، الصور التالية:

- عم الاختصاص الجسيم: أو كما يسمى بعيب اغتصاب السلطة
أو الوظائف، ومن حالاته أن يتخذ القرار الإداري سواء من شخص أجنبي
تملما عن سلم الأعوان الإداريين، أو من طرف شخص لم تتخذ الإجراءات
الصحيحة في تعيينه، ومن أمثلة ذلك مثلاً اعتداء أحد الوزراء على
اختصاص الوالي في ممارسته لصلاحياته كسلطة وصاية على أعمال
المجلس الشعبي البلدي مثلاً، وإن كان، وقد إعتبر قضاء الغرفة الإدارية
للمحكمة العليا في الجزائر بمناسبة قضية لعرباس العربي ضد وزير
الداخلية ووالي الجزائر، والتي قضت أن القرارات المـدومة والمشوبة
بعيب اغتصاب السلطة لا يمكن لها أن تخـق أي حقوق، وبالتالي فيمكن

أن ترفع ضدها أي دعوى تجاوز السلطة في أي وقت، دون التمسك بالميعاد المـ ، قرر قانوناً⁽²³⁾.

- عيب علم الاختصاص الموضوعي " المادي": هو الأكثر حدوثاً في الواقع، ويقع عندما تعتدي سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أخرى، ويبرز عموماً في حالتين:

الاعتداء المـ - رؤوس على سلطات الرئيس: إذ عادة يكون القرار الصادر في تلك الظروف باطلاً، فلا يمكن لرئيس الدائرة مثلاً أن يعتدي على اختصاصات الوالي، كأن يصادق على نفقات ولائحة، أو أن يعتدي مدير على صلاحيات الوالي، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الاستثناءات الواردة على علم الاختصاص من حول، إنابة وتفويض.

2- علم احترام الرئيس لسلطات المرؤوس: تعد هذه الحالة أقل وجوداً في الواقع من الأولى، كون أن الرئيس في كثير من الحالات يكون الرئيس السـ لهي للمرؤوس، وهذا ما يعطى له تحت شروط معينة صفة تصحيح، تعديل، أو إنجاز تصرفات هذا الأخير دون ارتكابه المـ ، مخالفة الاختصاص، وينبغي لذلك وجود شرطين أساسيين:

- أن يكون الرئيس حقيقة هو الرئيس السـ للمرؤوس.

- أن يكون الرئيس حقيقة أمام تصرف أو قرار تابع لاختصاص المرؤوس وليس تابع لاختصاص عون آخر⁽²⁴⁾.

وعلى ذلك، فالقاضي الإداري يقضي بإلغاء قرار الهيئة الوصية عند ممارستها لرقابتها على الجماعة الإقليمية متى كان مشوباً بعيب عدم الاختصاص الموضوعي، فقد قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 2000/02/28 في قضية شعبان أحسن ضد والي ولاية تيزي وزو، بإلغاء قرار رئيس الدائرة بني دواله المـ ، مؤرخ في 1993/04/18 بسبب

عدم اختصاص هذا الأخير بإلغاء القرارات الصادرة عن رئيس البلدية لانعقاد هذا الاختصاص للوالي طبقاً للمادة 80 من القانون رقم 08/90 الم.م.هـ، ونظم للبلدية⁽²⁵⁾.

عدم الاختصاص الزمني: في هذه الحالة نجد السلطة الإدارية وبسبب شروط الم.م.ة غير الم.م.ة احتراماً تتصرف وهي ليست «مختصة» أو تتصرف بعد قدانها لاختصاصها، ونكون يصد هذه الحالة:

- 1- عندما تتخذ السلطة الإدارية قرارات سابقة لتعيينها.
- 2- عندما تتخذ الإدارة قراراً بعد انتهاء وظائفها، باستثناء حالة الحول أو الإنابة.
- 3- عندما تعين سلطة إدارية في وظيفة ما، لكن لم يتم تنصيبها في تلك الوظيفة وتقوم باتخاذ قرارات إدارية، ومن أمثلة ذلك: قيام شخص وقبل تنصيبه كوالي برفض الم.م. صادقة على «مداولة» أو إصداره لذات القرار بعد إحالته على التقاعد مثلاً.

عدم الاختصاص الم.م. - كاني يأخذ عدم الاختصاص الم.م. - كاني شكلين هما:

- 1- الحالة التي تمارس فيها السلطة الإدارية وظائفها وهي «متواجدة» في مكان غير الني كان يجب أن تتواجد فيه، وإن كان هذا النوع من عدم الاختصاص نادر الحدوث في الواقع لسببين: أولهما أن السلطات الإدارية عادة ما تمارس وظائفها في المكان العادي الم.م. ممارسة تلك الوظائف، أما السبب الثاني فيتمثل في عدم وجود تنظيم إجباري في هذا الم.م. - مجال.

2- وهي الحالة التي تتخذ فيها السلطات الإدارية قراراً بشأن موضوع يتعلق بقضايا خارجة عن إقليمها، ومثال ذلك اتخاذ رئيس بلدية

لقرار في مجال الضبط الإداري يتعفى بلدية مجاورة لبلدية، أو قيام الوالي بـ
بإثبات بطلان مداولة المجلس الشعبي لبلدية من بلديات الولاية المـ ،
لولايته⁽²⁶⁾ .

ب- عيب مخالفة القرار الوصائي لشكل وإجراءات إصداره: يتحقق عيب
الشكل في القرار الإداري عامة عندما يخالف الإدارة عند إصدارها له القواعد
الإجرائية أو الشكلية التي حدتها القوانين واللوائح المـ ، نظمة لذلك، الأمر الذي يوجب
بطلان هذا القرار ويستوي في ذلك أن تكون المـ ، مخالفة جزئية أو كلية، أو أن تكون
المـ ، مخالفة قد وقعت عمدا أو نتيجة إهمال. وعلى ذلك فإن هذا العيب يصيب القرار
الإداري إذا ما خلف مصدره الإجراءات والأشكال المـ ، وحدة قلوبنا⁽²⁷⁾ .

ومن حالات عيب الشكل إصدار القرار شفاهة في الوقت الذي يتعين
كتابته، أو في عدم الإشارة إلى الضوابط القانونية التي استند إليها القرار أو في الوقت
الذي يتعين تسببه أو في بيان تاريخ إصداره، أما عيب الإجراءات فيتعلق بوجوب إتباع
إجراءات معينة أو وجوب استشارة جهة معينة قبل إصدار القرار أو مراعاة مدة
معينة أو أسلوب التحقيق وضمائنه، أو طريقة التصويت عند إصدار القرار.

وما تجدر الإشارة إليه هنا، أن مخالفة القرار للشكل والإجراءات لا توقع
بطلان القرار الإداري في جميع الأحوال، ما لم ينص القانون على ضرورة إتباع شكل
خاص في إصدار القرار أو كان الشكل الذي تمت مخالفته جوهريا، ويكون كذلك في
الحالات التالية:

1- إذا وصف القانون شكل ما بأنه جوهري، ومبطلان كجزء مـ ، مخالفته.

2- إذا كان هذا الشكل جوهريا بحكم طبيعته، وذلك إذا كان من شأنه
التأثير على مضمون القرار أو إذا كان مقرا لمصلحة المخاطبين بالقرار، أو من شأن
تخلفه الإخلال بضمائناهم اتجاه الإدارة⁽²⁸⁾ .

وبالخطر إلى رقة للتطبيقات القضائية الم ، تعفة بالطن الذي يمكن أن يقدمه ،مئى البلدية اتجاه قرارات السلطة الوصية. وخاصة منها المعيبة بعيب الشكل والإجراءات فيه يجوز من الناحية القانونية المجردة لرئيس المجلس الشعبي البلدي الطن في قرار الوالي القاضي بإثبات جلالن ،مداولة المجلس الشعبي البلدي، إذا لم يكن ،معللاً أو مسبباً، كون أن التسبب من الشكليات الجوهرية للقي تطلتها المادة 60 من القانون رقم 10/11 ، تعنى بالبلدية⁽²⁹⁾ ، وفي حال ما إذا تأكد القاضي الإداري من ذلك، فإنه يقضي ،مباشرة، بإلغاء قرار الوالي.

2: عدم المشروعية الداخلية للقرار الوصائي :

لا تقتصر رقابة القاضي الإداري للقرارات الصادرة من السلطات الإدارية الوصية على الجماعات الإقليمية على المشروعية الخارجية فقط. بل إنها تمتد إلى المشروعية الداخلية.

فقرار الوالي الذي يرفض بمقتضاه التصديق على الم ، مداولة أو إثبات جلالها ، يكون معيباً بعدم المشروعية الداخلية، بسبب عدم مشروعية محتواه، وهنا نكون بصدد عيب المحل، أو بسبب عدم وجود سبب لاتخاذها وهنا نكون أمام عيب السبب، وأخيراً بسبب عدم مشروعية هدفه لتكون أمام عيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة⁽³⁰⁾ ، وهذا ما سيتم للعرض إليه فيما يلي:

أ- عيب المحل في القرار الوصائي:

يقصد بعيب مخالفة القانون عامة، أن ، يخالف محل القرار الإداري إحدى القواعد القانونية سواء الم ، مدونة كالتنصوص الدستورية، أو القوانين العادية، العضوية، التنظيمية أو الأخرى غير الم ، مدونة الم ، مستمدة من العرف والقضاء⁽³¹⁾ ، كما يعد هذا العيب الوسيلة الأكثر أهمية للإلغاء في مواد الطن بتجاوز السلطة، وحق الضمانة الأكثر نجاحاً لمبدأ المشروعية، إذ أنه يسمح بمعاقبة كل ، مخالفة قانونية له⁽³²⁾ ، ويتخذ عيب ، مخالفة القانون ثلاثة صور أساسية: الخطأ في تطبيق القاعدة

القانونية، الخطأ في تفسير القانون، أخيراً المـ مخالفة الصريحة للقانون، وهي الحالة ذاتها الأكثر تمييزاً لعلم المشروعية الداخلية، أو كما تسمى بعلم المشروعية بالنظر إلى محل التصرف أو القرار الإداري. وتجدر الإشارة إلى أن المـ مخالفة المـ مباشرة للقاعدة القانونية عادة ما تغطي في الواقع حالات أكثر تنوعاً، فقد تتمثل في غش القانون، المساس بمقتضيات معاهدة أو مخالفة حجية الشيء المقضي فيه، مخالفة مقتضيات دستورية من طرف نص تنظيمي أو قانوني كما يمكن أن تأخذ شكل مخالفة إيجابية، وخير مثال على ذلك في مجال دراستنا إصدار الوالي لقرار رديث، بطلان مداولة المجلس الشعبي البلدي، طبقاً لنص المادة 60 من القانون رقم 10/11مـ، تتعلق بالبلدية نتيجة حضور رئيسه أو أحد أعضائه، بالرغم من علم تواجدهم في وضعية تعارض مصالحهم مع مصالح البلدية، بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو هؤولهم أو هؤولهم إلى الدرجة الرابعة، ففي هذه الحالة يجوز لرئيس المجلس أن يطعن في قرار الوالي، أمام القضاء الإداري كونه مشوب بعيب مخالفة مباشرة للقانون.

ب- عيب السبب: وقد رقابة القاضي الإداري على سبب القرار الإداري من أهم الضمانات الأساسية لاحترام الإدارة لمبدأ المـ مشروعية في قراراتها الإدارية، كون أن هذه الأخيرة ينبغي أن تستند إلى أسباب صحيحة تبرر اتخاذها⁽³³⁾.

وقد تعددت التعريفات القائلة في عيب السبب، إذ عرفه بونارد Bonnard بأنه: "العنصر الأول للقرار، أي السابقة التي تتقدمه وتثيره وتكون سبب وجوده"، ومن ثمة فإن عيب السبب يبرز إلى الوجود عندما تنعدم تلك السابقة، أو تكون بصد عدم تبرير لوجود القرار الإداري⁽³⁴⁾.

ومن ثمة، فيمكن تعريف عيب السبب في مجال موضوع دراستنا: " بأنه انعدام وجود الحالة الواقعية أو عدم وجود الحالة القانونية التي تدفع السلطة الوصية إلى اتخاذ القرارات الم المتعلقة برفض الم ،صادقة على مداوات المجالس الشعبية، أو إثبات ،بلاغها أو عدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي ي عليها القرار".

وعلى ذلك، ولصحة القرار الصادر عن الوالي ينبغي أن يكون سببه قائماً وموجوداً من تاريخ إصداره، وأن يستند إلى سبب محدد تحديداً دقيقاً، وإلا تعرض هذا القرار للإلغاء.

انطلاقاً مما سبق، فإن القضاء الإداري يقوم برقابة ركن السبب من عمله في القرار الم ،طعون فيه، سواء من حيث وجود الوقائع الم ،أدوية التي تدعي الإدارة قيامها، أو من حيث صحتها أو من حيث تكييفها، كما لوتبين أن الوقائع التي استندت عليها الإدارة غير موجودة أصلاً، أو كانت موجودة ولكنها ليست بالصورة الم ،محددة أو التي كانت موجودة وصحيحة، ولكن تكييفها كان بصورة مخالفة للقانون، وبكى هذه الحالات تستوجب إلغاء القرار الإداري كونه مشوب بعيب السبب⁽³⁵⁾

ج- عيب الانحراف بسلطة إصدار القرار الوصائي: ويتو الانحراف في استعمال السلطة وجها لهم مشروعية القرار الإداري، فإن كان عيب المحل يتركز على مخالفة القرار الإداري للقاعدة القانونية، وعيب السبب على مجموع الوقائع القانونية والواقعية التي تدفع رجل الإدارة إلى إصدار قرار إداري غير الم ،مشروع، فإنه وخلافاً لذلك فإن العيب محل الدراسة يستند على هدف القرار الإداري.

ومن ثمة، يكون يصد د الانحراف بالسلطة، عندما تستعمل السلطة الإدارية سلطاتها لتحقيق هدف أجنبي عن الهدف الذي منحت

من أجله تلك المبطات، هذا العيب وإن كان «فوق مصدر قضائي محض، فقد تبنته بعض الأنظمة القانونية المتعلقة بالرقابة القضائية، كما هو الحال عليه في نص المادة 22 من التعديل الدستوري لسنة 1996 عليه بقولها: "يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة".

ومن التعريفات التي قيبت في عيب الانحراف في استعمال السلطة ما جاء به «الامتازان» «أوبي و دارجو» بقولهما: «هو عيب من «عيوب القرار الإداري، والذي ضارده عندما تستعمل سلطة إدارية ما بإرادتها سلطتها لتحقيق هدف غير الذي منحت لها من أجله تلك السلطات»⁽³⁶⁾.

انطلاقاً من «تعريف التعريفات سابقة الذكر» نكون أمام قرار مشوب بعيب الانحراف في استعمال السلطة، عندما «تصير» الإدارة «هدف تحقيق غاية معينة بعيدة عن المصلحة العامة، سواء لخدمة مصلحة شخصية أو عائلية أو حزبية»⁽³⁷⁾، كما يجب أن «يظوي هذا العيب في القرار ذاته لا في وقائع سابقة عليه أو لاحقة له، وأن يكون مؤثراً في توجيه هذا القرار.

وبالتالي، فعيب الانحراف في استعمال السلطة يقتضي «وجود إرادة مدركة من «مصدر القرار لاستخدام امتيازاته القانونية لتحقيق غاية غير تلك التي «موضحة في القانون من منحه هذه الصلاحيات، كما يقع حينها «بخالف القرار الإداري هدف تحقيق المصلحة العامة، وقد يلغى بالرغم من تحقيقه للمصلحة العامة إذا ما خلف الهدف الم «محدد من طرف الم «مشروع لإصداره.

ولأن العمل الصادر عن الوالي والقاضي برفض الم «صداقة على «مداولات المجلس الشعبي البلدي أو «إثبات «جلائها في طبيعته قرار

إداري، فهو يخضع لهذه القاء مدة إذ ينبغي أن يحقق مصلحة البلدية كوحدة إقليمية، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي فهذا القرار يكون معيباً بعبء الانحراف أو إساءة استعمال المهلطة، ومن ثمة قليلاً للإلغاء إذا استهدف الوالي غرضاً غير الغرض الذي منحت من أجله سلطة الإصدار، ألا وهو تحقيق مصلحة البلدية والحفاظ على مبدأ المشروعية، كأن يصدره تحقيقاً لغرض شخصي أو سياسي مثلاً كتعارض انتماؤه السياسي مع التشكيلة السياسية لأعضاء المجلس الشعبي البلدي.

وتجدر الإشارة أنه، يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي إثبات دعوى تجاوز المهلطة المرفوعة ضد القرار الصادر عن الوالي بكافة طرق الإثبات، وإن كان قد أقر أنه ليس من السهل إثبات هذا العيب وهو ما ترجمته قلة الأحكام القضائية في هذا المجال، إذ عادة ما يواجه المدعي صعوبات عدة تقف دون إثبات إعاءاته بانحراف، يصدر القرار، ومرد ذلك للطبيعة الشخصية التي يتميز بها عيب الانحراف في استعمال المهلطة كونه لا ينسج ضمن دائرة الوقائع الموحدة، وإنما يقع في نطاق البواعث واللوايا، لهذا، يلزم على القاضي الإداري التحديد المبدئي للبواعث والدوافع التي دفعت بمصدر القرار على إصداره، ومن ثم مقابلتها مع الغاية التي يريد المدعي تحقيقها⁽³⁸⁾، وعلى هذا ما جعل العميد هوروي يرى في هذا العيب أي الانحراف في استعمال المهلطة بأنه رقابة لأخلاق الإدارة، أكد منه رقابة لمشروعية القرار الإداري⁽³⁹⁾.

يتبين لنا ما سبق أنه من اتضح للقاضي الإداري أن قرار المهلطة الوصية الممثلة هنا بالوالي والرافض للمصادقة على إحدى مدونات مجلس الشعبي البلدي والموضحة في المادة 57 من القانون رقم 10/11، تتعلق بالبلدية أو المدعي، ثبت لطلانها يشوبه أحد العيوب التي استعرضناها سابقاً في بابها، على

أن يكون للقرار القضائي الصادر بشأنه حجية مطلقة، إذ يسري على الكافة بالظر إلى الطبيعة الم - وضوعية والعينية التي يأخذها قرار الإلغاء كونه، يؤكد حقيقة عدم مشروعية القرار الإداري سواء تعق الأهل أو الغير.

ومن هنا تظهر أهمية الطعن القضائي كوسيلة أقرتها القوانين الم - مظمة للجماعات الإقليمية، خصوصا منها الم - تعلقة بالبلدية في مواجهة قرارات المصلحة باعتبارها من أهم الضمانات الم - مقرر لتفعيل استقلال تلك الجماعات، ومن ثم صيانة حقوق وحريات الأفراد الم - مشروعة.

وإن اتسمت الضمانة بالطابع النظري لكث منه، ممارساتي بالظر إلى اعتبارات عدة، ولها انعدام التطبيق العملي له وذلك لفة وإن لم نقل، ندرة الم - ممارسات القضائية في هذا المجال، إذ نادر ما نجد طعن قضا ئي، مقدم من طرف رئيس البلدية ضد قرار الوالي الوصائي، حيث عادة ما يتطلع الأهل إلى إرضاء الثاني بغض النظر عن بحثه عن التجسيد الفعلي لاستقلالية البلدية. ومرد ذلك لضعفه من خلال سوء إستيعاب أسس العلاقة الموجودة بين المصلحة الوصية والجماعة الإقليمية. والقي، ويفترض أن تنبني على فكرتي الإشراف والتعاون عوض الخضوع والتبعية، وهنا فعلا ما منحها هذه الوسيلة - صفة الشكلية لا غير، ولربما هذا الوضع كان النافع الرئيس وراء تراجع موقف الم - مشرع من آليات تنظيم هذه الضمانة، ففي حين - نجد أن العديد من المظلم القانونية الم - مقارنة تعول كثيرا على الرقابة القضائية، مستغنية بذلك على أساليب الرقابة الوصائية، نرى أن اتجاه الم - مشرع الجزائري يذهب إلى تقليص هذه الضمانة، وهو الم - مستشف من خلال النص على وسيلة أخرى - تعد بالأصل من أهم مظاهر السلطة الرئاسية، والم - تتمثلة في المظلم الإداري وفق نص المادة 61 من قانون البلدية الحالي، وهذا يجد ذاته بعد تراجعها بشأن موقفه من مسألة استقلال هذه الكيانات.

وبالرغم من الطابع اللغوي لهذه الضمانة، تجدر بنا الإشارة أنه يقترب على إلغاء قرار الوالي زوال، كي الآثار الم المتعلقة به، كمحو صفة الجطلان على الم ، مداولة الم ، عينة، ومن ثم فتنحصر سلطة القاضي في إلغاء القرار الإداري إذا ما ثبت لديه عدم مشروعيته، إذ لا يمكنه إعلان الإدارة التدابير الواجب اتخاذها لتنفيذ حكم الإلغاء، ولا أن يحل محلها بعد إلغاء القرار فيتخذ بنفسه القرار الصحيح، ولا أن يعدل القرار المعيب أو يستبدل به قراراً جديداً⁽⁴¹⁾، وفي هذا الإطار ينبغي علينا طرح تساؤل حول: ما إذا كان القاضي الإداري يملك السلطة لتوجيه أمر إلى الإدارة، متمثلة في الوالي بضرورة الم ، صادقة على إحدى مداولات المجلس الشعبي البلدي، والم ، وضحة في المادة 57 من القانون رقم 10/11 ، متعلقة بالبلدية عقب إلغاء لقراره القاضي برفض الم ، صادقة عليها؟.

الإجابة على هذا التساؤل تأخذنا إلى القول بأنه تطبيقاً للمبدأ السائد والقاضي بهم توجيه القاضي لأمر إلى الإدارة أو الحل محلها⁽⁴²⁾، فإنه لم يكن للقاضي الإداري سلطة القيام بذلك ولا أن يحل الحكم القضائي محل القرار الإداري الم ، لمغى، كأن يصح الحكم مثلاً بمثابة قرار تصديق لـ ، مداولة المجلس الشعبي البلدي، وهذا تملما ما كرسه القضاء الإداري الجزائري بعدة قرارات إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات، إذ قضى مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 11 جوان 2001 على أنه: " حيث فعلا فإن القاضي الإداري لا يمكنه أن يقدم أمراً للإدارة، ولا يمكنه إرغامها مثل ما هو الوضع في قضية الحال على تنفيذ القرار القضائي"⁽⁴³⁾، وأكد ذلك في قراره غير المنشور إذ جاء فيه: "وهذا ما هو الم ، مستقر قضاء، ولأن القاضي الإداري ليس من اختصاصاته إلقاء أوامر على الإدارة....."⁽⁴⁴⁾.

في حين يتجه الفقه عكس ذلك، إذ يرى كي من الأستاذين أحمد محيو⁽⁴⁵⁾، و لحسين بن الشيخ آث ملويا⁽⁴⁶⁾ أن المبدأ سالف الذكر-

حظر القاضي من إصدار أوامر للإدارة- ليس على إطلاقه إذ يجوز للقاضي الإداري التعطيل كما لزم الأمر استحداث استثناءات من شأنها أن تعطي للقاضي سلطة إصدار أوامر للإدارة تتضمن القيام بعمل أو امتناع عن عمل عندما يرضى المشرع على ذلك صراحة، كون أن هذا الأمر الصادر من طرف القاضي عبارة عن طلب مقترن بالجزاء المناسب حتى تستجيب الإدارة لتنفيذ ما يطلبه القاضي منها⁽⁴⁷⁾، ونحن وإن كنا نؤيد هذا الرأي فإنا نطمح إلى تميم هذا الحكم ليشمل حتى الأحكام الصادرة بإلغاء قرارات الوالي برفض المصادقة على مداولات المجلس الشعبي البلدي، مع إلزام القاضي المصلحة الوصية بضرورة المصادقة على المداولات، بالنظر إلى أن عدم القيام بذلك من شأنه تعطيل مصالح الوحدة الإقليمية، ومن ثم مصالح أبنائها.

ولعل قولنا هذا نجد تأكيده في المادة 978 من القانون رقم 09/08، تعلى بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي بقولها: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذية معينة تأمر الجهة القضائية الإدارية المطوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء".

وفضلا عن الطعن القضائي كوسيلة منحها القانون إلى الجماعة الإقليمية المواجهة لقرارات المصلحة الوصية فقد أقرت المادة 61 من القانون رقم 10/11، تعلى بالبلدية وسيلة أخرى تتمثل في التظلم الإداري، فالأى على يمكن اعتبار هذا الأخير وسيلة وضمانة لتجسيد الاستقلال المحلي للبلدية في الجزائر؟ هذا ما سيتم للتحقق إليه في ظل المحور الثاني.

المحور الثاني: مدى اعتبار التظلم كضمانة لاستقلال البلدية.

نصت المادة 61 من القانون رقم 10/11 على التظلم الإداري كوسيلة يبد الجماعات الإقليمية في مواجهة قرارات السلطة الوصية، بالإضافة إلى الطعن القضائي بقولها: "يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي وفقا للشروط والأشكال المنصوص عليها قلوفا أن يرفع إما تظلماً إدلرماً أو....."، وإن كان للظلم الإداري يهتر من أهم وسائل تحريك الرقابة الإدارية للقي مآرسها الإدارة على نفسها، فالى أي مدى يهتر ضماناً لتجسيد استقلالية للبلدية؟، قبل الإجابة على هذا التساؤل ينبغي علينا معرفة للظام القانوني للظلم الإداري وفق المادة 61 المذكورة آنفاً، ضوابط صحته، وأخيراً الآثار المآ ترتبة عليه، وذلك كما يلي:

أولاً: للظام القانوني للظلم الإداري وفق المادة 61 من القانون رقم 10/11.

يعد للظلم الإداري طريقاً لفض المآ نازعات الإدارية بالطرق الودية، وحل الكثير من المشاكل في مهدها، مما يؤدي إلى التقليل من عدد القضايا المعروضة على القضاء⁽⁴⁸⁾، وتجدر الإشارة أن تقرير المآ مشرع لهذه الوسيلة في ظل المادة 61 من القانون رقم 10/11 مآ تعنى بالبلدية، لربما راجع لعدم الفعالية العملية للطن القضائي، إذ نادراً ما يتقدم رئيس المجلس الشعبي البلدي بطعن قضائي ضد قرار الوالي القاضي برفض المآ صادقة على المآ مداولة مجلس الشعبي البلدي أو إثبات بطاها، خاصة في ظل سوء استيعاب حقيقة العلاقة الموجودة بين السلطة الوصية والوحدة الإقليمية، وهو ما يهطي هذه الوسيلة شكل التماس، يقدمه رئيس المجلس الشعبي البلدي إلى الوالي قصد إلغاء قراره، بالرغم من منعكساته السلبية على عنصر استقلالية البلدية.

وقبل التطرق إلى آثار التظلم ينبغي علينا التعرض للمضموم الدقيق له، وأهميته وذلك كما يلي:

1- المقصود بالتظلم الإداري من قرار الوالي: تعددت التعريفات التي قيلت في التظلم الإداري عامة، فقد عرفه عاطف محمود البنا بأنه: "هو التظلم الذي يقمنه صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الجهة الرئاسية طالبا تعديله أو سحبه"⁽⁴⁹⁾.

لما أحمد محبو فتناوله على أنه: "إجراء من الإجراءات غير القضائية التي يهدف إلى حل النزاعات بدون تدخل القاضي إلا في حالة الفشل فالإجراءات القضائية تدخل في الميكان"⁽⁵⁰⁾.

فحق و إن كان يستفاد مما سبق، أن التعريفين سابقين ومتقاربان في معناهما، كونها تدور حول فكرة واحدة تقتضي أن للتظلم الإداري في عمومته، يقدم إلى مصدر القرار نفسه أو المصلحة الرئاسية بغية استصدار قرار لكثير اتفاقا مع القانون، فإنها غير ف التظلم الإداري وفق ما تضمنته المادة 61 من القانون رقم 10/11 المتعلقة بالبلدية بأنه: "وسيلة كفلتها المادة 61 من القانون 10/11 ليس المجلس الشعبي البلدي، بل مواجهة قرار الوالي القاضي برفض المصادقة على مداولة المجلس الشعبي البلدي، أو إثبات جلالها، لتمس منه إلغاؤه أو تعديله أو سحبه، خلال المداولة وإعادة القانونية المصدرة".

2- أهمية التظلم الإداري: رغم أن إقرار التظلم الإداري ضد قرار الوالي من شأنه أن يؤثر سلبا على نطاق استقلالية البلدية في الجزائر، إلا أن ذلك لا يمنعنا من ذكر مجموعة من الفوائد الإدارية البحتة سواء بالنسبة للبلدية أو بالنسبة للقضاء، وذلك كما يلي:

أ- يتيح التظلم الإداري للوالي باعباره إدارة وصية الفوصة حتى يصحح قراره، القاضي بإثبات جلال المداولة أو رفض المصادقة عليها، مما

قد يجنبه صهور ال حكم القضائي بالإلغاء، وهو ما يترك انطباعات سيئة لى الرأي العام في الدولة التي يرتفع فيها مستوى الوعي العام.

ب- من حيث الأصل العام للتظلم الإداري أهمية على صعيد القضاء، إذ من شأنه حسم الم ، نازعة الإدارية في مهدها، من خلال تلقي جهة الإدارة العامة الم ، عينة للتظلمات الإدارية والفصل فيها إبتداءً أن ، يقل من عدد الدعاوي الإدارية والظنون القضائية، وهذا يخفف العبء على كاهل القضاء ويحقق العدالة من أقرب طريق⁽⁵¹⁾.

ج- من الناحية العملية فإن التظلم الإداري من شأنه أن يحقق نفس الفائدة التي يحققها الطعن القضائي للبلدية - وإن كان هذا الأخير يعد من الضمانات الهامة لتفعيل مبدأ الاستقلالية- فيما لو استجاب الوالي لطب رئيس المجلس الشعبي البلدي بإلغاء القرار الوصائي، وبالتالي فإنه يجب البلدية إجراءات التقاضي الم ، عقدة والطويلة التي من شأنها أن تعطى عمليات التسمية على مستوى البلدية، كما أن التظلم يعد من الإجراءات الم سرية والسهولة التي لا تتطلب شكليات ، معينة، ولا موضوعية . كما هو الحال في الظنون القضائية، فضلاً عن أنه لا يكلف نفقات مالية باهضة.

د- يخفى للظلم نوعاً من المفاهيم والانسجام بين الإدارة "المسلطة الوصية" وذوي الشأن الم ، تمثلة في هذه الحالة في البلدية بعيداً عن مساحات القضاء.

هـ- من شأن اللجوء للتظلم تقليل فرص الصدام بين المسلمطة الوصية ممثلة في الوالي وبين البلدية كجماعة إقليمية، ومن ثم إظهار المسلمطة الوصية في حالة قبولها للظلم بمظهر من يحترم القانون ويعمل

أحكامه، الأمر يؤدي إلى مزيد من التعاون بين الوالي كسلطة وصية وبين البلدية كوحدة محلية، مما يحقق المصلحة العامة.

ورغم الأهمية التي يمثها للظلم الإداري وسابق ذكرها، إلا أن ما يعاب عليه أن الجهة الإدارية الم تقدم إليها للظلم والم تتمثلة هنا في سلطة الوالي تتمتع بسلطات تقديرية واسعة في للظر أو البث فيه سواء بالنسبة لرقابة الم مشروعية أو رقابة ملاءمة، فضلا عن عدم توافر اعتبارات الحياد والنزاهة أحيانا، وخصوصا أن الوالي في هذا الوضع سيكون خصما وحكما ما في ذات النزاع، مما قد يخلق عدم الاطمئنان إلى موضوعية وحيدة الجهة الوصية⁽⁵²⁾، وهنا ما يتعارض مع فكرة استقلالية البلدية، ويجعل للظلم الإداري عبارة عن نظام دخيل على نظرية الجماعات الإقليمية.

انطلاقا مما سبق ذكره من أهمية للظلم الإداري وحق عيوبه، ينبغي علينا وفي ظل دراستنا للنظام القانوني للظلم كوسيلة ذكرتها المادة 61 من القانون رقم 10/11، تتعلق بالبلدية ومختها لرئيس المجلس الشعبي البلدي قصد مواجهة قرار الوالي، طرح تساؤل عن مدى إلزاميته في اللجوء إلى هذه الوسيلة؟.

إجابتنا على هذا الطرح تفرض القول أنه، وبالتدقيق في نص المادة 61 من القانون رقم 10/11، تتعلق بالبلدية، نجد أن الم وشرع الجزائري أشار إلى للظلم الاختياري دون التظلم الوجوبي ليس كشرط لقبول دعوى إلغاء قرار الوالي، وإنما كوسيلة قائمة بناتها في مواجهة قرارات السلطة الوصائية، وتستند في وصولنا إلى هذه النتيجة كون أن الم وشرع في ذات المادة استعملها بكلمة "يمكن.... أن يرفع.... إما تظلم إداريا أو دعوى قضائية...."، وهي عبارات قيد معنى للتحجير لا الالتزام والوجوب، وهو ما يستفاد منه أن رئيس الم مجلس الشعبي البلدي باعتباره الشخص المعني بهذا للظلم يكون متمتع بحرية كبيرة بصدده، فمن جهة بإمكانه الإقدام

على تحريك هنا للظلم أمام الوالي، مصدر القرار أو على العكس الإحجام عن تحريكه أمامه والجوء مباشرة إلى القضاء طالبا إليه إلغاء قرار الوالي.

ومن ثمة، فمق قام رئيس المجلس الشعبي البلدي بتقديم تظلمه إلى الوالي خلال المدة المدة المدة قانونا بأربع أشهر من تاريخ تبليغه بالقرار⁽⁵³⁾، فإن هذا الأخير بإمكانه الرد عليه خلال مدة شهرين من تبليغ الظلم. ويسفيد رئيس المجلس الشعبي من أجل شهرين لتقديم تظلمه القضائي والذي يسري حسب الحالة ابتداء من تاريخ انتهاء أجل الشهرين المدة، قرر للرد من طرف الإدارة- في حالة سكوت الجهة الإدارية (الوالي)، والذي يعد بمثابة قرار بالرفض أو من تاريخ تبليغه بالرفض في حالة قيام الجهة الإدارية بالرد عليه.

-ثانيا: ضوابط صحة التظلم ضد قرار الوالي الوصائي.

حق، ينتج للظلم الإداري نتائج القانونية، فإن هناك مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية ينبغي توافرها في التظلم، وهو ما سنتعرض له فيما يلي:

أ- الشروط الشكلية لصحة التظلم الإداري المرفوع من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي ضد قرار الوالي الوصائي.

هي مجموع القواعد الإجرائية والشروط الشكلية التي يتعين مراعاتها بصدد تقديم التظلم الإداري⁽⁵⁴⁾، سواء بالنسبة لمن يقدم التظلم، أو بالنسبة لمن يتفاه ويقم إليه، أو من حيث ميعاد تقديمه، وأخيرا أن يكون محله قرارا إداريا نهائيا، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

1- أن يقدم التظلم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي: حق، يعتد بالتظلم كوسيلة لمواجهة قرارات السلطة الوصية في هذه الحالة ينبغي أن يقدم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره الممثل

القانوني للبلدية، وهذا ما نصت عليه المادة 61 من القانون رقم 10/11 الم ، تعق بالبلدية بقولها: " يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي وفقا للشروط والأشكال الم ، هصوص عليها قانونا....".

2- أن يتم تقديم اللطم الإداري إلى الجهة للإرية الم ، اختصاصه: ، يقدم اللطم الإداري عامة إلى الجهة الإدارية ، مصدرة القرار، أو الجهة الرئاسية لها التي يكون لديها الحق في التعقيب رئاسيا على الجهة ، مصدرة القرار. ومن ثمة فينبغي إذن لرئيس المجلس الشعبي البلدي حتى يكون تظمه صحيحا ومنتهجا لأثوه أن ، يقدمه إلى الوالي باعتباره ، مصدر القرار. وفي هذا المجال ، يجدر بنا ، طح التساؤل التالي: هل يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي أو من ، يمثله قانونا أن يرفع تظمه لشخص آخر غير الوالي؟.

باستقراءنا للمادة 61 سالف ذكرها، نجد أن الم شرع الجزائري قد نظم هذه الوسيلة بصفة العموم بحيث لم ، يجد لنا الجهة التي يقدم إليها هذا التظلم، وهو الم ، يستف من عبارة ".... أن يرفع إما تظلمًا إداريًا.."، غير أنه وبرجوعنا إلى المادة 830 من القانون رقم 09/08، تتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نظمت مواعيد التظلم الإداري نجد أنها نصت على التظلم الولائي، ما يدفعنا إلى القول أن الم ، شرع كان واضحا بأن أعطى إمكانية تقديم ذلك للظلم إلى الوالي باعتباره ، مصدر القرار، بالرغم من أن الفقه الم ، قارن كان قد أجمع على أن التظلم الني ، يترج أثره ينبغي توجيهه إلى الجهة الإدارية ، مصدرة القرار أو حق الجهة الرئاسية لها⁽⁵⁵⁾.

3- تقديم اللطم خلال ميعاد الطعن من الم ، قرر تشريعا وقضاء أنه يتعين على ذوي الشأن تقديم تظلماتهم من القرارات الإدارية المعنية

خلال المعاد القانوني المـ ، وحدد، وعلى ذلك فيجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي تقديم تظلمه الإداري ضد قرار الوالي خلال المـ مدة المـ ، ووضحة في المادة 830 من القانون رقم 09/08 ، وتعفى بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي ذاتها المـ مدة المـ ، مقررة لرفع دعوى الإلغاء، ومقدرة بـ 04 أشهر، فقد نصت المادة سالفة الذكر على أنه: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية، بصدره القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829".

وبالرجوع إلى المادة 829 من نفس القانون، نجد أنها قد حددت أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي، وبسخته من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ شهره إذا كان تنظيمياً، وللجهة الإدارية المـ ، وتظلم أمامها "الوالي" مدة شهرين للرد عليه، على أن يعد سكوتها خلال هذه المـ مدة بمثابة قرارا بالرفض.

4- أن يكون محل التظلم قرار الوالي القاضي برفض المـ ، صادقة على مداولة المجلس الشعبي البلدي أو إثبات، «بطلانها»: حق «يقبل تظلم رئيس المجلس الشعبي البلدي، ينبغي أن يصب على قرار الوالي القاضي برفض المـ ، صادقة على «مداولات المجلس الشعبي البلدي، أو القرار الني «يثبت «بطلانها، وهو ما اشترطته المادة 61 من القانون رقم 10/11 صراحة، بقولها: ".... ضد قرار الوالي الني «يثبت «بطلان أو رفض المـ ، صادقة على «مداولة".

ب- الشروط الموضوعية للتظلم الإداري ضد قرار الوالي.

فضلا عن الشروط الشكلية، فإنه ثمة شروط موضوعية أخرى ينبغي توافرها في التظلم الإداري وهو ما سنتعرض إليه فيما يلي:

1- أن يكون التظلم الإداري ضد قرار الوالي الصادر برفض المصادقة على مداولة المجلس الشعبي البلدي أو إثبات بطلانها: بصفة عامة لم يجد المشرع طريقاً معيناً أو قيماً شكلياً لتقديم التظلم، إذ يجوز أن يكون في صورة شكوى أو إقرار رسمي على يد محضر⁽⁵⁶⁾. ولكن رغم ذلك فيتعين أن يكون للتظلم الإداري ضد قرار الوالي والمقدم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي قاطعاً ومحدداً في معناه. ومن ثمة فإذا جاءت عبارته دون تحديد لقرار معين أو لطلبات الطعن من إلغاء أو سحب أو تعديل، فإن هذا التظلم لا يعتد به إذ ينبغي أن يشير هذا التظلم وبشكل قاطع إلى محل القرار المظلم فيوماً وتمك في قرار الوالي القاضي برفض المصادقة على مداولة المجلس الشعبي البلدي، أو إثبات بطلانها.

2- أن يكون التظلم الإداري مجدداً: حق يكون التظلم الإداري المقدم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي مجدداً، لا بد أن يكون بمقدور المصلحة الوصية ممثلة في الوالي للتصرف في القرار الإداري الصادر من طرفه، بحيث يكون مستعد لدراسة التظلم سواء بالتعديل، السحب، أو الإلغاء من الناحية القانونية، ومن ثم فإذا استحال على الوالي باعتباره مصدر القرار المظلم منه إعادة النظر في موضوع القرار المظلم منه والمتمتع برفض المصادقة على مداوات المجلس الشعبي البلدي، أو إثبات بطلانها، والبحث في مدى مشروعيتها أو بطلانها لأي سبب كان، فإن التظلم الإداري يبدو في هذه الحالة غير مجد ولا مجال للبحث فيه أصلاً، وبالتالي لا يكون من المستطاع ترتيب نتائج قانونية للناجمة عنه وفي هذه الحالة يستطيع رئيس المجلس الشعبي البلدي اللجوء مباشرة إلى المحكمة الإدارية⁽⁵⁷⁾.

- ثالثاً: الآثار القانونية المترتبة على تقديم التظلم الإداري ضد القرار

الوالي الوصائي:

تتعدد الآثار القانونية الم ، ترتبة على تقديم اللعلم الإداري من طرف رئيس الم . مجلس الشعبي البلدي إلى الوالي ضمن الميعاد القانوني الم ، حدد له يتمي فيما يلي:

1- آثار الم ، ترتبة عن قول الظلم الم ، قدم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي:

فبعد قول اللعلم الم . رفع من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي ضد قرار للوالي من طرف هذا الأخير بمثابة تسليم منه بطبات الم . ظلم و اعترافا منه بالخطأ. ومن ثم فعادة ما تنصرف إرادته إلى تعديل القرار الصادر من طرفه أو إلى سحبه، وهو ما سوضحه فيما يلي:

- تعديل القرار الوصائي: وهي الحالة التي يفترض فيها أن يستجيب الوالي للظلم المرفوع من طرف رئيس الم . مجلس الشعبي البلدي استجابة جزئية⁽⁵⁸⁾، بمقتضاها يقوم بتعديل قراره الم ، تضمن رفض، مصادقته على، مداولات المجلس الشعبي البلدي أو إثبات جلالها خلال أجل شهرين.

وتجدر الإشارة إلى أن السلطة الوالي التي يمتلكها في تعديل القرار الم . ظلم منه لا يقصر فقط على البحث عن الأسباب الم ، متعلقة بالم . مشوعية، إذ يمكنه تعديل ذات القرار لأسباب تتعلق بمص . ملائمة للظروف التي صير فيها.

ومن ثمة، فإن الوالي وعند قيامه بتعديل القرار الم . ظلم منه يمكن أن يقي عليه ويستبدل أسبابه بأسباب أخرى جديدة، على أنه لا يمكن بأي حال أن يضرب تعديله على التصديق على جزء من مداولة المجلس الشعبي البلدي أو إثبات البعض منها فقط، كون أن ذلك يعد تعديلا لقرار البلدية كجماعة إقليمية، وهو ما يعد مساسا باستقلال هذه الأخيرة.

سحب القرار: يعتبر السحب بمثابة إجراء إداري يصدره، مصدر القرار أو السلطة الرئاسية لها لأسباب، متعلقة بالم . مشوعية أو لأسباب، متعلقة بالم . ملائمة، ومن ثم فعلى العكس من التعديل فإن سحب القرار يعد استجابة كلية

لمطالبات المظلم بسبب مخالفته لمبدأ المشروعية، إذ يؤدي إلى إنهاء هذا القرار بآثر رجعي اعتباراً من تاريخ صدوره من طرف الجهة التي تملك حق السحب.

انطلاقاً مما سبق، فإجراء السحب يتيح للوالي باعتباره مصدر القرار خلال الأجل المتاح له والمقدر بشهرين الفضية للتراجع عن أخطائه التي وقع فيها، وذلك بإزالة الآثار المترتبة عن قراراته الراضية للتصديق على مداولة المجلس الشعبي البلدي أو المبنية لإلغائها، إذ يستطيع سحب قراره دون الاستناد إلى الأسباب التي قدمها رئيس المجلس الشعبي بالاعتماد على أسباب أخرى تتعلق بالمشروعية مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مدة القلونية للطعن بالإلغاء⁽⁵⁹⁾.

رفض الوالي للظلم المقدم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي ضد قراره.

قد يجد الوالي موقفه من الظلم المقدم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي ضد قرارات رفض المصادقة على مداولاته أو إثبات جلالها سلباً، سواء بالرفض الصريح أو بالرفض الضمني له، وفي هذا المقام سنقوم بالفرقة بين هاذين الفرضيين، محاولين إبراز النتائج المترتبة على كلا النوعين من الرفض وذلك كما يلي:

رفض الوالي الصريح للظلم المقدم إليه: يقصد بالرفض الصريح من جهة الإدارة أن يكشف الوالي عن رأيه بما لا يحتمل جدلاً عن وجه صريح⁽⁶⁰⁾، وإذا جاء رد الوالي على الظلم بالرفض خلال الميعاد المحدد وقلي رفع دعوى الإلغاء، فهنا ينتهي سبب قطع ميعاد الطعن بالإلغاء، وتبدأ مدة هذا الطعن من جديد ويكون لرئيس المجلس الشعبي البلدي رفع الدعوى خلال مدة شهرين من تاريخ وصول الرد إليه برفض للظلم.

- علم إجابة الوالي على الظلم المقدم إليها: إن كان الملك يجب أن يكون رفض الإدارة للظلم صريحاً وموضوعياً حتى يساهم في تصبير المظلم به لحقيقة موقفه، فإن الإدارة قد لا تجيب على التظلم وهذا ما

دفع بالقضاء الإداري، إلى اعتبار سكوتته بمثابة رفض للتعلم الم تقدم إليه، وهو ما جسده الم وشرع الجزائري في ظل المادة 830 من القانون رقم 09/08، وتعنى بالإجراءات المدنية والإدارية بقولها: ".... يعد سكوت الجهة الإدارية الم تعلم أمامها عن الرد، خلال شهرين بمثابة قرار بالرفض. ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التعلم".

ومن ثمة، فرئيس المجلس الشعبي البلدي يستفيد من أجل شهرين لتقديم طعنه القضائي ضد قرار الوالي القاضي برفض الم صادقة على مداولة المجلس الشعبي البلدي أو الم ثبت لبطانها وذلك من تاريخ انتهاء أجل الشهرين دون أن يبيد الوالي أي رد اتجاه تعلمه.

انطلاقاً مما سبق، فحتى وإن كان للتعلم الإداري بصفة عامة طريقاً لفض الم نزاعات الإدارية بالطرق الودية و وسيلة لحل الكثير من المشاكل في مهدها، مما يؤدي إلى تخفيف العبء عن القضاء وبخاصة مع اتساع مجال الم نزاعات التي ينظرها القضاء الإداري في الوقت الراهن⁽⁶¹⁾، فإن السؤال الذي يطرح يتمحور حول: نطاق اعتبار التعلم الإداري المخصوص عليه في المادة 61 من القانون رقم 10/11، وتعنى بالبلدية ضماناً هلما لتجسيد الاستقلالية؟ أو بالأحرى هل يمكن اعتبار التعلم الوارد في المادة 61 سالفه المنكر ضماناً تساعد على تكريس حرية البلدية، أم أنه لا يهوا إلا أن يكون وسيلة طغى لا غير؟.

الإجابة على هذا التساؤل تدفع بنا إلى القول أنه، وإن كان للتعلم الإداري يعد من أحد أهم صيغ الضوابط الشرعية والضمانات القانونية، كونه الوسيلة التي منحها الم وشرع لذوي الشأن للاعتراض على قرارات الإدارة المعيبة التي تمس مصالحهم المشروعة، وتقتص من حقوقهم الم . كسبة أو تؤثر في مراكزهم القانونية، ولكن على الرغم من ذلك يمكن القول أنه لم يجب بتقريره لهذه الوسيلة، إذ بذلك يكون قد

خطى خطوة إلى الوراء في مجال تحديد حجم ونطاق استقلالية البلدية، بحيث أن للظلم الإداري يعد نظلما قريبا من المركزية الإدارية لكثوره من اللامركزية الإدارية، فالعلاقة التي ينبغي أن تربط بين الجماعات الإقليمية بالسلطة الوصية يجب أن تكون قائمة على فكرة التعاون والتنسيق والإشراف، وهذا ما يتناقض مع مبادئ للظلم الإداري، وفضلا على ذلك فإن إرساء للظلم من شأنها تكريس فكرة تبعية البلدية، ممثلة في رئيسها للسلطة الوصية، ممثلة في الوالي، وهذا من شأنه أن يعمق الولاء الموجود من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي للسلطة الوصية، أكثر من ولاءه لانتمائه للوحدة المحلية، هذا من ناحية.

من ناحية أخرى، فإن للظلم الإداري من شأنه أن يهتز وسيلة وطن لا غير، أكثر من أن يكون ضمانا لتفعيل مبدأ الاستقلالية، من خلال آليات رقابة الوالي على قراراه؛ ومن ثم فهو ينظر من خلاله لمداولات المجلس الشعبي البلدي، إذ وفضلا عن رقبته لمشروعيته فهو يتطرق لملاءمته خلافا للوطن القضائي الذي يقتصر فقط على عنصر المشروعية دون الملاءمة.

وعلى ذلك، فإن المشرع الجزائري وبتقريره للظلم الإداري في المادة المذكورة آنفا، كملوب وشكوى ضد قرار الوالي، حتى وإن أحسن بأن جعله اختياري، فقد جعل كذلك من مفهوم الرقابة على البلدية باعتبارها جماعة إقليمية قاعدية تأخذ بها آخر غير ذلك، متعارف عليه فقها، والقائم أساسا على فكريتي الإشراف والتعاون، لتبرز وكأنها مظهر من مظاهر السلطة الرئاسية ما يجعل البلدية تنتقل من اللطاق اللامركزي إلى اللطاق المركزي، وهو ما يدفعنا للسؤال فعلا عن مستقلى استقلالية البلدية في الجزائر؟

-الخاتمة:

معلوم أن استقلالية البلدية في الجزائر التي وإن كانت تتسم بالبساطة في ظل الأمر 24/67 محل والم تتم لصرامة الرقابة، فإنها تعد مكتسبا من مكتسبات أول قانون نظم البلدية في التعددية السياسية أي القانون 08/90 وجد الم، شرع تراجع عن موقفه ذلك من خلال القانون 10/11 بأن ضيق من حجم حرية البلدية سواء بتشديده للرقابة، أو من خلال للتقليص من ضمانات تجسيده وهو الواضح من خلال المادة 61 سالفه الذكر والتي كانت محل هذه الدراسة التي استخلصنا منها مجموعة من النتائج ونقدم فيها مجموعة من الاقتراحات:

فمن النتائج الم، استخلصة نذكر: أن الم، شرع الجزائري في ظل القانون 10/11 وإن كان قد أقر الطعن القضائي ضد قرار الوالي الوصائي كضمانة لتفعيل استقلاليتهما، إلا أنه قطن من نطاق استعماله بأن أعطى حق رفعه فقط لرئيس المجلس الشعبي البلدي بعدما كان مقمرا له وكي من له مصلحة في ذلك في ظل القوانين سابقة المنظمة للبلدية.

الطعن القضائي وإن كان من أهم الضمانات الم، مقرررة لحماية استقلالية البلدية إلا أنها تبقى ضمانة شكلية ونظرية فقط لقللة استعماله عمليا، ما جعل الم، شرع يتجه إلى إقرار وسيلة أخرى، ممثلة في التظلم الإداري.

- بإقرار المادة 61 لتظلم الإداري فإن إرادة الم، شرع تتجه إلى نقل البلدية من النطاق للامركزي إلى النطاق المركزي.

لما عن الاقتراحات الم، مقدمة فتتمثل في:- ضرورة إيجاد سبل تفعيل اللجوء إلى الطعن القضائي كضمانة لتجسيد استقلالية البلدية، مع تبسيط إجراءات اللجوء إليه.

-إن كنا نقر فعلا بحقيقة التظلم الإداري كوسيلة أقرتها المادة 61 من القانون 10/11 ،إلا أنه ينبغي تكريس استعماله على نطاق ضيق حفاظا على استقلالية البلدية.

-ضرورة إيجاد آليات قصد تنفيذ أحكام القضاء القاضية بإلغاء قرارات الوالي الراضة لتصديق على المداولات والمثبت لبطاقتها.

- إلزامية الاعتماد على مبدأ التخصص أثناء تكوين القضاة في المجال الإداري.

الهوامش:

¹ نصت المادة 56 من قانون البلدية الحالي: "على أنه: "مع مراعاة أحكام المواد 57 و59 و60 أدناه، تصبح مداولات المجلس الشعبي البلدي قابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد واحد وعشرين يوما(21) من تاريخ إيداعها بالولاية".

² نصت المادة 57 من قانون البلدية الحالي: "لا تنفذ إلا بعد المصادقة عليها من الوالي، المداولات المتضمنة ما يأتي:
-الميزانيات والحسابات.

-قبول الهبات والوصايا الأجنبية.

-اتفاقيات التوأمة.

-التنازل عن الأملاك العقارية البلدية".

³ نصت المادة 60 من قانون البلدية الحالي: لا يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أي عضو من المجلس في وضعية تعارض مصالحه مع مصالح البلدية، بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة أو كوكلاء حضور مداولة التي تعالج هذا الموضوع وإلا تعد هذه المداولة باطلة. يثبت بطلان هذه المداولة بقرار معلل من الوالي.

يلزم كل عضو مجلس شعبي بلدي يكون في وضعية تعارض مصالح بالتصريح بذلك لرئيس المجلس الشعبي البلدي.

في حالة ما يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي في وضعية تعارض متعلقة به ،يجب عليه إعلان ذلك للمجلس الشعبي البلدي".

- 4- الأمر رقم 24/67 المعدل والمتمم، المؤرخ في 07 شوال 1386هـ، الموافق لـ08 جانفي 1967 ، المتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد06، بتاريخ 08/01/1967، ص.90
- 5- القانون رقم 08/90 ، المؤرخ في 12 رمضان 1410هـ، الموافق لـ07 أفريل 1990، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد15، بتاريخ11/04/1990، ص.115
- 6- القانون رقم 10/11 ، مؤرخ في 20 رجب عام 1432 هـ الموافق لـ22 يونيو 2011م، و يتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد37، بتاريخ 03 يوليو 2011 ، ص. 12.
- 7- تقصد بقرارات الوالي الوصائية في هذه الدراسة القرارات الصادرة عن الوالي الراضية للتصديق على مداوات المجالس الشعبي البلدية والمثبتة لبطلانها.
- 8- مباركة بدري، الجانب الاجرائي للنظام التأديبي في الوظيفة العامة، أطروحة الدكتوراه، تخصص قانون عام، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2010. 2011، ص.418.
- 9- بدري مباركة، المرجع السابق، ص.420.
- 10- نجية عراب ثاني، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة كضمانة لحماية الحقوق والحريات العامة، مجلة العلوم القانونية الإدارية، العدد04 ، كلية الحقوق بسيدي بلعباس، مكتبة الرشد، الجزائر، 2008، ص.144 وما يليها.
- 11- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية " شروط قبول الدعوى الإدارية"، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص.05.
- 12- مباركة بدري، المرجع السابق، ص.422.
- 13- القانون رقم 09/08 ، المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ، الموافق لـ25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21 بتاريخ 23 أفريل 2008، ص.04.
- 14- قولها: "يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي وفقا للشروط و الأشكال المصوص عليها قانونا أن يرفع إما تظلمًا إداريًا أو دعوى قضائية".
- 15- نصت هذه المادة على أنه: يجوز للمجلس الشعبي البلدي أن يطعن لدى المحكمة المختصة في قرار الوالي القاضي ببطلان المداولة أو المعلن عن إبطالها أو رفض المصادقة عليها وفقا للشروط و الاشكال الجاري العمل بها.

- ¹⁶⁻ نصت المادة 106 على أنه: "يجوز للمجلس الشعبي البلدي و لكل شخص آخر يعنيه الأمر أن يطعن في قرار عامل العمالة وفقا للانظمة النافذة".
- ¹⁷⁻ المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 26 رجب 1417هـ، الموافق لـ 07 ديسمبر 1996، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، بتاريخ 1996/12/08، ص 10.
- ¹⁸⁻ بدري مباركة، المرجع السابق ص 423: مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 577.
- ¹⁹⁻ محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2009، ص 423.
- ²⁰⁻ قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الأولى (قرار غير منشور، فهرس 294) الصادر بتاريخ 1999/04/19، قضية بن قموس، محمد بلقاسم ضد وزير الداخلية، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، ص 121 وما يلها.
- ²¹⁻ لحسين بن شيخ آث ملويا، دوس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 25.
- ²²⁻ هذا التعريف ورد في: لحسين بن شيخ آث ملويا، دوس في المنازعات الإدارية "وسائل المشروعية"، المرجع السابق، ص 68.
- ²³⁻ قضية السيد لعرباس العربي ضد وزير الداخلية ووالي ولاية الجزائر، إذ رفع الم دعي السيد لعرباس تظلمًا إداريًا في سنة 1967، ثم رفع دعويين الأولى في 05 ماي 1976، والثانية في 07 يوليو 1976، أي بعد مرور ما يزيد عن تسع سنوات من تقديم التظلم الم سبق، بالرغم من الدفع الذي تقدمت به الإدارة والم تمثلي في عدم احترام شرط الميعاد، فقد فصلت الغرفة الإدارية لصالح الم دعي كونها اعتبرت القرار محل النزاع منعلمًا مقتبس عن لحسين الشيخ آث ملويا، الم منتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 209.
- ²⁴⁻ لحسين بن الشيخ آث ملويا، دوس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 85.
- ²⁵⁻ تعود وقائع هذه القضية إلى استفادة السيد شعبان من مهلي ذي استعمال تجاري ببلدية بني نواله بموجب قرار صادر بتاريخ 13 مارس 1993 عن رئيس ذات البلدية، وعلى إثر استقالة هذا الأخير من منصبه أصغر رئيس الدائرة قرلوا بأجل

بموجبه «مقرر رئيس البلدية السابق ذكره، رفع السيد شعبان على إثر ذلك دعوى إدارية أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، قصد إبطال «مقرر رئيس الدائرة» المؤرخ «نحوه بتاريخ 1995/10/23 ويستأنف القرار أمام مجلس الدولة بتاريخ 1998/03/16 الذي قضى بإبطال قرار رئيس الدائرة على اعتبار أنه صادر عن سلطة إدارية ليس لدها الاختصاص لإلغاء» مقرر رئيس البلدية، ومن جهة أخرى أنه تصرف بدون تفويض بالإضفاء من طرف الوالي، وللمزيد من الشرح، يرجى الرجوع إلى: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 223.

²⁶⁻ لحسين بن الشيخ آث ملويا، «دوس في الم» ، نازعات الإدارية، المرجع السابق ص 72.

²⁷⁻ بدري مباركة، المرجع السابق، ص 426.

²⁸⁻ مباركة بدري المرجع السابق ص 247 : لحسين بن الشيخ آث ملويا، «دوس في الم» ، نازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 128.

²⁹⁻ إذ تنص المادة 60/60/02 من القانون رقم 10/11 الم، «تعلى بالبلدية على أنه ..يثبت» بطلان هذه الم «د» اولة بقرار معلى من الوالي".

³⁰⁻ لحسين بن الشيخ آث ملويا، «دوس في الم» ، نازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 21.

³¹⁻ مباركة بدري، المرجع السابق، ص 428.

³²⁻ لحسين بن الشيخ آث ملويا، «دوس في الم» ، نازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 213.

³³⁻ بدري مباركة، المرجع السابق، ص 428.

³⁴⁻ لحسين بن الشيخ آث ملويا، «دوس في الم» ، نازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 353.

³⁵⁻ مباركة بدري، المرجع السابق، ص 429.

³⁶⁻ مباركة بدري، المرجع السابق، ص 300.

³⁷⁻ نادية بن يوسف، مدى الرقابة القضائية على القرارات للتأديبية، دراسة تطبق يرقية مقارنة في للظامين القضائيين المصري والمغربي «مذكرة ماجستير، جامعة طنطا، مصر، 2006/2005، ص 147.

³⁸⁻ علي خطار شطاوي، «خصوصية عيب الانحراف في استخدام السلطة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 70، جامعة القاهرة، شركة مطابع الطويحي التجارية، القاهرة 2000، ص 06.

39- لحسن بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص296..

40- وهو المعمول به في فرنسا، إذ وبعد سنة1982، اعتمدت هذه الأخيرة على الرقابة القضائية بدلاً من الوصائية حق وإن كان تطبيقها العملي ضعيفاً لتطافر عوامل عدة أهمها فعالية أسلوب مراجعة الجماعات الإقليمية لأعمالها الم، حالة إلها من الم، حافظ مع استعانتها بخبراء قانونيين في ذلك، ولزيد من المعلومات، يرجى الرجوع إلى: Nadine Dantonel-Cor, Le Droit des collectivités territoriales, 3ème édition, bréal, Paris.2007.P2

41- مباركة بدري، المرجع السابق، ص435.

42- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص471.

43- قرار مجلس الدولة الصادر في 11 جوان 2011، في قضية السيد بن عمار ضد مدير البريد والمواصلات لولاية تيارت، مقتبس عن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص472.

44- قرار مجلس الدولة الصادر في 20/04/2004، الملف رقم 013894، مقتبس عن مباركة بدري، المرجع السابق، ص436.

45- أحمد معيو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دم ج، الجزائر، 1983، ص233.

46- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص475.

47- حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص214.

48- محمد خليفة الخبيلي، التظم الإداري "دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الأردنية الهاشمية والإمارات العربية المتحدة، مذكرة الماجستير جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق قسم القانون العام، الإمارات الم، تحدة، 2009، ص22.

49- محمد خليفة الخبيلي، المرجع السابق، ص23.

50- أحمد معيو، المرجع السابق، ص84.

51- محمد خليفة الخبيلي، المرجع السابق، ص32.

52- محمد خليفة الخبيلي، المرجع السابق، ص42.

53- المادة 830 من القانون رقم 09/08 الم، نظم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

54- محمد خليفة الخبيلي، المرجع السابق، ص62.

- ⁵⁵ - عبد العزيز الجوهري، الطعن الإداري "التظلم الإداري" دراسة مقارنة، مجلة المحاماة المصرية، نقابة المحامين المصريين، العدد 10/9، القاهرة، 1987، ص 47.
- ⁵⁶ - مباركة بدري، المرجع السابق، ص 404.
- ⁵⁷ - تجبر الإشارة إلى أن الفقه والقضاء قد أرسى مجموعة من الحالات يكون فيها التظلم الإداري غير مجدٍ تتمثل في: المشرع صراحة على استبعاد التظلم الإداري، بعض القرارات الإدارية، إفصاح الإدارة، مضمناً على عدم استجابتها لأي تظلم في حالة القرارات التوكيدية في حالة التنفيذ المادي للقرار، حالة ما إذا كان القرار الإداري غير قابلٍ للمسحوب، ولزيد من المعلومات يرجى الرجوع إلى: محمد خليفة الخبيلي، المرجع السابق، ص 97.
- ⁵⁸ - بدري مباركة، المرجع السابق، ص 414.
- ⁵⁹ - مباركة بدري، المرجع السابق، ص 416.
- ⁶⁰ - محمد خليفة الخبيلي، المرجع السابق، ص 100.
- ⁶¹ - محمد خليفة الخبيلي، المرجع السابق، ص 22.

مدى مشروعية الضربات العسكرية الإستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر

د. أسود محمد الأمين

استاد محاضر قسم "ب"

جامعة سعبدة

مقدمة:

إن منظمة الأمم المتحدة وجدت لتحقيق هدف أساسي يمثل حجر الزاوية لفعالية نظام الأمن الجماعي وهو حماية السلم والأمن الدوليين. وبدا ذلك واضحا من ديباجة الميثاق وأكدته المادة الأولى منه. فقد اتجهت فلسفة واضعو الميثاق إلى اعتبار حماية السلم والأمن الدوليين محور المنظمة وأساسها، ويدور في فلكها كل الأهداف الأخرى التي تعتبر فروعا لها. وتعمل الدول في علاقاتها على أساس مجموعة من المبادئ التي هي مجرد توجهات أو تعليمات يجب احترامها ومراعاتها أثناء وفي سبيل تحقيق تلك الغاية وأهمها ما ورد في المادة الثانية الفقرة الرابعة من الميثاق بقولها: "يمتنع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على وجه آخر لا يتحقق ومقاصد الأمم المتحدة".

من هنا نجد الميثاق لا يحرم اللجوء إلى الحرب فحسب وإنما ذهب إلى ابعاد من ذلك اد حرم كل استخدام للقوة أو التهديد باستخدامها في إطار العلاقات الدولية. وفي المقابل اعتبر الدفاع الشرعي الفردي والجماعي حقا مقدسا للدول بل اعتبرته المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة حقا طبيعيا وهو في حالة الاعتداء المسلح، على أساس أنه من المحتمل أن تتعرض الدولة لعدوان ما لا يترك لها الفرصة للتفكير والاختيار، فيكون تصرفها تلقائيا لدفع الخطر الذي يهددها.

إن الواقع الدولي للعلاقات الدولية افرز لنا في السنوات الأخيرة بعض التفسيرات لمفهوم الدفاع الشرعي فرأينا بعض الدول بادرت بالهجوم أو العدوان المسلح على بعض الدول الأخرى بحجة أن هذه الأخيرة كانت على وشك أن تشن هجوما مسلحا عليها. وبعبارة أخرى فان هذه الدول تبدأ بالهجوم المسلح أو بالضربة العسكرية الأولى ضد بعض الدول بذريعة أن هناك هجوما مسلحا وشيك أو محقق الوقوع عليها من هذه الأخيرة، وتدعي هذه الدول أنها عندما بادرت بالهجوم أو بدأت بالضربة الأولى فإنها تستخدم حقها المشروع في الدفاع الاستباقي أو الوقائي. وهذا ما يعرف أو يسمى بفكرة الضربات الإستباقية أو الدفاع الوقائي .

من هنا يطرح الإشكال القانوني حول مدى مشروعية نظرية الدفاع الوقائي؟

إن الإجابة على هد الإشكال يتطلب منا أولا توضيح مضمون حق الدفاع الشرعي وشروطه.

تم توضيح مدى مشروعية الدفاع الوقائي عن طريق عرض آراء المؤيدين لهذه النظرية تم عرض حجج المعارضين له تم توضيح رأي الباحث حول الموضوع.

المبحث الأول: المفهوم القانوني لحق الدفاع الشرعي في منظور القانون الدولي

يعد حق الدفاع عن النفس من الحقوق الطبيعية التي لا تقبل التنازل عنها سواء من جانب الفرد أو الجماعات، وهو نتيجة طبيعية وحتمية لحق البقاء والمحافظة على النفس وكيان الدولة ووجودها. من هنا وجدت قواعد القانون الدولي لتنظيم مباشرة هذا الحق دون المساس بأصله.

ويفترض في حالات استخدام القوة دفاعا عن النفس وقوع مخالفة للقواعد القانونية التي يقرها النظام القانوني الدولي الذي يمارس الحق في إطاره، ويكون الغرض من الدفاع الشرعي في هذه الحالة هي إعادة احترام تطبيق سريان النظام القانوني حتى تتمكن السلطات القائمة من ممارسة مسؤوليتها والعمل على إزالة تلك المخالفات للقواعد النظام القانوني السائد¹.

وكما عرفت هذه الفكرة الأنظمة القانونية الداخلية كحق طبيعي، فقد عرفها القانون الدولي أيضا كحق طبيعي تتمتع به كافة الدول لدفع العدوان عليها، واستقرت الفكرة كمبدأ أساسي في القانون الدولي، وقد أشار إلى ذلك الفقيه الفرنسي الشهير مونتسكيو في كتابه روح القوانين بقوله: "إن حياة الدول مثل حياة الناس، فكما أن للناس حق القتل في حالة الدفاع الطبيعي، فإن للدول حق الحرب لحفظ بقائها"².

وحق الدفاع الشرعي في إطار القانون الدولي يعد استثناءا جوهريا على قاعدة حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، بل انه الاستثناء الوحيد على هذه القاعدة الآن بعد أن أصبح الاستثناء الخاص بممارسته في مواجهة الأعداء وفقا لأحكام المادتين: 53_107 من الميثاق في ذمة التاريخ بعد دخول الأعداء في الحرب العالمية الثانية عضوية الأمم المتحدة.

ولما كان حق الدفاع الشرعي يمثل استثناءا على قاعدة حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية فقد تبلور هذا الحق في شكل قانوني في ظل استخدام القوة أي أصبح هذا الحق في عداد القواعد القانونية مع اللجوء إلى تحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية، ولعل

¹ د:أبو الخير أحمد عطية عمر. نظرية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر. مصر. دار النهضة العربية. دون ذكر عدد الطبعة. 2005. صفحة: 09.

² د: ماهر عبد المنعم محمد ابو يونس. استخدام القوة في فرض الشرعية الدولية في ظل السوابق الدولية. رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، مصر. 2000. صفحة: 102.

ظهور هذا الحق على هذا النحو لا يخل بكونه من الحقوق الطبيعية التي لا تحتاج إلى إقرارها في معاهدة دولية أو ميثاق منظمة دولية، ولكن النص على هذا الحق في معاهدة أو ميثاق منظمة دولية من شأنه أن يضع الضوابط المنظمة لاستخدامه، وهذا ما حدث بالنسبة لأحكام نص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة.¹

من هنا نحاول تقديم تعريف لحق الدفاع الشرعي في القانون الدولي، تم تقديم شروط ممارسة هذا الحق من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي

إن مفهوم حق الدفاع الشرعي وبلورته اختلف بين القانون الدولي التقليدي، والقانون الدولي الحديث وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي التقليدي

لما كان القانون الدولي التقليدي قد أباح استخدام القوة كوسيلة لحل النزاع الدولي بوصفه حقا للدول ذات السيادة يمكنها اللجوء إليه متى كان هناك مبررا من وجهة نظرها، لذلك وبناء عليه لم يكن لحق الدفاع الشرعي أية فائدة في مثل هذه الظروف، التي تمتعت فيها كل دولة بحق أعم وأشمل هو حقها في إعلان الحرب.²

وخلال الفترة السابقة على تبني مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، وتقنين حق الدفاع الشرعي كأحد الاستثناءات الواردة

¹ د: عادل عبد الله المسدي، الحرب ضد الإهاب والدفاع الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي، مصدر دار النهضة، الطبعة الأولى، 2006، صفحة: 65.

² د: محمد محمود خلف، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1972، صفحة: 144.

على هذا المبدأ، لم يكن هذا الحق قد وصل إلى درجة من القول بأن حق الدفاع الشرعي قد شكل مفهوماً حقيقياً ومستقلاً، بل كان يتم الاستناد إليه باعتباره صورة من صور المساعدة الذاتية، من هنا ظل هذا الحق ذو مفهوم أخلاقي واسع في إطار القانون الدولي العرفي، حيث لم تكن بصدد تنظيم قانوني دقيق لاستخدام القوة في العلاقات الدولية¹. ويبدو واضحاً من بعض الحالات والقضايا الدولية مثل حادثة السفينة كارولين، وحادثة السفينة فرجنوس، وحادثة السفينة ماري لويل. وعلى هذا الأساس يتأكد لنا أن حق الدفاع الشرعي لم يكن له مفهوماً محدداً في ظل القانون الدولي العرفي حيث لم نجد قواعد دولية تحدده تحديداً واضحاً وتضع له ضوابط يمكن في إطارها ممارسة هذا الحق، حيث تم الاكتفاء باشتراط وجود تهديد للمصالح الحيوية للدولة، وبالتالي يكون لها سلطة تقدير ماهية هذا التهديد وجديته².

الفرع الثاني: مفهوم حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الحديث

لقد عرف حق الدفاع الشرعي في عهد عصبة الأمم، وإذا كان العهد لم يتعرض للدفاع الشرعي بصورة صريحة إلا أنه يفهم منه أنه لا يحظر استخدام القوة دفاعاً عن النفس، حيث أنه حقا طبيعياً وأن كان العهد لم يتعرض له بالتنظيم واكتفى بالنص على الإجراءات الجماعية بموجب نص المادة 16 من العهد وبالتالي فإن الحق يبقى طبيعياً للدول كما هو مقرر، وبالتالي لكل دولة أن تلجأ إلى استخدام القوة دفاعاً عن نفسها. وقد اصدر مجلس العصبة قرار سنة 1922 يدعو فيه الدول إلى تقديم المعونة اللازمة بكافة صورها إلى الدول

¹د:عادل عبد الله المسدي. الحرب ضد الإزهاق والدفاع الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي، صفحة: 68. المرجع السابق.

²²د: شريف أحمد خاطر محمد. حق الدفاع الشرعي عن النفس باستعمال الأسلحة النووية في القانون الدولي الجنائي. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق. 2004. صفحة: 149.

المعتدى عليها، ويعد هذا القرار تكريسا لحق الدفاع الشرعي حيث أنه يدعو إلى مساعدة الدولة المعتدى عليها لصد العدوان.

تم يأتي مشروع المساعدة المتبادلة سنة 1923 الذي حرم حرب الاعتداء واعتبرها جريمة دولية، وان كان هذا المشروع قد سقط إلا أنه لم يحرم سوى حرب الاعتداء مما يدل بمفهوم المخالفة أن استخدام القوة دفاعا عن النفس تظل مشروعة. وجاء بروتوكول جنيف مقررا لهذا الحق صراحة حيث أنه حرم الحرب العدوانية وأباح الحرب التي تدخلها الدولة دفاعا عن النفس، إلا أن هذا البروتوكول لم يدخل حيز التنفيذ لعدم تصديق العدد اللازم عليه من الدول. تم جاءت اتفاقيات لوكارنو لتحرم اللجوء إلى الحرب إلا في حالات ثلاثة من بينها حالة الدفاع الشرعي عن النفس.

ثم جاء القرار الصادر من الاتحاد البرلماني الدولي سنة 1928 في نفس الاتجاه حيث خولت المادة السابعة من القرار الدول المعتدى عليها الحق في ردع ما يقع من عدوان على أساس حق الدفاع الشرعي. وجاء ميثاق باريس سنة 1928 ليحرم الحرب تحريما قاطعا ولكنه لم يحرم سوى حرب الاعتداء مما يفهم منه أنه يجيز اللجوء إلى الحرب دفاعا عن النفس.

ثم جاء أخيرا ميثاق الأمم المتحدة ليكون أكثر تحديدا وتنظيما لحق الدفاع الشرعي وفقا لنص المادة 51 سواء كان هذا الحق فرديا أو جماعيا وبصفته حق طبيعي وضعت له هذه المادة الضوابط الخاصة به بقولها: "ليس في هذا الميثاق من حكم يمس الحق الطبيعي في الدفاع عن النفس بصورة فردية أو مجتمعة، في حال الاعتداء المسلح على عضو من الأمم المتحدة، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير

اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين، ويعلم الأعضاء الذين مارسوا هذا الحق في الدفاع عن النفس مجلس الأمن فوراً بالتدابير التي اتخذوها لهذه الغاية. ولا تؤثر هذه التدابير في الصلاحية التي يتمتع بها المجلس وفي الواجب الملقى على عاتقه بموجب هذا الميثاق للقيام في كل وقت، بكل ما يراه ضرورياً لحفظ السلم والأمن الدوليين أو إعادتهما".

وتطبيقاً لنص الميثاق فإن لكل دولة الحق في أن تدافع عن نفسها مباشرة ودون الحاجة للحصول على تفويض بذلك من مجلس الأمن إذا اعتدت قوة مسلحة عليها، ومعنى ذلك أن الدفاع الشرعي لا يحتاج إلى موافقة أو إذن مسبق من مجلس الأمن الدولي، وبالتالي يخرج عن دائرة حق الاعتراض أي الفيتو في مجلس الأمن الدولي.

وقد تم تعريف حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام بأنه: "الحق الذي يقره القانون الدولي لدولة أو لمجموعة من الدول باستخدام القوة المسلحة لصد عدوان مسلح حال يرتكب ضد سلامة إقليمها أو استقلالها السياسي، شريطة أن يكون استخدام القوة هو الوسيلة الوحيدة لصد ذلك العدوان ومنتاسباً معه، ويتوقف حين يتمكن مجلس الأمن من اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين"¹.

وعرفه جانب من الفقه الدولي ما يلي: "عبارة عن لجوء الدولة التي تتعرض لهجوم مسلح حال ومباشر وجسيم إلى استعمال القوة المسلحة لرد هذا العدوان عن نفسها، بشكل فردي أو جماعي، على أن يكون ذلك هو السبيل الوحيد أمامها، وأن يكون متناسباً مع أعمال العدوان وغير

¹ د: محمد محمود خلف، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، صفحة: 13. المرجع السابق.

متجاوز لها، وان يكون موجهاً ضد مصدر الهجوم المسلح، ومؤقتاً ينتهي بمجرد تدخل مجلس الأمن وتمكنه من وقف الهجوم وحل النزاع".¹

وعرفه جانب من الفقه الدولي ما يلي: "الحق الذي يقرره القانون الدولي لدولة أو مجموعة من الدول باستخدام القوة المسلحة لصد عدوان مسلح وحال يرتكب ضد سلامة إقليمها أو استقلالها السياسي، شريطة أن يكون استخدام القوة هو الوسيلة الوحيدة لدرء العدوان ومتناسبا معه، ويتوقف حيث يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين".²

يتضح من تعريف حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الحديث انه ليس حقاً مطلقاً بدون قيود أو حدود، بل هو مقيد بعدة قيود طبقاً لأحكام المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة وهي:

ضرورة تعرض الدولة التي تمارس حق الدفاع الشرعي عن النفس لعدوان مسلح حال لا سبيل لحفظه إلا باستخدام القوة.

التناسب بين أعمال الدفاع وأعمال العدوان.

يعد حق الدفاع الشرعي عن النفس استثناءً من المنع العام من اللجوء للقوة الوارد في المادة 02 الفقرة 04 من الميثاق، لذا يجب أن يتوقف بمجرد أن يتمكن مجلس الأمن الدولي من القيام بمسئوليته في حفظ السلم والأمن الدوليين.

¹د:أبو الخير أحمد عطية عمر نظرية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر. صفحة:12. المرجع السابق.

²د:شريف أحمد خاطر محمد. حق الدفاع الشرعي عن النفس باستعمال الأسلحة النووية في القانون الدولي الجنائي. صفحة:143. المرجع السابق.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في أعمال الدفاع الشرعي

لممارسة الدولة حقها في الدفاع الشرعي عن النفس شروط موضوعية وأخرى إجرائية أوضحتها المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لممارسة حق الدفاع الشرعي

هناك شروط موضوعية تتطلبها المادة 51 من الميثاق لقيام حق الدفاع الشرعي وهي وقوع العدوان المسلح على أحد أعضاء الأمم المتحدة، وشرط التناسب بين الوسائل المستخدمة في الدفاع والوسائل المستخدمة في الهجوم وذلك على النحو التالي :

أولاً: وقوع العدوان المسلح على أحد أعضاء الأمم المتحدة

اشتترطت المادة 51 من الميثاق صراحة وقوع هجوم مسلح على أحد أعضاء الأمم المتحدة لممارسة حق الدفاع عن النفس، وهذا يعني أن استخدام القوة دفاعاً عن النفس لا يجوز إلا إذا كان في مواجهة هجوم مسلح فعلي، سواء كان في صورة هجوم جوي أو بحري أو بري، أي أن تعبير الاعتداء المسلح ينصرف إلى كل استعمال للقوة ضد الكمال الإقليمي والاستقلال السياسي للدولة أو على نحو آخر لا يتفق مع ميثاق الأمم المتحدة.

و من الملاحظ أن الهجوم العسكري لا يشترط فيه أن يقع من قوات نظامية تابعة لدولة معينة، وإنما يمكن أن يقع أيضاً من عصابات تعمل تحت إمرة دولة معينة وبناء على تعليمات منها وهو ما يعرف باسم العدوان المسلح غير المباشر والذي يعتبر من قبيل العدوان وفقاً للفقرة

السادسة من المادة الثالثة من الإعلان الخاص بتعريف العدوان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1974، والذي وصفته محكمة العدل الدولية بأنه ينتهي إلى القانون الدولي العرفي، ولكن يشترط وفقا لنص المادة المشار إليه أن تكون هذه الأعمال من الخطورة بحيث تتساوى مع الأعمال الهجومية التي تقع من القوات النظامية.

وعلى ذلك لا يعتبر من قبيل الأعمال الهجومية مجرد التسلل عبر الحدود الذي يقع من مجموعات صغيرة من المقاتلين وحدث بعض الحوادث عنها. كذلك لا يعد من قبيل الهجوم المسلح وفقا لنص المادة 51 تزويد الثوار من جانب دولة أخرى بمعونات عسكرية أو مالية.

وقد اختلف الفقه الدولي حول العدوان غير المباشر مثل العدوان الاقتصادي والايديولوجي حيث ذهب البعض إلى أن حق الدفاع الشرعي يسرى في مواجهة العدوان غير المباشر مثل العدوان الايديولوجي والاقتصادي، إلا أن أغلبية الفقه الدولي يرى أن حق الدفاع الشرعي يقتصر على العدوان المسلح فحسب على أساس أن الاعتداء المسلح فيه تهديد للاستقلال السياسي والكمال الإقليمي للدولة، فلا يكون أمامها من خيارات سوى استعمال القوة المسلحة. أما العدوان الاقتصادي والايديولوجي فلا يتوافر فيه عنصر الاستعجال، ومن ناحية أخرى فإنه يجب النظر إلى حق الدفاع الشرعي على أنه استثناء من القيد الوارد على حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية الذي يجب عدم التوسع في تفسيره.

ونحن نؤيد هذا الرأي انطلاقا من نص المادة 51 التي اشترطت في الاعتداء بأن يكون مسلحا، فيشترط لكي تمارس الدولة حق الدفاع عن النفس أن يكون العدوان مسلحا .

ثانيا: التناسب بين الوسائل المستخدمة في الدفاع والوسائل المستخدمة في العدوان المسلح.

تجدد الإشارة في البداية إلى أن شرط التناسب بين أفعال الدفاع وأفعال الهجوم لم تشر إليه المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة، وإنما هو شرط تمليه القواعد العرفية السائدة في هذا الخصوص، كما أقره الفقه وممارسة الدول، والقضاء الدولي كذلك.

ويقصد بشرط التناسب هذا، ضرورة وجود قدر من التناسب والملائمة بين الأفعال والوسائل التي تستخدمها الدولة المعتدى عليها لصد العدوان المسلح الواقع عليها وبين الأفعال والوسائل المستخدمة في هذا العدوان¹، أي يجب أن يتحقق التناسب بين جسامه أعمال الاعتداء وجسامه أعمال الدفاع²، فيجب أن تكون أفعال الدفاع قد جاءت في الحدود أو الإطار اللازم لصد العدوان، وألا تتعدى هذا الهدف لمجرد الانتقام أو الثأر من الدولة المعتدية³، ومعنى ذلك أن تكون أعمال الدفاع متناسبة في حجمها وفي جسامتها مع أعمال الاعتداء وغير متجاوزة الحدود المعقولة لرد العدوان الواقع⁴، وإلا اتصف تصرفها هذا بعدم المشروعية لخروجه عن الإطار والهدف الذي شرع من أجله استخدام القوة المسلحة في حالة الدفاع الشرعي.

ومن ثم يكون على الدولة التي تمارس حقها في الدفاع الشرعي أن تأخذ في اعتبارها طبيعة الوسائل المستخدمة في الهجوم وحجمها، فإذا كنا بصدد هجوم عسكري محدود على إحدى نقاط الحدود، لا يكون

¹ المرجع السابق. د:عادل عبد الله المسدي، الحرب ضد الإرهاب والدفاع الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي، صفحة:86.

² د:أبو الخير أحمد عطية عمر، نظرية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر. صفحة:62. المرجع السابق.

³ المرجع السابق. د:عادل عبد الله المسدي، الحرب ضد الإرهاب والدفاع الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي، صفحة:86.

⁴ د:أبو الخير أحمد عطية عمر، نظرية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر. صفحة:62. المرجع السابق.

للدولة المعتدى عليها أن تقوم بهجوم عسكري شامل على إقليم الدولة مصدر العدوان بحجة الدفاع عن النفس، وإذا كان الهجوم قد تم من خلال استخدام أسلحة تقليدية كان على الدولة ضحية هذا الهجوم استخدام أسلحة تقليدية أيضا لصد هذا الهجوم إعمالا لمبدأ التناسب، ويكون كل تجاوز من قبل الدولة التي تمارس حقها في الدفاع عن النفس لهذه المعايير داخلا في إطار أعمال الثأر أو الانتقام العسكري غير المشروعة¹.

الفرع الثاني: الشروط الإجرائية لممارسة حق الدفاع الشرعي

هناك شروط إجرائية تتطلبها المادة 51 من الميثاق لتبرير قيام الدولة بحق الدفاع الشرعي وهي إبلاغ مجلس الأمن الدولي بالتدابير المتخذة، وشرط الصفة المؤقتة لأعمال الدفاع الشرعي وذلك على النحو التالي:

أولاً: إبلاغ مجلس الأمن الدولي بالتدابير المتخذة

باستقراء أحكام المادة: 51 من ميثاق الأمم المتحدة تلزم الدولة المعتدى عليها التي مارست حقها في الدفاع الشرعي عن النفس أن تعلم مجلس الأمن الدولي لهيئة الأمم المتحدة بالتدابير المتخذة لمواجهة الاعتداء المسلح. إن هذا الإجراء الجوهري الذي تتطلبه المادة يستدعي منا التنبيه إلى بعض الملاحظات التالية:

1_ إن ممارسة حق الدفاع الشرعي يخضع لرقابة مجلس الأمن الدولي فهو حق مقيد وليس حق مطلق. والحقيقة أن هذا الإجراء يتفق

¹د:عادل عبد الله المسدي، الحرب ضد الإرهاب والدفاع الشرعي في ضوء أحكام القانون الدولي، صفحة:86. المرجع السابق.

في تنظيمه مع المبدأ الذي أصبح يحكم المجتمع الدولي المعاصر وهو تحريم استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية حسب المادة 02 الفقرة 04 من الميثاق. فاستخدام القوة لم يعد عملاً مشروعاً بعد سنة 1945 إلا في إطار الفصل السابع من الميثاق استناداً إلى أحكام المادة 42 منه، وذلك حفاظاً على السلم والأمن الدوليين في إطار نظام الأمن الجماعي. وقد اسند هذا العمل إلى مجلس الأمن الدولي حسب المادة 24 من الميثاق فكان لازماً أن يكون أي استخدام للقوة في المجتمع الدولي يجب أن يكون تحت رقابة مجلس الأمن الدولي.

2_ نلاحظ أن الجهة الدولية المخولة برقابة حق الدفاع الشرعي هو مجلس الأمن الدولي دون غيره من أجهزة منظمة الأمم المتحدة. عكس الدفاع الشرعي في الأنظمة الداخلية تختص بهذه الرقابة السلطة القضائية "قاضي الموضوع" دون غيرها من سلطات الدولة وهذا يعكس مدى تطور المجتمع الداخلي في صيانة الحقوق والحريات العامة وحالة التنظيم التي توصل إليها المجتمع الدولي وهذا الإجراء قد يفرز لنا مشاكل دولية في العلاقات الدولية لما لمجلس الأمن من السلطة التقديرية في تقدير الشروط الموضوعية لحق الدفاع الشرعي خاصة عندما يتعلق الأمر في حق استخدام النقض داخل المجلس ، خصوصاً إذا أدركنا أنه لحد الآن لم يتوصل بطريقة قاطعة وقانونية لتعريف وتحديد مفهوم وحالات جريمة العدوان وبعض الجرائم الدولية كالإرهاب الدولي وهذا كله يضعف مصداقية وفعالية منظمة الأمم المتحدة.

إن الهدف من إحاطة مجلس الأمن الدولي بهذا الإجراء هو وضعه أمام مسؤولياته بالعمل أولاً على عدم تجريد مبدأ حظر استخدام القوة من مضمونه وذلك عن طريق رقابة الوقائع وبحثها وما إذا كانت ترتقي إلى مستوى حق الدفاع الشرعي أم لا¹؟

¹ د: ماهر عبد المنعم محمد ابو يونس. استخدام القوة في فرض الشرعية الدولية في ظل السوابق الدولية. صفحة: 111. المرجع السابق.

فمجلس الأمن الدولي بمنحه حق الرقابة يكون بذلك الجهة المخولة لتقدير ما مدى تعسف الدولة المعتدى عليها في استعمال هذا الحق. كما أن المجلس يراقب مدى التناسب بين الهجوم المسلح والدفاع الشرعي.

ثانياً: الصفة المؤقتة لأعمال الدفاع الشرعي

يجمع الفقه الدولي على أنه إذا كان للدولة المعتدى عليها أن تمارس حقها الطبيعي في الدفاع عن نفسها حفاظاً على كيان الدولة واستقلالها وسيادتها تجاه الاعتداء المسلح الواقع عليها، فإن ممارسة هذا الحق تتوقف وتتعلل بمجرد أن يشرع مجلس الأمن في اتخاذ التدابير اللازمة في هذا الشأن، استناداً على ما لهذا المجلس من اختصاص أصيل وتفويض بحفظ السلم والأمن الدوليين¹. وهذا ما أشارت إليه المادة 51 من الميثاق بقولها: "وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين". من هنا تقرر أن يكون حق الدفاع الشرعي عن النفس ذو طبيعة مؤقتة، فالدولة المعتدى عليها تتخلى عن وضع المدافع وتوقف أعمال الدفاع الشرعي بمجرد تمكن مجلس الأمن الدولي من وقف الاعتداء المسلح وردع المعتدي².

المبحث الثاني: مدى مشروعية الدفاع الوقائي

رغم أن ميثاق الأمم المتحدة حاول ضبط حالات استخدام حق الدفاع الشرعي من خلال أحكام المادة 51 منه إلا أن بعض الدول في المجتمع الدولي لا زالت تحاول أن تجعل من حق الدفاع عن النفس يشمل أيضاً ما يسمى بالدفاع الشرعي الوقائي أي المبادرة إلى الهجوم توقيماً للعدوان وشيك الوقوع³.

¹ د: شريف أحمد خاطر محمد. حق الدفاع الشرعي عن النفس باستعمال بالأسلحة النووية في القانون الدولي الجنائي. صفحة: 405. المرجع السابق.

² د: أبو الخير أحمد عطية عمر. نظرية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر. صفحة: 74. المرجع السابق.

³ د: ماهر عبد المنعم محمد أبو يونس. استخدام القوة في فرض الشرعية الدولية في ظل السوابق الدولية. صفحة: 107. المرجع السابق.

إن هذا التفسير الخاطئ لمفهوم الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام نعتقد أن مرجعه الأساسي أن هذه الأطراف الدولية لا زالت تتمسك أكثر بالقاعدة العرفية الدولية¹ التي كانت سابقة لأحكام المادة 51 من الميثاق والتي كانت تسمح لنفسها باستخدام ما يسمى الآن بالدفاع الشرعي الوقائي حفاظا على مصالحها أُنذاك، وباعتبارها كانت تشكل احد ابرز دول المجتمع الدولي التقليدي الذي كان مغلقا وكانت قواعده العرفية تتحدد بإرادة تلك الدول. من هنا ضرورة البحث تلزمنا التعرض إلى آراء المؤيدين لهذه النظرية من خلال المطلب الأول تم التعرض الى حجج المعارضين من خلال المطلب الثاني وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: آراء المؤيدين لنظرية الدفاع الوقائي

يمكننا تعريف الدفاع الوقائي أنه: "استخدام للقوة ن طرف دولة نتيجة شعورها أو اعتقادها أنها بصدد دفع عدوان وشيك أو محقق الوقوع لم يقع بعد ، ضد دولة أخرى لدرئ خطر داهم بوقوع عدوان مسلح محتم آت من طرفها". فممارسة حق الدفاع الشرعي الوقائي كما تثبته الممارسة الدولية لبعض الدول يستند إلى مجرد الشعور بتهديد أمنها القومي فقط. أ أو السعي من خلاله إلى فرض إرادتها وإملاء شروطها وفقا لمصالحها الدولية المتعددة. من هنا تربي لدى بعض الفقه الدولي قناعة بمدى شرعية الدفاع الوقائي ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج التالية :

أولا : أن ميثاق الأمم المتحدة لم يفعل أكثر من انه قنن القواعد المستقرة قبل صدور الميثاق التي كانت تسمح بالدفاع الشرعي

¹ د: بن سهلة ثاني بن علي، الأمن الجماعي في ضوء النظام الدولي الجديد، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، 2004، 2005، صفحة: 218.

الوقائي. ومعنى ذلك أن أحكام المادة 51 في الحقيقة تخضع لأحكام القانون الدولي العرفي الذي يسمح بالضربات الوقائية، فالمادة اعتبرت الدفاع الشرعي حق طبيعي مما يجعل الحق سابق لوجود المادة 51 التي جاءت لتقر بوجوده فقط فهي كاشفة أو مقرر له وليست منشئة. الأمر الذي يفهم منه أن الدفاع الشرعي كحق هو موجود ومعترف به في العرف الدولي الذي يعتبر من أهم مصادر القانون الدولي حسب المادة 38 من النظام الداخلي لمحكمة العدل الدولية. كما أنه لا يوجد أي مؤشريدل على أن نية واضعي الميثاق قد اتجهت إلى وضع حد للقانون العرفي من خلال إلغاء الحق في الدفاع الاستباقي الموجود فيه¹.

ثانياً: إن الأعمال التحضيرية لميثاق الأمم المتحدة حسب هذا الاتجاه تعد دليلاً واضحاً على أن النظام القانوني الدولي كما جاء فيه يؤكد مشروعية الضربات الاستباقية. ذلك أن اللجنة الأولى في مؤتمر سان فرانسيسكو قد أوردت في تقريرها في المراحل الأولى لإعداد الميثاق أن استخدام القوة في الدفاع الشرعي عن النفس لا يزال مقبولاً وغير مقيد أو منتقص. وقد فسر على أنه إحالة من واضعي الميثاق إلى الدفاع الشرعي في القانون الدولي العرفي وقبول منهم لأحكام هذا القانون الذي يعتبر استخدام القوة في حالة الدفاع الوقائي أمراً مشروعاً وحقاً طبيعياً للدولة المعرضة للتهديد أو الخطر كما أصبح مقرراً بمقتضى السوابق الدولية قبل ميثاق الأمم السابق الإشارة إليها².

ثالثاً: إن حق الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة يجب أن يقرأ بتعقل بالنظر إلى الهدف الذي وضع لأجله، المتمثل في حماية حياة الدولة مما يعني أن الدولة التي تشعر بان استقلالها مهدد بعمل ما من

¹د: ماهر عبد المنعم محمد ابو يونس. استخدام القوة في فرض الشرعية الدولية في ظل السوابق الدولية. صفحة: 108. المرجع السابق

²د: أبو الخير أحمد عطية عمر. نظرية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر. صفحة: 74. المرجع السابق.

قبل دولة أخرى يحق لها استخدام القوة في مواجهة ذلك التهديد الذي لا يشكل هجوما مسلحا فعليا. فبعض الفقه الدولي يذهب إلى ابعده من ذلك فيقر بحق الدولة في الدفاع عن مصالحها الحيوية إذا تعرضت تلك المصالح للخطر مثل منع سفنها من الصيد في منطقة أعالي البحار، أو منع مرورها في الممرات المائية الدولية، أو تعرض مواطنيها في الخارج إلى التهديد، أو مقاومة الإرهاب الدولي أو حتى لحماية حقوق الإنسان¹.

رابعا: يستند أنصار هذا الاتجاه إلى الممارسات الدولية والتطبيقات العملية التي أفرزها الواقع الدولي عقب إنشاء منظمة الأمم المتحدة التي تدل بصيغة واضحة على مشروعية الدفاع الاستباقي والتي من بينها العدوان الثلاثي على مصر عام 1956. والهجوم الإسرائيلي على مطار عنتيبي في أوغندا عام 1976. والعدوان الإسرائيلي على المفاعل النووي العراقي عام 1981. والعملية العسكرية الأمريكية لانقاذ الرهائن الأمريكيين في طهران سنة 1980².

خامسا: ومن ناحية أخرى يدعم أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بحجة مفادها أن التفسير الضيق لمدلول الاعتداء المسلح فيه إضعاف كبير من فعالية وفائدة الدفاع الشرعي، ومن جهة أخرى فإن الدفاع الشرعي الوقائي من شأنه حماية المعتدى عليه وذلك بإعطائه ميزة هامة له وهي المبادرة بالهجوم بالذات في عصر التطور الرهيب في الأسلحة الهجومية وبالذات الأسلحة النووية وأسلحة الدمار الشامل.

المطلب الثاني: آراء المعارضين لنظرية الدفاع الوقائي

يكاد الفقه الدولي يجمع على رفض نظرية مشروعية الدفاع الوقائي، ويتبنى هذا الطرح أغلبية أعضاء المجتمع الدولي، وقصر الدفاع الشرعي في

¹ د: أبو الخير أحمد عطية عمر. نظرية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر. صفحة: 85. المرجع السابق.

² د: ماهر عبد المنعم محمد أبو يونس. استخدام القوة في فرض الشرعية الدولية في ظل السوابق الدولية. صفحة: 112. المرجع السابق.

القانون الدولي على مفهومه الوارد في أحكام المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة التي تشترط شروط موضوعية وأخرى إجرائية على النحو الموضح في المبحث الأول من الموضوع. ويستند هذا الاتجاه على عدم جواز استخدام القوة توقيها لعدوان وشيك الوقوع أي ما يعرف بالدفاع الشرعي الوقائي إلى الأسانيد والحجج التالية:

أولاً : قد اشترطت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة أن يكون الاعتداء مسلحاً وذلك يشمل الاعتداء المسلح المباشر والاعتداء غير المباشر وهذا فيه حسم قاطع للمشكلة، وما يقال أن القانون الدولي التقليدي كان يجيز استخدام القوة في حالة الدفاع الشرعي الوقائي مردود، حيث أنه قد أصبح غير جائز في ظل أحكام المادة الخاصة بالشروط المتعلقة بأحكام الدفاع الشرعي. كما أن الميثاق يهدف إلى إنشاء نظام دولي جديد يقوم على فكرة الأمن الجماعي التي تقوم على أساس تحريم استخدام القوة أو التهديد باستخدامها في العلاقات الدولية الشيء الذي لم يكن سائداً قبل نشأة منظمة الأمم المتحدة، فأى تفسير موسع لأحكام المادة 51 من الميثاق من شأنه أن يتناقض وصرح المادة ذاتها ويتنافى مع مقتضيات النظام العام الدولي الجديد وأحكام ميثاق الأمم المتحدة.¹

ثانياً : إن القول بأن المادة 51 من الميثاق لا زالت تخضع للدفاع الشرعي للقانون الدولي العرفي الذي يسمح بممارسة الدفاع الوقائي، فإنه لو كان كذلك لما كانت هناك حاجة للبحث في تفسير روح المعاني والكلمات الحقيقية للمادة 51 من الميثاق. كما أنه بوجود أحكام المادة 51 من الميثاق تكون قد قننت ونظمت الدفاع الشرعي في المجتمع الدولي وتكون قد قيدته وقلصته وبالتالي لا يمكن لأعضاء المجموعة الدولية الخروج عن الحدود المسطرة في الميثاق.²

¹د:ماهر عبد المنعم محمد أبو يونس. استخدام القوة في فرض الشرعية الدولية في ظل السوابق الدولية. صفحة:108. المرجع السابق

²د:أبو الخير أحمد عطية عمر. نظرية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر. صفحة:99. المرجع السابق.

ثالثا : إن السماح باستخدام القوة في حالة الدفاع الشرعي الوقائي من شأنه أن يفتح الباب أمام أعمال الانتقام والأعمال العدوانية تحت ذريعة الدفاع الشرعي، ولعل ذلك فيه من المخاطر ما يؤثر على الاستقرار الدولي. أما ما يقال أن التطور الهائل في أسلحة الدمار الشامل فإنه على الجانب الآخر يوجد أجهزة الإنذار المبكر وغيرها مما يجعل الدول المستهدفة قادرة على اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الهجوم إذا ما وقع¹.

رابعا: إن استخدام القوة في حالة الدفاع الشرعي يعد استثناءا على قاعدة حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، والاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره.

خامسا: إن الأخذ بنظرية الدفاع الوقائي يؤثر على شرط التناسب على مدى شرعية الأعمال الوقائية، فقد يحدث في حالات نادرة أن يعتبر استخدام القوة بمثابة رد فعل مناسب ضد مجرد التهديد ، وذلك عندما يقوم الدليل القاطع على النية في توجيه هجوم واسع النطاق، وان الهجوم أصبح على وشك الوقوع، ولكن في الغالبية العظمى من الحالات وحيث يتعذر التأكد من ذلك بشكل قاطع، فإن قيام الدولة بالعمل الوقائي ضد دولة أخرى ينطوي على إخلال واضح بشرط التناسب الواجب مراعاته في ممارسة حق الدفاع الشرعي².

سادسا : معارضة غالبية أعضاء المجتمع الدولي لنظرية الدفاع الوقائي ، فالواقع الدولي يؤكد أن الذي يتبنى نظرية الدفاع الوقائي هم

¹د:ماهر عبد المنعم محمد أبو يونس.استخدام القوة في فرض الشرعية الدولية في ظل السوابق الدولية.صفحة:109.المرجع السابق

²د: ويصا صالح. العدوان المسلح في القانون الدولي .رسالة دكتوراه، كلية الحقوق .جامعة القاهرة.1984. صفحة:416.

الدول الكبرى وبالأحرى الدول التي كانت محتكرة للعلاقات الدولية وهي الدول الأوروبية الكبرى و الولايات المتحدة الأمريكية وهي من كانت تساهم في خلق القاعدة العرفية بما يوافق ومصالحها الحيوية ومنها قاعدة الدفاع الوقائي. أما اليوم وقد عرف المجتمع الدولي أعضاء دولية جديدة انضمت للتنظيم الدولي وفقا للقواعد الدولية التي تراعي النظام العام الدولي كما قد قننت غالبية القواعد العرفية الدولية بما يتوافق ومصالح كل الدول الكبرى والصغرى حماية للسلم والأمن الدوليين أي الأمن الدولي الجماعي فقد كان ضروريا أن يقنن الدفاع الشرعي وفقا للمصلحة الدولية العامة وليس وفقا للمصالح الحيوية لبعض الدول فقط.

الخاتمة:

أفضت بنا الدراسة إلى توضيح منطق فلسفة واضعو ميثاق الأمم المتحدة من اعتبار السلم والأمن الدوليين الركيزة الأساسية لنظام المجتمع الدولي في ظل إقرار مبدأ تحريم القوة أو التهديد باستخدامها في العلاقات الدولية حفاظا على سيادة الدولة واحتراما لحق المساواة. وبالمقابل أكد على حق الدول الطبيعي للدفاع الشرعي عن وجودها، ومهما يكن من النقائص الموجهة لصياغة أحكام المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة التي نعتقد أنها تفتقر لضبط الشروط الموضوعية والإجرائية لحق الدفاع إلا أنها خطوة جبارة لبناء مجتمع دولي أكثر

تنظيم والحقيقة الميثاق في هذا الخصوص جاء ليعبر عن انتقال المجتمع الدولي من مجتمع فوضوي يقوم على أساس إقليمي ضيق لقواعده العرفية تحمي المصالح الحيوية لدول محددة إلى مجتمع أكثر تنظيم يقوم على أسس أكثر عالمية قواعده المكتوبة تقوم على أساس المصلحة العامة ولوظاهريا.

فالملاحظ اليوم أن من يتبنى نظرية الدفاع الوقائي هي الدول الاستعمارية التي تدعي دائما أن لها مصالح حيوية داخليا و في نقاط شتى من العالم تستوجب التدخل عسكريا للحفاظ عليها كأمریکا وفرنسا وبريطانيا وإسرائيل وخاصة الحلف الأطلسي. إن الإجماع الدولي واضح من خلال عدد الدول المنكرة لهذا الطرح ليؤكد لنا المفهوم الصحيح لنص المادة 51 من الميثاق التي أوضحنا مفهومها وشروطها الموضوعية والإجرائية إلا انه في اعتقادنا على المجتمع الدولي ان يتخذ خطوات ملموسة اضبط حق الدفاع الشرعي من خلال تبني النقاط التالية:

1. إعطاء مفهوم دقيق لجريمة العدوان الدولي مع تحديد لما يسمى بالاعتداء المسلح الوارد في المادة 51 من الميثاق.
2. عدم تركيز السلطات في يد مجلس الأمن الدولي بخصوص صيانة السلم والأمن الدولي، وذلك بتوزيع هذه المسألة على أجهزة الأمم المتحدة.
3. ضبط أكثر لممارسة حق الدفاع الشرعي من حيث الشروط الموضوعية والإجرائية.
4. إسناد رقابة مدى مشروعية الدفاع الشرعي إلى محكمة العدل الدولية.

حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري

عبد النور أحمد
أستاذ مساعد قسم أ
المركز الجامعي بالبيض

المقدمة

لقد أصبح للإرادة دور مهم في مجال الاختصاص القضائي الدولي، حيث يمكنها أن تكون ضابطا للاختصاص من خلال حرية الاتفاق على سلب الاختصاص من المحكمة المختصة أصلا في نظر النزاع لمنحه لمحكمة أخرى غير مختصة عن طريق إعمال ما يعرف بالخضوع الاختياري أو الاتفاق المانع للاختصاص أو الشرط المانع للاختصاص، كما يمكن للإرادة أيضا أن تسلب الاختصاص من المحاكم الوطنية أو محاكم الدولة كليتا لتمنحه إلى قضاء خاص عن طريق اتفاق يسمح باللجوء للتحكيم.

إن شرط الخضوع الاختياري هو اتفاق طرفان صراحة أو ضمنا على عرض نزاعهما أمام محكمة غير مختصة إقليميا بنظره، فقواعد الاختصاص الإقليمية هي قواعد غير متعلقة بالنظام العام، المشرع الجزائري لم يشر لمسألة الخضوع الاختياري على المستوى الدولي مثل ما هو عليه في فرنسا، إلا أن الاجتهاد القضائي هناك كرس مبدأ يقضي بأن قواعد الاختصاص المحلية الداخلية هي التي تطبق في المجال الدولي لتحديد المحكمة المختصة، وبالتالي في الجزائر فإنه يتم تمديد المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتنطبق على العلاقات الدولية.

شرط الخضوع الاختياري أصبح له دورا متناميا خاصة في العقود الدولية، فغالبا ما تتضمن هذه العقود شرطين، أحدهما يحدد القانون الواجب التطبيق، والثاني يهتم بتعيين المحكمة المختصة للفصل في النزاع المحتمل قيامه

مستقبلا، وتعتبر عقود الاستهلاك من بين أهم العقود التي يتم إبرامها على المستوى الدولي خاصة مع الانفتاح على العالم الخارجي الذي ساهم في تحرير حركة السلع والخدمات عبر الحدود، يدعمه في ذلك ازدهار التعامل الإلكتروني، هذه العقود غالبا ما يكون طرفها المستهلك الضعيف اقتصاديا وقانونيا، هذه العوامل هي التي جعلت من حماية المستهلك مسألة هامة سواء على المستوى الوطني أو الدولي، من هنا يبرز تساؤل مهم جدا وهو مدى صحة الاتفاقات المعدلة للاختصاص التي يتم إدراجها في عقود المستهلكين الدولية ؟

سنحصر نطاق هذه الدراسة في مدى الحماية التي يوفرها القانون الجزائري للمستهلك في قواعد الاختصاص القضائي الدولي، من خلال مقارنة هذه القواعد مع ما هو مكرس في القوانين والاتفاقيات المقارنة خاصة اتفاقية بروكسل ، لذلك سنقسم هذه الدراسة إلى قسمين الأول نخص فيه بالدراسة مفهوم عقد الاستهلاك الدولي ، والثاني نبحث فيه حماية المستهلك ضد اتفاق تمديد الاختصاص القضائي.

المبحث الأول

المبحث الأول : مفهوم عقد الاستهلاك الدولي

دراسة عقد الاستهلاك الدولي تقتضي التطرق إلى تحديد مفهوم المستهلك (المطلب الأول) ، ثم تعريف عقد الاستهلاك الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم المستهلك

الفقرة الأول: مفهوم المستهلك في القانون الاتفاقي الأوروبي :

تعرف المادة 15 من اتفاقية بروكسل لعام 1968 المستهلك بأنه الشخص الذي يتصرف لغرض سد حاجيات تعتبر خارجة عن نشاطه

المهني¹، هذا التعريف يدخل ضمن التعريفات التي تعطي مفهومًا ضيقًا للمستهلك حيث أنها تخرج من نطاقها المحترف المستهلك، ومثال ذلك الخباز الذي يشتري الدقيق فهو دون أدنى شك يتعاقد في إطار نشاطه المهني، غير أن نفس هذا التاجر حين يجهز محله بنظام إنذار ضد السرقة فهو يتعاقد من أجل غرض يخرج من دائرة نشاطه المهني والمتمثل أساسًا في إعداد وبيع الخبز، وهذا ما كرسته محكمة النقض الفرنسية أثناء فصلها في نزاع طرفه وكيل عقاري قام بشراء جهاز إنذار لمحلته، حيث وصفته بالمستهلك الذي يستفيد من الشروط التعسفية الواردة في العقد، ويأخذ صفة المستهلك في حالة جهل².

نفس اتجاه هذا التعريف كرسته المادة 05 من اتفاقية روما لسنة 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي جاء فيها بأنه تطبق هذه المادة على العقود التي يكون موضوعها توريد منقولات مادية أو خدمات إلى شخص المستهلك من أجل استعمال يكون غريبًا عن نشاطه المهني³.

¹ Article 15: «...pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle...», Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, Journal officiel des Communautés européennes, No L 339, du 21.12.2007, p.03-41; Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel des Communautés européennes, No L 12, du 16.1.2001, p.01-23.

² زوبير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2011، ص 39.

³ Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, Journal officiel des Communautés européennes, No L 266, du 09.10.1980, p.01-19.

فيما يخص التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد ، عرف المستهلك بأنه كل شخص طبيعي يتصرف خارج نشاطاته المهنية، و عرف التوجيه الصادر في 05 أفريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين في مادته الثانية بأن المستهلك هو كل شخص طبيعي وفي إطار العقود المتعلقة بنصوص التوجيهية، يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار نشاطاته المهنية¹.

لم تخرج محكمة العدل الأوروبية عن هذا الإطار ففي حكم صادر عنها في 03-07-1993 اعتبرت أنه لا يعتبر مستهلك الشخص الذي يبرم عقدا من أجل ممارسة أنشطة مهنية² ، الملاحظ أن اغلب هذه الاتفاقيات تتفق حول المفهوم الضيق للمستهلك ، وهي بذلك تستبعد المفهوم الموسع للمستهلك.

الفقرة الثانية : مفهوم المستهلك في القانون الجزائري :

لقد تردد المشرع الجزائري بين المفهوم الموسع والمفهوم الضيق للمستهلك، ويمكننا القول أن المستهلك في القانون الجزائري ما زال يبحث عن تعريف خاص به ، فأول قانون صادر في الجزائر يخص حماية المستهلك لم يعرف هذا الأخير³.

¹ «... b) « consommateur » : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle;...», Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les Consommateurs, Journal officie des Communautés européennes , n° L 95 du 21/04/1993 p. 0029 – 0034.

² CJCE, 3 juillet 1997 : Rec .I, p. 3767, concl .D=MASORUIZ-JARABOCOLOMBER ;JDI 1998, p. 581, obs. J.-M. BISCHOFF.

³ قانون رقم 89-02 مؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 07 فبراير سنة 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية، العدد 06، سنة 2006، ص154-157.

آخر قانون يتعلق بحماية المستهلك صدر في الجزائر عرف المستهلك في مادته الثالثة الفقرة الأولى بأنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا ، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به " ¹ ، يبدو أن المشرع في هذا التعريف اعتمد النهج المضيق لمفهوم المستهلك ، وبالنتيجة استبعاد المهني المحترف حتى ولو تعاقد لغرض يخرج عن مجال نشاطه ، في حين أن نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، الصادرة سنة 1990 تنص على أن المستهلك هو " كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به " ² ، فنص هذه المادة يشير بما لا يدعو للشك أن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الموسع للمستهلك، عن طريق إدخاله مصطلح المستهلك الوسيط ³ ، وهذا ما يعني إمكانية أن يكون الشخص الذي يقتني سلع من اجل استعمالها الوسيط مهنيا، وبذلك إمكانية اعتبار المحترف مستهلكا ⁴ .

¹ قانون رقم 03-09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، عدد 15، سنة 2009، ص 23-12.

² المرسوم التنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، الجريدة الرسمية، عدد 06، سنة 1990، ص 202-207.

³ د.قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج- دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة للإزراطية، مصر، 2007، ص 69

⁴ زوبير ارزقي ، المرجع السابق، ص 44.

إن جانباً من الفقه في الجزائر يرى ضرورة الأخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك لتشمل المستهلك الوسيط والنهائي¹ ، وهو نفس الاتجاه الذي ينادي به جانب كبير من الفقه والقضاء الفرنسيين بضرورة ضم فئات أخرى لاشتراكها في ذات العلة وهي حالة الضعف الاقتصادي² .

إن اعتماد المفهوم الموسع للمستهلك سيساهم حتماً من جهة في توفير حماية للمستهلك المهني حين يتعاقد وهو في حالة ضعف فنية واقتصادية مقارنة بمركز المهني المتخصص الذي يتعامل معه ومن جهة أخرى في تطبيق حماية فعالة على قواعد تنتج عن علاقة المستهلك والمهني ولا تدخل ضمن أهداف الاستهلاك ، لكنها ترتبط ارتباطاً شديداً به ، نذكر منها الاختصاص القضائي ، عيوب الرضا ، عدم تنفيذ العقد،....، تطبيق هذه القواعد سيعود حتماً بالنفع على المستهلك.

المطلب الثاني : تعريف عقد الاستهلاك الدولي

تحديد عقد الاستهلاك الدولي أمر مهم جداً ، لأن هذا التحديد هو الذي يسمح إما بإدراج هذه العقود ضمن أحكام نظام قانوني معين أو استبعادها منه، ومثال على ذلك فإن معاهدة فيينا لسنة 1980 تشترط لخروج عقود البيع التي يجريها المستهلكين من نطاق تطبيقها أن يكون البائع عالماً وقت إبرام العقد بتخصيص المبيع لغرض الاستهلاك الشخصي أو العائلي أو المنزلي³ ، لهذه الأسباب تقتضي دراسة عقد الاستهلاك التعرض أطراف هذا العقد (الفقرة الأولى) ، ومعياري دولية هذا العقد (الفقرة الثانية).

1 د.قادة شهيدة ، المرجع السابق ، ص 69.

2 طرح البحور علي حسن ، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 104.

3 طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص 127.

الفقرة الأول: أطراف عقد الاستهلاك :

يبرم عقد الاستهلاك بين طرفين الأول هو المستهلك والثاني هو المحترف المتعاقد معه ، كنا قبل هذا قد بينا وحددنا تعريف المستهلك سواء على المستوى الوطني أو الدولي، غير أنه عند الحديث عن شرط تمديد الاختصاص القضائي أو الخضوع الاختياري المدرج ضمن عقود الاستهلاك يجدر بنا أن نفرق بين المستهلك المتعاقد والمستهلك المستفيد أو المضرور.

يعتبر المستهلك المتعاقد هو المستهلك المباشر أو الأول بالنظر إلى من قد يتبعه في الاستفادة من السلع والخدمات التي يتعاقد عليها ، فمثلا رب الأسرة الذي يتعاقد لشراء سيارة يحتل مركز المستهلك المتعاقد في نفس الوقت يستفيد من هذا التعاقد أبناء رب الأسرة، رغم أنهم من الأغيار¹ ويطلق على هؤلاء في هذه الحالة مسمى المستهلك المستفيد².

أما المستهلك المضرور فهو المستهلك الذي يتعرض لحادث وهو بصدد استخدامه السلعة المشتراة ، وقد يكون هذا المستهلك المضرور هو ذاته الذي يتعاقد على شراء السلعة أو غيره³.

إن هذا الاختلاف في التصنيف يبرره اختلاف نظام الحماية المقررة للمستهلك المتعاقد عن تلك المقررة للمستهلك المستفيد ، فالمستهلك المتعاقد يستفيد من القواعد المقررة لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية المدرجة في العقد ، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق ، وتحديد المحكمة المختصة في الفصل في النزاع الناشئ عن عقد الاستهلاك .

1 د.قادة شهيدة ، المرجع السابق ، ص 69

2 طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص 144.

³ طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص 145.

بالنسبة للطرف الثاني وهو المهني أو المحترف فهو الشخص الملتزم بتقديم السلعة أو الخدمة للمستهلك ، وقد اختلف الفقه حول إمكانية أن يكون هذا الطرف تاجر أم يكفي أن يتعامل في نطاق نشاطه المهني ، هناك من رأى انه متى كان الطرف الآخر يتصرف في إطار نشاطه المهني لتوريد قيمة مادية منقولة أو خدمة أو ائتمان ، يعتبر العقد من قبيل عقود الاستهلاك بغض النظر عن ما إذا كان يحمل صفة التاجر أما لا¹ ، أما المادة 15 الفقرة الأولى البند ج من اتفاقية بروكسل تشير صراحة إلى أن المتعاقد الأخرى يمكن أن يكون تاجر أو مهنيًا² .

الفقرة الثانية : معيار دولية عقد الاستهلاك:

إن إضفاء الدولية على العقد عن طريق تكييفه والقول ما إذا كان عقدا دوليا أو لا هو أمر لا تتحكم فيه إرادة الأطراف وإنما يستمده القاضي من الخصائص الذاتية للرابطة العقدية ، فقانون القاضي هو الذي يحدد دولية العقد وهذه مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

يتنازع الطابع الدولي للعقد معياران أحدهما قانوني والأخر اقتصادي ، والسؤال الذي يطرح هنا ونحن بصدد دراسة عقود المستهلكين الدولية إلى أي معيار يخضع هذا العقد ؟.

يكون العقد دوليا إذا تعلقت عناصره بأكثر من نظام قانوني واحد ، بمعنى إذا اشتمل العقد على عنصر أجنبي سواء تعلق هذا العنصر بجنسية المتعاقدين أو موطنهم أو بمسألة إبرامه وتنفيذه ، ومثال ذلك لو

1 طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص 152.

2 «...Lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles...»

ابرم عقد بيع في اسبانيا بين جزائري مقيم في الجزائر وبلجيكي مقيم في بلجيكا ويتعلق ببضاعة موجودة في فرنسا ، فيعتبر هذا العقد دولي لارتباط عناصره بأكثر من دولة ، وهذا هو المعيار القانوني المحدد لدولية العقد¹.

البعض الآخر يعتمد المعيار الاقتصادي ، ويعتبر العقد دوليا كلما تعلق هذا العقد بمصالح التجارة الدولية ، بمعنى العقد الذي ينطوي على رابطة تتجاوز آثاره الاقتصاد الداخلي للدولة ، كتصدير واستيراد المنتجات والبضائع والسلع والخدمات ، وقد تبني القضاء الفرنسي هذا المعيار وأيدته محكمة النقض² ، والملاحظ أن المعيار الاقتصادي يؤدي بالضرورة لزوما إلى تحقيق المعيار القانوني لدولية العقد وهذا ما يثبت أن المعيار القانوني أوسع من المعيار الاقتصادي.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى المعيار الذي يجب إتباعه في تحديد دولية العقد³ ، لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده أعطى تعريفاً للتحكيم التجاري الدولي حيث جاء في المادة 1039 منه " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"⁴ ، هذا

1 د.محمد حسين منصور، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة الإسكندرية ، 2009 ، ص11.

2 د.محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص11.

3 عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجزائر، 2006، ص316 وما بعدها.

4 القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.، عدد21، سنة 2008.

التعريف يجمع بين المعيارين (المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني) بطريقة فذة وجديدة¹.

رغم سهولة استخدام المعيار الاقتصادي إلا انه قد لا يصلح استخدامه مع عقود المستهلكين لعدة أسباب فعقود المستهلكين الدولية خاصة عندما نتبنى المعنى الدقيق لمصطلح المستهلك كما تم شرحه سابقا ، لا تدخل ضمن التجارة الدولية وبالتالي لا يمكن اعتبارها اقتصاديا دولية ، فالعقد المبرم بين المحترف والمستهلك يمثل عقدا مختلطا ، فهو تجاري بالنسبة للمحترف ومدني بالنسبة للمستهلك ، وعندما نتمعن في التعريفات الاقتصادية للعقد الدولي نجدها ترتبط بشكل عام بالعلاقات التجارية البحتة فقط ، وهذا يكرس استخدام القواعد المادية الخاصة بالعقود التجارية الدولية ، بالنتيجة هو إمكانية خضوع عقود الاستهلاك لنظام التحكيم التجاري الدولي وهذا لا يخدم مصلحة المستهلك².

كذلك فإن المعيار الاقتصادي يتجاهل وجود طرف ضعيف لذلك نجد بعض الدول سنت تشريعات وقائية ضد بعض العقود على الرغم من احتوائها عنصر أجنبي ، فمثلا اتفاقية بروكسل سابقة الذكر تعتبر اتفاق الخضوع الاختياري باطلا كأصل عام في عقود الاستهلاك الدولية ، وذلك ما سنشرحه لاحقا.

بالنظر للمعيار الاقتصادي يمكننا مثلا اعتبار عقد استهلاك بين جزائريين في الجزائر لكن بشأن سلعة مستوردة من الخارج هو عقد دولي يتعلق

1 د.عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، الطرق البديلة لحل النزاعات : الوساطة والصلح والتحكيم، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص، الجزء الأول، 2009، ص.23.

2 طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص167-169.

بمصالح التجارة الدولية ، وهنا يبدو واضحاً إمكانية استعمال هذا المعيار للهروب من حكم القانون الداخلي خاصة في مسائل المتعلقة بشرط التحكيم وشرط الخضوع الاختياري .

إن الاعتبارات التي قام عليها المعيار الاقتصادي لا نجدها في عقود المستهلكين، وذلك ما يفرض اعتماد المعيار القانوني في تحديد دولية هذه العقود¹.

في الأخير يمكن القول أنه لا يمكننا حصر العقود التي يبرمها المستهلكون ، ويمكن القول أن عقود الاستهلاك هي "كل عقد يبرمه المستهلك لغرض أجنبي على نشاطه المهني"² ، مثل عقد الإيجار والتأمين وعقد العمل وعقد النقل وغيرها من العقود الأخرى ، كما عرفت اتفاقية روما عقد الاستهلاك بصفة عامة ثم استثنت بعض العقود من نطاق تطبيقها ، فعرفت هذه العقود بأنها "العقود التي هدفها توريد أشياء مادية منقولة أو خدمات لشخص ، المستهلك ، لغرض استعمال يعتبر خارج عن نشاطه المهني" ، وأخرجت الاتفاقية من نطاق تطبيقها بعض العقود كعقد النقل وعقد توريد الخدمة إذا كانت الخدمة المستحقة للمستهلك يجب تقديمها فقط في دولة أخرى غير تلك التي فيها محل إقامة المستهلك المعتاد³.

المبحث الثاني : حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري

إن الطابع التعسفي في اتفاق الخضوع الاختياري يظهر بصفة واضحة عندما يكون هدفه تعطيل الوصول إلى التشريعات المقررة لحماية المستهلك ، حيث يكون للبعد الجغرافي للقضاء المعين والتكاليف

1 طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص165.

² طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص146.

3 Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, Journal officiel des Communautés européennes, No L 266, du 09.10.1980, p.01-19.

القضائية الباهظة دور مهم في حرمان الطرف الضعيف اقتصاديا للوصول للعدالة ، لذلك يتم حماية المستهلك من هذه الاتفاقات ، سنقوم في هذا المبحث بدراسة الحماية التي توفرها اتفاقية بروكسل في هذا المجال ، ثم نبحت عن القواعد المقررة في القانون الجزائري .

المطلب الأول : الحماية المقررة في اتفاقية بروكسل

الفقرة الأول : نظام الحماية المقررة في الاتفاقية :

نظام الحماية في اتفاقية بروكسل يتقرر من خلال أحكام المادة 17 من الفصل الرابع من الاتفاقية¹ ، حيث تنص هذه المادة على انه “ لا يجوز مخالفة أحكام هذا الفصل بأي اتفاق إلا :

(1) إذا كان لا حقا لنشوء النزاع ، أو

(2) إذا كان يسمح للمستهلك اللجوء إلى محاكم غير محددة في هذا الفصل ، أو

(3) الذي يتم بين المستهلك والمتعاقد معه، ويكون وقت أبرام العقد موطنهما أو محل إقامتهما الاعتيادي في نفس الدولة العضو، ويمنح الاختصاص لمحاكم هذه الدولة العضو، وذلك ما لم يكون قانون هذه الدولة العضو يحظر مثل هذه الاتفاقات.

1 « Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions :

1-postérieures à la naissance du différend,ou

2-qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section,ou

3 qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État contractant, attribuent compétence aux tribunaux de cet État sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions»

إن المادة 17 الفقرة 01 من اتفاقية بروكسل تحضروضع إي اتفاق خضوع اختياري والذي يسبق مرحلة النزاع كأصل عام¹، فهذه المادة وظيفتها تعطيل الشروط المهيأة مسبقا والمدمجة ضمن العقود النموذجية في الشروط العامة للعقد، أو أي وثائق أخرى تتبع العقد، هذا الحضر يمثل الوسيلة الأكثر فعالية التي تسمح باستبعاد كل الحالات التي يوجد فيها المستهلك رافضا لشروط تمديد الاختصاص المفروضة عليه من طرف المهني المتعاقد معه في عقود الإذعان، ولهذا نجد أن بعض قوانين الدول تحضر شرط اتفاق الخضوع الاختياري في العقود المبرمة مع المستهلكين².

غير أن اتفاقية بروكسل تضع بعض الاستثناءات على الأصل العام، حيث تسمح باتفاق الخضوع الاختياري في الأحوال التالية:

الاستثناء الأول: في هذا الاستثناء تسمح اتفاقية بروكسل فقط باتفاق الخضوع الاختياري المبرم بعد نشوء النزاع، حيث يكون الأطراف في هذه المرحلة على قيد المساواة، ويكون للمستهلك كافة الحرية في رفض أي اتفاق يخالف مصلحته، ونشير هنا إلى أن المادة 16 الفقرة 2 من الاتفاقية تلزم المحترف المدعى أن يرفع دعواه فقط أمام محاكم موطن المستهلك.

الاستثناء الثاني: المادة 17 الفقرة 02 من اتفاقية بروكسل تسمح استثناءا باتفاق الخضوع الاختياري السابق لنشوء النزاع بشرط أن يسمح هذا الاتفاق للمستهلك دون المهني بتعيين محكمة غير المحاكم التي

¹ طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 195

² المادة L121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، المادة 2149 من القانون الدولي الخاص بكيبك.

تنص عليها الاتفاقية في فصلها الرابع ، بمعنى أخر فإن الاتفاق الذي يمنح الاختصاص لمحاكم دولة عضو والتي ليست لا موطن محكمة المستهلك ولا موطن المهني هي مشروعة.

يبدو أن الغرض من الفقرة هو توسيع نطاق الخيارات المتاحة للمستهلك في اختيار القضاء المختص، مثل هذا الاتفاق لا يمكن أن يكون له اثر في حرمان هذا الأخير من امتياز الذي يوفره له المادة 16 الفقرة 01 ، فمثل هذا الاتفاق يتم إبرامه للمصلحة الحصرية للمستهلك ، حيث يسمح له وحده بتعين المحكمة المختصة دون تدخل من المهني¹.

الاستثناء الثالث : هذا الاستثناء الذي تقدمه المادة 17 فقرة 03 هدفه حماية مصالح المهني في حالة خاصة جدا ، فاتفاق الخضوع الاختياري المبرم بين المستهلك والمهني هي قانونية إذا كان الطرفين وقت نشوء العقد يتوطنان في نفس الدولة العضو ، وبشرط أن يكون هذا الاتفاق يمنح الاختصاص لمحكمة هذه الدولة ، هذا النص هدفه استبعاد أي اتفاق هو يتعلق أساسا بحالة قانونية داخلية ، بالنظر لأثاره المعطلة عن طريق تغيير محل إقامة المستهلك لدولة أخرى متعاقدة ، بمعنى تفادي حالة إنكار العدالة والتي تنشأ نتيجة سلب الاختصاص الأصيل لمحكمة معينة ، وفي نفس الوقت ترفض المحكمة المختارة الاختصاص والتي هي الموطن المشترك للطرفين²، المادة 17 فقرة 03 يتم استبعادها إذا كانت الدولة المتعاقدة تمنع الشرط المدرج بين المستهلك والمهني .

الفقرة الثانية : شروط تطبيق نظام الحماية

المادة 17 من اتفاقية بروكسل المتعلقة بحماية المستهلك من اتفاق الخضوع الاختياري لا تطبق إلا إذا كان النزاع يدخل ضمن مجال

1 طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق، ص195.

2 طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق، ص198.

الحماية المقررة في هذه الاتفاقية ، فالقراءة الأولية لعنوان الفصل الرابع توحى بان هناك حماية كاملة بمعنى تشمل جميع عقود المستهلكين ¹ ، غير أن القراءة المتأنية للمادة 15 و16 من نفس الاتفاقية تنفي هذا التصور.

في الواقع أن مجال تطبيق قواعد الاختصاص الخاصة بالمستهلك لا تتعلق إلا ببعض النزاعات والتي تنشأ بمناسبة بعض العقود المحددة في المادة 15 وهي البيوع بالتقسيط المتعلقة بالأشياء المادية المنقولة ² ، القروض بالتقسيط أو أي قروض لتمويل بيع مثل هذه الأشياء ³ ، في جميع الحالات الأخرى العقد المبرم مع شخص يمارس نشاطات تجارية أو مهنية في دولة عضو على الأراضي التي يتوطن فيها المستهلك أو يوجه نشاطه بأي وسيلة كانت لهذه الدولة العضو أو عدة دول أخرى من بينها هذه الدولة العضو، وشريطة أن يكون العقد في إطار هذه النشاطات ⁴ ، وللإشارة هذه المادة تم تعديلها بحيث أعطت مفهوم واسع للعقود المبرمة من طرف المستهلكين وبالتالي مددت نطاق الحماية الممنوحة عما كانت عليه ، وتسمح بكل سهولة في تحديد ما هي العقود المشمولة بهذه الأحكام ⁵.

بالإضافة إلى ذلك المادة 15 الفقرة 03 تستبعد عقد النقل بصفة عامة من مجال تطبيق قواعد الحماية المقررة للمستهلك ، غير أنها تستثني وهذا بعد التعديل ، عقود النقل التي تجمع بين السفر والإيواء بسعر جزافي ، للتذكير انه قبل تعديل الاتفاقية سنة 2007 كانت هذه المادة تستبعد عقود النقل تماما

¹ « compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs

2 المادة 15 فقرة 1 أ من اتفاقية بروكسل .

3 المادة 15 فقرة 1 ب من اتفاقية بروكسل.

4 المادة 15 فقرة 1 ج من اتفاقية بروكسل.

5 M.Fausto Pocar, Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, Rapport explicatif, Journal officiel des Communautés européennes, n° C 319/1, du 23.12.2009, p.21

من نطاق الحماية ، وكان يبدو هذا الاستبعاد غير منطقي ، حيث أن استبعاد عقد النقل سيؤدي بالنتيجة إلى تطبيق قواعد اختصاص مختلفة على مختلف الخدمات المجتمعة في عقد واحد والذي ينظر إليه من الناحية التجارية على انه صفقة واحدة¹.

ما يلاحظ بشأن هذه الاتفاقية انه لا يكفي فقط أن يدخل النزاع في مجال تطبيق المادة 15 ليستفيد المستهلك من الحماية المقررة له في هذا الصدد بموجب المادة 17 ، بل يجب أيضا أستفاء جميع شروط هذا النص وهي شرط تعيين محكمة دولة متعاقدة وعلى شرط محل الإقامة الوارد في المادة 23 من الفصل السابع المتعلقة بمسألة اتفاق الخضوع الاختياري².

نص المادة 17 لم يشر إلى مسألة تعيين دولة عضو بل سكت عن هذا الأمر ، وهنا نكون أمام احتمالين الأول أن المادة تقصد الشرط الذي يعين محاكم دول عضو في الاتفاقية ، أو أنها تستهدف الشروط التي تستبعد قواعد الحماية الواردة في المادة 16 ، فهي تهدف إلى تنظيم كل اتفاق يتضمن شرط الخضوع الاختياري ويعطل قواعد الاختصاص في اتفاقية بروكسل والموضوعة خصيصا لحماية الطرف الضعيف ، بما في ذلك تلك التي تعين قضاء أجنبي أي دولة غير عضو كالجرائم مثلا ، كما أن المادة 17 لا تذكر أيضا أي شيء عن محل الإقامة ، وربما هو تدارك لما جاء في المادة 23 من الاتفاقية التي تهتم بمحل إقامة احد الأطراف في

1 M.Fausto Pocar, op.cit, p22.

2“ Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents...”.

دولة عضو ، بمعنى إمكانية تطبيق نص هذه المادة على مستهلك غير مقيم بإحدى الدول الأعضاء .

غير أننا عندما نقرأ ما جاء في المادة 15 من الاتفاقية والتي تنص على أن أحكام الفصل الرابع يخضع للمادة 4 الفقرة 02 و المادة 05 من الاتفاقية ، فالمادة 4 الفقرة 02 تشير على انه في حالة ما كل شخص مهما كانت جنسيته ومتوطن في دول عضو في الاتفاقية ، يمكنه مثل الوطنيين التحجج بقواعد الاختصاص المنصوص عليها في هذه الاتفاقية ، نجد أن هناك تأكيد على أن قواعد حماية المستهلك لا تنطبق إلا إذا تم ربط النزاع باتفاقية بروكسل عن طريق محل إقامة المدعى في دولة عضو في الاتفاقية ، ولذلك فإن اتفاق شرط الخضوع الاختياري المبرم مع المستهلك لا يمكن أن يندرج تحت المادة 17 إلا إذا كان محل إقامة المدعى في الإتحاد الأوروبي ، بمعنى أن تقتصر الاستفادة من هذه الحماية على الطرف المقيم في الدولة العضو في الاتفاقية ، وللأسف هذا لا يخدم المستهلكين في دول الأخرى كالجرائم مثلا، مع ملاحظات أنه في الواقع أغلب المستهلكين يقيمون في دول غير دول الإتحاد الأوروبي ، وحركة السلع والخدمات دائما تنطلق من هذه الدول باتجاه دول العالم الثالث والدول السائرة في طريق النمو.

كذلك فإن تعيين محاكم دولة غير متعاقدة لا يمكن أن يكون له اثر في استبعاد قواعد حماية المستهلك في المادة 16 ، مادام المستهلك المدعى مقيم في الإتحاد الأوروبي وان الشرط يمنعه من تعيين محكمة محل إقامته ، من جهة أخرى إذا كان الطرف الوحيد مقيم بدولة متعاقدة هو المهني المدعى وشرط تعيين محكمة أو محاكم دولة متعاقدة ، المستهلك من دولة غير متعاقدة لا يمكنه مطلقا التذرع بالاستفادة من المادة 17 ، هذا الاتفاق يخضع للمادة 23 .

القراءة الأولية المتأنية لهذه المواد تجعلنا، نشعر بأنه من العدل تطبيق قواعد الاختصاص الواردة في القسم الرابع 4 من اتفاقية بروكسل بغض النظر عن محل إقامة الأطراف بمعنى اشتراط أن يكون المستهلك مقيم في دولة عضو ، فمحل إقامة المستهلك في دولة عضو هو معيار خضوع النزاع لاتفاقية بروكسل ، وانه يستبعد حماية المستهلك المقيم في دولة غير عضو ، وهذا التمييز يمكن تجاوزه إذا تبنت اتفاقية بروكسل انفتاحا على الدول الأخرى غير دول الإتحاد الأوروبي ، على الأقل الدول التي تمثل سوقا هاما للإتحاد الأوروبي ، ربما وضع معيار يربط النزاع في اتفاقية بروكسل ليس على أساس محل إقامة المستهلك وإنما على أساس الهدف الأخير الذي تسعى إليه هذه الاتفاقية وهو حماية هذا الأخير، سيكون الحل الأمثل الذي يرضي الجميع ، فهدف هذه الحماية أليس هو الحفاظ على إمكانية المستهلك للوصول للعدالة ؟ لكن كيف يمكن لمستهلك ضعيف اقتصاديا وقاصر قانونيا أن يتحمل الأعباء المالية المكلفة لقيام بإجراءات قضائية سريعة وفعالة في بلد أجنبي ؟ هذه هي حالة المستهلكين خارج الإتحاد الأوروبي . أليس مبدأ حماية المستهلك يقوم على أساس أنه يوجد في حالة من الضعف الاقتصادي والقانوني.

إن مبدأ حماية المستهلكين الذي تتبناه اتفاقية بروكسل يجب أن يعود على هؤلاء جميعهم بالنفع دون مراعاة محل إقامة الأطراف ولا الدولة التي تم تعيين محاكمها ، يمكن لهذا التصور المناهض للتمييز أن يساهم في تطوير التبادل بين دول العالم الثالث والدول الأوروبية ، أو بالأحرى الدول المنتجة والدول المستهلكة ، التي تمثل عنصر هام في اقتصاديات هذه الدول الأوروبية ، وذلك يتطلب تعاون دولي في مجال الاختصاص القضائي .

اتفاقية بروكسل يعترف لها أنها في مجال حماية المستهلك تغيب أي تمييز بسبب الجنسية ، لكن بالمقابل تشترط محل الإقامة كمعيار

للاستفادة من أحكام الاتفاقية ، اتفاقية روما وعلى عكس اتفاقية بروكسل ، فالمادة 05 و 02 من هذه الاتفاقية تؤكد أن اختيار القانون المطبق لا يمكن أن يكون له اثر مجرد المستهلك من الحماية التي تضمنه له الأحكام الملزمة في قانون الدولة التي يوجد فيها مكان إقامته المعتاد ، القانون المختار مثل القانون محل الإقامة المستهلك يمكن أن يكون قانون دولة غير متعاقدة لأن المستهلك في هذه الاتفاقية يستفيد من القانون الذي يوفر له أكثر حماية ممكنة فهي لا تفرض أن يكون محل إقامة المستهلك في الدولة المتعاقدة.

المطلب الثاني : الحماية المقررة في القانون الجزائري

القانون الدولي الخاص الجزائري خاصة في مجال الاختصاص القضائي الدولي لم يضع قواعد يمكنها تتعلق بالمستهلك ، لذلك كان من الواجب البحث عن قواعد مادية يمكنها حماية هذا المستهلك ، ثم البحث عن الآلية التي تمكن من تطبيق هذه القواعد في المجال الدولي .

الفقرة الأولى : الحماية المقررة في قواعد الاختصاص القضائي

الدولي الجزائري :

محاولة منا البحث في قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون الجزائري عن الأحكام التي يمكنها أن تحمي المستهلك من اتفاق الخضوع الاختياري ، تبادر لنا في الأذهان نص المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على " يعتبر لاغيا و عديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة ، إلا إذا تم بين التجار" ، وكما هو معلوم وفي غياب تشريعات في القانون الجزائري تحدد الاختصاص القضائي الدولي ، فإنه يتم إسقاط قواعد

الاختصاص المحلي الداخلي على المستوى الدولي مع ما يتطلب ذلك من
تكييف¹.

إذا كان الاتفاق على منح الاختصاص محصور و تعسفي في المادة
45 داخليا إن لم يكن بين التجار فإنه من المفروض أن يكون كذلك في
القانون الدولي الخاص ، غير أن الاجتهاد القضائي والفقهاء المقارن في هذا
المجال يرفض تمديد هذا النص إلى المجال الدولي، فقد أكدت محكمة
النقض الفرنسية على أن اتفاقات الخضوع الاختياري هي مشروعة
عندما يتعلق الأمر بنزاع ذو طابع دولي² ،

، هذه المسألة لم تعرض على القضاء الجزائري ، لكن في اغلب الأحوال
فإن الاجتهاد القضائي الجزائري سيستند إلى الحلول التي جاء بها القضاء
الفرنسي ، هذا ما حدث في كثير من المناسبات خاصة في المسائل المتصلة
بالقانون الدولي الخاص³ ، إذن فالمادة 45 من قانون الإجراءات المدنية
والإدارية الجزائري هي غير مناسبة لتحكم العلاقات الدولية ، هذا
الاجتهاد وضع قاعدة اختصاص دولية ، تأثيرها واضح على الطرف

¹ د.موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص (القواعد المادية) ، ترجمة د.فائز أنجوع
، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر، 1989، ص 18.

² « ...les clauses prorogant la compétence internationale sont en principe
licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international, et lorsque la clause ne fait
pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction
française...» , Cass. 1er civ., 17 décembre 1985 ,Rev. crit. DIP1986, p.
537, note H. GAUDEMET-TALLON, D.1986 ,IR p. 265, obs. B.
AUDIT; Grands arrêts jurispr. f r. DIP n° 69

³ د.عبد الرزاق دربال ، ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع
الإختياري لجهة قضائية معينة ، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية
الخاصة في الجزائر، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، الجزائر، 21-22 أبريل
2010، ص99.

الضعيف والذي هو المستهلك ، الذي تتركه دون حماية عندما يدرج النزاع تحت أحكام قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

رفض تمديد المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجعل من الضروري إجراء تعديلات في القانون الداخلي خاصة مسألة الاختصاص القضائي الدولي وبالتحديد وضع قواعد اختصاص دولية تحمي المستهلك ، رغم أن المادة 45 من قانون إ.م.إ.ج محددة جدا وواضحة لكن يبدو أنها غير فعالة لحماية المستهلك بالنظر للأسباب التي تم ذكرها.

ليس هناك ما ينفي بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي معنية بحماية المستهلك ، ذلك ما تم تأكيده في اتفاقية بروكسل ولقانو بإدراجهما قواعد اختصاص خاصة بالمستهلك في القسم الرابع من الاتفاقية .

إن تعين نظام قضائي أجنبي سيثبط الطرف الضعيف اقتصاديا ويكبده نفقات طائلة للقيام بإجراءات تقاضي في بلد أجنبي ، هذا هو الحال بالنسبة للمستهلكين ، بالنتيجة في الجزائر نقر بأنه لا توجد قواعد اختصاص قضائية دولية تحمي المستهلك في العقود الدولية ، وعلى ضوء كل هذا يبدو البحث عن قواعد أخرى أو تقنيات بديلة تمكنا من توفير حماية كافية للمستهلك ضد شرط الخضوع الاختياري هو أمر أكثر من ضروري ، وذلك ما سنحاول بحثه في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: قواعد حماية المستهلك المقررة في القواعد المادية :

بعد أن بحثنا مسألة حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في قواعد الاختصاص القضائي الدولي الجزائري في الفقرة الأولى ، وتبين لنا عدم وجود قواعد محددة توفر هذه الحماية ، سنبحث عن حلول أخرى تمكنا من

توفير الحماية المرجوة للمستهلك والتي قد توفرها لنا القواعد المادية في القانون الجزائري .

إن اتفاق الخضوع الاختياري الذي يتم إبرامه بين الأطراف يستهدف رفع دعوى في حالة قيام نزاع ، أمام محكمة معينة تابعة لدولة أجنبية أخرى غير تلك التي تشير إليها قاعدة الاختصاص ، أي المحكمة المختصة أصلا، إذن هذا الاتفاق يبدو " بمثابة عقد وكذلك بمثابة عمل إجرائي" ¹ ، الأمر يتعلق هنا في البحث ما إذا كانت الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود يمكن تطبيقها على الاختصاص القضائي الدولي ، بمعنى إمكانية تطبيق أحكام الشروط التعسفية في القانون الجزائري على اتفاق الخضوع الاختياري مادام هذا الاتفاق يبدو بمثابة عقد ؟

إن خصوصية نظام الشروط التعسفية تفرض في الواقع هذا النهج خاصة في الحالة التي نتكلم فيها عن الشرط بصفة عامة ، فالشروط التعسفية تعرف بمعيار واحد وهي عدم التوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد ² ، فالطابع التعسفي في اتفاق الخضوع الاختياري يظهر بصفة واضحة عندما يكون هدفه تعطيل الوصول إلى التشريعات المقررة لحماية المستهلك ، حيث يكون للبعد الجغرافي للقضاء المعين والتكاليف القضائية الباهظة دور مهم في حرمان الطرف الضعيف اقتصاديا للوصول للعدالة ، أمام هذه الحالة نكون أمام عقود إذعان التي تتضمن شروط غير قابلة للنقاش وموجهة لمصلحة الطرف ذي المركز القوي ، حيث يكون فيها المتعاقد محتكر لخدمة أو سلعة ، والمستهلك مجبر على اقتنائها ³.

¹ د.موحند إسماعيل، المرجع السابق، ص 24.

2 المادة 03 الفقرة 05 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج.ر عدد 41 ، سنة 2004 ، ص 03-11.

3 أ.عادل عميرات، حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، المركز الجامعي بالوادي 14/13 أبريل 2008، ص 176.

المشروع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني نص على انه " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدّعن منها، وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"¹، هذه المادة تخول القاضي سلطة واسعة في تعديل العقد، ويمكنه حتى أن يعفي المدّعن من الشروط التعسفية²، قد يكون إعمال هذه الفكرة هو السبيل لحماية المستهلك من اتفاق الخضوع الاختياري، غير انه من الواضح أن هذه القواعد لا تتلاءم ووضع المستهلك، فهذه القواعد ذات طبيعة عامة، واستيفاء شروط تطبيقها أمر صعب المنال، كما أن إعمال هذه القواعد يتطلب تدخل القضاء عن طريق رفع الدعوى³.

ربما يحتاج المستهلك حماية أكثر مما توفره هذه القواعد التقليدية، خاصة مع التطور الاقتصادي والتكنولوجي الذي تعرفه معظم الدول في الآونة الأخيرة، وكما هو معروف انه في حالة وجود نص خاص فإن القاضي يلتزم بهذا النص دون الرجوع للأحكام العامة احتراماً لمبدأ الخاص يقيد العام، فأغلب تشريعات دول العالم تخصص قوانين تتعلق بالمستهلك لتوفر له أكبر حماية ممكنة، المشروع الجزائري لم يكن استثناء عن ذلك، إذن يمكننا أن نبحت عن حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في قانون المستهلك، فالمادة 29 من القانون رقم 02-04 التي تتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية تمنع إدراج شروط تعسفية في العقود التي يكون طرفها المستهلك، حيث أوردت

1 القانون رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2 زويبرارزقي، المرجع السابق، ص 33

3 طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 32.

بعض من هذه الشروط على سبيل المثال¹ ، كما أن المادة 30 من نفس القانون والتي نصت على " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه ، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم ، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية " ، هذه الأحكام تتضمن قواعد أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وبالتالي يمكن تطبيقها على اتفاقات شرط الخضوع الاختياري .

الأكد أن كل هذه الأحكام سواء خاصة أو عامة هي في الحقيقة تنطبق على المستوى الداخلي فكيف يمكنها أن تحمي المستهلك في مسألة تعتبر في المجال الدولي لأنه تتعلق بمسألة اختصاص قضاء دولي ، الحل يبدو في أن إبطال اتفاق الخضوع الاختياري بين المستهلك والمهني لا يمكن إلا أن يأتي عن طريق أعمال فكرة النظام العام ، فالحرية التعاقدية تحد منها بعض القيود التي يجب مراعاتها عند التعامل على المستوى الدولي ، وأهم قيد في هذا المجال هو فكرة النظام العام ، الذي يمثل مجموع المصالح الأساسية للمجتمع والحد الأدنى الذي لا يتصور بقاء الجماعة بدونه ، فالقاعدة المتعلقة بالنظام العام هي قاعدة أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، ومما لا شك فيه أن قواعد قانون حماية المستهلك في مجموعها هي قواعد معتبرة من النظام العام حيث لا يجوز مخالفتها² .

يبقى أن نشير إلى أن اتفاق الخضوع الاختياري سينعكس حتما على القانون الواجب التطبيق الذي يعينه قانون القاضي ، فكما نعلم أن الاختصاص القضائي يتحكم في الاختصاص التشريعي ، فلو أن نزاعا رفع أمام القاضي الجزائري فإن قواعد التنازع في القانون الجزائري هي

1. أ. عادل عميرات، المرجع السابق، ص 180

2. د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 128.

التي تحدد القانون الواجب التطبيق¹، وبالتالي نستخلص أن شرط الخضوع الاختياري يمكن أن يعين قانون يطبق على العقد لا يحمي المستهلك.

نفس المسألة بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فاتفاق التحكيم المبرم بين المستهلك والمهني أكثر خطورة من اتفاق الخضوع الاختياري ، لأن المسألة تتعلق بمسألة اختيار محكمة تحكيمية عوضا عن المحاكم الوطنية أو محاكم الدولة ، وهذا غير ملائم لمنازعات المستهلكين ، فتكاليف الإجراءات القضائية وتعقيدها يمكنها أن تجرد المستهلك من إمكانية اللجوء للعدالة ، خاصة أن المستهلك ليس عالم بالتجارة الدولية التي وافق عليها في قانون التحكيم ، لهذه الأسباب يجب إبعاد الطابع التعسفي لاتفاق التحكيم الدولي المبرمة بين المستهلك والمهني، وإعمال فكرة النظام العام الدولي باستعمال قانون الاستهلاك هي وحدها التي ستحل المسألة في القانون الجزائري.

خاتمة

في الأخير ما يمكن استخلاصه أن شرط الخضوع الاختياري بقدر ما يعطي للإرادة حرية في تحديد ضابط الاختصاص القضائي ، ويساهم في تطوير التجارة الدولية ، بالمقابل فإن إدراجه في عقود الاستهلاك يمثل تعسفا في حق المستهلك ، لهذه الأسباب رأينا كيف توفر اتفاقية بروكسل حماية كافية للمستهلك ضد اتفاقية الخضوع الاختياري ، من خلال إبطال كل اتفاق يتعلق بالخضوع الاختياري ، غير أنها في المقابل تشترط لتطبيق أحكامها ربط النزاع بها عن طريق التوطن في دولة عضو في الاتفاقية .

1 د.موحند إسعاد، المرجع السابق، ص 23.

في الجزائر وفي ظل غياب تشريعات واضحة تهتم بمسألة الاختصاص القضائي الدولي ، خاصة تلك المتعلقة بالمستهلك فإنه من الضروري الإسراع بالتفكير في تنظيم هذه المسألة سواء على المستوى المحلي أو الإقليمي ، بوضع قواعد خاصة تسمح بتجنب أي اتفاق خضوع اختياري يدرج ضمن العقود التي يبرمها المستهلك ، ما لم يكن هذا الاتفاق لاحق لنشوء النزاع ، أو انه يتقرر للمصلحة الحصرية للمستهلك ، خاصة ونحن نعلم أن الجزائر من البلدان المستقبلية للمنتوجات الخارجية ، ولا شك أن ما تعرفه الجزائر من تدويل للسلع والخدمات ، والتطور المعلوماتي المتمثل في بيع السلع عبر المواقع الالكترونية سيساهم حتما في زيادة الاستهلاك ، وكثرة العقود الاستهلاكية التي قد تتضمن اتفاقات تعين محاكم أجنبية غير تلك المختصة أصلا.

في الأخير حتى ولو أننا في خضم هذه الدراسة لم نتمكن من تغطية كل الأوجه المتعلقة بحماية المستهلك من اتفاقات الخضوع الاختياري ، حولنا في الوقت ذاته تسليط الضوء على الجوانب المهمة في هذه المسألة لإعطاء ولو فكرة أولية عن هذا الموضوع ونرجو أن نكون قد وفقنا في ذلك.

الهوامش

¹ Article15:«...pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle...», Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, Journal officiel des Communautés européennes , N° L 339, du 21.12.2007, p.03-41; Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel des Communautés européennes , N° L 12,du 16.1.2001, p.01-23. ² زوبير ارزقي ، حماية المستهلك في

ضل المنافسة الحرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع " المسؤولية المهنية " ،
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2011، ص39.

3 Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la
signature à Rome le 19 juin 1980, Journal officiel des Communautés
européennes, No L 266,du 09.10.1980, p.01-19.

4 b) « consommateur » : toute personne physique qui, dans les contrats relevant «...
de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son
activité professionnelle;...», Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives
dans les contrats conclus avec les Consommateurs, Journal officie des
Communautés européennes , n° L 95 du 21/04/1993 p. 0029 – 0034.

5 ;MASORUIZ-JARABOCOLMBERءD .I, p. 3767, concl .CJCE, 3 juillet 1997 : Rec
JDI 1998, p. 581, obs. J.-M. BISCHOFF

6 قانون رقم 89-02 مؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 07 فبراير سنة 1989، يتعلق
بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية، العدد 06، سنة 2006،
ص154-157.

7 قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق
بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، عدد 15، سنة 2009، ص12-23.

8 المرسوم التنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990،
المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، الجريدة الرسمية، عدد 06، سنة 1990، ص
202-207.

9 د.قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج- دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة
الإزراطية، مصر، 2007، ص69

10 زوبير ارزقي ، المرجع السابق، ص44.

11 د.قادة شهيدة ، المرجع السابق ، ص69.

12 طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء
الوطني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص104.

13 طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص 127.

14 د.قادة شهيدة ، المرجع السابق ، ص69

15 طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص 144.

16 طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص 145.

17 طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص 152.

18 ..Lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne «

qui exerce des activités commerciales ou professionnelles...»

19 د.محمد حسين منصور، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الأزارطة الإسكندرية ،
2009 ، ص11.

20 د.محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص11.

²¹ عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الجزائر، 2006، ص316 وما بعدها.

²² القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد21، سنة 2008.

²³ د.عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، الطرق البديلة لحل النزاعات : الوساطة والصلح والتحكيم، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص، الجزء الأول، 2009. ص23.

²⁴ طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص167-169.

²⁵ طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص165.

²⁶ طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص146.

²⁷ Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, Journal officiel des Communautés européennes, No L 266, du 09.10.1980, p.01-19.

²⁸ « Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions :

1-postérieures à la naissance du différend,ou

2-qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section,ou

3 qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État contractant, attribuent compétence aux tribunaux de cet État sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions »

²⁹ طرح البحور علي حسن، المرجع السابق ، ص195

³⁰ المادة L121 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، المادة 2149 من القانون الدولي الخاص بكيبك.

³¹ طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص195.

³² طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق، ص198.

³³ « compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs »

³⁴ المادة 15 فقرة1 أ من اتفاقية بروكسل .

³⁵ المادة 15 فقرة 1ب من اتفاقية بروكسل.

³⁶ المادة 15 فقرة1ج من اتفاقية بروكسل.

³⁷ M.Fausto Pocar, Convention concernant la compétence judiciaire, la décisions en matière civile et reconnaissance et l'exécution des commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, Rapport explicatif,

Journal officiel des Communautés européennes, n° C 319/1, du
23.12.2009, p.21

M.Fausto Pocar, op.cit, p22.³⁸

territoire d'un État Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le"³⁹
de tribunaux d'un État membre membre, sont convenues d'un tribunal ou
nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de pour connaître des différends
tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont droit déterminé, ce
".compétents...

⁴⁰ د.موهند إسعاد، القانون الدولي الخاص (القواعد المادية) ، ترجمة د.فائز أنجق ،
الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 18.

⁴¹ «...les clauses prorogant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international, et lorsque la clause ne fait pas échec à la
Cass. 1er civ., 17» compétence territoriale impérative d'une juridiction française...
Rev. crit. DIP1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON, D.1986 ,décembre 1985

AUDIT; Grands arrêts jurispr. f r. DIP n° 69.IR p. 265, obs. B ,
⁴² د.عبد الرزاق دربال ، ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الإختياري
لجهة قضائية معينة ، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر،
جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، الجزائر، 21-22 أفريل 2010، ص.99.

⁴³ د.موهند إسعاد، المرجع السابق، ص 24.
⁴⁴ المادة 03 الفقرة 05 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 05 جمادي الأول عام 1425
الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج.ر
عدد41 ، سنة 2004 ، ص 03-11.

⁴⁵ أ.عادل عميرات، حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد، الملتقى الوطني حول حماية
المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، المركز الجامعي بالوادي 14/13 أبريل
2008، ص.176.

⁴⁶ القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن
القانون المدني المعدل والمتمم.

⁴⁷ زوبير أرزقي ، المرجع السابق ، ص 33

⁴⁸ طرح البحور علي حسن، المرجع السابق ، ص.32.

⁴⁹ أ.عادل عميرات، المرجع السابق، ص180

⁵⁰ د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.128.

⁵¹ د.موهند إسعاد، المرجع السابق، ص 23.

جهود الجزائر في إطار المحافظة على أمنها البيئي

الأستاذ: محمد عبد الفتاح سماح
جامعة الدكتور الطاهر مولاي
سعيدة/الجزائر.

مقدمة:

بدأ الإنسان القديم حياته بصراع شرس مع بيئته، وفي كثير من المرات ترسخ لديه الاعتقاد بأنها مخلوق يستحيل قهره أو حتى ترويضه وهذا بفعل المظاهر الفيزيائية والكوارث الطبيعية من رعد وبرق وزلازل وفيضانات التي ألحقت به الكثير من الأضرار. ومع ازدياد أعداد البشر، أصبح التحدي يفرض نفسه من أجل التأقلم مع الطبيعة واستغلالها بما يسمح بتحسين ظروف العيش، وبذلك تزايدت فرص استغلال الموارد الطبيعية حتى اجتازت مرحلة التأقلم مع البيئة بل وأصبحت أكثر سهولة وسلاسة من ذي قبل، إلى أن وصلت إلى الاستغلال الأناني المطبوع بالاستنزاف وتسبب الأضرار ولاسيما منها التلوث، وعدم ترك أي فرصة للتجدد الآلي والطبيعي للموارد الطبيعية، مما انعكس سلبا على حق العيش الكريم بالنسبة للجيل الحالي والأجيال المقبلة. وبفعل التهديدات والهزات المتواصلة التي ضربت البيئة، أخذت الأصوات تتعالى شيئا فشيئا بدءا من العلماء والمهتمين بالبيئة إلى أن وصل صداها إلى المحافل الدولية وأصبحت موضوع مطروح للنقاش بين الساسة الذين أحسوا بالضغط الذي تمارسه الجمعيات والمنظمات الدولية، فترجموا تلك المطالب إلى إجراءات من خلالها يمكن التحكم في الأضرار التي تصيب البيئة، ومع ظهور السباق نحو التسليح، ونشوب الحروب، وظهور بؤر توتر جديدة، أصبحت تلك الإجراءات التي تم تبنيها وقت السلم لا تلي

الحاجة، وكان لزاما البحث عن آليات جديدة أكثر فاعلية للحفاظ على البيئة وحمايتها من الأضرار، وهنا ظهر مصطلح الأمن البيئي وأريد له أن يكون امتدادا للأمن الدولي الذي هو أحد مقاصد الأمم المتحدة، ويعتبر على رأس الأولويات مع السلم الدولي، الواجب السعي لتحقيقه من قبل كافة الدول، والمنظمات والجمعيات فرادى ومجتمعين كل فيما يخصه وفي حدود سلطته وإمكانياته.

يتكون مصطلح الأمن البيئي من كلمتين، الأمن والبيئة، فكلمة الأمن حظيت باهتمام الكثير من الباحثين و المهتمين بهذا المجال ومع ذلك لم تجد لها تعريفا جامعا ومانعا يحظى بالإجماع، حيث يرى "هنري كيسنجر" وزير خارجية الولايات المتحدة الأمريكية الأسبق بأن الأمن يعني "أي تصرفات يسعى المجتمع عن طريقها إلى حفظ حقه في البقاء"، بينما يرى "روبرت ماكانامارا" وزير الدفاع الأمريكي الأسبق وأحد مفكري الإستراتيجية الأمريكية البارزين في كتابه "جوهر الأمن" حيث قال: "الأمن يعني التطور والتنمية، سواء منها الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية في ظل حماية مضمونة، و يقصد في الأخير توفير الأمن العسكري لهذه التنمية وحمايتها من التهديدات." كما قال كذلك: "الأمن الحقيقي للدولة ينبع من معرفتها العميقة للمصادر التي تهدد قدراتها ومواجهتها، لإعطاء الفرصة لتنمية تلك القدرات تنمية حقيقية في كافة المجالات سواء في الحاضر أو المستقبل، فلا يمكن أن نحصر الأمن في الجانب الردعي والعسكري بدون توفير المقومات والسلوكيات التي تعد من أهم ركائزه خاصة مع تزايد التهديدات الأمنية الراهنة". وقد ورد في القرآن الكريم قوله عز وجل: "فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جوع

وآمنهم من خوف"(1) ، وما نلاحظه هو أن الله عز وجل بصدده على عباده فقد قرن نعمة الغذاء بالأمن.

وفي ظل هذه المفاهيم يمكن إيجاد تعريف شامل للأمن ألا وهو: "قدرة المجتمع وإطاره النظامي (الدولة) على مواجهة كافة التهديدات الداخلية والخارجية، بما يؤدي إلى محافظته على كيانه، هويته وإقليمه وموارده، وتماسكه وتطوره وحرية إرادته"(2).

أما الكلمة الثانية وهي البيئة، فقد جاءت في القرآن الكريم في قوله عز وجل: "وكذلك مكنا ليوسف في الأرض يتبوأ منها حيث يشاء"(3)، فهي تقابل "Ecologie" بالفرنسية، هي كلمة ذات أصل إغريقي متكونة من شطرين "Oikos" وتعني المنزل أو البيت، و"Logos" ومعناها علم، أي العلم الذي يتناول بالدراسة الكائن الحي في منزله(4)، أما المفهوم الاصطلاحي للبيئة فقد تناولها عدة فقهاء وكتاب ومنظمات مختصة، فهناك مفهوم راسخ لدى المنظمات والمؤتمرات الدولية يقول بأن البيئة هي: "مجموع النظام الفيزيائي الخارجي والبيولوجي الذي يعيش فيه الجنس البشري والكائنات الحية الأخرى"(5)، وهناك تعريف آخر يقول بأنها: "مجموع العوامل المادية، الكيميائية، البيولوجية والعناصر الاجتماعية القابلة في وقت معين للتأثير بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وحالياً أو في وقت لاحق على الكائنات الحية أو النشاط الإنساني"(6). وقد عرفها الشيخ يوسف القرضاوي بقوله: "هي المحيط الذي يعيش فيه الإنسان، وبيوه إليه إذا سافر أو اغترب بعيداً عنه، فهو مرجعه في النهاية ومثابته، شاء أم أبى"(7)، أما برنامج الأمم المتحدة للبيئة (UNEP) فقد عرفها ووسع من مدلولها حيث أصبحت تدل على أكثر من مجرد عناصر طبيعية (ماء، هواء، تربة، معادن، مصادر الطاقة، نباتات وحيوانات...إلخ) بل هي رصيد من الموارد المادية والاجتماعية المتاحة في وقت ما وفي مكان ما لإشباع حاجات الإنسان وتطلعاته"(8).

أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بتعداد مكوناتها بقوله: "تتكون البيئة من الموارد الطبيعية اللاحيوية والحيوية كالهواء والجو والماء والأرض وباطن الأرض والنبات والحيوان، بما في ذلك التراث الوراثي، وأشكال التفاعل بين هذه الموارد، وكذا الأماكن والمناظر والمعالم الطبيعية"⁽⁹⁾. الملاحظ بأن لا يوجد تعريف موحد نستطيع الأخذ به والاستناد عليه، وبالتالي فيمكننا أن نضع التعريف التالي الذي هو في الأصل سوى محاولة لإيجاد تقارب ما بين مختلف التعاريف السابقة وهو: البيئة هي كل متكامل من العناصر المختلفة المتجانسة أو غير المتجانسة تتفاعل فيما بينها لتكون الوسط الذي يتصل بحياة الإنسان والكائنات الأخرى، وتمثل قيمة من قيم المجتمع.

ظل الشغل الشاغل للإنسان هو كيفية الحصول على حاجياته من الطبيعة بأكبر قدر ممكن وبأقل التكاليف، وهذا ما حدا به إلى استعمال كافة الطرق والأساليب لتحقيق ذلك حتى ولو كان فيها إسراف واستنزاف للموارد وما ينتج عنه من إضرار بالطبيعة، وهذا الاستغلال غير المتحكم فيه الذي سرعان ما أصبح يهدد مستقبل الحياة الكونية برمتها هو الذي أدى إلى تعالي أصوات منددة بهذا التصرف الهمجي و هو الذي سرعان ما ترجم إلى تحرك المجتمع الدولي عام 1972 بعقد قمة ستوكهولم حول البيئة البشرية، وما تبعه من خطوات جريئة كانت كافية لإيقاظ الضمير الإنساني واكتشاف حجم الكارثة التي أصبحت تلوح بتدمير البيئة الإيكولوجية ككل بالنسبة للجيل الحالي والأجيال المقبلة، ولاسيما بعد نشر تقرير السيدة "براندلاند"⁽¹⁰⁾ الذي يعتبر الأرضية لعقد قمة الأرض بريودي جانيرو سنة 1992.

وبالرجوع إلى المفهوم القديم الجديد في آن واحد، ألا وهو الأمن البيئي، فهو قديم بحكم العلاقة الوطيدة التي تجمع بين الأمن كغاية

يسعى الجميع إلى تحقيقها ولو تطلب الأمر بذل أموال طائلة في سبيل ذلك أو حتى الدخول في حروب داخلية أو دولية، والبيئة التي أصبح الحفاظ عليها يعني المحافظة على مستقبل البشرية، وهو جديد بحكم حداثة طرحها مفهوم موحد منذ فقط نهاية الحرب الباردة وزوال الثنائية القطبية التي كانت تحكم العالم وهذا رغم وجود تجانس وتشابه كبير ما بين المفهومين، حيث أن كلاهما لا يمكن تحقيقه سوى في إطار جماعي تضامني ما بين الدول والمنظمات بل وحتى الأفراد، وكلاهما يصعب تحقيقه في نفس الوقت نظرا لتضارب المصالح وتقاطعها ما بين الدول، إذا فكأننا أمام فكرة مثالية الكل يرحب بها بل ويقدمها ولكنه في قرار نفسه يرفض التنازل عن أنانيته في سبيل ذلك.

وعليه يمكن تعريف الأمن البيئي على أنه: "حماية البيئة والموارد الطبيعية من النضوب والانقراض والنقص الناجم عن المخاطر والملوثات والجرائم المتعمدة التي ترتكب في حق تنمية المصادر والموارد الطبيعية والإخلال بالتوازن البيئي".

إذا وكما أسلفنا فالأمن البيئي هو مصطلح جديد من حيث الطرح فقد طرح غداة نهاية الحرب الباردة وزوال المعسكر الاشتراكي، أستحدث من قبل الشمال المتقدم مثل الولايات المتحدة والدول الأسكندنافية، وقد جاء الاهتمام به كنتيجة للأثر المروع للحروب على البيئة وكذا تكرار حدوث الكوارث الطبيعية والبشرية، ويعد الأمن البيئي وليد مخاوف الأمن القومي من تناقص الموارد الطبيعية وتدهور البيئة، إلا أن الحكومات وضعت تعاريف كل حسب استراتيجيته وسياسته، حيث أن اللجنة المشتركة للأمن البيئي في روسيا، اعتمدت في سياستها عدم الفصل، بأي حال من الأحوال، بين الأمن البيئي والأمن القومي، وذلك في اجتماعها المنعقد في 13 أكتوبر 1994 والذي أقره مجلس الأمن الروسي

بموسكو عام 1996، وعليه تؤكد روسيا الاتحادية على أن الأمن البيئي هو حماية الطبيعة والبيئة والمصالح الحيوية للمواطنين والمجتمع والدولة من التأثيرات الداخلية والخارجية وكذلك الاتجاهات السلبية في عمليات التنمية التي تهدد صحة الإنسان والتنوع البيولوجي وأداء النظم الإيكولوجية المستديمة والتي قد تؤثر على استمرارية الحضور البشري، أما في الولايات المتحدة فقد تم إدماج الأمن البيئي في برنامج عام لوزارة الدفاع منذ عام 1996، وهو برنامج يتسم بالطابع المؤسسي والقدرة الفائقة في إدارة الدفاع والبيئة والتوعية بالصحة والسلامة المهنية وتفعيل الدور المستمر لأمن الأنشطة البيئية، وذلك باستخدام وسائل العلاج المبكر والالتزام بالمعايير البيئية والحفاظ على البيئة ومنع التلوث من المنبع ونشر تقنيات الأمن البيئي بالإضافة إلى مراقبة الأنشطة الدولية.

إن الجزائر بوصفها إحدى البلدان النامية فقد شهدت عبر مراحل تطورها الكثير من الثورات والحروب التي لا شك أنها كان لها التأثير الجسيم على البيئة هذا بالإضافة إلى الكوارث الطبيعية التي ضربتها، و مما لا شك فيه فإن السلطات العمومية تكون قد اعتبرت من هذه الدروس واتخذت التدابير والإجراءات اللازمة من أجل تحجيم هذه الآثار بما يسمح لها بالمحافظة على أمنها البيئي.

وعليه يمكننا أن نطرح الإشكالية التالية وهي: ما هي التدابير والإجراءات اللازمة التي اتخذتها الجزائر من أجل حماية أمنها البيئي من التهديد. وقد أخذنا مثالين يدخلان في صميم حماية الأمن البيئي وهما مكافحة ظاهرة التصحر والمحافظة على التنوع البيولوجي، وعليه فقد قسمنا دراستنا هذه إلى محورين هما:

المحور الأول: مكافحة ظاهرة التصحر.
المحور الثاني: المحافظة على التنوع البيولوجي.

المحور الأول: مكافحة ظاهرة التصحر.

يعتبر التصحر من بين الظواهر التي تعاني منها الكثير من المناطق في العالم، ولا سيما العالم العربي والجنوب الإفريقي، مما كان له الأثر البالغ في تغيير أنماط العيش لكثير من الأجناس البشرية، وقد حذا بالدول إلى إعادة النظر في كثير من السياسات، وهو ما انفك يخلق صراعات وان كانت لها خلفيات عدة ولكن أساسها هو تحسين ظروف العيش الكريم.

أولاً: مفهوم ظاهرة التصحر:

كلمة تصحر مشتقة من الصحراء، والتصحر هو ظاهرة زحف الصحراء على الأرض الزراعية، وهي ظاهرة امتداد رقعة الأراضي القاحلة غير القابلة للزراعة على حساب الأراضي التي يحتاجها الإنسان للإنتاج الزراعي، والتي تحتاجها الأنواع النباتية والحيوانية بيولوجيا للبقاء والاستقرار.(11) أو هو زحف البيئة الصحراوية على الأراضي الخضراء في المناطق الجافة أو شبه الجافة، ويتمثل في فقدان الغطاء النباتي لسطح الأرض بفعل عوامل مناخية كالتعرية الريحية أو بفعل الإنسان، أي أن التصحر يحدث تغييرا سلبيا في خصائص البيئة بحيث يخلق ظروفًا تجعلها أقرب إلى البيئة الصحراوية، فهو يؤدي إلى انخفاض إنتاج الحياة النباتية. ولقد أجرت منظمات الأمم المتحدة المهمة بظاهرة التصحر ثلاث محاولات لتقييم هذه الظاهرة عبر العالم، وكانت آخرها سنة 1992 حيث توصلت في تقريرها أن مجموع المساحة المتصحرة عبر العالم يبلغ حوالي 3562 مليون هكتار أي حوالي 69% من مجموع أراضي المناطق الجافة التي تنتج إنتاجا زراعيًا(12).

ثانياً: أسباب ظاهرة التصحر:

من أهم الأسباب المؤدية إلى ظاهرة التصحر يمكن تقسيمها إلى قسمين: أسباب طبيعية وأخرى بشرية بفعل الإنسان عن قصد أو غير قصد.

1 – الأسباب الطبيعية:

من بين الأسباب الطبيعية المؤدية إلى ظاهرة التصحر نذكر:

✓ التناقص المستمر لكميات الأمطار، وهي ظاهرة ضربت عدة مناطق من العالم وخاصة دول إفريقيا ومنها بلادنا حيث نشهد تناقص فادح في كميات الأمطار المتساقطة ولاسيما في المناطق السهبية التي هي معرضة أكثر من غيرها لهذه الظاهرة.

✓ فقر الغطاء النباتي أي تقلص المساحات التي يوجد بها نبات مما ينتج عنه قلة التبخر وبالتالي يقل هطول الأمطار وهذا بفعل عدة عوامل.

✓ التعرية والانجراف: بفعل العوامل الطبيعية مثل الرياح الموسمية، أو بفعل الكوارث مثل الفيضانات التي ما فتئت تضرب عدة مناطق شبه صحراوية أدت إلى هلاك الحرث والنسل.

✓ زحف الكثبان الرملية: بفعل عوامل التعرية.

2 – الأسباب البشرية:

أي بتدخل يد الإنسان عن قصد أو غير قصد:

✓ التعدي الجائر على النباتات: باقتلاعها أو حرقها من طرف الإنسان.

✓ الحرث العشوائي للمناطق السهبية أثناء فترات هطول الأمطار حيث تعطي إنتاجا وفيرا بادئ الأمر ولكنها سرعان ما تتحول إلى مناطق جرداء دون نبات بعد ذلك بفعل تدمير الغطاء النباتي الطبيعي.

✓ الرعي الجائر الذي يدمر الغطاء النباتي بصفة نهائية ولا سيما في المناطق السهبية.

✓ استنزاف بعض النباتات مثل الحلفاء للصناعة الورقية، ونشير هنا إلى سبب تضرر المناطق السهبية الواقعة بالجنوب الغربي الجزائري كان بفعل الاستغلال الجائر لمادة الحلفاء أثناء الاستعمار الفرنسي من طرف شركات عملاقة أبرمت عقود مع الحكومة الفرنسية، حيث بدأ استغلال هذه المادة ابتداء من سنة 1862 حيث أخذ الاستغلال يتضاعف سنة بعد سنة حتى وصل إلى 89000 طن سنة 1885، (13) وهذا كان كافيا لتحويل هذه المناطق مع مرور الزمن إلى مساحات جرداء، وهذه واحدة من الجرائم الكثيرة التي ارتكبتها فرنسا في الجزائر.

✓ ظاهرة البيوت الزجاجية (Green house effect) تسمية أطلقها العلماء مجازا على ظاهرة الاحتباس الحراري، ومرجعها إلى الحرارة المكتسبة بواسطة الأرض من الشمس طوال النهار، والتي تشع إلى الجو في فترة الليل منعكسة إلى الأعلى، غير أن وجود هلاله ثاني أكسيد الكربون (CO_2) المتزايدة في طبقة "التروبوسفير" تعمل كمظلة تقوم بعكسها ثانية إلى سطح الأرض، إذ أنها لا تستطيع النفاذ إلى الطبقات العليا للجو، وهذا يشبه تماما ما يحدث في البيوت الزجاجية التي تستخدم للاحتفاظ بالحرارة داخلها اللازمة لنمو بعض النباتات، (14) وكما نعرف فإن المصدر الأساسي لغاز (CO_2) هو احتراق الوقود والمواد العضوية الأخرى، فازدياد حرارة الأرض أدى إلى اختلال التوازن البيئي لبعض أنواع النباتات ونفوقها مما قلص الغطاء النباتي في بعض المناطق وهو ما انعكس سلبا على كمية الأمطار المتساقطة.

-ظاهرة تلوث الأرض بالمواد الكيماوية: وهذا راجع إلى عدة مصادر:

- ✓ المبيدات التي تستعمل للقضاء على بعض أنواع الأعشاب الضارة أو
- المبيدات الحشرية العضوية المكلورة، ويلاحظ أن العديد من دول أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية قد منعت استخدام هذا النوع من المبيدات.(15)
- ✓ النفايات النووية التي يتم ردمها بطريقة عشوائية فتتسرب تحت الأرض.
- ✓ التجارب النووية مثل ما حدث في منطقة "إنيكور" بركان بالجنوب الجزائري حيث أصبحت مسممة بفعل الإشعاعات النووية الناتجة عن التجارب النووية التي أجراها المحتل الفرنسي.
- ✓ الحروب والصراعات التي تستعمل فيها أسلحة غير تقليدية حيث تبقى آثارها لعدة أجيال.

ثالثا: دور الجزائر في مكافحة التصحر:

تواجه الجزائر عدة مشاكل بيئية عديدة وكل واحدة لا تقل خطورتها وانعكاساتها السلبية عن الأخرى، وتأتي على رأس هذه المشاكل ظاهرة التصحر التي أخذت بالتفاقم سنة بعد أخرى بفعل العوامل الأنفة الذكر، وان على السلطات اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة للحد من هذه الظاهرة التي أخذت بالتفاقم سنة بعد أخرى بفعل العوامل الأنفة الذكر، حتى أصبحت تهدد الأمن البيئي الجزائري بصورة خطيرة.

1/ على المستوى التشريعي:

رغبة منها في تبني خطوات ملموسة في سبيل مكافحة ظاهرة التصحر، قامت الجزائر بالتصديق على الاتفاقيات الدولية المتضمنة مكافحة هذه الظاهرة وكذا تكييف تشريعاتها الداخلية وتنظيماتها مع التزاماتها الدولية.

أ/ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف الشديد و/أو من التصحر، وبخاصة في إفريقيا:

تعتبر هذه الاتفاقية الوحيدة التي تم استخلاصها من توصية مباشرة من جدول أعمال القرن 21(16) المنبثق عن قمة ريو 1992، وقد اعتمدت بباريس (فرنسا) في 17 جوان 1994، وفتح باب التوقيع عليها في 24 أكتوبر 1994، ودخلت حيز النفاذ في 26 ديسمبر 1996، وتضم حاليا أكثر من 194 دولة عضو، وللمساعدة على الترويج لها فقد أعلن أن سنة 2006 هي "السنة الدولية للصحاري والتصحر". وقد قامت الجزائر على التوالي بالموافقة والتصديق على هذه الاتفاقية(17) وهذا رغبة منها في ضم مجهوداتها إلى مجهودات المجموعة الدولية الهادفة لمكافحة التصحر وتخفيف آثار الجفاف، وهذا من خلال برامج العمل الوطنية التي تتضمن استراتيجيات طويلة الأجل بدعم من التعاون الدولي وترتيبات الشراكة، وهذا من أجل تحديد أدوار كل من الحكومات والمجتمعات المحلية ومستعملي الأراضي، ولتحديد الموارد المتاحة واللازمة لمكافحة هذه الظاهرة(18). والتصحر يعدو الآن مشكلة تخص الدول العربية كلها، بل أضحت مشكلة عالمية كبرى، ويتزايد بسرعة مخيفة مؤديا إلى ضياع مساحات كبيرة من الأراضي المنتجة، الأمر الذي كان له أثره السيء على سكان تلك المناطق، لذا فإن الدراسة العلمية للمناطق القاحلة وشبه القاحلة (الجافة وشبه الجافة) يجب أن تحتل أهمية بالنسبة للوطن العربي الذي تتسم فيه هذه المناطق بمطار غير منتظمة ولا يزيد هطولها عن 400 مم فقط(19).

ب/ القانون رقم 10-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

ورغبة منها في تكريس الحفاظ على البيئة في إطار التنمية المستدامة أي تلك التنمية المتسمة بالدوام وليست مبنية على خيارات إستراتيجية تراعي مصالح ظرفية وأنية وتهمل مصالح وحقوق الأجيال المقبلة في حقها في التنمية مع أن

واقع الحال يقول عكس ذلك بتبني اقتصاد الربيع المرتكز على مداخل المحروقات الآيلة للنضوب بفعل الاستنزاف المستمر من قبل الشركات متعددة الجنسيات لها.

ما يلاحظ على هذا النص هو عدم ذكر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر، ضمن المقتضيات (الحيثيات)، مع أنه نص في المتن على حماية هذه المناطق، ما يعاب أيضا هو ترك المحافظة عليها للتنظيم(20).

- استحداث صندوق لمكافحة التصحر يحمل رقم 109-302 (21)، وقد حددت إيراداته في: تخصيصات ميزانية الدولة، الهبات والوصايا، المساعدات الدولية، بالإضافة إلى موارد أخرى يحددها التشريع. أما تخصيص النفقات نذكر منها: الإعانات الموجهة لمكافحة التصحر، الإعانات الموجهة لأعمال الحفاظ على المراعي وتنميتها، الإعانات الموجهة لتنمية المنتوجات الحيوانية في المناطق السهبية والزراعية الرعوية... الخ(22).

2/ على المستوى العملي:

أ - إنجاز مشروع السد الأخضر: بدأ التفكير في هذا المشروع سنة 1967، بهدف وقف أو بالأحرى كبح زحف رمال الصحراء نحو الشمال وما يشكله ذلك من تهديد البيئة الإيكولوجية للمناطق الزراعية.

بالفعل فقد انطلق المشروع فعليا سنة 1970 بغرس أولى شجيرات الصنوبر الحلي من طرف شباب الخدمة الوطنية حيث جند له حوالي 20 ألف جندي تداولوا على عملية الغرس وما لبثوا أن لحق بهم المتطوعون من جمعيات المجتمع المدني والمنظمات الجماهيرية كما كانت تسمى في ذلك الزمان، وقد امتد على طول 1700 كلم، على عمق تجاوز في بعض الأحيان 400 كلم و كان لهذا المشروع دور في نشوء 400 قرية نموذجية جديدة.

شهدت بداية التسعينات نقطة تحول كبيرة في البلاد على كافة الأصعدة وخاصة السياسية و ما انعكس بصفة مباشرة على القرارات

الإستراتيجية المتخذة ومنها مشروع السد الأخضر خاصة بعد وفاة صاحب الفكرة (الرئيس الراحل هواري بومدين رحمه الله) حيث بدأ عصر المشروع بالأفول وقد أرجع أصحاب القرار هذا التحول إلى عدة أسباب منها ما هو ذو طابع علمي حيث قيل أن هذا المشروع لم يقم على أسس علمية متينة، بالإضافة إلى افتقاره لميكانيزمات المتابعة، و بالتالي فقد تم التخلي عنه لحساب مشروع آخر وهو إعادة تأهيل السهوب.

ب - إعادة تأهيل المناطق السهبية:

بداية من التسعينات تم اعتماد إستراتيجية جديدة تتمثل في العناية المتكاملة بالمناطق السهبية من خلال بعث الحياة فيها وهذا بإدخال العنصر البشري في الحسبان، وقد تم سنة 1997 تحديد مساحة حوالي 7 ملايين هكتار من المناطق السهبية بإعادة غرسها و إعادة بعث الحياة فيها وهذا عن طريق:

✓ مراعاة الجانب الاجتماعي في الخطة أي توفير ظروف اجتماعية أكثر ملائمة للاستقرار في هذه المناطق (23)، حيث تم الاهتمام بالمرأة السهبية والاستماع لمتطلباتها من توفير أسباب العيش وقديم إعانات تتمثل في بعث التربية الصغيرة (Petits élevages) وكذا العناية بالصناعة التقليدية.

✓ تقديم إعانات لبعث المشاريع الرعوية مثل قطعان الماشية، حفر الآبار، إعادة إحياء الغطاء النباتي، بناء سدود صغيرة (جبوب)...إلخ.

✓ القيام بدورات تحسيسية لفائدة سكان هذه المناطق وهذا من أجل تحسيسهم بدورهم في التنمية المحلية والوطنية.

✓ إنشاء مرافق من شأنها فك العزلة المضروبة على هذه المناطق والحد من نسبة الأمية لدى السكان.

المحور الثاني: المحافظة على التنوع البيولوجي

يعتبر التنوع البيولوجي أساس الأمن البيئي لما يحويه من عناصر تدخل في صميم تكوين الأمن الغذائي الوطني، وفي سبيل المحافظة على هذا الإرث المهدد بالزوال فقد بادرت الجزائر إلى الانضمام والتصديق على الاتفاقيات الدولية وكذا تكييف منظومتها التشريعية.

أولاً: مفهوم التنوع البيولوجي:

يعني التنوع البيولوجي تنوع واختلاف وتباين جميع الكائنات الحية، مهما كان نوعها أو أوبيتها، والتفاعل فيما بينها، بدءاً من الكائنات الدقيقة التي لا ترى إلا بالمجهر وانتهاء بالأشجار الكبيرة والحيتان الضخمة. والتنوع البيولوجي موجود في كل مكان باختلاف الأئمنة، فنجده في الماء وفي اليابسة، نجده في الغابات و نجده في الصحاري.

ولقد عرفته الاتفاقية بقولها: "التنوع البيولوجي يعني تباين الكائنات العضوية الحية المستمدة من كافة المصادر بما فيها، ضمن أمور أخرى، النظم الإيكولوجية الأرضية والبحرية والأحياء المائية والمركبات الإيكولوجية التي تعد جزءاً منها، و ذلك يتضمن التنوع داخل الأنواع وبين الأنواع والنظم الإيكولوجية"⁽²⁴⁾، والتنوع البيولوجي يوفر قدرة عظيمة على تحسين رفاهية الإنسان، ويمثل المخزن الجيني لنشوء الأنواع وتطوير أنواع ومنتجات جديدة، وعلى مدى التاريخ كان الإنسان ولا يزال يستخلص حاجياته وخاصة من طعام و دواء وعدد كبير من المنتجات المصنعة من موارد تنوع بيولوجي عديدة.

ثانياً: مستويات التنوع البيولوجي:

يعتمد التنوع البيولوجي على ثلاثة مستويات: التنوع الجيني، وتعدد الأنواع وتنوع الأنظمة الإيكولوجية، أي التنوع داخل الأنواع، والتنوع فيما بين الأنواع، وتنوع النظم الإيكولوجية.

1 – التنوع الجيني: يشير هذا المستوى إلى تنوع الجينات ومعدل حدوثها داخل مجموعات من النوع نفسه وبينها، وكلما زاد التنوع الجيني في مجموعة معينة كان هذا النوع أكثر تأقلا مع التغير البيئي، فمثلا التنوعات الجينية داخل النوع الواحد لها أهمية كبرى بالنسبة للزراعة والأمن الغذائي في تكوين المادة الخام لاستنباط أصناف جديدة من المحاصيل ذات إنتاجية عالية.

2 – تعدد الأنواع: هو الوحدة الأساس في التنوع البيولوجي ومؤشره، ويدل على عدد الأنواع داخل منطقة معينة، ويعرف أيضا بأنه وفرة الأنواع أو ثرائها، و يمثل تعدد الأنواع غاية الأهمية بالنسبة للاستهلاك البشري، إذ يعتمد البشر على مجموعة واسعة من المنتجات النباتية والحيوانية لصحتهم ورفاهيتهم، حيث نجد أن ما يقارب 25% من جميع العقاقير الطبية التجارية في البلدان المتقدمة تصنع من النباتات ومشتقاتها، وقد يصل الاعتماد على المنتجات النباتية للتداوي في الدول النامية إلى ما لا يقل عن 75%، ففي منطقة البحر الأبيض المتوسط يقدر عدد الأنواع العشبية المتداولة تجاريا والمستخدمه في علاج الأمراض البشرية بما يتراوح بين 200 و250 نوع.

3 – تنوع الأنظمة الإيكولوجية: ويصف هذا المستوى الخصائص المختلفة التي يتألف منها نظام بيئي معين، وفي أي مجال معين فإن العلاقات المعقدة بين الكائنات الحية والمركبات غير الحية، مثل الطاقة والمواد الغذائية تخلق وتحافظ على توازن النظم الإيكولوجية، التي ربما تحتوي على خصائص غاية في الاختلاف يحكمها أساسا هطول الأمطار ودرجات الحرارة.

ثالثا: جهود الجزائر في المحافظة على التنوع البيولوجي:

في سبيل المحافظة على أمنها البيئي و لاسيما فيما يتعلق بالمحافظة على الثروة الحيوانية و النباتية، فقد بادرت الجزائر إلى الموافقة ثم المصادقة على الاتفاقية بشأن التنوع البيولوجي(25)، ثم

قامت بتعديل منظومتها القانونية في المجال البيئي بشكل عام، وفي مجال التنوع البيولوجي بشكل خاص.

1/ الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي:

أفتتح باب التوقيع على هذه الاتفاقية في 05 جوان 1992 بمناسبة انعقاد قمة الأرض بريو دي جانيرو (البرازيل)، وقد ظلت الاتفاقية مفتوحة للتوقيع حتى 04 جوان 1993، ودخلت حيز التنفيذ في 29 ديسمبر 1993 أي بعد 90 يوما من إيداع الوثيقة الثلاثين من وثائق التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام(26).

جاءت هذه الاتفاقية من أجل صيانة والمحافظة على التنوع البيولوجي واستخدام عناصره على نمو قابل للاستمرار لما فيه فائدة للجيل الحالي و الأجيال المقبلة، وكذا التقاسم العادل والمنصف للمنافع الناشئة عن استخدام الموارد الجينية ونقل التكنولوجيا الملائمة، لما في ذلك من فائدة لتحقيق رفاهية بني البشر ولأسيما فيما يتعلق بالغذاء والصحة والاحتياجات الأخرى المتزايدة بفعل النمو الديمغرافي لسكان العالم وخاصة لدى البلدان النامية والأقل نموا والدول الجزرية الصغيرة التي تعتبر مسألة التنمية الاقتصادية والاجتماعية والقضاء على الفقر على رأس الأولويات.

أ/ بروتوكول قرطاجنة للسلامة الأحيائية:

هو عبارة عن معاهدة دولية اختيارية تحكم تحركات الكائنات الحية المحورة الناتجة عن التجارب التكنولوجية البيولوجية الحديثة من دولة لأخرى، وهي اتفاقية مكملة للاتفاقية بشأن التنوع البيولوجي أقر مؤتمر الأطراف في الاتفاقية هذا البروتوكول في 29 يناير 2000،

وأصبح ساري المفعول في 11 سبتمبر 2003 ، ولقد وقعت الجزائر على هذا البروتوكول بتاريخ 25 ماي 2000.

جاء البروتوكول تنفيذا لأحكام المواد 8/ز، و 17 و 3،4/19 من الاتفاقية، ومراعاة النهج التحوطي والاحترافي الوارد في المبدأ 15 من إعلان ريو(27)، إذ يؤكد على هذا النهج ويراعيه، كما ينص على واجب الإخطار المسبق لضمان حصول البلدان على المعلومات الضرورية لاتخاذ القرارات على علم قبل الموافقة على استيراد وإدخال تلك الكائنات داخل أراضيها، كما نص على إنشاء غرفة تبادل معلومات السلامة الإحيائية لتسيير تبادل المعلومات حول الكائنات الحية المحور.

ب/ بروتوكول "ناغويا" بشأن الحصول على الموارد الجينية والتقاسم العادل والمنصف للمنافع الناشئة عن استخدامها:

جاء بروتوكول "ناغويا" تنفيذا لأحكام المواد 8/ي، و 15 و 16 و 19 من الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي، ويهدف إلى تقاسم المنافع الناشئة عن استخدام الموارد الجينية بطريقة عادلة ومنصفة، بما في ذلك عن طريق الحصول على الموارد الجينية ونقل التكنولوجيات ذات الصلة بصورة ملائمة، مع الأخذ بعين الاعتبار كافة الحقوق على هذه الموارد والتكنولوجيات، وعن طريق التمويل المناسب، مما يساهم في حفظ التنوع البيولوجي والاستخدام المستدام لمكوناته(28)، لقد تم اعتماد هذا البروتوكول من قبل مؤتمر الأطراف في اتفاقية التنوع البيولوجي خلال الاجتماع العاشر بتاريخ 29 أكتوبر 2010 بناغويا (اليابان)، ويظل مفتوحا للتوقيع من قبل الأطراف من 02 فبراير 2011 إلى غاية أول فبراير 2012 بمقر الأمم المتحدة بنيويورك، وقد وقعت الجزائر بتاريخ 02 فبراير 2011.

2/ القوانين المتعلقة بالصيد:

لغرض المحافظة على الثروة الحيوانية والبحرية من الصيد والاستغلال الجائر، وكذا المحافظة على التوازن البيولوجي والإيكولوجي لأصناف الحيوانات، فقد شرع المشرع الجزائري قانوني الصيد والصيد البحري.

أ/ القانون رقم 07-04 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بالصيد:

جاء هذا القانون لضبط شروط ممارسه حق الصيد وأنواع الحيوانات التي يمكن أن تكون محل الصيد وتلك الممنوعة منه، أما الحوشات الإدارية فقد ترك تنظيمها للتنظيم (29).

وقد صنف الثروة الحيوانية إلى أربعة أصناف: محمية، الطرائد، سريعة التكاثر، وأصناف أخرى لم يحددها، ثم حدد الثروة الصيدية أي المسموح بصيدها بصنفين وهما: أصناف الطرئد وأصناف سريعة التكاثر (30).

ويهدف ضمان تنمية متوازنة للحيوانات البرية، والحفاظ على المزروعات والمواشي، خاصة في المناطق القريبة من المساحات الغابية، وكذا وقاية الحيوانات من الأمراض الوبائية التي يمكن أن تكون الحيوانات البرية مصدرا لها، فقد تم تصنيف بعض الأنواع من الحيوانات على أنها سريعة التكاثر التي يمكن أن يسبب تكاثرها خلا بيولوجيا أو إيكولوجيا أو اقتصاديا، وعليه فقد سمح للقضاء عليها عن طريق الحوشات الإدارية (31)، وهذا بناء على رخصة يمنحها الوالي المختص إقليميا وبمبادرة من الإدارة المكلفة بالصيد، وبطلب من المتضررين، وبعد استشارة مديرية الفلاحة، ومصالح الأمن المختصة إقليميا وبالتشاور مع فدرالية الصيادين للولاية المعنية، ويجب أن تتضمن الرخصة على وجه الخصوص: الإقليم أو الأقاليم التي ستجرى فيها الحوشة، تقدير عدد الحيوانات سريعة التكاثر الواجب القضاء عليها، قائمة الصيادين والحواشين المشاركين في العملية، الوسائل المادية المستعمل و لاسيما الذخيرة ووسائل النقل، وتواريخ افتتاح واختتام الحوشة (32).

ب/ القانون رقم 01-11 المؤرخ في 03 جويلية 2001 المتعلق

بالصيد البحري وتربية المائيات:

جاء هذا القانون لضبط وتحديد القواعد العامة لتسيير وتنمية الصيد البحري وتربية المائيات، وهذا وفقا للالتزامات الدولية للجزائر في مجال استغلال الموارد البيولوجية وحفظها والمحافظة عليها في المياه الخاضعة للقضاء الداخلي(33)، ونظرا لما يشكله قطاع الصيد البحري وتربية المائيات من مصادر مهمة للإنتاج الحيواني فقد جعلت منه الجزائر قطاع استراتيجي مؤهل للحصول على دعم الدولة، وأعدت له مخطط وطني خاص به(34)، كما عهدت إلى السلطة المكلفة بالصيد وهي الوزارة على المستوى المركزي ومديريات الصيد على مستوى الولايات، بمتابعة نشاط الصيد والسماح باستعمال التكنولوجيات والوسائل وطرق الصيد البحري التي تضمن المحافظة على التنوع البيولوجي وكذا الأنظمة البيئية المائية وحماية نوعية المنتج(35)، كما نشجع الدولة وتثمن نشاط تربية المائيات، وتتخذ التدابير اللازمة والملائمة لتحسين مخازن التكاثر وإدخال أنواع جديدة وتعمير وإعادة تعمير المسطحات المائية(36).

3/ الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتعلق بحماية

بعض الأنواع الحيوانية المهددة بالانقراض والمحافظة عليها:

جاء هذا القانون يهدف حماية بعض أنواع الحيوانات البرية التي يتعرض وجودها كنوع إلى ضرر كبير قد يؤدي إلى انقراضها، وقد صنفها إلى ثلاث أصناف: الثدييات، والطيور والزواحف، كما ترك القائمة مفتوحة ويمكن توسيعها عن طريق التنظيم(37)، ومن هذه الحيوانات نجد غزال "دوركاس" وهي فصيلة جد نادرة وفي طريقها إلى الانقراض

بفعل الصيد الجائر، وهو جد مرغوب بسبب نوعية لحمه وجلده، ونجد كذلك الضب الذي هو من فصيلة الزواحف، وكذلك طائر الحبار.

الخاتمة:

ظهر لنا من كل ما تقدم أن الدولة ممثلة في سلطتها العامة هي الأقدر على الحفاظ وحماية البيئة من كل التهديدات المحدقة بها واتخاذ التدابير اللازمة ولاسيما من الناحية التشريعية والتنظيمية وكذا المؤسساتية، بل لا بد لها أن تكون أكثر إيجابية وفاعلية من ذي قبل إذا أرادت أن تجسد سياستها البيئية على أرض الواقع و تؤتي ثمارها ولعمري هذا هو المطلوب، إذا فعلاوة على وسائل الإقناع والترغيب، ينبغي إضافة وسائل الردع والزجر، كما ينبغي إيجاد صيغة للموازنة ما بين الحقوق والواجبات لدى المواطن حتى يتسنى له مواكبة التطورات التي من شأنها أن ترفع من مستواه المعيشي وتوصله إلى الرفاء دونما الإضرار بالبيئة، لأن الحفاظ على البيئة هو مناط التنمية المستدامة.

ومع ذلك تظل القوانين وإن كانت لازمة وضرورية لتوفير جانب الزجر والردع كما أسلفنا، إلا أنها تظل غير كافية ما لم تصاحبها ميكانيزمات وآليات ملائمة والتخلي على الأناية وتحقيق الأهداف الظرفية دون التفكير في المستقبل، وفوق ذلك كله الإرادة الجماعية الصادقة وإشراك كل الفئات وكل الأفراد دون إقصاء، هذا دون أن ننسى تحمل السلطة لمسئولياتها وعدم التنصل منها تحت أي حجة كانت وفي أي ظرف.

لقد حاولنا أن نقدم جانبا مهما في حماية البيئة ألا وهو دور الدولة من خلال منظومتها التشريعية والتنظيمية في حماية البيئة، إلا أن إشراك المواطن يظل الأهم في المعادلة، وللأسف الشديد هو الغائب أو المغيب في بلادنا لعدة أسباب منها ما هو مرتبط بالجانب الاقتصادي وما هو اجتماعي والأهم هو الجانب الثقافي، فغياب الحس البيئي لدى المواطن جعل منه لا يلقى اهتماما

بتهديد بيئته، بل ونجده في مرات عدة يشارك فيه عن قصد أو غير قصد بسبب جهله ورعونته، فالمواطن الجزائري لا يزال يعتبر الحفاظ على البيئة من الكماليات التي تستفرد بها شريحة الأغنياء والنخبة وأنه غير معني بها لا من بعيد ولا من قريب، وأن جل ما يطمح إليه هو توفير سبل العيش له ولعائلته حسب إمكانياته المتوفرة، وهو أمر وإن كان صحيح إلى أبعد حد ولكنه غير كاف، بل ويمكن أن ينقلب بالسوء على صاحبه ويدمر مستقبله ومستقبل نسله.

-انتهى بعون الله وتوفيقه -

الهوامش:

- 1 - سورة قريش.
- 2 - سني محمد أمين، المرجع السابق.
- 3 - سورة يوسف، الآية 56.
- 4 - د. سامح غرابية ود. يحيى الفرحان، المدخل إلى العلوم البيئية، الطبعة العربية رقم 02، الإصدار 02، عمان (الأردن): دار الشروق للنشر والتوزيع، 1998، ص 17..
- 5 - د. عمر اسماعيل سعد الله، حقوق الإنسان وحقوق الشعوب- العلاقة والمستجدات القانونية-، الطبعة 02، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 151..
- 6 - نفس المرجع، ص ص 151-152 ، نقلا عن المجلس الدولي للغة الفرنسية: K. Lamarque, Droit de la protection de la nature et de l'environnement.
- 7 - د. يوسف القرضاوي، رعاية البيئة في شريعة الإسلام، الطبعة الأولى، القاهرة: دار الشروق، 2001، ص 12..
- 8 - برنامج الأمم المتحدة للبيئة (UNEP)، الوثيقة رقم 08 تحت عنوان: المشكلات البيئية الرئيسية في المجتمع المعاصر، بمناسبة المؤتمر الدولي للحكومي للتربية والبيئة الذي عقد بمدينة تبيسي بالاتحاد السوفياتي سابقا، تحت إشراف منظمة الأمم المتحدة للتربية والتعليم (UNESCO)، أكتوبر 1977.
- 9 - أنظر المادة 7/4 من القانون رقم 10-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر: رقم 43 / 2003.
- 10 - السيدة "غروهارلم-براندلاند" شغلت منصب وزيرة البيئة والتنمية مكونة من 23 عضو ينحدرون من 22 دولة، من قبل الأمم المتحدة سنة 1983، وقد وضعت

- تقريرها النهائي بعنوان "مستقبلنا المشترك" سنة 1987 الذي استخدم كأرضية لعقد قمة ريو حول البيئة والتنمية سنة 1992.
- 11 - د. زكريا طاحون، ممارسات مذلة بالبيئة، الطبعة الأولى، مصر: شركة ناس بعابدين، 2006، ص..229
- 12 - نفس المرجع، ص..233
- 13 - Djilali Sari, L'insurrection de 1881-1882, Alger : Societe nationale d'edition et de diffusion, 1981, p.54.
- 14 - سعد شعبان، تلوث البيئة وثقب الأوزون، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2000، ص ص.84-85
- 15 - ليلى عبد المنعم، بيئة خالية من التلوث، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2002، ص..18
- 16- أنظر الفقرة 13 من الفصل 33 من جدول أعمال القرن 21.
- 17 - أنظر الأمر رقم 04-96 المؤرخ في 10 يناير 1996، الذي يتضمن الموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف الشديد و/أو التصحر، وخاصة في إفريقيا، ج.ر: 1996/03.
- وأنظر كذلك المرسوم الرئاسي رقم 52-96 المؤرخ في 22 يناير 1996، الذي يتضمن المصادقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر في البلدان التي تعاني من الجفاف الشديد و/أو التصحر، وخاصة في إفريقيا، (ج.ر: 1996/06).
- 18 - أنظر المادة 10 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التصحر لعام 1994.
- 19 - د. سعيد محمد الحفار، بيئة من أجل البقاء، الطبعة الأولى، قطر: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1990، ص..169
- 20 - أنظر المادتان 63 و64 من القانون رقم 10-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالتنمية المستدامة، (ج.ر: 2003/43).
- 21 - أنظر المادة 89 من القانون رقم 11-99 المؤرخ في 23 ديسمبر 1999، المتضمن قانون المالية لسنة 2000، (ج.ر: 1999/92).
- وأنظر كذلك المادة 08 من الأمر رقم 01-02 المؤرخ في 25 فبراير 2002، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2002، (ج.ر: 2002/15).
- 22 - أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 248-02 المؤرخ في 23 جويلية 2002، الذي يعدد كفاءات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 109-302 الذي عنوانه "صندوق مكافحة التصحر وتنمية الاقتصاد الرعوي و السهوب".

- وأنظر كذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 أوت 2002، الذي يحدد مدونة الإيرادات والنفقات لحساب التخصيص الخاص رقم 109-302 الذي عنوانه "صندوق مكافحة التصحر وتنمية الاقتصاد الرعوي والسهوب"، المعدل والمتمم.
- 23 - أنظر برنامج العمل الوطني المصادق عليه في 14 ديسمبر 2003، الذي وضع تنفيذا لمقتضيات الباب 3 من الاتفاقية الدولية لمكافحة التصحر.
- 24 - أنظر المادة 02 من الاتفاقية بشأن التنوع البيولوجي لعام 1992.
- 25 - أنظر الأمر رقم 95-03 المؤرخ في 21 يناير 1995، المتضمن الموافقة على الاتفاقية بشأن التنوع البيولوجي لعام 1992، (ج.ر: 1995/07).
- وأنظر أيضا المرسوم الرئاسي رقم 95-163 المؤرخ في 06 جوان 1995، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بشأن التنوع البيولوجي لعام 1992 (ج.ر: 1995/32).
- 26 - أنظر المادة 36 من الاتفاقية بشأن التنوع البيولوجي.
- 27 - أنظر ديباجة بروتوكول قرطاجنة للسلامة الأحيائية الذي أقر سنة 2003.
- 28 - أنظر ديباجة بروتوكول ناغويا بشأن الحصول على الموارد الجينية والتقسيم العادل والمنصف للمنافع الناشئة عن استخدامها الذي أقر سنة 2010.
- 29 - أنظر المادة 04 من القانون رقم 04-07 المؤرخ في 14 أوت 2004، المتعلق بالصيد، (ج.ر: 2004/51).
- 30 - أنظر المادتان 51 و52 من القانون رقم 04-07.
- 31 - أنظر المواد من 63 إلى 65 من القانون رقم 04-07.
- 32 - أنظر المواد من 03 إلى 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-248 المؤرخ في 09 جويلية 2006، المحدد لكيفيات تنظيم حوشات الصيد الإدارية، (ج.ر: 2006/46).
- 33 - أنظر المادة 03 من القانون رقم 01-11 المؤرخ في 03 جويلية 2001، المتعلق بالصيد البحري وتربية المائيات، (ج.ر: 2001/36).
- 34 - أنظر المادة 05 من القانون رقم 01-11.
- 35 - أنظر المادة 16 من القانون 01-11.
- 36 - أنظر المادة 38 من القانون رقم 01-11.
- 37 - أنظر المادة 03 من الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتعلق بحماية بعض الأنواع الحيوانية المهددة بالانقراض والمحافظة عليها (ج.ر: 2006/47).

ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي .

الأستاذ:باسود عبد المالك

جامعة الدكتور الطاهر مولاي / سعيدة / الجزائر.

مقدمة : إن استخدام مصطلح القواعد عبر الوطنية يعد إيدانا بظهور عصر جديد، عصر المجتمع الدولي للتجار، ورغم أن هذا المصطلح قد استخدم قديما ولكن ، إبان حقبة المدن الإيطالية(جنوة- البندقية- فينيسيا- أمالفي- بيزا ...و غيرها من المدن الإيطالية)، إلا أن أنه كان محدودا في المكان، فقد كان ينحصر هذا المجتمع بين ضفتي موانئ شمال إيطاليا وموانئ غرب أوروبا لا سيما في فرنسا و إنجلترا، وأهميته كانت تكمن في أنه صنع مجموعة من القواعد المادية سميت بالأعراف التجارية توافق عليها طوائف من التجار، وعت ملزمة لهم وكانت بمثابة قانون التجارة الذي تكون بعيدا عن سلطان الدولة بهدف تلبية حاجات التجارة من سرعة وفعالية وبساطة وثقة و إتمان. إذا فالسبب المباشر لظهور هذا النوع من القواعد هو عدم استجابة القوانين الوطنية لمتطلبات التجارة آنذاك.

ولنفس السبب ظهرت هذه القواعد مرة أخرى، فقد بنيت نظرية التجار الحديثة في الثمانينات على الاعتقاد بأن الحلول المعتمدة في الأنظمة القانونية الوطنية غير ملائمة . هذا الاعتقاد بأن قواعد بعض الأنظمة القانونية لا تتلاءم مع احتياجات المعاملات الدولية أدى إلى رغبة في منح المحكمين سلطة فض المنازعات المقدمة لهم، لا عن طريق القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد، ولكن باستخدام قواعد مادية متلائمة مع التجارة الدولية وذلك ما اتفق

الأطراف على ذلك، أو في حالة عدم اتفاق الأطراف إذا ما رأت محكمة التحكيم ذلك ملائماً.

إذا فما المقصود بهذا المنهج؟ وما طبيعته وما هي مصادره وأين تكمن أهميته؟

سنحاول تحديد مفهوم لهذه القواعد وتبيان مصادره في الجزء الأول من هذا البحث، ثم نحاول تقييم أثره وتقييم أثره على منهجية التحكيم التجاري الدولي.

يثير مفهوم القواعد عبر الدولية إشكاليات عديدة ومتنوعة، وهذا طبيعي إذا تعتبر القواعد عبر الدولية من أكثر المواضيع إثارة للجدل في إطار التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، إن من حيث تمتعها بالصفة القانونية، أو من حيث إطار تطبيقها في ميدان التحكيم، حيث يمتد هذا التطبيق إلى مختلف جوانب التحكيم، سواء من حيث القابلية للتحكيم بنوعها، أو من حيث القانون الواجب التطبيق على النزاع. إضافة إلى غيرها من الأطر التي تطبق فيها. مع ما يرافق ذلك من مسائل قد تثور في معرض ذلك التطبيق.

المطلب الأول: مفهوم نهج القواعد عبر الدولية وخصائصه.

الفرع الأول: مفهومه

يربط البعض ظاهرة القواعد عبر الدولية بظاهرة قانون التجارة القديم الذي كان يطبق على العلاقات التجارية الدولية، إلى درجة أصبح مصطلح *lex mercatoria*⁽¹⁾ الأكثر شيوعاً ودلالة على هذه القواعد، إلا

أن ذلك لا ينفي وجود مشكلة في عملية تعريف وتحديد مفهوم لهذه القواعد، إن على صعيد الفقه أو على صعيد المتعاقدين.

فالبعض يستخدم مصطلح القواعد عبر الوطنية، والبعض الآخر يفضل استخدام مصطلح أعراف التجارة الدولية، والبعض استعمل عبارة أو مصطلح القواعد المادية عبر الدولية⁽²⁾. وبالمقابل فإن الأطراف المتعاقدة تستخدم تعابير متعددة ومتنوعة من قبيل المبادئ العامة للقانون في التجارة الدولية. أو تعبير المبادئ العامة المعترف بها بوجه عام، أو تعبير المبادئ المشتركة في عدة أنظمة قانونية.

و يمكن تعريف هذه القواعد على أنها تلك القواعد المادية المستمدة من الأنظمة الوطنية وأحكام المحاكم، وبعض الأعراف التجارية المجمع عليها، وقد تطورت من خلال المفاهيم الآتية: استقرار المعاملات، وتكييف العقود، وتعاون الأطراف، والأمانة في التجارة، وكلها مفاهيم ضرورية في التجارة الدولية، وقد لعب فقه القضاء التحكيمي الدور الأكبر في بناء هذا النوع من القواعد، ويقول الأستاذ إيريك لوكان في ذلك أن هذا النهج أي نهج القواعد عبر الدولية يعد نوعاً من "الداروينية القانونية" الناتجة عن "انتقاء، ما بين مختلف مصادر القانون والقواعد القادرة على تلبية احتياجات التجارة الدولية".

وتبريراً لهذا النهج، تم طرح فكرة مجتمع التجار الذي يخلق بطريقة عفوية قانون خاص به.

الفرع الثاني : خصائصه

وتتميز هذه القواعد بالسمات الآتية: بروز مبدأ الأغلبية في إقرارها، والطابع المتطور لهذا النهج.

أ- إبراز قيمة الأغلبية: إن كون النظام القانوني التحكيمي مبنيا على الأنظمة القانونية الوطنية لا يعني أن هذا النظام لا يشمل على قواعد لم تقرها كافة الأنظمة القانونية الموجودة في العالم. إن نهج التعرف على المبادئ العامة للقانون، وهو النهج المعروف باسم نهج القواعد عبر الدولية، هو دائما واحد لا يتغير بغض النظر عما إذا سلك بهدف التعرف على القواعد عبر الدولية المنطبقة على موضوع النزاع المبادئ الأساسية التي لا يسمح للأطراف الخروج عنها أو المبادئ التي تمنح المحكمين سلطة البت في النزاع.

هذا النهج لا يختلف عن ذلك الذي يسمح باستخلاص المبادئ العامة للقانون وفقا للمادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية⁽³⁾. ففي كل هذه الحالات يكون الهدف هو استخلاص، من جموع القوانين، الاتجاه أو الميل الغالب وذلك لا يستلزم بطبيعة الحال، أن تكون القاعدة المعنية قد لاقت إجماع كل الأنظمة القانونية. فاشتراط الإجماع يحول دون تحقق الهدف الرئيسي لهذا التوجه وهو التعرف على القواعد المعترف بها بصورة غالبية وتوضيح القواعد الناتجة عن مفهوم خصوصي أو بال.

ب- الطابع المتطور لنهج القواعد عبر الدولية: يعد هذا النهج متطورا لكونه يأخذ في الاعتبار تطور القوانين الوطنية فمثلا، ازدادت إدانة بعض الممارسات التي كانت تستخدم للحصول على الصفقات بعد تبني معاهدة منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية لعام 1997 المتعلقة بمكافحة فساد الموظفين العموميين الأجانب في عقود التجارة الدولية.

إن عدم تطور كل القوانين بالسرعة ذاتها لا يعني عدم إمكانية استخلاص الاتجاهات التي يتخذها المجتمع الدولي من خلال منهج

متطور، فعند تبني عدد كبير من القوانين لحل معين، يمكن اعتبار هذه القاعدة مبدأً عاماً⁽⁴⁾ وإن لم تتبناها القوانين الأخرى التي لم تنظم بعد إلى تيار الأغلبية.

إن نهج القواعد عبر الدولية يأخذ في الاعتبار اتجاه تطور القانون عند التفريق بين القوانين المعنية، في حين أن المنهج التنازعي التقليدي أو المنهج السافيني⁽⁵⁾، الذي يعد النهج الأقدم والأكثر انتشاراً في المصادر الوطنية والدولية، لا يتطرق إلى التنازع بين القوانين إلا عند نقطة زمنية معينة. ويعطي نهج القواعد عبر الدولية الأولوية إلى القانون المتماشي والتطور العام، بدلاً من إعطائها إلى القوانين التي تبقى خارجة عن صفوف تيار الأغلبية.

وتجدر الملاحظة أن بعض الأمثال، المعطاة أحياناً بهدف إثبات أن قاعدة ما لا تعتبر مبدأً عاماً ونفي طبيعتها عبر الدولية، تتعلق بقواعد تعبر عن خصوصية وطنية كانت معتمدة من بعض الدول ثم تم التخلي عنها واستبدالها بقواعد متماشية مع اتجاه المجتمع الدولي.

فقد قبل المشرع الإنكليزي بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في قانون التحكيم الجديد الصادر في 1996 رغم معارضته الشديدة لذلك المبدأ، وانظم القانون الجزائري⁽⁶⁾ إلى التيار العام للقوانين التي لا تحضر الاستعانة بالوسطاء بموجب قانون 13 فبراير 1991، بل اكتفى بتنظيم المهنة وذلك خلافاً لما كان عليه الأمر بموجب قانون 1978 الذي كان يحضر الاستعانة بالوسطاء بالمطلق.

في كل هذه الحالات، فإن الاستدلال الذي كان يتخذ هذه القواعد- قبل تفسيرها- عذراً لعدم الاعتراف بوجود مبدأ عام للقانون، يعكس منظوراً ومنهجاً ساكناً للقانون.

على عكس ذلك، في حال إجماع الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن الاعتراف- عن طريق النهج عبر الدولي- بالطبيعة الخصوصية لهذه القواعد قد سمح للمحكّمين بالألا يطبقوا هذه القواعد نظرا لأنها تخالف القواعد المقبولة بوجه عام، مما ساهم في إسرار تطور تلك القوانين. في الواقع إن تخلي الدول التي كانت تتبنى حلولاً خصوصية، عن هذه الحلول في الأمثلة السابقة يؤكد صحة هذا النهج أي مذهب القواعد عبر الدولية.

ج- إلزامية القواعد عبر الدولية: يقصد بإلزامية القواعد عبر الدولية، تمتعها بالإلزام الذاتي، أي بالاستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية، وقد انقسم الفقه في هذا الشأن إلى قسمين: الأول ينكر عن هذه القواعد خاصية الإلزام، وقسم يعترف لها بهذه الخاصية.

1- الاتجاه المنكر: يذهب أصحاب هذا الاتجاه⁽⁷⁾ إلى عدم الاعتراف للقواعد عبر الدولية بالصفة الإلزامية بعيد عن الأنظمة القانونية الوطنية استناداً إلى نوعين من الحجج.

الأولى تتعلق بعدم وجود خصائص وصفات القاعدة القانونية في هذا النوع من القواعد. والثانية تتعلق بالمجتمع الذي تطبق فيه.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القواعد عبر الدولية لا تتمتع بخصائص القاعدة القانونية المتمثلة في التجريد والعمومية وفرض الجزاء المادي، لأنه من الخصائص الرئيسية للقاعدة القانونية تمتعها بهذه الصفات، لأن خطابها موجه إلى جمهور من الناس غير معين بذاته، كما أن الوقائع التي تعنيها هي كذلك غير محددة ومعينة. وإنما العبرة فيها تكون بعموم الصفة وبتحقق الشرط، والتجريد يستوجب تحقق عنصري القاعدة القانونية من فرض وحكم، أي توافر المركز القانوني

الذي إذا تحقق وجب أعمال الحكم، أي أعمال الأثر الذي يوجبه القانون إذا توافر المركز أو الفرض، وألا تطبق على حالة واحدة، إذ يجب ألا يستغرقها التطبيق المنفرد، إذ هي معدة لتواجه حالات غير محددة.

ومثل هذه الصفات منعدمة في القواعد عبر الدولية، حيث يأخذ عليها البعض كونها ستارا لتقزيم دور الدول النامية في بناء اقتصادها، وتعرية التجار الوطنيين أما منافسيهم، إذ لا يستندون فحسب إلى قانون هو مبدعوه وفارضوه، بل إلى مركز اقتصادي قلب التوازن المالي للعلاقة التعاقدية قبل أن يتم إبرام العقد، هذا بالإضافة إلى أن خلق القواعد عبر الدولية لا يتم عفويا، إذ يؤخذ عليها مراعاتها ومحاباتها للشركات عبر الدولية عن طريق تحييد دور القانون الوطني كأداة توجيه للاقتصاد القومي خاصة في الدول النامية، ثم إن عدم وجود قانون دولي للتجار، وإنما عادات وأعراف خاصة بتجارة محددة (الحبوب- التبغ- البن) والتي يغلب عليها الطابع المحلي، كما في أعراف ليفربول أو هامبورغ، من شأنه أن ينقض صفة العمومية في القواعد عبر الدولية.

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه حتى ولو توافرت خاصيتا التجريد والعمومية في هذه القواعد، فإنها لا تتمتع بالجزاء المادي الذي يجعل منها قاعدة قانونية، فأى نظام قانوني لا تقوم له قائمة ما لم تقترن قواعده بجزاء يكفل احترامها وبقائها، فالذي يميز النظام القانوني للدولة هو وجود ذلك الجزاء الذي تتكفل السلطة بتوقيعه وفي هذا الصدد يلاحظ أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية⁽⁸⁾ تفتقد هذا الجزاء، فلكي تتمتع هذه القواعد بالصفة الإلزامية يجب أن تندمج في نظام قانوني داخلي، فهذا الاندماج هو الذي يمنح القواعد عبر الدولية الجزاء المادي كالقواعد القانونية الوطنية وإن كان ما أشاروا إليه بهذا الصدد كان بخصوص الأعراف.

وبالإضافة إلى ما تقدم من حجج فقد أورد أصحاب هذا الاتجاه حججا أخرى في نفس المنوال نذكر منها

- التناقض: اعتبر kassis⁽⁹⁾ أن المبادئ العامة التي تكون أحد أشكال *lex mercatoria* تنطوي على مضامين متناقضة ويعطي مثلا على ذلك رفض قضاء التحكيم في غرفة التجارة الدولية لنظرية الظروف الطارئة، تطبيقا لمبدأي العقد شريعة المتعاقدين وقرينة الاحتراف، والذي يعد أمرا متعارضا مع مبدأي الحفاظ على توازن الأداءات ذات التنفيذ المستمر والعدالة، وهما من مبادئ *lex mercatoria* أيضا.

- النقص أو عدم الكمال: يرى البعض أن القواعد عبر الدولية لا تحتوي على قواعد كفاية تغطي مختلف المسائل التي تثور في مجال العقود الدولية، فهي وإن اشتملت على قواعد تتصل بتفسير تلك العقود وإبرامها، إلا أنها تخلو من القواعد القانونية التي تحكم مسائل أخرى، على درجة كبيرة من الأهمية، من ذلك: أهلية الأطراف، التراضي، إلى غير ذلك من القواعد الضابطة لهذه المسائل.

ويشير البعض الآخر إلى قلة عدد المبادئ التي تشكل جزءا من هذه القواعد، كعيب يلزمها وقد حصرها بعض الفقهاء بعشرين مبدأ، والتي لن يكون بإمكانها تلبية الحاجات الملحة للتجارة الدولية.

- الطابع المكمل للقواعد عبر الدولية: بمعنى أن عادات وأعراف التجارة الدولية، وإن شكلت قواعد قانونية قادرة على حكم وتنظيم العقود الدولية، إلا أن تلك القواعد ليست إلا قواعد تكميلية، فهي لا تطبق بقوة سريانها، بل لا بد أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو الضمنية رغبتهم بتطبيق أحكامها، وفي ذلك اقتراب من نظرة *kassis*

(10) بشأن الأعراف التجارية التي اعتبرها مجرد عادات اتفاقية تستمد إلزامها من اتفاق الأطراف.

- القواعد عبر الدولية إحساس شخصي بالعدالة: إن تطبيق المحكم للقواعد عبر الدولية يعد في حقيقة الأمر إعمالاً لشعور الشخصي للمحكم بالعدالة. وبالتالي يتماثل تطبيق المحكم للقواعد عبر الدولية، مع تطبيق المحكم لقواعد العدالة والإنصاف. فاللجوء إلى القواعد عبر الدولية هو شكل من أشكال التفويض بالصلح الذي يلزم لصحته اتفاق الأطراف، وفي ذلك يقول الأستاذ محمد شحاته: "... طالما أن الخصوم لم يرغبوا في منح المحكم سلطة الفصل في النزاع كمفوض بالصلح، فإنه من غير المعقول التفكير في تخويله سلطة الفصل على مقتضى قواعد التجارة الدولية."

2- الاتجاه المؤيد: يرى أصحاب هذا الرأي أنه يمكن أن تمتع القواعد عبر الدولية بالطابع الملزم خارج الأنظمة القانونية الوطنية، معتبرين أنها تتمتع بخصائص وصفات القواعد القانونية وبوجود مجتمع مستقل تطبق فيه.

و يرون أن الأعراف التجارية المبادئ العامة المستقرة في قضاء التحكيم الدولي تتمتعان بميزتي العمومية والتجريد. وإذا كان الأمر لا يحتاج لأي نقاش بخصوص الأعراف لجهة تمتعها بهذه الميزات، فإن الأمر خلاف ذلك بشأن المبادئ العامة عبر الدولية، حيث أخذ عليها عدم ملاءمتها للطرف الضعيف ومحاباتها للشركات عبر الدولية، انطلاقاً من تمسكها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وهذا الأمر يحرمه من صفة التجريد.

وفي الواقع إذا كان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو عمليا ضد مصلحة الطرف الضعيف الوطني، بسبب تطبيق القواعد عبر الدولية، فإنه يمكن الحد من ذلك بواسطة القواعد ذات التطبيق الضروري⁽¹¹⁾ والنظام العام عبر الدولي ، هذا بالإضافة إلى أن إعمال المبدأ ليس بالضرورة في صالح الطرف القوي ضد الطرف الضعيف، إذ توجد عدة حالات صدرت فيها قرارات تحكيمية، جرى فيها تطبيق مبدأ قدسية العقد ومبدأ المعقولية لصالح الطرف الضعيف.

ومن حيث العمومية، فإن تمتع القاعدة القانونية بصفة التجريد يستتبع تمتعها بصفة العمومية، ولا يؤثر على صفتها هذه تعددها من حيث أماكن تطبيقها. فلئن كانت الأعراف عبر الدولية عبارة عن تطبيقات مهنية، تختلف باختلاف السلعة أو الخدمة التي تتعلق بتنظيمها، فإن ذلك لا يحرمها من صفتها كقواعد عامة ومجردة، كونها لا تحكم حالات فردية، إنما تنظم مهنة أو خدمة بين مهن وخدمات يتم التعامل فيها في ميدان التجارة الدولية، فحصر هذه الأعراف بنطاق خاص لا يؤثر على عموميتها وتجردها، كما هي الحال بخصوص الأعراف المحلية الداخلية.

وبالإضافة إلى ما تقدم يرى أصحاب هذا الطرح أن هذه القواعد تمتع بالقدرة على فرض الجزاء الذي يضيف عليها صفة القواعد القانونية، إذ يشير الأستاذ fouchard⁽¹²⁾ إلى تضمينها لنوعين من الجزاءات: المالية والمعنوية، كتقديم تأمين لتغطية مصاريف الحكم أو مبلغ التعويض الذي قد يحكم به المحكم، هذا بخصوص الجزاءات المالية. أما بالنسبة للجزاء المعنوي فقد يكون بنشر أسماء أطراف التحكيم الممتنعين عن تنفيذ حكم التحكيم، وحرمان الطرف المتخلف عن تنفيذ الحكم من التمتع بخدمة التحكيم في نطاق مهنته في المستقبل، فمثل

هذه الجزاءات وإن لم تكن مطابقة لتلك المفروضة من قبل الدولة، إلا أنها كافية للاعتراف للقواعد عبر الدولية بالتمتع بالجزاء، وهي جزاءات فعالة تتناسب مع مجتمع التجار.

وبالمحصلة فإننا نعتقد أن المجتمع الدولي قد فصل في مسألة إلزامية هذه القواعد من عدمها، بدليل أن جل المعاهدات الدولية والتشريعات الداخلية قد تبنت مثل هذه القواعد إما صراحة أو ضمنا. فعلى صعيد المعاهدات الدولية، فإن معاهدة نيويورك لسنة 1958 وإن لم تتخذ موقفا صريحا لهذه الناحية، فإنها لا تمنع في تطبيق هذه القواعد وذلك خلافا لمعاهدة جنيف لسنة 1961 وواشنطن لسنة 1965، وعمان لسنة 1987، حيث تمت الإشارة صراحة لهذه القواعد، فقد نصت المادة السابعة من معاهدة جنيف لسنة 1961 على التزام المحكم بتطبيق الأعراف التجارية في حالة سكوت أطراف النزاع عن اختيار القانون واجب التطبيق، وأشارت المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 إلى وجوب تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، أما معاهدة عمان قد تحدثن بصراحة في المادة 21 منها على وجوب تطبيق قواعد العدالة والإنصاف أو الأعراف التجارية، وذلك بطبيعة الحال عند عدم اختيار المحكمن لقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

وفي رأينا أن أهم إشارة لتطبيق هذا القواعد عبر الدولية هو ما جاء فقه القضاء التحكيمي في فرنسا وتبناه المشرع الفرنسي، فقد تبني فقه القضاء التحكيمي الفرنسي القواعد عبر الدولية بمقتضى قرار "داليكو" الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1993، وذلك بعد أن كان المنهج التنازعي هو السائد في القضاء الفرنسي.

مع العلم أن المشرع الفرنسي كان قد نص سابقا في المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي⁽¹³⁾ الجديد على ما نصه "يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون"، وقد اعتبرت هذه العبارة بمثابة النص الصريح على أن المقصود بقواعد القانون ليس فقط القواعد التشريعية وحسب بل يمتد هذا المصطلح ليشمل اتفاقات الطرفين التي لا تتعارض مع النظام العام وحسن الآداب والأعراف والعادات التجارية الجارية. وقد انتقلت هذه العبارة إلى مختلف التشريعات الوطنية ومن بينها التشريع الجزائري، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1050⁽¹⁴⁾ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

المطلب الثاني: مصادر القواعد عبر الدولية:

إن القواعد عبر الدولية، كأية قاعدة قانونية أخرى، تحتاج لمصدر تستمد منه إلزامها وشرعيتها، وقد وجد الفقه الحديث في الأعراف والمبادئ عبر الدولية مصدرا رئيسيا لهذه القواعد، وإضافة إلى ذلك يشير البعض إلى مصادر أخرى ثانوية على جانب من الأهمية في نشأة هذه القواعد، تتمثل في الاتفاقات التعاهدية والقوانين النموذجية والقواعد المهنية ومدونات السلوك.

الفرع الأول: المصادر الرئيسية: تنقسم هذه المصادر إلى قسمين، الأول يتمثل بالأعراف التجارية الدولية، والثاني يتمثل بالمبادئ العامة عبر الدولية.

أولا: الأعراف التجارية الدولية: يعطي بعض الفقه والاجتهاد التحكيمي مصطلح الأعراف التجارية مفهوما واسعا يشتمل، بالإضافة

إلى الأعراف بحد ذاتها، على المبادئ العامة عبر الدولية، ففي قضية framattome⁽¹⁵⁾ أشارت الهيئة التحكيمية إلى وجوب تطبيق مبادئ حسن النية والعقد شريعة المتعاقدين لأنهما من أعراف التجارة الدولية. ومثل هذا المسلك منتقد لأنه يتضمن خلطا بين مفاهيم مستقلة ودمجا غير مبرر لمصدرين من مصادر القواعد عبر الدولية، تتفاوت درجة أهميتها في تكوين هذه القواعد، فالأعراف التجارية الدولية تشكل المصدر الرئيسي للقواعد عبر الدولية لدرجة دفعت بعض الفقه إلى وصفها بأنها قانون فرعي أو مهني أو طائفي.

وهذه الأعراف لا تتميز عن الأعراف الداخلية بأركان خاصة بها، إذ أن ركني العرف، المادي المتمثل بتواتر العمل بقاعدة معينة أو باستمرار سلوك معين، والمعنوي، المتمثل باعتقاد الناس أن القاعدة التي نشأ عن هذا السلوك قاعدة ملزمة، مطلوب توافرها في ميدان التجارة الدولية، كما في ميدان العلاقات القانونية الداخلية، وإن كان يتميزان من حيث نطاق الإعمال، فالأعراف التجارية الدولية يقتصر إعمالها على ميدان التجارة الدولية، بينما الأعراف التجارية الداخلية يتم إعمالها في نطاق العلاقات الداخلية في دولة معينة أو حتى حيز جغرافي معين من هذه الدولة، أ، في قطاع معين في الدولة.

ويبدو أن الأعراف التجارية الدولية قد أخذت مكانة أكثر أهمية من الأعراف التجارية الداخلية، وتجسدت هذه الأهمية في اتجاه المجتمع الدولي إلى تقنينها في إطار معاهدات دولية، أو إلى النص على إلزامها وضرورة الأخذ بها في إطار التشريعات الوطنية كما سلف الذكر. وفي إطار التقنين نجد أن معاهدة الأمم المتحدة الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 والمعروفة بمعاهدة فيينا⁽¹⁶⁾ والتي جاء في مادتها التاسعة ما يلي "يلتزم الطرفان بالأعراف والعادات التي اتفقا عليها

وبالعادات التي استقر التعامل عليهما، ما لم يوجد اتفاق مخالف، يفترض أن الطرفين قد طبقاه ضمنا على عقدهما وعلى تكوينه، كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به، متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف، في العقود المماثلة السارية في ذات فرع التجارة". ويستخلص من هذا أن معاهدة فيينا قد تطلبت وجود الركن المادي للعرف المتمثل في العلم بالعرف يقينا أم تقديرا ، الذي يضاف إلى الركن المعنوي المتمثل هنا بوجود أن يكون مراعى بانتظام في التجارة الدولية.

ثانيا: المبادئ العامة عبر الدولية: نبحث ابتداء في تحديد معناها،

ثم في القوائم التي وضعت تدليلا عليها

أ- مفهوم المبادئ العامة: يشير الفقه إلى نظريات مختلفة في تحديد هذا المفهوم⁽¹⁷⁾، فالبعض اعتبرها قواعد قانونية داخلية مشتركة، والبعض الآخر رأى أنها هي ذاتها المقصودة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية، والفقه الحديث انتقد المذهبين السابقين معاً وأعطاهما مفهوماً مختلفاً عما سبق ذكره.

1- المبادئ العامة عبارة عن قواعد قانونية داخلية مشتركة: تبرز

في هذا النطاق نظريتان، الأولى تدعى الأساس المشترك والتي تبناها الفقيه الإيطالي Sammartano⁽¹⁸⁾ والثانية تدعى نظرية القانون المقارن، وأبداها الفقيه الفرنسي Gaillard⁽¹⁹⁾. فالأولى تعتبر أن عدم اختيار الأطراف لقانون ما، كي يطبق على العلاقة القانونية التي تربط الأطراف، يتضمن اختياراً مزدوجاً إيجابياً وسلبياً. ويتمثل الاختيار الإيجابي بالقواعد التشريعية المشتركة بين الأنظمة القانونية للأطراف، في حين أن الاختيار السلبي يتمثل بالقواعد المختلفة بين هذه الأنظمة، بمعنى أن

هذه النظرية تقوم على تطبيق القواعد القانونية المشتركة بين عدد من الأنظمة الوطنية، أي أنها تستند إلى مصدر وطني أي داخلي. الأمر الذي يجعلها غير ملائمة لتحديد مفهوم المبادئ العامة عبر الدولية بوصفها مصدرا مستقلا لهذه القواعد.

2- المبادئ العامة الواردة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية هي ذاتها المبادئ العامة عبر الدولية: يرى أصحاب هذا الرأي أن المبادئ التي أشارت إليها المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية والتي عني بها أنه للقاضي الحق بأن يحكم وفقا لقواعد العدل والإنصاف. وقد انتقد هذا المسلك كونه يتضمن خلطا بين القواعد عبر الدولية، وبين قواعد القانون الدولي العام.

3- نحو فهم جديد للمبادئ العامة عبر الدولية: المبادئ العامة عبر الدولية هي عبارة عن قواعد نشأت بفعل السوابق التحكيمية في العلاقات القانونية الدولية، حيث استطاع المحكمون أن يضيفوا على هذه القواعد ذاتيتها المتفكدة والمتسقة وطبيعة التجارة الدولية. ويظهر هذا الأمر في أحكام التحكيم التي أشارت إلى المبادئ العامة عبر الدولية بوصفها مبادئ قانونية عامة، أو المبادئ العامة التي أقرها فقه القضاء التحكيمي.

ب- اجتهادات الفقهاء في تحديد قائمة إسمية للمبادئ العامة عبر الدولية:

أولا: قائمة Mustillk⁽²⁰⁾ تتمثل المبادئ العامة عبر الدولية، برأي القاضي الإنكليزي اللورد بعشرين مبدأ فقط تتمثل في: الأصل تنفيذ العقود وفقا لشروطها- وجوب تعديل العقد بتغير الظروف، على الأقل في العقود الطويلة الأجل- عدم جواز التعسف في استعمال الحق-

وجوب تنفيذ العقد بحسن نية- المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض- بطلان العقود التي تم الحصول عليها بواسطة الرشوة والطرق غير الشريفة، وكذلك العقود الصورية التي قصد منها تحقيق غرض غير مشروع- عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم.- الشركة الأم المتحكمة في مجموعة الشركات الوليدة، تعد طرفا متعاقدًا بالنيابة عن كل أطراف المجموعة، على الأقل فيما يتعلق باتفاق التحكيم- الالتزام بالتفاوض بحسن نية للتغلب على الظروف الطارئة- صحة الاتفاق على الدفع بالذهب- إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في العقود الملزمة لجانبين عند إخلال الطرف الآخر بالالتزام جوهرى- لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتسبب في منع تحقق شرط التزامه- عدم التزام المحكمة بتكييف الخصوم- التعويض عن الإخلال بالعقد يقتصر على الأضرار المتوقعة- التزام المتضرر باتخاذ الإجراءات المعقولة للحد من الأضرار- التعويض عن عدم التسليم يتم احتسابه وفقا لثمن البضاعة في السوق- على الدائن الالتزام بعناية الشخص الحريص على حقوقه وإلا ترتب سقوطها- حق المدين بالتمسك بالمقاصة- تفسير العقد وفقا لمبدأ أعمال النص خير من إهماله- عدم الرد على الخطاب المكتوب يعد دليلا على قبوله.

ثانيا: قائمة Loquin⁽²¹⁾: لم يتعرض Loquin إلى جميع المبادئ عبر الدولية كما فعل سلفه إنما أشار إلى بعضها مقسما إياها إلى أربعة مجموعات.

1- المجموعة الأولى وتشتمل على المبادئ المتعلقة بسلامة التعامل وهي: مبدأ قرينة الاحتراف لدى المتعاملين في ميدان التجارة الدولية- فعالية البند التحكيمي- عدم جواز التذرع بغياب الأهلية لدى المتفاوض على العقد منع التناقض على حساب الغير.

2- المجموعة الثانية: تتناول مسألة قابلية التحول والتغير في الاتفاقية وتشتمل على الالتزام بإعادة التفاوض.

3- المجموعة الثالثة: تتعلق بتعاون أطراف العقد وتتضمن: - مبدأ إعلام الطرف الآخر بالظروف التي تعيق تنفيذ العقد- مبدأ الحد من الأضرار الواقعة - مبدأ التقسيم المتساوي للمخاطر.

4- المجموعة الرابعة: تتعلق بالاستقامة في التعامل وتشتمل بصورة رئيسية على مبدأ تحريم الرشوة و استعمال النفوذ.

ثالثاً: قائمة Gaillard⁽²²⁾

وضع Gaillard قائمته، بعد فحصه للاجتهاد التحكيمي الذي تعرض للمبادئ العامة في نطاق العلاقات القانونية الدولية، حيث تبين له أن هذه المبادئ تتعلق إما بصحة اتفاقية التحكيم، أو تفسيرها أو تنفيذها.

أ- المبادئ المتعلقة بصحة اتفاقية التحكيم: بخصوص الأهلية والسلطة لإبرام اتفاقية التحكيم، يوجد مبدأ عدم جواز الدفع بانتفاء السلطة لدى موقع العقد.

- بخصوص عيوب الرضا يوجد مبدأ قرينة الاحتراف لدى المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، وكذلك نظرية الظاهر. فالمبادئ المتعلقة بنظرية الظاهر وقرينة الاحتراف من شأنها أن تشجع الأخذ بنظرية صحة الاتفاقية الموقعة.

وإذا كان معظم المبادئ المتقدمة يستهدف حماية أحد أطراف العلاقة القانونية، فإن المصلحة العامة ليست بعيدة عن نطاق الحماية

التي تؤمنها المبادئ عبر الدولية، حيث تقرر مبدأ بطلان العقد الحاصل بصورة مخالفة للنظام العام الدولي والآداب العامة، وكذلك بطلان العقود التي تنطوي على رشوة أو على تشجيع لتجارة المخدرات والأسلحة بين الأفراد أو الإرهاب، أو على خرق لحقوق الإنسان والملكية الثقافية العالمية. فمثل هذه العقود تكون باطلة لمخالفتها النظام العام الدولي الحقيقي أو عبر الدولي.

ب- المبادئ المتعلقة بتفسير اتفاقية التحكيم: وتنطوي على:

- مبدأ تفسير الاتفاقيات بحسن نية- مبدأ الفعالية، أي المبدأ الذي يقضي بإعمال النص لا إهماله- مبدأ السكوت يجب أن يفسر كرضا- مبدأ التفسير الجامع والشامل للاتفاقية- في حالة الشك يفسر البند ضد مصلحة الطرف الذي أدرجه- مبدأ أن تفسير العقد لا ينتج فقط عن العناصر الداخلية، إذا أن إرادة الأطراف تقدر في مضمونها، وخصوصا حسب العادات المتبعة في النشاط الذي أبرم العقد بشأنه- مبدأ التزام المحكمين بالتكييف الذي يعطيه الأطراف لتصرفهم.

ج- المبادئ المتعلقة بوجوب تنفيذ اتفاقية التحكيم : وتتمثل

هذه المبادئ في

- مبدأ إعلام الطرف الآخر بالظروف التي تعيق تنفيذ العقد- فمبدأ التعاون بين أطراف العقد لضمان حسن تنفيذه يضع على عاتق الطرف المتعاقد، مهمة إعلام الطرف الآخر بما يطرأ أثناء تنفيذ العقد- مبدأ الأخذ بالظروف الطارئة وخصوصا في العقود الطويلة الأجل- مبدأ إعادة التفاوض بحسن نية في العقود الطويلة الأجل- مبدأ مسؤولية الطرف الذي يخل بتنفيذ العقد- مبدأ إمكانية الطرف المتعاقد مع المفلس بأن يثير دفع عدم التنفيذ- مبدأ الفسخ بسبب عدم التنفيذ-

مبدأ التزام الدائن بالموجب غير المنفذ بالحد من خسائره- مبدأ التعويض الكامل عن الأضرار الواقعة- مبدأ تخفيض البنود الجزائية التعسفية- مبدأ وجوب التعويض عن الضرر المباشر والمتوقع- مبدأ تقدير بدل العطل والضرر غير المنفذ من العقد بالنسبة للأجزاء الأخرى- مبدأ إعمال المقاصة متى توافرت شروطها.

تلك هي أهم القوائم التي حاول الفقهاء أن يحصروا فيها أهم المبادئ العامة، وذلك استناداً إلى أحكام المحكمين في ميدان التجارة الدولية، والتي أكدت على الطابع الملزم لهذه المبادئ، الأمر الذي يجعل من القواعد عبر الدولية، انطلاقاً من اعتبار هذه المبادئ مصدراً لها، تتمتع بالطبيعة القانونية الملزمة.

لكن هذا الأسلوب، أي أسلوب تحديد المبادئ العامة في قوائم محددة هو أسلوب مستهجن، وذلك لاستحالة حصر جميع هذه المبادئ العامة عبر الدولية، وذلك لازتباطها بعامل غير مستقر ومتطور والمتمثل في اجتهادات فقه القضاء التحكيمي، ولذلك كان من الأفضل أن توضع معايير تعرف بها هذه المبادئ العامة عبر الدولية بدلاً من حصرها في قوائم لا يمكن أن تستوعبها بمرور الوقت.

والى جانب المصادر الأساسية للقواعد عبر الدولية وجدت مصادر أخرى ولكنها أقل شأنًا من الأولى وتتمثل في

المصادر الثانوية: تتمثل هذه المصادر في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية، وبالأليات ومدونات السلوك التي تضعها المنظمات المهنية ومؤسسات التحكيم.

1- الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية : تبرز هذه الاتفاقيات الخاصة بالبيوع الدولية⁽²³⁾، وبالتحكيم الدولي، وكذلك الاتفاقيات التي تستهدف وضع قوانين وعقود نموذجية.

أما بخصوص الاتفاقيات الخاصة بالبيع الدولية، فإنها تستهدف غالبا توحيد القواعد الأساسية المتعلقة بالبيع، من ذلك اتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، والتي رمت إلى تبني قواعد موحدة تطبق على عقود بيع البضائع الدولية، وتتلاءم مع مختلف الأنظمة الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، وتساهم في إزالة العوائق أمام التبادلات الدولية، وتشجع على نمو التجارة الدولية وفي هذا الإطار تبرز أيضا اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المبرمة سنة 1955.

أما النوع الثاني من الاتفاقيات فهو ذلك الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، والتي شهدت في الآونة الأخيرة اهتماما متزايدا من طرف الدول، دل على ذلك العدد الكبير من هذه الدول الذي انظم إلى هذه الاتفاقيات الدولية، وخصوصا اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وكذلك اتفاقية جنيف لسنة 1961 وكذلك اتفاقية عمان لسنة 1987.

فاتفاقيات التحكيم التجاري الدولي تساهم بصورة لا لبس فيها بظهور قواعد غير وطنية، وعبر وطنية تكون أكثر ملائمة من القواعد الداخلية، لحكم العلاقات التجارية الدولية، خاصة وأن التحكيم يعد القضاء الأمثل لفض منازعات التجارة الدولية، وإلى جانب هذا النوع من الاتفاقيات ظهر النوع آخر وهو كذلك مرتبط بالتحكيم التجاري الدولي، وهو ذلك النوع من الاتفاقيات الذي أطلق عليه تسمية القوانين النموذجية، ومن أهمها القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1985 والذي يستهدف وضع قواعد محددة بشأن التحكيم في العلاقات التجارية الدولية. وظهر هذا النوع من الاتفاقيات ومساعدة الدول إلى تبنيها أو تبني جزء منها، يوضح مدى الأهمية الكبيرة التي

أصبحت تلعبها هذه الاتفاقيات في بلورة قواعد عبر دولية تتمتع بالصفة القانونية الوطنية.

2- الأنظمة المهنية ومدونات السلوك وتطبيقات المؤسسات التحكيمية: إلى جانب الاتفاقيات الدولية تلعب العقود النموذجية والشروط العامة دورا مهما في إنشاء وإعداد قانون غير وطني خاص بالتعاملات الدولية، وكذلك أيضا مدونات السلوك وتطبيقات المؤسسات التحكيمية على غرار غرفة التجارة الدولية بباريس. وقد تعزز هذا الدور بالتبني المضطرد للعاملين في ميدان التجارة الدولية لمحتويات ومضامين هذه الأنظمة والمدونات كي تطبق على علاقاتهم القانونية، وهو الأمر الذي يشكل دليلا على فائدتها.

فأما العقود النموذجية⁽²⁴⁾ فهي تلك العقود التي ساهمت التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لظهورها، كعقود التأمين والتوريد وبعض البيوع، التي تجري على نسق واحد تفرضه طائفة من التجار أو منظمة ما ينتمون إليها كالنقابات والغرف التجارية، مما جعل البعض يقول أن المتعاقدين يفقدون سلطتهم في نطاق هذه العقود حيث لا يملكون سوى الانصياع لشروطها الأمرة المحددة سلفا فلا تتوافر لهم حرية مناقشتها فتضعف إرادتهم بل وتكاد تنمحى في إطار هذا النوع من العقود إرادتهم، ورغم شيوع هذه النظرة عن العقود النموذجية إلا أن الفكر القانوني ولئن سلم بشرعية هذه العقود من حيث المبدأ نظرا لما تحققه من مصلحة مشتركة للتجار الذين ينتمون لطائفة معينة تحترف نوعا معينا من التجارة، إلا أنه تصدى لفكرة الإذعان عن طريق إبطال الشروط المجحفة التي قد تتضمنها هذه العقود أو إعفاء الطرف المدعن منها كلية.

وإن استمرار الأخذ بهذا النوع من العقود، تدعمه الغرف التجارية التي تمثل طوائف التجار أدى إلى إنتاج مدونات سلوك ساهمت إلى قوينة هذا التطبيق، ومثال ذلك ما فعلته غرفة التجارة الدولية عندما كرس قواعد محددة للاعتمادات المستندية، وكذلك القواعد الخاصة بتفسير العبارات المستخدمة ببعض العقود الدولية.

وعليه فقد استطاعت هذه العقود ومدونات السلوك وتطبيقات المؤسسات التحكيمية على خلق مبادئ عبر دولية.

خاتمة: إن تقنية القواعد عبر الدولية أو المنهج المباشر وذلك بخلاف المنهج غير المباشر أي تقنية قواعد الإسناد، هو منهج ذو بعد عالمي توحيدي يعتمد ما على ما يستقر عليه القانون المقارن والتطلعات الشرعية للمتعاملين الاقتصاديين، كما أنه يمنح الأمان والوضوح لهؤلاء المتعاملين وذلك في ظل الصعوبات الكبيرة التي تواجههم إما في إبرام صفقاتهم أو في فض النزاعات الناتجة عن هذه الصفقات إذا كانت مرتبطة بالقوانين الوطنية، نظرا لتباين مفاهيم هذه القوانين من دولة لأخرى وانغلاقها على معطيات واعتبارات خاصة بكل دولة، كما أنه أكثر ملائمة لقواعد التجارة الدولية من المنهج التنازعي الذي يطرح الأسئلة أكثر مما يجيب عليها، لأن قواعد التنازع حتى بعد الإسناد إليها، فإنها قد تعطي حولا غير مقبولة أو تترك المسألة من غير حل كما هو الحال في الإحالة البعيدة التي قد تقوم برد الاختصاص من قانون لآخر في تسلسل لا نهائي أو العودة إلى قانون سبق استشارة قواعد الإسناد فيه مما يوقع فيما أسماه الفقيه الإيطالي بوزاتي لعبة التنس، أو ما سماه الفقيه الألماني كاهن بغرفة المرايا⁽²⁵⁾، وما اعتبره معظم الفقهاء بالحلقة المفرغة لا سبيل للخروج منها.

وهذه المسائل التي وجدت في المنهج التنازعي والتشريعات الوطنية، جعلت من منهج القواعد عبر الدولية الحل الأمثل الذي يتوافق مع التوقعات المفترضة لأطراف التجارة الدولية سواء على مستوى إبرام العقود أو التوصل لفض النزاعات الناتجة عن هذه العقود أي عن طريق التحكيم التجاري الدولي.

الهوامش:

- (1) حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 366.
- (2) حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 202.
- (3) إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 556.
- (4) إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، ترجمة رنا شعبان-محمد شلبياية، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2011، ص 71.
- (5) الحسين السالحي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008، ص 428.
- (6) إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 72.
- (7) نعيبي فوزي، مقالة حول التحكيم التجاري الدولي في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية في الجزائر، مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد الثاني عشر، 2011، ص 209.
- (8) عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008 بيروت، ص 14.
- (9) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 544.
- (10) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 544.

- (11) هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2014، ص 727.
- (12) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 548.
- (13) حسن المصري، المرجع السابق، ص 354.
- (14) سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بنصه وشرحه، والتعليق عليه، وتطبيقه، الجزء الثاني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2011، ص 1227.
- (15) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 553.
- (16) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 554.
- (17) شافير/ فريديست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، اعداد وترجمة وتنقيح ابراهيم ستوت، المنشورات الحقوقية صادر، ص 228.
- (18) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 555.
- (19) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 555.
- (20) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 558.
- (21) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 561.
- (22) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 562.
- (23) شافير/ فريديست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، اعداد وترجمة وتنقيح ابراهيم ستوت، المنشورات الحقوقية صادر، ص 229.
- (24) حسن المصري، المرجع السابق، ص 362.
- (25) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 167.

المعايير الدولية للمحاكمة العادلة في القانون الدولي لحقوق الإنسان

الأستاذة: شريف أمينة.
جامعة الدكتور الطاهر مولاي .
سعيدة/الجزائر.

لقد سعى الإنسان منذ وجوده على سطح الأرض إلى تحرره من كافة أنواع القيود والعبودية من أجل حصوله على حريته، وتوفير أكبر قدر ممكن من الحقوق مع أكبر قدر ممكن من ضمانات لتلك الحقوق. فالتاريخ هو عبارة عن مجموعة من أحداث متسلسلة ومتواصلة عن محاولات الإنسان لاسترجاع حقوقه وحياته والعمل على احترامها وصيانتها. نظرا للانتهاكات الصارخة التي تعرضت لها وحرمانه من حقوقه في كافة المجالات، إضافة على الظلم والقهر والاضطهاد السائد آنذاك(1).

غير أن الأحداث التي شهدتها العالم بصفة عامة وأوروبا بصفة خاصة أثناء نشوب الحرب العالمية الثانية وما خلفته من دمار وضحايا للذنان فاقت الحدود، نتيجة ذلك، فقد كان الكائن البشري هو الأكثر مساسا بالدرجة الأولى. لذلك عملت الدول الحديثة على تحقيق مصالح المجتمع من جهة، ومصالح الفرد من جهة أخرى. إلا أن هذا ليس بالأمر الهين، لأن التوفيق بين المصلحتين أمر جد صعب. لذا كان الفكر الشيوعي يغلب المصلحة العامة على مصلحة الفرد. وبالتالي فإن المتضرر هو هذا الأخير، و الأكثر مساسا من حيث الحقوق والحريات. ونتيجة هذا الضرر، أصبح الاهتمام الدولي ينصب على مسألة حماية حقوق الإنسان، و ضمانات التي ينبغي توافرها لذا الغرض. فأمام تضارب حقوق المجتمع مع حقوق الإنسان، فإن حقوق الإنسان هي التي تعلق. طالما اعتبرت أنها قضية هامة تشغل العالم بأسره، لاسيما عمل الأمم

المتحدة التي تعمل جاهدة من أجل تحقيق الرخاء التام، واحترام حقوق الإنسان باعتبارها مسألة أولية من بين الأهداف الأساسية التي تسعى إليها منظمة الأمم المتحدة(2).

بعدما أن أصبحت قضية حقوق الإنسان ملكا مشاعا و هما مشتركا، بل هي جزء لا يتجزأ من القانون الدولي المعاصر. تثبت للإنسان بمجرد ولادته لأنها لصيقة بشخصيته، حتى وإن أتى الفاعل بفعل يحضره القانون. و من هذا المنطلق وجب على القانون صيانة حقوق الفرد المرتكب للجرم، أو محل المتابعة في إطار يسمى "الحق في المحاكمة العادلة". إذ يعرف بأنه إمكانية مقاضاة الفرد بشأن الاتهام الجنائي الموجه إليه أمام محكمة مستقلة محايدة منشأة بحكم القانون قبل اتهامه طبقا لإجراءات علنية يتاح له من خلالها الدفاع عن نفسه مع تمكينه من مراجعة الحكم الصادر ضده من قبل قضاء أعلى درجة من المحكمة التي حكمت عليه(3).

انطلاقا من هذا التعريف يتضح أن الحق في المحاكمة العادلة يقوم على معايير محددة مسبقا قد قننها القانون الدولي و التزمت بها القوانين الوطنية، لأنها تمثل الحجر الأساس للمحاكمات العادلة حتى لا يحاكم المتهم ظلما. فالتساؤل يثور حول ماهية تلك المعايير ومدى الالتزام بها في زمني السلم والحرب؟.

لقد حددت المواثيق الدولية(4) معايير المحاكمة العادلة التي تراعى و تحضى بعناية تامة وقت السلم والحرب. لأنها ذات سمة عالمية ومحور الأمم المتحدة. فالغاية المبتغاة من جراء ذلك هي تحقيق العدالة ليس التطبيق الحرفي و الفعلي لقواعد القانون الدولي و إنما إقامة التوازن بين الأطراف. لأن مهمة الإنصاف تنحصر في بيان مركز القوي والضعيف(5). لهذا ستقتصر الدراسة على المعايير التي جاءت بها الصكوك الدولية، فمنها ما هو متعلق بالقضاء، و منها ما تعلق المحاكمة، و منها ما تعلق بالشخص محل المتابعة أي المتهم.

أولاً: المعايير المتعلقة بالقضاء

تعد المحاكمة العادلة حقاً أصيلاً من حقوق الإنسان، لذا خول له القانون الدولي حماية خاصة من خلال النصوص و المواثيق الدولية التي ينبغي إتباعها من قبل السلطات العمومية. و تتمثل هذه المعايير القضائية في مبدئين أساسيين: أولهما مبدأ استقلالية السلطة القضائية، وثانيهما مبدأ المساواة.

1- مبدأ استقلالية السلطة القضائية

لما كانت جميع وضائق الدولة مجتمعة في يد واحدة بحكم أن الطبيعة البشرية محبة للسلطة و التسلط. مما أدى حقيقة إلى الاستبداد و التعسف في الحقوق والحريات لذا كانت الدعوة و المناداة إلى فصلها في أيدي متفرقة - طالما كانت السلطة مفسدة و السلطة المطلقة مفسدة مطلقة- حتى تتمكن كل هيئة من ممارسة وظيفة معينة، وتحقق ذلك في إطار ما يسمى ب" مبدأ الفصل بين السلطات"(6) تحقيقاً لمجتمع ديمقراطي(7). فمضمون هذا المبدأ هو توزيع وظائف الدولة و أعمالها المختلفة على هيئات متعددة مع وجود تعاون متبادل بينهم بهدف ضمان حركية الدولة و مصالحها الأساسية من جهة، و ضمان حرية الأفراد و منع الاستبداد و تعسف الحكام من جهة أخرى.

فمبدأ الفصل بين السلطات يؤدي حتماً إلى إتقان وظائف الدولة و حسن سيرها مما يوجب احترام شرعية القانون و حسن تطبيقه، و بالتالي يتضح أن "السلطة لم تعد ملكاً للحاكم و أن الحاكم لم يعد إلا ممارساً للسلطة"(8). في هذا المطاف رأت اللجنة الأمريكية بأن المحاكم الجنائية في "نيكارغو" المتكونة من أعضاء المشيليات و ضباط منتمين إلى الحزب السياسي الحاكم ينتهك مبدأ الفصل بين السلطات.

و مما تقدم فإن استقلالية السلطة القضائية(9) ليست إلا نتاج مبدأ الفصل بين السلطات، عملاً بشعار السلطة تحد السلطة. و بالتالي فهي الحجر الأساس للمحاكمة العادلة. فلا بد أن تكون منفصلة عن باقي سلطات الدولة، ولا يقبل أن تحل محلها هيئة أخرى(10) بما أنها حامية للحقوق و الحريات. إذ تقول اللجنة المعنية لحقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة بأنها: " حق مطلق لا يجوز أن يخضع لأية استثناءات". و بذلك يمكن تعريفها بأنها تحرر المحكمة أو السلطة القضائية من كافة المؤثرات، و الضغوطات. مع مراعاة المبادئ العامة التي تحكم العدالة، من إنصاف و إحقاق الحق و مساواة. إذ يقول jean pradel: " إن النظرة الكلية لسير الدعوى الجنائية تحديدا لمسئولية المتهم جنائيا اتساقا مع ضمانات عدالة المحاكمة تتطلب الحرص على تكافؤ الأطراف أو الخصوم بعيدا عن أي تأثير و هو ما يتعذر بلوغه ما لم تكن المحكمة مستقلة و محايدة عن باقي السلطات و عن أطراف الدعوى التي تنظرها" (11). كما تعرفها المحكمة الأوروبية بأنها: " هيئة تمارس و ضائق قضائية يحددها القانون للفصل في الأمور التي تقع في اختصاصها بناء على القواعد القانونية وفق إجراءات مقررّة".

و تجدر الملاحظة في هذا المجال أن اللجنة الأمريكية انتقدت نظام الاستقلالية من حيث الأحكام التي يصدرها القضاة مع مصالح الحكومة، من خلال نقلهم و عزلهم و تعيينهم، و استجابة القضاة للسلطة التنفيذية. كما حدث في " شيلي " عندما تقاعس القضاء في ممارسة سلطته، و التحقيق في الشكاوي المتعلقة بحقوق الإنسان.

وقد حضي هذا المبدأ اهتماما كبيرا من قبل الصكوك الدولية، و حتى الإقليمية منها. وذلك من خلال المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، و المادة 1-14 من العهد الدولي للحقوق المدنية

والسياسية، و المادة 37- د من اتفاقية حقوق الطفل، وحتى المادة 06-
1 من الاتفاقية الأوروبية، المادة 08- 1 من الاتفاقية الأمريكية، والمادة
07-01- د من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان.

قد أثبتت اللجنة الإفريقية انتهاك المادة 6 الناصة على الحق في
النظر في القضايا المعروضة على القضاء، حيث أن الحكومة النيجيرية
أصدرت مرسومان، مضمونهما تجريد المحاكم من النظر في الطعون
المقدمة ضد المراسيم وفق ما تمليه المادة 6 من الميثاق الإفريقي. رغم
أنها تنص على الحق في النظر في الطعون المقدمة ضد المراسيم وهذا ما
يمثل إهدارا للاستقلالية القضائية.

2- مبدأ المساواة

يعد مبدأ المساواة عمود المحاكمات القضائية، وهو ذو سمة
عالمية و دستورية، إذ أن الدول أصبحت تعتمد عليه في أنظمتها
السياسية لأنه مفتاح الأنظمة الديمقراطية الحديثة(12). ومقتضاه هو
أن يكون جميع الأفراد في صف واحد من جانب الحقوق و الحريات
متساوون في نظر القانون. فالمساواة هي المعاملة المماثلة للمراكز القانونية
المتشابهة(13) إلا أنها تختلف باختلاف المراكز.

إن المساواة متعددة الصور، منها المساواة أمام القانون، و المساواة
أمام العدالة، المساواة أمام الأعباء العامة، المساواة أمام الضرائب،
المساواة الاجتماعية، المساواة أمام المرافق العامة...إلخ. إلا أنه ما يهمننا
في هذا الصدد هو المساواة القانونية(14) و المساواة القضائية، فالمساواة
القانونية هي ما أقر به مجلس الدولة الفرنسي بأنها توحيد المعاملة
بالنسبة للمراكز القانونية المماثلة. كما جاء في قرار صادر عن المحكمة
الدستورية العليا المصرية في 19- 05 - 1990 ما يلي: "صدارة مبدأ

المساواة أمام القانون لباب الحريات و الحقوق العامة في الدستور، لاعتباره أساس العدل و الحرية، و السلام الاجتماعي، و على تقدير أن غايته صون حقوق المواطنين، و حرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد من ممارستها".

أم عن المساواة القضائية و التي تعرفها فقه المرافعات(15) بأنها حق المواطن في اللجوء إلى القضاء مع عدم التمييز بين المتقاضين. أي كفالة اللجوء إلى القاضي الطبيعي أو القضاء دون قيد أو تضييق واستبعاد كل اعتبارات التمييز. ومنه فالمساواة القضائية(16) تعني اعتبار جميع الأفراد سواسية، مهما اختلفت مستوياتهم الثقافية، أو الاجتماعية، أو الاقتصادية...إلخ.

و مما سبق يظهر التمييز بين المساواة القضائية و القانونية من خلال أن هذه الأخيرة مستمدة من وحدة الأصل الإنساني. أما القضائية فهي تتحقق من حيث إصدار الأحكام و تطبيق العقوبات.

يعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المواطن الصادر في 1789 من أقدم المواثيق التي نصت على مبدأ المساواة. و هو ما ورد في مادته الأولى: "يولد الناس أحرارا و متساوون في الحقوق...". كما جاء في إعلان الحقوق الدولية للإنسان(17) في مادته الأولى: "من واجب كل دولة الاعتراف بمساواة حقوق كل الأفراد في الحياة و الحرية و الملكية و إعطاء الجميع داخل إقليمها كامل الحماية لهذه الحقوق دون أي تفرقة على أساس الجنسية أو الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين".

وأكدت على ذلك المواثيق الدولية من إعلان عالمي لحقوق الإنسان في مادته الأولى: "جميع الناس أحرار و متساوون في الحرية و الحقوق". وقد ورد التأكيد على ذلك في المادة 10 منه بقولها: "لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين...". كما نصت المادة 14-1 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية

والسياسية على المساواة القضائية بقولها: "الناس جميعا سواء أمام القضاء...".

و في نفس السياق، جاء في نص المادة 19 من إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام أمام العدالة بنصها: "الناس سواسية أمام الشرع ويستوي في ذلك الحاكم والمحكوم...".

أما على المستوى الإقليمي فقد نصت الاتفاقية الأمريكية على المساواة القانونية التي يتمتع بها الفرد أثناء سير الإجراءات في المادة 8-2 بقولها: "وخلال الإجراءات القانونية لكل شخص - على قدم المساواة التامة مع الجميع - الحق في الحصول على ضمانات...".

ثانيا: المعايير المتعلقة بالمحاكمة

لما تتهم السلطات العمومية شخصا ما يكون محلا للتحقيق. فإنها تقوم بإجراءات و خطوات منصوص عليها قانونا مسبقا حتى لا تتعسف الحقوق. و من البديهي أن نقول أن هناك إجراءات و مبادئ يتخذها القضاء باعتباره حامي الحقوق و الحريات. فمنعا للتعسف و الظلم تدخلت نصوص قانونية ذات طابع دولي ترسم الحدود و تضع قيود لكل من يحاول انتهاكها بهدف حماية حقوق الإنسان بصفة عامة و معايير المحاكمة العادلة بصفة خاصة وهذا ما يمكن عرضها على التوالي.

1- الإحاطة بالتهمة و أدلتها

يعرف الاتهام بأنه: "تلك الصفة الطارئة و الغير العادية، التي يوصف بها الشخص بعد التحقق مجموعة من الأدلة تظهر و أنه قد ارتكب جرما، قد أخل إما بحقوق الفرد، أو المجتمع أوهما معا"(18). أما الإحاطة بالتهمة(19) فهي ضمانات أساسية للشخص المقبوض عليه، إذ يستعين أن يكون على علم بسبب القبض مع الدلائل القائمة ضده عن

طريق توجيه الاتهام، و مساءلة المتهم عن التهمة المنسوبة إليه(20) مع ثبوت أقواله دون مناقشتها. ويقوم هو الآخر بمواجهة الأدلة القائمة ضده. و يتحقق هذا الإجراء بأن يبلغ الشخص على وجه السرعة، وبالتفصيل، و باللغة التي يفهمها. إذ أوضحت اللجنة الأوروبية بأن يبلغ بلغة تتميز بالبساطة و خالية من التعقيدات الفنية، حتى يتمكن المتهم من فهمها، مع عرض الأسباب القانونية و الوقائع المبرر لذلك الفعل. وهو ما تم النص عليه في المادة 14-3- أ من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة 8-2- ب من الاتفاقية الأمريكية بحيث اعتبرت هذا الإجراء حقا أصيلا للمتهم لا يمكن تقييده و لا تضيقه، إضافة إلى المادة 6-3- أ من الاتفاقية الأوروبية و المادة 14-3 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

إن معيار الإحاطة بالتهمة يجربنا حتما تعريف المتهم، فهناك من يعرفه بأنه الطرف الثاني في الدعوى، و هناك من يعرفه بأنه ذاك الشخص الذي أقامت سلطة الاتهام بالمطالبة ضده دعوى أمام القضاء لتوافر دلائل و قرائن قوية لتوجيه الاتهام أي يعد متهما. و في هذه الحالة يسمى بالمتهم الجاني أو قد تكون الجريمة قد وقعت من غيره و في هذا الحال يسمى بالمتهم البريء(21).

و بالرغم من اتهام المتهم فقد تثبت له حقوق من بينها: حق المتهم حضور جميع إجراءات التحقيق و الجلسات، الاستعانة بخبير استشاري، طلب ندب قاضي التحقيق، حضور المحامي عند استجوابه، حق المتهم في إبداء أقواله أو في الصمت(22). مقابل هذه الحقوق عليه واجبات تتمثل في تنفيذ جميع الأوامر الصادرة له في حدود القانون، الامتثال أمام المحكمة، و الخضوع للآثار الناتجة عن الحكم(23).

2- حق الدفاع

لقد أجمعت التشريعات الدولية والوطنية على استعداد المتهم لإعداد دفاعه من خلال منحه المدة الكافية و كل التسهيلات لتمكينه من الدفاع عن نفسه واختيار محام بإرادته. وهذه ضمانات مهمة جدا لأنها حق أصيل يقتضي أن يحاكم المتهم حضوريا، ويكون الدفاع بنفسه أو بوكيله. وإن تعذر عليه ذلك، وجب على العدالة تزويده بحام على حسابها. ويعرف حق الدفاع بأنه: "مجموعة الأنشطة الإجرائية التي يباشرها المتهم بنفسه أو بواسطة من يمثله. وذلك من أجل كفالة حقوقه ومصالحه ودرء التهمة الموجهة له"(24).

وتبدو أهمية حق الدفاع من خلال تأمين حقوق وحرية المتهم فهو حق طبيعي يراد منه تحقيق العدالة وهو ذو شقين: شق عام يحقق المصلحة العامة، وحق المجتمع من إحقاق الحق وتحقيق العدالة والإنصاف، أما الثاني يشمل الحق الخاص أي الشخصي الذي يتمتع به كل فرد في استبعاد السوء عن نفسه أو تبرئتها أو تبرئة ذمته ودرء الشبهات بغرض الانتصار على الخصم.

إن حق الدفاع مقرر لصالح المتهم بالدرجة الأولى، ففي حالة انعدامه انعدمت المحاكمة العادلة والدليل على ذلك هو قرار المحكمة الأوروبية الذي يدين تركيا بسبب عدم تمكين "عبد الله أوجلان" زعيم الحزب الكردي التركي المعارض لسنة 1999 من حقه في الاتصال بمحاميه إلا بعد مرور سبعة أيام من استجوابه.

نظرا لأهمية حقوق الدفاع فقد تم النص عليها في المواثيق الدولية، أولها المادة 11-1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 14-3-د من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. ونفس المبدأ جاءت المادة 6-3-ب من الاتفاقية الأوروبية، وكذا الاتفاقية الأمريكية في مادتها 8-2-ج ود. أما بالنسبة للمواثيق العربية، فقد تم

النص على حق الدفاع في المادة 7-1- ج من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، و المادة 7 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان وقد كان مضمون كل تلك المواثيق يسري في طريق واحد وهو الدفاع بأصالة أو بوكالة مع حق الاتصال بالمحامي بكل حرية وسرية.

قد أثبتت اللجنة المعنية لحقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة انتهاك حق المتهم في اختيار محام بنفسه من خلال منح أحد المتهمين قائمة المحامين العسكريين لاختيار احدهم و إجباره على قبول محام يختاره المجلس العسكري رغم وجود محام مدني. و في نفس الصدد أقرت اللجنة الإفريقية بان محاكمة " فيرا " و "أورتون " بالإعدام و حرمانهما من الدفاع لم تكن محاكمة عادلة (25).

أما بخصوص منح المدة الكافية لإعداد دفاع المتهم فإنها لم تحدد، و بذلك يمكن تقديرها من خلال منح الوقت للمتهم للإطلاع على ملف الدعوى من أدلة و مستندات و الاتصال بمحاميه و معرفة وقائع القضية. إلا أنه ينبغي مراعاة الأجال القانونية و بذلك يجوز الموازنة بين هذا الحق و المدة المعقولة لإعداد الدفاع. و في حالة عدم كفاية الوقت جاز تأجيل القضية من طرف صاحب الشأن أو محاميه. و بهذا اعتبرت اللجنة المعنية لحقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة بأن محاكمة متهم بارتكاب جريمة قتل و منح المحام الجديد - بدلا من المحامي الأصلي- مدة أربع ساعات للتحدث مع المتهم و تهيئته للجلسة مدة زمنية غير كافية لإعداد الدفاع(26).

3- قرينة البراءة

البراءة هي الأصل في الإنسان، و الاستثناء هو الإدانة. و على هذا الأساس وجب أن يعامل الشخص محل التحقيق بأنه بريء. مهما بلغت

جسامة الجريمة - في كل مراحل الدعوى - مع تمتعه بجميع الضمانات القضائية. إلى أن تثبت جهة قضائية مختصة إدانته. ومنه فهو معفي من إثبات براءته، وإنما عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة العامة لذلك السبب تتطلب قرينة البراءة سرية التحقيق و سرعته، لأن ذلك يضمن حماية كبرى للمتهم، فهو يصون صمغته و يحفظ حقوقه(27).

تعتبر قرينة البراءة قرينة قانونية محضة قاطعة لا شك فيها(28) فهي تعني: "التعامل مع الشخص المتهم على أنه بريء مهما بلغت جسامة الجريمة المنسوبة إليه ارتكابها و في أي مرحلة من مراحل الدعوى سواء مرحلة الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة. إلى أن يصدر حكم قضائي بات بإدانته لا يمكن الطعن فيه مع توفير كافة الضمانات القانونية لهذا الشخص في كل مراحل الدعوى"(29). وبالتالي فإن الاتهام يقع على عاتق القضاء فله أن يثبت الإدانة و ليس على المتهم لأن براءته هي الأصل وللقاضي الاقتناع الذاتي(30) لأنها قاعدة قانونية ثابتة إلزامية للقاضي لا تحتاج إلى إثبات. و من ثمة يرفض مبدأ افتراض الإدانة و يعفى المتهم من إثبات براءته.

و قد نصت على ذلك المادة 14- 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية، و كذا المادة السابق ذكرها من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و هي 11- 1. و حتى المادة 16 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المادة 11- 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة 6- 2 من الاتفاقية الأوروبية، المادة 8- 2 من الاتفاقية الأمريكية، المادة 7- 1- ب من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب، المادة 7 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان. إلا أن المادة 9 من الإعلان العالمي الفرنسي لحقوق الإنسان و المواطن سنة 1789 كانت سابقة النص على هذا المبدأ بالنسبة لكل المواثيق هذه.

4- اتخاذ إجراءات كفيلة بالأحداث

يعتبر الحدث فئة خاصة من المجتمع أو كما يعبر عنه زبدة المجتمع، فهو يحتاج إلى عناية وحماية أكثر من الفئات الاجتماعية الأخرى. لهذا خصصت معظم التشريعات الدولية والوطنية إجراءات متميزة له. لأن مسؤولية الطفل مسؤولية نسبية مقارنة بمسؤولية الشخص البالغ. فالحدث هو الطفل أو الصبي أو النشء وهو ذلك الإنسان الذي لأزال في طور النمو. أما الحادثة فهي: " المرحلة التي تتميز بمجموع الظواهر الحيوية الجثمانية والعضوية والنفسية التي ينتقل بها شخص الإنسان في طور التكوين والنمو الجسماني والنفسي بالوليد على طور التكوين والنمو الجسماني والنفسي المتعلقين بالبلوغ " (31). وقد عرفته اتفاقية حقوق الطفل (32) بأنه كل شخص دون سن 18 ما لم يكن القانون الوطني قد حدد سنا آخر للبلوغ، فلكل دولة أن تحدد سن الرشد بشرط أن لا تحيد عن المعايير الدولية.

بما أن الحدث عديم الأهلية ويتميز النقص و عدم العرفان (33) نظرا لضعف قدراته وتفكيره وأنه عرضة للانحراف فقد نصت المادة 40-2- ب من اتفاقية حقوق الطفل بحماية خاصة للحدث تكفل له جميع الحقوق. كما نصت المادة 37 منها على إلزام الدول الأطراف بالأحكام التي جاءت بها الاتفاقية.

ومنه فإذا ما كان الشخص المتابع حدثا، أي قاصروجب إتباع إجراءات مناسبة لسنه. ذلك لأن مسؤوليته جزئية لا يسأل كليا وهذا ما يتطلب الحماية اللازمة، والعناية الكافية والعمل على إعادة تأهيله. إذ نجد نوع من التخفيف والتدابير اعتمدها القانون من أجل الحفاظ على صمغته ونفسيته. لهذا وجب وجود نظام قضائي يقوم على أساس الرحمة والمنطق (34).

5- أن يحاكم دون تأخير لا مرر له

في هذه الضمانة بالذات، ينبغي أن نشير إلى نقطتين: أولهما هي المحاكمة دون تأخير (35) وثانيا أن تكون المحاكمة في مدة زمنية معقولة. فحتى يتحقق ذلك لا بد من مراعاة التوازن بين حق المتهم في محاكمته في

مدة زمنية معقولة، و منحه الوقت الكافي لإعداد دفاعه كما سبق، والنظر المنصف في الدعوى و محاكمته و إصدار الحكم. و بذلك فقد أثبتت اللجنة المعنية لحقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة انتهاكا لهذه الضمانة في قضية استغرق النظر في الاستئناف في كندا حوالي 3 سنوات، و كان السبب الرئيسي هو التأخر في إعداد محاضر الجلسات الذي استغرق 29 شهرا بين رفع الدعوى و الاستئناف. و في نفس السياق أصدرت المحكمة الأوروبية قرارين بتاريخ 03-05-2003 الأول يدين "أكرانيا" في قضية "STRANNIKIOV C. UKRAINE" بسبب تماطلها عن الفصل فيها. إذ رفع صاحب الشأن دعواه للاعتراف له بتأسيس مصنع الخشب في "كييف". فقد دامت محاكمته 8 سنوات و 8 أشهر. و لهذا التأخر فقد أديننت "أكرانيا" مع إلزامها بدفع تعويض قدره 2000 أورو تعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق صاحب الشأن. أما الثاني فهو متعلق بقضية "GRICHTCHKIN et autre" ضد "أكرانيا" كذلك إذ تقدم "DENTECHENKO" - وهم عمال - بطلب مؤخرات أجورهم فحكمت المحكمة بمطالبهم. إلا أن "أكرانيا" لم تنفذ الحكم رغم مرور سنتين أو أكثر. لذلك حكمت المحكمة الأوروبية بمبلغ قدره 108000 أورو لصالح هؤلاء العمال تعويضا عن الأضرار المعنوية التي لحقت بهم(36).

و مما سبق وجب على السلطات أن تتميز بسرعة الفصل في النزاعات لأن ذلك يؤدي إلى إعاقة نظام العدالة من ناحية، و من ناحية أخرى انتهاكا لحقوق الإنسان كلما ثبتت تجاوزات في المحاكمات(37).

6- الاستعانة بترجم

تعد الترجمة من أساسيات المحاكمات الدولية كما يمكن اعتبارها شرط من شروطها، ذلك أنها تنقل الكلام بين أطراف الخصومة لاسيما المتهم إن كان لا يعرف ولا يتكلم ولا يفهم اللغة المستعملة أثناء

الجلسة. فالترجمة هي ترتيب محتوى القول بلغة أخرى و يكون له نفس المضمون فهي وسيلة تيسير سريان المحاكمة. كما يرى الفقيه " بلنج " بأن الترجمة نوع من الشهادة إذ يقول: " إن الترجمة نوع من الشهادة لأن المترجم يشهد بمحتويات المسند أو ما تضمنته القرارات دون أن يضيف جديدا" كما يعتبر البعض الآخر المترجم شخص ثانويا في الخصومة إذ يتولى ترديد الأقوال باللغة التي يفهمها المتهم وباقي أطراف الخصومة وبالتالي فهو ليس إلا عوناً قضائياً.

قد تكون الترجمة شفوية أو كتابية، فالأولى الغالبة في المحاكمات و الأكثر تداولاً أثناء الجلسة. أما الثانية فهي متعلقة بتحرير وتدوين الوثائق والمحركات والمستندات وكل ما يتعلق بالقضية لصحة الإجراءات. وتكون كلا الترجمتان مجاناً إذ دأبت اللجنة المعنية لحقوق الإنسان التابعة لهيئة الأمم المتحدة أن هذا الحق ذو أهمية أساسية في القضايا التي يكون أطرافها يجهلون اللغة كما وضحت بأن يكون هذا الحق دون مقابل أي على حساب المحكمة. إلا أن المحكمة الأوروبية أثبتت انتهاك هذا الحق عندما طلب من المتهم دفع نفقات المترجم بعد ثبوت و صدور حكم الإدانة(38).

و منه ينبغي أن يزود المتهم بمترجم أثناء المحاكمة، و تتكفل مصلحة العدالة بذلك في حالة ما إذا كان لا يفهم، ولا يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة. وهذا ما أورده المادة 14-3- و من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية. وكذلك المادة 6-3- هـ من الاتفاقية الأوروبية، و نفس الشأن في المادة 8-2- أ من الاتفاقية الأمريكية.

7- علانية المحاكمة و علانية النطق بالحكم

تقضي القاعدة العامة أن تكون المحاكمات علانية، والمداولات سرية. مفادها السماح للجمهور و الصحافة بحضور الجلسات و متابعة

كل ما يجري بداخلها من مناقشة، ومرافعات، وإجراءات. كما يمكن نشرها من قبل الصحافة في الإذاعة والجرائد والتلفزة والصحف. والحكمة من ذلك فرض الرقابة على القضاء، وزرع الطمأنينة في نفسية المتهم حتى لا يحاكم ظلماً. ومن جهة أخرى تحقيق الردع للجمهور لكل من تسول له نفسه بالإتيان بفعل محذور فيكون المتهم عبءاً له (39). وبالتالي فإن الاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة وهي المحاكمة السرية في حالتين، وهما: القضايا المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة والمحاكمات الأحداث.

أما عن المداولات فلا بد أن تكون سرية ولا يجوز الإطلاع عليها كما يحضر على القضاة البوح بسرية ما يدور في غرفة المداولة. وهذا ما أوردته المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة 14-1 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وحتى الاتفاقية الأوروبية في مادتها 6-1 أما عن الاتفاقية الأمريكية فقد نصت على أن تكون الإجراءات الجزائية علنية وفق المادة 8-5 بقولها: "تكون الإجراءات الجزائية علنية إلا في حالات استثنائية تقتضيها مصلحة العدالة".

أما عن علانية النطق بالحكم فهو تلاوة الحكم شفاهة في جلسة علنية وقد يكون المنطوق وحده أو مع إبداء الأسباب أمام الجمهور وإلا عد باطلاً. والحكمة من وراء ذلك تدعيم الثقة والاطمئنان بالقضاء ضماناً للشفافية كما يهدف إلى الردع العام للمجتمع. وبذلك يشترط أن يكون الحكم ملازماً للقضية محل النزاع من تحريره، وتحرير أسبابه، والتوقيع عليه، وأن يذكر فيه السند القانوني احتراماً لمبدأ الشرعية والجريمة، وأن يكون مشتملاً لكافة البيانات الجوهرية (40).

3- المعايير المتعلقة بالشخص محل المتابعة

لقد فرض القانون قواعد تشكل ضمانات للمتهم ونظمها من حيث التطبيق للسريان الأمثل للقاعدة القانونية. فكل هذا وجد لصالح المتهم مع

مراعاة حقوقه، وحرياته. فإذا تم التقييد والتضييق من حرياته، وجب الحفاظ على حقوقه.

1- مناقشة الشهود

بإمكان كل شخص تم إدانته أن يدفع شهود الاتهام عن نفسه، وأن يستعين بشهود النفي، وأن لا يكره على الشهادة ضد نفسه، أو الاعتراف بالذنب. وقد وردت هذه الضمانة في المادة 14-4 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، و المادة 6-3-3 هـ من الاتفاقية الأوروبية، و حتى المادة 16-4 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان. فالشهادة هي إبلاغ القاضي بواقعة ما سواء كانت لصالح المتهم أو ضده. فهي ذو طبيعة أصلية لا تحتاج لطرق أخرى لتكتملها فهي طريقة إثبات قائمة بذاتها و ذو فعالية محدودة لا تكفي لإقامة الدليل إذ يستعين بها القاضي ولكن لا يعتد بها(41).

وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة الأوروبية في 27 جويلية 2000 يدين إيطاليا بسبب عدم سماع شهادة لصالح السيد "pisano" المتهم بقتل زوجته بحجة أنه لم يقدم شهوده قبل فتح المحضر رغم انه دفع بأنه لم تكن له معرفة عن مقر ذلك الشاهد فقررت المحكمة الأوروبية أنه بإمكانه تقديم الشهادة حتى بعد فتح المحضر وبالتالي محاكمته لم تكن عادلة(42).

2- عدم جواز معاقبة المتهم مرتين

من المفروض عدم جواز تعريض الشخص للمحاكمة مجدداً، أو للعقاب عن جريمة ما سبق وأن أدين بها، أو برئ منها بحكم نهائي. وفقاً للقانون و الإجراءات لكل دولة. فالقانون يطبق على الشخص الذي ارتكب الفعل في الحاضر أو المستقبل

ولا يعود عليه بالماضي لأن الفعل الإجرامي ينحصر في الحدود الزمنية التي تم ارتكابه للفعل المحضور(43). و قد نصت على هذا المبدأ

المادة 11-2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و نفس المبدأ أكدت عليه الاتفاقية الأمريكية من خلال نص المادة 09.

3- حق الطعن

هو طريق طعن قضائي يسمح لكل فرد صدر ضده قرار أو حكم غير مرض، باللجوء إلى الجهة التي تعلق الجهة المصدرة للحكم. أو مراجعة الأحكام القضائية الصادرة عن الدرجات الدنيا إلى الدرجات العليا. والهدف من ذلك هو القضاء على كل أشكال الظلم والاستبداد. حتى لا تتعسف حقوق المتهم، و ضمانا لحقه في إعادة النظر في الأحكام التي تصدر في حقه(44). و الطعن لا يؤثر سلبا على الطاعن عملا بقاعدة "لا يضر الطاعن بطعنه". وقد نصت على هذا الحق المادة 14-5 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، المادة 8-2 - ح من الاتفاقية الأمريكية، المادة 2 من البروتوكول السابع للاتفاقية الأوروبية و اعتبرته المحكمة الأوروبية حقا أصيلا بموجب المادة 06 من الاتفاقية(45).

4- حق التعويض

يعد التعويض وسيلة لإصلاح الضرر، و إزالة كل أثر ناتج عن فعل خطأ(46). أما حق المتهم في التعويض يعرف بأنه: "الحصول على ما يجبر الضرر ممن أوقع به، أو تسبب في وقوعه على المتهم في نفسه أو ماله"(47). و يتم تحديد التعويض الناشئ عن الأجهزة القضائية وفق قواعد القانون الدولي، و مبادئ العدالة و الإنصاف(48). وقد وردت في هذا الشأن قضية "HENRI ROBERT" و هو مواطن أمريكي، تم توقيفه و حبسه لمدة 19 سنة دون محاكمته. بتهمة المشاركة في الهجوم على منزل شخص بالمكسيك يدعى "وانس". فتقدمت الحكومة الأمريكية إلى لجنة

التحكيم أمريكية مكسيكية بطلب التعويض عن إهمالها لمحاكمة HENRI ROBERT باعتبار ذلك خطأ يستوجب التعويض. وقد اهتمت معظم المواثيق بهذا الحق وذلك من خلال المادة 14-6 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة 5-5 من الاتفاقية الأوروبية، المادة 10 من الاتفاقية الأمريكية، المادة 5 من مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المادة 4-3 من مشروع حقوق الإنسان في الوطن العربي.

الخاتمة

ينبغي أن نشير في الأخير بأن ما تقدم من معايير المحاكمة العادلة هو ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية التي تعد ملزمة للدول الأعضاء فيها، وفق ما تمليه عليهم إرادتهم. إذ أن هدفهم الأول هو تحقيق الرفاهية، والرقي للفرد. والعمل على ترقية حقوق الإنسان و احترامها. سواء كان ذلك في زمن الحرب أو زمن السلم. وما سبق لم يكن إلا الحد الأدنى مما يجب توفيره من ضمانات، لذلك يتعين على كافة الدول الالتزام بها في قوانينها الداخلية. أما في حالة تعارض بينهما، وجب تطبيق القواعد الدولية بدلا من القواعد القانونية الوطنية. حتى تتماشى القوانين الدولية مع القوانين الوطنية. كما هو معمول به في القانون الجزائري. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قد نجد إهدار لتلك الحقوق والضمانات في زمن الحرب، فمبدأ استقلالية القضاء ينعدم في هذا الزمن لأن النظام العسكري هو القائد و الحاكم في وقت الحرب كما كان سائدا في بعض الدول المحتلة.

الهوامش:

- (1) سحر محمد نجيب، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان و حرياته، دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة الطبع 2011، الصفحة 07.
- (2) قد ورد في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة ما يلي: "نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آلينا على أنفسنا أن نؤكد من جديد إيماننا بحقوق الإنسان الأساسية في ظروف قوامها الكرامة والقيم الإنسانية والمساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة و بين الأمم كبيرها وصغيرها". كما نصت المادة الأولى فقرة 3 من نفس الميثاق على أنه من أهداف الأمم المتحدة تحقيق تعاون دولي لحل المشاكل الدولية ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي أو الإنساني ولترقية وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بدون تمييز بسبب العرق الجنس اللغة أو الدين. وقد نصت المادة 55 من ذات الميثاق على الاحترام العالمي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بدون تمييز بسبب العرق الجنس اللغة أو الدين من شأنها خلق الظروف المواتية للاستقرار الضروري للعلاقات الدولية السلمية.
- (3) عبد الرزاق عمر فخري الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة الطبع 2005، الصفحة 85.
- (4) على رأس المواثيق الدولية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة في 10-12-1948 والذي تم التصويت عليه ب 48 دولة و امتنعت عن التصويت 8 دول و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية الصادر في 1966 و دخل حيز التنفيذ سنة 1976 بعدما أن صادقت عليه 138 دولة إلى غاية جانفي 1999. إضافة إلى اتفاقية حقوق الطفل التي أقرت في 20-11-1989 و دخلت حيز التنفيذ في 02-09-1990. كما اعتن النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا بهذه المعايير في المادة 21 منه. وكذلك المادة 21 من النظام الأساسي لمحكمة رواندا. و قد انتهت اللجنة التحضيرية التابعة للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة بإعداد مسودة القواعد الإجرائية الخاصة بالمحاكمة العادلة في 30-06-2000 و قسمت الضمانات إلى: ضمانات المتهم بعد القبض عليه و أثناء التحقيق و ضمانات المتهم أثناء المحاكمة.
- (5) بن عامر التونسي، أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، منشورات حلب، الطبعة الأولى، سنة الطبع 1995، الصفحة 217، 224.
- (6) أول من أدرك هذه الفكرة هو الفيلسوف اليوناني "أفلاطون" في كتابه "القوانين" و سار عليها الفيلسوف اليوناني "أرسطو". إلا أن هذه الفكرة حظيت دراسة تفصيلية من قبل الفقيه "جون لوك" في كتابه "الحكومة المدنية" ثم جاء الفقيه الفرنسي "مونتسكيو" الذي صاغه بفكر قانوني و منطقي في نظرية حديثة في كتابه "روح القوانين".

- (7) موسى بودهان، الفصل بين السلطات في النظام القانوني الجزائري، مجلة النائب بوطني، المحور التشريعي القانوني، العدد 2، سنة 2000، الصفحة 33.
- (8) عباس عمار، تطور الرقابة البرلمانية في النظام السياسي الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، سنة 2004-2005، الصفحة 20.
- (9) نصت المادة 62 من دستور 1963 بأن استقلال القاضي مضمون بالقانون، أما دستور 1976 لم ينص صراحة عنها وإنما نص على نزاهة القاضي، أما دستوري 1989 و 1999 فقد نصا في المادتين 129 و 138 على الاستقلالية القضائية.
- (10) وهو ما ورد في قرار مجلس الدولة الصادر عن الغرفة الرابعة في 06-05-2003، رقم الملف 005814 الفصل بين السلطات وتعديل الحدود الإقليمية للبلديات الناص على ما يلي: "لا يمكن للسلطة القضائية أن تحل محل السلطة المؤهلة قانونا احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات" مجلة مجلس الدولة، العدد 4، سنة 2003، الصفحة 12.
- Jean Pradel, droit pénal, procédure pénale, tome 11, 5eme édition; année 1989(11)
page 714.
- Hyan Mrone, libertés publiques, sans maison d'édition, année 1992, page 05. (12)
- (13) أحمد حامد البديري محمد، الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية، دار النهضة العربية، سنة الطبع 2002، الصفحة 31.
- (14) تنص المادة 29 من الدستور الجزائري 1996: "كل المواطنين سواسية أمام القانون".
- (15) أمال الفيزيري، ضمانات التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الصفحة 35.
- (16) تنص المادة 140 من دستور 1996 بأن: "أسس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة".
- (17) الصادر عن معهد القانون الدولي عقب دورة نيويورك في 12 أكتوبر 1929.
- (18) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، دار الهدى، عين مليانة، الجزائر، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، سنة 1991، الصفحة 14.
- (19) وهو ما تم النص عليها في المادة 14-3-أ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، والمادة 6-3-أ من الاتفاقية الأوروبية، والمادة 8-2-ب من الاتفاقية الأمريكية.
- (20) حسب نص المادة 100 من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري.
- (21) أحمد أبو الروس، المتهم، المكتب الجامعي الحديث، سنة الطبع 2003، الصفحة 15.
- (22) قد درس هذا المبدأ في عدة مؤتمرات من بينها المؤتمر الدولي الثاني عشر الذي عقدته الجمعية العامة لقانون العقوبات في مدينة

- " هاربورغ " بألمانيا سنة 1979 وكان المبدأ " التزام الصمت حق مقرر لكل متهم في الجريمة ". حسن بشيت خونين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، دار النشر والتوزيع، الجزء الأول، سنة الطبع 1998، الصفحة 152.
- (23) أحمد أبو الروس، المرجع السابق، الصفحة 18.
- (24) حاتم بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة الطبع، الصفحة 235.
- (25) دفيد فيسبورت، دليل المحاكمات العادلة، منظمة العفو الدولية، بدون دار النشر، بدون سنة الطبع، الصفحة 201 وما يليها.
- (26) ديفيد فيسبورت، المرجع السابق، الصفحة 104.
- (27) ويشترط أن تكون قرارات التحقيق علنية بالنسبة للمتهم وسرية بالنسبة للجمهور.
- (28) حسين بطيحي، برهان القاضي و المتقاضى، مجلة الموثق، العدد 10، سنة 2003، الصفحة 29.
- (29) عبد الرزاق عمر فخري الحديثي، المرجع السابق، الصفحة 18.
- François Lucaire, la protection constitutionnelle des droits et des libertés, Paris, (30) sans la maison d'édition, sans l'année d'édition, page 392.
- (31) نقلا عن عبد الحميد الشواربي، جرائم الأحداث، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة الطبع 2003، الصفحة 09.
- (32) المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 ودخلت حيز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990.
- (33) عصام أنور سليم، حقوق الطفل، المكتب الجامعي الحديث، سنة الطبع 2001، الصفحة 07.
- (34) القاضي غسان رباح، حقوق الحدث المخالف للقانون أو المعرض لخطر الانحراف، بيروت، الطبعة الأولى، سنة الطبع 2003، الصفحة 10.
- (35) نصت عليه المادة 14-3 - ج من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة 5-3 من الاتفاقية الأوروبية، المادة 7-5 من الاتفاقية الأمريكية، المادة 7-1-د من الميثاق الإفريقي.
- (36) العربي بوكعبان، معايير المحاكمة العادلة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، دورية علمية محكمة تعني بالدراسات القانونية و الإدارية تصدرها كلية الحقوق بجامعة جيلالي الياباس، سيدي بلعباس، العدد الثاني، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الإيداع القانوني 195-2005، سنة 2005، الصفحة 68.

Vincent Berger, jurisprudence de la cour européenne des droits de (37)

l'homme, édition Sirey 8ème édition, page 354.

(38) أبو العلاء علي أبو العلاء النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، دار الكتب القانونية، سنة الطبع 2003، الصفحة 76 وما يليها. حاتم بكار، المرجع السابق، الصفحة 234.
(39) يقول خطيب الثورة الفرنسية "ميرايو": "جيئوني بقاض كما تشاءون متحيز أو مرتش أو عدواني إن شئتم ذلك لا يهم مادام أنه لا يفعل شي أمام الجمهور".

(40) تتمثل هذه البيانات في صدور الحكم باسم الشعب، اسم المحكمة، أسماء القضاة الناظرين في الدعوى، النيابة العامة، كتاب الضبط، أسماء الخصوم، صفاتهم، تاريخ و مكان وقوع الجرم، دفاعهم، تاريخ الجلسات التي نوقشت فهم القضية، تاريخ صدور الحكم الفاصل في الدعوى.

(41) حسين بطيحي، المرجع السابق، الصفحة 28.

revue universelle des droits de l'homme, volume 12, n°10– 12 page 430. (42)

(43) وهو ما يتوافق ومبدأ عدم رجعية القانون وفق المادة 02 من القانون المدني الجزائري بنصها: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي".

(44) حاتم بكار، المرجع السابق، الصفحة 39.

(45) إن الطعن لا يكون قانونيا غلا بتوافر مجموعة من الشروط تتمثل في: أن يكون الطاعن طرفا في الدعوى عملا بقاعدة "لا مصلحة لا دعوى"، أن يكون الطعن مقتصرًا على حكم فلا يجوز الطعن بغير حكم ويشترط في هذا الأخير أن يكون صادرا بعقوبة أي صادر بالإدانة غير البراءة، أن يكون الطعن على الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية فالمحاكم الاستثنائية لا يجوز الطعن فيها إلا وفق القواعد المنصوص عليها قانونا، أن يتم الطعن في المواعيد المحددة قانونا وإلا أصبح حكما باتا. رمزي رياض عوض، الرقابة على التطبيق القضائي لضمانات المحاكمة العادلة المنصفة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة الطبع 2005-2006، الصفحة 173.

(46) محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، سنة 2002، الصفحة 121.

(47) نقلا عن حاتم بكار، المرجع السابق، الصفحة 529.

(48) بن عامر التونسي، المرجع السابق، الصفحة 222.

حدود سلطة الدولة في قبول المساعدات الإنسانية

الدكتور: جمال رواب.

جامعة خميس مليانة / الجزائر.

تمهيد :

يقول المولى عز وجل في محكم تنزيله [1]: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا".

انطلاقاً من هذه الآية الكريمة ، فإن ربنا سبحانه وتعالى يبين لنا أننا نحن البشر رجالاً ونساء خلقنا من نفس واحدة بالتالي فكلنا إخوة، هذه الأخوة الإنسانية تقتضي منا واجب إغاثة بعضنا البعض إذا نزلت بنا ضائقة أو مصيبة جعلت حياتنا وصحتنا وكرامتنا في خطر.

فقد جرت سنة الحياة أن تقع بين الحين والآخر كوارث وحوادث تؤدي -في أغلب الحالات- إلى جعل الدولة منكوبة تعجز عن توفير أبسط متطلبات الحياة لمواطنيها من مؤن غذائية ورعاية صحية وتعليم وملبس ومسكن .. ، ومن ثم فإنه لا سبيل لمواجهة آثار تلك الكوارث والحوادث إلا من خلال التزام الدول والمنظمات الإنسانية بتقديم المساعدات الإنسانية ومختلف أعمال الإغاثة [2].

لكن بالرغم من الحاجة الضرورية والملحة لحصول هؤلاء المنكوبين على المساعدات الإنسانية ، إلا أن قبول وتقديم و مرور وتوزيع المساعدات الإنسانية تعترضه جملة من الصعاب والتحديات ، فقد

ترفض الدولة المنكوبة عروض تقديم المساعدات الإنسانية أو ترفض مرورها عبر أراضيها ، وذلك من منطلق ما لها من سيادة من جهة ، ومن جهة أخرى اعتبار تقديم تلك المساعدات من قبيل التدخل في الشأن الداخلي على اعتبار أن الحديث عن الحق في المساعدة الإنسانية تزامن مع الحديث عن التدخل الدولي الإنساني، بل واختلط المفهومين ببعضهما البعض فكثيرا هي التدخلات المسلحة للدول القوية في شؤون الدول الأخرى الضعيفة تحت ذريعة المساعدات الإنسانية.

كما أن عبارة الحق في المساعدة الإنسانية، كثيرا ما تردت على لسان أنصار الحق في التدخل لاسيما في كتاباتهم، كما أنها أصبحت تشكل الوجه الآخر لعملة واحدة تحمل في وجهها الأول حق الدول في التدخل من أجل تقديم المساعدة الإنسانية .

من هنا تأتي أهمية الدراسة حدود سيادة الدولة في قبول المساعدات الإنسانية ، وتحديد الالتزامات القانونية الدولية التي تقع على عاتق أعضاء المجتمع الدولي والمنظمات الإنسانية ، وكذلك تحديد الضمانات اللازمة لتقديم المساعدات الإنسانية ، ولتحقيق ذلك فإن هذه الدراسة تتركز في معالجة هذا الموضوع حول الإشكالية التالية:

ما هي حدود نطاق سلطة الدولة في قبول تلقي المساعدات الإنسانية ؟

على ضوء الإشكالية المطروحة تم التطرق للموضوع في ثلاثة محاور رئيسية ، حيث تم التعرض في مبحث أول مدلول المساعدات الإنسانية، وفي مبحث ثاني نطاق شرط الموافقة لتلقي المساعدات الإنسانية وأساسه القانوني، وفي مبحث ثالث نطاق سلطة الدولة في قبول ورفض المساعدات الإنسانية

1. مدلول المساعدات الإنسانية

لكي تحقق أي دراسة أهدافها العلمية و المعرفية تحقيقا كاملا، لابد أن يتم التطرق فيها بالتعريف لذاتيات موضوع الدراسة ، قصد معرفة حقائق الأشياء فيه ومعرفة فصولها معرفة تامة، فقد سئل كونفوشيوس: " إذا وليت الحكم فما أول ما تقوم به؟ قال: أحد للعبارات معانها...".

وعليه أستعين بحكمة الفيلسوف الصيني في محاولة الخوض في غمار هذه الدراسة من خلال التطرق لصور المساعدات الإنسانية وكذا تعريفها.

1.1. صور المساعدات الإنسانية :

تتخذ المساعدات الإنسانية في الغالب ثلاث صور وهي : المساعدة – المعونة – الإغاثة.

1.1.1. المساعدة:

المساعدة الإنسانية هي صورة لتقديم العون على المستوى الدولي من قبل حكومة دولة أو مجموعة من الحكومات إلى بلد متخلف لتعزيز التنمية فيه، وهذا عن طريق وضع هذه المساعدات تحت تصرفه.

ويرى الكاتب "موريس ديموقار" أن المساعدة مجموعة الوسائل والطرق التي تضعها دولة أو مجموعة من الدول تحت تصرف دولة أخرى، وتتمثل في المعلومات والخبرات[3].

ويعرفها الفقيه "بابانيكولا" بأنها تحويل المعرفة نحو شعوب وجدت في حالة افتقاد لهذه المعرفة، أو هي تحويل أو تقديم تقنية أو

خبرة إلى البلدان التي لا تملكها بهدف تحقيق التنمية، و يمكن أن تكون ثنائية أو متعددة الأطراف[4].

و من هنا يتبين أن المساعدة هي التزام دولي يتم بموجبه تقديم دعم مادي من طرف دولي إلى طرف دولي آخر، يوجد في وضعية اقتصادية أو اجتماعية غير مرضية.

و من الممارسات الدولية المكرسة للمساعدة كصورة من صور التدخل الإنساني القراران 3201 و 3202 الصادران عن الجمعية العامة في دورتها الاستثنائية السادسة المنعقدة في 01 ماي 1974 التي تمخض عنها إعلان برنامج العمل بشأن إقامة نظام اقتصادي جديد، وكذا القرار الصادر عن الجمعية العامة في دورتها الـ 29 في 12 ديسمبر 1974، المتضمن حقوق الدول و واجباتها الاقتصادية.

2.1.1. المعونة:

هي مساهمة تقدمها دولة أو منظمة حكومية أو غير حكومية إلى دولة أخرى، أو شعب يكون في حاجة ماسة إلى العون أو يجتاز مرحلة صعبة بسبب كوارث طبيعية كالزلازل و الفيضانات والجفاف، أو أوبئة أو أمراض خطيرة، وفي كل الأحوال فالمعونة تترجم خاصية التضامن الإنساني بين الدول وغالبا ما يلتبس مفهومها بالمساعدة إلا أن الفرق بينهما يكمن في كون المساعدة أقرب إلى الالتزام، بينما المعونة، قد تتأتى عن طواعية و من الممارسات الدولية المجسدة للمعونة قرار الجمعية العامة رقم 224/44 الصادر في 22 ديسمبر 1989 ، المتعلق بالتعاون الدولي، و تقديم المساعدات المجانية، وقرارها رقم 73/75 الصادر في 11 ديسمبر 1990، المتعلق بتقديم العون للاجئين الفلسطينيين ، وكذلك قرارها رقم 145/45 الصادر في 21 ديسمبر 1990 المتعلق بمساعدة

اللاجئين الصوماليين، بالإضافة إلى قرارها رقم 184/35 الصادر في 15 ديسمبر 1990 المتعلق بمساعدة الطلبة اللاجئين من جنوب إفريقيا[5].

3.1.1. الإغاثة :

تضطلع عادة المنظمات غير الحكومية، و في طليعتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر وكذا الهلال الأحمر بهذه المهمة. سندها في ذلك المادة 03 المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، وكذا المادة 05 من نظام روما الأساسي و تتجلى جهودها في هذا الصدد من خلال تقديمها الإسعافات لأكراد العراق 1991.

كما اضطلعت منظمة أطباء بلا حدود بدور لا ينكر في أزمة كردستان العراق 1991، إذ استطاعت أن تتواجد عبر الحدود التركية العراقية[6].

و ما ينبغي قوله في هذا الخصوص بأن الإغاثة هي عمل إنساني يتم في إطار قواعد القانون الدولي الإنساني، و عليه فهي لا تكون إلا بعد تفاوض، و قبول من الدولة المعنية باعتبارها أولا وأخيرا من صور التدخل الإنساني غير المسلح، مع الإشارة إلى الدور الذي يلعبه الإعلام لتحسيس الرأي العام العالمي بخطورة وضع ما في منطقة ما من العالم[7].

2.1. تعريف المساعدات الإنسانية

على الرغم من تنوع وتعدد صور المساعدة الإنسانية، فإنها تعرف على الأخص دون تحديدها على وجه الدقة، بأنها كل عمل مستعجل لضمان بقاء أولئك المتأثرين مباشرة بتزاع مسلح دولي أو داخلي أو كارثة أيما كانت طبيعتها ، فالمستفيدون من المساعدة هم أولئك المدنيون

المحتاجون و من ضمنهم فئة المعتقلين وأسرى الحرب و المصابين والجرحى و المرضى وغيرهم [8].

و في سياق النزاعات المسلحة فقد عرفت محكمة العدل الدولية المساعدات الإنسانية المسموح بها، على أنها تتمثل في توفير المواد الغذائية و الملابس و الأدوية و أي معونة إنسانية أخرى ، واستثنت من المساعدة توريد الأسلحة و نظم الأسلحة أو غيرها من العتاد الحربي أو المركبات أو المعدات التي يمكن استخدامها لإلحاق جروح خطيرة أو تسبب الموت، و يضيف البعض أن المساعدة الإنسانية تغطي أيضا توفير الحماية أثناء حركات النزوح و التهجير وكذلك توفير الحماية للمعتقلين و المحتجزين من المعاملات المهينة أو اللا إنسانية [9].

تتميز المساعدة الإنسانية بطابعها الطارئ ، إذ تكون الحاجة إليها ماسة نتيجة لضخامة أو خطورة المتطلبات الإنسانية كسوء التغذية أو الأوبئة الخ ، أو لحداثة الأعمال التي تسببت في خلق هذه المتطلبات كوجود كارثة طبيعية أو نزاع مسلح الخ، و تتوقف المساعدة الإنسانية بتوقف الحالة الطارئة.

و تأخذ المساعدة الإنسانية شكلين، بحسب الجهة المنفذة لهذه العملية :

فقد تكون المساعدة داخلية ، أي في نطاق حدود الدولة التي تستدعي حالة الاستعجال فيها تقديم المساعدة و تقوم بها الدولة ذاتها أو الهيئات المحلية .

و قد تأخذ أشكال مساعدة خارجية ، و التي عادة ما تنفذ من طرف المنظمات الدولية غير الحكومية أو الحكومية التي تستهدف إنقاذ

حياة الأفراد أو تغذيتهم ، أو تنظيم تنقلاتهم أثناء حركات النزوح أو خلال فترة إعادة تأهيلهم ، و بعبارة أخرى مساندهم على التعايش مع مستجدات حياتهم اليومية، فالهدف النهائي من المساعدة الإنسانية هو التخفيف من معاناة الأشخاص أيا كان سبب معاناتهم .

2. نطاق شرط الموافقة لتلقي المساعدات الإنسانية و أساسه

القانوني :

الأصل في تقديم المساعدات الإنسانية و إغاثة الشعوب أنه عمل مشروط عند ممارسته بضرورة الحصول على موافقة الدول المعنية المستقبلية للإغاثة ، إذ يجب أن يتماشى حق المساعدة الإنسانية مع صون السيادة [10] ، و شرط احترام السيادة يقتضي ضرورة الحصول على الموافقة من قبل الدولة المعنية بتلقي المساعدة الإنسانية .

حيث تجد المساعدات الإنسانية أساسها و مبررها في القانون الدولي العام و بشكل خاص في ميثاق الأمم المتحدة وكذلك في القانون الدولي الإنساني .

1.2. في إطار الأمم المتحدة :

لقد ورد في ديباجة قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 131/43 [11] ، أن : "... السيادة الوطنية كأولوية تسمو على المبادئ والقيم الإنسانية ، و يجب الأخذ بالاعتبار قبل أي شيء آخر سيادة الدولة و سلامتها الإقليمية وحدتها الوطنية ."

و تضيف أيضا أن : "المسؤولية تقع على كل دولة في المقام الأول في أن تعني بضحايا الكوارث الطبيعية وحالات الطوارئ المماثلة التي تحدث في أراضيها ."

أما المادة الثانية من نفس القرار ، فجاءت تؤكد على مبدأ السيادة و وقوع الدور الأساسي على عاتق الدولة المعنية باتخاذ المبادرة والتنظيم والتنسيق و القيام بالمساعدات الإنسانية على أراضيها.

كما أكد كذلك قرار الجمعية العامة رقم 100/45 على وجوب احترام سيادة الدولة المتضررة ودورها الأساسي في القيام بتنظيم وتنسيق و تنفيذ خطط تقديم المساعدات الإنسانية على أراضيها ، كما لا يشترط ذات القرار ضرورة إيجاد ممرات مؤقتة للمساعدة الإنسانية العاجلة و ذلك بالاتفاق ما بين الدول المتضررة و الحكومات أو المنظمات الدولية الحكومية و غير الحكومية .

كما نجد كذلك القرار رقم 182/46 الصادر عن الجمعية العامة يؤكد مرة أخرى على أولوية السيادة و الوحدة الإقليمية للدولة حيث يعتبر أن السيادة و السلامة الإقليمية و الوحدة الوطنية للدول يجب أن تكون لها الأولوية وفقا لميثاق الأمم المتحدة ، بالتالي فإن المساعدات الإنسانية مشروطة بموافقة الدول المعنية و بناء على طلب هذه الأخيرة ، حيث تقضي الفقرة الرابعة من ذات القرار على أن الدور الأساسي بالمبادرة و التنسيق و تنفيذ المساعدة الإنسانية ينبغي أن يعود للدولة المعنية بالمساعدة على أراضيها.

إذن فمشروعية تقديم المساعدات الإنسانية مرهون بقبول الدولة المتضررة – أي المعنية بالمساعدة- فلا يجوز فرض المساعدات الإنسانية على الدولة المتضررة أو إجبارها على قبولها أو قبول مرور تلك المساعدات على أراضيها إلى أراضي دولة مجاورة متضررة.

2.2. في إطار القانون الدولي الإنساني :

أما في نصوص القانون الدولي الإنساني ، فإن شرط الموافقة من قبل الدول المعنية بالمساعدة كتعبير عن السيادة يعد شرطاً جوهرياً ثابتاً .

1.2.2. في النزاعات المسلحة ذات طابع دولي :

تقضي المادة 09 مشتركة بين اتفاقيات جنيف الأولى و الثانية و الثالثة لعام 1949 و المادة 10 من الاتفاقية الرابعة التي تنص : " لا تكون أحكام هذه الاتفاقية عقبة في سبيل الأنشطة الإنسانية التي يمكن أن تقوم بها اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو أية هيئة إنسانية غير متحيزة أخرى بقصد حماية وإغاثة الجرحى والمرضى والغرقى وأفراد الخدمات الطبية والدينية، شريطة موافقة أطراف النزاع المعنية."

و كذلك بمقتضى المادة 70 من الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أوت 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة [12] ، فإن موافقة الدولة المعنية بالمساعدة كتعبير عن السيادة يعد مبدءاً جوهرياً وثابتاً.

2.2.2. في النزاعات المسلحة غير الدولية :

في حالة النزاعات المسلحة الداخلية تنص المادة 03 مشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة على أنه: " في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية :

1) الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر.

ولهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن :

(أ) الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب،

(ب) أخذ الرهائن،

(ج) الاعتداء على الكرامة الشخصية، وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة،

(د) إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكيلا قانونيا وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة.

(2) يجمع الجرحى والمرضى ويعتني بهم.

ويجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها على أطراف النزاع. وعلى أطراف النزاع أن تعمل فوق ذلك، عن طريق اتفاقات خاصة، على تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الاتفاقية أو بعضها. وليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر على الوضع القانوني لأطراف النزاع".

وبناء على ذلك إذا كان طرفي النزاع هما الحكومة من جهة والثوار المتمردون من جهة أخرى، فإن مشكلة جوهريّة ستطرح تتمثل في التساؤل عن الجهة المنوط بها صلاحية قبول أو رفض المساعدات الإنسانية .

حيث أن هناك جانب من الفقه يرى أن هناك احتمالين ، إذا أرادت هيئة إنسانية التدخل في الأراضي الخاضعة لسلطة الحكومة الشرعية ، لأن الموافقة يجب أن تصدر عنها ، أما إذا أرادت تلك الهيئة التدخل في المنطقة التي يسيطر عليها الثوار ، فإنه يعمل بإرادة هذا الطرف دون حاجة الحصول على موافقة الحكومة ، أي الأخذ بموافقة صاحب السلطة أو السيطرة الفعلية على الأراضي المعنية بالمساعدة.

هذا الطرح و إن أثار جدلا قانونيا بناء على نص المادة 18 من الملحق (البرتوكول) الثاني الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أوت 1949 والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية[13] ، الذي يجعل الموافقة حكرا للدول دون سواها، حيث يعتبر قرار الموافقة بتلقي المساعدات، الصادر عن سلطات الدولة المعنية ، سواء في حالات الكوارث الطبيعية أو النزاعات المسلحة خاصة منها الداخلية ، كثيرا ما يرتبط باعتبار المصلحة الوطنية أو الهبة والسمعة و إن كان هذا الأخير كثيرا ما يعتبر السبب الرئيسي لعدم السماح بتلقي المساعدات الإنسانية من منطلق أن الدول تسعى لتفادي الظهور بمظهر العاجز على مواجهة الكوارث ، بالإضافة إلى ذلك ، فعندما يتعلق الأمر بنزاع مسلح داخلي ، فإن الاعتراف بضرورة المساعدة الإنسانية يعادل بالنسبة للدول الاعتراف السياسي بوجود معارضة مسلحة داخل البلاد ، و لهذا تتفادى طلب المساعدة أو تلقيها .

لكن بما أن النص ورد في بروتوكول إضافي لمعاهدة رئيسية والمتمثلة في اتفاقيات جنيف الأربعة ، فإنه وفقا لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات فإن حكم المعاهدة هو الذي تكون له الغلبة ، ذلك أن البرتوكول وضع لأجل الارتقاء بالأوضاع لا تعقيدها ، بمعنى أن البرتوكول الإضافي الثاني وضع في الأصل من أجل تحسين مصير الضحايا و ليس

العكس ، وتأكيدا لذلك ، تبنت لجنة موناكو الطبيعة القانونية في دورتها العاشرة ، قرار أكدت فيه على أنه : " في المنازعات غير الدولية ، و عملا بأحكام المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع ، يحق لأي منظمة طبية غير حكومية أن تتصرف لدى كل طرف من الأطراف سواء كان حكوميا أو غير حكومي شريطة الحصول على موافقة الطرف الذي تتدخل لديه " [14] .

3. نطاق سلطة الدولة في قبول ورفض المساعدات الإنسانية :

لقد فرض القانون الدولي واجب عام على الدول التي هي في حاجة إلى مساعدات إنسانية يتمثل في الإلتزام بقبول تلك المساعدات وليس لها سلطة رفض ذلك لكن كيف يمكن إلزام الدولة بقبول تلك المساعدات ؟ .

1.3. إلزام الدولة بقبول المساعدات الإنسانية :

لقد أكدت محكمة العدل الدولية في قرارها الخاص بقضية الأنشطة العسكرية و شبه العسكرية في نيكاراغوا و ضدها أن مساعدة الصليب الأحمر المحصورة في أغراضها و المقدمة دون أي تمييز لم يكن لها طابع التدخل المشجوب في الشؤون الداخلية للدولة .

كما أن القرار الذي اعتمده معهد القانون الدولي بسان جاك دي كومبستيل بتاريخ 13/09/1989 يؤكد أنه : " لا يمكن اعتبار أي عرض تقدمه دولة أو مجموعة من الدول أو منظمة دولية أو هيئة إنسانية غير متحيزةاللجنة الدولية للصليب الأحمر بغرض منح معونة غذائية أو صحية لدولة تتعرض حياة سكانها أو صحتهم لخطر جسيم بمثابة تدخل غير مشروع في الشؤون الداخلية لهذه الدولة.

ويضيف ذات القرار في مادته الخامسة أنه: "لا ينبغي للدولة التي تقع في أراضيها حالات ضيق أن ترفض بطريقة تعسفية تقديم مثل هذه المعنى"، حيث أن التعبير عن الموافقة يخضع في الأساس لمبدأ حسن النية، والدول لا تملك إذا سلطة رفض المساعدات الإنسانية بشكل تعسفي. فوفقاً لنص المادة 01/59 من اتفاقية جنيف الرابعة، فإن الدولة ليس لها الحق في رفض المساعدات الإنسانية بشكل تعسفي عندما لا يتلقى المدنيون الغذاء الكافي وهذه القاعدة هي قاعدة أمرّة .

كذلك فعلت المادة 07 مشتركة بين الاتفاقية الأولى و الثانية والثالثة و المادة 08 من الاتفاقية الرابعة، و المادة 14 و المادة 02/18 من البروتوكول الإضافي الثاني و المادة 54 من البروتوكول الأول: يحظر على الدولة تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب، و قد اعتبرت المادة 02/08-ب من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن الإنكار المتعمد للمساعدة الإنسانية كما هو منصوص عليه في اتفاقيات جنيف يشكل جريمة حرب [15].

بالتالي نجد أن هناك دعوة واضحة إلى عدم جعل السيادة الوطنية حاجزا أمام تقديم المساعدات الإنسانية، بل من الواجب على الدول تسهيل هذه المهمة خصوصا أن مسائل حقوق الإنسان لم تعد خاضعة للاختصاص المانع للدول، بالتالي لا يمكن إظهار سلاح السيادة في وجه المجتمع الدولي في نطاق حماية الحقوق و الحريات الأساسية، حيث يرى جانب كبير من الفقه أن المساعدة الإنسانية لا تهدف إلى التقليل أو انتهاك السيادة أو التنازل عنها، بل تعني فقط ضرورة ممارسة الدولة لسيادتها في اتجاه أكثر إنسانية و أخلاقية .

وعليه فإن الإقرار بحق الوصول إلى الضحايا و مساعدتهم لا يعني بأي حال من الأحوال تنازلا عن السيادة [16]، و إنما لجعل ممارسة الدولة لسيادتها تتخذ مرونة أكثر.

ومنه ففكرة السيادة حاليا هي محل للتطور على ضوء الممارسات الجديدة ، فحقوق الإنسان التي تتمتع بالحماية الدولية لم تعد من مسائل الاختصاص الوطني المانع للدول ، و هو الأمر الذي أكده قرار معهد القانون الدولي علم 1989 ، مضيفا أن حماية حقوق الإنسان هو التزام مفروض على الجميع ويخول لكل دولة تكون لها مصلحة قانونية في حماية حقوق الإنسان .

2.3. آليات التعامل مع الدول المصرة على رفض المساعدات الإنسانية :

لقد سبقت الإشارة إلى أن حق الدولة في قبول أو رفض المساعدات الإنسانية ليس حقا مطلقا لها ، بالتالي في حالة تعنت دولة ما في قبول المساعدات أمام معانات شعبها ، فهل يمكن للمجتمع الدولي فرض ذلك بالقوة ؟ .

ذلك أن استخدام القوة العسكرية لأي غرض كان ، يعد عملا غير مشروع وفقا لمقتضيات المادة 04/02 من ميثاق الأمم المتحدة ، ليبقى مقتصرًا على تدابير القمع المتخذة من قبل مجلس الأمن وفقا للفصل السابع من الميثاق طبقا لنص المادة 07/02 منه، رغم أن الدول التي أقرت الميثاق الدولي للحقوق المدنية و السياسية، أو الميثاق الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية توافق على التنازل عن جزء من سيادتها للمؤسسات العالمية ... [17].

3.3. مدى شرعية فرض المساعدات الإنسانية بالقوة :

إن التدخل في الشأن الداخلي لدولة من طرف دولة أخرى باستخدام القوة المسلحة يعتبر غير مشروع وفق منظور القانون الدولي ،

حيث تم التأكيد على هذا التحريم في قرار الجمعية العامة رقم 2625 الصادر بتاريخ 1970/10/24 المتعلق بالعلاقات الودية بين الدول، والذي يؤكد على تحريم اللجوء إلى استعمال القوة من أجل انتهاك حدود دولة أخرى معترف بها دولياً ، كما لا يجوز استعمال هذه الوسيلة لانتهاك الحدود الدولية، وقد تم التأكيد على ذلك في إعلان مانيلا [18].

وقد أكدت محكمة العدل الدولية على ذلك عام 1949 بشأن قضية مضيق كورفو، عندما صرحت أن القانون الذي يرمي حق التدخل ما هو في - واقع الأمر- إلا تعبير سياسي لقوة سياسية أثبتت في الماضي أنها سبب الانحرافات الخطيرة ضد الإنسانية التي حدثت، وعليه لا يمكن اليوم إدراجها ضمن أي هدف دولي .

وفي نفس السياق اعتمد معهد القانون الدولي قرار مفاده انه لا يجوز أن يتخذ تقديم المعونة، لاسيما بالوسائل المتبعة حالياً كتهديد بالتدخل المسلح أو فرض عقوبات أو حصار اقتصادي أو باتخاذ أي إجراء زاجر آخر .

ثم جاء بعد ذلك قرار الجمعية العامة رقم 103/36 بتاريخ 1980/12/09 ليتمم و يؤكد في نفس الوقت القرارات التي سبقته من خلال النص على واجب الدول الامتناع عن استغلال وتشويه قضايا حقوق الإنسان كوسيلة للتدخل في الشؤون الداخلية للدول أو لممارسة الضغط على دولة أخرى ، أو خلق عدم الثقة و الفوضى داخل الدولة أو مجموعات الدول فيما بينها [19] .

بالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال استعمال المساعدات الإنسانية كذريعة لتخطي عقبة التحريم التي تمنع الدول من التدخل في الشؤون الداخلية لدول أخرى ، فقد أكدت المادة 03 من البروتوكول

الإضافي الثاني لعام 1977 الملحق باتفاقيات جنيف الأربع، على حرمة السيادة الوطنية من خلال حظر كل أشكال التدخل في الشؤون التي تعتبر أساسا خاضعة لاختصاص الدولة، لأي سبب كان، و الحظر هنا عام يشمل كل الكيانات سواء كانت دول أو منظمات حكومية أو غير حكومية .

إن مبررات هذا المبدأ تستند إلى كون التساهل في قبول التدخل الإنساني سيتسبب حتما في خلق جو من الريبة في العلاقات الدولية ، ويلحق الضرر بمجمل نظام الأمن الذي وضع بالاستناد إلى ميثاق الأمم المتحدة ، بالتالي سوف يؤدي ذلك الى جعل حقوق الإنسان ذريعة للتدخل لأغراض أخرى [20] .

الخاتمة :

إذا كانت المساعدة الإنسانية ضرورية للتخفيف من معاناة الإنسان بسبب الظروف الطبيعية مثل الأوبئة والمجاعة أو للأسباب ذات صلة بالنزعات المسلحة مثل مساعد النازحين واللاجئين وضحايا النزاعات المسلحة الدولية و الداخلية ، إلا أنها كثيرا ما كانت تتخذ كحجة للمساس بسيادة الدول، فكثيرا ما كانت تتخذ قرارات المساعدة الإنسانية خارج إطار التنظيم الدولي، فقد سبق لفرنسا أن تدخلت في شؤون "كوت ديفوار " سنة 2002 دون إصدار قرار من هيئة الأمم المتحدة ، كما تسعى بعض الدول الفاعلة في المجتمع الدولي إلى الاعتداء على سيادة الدول بذريعة المساعدة الإنسانية ، وذلك من خلال إصدارها لقوانين تخص تلك الدول، وهو ما يتعارض مع صلاحيات السلطات التأسيسية لكل دولة والتي توجد من أجل الاهتمام بالتنظيم الداخلي لكل دولة .

ومن الأمثلة على ذلك مناقشة الكونغرس الأمريكي وإصداره لقانون السلام الشامل في السودان بتاريخ 2004/10/06، والذي تناول بالتنظيم أدوات تحقيق السلام في دارفور، وكأن دارفور هي جزء من الولايات المتحدة الأمريكية، و بإصدارها لهذا القانون تكون الولايات المتحدة، قد أعطت لنفسها الحق في التدخل وهو ما تكشف عنه تصرفاتها .

وفي شهر جويلية من سنة 2004 صنف الكونغرس الأمريكي الأعمال المرتكبة في دارفور ضمن أعمال الإبادة ودعا الولايات المتحدة إلى إتخاذ قرار لقف أعمال العنف في دارفور حتى ولو كان ذلك بشكل أحادي [21] ، وهي دعوة صريحة للتدخل .

إن معالجة البرلمان الأمريكي لمسائل تخص دولة ذات سيادة هو قرينة قاطعة على تدخلها في شؤون الغير، وهو ما يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة ويشكل اعتداء على ميثاقها الذي أوكل إلى مجلس الأمن المسؤولية الرئيسية في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين .

هكذا تكون هذه الدولة قد اعتدت ليس فقط على الدول بل وعلى المجتمع الدولي من خلال عدم مراعاتها لأحكام ميثاق الأمم المتحدة ، و حتى مجلس الأمن فكثيرا ما كان يتخذ قرارات يتجاوز فيها ما هو مرخص للأمم المتحدة في موضوع المساعدات الإنسانية ، لكن لا توجد أداة قانونية تسمح بالطعن في قراراته .

وتثبت السوابق أن أعمال مجلس الأمن محصنة من أية رقابة ، ومن التطبيقات التي أصدر بشأنها قرارات ما يخص الوضع في السودان، فقراراته وإن كانت تتعلق بالمساعدة الإنسانية إلا أنها تمس بالعديد من المبادئ التي تحكم العلاقات بين الدول مثل احترام سيادتها، لكن

يصعب ترتيب آثار قانونية تثبت أن مجلس الأمن يعمل بالمخالفة
للشرعية الدولية بسبب عدم تطوير وجمود العديد من أحكام ميثاق
الأمم المتحدة .

إن كل تلك القرارات اتخذت بدافع تقديم المساعدة الإنسانية
لكنها تجاوزت حدود عدم التدخل في شؤون الدول وهو ما يتطلب
البحث في أداة تراعي التوفيق بين سيادة الدول وتقديم المساعدة .

في الأخير يمكن القول أن نهاية 20م وبداية القرن 21م كان مساراً
متواصلاً من تقنين الأعراف الدولية، الشيء الذي ساهم في تضيق
هوامش الخطأ في السلوكيات الدولية، وجعل هذه السلوكيات أكثر
انضباطاً وقابلية للتوقع ، و أن فعدم وضع ضوابط على أداء الطرف
الثالث خارج الشرعية الأممية - سوف يزيد من الأخطاء وهذا سيوسع
من رقعة الإحباط والتدمير لدى الكثير من أطراف المجموعة الدولية،
فهذه النزعة التدخلية -ومع مرور الوقت- ستبدو وأنها لا تستند لا إلى
القانون ولا إلى العدالة بل إلى القوة وتحكمها المعايير المزدوجة.

الهوامش :

- [1]- سورة النساء ، الآية 1 .
- [2]- د. وائل أحمد علام ، التنظيم القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية في النزاعات المسلحة ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، السنة 26 ، العدد 52 ، أكتوبر 2012 ، ص 445 .
- [3]- رضا هميسي – مبدأ التعاون في القانون الدولي المعاصر- رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1992، ص 15-17.
- [4]- د.عمر سعد الله – القانون الدولي للتنمية – ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 37.
- [5]- بيتر غاسيبر – القواعد الإنسانية للنزاع الداخلي – المجلة الدولية للصليب الأحمر، ع 31، ماي/جوان، سنة 1993، ص 188.
- [6]- موريس توريللي – هل تتحول المساعدة الإنسانية إلى تدخل إنساني ؟ - المجلة الدولية للصليب الأحمر، ع 25، ماي، سنة 1992، ص 205.
- [7]- ليدف ساندو – الحق في الإعلام من وجهة نظر القانون الدولي الإنساني – المجلة الدولية للصليب الأحمر، ع 62، 1998، ص 622.
- [8]- أ. بوجلال صلاح الدين ، الحق في المساعدة الإنسانية ، دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي الإنساني و حقوق الإنسان ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، مصر، 2008 ، ص 17 .
- [9]- المرجع نفسه ، ص 18 .
- [10]- المرجع نفسه ، ص 70 .
- [11]- المرجع نفسه ، ص 71 .
- [12]- تنص المادة 70 :

أعمال الغوث

1- يجري القيام بأعمال الغوث ذات الصبغة المدنية المحايدة وبدون تمييز مجحف للسكان المدنيين لإقليم خاضع لسيطرة طرف في النزاع، من غير الأقاليم المحتلة، إذا لم يزدودوا بما يكفي من المدد المشار إليه في المادة 69، شريطة موافقة الأطراف المعنية على هذه الأعمال. ولا تعتبر عروض الغوث التي تتوفر فيها الشروط المذكورة أعلاه تدخلا في النزاع المسلح ولا أعمالا غير ودية. وتعطى الأولوية لدى توزيع إرساليات الغوث لأولئك الأشخاص كالأطفال و أولات الأحمال وحالات الوضع

والمراضع الذين هم أهل لأن يلقوا معاملة مفضلة أو حماية خاصة وفقاً للاتفاقية الرابعة أو لهذا اللحق "البروتوكول".

2- على أطراف النزاع وكل طرف سام متعاقد أن يسمح ويسهل المرور السريع وبدون عرقلة لجميع إرساليات وتجهيزات الغوث والعاملين عليها والتي يتم التزويد بها وبهم وفقاً لأحكام هذا القسم حتى ولو كانت هذه المساعدة معدة للسكان المدنيين التابعين للخصم.

3- أطراف النزاع وكل طرف سام متعاقد سمح بمرور إرساليات وتجهيزات الغوث والعاملين عليها وفقاً للفقرة الثانية :

أ) لها الحق في وضع الترتيبات الفنية بما فيها المراقبة التي يؤذن بمقتضاها بمثل هذا المرور،

ب) يجوز لها تعليق مثل هذا الإذن على شرط أن يجري توزيع هذه المعونات تحت الرقابة المحلية لدولة حامية،

ج) لا يجوز لها أن تحول بأي شكل كان إرساليات الغوث عن مقصدها ولا أن تؤخر تسييرها إلا في حالات الضرورة القصوى ولصالح السكان المدنيين المعنيين.

4- تحمي أطراف النزاع إرساليات الغوث وتسهل توزيعها السريع.

5- يشجع أطراف النزاع وكل طرف سام متعاقد معني ويسهل إجراء تنسيق دولي فعال لعمليات الغوث المشار إليها في الفقرة الأولى.

[13]- المادة 18 : جمعيات الغوث وأعمال الغوث

1- يجوز لجمعيات الغوث الكائنة في إقليم الطرف السامي المتعاقد مثل جمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر والأسد والشمس الأحمرين، أن تعرض خدماتها لأداء مهامها المتعارف عليها فيما يتعلق بضحايا النزاع المسلح. ويمكن للسكان المدنيين، ولو بناء على مبادرتهم الخاصة، أن يعرضوا القيام بتجميع الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار ورعايتهم.

2- تبذل أعمال الغوث ذات الطابع الإنساني والحيادي البحت وغير القائمة على أي تمييز مجحف، لصالح السكان المدنيين بموافقة الطرف السامي المتعاقد المعني، وذلك حين يعاني السكان المدنيون من الحرمان الشديد بسبب نقص المدد الجوهري لبقائهم كالأغذية والمواد الطبية.

[14]- أ. بوجلال صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص 73 .

[15]- المرجع نفسه ، ص 75 .

[16]- في مداخلة للأمين العام للأمم المتحدة "بطرس بطرس غالي" بمناسبة منتدى لندن الخاص ببيوغوسلافيا -سابقا- أكد أن احترام سيادة الدول و سلامتها الإقليمية يعد عاملا جوهريا أمام نجاح أي عمل مشترك للمجموعة الدولية ، و مع هذا فان مفهوم السيادة لا يمكن أن يحمي بعض النشاطات التي تقوم بها الحكومات ، و هو نفس الأمر الذي أشار إليه الأمين العام الذي سبقه "بيرس دي كوبيار" حينما قال : " انه يجب أن نفكر جيدا في الحق في التدخل بحكمة و جرأة ، بحكمة لأنه لا يمكن التجاوز الكلي لسيادة الدول ، و بجرأة لأنه لا يمكن أبدا التسامح بشأن الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان ."

كما عبر كذلك "بيرس دي كوبيار" في مداخلة له بجامعة فلورانس بتاريخ 1991/11/21 على الارتباط بين مفاهيم السيادة و التضامن ، و أن التمسك بالسيادة لا يمكن أن يؤدي إلى تجاهل معانات الشعوب و قهرها ، كما أنها لا يمكن أن تصطدم بمفهوم السيادة لأن مفهوم السيادة و مبدأ الإنسانية وجهان لعملة واحدة .

كما أكد كذلك كوفي عنان على انه لا يوجد أي مبدأ قانوني بما فيه مبدأ السيادة ، يمكن أن يتسامح مع الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية .

[17]- مورتر سيلرز ، النظام العالمي الجديد ، ترجمة صادق ابراهيم عودة ، الطبعة 1 ، دار الفارس للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2001 ، ص 14 و ص 15 .
[18]- أ. بوجلال صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص 78 .

[19]- المرجع نفسه ، ص 37 .

[20]- إن الدعوة إلى التدخل يمكن أن ترتب أثارا سلبية ، فإذا كانت السيادة منذ نشأتها تمثل أداة الحماية للدول المستضعفة ، فان التدخل هو تعبير غربي لمصطلحات العدالة و الحق ، و الآثار التي يرتها التدخل تكون أسوء مما تحدثه خروقات حقوق الإنسان.

[21]- آدم محمد عبد الله، موقف الولايات المتحدة في مشكلة دارفور،مجلة السودان للبحوث و الدراسات الإستراتيجية،العدد 2 أبريل 2008.ص50.

إشكالية تعريف وإقرار وقوع جريمة العدوان في المواثيق والعهود الدولية

الأستاذ : فار فيصل
جامعة الجزائر-1/الجزائر.

المقدمة:

على الرغم من أن المجتمع الدولي تطور تطورا ملحوظا في عهد التنظيم الدولي، وفي ظل المنظمات الدولية، وأصبح خاضعا لمعايير دولية واضحة، إلا أن آليات تطبيق تلك المعايير تواجه عجزا بسبب إشكاليات وضع التعاريف وغياب المفاهيم الإجرائية الشاملة للعديد من الجرائم الدولية، مما يعكس عجز القدرة على تحقيق العدالة الجنائية الدولية، ومن جهة أخرى أثمرت العديد من الجهود والمسااعي الدولية إلى تحديد الجرائم الدولية بوضع تشريع دولي جنائي والتوقيع على بعض الاتفاقيات الدولية للحد من المعانات الإنسانية الناتجة عن الجرائم المرتكبة ضدها ومكافحتها.

نسعى في هذا المقال إلى دراسة إشكالية تعريف جريمة العدوان وبالتالي إقرار وقوعها في المواثيق والعهود الدولية كونها من أخطر الجرائم الدولية التي تهدد الإنسانية والسلم والأمن الدوليين، من حيث تطورها ومدى مواكبتها للنصوص والتشريعات الدولية المتعلقة بها، خصوصا بعد التقدم الذي حققه القضاء الدولي لمحاكم نورمبورغ وطوكيو، مع توجيه الاهتمام إلى طبيعة المسؤوليات الجنائية التي تواجهها، وطرق وآليات الحد منها ومكافحتها، مما يساهم في إلقاء الضوء عليها، بشكل قد يساعد في الإسراع لتدارك نقاط النقص والضعف، وتجديدها بما يتلاءم مع مقتضيات القوانين والعهود الدولية الجديدة، وبما يتماشى

مع التطورات والمستجدات التي يعرفها عالم اليوم، ومتطلبات التطور التشريعي في مجال حقوق الانسان والقوانين والمبادئ الدولية الحامية لها.

الإشكالية:

تتمحور حول جدل تعريف جريمة العدوان في المواثيق والعهود الدولية وبالتالي إقرار وقوعها، ونتساءل عن مفهوم العدوان في نظر القانون الدولي وما هي العوامل التي أدت إلى إعاقة التوصل الى تعريف محدد وغجرائي لهذه الجريمة الدولة؟

وعموما فهذه المداخلة تركز في خطوطها العامة على جملة من المحاور والأهداف التالية:

1. جدل تعريف العهود والمواثيق الدولية لجريمة العدوان (الخصائص والتصنيفات):

أولا يجب التنويه بالتفرقة بين جرائم العدوان وباقي أنواع الجرائم الدولية: فلكل نوع مفهوم وتعريف خاصة، وكذا مواثيق ومعاهدات دولية، ومن أهمها: جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم إبادة الجنس البشري والجرائم المنظمة والجرائم البيئية... وغيرها.

حيث أثار موضوع تعريف جريمة العدوان جدلا واسعا في الفقه

القانوني إلا أننا لن نتعرض إليه في مقالنا واضعين تعريفا يقرب من وجهات نظر الشراح والفقهاء المختلفة على أن: " جريمة العدوان ما هي إلا فعل عدائي يتمثل باستخدام القوة المسلحة تنفيذا لأمر صادر من الحاكم في الدولة أو قيادين بارزين فيها ضد دولة أخرى"، وهذا التعريف يأخذنا إلى أركان الجريمة¹:

أ- الركن المادي: كما هو مبين في تعريف العدوان فهو يتمثل بأمر صادر من شخص مسئول حاكم أو قيادي على القيام بفعل عدائي ضد دولة أخرى أي أن الركن المادي يقوم على فعل عدائي وأمر صادر من شخص يتمتع بسلطة إصدار الأمر، فالفعل العدائي أو العدوان لا يكون الا باستعمال القوة المسلحة على هيئة الهجوم لا الدفاع، لأن الدفاع يعتبر أمر مشروع يمنع الدولة من المسائلة "الدفاع الشرعي" أما الهجوم فهو عدوان ونشاط مؤثم ضد دولة أخرى.

ب- الركن المعنوي: تعد كحال باقي الجرائم الدولية عمدية وأن يتوفر فيها القصد الجنائي مع "العلم والإرادة" علم الفاعل بتجريم الفعل وتوجه إرادته لارتكابه مع العلم، وعليه فإن علم الجاني بعدم مشروعية العدوان وقيامه به يعرضه للمساءلة القانونية.

ج- الركن الدولي: ينبغي لقيام هذا الركن أن يتم العدوان باسم الدولة أو بناء على خطتها أو برضاها على وقوع فعل العدوان ضد دولة أخرى، ورغم أن العصر المعاصر يزخر بعدد لا بأس به من الإتفاقيات والمعاهدات والمواثيق الدولية التي تمنع وقوع العدوان، ورغم أن سلطة القمع والقهر أصبحت في يد المنظمات الدولية المعنية بحفظ السلم والأمن الدوليين حتى جاء الحديث عن العدوان في بعض نصوص الميثاق- ولو بإشاراتٍ بسيطة- دون إعطاء تعريف جامع مانع له، لكن هذا لم يمنع الأمم المتحدة بعد ذلك من تعيين لجان مختصة لدراسة الموضوع في سنواتٍ متلاحقة إلى غاية يوم 14/12/1974، أين صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 3314، المتضمن تعريف العدوان، ومن أهم المعاهدات والاتفاقيات الدولية -بجانب التعاريف الواردة في المواثيق الدولية كعصبة الأمم 1919 وهيئة الأمم المتحدة 1945- التي سلطت الضوء على جريمة العدوان نذكر:- برتوكول جنيف

1924 - مشروع معاهدة المساعدة المتبادلة 1923. - اتفاقيات لوكارنو
1925 - معاهدة بريان-كيلوغ " Briand-Kellog في عام 1928. - مشروع
الإتحاد السوفياتي ومؤتمر نزع السلاح في لندن 1933،
- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية 1998. - نظام روما
بكامبالا- أوغندا- ماي 2010.

* إشكالية تعريف العدوان في المواثيق والعهد الدولي في
القرن العشرين:

أولا : عهد عصبة الأمم (1919) :

إن أول وثيقة رسمية نصت صراحة على اعتبار الحرب العدوانية
" جريمة ضد الإنسانية "، هي القرار الصادر عن مؤتمر السوفيات الثاني
المنعقد يوم : 08 نوفمبر 1917، حيث يعتبر هذا القرار خطوة هامة
لتحريم الحروب العدوانية، ولو أن هذا القرار لم يستعمل صراحة
مصطلح: " الحرب العدوانية "، لكنه يستفاد من سياق النص أنها تلك
الحرب التي تهدف إلى إخضاع الدول الضعيفة الفقيرة لرغبة الدول
القوية الغنية²، وهكذا بدأت الشعوب تطالب باعتبار هذه الحروب "
العدوانية " جرائم دولية، أو على الأقل أعمالا غير مشروعة و تقييد
حرية الدول في الإلتجاء إليها. أقرت عصبة الأمم تعريفا للحرب
العدوانية في 1924/10/27 ورد فيه أن " اللجوء إلى الحرب خارقا للمواد
12، 13، 15 من نظام عصبة الأمم، يعتبر حربا عدوانية، كما أن كلا من
غزو أراضي دولة الغير بالطرق البرية أو الجوية أو اجتياحها برا أو قصفها
أو محاصرة شواطئها يشكل عدوانا". ووفقا لهذا التعريف يشمل العدوان
الأفعال التالية³ :

1- اللجوء إلى الحرب خرقاً للمواد 12، 13، 15 وبموجب هذه المواد تكون الحرب عدوانية في ثلاث حالات:

أ- التجاء الدولة إلى الحرب بغية حسم أي نزاع دولي قد تكون طرفاً فيه قبل عرض ذلك النزاع على التحكيم أو القضاء أو مجلس العصبة.

ب- لجوء الدولة إلى الحرب بعد عرض النزاع للفصل فيه بإحدى هذه الطرق ولكن قبل مضي ثلاثة أشهر من تاريخ صدور قرار التحكيم أو حكم القضاء أو تقرير مجلس العصبة الذي يصدر بالإجماع.

ج- لجوء الدولة إلى الحرب بغية حسم أي نزاع دولي تكون هي أحد أطرافه كلما قبل الطرف الآخر للنزاع قرار التحكيم أو الحكم القضائي أو التزم بقرار المجلس الصادر بالإجماع ولو في ميعاد الثلاثة أشهر المتقدم.

2- كل غزو لأراضي دولة الغير بالطرق البرية أو الجوية أو اجتياحها أو قصفها أو محاصرة شواطئها.

ثانياً- مشروع معاهدة المساعدة المتبادلة 1923:

النقاط التي أحرز فيها مشروع المساعدة المتبادلة تقدماً ملحوظاً على عهد العصبة وهي:

أولاً: أنه أحيى المعيار الموضوعي للعدوان الوارد في نص المادة العاشرة (10) من عهد عصبة الأمم ، حيث أن كل مساس بالإستقلال السياسي و السلامة الإقليمية للدول الأطراف في المعاهدة يعتبر عملاً

عدوانيا ، حتى ولو كان هذا المساس أتى نتيجة لحرب مشروعة وفقا للمعايير المنصوص عليها في المواد 12 ، 13 ، 15 من عهد العصبة⁴ .

ثانيا : أن مشروع معاهدة المساعدة المتبادلة عمل على تقوية نظام الضمان الجماعي ، وذلك بتحويل مجلس العصبة تقرير وقوع العدوان من عدمه ، بعد أن كان هذا الأمر متروكا للدول الأعضاء .

ثالثا : أن هذا المشروع أجاز للدول الأعضاء الحصول على المزيد من الضمانات بعقد اتفاقيات دفاعية إضافية ، وإن كان قد أعطى لمجلس العصبة سلطة فحص هذه الإتفاقيات للتأكد من أنها لا تتضمن ما يتعارض مع عهد عصبة الأمم⁵ .

ثالثا : بروتوكول جنيف (1924) و اتفاقيات لوكارنو (1925) :

بعد فشل عدة مشاريع دولية في تحديد تعريف للعدوان ، وتحريم الحروب العدوانية ، أقرت الجمعية العامة لعصبة الأمم بروتوكول تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية ، والمعروف باسم " بروتوكول جنيف " ، في الثاني من شهر أكتوبر 1924 م ، حيث نص هذا البروتوكول على أن الدول الموقعة عليه ، ملزمة بعرض كل نزاع يثور بينها على محكمة العدل الدائمة أو على هيئة تحكيم ، فإذا قامت حرب بين دولتين ورفضت إحداها عرض الموضوع على محكمة العدل الدولية الدائمة أو على هيئة التحكيم ، فإن ذلك يعد قرينة على أن هذه الدولة هي المعتدية إلى حين إثبات العكس ، والشيء نفسه بالنسبة للدولة التي ترفض تنفيذ الحكم الصادر في النزاع ، وبثبوت العدوان بهذه الطريقة ، فإن الدول المتعاقدة تلتزم بتوقيع عقوبات مالية ، اقتصادية ، عسكرية على الدولة المعتدية ، على أن يقرر مجلس العصبة نوعية العقوبات التي توقع عليها⁶ .

وقد بينت المادة العاشرة (10) من بروتوكول جنيف الدولة المعتدية، وهي تلك الدولة التي تلجأ إلى الحرب مخالفة بذلك الإلتزامات التي تعهدت بها في ميثاق عصبة الأمم وهذا البرتوكول، وبالإستناد إلى بروتوكول جنيف لسنة 1924 م ، نجد أن الدولة تكون معتدية في الحالات التالية :

● إذا رفضت تسوية النزاع بالطرق السلمية الواردة في عهد عصبة الأمم و بروتوكول جنيف.

● إذا رفضت الإذعان لما يقضي به الحكم القضائي، أو قرار التحكيم، أو قرار المجلس بصدد النزاع القائم.

● إذا تجاهلت ما يقضي به الحكم القضائي، أو التوصية الإجماعية للمجلس، من أن النزاع القائم يتعلق بمسألة تدخل بشكل مطلق في نطاق السلطان الداخلي للدولة الأخرى، طبقا للقانون الدولي

● إذا أخلت بالتدابير الوقائية التي يوصي بها مجلس العصبة، أثناء مباشرة إجراءات التسوية للنزاع، وقبل الفصل فيه.

● إذا رفضت أو خالفت أحكام الهدنة التي يضعها مجلس العصبة، عند تعذر تحديد المعتدي في فترة وجيزة، طبقا للأحكام السابقة⁷.

وهكذا فإن بروتوكول جنيف، رغم عجزه عن تعريف العدوان كمفهوم أوسع من الحرب العدوانية، إلا أنه خطى خطوة هامة في توضيح عهد عصبة الأمم ، فيما يتعلق بتحريم الحروب العدوانية، كما أنه وضع العديد من القيود على سلطة الدولة في شن الحروب، التي لم تعد حقا مطلقا للدولة، ولم تعد مظهرا من مظاهر السيادة، ولم يعد

للدول الحق في الإلتجاء إلى الحرب إلا في حالتين فقط، هما: الدفاع الشرعي وتنفيذاً للالتزامات الأمن الجماعي، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة الثانية من هذا البرتوكول.⁸

رابعاً: "معاهدة بريان- كيلوغ" Briand-Kellog في عام 1928:

تم في باريس توقيع المعاهدة الدولية المتعددة الأطراف المعروفة باسم "معاهدة بريان- كيلوغ" Briand-Kellog أعلنت الدول المتعاقدة بموجبها أنها تدين اللجوء إلى الحرب لفض المنازعات الدولية وأنها ترفضها كأداة للسياسة القومية، تاركة التعبير الوحيد للجوء إلى الحرب في الدفاع المشروع عن النفس، وقد شكلت عصبة الأمم لجنتان محدداً في الموضوع والزمان ad hoc في عامي 1933 و1937 خلصتا إلى أن الهجوم الياباني على الصين لم يكن للدفاع عن النفس، علماً بأن الاتحاد السوفييتي تقدم في عام 1933 إلى اللجنة العامة لمؤتمر نزع السلاح بمشروع مفصل لتعريف جريمة العدوان لم يحظ بالموافقة بسبب المعارضة البريطانية والأمريكية، فكانت محاكمات نورنبيرغ وطوكيو التي أقامها الحلفاء أول تعبير قضائي يحتاج لتعريف محددة للتمكن من تحديد الجريمة والعقاب، ونجد تعريف جريمة العدوان وراء مصطلح الجريمة ضد السلام التي تناولها المبدأ السادس من مبادئ نورمبرج:

- أ- كل تدمير أو تحضير أو مباشرة لحرب عدوانية أو لحرب ترتكب بالمخالفة لأحكام المعاهدات والمواثيق والاتفاقيات الدولية.
- ب- كل مساهمة في خطة عامة أو مؤامرة لارتكاب أحد الأفعال السابقة.

من المفيد الإشارة إلى أن محكمة نورنبيرغ قد رفضت مبدأ الضربة الاستباقية الذي استخدمته ألمانيا النازية ضد النرويج خلال الحرب العالمية الثانية، وأقرت بعدم شرعيتها معتبرة قرار الحكومة النازية احتلال الدانمرك والنرويج، حرباً عدوانية.

أضاف مشروع تقنين الجرائم ضد سلام وأمن الإنسانية والذي تبنته لجنة القانون الدولي في 28 يوليو سنة 1945، إلى الطوائف المتقدمة بعض الجرائم الأخرى منها:

1. تنظيم سلطات الدولة عصابات مسلحة للإغارة على إقليم دولة أخرى أو السماح بذلك التنظيم أو تشجيعه. وسماح سلطات الدولة لعصابات مسلحة باستخدام إقليمها كقاعدة لعمليات، أو كنقطة انطلاق للإغارة على إقليم دولة أخرى وكذلك المساهمة المباشرة أو الممنوحة للإغارة.⁹

2. مباشرة سلطات الدولة أنواعا من النشاط الإرهابي المنظم في دولة أخرى أو تشجيعها إياها أو سماح سلطات الدولة بنشاط تنظيم الغرض منه تنفيذ أفعال إرهابية في دولة أخرى.

3. ارتكاب سلطات الدولة أفعالا على خلاف التعهدات الملقاة عليها بناء على معاهدة تهدف إلى ضمان السلام والأمن الدوليين.

جريمة الحرب العدوانية هي أهم الجرائم ضد السلام طبقا للمفهوم التقليدي وقد تناولت قواعد القانون الدولي العام جريمة الحرب العدوانية وبالتحديد والتأصيل وجرمت قواعده كثيرا من هذه الأفعال بل تحولت تلك القواعد من تنظيمها للحرب إلى تجريمها على الإطلاق، ثم إلى قواعد تحرم استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية.

خامسا: جريمة العدوان في عهد منظمة الأمم المتحدة 1945:

في عام 1945 تم توقيع ميثاق منظمة الأمم المتحدة، وجاء فيه إن مهمات هذه الهيئة تتمثل في "تخليص الأجيال القادمة من ويلات الحرب

التي كدرت البشرية مرتين في هذا العصر وخلق الظروف المؤاتية لمراعاة العدالة واحترام الالتزامات المترتبة على المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولي، يحظر ميثاق الأمم المتحدة كل استعمال للقوة في العلاقات الدولية باستثناء أعمال الردع الجماعي المشار إليها في الفصل السابع المادة 39 التي تتناول كل خطر على السلام أو عمل عدواني، كذلك الدفاع المشروع الفردي والجماعي عن النفس الذي تنص عليه المادة 51 من الميثاق، هذا التعبير الذي يرد وكأنه "حق طبيعي"¹⁰.

قليل من يعرف بأن تعريف جريمة العدوان كان وراء تأخير ولادة المحكمة الجنائية الدولية قرابة نصف قرن، فكما يذكر ناصر أمين أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1951 حين قرارا بتشكيل لجنة مكونة من سبعة عشر دولة، لصياغة معاهدة إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، وقد انتهت اللجنة من إعداد مشروعها عام 1953، إلا أن إقرار هذا المشروع قد أرجئ لحين انتهاء لجنة القانون الدولي من إعداد مشروع تقنين الانتهاكات، وأرجئ إقرار هذا التقنين أيضا لعدم احتوائه على تعريف لجريمة العدوان، ونتيجة لذلك فقد تم تعليق النظر في مشروع النظام الأساسي للمحكمة 1953 ومشروع تقنين الانتهاكات 1954 إلى حين الانتهاء من وضع تعريف لجريمة العدوان.

ولم يكن من السهل التوصل لتعريف جريمة العدوان من كل الأطراف المشاركة، الأمر الذي دفع الجمعية العامة لتشكيل أربعة لجان عملت على التوالي لتعريف جريمة العدوان. بدأت بلجنة أولى (1952 – 1954) ثم لجنة ثانية (1954 – 1957) ثم ثالثة (1959 – 1967) وأخيرا (1967 – 1974)، وبحلول عام 1974 أنهت آخر تلك اللجان أعمالها، وأقرت الجمعية العامة بقرارها 3314 في 1974/12/14 بالإجماع تعريف جريمة العدوان¹¹:

"إن العدوان هو استخدام القوة المسلحة بواسطة دولة ضد السيادة الوطنية أو السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى، وفي أي صورة لا تتفق مع ما اشتمل عليه ميثاق هيئة الأمم المتحدة من مبادئ وأهداف".

إن المبدأة باستخدام القوة المسلحة من جانب إحدى الدول بما يتناقض والميثاق يوفر الدليل على وقوع عمل من أعمال العدوان، إلا أن ذلك يجب ألا يتعارض مع حق مجلس الأمن الدولي - تمشيا مع ما كفله له الميثاق في هذا الصدد - في أن يقرر أن الفعل الذي وقع لا ينطبق عليه وصف العدوان وذلك بالنظر إما إلى الملابسات التي أحاطت بوقوعه أو لعدم اشتماله على درجة مناسبة من الخطورة أو التهديد.

أنه تمشيا مع النص السابق، فإن الأفعال الآتية التي تصدر عن الدول، حتى وأن لم يسبقها إعلان الحرب، تكفي لأن تشكل عملا من أعمال العدوان وهي:

(أ) الغزو أو الهجوم الذي تشنه القوات المسلحة لإحدى الدول ضد إقليم دولة أخرى، وكذلك الاحتلال العسكري الذي ينتج عن هذا الغزو أو الهجوم حتى وأن اتصف بطابع مؤقت، كذلك يعد عدوانا الضم بوسيلة القوة لإقليم دولة أخرى سواء شمل الضم الإقليم كله أو اقتصر على بعض أجزاء منه.

(ب) سماح إحدى الدول لدولة أخرى بأن تستخدم إقليمها لممارسة العدوان ضد دولة ثالثة.

أنه لا يجوز اللجوء إلى أية أعذار سياسية أو اقتصادية أو عسكرية أو غيرها لتبرير العدوان.

وقد اعتبرت هذه الوثيقة القانونية الحرب العدوانية جريمة ضد السلام الدولي، وأن العدوان لا بد وأن يقتصر به تحديد المسؤولية الدولية، كما أن التوسع الإقليمي أو مشابهه من النتائج التي تتحقق عن اقتراف العدوان لا يمكن أن يعترف بشرعيتها.

وكما هو واضح فإن المادة الأولى من التعريف قد تبنت إلى حد كبير نص المادة 4/2 من ميثاق الأمم المتحدة، غير أن لفظ التهديد الوارد في المادة 4/2 من الميثاق قد حذف من التعريف وهو ما يعني أن عناصر جريمة العدوان تكتمل فقط في حالة الاستخدام الفعلي للقوة المسلحة من جانب دولة ضد دولة أخرى، وعلى ذلك فإن أعمال التهديد أو الاستفزاز أو إعلان الحرب لا ترقى إلى درجة العمل العدوانية¹².

ينوه القانوني الدولي دومينيك كارو إلى أن هذا التعريف لا يغطي سوى القوة المسلحة، أي أن كافة أنواع الضغط أو التدخلات أو العقوبات السياسية، والاقتصادية، والثقافية، والمذهبية التي لا تستخدم فيها القوة المسلحة لا ترقى إلى درجة العمل العدوانية.

وقد أُلحقت بالمادة الأولى مذكرة تفسيرية تفيد أن معنى (الدولة) الواردة في هذه المادة وفي التعريف بصفة عامة يشمل:

أ- الدولة المعترف بها وغير المعترف بها مادامت قد اكتملت العناصر المكونة لها طبقاً للقانون الدولي، كما وأن هذا اللفظ ينصرف إلى الدول الأعضاء في الأمم المتحدة والدول غير الأعضاء. وهو ما يعني في نفس الوقت أن التعريف بصفة عامة لا ينطبق على الجماعات السياسية التي لا تشكل دولا بالمعنى بالقانوني.

ب- إن لفظ الدولة ينصرف إلى دولة واحدة أو مجموعة من الدول في الحالات التي يكون فيها العدوان جماعياً أو اشتركت فيه أكثر من دولة.

ثم يذكر التعريف بعض الأعمال التي تعتبر أعمالاً عدوانية على سبيل المثال لا الحصر، وهي على النحو التالي:

أ- قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو أو شن هجوم على أراضي دولة أخرى أو أي احتلال عسكري، مهما كان مؤقتاً. ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم، أو أي ضم عن طريق استخدام القوة لأراضي دولة أخرى أو أي جزء منها.

ب- قيام القوات المسلحة لدولة ما بقصف أراضي دولة أخرى، أو استخدام دولة ما لأية أسلحة ضد أراضي دولة أخرى.

ج- محاصرة موانئ أو سواحل دولة ما عن طريق استخدام القوة.

د- قيام القوات المسلحة لدولة ما بشن هجوم على القوات البرية أو البحرية أو الأساطيل البحرية والجوية لدولة أخرى.

هـ- استخدام القوات المسلحة لدولة ما، التي تكون متواجدة داخل أراضي دولة أخرى بموجب موافقة من جانب الدولة المضيفة، استخدماً يهدد انتهاكاً للشروط المنصوص عليها في الاتفاق بين الدولتين، أو أي مد لوجود هذه القوات في تلك الأراضي بعد انتهاء هذا الاتفاق.

و- قيام دولة ما بالسماح باستخدام أراضيها، التي وضعتها تحت تصرف دولة أخرى، من قبل هذه الدولة، بارتكاب عمل عدواني ضد دولة ثالثة.

ز- قيام دولة ما بإرسال أو إيفاد جماعات مسلحة، أو قوات أو جنود نظاميين أو مرتزقة لارتكاب أعمال بالقوة المسلحة، ضد دولة أخرى تكون على نفس درجة خطورة الأعمال التي ورد ذكرها آنفاً أو مشاركة تلك الدولة الفعلية في هذه الأعمال¹³.

من التعريف المتقدم وما تضمنه من أفعال تعد من قبيل العدوان وردت على سبيل المثال لا الحصر، يمكننا أن نلاحظ مع أساتذة القانون الدولي أن ما يطلق عليه الآن بإرهاب الدولة تغطيه الفقرة السابقة من المادة الثالثة من التعريف، وبالتالي من الأدق قانونياً عدم استعمال وصف الدولة بالإرهاب في حين يمكن وصفها بأنها دولة عدوانية، فجريمة الإرهاب تختلف اختلافاً جوهرياً عن جريمة العدوان في أن الأخيرة تقع ضد سلامة الأراضي والاستقلال السياسي من الدول، وأطرافها فقط دول بينما الإرهاب هو جريمة تقع ضد سلامة الأشخاص وحقوقهم وحياتهم الأساسية وأطرافها، كما يذكر الدكتور حنا عيسى لا يكونون إلا أفراداً أو جماعات ومنفذوها لا يكونون إلا أفراداً ويمكننا أن نضيف قد يقوم جهاز أمن دولة أو أشباح ذوي مصلحة بالفعل الإرهابية في حالات لا تحصى.

من وجهة نظر الأمم المتحدة التقليدية، جريمة العدوان أخطر من جريمة الإرهاب التي لم تعرف بعد، حيث خصص الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة للتعامل مع حالات العدوان. وعند وقوع أي عمل منها فقط يمكن لمجلس الأمن أن يتخذ التدابير العسكرية وغير العسكرية على المستوى الدولي لقمع العدوان وإعادة السلم إلى نصابه.

أما النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قصر في بداية نفاذها على تجريم هذا الفعل، ولم يعرفه ولم يحدد أركانه أيضاً كما فعل بالنسبة لبقية الجرائم الدولية الأخرى - جريمة الإبادة الجماعية، جرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب- بل نص النظام الأساسي على أن: "تمارس المحكمة الاختصاص على جريمة العدوان متى اعتمد حكم بهذا الشأن وفقاً للمادتين 121-123 يعرف جريمة العدوان ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة، ويجب أن يكون هذا الحكم متسقاً مع الأحكام ذات الصلة من ميثاق الأمم المتحدة"¹⁴.

2. التعريف الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة
لجريمة "العدوان" وتحليل حول القرار الأممي 3314 بتاريخ
1974/12/14 الذي تضمن تعريفا للعدوان الدولي ومواده الثمانية.

إن الجمعية العامة، وقد نظرت في تقرير اللجنة الخاصة المعنية بتعريف العدوان، المنشأة عملاً بقرارها 2330 (د - 22) المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1967، الذي يتناول أعمال دورتها السابعة المعقودة من 11 آذار/مارس إلى 12 نيسان/أبريل 1974 ويتضمن مشروع تعريف العدوان الذي اعتمده اللجنة الخاصة باتفاق الآراء وأوصت الجمعية العامة بإقراره، ونظراً إلى اقتناعها العميق بأن من شأن اعتماد تعريف العدوان أن يسهم في تعزيز السلم والأمن الدوليين، توافق على تعريف العدوان، الوارد نصه في مرفق هذا القرار؛ وتعرب عن تقديرها للجنة الخاصة المعنية بمسألة تعريف العدوان على عملها الذي أسفر عن صياغة تعريف العدوان؛ وتدعو جميع الدول إلى الامتناع عن جميع أعمال العدوان وغيرها من وجوه استعمال القوة المتعارضة مع ميثاق الأمم المتحدة ومع إعلان مبادئ القانون الدولي المتصلة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة[2]؛ وتوجه نظر مجلس الأمن إلى تعريف العدوان، الوارد أدناه، وتوصيه بأن يعمد، حسب مقتضى الحال، إلى مراعاة هذا التعريف كدليل يهتدي به حين يبت، وفقاً للميثاق، في أمر وجود عمل من أعمال العدوان.

الجلسة العامة رقم 2319 14 كانون الأول/ديسمبر 1974- إن الجمعية العامة، انطلاقاً من كون أحد مقاصد الأمم المتحدة الأساسية هو أن تصون السلم والأمن الدوليين وأن تتخذ التدابير الجماعية الفعالة لمنع أسباب تهديد السلم وإزالتها، ولقمع أعمال العدوان وغيرها من وجوه الإخلال بالسلم، وإذ تذكر أن على مجلس الأمن، وفقاً للمادة 39

من ميثاق الأمم المتحدة، أن يبت في وجود أي تهديد للسلم أو إخلال بالسلم أو عمل من أعمال العدوان، وأن يضع توصيات لصون السلم والأمن الدوليين أو إعادتهما إلى نصابهما أو يقرر التدابير التي يجب اتخاذها لهذا الغرض طبقاً لأحكام المادتين 41 و 42، وإذ تذكر أيضاً أن من واجب الدول بمقتضى الميثاق أن تفض منازعاتها الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يعرض للخطر السلم أو الأمن أو العدل الدولي، وإذ تضع في اعتبارها أنه ليس في هذا التعريف ما يجوز تفسيره على أنه يؤثر بأي صورة على نطاق أحكام الميثاق بشأن وظائف وسلطات هيئات الأمم المتحدة، وإذ ترى أيضاً أنه لما كان العدوان هو أفدح صور الاستعمال غير المشروع للقوة وأخطرها، من حيث أنه، بحكم الظروف الناشئة عن وجود أسلحة التدمير الشامل بكل أنواعها، يحمل في ثناياه إمكان التهديد بصراع عالمي مع كل ما يترتب عليه من كوارث، فإنه ينبغي أن يوضع له تعريف في المرحلة الراهنة، وإذ تؤكد من جديد أن من واجب الدول عدم استعمال القوة المسلحة لحرمان الشعوب من حقها في تقرير المصير وفي الحرية والاستقلال، أو للإخلال بالسلم الإقليمية، وإذ تؤكد من جديد أيضاً أنه لا يجوز الاعتداء على إقليم أية دولة بإخضاعه، ولو مؤقتاً، لاحتلال عسكري أو لأي تدبير آخر من تدابير القوة تتخذها دولة أخرى خرقاً للميثاق، كما لا يجوز أن يكون محل اكتساب دولة أخرى نتيجة اتخاذ تدابير من هذا القبيل أو التهديد باتخاذها، وإذ تؤكد من جديد كذلك أحكام إعلان مبادئ القانون الدولي المتصلة بالعلاقات الدولية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة، ولاقتناعها بأن اعتماد تعريف للعدوان خليق بأن يؤدي إلى ردع أي معتد محتمل، وأن ييسر البت في وقوع أعمال العدوان وتنفيذ التدابير اللازمة لقمعها، كما ييسر حماية حقوق المعتدى عليه ومصالحه المشروعة والقيام بمساعدته، ولاقتناعها أنه، وإن كان الواجب أن ينظر في مسألة البت في أمر ارتكاب العمل العدواني في ضوء جميع الملابسات الخاصة بكل حالة على حدة، يظل من المرغوب فيه مع ذلك صوغ مبادئ أساسية يسترشد بها و تعتمد التعريف التالي:

- المادة (1): العدوان هو استعمال القوة المسلحة من قبل دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، أو بأية صورة أخرى تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة، وفقا لنص هذا التعريف.

- ملاحظة إيضاحية: إن مصطلح "دولة" في هذا التعريف: (أ) مستخدم دون مساس بمسألة الاعتراف ولا بمسألة كون الدولة أو عدم كونها عضوا في الأمم المتحدة؛ (ب) ويراد به أيضا، عند اقتضاء الحال "مجموعة دول".

- المادة (2): المبادأة باستعمال القوة من قبل دولة ما خرقا للميثاق تشكل بيئة كافية مبدئيا على ارتكابها عملا عدوانيا، وإن كان لمجلس الأمن، طبقا للميثاق، أن يخلص إلى أنه ليس هناك عملا عدوانيا قد ارتكب وذلك في ضوء ملائسات أخرى وثيقة الصلة بالحالة، بما في ذلك أن تكون التصرفات محل البحث أو نتائجها ليست ذات خطورة كافية.

- المادة (3): تنطبق صفة العمل العدواني على أي من الأعمال التالية، سواء بإعلان حرب أو بدونه، وذلك دون إخلال بأحكام المادة 2 وطبقا لها:

- (أ) قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو إقليم دولة أخرى أو الهجوم عليه، أو أي احتلال عسكري، ولو مؤقتا، ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم، أو أي ضم لإقليم دولة أخرى أو لجزء منه باستعمال القوة؛ - (ب) قيام القوات المسلحة لدولة ما بقذف إقليم دولة أخرى بالقنابل، أو استعمال دولة ما أية أسلحة ضد إقليم دولة أخرى؛

- (ج) ضرب حصار على موانئ دولة ما أو على سواحلها من قبل القوات المسلحة لدولة أخرى؛

- (د) قيام القوات المسلحة لدولة ما بمهاجمة القوات المسلحة البرية أو البحرية أو الجوية أو الأسطولين التجاريين البحري والجوي لدولة أخرى؛

- (هـ) قيام دولة ما باستعمال قواتها المسلحة الموجودة داخل إقليم دولة أخرى بموافقة الدولة المضيفة، على وجه يتعارض مع الشروط التي ينص عليها الاتفاق، أو أي تمديد لوجودها في الإقليم المذكور إلى ما بعد نهاية الاتفاق؛

- (و) سماح دولة ما وضعت إقليمها تحت تصرف دولة أخرى بأن تستخدمه هذه الدولة لارتكاب عمل عدوان ضد دولة ثابتة؛

- (ز) إرسال عصابات أو جماعات مسلحة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة من قبل دولة ما أو باسمها تقوم ضد دولة أخرى بأعمال من أعمال القوة المسلحة تكون من الخطورة بحيث تعادل الأعمال المعددة أعلاه، أو اشتراك الدولة بدور ملموس في ذلك.

- المادة (4): الأعمال المعددة أعلاه ليست جامعة مانعة، ولمجلس الأمن أن يحكم بأن أعمالاً أخرى تشكل عدواناً بمقتضى الميثاق.

- المادة (5): ما من اعتباراً أياً كانت طبيعته، سواء كان سياسياً أو اقتصادياً أو عسكرياً أو غير ذلك، يصح أن يتخذ مبرراً لارتكاب عدوان، والحرب العدوانية جريمة ضد السلم الدولي، والعدوان يرتب مسؤولية دولية، وليس قانونياً، ولا يجوز أن يعتبر كذلك، أي كسب إقليمي أو أي غنم خاص ناجم عن ارتكاب عدوان.

- المادة (6): ليس في هذا التعريف ما يجوز تأويله على أنه توسيع أو تضيق بأية صورة لنطاق الميثاق، بما في ذلك أحكامه المتعلقة بالحالات التي يكون استعمال القوة فيها قانونياً.

- المادة (7): ليس في هذا التعريف عامة، ولا في المادة (3) خاصة، ما يمكن أن يمس على أي نحو بما هو مستقى من الميثاق من حق في تقرير المصير

والحرية والاستقلال للشعوب المحرومة من هذا الحق بالقوة والمشار إليها في إعلان مبادئ القانون الدولي المتصلة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقا لميثاق الأمم المتحدة، ولا سيما الشعوب الخاضعة لنظم استعمارية أو عنصرية أو لأشكال أخرى من السيطرة الأجنبية، أو بحق هذه الشعوب في الكفاح من أجل ذلك الهدف وفي التماس الدعم وتلقيه، وفقا لمبادئ الميثاق وطبقا للإعلان السابق الذكر.

- المادة (8): الأحكام الواردة أعلاه مترابطة في تفسيرها وتطبيقها، ويجب أن يفهم كل منها في سياق الأحكام الأخرى¹⁵.

3. التطرق لقرارات المؤتمر الاستعراضي الأول للدول الأطراف الذي عقد في كمبالا عام 2010 حول جريمة العدوان من خلال تقرير عن فعاليات المؤتمر الاستعراضي المنعقد في كمبالا- أوغندا، 31 ماي 2010، وأهم تعديلات نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:

في 11 حزيران/يونيه 2010، اختتم المؤتمر الاستعراضي لنظام روما الأساسي بعد أن اجتمع لمدة أسبوعين. وحضر المؤتمر نحو 4600 ممثل من ممثلي الدول والمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية¹⁶.

اعتمد المؤتمر قرارا عدل به نظام روما الأساسي لكي يشمل تعريفا لجريمة العدوان والشروط التي يمكن في ظلها أن تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة.

وتكون الممارسة الفعلية لهذا الاختصاص رهنا بقرار تتخذه بعد 1 كانون الثاني/يناير 2017 نفس الأغلبية من الدول الأطراف المطلوبة لاعتماد تعديل على النظام الأساسي.

وأرسى المؤتمر تعريف جريمة العدوان على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3314 (د-29) المؤرخ 14 كانون الأول/ديسمبر 1974،

واتفق في هذا الصدد على خلع صفة العدوان على الجريمة التي يرتكها قائد سياسي أو عسكري والتي تشكل، بحكم طابعها وخطورتها ونطاقها، انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة.

وفيما يتعلق بممارسة المحكمة للاختصاص في هذا الشأن، اتفق المؤتمر على أنه بخصوص الحالة التي يبدو فيها أن عملاء دولنا قد وقع، يمكن لمجلس الأمن، وهو يتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، أن يحيل هذه الحالة إلى المحكمة بغض النظر عما إذا كانت الحالة المذكورة تنطوي على دول أطراف أو على دول غير أطراف.

وعلاوة على ذلك فإن المؤتمر، بينما سلم بدور مجلس الأمن في أن يقرر ما إذا كان يوجد عمل عدواني، قد وافق على أن يأذن للمدعي العام، عند عدم وجود مثل هذا القرار، في أن يبدأ إجراء تحقيق بمبادرة منه هو أو بناء على طلب من إحدى الدول الأطراف. بيد أنه يكون على المدعي العام، لكي يفعل ذلك، أن يحصل على إذن مسبق من الشعبة التمهيدية للمحكمة. وفي ظل هذه الظروف أيضاً لن يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم العدوان المرتكبة على إقليم الدول غير الأطراف أو المرتكبة من جانب رعاياها أو فيما يتعلق بدول أطراف تكون قد أعلنت أنها لا تقبل اختصاص المحكمة بشأن جريمة العدوان.

واعتمد المؤتمر كذلك قراراً عدل بموجبه المادة 8 من نظام روما الأساسي لجعل ولاية المحكمة تشمل جريمة الحرب المتمثلة في استخدام أنواع معينة من الأسلحة السامة والطلقاات المتمددة، والغازات الخانقة أو السامة، وجميع السوائل والمواد والنبائط المشابهة عند ارتكاب هذه الجريمة في نزاعات مسلحة غير ذات طابع دولي.

وفضلاً عن ذلك، اعتمد المؤتمر أيضاً قراراً قرر بموجبه الإبقاء على المادة 124 في شكلها الحالي، ووافق على مراجعة أحكامها أثناء

الدورة الرابعة عشرة لجمعية الدول الأطراف في عام 2015، وتسمح المادة 124 للدول الأطراف الجديدة بأن تعلن عدم قبولها اختصاص المحكمة لمدة سبع سنوات بشأن جرائم الحرب التي يدعى ارتكابها من جانب مواطنيها أو في إقليمها.

تقييم العدالة الجنائية الدولية:

اختتم المؤتمر عملية تقييمه للعدالة الجنائية الدولية باعتماد قرارين اثنين وإعلان وموجز مناقشات.

وأما القرار المتعلق بتأثير نظام روما الأساسي على الضحايا والمجتمعات المتأثرة فإنه، في جملة أمور، قد سلم بأن من المكونات الأساسية للعدالة حق الضحايا في الوصول بشكل متكافئ وفعال إلى العدالة، والدعم والحماية، والجبر الوافي والفوري عن الضرر الذي لحق بهم، والوصول إلى المعلومات المتعلقة بالانتهاكات وآليات الجبر. وعلاوة على ذلك، أكد المؤتمر على الحاجة إلى تنفيذ أنشطة التوعية على خير وجه ودعا إلى التبرع للصندوق الاستئماني للضحايا.

واعتمد المؤتمر أيضاً قراراً بشأن مسألة التكامل سلم فيه بالمسؤولية الرئيسية للدول عن التحقيق في أشد الجرائم خطورة التي تثير القلق الدولي وفي المقاضاة بشأنها وباستصواب مساعدة الدول بعضها بعضاً على تعزيز القدرات المحلية لضمان أن يجري على الصعيد الوطني التحقيق في أشد الجرائم خطورة التي تثير القلق الدولي والمقاضاة بشأنها.

وفي الإعلان المتعلق بالتعاون، أكد المؤتمر على أن جميع الدول التي عليها التزام بالتعاون مع المحكمة يجب أن تفعل ذلك، وتؤثر بصورة

خاصة إلى الدور الحاسم الأهمية الذي يؤديه تنفيذ أوامر إلقاء القبض في ضمان فعالية اختصاص المحكمة.

وعلاوة على ذلك، فإن المؤتمر قد شجع الدول الأطراف على مواصلة تعاونها الطوعي وتقديم المساعدة إلى الدول الأخرى التي تسعى إلى دعم تعاونها مع المحكمة.

وأحاط المؤتمر علماً كذلك بالموجز المقدم من مدير المناقشة بشأن مناقشات فريق المناقشة التي دارت بشأن مسألة "السلام والعدالة".

وعلى الرغم من أن التوتربين الاثنين ما زال موجودا ويتعين معالجته، فإن عمليات إصدار العفو لم تعد خياراً مطروحاً في حالة أشد الجرائم خطورة بموجب نظام روما الأساسي.

دعا المؤتمر الدول الأطراف، في قراره المتعلق بتعزيز تنفيذ الأحكام، إلى الإعراب للمحكمة عن استعدادها لقبول الأشخاص المحكوم عليهم لسجنهم في مرافق السجون التابعة لها وأكد أنه يجوز تنفيذ أحكام السجن في سجن يتاح عن طريق منظمة أو وكالة دولية أو إقليمية.

ورغم فشل كل الجهود المبذولة لوضع تعريف لهذه الجريمة، إلا أن هناك اختراقين مهمين لا بد من الإشارة لهما بهذا الخصوص وهما: لائحتي محكمة نورمبرغ، ومحكمة طوكيو لمحاكمة مجرمي الحرب اللتان تشكلتا إثراً انتصار الحلفاء في الحرب العالمية الثانية، وتم من خلالهما ولأول مرة في التاريخ، تقديم رؤساء الدول إلى المحاكمة بتهمة "التأمر على ارتكاب جرائم عدوانية وجرائم ضد السلام العالمي"، وذلك على الرغم من أن ميثاق المحكمتين خلا من تعريف جريمة العدوان.

- الخاتمة :

الاستنتاجات والتوصيات

01- نستنتج مما تقدم سرده من تعاريف متوافقة مع أطروحات العديد من فقهاء القانون الدولي "أن جريمة العدوان تشكل جريمة ضد السلام بامتياز بل ويعتبرها الكثيرون شاملة لجميع للجرائم الجسيمة الأخرى وغالبا ما تقود إليها"، ويجمع العرف القانوني الدولي على المسؤولية الجنائية لكل من يشارك بالإعداد والمشاركة في حرب عدوانية، ما من شك، أن جريمة العدوان ترد أصلا للعديد من الجرائم الماسة بالجنس البشري وأن ضمها في نطاق صلاحيات المحكمة الجنائية الدولية (المادة الخامسة فقرة 2 من القانون الأساسي) يشكل نصف انتصار نصف هزيمة، كون هذا الضم قد تأجل عمليا سبع سنوات بعد دخول المحكمة حيز الفعل لغياب التعريف المتفق عليه.

02- يتضح من قائمة الأفعال التي حددها القرار 3314 ليست شاملة لكل الأفعال التي تشكل عدوانا، فمجلس الأمن بموجب المادة الرابعة من القرار والمادة 39 من الميثاق له سلطة تقديرية واسعة في تحديد أفعال أخرى تشكل عدوانا، وهو ما يؤكد مرونة نصوص القرار 3314 والاتفاق مع الرأي القائل بصعوبة حصر جميع أشكال العدوان وحالاته ضمن نصوص قانونية محددة، فهي تتعرض دوما إلى التغيير والإتساع من وجهة النظر السياسية للدول، كما أن قرار الجمعية العامة 3314 صدر في صورة توصية، والتوصية ليس لها أي قوة إلزامية، مما يعني أن مجلس الأمن حر في الأخذ بها أو عدم الأخذ بها، وإعتماد معايير أخرى للعدوان يراها مناسبة.

03- ستظل أركان هذه الجريمة قيد النقاش والجدل ضرورة أن النظام الأساسي للمحكمة أقر بالفقرة الأخيرة للمادة 5 بأن تعريف هذه الجريمة وتكييفها سيتم لاحقاً عملاً بمقتضيات المادتين (121) و(123) من النظام الأساسي والمتعلقتين بالتعديلات والمراجعة وعليه فإن إختلافات شديدة بين أطراف النظام الأساسي للمحكمة حالت دون الاتفاق النهائي بشأن تحديد أركان جريمة العدوان.

04- والأرجح أن تطول مدة النقاش حول تعريف أركان هذه الجريمة وإقرار وقوعها، لأن حسم المسألة سيلقي بضلاله على المصالح السياسية الحيوية لأكثر من طرف دولي على أنه يتعين في هذا الباب الإشارة بأن القانون الدولي عامة وميثاق منظمة الأمم المتحدة خاصة تعرض إلى الممارسة العدوانية ورتب عقوبات ضد مرتكبيها من الدول وفق مقتضيات الباب السابع من الميثاق المتعلق بصلاحيات مجلس الأمن الدولي حيال تهديد السلم وممارسة العدوان.

05- التوصية على إصرار المنظمات غير الحكومية لحقوق الإنسان على الإسراع للتوصل إلى تعريف محدد مع تبيان كيفية اختصاص المحكمة بنظر جريمة العدوان للمحكمة الجنائية الدولية بشكل لا يؤثر على حيادية واستقلالية المحكمة الجنائية الدولية كجهاز قضائي محايد ومستقل، بتعبير آخر، ألا يتم السماح لمجلس الأمن بتحجيم دور المحكمة في جريمة العدوان ضمن دوره في آلية عملها الثلاثية الأركان: القضاء الجالس (الادعاء العام والقضاة) والواقف (الدفاع) والمقرض المترص (مجلس الأمن)، يبقى من مهمة المجتمعات المدنية على الصعيد العالمي البقاء في حالة استنفار تعزل كل أنصار جريمة العدوان على صعيد الرأي العام، فليس سرا أن الدول التي تمارس العدوان اليوم إما تقاطع المحكمة الجنائية الدولية (كما هو حال الولايات المتحدة

وإسرائيل) أو تقييد صلاحياتها عبر ما يمكن تسميته امتياز الفيتو الذي يسمح لها بوقف التحقيق في أية مقاضاة خلال فترة عام. إن وجود مجموعات ضغط قوية لمحاسبة مرتكبي جريمة العدوان يسمح بوضع المحاسبة القانونية على أجندة أي قضاء مستقل في أي بلد ديمقراطي، يعمل بفقده الاختصاص الجنائي العالمي ويحترم العرف القانوني الدولي، الذي يعتبر جريمة العدوان من الجرائم الجسيمة الكبرى التي تهدد المجتمعات البشرية.

الهوامش:

- ¹ - سمعان بطرس فرج الله، "تعريف العدوان"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 24، مصر، 1968، ص 191.
- ² - طالب ياسين، العدوان والحرب العراقية على الكويت، رسالة ماجستير في القانون الدولي، جامعة الجزائر1، سنة 2011، ص ص 8-9.
- ³ - Emmanuel DECAUX, "Légalité et légitimité du recours à la force : de la guerre juste à la responsabilité de protéger", Université Panthéon-Assas, Paris II, 2005, p 02 (voy : www.droit-fondamantaux.org).
- ⁴ - سمعان بطرس فرج الله، مرجع سابق، ص 195.
- ⁵ - إبراهيم الدراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص 153.
- ⁶ - إبراهيم الدراجي، مرجع سابق، ص 155، - وانظر سمعان بطرس فرج الله، مرجع سابق، ص 196.
- ⁷ - سمعان بطرس فرج الله، مرجع سابق، ص 197، وانظر أيضا: إبراهيم الدراجي، مرجع سابق، ص 155.
- ⁸ - طالب ياسين، مرجع سابق، ص 10.
- ⁹ - محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية: دراسة في القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 706.
- ¹⁰ - سدي عمر، دور الأمم المتحدة في الحد من جريمة العدوان، رسالة ماجستير في القانون الدولي، جامعة الجزائر1، سنة 2010، ص 11.

- ¹¹ - د. صلاح الدين أحمد حمدي ، "دراسات في القانون الدولي " ، منشورات ELGA 2002 ، ص 273.
- ¹² - د. كمال حماد، " النزاع المسلح والقانون الدولي العام " ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 1997، ص 31.
- ¹³ - سدي عمر، مرجع سابق، ص 28.
- ¹⁴ - المادة 2/5 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- ¹⁵ - المصدر: أنظر وثيقة الأمم المتحدة - القرار رقم : [3314] ، المتضمن تعريف العدوان، اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة رقم : 2319، الدورة 29، بتاريخ : 14 ديسمبر 1974.
- ¹⁶ - مقتبس من موقع التحالف العربي من أجل المحكمة الجنائية الدولية: www.acicc.com آخر تحديث 30 أغسطس 2010.

إجراءات التحري والتحقيق في جرائم تكنولوجيايات الإعلام والاتصال في التشريع الجزائري (قانون 04-09)

الأستاذ : صالح شنين
جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية / الجزائر.

مقدمة:

في إطار مكافحة الجرائم المعلوماتية أصدر المشرع الجزائري عدة قوانين، ومن أهمها قانون رقم 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن للقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيايات الإعلام والاتصال ومكافحتها¹، والذي يهدف إلى وضع قواعد خاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيايات الإعلام والاتصال استحدث المشرع الجزائري .

ويقصد بالجرائم المتصلة بتكنولوجيايات الإعلام والاتصال جرائم المساس بالأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المحددة في قانون العقوبات وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات الالكترونية².

وحفاظا على النظام العام ولمستلزمات التحريات والتحقيقات القضائية الجارية، يمكن وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الالكترونية وتجميع وتسجيل محتواه محتواها في حينها، والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية .

وعليه ما مدى موازنة المشرع الجزائري بين الحريات الفردية والنظام العام في إجراءات التحري والتحقيق في جرائم تكنولوجيايات الإعلام والاتصال ؟

المبحث الأول / المراقبة الالكترونية

نص المشرع الجزائري على المراقبة الالكترونية في المادة 04 من قانون 04-09 المتعلق بالقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

سنبحث المراقبة الالكترونية من خلال مفهومها(المطلب الأول)، ثم شروطها(المطلب الثاني)

على التفصيل الآتي :

المطلب الأول : مفهوم المراقبة الالكترونية

سنبحث مفهوم المراقبة الالكترونية من خلال تعريفها أولا، ثم حالاتها ثانيا، على التفصيل الآتي:

أولا-تعريف المراقبة الالكترونية:

لم يعرف المشرع الجزائري المراقبة الالكترونية في قانون 04-09 بل عدد حالاتها وذكر شروطها، بل عرفها في المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجنائية ، على أنها وضع ترتيبات تقنية دون موافقة المعنيين من أجل بث وتسجيل الكلام المتفوه به ³.

ثانيا -حالات المراقبة الالكترونية:

وفقا للمادة 04 يمكن القيام بعمليات المراقبة المنصوص عليها في المادة 03 في الحالات الآتية:

-الوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة ،

- في حالة توفير معلومات عن احتمال الاعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني ،

- لمقتضيات التحريات والتحقيقات القضائية ، عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الالكترونية ،

- في إطار تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة .

ويلاحظ أن المشرع الجزائري سمح بعمليات المراقبة الالكترونية كأسلوب وقائي قبل وقوع الاعتداء في جرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة ، والاعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني نظرا لخطورة هذه الجرائم بينما يتم اللجوء إلى المراقبة الالكترونية لضرورة التحريات والتحقيقات ، عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الالكترونية .

المطلب الثاني : شروط المراقبة الالكترونية

تتمثل شروط المراقبة الالكترونية وفقا للمادة 04 من قانون رقم 04-09 فيما يلي :

أولا-الإذن المكتوب : لايجوز إجراء عمليات المراقبة في الحالات المذكورة أعلاه الا باذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة .

ثانيا- الشروط المتعلقة بجرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم
الماسية بأمن الدولة:

عندما يتعلق الأمر بالأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب
أو الجرائم الماسية بأمن الدولة يختص النائب العام لدى مجلس قضاء
الجزائر بمنح ضباط الشرطة القضائية المنتمين للهيئة الوطنية للوقاية
من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها⁴.

ويمنح الإذن المذكور من طرف النائب العام لدى مجلس قضاء
الجزائر لمدة ستة (6) أشهر قابلة للتجديد على أساس تقرير يبين طبيعة
الترتيبات التقنية المستعملة والأغراض الموجهة لها .

ويشترط المشرع أن تكون الترتيبات التقنية المستعملة موجهة
حصريا لتجميع وتسجيل معطيات ذات صلة بالوقاية من الأفعال
الإرهابية والاعتداءات على أمن الدولة ومكافحتها تحت طائلة العقوبات
المنصوص عليها في قانون العقوبات بالنسبة للمساس بالحياة الخاصة
للغير⁵.

المبحث الثاني / التفتيش والضبط

بالإضافة إلى المراقبة الالكترونية سمح المشرع الجزائري بالقيام
ببعض الإجراءات نص عليها في المواد 05 إلى 09 من قانون 04-09
المتعلق بالقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات
الإعلام والاتصال ومكافحتها، وتتمثل في تفتيش المنظومة المعلوماتية
المنصوص عليه في المادة 05 من القانون السابق ، وحجز المعطيات
(الضبط) المنصوص عليه في المواد 06 إلى 09 من القانون السابق .

المطلب الأول: تفتيش المنظومة المعلوماتية

لأجل ضبط الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال وجمع الأدلة بشأنها ن تلجأ سلطة التحقيق إلى التفتيش لضبط الأدلة المادية التي قد تساعدها في إثبات وقائعها وإسنادها إلى المتهم .

أولاً- مفهوم التفتيش:

لقد تعددت التعريفات التي أضفاها الفقه على التفتيش، إلى أنها تجتمع على أن التفتيش عبارة عن إجراء من إجراءات التحقيق التي تهدف إلى البحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها في محل وذلك من أجل إثبات ارتكابها أو نسبتها إلى المتهم وفقاً لإجراءات القانونية المقررة، وقد أحاط القانون التفتيش بضمانات عديدة لأنه قد يقتضي البحث في محل له حرمة خاصة⁶.

والتفتيش في مدلوله القانوني بالنسبة للجرائم الإلكترونية لا يختلف عن مدلوله السائد في فقه الإجراءات الجنائية فيقصد به أنه إجراء من إجراءات التحقيق تقوم به سلطة مختصة لأجل الدخول إلى نظم المعالجة الآلية للبيانات بما تشمله من مدخلات وتخزين ومخرجات لأجل البحث فيما عن أفعال غير مشروعة تكون مرتكبة وتشكل جنائية أو جنحة والتوصل من خلال ذلك إلى أدلة تفيد في إثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم بإرتكابها⁷.

ثانياً- نطاق التفتيش :

يجوز للسلطات القضائية المختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية ، في إطار قانون الإجراءات الجنائية ، وفي الحالات المنصوص عليها في المادة 04 أعلاه ، الدخول بغرض التفتيش ولو عن بعد إلى :

أ- منظومة معلوماتية أو جزء منها:

ويقصد بها أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها أو المرتبطة، يقوم واد منها أو أكثر بمعالجة آلية لمعطيات تنفيذيا لبرنامج معين.

يجوز تمديد التفتيش بسرعة إلى منظومة معلوماتية أخرى أو جزء منها بعد إعلام السلطة القضائية المختصة مسبقا لذلك إذا كانت هناك أسباب تدعو إلى الاعتقاد بان المعطيات المبحوث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى ، وأن هذه المعطيات يمكن الدخول إليها مكن خلال المنظومة الأولى .

ب- المعطيات المعلوماتية المخزنة فيها:

وهي عبارة عن عرض للوقائع أو المعلومات أو المفاهيم في شكل جاهز للمعالجة داخل منظومة معلوماتية ن بما في ذلك البرامج المناسبة التي من شأنها أن تجعل منظومة معلوماتية تؤدي وظيفتها .

ج- منظومة تخزين معلوماتية:

لم يعرفها المشرع الجزائري على خلاف المنظومة المعلوماتية، والمعطيات المعلوماتية المخزنة فيها، ويمكن تعريفها بأنها عبارة عن نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها أو المرتبطة تقوم بوظيفة حفظ المعطيات المعلوماتية.

يمكن للسلطة المكلفة بالتفتيش تسخير كل شخص له دراية بعمل المنظومة المعلوماتية محل البحث أو بالتدابير المتخذة لحماية المعطيات المعلوماتية التي تتضمنها ، قصد مساعدتها وتزويدها بكل المعلومات الضرورية لانجاز مهمتها .

المطلب الثاني : حجز المعطيات (الضبط)

حتى يحقق التفتيش غايته في جمع الأدلة، لابد من وسيلة التقاط تلك الأدلة وهذه الوسيلة هي الضبط، والضبط في معظم الأحيان يكون هو غرض التفتيش.

أولاً-مفهوم الحجز:

ويقصد بالضبط وضع اليد على شيء يتصل بجريمة وقعت ويفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبها⁸، ومن حيث طبيعته يعد من إجراءات الاستدلال والتحقيق، وتتحدد طبيعته بحسب طريقة وضع اليد على الشيء المضبوط، فإذا كان الشيء وقت ضبطه في حيازة شخص واقتضى الأمر تجريدته من حيازته كان الضبط بمثابة إجراء تحقيق، أما إذا كان الاستيلاء عليها دون الاعتداء على حيازة قائمة فيكون بمثابة استدلال.

ثانياً-إجراءات الحجز:

نص المشرع الجزائري على حجز المعطيات المعلوماتية في المواد 06 إلى 09 من قانون 04-09 المتعلق بالوقاية الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

وفقا للمادة 06 عندما تكتشف السلطة التي تباشر التفتيش معطيات تفيد في كشف الجرائم أو مرتكبها يتم نسخ المعطيات محل البحث على دعامة تخزين الكترونية تكون قابلة للحجز والوضع في أحرار وفقا للقواعد المقررة في قانون الإجراءات الجزائية، ويجب على السلطة التي تقوم بالتفتيش والحجز السهر على سلامة المعطيات في المنظومة المعلوماتية⁹.

وإذا استحال إجراء الحجز لأسباب تقنية يتعين على السلطة التي تقوم بالتفتيش استعمال التقنيات المناسبة لمنع الوصول إلى المعطيات أو نسخها¹⁰.

ويجب على السلطة التي تقوم بالتفتيش والحجز السهر على سلامة المعطيات في المنظومة المعلوماتية التي تجري بها العملية.

يمكن للسلطات التي تباشر التفتيش ان تأمر باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الاطلاع على المعطيات التي يشكل محتواها جريمة ، لاسيما عن طرق تكلف أي شخص مؤهل باستعمال الوسائل التقنية المناسبة لذلك¹¹.

ولايجوز للسلطات استعمال المعلومات المتحصل عليها عن طريق المراقبة الا في الحدود الضرورية للتحريات أو التحقيقات تحت طائلة قانون العقوبات .

خاتمة

في إطار مكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، وحفاظا على النظام العام ولتستلزمات التحريات والتحقيقات القضائية الجارية، مكن المشرع الجزائري من وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الالكترونية وتجميع وتسجيل محتواه محتواها في حينها، والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية ، وتوصلنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج الآتية :

- سمح المشرع الجزائري بعمليات المراقبة الالكترونية كأسلوب وقائي قبل وقوع الاعتداء في جرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة ، والاعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام

العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني نظرا لخطورة هذه الجرائم ، بينما يتم اللجوء إلى المراقبة الالكترونية في إطار التحريات والتحقيقات للضرورة، أي عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الالكترونية .

- أسند المشرع الاختصاص بمنح الإذن المكتوب بإجراء عملية المراقبة الالكترونية للنائب العام لدى مجلس قضاء الجزائر، إذ يختص هذا الأخير بمنح الإذن لضباط الشرطة القضائية المنتمين للهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها في جرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة، وكان من الأحسن لو منحها في للنائب العام للمجلس القضائي في كل ولاية .

- حفاظا على النظام العام ولمستلزمات التحريات والتحقيقات القضائية الجارية سمح المشرع للسلطة القضائية بالقيام بالتفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية ، غير أنه أحاطهما بضمانات قانونية حفاظا على الحقوق والحريات الفردية، بحيث منح الاختصاص بالتفتيش للسلطات القضائية وضباط الشرطة القضائية ، وأجاز تمديده بعد إعلام السلطة القضائية المختصة بذلك ، أما بالنسبة للحجز فقد استوجب السهر على سلامة المعطيات في المنظومة المعلوماتية، وكذا عدم استعمال المعلومات المتحصل عليها إلا في الحدود الضرورية للتحريات أو التحقيقات القضائية .

الهوامش

- 1- قانون رقم 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن للقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها ، جريدة رسمية عدد 47، صادرة في أوت 2009.
- 2- راجع المادة 02 من نفس القانون.
- 3- راجع المادة 65 مكرر 5 من قانون 22/06 المؤرخ في 2006 المعدل والمتمم للأمر 155/66 المؤرخ في 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجنائية .
- 4- نص المشرع الجزائري على الهيئة الوطنية للوقاية من جرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحته في المادتين 13 و14 من قانون 04-09 ، وترك المشرع تحديد تشكيلة الهيئة وتنظيمها وكيفية سيرها عن طريق التنظيم.
- 5- راجع المادة 303 مكرر إلى 303 مكرر 03 من الأمر 155-66 المتضمن قانون العقوبات.
- 6- نبيلة هبة هروال ، الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2007 ص 222-223 . وانظر عبد الله هلاي ، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المهتم المعلوماتي دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، 2006 ، ص 45.
- 7 -علي محمود علي حمودة، الأدلة المتحصلة من الوسائل الالكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، مقدم ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية في الفترة من 26-28/4/2003 دبي.
- 8- عبد الله حسين محمود، سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001. ص 396 .
- 9- راجع المادة 1/6 من قانون 04/09 المتعلق بالوقاية من جرائم تكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته.
- 10- راجع المادة 07 من نفس القانون .
- 11- راجع المادة 08 من نفس القانون .